الدكتور
عبدالرازق احمد السنهورى

الوسيط
فى
شرح القانون المدنى

الجزء السابع
المجلد الاول
العقود الواردة على العمل
المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة

تنقيح
المستشار احمدمدحت المراغى
رئيس محكمة النقض الاسبق

طبعة تحتوى على اخر المستجدات فى التشريع والقضاء والفقة

٢٠٠٤

منشأة المعارف بالاسكندرية
جلال حزى وشركاه

الناشر: منشأة المعارف جلال حزى وشركاه

٤٤ شارع سعد زغلول - محطة الرمل - ت/ف: ٤٨٧٣٣٠٢ - ٤٨٥٣٠٥٥ الإسكندرية
٣٣ شارع دكتور مصطفى مشرفه - سوتير - ت: ٤٨٤٣٦٦٢ - ٤٨٥٤٣٣٨ الإسكندرية
الإدارة: ٢٤ شارع ابراهيم سيد أحمد - محرم بك - ت/ف: ٤٩٧٠٠١٠ - ٣٩٢٢١٦٤ الإسكندرية
Email: monchaa@maktoob.com

حقوق التأليف: محفوظة، ولا يجوز إعادة طبع أو استخدام كل أو أى جزء من هذا الكتاب إلا وفقاً للأصول العلمية والقانونية المتعارف عليها.

الإيداع بدار الكتب والوثائق القومية

إسم الكتاب: الوسيط فى شرح القانون المدنى
إسم المؤلف: الدكتور / عبد الرزاق أحمد السنهورى
إسم المنقح: المستشار / أحمد مدحت المراغى
رقم الإيداع: ٥٥١٧ / ٢٠٠٣
الترقيم الدولى: I.S.B.N. : 3 - 1138 - 03 - 977

التجهيزات الفنية

كتابة كمبيوتر: سروات للكمبيوتر - ت: ٣٩٢٢١٦٤
مراجعة تجارب الطباعة: المستشار بوزارة العدل / محمد على سكيكر
طباعة: شركة الجلال للطباعة ت: ٤٤٩١٢٤٤ / ٠٣

العقـــود
الواردة على العمل

عقـد المقاولـة

تمهيد (*)

١ – التعريف بعقد المقاولة وخصائص هذا العقد – نص قانونى: أوردت المادة ٦٤٦ من التقنين المدنى تعريفاً لعقد المقاولة على الوجه الآتى:

«المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدى عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر»(١).

ويخلص من هذا التعريف أن لعقد المقاولة خصائص نجمل أهمها فيما يأتى:

(*) **مراجع فى عقد المقاولة:** جيوار فى الإيجار الطبعة الثالثة جزءان باريس سنة ١٨٩١ – بودرى وفال فى الإيجار الجزء الثانى (مجلدان) الطبعة الثالثة باريس سنة ١٩٠٧ – أوبرى ورو وإسمان الجزء الخامس فى البيع والإيجار الطبعة السادسة سنة ١٩٤٦ – بلانيول وريبير ورواست الجزء الحادى عشر فى العقود المدنية باريس سنة ١٩٥٤ – بيدان ١٢ الطبعة الثانية باريس سنة ١٩٣٨ – دى باج ٤ الطبعة الثانية بروكسل سنة ١٩٥١ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ الطبعة الثالثة باريس سنة ١٩٤٩ – كولان وكاپيتان ودى لاموراندير الطبعة العاشرة سنة ١٩٤٨ – چوسران ٢ الطبعة الثانية سنة ١٩٣٣ – مازو فى دروس القانون المدنى ٣ سنة ١٩٦٠ – أنسيكلوپيدى داللوز ١ لفظ Architecte سنة ١٩٥١ – ٢ لفظ Entreprise سنة ١٩٥٢ – ٣ لفظ Louage d'ouvrge سنة ١٩٥٣.

Costes فى التكييف القانونى لعقد المقاولة رسالة من تولوز سنة ١٩١٣ – Lagrave الجزاف فى عقد المقاولة الخاص سنة ١٩٢١ – Minvielle فى مهنة المهندس المعمارى سنة ١٩٢١، وفى ملاحظات فى المسئولية العشرية للمهندسين والمقاولين سنة ١٩٣٣، وفى رخصة البناء سنة ١٩٤٧ – Corberand فى مسئولية المهندسين والمقاولين رسالة من باريس سنة ١٩٢٩ – Delvaux فى حقوق المهندس المعمارى والتزاماته بروكسل سنة ١٩٣٠ – David فى عقد الاستصناع رسالة من باريس سنة ١٩٣٧ – Lepaulle فى عقود البناء الصناعى سنة ١٩٣٨.

محمد كامل مرسى فى العقود المسماة الجزء الرابع (عقد العمل وعقد المقاولة والتزام المرافق العامة) سنة ١٩٥٣ – محمد لبيب شنب فى شرح أحكام عقد المقاولة سنة ١٩٦٢.

وفى إشارتنا إلى هذه المراجع المختلفة نحيل إلى الطبعات المبينة فيما تقدم.

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ٨٦٣ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. وفى لجنة المراجعة حور تحويراً لفظياً طفيفاً فأصبح مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، وصار رقمه ٦٧٤ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٧٣، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٤٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٧ – ص٨).

ويقابل النص فى التقنين المدنى القديم م٤٠١/٤٨٩: إيجار الأشخاص يكون لخدمة معينة مستمرة فى المدة المحدودة فى عقد الإيجار أو لعمل معين. (وهذا التعريف يشمل عقد المقاولة وعقد العمل، وفيما يخص عقد المقاولة يتفق مع تعريف التقنين المدنى الجديد).

=

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى:

١- عقد المقاولة عقد رضائى لا يشترط فى انعقاده شكل معين[١]، وهو عقد ملزم للجانبين، ومن عقود المعاوضة:

٢- يقع التراضى فى عقد المقاولة على عنصرين اثنين: الشئ المطلوب صنعه أو العمل المطلوب تأديته من المقاول وهو أحد المتعاقدين، والأجر الذى يتعهد به رب العمل وهو المتعاقد الآخر.

٣- انفصل عقد المقاولة بهذا التعريف عن عقدين آخرين كانا مختلطين به فى التقنين المدنى القديم، ولا يزالان مختلطين به فى التقنين المدنى الفرنسى، وهما عقد الإيجار وعقد العمل. فقد كان التقنين المدنى القديم يجمع بين هذه العقود الثلاثة تحت اسم «الإيجار»، ثم يسمى عقد الإيجار بإجارة الأشياء، وعقد العمل بإجارة الأشخاص، وعقد المقاولة بإجارة أرباب الصنائع. ويرجع ذلك إلى عهد القانون الرومانى، إذ عرف هذا القانون عقد الإيجار على وجهين: الأول باعتبار أنه عقد موضوعه الانتفاع بالشئ وسماه عقد إيجار الأشياء (locatio rerum)، والثانى باعتبار أنه عقد موضوعه الانتفاع بعمل الإنسان الحر وسماه عقد إيجار العمل (locatio operaum, operarum faciendi). وقد شبه القانون الرومانى فى ذلك عمل الإنسان بالمتاع من حيث إمكان الانتفاع به. واستند أنصار المذهب الفردى إلى وجهة النظر هذه فى اعتبارهم العمل سلعة تباع فى الأسواق، ويتحدد سعرها طبقاً لقانون العرض والطلب. ولم يرق تشبيه العمل بالسلعة فى نظر أنصار المذهب الاشتراكى، فنادوا بأن العمل ليس بسلعة، واستتبع هذا التغيير فى الفكرة الاقتصادية تعديلا فى الفكرة القانونية، ففصلت التقنينات الحديثة هذه العقود الثلاثة بعضها عن بعض. وعلى هذا النهج سار التقنين المدنى الجديد، إذ جعل عقد الإيجار فى الباب الخاص بالعقود الواردة على الانتفاع بالشئ، ونظم عقدى المقاولة والعمل فى الباب الخاص بالعقود الواردة على العمل[٢].

=**التقنين المدنى السورى** م٦١٢ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م٦٤٥ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى م٨٦٤ (موافق).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٢/٦٢٤: وعقد المقاولة أو إجارة الصناعة هو عقد يلتزم المرء بمقتضاه إتمام عمل معين لشخص آخر مقابل بدل مناسب لأهمية العمل. (والتعريف فى جملته يتفق مع تعريف التقنين المصرى).

(١) بل إن الكتابة لا ضرورة لها إلا فى إثبات المقاولة حيث تكون الكتابة ضرورية للإثبات (نقض فرنسى ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٤٥ داللوز ١٩٤٦-١٩).

(٢) الوسيط ٦ فقرة ١٩ - الإيجار للمؤلف فقرة ١.

فانفصل بذلك عقد المقاولة عن عقد الإيجار من جهة، وعن عقد العمل من جهة أخرى. وانفصاله عن عقد الأيجار أمر بديهي، فالإيجار عقد يرد على منفعة الشئ، أما المقاولة فعقد يرد على العمل. وكذلك يجب أن ينفصل عقد المقاولة عن عقد العمل، وإذا كان كل من العقدين يرد على العمل فإن عقد العمل يرد على العمل فى ذاته أما المقاولة فترد على العمل باعتبار نتيجته، وسنرى وجه التمييز بين العقدين فيما يلى.

٢ - تمييز عقد المقاولة عن العقود الأخرى: والخصائص التى ذكرناها لعقد المقاولة تجعل هذا العقد يتميز عن سائر العقود. فكونه يرد على العمل يجعله يتميز عن الإيجار الذى يرد على منفعة الشئ كما قدمنا. وكونه يرد على العمل باعتبار نتيجته يجعله يتميز عن عقد العمل الذى يرد على العمل فى ذاته كما سبق القول. وكونه يرد على عمل مادى لا على تصرف قانونى يجعله يتميز عن عقد الوكالة الذى يرد على تصرف قانونى. وقد يكون هذا العمل المادى هو صنع شئ كما رأينا، فمحل المقاولة هنا هو صنع الشئ لا نقل ملكيته، وبهذا تتميز المقاولة عن البيع.

ومع ذلك قد يلتبس عقد المقاولة بهذه العقود ذاتها، أو بعقود أخرى، فيدق التمييز، كما نرى فيما يلى.

٣ - تمييز المقاولة عن الإيجار - إحالة: قد تلتبس المقاولة بالإيجار فى عقد شائع هو عقد المستهلك مع ملتزم المرافق العامة من ماء ونور وغاز ونقل وما إلى ذلك. فالعقد الذى يبرمه المستهلك مع شركة المياه مثلا هل يعتبر عقد مقاولة واقعاً على ما تقوم به الشركة من عمل فى توصيل المياه للمستهلك، أو هو عقد إيجار لمعدات الشركة التى تقوم بتوصيل المياه؟ قدمنا عند الكلام فى الإيجار[١] أن العقد مقاولة لا إيجار، وهذا ما يذهب إليه رجال الفقه المدنى، أما رجال الفقه الإدارى فيذهبون إلى أن مركز المستهلك من ملتزم المرفق العام ليست له صفة تعاقدية، بل هو مركز قانونى منظم (situstisn régiementaire)، وسنعود إلى هذه المسألة تفصيلا عند الكلام فى التزام المرافق العامة.

وإذا حجز شخص محلا فى أحد الملاعب، فالعقد مقاولة تقع على ما يقوم به الملعب من أسباب التسلية للجمهور، وليس إيجارا يقع على المحل الذى يحجزه، وذلك لأن العنصر الأساسى الذى وقع عليه التعاقد هو ما يقوم به الملعب من عمل. وقد سبق بيان ذلك عند الكلام فى عقد الإيجار[٢].

والاتفاق مع إحدى الصحف على استئجار محل فيها للإعلان نظير مقابل معين ليس

---

(١) الوسيط ٦ فقرة ٧.

(٢) الوسيط ٦ فقرة ٧.

عقد مقاولة، بل هو عقد إيجار. وإذا اتفق شخص مع مالك البناء على نشر إعلانات على حوائط البناء أو فوق سطحه، فإن التزم مالك البناء بالقيام بالأعمال اللازمة لإجراء الإعلان فالعقد مقاولة، وإن اقتصر على تمكين الشخص من إجراء الإعلان فالعقد إيجار، وقد سبق ذكر ذلك كله فى عقد الإيجار(١).

٤ – تمييز المقاولة عن عقد العمل: ومن المهم التمييز بين عقد المقاولة وعقد العمل. فإنه إذا كان كل من العقدين يرد على العمل إلا أن القواعد التى يخضع لها أحد العقدين تختلف اختلافاً جوهرياً عن القواعد التى يخضع لها العقد الآخر، وبخاصة فى تحمل التبعة حيث يتحملها المقاول على التفصيل الذى سنبينه ولا يتحملها العامل، وفى الخضوع لتشريعات العمل المختلفة ومنها التشريعات المتعلقة بساعات العمل والإجازات وتقدير الأجر وضماناته وإصابات العمل والفصل التعسفى وما إلى ذلك مما هو مذكور فى عقد العمل الفردى، وهذه التشريعات تسرى على العامل دون المقاول(٢).

---

(١) الوسيط ٦ فقرة ٧.

(٢) هذا إلى أن رب العمل يكون مسئولا عن العامل مسئولية المتبوع عن التابع، ولا يكون مسئولا هذه المسئولية عن المقاول. وقد قضت محكمة النقض بأن مسئولية المخدوم عن أعمال خادمه لا تقوم على مجرد اختياره، بل هى فى الواقع قوامها علاقة التبعية التى تجعل للمخدوم أن يسيطر على أعمال التابع ويسيره كيف يشاء بما يصدر إليه من الأوامر والتعليمات. وإذن فمالك المنزل لا يسأل عن خطأ الصانع الذى استأجره لعمل معين إذا كان لم يتدخل معه فى إجراء هذا العمل (نقض مدنى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ١٣ ص٢٥). وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه إذا أسس الحكم مسئولية الحكومة على مجرد قوله إنها كانت تشرف على عمل المقاول دون أن يبين مدى هذا الإشراف حتى يعرف ما يكون قد وقع من موظفيها من خطأ فى عملية المقاولة، وما أثر هذا الخطأ فى سير الأعمال، وما علاقته بالضرر الذى وقع، وهل الإشراف قد تجاوز التنفيذ فى حد ذاته واحترام شروط المقاولة مما يؤخذ منه أن الحكومة تدخلت تدخلا فعلياً فى تنفيذ عملية المقاولة بتسييرها المقاول كما شاءت، فهذا الحكم يكون قاصراً على إبداء البيانات الكافية لقيام المسئولية (نقض مدنى ١٧ أبريل سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١١٢ ص٣٤٠).

والامتياز الذى يضمن أجر العامل غير الامتياز الذى يضمن أجر المقاول أو المهندس ولا يقوم إلا فى مقاولات البناء.

والضريبة على كسب العمل أقل من الضريبة على أرباح المقاول (وهى ضريبة الأرباح الصناعية والتجارية).

انظر فى النتائج المختلفة التى تترتب على تكييف العقد بأنه مقاولة أو عقد عمل: بودرى وفال ٢ فقرة ٣٨٦٤– بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٧٦٨– كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٠٨٣ – محمد لبيب شنب فقرة ١٨ ص٢٥ هامش ٢.

وقد ذهب رأى قديم[1] إلى أن معيار التفرقة بين المقاولة وعقد العمل هو الطريقة التى يقدر الأجر على أساسها؛ فإن قدر الأجر بحسب الوقت – كل يوم أو كل أسبوع أو كل شهر أو بحسب أية وحدة أخرى من الزمن – كان العقد عقد عمل. وإن قدر الأجر لا بحسب الوقت بل بحسب كمية الإنتاج، كان العقد مقاولة. فيكون مقاولة العقد الذى يبرم مع الصانع على أن يأخذ أجره بحسب ما ينتجه من العمل، نجاراً كان الصانع أو حداداً أو نقاشاً أو سباكاً أو غير ذلك. ويكون مقاولة العقد الذى يبرم مع مقاول البناء على أن يأخذ أجره مقدراً إجمالاً أو مقدرا بمقتضى مقايسة على أساس الوحدة، فيكون الأجر فى المقاولة بحسب أهمية العمل الذى أنتجه المقاول لا بحسب مقدار الوقت الذى أنفقه فى الإنتاج. وبهذا المعيار أخذ تقنين الموجبات والعقود اللبنانى، حيث ينص فى المادة ٢/٦٢٤ منه على أن «عقد المقاولة أو إجارة الصناعة هو عقد يلزم المرء بمقتضاه إتمام عمل معين لشخص آخر مقابل بدل مناسب لأهمية العمل»[2].

ويعيب هذا الرأى أنه يجعل معيار التمييز بين المقاولة وعقد العمل يقوم على أمر غير جوهرى، فليس هناك فرق أساسى بين عامل يأخذ أجره بحسب الوقت (salaire proportionel au temps) وآخر يأخذه بحسب القطعة (salaire auxpièces, salaire à la têche)، فكلاهما أجير عند رب العمل يخضع لإدارته وإشرافه، ويأخذ المقابل لعمله بمقدار ما يبذل من جهد، وإن كان هذا الجهد يقاس فى الحالة الأولى بمقياس مقدار الوقت وفى الحالة الثانية بمقياس كمية الإنتاج. والفرق بين المقياسين لا يرجع إلى خلاف فى طبيعة المقياس، وإنما أراد رب العمل فى جعله الأجر بحسب كمية الإنتاج أن يأمن تكاسل العامل وتراخيه فى العمل، فهو عندما يأجره بحسب القطعة إنما يأجره فى الواقع من الأمر بحسب الوقت الذى يقضيه العامل العادى فى إنتاج هذه القطعة، فإن تراخى العامل المأجور فعليه مغبة تراخيه وإن نشط أفاد من نشاطه[3].

---

(١) توليبيه ١٩ فقرة ٢٨٠– ديرانتون ١٧ فقرة ٢٢٧ – بلانيول وريبير ٢ الطبعة الحادية عشرة فقرة ١٨٢٧ وفقرة ١٨٩٩ – سيرفيلى (Survills) ٢ فقرة ١١١٢.

(٢) وانظر فى هذا المعنى نقض فرنسى ٢٨ يوليه سنة ١٩٢٤ سيريه ١٩٢٥–١–٢٨٣.

(٣) انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٧٧٠– رواست وديران الموجز فقرة ٢٦٤– مارتينى فى فكرة عقد العمل رسالة من باريس سنة ١٩١٢– هذا إلى أن العامل قد يساهم فى أرباح رب العمل فيكون جزء من أجره بحسب أهمية العمل الذى أنتجه، ويبقى العقد مع ذلك عقد عمل (بودرى وفال ٢ فقرة ٣٨٦٥– أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ourvrage et d'industrie فقرة ٥). وعلى العكس من ذلك يكون العقد مقاولة ما دام المقاول لا يعمل تحت إشراف رب العمل وتوجيهه، حتى لو كان أجره مقدراً باليوم فيحسب هذا الأجر بمقدار الأيام التى قضاها فى إنجاز العمل (أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ourvrage et d'industrie=

إذن المعيار القائم على أساس مقدار الوقت أو كمية الإنتاج لا يصلح أن يكون معياراً دقيقاً للتمييز بين المقاولة وعقد العمل. والرأى الحديث[1]، الذى يجرى عليه أكثر القضاء الفرنسى[2] ويناصره طائفة كبيرة من الفقهاء[3]، يأخذ بمعيار آخر هو خضوع العامل لإدارة رب العمل وإشرافه[4]. فالذى يميز المقاولة عن عقد العمل هو أن المقاول لا يخضع لإدارة رب العمل وإشرافه، بل يعمل مستقلا طبقاً لشروط العقد المبرم بينهما، ومن ثم لا يعتبر المقاول تابعاً لرب العمل ولا يكون هذا الأخير مسئولا عن المقاول مسئولية المتبوع عن التابع. أما فى عقد العمل فالعامل يخضع لإدارة رب العمل وإشرافه، سواء

=فقرة ٧ ويشير إلى حكم محكمة Albi الابتدائية ٢٠ يوليه سنة ١٩٤٩ داللوز ١٩٥٠ القسم الموجز ٢٢).

(١) انظر فى رأى آخر يذهب إلى أن المعيار يقوم على أساس أن عقد العمل يكون حيث يرتبط العامل برب عمل محترف (employeur professionnel) وانتقاد هذا الرأى: بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٧٧١.

(٢) نقض فرنسى ٢٧ يناير سنة ١٨٥١ داللوز ٥١-١-١٦٦- ٩ أغسطس سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٢ -١ -٥٧٩- ١٤ مارس سنة ١٩٠٣-١-٤٧١- ٧ نوفمبر سنة ١٩٠٤ سيريه ١٩٠٧-١-٤١١- ٨ يناير سنة ١٩٠٧ داللوز ١٩٠٩-١-٤٢٣- ٦ مارس سنة ١٩٠٧ سيريه ١٩١١- ١-٢٧٧- ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ داللوز ١٩١١- ١-٣٥ ١٨ أكتوبر سنة ١٩١٠ داللوز ١٩١١-١-٤٤٣- ٢٩ يونيه سنة ١٩٢٢ داللوز ١٩٢٢- ١-١٢٥- ١٢ نوفمبر سنة ١٩٢٤ داللوز الأسبوعى ١٩٢٤ - ٧١٥ - ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٥ داللوز ١٩٢٧-١- ١٤١- ٧ فبراير سنة ١٩٢٧ داللوز ١٩٢٧- ١-١٨٤- ١٩ يوليه سنة ١٩٢٩ داللوز الأسبوعى ١٩٢٩-٤٧٣- ٢٢ يونيه سنة ١٩٣٢ داللوز ١٩٣٣-١-١٤٥- ١٩ مارس سنة ١٩٣٨ داللوز الأسبوعى ١٩٣٨-٢٨٩.

(٣) بودرى وفال ٢ فقرة ١٦٣٨ وفقرة ٣٨٦٥- بيدان ١٢ فقرة ١٩- فقرة ٢٠- بيك الطبعة السادسة فقرة ٨٧٠- بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٧٧٢ وفقرة ٩٠٧- رواست وديران الموجز فقرة ٢٦٦ - أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤- ١ هامش ١-٢- مارتينى فى فكرة عقد العمل رسالة من باريس سنة ١٩١٢- دى باج ٤ فقرة ٨٤٥ ص٨٥٨- بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٩٩١- كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٠٨٤- جوسران ٢ فقرة ١٣١٢- مازو فقرة ١٣٣٢ ص١١٠٠- أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind فقرة ٤- محمد حلمى مراد فى قانون العمل والتأمينات الاجتماعية طبعة رابعة فقرة ٢٠٥ ص٢٢٦- محمد جمال الدين زكى فى قانون العمل سنة ١٩٦٠ فقرة ٧١ ص١١٢- ص١١٣- أكثم أمين الخولى فى قانون العمل سنة ١٩٥٧ فقرة ٨٦ ص١٣٦- إسماعيل غانم فى قانون العمل سنة ١٩٦١ فقرة ٦٢ ص١٢٠- محمد لبيب شنب فقرة ١٩- فقرة ٢٠.

(٤) وبمعيار التبعية أخذت محكمة النقض، فقد قضت بأن عقد العمل يتحقق بتوافر أمرين هما تبعية العامل لرب العمل وتقاضيه أجراً على عمله، وذلك وفقاً لمؤدى المادة ٦٧٤ من القانون المدنى والمادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ٣١٧ سنة ١٩٥٢ (نقض مدنى ٤ أبريل سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٣٦ ص٣٧٠). وانظر أيضاً استئناف مختلط ٤ فبراير سنة ١٩٣٧ م٤٩ ص٩٥.

كان يؤجر بمقياس مقدار الوقت أو بمقياس كمية الإنتاج، ولا يعمل مستقلا عن رب العمل بلى يتلقى تعليماته وعليه أن ينفذها فى حدود العقد المبرم بينهما، ومن ثم يعتبر العامل تابعاً لرب العمل ويكون هذا الأخير مسئولا عنه مسئولية المتبوع عن التابع. ومن هذا نرى أن المقاول يدفع ثمن استقلاله عن رب العمل، إذ لا يتمتع بالمزايا الكثيرة التى يمنحها القانون للعامل والتى هى نتيجة تبعية العامل لرب العمل(١).

وتطبيقاً لهذا المعيار الأخير يكون كل من النقاش والنجار والحداد والسباك ومن إليهم مقاولا، إذا هو تعاقد مع صاحب العمل على صنع شئ معين يقوم بصنعه مستقلا عن رب العمل، لا يخضع لإشرافه ولا يتلقى منه تعليمات غير ما هو مذكور فى العقد، وذلك سواء كان يؤجر بحسب كمية الإنتاج كما هو الغالب أو بحسب مقدار الوقت. ويكون كل من هؤلاء عاملا لا مقاولا، إذا قام بعمله بإشراف رب العمل وتحت إدارته، يتلقى منه التعليمات ويقوم بتنفيذها، وذلك سواء كان يؤجر بحسب مقدار الوقت كما هو الغالب أو بحسب كمية الإنتاج. ويكون العقد المبرم بين صاحب الملعب والفنانين الذين يتعاقدون معه عقد عمل لا عقد مقاولة، لأن الفنانين مهما كان الأمر فى استقلالهم الفنى يتلقون تعليمات صاحب الملعب فى عملهم وعليهم أن ينفذوها، وهم يعملون بوجه عام تحت إدارته وإشرافه(٢). وكذلك العقد المبرم بين صاحب الجريدة والصحفى الذى يعمل فيها هو عقد عمل، ما دام الصحفى يعمل تحت إدارة صاحب الجريدة وإشرافه. أما إذا تعاقد شخص مع صاحب الجريدة على أن يكتب له مقالا فى موضوع معين لقاء أجر معلوم، فالعقد مقاولة، لأن الكاتب لا يعمل تحت إدارة صاحب الجريدة وإشرافه، حتى لو تعود الكاتب أن يوالى الجريدة بالمقالات فى مواعيد منتظمة ما دام لا يعمل تحت إدارة صاحب الجريدة. والطوافون والممثلون التجاريون والجوابون ومندوبو شركات التأمين ومن يسمون بالمنتجين فى هذه الشركات وغيرهم من الوسطاء يرتبطون مع رب العمل بعقد عمل لا

---

(١) وقد قضى بأنه لتعرف الصلة الحقيقية للمقاول يجب فحص عقد الاتفاق بينه وبين صاحب المبنى وتحقيق الصفة التى اتخذها فى هذا العقد، أهى صفة المقاول أم الأجير العادى (مصر الوطنية ١٣ يناير سنة ١٩٣٦ المجموعة الرسمية ٣٧ رقم ١٦٥).

(٢) وقد قضى بأن صلة التبعية بين الممثل ومن تعاقد معه، وإن كانت تبعية تنظيمية، فهى كافية لقيام عقد العمل. وسند هذا أنه إذا وقع الفنان من الناحية الفنية تحت إدارة المتعاقد الآخر ورقابته، بأن حدد له هذا الأخير على نحو دقيق الدور المطلوب منه أو استأثر دونه بكيفية تحقيقه أو أرشده إلى الوجه الصحيح للقيام به، وذلك بتلقيه التوجيهات فى زمان العمل ومكانه ومدته والملابس الخاصة به، مهما كانت العبقرية الشخصية التى يظهرها الفنان أثناء العرض أو الحفل، فبذلك تقوم التبعية التنظيمية والفنية بين العاقدين، وهى ما تكفى لقيام عقد العمل (محكمة شؤون العمال الجزئية بالقاهرة ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٥٧ المحاماة ٣٨ رقم ١٧٦ ص٣٩٩).

بعقد مقاولة، ولو كانوا مأجورين بطريق العمالة أو كانوا يعملون لحساب جملة من أرباب الأعمال، ما دام هؤلاء الوسطاء تابعين لرب العمل وخاضعين لرقابته.

وقد أخذ التقنين المدنى الجديد بهذا المعيار الأخير. فهو فى تعريفه لعقد المقاولة (م٦٤٦ مدنى) لا يذكر شيئاً عن الطريقة التي يؤجر بها المقاول، بل يقتصر على القول بأن المقاول يعمل «لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر». فإذا انتقل بعد ذلك إلى عقد العمل، يعرفه فى المادة ٦٧٤ مدنى على الوجه الآتى: «عقد العمل هو الذى يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل فى خدمة المتعاقد الآخر، وتحت إدارته أو إشرافه، مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر». فهو لا يذكر هنا أيضاً شيئاً عن الطريقة التى يؤجر بها العامل إذ لا أثر لها فى تكييف العقد، وإنما يذكر فى صراحة أن العامل يعمل تحت إدارة رب العمل أو إشرافه. فمعيار الخضوع لإدارة رب العمل وإشرافه هو إذن المعيار الذى أخذ به التقنين المدنى الجديد فى التمييز ما بين المقاولة وعقد العمل(1). وقد طبق هذا المعيار تطبيقاً

---

(1) النص فى عقد النزاع على أن «يقوم الطاعن بمهمة التدريب والاشراف الفنى والادارى الكامل على الفريق الأول لكرة القدم فى المدة من .... إلى ... نظر لما يتمتع به من الكفاءة فى التدريب والسمعة الطيبة ... على أن تكون له كافة الصلاحيات والاختصاصات فى اختيار الأجهزة الفنية والادارية والطبية المعاونة له وقيد اللاعبين والاستغناء عنهم دون تدخل فى هذه الاختصاصات وتلك الصلاحيات من جانب أحد وخلو العقد من تقرير أى حق للنادى فى توجيه التدريب أو الاشراف الفنى والإدارى المعهمود به إلى الطاعن أو فى الإشراف على طريقة قيامه بهذا العمل يدل على انتفاء عنصر التبعية القانونية فى هذا العقد وأنه عقد مقاولة وليس عقد عمل، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وأقام قضاءه على اعتبار أن العقد عقد عمل وأن من حق رب العمل تنظيم العمل فى منشآته فانه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه

(جلسة ١٩٩٠/١/١٦ الطعن رقم ٣٠٧٠ لسنة ٥٧ق)

ب- متى كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه فى خصوص تكييف العلاقة بين الطاعن والمطعون عليهما على ما قرره وكيل الطاعن أمام مكتب العمل من أنه استغنى عن خدماتهما لعدم حاجة العمل إليهما وعلى أن الفارق الوحيد بين عقدى العمل والمقاولة هو وجود حق الادارة والاشراف فى العقد الأول وانعدامه فى العقد الثانى وكانت هذه التقريرات التى عول عليها الحكم المطعون فيه ليس فيها ما يكشف عن حقيقة العلاقة القائمة بين الطرفين وأنها علاقة عمل استكملت عناصرها القانونية مما يعجز محكمة النقض عن مراقبة تطبيق القانون، فإنه يكون معيبا بالقصور مما يستوجب نقضه.

(جلسة ١٩٦٢/٣/٢١ الطعن رقم ٢٣٩ لسنة ٢٧ق س١٣ ص٣٢٤)

جـ- تكييف عقد العمل وتمييزه عن عقد المقاولة أو غيره من العقود هو بتوافر عنصر التبعية التى تتمثل فى خضوع العامل لاشراف رب العمل ورقابته، ولما كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أن المقاول من الباطن وعماله يعملون تحت سلطة الرقابة والتوجيه للمقاول الأصلى فيعتبرون عمالا تابعين له أخذا من أنه قدم لهم أخشابا لاستخدامها فى العمل مع أن هذا الأمر بمجرده لا =

واضحاً فى الفقرة الأولى من المادة ٦٧٦ مدنى، إذ يقول: «تسرى أحكام عقد العمل على العلاقة ما بين أرباب الأعمال وبين الطوافين والممثلين التجاريين والجوابين ومندوبى التأمين وغيرهم من الوسطاء، ولو كانوا مأجورين بطريق العمالة أو كانوا يعملون لحساب جملة من أرباب الأعمال، ما دام هؤلاء الأشخاص تابعين لأرباب العمل وخاضعين لرقابتهم»(١).

=ينفى عن العقد أنه مقاولة إذ من الجائز فى عقد المقاولة أن يقدم رب العمل للمقاول أدوات لاستخدامها فى عمله بل وله أن يقدم المادة ذاتها التى تستخدم فى العمل محل المقاولة تطبيقا لنص المادة ٦٤٩ من القانون المدنى، وكان الحكم المطعون فيه لم يستظهر قيام علاقة التى يلزم لثبوتها بيان مدى خضوع المقاول من الباطن فى تنفيذ عمله لاشراف المقاول الأصلى فان الحكم المطعون فيه يكون مشوبا بالقصور والفساد فى الاستدلال مما أدى به إلى الخطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه.

(جلسة ١٩٨٢/٦/١٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٣ ص٧٠٧)

(١) هذا إلى أن المشروع التمهيدى للتقنين المدنى كان يتضمن نصاً صريحاً فى هذا المعنى، فكانت المادة ٩٣٣ من هذا المشروع تنص على ما يأتى: «يتميز عقد العمل عن عقد المقاولة بأنه يخول رب العمل حق توجيه ما يؤدى له من خدمات، أو على الأقل حق الإشراف على طريقة القيام بهذه الخدمات». وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة، والظاهر أن حذفه يرجع إلى أن تطبيق القواعد العامة تغنى عنه. وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى: «يعرض هذا النص لكيفية التمييز بين عقدى العمل والمقاولة، فيجعل معيار التفرقة مرتبطاً بمدى الحق لرب العمل فى توجيه ما يؤدى له من خدمات، أو على الأقل حقه فى الإشراف على طريقة القيام بهذه الخدمات. وهذا المعيار ثابت من مراجعة القضاء الدولى، فهو معمول به فى انجلترا منذ حكم القاضى Cromptom فى قضية Sadler V. Henloc. وقد حدده القاضى Fleteher Moulton فقال: إن الأمر يتعلق بظروف كل حالة، على أنه كلما كان حق الرقابة المقرر لرب العمل قوياً فعالا، غلبت على العلاقة القانونية صفة عقد العمل (راجع مجموعة أحكام القضاء الدولى فى العمل سنة ١٩٢٩ انجلترا ن٢٤). والقضاء الألمانى يجرى أيضاً على هذا المعيار، ويعتبر العقد عقد عمل كلما كانت هناك علاقة تبعية بين رب العمل والعامل (مجموعة القضاء الدولى فى العمل سنة ١٩٢٧ ألمانيا ن ٢و٣ – سنة ١٩٢٩ ألمانيا ن٥– سنة ١٩٣١ ألمانيا ن١٦)، وكذلك القضاء الفرنسى (مجموعة القضاء الدولى فى العمل سنة ١٩٢٩ فرنسا ن١٥ – سنة ١٩٣٣ فرنسا ن١٨ – سنة ١٩٢٨ فرنسا ن١٥– سنة ١٩٢٩ فرنسا ن١٣ و١٨ – سنة ١٩٣٠ فرنسا ن١٣– سنة ١٩٣٣ فرنسا ن٤٣– سنة ١٩٣٥ – سنة ١٩٣٦ فرنسا ن١٧)، وقضاء الولايات المتحدة (مجموعة القضاء الدولى فى العمل سنة ١٩٣٢ الولايات المتحدة ن٢٢)، والقضاء الإيطالى (مجموعة أحكام القضاء الدولى فى العمل سنة ١٩٢٨ إيطاليا ن١٠– سنة ١٩٢٩ إيطاليا ن٢٠– سنة ١٩٣٠ إيطاليا ن٢٧– سنة ١٩٣٢ إيطاليا ن٢٦– سنة ١٩٣٣ إيطاليا ن ٤٣). وقد قرر التقنين السويسرى أساساً آخر للتمييز بين العقدين، فذكر فى المادة ٢/٣١٩ أنه يعتبر العقد عقد عمل إذا لم يدفع الأجر بالساعة أو باليوم بل تبعاً للعمل المسلم، ما دام العامل استخدم لمدة ما محددة أو غير محددة. وقد يكون هذا المعيار أكثر تحديداً من المعيار الوارد بالمادة، لكنه فى الواقع لا يعبر عن المميز الحقيقى بين العقدين» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص١٠٥– ص١٠٧ فى الهامش).

٥- تمييز المقاولة عن الوكالة: تتفق المقاولة والوكالة فى أن كلا منهما عقد يرد على العمل، وهذا العمل يؤديه المقاول أو الوكيل لمصلحة الغير، ولكنهما يختلفان فى أن العمل فى عقد المقاولة هو عمل مادى (acte matériel)، أما العمل فى عقد الوكالة فهو تصرف قانونى (acte juridique). ويستتبع ذلك أن المقاول وهو يؤدى العمل المادى لمصلحة رب العمل لا ينوب عنه وإنما يعمل استقلالا، أما الوكيل وهو يقوم بالتصرف القانونى لمصلحة موكله يكون نائباً عنه ويمثله فى التصرف الذى يقوم به فينصرف أثر هذا التصرف إلى الموكل.

وللتمييز بين المقاولة والوكالة أهمية عملية تظهر فيما يأتى:

(١) المقاولة تكون دائماً مأجورة، ومتى عين الأجر لا يملك القاضى كقاعدة عامة تعديله. أما الوكالة فقد تكون مأجورة أو غير مأجورة، والأصل فيها أن تكون بغير أجر إلا إذا وجد اتفاق صريح أو ضمنى يقضى بأن يكون للوكيل أجر. وإذا كانت الوكالة مأجورة كان الأجر خاضعاً لتقدير القاضى (م٧٠٩ مدنى).

(٢) لما كان المقاول يعمل مستقلا عن رب العمل، فهو لا يخضع لإشرافه ولا يكون تابعاً له، ومن ثم لا يكون رب العمل مسئولا عن المقاول مسئولية المتبوع عن التابع. أما الوكيل فيعمل فى كثير من الأحيان بإشراف الموكل، وفى هذه الحالة يكون تابعاً له ويكون الموكل مسئولا عنه مسئولية المتبوع عن التابع[1].

(٣) لما كان المقاول لا ينوب عن رب العمل، فإن التصرفات التى يجريها لا ينصرف أثرها إلى رب العمل، وإذا كان هذا الأخير مسئولا مباشرة نحو من يتعاقد معهم المقاول من

---

(1) عرفت المادة ٦٤٦ من القانون المدنى المقاولة بأنها عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بأن يصنع شيئا أو أن يؤدى عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر. وإذ كان يبين مما تم الاتفاق عليه فى العقدين - موضوع الدعويين الأصلية والفرعية - أن الطرفين قد أفرغا فيهما جميع عناصر عقد المقاولة، إذ وقع التراضى بينهما على الشئ المطلوب من المطعون عليه صنعه وهو إقامة المبنى والأجر الذى تعهد به الطاعنان بوصفهما رب عمل، ولم يرد بأى منهما ما يدل على قيام المطعون عليه بالعمل تحت إشراف الطاعنين، أو بوصفه تابعا لهما أو نائبا عنهما وكان ما تعهد المطعون عليه بالقيام به فى كلا العقدين لم يتجاوز العمل المادى وهو محل المقاولة، فى حين أن محل الوكالة هو دائما تصرف قانونى - على ما أفصحت عنه المادة ٦٦٩ من القانون المدنى - فإنه لا يصح اعتبار العقدين سالفى الذكر عقدى وكالة ولا يغير من ذلك كون الطرفين يملكان العقار على الشيوع، إذ ليس من شأن هذه المشاركة أن تغير من صفة العقدين وأن تضفى على المطعون عليه صفة الوكيل مع صراحة نصوصهما فى أن نية الطرفين قد اتجهت إلى ابرام عقدى مقاولة، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر، وكيف العقدين بأنهما عقد وكالة، وأقام قضاءه فى الدعويين الأصلية والفرعية على هذا الأساس، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه.

(جلسة ١٩٧٢/٣/٩ الطعن رقم ١٤٣ لسنة ٣٧ق س٢٣ ص٣٧٦)

عمال ومقاولين من الباطن فإن هذه المسئولية لا تجاوز القدر الذى يكون رب العمل مديناً به للمقاول الأصلى وقت رفع الدعوى (م٦٦٢ مدنى). أما الوكيل، فلأنه ينوب عن الموكل، فإنه يلزمه بتصرفاته، وينصرف أثر هذه التصرفات مباشرة إلى الموكل، ولا شئ منها ينصرف إلى الوكيل.

(٤) المقاول مضارب، وهو معرض للمكسب والخسارة، وإذا أصيب بضرر بسبب تنفيذ العمل فلا شأن لرب العمل بذلك، ويتحمل المقاول وحده هذا الضرر. أما الوكيل فإنه لا يضارب ولا يعرض نفسه لمكسب أو خسارة، فهو إما أن يقوم بعمله تبرعاً وإما أن يأخذ أجراً مناسباً للعمل، وإذا أصيب بضرر بسبب تنفيذ الوكالة فقد قضت المادة ٧١١ مدنى بأن «يكون الموكل مسئولا عما أصاب الوكيل من ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذاً معتاداً»(١).

(٥) المقاولة فى الأصل عقد لازم، أما الوكالة فهى فى الأصل عقد غير لازم ويجوز عزل الوكيل أو تنحيه فى أى وقت.

(٦) لا تنتهى المقاولة بموت رب العمل أو بموت المقاول إلا إذا كانت شخصيته محل اعتبار، وتنتهى الوكالة بموت الموكل أو بموت الوكيل(٢).

---

(١) ويترتب على ذلك أن المقاول يتحمل تبعة استحالة تنفيذ العمل بسبب أجنبى، وإذا هلك الشئ بسبب حادث مفاجئ قبل تسليمه لرب العمل فليس للمقاول أن يطالب لا بثمن عمله ولا برد نفقاته، ويكون هلاك المادة عليه إذا كان هو الذى وردها (م١/٦٦٥ مدنى). أما الوكيل فلا يتحمل هذه التبعة، وعلى الموكل أنه يرد إليه ما أنفقه فى تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الإنفاق وأن يعطيه الأجر الذى يستحقه مهما كان حظ الوكيل من النجاح فى تنفيذ الوكالة، حتى لو لم يحقق الغرض المقصود منها (م٧١٠ مدنى).

(٢) انظر فى هذه الفروق بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ١١١- ويضيفون الفرق الآتى: المقاولة تضفى على المقاول صفة التاجر، أما الوكالة فلا تضفى هذه الصفة على الوكيل. وهذا يرجع إلى ما قدمناه من أن المقاول مضارب، والمضاربة من خصائص التجارة.

وهناك فروق أخرى أقل أهمية منها: (أ) إذا تعدد الوكلاء كانوا مسئولين بالتضامن (م١/٧٠٧ مدنى)، أما إذا تعدد المقاولون فلا يكونون مسئولين بالتضامن إلا إذا اتفق على ذلك. (ب) إذا تعدد الموكلون كانوا متضامنين قبل الوكيل فى تنفيذ الوكالة (م٧١٢ مدنى)، أما إذا تعدد أرباب العمل فلا يكونون متضامنين قبل المقاول إلا باتفاق خاص. (جـ) للموكل ولنائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر (م٣/٧٠٨ مدنى)، أما رب العمل والمقاول من الباطن فلا رجوع لأحد منهما مباشرة على الآخر فيما عدا أن المقاول من الباطن له الرجوع مباشرة على رب العمل بما لا يجاوز القدر الذى يكون به رب العمل مديناً للمقاول الأصلى (م١/٦٦٢ مدنى) - انظر فى ذلك بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٤٠٠- كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٠٨٦ - محمد لبيب شنب فقرة ٢٤ ص٣٢ هامش١.

وقد تلتبس المقاولة بالوكالة، وبخاصة فى العقود التى تبرم مع أصحاب المهن الحرة، كالطبيب والمحامى والأستاذ والمحاسب والمهندس. وقد جرى القضاء الفرنسى منذ عهد بعيد على اعتبار هذه العقود عقود وكالة، لا عقود مقاولة أو عقود عمل. ذلك أن المقاولة وعقد العمل يوصفان فى القانون الفرنسى كما قدمنا بأنهما عقدا إيجار للعمل، فأراد القضاء الفرنسى أن يرتفع بأصحاب هذه المهن الحرة عن أن يكونوا أجراء لأصحاب العمل، وآثر أن يجعلهم وكلاء عنهم فيكون العقد الذى يربط صاحب المهنة الحرة برب العمل عقد وكالة لا عقد مقاولة[1]. ولكن هذه النظرة خاطئة، فالأعمال التى يقوم بها أصحاب هذه المهن

---

(١) ويرجع الأمر فى ذلك إلى تقاليد القانون الرومانى، فهذا القانون كان يفرق بين الأعمال اليدوية ويعتبرها أعمالا حقيرة لا يزاولها إلا الأرقاء أو الأجراء الذين يرتبطون بعقد إجارة الأشخاص مع من يستأجر عملهم، وبين الأعمال العقلية وهذه لا تكون محلا لإجارة أشخاص بل محلا للوكالة رفعاً لشأنها ولشأن من يقوم بها عن أن يكون أجيرا، وكانت الوكالة فى القانون الرومانى لا تقتصر على التصرفات القانونية بل تمتد إلى الأعمال المادية. وترتب على ذلك أن صاحب المهنة الحرة فى القانون الرومانى لم يكن من حقه أن يتقاضى أجراً ملزماً، شأنه فى ذلك شأن الوكيل. ولكن القانون الرومانى لم يثبت على هذا النهج، وانتهى الأمر بالتحايل على أحكامه بالتسليم لصاحب المهنة الحرة أن يطالب بأتعاب عن عمله عن طريق دعوى غير عادية (perseentio extraorainario) لا عن طريق دعوى الوكالة (جيرار سنة ١٩٢٤ ص٦١٢ وما بعدها – مونييه سنة ١٩٤٨ ٢ فقرة ٣١ وما بعدها ص١٧٤). وقد تأثر الفقه الفرنسى فى نهاية القرن الماضى بالتقاليد الرومانية، فذهب بعض الفقهاء (أوبرى ورو الطبعة الخامسة ٤ فقرة ٣٧١ مكررة ص٣٨٨ – جيوار ٢ فقرة ٦٩٦ ص٢٦٠) إلى أن الأعمال العقلية من أدبية وفنية وعلمية لا يمكن أن تكون محلا لتعاقد ملزم، فلا يكون الطبيب أو المحامى ملزماً قبل عميله، كما لا يجبر العميل على دفع الأجر للطبيب أو المحامى، وذلك حتى لا يوضع العمل العقلى فى مستوى العمل اليدوى ولا ينحط العلم ليكون وسيلة للتجارة.

ولكن هذا الرأى يصطدم مع الواقع، فأصحاب المهن الحرة يعيشون من مهنتهم وما يكسبون من أجور فى ممارستها، ولا يحط من مكانة صاحب المهنة الحرة أن يؤجر على عمله. وقد أصبح الآن من المسلم أن التعاقد مع صاحب المهنة الحرة تعاقد ملزم للطرفين. وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يتضمن نصاً صريحاً فى هذا المعنى، فيعتبر التعاقد مع أصحاب المهن الحرة تعاقداً ملزماً ويعتبر أصحاب هذه المهن مقاولين، فكانت المادة ٢/٨٨٧ من هذا المشروع تجرى على الوجه الآتى: «وتعتبر دائماً شخصية المقاول محل اعتبار فى التعاقد إذا أبرم العقد مع أحد رجال الفن أو مع أحد المهندسين أو مع أحد مهندسى المعمار أو مع أحد مماثل لهؤلاء من الأشخاص الذين يزاولون مهنة حرة». وتنص المادة ٣/٦٢٤ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على ما يأتى: «والعقد الذى بموجبه يلتزم صاحب حرفة أو مهنة حرة تقديم خدماته لمن يتعاقدون معه، وكذلك العقود التى بموجبها يلتزم الأساتذة القيام بمهنتهم لمصلحة معهد أو شخص ما، تعد من قبيل إجارة الصناعة. ومن هذا القبيل أيضاً عقد النقل».

(انظر بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٧٧٧ وفقرة ٩٠٩ – بودرى وفال فى العقود الاحتمالية فقرة ٣٧٧ – فقرة ٣٧٩ – بيدان ١٢ فقرة ١٦٥– بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٠٢١ – چان=

الحرة هى أعمال مادية فى مجموعها لا تصرفات قانونية، إذ أن علاج الطبيب للمريض ودفاع المحامى عن الخصم وتعليم الأستاذ تلاميذه ووضع المهندس المعمارى للتصميمات والرسوم والمقايسات، كل هذه أعمال مادية، وإذا تميزت بشئ فإنما تتميز بأن ناحية الفكر فيها متغلبة. ولكن هذا لا يمنع من أن تكون أعمالا مادية لا تصرفات قانونية، وأن أصحابها إذ يقومون بها لمصلحة الغير إنما يربطهم بالغير عقد مقاولة أو عقد عمل لا عقد وكالة(1). ولا يحط من مقام أصحاب هذه المهن الحرة أن يكونوا مأجورين، لا سيما بعد أن تميز عقد المقاولة وعقد العمل عن عقد الإيجار بتسميتين خاصتين بهما، فلم يعودا عقدى إيجار للعمل كما كان يطلق عليهما فى الماضى. وقد يدخل فى عمل صاحب المهنة الحرة، لا سيما المحامى والمهندس المعمارى، بعض تصرفات قانونية، فيكون العقد وكالة فيما يتعلق بهذه التصرفات ومقاولة فيما يتعلق بالأعمال المادية. وإذا تعذر تطبيق أحكام الوكالة وأحكام المقاولة فى وقت معاً، نظر إلى العنصر الغالب، فقد يكون عنصر الأعمال المادية فتطبق أحكام المقاولة، أو يكون عنصر التصرفات القانونية فتطبق أحكام الوكالة.

ونستعرض، تطبيقاً لما تقدم، العقد مع الطبيب، ومع المحامى، ومع المهندس المعمارى.

فالعقد مع الطبيب هو عقد مقاولة فى الغالب[1] إذ هو اتفاق بين الطبيب والمريض

= سافاتييه دراسة فى المهنة الحرة رسالة من بواتييه سنة ١٩٤٧ – وانظر فى القضاء الفرنسى نقض فرنسى ٣ مارس سنة ١٩٢٦ داللوز ١٩٢٧–١– ٩٣– ١٧ مارس سنة ١٩٣٧ داللوز الأسبوعى ١٩٣٧ –٢٨٥– ليون ٧ ديسمبر سنة ١٩٠٩ داللوز ١٩١٣– ٣–٧٣).

(١) ويكون عقد عمل إذا كان الطبيب خاضعاً لإشراف عميله من الناحية الإدارية وإن كان مستقلا من الناحية الفنية. كما إذا كان الطبيب يعمل فى مؤسسة أو فى مستشفى، فالاستقلال الفنى لا يمنع الخضوع الإدارى أو التنظيمى.

(1) عرف المشرع المقاولة فى المادة ٦٤٦ بأنها «عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بأن يصنع شيئاً أو أن يؤدى عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر» وأورد بالمواد التالية التزامات المقاول وجعل قواعد المسئولية عن تهدم البناء وسلامته شاملة المهندس المعمارى والمقاول على حد سواء ما لم يقتصر عمل المهندس على وضع التصميم فلا يكون مسئولا إلا عن العيوب التى أتت منه، وبين طريقة تحديد أجر كل منهما بما فى ذلك أجر المهندس إذا لم يتم العمل بمقتضى التصميم الذى وضعه، فإن المستفاد من ذلك – وعلى ما جاء بالمذكرة الايضاحية للقانون المدنى فى هذا الخصوص – أن المشرع أراد تنظيم عقد المقاولة لتلائم قواعده التطور الذى وصلت إليه أعمال المقاولات فى صورها المختلفة، وأنه إنما أورد القواعد المتعلقة بالمهندس المعمارى ليعتبر عمله بوضع التصميم والمقايسة ومراقبة التنفيذ من نوع الأعمال المادية للمقاولات يندرج فى صورها، وأن اختلاط ناحية الفكر بهذه الأعمال لا يمنع من إعتبارها من قبيل الأعمال المادية لا من قبيل التصرفات القانونية فلا يتغير بذلك وصف العقد من المقاولة إلى الوكالة مما يوجب تطبيق أحكام المقاولة عليه.

(جلسة١٩٦٧/٥/١٦ الطعن رقم ٢٢٣ لسنة ٣٣ق س١٨ ص١٠٠٥)

على أن يقوم الأول بعلاج الثانى فى مقابل أجر معلوم، والعلاج عمل مادى ولا ينفى ماديته أن يكون عملا عقلياً، فهو إذن ليس بتصرف قانونى. ومن ثم تتوافر مقومات عقد المقاولة فى هذا الاتفاق. وإنما يتميز العقد مع الطبيب عن عقود المقاولة الأخرى بخصائص أهمها: (١) الالتزام الذى يعقده الطبيب هو التزام ببذل عناية لا التزام بتحقيق غاية، لأنه إنما يتعهد ببذل العناية الواجبة فى علاج المريض ولا يتعهد بتحقيق الغاية من العلاج وهو شفاء المريض. وأغلب عقود المقاولة يلتزم فيها المقاول بتحقيق غاية لا ببذل عناية، كتشييد البناء ووضع التصميم وعمل المقايسة ونحو ذلك. (٢) التعاقد مع الطبيب لوحظت فيه شخصيته، ومن ثم إذا مات انتهى العقد، بخلاف موت المقاول فى كثير من عقود المقاولة الأخرى فإنه لا ينهى المقاولة. وتنص المادة ٦٦٦ مدنى فى هذا الصدد على أن «ينقضى عقد المقاولة بموت المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار فى التعاقد، فإن لم تكن محل اعتبار فلا ينتهى العقد من تلقاء نفسه». ويترتب كذلك على اعتبار شخصية الطبيب أنه لا يجوز له أن يكل علاج المريض لطبيب آخر، فى حين يستطيع المقاول أن يقاول من الباطن. (٣) العقد مع الطبيب غير لازم لا من جهة المريض ولا من جهة الطبيب، فيستطيع المريض أن يرجع فيه ولا يرغم على أن يبقى تحت علاج طبيب لا يريده أو أصبح لا يثق فيه، وكذلك يستطيع الطبيب أن يرجع فى العقد ولا يمكن إكراهه على المضى فى علاج لم يعد يرضى الاستمرار فيه. وهذه الخصائص التى تميز العقد مع الطبيب حملت بعض الفقهاء على أن تنكر على هذا العقد أنه عقد مقاولة وتعتبره عقداً غير مسمى[١]، وأخذت بهذا الرأى محكمة النقض الفرنسية[٢]. على أنه ليس فى هذه الخصائص شئ يتعارض مع طبيعة عقد المقاولة حتى يخرج العقد مع الطبيب عن هذا النطاق. فعقد المقاولة كما يكون محله التزاماً بتحقيق غاية، كذلك يجوز أن يكون محله التزاماً ببذل عناية. فالأستاذ إذا تعهد بتحضير تلميذه لامتحان معين لقاء أجر معلوم يكون قد أبرم عقد مقاولة ومع ذلك لم يلتزم إلا ببذل عناية، إذ هو لم يلتزم بتحقيق غاية هى أن ينجح التلميذ فى الامتحان، ويستحق الأستاذ الأجر نجح التلميذ أو لم ينجح. والمحامى الذى يترافع عن الخصم إنما يلتزم ببذل عناية، ويستحق أجره سواء كسب الدعوى أو خسرها. وكذلك الطبيب يستحق الأجر شفى المريض أو لم يشف، لأن الطبيب لم يلتزم بتحقيق غاية بل التزم ببذل عناية، ولا يمنع ذلك من أن يكون العقد مقاولة، كذلك لا يكون

---

(١) چان سافاتييه دراسة فى المهنة الحرة رسالة من بواتييه سنة ١٩٤٧ ص١٥- تعليق فالسمينى فى داللوز ١٩٢٧-١- ٩٣- حسن زكى الأبراشى فى مسئولية الأطباء والجراحين المدنية ص٩٨- إسماعيل غانم فى عقد العمل سنة ١٩٦١ ص١١٦ هامش١.

(٢) نقض فرنسى ١٣ يوليه سنة ١٩٣٧ سيريه ١٩٣٩-١-١٧- مع تعليق بريتون.

اعتبار شخصية الطبيب مانعاً من أن يكون التعاقد معه مقاولة، فكثيراً ما تعتبر شخصية المقاول فى عقود المقاولة حتى أن المادة ٦٦٦ مدنى واجهت هذا الفرض كما رأينا. كذلك نصت المادة ١/٦٦١ مدنى على أنه «يجوز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل فى جملته أو فى جزء منه إلى مقاول من الباطن إذا لم يمنعه من ذلك شرط فى العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفايته الشخصية». بقى أن العقد مع الطبيب غير لازم، وهذا أيضاً لا يمنع العقد من أن يكون مقاولة. فالمريض فى عقده مع الطبيب، كرب العمل فى المقاولة، يستطيع أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ فى أى وقت قبل إتمامه، على أن يعوض الطبيب عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما قام به من علاج. ويختلف عن رب العمل فى المقاولة العادية بأنه لا يعوض الطبيب ما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل (م١/٦٦٣ مدنى)، ذلك أن العقد مع الطبيب يقوم على الثقة الشخصية، وفى إجبار المريض على تعويض الطبيب ما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل تقييد خطير لحريته فى الرجوع عن العقد إذا قامت به أسباب جدية تحمله على ذلك، فوجب أن تكون حريته فى الرجوع عن العقد أوسع من حرية رب العمل فى التحلل من عقد المقاولة العادى. والطبيب كذلك فى عقده مع المريض، كالمقاول فى عقد المقاولة، له أن يرجع فى العقد على أن يكون مسئولا عن تعويض الضرر الذى يصيب المريض من جراء ذلك. وإذا كان رب العمل فى عقد المقاولة العادى يستطيع أن يطلب إنجاز العمل على نفقة المقاول، فذلك ما لا يستطيعه المريض، وهو حر فى أن يذهب إلى طبيب آخر يختاره، وكل ما يستطيع هو أن يرجع على طبيبه الأول بالتعويض، إذ لا يستطيع إكراهه على المضى فى العلاج إذا لم يرد الطبيب ذلك[1]. ويخلص مما تقدم أن العقد مع الطبيب هو عقد مقاولة، وهذا هو الرأى الغالب فى الفقه[2].

---

(١) انظر فى هذا المعنى رينيه وسافاتييه فى القانون الطبى فقرة ٣٠٠ ص٢٧١- حسن زكى الأبراشى فى مسئولية الأطباء والجراحين المدنية ص٩١- وديع فرج فى مسئولية الأطباء والجراحين المدنية مجلة القانون الاقتصاد ١٢ ص٤٣٠- محمد لبيب شنب فقرة ٣٢.

(٢) بيدان ١٢ فقرة ١٧٦ ص١٩١- بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٧٧٧ ص٢١ وفقرة ٩٠٩ ص١٤٣- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٣٧٧ ص١٨٧- ص١٨٨- دى باج ٤ فقرة ٨٤٧ ص٨٦٣ وفقرة ٨٤٩ ص٨٦٩- كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٠٨٥- چوسران ٢ فقرة ١٢٨٧ ص٦٧٥- تعليق بريتون على حكم محكمة النقض الفرنسية فى ١٣ يوليه سنة ١٩٣٧ سيريه ١٩٣٩-١-٢١٧- محمد كامل مرسى فقرة ٥٧٠ ص٤٧٦- أكثم أمين الخولى فى عقد العمل فقرة ٨٨ ص١٤٠- محمد لبيب شنب فقرة ٢٨- فقرة ٣٤- وانظر مصر المختلطة الجزئية ٥ مايو سنة ١٩٣٧ جازيت ٢٩ رقم ٤٢٨ ص٣٤٦.

أما العقد مع المحامى فيقع على خليط من الأعمال المادية والتصرفات القانونية. فالمحامى يقوم بعمل مادى عندما يقدم المشورة القانونية لعميله خارج مجلس القضاء، أو عندما يدافع عن مصالحه فى مجلس القضاء بالمرافعة الشفوية والمذكرات المكتوبة، وعندما يحرر له العقود والمستندات. وهو فى هذه الأعمال يعتبر مقاولا وتسرى عليه أحكام المقاولة[1]، ما لم يكن خاضعاً لإشراف عميله وإدارته التنظيمية كما لو كان محامياً لدى شركة أو مؤسسة فيكون العقد الذى ينظم علاقته بالشركة أو المؤسسة هو عقد عمل[2]. والمحامى يقوم بتصرفات قانونية نيابة عن عميله عندما يرفع الدعوى باسم هذا العميل، وعندما يقدم طلبات العميل ودفوعه فى الدعوى، وعندما يطعن باسم العميل فى الأحكام التى تصدر، وعندما يبرم اتفاقاً مع خصم عميله كما إذا عقد معه صلحاً، وعندما يصدر منه نيابة عن عميله إقرار أو تنازل أو يوجه يميناً حاسمة أو يرد هذه اليمين. وهو فى هذه التصرفات القانونية يعتبر وكيلا عن عميله، وتسرى عليه أحكام الوكالة. فإذا تعارضت أحكام الوكالة مع أحكام المقاولة ولم يمكن التوفيق بينهما. وجب ترجيح العنصر الغالب فى أعمال المحامى وهو عنصر الوكالة[3] وإعمال أحكام الوكالة دون أحكام المقاولة. فأجر المحامى عن أعماله المادية والقانونية مثلا يكون خاضعاً لتقدير القاضى كما تقضى أحكام الوكالة (م٢/٧٠٩ مدنى).

وعلى العكس من ذلك العقد مع المهندس المعمارى، فإن هذا العقد يقع هو أيضاً على خليط من الأعمال المادية والتصرفات القانونية فيجمع بين أحكام المقاولة وأحكام

---

(١) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٠٩ ص١٤٣- بيدان ١٢ فقرة ١٧٦ ص١٩١- كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢فقرة ١٠٨٥- مازو فى دروس القانون المدنى ٣ فقرة ١٢٣٤ ص١١٠٢- كرمييه فى مهنة المحاماة سنة ١٩٥٤ فقرة ١٠٢ ص١٠٦- محمد لبيب شنب فقرة ٣٥- فقرة ٣٦- نقض فرنسى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٠١ سيريه ١٩٠١- ١- ٢٧٣- إكس ١٤ يونيه سنة ١٩٠٥ داللوز ١٩١١-٢-١٨٥- باريس ١٩ يناير سنة ١٩٥٣ جازيت دى پاليه ١٩٥٣-١-٩٩- السين ٦ مايو سنة ١٩٤٢ جازيت دى پاليه ١٩٤٢-٢-٣٥.

ومن الفقهاء من يعتبر العقد هنا عقداً غير مسمى: چان ستافانييه فى رسالته فى المهنة الحرة ص٢١٣- ص٢١٥- إسماعيل غانم فى عقد العمل ص١١٦ هامش١.

(٢) محمد لبيب شنب فقرة ٣٦- ويكون العقد عقد عمل حتى لو لم يكن المحامى متفرغاً لأعمال المؤسسة أو الشركة (محمد لبيب شنب فقرة ٣٦- استئناف مصر ٢٤ مايو سنة ١٩٥٨ المدونة العمالية الدورية مجموعة سنة ١٩٦٠ رقم ٢٤ ص٥٠).

(٣) وكثيراً ما يخلع المشرع على المحامى صفة الوكيل، وعلى عميله صفة الموكل، وعلى العلاقة فيما بينهما صفة الوكالة أو التوكيل (انظر قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ المواد ٢٧ و٢٩ و٣٣ و٤٠ و٤١ - تقنين المرافعات المواد ٨١- ٨٩).

الوكالة[1]، ولكن عنصر المقاولة هو الغالب، فإذا تعارضت الأحكام وجب تطبيق أحكام المقاولة. ومن ثم لا يكون أجر المهندس المعمارى خاضعاً لتقدير القاضى[2]. وأهم الأعمال المادية التى يقوم بها المهندس المعمارى هى وضع التصميم والرسوم، وعمل المقايسات، والإشراف على التنفيذ. وقد يقوم ببعض التصرفات القانونية، كمحاسبة المقاول وإقرار الحساب، ودفع ما يستحقه المقاول فى ذمة رب العمل، وتسلم العمل من المقاول على أجزاء أو جملة واحدة بعد إنجازه. ويكون فى هذه التصرفات القانونية نائباً عن رب العمل[3]، ومن ثم تسرى أحكام الوكالة كما سبق القول.

٦- تمييز المقاولة عن البيع: ويظهر لأول وهلة أن المقاولة تتميز بسهولة عن البيع، فهى ترد على العمل والبيع يقع على الملكية. فالمقاول الذى يتعهد ببناء منزل يبرم عقد مقاولة. أما إذا بنى المنزل لحسابه ثم باعه بعد ذلك، فالعقد بيع.

---

(١) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩١٠ ص١٤٤ - بيدان ١٢ فقرة ١٧٨ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٣٧٤ هامش ١ (٣) وهامش ٤١ (٣) - أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind فقرة ٦٢- فقرة ٦٣- محمد لبيب شنب فقرة ٢٥- فقرة ٢٧- ويذهب بعض الفقهاء إلى أن العقد مقاولة لا وكالة (بودرى وفال ٢ فقرة ٣٨٦٩ - جلاسون فى تعليقه فى داللوز ١٩٠٦-١-٩- ديموج فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩١٢ ص١٩٨- Fraissaingea فى مسئولية المهندس المعمارى فقرة ٢٣ Corberand فى مسئولية المهندس المعمارى رسالة من باريس سنة ١٩٢٩- محمد لبيب شنب فقرة ٢٥- فقرة ٢٧- وانظر فى هذا المعنى نقض فرنسى ٢٥ مارس سنة ١٨٧٤ داللوز ٧٤-١-٢٨٥- ١٦ مايو سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٥-١-٣٥٢- مصر الكلية ٧ يناير سنة ١٩٥٧ قضية رقم ١٨٥٥ سنة ١٩٥٦ ومشار إلى الحكم فى إسماعيل غانم فى عقد العمل ص١١٦ هامش١)- ويذهب القضاء الفرنسى فى بعض أحكامه إلى اعتبار العقد وكالة (نقض فرنسى ١١ نوفمبر سنة ١٨٨٥ داللوز ٨٦-١-٣٩- ١٠ يونيه سنة ١٨٩٨ داللوز ٩٨-١-٣٦٧- ٣ نوفمبر سنة ١٩٢٦ داللوز ١٩٢٧-١-٧٧- ١٩ يونيه سنة ١٩٢٩ داللوز ١٩٣٠-١-١٦٩- باريس ١٥ يناير سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٤-٢-٧١- السين ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ داللوز ١٩٢٦-٢-١٥٧).

(٢) وإذا تعدد أرباب العمل أو تعدد المهندسون المعماريون فلا يكونون متضامنين، وذلك تطبيقاً لأحكام المقاولة لا لأحكام الوكالة (محمد لبيب شنب فقرة ٣٧).

(٣) ولا تفترض الوكالة فى أعمال المهندس المعمارى، فما لم يكن قد تلقى تفويضاً من رب العمل فى عمل معين فإنه لا يكون وكيلا له فيه، ومن ثم إذا وفى المهندس المعمارى المقاول مبلغاً من النقود دون أن يكون مفوضاً فى ذلك من رب العمل فإنه لا يلزم رب العمل بهذا الوفاء (بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩١٠ ص١٤٤- أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ١٢- محمد كامل مرسى فقرة ٥٧١ ص٤٧٧ - نقض فرنسى ٣ نوفمبر سنة ١٩٢٦ داللوز ١٩٢٧-١-٧٧- ٢٠ يوليه سنة ١٩٢٧ داللوز الأسبوعى ١٩٢٧-٤١٥- ١٩ ديسمبر سنة ١٩٢٨ جازيت دى باليه ٥ فبراير سنة ١٩٢٩).

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٦٤٧ مدنى على أنه «يجوز أن يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عمله على أن يقدم رب العمل المادة التى يستخدمها أو يستعين بها فى القيام بعمله». ولا شك فى أن العقد فى هذه الحالة – إذا قدم رب العمل المادة واقتصر المقاول على تقديم عمله – يتمحض عقد مقاولة لا شبهة فيه(١). وإنما تقوم الشبهة فى الفرض الآخر الذى نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٦٤٧ مدنى، إذ تقول: «كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معاً»(٢). فقد يقع أن يتعاقد شخص مع نجار على أن يصنع له مكتباً أو مكتبة أو أثاثاً ويقدم النجار الخشب من عنده، وهذا ما يحصل فى الغالب. ويقع أن يتعاقد شخص مع حائك على أن يصنع له ثوباً ويقدم الحائك القماش من عنده. والرسام يقدم عادة القماش والمادة التى يصور بها فيتعاقد على العمل والمادة معاً. وصانع السفينة يقوم هو أيضاً بتقديم الخشب والمواد اللازمة لصنع السفينة فيتعاقد على العمل والمادة. فهل يبقى العقد فى الأحوال المتقدمة الذكر عقد مقاولة، أو يكون عقد بيع واقع على شئ مستقبل هو الأثاث بالنسبة إلى النجار والثوب بالنسبة إلى الحائك والصورة بالنسبة إلى الرسام والسفينة بالنسبة إلى صانعها(٣).

---

(١) فيكون مقاولة العقد الذى يتعهد بموجبه شخص أن يصنع سجاير لآخر على أن يورد هذا للمقاول الدخان اللازم لصنع السجاير (بودرى وفال ٢ فقرة ٣٨٧٨– بيدان ١٢ فقرة ٧١٧– أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind فقرة ٢٠– نقض فرنسى ١٩ نوفمبر سنة ١٨٩١ داللوز ٩٢–١–٣٩٥– ١٦ يناير سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٢–١–٣٩٥– ٤ مايو سنة ١٨٩٤ (جنائى) داللوز ٩٤–١–٥٧٢).

(٢) ويسمى العقد بعقد الاستصناع (marché à façon): انظر فى هذا العقد دافيد فى عقد الاستصناع رسالة من باريس سنة ١٩٣٧ ص٢٢١.

(٣) وللقول بأن العقد مقاولة أو بيع شئ مستقبل أهمية عملية تتبين فى الوجوه الآتية: (أ) يجوز لرب العمل أن يتحلل من عقد المقاولة ويقف التنفيذ فى أى وقت قبل إتمامه على أن يعوض المقاول (م٦٦٣ مدنى)، أما البيع فهو ملزم لا يجوز التحلل منه بإرادة أحد الطرفين المنفردة. (ب) فى البيع تسرى الفوائد عن الثمن من يوم إعذار المشترى بدفعه أو من يوم تسليم المبيع إليه إذا كان قابلا لإنتاج ثمرات أو إيرادات أخرى (م١/٤٥٨ مدنى)، أما فى المقاولة فلا يستحق المقاول فوائد على الأجر المستحق له إلا من يوم المطالبة القضائية طبقاً للقواعد العامة. (ج) للبائع حق امتياز على المبيع ولو كان منقولا، أما فى المقاولة فلا امتياز للمقاول إلا إذا كان العمل تشييد بناء أو منشآت أخرى أو إعادة تشييدها أو ترميمها أو صيانتها (م١١٤٨ مدنى). (د) فى البيع لابد من الاتفاق على الثمن وإلا كان البيع باطلا، أما فى المقاولة فإذا لم يحدد الأجر لم تكن المقاولة باطلة ووجب الرجوع فى تحديد الأجر إلى قيمة العمل ونفقات المقاول (م٦٥٩ مدنى).

انظر فى ذلك بودرى وفال ٢ فقرة ٣٨٧٠ – محمد لبيب شنب فقرة ١٠ ص١٥ هامش ١.

انقسمت الآراء فى هذه المسألة. فرأى يذهب إلى أن العقد مقاولة دائماً[1]، والمادة ليست إلا تابعة للعمل. وتكون المقاولة فى هذه الحالة ملزمة للصانع بصنع الشئ المطلوب فتقع على العمل، وهى فى الوقت ذاته تقع على الشئ المصنوع فتنقل ملكيته إلى رب العمل ولا تخرج مع ذلك عن نطاق المقاولة، إذ أن «تملك رب العمل للشئ الذى صنعه المقاول ليس إلا نتيجة ضرورية لازمة لكون المقاول يقوم بالصنع لحساب رب العمل، والعقود الواردة على الملكية لا تقتصر على البيع فهناك الشركة والقرض والدخل الدائم والصلح، وكذلك المقاولة إذا اتخذت صورة الاستصناع بأن كان محلها صنع شئ من مواد يقدمها المقاول»[2]. والقول بأن المقاولة تنقل ملكية الشئ المصنوع إلى رب العمل مع بقائها مقاولة يجعل للمقاولة طبيعة أخرى تختلف تماماً عن طبيعتها باعتبارها عقداً يرد على العمل. ولم يقل أحد قبل ذلك إن المقاولة قد ترد على الملكية فتنقلها، وهى إذا وردت على الملكية فنقلتها فذلك إنما يكون إما لأنها اندمجت فى عقد آخر أو اختلطت بعقد آخر. وهذا العقد الآخر الذى نقل الملكية فى نظير مقابل لا يمكن إلا أن يكون بيعاً إذا كان المقابل نقوداً، أو إلا أن يكون مقايضة إذا كان المقابل غير نقود. وإذا كان صحيحاً أن المشرع فى نصوص متفرقة قد أجاز أن يتعهد المقاول بصنع شئ يقدم فيه العمل والمادة (م٢/٦٤٧ مدنى)، وأنه فى هذه الحالة يكون مسئولا عن جودة المادة وعليه ضمانها لرب العمل (م٦٤٨)، فليس معنى ذلك أن المقاولة تبقى مقاولة محضة فى هذه الظروف، ولا يوجد ما يمنع من أن تختلط المقاولة بعقد آخر هو الذى يقع على المادة دون العمل ويصح القول مع ذلك إن المقاول هو الذى قدم المادة، ويكون له بذلك دوران، دور البائع الذى قدم المادة، ودور المقاول الذى قدم العمل.

ورأى ثانٍ يذهب إلى أن العقد هو بيع شئ مستقبل[3]. وهذا الرأى لا يدخل فى

---

(١) وإلى هذا الرأى ذهبت بعض أحكام القضاء فى فرنسا، مستندة إلى أن المادة ١٧٨٧ مدنى فرنسى لا تميز بين ما إذا كان الذى قدم المادة هو رب العمل أو الصانع (وسنرى فيما يلى أن هذه المادة تضمن مشروعها فى إحدى مراحله التشريعية فقرتين أخريين، تقضى فقرة منهما بأن العقد مقاولة إذا قدم المادة رب العمل، وتقضى الفقرة الأخرى بأن العقد بيع إذا كان الصانع هو الذى قدم المادة، فحذفت هاتان الفقرتان، وحذفهما فى نظر أصحاب هذا الرأى دليل على العدول عن هذا التفريق وعلى اعتبار أن العقد مقاولة فى الحالتين): نقض فرنسى ٢٠ فبراير سنة ١٨٨٣ داللوز ٨٤-١-٣٢- ١٨ أكتوبر سنة ١٩١١ داللوز ١٩١٢-١-١١٣ مع تعليق بلانيول - أول أغسطس سنة ١٩٢٩ سيريه - ١٩٣٠- ١- ١٧٥- ليون ٢٣ ديسمبر سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٣-٢-٢٢٩- نانسى أول يونيه سنة ١٩٢٦ جازيت دى باليه ١٩٢٦- ١-٣٦٠.

(٢) محمد لبيب شنب فقرة ١٥.

(٣) وهذا ما يذهب إليه كثير من الفقهاء فى فرنسا (لوران ٢٦ فقرة ٥- بودرى وفال ٢ فقرة ٣٨٧٢- ليون كان ورينو ٥ فقرة ١٥٢- هيك ١٠ فقرة ٦- جيوار ٢ فقرة ٧٧٢- ريبير فى القانون البحرى=

الاعتبار أن المقاول إنما تعاقد أصلا على العمل، والمادة إنما جاءت تابعة للعمل. ولو كان المقاول قصد أن يبيع شيئاً مصنوعاً، لجاز له أن يقدم لرب العمل شيئاً يكون قد صنعه قبل العقد. وهو إذا فعل، وقبل منه رب العمل ذلك، فإن ملكية هذا الشئ المصنوع من قبل لا تنتقل بموجب العقد الأصلى، وإنما تنتقل بموجب عقد جديد يكيف على أنه بيع، لا لشئ مستقبل، بل لشئ حاضر.

ورأى ثالث يذهب إلى أن العقد يكون مقاولة أو بيعاً بحسب نسبة قيمة المادة إلى قيمة العمل[1]. فإن كانت قيمة العمل تفوق كثيراً قيمة المادة، كالرسام يورد القماش أو الورق الذى يرسم عليه، والألوان التى يرسم بها وهذه الخامات أقل بكثير من قيمة عمل الرسام، فالعقد مقاولة[2]. أما إذا كانت قيمة المادة تفوق كثيراً قيمة العمل، كما إذا تعهد

=الطبعة الثالثة ١ فقرة ٣١٩)، وتذهب إليه بعض أحكام القضاء الفرنسى (نقض فرنسى ٢٢ يوليه سنة ١٨٧٤ داللوز ٧٥-١-٣٠٣- ٧ أبريل سنة ١٨٨٦ داللوز ٨٦-١-٣٢٩- السين التجارية ٨ أبريل سنة ١٩٤٩ داللوز ١٩٥٠ الموجز ٦)، وبخاصة فى عقد صنع السفن (نقض فرنسى ١٧ مايو سنة ١٨٧٦ داللوز ٧٨-١-٩٧- ١٠ يوليه سنة ١٨٨٨ داللوز ٨٩-١-١٠٧- ٣١ أكتوبر سنة ١٩٠٠ داللوز ١٩٠١-١-٦٥).

ويستند هذا الرأى فى فرنسا إلى أن المادة ١٧١١ مدنى فرنسى تقضى بأن العقد يكون مقاولة إذا كانت المادة مقدمة من رب العمل. ويستخلص من هذا النص بمفهوم المخالفة أن العقد لا يكون مقاولة إذا كانت المادة مقدمة من الصانع، فيكون العقد إذن بيعاً. ويعزز أنصار هذا الرأى رأيهم بأن المادة ١٧٨٧ مدنى فرنسى - وهى تتحدث عن حالتين فى الأولى منهما يقدم المادة رب العمل وفى الأخرى يقدمها الصانع - كانت تشتمل فى مشروعها على فقرتين أخريين هما الفقرة الثانية والفقرة الثالثة، يجريان على الوجه الآتى: «٢- وفى الحالة الأولى (المادة يقدمها رب العمل) يتمحض العقد مقاولة. ٣- وفى الحالة الثانية (المادة يقدمها الصانع) يكون العقد بيع شئ بمجرد صنعه». وقد حذفت هاتان الفقرتان لأنهما أقرب إلى تقرير قواعد فقهية، فواضعو التقنين المدنى الفرنسى إذن يكيفون من الناحية الفقهية العقد الذى يقدم فيه الصانع المادة بأنه عقد بيع.

وقد استخلص أوبرى ورو من عبارة «يكون العقد بيع شئ بمجرد صنعه» أن العقد قبل صنع الشئ يكون مقاولة، فإذا ما تم صنعه تحول بيعاً (أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص٤٠٠ هامش ٢). وسنعود للإشارة إلى هذا الرأى فيما يلى.

(١) وهذا الرأى يستند إلى القاعدة التى تقضى بأن الفرع يتبع الأصل (acsessorium sequitur principale)، فإذا كان العمل هو الأصل تبعته المادة وكان العقد مقاولة، وإذا كانت المادة هى الأصل تبعها العمل وكان العقد بيعاً: بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٦- بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٩٩٢- كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٠٨٨- الهلالى وحامد زكى فقرة ٦٧ ص٦٨- عبد المنعم البدراوى فى البيع فقرة ٦٩ ص١٠٣- سليمان مرقس موجز البيع والإيجار فقرة ٢٤ ص٢٩- أنور سلطان فى البيع فقرة ٢١ ص٣١- منصور مصطفى منصور فى البيع والإيجار فقرة ١٢ ص٢٤- إسماعيل غانم ص٣٦- وقرب بودرى وفال ٢ فقرة ٣٨٧٤.

(٢) عكس ذلك بودرى وفال ٢ فقرة ٣٨٧٢ ص١٠٧٥.

شخص بتوريد سيارة بعد أن يقوم فيها ببعض إصلاحات طفيفة، فالعقد بيع[1]. وهذا هو الرأى الذى ذهبنا إليه عند الكلام فى البيع[2]. ونزيده هنا إيضاحاً فنقول إن الأمر ظاهر فى المثلين المتقدمين، حيث تصغر قيمة المادة إلى حد كبير بالنسبة إلى عمل الفنان فتكون تابعة للعمل ويكون العقد مقاولة، وحيث تكبر هذه القيمة إلى حد بعيد بالنسبة إلى العمل فى السيارة التى تحتاج إلى إصلاحات طفيفة فيكون العقد بيعاً. ولكن كثيراً ما يقع أن تكون للمادة قيمة محسوسة إلى جانب قيمة العمل، حتى لو كانت أقل قيمة منه، وذلك كالخشب الذى يورده النجار لصنع الأثاث والقماش الذى يورده الحائك لصنع الثوب، ويصبع العقد فى هذه الحالة مزيجاً من بيع ومقاولة، سواء كانت قيمة المادة أكبر من قيمة العمل أو أصغر، ويقع البيع على المادة وتسرى أحكامه فيما يتعلق بها، وتقع المقاولة على العمل وتنطبق أحكامها عليه[3].

---

(١) وتنص المادة ٢/٦٥٨ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على ما يأتى: «على أنه إذا كانت المواد التى يقدمها الصانع هى الموضوع الأصلى فى العقد ولم يكن العمل إلا فرعاً، كان هناك بيع لا استصناع». أما المقاول الذى يتعهد بإقامة مبنى، فإن كانت الأرض التى يقام عليها المبنى ملكاً لرب العمل كما هو الغالب فالعقد مقاولة أياً كانت قيمة مواد البناء بالنسبة إلى قيمة العمل، وإن كانت الأرض ملكاً للمقاول فالعقد بيع الأرض فى حالتها المستقبلة أى بعد أن يقام عليها المبنى (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٥ – الوسيط ٤ فقرة ١١ ص٣١).

ويجب هنا أن نستبعد رأياً يقول بأن الاستصناع يكون عقد مقاولة ابتداء وعقد بيع انتهاء، فهو مقاولة قبل أن يتم صنع الشئ فإذا ما تم صنعه وسلم إلى رب العمل انقلب بيعاً (أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص٤٠٠ هامش٢). فالعقد لا تتغير طبيعته بمجرد تنفيذه، وطبيعة العقد إنما تتحدد وقت انعقاده. فإذا ما تحددت بقيت دون تغيير قبل التنفيذ وبعده (دائيد فى عقد الاستصناع ص٣٦– جيوار ٢ فقرة ٧٧٣ ص٣٤٢– بودرى وفال ٢ فقرة ٣٨٧٢ ص١٠٧٥– كوست فى التكييف القانونى لعقد المقاولة رسالة من تولوز سنة ١٩١٣ ص١٠٤– محمد لبيب شنب فقرة ١٢). على أن أوبرى ورو القائلين بهذا الرأى يقرران مع ذلك أن عقد المقاولة تبقى بعض أحكامه سارية حتى بعد تنفيذ العقد وتسليم الشئ المصنوع إلى رب العمل، ومن هذه الأحكام ضمان الصانع لعمله فهذا الضمان تسرى عليه أحكام عقد المقاولة (أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص٤٠٠ هامش٢). والاستناد إلى نص الفقرة الثالثة المحذوفة من مشروع المادة ١٧٨٧ مدنى فرنسى – وهى التى تقول: «يكون العقد بيع شئ بمجرد صنعه»– لا يجدى، إذ المقصود أن البيع يقع على شئ عند تمام صنعه، أى على شئ مستقبل (بودرى وفال ٢ فقرة ٣٨٧٢ ص١٠٧٥).

(٢) الوسيط ٤ فقرة ١١.

(٣) انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩١٢ ص١٤٧– ص١٤٨– وقرب بيدان ١٢ فقرة ١٨١– بلانيول فى تعليقه فى داللوز ١٩١٢–١–١١٣– محمد كامل مرسى فقرة ٥٧٣ ص٤٧٩.

ويترتب على أن العقد مزيج من البيع والمقاولة أن الشئ المصنوع تنتقل ملكيته إلى رب العمل بمجرد=

٧- تمييز المقاولة عن الوديعة: المقاولة ترد على عمل يقوم به شخص لآخر، أما الوديعة فترد على نوع معين من العمل هو حفظ الشئ لمصلحة المودع ورده إليه عيناً. والأصل فى الوديعة أن تكون بغير أجر (م٧٢٤ مدنى)، وإذا اتفق على أجر فهو عادة أجر زهيد يكافئ ما بذله المودَع عنده من جهد فى حفظ الوديعة دون أن يبغى كسباً من وراء ذلك فهو ليس بمضارب، أما المقاولة فهى عقد من عقود المضاربة يبغى المقاول من ورائها الكسب، ويغلب أن تكون هذه هى مهنته التى يتعيش منها، ومن ثم تكون المقاولة دائماً بأجر والأجر غير زهيد حتى يكافئ ما يتعرض له المقاول من النفقات والتبعات والخسائر. ومن أجل ذلك تكون مسئولية المودَع عنده أخف عادة من مسئولية المقاول، ولكل من المودِع والمودَع عنده أن يتحلل من العقد قبل انقضاء أجله ما لم يكن الأجل فى مصلحة الطرف الآخر (م٧٢٢ مدنى)، أما المقاولة فالتحلل منها مقيد بالتعويض (م٦٦٣ مدنى).

على أن الوديعة المأجورة قد تشتبه بالمقاولة، إذ المودَع عنده فى هذه الحالة يقوم بعمل لمصلحة الغير، هو حفظ الشئ المودَع، لقاء أجر معلوم، فتقترب الوديعة من المقاولة[١]. ولكن المودع عنده، حتى فى الوديعة المأجورة، ليس بمضارب ولا يبغى الكسب من وراء الأجر كما قدمنا، بخلاف المقاول. على أن هناك من الودائع المأجورة ما يقترب من المقاولة إلى حد بعيد، وذلك فيما يدعى بعقود الحفظ (contrats de garde) المهنية حيث يتخذ الشخص الوديعة المأجورة حرفة له فيكون فى هذه الحالة مضارباً يبغى الكسب، وذلك كالمصرف الذى يؤجر خزانته ليودع العميل فيها أشياءه الثمنية (location des coffres-forts)، وكصاحب الجراج العام بالنسبة إلى السيارات التى تودع عنده. وقد قدمنا عند الكلام فى الإيجار[٢] أنه حدث أخيراً تحول فى الفقه والقضاء، ورجح الرأى

=تمام صنعه تطبيقاً لأحكام البيع، فإذا استولت عليه الإدارة كان التعويض مستحقاً لرب العمل لا للصانع (باريس ٢٤ مايو سنة ١٩٤٤ داللوز ١٩٤٤- ٩٩). وإذا هلك الشئ المصنوع قبل التسليم فالهلاك على الصانع، وذلك تطبيقاً أيضاً لأحكام البيع التى تجعل تبعة الهلاك قبل التسليم على البائع، وتتفق هذه الأحكام هنا مع أحكام المقاولة إذ الهلاك على المقاول قبل التسليم (م١/٦٦٥ مدنى): أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص٤٠٣- ص٤٠٤. ولكن الصانع يضمن العمل الذى أنجزه ضمان المقاول، وتسرى هنا أحكام المقاولة لا أحكام البيع.

وهناك رأى يذهب إلى أن الاستصناع ليس مقاولة ولا بيعاً، بل هو عقد غير مسمى (دافيد فى عقد الاستصناع رسالة من باريس سنة ١٩٣٧) ولا مانع من القول بأن هناك عقداً له مقومات تميزه عن غيره هو عقد الاستصناع، ولكن ذلك لا يعنى أنه عقد غير مسمى، فاسمه معروف وهو «عقد الاستصناع»، ولا يمنع من أن يكون عقد الاستصناع هذا ليس إلا مزيجاً من البيع والمقاولة.

(١) بودرى وفال ٢ فقرة ١٦٣٤.

(٢) انظر الوسيط ٦ فقرة ١٠.

الذى يكيف عقود الحفظ هذه بأنها عقود وديعة مأجورة. وهى، حتى بهذا التكييف، تقرب كثيراً من عقود المقاولة كما سبق القول.

وهناك عقود مقاولة تتضمن الوديعة. مثل ذلك أن يدفع شخص بسيارته إلى جراج لإصلاحها، فصاحب الجراج فى تعهده بإصلاح السيارة يبرم عقد مقاولة، وهو فى الوقت ذاته يحفظ السيارة فى الجراج المدة اللازمة لإصلاحها فتكون مسئوليته عن سرقة السيارة مسئولية المودع عنده[1]. ومثل ذلك أيضاً أن يقدم رب العمل للمقاول المادة التى يستخدمها هذا الأخير فى العمل، فيكون العقد مقاولة بالنسبة إلى العمل ووديعة بالنسبة إلى المادة التى قدمها رب العمل. ويذهب كثير من الأحكام فى فرنسا إلى أن عقد الوديعة يجتمع فى هذه الحالة مع عقد المقاولة، وتسرى على كل منهما أحكامه[2]. ولكن الصحيح أن العقد هنا هو عقد مقاولة فقط، وهى بطبيعتها تتضمن التزاماً بحفظ الشئ الذى يعمل فيه المقاول بعد تسلمه من رب العمل، ويكون مسئولا عن ضياعه باعتباره مقاولا لا باعتباره مودعاً عنده، إذ مسئوليته تنشأ من عقد المقاولة لا من عقد وديعة مقترن بها[3]. وقد نصت المادة ٦٨٥ مدني صراحة على هذا الالتزام بالحفظ فى عقد العمل، فأوجبت على العامل: «.. (جـ) أن يحرص على حفظ الأشياء المسلمة إليه لتأدية عمله..». ويمكن القول إن هذا الالتزام موجود أيضاً فى ذمة المقاول إذا ما تسلم شيئاً من رب العمل لتأدية عمله. ومن ثم يكون العقد الذى يتسلم بموجبه المدرب حصاناً لتدريبه عقد مقاولة لا عقد وديعة، وبموجب عقد المقاولة هذا يكون المدرب مسئولا عن المحافظة على الحصان[4]. وإنما يوجد عقد الوديعة إذا انتهى المقاول من عمله، ودعا رب العمل إلى تسلم الشئ فلم يتسلمه، وبقى الشئ فى حفظ المقاول فيكون العقد من ذلك الوقت عقد وديعة، أو إذا كان العقد هو فى الأصل عقد وديعة كوديعة السيارات فى جراج عام وتضمن القيام بأعمال ثانوية لا تحوله إلى مقاولة كتنظيف العربة وغسلها كل يوم[5].

٨- تمييز المقاولة عن الشركة: الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر بأن

---

(١) ليون ٣٠ يوليه سنة ١٩٤٦ داللوز ١٩٤٧- ٣٧٧ مع تعليق تونك.

(٢) أورليان ١٣ فبراير سنة ١٩٣٤ داللوز الأسبوعي ١٩٣٤- ٢٧٦- باريس ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٣٤ جازيت دى باليه ١٩٣٤-٢-٩٩٥- باريس أول مارس سنة ١٩٤٥ جازيت دى باليه ١٩٤٥ -١-٢٠٠- ليون ٣٠ يوليه سنة ١٩٤٦ داللوز ١٩٤٧ -٣٧٧ وهو الحكم السابق الإشارة إليه.

(٣) تونك فى تعليقه فى داللوز ١٩٤٧- ٣٧٧ وهو التعليق السابق الإشارة إليه - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩١٢ مكررة ص١٤٩.

(٤) بودرى وفال ٢ فقرة ١٦٣٤.

(٥) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩١٢ مكررة ص١٤٩.

يساهم كل منهم فى مشروع مالى بتقديم حصة من مال أو عمل، لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة (م٥٠٥ مدنى). ونرى من ذلك أن الشريك قد تكون حصته فى رأس المال هى التزامه بالقيام بأعمال تعود على الشركة بالفائدة، وقد يكون العمل مثلا هو الحصول على ترخيص أو على «تصاريح» للاستيراد أو نحو ذلك، فيدخل الشريك بهذا العمل حصة له فى الشركة على أن يتقاضى من أرباحها نسبة معينة(١). وهنا قد تلتبس المقاولة بالشركة، فإذا كان الشريك الذى دخل بالعمل حصة له يساهم فى أرباح الشركة وفى خسائرها، فالعقد شركة. أما إذا اشترط من يقدم العمل أن يأخذ من الشركة أجراً مقابل «تصاريح الاستيراد» التى حصل لها عليها مبلغاً معيناً، أو حتى نسبة فى أرباح الشركة دون أن يشارك فى الخسارة، فالعقد فى هذه الحالة لا يكون شركة بل يكون مقاولة، التزم فيها المقاول بالحصول على تصاريح الاستيراد لمصلحة الشركة، والتزمت الشركة أن تعطى المقاول أجراً على ذلك(٢).

والذى يميز الشركة عن المقاولة هو أن الشريك فى الشركة تكون عنده نية الاشتراك فى نشاط ذى تبعة، وهذه النية هى نية تكوين الشركة (affectio societatis) أو إرادة كل شريك فى أن يتعاون مع الشركاء الآخرين فى نشاط ينطوى على قدر من المخاطرة. أما المقاول فليست عنده هذه النية ولا يريد أن يتحمل مع الشركاء تبعة المخاطرة بحيث يساهم فى الأرباح وفى الخسارة، بل هو يقدم عملا معيناً ويتقاضى أجره على هذا العمل. ووجود نية تكوين الشركة فيكون العقد شركة، أو انعدام هذه النية فيكون العقد مقاولة. مسألة واقع يستقل بتقديرها قاضى الموضوع(٣)(1).

---

(١) الوسيط ٥ فقرة ١٨٦.

(٢) انظر فى التمييز بين الشركة والمقاولة بودرى وفال ٢ فقرة ١٦٣٣.

(٣) الوسيط ٥ فقرة ١٥٩.

(1) أنه لما كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه، ومن سائر أوراق الطعن أن المطعون ضده تعاقد مع الشركة الطاعنة على القيام بأعمال النجارة الخاصة بالتوسع فى مبنى ادارة الشركة لقاء مبلغ ... وأن الطاعنة استصدرت ترخيصا باسمها لشراء الأخشاب لصالح الشركة التجارية استلم بمقتضاها أخشابا قيمتها .... وقامت شركة الأخشاب بقيد باقى قيمة الشيك لحساب الشركة الطاعنة، فإن التكييف القانونى للتعاقد المبرم بين الطرفين أنه عقد مقاولة. ولما كان الثابت أن المطعون ضده لم يقم بتنفيذ الأعمال التى التزم بها بموجب عقد المقاولة المشار إليه رغم استلامه الأخشاب اللازمة لتلك الأعمال، وأن الطرفين اتفقا على فسخ العقد، فأنه يترتب على هذا التفاسخ اعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها، وحق للشركة الطاعنة أن تسترد الأخشاب التى تسلمها المطعون ضده بسبب عقد المقاولة ونفاذا له، لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر الصحيح فى القانون وكيف العلاقة بين الطرفين فيه بأنها عقد قرض أقرضت الشركة الطاعنة بموجب المطعون ضده ثمن الأخشاب التى نزلت عن ملكيتها مقابل قيمة الشيك الذى حرره لصالحها بمبلغ ... رغم عدم =

٩- تنوع الأعمال التى تكون محلا للمقاولة: رأينا أن المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدى عملا. فالمقاول إذن يتعهد بصنع شئ أو بأداء عمل، ولما كان صنع الشئ هو أيضاً عمل يؤديه الصانع، فالمقاول يتعهد دائماً بتأدية عمل. والعمل الذى يؤديه المقاول يختلف من مقاولة إلى أخرى اختلافاً بيناً، ويتنوع تنوعاً كبيراً. ويمكن تقسيم الأعمال التى يؤديها المقاول من نواح مختلفة: من ناحية طبيعة العمل ومن ناحية حجمه ومن ناحية نوعه.

فمن ناحية طبيعة العمل، قد يكون العمل غير متصل بشئ معين بل هو مجرد عمل، كنقل الأشخاص والطبع والنشر والإعلان والعلاج والمرافعة والتدريس والمحاسبة ونحو ذلك[1]. وقد يكون العمل متصلا بشئ معين. وهذا الشئ إما أن يكون غير موجود وقت العقد فيصنعه المقاول بمادة من عنده أو من عند رب العمل، فالنجار يصنع الأثاث بخشب من عنده أو من عند رب العمل، والحائك يخيط الثوب بقماش من عنده أو من عند العميل، والبناء يقيم البناء بمواد من عنده أو من عند رب العمل. وإما أن يكون الشئ موجوداً وقت العقد ويرد العقد عليه ليقوم المقاول بعمل فيه، كبناء يرممه أو يدخل فيه تعديلا أو يهدمه، وكحائط يدهنه، وكأثاث يجدده، وكسيارة يصلحها.

ومن ناحية حجم العمل، تتدرج المقاولات من صغيرة إلى كبيرة. فالأعمال التى تقدم بيانها فيها الكبير وفيها الصغير. فعمل النجار والحائك والسباك والحداد وأعمال المهن الحرة ونحوها تكون غالباً من المقاولات الصغيرة وتتدرج مع ذلك فى أهميتها. أما المقاولات الكبيرة، فهى عادة تشييد المبانى والمنشآت الثابتة الأخرى والمشروعات الكبيرة كالجسور والسدود والخزانات والترع والمصارف والطيارات والسفن والأسلحة الحديثة والذخائر. وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً فى هذا المعنى، فكانت المادة ٨٦٥ من هذا المشروع تجرى على الوجه الآتى: «١- يرد العقد إما على مقاولات صغيرة أو على مقاولات كبيرة، أو على مقاولات تتعلق بالمرافق العامة. ٢- ويقصد بالمقاولات الكبيرة مقاولات يكون محلها تشييد مبان أو منشآت ثابتة أخرى أو ما شابه ذلك من مشروعات

=وجود رصيد له، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد جانبه التوفيق فى إسباغ التكييف القانونى الصحيح على العقد المبرم بين الطرفين، وخالف المعنى الظاهر للعقد فيما استخلصه من نية المتعاقدين وما انعقد اتفاقهما عليه.

(جلسة ١٠/١٢/١٩٧٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٠ ص١٩٧).

(١) وقد يكون العمل مادياً كنقل الأشخاص والطبع والنشر، أو فنياً كالرسم والنحت والنقش والتصوير والتمثيل، أو علمياً كالمرافعة والعلاج والمحاسبة، أو أدبياً كالتأليف والمحاضرة والتدريس.

ضخمة تقوم على الأرض». وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة لأنه «مجرد تعداد»[1].

ومن ناحية جنس العمل، هناك من المقاولات ما أصبح معروفاً باسم خاص لانتشاره، فهناك مقاولات البناء وهى من الانتشار بحيث إذا أطلقت كلمة «المقاولة» انصرفت إليها. وقد وضعت القواعد العامة لعقد المقاولة منظوراً فيها بوجه خاص إلى مقاولات البناء، وإن كانت تنطبق على سائر المقاولات كما سنرى. وهناك التزام المرافق العامة، وعقود الأشغال العامة، وعقد النقل، وعقد النشر، وعقد الاعلان، وعقود المهن الحرة، وعقد النظارة. وهذه المقاولات ينفرد كل منها بخصائص معينة تميزها عن غيرها، وسنبحث طائفة منها بعد أن نبحث القواعد العامة التى تنطبق على جميع المقاولات.

١٠ - **التنظيم التشريعى لعقد المقاولة**: كان التقنين المدنى القديم، كما رأينا، يدمج عقد المقاولة وعقد العمل فى عقد الإيجار، ويسمى عقد الإيجار بإيجار الأشياء وعقد العمل بإجارة الأشخاص وعقد المقاولة بإجارة أرباب الصنائع. ففصل التقنين المدنى الجديد ما بين هذه العقود الثلاثة المتباينة، وسمى «إجارة أرباب الصنائع» باسمها الجديد وهو عقد المقاولة، للتدليل على مدى التطور الذى لحق هذا العقد وكيف تعددت أشكاله وصوره العملية فى الوقت الحاضر.

وقد كان التقنين المدنى القديم يسير على غرار التقنين المدنى الفرنسى، ويورد القواعد التقليدية فى هذا العقد على اعتبار أنه عقد ما بين مستصنع وصانع، ومركز الصانع بالنسبة إلى المستصنع يقرب كثيراً من مركز العامل بالنسبة إلى رب العمل. ولم يعد هذا الوضع يتمشى مع مقتضيات التطور، فقد تعددت أشكال المقاولة وصورها فى العمل، ووجب أن يكون التنظيم التشريعى لهذا العقد متلائماً مع التطور الذى وصل إليه.

وقد قسم التقنين المدنى الجديد النصوص المتعلقة بعقد المقاولة إلى قسمين. فى القسم الأول أورد القواعد العامة التى تنطبق على جميع المقاولات، ومنها مقاولات البناء. فاستبقى فيها معظم أحكام التقنين المدنى القديم، وأضاف إليها أحكاماً جديدة. فبعد أن عرف المقاولة، عرض لالتزامات المقاول فى حالتى ما إذا تعهد بتقديم العمل والمادة معاً أو تعهد بتقديم العمل فقط. وأورد بنوع خاص القواعد المتعلقة بمسئولية المهندس المعمارى والمقاول بالتضامن عن خلل البناء فى مدة عشر سنين. ووضع أحكاماً منظمة لهذه المسئولية من حيث شروطها وتوزيعها بين المسئولين. وانتفاؤها بالقوة القاهرة، وجواز الاتفاق على الإعفاء منها، وسقوطها بالتقادم. ثم عرض لالتزامات رب العمل، فى حالتى ما إذا

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٩- ص ١٠ فى الهامش.

أبرم عقد المقاولة بمقتضى مقايسة على أساس الوحدة أو أبرم العقد بأجر إجمالى على أساس تصميم اتفق عليه مع المقاول. وقرر للمهندس المعمارى أجراً مستقلاً عن وضع التصميم وعمل المقايسة، وآخر عن إدارة الأعمال. ثم عرض بعد ذلك للمقاولة من الباطن، فأجاز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل فى جملته أو فى جزء منه إلى مقاول من الباطن، وحدد العلاقة ما بين رب العمل والمقاول الأصلى والمقاول من الباطن، وجعل للمقاول من الباطن والعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول فى تنفيذ العمل دعوى مباشرة يطالبون بها رب العمل بما لا يجاوز القدر الذى يكون مديناً به للمقاول الأصلى وقت رفع الدعوى. ثم عرض أخيراً لانتهاء المقاولة، فأجاز لرب العمل أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ فى أى وقت على أن يعوض المقاول جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل. وجعل المقاولة تنتهى باستحالة تنفيذ العمل المعقود عليه، وبهلاك الشئ بسبب حادث مفاجئ قبل تسليمه لرب العمل، وبموت المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار فى التعاقد.

وفى القسم الثانى أورد التقنين المدنى الجديد القواعد المتعلقة بنوع خاص من المقاولات هو التزام المرافق العامة، فنظم العلاقة التى تقوم بين ملتزم المرفق العام وعميله، وأوجب على ملتزم المرفق أن يحقق المساواة التامة بين عملائه، وجعل لتعريفات الأسعار التى قررتها السلطة العامة قوة القانون بالنسبة إلى العقود التى يبرمها الملتزم مع عملائه، وجعل على عملاء المرافق العامة أن يتحملوا ما يلازم أدوات المرافق عادة من عطل أو خلل لمدة قصيرة، كهذا الذى تقتضيه صيانة الأدوات التى يدار بها المرفق[1].

---

(١) وهذا ما ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد:

«إن مجرد التغيير الذى تم فى عنوان هذا الفصل، وإبدال اسمه القديم – إيجار أهل الصنائع – باسم جديد هو عقد المقاولة، لكاف فى الدلالة على مدى التطور الذى لحق هذا العقد وتشعب نواحيه وتعدد أشكاله وصوره العملية فى الوقت الحاضر. فقد كان القصد قديماً من وضع أحكام هذا الفصل هو تنظيم العلاقة القانونية بين مستصنع وصانع يعهد إليه بعمل ما، مع هذه الخاصية، وهى أن مركز الصانع بالنسبة لمن يكفله بالعمل يقرب كثيراً من مركز العامل بالنسبة للسيد أو لرب العمل. ولذلك سارت المؤلفات القانونية قديماً على دراسة هذا العقد ملحقاً بعقد العمل. فنرى مجموعة داللوز (بند ٥٩٨) تبدأ كلامها عن عقد المقاولة، فى الجزء الذى خصصته له من باب عقد العمل، بهذه العبارة: «يتميز عقد المقاولة عن عقد العمل بأن السيد لا تكون له إدارة العمل، ولا تربطه بالصانع علاقة تبعية». ولهذا أيضاً نجد التقنين المصرى، أهلياً ومختلطاً، يتكلم عن عقد الاستصناع وعقد العمل فى باب واحد «إيجار الأشخاص وأهل الصنائع» – على أن هذه النظرية أصبحت لا تتمشى مع مقتضيات الحاجات الحاضرة، فقد تعددت أشكال المقاولة وصورها فى العمل، ووجب أن يكون التنظيم القانونى لهذا العقد من المرونة بحيث ينسجم مع الحالات المختلفة. نعم لقد حاول التقنين الحالى (السابق) ذلك فى المواد ٤٠٧ – ٤١٠/٤٩٧ – ٥٠١، ولكن المحاولة لم تكن كافية، وكان =

١١- خطة البحث: ونبحث عقد المقاولة فى بابين:

الباب الأول فى المقاولة بوجه عام، نورد فيه الأحكام العامة التى تسرى على جميع المقاولات. فنبحث فى الفصل الأول أركان المقاولة، وفى الفصل الثانى الآثار التى تترتب على المقاولة، وفى الفصل الثالث انتهاء المقاولة.

ثم نعرض فى الباب الثانى لبعض أنواع المقاولات. فنتكلم فى الفصل الأول فى التزام المرافق العامة، ونبحث فى الفصل الثانى القواعد الخاصة التى تسرى على بعض مقاولات أخرى هى عقد النشر وعقد الإعلان وعقود المهن الحرة وعقد النظارة.

=من الواجب أن يعرض المشروع، علاوة على الأحكام العامة، لبعض الصور الخاصة للمقاولة، إذ كيف يمكن القول بأن العلاقة التى تربط الشخص برسام يعهد إليه بعمل لوحة ما هى بعينها التى تربطه بمقاول يكلفه ببناء منزل - ويمتاز المشروع فى تنظيمه لهذا العقد بأن يراعى الاعتبارات السابقة، فهو بعد أن يعرف عقد المقاولة ويذكر صوره المختلفة مبيناً أنه قد يرد على مقاولات صغيرة أو على مقاولات كبيرة (هذا التمييز حذف فى لجنة المراجعة كما سبق القول) أو على مقاولات تتعلق بالمرافق العامة، يعرض للقواعد العامة التى تنطبق على كل أنواع المقاولات، ثم يتكلم أخيراً عن بعض القواعد الخاصة بأنواع معينة من المقاولات. على أنه يجب أن يلاحظ مبدئياً أن هذا التقسيم تقريبى لا محالة، لأن الانتقال من المقاولة الصغيرة - وهى الصورة التقليدية لعقد الاستصناع - إلى المقاولة الكبيرة إنما يتم بالتدريج. كذلك يلاحظ أنه لم يكن ممكناً أن يوضع إلى جانب الأحكام العامة تنظيم خاص لكل الأشكال العملية لعقد المقاولة، ولذلك اكتفى المشروع ببعض صوره الجارية، تاركاً للقاضى أمر تطبيقها وضبطها على الحالات الخاصة - وقد عنى المشروع فيما اعتبره من القواعد العامة ببيان التزامات كل من المقاول ورب العمل وأسباب انتهاء المقاولة، فاستبقى فيها معظم أحكام التقنين الحالى (السابق) وأضاف إليها أحكاماً جديدة. وفى القواعد الخاصة عنى ببعض أنواع المقاولات، ولا سيما مقاولات المبانى، فأورد بشأنها ما تضمنه التقنين الحالى (السابق) من مسئولية المهندس المعمارى والمقاول بالتضامن عن خلل البناء فى مدة عشر سنين، ووضع أحكاماً منظمة لهذه المسئولية من حيث شروطها وتوزيعها بين المسئولين، وارتفاعها بالقوة القاهرة، وجواز الاتفاق على الإعفاء منها، وسقوطها بالتقادم» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٥- ص٦).

الباب الأول
المقاولة بوجه عام

الفصل الأول
أركان المقاولة

١٢ – تطبيق القواعد العامة: أركان عقد المقاولة، كالأركان فى سائر العقود، ثلاثة: التراضى والمحل والسبب. ولا شئ يقال فى السبب فى خصوص عقد المقاولة، ونحيل فى ذلك إلى النظرية العامة فى السبب فى الجزء الأول من الوسيط. فيبقى التراضى والمحل. والمحل فى عقد المقاولة مزدوج، فهو بالنسبة إلى التزامات المقاول العمل الذى تعهد بتأديته بموجب عقد المقاولة، وهو بالنسبة إلى التزامات رب العمل الأجر الذى يدفعه للمقاول فى مقابل هذا العمل.

فالكلام فى أركان المقاولة يقتضى أن نعرض فى الفرع الأول للكلام فى التراضى، وفى الفرع الثانى للكلام فى المحل أى فى العمل والأجر.

الفرع الأول
التراضى فى المقاولة

١٣ – مبحثان: نبحث على التوالى: (١) شروط الانعقاد فى التراضى. (٢) شروط الصحة فى التراضى.

المبحث الأول
شروط الانعقاد

١٤ – توافق الإيجاب والقبول: يجب لانعقاد المقاولة أن يتطابق الإيجاب والقبول على عناصرها، فيتم التراضى بين رب العمل والمقاول على ماهية العقد والعمل الذى يؤديه

المقاول لرب العمل والأجر الذى يتقاضاه منه[1]. وقد رأينا أن المادة ٦٤٦ مدنى، وهى التى تعرف المقاولة، تذكر هذه العناصر صراحة إذ تقول: «المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدى عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر»[1]. ويكون ذلك خاضعاً للقواعد العامة المقررة فى نظرية العقد.

فيجوز التعبير عن التراضى صراحة أو ضمناً، ولا يشترط شكل خاص لأن المقاولة من عقود التراضى[2] كما سبق القول.

ويجب التراضى على ماهية العقد. فلو أن شخصاً تعهد أن يقوم بعمل لآخر ولم يعرض للأجر ولكنه أراد بتعهده أن يبرم عقد مقاولة فيتقاضى أجراً، وكان الآخر يعتقد أن الأول يقوم بالعمل دون أجر، لم يكن هناك عقد بين الطرفين، لا عقد غير مسمى كما كان يعتقد المتعاقد الآخر، ولا عقد مقاولة كما كان يعتقد المقاول الأول.

ويجب التراضى على العمل المطلوب تأديته، فيعين تعييناً كافياً على النحو الذى سنراه فيما يلى. فلو أن شخصاً اتفق مع صانع على صنع شئ يقدم رب العمل مادته، فلما قدمها تبين الصانع أن رب العمل يقصد شيئاً آخر غير الذى ظنه الصانع، فإن المقاولة لا تنعقد لعدم التراضى على العمل المطلوب تأديته.

ويجب التراضى على الأجر الذى يدفعه رب العمل للمقاول. وسنرى عند الكلام فى الأجر كيف يحدد. ويكفى هنا أن نذكر أن الأجر فى عقد المقاولة، كالأجرة فى عقد الإيجار، ليس من الضرورى أن يعين فى العقد. فإذا سكت المتعاقدان عن تعيين الأجر. لم تكن المقاولة باطلة لذلك، ويتكفل القانون بتعيين الأجر. وقد نصت المادة ٦٥٩ مدنى على أنه «إذا لم يحدد الأجر سلفاً، وجب الرجوع فى تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المقاول». وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام فى الأجر.

وإذا كان التراضى يصح أن يكون ضمنياً، فليس معنى ذلك أنه يفترض، بل يجب أن

---

(1) جرى قضاء محكمة النقض على أنه متى كانت جمعية المساكن لم تعلن وقت إبرام العقد أنها تعاقدت – مع المقاول – نيابة عن أعضائها، وكان لا يوجد فى نصوص العقد ما يمكن أن يفيد وجود نيابة صريحة أو ضمنية فإن أثر العقد ينصرف إلى الجمعية وليس إلى اعضائها ومن ثم تكون الجمعية وحدها هى صاحبة الحق فى مطالبة المقاول بتنفيذ التزاماته الناشئة عن هذا العقد وبالتالى لا يجوز قبول دعوى العضو بطلب ذلك إلا إذا أثبت أن حق الجمعية قد انتقل إليه بما ينتقل به الحق قانونا.

(جلسة ١٩٤٩/٤/٢٩ الطعن رقم ٥٣٣ لسنة ٣٤ق س٢٠ ص٦٩٢)

(١) انظر آنفاً فقرة ١.

(٢) وتنص المادة ٦٢٥ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على أ «تتم العقود المبينة فى المادة السابقة (عقد المقاولة وعقد العمل) بمجرد تراضى الفريقين».

يكون موجوداً، وعلى من يدعيه عبء إثباته. فإذا قام مهندس معمارى بوضع تصميم لبناء دون أن يكلفه رب العمل بذلك، وكان المهندس يأمل من وراء هذا أن يعجب التصميم رب العمل فيكلفه بتنفيذه، فإنه لا يجوز فى هذه الحالة أن يفترض أن هناك تراضياً من رب العمل والمهندس على عمل التصميم، حتى لو كان التصميم قد أعجب رب العمل فعلا وأراد تنفيذه. ولا يكون رب العمل ملزماً أن يدفع للمهندس أجراً على التصميم، لأنه لا يوجد عقد مقاولة يلزمه بذلك[1]. ولكن إذا نفذ رب العمل التصميم الذى وضعه المهندس، كان للمهندس، أن يرجع على رب العمل بدعوى الإثراء بلا سبب، لأن هذا الأخير قد أفاد من عمله، ولا يوجد عقد بينهما فلم يبق إلا الرجوع بدعوى الإثراء[2].

١٥- التصميم والمقايسة ودفتر الشروط: وعقد المقاولة، وبخاصة فى عقود المقاولات الكبيرة كمقالاوت البناء، يكون مصحوباً عادة بما يأتى: (١) التصميم (plan) الذى يجرى على مقتضاه العمل. (٢) المقايسة (devis) وهى بيان مفصل للأعمال الواجب القيام بها، والمواد الواجب استخدامها فى هذه الأعمال، والأجرة الواجب دفعها عن كل عمل، وأسعار المواد التى تستخدم. (٣) دفتر الشروط (cahier des charges) ويشتمل على شروط المقاولة بالتفصيل، وكيف يكون التنفيذ، والمواعيد التى تتم فيها الأعمال المختلفة، وغير ذلك من الشروط التى وضعها رب العمل فى الدفتر ويوافق عليها المقاول بإبرامه عقد المقاولة.

وليس من الضرورى أن توجد كل هذه الوثائق منفصلة بعضها عن الآخر، بل يجوز ألا يوجد إلا عقد المقاولة وحده، يتضمن عناصر العقد، ويشتمل في الوقت ذاته على بيان الأعمال المطلوب تأديتها بياناً كافياً يغنى عن التصميم، وعلى الأجر الواجب دفعه فلا تكون هناك حاجة لمقايسة منفصلة، وعلى جميع الشروط الواجب مراعاتها فى تنفيذ العقد فيغنى ذلك عن دفتر الشروط.

على أن عقد المقاولة، قبل إبرامه، قد تسبقه مقايسة يتقدم بها المقاول، وتصميم يتقدم به المهندس. واتفاق رب العمل مع المقاول على أن يقدم له مقايسة لا يعنى أنه ارتبط نهائياً بعقد مقاولة يقوم على هذه المقايسة، بل يستطيع رب العمل بعد أن تقدم له المقايسة ألا يقبل إبرام عقد المقاولة، إما لأن المقايسة لا ترضيه، وإما لأنه قد عدل عن

---

(١) مجلس الدولة الفرنسى ١٥ مايو سنة ١٨٩١ داللوز ٩٥-٥-٦٥٥- ٨ أبريل سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٣ -٣ -٧٤- ٢٥ يناير ١٨٩٥ داللوز ٩٦-٣-١١- ٢٥ يوليه سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٣ -٣ - ٥٩ - باريس ٧ مارس سنة ١٩١٢ جازيت دى پاليه ١٩١٢-٢-٢١٠- بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٧٦- محمد لبيب شنب فقرة ٥٧ ص٧٢.

(٢) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢١ ص١٥٧.

المشروع الذى كان يعتزم تنفيذه، وإما لغير ذلك من الأسباب[1]. بل هو لا يكون مسئولا عن تعويض المقاول عما أنفقه من وقت وجهد فى عمل المقايسة ما لم يتفق معه على غير ذلك، إذ المفروض أن المقايسة عمل ابتدائى يمهد لإبرام عقد المقاولة، دون أن يقيد رب العمل بإبرام العقد، ودون أن يكلفه ذلك نفقة إذا رأى ألاّ يبرم المقاولة[2]. كذلك إذا اتفق رب العمل مع المهندس على أن يضع له تصميما، فوضع التصميم لا يقيد رب العمل ولا يلزمه بإبرام عقد المقاولة الذى يقوم على هذا التصميم حتى لو كان التصميم قد أعجبه، فقد يعدل عن المشروع الذى يعتزم تنفيذه لأى سبب. ولكن التصميم فى ذاته عمل فنى ذو قيمة، ويتكلف جهداً ووقتاً. بل إن اتفاق رب العمل مع المهندس على وضع التصميم هو ذاته عقد مقاولة يرد على التصميم، ويمهد لعقد المقاولة الأصلى[3]. فإذا عدل رب العمل عن إبرام عقد المقاولة بعد وضع التصميم، وجب عليه أن يدفع للمهندس أجراً على التصميم الذى وضعه، وإذا كان هناك اتفاق على هذا الأجر وجب دفع الأجر المتفق عليه، وإلا وجب تقدير الأجر وفقاً للعرف الجارى. وتقول المادة ١/٦٦٠ و٢ مدنى فى هذا الصدد: «١- يستحق المهندس المعمارى أجراً مستقلا عن وضع التصميم وعمل المقايسة، وآخر عن إدارة الأعمال. ٢- فإن لم يحدد العقد هذه الأجور، وجب تقديرها وفقاً للعرف الجارى». وسنعود إلى هذه المسألة فيما يلى.

---

(١) بيدان ١٢ فقرة ١٨٧ ص٢٠٢.

(٢) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢١ ص١٥٨- باريس ٧ مارس سنة ١٩١٢ جازيت دى پاليه ١٩١٢-٢-٢١٠، ويقال فى تبرير ذلك إن المقاول تاجر وإنه يدخل فى حساب نفقاته العامة مصروفات المقايسات التى يقدمها ولا تنتهى إلى تعاقد، وهذه النفقات العامة يراعيها فى التعاقد مع من يتعاقد معه من عملائه (السين ٧ فبراير سنة ١٩٢٩ داللوز ١٩٣٣-٢-٨٩). ولكن إذا تعسف رب العمل فلم يبرم عقد المقاولة تعنتا، رجع عليه المقاول بتعويض عن الضرر الذى أصابه من جراء هذا التعسف. كذلك إذا رفض رب العمل التعاقد مع المقاول، ولكنه استعمل المقايسة أو التصميم الذى قدمه المقاول، فإن هذا الأخير يرجع عليه بدعوى الإثراء بلا سبب (دلفو فقرة ١٣٦ ص١٢٤ وفقرة ١٣٧ ص١٢٤- ص١٢٥- محمد لبيب شنب فقرة ٥٧ ص٧٣).

ويلاحظ أنه إذا كان الذى وضع المقايسة مهندساً معمارياً بالاتفاق مع صاحب العمل، فإنه يستحق أجراً عليها سواء أبرم رب العمل المقاولة أو لم يبرمها (انظر م٦٦٠ مدنى - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٠ ص١٥٨- مازو ٣ فقرة ١٣٤٢ ص١١١١).

(٣) مجلس الدولة الفرنسى ١٣ أبريل سنة ١٨٨١ داللوز ٨٢-٣-٨٩- ١٤ ديسمبر سنة ١٩٠٦ داللوز ١٩١٠ -٥-١٦- ٢٥ نوفمبر سنة ١٩١٠ داللوز ١٩١٢ -٣-١١٨- السين ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ داللوز ١٩٣٣- ٢-٨٩- ٥ ديسمبر سنة ١٩٣٥ داللوز الأسبوعى ١٩٣٦- ١٠٩- بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢١ ص١٥٨- مازو ٣ فقرة ١٣٤٢ ص١١١١ - ص١١١٢ - محمد لبيب شنب فقرة ٥٧ ص٧٣- ص٧٤.

١٦ – التعاقد بطريقة المسابقة: فى كل ما قدمناه كنا نفرض أن رب العمل تعاقد مع المقاول عن طريق المساومة فاختار مقاولا يثق فى كفايته وعهد إليه فى تنفيذ العمل المطلوب. ولكن يقع كثيراً أن يعمد رب العمل إلى إبرام عقد المقاولة عن طريق المسابقة (concours). والذى يوضع فى المسابقة إما أن أن يكون التصميم اللازم للعمل المطلوب، وإما أن يكون الأجر الذى يتقاضاه المقاول لتنفيذ عمل طبقاً لمواصفات معينة.

ففى الحالة الأولى – وضع التصميم فى المسابقة – يدعو رب العمل عن طريق الإعلان فى الصحف أو بغير ذلك من طريق الإعلان كل من يريد الدخول فى المسابقة لوضع تصميم للعمل المطلوب، ويعين هذا العمل تعييناً كافياً. فيعلن مثلا عن مسابقة لوضع تصميم لبناء عمارة من عشرة أدوار تبنى على مساحة ألف متر، ويعين الأرض التى تبنى عليها العمارة كما يذكر الشروط التى يتطلبها فيها، أو وضع تصميم لبناء مدرسة أو مسرح أو مستشفى أو مصنع أو غير ذلك من المنشآت. ويعين رب العمل عادة لجنة من المحكمين يوكل إليهم فحص التصميمات المقدمة فى المسابقة لاختيار أفضلها، ويحدد جائزة للفائز من المتسابقين. وقد تكون الجائزة هى التعاقد مع صاحب أفضل تصميم على تنفيذه، بالشروط التى تكون قد ذكرت فى دفتر الشروط [١]. وقد يتحفظ رب العمل فيذكر فى إعلان المسابقة أنه غير ملزم بإبرام عقد مقاولة مع الفائز من المتسابقين، ولكنه فى هذه الحالة يعين جائزة للفائز فى المسابقة لمكافأته على جهوده فى وضع التصميم[٢]. والمفروض أن رب العمل، إذا لم يتحفظ فيبين أنه غير ملزم بالتعاقد مع الفائز، يكون ملزماً بالتعاقد معه. ويعتبر إعلان المسابقة دعوة إلى التعاقد ولا يعتبر إيجاباً، والإيجاب هو تقدم المتسابق إلى المسابقة وهو إيجاب معلق على شرط فوزه فيها، فإذا ما فاز كان هذا إيجاباً باتاً. ووجب أن يتصل به قبول رب العمل. ورب العمل ملزم بالقبول إلا إذا قامت أسباب مشروعة تمنعه من التعاقد، فعند ذلك يعوض الفائز تعويضاً عادلا عن جهده ووقته، هذا إذا لم يكن قد نال جائزة طبقاً لشروط المسابقة[٣]. أما إذا لم تكن هناك أسباب معقولة لعدم التعاقد، وامتنع رب العمل عن التعاقد، فإنه يجب أن يعوض الفائز تعويضاً كاملا عما أصابه من ضرر بسبب عدم التعاقد معه، فيتقاضى تعويضاً عن الخسارة التى تحملها وعن الكسب

---

(١) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٢.

(٢) بودرى وفال ٢ فقرة ٣٨٨٤– أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv et d'ind. فقرة ٣٣.

(٣) بودرى وفال ٢ فقرة ٣٨٨٣.

الذى فاته[1]. ويجوز أن يكون التعويض عينياً فيعتبر القاضى أن عقد المقاولة قد تم[2]، وعند ذلك إذا لم يقم رب العمل بتنفيذ التزاماته سرت أحكام المادة ٦٦٣ مدنى، فيعوض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال فى وضع التصميم وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل الذى وضع التصميم من أجله.

وفى الحالة الثانية – وضع الأجر فى المسابقة – يكون ذلك عن طريق المناقصة طبقاً لمواصفات وضمانات تدرج عادة فى دفتر الشروط. والمناقصة إما أن تكون مناقصة علنية (adjudication aux enchères publiques)، يتقدم فيها المتسابقون وترسو المناقصة على من يقدم علناً أقل عطاء مع إعطاء التأمينات الكافية. والتقدم إلى المناقصة بعطاء يعتبر إيجاباً[3]، وإرساء المناقصة على من قدم أقل عطاء يعتبر هو القبول، فيتم عقد المقاولة برسو المناقصة (م٩٩ مدنى). وإما أن تكون المناقصة عن طريق تقديم عطاءات (soumissions) فى مظاريف مختومة (enveloppes cachetées)، وفى اليوم المحدد تفتح هذه المظاريف وترسو المناقصة على من قدم أقل عطاء[4] مع تقديمه التأمينات الكافية طبقاً لدفتر الشروط[5]. وقد يحتفظ رب العمل بالحق فى ألا يلتزم بالتعاقد مع صاحب أقل عطاء أو مع صاحب أى عطاء تقدم للمسابقة. وعند ذلك لا يكون ملزماً

---

(١) أما غير الفائز من المتسابقين فلا يستحق تعويضاً (استئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٢٠٢).

(٢) محمد لبيب شنب فقرة ٥٨ ص٧٥.

(٣) ومن وقت تقديم العطاء لا يستطيع رب العمل أن يغير من شروط المناقصة، كأن يعين مثلا حداً أقصى للأجر. والمتقدم بالعطاء قبل تعيين الحد الأقصى يعتبر فائزاً إذا كان عطاؤه هو أقل العطاءات، ولو كان يزيد على الحد الأقصى (السين ١٢ فبراير سنة ١٩٠٧ جازيت دى تريبينو ٣ أكتوبر سنة ١٩٠٧ – أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٣٤). وقد يجد رب العمل من مصلحته أن يعين حداً أدنى للأجر حتى يضمن جدية العطاءات، ولا يستطيع أن يذيع هذا الحد الأدنى قبل تقديم العطاءات إذ لو أذاعه لفقد مفعوله كما لا يخفى، ومن ثم إذا تقدم شخص بعطاء دون هذا الحد الأدنى فلم ترس عليه المناقصة لم يكن له حق فى الرجوع بشئ على رب العمل (محكمة صلح باريس ٦ مايو سنة ١٩٢٧ داللوز الأسبوعى ١٩٢٧–٤١٢– أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٣٥).

(٤) وإذا لم يعين رب العمل حداً أقصى للأجر الذى يجوز أن ترسو به المناقصة، لم يجز أن يرفض أقل عطاء مهما كان مرتفعاً (بودرى وفال ٢ فقرة ٣٨٨٤ ص١٠٨٠).

(٥) مجلس الدولة الفرنسى أول يونيه سنة ١٩٠٠ داللوز ١٩٠١–٥–٦٤٥– ١٠ يوليه سنة ١٩٠٣ داللوز ١٩٠٤–٥–٦٨٩– باريس ١٥ يناير سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٤–٢–٧١– ٥ فبراير سنة ١٩٠٩ داللوز ١٩٠٩–٢–٥٩– بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٢– محمد لبيب شنب فقرة ٥٩.

بالتعاقد مع من رست عليه المناقصة أو مع غيره من المتسابقين[1]. فإذا لم يحتفظ بهذا الحق، وجب عليه إرساء المناقصة على من تقدم بأقل عطاء، وهذا هو القبول كما قدمنا. فإن لم يفعل ألزم بتعويض الفائز تعويضاً كاملا[2]، أو جاز الحكم بإرساء المناقصة على هذا الفائز على سبيل التعويض العينى، وقد تقدم بيان ذلك عند الكلام فى مسابقة التصميم.

١٧- الإثبات: وعقد المقاولة يخضع للقواعد العامة المقررة فى الإثبات. فيجوز إثباته بجميع الطرق، ومنها البينة والقرائن، إذا لم تزد قيمة الأجر على خمسمائة حنيه، وإلا وجب إثباته بالكتابة أو بما يقوم مقامها[3].

وقد يجرى العرف بعدم الإثبات بالكتابة، كما هى الحال فى العقد ما بين الطبيب والمريض[4].

وقد يثبت العقد بالإقرار، والإقرار لا يتجزأ طبقاً للقواعد العامة. فإذا أقر رب العمل

---

(١) باريس ١٥ يناير سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٤-٢-٧١- بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٢- محمد لبيب شنب فقرة ٥٩ ص٧٦.

(٢) بودرى وفال ٢ فقرة ٣٨٨٣.

(٣) جيوار ٢ فقرة ٧٧٩ وفقرة ٨١٥- بودرى وفال ٢ فقرة ٣٨٨٦- مازو ٣ فقرة ١٣٤٠ ص١١١١ - فيجوز إثبات المقاولة، إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة، بالبينة أو بالقرائن. وقد قضى بأن الكتاب الموقع من رب العمل إلى المجلس البلدى بطلب أرض لازمة لإقامة بناء عليها، ويشير فيه رب العمل إلى أنه كلف مهندساً معمارياً بوضع التصميم، يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة يجيز للمهندس إثبات التعاقد مع رب العمل بالبينة وبالقرائن (الجزائر ٢ نوفمبر سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٤-٢-٤٠٥). أما إذا لم يوقع رب العمل هذا الكتاب، فلا يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة (السين ١٩ أكتوبر سنة ١٩٥٩ داللوز ١٩٦٠ -٢٠- وانظر محمد لبيب شنب فقرة ٦٤ ص٨٢- ص٨٣).

وكذلك تسرى القواعد العامة فى إثبات الوفاء بالأجر أو بقسط منه (أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٣٦.

(٤) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢١ ص١٥٧- ويعتبر عرف ما جرى به بعض المهن من قبيل الموانع الأدبية التى تجيز الإثبات بالبينة وبالقرائن (الوسيط ٢ فقرة ٢٣٩ ص٤٦٥). فيجوز للطبيب أن يثبت العقد بينه وبين المريض بالبينة والقرائن وسجلات الطبيب ولو كانت غير منتظمة، ولو زاد الأجر على خمسمائة جنيه (استئناف مختلط ٢٨ مارس سنة ١٩٢٩ م٤١ ص٣٢٦- ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ م٤٤ ص٢٩٩- باريس ٥ مايو سنة ١٩٠٣ سيريه ١٩٠٤-٢-٣٢). وجرى العرف فى مقاولات الحياكة ألا تؤخذ كتابة على العميل أو على الحائك، فتسرى القواعد المتقدمة (استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٢٥ م٣٧ ص١٣٨). وقد تقوم القرابة مانعاً أدبياً، كالمهندس يتعاقد مع أحد أقربائه أو مع زوجته، أما قيام علاقة الصداقة بين أسرة المهندس والطرف الآخر فلا يعتبر مانعاً أدبياً (كولمار ٢١ فبراير سنة ١٩٢٩ داللوز ١٩٢٩-٢٧٥- محمد لبيب شنب فقرة ٦٤ ص٨٤).

بعقد المقاولة، وذكر في إقراره أنه دفع الأجر، فإنه لا يصح أن يجزأ إقراره عليه، وعلى المقاول أن يثبت أن الأجر لم يدفع[1].

أما إثبات أن المقاول قد قام بأعمال لمصلحة شخص دون أن يكون هناك عقد مقاولة، فهذا أمر يتعلق بواقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق، ومنها البينة والقرائن، مهما بلغت قيمة هذه الأعمال[2].

وهناك حالة لا يجوز فيها الإثبات إلا بالكتابة، وهي حالة ما إذا أبرم العقد بأجر إجمالي على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل، فليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة في الأجر ولو حدث في هذا التصميم تعديل أو إضافة، إلا أن يكون ذلك راجعاً إلى خطأ من رب العمل أو يكون مأذوناً به منه واتفق مع المقاول على أجره، ولا يجوز أن يثبت هذا الاتفاق إلا بالكتابة ما لم يكن العقد الأصلي ذاته قد اتفق عليه مشافهة (م٦٥٨ مدني). وسيأتي بيان ذلك فيما يلي[3].

وإذا كان عقد المقاولة تجارياً، فإنه يجوز طبقاً للقواعد العامة المقررة في هذا الشأن إثباته بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن، ولو زادت قيمة الأجر على خمسمائة جنيه. وننتقل إلى بيان متى يكون عقد المقاولة مدنياً ومتى يكون تجارياً.

١٨- متى يكون عقد المقاولة مدنيا ومتى يكون تجاريا: هنا يجب التمييز بين عقد المقاولة من جانب رب العمل وهذا العقد من جانب المقاول. فعقد المقاولة من جانب رب العمل يكون في العادة عقداً مدنياً[4]. ذلك أن رب العمل يكون غالباً غير تاجر. فإذا تعاقد شخص مع نجار لصنع أثاث، أو مع حائك لصنع ثوب، أو مع مقاول لبناء منزل[5]، فالعقد مدني بالنسبة إلى رب العمل، سواء ورد المادة من عنده أو أوردها المقاول. وإذا تعاقد

---

(١) بودري وفال ٢ فقرة ٣٨٨٨ - أنسيكلوبيدي داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv et d'ind فقرة ٣٨.

(٢) بودري وفال ٢ فقرة ٣٨٨٧.

(٣) انظر فقرة ٩٩ وما بعدها.

(٤) نقض مدني ١٣ مايو سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٥٦ ص١٦٤.

(٥) جيوار ٢ فقرة ٨١٦ وفقرة ٨٣١- هيك ١٠ فقرة ٤١٨- ليون كان ورينو ١ فقرة ١٣٧ مكررة - تالير فقرة ١٨- بودري وفال ٢ فقرة ٤٠١٨. وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يجوز لمقاول بناء أن يثبت بالبينة على صاحب العمل المتعاقد معه أنه أذنه في إجراء أعمال زائدة على المتفق عليه في عقد المقاولة، لأن المقاولة لا تعتبر عملا تجارياً بالنسبة إلى صاحب البناء حتى يباح الإثبات بهذا الطريق (نقض مدني ١٣ مايو سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٥٦ ص١٦٤ وهو الحكم السابق الإشارة إليه).

شخص مع طبيب لعلاجه، أو مع محام للدفاع عنه فى قضية، أو مع مهندس لوضع تصميم، أو مع محاسب لمراجعة حساباته، فالعقد أيضاً بالنسبة إلى رب العمل مدنى. وإذا كان رب العمل تاجراً ولكن المقاولة لم تتعلق بشؤون تجارته، كأن تعاقد مع نجار أو حائك أو مقاول على صنع أثاث أو ثوب أو بناء منزل ولكن لحاجاته الخاصة لا لأعمال تجارته، أو تعاقد مع طبيب لعلاجه أو مع محام للدفاع عنه فى قضية مدنية خاصة به، فالعقد يكون هنا أيضاً مدنياً بالنسبة إليه بالرغم من أنه تاجر. فإذا كان رب العمل التاجر أبرم المقاولة متعلقة بشأن من شؤون تجارته، كأن تعاقد مع مقاول لبناء مصنع له أو لترميم محل تجارته أو لإصلاح آلة يستعملها فى صناعته، أو نشر إعلاناً تجارياً[1]، فإن عقد المقاولة يكون بالنسبة إليه فى هذه الحالة عقداً تجارياً طبقاً لنظرية التبعية لأعمال التجارة[2]. ويترتب على أن يكون عقد المقاولة تجارياً أنه يجوز إثباته عليه بجميع طرق الإثبات حتى لو كانت قيمة الأجر أكثر من خمسمائة جنيه، وأن القضية التى ترفع ضده فى شأن هذا العقد ترفع أمام المحاكم التجارية.

وعقد المقاولة من جانب المقاول يكون تارة مدنياً وتارة تجارياً. فهو مدنى إذا لم يعتبر عملا من أعمال التجارة. وأعمال المهن الحرة تعتبر أعمالا مدنية[3]، فالطبيب إذا تعاقد مع المريض لعلاجه، والمحامى إذا تعاقد مع عميله للدفاع عنه، والمهندس إذا تعاقد مع شخص لوضع تصميم يريده هذا الأخير، والرسام أو النحات إذا تعاقد مع عميل لعمل صورة أو لصنع تمثال، فالعقد فى جميع هذه الأحوال يكون عقداً مدنياً حتى من جانب المقاول وهو صاحب المهنة الحرة. وقد رأينا أنه يعتبر أيضاً مدنياً من جانب رب

---

(١) أو كان رب العمل تاجراً يبيع الأثاث مثلاً، فتعاقد مع مقاول على صنع أثاث لبيعه، فإن عقد المقاولة يكون تجارياً حتى بالنسبة إلى رب العمل (بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٠٩ ص١١٨٥).

(٢) جيوار ٢ فقرة ٨١٥- هيك ١٠ فقرة ٤١٨- ليون كان ورينو ١ فقرة ١٧١- تالير فقرة ٥٥- بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠١٨- محمد صالح فى القانون التجارى طبعة سابعة سنة ١٩٤٩ فقرة ٣٦- محمد لبيب شنب فقرة ٤١ ص٥٣- ولكن إذا تعاقد شخص مع مقاول على إقامة بناء وهو ينوى بعد أن يتم البناء أن يبيعه ابتغاء الكسب، فإن العقد لا يكون تجارياً بالنسبة إلى رب العمل، لأن التعامل فى العقارات لا يعتبر عملا من أعمال التجارة (بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠١٨ - عكس ذلك جيوار ٢ فقرة ٨١٥).

(٣) حتى لو كان أصحاب المهن الحرة يقومون بأعمالهم على سبيل التكرار وبمعاونة مساعدين مأجورين، ذلك لأن الأعمال الحرة تعتمد على الفكر وتقوم على الثقة الشخصية، ومن ثم فقصد الربح من هذه الأعمال ليس هو العنصر الغالب (چان ساڤاتييه رسالته فى المهن الحرة ص١٨٩- أكثم أمين الخولى الوسيط فى القانون التجارى طبعة سنة ١٩٥٦ فقرة ١١٤ ص١٢٩- محمد لبيب شنب فقرة ٤١ ص٥٤).

العمـل[1]. على أن صاحب المهنة الحرة قد يقوم بأعمال تجارية تستغرق كثيراً من نشاطه، كالمهندس يضع التصميم والمقايسة ويشرف على العمل ويقوم هو نفسه بأعمال البناء فيورد المواد والآلات ويقدم العمال اللازمين، ففى مثل هذه الحالة لا يتجزأ العقد، ويعتبر تجارياً بالنسبة إلى المهندس[2]. ويكون عقد المقاولة تجارياً بالنسبة إلى المقاول إذا اعتبر عملا من أعمال التجارة. فالنجار أو الحائك إذا تعاقد على صنع أثاث أو ثوب، سواء ورد المادة من عنده أو لم يوردها، هو تاجر يقوم بعمل من أعمال التجارة، والعقد الذى يبرمه يكون عقداً تجارياً بالنسبة إليه[3]. وصاحب المحلج يلحج القطن، وصاحب المعصر يعصر البذرة، وصاحب المطحن يطحن الحبوب، وصاحب المصنع يصلح السيارة، وصاحب المصبغة يصبغ الملابس، كل هؤلاء تجار يقومون بأعمال تجارية، والعقود التى يبرمونها فى هذا الشأن تعتبر عقوداً تجارية بالنسبة إليهم[4]. وأصحاب دور السينما والمسارح وقاعات الموسيقى والرقص، كل هؤلاء عندما يتعاقدون مع عملائهم يبرمون عقود مقاولة تعتبر عقوداً تجارية بالنسبة إليهم، وهى عقود مدنية بالنسبة إلى العملاء[5]. والمقاول عندما يتعاقد مع رب العمل على إقامة بناء أو مصنع، أو على ترميم منزل، أو على إنشاء طريق أو جسر، أو على حفر ترعة، أو مصرف، أو على مد سكة حديدية، أو نحو ذلك من أعمال الإنشاءات، يقوم بعمل من أعمال التجارة ويعتبر العقد بالنسبة إليه عقداً تجارياً وذلك سواء ورد المواد من عنده أو وردها رب العمل[6]. ويترتب على أن العقد يكون تجارياً بالنسبة إلى

---

(١) إلا إذا كان رب العمل احترف التجارة، وقصد إعادة بيع النتاج الفنى كلوح التصوير والتماثيل (محسن شفيق فى القانون التجارى طبعة ثالثة سنة ١٩٥٧ جزء أول فقرة ٥١ ص٥٥- محمد لبيب شنب فقرة ٤١ ص٥٤).

(٢) جان سافاتييه رسالته فى المهن الحرة ص١٩١- محمد لبيب شنب فقرة ٤١ ص٥٤- ص٥٥.

(٣) محمد صالح فى القانون التجارى طبعة سابعة سنة ١٩٤٩ ١ فقرة ٥٥ ص٥٥- محسن شفيق فى القانون التجارى طبعة ثالثة سنة ١٩٥٧ جزء أول فقرة ٧٩ ص٧٨- محمد لبيب شنب فقرة ٤٢ ص٥٥.

(٤) مصطفى كمال طه فى القانون التجارى طبعة ثانية سنة ١٩٥٦ جزء أول فقرة ٧٣ ص١٠٤- محمد لبيب شنب فقرة ٤٢ ص٥٥.

(٥) استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٣٣ م٤٥ ص٢٧٦- مصطفى كمال طه فى القانون التجارى طبعة ثانية سنة ١٩٥٦ جزء أول فقرة ٧٩ ص١١٤- أكثم أمين الخولى فى القانون التجارى سنة ١٩٥٦ فقرة ١٠٢ ص١١٠- محمد لبيب شنب فقرة ٤٢ ص٥٦.

(٦) الزقازيق ٢٣ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ١١ رقم ٩٨ ص١٦١- طنطا ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٤٩٦ ص١١٧- نقض فرنسى ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٠٨ داللوز ١٩٠٩- ١-٢٤٦- مصطفى كمال طه فى القانون التجارى طبعة ثانية سنة ١٩٥٦ جزء أول فقرة ٨٠ ص١١٦- أكثم أمين الخولى فى القانون التجارى سنة ١٩٥٦ فقرة ٩٨ ص١٠٤- محمد لبيب شنب فقرة ٤٢ =

المقاول أنه يجوز إثباته عليه بجميع الطرق ولو كانت القيمة تزيد على خمسمائة جنيه، وأنه إذا رفعت قضية ضده فى شأن هذا العقد كانت القضية من اختصاص المحاكم التجارية(١).

المبحث الثانى

شروط الصحة

١٩ – الأهلية وعيوب الإدارة: شروط صحة المقاولة هى شروط صحة أى عقد آخر: توافر الأهلية الواجبة وسلامة التراضى من عيوب الإرادة، فإذا كان التراضى صادراً من ناقص الأهلية أو كان معيباً بعيب من عيوب الإرادة، كانت المقاولة قابلة للإبطال، فإذا أبطلت اعتبرت كأن لم تكن، ويصفى المركز بين رب العمل والمقاول طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب.

ونتكلم فى المسألتين اللتين تتضمنهما شروط الصحة: (١) الأهلية فى المقاولة. (٢) عيوب الرضاء فى المقاولة.

المطلب الأول

الأهلية فى المقاولة

٢٠ – المقاولة من عقود التصرف أو هى فى حكمها: المقاولة عقد يلزم رب العمل بدفع الأجر، فهى من هذه الناحية من عقود التصرف. وهى تلزم المقاول بتقديم عمله وبتقديم المادة التى يستخدمها أو بتقديم عمله فقط، وهى حتى فى هذه الحالة الأخيرة

=ص٥٦– انظر عكس ذلك وأن العقد يكون مدنياً إذا لم يورد المقاول مواد البناء من عنده بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٠٩ ص١١٨٥– محسن شفيق فى القانون التجارى طبعة ثالثة سنة ١٩٥٧ جزء أول فقرة ٨٢ ص٨٣.

(١) هذا من ناحية الاختصاص النوعى. والمقاولة – سواء كانت عقداً تجارياً أو عقداً مدنياً– تكون من ناحية الاختصاص المحلى من اختصاص المحكمة التى فى دائرتها أبرمت المقاولة أو نفذت متى كان فيها موطن المدعىء كما تكون من اختصاص المحكمة التى فى دائرتها موطن المدعى عليه. وتنص المادة ٥٦ مرافعات على أنه «فى المنازعات المتعلقة بالتوريدات والمقاولات وأجور المساكن وأجور العمال والصناع والاجراء، يكون الاختصاص لمحكمة موطن المدعى عليه أو للمحكمة التى تم الاتفاق أو نفذ فى دائرتها متى كان فيها موطن المدعى».

تكون فى حكم عقود التصرف. ونستعرض ذلك من ناحية أهلية رب العمل، ثم من ناحية أهلية المقاول.

٢١- أهلية رب العمل: رب العمل يلتزم بدفع الأجرة، فتكون المقاولة بالنسبة إليه من أعمال التصرف. فيجب إذن أن يتوافر رب العمل على أهلية التصرف، أى يجب أن يكون قد بلغ سن الرشد غير محكوم باستمرار الولاية عليه. فالقاصر أو المحجور لسفه أو غفلة، ولو كان مأذوناً له فى الإدارة، ليس أهلا لإبرام عقد المقاولة بصفته رب عمل، وإذا أبرم العقد كانت المقاولة قابلة للإبطال لمصلحته. ولا يملك نائب القاصر أو المحجور أن يعقد المقاولة باسم القاصر أو المحجور لأنها من أعمال التصرف كما قدمنا، وإذا أراد أن يستغل مال القاصر فى بناء عمارة مثلا وجب أن يحصل على إذن من المحكمة فى ذلك.

ولكن قد تكون المقاولة من جانب رب العمل من أعمال الإدارة، كما رأينا فى الاستئجار من جانب المستأجر[١]. فالعقد الذى يبرمه رب العمل مع المقاول لترميم منزله[٢]، والعقد الذى يبرمه مع نجار أو حائك لصنع الأثاث الضرورى لسكنه أو لصنع ثوب يلبسه، كل هذه العقود تعتبر من أعمال الإدارة، ويكفى فيها أن يتوافر رب العمل على أهلية الإدارة. ومن ثم يجوز للقاصر أو المحجور لسفه أو غفلة المأذون له فى الإدارة أن يبرم عقد المقاولة فى هذه الأعمال بصفته رب عمل، كما يجوز ذلك لنائب القاصر أو المحجور دون حاجة للحصول على إذن. وهذا هو أيضاً حكم الترميمات الكبيرة إذا كانت ضرورية لحفظ الشئ[٣].

ولكن صنع شئ جديد أو إقامة بناء أو إدخال تحسينات عليه لا تكون من قبيل الترميمات الضرورية، كل هذا لا يعتبر من أعمال الإدارة بل هو من أعمال التصرف، فلا يملكه إلا البالغ الرشيد، ولا يملكه القاصر أو المحجور، وكذلك لا يملكه نائب القاصر أو المحجور إلا بعد الحصول على إذن[٤] كما سبق القول.

٢٢- أهلية المقاول: والمقاولة من جانب المقاول تعتبر أيضاً فى حكم أعمال التصرف، فهو إذا التزم بتقديم المادة مع العمل، فإنه يتصرف فى المادة ويكون بمثابة البائع لها. وحتى لو التزم بتقديم العمل وحده دون المادة، فهو مضارب بعمله معرض للربح والخسارة، وقد يصبح مسئولا بموجب عقد المقاولة عن تعويض رب العمل عما يلحقه به من أضرار.

---

(١) الوسيط ٦ فقرة ٨٧.

(٢) بودرى وفال ٢ فقرة ٣٨٩١- محمد لبيب شنب فقرة ٦٣ ص٨١.

(٣) بودرى وفال ٢ فقرة ٣٨٩٢.

(٤) محمد لبيب شنب فقرة ٦٣ ص٨٢.

فتعاقده إذن يدور بين النفع والضرر. ومن ثم يجب فى الأصل أن تتوافر فى المقاول، هو أيضاً، أهلية التصرف بأن يكون بالغاً رشيداً. فإذا كان قاصراً أو محجوراً لسفه أو غفلة، ولو كان مأذوناً له فى الإدارة، لم يجز له أن يبرم عقد مقاولة، وإذا فعل كان العقد قابلا للإبطال لمصلحته(١).

على أنه إذا كان المقاول صانعاً صغيراً، نجاراً أو حداداً أو سباكاً أو نحو ذلك، فيمكن القول إنه يستطيع أن يكسب عيشه من صنعته حتى لو كان قاصراً، فيكون أهلا لإبرام عقود المقاولة المألوفة الداخلة فى صنعته(٢).

ويقرب من الأهلية الواجب توافرها فى المقاول(٣) ما جاء فى قرار رئيس الجمهورية رقم ١٢٠٣ لسنة ١٩٦١ الصادر فى ٢٠ يوليه سنة ١٩٦١ والمعدل بالقرار رقم ١٠٤٩ لسنة ١٩٦٢. فقد نصت المادة الأولى من هذا القرار على أنه «لا يجوز إلا بقرار من رئيس الجمهورية للحكومة والمؤسسات العامة والشركات التى تساهم فيها الحكومة أو المؤسسات العامة بنسبة ٢٥٪ من رأس المال، أن تعهد بأعمال المقاولات والأشغال العامة إلا إلى الشركات التى تساهم فيها الحكومة أو المؤسسات العامة بنسبة لا تقل عن ٥٠٪ من رأس

---

(١) انظر فى هذا المعنى محمد لبيب شنب فقرة ٦٢- وتنص المادة ٦٢٦ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على ما يأتى: «ولا يكون هذا التراضى صحيحاً إلا إذا كان المتعاقدون قابلا للالتزام. أما المحجور والقاصر فيلزمهما أن يعملا تحت إشراف الذين وضعا تحت ولايتهم أو أن يحصلا على إجازة منهم».

(٢) ويقاس عقد المقاولة على عقد العمل الذى ورد فى شأنه نص صريح، إذ تقضى المادة ٦٢ من قانون الولاية على المال بأن «للقاصر أن يبرم عقد العمل الفردى وفقاً لأحكام القانون، وللمحكمة بناء على طلب الوصى أو ذى شأن إنهاء العقد رعاية لمصلحة القاصر أو مستقبله أو لمصلحة أخرى ظاهرة». والأجر الذى يتقاضاه القاصر، يكون هذا أهلا للتصرف فيه إذا بلغ السادسة عشرة، تطبيقاً لأحكام المادة ٦٣ من قانون الولاية على المال، وهى تنص على أن «يكون القاصر الذى بلغ السادسة عشرة أهلا للتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره، ولا يجوز أن يتعدى أثر التزام القاصر حدود المال الذى يكسبه من مهنته أو صناعته. ومع ذلك فللمحكمة إذا اقتضت المصلحة أن تقيد حق القاصر فى التصرف فى ماله المذكور، وعندئذ تجرى أحكام الولاية والوصاية». وحتى لو لم يبلغ القاصر السادسة عشرة، يخصص له من أجره ما يلزم لأغراض نفقته ولو كان الأجر كله، فيكون له أهلية التصرف فيه تطبيقاً لأحكام المادة ٦١ من قانون الولاية على المال، وهى تنص على أن «للقاصر أهلية التصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته، ويصح التزامه المتعلق بهذه الأغراض فى حدود هذا المال فقط».

(٣) وإن كان ليس من أهلية الأداء ولا من أهلية الوجوب (قارن محمد لبيب شنب فقرة ٦٠ ص٧٨ وص٧٩)، بل هو منع من التعامل بموجب نص تشريعى، كمنع عمال القضاء من شراء الحقوق المتنازع عليها ومنع المريض مرض الموت من بيع ماله إلا فى حدود معينة (انظر فى هذا المعنى الوسيط ١ فقرة ١٤٧).

مالها. ولا يسرى هذا الحظر بالنسبة للأعمال التى لا تزيد قيمتها على ١٠٠٠٠٠ جنيه (كانت القيمة ٣٠٠٠٠ جنيه قبل تعديل سنة ١٩٦٢) بشرط عدم تجزئة العمليات، وعلى ألا يزيد مجموع ما يعهد به من هذه العمليات إلى مقاول واحد فى السنة على ما قيمته ١٠٠٠٠٠ جنيه (كانت القيمة ٣٠٠٠٠ جنيه قبل تعديل سنة ١٩٦٢) سواء عهد إليه بها من جهة واحدة أو أكثر من الجهات المذكورة فى الفقرة الأولى»(1).

ويؤخذ من هذا النص أن هناك مقاولات وأشغالا عامة إذا توافرت فيها شروط معينة لا يجوز أن يكون مقاولا فيها إلا الشركات التى تساهم فيها الحكومة أو المؤسسات العامة بنسبة لا تقل عن ٥٠٪ من رأس مالها. فالأفراد والشركات الخاصة والشركات التى تساهم فيها الحكومة أو المؤسسات العامة بنسبة تقل عن ٥٠٪ من رأس مالها، كل هؤلاء – وتمكن تسميتهم بمقاولى القطاع الخاص – ممنوعون من أن يدخلوا مقاولين فى مقاولات أو أشغال عامة للحكومة أو للمؤسسات العامة أو للشركات التى تساهم فيها الحكومة أو المؤسسات العامة بنسبة ٢٥٪ من رأس المال إلا بقرار من رئيس الجمهورية.

بقى استعراض الشروط الواجب توافرها فى المقاولات حتى يقوم هذا المنع، وهى شرطان: (١) شرط يرجع إلى رب العمل، وهو أن يكون رب العمل فى هذه المقاولات هو

---

(1) مؤدى المادة الأولى من قرار رئيس الجمهورية رقم ١٢٠٣ لسنة ١٩٦١ المعدل بالقرار رقم ١٠٤٩ لسنة ١٩٦٢ أن المشرع حظر فى المقاولات التى تطرحها الحكومة أو المؤسسات العامة والشركات التى تساهم فيها الحكومة أو المؤسسات العامة بنسبة ٢٥٪ من رأس المال والتى تزيد قيمتها على مائة ألف جنيه أن يكون المقاول فيها من غير الشركات التى تساهم فيها الحكومة أو المؤسسات العامة بنسبة لا تقل عن ٥٠٪ من رأسمالها وذلك حتى ولو جزئت المقاولة إلى عدة عمليات وعلى ألا يزيد مجموع ما يعهد به فى مقاولات أو عمليات إلى مقاول واحد على مائة ألف جنيه فى السنة الواحدة سواء عهد إليه بها من جهة واحدة أو أكثر من الجهات آنفة الذكر ما لم يرخص رئيس الجمهورية بها وكان هدف الشارع من ذلك تحقيق الصالح العام لما فى قصر هذه المقاولات الكبيرة على شركات القطاع العام والحكومة من دعم لها وضمان لحسن تنفيذ تلك الأعمال التى تتعلق بمصالح الدولة فإن مقتضى هذا الحظر الصريح – وهو حظر عام دعت إليه اعتبارات المصلحة العامة يترتب البطلان المطلق – وإن لم ينص عليه بلفظه – جزاء لمخالفته بحيث يجوز لكل ذى مصلحة التمسك به بغض النظر على مدى علم الطرف الآخر فى عقد المقاولة بالمخالفة وينصرف البطلان إلى المقاولة كلها إذا لم يمكن تجزئتها ويقتصر على العملية التى تجاوز النصاب المحدد فى حالة إمكان التجزئة. وإذ كان ما تقدم وكان الثابت من الأوراق أن الطاعنة وهى إحدى الشركات المملوكة قد تعاقدت مع المطعون ضده الأول وهو من الأفراد فى غضون كل من عامى ٧٤، ١٩٧٥ على أعمال مقاولة تزيد قيمتها على مائة ألف جنيه فى خلال السنة الواحدة دون الحصول على ترخيص بذلك من رئيس الجمهورية فإنه يحق للطاعنة التمسك بهذا البطلان.

(جلسة ١٩٩٠/٣/١٥ الطعن رقم ٦٩٨٤ لسنة ٥٨ق)

(جلسة ١٩٧١/١/٢٦ الطعن رقم ٢٧٢ لسنة ٣٦ق س٢٢ ص١١٨)

الحكومة أو المؤسسات العامة أو الشركات التى تساهم فيها الحكومة أو المؤسسات العامة بنسبة ٢٥ ٪ من رأس المال. فهذه مقاولات للمصلحة العامة دخل ظاهر فيها، إذ هى مقاولات للحكومة أو لشخص معنوى عام أو فى القليل لشركة تساهم فيها الحكومة أو المؤسسات العامة بنسبة كبيرة تبلغ ٢٥ ٪ من رأس المال على الأقل. (٢) وشرط يرجع إلى قيمة المقاولة، وهو أن تكون هذه القيمة تزيد على ١٠٠٠٠٠ جنيه. فإذا كانت المقاولة لا تزيد على ١٠٠٠٠٠ جنيه فالمنع لا يقوم، ويستطيع مقاولو القطاع الخاص أن يدخلوا مقاولين فيها دون قرار من رئيس الجمهورية. وكذلك لا يقوم المنع لو أن المقاولة تزيد على ١٠٠٠٠٠ جنيه ولكنها مقاولة لا يكون رب العمل فيها هو الحكومة أو مؤسسة عامة أو شركة مختلطة (للحكومة أو لمؤسسة عامة ٢٥ ٪ من أسهمها)، وإنما يقوم المنع إذا اجتمع الشرطان معاً كما سبق القول. ويلاحظ بالنسبة إلى القيمة أمران: (الأمر الأول) أن تكون قيمة المقاولة جميعها حتى لا يقوم المنع لا تزيد على ١٠٠٠٠٠ جنيه، فإن زادت قام المنع حتى لو جزئت المقاولة إلى أجزاء لا تزيد قيمة كل جزء منها على ١٠٠٠٠٠ جنيه وعهد بها جميعاً إلى مقاول واحد، فإن ذلك يكون تحايلا على القانون، وتكون العبرة بمجموع قيمة المقاولة لا بقيمة كل جزء منها، فيقوم المنع. (الأمر الثانى) ألا يزيد مجموع ما يعهد به إلى المقاول من مقاولات فى السنة الواحدة، حتى لا يقوم المنع، على ما قيمته ١٠٠٠٠٠ جنيه، سواء عهد إليه بها من جهة واحدة كالحكومة أو من أكثر من جهة كالحكومة ومؤسسة عامة وشركة مختلطة. فإن دخل مقاول من القطاع الخاص مقاولا فى مقاولتين للحكومة، أو فى مقاولة للحكومة ومقاولة لمؤسسة عامة، أو فى مقاولتين لمؤسسة عامة، أو فى مقاولتين لشركة مختلطة، أو فى أكثر من مقاولتين لجهة أو أكثر من هذه الجهات، بحيث يزيد مجموع قيمة هذه المقاولات على ١٠٠٠٠٠ جنيه، قام المنع، ووجب الحصول على قرار من رئيس الجمهورية. وفى حساب مجموع هذه المقاولات، تدخل كل مقاولة بداهة بجميع أجزائها إذا كانت قد جزئت. فإذا حصل مقاول القطاع الخاص على مقاولة من الحكومة مجزأة على جزئين كل جزء منها قيمته ٥٠٠٠٠ جنيه فيكون مجموع قيمة المقاولة ١٠٠٠٠٠ جنيه[1]، وحصل فى السنة نفسها على مقاولة من شركة مختلطة قيمتها ٢٠٠٠٠ جنيه، قام المنع، لأن مجموع قيمة هاتين المقاولتين يزيد على ١٠٠٠٠٠ جنيه. ولكن يجوز أن يعهد إلى مقاول القطاع الخاص بمقاولة قيمتها ١٠٠٠٠٠ جنيه ولا يتمها فى السنة التى حصل فيها عليها، ثم يعهد إليه فى السنة التالية بمقاولة أخرى قيمتها ١٠٠٠٠٠ جنيه، فينفذ فى هذه السنة التالية عمليات تزيد قيمتها على ١٠٠٠٠٠ جنيه، المقاولة الجديدة وبقية المقاولة القديمة.

---

(١) ويكفى أن يعهد إليه بالجزئين فى نفس السنة، حتى لو أنه كان ينفذ كل جزء فى سنة على حدة.

إذ المحظور هو أن يبرم المقاول فى السنة الواحدة مقاولات تزيد قيمتها على ١٠٠٠٠٠ جنيه، لا أن ينفذ مقاولات تزيد على هذه القيمة[١].

والمنع ليس مطلقاً؛ إذ يزول بالحصول على قرار من رئيس الجمهورية. فإذا لم يحصل المقاول على هذا القرار، كانت المقاولة التى زادت بها قيمة المقاولات على ١٠٠٠٠٠ جنيه باطلة بطلاناً مطلقاً لمخالفتها للقانون. فإذا عهد إلى مقاول القطاع الخاص بمقاولة قيمتها ٧٠٠٠٠ جنيه، ثم عهد إليه فى السنة نفسها بمقاولة قيمتها ٥٠٠٠٠ جنيه، كانت المقاولة الثانية دون الأولى هى الباطلة.

المطلب الثانى

عيوب الرضاء فى المقاولة

٢٣ – تطبيق القواعد العامة: يكون الرضاء فى عقد المقاولة معيباً إذا شابه غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال. وليس فى ذلك إلا تطبيق للقواعد العامة، وعقد المقاولة شأنه شأن سائر العقود فى عيوب الرضاء.

على أن الغلط فى عقد المقاولة له تطبيقات عملية لا تخلو من الأهمية، لا سيما الغلط فى شخص المقاول أو الغلط فى الحساب.

٢٤ – الغلط فى شخص المقاول: الأصل أن الغلط فى شخص المقاول لا تأثير له فى صحة العقد. ولكن قد يكون شخص المقاول ملحوظاً ومحل اعتبار عند رب العمل. ويقع ذلك عادة فى عقود المهن الحرة، فالتعاقد مع طبيب أو محام أو مهندس معمارى أو محاسب أو رسام إنما اعتبرت فيه شخصية هؤلاء. وفى غير المهن الحرة قد يكون لشخصية المقاول اعتبار فى التعاقد، ففى مقاولات الإنشاءات الكبيرة مثلا يتوخى رب العمل مقاولا موثوقاً به يعتمد على كفايته وأمانته. وقد أشارت نصوص القانون إلى حالات تكون فيها شخصية المقاول محل اعتبار، فنصت المادة ١/٦٦١ مدنى على أن «يجوز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل فى جملته أو فى جزء منه إلى مقاول من الباطن، إذا لم يمنعه ذلك شرط فى العقد، أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفايته الشخصية». ونصت المادة ٦٦٦ مدنى فى صدرها على أن «ينقضى عقد المقاولة بموت المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار فى العقد».

---

(١) انظر فى هذا المعنى محمد لبيب شنب فقرة ٦٠ ص٧٩.

ففى الحالات التى يكون فيها شخص المقاول محل اعتبار فى العقد، يكون الغلط فيه سبباً لقابلية عقد المقاولة للإبطال. فإذا تعاقد المريض مع جراح متوهماً أنه جراح معين بالذات، فظهر أنه غلط فى شخصه وأنه جراح آخر، كان من حق المريض أن يطلب إبطال عقد المقاولة للغلط.

٢٥- الغلط فى الحساب وغلطات القلم: تنص المادة ١٢٣ مدنى على أنه «لا يؤثر فى صحة العقد مجرد الغلط فى الحساب ولا غلطات القلم، ولكن يجب تصحيح الغلط».

فالغلط فى الحساب يقع فى بعض الأحيان. عقد المقاولة. ففى المقايسة التى يقدمها المقاول وهى تشتمل على تفصيل المواد وأجزاء العمل والأسعار كما قدمنا، وقد يغلط المقاول فى حساب بعض من ذلك، كأن يذكر مثلا سعر المتر المكعب فى إحدى عمليات البناء وعدد الأمتار المكعبة، وعندما يضرب سعر المتر فى عدد الأمتار يغلط فى الحساب إلى أعلى لمصلحته أو إلى أدنى لمصلحة رب العمل. ففى الحالتين تكون المقاولة صحيحة، وإنما يصحح الحساب، فيخفض أو يرفع إلى الرقم الصحيح.

وقد يقع فى المقايسة غلطة القلم، كأن ينقل رقم من صفحة إلى صفحة أخرى مغلوطاً، ففى هذه الحالة يصحح الغلط ويعتد بالرقم الصحيح[1].

---

(١) أما طلب إعادة عمل حساب المقاولة من جديد، بعد عمل المقاس والحساب النهائى واعتماد كل ذلك، فلا يجوز. وقد قضت محكمة النقض بأن الخطأ فى ذات الأرقام المثبتة بحساب المقاولة (erreur de calcul) يجوز طلب تصحيحه متى كان هذا الغلط ظاهراً فى الأرقام الثابتة فى كشف الحساب المعتمد من قبل، أو متى كانت أرقام هذا الكشف قد نقلت خطأ من ورقة إلى أخرى معترف بها، أو كانت غير مطابقة لأرقام أخرى ثابتة قانوناً. أما طلب إعادة عمل حساب تلك المقاولة من جديد فإن القانون يأباه، لأن عمل المقاس والحساب النهائى عن المقاولة بعد إتمامها ما دام عملا متفقاً عليه فى أصل عقدها، فإن هذا الاتفاق متى نفذ بعمل المقاس والحساب فعلا ووقع عليه بالاعتماد، فقد انقضت مسئولية كل عاقد عنه وأصبح هو ونتيجته ملزماً للطرفين. وعدم إمكان إعادة الحساب من جديد بعد عمله مرة أولى إذا كان لم يرد بشأنه نص خاص فى القوانين المصرية كما ورد النص عنه بالمادة ٥٤١ من قانون المرافعات الفرنسى، إلا أنه أمر مفهوم بالضرورة من أصول القانون التى تمنع تقاضى الالتزام مرتين (نقض مدنى ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٩٧ ص٩٢٣).

وإذا اعتمد المقاس والحساب، ولم يقع فى ذلك غلط مادى، فلا يجوز الطعن فى الحساب المعتمد بدعوى الغلط المحسوس المبطل للعقد. وقد قضت محكمة النقض بأن دعوى الغلط المحسوس المبطل للمشارطة بحسب المادة ٥٣٥ مدنى (قديم) لا يجوز توجيهها ضد المقاس والحساب المعتمدين فى مقاولة من المقاولات متى كانت فى حقيقتها ليست سوى دعوة لإعادة المقاس أو الحساب برمته من جديد. ولكن دعوى وقوع هذا الغلط فى مقاس بعض أجزاء خاصة معينة من الأعمال الكلية التى قام بها المتعهد قبل قد تقبل ويؤمر بتحقيقها، غير أن هذا لا يجوز إلا إذا كانت الظروف والدلائل =

الفرع الثانى
المحل فى المقاولة

٢٦ – مبحثان: قدمنا أن المحل فى عقد المقاولة مزدوج، فهو بالنسبة إلى التزامات المقاول العمل المتعاقد على تأديته، وهو بالنسبة إلى التزامات رب العمل الأجر الذى تعهد بدفعه للمقاول. فنتكلم، فى مبحثين متتاليين، فى العمل والأجر.

المبحث الأول
العمل فى المقاولة

٢٧ – تطبيق القواعد العامة: لم ترد نصوص خاصة متعلقة بالعمل كركن فى المقاولة، فوجب تطبيق القواعد العامة، سواء فيما يتعلق بالشروط الواجب توافرها فى العمل أو فيما يتعلق بأنواع العمل.

٢٨ – الشروط الواجب توافرها فى العمل: هذه الشروط، طبقاً للقواعد العامة، هى أن يكون العمل ممكناً، وأن يكون معيناً أو قابلا للتعيين، وأن يكون مشروعاً[١].

فيجب أولا أن يكون العمل ممكناً، لأنه لا التزام بمستحيل. وقد نصت المادة ١٣٢ مدنى على أنه «إذا كان محل الالتزام مستحيلا فى ذاته، كان العقد باطلا». والمقصود بالاستحالة هى الاستحالة المطلقة، وهى أن يكون العمل مستحيلا فى ذاته، لا أن يكون مستحيلا بالنسبة إلى المقاول فحسب. فقد يلتزم المقاول بعمل فنى يكون مستحيلا عليه هو أو يلتزم بأمر يحتاج إلى قدرة فوق طاقته، ولكن هذا العمل لا يستحيل القيام به على رجل من أصحاب الفن أو ممن يطيقونه، ففى هذه الحالة تكون الاستحالة نسبية ولا تمنع

=تشهد بأنها دعوى جدية. أما إذا رأت المحكمة أنها غير جدية، بل هى منازعة اعتسافية يراد بها الرجوع فيما تحقق وتم الاتفاق عليه، فالمحكمة فى حل من عدم قبول تحقيقها. ثم إن معنى الغلط فى دعوى الغلط المحسوس المذكور يقتضى حتما أن يكون المتعاقد قد صدر منه الرضا وهو غير عالم بحقيقة الشئ المرضى عنه، بحيث لو كان عالماً بحقيقته لما رضى. فإذا كان المدعى لم يدع عدم علمه بالحقيقة، بل ادعى أنه استكره على التوقيع، وأثبتت المحكمة أن دعوى الإكراه مختلفة، فتوقيعه بهذه المثابة لا يجعل له أدنى وجه للرجوع فى شئ من الحساب، بل هو مرتبط به تمام الارتباط، ودعواه غير جائزة السماع (نقض مدنى ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٩٧ ص٩٢٣ وهو الحكم السابق الإشارة إليه).

(١) الوسيط ١ فقرة ٢١٤.

من انعقاد المقاولة، ويكون المقاول مسئولا عن التعويض. أما إذا كانت الاستحالة مطلقة، كأن يتعهد المقاول بعمل يكون قد تم قبل التعهد كما إذا تعهد محام برفع استئناف عن قضية كان الاستئناف قد رفع فيها قبل ذلك، أو كما إذا تعهد كيماوى أن يستخلص من معادن خسيسة معادن ثمينة وهذا أمر مستحيل حتى اليوم من الناحية العلمية، فقد اختل شرط الإمكان فى العمل، وكانت المقاولة باطلة. وقد تكون الاستحالة قانونية، أى أنها ترجع لا إلى طبيعة العمل بل إلى سبب فى القانون، كما إذا تعهد محام يرفع استئناف عن حكم بعد انقضاء الميعاد القانونى أو نقض فى قضية لا يجوز فيها النقض[1]. وحكم الاستحالة القانونية هو حكم الاستحالة الطبيعية فيما قدمناه، تمنع من انعقاد المقاولة لاختلال شرط من شروط المحل[2].

ويجب ثانياً أن يكون العمل معيناً أو قابلاً للتعيين. فيكون العمل معيناً إذا ذكرت طبيعته وأوصافه وبين ذلك تبييناً كافياً، بحيث يتعين العمل ولا يدخل فى ذلك لبس أو غموض. فإذا كان التعاقد على عملية جراحية، ذكر نوع العملية وأصول الطب كفيلة بتعيين العملية بعد ذكر نوعها. وإذا كان التعاقد على ترميمات، ذكر الشئ الواجب ترميمه والترميمات المطلوب القيام بها، وإذا لم تذكر كان الواجب القيام بجميع الترميمات التى يحتاج إليها الشئ. وإذا كان التعاقد على بناء، كان تعيينه عادة بوضع تصميمات له (plans) وهى الرسوم التى يضعها المهندس المعمارى من مشروع ابتدائى (avant projet) ورسوم نهائية تفصيلية. ويقترن بالتصميمات دفتر الشروط (cahier des charges)، لبيان الأعمال المطلوبة وشروط تنفيذها. ويقترن بالتصميمات ودفتر الشروط المقايسة (devis)، وتبين مقاسات البناء ومقدار المواد وصفاتها وهذا ما يسمى بالمقايسة الوصفية (devis descriptif)، ويتبين كذلك ثمن المواد كل نوع على حدة وهذه هى المقايسة التقديرية (devis estimatif). ويغنى عن المقايسة التقديرية قائمة بالأثمان (bordereaux des prix) تبين الأثمان بالتفصيل، بحيث يستخلص من هذه القائمة تكاليف عمليات البناء المفصلة فى المقايسة الوصفية. وهذه الوثائق الثلاث – التصميمات ودفتر الشروط والمقايسة – تلحق بعقد المقاولة ذاته، وهو الذى يتضمن الاتفاق الحاصل بين رب العمل والمقاول بجميع عناصره، كما يشتمل على شروط التنفيذ من مدة وجزاءات وأقساط مؤقتة وتسوية نهائية واختصاص فى حالة النزاع أو قبول للتحكيم وغير ذلك من

---

(١) هذا إذا اعتبرنا التعاقد مع المحامى مقاولة لا وكالة، والواقع أن التعاقد مع المحامى مزيج بين المقاولة والوكالة وعنصر الوكالة هو الغالب كما قدمنا (انظر آنفاً فقرة ٥ فى آخرها). وسنورد فى الوكالة (انظر ما يلى فقرة ٢٣٢) نفس هذه الأمثلة لاستحالة المحل، على اعتبار أن التعاقد مع المحامى وكالة جرياً على العنصر الغالب.

(٢) الوسيط ١ فقرة ٢١٩ – فقرة ٢٢٠.

الشروط التي يتفق عليها المتعاقدان[1]. وإذا لم يكن العمل معيناً على النحو السالف الذكر، وجب أن يكون على الأقل قابلا للتعيين. فيصح التعاقد على بناء مدرسة تشتمل على كذا فصلا، ويسع كل فصل كذا تلميذاً مع المرافق اللازمة لمثل هذه المدرسة. كما يصح الاتفاق على بناء مستشفى يشتمل على كذا سريراً، وكذا حجرة، مع المرافق اللازمة. وكذلك الأمر فيما يتعلق بالمسارح والمطاعم والفنادق والمنازل الشعبية، وما إلى ذلك من الأعمال التي تحتوى على عناصر تقديرها بحيث تكون قابلة للتعيين[2].

ويجب ثالثاً وأخيراً أن يكون العمل مشروعاً. فإذا كان غير مشروع بأن كان مخالفاً للقانون أو النظام العام أو الآداب، كانت المقاولة باطلة. فلا يجوز الاتفاق على تشييد منزل للدعارة أو للقمار، كما لا يجوز الاتفاق على تهريب مسجون[3]، أو إدخال الحشيش والمخدرات أو تهريب البضائع من الجمرك، أو صنع الأسلحة الممنوعة، أو ارتكاب جريمة[4].

٢٩- أنواع العمل: قدمنا عند الكلام فى تنوع الأعمال التى تكون محلا

---

(١) فتحي غيث فى قانون المهندس سنة ١٩٦٠ ص٤٩- ص١١٢- محمد لبيب شنب فقرة ٤٩- وهذه الوثائق يكمل بعضها بعضاً. فإذا وجد خلاف بينها، وجب التوفيق، فإن تعذر، وكان الخلاف بين دفتر الشروط والمقايسة التقديرية، وجب تغليب دفتر الشروط (مجلس الدولة الفرنسى ٢٨ يوليه سنة ١٨٩٣ مجلة أحكام مجلس الدولة سنة ١٨٩٣ ص٦٣٨). وإذا وقع الخلاف بين المقايسة التقديرية وقائمة الأثمان، وجب تغليب قائمة الأثمان (مجلس الدولة الفرنسى ٣٠ مايو سنة ١٨٨٤ مجلة أحكام مجلس الدولة سنة ١٨٨٤ ص٤٧٦). وإذا وقع خلاف بين الشروط المكتوبة فى العقد والرسومات، وجب تغليب الشروط المكتوبة فى العقد، أو بين الرسومات بعضها مع بعض، وجب تغليب الرسومات ذات المقياس الكبير على الرسومات الأصغر مقاساً (فتحى غيث فى قانون المهندس ص٥٥). وإذا وقع خلاف بين الشروط المطبوعة والشروط المكتوبة باليد، وجب تغليب الشروط المكتوبة باليد (مجلس الدولة الفرنسى أول مايو سنة ١٨٩١ مجلة أحكام مجلس الدولة سنة ١٨٩١ ص٣٣٧)- وانظر محمد لبيب شنب فقرة ٤٩ ص٦٢.

(٢) فإذا لم يكن العمل معيناً أو قابلا للتعيين، كالاتفاق على إقامة بناء دون تحديد نوعه وأوصافه، كانت المقاولة باطلة (الوسيط ١ فقرة ٢٢٢).

(٣) ويجوز مع ذلك الاتفاق على تهريب أسير من أسرى الحرب، وقد قضى بأن يعتبر عقد مقاولة العقد الذى تبرمه زوجة أسير من أسرى الحرب فى ألمانيا مع شخص لتهريب زوجها، فإذا لم يتفق على أجر عينت المحكمة الأجر الواجب دفعه، ويعتبر الزوج الأسير الذى رضى بالهرب قد أجاز تعاقد زوجته، ويكون مسئولا معها بالتضامن عن الأجر (نانسى ٢٥ مارس سنة ١٩٤٧ جازيت دى پاليه ١٩٤٧ -١-١٤٢). انظر بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩١٤ ص١٥٠ هامش ٤.

(٤) وقد نصت المادة ٦٢٨ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على ما يأتى: «ويكون باطلا على وجه مطلق أيضاً كل اتفاق موضوعه: أولا- الأمور المستحيلة مادياً. ثانياً- تعليم الأعمال السحرية الخفية والأعمال المخالفة للقانون أو الآداب أو النظام العام أو إجراء الأعمال المذكورة».

للمقاولة[1] أن العمل الذى يؤديه المقاول يتنوع من مقاولة إلى أخرى تنوعاً كبيراً[1]. فمن ناحية طبيعة العمل قد يكون العمل متصلا بشئ معين، وقد يكون هذا الشئ غير موجود والمقصود من المقاولة إيجاده، بمادة يوردها المقاول من عنده أو يوردها رب العمل، وقد يكون الشئ موجوداً فعلا وهو مملوك لرب العمل ويقع عمل المقاول على هذا الشئ الموجود، وقد يكون العمل غير متصل بشئ معين بل هو مجرد عمل، كالنقل والطبع والنشر والإعلان والعلاج والتدريس. ومن ناحية حجم العمل، تندرج المقاولة من مقاولة صغيرة إلى مقاولة كبيرة. ومن ناحية جنس العمل، هناك مقاولات أصبح الآن لها اسم معروف لانتشارها، فهناك مقاولات البناء، ومقاولات الأعمال الكهربائية، ومقاولات الأعمال الميكانيكية، ومقالات المرافق العامة، ومقاولات الأشغال العامة، ومقاولات المهن الحرة، والنشر، والإعلان، والنظارة. وسنتناول طائفة من هذه المقاولات تفصيلا عند الكلام فى بعض أنواع المقاولة.

ونضيف هنا إلى ما تقدم أن الأعمال التى ترد عليها المقاولة إما أن تكون أعمالا مادية، وإما أن تكون أعمالا عقلية. فالأعمال المادية مثلها الإنشاءات المختلفة من مبان وجسور وترع ومصارف وخزانات وسدود وهذه هى المقاولات الكبيرة، ومثلها أيضاً صنع أثاث أو ثوب أو تصليح مواسير أو ترميم منزل أو نشر أو إعلان وهذه هى المقاولات الصغيرة. والأعمال العقلية تكون بدورها إما أعمالا قانونية كما فى التعاقد مع المحامى ووكيل الأشغال، وإما أعمالا فنية كما فى التعاقد مع طبيب أو مع مهندس معمارى لوضع تصميم وللإشراف الفنى على تنفيذ العمل أو مع محاسب لمراجعة حسابات معينة أو مع رسام لرسم صورة أو مع نحات لصنع تمثال[2].

كذلك تنقسم الأعمال إلى أعمال عامة وأعمال خاصة. فالأعمال العامة هى التى تتعلق بالمرافق العامة والأشغال العامة والنقل، والأعمال الخاصة هى التى تتعلق بالأفراد والشركات التى لا تساهم فيها الحكومة أو المؤسسات العامة[3].

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٩.

(٢) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩١٤.

(٣) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩١٣.

(1) تفسير عقد المقاولة لتعرف قصد المتعاقدين فيه من سلطة محكمة الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليها ما دامت لم تخرج فى تفسيره عما تحتمله عباراته، والاستهداء بالظروف التى أحاطت تنفيذ العقد السابق لبيان مقصود العاقدين هو ما يدخل فى تقدير محكمة الموضوع.

(جلسة ١٩٦٧/٥/١٦ الطعن رقم ٢٢٣ لسنة ٣٣ق س١٨ ص١٠٠٥)

المبحث الثانى

الأجر فى المقاولة

٣٠- الأجر كركن فى عقد المقاولة: الأجر هو المال الذى يلتزم رب العمل بإعطائه للمقاول فى مقابل قيام هذا الأخير بالعمل المعهود به إليه.

فالأجر إذن هو محل التزام رب العمل. ويشترط فيه، كما يشترط فى أى محل للالتزام، أن يكون موجوداً ومعيناً أو قابلا للتعيين[١] ومشروعاً. أما المشروعية فلا جديد يقال فيها، وشأن الأجر فى ذلك هو شأن العمل[٢]. بقى الوجود والتعيين.

فالأجر لابد من وجوده فى عقد المقاولة، وإلا كان العقد من عقود التبرع فلا يعتبر مقاولة، بل يكون عقداً غير مسمى. ويلاحظ أن الأجر، وإن كان ركناً فى المقاولة، إلا أنه لا يشترط ذكره فى العقد ولا أن يحدده المتعاقدان، فإذا لم يحدداه تكفل القانون بتحديده كما سنرى وتبقى المقاولة صحيحة[٣]. وهذا بخلاف التراضى والعمل، فهما ركنان فى المقاولة لا شأن للقانون بتحديدهما، فإذا لم يتوافرا فى العقد كانت المقاولة باطلة. ولكن يجب التمييز بين ما إذا كان المتعاقدان قد عرضا للأجر ولم يتفقا عليه فعند ذلك تكون المقاولة باطلة لانعدام أحد أركانها، وبين ما إذا كان المتعاقدان لم يعرضا للأجر أصلا بل سكتا عنه وهنا تكون المقاولة صحيحة ويتكفل القانون بتحديد الأجر على الوجه الذى سنبينه.

---

(١) وتنص المادة ٦٣٠ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على أنه «يجب أن يكون البدل معيناً أو قابلا للتعيين».

(٢) ويلاحظ أن أجر المحامى لا يصح أن يكون جزءاً من الحق المتنازع فيه، إذ الأجر فى هذه الحالة يكون غير مشروع بموجب نص صريح فى القانون (م٤٧٢ مدنى).

(٣) ويكفى أن العمل المعهود به إلى المقاول ما كان ليتم إلا لقاء أجر يقابله، حتى يفترض أن هناك اتفاقاً ضمنياً على وجود الأجر، أما مقدار الأجر فيحدده القانون كما سنرى. وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يتضمن نصاً فى هذا المعنى، فكانت المادة ٨٨١ من هذا المشروع تنص على أنه «إذا تبين من الظروف أن العمل الموصى بصنعه ما كان ليتم إلا لقاء أجر يقابله، وجب افتراض أن هناك اتفاقاً ضمنياً على أن يكون العمل بأجر». وقد حذف النص فى لجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٤٥ فى الهامش).

وتنص المادة ٦٣١ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على أن «يقدر اشتراط الأجر أو البدل فى الأحوال الآتية - ما لم يقم الدليل على العكس: أولا- عند إتمام عمل ليس من المعتاد إجراؤه بلا مقابل. ثانياً- إذا كان العمل داخلا فى مهنة من يقوم به. ثالثاً- إذا كان العمل تجارياً أو قام به تاجر فى أثناء ممارسته تجارته».

أما تعيين الأجر، فيتناول الكلام فيه مسألتين: (١) جنس الأجر. (٢) تقدير الأجر.

٣١- جنس الأجر: والأصل فى الأجر أن يكون نقوداً، وقد يكون مقسطاً أو يدفع جملة واحدة عند تمام العمل أو عند البدء فيه أو فيما بين ذلك.

ولكن لا شئ يمنع من أن يكون الأجر غير نقود، كما هو شأن الأجرة فى عقد الإيجار، فقد يكون أسهماً أو سندات أو مقادير معينة من البضائع كالغلال والقطن أو بيتاً أو أرضاً أو سيارة أو غير ذلك من المال المنقول أو العقار. بل يصح أن يكون الأجر عملا، فيتعاقد محام مع مقاول على أن يبنى له داراً فى مقابل أن يترافع المحامى فى بعض قضايا المقاول، وهنا تكون المقاولة مقايضة عمل بعمل[١].

ولكن الذى يقع فى العادة أن يكون الأجر فى المقاولة نقوداً[٢].

٣٢- تقدير الأجر: الأصل أن المتعاقدين هما اللذان يقومان بتحديد الأجر، وقد يحددانه بموجب مقايسه على أساس الوحدة (marché sur devis)، أو يحددانه أجراً إجمالياً على أساس تصميم متفق عليه (marché à forfait).

وتحديد الأجر على أساس الوحدة يقتضى عمل مقايسة تبين الأعمال المطلوبة تفصيلا، والمواد التى تستخدم فى هذه الأعمال، وأجر وحدة العمل، وسعر المواد المستخدمة. فيذكر فى المقايسة مثلا أن المطلوب هو كذا متراً من المبانى، كل متر بسعر كذا، وكذا متراً من النجارة بسعر المتر كذا، وكذا أدوات صحية، وكذا حديداً ألخ، مع ذكر السعر. وهذه هى المقاولة على أساس وحدة القياس (marché à l'unité de mesure). ويصح لرب العمل فى هذه الطريقة أن يزيد فى مقدار الأعمال المطلوبة أو أن ينقص منها، ويجوز الاتفاق على ألا تكون الزيادة أو النقص إلا بنسبة معينة. ومزية هذه الطريقة أنها لا تغبن رب العمل ولا تغبن المقاول، فرب العمل يدفع أجراً والمقاول يتقاضاه بمقدار ما تم فعلا. ولكن الأجر لا يعرف مقداره مقدماً عند إبرام عقد المقاولة، بل يجب الانتظار حتى تنتهى جميع الأعمال وتقدر بحسب المقايسة. وقد لا يتحدد الأجر طبقاً لمقايسة توضع مقدماً، بل يقوم المقاول بجميع الأعمال المطلوبة على أساس فئات الأثمان (marché sur prix de série). فقد جرى العمل فى مقاولات المبانى على تحديد ثمن لكل نوع من الأعمال اللازمة لإقامة البناء، فهناك سعر لمتر البناء وسعر للنجارة وسعر للحدادة وسعر للبياض وسعر لنقل الأتربة وسعر للأعمال الصحية الخ، وهذه التعريفة تسمى فئات الأثمان

---

(١) محمد لبيب شنب فقرة ٥٣.

(٢) ويذهب بوتييه (٤ فقرة ٤٠٠ ص١٣٦) إلى أن الأجر يجب أن يكون نقوداً، وإلا كانت المقاولة عقداً غير مسمى.

(série de prix). وعندما يتم المقاول الأعمال، تقدر على الطبيعة وتعرف كميات كل منها، ثم يرجع إلى فئات الأثمان المتقدم ذكرها لمعرفة أجر كل عمل ومجموع أجر المقاولة. وهذه الطريقة أكثر إمعاناً من طريقة المقايسة فى ترك الأجر غير معروف المقدار إلى نهاية تمام الأعمال، ففى طريقة المقايسة يمكن تقدير الأجر مقدماً على وجه التقريب، أما فى طريقة فئات الأثمان فليس هناك إلا التخمين ولا يمكن التثبت من مقدار الأجر إلا بعد انتهاء العمل(١).

لذلك كثيراً ما يلجأ رب العمل إلى طريقة الأجر الإجمالى (marché à prix fait, marché à forfait, marché en bloc). فيتفق مع المقاول على مبلغ إجمالى يقدر مقدماً عند إبرام المقاولة، فيوضع التصميم لبناء مثلا – عمارة من كذا دوراً وكذا شققاً وكذا دكاكين وجراجات الخ – على أن يكون الأجر الإجمالى هو عشرون ألفاً أو ثلاثون ألفاً من الجنيهات. ومزية هذه الطريقة لرب العمل أنه يعرف مقدماً عند إبرام المقاولة مقدار الأجر الذى يلتزم بدفعه للمقاول، وفى هذا مدعاة للاطمئنان والاستقرار. ولكن عيب هذه الطريقة أن المقاول يحاول عادة أن يقتصد فى تكاليف الأعمال ليكون ربحه أكبر، ويكون ذلك على حساب جودة العمل أو على حساب جودة المواد التى يستخدمها. وقد لا يستطيع المقاول الاقتصاد فى التكاليف، وترتفع الأسعار فى أثناء تنفيذ المقاولة أو ترتفع أجور العمال(٢)، فيتحمل تبعة كل ذلك لأن أجره الإجمالى محدد مقدماً لا يزيد بارتفاع الأسعار أو بارتفاع أجور العمال – إلا فى حالة الظروف الطارئة كما سنرى – فتعود المقاولة عليه بالخسارة(٣).

---

(١) استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٤٤٠– ٢٩ يناير سنة ١٩٣١ ٤٣ ص١٩٦– أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص٤٠٦– بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩١٧. وسنرى أن المهندس المعمارى يستحق أجراً مستقلا عن وضع التصميم وعمل المقايسة وأجراً آخر عن الإشراف على التنفيذ (م١/٦٦٠ مدنى). وقد يحدد هذا الأجر مقدماً بمبلغ إجمالى، وقد يحدد تبعاً لقيمة الأعمال فلا يعرف مقداره إلا عند تمام العمل. وإذا لم يحدد العقد هذه الأجور، وجب تقديرها وفقاً للعرف الجارى (م٢/٦٦٠ مدنى). وسنعود إلى هذه المسألة تفصيلا فيما يلى (انظر فقرة ١٠٨ – فقرة ١٠٩).

(٢) وقد يكون اندفع إلى قبول أجر إجمالى منخفض حتى يحصل على المقاولة، لا سيما إذا كان ذلك نتيجة مسابقة دخل فيها وعرض عطاء منخفضاً حتى ترسو المناقصة عليه (بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩١٦).

(٣) أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص٤٠٥– ص٤٠٦– بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩١٦– بيدان ١٢ فقرة ١٨٥ ص٢٠١– دى باج ٤ فقرة ٨٦٧ ص٨٨٣– مازو ٣ فقرة ١٣٤٤ ص١١١٣– محمد كامل مرسى فقرة ٥٧٨ ص٤٨١– ص٤٨٢– محمد لبيب شنب فقرة ٥٤ ص٦٦. =

وقد لا يعرض المتعاقدان لتحديد مقدار الأجر أصلا، فيتكفل القانون بتحديد هذا المقدار كما سبق القول. وقد نصت المادة ٦٥٩ مدنى على أنه «إذا لم يحدد الأجر سلفاً، وجب الرجوع فى تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المقاول» وسيأتى تفصيل البحث فى ذلك عند الكلام فى التزام رب العمل بدفع الأجر[1].

= وقد تكون نصوص المقاولة غامضة هل هى بأجر إجمالى أو هى بسعر الوحدة، فقاضى الموضوع هو الذى يبت فى هذه المسألة بعد أن يرجع إلى نصوص المقاولة وظروفها، دون رقابة عليه من محكمة النقض (نقض فرنسى ٢٨ مايو سنة ١٨٧٣ داللوز ٧٣- ١-٤١٥- ١٩ يوليه سنة ١٨٩٧ داللوز ٩٧-١-٤٦٧- أول فبراير سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٤ -١-٣٦٠- ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٠٧ داللوز ١٩٠٨ -١-٤٩٤- ٢٤ فبراير سنة ١٩١٥ جازيت دى تريبينو ٢٨ فبراير سنة ١٩١٥ - ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٥ داللوز الأسبوعى ١٩٢٦ -٥٢- بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩١٦).

(١) انظر ما يلى فقرة ٩٠.

الفصل الثانى

الآثار التى تترتب على المقاولة

٣٣- التزامات المقاول والتزامات رب العمل: يترتب على عقد المقاولة أن تنشأ التزامات فى جانب المقاول، والتزامات مقابلة فى جانب رب العمل. وقد يتعاقد المقاول مع مقاول من الباطن لإنجاز بعض الأعمال المعهود بها إليه، أو لإنجاز جميع هذه الأعمال.

فنتكلم فى التزامات المقاول، ثم فى التزامات رب العمل، ثم فى المقاولة من الباطن.

الفرع الأول

التزامات المقاول

٣٤- التزامات ثلاثة: يلتزم المقاول نحو رب العمل بالتزامات ثلاثة:

(١) إنجاز العمل المعهود به إليه بموجب عقد المقاولة.

(٢) تسليم العمل بعد إنجازه.

(٣) ضمان العمل بعد تسليمه.

المبحث الأول

إنجاز العمل

٣٥- الواجبات التى يتضمنها إنجاز العمل والجزاء على الإخلال بهذا الالتزام: الالتزام الرئيسى الذى يترتب فى ذمة المقاول هو الالتزام بإنجاز العمل، وهذا الالتزام ينطوى على واجبات يتعين على المقاول أن يقوم بها. فإذا أخل بهذه الواجبات تحمل الجزاء الذى يرتبه القانون على هذا الإخلال.

المطلب الأول

الواجبات التى يتضمنها إنجاز العمل

٣٦- بيان هذه الواجبات: حتى يقوم المقاول بتنفيذ التزامه من إنجاز العمل، يجب

عليه أن ينجزه بالطريقة الواجبة، وأن يبذل فى إنجازه العناية اللازمة، سواء قدم المادة من عنده أو قدمها له رب العمل، فيكون مسئولا عن خطئه وعن خطأ تابعيه، وعليه أخيراً أن ينجز العمل فى المدة المتفق عليها أو المدة المعقولة. فهذه طائفة من المسائل نستعرضها فيما يلى:

٣٧- طريقة إنجاز العمل - نص قانونى: يجب على المقاول أن ينجز العمل بالطريقة المتفق عليها فى عقد المقاولة، وطبقاً للشروط الواردة فى هذا العقد[١]، وبخاصة طبقاً لدفتر الشروط فى مقاولات البناء إذا وجد هذا الدفتر[٢].

فإذا لم تكن هناك شروط متفق عليها، وجب اتباع العرف، وبخاصة أصول الصناعة والفن تبعاً للعمل الذى يقوم به المقاول. فلصناعة البناء أصول معروفة، وللنجارة والحدادة والسباكة والحياكة والرسم والتصوير والنحت أصول وقوانين تجب مراعاتها دون حاجة لذكرها فى العقد. ولصناعة الطب وصناعة المحاماة والهندسة والمحاسبة والطبع والنشر وغير ذلك من الأعمال التى يصح أن تكون محلا لعقد المقاولة أصول وتقاليد وعرف يجب على المقاول أن يلتزمها فى إنجازه للعمل المعهود به إليه.

فإذا خالف المقاول الشروط والمواصفات المتفق عليها أو الشروط التى تمليها أصول الصنعة وعرفها وتقاليدها، وأثبت رب العمل ذلك، كان المقاول مخلا بالتزامه ووجب عليه الجزاء الذى سنبينه فيما يلى، وذلك دون حاجة لأن يثبت رب العمل خطأ فى جانب المقاول، فإن مخالفة هذه الشروط هى ذاتها الخطأ[٣]. ولا يستطيع المقاول أن يتخلص من المسئولية إلا بإثبات السبب الأجنبى، أى بإثبات أن مخالفة الشروط ترجع إلى قوة قاهرة أو حادث فجائى أو خطأ رب العمل نفسه أو فعل الغير[٤].

وإذا احتاج المقاول، فى إنجازه للعمل طبقاً لشروطه، إلى أدوات ومهمات، وجب عليه أن يأتى بها ويكون ذلك على نفقته، سواء كان للعمل مادة تستخدم فيه أو لم يكن، وسواء كان من ورد المادة هو رب العمل أو المقاول. فأدوات العمل ومهماته، كآلات البناء

---

(١) وتنص المادة ٦٣٧ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على ما يأتى: «إن المؤجر يكون مسئولا أيضاً عن الضرر الذى ينجم عن إخلاله بتنفيذ التعليمات التى تلقاها إذا كانت صريحة، ولم يكن لديه سبب كاف فى عدم مراعاتها. أما إذا كان لديه مثل هذا السبب، ولم يكن ثمة خطر فى التأخير، فيلزمه أن ينبه صاحب الأمر وينتظر منه تعليمات جديدة».

(٢) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٤ ص١٦٠.

(٣) محمد لبيب شنب فقرة ٧٠ ص٩٠- عكس ذلك دى باج ٤ فقرة ٨٨٠ ص٩٠٧.

(٤) مازو٣ فقرة ١٣٤٧ ص١١١٥.

وعدة الجراحة وعربات النقل وألوان الدهان وبطانة الثوب وغير ذلك مما يحتاج إليه المقاول فى إنجاز العمل، تكون على المقاول دون حاجة إلى اشتراط ذلك فى العقد، وهذا ما لم يقض الاتفاق أو عرف الحرفة بغيره. كذلك كثيراً ما يحتاج المقاول، فى إنجازه للعمل طبقاً لشروطه، إلى أيد عاملة، وقد يحتاج أيضاً إلى أشخاص يعاونونه ويعملون تحت إشرافه فيكونون تابعين له، بل قد ينجز العمل كله هؤلاء الأشخاص ومعهم العمال وتقتصر مهمة المقاول على الإشراف والتوجيه، ما لم يكن العمل منظوراً فيه إلى مهارة المقاول الشخصية كالطبيب والفنان. ففى جميع هذه الأحوال تكون أجور العمال والمعاونين على المقاول، ما لم يقض الاتفاق أو عرف الحرفة بغير ذلك. وقد ورد نص صريح فى هذا المعنى، فيما يتعلق بالأدوات والمهمات، فى الفقرة الثانية من المادة ٦٤٩ من التقنين المدني، وتجرى على الوجه الآتى: «وعلى المقاول أن يأتى بما يحتاج إليه فى إنجاز العمل من أدوات ومهمات إضافية، ويكون ذلك على نفقته. هذا ما لم يقض الاتفاق أو عرف الحرفة بغيره»(١).

٣٨- العناية اللازمة فى إنجاز العمل: الالتزام بإنجاز العمل فى عقد المقاولة إما أن يكون التزاماً بتحقيق غاية، وإما أن يكون التزاماً ببذل عناية.

فإن كان التزاماً بتحقيق غاية، كإقامة بناء أو ترميمه أو تعديله أو هدمه وكصنع أثاث أو ثوب أو وضع تصميم أو رسم لوحة أو نحت تمثال، فلا يبرأ المقاول من التزامه إلا إذا تحققت الغاية وأنجز العمل المطلوب. ولا يكفى أن يبذل فى القيام به عناية الشخص المعتاد أو أكبر عناية ممكنة، فما دام العمل لم يتم إنجازه فإن المقاول يكون مسئولا، ولا تنتفى

---

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى الفقرة الثالثة من المادة ٨٦٧ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، فيما عدا فروقاً لفظية طفيفة. وفى لجنة المراجعة أدخلت تعديلات لفظية على النص جعلته مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، وصار رقم المادة فى المشروع النهائى ٢/٦٧٧. ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٢/٦٧٦، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٢/٦٤٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص١٢- ص١٥).

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى القديم، ولكن النص ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة.

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدنى السورى م٢/٦١٥ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م٢/٦٤٨ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى م٢/٨٦٧ (موافق).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٦٥٩: يجب على الصانع أن يقدم العدد والآلات اللازمة لإتمام العمل، ما لم يكن هناك عرف أو اتفاق مخالف. (وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى).

مسئوليته إلا إذا أثبت السبب الأجنبي، وانتفاء مسئوليته فى هذه الحالة إنما يأتى من نفى علاقة السببية لا من نفى الخطأ. أما إذا أنجز العمل، طبقاً للشروط والمواصفات المتفق عليها أو طبقاً لأصول الفن وتقاليد الصناعة وعرفها على النحو الذى قدمناه، فقد وفى بالتزامه وبرئت ذمته.

وإن كان الالتزام التزاماً ببذل عناية، كعلاج مريض أو المرافعة فى قضية أو إدارة عمل أو الإشراف على تنفيذ، فإن المطلوب من المقاول فى هذه الحالة هو أن يبذل عناية الشخص المعتاد فى إنجاز العمل المعهود إليه. فيجب على الطبيب أن يبذل عناية من فى مستواه من الأطباء فى علاج المريض طبقاً للأصول الطبية، وليس عليه أن يشفى المريض؛ ويجب على المحامى أن يبذل عناية من فى مستواه من المحامين فى المرافعة، وليس عليه أن يكسب القضية. ويجب على المهندس الذى يدير عملا أو يشرف على تنفيذ تصميم أن يبذل عناية من فى مستواه من المهندسين فى إدارة العمل أو فى الإشراف على التنفيذ، وليس عليه أن يتحقق الغرض المقصود. وتقول الفقرة الأولى من المادة ٢١١ مدنى فى هذا المعنى: «فى الالتزام بعمل، إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشئ أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيطة فى تنفيذ التزامه، فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل فى تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادى، ولو لم يتحقق الغرض المقصود».

٣٩- التمييز بين فرضين فيما يتعلق بتقديم مادة العمل - نص قانونى: ويقع كثيراً أن يحتاج العمل المطلوب إنجازه إلى مادة تستخدم فى صنعه أو يستعان بها فيه. فالنجار فى صنع مكتب أو مكتبة أو أثاث يحتاج إلى الخشب اللازم لصنع ذلك، والحائك فى صنع الثوب يحتاج إلى القماش اللازم، وصانع الأسنان يحتاج إلى المادة اللازمة لصنع هذه الأسنان، وهكذا. وهنا يجب التمييز بين فرضين، فإما أن يكون المقاول قد تعهد بتقديم المادة بالإضافة إلى العمل، وإما أن يكون رب العمل هو الذى تعهد بتقديم المادة واقتصر المقاول على التعهد بتقديم العمل.

وتقول المادة ٦٤٧ من التقنين المدنى فى هذا الصدد:

«١- يجوز أن يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عمله، على أن يقدم رب العمل المادة التى يستخدمها أو يستعين بها فى القيام بعمله».

«٢- كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معاً»(١).

---

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ٨٦٤ على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، فيما عدا فروقاً لفظية طفيفة. وفى لجنة المراجعة أدخلت تعديلات لفظية، فصار النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، وصار رقم المادة ٦٧٥ فى المشروع النهائى. ووافق عليها =

٤٠ – الفرض الأول – المقاول هو الذى يقدم المادة – نص قانونى: تنص المادة ٦٤٨ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«إذا تعهد المقاول بتقديم مادة العمل كلها أو بعضها، كان مسئولا عن جودتها، وعليه ضمانها لرب العمل»(١).

وقد سبق أن رأينا أنه إذا قدم المقاول مادة العمل كلها أو بعضها وكان للمادة قيمة محسوسة، فإن العقد يكون مزيجاً من بيع ومقاولة، سواء كانت قيمة المادة أكثر من قيمة

=مجلس النواب تحت رقم ٦٧٤، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٤٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٩ – ص١٠).

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى القديم المادة ٥٠٨/٤١٦، وكانت تجرى على الوجه الآتى: «استئجار الصانع يجوز أن يشتمل بطريق التبعية على ما يلزم إحضاره من المهمات اللازمة للعمل كلها أو بعضها». (وأحكام التقنين المدنى القديم تتفق مع أحكام التقنين المدنى الجديد).

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدنى السورى م٦١٣ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م٦٤٦ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى م٨٦٥: ١ – يجوز أن يقتصر المقاول على المتعهد بتقديم عمله، على أن يقدم رب العمل المادة التى يستخدمها المقاول أو يستعين بها فى القيام بعمله، ويكون المقاول أجيراً مشتركاً. ٢ – كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معاً، ويكون العقد استصناعاً. (وأحكام التقنين العراقى تتفق مع أحكام التقنين المصرى).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٦٥٨: يجوز فى الاستصناع أن يقتصر الصانع على تقديم عمله فقط فيقدم صاحب الأمر المواد عند الاقتضاء، كما يجوز له أيضاً أن يقدم المواد مع عمله – على أنه إذا كانت المواد التى يقدمها الصانع هى الموضوع الأصلى فى العقد ولم يكن العمل إلا فرعاً، كان هناك بيع لا استصناع. (وتتفق أحكام التقنين اللبنانى مع أحكام التقنين المصرى).

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ٨٦٦ على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٦٧٦ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٧٥، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٤٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص١١ – ص١٢).

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى القديم، ولكنه تطبيق للقواعد العامة.

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدنى السورى م٦١٤ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م٦٤٧ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى م٨٦٦ (مطابق).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م١/٦٦٣: إن الصانع الذى يقدم المواد يكون ضامناً لنوعها. (وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى).

العمل أو أقل، ويقع البيع على المادة وتسرى أحكامه فيما يتعلق بها، وتقع المقاولة على العمل وتنطبق أحكامها عليه[1]. وقد طبق النص سالف الذكر هذه القاعدة، فجعل المقاول مسئولا عن جودة المادة وعليه ضمانها لرب العمل. ذلك أن المقاول فى هذه الحالة يكون بائعاً للمادة، فيضمن ما فيها من عيوب ضمان البائع للعيوب الخفية. والبيع هنا يكون معلقاً على شرط واقف، هو تمام صنع المادة[2]. فيصبح البيع باتاً وتنفذ آثاره، ومنها نقل الملكية وضمان العيوب الخفية، من وقت أن يتم المقاول عمله ويكسب الشئ المصنوع كل مقوماته الذاتية، أى من وقت أن يصبح الخشب مكتباً أو مكتبة أو أثاثاً فى حالة التعاقد مع نجار، أو من وقت أن يصبح القماش ثوباً تام الصنع فى حالة التعاقد مع حائك[3]، وهكذا[4].

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٦ فى آخرها.

(٢) بودرى وفال ٢ فقرة ٣٨٧٢ ص١٠٧٥- كولان وكاپيتان ودى لاموراندييرة فقرة ١٠٨٧- فلا يتراخى انتقال الملكية إلى وقت التسليم ولا إلى وقت تقبل العمل (بودرى وفال ٢ فقرة ٣٨٧٥- وقارن أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind فقرة ٢٤ وفقرة ٢٨). أما قبل تمام الصنع فالمادة تبقى ملكاً للمقاول، ويترتب على ذلك أنه إذا أفلس المقاول قبل تمام الصنع لم يكن لرب العمل أن يسترد الشئ من التفليسة لأنه لم يصبح ملكاً له بعد. ويترتب على ذلك أيضاً أن المقاول، قبل أن يتم صنع الشئ، له أن يتصرف فيه بالبيع والرهن وسائر التصرفات (داڤيد فى رسالته فى عقد الاستصناع ص٩٤- ص٩٥- فرانسوا جورى فى مقال له فى وقت انتقال الملكية فى البيوع تحت التسليم فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٤٧ فقرة ١٥ ص١٦٧- انسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Louage d;ouv. et d'ind فقرة ٢٥- محمد لبيب شنب فقرة ٩٦ ص١١٢).

(٣) وهناك رأى يذهب إلى أن مقاول البناء الذى يقدم مواد البناء من عنده يبرم عقد مقاولة لا يتضمن بيع المواد، فإن هذه المواد تصبح ملكاً لصاحب الأرض (رب العمل) بالالتصاق (انظر فى هذا المعنى بودرى وفال ٢ فقرة ٣٨٧٤- بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٩٩٢- نقض فرنسى ١٨ أكتوبر سنة ١٩١١ داللوز ١٩١٢-١-١٣).

(٤) انظر فى هذا المعنى نقض فرنسى أول أغسطس سنة ١٩٥٠ داللوز الموجز ١٩٥١- ٦٨- باريس ٢٤ مايو سنة ١٩٤٤ سيريه ١٩٤٥-٢-٤- السين ٨ أبريل سنة ١٩٤٩ داللوز الموجز ١٩٥٠-١٦- قارن بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٥ ص١٦٣ ويذهبون إلى أن الملكية لا تنتقل إلا من وقت تسليم الشئ المصنوع لرب العمل، وفى حالة صنع أشياء متماثلة (par série) من وقت تعيين الشئ بالذات وتميزه (spécification) عن سائر الأشياء المماثلة. وانظر أيضاً فى أن الملكية لا تنتقل إلا من وقت تسليم الشئ المصنوع فرانسوا جورى فى مقاله المشار إليه فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٤٧ فقرة ١٤- فقرة ١٥ ص١٦٧- بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٨٩٥- نقض فرنسى ٢٠ مارس سنة ١٨٧١ داللوز ٧٢-١-١٤٠- ١٤ مارس سنة ١٩٠٠ داللوز ١٩٠٠-١-٤٩٧- وانظر فى أن الملكية تنتقل من وقت تقبل رب العمل للعمل ولو لم يتسلمه محمد لبيب شنب فقرة ٩٩. وسنرى أن التقبل يقع عادة وقت التسلم (انظر ما يلى فقرة ٨١)، وأنه إذا انفصل التقبل عن التسليم فالعبرة فى انتقال الملكية بوقت التقبل لا بوقت التسلم (انظر ما يلى فقرة ٨٥).

وتسرى فى ضمان العيوب الخفية الأحكام الملائمة لطبيعة عقد الاستصناع الذى نحن بصدده وهى أحكام عقد البيع. فيكون المقاول ملزماً بالضمان إذا لم تتوافر فى المادة الصفات التى كفل لرب العمل وجودها فيه، أو كان بالمادة عيب ينقص من قيمتها أو من نفعها بحسب الغاية المقصودة منها، ويضمن المقاول هذا العيب ولو لم يكن عالماً بوجوده (م١/٤٤٧ مدنى). ولا يضمن المقاول العيوب التى كان رب العمل يعرفها وقت تمام صنع الشئ، أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص الشئ بعناية الرجل العادى، إلا إذا أثبت رب العمل أن المقاول قد أكد له خلو الشئ من هذا العيب، أو أثبت أن المقاول قد تعمد إخفاء العيب غشاً منه (م٢/٤٤٧ مدنى). ولا يضمن المقاول عيباً جرى العرف على التسامح فيه (م٤٤٨ مدنى). وإذا تسلم رب العمل الشئ، وجب عليه التحقق من حالته بمجرد أن يتمكن من ذلك وفقاً للمألوف فى التعامل، فإذا كشف عيباً يضمنه المقاول وجب عليه أن يخطره به خلال مدة معقولة، فإن لم يفعل اعتبر قابلا للشئ (م١/٤٤٩مدنى). أما إذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ثم كشفه رب العمل، وجب عليه أن يخطر به المقاول بمجرد ظهوره، وإلا اعتبر قابلا للشئ بما فيه من عيب (م٢/٤٤٩ مدنى). وإذا أخطر رب العمل المقاول بالعيب فى الوقت الملائم، كان له أن يرجع بالضمان على النحو المبين فى المادة ٤٤٤ مدنى (م٤٥٠مدنى). وتبقى دعوى الضمان، ولو هلك الشئ بأى سبب كان (م٤٥١مدنى). وتسقط بالتقادم دعوى الضمان إذا انقضت سنة من وقت تسليم الشئ إلى رب العمل ولو لم يكشف هذا الأخير العيب إلا بعد ذلك، ما لم يقبل المقاول أن يلتزم بالضمان لمدة أطول، على أنه لا يجوز للمقاول أن يتمسك بالسنة لتمام التقادم إذا ثبت أنه تعمد إخفاء العيب غشاً منه (م٤٥٢مدنى)[1].

وفى اختيار المقاول للمادة التى يقدمها يجب عليه أن يلتزم الشروط، والمواصفات المتفق عليها فى خصوص هذه المادة كما سبق القول. وإذا لم تكن هناك شروط ومواصفات، وجب على المقاول أن يتوخى فى اختيار المادة أن تكون وافية بالغرض المقصود مستفاداً مما هو مبين فى العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشئ أو الغرض الذى أعد له (م١/٤٤٧ مدنى).

وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة المادة من حيث جودتها، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أى ظرف آخر، التزم المقاول بأن يقدم مادة من صنف متوسط (م٢/١٣٣ مدنى)[2].

---

(١) انظر فى كل هذه الأحكام المتعلقة بضمان البائع للعيوب الخفية الوسيط ٤ فقرة ٣٦٠ وما بعدها.

(٢) محمد لبيب شنب فقرة ١٠١ ص١١٦.

٤١ – الفرض الثانى – رب العمل هو الذى يقدم المادة – نص قانونى: تنص الفقرة الأولى من المادة ٦٤٩ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«إذا كان رب العمل هو الذى قدم المادة، فعلى المقاول أن يحرص عليها ويراعى أصول الفن فى استخدامه لها، وأن يؤدى حساباً لرب العمل عما استعملها فيه ويرد إليه ما بقى منها، فإذا صار شئ من هذه المادة غير صالح للاستعمال بسبب إهماله أو قصور كفايته الفنية، التزم برد قيمة هذا الشئ لرب العمل»(١).

والمفروض هنا أن رب العمل هو الذى يقدم المادة للمقاول، فيقدم مثلا القماش للحائك أو الخشب للنجار أو الذهب للصائغ أو الورق للمطبعة أو الأرض لمقاول البناء الخ. ويجب على المقاول فى هذه الحالة أن يحافظ على المادة المسلمة إليه من رب العمل، وأن يبذل فى المحافظة عليها عناية الشخص المعتاد، فإن نزل عن هذه العناية كان مسئولا عن هلاكها أو تلفها أو ضياعها أو سرقتها. وإذا احتاج الحفظ إلى نفقات، تحملها المقاول، لأنها تعتبر جزءاً من النفقات العامة التى أدخلها فى حسابه عند تقدير الأجر(٢). وقد قدمنا أن عقد المقاولة الذى يتسلم فيه المقاول شيئاً من رب العمل ليعمل فيه يتضمن بطبيعته

---

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص فى الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٨٦٧ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. وفى لجنة المراجعة أدمجت الفقرتان فى فقرة واحدة، وأدخلت بعض تعديلات لفظية طفيفة، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، وصار رقمه ١/٦٧٧ فى المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١/٦٧٦، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١/٦٤٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص١٢– ص١٥).

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى القديم، ولكن النص ليس إلا تطبقاً للقواعد العامة.

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدنى السورى م١/٦١٥ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م١/٦٤٨ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى م١/٨٦٧ (موافق).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م١/٦٣٩: إن المؤجر الذى لا يقدم إلا عمله يلزمه أن يسهر على حفظ الأشياء التى سلمت إليه لتنفيذ العمل أو الاستصناع.

م٢/٢٦٣: أما إذا كان صاحب الأمر هو الذى قدمها (المادة). فيجب على الصانع أن يستعملها بحسب القواعد الفنية وبدون إهمال، وأن يوقف صاحب الأمر على كيفية استعماله إياها، وأن يرد إليه ما لم يستعمل منها. (وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى).

(٢) استئناف مختلط ٢١ يونيه سنة ١٩٢٣ م٣٥ ص٥١٧– ٢٠ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص١٨٦– محمد لبيب شنب فقرة ٧٨ ص٩٧.

حفظ هذا الشئ ويكون مسئولا عن ضياعه[1]. ويستوى أن يكون الشئ قيمياً أو مثلياً[2].

ثم يجب على المقاول أن يستخدم المادة طبقاً لأصول الفن، فيجانب الإفراط والتفريط، ويستعمل منها القدر اللازم لإنجاز العمل المطلوب منه دون نقصان أو زيادة، وأن يؤدى حساباً لرب العمل عما استعمله منها ويرد له الباقى إن وجد. فإن بقى من الخشب أو القماش أو الذهب أو الورق الذى تسلمه من رب العمل شئ بعد أن أتم صنع الأثاث أو الثوب أو المصاغ أو طبع الكتاب، وجب عليه رده لرب العمل.

وإذا كشف فى أثناء عمله، أو كان يمكن أن يكشف تبعاً لمستواه الفنى، أن بالمادة عيوباً لا تصلح معها للغرض المقصود، كما إذا كان القماش الذى تسلمه من رب العمل لا يصلح لصنع الثوب المطلوب، أو كان الخشب لا يصلح لصنع الأثاث، أو كانت الأرض التى يقيم عليها البناء تنطوى على عيب يتهدد سلامة البناء، وجب عليه أن يخطر رب العمل فوراً بذلك، وإلا كان مسئولا عن كل ما يترتب على إهماله من نتائج[3]. كذلك إذا قامت ظروف من شأنها أن تعوق تنفيذ العمل فى أحوال ملائمة، كما إذا صدر للمطبعة أمر تكليف من شأنه أن يوقف العمل لتنصرف المطبعة إلى العمل الذى صدر فى شأنه أمر التكليف، وجب أيضاً فى هذه الحالة على المقاول إخطار رب العمل فوراً، وإلا كان مسئولا عن النتائج التى تترتب على عدم الإخطار. وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً فى هذا المعنى، فكانت المادة ٨٦٩ من هذا المشروع تنص على أنه «١- إذا حدثت أو ظهرت أثناء العمل عيوب فى المادة التى قدمها رب العمل، أو قامت عوامل أخرى من شأنها أن تعوق تنفيذ العمل فى أحوال ملائمة، وجب على المقاول أن يخطر فوراً رب العمل بذلك. ٢- فإذا أهمل فى الإخطار، كان مسئولا عن كل ما يترتب على إهماله من نتائج». وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة «اكتفاء بالقواعد العامة[4]»، وهو فى الواقع ليس إلا تطبيقاً لها.

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٧.

(٢) مازو ٣ فقرة ١١٥٠ ص١١١٦ - محمد لبيب شنب فقرة ٧٨ ص٩٦.

(٣) أما إذا كان لا يمكن لمقاول مثله أن يكشف العيب، فإنه لا يكون مسئولا. وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً فى هذا المعنى، فكانت المادة ٨٩١ من هذا المشروع تنص على ما يأتى: «لا يكون العامل أو الصانع مسئولا قبل رب العمل عن إغفال الإخطار المنصوص عليه فى المادة ٨٦٩ إذا كان ما ظهر فى أثناء التنفيذ وبسببه، من عيوب فى المادة، بحيث ما كان يستطيع عامل مثله أن يعلم بها» (مشروع تنقيح القانون المدنى - مذكرة إيضاحية ٣ العقود المسماة ص٤٦١- وقد سقط النص من مجموعة الأعمال التحضيرية).

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص١٣ فى الهامش - ونصت المادة ٦٦٢ من تقنين الموجبات =

ولما كانت مسئولية المقاول فى هذا الخصوص مسئولية عقدية، فإنه إذا تلف الشئ أو ضاع أو هلك، وقع عبء الإثبات على رب العمل. فعليه أن يثبت أن المقاول لم يبذل فى حفظ الشئ عناية الشخص المعتاد، وأن هذا الإهمال هو الذى ترتب عليه تلف الشئ أو ضياعه أو هلاكه. وللمقاول من جانبه أن يثبت، حتى يدرأ عن نفسه المسئولية، أنه بذل عناية الشخص المعتاد، أو أن التلف أو الضياع أو الهلاك كان بسبب أجنبى لا يد له فيه، فتنتفى مسئوليته فى الحالتين[1]. كذلك المفروض أن المقاول يتوافر على الكفاية الفنية الكافية، وعلى رب العمل يقع عبء إثبات أن المقاول قد تسبب بقصور كفايته الفنية فى جعل المادة أو بعض منها غير صالحة للاستعمال. وللمقاول من جانبه أن يدرأ عن نفسه المسئولية بأن يثبت أنه قد قام بجميع واجباته بحسب أصول الفن، أو أن صيرورة المادة غير صالحة للاستعمال لا يرجع إلى قصور فنى من جانبه، بل يرجع إلى سبب أجنبى[2].

٤٢- مسئولية المقاول عن خطأه وعن خطأ تابعيه: ويخلص مما تقدم أن المقاول يكون مسئولا عن خطأه مسئولية عقدية. ويثبت فى جانبه الخطأ، فتتحقق مسئوليته، إذا هو خالف الشروط والمواصفات المتفق عليها، أو انحرف عن أصول الفن وتقاليد الصنعة وعرفها، أو أساء اختيار المادة التى قدمها من عنده ليستخدمها فى العمل، أو نزل عن عناية الشخص المعتاد فى المحافظة على المادة التى قدمها له رب العمل، أو ثبت عدم كفايته وقصوره الفنى(1)، وبوجه عام إذا هو خالف واجباً من واجباته التى فصلناها فيما تقدم.

=والعقود اللبنانى فى هذا المعنى أيضاً على ما يأتى: «إذا حدث فى أثناء القيام بالعمل أن فى المواد التى قدمها صاحب الأمر، أو فى الأرض التى يراد إقامة بنيان أو غيره عليها، عيوباً أو نقائص من شأنها أن تحول دون إجراء العمل على ما يرام، وجب على الصانع أن يخبر عنها صاحب الأمر بلا إبطاء. وإذا لم يفعل كان مسئولا عن الضرر الذى ينجم عنها، ما لم تكن من نوع لا يتسنى معه لعامل مثله أن يعرفها».

(١) الوسيط ١ فقرة ٤٢٩.

(٢) قارن مازو ٣ فقرة ١٣٥٠ ص١١١٦ - محمد لبيب شنب فقرة ٧٨ ص٩٨.

(1) أنه وإن كان الأصل فى القانون أن المسئولية شخصية إلا أنه فى حالة مسئولية المتبوع عن خطأ تابعه ليست هى الاستثناء الوحيد الذى يرد على هذا الأصل بل يرد عليه أيضا مسئولية رب العمل عن خطأ المقاول إذا كان هذا الأخير يعمل بتوجيهه وتحت إشرافه المباشر - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - كما يرد عليه أيضاً حالة رب العمل الذى يسئ اختيار المقاول فيعهد بالعمل إلى مقاول جاهل بأصول مهنة المقاولة والفارق بين مسئولية المالك فى هذا الصدد ومسئولية المتبوع أن سوء الاختيار فى الحالة الأولى يجب على المدعى إثباته وفى الحالة الأخرى هو مفترض قانونا افتراضا لا سبيل لدحضه، فإذا كان المضرور قد تمسك فى دفاعه بأن المقاول الذى عهد إليه المالك يجهل أصول هذه المهنة ولم يتناول الحكم هذا الدفاع بما يصلح ردا عليه فأنه يكون قاصر التسبيب مخالفا للقانون.
(جلسة ١٩٥٨/٦/١٢ الطعن رقم ١٠٥ لسنة ٢٤ق س٩ ص٥٥٧)

فإذا ثبت خطأه على هذا النحو، وكان هو الذى قدم المادة، فضاعت أو تلفت بسبب خطأه، تحمل هو الخسارة، فلا يرجع على رب العمل لا بقيمة المادة التى ضاعت أو تلفت ولا بأجر العمل. بل يكون فوق ذلك مسئولا عن تعويض رب العمل عما أصابه من الضرر بسبب إخلاله بالتزاماته على النحو الذى سنبينه فيما يلى. وإذا كان رب العمل هو الذق قدم المادة، وجب عليه أن يعوضه قيمتها، ولا يرجع عليه بأجر العمل، ويكون فوق ذلك مسئولا عن التعويض كما سبق القول. وليس فى كل ذلك إلا تطبيق للقواعد العامة(١).

أما إذا حدث الضياع أو التلف بعد أن أعذر المقاول رب العمل لتسلم العمل، فإن مسئولية المقاول تنتفى، ما لم يثبت رب العمل أن الضياع أو التلف كان بسبب خطأ المقاول(٢).

وإذا استعان المقاول بشخص يساعده فى إنجاز العمل، أو استخدمه فى ذلك، فإنه يكون مسئولا عنه مسئولية المتبوع عن التابع. ولكن المسئولية هنا ليست مسئولية تقصيرية، بل هى مسئولية عقدية(٣). ويكون المقاول مسئولا أيضاً قبل رب العمل عن المقاول من الباطن، ولو أن هذا الأخير غير خاضع لتوجيه المقاول أو إشرافه، بل يعمل مستقلا عنه فلا يعتبر تابعاً له، وقد نصت المادة ٢/٦٦١ مدنى صراحة على ذلك إذ

---

(١) نقض فرنسى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ داللوز ١٩٢٥-١-٢١- بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٨- وقد أورد تقنين الموجبات والعقود اللبنانى نصوصاً فى هذا المعنى. فنصت المادة ٦٣٦ منه على ما يأتى: «إن مؤجر العمل أو الخدمة لا يكون مسئولا عن خطأ فقط، بل يسأل أيضاً عن إهماله وقلة تبصره وعدم جدارته. ولا مفعول لكل اتفاق مخالف». ويلاحظ أن مسئولية المقاول عقدية، فالنص على عدم جواز الاتفاق على الإعفاء من المسئولية العقدية يكون مخالفاً للقواعد العامة التى تجيز الاتفاق على الإعفاء من هذه المسئولية. ونصت المادة ٦٣٧ من نفس التقنين على ما يأتى: «إن المؤجر يكون مسئولا أيضاً عن الضرر الذى ينجم عن إخلاله بتنفيذ التعليمات التى تلقاها، إذا كانت صريحة ولم يكن لديه سبب كاف فى عدم مراعاتها. أما إذا كان لديه مثل هذا السبب ولم يكن ثمة خطر فى التأخير، فيلزمه أن ينبه صاحب الأمر وينتظر منه تعليمات جديدة».

(٢) نقض فرنسى ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٧ داللوز ١٩٠١-١-٧٥- بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٨ ص١٦٧- وإذا أمن المقاول على الشئ من الضياع أو التلف، فإنه يدفع مبلغ التأمين الذى يقبضه من الشركة لرب العمل، ويكون هذا الأخير ملزماً حينذاك بدفع الأجر (بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٨ ص١٦٧ هامش٢- باريس ٢٢ نوفمبر سنة ١٩١٠ داللوز ١٩١١-٥-٥).

(٣) انظر فى هذا المعنى أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص٤١٢- وانظر عكس ذلك وأن المسئولية مسئولية تقصيرية فيجب أن تتوافر فيمن يستخدمه المقاول شروط التابع فى المسئولية التقصيرية: بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٥٩ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٠.

تقول: «ولكنه (المقاول) يبقى فى هذه الحالة مسئولا عن المقاول من الباطن قبل رب العمل»(١).

٤٣- عدم التأخر فى إنجاز العمل: ويلتزم المقاول كذلك بأن ينجز العمل فى المدة المتفق عليها. فإذا لم يكن هناك اتفاق على مدة معينة، فالواجب أن ينجزه فى المدة المعقولة التى تسمح بإنجازه نظراً لطبيعته ومقدار ما يقتضيه من دقة وحسب عرف الحرفة وما يعرفه رب العمل من مقدرة المقاول ووسائله(٢).

والالتزام بإنجاز العمل فى المدة المتفق عليها أو فى المدة المعقولة التزام بتحقيق غاية، وليس التزاماً ببذل عناية. فلا يكفى، لإعفاء المقاول من المسئولية عن التأخر، أن يثبت أنه بذل عناية الشخص المعتاد فى إنجاز العمل فى الميعاد ولكنه لم يتمكن من ذلك(٣). بل يجب عليه، حتى تنتفى مسئوليته، أن يثبت السبب الأجنبى. فإذا أثبت القوة القاهرة أو الحادث الفجائى أو فعل الغير، انتفت علاقة السببية ولم تتحقق مسئوليته. ويجب ألا تكون

---

(١) انظر عكس ذلك بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٦٨ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٠ (ومع ذلك يذهب هؤلاء الفقهاء إلى أن المقاول يكون مسئولا عن المقاول من الباطن إذا ترك رب العمل يعتقد أن المقاول من الباطن مستخدم عنده أو أنه وكيله - انظر فى هذا المعنى أيضاً هيك ١٠ فقرة ٤٣٢).

وقد نصت المادة ٦٣٨ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فى هذا الصدد على ما يأتى: «يكون المؤجر مسئولا عن عمل الشخص الذى يقيمه مقامه أو يستعمله أو يستعين به كما يسأل عن عمل نفسه - غير أنه إذا اضطر بسبب ماهية العمل إلى الاستعانة بأشخاص آخرين، فهو لا يتحمل تبعة ما، على شرط أن يقيم البرهان: أولا- على أنه بذل كل العناية اللازمة فى اختيار عماله وفى مراقبتهم. ثانيا- على أنه استنفذ ما فى وسعه ليحول دون التخلف عن إجراء الموجب ويتلافى نتائجه المضرة».

وبديهى أنه إذا انتفت مسئولية المقاول من الباطن نحو المصاب، انتفت تبعاً لذلك مسئولية المقاول الأصلى عن المقاول من الباطن. وقد قضت محكمة النقض بأن المقاول من الباطن يعتبر من أصحاب العمل فى القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦ الخاص بإصابات العمل. وإذن فعلاقة المقاول من الباطن بالعامل المصاب إذا كان من أعضاء أسرته الذين قد يلزم بأن يعولهم لا تخضع لأحكام هذا القانون بمقتضى المادة الثانية منه، وبالتالى لا تخضع لهذه الأحكام علاقة المقاول الأصلى بذلك العامل، إذ القانون فى هذه الحالة لا يجعل المقاول الأصلى مسئولا إلا على اعتباره مجرد ضامن من الباطن، وبناء على ذلك فإنه كلما كانت المسئولية عن المقاول من الباطن منتفية للقرابة، فإن مسئولية المقاول الأصلى تكون لا محل لها (نقض مدنى ١٣ يونيه سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٦٨ ص٢٤٥).

(٢) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٤ ص١٦١- محمد لبيب شنب فقرة ٧٥ ص٩٣.

(٣) حتى لو أثبت أن المدة المحددة لم تكن كافية أصلا لإنجاز العمل، إذ أنه يكون مخطئاً لقبول الالتزام بإنجاز العمل فى هذه المدة غير الكافية (بودرى وفال ٢ فقرة ٣٨٩٧ ص١٠٨٤- أنسيكلوبيدى فى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind فقرة ٤٧- محمد لبيب شنب فقرة ٧٥).

القوة القاهرة أو الحادث الفجائى مسبوقاً بخطأ منه، وإلا كان مسئولا بقدر هذا الخطأ[1]. وقد قضى بأن برودة الطقس فى الشتاء لا تعد قوة قاهرة، لأنها أمر متوقع[2]. كذلك تنتفى مسؤلية المقاول عن التأخر فى إنجاز العمل، إذا كان هذا التأخر راجعاً لخطأ رب العمل. فإذا تأخر رب العمل فى تقديم المادة التى تعهد بتقديمها، وكان هذا التأخر سبباً فى تأخر المقاول فى إنجاز العمل، لم يكن هذا الأخير مسئولا[3]. كذلك إذا تأخر رب العمل عن دفع أقساط الأجرة المستحقة للمقاول فى مواعيدها حتى يتمكن هذا من إنجاز العمل، فترتب على هذا التأخر تأخر المقاول فى إنجازه العمل فى ميعاده، لم يكن هذا الأخير مسئولا عن التأخر[4]. وإذا طلب رب العمل تعديلات لم يكن متفقاً عليها من قبل، فتسبب عن ذلك أن تأخر المقاول فى إنجازه العمل فى ميعاده، لم يكن هذا الأخير مسئولا عن التأخر ما دام قد أنجز التعديلات فى ميعاد معقول[5].

المطلب الثانى

جزاء الإخلال بالتزام إنجاز العمل

٤٤- تطبيق القواعد العامة: إذا أخل المقاول بالتزامه من إنجاز العمل على التفصيل الذى قدمناه، فخالف مثلا الشروط والمواصفات المتفق عليها، أو انحرف عن أصول الفن، أو أظهر قصوراً فى كفايته الفنية، أو أساء اختيار المادة التى يستخدمها فى العمل، أو نزل

---

(١) نقض فرنسى ٣ يوليه سنة ١٨٩٣ داللوز ٩٣-١-٥٩٤- بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٠٠- بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٤ ص١٦١- أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٥٠.

(٢) رن ٥ يونيه سنة ١٨٧١ سيريه ٧٢-١-١٧٥- بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٤- أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٥٣.

(٣) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٤ ص١٦٢ - محمد لبيب شنب فقرة ٧٥ ص٩٣.

(٤) نقض فرنسى ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٣ سيريه ١٩١٤ (Bull.som) -١-١٩- بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٤ ص١٦٢- أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٥٠.

(٥) نقض فرنسى ٢٧ فبراير سنة ١٨٨٨ داللوز ٨٩-١-٣١- بودرى وفال ٢ فقرة ٣٨٩٩ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٤ ص١٦٢- أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٥٠- محمد لبيب شنب فقرة ٧٥ ص٩٣- وإذا توقف العمل فى البناء مدة من الزمن بسبب خطأ رب العمل، وتسبب عن هذا التوقف تأخر فى إنجاز العمل ولو مدة أطول من مدة التوقف، لم يكن المقاول مسئولا (استئناف مختلط ٥ نوفمبر سنة ١٩٤٢ م٥٥ ص٥).

عن عناية الشخص المعتاد فى تنفيذ التزامه، أو تأخر فى إنجاز العمل دون أن يثبت السبب الأجنبى، فإن مسئوليته تتحقق كما قدمنا. ويكون لرب العمل فى هذه الحالة، تطبيقاً للقواعد العامة، إما أن يطلب التنفيذ العينى وإما أن يطلب الفسخ، مع التعويض فى الحالتين إن كان له مقتض[1]. ويجب أن يعذر رب العمل المقاول، كما تقضى القواعد العامة.

فيطلب رب العمل التنفيذ العينى، بشرط أن يكون ذلك لا يزال ممكناً، فإن كان العمل المطلوب إنجازه عملا روعيت فيه شخصية المقاول، كعمل تصميم أو رسم لوحة أو نحت تمثال أو إجراء عملية جراحية، وأصر المقاول على الامتناع عن التنفيذ، جاز لرب العمل الالتجاء إلى طريقة التهديد المالى إذا كانت هذه الطريقة مجدية[2]، وإلا لم يبق أمامه إلا الفسخ والتعويض. أما إذا كان العمل المطلوب إنجازه ليس لشخصية المقاول فيه اعتبار، كإقامة بناء أو صنع أثاث أو تصليح ساعة أو ترميم منزل، جاز لرب العمل أن يطلب ترخيصاً من القضاء فى تنفيذ الالتزام بواسطة مقاول آخر على نفقة المقاول الأول إذا كان هذا التنفيذ ممكناً[3]، ويجوز فى حالة الاستعجال، كما هو الأمر فى ترميم منزل آيل للسقوط، أن ينفذ رب العمل الالتزام على نفقة المقاول دون ترخيص من القضاء (م٢٠٩ مدنى)[4].

---

(١) وقد قضى بأن المقاول الذى تعهد باستعمال بئر الساقية لتشغيل طلمبة (pompe)، فلم ينجح بسبب خطأه فى تقدير صعوبة العمل، يجب عليه أن يرد لرب العمل ما تقاضاه من أجر، هذا إذا لم يكن هناك وجه للحكم عليه أيضاً بالتعويض (استئناف مختلط ٢ مايو سنة ١٩٠٦ م١٨ ص٢٢٣).

(٢) محمد لبيب شنب فقرة ٦٩ ص٨٩.

(٣) جيوار ٢ فقرة ٨١٦- بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٠١ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٤ ص١٦٢ - أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٥٥- ولكن لا يجوز لرب العمل، إذا كان المقاول هو الذى قدم المادة ولم يتم صنعها، أن ينتزع منه المادة لإعطائها لمقاول آخر لإتمام صنعها، لأن المادة قبل إتمام الصنع لا تزال ملكاً للمقاول الأول، فلا يجوز انتزاعها منه دون رضاه (بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٤ ص١٦٢).

(٤) كما يجوز ذلك إذا اتفق الطرفان على أنه فى حالة تأخر المقاول يكون لرب العمل سحب العملية منه وإتمامها بواسطة غيره. وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم، إذ قضى برفض الدعوى التى أقامها المقاول - الطاعن - بطلب تعويض عن استعمال المطعون عليه أدواته وآلاته بعد سحب العملية منه، قد أقام قضاءه، على أن «المطعون عليه إنما اضطر إلى سحب العملية منه بعد أن تأخر فى تنفيذ ما التزم به رغم إنذاره أكثر من مرة بوجوب إنجاز العمل فى الميعاد المتفق عليه ورغم إمهاله فى ذلك مرارا، وأنه بعد أن سحب المطعون عليه العملية منه والتمس الطاعن الترخيص له فى إتمام العمل فى فترة حددها قبل المطعون عليه التماسه على ألا يعد هذا القبول تنازلا منه عن قرار السحب السابق، وأن الطاعن استأنف العمل على هذا الأساس دون اعتراض من جانبه». وكان العقد المبرم بين الطرفين قد نص فى بند منه على أنه فى حالة سحب العمل يكون للمطعون عليه الحق فى حجز كل أو بعض الآلات والأدوات التى استحضرها الطاعن واستعملها فى إتمام العمل دون أن يكون مسئولا =

وقد يختار رب العمل فسخ عقد المقاولة، إذا كان الإخلال بالالتزام جسيما بحيث يبرر الفسخ[١]. وللقاضى، طبقاً للقواعد العامة، أن يجيب رب العمل إلى الفسخ، كما أنه له أن يمهل المقاول حتى يقوم بتنفيذ التزامه، كما أن للمقاول أن يعرض قبل النطق بالفسخ أن ينفذ التزامه فلا يحكم القاضى بالفسخ ولكنه يقضى بالتعويض إن كان له محل[٢].

وسواء طلب رب العمل التنفيذ العينى أو الفسخ، كان له أن يطلب تعويضاً عن الضرر الذى أصابه من جراء إخلال المقاول بتنفيذ التزامه، وذلك طبقاً للقواعد العامة[٣]. وصورة من صور التعويض مقترناً بالفسخ هى أن يترك رب العمل الشئ المصنوع للمقاول (laissé pour compte)، إذا كان هذا قد أخل بالشروط والمواصفات المتفق عليها، فلا يتقبله منه ولا يعطيه عنه أجراً، بل يسترد منه قيمة المادة إذا كان هو الذى قدمها، مع تعويض عما عسى أن يكون قد أصابه من ضرر آخر[٤]. وقد يكون هناك شرط جزائى متفق عليه، فتسرى أحكامه[٥]، ويجوز تخفيضه إلى مقدار ما تحقق من الضرر، كما يجوز الإعفاء منه

=عن دفع أى أجر عنها، فإن النعى على الحكم مخالفة قانون العقد والقصور فى التسبيب يكون على غير أساس (نقض مدنى ١٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٠٧ ص٦٤٢).

(١) نقض مدنى ٢٢ أبريل سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١١٩ ص٧٨٨.

(٢) وقد يشترط رب العمل أنه له الحق فى فسخ العقد إذا رأى أن المقاول متأخر فى إنجازه، ففى هذه الحالة يكون تقدير التأخر فى إنجاز العمل موكولا إلى رب العمل، إلا إذا تعسف فى هذا التقدير، وعلى المقاول يقع عبء إثبات هذا التعسف (استئناف مختلط ١٧ يونيه سنة ١٩٣١ م٤٣ ص٤٥١).

(٣) وقد قضى بأنه إذا تأخر المهندس فى إعداد الرسومات اللازمة لعمل معين، وترتب على هذا التأخر أن حرم رب العمل من جائزة كان يحصل عليها لو أن المهندس وفى التزاماته، كان هذا الأخير مسئولا عن هذا الضرر (جرينوبل ٣١ مايو سنة ١٩٥٦ داللوز ١٩٥٦- ٤٩١- محمد لبيب شنب فقرة ٧٥ ص٩٣ هامش٢).

وقد يكون الضرر أدبياً غير مادى، ومع ذلك يجب التعويض عنه. وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا تعهد مقاول لوزارة الأوقاف بإصلاح دورة مياه مسجد تابع لها، وتأخر فى ذلك ثم لم يقم إلا ببعضه، لا شك يعتبر الضرر متوافرا، لأن الوزارة مسئولة عن إقامة الشعائر، والتأمين الذى أخذته من المتعهد ضمانا لعدم التأخير يصبح حقاً مكتسباً لها كما شرط فى التعهد (استئناف مصر ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٢٥٨ ص٥٧٥).

(٤) نقض فرنسى ٣ يوليه سنة ١٩١٢ داللوز ١٩١٣-١-١١٠- بيدان ١٢ فقرة ١٩١ مكررة- بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٤ ص١٦١- أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٥٥.

(٥) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان العقد المبرم بين الطرفين قد أوجب فى بند منه على =

إذا لم يقع ضرر أصلا(١).

وليس رب العمل مضطراً إلى الانتظار إلى نهاية المدة حتى يستعمل حقه فى طلب التنفيذ العينى أو الفسخ مع التعويض فى الحالتين. بل إن له، متى رأى منذ البداية أن المقاول يقوم بالعمل على وجه معيب أو مناف لشروط العقد أو أنه تأخر فى البدء فيه أو تأخر فى إنجازه على وجه لا يرجى معه مطلقاً أن ينجز العمل فى الميعاد، أن يتخذ من الإجراءات ما يكفل له توقيع الجزاء دون أن يمهل المقاول إلى نهاية المدة. وقد أورد التقنين المدنى تطبيقاً لهذا المبدأ فى حالة ما إذا ثبت أن المقاول يقوم بالعمل على وجه معيب أو مناف للعقد، وأورد المشروع التمهيدى للتقنين المدنى تطبيقاً آخر فى حالة ما إذا تأخر المقاول تأخراً لا يرجى تداركه. ونستعرض كلا من هذين التطبيقين.

٤٥- قيام المقاول بالعمل على وجه معيب أو مناف للعقد - نص قانونى: تنص المادة ٦٥٠ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«١- إذا ثبت أثناء سير العمل أن المقاول يقوم به على وجه معيب أو مناف للعقد، جاز لرب العمل أن ينذره بأن يعدل من طريقة التنفيذ خلال أجل معقول يعينه له. فإذا انقضى الأجل دون أن يرجع المقاول إلى الطريقة الصحيحة، جاز لرب العمل أن يطلب إما فسخ العقد وإما أن يعهد إلى مقاول آخر بإنجاز العمل على نفقة المقاول الأول طبقاً لأحكام المادة ٢٠٩».

=المقاول - الطاعن - أن ينهى جميع العمل المنوه عنه فى العقد فى الوقت المتفق عليه، وإلا كان للمطعون عليه توقيع الغرامات حسب الفئات المنصوص عليها فى ذلك البند، وأن هذه الغرامات توقع بمجرد حصول التأخير. وكان الطاعن قد تأخر فى نهو العمل فى الميعاد المتفق عليه أولا فى العقد، ثم تباطأ فى إنجازه رغم إمهاله فى إتمامه أكثر من مرة، مما اضطر المطعون عليه إلى سحب العملية منه، ثم قبل الطاعن الاستمرار فى العمل على حسابه بعد قرار السحب المذكور، فإن المطعون عليه يكون على حق فى احتساب غرامة التأخير عليه (نقض مدنى ٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٠٧ ص٦٤٢). ولكن إذا عمد رب العمل إلى تكليف مقاول آخر بإنجاز العمل بترخيص من القضاء، فإن الضرر الذى يكون قد أصابه من تأخر المقاول الأول قد خف إلى درجة تبرر تخفيض الشرط الجزائى (استئناف مختلط ١٠ يناير سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص١٠٠).

(١) محمد لبيب شنب فقرة ٧٥ ص٩٤- وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا كان الشرط الجزائى يحوى مبلغاً عظيم المقدار لا يتناسب مع قيمة المقاولة، فإن المقصود منه أن يكون تهديدياً لا جزائياً، ليكون حافزاً للمقاول على أداء العمل المطلوب منه فى موعده (استئناف مصر ٩ يونيه سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ١١٥ ص٢٤٤).

«٢- على أنه يجوز طلب فسخ العقد في الحال دون حاجة إلى تعيين أجل، إذا كان إصلاح ما في طريقة التنفيذ من عيب مستحيلا»(١).

ويخلص من هذا النص أن رب العمل، وإن لم يكن له حق الإشراف والتوجيه على المقاول إذ المقاول يعمل مستقلا عن رب العمل وهذا هو الذى يميز المقاولة عن عقد

---

(١) **تاريخ النص**: ورد هذا النص فى المادة ٨٧١ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يشتمل على فقرة ثالثة تجرى على الوجه الآتى: «أما إذا لم يكن من شأن العيب فى طريقة التنفيذ أن يقلل إلى حد كبير من قيمة العمل أو من صلاحيته للاستعمال المقدر له، فلا يجوز فسخ العقد». وفى لجنة المراجعة حذفت هذه الفقرة الثالثة، وأدخلت تعديلات لفظية على النص، وصار رقمه ٦٧٨ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٧٧. وفى لجنة مجلس الشيوخ عدلت الفقرة الأولى تعديلا من شأنه الإحالة إلى القواعد العامة التى تتضمنها المادة ٢٠٩ مدنى دفعاً لشبهة استحداث حكم جديد، وأصبح رقم النص ٦٥٠، ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص١٦- ص١٩).

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى القديم، ولكن النص ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة.

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدنى السورى م٦١٦ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م٦٤٩ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى م٨٦٩ (موافق).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م١/٦٦٤: يجب على الصانع فى جميع الأحوال أن يضمن العيوب والنقائص التى تنجم عن عمله.

م٦٦٥: يجوز لصاحب الأمر فى الحالة المنصوص عليها فى المادة السابقة أن يرفض المصنوع، وإذا كان قد سلم إليه فيمكنه أن يرده فى الأسبوع الذى يلى التسليم، وأن يحدد للصانع مهلة كافية لإصلاح العيب أو لسد نقصان بعض الصفات إن كان هذا الإصلاح مستطاعاً. وإذا مضت المهلة ولم يقم الصانع بواجبه، كان لصاحب الأمر أن يختار أحد الأمور الآتية: ١- أن يصلح المصنوع على يد شخص آخر وعلى حساب الصانع إذا كان الإصلاح لا يزال ممكناً. ٢- أن يطلب تخفيض الأجرة. ٣- أو أن يطالب بفسخ العقد ويترك الشئ لحساب من صنعه. ذلك كله مع الاحتفاظ بما يجب أداؤه عند الاقتضاء من بدل العطل والضرر. وإذا كان صاحب الأمر هو الذى قدم المواد، حق له أن يسترجع قيمتها - إن أحكام المواد ٤٥٣ و٤٥٤ و٤٥٥ (ضمان العيب فى البيع) تطبق على الأحوال المنصوص عليها تحت الرقمين ٢ و٣ المتقدمين.

(والتقنين اللبنانى يعرض لحالة ما إذا كان هناك عيب فى الصنعة وعرض الشئ على رب العمل لتسلمه، ولكن يمكن أن يقاس على ذلك حالة ما إذا كان الشئ لا يزال فى يد المقاول يعمل فيه على وجه معيب أو مناف للعقد، فلا ينتظر رب العمل حتى يعرض عليه الشئ، بما له أن يبادر وينبه على المقاول أن يعدل من طريقة العمل).

العمل كما قدمنا، إلا أن رب العمل من حقه أن يتعهد العمل وهو فى يد المقاول ليراقب ما إذا كان يجرى طبقاً للشروط والمواصفات المتفق عليها وأن المقاول ينفذ العمل طبقاً لأصول الصناعة وعرف أهل الحرفة. فليس رب العمل إذن ملزماً بالتربص حتى ينتهى العمل ويقدمه له المقاول، ليرى ما إذا كان هذا الأخير قد راعى الشروط والمواصفات وأصول الصناعة فى عمله فيقبل العمل، أو لم يراعها فيرفضه. والخير فى أن يمكن رب العمل من مراقبة ذلك منذ البداية حتى يوفر على نفسه وعلى المقاول ذاته الوقت والجهد والمشقة إذا ما تم العمل معيبا أو منافياً لشروط العقد، ثم يرفضه بعد أن يكون قد تم. وهذا ضرب من الوقاية خير من رفض العمل بعد تمامه كعلاج لما فيه من نقص أو عيب.

فإذا لاحظ رب العمل أن مقاول البناء، وهو يقيم البناء، قد أخل ببعض الشروط والمواصفات المتفق عليها بأن لم يدعم مثلا الأساس أو يصل به إلى العمق الكافى أو لم يجعل الحيطان فى السمك المتفق عليه، أو لاحظ أن النجار الذى يصنع الأثاث المطلوب لم يراع أصول الصناعة فى صنع الوحدات الأولى من الأثاث أو استخدم خشباً فى هذه الوحدات غير الخشب المتفق عليه أو من صنف أقل جودة، فإن لرب العمل فى هذه الحالة حق التدخل لمنع المقاول من المضى فى عمله المعيب أو المنافى لشروط العقد. وهنا يجب التمييز بين فرضين:

(الفرض الأول) أن يكون إصلاح ما فى طريقة التنفيذ من عيب مستحيلا. مثل ذلك أن يقيم مقاول البناء المبنى ويعلو بالأدوار الأولى منه على خلاف المواصفات والتصميم الموكول إليه تنفيذه، فعند ذلك لا يستطيع تدارك هذا الخطأ، إذ أن الأدوار التالية ستكون على غرار الأدوار الأولى معيبة، فلا سبيل إلى إصلاح طريقة التنفيذ إلا بهدم البناء كله. وفى هذا الفرض يكون لرب العمل الحق منذ البداية أن يطلب فسخ العقد لمخالفة المقاول للشروط، ولا حاجة به للتربص إلى أن يتم البناء معيباً ثم يطلب الفسخ بعد ذلك. وللقاضى حق التقدير، فإذا رأى أن رب العمل على حق فيما يدعيه حكم بالفسخ وبالتعويض، أما إذا رأى أن العيب يمكن تداركه فإنه يقضى على المقاول بإصلاح العيب على نفقته.

(الفرض الثانى) أن يكون إصلاح ما فى طريقة التنفيذ من عيب ممكناً. مثل ذلك أن يلقى مقاول البناء الأساس على عمق أقل من الواجب أو يقيم حائط الدور الأول بسمك أقل من الواجب، أو يبدأ الحائك صنع الثوب على خلاف ما اشترطه رب العمل. ففى هذا الفرض، لما كان إصلاح طريقة التنفيذ ممكناً، يجب على رب العمل أن يبدأ بإنذار المقاول بأن يصلح طريقة التنفيذ، بأن يعمق الأساس أو يجعل الحائط فى السمك الواجب أو يصلح العيب فى صناعة الثوب. وليس له أن يبادر إلى طلب الفسخ، ما دام العيب ممكناً إصلاحه. و قد يكون المقاول غافلا عن العيب. فيجب تنبيهه حتى لا يمضى فى عمل

معيب[1]. ولا يشترط في الإنذار شكل خاص. فقد يصل الأمر من الخطر إلى حد أن يجد رب العمل من المناسب أن يوجه الإنذار على يد محضر، كما إذا خالف المقاول المواصفات فلم يعمق الأساس كما ينبغي. وقد يكون الأمر من الهوادة بحيث يكفي التنبيه الشفوي، كما إذا كان الحائك قد بدأ صنع الثوب معيباً. ويحدد رب العمل للمقاول أجلا معقولا يصلح فيه العيب. فإذا انصاع المقاول لتنبيه رب العمل، وأصلح العيب في الأجل المحدد، فإن له أن يمضي في العمل على الوجه الصحيح، ولا سبيل عليه لرب العمل. أما إذا نازع المقاول فيما تقدم به رب العمل وادعى أن العمل غير معيب، أو سلم بالعيب ولكنه لم يصلحه في الأجل المحدد، فإن لرب العمل في الحالتين أ يرفع الأمر إلى القضاء دون أن ينتظر إنجاز العمل على وجه معيب أو مناف للعقد، أو دون أن ينتظر انتهاء الموعد المحدد لإنجاز العمل. ويطلب رب العمل إما الفسخ أو التنفيذ العيني، طبقاً للقواعد العامة. فإن طلب الفسخ، كان للقاضي أن يقدر ما إذا كان هناك محل لإجابة هذا الطلب فيقضي بالفسخ وبالتعويض إن كان له محل على النحو الذي بسطناه فيما تقدم، أو أنه لا محل لفسخ العقد فيقضي على المقاول، إذا رأى أن عمله معيب، بإصلاح العيب على نفقته وبالتعويض إن كان له محل. وإن طلب رب العمل التنفيذ العيني، ورأى القاضي أنه محق في ادعائه أن العمل معيب، قضي على المقاول بإصلاح العيب. ولرب العمل في هذه الحالة أن يطلب من القضاء ترخيصاً في إصلاح العيب أو في إنجاز العمل كله على الوجه الصحيح، بواسطة مقاول آخر على نفقة المقاول الأول إذا كان هذا ممكناً، وذلك تطبيقاً لأحكام الفقرة الأولى من المادة ٢٠٩ مدني. ولرب العمل أن يطلب فوق ذلك الحكم على المقاول بالتعويض إن كان له محل. وقد يكون العمل مستعجلا لا يحتمل الإبطاء المترتب على رفع الأمر إلى القضاء، كما إذا كان الأمر متعلقاً بترميم منزل آيل للسقوط[2]، ففي هذه الحالة أجازت الفقرة الثانية من المادة ٢٠٩ مدني لرب العمل أن يلجأ إلى مقاول آخر يقوم بالعمل على الوجه الصحيح على نفقة المقاول الأول، وذلك دون ترخيص من القضاء، وللقاضي بعد ذلك أن يبت فيما إذا كان رب العمل على حق فيما فعل.

٤٦- تأخر المقاول تأخراً لا يرجى تداركه: كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني

---

(١) فإذا أهمل رب العمل في تنبيه المقاول إلى ما في العمل من عيوب، أو تعمد أن يسكت إلى أن يتم العمل معيباً، فإنه يكون قد أخل بواجبه من التعاون مع المقاول في تنفيذ المقاولة، كما تقضي القواعد العامة في تنفيذ العقود، ومن ثم لا يستحق تعويضا عن الضرر الذي كان يمكن أن يتجنبه لو أنه أخطر المقاول بما في عمله من عيب في الوقت المناسب (دائيد رسالته في عقد الاستصناع ص٨٢- محمد لبيب شنب فقرة ٧٣).

(٢) أو إقامة جناح في معرض على وشك الانتفاع (محمد لبيب شنب فقرة ٧٢ ص٩٢).

يشتمل على نص هو المادة ٨٧٠ من هذا المشروع، وكانت تجرى على الوجه الآتى: «إذا تأخر المقاول فى أن يبدأ العمل أو فى أن ينجزه تأخراً لا يرجى معه مطلقاً أن يتمكن من القيام بالعمل كما ينبغى فى المدة المتفق عليها، جاز لرب العمل فسخ العقد دون انتظار لحلول أجل التسليم». وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص: «اقتبس المشروع هذا النص عن تقنين الالتزامات السويسرى (م٣٦٦ فقرة أولى) والتقنين البولونى (م٨٨٤) والتقنين التونسى (م٨٧٠) والتقنين اللبنانى (م٦٦١). وهو يجيز لرب العمل فسخ العقد إذ تأخر المقاول فى إنجاز العمل تأخراً لا يرجى معه مطلقاً أن يتمكن من القيام به فى المدة المتفق عليها. والتقنين الألمانى (م٦٣٦) يقصر هذا الجزاء على حالة عدم احترام الأجل المتفق عليه، أما المشروع فهو يجيز الفسخ حتى قبل مرور الأجل إذا تبين أنه لا أمل مطلقاً فى إنجاز العمل فى المدة المتفق عليها. وقد أخذ التقنينان اللاتينى والجرمانى هذا المبدأ عن التقنين الانجلوسكسونى، وخاصة عن التشريع الأمريكى المنظم لأحكام العقود الصادر فى سنة ١٩٣٣، وهو يسمح بطلب الفسخ مقدماً إذا تأخر المقاول فى تنفيذ التزامه لدرجة يصبح معها ثابتاً أو محتملاً جداً أنه لن يتمكن من إتمامه فى الميعاد فيكون بذلك قد أخل مقدماً بالتزامه. وهذا الحكم يخالف القواعد العامة، التى لا تجيز طلب الفسخ إلا إذا حصل الإخلال بالالتزام فعلا». وقد حذف النص فى لجنة المراجعة «اكتفاء بالقواعد العامة»[1].

والنص المحذوف يعرض للصورة العملية الآتية: يتفق مؤلف مع مطبعة على أن تنجز طبع مؤلفه فى ميعاد معين، أو يتفق عارض مع مقاول على أن ينجز صنع أشياء لعرضها فى معرض معروف تاريخ افتتاحه فيكون هناك اتفاق ضمنى على أن المقاول ينجز العمل قبل افتتاح المعرض. وتتأخر المطبعة أو يتأخر المقاول، إما فى البدء بالعمل وإما فى إنجازه بعد البدء فيه، بحيث يتبين جلياً، قبل حلول الميعاد المتفق عليه صراحة أو ضمنياً، أن المطبعة أو المقاول لن يتمكن من إنجاز العمل فى الميعاد. وليس من الضرورى أن يكون هناك ميعاد متفق عليه صراحة أو ضمناً، فقد لا يكون هناك اتفاق على ميعاد معين ولكن المقاول يتأخر فى البدء فى تنفيذ العمل أو فى إنجازه بعد البدء فيه بحيث يتبين فى جلاء أنه لن

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص١٤ فى الهامش – وقد ورد فى التقنين المدنى العراقى نص مماثل، فقد نصت المادة ٨٦٨ من هذا التقنين على أنه «إذا تأخر المقاول فى الابتداء بالعمل أو تأخر عن إنجازه تأخراً لا يرجى معه مطلقاً أن يتمكن من القيام به كما ينبغى فى المدة المتفق عليها، جاز لرب العمل فسخ العقد دون انتظار لحلول أجل التسليم». ونصت المادة ٦٦١ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على أنه «يحق لصاحب الأمر أن يطلب حل العقد بعد إنذار الصانع: أولا– إذا تمادى الصانع فى تأجيل الابتداء بالعمل لغير سبب مشروع. ثانيا– ....».

يتمكن من إنجاز العمل فى المدة المعقولة التى تحددها طبيعة العمل وعرف الصناعة وقدرة المقاول[1]. ففى جميع هذه الأحوال يظهر جلياً أن المقاول - كما تقول المذكرة الإيضاحية فيما قدمناه - «قد أخل مقدماً بالتزامه». فيجوز إذن لرب العمل ألا ينتظر حلول الأجل المتفق عليه أو الأجل المعقول، ويبادر منذ أن يتبين استحالة إنجاز العمل فى الميعاد إلى طلب فسخ العقد. وله مصلحة ظاهرة فى ذلك. فهو لو انتظر حلول الميعاد، فالعمل لن يكون قد تم، ويتكلف من المشقة والضرر ما يجعله يطالب المقاول بالتعويض، فالأولى أن يبادر إلى طلب الفسخ فيجنب المقاول التعويض إلا بقدر ما لحقه من الضرر عند طلب الفسخ، ويجنب نفسه تأخيراً أكبر فيما لو انتظر حلول الميعاد. ومن ذلك يتضح أن طلب الفسخ هو فى مصلحة كل من الطرفين، رب العمل والمقاول معاً. وإذا شئنا أن نستند إلى نص، أمكن أن نقرب هذه المسألة من المسألة التى عرضت لها الفقرة الثانية من المادة ٦٥٠ مدنى حين تقول: «على أنه يجوز طلب فسخ العقد فى الحال دون حاجة إلى تعيين أجل، إذا كان إصلاح ما فى طريقة التنفيذ من عيب مستحيلا»[2]. ففى الحالتين ارتكب المقاول خطأ لا يمكن تداركه، فهو إما أن يكون قد نفذ العمل تنفيذاً معيباً لا يمكن تداركه، وإما أن يكون قد تأخر فى البدء به أو تأخر فى إنجازه بحيث لا يمكن إنجازه فى الميعاد فيكون التنفيذ هنا أيضاً مشوباً بعيب لا يمكن تداركه. وقد رأينا أن هناك نصاً صريحاً (م٢/٦٥٠ مدنى) فى إحدى الحالتين يجيز لرب العمل أن يطلب الفسخ فوراً، فتقاس على هذه الحالة الحالة الأخرى.

لذلك يبدو لنا أنه ليس دقيقاً ما ورد فى المذكرة الإيضاحية من أن الحكم الوارد فى النص المحذوف «يخالف القواعد العامة التى لا تجيز طلب الفسخ إلا إذا حصل الإخلال بالالتزام فعلا». فإن الإخلال بالالتزام قد حصل مقدماً وعلى وجه محقق، كما تقول المذكرة الإيضاحية نفسها. وحذف النص فى لجنة المراجعة «اكتفاء بالقواعد العامة» لا يمنع فى نظرنا من تطبيقه بالرغم من حذفه، إذ هو فى الواقع متفق مع القواعد العامة كما رأينا. وقد صيغت لهذه الحالة ونظائرها نظرية الجحود المبتسر، وهى نظرية تدخل فى نطاق القواعد العامة[3].

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٣.

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٥.

(٣) دافيد فى رسالته فى عقد الاستصناع ص٨٤- ص٨٥- محمد لبيب شنب فقرة ٧٦- وانظر له أيضاً بحثاً فى نظرية الجحود المبتسر (anticipatory repudiation of contract) دراسة فى القانون الأمريكى مقارنة بالقانونين الفرنسى والمصرى فى مجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة الثانية ص٢٥٧ وما بعدها والسنة الثالثة ص١٣٩ وما بعدها. =

المبحث الثانى

تسليم العمل

٤٧ - وجوب التسليم والجزاء على الإخلال بهذا الواجب: نعرض فى هذا المبحث لمسألتين: (١) وجوب التسليم، فنبين المحل الذى يقع عليه التسليم، وكيف يكون التسليم، ومتى، وأين. (٢) الجزاء على الإخلال بواجب التسليم من تنفيذ عينى أو فسخ مع التعويض فى الحالتين، ويدخل فى ذلك بحث من يتحمل تبعة استحالة التسليم لسبب أجنبى.

المطلب الأول

وجوب التسليم

٤٨ - المحل الذى يقع عليه التسليم: المحل الذى يقع عليه التسليم هو العمل المطلوب إنجازه. فإذا كان المقاول هو الذى قدم المادة، وجب عليه تسليمها مصنوعة عن النحو المتفق عليه. أما إذا كان رب العمل هو الذى قدم المادة، فإن المقاول يلتزم بردها بعد أن يجرى فيها العمل المطلوب من تحويل أو تحسين أو تصليح، وهو فى ذلك إنما يرد لرب العمل ملكه إذ ملكية الشئ لا تزال باقية لرب العمل. وهو فى الحالتين يسلم العمل بموجب التزام فى ذمته بالتسليم ناشئ من عقد المقاولة. ويمكن أيضاً، فى الحالة الأولى، أن يلزم بالتسليم فيما يتعلق بالمادة التى قدمها بموجب التزام البائع بتسليم المبيع، إذ قدمنا أن العقد يكون فى هذه الحالة مزيجاً من المقاولة والبيع[1]. أما فى الحالة الثانية، إذا قدم

= ولا يقتصر الأمر، طبقاً لنظرية الجحود المبتسر، على حالة تأخر المقاول فى البدء بالعمل أو فى إنجازه، بل يتناول أيضاً حالة ما إذا صرح المقاول أنه لن ينفذ العمل أو اتخذ مسلكاً ينم عن هذه النية أو أتى بفعل من شأنه أن يجعل تنفيذ التزامه مستحيلا. ويضرب الأستاذ محمد لبيب شنب لذلك مثلا: «تعاقدت فرقة تمثيلية مع صاحب مسرح على تقديم بعض الروايات على مسرحه فى خلال أسبوع معين، وقبل حلول هذا الأسبوع تعاقدت مع صاحب مسرح آخر على التمثيل فى خلال الأسبوع نفسه. ففى هذه الحالة يجوز لرب العمل وهو صاحب المسرح أن يعتبر هذا المسلك جحوداً من الفرقة، وأن يفسخ العقد دون انتظار لحلول الموعد المحدد لتنفيذ العقد، وذلك يتيح له أن يتعاقد مع فرقة أخرى، وهو ما يكفل له ألا يبقى مسرحه بلا فرقة وهو ما يحدث له لو انتظر حلول موعد التنفيذ الأول» (عمر لبيب شنب فقرة ٧٧).

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٠ - وقارن محمد كامل مرسى فقرة ٥٨٢.

رب العمل المادة، فإن المقاول يلزم أيضاً بردها بموجب دعوى استرداد[1]، إذ رب العمل يبقى مالكاً للمادة كما قدمنا.

ويلتزم المقاول فوق ذلك برد ما بقى من المادة التى قدمها رب العمل، فقد رأينا الفقرة الأولى من المادة ٦٤٩ مدنى تقضى بأنه «إذا كان رب العمل هو الذى قدم المادة، فعلى المقاول أن يحرص عليها ويراعى أصول الفن فى استخدامه لها، وأن يؤدى حساباً لرب العمل عما استعملها فيه ويرد إليه ما بقى منها»[2]. كذلك يلتزم المقاول برد ما تسلمه من رب العمل من تصميم ورسومات ونماذج ورخص (كرخصة البناء فى مقاولة البناء) ومستندات مثبتة للملكية (ملكية الأرض التى يقام عليها البناء) وأدوات ومهمات يكون قد تسلمها من رب العمل، ولم تعد الحاجة تدعو لاستبقائها عنده بعد أن أنجز العمل[3].

٤٩- كيف يكون التسليم: يكون التسليم بوضع العمل تحت تصرف رب العمل بحيث يتمكن هذا من الاستيلاء عليه والانتفاع به دون عائق، ولا يشترط أن يضع رب العمل يده فعلا على العمل فإن هذا هو التسلم لا التسليم وهو واجب على رب العمل لا المقاول.

وتختلف طريقة التسليم باختلاف العمل. فالحائك يسلم الثوب المصنوع إلى رب العمل يداً بيد، وكذلك النجار والسباك والصائغ وغير هؤلاء من أرباب الحرف والصناعات. ومقاول البناء يسلم البناء بالتخلية بينه وبين رب العمل ووضعه إياه تحت تصرفه بحيث يتمكن رب العمل من الاستيلاء على البناء والانتفاع به كما سبق القول، وقد يتم ذلك بتسليم مفاتيح البناء إلى رب العمل. والمقاول الذى قام بصنع شئ أو بتحويله أو بتحسينه أو بإصلاحه يسلمه إلى رب العمل بوضعه إياه تحت تصرفه على النحو سالف الذكر. وإذا قام المقاول بعمل لا ينقل حيازة الشئ من رب العمل، كالسباك يصلح مواسير المياه والدهان يدهن الحيطان، فإن التسليم يكون بتخلية السبيل أمام رب العمل لينتفع بالشئ الذى تم العمل فيه.

٥٠- متى يكون التسليم - حق المقاول فى حبس العمل: يكون التسليم فى الميعاد المتفق عليه لإنجاز العمل، فإذا لم يكن هناك ميعاد متفق عليه ففى الميعاد المعقول لإنجاز العمل وفقاً لطبيعته ولعرف الحرفة[4]. وعلى كل حال يكون التسليم بمجرد إنجاز العمل،

---

(١) انظر فى ذلك بلانيول وريبير ورواست فقرة ٩٢٥ ص١٦٢.

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤١.

(٣) هيك ١٠ فقرة ٤١٨- بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٦٦- بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٥ ص١٦٣.

(٤) انظر آنفاً فقرة ٤٣.

ما لم يتفق على ميعاد آخر. وقد يستخلص هذا الاتفاق من الظروف، فالشئ المصنوع لتقديمه فى مسابقة أو لعرضه فى معرض يكون ميعاد تسليمه قبل حلول موعد المسابقة أو قبل حلول افتتاح المعرض(١).

وقد يحل ميعاد التسليم، ويكون للمقاول أجر مستحق فى ذمة رب العمل. ففى هذه الحالة يجوز للمقاول أن يحبس العمل حتى يستوفى أجره، وذلك طبقاً للقواعد العامة فى الحبس (م٢٤٦ مدنى) وفى الدفع بعدم التنفيذ (م١٦١مدنى). وينقضى حق الحبس إذا استوفى المقاول أجره، أو إذا قام رب العمل بتقديم تأمين كاف للوفاء بالأجر (م١/٢٤٦ مدنى). والحق فى الحبس لا يقتصر على الأشياء التى صنعها المقاول بمادة من عنده، بل يتناول أيضاً كل ما سلمه رب العمل من مادة لاستخدامها فى إنجاز العمل ومن أدوات ومهمات ومستندات ووثائق ورسوم ونماذج وتصميمات وغير ذلك مما يكون رب العمل قد سلمه للمقاول لإنجاز العمل(٢). ولكن إذا اقتصر عمل المقاول على شئ ظل فى حيازة صاحبه، كالسباك يصلح مواسير المياه والمقاول يحفر مكاناً أو يردم حفرة أو يهدم حائطاً، فليس للمقاول الحق فى حبس المكان الذى عمل فيه حتى يستوفى الأجر(٣)، لأن هذا المكان لم يخرج من حيازه صاحبه حتى يمكن حبسه عنه. وللمقاول الاحتجاج بحق الحبس فى مواجهة رب العمل وخلفه العام وخلفه الخاص وفى مواجهة دائنى رب العمل العاديين والممتازين(٤).

٥١- أين يكون التسليم: يكون التسليم فى المكان المتفق عليه. فإن لم يكن هناك اتفاق، ففى المكان الذى يحدده عرف الصنعة. وإذا كان العمل واقعاً على عقار، كان التسليم فى مكان العقار. أما إذا كان واقعاً على منقول بقى فى حيازة رب العمل، فإن التسليم يكون فى مكان وجود المنقول، فإذا انتقلت حيازة المنقول إلى المقاول، ولم يكن هناك اتفاق أو عرف، وجب الرجوع إلى القواعد العامة ويكون التسليم فى موطن المقاول أو يكون فى المكان الذى يوجد فيه مركز أعماله لأن العمل الذى تم يدخل عادة ضمن هذه الأعمال لأنه هو المدين بالتسليم (م١/٣٤٧مدنى)(٥).

---

(١) محمد لبيب شنب فقرة ٨١.

(٢) دلفو فقرة ١٤٢ ص١٢٨- محمد لبيب شنب فقرة ٨٣ ص١٠١.

(٣) استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩١٣ م٢٥ ص٣٢٤- محمد لبيب شنب فقرة ٨٣ ص١٠١.

(٤) استئناف مختلط ٩ يناير سنة ١٩١٣ م٢٥ ص١٢٣- محمد لبيب شنب فقرة ٨٣ ص١٠٢.

(٥) محمد لبيب شنب فقرة ٨٢.

المطلب الثانى

جزاء الإخلال بواجب التسليم

(تحمل التبعة)

٥٢- تطبيق القواعد العامة: إذا لم يقم المقاول بتسليم العمل كاملا فى الزمان والمكان الواجب تسليمه فيهما، فإنه يكون قد أخل بالتزامه بالتسليم. ويكون لرب العمل، وفقاً للقواعد العامة، طلب التنفيذ العينى أو طلب الفسخ مع التعويض فى الحالتين إن كان له مقتض. ويجب على رب العمل فى جميع الأحوال أن يبدأ أولا بأن يعذر المقاول بالتسليم.

ويطلب رب العمل التنفيذ العينى، فيجبر المقاول على التسليم إذا كان هذا ممكناً. وإذا كان التسليم يقتضى تدخل المقاول شخصياً، جاز الالتجاء إلى طريقة التهديد المالى. وإذا كان يمكن الحصول على مثل الشئ، جاز لرب العمل أن يحصل عليه على نفقة المقاول[1]، بعد استئذان القضاء أو دون استئذانه فى حالة الاستعجال. ولا يجبر المقاول على التسليم إذا كان العمل فنياً ورأى حتى بعد أن أتمه أنه غير راض عنه كعمل فنى أو أدبى وأن تسليمه على الوجه الذى هو عليه يضر بسمعته الفنية أو الأدبية، فإن تقدير ذلك أمر شخصى موكول إلى رأيه هو، وفى هذه الحالة لا يبقى أمام رب العمل إلا طلب التعويض أو طلب الفسخ مع التعويض[2].

وقد يطلب رب العمل فسخ العقد، وبخاصة إذا أصبح تسليم العمل مستحيلا، فتبرأ ذمته من دفع الأجرة، ويرجع فوق ذلك بتعويض عما أصابه من الضرر. وللقاضى تقدير وجاهة طلب الفسخ، فقد يجد أن المقاول قد سلم أكثر العمل وأن ما بقى منه قليل الأهمية لا يبرر الفسخ، وقد يرى أن يمهل المقاول حتى يقوم بالتنفيذ العينى، وذلك كله طبقاً للقواعد العامة.

---

(١) دافيد رسالته فى عقد الاستصناع ص١١٠.

(٢) نقض فرنسى ١٤ مارس سنة ١٩٠٠ داللوز ١٩٠٠-١-٤٩٧- باريس ١٩ مارس سنة ١٩٤٧ J.C.P. ١٩٤٧ -٣٣٦٣- بودرى وفال ٤١٨٧ مكررة ثالثا- بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٥ ص١٦٣ - أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٥٧.

لكن إذا امتنع الفنان عن تسليم عمله دون أن يعلن أنه غير راض عنه، وكان امتناعه للتعنت أو طمعاً فى زيادة الأجر، فإنه يجبر على التسليم (بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٨٧ مكررة ثالثا - فال فى تعليقه فى سيريه ١٩٠٠-٢-١-٢- محمد لبيب شنب فقرة ٨٥ ص١٠٣- انظر عكس ذلك باريس ٢ ديسمبر سنة ١٨٩٧ داللوز ٩٨-٢-٤٦٥).

وسواء طلب رب العمل التنفيذ العينى أو الفسخ، فإن له أن يطلب فى الحالتين التعويض عما أصابه من الضرر من جراء إخلال المقاول بالتزامه.

ولما كان التزام التسليم التزاماً بتحقيق غاية، فإن مجرد عدم قيام المقاول بالتسليم يعتبر إخلالا منه بالالتزام. ولا حاجة لأن يثبت رب العمل خطأ فى جانب المقاول، فعدم التسليم ذاته هو الخطأ. ولا تنتفى مسئولية المقاول إلا إذا أثبت السبب الأجنبى(1)، أو إلا إذا أثبت أن العمل قد هلك أو تلف وأنه بذل فى المحافظة عليه عناية الشخص المعتاد لأن التزامه بالمحافظة على العمل التزام ببذل عناية ويكفى لانتفاء المسئولية فيه أن يثبت أنه قد قام بالتزامه من بذل عناية الشخص المعتاد(1). وفى غير هذه الحالة الأخيرة يجب على المقاول، كما قدمنا، أن يثبت السبب الأجنبى لينفى عن نفسه المسئولية. فإذا كان الإخلال بالالتزام هو مجرد التأخر فى تسليم العمل بعد إعذار رب العمل المقاول بالتسليم، كان المقاول مسئولا عن تعويض رب العمل عن هذا التأخر، ما لم يثبت أن هذا راجع إلى قوة قاهرة أو حادث فجائى كأن كانت طرق المواصلات قد تعطلت(2)، أو أن هذا راجع

---

(١) قارن محمد لبيب شنب فقرة ٨٧ ص١٠٤.

(٢) استئناف مختلط أول مارس سنة ١٩١٢ م٤٤ ص٢٠٦- ٥ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م٤٨ ص٤٩-٥ نوفمبر سنة ١٩٤٢ م٥٥ ص٥- نقض فرنسى ٨ نوفمبر سنة ١٨٩٣ سيريه ٩٦-١-٦٧ (توقفت الملاحة النهرية بسبب الجليد)- وإذا كان التأخر راجعاً إلى صعوبة فى الحصول على المواد اللازمة للعمل لندرتها أو لارتفاع الأسعار، فإن هذا لا يعد قوة قاهرة، ويبقى المقاول مسئولا عن التأخر (استئناف مختلط ١٣ يونيه سنة ١٩٢٢ م٣٤ ص٤٨١- محمد لبيب شنب فقرة ٨٧ ص١٠٥).

هذا والأشياء التى سلمها رب العمل إلى المقاول لاستخدامها فى العمل تعتبر أشياء قد سلمت إليه «لاستعمالها فى أمر معين لنفقة المالك أو غيره». بحسب نص المادة ٣٤١ من تقنين العقوبات، فإذا غير المقاول نيته من حيازة هذه الأشياء حيازة مؤقتة إلى حيازة دائمة بنية تملكها، فإنه يكون مرتكباً لجريمة التبديد (أحمد أمين فى شرح قانون العقوبات الأهلى طبعة ثانية ص٧٧٠ وص٧٩٧- محمد مصطفى القللى فى جرائم الأموال ص٣٧١- محمد لبيب شنب فقرة ٨٨).

(1) لما كان الثابت من عقد المقاولة المؤرخ .... الذى يحكم موضوع النزاع النص فى البند التاسع منه على تحديد مدة خمسة عشر شهرا لتنفيذ عملية الإنشاء من تاريخ تسليم الموقع وفى حالة التأخير عن ذلك يلزم المقاول بدفع تعويض للمالك الجمعية الطاعنة محدد بصفة نهائية مبلغ ... جنيه عن كل يوم تأخير وفى حالة زيادة مدة التأخير عن ستين يوما يحق للجمعية بعد إنذاره اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه، فإنه يكون من الواضح الجلى انصراف نية الطرفين إلى إعمال هذا الشرط فى حالة التأخير فى التنفيذ دون الشرط الوارد فى قانون المناقصات والمزايدات بشأن التأخير فى التنفيذ، وأن النص فى البند الأول من قائمة الشروط الخاصة بالعملية والملحق بالعقد على تطبيق هذا القانون على هذا العقد يحمل على باقى الشروط الواردة بالقانون والتى تتفق مع طبيعة العقد دون هذا الشرط إلا لما كان هناك موجب لإفراده بنص خاص فى العقد على التفصيل الوارد به ولترك الأمر يحكمه قانون =

إلى فعل الغير، أو إلى خطأ رب العمل نفسه كأن يكون هذا قد تأخر فى تسليم المواد اللازمة للعمل أو فى دفع الأقساط المستحقة أو أمر بإدخال تعديلات اقتضت هذا التأخر. أما إذا كان الإخلال بالالتزام هو عدم التسليم أصلا، فإن المقاول لا يتخلص من المسئولية إلا إذا أثبت السبب الأجنبى كما سبق القول. فإذا لم يثبت ذلك، وجب عليه دفع التعويض كاملا. أما إذا أثبت السبب الأجنبى، فإن مسئوليته تنتفى، ويجب البحث فيمن يتحمل التبعة فى هذه الحالة، وهذا ما ننتقل الآن إليه.

٥٣- تحمل تبعة هلاك الشئ قبل تسليمه- نص قانونى: تنص المادة ٦٦٥ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«١- إذا هلك الشئ بسبب حادث مفاجئ قبل تسليمه لرب العمل، فليس للمقاول أن يطالب لا بثمن عمله ولا برد نفقاته، ويكون هلاك المادة على من قام بتوريدها من الطرفين».

«٢- أما إذا كان المقاول قد أعذر أن يتسلم الشئ، أو كان هلاك الشئ أو تلفه قبل التسليم راجعاً إلى خطأ منه، وجب عليه أن يعوض رب العمل عما يكون هذا قد ورده من مادة للعمل».

«٣- فإذا كان رب العمل هو الذى أعذر أن يتسلم الشئ، أو كان هلاك الشئ أو تلفه راجعاً إلى خطأ منه أو إلى عيب فى المادة التى قام بتوريدها، كان هلاك المادة عليه وكان للمقاول الحق فى الأجر وفى التعويض عند الاقتضاء»(١).

=المناقصات والمزايدات المتفق على تطبيقه ومن ثم يكون ما انتهى إليه الحكم المطعون فيه من عدم تطبيق قانون المناقصات والمزايدات على هذا الشرط صحيح لهذه الأسباب.

(جلسة ٢٠٠٠/٥/٣٠ الطعن رقم ١٢١٣ لسنة ٦٨ق)

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ٨٨٣ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. وفى لجنة المراجعة أدخلت تعديلات لفظية، وصار رقم النص ٦٩٤ فى المشروع النهائى. وفى لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب أدخلت تعديلات لفظية أخرى وتغيير فى ترتيب العبارات حتى صار النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، وصار رقمه ٦٩٣. ووافقت عليه لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٦٥، مع ملاحظة أن الهلاك المشار إليه فى المادة يشمل السرقة. ثم وافق عليه مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٥٩- ص٦٢).

ويقابل النص فى التقنين المدنى القديم المادة ٥١٠/٤١٧، وكانت تجرى على الوجه الآتى: إذا أحضر الصانع المهمات اللازمة للعمل المأمور به وتلف العمل، كان تلفه عليه ما لم يسبق تسليم العمل لصاحبه أو قبوله أو عرضه عليه مع تكليفه باستلامه تكليفاً رسمياً. وأما إذا كانت المهمات محضرة من صاحب العمل وكان الصانع مقاولا على عملها وحصل التلف بسبب قهرى، فيكون تلف =

والمفروض في تحمله التبعة، كما يتبين من النص، أن الشئ لم يسلم إلى رب العمل ولم يعذر المقاول رب العمل أن يتسلمه، وهلك قبل التسليم بقوة قاهرة أو حادث فجائى أثبته المقاول(١). أما إذا حصل الهلاك بعد التسليم أو بعد إعذار رب العمل أن يتسلم، فالذى يتحمل التبعة هو رب العمل، سواء كان هو الذى قدم المادة أو كان المقاول هو الذى قدمها، ويجب على رب العمل أن يدفع الأجر كاملا للمقاول(٢).

فإذا فرضنا مثلا أن رب العمل تعاقد مع نجار على صنع أثاث، أو مع حائك لصنع ثوب، وقبل أن يسلم النجار الأثاث أو الحائك الثوب احترق المكان فاحترق الأثاث أو الثوب، أو نفرض أن الأثاث أو الثوب قد سرق، وكانت الحريق أو السرقة بقوة قاهرة ولم يثبت تقصير فى جانب المقاول، فإن التبعة هنا يتحملها المقاول فيما قدمه من عمل ومادة، ويتحملها رب العمل فيما قدمه من مادة. ولبيان ذلك نفرض أولا أن المقاول هو الذى قدم

=المهمات على المالك وتضيع على الصانع أجرته. (وأحكام التقنين المدنى القديم تتفق مع أحكام التقنين المدنى الجديد).

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدنى السورى م٦٣١ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م٦٦٤ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى م٨٨٧ (موافق).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م٦٧١: فى جميع الأحوال التى يقدم فيها الصانع المواد، لا يكون مسئولا عن هلاك المنشأ كله أو بعضه بسبب قوة قاهرة، ولكنه لا يستطيع المطالبة بالبدل إذا كان الهلاك قد حدث قبل التسليم ولم يكن صاحب الأمر متأخراً فى الاستلام، فتكون المخاطر إذن على الصانع. وفى هذه الحالة يجب على الصانع أن يقيم البرهان على حدوث الهلاك بسبب قوة قاهرة إذا كان الهلاك قد حدث قبل استلام صاحب الأمر للشئ.

م٦٧٢: فى الحالة التى لا يقدم فيها الصانع إلا عمله أو صنعته، لا يكون مسئولا عن الهلاك بسبب قوة قاهرة، ويمكنه أن يطلب أجره إذا كان الشئ قد هلك لعيب فى المواد أو كان صاحب الأمر قد استلمه أو كان متأخراً عن استلامه. (وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى).

(١) ذلك أن عبء إثبات القوة القاهرة أو الحادث الفجائى يقع، كما قدمنا، على عاتق المقاول، إذ هو لا يتخلص من المسئولية عن عدم التسليم إلا بإثبات السبب الأجنبى (نقض فرنسى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ داللوز ١٩٢٥-١-٢١- بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٠٩ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٦ ص١٦٤- دى باج ٤ فقرة ٨٧٧ ص٩٠٢- بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٩٩٦، كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٠٩٢).

(٢) ويعدل هلاك الشئ بعد التسليم أن يهلك قبل التسليم فى يد المقاول وهو حابس له حتى يستوفى الأخر، فالهلاك يكون فى هذه الحالة على رب العمل، لأنه هو المخطئ إذا لم يدفع الأجر فدفع المقاول بخطأه إلى حبس الشئ (محمد لبيب شنب فقرة ٩٥).

الخشب لصنع الأثاث أو القماش لصنع الثوب. فما دام رب العمل لم يتسلم الأثاث أو الثوب ولم يتقبل العمل[1]، فإن تبعة الهلاك كلها تقع على المقاول. فهو لا يأخذ أجر عمله ولا ما أنفقه فيه، لأن رب العمل لم يفد من هذا العمل شيئاً. وهو أيضاً يتحمل تبعة هلاك المادة التى قدمها فلا يستطيع أن يرجع بقيمة الخشب أو القماش على رب العمل، لأنه لم يسلم الشئ إليه[2]، وإذا فرضناه بائعاً للمادة المصنوعة على خير تقدير له وقد انتقلت ملكية هذه المادة إلى رب العمل بمجرد صنعها، فلا يزال كبائع يتحمل تبعة هلاك المبيع قبل التسليم كما تقضى القواعد العامة[3]. ونفرض ثانياً أن رب العمل هو الذى قدم الخشب لصنع الأثاث أو القماش لصنع الثوب، فإن تبعة الهلاك تقع على المقاول أيضاً فيما يتعلق بأجر عمله ونفقاته، ولا يستطيع أن يطالب بها رب العمل لأن هذا الأخير لم يفد شيئاً من عمل المقاول فلا يتحمل لا الأجر ولا النفقات. أما المادة التى قدمها رب العمل من خشب أو قماش، فهو الذى يتحمل تبعة هلاكها، لأنه يبقى مالكاً لها وهى

---

(١) ذلك أن تقبل العمل يعدل التسليم، فإذا ذهب رب العمل إلى مكان المقاول وعاين الشئ المصنوع وتقبله، فإنه يكون فى حكم من تسلمه، وتركه إياه مؤقتاً عند المقاول إنما هو على سبيل الوديعة إلى أن يستولى عليه فيكون الهلاك إذن على رب العمل من حيث المادة والأجر، ويجب أن يدفع للمقاول الأجر كاملا كما لو كان قد تسلم الشئ (بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٠٤- بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٦ ص١٦٥- انظر عكس ذلك محمد لبيب شنب فقر ٩٤). وقد يكون تقبل العمل جزءاً فجزءاً بمجرد إنجاز كل جزء، ويعتبر قرينة على التقبل الجزئى دفع ثمن الجزء الذى أنجز (أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص٤٠٣- بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٧ ص١٦٦).

(٢) ويذهب القضاء فى فرنسا إلى أنه فى مقاولات البناء، إذا كان المقاول يبنى بمواد من عنده فى أرض رب العمل، فإن المواد تصبح مملوكة لرب العمل بطريق الالتصاق، ويكون هلاكها عليه إذ الهلاك على المالك (نقض فرنسى ١٣ أغسطس سنة ١٨٦٠ داللوز ٦١-١-١٠٥- ١٩ يوليه سنة ١٨٧٠ داللوز ٧٢-١-١٨- كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٠٩١). ولكن الفقه الفرنسى وبعض أحكام القضاء تذهب إلى أن التملك بالالتصاق لا يكون بالرغم من إرادة صاحب الأرض، ومن ثم فيكون تحمل التبعة قبل التسليم حتى فى هذه الحالة على المقاول لا على رب العمل (هيك ١٠ فقرة ٤١٤- بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩١٠- فقرة ٣٩١١- أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٢٧٤ ص٤٠٢ هامش ٤- أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٤٩- نقض فرنسى ٤ يناير سنة ١٨٨٨ داللوز ٨٩-١-٢١١).

(٣) وحتى لو كان رب العمل يشرف على المقاول فى العمل، فلا يزال المقاول يعمل مستقلا عن رب العمل وهو ما يتميز به عقد المقاولة. فإذا كان الإشراف كاملا بحيث ينقلب إلى خضوع ويصبح العقد عقد عمل، فلا يزال رب العمل هو الذى يتحمل التبعة، لأن العامل فى عقد العمل لا تقع تبعة عليه (بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٠٣ ص١٠٨٦ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٦ ص١٦٤).

فى يد المقاول، والشئ يهلك على مالكه (res perit domino) كما تقضى القواعد العامة[1].

٥٤- الهلاك بخطأ المقاول: وقد فرضنا فيما قدمناه أن الهلاك قد وقع بقوة قاهرة أو حادث مفاجئ. أما إذا وقع الهلاك بخطأ المقاول - أو ما يعدل الخطأ بأن يعذر رب العمل المقاول أن يسلم الشئ فلا يسلمه - فإن الفقرة الثانية من المادة ٦٦٥ مدنى سالفة الذكر تجعل الهلاك على المقاول لأن خطأه هو الذى سبب الهلاك. فإذا كان المقاول هو الذى قدم الخشب أو القماش، ثم هلك الأثاث أو الثوب بخطأه أو بعد أن أعذر بالتسليم، فإنه لا يأخذ أجراً على عمله ولا يسترد نفقاته، ولا يرجع بقيمة الخشب أو القماش على رب العمل، ويدفع تعويضاً لرب العمل عما أصابه من الضرر من جراء هذا الخطأ[2]. وإذا كان رب العمل هو الذى ورد الخشب أو القماش، فإن المقاول، وقد هلك الشئ بخطأه أو بعد أن أعذر بالتسليم، لا يأخذ أجرا على عمله ولا يسترد نفقاته، ويرجع فوق ذلك رب العمل عليه بقيمة الخشب أو القماش وبالتعويض عن كل ضرر آخر أصابه من جراء خطأ المقاول[3].

٥٥- الهلاك بخطأ رب العمل: أما إذا كان الهلاك، فى المثل الذى قدمناه، بخطأ رب العمل - أو ما يعدل الخطأ بأن يكون رب العمل قد أعذر ليتسلم الشئ[4] فلم يفعل أو

---

(١) وقد قضى بأنه إذا افترض تاجر المجوهرات ذهباً وأعطاه الصانع يصوغه، فسرق الذهب بقوة قاهرة دون خطأ الصانع، فإن الصانع تبرأ ذمته من رد الذهب إلى تاجر المجوهرات، ويبقى هذا مديناً برد مثل الذهب إلى المقرض (باريس ١٧ يوليه سنة ١٩٤٦ جازيت دى باليه ١٩٤٦-٢-١٠٢- أنسيكلوبيدى داللوز لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقر ١٠١)- ولا يعتبر تحمل التبعة على هذا النحو من النظام العام، فيجوز الاتفاق على ما يخالف ذلك وأن يتحمل المقاول التبعة (بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٠٨- بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٧ ص١٦٦). وإذا كان المقاول قد أمن على الشئ، فإنه يرجع على الشركة بمبلغ التأمين، ويرجع عليه رب العمل بهذا المبلغ (باريس ٢٢ نوفمبر سنة ١٩١٠ داللوز ١٩١١-٥-٥- ٢٣ مايو سنة ١٩١١ جازيت دى باليه ١٩١١ -٢ -٤٠٢ - أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ١٠٠).

(٢) بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٠٦- بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٨ ص١٦٦- محمد لبيب شنب فقرة ٨٩.

(٣) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٨ ص١٦٧- محمد لبيب شنب فقرة ٨٩- وقد يلتزم المقاول بعقد المقاولة أن يحافظ على أمتعة رب العمل، كما إذا دخل شخص ملعباً وأودع معطفه مخزن الأمانات، فإن قصر المقاول وترتب على تقصيره أن سرق المعطف أو ضاع، كان مسئولا عن تعويض رب العمل (باريس ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٩ داللوز ١٩٥٠- ٧٥٨- أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٩-١).

(٤) أو أعذر أن يعاينه ليقبله، فهذا يعدل الإعذار بالتسلم (بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٧ ص١٦٦).

كان سبب الهلاك عيباً في المادة التى وردها للمقاول[1]- فإن الفقرة الثالثة من المادة ٦٦٥ مدنى سالفة الذكر تجعل الهلاك على رب العمل لأن خطأه هو الذى سبب الهلاك. فإذا كان المقاول هو الذى قدم الخشب أو القماش، ثم هلك الأثاث أو الثوب بخطأه أو بعد أن أعذر بالتسلم، فإنه يجبر على دفع الأجر كاملا للمقاول كما لو كان قد تسلم الشئ، ويتحمل هو وحده الخسارة الناجمة عن الهلاك. وإذا كان رب العمل هو الذى ورد الخشب أو القماش، فإنه، وقد هلك الشئ بخطأه أو بعد أن أعذر بالتسلم أو كان الهلاك بسبب عيب في الخشب أو القماش الذى ورده، يتحمل وحده هنا أيضاً الخسارة ويجب عليه أن يدفع الأجر كاملا للمقاول، ولا يرجع بشئ عليه عن الخشب أو القماش الذى ورده له.

المبحث الثالث

الضمان

٥٦- مسألتان: وضع القانون أحكاماً خاصة في ضمان المهندس المعمارى والمقاول للمنشآت الثابتة التى يقومان بتشييدها، لما لذلك من أهمية خاصة. فنستعرض أولا أحكام الضمان بوجه عام، ثم نستعرض هذه الأحكام الخاصة بضمان المهندس والمقاول.

المطلب الأول

الضمان بوجه عام

٥٧- ضمان المقاول للمادة التى يقدمها - إحالة: قدمنا أن المادة ٦٤٨ مدنى تنص على أنه «إذا تعهد المقاول بتقديم مادة العمل كلها أو بعضها، كان مسئولا عن جودتها وعليه ضمانها لرب العمل». وقررنا أن المقاول فى هذه الحالة يكون بائعاً للمادة، فيضمن ما فيها من عيوب ضمان البائع للعيوب الخفية. ويكون المقاول ملزماً بالضمان إذا لم تتوافر

---

(١) وذلك ما لم يكن المقاول قد علم أو ينبغى أن يعلم بالعيب وفقاً لأصول الصناعة، مثل ذلك البيطار يضع للحصان حدوة معيبة قدمها له صاحب الحصان. ففى هذه الحالة لا يكون رب العمل مخطئاً، ويتحمل المقاول التبعة وحده وفقاً للقواعد التى سبق تفصيلها (بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٠٦- أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤- ١ ص٤٠٢ هامش ٨- بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٧ ص١٦٦- كولان وكابيتان ودى لاموراندبير ٢ فقرة ١٠٩٢- أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ١١٠- فقرة ١١٢- محمد لبيب شنب فقرة ٩٠ ص١٠٧- نقض فرنسى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٥٠ داللوز ١٩٥١- ٧٦)- وانظر آنفاً فقرة ٤١.

فى المادة الصفات التى كفل له رب العمل وجودها فيه، أو كان بالمادة عيب ينقص من قيمتها أو من نفعها بحسب الغاية المقصودة منها. وتسقط بالتقادم دعوى الضمان إذا انقضت سنة من وقت تسليم الشئ إلى رب العمل، ما لم يلتزم المقاول بالضمان لمدة أطول. وقد بسطنا تفصيل القول فى ذلك فيما تقدم، فنحيل هنا إلى ما قدمناه هناك[1].

٥٨- مسئولية المقاول عن المادة التى يقدمها رب العمل- إحالة: أما إذا كان رب العمل هو الذى قدم المادة، فبديهى أن المقاول لا يكون ضامناً لعيوبها ضمان البائع للعيوب الخفية، لأنه لم يبعها لرب العمل بل رب العمل هو الذى قدمها وهو المالك لها منذ البداية. ولكن قدمنا أن المقاول إذا كشف فى أثناء عمله أو كان يمكن أن يكشف تبعاً لمستواه الفنى عيوباً فى المادة التى قدمها رب العمل لا تصلح معها للغرض المقصود، وجب عليه أن يخطر رب العمل فوراً بذلك، وإلا كان مسئولا عن كل ما يترتب على إهماله من نتائج. وذكرنا النص الذى كان المشروع التمهيدى يشتمل عليه فى هذا المعنى، وهو نص المادة ٨٦٩ الذى جرى على الوجه الآتى: «١- إذا حدثت أو ظهرت أثناء العمل عيوب فى المادة التى قدمها رب العمل، أو قامت عوامل أخرى من شأنها أن تعوق تنفيذ العمل فى أحوال ملائمة، وجب على المقاول أن يخطر فوراً رب العمل بذلك. ٢- فإذا أهمل فى الإخطار، كان مسئولا عن كل ما يترتب على إهماله من نتائج». ونحيل هنا أيضاً إلى ما سبق أن قدمناه هناك[2].

٥٩- ضمان المقاول للعيب فى الصنعة: فإذا تركنا المادة سواء قدمها المقاول أو قدمها رب العمل، واقتصرنا على العمل الذى قام به المقاول، فهل يكون هذا الأخير ضامناً لجودة العمل، وإلى متى يبقى هذا الضمان؟ لاشك فى أن المقاول يكون مسئولا عن جودة العمل، وقد قدمنا أنه يلتزم بإنجاز العمل بالطريقة المتفق عليها فى عقد المقاولة وطبقاً للشروط الواردة فى هذا العقد، فإذا لم تكن هناك شروط متفق عليها وجب اتباع العرف وبخاصة أصول الصناعة والفن تبعاً للعمل الذى يقوم به المقاول[3]. فيكون المقاول إذن مسئولا عن كل عيب فى الصنعة (malfaçon) تقضى أصول الحرفة بأن يكون مسئولا عنه[4]. فإذا وقع عيب من ذلك، وكشفه رب العمل قبل أن يتسلم الشئ أو قبل أن

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٠.

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤١.

(٣) انظر آنفاً فقرة ٣٧.

(٤) دى باج ٤ فقرة ٨٨٠ ص٩٠٦- ومن ثم يكون المهندس المعمارى مسئولا عن العيب فى التصميم الذى وضعه إذا لم يراع فيه القيود والاشتراطات التى تفرضها القوانين والقرارات الخاصة بالبناء، كتحديد أقصى ارتفاع وكترك المسافات اللازمة (مصر الكلية الوطنية ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٤ المحاماة=

يتقبل العمل، فقد قدمنا أن له أن يطلب التنفيذ العينى أى إصلاح العيب أو أن يطلب الفسخ، كما أن له أن يطلب التعويض فى الحالتين إذا كان له محل[1]. أما إذا تسلم رب العمل الشئ أو تقبل العمل قبل أن يكشف العيب، ثم كشفه بعد ذلك، فإلى أية مدة يبقى المقاول ملزماً بالضمان؟ لا يوجد نص فى هذه المسألة على مثال النص الوارد فى ضمان المهندس المعمارى والمقاول للمنشآت التى يقومان بتشييدها، وهو النص الذى سنتولى بحثه فيما يلى، فلم يبق إلا تطبيق القواعد العامة. وهذه القواعد تقضى بوجوب التمييز بين فروض ثلاثة:

(الفرض الأول) أن يكون العيب فى الصنعة واضحاً يمكن للشخص العادى أن يكشفه إذا عاينه. وفى هذا الفرض إذا تسلم رب العمل الشئ أو تقبل العمل دون أن يعترض، فالمفروض أنه قبل العمل معيباً ونزل عن حقه فى الرجوع على المقاول من أجل هذا العيب، ما دام المفروض أنه عاين العيب وعلم به دون أن يعترض عليه، أو فى القليل أنه كان يمكن أن يكشفه لو أنه بذل عناية الرجل العادى فى كشفه[2]. ومن ثم ينقضى ضمان المقاول للعيب بمجرد تسلم رب العمل الشئ أو تقبله العمل[3].

(الفرض الثانى) أن يكون المقاول قد أخفى غشا العيب فى الصنعة، فلم يستطع رب العمل أن يكشفه وقت تسلم الشئ أو تقبل العمل. وفى هذا الفرض يكون المقاول مسئولا عن غشه، وبمجرد أن يكشف رب العمل العيب يكون له الحق فى الرجوع على المقاول بالضمان، أى بإصلاح العيب مع التعويض[4] أو الفسخ مع

=٢٦ رقم ٩٨ ص٢٦٢- دلفو فقرة ٢٤٨ ص٢٠٥- محمد لبيب شنب فقرة ١٠٠). ويجب أن يكون العيب قديماً، أى موجوداً فى الشئ قبل أن يتسلمه رب العمل، فإذا طرأ بعد التسلم لم يكن المقاول مسئولا عنه (محمد لبيب شنب فقرة ١٠٢ ص١١٩).

ورب العمل هو الذى يقع عليه عبء إثبات العيب، فإذا أثبته لم يكن ملزماً بإثبات أن هذا العيب نشأ عن خطأ من المقاول، فإن ضمان العيب التزام بتحقيق غاية، فوجود العيب هو ذاته الخطأ، ولا يستطيع المقاول نفى المسئولية عنه إلا بإثبات السبب الأجنبى (مازو ٣ فقرة ١٣٥٧ ص١١١٧- محمد لبيب شنب فقرة ١٠١ ص١١٧).

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٤.

(٢) بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٤٩ مكررة.

(٣) ديفرجييه ٢ فقرة ٣٦٤ - جيوار ٢ فقرة ٧٩٣ ص٣٦٠ - بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٤٦ ص١١٠٨ - أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص٣-٤- مازو ٣ فقرة ١٣٧٢ص١١٣٣ محمد لبيب شنب فقرة ١٠٢ ص١١٧- ص١١٨.

(٤) وذلك إذا كان هذا ممكناً (دافيد فى رسالته عقد الاستصناع ص١٣٤- محمد لبيب شنب فقرة ١٠١ ص١١٦). وإذا كان التنفيذ العينى أى إصلاح العيب مرهقاً للمقاول، جاز الاقتصار على طلب التعويض طبقاً لأحكام المادة ٢/٢٠٣ (محمد لبيب شنب فقرة ١٠١ ص١١٦).

التعويض[1]، خلال ثلاث سنوات من كشف العيب، لأن المقاول يكون مسئولا مسئولية تقصيرية[2] ودعوى المسئولية تسقط بالتقادم بثلاث سنوات من وقت علم المصاب بوقوع الضرر، وتسقط فى كل حال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع أى من يوم إخفاء العيب غشا (م١/١٧٢ مدنى).

(الفرض الثالث) أن يكون العيب ليس من الوضوح بحيث يمكن كشفه وقت التسلم أو تقبل العمل، ولم يخفه المقاول غشاً عن رب العمل، ففي هذا الفرض يبقى المقاول ضامناً للعيب المدة القصيرة التي يقضى بها عرف الحرفة، لأن العرف فى عقد المقاولة مكمل لنصوص القانون ويجوز أن يصل إلى حد تقرير مدة تتقادم بها دعوى الضمان[3]. وقد يستخلص من سكوت رب العمل بعد كشفه العيب أنه قد نزل نزولا ضمنياً عن

---

(١) ولا يلتزم القاضى بإجابة رب العمل إلى الفسخ، إذ قد يكون العيب ليس من الخطورة بحيث يبرر الفسخ، فيكتفى القاضى بالحكم بالتعويض (محمد لبيب شنب فقرة ١٠١ ص١١٦).

(٢) جيوار ٢ فقرة ٧٩٤ – بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٤٧ – وقد يستخلص من سكوت رب العمل، ولو قبل انقضاء مدة التقادم، مع علمه بالعيب، أنه نزل بذلك نزولا ضمنياً عن دعوى الضمان (جيوار ٢ فقرة ٧٩٤– بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٤٧).

(٣) أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص٤٠٣– مازو ٣ فقرة ١٣٧٢ ص١١٣٢– أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind فقرة ١١٥– فقرة ١١٧– نقض فرنسى ١٥ مايو سنة ١٩٤٢ جازيت دى پاليه ١٩٤٢ –٢–٢٠– ٤ يناير سنة ١٩٥٨ داللوز ١٩٥٨ –٤٥٧– وقارن جيوار ٢ فقرة ٧٩٣ ص٣٦٠– ص٣٦١– بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٤٦ ص١١٠٦– بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٨ مكررة ص١٦٧– دى پاج فقرة ٨٩٢ ص٩١٩– دلفو فقرة ٢٠٢ ص١٦٨– كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٠٩٤ – چوسران ٢ فقرة ١٢٩٨ – نقض فرنسى ٢٨ فبراير سنة ١٩٤٦ داللوز ١٩٤٧ – ٢٨.

وكان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً فى هذا المعنى، فكانت المادة ٩٠٠ من هذا المشروع تنص على ما يأتى: «١– على رب العمل، فى المقاولات الصغيرة، أن يستعمل ما تقرر له من حقوق بسبب العيب فى تنفيذ العمل فى الميعاد الذى يحدده العرف المعمول به فى هذا النوع من الصناعة إن كان هناك عرف متبع، فإن لم يوجد وجب رفع الدعوى بهذه الحقوق فى خلال ستة أشهر من وقت تسلم العمل. ٢– أما فى المقاولات الكبيرة، فإن دعاوى المسئولية الخاصة التى تستند إلى المواد من ٨٩٤ إلى ٨٩٦ ودعاوى المسئولية الأخرى التى تستند إلى القانون العام فى العيوب غير المشار إليها فى المواد، يجب رفعها فى خلال سنتين من وقت الكشف عن هذه العيوب». وقد حذفت فى لجنة المراجعة الفقرة الأولى والعبارة الخاصة بدعاوى المسئولية عن العيوب التى تستند إلى القانون العام فى الفقرة الثانية لصعوبة التمييز بين المقاولات الكبيرة والصغيرة أو لا، ولوجوب التمييز بين العيوب الخاصة والعيوب التى تستند إلى القانون العام ثانيا» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٣٠– ص٣١)– وهذا وتنص المادة ٨٧٥ مدنى عراقى فى هذا الصدد على ما يأتى: «١– متى تم تسلم العمل فعلا أو حكماً ارتفعت مسئولية المقاول عما يكون ظاهراً فيه من عيب وعن مخالفته لما كان عليه الاتفاق. =

دعوى الرجوع بالضمان على المقاول[1].

والأحكام المتقدمة الذكر ليست من النظام العام، فيجوز الاتفاق على ما يخالفها. ومن ثم يجوز الاتفاق على تشديد ضمان المقاول، فلا تتقادم دعوى الضمان مثلا ولو كان العيب واضحاً إلا بمضى ثلاث سنوات أو خمس. أو يجوز أن يتحفظ رب العمل عند

=٢- أما إذا كانت العيوب خفية أو كانت المخالفة غير ظاهرة ولم يلحظها رب العمل وقت التسليم بل كشفها بعد ذلك، وجب عليه أن يخبر المقاول بها بمجرد كشفها وإلا اعتبر أنه قد قبل العمل». انظر أيضاً نفس النص وارداً فى المادة ٨٧٤ من المشروع التمهيدى فى مشروع تنقيح القانون المدنى - مذكرة إيضاحية - ٣ العقود المسماة ص٤٤٥- ص٤٤٦، وقد سقط هذا النص من مجموعة الأعمال التحضيرية.

ويذهب بعض الفقهاء إلى أن الالتزام بضمان المقاول للعيب الخفى لا يتقادم إلا بخمس عشرة سنة، ولكن يشترط أن يكون العيب قديماً أى أن يكون موجوداً قبل تسلم رب العمل للشئ، وهذا بخلاف ضمان المهندس المعمارى والمقاول لعيوب البناء فإن هذه العيوب لا يشترط فيها القدم، بل يضمنها المهندس والمقاول حتى لو طرأت بعد تسليم البناء فى خلال عشر سنوات كما سيأتى (محمد لبيب شنب فقرة ١٠٣).

(١) بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٤٩ مكررة.

وقد أورد تقنين الموجبات والعقود اللبنانى عدة نصوص فى ضمان المقاول لعيب الصنعة، وهذه هى:

م٦٦٤: يجب على الصانع فى جميع الأحوال أن يضمن العيوب والنقائص التى تنجم عن عمله. وتطبق على هذا الضمان أحكام المواد ٤٤٢ و٤٤٦ و٤٤٩.

م٦٦٥: يجوز لصاحب الأمر فى الحالة المنصوص عليها فى المادة السابقة أن يرفض المصنوع، وإذا كان قد سلم إليه فيمكنه أن يرده فى الأسبوع الذى يلى التسليم وأن يحدد للصانع مهلة كافية لإصلاح العيب أو لسد نقصان بعض الصفات إن كان هذا الإصلاح مستطاعاً. وإذا مضت المهلة ولم يقم الصانع بواجبه، كان لصاحب الأمر أن يختار أحد الأمور الآتية: ١- أن يصلح المصنوع على يد شخص آخر وعلى حساب الصانع إذا كان الإصلاح لا يزال ممكناً. ٢- أن يطلب تخفيض الأجرة. ٣- أو أن يطالب بفسخ العقد ويترك الشئ لحساب من صنعه- ذلك كله مع الاحتفاظ بما يجب أداؤه عند الاقتضاء من بدل العطل والضرر - وإذا كان صاحب الأمر هو قدم المواد، حق له أن يسترجع قيمتها - إن أحكام المواد ٤٥٣ و٤٥٤ و٤٥٥ تطبق على الأحوال المنصوص عليها تحت الرقمين ٢ و٣ المتقدمين.

م٦٦٦: إذا استلم صاحب الأمر مصنوعاً يشتمل على عيب أو تعوزه إحدى الصفات المطلوبة، وكان مع ذلك عالماً بما فيه من العيوب ولم يرده أو لم يحتفظ بحقوقه طبقاً لأحكام المادة السابقة، فيصح عندئذ تطبيق المادة ٤٦٣ فيما يختص بالمهلة التى يجوز له فيها تقديم الاعتراض إذا لم يثبت أنه كان عالماً بتلك العيوب.

م٦٦٧: ينتفى الضمان المنصوص فى المادة ٦٦٣ وما يليها إلى المادة ٦٦٥ إذا كان سبب العيب تنفيذ تعليمات صريحة من صاحب الأمر خلافاً لرأى المقاول أو الصانع.

تسلمه الشئ أو تقبله العمل، ويقرر أن ذلك لا يمنعه من الرجوع فيما بعد على المقاول إذا ظهر فى العمل عيب ولو كان هذا العيب واضحاً[1]. كما يجوز الاتفاق على تخفيف الضمان أو الإعفاء منه، فيشترط المقاول عدم ضمانه للعيب بمجرد تسلم رب العمل الشئ أو تقبله العمل ولو كان العيب خفياً، ولكن لا يجوز الاتفاق على الإعفاء من الضمان إذا كان العيب راجعاً إلى غش المقاول أو إلى خطأ منه جسيم. وهذا بخلاف أحكام الضمان الواجب على المهندس المعمارى والمقاول بالنسبة إلى عيوب البناء، فإن هذه الأحكام تعتبر من النظام العام لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها كما سيأتى[2]. وقد كانت المادة ٨٩٩ من المشروع التمهيدى تنص صراحة فى هذا المعنى على ما يأتى: «١- فى المقاولات الصغيرة، يجوز للمقاول أن يشترط إعفاءه من المسئولية عن العيب، أو أن يحد من مسئوليته عن ذلك، ولكن هذا الشرط يكون باطلا إذا كان المقاول قد تعمد إخفاء العيب أو ارتكب أخطاء لا تغتفر. ٢- أما فى المقاولات الكبيرة، فيكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعمارى والمقاول من الضمان المقرر بمقتضى المواد ٨٩٤ إلى ٨٩٦، كذلك كل شرط يقصد به الحد من هذا الضمان». وقد حذفت الفقرة الأولى وعبارة «أما فى المقاولات الكبيرة» الواردة فى صدر الفقرة الثانية فى لجنة المراجعة «لصعوبة التمييز بين المقاولات الكبيرة والمقاولات الصغيرة»، وعدلت الفقرة الثانية بحيث أصبحت مقصورة على ضمان المهندس المعمارى والمقاول، وجعل أحكام هذا الضمان وحده من النظام العام)[3].

---

(١) وفى هذه الحالة يكون لرب العمل الرجوع بضمان العيب فى المدة التى يتفق مع المقاول عليها، وإذا لم يكن هناك اتفاق ففى مدة قصيرة حسب ما يقضى به عرف الحرفة. والأولى أن يحتاط رب العمل وهو يتحفظ، فيتفق مع المقاول على مدة معينة يستطيع فى خلالها الرجوع عليه بضمان العيب. ولا يوجد ما يمنع، كما قدمنا، من أن يتفق رب العمل مع المقاول مقدماً، فى عقد المقاولة ذاته، على مدة معينة يستطيع رب العمل فيها الرجوع بضمان العيب بعد تسلمه الشئ أو تقبله العمل (بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٨ مكررة ص١٦٨). ولرب العمل فوق ذلك، حتى لو لم يتفق مع المقاول على مدة معينة ولم يتحفظ، أن يطلب مراجعة الحساب الذى قدمه المقاول لوقوع خطأ فيه أو غش (باريس ٢٩ يونيه سنة ١٩٢٩ جازيت دى تريبينو ٥ نوفمبر سنة ١٩٢٩ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٨ مكررة ص١٦٨).

(٢) انظر ما يلى فقرة ٧٥.

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٨- ٣٠.

المطلب الثانى

ضمان المهندس المعمارى والمقاول لعيوب البناء(*)

٦٠- **نص قانونى:** تنص المادة ٦٥١ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«١- يضمن المهندس المعمارى والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلى أو جزئى فيما شيدوه من مبان أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى، وذلك ولو كان التهدم ناشئاً عن عيب فى الأرض ذاتها، أو كان رب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة، ما لم يكن المتعاقدان فى هذه الحالة قد أرادا أن تبقى هذه المنشآت مدة أقل من عشر سنوات».

«٢- ويشمل الضمان المنصوص عليه فى الفقرة السابقة ما يوجد فى المبانى والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته».

«٣- وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسلم العمل».

«ولا تسرى هذه المادة على ما قد يكون للمقاول من حق للرجوع على المقاولين من الباطن»(١).

(*) انظر فى هذا الضمان - عدا المراجع العامة - الرسائل والدراسات الآتية: Fraissaingea رسالة من باريس سنة ١٨٨٧ - Lablond رسالة من ليل سنة ١٨٩٣ - Gallie رسالة من باريس سنة ١٩١٠ - Gallot رسالة من رن سنة ١٩١٠ - Frank رسالة من باريس سنة ١٩١٠ - Eptimiu رسالة من باريس سنة ١٩١٣ - Corberand رسالة من باريس سنة ١٩٢٩ - Penanrum فى المهندسين المعماريين وعلاقاتهم برب العمل وبالمقاول وبالغير باريس سنة ١٨٩٢ - Robert et René Lecourt فى مسئولية المهندسين المعماريين والمقاولين سنة١٩٣٦.

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المواد ٨٩٥ و٨٩٦ و٣/٨٩٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: م٨٩٥ -١- يضمن المهندسون المعماريون والمقاولون ما يحدث فى خلال عشر سنوات من تهدم فيما شيدوه من مبان أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى، سواء لحق الهدم كل الأعمال أو بعضها، وذلك حتى لو كان التهدم ناشئا عن عيب فى الأرض ذاتها، أو كان رب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة، ما لم يكن قد أجاز منشآت أراد المتعاقدان أن تبقى مدة أقل من عشر سنين. ٢- وتبدأ مدة العشر السنين من وقت تمام العمل وتسلمه. ٣- ولا تسرى هذه المادة على ما قد يكون للمقاول من حق فى الرجوع على المقاولين من الباطن - م٨٩٦-١- يشمل الضمان المنصوص عليه فى المادة السابقة ما يوجد فى المبانى والمنشآت الكبيرة التى فى حكمها من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته. ٢- أما ما هو دون ذلك من عيوب، كعدم الملاءمة فى ترتيب الأماكن المختلفة أو النقص فيما ينبغى أن تكون عليه من جمال فنى، فلا يترتب عليه سوى ما تقرر القواعد العامة من مسئولية تعاقدية أو تقصيرية - م٣/٨٩٧- إذا كان كل من المهندس المعمارى والمقاول مسئولا عما وقع فى العمل من عيب، كانا متضامنين فى المسئولية. وفى لجنة المراجعة نقلت المادة =

ويقابل النص فى التقنين المدنى القديم المادة ٤٠٩/٥٠٠(١).

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى ٦١٧- وفى التقنين المدنى الليبى م٦٥٠- وفى التقنين المدنى العراقى م٨٧٠- وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٦٦٨(٢).

=٣/٨٩٧ إلى الفقرة الأولى من المادة ٨٩٥ حيث نص على التضامن، وأضيفت الفقرة الأولى من المادة ٨٩٦ إلى المادة ٨٩٥ لتكون فقرة جديدة فيها، وحذفت الفقرة الثانية من المادة ٨٩٦ اكتفاء بتطبيق القواعد العامة، فأصبح النص بذلك متفقاً مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، وصار رقمه ٦٧٩ فى المشروع النهائى. وفى لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب استفسر عن العيب الذى يوجد فى الأرض ذاتها إذا كان هذا العيب من الخفاء بحيث يدق كشفه على المهندس الفطن أيكون المهندس مسئولا عنه؟ فأجيب بأن المهندس يكون مسئولا عن العيب الذى يمكن كشفه وفقاً لقواعد الفن، أما إذا استحال كشف العيب وفقاً لهذه القواعد فإن ذلك يكون فى حكم القوة القاهرة ولا يكون المهندس مسئولا عنه. ثم استفسر عما إذا كانت هذه المسئولية الاستثنائية تنطبق على العلاقة بين المقاول الأصلى والمقاول من الباطن، فأجيب بأن الفقرة الأخيرة من النص صريحة فى أن هذه المسئولية الاستثنائية قد استحدثت لأن صاحب العمل لا يمكن اعتباره فى مستوى المهندس من الناحية الفنية، أما المقاول والمقاول من الباطن فهما من الناحية الفنية متساويان فليست هناك إذن حاجة لاستحداث مسئولية استثنائية فيما بينهما. وأقرت اللجنة النص، ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٧٨. وفى لجنة مجلس الشيوخ أبقيت المادة على أصلها مع تعديلات لفظية أصبحت معها مطابقة لما استقرت عليه فى التقنين المدنى الجديد مع التفسير التالى: تواجه الفقرة الأولى حالة وقوع التهدم الكلى أو الجزئى خلال عشر سنوات وهى تطابق فى حكمها حكم القانون الحالى (السابق). أما الفقرة الثانية فتأتى بحكم جديد، فلا تبنى المسئولية على التهدم الواقع بالفعل خلال عشر سنوات، بل تضع أساس المسئولية على وجود عيب فى البناء يترتب عليه تهديد متانة البناء وسلامته ما دام هذا العيب يظهر فى خلال عشر سنوات ولو لم يقع تهدم بالفعل فى ظرف هذه المدة. وأصبح رقم المادة ٦٥١. ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص١٩- ص٢٤).

(١) **التقنين المدنى القديم م٤٠٩/٥٠٠**: المهندس المعمارى والمقاول مسئولان مع التضامن عن خلل البناء فى مدة عشر سنين ولو كان ناشئاً عن عيب فى الأرض أو كان المالك أذن فى إنشاء أبنية معينة، بشرط ألا يكون البناء فى هذه الحالة الأخيرة معداً فى قصد المتعاقدين لأن يمكث أقل من عشر سنوات.

(وأحكام التقنين المدنى القديم تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المدنى الجديد، إلا أن التقنين المدنى الجديد يجعل الضمان شاملا للتهدم وللعيوب معاً كما هو شامل للمبانى وللمنشآت الثابتة الأخرى).

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى**

التقنين المدنى السورى م٦١٧ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م٦٥٠ (مطابق). =

والنص كما نرى يعرض لضمان المهندس المعمارى والمقاول التهدم أو العيوب التى تصيب ما أقاماه من مبان أو منشآت ثابتة أخرى. ونظراً لخطورة تهدم المبانى أو تصدعها بالنسبة إلى رب العمل وبالنسبة إلى الغير، شدد المشرع من هذا الضمان حتى يدفع المهندس والمقاول إلى بذل كل عناية ممكنة فيما يشيدانه من المنشآت(١). فالضمان هنا ضمان خاص مقصور على دائرة معينة. وهذه الدائرة تتحدد بتحديد طرفى الضمان وسببه. فإذا ما تحقق سبب الضمان وقام بين طرفين، وجب أن نبين جزاء هذا الضمان، وأن نبين فى الوقت ذاته الظروف التى ينتفى أو لا ينتفى فيها الضمان.

فهذه مسائل أربع نبحثها متعاقبة: (١) طرفا الضمان. (٢) سبب الضمان. (٣) جزاء الضمان. (٤) انتفاء الضمان.

١ – طرفا الضمان

٦١– طرفا الضمان هما طرفا عقد مقاولة محلها منشآت ثابتة: حتى يمكن أن يتحقق الضمان، يجب أن يكون هناك عقد مقاولة محلها منشآت ثابتة.

=**التقنين المدنى العراقى** م٨٧٠ (موافق – فيما عدا أن التقنين العراقى يقصر الضمان على التهدم الكلى أو الجزئى دون أن يذكر العيب، وذلك إذا وقع التهدم خلال خمس سنوات، لا خلال عشر سنوات كما هو الأمر فى التقنين المصرى).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٦٦٨: إن المهندس أو مهندس البناء أو المقاول الذين يستخدمهم صاحب الأمر مباشرة يكونون مسئولين فى مدة السنوات الخمس التى تلى إتمام البناء أو المنشأ الآخر الذى أداروا أعماله أو قاموا بها إذا تهدم ذلك البناء كله أو بعضه أو تداعى بوجه واضح للسقوط من جراء نقص فى اللوازم أو عيب فى البناء أو فى الأرض.. وتبتدئ مهلة السنوات الخمس المتقدم ذكرها من يوم استلام العمل.. (وأحكام التقنين اللبنانى تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المصرى، فيما عدا أن الضمان فى التقنين اللبنانى مقصور على تهدم البناء أو تداعيه للسقوط ولا يشمل العيب، وأن مدة الضمان فى هذا التقنين خمس سنوات، لا عشر سنوات كما هو الأمر فى التقنين المصرى).

(١) وبخاصة أنه يغلب أن يكون رب العمل رجلا غير فنى وغير خبير بصناعة البناء ولا بهندسة المعمار، فأراد المشرع حمايته من المتعاقد معه وهو رجل فنى خبير، مهندساً كان أو مقاولا. ومن هنا كانت أحكام الضمان التى تؤكد هذه الحماية معتبرة من النظام العام كما سنرى (كولان وكاپيتان ودى لاموراندييير ٢ فقرة ١٠٩٥ – بيزوس ص٦٥– محمد لبيب شنب فقرة ١٠٤ ص١٢١). هذا إلى المبانى والمنشآت الثابتة لا تظهر فى العادة عيوبها إلا بعد مدة قد تطول، وقد قدرت المدة بعشر سنوات جرياً على تقاليد القانون الفرنسى ومن قبله القانون الرومانى (بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٤٥).

فيجب إذن أن تقع المقاولة على منشآت ثابتة. وعلى رأس المنشآت الثابتة المبانى من أى نوع كان. فالمنازل والڤيلات والعمارات والمدارس والمستشفيات والمستوصفات والمصحات والمسارح ودور السينما والمصانع والمتاجر والمخازن والمساجد والكنائس والمعابد. كل هذه مبان يجوز أن يتحقق فى مقاولاتها الضمان. ولا يشترط أن يكون المبنى قد شيد بالطوب أو بالحجارة، بل يجوز أن يكون مشيداً بالخشب أو بالحصير كما هو الأمر فى «كباين» الاستحمام التى تشيد بالخشب وفى «عشش» رأس البر التى تشيد بالحصير، والمهم أن يكون البناء مستقرا ثابتا فى مكانه، لا يمكن نقله دون هدمه(١). فالأكشاك والمنازل القابلة للفك والتركيب والتى يمكن نقلها من مكان إلى آخر بسهولة لا تعتبر مبنى(٢). وإلى جانب المبانى توجد منشآت ثابتة أخرى يجوز أن يتحقق فى مقاولاتها الضمان. من ذلك الجسور (الكبارى) والقناطر والسدود والخزانات والبوابات والأنفاق والمقابر والسكك الحديدية و«المزلقانات» وأجهزة التكييف المركزية والمداخن. واختلف فى حفر الآبار وشق الترع والمصارف والقنوات ورصف الطرق، فرأى يذهب إلى أن هذه الأعمال لا تعتبر من قبيل تشييد المبانى والمنشآت الثابتة(٣)، ونذهب مع رأى آخر إلى أن هذه الأعمال وإن كانت ليست بمبان إلا أنه يمكن اعتبارها منشآت ثابتة ولا يتحتم فى المنشآت أن تكون فوق الأرض بل يصح أن تكون تحت الأرض أو فى مستواها(٤). ويخرج بداهة المنقول كالسيارات والسفن والعوامات والدهبيات، فهذه لا تعتبر منشآت ثابتة لأنها ليست عقارا.

ويجب أن يكون العقد الواقع على المنشآت الثابتة هو عقد مقاولة. فإذا كان بغير أجر، لم يكن عقد مقاولة بل هو عقد غير مسمى ولا يترتب عليه الضمان، وإنما تسرى فى شأنه القواعد العامة، ويكون من قام بالعمل مسئولا المسئولية التى تقضى بها هذه

---

(١) ومع ذلك فالمصعد، وهو يرتفع ويهبط، يعتبر فى حكم الثابت فى مكانه لأنه لا يتعدى دائرة محدودة فى تحركه، ومن ثم يعد من المنشآت الثابتة. ولكن العقار بالتخصيص لا يعتبر من المنشآت الثابتة إذ هو فى طبيعته منقول غير ثابت، فيكون ضمانه وفقا للقواعد العامة (بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٤٩).

(٢) دلفو فقرة ٢٠٤ ص١٧٠- محمد لبيب شنب فقرة ١٠٧ ص١٢٥ هامش٢- ولا تدخل أعمال البياض والدهان ولا أعمال الزخرفة (décor)، لأن هذه الأعمال ليس من شأنها أن تهدد سلامة البناء أو متانته (استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٠١ م١٣ ص٣٤٧- محمد لبيب شنب فقرة ١٠٥ ص١٢٤). وتدخل الترميمات اللازمة للأجزاء الرئيسية للمبانى، وهى الأجزاء التى تعتمد عليها سلامة المبانى ومتانتها (محمد لبيب شنب فقرة ١٠٧ ص١٢٦).

(٣) استئناف مختلط ٢٨ مارس سنة ١٩٠١ م١٣ ص٢٢١- محمد لبيب شنب فقرة ١٠٧ ص١٢٦.

(٤) محمد كامل مرسى فقرة ٥٩٦ ص٤٩٩- توفيق فرج مذكرات ص٣٥- وانظر فى ضمان رصف ساحة التزحلق (piste de patinage) استئناف مختلط ٢٠ أبريل سنة ١٩١٠ م٢٢ ص٢٧١.

القواعد[1]. وإذا كان بأجر ولكن من يقوم بالعمل يخضع لإشراف رب العمل وتوجيهه، فليس العقد مقاولة بل هو عقد عمل، ولا يترتب عليه ضمان عقد المقاولة بل التزامات العامل في عقد العمل[2]. فإذا كان العقد مقاولة ترتب الضمان، ويستوى في ذلك أن يكون الأجر مقدراً جزافاً أو مقداراً بسعر الوحدة[3]، أو أن يكون الأجر مقدراً بحسب أهمية العمل أو كان أجراً ثابتاً يعطى للمهندس أو المقاول طول مدة العمل[4].

٦٢- المدين بالضمان: والذى يترتب فى ذمته الضمان هو المهندس المعمارى والمقاول فى عقد المقاولة الذى سبق أن حددناه. فالمهندس المعمارى (architecte) هو الذى يعهد إليه فى وضع التصميم والرسوم والنماذج لإقامة المنشآت، وقد يعهد إليه بإدارة العمل والإشراف على تنفيذه ومراجعه حسابات المقاول والتصديق عليها وصرف المبالغ المستحقة

---

(١) ولما كان العقد هنا من عقود التبرع، فإن من قام بالعمل لا يكون مسئولا إلا عن الغش والخطأ الجسيم (بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٢٠- الجزائر ٢٥ يناير سنة ١٨٩٣ جازيت دى پاليه ٩٣-٢-١٠- قارن محمد لبيب شنب فقرة ١٠٥ ص١٢٢- ص١٢٣. وانظر عكس ذلك دلفو فقرة ٢٣٢ ص١٩٤).

(٢) استئناف مصر ١٨ مايو سنة ١٩٣٩ المجموعة الرسمية ٣٩ رقم ٢١٢ ص٥٦٨- بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٢ ص١٩٥- ص١٩٦- محمد لبيب شنب فقرة ١٠٥ ص١٢٣.

(٣) أما القانون الفرنسى فيميز بين ما إذا كان الأجر مقدراً جزافاً (م١٧٩٢ مدنى فرنسى) وعند ذلك يجوز أن يتحقق الضمان، وأما إذا كان مقدراً بسعر الوحدة فلا يترتب على المقاولة هذا الضمان الخاص بل تسرى القواعد العامة فى الضمان. والسبب فى هذا التمييز يرجع إلى أن المشرع الفرنسى قدر أن الأجر إذا قدر جزافاً فإن هذا يكون مدعاة للمقاول أو للمهندس إلى الحرص والتقتير حتى يخرج بأكبر مكسب ممكن ولو على حساب جودة العمل فيكون احتمال وجود العيب أكبر، ومن ثم أوجب هذا الضمان الخاص الذى تشدد فيه عما تقضى به القواعد العامة (أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص٤٠٧ هامش٢٠- بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٤٩- بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٠٠٤- كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٠٩٩).

هذا ويشتمل التقنين المدنى الفرنسى، إلى جانب المادة ١٧٩٢، على المادة ٢٢٧٠. والنصان يعرضان لمسألة واحدة، هى ضمان المقاول والمهندس لعيوب البناء مدة عشر سنوات من وقت تسلم العمل. غير أن هناك فروقاً واضحة بين النصين. فالنص الأول يقتصر على المقاولة التى يكون الأجر فيها مقدراً جزافاً ويكون محل المقاولة بناء تهدم، أما النص الآخر فلا يميز بين الأجر الجزاف والأجر بسعر الوحدة ولا يقتصر على بناء تهدم بل يمتد إلى الأعمال الكبيرة gros ouvrages ويوجب الضمان لا للتهدم وحده بل أيضاً لمجرد عيب فى الصنعة (انظر فى هذه الفروق كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٠٩٦ وفقرة ١١٠٠ وفقرة ١١٠٥- بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٠٠٧- أنسيكلوپيدى داللوز ٢ لفظ Entreprise فقرة ٧٦ وما بعدها).

(٤) دلفو فقرة ٢٣١ ص١٩٤- محمد لبيب شنب فقرة ١٠٥ ص١٢٣.

إليه[1]. ولا يشترط فى المهندس المعمارى أن يكون حاملا مؤهلا فنياً فى هندسة المعمار، فما دام الشخص يقوم بمهمة المهندس المعمارى فهو ملتزم بالضمان. وعلى ذلك يكون ملتزماً بالضمان أى مهندس، ولو كان مهندساً ميكانيكياً أو كهربائياً، إذا كان يقوم بمهمة المهندس المعمارى. بل إن المقاول الذى لا يحمل أى مؤهل أو أى شخص آخر غير مؤهل، إذا وضع التصميم، فإنه يكون بذلك قد قام بمهمة المهندس المعمارى، ومن ثم يكون ملتزماً بالضمان[2]. وإذا تعدد المهندسون المعماريون، كان كل منهم ملتزماً بالضمان فى حدود العمل الذى قام به.

والمقاول هو الذى يعهد إليه فى إقامة المنشآت الثابتة. ويستوى أن تكون المواد التى أقام بها المنشآت قد أحضرها من عنده أو قدمها له رب العمل، ففى الحالتين يلتزم بالضمان. كذلك ليس من الضرورى أن يكون مقاول واحد هو الذى أقام المنشآت، بل يجوز أن يعهد رب العمل إلى عدة مقاولين بالعمل، فيعهد إلى مقاول بوضع الأساس وأعمال البناء الأخرى من أرضيات وأسقف وحيطان وغير ذلك، وإلى مقاول ثان بأعمال النجارة، وإلى ثالث بأعمال الحدادة، وإلى رابع بالأعمال الصحية، وإلى خامس بأعمال الدهان والبياض، وهكذا. فكل من هؤلاء يعتبر مقاولا فى حدود الأعمال التى يقوم بها، ويكون ملتزماً بالضمان فى هذه الحدود[3]. وقد يستخدم المقاول مساعدين يعاونونه فيما يقوم به من

---

(١) انظر فى واجبات المهندس المعمارى فى فرنسا أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ Architecte فقرة ٤٥- فقرة ٦١.

(٢) بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٢٣ ص١٠٩٦- بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٢ ص١٩٥- دلفو فقرة ٢٣٤ ص١٩٥- أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ Entreprise فقرة ١٢٢- مجلس الدولة الفرنسى ٥ يونيه سنة ١٨٩١ داللوز ٩٢-٣-٩٢- ٢ فبراير سنة ١٨٩٤ سيريه ٩٦-٣-٦- وقد كان المقاول فى القديم هو الذى يضع عادة التصميم وينفذه فى الوقت ذاته، فكان يقوم بمهمتى المقاول والمهندس المعمارى معاً، ويتبين ذلك فى لغة التقنين المدنى الفرنسى فهو عندما يستعمل المقاول ولفظ المهندس المعمارى يقصد شخصاً واحداً هو المقاول الذى يقوم بعمل التصميم وينفذه (Minvielle) فى مهنة المهندس المعمارى فقرة ٧٠ وما بعدها - كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١١٠٢- أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ Architecte فقرة ١ و٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind فقرة ٧٥).

(٣) بودرى وفال ٢ فقرة ٣٨١٩ ص١٠٩٤- أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤- ص٤١٤- أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ Entreprise فقرة ١٢٤- محمد لبيب شنب فقرة ١٠٥ ص١٢٤- وحتى العامل البسيط إذا اشتغل فى البناء لحسابه مستقلا عن رب العمل، فإنه يعتبر مقاولا، ويجب فى ذمته الضمان (بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩١٩ ص١٠٩٥ وفقرة ٣٩٣٣- بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٢ - أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ Entreprise فقرة ١٢٥- ومع ذلك انظر جيوار ٢ فقرة ٨٦٣.

أعمال، فيكون مسئولا عن أعمالهم، ويلتزم بضمان هذه الأعمال كما لو كان هو الذى قام بها، حتى لو كان هؤلاء المساعدون لا يعتبرون من أتباعه بالمعنى المفهوم فى مسئولية المتبوع عن التابع كما لو كانوا مقاولين من الباطن(١).

٦٣- الدائن بالضمان: والذى يطالب بالضمان فى عقد المقاولة الذى حددناه هو رب العمل فى هذا العقد. فهو الذى يصاب بالضرر من جراء تهدم البناء أو من جراء ظهور عيب فى المنشآت يهدد سلامتها أو متانتها، فيرجع بالضمان على المهندس المعمارى أو على المقاول أو عليهما معاً متضامنين كما سنرى.

وإذا مات رب العمل، حل محله فى المطالبة بالضمان ورثته. كذلك يجوز لدائنيه أن يرفعوا الدعوى غير المباشرة باسمه للمطالبة بالضمان. وكما يجوز أن يكون دائناً بالضمان الخلف العام والدائنون، كذلك يجوز أن يكون دائناً بالضمان الخلف الخاص. فإذا باع رب العمل المبنى أو وهبه، ثم تهدم كلياً أو جزئياً أو ظهر فيه عيب يهدد سلامته أو متانته، جاز للمشترى أو للموهوب له أن يرجع بالضمان على المهندس أو المقاول. ذلك أن الحق فى الرجوع بالضمان قد انتقل مع المبنى إلى الخلف الخاص طبقاً لنظرية الاستخلاف فى الحقوق والالتزامات. ويجوز للمشترى أن يرجع على بائعه بضمان العيب، وفى هذه الحالة يكون للبائع - وهو رب العمل - أن يرجع بدوره على المهندس أو المقاول بالضمان، وله أن يدخلهما ضامنين فى دعوى العيب التى يرفعها عليه المشترى(٢).

ولكن رب العمل لا يكون دائناً بالضمان إذا كان مقاولا أصلياً تعاقد مع مقاول من الباطن. فإذا تعاقد المقاول مع مقاول من الباطن على الأعمال الصحية أو على أعمال النجارة مثلا، وتسلم هذه الأعمال من المقاول من الباطن، لم يكن هذا الأخير ملتزماً بالضمان نحو المقاول الأصلى أو نحو رب العمل فى هذه الحالة إلا بمقدار ما تقضى به القواعد العامة. ومن ثم ينتهى التزام المقاول من الباطن بالضمان بمجرد أن يتسلم المقاول الأصلى الأعمال التى قام بها مع تمكينه من فحصها والكشف عما بها من عيوب. فإذا ظهرت عيوب خفية بعد ذلك، لم يكن المقاول من الباطن مسئولا إلا بالقدر وإلى المدة التى يقضى بها عرف الحرفة، فلا يكون ملتزماً بالضمان إذا ظهر عيب خلال عشر سنوات.

---

(١) أوبرى ورو وإسمان ٤ فقرة ٣٧٤ ص٤١٤.

(٢) ويرجع الخلف الخاص على المهندس أو المقاول بالضمان حتى لو لم يكن له حق الرجوع بالضمان على السلف، كما لو كان موهوباً له وليس له حق الرجوع بالضمان على الواهب، فإنه يرجع بالرغم من ذلك بالضمان على المهندس أو المقاول، لأن دعوى الضمان قد انتقلت إلى الموهوب له مع الموهوب بعقد الهبة (بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٢٥ وفقرة ٣٩٥٨ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٦١- دى باج ٤ فقرة ٩٠٢ ص٩٣١- محمد كامل مرسى فقرة ٦٠٤ ص٥٠٩- محمد لبيب شنب فقرة ١٠٦ ص١٢٤).

والسبب فى ذلك أن الضمان الخاص الذى نحن بصدده، وهو ضمان مشدد، قد اقتضاه مركز كل من رب العمل والمقاول أو المهندس. فرب العمل يكون عادة رجلا غير فنى وغير خبير، فأراد القانون أن يحميه ضد المقاول والمهندس وهما من رجال الفن والخبرة. وليس هذا هو مركز المقاول الأصلى من المقاول من الباطن، فكلاهما من أهل الفن والخبرة ولا يوجد مقتض لحماية خاصة مشددة تمنح للمقاول الأصلى ضد المقاول من الباطن، ويكفى فى حماية حقوق المقاول الأصلى الرجوع إلى القواعد العامة ففيها الغناء(١). وقد نصت الفقرة الرابعة من المادة ٦٥١ مدنى صراحة على هذا الحكم، إذ تقول كما رأينا: «ولا تسرى هذه المادة على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين من الباطن»(٢).

٢ - سبب الضمان

٦٤- متى يتحقق الضمان: يتحقق الضمان إذا قام سببه. وسبب الضمان إما أن يرجع إلى البناء، وإما أن يرجع إلى التصميم، ويجب فى جميع الأحوال أن يقوم خلال عشر سنوات من وقت تسلم العمل. فنبحث إذن هذه المسائل الثلاث.

---

(١) وقد قيل فى لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب ما يأتى: «أما المقاول والمقاول من الباطن فهما من الناحية الفنية متساويان، فليس هناك إذن حاجة لاستحداث مسئولية استثنائية فيما بينهما» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٣- انظر آنفاً فقرة ٦٠ فى الهامش)- ولا يوجد فى التقنين المدنى الفرنسى نص فى هذا المعنى، ولكن القضاء يجرى على هذا المبدأ (نقض فرنسى ١٢ فبراير سنة ١٨٦٨ داللوز ٦٨-١-٥٠٢- نانسى ٢٢ مايو سنة ١٩٠٩ داللوز ١٩١٠-٢-٣٥٧- بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٢ ص١٩٦- أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ Entreprise فقرة ١٢٦- عكس ذلك كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١١٠٥).

(٢) كذلك لا يلتزم المقاول من الباطن بالضمان نحو رب العمل إذ لا توجد علاقة عقدية بينهما (مازو ٣ فقرة ١٣٦٦- ص١١٢٩- محمد لبيب شنب فقرة ١٠٥ ص١٢٣- عكس ذلك بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩١٨). والذى يلتزم بالضمان الخاص المشدد نحو رب العمل هو المقاول الأصلى، فيكون ضامناً عمل المقاول من الباطن، وقد رأينا أن المقاول يلتزم بضمان أعمال مساعديه ولو لم يعتبروا من أتباعه كما هو الأمر بالنسبة إلى المقاول من الباطن (انظر آنفاً فقرة ٦٢). ويرجع رب العمل على المقاول الأصلى بالضمان المشدد، حتى لو كان هذا قد نزل عن المقاولة لآخر ما دام رب العمل لم يقبل هذا النزول ولم يبرئ ذمة المقاول الأصلى (دلفو فقرة ٢٣٦ ص١٩٧- مازو ٣ فقرة ١٣٦٦ ص١٣٢٩- محمد لبيب شنب فقرة ١٠٥ ص١٢٣). وإذا رجع رب العمل على المقاول الأصلى بالضمان، فإن المقاول الأصلى، إذا تسلم العمل من المقاول من الباطن ولم يعترض فغطى بذلك مسئوليته، لا رجوع له على المقاول من الباطن بسبب رجوع رب العمل عليه (بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٤).

٦٥- سبب الضمان يرجع إلى البناء: تقول المادة ٦٥١ مدنى كما رأينا إن الضمان يشمل ما يحدث فى المنشآت من تهدم كلى أو جزئى ولو كان التهدم ناشئاً عن عيب فى الأرض ذاتها، كما يشمل ما يوجد فى المنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته.

فإذا تهدم البناء كله أو جزء منه، ولم يكن ذلك راجعاً إلى قوة قاهرة كما سنرى، فالمفروض أن تهدم البناء يرجع إلى عيب فى الصنعة أو فى التصميم أو فى الأرض، ويكون المقاول - ومعه المهندس المعمارى عند الاقتضاء - ملتزماً بالضمان.

وليس من الضرورى أن يتهدم البناء كله أو بعضه، بل يكفى أن يظهر فيه عيب يترتب عليه الضمان[١](1)، والعيب إما أن يكون فى المواد التى استعملت فى البناء[٢]، كأن تكون غير صالحة، أو تكون مخالفة للمواصفات والشروط المتفق عليها، أو تكون من نوع ردئ لا تسمح به أصول الصنعة[٣]. وإما أن يكون العيب فى الصنعة نفسها، كأن يكون الأساس غير متين أو غير كافٍ لإقامة البناء عليه، أو تكون الحيطان أو الأسقف أو الأرضيات ليست فى السمك الواجب أو وقع فى تشييدها خلل[٤]. وإما أن يكون العيب

---

(١) استئناف مختلط ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٧ م٥٠ ص٨.

(٢) بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٣٠ ص١١٠٠.

(٣) وذلك كاستعمال خشب من نوع ردئ فى أرضية البناء (دلفو فقرة ٢٠٩ ص١٧٦- محمد لبيب شنب فقرة ١٠٨ ص١٢٨).

(٤) وقد يكون العيب هو عدم مراعاة الاحتياطات الواجبة عند البناء للوقاية من الحريق (نقض فرنسى ١٦ يونيه سنة ١٩١٤ سيريه الموجز ١٩١٤-١-٩٢- بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥١ ص١٩٤)، أو عدم مراعاة أصول الصنعة (استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص٨٨).

(1) أ- النص فى المادتين ٦٥١، ٦٥٢ من القانون المدنى - يدل على أن نطاق الضمان المقرر بنص المادة ٦٥١ مدنى ليس قاصرا على ما يعيب البناء من تهدم كلى أو جزئى بل أنه يشمل أيضا ما يلحق هذا البناء من عيوب أخرى تهدد متانته أو سلامته ولو لم تكن مؤدية فى الحال إلى تهدمه، والأصل فى المسئولية عن هذا الضمان أن يكون المهندس المعمارى والمقاول مسئولين على وجه التضامن عن هذه العيوب طالما أنها ناشئة عن تنفيذ البناء، وهى مسئولية تقوم على خطأ مفترض فى جانبهما، وترتفع هذه المسئولية عنهما باثبات قيامهما بالبناء وفق التصميم المعد لذلك والأصول الفنية المرعية وأن العيب الذى أصاب البناء ناشئ عن خطأ غيرهما وبالتالى إذا كانت هذه العيوب ناشئة عن تصميم البناء دن أن تمتد إلى تنفيذه فإن الضمان يكون على المهندس واضع التصميم وحده باعتبار أنه وحده الذى وقع الخطأ منه.

(جلسة ١٩٩٣/١١/١٨ الطعن رقم ١٨٤٧ لسنة ٥٩ق)

(جلسة ١٩٧٣/١١/٢٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ ص١١٤٦) =

فى الأرض التى قام عليها البناء، كأن تكون الأرض هشة أو فيها مستنقعات ولم تتخذ الإجراءات التى تمليها أصول صناعة البناء من تعميق الأساس حتى يقوم على أرض صلبة(١). وسواء كان العيب فى المواد أو فى أصول الصناعة أو فى الأرض، فإنه يجب أن يتوافر فيه شرطان: (الشرط الأول) أن يكون العيب من الخطورة بحيث يهدد سلامة البناء أو متانته. فإذا كان العيب مثلا فى الدهان أو فى البياض أو فى البلاط أو فى الأبواب أو فى النوافذ أو فى الزجاج أو فى غير ذلك من أجزاء البناء بحيث لا يكون من شأنه أن يهدد

= ب- التزام المقاول والمهندس الوارد فى المادة ٦٥١ من القانون المدنى هو التزام بنتيجة هى بقاء البناء الذى يشيدانه سليما ومتينا لمدة عشر سنوات بعد تسليمه، ومن ثم يثبت الإخلال بهذا الالتزام بمجرد اثبات عدم تحقق تلك النتيجة دون حاجة لاثبات خطأ ما، لما كان ذلك فأنه يكفى لقيام الضمان المقرر فى المادة ٦٥١ سالفة البيان، حصول تهدم المبنى ولو كان ناشئا عن عيب الأرض ذاتها وبحسب الحكم اقامة قضائه بمسئولية المقاول طبقا لهذه المادة على حدوث هذا التهدم خلال مدة الضمان.

(جلسة ١٩٦٥/٦/١٠ الطعن رقم ٣٢٥ لسنة ٣٠ق س١٦ ص٧٣٧)

(١) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥١ ص١٩٤- ويجب أن يكون العيب فى الأرض بحيث يمكن كشفه بالفحص الفنى الدقيق. فإذا كان لا يمكن كشفه حتى بعد الفحص الفنى الدقيق، فإنه لا يترتب عليه الضمان، ويكون فى حكم القوة القاهرة. وقد استفسر فى اللجنة التشريعية لمجلس النواب «عن العيب الذى يوجد فى الأرض ذاتها إذا كان هذا العيب من الخفاء بحيث يدق كشفه على المهندس الفطن أيكون المهندس مسئولا عنه؟ فأجيب بأن المهندس يكون مسئولا عن العيب الذى يمكن كشفه وفقاً لقواعد الفن، أما إذا استحال كشف العيب وفقاً لهذه القواعد فإن ذلك يكون فى حكم القوة القاهرة، ولا يكون المهندس مسئولا عنه» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٣- وانظر آنفاً فقرة ٦٠ فى الهامش) - وانظر بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٢٧- Fraissingse فقرة ٧٢- بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥١ ص١٩٤- فإذا وجد تحت الأرض أطلال أثرية فى منطقة لا يعرف أن بها آثاراً، ولم يكن المهندس أو المقاول يستطيع أن يعلم ذلك، فإن هذا العيب فى الأرض يعتبر بمثابة قوة قاهرة (محمد لبيب شنب فقرة ١١٣ ص١٣٦- ص١٣٧). وإذا كانت الأعمال التى يقوم بها المقاول لا تستدعى فحص الأرض للكشف عن عيوبها، كما فى أعمال الزخرفة، فإن المقاول لا يكون مسئولا عن عيب فى الأرض أو فى البناء الذى يقوم بزخرفته (استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٠١ م١٣ ص٣٤٧؛ وقد قدمنا أن أعمال الزخرفة لا يتحقق فى مقاولاتها الضمان الخاص المشدد لأنها ليس من شأنها أن تهدد سلامة البناء أو متانته انظر آنفاً فقرة ٦١ فى الهامش). وإذا كانت حقيقة الأرض معروفة، كما هو الأمر فى بناء رصيف على جانب ضفة النيل، فإن المقاول يكون مسئولا إذا هو لم يجر الاختبارات اللازمة فى مثل هذه الحالة للبناء على أساس صلب (استئناف مختلط ٥ مارس سنة ١٩٠٨ م٢٠ ص١١١ - ٢١ فبراير سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص١٦٣).

ويستوى أن يكون رب العمل هو الذى قدم الأرض كما هو الغالب، أو قدمها المقاول. ولا يقال فى هذه الحالة الأخيرة إن العقد بيع محض كما ذهب بعض الفقهاء (ترولون ٢ فقرة ١٠١٥)، بل لا يزال العقد ينطوى على عنصر المقاولة، فيقوم ضمان المقاولة لا ضمان البيع (ديرانتون ١٧ فقرة ٢٥٥- بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٥٤- أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص٤٠٦).

سلامة البناء أو متانته، فإنه لا يوجب الضمان، وتسرى فى شأنه القواعد العامة فتنتفى المسئولية بتسلم العمل إلا إذا كان خفياً فيكون الضمان لمدة قصيرة يحددها عرف الصناعة[1]. (والشرط الثانى) أن يكون العيب خفياً. فإذا كان العيب ظاهراً بحيث يمكن كشفه بالفحص المعتاد، فإن تسلم رب العمل للعمل دون اعتراض يعتبر نزولا منه عن الضمان[2]، بل إن تسلم العمل دون اعتراض يفرض أن العمل خال من العيوب الظاهرة ما لم يكن هناك غش[3].

---

(١) استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٦ م٣٨ ص٣٧٩ - لوران ٢٦ فقرة ٤٨- هيك ١٠ فقرة ٤٢٦- بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٢٦ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥١- محمد لبيب شنب فقرة ١٠٨ ص١٢٦- عكس ذلك كولان وكابيتان ودى لاموراندييرr فقرة ١١٠١- ويقطع فى ذلك أن المشروع التمهيدى كان صريحاً فى هذا المعنى، فكانت المادة ٨٩٦ من هذا المشروع تجرى على الوجه الآتى: «يشمل الضمان المنصوص عنه فى المادة السابقة ما يوجد فى المبانى والمنشآت الكبيرة التى فى حكمها من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته. ٢- أما ما هو دون ذلك من عيوب، كعدم الملاءمة فى ترتيب الأماكن المختلفة أو النقص فيما ينبغى أن تكون عليه من جمال فنى، فلا يترتب عليه سوى ما تقرره القواعد العامة من مسئولية تعاقدية أو تقصيرية» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٠- وانظر آنفاً فقرة ٦٠ فى الهامش).

(٢) بشرط أن يكون التسلم نهائياً، أما التسلم الموقت فلا يمنع رب العمل من الرجوع بالضمان (دلفو فقرة ٢١٣ ص١٧٩- محمد لبيب شنب فقرة ١٠٨ ص١٢٨).

(٣) نقض فرنسى دوائر مجتمعة ٢ أغسطس سنة ١٨٨٢ داللوز ٨٣-١-٥- نقض فرنسى ٣٠ يونيه سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٧-١-٤٣٦- ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٩ سيريه ١٩٢٩-١-١٢٨- هيك ١٠ فقرة ٤٢٦- بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥١ ص١٩٤- محمد لبيب شنب فقرة ١٠٨ ص١٢٧- عكس ذلك بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٢٧- أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص٤٠٧ وص٤١١- دى باج ٤ فقرة ٨٩٤ ص٩٢٥- مازو فى المسئولية ٢ فقرة ١٠٥٢- دروس فى القانون المدنى ٣ فقرة ١٣٧٠ ص١١٣١.

وكالعيب الظاهر العيب المعلوم من رب العمل، فإن هذا إذا تسلم العمل وهو عالم بالعيب لا يجوز له بعد ذلك أن يرجع بالضمان. وقد استقر قضاء محكمة النقض على أن العيب يجب أن يكون خفياً وغير معلوم من رب العمل، وقد قضت المحكمة فى هذا المعنى بأن عقد استئجار الصانع لعمل معين، بالمقارنة على العمل كله أو بأجرة معينة على حسب الزمن الذى يعمل فيه، يعتبر - بحسب الأصل - منتهياً بانقضاء الالتزامات المتولدة عنه على الصانع ورب العمل بتسلم الشئ المصنوع مقبولا وقيام رب العمل بدفع ثمنه. لكن القانون المصرى، على غرار القانون الفرنسى، قد جعل المقاول والمهندس ضامنين عن الخلل الذى يلحق البناء فى مدة عشر سنوات ولو كان ناشئاً عن عيب فى الأرض أو عن إذن المالك فى إنشاء أبنية معيبة، بشرط ألا يكون البناء فى هذه الحالة الأخيرة معداً فى قصد المتعاقدين لأن يمكث أقل من عشر سنين.. لذلك مد القانون ضمان المقاول والمهندس إلى ما بعد تسلم المبانى ودفع قيمتها على خلاف ما يقتضيه عقد المقاولة من انقضاء الالتزام بالضمان بتسلم البناء مقبولا بحالته الظاهرة التى هو عليها. ويجب لقبول دعوى الضمان هذه أن يكون العيب =

ومتى تحقق سبب الضمان الذى يرجع إلى البناء على الوجه الذى قدمناه، فإن المقاول الذى قام بالبناء يكون ملتزماً بالضمان(1). ويكون ملتزماً بالضمان أيضاً المهندس المعمارى إذا عهد إليه بالإشراف على التنفيذ وتوجيه العمل(١)(2)، ويكون المقاول

=المدعى فى البناء خللا فى متانته، وأن يكون خفياً بحيث لم يستطع صاحب البناء كشفه وقت التسلم، أما ما كان ظاهراً معروفاً فلا يسأل عنه المقاول ما دام رب العمل قد تسلم البناء من غير أن يحتفظ بحق له (نقض مدنى ٥ يناير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٥٤ ص٤٥٢. وانظر أيضاً نقض مدنى ٩ يونيه سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٦٥ ص١٢٣٥- محمد كامل مرسى فقرة ٥٩٧ ص٤٩٩) - وقارن دلفو فقرة ٢٠٧ ص١٧٤- جالى ص٧٢- ص٧٣- بيزوس ص٧٥ (ويرى هؤلاء الفقهاء أنه لا يشترط أن يكون العيب خفياً ما دام يهدد سلامة البناء أو متانته، والتسلم لا يكفى لتغطية العيب الظاهر لأن أحكام الضمان من النظام العام فلا يجوز لرب العمل النزول عن حقه فى الضمان. وقد رد الأستاذ محمد لبيب شنب على هذا الاعتراض بحق بأن النزول ولو كان ضمنياً جائز بعد تحقق سبب الضمان، والممنوع هو أن ينزل رب العمل مقدما وقبل تحقق سبب الضمان عن حقه فى الرجوع: محمد لبيب شنب فقرة ١٠٨ ص١٢٨ هامش١).

ولا يشترط أن يكون العيب قديماً، أى أن يكون موجوداً قبل التسليم. فسواء كان موجوداً قبل التسليم، أو وجدت جرثومة قبل التسليم كتسوس الخشب ثم ظهور العيب ذاته بعد التسلم، أو طرأ أصلا بعد التسليم، فإن رب العمل يرجع بالضمانات فى جميع هذه الأحوال. أما القواعد العامة فقد كانت تقضى بأن الضمان لا يكون إلا إذا كان العيب (أو جرثومته على الأقل) موجوداً قبل التسليم، والعيب الطارئ بعد التسليم لا يوجب الضمان ويتحمل رب العمل تبعته (محمد لبيب شنب فقرة ١٠٨ ص١٢٧).

(1) مفاد المادة ٤٠٩ من القانون المدنى السابق والمادة ٦٥١ من القانون المدنى الحالى المقابلة للمادة السابقة أن التزام المقاول التزام بنتيجة هى بقاء البناء الذى يشيده سليما ومتينا لمدة عشر سنوات بعد تسليمه، وأن الأخلال بهذا الالتزام يقوم بمجرد إثبات عدم تحقق تلك النتيجة دون حاجة لإثبات خطأ ما، وأن الضمان الذى يرجع إلى تنفيذ المقاول أعمال البناء يتحقق إذا ظهر وجود العيب فى البناء خلال عشر سنوات من وقت التسليم ولو لم تنكشف آثار العيب وتتفاقم أو يقوم التهدم بالفعل إلا بعد انقضاء هذه المدة.

(جلسة ١٩٧٠/٦/٢٣ الطعن رقم ٤١ لسنة ٣٦ق س٢١ ص١٠٦٨)

(2) نظم المشرع عقد المقاولة بالمادة ٦٤٦ وما بعدها من القانون المدنى وأورد بهذه المواد القواعد المتعلقة بالمهندس المعمارى باعتبار عمله فى وضع التصميم والمقايسة وفى مراقبة التنفيذ من نوع الأعمال المادية للمقاولات يندرج فى صورها، وجعل قواعد المسئولية عن تهدم البناء وسلامته تشمل المهندس المعمارى والمقاول على سواء ما لم يقتصر عمل المهندس على وضع التصميم فلا يكون مسئولا إلا عن العيوب التى أتت منه ومن ثم فإن ضمان المهندس المعمارى أساسه عقد يبرم بينه وبين رب العمل يستوجب مسئوليته عن أخطاء التصميم أو عيوب التنفيذ.

(جلسة ١٩٧٣/١١/٢٧ الطعن رقم ١٤٩ لسنة ٣٨ق س٢٤ ص١١٤٦)

(١) ويستخلص ذلك من مفهوم المخالفة للمادة ٦٥٢ مدنى، وهى تقضى بأنه إذا اقتصر المهندس على وضع التصميم دون أن يكلف بالرقابة على التنفيذ لم يكن مسئولا إلا عن العيوب التى أتت من =

والمهندس المعمارى فى هذه الحالة متضامنين فى الالتزام بالضمان[1]. والتضامن هنا بصريح النص، فقد جاء فى صدر الفقرة الأولى من المادة ٦٥١ مدنى كما رأينا: «يضمن المهندس المعمارى والمقاول متضامنين...»، وكان هذا النص أكثر وضوحاً فى المشروع التمهيدى إذ كانت المادة ٣/٨٩٧ من هذا المشروع تنص على أنه «إذا كان كل من المهندس المعمارى والمقاول مسئولا عما وقع فى العمل من عيب، كانا متضامنين فى المسئولية»[1]. وإذا رجع رب العمل على المقاول والمهندس معاً، أو رجع على المهندس

=التصميم، فمفهوم المخالفة يقضى بأن المهندس إذا كلف الرقابة على التنفيذ كان مسئولا أيضاً عن عيوبه. والقضاء الفرنسى فى هذا المعنى: نقض فرنسى ١٠ يونيه سنة ١٨٩٨ داللوز ٩٨-١-٣٦٧- ١٦ مايو سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٥-١-٣٥٢). ويكون المهندس مسئولا، سواء كان هو الذى اختار المقاول أو لم يختره، ما دام يشرف على التنفيذ (نقض فرنسى ١٦ مايو سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٥ -١-٣٥٢- باريس ٢٣ يوليه سنة ١٩٣١ داللوز الأسبوعى ١٩٣١-٤٦٦). ويذهب الفقه فى فرنسا إلى وجوب قصر مسئولية المهندس على العيوب التى كان يستطيع كشفها بالإشراف الفنى المعتاد (بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٢٧- Minvielle فقرة ٢٢٢- بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٣ ص١٩٨)، ولكن محكمة النقض الفرنسية قضت بمسئولية المهندس حتى لو كان المقاول قد عدل فى التصميم دون أن يكون فى استطاعة المهندس العلم بهذا التعديل (نقض فرنسى ١٦ مايو سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٥-١-٣٥٢). فلا محل إذن للتمييز بين عيب وعيب، ويكون المهندس مسئولا عن كل عيوب التنفيذ.

(1) وإن كان المهندس المعمارى والمقاول ضامنين متضامنين للعيب الذى يهدد البناء طبقا للمادة ٦٥١ من القانون المدنى إلا أن ذلك لا يمنع رب العمل من الرجوع بهذا الضمان على أحدهما دون الآخر.

(جلسة ١٩٨٥/٥/٢١ الطعن رقم ٢٠٣٩ لسنة ٥٠ق)

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٠- وانظر آنفاً فقرة ٦٠ فى الهامش- ولا يوجد فى التقنين المدنى الفرنسى نص على التضامن، ولكن القضاء فى فرنسا يحكم بالتضامن (نقض فرنسى ١١ يونيه سنة ١٩٠٩ سيريه ١٩١٢-١-١٣- ١٢ نوفمبر سنة ١٩٢٤ داللوز الأسبوعى ١٩٢٤-٦٨١- ٢٨ يونيه سنة ١٩٣٨ جازيت دى پاليه ١٩٣٨ -٢-٦١٣- ٤ أبريل سنة ١٩٤٠ داللوز الأسبوعى ١٩٤٠-١١١- ١٢ نوفمبر سنة ١٩٤٠ جازيت دى پاليه ١٩٤١-١-١). وقد قاس القضاء الفرنسى التضامن هنا على التضامن الذى يقضى به فى المسئولية الجنائية ويمده إلى المسئولية المدنية التقصيرية. ولكن الفقه الفرنسى ينتقد القضاء ويرى أن التضامن لا يقوم إلا بنص والنص غير موجود، ولا يمكن القياس على المسئولية التقصيرية فمسئولية المقاول والمهندس ليست مسئولية تقصيرية، والأولى أن يقال إن المسئولية تقوم بينهما بالتضامم (in solidum) لا بالتضامن (بودرى وفال فقرة ٣٩٤٣- أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ هامش ٢٦ مكرر ٦- Minvielle فقرة ٢٨٢ Corberand فقرة ٩٦). وقد قضت محكمة النقض الفرنسية فى بعض أحكامهما بالتضامم بدلا من التضامن (نقض فرنسى ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩ D.C. ١٩٤١- ١٢٤- ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٢ D.C. ١٩٤٢-٩٦- ١٤ أكتوبر سنة ١٩٥٨ مجلة أحكام النقض الفرنسى ١٩٥٨-١-٣٤٢)،=

وحده، كان للمهندس فى الحالتين أن يرجع على المقاول بما دفعه لرب العمل، لأن الخطأ هو خطأ المقاول وقد أشرف المهندس عليه فصار مسئولا عنه.

٦٦- سبب الضمان يرجع إلى التصميم - نص قانونى: تنص المادة ٦٥٢ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«إذا اقتصر المهندس المعمارى على وضع التصميم دون أن يكلف الرقابة على التنفيذ، لم يكن مسئولا إلا عن العيوب التى أتت من التصميم»(١).

ونرى من ذلك أن سبب الضمان قد يرجع إلى عيب فى التصميم. والتصميم يضعه عادة مهندس معمارى، ولكن لا يوجد ما يمنع من أن يضعه شخص آخر غير مهندس،

=ولم تقض لا بالتضامن ولا بالتضامم متى تحدد مدى مسئولية كل من المقاول والمهندس، بل قضت على كل منهما بمقدار مدى مسئوليته (نقض فرنسى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٤ داللوز ١٩٢٥ -١ -١٧٥ - بيدان ١٢ فقرة ٢١٢). انظر فى هذه المسألة بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٥- كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١١٠٥).

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ٨٩٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «١- إذا اقتصر المهندس المعمارى على وضع التصميم، دون أن يكلف الرقابة على التنفيذ، لم يكن مسئولا إلا عن العيوب التى أتت من التصميم دون العيوب التى ترجع إلى طريقة التنفيذ. ٢- وإذا عمل المقاول بإشراف مهندس معمارى، أو بإشراف رب العمل وقد جعل نفسه مكان المهندس المعمارى، فلا يكون المقاول مسئولا إلا عن العيوب التى تقع فى التنفيذ دون العيوب التى تأتى من الغلط أو عدم التبصر فى وضع التصميم. ٣- إذا كان كل من المهندس المعمارى والمقاول مسئولا عما وقع فى العمل من عيب، كانا متضامنين فى المسئولية». وفى لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية، ونقلت الفقرة الثالثة إلى مكان آخر، وحذف من الفقرة الأولى العبارة الأخيرة، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، وصار رقمه ٦٨٠ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٧٩، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٥٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٥- ص٢٧).

ويقابل النص فى التقنين المدنى القديم المادة ٥٠١/٤١٠: المهندس المعمارى الذى لم يؤمر بملاحظة البناء لا يكون مسئولا إلا عن عيوب رسمه. (وأحكام التقنين المدنى القديم تتفق مع أحكام التقنين المدنى الجديد).

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدنى السورى م٦١٨ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م٦٥١ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى م٨٧١ (موافقة للمادة ٨٩٧ من المشروع التمهيدى للتقنين المصرى).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٢/٦٦٨: وإذا كان مهندس البناء لم يدر الأعمال، فلا يكون مسئولا إلا عن العيب الذى يظهر فى الرسم الهندسى الذى وضعه. (وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى).

وكثيراً ما يضعه المقاول نفسه[1]، وقد يضعه رب العمل(1). فإذا وضعه رب العمل وكان معيباً كان هو الملوم، ولا يرجع على أحد. أما إذا وضعه غيره، المهندس أو المقاول أو شخص آخر غيرهما، كان واضع التصميم هو المسئول عن عيوب التصميم ويجب عليه الضمان[2].

وعيوب التصميم إما أن ترجع إلى خطأ فى أصول الهندسة المعمارية، كأن يكون من وضع التصميم لا تتوافر فيه الكفاية الفنية اللازمة، أو لا يبذل العناية الكافية فيجئ التصميم معيباً من الناحية الفنية. وإما أن ترجع عيوب التصميم إلى مخالفة قوانين البناء ولوائحه، كأن يوضع التصميم على أساس البناء على رقعة من الأرض أكبر مما تسمح به هذه النظم، أو على أساس أن يكون البناء مرتفعاً أكثر مما يجب قانوناً، أو على أبعاد تخالف القوانين واللوائح، أو يخرج البناء عن خط التنظيم[3].

---

(١) بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٣٤.

(٢) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٢ ص١٩٥- ويسأل المهندس عن عيوب التصميم ولو لم يكن هو واضعه إذا كان قد تبناه وقام بالإشراف على تنفيذه (جيوار ٢ فقرة ٨٥١- هيك ١٠ فقرة ٤٢٦- بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٢٧ ص١٠٩٨- محمد لبيب شنب فقرة ١١٧ ص١٤٠)- وإذا كان المقاول هو الذى وضع التصميم، فإنه يكون مسئولا عن عيوبه وعن عيوب التنفيذ جميعاً، ولكن مسئوليته عن عيوب التصميم تكون بالقدر الذى تسمح به المقدرة الفنية لشخص فى مستواه (كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١١٠٣). وإذا تبنى التصميم وتحمل مسئوليته، فإنه يكون مسئولا عما فيه من عيوب (استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩١٦ م٢٩ ص٧٦).

(٣) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥١ ص١٩٥- وقد قضى بأن من واجبات المهندس المعمارى أن يلاحظ عند وضع الرسم أحكام القوانين المتعلقة بالجوار وقيود البناء وحقوق الارتفاق، سواء ما كان منها مفروضاً بحكم القانون أو ناشئاً عن الاتفاق أو بسبب موقع الأرض الطبيعى، وله فى سبيل ذلك أن يكلف المالك بتقديم مستندات ملكية الأرض المطلوب إقامة البناء عليها حتى يتأكد من ذلك كله، فإذا امتنع المالك عن تقديمها إليه التزم المهندس بأن يحصل منه على إقرار بشأن حقوق الارتفاق أو القيود التى لم يحط بها علما (مصر الوطنية ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٤ المحاماة ٢٦ رقم ٩٨ ص٢٦٢).

ويلاحظ أن مخالفة القوانين واللوائح قد لا ترجع إلى التصميم ذاته بل إلى أعمال التنفيذ، وفى هذه الحالة يكون المقاول الذى قام بأعمال التنفيذ هو الذى يجب عليه الضمان، ويكون المهندس متضامناً معه إذا هو أشرف على التنفيذ (أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص٤١٣- ص٤١٤).

(1) أ- لئن كان الأصل أن المقاول الذى يعمل باشراف رب العمل الذى جعل نفسه مكان المهندس المعمارى لا يسأل عن هدم البناء عن العيوب التى يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته إذا كان ذلك ناشئا عن الخطأ فى التصميم الذى وضعه رب العمل إلا أن المقاول يشترك فى المسئولية مع صاحب العمل إذا كان على علم بالخطأ فى التصميم وأقره أو كان ذلك الخطأ من الوضوح بحيث لا يخفى أمره عن المقاول المجرب.

(جلسة ١٩٦٥/١/٢١ الطعن رقم ١٢٠ لسنة ٣٠ق س١٦ ص٨١) =

وسواء رجع عيب التصميم إلى أصول الفن المعمارى أو إلى مخالفة القوانين واللوائح، فإن واضع التصميم - ويكون غالباً هو المهندس المعمارى - يجب عليه الضمان(1)، سواء أشرف على التنفيذ أو لم يشرف. غير أنه إذا أشرف على التنفيذ، يكون مسئولا عن عيوب التصميم وعن عيوب التنفيذ فى وقت معاً(١)، ويكون متضامناً مع المقاول فى حدود عيوب التنفيذ كما سبق القول، ومستقلا وحده فى الضمان عن عيوب التصميم ولا يكون المقاول مسئول معه(٢). أما إذا لم يشرف على التنفيذ واقتصر على

=ب- المقاول الذى يعمل باشراف رب العمل الذى وضع التصميم والذى جعل نفسه مكان المهندس المعمارى يشترك مع رب العمل فى المسئولية عما يحدث فى البناء من عيوب إذا كان قد علم بالخطأ فى التصميم وأقره أو كان ذلك الخطأ من الوضوح بحيث لا يخفى أمره على المقاول المجرب، إلا أنه إذا كان المقاول قد نبه رب العمل إلى ما كشفه من خطأ فى التصميم فأصر على تنفيذه وكان لرب العمل من الخبرة والتفوق فى فن البناء ما يفوق خبرة وفن المقاول فإن إذعان المقاول لتعليمات رب العمل فى هذه الحال لا يجعله مسئولا عما يحدث فى البناء من تهدم نتيجة الخطأ فى التصميم إذ الضرر يكون راجعا إلى خطأ رب العمل وحده فيتحمل المسئولية كاملة.

(جلسة ١٩٦٦/١٢/٨ الطعن رقم ٤٤٠ لسنة ٣١ق س١٧ ص١٨٣٠)

(١) بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٢٧ ص١٠٩٧- أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص٤٠٨ وص٤١٠.

(٢) وقد نصت المادة ٢/٨٩٧ من المشروع التمهيدى صراحة على هذا الحكم، إذ كانت تجرى على الوجه الآتى: «إذا عمل المقاول بإشراف مهندس معمارى، أو بإشراف رب العمل قد جعل نفسه مكان المهندس المعمارى، فلا يكون المقاول مسئولا إلا عن العيوب التي تقع فى التنفيذ دون العيوب التى تأتى من الغلط أو عدم التبصر فى وضع التصميم» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٥- وانظر آنفاً نفس الفقرة فى الهامش).

(1) أ- الأصل فى المسئولية عن الضمان المقرر فى المادتين ٦٥١، ٦٥٢ من القانون المدنى أن يكون المهندس المعمارى والمقاول مسئولين على وجه التضامن عن هذه العيوب طالما أنها ناشئة عن تنفيذ البناء، وهى مسئوليته تقوم على خطأ مفترض من جانبهما، وترتفع هذه المسئولية عنهما باثبات قيامهما بالبناء وفق التصميم المعد لذلك والأصول الفنية المرعية وأن العيب الذى أصاب البناء ناشئ عن خطأ غيرهما، وبالتالى إذا كانت هذه العيوب ناشئة عن تصميم البناء دون أن تمتد إلى تنفيذه فإن الضمان يكون على المهندس واضع التصميم وحده باعتبار أنه وحده الذى وقع منه الخطأ.

(جلسة ١٩٩٣/١١/١٨ الطعن رقم ١٨٤٧ لسنة ٥٩ق)

ب- ضمان المهندس المعمارى لتهدم البناء وللعيوب التى تهدد سلامته أساسه المسئولية العقدية المنصوص عليها فى المادتين ٦٥١، ٦٥٢ من القانون المدنى، فهو ينشأ عن عقد مقاولة يعهد فيه رب العمل إلى المهندس المعمارى القيام بعمل لقاء أجر، فإذا تخلف عقد تخضع مسئوليته للقواعد العامة فى المسئولية المدنية، وإن كان الطاعن قد تمسك أمام محكمة الموضوع بأنه لا تربطه بالمطعون ضدها الأولى - وهى صاحبة العمل - أية رابطة عقدية وأن عمله اقتصر على حساب تكاليف الانشاءات الخرسانية كمشورة فنية مجانية قدمها لزميله المهندس بناء على المعلومات الفنية الخاصة بالتربة التى تلقاها منه وأن مهندسا آخر هو الذى قام بوضع التصميم النهائى للبناء فإن الحكم المطعون فيه وقد =

وضع التصميم، فإنه – كما تقول المادة ٦٥٢ سالفة الذكر – يكون ملتزماً بالضمان عن عيوب التصميم وحدها[١]، ولا يضمن عيوب التنفيذ لأنه لم يشرف عليه[٢]. ولا يكون المقاول الذى قام بالتنفيذ ملتزماً بضمان عيوب التصميم إذ التصميم ليس من وضعه[٣]، ولكن إذا كان العيب فى التصميم من الوضوح بحيث لا يخفى على المقاول، لا سيما إذا كان العيب يتعلق بمخالفة قوانين البناء ولوائحه، وأقدم المقاول على تنفيذ التصميم بالرغم من العيب الذى فيه، فإنه يكون هو أيضاً ملتزماً بالضمان[٤] ويكون فى التزامه هذا متضامناً مع المهندس[٥].

=انتهى فى قضائه إلى أن الطاعن مسئول عن ضمان العيوب التى ظهرت فى البناء باعتباره المهندس المعمارى الذى قام بوضع التصميم دون أن يستظهر الحكم العلاقة بين الطاعن (المهندس المعمارى) وبين المطعون عليها الأولى (صاحبة العمل) ليتبين ما إذا كانت ناشئة عن عقد مقاولة أم عن مجرد مشورة قدمها الطاعن بالمجان وذلك تحقيقا لدفاع الطاعن الجوهرى الذى إن صح لتغير به وجه الرأى فى الدعوى، فانه يكون قد شابه قصور فى التسبيب.

(جلسة ١٩٧٥/٥/٢١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص١٠٤٨)

(١) استئناف مختلط ١٧ يناير سنة ١٩١٨ م٣٠ ص١٥٩– بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٢٧ ص١٠٩٨.

(٢) وقد يعهد إلى المهندس بتسوية الحساب مع المقاول، فيكون مسئولا نحو رب العمل عن الخطأ الذى يرتكبه فى تسوية هذا الحساب (أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص٤١٤).

(٣) استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٠١ م١٣ ص٣٤٧.

(٤) نقض فرنسى ٥ مارس سنة ١٩٤٦ داللوز ١٩٤٦– ٢٦٨– جيوار ٢ فقرة ٨٥٣– بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٣٠ ص١١٠٠– بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٠٠٦– بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٢ ص١٩٥، ومع ذلك قارن فقرة ٩٥٤– وهناك رأى يذهب إلى أن المقاول يكون مسئولا بالتضامن عن جميع عيوب التصميم، ثم يرجع بالتعويض على المهندس (بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٤).

(٥) وإذا قضى على أى منهما بالتعويض كاملا لقيام التضامن، رجع على الآخر فى تقسيم المسئولية بينهما بنسبة مساهمة خطأ كل منهما فى إحداث الضرر، مع مراعاة جسامة الخطأ (نقض فرنسى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٤ داللوز ١٩٢٤ –٧١٥– ١٤ أكتوبر سنة ١٩٥٨ مجلة أحكام النقض١٩٥٨ –١ –٣٤٢– مازو ٣ فقرة ١٣٧٥ ص١١٤٣– محمد لبيب شنب فقرة ١١٨ ص١٤١).

وفى تقسيم المسئولية بين المهندس والمقاول يراعى ما ينسب إلى كل منهما من خطأ. فإن كان الخطأ هو خطأ المقاول وحده، كما إذا ارتكب خطأ فى التنفيذ وكان المهندس متضامناً معه لأنه هو الذى أشرف على التنفيذ، فقد قدمنا أن المهندس يرجع على المقاول بكل التعويض الذى حكم به عليه (انظر آنفاً فقرة ٦٥ فى آخرها – وانظر بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٤– دلفو فقرة ٣١١ ص٢٤٥– محمد لبيب شنب فقرة ١١٧ ص١٤١). وإذا كان الخطأ هو خطأ المهندس، كما إذا كان الضرر يرجع إلى عيب فى الأرض وكان المهندس دون المقاول هو الذى يستطيع كشف هذا العيب، رجع المقاول على المهندس بكل التعويض الذى حكم به عليه (دلفو فقرة ٢٥٩ ص٢٠٩– =

٦٧- المدة التى يقوم فيها سبب الضمان: وسواء رجع سبب الضمان إلى البناء أو إلى التصميم على النحو الذى فصلناه، فإنه يجب أن يقوم فى مدة معينة إذا انقضت ولم يكن سبب الضمان قائما لم يكن هناك محل للرجوع بالضمان. وقد رأينا المادة ٦٥١ مدنى[1] تقرر أن الضمان يتحقق إذا كان سببه قد حدث خلال عشر سنوات تبدأ من وقت تسلم العمل[1].

وواضح أن سبب الضمان الراجع إلى التصميم يكون قائما قبل التسليم، بل قبل التنفيذ، ويستمر قائماً بعد التنفيذ والتسليم، ولذلك يكون هذا السبب موجباً للضمان دون حاجة إلى تحديد وقت معين يقوم فيه، فهو قائم منذ البداية. أما سبب الضمان الراجع إلى التنفيذ فقد يوجد قبل التسليم ويكون خفياً فيتسلم رب العمل الشئ دون أن يفطن للعيب،

=محمد لبيب شنب فقرة ١١٨ ص١٤٢). أما إذا كان الضرر يرجع إلى عيب فى المواد التى وردها المقاول وكان المهندس مشرفاً على التنفيذ، فمن حكم عليه بالتعويض كاملا يرجع على الآخر بنسبة جسامة خطأه، وفى هذه الحالة يكون خطأ المقاول عادة أكثر جسامة من خطأ المهندس (استئناف مختلط ١٩ فبراير سنة ١٩١٣ م٢٥ ص١٨٥- دلفو فقرة ٢٧٠ ص٢١٩- محمد لبيب شنب فقرة ١١٨ ص١٤٢). وقد يتعادل الخطآن، فيتحمل كل منهما نصف التعويض (استئناف مختلط ١٩ فبراير سنة ١٩١٣ م٢٥ ص١٨٥ وهو الحكم السابق الإشارة إليه).

وإذا رجع أى منهما على الآخر - وليست بينهما علاقة عقدية - رجع بموجب أحكام المسئولية التقصيرية، فإذا ادعى أحدهما أن الضرر قد نشأ بخطأ الآخر وجب عليه أن يثبت هذا الخطأ (دلفو فقرة ٣١٣ ص٢٤٧- محمد لبيب شنب فقرة ١١٨ ص١٤٢- نقض فرنسى ١٤ أكتوبر سنة ١٩٥٩ داللوز مختصر ١٩٥٩-٥٣). ومن يرجع منهما على الآخر يحل محل رب العمل فى حقوقه، فيرجع أيضاً بدعوى الحلول (دلفو فقرة ٣١٣ ص٢٤٦- محمد لبيب شنب فقرة ١١٨ ص١٤٢- ص١٤٣).

هذا وإذا علم المقاول بعيب فى التصميم فله أن يقف العمل، ولا يعود إليه إلا إذا أصلح العيب. وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً فى هذا المعنى، فكانت المادة ٨٩٠ من هذا المشروع تنص على ما يأتى: «١- يجوز لمقاول البناء أن يقف العمل إذا قرر الخبراء أن تنفيذ التصميم الموضوع لا يمكن أن يتم دون خطر على سلامة البناء. ٢- ولكن يجب عليه أن يعود إلى إتمام البناء متى بين الخبراء ما يجب إدخاله على التصميم من تعديلات لتوقى الخطر» (مشروع تنقيح القانون المدنى - مذكرة إيضاحية- ٣ العقود المسماة ص٤٦١- وقد سقط النص فى مجموعة الأعمال التحضيرية).

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٠.

(1) التزام المقاول والمهندس الواردة فى المادة ٦٥١ من القانون المدنى هو التزام بنتيجة هى بناء البناء الذى يشيدانه سليما ومتينا لمدة عشر سنوات بعد تسليمه، ومن ثم يثبت الإخلال بهذا الالتزام بمجرد اثبات عدم تحقق تلك النتيجة دون حاجة لاثبات خطأ ما.

(جلسة ١٩٦٥/٦/١٠ الطعن رقم ٣٢٥ لسنة ٣٠ق س١٦ ص٧٣٧)

ومن ثم يكون العيب موجباً للضمان(1)، دون حاجة هنا أيضاً إلى تحديد وقت معين يقوم فيه، فهو قائم قبل التسليم. والسبب الذى يحتاج إلى وقت معين يقوم فيه هو السبب الذى يرجع إلى التنفيذ إذا طرأ بعد التسليم. فقد كانت القواعد العامة تقضى بأن السبب الذى يطرأ بعد التسليم لا يكون موجباً للضمان، ولكن نظراً لخطورة المبانى ووجوب امتداد الضمان إلى ما بعد التسليم كما سبق القول، فقد حدد المشرع مدة لذلك هى عشر سنوات تبدأ من وقت التسليم. وقد رأى المشرع أن هذه مدة كافية لاختبار متانة البناء وصلابته، فإذا لم يحدث فيه عيب طول هذه المدة، فقد انقضت مدة الضمان، ولا عبرة بالعيب الذى يظهر بعد ذلك، حتى لو كان العيب يرجع إلى مخالفة عمدية للشروط والمواصفات المتفق عليها(1).

ويبدأ سريان مدة عشر السنوات، كما يقول النص، من وقت تسلم العمل(2). وإذا

---

(1) نقض فرنسى ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٥٤ جازيت دى پاليه ١٩٥٥-١-١٠٠- مازو فى المسئولية ٢ فقرة ١٠٦٢ ص٥١- محمد لبيب شنب فقرة ١١٠ ص١٣١- وحتى لو تهدم البناء بعد انقضاء عشر السنوات فأصاب الغير بضرر ورجع الغير على رب العمل، فإن هذا الأخير لا رجوع له على المقاول أو المهندس بعد انقضاء مدة الضمان (انظر عكس ذلك نقض فرنسى ٢٨ يونيه سنة ١٩٣٨ داللوز الأسبوعى ١٩٣٨- ٥٦٢- وقارن محمد لبيب شنب فقرة ١١٠ ص١٣٢).

وإذا وجد العيب خلال مدة عشر السنوات، تحقق الضمان، حتى لو لم ينكشف إلا بعد هذه المدة، وفى هذه الحالة، لا يبدأ سريان التقادم ومدته ثلاث سنوات إلا من وقت انكشاف العيب لا من وقت وجوده: انظر فى هذا المعنى محمد لبيب شنب فقرة ١٠٩ ص١٣٠- ص١٣١.

(1) تسلم رب العمل البناء تسلما نهائيا غير مقيد بتحفظ ما من شأنه أن يغطى ما بالمبنى من عيوب كانت ظاهرة وقت حصول هذا التسليم أو معروفة لرب العمل، أما ما عدا ذلك من العيوب ما كان خفيا لم يستطع صاحب البناء كشفه عند تسلمه البناء فإن التسليم لا يغطيه ولا يسقط ضمان المقاول والمهندس عنه، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن العيب الموجب لضمان المقاول ناشئ عن خطئه فى إرساء الأساسات على أرض طفليه غير صالحة للتأسيس عليها وعدم النزول بهذه الأساسات إلى الطبقة الصلبة الصالحة لذلك وأن التسليم لا ينفى ضمان المقاول لهذا العيب فإنه لا يكون قد خالف القانون لأن هذا العيب يعتبر من غير شك من العيوب الخفية التى لا يغطيها التسليم. (جلسة ١٩٦٥/٦/١٠ الطعن ٣٢٥ لسنة ٣٠ق س١٦ ص٧٣٧)

(2) أ- التزام المهندس المعمارى والمقاول. التزام بنتيجة هى بقاء البناء الذى يشيداه سليما ومتينا لمدة عشرة سنوات بعد تسليمه. م٦٥١ مدنى. ولا يكون صاحب العمل مسئولا عن فعل المقاول الذى اتفق معه على القيام بالعمل ومتضامنا معه إلا إذا كان المقاول يعمل باشراف صاحب العمل وفى مركز التابع له لأن التضامن لا يفترض ولا يؤخذ فيه بالظن لكن ينبغى أن يرد إلى نص فى القانون أو اتفاق. (جلسة ١٩٩٨/١/١١ الطعن رقم ٤٥٠٣ لسنة ٦١ق)

ب- مسئولية المقاول عن سلامة البناء. امتدادها إلى ما بعد تسليم البناء فى حالة ما إذا كانت =

أبى رب العمل التسلم، فمن وقت إعذاره[1]. وإذا كان التسليم على عدة دفعات، فمن وقت أن تتم الدفعة الأخيرة إذا كانت المنشآت لا تمكن تجزئتها لارتباط بعضها ببعض من ناحية الصلابة والمتانة، أما إذا كانت المنشآت تمكن تجزئتها بحيث لا ارتباط بين جزء وآخر فمن وقت تسلم كل جزء بالنسبة إلى هذا الجزء[2]. ويمكن إثبات التسلم وتاريخه بمحضر التسليم إذا وجد، أو بتسوية الحساب بين رب العمل والمقاول إذا وجد مستند يثبت ذلك، أو أية طريقة من طرق الإثبات وتدخل البينة والقرائن لأن التسلم واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق[3]. وعبء إثبات التسلم يقع على رب العمل، لأنه هو الذى يدعى الضمان فيجب أن يثبت أن سببه قد قام فى المدة التى قررها القانون.

ولما كانت مدة عشر السنوات هى مدة اختبار لصلابة المنشآت ومتانتها، فهى إذن ليست بمدة تقادم، وسنرى أن هناك مدة للتقادم هى ثلاث سنوات من وقت انكشاف

= العيوب به خفية. اعتبارها مسئولية عقدية تحققها بمخالفة المقاول الشروط والمواصفات المتفق عليها أو انحرافه عن تقاليد الصنعة وعرفها أو نزوله عن عناية الشخص المعتاد فى تنفيذ التزامه.
(جلسة ٢٠٠٠/٧/١ الطعن رقم ١٣٩٠ لسنة ٦٩ق)

(١) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٨ ص٢٠٣- محمد كامل مرسى فقرة ٦٠٢ ص٥٠٧- وتقول العبارة الأخيرة من المادة ٦٥٥ مدنى فى هذا المعنى: «فإذا امتنع (رب العمل) دون سبب مشروع عن التسلم رغم عودته إلى ذلك بإنذار رسمى، اعتبر أن العمل قد سلم إليه».

(٢) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٨ ص٢٠٣- محمد لبيب شنب فقرة ١٠٩ ص١٣٠- وقد يتفق على أن يتسلم رب العمل البناء تسلما مؤقتا حتى يتمكن من معاينته معاينة دقيقة ثم يصبح التسلم نهائياً بعد مدة معينة، ففى هذه الحالة تسرى مدة عشر السنوات من وقت التسلم النهائى لا من وقت التسلم الوقتى (مازو فى المسئولية ٢ ص٤٩ هامش ٤- محمد لبيب شنب فقرة ١٠٩ ص١٣٠- عكس ذلك استئناف مختلط ٣ يونيه سنة ١٩١٤ م٢٦ ص٤٠٧). وقد يقوم المقاول بإصلاح العيب، فتسرى مدة عشر سنوات جديدة بالنسبة إلى أعمال الإصلاح الجديدة تبدأ من تسلم هذه الأعمال (أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ Entreprise فقرة ٢١٠- فقرة ٢١١- محمد لبيب شنب فقرة ١٠٩ ص١٣١).

(٣) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٨ ص٢٠٤- وإذا كان محضر التسليم قد حرر بعد التسلم الفعلى، فالعبرة بتاريخ التسلم لا بتاريخ المحضر (مجلس الدولة الفرنسى ٢٠ أبريل سنة ١٨٨٣ داللوز ٨٤-٣-١١٩- ١٩ مايو سنة ١٨٩٣ داللوز ٩٤-٣-٥٢- ٢٦ يوليه سنة ١٩٠١ داللوز ١٩٠٣ -٣-١- ١٢ مارس سنة ١٩٠٩ داللوز ٩١٠-٣- ١٢٨- بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٨ ص٢٠٤). وكذلك الأمر فيما لو سبق التسلم الفعلى تسوية الحساب مع المقاول، فالعبرة بتاريخ التسلم الفعلى. أما إذا كان التسلم قد سبق إنجاز العمل، فالعبرة بتاريخ إنجاز العمل لا بتاريخ التسلم الفعلى (مجلس الدولة الفرنسى ١٥ نوفمبر سنة ١٩١١ داللوز ١٩١٣ -٣-١٥١- أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص٤١٢ هامش ٢٩ مكررة ٥ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٨ ص٢٠٤).

العيب. ومن ثم لا تكون مدة عشر السنوات هذه عرضة لأن توقف ولو وجد مانع يتعذر معه على رب العمل أن يطالب بحقه، كأن يكون غير كامل الأهلية وليس له نائب يمثله[1]. كذلك لا تكون عرضة لأن تنقطع[2].

ويجوز الاتفاق على إطالة المدة[3] لأن الممنوع كما سنرى هو الإعفاء أو الحد من الضمان لا التشديد فيه. فيجوز إذن أن يتفق رب العمل مع المقاول والمهندس على أن تبقى مدة الضمان خمس عشرة سنة أو أكثر، وقد تقضي بذلك جسامة المنشآت ودقة العمل فيها بحيث إن اختبار متانتها وصلابتها يحتاج إلى مدة أطول من عشر سنوات[4].

---

(١) أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص٤١٢- جوسران ٢ فقرة ١٢٩٩- محمد كامل مرسي فقرة ٦٠٣ ص٥٠٨- محمد لبيب شنب فقرة ١٠٩ ص١٢٩.

(٢) وكذلك الحكم في فرنسا بالرغم من أن مدة عشر السنوات هناك جعلت أيضاً مدة لرفع دعوى الضمان، فأصبحت بين أن تكون مدة إسقاط أو مدة تقادم، والرأى الغالب هناك أنها مدة إسقاط لا توقف ولا تنقطع (نقض فرنسي ٥ يونيه سنة ١٨٨٣ داللوز ٨٣-١-٣٧٣- ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٣١ داللوز الأسبوعي ١٩٣١- ٥٦٩- باريس ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ داللوز ١٩٣٠-٢-١٦١- بوردو ٢٩ أبريل سنة ١٩٤١ جازيت دى پاليه ١٩٤١-٢-١٥٧- بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٦٠- أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ Entreprise فقرة ٢٠٣- وقارن لوران ٢٦ فقرة ٦١- كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١١٠٦- انظر عكس ذلك وأن المدة مدة التقادم توقف وتنقطع: ليون الابتدائية ١٦ نوفمبر سنة ١٩٤٨ داللوز ١٩٤٩- ٣٠٠). أما في مصر فالمدة مدة إسقاط والتقادم يأتي بعد ذلك ومدته ثلاث سنوات كما سنرى. وقد قضت محكمة نامور ببلجيكا بأنه إذا صدر أمر عال بإيقاف مدة التقادم بسبب الحرب، فلا يسرى هذا الأمر على مدة ضمان المقاول أو ضمان المهندس المعمارى، لأن الشارع جعل مدة السنوات العشر أجلا تمتد فيه مسئولية المهندس والمقاول، ومدة الحرب ليس لها تأثير مطلقاً في هذا الأجل لأن الزمن يجرى بطبيعته فلا يؤثر في أصل المسئولية وجوداً أو عدماً. فمدة العشر السنوات التي نص عليها القانون ليست من قبيل أحوال التقادم، وإنما هي مهلة ضربها الشارع لانتهاء أجل الضمان (نامور ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٢ المحاماة ٥ رقم ١٧ ص١٧٥).

(٣) مجلس الدولة الفرنسي ٣ يناير سنة ١٨٨١ داللوز ٨٢-٢-١١٩- محمد لبيب شنب فقرة ١٠٩ ص١٢٩- ص١٣٠ - عكس ذلك دلفو فقرة ٢٢٤ ص١٨٩.

(٤) وقد تطول مدة عشر السنوات عن طريق آخر، بأن يكون هناك غش من المقاول والمهندس، ففي هذه الحالة إذا لم يكشف رب العمل الغش لا في خلال عشر السنوات ولا في خلال ثلاث السنوات مدة التقادم، فإنه يستطيع الالتجاء إلى دعوى المسئولية التقصيرية، وهي لا تتقادم إلا بخمس عشرة سنة من وقت وقوع الغش أو بثلاث سنوات من وقت العلم بالغش، وهذا عند من يقولون بالخيرة بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية (انظر في غش المقاول والمهندس وتأثير ذلك في مدة الضمان بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٨ مكررة - بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٤٧- أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص٤١٢- مازو في المسئولية ٢ فقرة ١٠٦٢ ص٥١- ص٥٢- محمد لبيب شنب فقرة ١١٠ ص١٣١.

ولكن لا يجوز الاتفاق على أن تكون المدة أقل من عشر سنوات، ففى هذا حد من الضمان وهو ممنوع بموجب المادة ٦٥٣ مدنى كما سنرى. ومع ذلك يلاحظ أمران: (الأمر الأول) أن رب العمل يستطيع النزول عن جزء من المدة بعد سريانها، لأنه يستطيع أن ينزل عن الضمان بعد تحققه كما سيجئ، فأولى أن ينزل عن بعض الضمان. ويتحقق ذلك عملا بألا يتمسك رب العمل بكمال المدة لدى القضاء، فيعتبر هذا نزولا منه عن حقه(١). (الأمر الثانى) يجوز أن تكون مدة الضمان أقل من عشر سنوات، إذا كان المقصود من المنشآت ألا تبقى طول هذه المدة. فإذا كان هناك معرض مدته سنة مثلا، وأقام أحد العارضين مبنى فى المعرض يعرض فيه بضائعه، فإن المفروض أن هذا المبنى لا يدوم إلا سنة واحدة مدة بقاء المعرض وبعد ذلك يهدم، فتكون مدة الضمان فى هذه الحالة سنة واحدة لا عشر سنوات. وقد جاء هذا الحكم صراحة فى الفقرة الأولى من المادة ٦٥١ مدنى، فهى تقضى كما رأينا(٢) بأن يكون الضمان لمدة عشر سنوات ما لم يكن المتعاقدان قد أرادا أن تبقى المنشآت مدة أقل من عشر سنوات(٣).

٣- جزاء الضمان

٦٨- موضوع دعوى الضمان: لرب العمل أن يطلب فى دعوى الضمان التنفيذ العينى. فإذا تهدم البناء مثلا كله أو بعضه، فله أن يطلب إعادة بناء ما انهدم. وله أن يطلب ترخيصاً من المحكمة فى أن يعيد بناء ما انهدم على نفقة المدين بالضمان، المهندس أو المقاول أو كليهما بالتضامن. كما أن له إذا حدث بالبناء عيب وكان يمكن إصلاحه عينا، أن يطلب من المسئول أن يجر هذا الإصلاح، أو أن يجريه هو على نفقة المسئول بترخيص من المحكمة(٤). وقد يستغنى عن ترخيص المحكمة فى حالة الاستعجال الشديد

---

(١) نقض فرنسى ٥ نوفمبر سنة ١٩٠٧ داللوز ١٩٠٨ -١-١٣٢- بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٦٠.

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٠.

(٣) استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٩٣٦ م٤٨ ص ٢٩٤ - ولا يكفى النص فى عقد المقاولة على مدة للضمان أقل من عشر سنوات، بل يجب أن يتبين أن المتعاقدين قصدا بالبناء أن يبقى لمدة أقل من عشر سنوات، وفى هذه الحالة يجب أن يكون الضمان لكل المدة التى يبقى فيها البناء، ولا يجوز أن يكون لمدة أقل (انظر محمد لبيب شنب فقرة ١٢٠ ص١٤٥).

(٤) ويجب على رب العمل أن يطلب مقدماً معاينة البناء لاستظهار ما فيه من عيوب وطرق إصلاحها والأعمال اللازمة لذلك، فإذا لم يفعل وعمد من تلقاء نفسه إلى إجراء تعديلات قبل المعاينة الواجبة فإنه يعتبر متنازلا عن الرجوع بالضمان (استئناف مختلط ٢٧ يناير سنة ١٩٠٤ م١٦ ص١١٧).

طبقاً للقواعد العامة (م٢/٢٠٩ مدني). وإذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين، جاز للمحكمة أن تقتصر على الحكم بتعويض (م٢/٢٠٣ مدني)، وذلك كما إذا كان إصلاح العيب يقتضي هدم جزء كبير من البناء يكلف نفقات جسيمة لا تتناسب مع الضرر الناتج عن العيب(١). وفي جميع أحوال التنفيذ العيني يجوز أيضاً الحكم بتعويض إذا كان هناك مقتض، كما إذا استغرق إصلاح العيب أو إعادة البناء وقتاً فإن لرب العمل أن يتقاضى تعويضاً عن عدم الانتفاع بالبناء طول هذا الوقت(٢). كذلك إذا كانت الأعمال التي أجريت لا تصلح العيب إصلاحاً كاملا ويبقى بعض العيب دون إصلاح ويكون من شأنه أن ينقص من قيمة البناء أو ينقص من ريعه، فيعوض رب العمل عن ذلك(٣)(1).

وقد يحكم القاضي بالتعويض منذ البداية دون التنفيذ العيني. فيقضي لرب العمل بمبلغ يساوي تكاليف إعادة البناء أو إصلاح العيب، وكذلك ما فات رب العمل من الانتفاع حتى يتم إصلاحه(٤). ولما كان الضمان قائماً على مسئولية عقدية كما سنرى، فإن التعويض يشمل ما أصاب رب العمل من خسارة وما فاته من ربح، بشرط أن يكون

---

(١) وعند من يقولون بأن المسئولية مسئولية قانونية يكون أيضاً للقاضي الخيار بين الحكم بالتنفيذ العيني أو بالتعويض، لأن المسئولية غير عقدية (بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٤٨ ص١٨٩- وانظر نقض فرنسي ٢٣ مارس سنة ١٩٠٩ داللوز ١٩١٠-١-٣٤٣). أما في مصر فإن النص (م٢/٢٠٣ مدني) صريح في أنه يجوز للقاضي الاقتصار على الحكم بتعويض إذا كان التنفيذ العيني مرهقاً للمدين، أيا كان الالتزام ولو كان التزاماً عقدياً.

ويجوز لرب العمل أيضاً طلب فسخ العقد، وللقاضي تقدير الطلب، وقد يقتصر على الحكم بتعويض إذا كان الضرر يمكن تعويضه (استئناف مختلط ٧ يونيه سنة ١٩٣٢ م٤٤ ص٣٥٧).

(٢) استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م٤٢ ص١٠٠.

(٣) نقض فرنسي ٢٥ يناير سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٤-١-٢٣٩- ٣ فبراير سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٤-١-٢٧٢-٣١ أكتوبر سنة ١٩٠٦ داللوز ١٩٠٧-١-١٣٥- بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٤٨ ص١٨٩ - دلفو فقرة ٢٢٩ ص١٩٢- محمد لبيب شنب فقرة ١٢٢ ص١٤٧.

وعلى العكس من ذلك إذا كان إصلاح العيب يزيد من قيمة البناء، كما لو كانت المواد التي استخدمت في الإصلاح أعلى قيمة من المواد التي كان يجوز استخدامها، فإنه يجوز الرجوع على رب العمل بدعوى الإثراء على حساب الغير (نقض فرنسي ١٤ نوفمبر سنة ١٩٠٠ داللوز ١٩٠١ -١ -١٥٣- مجلس الدولة الفرنسي ١٧ ديسمبر سنة ١٨٨٦ داللوز ٨٦-٣-٢٧- بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٤٨ ص١٨٩- محمد كامل مرسي فقرة ٥٩٥ ص٤٩٨).

(٤) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٤٨ ص١٨٩.

(1) إذا كان العيب في البناء قد بلغ حدا من الجسامة ما كان يقبله رب العمل لو علم به قبل تمام التنفيذ له الخيار بين طلب الفسخ أو إبقاء البناء مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتض أما إذا لم يصل العيب إلى هذه الدرجة فلا يكون له إلا طلب التعويض فحسب.

(جلسة ٢٠٠٠/٧/١ الطعن رقم ١٣٩٠ لسنة ٦٩ق)

الضرر الذى يعوض عنه ضررا مباشراً متوقع الحصول[1]. ويعتبر ضرراً متوقع الحصول أن ينهدم البناء فيقع على أحد المارة فيصيبه بضرر ويرجع المضرور بالتعويض على رب العمل، فيدخل هذا التعويض ضمن الأضرار التى أصابت رب العمل ويرجع به على المسئول عن الضمان[2]. وإذا كانت هناك منقولات لرب العمل داخل البناء، فأتلفها انهدام البناء أو العيب، فإن هذا يعتبر أيضاً ضرراً يجب التعويض عنه لرب العمل[3].

٦٩- تقادم دعوى الضمان - نص قانونى: تنص المادة ٦٥٤ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«تسقط دعاوى الضمان المتقدمة بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حصول التهدم أو انكشاف العيب»[4].

وقد حسم التقنين المدنى الجديد بهذا النص مسألة هامة كانت محل خلاف فى

(١) ما لم يوجد غش أو خطأ جسيم، فيكون التعويض عن الضرر المباشر ولو كان غير متوقع الحصول (م٢/٢٢١ مدنى) - وعند من يقولون بأن المسئولية قانونية لا عقدية، يجوز التعويض دائما عن الضرر المباشر ولو كان غير متوقع الحصول (نقض فرنسى ٣ ديسمبر سنة ١٨٩٠ داللوز ٩١-١-١٥١- ١٤ نوفمبر سنة ١٩٠٠ داللوز ١٩٠١-١-١٥٣- بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٤٨ فى آخرها).

(٢) محمد لبيب شنب فقرة ١٢٢ ص١٤٧ (ويشير إلى ثروت أنيس الأسيوطى فى بحث مطبوع فى مسئولية المهندس المعمارى ص١٦).

(٣) أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص٤١٤- ويجوز عند الاقتضاء أن يطلب رب العمل، كجزاء للضمان فسخ عقد المقاولة وإعادة الشئ إلى أصله كهدم البناء المعيب وإعادة الأرض إلى أصلها، مع التعويض إن كان له مقتض. ولكن القاضى لا يلجأ إلى ذلك إلا عند الضرورة القصوى (بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٣٨ - هيك ١٠ فقرة ٤٢٧- نقض فرنسى ٣ ديسمبر سنة ١٨٩٠ داللوز ٩١-١-١٥١- عكس ذلك جيوار ٢ فقرة ٨٥٩).

(٤) تاريخ النص: ورد هذا النص فى المادة ٩٠٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «١- على رب العمل، فى المقاولات الصغيرة، أن يستعمل ما تقرر له من حقوق بسبب العيب فى تنفيذ العمل فى الميعاد الذى يحدده العرف المعمول به فى هذا النوع من الصناعة إن كان هناك عرف متبع، فإن لم يوجد وجب رفع الدعوى بهذه الحقوق فى خلال ستة أشهر من وقت تسلم العمل. ٢- أما فى المقاولات الكبيرة، فإن دعاوى المسئولية الخاصة التى تستند إلى المواد من ٨٩٤ إلى ٨٩٦، ودعاوى المسئولية الأخرى التى تستند إلى القانون العام فى العيوب غير المشار إليها فى هذه المواد، يجب رفعها فى خلال سنتين من وقت الكشف عن هذه العيوب». وفى لجنة المراجعة حذفت الفقرة الأولى والعبارة الخاصة بدعاوى المسئولية عن العيوب التى تستند إلى القانون العام فى الفقرة الثانية لصعوبة التمييز بين المقاولات الكبيرة والصغيرة أولا، ولوجوب التمييز بين العيوب الخاصة والعيوب التى تستند إلى القانون العام ثانيا- وزيدت مدة التقادم إلى ثلاث سنوات بدلا من سنتين. فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، وصار رقمه ٦٨٣ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس =

القانون الفرنسي. ففي التقنين المدني الفرنسي تحدد المادة ١٧٩٢ مدة الضمان بعشر سنوات، ثم تأتي المادة ٢٢٧٠ في باب التقادم فتجعل تقادم دعوى الضمان بعشر سنوات. وبعد خلاف طويل، استقر الأمر على أن دعوى الضمان يجب رفعها في مدة عشر السنوات التي يجب أن يظهر العيب في خلالها. وترتب على ذلك أن العيب إذا انكشف في اليوم الأخير من السنة العاشرة، فإن دعوى الضمان لا يمكن رفعها في اليوم الثاني إذ تكون قد سقطت بالتقادم(١).

ولما كان التقنين المدني القديم لم يشتمل على نص خاص يحدد مدة للتقادم، فقد

=النواب تحت رقم ٦٨٢، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٥٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٣٠-٣٢- وانظر آنفاً فقرة ٥٩ في الهامش).

ولا مقابل للنص في التقنين المدني القديم، ولذلك كانت مدة التقادم خمس عشرة سنة طبقاً للقواعد العامة. ولما كان التقنين المدني الجديد قد قرر مدة للتقادم أقصر، فهي ثلاث سنوات بدلا من خمس عشرة سنة، فإن المدة الجديدة تسرى من وقت العمل بالنص الجديد ولو كانت المدة القديمة قد بدأت قبل ذلك، أما إذا كان الباقي من المدة القديمة أقصر من المدة التي قررها النص الجديد فإن التقادم يتم بانقضاء هذا الباقي (م٨ مدني).

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدني السوري م٦٢٠ (مطابق).

التقنين المدني الليبي م٦٥٣ (مطابق).

التقنين المدني العراقي م١/٨٧٠: .. ويجب رفع الدعوى (دعوى الضمان) في خلال سنة من وقت التهدم. (ومدة التقادم في التقنين العراقي كما نرى سنة واحدة، وهي ثلاث سنوات في التقنين المصري).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م٤/٦٦٨: ويجب أن تقام الدعوى (دعوى الضمان) في خلال ثلاثين يوماً تبتدئ من يوم تحقق الأمر الذي يستلزم الضمان، وإلا كانت مردودة. (ومدة التقادم في التقنين اللبناني قصيرة جداً فهي ثلاثون يوماً من وقت تحقق سبب الضمان، في حين أنها في التقنين المصري ثلاث سنوات من وقت انكشاف العيب أو من وقت التهدم).

(١) بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٠٠٩ - جوسران ٢ فقرة ١٢٩٩- وهناك رأي في القانون الفرنسي يذهب إلى أن مدة الضمان هي عشر سنوات، ثم تأتي بعد ذلك مدة التقادم وهي ثلاثون سنة طبقا للقواعد العامة (لوران ٢٦ فقرة ٥٨- فقرة ٥٩- بيدان ١٢ فقرة ٢١٧- أوبرى ورو الطبعة الرابعة ٤ فقرة ٣٧٤ هامش ٣٠ ولكن هذا الرأي عدل عنه في الطبعة الخامسة). ويذهب رأي آخر إلى أن المادة ١٧٩٢ مدني فرنسي تحدد مدة الضمان بعشر سنوات، والمادة ٢٢٧٠ مدني فرنسي تحدد مدة التقادم بعشر سنوات أخرى (ديفرجييه ٢ فقرة ٣٦٠- تستو في المجلة الانتقادية سنة ١٨٨٠ ص٢٥٧)- ولكن كلا الرأيين قد هجر، واستقر القضاء الفرنسي على أن عشر السنوات هي مدة الضمان ومدة التقادم في وقت معاً، فيجب أن يوجد العيب وترفع دعوى الضمان خلال عشر سنوات من وقت انكشاف العيب (نقض فرنسي دوائر مجتمعة ٢ أغسطس سنة ١٨٨٢ داللوز ٨٣-١-٥- باريس ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ داللوز ١٩٣٠- ٢-١٦١- پواتييه ١٩ ديسمبر سنة ١٩٥١ داللوز =

انبنى على ذلك أن ذهب القضاء إلى أن دعوى الضمان يجوز رفعها فى مدى خمس عشرة من وقت انكشاف العيب[1]، وهذه هى مدة التقادم طبقاً للقواعد العامة، فكان يجوز أن يبقى المقاول أو المهندس معرضاً لدعوى الضمان مدة أربع وعشرين سنة من وقت إنجاز العمل، إذا لم يظهر العيب فى البناء إلا فى السنة العاشرة من وقت التسلم، وإلى هذا تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى عندما تقول: «وقد ترتب على عدم وجود نص فى التقنين الحالى (السابق) يطابق الفقرة الثانية من هذه المادة أن محكمة الاستئناف المختلطة قررت أن دعوى المسئولية قبل المقاول بناء على نص المادة ٥٠٠ من التقنين المختلط يجوز رفعها بعد مضى عشر السنين المقررة بالنص، ولا يسقط الحق فى إقامتها إلا بمضى خمس عشرة سنة من يوم وقوع الحادث. ويترتب على ذلك أنه لو حدث الخلل فى السنة العاشرة، فإن الدعوى تبقى جائزة حتى تمر أربع وعشرون سنة من تاريخ تسلم العمل. وقد يكون الداعي إلى تقرير هذا الحل هو الرغبة فى ترك وقت كاف لرب العمل الذى يكشف العيب فى آخر لحظة حتى ينجح فى دعواه قبل المقاول، على أن هذه النتيجة تتعارض تماماً مع ما رأيناه من ميل التقنينات الحديثة إلى تقصير المدة التى يكون فيها كل من المقاول والمهندس مسئولا. ولذلك يكتفى المشروع بتحديد مدة سنتين (زيدت فى لجنة المراجعة إلى ثلاث) يجوز رفع الدعوى خلالهما، وذلك قياساً على ما قرره المشروع الفرنسى الإيطالى (م٥٢٢)»[2].

ويخلص من ذلك أن رب العمل يستطيع أن يرفع دعوى الضمان فى ثلاث سنوات، يبدأ سريانها من وقت انكشاف العيب أو حصول التهدم[3](1). فإذا انكشف العيب أو

=١٩٥٢-١-٦٤). ويكفى أن يظهر العيب خلال عشر السنوات حتى يمكن رفع دعوى الضمان، وليس من الضرورى أن ينتظر رب العمل تهدم البناء (نقض فرنسى ١٦ يوليه سنة ١٨٨٩ داللوز ٩٠-١-٤٨٨- ٣ ديسمبر سنة ١٨٩٠ داللوز ٩١-١-١٥١)- وانظر فى المسألة بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٤٤- فقرة ٣٩٤٥- بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٩- أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ Enteprise فقرة ١٩٩- فقرة ٢٠١.

(١) استئناف مختلط ٣ يونيه سنة ١٩٢١ م٢٣ ص٣٧١.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٣١.

(٣) ويكفى أن ينكشف العيب أو يحصل التهدم حتى يستطاع العلم بذلك، ولو لم يتم العلم به فعلا (انظر فى هذا المعنى محمد لبيب شنب فقرة ١٢١). ويثبت وقت انكشاف العيب أو حصول التهدم بجميع طرق الإثبات، لأن المطلوب هو إثبات واقعة مادية. ولا يكفى لإثبات العلم أن يسكن رب العمل المبنى، فقد لا يظهر العيب إلا بعد السكنى بمدة طويلة (استئناف مختلط ١٩ أبريل سنة ١٩٣٣ م٤٥ ص٢٢٤). وإذا ظهر العيب وأخطر رب العمل المقاول به، فإن سكوته بعد ذلك لا يعد نزولا منه عن الضمان ما دامت مدة التقادم لم تنقض (استئناف مختلط ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٧ م٥٠ ص٨).

(1) أ- مؤدى نص المادتين ٦٥١، ٦٥٤ من القانون المدنى سقوط دعاوى ضمان المهندس المعمارى =

حصل التهدم بعد خمس سنوات مثلا من وقت تسلمه البناء. كان أمامه ثلاث سنوات أخرى لرفع دعوى الضمان، أى إلى انقضاء ثمانى سنوات من وقت تسلم البناء. وإذا انكشف العيب أو حصل التهدم فى آخر السنة العاشرة من وقت تسلم البناء، كان أمامه ثلاث سنوات أخرى لرفع دعوى الضمان، فيكون قد انقضى ثلاث عشرة سنة من وقت تسلم البناء، وهذه هى أقصى مدة يمكن أن تنقضى من وقت التسلم إلى وقت رفع دعوى الضمان. فإذا انقضت مدة التقادم ولم ترفع دعوى الضمان، فإن هذه الدعوى تكون قد سقطت بالتقادم ولا يجوز سماعها.

ولما كانت هذه المدة مدة تقادم، فإنها يرد عليها أسباب الانقطاع، فتنقطع برفع الدعوى الموضوعية[1]، وتنقطع أيضاً بإقرار المقاول أو المهندس بحق رب العمل فى الضمان. أما وقف التقادم فلا يرد هنا، وذلك لأن المدة لا تزيد على خمس سنوات، ولا يقف التقادم إلا إذا كانت مدته تزيد على خمس سنوات إذ نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٨٢ مدنى على ما يأتى: «ولا يسرى التقادم الذى تزيد مدته على خمس سنوات فى حق من لا تتوافر فيه الأهلية أو فى حق الغائب أو فى حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية إذا لم يكن له نائب يمثله قانوناً»[2].

٧٠- المسئولية نحو الغير: ودعوى الضمان، كما سنرى، تقوم على المسئولية العقدية

=والمقاول يبدأ من تاريخ التهدم الفعلى الكلى أو الجزئى فى حالة عدم انكشاف العيب الذى أدى إليه، ومن تاريخ انكشاف العيب دون انتظار إلى تفاقمه حتى يؤدى إلى تهدم المبنى، واضطرار صاحبه إلى هدمه.

(جلسة ١٩٧٣/٥/٣١ الطعن رقم ٣٥٦ لسنة ٣٨ق س٢٤ ص٨٥٣).

ب- أن مفاد المادتين ٦٥١، ٦٥٤ من القانون المدنى أن المشرع الزم المقاول فى المادة ٦٥١ بضمان سلامة البناء من التهدم الكلى أو الجزئى أو العيوب التى يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته، وحدد لذلك الضمان مدة معينة هى عشر سنوات تبدأ من وقت تسليم المبنى، ويتحقق الضمان إذا حدث سببه خلال هذه المدة على أن القانون قد حدد فى المادة ٦٥٤ مدة تقادم دعوى الضمان المذكورة وهى ثلاث سنوات تبدأ من وقت حصول التهدم أو ظهور العيب خلال مدة عشر سنوات من تسلم رب العمل البناء إلا أنه يلزم لسماع دعوى الضمان ألا تمضى ثلاث سنوات على انكشاف أو حصول التهدم، فإذا انقضت هذه المدة سقطت دعوى الضمان بالتقادم وعلى من يتمسك بالتقادم الثلاثى لدعوى ضمان المقاول لعيوب البناء أن يثبت انكشاف العيب فى وقت معين وأن دعوى الضمان لم ترفع خلال الثلاث سنوات التالية لانكشاف العيب.

(جلسة ١٩٧٣/١١/٢٧ الطعن رقم ١٤٩ لسنة ٣٨ق س٢٤ ص١١٤٦)

(١) ولا يكفى لقطع التقادم أن يرفع رب العمل دعوى مستعجلة بطلب تعيين خبير لإثبات حالة البناء (أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص٤١٢ - محمد لبيب شنب فقرة ١٢١).

(٢) انظر فى هذا المعنى محمد لبيب شنب فقرة ١٢١.

فيما بين رب العمل من جهة والمهندس أو المقاول من جهة أخرى. أما بالنسبة إلى الغير، فليست هناك رابطة عقدية. فإذا تهدم البناء مثلا، وأصاب أحد المارة بضرر، كان للمضرور أن يرجع بالتعويض على حارس البناء (رب العمل) بموجب المسئولية التقصيرية الناجمة عن حراسة البناء، وهي مبنية على خطأ مفترض. وكان للمضرور أيضاً أن يرجع بالتعويض على المقاول أو المهندس، ولكن بشرط أن يثبت جانب المسئول خطأ تقوم عليه المسئولية التقصيرية[1]. وإذا رجع على رب العمل، كان لهذا أن يرجع على المقاول أو المهندس بدعوى الضمان على النحو الذى فصلناه بشرط أن يحصل التهدم فى خلال عشر السنوات التالية لتسلم البناء وأن يرفع دعوى الضمان فى خلال ثلاث سنوات من وقت حصول التهدم[2].

---

(١) فيرجع الجار على المقاول أو المهندس إذا لحقه ضرر من البناء، ولكن بشرط أن يثبت الجار كما قدمنا خطأ فى جانب المقاول أو المهندس طبقاً لأحكام المسئولية التقصيرية (بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٦٧ وفقرة ٣٩٦٩). بل إن كثيراً من الأحكام تذهب إلى أن الجار لا يرجع إلا على المقاول أو المهندس، ولا رجوع له على رب العمل. فقد قضت محكمة النقض بأنه لا يجوز لصاحب بناء اعترى بناءه خلل بسبب تقصير المقاول فى أعمال البناء المجاور أن يوجه دعواه بالتعويض إلى مالك هذا البناء لمجرد كونه مالكاً، إذ ما دام التقصير قد وقع من المقاول وحده فإن المسئولية عن ذلك لا تتعداه (نقض مدنى ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٤٠ ص٤٢١). وقضت أيضاً بأنه إذا حملت المحكمة المقاول وحده، دون الحكومة، المسئولية عن الضرر الذى أحدثه بالمنازل المجاورة للمشروع الذى عهدت إليه الحكومة القيام به (حفر حفرة لوضع ماكينة المجارى الخاصة ببلدية الفيوم)، وذلك بناء على أن الحكومة حين عهدت إليه بالعملية، وهو مقاول فنى، قد حملته مسئولية الأضرار التى قد تحصل عنها، وأنه لم يثبت أنها هى قد وقع منها خطأ فى تصميم العملية الذى قدمته له وسار على أساسه، ولا أن المهندس الذى كلفته الإشراف على العمل تدخل تدخلا فعلياً فى الأعمال التى كان يجريها، وأن وضع الحكومة لمواصفات المقاولة ورسومها وعدم استطاعة المقاول الخروج عن حدود هذه المواصفات لم يكن ليحول دون أن يتخذ هو من جانبه الاحتياطات التى كان يجب اتخاذها لمنع الضرر عن الغير عن تنفيذ المقاولة، فإن هذا الحكم لا يكون فى قضائه بعدم مسئولية الحكومة قد شابه قصور فى إيراد الوقائع (نقض مدنى أول يونيه سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٤٥ ص٣٩٧) – وانظر أيضاً استئناف مصر ١٩ مارس سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ٤٤ ص١٠٣ – مصر الوطنية ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ٣٨٩ ص٥٨٤ – ٨ يونيه سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣٣ ص٥٩ – ٢٣ مارس سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٣١٥ ص٦٥٣ – استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٩٠٩ م٢١ ص٢٥٤ – ١٧ مارس سنة ١٩٢٧ م٣٩ ص٣٣٦ – ١٧ يناير سنة ١٩٢٩ م٤١ ص١٨٢ – ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٩ م٦١ ص٦٠.

وكما يكون المقاول مسئولا عن خطأه مسئولية تقصيرية نحو الغير، فإنه يكون كذلك مسئولا عن خطأ أتباعه مسئولية المتبوع عن التابع، ولكنه فى هذه المسئولية التقصيرية لا يكون مسئولا عن خطأ المقاول من الباطن لأنه لا يعتبر تابعاً له (بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٦٠ وفقرة ٣٩٦٨).

(٢) استئناف مختلط ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٤ م٤٧ ص٢٠ – نقض فرنسى ٢٨ يونيه سنة ١٩٣٨ داللوز الأسبوعى ١٩٣٨ – ٥٦٢ – أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص٤١٤ – بلانيول وريبير ورواست =

هذا وقد يكون المقاول أو المهندس مسئولا نحو الغير باعتباره حارس البناء على أساس خطأ مفترض، إذا كان البناء لا يزال تحت يد المقاول أو المهندس قبل تسليمه لرب العمل(١).

وتتقادم دعوى المسئولية التقصيرية من الغير قبل المهندس أو المقاول، أو قبل رب العمل، بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه المضرور بحصول الضرر وبالشخص المسئول عنه، وتسقط فى كل حال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع (م١/١٧٢ مدنى)(٢).

٤ – انتفاء الضمان

٧١– دعوى الضمان تقوم على المسئولية العقدية: رأينا عند الكلام فى الضمان بوجه عام أن المقاول يكون مسئولا عن جودة العمل، فيكون مسئولا عن كل عيب فى الصنعة(٣). وهذه المسئولية هى لاشك مسئولية عقدية(1)، لأنها تقوم على التزام عقدى أنشأه عقد المقاولة. وهذا يصدق أيضاً على المقاولات المتعلقة بالمنشآت الثابتة فى الأرض، فهى كسائر المقاولات تنشئ التزاماً فى ذمة المقاول أن تكون المنشآت خالية من العيب، فإذا انهدم البناء أو ظهر فيه عيب فقد تحققت المسئولية العقدية للمقاول أو المهندس(٤).

=١١ فقرة ٩٤٧ مكررة – جوسران ٢ فقرة ١٣٠١– أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ Entreprise فقرة ٢٢٩ – فقرة ٢٣١ – محمد لبيب شنب فقرة ١٢٣.

(١) دلفو فقرة ٢١٦ ص٢٤٨– محمد لبيب شنب فقرة ١٢٣ (ويشير إلى ثروت أنيس الأسيوطى فى مسئولية المهندس المعمارى ص٥– ص٨).

(1) مسئولية المقاول عن سلامة البناء. امتدادها إلى ما بعد تسليم البناء فى حالة ما إذا كانت العيوب به خفية اعتبارها مسئولية عقدية. تحققها بمخالفة المقاول الشروط والمواصفات المتفق عليها أو انحرافه عن تقاليد الصنعة وعرفها أو نزوله عن عناية الشخص المعتاد فى تنفيذ التزامه.
(جلسة ٢٠٠٠/٧/١ الطعن رقم ١٣٩٠ لسنة ٦٩ق)

(٢) محمد لبيب شنب فقرة ١٢٣.

(٣) انظر آنفاً فقرة ٥٩.

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن مسئولية المقاول أو المهندس عن خلل البناء بعد تسليمه طبقاً للمادة ٤٠٩ مدنى (قديم) لا يمكن اعتبارها مسئولية تقصيرية أساسها الفعل الضار من جنحة أو شبه جنحة مدنية، ولا يمكن كذلك اعتبارها مسئولية قانونية من نوع آخر مستقلة بذاتها ومنفصلة عن المسئولية العقدية المقررة بين المقاول وصاحب البناء على مقتضى عقد المقاولة، وإنما هى مسئولية عقدية قررها القانون لكل عقد مقاولة على البناء، سواء نص عليها فى العقد أو لم ينص، كمسئولية البائع عن =

وهذا المبدأ على وضوحه، ليس محل إجماع فى فرنسا. فالقضاء الفرنسى يذهب إلى أن مسئولية المقاول والمهندس عن عيوب البناء مسئولية تقصيرية[1]. ولكن الفقه الفرنسى يذهب المذهب الصحيح، ويقول بأن المسئولية مسئولية عقدية[2]. والذى جعل الأمر محل خلاف على هذا الوجه أن هناك رأياً يذهب إلى أن ضمان المقاول لجودة العمل، وهو الضمان القائم على المسئولية العقدية، ينتهى بتسليم العمل والتسليم يغطى كل العيوب التى تظهر فيما بعد. فإذا بقى مقاول المنشآت الثابتة، دون غيره من المقاولين، ملتزماً بضمان العيوب التى تظهر فى البناء بعد التسليم لمدة عشر سنوات، فليس هذا هو الالتزام العقدى الذى انتهى بالتسليم كما سبق القول، وإنما هو التزام تقصيرى بحسب ما ذهب إليه القضاء الفرنسى فيما قدمنا، أو هو التزام قانونى أوجبه القانون رعاية لرب العمل نظراً لخطورة المنشآت الثابتة ووجوب اختبار صلابتها ومتانتها مدة من الزمن فيما يذهب إليه بعض الفقهاء[3].

ولكننا رأينا أن التسليم لا يغطى إلا العيوب الظاهرة. أما العيوب الخفية، فى جميع المقاولات سواء كانت مقاولات منشآت ثابتة أو مقاولات أخرى، فلا تغطى بالتسليم، ولكن يبقى المقاول مسئولا عن عيوب الصنعة فيها المدة التى يقضى بها العرف فى غير مقاولات المنشآت الثابتة[4]. أما فى مقاولات المنشآت الثابتة فقد رأى المشرع ألاّ يترك هذه المدة

=العيوب الخفية فإنها ثابتة بنص القانون لكل عقد بيع على أساس أنها مما يترتب قانوناً على عقد البيع الصحيح (نقض مدنى ٥ يناير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٥٤ ص٤٥٢)- وانظر أيضاً نقض مدنى ٩ يونيه سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٦٥ ص١٢٣٥- محمد كامل مرسى فقرة ٥٩٤.

(١) نقض فرنسى ١٥ يونيه سنة ١٨٦٣ داللوز ٦٣-١-٤٢١- ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٧٣ داللوز ٧٥-١- ٢٠- ٢٩ مارس سنة ١٨٩٣ داللوز ٩٣-١-٢٨٩- ٢٤ مايو سنة ١٨٩٤ داللوز ٩٤- ١-٤٥١- ١٦ مايو سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٥ - ١-٣٥٢- ١٩ يونيه سنة ١٩٢٩ داللوز الأسبوعى ١٩٢٩ -٣٩٣ - ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٥٤ جازيت دى باليه ١٩٥٥-١-١٠٠.

(٢) بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٤٢ وفقرة ٣٩٤٣- أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص٤١١ هامش٨- لالو فى المسئولية المدنية الطبعة الثالثة فقرة ٤٧٩- هنرى مازو مقال له فى المسئولية التقصيرية والمسئولية العقدية فى مجلة القانون المدنى الفصلية سنة ١٩٢٩ ص٦١٢ فقرة ٥٣- مازو فى المسئولية المدنية ١ فقرة ١٤٨ هامش ٣- چاكمان رسالة من ليل سنة ١٩٣٢- دلفو فقرة ١٨٨ ص١٦٩- سافاتييه فى المهنة الحرة ص٣١١- بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٠٠٤- كولان وكاپيتان ودى لاموراندييز ٢ فقرة ١٠٩٦- چوسران ٢ فقرة ١٢٩٨ (ويدعوها بالمسئولية العقدية المشددة).

(٣) انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٤٧.

(٤) انظر آنفاً فقرة ٥٩.

للعرف نظراً لخطورة هذه المقاولات، وحدد مدة الضمان بعشر سنوات، ورأى أن هذه المدة ضرورية لاختبار متانة البناء وصلابته، ومن ثم كانت أحكام هذه المسئولية دون غيرها من النظام العام كما سنرى.

٧٢- كيف ينتفى الضمان: والتزام المقاول بضمان العيب فى المنشآت الثابتة هو التزام بتحقيق غاية، لا التزام ببذل عناية[١]. فيكفى إذن أن يثبت رب العمل أن هناك عقد مقاولة محله منشآت ثابتة، وأن هذه المنشآت وجدت فيها عيوب على النحو الذى فصلناه فيما تقدم[٢] فى خلال عشر السنوات التالية لتسلم البناء، حتى يقوم التزام المقاول بالضمان. ولا حاجة لأن يثبت رب العمل أن هناك خطأ فى جانب المقاول أو المهندس[٣]، إذ وجود العيب فى البناء هو ذاته الخطأ، كما هو الأمر فى كل التزام بتحقيق غاية[٤].

ولا يستطيع المقاول أو المهندس أن ينفى مسئوليته عن الضمان إلا بإثبات السبب الأجنبى[٥]. بل إنه لا يستطيع نفى مسئوليته بإثبات أى سبب أجنبى، وإنما يجب هنا التمييز بين القوة القاهرة وخطأ رب العمل. فإثبات القوة القاهرة ينفى الضمان، أما إثبات خطأ رب العمل فلا ينفى الضمان فى جميع الأحوال، وذلك على التفصيل الآتى.

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٨.

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٥- فقرة ٦٦.

(٣) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٤٩- كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٠٩٩- چوسران ٢ فقرة ١٢٩٨ ص٦٨٠- مازو ٣ فقرة ١٣٦٧ ص١١٢٩- محمد لبيب شنب فقرة ١١١- عكس ذلك جيوار ٢ فقرة ٨٣٩- لوران ٢٦ فقرة ٢٩ وما بعدها- بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٤١- دلفو فقرة ٢١٩ ص١٨٢- Minvielle فى مهنة المهندس المعمارى فقرة ٢٦٢ وما بعدها.

(٤) مازو ٣ فقرة ١٣٦٧ ص١١٢٩- سليمان مرقس دروس فى المسئولية المدنية لقسم الدكتوراه فقرة ١٩٣ ص٣٩٨- محمد لبيب شنب فقرة ١١١- قارن دى پاج ٤ فقرة ٨٩٧.

(٥) مازو ٣ فقرة ١٣٦٧- كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٠٩٩- محمد كامل مرسى فقرة ٦٠٠- محمد لبيب شنب فقرة ١١٢- ومن ثم لا يكفى لدفع المسئولية أن يثبت المقاول أو المهندس أنه اتخذ جميع الاحتياطات اللازمة حتى لا يتهدم البناء أو حتى لا يوجد عيب (سليمان مرقس فى تعليق له بمجلة القانون والاقتصاد ٧ ص٦٥٦ فقرة ١٥- محمد لبيب شنب فقرة ١١٢ ص١٣٥- عكس ذلك استئناف مختلط ٢ يونيه سنة ١٩٢١ م٣٣ ص٣٧١). ويترتب على ذلك أن مسئولية المقاول أو المهندس لا تندفع إذا بقى سبب التهدم أو العيب مجهولا (استئناف مختلط ٢٤ يونيه سنة ١٩٠٣ م١٥ ص٣٥٨- محمد لبيب شنب فقرة ١١٢ ص١٣٥).

٧٣- القوة القاهرة: كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يشتمل على نص صريح فى هذه المسألة، فكانت المادة ٨٩٨ من هذا المشروع تنص على ما يأتى: «يسقط عن المهندس المعمارى والمقاول الضمان المقرر فى المادتين السابقتين إذا تبين من الظروف التى أدت إلى كشف عيوب البناء أن هذه العيوب قد نشأت عن قوة قاهرة، كما لو حصل خلل فى استقرار الأرض التى أقيم عليها البناء إذا كان هذا الخلل قد نشأ لا عن موقع الأرض أو عن حركتها الذاتية بل عن أسباب خارجية لم يكن فى الإمكان توقعها وقت البناء». وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «يؤيد هذا النص ما جرى عليه قضاء المحاكم المصرية، وعلى الأخص محكمة الاستئناف المختلطة. ويستند هذا القضاء على مبدأين أساسين: (١) الخلل فى البناء إذا حصل فى خلال عشر سنوات لا يكفى وحده لتقرير مسئولية المقاول، إذا كان من الثابت أن هذا الخلل لا يرجع لخطأه (استئناف مختلط ٢ يونيه سنة ١٩٢١ ب٣٣ ص٣٧١). (٢) تهدم البناء الذى لم يثبت سببه بوجه قاطع يفترض أنه راجع لعيب فى الصنعة يسأل عنه المقاول (استئناف مختلط ٢٤ يونيه سنة ١٩١٣ ب١٥ ص٣٥٩). وهكذا تكون المادة ٥٠٠/٤٠٩ من التقنين الحالى (السابق) قد أقامت قرائن على افتراض الخطأ، من بينها واحدة ليس من السهل دفعها، وهى قرينة افتراض خطأ أو إهمال فى جانب المقاول إذا كان الخلل راجعاً إلى طبيعة الأرض. بل لا يجوز أن نسهل دفع هذه القرينة عن طريق الالتجاء لرأى الخبراء، لإثبات أن المقاول لم يرتكب أى خطأ فنى فى كشف طبيعة الأرض وتعرف عيوبها، إذ يخشى أن يحابى الخبراء أبناء مهنتهم فتفوت بذلك الحماية التى قصدها المشروع. ولذلك قيد المشروع من حالات قبول القوة القاهرة كسبب لسقوط المسئولية، وجعلها قاصرة على الحالة التى يكن فيها ثبوتها قاطعاً دون حاجة لأهل الخبرة. ويمتاز هذا النص أيضاً بميزة التوفيق بين الحلول التى قررتها محكمة الاستئناف المختلط فى بعض الحالات العملية. من ذلك استبعاد مسئولية المقاول المكلف بتغطية الطريق بالأسفلت، إذا كان العيب الحادث فى غطاء الأسفلت ناجماً عن هبوط الشارع بسبب خلل فى مجارى المياه الممتدة فى باطن الأرض (استئناف مختلط ٢٨ مارس سنة ١٩٠١ ب١٣ ص٢٢١). وكذلك استبعاد مسئولية المقاول الذى استعمل مواد وأدوات انعقد الإجماع على جودتها، إذا كان من الثابت أن الخلل الحادث بسببها راجع إلى الأحوال الجوية الخاصة بالقطر المصرى (استئناف مختلط ٢ يونيه سنة ١٩٢١ ب٣٣ ص٣٧١: على أن هذا التطبيق محل للمناقشة). وفى طائفة أخرى من الأحكام قررت المحكمة إلقاء مسئولية تهدم البناء تحت ضغط مياه الأمطار على عاتق المقاول، حتى لو كانت هذه الأمطار وافرة لدرجة غير عادية، خصوصاً إذا كان البناء منخفضاً بجوار الشارع (استئناف مختلط ٢٤ يونيه سنة ١٩٠٣ ب١٥ ص٣٥٨- ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ ب٢٦ ص١٦٩). كما أن المحكمة رفضت

تمسك المقاول بالقوة القاهرة للتخلص من المسئولية بسبب هبوط أرصفة مقامة على جوانب النيل (اليلتان جدول عشرى ٢ نمرة ٢٤٢٣). وقد قصد المشروع بالذات هذه الطائفة الأخيرة من الأحكام، فذكر إلى جانب موقع الأرض حركتها الذاتية». وفى لجنة المراجعة عدل النص على الوجه الآتى: «يسقط الضمان عن المهندس المعمارى والمقاول إذا أثبتا أن تهدم البناء أو العيب الذى ظهر يرجع إلى سبب أجنبى لا يد لهما فيه». ووافق مجلس النواب على النص، ولكن لجنة مجلس الشيوخ حذفته اكتفاء بالرجوع إلى القواعد العامة[١].

والقواعد العامة تقضى بأن الالتزام بالضمان ينتفى إذا أثبت المقاول أو المهندس أن تهدم البناء أو وجود العيب يرجع إلى قوة قاهرة[٢]، وهو لا ينفى بذلك وقوع الخطأ، وإنما ينفى علاقة السببية بين الخطأ والضرر. وقد أوردت المذكرة الإيضاحية، كما رأينا، أمثلة مختلفة من القضاء المختلط يتبين منها متى تكون هناك قوة قاهرة ومتى لا تكون. فإذا أثبت المقاول أن العيب فى الأسفلت الذى رصف به الطريق يرجع إلى هبوط الشارع بسبب خلل فى مجارى المياه الممتدة فى باطن الأرض، كان هذا قوة قاهرة، لأن هبوط الشارع وهو الذى سبب تكسر الأسفلت لا يرجع إلى موقع الأرض ولا إلى حركتها الذاتية، بل يرجع إلى مجار للمياه ممتدة فى باطن الأرض وقد انفجرت فأحدثت هذا الهبوط. ومن ثم لا يجب على المقاول الضمان فى هذه الحالة، وقد انتفت مسئوليته بإثبات القوة القاهرة. أما إذا هبطت أرصفة مقامة على جوانب النيل، فلا يعتبر ذلك قوة قاهرة، لأن الهبوط يرجع إلى موقع الأرض من النيل، ومن ثم يكون المقاول مسئولا عن الضمان[٣]. وإذا رجع تهدم البناء أو العيب فيه إلى عيب فى الأرض لا يمكن كشفه بالفحص الفنى المعتاد، فقد قدمنا أن هذا يعتبر أيضاً فى حكم القوة القاهرة[٤].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٥- ص٢٨ فى الهامش.

(٢) نقض فرنسى ١٤ نوفمبر سنة ١٩٠٠ داللوز ١٩٠١- ١-١٥٣- أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص٤٠٦.

(٣) ولا يعتبر قوة قاهرة تقلب الجو تقلباً معتاداً يكون من شأنه إحداث تمدد أو تقلص فى البناء (استئناف مختلط ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٧ م٥٠ ص٨).

(٤) انظر آنفاً فقرة ٦٥ فى الهامش- أما إذا كان هناك عيب فى البناء، ثم تهدم البناء بقوة قاهرة دون أن يكون للعيب دخل فى تهدمه، فإن رب العمل لا تعود له مصلحة فى رفع دعوى الضمان، فإن البناء كان سيتهدم ولو لم يوجد فيه هذا العيب. فإذا باتت له مصلحة، جاز أن يرجع بالضمان. مثل ذلك أن يكون العيب من شأنه أن يزيد فى الضرر الناجم عن تهدم البناء، أو أن شركة التأمين تحتج بالعيب فى البناء فتدفع لصاحبه تعويضاً أقل، ففى مثل هذه الأحوال يرجع رب العمل بالضمان على =

٧٤- خطأ رب العمل: والأصل أن خطأ رب العمل ينفى علاقة السببية، فلا يلتزم المقاول بالضمان. فإذا رجع العيب فى البناء إلى عيب فى المواد التى استخدمت فيه وكانت هذه المواد قد أحضرها رب العمل، وقد أثبت المقاول ذلك، فقد أثبت خطأ رب العمل وتنتفى فى الأصل مسئوليته. ولكن قد يكون العيب فى المواد بحيث كان المقاول يستطيع أن يكشفه وينبه رب العمل إليه، فعند ذلك يكون هناك أيضاً خطأ فى جانب المقاول قد يكون سبباً فى مشاركته رب العمل المسئولية بحسب جسامة خطأ كل منهما، وقد يجبُّ خطأ المقاول خطأ رب العمل، أو يجبُّ خطأ رب العمل خطأ المقاول، فينفرد أحدهما بالمسئولية. وقد يتدخل رب العمل فيعطى تعليمات خاطئة للمقاول ويطلب إليه أن ينفذها فينجم العيب عن ذلك، وهنا أيضاً يكون هناك خطأ فى جانب رب العمل وخطأ فى جانب المقاول الذى أطاع هذه التعليمات الخاطئة، فيشتركان فى المسئولية أو يجبُّ خطأ أحدهما خطأ الآخر بحسب جسامة الخطأ[1](1). وقد يضع رب العمل بنفسه تصميم البناء فيجئ معيباً ويتسبب عن ذلك عيب فى البناء، فيشترك مع المقاول فى المسئولية إذا كان عيب التصميم مما يمكن للمقاول كشفه، أما إذا كان العيب مما لا يمكن للمقاول كشفه لا سيما إذا كان رب العمل هو نفسه مهندساً معمارياً فإن خطأ رب العمل ينفى

=المقاول بالمقدار الذى أصيب فيه بضرر من جراء العيب (بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٦ ص٢٠٠- وقارن Gallié فى مسئولية المقاول إزاء رب العمل رسالة من باريس سنة ١٩١٠ ص٦٣- Corberand ص١٠٢).

(١) وقد قضى بأن تدخل رب العمل، سواء بتقديم مواد معيبة أو بالموافقة على تصميم معيب أو بفرض مواصفات معيبة، لا يعفى المهندس أو المقاول من المسئولية، لأنه كان من الواجب أن ينبه رب العمل إلى العيب، بل كان عليه عند الاقتضاء أن يمتنع عن تنفيذ العمل المعيب، فيقاسم المقاول أو المهندس رب العمل المسئولية (استئناف مختلط ٢٤ يونيه سنة ١٩٠٣ م١٥ ص٣٥٩- ٢٦ يناير سنة ١٩٠٥ م١٧ ص٩٩- مايو سنة ١٩٠٦ م١٨ ص٢٧٨- ١٨ مارس سنة ١٩٠٩ م٢١ ص٢٥٣- ٢٨ نوفمبر سنة ١٩١٦ م٢٩ ص٧٦- ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٦ م٣٨ ص٣٧٩- جيوار ٢ فقرة ٨٧٥- بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٥٠ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٦- دلفو فقرة ٢٧٧ ص٢٢٤- جوسران ٢ فقرة ١٢٩٨- محمد لبيب شنب فقرة ١١٤.

(1) لئن كان الأصل أن المقاول الذى يعمل باشراف رب العمل الذى جعل نفسه مكان المهندس المعمارى لا يسأل عن تهدم البناء إلا عن العيوب التى يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته إذا كان ذلك ناشئا عن الخطأ فى التصميم الذى وضعه رب العمل إلا أن المقاول يشترك فى المسئولية مع صاحب العمل إذا كان على علم بالخطأ فى التصميم وأقره أو كان ذلك الخطأ من الوضوح بحيث لا يخفى أمره عن المقاول المجرب.

(جلسة ١٩٦٥/١/٢١ الطعن رقم ١٢٠ لسنة ٣٠ق س١٦ ص٨١)

المسئولية عن المقاول(١)(1).

وهناك أمر يصدر من رب العمل، أشارت إليه صراحة الفقرة الأولى من المادة ٦٥١ مدنى(٢)، لا يعتبر خطأ منه، ولا يؤثر فى مسئولية المقاول، بل تبقى هذه المسئولية كاملة

---

(١) نقض فرنسى ٨ ديسمبر سنة ١٨٥٢ داللوز ٥٤-٥-٦٥٣- أول ديسمبر سنة ١٨٦٨ داللوز ٧٢ -١ -٦٥- ٢٣ أكتوبر سنة ١٨٨٨ داللوز ٨٩-١-١-٩٠- ١٦ يوليه سنة ١٨٨٩ داللوز ٩٠ -١ -٤٨٨ - ١١ نوفمبر سنة ١٩٤١ D.C. ١٩٤٢- ١٥٣- ١٨ فبراير سنة ١٩٤٤ D.A. ١٩٤٤ -٦٣- بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٥٠ ص١١١٠- بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٦ - أوبرى ورو إسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص٤١٠- ص٤١١- ويعتبر بوجه خاص تدخل الإدارة فى أعمال المقاول - فى مقاولات الأشغال العامة - سبباً لتخفيف مسئولية المقاول أو لمحوها، متى نبه المقاول الإدارة إلى الأضرار التى تنجم عن تنفيذه للتعليمات التى تصدرها له الإدارة (مجلس الدولة الفرنسى ٢٥ يونيه سنة ١٨٩٧ داللوز ٩٨-٣-٩٣- ٢ أبريل سنة ١٩١١ داللوز ١٩١١-٣-١٣- ومع ذلك انظر مجلس الدولة الفرنسى ١٣ مايو سنة ١٨٩٩ داللوز ١٩٠٠-٣-٩٣). ولكن إذا اشترط رب العمل ألا يجرى المقاول أى تعديل بغير موافقة المهندس المقام من قبله، وأن لهذا المهندس حق رفض المواد المعيبة التى يقدمها المقاول، فإن هذا كله لا يعتبر تدخلا من رب العمل يجعل الإدارة فى يده ويعفى المقاول من المسئولية، بل هى احتياطات اتخذها رب العمل للتثبت من تنفيذ شروط العقد (استئناف مختلط ٥ مارس سنة ١٩٠٨ م٢٠ ص١١١).

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٠.

(1) أ- التزام المقاول هو التزام بنتيجة هى بقاء البناء الذى يشيده سليما ومتينا لمدة عشر سنوات بعد تسليمه وأن الأخلال بهذا الالتزام يقوم بمجرد إثبات عدم تحقق النتيجة دون حاجة لاثبات خطأ ما، إلا أن المقاول الذى يعمل بإشراف رب العمل لا يسأل عن تهدم البناء أو عن العيوب التى يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته إذا كان ذلك ناشئا عن الخطأ فى التصميم الذى وضعه رب العمل ما لم يكن المقاول على علم بهذا الخطأ وأقره أو كان الخطأ من الوضوح بحيث لا يخفى أمره على المقاول المجرب، لما كان ذلك وكان الثابت من تقارير الخبراء التى اعتمدها الحكم المطعون فيه أن المطعون ضدهما قاما بتنفيذ الأعمال طبقا للرسومات والمواصفات التى وضعتها شركة التعمير والمساكن الشعبية المشرفة على التصميم دون اعتراض المهندسين المعينين من قبل الطاعن للاشراف على التنفيذ، وأنه كان يتعين ابتداء إسناد تشييد الغرفة المحصنة - محل النزاع - إلى شركة متخصصة لما لها من طابع مميز لكونها من المبانى ذات المواصفات الخاصة التى يحتم العرف الهندسى أن يحظى تصميمها بدراسة فنية كاملة بما مؤداه أن عيوب تلك الغرفة مردها إلى خطأ فى التصميم خفى أمره على المطعون ضدهما لعدم التخصص. وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإن النعى عليه بالخطأ فى تطبيق القانون يكون على غير أساس، ويتعين رفض الطعن.

(جلسة ١٩٨٩/٦/١٢ الطعن ٤٤٣ لسنة ٥١ق)

(جلسة ١٩٩٣/١/١٨ الطعن رقم ١٨٤٧ لسنة ٥٩ق)

ب- يدل نص المادة ٦٥١ من القانون المدنى على أن التزام المهندس المعمارى والمقاول هو التزام بنتيجة هو بقاء البناء الذى يشيدانه سليما ومتينا لمدة عشرة سنوات بعد تسليمه ولا يكون صاحب =

ويرجع عليه رب العمل بالضمان كاملا. وذلك إذا كان «رب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة»، ففى هذه الحالة يكون الخطأ هو خطأ المقاول، ولم يفعل رب العمل إلا أن يجيز هذا الخطأ، والمفروض أن رب العمل غير فنى فلا يعتد بإجازته، ولا يكون لهذه الإجازة أثر فى مدى مسئولية المقاول عن الضمان(١).

= العمل مسئولا عن فعل المقاول الذى اتفق معه على القيام بالعمل ومتضامنا معه إلا إذا كان المقاول يعمل باشراف صاحب العمل وفى مركز التابع له لأن التضامن لا يفترض ولا يؤخذ فيه بالظن لكن ينبغى أن يرد إلى نص فى القانون أو اتفاق ويتعين على الحكم الذى يرتب المسئولية التضامنية أن يبين فى غير غموض الأساس الذى استند إليه فى ذلك.

(جلسة ١٩٩٨/١/١١ الطعن رقم ٤٥٠٣ لسنة ٦١ق)

ب- المقاول الذى يعمل بإشراف رب العمل الذى وضع التصميم والذى جعل نفسه مكان المهندس المعمارى يشترك مع رب العمل فى المسئولية عما يحدث فى البناء من عيوب إذا كان قد علم بالخطأ فى التصميم وأقره أو كان ذلك الخطأ من الوضوح بحيث لا يخفى أثره على المقاول المجرب، إلا أنه إذا كان المقاول قد نبه رب العمل إلى ما كشفه من خطأ فى التصميم فأصر على تنفيذه وكان لرب العمل من الخبرة والتفوق فى فن البناء ما يفوق خبره وفن المقاول فإن إذعان المقاول لتعليمات رب العمل فى هذه الحالة لا يجعله مسئولا عما يحدث فى البناء من تهدم نتيجة الخطأ فى التصميم إذ الضرر يكون راجعا إلى خطأ رب العمل وحده فيتحمل المسئولية كاملة.

(جلسة ١٩٦٦/١٢/٨ الطعن رقم ٤٤٠ لسنة ٣١ق س١٧ ص١٨٣٠)

(١) ديفرجييه ٢ فقرة ٣٥١ - لوران ٢٦ فقرة ٥١ وما بعدها - جيوار ٢ فقرة ٨٧٥- فقرة ٨٧٦- بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٥٠- ومن باب أولى لا يكون وجود رب العمل وإشرافه على العمل سبباً فى تخفيف مسئولية المقاول، وقد قضى بأن وجود مهندس من قبل رب العمل للإشراف على التنفيذ لا يؤثر فى مسئولية المقاول، ولو تلقى هذا من المهندس تعليمات تخالف أصول فن البناء، لأنه مستقل فى عمله عن المهندس (استئناف مصر ٥ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٦٨ ص١١٦- دلفو فقرة ٢٣٩ ص٢٠١- محمد لبيب شنب فقرة ١١٤ ص١٣٩). وقضى فى نفس المعنى بأنه لا يرفع المسئولية عن المقاول اشتراك المالك معه فى الرأى أو تنفيذ المقاول لأمر المالك إذا كان فيه مخالفة لأصول الفن (مصر وطنى استئنافى ١١ مايو سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١٢ ص٢٥). وقضى أيضاً بثبوت مسئولية المقاول حتى لو تدخل المالك فى العمل ولم ينفذ المقاول إلا ما أمره به المالك، لأن من واجب المقاول أن يمتنع عن كل عمل يخالف أصول الفن ولو أمره به المالك (مصر الوطنية ٨ يونيه سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣٣ ص٥٩). وقضى كذلك بأن المهندس المعمارى والمقاول مسئولان بالتضامن عن خلل المبانى فى مدة عشر سنين، ولو كان الخلل ناشئاً عن عيب فى الأرض أو كان المالك أذن فى إنشاء الأبنية المعيبة، وعلى ذلك فمتى ظهر أن «الميدة» المسلحة ضرورية لصالح البناء تعين على المقاول النص عليها فى العقد وتنبيه المالك إليها حتى إذا تجاوزها هذا وأشار بعدم عملها، فالمقاول مسئول أمامه إذا حدث خلل فى البناء بسبب عدم عملها فى خلال عشر السنوات، ويكون إغفالها فى العقد غير مخل للمقاول من مسئوليته (استئناف مصر ٥ نوفمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٣٢٨ ص٧٠٢). وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً فى هذا =

٧٥- الاتفاق على الإعفاء من الضمان أو الحد منه لا ينتفي به الضمان- نص قانوني:
تنص المادة ٦٥٣ من التقنين المدني على ما يأتي: «يكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه»(١).

وقد قدمنا أن الضمان بوجه عام - عدا ضمان المقاول والمهندس - لا تعتبر أحكامه من النظام العام، فيجوز الاتفاق على ما يخالفها، أي يجوز تشديدها أو تخفيفها أو محوها

=المعنى، فكانت المادة ٨٩٢ من هذا المشروع تنص على ما يأتي: «إذا أخبر المهندس المعماري أو المقاول رب العمل، قبل التنفيذ أو في أثنائه، بما ينجم من خطر من جراء تنفيذ العمل وفقاً للشروط المطلوبة فإن ذلك لا يعفيه من المسئولية... حتى بالنسبة للأعمال التي يكون رب العمل قد أمر بها رغم هذا التحذير» (مشروع تنقيح القانون المدني - مذكرة إيضاحية- ٣ العقود المسماة ص٤٦٢- وقد سقط النص من مجموعة الأعمال التحضيرية).

(١) **تاريخ النص**: ورد هذا النص في المادة ٨٩٩ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي: «١- في المقاولات الصغيرة، يجوز للمقاول أن يشترط إعفاءه من المسئولية عن العيب أو أن يحد من مسئوليته عن ذلك. ولكن هذا الشرط يكون باطلا إذا كان المقاول قد تعمد إخفاء العيب أو ارتكب أخطاء لا تغتفر. ٢- أما في المقاولات الكبيرة، فيكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان المقرر بمقتضى المواد ٨٩٤ إلى ٨٩٦، كذلك كل شرط يقصد به الحد من هذا الضمان». وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة الأولى وصدر الفقرة الثانية لصعوبة التمييز بين المقاولات الكبيرة والمقاولات الصغيرة، وعدلت باقي الفقرة الثانية تعديلا لفظياً فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، وصار رقمه ٦٨٢ في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٨١. وفي لجنة مجلس الشيوخ اعترض على النص لأنه يجعل الضمان من النظام العام، فقيل تبريراً لذلك «إنه لو حذف هذا النص سليجأ المهندسون والمقاولون إلى تضمين عقودهم نصوصاً تعفيهم من المسئولية، والمراد بالمادة حماية طبقة لا يفهمون في مسائل البناء». ووافقت اللجنة على النص تحت رقم ٦٥٣، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٨- ص٣٠).

ولا مقابل للنص في التقنين المدني القديم، ولكن كان يمكن في عهد هذا التقنين الأخذ بالحكم استئناساً بالقضاء والفقه في فرنسا كما سنرى، ولم يشتمل التقنين المدني الفرنسي هو أيضاً على نص مماثل.

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدني السوري م٦١٩ (مطابق).

التقنين المدني الليبي م٦٥٢ (مطابق).

التقنين المدني العراقي م٨٧٠/١ (موافق).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م٦٦٩: كل نص يرمي إلى نفي الضمان المنصوص عليه في المواد السابقة أو إلى تخفيفه يكون باطلا. (وأحكام التقنين اللبناني تتفق مع أحكام التقنين المصري).

باتفاق خاص[١]. أما ضمان المقاول والمهندس، وهو الضمان الخاص الذى نحن بصدده، فتعتبر أحكامه من النظام العام بنص صريح هو النص الذى أسلفنا ذكره. ويبرر ذلك أن رب العمل لا يكون عادة ذا خبرة فنية فى أعمال البناء، ولذلك حماه القانون هذه الحماية الخاصة التى رأيناها فى تحديد مدة طويلة لاختبار متانة البناء وصلابته. والمقاول والمهندس، وهما من رجال الأعمال ذوى الخبرة الفنية، وهما فى الوقت ذاته الجانب الأقوى فى عقود المقاولة بسبب هذه الخبرة، يستطيعان أن يضيعا هذه الحماية على رب العمل لو جاز لهما اشتراط عدم المسئولية أو التخفيف منها، بأن يدرجا فى عقد المقاولة هذا الشرط فيصبح من الشروط المألوفة (clauses de style) فى هذه العقود. فأراد المشرع أن يدعم الحماية التى منحها رب العمل، فجعل أحكام الضمان من النظام العام لا يجوز الاتفاق على محوها أو على التخفيف منها. وقد ذكر ذلك أمام لجنة مجلس الشيوخ عندما اعترض على النص، فقيل فى الدفاع عنه «إنه لو حذف هذا النص سليجأ المهندسون والمقاولون إلى تضمين عقودهم نصوصاً تعفيهم من المسئولية، والمراد بالمادة حماية طبقة لا يفهمون فى مسائل البناء»[٢].

ويخلص من النص سالف الذكر أنه لا يجوز الاتفاق مقدماً على الإعفاء من الضمان أو على الحد منه(1). فلا يجوز أن يشترط المقاول أو المهندس فى عقد المقاولة أنه بمجرد تسلم رب العمل للبناء، تبرأ ذمة المقاول أو المهندس من الضمان عن جميع العيوب الظاهرة والخفية على السواء. وقد قدمنا أن تسلم العمل لا يعفى من الضمان إلا عن العيوب الظاهرة[٣]، أما العيوب الخفية فلا يجوز الإعفاء من ضمانها. وكما لا يجوز الاتفاق على الإعفاء من الضمان، كذلك لا يجوز الاتفاق على الحد منه، فلا يجوز مثلا اشتراط أن يكون الضمان لمدة خمس سنوات من وقت تسلم العمل بدلا من عشر سنوات[٤]، أو اشتراط أن يقتصر الضمان على عيوب معينة، أو ألاّ يشمل الضمان عيوباً معينة، فكل هذه

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٩.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٣٠- وانظر آنفاً نفس الفقرة فى الهامش.

(٣) انظر آنفاً فقرة ٦٥.

(٤) انظر آنفاً فقرة ٦٧.

(1) مقتضى ما نصت عليه المادتان ٦٥١، ٦٥٣ من القانون المدنى أنه كل شرط فى عقد الصلح يقصد به إعفاء المهندس والمقاول من ضمان ما لم يكن قد إنكشف وقت ابرامه من العيوب التى يشملها الضمان يكون باطلا ولا يعتد به إذ لا يجوز نزول رب العمل مقدما وقبل تحقق سبب الضمان عن حقه فى الرجوع به.

(جلسة ١٩٦٧/٤/١٣ الطعن رقم ٣٤٥ لسنة ٣٣ق س١٨ ص٨٣٥)

اتفاقات باطلة لمخالفتها للنظام العام، ويرجع رب العمل بالضمان كاملا عن جميع العيوب لكل مدة عشر السنوات بالرغم من أى اتفاق مخالف(١).

ولكن لا يوجد ما يمنع من تشديد الضمان، إذ أن الضمان إنما قصد به حماية رب العمل، فليس هناك ما يحول دون أن يقوى رب العمل هذه الحماية باتفاق خاص. فيجوز اشتراط أن يبقى الضمان عن العيوب مدة تزيد على عشر سنوات بحسب جسامة المنشآت ودقة العمل فيها، كما يجوز الاتفاق على أن الضمان يشمل العيوب الظاهرة لمدة عشر

---

(١) وفى فرنسا لا يوجد نص صريح، كما وجد فى التقنين المدنى المصرى الجديد، يقضى ببطلان الاتفاق على الإعفاء من الضمان أو الحد منه. ولكن القضاء والفقه يذهبان بوجه عام إلى بطلان الاتفاق على الإعفاء من الضمان لنفس الاعتبارات التى تتعلق بالنظام العام والتى أوردناها بالنسبة إلى التقنين المصرى (نقض فرنسى ١٩ يونيه سنة ١٩٢٩ داللوز ١٩٣٠-١-١٦٩- بوردو ٢١ أبريل سنة ١٨٦٤ داللوز ٦٥-٢-٣٩- باريس ٩ مارس سنة ١٩٢٧ Sem. Jur. (الأسبوع القضائى) ١٩٢٧ ص٣٧٨- السين ٦ فبراير سنة ١٩٢٩ Sem. Jur. ١٩٢٩- ٦٨٣- لوران ٢٦ فقرة ٣٣- أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص٤١٣ - Corberand فقرة ١١٨ - Minvielle فقرة ٢٨٧ وتعليقه فى داللوز ١٩٣٠-١-١٦٩- بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٧).

ولما كان لا يوجد نص صريح فى فرنسا كما قدمنا، فقد أدخل على المبدأ تعديلات كثيرة أهمها ما يأتى:

١- يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسئولية إذا كان رب العمل متوافراً على معلومات فنية فى مستوى معلومات المهندس المعمارى، لأنه فى هذه الحالة لا يحتاج فى حماية القانون له أن تكون هذه الحماية من النظام العام (نقض فرنسى ٤ يوليه سنة ١٨٣٨ سيريه ٣٨-١-٧٢٦).

٢- يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسئولية عن مخالفة قوانين البناء ولوائحه، لأن رب العمل يستطيع الإلمام بهذه القوانين (نقض فرنسى ٧ أبريل سنة ١٩٠٨ جازيت دى تريبينو ١٩٠٨-٢-٦٩- ليون ١٦ مارس سنة ١٨٥٢ داللوز ٥٣-٢-٣٩).

٣- يجوز الاتفاق على أن يقتصر الضمان على مدة أقل من عشر سنوات، على أن تكون المدة المتفق عليها ليست من القصر بحيث لا تسمح لرب العمل أن يكشف العيب بحسب طبيعة العمل ومقدار وقته (نقض فرنسى ٢٨ يونيه سنة ١٩٠٩ سيريه ١٩١٥-١-١٣ السين- ٦ فبراير سنة ١٩٢٩ داللوز الأسبوعى ١٩٢٩-٣٠٥- أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص٤١٢- ص٤١٣).

٤- يجوز الاتفاق على أن يقتصر الضمان على عمل معين دون الأعمال الأخرى (باريس ١٧ نوفمبر سنة ١٨٩٣ داللوز ٩٤-٢-٥٢٢).

٥- الاتفاق على الإعفاء من الضمان لا يكون باطلا أصلا، وإنما ينقل عبء الإثبات إلى رب العمل، فإذا أثبت هذا خطأ فى جانب المقاول أو المهندس رجع عليه بالضمان (باريس ١٢ مايو سنة ١٨٧٤ داللوز ٧٤-٢-١٧٢- أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص٤١٣).

وانظر فى المسألة بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٧- ويذهب بعض الفقهاء فى فرنسا إلى أنه لما كانت مسئولية المقاول أو المهندس مسئولية عقدية، فيمكن الإعفاء منها باتفاق خاص، إلا إذا كان هناك غش أو خطأ جسيم (بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٤٢).

سنوات أو أقل أو أكثر، بل يجوز الاتفاق على ضمان المقاول أو المهندس للقوة القاهرة[1].

٧٦- جواز نزول رب العمل عن الضمان بعد تحقق سببه: والمفروض فيما قدمناه أن الاتفاق على الإعفاء من الضمان أو على الحد منه إنما هو اتفاق سابق على تحقق سبب الضمان، فإنه فى ذلك الوقت يكون هناك معنى لحماية رب العمل، إذ قد يقوده عدم خبرته إلى الاستهانة بقيمة الضمان، ويغلبه المقاول أو المهندس - وهو الجانب الأقوى - على أمره فيدفعه إلى قبول الإعفاء من الضمان أو الحد منه على النحو الذى قدمناه.

أما بعد تحقق سبب الضمان، وتبين رب العمل خطورة العيوب التى انكشفت، فهو حر بعد ذلك، وقد ثبت حقه فى الضمان، أن ينزل عن هذا الحق كله أو بعضه، نزولا صريحاً أو ضمنياً.

فإذا انكشف عيب فى البناء يتحقق به الضمان، جاز لرب العمل أن ينزل صراحة عن حقه فى الرجوع على المقاول أو المهندس بسبب هذا العيب. وقد يحمل سكوت رب العمل عن الرجوع بالضمان مدة طويلة بعد انكشاف العيب نزولا ضمنيا عن حقه، ولو كانت هذه المدة أقل من ثلاث سنوات وهى المدة التى تتقادم بها دعوى الضمان فيما قدمنا، متى اقترن هذا السكوت بملابسات قاطعة فى أن رب العمل قصد بسكوته النزول عن الضمان. ومن هذه الملابسات أن يدفع رب العمل للمقاول أو للمهندس أجره دون تحفظ، أو أن يقوم بإصلاح العيب دون تحفظ ودون إثبات الحالة ودون أن يدفعه إلى ذلك ضرورة الاستعجال[2].

وقد يتهدم جزء من البناء ويظهر فى باقيه عيب، فيرجع رب العمل بالضمان فيما يتعلق بالتهدم، ولا يرجع بالضمان فيما يتعلق بالعيب. فهنا يكون رب العمل قد نزل عن الضمان نزولاً جزئياً، فى التهدم دون العيب.

الفرع الثانى

التزامات رب العمل

٧٧- التزامات ثلاثة: يلتزم رب العمل نحو المقاول بالتزامات ثلاثة:

---

(١) محمد لبيب شنب فقرة ١٢٠ ص١٤٤.

(٢) استئناف مختلط ٢٧ يناير سنة ١٩٠٧ م١٦ ص١١٧- دلفو فقرة ٢٢٥- محمد لبيب شنب فقرة ١٢٠ ص١٤٥.

(١) تمكين المقاول من إنجاز العمل.

(٢) تسلم العمل بعد إنجازه.

(٣) دفع الأجر.

المبحث الأول

تمكين المقاول من إنجاز العمل

٧٨- التزام رب العمل بأن يبذل ما فى وسعه لتمكين المقاول من إنجاز العمل: يلتزم رب العمل بأن يبذل كل ما فى وسعه لتمكين المقاول من البدء فى تنفيذ العمل، ومن المضى فى تنفيذه حتى يتم إنجازه.

فإذا كان المقاول فى حاجة إلى رخصة للبناء للبدء فى العمل، وجب على رب العمل أن يحصل له عليها فى الميعاد المناسب حتى لا يتأخر البدء فى تنفيذ العمل، وكذلك الحكم فى جمع الترخيصات الإدارية الأخرى التى يكون العمل فى حاجة إليها[١](1).

وإذا كان العمل يحتاج للمضى فيه إلى جعل حائط لجار حائطا مشتركاً حتى يستند البناء إليه، فعلى رب العمل أن يتفق مع الجار على أن يكون الحائط مشتركاً حتى يتمكن المقاول من المضى فى البناء[٢].

وإذا كان رب العمل قد تعهد بتقديم المواد التى تستخدم فى العمل أو بتقديم الآلات والمعدات اللازمة لإنجاز العمل، وجب عليه أن ينفذ ما تعهد به، وأن يقدم المواد والآلات

---

(١) جيوار ٢ فقرة ٨٢٠- بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٧٠- بيدان ١٢ ص٥١٤ هامش ٥- أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind فقرة ٦٨- محمد لبيب شنب فقرة ١٢٥ ص١٤٩.

(٢) جيوار ٢ فقرة ٨٢٠- بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٧٠- بيدان ١٢ ص٥١٤ هامش ٥- أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind فقرة ٦٨.

(1) تأخر رب العمل فى عقد المقاولة فى الحصول على التراخيص اللازمة لبدء العمل والمضى فى تنفيذ حتى يتم انجازه هو إخلال بالتزامه التعاقدى، ومن ثم يعتبر فى ذاته خطأ موجبا للمسئولية لا يدرؤها عنه إلا إثبات قيام السبب الأجنبى الذى لا يد له فيه.

(جلسة ١٩٧٢/٦/١ الطعن رقم ٢٤٣ لسنة ٣٧ق س٢٣ ص١٠٦٢)

والمعدات فى الوقت المتفق عليه أو فى الوقت المناسب، حتى يتمكن المقاول من البدء فى تنفيذ العمل أو من المضى فى تنفيذه(١).

وإذا كان العمل يجب أن يتم وفقاً لمواصفات أو رسومات أو بيانات يقدمها رب العمل، وجب على هذا تقديمها فى الوقت المتفق عليه أو فى الوقت المناسب. بل إذا كان العمل يحتاج إلى تدخل رب العمل الشخصى، كأن يقف أمام الرسام المدة اللازمة لأخذ رسمه، أو أن يجرب الحائك عليه الثوب بعد أخذ مقاساته، أو أن يقوم رب العمل بتصحيح تجارب الكتاب المقدم للطبع، وجب عليه أن يقوم بذلك فى الوقت المتفق عليه أو فى الوقت الذى يتطلبه العمل وفقا لعرف الصنعة(٢).

ويلتزم رب العمل، إلى جانب ذلك، بترك المقاول ينجز العمل، فلا يقيم أمامه عقبات فى سبيل ذلك، ولا يسحب منه العمل بعد أن عهد به إليه إلا لسبب مشروع، فهو لا يستطيع أن يرجع بإرادته وحده عن العقد ويتحلل منه إلا فى الحدود وطبقاً للشروط التى عينها القانون(٣).

٧٩- جزاء الالتزام: فإذا لم يقم رب العمل بالتزامه، وأمكن المقاول أن يطلب التنفيذ عيناً، كأن يحضر على نفقة رب العمل المواد والآلات والمهمات اللازمة بترخيص من القضاء، كان له ذلك. وإذا كان تدخل رب العمل الشخصى ضرورياً، جاز أن يلجأ المقاول إلى طريقة التهديد المالى(٤). وللمقاول فى جميع الأحوال أن يطلب التعويض عن الضرر الذى أصابه من جراء عدم قيام رب العمل بالتزامه، أو من جراء تأخره فى القيام به(1).

---

(١) جيوار ٢ فقرة ٨٢٠- بودرى وفال فقرة ٢ فقرة ٣٩٧٠- بيدان ١٢ ص٥١٤ هامش ٥- أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind فقرة ٦٨- محمد لبيب شنب فقرة ١٢٥ ص١٤٩.

(٢) دافيد فى عقد الاستصناع ص٦٨- محمد لبيب شنب فقرة ١٢٥ ص١٤٩- وإذا أخفى رب العمل عن المقاول أمراً من شأنه أن يجعل العمل أكثر صعوبة، كان مسئولا عن ذلك (استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٩٣٨ م٥٠ ص١٨٦).

(٣) انظر م٦٦٣ مدنى وسيأتى بحثها - بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٧١- ولكن رب العمل لا يلتزم بداهة بأن يجعل المهندس الذى وضع التصميم هو الذى يقوم بالتنفيذ أو هو الذى يشرف عليه (بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٧١).

(٤) دافيد فى عقد الاستصناع ص٧٣- محمد لبيب شنب فقرة ١٢٥ ص١٥.

(1) لمحكمة الموضوع السلطة التامة فى تحصيل المعنى الذى قصده المتعاقدان من عبارات العقد مستهدية بالظروف التى أحاطت بها، وإذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن نطاق البند التاسع من قائمة الشروط الملحقة بعقد المقاولة يقتصر على مواجهة حالة تغير الفئات والأثمان المتفق عليها، ولا يتضمن شرطا بإعفاء رب العمل من التزاماته الناشئة عن العقد، ومنها التزامه بتمكين المقاول من إنجاز العمل، وهو يفرض عليه الحصول على التراخيص اللازمة للمضى فى تنفيذه، وكان الطاعن لم يتمسك أمام=

ويجوز للمقاول أخيراً أن يطلب فسخ العقد مع التعويض إن كان له مقتض، وللمحكمة أن تقدر هذا الطلب، فإذا رأت مبرراً له قضت بفسخ العقد والتعويض، وإلا أمهلت رب العمل حتى يقوم بالتنفيذ(١).

المبحث الثانى

تسلم العمل

٨٠- **نص قانونى:** تنص المادة ٦٥٥ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«متى أتم المقاول العمل ووضعه تحت تصرف رب العمل، وجب على هذا أن يبادر إلى تسلمه فى أقرب وقت ممكن بحسب الجارى فى المعاملات. فإذا امتنع دون سبب مشروع عن التسلم رغم دعوته إلى ذلك بإنذار رسمى، اعتبر أن العمل قد سلم إليه»(٢)

=محكمة الموضوع بأنه وكل المقاول أو أنابه عنه فى استخراج الرخصة اللازمة لبناء باقى الأدوار، فإن الحكم المطعون فيه إذا رتب مسئولية الطاعن عن توقف العمل نتيجة عدم استخراج هذه الرخصة لا يكون قد خالف القانون أو شابه خطأ فى الاسناد.

(جلسة ١٩٧٢/٦/١ الطعن رقم ٢٤٣ لسنة ٣٧ق س٢٣ ص١٠٦٢)

(١) وتنص المادة ٦٦٠ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فى هذا الصدد على ما يأتى: «إذا كان من الضرورة لإتمام العمل أن يقوم صاحب الأمر بشئ ما، فيحق للصانع أن يدعوه صراحة للقيام به - وإذا لم يقم صاحب الأمر بواجبه بعد المهلة الكافية، فالصانع يصبح مخيراً بين أن يبقى على العقد أو أن يطلب حله، ويمكنه فى الحالين أن ينال عند الاقتضاء تعويضاً عن الضرر الذى أصابه».

وقد ورد فى المشروع التمهيدى للتقنين المدنى المصرى الجديد نص مماثل، إذ تنص المادة ٨٧٧ من هذا المشروع على ما يأتى: «إذا كان تنفيذ العمل يقتضى أن يقوم رب العمل بمعاونة ما، ورفض هذا تقديم المعاونة أو أهمل فى ذلك، جاز للمقاول أن يكلفه بتقديمها فى أجل معقول يحدده. ٢- فإذا انقضى الأجل دون أن يقوم رب العمل بالتزامه، جاز للمقاول أن يتحلل من العقد دون إخلال بحقه فى التعويض إن كان له محل» (مشروع تنقيح القانون المدنى - مذكرة إيضاحية - ٣ العقود المسماة ص٤٤٨- ص٤٤٩- وقد سقط النص فى مجموعة الأعمال التحضيرية).

(٢) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ٨٧٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «١- متى أتم المقاول العمل ووضعه تحت تصرف رب العمل، وجب على هذا أن يبادر إلى معاينته فى أقرب وقت مستطاع تبعاً للمألوف فى التعامل، وأن يتسلمه فى مدة وجيزة إذا اقتضى الأمر ذلك. فإذا امتنع دون سبب مشروع عن المعاينة رغم دعوته إليها اعتبر أنه قد تسلم العمل. ٢- على أنه يجوز لرب العمل أن يمتنع عن تسلمه إذا كان المقاول قد خالف ما ورد فى العقد من شروط، أو ما تقضى به أصول الفن لهذا النوع من العمل. ٣- ويجوز لكل من المتعاقدين أن يطلب ندب خبراء على نفقته لفحص الشئ، على أن يدون الخبراء محضراً بأعمالهم». وفى لجنة المراجعة حذفت الفقرتان الثانية والثالثة =

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى القديم، ولكن النص تطبيق للقواعد العامة.

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى م٦٢١- وفى التقنين المدنى الليبى م٦٥٤- وفى التقنين المدنى العراقى م٨٧٣- ٨٧٤- وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٦٧٠[1].

=«اكتفاء بالأحكام العامة»، وعدلت الفقرة الأولى على الوجه الآتى: «متى أتم المقاول العمل ووضعه تحت تصرف رب العمل، وجب على هذا أن يبادر إلى تسلمه فى أقرب وقت ممكن بحسب الجارى فى المعاملات. فإذا امتنع دون سبب مشروع عن التسلم رغم دعوته إلى ذلك، اعتبر أن العمل قد سلم إليه». وأصبحت المادة رقمها ٦٨٤ فى المشروع النهائى ووافق عليها مجلس النواب تحت رقم ٦٨٣ وفى لجنة مجلس الشيوخ أضيفت بعد عبارة «دعوته إلى ذلك» عبارة «بإنذار رسمى» لتتبين كيفية الدعوة على نحو يحسم المنازعات، فأصبحت المادة مطابقة لما استقرت عليه فى التقنين المدنى الجديد، وصار رقمها ٦٥٥. ووافق عليها مجلس الشيوخ على الوجه الذى عدلتها به لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٣٣- ص٣٥).

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدنى السورى م٦٢١ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م٦٥٤ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى م٨٧٣: ١- متى أتم المقاول العمل ووضعه تحت تصرف رب العمل، وجب على هذا أن يبادر إلى معاينته فى أقرب وقت ممكن حسب المعتاد، وأن يتسلمه إذا اقتضى الحال فى مدة وجيزة. فإذا امتنع دون سبب مشروع عن المعاينة أو التسلم رغم عودته إلى ذلك بإنذار رسمى، اعتبر أن العمل قد سلم إليه. ٢- ولرب العمل أن يمتنع عن تسلمه إذا كان المقاول قد خالف ما ورد فى العقد من الشروط أو ما تقضى به أصول الفن فى هذا النوع من العمل إلى حد لا يستطيع معه أن يستعمله أو لا يصح عدلا أن يجبر على قبوله. فإذا لم تبلغ المخالفة هذا الحد من الجسامة، فليس لرب العمل إلا أن يطلب تخفيض الثمن بما يتناسب مع أهمية المخالفة. ٣- وإذا كان العمل يمكن إصلاحه دون نفقات باهظة، جاز لرب العمل أن يلزم المقاول بالإصلاح فى أجل مناسب يحدده، وجاز للمقاول أن يقوم بالإصلاح فى مدة مناسبة إذا كان هذا لا يسبب لرب العمل أضراراً أو نفقات باهظة.

م٨٧٤: ١- إذا كان العمل مكوناً من أجزاء متميزة، أو كان الثمن محدداً بسعر الوحدة، جاز لكل من المتعاقدين أن يطلب إجراء المعاينة عقب إنجاز كل جزء أو عقب إنجاز قسم من العمل يكون ذا أهمية كافية بالنسبة للعمل فى جملته. ويجوز للمقاول فى هذه الحالة أن يستوفى من الثمن بقدر ما أنجز من العمل. ٢- ويفترض فيما دفع ثمنه أن معاينته قد تمت، ما لم يتبين أن الدفع لم يكن إلا تحت الحساب.

(وأحكام التقنين العراقى تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المصرى، وإن كانت أكثر تفصيلا).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٦٧٠: يجب على صاحب الأمر أن يتسلم المصنع إذا كان منطبقاً على شروط العقد، وأن ينقله على حسابه إذا كان قابلا للنقل.

(وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى).

٨١- تسلم العمل وتقبله: يلتزم رب العمل بتسلمه بعد إنجازه. والتسلم هنا ليس هو مجرد التسلم الذى عرفناه فى التزام المشترى أو المستأجر بتسلم المبيع أو العين المؤجرة، بل هو يشتمل على معنى أبعد من ذلك. فهو من جهة، كالتسلم فى البيع والإيجار، الاستيلاء على العمل بعد أن وضعه المقاول تحت تصرفه بحيث لا يوجد عائق من الاستيلاء عليه كما عرفنا ذلك فى التزام المقاول بالتسليم[١]، وهذا هو التسلم بمعناه المألوف (prise de possesion, prendre en livraison). وهو من جهة أخرى، وهذا هو المعنى الزائد، تقبل العمل والموافقة عليه بعد فحصه (réception, agrément, verification). وهذا المعنى الزائد تقتضيه طبيعة المقاولة، فهى تقع على عمل لم يكن قد بدأ وقت إبرام العقد أى لم يكن موجوداً، فوجب عند إنجازه أن يستوثق رب العمل من أنه موافق للشروط المتفق عليها أو لأصول الصنعة ويكون ذلك بفحصه فالموافقه عليه وهذا هو التقبل، أما فى البيع والإيجار فالعين المبيعة أو العين المؤجرة تكون غالباً عيناً معينة بالذات معروفة للمشترى أو للمستأجر، ولا يقتضى الأمر أكثر من تسلمها دون حاجة للتقبل.

والذى يقع عادة أن رب العمل يتسلمه ويتقبله فى وقت واحد، إذ هو عند تسلمه إياه يفحصه ويستوثق من أنه هو الذى قصد إليه بالتعاقد، فيوافق عليه بتسلمه إياه. فالتسلم إذن يتضمن التقبل. ولكن لا يوجد ما يمنع من أن التسلم والتقبل ينفصلان أحدهما عن الآخر، فيسبق التقبل التسلم أو يليه. يسبق التقبل والتسلم، كما إذا فحص رب العمل العمل بعد إنجازه وهو لا يزال فى يد المقاول، ويستوثق من أنه موافق لما اشترطه أو لأصول الصنعة فيتقبله دون أن يتسلمه، ومن ثم يتم التقبل قبل أن يتم التسلم. ويسبق التسلم التقبل، كما إذا تسلم رب العمل العمل قبل إنجازه أو بعد إنجازه دون أن يفحصه، ويرجئ فحصه إلى فرصة يتمكن فيها من وسائل الفحص، فيتسلم العمل دون أن يتقبله، ومن ثم يتم التسلم قبل أن يتم التقبل[٢]. وإذا انفصل التقبل عن التسلم على هذا النحو، فالعبرة بالتقبل دون التسلم، إذ أن ما يترتب من نتائج إنما يترتب على التقبل كما سنرى، فهذه النتائج يعجل بها مع التقبل إذا سبق التسلم، وتتراخى إلى التقبل إذا تأخر عن التسلم[٣].

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٩.

(٢) نقض فرنسى ٢٤ يونيه سنة ١٩٢٩ جازيت دى پاليه ١٩٢٩-٢-٥٠٦- بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣١- مازو ٣ فقرة ١٣٥٤ ص١١١٧ - آنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٧٠ - محمد لبيب شنب فقرة ١٢٧ ص١٥٢- وقارن استئناف مختلط ٣ يونيه سنة ١٩١٤ م٢٦ ص٤٠٧.

(٣) نقض مدنى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٢٩ ص١٥٣.

ولما كان الذى يقع عادة هو أن يقترن التقبل بالتسلم كما قدمنا، فنحن نتكلم عن التسلم باعتباره متضمناً للتقبل دون أن نفصل بين الاثنين.

٨٢- شروط التسليم: كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٦٥٥ مدنى سالفة الذكر يجرى على الوجه الآتى: «١- متى أتم المقاول العمل ووضعه تحت تصرف رب العمل، وجب على هذا أن يبادر إلى معاينته فى أقرب وقت مستطاع تبعاً للمألوف فى التعامل، وأن يتسلمه فى مدة وجيزة إذا اقتضى الأمر ذلك. فإذا امتنع دون سبب مشروع عن المعاينة رغم دعوته إليها، اعتبر أنه قد تسلم العمل. ٢- على أنه يجوز لرب العمل أن يمتنع عن تسلمه إذا كان المقاول قد خالف ما ورد فى العقد من شروط أو ما تقضى به أصول الفن لهذا النوع من العمل. ٣- ويجوز لكل من المتعاقدين أن يطلب ندب خبراء على نفقته لفحص الشئ، على أن يدون الخبراء محضراً بأعمالهم». وقد حذفت الفقرتان الثانية والثالثة فى لجنة المراجعة «اكتفاء بالأحكام العامة»[1]. ولما كان هاتان الفقرتان ليستا إلا تطبيقاً للقواعد العامة، فيمكن الأخذ بما اشتملتا عليه من أحكام بالرغم من حذفهما.

فيشترط إذن حتى يكون رب العمل ملتزماً بتسلمه، والتسلم كما قدمنا يتضمن التقبل، أن يكون العمل موافقاً للشروط المتفق عليها، فإذا لم تكن هناك شروط متفق عليها أو كانت هناك شروط غير كاملة، فما تقضى به أصول الصنعة لنوع العمل محل المقاولة يحل محل الشروط المتفق عليها أو يكملها إذا كانت ناقصة. وإذا وقع خلاف بين الطرفين فيما إذا كان العمل موافقاً أو غير موافق، جاز لأى منهما أن يطلب ندب خبير على نفقته لمعاينة العمل وتحرير محضر بنتيجة المعاينة. وإذا رفع الأمر للقضاء، كان هذا المحضر محل اعتبار عند القاضى، إذا رأى أن يكتفى به ولم يعارض الطرف الآخر فعل، وإلا عين خبيراً آخر، أو قضى وفقاً لما يتبين له من ظروف القضية ومستنداتها.

ويجب أن تكون المخالفة للشروط أو لأصول الصنعة التى تبرر عدم التزام رب العمل بالتسلم جسيمة إلى حد أنه لا يجوز عدلا إلزامه بالتسلم، إذ يكون العمل غير صالح للغرض المقصود منه كما يتبين من ظروف التعاقد. فإذا لم تبلغ المخالفة هذا الحد من الجسامة، بقى رب العمل ملتزماً بالتسلم، وإنما يكون له الحق إما فى طلب تخفيض الأجرة بما يتناسب مع أهمية المخالفة، أو فى طلب تعويض عن الضرر الذى أصابه من جراء المخالفة. وفى جميع الأحوال يجوز للمقاول، إذا كان العمل يمكن إصلاحه، أن يقوم بهذا الإصلاح فى مدة مناسبة، كما يجوز لرب العمل أن يلزم المقاول بذلك إذا كان الإصلاح

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٣٣- ص٣٤- وانظر آنفاً فقرة ٨٠ فى الهامش.

لا يتكلف نفقات باهظة[1].

٨٣- متى يكون التسلم وأين يكون: لما كان التسلم وهو التزام فى ذمة رب العمل يقابل التسليم وهو التزام فى ذمة المقاول، فالتسلم يقع عادة فى الزمان والمكان اللذين يقع فيهما التسليم، إذ التسليم هو وضع العمل تحت تصرف رب العمل دون عائق والتسلم هو استيلاء رب العمل عليه بعد أن يوضع تحت تصرفه.

فيكون التسلم فى الميعاد المتفق عليه أو الميعاد المعقول لإنجاز العمل وفقاً لطبيعته ولعرف الحرفة[2]. وفى جميع الأحوال، يجب على رب العمل أن يقوم بتنفيذ التزامه من التسلم (والتقبل) بمجرد أن يتم المقاول العمل ويضعه تحت تصرفه، أى يسلمه إياه، إذ الواجب عندئذ - كما يقول المشروع التمهيدى للمادة ١/٨٧٢ مدنى[3]- أن يبادر رب العمل «إلى معاينته فى أقرب وقت مستطاع تبعاً للمألوف فى التعامل، وأن يتسلمه فى مدة وجيزة إذا اقتضى الأمر ذلك».

---

(١) انظر فى هذا المعنى م٨٧٣/ ٢و٣ معه التقنين العراقى آنفاً فقرة ٨٠ فى الهامش- وقد تضمن المشروع التمهيدى أيضاً نصاً فى هذا المعنى، فكانت المادة ٨٧٥ من هذا المشروع تنص على ما يأتى: «١- يجوز لرب العمل أن يمتنع عن التسلم إذا بلغ ما فى الشئ من عيب أو مخالفة للمتفق عليه حداً لا يستطيع معه أن يستعمله أو لا يصح عدلا أن يجبر على تسلمه. ٢- فإذا لم يبلغ العيب هذا الحد من الجسامة، فليس لرب العمل إلا أن يطلب تخفيض الثمن بما يتناسب مع أهمية العيب. ٣- أما إذا كان العيب مما يمكن إصلاحه دون نفقات باهظة، جاز لرب العمل أن يلزم المقاول بالإصلاح فى أجل معقول يحدده، وجاز أيضاً للمقاول أن يصلح العيب فى مدة معقولة، إذا كان هذا لا يسبب لرب العمل أضراراً أو نفقات ذات قيمة». ثم نصت المادة ٨٧٦ من المشروع التمهيدى على ما يأتى: «ليس لرب العمل، فيما عدا الاستثناء المنصوص عليه فى المادة ٨٩٢ (عدم إعفاء المقاول من المسئولية بالرغم من إخطاره رب العمل بما ينجم من خطر من جراء تنفيذ العمل)، أن يتمسك بالحقوق التى تقررها المادة السابقة، إذا كان هو المتسبب فى إحداث العيب، سواء أكان ذلك بإصداره أوامر تخالف رأى المقاول أم كان ذلك بأية طريقة أخرى». انظر فى هاتين المادتين مشروع تنقيح القانون المدنى - مذكرة إيضاحية - ٣ العقود المسماة ص٤٤٦- ص٤٤٨- وقد سقطت المادتان من مجموعة الأعمال التحضيرية.

وكذلك نصت المادة ٨٩٣ من المشروع التمهيدى على ما يأتى: «إذا أقيم بناء على أرض مملوك لرب العمل، وكانت تشوبه عيوب تبلغ من الجسامة الحد المنصوص عنه فى المادة ٨٧٥، ولكن إزالته يترتب عليها أضرار بالغة، فليس لرب العمل إلا أن يتخذ الإجراءات المنصوص عنها فى الفقرة الثالثة من المادة المذكورة» (مشروع تنقيح القانون المدنى - مذكرة إيضاحية - ٣ العقود المسماة ص٤٦٢، وقد سقط النص من مجموعة الأعمال التحضيرية).

(٢) انظر آنفاً فقرة ٥٠.

(٣) انظر آنفاً فقرة ٨٢ وفقرة ٨٠ فى الهامش.

ويكون التسلم فى مكان التسليم. وقد قدمنا أن التسليم يكون فى المكان المتفق عليه، فإن لم يكن هناك اتفاق ففى المكان الذى يحدده عرف الصنعة. وفى العقار يكون التسليم والتسلم فى المكان الذى يوجد فيه العقار. وفى المنقول، إذا لم يوجد اتفاق أو عرف، يكون التسليم والتسلم فى موطن المقاول أو فى المكان الذى يوجد فيه مركز أعماله لأن العمل الذى تم يدخل غالباً ضمن هذه الأعمال(١).

٨٤- كيف يكون التسلم: يكون التسلم باستيلاء رب العمل عليه وفقاً لطبيعته، وقد بينا ذلك تفصيلا عند الكلام فى كيفية التسليم(٢). وإذا كان العمل فى حيازة رب العمل منذ البداية، كما إذا قام سباك بتصليح مواسير المياه وهى فى مكانها دون أن تنتقل من حيازة رب العمل، فالتسلم يكون بانتفاع رب العمل بالمواسير بعد تصليحها، فإن هذا يفيد ضمناً أنه تقبلها(٣).

وإذا كان العمل مكوناً من أجزاء متميزة، أو كان الأجر محدداً بسعر الوحدة، كما إذا كان المقاول قد تعهد بصنع اثنى عشر كرسياً أو تعهد بصنع أثاث غرفة الطعام وحدد للمائدة أجرها ولكراسى المائدة ولسائر قطع الأثاث الأجر المستحق، فإن التسلم يجوز أن يكون مجزأ. فيجوز لكل من المقاول ورب العمل أن يطلب إجراء المعاينة والتسلم عقب إنجاز كل كرسى أو عقب إنجاز كل قطعة من قطع الأثاث، فإذا ما تم التسلم كان للمقاول أن يستوفى من الأجر بقدر ما أنجز من العمل(٤). والمفروض أن رب العمل إذا دفع أجر جزء أو أكثر من العمل، يكون قد عاين هذا الجزء أو الأجزاء وتقبلها، وذلك ما لم يثبت أن ما دفعه ليس إلا مبلغاً قدمه للمقاول تحت الحساب(٥). وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً فى هذا المعنى، فكانت المادة ٨٧٣ من هذا المشروع تنص على ما يأتى:

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٥١.

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٩.

(٣) وكما يكون التقبل الضمنى باستعمال الشئ المصنوع مدة كافية، يكون كذلك بإدماجه فى شئ آخر، أو التصرف فيه، أو دفع الأجر بعد معاينة العمل دون إبداء أى تحفظ (دلفو فقرة ٢١١- ص١٧٦- ص١٧٨- محمد لبيب شنب فقرة ١٢٧ ص١٥٢).

(٤) جيوار ٢ فقرة ٧٩٥- بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٧٣ - أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص٤٠٣- بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣١- أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٧١- محمد لبيب شنب فقرة ١٢٧ ص١٥٣.

(٥) ديرانتون ١٧ فقرة ٢٥٤- ديفرجييه ٢ فقرة ٣٤٥- أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص٤٠٣ هامش ٩.

ويعتبر مدفوعاً تحت الحساب ما يدفع عما يتم إنباته فى أعمال المقاولات الكبرى من بيانات دورية عن حالة العمل. وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً فى هذا المعنى، فكانت المادة ٨٩٤ من هذا المشروع تنص على ما يأتى: «خلافاً لما تقضى به المادة ٨٧٢ (م٦٥٥ مدنى) لا يعتبر ما يتم إنباته =

«١- إذا كان العمل مكوناً من أجزاء متميزة، أو كان الثمن محدداً بسعر الوحدة، جاز لكل من المتعاقدين أن يسلب إجراء المعاينة عقب إنجاز كل جزء أو عقب إنجاز قسم من العمل يكون ذا أهمية كافية بالنسبة للعمل فى جملته. ويجوز للمقاول فى هذه الحالة أن يستوفى من الثمن بقدر ما أنجز من العمل. ٢- ويفترض فيما دفع دفع ثمنه أن معاينته قد تمت، ما لم يتبين أن الدفع لم يكن إلا تحت الحساب»(١).

٨٥- النتائج التى تترتب على التسلم: ومن أهم النتائج التى تترتب على التسلم، أو بمعنى أدق على التقبل، ما يأتى:

١- تنتقل ملكية الشئ المصنوع، إذا كان المقاول هو الذى ورد المادة التى استخدمها فى العمل، إلى رب العمل من وقت التقبل(٢).

٢- يستحق دفع الأجرة عند تقبل العمل، إلا إذا قضى الاتفاق أو العرف بغير ذلك(٣).

٣- ينتقل تحمل تبعة العمل من المقاول إلى رب العمل من وقت التسلم أو التقبل، وقد سبق بيان ذلك تفصيلا(٤).

٤- من وقت التقبل لا يضمن المقاول العيوب الظاهرة التى كان يمكن كشفها بالفحص العادى. ومن هذا الوقت أيضاً تسرى المدة القصيرة التى يقضى بها عرف الصناعة فى ضمان العيوب الخفية. وقد سبق تفصيل ذلك(٥)(1).

=فى أعمال المقاولات الكبرى من بيانات شهرية أو دورية عن حالة العمل إلا بيانات مؤقتة. ويعتبر كل ما يدفع عندئذ مدفوعاً على الحساب. كل هذا ما لم يقض الاتفاق بغيره» (مشروع تنقيح القانون المدنى - مذكرة إيضاحية- ٣ العقود المسماة ص٤٦٢، وقد سقط النص من مجموعة الأعمال التحضيرية). وكان التقنين المدنى القديم يتضمن أيضاً نصاً فى هذا المعنى، فكانت المادة ٤١٢/٥٠٤ من هذا التقنين تنص على ما يأتى: «لا ينقطع حساب المقاولة إلا بعد تمام العمل، وكل حساب معمول فى خلال الأشغال يعتبر مؤقتاً، وكل ما دفع فى خلال مدة الأشغال يخصم من أصل مبلغ المقاولة، إلا إذا وجد شرط بخلاف ذلك».

(١) مشروع تنقيح القانون المدنى - مذكرة إيضاحية - ٣ العقود المسماة ص٤٤٥- وقد سقط هذا النص من مجموعة الأعمال التحضيرية. وانظر أيضاً نفس هذا النص فى المادة ٨٧٤ من التقنين المدنى العراقى آنفاً فقرة ٨٠ فى الهامش - وانظر المادة ١٧٩١ من التقنين المدنى الفرنسى.

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٠ فى الهامش.

(٣) انظر م٦٥٦ مدنى وسيأتى بحثها.

(٤) انظر آنفاً فقرة ٥٣.

(٥) انظر آنفاً فقرة ٥٩.

(1) أ- قرار رب العمل فى عقد الصلح بتسلمه البناء مقبولا بحالته الظاهرة التى هو عليها ليس =

٨٦- جزاء الالتزام بالتسلم: وإذا لم يقم رب العمل بالتزامه من تسلم العمل وتقبله فى الميعاد القانونى، كان للمقاول أن يجبره على تنفيذ التزامه عيناً. ويجوز أن يلجأ فى ذلك إلى وسيلة التهديد المالى. على أن العبارة الأخيرة من المادة ٦٥٥ مدنى سالفة الذكر ترسم طريقة عملية للتنفيذ العينى، فتقول كما رأينا: «فإذا امتنع (رب العمل) دون سبب مشروع عن التسلم رغم دعوته إلى ذلك بإنذار رسمى، اعتبر أن العمل قد سلم إليه». فما على المقاول، بعد أن ينجز العمل ويضعه تحت تصرف رب العمل دون عائق، إذ رأى أن هذا الأخير قد تلكأ فى معاينة العمل ليتقبله ويتسلمه، أن يعذره بالتسلم عن طريق إنذار رسمى على يد محضر ويحدد ميعاداً معقولا لذلك، فإذا مضى الميعاد اعتبر رب العمل قد تسلم العمل حكماً حتى لو لم يتسلمه حقيقة. ويترتب على هذا التسلم الحكمى جميع النتائج التى تترتب على التسلم الحقيقى، فتنتقل ملكية الشئ المصنوع إلى رب العمل، ويستحق دفع الأجر، وينتقل تحمل التبعة إلى رب العمل، وتبرأ ذمة المقاول من العيوب الظاهرة ويبدأ سريان ميعاد ضمان العيوب الخفية.

ويمكن، فوق ذلك وتطبيقاً للقواعد العامة، أن يلجأ المقاول إلى العرض الحقيقي، وقد رسمت طريقه المواد ٣٣٤ إلى ٣٣٧ مدنى[١]. فتنص المادة ٣٣٤ مدنى على أنه «إذا رفض الدائن دن مبرر قبول الوفاء المعروض عليه عرضاً صحيحاً، أو رفض القيام بالأعمال التى لا يتم الوفاء بدونها، أو أعلن أنه لن يقبل الوفاء، اعتبر أنه قد تم إعذاره من الوقت الذى يسجل المدين عليه هذا الرفض باعلان رسمى». وتنص المادة ٣٣٥ مدنى على أنه «إذا تم إعذار الدائن، تحمل تبعة هلاك الشئ أو تلفه، ووقف سريان الفوائد، وأصبح للمدين الحق فى إيداع الشئ على نفقة الدائن والمطالبة بتعويض ما أصابه من ضرر». وتنص المادة

=من شأنه إعفاء المهندس والمقاول من ضمان العيوب التى كانت خفية وقت التسليم ولم يكن يعلمها رب العمل لأن التسليم ولو كان نهائيا لا يغطى إلا العيوب الظاهرة أو الملزمة لرب العمل وقت التسليم.

(جلسة ١٩٦٧/٤/١٣ الطعن رقم ٣٤٥ لسنة ٣٣ق س١٨ ص٨٣٥).

ب- تسلم رب العمل البناء تسلما نهائيا غير مقيد بتحفظ ما من شأنه أن يغطى ما بالمبنى من عيوب كانت ظاهرة وقت حصول هذا التسليم أو معروفه لرب العمل، أما ما عدا ذلك من العيوب مما كان خفيا لم يستطع صاحب البناء كشفه عند تسلمه البناء فإن التسليم لا يغطيه ولا يسقط ضمان المقاول والمهندس عنه، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن العيب الموجب لضمان المقاول ناشئ عن خطئه فى ارساء الأساسات على أرض طفليه غير صالحة للتأسيس عليها وعدم النزول بهذه الأساسات إلى الطبقة الصلبة الصالحة لذلك وأن التسليم لا ينفى ضمان المقاول لهذا العيب فإنه لا يكون قد خالف القانون لأن هذا العيب يعتبر من غير شك من العيوب الخفية التى لا يغطيها التسليم.

(جلسة ١٩٦٥/٦/١٠ الطعن رقم ٣٢٥ لسنة ٣٠ق س١٦ ص٧٣٧)

(١) محمد لبيب شنب فقرة ١٢٦ ص١٥١.

٣٣٦ مدنى على أنه «إذا كان محل الوفاء شيئاً معيناً بالذات، وكان الواجب أن يسلم فى المكان الذى يوجد فيه، جاز للمدين بعد أن ينذر الدائن بتسلمه أن يحصل على ترخيص من القضاء فى إيداعه. فإذا كان هذا الشئ عقاراً أو شيئاً معداً للبقاء حيث وجد، جاز للمدين أن يطلب وضعه تحت الحراسة». وتنص المادة ٣٣٧ مدنى على أنه «١- يجوز للمدين بعد استئذان القضاء أن يبيع بالمزاد العلنى الأشياء التى يسرع إليها التلف، أو التى تكلف نفقات باهظة فى إيداعها أو حراستها، وأن يودع الثمن خزانة المحكمة. ٢- فإذا كان الشئ له سعر معروف فى الأسواق، أو كان التعامل فيه متداولا فى البورصات، فلا يجوز بيعه بالمزاد إلا إذا تعذر البيع ممارسة بالسعر المعروف»[١]. وغنى عن البيان أن للمقاول، بعد بيع الشئ، أن يستوفى أجره من الثمن وكذلك التعويضات المستحقة، ويودع الباقى خزانة المحكمة[٢].

وقد يقع أن يكون للمقاول مصلحة، عند امتناع رب العمل عن تنفيذ التزامه من تسلم العمل، فى فسخ العقد. ويكون ذلك مثلا إذا رأى المقاول أن فى إمكانه بيع الشئ المصنوع لغير رب العمل بثمن أعلى، فيربح من وراء هذه الصفقة. وفى هذه الحالة يجوز له، بعد إعذار رب العمل بالتسلم، أن يطلب من القضاء فسخ عقد المقاولة حتى يتحلل من واجب التسليم، ويستطيع بعد ذلك أن يحقق لنفسه هذه الصفقة الرابحة.

المبحث الثالث

دفـع الأجـر

٨٧- مسألتان: سبق أن بحثنا الأجر كركن فى عقد المقاولة[٣]، والآن نبحثه كالتزام فى ذمة رب العمل. ونبحث فى الالتزام بدفع الأجر مسألتين: (١) ما الذى يجب أن يدفع. (٢) طرفى الدفع وزمانه ومكانه وضماناته.

---

(١) انظر فى شرح هذه النصوص الوسيط ٣ فقرة ٤٢٩ وما بعدها.

(٢) وفى فرنسا صدر قانون فى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٠٣ يجيز للمقاول، الذى تسلم من رب العمل منقولا للعمل فيه أو لإصلاحه أو لتنظيفه، أن يبيعه إذا انقضت سنتان دون أن يتسلمه رب العمل. ويكون البيع فى المزاد العلنى، ويسدد أجر المقاول من الثمن، ويودع الباقى صندوق الودائع. ولرب العمل أن يعارض فى البيع أمام قاضى الصلح، وعلى هذا أن يبت فى المعارضة فى أقصر مدة ممكنة (بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٦٦ مكررة - أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص٤٠٥- بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣١ ص١٧٠).

(٣) انظر آنفاً فقرة ٣٠- فقرة ٣٢.

المطلب الأول

ما الذى يجب أن يدفع

٨٨- ضرورة وجود الأجر: قدمنا عند الكلام فى الأجر كركن من أركان عقد المقاولة أن الأجر لابد من وجوده، وإلا كان العقد من عقود التبرع، فلا يعتبر مقاولة بل يكون عقداً غير مسمى(١).

على أنه ليس من الضرورى أن يكون هناك اتفاق صريح على مقدار الأجر، بل ولا على وجود الأجر فى ذاته. فسنرى أنه إذا لم يكن هناك اتفاق على مقدار الأجر، تولى القانون تحديد هذا المقدار (م٦٥٩ مدنى). وكذلك إذا لم يكن هناك اتفاق على وجود الأجر فى ذاته، قد يستخلص هذا الاتفاق ضمناً من ظروف التعاقد، وبخاصة من أهمية العمل الذى يصنع ومهنة من يقوم بصنعه. فإذا تعاقد شخص مع مقاول لبناء منزل، فأهمية العمل ومهنة المقاول يتضافران فى دلالتهما على أن هذا العمل ما كان ليتم إلا لقاء أجر يقابله، فيجب افتراض أن هناك اتفاقاً ضمنياً على أن يكون العمل بأجر. وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يشتمل على نص فى هذا المعنى، فكانت المادة ٨٨١ من هذا المشروع تنص على أنه «إذا تبين من الظروف أن العمل المدعى بصنعه ما كان ليتم إلا لقاء أجر يقابله، وجب افتراض أن هناك اتفاقاً ضمنياً على أن يكون العمل بأجر». وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة «اكتفاء بالقواعد العامة»(٢). ولما كان النص ليس إلا تطبيقاً لهذه القواعد، فإنه يمكن العمل به بالرغم من حذفه(٣).

ويمكن القول بوجه عام أن أصحاب المهن الحرة، كالطبيب والمهندس والمحامى والمحاسب، يعملون بأجر، فإذا تعاقد العميل مع أحد منهم فالمفروض أن العمل يكون بأجر حتى لو سكت المتعاقدان ولم يذكرا أى شئ عن الأجر. وقد طبقت المادة ٦٦٠ مدنى هذا المبدأ على المهندس المعمارى، إذ تنص الفقرتان الأولى والثانية من هذه المادة على أنه «١- يستحق المهندس المعمارى أجراً مستقلا عن وضع التصميم وعمل المقايسة، وآخر عن إدارة

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٠.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٤٥ فى الهامش - وانظر آنفاً فقرة ٣٠ فى الهامش.

(٣) وقد نصت المادة ٦٣١ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فى هذا الصدد على ما يأتى: «يقدر اشتراط الأجر أو البدل فى الأحوال الآتية - ما لم يقم دليل على العكس: أولا- عند إتمام عمل ليس من المعتاد إجراؤه بلا مقابل. ثانياً- إذا كان العمل داخلا فى مهنة من يقوم به. ثالثاً- إذا كان العمل تجارياً أو قام به تاجر فى أثناء ممارسة تجارته» (انظر آنفاً فقرة ٣٠ فى الهامش).

الأعمال. ٢- فإذا لم يحدد العقد هذه الأجور، وجب تقديرها وفقاً للعرف الجارى». وسنعود إلى أجر المهندس المعمارى بالتفصيل فيما يلى[١]. وكذلك المحامى، فإن قانون المحاماة أورد من النصوص ما يكفل له تقدير أجره، عندما لا يكون هناك اتفاق بينه وبين موكله على الأتعاب. وسنعرض لذلك عند الكلام فى الوكالة[٢] لأن العنصر الغالب فى التعاقد مع المحامى هو عنصر التوكيل كما سبق القول.

٨٩- عدم ضرورة تعيين مقدار الأجر: وإذا كان وجود الأجر ضرورياً فى عقد المقاولة، فإنه ليس من الضرورى تعيين مقدار الأجر. وقد قدمنا عند الكلام فى الأجر كركن فى المقاولة أنه لا يشترط أن يعين المتعاقدان مقداره، فإذا لم يعينا المقدار تكفل القانون بهذا التعيين كما سنرى. وذكرنا أن ركن الأجر فى هذه الناحية يختلف عن ركنى التراضى والعمل، فهذان ركنان يجب أن يعينهما المتعاقدان فى عقد المقاولة، وإلا كان العقد باطلا[٣]. ويختلف ركن الأجر فى المقاولة أيضاً عن ركن الثمن فى البيع، فالثمن لابد من تعيين مقداره فى عقد البيع أو فى القليل جعل هذا المقدار قابلا للتعيين، ولا شأن للقانون بتعيين مقدار الثمن. وذلك بخلاف الأجر فى المقاولة والأجرة فى الإيجار، فإن القانون عند سكوت المتعاقدين يتكفل بتعيين مقدارهما.

٩٠- كيف يعين مقدار الأجر عند الاتفاق على تعيينه- نص قانونى: تنص المادة ٦٥٩ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«إذا لم يحدد الأجر سلفاً، وجب الرجوع فى تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المقاول»[٤].

---

(١) انظر فقرة ١٠٥ وما بعدها.

(٢) انظر ما يلى فقرة ٢٨٠.

(٣) انظر آنفاً فقرة ٣٠.

(٤) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ٨٨٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «إذا لم يحدد الثمن سلفاً، أو حدد على وجه تقريبى، وجب الرجوع فى تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المقاول». وفى لجنة المراجعة حذفت عبارة «أو حدد على وجه تقريبى»، ووضع يدل لفظ «الثمن» لفظ «الأجر»، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، وصار رقمه ٦٨٨ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٨٧، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٥٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٤٥- ص٤٦).

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى القديم، ولكن النص ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة.

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدنى السورى م٦٢٥ (مطابق).

وقد قدمنا عند الكلام في الأجر كركن في المقاولة أنه يجب التمييز بين عدم الاتفاق على مقدار الأجر إذ يتكفل القانون في هذه الحالة بتحديد هذا المقدار كما رأينا، وبين أن يعرض المتعاقدان للأجر ويعجزا عن الاتفاق على مقداره وفي هذه الحالة تكون المقاولة باطلة لانعدام أحد أركانها[1].

ونحن هنا في صدد الفرض الأول، وهو أن يسكت المتعاقدان عن تعيين مقدار الأجر، فيتكفل القانون بتعيين هذا المقدار. ويخلص من نص المادة ٦٥٩ مدني سالفة الذكر أن تعيين مقدار الأجر في هذه الحالة يقوم على عنصرين: قيمة العمل الذي أتمه المقاول، وما تكبده من نفقات في إنجازه. وعند الخلاف يعين القاضي مقدار الأجر مسترشداً بهذين العنصرين، ويسترشد بوجه خاص بالعرف الجاري في الصنعة في تحديد قيمة العمل. ويدخل في الحساب طبيعة العمل، فقد يكون معقداً في حاجة إلى مهارة فنية كبيرة، وقد يتضمن تبعات جساما ومسئوليات يتعرض لها المقاول. ويدخل طبعاً في الحساب كمية العمل، والوقت الذي استغرقه إنجازه، ومؤهلات المقاول وكفايته الفنية وسمعته[2]. وتشمل نفقات المقاول أثمان المواد التي استخدمت في العمل، وأجور العمال، وغير ذلك من النفقات التي صرفها فعلا لإنجاز العمل. وقد يتكفل عرف المهنة بتحديد مقدار الأجر. فالحائك أجره متعارف عليه في السوق، تبعاً لسمعته ومهارته[3]، والحجام، والكواء، والسباك، والنجار، والنقاش إلخ إلخ. وأجر الطبيب يتحدد تبعاً لعرف مهنة الطب، ويسترشد في ذلك بسمعة الطبيب ومهارته الفنية وطبيعة العلاج أو العملية الجراحية، وثروة المريض. وأجر المهندس المعماري عن وضع التصميم والمقايسة غير أجره عن الإشراف على تنفيذ الأعمال (م٦٦٠ مدني).

=**التقنين المدني الليبي** م٦٥٨ (مطابق).

التقنين المدني العراقي م٨٨٠: ١- إذا لم تحدد الأجرة سلفاً أو حددت على وجه تقريبي، وجب الرجوع في تحديدها إلى قيمة العمل ونفقات المقاول. ٢- ويجب اعتبار أن هناك اتفاقا ضمنياً على وجوب الأجر، إذا تبين من الظروف أن الشيء أو العمل الموصى به ما كان ليؤدى إلا لقاء أجر يقابله. (وأحكام التقنين العراقي تتفق مع أحكام التقنين المصري).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م٦٣٢: إذا لم يعقد اتفاق على تعيين الأجر أو بدل العمل، فبعين بحسب العرف. وإذا كانت هناك تعريفة أو رسم، وجب تطبيقهما. (وأحكام التقنين اللبناني قريبة من أحكام التقنين المصري).

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٠.

(٢) استئناف مختلط ٢٧ يناير سنة ١٩٠٤ م١٦ ص١١٧- دلفو فقرة ١٨- محمد لبيب شنب فقرة ٥٦ ص٦٨- ص٦٩.

(٣) بوتييه فقرة ٣٩٧ - جيوار ٢ فقرة ٦٨٩ - بودري وفال ٢ فقرة ٣٩٧٥.

وتعيين القاضى مقدار الأجر على النحو الذى بيناه هو فصل فى مسألة موضوعية، فلا رقابة عليه لمحكمة النقض[1].

٩١- توابع الأجر: وسواء اتفق المتعاقدان على مقدار الأجر أو تكفل القاضى بتعيين هذا المقدار، فإن للأجر توابع يجب أن تضاف إليه، ويلتزم رب العمل بدفعها كما يلتزم بدفع الأجر نفسه.

فنفقات دفع الأجر، إذا كان دفعه يقتضى نفقات خاصة، تكون على رب العمل. مثل ذلك أن يكون مشترطاً أن يكون الدفع بطريق حوالة بريدية أو بواسطة تحويل على مصرف، فتكون مصروفات الحوالة أو التحويل على رب العمل. كذلك نفقات فحص حساب المقاول وتسوية الحساب، سواء عهد رب العمل بذلك إلى مهندس معمارى أو إلى أى شخص آخر، تكون على رب العمل.

أما فوائد الأجر فتسرى فى شأنها القواعد العامة، فلا تكون هذه الفوائد مستحقة فى ذمة رب العمل إلا من وقت المطالبة القضائية بها (م٢٢٦ مدني). ولا شأن لتسليم العمل فى ذلك، فقد تستحق الفوائد قبل تسليم العمل إذا كان الأجر مستحقاً قبل التسليم وطالب المقاول به هو وفوائده مطالبة قضائية، وقد تستحق الفوائد بعد تسليم العمل، إذا لم يطالب بها المقاول مطالبة قضائية إلا بعد التسليم. على أنه إذا كان المقاول هو الذى قدم المادة التى استخدمت فى العمل وكان للمادة قيمة محسوسة، فقد قدمنا أن العقد يكون فى هذه الحالة مزيجاً من المقاولة والبيع، وتقع المقاولة على العمل وتنطبق أحكامها عليه، ويقع البيع على المادة وتسرى أحكامه فيما يتعلق بها[2]. ويترتب على ذلك أن الجزء من الأجر المقابل للمادة يعتبر ثمناً لها، وتسرى على فوائده القواعد المقررة فى فوائد الثمن. وتنص المادة ١/٤٥٨ مدنى فى هذا الصدد على أنه «لا حق للبائع فى الفوائد القانونية عن الثمن إلا إذا أعذر المشترى أو سلم الشئ المبيع وكان هذا الشئ قابلا أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره». ويستخلص من هذا النص أن للمقاول الحق فى فوائد الجزء من الأجر المقابل للمادة التى قدمها من وقت إعذار رب العمل بدفع الأجر المستحق وفوائده ولا ضرورة للمطالبة القضائية، أو من وقت تسليم المادة المصنوعة إلى رب العمل[3].

---

(١) نقض فرنسى ٤ مارس سنة ١٩٥٨ داللوز ١٩٥٨-٤٩٥- بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٨٤ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩١٥ ص١٥٢- محمد لبيب شنب فقرة ٥٦ ص٧١.

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦ فى آخرها.

(٣) انظر فى هذا المعنى جيوار ٢ فقرة ٨١٤ وفقرة ٨٢١- بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٢ ص١٧١- نقض فرنسى ١٩ يوليه سنة ١٨٧٠ داللوز ٧٢ -١- ١٨- وانظر عكس ذلك وأن =

٩٢- مقدار الأجر المتفق عليه لا يجوز تعديله: وفى الحالة التى يتفق فيها المتعاقدان على مقدار الأجر أو على الأسس التى يقوم عليها التقدير، لا يجوز تعديل الأجر المتفق عليه بالزيادة أو بالإنقاص إلا باتفاق الطرفين(١)، ولا يجوز لأحد منهما أن يستقل بالتعديل، وذلك وفقاً للقواعد العامة المقررة فى نظرية العقد (م١٤٧ مدنى)(٢). ويختلف أجر المقاول فى ذلك عن أجر الوكيل، فإن أجر الوكيل خاضع لتقدير القاضى ولو كان المقدار متفقاً عليه بين المتعاقدين (م٢/٧٠٩ مدنى).

وقد رأينا عند تمييز المقاولة عن الوكالة أن العقد قد يقع على مزيج من الأعمال المادية والتصرفات القانونية، كما هى الحال فى المحامى والمهندس المعمارى، فيكون العقد مقاولة فيما يتعلق بالأعمال المادية ووكالة فيما يتعلق بالتصرفات القانونية(٣)، ومن ثم تطبق أحكام المقاولة وأحكام الوكالة فيجوز تخفيض الأجر فى الجزء المتعلق بأعمال الوكالة دون الجزء المتعلق بأعمال المقاولة(٤). فإذا تعذر تعيين جزء من الأجر لأعمال الوكالة وجزء

=الفوائد لا تستحق فى هذه الحالة من وقت التسليم بل تسرى قواعد المقاولة فتسرى من وقت المطالبة القضائية بها: لوران ٢٦ فقرة فقرة ١٥- بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠١٧- محمد لبيب شنب فقرة ١٢٩ ص١٥٤.

ومن توابع الأجر النفحة (gratification) التى يعد بها رب العمل الصانع فوق أجره، فهذه يلتزم رب العمل بدفعها، ما لم يثبت أن عمل الصانع لم يكن مرضياً (أنسكيلوبيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv, et d'ind. فقرة ٧٥).

(١) وكذلك لا يجوز تعليق دفع الأجر على تقاضى رب العمل تعويضا عما أصابه من ضرر بخطأ الغير فى العمل الذى أنجزه المقاول، فإن العلاقة ما بين رب العمل والمقاول ويحكمها عقد المقاولة غير العلاقة ما بين رب العمل والغير الذى أحدث الضرر وتحكمها المسئولية التقصيرية (أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Lonage d'ouv. et d'ind. فقرة ٧٧).

(٢) بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٩٤- بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٢ ص١٧٠- محمد كامل مرسى فقرة ٦١٤ ص٥١٧- محمد لبيب شنب فقرة ١٣٥- على أنه إذا وقع خطأ مادى فى حساب الأجر فإنه يجب تصحيح هذا الخطأ بالزيادة أو بالإنقاص، كما لو وقع خطأ فى حساب الأعمال التى تمت أو فى الأسعار وفقاً لما جاء فى المقايسة (نقض مدنى ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٩٨ ص٩٢٣- استئناف مختلط ٣ أبريل سنة ١٩٣٤ م٤٦ ص٢٢٤- محمد لبيب شنب فقرة ١٣٦ ص١٦٣).

ويذهب بعض الفقهاء إلى أنه يحسن تدخل المشرع وجعل أجر المقاولة قابلا للتخفيض إذا وقعت فيه مغالاة، نظراً لأن المقاول أو المهندس رجل فنى وهو أقوى كثيراً من رب العمل الذى تنقصه الخبرة والتجارب، وذلك بدلا من أن يلجأ القضاء إلى التحايل فيتلمس فى قواعد عقد الوكالة أو فى عيوب الإرادة ما يسمح له بإنقاص الأجر (محمد لبيب شنب فقرة ١٣٦).

(٣) انظر آنفاً فقرة ٥.

(٤) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٢- ديجون ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٤ سيريه ١٩٣٥-٢-٥٥- =

آخر لأعمال المقاولة، نظر إلى العنصر الغالب، فيكون العقد وكالة فيما يتعلق بالمحامى ويجوز تخفيض أجره، ومقاولة بالنسبة إلى المهندس ولا يجوز تخفيض الأجر(١).

٩٣- استثناءات ثلاثة يجوز فيها تعديل الأجر المتفق عليه: على أنه استثناء من القاعدة المتقدم ذكرها من أنه لا تجوز مراجعة الأجر المتفق عليه إلا باتفاق الطرفين معاً، توجد أحوال ثلاثة يجوز فى بعض صورها تعديل الأجر بالزيادة أو بالنقص دون حاجة لاتفاق الطرفين. وهذه الأحوال الثلاث هى:

١- الاتفاق على أجر بمقتضى مقايسة على أساس الوحدة، فتجوز زيادة الأجر بشروط معينة إذا اضطر المقاول إلى مجاوزة المقايسة مجاوزة محسوسة (م٦٥٧ مدنى).

٢- الاتفاق على أجر إجمالى على أساس تصميم معين، فلا تجوز زيادة الأجرة إلا إذا حصل فى التصميم تعديل أو إضافة وكان ذلك راجعاً إلى خطأ رب العمل، أو إلا إذا انهار التوازن الاقتصادى بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة (م٦٥٨ مدنى).

٣- أجر المهندس المعمارى، فيجوز إنقاصه فى صورة ما إذا لم يتم العمل بمقتضى التصميم الذى وضعه (م٦٦٠ مدنى)(٢).

فنستعرض هذه الأحوال الثلاث متعاقبة، لنتبين فى أية صورة من صور كل منها تجوز زيادة الأجر أو إنقاصه.

=السين ١٩ يوليه سنة ١٨٩٣ جازيت دى پاليه ٩٤-١- .Suppl ٦-٤- فبراير سنة ١٩٠٥ Le Droit ١٠ سبتمبر سنة ١٩٠٥- عكس ذلك بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٧٤.

(١) انظر آنفاً فقرة ٥- وفى فرنسا لا يجوز تخفيض أجر المقاول المتفق عليه إطلاقاً، وذلك طبقاً لأحكام المادة ٨ من دكريتو ٢٤ سبتمبر سنة ١٩٤١ وهو الدكريتو الخاص بواجبات المهندس المعمارى (أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ هامش ٤١/٥- بلانيول وريبير ورواست ١ فقرة ٩٣٢ ص١٧١).

(٢) ولا يعد استثناء أن يخفض الأجر بسبب فسخ العقد قبل إنجاز العمل، كأن يتحلل رب العمل من المقاولة طبقاً لأحكام المادة ٦٦٣ مدنى أو ينتهى عقد المقاولة بموت المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار فى التعاقد طبقاً لأحكام المادة ٦٦٦ مدنى، ففى هذه الأحوال يخفض الأجر بما يجعله مناسباً لما أنجز من العمل كما سنرى - وقد نصت المادة ٦٧٤ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فى هذا الصدد على ما يأتى: «إذا انقطع العمل لسبب ليس له علاقة بمشيئة الفريقين، فلا يحق للصانع أن يقبض من الأجرة إلا ما يناسب العمل الذى أتمه، مع الاحتفاظ بتطبيق المادة ٦٧١ المتعلقة بهلاك المواد التى قدمها».

١ – الاتفاق على أجر بمقتضى مقايسة على أساس الوحدة

٩٤– نص قانوني: تنص المادة ٦٥٧ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«١– إذا أبرم عقد بمقتضى مقايسة على أساس الوحدة، وتبين فى أثناء العمل أن من الضرورى لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المقايسة مجاوزة محسوسة، وجب على المقاول أن يخطر فى الحال رب العمل بذلك مبينا مقدار ما يتوقعه من زيادة فى الثمن، فإن لم يفعل سقط حقه فى استرداد ما جاوز به قيمة المقايسة من نفقات».

«٢– فإذا كانت المجاوزة التى يقتضيها تنفيذ التصميم جسيمة، جاز لرب العمل أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ، على أن يكون ذلك دون إبطاء، مع إيفاء المقاول قيمة ما أنجزه من الأعمال مقدرة وفقاً لشروط العقد، دون أن يعوضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل»(١).

---

(١) **تاريخ النص**: ورد هذا النص فى المادة ٨٧٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «١– إذا أبرم العقد على أساس مقايسة بسعر الوحدة وتبين فى أثناء العمل أنه من الضرورى لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المصروفات المقدرة فى المقايسة مجاوزة محسوسة، وجب على المقاول أن يخطر فى الحال رب العمل بذلك مبيناً مقدار ما يتوقعه من زيادة فى الثمن. فإن لم يفعل، سقط حقه فى استرداد ما جاوز به قيمة المقايسة من نفقات. ٢– فإذا كانت المجاوزة التى يقتضيها التصميم جسيمة، جاز لرب العمل بأن يتحلل من العقد، على أن يكون ذلك دون إبطاء مع إعطاء المقاول التعويضات المنصوص عليها فى المادة ٨٨٥ إلا ما تعلق منها بما فاته من كسب». وفى لجنة المراجعة عدلت الفقرة الثانية على الوجه الآتى: «فإذا كانت المجاوزة التى يقتضيها تنفيذ التصميم جسيمة، جاز لرب العمل أن يتحلل من العقد، على أن يكون ذلك دون إبطاء مع تعويض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال دون أن يعوضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل». وأصبح رقم المادة ٦٨٦ فى المشروع النهائى. وفى اللجنة التشريعية لمجلس النواب عدل صدر الفقرة الأولى على الوجه الآتى: «إذا أبرم عقد بمقتضى مقايسة على أساس الوحدة، وتبين فى أثناء العمل أن من الضرورى لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المقايسة المقررة مجاوزة محسوسة»، وذلك لأن النص الأصلى قد ينصرف معناه إلى أن المقصود بالمجاوزة هو مجاوزة السعر الوارد فى المقايسة، مع أن المقصود هو حالة مجاوزة الكم لا السعر. ووافق مجلس النواب على النص كما عدلته لجنته تحت رقم ٦٨٥. وفى لجنة مجلس الشيوخ عدلت الفقرة الثانية باستبدال عبارة «مع إبقاء المقاول قيمة ما أنجزه من الأعمال مقدرة وفقاً لشروط العقد دون أن يعوضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل» بعبارة «مع تعويض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه عن الأعمال دون أن يعوضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل»، وذلك حتى يقتصر التزام رب العمل على الوفاء بقيمة ما أنجزه المقاول من الأعمال وفقاً لشروط العقد، دون التزامه بما يجاوز هذه القيمة من مصروفات أنفقها المقاول مجاوزة للمتوقع من قيمة المقايسة، فالأمر إذن لم يسفر إلا عن تنفيذ المقاولة تنفيذاً جزئياً. وقد صار النص بذلك مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، وأصبح رقمه ٦٥٧. ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٣٧– ص٤٠).

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى القديم، ويمكن القول إن النص يقرر أحكاماً تتفق مع النية المحتملة للمتعاقدين، فهو من هذه الناحية لا يخرج على القواعد العامة.

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى ٦٢٣، وفى التقنين المدنى الليبى م٦٥٦- وفى التقنين المدنى العراقى م٨٧٩- إلا مقابل له فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى(١).

٩٥- شروط ثلاثة لانطباق النص: ويتبين من النص سالف الذكر أن هناك شروطاً ثلاثة يجب توافرها حتى ينطبق:

(الشرط الأول) أن يكون الأجر فى المقاولة متفقاً عليه بمقتضى مقايسة على أساس الوحدة (marché sur devis). فإذا كان مقدار الأجر غير متفق عليه أصلا، أو كان متفقاً عليه ولكنه كان أجراً إجمالياً على أساس تصميم معين (marché à forfait)، فإن النص لا ينطبق. والحكمة فى ذلك أنه فى حالة ما إذا لم يتفق على مقدار الأجر، فقد قدمنا أن هذا المقدار يتكفل بتعيينه القاضى، فلا محل للبحث فيما إذا كان يزيد أو ينقص لأنه غير معين المقدار منذ البداية. وإذا كان الأجر أجراً إجمالياً على أساس تصميم معين، فإنه لا يزيد ولا ينقص، كما سنرى، لتعديل فى التصميم أو لزيادة فى الأسعار، إلا فى ظروف خاصة وبشروط معينة سيأتى ذكرها عند بحث هذه الحالة. فالواجب إذن أن يكون الأجر مقدراً بمقتضى مقايسة على أساس سعر الوحدة، حيث يقتضى ذلك أن يتفاوت الأجر بحسب كمية الأعمال التى تمت، فلا يكون فى زيادة الأجر إذا اقتضى الأمر ذلك على ما سنرى ما يخالف طبيعة الاتفاق.

(الشرط الثانى) مجاوزة المقايسة مجاوزة محسوسة لسبب لم يكن معروفاً وقت العقد. والمقصود بمجاوزة المقايسة مجاوزة محسوسة مجاوزة كميات الأعمال المقدرة فى المقايسة، لا مجاوزة أسعارها. فإذا ورد فى المقايسة مثلا كميات معينة للأعمال الخاصة بالأساس، ثم رأى المقاول عند حفر الأساس أنه يجب تعميقه أكثر مما قدر فى المقايسة وأن هذا التعميق تقتضى كميات من العمل تزيد زيادة محسوسة عما هو وارد فى المقايسة، فتلك هى

---

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدنى السورى م٦٢٣ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م٦٥٦ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى م٨٧٩ (موافق).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى: لا مقابل (ولكن النص كما قدمنا لا يخرج على القواعد العامة).

المجاوزة المحسوسة التى يقتضيها الشرط الثانى. أما إذا كانت المجاوزة متعلقة بالأسعار فلا يعتد بها، والعبرة بالأسعار الواردة فى المقايسة إذ المفروض أنها وضعت بعد أن دخل فى الاعتبار كل الاحتمالات المعقولة لتغير الأسعار، ومن الممكن النص صراحة على ربط هذه الأسعار بأسعار السوق الفعلية فيما إذا زادت هذه الأسعار الأخيرة أو نقصت بنسبة معينة. وعلى كل حال لا يقام لزيادة الأسعار الفعلية عن الأسعار الواردة فى المقايسة وزن إلا فى حدود نظرية الظروف الطارئة مطبقة فى مبدأها العام، لا فى صورتها الخاصة الواردة فى الحالة الثانية المتعلقة بالاتفاق على أجر إجمالى للمقاولة على أساس تصميم معين وهى الصورة التى سنتولى تفصيلها فيما يلى. والذى يدل على أن المقصود بالمجاوزة المحسوسة هى المجاوزة فى الكم لا المجاوزة فى السعر أن المشروع التمهيدى لصدر الفقرة الأولى من المادة ٦٥٧ مدنى كان يجرى على الوجه الآتى: «إذا أبرم العقد على أساس مقايسة بسعر الوحدة، وتبين فى أثناء العمل أنه من الضرورى لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المصروفات المقدرة فى المقايسة مجاوزة محسوسة..». وفى اللجنة التشريعية لمجلس النواب عدل هذا النص على الوجه الآتى: «إذا أبرم عقد بمقتضى مقايسة على أساس الوحدة، وتبين فى أثناء العمل أنه من الضرورى لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المقايسة المقدرة مجاوزة محسوسة..». وقيل فى اللجنة، تبريراً لاستبدال عبارة «مجاوزة المقايسة المقدرة مجاوزة محسوسة» بعبارة مجاوزة المصروفات المقدرة فى المقايسة مجاوزة محسوسة» ما يأتى: «إن النص الأصلى قد ينصرف معناه إلى أن المقصود بالمجاوزة هو مجاوزة السعر الوارد فى المقايسة، مع أن المقصود هو حالة مجاوزة الكم لا السعر»(١). ولابد أن تكون مجاوزة الكم مجاوزة محسوسة كما هو صريح النص، فإذا لم تكن محسوسة بأن زاد الكم زيادة طفيفة، وجبت زيادة الأجر بما يقابل هذه الزيادة ولا خيار لرب العمل(1). وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ما إذا كانت

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٣٧- ص٣٩- وانظر آنفاً فقرة ٩٤ فى الهامش.

(1) يدل نص الفقرة الأولى من المادة ٦٥٧ من القانون المدنى على أن الحكمة التى توخاها المشرع من الاخطار هى عدم مفاجأة رب العمل بمجاوزة المقايسة المقدرة مجاوزة لم يكن يتوقعها ولم يدخلها فى حسابه فإذا كان يعلم بهذه المجاوزة أو يتوقعها عند التعاقد فلا حاجة لوجوب الاخطار المشار إليه، ويبقى للمقاول الحق فى استرداد ما جاوز به قيمة المقايسة من نفقات على أساس سعر الوحدة المتفق عليه فى العقد - لما كان ذلك وكان الثابت بالعقد المؤرخ ١٩٦٦/٣/٢٨ والمودع بملف الطعن - أنه تضمن إسناد الشركة المطعون ضده للطاعن القيام بتوريد وتركيب الطبقة العازلة فى أربع عمارات بمنطقة الشيخ هارون بأسوان - كما ورد بجدول المقايسة المرفق - اتفاق الطرفين على أن الكميات الواردة بها قابلة للزيادة والعجز والاضافة والإلغاء - وهو ما يفيد أن رب العمل كان يتوقع مجاوزة المقايسة المقدرة عند التنفيذ وإذ كان البين من الحكم المطعون فيه أنه اشار فى مدوناته إلى هذا الجدول وإلى ما تضمنه من اتفاق الطرفين على أن الكميات الواردة به قابلة للزيادة أو العجز إلى أن المعاينة =

الزيادة محسوسة فيعتد بها أو غير محسوسة فلا تكون محل اعتبار، وتقديره لا يخضع لرقابة محكمة النقض.

ولا يكفى أن تكون الزيادة محسوسة، بل يجب أيضاً ألاّ تكون متوقعة وقت إبرام عقد المقاولة. ويفهم ذلك من سياق النص، إذ تقول الفقرة الأولى من المادة ٦٥٧ مدنى كما رأينا: «.. وتبين فى أثناء العمل أن من الضرورى لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المقايسة المقدرة مجاوزة محسوسة..». ومؤدى ذلك أن المجاوزة المحسوسة لم تكن متبينة عند إبرام عقد المقاولة، وإنما تبينت فى أثناء العمل. فإذا كانت المجاوزة متوقعة عند إبرام عقد المقاولة أو كان من الممكن توقعها، زاد الأجر بمقدار هذه المجاوزة ولا خيار لرب العمل.

(الشرط الثالث) أن يخطر المقاول بمجرد تبينه للزيادة رب العمل بذلك. وتقول العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٦٥٧ مدنى فى هذا المعنى كما رأينا: «وجب على المقاول أن يخطر فى الحال رب العمل بذلك مبيناً مقدار ما يتوقعه من زيادة فى الثمن، فإن لم يفعل سقط حقه فى استرداد ما جاوز به قيمة المقايسة من نفقات». فالواجب إذن أن يخطر المقاول رب العمل بما يتوقعه من زيادة. ولم يشترط النص شكلا خاصاً لهذا الإخطار، ولا ميعاداً معيناً يجب أن يتم فيه. ولذلك يجوز أن يكون الإخطار على يد محضر، أو بكتاب مسجل، أو بكتاب عادى، أو شفوياً، وعلى المقاول عبء إثبات أن الإخطار قد تم. ويجب أن يتم الإخطار فور تبين المقاول للزيادة، فإذا سكت عن الإخطار بعد تبينه الزيادة مدة لا مبرر لها، حمل ذلك على أنه قد نزل نزولا ضمنياً عن حقه فى استرداد قيمة الزيادة، وبقى الأجر كما جاء فى المقايسة دون تعديل. ويجب أن يشتمل الإخطار على مقدار ما يتوقعه المقاول من الزيادة فى الكم وما يستتبع ذلك من زيادة فى الأجر، ويتقيد بما ذكره فى الإخطار، فإن تبين بعد ذلك أن المجاوزة تزيد على ما قدر، فالعبرة بمقدار الزيادة التى ذكرها فى الإخطار لا بمقدار الزيادة الفعلية. ومن ثم يحسن بالمقاول أن يحتاط، ويكتفى فى الإخطار بذكر الأسس التى تقوم عليها الزيادة المتوقعة دون أن يذكر رقما معيناً لهذه المجاوزة، تاركاً ذلك لما يسفر عنه تنفيذ العمل من نتيجة فعلية.

فإذا لم يخطر المقاول رب العمل بالمجاوزة، أو أبطأ فى إخطاره دون مبرر، أو لم يذكر فى الإخطار مقدار ما يتوقعه من الزيادة أو فى القليل الأسس التى تقوم عليها المجاوزة

=الميدانية التى أجراها الخبير أثبتت أن الأعمال المنفذة تمت كلها فى نطاق العمارات الأربع محل التعاقد فإنه إذ استلزم لاستحقاق الطاعن ما جاوز به قيمة المقايسة من نفقات وجوب إخطار الشركة المطعون ضدها – يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وتأويله بما يستوجب نقضه.

(جلسة ١٩٨٤/٣/١٢ الطعن رقم ١١٦٤ لسنة ٤٨ق س٣٥ ص٦٤٥)

المتوقعة، «سقط حقه فى استرداد ما جاوز به قيمة المقايسة من نفقات» كما يقول النص، وبقى الأجر كما جاء فى المقايسة دون تعديل، وذلك بالرغم من وقوع مجاوزة محسوسة لما هو مقدر فى المقايسة.

٩٦- ما يترتب على توافر الشروط الثلاثة - فرضان: فإذا توافرت هذه الشروط الثلاثة على النحو الذى فصلناه، فإن هناك فرضين يجب التمييز بينهما لأن لكل فرض منهما حكمه الخاص به. فإما أن تكون المجاوزة المحسوسة غير جسيمة وهذا هو الفرض الأول، وإما أن تكون هذه المجاوزة جسيمة وهذا هو الفرض الثانى.

٩٧- الفرض الأول - المجاوزة غير جسيمة: لم تعرض المادة ٦٥٧ مدنى سالفة الذكر لهذا الفرض صراحة، ولكن مفهوم المخالفة من نص الفقرة الثانية من المادة المذكورة يستخلص منه أن رب العمل لا يستطيع أن يتحلل من عقد المقاولة بسبب المجاوزة المحسوسة غير الجسيمة، وبأنه تجب زيادة الأجر بما يتناسب مع هذه المجاوزة، شاء رب العمل أو أبى.

وتقدير ما إذا كانت المجاوزة المحسوسة جسيمة فتجيز لرب العمل التحلل من المقاولة كما سيأتى، أو غير جسيمة فتبقى رب العمل مقيدا بالمقاولة مع زيادة الأجر الزيادة المناسبة كما سبق القول، مسألة واقع يبت فيها قاضى الموضوع دون معقب عليه من محكمة النقض. فإذا تبين مثلا أن المجاوزة هى ١٠ ٪ من الأعمال التى كانت مقدرة فى المقايسة، فالغالب أن قاضى الموضوع لا يعتبر هذه المجاوزة جسيمة، ويقضى بزيادة الأجر ١٠ ٪ عما كان مقدراً فى المقايسة. ويبرر زيادة الأجر فى الفرض الذى نحن بصدده أن الزيادة عادلة إذ لها ما يقابلها، وهى بعد غير مرهقة لرب العمل إذ هى زيادة غير جسيمة.

٩٨- الفرض الثانى - المجاوزة جسيمة: أما إذا كانت المجاوزة جسيمة، فقد تكفلت الفقرة الثانية من المادة ٦٥٧ مدنى ببيان الحكم فى ذلك، إذ تقول كما رأينا: «فإذا كانت المجاوزة التى يقتضيها تنفيذ التصميم جسيمة، جاز لرب العمل أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ، على أن يكون ذلك دون إبطاء، مع إيفاء المقاول قيمة ما أنجزه من الأعمال مقدرة وفقاً لشروط العقد، دون أن يعوضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل». ويستخلص من هذا النص أنه إذا كانت المجاوزة جسيمة، فإن رب العمل يكون بالخيار بين أمرين:

(الأمر الأول) أن يبقى مقيداً بالمقاولة، ويطلب من المقاول إتمام العمل. وفى هذه الحالة يزيد الأجر بما يتناسب مع الزيادة الجسيمة. ويبقى عقد المقاولة نافذاً بجميع شروطه، فيما عدا الأجر فإنه يزيد الزيادة المناسبة كما سبق القول.

(الأمر الثانى) أن يتحلل رب العمل من المقاولة إذا رأى أن الزيادة الجسيمة فى الأجر مرهقة له. وفى هذه الحالة يطلب من المقاول وقف العمل، على أن يكون ذلك دون إبطاء.

فإذا أبطأ فى هذا الطلب إبطاء لا مبرر له، كان للمقاول أن يمضى فى العمل ويفترض أن رب العمل قد اختار الأمر الأول أى إبقاء المقاولة مع الزيادة فى الأجر. والطلب الذى يتقدم به رب العمل لوقف التنفيذ لا يشترط فيه شكل خاص، فقد يكون على يد محضر أو مكتوباً أو شفوياً، ولكن عبء إثبات التقدم بهذا الطلب يقع على رب العمل. فإذا تقدم رب العمل بهذا الطلب، وجب على المقاول أن يقف تنفيذ العمل، ويتحلل رب العمل من المقاولة. ولكن يجب عليه أن يعوض المقاول بإيفائه «قيمة ما أنجزه من الأعمال مقدرة وفقاً لشروط العقد، دون أن يعوضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل». فيرد للمقاول قيمة ما أنجزه من الأعمال إلى يوم إخطاره بوقف العمل، وتقدر هذه القيمة، لا بحسب ما أنفق المقاول فعلا، بل بحسب ما هو مقدر طبقاً لما جاء فى المقايسة. فقد تكون القيمة التى أنفقها المقاول فعلا، نظراً لارتفاع فى بعض الأسعار، أكبر من القيمة المقدرة طبقاً للمقايسة، فلا يسترد المقاول إلا القيمة الأخيرة، وبذلك يكون عقدالمقاولة قد نفذ تنفيذاً جزئياً لا تنفيذاً كلياً[1]. ويجبر المقاول على هذا التنفيذ الجزئى. وليس له أن يطالب رب العمل بتعويضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل، كما يكون له ذلك فى حالة أخرى هى حالة تحلل رب العمل من العقد بإرادته المنفردة وفقاً لأحكام المادة ٦٦٣ مدنى وسيأتى بحثها تفصيلا فيما يلى[2]. ذلك لأن رب العمل لم يتحلل هنا من العقد بمحض رغبته كما يتحلل منه بإرادته المنفردة فى الحالة الأخرى، بل هو قد اضطر للتحلل منه أمام هذه الزيادة الجسيمة المرهقة فى الأجر، ومن ثم لا يجبر على تعويض المقاول عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل. ويمكن القول بأن تحلل رب العمل من المقاولة هنا هو

---

(١) وقد كان المشروع النهائى للفقرة الثانية من المادة ٦٥٧ مدنى يجرى على الوجه الآتى: «.. مع تعويض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال..». وفى لجنة مجلس الشيوخ عدل النص على الوجه الآتى: «... مع إيفاء المقاول قيمة ما أنجزه من الأعمال مقدرة وفقاً لشروط العقد». وقيل فى اللجنة تبريراً لهذا التعديل: «وذلك حتى يقتصر التزام رب العمل على الوفاء بقيمة ما أنجزه المقاول من الأعمال وفقاً لشروط العقد، دون إلزامه بما يجاوز هذه القيمة من مصروفات أنفقها، لأن رب العمل لم يكن مسئولا عن مجاوزة المصروفات المقدرة فى المقايسة وقد تكون قيمة المصروفات الفعلية التى أنفقها المقاول مجاوزة للمتوقع من قيمة المقايسة، فالأمر إذن لم يسفر إلا عن تنفيذ المقاولة تنفيذاً جزئياً» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٣٩ – ص٤٠ – وانظر آنفاً فقرة ٩٤ فى الهامش).

وغنى عن البيان أنه إذا نزلت بعض الأسعار عما هو مقدر فى المقايسة، يبقى رب العمل ملتزماً بإيفاء المقاول قيمة ما أنجزه من الأعمال مقدرة طبقاً لما جاء فى المقايسة، فيكون للمقاول الغنم فى هذا الفرض، كما كان عليه الغرم فى الفرض الأول.

(٢) انظر ما يلى فقرة ١٣٧ وما بعدها.

فسخ للعقد دون أن يكون لهذا الفسخ أثر رجعى، فما تم تنفيذه من العقد ينتج أثره، ويفسخ العقد فى الشطر الذى لم ينفذ(١).

٢- الاتفاق على أجر إجمالى على أساس تصميم معين

٩٩- نص قانونى: تنص المادة ٦٥٨ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«١- إذا أبرم العقد بأجر إجمالى على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل، فليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة فى الأجر ولو حدث فى هذا التصميم تعديل أو إضافة، إلا أن يكون ذلك راجعاً إلى خطأ من رب العمل، أو يكون مأذوناً به منه واتفق مع المقاول على أجره».

«٢- ويجب أن يحصل هذا الاتفاق كتابة، إلا إذا كان العقد الأصلى ذاته قد اتفق عليه مشافهة».

«٣- وليس للمقاول، إذا ارتفعت أسعار المواد الأولية وأجور الأيدى العاملة أو غيرها من التكاليف أن يستند إلى ذلك ليطلب زيادة فى الأجر، ولو بلغ هذا الارتفاع حداً يجعل تنفيذ العقد عسيراً».

«٤- على أنه إذا انهار التوازن الاقتصادى بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن فى الحسبان وقت التعاقد، وتداعى بذلك الأساس الذى قام عليه التقدير المالى لعقد المقاولة، جاز للقاضى أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد»(٢).

---

(١) ويصح تكييف تحلل رب العمل من المقاولة تكييفاً آخر. فيقال إن رب العمل وقع فى غلط جوهرى، وهو غلط اشترك فيه المقاول، إذ اعتقد الطرفان أن تنفيذ المقاولة لا يقتضى هذه الزيادة الجسيمة المرهقة. فلما كشف رب العمل عن غلطه، طلب إبطال العقد، وعوض المقاول عما أنجزه من العمل مقدراً طبقاً للمقايسة على أساس مبدأ الإثراء بلا سبب محوراً بعض التحوير. ولرب العمل ألا يطلب إبطال العقد، فيبقى العقد نافذاً بجميع شروطه مع زيادة الأجر. أما إذا كانت المجاوزة غير جسيمة، فالغلط لا يكون جوهرياً، ومن ثم لا يجوز لرب العمل إبطال العقد.

(٢) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ٨٧٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «١- إذا أبرم العقد بثمن جزافاً على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل، فليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة فى الثمن، حتى لو حدث فى هذا التصميم تعديل أو إضافة، إلا أن يكون ذلك راجعاً إلى خطأ من رب العمل، أو يكون هذا قد أذن به واتفق مع المقاول ثمنه. ٢- وليس للمقاول إذا ارتفعت أسعار المواد الأولية وأجور الأيدى العاملة أن يستند إلى ذلك ليطلب زيادة فى الثمن، حتى لو بلغ هذا =

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى القديم المادة ٥١٠/٤١٨(١).

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى م٦٢٤- وفى التقنين المدنى الليبى م٦٥٧- وفى التقنين المدنى العراقى م٨٧٧- ٨٧٨- وفى تقنين

=الارتفاع حداً يجعل تنفيذ العقد عسيراً. ٣- ويجب أن يحصل هذا الاتفاق كتابة، إلا إذا كان العقد الأصلى ذاته قد اتفق عليه مشافهة. ٤- على أنه إذا اختل التوازن الاقتصادى بين التزامات كل من رب العمل والمقاول اختلالا تاماً بسبب حوادث لم تكن منظورة وقت التعاقد، وانهار بذلك الأساس الذى قام عليه التقدير المالى لعقد المقاولة، جاز للقاضى أن يحكم بزيادة فى الثمن أو أن يأذن فى فسخ العقد». وفى لجنة المراجعة عدل ترتيب الفقرات وأدخلت تعديلات لفظية، فأصبح النص كما يأتى: «١- إذا أبرم العقد بأجر إجمالى على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل، فليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة فى الأجر، ولو حدث فى هذا التصميم تعديل أو إضافة، إلا أن يكون ذلك راجعاً إلى خطأ من رب العمل، أو يكون مأذوناً به منه وقد اتفق مع المقاول على أجره. ٢- ويجب أن يحصل هذا الاتفاق كتابة، إلا إذا كان العقد الأصلى ذاته قد اتفق عليه مشافهة. ٣- وليس للمقاول، إذا ارتفعت أسعار المواد الأولية وأجور الأيدى العاملة، أن يستند إلى ذلك ليطلب زيادة فى الأجر، ولو بلغ هذا الارتفاع حداً يجعل تنفيذ العقد عسيراً. ٤- على أنه إذا انهار التوازن الاقتصادى بين التزامات كل من رب العمل والمقاول انهياراً تاماً بسبب حوادث لم تكن فى الحسبان وقت التعاقد، وانعدم بذلك الأساس الذى قام عليه التقدير المالى لعقد المقاولة، جاز للقاضى أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد». وأصبح رقم المادة ٦٨٧ فى المشروع النهائى. وفى لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب أدخل على الفقرة الرابعة تعديل على الوجه الآتى: «على أنه إذا انهار التوازن الاقتصادى.. بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن فى الحسبان..»، فتقيدت الحوادث بأن تكون استثنائية عامة حتى يتحدد المقصود بالحوادث، وحتى تتمشى المادة التى نحن بصددها مع المادة ٢/١٥١ (م٢/١٤٧ مدنى فى خصوص الحوادث الطارئة)، إذ أن الأولى ليست إلا تطبيقاً للثانية. ووافق مجلس النواب على المادة كما عدلتها لجنته. وفى لجنة مجلس الشيوخ أضيفت عبارة «أو غيرها من التكاليف» فى الفقرة الثالثة لتواجه مسائل النقل والتأمين وغيرها، وفى الفقرة الرابعة حذفت عبارة «انهيارا تاما» لأن كلمة «انهار» الواردة فى صدر الفقرة تؤدى الغرض، كما استبدلت عبارة «وتداعى بذلك الأساس» بعبارة «وانعدم بذلك الأساس» لأن العبارة الأولى أوفى ببيان المقصود. وقد أصبح النص بعد هذه التعديلات مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، وأصبح رقمه ٦٥٨. ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٤٠- ص٤٥).

(١) **التقنين المدنى القديم م٥١٠/٤١٨**: لا يجوز لمن تعهد بعمل بالمقاولة أن يطلب بأية علة زيادة مبلغ المقاولة، إلا إذا زادت مصاريف العمل بسبب من صاحب العمل.

(ونص التقنين المدنى القديم ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة، وقد عمم النص ليشمل المقاولة بأجر إجمالى والمقاولة بسعر الوحدة. ويمتاز نص التقنين المدنى الجديد عنه بأنه يضيف إلى ذلك تطبيقاً مستحدثاً لنظرية الظروف الطارئة فى عقد المقاولة بأجر إجمالى، بعد أن تقرر المبدأ العام للنظرية فى المادة ٢/١٥١ مدنى. والأحكام المستحدثة فى نص التقنين المدنى الجديد لا تسرى إلا بالنسبة إلى عقود المقاولة المبرمة منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩).

الموجبات والعقود اللبنانى م٦٧٥(١).

ويتبين من النص سالف الذكر أن له نطاقاً خاصاً فى التطبيق، وفى هذا النطاق الخاص تكون القاعدة العامة هى عدم تعديل الأجر المتفق عليه، ومع ذلك فهناك فرضان استثنائيان يجوز فيهما هذا التعديل. فنتناول بالبحث هذه المسائل المختلفة.

١٠٠- نطاق تطبيق النص: جاء فى صدر الفقرة الأولى من هذا النص: «إذا أبرم العقد بأجر إجمالى على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل..». فالمفروض إذن أن هناك عقد مقاولة حدد فيه الأجر إجمالا على أساس تصميم متفق عليه بين المقاول ورب العمل. ونرى من ذلك أن هناك شروطاً ثلاثة يجب توافرها فى عقد المقاولة حتى يدخل فى نطاق تطبيق النص:

أولا- أن يكون الأجر قد حدد بمبلغ إجمالى لا يزيد ولا ينقص. وهنا نرى أن الحالة التى نحن بصددها غير الحالة الأولى التى سبق بحثها. ففى الحالة الأولى يكون الأجر فى عقد المقاولة مقدراً بحسب مقايسة على أساس سعر الوحدة، ومن ثم جاز أن يزيد الأجر إذا وقعت مجاوزة محسوسة للأعمال المقدرة فى المقايسة على النحو الذى فصلناه فيما تقدم(٢). أما هنا فالأجر يحدد إجمالا، وقد أراد رب العمل أن يحدد نهائياً ومقدماً مقدار الأجر الذى يدفعه. فإذا كان الأجر الإجمالى غير محدد تحديداً نهائياً، كأن اتفق الطرفان

---

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدنى السورى م٦٢٤ (مطابق للفقرتين الأولى والثانية من المادة ٦٥٨ من التقنين المصرى، ولم يورد التقنين السورى الفقرتين الأخيرتين، فلم يبق إلا تطبيق نظرية الحوادث الطارئة فى مبدأها العام كما هى مقررة فى المادة ٢/١٤٨ مدنى سورى).

التقنين المدنى الليبى م٦٥٧ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى م٨٧٧ و٨٧٨ (والنصان مطابقان لنص المشروع التمهيدى - م٨٧٩- من التقنين المدنى المصرى).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٦٧٥: من يقوم بعمل مقابل بدل معين بناء على رسم أو تقديم وضعه بنفسه أو وافق عليه، لا يجوز له أن يطلب زيادة على البدل بحجة أن النفقات تجاوزت المبلغ المقدر فى الرسم أو فى التقويم، إلا إذا كان صاحب الأمر هو الذى سمح له صراحة بتجاوز المبلغ، أو كان هناك نص على العكس.

(ونص التقنين اللبنانى يقارب نص المادة ١٧٩٣ مدنى فرنسى. ولا يشتمل - كما اشتمل التقنين المصرى - على تطبيق خاص لنظرية الظروف الطارئة فى حالة علو الأسعار أو الأجور. ولما كان التقنين اللبنانى لا يقر نظرية الظروف الطارئة فى مبدأها العام، فلا مجال إذن لتطبيقها فى عقد المقاولة).

(٢) انظر آنفاً فقرة ٩٧.

في العقد على زيادة الأجر أو نقصه إذا تبين أن تكاليف العمل أقل أو أكثر مما كان مقدراً، فالأجر لا يكون محدداً إجمالا على وجه نهائى، ومن ثم لا يدخل هذا الفرض فى نطاق تطبيق النص، بل تسرى فى شأنه القواعد العامة فيزيد الأجر أو ينقص دون حاجة إلى اتفاق كتابى على تعديل التصميم وعلى مقدار الأجر(١).

ثانيا- أن تكون المقاولة على أساس تصميم متفق عليه، وذلك حتى تتبين حدود العمل على وجه كامل واضح نهائى. فيجب أن يكون التصميم كاملا، ولا يلزم أن يتمثل فى رسوم(٢) وإن كان هذا هو الغالب(٣)، ولكن يجب أن يكون وصفاً كاملا يتضمن جميع الأعمال المطلوبة. فلو اشتمل على جزء منها على أن يستكمل فيما بعد لم تكن المقاولة جزافية، إذ يجب أن يكون التصميم كاملا وقت إبرام المقاولة لا فى وقت لاحق(٤)، وذلك حتى تكون المقاولة قد أبرمت على أساس تصميم معين متفق عليه كما يقول النص (م١/٦٥٨ مدنى). ثم يجب أن يكون التصميم واضحاً، ومعنى الوضوح هنا أن يكون مفصلا دقيقاً، فلا يكون التصميم الذى لا يشتمل إلا على الخطوط الرئيسية للأعمال المطلوب إنجازها، أو إلا على مخطط تقريبى غير دقيق لهذه الأعمال، تصميماً واضحاً(٥). ويجب أخيراً أن يكون التصميم نهائياً، فإذا احتفظ أحد الطرفين بحق إجراء تعديل فى التصميم فى أثناء تنفيذ المقاولة، سواء بالإضافة أو بالحذف أو بالتغيير، فإن

---

(١) استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٩٠٩ م٢١ ص٢٥٤- ١٨ مايو سنة ١٩٣٣ م٤٥ ص٢٩٤- ١٤ مايو سنة ١٩٣٦ م٤٨ ص٢٦٧- ١٢ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م٤٩ ص١١- نقض فرنسى ٩ فبراير سنة ١٩٦٠ داللوز ١٩٦٠ - ٤٥ قسم الأحكام المختصرة - لاجراف فقرة ١٢ ص٣٣ وفقرة ١٥ ص٣٥- - ص٣٦- محمد لبيب شنب فقرة ١٣٩ ص١٦٤.

كذلك إذا حددت الأعمال المقدر لها الأجر الإجمالى فى تصميم متفق عليه بين الطرفين، فما زاد على هذه الأعمال مما يمكن أن يدخل فى عقد المقاولة لا يشمله الأجر الإجمالى، ولا يتحمله المقاول (استئناف مختلط ١٩ نوفمبر سنة ١٨٩٦ م٩ ص٣٥). ولكن ليس للمقاول أن يطلب زيادة فى الأجر بدعوى أن التصميم يختلف عن المقايسة وأنه نفذ ما ورد فى التصميم دون المقايسة (استئناف مختلط ١٩ نوفمبر سنة ١٨٩٦ م٩ ص٣٤).

(٢) لاجراف فقرة ٢١ ص٤٠.

(٣) ويكون إثبات التصميم طبقاً للقواعد العامة (بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠١٠ ص١١٣٩- أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ هامش ٣٨).

(٤) استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٩٠٩ م٢١ ص٢٥٤- لاجراف فقرة ٢٧ ص٥١- محمد لبيب شنب فقرة ١٣٩ ص١٦٥.

(٥) لاجراف فقرة ٢١ ص٤٠- محمد لبيب شنب فقرة ١٣٩ ص١٦٥.

التصميم لا يكون نهائياً، ولا تكون المقاولة قد أبرمت على أساس تصميم معين متفق عليه كما يقضى نص القانون[1].

ثالثا- أن يكون عقد المقاولة مبرماً بين رب العمل الأصلى والمقاول، أما إذا أبرم بين مقاول أصلى ومقاول من الباطن ففيما بينهما لا تسرى المادة ٦٥٨ مدنى وإنما تسرى القواعد العامة. فلو اتفق مقاول أصلى مع مقاول من الباطن على أن يقوم الأخير بعمل على أساس تصميم معين متفق عليه بأجر إجمالى جزافى، فإن القواعد العامة هى التى تسرى كما قدمنا، ويستطيع المقاول من الباطن أن يجرى تعديلا فى التصميم بعد موافقة المقاول الأصلى ولو موافقة ضمنية غير مكتوبة، ودون حاجة للاتفاق معه على الأجر الزائد فى مقابل هذا التعديل، ويرجع مع ذلك بالأجر الزائد حسب أهمية التغيير ونفقات العمل، وكان لا يستطيع ذلك لو أن المادة ٦٥٨ مدنى هى التى تسرى كما سنرى. والسبب فى ذلك أن المادة ٦٥٨ مدنى إنما وردت لتحمى رب العمل وهو عادة رجل غير فنى قليل الخبرة من المقاول وهو دائماً رجل فنى واسع الخبرة، ولا تتوافر حكمة النص فى العلاقة ما بين المقاول الأصلى والمقاول من الباطن إذ هما يتساويان فى المعرفة الفنية وفى الخبرة فيكفى فى العلاقة بينهما أن تسرى القواعد العامة[2]. ويلاحظ أن المادة ٦٥٨ مدنى، فى فقرتيها الثالثة والرابعة الخاصتين بانهيار التوازن الاقتصادى، تسرى فى العلاقة ما بين المقاول الأصلى والمقاول من الباطن، لأن العلة فى استبعاد النص فيما يتعلق بتعديل التصميم وثبات الأجر ليست موجودة بالنسبة إلى انهيار التوازن الاقتصادى.

ومتى توافرت هذه الشروط الثلاثة، فقد دخلنا فى نطاق تطبيق المادة ٦٥٨ مدنى، ولا

---

(١) استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٩٠٩ م٢١ ص٢٥٤- نقض فرنسى ٢٦ يونيه سنة ١٩٣٩ داللوز ١٩٣٩ - ٤٦٨- ١١ سبتمبر سنة ١٩٤٠ داللوز ١٩٤٠- ١٥٠- ٣ يونيه سنة ١٩٤٤ داللوز ١٩٤٥ -٨٠- ١٠ مايو سنة ١٩٦٠ داللوز ١٩٦٠- ٥٧١- بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٠٦ - لاجراف فقرة ٢٤ ص٤٨- محمد لبيب شنب فقرة ١٣٩ ص١٦٥- ١٦٦.

ويستثنى بعض الفقهاء حالة ما إذا احتفظ رب العمل بإجراء تعديلات طفيفة قليلة الأهمية بالنسبة إلى مجموع الأعمال (أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص٤١٧- ويشير إلى حكم محكمة النقض الفرنسية فى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٢ سيريه ١٩٣٣-١-٨٤). ولا يمنع من أن يكون الأجر إجمالياً الاتفاق على أن يوضع بيان نهائى بحالة الأعمال عقب إنجازها (استئناف مختلط ٤ فبراير سنة ١٩٠٤ م١٦ ص١٢٥).

(٢) جيوار ٢ فقرة ٨٨٨- بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠١٤ مكررة- أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص٤١٧- بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٤١ ص١٨٢- دى باج ٤ فقرة ٩٠٧ (ج) ص٩٣٨- محمد لبيب شنب فقرة ١٤٣- نقض فرنسى ٢٧ يناير سنة ١٩٣٧ جازيت دى پاليه ١٩٣٧ - ٥٢٤.

يهم بعد ذلك أن تكون المقاولة محلها إقامة بناء أو غير ذلك كصنع أثاث، أو أن يكون محلها عملا كبيراً كصنع سفينة أو عملا صغيراً كصنع مكتب أو مكتبة. فنص المادة ٦٥٨ مدنى مطلق لا يفرق بين فرض وآخر، بخلاف المادة ١٧٩٢ مدنى فرنسى فهى لا تتكلم إلا عن البناء، وبخلاف المادة ٢٢٧٠ مدنى فرنسى فهى لا تتكلم إلا عن الأعمال الكبيرة(١).

١٠١ – **القاعدة العامة**: وإذا توافرت الشروط الثلاثة التى فصلناها فيما تقدم، فإن الأجر الإجمالى الجزافى الذى اتفق عليه الطرفان فى عقد المقاولة لا يكون قابلا للتعديل، لا بالزيادة ولا بالنقص(٢). وذلك حتى لو أدخل المقاول تعديلا على التصميم، فلا يزيد الأجر بهذا التعديل بل يبقى كما هو، ولو كان التعديل هاماً نافعاً، بل ولو كان ضرورياً(٣). كذلك لا يزيد الأجر حتى لو زادت أسعار المواد الأولية، أو زادت أجور العمال، أو وقع حادث غير منتظر زاد فى تكاليف الأعمال، كما إذا تبين أن طبيعة الأرض تقتضى أعمالا أكثر كلفة (فيما عدا الغلط الجوهرى)، أو انتشر وباء أودهم غرق مما اقتضى أن تزيد التكاليف، أو زادت أجور نقل المواد الأولية أو أجور نقل العمال، أو زاد سعر التأمين على بعض الأعمال المطلوبة، أو زادت الضرائب المفروضة على استيراد بعض المواد. وقد كان المشروع التمهيدى للفقرة الثالثة من المادة ٦٥٨ مدنى تقتصر على ذكر ارتفاع أسعار المواد الأولية وأجور الأيدى العاملة، فأضافت لجنة مجلس الشيوخ عبارة «أو غيرها من التكاليف» «لتواجه مسائل النقل والتأمين وغيرها»(٤).

وليس هذا إلا تمشياً دقيقاً مع إرادة المتعاقدين. فقد قصد رب العمل من أن يكون الأجر إجمالياً جزافياً، وقبل المقاول منه ذلك، لأنه أراد أن يعرف بصفة نهائية حاسمة ما يجب عليه دفعه من الأجر بحيث لا يستطيع المقاول أن يطالبه بأزيد من ذلك، ولا يستطيع

---

(١) لاجراف فقرة ١٣ ص٣٥– بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٠ ص١٩٢– أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ هامش ٣٤– بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠١١ (ويريان الاقتصار على البناء دون الأعمال الكبيرة)– محمد لبيب شنب فقرة ١٣٩ ص١٦٦– نقض فرنسى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢١ داللوز ١٩٢١– ٢٣٨ – ٢٣ مايو سنة ١٩٥٩ داللوز ١٩٥٩– ٤٨٩.

(٢) وذلك إلا إذا كان المقاول لم ينجز كل العمل وإنما أنجز بعضه، فلا يستحق من الأجر إلا ما يناسب قيمة ما أنجز من العمل (استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٩٣٣ م٤٥ ص٢٩٧. ومع ذلك قارن استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٩٣٨ م٥٠ ص١٨٦).

(٣) دويه ١٤ أبريل سنة ١٩٣٠ داللوز ١٩٣١– ٤٧ قسم الأحكام المختصرة – محمد لبيب شنب فقرة ١٤١ ص١٧٠– ص١٧١– عكس ذلك مجلس الدولة الفرنسى ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٨ مجلة أحكام مجلس الدولة ١٩٣٧ – ٨٣٠.

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٤٤– وانظر آنفاً فقرة ٩٩ فى الهامش.

هو أن يدفع للمقاول أقل من ذلك. وقصد رب العمل من الاتفاق على هذا النحو أن يطمئن إلى مركز مستقر ثابت، فلا يفاجأ بأية زيادة. فإذا كانت التكاليف الفعلية أكثر من الأجر المتفق عليه لحادث غير منتظر أو لزيادة فى أسعار المواد الأولية أو أجور العمال أو أجور النقل أو سعر التأمين أو غير ذلك مما فصلناه فيما تقدم، فإن تبعة هذا كله يتحملها المقاول ولا شأن لرب العمل بها. وفى نظير ذلك إذا كانت التكاليف الفعلية أقل بكثير من الأجر المتفق عليه، فإن المقاول يتقاضى الزيادة دون أن يرجع عليه رب العمل بتخفيض فى الأجر. هذا هو المعنى المقصود من الاتفاق فى المقاولة على أجر إجمالى جزافى على أساس تصميم معين متفق عليه بين الطرفين. فلا يجوز الخروج على هذا المعنى المقصود، وقد قررت المادة ٦٥٨ مدنى كما رأينا هذا الحكم كمبدأ عام، وقصدت أن تحمى رب العمل من المقاول لضعف خبرة الأول بالنسبة إلى خبرة الثانى كما سبق القول، فأجازت له أن يصل بالاتفاق مع المقاول على أجر إجمالى جزافى إلى هذا القدر من الاطمئنان والاستقرار والثبات.

ويقال عادة إن هذا الحكم ليس من النظام العام، فيجوز للمتعاقدين أن يتفقا على خلافه. ويمثل لذلك بجواز أن يتفق المتعاقدان على أن يكون للمقاول الحق فى القيام بأعمال لا يتضمنها التصميم إذا كانت هذه الأعمال ضرورية للتنفيذ وأن يتقاضى أجراً عليها ولو لم يأذن رب العمل صراحة بها ولم يتفق على أجرها[1]. ولكن عقد المقاولة فى هذه الحالة يخرج عن نطاق تطبيق المادة ٦٥٨ مدنى، فقد قدمنا أن التصميم الذى يقوم عليه عقد المقاولة يجب أن يكون تصميماً نهائياً، فلا يجوز أن يحتفظ أحد الطرفين بحق إجراء تعديل فى التصميم فى أثناء تنفيذ المقاولة، وإذا احتفظ بهذا الحق صح ذلك ولكن المقاولة تخرج عندئذ عن نطاق تطبيق المادة ٦٥٨ مدنى[2]. ونرى من ذلك أنه إذا توافرت فى المقاولة الشروط الثلاثة التى سبق تفصيلها[3]، فإنه لا يتصور الاتفاق العكسى، ويجب إعمال المادة ٦٥٨ مدنى فلا يزيد الأجر المتفق عليه ولا ينقص بأى حال من الأحوال.

بل إن الأجر المتفق عليه لا تجوز زيادته حتى بطريق غير مباشر. فلو أن المقاول وجد أنه من الضرورى إدخال تعديل فى التصميم كان من شأنه أن زادت تكاليف العمل على الأجر المتفق عليه، فإنه لا يتقاضى إلا الأجر المتفق عليه[4]، ولا يستطيع أن يرجع بزيادة

---

(١) نقض فرنسى ١٠ مارس سنة ١٨٨٠ داللوز ٨٠-١-٣٨٦- ١٦ يناير سنة ١٨٨٢ داللوز ٨٢ -١ -٤٢٣ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٤٤- محمد لبيب شنب فقرة ١٤٢ ص١٧٢.

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٠٠.

(٣) انظر آنفاً فقرة ١٠٠.

(٤) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا كان المقاول قد اتفق على مقابل إجمالى للعمل الذى =

التكاليف ولو عن طريق دعوى الإثراء بلا سبب، بحجة أن الأعمال التى تمت بعد تعديل التصميم قد زادت قيمتها عما كان مقدراً فى التصميم قبل تعديله، إذ لو جاز ذلك لأمكن التحايل من هذا الطريق على خرق أحكام المادة ٦٥٨ مدنى(١).

فالأجر الإجمالى الجزافى المتفق عليه لا تجوز إذن زيادته، ولو عدل المقاول التصميم أو زادت الأسعار أو الأجور على النحو الذى بسطناه.

١٠٢ – فرضان استثنائيان: ومع ذلك فهناك فرضان استثنائيان تجوز فيهما زيادة الأجر: (الفرض الأول) تعديل التصميم بسبب خطأ من رب العمل أو بناء على اتفاق معه. (الفرض الثانى) زيادة التكاليف زيادة فاحشة ينهار معها التوازن الاقتصادى بين التزامات كل من رب العمل والمقاول. ونبحث كلا من هذين الفرضين.

١٠٣ – الفرض الأول – تعديل التصميم بسبب خطأ من رب العمل أو بناء على اتفاق معه: رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٦٥٨ مدنى لا تجيز زيادة الأجر الجزافى ولو حدث فى التصميم تعديل أو إضافة «إلا أن يكون ذلك راجعاً إلى خطأ رب العمل، أو يكون مأذوناً به منه واتفق مع المقاول على أجره».

=كلف به بعد معرفته كافة التفاصيل المتعلقة بالعمل، فلا يكون له وجه فى المطالبة بأى زيادة، لأن عقد المقاولة يتضمن فى الواقع اتفاقاً على بيع المواد الأولية للبناء وعلى أجرة الصانع لها، وليس للبائع أن يمتنع عن تسليم المبيع بحجة ارتفاع ثمنه بعد التعاقد على بيعه كما أنه ليس للصانع أن يمتنع عن عمل ما تعهد به بحجة ارتفاع مصاريف الصناعة. فإذا قام المقاول بعمل زائد بدون إذن من صاحب العمل، فإن المقاول يعتبر قابلا إجراء العمل الزائد من غير أن يحتسب له ثمناً خاصاً (استئناف مصر ١٠ يونيه سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ١٩٧ ص٤١٢). وانظر أيضاً استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٨٨٩ م١١ ص٢٣٥.

(١) نقض فرنسى ٢ مارس سنة ١٩١٥ داللوز ١٩٢٠–١–١٠٢– ٥ نوفمبر سنة ١٩٣٤ داللوز الأسبوعى ١٩٣٤– ٥٨٧– ٣١ فبراير سنة ١٩٤٤ D.A. ١٩٤٤– ٥٨– هيك ١٠ فقرة ٤٢٩ – جيوار ٢ فقرة ٨٩١– أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص٤١٦– بيدان ١٢ فقرة ٢٢١– بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٤٣– لاجراف فقرة ٣٥– كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٠٩٨– جوريه فى الإثراء بلا سبب رسالة من باريس سنة ١٩٤٩ فقرة ١٨٨– مازو ٣ فقرة ١١٢٦– دى پاج ٤ فقرة ٩٠٨ ص٩٣٨– رواست فى الإثراء بلا سبب والقضاء المدنى مجلة القانون المدنى الفصلية سنة ١٩٢٢ ص٨٥– عكس ذلك بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٠٩.

ويفرض أن قيمة الأعمال التى أنجزت بعد تعديل التصميم تزيد عما كان مقدراً فى التصميم قبل تعديله، فإن زيادة القيمة لها سبب هو عقد المقاولة، والشرط فى الإثراء بلا سبب ألا يكون هناك سبب قانونى للإثراء (الوسيط ١ فقرة ٧٧٤ ص١١٣٩– محمد لبيب شنب فقرة ١٤٢ ص١٧١). ويجوز للمقاول نزع الأعمال التى كانت سبباً فى زيادة القيمة بشرط ألا يكون ذلك ضاراً برب العمل (بيزوس ص١٩– محمد لبيب شنب فقرة ١٤٢ ص١٧١).

فإذا حدث فى التصميم تعديل أو إضافة، وكان ذلك نتيجة حتمية لخطأ من رب العمل، كأن قدم للمقاول معلومات خاطئة عن الأبعاد التى يريدها للبناء، أو قدم له أرضاً لا يملكها كلها فاضطر المقاول أن يهدم البناء فى الجزء الذى لا يملكه رب العمل وأن يعدل التصميم على مقتضى المساحة الحقيقية التى يملكها رب العمل، فإن المقاول يكون قد عدل التصميم بخطأ من رب العمل. فإذا كان تعديل التصميم يستوجب زيادة التكاليف على المبلغ الإجمالى المتفق عليه، فإن هذه الزيادة يتحملها رب العمل لا المقاول، لأنه هو الذى تسبب فيها بخطأه[1]. ولا يشترط أن يكون رب العمل سيئ النية، ولا حتى أن يكون مقصراً، فقد يعتقد بحسن نية أن الأرض التى قدمها للمقاول هى كلها ملكه دون أن ينسب إليه فى ذلك عدم حيطة، ومع ذلك يكون مسئولا عن زيادة التكاليف. فيكفى إذن أن يكون التعديل فى التصميم الذى تسبب فى زيادة التكاليف ناجما عن فعله ومنسوباً إليه، دون حاجة لأن يثبت فى جانبه أى تقصير أو خطأ. بل ليس من الضرورى أن يكون هناك تعديل فى التصميم أصلا، ويكفى أن يتسبب رب العمل بفعله فى زيادة التكاليف، كأن يتأخر فى الحصول على رخصة البناء أو فى تقديم الأرض التى يجب البناء عليها، فينجم عن ذلك تعطيل فى العمل يجشم المقاول نفقات زائدة، فيرجع بها عليه لأنه هو المتسبب فيها.

كذلك يرجع المقاول بالزيادة فى الأجر إذا حدث فى التصميم تعديل أو إضافة، وكان رب العمل قد أذن بذلك واتفق مع المقاول على مقدار الأجر الزائد. فلا يكفى إذن أن يأذن رب العمل بالتعديل أو الإضافة فى التصميم، فقد يحدث أن المقاول يزين له تعديلا فى التصميم أو إضافة فيه فيغريه بقبول ذلك، ثم يطالبه بعد ذلك بزيادة فى الأجر لم يكن يتوقعها ولم يكن يحسب أن التعديل الذى وافق عليه يقتضى كل هذه النفقات، فتضيع عليه ميزة الأجر الجزافى الذى اطمأن إليه عند إبرام المقاولة[2]. فأراد المشرع، إمعانا فى تنبيه رب العمل إلى الزيادة فى الأجر التى سيتحملها، أن يكون التعديل فى التصميم متفقاً عليه بينه وبين المقاول، وأن يعين فى هذا الاتفاق مقدار الزيادة فى الأجر التى ستنجم عن هذا التعديل، وأن يكون الاتفاق مكتوباً إذا كان عقد المقاولة الأصلى قد حصل بالكتابة إذ

---

(١) استئناف مختلط ٢٢ أبريل سنة ١٨٩٦ م٨ ص٢٣٥– ٤ فبراير سنة ١٩٠٤ م١٦ ص١٢٥– ١٢ أبريل سنة ١٩٠٥ م١٧ ص٢٠٦– ٢١ مارس سنة ١٩٠٦ م١٨ ص١٥٧– ٢ يناير سنة ١٩٠٧ م١٩ ص٦٥– ٢٨ مارس سنة ١٩٠٧ م١٩ ص١٩٣– ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م٣٨ ص١٤٢– ٢١ فبرير سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص١٦٣– محمد لبيب شنب فقرة ١٤٠.

(٢) بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٠٤ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٤١– مازو ٣ فقرة ١٣٦١ ص١١٢٦– محمد لبيب شنب فقرة ١٤١ ص١٦٧– ص١٦٨.

تقول الفقرة الثانية من المادة ٦٥٨ مدنى كما رأينا «ويجب أن يحصل هذا الاتفاق كتابة، إلا إذا كان العقد الأصلى ذاته قد اتفق عليه مشافهة». ولو اقتصر على اشتراط أن يكون التعديل مأذوناً به من رب العمل، لما كان فى هذا خروج على القواعد العامة، فقد وقع اتفاق جديد عدل من الاتفاق الأصلى فوجب أن يسرى الاتفاق الجديد. ولكن المشرع لم يكتف بذلك، بل أوجب أن يتفق رب العمل مع المقاول مقدماً على مقدار الزيادة فى الأجر. وهنا الخروج على القواعد العامة[1]، فقد كانت هذه القواعد تقضى بأنه يكفى أن يتفق رب العمل مع المقاول على التعديل فى ذاته، ويتكفل القانون بعد ذلك بتحديد مقدار الزيادة فى الأجر ويرجع فى هذا التحديد إلى قيمة العمل ونفقات المقاول (م٦٥٩ مدنى)[2]. أما حيث اشترط القانون أن يكون الاتفاق على هذه الزيادة ثابتاً بالكتابة إذا كان عقد المقاولة الأصلى مكتوباً، فليس فى ذلك خروج على القواعد العامة، فإنه إذا كان عقد المقاولة الأصلى مكتوباً لم يجز إثبات الزيادة فى الأجر – وهى عكس ما هو ثابت بالكتابة – إلا بالكتابة. ومن ذلك نرى أن الكتابة هنا ليست لازمة إلا للإثبات، ومن ثم يغنى عنها مبدأ الثبوت بالكتابة إذا عزز بالبينة أو بالقرائن، وكذلك تغنى عنها البينة والقرائن إذا وجد مانع مادى أو أدبى يحول دون الحصول على الكتابة أو فقد المقاول سنده المكتوب لسبب لا يد له فيه[3]. وما دام اشتراط الكتابة فى إثبات الزيادة فى الأجر إذا كان عقد المقاولة

---

(١) لاجراف فقرة ٤٧ ص٩٨– محمد لبيب شنب فقرة ١٤١ ص١٦٩– ص١٧٠.

(٢) انظر آنفاً فقرة ٩٠.

(٣) محمد لبيب شنب فقرة ١٤١ ص١٧٠– أما فى فرنسا فيذهب القضاء والفقه إلى أن المادة ١٧٩٣ مدنى فرنسى تشترط الكتابة لصحة الإذن فى التعديل لا لمجرد إثباته، فلا يغنى عن الكتابة مبدأ ثبوت بالكتابة ولو عزز بالبينة أو بالقرائن (نقض فرنسى ٦ مارس سنة ١٨٦٠ داللوز ٦٠–١–٢٦٦– ٤ يناير سنة ١٨٧٠ داللوز ٧٠–١–٢٤٦– ١٠ يوليه سنة ١٨٩٧ داللوز ٩٧–١–٤٦٧– ٨ يونيه سنة ١٩١٥ داللوز ١٩٢٠–١–١٠٢– ١٠ يونيه سنة ١٩٣١ داللوز ١٩٣٢–١–٦٥– بردرى وفال ٢ فقرة ٤٠٠٧– أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص٤١٦– بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة٩٤٢– مازو ٣ فقرة ١٣٦١ ص١١٢٦). ولكن الكتابة غير ضرورية لصحة الاتفاق على مقدار الزيادة فى الأجر، بل يصح أن يكون هذا الاتفاق شفوياً وتسرى فى إثباته القواعد العامة (نقض فرنسى ١٣ أغسطس سنة ١٨٦٠ داللوز ٦١–١–١٠٥– بردرى وفال ٢ فقرة ٤٠٠٨– أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص٤١٦– بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٤٢ ص١٨٤).

وفى عهد التقنين المدنى المصرى القديم لم يلتزم القضاء ضرورة الاتفاق مقدماً على التعديل وزيادة الأجر، بل استخلص وجود هذا الاتفاق من وجود التعديل فعلاً. فقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه جرت العادة فى أشغال العمارات أن يغير أصحابها فى تنفيذ الأعمال المختصة بها، ومن تلك التغييرات ما يكون وقتياً فلا يؤخذ به عقد خاص. ولذلك لا يفيد صاحب العمارة التمسك بالعقد إذا ثبت حدوث التغييرات من مقارنة الأعمال التامة على ذلك العقد ومن أقوال الخصوم أنفسهم =

الأصلى مكتوباً ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة. فإن الكتابة تشترط، لا فى إثبات الاتفاق على مقدار الزيادة فى الأجر فحسب، بل تشترط أيضاً فى إثبات الاتفاق على التعديل فى ذاته، وإن كان ظاهر نص الفقرة الثانية من المادة ٦٥٨ مدنى يوهم أن اشتراط الكتابة مقصور على الاتفاق على مقدار الزيادة فى الأجر دون الاتفاق على التعديل ذاته[1].

١٠٤ - الفرض الثانى - زيادة التكاليف زيادة فاحشة ينهار معها التوازن الاقتصادى بين التزامات كل من رب العمل والمقاول: رأينا أن الفقرتين الثالثة والرابعة من المادة ٦٥٨ مدنى تنصان على ما يأتى: «٣- وليس للمقاول، إذا ارتفعت أسعار المواد الأولية وأجور الأيدى العاملة أو غيرها من التكاليف، أن يستند إلى ذلك ليطلب زيادة فى الأجر، ولو بلغ هذا الارتفاع حداً يجعل تنفيذ العقد عسيراً. ٤- على أنه إذا انهار التوازن الاقتصادى بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن فى الحسبان وقت التعاقد، وتداعى بذلك الأساس الذى قام عليه التقدير المالى لعقد المقاولة، جاز للقاضى أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد». وهذه النصوص تطبيق واضح فى عقد المقاولة لنظرية الحوادث الطارئة التى تقرر مبدأها فى المادة ٢/١٤٧ مدنى على الوجه الآتى: «ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدد بخسارة فادحة، جاز للقاضى، تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك»[2].

=(استئناف وطنى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٥ ص٩٦- ومع ذلك قارن استئناف مختلط ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٠٩ م٢٢ ص٢٦).

(١) استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٨٩٩ م١١ ص٥٣٥- ٤ فبراير سنة ١٩٠٤ م١٦ ص١٢٥- ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٠٩ م٢٢ ص٢٦- محمد لبيب شنب فقرة ١٤١ ص١٦٨- ص١٦٩.

والإذن الصادر من رب العمل فى تعديل التصميم يجوز أن يصدر منه شخصياً أو من وكيل عنه مفوض تفويضاً خاصاً فى هذا الإذن، فلا تكفى الوكالة العامة التى للمهندس عن رب العمل، بل يجب أن يكون المهندس مفوضاً تفويضاً خاصاً من رب العمل فى الإذن بالتعديل (استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٠١ م١٣ ص٣٤٧- نقض فرنسى ٥ مارس سنة ١٨٧٢ داللوز ٧٢- ١- ٣٥٩- كان ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩٩ داللوز ١٩٠٠-٢-٤١٦- الجزائر ٤ ديسمبر سنة ١٩٠٩ Le Droit ١٠ فبراير سنة ١٩١٠- جيوار ٢ فقرة ٨٩٢- بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٠٧- بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٤٢ ص١٨٤- محمد لبيب شنب فقرة ١٤١ ص١٦٩).

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «والفقرة الرابعة هى تطبيق لنظرية الظروف الطارئة فى حالة عقد المقاولة. وقد سبق أن قرر المشروع هذه النظرية بصفة عامة فى المادة ٢١٣ فقرة ٢ و منه (م٢/١٤٧ مدنى). والمعيار الذى يقرره النصوص - اختلال التوازن الاقتصادى بين الالتزامات اختلالا تاماً بسبب حوادث لم تكن منظورة وقت التعاقد - هو من الدقة بحيث يحد =

وشروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة فى الصورة التى نحن بصددها هى نفس شروط تطبيق النظرية فى مبدأها العام، كما يتبين من المقارنة ما بين النصوص سالفة الذكر، وقد قدمنا عند الكلام فى نظرية الظروف الطارئة فى مبدأها العام[1]، أن هذه الشروط أربعة:

أولا– أن يكون العقد متراخياً، وهو شرط غالب لا شرط ضرورى. ولا شك أن هذا الشرط متوافر فى عقد المقاولة، فهناك فترة من الزمن تفصل بين إبرام المقاولة وتنفيذها.

ثانيا– أن تجد بعد صدور العقد حوادث استثنائية عامة. وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الرابعة من المادة ٦٥٨ مدنى فيما رأينا إذ تقول: «على أنه إذا انهار التوازن الاقتصادى بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة..». وقد كان المشروع التمهيدى لهذا النص يقتصر على ذكر لفظ «حوادث»، دون أن يصفها بأن تكون «استثنائية عامة»، فأدخلت لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب هذا الوصف، «فتقيدت الحوادث بأن تكون استثنائية عامة حتى يتحدد المقصود بالحوادث، وحتى تتمشى المادة التى نحن بصددها مع المادة ٢/١٥١ (م٢/١٤٧ مدنى) إذ أن الأولى ليست إلا تطبيقاً للثانية»[2]. ومثل الحوادث الاستثنائية العامة حرب أو إضراب مفاجئ أو قيام تسعيرة رسمية أو إلغاؤها أو استيلاء إدارى أو وباء ينتشر أو تشريع مفاجئ، ويكون من وراء هذه الحوادث الاستثنائية أن ترتفع أسعار المواد الأولية أو أجور العمال أو تزيد تكاليف العمل كأن تزيد أجور نقل المواد الأولية أو العمال أو يزيد سعر التأمين أو تزيد الضريبة على استيراد المواد الأولية من الخارج. ويجب أن تكون الحوادث عامة، أى غير خاصة بالمقاول وحده. كما رأينا فى الأمثلة التى سبق سردها[3].

=من تدخل القاضى، وفى الوقت نفسه من المرونة، بحيث يسمح له بمراعاة ظروف كل حالة» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٤٢).

(١) الوسيط ١ فقرة ٤٢٠.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٤٣– وانظر آنفاً فقرة ٩٩ فى الهامش.

(٣) وقد تكون الحوادث الاستثنائية موجودة وقت التعاقد ولكنها لم تكن معروفة من المقاول ولا متوقعة منه ولا يمكنه توقعها. مثل ذلك أن يكون تحت الأرض المراد البناء عليها أطلال مدينة قديمة أو مجرى مياه جوفية، مما يستوجب وضع أساسات تزيد تكاليفها كثيراً عما كان مقدراً. فيعتبر ذلك حادثاً استثنائياً عاما – وهو عام لأنه لا يخص هذا المقاول وحده بل يعم أى مقاول آخر يوكل إليه تنفيذ هذه المقاولة – لم يكن فى الحسبان وقت التعاقد. ويذهب الأستاذ محمد لبيب شنب إلى أن المادة ٦٥٨ مدنى لا تنطبق هنا، لأن الحادث الاستثنائى كان موجوداً وقت التعاقد ولم يجد فى أثناء تنفيذ المقاولة. ولكنه يجيز إبطال العقد لغلط فى صفة جوهرية من صفات العمل محل المقاولة، فالعمل كان من الواجب إنجازه على أرض صالحة بطبيعتها للبناء، ولكن تبين أن هذه الأرض لا يمكن البناء عليها إلا بعد تهيئتها لذلك بأعمال غير عادية. ويجوز لرب العمل أن يتلافى الإبطال =

ثالثا- أن تكون هذه الحوادث الاستثنائية ليس فى الوسع توقعها. وهذا أيضاً ما تنص عليه صراحة الفقرة الرابعة من المادة ٦٥٨ مدنى حين تقول: «لم تكن فى الحسبان وقت التعاقد». فإذا كانت الحوادث متوقعة أو كان يمكن توقعها، فلا سبيل لتطبيق النص. ويتفرع على أن الحادث لا يمكن توقعه أن يكون أيضاً مما لا يستطاع دفعه، فإن الحادث الذى يستطاع دفعه يستوى فى شأنه أن يكون متوقعاً أو غير متوقع.

رابعا- أن تجعل هذه الحوادث تنفيذ الالتزام مرهقاً لا مستحيلا. وهذا ما تعبر عنه الفقرة الرابعة من المادة ٦٥٨ مدنى فيما رأينا بقولها: «.. إذا انهار التوازن الاقتصادى بين التزامات كل من رب العمل والمقاول.. وتداعى بذلك الأساس الذى قام عليه التقدير المالى لعقد المقاولة». فيجب إذن أن تزيد تكاليف العمل، بسبب هذه الحوادث الاستثنائية العامة التى لم تكن فى الحسبان وقت التعاقد، زيادة فاحشة بحيث تجعل تنفيذ التزامات المقاول، لا مستحيلا لأننا لسنا بصدد قوة قاهرة، بل مرهقاً وعسيراً. فالخسارة المألوفة فى التعامل لا تكفى إذ التعامل بطبيعته مكسب وخسارة، وإنما يجب أن تكون الخسارة فادحة مرهقة. وإرهاق المقاول لا ينظر فيه إلا للصفقة التى أبرمت فى شأنها المقاولة، فلو أن خسارته كانت فادحة فى هذه الصفقة، ولكنها هينة بالنسبة إلى ثروته الضخمة، أو لو كان فى صفقة أخرى حصل على مكسب كبير يعوض عليه الخسارة الفادحة فى الصفقة الأولى، لم يعتد بشئ من ذلك، ووجب أن نقف عند الخسارة الفادحة التى يتحملها المقاول فى الصفقة التى نحن بصددها، ولهذا أن يحتج بهذه الخسارة فيطالب بزيادة الأجر أو بفسخ العقد كما سنرى. بل إن الإرهاق لا ينتفى حتى لو كان المقاول قد خزن كمية كبيرة من

=بأن يدفع للمقاول زيادة فى الأجر تتناسب مع زيادة النفقات، إذ لا يجوز التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية (محمد لبيب شنب فقرة ١٤٥ ص١٧٦). وإذا كان بعض الفقهاء وبعض أحكام القضاء فى فرنسا تذهب هذا المذهب (هيك ١٠ فقرة ٤٢٩ - جيوار ٢ فقرة ٨٩٣- نقض فرنسى ١٨ ديسمبر سنة ١٨٦٦ داللوز ٦٧-١-٤٢٧- ٢٣ يونيه سنة ١٨٧٣ داللوز ٧٤-١-٣٣٢- وقارن بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٠١)، فذلك لأن القضاء المدنى فى فرنسا لا يقر نظرية الظروف الطارئة، ولا يوجد نص عليها فى التقنين المدنى الفرنسى لا فى مبدأها العام ولا فى تطبيقها الخاص بعقد المقاولة، فالالتجاء إلى نظرية الغلط طريق لا بأس به للوصول إلى حل عادل أمام انعدام النص، ولكنه طريق يجب فى سلوكه كثير من الحيطة والحذر (بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٤٠ ص١٨١). أما فى مصر فلسنا فى حاجة إلى سلوك هذا الطريق، إذ النص موجود يقرر المبدأ العام لنظرية الظروف الطارئة، ثم يقرر النظرية ذاتها فى تطبيقها الخاص بعقد المقاولة. ولا فرق بين حادث استثنائى يجد بعد إبرام المقاولة وحادث استثنائى موجود وقت إبرامها ولكنه غير ممكن توقعه، فكلاهما من الحوادث الاستثنائية التى «لم تكن فى الحسبان وقت التعاقد» كما تقول الفقرة الرابعة من المادة ٦٥٨ مدنى.

المواد الأولية دون أن يتوقع علو السعر، ثم علت أسعار هذه المواد أضعافاً مضاعفة بسبب حوادث استثنائية عامة ليس فى الوسع توقعها، فيجوز للمقاول أن يحتج بارتفاع الأسعار ويطلب زيادة الأجر أو فسخ العقد، أما المكسب الذى جناه من تخزين المواد الأولية فيكون له هو، ومن ثم نرى أن الإرهاق معياره موضوعى بالنسبة إلى الصفقة المعقودة، لا ذاتى بالنسبة إلى شخص المدين(١).

وإذا كانت شروط نظرية الظروف الطارئة فى مبدأها العام تتفق مع شروط النظرية فى تطبيقها الخاص بعقد المقاولة، فإن الجزاء يختلف قليلا فى التطبيق الخاص عنه فى المبدأ العام. ففى المبدأ العام يجوز للقاضى، تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك. فالقاضى مطلق اليد فى معالجة الموقف الذى يواجهه، فهو قد يرى أن الظروف لا تقتضى إنقاص الالتزام المرهق، ولا زيادة الالتزام المقابل، بل يقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارئ. وقد يرى زيادة الالتزام المقابل. وقد يرى إنقاص الالتزام المرهق. وإذا جاز للقاضى أن يقف تنفيذ الالتزام المرهق أو ينقص منه أو يزيد فى الالتزام المقابل، فإنه لا يجوز له فسخ العقد. ذلك أن نص المادة ٢/١٤٧ مدنى الذى يقرر المبدأ العام لا يجعل للقاضى إلا أن «يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول». فالالتزام المرهق يبقى ولا ينقضى، ولكن يرد إلى الحد المعقول، فتتوزع بذلك تبعة الحادث الطارئ بين المدين والدائن، ولا يتحملها الدائن وحده بفسخ العقد(٢).

أما فى التطبيق الخاص بعقد المقاولة الذى نحن بصدده، فإن الفقرة الرابعة من المادة ٦٥٨ مدنى تقول: «.. جاز للقاضى أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد». فالنص إذن يجيز هنا فسخ العقد، حيث لا يجوز ذلك فى المبدأ العام للنظرية. والقاضى يحكم بفسخ عقد المقاولة إذا رأى مبرراً لذلك، كما إذا رأى أنه إذا زاد الأجر فإن التزام المقاول يبقى مع ذلك مرهقاً وفى الوقت ذاته ترهق زيادة الأجر رب العمل، ويفضل أن يفسخ العقد فيضع حداً لإرهاق المقاول ويمنع إرهاق رب العمل بزيادة الأجر. فإذا لم ير القاضى فسخ المقاولة، فأمامه أن يزيد الأجر(1). ولكن يلاحظ أنه لا يزيد الأجر زيادة تجعل المقاول لا يتحمل أية

---

(١) الوسيط ١ فقرة ٤٢٠ ص٦٤٥- ص٦٤٦.

(٢) انظر فى ذلك الوسيط ١ فقرة ٤٢١.

(1) تقضى المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى أنه إذا حدث بعد صدور العقد حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وتترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضى تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. وتقضى المادة ٤/٦٥٨ من القانون المذكور على أنه=

خسارة من زيادة التكاليف. بل هو يحمل المقاول أولا كل الزيادة المألوفة للتكاليف، ثم ما زاد على التكاليف المألوفة – أى التكاليف غير المألوفة – يقسمه مناصفة بين المقاول ورب العمل فيتحمل كل منهما نصيبه من هذه الخسارة غير المألوفة. فإذا كان الأجر الإجمالى المتفق عليه يبلغ مثلا عشرة آلاف، ثم ارتفعت التكاليف بسبب حوادث استثنائية عامة غير منظورة إلى عشرين ألفاً، وكانت الخسارة المألوفة فى مثل هذه المقاولة هى ألفان، فإن القاضى يحمل الألفين كلهما للمقاول. ويقسم الباقى من الخسارة – وهو ثمانية آلاف[1] – نصفين، يحمل رب العمل منهما النصف والمقاول النصف الآخر. وبذلك يتحمل رب العمل أربعة آلاف، فيحكم القاضى بزيادة الأجر بهذا المقدار. ولما كان الأجر الأصلى هو عشرة آلاف، فإن كامل الأجر الذى يلزم به رب العمل يكون أربعة عشر ألفاً[2].

ولما كان وقف تنفيذ المقاولة لا يتعارض مع نصوص المادة ٦٥٨ مدنى، فإنه يمكن القول بأن القاضى قد لا يرى داعياً لفسخ المقاولة ولا لزيادة الأجر، ويكتفى بوقف تنفيذ المقاولة حتى يزول الحادث الطارئ. وقد ورد فى الجزء الأول من الوسيط فى هذا المعنى ما يأتى: «قد يرى القاضى وقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارئ، إذا كان هذا الحادث وقتياً يقدر له الزوال فى وقت قصير. مثل ذلك أن يتعهد مقاول بإقامة مبنى، وترتفع أسعار بعض مواد البناء لحادث طارئ ارتفاعاً فاحشاً، ولكنه ارتفاع يوشك أن يزول لقرب انفتاح

=إذا انهار التوازن الاقتصادى بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية لم تكن فى الحسبان وقت التعاقد وتداعى بذلك الأساس الذى قام عليه التقدير المالى لعقد المقاولة، جاز للقاضى أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد، فقد أفاد هذان النصان– وباعتبار أن النص الثانى هو تطبيق للنص الأول – أنه إذا جد بعد صدور عقد المقاولة حوادث استثنائية عامة غير متوقعة عند التعاقد ترتب عليه ارتفاع أسعار المواد الأولية أو أجور العمال أو زيادة تكاليف العمل مما أصبح معه تنفيذ العقد مرهقا للمقاول، فانه يكون للقاضى فسخ هذا العقد أو زيادة أجر المقاول المتفق عليه بما يؤدى إلى رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، لما كان ذلك وكان توافر الارهاق الذى يهدد بخسارة فادحة أو عدم توافره– ومعياره موضوعى بالنسبة للصفقة المعقودة ذاتها – من مسائل الواقع التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع دون رقابة عليه فى ذلك من محكمة النقض ما دام استخلاصه سائغاً ومستمدا مما له أصله الثابت بالأوراق.

(جلسة ١٩٨٥/١٢/٢٤ الطعن ٥٨٥ لسنة ٥٢ق)

(جلسة ١٩٧٠/١١/٢٤ الطعن رقم ١٩٩ لسنة ٣٦ق س٢١ ص١١٤٨)

(١) لأن مجموع الخسارة هو عشرة آلاف، إذ بلغت التكاليف عشرين ألفاً وبلغ الأجر الإجمالى عشرة آلاف. فيطرح من مجموع الخسارة (عشرة آلاف) ألفان هما الخسارة المألوفة، والباقى وهو ثمانية آلاف يكون الخسارة غير المألوفة.

(٢) انظر فى هذا المعنى الوسيط ١ فقرة ٤٢١– محمد لبيب شنب فقرة ١٤٦ ص١٧٨.

باب الاستيراد. فيقف القاضي التزام المقاول بتسليم المبنى في الموعد المتفق عليه، حتى يتمكن المقاول من القيام بالتزامه دون إرهاق، إذا لم يكن في هذا الوقف ضرر جسيم يلحق صاحب المبنى»[1].

ويلاحظ أن الجزاء المتقدم الذكر يعتبر من النظام العام، فلا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا مقدماً على ما يخالفه، كأن ينزل المقاول مثلا في عقد المقاولة عن حقه في التمسك بنظرية الظروف الطارئة، فمثل هذا النزول يكون باطلا لا يعتد به. وقد ورد ذلك صريحاً في المادة ٢/١٤٧ مدني التي تقرر المبدأ العام[2]، ولم يرد في المادة ٦٥٨ مدني. ولكن لما كانت هذه المادة الأخيرة ليست إلا تطبيقاً للمادة الأولى، فإنه يجب اعتبار أحكام كل من المادتين متعلقة بالنظام العام[3].

٣- أجر المهندس المعماري

١٠٥- نص قانوني: تنص المادة ٦٦٠ من التقنين المدني على ما يأتي:

«١- يستحق المهندس المعماري أجراً مستقلا عن وضع التصميم وعمل المقايسة، وآخر عن إدارة الأعمال».

«٢- فإذا لم يحدد العقد هذه الأجور، وجب تقديرها وفقاً للعرف الجاري».

«٣- غير أنه إذا لم يتم العمل بمقتضى التصميم الذي وضعه المهندس، وجب تقدير الأجر بحسب الزمن الذي استغرقه وضع التصميم مع مراعاة طبيعة هذا العمل»[4].

---

(١) الوسيط ١ فقرة ٤٢١- وانظر في هذا المعنى محمد لبيب شنب فقرة ١٤٦ ص١٧٨.

(٢) الوسيط ١ فقرة ٤٢١.

(٣) هذا ويلاحظ أن هذا التطبيق الخاص لنظرية الظروف الطارئة، الوارد في المادة ٦٥٨ مدني، مقصور على المقاولة التي يكون فيه الأجر قد حدد بمبلغ إجمالي على أساس تصميم متفق عليه (انظر آنفاً فقرة ١٠٠). أما المقاولة التي يكون فيها الأجر مقدراً بمقتضى مقايسة على أساس الوحدة، فلم يرد في شأنها نص خاص بنظرية الظروف الطارئة. وليس معنى ذلك أن هذه المقاولة لا تسري عليها نظرية الظروف الطارئة أصلا، بل معناه أن تسري عليها النظرية في مبدأها العام كما هو مقرر في المادة ٢/١٤٧ مدني، دون التطبيق الخاص المقرر في المادة ٦٥٨ مدني (انظر آنفاً فقرة ٩٥ الشرط الثاني).

(٤) **تاريخ النص:** ورد هذا النص في المادة ٩٠١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد. وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٦٨٩ في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٨٨، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٦٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٤٦- ص٤٨).

ويقابل النص فى التقنين المدنى القديم المادة ٤٠٨/٤٩٧ - ٤٩٩[١].

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى م٦٢٦ - وفى التقنين المدنى الليبى م٦٥٩- وفى التقنين المدنى العراقى م٨٨١ ولا مقابل للنص فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى[٢].

١٠٦ - تكييف العقد مع المهندس المعمارى - إحالة: قدمنا أن العقد مع المهندس المعمارى يقع فى الأصل على أعمال مادية هى وضع التصميم والرسوم، وعمل المقايسات، وإدارة الأعمال والإشراف على التنفيذ. وقد يقوم المهندس المعمارى ببعض التصرفات القانونية، كعقد صفقات لحساب رب العمل وإقرار حساب المقاول وتسلم العمل منه[٣]. فإذا اقتصر العقد على أعمال مادية تمحض مقاولة، وإذا اختلطت بالأعمال المادية تصرفات قانونية كان العقد خليطاً من مقاولة ووكالة. ومن ثم تسرى أحكام المقاولة والوكالة، ولكن عنصر المقاولة هو الغالب فإذا تعارضت الأحكام وجب تطبيق أحكام المقاولة. فلا يكون أجر المهندس خاضعاً لتقدير القاضى كأجر الوكيل، ولا ينتهى بموت رب العمل كما كان ينتهى لو أنه كان وكالة. وقد تقدم بيان هذا تفصيلا، فنحيل هنا إلى ما قدمناه هناك[٤].

١٠٧ - المفروض أن المهندس يعمل بأجر: وسواء تمحض العقد مع المهندس مقاولة أو اختلطت به الوكالة، فالمفروض أن المهندس يعمل بأجر، لأنه ذو مهنة حرة يتعيش منها، والمفروض فى كل ذى مهنة حرة أنه يعمل بأجر. والأصل فى عمل المهندس الذى يؤجر عليه هو وضع التصميم وعمل المقايسة، فإذا جمع إلى ذلك الإشراف على التنفيذ وإدارة

---

(١) **التقنين المدنى القديم** م٤٠٨/٤٩٧ - ٤٩٩: يستحق المهندس المعمارى أجرة خاصة يعمل الرسم والمقايسة وأجرة لإدارة أعمال البناء، فإن لم يحصل الاتفاق على مقدار هاتين الأجرتين يصير تقديرهما على حسب العرف الجارى. إنما إذا لم يتم العمل بمقتضى الرسم الذى أجراه المهندس، فيكون تقدير الأجرة فقط بحسب الزمن الذى استغرقه فى عمل ذلك الرسم وباعتبار نوعه.

(وأحكام التقنين المدنى القديم تطابق أحكام التقنين المدنى الجديد).

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدنى السورى م٦٢٦ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م٦٥٩ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى م٨٨١ (موافق).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى لا مقابل. ولكن النص لا يخرج على القواعد العامة.

(٣) استئناف مختلط ٢٨ مارس سنة ١٩١٦ م٢٨ ص٢١٧.

(٤) انظر آنفاً فقرة ٥ فى آخرها.

الأعمال كان له أجر آخر على هذا العمل[1]. وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٦٦٠ مدنى على ذلك صراحة كما رأينا، إذ تقول: «يستحق المهندس المعمارى أجراً مستقلا عن وضع التصميم وعمل المقايسة، وآخر عن إدارة الأعمال».

وإذا كان المفروض أن المهندس يعمل بأجر، فإن هذا الفرض يقبل الدليل على العكس. فقد يستخلص من الظروف أن عمل المهندس لا أجر عليه. مثل ذلك أن يضع المهندس تصميما ويتقدم به للحصول على عمل أو على صفقة، فإذا حصل على ما يطلبه اعتبر هذا أجراً كافياً على عمله ولا أجر له فوق ذلك. وحتى إذا لم يحصل على ما يطلبه، فلا أجر له ما دام قد تقدم بتصميمه من تلقاء نفسه دون أن يطلب منه ذلك رب العمل، إذ لا يوجد فى هذه الحالة عقد بينهما[2]. أما إذا أعلن رب العمل عن مسابقة لوضع تصميم معين، فمن لم يفز فى المسابقة لا حق له فى أجر على عمله، أما من فاز فيستحق الجائزة إذا كانت هناك جائزة، أو يستحق أن يعهد إليه العمل إذا كانت هذه هى شروط المسابقة، فإذا لم تكن هناك جائزة ولم يعهد إليه بالعمل ولم ينفذ تصميمه استحق أجراً على عمله يقدر بحسب الزمن الذى استغرقه وضع التصميم مع مراعاة طبيعة العمل (م٣/٦٦٠ مدنى)[3] كما سنرى.

١٠٨- كيف يقدر أجر المهندس: والذى يقع غالباً أن رب العمل يتفق مع المهندس على مقدار أجره، فالاتفاق هو الذى يحدد فى هذه الحالة مقدار الأجر[4]. فإذا حدد على هذا النحو، لم يجز تخفيضه بدعوى أنه مبالغ فيه، وذلك بخلاف أجر الوكيل فإنه يجوز تخفيضه (م٢/٧٠٩ مدنى). ولا يجوز تخفيض أجر المهندس المتفق عليه، حتى لو تضمنت الأعمال التى يقوم بها تصرفات قانونية فيكون وكيلا عن رب العمل فى هذه

---

(١) استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩٢٧ م٣٩ ص١٨٦.

(٢) بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٧٦ وفقرة ٣٩٧٨.

(٣) بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٧٦ – أما إذا نفذ تصميمه دون أن يشرف هو على التنفيذ، فإنه يتقاضى أجراً يقدر وفقاً للعرف الجارى (م٢/٦٦٠ مدنى).

(٤) وإذا حدد أجر المهندس بالاتفاق، لم يجز تخفيضه بدعوى أن المهندس قد ارتكب خطأ لم يثبت فى جانبه (استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٦ م٣٨ ص٣٧٩)، كما لا يجوز الالتجاء إلى القضاء لتقدير الأجر بعد أن تم تقديره بالاتفاق (استئناف مختلط ١٥ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م٣٦ ص٣٠).

وإذا كان مالكان على الشيوع هما رب العمل، وكان أحدهما يدفع للمهندس أقساطاً من أجره ويذكر المهندس عند تسلم هذه الأقساط أن أجره مقدر بنسبة مئوية معينة بالاتفاق مع المالك الآخر، وذلك دون أن يعترض المالك الأول، فهذا دليل على أن هناك اتفاقاً على تقدير أجر المهندس بهذه النسبة المئوية المعينة (استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٦ م٣٨ ص٣٧٩).

التصرفات، وذلك أنه إذا اختلطت الوكالة بالمقاولة فالعنصر الغالب هو عنصر المقاولة وتسرى أحكامها دون أحكام الوكالة إذا تعارضتا، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك[1].

والغالب أن الاتفاق يحدد أجراً للمهندس على وضع التصميم والمقايسة، وأجراً آخر مستقلا على إدارة الأعمال والإشراف على التنفيذ، هذا إذا كان كل ذلك معهوداً به إلى المهندس. أما إذا عهد إليه بعمل دون آخر، فالاتفاق يحدد بداهة أجراً واحداً على هذا العمل. ولا يوجد ما يمنع، إذا عهد إلى المهندس بالعملين معاً، أن يحدد الاتفاق أجراً واحداً للعملين دون تحديد نصيب كل من العملين فى الأجر.

وقد يحدد الاتفاق أجر المهندس بمبلغ إجمالى، أو يحدده بنسبة معينة من قيمة الأعمال. وفى هذه الحالة الأخيرة تكون العبرة بقيمة الأعمال الفعلية لا بالقيمة المقدرة فى المقايسة، فلا تمكن إذن معرفة أجر المهندس بالضبط إلا بعد إنجاز الأعمال ومعرفة قيمتها الحقيقية[2]. فإذا قبل المقاول أن يخصم رب العمل جزءاً من قيمة الأعمال دخل هذا الخصم فى الحساب عند تقدير أجر المهندس، وإذا لم ينجز المقاول من الأعمال إلا بعضها فالعبرة فى حساب أجر المهندس بقيمة هذا البعض الذى أنجز لا بقيمة الأعمال كلها[3]. وقد يتفق على أن يكون أجر المهندس نسبة معينة، لا من قيمة الأعمال الفعلية، بل من قيمتها المقدرة مقدماً بحسب المقايسة. وفى هذه الحالة يمكن تقدير أجر المهندس مقدماً قبل إنجاز الأعمال، فهو هذه النسبة المتفق عليها من القيمة المقدرة للأعمال قبل البدء فيها، ولا عبرة إذن بقيمة الأعمال الفعلية سواء كانت هذه القيمة أقل أو أكثر من

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٥ فى آخرها وفقرة ١٠٦- وكان القضاء فى فرنسا يحكم بجواز تخفيض الجزء من الأجر المقابل للتصرفات القانونية التى يقوم بها المهندس باعتباره وكيل فيها (ديجون ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٤ سيريه ١٩٣٥-٢-٥٥- السين ١٩ يوليه سنة ١٨٩٣ جازيت دى باليه ٩٤-١-٦ suppl.- ٤ فبراير سنة ١٩٠٥ Le Driot ١٠ سبتمبر سنة ١٩٠٥). ولكن الفقه الفرنسى يذهب إلى أنه، بعد صدور قانون ٣١ ديسمبر سنة ١٩٤٠ (م٣) الذى ينظم مهنة المهندس المعمارى ودكريتو ٢٤ سبتمبر سنة ١٩٤١ الذى يقنن واجبات المهندس المعمارى، لا يجوز تخفيض أجر المهندس المعمارى المتفق عليه (م٨ من الدكريتو- أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ هامش ٥/٤١ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٢ ص١٧١).

(٢) ويعتد فى تقدير القيمة الفعلية للأعمال بما تم من اتفاق بين رب العمل والمقاول، ما لم يثبت المهندس صورية هذا الاتفاق (استئناف مختلط ١٩ يونيه سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٥٧٤). ويدخل فى قيمة الأعمال، ليس فحسب قيمة أعمال البناء، بل أيضاً قيمة الأعمال التابعة ولو كانت منقولة، كالكراسى والأجهزة الكهربائية فى المسرح محل التعاقد إذا كانت مهمة المهندس تتضمن المساعدة فى اختيار هذه الأشياء وتحديد أثمانها (استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٦ م٣٨ ص٣٧٩).

(٣) بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٩٠.

القيمة المقدرة. على أنه إذا ثبت أن المهندس قد بالغ فى تقدير قيمة الأعمال بحسب المقايسة التى وضعها حتى يزيد بذلك من أجرة، أنقصت القيمة المقدرة إلى المقدار المناسب وحسب أجر المهندس تبعاً لذلك، مع إلزامه بالتعويض عن أى ضرر يلحق رب العمل من جراء هذا الغش(١).

أما إذا لم يكن هناك اتفاق على مقدار الأجر، فالمفروض مع ذلك أن المهندس يعمل بأجر كما سبق القول. وقد كانت القواعد العامة تقضى فى هذه الحالة بأن يرجع فى تحديد أجر المقاول إلى قيمة العمل ونفقات المهندس، كما تقضى المادة ٦٥٩ مدنى فيما رأينا إذ تقول: «إذا لم يحدد الأجر سلفاً، وجب الرجوع فى تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المقاول»(٢). ولكن المشرع اختص المهندس بنص يتعلق بتحديد أجره إذا لم يحدد الاتفاق هذا الأجر، فنصت الفقرتان الأولى والثانية من المادة ٦٦٠ مدنى، كما رأينا، على أنه «١- يستحق المهندس المعمارى أجراً مستقلا عن وضع التصميم وعمل المقايسة، وآخر عن إدارة الأعمال، ٢- فإذا لم يحدد العقد هذه الأجور، وجب تقديرها وفقاً للعرف الجارى». ففى تقدير أجر المهندس لا يرجع القاضى إلى قيمة العمل ونفقات المهندس كما تقضى القواعد العامة فيما هو منصوص عليه فى المادة ٦٥٩ مدنى، بل يرجع إلى إلى العرف الجارى كما تقضى المادة ٦٦٠ مدنى سالفة الذكر. والمقصود بالعرف الجارى هو عرف المهندسين المعماريين. وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن العرف قد جرى فى مصر على أن يعطى المهندس ٢٪ من قيمة الأعمال لوضع التصميم وعمل المقايسة، ويعطى ٣٪ من قيمة الأعمال للإشراف على التنفيذ وإدارة الأعمال(٣). على أن نقابة المهن الهندسية، فى شعبتها للهندسة المعمارية، قد سنت لائحة لأتعاب المهندس المعمارى. وقد قسمت اللائحة (م١٢) الأعمال إلى أربع فئات تبعاً لأهميتها، وحددت لكل فئة أتعاباً، عن وضع المشروعات الابتدائية والنهائية وعمل المقايسات والعقود والعطاءات والإشراف على التنفيذ، تقدر بنسبة معينة من تكاليف البناء بحيث تنقص هذه النسبة كلما زادت التكاليف. وتتراوح نسبة الأتعاب بالنسبة إلى الفئة الأولى بين ٤٪ و٩٪، وبالنسبة إلى الفئة الثانية بين ٥٪ و١٠٪، وبالنسبة إلى الفئة الثالثة بين ٩٪ و١٣٪،

---

(١) بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٩١.

(٢) انظر آنفاً فقرة ٩٠.

(٣) استئناف مختلط ٨ مارس سنة ١٩٢٧ م٣٩ ص٣١٠- ومع ذلك قارن استئناف مختلط ٢٧ يناير سنة ١٩٠٤ م١٦ ص١١٧ (ويقضى الحكم بأنه لا يوجد فى مصر عرف لتحديد أجر المهندس، فيترك الأمر لتقدير القاضى، ويسترشد بقيمة الأعمال التى تمت وبمقدار الوقت الذى استغرقته هذه الأعمال).

وبالنسبة إلى الفئة الرابعة بين ١١ ٪ و١٦ ٪. فإذا أحال المتعاقدان صراحة على هذه اللائحة، سرت باعتبارها اتفاقاً تم بين رب العمل والمقاول. وغنى عن البيان أن للمتعاقدين أن يتفقا على نسب أقل أو أكثر مما ورد فى اللائحة. وإذا سكت المتعاقدان عن تحديد مقدار الأجر، جاز للقاضى أن يرجع إلى هذه اللائحة للاستئناس بها فى تبين العرف الجارى الذى يسير عليه المهندسون المعماريون فى تقدير أتعابهم(١).

١٠٩ - جواز تخفيض أجر المهندس: وسواء قدر أجر المهندس بموجب اتفاق أو قدر بموجب العرف الجارى، فالأصل أن هذا الأجر لا يجوز تخفيضه بعد تقديره. وفى هذا يختلف أجر المهندس عن أجر الوكيل كما سبق القول. غير أن الفقرة الثالثة من المادة ٦٦٠ مدنى نصت فى حالة معينة على تخفيض أجر المهندس، إذ تقول كما رأينا: «غير أنه إذا لم يتم العمل بمقتضى التصميم الذى وضعه المهندس، وجب تقدير الأجر بحسب الزمن الذى استغرقه وضع التصميم مع مراعاة طبيعة هذا العمل». وهنا يتبين أننا أمام أحد الاستثناءات الثلاثة التى يجوز فيها تعديل الأجر المتفق عليه، وهى الاستثناءات التى سبق ذكرها فيما تقدم(٢).

وقد كانت القواعد العامة تقضى بأن المهندس الذى يضع تصميماً متفقاً عليه بينه وبين رب العمل يكون له الحق فى الأجر المتفق عليه إذا كان هناك اتفاق على مقدار الأجر، أو فى الأجر المقدر بحسب العرف الجارى إذا لم يكن هناك اتفاق، وذلك سواء تم

---

(١) انظر محمد لبيب شنب فقرة ٥٦ ص٧٠ هامش ١ - وانظر فى أتعاب المهندس المعمارى فى فرنسا: بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٧٩ - فقرة ٣٩٩٧ (الأتعاب بحسب التعريفة القديمة) - أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ architecte فقرة ٧٠ - فقرة ٨٩ (الأتعاب بحسب التعريفات المتعاقبة) وفقرة ٩٤ (فيما يتعلق بواجب المهندس المعمارى فى فرنسا فى التأمين على مسئوليته).

وانظر فى تنظيم مهنة المهندس المعمارى فى فرنسا قانون ٣١ ديسمبر سنة ١٩٤٠ المعدل بقوانين ٢١ سبتمبر سنة ١٩٤١ و٣ فبراير سنة ١٩٤٢ و٢٥ مارس سنة ١٩٤٣ وأول أبريل سنة ١٩٤٤ و٣٠ أغسطس سنة ١٩٤٧. وانظر دكريتو ٢٤ سبتمبر سنة ١٩٤١ المكمل بدكريتو ٣١ مايو سنة ١٩٤٣.

ولا يجوز للمهندس فى فرنسا أن يحصل من المقاول على أية منفعة نقدية كانت أو عينية (قانون ٣١ ديسمبر سنة ١٩٤٠ م٣ الفقرة الثانية ودكريتو ٢٤ سبتمبر سنة ١٩٤١ م١٩ - أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ architecte فقرة ٦١). وانظر أيضاً فى هذا المعنى فى مصر المادة الثانية من لائحة الأتعاب التى وضعتها شعبة الهندسة المعمارية بنقابة المهن الهندسية (فيما يلى فقرة ١١٠ فى الهامش).

والقاضى، عندما يقدر الأجر حيث لا يوجد اتفاق على مقداره، يبت فى مسألة موضوعية، فلا رقابة عليه من محكمة النقض (نقض فرنسى ٤ مارس سنة ١٩٥٨ داللوز ١٩٥٨-٤٩٥ - بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٨٤ - محمد لبيب شنب فقرة ٥٦ ص٧١).

(٢) انظر آنفاً فقرة ٩٣.

العمل بموجب التصميم الذى وضعه المهندس، أو عدل رب العمل عن هذا التصميم إلى تصميم آخر، أو عدل أصلا عن العمل. ولا يستثنى من ذلك إلا ما إذا كان رب العمل قد عدل عن التصميم بسبب عيب فيه، أو بسبب عدم انطباقه على التعليمات التى صدرت من رب العمل، أو بسبب تأخر المهندس فى وضعه، وبوجه عام إذا كان السبب فى العدول يرجع إلى خطأ من المهندس. أما إذا كان العدول لا يرجع إلى خطأ المهندس، فإن هذا يستحق أجره كاملا إذ قد أنجز العمل الذى كلف به. وهذا هو ما جرى عليه الفقه والقضاء فى فرنسا(١).

ولكن الفقرة الثالثة من المادة ٦٦٠ مدنى تقضى كما رأينا بغير ذلك. فهى لا تجعل للمهندس حقاً فى أجره كاملا إذا لم يتم العمل بموجب التصميم الذى وضعه بغير خطأ منه. بل تجعل تقدير أجر المهندس فى هذه الحالة بحسب مقدار الزمن الذى استغرقه المهندس فى وضع التصميم مع مراعاة كفاية المهندس وسمعته فى تقدير أجره بحسب الزمن، وبحسب طبيعة التصميم من حيث الدقة والصعوبة الفنية. ويغلب أن يكون تقدير الأجر على هذا النحو من شأنه أن يجعل الأجر أقل من الأجر المتفق عليه أو من الأجر المقدر بحسب العرف الجارى(٢). ويعلل ذلك بأن رب العمل لم يفد شيئاً من التصميم، وقد عوض المهندس عن عمله تعويضاً كاملا، وإن كان هذا التعويض أقل من الأجر المستحق له(٣).

---

(١) جيوار ٢ فقرة ٨٢٦- بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٨٦- أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص٤١٩- نقض فرنسى ٣٠ أبريل سنة ١٨٩٥ سيريه ٩٥-١- ٢٥٩- مجلس الدولة الفرنسى ٢٤ مارس سنة ١٩٢٨ جازيت دى پاليه ١٩٢٨-٢-١٤١- ١٩ يناير سنة ١٩٣٨ مجلة أحكام مجلس الدولة ١٩٣٨ -٥٨- ٦ يوليه سنة ١٩٣٨ مجلة أحكام مجلس الدولة ١٩٣٨- ٦٤٣- ديجون ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٤ سيريه ١٩٣٥ -٢- ٥٥- السين ٥ ديسمبر سنة ١٩٣٥ جازيت دى پاليه ١٩٣٦ -١ -١٢٥.

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن العرف قد جرى بإعطاء المهندس الذى لم ينفذ تصميمه خمسى $\frac{٢}{٥}$ الأتعاب التى كان يأخذها لو أن تصميمه قد نفذ (استئناف مختلط ٢ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م٥٠ ص٣٥).

(٣) هذا إلى أن المهندس الذى لم ينفذ تصميمه لم يتعرض للمسئولية التى كان يتعرض لها لو أن التصميم قد نفذ، ومن ثم وجب عدلا أن ينقص الأجر الذى يتقاضاه فى حالة عدم تنفيذ التصميم عن الأجر الذى يتقاضاه فى حالة تنفيذ التصميم (استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٨٩٥ م٧ ص٢٩٩).

ويجب، ليكون التصميم كاملا، أن يكون مصحوباً بمقايسة مفصلة عن تكاليف الأعمال وجميع الشروط المتعلقة بطبيعة كل عمل، وإلا كان التصميم ناقصاً ويراعى ذلك عند تقدير الأجر (استئناف=

وغنى عن البيان أنه إذا لم يتم العمل بموجب التصميم بسبب خطأ المهندس، كأن كان التصميم معيباً أو غير منطبق على تعليمات رب العمل أو تأخر المهندس فى تقديمه تأخراً لا مبرر له وضاراً برب العمل، فإن المهندس لا يستحق أجرا، حتى هذا التعويض الذى نصت عليه المادة ٣/٦٦٠ مدنى فيما قدمناه[1].

المطلب الثانى

طرفا الدفع وزمانه ومكانه وضماناته

١ – طرفا الدفع

١١٠ – **المدين بالأجر**: المدين بأجر المقاول هو رب العمل بالذات الذى تعاقد معه، حتى لو انتفع بالعمل شخص آخر. مثل ذلك أن يكون رب العمل الذى تعاقد مع المقاول يملك الأرض التى أقيم عليها البناء تحت شرط فاسخ، ثم تحقق الشرط فآلت الأرض إلى المالك تحت شرط واقف، ففى هذه الحالة يرجع المقاول بأجره على المالك الذى تعاقد معه وهو المالك تحت شرط فاسخ، ولا يرجع مباشرة على المالك تحت شرط واقف الذى آلت إليه ملكية الأرض وإنما يرجع بدعوى غير مباشرة باسم الأول على الثانى. ومثل ذلك أيضاً أن يكون رب العمل الذى تعاقد مع المقاول هو زوج لصاحبة الأرض، فيرجع المقاول بأجره على الزوج لا على الزوجه، ويرجع بدعوى غير مباشرة باسم الزوج على الزوجة. ومثل ذلك

=مختلط ٢٧ يناير سنة ١٩٠٤ م١٦ ص١١٧). ولكن يقدر على كل حال أجر التصميم ولو كان ناقصاً غير مصحوب بالمقايسة (استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٩٣٢ م٤٤ ص١٦٣– ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٣٥ م٤٨ ص٤٢– ٤ يونيه سنة ١٩٣٦ م٤٨ ص٣٠١– ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م٤٩ ص٥٥). وإذا وضع المهندس التصميم والمقايسة، ثم عدل رب العمل عن فكرته الأولى مما استدعى وضع تصميم ومقايسة جديدين، استحق المهندس أتعاباً عن التصميم والمقايسة الأولين (استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٦ م٣٨ ص٣٧٩).

(١) ولا يجوز تخفيض أجر المهندس عن وضع التصميم متى تم العمل بموجب هذا التصميم، حتى لو هلك العمل قبل تسليمه لرب العمل، فإن الذى هلك ليس هو عمل المهندس وهو التصميم، بل العمل الذى قام به المقاول. فإذا هلك التصميم قبل تسليمه لرب العمل، هلك على المهندس كما تقضى القواعد العامة (م٦٦٥ مدنى وانظر آنفاً فقرة ٥٣). وانظر فى هذه المسألة أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص٤١٩.

ولا تعتبر القاعدة التى تقضى بتخفيض أجر المهندس إذا لم يتم العمل بموجب التصميم من النظام العام، فيجوز الاتفاق على ما يخالفها ومن ثم يجوز للمهندس أن يشترط على رب العمل أن يتقاضى أجره كاملا، سواء تم العمل بموجب التصميم أو لم يتم بموجبه.

أخيراً أن يكون رب العمل الذى تعاقد مع المقاول هو المستأجر وقد استرد المؤجر العين المؤجرة بما عليها من بناء أقامه المستأجر، فيرجع المقاول بأجره على المستأجر، ويرجع بدعوى غير مباشرة باسم المستأجر على المؤجر(١).

وإذا كان المهندس المعمارى هو الذى تعاقد مع رب العمل عن كل الأعمال بما فيها أعمال التنفيذ، فعمل مهندساً ومقاولا فى وقت واحد، ثم استخدم مقاولا لتنفيذ العمل، فهذا المقاول يرجع بأجره على المهندس الذى تعاقد معه لا على رب العمل. وإنما يرجع على رب العمل بدعوى غير مباشرة باسم المهندس، مع الاحتفاظ بحقه فى الرجوع مباشرة على رب العمل على أساس أنه مقاول من الباطن يرجع مباشرة على رب العمل بما لا يجاوز القدر الذى يكون هذا مدينا به للمهندس طبقاً لأحكام المادة ٦٦٢ مدنى. وعلى العكس من ذلك إذا كان المقاول هو الذى تعاقد مع رب العمل واستخدم مهندساً، فالمهندس يرجع بأجره على المقاول لا على رب العمل، مع الاحتفاظ بحقه فى الدعوى غير المباشرة باسم المقاول وفى الدعوى المباشرة قبل رب العمل. أما إذا كان كل من المهندس والمقاول تعاقد مع رب العمل، فلكل منهما أن يرجع بأجره على هذا الأخير، حتى لو كان المهندس هو الذى اختار المقاول أو كان المقاول هو الذى اختار المهندس(٢).

وإذا تعدد أرباب العمل، لم يكونوا متضامنين فى الالتزام بالأجر إلا إذا وجد اتفاق على التضامن، وينقسم الأجر بينهم بنسبة حصتهم فى العمل، فإن لم تتعين حصة كل منهم انقسم الأجر بينهم بالتساوى(٣).

---

(١) انظر فى كل ذلك بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠١٩.

(٢) انظر فى هذه المسألة بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٢٠ – السين ١٦ يوليه سنة ١٩٠٣ Le Droit ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٠٣.

وإذا كان المهندس يشرف على المقاول فى تنفيذ الأعمال، لم يجز أن يتقاضى منه أى أجر وإذا تعهد المقاول بإعطائه أجراً أو نسبة معينة من قيمة المقاولة، كان هذا التعهد باطلا، لأنه يتعارض مع واجب المهندس فى الإشراف على المقاول بدقة وأمانة. وقد نصت المادة الثانية من لائحة الأتعاب التى وضعتها شعبة الهندسة المعمارية بنقابة المهن الهندسية على أنه يجب على المهندس المعمارى عند تنفيذ تفويضه أن يحمى حقوق المالك الشرعية، على أن يكون مستقلا تماماً عن الموردين والمقاولين، ولا يقبل منهم أى عمولة أو امتيازات من أى نوع، بل تكون أتعابه من المالك وحده (انظر محمد لبيب شنب فقرة ١٣٢ ص١٥٧ وهامش ٣ – وانظر فى القانون الفرنسى المادة ٢/٣ من قانون ٣١ ديسمبر سنة ١٩٤١ و١٩ من دكريتو ٢٤ سبتمبر سنة ١٩٤١ أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ architecte فقرة ٦١– السين ٢١ يونيه سنة ١٩٣٢ داللوز ١٩٣٢– ٤٨٦– وانظر آنفاً فقرة ١٠٨ فى الهامش).

(٣) بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠١٩ – أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind فقرة ٧٦– محمد لبيب شنب فقرة ١٣٢ ص١٥٧– باريس ٣٠ يناير سنة ١٨٩٣ جازيت دى پاليه ٩٣–١–٤٧.

وإذا مات رب العمل، قام مقامه ورثته فى الالتزام بالأجر فى حدود التركة، ذلك لأن المقاولة لا تنتهى بموت رب العمل.

والذى يدفع الأجر هو المدين به أى رب العمل. وقد يدفعه نائبه، كولى أو وصى أو قيم أو وكيل. ولكن لابد من وكالة خاصة فى دفع الأجر، إذ دفع الأجر من أعمال التصرفات لا من أعمال الإدارة (م٧٠٢ مدنى)[١].

١١١ – الدائن بالأجر: الدائن بالأجر هو المقاول الذى تعاقد مع رب العمل. ويحل محله ورثته، إذ المقاولة لا تنتهى بموت المقاول إلا إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار فى التعاقد (م٦٦٦ مدنى). ويحل محله كذلك الخلف الخاص، كما إذا نزل عن المقاولة أو عن الأجرة لآخر فالمحال له يكون خلفاً خاصاً ويكون دائناً بالأجر[٢]. ولدائنى المقاول أن يستعملوا حق مدينهم فى الرجوع بدعوى غير مباشرة على رب العمل بأجر المقاول[٣].

ويحل محل المقاول كذلك فى الدائنية بالأجر المقاول من الباطن والعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول فى تنفيذ العمل، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٦٦٢ مدنى على أن «يكون للمقاولين من الباطن وللعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول فى تنفيذ العمل حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يجاوز القدر الذى يكون مديناً به للمقاول الأصلى وقت رفع الدعوى. ويكون لعمال المقاولين من الباطن مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الأصلى ورب العمل». وسنعود إلى هذه المسألة تفصيلا فيما يلى عند الكلام فى المقاولة من الباطن[٤].

وإذا تعدد المقاولون، لم يكونوا دائنين متضامنين بأجورهم، بل ينفرد كل منهم بأجره الخاص به ولا شأن له بأجور المقاولين الآخرين، ما لم يوجد اتفاق مع رب العمل على غير

---

(١) وكان القضاء الفرنسى يجرى على أن المهندس المعمارى وكيل بحكم عمله عن رب العمل فى تسوية حساب المقاول ودفع أجره (نقض فرنسى ٥ مارس سنة ١٨٧٢ سيريه ٧٢–١–١٠٥– أميان ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٤ سيريه ١٩٢٥–٢–٧١). ولكن محكمة النقض الفرنسية قضت أخيراً بأن المهندس لا صفة له فى دفع الأجر، إلا إذا كانت لديه وكالة خاصة من رب العمل فى ذلك (نقض فرنسى ٣ نوفمبر سنة ١٩٢٦ داللوز ١٩٢٧ –١–٧٧– ٩ يناير سنة ١٩٢٨ داللوز ١٩٣١ –١ –١٠٤). وأيد هذا المبدأ المادة ٤ من الدكريتو الفرنسى الصادر فى ٢٤ سبتمبر سنة ١٩٤١ (انظر بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٢ ص١٧٢).

(٢) انظر ما يلى فقرة ١١٧.

(٣) هيك ١٠ فقرة ٤٢١– بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٢١.

(٤) انظر ما يلى فقرة ١٣٠ وما بعدها.

ذلك. وهذا هو الحكم أيضاً فى تعدد الوكلاء فإنهم، إذا لم يكن هناك اتفاق خاص على التضامن، لا يكونون متضامنين فيما لهم من أجور فى ذمة الموكل، إذ لا يوجد نص قانونى يقضى بهذا التضامن كما وجد نص قانونى (م١/٧٠٧ مدنى) يقضى بتضامن الوكلاء فى المسئولية نحو الموكل.

٢- زمان الدفع ومكانه

١١٢- زمان الدفع - نص قانونى: تنص المادة ٦٥٦ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«يستحق دفع الأجرة عند تسلم العمل، إلا إذا قضى العرف أو الاتفاق بغير ذلك»(١).

---

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ٨٨٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «يستحق دفع الثمن عند التسليم، إلا إذا قضى العرف أو الاتفاق بغير ذلك، ويراعى فى ذلك حكم الفقرة الثانية من المادة ٨٧٢». وكانت الفقرة الثانية من المادة ٨٧٢ من المشروع التمهيدى تجرى على الوجه الآتى: «على أنه يجوز لرب العمل أن يمتنع عن تسلمه إذا كان المقاول قد خالف ما ورد فى العقد من شروط أو ما تقضى به أصول الفن لهذا النوع من العمل»، وقد حذفت هذه الفقرة فى لجنة المراجعة اكتفاء بالأحكام العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٣٣- ص٣٤) - وفى لجنة المراجعة عدل النص فأصبح مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، وصار رقمه ٦٨٥ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٨٤، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٥٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٣٥- ص٣٦).

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى القديم، ولكنه لا يخرج عن القواعد العامة وما تقضى به طبيعة عقد المقاولة من أن يكون دفع الأجر عند تسلم العمل.

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدنى السورى م٦٢٢ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م٦٥٥ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى م٨٧٦ (موافق).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٦٣٣: إن السيد أو المولى يلزمه أن يدفع الأجر أو البدل وفاقاً لشروط العقد أو لعرف المحلة. وإذا لم يكن هناك اتفاق ولا عرف، فلا يستحق أداء البدل إلا بعد القيام بالخدمة أو إيفاء العمل.

م٦٧٣: لا تستحق الأجرة إلا بعد إتمام المنشأ أو العمل. وإذا كانت الأجرة معينة أجزاء على شرط أن يدفع الجزء منها كلما انقضى شطر من الزمن أو تم قسم من العمل، فإن الدفع يستحق عند انقضاء كل شطر أو إتمام كل قسم. (وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى).

فدفع الأجر إذن يكون فى الموعد المحدد فى الاتفاق، إذا كان هناك اتفاق على ذلك. ويغلب أن يكون فى عقد المقاولة اتفاق على مواعيد دفع الأجر، وكثيراً ما يتفق على أن يدفع رب العمل جزءاً من الأجر مقدماً قبل البدء فى العمل[1]، ثم يدفع باقى الأجر على أقساط يؤدى كل قسط منها عقب إتمام جزء معين من العمل أو عقب انقضاء فترة معينة من الوقت. وقد ورد فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى نص صريح فى هذا المعنى، إذ تنص الفقرة الثانية من المادة ٦٧٣ من هذا التقنين على ما يأتى: «وإذا كانت الأجرة معينة أجزاء على شرط أن يدفع الجزء منها كلما انقضى شطر من الزمن أو تم قسم من العمل، فإن الدفع يستحق عند انقضاء كل شطر أو إتمام كل قسم»[2].

فإذا لم يوجد اتفاق على ميعاد معين أو مواعيد معينة، وكان هناك عرف للصنعة يحدد مواعيد دفع الأجر، وجب اتباع ما يقضى به العرف. وأكثر ما يجرى به العرف فى المقاولات الصغيرة أن يكون دفع الأجر عند تسلم العمل، وفى المقاولات الكبيرة أن يكون الدفع على أقساط بحسب ما يتم إنجازه من العمل[3].

وإذا لم يوجد لا اتفاق ولا عرف، فقد كان الواجب تطبيق القواعد العامة، وهى تقضى بأنه «يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتب الالتزام نهائياً فى ذمة المدين، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك» (م١/٣٤٦ مدنى). فكان يجب أن يكون الوفاء بالأجر بمجرد تمام عقد المقاولة وترتب الالتزام بالأجر نهائياً فى ذمة رب العمل، أى أن يدفع الأجر مقدماً قبل إنجاز العمل. ولكن المادة ١/٣٤٦ مدنى تتحفظ كما رأينا فتقول: «ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك». وقد وجد النص الذى يقضى بغير ذلك فى المادة ٦٥٦ مدنى سالفة الذكر، إذ تقول: «يستحق دفع الأجرة عند تسلم العمل». أى تدفع الأجرة مؤخراً لا مقدماً، وعند تسلم العمل. وهذا الحكم هو الذى تقضى به طبيعة

---

(١) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٢ ص١٧١.

(٢) انظر آنفاً نفس الفقرة فى الهامش.

(٣) وتدفع الأقساط عادة تحت الحساب، ولا يكون هناك حساب نهائى إلا بعد تمام العمل، وكل ما دفع من الأقساط فى خلال العمل يخصم من أصل المبلغ المتفق عليه، وما بقى يدفعه رب العمل للمقاول. وقد كانت المادة ٤١٢/٥٠٤ من تقنين المدنى القديم تنص صراحة على هذا الحكم فتقول: «لا ينقطع حساب المقاولة إلا بعد تمام العمل، وكل حساب معمول فى خلال الأشغال يعتبر مؤقتاً، وكل ما دفع فى خلال هذه الأشغال يخصم من أصل مبلغ المقاولة إلا إذا وجد شرط بخلاف ذلك». ولم ينقل التقنين المدنى الجديد هذا النص، ولكن ورد فى المشروع التمهيدى نص يقابله هو المادة ٨٩٤ من هذا المشروع (انظر آنفاً فقرة ٨٤ فى الهامش)، والنص على كل حال ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة فيمكن العمل به استناداً إلى هذه القواعد.

عقد المقاولة، فالمقاول يتعهد بموجب هذا العقد بإنجاز عمل معين فى مقابل أجر معين، وبمجرد تمام عقد المقاولة يصبح دائناً بالأجر فى مقابل عمل لم ينجزه، فمن الطبيعى ألا يستحق الأجر إلا بعد إنجاز العمل وتقبل رب العمل إياه(١).

على أن دفع الأجرة عند تسلم العمل مشروط فيه أن يكون العمل مطابقاً للمواصفات والشروط المتفق عليها ولأصول الفن لهذا النوع من العمل. وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٦٥٦ مدنى سالفة الذكر يشير إلى ذلك إذ يقول: «يستحق دفع الثمن عند التسليم إلا إذا قضى العرف أو الاتفاق بغير ذلك، ويراعى فى ذلك حكم الفقرة الثانية من المادة ٨٧٢». وكانت الفقرة الثانية من المادة ٨٧٢ من المشروع التمهيدى تجرى على الوجه الآتى: «على أنه يجوز لرب العمل أن يمتنع عن تسلمه إذا كان المقاول قد خالف ما ورد فى العقد من شروط أو ما تقضى به أصول الفن لهذا النوع من العمل». وقد حذفت هذه الإشارة فى لجنة المراجعة، إذ هى ليست إلا تقرير للقواعد العامة(٢)، ويخلص من ذلك أن لرب العمل حبس الأجر، فلا يدفعه لا فى الميعاد المتفق عليه ولا فى الميعاد الذى يقضى به العرف ولا عند تسلم العمل، إذا وجد أن العمل غير مطابق للمواصفات المشترطة أو غير متفق مع ما تقضى به أصول الصنعة. ويبقى الأجر تحت يده محبوساً حتى يصلح المقاول العيوب التى شابت العمل(٣). وهذا ما تقضى به القواعد العامة، إذ دفع الأجر التزام فى ذمة رب العمل يقابله التزام المقاول بإنجاز العمل على الوجه الواجب، فإذا لم يقم المقاول بتنفيذ التزامه بإنجاز العمل على الوجه الواجب جاز لرب العمل أن يقف هو أيضاً تنفيذ التزامه بدفع الأجر. وهذا هو الدفع بعدم تنفيذ العقد (م١٦١ مدنى). ويترتب على ذلك من باب أولى أنه إذا تأخر المقاول فى تسليم العمل، جاز لرب العمل أن يمتنع عن دفع الأجر ولو كان الميعاد المتفق عليه للدفع قد حل. وإذا كان الأجر يدفع على أقساط، كل قسط عقب إتمام جزء معين من العمل، وتأخر المقاول فى إتمام هذا الجزء عن الميعاد المتفق عليه، جاز لرب العمل أن يمتنع عن دفع القسط من الأجر المقابل للجزء الذى لم يتم(٤).

---

(١) هيك ١٠ فقرة ٤١٨- جيوار ٢ فقرة ٨٢١- بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠١٨- بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٢ ص١٧١. وهذا هو أيضاً ما قررناه فى ميعاد دفع الأجرة فى عقد الإيجار، إذا لم يوجد اتفاق أو عرف، فتدفع الأجرة مؤخراً لا مقدماً، إذ الأجرة تقابل المنفعة فلا تستحق إلا باستيفائها (الوسيط ٦ فقرة ٣٤٣ ص٤٧٠- ص٤٧١).

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٣٣- ص٣٦- وانظر آنفاً نفس الفقرة فى الهامش.

(٣) بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠١٨.

(٤) محمد لبيب شنب فقرة ١٣٠- انظر فى حبس رب العمل للأجر حتى يتسلم العمل مطابقاً =

ويبقى الأجر فى ذمة رب العمل واجباً دفعه فى الميعاد على النحو الذى فصلناه فيما تقدم. وإذا تأخر رب العمل فى الدفع، بقى الأجر فى ذمته قائماً حتى يسقط بالتقادم. وقد نص القانون، فى خصوص بعض المقاولين، على مدة تقادم خاصة، فنصت المادة ٣٧٦ مدنى على أن «تتقادم بخمس سنوات حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء وأمناء التفليسة والسماسرة والأساتذة والمعلمين، على أن تكون هذه الحقوق واجبة لهم جزاء عما أدوه من عمل من أعمال مهنتهم وما تكبدوه من مصروفات». ونصت المادة ٣٧٨ مدنى على أن «تتقادم بسنة واحدة الحقوق الآتية: (١).. وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الإقامة وثمن الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم..». وفيمن عدا من ورد فيهم نص خاص من المقاولين، لا يسقط أجر المقاول بالتقادم إلا بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت استحقاق الأجر، وذلك طبقاً للقواعد العامة[1].

١١٣- مكان الدفع: لا يوجد نص خاص يعين المكان الذى يجب فيه دفع الأجر، فلم يبق إلا تطبيق القواعد العامة. وهذه تقضى بأن يكون الدفع فى المكان المتفق عليه، فإن لم يوجد اتفاق كان الدفع فى المكان الذى يقضى به العرف. وأكثر ما يقضى به العرف أن يكون الدفع فى المكان الذى يتم فيه تسليم العمل، فيسلم المقاول العمل ويتقاضى الأجر

=للشروط والمواصفات وأصول الصنعة، وأن صورة عملية لهذا الحبس هى أن يترك رب العمل الشئ للصانع دون أن يدفع له الأجر (laissé pour compte): بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٣ ص١٧٣- ص١٧٤- نقض فرنسى ٣ يوليه سنة ١٩١٢ داللوز ١٩١٣- ١-١١٠.

(١) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٤- نقض فرنسى ٤ يونيه سنة ١٨٨٩ داللوز ٨٩-١-٣٤٤- ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٢٤ داللوز ١٩٢٦ -١-١٣٢- وتقضى المادة٢٢٧١ مدنى بتقادم حقوق العمال والخدم (ouvriers et gens de travail) فى أجورهم اليومية ومرتباتهم وثمن ما قاموا به من توريدات بستة أشهر. أما فى مصر فتتقادم بسنة واحدة «حقوق العمال والخدم والأجراء من أجور يومية وغير يومية ومن ثمن ما قاموا به من توريدات» (م١/٣٧٨ مدنى). ويجرى القضاء الفرنسى على التمييز فى المقاولين بين مقاول صغير يعمل بنفسه أو بمساعدة بعض العمال كصغار الصناع وأرباب الحرف (artisans) من نجار وحداد وسباك الخ وهذا يكون فى حكم العامل ويتقادم حقه فى الأجر بستة أشهر، وبين مقاول كبير ترتفع به مكانته الاجتماعية عن طبقة العمال (entrepreneur patron) وهذا لا يتقادم أجره إلا بثلاثين سنة (نقض فرنسى ١٣ يوليه سنة ١٨٨٥ داللوز ٨٦-١-٣٠٨- ٧ يونيه سنة ١٨٨٧ داللوز ٨٧-١-٣٣٣- ٢٧ ديسمبر سنة ١٨٩٧ داللوز ١٩٠١-١-١١١- ٣ يوليه سنة ١٩١٢ داللوز ١٩١٣-١-١١٠- ٢ فبراير سنة ١٩٢٥ داللوز الأسبوعى ١٩٢٥ -١١٧- بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٤- بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢١٢٤ (ومع ذلك قارن فقرة ٣٠٠٠- أنسيكلوبيدى ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٩١).

فى مكان واحد. وقد جعل تقنين الموجبات والعقود اللبنانى القاعدة العامة أن يكون مكان تسليم العمل هو المكان الذى يدفع فيه الأجر، فنصت المادة ٦٧٦ من هذا التقنين على أنه «يجب الدفع فى المكان الذى يجب فيه تسليم المصنوع».

فإذا لم يوجد اتفاق ولا عرف، وجب تطبيق المادة ٣٧٤ مدنى، وهى تنص على أنه «إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات، وجب تسليمه فى المكان الذى كان موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك. أما فى الالتزامات الأخرى، فيكون الوفاء فى المكان الذى يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء، أو فى المكان الذى يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال». فإذا كان الأجر شيئاً معيناً بالذات – وهذا نادر – فالوفاء يكون فى مكان وجود هذا الشئ وقت إبرام المقاولة. أما إذا كان الأجر من المثليات ويكون غالباً من النقود، فالوفاء يكون فى موطن رب العمل أو فى مركز إعماله إذا كانت المقاولة متعلقة بهذه الأعمال[1].

وإذا كان مكان دفع الأجر هو موطن رب العمل، وغير هذا موطنه بعد إبرام عقد المقاولة، فمكان الدفع هو موطنه وقت دفع الأجر لا الموطن السابق الذى كان له وقت انعقاد المقاولة، إذ نص المادة ٢/٣٤٧ مدنى صريح فى أن يكون الوفاء فى موطن المدين وقت الوفاء. وإذا اتفق على أن يكون الدفع فى موطن المقاول عمل بهذا الاتفاق، وإذا غير المقاول موطنه لم يلتزم رب العمل يدفع الأجر فى الموطن الجديد خلافاً للمسألة السابقة. وذلك لأن اشتراط الدفع فى موطن المقاول استثناء من القواعد العامة والاستثناء لا يتوسع، وإذا أراد المتعاقدان أن يكون الدفع فى موطن المقاول ولو تغير فعليهما أن ينصا على ذلك[2].

وإذا تعين مكان دفع الأجر على النحو المتقدم الذكر، لم يجز لرب العمل الدفع فى مكان آخر إلا إذا اقتضى الأمر ذلك، كأن حجز مثلا دائن للمقاول على الأجر تحت يد رب العمل فيجوز لهذا الأخير فى هذه الحالة أن يودع الأجر خزانة المحكمة.

٣- ضمانات الدفع

١١٤- تطبيق القواعد العامة: وإذا لم يدفع رب العمل الأجر، أو تأخر فى الدفع، أو

---

(١) محمد لبيب شنب فقرة ١٣١.

(٢) انظر فى هذه المسألة فيما يتعلق بمكان دفع الأجرة فى عقد الإيجار: الوسيط ٦ فقرة ٣٤٤ ص٤٧٥.

لم يدفع فى المكان الواجب الدفع فيه، أو أخل بأى التزام من التزاماته المتعلقة بدفع الأجر على النحو الذى بسطناه فيما تقدم. فللمقاول أن يطالب بما تقضى به القواعد العامة من جزاء.

فله أولا أن يطلب التنفيذ العينى، فيستصدر حكماً على رب العمل بالأجر المستحق، وينفذ هذا الحكم على جميع أموال رب العمل ويدخل فيها العمل الذى أنجزه من بناء أو منشآت أو غير ذلك. وله أن يطلب فوق ذلك تعويضاً عن جميع ما أصابه من ضرر من جراء إخلال رب العمل بالتزامه. وله أن يتقاضى فوائد عن الأجر بالسعر القانونى منذ المطالبة القضائية بهذه الفوائد وفقاً للقواعد العامة، وقد تقدم بيان ذلك[1]. وللمقاول وهو يقوم بالتنفيذ العينى على أموال رب العمل، أن يستعمل حقه فى الامتياز حيث يقرر له القانون حقاً فى ذلك على النحو الذى سنبينه فيما يلى[2].

وللمقاول، بدلا من طلب التنفيذ العينى، أن يطلب فسخ عقد المقاولة. والقاضى يقدر هذا الطلب. فإما أن يجيبه إليه إذا وجد مبرراً لذلك فيقضى بالفسخ وبالتعويض إذا كان له مقتض، كأن يكون المقاول قد أنفق مصروفات على إنجاز العمل فيرجع بها على رب العمل كما يرجع بجميع ما تكبده من خسارة وما فاته من كسب بسبب ضياع الصفقة عليه، وذلك كله طبقاً للقواعد العامة. وإما أن يرى القاضى ألا مبرر لإجابة المقاول إلى طلب الفسخ، كأن يكون الأجر الباقى دفعه مبلغاً غير كبير أو يكون التعويض الذى يقضى به على رب العمل فيما إذا حكم بالفسخ مبلغاً جسيماً لا تبرره الظروف، وفى هذه الحالة لا يحكم القاضى بالفسخ، وله أن يمهل رب العمل حتى يقوم بوفاء التزامه كاملاً من دفع الأجر، وهذا كله مطابقاً للقواعد العامة (م١٥٧ مدنى).

١١٥ – الحق فى حبس العمل لاستيفاء الأجر: رأينا فيما تقدم[3] أن لرب العمل أن يحبس الأجر حتى يسلم المقاول العمل مطابقاً للمواصفات المشترطة ولأصول الفن. والآن نقرر أن للمقاول، هو أيضاً، أن يحبس العمل حتى يستوفى أجره. وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يتضمن نصاً فى هذا المعنى، فكانت المادة ٩٠٢ من هذا المشروع تنص على أنه «إذا كان العمل متعلقاً بمنقول، ولم يحدد أجل لدفع الأجر، جاز للمقاول أن يحبس هذا المنقول وغيره من الأشياء التى يكون رب العمل قد سلمها إليه لإجراء العمل، وذلك إلى أن يستوفى أجره». وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٩١.

(٢) انظر ما يلى فقرة ١١٦.

(٣) انظر آنفاً فقرة ١١٢.

التمهيدى فى خصوص هذا النص أنه مقتبس من تقنينات مختلفة منها التقنين المدنى الألمانى، ويقرر هذا التقنين (م٦٤٨) الحق للمقاول فى أعمال البناء فى أن يطلب رهناً على العقار الذى بناه ضماناً لاستيفاء ما له من حقوق قبل رب العمل. ويغنى عن ذلك فى مصر ما للمقاول من حق امتياز على البناء (م١١٤٨ مدنى). وقد حذف النص فى لجنة المراجعة «اكتفاء بالقواعد العامة فى حق الحبس»(١).

والقواعد العامة فى حق الحبس مقررة فى المادة ١/٢٤٦ مدنى، وتنص على ما يأتى: «لكل من التزم بأداء شئ أن يمتنع عن الوفاء به، ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به، أو ما دام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا». وقد طبق هذا الحق فى الحبس تطبيقاً خاصاً فى صورة دفع بعدم تنفيذ العقد فى العقود الملزمة للجانبين، فنصت المادة ١٦١ مدنى على أنه «فى العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به»(٢).

ويخلص من هذه النصوص أن للمقاول أن يحبس ما تحت يده من العمل حتى يستوفى ما هو مستحق له من الأجر. ولا فرق فى ذلك بين منقول وعقار، وقد كانت المادة ٩٠٢ من المشروع التمهيدى المحذوفة تقتصر على المنقول، فأصبح لا مبرر لهذا القيد بعد حذف المادة استغناء عنها بتطبيق القواعد العامة(٣). ويحبس المقاول ما تحت يده، لا المادة التى قدمها فحسب بل المادة التى قدمها رب العمل نفسه والأدوات والمهمات التى تسلمها منه، فهذه كلها واجب تسليمها لرب العمل فيقف تنفيذ التزامه بالتسليم إلى أن يستوفى أجره(٤). وتنص المادة ٦٧٧ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فى هذا المعنى على أنه

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٤٧- ص٤٨ فى الهامش.

(٢) وليس فى التقنين المدنى الفرنسى نصوص تقابل هذه النصوص، ومع ذلك فالفقه والقضاء فى فرنسا يقرر ان للمقاول حق الحبس، بناء على مبدأ الدفع بعدم تنفيذ العقد، ومدا لحق حبس المقاول للمادة التى وردها من عنده باعتباره بائعاً لها، وعملا بالمادة ٤٨ من الباب الأول من تقنين العمل التى تعطى للعامل الصانع حق الحبس بشروط معينة (انظر فى هذه المسألة بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٣- بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٢٢- فقرة ٤٠٢٣ - أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص٤٠٥).

(٣) استئناف مختلط ٢٥ أبريل سنة ١٩١٨ م٣٠ ص٣٨٩- ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م٤٢ ص٥٣.

(٤) فللمقاول أن يحبس رخصة البناء ومستندات ملكية الأرض، وللمهندس أن يحبس ما حصل عليه من رخص باسم رب العمل، وللمحامى أن يحبس المستندات التى سلمها إياه موكله (بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٣ ص١٧٣- نقض فرنسى ١٠ أغسطس سنة ١٨٧٠ داللوز ٧١-١-٤٠- ٢٨ يوليه سنة ١٩٢٤ جازيت دى پاليه ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٤).

«يحق للصانع أن يحبس المنشأ وسائر الأشياء التى استلمها من صاحب الأمر للقيام بالعمل، إلى أن يدفع له البدل أو الأجر وما يكون قد أسلفه عند الاقتضاء، ما لم يكن العقد يقضي بالدفع فى أجل معين. وفى هذه الحالة يكون الصانع مسئولا عن الشئ الذى يحبسه وفاقاً للقواعد المختصة بالمرتهن»(١).

وتسرى فى حق الحبس المقرر للمقاول حتى يستوفى أجره القواعد العامة المقررة فى الحق فى الحبس(٢). ولما كان حق الحبس غير قابل للتجزئة، فإنه يجوز للمقاول أن يحبس كل العمل حتى يستوفى أى جزء باق له من الأجر. وذلك ما لم يتفق على أن الأجر يدفع أقساطاً يحسب ما يتم إنجازه من العمل، فما تم إنجازه ودفع أجره لا يجوز حبسه، ولا تحبس إلا الأجزاء من العمل التى تمت ولم يستوف المقاول أجرها(٣). وإذا سلم المقاول العمل مختاراً، انقضى حق حبسه وينبنى على ذلك أن الصانع إذا سلم المصنوع لرب العمل، ثم أرجعه رب العمل للصانع لعمل إصلاحات فيه، جاز للصانع أن يحبسه فى الأجر المستحق لهذه الإصلاحات الأخيرة، دون الأجر المستحق لصنع الشئ ذاته فقد سقط حقه فى الحبس لهذا الأجر بعد أن سلم المصنوع لرب العمل(٤).

١١٦ – حقوق الامتياز – إحالة: لم يعط القانون للمقاول بوجه عام حق امتياز على العمل ضماناً لحقه فى الأجر، ولكنه أعطى هذا الحق للمقاول فى مواضع متفرقة يمكن حصرها فيما يأتى:

أولاً– نصت المادة ١١٤٨ مدنى على ما يأتى: «١– المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين الذين عهد إليهم فى تشييد أبنية أو منشآت أخرى أو فى إعادة تشييدها أو فى ترميمها أو فى صيانتها، يكون لها امتياز على هذه المنشآت ولكن بقدر ما

---

(١) وإذا اقتصر عمل المقاول على الحفر والردم فى مكان ظل فى حيازة مالكه، فليس للمقاول الحق فى حبس هذا المكان حتى يستوفى أجره (محمد لبيب شنب فقرة ٨٣ ص١٠١– استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ٩١٣ م٢٥ ص٣٢٤).

ويسقط الحق فى الحبس إذا قدم رب العمل تأميناً كافياً للوفاء بالأجرة، ويحتج المقاول بحقه فى الحبس فى مواجهة ورثة رب العمل وخلفه الخاص ودائنيه العاديين والممتازين (استئناف مختلط ٩ يناير سنة ١٩١٣ م٢٥ ص١٢٣– محمد لبيب شنب فقرة ٨٣ وفقرة ١٤٧).

(٢) انظر الوسيط ٢ فقرة ٦٦٨ ما بعدها.

(٣) جيوار ٢ فقرة ٧٧٧– بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٢٢ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٣ ص١٧٣– أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٨٨.

(٤) جيوار فى حق الحبس فقرة ٢٦– بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٢٢ ص١١٤٤.

يكون زائداً بسبب هذه الأعمال فى قيمة العقار وقت بيعه. ٢- ويجب أن يقيد هذا الامتياز، وتكون مرتبته من وقت القيد(1).

ثانيا- نصت المادة ١١٤٠ مدنى على ما يأتى: «١- المبالغ التى صرفت فى حفظ المنقول وفيما يلزم له من ترميم، يكون لها امتياز عليه كله. ٢- وتستوفى هذه المبالغ من ثمن هذا المنقول المثقل بحق الامتياز بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة مباشرة. أما فيما بينها فيقدم بعضها على بعض بحسب الترتيب العكسى لتواريخ صرفها».

ثالثا- إذا قدم المقاول المادة من عنده اعتبر بائعا لها(١)، ويترتب على ذلك أن يكون له حق امتياز بائع المنقول على هذه المادة (م١١٤٥ مدنى).

وليس هنا مجال بحث حقوق الامتياز هذه، فمكان بحثها يكون عند الكلام فى التأمينات العينية.

الفرع الثالث

المقاولة من الباطن

١١٧- التنازل عن المقاولة: لم يعرض التقنين المدنى للتنازل عن المقاولة كما عرض للمقاولة من الباطن، وذلك لأن التنازل عن المقاولة أقل وقوعاً فى العمل من المقاولة من الباطن، وإذا وقعت فيكفى فى تنظيمها القواعد العامة.

والتنازل عن المقاولة تتخذ إحدى صورتين(٢).

(الصورة الأولى) وهى الأكثر وقوعاً تتحقق بأن يتنازل المقاول عن الأجرة لشخص

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٦.

(٢) وهناك صورة ثالثة نادرة فى العمل، وهى تتحقق بأن رب العمل نفسه هو الذى يتنازل عن عقد المقاولة، كأن يبيع مثلا الأرض التى قاول على إقامة بناء فيها ويتنازل فى الوقت ذاته لمشترى الأرض عن عقد المقاولة وما ينشأ عنه من حقوق والتزامات (انظر فى هذه الصورة بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٧٣ - فقرة ٤٠٧٤).

(1) الامتياز المقرر فى المادة ١١٤٨ من القانون المدنى للمقاولين على المنشآت التى عهد إليهم فى تشييدها نظير المبالغ المستحقة لهم لا يسرى على الغير إلا إذا أشهر بالعقد.
(جلسة ١٩٦٩/٦/١٩ الطعن رقم ٢٨٣ لسنة ٣٥ق س٢٠ ص١٠٠٢)

ثالث عن طريق حوالة الحق، وتجرى فى شأنها أحكام حوالة الحق. فتصح باتفاق بين المقاول وهو المحيل والشخص الثالث وهو المحال له، ويكفى لسريانها فى حق رب العمل إعلانه بالحوالة (م٣٠٥ مدنى). ويلجأ المقاول عادة إلى حوالة الأجرة إذا احتاج لما يمول به عملية المقاولة، فينزل عن حقه فى الأجرة وقد يكون ذلك على سبيل الرهن، للحصول على المال اللازم من أحد المصارف أو من أحد الممولين. وفى هذه الحالة يكون المحال له هو الدائن بالأجرة فى مكان المقاول[1]، ويجوز لرب العمل أن يتمسك قبله بجميع الدفوع التى كان يستطيع التمسك بها قبل المقاول وقت نفاذ الحوالة فى حقه كما يجوز أن يتمسك بالدفوع المستمدة من الحوالة، وذلك طبقاً للقواعد العامة المقررة فى حوالة الحق (م٣١٢ مدنى).

(والصورة الثانية) تتحقق بأن يتنازل المقاول للغير عن جميع عقد المقاولة بما يشتمل عليه من حقوق والتزامات، فيحل المقاول المتنازل له محل المقاول المتنازل فى عقد المقاولة، ويصبح هو المقاول تجاه رب العمل[2]. ويجب فى هذه الحالة تطبيق قواعد حوالة الحق فيما يتعلق بنقل حقوق المقاول الأصلى، وقواعد حوالة الدين فيما يتعلق بنقل التزاماته. فيتم التنازل عن المقاولة إذن باتفاق بين المقاول المتنازل والمقاول المتنازل له، ويجب إقرار رب العمل حتى يصبح التنازل سارياً فى حقه، لأن الإعلان وحده لا يكفى إلا فى نقل حقوق المقاول قبله، أما فى نقل التزامات المقاول نحوه فيجب إقرار رب العمل وفقاً للقواعد المقررة فى حوالة الدين (م٣١٦ مدنى).

وإذا تم التنازل عن المقاولة على هذا الوجه، أصبح المقاول المتنازل له هو المدين بجميع التزامات المقاول نحو رب العمل، وهو الدائن بجميع حقوق المقاول. ويختفى المقاول المتنازل، ولا يعود له شأن فى المقاولة التى انتقلت بجميع ما يترتب عليها من آثار إلى المقاول المتنازل له. بل إن المقاول المتنازل لا يكون مسئولا عن المقاول المتنازل له ولا ضامناً له، كما يضمن المستأجر الأصلى المتنازل له عن الإيجار بموجب نص صريح (م٥٩٥ مدنى)، لأن هذا النص إذا كان موجوداً فى عقد الإيجار فإنه لا يوجد فى عقد المقاولة.

---

(١) ولا يجوز لموردى المقاول الرجوع على المتنازل له عن الأجرة بأثمان ما وردوه للمقاول (استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٠١ م١٣ ص٣٤٣).

(٢) وقد يكون هذا التنازل بمقابل يدفعه المتنازل له للمتنازل، أو بالعكس يدفعه المتنازل للمتنازل له إذا كان الأول يتوقع الخسارة لو أنه قام بتنفيذ المقاولة بنفسه فيتنازل عن المقاولة لآخر ويدفع له مبلغاً يحدد به خسارته (انظر فى هذا المعنى بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٦٩). وإذا لم يشترط دفع مقابل، كان التنازل دون مقابل (بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٦٩).

١١٨ – المقاولة من الباطن – الشرط المانع – نص قانونى: تنص المادة ٦٦١ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«١ – يجوز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل فى جملته أو فى جزء منه إلى مقاول من الباطن، إذا لم يمنعه من ذلك شرط فى العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفايته الشخصية».

«٢ – ولكنه يبقى فى هذه الحالة مسئولا عن المقاول من الباطن قبل رب العمل»(١).

ويخلص من النص المتقدم الذكر أن للمقاول أن يقاول من الباطن فى كل العمل أو

---

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ٨٦٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد فيما عدا أن العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى كانت فى المشروع التمهيدى تجرى على الوجه الآتى: «إذا لم يمنعه من ذلك شرط فى العقد ولم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفايته الشخصية». وأقرت لجنة المراجعة النص تحت رقم ٦٩٠ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٨٩. وفى لجنة مجلس الشيوخ استبدلت «أو» التخييرية بواو العطف فى الفقرة الأولى قبل عبارة «لم تكن طبيعة العمل» لأن ذلك يكشف عن حقيقة المقصود من حكم النص وذلك لأن أحد الشرطين يكفى و «الواو» تفيد ضرورة اجتماع الشرطين. وأصبح رقم المادة ٦٦١. وأقرها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٤٩ – ص٥١).

ويقابل النص فى التقنين المدنى القديم م٤١٣/٥٠٥: يجوز للمقاول أن يقاول غيره على عمله كله أو بعضه إذا لم يوجد فى عقد المقاولة ما يمنع من ذلك، ولكنه يبقى مسئولا عن عمل المقاول الثانى. (وأحكام التقنين المدنى القديم تتفق مع أحكام التقنين المدنى الجديد).

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدنى السورى م٦٢٧ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م٦٦٠ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى م٨٨٢ (موافق).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٦٣٥: من يؤجر عمله أو خدمته لا يجوز له أن يعهد فى الإجراء إلى شخص آخر إذا كان يستنتج من نوع العمل أو من مشيئة المتعاقدين أن من مصلحة المستأجر أن يقوم المؤجر نفسه بالعمل.

م٦٣٨/١ يكون المؤجر مسئولا عن عمل الشخص الذى يقيمه مقامه أو يستعمله أو يستعين به كما يسأل عن عمل نفسه.

(وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى).

فى جزء منه[١]، ما لم يوجد شرط يمنعه من ذلك[1]. والشرط إما أن يكون صريحاً أو ضمنياً. فلا يتحتم أن يكون الشرط المانع مذكوراً صراحة فى عقد المقاولة، بل يجوز استخلاصه ضمناً من الظروف نفسها، فإذا كانت طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفاية المقاولة الشخصية كما يقول النص، كأن كان العمل محل المقاولة عملا فنياً لجأ فيه رب العمل إلى مقاول بالذات نظراً لكفايته الفنية، فإنه يكون هناك شرط مانع ضمنى من أن يكل المقاول العمل أو جزءاً منه إلى مقاول من الباطن، بل يتحتم أن يقوم به هو شخصياً. فإذا قاول شخص رساماً أو طبيباً أو مهندساً، فإنه يغلب أن يستخلص من الظروف أن رب العمل قد اعتمد على كفاية المقاول الشخصية، فلا يجوز لهذا الأخير أن يقاول من الباطن كأن يعهد بالعمل أو ببعضه إلى رسام آخر أو طبيب آخر أو مهندس آخر يقوم به مكانه، حتى لو لم يكن منصوصاً صراحة فى عقد المقاولة على المنع من المقاولة من الباطن[٢]. وإذا قام شك فى أن هناك شرطاً مانعاً ضمنياً، فسر الشك فى معنى المنع فيحرم على المقاول المقاولة من الباطن إلا إذا أذن له رب العمل فى ذلك[٣].

---

(١) والمقاول من الباطن يعمل مستقلا عن المقاول الأصلى، ويختلف فى ذلك عن العامل الذى يعمل بتوجيه المقاول الأصلى وتحت إشرافه (استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٠١ م١٣ ص٢١٦).

(٢) أما فيما يتعلق بالمحامى فقد نصت المادة ٧٨ مرافعات على أنه «يجوز للوكيل أن ينيب غيره من المحامين إن لم يكن ممنوعاً من الإنابة صراحة فى التوكيل».

(٣) وهذا الرأى هو الذى تأخذ به المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إذ تقول: «على أنه عند قيام الشك يحرم المقاول من حق المقاولة من الباطن، إلا إذا أذن له رب العمل بذلك» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٥٠).

وفى فرنسا لا يوجد نص صريح يبيح المقاولة من الباطن إذا لم يوجد شرط مانع، ولكن الرأى السائد هو الإباحة (بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٥٩– أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص٤٠٤– ص٤٠٥– بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٩ ص١٦٨– وكانت هذه هى تقاليد القانون الفرنسى القديم: پوتييه فى الإيجار فقرة ٤٢٠– فقرة ٤٢١). ولكن بعض الفقهاء فى فرنسا لا يبيحون المقاولة من الباطن ولا التنازل عن المقاولة (هيك ١٠ فقرة ٤١٧)، والبعض لا يبيحه إلا إذا كان العمل يمكن تنفيذه بواسطة مقاول آخر ويعنى هذا الإباحة إلا إذا كانت طبيعة العمل تمنع ذلك (جيوار ٢ فقرة ٨١٨: ولكنه يرى أن إقامة بناء على أساس تصميم معين عمل لا يمكن تنفيذه بواسطة مقاول آخر).

(1) اتفاق الطاعنة مع الشركة المطعون ضدها بالتزام الأخيرة بتنفيذ العمل المتفق عليه بنفسها دون أن تسنده فى جملته أو جزء منه إلى مقاول من الباطن. وجوب إعمال هذا الاتفاق تطبيق الحكم المطعون فيه عقد المقاولة من الباطن الذى لم تكن الطاعنة طرفا فيه وقضاؤه بتسليم المنقولات المتحفظ عليها للمقاول من الباطن والتعويض. قصور فى التسبيب مما جره إلى الخطأ فى تطبيق القانون.

(جلسة ١٩٩٩/١/٢٧ الطعنان رقما ٥٥٩١، ٥٦٠١ لسنة ٦٦ق)

والشرط المانع، سواء كان صريحاً أو ضمنياً، لا يمنع المقاول من أن يستعين بأشخاص آخرين فنيين أو غير فنيين فى إنجاز العمل، ما دام هؤلاء الأشخاص ليسوا مقاولين من الباطن بل كانوا مستخدمين عند المقاول بعقد عمل لا بعقد مقاولة(١).

ويجوز، إذا وجد الشرط المانع الصريح أو الضمنى، أن يتنازل عنه رب العمل، فيتحلل منه المقاول ويكون له الحق فى المقاولة من الباطن(٢). وكما يكون تنازل رب العمل عن الشرط المانع الصريح أو الضمنى صريحاً، كذلك قد يكون ضمنياً كأن يتعامل رب العمل مع المقاول من الباطن ويعطيه من الأجر بمقدار ما هو مدين به للمقاول الأصلى. وإذا تنازل رب العمل عن الشرط المانع، لم يجز له الرجوع بعد ذلك فى تنازله، سواء حصل التنازل قبل مخالفة المقاول للشرط المانع أو بعد مخالفته إياه.

وإذا وجد الشرط المانع، صريحاً كان أو ضمنياً، وجب على المقاول مراعاته، وإلا كان معرضاً للجزاء الذى تقضى به القواعد العامة. فيجوز لرب العمل أن يطلب من المقاول تنفيذ التزامه عيناً، بأن يجبر المقاول على أن يقوم هو بتنفيذ العمل شخصياً دون المقاول من الباطن، كما يجوز لرب العمل طلب فسخ المقاولة الأصلية بناء على أن المقاول لم يقر بالتزاماته، وليست المحكمة ملزمة حتما بإجابة رب العمل إلى ما يطلبه من فسخ الإيجار، بل لها أن ترفض هذا الطلب وأن تكتفى بإلزام المقاول أن يقوم هو شخصياً بتنفيذ العمل الموكول إليه. ولرب العمل، سواء طلب التنفيذ العينى أو طلب الفسخ، أن يطلب تعويضاً من المقاول إذا كان قد أصابه ضرر، والمسئول عن التعويض فى الحالتين هو المقاول الأصلى لا المقاول من الباطن. وللمقاول من الباطن، إذا رجع رب العمل على المقاول الأصلى بالتنفيذ العينى أو بالفسخ، أن يرجع بدوره على المقاول الأصلى يطالبه بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب عدم الوفاء بالتزاماته المستمدة من عقد المقاولة من الباطن(٣).

---

(١) بيزوس ص١٥- محمد لبيب شنب فقرة ٦٨٠ ص٨٨.

(٢) وكما يكون لرب العمل حق التنازل عن الشرط المانع، كذلك يكون له وحده دون غيره حق التمسك بهذا الشرط (استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩١٢ م٢٥ ص٤٥). فلا يجوز للمقاول أن يتمسك به ضد المقاول من الباطن (استئناف مختلط ٣٠ مارس سنة ١٩٢٠ م٣٢ ص٢٤٢).

(٣) وفى فرنسا يقع أن يتعاقد المقاول مع مقاول من الباطن لا تكون مهمته أن يقدم شيئاً من المواد اللازمة للعمل، بل تنحصر هذه المهمة فى أن يقوم بالعمل مع عمال هو الذى يحضرهم بنفسه. ولا تكون هناك علاقة مباشرة بين المقاول الأصلى وهؤلاء العمال، فهم لا يعرفون إلا المقاول من الباطن يتقاضون منه أجورهم ويتلقون منه التعليمات اللازمة للقيام بالعمل. ويتقاضى المقاول من الباطن من المقاول الأصلى أجراً معيناً، يدفع منه أجور العمال، وما بقى فهو ربح له. وهذا العقد يسمى فى القانون الفرنسى marchandage، ويسمى المقاول من الباطن Marchandeur أو tâcheron. وأكثر ما يخشى من هذا العقد أن يستغل المقاول من الباطن العمال فيبخسهم أجورهم، حتى =

١١٩ - قيام علاقات متنوعة فى حالة المقاولة من الباطن: فإذا لم يكن هناك شرط مانع صريح أو ضمنى، أو كان هناك شرط مانع وتنازل عنه رب العمل، وعقد المقاول مقاولة من الباطن فى كل العمل أو فى جزء منه، فإن المقاولة من الباطن تكون صحيحة وتنفذ حتى فى حق رب العمل. ويلجأ المقاول إلى المقاولة من الباطن عادة فى المقاولات الكبيرة حيث تتعدد الأعمال وتتشعب، فيعهد المقاول الأصلى لمقاولين من الباطن، إذا كان العمل بناء مثلا، بالأعمال الصحية وبالنجارة وبالبلاط وبالبياض وبغير ذلك من الأعمال المختلفة التى تشتمل عليها المقاولة، ويقوم المقاول الأصلى بالتنسيق بين أعمال المقاولين من الباطن[١].

ويترتب على المقاولة من الباطن قيام علاقات متنوعة يمكن حصرها فيما يلى: (١)علاقة المقاول الأصلى بالمقاول من الباطن. (٢) علاقة المقاول الأصلى برب العمل. (٣) علاقة رب العمل بالمقاول من الباطن. ونستعرض هذه العلاقات الثلاث:

=يحتفظ لنفسه بأكبر ربح ممكن. ومن أجل ذلك صدر دكريتو ٢ مارس سنة ١٨٤٨ (وأعقبه قرار ٢١ مارس سنة ١٨٤٨) يحرم استغلال المقاولين من الباطن للعمال، ويجعل هذا الاستغلال جريمة معاقباً عليها. وقد أدمج هذا الدكريتو فى المادتين ٣٠ (ب) و١٠٣ من الكتاب الأول من تقنين العمال. وقد فسرت محاكم الاستئناف فى فرنسا هذه النصوص على أنها تحرم أصلا كل مقاولة من الباطن يكون الغرض الوحيد منها توريد عمال يشتغلون بتوجيه المقاول من الباطن ويأخذون أجورهم منه (أورليان ١١ يوليه سنة ١٨٩٩ داللوز ٩٩-٢- ٣٩٣- Bourges ٢٠ يونيه سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠٠ -٢-٣٠٠). ولكن محكمة النقض فى فرنسا قضت بأن عقد المقاولة من الباطن فى هذه الحالة ليس محرماً فى ذاته، بل المحرم هو استغلال المقاول من الباطن للعمال، فإذا ثبت أن عقد مقاولة من الباطن مكن للمقاول من الباطن أن يستغل العمال فهذا العقد يكون باطلا ويستوجب العقوبة الجنائية (نقض فرنسى جنائى ٤ فبراير سنةج ١٨٩٨ داللوز ٩٨-١-٣٦٩- ٨ فبراير سنة ١٩٠٠ داللوز ١٩٠٠ -١-٢٠٩- ٣١ يناير سنة ١٩٠١ داللوز ١٩٠١ -١-١٦٩ (الدوائر المجتمعة) - ٢٢ يونيه سنة ١٩٢٥ سيريه ١٩٢٥ -١- ٢١٦). ثم صدر مرسوم بقانون فى ٨ أغسطس سنة ١٩٣٥ يحرم هذا النوع من الاستغلال. انظر فى هذه المسألة بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٦١- فقرة ٤٠٦٣- بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩١٩- فقرة ٩٢٠ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٩٩٥ - جوسران ٢ فقرة ١٢٨٨ ص٦٧٦.

أما مقدمو الأنفار فى مصرفهم لا يعملون بأنفسهم، بل يقتصرون على توريد العمال ومنهم عمال التراحيل.

(١) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩١٨.

١ – علاقة المقاول الأصلى بالمقاول من الباطن

١٢٠ – علاقة رب عمل بمقاول: تكون العلاقة ما بين المقاول الأصلى والمقاول من الباطن علاقة رب عمل بمقاول، ينظمها عقد المقاولة من الباطن. فيكون المقاول الأصلى بالنسبة إلى المقاول من الباطن رب عمل، عليه جميع التزامات رب العمل. ويكون المقاول من الباطن بالنسبة إلى المقاول الأصلى مقاولا، عليه جميع التزامات المقاول.

ومن ثم يوجد عقدا مقاولة: عقد المقاولة الأصلى يحكم العلاقة بين رب العمل والمقاول الأصلى، وعقد المقاولة من الباطن يحكم العلاقة بين المقاول الأصلى والمقاول من الباطن. وليس من الضرورى أن يكون العقدان متطابقين أو متقاربين، بل يغلب أن يكونا مختلفين من وجوه كثيرة، كمقدار الأجرة وشروط العقد. فقد تكون الأجرة فى المقاولة من الباطن أقل أو أعلى من الأجرة فى المقاولة الأصلية. وقد لا يوجد الشرط المانع فى المقاولة الأصلية، ويوجد هذا الشرط فى المقاولة من الباطن. وقد يضع المقاول الأصلى شرطاً جزائياً فى المقاولة من الباطن، ولا يوضع هذا الشرط فى المقاولة الأصلية.

١٢١ – التزامات المقاول الأصلى نحو المقاول من الباطن: ويلتزم المقاول الأصلى كما قدمنا نحو المقاول من الباطن بجميع التزامات رب العمل. وقد رأينا أن هذه الالتزامات هى تمكين المقاول من إنجاز العمل، وتسلم العمل بعد إنجازه، ودفع الأجر.

فيلتزم المقاول الأصلى بتمكين المقاول من الباطن من إنجاز العمل. فإذا كان المقاول من الباطن فى حاجة إلى مهمات وأدوات ومواد تعهد المقاول الأصلى بتقديمها له، وجب على هذا الأخير أن ينفذ تعهده، وأن يسلم المقاول من الباطن هذه المهمات والأدوات والمواد فى وقت مناسب. وإذا كان عمل المقاول من الباطن يقتضى أن تقدم له مواصفات ورسوم ونماذج، وجب على المقاول الأصلى أن يقدم له ذلك لتمكينه من العمل. وعلى المقاول الأصلى أن يقوم بتنسيق الأعمال ما بين عماله والمقاول من الباطن، أو ما بين المقاولين من الباطن المتعددين، بحيث لا يحول أحد دون تمكن الآخرين من تنفيذ أعمالهم. فإذا لم يقم المقاول الأصلى بالتزامه من تمكين المقاول من الباطن من إنجاز العمل على هذا النحو، كان للمقاول من الباطن أن يطلب التنفيذ عيناً ولو عن طريق التهديد المالى فيما يقضى تدخل المقاول الأصلى كما إذا كان هذا ملزماً بتقديم مواصفات ورسوم ونماذج، وكان له كذلك أن يطلب فسخ المقاولة من الباطن، مع التعويض فى الحالتين إن كان له مقتض. وقد سبق بيان التزام رب العمل بتمكين المقاول من إنجاز العمل، فنحيل هنا إلى ما قدمناه هناك[1].

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٧٨– فقرة ٧٩.

ويلتزم المقاول الأصلى أيضاً بتسليم العمل من المقاول من الباطن بعد إنجازه. فمتى أتم المقاول من الباطن العمل ووضعه تحت تصرف المقاول الأصلى، وجب على هذا أن يبادر إلى معاينته فى أقرب وقت مستطاع تبعاً للمألوف فى التعامل، وأن يتسلمه فى مدة وجيزة. فإذا امتنع دون سبب مشروع بعد إعذاره عن تسلم العمل، اعتبر أنه قد تسلمه. وله أن يمتنع عن تسلمه إذا كان المقاول من الباطن قد خالف ما ورد فى عقد المقاولة من الباطن من الشروط أو ما تقضى به أصول الفن لهذا النوع من العمل. ويكون تسلم المقاول الأصلى للعمل فى الميعاد المتفق عليه أو الميعاد المعقول لإنجاز العمل وفقاً لطبيعته ولعرف الحرفة، وفى جميع الأحوال يجب على المقاول الأصلى أن يقوم بتنفيذ التزامه من تسلم العمل وتقبله بمجرد أن يتم المقاول من الباطن العمل ويضعه تحت تصرفه أى يسلمه إياه. ويكون التسلم فى مكان التسليم، ويتم باستيلاء المقاول الأصلى على العمل وفقاً لطبيعته. وإذا كان العمل مكوناً من أجزاء متميزة أو كان الأجر محدداً بسعر الوحدة، جاز لكل من المقاول الأصلى والمقاول من الباطن أن يطلب إجراء المعاينة والتسلم عقب إنجاز كل جزء أو وحدة من العمل. والمفروض أن المقاول الأصلى، إذا دفع أجر جزء أو أكثر من العمل، يكون قد عاين هذا الجزء أو الأجزاء وتقبلها، وذلك ما لم يثبت أن ما دفعه ليس إلا مبلغاً قدمه للمقاول من الباطن تحت الحساب. وإذا لم يقم المقاول الأصلى بالتزامه من تسلم العمل وتقبله فى الميعاد القانونى، كان للمقاول من الباطن أن يجبره على تنفيذ التزامه عينا، ويمكن فوق ذلك وطبقاً للقواعد العامة أن يلجأ المقاول من الباطن إلى إجراءات العرض الحقيقى. وقد بسطنا التزام رب العمل بتسلمه وتقبله تفصيلا فيما تقدم، فنحيل هنا إلى ما قدمناه هناك[1].

ويلتزم المقاول الأصلى أخيراً بدفع الأجر إلى المقاول من الباطن. فيدفع له الأجر المتفق عليه بينهما، فإذا لم يكن هناك اتفاق على مقدار الأجر وجب الرجوع فى تحديد هذا المقدار إلى قيمة العمل الذى قام به المقاول من الباطن والنفقات التى صرفها فى إنجازه (م٦٥٩ مدنى). وإذا اتفق على أجر بمقتضى مقايسة على أساس الوحدة، وتبين فى أثناء العمل أن من الضرورى لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المقايسة المقدرة مجاوزة محسوسة، وجب على المقاول من الباطن أن يخطر فى الحال المقاول الأصلى بذلك، مبيناً مقدار ما يتوقعه من زيادة فى الأجر، فإن لم يفعل سقط حقه فى استرداد ما جاوز به قيمة المقايسة من نفقات. وإن هو أخطر المقاول الأصلى، كان له أن يرجع بزيادة فى الأجر تقابل المجاوزة المحسوسة لتقديرات المقايسة. فإذا كانت هذه المجاوزة جسيمة، جاز للمقاول الأصلى

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٨٠- فقرة ٨٦.

أن يقف تنفيذ العمل وأن يتحلل من العقد، على أن يكون ذلك دون إبطاء، مع إيفاء المقاول من الباطن قيمة ما أنجزه من الأعمال مقدرة وفقاً لشروط العقد، دون أن يعوضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل (م٦٥٧ مدنى). أما إذا اتفق على أجر إجمالى جزافى على أساس تصميم معين، فليس للمقاول من الباطن أن يطالب بأية زيادة فى الأجر ولو حصل فى هذا التصميم تعديل أو إضافة، إلا أن يكون ذلك راجعاً إلى خطأ من المقاول الأصلى أو أن يكون مأذوناً به منه. فإذا أذن المقاول الأصلى فى تعديل التصميم أو فى الإضافة إليه، وجب عليه أن يدفع زيادة فى الأجر تقابل ما وقع فى التصميم من تعديل أو إضافة، وذلك دون حاجة إلى أن يكون هناك اتفاق بالكتابة بينه وبين المقاول من الباطن لا على التعديل فى ذاته ولا على مقدار الزيادة فى الأجر. وإنما وجب الاتفاق الكتابى طبقاً للفقرة الثانية من المادة ٦٥٨ مدنى فى العلاقة ما بين رب العمل والمقاول الأصلى، لا فى العلاقة ما بين المقاول الأصلى والمقاول من الباطن، وقد سبق ببيان ذلك[1]. وليس للمقاول من الباطن، إذا ارتفعت أسعار المواد الأولية أو أجور الأيدى العاملة أو غيرها من التكاليف، أن يستند إلى ذلك ليطلب زيادة فى الأجر الإجمالى الجزافى المتفق عليه، ولو بلغ هذا الارتفاع حداً يجعل تنفيذ المقاولة من الباطن عسيرا. على أنه إذا انهار التوازن بين التزامات كل من المقاول الأصلى والمقاول من الباطن بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن فى الحسبان وقت التعاقد، وتداعى بذلك الأساس الذى قام عليه التقدير المالى لعقد المقاولة، جاز للقاضى أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد (م٢/٦٥٨ و٤مدنى). والمدين بالأجر هو المقاول الأصلى وورثته من بعده، دون رب العمل بالرغم من أنه هو الذى انتفع بالعمل، ومع ذلك سنرى أن للمقاول من الباطن الرجوع مباشرة على رب العمل بمقدار ما هو مستحق فى ذمة هذا الأخير للمقاول الأصلى. والدائن بالأجر هو المقاول من الباطن، وورثته من بعده. ويستحق دفع الأجر للمقاول من الباطن عند تسلم العمل، إلا إذا قضى الاتفاق أو العرف بغير ذلك. ويكون الدفع فى المكان المتفق عليه، فإن لم يكن هناك اتفاق ففى المكان الذى يقضى به العرف، فإن لم يكن هناك اتفاق ولا عرف ففى موطن المقاول الأصلى وقت الوفاء أو فى المكان الذى يوجد فيه مركز أعماله. وإذا أخل المقاول الأصلى بالتزامه من دفع الأجر، فللمقاول من الباطن أن يطلب التنفيذ العينى، وله أن يطلب فسخ المقاولة من الباطن، وفى الحالتين له أن يطلب التعويض إذا كان له محل. وله أن يحبس العمل حتى يستوفى الأجر، كما أن له حقوق امتياز فى المواضع التى نص القانون على أن يكون فيها للمقاول حق امتياز. وقد بينا كل ذلك تفصيلا عند الكلام فى

---

(١) انظر آنفاً فقرة ١٠٠.

التزام رب العمل بدفع الأجر للمقاول، فنحيل هنا إلى ما قدمناه هناك[1].

١٢٢ - التزامات المقاول من الباطن نحو المقاول الأصلي: ويلتزم المقاول من الباطن بجميع التزامات المقاول نحو رب العمل. وقد قدمنا أن هذه الالتزامات هى إنجاز العمل، وتسليمه بعد إنجازه، وضمانه بعد التسليم.

فيلتزم المقاول من الباطن بإنجاز العمل المعهود به إليه من المقاول الأصلى، سواء كان هو كل العمل محل المقاولة الأصلية أو كان جزءاً من هذا العمل. ويجب أن ينجز العمل بالطريقة المتفق عليها فى عقد المقاولة من الباطن، وبالشروط الواردة فى هذا العقد. فإذا لم تكن هناك شروط متفق عليها، وجب اتباع العرف وبخاصة أصول الصناعة تبعاً للعمل الذى يقوم به المقاول من الباطن. وإذا احتاج المقاول من الباطن فى إنجازه للعمل إلى أدوات ومهمات لم يتعهد المقاول الأصلى بتقديمها له، فعليه هو أن يأتى بها على نفقته، سواء كان للعمل مادة تستخدم فيه أو لم يكن، وسواء كان من ورد المادة هو المقاول من الباطن أو المقاول الأصلى أو رب العمل. وقد يحتاج المقاول من الباطن إلى أيد عاملة ومساعدين يعاونونه على إنجاز العمل. ففى هذه الحالة تكون أجور العمال والمعاونين على المقاول من الباطن ما لم يقض الاتفاق أو عرف الحرفة بغير ذلك. وإذا كان المقاول من الباطن هو الذى تعهد بتقديم المادة التى يستخدمها، كالأخشاب للأبواب والشبابيك وكالأدوات الصحية، كان مسئولا عن جودتها وعليه ضمانها للمقاول الأصلى. وفى اختيار المادة التى يقدمها يجب عليه أن يلتزم بالشروط والمواصفات المتفق عليها، وإذا لم تكن هناك شروط ومواصفات وجب عليه أن يتوفى فى الاختيار أن تكون المادة وافية بالغرض المقصود مستفاداً مما هو مبين فى عقد المقاولة من الباطن أو مما هو ظاهر من طبيعة الشئ أو الغرض الذى أعد له. وإذا لم يتفق مع المقاول الأصلى على درجة المادة من حيث جودتها، ولم يكن استخلاص ذلك من العرف أو من أى ظرف آخر، التزم بأن يقدم مادة من صنف متوسط. وهو ضامن للعيوب الخفية التى توجد فى المادة التى يقدمها، ويضمن

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٨٧- فقرة ١١٦- ويجوز كذلك للمقاول الأصلى أن يتحلل من عقد المقاولة من الباطن ويقف التنفيذ فى أى وقت قبل إتمامه، على أن يعوض المقاول من الباطن عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل، وذلك تطبيقاً لأحكام المادة ٦٦٣ مدنى وسيأتى بيانها (انظر عكس ذلك بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٧ ص١٧٧- بودرى وفال ٢ فقرة٤٠٦٧: ولكنهما يسلمان أنه يجوز أن يشترط المقاول الأصلى على المقاول من الباطن ثبوت هذا الحق له، بل يجوز أن يشترط المقاول الأصلى على المقاول من الباطن جواز التحلل من عقد المقاولة من الباطن دون أن يدفع أى تعويض، ويشيران إلى حكم محكمة النقض الفرنسية فى ٢٨ ديسمبر سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٥- ١-٨١- وانظر فى المعنى الذى نقول به محمد لبيب شنب فقرة ١٥٥ ص١٩٠).

هذه العيوب ولو لم يكن عالماً بوجودها، ولكن لا يضمن عيباً جرى العرف على التسامح فيه. وإذا كان المقاول الأصلى أو رب العمل هو الذى قدم المادة، فعلى المقاول من الباطن أن يحرص عليها ويراعى أصول الفن فى استخدامه لها، وأن يؤدى حساباً عما استعملها فيه ويرد ما بقى منها. فإذا صار شئ من هذه المادة غير صالح للاستعمال بسبب إهماله أو قصور كفايته الفنية، التزم برد قيمة هذا الشئ. ويلتزم كذلك بأن ينجز العمل فى المدة المتفق عليها، فإذا لم يكن هناك اتفاق على مدة معينة فالواجب أن ينجزه فى المدة المعقولة التى تسمح بإنجازه نظراً لطبيعته ومقدار ما يقتضيه من دقة وتبعا لعرف الحرفة. وإذا أخل المقاول من الباطن بالتزامه من إنجاز العمل على الوجه المتقدم، جاز للمقاول الأصلى أن يطلب التنفيذ العينى، كما يستطيع طلب فسخ المقاولة من الباطن، وله أن يطلب التعويض فى الحالتين إذا كان له مقتض. وإذا ثبت فى أثناء سير العمل أن المقاول من الباطن يقوم به على وجه معيب أو مناف للعقد، جاز للمقاول الأصلى أن ينذره بأن يعدل من طريقة التنفيذ فى خلال أجل معقول يعينه له. فإذا انقضى الأجل دون أن يرجع المقاول من الباطن إلى الطريقة الصحيحة، جاز للمقاول الأصلى أن يطلب إما فسخ العقد وإما أن يعهد إلى مقاول آخر بإنجاز العمل على نفقة المقاول من الباطن. على أنه يجوز طلب فسخ عقد المقاولة من الباطن فى الحال دون حاجة إلى تعيين أجل، إذا كان إصلاح ما فى طريقة التنفيذ من عيب مستحيلا (م ٦٥٠ مدنى). وإذا تأخر المقاول من الباطن فى أن يبدأ العمل أو فى أن ينجزه تأخراً لا يرجى معه مطلقاً أن يتمكن من القيام بالعمل كما ينبغى فى المدة المتفق عليها، جاز للمقاول الأصلى طلب فسخ عقد المقاولة من الباطن دون انتظار لحلول أجل التسليم. وقد بسطنا كل ذلك تفصيلا عند الكلام فى التزام المقاول بإنجاز العمل، فنحيل هنا إلى ما قدمناه هناك(١).

ويلتزم المقاول من الباطن أيضاً بتسليم العمل بعد إنجازه. ويكون التسليم بوضع العمل تحت تصرف المقاول الأصلى، بحيث يتمكن هذا من الاستيلاء عليه دون عائق. ويكون ذلك فى الميعاد المتفق عليه، فإذا لم يكن هناك اتفاق ففى الميعاد المعقول لإنجاز العمل وفقاً لطبيعته ولعرف الحرفة. ويسلم العمل فى المكان المتفق عليه، فإن لم يكن هناك اتفاق ففى المكان الذى يعينه عرف الحرفة، وإن لم يكن هناك عرف ففى مكان وجود العقار أو المنقول، وإلا ففى موطن المقاول من الباطن أو المكان الذى يوجد فيه مركز أعماله. وجزاء الإخلال بالتزام التسليم هو طلب التنفيذ العينى إذا كان ممكناً فيجبر المقاول من الباطن على التسليم، وإلا جاز للمقاول الأصلى طلب فسخ عقد المقاولة من الباطن مع التعويض

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٦- فقرة ٤٦.

فى الحالتين إذا كان له مقتض. وإذا هلك الشئ وهو فى يد المقاول من الباطن قبل تسليمه للمقاول الأصلى بسبب حادث مفاجئ، تحمل المقاول من الباطن تبعة الهلاك، فليس له أن يطالب بالأجر ولا برد النفقات. ويكون هلاك المادة على من قام بتوريدها، سواء كان هو المقاول من الباطن أو المقاول الأصلى أو رب العمل. وقد بسطنا كل ذلك تفصيلا عند الكلام فى التزام المقاول بالتسليم، فنحيل هنا إلى ما قدمناه هناك(١).

ويلتزم المقاول من الباطن أخيراً بضمان العمل. وقد تقدم أنه إذا كان المقاول من الباطن قدم المادة من عنده فإنه يكون مسئولا عن جودتها، وعليه ضمان العيوب الخفية فيها. وإذا كان الذى قدم المادة هو المقاول الأصلى أو رب العمل، فإن المقاول من الباطن لا يكون ضامناً لعيوبها الخفية لأنه ليس هو الذى قدمها، ولكن إذا كشف فى أثناء عمله أو كان يمكن أن يكشف تبعاً لمستواه الفنى عيوباً فى المادة، وجب عليه أن يخطر المقاول الأصلى فوراً بذلك، وإلا كان مسئولا عن كل ما يترتب على إهماله من نتائج. وسواء كان الذى قدم المادة هو المقاول من الباطن أو المقاول الأصلى أو رب العمل، فإن المقاول من الباطن يكون فى جميع الأحوال ضامناً لأى عيب فى الصنعة (malfaçon) تقضى أصول الحرفة بأن يكون مسئولا عنه. فإذا كان العيب فى الصنعة واضحاً، بحيث يمكن للمقاول الأصلى أن يكشفه، وتسلم هذا العمل وتقبله دون أن يعترض، فالمفروض أنه قبل العمل معيباً ونزل عن حقه فى الرجوع على المقاول من الباطن، ويبقى مسئولا عن العيب نحو رب العمل، ومن ثم ينقضى ضمان المقاول من الباطن للعيب الواضح بمجرد تسلم المقاول الأصلى العمل وتقبله إياه. وهذا لا يمنع من أن يتحفظ المقاول الأصلى عند تسلم العمل، ويقرر أن التسلم لا يمنعه من الرجوع فيما بعد على المقاول من الباطن إذا وجد فى العمل عيباً، وفى هذه الحالة يكون له الرجوع بضمان العيب فى المدة التى يتفق عليها مع المقاول من الباطن، وإذا لم يكن هناك اتفاق ففى مدة قصيرة حسب ما يقضى به عرف المهنة. وإذا كان العيب ليس من الوضوح بحيث يمكن كشفه وقت التسلم أو تقبل العمل، بقى المقاول من الباطن ضامناً للعيب المدة القصيرة التى يقضى بها عرف الحرفة. وقد بسطنا هذه الأحكام تفصيلا عند الكلام فى ضمان المقاول بوجه عام لعيوب الصنعة، فما قدمناه هناك ينطبق هنا(٢).

بقى ضمان المقاول من الباطن لعيوب البناء، وقد قدمنا أنه فى العلاقة التى نحن بصددها بين المقاول الأصلى والمقاول من الباطن لا تسرى المادة ٦٥١ مدنى، وهى التى

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٧– فقرة ٥٥.

(٢) انظر آنفاً فقرة ٥٧– فقرة ٥٩.

تجعل المقاول ضامناً لما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم فى المبانى أو المنشآت الثابتة الأخرى ولجميع ما يوجد فى المبانى والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته. بل يكون المقاول من الباطن ضامناً لعيوب البناء والمنشآت الثابتة الأخرى فى حدود القواعد العامة، ومن ثم ينتهى التزام المقاول من الباطن بالضمان بمجرد أن يتسلم المقاول الأصلى العمل مع تمكنه من فحصه وكشف ما به من عيوب. فإذا ظهرت عيوب خفية بعد ذلك، لا يكون المقاول من الباطن مسئولا إلا بالقدر وإلى المدة التى يقضى بها عرف الحرفة، لا إلى مدة عشر سنوات كما هى الحال فى العلاقة ما بين رب العمل والمقاول الأصلى. وقد قدمنا أن السبب فى ذلك هو أن المقاول الأصلى من أهل الخبرة والفن، فلا يوجد مقتض لحمايته حماية مشددة بإيجاب ضمان على المقاول من الباطن مدة عشر سنوات، ويكفى فى حماية المقاول الأصلى الرجوع إلى القواعد العامة ففيها حماية كافية له(١).

٢ - علاقة المقاول الأصلى برب العمل

١٢٣ - عقد المقاولة الأصلى هو الذى ينظم هذه العلاقة: أما فى تنظيم العلاقة ما بين المقاول الأصلى ورب العمل، فقد قدمنا أن عقد المقاولة الأصلى يبقى قائماً، وهو الذى ينظم العلاقة فيما بينهما. ولا شأن لرب العمل بعقد المقاولة من الباطن، فهذا العقد لا يكسبه حقاً ولا يرتب فى ذمته التزاماً لأنه يعتبر بالنسبة إليه من الغير، وذلك فيما عدا ما نص عليه القانون من رجوع المقاول من الباطن على رب العمل بالأجرة فى حدود معينة سنبحثها تفصيلا فيما يلى.

فعقد المقاولة الأصلى إذن، دون عقد المقاولة من الباطن، هو الذى يحدد التزامات رب العمل نحو المقاول الأصلى، ويحدد التزامات المقاول الأصلى نحو رب العمل.

١٢٤ - التزامات رب العمل نحو المقاول الأصلى: ومن ثم يبقى رب العمل ملتزماً نحو المقاول الأصلى، دون المقاول من الباطن، والتزاماته تنشأ من عقد المقاولة الأصلى.

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٣- ويبقى المقاول الأصلى مسئولا نحو رب العمل عن ضمان ما يظهر فى صنعة المقاول من الباطن من عيوب خفية مدة عشر سنوات. وإذا رجع رب العمل على المقاول الأصلى بالضمان، فإن المقاول الأصلى الذى تسلم العمل من المقاول من الباطن، لا يستطيع الرجوع عليه بالضمان إذا انقضت المدة القصيرة التى يقضى بها العرف فانتهت بانقضائها مسئولية المقاول من الباطن عن الضمان. (بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٤- وانظر آنفاً فقرة ٦٣ فى آخرها فى الهامش. وانظر ما يلى فقرة ١٢٥).

فيلتزم نحو المقابل الأصلي بتمكينه من إنجاز العمل، على النحو المفصل الذى أسلفناه. ويلتزم كذلك بتسلم العمل وتقبله من المقاول الأصلي لا من المقاول من الباطن، وقد قدمنا ما يشتمل عليه هذا الالتزام من المسائل التفصيلية. ويلتزم أخيراً بدفع الأجر للمقاول الأصلي لا للمقاول من الباطن، والأجر الذى يدفعه هو الأجر الذى ينشأ الالتزام به من عقد المقاولة الأصلي لا من عقد المقاولة من الباطن. وإنما يلتزم رب العمل استثناء بدفع ما فى ذمته من الأجر للمقاول الأصلي مباشرة إلى المقاول من الباطن، بموجب نص خاص فى هذا الشأن سيأتى بحثه.

١٢٥ - التزامات المقاول الأصلي نحو رب العمل: ويبقى المقاول الأصلي ملتزماً نحو رب العمل، والتزاماته تنشأ هى أيضاً من عقد المقاولة الأصلي لا من عقد المقاولة من الباطن. فيلتزم نحو رب العمل بإنجاز العمل محل عقد المقاولة الأصلي، على التفصيل الذى قدمناه فى خصوص هذا الالتزام. ويلتزم كذلك بتسليم العمل بعد إنجازه لرب العمل، ويدخل فى ذلك العمل الذى أنجزه المقاول من الباطن، فإن هذا العمل يتسلمه المقاول الأصلي من المقاول من الباطن ثم يسلمه لرب العمل. ويلتزم أخيراً بضمان العمل، لا ضماناً بموجب القواعد العامة فحسب، بل أيضاً يضمن التهدم والعيوب فى المبانى والمنشآت الثابتة الأخرى خلال عشر سنوات على التفصيل الذى قدمناه. وقد رأينا أن المقاول من الباطن لا يضمن التهدم والعيوب فى المبانى والمنشآت الثابتة الأخرى إلا فى حدود القواعد العامة. ويترتب على ذلك أنه إذا تسلم المقاول الأصلي من المقاول من الباطن مبنى أقامه، وسلمه لرب العمل، فإن ضمان المقاول من الباطن لعيوب هذا المبنى نحو المقاول الأصلي لا يقوم إلا مدة قصيرة بحسب العرف من وقت تسلم المقاول الأصلي للمبنى، أما ضمان المقاول الأصلي لهذه العيوب نحو رب العمل فيبقى قائماً خلال عشر سنوات من وقت تسلم رب العمل للمبنى.

١٢٦ - مسئولية المقاول الأصلي عن المقاول من الباطن نحو رب العمل: وقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٦٦١ مدنى تنص على ما يأتى: «ولكنه (المقاول الأصلي) يبقى فى هذه الحالة مسئولا عن المقاول من الباطن قبل رب العمل»[١].

ومعنى ذلك أن التزامات المقاول من الباطن نحو المقاول الأصلي، وقد سبق بيانها، يبقى المقاول الأصلي مسئولا عنها نحو رب العمل[٢]. ولا يكون المقاول من الباطن

---

(١) انظر آنفاً فقرة ١١٨.

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ٤١٣ من القانون المدنى (القديم)، ولو أنها تخول المقاول إعطاء المقاولة لآخر إذا لم يكن متفقاً على خلاف ذلك، إلا أنها تعده مسئولا عن عمل هذا الآخر. وبناء على ذلك فإن مجرد قيام مقاول من الباطن تحت إشراف الحكومة بالعمل الذى تعاقد عليه =

مسئولا مباشرة نحو رب العمل، بل يبقى مسئولا نحو المقاول الأصلى، ثم يكون المقاول الأصلى هو المسئول نحو رب العمل(١).

فإذا أخل المقاول من الباطن بالتزامه من إنجاز العمل طبقاً للشروط والمواصفات المتفق عليها ولأصول الصنعة، كان المقاول الأصلى مسئولا عن ذلك نحو رب العمل. فيرجع رب العمل على المقاول الأصلى، ثم يرجع المقاول الأصلى على المقاول من الباطن.

وإذا أخل المقاول من الباطن بالتزاماته من تسليم العمل بعد إنجازه، كان المسئول عن ذلك نحو رب العمل هو المقاول الأصلى لا المقاول من الباطن، فيرجع رب العمل على المقاول الأصلى، ثم يرجع المقاول الأصلى على المقاول من الباطن.

وإذا أخل المقاول من الباطن بالتزامه بضمان عيوب الصنعة وظهر فى عمله عيب، كان مسئولا عن هذا العيب، نحو المقاول الأصلى، وكان المقاول الأصلى مسئولا عن نفس العيب نحو رب العمل. فيرجع هذا الأخير على المقاول الأصلى، ثم يرجع المقاول الأصلى على المقاول من الباطن. فإذا كان العيب فى المبانى والمنشآت الثابتة الأخرى، كان المقاول الأصلى دون المقاول من الباطن ضامناً لهذا العيب خلال عشر سنوات، أما المقاول من الباطن فتبرأ ذمته من الضمان فى مدة قصيرة كما سبق القول..

ومسئولية المقاول الأصلى عن المقاول من الباطن ليست مسئولية المتبوع عن تابعه، فإن المقاول من الباطن يعمل مستقلا عن المقاول الأصلى ولا يعتبر تابعاً له. وإنما هى مسئولية عقدية تنشأ من عقد الإيجار الأصلى، وتقوم على افتراض أن كل الأعمال والأخطاء التى تصدر من المقاول من الباطن تعتبر بالنسبة إلى رب العمل أعمالا وأخطاء صدرت من المقاول الأصلى، فيكون هذا مسئولا عنها قبله(٢).

=المقاول الذى اتفقت معه لا يقطع مسئولية هذا المقاول، خصوصاً إذا كان فى شروط التعاقد ما يحمله مسئولية الأضرار الناجمة عن تنفيذ المقاولة (نقض مدنى ١٧ أبريل سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١١٢ ص٣٤٠) - وانظر أيضاً استئناف مختلط ١٦ يونيه سنة ١٩٠٩ م٢١ ص٣٨٧.

(١) دائيد رسالته فى عقد الاستصناع ص٨١- محمد لبيب شنب فقرة ٦٨.

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٢- ولما كانت مسئولية عقدية فيمكن الاتفاق على ما يخالفها، ومن ثم يجوز أن يشترط المقاول على رب العمل جواز أن يقاول من الباطن وألا يكون مسئولا عن المقاول من الباطن. كذلك يجوز بعد أن يعقد المقاول الأصلى مقاولة من الباطن أن يقبل رب العمل حلول المقاول من الباطن محل المقاول الأصلى فى كل حقوقه والتزاماته، فتتحول المقاولة من الباطن إلى تنازل عن المقاولة. كذلك يجوز أن يتعهد المقاول من الباطن للمقاول الأصلى أن يقوم بالعمل لمصلحة رب العمل، فيكون هذا اشتراطاً من المقاول الأصلى لمصلحة رب العمل، ويستطيع رب العمل فى هذه الحالة أن يرجع بالدعوى المباشرة على المقاول من الباطن طبقاً لقواعد الاشتراط لمصلحة الغير، =

٣ – علاقة رب العمل بالمقاول من الباطن

١٢٧ – العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن علاقة غير مباشرة: وقد قدمنا أن العلاقة بين رب العمل والمقاول الأصلي يحكمها عقد المقاولة الأصلى، ويحكم عقد المقاولة من الباطن العلاقة بين المقاول الأصلى والمقاول من الباطن. ويترتب على ذلك أن الأصل ألا تقوم علاقة مباشرة بين رب العمل، والمقاول من الباطن إذ لا يربطهما أى تعاقد، فالتعاقد إنما يربط رب العمل بالمقاول الأصلى، ويربط المقاول الأصلى بالمقاول من الباطن.

وإنما تكون العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن علاقة غير مباشرة، إذ يتوسطهما المقاول الأصلى. فلا يطالب رب العمل المقاول من الباطن مباشرة بالتزاماته، بل الذى يطالب بها المقاول الأصلى. ولا يطالب المقاول من الباطن رب العمل مباشرة بالتزاماته، وإنما يطالب بهذه الالتزامات المقاول الأصلى[1].

١٢٨ – لا يطالب رب العمل المقاول من الباطن مباشرة بالتزاماته: والتزامات المقاول من الباطن الثلاثة إنما يطالب بها مباشرة المقاول الأصلى لا رب العمل.

فالالتزام بإنجاز العمل يطالب به المقاول الأصلى المقاول من الباطن بموجب عقد المقاولة من الباطن كما قدمنا. ولا يستطيع رب العمل أن يطالب مباشرة المقاول من الباطن بهذا الالتزام، لا بموجب عقد المقاولة الأصلى لأن المقاول من الباطن طرفاً فيه، ولا بموجب عقد المقاولة من الباطن لأن رب العمل ليس طرفاً فيه. وإنما يستطيع رب العمل أن يطالب المقاول من الباطن بهذا الالتزام بدعوى غير مباشرة يرفعها باسم مدينه المقاول الأصلى.

ولا يستطيع كذلك رب العمل أن يطالب المقاول من الباطن مباشرة بتسليم العمل، وإنما يستطيع ذلك بدعوى غير مباشرة يستعمل فيها حق مدينه المقاول الأصلى قبل مدين مدينه المقاول من الباطن.

=ويحتفظ فى الوقت ذاته بحق الرجوع على المقاول الأصلى بموجب عقد المقاولة (انظر بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٩).

(١) ومع ذلك فقد قدمنا أن رب العمل قد يقبل المقاول من الباطن صراحة أو ضمناً، فيحل هذا محل المقاول الأصلى فى حقوقه وفى التزاماته. ومن ثم يستطيع رب العمل أن يطالب المقاول من الباطن مباشرة بالتزاماته، كما يستطيع المقاول من الباطن أن يطالب رب العمل مباشرة بالتزاماته، وتتحول المقاولة من الباطن إلى تنازل عن المقاولة (انظر آنفاً فقرة ١٢٦ فى الهامش).

ولا يجوز أخيراً لرب العمل أن يطالب المقاول من الباطن مباشرة بالضمان، ولكن يستطيع بالدعوى غير المباشرة أن يستعمل حق مدينه المقاول الأصلى فى الضمان قبل مدين مدينه المقاول من الباطن.

١٢٩ - لا يطالب المقاول من الباطن رب العمل مباشرة بالتزاماته: والمقاول من الباطن لا يستطيع كذلك أن يطالب رب العمل مباشرة بالتزاماته، والذى يطالب بها مباشرة هو المقاول الأصلى.

فالالتزام بتمكين المقاول من إنجاز العمل، والالتزام بتسلم العمل وتقبله، لا يستطيع المقاول من الباطن الرجوع بهما مباشرة على رب العمل، وإنما يستطيع أن يستعمل حق مدينه المقاول الأصلى فى الرجوع على رب العمل بطريق الدعوى غير المباشرة.

والالتزام بدفع الأجر لا يستطيع فى الأصل المقاول من الباطن الرجوع به مباشرة على رب العمل، ولكن يجوز أن يستعمل حق المقاول الأصلى فى أجره قبل رب العمل بطريق الدعوى غير المباشرة. ولكن القانون أورد هنا استثناء هاماً ننتقل الآن إليه.

١٣٠ - جواز مطالبة المقاول من الباطن وعماله وعمال المقاول الأصلى لرب العمل بالأجر مباشرة - نص قانونى: تنص المادة ٦٦٢ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«١ - يكون للمقاولين من الباطن وللعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول فى تنفيذ العمل حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يجاوز القدر الذى يكون مديناً به للمقاول الأصلى من وقت رفع الدعوى. ويكون لعمال المقاولين من الباطن مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الأصلى ورب العمل».

«٢ - ولهم فى حالة توقيع الحجز من أحدهم تحت يد رب العمل أو المقاول الأصلى امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلى أو للمقاول من الباطن وقت توقيع الحجز، ويكون الامتياز لكل منهم بنسبة حقه. ويجوز أداء هذه المبالغ إليهم مباشرة».

«٣ - وحقوق المقاولين من الباطن والعمال المقررة بمقتضى هذه المادة مقدمة على حقوق من ينزل له المقاول عن دينه قبل رب العمل»(١)

---

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ٨٨٦ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى القديم، فيما عدا أن العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية كانت تجرى على الوجه الآتى: «ويجوز أداء هذه المبالغ إليهم مباشرة دون حاجة إلى استصدار أمر من القاضى». وفى لجنة المراجعة أدخلت تعديلات لفظية طفيفة على النص، وحذفت عبارة «دون حاجة إلى استصدار أمر من القاضى» من آخر الفقرة الثانية، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، وصار رقمه ٦٩١ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٩٠، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٦٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٥١ - ص٥٤). =

وقد رأينا أن المقاول من الباطن يستطيع أن يرجع على رب العمل فى خصوص الأجر المستحق له قبل المقاول الأصلى، وذلك بطريق الدعوى غير المباشرة يرفعها باسم المقاول الأصلى ويطالب فيها بما هو مستحق فى ذمة رب العمل للمقاول الأصلى. ولكن هذه الدعوى غير المباشرة تسمح لدائنى المقاول الأصلى أن يزاحموا المقاول من الباطن، فلا يستأثر وحده بما يستخلصه من رب العمل، بل يقاسمه فيه سائر دائنى المقاول الأصلى مقاسمة الغرماء. ومن أجل هذا جاء النص سالف الذكر يحمى المقاول من الباطن من مزاحمة دائنى المقاول الأصلى، ومد حمايته إلى عمال المقاول الأصلى وعمال المقاول من الباطن إذ أن هؤلاء العمال لا يقلون فى الحاجة إلى الرعاية عن المقاول من الباطن، فأعطى هؤلاء جميعاً دعوى مباشرة[1] وحق امتياز يجنبانهم مزاحمة دائنى المقاول الأصلى.

= ويقابل النص فى التقنين المدنى القديم: م٥٠٦/٤١٤ – لا يجوز للمقاولين من المقاول الأول مطالبة المالك إلا بالمبالغ المستحقة لذلك المقاول فى وقت الحجز الواقع من أحدهم أو بعده. م٥٠٧/٤١٥ – ولهم حق الامتياز على تلك المبالغ كل منهم بقدر ما يخصه فيها، ويجوز دفعها إليهم من طرف المالك بدون احتياج لأمر بذلك.

وأحكام التقنين المدنى القديم تتفق مع أحكام التقنين المدنى الجديد. وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى ما يأتى: «يطابق هذا النص (م٦٦٢ مدنى المادتين ٤١٤–٥٠٦/٤١٥ – ٥٠٧ من التقنين الحالى (القديم)، مع تعديل يسير قضى به المشروع على النزاع الذى أثاره وجود كلمة الحجز فى النص الحالى (القديم). والمشروع يؤيد أحكام محكمة الاستئناف المختلطة: ١٢ أبريل سنة ١٩١٦ ب٢٨ ص٢٥٣– حيث لم تقصر تطبيق المادة على حالة حجز ما للمدين لدى الغير، بل طبقتها فى حالة الدعوى المباشرة التى يرفعها المقاول من الباطن على رب العمل. والفقرة الثالثة تقر ما جرى عليه قضاء محكمة الاستئناف المختلطة: ٢٧ مارس سنة ١٩٠١ ب١٣ ص٢١٦– ١٨ مايو سنة ١٩١٥ ب٢٧ ص٣٣٥» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٥٣).

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدنى السورى م٦٢٨ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م٦٦١ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى م٨٨٣ (موافق).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٦٧٨: إن جميع الذين استخدموا فى إقامة المنشأ يحق لهم أن يداعوا صاحب المال مباشرة بقدر المبلغ الذى يكون مديوناً به للمقاول وقت إقامة الدعوى.

(وأحكام التقنين اللبنانى تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المصرى).

(١) ولو اقتصر القانون على الدعوى غير المباشرة التى يزاحم فيها سائر دائنى المقاول الأصلى، فإن هذه الدعوى تكون غالباً غير مجدية، فالمقاول من الباطن والعمال لا يرجعون على رب العمل عادة إلا إذا كان المقاول الأصلى معسراً، فمزاحمة دائنيه للمقاول من الباطن والعمال تنقص كثيراً من قيمة رجوع هؤلاء الأخيرين على رب العمل (لوران ٣٠ فقرة ٤٥– جيوار ٢ فقرة ٨٩٧– هيك ١٠ =

ونبحث فى صدد هذه المطالبة التى يقرر النص توجيهها إلى رب العمل المسألتين الآتيتين: (١) من يكون طرفاً فى المطالبة. (٢) ما يترتب من النتائج على الدعوى المباشرة وحق الامتياز.

١٣١- من يكون طرفا فى المطالبة: يقرر النص سالف الذكر أن الدائنين فى المطالبة هم المقاولون من الباطن وعمال المقاول وعمال المقاول من الباطن.

فالمقاول من الباطن يكون طرفاً فى المقاولة، وهو دائن يطالب فى حدود الأجر المستحق له فى ذمة المقاول الأصلى وما يتبع الأجر من نفقات وثمن مهمات وأدوات وفوائد[١]. والطرف الآخر فى هذه المطالبة، أى الطرف المدين، هو رب العمل، ولا يطالبه المقاول من الباطن إلا بالقدر الذى يكون رب العمل مديناً به للمقاول الأصلى بموجب عقد المقاولة الأصلى وقت رفع الدعوى المباشرة عليه من المقاول من الباطن[1]. فإذا

=فقرة ٤٣٣ - بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٢٧ - أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص٤٢٠- بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٦٢- كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١١٠٩).

والتقنين المدنى الفرنسى فى المادة ١٧٩٨ ليس صريحاً فى إعطاء الدعوى المباشرة لعمال المقاول، ولكن الفقه الفرنسى يذهب كما رأينا إلى تفسير المادة ١٧٩٨ مدنى فرنسى بأنها تعطى لعمال المقاول دعوى مباشرة، بل وتعطيها أيضاً لصغار المقاولين من الباطن الذين يعملون بأيديهم. وذهب القضاء الفرنسى أيضاً هذا المذهب (نقض فرنسى ١٨ يناير سنة ١٨٥٤ سيريه ٥٤-١-٤٤١- ١٧ أكتوبر سنة ١٩٠٠ داللوز ١٩٠٢-١-٥٦٣- دويه ١٣ أبريل سنة ١٨٣٣ سيريه ٢٣-٢-٥٣٦- ليون ٢١ يناير سنة ١٨٤٦ سيريه ٤٦-٢-٢٦٢- مونبليه ٢٢ أغسطس سنة ١٨٥٠ سيريه ٥٣-٢-٦٨٥). انظر فى مناقشة إعطاء الدعوى المباشرة للعمال فى القانون الفرنسى بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٢٨- فقرة ٤٠٣٠ (ويذهبان إلى أن المادة ١٧٩٨ مدنى فرنسى لا تعطى للعمال إلا الدعوى غير المباشرة يرفعونها باسم المقاول الأصلى طبقاً للقواعد العامة: انظر بوجه خاص فقرة ٤٠٣٧- وانظر أيضاً فى هذا المعنى بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٠١٢). ولكن بعد صدور تقنين العمل انتفى كل شك فى وجود الدعوى المباشرة، فقد قضت المادة ٤٧ من الجزء الأول من هذا التقنين صراحة بوجود هذه الدعوى لصالح البنائين والنجارين وغيرهم من العمال بالشروط المقررة فى المادة ١٧٩٨ مدنى فرنسى.

(١) ويدخل فى ذلك أيضاً استرداد التأمين من رب العمل (استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٠١ م١٣ ص٢١٦).

(1) أن النص فى الفقرة الثالثة من المادة ٦٦٢ من القانون المدنى على أن «حقوق المقاولين من الباطن والعمال المقررة بمقتضى هذه المادة مقدمة على حقوق من ينزل له المقاول عن دينه قبل رب العمل» يقتضى أن تكون ذمة رب العمل مشغولة بدين للمقاول الأصلى ناشئ على عقد المقاولة وألا يكون قد تم الوفاء به للمحال إليه، أما إذا كان هذا الأخير قد اقتضى الحق المحال فعندئذ تجب التفرقة بين حالتين:

الحالة الأولى: أن يكون هذا الوفاء قد تم قبل أن يوقع المقاول من الباطن الحجز تحت يد رب العمل على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلى وقبل أن ينذر المقاول من الباطن رب العمل بعدم الوفاء بدين=

فرضنا أن المقاول من الباطن دائن للمقاول الأصلى بأربعمائة، وأن المقاول الأصلى دائن لرب العمل بخمسمائة، فإن المقاول من الباطن يطالب بموجب الدعوى المباشرة رب العمل بأربعمائة. أما إذا كان المقاول الأصلى دائناً لرب العمل بثلثمائة، فإن المقاول من الباطن لا يطالب رب العمل إلا بثلثمائة.

والعامل الذى يعمل عند المقاول مرتبطاً بعقد عمل يكون طرفاً فى المطالبة، سواء قام المقاول بالعمل كله بنفسه أو قاول على بعضه من الباطن. ففى جميع الأحوال يستطيع عامل المقاول أن يرجع، فى حدود الأجر المستحق له وكل حق آخر له فى ذمة المقاول بموجب عقد العمل[1]، على رب العمل بما هو مستحق فى ذمة هذا الأخير للمقاول بموجب عقد المقاولة وقت رفع الدعوى المباشرة من العامل على رب العمل.

والعامل الذى يعمل عند المقاول من الباطن مرتبطاً بعقد عمل يكون طرفاً فى المطالبة، ويرجع فى حدود ما هو مستحق له فى ذمة المقاول من الباطن بموجب عقد العمل: (أولا) على المقاول الأصلى باعتباره رب عمل بالنسبة إلى المقاول من الباطن، فهو مدين مدينه. ويرجع بما هو مستحق فى ذمة المقاول الأصلى للمقاول من الباطن بموجب عقد المقاولة من الباطن وقت رفع الدعوى المباشرة من العامل على المقاول الأصلى. (ثانيا) على رب العمل باعتباره رب العمل للمقاول الأصلى، فهو مدين مدين مدينه. ويرجع بما هو مستحق فى ذمة رب العمل للمقاول الأصلى بموجب عقد المقاولة الأصلى وقت رفع الدعوى المباشرة من العامل على رب العمل. وهذا ما نصت عليه صراحة العبارة الأخيرة

= المقاول المذكور، ففى هذه الحالة يكون الوفاء للمحال إليه مبرئا لذمة رب العمل وساريا فى حق المقاول من الباطن.

الحال الثانية: أن يكون الوفاء لاحقا للحجز أو الانذار فلا يسرى - عندئذ - فى حق المقاول من الباطن. ويكون له - رغم ذلك - أن يستوفى حقه قبل المقاول الأصلى بما كان لهذا الأخير وقت الحجز أو الانذار فى ذمة رب العمل، ولو كان نزول المقاول الأصلى عن حقه للغير سابقا على الحجز أو الانذار.

(جلسة ١٩٧٩/٤/١٠ الطعن رقم ٨١ لسنة ٤٣ق س٣٠ ع٢ ص٨٧)

(١) أما إذا كان مصدر حق العامل فى ذمة المقاول سبباً آخر غير عقد العمل، كالمسئولية التقصيرية، فلا يرجع العامل فى هذه الحالة على رب العمل بالدعوى المباشرة، ولكن يجوز له الرجوع بالدعوى غير المباشرة طبقاً للقواعد العامة (بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٦٥). وقد قضى بأنه إذا وقع حادث للعمال الذين عينهم المقاول من الباطن وقبلوا أن يعملوا تحت إشرافه، فيكون هو المسئول وحده عن كل ما يصيبهم بسبب إهماله فى عمله (الإسكندرية الوطنية ٢١ مارس سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٦٢ ص١٢٩).

من الفقرة الأولى من المادة ٦٦٢ مدنى سالفة الذكر، إذ تقول: «ويكون لعمال المقاولين من الباطن مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الأصلى ورب العمل».

أما إذا كان المقاول من الباطن قد قاول هو أيضاً بدوره من الباطن، فالمقاول من الباطن الثانى يرجع بالدعوى المباشرة على المقاول الأصلى باعتباره رب عمل للمقاول من الباطن الأول، ولكنه لا يرجع بالدعوى المباشرة على رب العمل إذ أن نصوص المادة ٦٦٢ مدنى سالفة الذكر لا تعطى الدعوى المباشرة للمقاول من الباطن إلا على رب العمل الذى قاول مقاوله وهو هنا المقاول الأصلى. وعمال المقاول من الباطن الثانى يرجعون بالدعوى المباشرة على المقاول من الباطن الأول وهو مدين مدينهم، وعلى المقاول الأصلى وهو مدين مدين مدينهم، دون رب العمل فهو ليس إلا مدين مدين مدين مدينهم ونصوص المادة ٦٦٢ مدنى تقصر عن ذلك بالنسبة إلا العمال(١).

١٣٢- ما يترتب من النتائج على الدعوى المباشرة وحق الامتياز: ونفرض أن المقاول من الباطن أو عاملا للمقاول يريد الرجوع بالدعوى المباشرة على رب العمل. وقد قدمنا أنه يرجع بما هو مستحق فى ذمة رب العمل للمقاول الأصلى وقت رفع الدعوى المباشرة.

فقبل رفع هذه الدعوى وقبل إنذار رب العمل بالوفاء(٢)، يجوز للمقاول الأصلى أن يتصرف فى حقه المترتب فى ذمة رب العمل بجميع أنواع التصرفات، ويكون هذا التصرف سارياً فى حق المقاول من الباطن أو العامل. يستطيع المقاول الأصلى أن يستوفى هذا الحق من رب العمل كله أو بعضه، ويكون هذا الوفاء سارياً فى حق المقاول من الباطن أو العامل(٣)، ولو كانت المخالصة غير ثابتة التاريخ وذلك تطبيقاً لأحكام المادة ٢/٣٩٥

---

(١) وليس لموردى المقاول الأصلى (fournisseurs) دعوى مباشرة على رب العمل بأثمان ما وروده للمقاول الأصلى ولا حق امتياز، لأن نص المادة ٦٦٢ مدنى لا يشمل الموردين كما شمل المقاولين من الباطن والعمال (انظر فى هذا المعنى فى عهد التقنين المدنى القديم استئناف مختلط ١٤ فبراير سنة ١٩٣٣ م٤٥ ص١٦٨). ولكن يجوز، فى دفتر الشروط مثلا، أن يكفل رب العمل المقاول فى الديون التى تنشأ فى ذمة هذا الأخير للموردين، ويكون هذا الشرط كفالة للمقاول لصالح دائنين معينين (انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٦٧ ص٢١٣- كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١١١١ : ويذهبون إلى أن هذا يعتبر اشتراطاً لمصلحة الغير).

ومن جهة أخرى لا يجوز لرب العمل أن يشترط على المقاول الأصلى عدم رجوع المقاول من الباطن أو العمال عليه بدعوى مباشرة، فإن هذا الاتفاق المعقود ما بين رب العمل والمقاول لا يمس حقوق المقاول من الباطن والعمال إذ هم ليسوا طرفاً فيه، وقد استمدوا حقوقهم من القانون (بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٤٣- أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٥٣).

(٢) الوسيط ٢ فقرة ٥٦٦.

(٣) استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٠١ م١٣ ص٢١٦.

مدنى[1]. وتقع المقاصة بين ما للمقاول الأصلى فى ذمة رب العمل وما عليه له، إذا كان ذلك سابقاً على تاريخ الإنذار بالوفاء. ويستطيع المقاول الأصلى كذلك أن يبرئ ذمة رب العمل، ما دام الإبراء يكون صادراً قبل الإنذار بالوفاء[2].

---

(١) محمد لبيب شنب فقرة ١٣٤ ص١٥٩- إسماعيل غانم فى عقد العمل ص٣٥٧ هامش ٣- ويكون الوفاء سارياً فى حق المقاول من الباطن أو العامل حتى لو كان وفاء بأقساط معجلة قبل مواعيد استحقاقها ما لم يكن هناك غش (بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٦٦ ص٢١٣- قارن دعوى المؤجر المباشرة قبل المستأجرين من الباطن حيث تنص المادة ٢/٥٩٦ مدنى على ما يأتي: «ولا يجوز للمستأجر من الباطن أن يتمسك قبل المؤجر بما يكون قد عجله من الأجرة للمستأجر الأصلى، ما لم يكن قد تم قبل الإنذار وفقاً للعرف أو لاتفاق ثابت ثم وقت الإيجار من الباطن»- وانظر كولان وكاپيتان ودى لاموراندپير ٢ فقرة ١١٠٩). وكذلك يكون الحجز الموقع من دائن المقاول الأصلى تحت رب العمل سارياً فى حق المقاول من الباطن أو العامل إذا كان قد حكم بصحة هذا الحجز قبل إنذار رب العمل بالوفاء (باريس ١٢ أبريل سنة ١٨٦٦ داللوز ٦٦-٥- ٢٩١- بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٦٦ ص٢١٣)- وانظر فى كل ذلك أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص٤٢١. ولكن قضى بأن الحجز تحت يد رب العمل لا يمنعه من أن يسدد أجر المقاول من الباطن وأجر العمال حتى يقوموا بإنجاز العمل، إلا إذا فعل رب العمل ذلك غشا إضراراً بحق الدائن الحاجز (استئناف مختلط ٩ يناير سنة ١٩٣٦ م٤٨ ص٧٣).

وهناك رأى يذهب إلى أن الوفاء، حتى يكون سارياً فى حق المقاول من الباطن والعامل، يجب أن يكون بحسن نية (جيوار ٢ فقرة ٨٩٨). ولكن الصحيح أن الوفاء يكون سارياً فى حق المقاول من الباطن والعامل حتى لو كان رب العمل عالماً بأن فى ذمة المقاول الأصلى مبلغاً مستحقاً لهما، ما دام لم ينذرا رب العمل بالوفاء (بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٣٥- أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٦١)، وذلك ما لم يثبت أن هناك غشاً وتواطؤاً بين رب العمل والمقاول الأصلى. ويكفى أن ينذر المقاول من الباطن أو العامل رب العمل بالوفاء حتى يغل يد المقاول الأصلى، وليس من الضرورى أن يسبق ذلك حجز تحت يد رب العمل (استئناف مختلط ٥ مايو سنة ١٩٤٣ م٥٥ ص١٤٥).

ولا يجوز للمقاول من الباطن أو العامل أن يرجع على المقاول الأصلى الذى استوفى حقه من رب العمل قبل الإنذار بالوفاء، بحجة أن المقاول الأصلى قد أثرى على حسابه دون سبب، فإن المقاول الأصلى قد قبض ما يستحقه بموجب عقد المقاولة الأصلى وهذا هو السبب فى إثرائه، فلا يكون إثراؤه إذن دون سبب (نقض فرنسى ٢ مايو سنة ١٩٣٨ سيريه ١٩٣٨-١- ٢٤٧- أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص٤٢١ هامش ٤٤).

(٢) ويستطيع رب العمل أن يجنب عمال المقاول من الباطن كل هذه الدفوع لو أنه، فى دفتر الشروط مثلا، اشترط لمصلحة هؤلاء العمال على المقاول الأصلى أن يدفع هذا الأخير لهم أجورهم. فيكون هناك اشتراط لمصلحة الغير، بموجبه يرجع عمال المقاول من الباطن على المقاول الأصلى مباشرة بأجورهم، ولا يستطيع المقاول الأصلى أن يحتج عليهم بأنه سبق أن وفى المقاول من الباطن كل ما يستحقه ولو كان هذا الوفاء قد وقع قبل رفع العمال الدعوى المباشرة على المقاول الأصلى. كذلك لا يستطيع المقاول الأصلى أن يحتج على العمال بحجز وقعه دائنو المقاول من الباطن تحت يده أو =

ثم يقع بعد ذلك أن ينذر المقاول من الباطن أو العامل رب العمل بالوفاء تمهيداً لرفع الدعوى المباشرة عليه. ولا يحتاج، حتى يمكنه رفع هذه الدعوى، أن يرجع أولا على المقاول الأصلى، وليس من الضرورى أن يكون المقاول الأصلى معسراً، فقد يكون موسراً ومع ذلك يتركه المقاول من الباطن أو العامل ويرفع الدعوى المباشرة على رب العمل(١). ومن وقت الإنذار بالوفاء يمتنع على المقاول الأصلى أن يتصرف فى حقه، ويكون هذا التصرف غير سار فى حق المقاول من الباطن أو العامل. فإذا وفى رب العمل المقاول الأصلى حقه كله أو بعضه، فإن هذا الوفاء لا يسرى فى حق المقاول من الباطن أو العامل، بل إن هذا الأخير يتقاضى من رب العمل الحق كله فى حدود ما له فى ذمة المقاول الأصلى، ويرجع رب العمل على المقاول الأصلى بما دفعه للمقاول من الباطن أو العامل(٢). كذلك لا تجوز المقاصة بين حق المقاول الأصلى فى ذمة رب العمل ودين فى ذمته له من وقت رفع الدعوى المباشرة. ومن ذلك الوقت أيضاً لا يجوز للمقاول الأصلى إبراء رب العمل.

ويخلص من ذلك أن المقاول من الباطن أو العامل، متى رفع الدعوى المباشرة على رب العمل، أمكنه أن يحصل من طريق هذه الدعوى على جميع ما هو مستحق فى ذمة رب العمل للمقاول الأصلى وقت الإنذار بالوفاء، وذلك فى حدود ما هو مستحق له فى ذمة المقاول الأصلى. فيتوقى بذلك مزاحمة سائر دائنى المقاول الأصلى، وهذه هى المزية الكبرى للدعوى المباشرة(٣).

ويستطيع أيضاً أن يحصل على هذه المزية، فيتجنب مزاحمة دائنى المقاول الأصلى، لو

=بمقاصة وقعت، حتى لو كان الحكم بصحة الحجز أو وقوع المقاصة قد حصل قبل رفع الدعوى المباشرة. ولكن يجب أن يكون معنى الاشتراط لمصلحة الغير واضحاً، فلا يكفى أن يشترط رب العمل أن يدفع المقاول من الباطن لعماله أجورهم بانتظام (انظر فى هذه المسألة بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٦٧ ص٢١٤- نقض فرنسى ٢٣ يناير سنة ١٩٠٠ داللوز ١٩٠٠-١-٣٢٤).

(١) محمد لبيب شنب فقرة ١٣٤ ص١٥٨- وإذا أفلس المقاول الأصلى فتقدم المقاول من الباطن أو العامل فى تفليسته، فإن هذا لا يمنعه من الرجوع أيضاً بالدعوى المباشرة على رب العمل، حتى يستوفى جميع حقوقه من التفليسة ومن رب العمل (باريس ١٧ أغسطس سنة ١٨٦٣ داللوز ٦٣-٢-١٥٠- أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٥٨).

(٢) حتى لو كان الوفاء للمقاول الأصلى واقعاً على حق مستحق الأداء.

(٣) أما المقاولون من الباطن والعمال فيتزاحمون فيما بينهم، فلو تعدد هؤلاء ورفعوا جميعاً الدعوى المباشرة ولم يكن ما فى ذمة رب العمل للمقاول الأصلى يفى بجميع حقوقهم، قسموا ما يحصلوا عليه من رب العمل قسمة الغرماء فيما بينهم، كل بنسبة حقه. ويستوى فى ذلك أن يتزاحم المقاولون من الباطن، أو هم وعمال المقاول، أو هؤلاء جميعاً ومعهم عمال المقاولين من الباطن.

أنه بدلا من رفع الدعوى غير المباشرة وقع حجزاً تحت يد رب العمل على ما فى ذمة هذا الأخير للمقاول الأصلى[1]. فإنه فى هذه الحالة يكون له حق امتياز، يتقدم به على سائر دائنى المقاول الأصلى. ومحل هذا الامتياز هو المبلغ الذى يكون فى ذمة رب العمل للمقاول الأصلى وقت توقيع الحجز[2]، والحق الممتاز هو للمقاول من الباطن أو العامل فى ذمة المقاول الأصلى[3]. فيتقاضى المقاول من الباطن أو العامل حقه الممتاز من المبالغ التى فى ذمة رب العمل للمقاول الأصلى وقت توقيع الحجز، متقدماً على سائر دائنى المقاول الأصلى[4] فلا يستطيع هؤلاء أن يزاحموه. وتقول الفقرة الثانية من المادة ٦٦٢ مدنى سالفة الذكر فى هذا المعنى: «ولهم (للمقاولين من الباطن وعمالهم وعمال المقاول الأصلى) فى حالة توقيع الحجز من أحدهم تحت يد رب العمل أو المقاول الأصلى امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلى أو للمقاول من الباطن وقت توقيع الحجز، ويكون الامتياز لكل منهم بنسبة حقه. ويجوز أداء هذه المبالغ إليهم مباشرة». فقبل توقيع الحجز تحت يد رب العمل[5]، يستطيع رب العمل أن يوفى المقاول الأصلى[6] ما لهذا فى ذمته. ولكن من وقت توقيع الحجز تحت يده، يجب عليه أن يوفى أولا حقوق المقاولين من الباطن والعمال، مقدماً إياهم على سائر دائنى المقاول الأصلى حتى لو حجز هؤلاء تحت يده. فإذا لم يف ما فى ذمته للمقاول الأصلى بحقوق المقاولين من الباطن والعمال، قسم هؤلاء الدين بينهم قسمة غرماء، كل بنسبة حقه، ولم يأخذ سائر دائنى المقاول الأصلى شيئاً حتى لو كانوا قد حجزوا هم أيضاً تحت يد رب العمل. ويجوز لرب العمل، دون انتظار لاستصدار أمر من القاضى، أن يؤدى هذه المبالغ مباشرة للمقاولين من الباطن والعمال على النحو السالف الذكر[7].

---

(١) فإذا كان المطالب هوعامل للمقاول من الباطن، فإنه يوقع الحجز تحت يد رب العمل، أى تحت يد مدين مدين مدينه خلافاً للقواعد المقررة فى الحجز تحت يد الغير.

(٢) وحق الامتياز موجود بحكم القانون، فالحجز لا يوجده، ولكن فائدة الحجز هى فى تحديد محل الامتياز (محمد لبيب شنب فقرة ١٣٤ ص١٥٩).

(٣) أو هو ما لعمال المقاول من الباطن فى ذمة المقاول من الباطن، يرجعون به، كما قدمنا، إما على المقاول الأصلى فى حدود ما فى ذمته للمقاول من الباطن، وإما على رب العمل فى حدود ما فى ذمته للمقاول الأصلى.

(٤) قارن محمد لبيب شنب فقرة ١٣٤ ص١٦٠.

(٥) أو تحت يد المقاول الأصلى فى حالة عمال المقاول من الباطن.

(٦) أو المقاول من الباطن فى حالة عمال المقاول من الباطن.

(٧) وتقول العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ٦٦٢ مدنى: «ويجوز أداء هذه المبالغ إليهم مباشرة». وكان المشروع التمهيدى لهذا النص يجرى على الوجه الآتى: «ويجوز أداء هذه المبالغ =

بقى أن نواجه فرضاً أخيراً، هو أن ينزل المقاول الأصلي عن حقه في ذمة رب العمل عن طريق حوالة الحق، وكانت القواعد العامة تقضي بأن هذه الحوالة تسرى في حق المقاول من الباطن أو العامل إذا صارت نافذة في حق الغير (بقبول المحال عليه أو بإعلانه) قبل إنذار رب العمل بالوفاء في حالة استعمال الدعوى المباشرة، وقبل توقيع الحجز في حالة استعمال حق الامتياز[1]. ولكن الفقرة الأخيرة من المادة ٦٦٢ مدنى سالفة الذكر تنص على ما يأتي: «وحقوق المقاولين من الباطن والعمال المقررة بمقتضى هذه المادة مقدمة على حقوق من ينزل له المقاول عن دينه قبل رب العمل». ويؤخذ من هذا النص أن الحوالة تسرى في حق المقاول من الباطن أو العامل، ولو كان نفاذها سابقاً على الإنذار بالوفاء أو على توقيع الحجز، بل يقدم في جميع الأحوال حق المقاول من الباطن أو العامل على حق المحال له. ويقطع في صحة هذا التفسير أن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى تقول في صدد الفقرة الثالثة السابقة الذكر ما يأتي: «والفقرة الثالثة تقرر ما جرى عليه قضاء محكمة الاستئناف المختلطة»[2]. وقد جرى قضاء محكمة الاستئناف المختلطة في عهد التقنين المدنى القديم بهذا المعنى، فقضت هذه المحكمة في دوائرها المجتمعة بتقديم المقاول من الباطن على المحال له حتى لو كانت الحوالة سابقة على الحجز[3].

=إليهم مباشرة دون حاجة إلى استصدار أمر من القاضي». فحذفت عبارة «دون حاجة إلى استصدار أمر من القاضي» في لجنة المراجعة دون أن يبين سبب الحذف، والغالب أن يكون الحذف لعدم الحاجة إلى العبارة المحذوفة، فيبقى المعنى بالرغم من حذف العبارة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٥٣- وانظر آنفاً فقرة ١٣٠ في الهامش).

ونرى مما تقدم أن للمقاول من الباطن أو العامل دعوى مباشرة وحق امتياز، وقد كان أحدهما يغني عن الآخر، فيستغني مثلا بحق الامتياز عن الدعوى المباشرة. ومزية حق الامتياز على الدعوى المباشرة تظهر فيما إذا لم يكن للمقاول من الباطن أو العامل إلا الدعوى المباشرة، ورفع دائن آخر للمقاول الأصلي الدعوى غير المباشرة على رب العمل فوفى له هذا الأخير بما في ذمته للمقاول الأصلي. ففي هذه الحالة لا يملك المقاول من الباطن أو العامل - وليس له إلا الدعوى المباشرة وقد ضاعت عليه إذ لم يرفعها قبل وفاء رب العمل بما في ذمته للمقاول الأصلي - إلا أن يشترك مع الدائن الآخر فيقسما الحق بينهما قسمة غرماء. وهذا بخلاف ما إذا كان للمقاول من الباطن أو العامل حق امتياز بدلا من الدعوى المباشرة، فإنه في هذه الحالة يتقدم على الدائن الآخر (انظر الوسيط ٢ فقرة ٥٥٥ ص٩٧٩ هامش١).

(١) انظر في هذا المعنى الوسيط ٢ فقرة ٥٦٦.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٥٣- وانظر آنفاً فقرة ١٣٠ في الهامش.

(٣) استئناف مختلط (الدوائر المجتمعة) ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٠ م٣٢ ص١٦١- وانظر استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٠١ م١٣ ص٢١٦- ١٨ مايو سنة ١٩١٥ م٢٧ ص٣٣٥- ١٢ أبريل سنة =

الفصل الثالث

انتهاء المقاولة

١٣٣- بيان أسباب انتهاء المقاولة: تنتهى المقاولة الانتهاء المألوف بتنفيذها. وتنتهى كذلك، قبل تنفيذها، وفقاً للقواعد العامة. وهناك أخيراً سببان لانتهاء المقاولة خاصان بها.

١٣٤- الانتهاء المألوف بتنفيذ المقاولة: الانتهاء المألوف لعقد المقاولة يكون بتنفيذ هذا العقد، فينفذ رب العمل التزاماته من تمكين المقاول من إنجاز العمل وتسلمه منه ودفع الأجر، وينفذ المقاول التزاماته من إنجاز العمل وتسليمه لرب العمل[١]. ولا يتخلف بعد ذلك إلا التزام المقاول بالضمان. فيبقى التزام المقاول بضمان عيوب الصنعة والعيوب الخفية فى المادة التى قدمها مدة قصيرة أو مدة سنة بعد تسلم العمل، ويبقى ضمان المقاول لعيوب البناء والمنشآت الثابتة الأخرى مدة عشر سنوات من وقت التسلم على النحو الذى بسطناه تفصيلا فيما تقدم.

وقد تنتهى المقاولة بانقضاء المدة، ويكون هذا تنفيذاً مألوفاً لها. والمدة ليست عنصراً أساسياً فى عقد المقاولة كما هى فى عقد الإيجار، ولذلك ليست لها من الأهمية هنا ما لها هناك. ومع ذلك قد يقترن عقد المقاولة بمدة معينة ينجز فى أثنائها العمل. وقد تكون هذه المدة عنصراً أساسياً فى المقاولة بحيث تجعلها عقداً زمنياً. مثل ذلك أن يتعاقد رب العمل مع شركة لصيانة آلات ميكانيكية أو أجهزة كهربائية، كصيانة المصعد أو السيارة أو الآلات الزراعية أو أجهزة الكهرباء أو أجهزة تكييف الهواء، لمدة سنة. فالعقد هنا عقد مقاولة لمدة سنة، والزمن عنصر جوهرى فيه. وتنتهى المقاولة بانقضاء مدتها[٢]، ويجوز تجديدها تجديداً صريحاً أو تجديداً ضمنيا. والتجديد الضمنى يكون على الوجه الذى يجدد

=١٩١٦ م٢٨ ص٢٥٣- ٣٠ مارس سنة ١٩٢٠ م٣٢ ص٢٤٢- ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٩ م٤١ ص٢٦٩- ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م٤٨ ص٥٢- ٥ مايو سنة ١٩٤٣ م٥٥ ص١٤٥ - ٢٣ مارس سنة ١٩٤٤ م٥٦ ص٩٢- الوسيط ٢ فقرة ٥٥٧ ص٩٨٣- محمد لبيب شنب فقرة ١٣٤ ص١٦٠- ص١٦١.

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الأصل فى عقد استئجار الصانع لعمل معين، بالمقاولة على العمل كله أو بأجرة معينة على حسب الزمن الذى يعمل فيه أو على حسب العمل الذى يعمله، أنه يعتبر منتهياً بانقضاء الالتزامات المتولدة عنه على الصانع ورب العمل، بتسلم الشئ المصنوع مقبولا وقيام رب العمل بدفع ثمنه (نقض مدنى ٥ يناير سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٤٤٠ ص١١٠٧)

(٢) وقد نصت المادة ٦٤٣ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على أن «تنتهى إجارة الخدمة أو الصناعة: أولا- بانقضاء المدة المتفق عليها أو بإتمام العمل. ثانيا- ..».

به عقد الإيجار تجديداً ضمنياً، وقد سبق بحث ذلك فى عقد الإيجار[1]. إلا أنه إذا جددت المقاولة تجديداً ضمنياً، وبنفس الشروط السابقة، فإنها تجدد لمدة غير معينة، ويكون لكل من المتعاقدين إنهاء المقاولة فى أى وقت بعد إخطار يراعى العرف فى تحديد مدته[2].

١٣٥ – الانتهاء قبل التنفيذ وفقا للقواعد العامة – نص قانونى: وقد ينتهى عقد المقاولة قبل تنفيذه انتهاء غير مألوف، ولكنه انتهاء يتفق مع القواعد العامة. وأهم أسباب انتهاء المقاولة قبل تنفيذها وفقاً للقواعد العامة هى استحالة التنفيذ والفسخ والتقايل.

ولم يعرض التقنين المدنى لهذه الأسباب مكتفياً بتطبيق القواعد العامة، فيما عدا السبب الأول منها وهو استحالة التنفيذ، فقد نص عليه نصاً صريحاً حتى يعرض بعد ذلك لما يترتب على استحالة التنفيذ الراجع لهلاك الشئ من تحمل التبعة[3]. فنصت المادة ٦٦٤ من التقنين المدنى على ما يأتى: «ينقضى عقد المقاولة باستحالة تنفيذ العمل المعقود عليه»[4]. وليس هذا النص إلا تطبيقاً للمبدأ العام فى انقضاء الالتزام الذى تقرره المادة

---

(١) انظر الوسيط ٦ فى التجديد الضمنى لعقد الإيجار.

(٢) ومع ذلك قد قضى بأن التجديد الضمنى يكون لنفس المدة السابقة (استئناف مختلط ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٣١٨) – انظر فى هذه المسألة بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٠٦ مكررة – محمد لبيب شنب فقرة ١٤٩ ص١٨٢.

(٣) ولكن حذف من النص فى مراحله التشريعية، كما سنرى، الجزء الخاص بتحمل التبعة اكتفاء بالقواعد العامة، فبقى النص مقصوراً على تقرير انقضاء المقاولة باستحالة تنفيذ العمل.

(٤) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ٨٨٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «١– إذا كان المقاول مستعداً لتنفيذ العمل، ثم استحال التنفيذ لسبب يرجع إلى رب العمل، ولكنه سبب تتوافر فيه شروط الحادث الفجائى، كان للمقاول الحق فى ثمن ما أنجز من عمل وفى استرداد ما أنفق من مصروفات لم تدخل فى هذا الثمن. ٢– ويجوز فى هذه الحالة لرب العمل أن ينقص مما يؤديه للمقاول قيمة ما اقتصده هذا من جراء عدم إتمام العمل. ٣– أما إذا كانت استحالة التنفيذ راجعة إلى خطأ من رب العمل، فللمقاول أن يطالب فوق ذلك بالتعويض». وفى لجنة المراجعة عدلت المادة على الوجه الآتى: «١– تنتهى المقاولة باستحالة تنفيذ العمل المعقود عليه. ٢– وإذا كان التنفيذ قد استحال لسبب قهرى، فلا يعوض المقاول إلا بقدر ما انتفع به رب العمل على النحو المبين فى المادة ٨٨٨ (م٦٦٧ مدنى). أما إذا استحال بخطأ المقاول، فإنه يرجع بالتعويض المتقدم ولكنه يكون مسئولا عن خطأه. وإذا كانت الاستحالة راجعة إلى خطأ رب العمل، فإن أحكام المادة السابقة (م٦٦٣ مدنى) هى التى تسرى». وأصبحت المادة رقمها ٦٩٣ فى المشروع النهائى. ووافق عليها مجلس النواب تحت رقم ٦٩٢. وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت الفقرة الثانية اكتفاء بالقواعد العامة، واستبدلت عبارة «ينقضى عقد المقاولة» بعبارة «تنتهى المقاولة» الواردة فى صدر الفقرة الأولى، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، وصار رقمه ٦٦٤. ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٥٧– ص٥٩). =

٣٧٣ مدنى إذ تقول: «ينقضى الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا لسبب أجنبى لا يد له فيه». فإذا أثبت المقاول أن العمل المعهود به قد أصبح مستحيلا لسبب أجنبى، كأن كان العمل رسما فنياً لا يقوم به إلا هو ثم أصيب مما يجعل تنفيذ العمل مستحيلا عليه كأن قطعت يده التى يرسم بها أو فقد بصره، أو كان العمل إجراء عملية جراحية عاجلة لا تحتمل الإبطاء فأصيب الطبيب بمرض مفاجئ يمنعه من إجراء العملية، أو كان العمل إعطاء دروس للإعداد لامتحان معين وبعد إعطاء بعض هذه الدروس مرض المدرس مرضاً استغرق الوقت الباقى لحلول موعد الامتحان ومنعه المرض من المضى فى إعطاء الدروس[1]، ففى جميع هذه الأحوال ينقضى التزام المقاول باستحالة التنفيذ لسبب أجنبى، وينقضى التزام رب العمل المقابل له وينفسخ عقد المقاولة من تلقاء نفسه تطبيقاً لأحكام المادة ١٥٩ مدنى التى تقضى بأنه «فى العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه، انقضت معه الالتزامات المقابلة له. وينفسخ العقد من تلقاء نفسه». ومتى انتهى عقد المقاولة بالانفساخ على هذا الوجه، استحق المقاول تعويضاً، لا بموجب المقاولة فقد انتهت، ولكن بموجب مبدأ الإثراء بلا سبب. وقد فصلت المادة ٦٦٧ مدنى ذلك فى خصوص موت المقاول، بعد أن ألحقت به أن يصبح المقاول عاجزاً عن إتمام العمل لسبب لا يد له فيه، فقالت: «١- إذا انقضى العقد بموت المقاول، وجب على رب العمل أن يدفع للتركة قيمة ما تم من الأعمال وما أنفق لتنفيذ ما لم يتم، وذلك بقدر

= ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى القديم، ولكن النص ليس إلا تقريراً للقواعد العامة.

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدنى السورى م٦٣٠ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م٦٦٣ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى م٨٨٦: ١- تنتهى المقاولة باستحالة تنفيذ العمل المعقود عليه. ٢- وإذا كان التنفيذ قد استحال لسبب قهرى، فلا يعوض المقاول إلا بقدر ما انتفع به رب العمل على النحو المبين فى المادة ٨٨٩. أما إذا استحال بخطأ المقاول، فإنه يرجع بالتعويض المتقدم ولكن يكون مسئول عن خطأه. وإذا كانت الاستحالة راجعة إلى خطأ رب العمل، فإن أحكام المادة السابقة هى التى تسرى. (ونص التقنين العراقى مطابق لنص المشروع النهائى للتقنين المصرى، وتتفق أحكامه مع أحكام التقنين المصرى).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٦٤٣: تنتهى إجارة الخدمة أو الصناعة: أولا- ... ثانيا- ... ثالثا- باستحالة إجراء العمل لسبب قوة قاهرة. (وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى).

(١) ومثل ذلك أيضاً أن يكون العمل فى حاجة لرخصة إدارية وامتنعت الإدارة عن إعطاء هذه الرخصة، أو تكون الأرض التى تراد إقامة البناء عليها قد نزعت ملكيتها للمنفعة العامة (بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٨٥).

النفع الذى يعود عليه من هذه الأعمال والنفقات. ٢- ويجوز لرب العمل فى نظير ذلك أن يطالب بتسليم المواد التى تم إعدادها والرسوم التى بدئ فى تنفيذها، على أن يدفع عنها تعويضاً عادلاً. ٣- وتسرى هذه الأحكام أيضاً إذا بدأ المقاول فى تنفيذ العمل ثم أصبح عاجزاً عن إتمامه لسبب لا يد له فيه». وسنعود إلى بحث هذا النص عند الكلام فى موت المقاول. ونكتفى هنا، فيما نحن بصدده، بأن نقول إن المقاول فى الأمثلة السالفة الذكر يقتضى تعويضاً من رب العمل أقل القيمتين، قيمة ما أنفقه من ماله ووقته وقيمة ما استفاد به رب العمل[1]. فالرسام، إذا كان قد أنجز جزءاً من عمله ذا قيمة فنية، يتقاضى

---

(١) وقد كان المشروع النهائى للمادة ٦٦٤ مدنى يشتمل على فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى: «وإذا كان التنفيذ قد استحال لسبب قهرى، فلا يعوض المقاول إلا بقدر ما انتفع به رب العمل على النحو المبين فى المادة ٨٨٨ (م٦٦٧ مدنى). أما إذا استحال بخطأ المقاول، فإنه يرجع بالتعويض المتقدم، ولكنه يكون مسئولا عن خطأه. وإذا كانت الاستحالة راجعة إلى خطأ رب العمل، فإن أحكام المادة السابقة (م٦٦٣) هى التى تسرى». وقد حذفت هذه الفقرة فى مجلس الشيوخ «اكتفاء بالقواعد العامة» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٥٨ - ص٥٩. وانظر آنفاً نفس الفقرة فى الهامش).

وتطبيق القواعد العامة يؤدى، فى حالة استحالة التنفيذ لسبب قهرى، إلى الأحكام التى بسطناها فى المتن. أما فى حالة الاستحالة بخطأ المقاول، فإنه يجوز لرب العمل طلب فسخ العقد مع التعويض إذا كان له مقتض، أو طلب التنفيذ عن طريق التعويض لاستحالة التنفيذ العينى. وفى حالة الاستحالة بخطأ رب العمل، يجوز القول بأن رب العمل يكون فى حكم من تحلل من العقد بإرادته المنفردة، ومن ثم تسرى أحكام المادة ٦٦٣ مدنى على الوجه الذى سنبينه فيما يلى.

ولا يعتبر إفلاس أحد الطرفين قوة قاهرة تمنع من التنفيذ (استئناف مختلط ٢٠ مارس سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٣٧٣)، بل يستمر تنفيذ العقد بواسطة أمين الطرف المفلس، وإذا امتنع الأمين عن التنفيذ جاز للطرف الآخر أن يطلب فسخ العقد مع التعويض (بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٨٢ - فقرة ٤٠٨٣ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٨). وإذا أفلس المقاول وكان هو الذى قدم المادة التى استخدمها فى العمل ولم يتم العمل قبل الإفلاس، فإنها تبقى ملك المقاول (انظر آنفاً فقرة ٤٠)، ولا يجوز لرب العمل أن يستردها من التفليسة حتى لو كان دفع الأجر كله مقدماً (انظر بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٨٣: ويذهبان إلى أن العبرة بتسلم رب العمل لا بإنجاز العمل، فقبل التسلم يبقى الشئ ملكاً للمقاول). وقد نصت المادة ٨٩٠ من التقنين المدنى العراقى، فى خصوص إفلاس رب العمل، على ما يأتى: «إذا أشهر إفلاس رب العمل، جاز للمقاول أو لوكيل التفليسة أن يفسخ العقد دون أن يكون لأى منهما حق المطالبة بتعويض عن هذا الفسخ». وقد ورد فى المشروع التمهيدى للتقنين المدنى المصرى نص مماثل لنص التقنين المدنى العراقى، هو المادة ٨٨٩ من هذا المشروع (مشروع تنقيح التقنين المدنى - مذكرة إيضاحية - ٣ العقود المسماة ص٨٨٩، وقد سقط النص فى مجموعة الأعمال التحضيرية).

وانظر فى أن بيع أحد الطرفين لمحل عمله (fonds de commerce) أو توقفه عن مزاولة أعماله هو، كالإفلاس، لا يكون سبباً فى انتهاء المقاولة: بودرى وفال فقرة ٤٠١٦.

قيمة هذا الجزء من رب العمل ويسلمه إياه، والمدرس يتقاضى أجراً عادلا عن الدروس التى أعطاها قبل مرضه، وهكذا. أما إذا كانت المقاولة تقتضى استخدام شئ للعمل فيه وهلك هذا الشئ بسبب أجنبى، فقد رأينا المادة ٦٦٥ مدنى تجعل تبعة هذا الهلاك قبل تسليمه على المقاول، ويكون هلاك المادة على من قام بتوريدها. وقد سبق أن بحثنا هذه المسألة تفصيلا عند الكلام فى تبعة هلاك الشئ قبل التسليم، فنحيل هنا إلى ما قدمناه هناك(١).

بقى من أسباب انتهاء المقاولة قبل تنفيذها الفسخ والتقايل.

أما الفسخ، فكالانفساخ فيما قدمناه، ينهى العقد قبل تنفيذه. ويجوز طلب فسخ المقاولة إذا أخل أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته، وفقاً للقواعد المقررة فى فسخ العقود الملزمة للجانبين. فإذا أخل المقاول بأحد التزاماته(1)، كأن لم ينجز العمل بالطريقة المتفق عليها أو التى تقضى بها أصول الصنعة، أو تأخر فى تسليم العمل، أو ظهر فى العمل عيب خفى واجب الضمان، جاز لرب العمل أن يطلب فسخ العقد، والمحكمة تقدر هذا الطلب، فإن أجابته فسخ عقد المقاولة واعتبر كأن لم يكن(2). وإذا أخل رب العمل بأحد التزاماته، كأن

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٣– فقرة ٥٥.

(1) عدم قيام المقاول بتنفيذ البناء طبقا لما التزم به فى عقد المقاول هو واقعة مادية يجوز إثباتها بالبينة والقرائن ولا مخالفة فى ذلك لما هو ثابت فى العقد إذ لم ينص فيه على وفاء المقاول بالتزاماته الواردة منه.

(جلسة ١٩٦٧/١١/١٦ الطعن رقم ٢٢٢ لسنة ٣٤ق س١٨ ص١٧٠٧)

(2) أ– الفسخ يرد على كافة العقود الملزمة للجانبين سواء أكانت من العقود الفورية أم كانت من العقود الزمنية (غير محددة المدة) ويترتب على الحكم به انحلال العقد واعتباره كان لم يكن غير أن الأثر الرجعى للفسخ لا ينسحب على الماضى إلا فى العقود الفورية أما فى غيرها فلا يمكن إعادة ما نفذ منها، لما كان ذلك وكانت الأوراق قد خلت مما يفيد أن شيئا من الأعمال الفنية التى تناولها العقد المؤرخ ١٤– ١٩٧٦/٢/١٧ وملحقه المؤرخ ١٩٧٧/٢/٤ قد تم تنفيذه قبل سلسلة النزاع فانه – أيا كان الرأى فى التكييف القانونى لهذين العقدين – لا محل للقول بأن الفسخ يقتصر أثره على هذين المسلسلين دون غيرهما من الأعمال وبالتالى فلا جناح على الحكم إن لم يرد على هذا الدفاع.

(جلسة ١٩٨٩/٣/٦ الطعن رقم ٢٩٠٢ لسنة ٥٧ق)

ب– الحكم بفسخ عقد المقاولة ينبنى عليه انحلاله واعتباره كأن لم يكن ولا يكون رجوع المقاول – الذى أخل بالتزامه – بقيمة ما استحدثه من أعمال إلا استنادا إلى مبدأ الاثراء بلا سبب لا إلى العقد الذى فسخ وأصبح لا يصلح أساسا لتقدير هذه القيمة، ولما كان مقتضى مبدأ الاثراء وفقا للمادة ١٧٩ من القانون المدنى أن يلتزم المثرى بتعويض الدائن عما افتقر به ولكن بقدر ما أثرى أى أنه يلتزم برد أقل قيمتى الاثراء والافتقار، وكان تقدير قيمة الزيادة فى مال المثرى بسبب ما استحدث من بناء يكون وقت تحققه أى وقت استحداث البناء، بينما الوقت الذى يقدر قيمة الافتقار هو وقت الحكم وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر والتزم فى تقدير قيمة ما زاد فى مال المطعون عليه – رب =

امتنع عن تمكين المقاول من إنجاز العمل أو عن تقبل العمل وتسلمه أو من دفع الأجر، جاز للمقاول هو أيضاً أن يطلب فسخ العقد. وقد بسطنا وجوه الفسخ تفصيلا، كل وجه فى موضعه، ونكتفى هنا بالإحالة على كل ذلك(١).

وقد ينتهى عقد المقاولة قبل تنفيذه بالتقايل، فيتفق المقاول ورب العمل على أن يتحلل كل منهما من العقد بإرادتهما المشتركة، وكما انعقدت المقاولة يتراضى الطرفين فإنها تنتهى كذلك بتراضيهما(٢). ويغلب أن يسوى المتعاقدان الحساب فيما بينهما باتفاق

=العمل – بسبب ما استحدثه الطاعن – المقاول – من أعمال البناء، الحدود الواردة على عقد المقاولة الذى قضى بفسخه، فانه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون.

(جلسة ١٩٧٠/٣/١٧ الطعن رقم ٥٨٣ لسنة ٣٥ق س٢١ ص٤١١)

جـ– عرفت المادة ٦٤٦ من القانون المدنى المقاولة بأنها عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدى عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر، وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه، ومن سائر أوراق الطعن أن المطعون ضده تعاقد مع الشركة الطاعنة على القيام بأعمال التجارة الخاصة بالتوسع فى مبنى إدارة الشركة بطنطا لقاء مبلغ ... وأن الطاعنة استصدرت ترخيصا بأسمها لشراء الأخشاب اللازمة لأعمال النجارة المتعاقد عليها، وسلمت المطعون ضده شيكا مسحوبا لصالح الشركة التجارية استلم بمقتضاه أخشابا قيمتها ... وقامت شركة الأخشاب بقيد باقى قيمة الشيك لحساب الشركة الطاعنة فإن التكييف القانونى للتعاقد المبرم بين الطرفين أنه عقد مقاولة، ولما كان الثابت أن المطعون ضده لم يقم بتنفيذ الأعمال التى التزم بها بموجب عقد المقاولة المشار إليه رغم استلامه الأخشاب اللازمة لتلك الأعمال، وأن الطرفين اتفقا على فسخ العقد، فإنه يترتب على هذا التفاسخ إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها، وحق للشركة الطاعنة أن تسترد الأخشاب التى تسلمها المطعون ضده بسبب عقد المقاولة ونفاذا له. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر الصحيح فى القانون وكيف العلاقة بين الطرفين بأنها عقد قرض أقرضت الشركة الطاعنة بموجبه المطعون ضده ثمن الأخشاب التى نزلت له عن ملكيتها مقابل قيمة الشيك الذى حرره لصالحها بمبلغ ... رغم عدم وجود رصيد له، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد جانبه التوفيق فى اسباغ التكييف القانونى الصحيح على العقد المبرم بين الطرفين، وخالف المعنى الظاهر للعقد فيما استخلصه من نية المتعاقدين وما انعقد اتفاقهما عليه.

(جلسة ١٩٧٩/١٢/١٠ الطعن رقم ٤٩٧ لسنة ٤٥ق س٣٠ ع٣ ص٦٩٧)

(١) وقد نصت المادة ٦٤٣ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على أن «تنتهى إجارة الخدمة أو الصناعة: أولا– ... ثانيا– بصدور حكم من القاضى بفسخ العقد فى أحوال معينة فى القانون. ثالثا–..» – وللمحكمة، عند فسخ العقد، أن تعطى تعويضاً للطرف الذى طلب الفسخ عما أصابه من ضرر بسبب الفسخ، مع مراعاة ما أنجزه المقاول من الأعمال قبل الفسخ وتعويضه عنها تعويضاً عادلا (بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٨٧ – فقرة ٤٠٨٨ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٨ – نقض فرنسى ٣ سبتمبر سنة ١٩٤٠ جازيت دى باليه ١٩٤٠– ٢– ٨٨– مجلس الدولة الفرنسى ٣ نوفمبر سنة ١٨٩٣ سيريه ٩٤–٣–١٣٢).

(٢) بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٨٤– بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٨.

يضمنانه التقايل، فإذا سكتا عن ذلك فإن المبادئ العامة، وأخصها مبدأ الإثراء بلا سبب، تتكفل بتسوية الحساب.

١٣٦ – سببان للانتهاء خاصان بالمقاولة: ويبقى بعد ذلك سببان للانتهاء خاصان بعقد المقاولة، وقد وردت في شأنهما نصوص خاصة في التقنين المدني: (السبب الأول) هو تحلل رب العمل من المقاولة بإرادته المنفردة. (والسبب الثاني) موت المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار. ونظراً لأهمية هذين السببين، تخصص لكل منهما مبحثاً مستقلاً.

المبحث الأول

تحلل رب العمل من المقاولة بإرادته المنفردة

١٣٧ – نص قانوني: تنص المادة ٦٦٣ من التقنين المدني على ما يأتي:

«١ – لرب العمل أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ في أي وقت قبل إتمامه، على أن يعوض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال، وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل».

«٢ – على أنه يجوز للمحكمة أن تخفض التعويض المستحق عما فات المقاول من كسب إذا كانت الظروف تجعل هذا التخفيض عادلا، ويتعين عليها بوجه خاص أن تنقص منه ما يكون المقاول قد اقتصده من جراء تحلل رب العمل من العقد وما يكون قد كسبه باستخدام وقته في أمر آخر»(١).

ويقابل النص في التقنين المدني القديم المادة ٤٠٧/٤٩٥(٢).

---

(١) **تاريخ النص**: ورد هذا النص في المادة ٨٨٥ من المشروع التمهيدي على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد. وفي لجنة المراجعة أدخلت بعض تعديلات لفظية فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، وصار رقمه ٦٩٢ في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٩١، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٦٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٥٥ – ص٥٧).

(٢) **التقنين المدني القديم م٤٠٧/٤٩٥**: وفي جميع الأحوال يجوز لصاحب العمل أن يوقفه مع أدائه التعويضات اللازمة للمقاول في مقابلة المصاريف المنصرفة لتهيئة العمل الذي صار إيقافه. ولكن إذا استخدم صاحب العمل الصانع أو المقاول لمدة معينة أو عقد المقاولة معه على العمل كله، وجب عليه في حالة إيقاف العمل أن يدفع جميع الربح الذي كان ينتج للمقاول أو الصانع المذكور من تنفيذ العمل. (وأحكام التقنين المدني القديم تتفق في مجموعها مع أحكام التقنين المدني الجديد. =

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ٦٢٩ – وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٦٦٢ – وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٨٨٥– وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٦٣٤(١).

١٣٨– النص تطبيق للقواعد العامة لوحظت فيه مسايرة طبيعة عقد المقاولة: ويتبين من النص سالف الذكر أن لرب العمل أن يتحلل بإرادته المنفردة من عقد المقاولة، لأسباب قد تطرأ فى الفترة من الزمن التى لابد أن تمضى بين إبرام العقد وإتمام تنفيذه. فقد يرى رب العمل بعد وضع المقاولة موضع التنفيذ أنه من الخير له العدول عنها والرجوع فى العقد(1)، وقد تتغير الظروف التى أبرم فيها العقد كأن تكون المقاولة متعلقة ببناء عمارة للاستغلال ثم تصدر قوانين تقيد الأجور فتصبح الصفقة غير رابحة، وقد يكون رب العمل

=وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «تطابق الفقرة الأولى نص المادة ٤٩٥/٤٠٧ من التقنين الحالى (القديم) مع تحديد أدخله المشروع عليها. أما الفقرة الثانية فقد قررها المشروع قياساً من بعض التقنينات الحديثة مع مراعاة ما ورد فى أحكام محكمة الاستئناف الأهلية: ١٩ مايو سنة ١٨٩٢ الحقوق ٩ ص١٤٨ – ٢٠ مايو سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ قسم ثان ص٩٢ رقم ٤٨ – والمختلطة: ٢٥ مايو سنة ١٨٩٩ ب١١ ص٢٥١» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٥٦)– والظاهر أن محل دفع رب العمل للمقاول الربح الذى ينتج من تنفيذ المقاولة، فى التقنين المدنى القديم، هو أن يكون العقد بأجر إجمالى (انظر فى هذا المعنى استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٩٠٩ م٢١ ص٢٥٤).

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدنى السورى م٦٢٩ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م٦٦٢ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى م٨٨٥ (موافق).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني: لا يوجد نص مقابل تماما. وأقرب النصوص هى المادة ٦٣٤ من هذا التقنين وتجرى على الوجه الآتى: «من التزم بالقيام بعمل أو بخدمة ولم يتمكن من إتمامها لسبب يتعلق بمستأجره، يحق له أن يتقاضى كل الأجر الذى وعد به إذا كان قد بقى على الدوام قيد تصرف المستأجره ولم يؤجر خدمته لشخص آخر. على أنه يجوز للمحكمة أن تخفض الأجر المعين بحسب مقتضى الحال».

(1) الأصل فى عقد المقاولة أنه عقد لازم وأنه طبقا لنص المادة ٦٦٣ من القانون المدنى يجب على رب العمل إذا تحلل من العقد وأوقف التنفيذ قبل إتمامه أن يعوض المقاول، ولكن يجوز الخروج على هذا الأصل المقرر لمصلحة المتعاقدين بإتفاقهما على حق رب العمل فى التحلل من تنفيذ العقد كله أو بعضه دون دفع تعويض للمقاول أو باتفاقهما على تحديد نطاق الإلزام بالتنفيذ العينى أو بطريق التعويض، ويتعين إعمال هذه القواعد على التعاقد الذى يبرمه رب العمل مع المهندس المعمارى باعتباره من عقود المقاولة.

(جلسة ١٩٦٧/٥/١٦ الطعن رقم ٢٢٣ لسنة ٣٣ق س١٨ ص١٠٠٥)

قد اعتمد على موارد يدفع منها أجر المقاولة فتتخلف هذه الموارد أو تقصر عن دفع الأجر، وقد يصاب رب العمل فى أثناء تنفيذ المقاولة بخسارة تجعله عاجزاً عن المضى فى تمويل المقاولة، وقد يصبح العمل المطلوب أداؤه غير مجد لرب العمل. فأجاز القانون، لسبب من هذه الأسباب أو لأى سبب آخر يبدو وجيها فى نظر رب العمل، أن يرجع هذا الأخير فى العقد ويتحلل من المقاولة، على أن يعوض المقاول ما تكلفه من نفقات وما فاته من كسب، وهذا خير له من المضى فى العمل إلى نهايته والإنفاق فى غير فائدة[1](1). ويبدو لأول وهلة أن النص يقرر مبدأ يخرج به على القواعد العامة، إذ رب العمل يتحلل بإرادته وحده من عقد ملزم له، والقاعدة المقررة هى أن «العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون» (م١/١٤٧ مدنى)[2]. ولكن عندما نتأمل الجزاء على رجوع رب العمل فى العقد، وهو أن يعوض المقاول ما تكبده من خسارة وما فاته من كسب، نرى أن ذلك يؤدى إلى أن رب العمل، وقد أجاز له القانون أن يعدل عن تنفيذ العقد تنفيذاً عينياً بإتمام العمل محل المقاولة، لم يعفه مع ذلك من تنفيذ العقد عن طريق التعويض، فهو ملزم بدفع تعويض كامل بعنصريه مجتمعين: ما تجشمه المقاول من خسارة وما فاته من كسب. فلو أن النص سالف الذكر لم يوجد، ووقف رب العمل تنفيذ المقاولة لسبب قام به، لكانت القواعد العامة تقضى بأن

---

(١) دافيد رسالته فى عقد الاستصناع ص١٦٨ – دى باج ٤ فقرة ٩١٤ ص٧٤٥– محمد لبيب شنب فقرة ١٥٤ ص١٨٨– ص١٨٩.

(٢) وهذا ما قال به كثير من الفقهاء (لوران ٢٦ فقرة ١٧– جيوار ٢ فقرة ٨٠٣ – بودرى وفال ٢ فقرة ٨٠٩٢ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٧ ص١٧٧– ولكن قارن كولميه دى سانتير ٧ فقرة ٢٤٧ مكررة – ٢ – هيك ١٠ فقرة ٤٣٠ – دى باج ٤ فقرة ٩١٤.

(1) النص فى المادة ١/٦٦٣ من القانون المدنى على أن «لرب العمل أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ فى أى وقت قبل اتمامه على أن يعوض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال، وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل» يدل على أن المشرع أجاز لرب العمل أن يتحلل بارادته المنفردة من عقد المقاولة لأسباب قد تطرأ فى الفترة من الزمن التى لا بد أن تمضى بين ابرام العقد وإتمام تنفيذه مقابل تعويض المقاول عما تكلفه من نفقات وما فاته من كسب ولئن كان النص المشار إليه لم يعرض صراحة لحق المقاول فى مطالبة رب العمل بتعويضه أدبيا عن تحلله بارادته المنفردة من عقد المقاولة إلا أنه لم يحرمه من هذا الحق الذى تقرره القواعد العامة المنصوص عليها فى المادة ٢٢٢ من القانون المدنى تم يحق للمقاول أن يطالب رب العمل الذى تحلل بارادته المنفردة من عقد المقاولة بتعويضه عما أصابه من ضرر أدبى إذا تبين له أن ثمة مصلحة أدبية كانت تعود عليه فيما لو أتيحت له فرصة إتمام أعمال المقاولة.

(جلسة ١٩٧٩/٦/٢٥ الطعن رقم ٣٤ لسنة ٤٧ ق س٣٠ ع٢ ص٧٦٦)

(جلسة ١٩٨٧/١١/١٦ الطعن رقم ٢٢٤٧ لسنة ٥٢ق)

يكون للمقاول الحق فى طلب التنفيذ العينى والمضى فى تنفيذ العمل فيتقاضى الأجر كاملا، ويجوز كذلك بدلا من التنفيذ العينى أن يطلب التنفيذ بطريق التعويض فيتقاضى ما تجشمه من خسارة وما فاته من كسب. ولما كانت طبيعة عقد المقاولة تأبى على المقاول أن يتمسك بطلب التنفيذ العينى، إذ لا مصلحة له فى أن يتم العمل حتما والمصلحة فى ذلك إنما هى لرب العمل، ومصلحة المقاول فى أن يتقاضى التعويض كاملا، فقد أقفل القانون فى وجهه باب التنفيذ العينى إذ لا مصلحة له فيه، وأبقى باب التعويض مفتوحاً يدخل منه إلى تنفيذ العقد على الوجه الذى يتفق مع مصلحته. وإذا ثبت أن للمقاول مصلحة أدبية فى إتمام العمل، فسنرى أن القانون يسمح أيضاً بتعويضه عن هذه المصلحة. فالنص إذن يؤول فى النهاية إلى أن تطبيق للقواعد العامة بما يساير طبيعة عقد المقاولة بالنسبة إلى المقاول(١). أما بالنسبة إلى رب العمل فالأمر يختلف، فإن هذا له مصلحة محققة فى أن يتم العمل وهو من أجل هذا قد أبرم عقد المقاولة، ومن ثم لم يجز القانون للمقاول أن يرجع فى عقد المقاولة بإرادته المنفردة كما أجاز ذلك لرب العمل، بل جعل لهذا الأخير الحق فى إجبار المقاول على التنفيذ العينى دون أن يقتصر على التنفيذ بطريق التعويض(٢).

بقى أن الفقرة الثانية من المادة ٦٦٣ مدنى سالفة الذكر تجيز تخفيض التعويض المستحق عما فات المقاول من كسب، بل وتوجب إنقاص هذا التعويض بمقدار ما يكون المقاول قد اقتصده من جراء عدم إتمام تنفيذ العقد وما يكون قد كسبه باستخدام وقته فى

---

(١) ويصل الأستاذ محمد لبيب شنب إلى نفس النتيجة عن طريق نظرية الجحود المبتسر للعقد فيقول: «.. الدائن لا يستطيع أن يطالب بتعويض الأضرار التى كان فى استطاعته أن يتوقاها ببذل جهد معقول (م١/٢٢١)، فذلك يفرض عليه التزاماً بتخفيف المضار، ووفقاً لهذا الالتزام لا يجوز للمقاول أن يمضى فى تنفيذ العمل بعد علمه بإصرار رب العمل على التحلل من العقد وجحوده له، وذلك إذا كان من شأن هذا الاستمرار أن يزيد فى الأضرار التى تصيبه. فان استمر فى التنفيذ رغم ذلك، لم يحق له تقاضى تعويض عن هذه الأضرار على أساس أنه كان فى وسعه توقيها» (محمد لبيب شنب فقرة ١٥٤ ص١٨٩ – وانظر أيضاً بحثه فى نظرية الجحود المبتسر مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ٢ ص٢٩٣– ص٢٩٤).

(٢) انظر فيما يذهب إليه بعض الفقهاء من أنه قد يكون للمقاول مصلحة فى الرجوع فى عقد المقاولة بإرادته إذ قد يتبين أن المقاولة صفقة خاسرة بالنسبة إليه: بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٠١. ولكن وضع المسألة على هذا الوجه ليس صحيحاً، فحق الرجوع إنما أعطى لرب العمل، لا لأنه قد يرى الصفقة خاسرة إذ هو سيدفع تعويضاً كاملاً كما قدمنا فيبقى متحملا لكل الخسارة، وإنما أعطى له حق الرجوع لأن إتمام العمل يهمه وحده دون المقاول، فإذا رأى لأسباب صحت عنده ألا مصلحة له فى إتمام العمل جاز له وقف تنفيذه، ولا يحق للمقاول إجباره على إتمام التنفيذ بعد أن تقاضى التعويض كاملا.

أمر آخر. وليس فى هذا أيضاً إلا تطبيق للقواعد العامة. فإنه عند حساب الخسارة التى تحملها المقاول من جراء عدم إتمام تنفيذ المقاولة، يجب أن يستنزل ما لم يتحمله فعلا من هذه الخسارة بسبب وقف تنفيذ المقاولة وعدم المضى فى إنجاز العمل. وفى حساب الكسب الذى فات المقاول، يجب أن يستنزل كذلك ما لم يفته فعلا إذا كان قد استخدم وقته فى أمر آخر عاد عليه بكسب معين. والذى يقطع فى ذلك أن القضاء(١)، فى عهد التقنين المدنى القديم الذى لم يشتمل على نص مماثل للفقرة الثانية سالفة الذكر، كان يجرى هذا الحكم باعتباره مجرد تطبيق للقواعد العامة(١).

بعد هذا التمهيد نتكلم، فى صدد المادة ٦٦٣ مدنى، فى المسائل الآتية: (١) ما يشترط للتحلل من المقاولة بإرادة منفردة. (٢) ما لا يشترط لإمكان هذا التحلل. (٣) كيف يقع التحلل. (٤) ما يترتب على التحلل من النتائج.

١٣٩ - ما يشترط لإمكان التحلل من المقاولة بإرادة منفردة: يتبين من نص المادة ٦٦٣ مدنى سالفة الذكر أن هناك شروطاً أربعة لإمكان التحلل من المقاولة بإرادة منفردة.

(الشرط الأول) أن يكون العمل محل المقاولة لم يتم(٢). فإن العمل إذا كان قد تم لم تعد هناك فائدة من إمكان التحلل من عقد المقاولة، لأن رب العمل إذ ذاك يلتزم بدفع الأجر كاملا على سبيل التعويض، فأولى أن يدفعه أجراً على عقد تم تنفيذه. ويثبت الحق فى التحلل من المقاولة منذ إبرام العقد، حتى لو لم يبدأ العمل(٣)، بل إن التحلل قبل

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى هذا المعنى بأنه لتحديد مقدار الكسب الذى فات المقاول، لا يجوز التمسك بفرق حسابى بين أسعار التكلفة والأجر المتفق عليه، إذ أن المقاول لم يؤد فعلا عما يقابل هذا الفرق ولم يتحمل أية تبعة عنه، فتقضى العدالة إذن بتخفيض مقدار هذا الكسب الاحتمالى (استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٨٩٩ م١١ ص٢٥١). وانظر أيضاً استئناف وطنى ١٩ مايو سنة ١٨٩٢ الحقوق ٩ ص١٤٨ - ٢٠ مايو سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٤٨ ص٩٢.

(٢) دافيد رسالته فى عقد الاستصناع ص١٧٠ - أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind فقرة ١٢٧ - محمد لبيب شنب فقرة ١٥٦ ص١٩١.

(٣) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٧ ص١٧٧ - أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind فقرة ١٢٥.

(١) تمسك الطاعن بإعمال نص الفقرة الثانية من المادة ٦٦٣ من القانون المدنى والتى تقضى بأن تنقص المحكمة من التعويض المستحق للمقاول ما يكون قد اقتصده من جراء تحلل رب العمل من العقد وما يكون قد كسبه باستخدام وقته فى أمر آخر هو دفاع قانونى يخالطه واقع وإذ كان الطاعن لم يقدم ما يثبت أنه طرح هذا الدفاع أمام محكمة الموضوع، فإنه لا يقبل منه إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض.

(جلسة ١٩٧٩/٦/٢٥ الطعن رقم ٣٤ لسنة ٤٧ق س٣٠ ع٢ ص٧٦٦)

البدء فى العمل أيسر على رب العمل إذ يكون التعويض المستحق للمقاول أقل. ويبقى الحق فى التحلل قائماً، حتى بعد البدء فى العمل والمضى فيه إلى ما قبل إتمامه. فإذا أتمه المقاول وأعذر رب العمل أن يتسلمه، انقطع حق رب العمل فى التحلل من المقاولة بعد هذا الإعذار(١).

(الشرط الثانى) أن يكون الطرف الذى يتحلل من العقد هو رب العمل. فالمقاول ليس له الحق فى التحلل من المقاولة بإرادته المنفردة، بل يبقى ملزماً بتنفيذها إلى النهاية، ويجوز لرب العمل إجباره على التنفيذ العينى دون أن يقتصر على مطالبته بالتعويض(٢). ذلك أن لرب العمل مصلحة محققة فى هذا التنفيذ العينى دون التعويض، إذ هو لم يبرم عقد المقاولة إلا للحصول على هذا التنفيذ. فرب العمل إذن هو وحده الذى يملك التحلل من العقد، فى مواجهة المقاول أو فى مواجهة ورثة المقاول على ما سنرى، وهو حق شخصى متروك لمحض تقديره فلا يجوز أن يستعمله دائنوه باسمه(٣). ولكنه حق ينتقل من رب العمل إلى الخلف العام والخلف الخاص. فلورثة رب العمل بعد موته أن يستعملوا هذا الحق(٤). فإذا تعدد الورثة وكانوا يصيرون مالكين فى الشيوع للعمل بعد إتمامه، فإن الرجوع عن هذا العمل يعتبر فى حكم التصرف فيه. ومن ثم إذا اختلف الورثة فى استعمال هذا الحق، جاز لمن كان يملك منهم ثلاثة أرباع العمل إذا تم أن يتحللوا من المقاولة إذا استندوا فى ذلك إلى أسباب قوية، على أن يعلنوا قرارهم إلى باقى الورثة، ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان، وللمحكمة أن تقدر تبعاً للظروف ما إذا كان التحلل من المقاولة واجباً (م٨٣٢ مدنى)(٥). كذلك

---

(١) بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٩٧- بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٧ ص١٧٧- أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind فقرة ١٢٦- فقرة ١٢٧- نقض فرنسى ٢٧ يوليه سنة ١٩١٤ سيريه مختصر ١٩١٤-١-١١.

(٢) هيك ١٠ فقرة ٤٣٠- جيوار ٢ فقرة ٨٠٦- بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٠١- بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٧ ص١٧٧- أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ١٣١.

(٣) هيك ١٠ فقرة ٤٢٠- بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٩٩- بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٧ ص١٧٧- دى باج ٤ فقرة ٩١٤ ص٩٤٦ - أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ١٢٩- محمد لبيب شنب فقرة ١٥٥ ص١٩٠- ص١٩١.

(٤) بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٠٠- بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٧ ص١٧٧- دى باج ٤ فقرة ٩١٤ ص٩٤٦.

(٥) انظر فى هذا المعنى محمد لبيب شنب فقرة١٥١ ص١٨٣ وفقرة ١٥٥ ص١٩٠- وانظر فى القانون الفرنسى حيث لا يوجد نص مماثل للمادة ٨٣٢ مدنى مصرى: بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٠٠- =

يجوز للخلف الخاص أن يتحلل من المقاولة، فلو نزل رب العمل عن المقاولة إلى غيره، كان لهذا الغير أن يتحلل من العقد[1]. أما إذا باع رب العمل الأرض التى يقام عليها البناء بعقد مقاولة، فإن مشترى الأرض لا ينتقل إليه عقد المقاولة إلا إذا اتفق على ذلك. فإذا انتقل إليه العقد، جاز له التحلل منه بإرادته المنفردة باعتباره رب عمل جديد حل محل رب العمل القديم[2].

(الشرط الثالث) أن يكون تحلل رب العمل من المقاولة راجعاً إلى مشيئته هو، لا إلى خطأ المقاول[3]. ذلك أن المقاول إذا ارتكب خطأ، فسبيل رب العمل ليس التحلل من المقاولة، بل يطلب فسخها إذا كان هذا الخطأ يبرر الفسخ، وفى هذه الحالة يكون المقاول هو المسئول عن تعويض رب العمل عن الضرر الذى أصابه بسبب الفسخ، ولا يرجع المقاول على رب العمل بتعويض كامل كما كان يرجع لو أن رب العمل تحلل بإرادته المنفردة، بل يرجع عليه بمبدأ الإثراء بلا سبب. هذا إلى أن رب العمل يجوز له أيضاً، فى حالة خطأ المقاول، أن يطلب التنفيذ العينى، فيجبر المقاول على إصلاح خطأه عيناً مع المضى فى التنفيذ وذلك إلى جانب تعويض رب العمل عن الضرر الذى أصابه بسبب الخطأ.

(الشرط الرابع) ألا يشترط المقاول على رب العمل عدم جواز التحلل من العقد. ذلك لأن حق رب العمل فى التحلل من العقد بعد التعويض ليس من النظام العام، فيجوز الاتفاق على ما يخالف هذه القاعدة فى كل من شطريها. يجوز الاتفاق على عدم جواز تحلل رب العمل من العقد، وفى هذه الحالة لا يجوز له التحلل بإرادته المنفردة، بل يستطيع المقاول أن يلزمه بالمضى فى تنفيذ المقاولة إلى أن يتم، إذ قد تكون له مصلحة أدبية فى إتمام العمل كما سنرى. ويجوز الاتفاق أيضاً، على العكس مما تقدم، على أن يكون لرب العمل التحلل من المقاولة دون أن يدفع أى تعويض للمقاول، أو دون أن يدفع تعويضاً كاملاً بل يقتصر على دفع ما أثرى به على حساب المقاول[4].

=كولان وكابيتان ودى لاموراندييير ٢ فقرة ١١١٤ ص٧٣٥- أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind فقرة ١٢٩.

(١) بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٩٩ - محمد لبيب شنب فقرة ١٥٥ ص١٩٠.

(٢) بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٩٩ - أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ١٣٠.

(٣) كولان وكابيتان ودى لاموراندييير ٢ فقرة ١١٤ ص٧٣٦ - نقض فرنسى ٣ سبتمبر سنة ١٩٤٠ جازيت دى پاليه ١٩٤٠ -٢-٨٨.

(٤) بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٠٥- بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٧ ص١٧٨- أنسيكلوبيدى =

١٤٠ – ما لا يشترط لإمكان التحلل من المقاولة بإرادة منفردة: فإذا توافرت الشروط المتقدمة الذكر، جاز لرب العمل أن يتحلل من المقاولة بإرادته المنفردة:

١ – ويستوى فى ذلك أن تكون المقاولة بأجر إجمالى جزافى أو بأجر مقدر بسعر الوحدة، ففى الحالتين يجوز التحلل. وهذا الحكم لا يتطرق إليه شك فى التقنين المدنى المصرى، إذ نص المادة ٦٦٣ مدنى عام لم يفرق بين حالة وحالة. أما فى التقنين المدنى الفرنسى فالمادة ١٧٩٤ لا تذكر إلا المقاولة بأجر إجمالى جزافى، فذهب بعض الفقهاء، إلى أنه لا يجوز التحلل إذا كان الأجر مقدراً بسعر الوحدة[١]. ولكن بعضاً آخر ذهب إلى عدم التمييز، وأجاز التحلل فى المقاولة المقدر أجرها بسعر الوحدة من باب أولى، إذ هى أقل ربطاً لرب العمل وأيسر عند حساب التعويض[٢].

٢ – ويستوى كذلك أن يكون التحلل فى عقد مقاولة أو فى عقد مقاولة من الباطن. فيجوز للمقاول الأصلى، باعتباره رب عمل، أن يتحلل من المقاولة من الباطن قبل إتمام العمل[٣]. ولكن الرأى السائد فى فرنسا أن المادة ١٧٩٤ مدنى فرنسى لا تسرى فى العلاقة ما بين المقاول الأصلى والمقاول من الباطن، بل تقتصر على العلاقة ما بين رب العمل والمقاول[٤].

٣ – ولا فرق، فى ثبوت الحق لرب العمل فى التحلل، بين ما إذا كان هو الذى قدم المادة التى تستخدم فى العمل أو كان الذى قدمها هو المقاول[٥]. وفى حالة ما إذا كان

=داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ١٢٤ – محمد لبيب شنب فقرة ١٥٨ – نقض فرنسى ٢٧ يوليه سنة ١٩١٤ سيريه مختصر ١٩١٤ –١–١١٠.

(١) لوران ٢٦ فقرة فقرة ١٨ – بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٩٤ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٧ ص١٧٧ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٩٩٨ – جوسران ٢ فقرة ١٣٠٩.

(٢) ديرانتون ١٧ فقرة ٢٥٧ – ديفرجييه ٢ فقرة ٣٧١ – هيك ١٠ فقرة ٤٣٠ – جيوار ٢ فقرة ٨٠٤ – أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص٤٠٤ هامش ١٢ – دى باج ٤ فقرة ٩١٤ ص٩٤٥ – كولان وكاپيتان ودى لاموراندييز ٢ فقرة ١١١٤ – أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. ct. d'ind. فقرة ١١٩.

(٣) انظر آنفاً فقرة ١٢١ فى آخرها فى الهامش.

(٤) بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٦٧ وفقرة ٤٠٩٥ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٧ ص١٧٧ – دى باج ٤ فقرة ٩١٤ ص٩٤٦ – أنسيكلوپيدى داللوز ٣ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ١٣٢.

(٥) لوران ٢٦ فقرة ١٩ – هيك ١٠ فقرة ٤٣٠ – جيوار ٢ فقرة ٨٠٥ – بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٩٣ – أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص٤٠٣ وهامش ١١ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٧ ص١٧٧ – ص١٧٨ – دى باج ٤ فقرة ٩١٤ ص٩٤٥ – دافيد رسالته فى عقد الاستصناع =

المقاول هو الذى قدمها، فإن له أن يأخذ تعويضاً عنها بعد أن يسلمها لرب العمل، وله أن يحتفظ بها وفى هذه الحالة لا يتقاضى عنها تعويضاً.

٤- ويثبت حق التحلل لرب العمل أياً كان محل المقاولة. فقد يكون محلها بناء أو منشآت ثابتة أخرى، وقد يكون محلها صنع آلات ميكانيكية أو سيارات أو أثاث أو رسم أو غير ذلك من الأعمال، ففى جميع هذه الأحوال يجوز لرب العمل بإرادته المنفردة أن يتحلل من المقاولة(١).

٥- ويثبت كذلك حق التحلل لرب العمل أيا كان المقاول. فقد يكون مقاول بناء، أو مهندساً معمارياً(٢)، أو طبيباً، أو محامياً، أو محاسباً، أو نجاراً، أو سباكاً، أو غير ذلك. وفى جميع هذه الأحوال يجوز لرب العمل التحلل من العقد، إذ النص عام لم يفرق بين حالة وأخرى.

٦- ويجوز أخيراً لرب العمل التحلل من العقد أيا كانت الأسباب التى يقدمها لهذا التحلل. بل هو غير مسئول عن تقديم أى سبب لتحلله من العقد، ويكفى محض إرادته. وهو وحده الموكول إليه تقدير ما إذا كان يتحلل من العقد، دون معقب على تقديره من المحكمة(٣).

=ص١٦٩- جوسران ٢ فقرة ١٣٠٩ - أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. ct.d'ind. فقرة ١٢٠- عكس ذلك وأن الحق فى التحلل لا يثبت إذا كان المقاول هو الذى قدم المادة: ترولون ٣ فقرة ١٠٣٠- ماركاديه م١٧٩٤- م١٧٩٩ فقرة ٢- بيزوس ص١٦١.

(١) جيوار ٢ فقرة ٨٠٥- أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ هامش ١١- بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٧ ص١٧٨- بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٩٩٨- كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١١١٤ (ب) - جوسران ٢ فقرة ١٣٠٩ - أنسكيلوبيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ١٢١.

(٢) جيوار فى الوكالة فقرة ٢٨- بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٩٦.

(٣) وقد قضى بأن لصاحب العمل وحده الحق فى فسخ عقد المقاولة والعدول عن إتمام العمل، سواء لأنه وجد أن العمل غير محقق لمصلحة له، أو حاقت به صعوبات مالية جعلته فى حالة مادية لا تمكنه من الاستمرار فى تنفيذه والصرف عليه، ولا يسأل عن هذا بياناً أو تدليلاً، ولا يستطيع المقاول اعتراضا على تصرفه إذ هو له بحكم القانون أن يتقاضى جميع ما كان يعود عليه من ربح فيما إذا تم العمل تنفيذاً للعقد (مصر الكلية الوطنية ١١ فبراير سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٤٩٨ ص١٢٨٣). وانظر استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٩٠٩ م٢١ ص٢٥٤- ١٩ يونيه سنة ١٩٢٩ م٤١ ص٤٥٩.

غير أنه إذا أثبت المقاول أن رب العمل قد تعسف فى استعمال حقه فى التحلل من العقد، كأن قصد من وراء التحلل أن ينال من سمعة المقاول الأدبية وأن يشهر به بين الناس وبين أبناء مهنته، جاز =

١٤١- كيف يقع التحلل من المقاولة: ويقع التحلل من المقاولة بإخطار رب العمل المقاول برغبته فى الرجوع فى المقاولة. والتكييف القانونى للتحلل هو أنه إرادة من جانب واحد، أى تصرف قانونى يصدر من رب العمل للرجوع فى عقد المقاولة. وتكييف الرجوع فى المقاولة هو نفس تكييفه فى عقود أخرى يجوز فيها الرجوع، كالهبة والوكالة وعقد الإيجار والعمل إذا كانت مدتها غير معينة.

ولم يشترط القانون شكلا خاصاً للرجوع، ولا ميعاداً معيناً له. فوجب القول إن الرجوع يكون فى صورة إخطار يعلن به رب العمل إرادته فى التحلل من العقد. وقد يكون الإخطار فى ورقة رسمية على يد محضر، وقد يكون فى كتاب مسجل أو غير مسجل، وقد يكون شفوياً. ولكن عبء إثبات الإخطار، وهو تصرف قانونى كما قدمنا، يقع على رب العمل، فإذا كانت المقاولة تزيد على خمسمائة جنيه وجب إثباته بالكتابة أو بما يقوم مقامها، وإلا جاز الإثبات بالبينة وبالقرائن. ويجوز الرجوع فى أى وقت، منذ إبرام المقاولة إلى ما قبل إعذار المقاول لرب العمل بتسلم العمل كما سبق القول(١).

ويتم الرجوع عن المقاولة بمجرد وصول الإخطار إلى علم المقاول، طبقاً للقواعد العامة المقررة فى إنتاج الإرادة لأثرها.

١٤٢- ما يترتب من النتائج على التحلل من المقاولة: فإذا وقع الإخطار على الوجه المتقدم الذكر، ترتبت النتائج الآتية:

(أولا) ينتهى عقد المقاولة بالرجوع فيه، فلا يعود رب العمل ملزماً بدفع الأجر، ولا يعود المقاول ملزماً بإنجاز العمل(٢).

(ثانيا) ولكن رب العمل يلتزم بتعويض المقاول «عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال، وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل». ومصدر هذا الالتزام هو القانون، لا عقد المقاولة فقد انتهى كما سبق القول. فيلتزم رب العمل:

١- بتعويض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات، ولو كانت مصروفات أولية

=للمقاول أن يرجع بتعويض على رب العمل طبقاً للقواعد المقررة فى التعسف فى استعمال الحق (قرب دى باج ٤ فقرة ٩١٤ ص٩٤٦- محمد لبيب شنب فقرة ١٥٦ ص١٩٢- ص١٩٣).

(١) انظر آنفاً فقرة ١٣٩.

(٢) وإذا جاز لرب العمل أن ينهى المقاولة بإرادته المنفردة، فإنه لا يجوز له أن يوقف تنفيذ العقد بإرادته وحده، فليس له إلا أن يمضى فيه أو أن يتحلل منه (نقض فرنسى ٢٧ يولية سنة ١٩١٤ سيريه مختصر ١٩١٤- ١-١١٠- أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ١٢٨).

لم تعد بأى نفع على رب العمل[1]. وكذلك يلتزم بتعويضه عما أنجزه من الأعمال، ويدخل فى ذلك أجور العمال والنفقات الفعلية التى صرفها فى إنجاز الأعمال والقيمة الفعلية للمواد التى قدمها لاستخدامها فى العمل. وعلى المقاول أن يسلم لرب العمل ما أنجز من العمل، بعد أن يتقاضى قيمته على النحو السالف الذكر. على أن المقاول لا يجبر على تسليم المواد التى قدمها، فإذا أراد الاحتفاظ بها جاز له ذلك على ألاّ يتقاضى تعويضاً عنها[2]. ولا يتقاضى المقاول تعويضاً إلا عن الأعمال التى يكون قد أنجزها وقت علمه بإخطار رب العمل بالتحلل من العقد. أما الأعمال التى يقوم بها بعد ذلك فلا يرجع فيها على رب العمل إلا على أساس مبدأ الإثراء بلا سبب، أى بأقل القيمتين ما صرفه فعلا وما عاد من نفع على رب العمل. وذلك ما لم تكن هذه الأعمال ضرورية للمحافظة على ما أنجز من العمل، كما لو وضع أدوات صحية فى بناء فيثبت هذه الأدوات فى أماكنها حتى لا تتلف ويرجع بالنفقات الفعلية التى صرفها فى تثبيت الأدوات.

٢- بتعويض المقاول عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل[3]. فإذا كان العمل مثلا بناء عمارة من عشرة أدوار وقدر له أجر الثلاثين ألفاً، وتحلل رب العمل من العقد بعد بناء خمسة أدوار، فإن المقاول يرجع بالنفقات الفعلية التى صرفها فى بناء خمسة الأدوار

---

(١) ولكن يشترط أن يكون هناك عقد مقاولة قائم وقت إنفاق هذه المصروفات، أما إذا كان المقاول قد أنفق هذه المصروفات قبل إبرام عقد المقاولة وهو يأمل بذلك أن يبرم هذا العقد، فليس له أن يستردها (استئناف مختلط ٨ مايو سنة ١٨٩٧ م٩ ص٣١٤).

(٢) محمد لبيب شنب فقرة ١٥٧ ص١٩٣.

(٣) فلا يكفى تعويض المقاول عما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال. وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم الابتدائى إذ قضى بإلزام رب العمل بالتعويض قد أقام قضاءه على ما اتخذه المقاول أساساً لدعواه من أن رب العمل قد فسخ العقد دون تقصير منه، إذ هو (المقاول) قد قام به التزم به من استحضار العمال وأدوات البناء وشيد جزءاً من البناء، وأن رب العمل امتنع عن تنفيذ ما تعهد به من تقديم مواد البناء، فضلا عن أنه استغنى عن عمله ووكل البناء إلى غيره دون إنذار سابق أو تكليف له بالوفاء، وكان الحكم الاستئنائى، إذ قضى بإلغاء الحكم الابتدائى واقتصر على القضاء للمقاول بأجر عما أتمه من بناء، قد أقام قضاءه على ما استخلصه من أن العقد لم يرتب للمقاول فى ذمة رب العمل تعويضاً إذا امتنع أو تأخر فى تقديم مواد البناء - إن الحكم الاستئنافى إذ ندّ عن بحث أساس الدعوى على هذا النحو، ولم يعن بالرد على ما أورده الحكم الابتدائى من أسباب، كان قاصراً قصوراً يستوجب نقضه (نقض مدنى ٩ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٥ ص٣٠). وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا استخدم صاحب العمل الصانع أو المقاول لمدة معينة أو عقد المقاولة معه على العمل كله، وجب عليه فى حالة إيقاف العمل أن يدفع جميع الربح الذى ينتج للمقاول أو للصانع المذكور من تنفيذ العمل (استئناف وطنى ١٩ مايو سنة ١٨٩٢ الحقوق ٨ ص١٤٨- وانظر أيضاً استئناف مختلط ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٣١٨.

على الوجه الذى قدمناه. ثم يحسب ما كان يستطيع أن يكسبه لو أنه أتم العمل، فإذا كان مثلا ١٠٪ من الأجر المقدر[١]، فإن ما يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل يكون ثلاثة آلاف. فيرجع أيضاً بهذا المبلغ على رب العمل، إذ هو الكسب الذى فات المقاول من جراء عدم إكمال العمارة إلى عشرة أدوار. وإذا كان أجر المقاولة مقدراً بسعر الوحدة، فإن ربح كل وحده يكون هو الفرق بين الأجر المقدر لها والنفقات الفعلية التى يصرفها فى صنعها، ويكون مجموع الربح الذى فاته هو هذا الفرق مضاعفاً بمقدار عدد الوحدات التى كانت مقدرة بموجب التصميم.

٣- بتعويض المقاول عما عسى أن يكون قد أصابه من ضرر أدبى من جراء منعه من إتمام العمل. ذلك أن المقاول قد تكون له مصلحة أدبية فى إتمام العمل، كأن يكون عملا فنياً يفيد فى سمعته[٢]. فالنحات إذا منع من إتمام التمثال الذى كلف بنحته، والمؤلف إذا منع من إتمام الكتاب الذى كلف بوضعه، والمهندس إذا منع من بناء نموذجى وضع تصميمه، كل هؤلاء قد ينالهم ضرر أدبى من جراء عدم إتمامهم للعمل، فيرجعون بتعويض على رب العمل عن هذا الضرر[1].

(ثالثا) تقول الفقرة الثانية من المادة ٦٦٣ مدنى كما رأينا: «على أنه يجوز للمحكمة أن تخفض التعويض المستحق عما فات المقاول من كسب إذا كانت الظروف تجعل هذا التخفيض عادلا، ويتعين عليها بوجه خاص أن تنقص منه ما يكون المقاول قد اقتصده من جراء تحلل رب العمل من العقد وما يكون قد كسبه باستخدام وقته فى أمر آخر». وهذا

---

(١) باعتبار أنه هو الفرق ما بين الأجر المقدر والنفقات الفعلية التى كان يصرفها فى بناء عشرة أدوار محسوبة على أساس النفقات الفعلية التى صرفها فى بناء الخمسة الأدوار.

(٢) بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٠٣ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٧ ص١٧٩- دافيد رسالته فى عقد الاستصناع ص١٧١- محمد لبيب شنب فقرة ١٥٧ ص١٩٥- ص١٩٦- إكس ١٢ يونيه سنة ١٩٢٣ جازيت دى پاليه ١٩٢٣-٢- ٢٩٥ - دويه ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٨ المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٢٩ ص٤٦٥- قارن دى پاج ٤ فقرة ٩١٥ ص٩٤٦.

(1) ولئن كان نص المادة ١/٦٦٣ من القانون المدنى لم يعرض صراحة لحق المقاول فى مطالبة رب العمل بتعويضه أدبيا عن تحلله بأرادته المنفردة عن عقد المقاولة، إلا أنه لم يحرمه من هذا الحق الذى تقرره القواعد العامة المنصوص عليها فى المادة ٢٢٢ من القانون المدنى ومن ثم يحق للمقاول أن يطالب رب العمل الذى تحلل بارادته المنفردة من عقد المقاولة بتعويضه عما أصابه من ضرر أدبى إذا تبين له أن ثمة مصلحة أدبية كانت تعود عليه فيها لو أتيحت له فرصة إتمام أعمال المقاولة.

(جلسة ١٩٧٩/٦/٢٥ الطعن رقم ٣٤ لسنة ٤٧ق س٣٠ ع٢ ص٧٦٦)

(جلسة ١٩٨٧/١١/١٦ الطعن رقم ٢٢٤٧ لسنة ٥٢ق)

كما قدمنا ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة. فقد تقوم ظروف تجعل من العدل تخفيض التعويض المستحق عما فات المقاول من كسب. مثل ذلك أن يتضح، بعد أن وقف المقاول تنفيذ العمل وحسب الربح الذى فاته على أساس النفقات الفعلية التى صرفها فيما أتمه من العمل، أنه لو أتم العمل لكلفه الباقى منه نفقات أكبر لارتفاع أسعار المواد الأولية وأجور العمال، ففى هذه الحالة يجوز للقاضى أن يخفض مقدار الربح الذى فات المقاول بما يتناسب مع ما ظهر من ارتفاع الأسعار والأجور. وإذا كان يجوز تخفيض التعويض فى هذه الحالة، فإنه يتعين تخفيضه فى حالتين أخريين. الحالة الأولى هى ما يكون المقاول قد اقتصده من جراء تحلل رب العمل من العقد، وهذا بديهى فإنه لا يرجع إلا بمقدار ما أنفقه فعلا، فإذا اقتصد شيئاً ولم ينفقه بسبب تحلل رب العمل من العقد، فإنه لا يرجع به[1]. والحالة الثانية هى ما يكون المقاول قد كسبه باستخدام وقته فى أمر آخر. فقد أتاح له عدم إتمام العمل فسحة من الوقت يصح أن يكون قد استخدمها فى عمل آخر در عليه ربحاً، فيجب استنزال هذا الربح من الكسب الذى فاته. وليس من الضرورى أن يكون قد استخدم وقته فعلا فى عمل آخر، بل يكفى أن يكون قد أتيحت له فرصة فى استخدامه ولم يغتنمها، فإنه يكون بتقصيره قد أضاع على نفسه هذا الكسب[2].

المبحث الثانى

موت المقاول

١٤٣- نصوص قانونية: تنص المادة ٦٦٦ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«ينقضى عقد المقاولة بموت المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار فى التعاقد. فإن لم تكن محل اعتبار، فلا ينتهى العقد من تلقاء نفسه ولا يجوز لرب العمل فسخه فى غير الحالات التى تطبق فيها المادة ٦٦٣، إلا إذا لم تتوافر فى ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل».

وتنص المادة ٦٦٧ من التقنين المدنى على ما يأتى:

---

(١) ويخفض التعويض أيضاً على أساس أن المقاول بعدم إنجازه بقية العمل لم يصبح مسئولا عن ضمان ما لم ينجزه منه (استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٨٩ م١١ ص٢٥١).

(٢) وليس فى التقنين المدنى الفرنسى نص يماثل المادة ٢/٦٦٣ مدنى مصرى، ولذلك يذهب الفقه الفرنسى إلى عدم جواز خصم ما كسبه المقاول أو ما كان يستطيع كسبه باستخدام وقته فى أمر آخر (هيك ١٠ فقرة ٤٣٠ - بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٠٢).

«١- إذا انقضى العقد بموت المقاول، وجب على رب العمل أن يدفع للتركة قيمة ما تم من الأعمال وما أنفق لتنفيذ ما لم يتم، وذلك بقدر النفع الذى يعود عليه من هذه الأعمال والنفقات».

«٢- ويجوز لرب العمل فى نظير ذلك أن يطالب بتسليم المواد التى تم إعدادها والرسوم التى بدئ فى تنفيذها، على أن يدفع عنها تعويضاً عادلا».

«٣- وتسرى هذه الأحكام أيضاً إذا بدأ المقاول فى تنفيذ العمل ثم أصبح عاجزاً عن إتمامه لسبب لا يد له فيه»(١).

وتقابل النصوص فى التقنين المدنى القديم المادة ٥٠٢/٤١١ - ٥٠٣(٢).

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى م٦٣٢ -

---

(١) **تاريخ النصوص:**

م٦٦٦: ورد هذا النص فى المادة ٨٨٧ من المشروع التمهيدى، وكان المشروع يتضمن فقرات أربع، الفقرة الأولى تتفق مع النص على الوجه الذى استقر به فى التقنين المدنى الجديد، أما الفقرات الثلاث التالية فكانت تجرى على الوجه الآتى: «٢- وتعتبر دائماً شخصية المقاول محل اعتبار فى التعاقد إذا أبرم العقد مع أحد رجال الفن أو مع أحد الهندسين أو مع أحد مهندسى المعمار أو مع أحد مماثل لهؤلاء من الأشخاص الذين يزاولون مهنة حرة. ٣- وتفترض هذه الصفة فى العقود التى تبرم مع العمال أو الصناع إلا إذا كان هناك دليل أو عرف يقضى بغير ذلك. ٤- وفى سائر الأحوال الأخرى، وبخاصة أعمال المقاولات الكبيرة، يكون المفروض أن المكانة التى وصل إليها اسم المقاول فى السوق، لا صفات المقاول الشخصية، هى التى كانت محل الاعتبار الأول فى التعاقد». وفى لجنة المراجعة أدخلت على الفقرة الأولى تعديلات لفظية فأصبحت مطابقة لما استقر عليه النص فى التقنين المدنى الجديد، وحذفت الفقرات الثلاث الأخيرة «لعدم الحاجة إليها»، وأصبح رقم المادة ٦٩٥ فى المشروع النهائى. ووافق عليها مجلس النواب تحت رقم ٦٩٤، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٦٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٦٣- ص٦٥).

م٦٦٧: ورد هذا النص فى المادة ٨٨٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يتضمن فقرة تجرى على الوجه الآتى: «وتعتبر الأعمال والنفقات نافعة له فى جملتها، إذا وردت المقاولة على بناء عقار أو غير ذلك من الأعمال الكبيرة». فحذفت هذه الفقرة فى لجنة المراجعة، وأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، وصار رقمه ٦٩٦ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٩٥، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٦٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٦٥- ص٦٧).

(٢) **التقنين المدنى القديم** م٥٠٢/٤١١- ٥٠٣: ينفسخ استئجار الصانع بموته أو بحادثة قهرية منعته عن العمل. وفى هذه الحالة على صاحب العمل أن يأخذ ما ينفعه مما استحضره الصانع من المهمات بما اشتراه به الصانع من الثمن. (وأحكام التقنين المدنى القديم تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المدنى الجديد).

٦٣٣- وفى التقنين المدنى الليبى م٦٦٥- ٦٦٦- وفى التقنين المدنى العراقى م٨٨٨ - ٨٨٩- وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٦٤٣ وم٦٧٤[١].

١٤٤- موت رب العمل وموت المقاول: ويخلص من النصوص المتقدمة الذكر أن موت المقاول ينهى فى بعض الحالات عقد المقاولة، أما موت رب العمل فلم تعرض له النصوص. فنستعرض كلا من الفرضين.

١٤٥- موت رب العمل: لم تعرض النصوص كما قدمنا لموت رب العمل، فلا يبقى

---

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدنى السورى م٦٣٢ - ٦٣٣ ـمطابق).

التقنين المدنى الليبى م٦٦٥- ٦٦٦ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى م٨٨٨: ١- تنتهى المقاولة بموت المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار فى التعاقد. فإن لم تكن محل اعتبار فلا ينتهى العقد من تلقاء ذاته، ولا يجوز لرب العمل فسخه فى غير حالة تطبيق المادة ٨٨٥ إلا إذا لم تتوافر فى ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل. ٢- وتعتبر دائماً شخصية المقاول محل اعتبار فى التعاقد إذا أبرم العقد مع فنان أو مهندس أو معمارى أو مع غيرهم ممن يزاولون مهنة حرة أخرى. وتفترض هذه الصفة فى العقود التى تبرم مع العمال أو الصناع إلا إذا كان هناك دليل أو عرف يقضى بغير ذلك. وفى سائر الأحوال الأخرى، وبخاصة فى أعمال المقاولات الكبيرة، يكون المفروض أن المكانة التى وصل إليها اسم المقاول فى السوق، لا صفات المقاول الشخصية، هى التى كانت محل الاعتبار الأول فى التعاقد.

م٨٨٩: ١- إذا انقضى العقد بموت المقاول، وجب على رب العمل أن يدفع للتركة قيمة ما تم من الأعمال وما أنفق لتنفيذ ما لم يتم وذلك بقدر النفع الذى يعود عليه من هذه الأعمال والنفقات. وتعتبر الأعمال والنفقات نافعة له فى جملتها إذا كان موضوع المقاولة تشييد مبان أو إنشاء أعمال كبيرة أخرى. ٢- ويجوز لرب العمل فى نظير ذلك أن يطالب بتسليم المواد التى تم إعدادها والرسوم التى بدئ فى تنفيذها، على أن يدفع عنها تعويضاً عادلا. ٣- وتسرى هذه الأحكام أيضاً إذا بدأ المقاول فى تنفيذ العمل ثم أصبح عاجزاً عن إتمامه لسبب لا دخل فيه لإرادته.

(وأحكام التقنين العراقى تتفق مع أحكام التقنين المصرى ونصوص التقنين الأول تطابق نصوص المشروع التمهيدى من التقنين الثانى).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٦٤٣: تنتهى إجارة الخدمة أو الصناعة... (ثالثا) باستحالة إجراء العمل لسبب قوة قاهرة أو لوفاة المستخدم أو المستصنع. وتراعى فى هذه الحالة الأخيرة الأحكام الاستثنائية المنصوص عليها فى القانون. ولا تنتهى إجارة الخدمة أو الصناعة بوفاة السيد أو المولى.

م٦٧٤: إذا انقطع العمل لسبب ليس له علاقة بمشيئة الفريقين، فلا يحق للصانع أن يقبض من الأجرة إلا ما يناسب العمل الذى أتمه، مع الاحتفاظ بتطبيق المادة ٦٧١ المتعلقة بهلاك المواد التى قدمها. (وأحكام التقنين اللبنانى تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المصرى، وإن كانت لم تشترط أن تكون مؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار فى التعاقد، ولم تذكر صراحة أن ما يقبضه ورثة المقاول من الأجرة المناسبة للعمل الذى تم يكون على أساس مبدأ الإثراء بلا سبب).

إلا تطبيق القواعد العامة. ولما كانت شخصية رب العمل ليست فى العادة محل اعتبار فى عقد المقاولة، فإن موت رب العمل لا ينهى المقاولة، بل يبقى العقد قائماً ما بين المقاول وورثة رب العمل وقد حلوا محله. فيقى هؤلاء مرتبطين بعقد مورثهم، لهم كل حقوقه وعليهم كل التزاماته، وذلك دون نظر لما إذا كانت المقاولة مفيدة للورثة فائدتها للمورث، ودون نظر لما إذا كان الورثة يستنسبون العمل محل المقاولة. فقد يكون هذا العمل بناء عمارة كبيرة، وتكون ورثة رب العمل لا يرغبون فى استثمار أموال التركة فى مثل هذه العمارة، أو يؤثرون اقتسام هذه الأموال، ومع ذلك يبقون ملتزمين بدفع الأجر كاملا للمقاول، ولهم الحق فى أن يطلبوا منه إنجاز العمل وتسليمه وضمانه[1].

وبديهى أن التزامهم بدفع الأجر للمقاول يكون فى حدود أموال التركة ومن هذه الأموال، ويصبحون بعد إقامة العمارة مالكين لها فى الشيوع كل بقدر حصته فى التركة.

وإنما يجوز لورثة رب العمل ما كان يجوز لرب العمل نفسه لو أنه كان حياً، وهو أن يتحللوا من المقاولة قبل إتمامها طبقاً لأحكام المادة ٦٦٣ مدنى التى تقدم بيانها، على أن يدفعوا للمقاول من أموال التركة جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل. وذلك طبقاً لما فصلناه من القواعد فيما تقدم، وبخاصة يجب أن يكون القرار الصادر منهم بالتحلل من المقاولة صادراً ممن يملك ثلاثة أرباع التركة مستندين فى ذلك إلى أسباب قوية، على أن يعلنوا قرارهم إلى باقى الورثة، ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان، وللمحكمة أن تقدر تبعاً للظروف ما إذا كان التحلل من المقاولة واجباً[2].

١٤٦ - موت المقاول ويلحق به أن يصبح عاجزاً عن إتمام العمل لسبب لا يد له فيه - **حالتان**: والفرض الثانى هو أن يموت المقاول. ويلحق بموت المقاول أن يصبح عاجزاً عن إتمام العمل لسبب لا يد له فيه، كأن يصاب بما يجعل تنفيذ العمل مستحيلا عليه. فإذا كان رساماً وقطعت يده التى يرسم بها أو فقد بصره، أو كان العمل إجراء عملية جراحية عاجلة وأصيب الجراح بمرض مفاجئ أقعده عن إجراء العملية، فقد قدمنا أن المقاولة تنفسخ كما كانت تنفسخ بموت المقاول، ويأخذ العجز عن العمل حكم الموت[3]. وقد

---

(١) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٦ ص١٧٥ - بيزوس ص١٦٢ - محمد لبيب شنب فقرة ١٥١ ص١٨٣.

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٣٩.

(٣) انظر آنفاً فقرة ١٣٥.

نصت الفقرة الثالثة من المادة ٦٦٦ مدنى سالفة الذكر على هذا الحكم صراحة إذ تقول: «وتسرى هذه الأحكام أيضاً إذا بدأ المقاول فى تنفيذ العمل ثم أصبح عاجزاً عن إتمامه لسبب لا يد له فيه». ويستوى أن يكون المقاول قد بدأ فى تنفيذ العمل ثم أصبح عاجزاً، أو أصبح عاجزاً بعد إبرام المقاولة وقبل البدء فى تنفيذ العمل. ونكتفى هنا بأن نذكر موت المقاول، فيكون عجزه عن تنفيذ العمل ملحقاً بموته فيما سنعرض له من الأحكام(١).

ويجب التمييز عند موت المقاول بين حالتين: (الحالة الأولى) أن تكون مؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار فى التعاقد. (الحالة الثانية) ألا تكون هذه المؤهلات محل اعتبار(٢).

١٤٧ – الحالة الأولى – مؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار فى التعاقد: تقول المادة ٦٦٦ مدنى فى صدرها كما رأينا: «ينقضى عقد المقاولة بموت المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار فى التعاقد». والمقصود بالمؤهلات الشخصية كل صفات المقاول الشخصية التى تكون ذات تأثير فى حسن تنفيذ العمل. فيدخل فى المؤهلات الشخصية سمعة المقاول من ناحية الكفاية الفنية والأمانة وحسن المعاملة، وتخصصه فى نوع العمل محل المقاولة وما حصل عليه من الشهادات الفنية فى هذا التخصص وما قام به قبلا من أعمال تكسبه تجربة عملية فيه(٣).

والبت فيما إذا كانت مؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار فى التعاقد مسألة واقع لقاضى الموضوع فيها الرأى الأعلى. وقد أورد المشروع التمهيدى للمادة ٦٦٦ مدنى فقرات ثلاثاً تلقى ضوءاً على هذه المسألة الموضوعية، وقد حذفت هذه الفقرات فى لجنة المراجعة «لعدم الحاجة إليها»، ونوردها هنا للاستئناس بها: «٢– وتعتبر دائماً شخصية المقاول محل اعتبار فى التعاقد إذا أبرم العقد مع أحد رجال الفن، أو مع أحد المهندسين،

---

(١) مع ملاحظة أنه فى حالة موت المقاول يرد رب العمل النفقات التى صرفها المقاول لورثته، أما فى حالة العجز عن العمل فالنفقات ترد إلى المقاول نفسه.

(٢) وهذا التمييز لا يوجد فى التقنين المدنى الفرنسى، فإن المادة ١٧٩٥ من هذا التقنين تنهى المقاولة بموت المقاول دون تمييز بين ما إذا كانت مؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار فى التعاقد أو كانت غير محل اعتبار. ولكن القاعدة ليست من النظام العام، فيجوز الاتفاق على ما يخالفها (بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٧٥ – أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص٤٠٤ هامش ١٥– بلانيول وريبير وروانست ١١ فقرة٩٣٦ ص ١٧٥– ص١٧٦– كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١١١٣ – وقارن بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٩٩٤: موت المقاول إنما ينهى عقد المقاولة إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار).

(٣) انظر محمد لبيب شنب فقرة ١٥١ ص١٨٤.

أو مع أحد مهندسى المعمار، أو مع أحد مماثل لهؤلاء من الأشخاص الذين يزاولون مهنة حرة – ٣– وتفترض هذه الصفة فى العقود التى تبرم مع العمال أو الصناع، إلا إذا كان هناك دليل أو عرف يقضى بغير ذلك ٤– وفى سائر الأحوال الأخرى، وبخاصة أعمال المقاولات الكبيرة، يكون المفروض أن المكانة التى وصل إليها اسم المقاول فى السوق، لا صفات المقاول الشخصية، هى التى كانت محل الاعتبار فى التعاقد[١]. ويستخلص من هذه النصوص أن رجال الفن كالرسامين والنحاتين والموسيقيين والمغنين، وأصحاب المهن الحرة كالمهندسين والأطباء والمحامين والمحاسبين، كل هؤلاء تعتبر مؤهلاتهم الشخصية محل اعتبار في التعاقد. أما العمال والصناع، كالنقاشين والسباكين والنجارين والحدادين، فالأصل فيهم أن مؤهلاتهم الشخصية هى محل اعتبار فى التعاقد، إلا إذا قام دليل أو عرف يقضى بغير ذلك، كأن كان العمل محل المقاولة عملا بسيطاً لا يقتضى مهارة فنية خاصة ويستطيع أن يقوم به أى شخص فى الحرفة، فعندئذ لا تكون مؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار فى التعاقد. وأما المقاولات الكبرى، كالعمارات والمدارس والمستشفيات، فهذه يقوم بها عادة مقاولون كبار لا يعتمدون على كفايتهم الفنية الشخصية بقدر ما يعتمدون على ما توافر عندهم من مهندسين فنيين وأدوات ومعدات ورؤوس أموال بحيث تكون العبرة، لا بصفات المقاول الشخصية، بل بالمكانة التى وصل إليها اسم المقاول فى السوق. فهؤلاء لا تكون مؤهلاتهم الشخصية فى الغالب محل اعتبار فى التعاقد. فإذا مات المقاول فإن أعماله تنتقل عادة إلى بعض من ورثته ممن كانوا يعملون معه، فيستطيعون بنفس المهندسين والأدوات والمعدات ورؤوس الأموال أن يستمروا فى تنفيذ المقاولات التى يكون المورث قد عقدها قبل موته[٢].

فإذا كانت مؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار فى التعاقد على النحو الذى بسطناه فيما تقدم، ومات المقاول، فإن عقد المقاولة ينتهى من تلقاء نفسه بحكم القانون بمجرد موت المقاول، دون حاجة لفسخه لا من ناحية رب العمل ولا من ناحية ورثة المقاول[٣]. ويفهم ذلك بطريق الدلالة العكسية، حيث تقول المادة ٦٦٦ مدنى سالفة الذكر فى الحالة

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٦٣– ص٦٤– وانظر آنفاً فقرة ١٤٣ فى الهامش.

(٢) وهناك من المقاولات الكبيرة – كالعمارات الضخمة والجسور والخزانات والسدود والقناطر ومحطات الكهرباء – ما لا يقوم به عادة إلا الشركات الكبيرة. ولا محل هنا للكلام فى موت المقاول وإنما يكون البحث فى حل الشركة أو إفلاسها، وفى هذه الحالة تتبع القواعد المقررة فى حل الشركات وتصفيتها (انظر بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٩٩٤).

(٣) أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص٤٠٤ وهامش ١٤– بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٦ ص١٧٦– عكس ذلك بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٧٨– هيك ١٠ فقرة ٤٣١.

التى لا تكون فيها مؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار فى التعاقد: «لا ينتهى العقد من تلقاء نفسه». فيستخلص من ذلك أنه حيث تكون مؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار فى التعاقد، ينتهى العقد من تلقاء نفسه[1]. فالمقاولة تنفسخ من تلقاء نفسها فى هذه الحالة، ولا يستطيع ورثة المقاول أن يستمروا فى تنفيذها، ولا يستطيع رب العمل أن يجبر الورثة على الاستمرار فى التنفيذ. وإذا أراد الطرفان المضى فى التنفيذ، فلابد من عقد جديد بإيجاب وقبول جديدين بين رب العمل والورثة، ويكون تاريخ العقد من وقت الاتفاق الجديد لا من وقت المقاولة الأصلية[2].

وتنفسخ المقاولة بموت المقاول على الوجه الذى قدمناه، سواء كان من قدم المادة التى استخدمت فى العمل هو رب العمل أو المقاول[3]، وسواء كانت المقاولة مقاولة أصلية أو مقاولة من الباطن[4]، وسواء كان الأجر جزافاً أو بسعر الوحدة، وأيا كان محل المقاولة بناء كان أو منشآت ثابتة أخرى أو أو أى شئ آخر.

١٤٨ - الحالة الثانية - مؤهلات المقاول الشخصية ليست محل اعتبار فى التعاقد: ويكون ذلك كما قدمنا فى المقاولات التى يكون محلها عملا بسيطاً لا يقتضى مهارة فنية خاصة ويستطيع أن يقوم به أى شخص فى الحرفة، وكذلك فى المقاولات الكبيرة التى يقوم بها مقاولون كبار لا يعتمدون على كفايتهم الفنية الشخصية بقدر ما يعتمدون على من يستخدمون من موظفين فنيين وما عندهم من أدوات ومعدات ورؤوس أموال. ففى هذه الحالة تقول العبارة الأخيرة من المادة ٦٦٦ مدنى كما رأينا: «لا ينتهى العقد من تلقاء

---

(١) محمد لبيب شنب فقرة ١٥١ ص١٨٥ - ويترتب على ذلك أن لورثة المقاول الحق فى التمسك بهذا الانقضاء (بودرى ٢ فقرة ٤٠٧٨ - محمد لبيب شنب فقرة ١٥١ ص١٨٥).

(٢) أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص٤٠٤ هامش ١٤ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٦ ص١٧٦.

وإذا تعدد المقاولون وكانوا متضامنين، فموت أحدهم لا ينهى المقاولة إلا بالنسبة إليه ويبقى العقد ملزماً للآخرين، ما لم يكن مشترطاً اجتماعهم فى تنفيذ العمل (دلفو فقرة ٣٤٩ ص٢٧٩ - محمد لبيب شنب فقرة ١٥١ ص١٨٥).

(٣) بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٧٧ - أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص٤٠٤ وهامش ١٣ - أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ١٣٤.

(٤) بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٧٧ - أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ١٣٨ - محمد لبيب شنب فقرة ١٥١ ص١٨٥ - ويلاحظ أن موت المقاول الأصلى ينهى المقاولة الأصلية فتنتهى بانتهائها المقاولة من الباطن، أما موت المقاول من الباطن فلا ينهى إلا المقاولة من الباطن وتبقى المقاولة الأصلية (أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ١٣٨).

نفسه، ولا يجوز لرب العمل فسخه فى غير الحالات التى تطبق فيها المادة ٦٦٣، إلا إذا لم تتوافر فى ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل». ويخلص من ذلك أنه يجب التمييز، فى هذه الحالة الثانية، بين صورتين:

(الصورة الأولى) إذا لم تتوافر فى ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل. مثل ذلك ألا يوجد أحد من ورثة المقاول يحترف حرفته، أو يكون هؤلاء ليس من شأنهم أن يبعثوا الطمأنينة وليسوا متوافرين على الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل. ففى هذه الصورة لا تنفسخ المقاولة من تلقاء نفسها، ولكن يجوز لرب العمل طلب فسخها. والقاضى يقدر ما إذا كانت الورثة لا تتوافر فيهم الضمانات الكافية فيحكم بفسخ العقد، أو أن فيهم من الضمانات ما يكفى للمضى فى العمل وتنفيذه فيرفض طلب الفسخ. أما الورثة أنفسهم، فإذا كانوا لا يحترفون حرفة مورثهم أو كانوا لا يطمئنون إلى قدرتهم على المضى فى العمل فإن لهم أيضاً، إذا أصر رب العمل على التنفيذ، أن يطلبوا من القاضى فسخ العقد، ويكون للقاضى تقدير هذا الطلب فيحكم به أو يرفضه.

(الصورة الثانية) إذا توافرت فى ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل، بحيث لا يمكن أن يجاب إلى طلب الفسخ لا رب العمل ولا ورثة المقاول. ففى هذه الصورة يبقى عقد المقاولة قائما بالرغم من موت المقاول، ويكون الورثة ملزمين بالمضى فى العمل إلى أن ينجزوه، وتنتقل إليهم حقوق مورثهم، وكذلك تنتقل إليهم التزاماته فى حدود التركة. ولكن هذا لا يمنع رب العمل من استعمال حقه فى التحلل من العقد بإرادته المنفردة، طبقاً للأحكام المقررة فى المادة ٦٦٣ مدنى والتى سبق تفصيلها.

١٤٩- ما يترتب على انتهاء المقاولة بموت المقاول: وإذا انتهت المقاولة بموت المقاول، سواء انتهت من تلقاء نفسها لأنها قامت على اعتبار مؤهلات خاصة فى شخص المقاول أو انتهت عن طريق الفسخ بناء على طلب رب العمل أو على طلب الورثة لأن هؤلاء لا تتوافر فيهم الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل، فإن الالتزامات التى أنشأها عقد المقاولة فى جانب رب العمل أو فى جانب المقاول تنقضى بانتهاء العقد. فلا يعود الورثة ملزمين بالمضى فى العمل، ولا يعود رب العمل ملزماً بدفع الأجر.

ومن اليسير الوقوف عند ذلك لو أن موت المقاول وقع قبل أن يبدأ تنفيذ المقاولة، فلا يرجع أحد من المتعاقدين بشئ على الآخر، إلا إذا كان رب العمل قد عجل شيئاً من الأجرة فإنه يسترده. ولكن الذى يحدث غالباً أن يكون المقاول قد بدأ تنفيذ المقاولة قبل موته، فاشترى المادة اللازمة لاستخدامها فى العمل، وبدأ العمل فعلافى هذه المادة أو فى المادة التى يكون رب العمل قد قدمها، فأنفق مصروفات وبذل جهداً ووقتاً حتى أنجز جزءاً من العمل أو مهد لإنجازه. وهذا هو ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٦٦٧ مدنى إذ

رأيناها تقول: «إذا انقضى العقد بموت المقاول، وجب على رب العمل أن يدفع للتركة قيمة ما تم من الأعمال وما أنفق لتنفيذ ما لم يتم، وذلك بقدر النفع الذى يعود عليه من هذه الأعمال والنفقات». فالنص كما نرى يطبق مبدأ الإثراء بلا سبب، فيلزم رب العمل عند انتهاء المقاولة على النحو الذى بسطناه بأن يرد لورثة المقاول أقل القيمتين، قيمة ما أنفقه المقاول فى الأعمال التى أتمها أو مهد لها وقيمة ما أفاد به رب العمل من هذه الأعمال.

فإذا كان رب العمل هو الذى ورد القماش للخياط لصنع الثوب، ففصله الخياط ومات قبل أن يخيطه، استرد رب العمل من ورثة الخياط القماش المفصل، ودفع لهم أجرة التفصيل، ويستأنس فى تقديرها بالأجرة المتفق عليها لصنع الثوب كاملا فيدفع نسبة من هذه الأجرة بقدر ما يقضى عرف الحرفة بأن تكون نسبة أجرة التفصيل إلى الأجرة الكاملة. وظاهر هنا أن رب العمل قد أفاد من عمل الخياط، فإنه يستطيع أن يخيط الثوب بعد تفصيله عند خياط آخر. أما إذا كان رب العمل لم يفد من عمل المقاول، أو أفاد منه فائدة أقل مما تكلف المقاول من مصروفات وجهد ووقت، كأن كان المقاول لم ينجز من العمل شيئاً وإنما أنفق مصروفات للتمهيد لإنجازه، وأعاد المقاول الذى تولى المضى فى المقاولة العمل من جديد أو أعاد الكثير منه كما تقضى أصول الصنعة، فإن رب العمل فى هذه الحالة لا يدفع لورثة المقاول الأول شيئاً أو يدفع لهم ما يعادل القدر المحدود الذى أفاده. مثل ذلك أن يعهد رب العمل إلى مهندس فى وضع تصميم، فبموت المهندس قبل أن يقطع شوطاً كبيراً فى إنجاز وضع التصميم بحيث يكون ما أنجزه منه غير ذى فائدة للمهندس الذى يأتى بعده، ويضطر هذا لإعادة وضع التصميم كله من جديد، ففى هذه الحالة لا ترجع ورثة المهندس الأول بشئ على رب العمل لأنه لم يفد من عمل مورثهم شيئاً. وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٦٦٧ مدنى يتضمن فقرة تجرى على الوجه الآتى: «وتعتبر الأعمال والنفقات نافعة له (لرب العمل) فى جملتها إذا وردت المقاولة على بناء عقار أو غير ذلك من الأعمال الكبيرة». فحذفت هذه الفقرة فى لجنة المراجعة، دون أن يبين سبب حذفها[1]. وكان النص المحذوف يضع قرينة قانونية على نفع الأعمال والنفقات التى قام بها المقاول قبل موته فى مقاولات البناء والأعمال الكثيرة، فلا يستطيع رب العمل رفضها بدعوى أنها غير نافعة له. وبعد حذف هذا النص أصبحت هذه القرينة قرينة قضائية بدلا من أن تكون قرينة قانونية، وللقاضى تقدير ما إذا كان يأخذ بها أو لا يأخذ»[2].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٦٦- وانظر آنفاً فقرة ١٤٣ فى الهامش.

(٢) وإذا غير رب العمل من مواصفات العمل بعد موت المقاول بحيث أصبح ما أنجزه المقاول من العمل=

وإذا كان المقاول هو الذى ورد المادة، كأن كانت المقاولة صنع أثاث فاشترى المقاول الخشب ووضع الرسوم اللازمة وصرف نفقات فى التمهيد للعمل وأنجز بعضاً منه، فإن رب العمل يدفع لورثة المقاول قيمة الخشب والرسوم ويرد النفقات التى صرفت فى إنجاز العمل أو فى التمهيد لإنجازه وأجر المقاول عن الوقت الذى صرفه فى كل ذلك، على أن يكون هذا كله فى حدود النفع الذى عاد على رب العمل من ذلك. وقد كانت القواعد العامة تقضى بأن المقاول لا يزال يملك ما بدأ فى صنعه من الأثاث لأنه هو الذى ورد المادة، ولا تنتقل إلى رب العمل إلا عند تمام الصنع. وكان مقتضى هذا أنه يجوز للورثة، وقد انتقلت إليهم الملكية من مورثهم، أن يستبقوا ما بدأ هذا الأخير فى صنعه لأنفسهم على ألا يرجعوا بشئ على رب العمل وعلى أن يردوا ما يكون قد عجله من الأجر(١). ولكن الفقرة الثانية من المادة ٦٦٧ مدنى تقول كما رأينا: «ويجوز لرب العمل فى نظير ذلك أن يطالب بتسليم المواد التى تم إعدادها والرسوم التى بدئ فى تنفيذها، على أن يدفع عنها تعويضاً عادلا». فجاء هذا النص بحكم يخرج على القواعد العامة، ويجيز لرب العمل أن يجبر الورثة، بعد أن يدفع لهم التعويض العادل على النحو الذى بيناه، على أن يسلموا له المواد التى تم إعدادها من الأثاث والرسوم التى بدئ فى تنفيذها(٢).

١٥٠- مقارنة بين أحوال ثلاث فى التحلل من المقاولة: رأينا مما تقدم أن لرب العمل أن يتحلل من المقاولة قبل إنجاز العمل فى أحوال ثلاث: (١) عندما يتحلل من المقاولة بإرادته المنفردة قبل إتمام العمل (م٦٦٣ مدنى). (٢) عندما يبرم المقاولة بمقتضى مقايسة على أساس سعر الوحدة وتثبت ضرورة مجاوزة المقدر فى المقايسة مجاوزة جسيمة، فقد قدمنا أنه يجوز لرب العمل فى هذه الحالة «أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ على أن يكون ذلك دون إبطاء، مع إيفاء المقاول قيمة ما أنجزه من الأعمال مقدرة وفقاً لشروط العقد، دون أن يعوضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل (م٦٥٧ مدنى). (٣) عندما يموت المقاول فتنتهى بموته المقاولة أو تفسخ، وهى الحالة التى نحن بصددها.

=بعد موته غير نافع، فلا يعتد بذلك، والعبرة بالمواصفات الأولى (لوران ٢٦ فقرة ٢٤- جيوار ٢ فقرة ٨٠١- بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٨٠). ولكن العمل يعتبر غير نافع إذا لم يستطع رب العمل بعد موت المقاول أن يجد مقاولا آخر يكمله، فيضطر إلى تركه (بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٨٠ ص١١٧١- بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٦ ص١٧٦).

(١) وهذا هو الحكم فى القانون الفرنسى حيث لا يوجد نص يقابل المادة ٢/٦٦٧ مدنى مصرى (أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص٤٠٤ هامش ١٤- بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٦ ص١٧٦).

(٢) محمد لبيب شنب فقرة ١٥٢ ص١٨٧- ص١٨٨.

ففى الحالة الأولى – تحلل رب العمل من المقاولة بإرادته المنفردة – يجب على رب العمل تعويض المقاول تعويضاً كاملا، فيعوضه عما لحقه من خسارة وعما فاته من كسب. والسبب فى ذلك أنه تحلل من المقاولة بمحض مشيئته، فوجب عليه التعويض الكامل.

وفى الحالة الثانية – تحلل رب العمل من المقاولة للمجاوزة الجسيمة – يكون التعويض أقل منه فى الحالة الأولى، إذ أن رب العمل لا يعوض المقاول عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل. والسبب فى ذلك واضح، إذ هو فى هذه الحالة لا يتحلل من العقد بمحض مشيئته كما يفعل فى الحالة الأولى، بل هو مضطر إلى التحلل من المقاولة نظراً لمجاوزة المقايسة مجاوزة جسيمة وما ينجم عن ذلك من إرهاق له.

وفى الحالة لثالثة – انقضاء المقاولة أو فسخها لموت المقاول – نجد أن التعويض أقل مما هو فى الحالتين السابقتين، إذ يدفع رب العمل لورثة المقاول أقل القيمتين، قيمة ما أنفق المقاول وقيمة ما أفاد هو. فهنا لم يتحلل من العقد بمحض مشيئته، كما فعل فى الحالة الأولى فكانت مسئوليته كاملة وكان التعويض كاملا. ولم يتحلل من المقاولة بسبب المجاوزة الجسيمة للتكاليف، كما فعل فى الحالة الثانية فكانت مسئوليته غير كاملة وكان التعويض ناقصاً، ولكنه تحلل من المقاولة لسبب لا يد له فيه، فلا مسئولية عليه، ولذلك لا يدفع تعويضاً إلا على أساس مبدأ الإثراء بلا سبب.

الباب الثانى
بعض أنــواع المقــاولات

الفصل الأول
التزام المرافق العامة *

١٥١ – التمييز بين عقد التزام المرفق العام والعقد بين الملتزم والعميل: يجب التمييز بين عقد التزام المرفق العام والعقد بين ملتزم المرفق العام والعميل، إذ أن العقد الأول يدخل فى مباحث القانون الإدارى ولا شأن لنا به هنا إلا من حيث اتصاله بالعقد الثانى ، أما العقد الثانى فيدخل فى مباحث القانون المدنى إذا كيف على أنه عقد مدنى كما سيأتى .

وعقد التزام المرفق العام هو العقد الذى تبرمه جهة الإدارة مع إحدى الشركات أو الأفراد لإدارة مرفق عام واستغلاله بشروط معينة تذكر فى عقد الالتزام . وهو طريق من طرق إدارة المرافق العامة كما سيجئ . وجهة الإدارة تعتبر فى حكم رب العمل، ويعتبر الملتزم فى حكم المقاول ، ولكن هذه المقاولة هى كما قدمنا من مباحث القانون الإدارى .

أما العقد بين ملتزم المرفق العام والعميل ، وهو الذى يعنينا هنا ، فإنه عقد يبرم بين ملتزم المرفق العام – كشركة سكك حديدية أو شركة نور أو غاز أو مياه – وبين أحد المستهلكين لهذا المرفق كمسافر بقطار السكة الحديدية أو مشترك فى النور أو الغاز أو المياه ، فيكون هذا المستهلك عميلا للشركة . والعقد هنا أيضاً عقد مقاولة [1] ، ولكنه على خلاف عقد التزام المرفق العام من مقاولات القانون المدنى لا من مقاولات القانون الإدارى .

«وقد أصبحت العلاقات التى تقوم فى المقاولات المتعلقة بالمرافق العامة بين المقاول وعملائه – كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى – من الأهمية بمكان ، نظراً

(*) مراجع : توفيق شحاته فى التزام المرافق العامة رسالة بالفرنسية من القاهرة سنة ١٩٤١ – محمد فؤاد مهنا فى القانون الإدارى المصرى الجزء الأول فى المرافق العامة سنة ١٩٥٢ – فالين (Waline) فى القانون الإدارى الطبعة الخامسة سنة ١٩٥٠ – بونار (Bonnard) فى القانون الإدارى سنة ١٩٣٥ – رولان (Rolland) فى القانون الإدارى الطبعة التاسعة سنة ٩٤٧ .

(١) انظر آنفاً فقرة ٣ .

لاتساع العمران وانتشار المدن الكبيرة فى الوقت الحاضر، صار من الضرورى أن يعرض التقنين المدنى لهذا النوع من المقاولات فيورد بعض الأحكام الخاصة به ، كما فعل بالنسبة للمقاولات الصغيرة والكبيرة . بل أن الحاجة إلى التنظيم فى هذا النوع من المقاولات أشد منها فى الفرعين السابقين ، إذا راعينا أن موقف الجمهور ضعيف إزاء الشركات الكبرى التى تتولى استغلال المرافق العامة ، مما دعا إلى تدخل السلطة العامة لحماية المنتفعين بها . وقد ازداد هذا التدخل على مرور الزمن. فأصبحت السلطات العامة تتولى بنفسها إدارة بعض المرافق اللازمة لحياة الجمهور ، أو تجيز للأفراد استغلالها بمقتضى عقد التزام مع احتفاظها بحق الرقابة والتنظيم . وهكذا وجدت ، إلى جانب المرافق التى يجرى استغلالها وفقاً لنظام النشاط الفردى والمنافسة الحرة ، مرافق تقوم السلطة العامة بتنظيمها وإدارتها ، وأخرى تتولى تنظيمها دون أن تتدخل فى إدارتها» .

«ومن الثابت أن تنظيم المقاولات المتعلقة بالمرافق العامة يرتبط ، علاوة على التقنين المدنى ، بالتقنين الإدارى ، ولابد من إصدار تشريع خاص ينظم الناحية الإدارية منه ، ويحدد على الأخص موقف السلطة العامة قبل المقاول الذى تمنحه استغلال مرفق عام . والمشروع لا يتعرض بداهة إلا للناحية المدنية من هذه المقاولات . والمبادئ التى يقررها فى هذا الصدد ليست سوى تأكيد للاتجاهات التى بدت فى القضاء المصرى الذى حاول بقدر الإمكان ، عن طريق الرجوع إلى القواعد العامة، سد الفراغ الموجود فى التقنين الحالى (القديم) ، وتنظيم العلاقات بين ملتزمى المرافق العامة والمنتفعين بها . كذلك يحرص المشروع على ألا يقرر سوى الأحكام التى يمكن أن تنسجم مع التقنين الإدارى المصرى الذى يرجى له عن طريق التشريع كثير من التطور فى المستقبل القريب . وقد استند المشروع فى تقريره للأحكام التى أخذ بها إلى بعض الحقائق الثابتة ، وعلى الأخص إلى وجود مرافق عامة أجازت السلطة العامة للأفراد استغلالها بمقتضى عقود التزام تضمنها شروطا لتنظيم علاقة الملتزم بعملائه، وإلى أن من المجمع عليه الآن فى القضاء المصرى والفرنسى وقضاء معظم البلاد الأجنبية أن هذه الشروط ملزمة للفرد أو الشركة التى يعهد إليها باستغلال المرفق العام كما هى ملزمة للعملاء . وقد حاولوا تبرير هذه القوة الإلزامية فى أول الأمر عن طريق الالتجاء إلى فكرة الاشتراط لمصلحة الغير (محكمة الاستئناف المختلط١٧ مايو سنة ١٨٩٤ ب ٦ ص ٣٩٩ – ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٤ ب ٧ ص ٤٦) ، ولكن من المتفق عليه الآن أن الاحترام الواجب لهذه الشروط إنما يرجع إلى ما لها من طبيعة اللائحة الإدارية . والأحكام التى أوردها المشروع فى هذا الفرع إنما تبنى على هذه الحقائق الثابتة والنتائج القانونية المترتبة عليها. وهى تكسب المبادئ العامة فى التقنين المدنى شيئاً من المرونة حتى تتمشى مع هذه الحقائق. وعلى هذا النحو يصل هذا الفرع من المشروع بين التقنين الإدارى الناشئ والأسس العامة فى التقنين المدنى ، كما هو الحال بالنسبة للفصل الخاص بعقد العمل فهو

يصل بين التشريع الصناعى الذى لا يزال فى بداية عهده فى مصر والأساس القانونى العام فى التقنين المدنى [1] .

ولما عرضت النصوص المتعلقة بالتزام المرافق العامة على لجنة مجلس الشيوخ، تقدم للجنة اقتراح بحذف هذا الموضوع «لأن محله الطبيعى القانون الإدارى ، ولأن من المتوقع أن تكون المنازعات المتعلقة به من اختصاص القضاء الإدارى ، ولأن تعيين هذا الالتزام يتطلب توفير الانسجام مع التقنين الإدارى المصرى . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح ، لأن المشروع تعرض لجانب محدود من صلة المنتفعين الملتزم ، وهذا الجانب مدنى الصبغة . وقد استقر قضاء المحاكم المصرية على خضوع الجانب المتقدم ذكره لقواعد القانون المدنى (انظر على سبيل المثال استئناف مختلط ٢٦ يونيه سنة ١٩١٨ ب ٣٠ ص ٤٩٩) . هذا ولم يذهب التعديل المزمع لقانون مجلس الدولة إلى جعل القضاء الإدارى مختصاً دون غيره بالنظر فى المنازعات الخاصة بالتزامات المرافق العامة ، وإنما جعل اختصاص القضاء العادى قائماً وجعل الخيار للأفراد فى الالتجاء إلى الجهة التى يؤثرونها . والقواعد التى تضمنها المشروع فى هذا الشأن ليس فيها خروج على القواعد العامة ولا مساس بالتنظيم الإدارى ، وإنما هى تضع نظاماً سيعين القضاء على حل كثير من المشاكل التى يجوز أن تكون محلا لاختلاف الرأى والتقدير» [2] .

ولما كان العقد بين ملتزم المرفق العام والعميل يتصل اتصالا وثيقاً ، كما قدمنا، بفكرة المرفق العام وإدارته عن طريق الالتزام ، لذلك نعقد مبحثاً تمهيدياً يتناول فى عرض سريع هذه المسألة إذ هى من مباحث القانون الإدارى كما سبق القول ، ثم نعقد مبحثاً آخر نعرض فيه للعقد بين ملتزم المرفق العام والعميل .

المبحث الأول

المرفق العام وطرق إدارته – عقد التزام المرفق العام

١ – المرفق العام

١٥٢ – المرفق العام وخصائصه : المرفق العام مشروع تديره جهة الإدارة أو تنظمه وتشرف على إدارته ، ويقصد به أداء خدمات أو سد حاجات ذات نفع عام . مثل ذلك مرافق

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٦٨ – ص ٦٩ .

(٢) مجموعة أعمال التحضيرية ٥ ص ٦٩ – ص ٧٠.

الدفاع والأمن والعدالة والصحة والتعليم ، ومثل ذلك أيضاً مرافق المياه والنور والغاز والمواصلات والتموين والرى . وللمرفق العام خصائص ثلاث :

أولا – يجب أن يكون المرفق العام مشروعاً ذا نفع عام ، كتوفير خدمات عامة أو سد حاجات عامة . فإن لم يكن ذا نفع عام ، وإنما كان لمصلحة خاصة ، فإنه لا يكون مرفقاً عاماً بل يكون مرفقاً مدنياً ، حتى لو أدارته الدولة . فإدارة الدولة لأملاكها الخاصة لا تعتبر إدارة لمرفق عام ، لأن أملاك الدولة الخاصة ليست ذات نفع عام .

ثانيا – يجب ألا يكون المقصود أساساً من المرفق العام هو الحصول على الربح ، وإذا كانت إدارة المرفق العام تدر فى بعض الأحوال ربحاً ، فإن ذلك إنما يأتى عرضاً وكغرض ثانوى ، أما الغرض الأساسى فهو توفير الخدمات العامة أو سد الحاجات العامة . فالمرافق الاقتصادية لا تكون مجانية ، بل هى بمقابل يدفعه المستهلكون فى صورة رسوم . ولكن الدولة أرادت بفرض هذه الرسوم ، لا جنى ربح تجارى ، بل تحميل نفقات المرفق لمستهلكيه بالذات ، ولو جعلته مجانياً لتحمل نفقاته دافعو الضرائب ، وليس من العدل فى المرافق الاقتصادية أن يتحمل نفقاتها دافعو الضرائب ولو كانوا من غير المستهلكين . فإذا قصدت الدولة من إدارة مشروع أن تجنى منه ربحاً – كاحتكار الحكومة الفرنسية للدخان – لما كان المشروع مرفقاً عاماً .

ثالثا – يجب أن يدير المرفق العام أو ينظمه ويشرف على إدارته جهة إدارية . فالمشروع الذى تديره أفراد أو شركات أو جمعيات لا يكون مرفقا عاماً ولو كان ذا نفع عام ، كما هى الحال فى الجمعيات الخيرية والمدارس الحرة والمستشفيات الخاصة . وكذلك العكس صحيح ، كما قدمنا ، فلا يكون المشروع الذى تديره الدولة مرفقاً عاماً إذا لم يكن ذا نفع عام . والجهات الإدارية التى تدير المرافق العامة أو تنظمها وتشرف على إدارتها إما أن تكون الدولة وما يتفرع عنها من مؤسسات عامة [1] ، وإما أن تكون أشخاصاً إدارية محلية وهى مجالس المحافظات والمدن والقرى .

١٥٣ – أقسام المرافق العامة : يمكن تقسيم المرافق العامة تقسيمين مختلفين :

(التقسيم الأول) تنقسم فيه المرافق العامة إلى مرافق قومية ومرافق إقليمية ومحلية . فالمرافق القومية مرافق تؤدى الخدمات العامة أو تسد الحاجات العامة لجميع السكان دون أن

---

(١) انظر فى أن صفة المرفق العام تثبت للنشاط المصرفى وعمليات التأمين بعد تأميم البنوك وشركات التأمين بالقانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٦١ ، وكذلك تثبت هذه الصفة للنقل البحرى بعد أن خرج رأس المال الخاص من هذا القطاع بالقانون قم ١٠٩ لسنة ١٩٦١ ، وذلك برغم إسناد أوجه النشاط هذه إلى شركات مساهمة : أكثم أمين الخولى فى مقاله حول تطور تشريعات القطاع العام فى مجلة إدارة قضايا الحكومة السنة السادسة سنة ١٩٦٢ العدد الثالث ص ١٤٧ – ص ١٤٨ .

تحصر فى إقليم معين . فمرافق الدفاع والأمن والعدالة والمواصلات القومية والبنوك والتأمين والتجارة الخارجية ، كل هذه مرافق قومية تمتد إلى جميع أنحاء البلاد ، ولا يختص بها إقليم دون إقليم . أما المرافق الإقليمية والمحلية فيختص بها إقليم معين أو بلد معين ، وأهم هذه المرافق النور والغاز والكهرباء والماء والمواصلات المحلية من ترام وأوتوبيس وغيرهما ، وهذه تكون عادة مرافق إقليمية ومحلية تقوم بها مجالس المحافظات والمدن والقرى .

(التقسيم الثانى) تنقسم فيه المرافق العامة إلى مرافق إدارية بحتة ومرافق اقتصادية. وهذا هو التقسيم الأهم ، وتظهر أهمية هذا التقسيم فى طرق إدارة المرفق، فالمرافق الاقتصادية تتسع لجميع الطرق التى سيأتى بيانها ، أما المرافق الإدارية البحتة فتدار بطريق الإدارة المباشرة (Régie) .

والمرافق الإدارية البحتة هى المرافق التى تؤدى خدمات عامة غير ذات صفة اقتصادية. وهذه هى المرافق التى كانت الدولة تقتصر عليها فى الماضى ، قبل أن تنشط حركة تدخلها فى النواحى الاقتصادية تحت تأثير المذاهب الاشتراكية . وأهم هذه المرافق الإدارية البحتة هى مرفق الدفاع ومرفق الأمن ومرفق العدالة ومرفق الصحة ومرفق التعليم . وأكثر ما تكون هذه المرافق مرافق قومية .

أما المرافق الاقتصادية فهى مرافق تسد حاجات عامة ذات صفة اقتصادية، فهى مرافق صناعية وتجارية ومرافق للتوجيه المهنى والاقتصادى . وبعض هذه المرافق مرافق إقليمية ومحلية، كتوريد المياه والنور والكهرباء والغاز ووسائل النقل المحلية . وبعضها مرافق قومية، كالسكك الحديدية والطيران والملاحة والبنوك والتأمين والتجارة الخارجية . والمرافق الاقتصادية فى تزايد مضطرد وتطور سريع ، وبخاصة فى أعقاب الحرب العالمية الأولى ، وقد ازدادت كثيراً بعد الحرب العالمية الثانية ، وأصبحت الدولة تتوغل فى النشاط الاقتصادى على وجه غير معهود. وعزز ذلك فى مصر حركة التأميم ، مذ أصبح النشاط الفردى فى الأيام الأخيرة عرضة فى كثير من الأحوال للتأميم والانتقال من القطاع الخاص إلى القطاع العام . فقد أمم كثير من الشركات الصناعية والتجارية ، وجميع البنوك وشركات التأمين ، والأدوية الطبية، والمخابز ، والصحف .

١٥٤ – النظام القانونى للمرافق العامة : وللمرافق العامة نظام قانونى يقوم على المبادئ الآتية ، وهى كلها مبادئ تقتضيها طبيعة المرفق العام [١] :

أولا – يجب أن يكفل للمرفق العام الدوام والاستقرار. ويكون ذلك بأن يتوافر فيه : (١) الاستمرار (Continuité) . (٢) والانتظام (régularité) ، (٣) ومسايرة

---

(١) رولان فقرة ٢٣ .

التطور (adaptation à rèvoution) . وسيأتى بيان ذلك تفصيلا .

ثانياً – يجب أن تكفل المساواة التامة أمام المرافق العامة ، فتكون فرص الانتفاع بالمرفق العام أمام جميع المستهلكين متكافئة ، ولا يمتاز مستهلك على مستهلك آخر .

ثالثا – يجب أن يكون المرفق العام فى متناول من يحتاج إليه ، فلا يحرم منه لعلو سعره. والمرافق الإدارية البحتة . تكون عادة مجانية فهى فى متناول الجميع ، كمرافق الدفاع والأمن، وإذا اقتضى أجر عليها فهو أجر يلاحظ ألا يكون فيه عنت كالرسوم القضائية والمصروفات المدرسية ونفقات العلاج والأدوية فى المستشفيات . أما المرافق الاقتصادية ، فهذه تكون بمقابل يدفعه المنتفع فى صورة رسوم كما سبق القول . وسنرى أن الجهة الإدارية تبسط رقابة شديدة على أسعار المرافق الاقتصادية ، وتراعى فى ذلك ألا تكون مرهقة للمستهلكين .

رابعا – تسرى على المرافق العامة قواعد خاصة بها ، ليست هى قواعد القانون المدنى بل قواعد القانون الإدارى . فتنظم هذه القواعد الخاصة مركز عمال المرافق ، وهذا المركز ليس مركزاً تعاقدياً بل هو مركز تنظيمى . وتنظم أيضاً الأموال المخصصة لسير المرافق ، فلا تكون أموالا خاصة بل أموالا عامة . وتنظم كذلك الأعمال والعقود اللازمة لإدارة المرافق ، فتكون الأعمال أوامر إدارية وتكون العقود عقوداً إدارية (1)، ولهذه وتلك قواعد إدارية تختلف عن قواعد القانون المدنى . وتنظم أخيراً علاقة المرافق بالمنتفعين بالجمهور بوجه عام، فتعين حقوق المنتفعين وواجباتهم ، وترسم شروط مسئولية المرافق عن أعمالها الضارة بالغير . وتخضع المرافق العامة عادة لولاية القضاء الإدارى دون ولاية القضاء العادى.

والمبادئ الثلاثة الأولى تسرى حتما على جميع المرافق ، إدارية كانت أو اقتصادية، وذلك دون حاجة إلى نص تشريعى ، بل هذا تطبيق للمبادئ العامة فى القانون الإدارى حتى

---

(1) لما كانت العقود التى تبرمها الإدارة مع الأفراد – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – لا تعتبر عقودا إدارية إلا إذا تعلقت بتسيير مرفق عام أو بتنظيمه وأظهرت الإدارة نيتها فى الأخذ بشأنها بأسلوب القانون العام وأحكامه واقتضاء حقوقها بطريق التنفيذ المباشر وذلك بتضمين العقد شروطا استثنائية غير مألوفة بمنأى عن أسلوب القا نون الخاص أو تخيل فيها الإدارة على اللوائح الخاصة بها وكان البين من الأوراق أن العقد موضوع الدعوى لم يتضمن شروطاً استثنائية وغير مألوفة فى عقود القانون الخاص وتكشف عن نية الإدارة فى اختيار وسائل القانون العام وهو ما يفقده ركنا جوهريا من أركانه كعقد إدارى ويخرجه بالتالى من دائرة العقود الإدارية .

(جلسة ١٩٩٠/٦/٢٦ الطعن رقم ١٢٥٨ لسنة ٥٨ ق)

(جلسة ١٩٩١/٦/١٦ الطعن رقم ٣٩٥٣ لسنة ٦٠ ق)

(جلسة ١٩٩٢/٤/١٢ الطعن رقم ٥٩ لسنة ٥٥ ق)

لو لم يوجد هذا النص . أما المبدأ الرابع فيسرى بصفة حتمية على المرافق الإدارية . أما المرافق الاقتصادية فقد اتسع نطاقها كما سبق القول ، ودخل فى نطاق القطاع العام كثير من أوجه النشاط التى كانت قبلا محصورة فى نطاق القطاع الخاص ، فوجب فى بعض الحالات استبقاء قواعد القانون المدنى وقواعد القانون التجارى لأنها أكثر ملاءمة لطبيعة النشاط فى بعض هذه المرافق .

٢ – طرق إدارة المرفق العام

١١٥ – طرق خمس : يسلك الشخص الإدارى الذى أنشأ المرفق العام ، سواء كان هذا الشخص الإدارى هو الدولة فيكون المرفق قومياً أو كان شخصاً إدارياً محلياً فيكون المرفق إقليمياً أو محلياً ، إحدى طرق خمس لاستغلال هذا المرفق وإدارته . وتتدرج هذه الطرق الخمس من ناحية تحمل تبعات الاستغلال المالى للمرفق تدرجاً ملحوظاً . فأقصى درجة لتحمل هذه التبعات ، بحيث يتحمل الشخص الإدارى كل الخسائر كما يستأثر بكل الأرباح، هى طريقة الإدارة المباشرة أو الريجى (régie) . ويماثلها فى تحمل التبعات المالية طريقة الإدارة بواسطة مؤسسة عامة (établissement public) ، فالمؤسسة العامة التى تدير المرفق تتحمل كل الخسارة وتستأثر بكل الربح . ويلى ذلك الإدارة بطريق الريجى غير المباشر (régie intéressée) ، وفيها تعهد السلطة الإدارية إلى فرد أو شركة باستغلال المرفق وإدارته فى مقابل عوض معلوم . وتبقى الإدارة هى التى تتحمل كل الخسارة وتستأثر بكل الربح. وتأتى بعد ذلك طريقة الاستغلال المختلط (économic mixte) ، وفيها تعهد السلطة الإدارية باستغلال المرفق وإدارته إلى شركة مختلطة تساهم فيها بمقدار معين من الأسهم، وتترك بقية الأسهم يكتتب بها الأفراد أو الشركات الخاصة . وهذه الشركة المختلطة التى تساهم فيها السلطة الإدارية هى التى تقوم باستغلال المرفق وإدارته ، بحيث تتحمل كل الخسارة وتستأثر بكل الربح . فتكون السلطة الإدارية ، عن طريق مساهمتها فى الشركة المختلطة ، قد ساهمت فى الخسارة وفى الربح ، ودون أن تتحمل الخسارة كلها أو تستأثر بالربح كله . وتأتى أخيراً طريقة الإدارة بمنح التزام للمرفق العام (concession de service publie) لفرد أو شركة ، فيقوم الملتزم باستغلال المرفق وإدارته طبقاً لشروط معينة تضعها السلطة الإدارية ، ويستأثر وحده بكل الربح كما يتحمل وحده كل الخسارة .

فهذه طرق خمس – الإدارة المباشرة أو الريجى والإدارة عن طريق المؤسسات العامة والإدارة بطريقة الريجى غير المباشر والإدارة بطريقة الاستغلال المختلط والإدارة بطريقة الالتزام – تتدرج تدرجاً ملحوظاً كما رأينا . ففى الطرق الثلاث الأولى تتحمل السلطة الإدارية كل

الخسارة وتستأثر بكل الربح على تفاوت فى درجة اتصال هذه السلطة بإدارة المرفق، وفى الطريقة الرابعة تساهم السلطة الإدارية فى الخسارة وفى الربح، وفى الطريقة الخامسة لا تتحمل خسارة ولا تجنى ربحاً (١).

١٥٦ – الطريقة الأولى – الإدارة المباشرة أو الريجى (régie) : تقوم السلطة الإدارية فى هذه الطريقة بإدارة المرفق العام مباشرة بعمالها وأموالها ، ويعتبر العمال موظفين عامين والأموال أموالا عامة . ويتبع فى تمويل المرفق العام القواعد المالية العامة المقررة فى ميزانية الدولة أو ميزانية الشخص الإدارى المحلى من مجلس محافظة أو مجلس مدينة أو مجلس قرية . وبذلك تتحمل السلطة الإدارية كل الخسارة التى عسى أن تنجم عن استغلال المرفق ، كما تستأثر بكل الربح أن كان هناك ربح .

وطريقة الإدارة هى التى تتبع فى المرافق الإدارية البحتة كمرافق الدفاع والأمن والعدالة والتعليم والصحة . وبعضها ، كمرفقى الدفاع والأمن ، يؤدى خدماته للجمهور مجاناً لأنها تتناول جميع أفراد الجمهور ، ويتحمل نفقات المرفق دافعو الضرائب . والبعض الآخر يؤدى

---

(١) وقد اشتمل المشروع التمهيدى على نصين فى هذا الموضوع . فكانت المادة ٩٠٤ من هذا المشروع تنص على ما يأتى : «١ – تنقسم المقاولات المتعلقة بالمرافق العامة ، من حيث النظام المقرر لإدارتها ، إلى أنواع ثلاثة : (٦) مرافق يجرى استغلالها وفقاً لنظام النشاط الفردى والمنافسة الحرة . (ب) مرافق تقوم السلطة العامة بتنظيمها وبإدارتها . (ج) مرافق تقوم السلطة العامة بتنظيمها دون أن تتدخل فى إدارتها . ٢ – وتسرى على هذا النوع الأخير من المقاولات فيما يخص العلاقة ما بين المقاول وعملائه، القواعد التى تسرى على النوع الأول منها . ٣ – أما النوع الثانى من هذه المقاولات ، فلا يجوز للأفراد استغلاله إلا بمقتضى عقد التزام . ٤ – ولا تختلف الروابط التعاقدية التى تنشأ بين مقاول المرفق العام وعملائه ، إذا كان هذا المقاول هو إحدى جهات الإدارة ، عما ينشأ من الروابط إذا كان المقاول شخصاً يستغل المرفق بمقتضى عقد الالتزام» . وكانت المادة ٩٠٥ من المشروع التمهيدى تنص على ما يأتى : «فى المرافق الحرة ، تظل العلاقة ما بين المقاول وعملائه خاضعة للقواعد العامة المتعلقة بالعقود» . وقد حذف النصان فى لجنة المراجعة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٧٢– ص ٧٤ فى الهامش) .

ويبدو أنه يجب استبعاد المرافق التى يجرى استغلالها وفقاً لنظام النشاط الفردى والمنافسة الحرة ، وكذلك المرافق التى تقوم السلطة العامة بتنظيمها دون أن تتدخل فى إدارتها ، من نطاق المرافق العامة ، فقد قدمنا أن المرفق العام يجب أن تديره السلطة الإدارية بطريق مباشر أو بطريق غير مباشر (انظر آنفاً فقرة ١٥٢) . ومثل هذه المرافق التى لا تعتبر مرافق عامة الفنادق والمطاعم والمقاهى والأندية العامة ودور التمثيل والسينما والملاهى والطباعة والنشر والصحافة (قبل أن تؤمم) .

فيبقى إذن النوع الثانى الوارد فى المادة ٩٠٤ سالفة الذكر ، وهو المرافق التى تقوم السلطة العامة بتنظيمها وإدارتها . وهذا النوع الثانى يجوز للسلطة الإدارية إدارته بطريق مباشر أو بطريق الريجى ، كما يجوز أن يكون استغلاله بموجب عقد التزام (concession) . ولم يذكر النص الطرق الأخرى لإدارة المرفق العام ، وهى المؤسسات العامة والريجى غير المباشر والاستغلال المختلط .

خدماته للمنتفعين بالمرفق من أفراد الجمهور ، وذلك كمرفق العدالة ومرفق التعليم، وقد يكون ذلك مجاناً أو يكون فى مقابل رسم معين يؤديه المنتفع حتى لا يتحمل دافعو الضرائب جميع نفقات المرفق . وتتبع طريقة الإدارة المباشرة فى بعض المرافق الاقتصادية مما تقضى طبيعته أن يدار بهذه الطريقة ، وذلك كمرافق البريد والبرق والتليفون والراديو والتلفزيون ، وقد تتبع طريقة الإدارة المباشرة فى بعض المرافق الاقتصادية الأخرى لأسباب ترجع إلى أن نفقات هذه المرافق أكثر من أرباحها وهى مع ذلك مرافق ضرورية للجمهور ، وذلك كالسكك الحديدية والنقل البحرى والنقل الجوى ، أو لغرض التيسير على الجمهور والعمل على راحته، وذلك كبعض المواصلات المحلية وتوريد المياه والنور والكهرباء والغاز .

وعميل المرفق العام الذى يدار إدارة مباشرة حكمه هو حكم عميل ملتزم المرفق العام عندما يدار المرفق بطريق الالتزام(١)(1) . وسنبين تفصيلا فيما يلى أحكام التعاقد بين العميل وملتزم المرفق العام .

---

(١) وتقول المادة ٤/٩٠٤ من المشروع التمهيدى ، وهى التى تقرر حذفها فى لجنة المراجعة (انظر آنفاً فقرة ١٥٥ فى الهامش) ، فى هذا المعنى ما يأتى : «لا تختلف الروابط التعاقدية التى تنشأ بين مقاول المرفق العام وعملائه ، إذا كان هذا المقاول هو إحدى جهات الإدارة ، عما ينشأ من الروابط إذا كان المقاول شخصاً يستغل المرفق بمقتضى عقد الالتزام» .

(1) أ – الأصل فى التزام المرافق العامة أن الملتزم يدير المرفق لحسابه وتحت مسئوليته ، وجميع الالتزامات التى تترتب فى ذمته أثناء قيامه هو بإدارة المرفق تعتبر التزاما عليه وحده ولا شأن لجهة الإدارة مانحة الالتزام بها ، ما لم ينص فى عقد الالتزام – أو فى غيره – على تحملها بها واسقاط الالتزام أو انتهاؤه من شأنه ان يضع حدا فاصلا بين إدارة الملتزم أو الحراسة الإدارية وبين إدارة الدولة للمرفق، ومن ثم فإن الدولة لا تعتبر خلفا خاصاً أ عاما للشركة التى أسقط عنها الالتزام أو أنتهى التزامها .

(جلسة ١٩٨٣/١٠/٢٧ الطعن قم ٧٠ لسنة ٤٢ ق س ٣٤ ص ١٥٤٠)

(جلسة ١٩٨١/١٢/٢ الطعن رقم ٧٦٦ لسنة ٤٨ ق س ٣٢ ص ٢٢٠٧)

(جلسة ١٩٧١/١/٦ الطعن رقم ١٩٨ لسنة ٣٦ ق س ٢٣ ص ٣٣)

(جلسة ١٩٦٢/١١/١ الطعن رقم ١٧٦ لسنة ٢٧ ق س ١٣ ص ٩٧٣)

ب – الملتزم بإدارة المرفق العام – على ما يفيد نص المادة ٦٦٨ من القانون المدنى – هو ممن يربطه بالحكومة عقد التزام يكون الغرض منه إدارة مرفق عام ذى صفة اقتصادية لفترة معينة من الزمن ، ومن ثم فلا يعد المجلس «البلدى» ملتزما إذا ما أدار المرفق إدارة مباشرة لأن المجلس البلدى شخص من أشخاص القانون العام وفرع من فروع السلطة العامة عهد إليه القانون ببعض اختصاصات الدولة فى شأن المرافق العامة .

(جلسة ١٩٦٢/١١/٨ الطعن رقم ٢٩٣ لسنة ٢٧ ق س ١٣ ص ١٠٠٠)

(جلسة ١٩٥٧/٥/٣٠ الطعن قم ١٤٨ لسنة ٢٣ ق س ٨ ص ٥٤٦)

١٥٧ – الطريقة الثانية : الإدارة عن طريق المؤسسات العامة (établissements publics) : والمرفق العام الذى يدار عن طريق مؤسسة عامة هو فى الواقع من الأمر مرفق يدار إدارة مباشرة بواسطة السلطة الإدارية – أى الريجى – ولكن السلطة القائمة على إدارة المرفق تمنح شخصية معنوية مستقلة عن الدولة أو عن الشخص الإدارى المحلى ، فتسمى لذلك مؤسسة عامة . ومن ثم تكون لها ذمة مالية مستقلة ، ولا تختلط إيراداتها ومصروفاتها بإيرادات الشخص الإدارى الذى تتبعه ومصروفاته ، وإذا زادت إيراداتها على مصروفاتها كان الزائد احتياطيا لها دون أن يختلط بأموال الشخص الإدارى ، ويكون لها الحق فى قبول الهبات والوصايا والتبرعات . وتخاصم وتخاصم باسمها فى القضاء ، ويعتبر موظفوها مستقلين عن موظفى الشخص الإدارى الذى تتبعه المؤسسة . وتلجأ السلطة الإدارية إلى إنشاء المؤسسات لإدارة المرافق العامة لتخفيف العبء عن كاهلها وترك المرفق العامة تديره هيئة متخصصة لإدارته ، مستقلة فى شخصيتها فتحمل مسئولية أكبر ، وتتمكن من السير فى أعمالها إذا كانت تدير مرفقاً اقتصادياً وفقاً للنظم المتبعة فى إدارة المشروعات الحرة . والمؤسسة العامة تقوم بإدارة المرفق العام واستغلاله، وتتحمل جميع خسائره كما تستأثر بكل أرباحه [1]. ومن أمثلة المؤسسات العامة الجامعات والمعاهد الخاصة بالبحوث العلمية وبعض المرافق الاقتصادية كالمؤسسات العامة القائمة على إدارة البنوك وشركات التأمين والشركات المؤممة . وتبسط عادة للسلطة الإدارية التى تتبعها المؤسسة الرقابة عليها فى صور مختلفة ، يبينها نظام المؤسسة .

وعميل المرفق العام الذى يدار بطريق المؤسسة العامة هو ، فى روابطه التعاقدية مع المؤسسة ، فى حكم عميل المرفق العام الذى يدار بطريق الالتزام .

١٥٨ – الطريقة الثالثة – الإدارة بطريقة الريجى غير المباشر (régie intêressée) : فى هذه الطريقة تعهد السلطة الإدارية إلى فرد أو شركة فى إدارة المرفق العام واستغلاله [2]،

---

(1) لإدارة النقل المشترك بمنطقة الإسكندرية الشخصية وهى مؤسسة عامة ولذلك تكون علاقتها بموظفيها علاقة تنظيمية تحكمها القوانين واللوائح – وإذا كان الحكم المطعون فيه قد استند فى قضائه إلى احكام قانون عقد العمل الفردى دون تلك القوانين واللوائح فإن ذلك لا يعيبه طالما أن النتيجة التى انتهى إليها تتفق مع أحكام القانون الواجب التطبيق .

(جلسة ١٩٦٢/٤/٤ الطعن رقم ١٣ لسنة ٢٧ «أحوال شخصية» س ١٣ ص ٤٠٣)

(2) الأصل فى المرافق العامة أن تتولاها الدولة إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من أن تعهد بإدارتها إلى فرد أو شركة ، سواء كان لاستغلال الدولة للمرفق العام بنفسه أو عهدت به إلى غيرها فان مبدأ وجوب اضطراد المرفق وانتظامه يستلزم أن تكون الأدوات والمنشآت والآلات والمهمات المخصصة لإدارة المرفق بمنجاة من الحجز عليها شأنها فى ذلك شأن الأموال العامة .

(جلسة ١٩٦٢/١١/١ الطعن رقم ١٧٦ لسنة ٢٧ ق س ١٣ ص ٩٧٣)

(جلسة ١٩٦٦/٥/٤ الطعن رقم ١٩٩ لسنة ٣٢س ١٧ ص ١٠١١)

على أن تكون للسلطة الإدارية كل الأرباح وعليها كل الخسائر . أما مدير المرفق فيأخذ مقابل إدارته مبلغاً معيناً أو نسبة معينة من صافى الأرباح أو من رأس المال ، أو مقابلا على أى نحو يتفق عليه مع السلطة الإدارية . فهو إذن مربوط بهذه السلطة برابطة تعاقدية ، والعقد من عقود القانون الإدارى ، ولكنه لا يعتبر موظفاً عاماً لا هو ولا من يستخدمهم لمعاونته فى إدارة المرفق .

وهذه الطريقة تماثل طريقة الإدارة المباشرة بطريق الريجى من حيث إن السلطة الإدارية فى كل من الطريقتين هى التى تستقل بتبعات المرفق المالية ، فتتحمل كل الخسارة وتستأثر بكل الربح . ولكنها من جهة أخرى تخالف طريقة الريجى وتماثل طريق الالتزام من حيث إن مدير المرفق شخص خاص كالملتزم لا موظف عام . وقد لجأت بعض البلديات فى أوروبا إلى هذه الطريقة ، ولكنها لم تسفر عن نجاح يساعد على انتشارها .

وعميل المرفق العام فى هذه الطريقة فى حكم عميل المرفق العام الذى يدار بطريقة الريجى أو بطريقة المؤسسات العامة أو بطريقة الالتزام .

١٥٩ – الطريقة الرابعة – الإدارة بطريقة الاستغلال المختلط (écomomie mixte): فى هذه الطريقة تعهد السلطة الإدارية إلى شركة ، تساهم فيها بنسبة معينة من رأس المال ، فى إدارة المرفق واستغلاله . وبذلك لا تستقل السلطة الإدارية بتبعات المرفق المالية ولكها تساهم فى هذه التبعات ، فتشارك فى الخسائر وفى الأرباح بنسبة مساهمتها فى رأس مال الشركة . كذلك تشترك السلطة الإدارية فى إدارة المرفق واستغلاله عن طريق مساهمتها فى الشركة ، وتستطيع إذا كان لها من المال ما يزيد على النصف أن تسيطر على الإدارة . وهذه الطريقة تفضل ، فى إدارة المرافق الاقتصادية ، طريقة الريجى وطريقة المؤسسات العامة فى أنها تبتعد عن الطرق والأساليب الحكومية فى إدارة مرفق تقتضى طبيعته أن يدار بالنظم التى تدار بها المشروعات الاقتصادية الحرة . وهى فى الوقت ذاته قد تفضل طريقة الالتزام التى سيأتى بيانها فى أنها تمكن السلطة الإدارية من الاشتراك فى الإدارة والاستغلال ، بل ومن السيطرة على المرفق إذا كان نصيبها فى رأس المال كبيراً . وتفضل أخيراً طريقة الريجى غير المباشر فى أن السلطة الإدارية لا تتحمل وحدها كل الخسائر ، بل تشارك فيها بمقدار ما تشارك فى الربح . واتبعت هذه الطريقة فى فرنسا فى مرافق النقل البرية والبحرية والجوية وفى مرفق الصناعات الحربية ، وفى انجلترا فى الصناعات البحرية وفى مشروعات إنتاج الكهرباء، وفى مصر فى بنك التعاون والتسليف الزراعى وفى البنك الصناعى وفى الشركات المؤممة نصف تأميم والشركات التى أممت أسهمها بالنسبة إلى حاملى ما تزيد قيمته على عشرة آلاف جنيه من هذه الأسهم .

والشركة المختلطة (société mixte) تخضع لأحكا م القانون التجارى فيما يتعلق بتكوينها وإدارتها والنظم والأساليب التي تتبعها فى إدارة المرفق واستغلاله . ولما كانت السلطة الإدارية تساهم فى رأس مالها ، فإنه يكون لها فى مجلس إدارة الشركة ممثلون بنسبة حصتها فى رأس المال . ومن ثم تستطيع أن تراقب الإدارة رقابة داخلية . بخلاف طريقة الالتزام فالسلطة الإدارية لا تراقب الملتزم إلا رقابة خارجية لا تتناول الأعمال اليومية بل تقتصر على الإشراف على نظام المرفق وحساباته .

وعميل المرفق العام فى طريقة الشركة المختلطة هو فى حكم عميل المرفق العام فى الطرق الأخرى : الريجى والمؤسسات العامة والريجى غير المباشر والالتزام .

١٦٠ – الطريقة الخامسة – الإدارة بطريقة الالتزام (concession de service public) : وهذه هى الطريقة التى تعنينا ، فإن التقنين المدنى عرض لها بالذات ونظم علاقة عميل المرفق العام بالملتزم . ولكننا رأينا أن عميل المرفق العام ، أيا كانت الطريقة التى يدار بها المرفق ، تسرى عليه أحكام واحدة هى الأحكام التى تسرى على عميل المرفق العام الذى يدار بطريق الالتزام ، وسيأتى بيان هذه الأحكام .

وفى هذه الطريقة تعد السلطة الإدارية فى إدارة المرفق العام واستغلاله إلى ملتزم ، يقوم بتمويل المرفق ويستقل بتبعاته المالية ، فيستأثر بكل الأرباح ويتحمل كل الخسائر . وإنما تحدد السلطة الإدارية ، فى عقد التزام المرفق العام وما يلحق به من وثائق ، الشروط التى يدار بها المرفق وطرق الإشراف على الإدارة والإجراءات التى تتبع فى ذلك ، كما تبين الحقوق والواجبات التى تكون للملتزم وعليه نحو السلطة الإدارية ونحو عملاء المرفق العام .

والملتزم ، فرداً كان أو شركة ، لا يعتبر موظفاً عاماً ، وإنما هو من أشخاص القانون الخاص ، وهو تاجر يبغى الربح من وراء الالتزام . ولكنه فى الوقت ذاته يدير مرفقاً عاماً يجب أن يكفل له الاستمرار والانتظام ومسايرة التطور ، ويجب أن يكفل لجمهور المنتفعين المرفق أسعاراً معقولة . فعقد التزام المرفق العام الذى تبرمه السلطة الإدارية مع الملتزم يواجه هذين الاعتبارين المتعارضين ، مصلحة المنتفعين بالمرفق ومصلحة الملتزم ، ويوفق بينهما ما أمكن التوفيق ، فإن استعصى علت مصلحة المنتفعين بالمرفق وهى مصلحة عامة على مصلحة الملتزم وهى مصلحة خاصة . وتنتقل الآن إلى الكلام فى هذا العقد [1] .

---

(١) وسواء أدير المرفق العام بطريقة الالتزام أو بطريق الاستغلال المختلط ، فإنه يبقى مرفقاً عاماً ، ويجب التمييز بينه وبين المشروع الخاص الموجه أو الخاضع لرقابة الإدارة (entreprise privée contrôlée) . انظر فى هذا التمييز بونار ص ٥٤٧ – ص ٥٤٨ .

٣ – عقد التزام المرفق العام

١٦٢ – نص قانونى : تنص المادة ٦٦٨ من التقنين المدنى على ما يأتى : «التزام المرافق العامة عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذى صفة اقتصادية ، ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال هذا المرفق فترة معينة من الزمن» (١).

---

(١) **تاريخ النص :** ورد هذا النص في المادة ٦٠٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «١ – التزام المرافق العامة عقد إدارى ، الغرض منه إدارة مرفق عام ذى صفة اقتصادية ، ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذه المرافق وبين الفرد أو الشركة التى يعهد إليها باستغلال المرفق عدة من السنين ، ٢ – ويكون هذا العقد الإدارى هو المهيمن على ما يبرمه المقاول مع عملائه من عقود . فيوجب على الملتزم أن يؤدى الخدمات التى يتكون منها هذا المرفق إلى العملاء الحاليين ومن يستجد منهم لقاء ما يدفعونه من جعل تحدده قائمة الأسعار التى تقرها جهة الإدارة» . وفى لجنة المراجعة عدلت الفقرة الأولى تعديلا جعلها مطابقة لما استقر عليه النص فى التقنين المدنى الجديد وعدلت الفقرة الثانية على الوجه الآتى : «والروابط التعاقدية التى تنشأ بين ملتزم المرفق العام وعملائه إذا كان هذا الملتزم هو إحدى الجهات الحكومية لا تختلف عما ينشأ من الروابط إذا كان استغلال المرفق قد أعطى لجهة غير حكومية» . وأصبح رقم المادة ٦٩٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب تحت رقم ٦٩٦ . وفى لجنة مجلس الشيوخ تساءل أحد الأعضاء عما إذا كان استغلال حقول البترول والمناجم يعتبر من المرافق العامة فى تطبيق هذه المواد ، خاصة وأن القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتزام المرافق العامة فى مذكرته التفسيرية قد أخرج المشروعات الاقتصادية والتجارية من نطاق تطبيق أحكامه . فأجيب بأن المادة ١٣٧ من الدستور تنص على أن كل التزام موضوعه استغلال مورد من موارد الثروة فى البلاد أو مصلحة من مصالح الجمهور العامة وكل احتكار لا يجوز منحه إلا بقانون ، وما يعتبر التزاما بإدارة مرفق عام هو الالتزام الذى يكون موضوعه مصلحة الجمهور ، ولذلك فإن استغلال حقوق البترول والمناجم لا يعتبر التزاماً بإدارة مرفق عام (service pblic) بل هو استغلال مورد من موارد الثروة . ويلاحظ أن التزام المرافق العامة يعالج من ناحيتين : فهو بالنسبة إلى العلاقة بين مانح الالتزام (الحكومة أو الهيئات المحلية) والملتزم يخضع لأحكام القانون الإدارى ، لأن ما يرد من شروطه عن طريقة إدارة المرفق ومدته وغير ذلك له صفة اللائحة ، ولذلك فإن هذه الشروط لا علاقة لها بالقانون المدنى . أما بالنسبة للعلاقة بين الملتزم (eoncessionanaire) والمنتفعين (usagers) كما هو الحال مثلا فى علاقة شركة المياه بالمستهلكين ، فهذه العلاقة تخضع لأحكام القانون المدنى ، ولم تكن منظمة بالتقنين الحالى (القديم) فرأى المشروع أن ينظمها ، وخيراً فعل للقضاء على كثير من الخلاف فى تكييف هذه العلاقة . أما القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتزام المرافق العامة ، فقد نظم العلاقة الأولى وهى العلاقة بين الحكومة (مانحة الالتزام) وبين الملتزم ، فأحكامه تعتبر فرعاً من القانون الإدارى لأنه إنما يتناول شروطاً لها كما قدمنا صفة اللائحة . ولذلك لا شأن لأحكامه بالقانون المدنى . وبعد هذا الإيضاح وافقت اللجنة على الفقرة الأولى من المادة ، وحذفت الفقرة الثانية اكتفاء بالرجوع إلى القواعد العامة فيما يتعلق بحكمها . وقد صارت المادة بعد حذف الفقرة الثانية مطابقة لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمها ٦٦٨ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٧١ – ص ٧٤) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى القديم ، ولكن الحكم كان معمولا به .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى القنين المدنى السورى م ٦٣٤ – وفى التقنين المدنى الليبى م ٦٦٨ – وفى التقنين المدنى العراقى م ٨٩١ – ولا مقابل له فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى [١] .

١٦٢ – عناصر عقد التزام المرفق العام : ويتبين من النص سالف الذكر أن عقد التزام المرفق العام له عناصر تميزه عن سائر العقود ، ويمكن حصرها فى ثلاثة :

(العنصر الأول) أن يكون عقد التزام المرفق مبرماً بين جهة الإدارة المختصة بتنظيمه وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق كما تقول المادة ٦٦٨ فيما رأينا ، فالمتعاقد الأول لابد أن يكون الجهة الإدارية التى أنشأت المرفق العام وقامت بتنظيمه . وتكون هذه الجهة هى الدولة ، أو أحد الأشخاص الإدارية المحلية : المحافظة أو المدينة أو القرية . والمتعاقد الآخر يكون فى الغالب شركة وقد يكون فرداً [1] ، والمهم أنه لا يعتبر بتعاقده على إدارة المرفق من أشخاص القانون العام أى موظفاً عاماً ، بل يعتبر من أشخاص القانون الخاص [٢] كما سبق القول .

---

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى** :

التقنين المدنى السورى م ٦٣٤ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٦٦٧ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٨٩١ : ١ – التزام المرافق العامة عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذى صفة اقتصادية. ويكون هذا العقد بين الحكومة وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق مدة محددة من الزمن بمقتضى قانون . ٢ – والروابط التعاقدية بين القائم بالمرفق وعملائه لا تختلف سواء كان القائم به جهة حكومية أو ملتزماً .

(وأحكام التقنين العراقى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : لم ترد فيه نصوص فى التزام المرافق العامة .

(٢) وهو الذى يمثل المرفق العام ما دام الالتزام قائماً ، فإذا سقط الالتزام أصبحت جهة الإدارة هى دون الملتزم التى تمثل المرفق (نقض مدنى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١١٤ ص ٦٩٦) .

(1) التزام المرافق العامة عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذى صفة اقتصادية ، ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلاله فترة معينة من الزمن وهو بالنسبة إلى العلاقة بين مانح الالتزام – الحكومة أو الهيئات المحلية – والملتزم يخضع لأحكام القانون الإدارى ، لأن ما يرد من شروط عن طريقه إدارة المرفق ومدته وغير ذلك له طبيعته اللائحة الإدارية أما بالنسبة للعلاقة بين الملتزم والمنتفعين فهى تخضع لأحكام القانون الخاص ، وتعتبر على خلاف عقد التزام المرافق العامة من مقاولات القانون الخاص لا من مقاولات القانون الإدارى ، ويكون المنتفع فيه =

(العنصر الثاني) أن يكون محل العقد إدارة المرفق العام واستغلاله . ويجب أن يكون هذا المرفق ، كما يقول النص فيما رأينا ، «ذا صفة اقتصادية» (م ٦٦٨ مدنى) ، فيكون من المرافق الاقتصادية الصناعية أو التجارية ، لا من المرافق الإدارية البحتة . وأكثر ما يمنح الالتزام فى مرافق النور والماء والغاز والكهرباء والمواصلات بمختلف أنواعها . أما المرافق الإدارية البحتة، كالدفاع والأمن والعدالة والصحة والتعليم ، فقد قدمنا أنها لا تدار بطريق الالتزام وإنما تدار إدارة مباشرة بطريق الريجى . وإذا أفسح مجال النشاط الفردى الحر فى بعض هذه المرافق ، كما فى التعليم للمدارس الحرة وكما فى الصحة للمستشفيات الخاصة ، فليس هذا معناه أن المرفق العام للتعليم أو للصحة يدار بطريق الالتزام ، فإن الدولة هى التى تديره فى الأصل، وتدع للجمعيات وللأفراد أن يسدوا ما قد تتركه من فراغ لا عن طريق الالتزام بل عن طريق النشاط الفردى . قد تنظم الدولة هذا النشاط الفردى تنظيماً محكماً تصل به إلى أدق التفاصيل حتى يصبح الفرد أقرب إلى الملتزم ، كما هى الحال فى تنظيم التعليم الحر حيث أصبح القائمون به الآن أقرب إلى الملتزمين من ناحية التنظيم والرقابة والتفتيش والإعانات ونحو ذلك .

(العنصر الثالث) أن يكون لعقد التزام المرفق العام مدة معينة ، أو كما تقول المادة ٦٦٨ مدنى فيما رأينا «فترة معينة من الزمن» (1) ، فلا يجوز أن يكون العقد أبدياً ، أو لمدة غير معينة، أو لمدة معينة بالغة فى الطول ، بل يجب أن تكون المدة بحيث تسمح للسلطة الإدارية بتغيير طريقة إدارة المرفق مع تطور الظروف ، وفى الوقت ذاته تسمح للملتزم أن يقتضى من استغلال المرفق ما يكافئ نفقاته وفوائد رأس المال الذى استثمره . وقد وضع القانون رقم ١٢٩

= عملا لملتزم المرفق العام .

(جلسة ١٩٨٧/١١/١٦ الطعن قم ٢٢٤٧ لسنة ٥٢ ق)

(1) القاعدة فى عقود التزام المرافق العامة هى أن الملتزم يدير المرفق لحسابه وعلى نفقته وتحت مسئوليته ، وتبعا لذلك فإن جميع الديون التى ترتبت فى ذمته أثناء قيامه بإدارة المرفق تعتبر التزاما عليه وحده ولا شأن لجهة الإدارة مانحة الالتزام بها فإذا انتهى عقد الالتزام وعاد المرفق لجهة الإدارة فأنها لا تلتزم بشئ من هذه الديون إلا إذا وجد نص فى عقد الالتزام يلزمها بها ، ذلك أن الملتزم فى إدارته المرفق لا يعتبر وكيلا عن جهة الإدارة،، كما أن هذه الجهة لا تعتبر بمثابة خلف خاص أو عام له .

(جلسة ١٩٦٤/١/٣٠ الطعن رقم ٢ لسنة ٢٩ ق س ١٥ ع ١ ص ١٦١)

(جلسة ١٩٦٦/١٢/٢١ الطعن رقم ٣٧٧ لسنة ٣٢ ق س ١٧ ص ١٩٧٤)

(جلسة ١٩٧١/١١/٣٠ الطعن رقم ٥١ لسنة ٣٧ ق س ٢٢ ص ٩٥٥)

(جلسة ١٩٨٣/١٠/٢٧ الطعن رقم ٧٠ لسنة ٤٢ ق س ٣٤ ص ١٥٤٠)

لسنة ١٩٤٧ ، الصادر فى ٢١ يوليه سنة ١٩٤٧ (١) ، حداً أقصى لهذه المدة هو ثلاثون سنة، فنصت المادة الأولى من هذا القانون على أنه «لا يجوز منح التزامات المرافق العامة لمدة تزيد على ثلاثين سنة»(٢) . ونصت المادة ٨ من نفس القانون على أن «تسري أحكام هذا القانون

---

(١) وقد صدر هذا القانون قبل صدور التقنين المدني الجديد ، وجاء في مذكرته الإيضاحية ما يأتي : «كان عقد التزام المرافق العامة – ولو أنه من العقود الإدارية – معتبراً فيما مضى عقداً مدنياً أو تجارياً ، وكان لكل الشروط الواردة فيه صيغة التعاقد ، فهى بتلك المثابة قانون المتعاقدين . فأصبح ذلك العقد بحسب أحكام مجلس الدولة الفرنسى وآراء الفقهاء الفرنسيين من شؤون القانون الإدارى ، وأصبحت لمعنى المرافق العامة المنزلة الأولى، وبدأ الملتزم معاوناً للإدارة فى عمل له أوثق الصلات بالمصلحة العامة . ولقد وضع مجلس الدولة عدة قواعد فى شأن علاقات مانح الالتزام والملتزم ، وأخص تلك القواعد ما قرر سلطة الإدارة فى تنظيم المرافق العامة والإشراف على سيرها ، وعلى وجه الخصوص حقها فى وضع قوائم أسعار المرافق العامة وضرورة الاستمرار فى المرفق العام ولو اقتضى ذلك تدخل مانح الالتزام ووجوب المحافظة على التوازن المالى للالتزام . ويرمى القانون إلى بيان القواعد الأساسية التى يجب أن تراعى فى منح التزامات المرافق العامة فى مصر ، وهى تتعلق بشروط الحد الأقصى لمدة الالتزام ، وبإعادة النظر فى قوائم الإسعار بعد كل فترة زمنية ، وتحديد أرباح الملتزم . والأخذ بهذه القواعد يكفل تحقيق الوحدة والتشابه فى نظام الالتزامات ، إذ سوف لا يكون سبيل للخروج على أية قاعدة منها إلا بحكم تشريعى خاص» .

(٢) وكان الدستور المصرى الصادر فى سنة ١٩٢٣ ينص فى المادة ١٣٧ منه على أن التزامات المرافق العامة لا يمكن منحها إلا لمدة محدودة . ومع ذلك جرى العمل فى الماضى مع منح التزام المرفق العام لمدة طويلة جداً قد تصل إلى تسع وتسعين سنة، مما يتعارض مع روح الدستور . فأتى القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ يعين الحد الأقصى لمدة التزام المرفق العام . وتقول المذكرة الإيضاحية لهذا القانون فى هذا الصدد : «لا شك فى أنه لم يعد من المقبول إزاء ما نشهد من التطور السريع فى المسائل الاقتصادية والاجتماعية، أن تمنح التزامات لما يقرب من قرن . والحق أنه إذا حدد للالتزام مدة ثلاثين عاماً ، كفل ذلك للملتزم الانتفاع به المدة الكافية لاستهلاك ما قام به من نفقات الإنشاء ، فلم يكن إذن حاجة إلى أن يعدل عن هذه القاعدة وأن يسمح بتجاوز هذه المدة إلا فى حالات استثنائية تكون فيها النفقات بالغة فى الزيادة» .

فإذا انتهت مدة الالتزام ، رجعت إدارة المرفق العام للإدارة كما هو الأصل ، ولا تعتبر الإدارة فى هذه الحالة خلفاً للملتزم ، ومن ثم لا تلتزم بما ترتب من ديون فى ذمته بسبب إدارة المرفق . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا انتهت مدة الالتزام وعاد المرفق إلى الإدارة ، فإن هذه الأخيرة لا تعتبر بمثابة خلف خاص أو عام عمن كان يقوم بإدارته، ومن ثم فلا تلتزم بما علق من ديون أو التزامات فى ذمة المستغل بسبب إدارة المرفق (نقض مدنى ٣٠ مايو سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٥٩ ص ٥٤٦) .

كذلك إذا أنهت جهة الإدارة الالتزام بالإسقاط وعاد المرفق إليها ، فإنها لا تلتزم بشئ من الديون، ما لم ينص فى عقد الالتزام على التزامها ، ذلك أن الملتزم لا يعتبر فى قيامه بإدارة المرفق وكيلا عن جهة الإدارة ، كما أنها لا تعتبر بمثابة خلف خاص أو عام له . وإسقاط الالتزام يضع حداً فاصلا بين الحراسة الإدارية التى كانت مفروضة على الملتزم وبين إدارة الدولة للمرفق ، ومن ثم تزول صفة الحارس الإدارى فى تمثيل الملتزم (نقض مدنى فى أول نوفمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٤٤ ص ٩٥٢ – وانظر ايضا نقض مدنى فى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١١٤ ص ٦٩٦ – ٢٣ مايو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٩٨ ص ٦٤٦) .

من وقت صدوره على الالتزامات السابقة ، مع احترام المدد المتفق عليها بشرط ألا تزيد على ثلاثين سنة من تاريخ العمل به ، وذلك مع عدم الاخلال بأحكام أى اتفاق صدر بقانون سابق على هذا القانون» (١) .

فإذا توافرت هذه العناصر الثلاثة ، كان هناك عقد التزام للمرفق العام . وهذا العقد ينشئ حقوقاً للملتزم ، ويرتب عليه واجبات . ويصرح المشروع التمهيدى للمادة ٦٦٨ مدنى بأن عقد الالتزام المرفق العام هو «عقد إدارى» (٢) . فهذه مسائل ثلاث – حقوق الملتزم وواجباته والتكييف القانونى لعقد الالتزام – نبحثها على التعاقب .

١٦٣ – حقوق الملتزم : والحقوق التى ينشئها عقد الالتزام للملتزم يمكن حصرها فى أربعة :

أولا – الانفراد باستغلال المرفق العام عن طريق الاحتكار أو عن طريق الامتياز. ويغلب أن يمنح عقد الالتزام الملتزم حق الانفراد باستغلال المرفق العام ، فلا يجوز لغيره أن يستغل هذه المرفق ، وهذا هو الاحتكار القانونى (monople) . ويكون ذلك عادة فى المرافق العامة التى لا تحتمل المنافسة ، إذ يكون فيها ضياع للأموال والجهود . مثل ذلك مرفق السكة الحديدية فى منطقة معينة لا يحتمل أن يديره أكثر من ملتزم واحد، وإلا كانت الجهود والأموال التى تبذل فى إدارة المرفق مضاعفة فى غير فائدة تعود على العميل ، إذ أن حمايته مكفولة من غير حاجة إلى المنافسة . وكذلك الأمر فى مرافق توريد النور والغاز والكهرباء والماء وما إلى ذلك . وقد لا يمنح الملتزم حق الاحتكار القانونى ، بل يمنح حق امتياز (privilège) . ومعنى ذلك أن غيره من الأفراد أو الشركات لا يمنع قانوناً من استغلال المرفق ، ولكن السلطة الإدارية تتعهد للملتزم بألا تمنح لغيره من المنافسين له التسهيلات التى تمنحها إياه ، كالترخيصات اللازمة والإعانات وما إلى ذلك (٣) . فيصبح الملتزم محتكراً للمرفق احتكاراً فعلياً ، بحكم ألاّ أحد يقوى على منافسته . ويندر أن تمنح السلطة الإدارية التزاماً دون أن تجعل الملتزم محتكراً له احتكاراً قانونياً أو احتكاراً فعلياً على الوجه الذى قدمناه. ولكن يقع فى بعض الأحيان أن تفعل ذلك ، كما فى مرفق المواصلات حين تمنح

---

(١) وجاء فى المذكرة الإيضاحية للقانون فى صدد المادة الثامنة : «الأحكام الواردة فى المواد ٥ و ٦ و ٧ فى الواقع مجموعة من القواعد مستقلة عن شروط عقود الالتزام واجبة التطبيق ولو لم ينص عليها فى وثيقة الالتزام ، بل لو نص على شروط تعاقدية تخالفها ، إذ الأمر فيها يتعلق بمبادئ تعلو على الاتفاقات التى تعتبر قانوناً للمتعاقدين . فيجب إذن أن يعمل بها من تاريخ نشرها فى كل التزام مهما يكن تاريخ منحه. وقد وضعت المادة الثامنة لتعين بنص صريح مدى تطبيق هذه الأحكام» .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٧١ – ص ٧٢ – وانظر آنفاً فقرة ١٦٠ فى الهامش .

(٣) فالين ص ٣٥٧ .

السلطة الإدارية التزام تسيير خطوط الترام الكهربائية لملتزم والتزام تسيير خطوط الأوتوبيس لملتزم آخر ، ولكن وسائل المواصلات هنا كما نرى مختلفة [١] .

ثانياً – تمكين الملتزم من أن يقوم بالأعمال اللازمة لإدارة المرفق واستغلاله . فتمنحه السلطة الإدارية الترخيصات اللازمة ، وتسمح له باستعمال الطريق العام أو الأموال العامة التى يلزم استعمالها لإدارة المرفق ، وتخوله سلطات إدارية للقيام بالإنشاءات اللازمة للمرفق من نحو حق نزع الملكية وحق تحرير محاضر للمخالفات . وقد يكون من الضرورى ، فى بعض المرافق العامة التى يقتضى استغلالها نفقات باهظة للصرف على إقامة المنشآت ثم على الصيانة والإدارة ، أن تقدم السلطة الإدارية للملتزم معونة مالية فى صور مختلفة . فقد تمنحه إعانات دورية ، أو قروضاً تسدد على آجال طويلة من ريع المرفق ، أو تكفل له ربحاً معيناً أو تكفل لأسهم الشركة سعراً معيناً للفائدة لا تنزل عنه وفى هذه الحالة يغلب أن تشارك الإدارة الملتزم فيما يزيد على هذا الربح المعين [٢] .

ثالثاً – تقاضى رسوم من المنتفعين بالمرفق ، أى العملاء المستهلكين ، مقابل انتفاعهم. وهذا المقابل لا يعتبر أجرة (loyer) تسرى عليها أحكام القانون المدنى ، بل هو رسم (taxe) تسرى عليه احكام القانون الإدارى . ومن ثم يكون للسلطة الإدارية وحدها حق تقرير رسوم الانتفاع بالمرافق العامة ، «ويكون لتعريفات الأسعار التى قررتها السلطة العامة قوة القانون بالنسبة إلى العقود التى يبرمها الملتزم مع عملائه ، فلا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على ما يخالفها» (م ٦٧١/مدنى) . وللسلطة العامة كذلك الحق فى تعديل قوائم الأسعار بالرفع أو بالخفض تبعاً لمقتضيات المصلحة العامة [٣] ، وتقول الفقرة الثانية من المادة ٦٧١ مدنى فى هذا الصدد : «ويجوز إعادة النظر فى هذه القوائم وتعديلها ..» ، وتقول المادة ٥ من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتزامات المرافق العامة : «لمانح الالتزام دائماً متى اقتضت ذلك المنفعة العامة أن يعدل من تلقاء نفسه .. قوائم الأسعار الخاصة به ، وذلك مع مراعاة حق الملتزم فى التعويض أن كان له محل» . والرسوم التى يتقاضاها الملتزم من عملائه يستهلك بها رؤوس الأموال التى يستثمرها فى المرفق وكذلك المصروفات التى ينفقها فى إدارته ، مع ضمان ربح معقول يجنيه . وقد وضع القانونرقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ حدا أقصى لهذا الربح المعقول ، فنصت المادة ٣ من هذا القانون على أنه «لا يجوز أن تتجاوز حصة الملتزم السنوية فى صافى أرباح استغلال المرفق العام عشرة فى المائة من رأس المال الموظف والمرخص

---

(١) وفى مقابل احتكار الملتزم للمرفق احتكاراً قانونياً أو فعلياً ، يغلب ألا يكون له عمل آخر غير إدارة المرفق واستغلاله (انظر فى هذه المسألة رولان فقرة ١٥١ ص ١٣١) .

(٢) انظر فى ذلك قالين ص ٣٥٦ – ص ٣٥٧ – محمد فؤاد مهنا ص ١٦١ .

(٣) رولان فقرة ١٥٢ – يونار ص ٥٥٥ – ص ٥٥٦ .

به من مانع الالتزام ، وذلك بعد خصم مقابل استهلاك رأس المال . وما زاد على ذلك من صافى الأرباح يستخدم أولا فى تكوين احتياطى خاص للسنوات التى تقل فيها الأرباح عن عشرة فى المائة من رأس المال. ويستخدم ما يبقى من هذا الزايد فى تحسين وتوسيع المرفق العام أو فى خفض الأسعار ، حسبما يرى مانح الالتزام [1] .

رابعاً – الحق فى التوازن المالى للمرفق (uilibre financier de servie) والأصل أن الترام المرفق العام لا يخلو من المخاطرة ، فالملتزم يسعى للربح ويتعرض للخسارة . والمفروض فى كل ذلك أنه يبذل عناية الشخص المعتاد فى إدارة المرفق واستغلاله . فإذا ارتكب خطأ جشمه خسارة، وجب عليه أن يتحملها وحده مهما كانت فادحة ، فإنه هو الذى بخطأه تسبب فيها. وإذا نزل عن عناية الشخص المعتاد فى إدارة المرفق ، فنجم عن تقصيره فى الإدارة أن تكبد خسارة ، وجب عليه هنا أيضا أن يتحملها وحده . أما إذا لم يرتكب خطأ ، وبذل فى الإدارة عناية الشخص المعتاد ، فإنه يكون مع ذلك معرضاً لخسارة مألوفة يقابلها ربح محتمل . وإلى هنا لم يختل التوازن المالى للمرفق . وإنما يختل هذا التوازن فى إحدى حالتين : (الحالة الأولى) أن يواجه الملتزم فى إدارته للمرفق عملا للسلطة الإدارية تقلب به الميزان المالى للمرفق ، كأن تحدث تعديلات جوهرية فى نظام المرفق أو تخفض الأسعار تخفيضاً كبيراً، وينجم عن ذلك خسارة فادحة تصيب الملتزم . فهنا يختل التوازن المالى للمرفق، وللملتزم أن يرجع على السلطة الإدارية بما يعيد هذا التوازن ، لأن هذه السلطة هى التى بفعلها أخلت به. (والحالة الثانية) التى ينشأ فيها للملتزم الحق فى التوازن المالى للمرفق هى ظروف طارئة ، لم تكن فى الحسبان ، لا تنسب لا إلى مانح الالتزام ولا إلى الملتزم ، وتجعل استغلال المرفق بالشروط المقررة وبالأسعار المحددة من جانب السلطة العامة مرهقاً للملتزم بحيث يتهدده بخسارة فادحة . وهذه هى نظرية الظروف الطارئة قررها القانون الإدارى

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للقانون فى هذا الصدد : «هذه المادة تنص على أنه لا يجوز أن تجاوز حصة الملتزم الأولى فى صافى أرباح استغلال المرفق عشرة فى المائةمن رأس المال الموظف فى المرفق والمرخص فيه من مانح الالتزام . ويجب أن يكون هذا المبلغ الحد الطبيعى لجزاء الملتزم ، إذ لا يجوز أن يطمع كما هو الحال فى المشروعات الصناعية أو التجارية فى أرباح غير محدودة ، فإن استغلال المرفق العام ليست له صفة المضاربة التى تكون لمثل تلك المشروعات حيث يجب أن يقابل أخطارها الكبرى الأمل فى أرباح لا تكون دون تلك الأخطار كبراً وقدراً . والحق أن الملتزم يتمتع بمركز ممتاز ، فإن له غالباً احتكاراً بحكم القانون أو الواقع يقيه المنافسة . ومن جانب آخر فإن نظرية الظروف غير المتوقعة التى تقررها المادة السادسة من القانون تجعل الملتزم بمنجاة من الأخطار الكبرى التى تنتج عن حوادث لم يكن يستطاع توقعها ، والتى تجعل استغلال التزام المرفق العام يعود عليه بالخسارة . وأخيراً فقد استقر الرأى فى السنوات الأخيرة على وجه الخصوص فى الفقه الفرنسى على أن فى التزام المرافق العامة من صفة المصلحة العامة وما له من وثيق الاتصال بها لا يسمح للملتزم أن يجنى من استغلالها أرباحاً باهظة ، يقع ضررها على الأخص على المنتفعين بها» .

كما هو معروف قبل أن تنتقل إلى القانون المدنى . وبموجب هذه النظرية يكون للملتزم الحق فى إعادة التوازن المالى للمرفق ، بتعديل شروط استغلاله أو برفع الأسعار حتى لا يتحمل وحده كل الخسارة التى نجمت عن هذه الظروف الطارئة [1] . وعلى العكس من ذلك إذا كانت الظروف الطارئة جعلت الملتزم يجنى أرباحاً فاحشة ، جاز للسلطة الإدارية أن تخفض الأسعار أو أن تعدل تنظيم المرفق وقواعد استغلاله ، حتى تنخفض الأرباح الباهظة إلى القدر المعقول ، وقد أقر القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ نظرية الظروف الطارئة بشطريها ، فنصت المادة ٦ من هذا القانون على أنه «إذا طرأت ظروف لم يكن من المستطاع توقعها ، ولا يد لمانح الالتزام أو الملتزم فيها ، وأفضت إلى الإخلال بالتوازن المالى للالتزام أو إلى تعديل كيانه الاقتصادى كما كان مقدراً وقت منح الالتزام ، جاز لمانح الالتزام أن يعدل قوائم الأسعار ، وإذا اقتضى الحال أن يعدل أركان تنظيم المرفق العام وقواعد استغلاله ، وذلك لتمكين الملتزم من أن يستمر فى استغلاله ، أو لخفض الأرباح الباهظة إلى القدر المعقول» [2] .

١٦٤ – واجبات الملتزم : كانت الفقرة الثانية من المادة ٩٠٦ من المشروع التمهيدى تنص على ما يأتى : «يكون هذا العقد الإدارى (عقد التزام المرفق العام) هو المهيمن على ما يبرمه المقاول مع عملائه من عقود . فيوجب على الملتزم أن يؤدى الخدمات التى يتكون منها هذا المرفق إلى العملاء الحاليين ومن يستجد منهم ، لقاء ما يدفعونه من جعل تحدده قائمة

---

(١) انظر فالين ص ٣٦٣ – ص ٣٦٦ – رولان فقرة ١٥٥ – بونار ص ٥٦٧ – ص ٥٧٧ – محمد فؤاد مهنا ص ١٦٢ – ص ١٦٥ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للقانون فى هذا الصدد : «عدا التعديلات التى تفرضها إرادة مانح الالتزام وتكون ما يمكن أن يسمى «الخطر الإدارى» ، توجد تعديلات أخرى خارجة عن إرادة مانح الالتزام أو الملتزم ولم تكن تتوقع وقت منح الالتزام وهو ما يمكن أن يسمى «بالخطر الاقتصادى» . وهو إذا أصبح غير عادى بحيث يترتب عليه الإخلال بالتوازن المالى للالتزام ، فإنه يجب فى هذه الحالة إعادة النظر فى الشروط الأصلية الواردة بوثيقة الالتزام ليتيسر استمرار السير المنظم للمرفق العام موضوع الالتزام . فالمادة السادسة تقرر نظرية الظروف غير المتوقعة التى نبتت من الصعوبات التى لقيها ملتزمو المرافق العامة إبان الحرب العظمى الماضية وعقبها بسبب ارتفاع الأسعار ولم تطبق حتى الآن إلا لمصلحة الملتزم . وعلى مبدأ التوازن المالى الذى لاحظ الطرفان وقت التعاقد وجوب استمراره طوال مدة الالتزام ، بنى الواجب الذى فرض على مانح الالتزام بأن يوفر للملتزم فى الحالات التى يصح وصفها بأنها ظروف غير متوقعة مزايا لا يأن لها بعقد الالتزام ، كرفع الأسعار وخفض تكاليف الملتزم أو منحه إعانة . فمن المعقول إذن ، إذا اختل التوازن المالى لمصلحة الملتزم – أى إذا طرأت ظروف غير متوقعة وخارجة عن إرادة المتعاقدين تحقق له بسببها أرباح غير عادية لم تكن تتوقع وقت منح الالتزام ، كان هذا الإخلال مبرراً لإعادة النظر فى الشروط الأصلية الواردة فى الالتزام للنزول بالأرباح الباهظة إلى القدر المعقول . وأوجب ما يكون هذا الحل إذا كانت هذه الأرباح ناتجة عن أسعار مرتفعة جداً تحول دون وفاء المرفق العام بحاجات الجمهور أو تحقيق الضرورات العامة التى اقتضت إنشاءه» .

الأسعار التى تقررها جهة الإدارة» (١). وقد حذفت هذه الفقرة فى لجنة مجلس الشيوخ «اكتفاء بالرجوع إلى القواعد العامة» (٢). والنص المحذوف ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة، فيمكن العمل به بالرغم من حذفه. فعقد الالتزام إذن يوجب على الملتزم أن يؤدى الخدمات التى يتكون منها المرفق إلى العملاء. وفى بعض الحالات يوجب عقد الالتزام على الملتزم أيضاً أن يقوم بالإنشاءات اللازمة لتسيير المرفق وإدارته واستغلاله. فيترتب إذن فى ذمة الملتزم بموجب عقد الالتزام التزامان:

أولا — القيام بالإنشاءات اللازمة لتسيير المرفق، إذ كثيراً ما يحتاج المرفق إلى إنشاءات لازمة لتسييره. فمرافق النور والماء والغاز تحتاج إلى مد مواسير فى جوف الأرض، وإعداد أجهزة لتوليد الكهرباء وتقطير الماء، وما إلى ذلك. ومرفق السكك الحديدية يحتاج إلى مد قضبان حديدية، وإنشاء محطات، ونحو ذلك. وقد احتاجت الشركة التى منحت التزام ضاحية مصر الجديدة إلى تشييد مساكن عديدة وتزويدها بالنور والماء، ومد ترام المترو لتوصيل الضاحية بوسط مدينة القاهرة. كذلك احتاجت الشركة التى منحت التزام قناة السويس إلى إنفاق مصروفات باهظة فى حفر قناة وما تحتاج إليه حركة مرور السفن من منشآت وغيرها. فهذه المنشآت يجعلها عقد الالتزام عادة على الملتزم، وقل أن تعمد السلطة الإدارية إلى إقامة المنشآت بنفسها ثم تمنح بعد ذلك التزام المرافق للملتزم (٣) (١). والغالب أن الذى يدفع

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٧٢ — وانظر آنفاً فقرة ١٦٠ فى الهامش.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٧٤ — وانظر آنفاً فقرة ١٦٠ فى الهامش.

(٣) وعندما يقيم الملتزم المنشآت اللازمة، ويحضر الأدوات والآلات والمهمات المخصصة لإدارة المرفق، يكون كل هذا ملكاً خاصاً لا ملكاً عاماً. وككل ملك خاص يكون قابلا للحجز عليه ولغير الحجز من إجراءات التنفيذ. ولكن صدر القانون رقم ٥٣٨ لسنة ١٩٥٥ يضيف مادة جديدة للقانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالالتزامات المرافق العامة، وهى المادة ٨ مكررة وتنص على ما يأتى: «لا يجوز الحجز ولا اتخاذ إجراءات تنفيذ أخرى على المنشآت والأدوات والآلات والمهمات المخصصة لإدارة المرافق العامة».

(١) الأصل فى المرافق العامة أن تتولاها الدولة إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من أن تعهد بإدارتها إلى فرد أو شركة، فإن مبدأ وجوب اضطراد المرفق وانتظامه يستلزم أن تكون الأدوات والمنشآت والآلات والمهمات المخصصة لإدارة المرفق بمنجاة من الحجز عليها شأنها فى ذلك شأن الأموال العامة، وهذه القاعدة هى التى تعد من أصول القانون الإدارى قد كشف عنها المشرع فى القانون رقم ٥٣٨ لسنة ١٩٥٥ الذى أضاف المادة ٨ مكرر لقانون المرافق العامة رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ لتقضى بأنه «لا يجوز الحجز ولا اتخاذ اجراءات تنفيذ أخرى على المنشآت والأدوات والآلات والمهمات المخصصة لإدارة المرافق العامة».

(جلسة ١٩٦٢/١١/١ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ ص ٩٧٣).

(جلسة ١٩٧٤/١٢/٢ الطعن رقم ٤٤١ لسنة ٣٨ ق س ٢٥ ص ٣٣١)

السلطة الإدارية إلى الالتجاء لطريقة الالتزام هو ما يتكلفه المرفق من نفقات باهظة فى المنشآت اللازمة لتسييره ، مما يجعلها تفضل أن تدير المرفق بطريق الالتزام ، فيتحمل الملتزم هذه النفقات ويستردها فى المدى الطويل عن طريق استغلال المرفق . ومتابعة التطور التاريخى لالتزام المرافق العامة تبين أن هذا الالتزام بدأ أولا يكون التزاماً بأشغال عامة (concession de travaux publics) هى هذه المنشآت الضرورية لتسيير المرفق، ويكون الالتزام بإدارة المرفق تبعاً لها لا أصلا . ذلك أن استغلال المرفق – ويستتبع ذلك إدارته – كان يعتبر هو المقابل الذى يأخذه الملتزم فى نظير تنفيذ الأشغال العامة التى يتطلبها إنشاء المرفق . ثم بدأ الالتزام بإدارة المرفق يتميز عن الالتزام بالأشغال العامة حتى أصبح مستقلا عنه ، وساعد على ذلك تطور المرافق العامة المتعلقة بالمواصلات البرية والبحرية والجوية . بل أصبح الالتزام بالأشغال العامة، كما رأينا، تابعاً للالتزام بإدارة المرفق العام ، بعد أن كان متبوعاً [1].

ثانيا – القيام بإدارة المرفق ، وهذا هو الالتزام الجوهرى الذى يترتب فى ذمة الملتزم ومن أجله منح الالتزام . ويتضمن ذلك أن يكفل للمرفق الاستمرار والانتظام ومسايرة التطور على الوجه الذى سنبينه عند الكلام فى العقد بين الملتزم والعميل . وسنرى كذلك أن على الملتزم أن يتقيد بالأسعار التى وضعتها السلطة العامة بما يلحقها من تعديلات تقتضيها المصلحة العامة ، وأن يكفل المساواة بين العملاء فلا يميز أحداً منهم على الآخرين . وسواء منح الملتزم الالتزام مساومة أو عن طريق مناقصة عامة ، فإنه فى الحالتين قد اختير لاعتبارات شخصية فيه ، فلا يجوز أن ينزل عن الالتزام إلى غيره دون موافقة مانح الالتزام ، فإذا نزل عن الالتزام دون موافقته كان النزول باطلا وجاز لمانح الالتزام إسقاطه عن الملتزم الأصلى ذاته[1] .

ويخضع الملتزم ، فى القيام بإدارة المرفق واستغلاله ، لرقابة مانح الالتزام وإشرافه . وهذه الرقابة تتحتم ، سواء نص عليها عقد الالتزام أو لم ينص . ذلك أن المرفق العام يجب أن يدار طبقاً للشروط المبينة فى عقد الالتزام وفى دفتر الشروط (cahier des charges) ، وفى الوقت ذاته طبقاً للشروط التى تقتضيها طبيعة العمل ويقتضيها ما ينظم هذا العمل من قوانين)م ٦٦٩ مدنى وسيأتى ذكرها) . وهذه خاصية جوهرية من خواص المرفق العام. فلابد أن تبسط السلطة الإدارية رقابتها وإشرافها كاملين على إدارة المرفق . وكثيراً ما يبين عقد الالتزام طرق هذه الرقابة وسبل هذا الإشراف والإجراءات التى تتبع لتحقيق كل ذلك . ولكن ، حتى

---

(١) انظر فى هذه المسألة ديجيه سنة ١٩٢٥ الجزء الخامس ص ٥٧٠ – بونار ص ٤٦٧ – توفيق شحاته ص ٣٠ – ص ٣٢ .

(٢) چيز ٤ ص ١٩٣ وما بعدها – توفيق شحاته ص ٨٤ – ص ٨٦ – استئناف مختلط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٤٤ .

لو كان عقد الالتزام ساكتاً عن هذا ، أو حتى لو تضمن شروطاً مخالفة ، فإنه يتحتم كما قدمنا أن تبسط السلطة الإدارية رقابتها وإشرافها على إدارة المرفق العام ، حتى تحمى مصالح الجمهور ، وحتى تحمى مصالحها بالذات فهى قد تكون مسئولة عن إعانة الملتزم بمقدار ما يسد العجز الناجم عن استغلال المرفق ، فلابد من الرقابة حتى تطمئن السلطة الإدارية إلى أن مصالح الجمهور مكفولة وإلى أن تبعاتها المالية لا تجاوز الحدود الواجبة . وتتنوع الرقابة التى تبسطها السلطة الإدارية على الملتزم فى إدارته ، فهى رقابة فنية ورقابة إدارية ورقابة مالية. ولكل من هذه الأنواع الثلاثة من الرقابة وسائل وإجراءات يبينها عقد الالتزام ، فإن سكت العقد عن ذلك بينها التشريع والمبادئ العامة المقررة فى القانون الإدارى . فلمانح الالتزام أن يعين مندوبين عنه فى مختلف الفروع والإدارات التى ينشئها الملتزم لاستغلال المرفق، وعلى الملتزم أن يقدم لهؤلاء المندوبين ما يطلبونه من معلومات وبيانات وإحصاءات . كذلك يكون لمانح الالتزام الحق فى أن يعهد إلى أية هيئة عامة أو خاصة بمراقبة إنشاء المرفق وسيره من النواحى الفنية والإدارية والمالية . وكما تكون الرقابة بعد تنفيذ أعمال الإدارة التى يقوم بها الملتزم ، كذلك تكون قبل تنفيذها حتى تكون رقابة فعالة مانعة . وقد تصل الرقابة إلى حد النص فى عقد الالتزام على أن يكون لمانح الالتزام الحق فى تعيين المدير الفنى للمرفق أو فى الموافقة على تعيينه ، أو فى تعيين بعض من أعضاء مجلس الإدارة . ولا حدود للرقابة التى يبسطها مانح الالتزام على إدارة الملتزم ، إلا فى ألاّ تكون هذه الرقابة سبباً لخروج المرفق عن الأغراض التى خصص لها ، وأن تستعمل فى حدود القوانين والنظم والإجراءات المرسومة ، وألا تنقلب إلى تدخل مباشر فى إدارة المرفق حتى لا تتحول من إدارة بطريق الالتزام إلى إدارة مباشرة بطريق الريجى [1] .

وقد أفاض القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالترامات المرافق العامة فى رسم مدى الرقابة التى يبسطها مانح الالتزام على إدارة الملتزم ، فنصت المادة ٧ من هذا القانون (المعدلة بالقانون رقم ٤٩٧ لسنة ١٩٥٤ ثم بالقانون رقم ١٨٥ لسنة ١٩٥٨) على ما يأتى : «١- لمانح الالتزام أن يراقب إنشاء المرفق العام موضوع الالتزام وسيره من النواحى الفنية والإدارية والمالية . ٢ - وله فى سبيل ذلك تعيين مندوبين عنه فى مختلف الفروع والإدارات التى ينشئها المتلزم لاستغلال المرفق . ويختص هؤلاء المندوبون بدراسة تلك النواحى وتقديم تقرير

---

(١) استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩١٢ جازيت ٢ ص ٢٧٧ - ٢٦ يونيه سنة ١٩٢٠ جازيت ١١ رقم ٧٠ ص ٤٣ - ٢٥ يناى سنة ١٩٢٣ جازيت ١٣ رقم ٣٣٢ ص ١٩٥ - ٣١ مارس سنة ١٩٢٤ جازيت ١٤ رقم ٣٣٩ ص ٣١٧ - مصر المختلطة مستعجل ٢٦ مايو سنة ١٩٢١ جازيت ١٢ ص ٢٩ - الإسكندرية المختلطة ١٦ يونيه سنة ١٩٢٣ جازيت ١٣ رقم ٣٣٣ ص ١٩٦ - چيز ٤ ص ٣٣١ وص ٣٣٦ - توفيق شحاتة ص ٩١ - ص ٩٨ .

بذلك لمانح الالتزام . ٣ – ويجوز بقرار من رئيس الجمهورية ، بناء على اقتراح الوزير مانح الالتزام أو المشرف على الجهة مانحة الالتزام ، أن يعهد إلى الجهاز المركزى للمحاسبات بمراقبة إنشاء المرفق وسيره من الناحية المالية ، أو أن يعهد بالرقابة الفنية والإدارية عليه إلى أية هيئة عامة أو خاصة . ٤ – كما يجوز للوزير المختص أن يقرر تشكيل لجنة أو أكثر من بين موظفى وزارته أو غيرها من الوزارات والهيئات العامة لتولى أمر من أمور الرقابة على التزامات المرافق العامة . ٥ – وفى هذه الحالة يتولى الجهاز المركزى للمحاسبات أو الهيئة أو اللجنة المكلفة بالرقابة دراسة النواحى التى نيط بها رقابتها ، وتقديم تقرير بذلك إلى كل من الوزير المختص والجهة مانحة الالتزام . ٦ – وعلى الملتزم أن يقدم إلى مندوبى الجهات التى تتولى الرقابة وفقاً للأحكام السابقة كل ما قد يطلبون من أوراق أو معلومات أو بيانات أو إحصاءات ، كل ذلك دون الإخلال بحق مانح الالتزام فى فحص الحسابات والتفتيش على إدارة المرفق فى أى وقت»[1].

١٦٥ – التكييف القانونى لعقد الالتزام : كان الرأى السائد طوال القرن التاسع عشر فى فرنسا وفى مصر أن عقد الالتزام هو عقد مدنى (contrst civil) يخضع للقواعد المدنية المقررة فى العقود ، وأهم هذه القواعد أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين (م ١٤٧ مدنى) . والشروط التى لا يجوز نقضها ولا تعديلها هى الشروط الواردة فى عقد الالتزام وفى دفتر الشروط (cahier des charges) الملحق به . ولما كانت هذه الشروط تقرر عادة كيفية تنظيم المرفق وطرق تسييره وإدارته واستغلاله والأسعار التى يتقاضاها الملتزم من عملاء المرفق والضمانات التى تكفل مصالح هؤلاء العملاء ، فإن أكثر هذه الشروط كما نرى تتعلق بحقوق الغير سواء كانوا هم العملاء أو كانوا الموظفين الذين يستخدمهم الملتزم فى إدارة المرفق واستغلاله . لذلك حاولت هذه النظرية التقليدية أن تعلل كيف يتأثر هؤلاء الغير بعقد لم يكونوا طرفاً فيه ، ويكسبون منه حقوقاً على الوجه المتقدم

---

(١) وكانت المادة ٧ الأصلية من قانون ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ تجرى على الوجه الآتى : «لمانح الالتزام أن يراقب إنشاء المرفق العام موضوع الالتزام وسيره ، كما له أن يراقب إدارة الملتزم المالية . وله فى هذا السبيل أن يفرض على الملتزم تقديم أية كشوف أو بيانات ، أو أن يفحص حساباته فى أى وقت» . ثم صدر القانون رقم ٤٩٧ لسنة ١٩٥٤ يعدل النص على الوجه الآتى : «١ – لمانح الالتزام أن يراقب إنشاء المرفق العام موضوع الالتزام وسيره من النواحى الفنية والإدارية والمالية . ٢ – وله فى سبيل ذلك تعيين مندوبين عنه فى مختلف الفروع والإدارات التى يغشاها الملتزم لاستغلال المرفق . ويختص هؤلاء المندوبون بدراسة تلك النواحى وتقديم تقرير بذلك لمانح الالتزام . ٣ – وعلى الملتزم أن يقدم لهؤلاء المندوبين ما قد يطلبونه من معلومات أو بيانات أو إحصاءات ، دون الإخلال بحق مانح الالتزام فى فحص الحسابات أو التفتيش على إدارة المرفق فى أى وقت» . ثم صدر أخيراً القانون رقم ١٨٥ لسنة ١٩٥٨ يعدل النص على الوجه المبين بالمتن .

الذكر . وقد فسرت ذلك بأنه اشتراط لمصلحة الغير ، فتكون السلطة الإدارية هي المشترط والملتزم هو المتعهد والعملاء والموظفون هم المنتفعون . وقد كسبوا من عقد الالتزام هذا حقاً مباشرا يستطيعون أن يتمسكوا به قبل الملتزم ، وبقبولهم التعاقد معه على أساس عقد الالتزام يكونون قد قبلوا هذا الحق فأصبح غير قابل للنقض طبقاً للقواعد المقررة في الاشتراط لمصلحة الغير . وقد بقيت هذه النظرية التقليدية سائدة كما قدمنا طوال القرن التاسع عشر، وكانت نظرية المرافق العامة لا تزال ناشئة . وما لبثت عيوب هذه النظرية أن تبدت ، وأهم هذه العيوب أنها تجعل عقد الالتزام جامداً لا يتطور ، ولا تستطيع السلطة الإدارية أن تعدل شروط تنظيم المرفق وتسييره ولا الأسعار المقررة إلا برضاء الملتزم . فهي تولي الملتزم حماية تتعارض مع طبيعة المرفق العام ومقتضياته وما يجب للإدارة من سلطة تستطيع بموجبها أن تساير بالمرفق ما يقتضيه التطور ، فتعدل بمحض سلطاتها ، دون حاجة إلى رضاء الملتزم ، نظم المرفق وأسعاره على الوجه الذى تقتضيه المصلحة العامة .

ومن ثم نشأت نظرية أخرى ، انتشرت بوجه خاص في ألمانيا وإيطاليا ، تذهب إلى أن عقد الالتزام إنما هو تصرف قانونى من جانب احد هو جانب السلطة الإدارية ، فهى التى وضعت شروط الالتزام ونظم المرفق وقررت الأسعار ، ولم يفعل الملتزم إلا أن يقبل الخضوع لإرادة السلطة الإدارية ، وترتب النظرية على ذلك أن السلطة الإدارية تستطيع بمحض سلطاتها أن تعدل من شروط الالترام ونظم المرفق والأسعار المقررة ، إذ أن هذا كله هى التى وضعته بإرادتها المنفردة ، فتستطيع أن تعدله بإرادتها المنفردة كذلك دون حاجة إلى رضاء الملتزم. وعيب هذه النظرية أنها تغفل بتاتاً إرادة المتلزم ، مع أن هذه الإرادة تلعب دوراً أساسياً في تكوين عقد الالتزام ولولاها لما تكون هذا العقد . ثم إنها تطلق يد الإدارة في عقد الالتزام بجميع مشتملاته ، حتى فيما يتعلق منه بالحقوق الشخصية التي يكسبها الملتزم من هذا العقد، فتستطيع الإدارة بسلطانها المطلق أن تعدل في هذه الحقوق وأن تنتقص منها كما تشاء دون أن يكون للملتزم رأى في ذلك . وبالقدر الذى قيدت به النظرية التقليدية يد الإدارة وغلتها عن أن تعدل شروط عقد الالتزام حتى ما كان منها متعلقاً بنظم تسيير المرفق، أطلقت نظرية التصرف القانونى من جانب واحد يد الإدارة وبسطت سلطانها فى تعديل شروط عقد الالتزام حتى ما كان منها متعلقاً بالحقوق الشخصية للملتزم .

وقد نبذ فى الوقت الحاضر كل من النظريتين . وقامت نظرية حديثة – قال بها ديجيه وجيز وقالين من كبار رجال الفقه الإدارى فى فرنسا – تذهب إلى أن عقد الالتزام ليس من جهة عقداً مدنياً ، ولا هو من جهة أخرى تصرف قانونى من جانب واحد ، بل هو عقد إدارى (contrat administratif) . فعقد الالتزام إذن ، بالرغم من أنه عقد يتكون من توافق إرادتين إرادة السلطة الإدارية وإرادة الملتزم ، إلا أنه لا يخضع فى جميع مشتملاته لقواعد القانون المدنى ، بل يخضع للقانون الإدارى فى نواحيه المتعلقة بتنظيم

المرفق وإدارته وأسعاره المقررة . وهذه النظرية الحديثة هى النظرية التى أراد التقنين المدنى المصرى أن يأخذ بها، ونرى أثر ذلك واضحاً فى المشروع التمهيدى لهذا التقنين . فقد كانت المادة ٩٠٦ من هذا المشروع تنص على أن «١ – التزام المرافق العامة عقد إدارى ٢٠٠٠ – ويكون هذا العقد الإدارى هو المهيمن على ما يبرمه المقاول مع عملائه من عقود ، فيوجب على الملتزم أن يؤدى الخدمات التى يتكون منها هذا المرفق إلى العملاء الحاليين ومن يستجد منهم لقاء ما يدفعونه من جعل تحدده قائمة الأسعار التى تقررها جهة الإدارة» . وفى لجنة المراجعة أغفل وصف العقد بأنه «إدارى» دون أن يذكر سبب ذلك [١] . ويغلب أن يكون السبب راجعاً إلى الرغبة فى تجنب اعتناق مذهب فقهى فى النصوص التشريعية ، ولكن سائر النصوص التى تنظم التزام المرافق العامة والعقد الذى يبرمه الملتزم مع عملائه تبين فى وضوح أن عقد التزام المرفق العام هو عقد إدارى ، تستطيع الإدارة بمحض سلطانها تعديل نواحيه التنظيمية [٢] .

١٦٦ – ما يترتب من النتائج على أن عقد الالتزام هو عقد إدارى : وأهم النتائج التى تترتب على أن عقد الالتزام عقد إدارى ، أو هو كما يقول ديجيه تصرف مركب (acte complexe) فلا تسرى القواعد المدنية فى جميع نواحيه ، أنه يجب التمييز فى هذا العقد بين طائفتين من النصوص : نصوص تعاقدية (clasuses contracluclles) ونصوص تظيمية (clauses réglementaires)[٣] .

(أ) فالنصوص التعاقدية ، وهذه تخضع لقواعد القانون المدنى فلا يجوز نقضها ولا تعديلها إلا باتفاق المتعاقدين ، هى النصوص المتعلقة بما ينشئه عقد الالتزام من حقوق والتزامات شخصية (droits et obligations subjectifs) للملتزم . وهذه تتعلق بمدة الالتزام ، وبشروط استرداده (rachat) ، وبالالتزمات المالية المتقابلة المترتبة فى ذمة كل من الملتزم ومانح الالتزام ، كالتزام مانح الالتزام بمنح إعانة للملتزم أو بكفالة مقدار معين من الربح، وكالتزام الملتزم بدفع مبلغ من المال لمانح الالتزام أو بإشراكه فى أرباح المرفق بنسبة معينة . ويمكن القول مع ديجيه [٤] إن النصوص التعاقدية هى تلك النصوص التى ما كانت لتوجد لو أن المرفق أدير مباشرة بطريق الريجى ، فهى نصوص اقتضاها قيام ملتزم يدير المرفق وضرورة تنظيم العلاقات الذاتية بينه وبين مانح الالتزام .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٧١ – ص ٧٢ وانظر آنفاً فقرة ١٦٩ فى الهامش.

(٢) وقد قضت محكمة الإسكندرية المختلطة بأن العقد ما بين الإدارة والملتزم ليس عقداً مدنياً ، بل هو عقد من نوع خاص (sui generis) (الإسكندرية المختلطة ١٧ نوفمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ١٠) .

(٣) استئناف مختلط ٢٨ مارس سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٩٤ – رولان فقرة ١٤٩ – بونار ص ٥٦١ – ص ٥٦٢ .

(٤) الجزء الأول ص ٤٢١ .

(ب) أما النصوص التنظيمية فهذه تتعلق بتنظيم المرفق في ذاته ، ووضع طرق مرسومة لإدارته بما يكفل له الاستمرار والانتظام ومسايرة التطور ، وتقرير أسعار موحدة يتقاضاها الملتزم من العملاء بحيث لا يمتاز عميل على آخر ، وتقرير حق السلطة الإدارية فى استرداد المرفق قبل انقضاء مدته إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك ، أما شروط هذا الاسترداد ومقدار ما تدفعه الإدارة من تعويض للملتزم فهذه كما قدمنا تدخل فى النصوص التعاقدية التى لا يمكن نقضها أو تعديلها إلا باتفاق الطرفين . وهذه النصوص التنظيمية هى النصوص التى يجب أن توجد لتنظيم المرفق وإدارته ، سواء تولى الإدارة ملتزم أو تولتها السلطة الإدارية مباشرة بطريق الريجى . فهى قانون المرفق العام ، ومن ثم فهى نصوص تنظيمية لها حكم القانون ، تملك السلطة الإدارية بمحض سلطانها ، ومن غير موافقة الملتزم ، نقضها أو تعديلها مما يتفق مع المصلحة العامة [1] . وهذه الولاية فى النقض والتعديل تخلص للسلطة الإدارية باعتبارها المهيمنة على المصلحة العامة التى يحققها المرفق ، إذ المرفق حتى لو أدير بطريق الالتزام لا يزال مرفقاً عاماً ، يجب أن يدار بما يحقق المصلحة العامة التى أنشئ من أجلها . ومصدر هذه الولاية هى المبادئ المقررة فى القانون الإدارى ، سواء وجد نص تشريعى يمنح الإدارة هذه الولاية أو لم يوجد ، وسواء نص فى عقد الالتزام على أن يكون للإدارة هذه الولاية أو لم ينص، بل حتى لو نص فى عقد الالتزام ألا يكون للإدارة هذه الولاية فأنها تثبت للإدارة بالرغم من هذا النص . ولا يحد من هذه الولاية إلا قيدان (أولا) أن تستعملها الإدارة لتحقيق المصلحة العامة ، فلا تتعسف فى استعمالها ، ولا تستعملها على وجه يخرج المرفق عن الغرض الذى أنشئ من أجله أو يحوله من أن تكون إدارته بطريق الالتزام إلى أن تكون إدارة مباشرة بطريق الريجى . (ثانياً) أنه إذا نجم عن استعمالها أن اختل التوازن المالى للمرفق، وجب على السلطة الإدارية أن تعيد هذا التوازن عن طريق تعويض الملتزم عما سببته له من خسارة تعويضاً عادلا، وقد تقدم بيان ذلك [2] .

فالسلطة الإدارية تملك إذن أن تنفرد بتعديل هذه النصوص التنظيمية ، سواء فيما يتعلق بالأسعار أو فيما يتعلق بتنظيم المرفق وإدارته ، ولا تستطيع أن تجرد نفسها من هذه الولاية باتفاق خاص ، أو تحرم نفسها من حق استرداد المرفق قبل انقضاء مدته إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك . وقد أورد القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتزامات المرافق العامة كل هذه الأحكام فى نصوصه .

ففيما يتعلق بالأسعار ، نصت المادة ٢ من هذا القانون على أن «يكون لمانح الالتزام الحق فى إعادة النظر فى قوائم الأسعار عقب كل فترة زمنية مبنية على الأسس التى تحدد فى

---

(١) استئناف مختلط ١١ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٧٤ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٦٢ (رابعاً) .

وثيقة الالتزام» . وقد وضع القانون فوق ذلك حداً أقصى لصافى الأرباح التى يجنبها الملتزم من استغلال المرفق العام ، هو عشرة فى المائة من رأس المال الموظف والمرخص به من مانح الالتزام (١) .

وفيما يتعلق بتعديل تنظيم المرفق وطرق إدارته وقواعد استغلاله ، نصت المادة ٥ من القانون على أنه «يجوز لمانح الالتزام دائماً ، متى اقتضت ذلك المنفعة العامة ، أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام أو قواعد استغلاله ، وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به ، وذلك مع مراعاة حق الملتزم فى التعويض إن كان له محل» (٢) . وقد رأينا أن المادة ٦ من القانون تكفل للملتزم إعادة التوازن المالى للمرفق إذا اختل هذا التوازن(٣) .

وفيما يتعلق بحق الإدارة فى استرداد المرفق قبل انقضاء مدته ، نصت المادة ٤ من القانون على أنه «يجب أن تحدد وثيقة الالتزام شروط وأوضاع استرداده قبل انتهاء مدته» (٤) (أ) .

---

(١) انظر المادة ٣ من القانون آنفاً فقرة ١٦٢ (ثالثاً) .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للقانون فى صدد المادة الخامسة منه : «إن من شأن الأخذ بالقواعد الواردة بالمواد ١ و ٢ و ٣ و ٤ من القانون فى جميع عقود الالتزام أن يتجنب وقوع أغلب المنازعات التى تنشأ بين الملتزم ومانح الالتزام ، إذ يصبح ما بينهما من العلاقات خاضعاً لشروط روعى فيها نوع التزام المرفق العام وملابسته للمصلحة العامة. على أنه قد يقع أن تكون هذه القواعد قاصرة عن أن تحقق وحدها التوافق بين المرفق العام والأحوال القائمة فى وقت معين ، وأن تكون الإدارة فى سبيل المصلحة العامة مضطرة ، لأسباب اجتماعية أو اقتصادية أو سياسية ، لتعديل الشروط الأصلية لعقد الالتزام فيما يتعلق بتنظيم المرفق العام أو بطريق استغلاله أو فيما يتعلق على وجه الخصوص بالأسعار التى تحصل من المنتفعين به . فالمادة الخامسة تؤيد مانح الالتزام فى هذه الحالة فى أن يعدل من تلقاء نفسه الشروط الخاصة بأركان تنظيم المرفق العام أو بسيره ، وذلك بمقتضى سلطانه الإدارى، إذ كان لا يجوز أن تعطل المصلحة العامة بفعل الشروط التعاقدية الواردة فى وثيقة الالتزام» .

(٣) انظر آنفاً فقرة ١٦٢ (رابعاً) .

(٤) وتقول المذكرة الإيضاحية للقانون فى صدد المادة الرابعة منه : «إنه وإن يكن لمانح الالتزام فى سبيل المصلحة العامة ولقاء تعويض عادل حق استرداده فى أى وقت ، حتى ولو لم يشر إلى هذا الحق فى وثيقة الالتزام ، فقد رؤى من الأفضل تجنباً لكل نزاع فى شأن تقدير ذلك التعويض تقرير قاعدة ترمى إلى أن وثيقة الالتزام يجب أن تحدد شروط أوضاع ذلك الاسترداد» .

وانظر فى حق الإدارة فى استرداد المرفق العام مع دفع التعويض : استئناف مختلط ٦ يونيه سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٥ – وفى حق الإدارة فى الاستيلاء على كل ما هو لازم لإدارة المرفق فى مقابل تعويض مع استثناء ما هو ملك خاص للملتزم فهذا لا يجوز الاستيلاء عليه : استئناف مختلط ٢٨ مارس سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٩٤ – وفى وجوب تقدير التعويض بحسب القيمة الحقيقية للأشياء بصرف النظر=

المبحث الثانى

العقد بين ملتزم المرفق العام والعميل

١٦٧ – مركز العميل قبل التعاقد مع الملتزم – الحق فى المرفق : قد ينشأ للفرد حق قبل التعاقد مع الملتزم ، يستطيع أن يرفع به دعوى أمام القضاء . ذلك أن لكل فرد أنشئ المرفق العام لمصلحته حقاً فى المرفق (le droit au service) فإذا منحت السلطة الإدارية مثلا التزاماً بإدارة مرفق عام للمواصلات عن طريق خطوط للترام أو للأوتوبيس ، وأخل الملتزم بشروط الالتزام فلم ينشئ مثلا كل الخطوط التى فرضها عليه دفتر الشروط أو ألغى بعض الخطوط بعد إنشائها ، وأصاب أحد الأفراد ضرر من ذلك بأن لم يجد سبل المواصلات أمامه ممهدة بسبب عدم إنشاء الخط أو بسبب إلغائه ، أو امتنعت شركة النور أو الماء أو الغاز من التعاقد معه بغير حق عندما طلب إليها ذلك ، فإن له أن يتجه إلى مانح الالتزام وهو سلطة إدارية يطلب إليه أن يجعل الملتزم يكف عن هذا الأخلال [1] . فإذا امتنع مانح الالتزام من إجابته إلى طلبه ، كان له أن يطعن فى هذا الامتناع – وهو أمر إدارى سلبى – بالإلغاء أمام القضاء الإدارى . وإذا أصاب الفرد ضرر من هذا الأخلال ، كأن تعطلت له مصلحة جدية من انعدام المواصلات أو من عدم توريد النور أو الماء أو الغارز له ، جاز له أن يرفع دعوى التعويض على الملتزم [2] .

١٦٨ – مركز العميل بعد التعاقد مع الملتزم – الانتفاع بالمرفق – رابطة تعاقدية مدنية – نص قانونى : أما بعد أن يتعاقد العميل مع الملتزم ، فإنه يصبح دائناً له بأداء

= عن كونها من الناحية الحسابية تعتبر مستهلكه : استئناف مختلط ١٧ يونيه سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٦١ .

(1) الأصل فى التزام المرافق العامة أن الملتزم يدير المرفق لحسابه وتحت مسئوليته ، وجميع الالتزامات التى تترتب فى ذمته أثناء قيامه هو بإدارة المرفق تعتبر التزاما عليه وحده ولا شأن لجهة الإدارة مانحة الالتزام بها ، ما لم ينص فى عقد الالتزام – أو فى غيره – على تحملها بها واسقاط الالتزام أو انتهاؤه من شأنه أن يضع حدا فاصلا بين إدارة الملتزم أو الحراسة الإدارية وبين إدارة الدولة للمرافق ، ومن ثم فإن الدولة لا تعتبر خلفا خاصا أو عاما للشركة التى أسقط عنها الالتزام أو انتهى التزامها .

(جلسة ١٩٨٣/١٠/٢٧ الطعن رقم ٧٠ لسنة ٤٣ ق س ٣٤ ص ١٥٤٠)

(جلسة ١٩٨١/١٢/٢ الطعن رقم ٧٦٦ لسنة ٤٨ ق س ٣٢ ص ٢٢٠٧)

(جلسة ١٩٧١/١/٦ الطعن رقم ١٩٨ لسنة ٣٦ ق س ٢٣ ص ٣٣).

(١) استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٤٩ .

(٢) انظر فى هذه المسألة فالين ص ٣٨٨ – ص ٣٨٩.

خدمات المرفق العام ، وله أن يطلب مباشرة بأداء هذه الخدمات ، وهذا هو الحق فى الانتفاع بالمرفق (l'usage du service) [١] .

وقد اختلف فى تكييف العقد بين الملتزم والعميل . فأكثر فقهاء القانون الإدارى يذهبون إلى أنه ليس بعقد ، بل هو إرادة منفردة من جانب العميل بموجبها يخضع لمركز منظم (statut) هو المركز الذى ينظمه عقد الالتزام وملحقاته بما يشتمل عليه من شروط تنظيم المرفق وإدارته ، وتنظمه الشروط التى تقتضيها طبيعة المرفق ويقتضيها ما ينظم هذا المرفق من القوانين ، وهذه الإرادة المنفردة هى كما يقول ديجيه تصرف شرطى (acte-condition)[٢] . ولكن بعض فقهاء القانون الإدارى [٣] وفقهاء القانون المدنى [٤] يذهبون إلى أن العقد الذى يبرمه العميل مع الملتزم هو لا إرادة منفردة إذا لابد فيه من إيجاب وقبول، وهو عقد مدنى يخضع لقواعد القانون المدنى فى تكوينه وفى آثاره . ولكنه يتميز عن العقد المدنى المألوف بأنه يخضع لنظام مقرر (situation réglementaire) وضعه العقد الإدارى الذى أبرم بين السلطة الإدارية والملتزم ، أى عقد الالتزام ويسميه ديموج بالعقد التنظيمى (contrat rélegmentaire) . فالعقد المدنى بين العميل والملتزم يخضع للعقد التنظيمى الإدارى بين الملتزم والسلطة الإدارية ، كما تخضع اللائحة الإدارية للتشريع وكما يخضع التشريع لنصوص القانون الدستورى [٥] . ويترتب على ذلك أن العقد المدنى بين العميل والملتزم يخضع لعقد الالتزام التنظيمى ، لا فحسب فيما يتضمنه العقد التنظيمى وقت إبرام العقد المدنى ، بل أيضاً فى جميع ما يلحق هذا العقد التنظيمى من تعديلات تدخلها السلطة الإدارية بما لها من سلطان فى تنظيم المرافق العامة ، وهذا ما قصد إليه المتعاقدان العميل والملتزم عندما أبرما العقد بينهما [٦] .

---

(١) استئناف مختلط ٢٦ يونيه سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٣٢ .

(٢) انظر فى هذا المعنى ديجيه فى مركز الأفراد تجاه المرافق العامة مقال فى مجلة القانون العام سنة ١٩٠٧ ص ٤١١ وما بعدها ، ومؤلفه فى القانون الدستورى ١ ص ٢٧٣ وما بعدها – هوريو فى تعليقه فى سيريه ١٩٠٧ – ٣ – ٣٣ – جيز فى تعليقه فى مجلة القانون العام سنة ١٩٠٨ ص ٤٨ وم بعدها وسنة ١٩١٦ ص ٥٢ وما بعدها و ص ٢٤٢ وما بعدها ، ومؤلفه فى المبادئ العامة فى القانون الإدارى ٣ ص ١٣ وما بعدها – بونار ص ٧٧ – ص ٧٨ – توفيق شحاتة ص ٢٤٣ – ص ٢٥٣ .

(٣) فالين ص ٣٩٠ – ص ٣٩١ ومقاله فى مركز عميل المرفق العام فى المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٧ ص ٢٥٦ .

(٤) انظر بوجه خاص ديموج فى مصادر الالتزام ١ ص ٦٤ وما بعدها و ٢ ص ٨٥٧ وما بعدها وتعليق فى سيريه ١٩٠٨ – ١ – ٨١ .

(٥) استئناف مختلط ٢٦ يونيه سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٣٢ .

(٦) فالين ص ٣٩٠ – وتكييف العقد بين العميل والملتزم بأنه عقد مدنى هو ما ذهب إليه القضاء =

وهذا الرأى الأخير هو الذى ذهب إليه التقنين المدنى المصرى الجديد، كما يظهر من نصوصه ومن أعماله التحضيرية . فقد نصت المادة ٦٦٩ مدنى على أن «ملتزم المرفق العام يتعهد بمقتضى العقد الذى يبرمه مع عميله بأن يؤدى لهذا العميل على الوجه المألوف الخدمات المقابلة للأجر الذى يقبضه ، وفقاً للشروط المنصوص عليها فى عقد الالتزام وملحقاته وللشروط التى تقتضيها طبيعة العمل ويقتضيها ما ينظم هذا العمل من القوانين»[1] . فالعقد المبرم بين العميل والملتزم ينشئ حقوقاً شخصية (droits subjectifs) لكل من الطرفين ، كما هو الأمر فى سائر العقود المدنية [1]، فيكون للعميل

= الإدارى والمدنى فى فرنسا (محكمة تنازع الاختصاص أول يوليه سنة ١٩٣٥ فى قضية الآنسة Demangeon – مجلس الدولة الفرنسى ١٥ مارس سنة ١٩٤٦ فى قضية مستعمرة المارتينيك – نقض فرنسى ٢٥ يونيه سنة ١٩٤١ D.C. ١٩٤٢ (داللوز الانتقادى) ١٩٤٣ J ١٢ – ١١ أبريل سنة ١٩٣٨ داللوز الأسبوعى ١٩٣٨ – ٣٢٢)، وما ذهب إليه أيضاً القضاء فى مصر (استئناف مختلط ٢٦ يونية سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٩٩ . الإسكندرية المختلطة ٢٥ يوليه سنة ١٩١٤ جازيت ٤ رقم ٤٨٠ ص ٢٠٢ – ١٦ يونيه سنة ١٩٢٣ جازى ١٣ رقم ٣٣٣ ص ١٩٦).

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ٩١٠ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وفى لجنة المراجعة أدخلت بعض تعديلات لفظية، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٦٩٨ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٩٧ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٦٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٧٥ – ص ٧٦) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى القديم ، ولكن النص ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦٣٥ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٦٦٨ (مطابق)

التقنين المدنى العراقى م ٨٩٢ (موافق)

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى لم ترد فيه نصوص فى الالتزامات المرافق العامة .

(1) التزام المرافق العامة عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذى صفة اقتصادية ، ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلاله فترة معينة من الزمن ، وهو بالنسبة إلى العلاقة بين مانح الالتزام – الحكومة أو الهيئة المحلية – والملتزم يخضع لأحكام القانون الإدارى لأن ما يرد من شروط عن طريق إدارة المرفق ومدته وغير ذلك له طبيعة اللائحة الإدارية أما بالنسبة للعلاقة بين الملتزم والمنتفعين فهى تخضع لأحكام القانون الخاص ، وتعتبر على خلاف عقد التزام المرافق العامة من مقاولات القانون الخاص لا من مقاولات القانون الإدارى، ويكون المنتفع فيه عميلا لملتزم المرفق العام .

(جلسة ١٩٨٧/١١/١٦ الطعن رقم ٢٢٤٧ لسنة ٥٢ ق)

الحق فى أن تؤدى له خدمات المرفق على الوجه المألوف ، ويكون للملتزم الحق فى تقاضى أجر هذه الخدمات من العميل . ويخضع هذا العقد ، كما يقول النص ، «للشروط المنصوص عليها فى عقد الالتزام وملحقاته ، وللشروط التى تقتضيها طبيعة العمل ، ويقتضيها ما ينظم هذا العمل من القوانين» . ويؤكد تكييف العقد المبرم بين العميل والمتلزم بأنه عقد مدنى فى نظر التقنين المدنى الجديد ما قيل فى هذا الصدد أمام لجنة مجلس الشيوخ ، فقد قال مندوب الحكومة ، ووافقت اللجنة على قوله ، ما يأتى : «ويلاحظ أن التزام المرافق العامة يعالج من ناحيتين ، فهو بالنسبة إلى العلاقة بين مانح الالتزام (الحكومة أو الهيئات المحلية) والملتزم يخضع لأحكام القانون الإدارى ، لأن ما يرد من شروط عن طريقة إدارة المرفق ومدته وغير ذلك له صفة اللائحة ، ولذلك فإن هذه الشروط لا علاقة لها بالقانون المدنى . أما بالنسبة للعلاقة بى الملتزم والمنتفعين كما هو الحال مثلا فى علاقة شركة المياه بالمستهلكين ، فهذه العلاقة تخضع لأحكام القانون المدنى ، ولم تكن منظمة بالتقنين الحالى (القديم) ، فرأى المشروع أن ينظمها ، وخيراً فعل للقضاء على كثير من الخلاف فى تكييف هذه العلاقة» [1] . ويظهر بجلاء من النصوص التى اشتمل عليها المشروع التمهيدى للتقنين المدنى أن العقد المدنى المبرم بين العميل والملتزم يخضع للنظام المقرر فى عقد الالتزام الإدارى المبرم بين الملتزم والسلطة الإدارية . فنصوص المشروع التمهيدى صريحة فى هذا المعنى، كما هى صريحة فى أن عميل المرفق العام إنما يخضع بتعاقده مع الملتزم لشروط موحدة يقررها عقد الالتزام وهو من وضع الجهة الإدارية التى تعاقدت مع الملتزم . فقد جرت المادة ٢/٩٠٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «ويكون هذا العقد الإدارى (عقد الالتزام) هو المهيمن على ما يبرمه المقاول مع عملائه من عقود ، فيوجب على الملتزم أن يؤدى الخدمات التى يتكون منها هذا المرفق إلى العملاء الحاليين ومن يستجد منهم ، لقاء ما يدفعونه من جعل تحدده قائمة الأسعار التى تقررها جهة الإدارة» [2] . وجرت المادة ٩٠٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «فى المقاولات المتعلقة بالمرافق العامة ، تنشأ الحقوق والالتزامات ما بين المقاول وعملائه من إذعان العميل الذى يريد استخدام المرفق العام لشروط موحدة تقرر هذه الحقوق والالتزامات ، وتكن من وضع المقاول نفسه ، أو من وضع الجهة الإدارية التى يتبعها المقاول نفسه ، أو من وضع الجهة الإدارية التى يتبعها المقاول فى إدارته للمرفق العام» . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة ، دون أن يذكر سبب للحذف [3] ، ويبدو أن الحذف يرجع إلى الرغبة فى تجنب إيراد المذاهب الفقهية فى التشريع .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٧٣ – ص ٧٤ – وانظر آنفاً فقرة ١٦٠ فى الهامش.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٧٢ – وانظر آنفاً فقرة ١٦٠ فى الهامش وفقرة ١٦٤ فى آخرها .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٧١ – ص ٧٢ فى الهامش .

ولما كان العقد بين العميل والملتزم يخضع للنظام المقرر فى عقد الالتزام ، فإنه يخضع تبعاً لذلك لمبادئ عامة يقوم عليها عقد الالتزام نفسه . وهذه المبادئ فرضتها نصوص التقنين المدنى وأوجبت العمل بها ، سواء تضمنها عقد الالتزام أو لم يتضمنها ، بل حتى لو نص عقد الالتزام على خلافها ، فهى مبادئ تعتبر من النظام العام ، وتفرض نفسها على كل من عقد الالتزام والعقد بين العميل والملتزم . وهذه المبادئ الأساسية – كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى – «تكوّن ما يمكن أن نسميه بالقانون الطبيعى للمرافق العامة» (١) . وتتعلق هذه المبادئ بالأسعار التى يتقاضاها الملتزم من العملاء ، وبكفالة استمرار المرفق وانتظامه ومسايرته للتطور ، وبكفالة المساواة بين العملاء . فنبحث هذه المبادئ الثلاثة، ثم نبحث ما وضعه القانون تحت تصرف عميل المرفق العام من جزاء يستطيع به أن يفرض على الملتزم احترام هذه المبادئ .

١ – أسعار الخدمات التى يؤديها المرفق العام

١٦٩ – نصوص قانونية : تنص المادة ٦٧١ من التقنين المدنى على ما يأتى :

«١ – يكون لتعريفات الأسعار التى قررتها السلطة العامة قوة القانون بالنسبة إلى العقود التى يبرمها الملتزم مع عملائه ، فلا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على ما يخالفها» .

«٢ – ويجوز إعادة النظر فى هذه القوائم وتعديلها ، فإذا عدلت الأسعار المعمول بها وصدق على التعديل ، سرت الأسعار الجديدة دون أثر رجعى من الوقت الذى عينه قرار التصديق لسريانها ، وما يكون جارياً وقت التعديل من اشتراطات فى المرفق العام يسرى عليه هذا التعديل من زيادة أو نقص فى الأجور ، وذلك فيما بقى من المدة بعد التاريخ المعين لسريان الأسعار الجديدة» .

وتنص المادة ٦٧٢ من التقنين المدنى على ما يأتى » :

«١ – كل انحراف أو غلط يقع عند تطبيق تعريفة الأسعار على العقود الفردية يكون قابلا للتصحيح» .

«٢ – فإذا وقع الانحراف أو الغلط ضد مصلحة العميل ، كان له الحق فى استرداد ما

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٧٩ فى الهامش – وانظر استئناف مختلط ٦ يونيه سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٤٩ – ١٠ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١١٣ – ١١ مايو سنة ١٩٣٣ جازيت ٢٤ رقم ٢٥ ص ٣١ .

دفعه زيادة على الأسعار المقررة . وإذا وقع ضد مصلحة الملتزم بالمرفق العام ، كان له الحق فى استكمال ما نقص فى الأسعار المقررة . ويكون باطلا كل اتفاق يخالف ذلك . ويسقط الحق فى الحالين بانقضاء سنة من وقت قبض الأجور التى لا تتفق مع الأسعار المقررة» (١).

ولا مقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى القديم ، ولكن أحكامها كان معمولا بها فيما عدا سنة التقادم ، لاتفاقها مع القواعد العامة .

وتقابل النصوص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٦٣٧-٦٣٨ - وفى التقنين المدنى الليبى م ٦٧٠ - ٦٧١ - وفى التقنين المدنى العراقى م ٨٩٥ - ٨٩٦ - ولا مقابل فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى (٢).

١٧٠ - مصدر القوة الألزامية للأسعار هو السلطة الإدارية مانحة الالتزام : كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يشتمل على نص هو المادة ٩٠٧ من هذا المشروع ، وكان يجرى على الوجه الآتى : «١ - مهما يكن نصيب الملتزم فى تحديد الإسعار التى يجب أن

---

(١) **تاريخ النصوص** :

م ٦٧١ : ورد هذا النص فى المادة ٩٠٨ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، فيما عدا أن المشروع التمهيدى لم ترد فيه عبارة «التى قررتها السلطة العامة» فى صدر الفقرة الأولى . وفى لجنة المراجعة أدخلت تعديلات لفظية على النص ، وصار رقمه ٧٠١ فى المشروع النهائى . وفى لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب أضيف عبارة «التى قررتها السلطة العامة» الواردة فى صدر الفقرة الأولى، وذلك تأكيداً للسلطة التى تستمد منها الأسعار قوتها» ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس النواب على الوجه الذى عدلته إليه لجنته تحت رقم ٧٠٠. ووافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٧١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٨٤ - ص ٨٦).

م ٦٧٢ : ورد هذا النص فى المادة ٩٠٩ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وفى لجنة المراجعة أدخلت بعض تعديلات لفظية، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، وصار رقمه ٧٠٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٠١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٧٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٨٦ - ص ٨٨).

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى** :

القنين المدنى السورى م ٦٣٧ - ٦٣٨ (مطابق)

التقنين المدنى الليبى م ٦٧٠ - ٦٧١ (مطابق)

التقنين المدنى العراقى م ٨٩٥ - ٨٩٦ (موافق ، فيما عدا أن مدة التقادم فى التقنين العراقى ستة أشهر بدلا من سنة) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : لم ترد فيه نصوص فى التزام المرافق العامة .

يؤديها عملاء المرفق العام ، أو فى اقتراحها ، أو مناقشتها ، فإن ما يجب لهذه الأسعار من احترام يرجع إلى أن السلطة العامة هى التى حددتها أو صدقت عليها . ٢ – وتكون لقوائم هذه الأسعار قوة اللائحة الإدارية وآثارها» . وقد حذف هذا النص فى لجنة مجلس الشيوخ «اكتفاء بالقواعد العامة» . والنص تطبيق للقواعد العامة [١] ، فيمكن إعمال حكمه بالرغم من حذفه» [٢] .

ويخلص من ذلك أن مصدر القوة الإلزامية للأسعار التى يتقاضاها الملتزم من عملاء المرفق ليس هو العقد بين الملتزم والعميل ، بل ليس هو العقد ما بين الملتزم والسلطة الإدارية أى عقد الالتزام ، وإنما هو السلطة الإدارية وحدها . ويستوى فى ذلك أن تكون السلطة الإدارية وضعت هذه الأسعار مبتدئة ، أو اقترحها الملتزم فصادقت عليها ، أو ناقشتها مع الملتزم ثم انتهت إلى إقرارها ، ففى جميع هذه الأحوال تعتبر السلطة الإدارية هى مصدر القوة الإلزامية لهذه الأسعار . ومن ثم تعتبر قوائم الأسعار من عمل السلطة الإدارية ، وتكون لها قوة اللائحة الإدارية وآثارها . ولا تقتصر هذه الآثار على العلاقة فيما بينها وبين الملتزم ، بل تجاوز ذلك إلى العلاقة فيما بين الملتزم وكل عميل ينتفع فعلا بالمرفق أو يستجد بعد ذلك [٣] .

ويترتب على هذا أن الأسعار لا تكون لها قوة ملزمة ، ولا يتقيد العميل بها ، إذا لم تقررها السلطة الإدارية أو تصادق عليها . فلو أن السلطة الإدارية قررت سعراً معيناً للخدمات التى يؤديها المرفق فى حدود مقررة بعقد الالتزام ، فلا يجوز للملتزم أن يدخل تعديلا على هذا السعر [٤] ، ولو لم يتعد بهذا التعديل الحدود المقررة بعقد الالتزام ، ما لم يحصل على تصديق السلطة الإدارية على هذا التعديل ، وقبل هذا التصديق لا يكون التعديل ملزماً لعملاء

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٧٧ فى الهامش وص ٨٠ فى الهامش .

(٢) وتنص المادة ٨٩٤ مدنى عراقى على أن «تعريفات الأسعار التى يجب أن يؤديها عملاء المرفق العام تستمد قوتها ونفاذها من وضع السلطة العامة لها أو تصديقها عليها» .

(٣) ويكون لهذه الأسعار صفة الرسوم (استئناف مختلط ٢٦ يونيه سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٣٢) .

(٤) ولو كان هذا التعديل فى الأسعار فى صورة حد أدنى لاستهلاك المشترك فى المياه فإن نزل الاستهلاك عن هذا الحد وجب على المشترك دفع الحد الأدنى ، وذلك لأن وضع حد أدنى للاستهلاك ينطوى على معنى زيادة السعر فيما إذا كان المشترك لم يستهلك الحد الأدنى المفروض (استئناف مختلط ٢٤ يناير سنة ١٩١٧ م ٣٩ ص ١٧٧) . ويعد تعديلا فى الأسعار لا يجوز إلا بموافقة الجهة الإدارية أن تجعل شركة المياه الأجر بحسب العداد بعد أن كان أجراً ثابتاً جزافياً (استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٠١) ، أو أن تطالب بتأمين من المشتركين بأجر جزافى (استئناف مختلط ٣١ مارس سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٨١) .

المرفق . وهذا هو المبدأ الذى سارت عليه محكمة الإسكندرية المختلطة [1]، وإن كانت محكمة الاستئناف المختلطة لم تقرها عليه [2]. وقد أكدت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فى صدد نص المادة ٩٠٧ من المشروع ، هذا المبدأ فى إسهاب، بعد أن استظهرت الخلاف ما بين محكمة الإسكندرية المختلطة ومحكمة الاستئناف المختلطة وأخذت بقضاء المحكمة الأولى ، فقالت : «يقرر هذا النص (م ٩٠٧ من المشروع) ما جرى عليه القضاء والفقه فى فرنسا من أن مصدر الالتزام فى قائمة الأسعار إنما يرجع إلى أن السلطة العامة هى التى حددتها أو صادقت عليها . وعلى هذا النحو يقطع المشروع برأى فى مسألة أثيرت أمام القضاء المصرى بمناسبة نزاع بين شركة مياه الإسكندرية وأحد عملائها : هل يجوز لملتزم المرفق العام ، دون أن يتعدى الحدود المقررة بعقد الالتزام ، أن يدخل على الأسعار تعديلا يلزم به الجمهور بغير حاجة لتصديق السلطة العامة ؟ وقد اختلفت وجهات النظر فى هذه المسألة بين محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة ومحكمة الاستئناف المختلطة، فقررت محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة بتاريخ ١٦ يونيه سنة ١٩٢٣ (جازيت ١٣ رقم ٣٣٣ ص ١٩٦) أنه لا يجوز للشركة أن تعدل فى قائمة الأسعار دون تدخل البلدية، إذ لابد من أن تراقب السلطة العامة التعديل الحاصل وتتبين مدى تمشيه مع الحدود المقررة بعقد الالتزام قبل أن تصدق عليه ، لأنه من جهة لا يجوز أن يترك للشركة وحدها تقرير ذلك ، كما أنه من جهة أخرى ليس لدى الجمهور من المستندات والوسائل ما يمكنه من التحقق من مشروعية هذا التعديل . على أنه يجوز مع ذلك أن تلجأ الشركة صاحبة الامتياز إلى القضاء، إذا ما رفضت السلطات العامة أن تصدق على تعديل مشروع . أما محكمة الاستئناف المختلطة فقد قررت بحكمها الصادر فى أول أبريل سنة ١٩٢٤ (جازيت ١٤ ص ٢١٧ رقم ٣٣٩) أنه لا يلزم تصديق جهة الإدارة على تعديل تجريه الشركة داخل الحدود المقررة بعقد الالتزام، إذ ليس من حقها رفض مثل هذا التعديل . إنما على أى حال تلتزم الشركة بأن تقدم للسلطة العامة كل البيانات اللازمة فيما يتعلق بسير المرفق العام وعلاقتها مع العملاء ، حتى تستطيع أن تستعمل جدياً حقها فى الرقابة وحماية المصلحة العامة . والمشروع يقر ضمناً رأى محكمة الإسكندرية المختلطة ولا يأخذ برأى محكمة الاستئناف المختلطة ، لأنه من المقرر الآن أن العقود التى تعقدها السلطات العامة لتنظيم المرافق العامة تختلف حتما من بعض النواحى عن العقود التى يعقدها الأفراد فيما بينهم ، وأن هناك مبادئ أساسية تكوّن ما يمكن أن نسميه بالقانون الطبيعى للمرافق العامة (ومحكمة الاستئناف المختلطة نفسها كثيراً ما رددت هذا المبدأ فى أحكامها : ٦ يونيه سنة ١٩٢٩ ب ٤١ ص ٤٤٩ – ١٠ يناير سنة ١٩٣٧ ب

---

(١) الإسكندرية المختلطة ١٦ يونيه سنة ١٩٢٣ جازيت ١٣ رقم ٣٣٣ ص ١٩٦ .

(٢) استئناف مختلط أول أبريل سنة ١٩٢٤ جازيت ١٤ رقم ٣٣٩ ص ٢١٧ .

٤٥ ص ١١٣ – ١١ مـــايو سنة ١٩٣ جـــازيت ٢٤ ص ٣١ نت ٢٥) . ومن بين هذه المبادئ الأساسية مبدأ أن الاحترام الواجب للأسعار التى يؤيها عملاء المرفق العام ، مهما كان تدخل المتلزم فى تحديدها أو مناقشتها ، إنما يرجع إلى إقرار السلطة العامة لها . وهو مبدأ مقرر فى فرنسا (چيز Jèze : النظرية العامة للعقود الإدارية الطبعة الثالثة الجزء الثانى ص ٥٥٦ – چوسران Josserand : عقد النقل ن ١٢٣ وما بعدها و ٢٣٥ وما بعدها، وقد طبقه مجلس الدولة مراراً (٢٧ ديسمبر سنة ١٩٠٥ شركة ترام بوردو : مجموعة أحكام مجلس الدولة ص ٩٩٧) وكذلك محكمة النقض الفرنسية (٢٨ ديسمبر سنة ١٨٩٦ سيريه ١٨٩٧ – ١ – ١٩٠) ، كما أنه مقرر أيضاً منذ الربع الأخير من القرن الماضى فى كل من القانونين الإنجليزى والأمريكى (انظر چوسران : عقد النقل ن ١١٧ – ١٢١)» [(١)].

١٧١ – الأسعار التى قررتها السلطة الإدارية لها قوة القانون ولا يجوز الاتفاق على ما يخالفها : رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٦٧١ مدنى تنص على أن «يكون لتعريفات الأسعار التى قررتها السلطة العامة قوة القانون بالنسبة إلى العقود التى يبرمها الملتزم مع عملائه، فلا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على ما يخالفها» . وهذا المبدأ مستفاد مما قدمناه من أنه إذا قررت السلطة العامة الأسعار أو صدقت عليها «تكون لقوائم هذه الأسعار قوة اللائحة الإدارية وآثارها»[(٢)] . فمتى استوفت الأسعار الشرط الأساسى، وهو إقرار السلطة الإدارية لها، كانت لها قوة القانون فى جميع العقود التى يبرمها الملتزم مع عملاء المرفق ، الحاليين منهم واللاحقين . ولا يجوز للمتعاقدين – الملتزم والعميل – أن يتفقا على سعر يخالف السعر الذى أقرته السلطة الإدارية ، لا بالزيادة ولا بالنقص . ولا يستثنى من ذلك إلا حالة واحدة، وهى التى نصت عليها الفقرة الثانية من المادة ٦٧٠ مدنى حيث تقول : «ولا تحول المساواة دون أن تكون هناك معاملة خاصة تنطوى على تخفيض الأجور أو الإعفاء منها ، على أن ينتفع بهذه المعاملة من يطلب ذلك ممن توافرت له شروط يعينها الملتزم بوجه عام . ولكن المساواة تحرم على الملتزم أن يمنح أحد عملائه ميزات يرفض منحها للآخرين» . فهنا نجد أنه يجوز الاتفاق على تخفيض السعر الذى قررته السلطة العامة ، بل يجوز الاتفاق على الإعفاء منه ، بشرط أن يكون ذلك لا لشخص معين بالذات ، بل لطائفة من الأشخاص توافرت فيهم شروط معينة. وسيأتى تفصيل ذلك [(٣)].

ويترتب على أنه لا يجوز الاتفاق على ما يخالف الأسعار التى قررتها السلطة العامة، أنه إذا انحرف المتعاقدان عن هذه الأسعار فاتفقا على ما يخالفها زيادة أو نقصاً ، كان الاتفاق

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٧٨ – ص ٧٩ فى الهامش .

(٢) انظر انفاً فقرة ١٦٩ فى أولها .

(٣) انظر ما يلى فقرة ١٧٦ .

باطلا ووجب التقيد بالأسعار المقررة . ومن باب أولى إذا وقع غلط فى تطبيق الأسعار المقررة، فزاد السعر أو نقص نتيجة لهذا الغلط عما هو مقرر ، لم يعتد بذلك ووجب تصحيح الغلط والرجوع إلى السعر المقرر . وقد رأينا الفقرة الأولى من المادة ٦٧٢ مدنى تقول فى هذا المعنى: «كل انحراف أو غلط يقع عند تطبيق تعريفة الأسعار على العقود الفردية يكون قابلا للتصحيح» .

فإذا وقع الانحراف أو الغلط ضد مصلحة العميل، بأن دفع هذا سعراً أزيد من السعر المقرر ، كان له أن يسترد الزيادة ، حتى لو كان هناك اتفاق على خلاف ذلك[1] . أما إذا وقع الانحراف أو الغلط ضد مصلحة الملتزم ، بأن دفع العميل سعراً أقل من السعر المقرر، كان للملتزم أن يستكمل من العميل ما نقص عن السعر المقرر ، ولو كان هناك اتفاق على خلاف ذلك . ويتقادم حق العميل فى استرداد الزيادة ، وكذلك حق الملتزم فى استكمال النقص ، بمضى سنة من وقت قبض الملتزم للأجرة التى وقع فيها انحراف أو غلط (1). وهذه الأحكام تقررها فى وضوح الفقرة الثانية من المادة ٦٧٢ مدنى إذ تقول كما رأينا : «فإذا وقع الانحراف أو الغلط ضد مصلحة العميل ، كان له الحق فى استرداد ما دفعه زيادة على الأسعار المقررة . وإذا وقع ضد مصلحة الملتزم بالمرفق العام ، كان له الحق فى استكمال ما نقص من الأسعار المقررة . ويكون باطلا كل اتفاق يخالف ذلك . ويسقط الحق فى الحالين بانقضاء سنة من وقت قبض الأجور التى لا تتفق مع الأسعار المقررة» .

١٧٢ – جواز إعادة السلطة الإدارية النظر فى الأسعار المقررة : قدمنا أن السلطة الإدارية لا تملك فحسب تقرير أسعار المرفق العام ، بل تملك أيضاً إعادة النظر فى هذه الأسعار وتعديلها بالزيادة أو بالنقص إذا وجد من الأسباب ما يستدعى ذلك . وقد نصت المادة ٢ من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتزامات المرافق العامة صراحة على ذلك إذ

---

(١) استئناف مختلط ٢٦ يونيه سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٣٢ .

(1) تنص المادة ٦٧٢ من القانون المدنى على أن «كل انحراف أو غلط يقع عند تطبيق الأسعار على العقود الفردية يكون قابلا للتصحيح فإذا وقع الانحراف أو الغلط ضد مصلحة العميل كان له الحق فى استرداد ما دفعه زيادة على الأسعار المقررة . وإذا وقع ضد مصلحة الملتزم بالمرفق العام كان له الحق فى استكمال ما نقص من الأسعار المقررة. ويكون باطلا كل اتفاق يخالف ذلك ، ويسقط الحق فى الحالتين بانقضاء سنة من وقت قبض الأجور التى لا تتفق مع الأسعار الملزمة، ومفاد هذا النص أنه لا يطبق إلا على العلاقة بين الملتزم والمنتفع وأن حكم التقادم المنصوص عنه فى المادة المذكورة استثناد من القواعد العامة فى التقادم لا يجوز التوسع فى تفسيره أو القياس عليه ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذ طبق حكم المادة ٦٧٢ من القانون المدنى على العلاقة بين المنتفع بالتيار الكهربائى والمجلس المحلى – وهو لا يعد ملتزما – يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون .

(جلسة ١٩٦٢/١١/٨ الطعن رقم ٢٩٣ لسنة ٢٧ ق س ١٣ ص ١٠٠٠)

تقول : «يكون لمانح الالتزام الحق فى إعادة النظر فى قوائم الأسعار عقب كل فترة زمنية ، مبنية على الأسس التى تحدد فى وثيقة الالتزام»[1] .

فإذا جدت ظروف تجعل الأسعار التى سبق أن قررتها السلطة الإدارية لا تكفى لمواجهة نفقات المرفق العام وما يكون للملتزم من حق مشروع فى جنى ربح معقول يتوقعه من استغلاله لرأس ماله فى إدارة المرفق ، وأخص هذه الظروف وأبرزها هى الظروف الطارئة التى تجعل إدارة المرفق بالإسعار الأصلية مرهقة للملتزم ، جاز للسلطة الإدارية أن تعيد النظر فى هذه الأسعار وتزيدها زيادة عادلة . وإذا جدت ظروف ، على العكس من ذلك ، تجعل الأسعار الأصلية من شأنها أن تحقق للملتزم أرباحاً تفوق الأرباح المعقولة التى كان يتوقعها ، جاز للسلطة الإدارية أن تعيد النظر فى الأسعار وتنقصها إلى الحد المعقول بحيث يستبقى الملتزم ربحاً عادلا لرأس المال الذى يستغله فى المرفق .

وسواء كان تعديل الأسعار بالزيادة أو بالنقص ، فإن هذا التعديل لا يسرى إلا من وقت إقرار السلطة الإدارية له ، لأن هذه السلطة هى كما قدمنا مصدر القوة الملزمة للأسعار. ومن وقت هذا الإقرار تسرى الزيادة أو النقص فى الأسعار على كل عميل يبرم عقداً جديداً مع الملتزم ، بل وتسرى بأثر فورى على كل عميل أبرم عقداً مع الملتزم قبل ذلك ما دام هذا العقد لا يزال سارياً[2] . فإذا كان عقد العميل مدته سنتان مثلا ، وبعد السنة الأولى أقرت السلطة الإدارية تعديلا فى الأسعار بالزيادة أو بالنقص ، سرى هذا التعديل على العميل فى السنة الثانية الباقية من العقد ، وسرى التعديل أيضاً فى كل عقد جديد يبرمه بعد ذلك . أما السنة الأولى التى انقضت ، فلا يسرى عليها التعديل بأثر رجعى ، ويدفع العميل للملتزم الأسعار الأصلية طوال هذه السنة على التعديل ، وإذا دفعها لم يسترد من الملتزم الزيادة ولم

---

(١) انظر آنفاً فقرة ١٦٥ – وتقول المذكرة الإيضاحية للقانون فى هذا الصدد : «إذا كان الالتزام عقد لمدة طويلة ، فإنه يتعذر منذ بدء الالتزام تحديد قوائم الأسعار على وجه ثابت لا يتغير ، وهذه القوائم هى التى تحدد جزاء الملتزم ، وهو عبارة عن إتاوات يأذن مانح الالتزام للملتزم بتحصيلها من الأفراد الذين ينتفعون بالمرفق العام . ومن الجائز بعد مضى وقت معين أن تصبح تلك الأسعار غير ملائمة للظروف الاقتصادية الراهنة ، إما لأنها لا تكون كافية لجزاء الملتزم ، وإما لأنها تنقلب عبئاً ثقيلا يهظ المنتفعين بالمرفق العام. وحرصاً على تلافى هذا التنافر وعلى الإقلال بقدر الإمكان مما يثيره هذا الموضوع غالباً من منازعات ، رؤى فى المادة الثانية تقرير مبدأ إعادة النظر الدورى فى الأسعار كقاعدة عامة ، وترك تحديد ضوابط تطبيقها التى تختلف بحسب طبائع الالتزامات إلى وثائق تلك الالتزامات . وبذلك يمكن تحقيق تناسب شبه آلى بين الأسعار والأحوال الاقتصادية العامة القائمة فى وقت معين ، ويكون ذلك التناسب تارة فى مصلحة المنتفعين إذا أدت تلك الإعادة إلى خفضها بسبب نقص تكاليف العمل عند القيام بها» .

(٢) يونار ص ٥٧٩ – ص ٥٨٠ .

يستكمل المتلزم منه النقص . وهذه الأحكام نصت عليها صراحة الفقرة الثانية من المادة ٦٧١ مدنى ، إذ تقول كما رأينا : «ويجوز إعادة النظر فى هذه القوائم (قوائم الأسعار) وتعديلها . فإذا عدلت الأسعار المعمول بها وصدق على التعديل ، سرت الأسعار الجديدة دون أثر رجعى من الوقت الذى عينه قرار التصديق لسريانها ، وما يكون جارياً وقت التعديل من اشتراطات فى المرفق العام يسرى عليه هذا التعديل من زيادة أو نقص فى الأجور وذلك فيما بقى من المدة بعد التاريخ المعين لسريان الأسعار الجديدة» .

٢ – استمرار المرفق العام وانتظامه ومسايرته للتطور

١٧٣ – واجب الملتزم الجوهرى : قدمنا أن الالتزام الجوهرى الذى يقع على عاتق الملتزم هو إدارة المرفق . ويتضمن ذلك أن يكفل للمرفق الاستمرار (continutié) والانتظام (régularité) والقابلية لمسايرة التطور (adaptabilité à l'évolution)[1] .

فلا يجوز أن تنقطع خدمات المرفق . فإذا كان مرفق مواصلات مثلا عن طريق السكة الحديدية أو الترام أو الأوتوبيس ، وجب على الملتزم أن يداوم على تسيير المرفق فلا تنقطع هذه المواصلات ويحرم منها المنتفعون بها . ولا يكفى تسيير المرفق باستمرار ، بل يجب تسييره أيضاً بانتظام ، بحيث تقوم المركبات فى مواعيدها المحددة وينتظم سيرها ، فلا يفاجأ عميل المرفق بأن خطا من خطوط المواصلات قد عطل أو أن مركبة لم تقم فى ميعادها. ويجب أخيراً أن يكون المرفق قابلا للتغيير بحيث يساير التطور . فإذا رأت الإدارة أن الضغط قد اشتد على المواصلات موضوع الالتزام ، جاز لها أن تعدل من نظام المرفق ، فتزيد عدد المركبات وتغير المواعيد وتعدل الأسعار ، بحيث تتمشى خدمات المرفق مع ما تقتضيه مصالح الجمهور المتطورة .

وإذا كان المرفق متعلقاً بتوزيع المياه أو الغاز أو الكهرباء ، وجب على الملتزم أن يكفل للعملاء استمرار توريد هذه المرافق فلا تتعطل ، وانتظامها فلا تختل [2] . ويجب أيضاً أن يكفل مسايرتها للتطور ، فإذا أعطيت شركة التزام إنارة إحدى المدن ، وكان الشائع وقت إعطائها الالتزام أن تكون الإنارة بالغاز ، ثم اقتضى التطور أن تكون الإنارة بالكهرباء ، جاز

---

(١) انظر آنفاً فقرة ١٥٩ وفقرة ١٦٣ .

(٢) ولا يجوز لشركة المياه أو الغاز أو النور أن تقطع عن المشترك التوريد من تلقاء نفسها، بل يجب أن تلجأ إلى القضاء فى ذلك (استئناف مختلط ٢٤ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٧٧ – يونيه سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٩٩) . ولا يجوز لها أن تمتنع عن أداء خدمة المرفق لأى شخص قام بالشروط اللازمة للانتفاع بهذه الخدمة ودفع الرسوم الواجبة (استئناف مختلط ٢٦ يونيه سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٣٢) .

للإدارة أن تعدل من نظام المرفق وتفرض على الشركة أن تكون الإنارة بالكهرباء . مع تعديل الأسعار بما يتفق مع تكاليف الإنارة الجديدة .

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يشتمل على نص يوجب على الملتزم أن يكفل الاستمرار فى أداد الخدمات التى يتكون منها المرفق ، بما يتضمنه معنى الاستمرار من معنى الانتظام ومعنى التطور . فكانت المادة ٩١٢ من المشروع تنص على ما يأتى : «على الملتزم بمرفق متعلق بتوزيع المياه أو الغاز أو الكهرباء أو القوى المحركة وما شابه ذلك أن يكفل الاستمرار فى أداء الخدمات التى يتكون منها المرفق ويكون مرتبطاً بذلك ، ليس إزاء الجهة التى منحته الالتزام وحدها ، بل إزاء كل شخص أبرم معه عقداً فردياً» . وقد حذف هذا النص فى لجنة مجلس الشيوخ «اكتفاء بالقواعد العامة وقواعد القانون الإدارى» [1] . ولما كان النص ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة ولمبادئ القانون الإدارى ، فإنه يعمل بأحكامه كما رأينا بالرغم من حذفه[2] .

١٧٤ – مسئولية الملتزم عن استمرار المرفق وانتظامه – نص قانونى : تنص المادة ٦٧٣ من التقنين المدنى على ما يأتى :

«١ – على عملاء المرافق المتعلقة بتوزيع المياه والغاز والكهرباء والقوى المحركة وما شابه ذلك أن يتحملوا ما يلازم أدوات المرافق عادة من عطل أو خلل لمدة قصيرة ، كهذا الذى تقتضيه صيانة الأدوات التى يدار بها المرفق» .

«٢ – وللملتزمى هذه المرافق أن يدفعوا مسئوليتهم عما يصيب المرفق من عطل أو خلل يزيد على المألوف فى مدته أو فى جسامته ، إذا أثبتوا أن ذلك يرجع إلى قوة قاهرة خارجة عن إدارة المرفق أو إلى حادث مفاجئ وقع فى هذه الإدارة دون أن يكون فى وسع أية إدارة يقظة غير مقترة أن تتوقع حصوله أو أن تدرأ نتائجه . ويعتبر الإضراب حادثاً مفاجئاً إذا استطاع الملتزم إقامة الدليل على أن وقوع الإضراب كان دون خطأ منه ، وأنه لم يكن فى وسعه أن يستبدل بالعمال المضربين غيرهم أو أن يتلافى نتيجة إضرابهم بأية وسيلة أخرى» [3] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٨٩ – ص ٩٠ فى الهامش .

(٢) وتنص المادة ٨٩٧ مدنى عراقى على أن «ملتزم المرفق المتعلق بتوزيع الماء أو الغاز أو الكهرباء أو القوى المحركة وما شابه ذلك ملزم بالاستمرار فى أداء الخدمات التى عهد بها إليه تجاه الحكومة وتجاه كل شخص أبرم معه عقداً فردياً» .

(٣) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى لمادة ٩١٤ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ،فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يتضمن فقرة أخيرة تجرى على الوجه الآتى : «ويكون باطلا كل شرط يعفى أو يحد من المسئولية المنصوص عليها فى المادة ٩١٢» . وفى لجنة المراجعة حذفت هذه الفقرة وأدخلت بعض تعديلات لفظية ، وصار رقم النص ٧٠٥ فى المشروع=

ويتبين من هذا النص أن الملتزم مسئول عن استمرار المرفق العام وانتظامه، لا بموجب العقد بينه وبين العميل فحسب ، ولا بموجب عقد الالتزام فحسب ، بل أيضاً بموجب نص القانون والمبادئ العامة المقررة فى القانون الإدارى . وتعتبر هذه المسئولية من النظام العام ، فلا يجوز الاتفاق على تخفيفها أو على الإعفاء منها . وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٦٧٣ مدنى سالف الذكر يشتمل على فقرة فى هذا المعنى تجرى على الوجه الآتى : «ويكون باطلا كل شرط يعفى أو يحد من المسئولية المنصوص عليها فى المادة ٩١٢» . والمادة ٩١٢ من المشروع التمهيدى التى يشير إليها النص هى التى كانت توجب على الملتزم الاستمرار فى أداء الخدمات التى يتكون منها المرفق ، وقد حذفت فى لجنة مجلس الشيوخ «اكتفاء بالقواعد العامة وقواعد القانون الإدارى»[1] . ويلاحظ أن الفقرة التى كان المشروع التمهيدى للمادة ٦٧٣ مدنى يشتمل عليها ، وهى الفقرة التى تقدم ذكرها ، قد حذفت فى لجنة المراجعة دون أن يذكر سبب الحذف [2] . ولا يرجع ذلك إلى حذف المادة ٩١٢ من المشروع التمهيدى ، فإن هذه المادة لم تحذف إلا فى لجنة مجلس الشيوخ . والظاهر أن النص قد سقط سهواً ، على أن سقوطه لا يغير من حكمه ، فإنه تقرير للقواعد العامة التى

= النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٠٤. وفى لجنة مجلس الشيوخ استبدلت فى الفقرة الثانية عبارة «حادثاً مفاجئاً» بعبارة «قوة قاهرة» الواردة فى عبارة «ويعتبر الإضراب قوة قاهرة» وذلك «لأن الإضراب ليس قوة قاهرة بل هو حادث مفاجئ» ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٦٧٣ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٨٨ – ص ١٠٢) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى القديم ، ولكن النص ليس إلا تطبيقاً «للمبادئ العامة فى المسئولية عن المقاولات المتعلقة بالمرافق العامة» (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٩٢) .

ويقابل النص فى **التقنينات المدنية العربية الأخرى** :

التقنين المدنى السورى م ٦٣٩ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٦٧٢ (مطابق ، فيما عدا أن نص التقنين الليبى يسقط العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية وهى «وأنه لم يكن فى وسعه أن يستبدل بالعمال المضربين غيرهم أو أن يتلافى نتيجة إضرابهم بأية وسيلة أخرى») .

التقنين المدنى العراقى م ٨٩٩ (موافق) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : لم ترد فيه نصوص فى الترام المرافق العامة .

(١) انظر آنفاً فقرة ١٧٢ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٩١ وص ٩٧ – وانظر آنفاً نفس الفقرة فى الهامش.

تقضى بأنه لا يجوز الاتفاق على مخالفة ما هو متعلق بالنظام العام [1].

فإذا وقع عطل أو خلل فى تأدية المرفق لخدماته ، فإن كان هذا العطل أو الخلل مألوفاً ولمدة قصيرة ، كما لو نشأ عن الصيانة المألوفة للأدوات التى يدار بها المرفق ، لم يعتبر هذا إخلالا من الملتزم بواجباته ولا محل لمسئوليته عن ذلك . وفى هذا المعنى تقول الفقرة الأولى من المادة ٦٧٣ مدنى سالفة الذكر كما رأينا : «على عملاء المرافق المتعلقة بتوزيع المياه والغاز والكهرباء والقوى المحركة وما شابه ذلك أن يتحملوا ما يلازم أدوات المرفق عادة من عطل أو خلل لمدة قصيرة ، كهذا الذى تقتضيه صيانة الأدوات التى يدار بها المرفق» .

أما إذا كان العطل أو الخلل يزيد على المألوف فى مدته أو فى جسامته ، فإن هذا يعد إخلالا من الملتزم بواجباته ، ويكون مسئولا عنه لاتجاه السلطة الإدارية فحسب، بل أيضاً تجاه عملاء المرفق . ولا يستطيع أن يدفع المسئولية عنه بإثباته أنه بذل عناية الشخص المعتاد فى إدارة المرفق ولم يرتكب خطأ أو تقصيراً ، فإن العطل أو الخلل الذى يزيد على المألوف هو ذاته الخطأ [2]. وأنما يستطيع دفع المسئولية بإثباته القوة القاهرة . والقوة القاهرة هنا أما أن تكون خارجة عن إدارة المرفق كأن تخرب غارة جوية فى أثناء الحرب أجهزة المرفق، وإما أن تكون داخلة فى إدارة المرفق كأن تتعطل الآلات أو تنفجر وتسمى القوة القاهرة فى هذه الحالة بالحادث المفاجئ كما أطلق عليها النص (م ٢/٦٧٣ مدنى) . وسواء كان الحادث قوة قاهرة أو حادثاً مفاجئاً ، فإنه يجب فى الحالتين ، وطبقاً للقواعد العامة ، أن يكون حادثاً غير متوقع الحصول ولا ممكن الدفع ، أو كما يقول النص «دون أن يكون فى وسع أية إدارة يقظة غير مقترة أن تتوقع حصوله أو أن تدرأ نتائجه» . وتطبيقاً لذلك يعتبر إضراب عمال المرفق حادثاً مفاجئاً – لا قوة قاهرة لأن الحادث داخل فى إدارة المرفق [3] – بشرط أن يثبت الملتزم «أن وقوع الإضراب كان دون خطأ منه ، وأنه لم يكن فى وسعه أن يستبدل

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص الفقرة المحذوفة : «أما الفقرة الرابعة فالحكمة فى وضعها ظاهرة ، وهى تبدو من قراءة أسباب حكم محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة فى ١٦ يونيه سنة ١٩٢٣ (جازيت ١٣ ص ١٩٦ ن ٣٣٣) فى النزاع الذى كان قائماً بين بلدية الإسكندرية وشركة مياه الإسكندرية . فقد جاء فى أسباب هذا الحكم أن الجمهور لا يستطيع مناقشة الشروط المجحفة الواردة فى العقود المطبوعة التى تفرضها شركات الاحتكار ، وليس له خيار فى القبول أو الرفض، إذ الأمر يتعلق بمرفق حيوى تحتكره الشركة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٩٣ – ٩٤).

(٢) ومن باب أولى يكون الملتزم مسئولا إذا ارتكب خطأ (قرب نقض مدنى ١٧ مايو سنة ١٩٥٦ المحاماة ٣٧ رقم ٣٢٢ ص ٦٧٣) . وانظر أيضاً : استئناف مختلط ٢٥ أبريل سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٠٨ – ١٠ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٩٨ – ٧ فبراير سنة ١٨٩٥م ٧ ص ١١٨ – ٦ أبريل سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٣٢ – ٢ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٢٦ – ٢١ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٤١.

(٣) انظر آنفاً نفس الفقرة فى الهامش .

بالعمال المضربين غيرهم أو أن يتلافى نتيجة إضرابهم بأية وسيلة أخرى» (م ٢/٦٧٣ مدنى)[١] . فيجب إذن ألا يكون هناك خطأ من جانب الملتزم تسبب عنه الإضراب ، فإذا ثبت أنه لم يف بالتزاماته نحو العمال أو تعسف فى فصل بعضهم ونجم الإضراب عن ذلك، لم يكن هذا حادثاً مفاجئاً يدفع مسئولية الملتزم . ويجب كذلك أن يثبت الملتزم أن الإضراب كما لا يستطيع أن يدرأ نتائجه ، فإذا تبين أنه كان يستطيع أن يستبدل بالعمال المضربين عمالا آخرين يستمرون فى إدارة المرفق ، أو كان يستطيع إدارة المرفق بآلات فى متناوله تغنيه عن العمال المضربين ، أو كان يستطيع تقصير مدة الإضراب بما يصطنعه من يقظة وحزم فى معالجة الموقف ، أو كان يستطيع تلافى نتيجة الإضراب بأية وسيلة أخرى ، كان مسئولا بمقدار ما كان يستطيع تلافيه من ضرر ولم يفعل [٢] .

٣ – المساواة بين العملاء

١٧٥ – نص قانونى : تنص المادة ٦٧٠ من التقنين المدنى على ما يأتى :

«١– إذا كان ملتزم المرفق محتكراً له احتكاراً قانونياً أو فعلياً ، وجب عليه أن يحقق المساواة التامة بين عملائه سواء فى الخدمات العامة أو فى تقاضى الأجور» .

«٢ – ولا تحول المساواة دون أن تكون هناك معاملة خاصة تنطوى على تخفيض الأجور أو الإعفاء منها ، على أن ينتفع بهذه المعاملة من يطلب ذلك ممن توافرت فيه شروط يعينها الملتزم بوجه عام . ولكن المساواة تحرم على الملتزم أن يمنح أحد عملائه ميزات يرفض منحها للآخرين .

---

(١) الإسكندرية الجزئية المختلطة ١٠ يناير سنة ١٩٢٠ جازيت ١٠ رقم ٧٠ ص ٤٨ .

(٢) وقد قضت محكمة مصر الوطنية بأنه يطلق فى القانون كلمة «حادث جبرى أو قوة قاهرة» على كل حادث مستقل عن إرادة المدين ولم يكن فى وسعه توقعه أو مقاومته. فالحادث يجب أن يكون غير ممكن توقعه ومما لا تمكن مقاومته وليس فى وسع المدين دفع وقوعه أو تلافيه ، ويدخل فى هذا أيضا عدم التغلب على نتائج عند وقوعه . وفى الحالة الأولى لا يستطيع المدين منع حصول الحادث ، وفى الحالة الثانية لا يستطيع التخلص من نتائجه . وقد نص التقنين المدنى فى المادة ٦٧٣ على أن الملتزمى المرافق أن يدفعوا مسئوليتهم عما يصيب المرفق من عطل أو خلل يزيد على المألوف فى مدته أو فى جسامته إذا أثبتوا أن ذلك يرجع إلى قوة قاهرة خارجة عن إدارة المرفق أو إلى حادث مفاجئ وقع فى فترة الإدارة دون أن يكون فى وسع أية إدارة يقظة غير مقترة أن تتوقع حصوله أو أن تدرأ نتائجه . ويعتبر المدين مسئولا إن كان من الممكن توقع ما اعترضه من صعاب واتخاذ التدابير اللازمة لملافاتها ، وكذلك إن لم يعمل كل ما كان يجب عليه للتغلب على الصعاب التى اعترضته (مصر الوطنية ٢ يناير سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٣ رقم ٢٠٠ ص ٣٠١) – وانظر محمد كامل مرسى فقرة ٦٩٢ ص ٦٠٠ .

«٣ – وكل تمييز يمنح على خلاف ما تقضى به الفقرة السابقة يوجب على الملتزم أن يعوض الضرر الذى قد يصيب الغير من جراء ما يترتب على هذا التمييز من إخلال بالتوازن الطبيعى فى المنافسة المشروعة» (١).

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى القديم . ولم يسبق للقضاء فى عهد هذا التقنين أن قرر مبدأ المساواة بين العملاء بصفة قاطعة ، كما يظهر ذلك من المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فيما سيجئ (٢) . ولكن مبدأ المساواة بين العملاء مقرر فى القواعد العامة للقانون الإدارى .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٦٣٦ – وفى التقنين المدنى الليبى م ٦٦٩ . وفى التقنين المدنى العراقى م ٨٩٣ – ولا مقابل للنص فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى (٣) .

١٧٦ – تقرير مبدأ المساواة : يغلب أن يكون ملتزم المرفق العام محتكراً للمرفق، إما احتكار قانونياً (monopole) بأن يكون هو وحده الذى يدير المرفق ويستغله بموجب عقد الالتزام ، وإما احتكاراً فعلياً (privilège) بأن تتعهد السلطة الإدارية ألا تمنح لغيره من المنافسين له التسهيلات التى تمنحها إياه كالترخيصات اللازمة والإعانات وما إلى ذلك(٤) .

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ٩١١ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وفى لجنة المراجعة أدخلت تعديلات لفظية. وأصبح رقم النص ٦٩٩ فى المشروع النهائى . وفى لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب عدلت الفقرة الثالثة بإضافة كلمتى «غير مشروع» فأصبحت العبارة كما يأتى : «وكل تمييز غير مشروع لمصلحة أحد العملاء ...» «لأن هناك حالة يكون التمييز فيها مشروعاً فلا يوجب التعويض» . ووافق مجلس النواب على النص كما عدلته لجنته تحت رقم٦٩٨. وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة «غير مشروع لمصلحة أحد العملاء» الواردة فى صدر الفقرة الثالثة . واستعيض عنها بعبارة «يمنح على خلاف ما تقضى به الفقرة السابقة» . لكى يكون واضحاً أن التمييز المقصود هو الذى يقع مخالفاً لأحكام الفقرة السابقة» ، وأصبح النص بذلك مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، وصار رقمه ٦٧٠ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٧٦ – ص ٨٣) .

(٢) انظر ما يلى فقرة ١٧٦ فى الهامش .

(٣) **التقنينات المدنية العربية الأخرى** :

التقنين المدنى السورى : م ٦٣٦ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى : م ٦٦٩ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى : م ٨٩٣ (موافق) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى لم ترد فيه نصوص فى التزام المرافق العامة .

(٤) انظر آنفاً فقرة ١٦٣ .

فإذا كان الملتزم محتكراً للمرفق احتكاراً قانونياً أو فعلياً ، فإن الأفراد لا يستطيعون أن يتعاقدوا مع غيره للحصول على خدمات المرفق . وينجم عن ذلك موقف يجب أن يحمى فيه المنتفعون بالمرفق من تحكم الملتزم وإيثاره بعضهم على بعض ، إما عن طريق أداء خدمات المرفق وإما عن طريق تخفيض الأجور المقررة . ومن ثم كان من المبادي الأساسية المقررة فى القانون الإدارى أن الملتزم يجب عليه «أن يحقق المساواة التامة بين عملائه ، سواء فى الخدمات العامة أو فى تقاضى الأجور» (م ٦٧٠/مدنى) .

وأى تمييز فردى يؤثر به الملتزم أحد العملاء ، كأن يؤدى له قدراً أكبر من الخدمات مما يؤديه لسائر المنتفعين ، أو أن يتقاضى منه أجراً أقل من السعر المقرر فى حين أنه يتقاضى السعر المقرر من سائر المنتفعين ، يكون تمييزاً غير مشروع . ولما كان هذا التمييز من شأنه أن يخل بالتوازن الطبيعى فى المنافسة المشروعة ، إذ هو يمنح شخصاً ميزة فى استعمال المرفق العام لا تتاح لغيره من المنافسين له فى تجارته أو فى صناعته ، فإن هؤلاء المنافسين يضارون بسبب هذا التمييز . ومن ثم يحق لهم أن يرجعوا على الملتزم بتعويض الضرر الذى أصابهم من جراء ذلك ، كما يحق لهم إجبار الملتزم على أن ينفذ التزامه من وجوب مراعاة المساواة بين جميع العملاء تنفيذاً عينياً ، فيكف عن إيثار بعض العملاء وتمييزهم عن الآخرين تمييزاً غير مشروع . والمقصود بالتمييز غير المشروع هو التمييز الذى يمنح على خلاف ما تقضى به المادة ٢/٦٧٠ مدنى سالفة الذكر ، وهى تحرم على الملتزم أن يمنح أحد عملائه بصفة شخصية ميزات يرفض منحها للآخرين ، وسيأتى بيان ذلك [١] . وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٦٧٠ مدنى صراحة على هذا الحكم كما رأينا ، إذ تقول : «وكل تمييز يمنح على خلاف ما تقضى به الفقرة السابقة (الفقرة الثانية من المادة ٦٧٠ مدنى) يوجب على الملتزم أن يعوض الضرر الذى قد يصيب الغير من جراء ما يترتب على هذا التمييز من أخلال بالتوازن الطبيعى فى المنافسة المشروعة» .

ومبدأ المساواة بين العملاء هو كما قدمنا من المبادئ المقررة فى القانون الإدارى، وهو مبدأ مقرر وثابت منذ أمد طويل فى البلاد الصناعية بوجه خاص . وكان من المظاهر الأولى لتدخل السلطة الإدارية فى تنظيم المرافق العامة حتى تحقق المساواة التامة بين المنتفعين . ولم يسبق للقضاء المصرى فى عهد التقنين المدنى القديم أن قرره بصفة قاطعة [٢]، فأورد فيه

---

(١) انظر ما يلى فقرة ١٧٧ .

(٢) ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يجوز لشركة المياه أن تفرض على عميل لها طريقة الاشتراك بالعداد أو طريقة الاشتراك بمبلغ جزافى ، وإلاكان فى ذلك إخلال بمبدأ المساواة بين العملاء ، والعميل هو الذى يختار بين الطريقتين (استئناف مختلط ٢٦ يونيه سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٣٢).

التقنين المدنى الجديد نصاً واضحاً كما رأينا حتى يمتنع أى شك فى وجوب تطبيقه [1].

١٧٧ - ما يرد على مبدأ المساواة من استثناء : ويستثنى من مبدأ المساواة المتقدم الذكر أن يمنح الملتزم طائفة من الأشخاص معاملة خاصة تنطوى على تخفيض الأجور أو الإعفاء منها . ولكن يشترط لصحة ذلك ألا تمنح هذه الميزات لأشخاص بذواتها ، بل لمجموعة من الأشخاص تتوافر فيها شروط معينة ، على أن ينتفع بالميزات الممنوحة كل من

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : «يقرر هذا النص مبدأ المساواة بين العملاء ، وهو مبدأ لم يسبق للقضاء المصرى أن قرره بصفة قاطعة ، وإن كانت محكمة الاستئناف المختلطة قد أشارت إليه فى بعض أحكامها (٢٥ مايو سنة ١٨٩٩ ب ١١ ص ٢٤٩ - ٢٦ يونيه سنة ١٩١٨ ب ٣٠ ص ٤٩٩) . فقد حكمت مثلا بأنه لا يجوز للشركة التى تتولى مرفقاً عاماً أن ترفض طلبات الاشتراك المقدمة من الجمهور ، أو أن تنهى اشتراكات قائمة ، إلا بناء على أسباب جدية» . كذلك قررت أنه على الملتزم بمرفق متعلق بتوزيع الغاز أو الكهرباء ، أن يؤدى خدماته لكل من يطلبها على طول خطوط توزيع الغاز أو الكهرباء . على أن المبدأ مقرر ثابت منذ أمد طويل فى البلاد الصناعية الهامة ، وربما كان من أول مظاهر تدخل السلطات فى تنظيم المرافق من طور التنظيم الحر إلى تنظيم تشرف عليه السلطة العامة ، فتتولى على الأخص وضع قوائم الأسعار، وتراعى فيها المساواة التامة بين العملاء ، سواء فى الخدمات أو فى تقاضي الأجور . وقد طبق هذا المبدأ أولا فى شركات السكك الحديدية . فقد كانت هذه الشركات فى الولايات المتحدة تفرق فى المعاملة بين عملائها ، مما أدى إلى إصدار قانون ٤ فبراير سنة ١٨٨٧ الذى أنشأ مجلساً كان من أول واجباته القضاء على هذه المفارقات. وفى سنة ١٩٠٦ منح هذا المجلس سلطات واسعة فيما يتعلق بتحديد الأسعار ومنع أى تمييز فى المعاملة ، على أن يباشر سلطته هذه تحت رقابة القضاء . وعلى هذا النمط انشئت فى ولايات الاتحاد الأمريكى مجالس تتولى الإشراف على المرافق العامة وتحديد الأسعار ، تحت إشراف السلطة القضائية . كذلك أنشأ قانون ٢١ يوليه سة ١٨٧٣ فى انجلترا مجلساً للسكك الحديدية يتولى تنظيم قوائم الأسعار مع العناية بمنع الميزات غير المشروعة التى تمنحها الشركات لبعض العملاء . كما أنه فى فرنسا يعتبر القضاء الفرنسى هذا المبدأ من المبادئ الأساسية، فلا يجيز للملتزم المرفق العام أن يستغل احتكاره ليميز بعض العملاء على الآخرين ويخل بذلك بالمنافسة الحرة . وكثيراً ما قررت عقود الالتزام ذلك صراحة فى فرنسا ، وحكم القضاء بالتعويض فى حالة الأخلال بالمبدأ (جوسران Josserand عقد النقل الطبعة الثانية ١٩٢٦ ن ١٨٠ و ٢٢٥) ، وأيدت محكمة النقض الفرنسية هذا القضاء فى كثير من أحكامها (١٩ يونيه سنة ١٨٥٠ داللوز ١٨٥٠ - ١ - ١٩٧ و ٧ يوليه سنة ١٨٥٢ داللوز ١٨٥٢-١-٢٠٤ و ٣١ ديسمبر سنة ١٨٦٦ داللوز ١٨٦٧-١٥٦ و ٢١ أبريل سنة ١٨٦٨ داللوز ١٨٦٨ - ١ - ٢٢٢ و ١٨ يناير سنة ١٨٧٠ داللوز ١٨٧٠ - ١ - ٢٦٧ و ٣ فبراير سنة ١٨٧٠ داللوز ١٩٧١ - ١ - ٢٦٩) . ولم تعتد الأحكام المختلفة كثيراً بالصعوبة القائمة من حيث تقرير الضرر الواقع فى هذه الحالة ، بل إن بعضها قرر وجوب حل هذا الإشكال على حساب الشركة لأنها تسببت فى الضرر (استئناف باريس ١٣ أبريل سنة ١٨٦٧ داللوز ١٨٦٩ - ١ - ٣٧٢) على أن المبدأ لم يقتصر على مرفق السكة الحديدية ، بل امتد إلى كل التزامات المرافق العامة ، وأصبح مقرراً أن من واجب الملتزم ، كما من واجب السلطة التى تمنح الامتياز، أن تحقق المساواة التامة بين العملاء» (مجموعة الأعمال التضحيرية ٥ ص ٧٨ - ٨١) .

يطلب ذلك ممن توافرت فيه هذه الشروط . مثل ذلك أن يمنح الملتزم بطريق من طرق المواصلات تخفيضاً فى الأجور لتلاميذ المدارس وطلبة المعاهد العلمية . ومثل ذلك أيضا أن تمنح شركة السكة الحديدية الإعفاء من دفع الأجر لموظفيها أو لمن يستوفى شروطاً معينة من هؤلاء الموظفين . وواضح أن الاستثناء على هذا الوجه استثناء ظاهرى، فتخفيض الأجر أو الإعفاء منه لا يمنح لشخص أو لأشخاص بالذات مما يخل بالمساواة بين العملاء ، وإنما يمنح لمجموعة من الأشخاص لا تتعين بذواتها بل بشروط معينة تتوافر فيها ، وهذا ليس من شأنه أن يخل بالمساواة بين عميل بالذات وعميل آخر . وكأن الملتزم يتقاضى أجرين، أجراً مخفضاً من مجموعة من الأشخاص لا يميز فيهم بين شخص واخر ، وأجراً عادياً من بقية الناس لا يميز أيضاً فيهم بين شخص وآخر ، وهذا كله دون أن يجاوز الحد الأقصى للأسعار التى قررتها السلطة الإدارية [1] .

وقد أكدت الفقرة الثانية من المادة ٦٧٠ مدنى سالفة الذكر أن تخفيض الأجور أو الإعفاء منها على هذا الوجه لا يخل بمبدأ المساواة ، فقالت كما رأينا : «ولا تحول المساواة دون أن تكون هناك معاملة خاصة تنطوى على تخفيض الأجور أو الإعفاء منها، على أن ينتفع بهذه المعاملة من يطلب ذلك ممن توافرت فيه شروط يعينها الملتزم بوجه عام . ولكن المساواة تحرم على الملتزم أن يمنح أحد عملائه ميزات يرفض منحها للآخرين» .

٤ – الجزاء

١٧٨ – الجزاء المدنى : بين العميل والملتزم عقد مدنى كما قدمنا ، يرتب للعميل حقوقا ذاتية (droits subjectifs) تجاه الملتزم هى ألا يدفع أكثر من الأجر الذى قررته السلطة الإدارية فى حدود القانون ونظام المرفق العام ، وأن يكفل له الملتزم استمرار خدمات المرفق وانتظامها ومسايرتها للتطور ، وأن يحقق له المساواة التامة بينه وبين سائر عملاء المرفق. بل إن هذه الحقوق الذاتية يستمدها العميل ، ليس فحسب من العقد المبرم بينه وبين الملتزم، بل أيضاً من عقد الالتزام المبرم بين الملتزم والسلطة الإدارية ، ثم من القوانين التى تنظم التزام المرافق العامة ، ومن المبادئ العامة المقررة فى القانون الإدارى [2] . وليس غريباً أن يستمد

---

(١) وفى قضية تعهدت شركة غاز بأن تورد الغاز لمصالح الحكومة بسعر أقصى يجوز تخفيضه. وهذا السعر أقل من السعر الأقصى الذى تعهدت أن تورد به الغاز للجمهور . وقد خفضت الشركة السعر الذى تورد به الغاز للجمهور حتى أصبح أقل من السعر الذى تورد به لمصالح الحكومة ، فقضى بأنه لا يجوز للحكومة أن تطلب تخفيضاً مماثلا أو أى تخفيض للسعر الذى تدفعه للشركة (استئناف مختلط ٣ يونيه سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٣١٣) .

(٢) استئناف مختلط ١٧ مايو سنة ١٨٩١ م ٦ ص ٣٣٩ – ٣٢٥ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٦٥ – =

الشخص حقاً ذاتياً من نظام مقرر ومن لوائح وقوانين معينة بل ومن مبادئ القانون بوجه عام، ويكون هذا الحق الذاتى ليس مصدره العقد بل القانون . ومن ثم يمكن القول بأن لعميل المرفق حقوقاً ذاتية كما قدمنا مصدرها العقد ، وعند سكوت العقد يكون مصدرها القانون .

وعلى أساس هذا الحق الذاتى يجوز لعميل المرفق أن يرفع دعوى أمام القضاء المدنى يطالب فيها الملتزم بحقه ، وفقاً للقواعد العامة المقررة فى القانون المدنى[1] .

فيجوز له أولا أن يطلب التنفيذ العينى . فإذا كان يدفع أجراً لخدمات المرفق يزيد على الأجر القانونى ، جاز له أن يطلب إنقاص الأجر إلى الحد المسموح به قانوناً واسترداد ما دفعه زائداً على ذلك مع الفوائد بالسعر القانونى من وقت المطالبة القضائية بها . وإذا كان عميلا لمرفق من مرافق النور أو الغاز أو المياه ، وانقطعت عنه خدمات المرفق ، جاز له أن يطالب الملتزم بأن يعيد له توريد النور أو الغاز أو المياه باستمرار وفى انتظام وفقاً لما يقضى به نظام المرفق. وإذا عطل ملتزم مرفق المواصلات خطاً من الخطوط أو غير مواعيده مما لا يتفق مع نظام المرفق، وكان العميل مشتركاً فى هذا الخط ، جاز له أن يطالب الملتزم بإعادة الخط أو بإرجاع المواعيد إلى أصلها حتى تتفق مع ما يقضى به نظام المرفق . وإذا أخل الملتزم بواجب المساواة بين العميل وسائر العملاء ، جاز للعميل أن يطالب الملتزم بالكف عن هذا الإخلال

= وانظر يونار – ص ٥٧٧ – ص ٥٧٩ حيث ينتقد الفكرة المدنية القائمة على نظرية الاشتراط لمصلحة الغير.

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه وأن كثر الجدل القانونى فى تحديد علاقة المنتفع بصاحب الامتياز ، فالمحكمة ترى أنها علاقة تحكمها شروط عقد الامتياز بحيث يجوز للمنتفع مقاضاة صاحب الامتياز إذا ما هو أخل شروطه التى تمس مصلحة المنتفع مباشرة وكان أصابه ضرر شخصى من هذا الإخلال . ولا يعترض على ذلك بأن السلطة المانحة هى وحدها التى تملك حق المدافعة عن حقوق الأفراد باعتبارها الهيئة المهيمنة على المصلحة العامة ، وأنها دون سواها صاحبة الحق فى الإشراف على إدارة المرفق بموجب عقد الامتياز الذى تبرمه مع صاحبه ، فأن هذا الاعتراض إذا صح فإنما يصح بالنسبة إلى شروط العقد العامة التى لا تمس حقوق المنتفعين الشخصية المستمدة من هذا العقد . أما ما يمس منها هذه الحقوق ، فللمنتفع المضرور حق التمسك ومطالبة صاحب الامتياز بتعويضه عن الضرر الذى يناله من جراء الأخلال بها . ومرجع ذلك هو أن للسلطة المانحة فى تعاقدها مع صاحب الامتياز صفة مزدوجة ، صفة إدارية فيما تعقده خاصاً بمصلحتها كجهة حكومية وذلك فى حدود قانون الدولة الإدارى ، وصفة مدنية فيما تعقده خاصاً بمصلحة المنتفع بطريق الإنابة العامة المفترضة عنه. وللمنتفع باعتباره أصيلا حق التمسك بشروط التعاقد الماسة بمصلحته، والاعتراض على تعديلها إذا أصابه ضرر من ذلك ما لم تسبقه موافقة السلطة المانحة على هذا التعديل» (استئناف مصر ٤ مارس سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٢ رقم ٢٨٧ ص ١١٢٦) – وانظر محمد كامل مرسى فقرة ٦٩٢ ص ٦٠٠ – ص ٦٠١ .

وبإعادة المساواة على الوجه الذى يقضى به القانون . ويجوز الالتجاء ، للوصول إلى التنفيذ العينى ، إلى طريقة التهديد المالى (١) .

ويجوز للعميل ثانياً أن يطالب بالتعويض عن كل ضرر أصابه من جراء الإخلال بحقوقه المتقدم ذكرها . فيطلب تعويضاً عن الضرر الذى أصابه تعطيل خط المواصلات ، وتعويضاً عن الضرر الذى أصابه من جراء الإخلال بالمساواة بينه وبين عملاء المرفق الآخرين . وهناك نص صريح فى هذا المعنى فى صدد التعويض من جراء الإخلال بالمساواة ، فقد رأينا الفقرة الثالثة من المادة ٦٧٠ مدنى تنص على ما يأتى : «وكل تمييز يمنح على خلاف ما تقضى به الفقرة السابقة يوجب على الملتزم أن يعوض الضرر الذى قد يصيب الغير من جراء ما يترتب على هذا التمييز من إخلال بالتوازن الطبيعى فى المنافسة المشروعة» .

ويجوز للعميل أخيراً أن يطلب فسخ العقد بينه وبين الملتزم ، وفقاً للقواعد العامة المقررة فى فسخ العقود ، وتقدر المحكمة وجاهة هذا الطلب. ولكن يندر أن يلجأ العميل إلى طلب الفسخ، لأن الخدمات التى يقدمها له الملتزم خدمات ضرورية له ، والملتزم هو المحتكر لها إما احتكاراً قانونياً أو احتكاراً فعليا. من ثم يكون الغالب هو أن يطلب العميل تنفيذ العقد تنفيذاً عينياً ، مع التعويض عن الضرر .

١٧٩ – الجزاء الإدارى – قضاء الإلغاء : وهناك إلى جانب الجزاء المدنى جزاء إدارى، تقرر القواعد العامة فى قضاء الإلغاء فى القانون الإدارى (٢) . فإذا صدر من السلطة الإدارية قرار إدارى متعلق بتنظيم المرفق ويكون مخالفا للقانون ، جاز لكل ذى مصلحة – وليس من الضرورى أن يكون للطالب حق ذاتى بل يكفى مجرد المصلحة ولو كانت مصلحة أدبية – أن يطعن فى هذا القرار المخالف للقانون بالإلغاء أمام القضاء الإدارى ، مثل ما نصت عليه المادة ٣ من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتزامات المرافق العامة من أنه «لا يجوز أن تتجاوز حصته الملتزم السنوية فى صافى أرباحج استغلال المرفق العام عشرة فى المائة من رأس المال الموظف والمرخص به من مانح الالتزام . وذلك بعد خصم مقابل استهلاك؛ رأس المال» وما زاد على ذلك من صافى الأرباح يستخدم أولا فى تكوين احتياطي خاص للسنوات التى تقل فيها الأرباح عن عشرة فى المائة . وتقف زيادة هذا الاحتياطى متى بلغ ما يوازى عشرة فى المائة من رأس المال. ويستخدم ما يبقى من هذا الزائد فى تحسين وتوسيع المرفق العام أو فى

---

(١) ولكن ليس للعميل أن يلزم الإدارة بالدفاع عن وجهة نظره ، وإنما يكون له هو الحق فى مقاضاة الملتزم مباشرة والمطالبة بحقوقه على الوجه الذى يراه (استئناف مختلط ٢٦ يونيه سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٣٢).

(٢) بونار ص ٥٨٠ – ص ٥٨١ .

خفض الأسعار حسبما يرى مانح الالتزام . «فلو أن قرارا من السلطة الإدارية خول للملتزم أن يجاوز صافى أرباحه عشرة فى المائة من رأس المال. كان هذا القرا باطلا لمخالفته للقانون . ويجوز لعميل المرفق أن يطعن فى هذا القرار بالإلغاء القضاء الإدارى. ومصلحته فى ذلك أن ما زاد عن صافى أرباح الملتزم على الحد القانونى ينتقص مما يخصص فى تحسين المرفق الام أو فى خفض الأسعار . وكل من تحسين المرفق وخفض أسعاره يعود عليه بالنفع.

ويجوز أن يكون القرار الإدارى المخالف للقانون والذى يطعن فيه العميل قرارا سلبياً أى أن السلطة الإدارية تمتنع عن اتخاذ الاجراءات القانونية الواجبة عندما يطلب إليها العميل ذلك، فيصح مثلا ألا تعيد السلطة الإدارية النظر فى قوائم أسعار المرفق عقب كل فترة زمينة لتنظر فى تعديلها لمصلحة المنتفعين بالمرفق . كما تنص المادة ٢ من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتزامات المرافق العامة إذ تقول «يكون لمانح الالتزام الحق فى إعادة النظر فى قوائم الأسعار عقب كل فترة زمنية بنية على الأسس التى تحدد فى وثيقة الالتزام» . فيستطيع العميل أن يتقدم إلى السلطة الإدارية مانحة الالتزام بإعادة النظر فى قوائم الأسعار، فإذا امتنعت عن ذلك كان هذا قراراً سلبياً يجوز للعميل أن يطعن فيه بالإلغاء أمام القضاء الإدارى لمخالفته للقانون . ويصح أيضاً أن يكون مرفق المواصلات قد تطور ، فأصبح من الواجب زيادة عدد الخطوط ، أو تعديل المواعيد ، أو استبدال مركبات حديثة بمركبات قديمة ، أو استبدال مركبات «الترولى باس» بمركبات الترام فى بعض الخطوط أو كلها ، أو غير ذلك مما يجعل إدارة المرفق تساير مقتضيات التطور . فيجوز فى هذه الحالة للعميل أن يتقدم للسلطة الإدارية مانحة الالتزام طالباً إليها أن تجعل الملتزم يدخل هذه التعديلات ، ومصلحة العميل فى ذلك ظاهرة . فإذا امتنعت السلطة الإدارية عن اتخاذ الإجراءات اللازمة مع الملتزم لتحقيق هذا الغرض ، كان امتناعها قراراً سلبياً يجوز للعميل أن يطعن فيه بالإلغاء أمام القضاء الإدارى لمخالفته للقانون .

١٨٠ – متى يكون للعميل صفة فى التقاضى : وحتى يستطيع العميل التقاضى على النحو الذى قدمناه ، يجب أن تكون له صفة . ففى التقاضى أمام المحاكم المدنية للمطالبة بالتنفيذ العينى أو بالتعويض أو بالفسخ ، يجب أن يكون له حق ذاتى (droit subjectlf)، وينشأ هذا الحق من العقد المبرم بينه وبين الملتزم أو من عقد الالتزام أو من القوانين التى تنظم التزام المرافق العامة كما سبق القول . وفى التقاضى أمام القضاء الإدارى للمطالبة بإلغاء القرار الإدارى الباطل ، لا يلزم أن يكون له حق ذاتى ، بل يكفى أن تكون له مصلحة جدية ولو كانت هذه المصلحة أدبية كا أسلفنا .

ولا يجوز فى الحالتين للعميل أن يقاضى إلا للدفاع عن مصلحته الشخصية، فليس له باسم جمهور العملاء أن يرفع دعوى ويدافع فيها عن مصالحهم المشتركة . وقد كان

المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يتضمن نصاً فى هذا المعنى ، فكانت المادة ٩١٣ من هذا المشروع تنص على ما يأتي : «١ – ليس للعميل الذى تعاقد مع ملتزم المرفق، إذا تعطلت خدمات هذا المرفق أو اختلت ، أن يقاضى الملتزم إلا للدفاع عن مصلحته الشخصية . ٢ – ولا يجوز له باسم جمهور العملاء أن يرفع دعوى ويدافع فيها عن مصالحهم المشتركة» [١] . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : «يقرر هذا النص المبدأ الذى أخذت به محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة (٢٧ مايو سنة ١٩٢٢ جازيت ١٢ ص ١٨٥ ن ٣١٨) وأيدتها فيه محكمة الاستئناف المختلطة (٢٥ يناير سنة ١٩٢٣ جازيت ١٣ ص ١٩٥ ن ٣٣٢) ، وذلك بمناسبة نزاع بين شركة مياه الإسكندرية وأحد عملائها . وقد قررت المحكمة أنه ليس للعميل أية صفة لتمثيل مجموع العملاء قبل الشركة ، فليس له أن يطالبها إلا بما يمس حقوقه هو شخصياً بمقتضى العقد المبرم بينهما» [٢] . وقد حذف هذا النص فى لجنة مجلس الشيوخ اكتفاء بالقواعد العامة «مع ملاحظة أنه لا يراد بالحذف عكس هذا الحكم» [٣] .

ولكن يجوز أن تتألف جمعية أو نقابة للدفاع عن مصالح سكان حى معين أو طائفة معينة من الناس ، وتكون لها الشخصية المعنوية ، فتقاضى باسم الجماعة التى تمثلها وتكون لها صفة فى التقاضى [٤] .

---

(١) وتنص المادة ٨٩٨مدنى عراقى على ما يأتى : «للعميل الذى تعاقد مع ملتزم المرفق ، إذا تعطلت خدمات هذا المرفق أو اختلت ، أن يقاضى الملتزم إلا فيما يخص مصلحته الشخصية ، وليس له أن يرفع الدعوى باسم جمهور العملاء» .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٨١ فى الهامش .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٨٢ فى الهامش.

(٤) انظر فى هذا المعنى استئناف مختلط ١٢ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢٩٤ .

الفصل الثانى

أنواع أخرى من المقاولات

١٨١ – بعض المقاولات الكثيرة الوقوع فى العمل : نتناول بعض المقاولات الكثيرة الوقوع فى العمل ، دون أن نفيض القول فيها فهى تخضع بوجه عام للقواعد التى سبق أن بسطناها فى عقد المقاولة ، ونقتصر هنا على بحث خصائصها الرئيسية .

وقد اخترنا أربعاً من هذه المقاولات : عقد النشر ، وعقد النظارة ، والعقد مع رجل الأعمال ، وعقد الإعلان [١] .

المبحث الأول

عقد النشر (*)

(Contrat d'édition)

١٨٢ – صور مختلفة : المؤلف ، أيا كان العمل الذى قام به ، أدبياً كان أو فنياً ، قد

---

(١) أما عقد النقل ، وهو عقد هام من عقود المقاولة ، فمحله القانون التجارى . وإذا كان التقنين المدنى الفرنسى قد أورد فيه عدداً قليلا من النصوص وتركه بعد ذلك إلى التقنين التجارى ، فإن التقنين المدنى المصرى – القديم والجديد – لم يعرض له إطلاقاً ، تاركاً إياه جملة واحدة للتقنين التجارى . وقد أفرد له التقنين التجارى المصرى فصلا خاصاً به الفصل السابع الخاص بالنقل (م٢٠٨ – ٢٩٩ تجارى) . وقد أورد المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد بعض النصوص فى المرافق المتعلقة بالنقل (م ٩١٥ – ٩٣٠ مكررة ثالثا من المشروع) ، ولكن هذه النصوص حذفت فى لجنة المراجعة «لأنها تقرر أحكاماً خاصة بأمناء النقل ، بعضها وهو الخاص بالنقل بواسطة السكك الحديدية تنظمه لوائح قائمة فعلا ، والبعض الآخر يحسن تنظيمه بتشريعات خاصة ، لأن حركة النقل فى تطور مستمر من شأنه ألا يضمن لهذه الأحكام الثبات وهو شرط لازم لأحكام المجموعة المدنية» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٩٠ – ص ١٠٢ فى الهامش) . وبعد حذف هذه النصوص ، أصبح عقد النقل باقياً فى مكانه الطبيعى وهو التقنين التجارى .

وكذلك عقد الأشغال العامة (marché des travaux publics) لا يتميز عن عقد المقاولة إلا فى خصائصه الإدارية ، من نحو التعاقد عن طريق المناقصات العامة وإمكان توقيع الجزاءات دون حكم وتنفيذ العقد جبراً على المقاول بطريق الريجى ومسئولية الإدارة نحو الغير ورجوعها على الغير بما جناه من فائدة بسبب الأعمال التى قامت بها . وكل ذلك من مباحث القانون الإدارى ، لذلك يكون المكان الطبيعى لعقد الأشغال العامة هو القانون الإدارى لا القانون المدنى .

(*) مراجع : Huard فى العقود ما بين المؤلفين والناشرين باريس سنة ١٨٨٩ – Rudelle فى العلاقات القانونية ما بين المؤلفين والناشرين باريس سنة ١٨٩٨ Pouillet فى الملكية الأدبية والفنية وحق=

يتولى نشر مؤلفه بين أفراد الجمهور بنفسه . فيقوم بطبعه على نفقته ، ثم يقوم بعرضه للبيع على الجمهور . ولكن الغالب أن يلجأ المؤلف إلى التعاقد مع ناشر يقوم بهذه المهمة، فيطبع الناشر الكتاب ويعرضه للبيع ، والعقد الذى يبرمه المؤلف مع الناشر لهذا الغرض يسمى بعقد النشر .

وليس لعقد النشر صورة واحدة ، بل تتعدد صوره بتعدد الطرق التى يلجأ إليها المؤلف فى النزول عن حقه فى مؤلفه للناشر .

وأبعد هذه الصور مدى هى الصورة التى ينزل فيها المؤلف عن حقه فى استغلال مؤلفه للناشر نزولا غير محدد، فيكون للناشر الحق فى طبع الكتاب طبعات متعددة دون تحديد لعدد هذه الطبعات . ويملك الناشر جميع النسخ فى كل طبعة من طبعات الكتاب ، ويبيعها لحسابه . وفى نظر ذلك يدفع للمؤلف مبلغاً معيناً دفعة واحدة أو على عدة دفعات . وهذه الصورة لا تخرج عن أن تكون بيعاً لحق الاستغلال أبرمه المؤلف مع الناشر فى مقابل ثمن معين ، وقد نزل المؤلف للناشر بهذا البيع عن حقه المادى فى استغلال مؤلفه ، واستبقى حقه الأدبى (le droit moral de L'auteur) فإنه حق لا يجوز النزول عنه [1] .

= التأليف المسرحى الطبعة الثالثة (Maillard et Claro)سنة ١٩٠٨ – Escarra, Rault et Happ النظرية الفرنسية فى حق المؤلف سنة ١٩٣٧ – Desbois فى حق المؤلف سنة ١٩٥٠ – سافاتييه فى قانون الفن والأدب سنة ١٩٥٣ .

رسائل : Lardeur عقد النشر فى المسائل الأدبية باريس سنة ١٨٩٣ – Piere Hesse الحق الأدبى للمؤلف باريس سنة ١٩٠٦ – Dupont Rougier عقد النشر باريس سنة ١٩٠٧ Adenis-Colombeau عقد العرض المسرحى باريس سنة ١٩٠٩ – Lauterbourg عقد النشر والتكييف القانونى لحق المؤلف باريس سنة ١٩١٥ – Jean Rault عقد النشر فى القانون الفرنسى باريس سنة ١٩٢٧ – Striffling عقد النشر ديجون سنة ١٩٣٦ .

وانظر بوردى وفقالل ٢ فقرة ٤١٧٩ – فقرة ٤١٨٧ مكررة ثالثا – بلانيول وريبير روراست ١١ فقرة ٩٦٨ – فقرة ٩٦٩ – بلانيول ريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٨ – فقرة ٣٣٢ – أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. عقد النشر فقرة ٢٢٣ – فقرة ٢٥٣ .

(١) ويمكن التمييز بين هذه الصورة وبين نقل المؤلف لجميع حقوقه فى التأليف لشخص آخر . ففى حالة انتقال حقوق المؤلف لغيره عن طريق البيع أو الميراث أو الوصية أو غير ذلك من طرق كسب الملكية ، يحل من انتقلت إليه الملكية محل المؤلف فى جميع حقوقه بصفة دائمة ، ومن بين هذه الحقوق أن يبرم عقد نشر مع أحد الناشرين فى شأن الكتاب الذى انتقل إليه . أما فى حالة التعاقد مع ناشر، فإن الناشر لا تنتقل إليه ملكية الكتاب بصفة دائمة ، بل ينتقل إليه حق استغلال الكتاب لعدد من الطبعات غير معين ولمدة غير معينة ، فإذا لم يقم الناشر بإعادة طبع الكتاب فى مدة معقولة بعد نفاد نسخ الطبعة السابقة ، استعاد المؤلف حقه فى استغلال الكتاب، وله أن ينشره بنفسه أو عن طريق ناشر آخر (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٨ – انظر عكس ذلك وأنه لا فرق بين الصورتين Rault فى عقد النشر فى =

وقد يقتصر المؤلف على أن يبيع للناشر طبعة معينة من الكتاب ، ويعين بالاتفاق معه عدد نسخ هذه الطبعة ، فيقوم الناشر بطبع هذا العدد من النسخ على نفقته، وتصبح النسخ ملكاً له ، ويبيعها لحسابه ، ويدفع فى مقابل ذلك للمؤلف مبلغاً معيناً على دفعة واحدة أو على عدة دفعات [١] .

وقد يحتفظ المؤلف بحقه فى استغلال مؤلفه ، ويقوم بطبع الكتاب على نفقته[٢] فتكون النسخ بعد طبعها ملكاً له ، ويقوم الناشر بعرض الكتاب على الجمهور للبيع . وفى هذه الحالة لا يكون هناك عقد بيع بل عقد مقاولة ، والمقاول هو الناشر والمؤلف هو رب العمل. ذلك لأن الناشر يقوم بعمل معين لحساب المؤلف ، هو عرض الكتاب على الجمهور للبيع وقبض ثمنه ، ويتقاضى فى مقابل ذلك أجراً من المؤلف [٣] . ويغلب أن يكون الأجر نسبة معينة من ثمن كل نسخة يتولى الناشر بيعها ، يخصمها من الثمن ويرد الباقى إلى المؤلف . ولا يجوز اعتبار العقد شركة ، لأن نسخ الكتاب كما قدمنا ملك للمؤلف ، والناشر لا يساهم فى الخسارة بحيث لو كسد الكتاب ولم يسترد المؤلف نفقات طبعه فإن الناشر لا شأن له بهذه الخسارة . وإنما يتقاضى الناشر جعلا معيناً فى نظير عمله ، هو نسبة مئوية معينة من ثمن النسخ المبيعة . فالعقد يكون مقاولة من حيث عرض الكتاب للبيع ، مقترنة بوكالة حين يبيع الناشر نسخ الكتاب لحساب المؤلف [٤] .

وقد ينقلب الموقف ، فيصبح المؤلف هو المقاول والناشر هو رب العمل . ويتحقق ذلك

= القانون الفرنسى رسالة من باريس سنة ١٩٢٧ ص ٥٥ وما بعدها) .

وقد يشترى الناشر حقوق المؤلف فتنتقل إليه هذه الحقوق بصفة دائمة ، بموجب عقد بيع لا بموجب عقد نشر ، وتبقى الحقوق المدة التى يحددها القانون لحقوق المؤلف. وعند ذلك ينشر الناشر العمل الذى اشتراه ، لا باعتباره ناشراً بل باعتبار أنه هو صاحب حقوق التأليف ، كالمؤلف عن ما ينشر مؤلفه بنفسه . ويجوز للناشر فى هذه الحالة أن يعهد إلى ناشر آخر ، بموجب عقد نشر ، أن ينشر المؤلف الذى اشترى حقوق التأليف فيه .

(١) بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٧٩ .

(٢) وقد يقوم الناشر بطبع الكتاب ، على أن يسترد نفقات الطبع من ثمن النسخ التى يبيعها، وبعد ذلك يستولى على أجره المتفق عليه ، ويرد الباقى للمؤلف . والعقد مع صاحب المطبعة لمجرد الكتاب يكون عقد مقاولة لا عقد نشر .

(٣) بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٧٩ ص ١٢٢٦ .

(٤) وإذا أراد المؤلف أن يشارك الناشر ، فيساهم هذا الأخير فى الربح وفى الخسارة، فإن ذلك يجوز. ويكون العقد فى هذه الحالة شركة على الصورة الآتية : يساهم المؤلف بمؤلفه، ويساهم الناشر بنفقات طبعه مثلا ، وتكون النسخ ملكاً للشركة ، ويكون لكل شريك نسبة يتفق عليها فى الربح وفى الخسارة (قارن بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٨٠).

عادة إذا قام ناشر بطبع مؤلف يضم طائفة من البحوث أو من المقالات ، فمن يساهم ببحث أو بمقال من المؤلفين يتقاضى أجراً معيناً على عمله من الناشر، وبذلك يصبح المؤلف هو المقاول كما سبق القول (١) .

وسواء كان العقد بيعاً أو مقاولة ، وسواء كان المقاول هو الناشر أو المؤلف ، فإن العقد يبقى مع ذلك محتفظاً بذاتيته ويسمى بعقد النشر .

ولعقد النشر أركانه ، ويترتب عليه آثاره : التزامات فى ذمة المؤلف وأخرى فى ذمة الناشر. ويوجد نوع خاص من النشر عن طريق المسرح ، فلا يطبع المؤلف وإنما يعرض كمسرحية على الجمهور، ويسمى العقد فى هذه الحالة بعقد العرض المسرحى (Contrat de représentation) .

فنبحث فى عقد النشر المسائل الآتية : (١) أركان العقد . (٢) التزامات المؤلف . (٣) التزامات الناشر . (٤) عقد العرض المسرحى (٢).

---

(١) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٦٨ – وإذا دفع المؤلف المقال أو البحث تاماً إلى صاحب الجريدة أو المجلة ، ثم اتفق معه على الأجر ، فالعقد هنا لا يقع على عمل ليكون مقاولة ، بل يقع على ملكية المقال أو البحث فيكون بيعاً . وإذا كان المؤلف يكتب بانتظام مقالات تنشر فى المجلة أو الجريدة مقابل أجر ، فالعقد لا يكون بيعاً. وإنما يكون عقد عمل إذا كان المؤلف خاضعاً لتوجيه صاحب المجلة أو الجريدة ، وعقد مقاولة إذا لم يكن خاضعاً لهذا التوجيه (بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٨٧) .

(٢) وإذا عمد شخص إلى نشر كتاب دون اتفاق مع المؤلف على نشره ، أى دون أن يكون هناك عقد نشر ، كان منتهكاً لحرمة ملكية المؤلف ، فإذا اشترك اثنان فى هذا النشر كانا مسئولين بالتضامن عن التعويض (استئناف مختلط ٣ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٥٧) . ولا يعتبر مجرد تكليف وزارة المعارف لموظف بوضع كتاب معين اتفاقاً على أن ملكية الكتاب وحق نشره انتقل إلى الوزارة ، ولو تقاضى الموظف مكافأة عن وضع الكتاب، ما لم يكن هناك تعاقد صريح أو ضمنى على ذلك (استئناف مصر ١١ مارس سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٩٧ ص ١١٩٤ – ١١ مارس سنة ١٩٣٧ المحاماة رقم ٥٩٧ ص ١١٩٦) .

وقد قضى بأنه إذا حصلت وزارة المعارف (دار الكتب) على نسخة خطية لأحد الكتب الثمينة ، وقامت بجمع هذا الكتاب وترتيبه وطبع ما جمعه مؤلفه من الآراء المختلفة فى كتابه، وأضافت لها رأيه باعتباره من أصحاب الآراء السديدة فى العلم الذى كتب فيه الكتاب ، فهذا المجهود لا يمكن مهما عظم أن ينقلب إلى حق تأليف يثبت للوزارة. ومع التسليم جدلا بأيلوله مثل هذه المؤلفات إلى الوزارة ، فإنها متى آلت للدولة وطبعتها تسقط حالا فى الملك العام ، ويكون لكل إنسان حق إعادة طبعها، لأن المؤلفات التى تنشرها الدولة تدل على أنها وضعت لخدمة الجمهور (مصر الكلية ٧ مايو سنة ١٩٤٠ المجموعة الرسمية ٤٢ رقم ٨٨) .

١ – أركان عقد النشر

١٨٣ – أركان ثلاثة : لعقد النشر أركان ثلاثة : التراضى ، والعمل الأدبى أو الفنى أى المؤلف ، والأجر .

١٨٤ – الركن الأول – التراضى : عقد النشر طرفاه المؤلف والناشر . وهو عقد رضائى يتم بتوافق الإيجاب والقبول دون حاجة إلى شكل خاص ، ويخضع فى إثباته للقواعد العامة . ولما كان الناشر تاجراً يقوم بعمل من أعمال التجارة وكان المؤلف غير تاجر يقوم بعمل مدنى، فعقد النشر إذن عقد مختلط ، تجارى من جانب الناشر ومدنى من جانب المؤلف . ومن ثم يجوز للمؤلف أن يثبته على الناشر بجميع طرق الإثبات وفيها البينة والقرائن ولو زادت قيمة العقد على خمسمائه جنيه ، كما يجوز أن يقاضيه أمام القضاء التجارى . أما الناشر فلا يثبت العقد على المؤلف إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها إذا زادت قيمته على خمسمائة جنيه، ولا يقاضيه إلا أمام القضاء المدنى . ويبقى المؤلف يقوم بعمل مدنى حتى لو تولى نشر مؤلفه بنفسه ، فعرضه للبيع . فهو لا يشترى ليبيع كما يفعل التاجر ، وإنما يقوم أصلا بعمل أدبى أو فنى ، وقيامه ببيعه للجمهور ليس إلا عملا تابعاً للعمل الأصلى [١] .

والتراضى فى عقد النشر لا يقوم فى الأصل على اعتبارات فى شخص الناشر، ما لم تدل الظروف فى وضوح على أن المؤلف قد قصد التعاقد مع ناشر معين لصفات خاصة فيه[٢] . وينبنى على ذلك أن موت الناشر أو بيعه لمتجره لا ينهى عقد النشر ، بل ينتقل العقد مع جملة العقود الأخرى إلى الورثة أو إلى الناشر الجديد الذى اشترى المتجر ، ومع ذلك لا يجوز للناشر أن يتفق مع ناشر آخر على النشر من الباطن إلا بموافقة المؤلف . ذلك أنه إذا سلم بانتقال عقد النشر مع جملة عقود النشر الأخرى لورثة الناشر أو للمشترى لمتجره ، فإن جواز انتقال عقد نشر بمفرده إلى ناشر آخر يتوقف على اعتبارات ترجع إلى المقدرة المالية لهذا الناشر الآخر وسمعته التجارية ، ومن ثم وجب الحصول على موافقة المؤلف لجواز النشر من الباطن [٣] .

١٨٥ – الركن الثانى – العمل الأدبى أو الفنى (المؤلف) : والركن الثانى فى عقد النشر هو العمل الأدبى أو الفنى الذى قام به المؤلف وجعله محلا للنشر . فتأليف كتاب فى

---

(١) أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ٢٢٦ – محمد كال مرسى فقرة ٦٥٢ ص ٥٥٣ .

(٢) محمد كامل مرسى فقرة ٦٥٣ .

(٣) أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Prop. Lit. et. Art. فقرة ٢٢٨ – انظر عكس ذلك وأنه يجوز النشر من الباطن دون موافقة المؤلف : بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٨٤ .

أى فرع من فروع العلوم والآداب والفنون يصح أن يكون محلا للنشر . كذلك ترجمة كتاب إلى لغة أخرى غير لغته الأصلية يعتبر عملا أدبياً يصح نشره . وقد يكون العمل محل النشر عملا فنياً لا أدبياً ، كالرسم والنقش والتصوير والنحت وما إلى ذلك ، فيخرج الناشر من هذا العمل الفنى نسخاً متعددة ويعرضها للبيع . كذلك الغناء والتلحين والقطع الموسيقية يمكن نشرها عن طريق صنع اسطوانات تعرض للبيع ، وأفلام السينما تنشر عن طريق نقل نسخ منها وعرضها على الجمهور وهذا هو العرض المسرحى . وبوجه عام كل ما يمكن اعتباره ملكية أدبية أو قنية يصح أن يكون محلا للنشر .

ولا يجوز التوسع فى تفسير المحل الذى وقع عليه عقد النشر . فالمؤلف الذى يتعاقد مع ناشر على نشر مؤلفه يصح أن يترجم هذا المؤلف إلى لغة أخرى ، ولا تدخل هذه الترجمة فى عقد النشر الأول ، بل يجوز أن تكون محلا لعقد نشر جديد. ومؤلف القصة إذا تعاقد على نشرها يصح أن يستخرج منها مسرحية للتمثيل تكون محلا لعقد نشر آخر (١) . وناشر القطع الموسيقية لأحد الشعراء لا يجوز أن ينشر تبعاً لها قصائد هذا الشاعر وأعماله الأدبية (٢).

ويجب التمييز ، فى العمل الأدبى أو الفنى محل النشر ، بين الملكية الأدبية والفنية للمؤلف وهذه هى التى تكون محلا للاستغلال عن طريق النشر ، وبين الأصول (manuscrits) المدون فيها العمل الأدبى أو الفنى ويكون غالباً بخط المؤلف . فلا ينتقل بعقد النشر إلى الناشر ملكية هذه الأصول ، بل تبقى الملكية للمؤلف ، ويستطيع هذا أن يقتصر على إعطاء الناشر نسخة مطابقة للأصل من هذه الأصول لنشرها دون أن يعطيه الأصول ذاتها ، كما يجوز له إذا أعطى الناشر الأصول أن يستردها منه بعد الفراغ من طبعها. وقد تنتقل ملكية الأصول أو حيازتها من المؤلف إلى شخص آخر دون أن ينتقل معها حق الملكية الأدبية والفنية ، فالمالك أو الحائز للأصول لا يجوز له أن يتعاقد مع ناشر على نشرها

---

(١) ذلك أن عقد النشر لا يتضمن حق العرض المسرحى إلا إذا نص على ذلك (باريس أول مايو سنة ١٩٢٥ داللوز ١٩٢٥ – ٢ – ٥٨ Pouillet فقرة ٢٥٢ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٣١ ص ٤٢٠) ، ولا يتضمن حق العرض عن طريق الأفلام السينمائية (باريس ١٠ نوفمبر سنة ١٩١٠ داللوز ١٩١٠ – ٢ – ٨١ – ١٧ مايو سنة ١٩١٢ سيريه ١٩١٣ – ١ – ١٤٦ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٣١ ص ٤٢٠)، ولا يتضمن حق الإذاعة عن طريق الراديو وطريق التلفزيون (السين ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٤٣ داللوز ١٩٤٤ – ١٢٧ – باريس ١٧ أبريل سنة ١٩٤٥ جازيت دى باليه ١٩٤٥ – ١ – ١٩٣)، فكل من هذا وذاك نوع من العرض المسرحى .

(٢) انظر فى هذا المعنى باريس ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٦ داللوز الأسبوعى ١٩٢٦ – ٢٨٩ – ٢٣ مارس سنة ١٩٣٧ داللوز الأسبوعى ١٩٣٧ – ٢٣٩ – ١٢ مايو سنة ١٩٥٢ داللوز ١٩٥٢ – ٦٥٥ – أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Prop. Lit. te Art. فقرة ٢٣٠ – فقرة ٢٣١ .

لمجـرد أنه مالك أو حائز لهـا ، بل يجـب أن يثبت أن حق الملكية الأدبية والفنية قد انتقل إليه أيضاً [١] .

والاتفـاق على العـمل الأدبى أو الفنى محل النشـر يعين عـادة الشكل الذى يطبع فـيه المؤلف، وعدد الطبعـات التى يحق للناشر إصـدارها ، وعـدد النسخ فى كل طبعـة ، والثـمن الذى تبـاع به النسخة لأفراد الجمـهـور . فإذا لم يعين الاتفـاق الشكل ، وكـان هناك شكل مألوف يطبع فيه المؤلف انصرفت نية المتعاقدان إلى أنهما أرادا هذا الشكل المألوف ، وإلا فإن للناشر الحق فى تعيين الشكل الذى يطبع فـيه المؤلف . فله أن يختار شكلا شعبياً رخيص الثمن، إذا رأى أن هذا الشكل يعين على انتشار المؤلف وسرعة بيعه[٢] . ولكن إذا اتفق على أن يكون الكتاب موضحاً بالصور ، لم يجز للناشر أن يطبع الكتاب خالياً منها [٣] . وإذا لم يعين الاتفـاق عدد الطبعات ، كان للناشر أن يصدر أى عدد من الطبعات يرى من المصلحة إصداره ، هذا إذا كان قد اشترى حقوق التأليف . أما إذا كان عقد النشر مقاولة يتقاضى فيها الناشر أجراً على عمله ، ولم يعين الاتفاق عدد الطبعات ، فيبقى للناشر حق إصدار طبعة بعد أخرى إلى أن يخطره المؤلف بانتهاء العقد وفقاً للقواعد المقررة فى العقود غير المعينة المدة[٤] . وإذا لم يعين الاتفاق عدد النسخ فى الطبعة ، أو الثمن الذى تباع به النسخة لأفراد الجمهور، أو التاريخ الذى يتم فيه الطبع وعرض المؤلف على الجمهور ، فإن ذلك يترك لتقدير الناشر حسب ما تقتضيه المصلحة فى انتشار المؤلف وسرعة توزيعة ، على ألا يبطئ الناشر فى الطبع إبطاء لا مبرر له أو يتخذ قراراً فى المسائل المتقدمة الذكر من شأنه أن يضر بمصلحة المؤلف المشروعة [٥] .

---

(١) نقض فـرنسى ٢٦ فـبـراير سنـة ١٩١٩ داللـوز ١٩٢٣ – ١ – ٢١٥ – باريـس ٢٩ مـارس سنة ١٨٧٨ داللوز ٧٨ – ٢ – ١٣٧ – ٤ يوليه سنة ١٨٩٠ داللوز ٩٥–٢– ٤٢١–٨ مارس سنة ١٩١١ داللوز ١٩١٣ – ٢ – ٩٤ – بلانيـول وريبـيـر وهامل ١٠ فـقـرة ٣٢٨– أنسـيكلوبيـدى داللوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Atr. فقرة ٢٣٢ – محمد كامل مرسى فقرة ٦٥١ ص ٥٢٢) .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن من انتقلت إليه ملكية أصول كتاب سبق نشره لا يملك وحده حق نشر الكتاب ، بل يكون هذا الحق ثابتاً أيضاً لمن انتقلت إليهم ملكية أصول أخرى لنفس الكتاب (استئناف مختلط ٢٧ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٣٩) .

(٢) السين ٩ فبراير سنة ١٨٧٠ داللوز ٧٠–٣–٣١– محمد كامل مرسى فقرة ٦٥٢ ص ٥٥٢.

(٣) باريس ٩ أغسطس سنة ١٨٧١ داللوز ٧٢–٢–١٦٥ – وللناشر أن يطبع اسمه على نسخ الكتاب (محمد كامل مرسى فقرة ٦٥٢ ص ٥٥٣).

(٤) أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقر ٢٣٣ .

(٥) أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ٢٣٦ – وللناشر تصفية ما تبقى لديه من النسخ بسعر منخفض ، ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك (محمد كامل مرسى فقرة ٦٥٢ ص ٥٥٣) .

ويجوز الاتفاق بين المؤلف والناشر على نشر عمل أدبي أو فني لم ينجزه المؤلف بعد ، بل لما يبدأ فيه ، بشرط ألا يكون التزام المؤلف معلقاً على شرط إرادى محض[1] ، وبشرط أن يكون العمل معيناً في موضوعه وفي مداه ومبلغ أهميته وفي المدة التقريبية التي يتم فيها وإلا كان باطلا لعدم تعيين المحل[2].

١٨٦ – الركن الثالث – الأجر : ويختلف الأجر باختلاف الصور المتعددة لعقد النشر، وهي الصور التي استعرضناها فيما تقدم[3].

فإذا نزل المؤلف للناشر عن حقوقه في التأليف نزولا غير محدد ، بحيث يكون للناشر الحق في طبع المؤلف عدداً غير معين من الطبعات ويكون مالكاً لجميع النسخ من كل طبعة، فإن العقد يكون بيعاً كما قدمنا ، ويكون الأجر هو الثمن يدفعه الناشر للمؤلف . ويجوز أن يكون الثمن مبلغاً يحدد جزافاً ، ويدفع دفعه واحدة ، أو على أقساط في مواعيد معينة، أو في ميعاد كل طبعة من طبعات الكتاب . كما يجوز أن يكون الثمن محدداً بنسبة عدد نسخ الكتاب وثمن كل نسخة ، أو بنسبة ما يباع من نسخ الكتاب . ويستنزل الناشر عادة من نسخ الكتاب عدداً معيناً يحدده الاتفاق أو العرف للهدايا وللإعلان . ولا يستبقي المؤلف إلا حقه الأدبي في مؤلفه كما قدمنا ، فيلتزم الناشر بنشر المؤلف في المدة المتفق عليها أو في المدة المعقولة ، ولا يجوز له إدخال أي تعديل فيه بالتغيير أو بالزيادة أو بالحذف أو تغيير عنوانه إلا بموافقة المؤلف . وقد يشترط المؤلف على الناشر ألا يزيد ثمن النسخة الذي يباع به للجمهور على مبلغ معين ، حتى لا يرهق الناشر الجمهور بثمن مبالغ فيه ، ويعتبر هذا اشتراطاً لمصلحة الغير .

وإذا نزل المؤلف للناشر عن طبعة من الكتاب ، فإنه يتفق معه عادة على عدد نسخ هذه الطبعة وعلى المدة التي لا يستطيع في خلالها المؤلف أن يعيد طبع الكتاب وهي المدة المعقولة التي يتوقع فيها نفاد نسخ الطبعة المبيعة . ويتقاضى المؤلف من الناشر ثمناً قد يكون مبلغاً محدداً جزافاً يدفع جملة واحدة أو على أقساط متعددة ، وقد يكون نسبة مئوية من الثمن

---

(١) السين ٦ ديسمبر سنة ١٨٦١ Ann. ٦١ – ٤٣٠ .

(٢) Pouillet فقرة ٢٥٣ – ويصح أن يصدر من المؤلف وعد للناشر بأن تكون له الأفضلية على غيره من الناشرين في عمل أدبي فني مستقبل إذا تقدم بعرض يساوي عروض الآخرين (السين ١١ مايو سنة ١٨٧٠ Ann. ٧٠ – ٢٠٤ – ٢٠ يوليه سنة ١٨٩٢ Ann. ٩٣–١٢٣ – ٦ يونيه سنة ١٨٩٥ و ٢٥ مايو سنة ١٨٩٧ Ann. ١٩٠٠ – ٦٠) – بل يجوز للمؤلف أن ينزل للغير عن حقوقه المستقبلة قبل ناشر عن عمل اعتزم القيام به ولكنه لما يبدأه (باريس ٢٧ نوفمبر سنة ١٨٥٤ داللوز ٥٦–٢–٢٥٣).

(٣) انظر آنفاً فقرة ١٨١ .

المقرر لبيع النسخ أو نسبة مئوية من الثمن الذى تباع به النسخ فعلا .

وإذا كان عقد النشر مقاولة يقتصر فيها الناشر على طبع الكتاب وعرضه للبيع، الذى يستحق الأجر فى هذه الحالة هو الناشر وهو المقاول ، لا المؤلف وهو رب العمل . ويبدأ الناشر عادة باسترداد ما قد يكون أنفقه من المصروفات فى طبع الكتاب من ثمن النسخ المبيعة. فإذا ما استرد هذه المصروفات ، فما يبيعه بعد ذلك من نسخ يتقاضى عليه أجراً أو عمولة ، وقد تكون مبلغاً معيناً عن كل نسخة يبيعها ، وقد تكون كما هو الغالب نسبة مئوية من الثمن الذى تباع به النسخة .

وإذا كان المؤلف هو المقاول والناشر هو رب العمل ، كما هو الأمر فيما إذا قدم المؤلف مقالا أو بحثاً فى مجلة أو فى مجموعة من البحوث أو المقالات ، فإن الأجر فى هذه الحالة يكون مستحقاً للمؤلف يدفعه له الناشر ، ويكون غالباً مبلغاً معيناً محدداً جزافاً ويدفع للمؤلف عند تسليمه للناشر المقال أو البحث .

٢ – التزامات المؤلف

١٨٧ – التزامان : يترتب فى ذمة المؤلف بموجب عقد النشر التزامان رئيسيان : (١) تسليم عمله الأدبى أو الفنى للناشر بحيث يتمكن هذا من طبعه ونشره . (٢) ضمان تعرضه الشخصى أو تعرض الغير لما قام به من عمل أدبى أو فنى .

١٨٨ – الالتزام الأول – تسليم العمل الأدبى أو الفنى للناشر : يلتزم المؤلف بأن يسلم للناشر العمل الأدبى أو الفنى محل النشر . فيسلم له أصول مؤلفه ، أو نسخة مطابقة للأصل من هذه الأصول دون الأصول ذاتها [١] . ونفقات النسخة المطابقة للأصل تكون على المؤلف . ويجب التسليم فى الميعاد المتفق عليه ، فإن لم يكن هناك ميعاد متفق عليه فإن المحكمة تتولى تحديد هذا الميعاد مستهدية فى ذلك بالعرف وبأهمية العمل . فإذا لم يقم المؤلف بهذا الالتزام [٢] ، جاز للناشر أن يطلب بالتعويض عن الضرر الذى أصابه من جراء

---

(١) والأصول المكتوبة بخط المؤلف تدخل فى ملكيته المادية ، وتنتقل هذه الملكية إلى ورثته، ولهؤلاء استرداد الأصول من الناشر بعد أن ينسخ منها صورة مطابقة على نفقة الورثة إذا احتاج لهذه النسخة فى إعادة طبع الكتاب (باريس ٢٩ مارس سنة ١٨٧٨ داللوز ٧٨-٢-١٣٧ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٩ ص ٤١٥ – وانظر آنفاً فقرة ١٨٤).

(٢) وللناشر أن يرفض تسلم أصول كتاب لم يتمها المؤلف فى حياته وإنما أتمها بعد موته ورثته أو شخص آخر ولو كان مختصاً فى موضوع الكتاب ، ما لم يكن الباقى من العمل هو مجرد تجميع وترتيب (Pouillet فقرة ٣٠٣ – بودرى وفال ، فقرة ٤١٨٢) .

هذا الفسخ [١] . ولا يجوز إجبار المؤلف على التنفيذ عيناً ، بأن يستولى الناشر على الأصول أو على نسخة مطابقة للأصل منها عنوة ، فإن هذا يتعارض مع حق المؤلف الأدبى فى العدول عن نشر مؤلفه إذا رأى أن سمعته الأدبية أو أن ضميره يقتضى منه ذلك [٢] . على أنه لا يجوز للمؤلف أن يتخذ من هذا الحق فى العدول عن النشر ذريعة للإخلال بالتزامه ، حتى يتمكن من عقد صفقة أكثر ربحاً مع ناشر آخر [٣] . ويجوز للناشر أن يستبقى الأصول بعد طبعها ، أو نسخة مطابقة للأصل من هذه الأصول إذا أراد المؤلف استرداد الأصول وتكون نفقات النسخة المطابقة على المؤلف ، وذلك فى حالة ما إذا كان للناشر حق إعادة طبع الكتاب .

ويلتزم المؤلف – بل إن هذا هو أيضا حق له – بأن يصحح تجارب مؤلفه عند طبعه، فيقوم بتصحيح التجارب فى الميعاد المألوف ، ويشمل التصحيح الأخطاء المادية التى تقع عند الطبع . وقد جرت العادة بأن يسمح للمؤلف بإدخال تعديلات يسيره ، عند تصحيح التجارب، على مؤلفه بالتغيير أو بالزيادة أو بالحذف . وتسمى هذه بتصحيحات المؤلف (corrections de l'auteur) وتكون عادة على نفقة الناشر ، إلا إذا جعلها عقد النشر كلها أو بعضها على نفقة المؤلف [٤] .

١٨٩ – الالتزام الثانى – الضمان : ويلتزم المؤلف بضمان التعرض . فلا يجوز أن يقوم بعمل شخصى يتعارض مع حق الناشر فى استغلال المؤلف وإلا جاز الحكم عليه بالكف عن التعرض وبالتعويض إن كان له محل .

ومن ثم لا يجوز للمؤلف ، بعد أن يتفق مع الناشر على نشر كتاب له ، أن يقوم هو بنشر الكتاب بنفسه أو بواسطة ناشر آخر ، فينافس بذلك الناشر الأول منافسة غير مشروعة. وإذا فعل ، جاز للناشر الأول أن يطلب الحكم بمصادرة نسخ الكتاب التى قام بنشرها المؤلف أو

---

(١) باريس ١٤ فبراير سنة ١٩٠٨ Ann. ١٩٠٨ – ١ – ٢٦٦ – وقد قضى بأن التأخر فى تسليم الأصول لا يكون سبباً للفسخ إذا كان ذلك يرجع إلى أن المؤلف ، مطاوعة لضميره واحتفاظاً بسمعته الأدبية ، أراد مراجعة عمله إمعاناً منه فى الإتقان (رن ٢٤ يوليه سنة ١٨٥٨ داللوز ٥٩ – ٢ – ١٧٠ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٣٠ ص ٤١٧ هامش ١) .

(٢) باريس ١٩ مارس سنة ١٩٤٧ داللوز ١٩٤٩ – ١٩ – بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٨٧ مكررة ثالثا ص ١٢٣٢ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٣٠ ص ٤١٧ – وانظر عكس ذلك وأنه يجوز التنفيذ العينى Puillet فقرة ٢٨٨ .

(٣) بوردى وفال ٢ فقرة ٤١٨٧ مكررة ثالثا ص ١٢٣٢ – أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ٢٤٠ .

(٤) انسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ٢٤١ .

الناشر الآخر ، مع الحكم بالتعويض على كل منهما ، على المؤلف بموجب المسئولية العقدية، وعلى الناشر الآخر بموجب المسئولية التقصيرية إذا كان يعلم أن الكتاب سبق أن اتفق المؤلف مع الناشر الأول على نشره . كذلك لا يجوز للمؤلف ، بدعوى أنه ينشر الكتاب فى مجلة أو جريدة تباعاً فى أعداد متعاقبة إذا كان ذلك مسموحاً له به فى عقد النشر ، أن ينشر الكتاب كله فى عدد واحد من المجلة أو الجريدة أو فى عددين متواليين ، فإن هذا يكون بمثابة نشر كامل للكتاب يتعارض مع حقوق الناشر(١) .

ـــــولكن يجوز للمؤلف أن يتفق مع ناشر على نشر الكتاب فى طبعه شعبية رخيصة الثمن، ومع ناشر آخر على نشر الكتاب فى طبعة فاخرة موضحة بالرسوم ، فلكل طبعة من هاتين عملاؤها . أما إذا اتفق مع كل من الناشرين على طبع الكتاب طبعة شعبية أو طبعة فاخرة، فإنه يكون قد أخل بالتزامه بالضمان ، ويجوز لكل من الناشرين الرجوع عليه بالتعويض . وإذا قام الناشر الأل بنشر الكتاب ، وعلم الناشر الثانى بعقد النشر الأول ، فليس له أن يقوم بنشر الكتاب مرة أخرى ولو كان وقت أن تعاقد مع المؤلف حسن النية ، أى لا يعلم بأن المؤلف قد تعاقد مع الناشر الأول على نشر الكتاب . وكل ما للناشر الثانى هو أن يرجع على المؤلف بفسخ العقد وبالتعويض . أما إذا نشر الناشر الثانى الكتاب بالرغم من علمه بعقد النشر الأول، فإنه يجوز للناشر الأول أن يطلب مصادرة النسخ التى طبعها الناشر الثانى ، وأن يرجع عليه

---

(١) باريس ١٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ داللوز ١٩١١ – ٢– ٣٩٩ – ٩ أبريل سنة ١٩١٠ داللوز ١٩١١ – ٢ – ٣٩٨ – محمد كامل مرسى فقرة ٦٤٩ ص ٥٤٧ – أما إذا تعاقد المؤلف على نشر تمثيلية (drame) ، فإن ذلك لا يمنعه من وضع قصة فى موضوع التمثيلية ومن جعل القصة محلا لعقد نشر جديد (باريس ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٦ جازيت دى تريبينو ١١ يوليه سنة ١٨٢٦ – وانظر آنفاً فقرة ١٨٥) . وقد قضت محكمة مصر الوطنية بأنه لا يعد تمثيل رواية سينمائية مختلف فيها الحوار والشكل والتصميم البنائى اعتداء على حق رواية لم تكن معدة من الأصل للتمثيل السينمائى . وليس لمدير مسرح اختص بحق تمثيل رواية مسرحية ولا لمؤلف تلك الرواية أن يعارض كلاهما أو أحدهما فى إخراج فيلم متكلم من الرواية المذكورة ، وبالتالى ليس لمؤلف قصة عادية أن يعارض فى إخراج فيلم سينمائى عن موضوع ما كتب ، لأن الحادث والفكرة والموضوع والعقدة ليست ملكاً لأحد، أما الحوار والأسلوب فطبيعتاهما مختلفتان (مصر الوطنية مستعجل ١٣ يناير سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٣ رقم ٥٨ ص ١١٣ : ويلاحظ أن الحكم شمل كلا من مؤلف الرواية والناشر . أما الناشر فصحيح ، وأما مؤلف الرواية فيبدو أن حقه يقوم حتى بالنسبة إلى فيلم سينمائى يقتبس من روايته ويأخذ منها الحادث والفكرة والموضوع والعقدة ، فهذه كلها ملك للمؤلف ، لا كما تقول المحكمة أنها ليست ملكاً لأحد) .

وإذا تعاقد المؤلف على نشر مؤلفه ، فإن ذلك يمنعه من إعادة نشر المؤلف ولو فى مجموعة تنتظم كل أعماله ، وذلك ما لم يقض العرف بغيره (Pouillet فقرة ٢٩٩– Lardeau ص ١٤٨– بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٣٠ ص ٤١٨ وهامش ٢ – السين ٢١ فبراير سنة ١٨٤٧ داللوز ٤٧ – ٣ – ٦٩).

وعلى المؤلف بالتعويض ، على الأول بموجب المسئولية التقصيرية وعلى الثاني بموجب المسئولية العقدية [1] . بقى أن ينشر كل من الناشرين الكتاب وهو حسن النية ، أى لا يعلم كل منهما بعقد النشر الصادر إلى الآخر . ففى هذه الحالة لا يكون أحد منهما قد ارتكب خطأ بالنسبة إلى الآخر ، ومن ثم لا يجوز لأيهما أن يرجع على الآخر بتعويض . ويرجع كل منهما بالتعويض على المؤلف لأنه أخل بالتزامه بالضمان نحو كل منهما ، فيكون ملزماً بتعويض كل من الناشرين عن الضرر الذى أصابه من جراء منافسة الناشر الآخر له .

ويشمل الالتزام بالضمان أن يرد المؤلف عن الناشر ادعاء الغير بأن العمل الأدبى أو الفنى محل النشر مسروق كله أو بعضه [2] أو أنه يتضمن قذفاً أو انتهاكاً لحرمة أسرار الغير مما يوجب المسئولية . فإذا لم يستطع المؤلف دفع ادعاء الغير ، كان للناشر أن يرجع عليه الضمان وفقاً للقواعد المقررة فى المسئولية العقدية .

٣ – التزامات الناشر

١٩٠ – التزامات ثلاثة : يلتزم الناشر بموجب عقد النشر بما يأتي : (١) طبع المؤلف ونشره . (٢) احترام حقوق المؤلف المالية . (٣) احترام حقوق المؤلف الأدبية .

١٩١ – الالتزام الأول – طبع المؤلف ونشره : يترتب على عقد النشر ، حتى لو كان بيعاً ، التزام فى ذمة الناشر بأن يقوم بطبع المؤلف المعهود إليه به ونشره . فلا يكفى أن يقوم الناشر بالتزاماته المالية نحو المؤلف ، بل يجب فوق ذلك ، بل وقبل ذلك ، أن يقوم بالتزامه من طبع الكتاب ونشره [3] ، فإن هذا التزام أساسى يترتب على عقد النشر . والمؤلف عندما قدم كتابه للنشر لم يقصد الاقتصاد على جنى الربح المادى ، بل قصد إلى جانب ذلك نشر الكتاب بين أفراد الجمهور ، وله فى ذلك مصلحة أدبية لا تخفى . فلو أن الناشر عرض على المؤلف أن يدفع له ما اتفق عليه معه من أجر كاملا ، وامتنع فى الوقت ذاته عن طبع الكتاب ونشره ، فإنه يكون قد أخل بالتزام أساسى ترتب في ذمته بموجب عقد النشر ، ومن ثم يجوز للمؤلف أن يطلب فسخ العقد مع التعويض عما أصابه من ضرر ، ويتمكن المؤلف بعد ذلك

---

(١) أنجيه ٣ مايو سنة ١٩٥٠ داللوز ١٩٥٠ – ٥٨٥ – أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Atr. فقرة ٢٤٣ .

(٢) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٣٠ ص ٤١٨ .

(٣) السين ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٥ جازيت دى پاليه ٢ فبراير سنة ١٩٢٦ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٣١ ص ٤١٩ .

أن يتعاقد مع ناشر آخر على نشر الكتاب [1].

ويلتزم الناشر بطبع المؤلف ونشره فى الميعاد المتفق عليه ، فإن لم يكن هناك اتفاق على ميعاد معين حددت المحكمة الميعاد ، مراعية فى ذلك طبيعة العمل الأدبى أو الفنى المطلوب نشره والظروف المحيطة بالمؤلف وبالناشر وبوجوب ألا يفقد الكتاب أهميته إذا تأخر نشره. فإذا تأخر الناشر فى طبع الكتاب ونشره عن الميعاد الواجب ، كان للمؤلف الحق فى طلب التعويض ، بل له الحق فى طلب فسخ العقد إذا كان للفسخ مقتض مع التعويض [2].

وإذا حصل الناشر على الحق فى إعادة طبع الكتاب مرات متعددة ، وجب عليه عندما تقارب نسخ الطبعة على النفاد أن يشرع فى الطبعة التالية ، وذلك ما لم يكن الكتاب قد فقد أهميته فى نظر الجمهور ولم يعد ينتظر له الرواج إذا ما أعيد طبعه [3]. بل إنه قد قضى بأنه يجوز للمؤلف ، إذا تحقق من نفاد نسخ الكتاب ومن أن الناشر لا يعتزم إعادة طبعه ، أن يعمد إلى العمل على نشره بنفسه أو أن يعهد إلى ناشر آخر بالنشر ، دون حاجة إلى رفع دعوى بفسخ العقد [4]. وكثيراً ما يعمد المؤلف إلى وضع شرط فى عقد النشر يقضى بأنه إذا تأخر الناشر عن إعادة طبع الكتاب فى خلال المدة المعقولة ، أو إذا نفدت نسخ الكتاب ولم يعد الناشر طبعه فى خلال مدة معينة من وقت إعذاره بإعادة الطبع ، اعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه ، واسترد المؤلف حقه فى إعادة طبع الكتاب دون حاجة إلى استصدار حكم بذلك [5].

---

(١) باريس ٥ مايو سنة ١٨٩٧ .Ann ٩٩ – ١٧٥ – ٣ مارس سنة ١٩٢٠ .Ann ١٩٢١ – ٧٠ – ١٣ أكتوبر سنة ١٩٢٧ داللوز الأسبوعى ١٩٢٧ – ٥٤٥ – السين ١٠ يناير سنة ١٨٩٥ .Ann ٩٩ – ١٧٥ – Pouillet فقرة ٣٠٨ – وقد ذهبت بعض المحاكم إلى مدى بعيد فى هذا المعنى ، إلى حد أنها لم تعف الناشر من المسئولية عن عدم طبع الكتاب ونشره، حتى لو تذرع بأن الكتاب قد ورد فيه ما يخل بالأمن العام أو يتعارض مع الآداب العامة أو قد ورد يه ما يعتبر قذفاً فى حق الغير وبأن نشره قد يعرضه للمسئولية (باريس ٥ مايو سنة ١٨٥٨ .Ann ٥٨ – ٢٢١). ولكن الصحيح أن للناشر فى هذه الحالة أن يطلب بطلان العقد لمخالفته للنظام العام أو الآداب، فيتحلل بذلك من الالتزام بطبعه ونشره (باريس ٢ ديسمبر سنة ١٨٩٧ .Ann ١٩ – ٦١ – السين ٢٥ فبراير سنة ١٨٦٣ .Ann ٦٣ – ١١٠).

(٢) وقد قضى بأنه إذا سلم المؤلف الأصول للناشر مع الرسوم اللازمة ، وبقيت الأصول والرسوم عند الناشر مدة تناهز ثلاث سنوات ، جاز للمؤلف أن يطلب فسخ العقد وأن يسترد الأصول والرسوم ، وأن يحصل على تعويض عن الضرر الذى أصابه من جراء إخلال الناشر بالتزامه (السين ٢٩ مارس سنة ١٩٥٢ جازيت دى پاليه ١٩٥٢ – ١ – ٤١٨).

(٣) Pouillet فقرة ٣٠٨ – أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ .Prop. Lit. et Art فقرة ٢٤٩.

(٤) السين ١١ يوليه سن ١٩٣٩ جازيت دى پاليه ١٩٤٠ – ١ – ٣١.

(٥) باريس ٧ نوفمبر سنة ١٩٥١ داللوز ١٩٥١–٧٥٩– السين ٣١ مارس سنة ١٩٥٢ داللوز ١٩٥٢–٤٢٩.

١٩٢ – الالتزام الثانى – احترام حقوق المؤلف المالية : وقد قدمنا أن المؤلف تكون له حقوق مالية يستمدها من عقد النشر . فهو إذا كان قد باع حقوقه للناشر ، سواء فى جميع الطبعات أو فى طبعة معينة ، كان له الحق فى الثمن يتقاضاه من الناشر . وإذا أخل الناشر بالتزامه ، جاز للمؤلف أن يطلب التنفيذ عيناً . وله كذلك أن يطلب فسخ العقد واسترداد نسخ الكتاب من الناشر مع التعويض ، وللناشر أن يرجع عليه بنفقات الطبع إن كان هو الذى دفعها ، وتقع مقاصة بين هذه النفقات والتعويض المستحق للمؤلف بقدر الأقل منهما طبقاً للقواعد المقررة فى المقاصة (١) .

وقد يقتصر الناشر على أن يكون مقاولا يقوم بطبع الكتاب ونشره فى مقابل أجر يتقاضاه من المؤلف . ففى هذه الحالة يخصم الناشر الأجر المستحق له ، وكذلك نفقات طبع الكتاب إذا كان هو الذى قام بهذه النفقات ، من ثمن ما يباع من النسخ ، ويرد الباقى للمؤلف . ولهذا الأخير عند الاقتضاء أن يطلب من الناشر تقديم حساب مفصل عن نفقات الكتاب وما بيع منه من النسخ ، لاستيفاء حقه (٢) . كذلك له أن يطلب تقديم حساب فى مواعيد دورية عن النسخ التى بيعت من الكتاب ، وعند الخلاف تعين المحكمة المواعيد الدورية التى يقدم فيها الحساب (٣) .

وإذا كان المؤلف هو المقاول ، وقد أعطى للناشر مقالا أو بحثاً ينشر فى مجلة أو جريدة أو مجموعة من البحوث ، فإن له أن يتقاضى الأجر المتفق عليه . فإذا لم يتفق على أجر، وجب تطبيق المادة ٦٥٩ مدنى وتنص على أنه «إذا لم يحدد الأجر سلفاً وجب الرجوع فى تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المقاول» ، وكذلك الفقرة الثانية من المادة ٦٦٠ مدنى فيما يتعلق بتقدير أجر المهندس المعمارى وتنص على ما يأتى : «فإن لم يحدد العقد هذه الأجور، وجب تقديرها وفقاً للعرف الجارى» . فيقاس أجر المؤلف على أجر المهندس المعمارى وكلاهما ذو مهنة حرة ، ويقدر القاضى أجر المؤلف حسب قيمة العمل ، ويرجع فى ذلك إلى العرف الجارى .

١٩٣ – الالتزام الثالث – احترام حقوق المؤلف الأدبية : ويلتزم الناشر باحترام حقوق المؤلف الأدبية . فلا يجوز له أن يجرى تعديلا فى العمل الذى ينشره ، لا بالحذف ولا

---

(١) وإذا اتفق المؤلف مع الناشر على عدد النسخ التى تطبع من الكتاب وسعر النسخة ، وعلم صاحب المطبعة الذى قام بطبع الكتاب بهذا الاتفاق ومع ذلك خالف الشروط المتفق عليها، فإنه يكون مسئولا مع الناشر نحو المؤلف (استئناف مختلط ١٧ ديسمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ٢٧).

(٢) نقض فرنسى ٢٧ أبريل سنة ١٩٢١ Ann. ١٩٢١ – ١ – ٢٧٥ .

(٣) السين ٤ يونيه سنة ١٨٩٦ سيريه ٩٩–٢–٢١٧– بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٨١ ص ١٢٢٩ – محمد كامل مرسى فقرة ٦٥٠ ص ٥٥١.

بالإضافة، بغير إذن المؤلف [١]. كذلك لا يجوز للناشر ، بغير إذن المؤلف ، أن يغير عنوان الكتاب ، أو أن يجرى تعديلا فيه [٢].

ويجب على الناشر أن يضع على الكتاب الاسم الذى اختاره المؤلف لنفسه [٣]، سواء كان اسمه الحقيقى أو كان اسما مستعاراً . وللناشر أن يضع إلى جانب اسم المؤلف ما يتميز به هذا من درجات علمية ومن مرتبات الشرف ، إلا إذا أراد المؤلف عدم ذكر ذلك [٤].

أما غلاف الكتاب فيتمتع الناشر بالنسبة إليه بحرية أوسع . فله أن يضع على الغلاف ما يرى وضعه من تلخيص لتعلقات النقاد أو أى تعليق آخر يرسم للقراء صورة من الكتاب تحبب إليهم قراءته . وله أن يغير ما يكتب على الغلاف فى كل طبعة من الطبعات ، حسبما يظهر له من الأثر الذى أحدثه الكتاب فى الطبعات السابقة . وله أن ينشر على الغلاف أسماء المؤلفات الأخرى التى قام بنشرها ، ولو كانت لغير المؤلف . بل له أن يستبدل فى طبعة تالية بأسماء المؤلفات الأخرى التى وضعها المؤلف أسماء المؤلفات التى قام الناشر بنشرها، سواء كانت للمؤلف أو لغيره من المؤلفين الآخرين [٥].

وللناشر فوق ذلك أن يصحح فى صلب الكتاب الأخطاء المطبعية التى تكون قد فات على المؤلف تصحيحها [٦]. بل له أن يضيف تعقيباً فى حواشى الكتاب عما استجد من

---

(١) باريس ١٣ فبراير سنة ١٩٣٠ .Ann ١٩٣١ – ٣٦٩ – ١٨ يوليه سنة ١٩٣٢ داللوز ١٩٣٤–٢–١٣٩–١٢ مارس سنة ١٩٣٦ داللوز ١٩٣٦–٢٥٧– السين ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٤ داللوز الأسبوعى ١٩٢٥–٣٥–٢٢ ديسمبر سنة ١٩٢٦ داللوز الأسبوعى ١٩٢٧–١٢٥– ٦ و ٧ أبريل سنة ١٩٤٩ جازيت دى پاليه ١٣ مايو سنة ١٩٤٩ (حق مخرج الفيلم السينمائى فى عدم قطع أجزاء منه بغير موافقته) – وموافقة المؤلف على التعديل ضرورة فلا يجوز للناشر إجراء التعديل دون إذن مهما كان مقتنعاً بأن التعديل ضرورى وبأنه يزيد فى قيمة العمل ، فقد كان على الناشر قبل إبرام العقد مع المؤلف أن ينصح بإجراء هذا التعديل ، فإن رفض المؤلف كان الناشر فى حل من ألا يبرم العقد (أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ٢٥١).

(٢) السين ١٦ ديسمبر سنة ١٨٩٩ داللوز ١٩٠٠ – ٢ – ١٥٢– ١٣ ديسمبر سنة ١٩٠١ و ٢ يونيه سنة ١٩٠٤ جايت دى تريبينو ٢٥ أغسطس سنة ١٩٠٤ – ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٠ .Ann ١٩٢١ – ٢٩٢ – ٢٥ أبريل سنة ١٩٢٢ .Ann ١٩٢٣ – ٨٨.

(٣) باريس ٥ يناير سنة ١٨٨٩ داللوز ٩٠–٢–٢٤٣ – السين ٢٤ فبراير سنة ١٩٠٥ داللوز ١٩٠٥–٥–٧ Poullet فقرة ٣١٦ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٣١ ص ٤١٩ .

(٤) السين ١٢ مايو سنة ١٩١٤ داللوز ١٩١٩ – ٢ – ٢٨.

(٥) السين ٢ أبريل سن ١٩٥١ داللوز ١٩٥١–٣٤٣ – أنسيكلوبيد داللوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ٢٥٣.

(٦) باريس ١٨ يونيه سنة ١٨٨٣ .Ann ٨٥ – ٢٩٤.

معلومات مستحدثة فيما يتعلق بالكتب التاريخية والعلمية ، وإذا كان الكتاب موضوعاً للتلاميذ والطلبة فله أن يجعله مسايراً لآخر منهج من مناهج التعليم [١] .

وإذا كشف الناشر بعد إبرام العقد أن الكتاب يجوى عبارات يعتبرها قذفاً فى حق بعض الناس أو يعتبرها موجبة للمسئولية ، فليس له أن يحذف هذه العبارات من تلقاء نفسه دون موافقة المؤلف . ولكن إذا رفض المؤلف الإذن ، يجوز للناشر أن يرفع دعوى ببطلان عقد النشر لمخالفته للنظام العام [٢] .

٤ – عقد العرض المسرحى

(Contrat de représentation)

١٩٤ – صور العقد المختلفة : يلجأ عادة مؤلف المسرحية أو مخرج الفيلم السينمائى أو واضع القطعة الموسيقية أو ملحن القطعة الغنائية إلى نشر عمله على الجمهور بعرضه عن طريق المسرح أو السينما أو الراديو أو التلفزيون [٣] . فيتعاقد المؤلف مع صاحب المسرح أو السينما أو إدارة الإذاعة على تقديم العمل إلى جمهور النظارة والمستمعين ، وهذا هو عقد العرض المسرحى .

وقد يتكفل المؤلف بالمصروفات ويكون من حقه تقاضى الإيراد من جمهور النظارة، ويعطى لصاحب المسرح أو الفرقة التى قامت بتمثيل المسرحية أو بأداء القطعة الموسيقية أو القطعة الغنائية أو لصاحب قاعة السينما أجراً معيناً ، قد يكون مبلغاً إجمالياً وقد يكون نسبة معينة من الإيراد . فى هذه الحالة يكون العقد مقاولة ، المقاول فيها هو صاحب المسرح أو الفرقة ورب العمل هو المؤلف .

ولكن الغالب هو أن يدفع المؤلف بمسرحيته أو بقطعته الموسيقية أو الغنائية لصاحب

---

(١) أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Proplit et Art فقرة ٢٥٢ .

(٢) السين ١٥ فبراير سنة ١٩٢٢ .Ann ١٩٢٢ – ٣٢٣ – Desbois فى حق المؤلف فقرة ٥٦٨ – أنسيكلوبيدى دالوز ٤ لفظ .Prop. Lit. et Art فقرة ٢٥٢ .

(٣) انظر فى النشر بطريق العرض السينمائى : استئناف مختلط ٢٧ يناير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٨٧–١٣ يونية سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٢١٦ – وفى النشر بطريق تسجيل القطعة الغنائية فى اسطوانات جرامofونية : استئناف مختلط ١٨ فبراير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١١٦– وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه ولو لم يذكر فى الاسطوانة الغنائية أنها خاضعة لحقوق المؤلف ، إلا أنه إذا أدارها صاحب محل عام حتى يسمعها الجمهور، وجب عليه التحقق من أنها وقعت فى الملك العام وقد سقطت حقوق المؤلف (استئناف مختلط ٩ فبراير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٥٤) .

المسرح أو السينما أو إدارة الإذاعة ، ويتقاضى أجراً معيناً ، قد يكون هو أيضاً مبلغاً إجمالياً وقد يكون نسبة معينة من الإيراد . فيكون العقد فى هذه الحالة عقد بيع لحق المؤلف فى نشر عمله عن طريق المسرح ، أو عقد مقاولة إذا التزم المؤلف بوضع المسرحية أو القطعة الموسيقية أو الغنائية فى نظير جعل معين ، ويكون المقاول فى هذه الحالة هو المؤلف وصاحب المسرح هو رب العمل .

وسواء كان العقد مقاولة أو بيعاً ، فهو فى الحالتين عقد عرض مسرحى [١] .

١٩٥ – التزامات المؤلف المسرحى : يلتزم المؤلف المسرحى بتسليم عمله لصاحب المسرح فى الميعاد المتفق عليه ، أو فى ميعاد معقول يحدده القاضى عند الخلاف . وإذا سلم العمل ، فإنه لا يستطيع بعد ذلك استرداده ، حتى فى مقابل تعويض، إلا بعد أن يتم التمثيل أو الأداء [٢] . كذلك لا يستطيع إدخال أى تعديل فيه بغير موافقة صاحب المسرح[٣] ، وصاحب المسرح لا يستطيع أيضاً إدخال تعديل إلا بموافقة المؤلف أو إلا إذا اشترط ذلك مقدماً فى عقد العرض المسرحى[٤] .

ويكون التمثيل أو الأداء مرة أو أكثر، بالمقدار الذى يتفق عليه بين الطرفين[٥] . فإذا لم يتفق على عدد المرات ، كان لكل من الطرفين أن ينهى العقد بإخطار فى الميعاد الذى يقضى به العرف و فى ميعاد معقول ، وذلك حسب القواعد المقررة فى العقود غير المعينة المدة. وإذا انتهى العقد بانتهاء عدد المرات المتفق عليها أو بالإخطار ، استرد المؤلف عمله من صاحب المسرح، واستعاد حقه فى نشر العمل بعقد عرض جديد مع صاحب المسرح نفسه أو مع صاحب مسرح آخر .

ويضمن المؤلف المسرحى عمله . فلا يجوز أن يتعاقد مع صاحب مسرح آخر على

---

(١) وقبل إبرام هذا العقد لا يجوز للمؤلف أن يرجع على صاحب المسرح بما صرفه من نفقات لعرض عمله على صاحب المسرح ابتغاء التعاقد معه ، وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره (استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٠٦).

(٢) Pouillet فقرة ٧٨٨ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٦٩ ص ٢١٧.

(٣) باريس ١٨ مارس سنة ١٨٣٥ جازيت دى تريبنو ١٩ مارس سنة ١٨٣٥ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٦٩ ص ٢١٧.

(٤) السين ٢٠ مايو سنة ١٩٠٨ جازيت دى پاليه ٢١ مايو سنة ١٩٠٨ .

(٥) ومع ذلك يجوز لصاحب المسرح أن يقف تمثيل المسرحية أو أداء القطعة الموسيقية أو الغنائية ، إذا قل إقبال الجمهور بحيث يصبح الدخل غير مجز وتترتب على ذلك خسارة للمؤلف وصاحب المسرح على السواء (السين ٣٠ يناير سنة ١٨٩٧ Le Droit ٣١ يناير سنة ١٨٩٧ – بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٨٩ مكررة – محمد كامل مرسى فقرة ٦٦١) .

نفس العمل [1] . ما دام العقد الأول قائماً ، سواء لأن مدته المعينة لم تنقض أو لأن صاحب المسرح لم يستنفد عدد المرات المتفق عليها . ويلتزم المؤلف كذلك بدفع أى تعرض من الغير يدعى أن له حقاً فى العمل محل العرض، أو يدعى أن العمل مسروق أو أن فيه مساساً بالغير يوجب المسئولية .

١٩٦ – التزامات صاحب المسرح : ويلتزم صاحب المسرح بتمثيل المسرحية أو بأداء القطعة الموسيقية أو الغنائية فى الميعاد المتفق عليه ، أو فى ميعاد معقول يحدده القاضى عند الخلاف . فإذا تأخر صاحب المسرح عن القيام بهذا الالتزام ، جاز للمؤلف إجباره على ذلك، ويجوز له فى سبيل إجباره الالتجاء إلى التهديد المالى . كما يجوز للمؤلف أن يطلب فسخ العقد، واسترداد عمله مع التعويض عن الضرر الذى أصابه من جراء إخلال صاحب المسرح بالتزامه [2] .

ويجب على صاحب المسرح أن يبذل الجهد اللازم لنجاح المسرحية أو القطعة الموسيقية أو الغنائية ، فيقوم بالإعلان عنها إعلاناً كافياً ، ويعد المكان للنظارة إعداداً لائقا، ويكل تنفيذ العمل إلى فنانين قادرين على أدائه أداء مرضياً . ويغلب أن يكون هؤلاء الفنانون متفقاً عليهم بين المؤلف وصاحب المسرح . وللمؤلف الحق فى توزيع الأدوار على الفنانين ، حسبما يراه مناسباً لاستعداد كل منهم وكفيلا بنجاح العمل . وله كذلك حضور التجارب (البروفات) التى يقوم بها الفنانون قبل عرض العمل على الجمهور، وإبداء الملاحظات التى يراها ، وعلى صاحب المسرح أن يعير هذه الملاحظات العناية الكافية . والمؤلف هو الذى يبت إذا كان العمل معداً لعرضه على الجمهور ، أو لا يزال فى حاجة إلى تجارب أو ترتيبات أخرى [3] . ومتى عرض العمل على الجمهور المرة الأولى ولم يبد المؤلف ملاحظات ، كان لصاحب المسرح بعد ذلك أن يعرضه المرات التالية من تلقاء نفسه دون معاونة المؤلف وذلك إلى أن ينتهى عقد العرض المسرحى [4] .

---

(١) ولكن إذا باع مؤلف قطعة غنائية لآخر لاستعماله الشخص فإن ذلك لا يمنع المؤلف من إعطائها لمسرح غنائى لعرضها على الجمهور ، ولا يجوز لمشترى القطعة الغنائية أن يعطيها هو لمسرح غنائى إذ لا يملك إلا الاستعمال الشخصى (استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٧٧) .

(٢) ولكن صاحب المسرح لا يكون مسئولا إذا منعته قوة قاهرة من تنفيذ التزا مه ، كما إذا منعت الجهة الإدارية تمثيل المسرحية (باريس ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٣٥ سيريه ٣٦–٢– ٨٢ – بودرى وبارد ١ فقرة ٤٥٥ – بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٨٩ – محمد كامل مرسى فقرة ٦٦١) .

(٣) انظر فى كل ذلك بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٦٩ ص ٢١٧ .

(٤) باريس ٢٧ يونيه سنة ١٩٤٠ جازيت دى تريبينو ٢٧ يونيه سنة ١٨٤٠ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٦٩ ص ٢١٧ .

ويلتزم صاحب المسرح أيضاً بأن يؤدى للمؤلف الجعل المتفق عليه . فإذا كان عقد العرض المسرحى يجعل للمؤلف مبلغاً إجمالياً معيناً يتقاضاه من صاحب المسرح ، وجب على هذا الأخير أن يدفعه للمؤلف فى الميعاد المتفق عليه ، جملة واحدة أو على أقساط حسب الاتفاق . وإذا كان العقد يجعل للمؤلف نسبة مئوية من الإيراد ، وجب على صاحب المسرح أن يقدم للمؤلف حساباً مفصلا عن إيراد الحفلة أو الحفلات التى أقامها تنفيذاً للعقد، ويعطى للمؤلف النسبة التى يستحقها من هذا الإيراد (١) .

وإذا كان المؤلف هو رب العمل وصاحب المسرح هو المقاول تعهد بأداء العمل مقابل مبلغ معين، فإن المؤلف يكون له الحق فى هذه الحالة فى الاستيلاء على جميع إيراد الحفلة أو الحفلات المتفق عليها ، ويتحمل كل المصروفات ، وعليه أن يؤدى لصاحب المسرح الأجر المتفق عليه (٢) .

المبحث الثانى

عقد النظارة (*)

(Entreprise de spctacles ou de jeux)

١٩٧ – عقد النظارة عقد مقاولة فى الأصل : كما يتعاقد صاحب المسرح مع المؤلف على النحو الذى بسطناه فيما تقدم فى عقد العرض المسرحى ، كذلك يتعاقد مع أفراد الجمهور وهم النظارة الذين يأتون لمشاهدة المسرحية أو الفيلم السينمائى أو لسماع القطعة

---

(١) ويغلب أن يدخل فى الأجر الذى يستحقه المؤلف عدد من تذاكر الدخول تعطى له دون مقابل ، ويكون له حق التصرف فيها لمن يشاء ، وتسمى بتذاكر المؤلف (billets d'auteur) : انظر بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٦٩ ص ٢١٨) .

(٢) والتزامات صاحب المسرح لا تنتقل من تلقاء نفسها إلى من ينزل له صاحب المسرح عن مسرحه ، بل لابد من الاتفاق على ذلك مع صاحب المسرح الجديد وإقرار المؤلف لهذا الاتفاق ، وذلك وفقاً للقواعد المقررة فى حوالة الدين . وقد يتفق صاحب المسرح مقدماً مع المؤلف على جواز أن يحل أى شخص ينزل له عن المسرح محله فى التزاماته، ولا يكون هذا الاتفاق ملزماً لصاحب المسرح الجديد إلا إذا أقره (بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٦٩ ص ٢١٨) .

(*) مراجع : Hesse القانون العملى للمسرح سنة ١٩٠٤ Maignien et Fouaquet المسرح وقوانينه سنة ١٩٠٩ – Crémieu المسارح والمشاهد التمثيلية سنة ١٩١٤ – سافاتييه قانون الفن والأدب سنة ١٩٥٣ .

رسائل: Astruc القانون الخاص والمسرح باريس سنة ١٨٩٨ – Peyronnet عقد النظارة مونبلييه سنة ١٩٠٥ – Falco حقوق نظارة المسرح وواجباتهم باريس سنة ١٩٠٧ – Jonquet لمسئولية فى عقد النظارة (رسالة على الآلة الكاتبة) باريس سنة ١٩٤٩ .

الموسيقية أو الغنائية أو لمشاهدة غير ذلك من الألعاب ووسائل التسلية ، وهذا ما تمكن تسميته بعقد النظارة [١] .

والعقد هنا عقد مقاولة أصلا ، لأن صاحب المسرح يتعهد بالقيام بعمل هو تمثيل المسرحية أو القيام بأعمال التسلية الأخرى فى مقابل أجر معين يدفعه من جاء يشهد هذه الأعمال . ويغلب أن تكون هناك مقاعد مخصصة للجلوس ، فيشمل العقد أيضاً إيجار المقعد الذى يجلس فيه العميل . ويترتب على أن العقد يتضمن إيجار العقد أن صاحب المسرح يكون ضامناً لعيوب المقعد الخفية ، كما إذا كان موضوعاً في مكان لا يتمكن فيه العميل من مشاهدة المسرح ، أو كما إذا كان بالمقعد عيب سبب أذى للعميل كمسمار خرق ملابسه. كذلك يكون صاحب المسرح مسئولا باعتباره مؤجراً للمقعد عن التعرض القانونى الصادر من الغير كما إذا ادعى شخص آخر أنه هو صاحب المقعد ، وغير مسئول عن التعرض المادى كما إذا تعدى على العميل أحد النظارة . وفى كل هذه المسائل تسرى قواعد الإيجار فى ضمان العيوب الخفية وضمان التعرض . ولكن مهما يكن من أمر الإيجار فيما يختص بالمقعد ، فإنه عقد ثانوى ويتبع العقد الأصلى وهو عقد المقاولة . إذ المقعد ليس إلا وسيلة لتنفيذ عقد المقاولة ، الذى تعهد بموجبه صاحب المسرح أن يقدم للنظارة وسائل التسلية وهم جالسون فى المقاعد المخصصة لهم [٢] ، وإذا تعارضت قواعد المقاولة مع قواعد الإيجار فإن قواعد المقاولة هى التى تسرى لأن عقد المقاولة هو الأصل كما سبق القول [٣] .

على أن عقد النظارة قد يتمحض عقد مقاولة دون أن يقترن بعقد الإيجار، فيما إذا لم تكن هناك مقاعد مخصصة لجلوس النظارة ، كما يقع فى بعض الأحيان فى ميادين السباق وفى مباريات الألعاب المختلفة [٤] .

وقد يتمحض عقد النظارة ، على العكس من ذلك ، عقد إيجار، فيما إذا لم يكن هناك عمل يؤدى ، بل يكون الغرض من العقد أن يستمتع النظارة برؤية مشهد معين. فمن يدخل متحفاً أو محلاً أثرياً أو حديقة للحيوانات أو معرضاً ، إنما يبرم عقد إيجار لا عقد مقاولة، لأنه

---

(١) جاء فى المعجم الوسيط وفى مختار الصحاح : النظّارة مشدداً القوم ينظرون إلى الشئ – فرأينا هذا اللفظ مناسباً لتأدية المعنى المقصود .

(٢) وهذا ما يقع فى عقد النقل ، فإن المسافر يكون له مقعد مخصص لجلوسه ، ولكن المقعد ليس هو الأصل فى العقد بل الأصل هو نقل المسافر من مكان إلى آخر، ولذلك لا يخرج عقد النقل عن أن يكون عقد مقاولة (بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٢٩) .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٣ – وانظر الوسيط ٦ فقرة ٧ ص ١٢ .

(٤) انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٠ ص ٢١٩ .

ينتفع بشئ معين على جه خاص فى نظير أجرة معينة [1] .

١٩٨ – كيف يتم التعاقد مع النظارة : يصدر من صاحب المسرح إيجاب معروض على الجمهور (offre au public) ، يكون عادة عن طريق إعلانات الحوائط (affiches) والإعلانات فى الصحف . وليست هذه الإعلانات دعوة إلى التعاقد فحسب، بل هى إيجاب بات يتضمن الشروط الأساسية للتعاقد ، فيبين نوع وسائل التسلية وأية وسيلة منها بالذات (عنوان المسرحية أو الفيلم أو غير ذلك من وسائل التسلية) ، والتاريخ باليوم والساعة ، وأسماء الممثلين أو المغنين أو الموسيقيين أو غيرهم ممن يقومون بالأدوار الرئيسية ، والأجرة التى تتقاضى عن المقاعد المختلفة على تفاوت مراتبها . وهذه هى العناصر الرئيسية للتعاقد، تكملها لوائح البوليس والعرف السائد . لذلك يعرض صاحب المسرح على الجمهور إيجاباً باتا شاملا لجميع عناصره ، لا مجرد دعوة للتعاقد ، كما سبق القول .

فإذا تقدم أحد أفراد الجمهور إلى شُباك التذاكر [2] ، وطلب تذكرة لمقعد معين عارضاً أجرة هذا المقعد ، فقد تم التعاقد إذ اقترن القبول بالإيجاب ، ووجب على صاحب المسرح أو من يمثله أن يعطى للعميل التذكرة التى يطلبها بعد أن يتقاضى منه الأجر . ولا يجوز لصاحب المسرح أن يرفض إعطاء التذكرة للعميل الذى يعرض عليه الأجرة المطلوبة ، إلا إذا كانت المقاعد قد حجزت جميعها من قبل ولم يبق هناك مقعد خال ، أو إلا إذا كان العميل يقع تحت حظر أعلن عنه صاحب المسرح كما إذا ذكر فى الإعلانات أنه يحظر دخول من هو دون سن معينة محافظة على الآداب [3] .

---

(١) انظر فى هذا المعنى بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٢٩ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٠ .

(٢) جاء فى المعجم الوسيط : الشباك (بالضم) النافذة تشبك بالحديد أو الخشب ، والنافذة مطلقاً – وجاء فيه أيضاً : التذكرة (بالكسر) بطاقة يثبت فيه أجر الركوب فى السكك الحديدية وما جرى مجراها ، والجمع تذاكر (محدثة) .

(٣) انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧١ ص ٢١٩ – وهناك رأى يذهب إلى أن الإعلان عن المسرحية ليس إلا دعوة إلى التعاقد ، وأن الإيجاب إنما يصدر من العميل ، فيكون صاحب المسرح حراً فى أن يقبل أو يرفض التعاقد معه حتى لو وجدت مقاعد خالية (بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٣١ ص ١١٩٨ – محكمة كونياك ٢٩ مايو سنة ١٨٩٥ جازيت دى پاليه ٩٥–٢–٥٢٢) . ولكن هناك اتفاق على أنه إذا كان صاحب المسرح حصل على التزام (concession) من البلدية أو من الدولة لاستغلال مرفق التمثيل المسرحى ، فإنه يتعين عليه ألا يرفض التعاقد مع أى من أفراد الجمهور يتقدم إليه بالأجرة المعينة فى مقعد خال (نقض فرنسى ١٩ فبراير سنة ١٨٩٦ داللوز – ٩٦–١–٤٤٩ – إكس ١٦ يوليه سنة ١٨٩٤ سيريه ٩٥–٢–٢٠٧– نيس ٢ يناير سنة ١٨٩٣ سيريه ٩٣–٢–١٩٣– بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٣١ ص ١١٩٩ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٠ ص ٢١٩ هامش ٢) . ويبدو على كل حال أن لصاحب المسرح أن يرفض التعاقد مع شخص يتقدم=

ويجوز أن يتم التعاقد ثم يدخل العميل فوراً لمشاهدة التمثيل ، بأن يتقدم إلى شباك التذاكر فى ميعاد التمثيل ويدفع أجرة معقدة ويدخل فى الحال . كما يجوز أن يتم التعاقد قبل ميعاد التمثيل بيوم أو أكثر ، فيحجز العميل مقعداً مقدماً ويدفع أجرته. وفى الحالتين يعطى العميل تذكرة تحمل أهم شروط التعاقد . فيذكر التاريخ باليوم والساعة وعنوان المسرحية ونوع المقعد ورقمه والأجرة . أما شروط التعاقد الأخرى ، فبعضها مذكور فى الإعلانات التى أذاعها صاحب المسرح ، وبعض آخر يرجع فيه إلى لوائح الشرطة ، والعرف.[1] والتذكرة هى سند التعاقد [2] ، وهى فى الوقت ذاته مخالصة بالأجرة إذ جرت العادة أن العميل يدفع الأجرة عند تسلم التذكرة . وهى فى يد العميل بمثابة السند لحامله، فلا تتخصص للعميل بالذات ، ويستطيع هذا أن ينزل عنها للغير بتسليمها إياه ، وآخر حامل للتذكرة وهو الذى يتقدم بها فى الميعاد لدخول المسرح هو صاحب الحق فى المقعد. ويجوز أن يشترط صاحب المسرح أن تكون التذكرة غير قابلة للتحويل ، ويقع ذلك عادة فى التذاكر المجانية التى تعطى هدية لأشخاص بالذات [3] . كذلك لا يجوز للعميل النزول عن مقعده للغير إذا كان مشتركاً (abonné) فى عدة حفلات ، لأنه يحصل فى هذه الحالة على خصم فى الأجرة يجعل الاشتراك ذا صفة شخصية[4] . ويبقى الاشتراك تغلب فيه صفة المقاولة على صفة الإيجار، ومن ثم تسرى قواعد المقاولة عند التعارض ، فلا يكون هناك تجديد ضمنى عند انتهاء

= للدخول ويعرض الأجرة ، إذا كان هذا الشخص رث الثياب ، أو فى حالة لا تليق بمستوى جمهور النظارة كأن تطلب امرأة معروفة باحتراف الدعارة الدخول فى مرقص نلتقى فيه الأسرات من ذوى السمعة الحسنة.

(١) ولا يتم التعاقد إلا إذا تم الاتفاق على رقم المقعد (باريس محكمة الصلح ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٦ جازيت دى پاليه ١٩٢٦ – ٢ – ٦٨ – بلانيول وريبير ورواست ١١ قرة ٩٧١ ص ٢٢٠ – محمد كامل مرسى فقرة ٦٦٢ ص ٥٦٨) .

(٢) وذلك بالرغم من أن التذكرة لا تحمل توقيع صاحب المسرح ولا توقيع العميل، ولكنها مع ذلك تقبل سنداً على صاحب المسرح جرياً على العرف .

(٣) بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٣٢ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧١ ص ٢٢٠ وهامش ٢ – باريس ١٢ مايو سنة ١٩٠٨ داللوز ١٩٠٨ – ٢ – ٢٣٢.

(٤) Falco ص ٤١ – Maignien et Fouguet ص ٦ . ولكن إذا كان الاشتراك فى لوج أو بنوار – حيث لا تتعين أشخاص بذواتها لشغل المقاعد كما يتعين شخص بالذات لشغل مقعد معين – فإنه يجوز أن تتغير أشخاص النظارة فى كل حفلة من حفلات الاشتراك (Falco ص ٤٥ – بلانيول وريبرى ورواست ١١ فقرة ٩٧١ ص ٢٢١) .

وإذا باع العميل مقعده للغير مخالفاً بذلك شروط التعاقد ، كان لصاحب المسرح منع المشترى من الدخول ، وكان لهذا الأخير – سواء منع من الدخول أو لم يرد استعمال التذكرة – ان يرجع على العميل بما دفعه له ثمناً للتذكرة (بوردى وفال ٢ فقرة ٤١٣٢) .

الاشتراك ، وكان يقع التجديد الضمنى لو سرت قواعد الإيجار [1] .

١٩٩ - التزامات صاحب المسرح : يترتب فى ذمة صاحب المسرح التزامات رئيسية ثلاثة : (١) تمكين العميل من مشاهدة المسرحية . (٢) ضمان السلامة والهدوء للعميل. (٣) المحافظة على ما يودعه العميل عنده من أمتعة كمعطف أو مظلة أو قبعة أو عصا أو نحو ذلك .

(الالتزام الأول) تمكين العميل من مشاهدة المسرحية : لتمكين العميل من مشاهدة المسرحية يلتزم صاحب المسرح أن يمكنه من الدخول إلى قاعة النظارة إلا إذا كان فى حال غير لائقة كما سيجئ [2] ، و أن يجعله يحتل المقعد الذى خصص له إذا كان هناك مقعد مخصص، فلا يجوز أن يجبر على قبول مقعد آخر [3] إلا إذا دعت الضرورة إلى ذلك وكان المقعد المعروض على العميل أفضل من مقعده الأصلى أو مماثلا له فلم تعد للعميل مصلحة فى الاعتراض على تغيير المقعد [4] . ويجب أن يكون المقعد فى مكان يسمح للعميل بمشاهدة المسرحية ، وإلا جاز له طلب استبدال مقعد آخر به يستطيع منه أن يشهد المسرحية أو رد الأجرة التى دفعها مع التعويض [5] ، وذلك كله ما لم يكن العميل قد شاهد المقعد قبل ذلك ورضى بما فيه من عيب [6] .

ويجب بعد ذلك أن يقدم صاحب المسرح للنظارة المسرحية أو وسيلة التسلية المعلن

---

(١) هيك ١٠ فقرة ٢٧٤ - بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٣٨ .

(٢) انظر ما يلى فقرة ١٩٩ - وإذا منع العميل بغير حق من الدخل ، استرد الأجرة التى دفعها مع التعويض (السين ٣ يوليه سنة ١٨٩٧ سيريه٩٨-٢-٨٥ - بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٣٠ ص ١١٩٨) .

(٣) Falco ص ٨١ - بوردى وفال ١ فقرة ٤١٣٣ - Peyronnet ص ٩٥ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٢ ص ٢٢٢ - ولا يرجع العميل على الشخص الذى يحتل مقعده لإخلاء المقعد ، إذ لا توجد رابطة قانونية بينهما ، بل يرجع على صاحب المسرح. وعلى هذا الأخير أن يخلى له المقعد وإلا رد له الأجرة مع التعويض، إذ أن صاحب المسرح مخطئ فى إعطاء مقعد العميل لشخص آخر ، أو فى توزيع عدد من التذاكر أكثر من المقاعد التى عنده (بودرى وفال ٢ قرة ٤١٣٣ - هيك ١٠ فقرة ٢٧٤ - السين ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٨٤ سيريه ٨٥-٢-١٦٦).

(٤) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٢ ص ٢٢٢ - محمد كامل مرسى فقرة ٦٦٣ - عكس ذلك بودرى وفال ٢ فقرة ١٤٣٣ (ويذهبان إلى أنه لا يجبر العميل على قبول مقعد آخر غير مقعده الأصلى ، ولو كان مقعداً مماثلا أو مقعداً أفضل، وحتى لو كان ذلك فى نظير خصم من الأجرة) .

(٥) قارن بودرى وفال ٢ قرة ٤١٣٠ ص ١١٩٨ وهامش ٧ .

(٦) السين ١٣ يونيه سنة ١٩٠٠ داللوز ١٩٠١ - ٢ - ٣٩١ - ٣٣ يناير سنة ١٩٠١ داللوز ١٩٠١ - ٢ - ٣٩١ - Falco ص ٨٧ - بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٣٣ مكررة - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٢ ص ٢٢٢ .

عنها، ولا يجوز له أن يستبدل بها غيرها وإلا جاز للعميل أن يسترد الأجرة التى دفعها مع التعويض لإخلال صاحب المسرح بالتزامه . فإذا حالت قوة قاهرة دون ذلك ، كمنع الجهة الإدارية لتمثيل المسرحية أو مرض من يقوم بالدور الرئيسى فيها مرضاً مفاجئاً ، فالعميل الذى لا يقبل استبدال مسرحية أخرى بالمسرحية التى تعاقد عليها له أن يسترد الأجرة التى دفعها لأن صاحب المسرح هو الذى يتحمل التبعة وفقاً لقواعد المقاولة ، ولكن دون تعويض لأن القوة القاهرة هى التى منعت صاحب المسرح من القيام بالتزامه [١] .

ويجب أن يقدم صاحب المسرح المسرحية كاملة دون أن ينتقص منها شيئاً، إلا ما جرى العرف بالتسامح فيه من حذف بعض المشاهد غير الجوهرية[٢] . ويجب أن يكون القائمون بتأدية الأدوار الرئيسية فى المسرحية هم بالذات الذين أعلن عنهم صاحب المسرح، فلا يجوز استبدال غيرهم بهم [٣] ، كما لا يجوز التعديل فى توزيع الأدوار بينهم بل يجب أن يقوم كل منهم بالدور الرئيسى الذى أعلن عنه ، فإن كل هذه الأمور مسائل جوهرية دخلت فى اعتبار العميل عند التعاقد [٤] .

(الالتزام الثانى) ضمان السلامة والهدوء للعميل : ويضمن صاحب المسرح للعميل سلامته من أن يصاب بأذى من جراء وسائل التسلية التى يقدمها له ، أو بسبب وجوده فى قاعة النظارة . فصاحب «السيرك» يضمن سلامة النظارة من أن تصيبهم بأذى الحيوانات التى تقوم بالألعاب ، وفى مصارعة الثيران يضمن صاحب الملعب للنظارة سلامتهم من أن تصيبهم الثيران بأذى [٥] وإذا انهار سقف على العميل أو أصيب بشظايا زجاج كان صاحب

---

(١) بلانيول فى المجلة الانتقادية سنة ١٨٩٣ ص ٢٠٣ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٢ ص ٢٢١ – وانظر عكس ذلك؛ وأن لصاحب المسرح فى حالة القوة القاهرة أن يستبدل بالمسرحية غيرها دون أن يلزم برد الأجرة للعميل : Peyronnet ص ٨٦– بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٣٤ .

(٢) باريس ٤ مارس سنة ١٨٨٢ داللوز ١٨٨٢ – ٢ – ٢٤٣ – بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٣٦ ص ١٢٠١ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقر ٩٧٢ ص ٢٢١.

(٣) حتى لو كان الاستبدال لقوة قاهرة كمرض الممثل الأصلى، وفى هذه الحالة يرد صاحب المسرح الأجرة للعميل ولكنه لا يدفع تعويضاً (بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٣٦).

(٤) السين ١٩ مايو سنة ١٩٢٦ جازيت دى تريبينو ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٦ – Peyronnet ص ٨٤ – Falco ص ١٣٤ – بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٣٦ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٢ ص ٢٢١ – محمد كامل مرسى فقرة ٦٦٣.

ولكن يجوز لصاحب المسرح أن يذكر فى الإعلانات أو فى تذاكر الدخول أن له الحق فى تغيير الممثلين أو فى تعديل توزيع الأدوار عليهم (بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٣٦ ص ١٢٠٢ وهامش ٣) .

(٥) ويكون صاحب المسرح مسئولا عن أى أذى يلحق النظارة بفعل القائمين بالتمثيل، كما إذا أطلق أحد الممثلين عياراً نارياً فأصاب أحد النظارة ، حتى لو كانت الفقرة لا تعمل فى المسرح بصفة دائمة بل -

المسرح مسئولا عن ذلك . والمسئولية هنا مسئولية عقدية لا تنتفى إلا بإثبات السبب الأجنبى (١) .

وكما يضمن صاحب المسرح سلامة العميل، يضمن له كذلك الهدوء والطمأنينة حتى يتمكن من مشاهدة ما يقدم له من وسائل التسلية دون لغب أو ضوضاء تعكر عليه صفو المشاهدة . ويطبق صاحب المسرح لتحقيق ذلك لوائح الشرطة ونظمه ، ويستعين عند الضرورة برجال الشرطة لحفظ النظام وإخراج المشاغبين (٢) .

(الالتزام الثالث) المحافظة على ما يودعه العميل : ويقع كثيراً أن يكون للعميل من الحوائج ما يحتاج إلى إيداعه ، كمعطف يخلعه أو مظلة أو عصا يتركها فى مخزن الأمانات. فهذه يتسلمها صاحب المسرح أو ممثله ويكون مسئولاعن المحافظة عليها مسئولية المودع عنده فى الوديعة المأجورة ، فإنه يتقاضى عادة أجراً زهيداً عنها . وإذا كان النظام يقضى على العميل بإيداعها ، فإن الوديعة تكون وديعة اضطرارية يجوز إثباتها بجميع الطرق، وفى الحالات الأخرى تثبت الوديعة عادة بإبراز تذكرة تحمل رقما (ticket) يتسلمها العميل عند الإيداع، وذلك مهما بلغت قيمة الشئ المودع لأن العرف هنا يقضى بذلك (٣) .

٢٠٠ – **التزامات العميل** : ويلتزم العميل بدفع الأجرة ، ويدفعها عادة عند تسلم التذكرة . وليس له أن يستردها حتى لو منعه حادث قهرى من مشاهدة المسرحية، كأن مرض أو اضطر إلى السفر (٤) . ولكن له أن ينزل عن مقعده لمن يشاء كما قدمنا، بمقابل أو بغير

= كانت فرقة عابرة (troupe de passage) (مارسيليا ١٠ يونيه سنة ١٨٩١ مجموعة أحكام إكس ٩١–٢–٢١٩ – بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٣٥).

(١) نانسى ٢٦ يونيه سنة ١٩٢٥ داللوز ١٩٢٧– ٢– ٢٥ مع تعليق لالو – ليون ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ داللوز ١٩٢٩ – ٢ – ١٧ مع تعليق جوسران – السين ٣ أكتوبر سنة ١٩٣٨ جازيت دى پاليه ١٩٣٩ – ١ – ٧٢ – بلانيول وريپير ورواست ١١ فقرة ٩٧٢ ص ٢٢٢ – ص ٢٢٣ .

(٢) بلانيول وريپير ورواست ١١ فقرة ٩٧٢ ص ٢٢٣ – وفى جميع الأحوال التى يخل فيها صاحب المسرح بالتزاماته بحيث يترتب على هذا الإخلال أن يرد صاحب المسرح للعميل الأجرة مع التعويض ، يسقط حق العميل بالتقادم العادى، ولكن يغلب أن يفسر سكوت العميل عن المطالبة بحقه مدة تزيد على المألوف فى مثل هذه الظروف بأنه نزول ضمنى عن هذا الحق (قارن بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٣٧).

(٣) باريس ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٣ – ٢ – ٣٢٣ – بلانيول وريپير ورواست ١١ فقرة ٩٧٢ ص ٢٢٣ – وانظر فى إيداع الشخص معطفه وعصاه ونحو ذلك فى مخزن الأمانات وهو يدخل المسرح ما يلى عند الكلام فى الوديعة الاضطرارية فقرة ٣٨٧ – فقرة ٣٨٨ .

(٤) بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٣٠ ص ١١٩٨ – باريس محكمة الصلح ٢٦ أبريل سنة ١٩٠١ جازيت دى تريبينو ٥ مايو سنة ١٩٠١ – ولا يجوز للعميل أن يطلب حضور حفلة أخرى بدلا من الحفلة التى=

مقابل ، وذلك ما لم يكن قد أعطى التذكرة مجاناً على سبيل الهدية فلا يجوز النزول عنها للغير وقد سبق بيان ذلك (١).

ويلتزم العميل أيضاً بأن يحافظ على الهدوء والنظام وهو يشاهد المسرحية، فلا يحدث ضوضاء أو جلبة تعكر الهدوء على النظارة . وإذا كان النظام يقضى بخلع غطاء الرأس – لا سيما بالنسبة إلى السيدات – وبأن يمنع التدخين ، وجب عليه أن يراعى ذلك . ويلتزم بوجه عام ألا يأتى عملا يكون من شأنه أن يحول دون تمكن النظارة ، وبخاصة من يجاوره منهم، من الاستمتاع بالمسرحية . فلا يجلس فى مقعده فى وضع يكون من شأنه أن يحرم من مشاهدة المسرح من يجلس خلفه من النظارة ، إلا إذا كان العيب لا يرجع إليه بل يرجع إلى الوضع الطبيعى للمكان . ولا يتحدث بصوت عال فى أثناء التمثيل ، فيشوش على جيرانه. وإذا قضى النظام بألا يدخل قاعة التمثيل متأخراً أو يغادرها مبكراً حتى لا يعكر السكينة فى أثناء التمثيل ، وجب عليه أن يراعى ذلك (٢).

وقد يمنع النظام النظارة فى أثناء التمثيل من إبداء علامات الاستحسان بالتصفيق أو علامات الاستهجان بالتصفير ، فلا يجوز فى هذه الحالة للعميل أن يأتى شيئاً من ذلك إلا عند نهاية التمثيل أو عند نهاية كل فصل من فصوله ، حيث لا يكون لتصفيقه أو لتصفيره أثر فى تعكير الهدوء الواجب فى أثناء تأدية الممثلين لأدوارهم . وإذا لم يوجد نظام يمنع من ذلك، وجب عليه ألا يبالغ فى تصفيقه أو فى تصفيره حتى لا يشوش على النظارة(٣) . والجزاء على مخالفة النظام فى كل ما تقدم هو حق المسرح فى طرد العميل الذى يخل بالتزامه دون أن يرد له الأجرة ، وهذا ضرب من ضروب فسخ العقد بسبب خطأ أحد المتعاقدين مع احتجاز الأجرة على سبيل التعويض ، وإن كان أمر الفسخ متروكاً هنا للمتعاقد الآخر دون حاجة للالتجاء إلى القضاء ، لما يجب من السرعة فى تنفيذ الفسخ وجرياً على العرف (٤).

= تغيب عنها ، وإذا ادعى أن التذكرة أعطيت له خطأ عن حفلة غير الحفلة التى طلبها فعليه إثبات ذلك (باريس محكمة الصلح ٢٦ أبريل سنة ١٩٠١ جازيت دى تريبينو ٥ مايو سنة ١٩٠١ وهو الحكم السابق الإشارة إليه – بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٣٠ ص ١١٩٨ وهامش ٢) .

(١) انظر آنفا فقرة ١٩٨ .

(٢) السين ١٩ أبريل سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠٠ – ٢ – ٢٨٥ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٣ ص ٢٢٤ – محمد كامل مرسى فقرة ٦٦٤ ص ٥٧٠.

(٣) نقض فرنسى جنائى ١٦ ديسمبر سنة ١٨٨٧ سيريه ٨٨ – ١ – ٢٨٨ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٣ ص ٢٢٤ – محمد كامل مرسى فقرة ٦٦٤ ص ٥٧٠.

(٤) السين ٣١ يوليه سنة ١٨٩٧ سيريه ٩٨–٢–٨٥– بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٣١ ص ١١٩٨ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٣ ص ٢٢٤ . =

المبحث الثالث

العقد مع رجل الأعمال (*)

Contrat passé ovce un agent d'affaires

٢٠١ – صور مختلفة للتعاقد مع رجل الأعمال : قد يتعاقد شخص مع رجل من رجال الأعمال على أن يؤدى له خدمة معينة فى مقابل أجر معين ، فيكون العقد فى هذه الحالة عقد مقاولة . وقد يتضمن عقد وكالة إذا دخل فى الأعمال المتعاقد عليها أن يقوم رجل الأعمال بتصرف قانونى ينوب فيه عن المتعاقد معه ، فيكون العقد فى هذه الحالة مزيجاً من مقاولة ووكالة (١) .

وصور التعاقد مع رجال الأعمال مختلفة متنوعة . فقد يتعاقد شخص مع مكتب تخديم (bureau de placement) ليقدم له من يحتاج إليهم من الخدم ، فى مقابل أجر يتقاضاه المكتب (٢) . وقد يتعاقد شخص مع رجل أعمال على أن يحصل الديون التى له فى ذمة طائفة معينة من مدينيه ، فى مقابل أجر يتقاضاه رجل الأعمال (٣) .

= وقد يقضى النظام على النظارة أن يرتدوا ملابس السهرة فى بعض الحفلات، فيجب على العميل أن يرتدى هذه الملابس ، ويكون لصاحب المسرح الحق فى منعه من الدخول دون أن يرد له الأجرة إذا هو لم يرتدها (السين ٢٠ أبريل سنة ١٩٥٢ داللوز ١٩٥٤ – ٣٥٣) – وإذا لم تشترط ملابس خاصة، كان للعميل أن يرتدى ملابسه العادية ، ولا يجوز منعه من الدخول إلا إذا كان فى حالة غير لائقة يتأذى منها جمهور النظارة (بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٣ ص ٢٢٣) .

(*) مراجع : قال فى الوساطة فى الزواج بحث فى مجلة القانون المدنى الفصلية سنة ١٩٠٤ ص ٤٧١ وما بعدها – تعليقه فى سيريه ١٩٠٥ – ١ – ٢٨١ – وفى سيريه ١٩٠٥ – ٤ – ٥ Saumien بحث فى مسئولية وكالات الاستعلامات التجارية فى حولية القانون التجارى ١٣ سنة ١٨٩٩ – جيوار فى عقد الوكالة فقرة ١٦٦ وفى عقد البيع ١ فقرة ١٣٩ – بودرى وبارد ١ فقرة ٣١١ – فقرة ٣١٢ – بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٣٩ – فقرة ٤١٧٤ .

(١) فإذا عهد شخص لرجل أعمال بإيجاد مشتر لعقاره وبعقد الصفقة معه كوكيل عن البائع، كان العقد مزيجاً من المقاولة (السمسرة) والوكالة (السين ٣١ أكتوبر سنة ١٨٩٣ Droit ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩٣ – بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٤٣ ص ١٢٠٥ وهامش ٢).

(٢) ويكون العقد مقاولة (باريس ١١ ديسمبر سنة ١٨٩٤ جازيت دى پاليه ٩٥–١–١٦٤– السين ٢٨ يونيه سنة ١٨٩٥ جازيت دى باليه ٩٥–٢–١٨٢).

(٣) ويكون العقد مقاولة إذا اقتصر رجل الأعمال على العمل المادى ، وهو تحصيل الديون وإعطاء مخالصة موقعة من الدائن . أما إذا جاوز ذلك إلى قبض الديون نيابة عن الدائن وإعطاء مخالصة بها موقعة بإمضائه بوصفه وكيلا ، كان العقد وكالة (أورليان ٢٥ فبراير سنة ١٨٩١ Loi ٦ مارس سنة ١٨٩١ – دربه ٢٠ أبريل سنة ١٨٩١ Driot ٨ سبتمبر سنة ١٨٩١ – السين ٤ يناير سنة ١٨٩٣ جازيت دى باليه ٩٣ – ١ – ٢٩٢) .

وقد يتعاقد شخص مع وكالة استعلامات (agence de renseignements) لتقديم معلومات عن ملاءة تاجر معين أو عن سمعته التجارية فى السوق أو عن سمعة شخص يريد الدخول معه فى شركة أو نحو ذلك من المعلومات ، فى مقابل أجر تتقاضاه وكالة الاستعلامات [١] . وقد يتعاقد شخص مع رجل أعمال يتعهد بأن يقوم بالإجراءات اللازمة لإثبات حقوق الأول فى تركة والاستيلاء على هذه الحقوق وتسليمها لصاحبها ، فى مقابل مبلغ معين من المال أو فى مقابل حصة من نصيب الوارث [٢] . وقد يتعاقد شخص مع أخر على أن يكون وسيطاً له فى اختيار زوجة صالحة – وهذا ما يسمى بعقد الوساطة فى الزواج (courtage matrimonial) – وذلك فى نظر أجر معين [٣] . وقد يتعاقد صاحب المسرح مع رجل أعمال على أن يقدم له أشخاصاً يشهدون تمثيل مسرحية ويشجعون القائمين بالتمثيل بهتافات الاستحسان من وقت لآخر (entreprise de succès dramatique) ، فى مقابل أجر معين [٤] .

والسمسرة (courtage) بمختلف أنواعها – السمسرة فى شراء العقارات وبيعها وفى إيجارها واستئجارها وفى عقد الصفقات المختلفة والقروض والرهنيات وما إلى ذلك – ليست إلا عقد مقاولة مع رجل من رجال الأعمال هو السمسار، تخصصت بكيان ذاتى فأصبحت عقداً مسمى ويدعى بعقد السمسرة ، وهى من مباحث القانون التجارى فلا شأن لنا بها هنا.

٢٠٢ – متى يكون التعاقد مع رجل الأعمال صحيحا : ويكون التعاقد مع رجل الأعمال صحيحاً إذا استوفى شروط الصحة وفقاً للقواعد العامة ، وأهم هذه الشروط أن يكون محل التعاقد مشروعاً ، فلا يكون مخالفاً للنظام العام أو للآداب .

وهناك عقود لا شك فى بطلانها لمخالفة محلها للنظام العام أو للآداب . مثل ذلك

---

(١) ويكون العقد مقاولة (بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٣٩ ص ١٢٠٤ – عكس ذلك السين ٣ نوفمبر سنة ١٨٩١ داللوز ٩٣ – ٢ – ٩٩) .

(٢) ويكون العقد مقاولة (بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٤١) . وقد قضى بأن العقد هنا عقد من نوع خاص (sui generis) ، وليس بعقد مقاولة (باريس ١٢ مارس سنة ١٨٩٤ سيريه ٩٤ – ٢ – ١٩٣) . وذهب بعض إلى أن العقد وكالة (بوردو ١٨ يوليه سنة ١٨٩٨ سيريه ٩٩ – ٢ – ٢٣٥ – جيوار فى الوكالة فقرة ١٦٦) .

(٣) ويكون العقد مقاولة (بودرى وفال ١ فقرة ٤١٣٩ ص ١٢٠٤ – عكس ذلك السين ٣ مارس سنة ١٨٩١ جازيت دى باليه ٩١ – ٢ – ٥٢٧) .

(٤) ويكون العقد مقاولة (باريس ٥ أبريل سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠٠ – ٢ – ١٤٤ – بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٩٧).

التعاقد مع شخص لاستغلال نفوذه فى الدوائر الحكومية للحصول على صفقة أو ترخيص أو وظيفة أو نحو ذلك ، فهذا تعاقد باطل لمخالفته للنظام العام [١] . ومثل ذلك أيضاً أن يتعاقد شخص مع صحفي عى أن يقود حملة صحفية لترشيحه لوظيفة معينة ، أو على أن يروج لشركة حتى تباع أسهمها ، وذلك فى مقابل أجر معين ، فيكون التعاقد باطلا لمخالفته للنظام العام [٢] . ومثل ذلك أن يتعاقد شخص مع أخر ليحصل له على رخصة لإدارة منزل للدعارة أو لإدارة ناد للقمار ، فيكون التعاقد باطلا لمخالفته للآداب .

وهناك عقود لا شك فى صحتها ، كالتعاقد مع مكتب التخديم ، والتعاقد على تحصيل الديون ، والتعاقد مع وكالة استعلامات للحصول على معلومات معينة ، والتعاقد مع سمسار لشراء عقار لبيعه ، ونحو ذلك أو من العقود التى لا تقوم شبهة فى مشروعية محلها .

وهناك عقود قد يقوم الشك فى صحتها ، ونسوق فى هذا الصدد أمثلة ثلاثة : (١) عقد الهتافة . (٢) وعقد إثبات حقوق الميراث . (٣) وعقد الوساطة فى الزواج .

١ – **عقد الهتافة** (contrat de claque) : كان القضاء الفرنسى يذهب إلى أن العقد الذى يتم بين صاحب المسرح وكبير الهتافة ، ويقضى بأن يخصص صاحب المسرح مقاعد للهتافة (claque) يشهدون التمثيل ويصفقون للممثلين ترويجاً للمسرحية وعملا على إنجاحها فى مقابل أجر معين ، عقد باطل لمخالفته للآداب ، إذ هو من شأنه أن يدخل الخديعة والغش على جمهور النظارة حتى يروا حسناً ما ليس بالحسن [٣] . ولكن الظاهر أن هذا الرأى قد عدل عنه إلى الرأى العكسى ، وأصبح عقد الهتافة يعتبر صحيحاً «لأن الهتافة – كما ذكرنا فى الجزء الأول من الوسيط [٤] – قد يؤدون خدمة للفن بتشجيعهم للممثلين وأصحاب الفن المبتدئين» ، ولأن هذا التشجيع إذا صادف أهلا كان فى محله ، وهو على كل حال لن يخدع النظارة وقتاً طويلا ، وإذا شجع الفنان المبتدئ وكان ذا مواهب جدية أفاده التشجيع كثيراً وساعده إلى حد بعيد على إظهار مواهبه [٥] .

---

(١) نقض فرنسى ٥ فبراير سنة ١٩٠٢ سيريه ١٩٠٢ – ١ – ٥٠٩ – السين ٢٦ يوليه سنة ١٨٩٤ جازيت دى پاليه ٩٤ – ٢ – ٢٨٥ – بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٤٧ وفقرة ٤١٩٧ مكررة .

(٢) Rodez ٦ ديسمبر سنة ١٨٩٤ جازيت دى پاليه ٩٥ – ١ – ٦٣ – السين ١٢ يونيه سنة ١٨٩٥ جازيت دى پاليه ٩٥ – ٢ – ٤١ .

(٣) باريس ٢٣ يولية سنة ١٨٥٣ داللوز ٥٣ – ٥ – ٤٥٠ – ٨ أغسطس سنة ١٨٥٣ سيريه ٥٣ – ٢ – ٤٩٩ – ليون ٢٥ مارس سنة ١٨٧٣ داللوز ٧٣ – ٢ – ٦٨ – السين ٢٧ يونيه سنة ١٨٩٦ سيريه ٩٦ – ٢ – ٢٨٦ .

(٤) الوسيط ١ فقرة ٢٤١ .

(٥) باريس ٥ أبريل سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠٠ – ٢ – ٤١٤ – بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٤٨ – الوسيط ١ فقرة ٢٤١ .

٢ – **عقد إثبات حقوق الميراث** (Contrat d'établissement des droits héréditaires) : ونميز هنا بين صورتين لهذا العقد . (الصورة الأولى) أن يكون الوارث عالماً بحقه فى الميراث ، ولكن يشق عليه أن يصل إليه بجهده وحده أو ليس عنده من المال ما يجب إنفاقه لإثبات حقه أمام القضاء . فيلجأ إلى رجل أعمال يتعهد بأن يقوم بالجهد الضرورى وبأن ينفق المال اللازم لإثبات حق الوارث حتى يتمكن هذا من الاستيلاء عليه، وذلك فى مقابل مبلغ من المال يعطيه إياه الوارث بعد أن يصل إليه حقه ، أو فى مقابل حصة معينة فى حق الميراث ينزل عنها الوارث له . ولا شك فى صحة العقد فى هذه الصورة، فهو عقد مقاولة محله مشروع [١] . (والصورة الثانية) أن يكون الوارث غير عالم بحقه فى الميراث، فيتفق مع أحد النسابة (généologistes) على أن يكشف له عن نسبه ليحصل على ميراث يستحقه وهو يجهله فى مقابل أجر معين ، سواء كان مبلغاً معيناً أو حصة فى هذا الميراث، وهذا ما يسمى بالكشف عن الإرث (révélation de succession) . وهنا يجب التمييز بين فرضين : فإما أن يكون استحقاق الوارث للميراث سراً حقيقياً لم يكن الوارث ليستطيع كشفه إلا عن طريق هذا النسابة ، فيكون الاتفاق صحيحاً لأنه يقوم على كشف سر حقيقى يعود بالنفع المحقق على الوارث وهو يدفع مقابلا لذلك [٢] . وإما أن يكون استحقاق الوارث للميراث ليس بهذا القدر من الخفاء ، وأن الوارث كان يستطيع أن يعلم باستحقاقه للميراث عن طريق آخر ، فلا يكون فى الأمر سر لا يستطيع كشفه إلا النسابة ، ويكون محل التعاقد – وهو الكشف عن سر كان الوارث لا يستطيع أن يعلمه من طريق آخر – محلا غير موجود، ومن ثم يكون العقد باطلا لانعدام المحل [٣] .

---

(١) نقض فرنسى س٧ مايو سنة ١٨٦٦ سيريه ٦٦ – ١ – ٢٧٣ – باريس ١٢ مارس سنة ١٨٩٤ سيريه ٩٤ – ٢ – ١٩٣ – بوردو ١٨ يوليه سنة ١٨٩٨ سيريه ٩٩ – ٢ – ٢٣٥ – السين ٢١ مارس سنة ١٩٠٥ أ اللوز ١٩٠٦ – ٥ – ٥ – نقض بلجيكى ١٢ يوليه سنة ١٨٩٤ داللوز ٩٦ – ٢ – ٤ – ريمو لومب ٢٤ فقرة ٣٣٥ – جيوار فى البيع ١ فقرة ١٣٩ – لوران ١٦ فقرة ١١٩ – بودرى وبارد ١ فقرة ٣١٢ – بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٤٥ – ولكن يلاحظ أن الوارث إذا أبرم هذا العقد مع محام وجعل الأجر حصة فى حق الميراث المتنازع عليه ، كان العقد باطلا، إذ تنص لمادة ٤٧٢ مدنى على أنه «لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكيلهم فى الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها ، سواء أكان التعامل بأسمائهم أم باسم مستعار ، وإلا كان العقد باطلا» .

(٢) الوسيط ١ فقرة ٢٤١ ص ٤١٣ – ولا يكون هذا المقابل قابلا للتخفيض ، إذ العقد ليس بوكالة بل هو مقاولة . ومع ذلك انظر استئناف مختلط ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٦٠ (وقد قضت المحكمة بأن الأجر الذى يشترطه شخص على آخر فى مقابل الكشف له عن وصية يكون خاضعا لتقدير القاضى) .

(٣) باريس ١٢ مارس سنة ١٨٩٤ سيريه ٩٤–٢–١٩٣ – بوردو ١٨ يوليه سنة ١٨٩٨ سيريه ٩٩ – ٢ – ٢٣٥ – السين ٢١ مارس سنة ١٩٠٥ داللوز ١٩٠٦ – ٥ – ٥ جيوار فى الوكالة فقرة ١٦٦ – =

٣ – عقد الوساطة فى الزواج (courtage matrimonial) : نجتزئ هنا بما سبق أن ذكرناه فى هذا الصدد فى الجزء الأول من الوسيط : «عقد الوساطة فى الزواج هو أيضاً عقد سببه غير مشروع على رأى .. فإذا التزم شخص أن يدفع أجراً لوسيط يبحث له عن زوج يرضاه ، فإن كثيراً من الفقهاء[١] يقولون إن العقد غير مشروع لأنه يجعل الزواج ضرباً من التجارة . إلا أن محكمة النقض الفرنسية ميزت بين فرضين. فإذا اشترط الوسيط الأجر تم الزواج أو لم يتم ، كان هذا أجراً على العمل لا جائزة على النجاح، فيكون العقد مشروعاً. أما إذا اشترط الأجر على ألا يأخذه إلا إذا تم الزواج، فهذا هو الاتفاق الباطل، لأن الوسيط فى هذه الحالة قد يحمل على ركوب طرق من الغش أو الخديعة حتى يتم زواجاً قد لا يكون فى مصلحة الزوجين أن يتم ، ولا مصلحة فيه إلا للوسيط يحصل على أجره الموعود [٢] . والقضاء فى مصر غير مستقر ، فقد قضت إحدى المحاكم الوطنية [٣] ببطلان العقد ، لا سيما فى بلد كمصر حيث يسهل على «الخاطبة» أن تخدع الزوج فى أمر زوجته بسبب انعزال المرأة عن الرجل [٤] . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة [٥] بصحة العقد إذ أن الغرض الذى يرمى إليه مشروع ، فهو ييسر أمر الزواج ، وإذا وقع غش من الوسيط أمكن الرجوع عليه بالطرق القانونية . ونحن نؤثر الأخذ برأى محكمة النقض الفرنسية ، فيكون العقد صحيحاً إذا أخذ الوسيط أجراً على عمله تم الزواج أو لم يتم ، ويكون باطلا إذا لم يأخذ الأجر إلا إذا تم الزواج» [٦] . ويمكن القول ، فى عبارة أخرى ، بأنه إذا كان

= بودرى وبارد ١ فقرة ٣١٢ – بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٤٥ ص ١٢٠٦ – والوارث هو الذى يقع عليه عبء إثبات أنه كان يستطيع أن يعلم باستحقاقه فى الميراث عن طريق آخر (بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٤٥ ص ١٢٠٦).

(١) ديمولومب ٢٤ فقرة ٣٣٥ – لوران ١٦ فقرة ١٥١ – لاردميرم ١١٣٣ فقرة ١١ – بفنوار ص ٥٤١ – عكس ذلك وأن العقد صحيح وسببه مشروع : بودرى وبارد ١ فقرة ٣١١ – بودرى وفال ٢ قرة ٤١٤٩ – قال فى الوساطة فى الزواج فى مجلة القانون المدنى الفصلية سنة ١٩٠٤ ص ٤٧١ وما بعدها.

(٢) نقض فرنسى أول مايو سنة ١٨٥٥ داللوز ٥٥ – ١ – ١٤٧ – ومع ذلك انظر نقض فرنسى ٢٠ أبريل سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٤ – ١ – ٤٢٠ – وانظر بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٤٩ ص ١٢٠٨ هامش ٢ .

(٣) عابدين ١٧ مارس سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٦ رقم ٥٦ – وانظر أيضاً محكمة مصر المختلطة ٨ ديسمبر سنة ١٩١٩ جازيت ١١ رقم ٩٩ .

(٤) ويؤيد هذا الرأى والتون جزء أول ص ٢٨٥ – ص ٢٨٨ – محمد صالح فى الالتزامات ص ٢٥٤ .

(٥) استئناف مختلط ٢٤ فبراير سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٨٣ – وانظر أيضاً محكمة مصر المختلطة ٢٣ يناير سنة ١٩٢٢ جازيت ١٢ رقم ١٦١ ص ٩٠ .

(٦) الوسيط ١ فقرة ٢٧٠ .

التزام الوسيط فى الـزواج التزاماً بتحقيـق غاية ، كـان العقد باطلا . أما إذا كان التزامه التزاماً ببذل عناية – أى ببذل العناية الممكنة للعـثور على زوج صالـح نجح أو لم ينجح – فإن العقد يكون صحيحاً [١] .

٢٠٣ – التزامات رجل الأعمال : فإن تـم التعاقد مع رب الأعمال صحيحاً على النحو الذى بسطناه ، ترتب على العقد التزامات فى ذمة رجل الأعمال ، وأخرى فى ذمة العميل.

ويلتزم رجل الأعمال بأن ينجز العمل المعهود به إليه ، وتسرى فى ذلك القواعد المقررة فى عقد المقاولة . فإذا ارتكب خطأ كان مسئولا عنه مسئولية عقدية . مثل ذلك أن يعطى مدير مكتب التخديم معلومات خاطئة عن الخادم الذى يقدمه ، أو عن السيد الذى يقدم له الخادم ، فيكون مسئولا إذا نجم ضرر عن هذه المعلومات الخاطئة[٢] . ولكن رجل الأعمال الذى توسط فى إبرام عقد لا يكون مسئولا عما يحدث بعد إبرام هذا العقد . فإذا توسط فى إيجاد عمل لشخص وتم عقد العمل فإنه لا يكون مسئولا بعد ذلك عن عدم وفاء رب العمل بالتزاماته [٣] ، أو قدم للمؤجر مستأجراً وتم عقد الإيجار فإنه لا يكون مسئولا بعد ذلك عن عدم وفاء المستأجر بالأجرة [٤] ، ولا عن أن العين المؤجرة كانت مشغولة من قبل بشخص مريض مرضاً معدياً إذا كان يجهل ذلك [٥] .

ويعتبر خطأ موجباً للمسئولية أن تعطى وكالة استعلامات لشخص تعاقد معها معلومات خاطئة عن ملاءة شخص معين أو عن سمعته . فإذا كانت المعلومات الخاطئة نتيجة خطأ من نفس الذى تعاقد مع وكالة الاستعلامات ، كأن أعطى للوكالة اسما غير صحيح للاستعلام عنه ، فإن وكالة الاستعلامات لا تكون فى هذه الحالة مسئولة [٦] . كذلك لا تكون الوكالة

---

(١) ويترتب على ذلك أنه إذا لم يبذل الوسيط العناية الواجبة ، أى لم يقم بالتزامه ، فإنه لا يستحق أجراً لأنه لم ينفذ العقد (نقض فرنسى ٢٠ أبريل سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٤ – ١ – ٤٢٠ – سيريه ١٩٠٥ – ١ – ٢٨١ مع تعليق فال – بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٤٩ مكررة) .

(٢) باريس ١٧ يوليه سنة ١٨٨٥ سيريه ٨٦ – ٢ – ١٠٤ – السين ١٩ فبراير سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٣ – ص ٢ – ٣٠١ .

(٣) ليون ١٣ يونيه سنة ١٨٩٤ داللوز ٩٥–٢–٢٩٢ .

(٤) بوردو الابتدائية ٣ ديسمبر سنة ١٨٩٤ مجموعة أحكام بوردو ٩٥–٢–٢٤ .

(٥) بوردو الابتدائية ٣ ديسمبر سنة ١٨٩٤ مجموعة أحكام بوردو ٩٥–٢– ٢٤ وهو الحكم السابق الإشارة إليه – وانظر بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٦٠ .

(٦) السين ٢٧ نوفمبر سنة ١٨٩١ داللوز ٩٣–٢–٩٩–٤ ديسمبر سنة ١٨٩٦ Loi ١٠ ديسمبر سنة ١٨٩٦ .

مسئولة إذا لم ينجم عن المعلومات الخاطئة ضرر للعميل [1]، أو إذا اشترطت الوكالة عدم مسئوليتها بشرط ألاّ تكون قد ارتكبت غشاً أو خطأ جسيما ، وذلك وفقا للقواعد العامة المقررة في هذا الشأن [2]. وترجع الوكالة ، إذا تحققت مسئوليتها عن المعلومات الخاطئة، على من أعطاها هذه المعلومات عن سوء نية [3]. وإذا أفشى العميل هذه المعلومات الخاطئة، مخالفاً بذلك التزامه بالمحافظة على سرية المعلومات ، كان مسئولا نحو من أعطيت عنه المعلومات الخاطئة، ونحو الوكالة التى أعطت له المعلومات إذا قضى عليها بالتعويض بسبب انتهاكه لحرمة السرية [4]. أما إفشاء العميل للمعلومات ، إذا كانت صحيحة ، فلا تترتب عليه أية مسئولية [5].

٢٠٤ – **التزامات العميل** : والعميل الذى تعاقد مع رجل الأعمال يلتزم بدفع الأجر المتفق عليه . فإذا لم يتفق على أجر ، وجب مع ذلك على العميل أن يدفع لرجل الأعمال أجراً ، إذ الأصل أن هذا الأخير يعمل بأجر كسائر رجال الأعمال . ويرجع فى هذه الحالة، فى تحديد الأجر ، إلى قيمة العمل ونفقات رجل الأعمال (م ٦٥٩ مدنى) . ويراعى العرف أيضاً ، كما هو الأمر فى أجر السمسار . ولكن يشترط أن يكون هناك عقد بين العميل ورجل الأعمال ، أما إذا تطوع رجل الأعمال فقدم خدمة للعميل دون أن يكون بينهما عقد فإنه لا يرجع عليه إلا بموجب قواعد الإثراء بلا سبب . ويترتب على ذلك أنه إذا اتفق شخص مع المالك على أن يبحث له عن مستأجر ، فعثر الشخص على مستأجر دون أن يتفق معه على أجر ، فإنه لا يستحق أجراً إلا من المالك [6].

---

(١) السين أول يوليه سنة ١٨٩٣ جازيت ذى تريبينو ٢٩ أغسطس سنة ١٨٩٣ – باريس ٢٣ نوفمبر سنة ١٨٩٧ سيريه ٩٩-٢-١١ .

(٢) بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٦٢ – وإذا أعطى شخص لآخر معلومات خاطئة ، ولم يتقاضى عن ذلك أجراً بل كان متبرعاً ، فإنه لا يكون مسئولا إلا عن غشه أو عن خطأه الجسيم، وفقاً للقواعد المقررة فى عقود التبرع (باريس ٦ أغسطس سنة ١٨٨٩ جازى دى پاليه ٨٩-٢-٣٣٢ – مونپلييه ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٨٩ جازيت دى پاليه ٩٠-١-٣٩٠– بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٦٦) .

(٣) بوردو الابتدائية ١٧ مارس سنة ١٨٩١ سيريه ٩٢-٢-٢٦٠– بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٦٥.

(٤) باريس ٢١ يوليه سنة ١٨٩٢ سيريه ٩٤-٢-١٦٢– بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٦٣ – عكس ذك باريس ٢٧ يوليه ١٨٩٧ Loi ١٧ مايو سنة ١٨٩٨ .

(٥) السين ١٨ ديسمبر سنة ١٨٩٥ Droit ١٨ يناير سنة ١٨٩٦ – بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٣٦.

(٦) مارسيليا الابتدائية ١٨ أكتوبر سنة ١٨٨٩ مجموعة أحكام مارسيليا ٩٠ – ١ – ٣٢ – بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٥٥.

ويكون الأجر مستحقاً بنجح رجل الأعمال فى سعيه أو لم ينجح ، إذا كان التزامه التزاماً ببذل عناية ، بشرط أن يبذل العناية الواجبة . أما إذا كان التزامه التزاماً بتحقيق غاية، فإنه لا يستحق الأجر إلا إذا نجح فى سعيه (١) .

وإذا عين الاتفاق أجراً لرجل الأعمال ، لم يجز تخفيضه ، لأن العقد مقاولة وليس وكالة ، والتخفيض لا يرد إلا على أجر الوكيل (٢) .

ولرجل الأعمال أن يحبس ما يقع تحت يده من مال للعميل بسبب العقد وذلك حتى يستوفى أجره ، وفقاً للقواعد المقررة فى حق الحبس .

المبحث الرابع

عقد الإعلان (*)

(Contrat de publicité)

٢٠٥ – الصور المألوفة للإعلان – كيف يتم التعاقد على الإعلان : إذا أراد التاجر الإعلان عن سلعته ، أو الصانع عن مصنوعاته ، أو المنتج لشئ مادى أو أدبى أو فنى عن إنتاجه، أو من يريد عقد صفقة عن الصفقة التى يريد عرضها على الجمهور ، فإنه يضع العبارات التى يختارها للإعلان ، ويتعاقد مع ناشر على نشر هذه العبارات على الجمهور حتى يصل إلى علم الناس الإعلان الذى يريده. وطرق نشر الإعلان مختلفة متنوعة. وأكثر هذه الطرق شيوعاً هى الإعلان عن طريق المطبوعات ، والإعلان عن طريق اللصق على الحيطان أو التعليق على قوائم تثبت فى الأرض أو فوق الأسطح ، والإعلان عن

---

(١) قارن بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٥٣ .

(٢) بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٥٦ .

(*) مراجع : Duplat الجريدة وحياتها القانونية بروكسل سنة ١٩٠٩ – Hémet فى الإعلان التجارى والصناعى باريس سنة ١٩٥٠ .

رسائل : Feltaine فى الإعلان التجارى كان سنة ١٩٠٣ – Demortain فى عقود الإعلان باريس سنة ١٩٢٥ – Puybusque فى عقود الإعلان باريس سنة ١٩٢٥ – Bourdais فى الصحافة الحديثة والأعلان باريس سنة ١٩٣٩ – Worms فى النظام القانونى للإعلان التجارى (رسالة على الآلة الكاتبة) باريس سنة ١٩٤٣ .

وانظر «تقنين قواعد العرف فى الإعلان» (Code des usages de la publicité) : وضعه رجال الأعمال ومحترفو مهنة الإعلان فى فرنسا ، وصدر فى سنة ١٩٢٢ .

طريق وسائل الإذاعة كالسينما والراديو والتليفزيون [١].

فالإعلان عن طريق المطبوعات يتم بنشر الإعلان فى مطبوعات دورية كالجرائد والمجلات، أو فى مطبوعات غير دوية كالكتب والنشرات ، وقد تكون النشرة مخصصة كلها للإعلان وحده . ويكون عقد الإعلان في هذه الحالة عقد مقاولة ، المقاول هو ناشر الإعلان – صاحب الجريدة أو المجلة أو الكتاب أو المطبعة – ويتعهد بطبع الإعلان فى مطبوعاته وبتوزيعه على الجمهور مع توزيع هذه المطبوعات ، ورب العمل هو صاحب الإعلان يتعهد بدفع الأجر لناشر الإعلان [٢].

والإعلان عن طريق اللصق أو التعليق يتم بلصق الإعلان على حائط مطبوعاً طبعاً عادياً أو بحروف مضيئة ، أو معلقاً على قوائم متينة فى الأرض أو فوق أسطح العمارات العالية حيث يكون الإعلان عادة بحروف مضيئة حتى يتمكن الجمهور من قراءته . وإذا اقتصر صاحب العقار الذى يلصق فيه الإعلان أو يعلق على أن يخصص للإعلان مكاناً فى الأرض أو فى الحائط أو فوق السطح ، على أن يقوم صاحب الإعلان بالأعمال اللازمة للصق إعلانه أو تعليقه مع تعهده بالصيانة ، فالعقد الذى يتم بين صاحب العقار وصاحب الإعلان يكون عقد إيجار للمكان الذى يلصق فيه الإعلان أو يعلق ، لأن صاحب العقار لا يلتزم إلا بتمكين صاحب الإعلان من الانتفاع بمكان معين لأغراض الإعلان ، وتسرى على العقد قواعد الإيجار [٣]. أما إذا تعهد صاحب العقار بالأعمال اللازمة للصق الإعلان أو تعليقه وبتعهد الإعلان بالصيانة ، فقد التزم بالقيام بعمل فى نظير أجر معين ، ويكون العقد فى هذه الحالة مقاولة [٤].

---

(١) ويكون الإعلان أيضاً بطريق النداء على السلعة فى الطرق العامة ، وبطريق مخاطبة الجماهير فى صورة توجه الأنظار إلى الأمر المعلن عنه ، كحفلة تمثيلية أو مزاد فى بعض المتاجر .

(٢) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٤ ص ٢٢٥ – ص ٢٢٦ – Worms ص ٤٠ – وذهب رأى إلى أن العقد إيجار ويقع على المكان الذى نشر فيه الإعلان (Dreyfus) حوليات الإعلان سنة ١٨٩٥ ص ١١٣) . ولكن هذا الرأى لا يعتد بأن ناشر الإعلان يتعهد، لا فحسب بتخصيص مكان للإعلان ، بل أيضاً بالقيام بأعمال نشر الإعلان من طبع وتوزيع وما إلى ذلك .

(٣) نقض فرنسى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٢ داللوز ١٩٢٥ – ١ – ٢١٣ – ٦ فبراير سنة ١٩٢٤ داللوز ١٩٢٤ – ١ – ١٦١ – ٣ مارس سنة ١٩٢٥ داللوز الأسبوعى ١٩٢٥ – ٢٥٧ – ١١ مايو سنة ١٩٤٩ داللوز ١٩٤٩ – ٣٤٦ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٤ ص ٢٢٥ – محمد كامل مرسى فقرة ٦٥٧ ص ٥٥٨ .

(٤) نقض فرنسى ٢٦ مارس سنة ١٩٢٤ داللوز الأسبوعى ١٩٢٤ – ٣٥٣ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٤ ص ٢٢٥ – وقارن محمد كامل مرسى فقرة ٦٥٦ ص ٥٥٩ .

والإعلان عن طريق وسائل الإذاعة يكون فى كثير من الأحيان عن طريق السينما، فيظهر الإعلان على الشاشة أو فى صورة مشهد سينمائى ، وقد يكون مكتوباً على ستار مسرح السينما فيكون بمثابة الإعلان الملصق بالحائط أو المعلق على قائمة . وقد يكون بطريق الراديو بالسماع الصوتى ، أو بطريق التلفزيون بالسماع الصوتى والمشاهدة البصرية . ويكون عقد الإعلان فى جميع هذه الفروض عقد مقاولة ، والمقاول هو صاحب دار السينما، أو إدارة الراديو أو التلفزيون ، ويتعهد بنشر الإعلان فى مقابل أجر معين يدفعه رب العمل وهو صاحب الإعلان .

ويتم التعاقد على الإعلان بين صاحب الإعلان وناشره ، وناشر الإعلان هو المقاول وقد سبق تحديده فى كل طريقة من طرق نشر الإعلان . ولا يوجد شكل خاص للعقد، فهو عقد رضائى يتم بتوافق الإيجاب والقبول [1] ، ويثبت طبقاً للقواعد العامة المقررة فى الإثبات [2] .

وقد يتعاقد صاحب الإعلان عن طريق وسيط بينه وبين الجريدة التى يتم فيها الإعلان. والوسيط قد يكون شخصاً تعاقد مع صاحب الجريدة فى مقابل أجر معين على تخصيص مكان معين من جريدته للإعلانات التى يحصل عليها هذا الوسيط (fermier de la pblicité) ، وفى هذه الحالة لا يعتبر الوسيط مستأجراً لهذا المكان من الجريدة كما ذهب بعض الفقهاء [3] ، بل هو ناشر وصاحب الجريدة ناشر من الباطن ، فهناك عقدان عقد

---

(١) ومحل التعاقد هو تحقيق عمل إعلانى (acte de publicité) Demortain ص ٢١ – محمد كامل مرسى فقرة ٦٥٥ ص ٥٥٥) – فإذا لم تكن نية المتعاقدين تحقيق عمل إعلانى ، وإنما التمهيد له وتحضير وسائله ، فليس العقد بعقد إعلان. مثل ذلك أن يتعاقد شخص مع صاحب مطبعة على طبع النشرات التى يعدها للإعلان دون أن يكلفه بتوزيعها ، فهذا عقد مقاولة على الطباعة ، فإذا عهد إلى شخص بتوزيع النشرات فهذا عقد إعلان (محمد كامل مرسى فقرة ٦٥٥ ص ٥٥٦) .

(٢) ويقع عادة أن يكون للجريدة أو للمجلة نظام خاص للإعلان يبين الشروط والأجرة، ويعتبر هذا دعوة إلى التعاقد لا إيجاباً باتاً معروضاً على الجمهور . ومن ثم يصدر الإيجاب فى هذه الحالة من صاحب الإعلان ، ويصدر القبول من صاحب الجريدة أو المجلة. ويترتب على ذلك أنه يجوز لصاحب الجريدة أو المجلة أن يرفض قبول الإعلان ، ليس فحسب لأنه لم يعد هناك مكان خال لنشر الإعلان أو لأن نشره يعرض للمسئولية الجنائية أو المدنية أو للحق فى الرد ، بل أيضاً لأن الإعلان لا يتفق مع اللون الذى اختاره لدوريته أو للآراء التى يعتنقها قراء هذه الدورية (السين ٣٠ نوفمبر سنة ١٨٦٦ داللوز ٦٦–٣–١١٢ – أميان ٢٠ يوليو سنة ١٩٢١ loi أول فبراير سنة ١٩٢٢ – نيم ١٣ مايو سنة ١٩٣٢ داللوز الأسبوعى ١٩٣٢ – ٤٠٤ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٥ – محمد كامل مرسى فقرة ٦٦٠) .

(٣) بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٩٢ – Duplat ص ٨١ .

مقاولة مع صاحب الإعلان وعقد مقاولة من الباطن مع صاحب الجريدة [١] . وقد يكون الوسيط شخصاً مهمته أن يبحث عن إعلانات يقدمها لصاحب الجريدة (procureur de la publicité) ، ويغلب أن يكون الوسيط فى هذه الحالة وكيلا بالعمولة عن صاحب الإعلان [٢] وقد يكون الوسيط وكيل إعلانات (agent de pblicité) يتفق مع صاحب الإعلان على تنظيم حملة قوية من النشر حتى يصل الإعلان إلى علم الجم الغفير من الناس، وفى هذه الحالة يكون العقد بينه وبين صاحب الإعلان عقد مقاولة [٣] .

٢٠٦ – **التزامات ناشر الإعلان** : إذا تم الإعلان بطريق اللصق والتعليق ، وكان العقد إيجاراً للمكان كما قدمنا [٤]، تكون التزامات صاحب المكان هى التزامات المؤجر . أما إذا كان الإعلان عن طريق المطبوعات ، فإن ناشر الإعلان لا يلتزم فحسب بأن يقوم بطبع الإعلان، بل يلتزم كذلك بأن يوفر له الأسباب التى توجه إليه نظر الجمهور طبقاً للشروط المتفق عليها بينه وبين صاحب الإعلان . فيجب أن ينشر الإعلان فى المكان المتفق عليه من الجريدة ، فإذا لم يكن هناك اتفاق ففى المكان المخصص عادة لمثل هذه الإعلان ، وبوجه عام فى مكان ظاهر لا يخفى على من يبحث عادة عن الإعلانات المماثلة . ويجب أن ينشر الإعلان فى التاريخ المتفق عليه ، فإذا لم يكن هاك اتفاق ففى التاريخ الذى يتمكن فيه ناشر الإعلان من نشره ولا يكون مسئولا إذا لم يتمكن من النشر فوراً [٥] . وينشر الإعلان العدد من المرات المتفق عليه ، فإن لم يتفق على عدد معين كان النشر مرة واحدة . وتتوقف قيمة الإعلان بداهة على عدد النسخ الذى يوزع من الجريدة ، فإذا ضمن ناشر الإعلان لصاحبه توزيع عدد معين من هذه النسخ ، كان لصاحب الإعلان التحقق من ذلك ، وكان له أن يرجع بتعويض إذا ظهر أن الذى يوزع من الجريدة عدد أقل [٦] .

ويجب أن ينشر الإعلان بالصيغة والشكل المتفق عليهما ، فلا يجوز لناشر الإعلان أن يدخل تعديلا لا فى الصيغة ولا فى الشكل دون موافقة صاحب الإعلان، وذلك ما لم يكن

---

(١) Demortain ص ٢٠٥ – Worms ص ٤١ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٨ ص ٢٢٩ .

(٢) Demortain ص ٢٢٣ و ص ٢٣٧ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٨ ص ٢٣٠ .

(٣) Demortain ص ٢٤٥ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٨ ص ٢٣٠ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٢٠٥ .

(٥) السين ٤ ديسمبر سنة ١٩١٩ Loi ٢١ مارس سنة ١٩٢٠ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٦ ص ٢٢٧ .

(٦) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٦ ص ٢٢٧ .

فى صيغة الإعلان ما يستوجب المسئولية الجنائية أو المدنية فللناشر أن يرفض فى هذه الحالة نشره فى هذه الصيغة [1].

ولا يجوز للناشر أن يكلف ناشراً غيره بنشر الإعلان فى جريدة أخرى بغير موافقة صاحب الإعلان ، فإن هذا الأخير قد قصد نشر إعلانه فى جريدة بالذات تختلف عن الجرائد الأخرى فى السمعة وسعة الانتشار . وإذا نزل صاحب الجريدة عن جريدته للغير، فإن عقد النشر ينتقل منه إلى صاحب الجريدة الجديد، حقوقاً والتزامات ، طبقاً للقواعد المقررة فى حوالة الحق وفى حوالة الدين ، ومن ثم يجب إقرار صاحب الإعلان لحوالة الدين حتى تكون سارية فى حقه.

٢٠٧ – التزامات صاحب الإعلان : ويلتزم صاحب الإعلان بدفع الأجر المتفق عليه، فإن لم يتفق على أجر معين وجب الرجوع إلى تعريفة الإعلانات التى وضعها الناشر ويفترض أن صاحب الإعلان قد قبل أن يدفع الأجر بحسب هذه التعريفة . والذى يقع عادة أن الناشر يضع تعريفة خاصة بالإعلانات ، تجعل الأجر يتفاوت بتفاوت عدد سطور الإعلان وبتفاوت المكان الذى ينشر فيه [2]. ويدفع الأجر عادة مقدماً عند الاتفاق على الإعلان، وقد يتفق على أن يدفع الأجر بعد انتهاء عدد مرات نشر الإعلان .

ويلتزم صاحب الإعلان أيضاً بأن يقدم صيغة الإعلان للناشر ، وما يلحق بالصيغة من إكليشيهات ونحوها ، فى الوقت المتفق عليه . فإذا لم يتفق على وقت معين ، وجب على صاحب الإعلان أن يقدم الصيغة فى الوقت المناسب بحيث لا يتأخر صدور العدد من الجريدة الذى يجب نشر الإعلان فيه عن ميعاده .

---

(١) وإذا تعاقد الناشر على نشر إعلان عن سلعة معينة ، فإن ذلك لا يمنعه من التعاقد على نشر إعلان عن سلعة منافسة ، بل إن ذلك لا يمنعه من نشر الإعلانيين معاً أحدهما بعد الآخر فى عدد واحد . ولا يمنعه ذلك من نشر مقال يبين مضار هذه السلعة بوجه عام، ما دام المقال لا يعين السلعة المعلن عنها بالذات ، بل يرمى إلى تثقيف الجمهور للمصلحة العامة . فيجوز نشر إعلان عن نوع معين من الخمور أو السجاير، ونشر مقال فى الوقت ذاته يبين أضرار الخمور أو التدخين وينهى الناس عن ذلك (باريس ١٨ يونيه سنة ١٨٨١ Loi ٢٤ يونيه سنة ١٨٨١ – Demortain ص ١٦١ – Feltaine ص ١١٨ – قارن محمد كامل مرسى فقرة ٦٥٩ ص ٥٦٣ – ص ٥٦٤) .

(٢) تولون الابتدائية ١٧ فبراير سنة ١٩٠٣ Loi ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٣ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٧ ص ٢٨٨ .

عقـد الوكالة

تمهيـــد (*)

٢٠٨ – التعريف بعقد الوكالة وخصائص هذا العقد – نص قانونى : أوردت المادة ٦٩٩ من التقنين المدنى تعريفاً لعقد الوكالة على الوجه الآتى :

«الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانونى لحساب الموكل» (١) .

(*) **مراجع فى عقد الوكالة** : هيك ١٢ – ترولون ١٦ – پون فى العقود الصغيرة ١ – جيوار فى عقود الغرر والوكالة الطبعة الثانية سنة ١٨٩٤ . بودرى وفال فى عقود الغرر والوكالة والكفالة والصلح الطبعة الثالثة سنة ١٩٠٧ – أوبرى ورو وإسمان ٦ الطبعة السادسة سنة ١٩٥١ – بيدان ١٢ الطبعة الثانية سنة ١٩٣٨ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ الطبعة الثانية سنة ١٩٥٤ – دى پاج ٥ الطبعة الثانية سنة ١٩٥١ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ الطبعة الثالثة سنة ١٩٤٩ – كولان وكاپيتان ودى لامر انديير ٢ الطبعة العاشرة سنة ١٩٤٨ – چوسران ٢ الطبعة الثانية سنة ١٩٣٣ – أنسيكلوپيدى داللوز ٣ سنة ١٩٥٣ لفظ Mandat – فلاتيه فى العقود لحساب الغير باريس سنة ١٩٥٠ .

رسائل وبحوث : Lerebours-Pigeonnière رسالة من كان سنة ١٨٩٨ – Valéry فى مميزات عقد الوكالة فى القانون المدنى رسالة من إكس سنة ١٨٩٨ – Pilon فى النيابة رسالة من كان سنة ١٨٩٨ – Audinot فى النيابة القاصرة رسالة من باريس سنة ١٩٠٩ – Corbesco فى النيابة رسالة من باريس سنة ١٩١٣ – Boland فى النيابة رسالة من ليسيج سنة ١٩٢٧ – Pobesco Ramnicéano فى النيابة فى القانون المقارن رسالة من باريس سنة ١٩٢٧ – Madray فى النيابة فى القانون الخاص رسالة من بوردو سنة ١٩٣١ – Colin فى تحديد الوكالة المأجورة رسالة من باريس سنة ١٩٣١ – Falque Pierrotin فى الوكالة وعناصرها المقومة رسالة من كان سنة ١٩٣٣ – Péan فى جواز تخفيض أجر الوكيل رسالة من رن سنة ١٩٣٦ – Marty فى الوكالة دون نيابة فى غير الاسم المستعار رسالة من مونپليه سنة ١٩٣٧ – Vallée فى وكالة المحامى (ad egotia) رسالة من بوردو سنة ١٩٤١ – Clarise فى النيابة رسالة من ليل سنة ١٩٤٩ – Sallé de la Karinière فى الوكالة اللازمة (المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٣٧ ص ٢٤١ وما بعدها) – Léauté فى الوكالة الظاهرة (المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٤٧ ص ٢٨٨ وما بعدها) .

مراجع مصرية : محمد كامل مرسى فى العقود المسماة سنة ١٩٤٩ – محمد على عرفة فى التأمين والعقود الصغيرة الطبعة الثانية سنة ١٩٥٠ ، أكثم أمين الخولى فى الصلح والهبة والوكالة سنة ١٩٥٧ – جمال مرسى بدر فى النيابة فى التصرفات القانونية رسالة من القاهرة سنة ١٩٥٤ – نفس المؤلف دراسات فى النظرية العامة للنيابة حول مشروع المعهد الدولى لتوحيد القانون الخاص الإسكندرية سنة ١٩٥٩ – عبدالباسط جميعى فى نظرية الأوضاع الظاهرة رسالة من القاهرة سنة ١٩٥٦ .

وفى إشارتنا إلى هذه المراجع المختلفة نحيل إلى الطبعات المبينة فيما تقدم .

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ٩٧٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يتضمن فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى : «إذا كان محل الوكالة إدارة عمل، فالمفروض أن الوكيل ملزم أن يعمل باسم الموكل ، ما لم=

ويخلص من التعريف المتقدم الذكر أن لعقد الوكالة خصائص نجمل أهمها فيما يأتى:

١ – عقد الوكالة هو فى الأصل من عقود التراضى ، وسنرى أنه يكون عقداً شكلياً إذا كان التصرف القانونى محل الوكالة هو تصرف شكلى . وهو فى الأصل من عقود التبرع، وسنرى أنه يكون من عقود المعارضة إذا اشترط الأجر صراحة أو ضمناً . أما فى القانون الرومانى فقد كان دائماً عقد تبرع . وهو عقد ملزم للجانبين ، ليس فحسب إذا اشترط أجر الوكيل ، بل أيضاً فيما إذا كانت الوكالة تبرعاً ، إذ أن الموكل يلتزم فى جميع الأحوال برد ما صرفه الوكيل فى تنفيذ الوكالة وبتعويضه عما أصابه من الضرر ، وهذان التزامان ينشآن كما سنرى من عقد الوكالة نفسه . وليس من الضرورى أن تنشأ الالتزامات المتقابلة فى العقود الملزمة للجانبين متعاصرة وقت إبرام العقد [1] . على أنه ليس من المحتم أن تكون الوكالة ملزمة للجانبين ، فقد تكون ملزمة لجانب الوكيل وحده ، ولا تنشأ التزامات فى ذمة الموكل إذا كانت الوكالة بغير أجر ولم ينفق الوكيل مصروفات ولم يصبه ضرر يعوض عنه.

= يقم الدليل على غير ذلك» . وفى لجنة المراجعة حذفت هذه الفقرة الثانية ، وأصبح رقم النص ٧٣١ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٣٠ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٩٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٨٧ – ص ١٩٠) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى القديم المادة ٦٢٥/٥١٢ – ٦٢٦ ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : «التوكيل عقد به يؤذن الوكيل بعمل شئ باسم الموكل وعلى ذمته، ولا يتم العقد إلا بقبول الوكيل» . (ونص التقنين المدنى القديم يتفق فى مجموعه مع نص التقنين المدنى الجديد، إلا أن نص التقنين المدنى الجديد أدق من ناحية تحديد محل الوكالة بأنه «عمل قانونى» ، ومن ناحية أنه إذا كان من الضرورى أن يعمل الوكيل لحساب الموكل فليس من الضرورى أن يعمل باسمه).

ويقابل النص فى **التقنينات المدنية العربية الأخرى** :

التقنين المدنى السورى م ٦٦٥ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٦٩٩ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٩٢٧ : الوكالة عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه فى تصرف جائز معلوم (والتقنين العراقى يتفق فى مجموعه مع التقنين المصرى).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٧٦٩ ، الوكالة عقد بمقتضاه يفوض الموكل إلى الوكيل بقضية أو بعدة قضايا أو بإتمام عمل أو فعل أو جملة أعمال وأفعال . ويشترط قبول الوكيل. ويجوز أن يكون قبول الوكالة ضمنياً ، وأن يستفاد من قيام الوكيل بها. (والتقنين اللبنانى يتفق فى مجموعه مع التقنين المصرى، إلا أنه لا يحدد محل الوكالة بأن تصرف قانونى) .

(١) انظر عكس ذلك بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٣٦٥ – محمد على عرفة ص ٣٤٧ – وقارن أكثم أمين الخولى فقرة ١٥٨ .

٢ – جاء فى نص المادة ٦٩٩ مدنى المتقدم الذكر صراحة أن الوكيل يلتزم «بأن يقوم بعمل قانونى لحساب الموكل» . وسنرى أن أهم ما يميز الوكالة عن غيرها من العقود، وبخاصة عن عقدى المقاولة والعمل ، هو أن محل الوكالة الأصلى يكون دائماً تصرفاً قانونياً (acte juridique) (١)[1] ، فى حين أن المحل فى عقدى المقاولة والعمل هو عمل مادى (acte matériel)[٢] . وهذا التصرف القانونى يقوم به الوكيل «لحساب الموكل» . وليس معنى ذلك أن يقوم به الوكيل حتما باسم الموكل وإن كان هذا هو الغالب ، بل يصح أن يقوم به باسمه الشخصى كما يقع فى الاسم المستعار وفى الوكالة بالعمولة [٣] ، ولكن

---

(١) نقض فرنسى ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٢٨ جازيت دى باليه ١٩٢٨ – ٢ – ١٧٩ – ومع ذلك قارن نقض فرنسى ٤ ديسمبر ١٩٤٥ J.C.P. ١٩٤٦ – ٢ – ٣١١٠ – ونقول «محل الوكالة الأصلى» ، لأن الوكيل قد يقوم بأعمال مادية تبعاً للتصرف القانونى الذى وكل به ، كما إذا وكل فى قبض الدين فإنه يجب فى بعض الأحيان أن يسعى للمدين وأن يقوم ببعض الإجراءات المادية لقبض الدين . ولكن هذا لا ينفى أن مهمته الأصلية هى قبض الدين وهو تصرف قانونى لا عمل مادى، ويظهر ذلك فى وضوح إذا أصيب الوكيل فى أثناء القيام بهذه الأعمال المادية التابعة للتصرف القانونى ، فإن إصابته لا تدخل فى نطاق إصابات عقد العمل ، لأن العقد الذى يربطه بالأصيل هو عقد وكالة لا عقد عمل (نقض فرنسى ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٠٧ داللوز ١٩٠٨ – ١ – ٤٨١ – أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ١٢ – محمد كامل مرسى فقرة ١٥١ ص ١٩٨ – ص ١٩٩) .

(٢) بلانيول وريپير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٢٧ ص ٨٥٢ وفقر ١٤٣٠ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٠ ص ١٩٧ – ص ١٩٨ ولكن انظر ص ١٩٩ – بلانيول وريپير وبولانچيه ٢ فقرة ٣٠٢٠ – چوسران ٢ فقرة ١٤٠٠ – Falque Pierrotin ص ٢٦ – أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ١٠ – فقرة ١١ – وقارن كولان وكاپيتان ودى لا موراندير ٢ فقرة ١١٣١ وفقرة ١٣٥٤).

(1) المناط فى التعرف على مدى سند الوكالة من حيث ما تشتمل عليه من تصرفات قانونية خول الموكل للوكيل اجراؤها يتحدد بالرجوع إلى عبارة التوكيل ذاته وما جرت به نصوصه وإلى الملابسات التى صدر فيها التوكيل وظروف الدعوى .

(جلسة ١٩٨٤/٥/٣١ الطعن رقم ٩٥٧ لسنة ٥٠ ق)

(جلسة ١٩٦٩/٦/١٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ ص ١٠٠٢)

(٣) بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٣٦٣ – بلانيول وريپير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٢٧ – وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : «ويجب أن يعمل الوكيل دائماً لحساب الموكل. والأصل أنه يعمل أيضاً باسم الموكل ، إلا إذا أبيح له أن يعمل باسمه الشخصى فيكون فى هذه الحالة اسما مستعاراً، وهو فى الحالتين وكيل» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٩١). وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٦٩٩ مدنى يشتمل على فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى: «إذا كان محل الوكالة إدارة عمل ، فالمفروض أن الوكيل ملزم أن يعمل باسم الموكل ، ما لم يقم الدليل على غير ذلك» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٨٧). وورد فى المذكرج الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتى : «ملاحظة : تعدل الفقرة الثانية من المادة ٩٧٢ من المشروع (م ٦٩٩ مدنى) كما يأتى: =

يجب دائما أن يعمل الوكيل لحسابه الموكل لالحساب الشخصى ، فيقدم عند انتهاء الوكالة حساباً للموكل عما قام به من الأعمال لتنفيذ الوكالة . ومن هذا نرى كيف تتميز الوكالة عن النيابة ، فهى تارة تكون مقترنة بها وتكون الوكالة نيابية عندما يعمل الوكيل باسم الموكل، وهى تارة تنفصل عنها وتكون الوكالة غير نيابية عندما يعمل الوكيل باسمه الشخصى، وسواء عمل الوكيل باسم الموكل فى الوكالة النيابية أو عمل باسمه الشخصى فى الوكالة غير النيابية فهو فى الحالتين يعمل لحساب الموكل [1] كما سبق القول .

٣ – وتتميز الوكالة أيضاً بتغلب الاعتبار الشخصى (intuitu personoe) ، فالموكل أدخل في اعتباره شخصية الوكيل ، وكذلك الوكيل أدخل فى اعتباره شخصية الموكل ، وسنرى أن هذه الخاصية يترتب عليها أن الوكالة تنتهى بموت الوكيل كما تنتهى بموت الموكل .

٤ – وتتميز الوكالة أخيراً بأنها عقد غير لازم ، وسنرى أنه يجوز كقاعدة عامة للموكل أن يعزل الوكيل ، وللوكيل أن يتنحى عن الوكالة ، وذلك قبل إتمام التصرف القانونى محل الوكالة ، بل حتى قبل البدء فيه .

٢٠٩ – تمييز عقد الوكالة عن العقود الأخرى : يميز عقد الوكالة عن سائر العقود أن محلها تصرف قانونى لا عمل مادى ، وهذا هو المميز الرئيسى بينها وبين عقدى المقاولة

= والمفروض أن الوكيل ملزم أن يعمل باسم الموكل ، ما لم يرخص له فى أن يعمل باسمه – وهذا التعديل يتفق مع التقنين البولونى م ٤٩٩» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٩١) . ولكن الفقرة الثانية لم تعدل، بل حذفت فى لجنة المراجعة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٨٩ – وانظر آنفاً نفس الفقرة فى الهامش) .

(١) والوكالة تضفى فى الغالب صفة النيابة على الوكيل ، فتكون هناك وكالة ونيابة. ولكن قد تكون هناك وكالة دون نيابة ، كما فى الاسم المستعار والوكيل بالعمولة . وقد تكون هناك نيابة دون وكالة ، إذ النيابة إما أن تكون اتفاقية إذا كان مصدرها الوكالة وهنا تجتمع الوكالة والنيابة ، وإما أن تكن قانونية إذا كان مصدرها القانون كما فى الولى فإن القانون هو الذى يعين الأولياء ، وإما أن تكون قضائية إذا كان مصدرها القضاء كما فى الوصى والقيم والحارس القضائى فإن جهة قضائية هى التى تختار هؤلاء . وفى كل من النيابة القانونية والنيابة القضائية تكون هناك نيابة دون وكالة (الوسيط ١ فقرة ٨٣ ص ١٩٠ وهامش ١ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٠١٩ – كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٣٤٥ – أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٤ – أكثم أمين الخولى فقرة ١٥٦) – وقد عرفت الوكالة فى المادة ٦٩٩ مدنى سالفة الذكر بأنها عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانونى «لحساب الموكل» ، فانتظم التعريف بذلك الوكالة إذا صحبتها النيابة حيث يعمل الوكيل «باسم الموكل» والوكالة إذا لم تصحبها النيابة حيث يعمل الوكيل «باسمه الشخصى» ، ولكن الوكيل يعمل فى الحالتين «لحساب الموكل» .

والعمل كما قدمنا . قد تلتبس بهذين العقدين كما تلتبس بعقود أخرى الإيجار والبيع والشركة والوديعة[1] . فنستعرض الوكالة مع هذه العقود عقداً عقداً ، فنرى كيف تلتبس بها تارة وكيف تختلط بها تارة أخرى . إذ كثيراً ما تختلط الوكالة بغيرها من العقود، فيقوم المقاول أو أمين النقل أو رجل الأعمال أو المستخدم أو المستأجر أو المشترى أو الشريك أو المودع عنده بتصرفات قانونية إلى جانب الأعمال المعهود بها إليه بموجب عقده الأصلى، فتختلط الوكالة بكل عقد من هذه العقود [2] . فإذا اختلطت الوكالة بعقد آخر ، وجب فى الأصل تطبيق كل من قواعد الوكالة وقواعد العقد الآخر ما دام لا يقوم تعارض بين هذه وتلك . فإذا دفع شخص لآخر شيئاً وديعة عنده ووكله فى التأمين على هذا الشئ ، اختلطت الوكالة بالوديعة ، ووجوب تطبيق قواعد الوديعة وقواعد الوكالة معاً إذ ليس هناك تعارض . أما إذا قام التعارض ، فإنه يجب تطبيق القواعد التى تعتبر من النظام العام واستبعاد القواعد التى لا تعتبر من النظام العام . فإذا استخدم شخص شخصاً آخر لمدة غير معينة وعهد إليه فى الوقت ذاته بأنه يقوم بتصرفات قانونية ، فهذا الشخص الآخر يكون مستخدماً ووكيلا فى وقت واحد، وهو كمستخدم لا يجوز إنهاء عقد عمله إلا بعد إخطار فى ميعاد معين وفى غير تعسف (م ٦٩٥ مدنى) ، ولكنه كوكيل يجوز عزله فى أى وقت (م ١/٧١٥ مدنى) . ولما كانت القاعدة الأولى تعتبر من النظام العام ، وليست كذلك القاعدة الثانية ، فإن القاعدة التى

---

(١) وتقرب الفضالة من الوكالة ، وإن كانت تتميز عنها . فالنظامان يتوافقان فى أن كلا منهما مصدر للنيابة ، وفى أن الفضالة قد تنقلب إلى وكالة إذا أقرت والوكالة تنتهى إلى فضالة إذا خرج الوكيل عن حدود وكالته أو بقى يعمل بعد انتهاء الوكالة . والنظامان يتفارقان فى أن مصدر الفضالة عمل مادى ومصدر الوكالة اتفاق أو عقد ، ومن ثم فالفضالة مصدر لنيابة قانونية أما الوكالة فمصدر لنيابة اتفاقية . ويتفارقان كذلك فى أن عمل الفضولى قد يكون تصرفاً قانونياً وقد يكون عملا مادياً ، أما عمل الوكيل فلا يكون إلا تصرفاً قانونياً .

وهذا كله من حيث الأركان . أما من حيث الالتزامات التى تنشأ من الفضالة والوكالة فتقوم الفروق بينهما فيها على اعتبار جوهرى : هو أن رب العمل لم يختر الفضولى ولم يعهد إليه فى أن يقوم بعمل ما ، أما الموكل فقد اختار وكيله وعهد إليه فى أن يقوم بعمل وكله فيه . لذلك كانت التزامات الفضولى أشد قليلا من التزامات الوكيل، وكانت التزامات رب العمل أخف قليلا من التزامات الموكل، وإن كانت كل هذه الالتزامات فى مجموعها متقاربة (انظر فى تفصيل ذلك الوسيط ١ فقرة ٩٠٠ ص ١٢٧٠ هامش ١ – وانظر أكثر أمين الخولى فقرة ١٤٩) .

(٢) وقد يختلط عقد التأمين بعقد الوكالة ، فيوكل المؤمن له شركة التأمين فى أن تدافع عنه أمام القضاء إذا تحقق الحادث المؤمن منه (بيكار وبيسون ٣ فقرة ٢١٩ وما بعدها – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٣٩ مكررة) . وإذا وكل شخص شركة فى أن تدافع عنه أمام القضاء إذا وقع حادث يثير مسئوليته ، كان هذا العقد وكالة معلقة على شرط واقف، ولا يتضمن بالضرورة عقد تأمين (Hébraud فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٥٣ ص ٥٧٠ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٣٩ مكررة) .

التى تنطبق فى الحالة التى نحن بصددها هى الأولى دون الثانية ، ومن ثم لا يجوز عزل المستخدم ، ولو أنه فى الوقت ذاته وكيل ، إلا بعد إخطار فى ميعاد معين وفى غير تعسف . وإذا كانت القواعد المتعارضة ليست من النظام العام ، وجب عندئذ تغليب أحد العقدين على الآخر وتطبيق قواعد العقد الغالب . فأجر المحامى عن أعماله القانونية والمادية يكون خاضعاً لتقدير القاضى كما تقضى أحكام الوكالة لأن العنصر الغالب فى أعمال المحامى هو عنصر الوكالة ، ولكن أجر المهندس المعمارى وإن قام بتصرفات قانونية لا يخضع لتقدير القاضى كما تقضى أحكام المقاولة لأن العنصر الغالب فى أعمال المهندس المعمارى هو عنصر المقاولة [1].

٢١٠ – **عقد الوكالة وعقد المقاولة** : قدمنا عند الكلام فى عقد المقاولة [2] أن المقاولة والوكالة يتفقان فى أن كلا منهما عقد يرد على العمل وهذا العمل يؤديه كل من المقاول والوكيل لمصلحة الغير ، ولكنهما يختلفان فى أن العمل فى عقد الوكالة هو تصرف قانونى فى حين أنه فى عقد المقاولة عمل مادى [3]. وبينا أن للتمييز بين المقاولة والوكالة أهمية عملية ، تظهر فى أن المقاولة تكون دائماً مأجورة ولا تخضع الأجرة فيها لتقدير القاضى ، أما الوكالة فالأصل فيها أن تكون بغير أجر وإذا كانت بأجر خضع الأجر لتقدير القاضى . وتظهر فى أن المقاول لا ينوب عن رب العمل ، أما الوكيل فإنه ينوب عن الموكل إذا كان يعمل باسمه . وتظهر فى أن الوكالة تنتهى حتما بموت الموكل أو بموت الوكيل، أما المقاولة فلا تنتهى بموت رب العمل ولا يموت المقاول إلا إذا كانت شخصيته محل اعتبار. وتظهر فى أن الوكالة فى الأصل عقد غير لازم ، أما المقاولة فهى فى الأصل عقد لازم. وهناك فروق أخرى كثيرة سبق بيانها عند الكلام فى المقاولة [4].

وقدمنا أن الوكالة قد تلتبس بالمقاولة ، وبخاصة فى العقود التى تبرم مع أصحاب المهن الحرة كالطبيب والمحامى والمهندس المعمارى ، وبينا أن المحل فى هذه العقود هو عمل مادى وإن كان يتميز بأنه عمل فكرى فتكون هذه العقود عقود مقاولة. وقد يختلط بها عقد

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٥ فى آخرها – بيدان ١٢ فقرة ٢٩٦ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٢٩ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٥ .

(٣) بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٣٧٧ وما بعدها – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٠ ص ١٩٧ – ص ٢٩٨ – بيدان ١٢ فقرة ٢٨٨ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٣٠– دى باج ٥ فقرة ٣٦١ – جوسران ٢ فقرة ١٤٠٠ – أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٤ – نقض فرنسى ١٤ أبريل سنة ١٨٨٦ داللوز ٨٦ – ١ – ٢٢٠ – ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٨ سيريه ١٩٢٨ – ١ – ١٢ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٥ – بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٤٠٠ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩١١ – كولان وكاپيتان ودى لا موراندير ٢ فقرة ١٠٨٦ – جوسران ٢ فقرة ١٤٣٠.

الوكالة. فالعقد مع المحامى يقع على خليط من الأعمال المادية والتصرفات القانونية، ويغلب فيه عنصر الوكالة . وعلى العكس من ذلك العقد مع المهندس المعمارى، فإنه إذا وقع على خليط من الأعمال المادية والتصرفات القانونية فإن عنصر المقاولة يكون هو الغالب [١] . وأمين التفليسة يعتبر وكيلاعن المفلس وعن جماعة الدائنين ، فلا يكون مقاولا [٢]، وكذلك مصفى الشركة يعتبر وكيلا عن الشركة فى أثناء التصفية ، وليس مقاولا [٣] . أما الخبراء والمحكمون ، فهم مقاولون لا خبراء [٤] . وأمين النقل مقاول فى الأصل لا وكيل ، ولكن قد يعهد إليه بتصرفات قانونية كالتأمين على البضاعة وإيداعها فى مخزن وقبض ثمنها ففى هذه التصرفات يعتبر وكيلا لا مقاولا[٥] . والتعاقد مع رجال الأعمال (agents d'affaires) يكون فى الأصل مقاولة ، وقد يتضمن وكالة إذا دخل فى الأعمال المتعاقد عليها أن يقوم رجل الأعمال بتصرف قانونى ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك [٦] .

٢١١ – عقد الوكالة وعقد العمل : ويتميز عقد الوكالة عن عقد العمل ، كما يتميز عن عقد المقاولة ، بأن محله تصرف قانونى لا عمل مادى [٧](1). ويزيد فى تمييز

---

(١) بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٣٧٧ وما بعدها – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٣٣ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٠٢١ – كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٣٤٨ وفقرة ١٤٣١ – أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٥ وفقرة ٣٢ – محمد كامل مرسى فقرة ١٥١ ص ١٩٩ – ص ٢٠٠ – أكثم أمين الخولى فقرة ١٥٥ .

(٢) بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٣٨٧ – نقض فرنسى ٢١ يونيه سنة ١٨٩١ سيريه ٩١–١–٣٧٧.

(٣) بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٣٨٧ – الوسيط ٥ فقرة ٢٥٨ – مصر الكلية ١٣ مايو سنة ١٩٥٤ المحاماة ٣٦ رقم ٣٠ ص ١١١ – نقض فرنسى ٢١ نوفمبر سنة ١٨٩٣ داللوز ٩٤–١–٢٦٩.

(٤) بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٣٨٣ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٣٠ ص ٨٥٦.

(٥) بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٣٩٤ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٣٨ – نقض فرنسى ٢ فبراير سنة ١٩١٠ داللوز ١٩١٠ – ١ – ٧٢ – ١٣ يناير سنة ١٩١٣ سيريه ١٩١٣ – ١ – ١٩٠ – ليون ١٠ يوليه سنة ١٩٢٤ داللوز الأسبوعى ١٩٢٤–٥٩٠.

(٦) انظر آنفاً فقرة ٢٠١ – بودرى وفال فقرة ٣٨٣ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٣٩ – أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٣٣ – فقرة ٣٦ .

(٧) استئناف مختلط ٢٤ يونيه سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٣٠٢.

(1) عرفت المادة ٦٤٦ من القانون المدنى المقاولة بأنها عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بأن يضع شيئاً أو أن يؤدى عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر . واذ كان يبين مما تم الاتفاق عليه فى العقدين – موضوع الدعويين الأصلية والفرعية – أن الطرفين قد أفرغا فيهما جميع عناصر عقد المقاولة، وإذ وقع التراضى بينهما على الشئ المطلوب من المطعون عليه صنعه وهو إقامة المبنى والأجر الذى تعهد به الطاعنان بوصفهما رب عمل، ولم يرد بأى منهما ما يدل على قيام المطعون عليه بالعمل تحت اشراف الطاعنين أو بوصفة تابعا لهما أو نائبا عنهما وكان ما تعهد المطعون عليه بالقيام به فى كلا العقدين =

عقد الوكالة عن عقد العمل أن العامل أو المستخدم فى عقد العمل يعمل دائماً تحت إشراف رب العمل وتوجيهه فعلاقته به هى علاقة التابع بالمتبوع، أما الوكيل فلا يعمل حتما تحت إشراف الموكل فليس من الضرورى أن تقوم بينهما علاقة التبعية [1]. وللتميز بين عقد الوكالة وعقد العمل نفس الأهمية التى للتمييز بين عقد الوكالة وعقد المقاولة ، وتظهر فى نفس الوجوه : ضرورة الأجر فى عقد العمل وعدم ضرورته فى عقد الوكالة وخضوع أجر الوكيل إن وجد لتقدير القاضى ، وعدم نيابة العامل عن رب العمل ونيابة الوكيل عن الموكل إن كا ن يعمل باسمه ، وعدم انتهاء عقد العمل بموت رب العمل وانتهاء الوكالة بموت الموكل وإن كان كل من العقدين ينتهى بموت العامل أو موت الوكيل[2]، ولزوم عقد العمل وعدم لزوم عقد الوكالة [3](1).

= لم يتجاوز العمل المادى وهو محل المقاولة ، فى حين أن محل الوكالة هو دائماً تصرف قانونى – على ما أفصحت عنه المادة ٦٦٩ من القانون المدنى – فأنه لا يصح اعتبار العقدين سالفى الذكر عقدى وكالة ولا يغير من ذلك كون الطرفين يملكان العقار على الشيوع ، إذ ليس من شأن هذه المشاركة أن تغير من صفة العقدين وأن تضفى على المطعون عليه صفة الوكيل مع صراحة نصوصهما فى أن نية الطرفين قد اتجهت إلى إبرام عقدى مقاولة ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر ، وكيف العقدين بأنهما عقد وكالة ، وأقام قضاءه فى الدعويين الأصلية والفرعية على هذا الأساس فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه .

(جلسة ١٩٧٢/٣/٩ الطعن رقم ١٤٣ لسنة ٣٧ ق س ٢٣ ص ٣٧٦).

(١) بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٣٧٧ وما بعدها – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٣٠ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٧٧٤ – كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٣٤٩ – أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٠ – وقارن أكثم أمين الخولى فقرة ١٥٤ ص ١٩٥ .

(٢) أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٤١٠ ص ١٩٨ هامش ٧ – كولان وكاپيتان ودى لاموانديير ٢ فقرة ١٤٢٨ – محمد كامل مرسى فقرة ١٥٥ ص ٢٠٦ – محمد على عرفة ص ٣٠١ – ص ٣٠٢ – أكثم أمين الخولى فقرة ١٥٤ ص ١٩٥ .

(٣) وقد قضى بأن المحامى الذى يؤجر عن طريق مبلغ دورى يدفع له عن كل شهر أو عن كل سنة يبقى وكيلا لا أجيراً ، ومن ثم يجوز عزله عن الوكالة طبقاً للقواعد المقررة فى عقد الوكالة دون القواعد المقررة فى عقد العمل (استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٠٦).

(1) المناط فى تكييف عقد العمل وتمييزه عن عقد الوكالة وغيره من العقود – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – هو توافر عنصر التبعية التى تتمثل فى خضوع العامل لاشراف رب العمل ورقابته ، وأنه يكفى لتحقق هذه التبعية بأن يشتغل تحت إدارة صاحب عمل أو اشرافه مقابل أجر، وأنه يكفى لتحقق هذه التبعية ظهورها ولو فى صورتها التنظيمية أو الإدارية ، وإذ كان الطاعن – وهو محام – وقد تمسك فى دفاعه أمام محكمة الموضوع بقيام هذه التبعية مستندا فى ذلك إلى تخصيص مكتب له بمقر الشركة لمباشرة قضاياها ، وأنه كان يعاونه فى العمل موظفون من قبلها ويستعمل مطبوعاتها، وكانت القضايا توزع بينه وبين زملاء له آخرين ويحرر كشفا بما يحكم فيه وما يؤجل منها ويعرض الكشف =

وقد يلتبس عقد الوكالة بعقد العمل . ويقع ذلك عادة فى شأن الطوافين (placiers) والممثلين التجاريين (représentants) والجوابين (voyageurs de commerce) ومندوبى التأمين (agents d'assurance) ، فهؤلاء يقومون بأعمال مادية وبتصرفات قانونية مع العملاء لحساب مخدوميهم فيعقدون الصفقات ويبرمون عقود التأمين . وقد انقسم القضاء الفرنسى فيما يتعلق بمندوبى التأمين ، فذهبت بعض الأحكام إلى أن العقد الذى يربط مندوب التأمين بالشركة هو عقد وكالة[1] ، وذهبت أحكام أخرى إلى أنه عقد عمل [2] . ولكن القانون الفرنسى الصادر فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٧ قضى بأن مندوب التأمين ينتفع بأحكام المادة ١٧٨٠ من التقنين المدنى الفرنسى المتعلقة بعقد العمل فرجح كفة عقد العمل على كفة عقد التأمين ، وبهذا قضت أخيراً محكمة النقض الفرنسية [3] . أما فيما يتعلق بالطوافين والممثلين التجاريين والجوابين ، فقد صدر فى فرنسا قانون ١٨ يوليه سنة ١٩٣٧ يجعل هؤلاء جميعاً يرتبطون بمخدوميهم بموجب عقد عمل لا بموجب عقد وكالة إذا توافرت شروط معينة ، وذلك حتى يتمكنوا من الانتفاع بالتشريعات العمالية ويستظلوا بحمايتها [4] . وفي مصر ورد نص صريح يقضى بسريان أحكام عقد العمل على العلاقة فيما بين أرباب الأعمال وبين الطوافين والممثلين التجاريين والجوابين ومندوبى التأمين، فنصت الفقرة الأولى من المادة ٦٧٦ مدنى على أن «تسرى أحكام عقد العمل على العلاقة ما بين أرباب الأعمال وبين الطوافين والممثلين التجاريين والجوابين ومندوبى التأمين وغيرهم من الوسطاء ، ولو كانوا مأجورين بطريق العمالة أو كانوا يعملون بحساب جملة من أرباب الأعمال ، ما دام هؤلاء الأشخاص تابعين لأرباب العمل وخاضعين لرقابتهم» .

= على مدير الشركة ويتقاضى الطاعن نظير عمله أجرا شهريا ثابتا عدا منحة سنوية ، ولما كان الحكم المطعون فيه قد ألغى الحكم الابتدائى وقضى بأن علاقة الطرفين هى علاقة وكالة وليست علاقة عمل استناداً إلى تقريرات قاصرة لا تكفى لحمل الحكم فأنه يكون مشوبا بالقصور .

(جلسة ١٩٧٢/٢/٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ ص ١٢١).

(١) نقض فرنسى ٩ يوليه سنة ١٨٨٥ داللوز ٨٦ – ١ – ٣١٠ – ٨ فبراير سنة ١٩٢٦ داللوز ٢٦–١–١٩٢ – ٢٦ أبريل و ٢٩ يوليه سنة ١٩٣١ المجلة العامة للتأمين البرى ص ٧٦٥ و ص ٩٩٥.

(٢) نقض فرنسى ٢٩ يونيه سنة ١٩٠٣ داللوز ١٩٠٣ – ١ – ٤٤٠ – ١٦ أبريل سنة ١٩٠٧ داللوز ١٩٠٧ – ١ – ٤٤٥ – السين ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٥ داللوز ١٩٢٦–٢–١٤١.

(٣) نقض فرنسى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٥٢ Droit Social ١٩٥٣ – ٢٨٣ – وانظر فى هذه المسألة بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٣٩٢ – بلانيول وريبير وساقاتييه ١١ فقرة ١٤٣٢ ص ٨٦٠ – ص ٨٦١ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٧٧٥ .

(٤) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٧٧٦ .

ويعتبر رئيس مجلس إدارة الشركة وكيلا عن هذا المجلس ، أما المدير الفنى للشركة فيعتبر موظفاً فيها يرتبط معها بعقد عمل لا بعقد وكالة [1].

وكثيراً ما يختلط عقد الوكالة بعقد العمل . فيعهد السيد إلى الخادم بالقيام بالمشتريات المنزلية من طعام وشراب وغير ذلك [2]. ويعهد صاحب المتجر إلى مستخدمه بعقد الصفقات مع العملاء أو بقبض الديون منهم [3]. ويعهد صاحب الأرض الزراعية لناظر زراعته بأن يمضى عقود الإيجار مع المستأجرين . ويعهد صاحب السيارة إلى السائق بتشحيم السيارة وتزييتها . ويعهد صاحب العمارة إلى البواب بقبض الأجرة من السكان [4]. وفى هذه الأحوال تسرى فى الأصل أحكام عقد العمل ، وتسرى فى الوقت ذاته أحكام عقد الوكالة فيما يتعلق بالتصرفات القانونية التى يقوم بها هؤلاء المستخدمون . ومن ثم ينتفعون بالتشريعات العمالية وبما تضفيه عليهم من الحماية ، ويكونون تابعين لرب العمل فيكون هذا مسئولا عنهم مسئولية المتبوع عن التابع . أما التصرفات القانونية التى يقومون بها فيمثلون فيها مخدومهم ، وتنصرف آثارها مباشرة إلى المخدوم . وإذا تعارضت أحكام عقد العمل مع

---

(١) نقض فرنسى ١٦ نوفمبر سنة ١٨٨٦ سيريه ٨٨-١-٤٢١-١٢ ديسمبر سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٣-١-١٦٤-٢٩ مارس سنة ١٩٢٦ جازيت دى باليه ١٩٢٦ - ٢ - ٥٩٧ - ومع ذلك انظر نقض فرنسى ١٩ يوليه سنة ١٩٥١ داللوز ١٩٥٢ - ١ مع تعليق ريبير.

وانظر فى الجمع ما بين رئيس مجلس إدارة الشركة ومديرها الفنى : بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٣٩٣ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٣٢ ص ٨٦١ - ص ٨٦٢ - بلانيول وريبير رواست ١١ فقرة ٧٧٥ ص ٢٠ - نقض فرنسى ١٢ ديمسبر سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٣-١-١٦٤-٢١ مارس سنة ١٩١٠ سيريه ١٩١٣-١-٢٩٧-٢٢ ديسمبر سنة ١٩١٣ سيريه ١٩٢٠-١-١٠٢-١٦ يناير سنة ١٩٢٠ سيريه ١٩٢٠ - ١-٢٧٢- ٩ يناير سنة ١٩٢٨ داللوز الأسبوعى ١٩٢٨ - ١٥٣ - ٣ أغسطس سنة ١٩٣٥ داللوز ١٩٣٥-٥٢٣-١٣ يونيه سنة ١٩٣٦ داللوز ١٩٣٨-١-٩٣-١٣ أبريل سنة ١٩٤٥ داللوز ١٩٤٦-٦٥-٢٠ يوليه سنة ١٩٤٩ داللوز ١٩٥٣-٣٣-١٩ يوليه سنة ١٩٥١ داللوز ١٩٥٢-١-٢١ يوليه سنة ١٩٥١ Droit Social ١٩٥١-٦١٣.

(٢) السين ٢٠ مايو سنة ١٨٩٣ La Loi ٢٠ يوليه سنة ١٨٩٣ - ٦ مارس سنة ١٩٢٣ داللوز ١٩٢٣ - ٥ - ١٠ .

(٣) نقض فرنسى ١٠ يونيه سنة ١٨٦٨ داللوز ٦٩-٢-٣١٨- ٤ أغسطس سنة ١٨٧٤ داللوز ٧٥-١-١٠٥-٢٤ يوليه سنة ١٩٠٠ داللوز ١٩٠٥ - ١ - ٢٦٩ - ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٠٧ داللوز ١٩٠٨-١-٤٨١- باريس ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٧ داللوز ١٩١٧ - ٢-١٣٢ - وقارن بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٣٩٠ .

(٤) وانظر فى قبطان السفينة وقيامه بتصرفات قانونية نقض فرنسى ١٧ يناير سنة ١٨٨٤ سيريه ٨٦-١-٤٦١- ريبير فى القانون البحرى الطبعة الثالثة ١ فقرة ٨٠٦ وما بعدها- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٣٩٥ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٣٢ ص ٨٦٢.

أحكام عقد الوكالة ، غلب عنصر عقد العمل فتسرى أحكامه وتستبعد أحكام عقد الوكالة. ومن ثم لا يجوز فصل المستخدم دون إخطار أو فصلا تعسفياً تطبيقاً لأحكام عقد العمل وهى هنا تعتبر من النظام العام ، وكانت أحكام الوكالة تقضى بجواز عزل الوكيل فى أى وقت (١) .

٢١٢ – عقد الوكالة وعقد الإيجار : قدمنا عند الكلام فى الإيجار أن الإيجار يختلف عن الوكالة بأن محل الوكالة تصرف قانونى ومحل الإيجار عمل مادى ، وأن الوكيل يعمل عادة باسم الموكل ويمثله أما المستأجر فلا يمثل المؤجر(1) ، وتنتهى الوكالة بموت الموكل أو يموت الوكيل ولا ينتهى الإيجار بموت المؤجر ولا بموت المستأجر إلا فى حالات استثنائية، ويجوز الرجوع فى الوكالة ولا يجوز الرجوع فى الإيجار ، ويجوز فى الوكالة أن يعدل القاضى الأجر المتفق عليه أما فى الإيجار فلا يجوز ذلك إلا فى حالات استثنائية . ويشترك الوكيل والمستأجر فى أنه إذا تصرف أى منهما فى الشئ الذى تحت يده بدون إذن المالك اعتبر مبدداً (٢) .

وذكرنا أنه قد يقع لبس بين الوكالة والإيجار فيما إذا اتفق شخص مع آخر على أن يؤجر له جملة واحدة أعياناً يملكها الأول ، على أن يؤجرها المستأجر من باطنه واحدة واحدة، ويتقاسم الأجرة مع المؤجر بنسبة معينة ، أو يأخذ لنفسه مبلغاً معيناً يخصمه من الأجرة التى يتقاضاها من المستأجرين من الباطن والباقى يعطيه للمؤجر . وقررنا أن هذا العقد ليس بإيجار، بل هو وكالة مأجورة ، الوكيل فيها هو من تسمى بالمستأجر الأصلى والموكل من تسمى بالمؤجر . فنحيل هنا إلى ما قررناه هناك (٣) .

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٠٩ – نقض فرنسى ١٨ يوليه سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٢–١–٥٨٥–١٢ ديسمبر سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٣–١–١٦٤– ١٦ أبريل سنة ١٩٠٧ داللوز ١٩٠٧–١–٤٤٥–٣١ مارس سنة ١٩٣١ داللوز الأسبوعى ١٩٣١–٣٣٢–١٩ يوليه سنة ١٩٥١ داللوز ١٩٥٢–١ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٣١ .

(٢) انظر فى ذلك الوسيط ٦ فقرة ٩ ص ١٤ .

(1) ما يميز عقد الوكالة عن عقد الإيجار أن الوكيل يعمل لحساب الموكل ويمثله فى حين أن المستأجر لا يمثل المؤجر ولا يعمل لحسابه .

(جلسة ١٩٦٧/١١/٣٠ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص ١٧٧٩)

(٣) الوسيط ٦ فقرة ٩ – وانظر بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٣٧٦ – جيوار فى الإيجار ١ فقرة ١١ وفقرة ٦٢ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٣٦ – وقد غلبت محكمة الاستئناف المختلطة عنصر الوكالة ، فقضت بانتهاء العقد بموت الوكيل أى من ظهر بمظهر المستأجر الأصلى (استئناف مختلط ٣ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٤ ص ٢٠٠ – وانظر أيضاً فى نفس المعنى استئناف مختلط ٦ يونيه سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٣١٨) . =

٢١٣ – عقد الوكالة وعقد البيع : قدمنا عند الكلام فى البيع [١] أن الوكالة قد تقترن بالبيع ، ويحدث ذلك فى أحوال منها :

١ – حالة الاسم المستعار أو المسخر (prête-nom) ، فهو يشترى باسمه ما وكل فى شرائه ثم يبيعه بعقد جديد إلى الموكل . فيقترن عقد الوكالة فى هذه الحالة بعقدى بيع، الأول هو الذى أبرمه المسخر مع المتعاقد الآخر والثانى هو الذى أبرمه المسخر مع الموكل .

٢ – حالة السمسار والوكيل بالعمولة ، يقوم كل منهما بشراء الشئ باسمه ولكن لحساب عميله ، ثم ينقله إلى العميل بعقد جديد [1]، فيكون هناك عقد وكالة مقترناً بعقدى بيع على النحو السالف الذكر .

٣ – حالة الوكالة بالشراء فى حق التقرير بالشراء عن الغير (déclaration de command) ، وقد تقدم تفصيل ذلك عند الكلام فى البيع [٢].

وقد تلتبس الوكالة بالبيع فى أحوال منها :

١ – حالة ما إذا حول الدائن حقه لمحال له على أن يحتفظ هذا لنفسه بجزء من الحق

= وقد يقع لبس أيضاً بين الوكالة والإيجار إذا سلم شخص لآخر أرضاً زراعية لزراعتها، فإذا كان هذا الشخص الآخر يزرع الأرض لحسابه ويؤدى أجراً لصاحب الأرض ولو جزءاً من المحصول ، فالعقد إيجار أو مزارعة . أما إذا كان يزرع الأرض لحساب صاحبها ويقوم هو بإدارتها نيابة عنه عنه ، فيشترى ما يلزم للأرض من بذر وسماد وغير ذلك ويستأجر الأنفار للزراعة ويقوم بجميع الأعمال الأخرى اللازمة لزراعة الأرض من أعمال مادية وتصرفات قانونية ، ويأخذ أجراً على ذلك من صاحب الأرض ، فالعقد مزيج من عقد عمل ووكالة . وتظهر أهمية هذا التمييز فى الامتداد القانونى للعقد ، فإذا كان العقد إيجاراً أو مزارعة امتد بحكم القانون بعد انقضاء مدته، أما إذا كان عقدعمل ووكالة فلا يمتد إذا انقضت المدة (أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٣٩).

(١) الوسيط ٤ فقرة ١١ .

(٢) الوسيط ٤ فقرة ١١ وفقرة ٩٥ – فقرة ٩٩ .

(1) الوكالة بالعمولة نوع من الوكالة تخضع فى انعقادها وانقضائها وسائر أحكامها للقواعد العامة المتعلقة بعد الوكالة فى القانون المدنى فيما عدا ما يتضمنه قانون التجارة من أحكام خاصة بها ، وإذ لم ينظم قانون التجارة طرق انقضاء عقد الوكالة بالعمولة فأنه ينقضى بنفس الأسباب التى ينقضى بها عقد الوكالة المدنية وبالتالى فأنه يجوز للوكيل بالعمولة أن يتنحى عن الوكالة فى أى وقت قبل اتمام العمل الموكول إليه وينتهى العقد بإرادته المنفردة طبقاً للحدود المرسومة بالقانون المدنى .

(جلسة ١٩٧٤/٤/١٢ الطعنان ٣٩٦ ، ٣٩٨ لسنة ٣٧ ق س ٢٥ ص ٤٩٢)

(جلسة ١٩٧٣/١٢/٢٧ الطعن ٢١٠ لسنة ٣٨ ق س ٢٤ ص ١٣٦٣)

(جلسة ١٩٧٠/١/٢٩ الطعن ٤٦٤ لسنة ٣٥ ق س ٢١ ص ٢١٣)

ويرد الباقى للمحيل . فقد يكون العقد حوالة حق أى بيعاً للحق والثمن هو هذا الباقى الذى يرده المحال له للمحيل وقد اشترى الحق بجزء منه فى نظير ما بذل من جهد فى تحصيل الحق من المدين ، وقد يكون العقد وكالة مأجورة والمحال له هو وكيل المحيل فى قبض الدين من المحال عليه فى مقابل أجر هو هذا الجزء من الحق الذى يستبقيه المحال له لنفسه . وتذهب محكمة النقض الفرسية إلى أن قاضى الموضوع هو الذى يبت فيما إذا كان المتعاقدان أرادا بيعاً أو وكالة [1] . أما الفقه فمنقسم ، فمن الفقهاء من يذهب إلى أن العقد وكالة [2]، ومنهم من يذهب إلى أن العقد يكون وكالة إذا قبض المحال له الحق من المدين باسم المحيل ويكون بيعاً إذا قبض الحق باسمه الشخصى [3] . ونرى أن هذا العقد هو فى الأصل وكالة، فقد قصد المتعاقدان أن يقبض المحال له الحق من المدين ليسلمه للمحيل فى مقابل أجر يقتطعه المحال له من الحق بعد قبضه ، وهذا ما لم يتبين من الظروف فى وضوح أن المتعاقدين قد قصدا أن ينتقل الحق فعلا للمحال له فى مقابل ثمن هو الجزء من الحق الذى يرده المحال له للمحيل فيكون العقد بيعاً .

٢ – حالة ما إذا وكل شخص شخصاً آخر فى بيع ما له ، مع تخويله الحق فى أن يشتريه لنفسه إذا شاء . فالعقد هنا وكالة معلقة على شرط فاسخ ، هو أن يشترى الوكيل المال لنفسه . فإذا اشترى الوكيل المال لنفسه انفسخت الوكالة ، وتبقى من التعاقد وعد بالبيع قبله الموعود له (الوكيل) بشرائه المال . ويخلص من ذلك أن العقد وكالة معلقة على شرط فاسخ، وقد اقترنت بوعد بالبيع [4] .

٣ – حالة ما إذا دفع مورد السلعة سلعته إلى تاجر ليبيع منها ما يستطيع بيعه، ويرد له ما تبقى دون بيع مع ثمن ما باع بعد خصم أجره . وهذا عقد معروف عند الرومان باسم aestimatum ، لأن ثمن السلعة محدد طبقاً لتقدير (estimation) متفق عليه، فهل هو بيع أو وكالة ؟ يغلب أن يكون وكالة ، ويكون التاجر وكيلا عن مورد السلعة فى بيع ما

---

(١) نقض فرنسى ٧ فبراير و١٨ أبريل سنة ١٨٥٥ داللوز ٥٥–١–٢٠٦–١٢ يناير سنة ١٨٦٣ داللوز ٦٣–١–٣٠٢–٢٨ فبراير سنة ١٨٧٧ داللوز ٧٨–١–٧٨– ١٢ ديسمبر سنة ١٩١١ سيريه ١٩٢٢ – ١–٣٧٤– ٢٨ مايو سنة ١٩١٣ داللوز ١٩١٦– ١–٢٧١.

(٢) جيوار فقفرة ٢٦ – بودرى وفال فقرة ٣٦٧ .

(٣) بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٣٤ ص ٨٦٦ .

(٤) انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٣٤ ص ٨٦٦ – ص ٨٦٧ – وهذا بخلاف ما إذا وكل شخص شخصاً آخر فى بيع مال له دون أن يخوله حق شرائه لنفسه . فإذا اشترى الوكيل المال لنفسه ، لم يكن الشراء نافذاً فى حق الموكل ، ولكن له أن يقره فيجعله نافذاً (انظر الوسيط ١ فقرة ٩٧) .

باع منها وقد خصم أجره من الثمن الذى باع به ، ويكون مبدداً إذا لم يرد السلعة أو ثمنها [1] . وقد يكون بيعاً إذا تقاضى المورد مقدماً من التاجر مبلغاً يحتفظ به ، فيكون هذا المبلغ ثمناً لجزء من السلعة [2] . كما يكون بيعاً إذا ترك المورد للتاجر حرية تحديد الثمن الذى يبيع به السلعة وما زاد من هذا الثمن على مبلغ معين يأخذه التاجر لنفسه ، فيكون العقد فى هذه الحالة بيعاً معلقاً على شرط واقف هو أن يجد التاجر للسلعة مشترياً، فإذا وجده تحقق الشرط وأصبح التاجر مشترياً ، وباع بدوره السلعة إلى المشترى الذى وجده [3] . وإذا عهدت شركة إلى مصرف بتوزيع أسهمها أو سنداتها على الجمهور، كان المصرف وكيلا عن الشركة فى بيع هذه الأسهم أو السندات (contrat d'émission) ، [4] وذلك ما لم يتملك المصرف الأسهم أو السندات لنفسه ثم يبيعها للجمهور لحسابه فيكون العقد بيعاً [5] .

وأهم ما يترتب من النتائج على أن يكون العقد وكالة أو بيعاً فى الحالات المتقدم ذكرها أن أجر الوكيل يخضع لتقدير القاضى ، وأن الوكيل يقدم حساباً عن وكالته فإذا لم يرد الشئ أو ثمنه كان مبدداً [6] .

٢١٤ – عقد الوكالة وعقد الشركة : قدمنا عند الكلام فى عقد الشركة أن الوكالة تشتبه بالشركة فيما إذا فوض الدائن شخصاً أن يقبض حقه من المدين فى مقابل نسبة معينة

---

(١) بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٣٦٩ . بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٣٤ ص ٨٦٦ – أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٣٨ – نقض فرنسى ٣ ديسمبر سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٣–١–٢٦٥ (إذا لم يرد التاجر الجواهر التى تسلمها أو ثمنها كان مبدداً) – ٢١ أبريل سنة ١٨٩٨ داللوز ٩٨–١–٤٣٣ – كذلك يكون للموكل أن يسترد السلعة من تفليسة الوكيل لأنه لا يزال مالكاً لها ، ويلتزم الوكيل بتقديم حساب للموكل ، ويجوز تخفيض أجره إذا كان مبالغاً فيه (محمد على عرفة ص ٣٤٨) .

(٢) باريس ٤ يناير سنة ١٨٩٤ Mon. Jud. Lyon ٩ أبريل سنة ١٨٩٤ – بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٣٦٩ ص ١٨٠ – أكثم أمين الخولى فقرة ١٥١ ص ١٩٠ .

(٣) باريس ١٨ مايو سنة ١٩٥٣ داللوز ١٩٥٣ – ٤١٣ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٣٤ ص ٨٦٦.

(٤) بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٣٧٠ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٣٤ ص ٨٦٦ – أكثم أمين الخولى فقرة ١٥١ ص ١٩٠ – باريس ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٣٥ جازيت دى پاليه ١٩٣٦ – ١ – ١٩٣ .

(٥) بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٣٤ ص ٨٦٦ .

(٦) نقض فرنسى ٣ ديسمبر سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٣–١–٢٦٥– ٥ مارس سنة ١٩٠٦ داللوز ١٩٠٩ – ١ – ٣٧٤ – ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٨ داللوز الأسبوعى ١٩٢٨–٢٨٦– بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٣٤ ص ٨٦٧ – أكثم أمين الخولى فقرة ١٥١ ص ١٩١ .

من الدين ، فالعقد وكالة مأجورة لا شركة ، لأن الوكيل لا يشارك الدائن فى الخسارة إذا لم يقبض الدين ، بل هو يأخذ أجراً على وكالته نسبة معينة من الدين [1] .

ويجب التمييز بين الوكيل وأداة الشركة (organe de la société) ، فمجلس إدارة الشركة وعضو مجلس الإدارة المنتدب يعتبر كل منهما أداة للشركة لا وكيلا عنها [2] .

وإذا عهد شخص إلى آخر فى إدارة مال له ، على أن يشارك فى الربح والخسارة فهذه شركة، أو على أن يتقاضى جعلا معيناً أو نسبة مئوية من صافى الربح ولا يشارك فى الخسارة فهذه وكالة [3] .

٢١٥ – عقد الوكالة وعقد الوديعة : يغلب أن يقع فى يد الوكيل مال للموكل، كما إذا قبض ديناً له أو قبض ثمن المال الموكل فى بيعه . كذلك قد يقع فى يد الوكيل أشياء مملوكة للموكل كمستندات يحتاج إليها فى تنفيذ وكالته ، أو مجوهرات وكل فى بيعها، أو كمبيالة وكل فى قبضها . ففى جميع هذه الأحوال لا تكون هناك وديعة مقترنة بالوكالة ، لأن ما فى يد الوكيل لم يتسلمه لحفظه كما هو الأمر فى

---

(١) الوسيط ٥ فقرة ١٦٢ ص ٢٢٨ .

(٢) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٣٧ .

(٣) انظر فى هذه المسألة بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٣٧ – وانظر فى التمييز بين الوكالة والشركة بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٤٠١ – فقرة ٤٠٢ – أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٤٠ .

وقد قضى بأنه إذا اشترى شخصان سيارة وأودعاها عند ثالث لبيعها، واتفقوا على أنه عند بيعها يقسم ربحها عليهم جميعاً ، وإذا وقعت خسارة يتحملها الثالث وحده ، فهذا العقد لا يكون شركة ، بل هو اتفاق بين مالكى السيارة والشخص الثالث على أن يكون هذا وكيلا بالعمولة يضمن للمالكين بيع السيارة بغير خسارة ، وله أجر احتمالى هو مساهمته فى الربح (مصر الوطنية تجارى ١٠ أكتوبر سنة ١٩٤٨ مجلة التشريع والقضاء ١ – ٩٧ – ١٢٢ – محمد على عرفة ص ٣٤٩) – وقضى بأن العقد يعتبر وكالة لا شركة إذا كان أحد المصارف قد التزم بالإشراف على إصلاح محلج مملوك لأحد عملائه، على أن يستغله المصرف، باسم مالكه وتحت مسئوليته ، لمدة معينة يحصل فيها على جزء معين من الأرباح، وعلى أن يقدم العميل صاحب المحلج رهناً رسمياً لوفاء دينه للمصرف (استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٣٧ – أكشم أمين الخولى فقرة ١٥٢) ، وتكون الوكالة فى هذه الحالة وكالة لصالح الموكل والوكيل معاً، وهى وكالة مأجورة والأجر فيها جزء معين من أرباح المحلج – وقضى بأنه إذا ناب شخص عن محام فى قبول القضايا والاتفاق فيها مع أربابها وتسلم النقود مقابل الثلث فى جميع الإيراد ، كان ذلك وكالة لا شركة (جرجا ١٩ أبريل سنة ١٩٠٤ المجموعة الرسمية ٥ رقم ١٠٥ ص ٢٠٥ – أكشم أمين الخولى فقرة ١٥٢ ص ١٩١ هامش ٢) – وإذا عهد شخص إلى آخر بتقسيم أرض وبيعها ، مع احتفاظه بملكية الأرض وتعهده بأن يدفع للشخص الآخر جزءاً من ثمن الأرض التى يبيعها أجراً له على عمله ، فالعقد وكالة لا شركة (استئناف مختلط ١١ يونيه سنة ١٩٤٠ ٥٢ ص ٣٠١) .

الوديعـة ، بل تسلمه لتنفيذ الوكالة (١).

ومع ذلك قد تقترن الوديعة بالوكالة (1)، كما إذا أودع شخص مالا عند آخر لحفظه، ووكله فى الوقت ذاته بأن يدفع هذا المال بعد مدة معينة لدائن له يستوفى منه حقه (٢). والحراسة ليست إلا وديعة مقترنة بتوكيل الحارس فى إدارة المال الموضوع تحت الحراسة(٣).

٢١٦ – التنظيم التشريعى لعقد الوكالة : نظم التقنين المدنى الجديد عقد الوكالة تنظيماً منطقياً عالج فيه عيوب التقنين المدنى القديم ، واستكمل ما نقص من نصوص هذا التقنين . وفصل فى الوقت ذاته عقد الوكالة عن موضوع النيابة بوجه عام . ونجتزئ هنا بما

---

(١) بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٤٠٤ – جيوار فى الوديعة فقرة ٢٥ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٣٥ – نقض فرنسى ١٥ يوليه سنة ١٨٧٨ داللوز ٧٩–١–١٧٩–١٩ مارس سنة ١٩٢٩ سيريه ١٩٢٩ – ١–٢٢١.

(1) علاقة البنك بالعميل الذى يقوم بإيداع مبالغ فى حسابه لدى البنك ليست علاقة وكالة وإنما هى علاقة وديعة ناقصة تعتبر بمقتضى المادة ٧٢٦ من القانون المدنى قرضا ومن ثم فالايصال الصادر من البنك بايداع مبلغ لحساب شخص آخر – دون تحديد للمودع – لا يمكن اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة يجوز تكملته بالبينة لأن الورقة التى تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة يجب أن تكون صادرة من الخصم المراد إقامة الدليل عليه أو ممن ينوب عنه فى حدود نيابته وأن يكون من شأنها أن تجعل الحق المدعى به قريب الاحتمال وهو ما لا يتوافر فى الايصال المذكور .
(جلسة ١٩٦٥/١/٤ الطعن رقم ٣٧٢ لسنة ٣٠ ق س ١٦ ص ٩٧٣)

(٢) نقض فرنسى ٢٤ ديسمبر سن ١٨٩٤ سيريه ٩٥–١–٣٦٥– باريس ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٩ سيريه ١٩٣٠ – ٢– ٨٦ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٣٥ .

(٣) نقض فرنسى ٦ مايو سنة ١٩١٤ داللوز ١٩١٧ – ١ – ١٥٠ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٣٥ – وانظر فى التمييز بين الوديعة والوكالة بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٤٠٤ – فقرة ٤٠٨ .
وقد يقع لبس بين الوكالة والرهن الحيازى . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن عملية توريد أقطان إلى محل تجارى لحلجها مقابل أجرة متفق عليها ثم بيعها حسب أسعار السوق، والمحاسبة على ما يكون صاحب القطن سحبه مقدماً من ثمنها ، لا يمكن اعتبارها رهنا ، وإنما هى وكالة بالعمولة (استئناف مصر ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٥ ص ٩). وقضت محكمة المنيا بأن الاتفاق فى عقد فتح الاعتماد بين البنك والعميل على أن يبيع الأول بضائع الثانى المودعة لديه تأميناً للحساب الجارى هو فى الواقع وكالة من العميل للبنك بالبيع، فلا يتحتم على هذا اتباع نص المادة ٧٨ من القانون التجارى التى تلزم الدائن المرتهن باستصدار إذن من قاضى الأمور الوقتية ببيع الأشياء المرهونة أو بعضها بالمزايدة العمومية (المنيا ٣٠ سبتمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ١٦١ ص ٣٢١) – وانظر استئناف مختلط ١٨ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٧٣ – ١٩ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٤٠ – ٤ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ١٠ – ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٨٨ – وانظر فيما يسمى mandat in rem suam : استئناف مختلط ٢٤ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ١٠٠ – ٦ مايو سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣٢٩ – ٢٨ مايو سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٩٧ . =

جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد :

«فصل المشروع عقد الوكالة عن موضوع النيابة بوجه عام . فوضع مبدأ النيابة وما يتصل بها من أحكام بين القواعد العامة للالتزامات . وجعل عقد الوكالة فى مكانه بين العقود المسماة التى ترد على العمل ، إذ الوكالة محلها عمل الوكيل . وقد روعى ، بعد فصل الوكالة عن النيابة ، ألا تتكرر النصوص فى الموضوعين . فاختصت النيابة بالمبادئ العامة، دون نظر إلى مصدر النيابة هل هو العقد أو القانون . وعرض المشروع فيها بنوع خاص إلى أثر النيابة فى العلاقة مع الغير الذى يتعاقد معه النائب . أما الوكالة ، فباعتبارها عقداً بين الوكيل والموكل ، فقد تركزت فيها أحكام النيابة مخصصة من ناحيتين ، من ناحية المصدر فهى نيابة اتفاقية مصدرها العقد ، ومن ناحية الأثر فهى تقف بنوع خاص عند أثر النيابة فى علاقة الوكيل بالموكل أى النائب بالأصيل . أما العلاقة بالغير فقد وردت فى الوكالة أحكامها الخاصة بالنيابة الاتفاقية ، مع الإحالة عى مبدأ النيابة بوجه عام فى الأحكام الأخرى» .

وقد راعى المشروع أن يرتب نصوص عقد الوكالة ترتيباً منطقياً لا نجده فى التقنين الحالى (القديم) . فعرض فى فصول ثلاثة لإنشاء عقد الوكالة ، وما يترتب عليها من أثر، وكيف تنتهى . وفى إنشاء العقد فرق المشروع بين الوكالة الخاصة والوكالة العامة . وفى الآثار عرض لالتزامات كل من الوكيل والموكل ، ثم لأثر الوكالة بالنسبة للغير . وبين فى النهاية الأسباب التى تنتهى بها الوكالة ، فظهر منها أن الوكالة عقد غير لازم ، فللموكل أن يعزل الوكيل ، وللوكيل أن يتنازل عن الوكالة» .

«وإذا قورنت نصوص المشروع بنصوص التقنين الحالى (القديم) ، يتبين أن المشروع قد عالج عيوباً فى نصوص التقنين الحالى (القديم) من وجوه ، واستكمل الناقص فى هذا التقنين من وجوه أخرى» .

«فقد عالج العيوب من وجوه أهمها ما يأتى » :

«١ – عرف المشروع الوكالة ، فبين أن الوكيل يقوم بعمل قانونى لحساب الموكل. والتقنين الحالى (القديم) يطلق فى عمل الوكيل فلا يقيده بالعمل القانونى، ويقيد فى كيفية إجراء العمل فيقتضى من الوكيل أن يعمل باسم الموكل . وكل من هذا الإطلاق والتقييد غير صحيح ، فالوكيل إنما يقوم بعمل قانونى ، وهذا ما يميز الوكالة عن عقد العمل. وإذا كان يعمل دائماً لحساب الموكل ، فليس من الضرورى أن يعمل باسمه. فقد

= وقضى من جهة أخرى بألا يعتبر الدائن المرتهن وكيلا عن الراهن، وإن كان مسئولا عما يستغله من الرهن ، إذ ذلك وحده لا يجيز اعتباره وكيلا بحسب التعريف القانونى للوكالة (أسيوط الكلية ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٢١٩ ص ٤٠٤) .

يعمل الوكيل باسمه الشخصى ، وهذا ما اصطلح على دعوته «بالاسم المستعار» . والاسم المستعار وكيل كسائر الوكلاء ، يتسع له تعريف المشروع ، ويضيق عنه تعريف التقنين الحالى (القديم) وإن كان هذا التقنين يشير إليه إشارة مقتضبة فى أحد نصوصه (م ٦٤٨/٥٢٣) . ولا يختلف الاسم المستعار عن سائر الوكلاء فى علاقته مع الغير ، ولذلك لم يخصص المشروع له مكاناً فى عقد الوكالة . وإنما يتميز بأحكام خاصة فى علاقته مع الغير، وهذا مكانه فى النيابة بوجه عام حيث نجد فى المشروع نصاً خاصاً به (م ١٥٩ أى ١٠٩ مدنى)، قد أحيل فى الوكالة على هذا النص» .

«٢ – جانب المشروع ، فى تحديد مسئولية الوكيل عن تنفيذ الوكالة ، أن يجعل الوكيل مسئولا عن التقصير اليسير أو التقصير الجسيم تبعاً لما إذا كان مأجوراً أو غير مأجور. وقد ترك هذا المعيار القديم الذى أخذ به التقنين الحالى (القديم) إلى معيار يتمشى مع التطور الحديث والنظريات العلمية» .

«٣ – قيد المشروع من حرية القاضى فى تقدير أجر الوكيل إذاكان هذا الأجر متفقاً عليه ، فلم يطلق هذه الحرية كما فعل التقنين الحالى (القديم) . بل قيدها بأن منع القاضى من التقدير إذا دفع الأجر طوعاً بعد تنفيذ الوكالة . وهذا القيد إنما هو تقنين لما جرى عليه القضاء المصرى فى هذه المسألة» .

«واستكمل المشروع الناقص فى التقنين الحالى (القديم) من وجوه أهمها ما يأتى»:

«١ – أوجب أن يتوافر فى الوكالة الشكل الواجب توافره فى العمل القانونى الذى يكون محل الوكالة» .

«٢ – بيّن ما يترتب من الأحكام على تعدد الوكلاء وتعدد الموكلين من حيث التضامن ومن حيث انفراد أحد الوكلاء بالعمل» .

«٣ – جعل الموكل مسئولا عما يصيب الوكيل من ضرر بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذاً معتاداً» (١) .

٢١٧ – خطة البحث : ونبحث عقد الوكالة فى فصول ثلاثة :

الفصل الأول – فى أركان الوكالة .

الفصل الثانى – فى الآثار التى تترتب على الوكالة .

الفصل الثالث – فى انتهاء الوكالة .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٨٤ – ص ١٨٦ .

الفصل الأول
أركان الوكالة

٢١٨ – تطبيق القواعد العامة : أركان الوكالة ، كما فى سائر العقود ، التراضى والمحل والسبب . وفى خصوص السبب نحيل إلى النظرية العامة [١] . ويبقى بعد ذلك التراضى والمحل . ومحل الوكالة بالنسبة إلى التزامات الوكيل هو التصرف القانونى الذى يقوم به الوكيل. أما التزامات الموكل من دفع الأجر ورد المصروفات والتعويض عن الضرر فليست محتمة ، إذ هى قد تتحقق وقد لا تتحقق ، وكل التزام له محله ويكون الكلام فيه عند الكلام فى هذا الالتزام . ومن ثم نقصر الكلام ، فى أركان الوكالة ، على التراضى والتصرف القانونى محل الوكالة .

الفـرع الأول
التراضى فى الوكالة

٢١٩ مبحثان : نبحث فى التراضى : (١) شروط الانعقاد . (٢) وشروط الصحة .

---

(١) انظر استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٣٤ – ويتصل بالسبب فى الوكالة الشخص الذى تنعقد الوكالة لمصلحته . والأصل أن الوكالة تنعقد لمصلحة الموكل. وقد تنعقد لمصلحة كل من الموكل والوكيل ، كما إذا وكل شخص دائنه فى بيع مال له ليتقاضى حقه من ثمنه ، أو وكل أحد الشريكين فى الشيوع الشريك الآخر فى إدارة المال الشائع (جيوار فقرة ١٧ – بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٤٦١) . ولا تنعقد الوكالة لمصلحة الوكيل وحده ، فلا تكون هناك وكالة إذا أشار شخص على آخر أن يعقد لنفسه صفقة رابحة (جيوار فقرة ١٧ – بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٤٦٢ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٠ ص ٢٠٢) .

وقد تنعقد الوكالة لمصلحة الموكل والغير ، كما إذا وكل شخص شخصاً آخر فى بيع مال له ليسدد من ثمنه ديناً فى ذمته للغير ، فالوكالة انعقدت هنا لمصلحة كل من الموكل ودائنه الذى سيستوفى حقه فى الثمن . وإذا عهد شخص إلى آخر فى أن يقوم بتصرف قانونى لمصلحة الغير وحده ، كان هذا اشتراطاً لمصلحة الغير لا وكالة . ويتصور أن تكون هناك وكالة لمصلحة الغير وحده ، ويتحقق ذلك فيما إذا قام فضولى بإدارة عمل للغير ، ووكل شخصاً آخر عنه فى إدارة هذا العمل أو فى المضى فيه (انظر فى هذا المعنى ترولون فقرة ٣٦ – بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٤٦١ – وانظر أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٠ ص ٢٠١ وهامش ١٧–١٨ – أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٨١) – وإذا انعقدت الوكالة لمصلحة الموكل والغير ، جاز لكل منهما مطالبة الوكيل بتنفيذ الوكالة، الموكل بموجب عقد الوكالة ، والغير بموجب الاشتراط لمصلحته . وقد نصت المادة ٨٠١ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على أنه «لا يحق لشخص ثالث أن يقيم الدعوى على الوكيل لإجباره على تنفيذ الوكالة ، إلا إذا كانت معقودة لمصلحة ذلك الشخص أيضاً» .

المبحث الأول

شـــروط الانعقـــاد

٢٢٠ – توافق الإيجاب والقبول : يجب لانعقاد الوكالة توافق الإيجاب والقبول على عناصر الوكالة ، فيتم التراضى بين الموكل (١) والوكيل (٢)(1) على ماهية العقد والتصرف

---

(١) ويصح أن يكون الموكل شخصاً معنوياً ويصدر التوكيل من مجلس إدارته إذا كان هذا المجلس هو الذى يمثله قانوناً . وقد قضت محكمة النقض بأنه ليس فى القانون ما يمتنع معه على مجلس إدارة الجمعية التعاونية ممارسة حق تقرره القواعد العامة – وهو جواز الوكالة فى كل الأعمال القانونية – بالرغم مما نصت عليه المادة ٥٩ من القانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٥٤ من أن مجلس الإدارة هو الذى يمثل الجمعية أمام القضاء ، إذ لم يقصد به سوى عدم انفراد رئيس الجمعية بأعمالها ، فإذا أناب مجلس الإدارة رئيس الجمعية فى اتخاذ الإجراءات القانونية المؤدية للحصول على تعويض ، فإن الدعوى التى يرفعها باعتباره نائباً عن الجمعية وممثلا لها تكون مقبولة (نقض مدنى ١٥ يونيه سن ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٨٣ ص ٥٤٥) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الوكالة عقد لا يتم إلا بقبول الوكيل ، فإذا لم يثبت هذا القبول من إجراء العمل الموكل فيه أو من أى دليل آخر مقبول قانوناً انتفت الوكالة ولم يبق إلا مجرد إيجاب بها من الموكل لم يقترن بقبول من الوكيل . وإذن فمتى كان المطعون عليهم قد دفعوا بعدم قبول استئناف الطاعن شكلا لرفعه بعد الميعاد القانونى، وكان الطاعن قد تمسك بأن الشخص الذى وجه إليه إعلان الحكم المستأنف ليس وكيلا لأن الوكالة لم تنعقد إطلاقاً لانعدام قبول الوكيل ، وبأن مجرد صدور التوكيل منه لا يثبت قيام الوكالة إذا كانت لم تقبل من الوكيل ولم يصدر منه أى عمل يفيد هذا القبول، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بعدم قبول الاستئناف شكلا على اعتبار الوكالة قائمة لمجرد صدور التوكيل الرسمى من جانب الطاعن دون أن يحفل بتحقيق دفاعه، فإن هذا الحكم يكون معيباً بمخالفته القانون والقصور فى التسبيب (نقض مدنى ٢٤ يونيه سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٤٩ ص ٩٧١).

وقد يجبر الوكيل على قبول الوكالة «فقد نصت المادة ٦٤ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ على الآتى : على المحامى تقديم المساعدات القضائية للمواطنين غير القادرين وغيرهم فى الحالات التى ينص عليها هذا القانون وأن يؤدى واجبه بمن ينوب عنه بنفس العناية التى يبذلها إذا كان موكلا ولا يجوز للمحامى المنتدب للدفاع أن يتنحى عن مواصلة الدفاع إلا بعد استئذان المحكمة التى يتولى الدفاع أمامها وعليه أن يستمر فى الحضور حتى تقبل تنحيته ويعين غيره» .

وتنص المادة ٩٤ من نفس القانون على ما يأتى : «يندب مجلس النقابة الفرعية محامياً للحضور عن المواطن الذى يتقرر اعفاءه من الرسوم القضائية لاعساره. ويقوم المحامى المنتدب للدفاع عنه أمام القضاء بغير اقتضاء أى أتعاب منه» .

(1) التوكيل عقد لا يتم إلا بقبول الوكيل، فإذا لم يثبت هذا القبول من اجراء العمل الموكل فيه أو من أى دليل آخر قبول قانونا انتفت الوكالة ولم يبق إلا مجرد ايجاب بها من الموكل لم يقترن بقبول من الوكيل، وإذن فمتى كان المطعون عليهم قد دفعوا بعدم قبول استئناف الطاعن شكلا لرفعه بعد الميعاد=

القانونى أو التصرفات القانونية التى يقوم بها الوكيل والأجر الذى يتقاضاه إن كان هناك أجر. ويكون كل ذلك خاضعاً للقواعد العامة المقررة فى نظرية العقد [١] .

فيجوز التعبير عن التراضى صراحة أو ضمناً [٢](1) . وسنرى عند الكلام فى الوكالة الضمنية [٣] أن رضاء كل من الموكل والوكيل بالوكالة يصح أن يكون ضمنياً [٤] . بل يصح ألا يصدر رضاء من الموكل أصلا ومع ذلك ينصرف إليه أثر التصرف الذى عقده الوكيل، كما سنرى عند الكلام فى الوكالة الظاهرة وفى مجاوزة الوكيل لحدود الوكالة . وسواء كان رضاء الموكل صريحاً أو ضمنياً ، فإنه يجب أن يسبق التصرف القانونى الذى يعقده الوكيل ، فإن كان لاحقاً له لم تكن هناك وكالة بل فضالة ، وكان رضاء رب العمل

= القانونى ، وكان الطاعن قد تمسك بأن الشخص الذى وجه إليه إعلان الحكم المستأنف ليس وكيلا عنه لأن الوكالة لم تنعقد إطلاقاً لانعدام قبول الوكيل ، وبأن مجرد صدور التوكيل منه لا يثبت قيام الوكالة إذا كانت لم تقبل من الوكيل ولم يصدر منه أى عمل يفيد هذا القبول وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بعدم قبول الاستئناف شكلا على اعتبار الوكالة قائمة لمجرد صدور التوكيل الرسمى من جانب الطاعن دون أن يحفل بتحقيق دفاعه ، فإن هذا الحكم يكون معيباً بمخالفة القانون والقصور فى التسبيب مما يبطله ويستوجب نقضه .

(جلسة ٩٥٤/٦/٢٤ الطعن رقم ١٩٧ لسنة ٢١ ق س ٥ ص ٩٧١)

(١) وقد قضى بأن من يتولى جمع إعانات لعمل معين يكون وكيلا عن المكتتبين ، فإذا لم يتم العمل كان لكل مكتتب الحق فى أن يطلب تقديم حساب من الوكيل وأن يسترد ما دفعه (أسيوط جزئى ٣١ يناير سنة ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٥٨٢ ص ٧٦٧) .

(٢) ويقع فى بعض الأحيان أن يسلم شخص لآخر ختمه للتوقيع به عند إبرام الأول تصرفات قانونية بالنيابة عن الثانى . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن تسليم الختم لآخر ليوقع به على عقد بيع يعتبر توكيلا بالمعنى (استئناف وطنى أول يناير سنة ١٨٩٣ الحقوق ٩ ص ١٩٣) . وقضت أيضاً بأن يعد الأخ وكيلا إذا كان ختم أخته بقى عنده مدة ، ولما تسلمته منه أعطى لها تعهداً مفاده بطلان أية شروط بيع أو سندات أخرى تظهر مختومة بذلك الختم (استئناف وطنى ٣١ يناير سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٢٢٣) . وقد قضى بأنه إذا حول حق لدائن ضماناً لدينه وكان الدين أقل من الحق، اعتبر الدائن وكيلا فى قبض الباقى وكالة ضمنية ، ومن ثم تكون له مطالبة المحال عليه بكل الحق (استئناف مختلط ٢٠ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٨١ – أول أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٧٨) .

(٣) انظر ما يلى فقرة ٢٢١ .

(٤) ولكن لا يعتبر رضاء ضمنياً أن يكون هناك أمر مشترك بين عدة أشخاص لكل منهم وكيل ، فيتعاون وكيل أحدهم مع الوكلاء الآخرين ، ولا يفهم من مجرد هذا التعاون أن يكون الوكيل وكيلا أيضاً عن الأشخاص الآخرين (استئناف مختلط ١٠ يونيه سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٤٣) .

(1) لمحكمة الموضوع أن تستخلص من المستندات المقدمة لها فى الدعوى ومن القرائن وظروف الأحوال قيام الوكالة الضمنية .

(جلسة ١٩٧٧/٥/٣٠ الطعن رقم ١٥٠ لسنة ٤٢ ق س ٢٨ ص ١١١٨)

إقراراً لعمل الفضولي (١) (1). ويترتب على ذلك أنه لا يكفى أن يقوم شخص بتصرف قانونى لحساب آخر وباسمه حتى تكون هناك وكالة ، ولو كان هذا الشخص قد قام بالتصرف القانونى بعلم رب العمل ودون معارضة منه (٢). وإنما تكون هذه فضالة ، ولا تكون وكالة إلا إذا تراضى الموكل والوكيل على الوكالة تراضياً فعلياً قبل أن يقوم الوكيل بالتصرف القانونى (٣). كذلك يجب أن يصدر رضاء الوكيل ، سواء كان هذا الرضاء صريحاً أو ضمنياً، قبل وقوع حادث يكون من شأنه إنهاء الوكالة لو أنها انعقدت ، كموت الموكل أو فقده لأهليته (٤).

ويجب التراضى على ماهية العقد ، فلو حول دائن لشخص حقه على سبيل الوكالة فى قبضه ، وقبل هذا الشخص التعاقد على أنه حوالة حق أى بيع للحق ، لم تكن هناك وكالة ولا حوالة ، ولم يكن هناك تعاقد أصلا لعدم التراضى على ماهية العقد .

ويجب التراضى على التصرف القانونى المطلوب القيام به ، فلو وكل شخص شخصاً آخر فى شراء سيارة من «ماركة» معينة ، فقبل الآخر الوكالة معتقداً أن السيارة المطلوب شراؤها من «ماركة» أخرى ، لم تنفذ الوكالة لعدم التراضى على المحل . كذلك يجب التراضى على الأجر الذى يتقاضاه الوكيل ، إن كانت الوكالة مأجورة ، وسنرى أنه يجوز عدم الاتفاق على الأجر ومع ذلك يفهم من الظروف وبخاصة من مهنة الوكيل أن الوكالة مأجورة، فيتولى

---

(١) وتتحول الفضالة بهذا الإقرار إلى وكالة ، وقد جاء فى المادة ٩٢٨ مدنى عراقى فى هذا المعنى ما يأتى : «.. والإجازة اللاحقة فى حكم الوكالة السابقة ..» .

(٢) أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١١ ص ٢٠٦ – أكثم أمين الخولى فقرة ١٥٩ – وانظر استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ١٥١ (دون حل).

(٣) بيدان ١٢ فقرة ٣٠٠ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٤٠ وص ٨٧٠ هامش ٢ – أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٨٢ – نقض فرنسى ١٠ أبريل سنة ١٨٥٤ داللوز ٥٤–١–١٨٣– وانظر مع ذلك نقض فرنسى ٢٤ أبريل سنة ١٨٨٢ داللوز ٨٢ – ١ – ٢٨٨ – أول يوليه سنة ١٩٣٥ داللوز الأسبوعى ١٩٣٥ – ٥٠٧ – وقارن محمد على عرفة ٣٥٨ – ص ٣٥٩ .

(٤) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٤٢ .

(1) إذا كان صحيحاً أن قبض الدائن قيمة الشيك الذى استلمه آخر من المدين يعد إقرارا منه لهذا الوفاء بحيث يصبح الغير فى هذه الحالة وكيلا بعد أن بدأ فضوليا – على ما تقضى به المادة ٣٣٣ من القانون المدنى ومذكرته التفسيرية – إلا أن هذه الوكالة قاصرة على الوفاء الذى أقره الدائن فلا تتعداه إلى ما يكون هذا الغير قد أقر به فى ورقة أخرى غير الشيك من أن المبلغ الموفى به هو كل الباقى المستحق للدائن لأن هذا الإقرار بالتخالص ليس من مستلزمات الوفاء بالمبلغ الموفى به بل هو إقرار لواقعة قانونية مستقلة عن الوفاء.

(جلسة ١٩٦٢/٤/٥ الطعن رقم ٣٤٠ لسنة ٢٦ ق س ١٣ ص ٤١٤)

القاضى تقدير الأجر . وسنرى كذلك أن الوكالة تكون فى الأصل تبرعيه ، فإذا لم يتفق المتعاقدان على أجر ولم يفهم من الظروف أن الوكالة مأجورة ، انعقدت الوكالة دون أجر. لكن الوكالة لا تنعقد إذا اتفق المتعاقدان على أن تكون الوكالة بأجر وتفاوضاً فى تقدير هذا الأجر فلم يصلا إلى اتفاق فى هذا الشأن [١] .

٢٢١ – الوكالة الضمنية : قدمنا [٢] أن رضاء كل من الموكل والوكيل يصح أن يكون ضمنياً ، فتكون الوكالة فى الحالتين وكالة ضمنية (mandat tacite)[٣](1) .

أما أن يكون رضاء الوكيل ضمنياً ، فقد ورد فى هذا المعنى نص فى المشروع التمهيدى للتقنين المدنى ، إذ كانت المادة ٩٧٣ من هذا المشروع تنص على ما يأتى : «١ – يجوز أن يكون قبول الوكيل ضمنياً ، كما لو قام بتنفيذ الوكالة . ٢ – وتعد الوكالة مقبولة إذا تعلق بأعمال تدخل فى مهنة الوكيل أو كان قد عرض خدماته علنا بشأنها ، هذا ما لم يرد الوكالة فى الحال» [٤] . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا

---

(١) ويصح أن تكون الوكالة معلقة على شرط واقف أو فاسخ، وأن تكون مضافة إلى أجل واقف أو فاسخ . وقد نصت المادة ٧٧١ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فى هذا المعنى على أنه «يجوز أن تكون الوكالة مقيدة بشرط ، وأن يعمل بها ابتداء من أجل معين أو إلى أجل معين.

وتسرى القواعد العامة فى تفسير الوكالة . فإذا كانت المحكمة قد اعتمدت فى تفسيرها عقد الوكالة على عبارة التوكيل وعلى قصد المتعاقدين المستفاد من الوقائع والملابسات التى اتصلت بتصرف الوكيل، وكان ما انتهت إليه متسقاً مع الوقائع التى استندت إليها وغير متنافر مع نصوص عقد الوكالة ، فذلك من شأنها ولا معقب عليها فيه لمحكمة النقض (نقض مدنى ١٧ فبراير سنة ١٩٤٤ المحاماة ٢٦ رقم ٢٢٤ ص ٥٩٣).

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٢٠ .

(٣) ويغلب أن تطلق عبارة الوكالة الضمنية على الوكالة التى يكون رضاء الموكل فيها ضمنياً (بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٤٨١ ص ٢٥١) . ولكن لا يوجد ما ينع من أن تسمى الوكالة التى يكون رضاء الوكيل فيها ضمنياً بالوكالة الضمنية (بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٤ ص ٨٨٦) .

(1) إذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت فى حدود سلطتها الموضوعية من المستندات المقدمة لها ومن القرائن وظروف الأحوال قيام الوكالة الضمنية فى تسلم مورث المطعون عليهم الرسائل المشحونة – محل النزاع – من مصلحة السكك الحديدية نيابة عن الشاحن – وكانت الوكالة الضمنية فى هذا الخصوص ما يجوز إثباته بالقرائن وقد استخلصت المحكمة قيامها من وقائع ثابتة بالأوراق تؤدى عقلا إلى النتيجة التى انتهت إليها فإن المجادلة فى تقدير الدليل على قيام تلك الوكالة وبالتالى فلا يمكن محاجة المطعون عليه بالاقرار سالف الذكر .

(جلسة ١٩٦٢/٢/١٥ الطعن رقم ١٢٤ لسنة ٢٦ ق س ١٣ ص ٢٢٨)

(جلسة ١٩٧٧/٥/٣ الطعن رقم ١٥٠ لسنة ٤٢ س ٢٨ ص ١١١٨)

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٨٧ فى الهامش . وقد نصت المادة ٩٢٩ من التقنين المدنى=

النص : «ولما كانت الوكالة عقداً ، وجب أن يرضى بها كل من الوكيل والموكل، وأكثر ما يكون رضاء الموكل إيجاباً ورضاء الوكيل قبول وقبول الوكيل قد يكون صريحاً أو ضمنياً. ويعتبر قبولا ضمنياً من الوكيل أن يقوم بتنفيذ الوكالة . وهذا تطبيق للمبدأ العام المنصوص عليه فى المادة ١٤٣ من المشروع . كما يعتبر سكوت الوكيل قبولا إذا تعلقت الوكالة بأعمال تدخل فى مهنته ، كما هو الأمر فى المحامى والوكيل بالعمولة : انظر م ١٤٢ من المشروع ، أو كان قد عرض خدماته علناً بشأنها : انظر م ١٣٦ من المشروع [١] . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة «اكتفاء بالقواعد العامة» [٢]. ولما كان النص ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، فإنه يمكن العمل به بالرغم من حذفه . من ثم يجوز أن يكون رضاء الوكيل ضمنياً . وأظهر تطبيق لذلك هو ما ورد فى النص المحذوف من أن يتلقى الوكيل التوكيل من الموكل ، فلا يصدر منه قبول صريح ، وإنما يعمد إلى تنفيذه ويقوم فعلا بالتصرف القانونى الوارد فى التوكيل ، فيكون هذا رضاء ضنياً بالوكالة . ويغلب فى العمل أن يقع الأمر على هذا النحو ، فالموكل يكتب التوكيل عادة ويمضيه وحده ويسلمه إلى الوكيل، فإذا قبل هذا الوكالة فإنه لا يمضى الورقة مع الموكل ، بل يعمد إلى تنفيذ الوكالة ويكون هذا التنفيذ هو القبول الضمنى للوكالة [٣]. وقد أورد النص المحذوف تطبيقين آخرين لقبول الوكيل الضمنى ، يمكن استخلاصهما هما الآخرين من القواعد العامة . فذكر النص أن الوكالة تعد مقبولة إذا تعلقت بأعمال تدخل فى مهنة الوكيل ، كما هو الأمر فى المحامى والوكيل بالعمولة ، وذلك ما لم يرد الوكالة فى الحال [٤]، وليس هذا إلا تطبيقاً للفقرة الأولى من المادة ٩٨ مدنى وتجرى بما يأتى : «إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجارى أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول، فإن

= العراقى على ما يأتى : «١ – تنفيذ الوكالة يعتبر قبولا لها . لكن إذا ردت الوكالة بعد العلم بها ارتدت، ولا عبرة بتنفيذها بعد ذلك . ٢ – وإذا تعلقت الوكالة بأعمال تدخل فى مهنة الوكيل ، أو كان الوكيل قد عرض خدماته علنا بشأنها ، ولم يرد الوكالة فى الحال، عدت مقبولة» . ونصت المادة ٢/٧٦٩ من. تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على ما يأتى : «ويجوز أن يكون قبول الوكالة ضمنياً ، وأن يستفاد من قيام الوكيل بها».

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٩١ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٨٨ فى الهامش .

(٣) بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٤٩٤ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٤٢ – كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٣٤٤ – نقض فرنسى ٨ و ٩ يوليه سنة ١٨٩٥ داللوز ٩٦ – ١ – ٨٥.

(٤) بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٤٩٧ ص ٢٦٤ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٤٢ – نقض فرنسى ١٨ فبراير سنة ١٨٥١ داللوز ٥١ – ١ – ٢٩٩ – ٢٠ نوفمبر سنة ١٨٨٨ داللوز ٨٩–١–٤١٣– ١٥ نوفمبر سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٥ – ١ – ٣٢ .

العقد يعتبر قد تم إذا لم يرفض الإيجاب فى وقت مناسب» . وذكر النص أيضاً أنه إذا عرض شخص خدماته علناً على الجمهور فى شأن الوكالة ، كما إذا أعلن شخص أنه مستعد لأن يكون وكيلا عن منكوبى الحريق فى حى معين للمطالبة بحقوقهم ، فتقدم أحد هؤلاء المنكوبين بتوكيله ، فإن الوكالة تعد مقبولة ما لم ترد فى الحال [1] . وليس هذا إلا تطبيقاً لمبدأ الدعوة إلى التعاقد ، فمن دعا إلى التعاقد ، واستجاب له شخص ، يعتبر قابلا للتعاقد معه إلا إذا كان لديه مانع مشروع ورد التعاقد فى الحال . وفى جميع الأحوال لا تتجزأ الوكالة المعروضة على الوكيل ، فإذا قبل هذا قبولا ضمنياً على النحو الذى قدمناه جزءاً من الوكالة اعتبر أنه قد قبل الأجزاء الأخرى ، ويكون مخلا بالتزامه إذا لم ينفذ جميع ما اشتملت عليه الوكالة [2] .

وأما أن يكن رضاء الموكل ضمنياً ، فذلك ما يقع عادة إذا كانت صلة الموكل بالوكيل من شأنها أن تسمح باستخلاص هذه الوكالة الضمنية من جانب الموكل[3] . ويتحقق ذلك فى فروض كثيرة نذكر منها :

١ – الوكالة الضمنية الصادرة لخدم المنزل ، فالمفروض أن الخادم وكيل عن سيده فى شراء الحاجات المنزلية المألوفة [4] . ولا تفترض هذه الوكالة إذا كان الشراء بالنسيئة ، إلا إذا

---

(١) جيوار فقرة ٤٥ – بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٤٩٩ .

(٢) بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٤٩٥ – السين ٦ ديسمبر سنة ١٨٩٣ جازيت دى پاليه ٩٤–١–٥٠ .

(٣) وقد يكون رضاء الموكل مستخلصاً من إذنه للوكيل أو من أمره له فى أن يقوم بالعمل. وقد نصت المادة ٩٢٨ مدنى عراقى فى هذا الصدد على ما يأتى : «الإذن والأمر يعتبران توكيلا إذا دلت القرينة عليه . والإجازة اللاحقة فى حكم الوكالة السابقة . أما الرسالة فلا تعتبر توكيلا» . وقضت محكمة استئناف مصر بأنه يجوز أن يكون التوكيل ضمنياً ، ويثبت بالبينة بالنسبة إلى الغير إذا كانت توجد قرائن قوية تحمل على صحة التوكيل كعلاقة أو قرابة (استئناف مصر ٧ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٢٩ ص ٥٥) . وانظر فى هذا المعنى مصر الوطنية ٢٠ يناير سنة ١٩٤١ المحاماة ٢١ رقم ٢٦٦ ص ٦٠٣ – المنصورة الكلية الوطنية ٦ فبراير سنة ١٩٤٤ المحاماة ٢٥ رقم ٧٨ ص ٢١٦ – استئناف مختلط ٢٩ ديسمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٧٧ .

ومع ذلك فانظر فى أن رضاء الموكل لا يجوز أن يكون ضمنياً بل يجب أن يكون صريحاً ، وفى تخريج حالات الوكالة الضمنية التى يستخلص فيها رضاء الموكل الضمنى چوسران ٢ فقرة ١٤٠٥ – فقرة ١٤٠٦ – وانظر فى انتفاء فكرة الوكالة الضمنية Lecomte فى الوكالة المنزلية للمرأة المتزوجة باريس سنة ١٩٣٧ ص ١٢ وما بعدها – أكثم أمين الخولى فقرة ١٧٦ ص ٢١١ .

(٤) السين ٢٠ مايو سنة ١٨٩٣–La Loi ٢٠ يوليه سنة ١٨٩٣ – ٦ مارس سنة ١٩٢٣ داللوز ١٩٢٣ – ٥ – ١٠ – باريس ١٢ يناير سنة ١٩٣٥ جازيت دى باليه ١٩٣٥ – ١ – ٤٧٣ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١١ ص ٢٠٥ هامش ١ – بلانيول وريپير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٤ ص ٨٨٧ .

جرت عادة السيد أن يشترى نسيئة [1].

٢ – الوكالة الضمنية الصادرة من الزوج لزوجته (mandat domestique) فى شراء الحاجات المنزلية والمفروشات والأمتعة التى تقتضيها عادة الحياة الزوجية[2] . وفى دفع المصروفات المدرسية للأولاد [3]، وأجرة الطبيب وثمن الأدوية [4]، وغير ذلك مما يكون من المألوف أن تشتريه الزوجة لحساب الحياة الزوجية ، وذلك فى غير إسراف وبالقدر الذى يتناسب مع موارد الزوج المالية [5] ، ويترك ذلك لتقدير قاضى الموضوع[6] (1) . ولا تقوم الوكالة الضمنية إذا تركت الزوجة منزل الزوجية وكانت ناشزا [7]، أو كانت تتقاضى نفقة من زوجها [8]، أو أرسل الزوج إخطاراً للتاجر بأن الزوجة

---

(١) السين ١٠ فبراير سنة ١٨٩١ جازيت دى پاليه ٩١–١ – ٤٢٢ – ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٨ جازيت دى پاليه ١٩٢٩ – ١ – ٥٨٦ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٤٨٧ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١١ ص ٢٠٥ هامش ١ – بلانيول وريپير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٤ ص ٨٨٧ – بلانيول وريپير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٠٣٠.

(٢) باريس ٥ يناير سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٥ – ٢ – ٢٤٩ – السين ٩ يونيه سنة ١٩٠٥ داللوز ١٩٠٥= = – ٥ – ٢٦ – ديرانتون ١٤ فقرة ٢٥٠ ديمولومب ٤ فقرة ١٦٩ – فقرة ١٧٠ – لوران ٢٢ فقرة ٤٩ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٤٨٤ ص ٢٥٣ – بلانيول وريپير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٤ ص ٨٨٦ – ص ٨٨٧ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١١ ص ٢٠٥ هامش ١ – بلانيول وريپير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٠٣٠ – أما وكالة الزوج عن زوجته فلا تستخلص ضمناً من مجرد قيام رابطة الزوجية (نقض مدنى ١٣ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٠٣ ص ٦٠١) . وقضى بألا يعتبر الزوج وكيلا عن زوجته إلا بتوكيل صريح (مصر الوطنية ٢٤ ديسمبر سنة ١٨٩١ الحقوق ٦ ص ١٤٠١) .

(٣) مارسيليا ٢٠ فبراير سنة ١٨٨٩ مجموعة أحكام إكس ٨٩–٢–٣٨– بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٤٨٤ ص ٢٥٤ .

(٤) بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٤٨٤ ص ٢٥٤ .

(٥) السين ١٤ يناير سنة ١٨٩٣ La Loi ٢٠ مارس سنة ١٨٩٣ – باريس ٥ فبراير سنة ١٨٩٥ داللوز ٩٥–٢– ٤٩٥ ، ٩ ديسمبر سنة ١٨٩٥ داللوز ٩٦–٢–١٣٣– بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٤٨٤ ص ٢٥٥ .

(٦) نقض فرنسى ١٦ يوليه سنة ١٨٨٩ سيريه ٩٠ – ١ – ١١٥ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٤٨٤ ص ٢٥٥ .

(٧) باريس ٧ و ٢٦ مارس سنة ١٨٩٠ داللوز ٩١ – ٥ – ٢٥٧ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٤٨٤ ص ٢٥٦ .

(٨) باريس ٢٥ مايو سنة ١٨٩٨ داللوز ٩٩–٢–٣٠٩ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٤٨٤ ص ٢٥٦ .

(1) وكالة الزوج عن زوجته لا تستخلص ضمنا من مجرد قيام رابطة الزوجية .
(جلسة ١٩٦٥/١١/٤ الطعن رقم ٣٧٢ لسنة ٣٠ ق س ١٦ ص ٩٧٢)

ليست وكيلة عنه [1]. ولا تقوم الوكالة الضمنية إذا كانت المرأة خليلة لا زوجة ، إلا إذا اشتهرت بأنها زوجة شرعية[2] . وتقوم الوكالة الضمنية للزوجة فى أعمال التجارة إذا كانت تساعد زوجها فى تجارته [3]. وكذلك تقوم الوكالة الضمنية للأولاد القصر عن أبيهم فيما يشترونه من حاجيات يومية [4].

٣ – الوكالة الضمنية الصادرة من المخدوم للمستخدم فى الشؤون التى يستخدم فيها هذا الأخير ، فيما جرت العادة أن ينوب فيه المستخدم عن المخدوم . فالمحامى ينوب عنه وكيل مكتبه ، والطبيب ينوب عنه «تمرجى» عيادته ، والتاجر ينوب عنه مستخدمو المتجر [5]، وناظر العزبة ينوب عن صاحبها [6].

---

(١) نقض فرنسى ١٢ يناير سنة ١٨٧٤ سيريه ٧٤–١–٣٩٥ – بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٤٨٥ .

(٢) السين ٣٠ يوليه سنة ١٩٢٣ جازيت دى پاليه ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٣ – ١٠ مارس سنة ١٩٢٤ جازيت دى تريبينو ١٠ – ١١ سبتمبر ١٩٢٤ – ٥ مايو سنة ١٩٢٦ داللوز الأسبوعى ١٩٢٦ – ٤٢٩ – باريس ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٣ جازيت دى پاليه ١٩٢٤– ١ – ١٨٧ – بلانيول وريپير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٤ ص ٨٨٧ وهامش ١ – وقارن بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٤٨٦ مكررة ثالثا.

(٣) نقض فرنسى ٢٨ أغسطس سنة ١٨٧٢ داللوز ٧٢–١–٣٩٦ – باريس ٩ يناير سنة ١٩٢٨ الأسبوع القضائى (Sem. Jur.) ١٩٢٨ – ٣٢٠ – بلانيول وريپير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٤ ص ٨٨٧.

(٤) السين ١٨ يناير سنة ١٩٣٠ جازيت دى پاليه ١٩٣٠ – ١ – ٦٠١ – بلانيول وريپير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٤ ص ٨٨٧ – أما بالنسبة إلى الأولاد البالغى سن الرشد فلا تقوم الوكالة الضمنية .

(٥) باريس ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٨ جازيت دى تريبينو ٢٣ يناير سنة ١٩٢٩ – بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٤٨٣ – بلانيول وريپير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٤ ص ٨٨٧ – وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن يعتبر توكيلا ضمنياً ملزماً للموكل كالتوكيل الصريح حالة ما إذا كان الموظف معيناً رئيسا لفرع محل تجارى، ويعمل بالنسبة إلى علاقاته مع التجار والمصارف باسمه ولحساب ولصالح هذا المحل ، فيشترى البضائع المرسلة ويدفع ثمنها من أموال المحل المودعة تحت تصرفه فى أحد المصارف كما يسحب عليها بإمضاء الشركة ومن غير أى معارضة من المحل على تصرفاته هذه ، ولهذا فالسندات التى يحررها الوكيل بتوكيل ضمنى تكون حجة على الموكل ، خصوصاً إذا كانت تحررت بسبب مشتريات لصالح المحل (استئناف مختلط ٦ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٦٤). ومع ذلك انظر فى أن رئيس فرع للمبيعات فى محل تجارى لا يملك أن يعقد باسم المحل التزاما لأجل : استئناف مختلط ٢٨ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٤٦ .

ولكن البواب لا يكون وكيلا عن صاحب العمارة فى قبض الأجرة من السكان إلا إذا فوض فى ذلك (السين ١٦ فبراير سنة ١٩٢٨ داللوز ١٩٢٩ – ٢ – ١٤٠– بلانيول وريپير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٤ ص ٨٨٩ هامش ٥).

(٦) ويبدو أنه لا مانع من اعتبار أن هناك توكيلا ضمنياً لناظر العزبة فى شراء البذور والمواشى والأسمدة ، وفى التعاقد لرى الأرض وتأجير عمال للزراعة وغير ذلك من الأعمال التى تدخل فى نطاق عمله (استئناف مختلط ١٣ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢١– محمد على عرفة ص ٣٥٧) – ومع =

٤ – الوكالة الضمنية الصادرة من الشركاء فى الشيوع لشريك لهم فى إدارة المال الشائع، تطبيقاً للفقرة الرابعة من المادة ٨٢٨ مدنى وتجرى بما يأتى : «وإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين ، عد وكيلا عنهم» (١).

٥ – الوكالة الضمنية الصادرة للمحضر فى قبض الدين من المدين الذى مله وفى إعطائه مخالصة ، وذلك إذا أراد المدين أن يدفع الدين للمحضر (٢).

وقاضى الموضوع هو الذى يبت ، فى الحالات المتقدمة وغيرها من الحالات، فيما إذا كانت هناك وكالة ضمنية ، على أن يبين فى أسباب حكمه قيام عناصر الوكالة، وعلى أن يطبق تطبيقاً صحيحاً قواعد الإثبات (٣)(1).

٢٢٢ – التوكيل على بياض : يقع فى بعض الأحيان أن يصدر الموكل توكيلا يترك فيه بياضاً مخصصاً لاسم الوكيل فلا يذكر وكيلا معيناً بالذات ، بل يترك البياض لكتابة

= ذلك فقد قضت محكمة استئناف مصر بأن ناظر الزراعة لا يعتبر وكيلا عن المالك ، فتصرفاته فى غير الأعمال الزراعية هى أعمال تمهيدية خاضعة لقبول المالك أو رفضه ولو أعطى الناظر المذكور لنفسه صفة «وكيل دائرة» ، ولا يمكن اعتبار الورقة الصادرة من مثل هذا الشخص مبدأ ثبوت بالكتابة يبيح الإثبات بالبينة فى حق المالك ، لأنه يشترط أن تكون الأوراق التى تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة صادرة من نفس الخصم المراد الإثبات ضده وهى صادرة من شخص لا صفة له فى إصدارها بالتوكيل (استئناف مصر ٢٢ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ٥٢٩ ص ١٠٤٠) – وعلى كل حال لا يجوز لناظر الزراعة التصرف أو الهبة ولو فى صورة صلح (استئناف مختلط ١٣ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢١ وهو الحكم السابق الإشارة إليه) ، وليس له حق التقاضى باسم الموكل (استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٤٦ .

(١) وانظر أيضاً فى هذا المعنى نقض فرنسى ٢٦ أكتوبر سنة ١٨٨٧ داللوز ٨٨–١–٣٨٣– بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٤ ص ٨٨٩ .

(٢) نقض فرنسى ٣ أغسطس سنة ١٨٤٠ سيريه ٤٠–١–٩٢٤ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٤ ص ٨٨٧ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٠٣٠ ولكن قارن نقض فرنسى ١٨ أبريل سنة ١٩٣١ داللوز الأسبوعى ١٩٣١ – ٣٣٣ – أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ١٦٦ (مسألة واقع تترك التقدير قاضى الموضوع) .

(٤) نقض فرنسى ٢٣ أكتوبر سنة ١٨٩٤ داقوز ٩٥–١–٢٢٦ – ١٥ يناير سنة ١٨٩٥ سيريه ٩٦–١–٤٥٥– ١٩ فبراير سنة ١٩١٣ داللوز ١٩١٣ – ١ – ٢٠٠ – ٢٤ فبراير سنة ١٩١٤ داللوز ١٩١٦ – ١ – ٣٢ – ١٣ مايو و ٤ نوفمبر سنة ١٩١٩ داللوز ١٩٢١ – ١ – ١٥٤ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٥ – الواسطى ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ١٦٥ ص ٣٤٣.

(1) عبء اثبات الوكالة يقع على من يدعيها ، فإذا احتج الغير على الموكل بالوكالة ليرجع عليه بآثار التصرف القانونى الذى عقده مع الوكيل كان على الغير أن يثبت الوكالة ومداها ، وأن الوكيل قد تصرف فى نطاقها حتى يستطيع إلزام الموكل بهذا التصرف، إذ الوكيل لا تكون له صفة الوكالة عن الموكل إذا عمل باسم هذا الأخير وجاوز حدود الوكالة.
(جلسة ١٩٦٩/٥/١٥ الطعن رقم ٢٥٨ لسنة ٣٥ ق س ٢٠ ص ٧٨٤)

اسم الوكيل فيما بعد ، وهذا ما يسمى بالتوكيل على بياض (mandat en blanc, blançe-seing) [٤] . ويكون ذلك عادة عندما يكون العمل الموكل فيه محدود الأهمية ، ولا يعنى الموكل من يكون وكيله فيه فأى شخص يصلح أن يكون وكيلا. مثل ذلك عضو فى مجلس إدارة إحدى الجمعيات أو أحد النوادى يعتذر عن عدم حضور جلسة بشخصه، ويرسل لمجلس الإدارة بتوكيل على بياض ، فيملأ مجلس الإدارة البياض باسم أحد أعضاء المجلس ليكون وكيلا عن العضو الغائب فى خصوص أعمال هذه الجلسة المعينة . ومثل ذلك أيضاً أحد المساهمين فى شركة يدفع بتوكيل على بياض لمساهم آخر لحضور جلسة الجمعية العامة للشركة ، فيملأ المساهم الآخر البياض باسم أحد أعضاء الجمعية العامة ليكون وكيلا عن المساهم الغائب . وهناك اعتراضان على هذه العملية . أحدهما قانونى ، هو أن الوكالة يدخل فيها الاعتبار الشخصى لذات الوكيل ولا يتفق هذا مع توكيل شخص غير معين بالذات . والاعتراض الثانى عملى، هو أن توكيل شخص غير معين بالذات دليل على عدم اهتمام الموكل بالعمل الذى وكل فيه ، ويظهر خطر ذلك بوجه خاص فى التوكيل على بياض الذى يصدر من مساهمى الشركة ، فهم بذلك يدعون أمور الشركة تبت فيها أقلية منهم يسيطر عليها عادة مجلس الإدارة [١] .

ولكن يمكن تحليل العملية من الناحية القانونية على الوجه الآتى : الموكل فى التوكيل على بياض قد وكل من دفع له هذا التوكيل – مجلس إدارة الجمعية أو المساهم الآخر – لا فى القيام بالتصرف القانونى محل التوكيل ، بل فى اختيار وكيل للقيام بهذا التصرف . فتكون هناك وكالتان . الوكالة الأولى صدرت من الموكل لمن تسلم التوكيل على بياض ، ومحلها توكيل شخص عن الموكل فى القيام بتصرف قانونى معين، وهذه وكالة جائزة . والوكالة الثانية تنفيذ الوكالة الأولى ، فيوكل الوكيل شخصاً معيناً ينوب عن الموكل فى القيام بالتصرف القانونى ، ويقبل هذا الشخص المعين الوكالة ، وهذه أيضاً وكالة جائزة [٢] .

---

(١) على أن القضاء الفرنسى لا يبطل مدا ولات الجمعية العامة إلا فى الحالات التى يسىء فيها مجلس الإدارة استعماله لطريقة التوكيل على بياض للحصول على سلطات استثنائية (ريبير فى القانون التجارى فقرة ١٠٧٤ – أكثر أمين الخولى فقرة ١٦٠ ص ٢٠١ هامش ١) .

(٢) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٤٣ ص ٨٧٣ – نقض فرنسى ٤ أغسطس سنة ١٨٧٩ داللوز ٨٠-١-٥٩– وتترتب فى ذمة هذا الشخص المعين جميع التزامات الوكيل، ويجب أن يؤدى للموكل – لا الوكيل الأول الذى اختار هذا الوكيل – حساباً عن الوكالة ، ولا يجوز القول بأنه لم يكن إلا اسما مستعاراً لوكيل آخر (أنجيه ٥ مايو سنة ١٨٩١ مجموعة أحكام أنجيه ٩١–١٨٧–بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٤٢١) . وفى هذا يفترق عن نائب الوكيل ، فنائب الوكيل يؤدى حساباً للوكيل الأصلى لا للموكل (نقض فرنسى ٧ ديسمبر سنة ١٨٥٧ داللوز ٥٨–١–١١١ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٠ ص ٩٠٨) . =

وكما يجوز ترك بياض لاسم الوكيل ، يجوز كذلك ترك بياض للتصرف القانون محل الوكالة . فيوكل شخص شخصاً آخر معيناً بالذات فى تصرف قانونى لا يعينه ، بل يترك بياضاً يملأه الوكيل بعد ذلك ويعين بنفسه التصرف القانونى الذى وكل فى إجرائه . والأصل فى التوكيل على بياض فى هذه الحالة أن يكون توكيلا عاماً فى عمل أو أكثر من أعمال الإدارة لم يستطع الموكل تحديدها مقدماً ، فترك بياضاً يملأه الوكيل بعد ذلك عندما تتحدد مهمته . فإذا جاوز الوكيل حدود التوكيل بحسب ما تفاهم عليه مع الموكل ، لم يضار الغير حسن النية الذى تعامل مع الوكيل وهو مجاوز لحدود وكالته ، ونفذ أثر التصرف فى حق الموكل [1] . وليس لهذا الأخير إلا أن يرجع على الوكيل لإساءته ملء البياض بما لا يطابق الواقع . ويجب على الموكل ، حتى يستطيع الرجوع على الوكيل ، أن يثبت أولا أنه دفع التوكيل إلى الوكيل وفيه بياض مخصص لتعيين محل الوكالة فيما بعد ، ولا يجوز إثبات ذلك إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها لأنه يثبت عكس ما هو ثابت بالكتابة . فإذا فرغ الموكل من إثبات ذلك ، وجب بعد هذا إثبات حدود الوكالة حتى يمكن التثبت من أن الوكيل فى ملأه للبياض قد جاوز هذه الحدود ، ويعتبر التوكيل على بياض بعد ثبوته مبدأ ثبوت بالكتابة على أن ما قام به الوكيل كان فى حدود الوكالة [2] .

= ويقرب من التوكيل على بياض التوكيل لحامله (mandat au porteur) ، فيعطى الموكل توكيلا لحامله لشخص دون أن يذكر اسمه ، ولهذا أو لغيره ممن يسلم إليه التوكيل لحامله أن يقوم بتنفيذ الوكالة ، والحامل الأخير للتوكيل هو الذى يعتبر وكيلا ويكون مسئولا قبل الموكل . ويمكن تحليل التوكيل لحامله على أنه توكيل لحامل الورقة فى أن يقوم بتنفيذ الوكالة بنفسه أو فى أن ينيب عنه فى تنفيذ الوكالة شخصاً آخر هو الذى يسلمه الورقة (بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٤٣ ص ٨٧٣) . وبذلك يختلف التوكيل لحامله عن التوكيل على بياض ، إذ التوكيل لحامله يتضمن توكيلا أصلياً وإنابة فى التوكيل ، أما التوكيل على بياض فيتضمن وكالتين أصليتين. ومع ذلك فقد قضى ببطلان التوكيل لحامله فى وكالة بالعمولة لحاملها لأحد مكاتب الأعمال وصحة الوكالة على بياض (باريس ٢٣ مايو سنة ١٩١٩ سيريه ١٩٢١ - ٢ - ٣٣ مع تعليق بنكاز - أكشم أمين الخولى فقرة ١٦٠) - واتظر Valleur فى الاعتبار الشخصى فى العقود رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ فقرة ٤٨ : ويشير إلى Voirin وهو يذهب إلى أن التوكيل لحامله ليس من حالات إنابة الوكيل لغيره إذ أن هناك وكيلا واحداً هو الحامل للتوكيل . وانظر فى صحة كل من التوكيل على بياض والتوكيل لحامله أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١١ ص ٢١١ : ويقررون أن الموكل يكون مسئولا عمن يوكله فى أداء وظيفة تتعلق به ، سواء عين الوكيل بالاسم أو كان التوكيل على بياض .

(١) نقض فرنسى ١٣ فبراير سنة ١٨٨٣ داللوز ٨٤-١-٨٠- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٥٥٩ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقة ١٤٤٣ ص ٨٧٣ .

(٢) نقض فرنسى ٣ مايو سنة ١٨٤٨ داللوز ٤٨-١-١٤٥-١١ يوليه سنة ١٨٨٣ داللوز ٨٤-١-١٥١-٢٧ أبريل سنة ١٩٢٨ داللوز ١٩٢٩ - ١ - ٤٦- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ =

٢٢٣ – شكل الوكالة – نص قانونى : تنص المادة ٧٠٠ من التقنين المدنى على ما يأتى :

«يجب أن يتوافر فى الوكالة الشكل الواجب توافره فى العمل القانونى الذى يكون محل الوكالة ، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك» (١) .

ولما كان الأصل فى التصرفات القانونية أن تكون رضائية لا تستوجب شكلا خاصاً ، فكذلك الأصل فى الوكالة أن تكون هى أيضاً رضائية .

فالوكالة فى البيع أو الشراء ، والوكالة فى الإيجار أو الاستئجار، والوكالة فى القرض أو الاقتراض ، والوكالة فى عقود الصلح والمقاولة والعارية والوديعة والكفالة وغير ذلك من العقود الرضائية ، تكون رضائية مثل العقد الذى هو محل الوكالة ، ولا تستوجب شكلا خاصاً لانعقادها (1) .

= فقرة ١٤٤٣ ص ٨٧٤.

ويمكن كذلك تصور أن يكون التوكيل على بياض من ناحية اسم الوكيل ومن ناحية التصرف القانونى محل الوكالة ، وذلك فى وقت واحد (انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٤٣ ص ٨٧٤) .

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ٩٧٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٧٣٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٠٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٩٠ – ص ١٩٢).

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى القديم ، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص .

ويقابل النص فى **التقنينات المدنية العربية الأخرى** :

التقنين المدنى السورى م ٦٦٦ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧٠٠ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل – ولكن النص تطبيق للقواعد العامة فيعمل به فى العراق .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٧٧٥ : لا يجوز إعطاء الوكالة إلا بالصيغة المقتضاة للعمل الذى يكون موضوع التوكيل ، ما لم يكن هناك نص قانونى مخالف . (وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام القنين المصرى) .

(1) قانون تنظيم الشهر العقارى بما يتطلبه من تسجيل عقد بيع العقار لا يضفى على هذا العقد شكلا رسميا معينا فهو لم يغير شيئاً من طبيعته من حيث كونه من عقود التراضى التى تتم وتنتج آثارها القانونية بمجرد توافق الطرفين وإنما قد عدل فقط آثاره بالنسبة للعاقدين وغيرهم فجعل نقل الملكية غير مترتب على مجرد العقد بل متراخياً إلى ما بعد حصول التسجيل ، وإذ كان نص المادة ٧٠٠ من القانون المدنى يوجب أن يتوافر فى الوكالة الشكل الواجب توافره فى العمل القانونى الذى يكون محل الوكالة فإن الوكالة فى بيع وشراء العقار تكون هى أيضا رضائية ولا يستوجب القانون شكلا رسمياً لانعقادها،=

كذلك الوكالة فى قبول الوصية ، وفى قبول الاشتراط لمصلحة الغير ، وفى تطهير العقار المرهون ، تكون رضائية مثل التصرف القانونى الصادر من جانب واحد الذى هو محل الوكالة، ولا تستوجب شكلا خاصاً لانعقادها .

وهناك عقود شكلية تقتضى لانعقادها شكلا خاصاً ، ورقة رسمية أو ورقة مكتوبة مثلا، فهذه تكون الوكالة فيها أيضاً شكلية [1] .

= وهذا الأمر يستوى سواء أكانت الوكالة ظاهرة سافرة أم وكالة مستترة .
(جلسة ١٩٨٠/٤/٢٤ الطعن قم ٦٤٨ لسنة ٤٩ ق س ٣١ ص ١٢٠١)
(جلسة ١٩٧٣/٥/١٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ ص ٧٧٢)

(١) وفى فرنسا حيث لا يوجد نص عام يقابل نص المادة ٧٠٠ مدنى سالف الذكر، ويقضى بأن يتوافر فى الوكالة الشكل الواجب توافره فى التصرف القانونى فى محل الوكالة، بل إن المادة ١/١٩٥٨ مدنى فرنسى تقضى بأن الوكالة عقد رضائى ويصبح أن تكون شفوية، يتابع الفقهاء والمحاكم النصوص المتفرقة التى تقضى فى حالات معينة بأن تكون الوكالة مكتوبة (بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٤٨٠ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٠) ، وكذلك النصوص التى تقضى فى حالات معينة بأن تكون الوكالة مكتوبة فى ورقة رسمية (بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٤٦٤ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥١ ص ٨٨٠) ، ثم يستخلصون قاعدة يذهبون فيها إلى وجوب التمييز بين ما إذا كانت الورقة الرسمية أو الورقة العرفية المطلوبة لانعقاد التصرف القانونى واجبة لضمان سلامة التصرف ولحماية المتعاقدين وتبصيرهم بعواقب تصرفاتهم وفى هذه الحالة يجب أن تكون الوكالة أيضا فى ورقة رسمية أو فى ورقة عرفية تبعاً للتصرف محل الوكالة للاعتبارات ذاتها ، وبين ما إذا كانت الورقة واجبة لحماية الغير وفى هذه الحالة لا يشترط أن تكون الوكالة مكتوبة إذ يكفى لحماية الغير أن يكون التصرف القانونى محل الوكالة ذاته مكتوباً (بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٤٦٥ – فقرة ٤٧٢ وفقرة ٤٧٩ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٠ – فقرة ١٤٥١ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١١ ص ٢٠٩ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٥٠٢٩ – كولان وكاپيتان ودى لاموراندييه ٢ فقر ١٣٥١ – چوسران ٢ فقرة ١٤٠٤ – أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ١٠٢) .

ولكن التقنين المدنى المصرى جاء بنص عام هو المادة ٧٠٠ مدنى سالفة الذكر، ويقضى بأن يتوافر فى الوكالة الشكل الواجب توافره فى التصرف القانونى محل الوكالة، دون تمييز بين ما إذا كان الشكل قد تطلبه القانون لحماية المتعاقدين أو تطلبه لحماية الغير. كما فعل ذلك أيضاً فى الوعد بالتعاقد فأوجب لانعقاد الوعد أن يستوفى الشكل المعين لانعقاد التعاقد الكامل (م ٢/١٠١ مدنى) ، دون تمييز بين حالة وحالة . فوجب إذن الوقوف عند النص ، وعدم التمييز بين ما إذا كان الشكل مطلوباً لحماية المتعاقدين أو لحماية الغير ، ففى الحالتين يجب أن يستوفى الوكالة الشكل المطلوب للتصرف القانونى محل الوكالة (انظر بما يتعلق بالشكل فى الوعد بالتعاقد ووجوب عدم التمييز بين حالة وحالة الوسيط ١ فقرة ١٣٥ ص ٢٥٤ هامش ١) . ويذهب بعض الفقهاء فى مصر إلى أن يجب فى القانون المصرى، بالرغم من إطلاق نص المادة ٧٠٠ مدنى، إجراء نفس التمييز الذى أجراه الفقه والقضاء فى فرنسا بين ما إذا كان الشكل قد تطلبه القانون لحماية المتعاقدين أو تطلبه لحماية الغير (محمد كامل مرسى فقرة ١٦٦ ص ٢١٥ – محمد على عرفة ص ٣٥٤) . ويشير الأستاذ أكثم أمين الخولى إلى هذا التمييز =

فالوكالة فى الهبة يجب لانعقادها أن تكون فى ورقة رسمية كالهبة ذاتها محل الوكالة. ولكن هذا مقصور على توكيل الواهب لغيره فى أن يهب مالاً له نيابة عنه، إذ إيجاب الواهب هو وحده الذى يجب أن يكون فى ورقة رسمية . أما قبول الموهوب له فلا تشترط فيه الرسمية [١]، ومن ثم يكون توكيل الموهوب له غيره فى قبول الهبة عقدا رضائياً لا يستوجب شكلا خاصاً لانعقاده . وكالوكالة فى الهبة الوكالة فى الرهن الرسمى ، يجب أن يكون توكيل الراهن غيره فى رهن العقار مكتوباً فى ورقة رسمية ، أما توكيل الدائن المرتهن غيره فى ارتهان العقار فهو عقد رضائى لا يستوجب شكلا خاصاً لانعقاده [٢]. ومحو قيد الرهن الرسمى (شطب الرهن الرسمى) تصرف قانونى شكلى (م ٤٥ من قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦) ، فكذلك التوكيل الذى يعطيه الدائن المرتهن للغير لإجراء المحو يجب أن يكون رسمياً [٣].

وعقد الشركة يجب أن يكون مكتوباً ولو فى ورقة عرفية ، وإلا كان باطلا (م ٥٠٧ مدنى) ، فهو إذن عقد شكلى . ومن ثم تكون الوكالة فى عقد الشركة عقداً شكلياً، ولا تنعقد إلا بورقة مكتوبة ولو كانت ورقة عرفية [٤].

وقد جاءت العبارة الآتية فى آخر المادة ٧٠٠ مدنى سالفة الذكر : «ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك» . فإذا وجد نص يقضى بأن يكون التوكيل فى شكل معين، وجبت مراعاة هذا الشكل ، دون نظر إلى ما إذا كان التصرف القانونى محل التوكيل شكلياً أو غير شكلى، ودون نظر إلى ماهية الشكل المطلوب لهذا التصرف . مثل ذلك التوكيل الصادر للمحامى أو

= ويعقب عليه بما يأتى : «ويصعب إيجاد مثال فى القانون المصرى على شكل يشترطه القانون لمصلحة الغير» (أكثم أمين الخولى فقرة ١٦٣) . وهذا ما يجعل التمييز المشار إليه ليست له أهمية عملية فى التقنين المصرى الجديد.

(١) الوسيط ٥ فقرة ٣٢ .

(٢) محمد كامل مرسى فقرة ١٦٦ ص ٢١٤ .

(٣) عمر أبو شادى فى شهر الحقوق العقارية سنة ١٩٤٧ فقرة ٣٦٥ ص ٣٠٥.

(٤) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فى صدد شكل الوكالة ، ما يأتى : «وإذا كان العمل القانونى المعهود به إلى الوكيل لا يقتضى شكلا خاصاً كالبيع والإيجار ، فلا يشترط توافر شكل خاص فى الوكالة . أما إذا كان القانون يتطلب شكلا معيناً فى هذا العمل ، كالرهن الرسمى والهبة ، فإن التوكيل يجب أن يتوافر فيه هذا الشكل . فالتوكيل فى رهن أو هبة يجب أن يكون فى ورقة رسمية . ويتبين من ذلك أنه إذا اشترط القانون شكلا خاصاً فى عقد معين ، وجب استيفاء هذا الشكل أيضاً فى الوعد بهذا العقد .. وفى التوكيل فيه ..» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٩٢).

الوكيل بالخصومة [1] ، فقد نصت المادة ٥٧ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ فى شأنه على ما يأتى : «لا يلتزم المحامى الذى يحضر عن موكله بمقتضى توكيل عام ان يودع التوكيل بملف الدعوى ويكتفى بالاطلاع عليه واثبات رقمه وتاريخه والجهة المحرر أمامها بمحضر الجلسة» [1].

---

(١) وانظر فى وجوب مراعاة الشكل المقرر قانوناً لتوكيل المحامى : نقض مدنى ٨ يناير سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ قم ١٣٣ ص ٣٩٥ – ٢١ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٦٣ ص ٤٥٨ – ٢١ يناير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ١٨ ص ٤٠ – وقارن نقض مدنى ١٦ يناير سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣١٤ ص ١٠٤١ – ١٨ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٥٠ ص ٦٩٨ (وتقول المحكمة ، فى توكيل للمحامى حرر بعد أن أعلن المحامى صحيفة الدعوى، بأن الطعن فى صفة المحامى لحضوره أول مرة من غير توكيل ، واعتبار أن فقده الصفة النيابية ينسحب إلى وقت تحرير الورقة وإعلانها ، واستنتاج أن صاحب الشأن لم يشترك فى الورقة ولم يرض بها، كل هذا تجاوز فى الاستدلال ضار بحقوق الناس لما فيه من التدخل بغير موجب فى علاقة ذوى الشأن بوكلائهم ، تلك العلاقة التى لا يجوز للقضاء الدخل فيها إلا فى صورة إنكار ذى الشأن لوكالة وكيله désaveu). وقضى أيضاً فى نفس المعنى بأنه وإن كان القانون يشترط فى الوكالة بالخصومة أن تكون بالكتابة ويتطلب تقديم سند التوكيل لإثبات الوكالة ، إلا أنه متى أقر الخصم الحاضر مع المحامى بالوكالة ، فإن هذا يكفى دليلا فى الإثبات ، فلا يجوز للقضاء التصدى لعلاقة ذوى الشأن بوكلائهم إلا إذا أنكر صاحب الشأن وكالة وكيله . فإذا باشر المحامى إجراء قبل أن يستصدر توكيلا له من ذى الشأن الذى كلفه بالعمل ، فلا يعترض عليه بأن التوكيل لاحق على تاريخ الإجراء ، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك . وغاية الأمر أن صاحب الشأن إن لم يحضر بنفسه يوم الجلسة أو لم يرسل عنه وكيلا ثابتة وكالته بالطريقة القانونية، جاز لخصومه محافظة على حقوقهم إبداء الطلبات التى يجيزها لهم القانون فى هذا الخصوص (نقض مدنى ٢ أبريل سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٤٧ ص ٣١٢ – استئناف مختلط ٢٠ يناى سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٣٦).

وانظر فى أن المحامى الذى يقرر الطعن بالنقض يجب أن يكون موكلا عن الطاعن وإلا كان الطعن باطلا : نقض مدنى ١١ يونيه سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٧٢ ص ٤٧٦ – وأنه يجب أن يكون هذا المحامى مقبولا أمام محكمة النقض وقت التقرير بالطعن ولو لم يكن كذلك وقت صدور التوكيل : نقض مدنى ٢٥ يونيه سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٨٤ ص ٥٥٢.

وانظر فى أن التوكيل الصادر من يونانى فى مصر لمحام يجب أن يكون فى ورقة رسمية أو مصدقاً فيه على الإمضاء من مكاتب التوثيق، ولا يكفى اعتماد السفارة اليونانية لإمضاء الموكل : نقض مدنى ٢٦ مايو سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٦٥ ص ٤١٧.

وإذا نزل المحامى عن الاستئناف اعتبر النزول من وقته لا من وقت توكيله توكيلا خاصاً فى ذلك، ما دام الموكل لم يتنصل من عمل المحامى (استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٩٥) .

(1) أ – المقرر أن اشكال العقود والتصرفات يخضع لقانون البلد الذى أبرمت فيه فلا وجه للتذرع بشأن عقد الوكالة الصادر خارج مصر بأحكام قانون الشهر العقارى والتوثيق رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ، لما كان ذلك وكان الثابت من الورقة المقدمة من المحامى الذى رفع الطعن رقم ..... والمعنون «توكيل خاص» أنها تتضمن شهادة صادرة من وزارة العدل بدولة الامارات العربية المتحدة بأن ..... وقد =

٢٢٤ – إثبات الوكالة : ولا يوجد نص خاص فى إثبات الوكالة ، فوجب تطبيق القواعد العامة فى الإثبات (١)[1] . ومن ثم لا تثبت الوكالة ، إذا زادت قيمة التصرف القانونى الموكل فيه على خمسمائة جنيه ، إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها (٢) .

= وكلا عنهما المحامى المذكور لاتخاذ اجراءات الطعن بالنقض فى الحكم المطعون فيه وذلك بصفتهما الصادر بها الحكم المطعون فيه وكان المطعون عليهما لم يعترضا بأن اجراءات التوكيل التى تمت بدولة الامارات قد وقعت بالمخالفة للقانون المعمول به فى هذه الدولة ، كما لم يقدم ما يفيد ذلك ومن ثم فان هذا التوكيل حجة فى اسباغ صفة الوكالة للمحامى الذى رفع الطعن المذكور .

(جلسة ١٩٩١/٤/٢٨ الطعنان ٦٤١ ، ٦٦٨ لسنة ٦٠ ق)

ب – تخضع أشكال العقود والتصرفات لقانون البلد الذى أبرمت فيه ، فإذا كان التوكيل المقدم من الشركة الطاعنة قد وثق بمعرفة السلطات الرسمية بيوغسلافيا وصدقت عليه وزارة الخارجية بها والقنصلية المصرية ببلجراد عملا بالمادة ١٤/٦٤ والقانون رقم ١٦٦ لسنة ١٩٥٤ واعتمدت السفارة اليوغسلافية بالقاهرة ترجمة التوكيل إلى اللغة العربية بما يطابق اللغتين الأجنبيتين اللتين حرر بهما التوكيل ثم صدقت وزارة الخارجية المصرية على امضاء سكرتير السفارة المذكورة ، وكانت المطعون عليها لم تبد أى اعتراض على اجراءات توثيق التوكيل فى الخارج أو على ما يتضمنه هذا التوكيل أو على الترجمة الرسمية المدونة به فإ هذا التوكيل وقد استكمل شرائطه الشكلية والقانونية يكون حجة فى إسباغ صفة الوكالة للمحامى الذى قرر الطعن .

(جلسة ١٩٦٣/٢/٧ الطعن قم ٣٨٣ لسنة ٢٧ ق س ١٤ ص ٢٢٦).

(١) وعبء إثبات الوكالة يقع على من يدعيها ، فإذا احتج بها الموكل على الوكيل ليطالبه بالتزاماته كان عليه أن يثبتها ، وإذا احتج الوكيل على الموكل بالوكالة للمطالبة بأجره أو بما أنفق من المصروفات مثلا كان على الوكيل أن يثبت الوكالة (بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٥٠٧) . وإذا احتج الغير على الموكل بالوكالة ليرجع عليه بآثار التصرف القانونى الذى عقده مع الوكيل كان على الغير أن يثبت الوكالة ، وكذلك يكون على الموكل أن يثبت الوكالة إذا احتج بها على الغير للمطالبة بهذه الآثار .

(٢) استئناف مختلط ٢٢ نوفمبر سنة ١٨٩٤ م ٧ ص ٢١ – ١٠ فبراير سنة ١٩١٠م ٢٢ ص ١٤٢ – ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٦٠ – ٢مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٨٧ – ١٩ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ١١١ – ٢ نوفمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٢ – ١٤ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢١٢ – ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٣٥ – أول يونيه سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٣١ – نقض فرنسى ٤ نوفمبر سنة ١٩٠٢ سيريه ١٩٠٢ – ١ – ٤٨٨ – ١٣ أبريل سنة ١٩٢٣ داللوز ١٩٢٦ – ١ – ٤٠ – ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٥ داللوز الأسبوعى ١٩٣٦ – ٨١– ١٦ يوليه سنة ١٩٤٦ داللوز ١٩٤٦ – ٣٧٣ – ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٦ جازيت دى پاليه ١٩٤٧ – ١ – ١٠٦ – بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٥٠١ ص ٢٦٦ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١١ ص ٢٠٨ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٢ ص ٨٨٢ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٠٢٨ – كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٣٥٠ – چوسران ٢ فقرة ١٤٠٩ – أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ١١٤ – فقرة ١٢٦.

وقد جرت العادة أن الموكل يدفع إلى الوكيل توكيلا مكتوباً [1] فينفذ هذا الأخير الوكالة ، ويعتبر تنفيذه لها كما قدمنا قبولا ضمنياً . وفيما بين الموكل والوكيل، يستطيع الوكيل أن يثبت الوكالة قبل الموكل بهذه الورقة المكتوبة . فإن لم توجد ، وكانت قيمة الوكالة تزيد على خمسمائة جنيه ، جاز له أن يثبت الوكالة بمبدأ ثبوت بالكتابة معززاً بالبينة أو بالقرائن . كما يجوز له أن يثبتها بالإقرار وباليمين [2] . وإذا وجد مانع ولو أدبي من الحصول على الكتابة ، كما هو الأمر فيما بين الزوجين والأقارب والأصهار [3] ، جاز الإثبات(1) بالبينة والقرائن (2) . كذلك يجوز للموكل أن يثبت الوكالة قبل الوكيل بالكتابة، أو بمبدأ بالكتابة معززاً بالبينة أو بالقرائن ، أو بالإقرار [4] ، أو باليمين . وإذا

---

(١) وقد يرسل الموكل التوكيل للوكيل فى برقية (الجزائر ٧ أبريل سنة ١٨٨٤ داللوز ٨٥-٢-١٨٩ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٢ ص ٨٨٢ هامش ٦).

(٢) استئناف مختلط ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٢٨-٢٩ مايو سنة ١٩٣٥م ٤٧ ص ٣٤٥-٣١ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٣٨ - وانظر فى الإقرار بالوكالة عن طريق عدم المنازعة فى صدورها فى جميع أدوار التقاضى : نقض مدنى ٣ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٤٨ ص ٦٥٥ - وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأن تنفيذ الوكالة أو الإقرار بها صراحة أو ضمناً من الأدلة التى يجيزها القانون لإثبات الوكالة، وإذا كان الموكل لم يتمسك أمام محكمة الموضوع بأن الوكالة لا يجوز إثباتها إلا بالكتابة إذا زاد موضوع التصرف محل الوكالة على عشرة جنيهات ، فإنه لا يملك التحدى بذلك لأول مرة أمام محكمة النقض ، لأن قواعد الإثبات ليست من النظام العام ولأنه لا يجوز أن يثار أمام محكمة النقض إلا ما كان معروضاً على محكمة الموضوع من أوجه الدفاع (نقض مدنى ٢٨ فبراير سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٢٢ ص ١٧٦) .

(٣) نقض فرنسى ٨ يوليه سنة ١٩٣٦ داللوز الأسبوعى ١٩٣٦ - ٤٢٦.

(٤) ويعتبر إقراراً قبول الموكل تقديم حساب له من الوكيل، كما يعتبر إقراراً اعتراف الموكل بالوكالة فى مذكرة مكتوبة فى خصومة بينه وبين الوكيل (بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٥٠٢) . ويقرب من الإقرار أن يحسب صاحب الفندق للخدم ١٠٪ من قيمة ما يتقاضاه من العميل ، فيكون هذا بمثابة إقرار مكتوب منه بأنه قبض هذا المبلغ لحساب الخدم (نقض فرنسى ١٦ يناير سنة ١٩٣٠ داللوز ١٩٣٠ - ١ - ٤٠) . وإذا أثبت الموكل أن الوكيل كان على علم بصدور التوكيل له ثم نفذ الوكالة ، جاز له الإثبات بهذه القرينة ولو زادت القيمة على خمسمائة جنيه لجريان العادة بذلك (بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٥٠٦ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٢ ص ٨٨٣).

(1) عبء إثبات الوكالة يقع على من يدعيها ، فإذا احج الغير على الموكل بالوكالة ليرجع عليه بآثار التصرف القانونى الذى عقده مع الوكيل كان على الغير أن يثبت الوكالة ومداها ، وأن الوكيل قد تصرف فى نطاقها حتى يستطيع الزام الموكل بهذا التصرف، اذ الوكيل لا تكون له صفة الوكالة عن الموكل إذا عمل باسم هذا الأخير وجاوز حدود الوكالة .
(جلسة ١٩٦٩/٥/١٥ الطعن رقم ٢٥٨ لسنة ٣٥ ق س ٢٠ ص ٧٨٤)

(2) اذا كانت الوكالة المراد اثباتها ، صريحة كانت أو ضمنية ، لا تخول الوكيل صفة إلا فى أعمال الإدارة وكان قطع القطن ونقله إلى استحقاق نال لا يعتبر أيهما من بين هذه الأعمال ولابد لمن يجريها نيابة=

جرى العرف بألا تؤخذ كتابة ، كما هو الأمر فيما بين السيد والخادم والمخدوم والمستخدم ورب العمل والعامل وفى أكثر حالات الوكالة الضمنية [1] ، جاز الإثبات بالبينة أو بالقرائن [1](1) .

= عن صاحب الشأن من أن يكون لديه وكالة خاصة بالبيع لأن هذين الأمرين هما من مقتضيات البيع وتوابعه الضرورية ، ومن ثم فإن إثبات وكالة الابن عن والده فى أعمال الإدارة لا تؤدى إلى ثبوت صفة للابن فى نقل القطن من استحقاق إلى آخر نيابة عن والده .

(جلسة ١٩٦٩/٦/١٩ الطعن رقم ٣٢٣ لسنة ٣٥ ق س ٢٠ ص ١٠١٧)

(١) وفى حالة إذا كانت الوكالة الضمنية لا يقوم فيها مانع من الحصول على الكتابة، وجب الإثبات بالكتابة (بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٢ ص ٨٨٤ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١١ ص ٢٠٧ هامش ٢ مكرر ٣ – محمد كامل مرسى فقرة ١٦٨ ص ٢١٩ – محمد على عرفة ص ٣٦١ – ص ٣٦٢ – وقارن بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٥٠٤ – مصر الوطنية ٢٠ يناير سنة ١٩٤١ المحاماة ٢١ رقم ٢٦٦ ص ٣٠٦ – محرم بك ١٤ فبراير سنة ١٩٥٦ المحاماة ٣٦ رقم ٥٧٧ ص ١٥٧٧) – أما إذا وجد مانع من الإثبات بالكتابة ، كقيام علاقة الزوجية أو القرابة أو إذا أراد الغير إثباتها قبل الموكل ، فإنه يجوز الإثبات بجميع الطرق (كولان وكاپيتان وديلاموراندير ٢ فقرة ١٣٥٢) – وهذا كله عن إثبات إيجاب الموكل فى الوكالة الضمنية ، أما إثبات قبول الوكيل، ويستخلص ضمناً من تنفيذه للوكالة ، فيكون بجميع الطرق ، لأن القبول إنما يستخلص من واقعة مادية (محمد على عرفة ص ٣٦٠) .

(٢) انظر فى الزوجية والقرابة وعلاقة الخدمة وعرف بعض المهن كموانع أدبية تحول دون الحصول على الكتابة : الوسيط ٢ فقرة ٣٣٧ – فقرة ٢٣٩ .

(1) أ – المقرر فى قضاء محكمة النقض أن التوقيع بالامضاء أو ببصمة الختم أو ببصمة الأصبع هو المصدر القانونى الوحيد لاضفاء الحجية على الاوراق العرفية وفقا لما تقضى به المادة ١/١٤ من قانون الاثبات ، وإذ كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن المطعون ضده ركن فى إثبات صدور وكالة من الطاعن إليه إلى صورة من الإقرار العرفى المؤرخ ٣١ من يناير سنة ١٩٨٨ المنسوب صدوره إلى رئيس اللجنة الاستئنافية المختصة بنظر التظلم من تقدير ثمن الأرض مشترى الطاعن وما تضمنه هذا الاقرار من قيامه بتقديم التظلم إلى اللجنة المذكورة ومباشرته امامها وحضور المعاينة التى أجرتها للأرض محل التقدير ، وكانت تلك الصورة لا تصلح دليلا على قيام الوكالة لأنها لا تحمل توقيعا للطاعن فإن الحكم إذ عول عليها وحدها فى إثبات قيام الوكالة بين الطاعن والمطعون ضده ورتب على ذلك قضاءه بأحقية الأخير فى مبلغ الأتعاب المقضى به فإنه يكون معيبا بمخالفة القانون والفساد فى الاستدلال بما يوجب نقضه .

(جلسة ١٩٩٠/١١/٨ الطعن رقم ١٢٩٣ لسنة ٥٩ ق)

ب – إذا كانت الورقة العرفية موقعة من الوكيل فإن تاريخها يكون حجة على الأصيل – ولو لم يكن لها تاريخ ثابت – إذ أنه لا يعتبر غيرا لأنه كان ممثلا فى التصرف الذى أبرمه وكيله لحسابه إلا أنه إذا إدعى الأصيل عدم صحة التاريخ المدون بالورقة وأنه قدم غشا حتى لا ينكشف أن التصرف الذى أجراه الوكيل حرر فى وقت كانت وكالته فيه قد زالت فإنه يكون لذلك الأصيل أن يثبت مدعاه بكافة طرق الاثبات ومنها البينة والقرائن.

(جلسة ١٩٩١/١٠/١٥ الطعن رقم ٣٤٣ لسنة ٦٠ ق)

وفى الوكالة التجارية [1]، وكذلك فى الوكالة المدنية التى لا تزيد قيمتها على خمسمائة جنيه ، يجوز الإثبات ، من الوكيل قبل الموكل ومن الموكل قبل الوكيل، بجميع طرق الإثبات ويدخل فيها البينة والقرائن .

وبالنسبة إلى الغير الذى يتعامل معه الوكيل ، لا تعتبر الوكالة واقعة مادية ، لأ هذا الغير يتأثر بالوكالة كما لو كان طرفاً فيها [2]، فهو فى موقف يقرب من المنتفع فى الاشتراط لمصلحة الغير إذ المنتفع يعتبر الاشتراط لمصلحته بالنسبة إليه تصرفاً قانونياً لا واقعة مادية [3]. ويترتب على ذلك أن الغير الذى يتعامل مع الوكيل لا يستطيع أن يثبت الوكالة التى يحتج بها على الموكل إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها إذا زادت القيمة على خمسمائة جنيه [4]. ومن ثم يجوز له أن يطلب من الوكيل قبل أن يتعاقد معه ورقة مكتوبة تثبت الوكالة [5]، بل له أن يطلب ورقة رسمية فى الحالات التى لا تنعقد فيها الوكالة إلا بهذه الورقة على النحو

---

(١) استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١١٩ – ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٠٧ م ٢٠ ص ٤٠ – مصر الوطنية ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٤٩ المحاماة ٣٠ رقم ٥٤٠ ص ١٢٤٧ – نقض فرنسى ٧ أبريل سنة ١٩١٤ داللوز ١٩١٤ – ١ – ٢٨٣ – ١٣ مـــايو سنة ١٩١٩ داللوز ١٩٢١ – ١ – ١٥٤ – ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٩ سيريه ١٩٢ – ١ – ٢١٥.

(٢) إذ هى التى تضفى صفة النيابة على الوكيل فتجعله ذا صفة فى التعاقد معه (قارن أكثم أمين الخولى فقرة ١٦٤ ص ٢٠٦) .

(٣) الوسيط ٢ فقرة ١٨٤ ص ٣٤٥ هامش ١ .

(٤) جيوار فقرة ٦٦ – ترولون فقرة ١٤٥ – بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٥١٠ (ولكن انظر فقرة ٥٠٩) – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٤٣ ص ٨٨٤– ص ٨٨٥ – أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ١٢٨ – نقض فرنسى ٧ مارس سنة ١٨٦٠ داللوز ٦٠–١–١١٤ – أول أغسطس سنة ١٨٧٠ داللوز ٧٠–١–٣٥٧– ١٩ يوليه سنة ١٨٩٤ داللوز ٩٥–١–١٢٥– ٢ مارس سنة ١٩٢١ داللوز ١٩٢٤ – ١ – ١٩٤ – ١٣ أبريل سنة ١٩١٣ داللوز ١٩٢٦ – ١ – ٤٠ – ولكن الغـــير يستطيع الإثبات بالبينة وبالقرائن إذا كانت الوكالة تجارية أو إذا كان هناك مانع من الحصول على الكتابة ما بين الموكل والوكيل (بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٣ ص ٨٨٦).

(٥) دى باج ٥ فقرة ٣٧٢ – وليس من الضرورى أن يكون إمضاء الموكل مصدقاً عليه (بلانيول وريبير وسافتييه ١١ فقرة ١٤٥٣ ص ٨٨٥) ، ولكن يجب أن تكون الوكالة كافية فى اضفاء صفة النيابة على الوكيل فى التصرف الذى يقوم به ، فيكون الغير مقصراً إذا تعاقد مع وكيل بالرهن دون أن تكون وكالته خاصة بالرهن ، بل كانت وكالة عامة أو وكالة فى غير الرهن (نقض فرنسى ١٥ أبريل سنة ١٩١٥ داللوز ١٩١٧ – ١ – ١٠٢) . ولا يكفى أن يثبت الغير نص التوكيل فى العقد الذى يبرمه مع الوكيل، فنقل النص لا يصلح حتى كبمدأ ثبوت بالكتابة للاحتجاج به على الموكل لأنه لم يصدر منه، ولكن إذا لم يكن التوكيل صحيحاً فنقله يعتبر تزويراً من جانب الوكيل إذا كان عالماً بعدم صحته (بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٣ ص ٨٨٥ – ص ٨٨٦) .

الذى سبق بيانه . وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ١٠٥ مدنى يشتمل على فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى : «ولمن يتعاقد مع النائب أن يطلب منه إثبات نيابته ، فإذا كانت النيابة بعقد مكتوب فله أن يحصل منه على صورة مطابقة للأصل تحمل توقيعه» ، فحذفت هذه الفقرة فى لجنة مجلس الشيوخ [١] . ولا يكفى لإثبات الوكالة فى قبض الدين أن يبرز الوكيل للمدين – وهو الغير الذى يتعامل معه الوكيل – سند الدين فى يده ، ولا يجوز له أن يتخذ من حيازة سند الدين قرينة على أنه موكل من الدائن فى قبضه[٢] . ولكن يكفى لإثبات الوكالة فى قبض الدين أن يقدم الوكيل للمدين مخالصة بالدين صادرة من الدائن، وقد نصت المادة ٣٣٢ مدنى صراحة على ذلك إذ تقول : «يكون الوفاء للدائن أو لنائبه. ويعتبر ذا صفة فى استيفاء الدين من يقدم للمدين مخالصة صادرة من الدائن ، إلا إذا كان متفقاً على أن الوفاء يكون للدائن شخصياً» [٣] .

٢٢٥ – متى يكون عقد الوكالة مدنيا ومتى يكون تجارياً : تكون الوكالة مدنية أو تجارية بالنسبة إلى الموكل بحسب ما إذا كان التصرف القانونى محل الوكالة مدنياً أو تجارياً بالنسبة إليه . فإذا صدر توكيل من الموكل فى تصرف تجارى، كما إذا كان الموكل تاجراً وكان التصرف متعلقاً بعمل من أعمال تجارته ، أو كان الموكل غير تاجر ولكن التصرف

---

(١) الوسيط ١ فقرة ٩٤ – وانظر أيضاً الوسيط ١ فقرة ٨٨ حيث وردت الأسباب التى دعت لجنة مجلس الشيوخ إلى حذف هذا النص، ولخصت هذه الأسباب فى تقرير اللجنة المذكورة على الوجه الآتى : «حذفت هذه الفقرة الثانية من هذه المادة لأنها تتناول مسألة عملية تفصيلية ، وفى القواعد العامة ما يغنى عن النص عليها» . وقد كان التقنين المدنى القديم يذهب إلى أبعد من ذلك ، فكان ينص فى المادة ٦٣٤/٥١٨ منه على ما يأتى : «لمن يعامل الوكيل الحق فى أن يطلب منه صورة رسمية من سند التوكيل» . ولكن التقنين المدنى الجديد لم ينقل هذا النص، وترك الغير الذى يتعامل مع الوكيل حراً فى تقدير الموقف ، فقد يرفض التعامل مع الوكيل إلا إذا قدم هذا صورة رسمية من سند التوكيل ، أو يكتفى بتوكيل عرفى مصدق فيه على إمضاء الموكل أو غير مصدق ، أو لا يطلب إبراز أى توكيل مكتوب إذا كان واثقاً من قيام الوكالة (محمد على عرفة ص ٣٥٤) ، مع ملاحظة أنه يحمل عبء إثبات الوكالة على النحو الذى قدمناه .

(٢) نقض فرنسى ٢٢ مارس سنة ١٩٢١ داللوز ١٩٢٤ – ١ – ١٩٤ – بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٥٠٩ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٣ ص ٨٨٦ .

(٣) فوجود مخالصة بالدين صادرة من الدائن فى يد وكيل الدائن قرينة على قيام الوكالة وذلك ما لم يكن متفقاً بين الدائن والمدين على أن الوفاء يكون للدائن شخصياً، فللمدين فى هذه الحالة ألا يفى بالدين إلا للدائن ، ولكن إذا وفى لمن بيده المخالصة كان الوفاء صحيحاً مبرئاً للذمة . وكثيراً ما يعطى المالك للبواب مخالصات بالأجرة ، فيتقدم بها البواب إلى السكان ، وتكون له بذلك صفة فى قبض الأجرة (الوسيط ٣ فقرة ٤٢٠ ص ١٧٦ وهامش ٤).

القانونى كان عملا من أعمال المضاربة فيدخل فى الأعمال التجارية ، كانت الوكالة تجارية بالنسبة إلى الموكل . وإذا صدر التوكيل فى تصرف مدنى ، كما إذا كان الموكل تاجراً ولكن التصرف لا يتعلق بعمل من أعمال تجارته ، أو كان الموكل غير تاجر ولم يكن التصرف مما يدخل فى الأعمال التجارية ، كانت الوكالة مدنية بالنسبة إلى الموكل . ويترتب على ذلك أن توكيل سمسار فى شراء أسهم للاستغلال يعتبر عملا مدنياً بالنسبة إلى الموكل ، وفى شراء أسهم للمضاربة يعتبر عملا تجارياً بالنسبة إليه[١] . وتوكيل التاجر لشخص فى شراء منزل لسكناه يعتبر عملا مدنيا بالنسبة إلى الموكل ، وتوكيله فى شراء بضائع لتجارته يعتبر عملا تجارياً بالنسبة إليه [٢] .

أما بالنسبة إلى الوكيل ، فإن الوكالة تعتبر تجارية إذا كان تاجراً وكانت الوكالة تدخل فى أعمال تجارته ، وتعتبر مدنية إذا لم يكن تاجراً ولو دخلت الوكالة فى أعمال مهنته. فوكالة السمسار فى شراء منزل للسكنى تعتبر وكالة تجارية بالنسبة إلى السمسار[٣] ، وإن كانت مدنية بالنسبة إلى الموكل . ووكالة المحامى عن تاجر فى قضية تجارية تعتبر وكالة مدنية بالنسبة إلى المحامى [٤] ، وإن كانت تجارية بالنسبة إلى الموكل .

وتظهر أهمية اعتبار الوكالة مدنية أو تجارية بوجه خاص فى الاختصاص وفى الإثبات. فإذا كانت الوكالة مدنية ، كان القضاء المدنى هو المختص ، ولم يجز الإثبات إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها إذا زادت القيمة على خمسمائة جنيه . أما إذا كانت الوكالة تجارية، فإن القضاء التجارى يكون مختصاً ، ويجوز الإثبات بالبينة أو بالقرائن مهما بلغت قيمة الوكالة.

---

(١) نقض فرنسى ٢٥ يوليه سنة ١٨٦٤ داللوز ٦٤ - ١ - ٥٠٠ - ٤ يوليه سنة ١٨٨١ سيريه ٨٢-١-٥٢-٢٩ نوفمبر سنة ١٨٩٩ داللوز ١٩٠٠ - ١ - ٢٠ - بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٧٤ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٢٨ ص ٨٥٢ - أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ١٧ .

(٢) نقض فرنسى ١٢ ديسمبر سنة ١٩١١ داللوز ١٩١٣ - ١ - ١٢٩ - بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٧٤ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٢٨ ص ٨٥٢ - استئناف مختلط ٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٥٧ .

(٣) نقض فرنسى ١٩ نوفمبر سنة ١٨٦٥ داللوز ٦٦-١-١٢٧- ٤ يوليه سنة ١٨٨١ سيريه ٨٢-١-١٥- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٢٨ ص ٨٥٢ .

(٤) جاند ١١ يناير سنة ١٨٩٦ سيريه ٩٨ - ٤ - ٣١ - بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٧٥ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٢٨ .

المبحث الثانى

شروط الصحة

٢٢٦ – الأهلية وعيوب الإدارة : شروط صحة الوكالة هى شروط صحة أى عقد آخر : توافر الأهلية الواجبة ، وسلامة التراضى من عيوب الإدارة .

المطلب الأول

الأهلية فى الوكالة

٢٢٧ – أهلية الموكل : كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يشتمل على نص فى أهلية الموكل ، فكانت الفقرة الأولى من المادة ٩٧٤ من هذا المشروع تنص على ما يأتى :«يجب أن يكون الموكل أهلا أن يؤدى بنفسه العمل الذى وكل فيه» . فحذف هذا النص فى لجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة[١] . والقواعد العامة تتفق مع هذا النص ، فيعمل به بالرغم من حذفه [٢] . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدده : «ولما كان العمل القانونى الذى يبرمه النائب لحساب الأصيل وباسمه ينصرف أثره إلى الأصيل مباشرة (م١٥٨ من المشروع) ، وجب أن يكون الموكل أهلا وقت الوكالة أن يؤدى بنفسه العمل الذى وكل فيه . فإذا وكل فى بيع وجب أن تتوافر فيه أهلية التصرف الواجب توافرها فى البائع ، وإذا وكل فى إيجار وجب أن تتوافر فيه أهلية الإدارة الواجب توافرها فى المؤجر، وهكذا» [٣] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٨٩ فى الهامش .

(٢) وتنص الفقرة الأولى من المادة ٩٣٠ مدنى عراقى على ما يأتى : «يشترط لصحة الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف بنفسه فيما وكل به ، فلا يصح توكيل مجنون ولا صبى غير مميز مطلقاً ولا توكيل صبى مميز بتصرف ضار ضرراً محضاً ولو أذن به الولى، ويصح توكيله بالتصرف الذى ينفعه بلا إذن وليه ، وبالتصرف الدائر بين النفع والضرر إن كان مأذوناً له بالتجارة ، فإن كان محجوراً ينعقد توكيله موقوفاً على إذن وليه» .

وتنص المادة ٧٧٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على ما يأتى : «لا تصح الوكالة إلا إذا كان الموكل نفسه أهلا للقيام بموضوعها . ولا تطلب هذه الأهلية من الوكيل، بل يكفى أن يكون من ذوى التمييز» .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٩١ – استئناف مختلط ٣٠ يناير سنة ١٩١٣م ٢٥ ص ١٦١ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١١ ص ٢٠٩ – ص ٢١٠– بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٤١١ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٤٤ – الوسيط ١ فقرة ٨٧ – محمد كامل مرسى فقرة ١٦١ =

والعبرة في توافر الأهلية في الموكل بوقت الوكالة وبالوقت الذى يباشر فيه الوكيل العقد في وقت واحد ، فلو أن الموكل لم يكن أهلا لهذا العقد وقت إعطاء التوكيل لم تصح الوكالة، ولا تصح أيضاً إذا كان الموكل أهلا وقت التوكيل وغير أهل وقت مباشرة العقد (١).

وإذا لم يكن الموكل أهلا لأن يؤدى التصرف القانونى محل الوكالة ، كانت الوكالة باطلة فلا تضفى على الوكيل صفة النيابة . فإذا تعاقد مع الغير تنفيذاً للوكالة كان العقد باطلا، حتى لو كان الوكيل حسن النية ، وحتى لو كان الغير الذى تعاقد معه حسن النية ما لم يكن هناك محل لتطبيق قواعد الوكالة الظاهرة (٢).

ويجب ، إذا كانت الوكالة تتضمن التزامات أخرى في جانب الموكل غير انصراف أثر تعاقد الوكيل إليه ، كما لو كانت الوكالة مأجورة والتزم الموكل بدفع أجر للوكيل، أن يكون الموكل أيضاً أهلا لعقد هذه الالتزامات . فإذا وكل شخص شخصاً اخر فى إيجار منزله وتعهد

= محمد على عرفة ص ٣٦٢ – أكثم أمين الخولى فقرة ١٦١ ص ٢٠٢ – ويجوز للشركة أن تقيم عنها وكيلا فيما تملك التصرف فيه . وإذ نصب أحد الشركاء وكيلا فقد يصعب التمييز بين ما إذا كان هذا الشريك قد نصب الوكيل نيابة عن الشركة أو نصب وكيلا عنه شخصياً ، وقاضى الموضوع هو الذى يبت فى المسألة (بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٤١٤) .

(١) قارن نظرية العقد للمؤلف فقرة ٢٠٧ ص ٢١٤ هامش ١ – الوسيط ١ فقرة ٨٧ ص ١٩٥ هامش ٢ (حيث وقفنا عند وقت مباشرة الوكيل ، والصحيح أنه يجب الاعتداد أيضاً بوقت الوكالة) – وانظر فى أن العبرة بوقت الوكالة : محمد كامل مرسى فقرة ١٦١ ص ٢١١ – محمد على عرفة ص ٣٦٣ – بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٤١٥– بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٤٤ (ولكن هؤلاء يتحفظون فيقولون بتأثر عقد الوكالة بموت الموكل وقت تعاقد الوكيل أو بتغير أهليته) . وقد قضى بأن الوكالة الصادرة من قاصر لشخص بأن يبيع له عقاراً تكون باطلة إذا صدرت فى حالة القصر، ولو صدر البيع من الوكيل بعد بلوغ القاصر سن الرشد، وذلك لأنه لأجل معرفة صحة الوكالة أو عدم صحته يرجع إلى التاريخ الذى صدرت فيه ، لا إلى تاريخ التصرف الذى أجراه الوكيل بمقتضاها (استئناف أول مارس سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ٢٢٠ ص ٢١٢). ولكن اذا وقع العكس ، وكان الموكل بالغاً سن الرشد وقت التوكيل ، ثم حجر عليه ، ونفذ الوكيل الوكالة والموكل محجور عليه، لم ينصرف أثر العقد الذى أبرمه الوكيل إلى الموكل. على أن الوكيل لا يكون مسئولا إذا كان عند تنفيذ الوكالة يجهل توقيع الحجر على الموكل (أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٥٥) .

(٢) نقض فرنسى ١٤ يناير سنة ١٨٦٢ سيريه ٦٢–١–٣٩٨– ١٨ أبريل سنة ١٨٩٣ سيريه ٩٤–١–٥– لوران ٢٧ فقرة ٤٠٠ – جيوار فقرة ٥٥ – بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٤١٦ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٤٤ – محمد كامل مرسى فقرة ١٦١ ص ٢١١ – محمد على عرفة ص ٣٦٢ – ص ٣٦٣ – وإذا كان الموكل غير أهل للتعاقد ، فكان العقد الذى أبرمه الوكيل مع الغير باطلا، فإنه يجوز للغير أن يرجع على الموكل بموجب قاعدة الإثراء بلا سبب (محمد كامل مرسى فقرة ١٦١ ص ٢١١).

بدفع أجر للوكيل ، وجب أن يكون الموكل أهلا للإدارة حتى يستطيع الوكيل أن ينوب عنه فى إيجار المنزل، وأن يكون فى الوقت ذاته أهلا للتصرف حتى يستطيع أن يلتزم بدفع الأجر للوكيل . فإذا كان أهلا للإدارة دون أن يكون أهلا للتصرف ، كانت الوكالة صحيحة فيما يتعلق بنيابة الوكيل عن الموكل ، وقابلة للإبطال فيما يتعلق بالتزام الموكل بدفع الأجر [1].

٢٢٨ – أهلية الوكيل : وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يشتمل أيضاً على نص فى أهلية الوكيل ، فكانت الفقرة الثانية من المادة ٩٧٤ من هذا المشروع تنص على ما يأتى : «أما الوكيل فيكفى فيه أن يكون قادراً على التمييز . لكن إذا كان ناقص الأهلية، كان مسئولا قبل الموكل بالقدر الذى يمكن أن تتحقق مسئوليته ، على الرغم من نقص أهليته» . فحذف هذا النص أيضاً فى لجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة [2]. والقواعد العامة تتفق مع هذا النص ، فيعمل به بالرغم من حذفه [3]. وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدده : «أما الوكيل فلا ينصرف إليه أثر العقد ، فلا يلزم أن تتوافر فيه الأهلية الواجبة لإجراء العمل القانونى الذى وكل فيه . ولكنه لما كان طرفاً فى عقد الوكالة، فإن هذا العقد يكون قابلا للبطلان إذا كان قاصراً ، فإذا ما أبطل العقد لم يكن الوكيل مسئولا عن التزاماته إلا فى حدود الإثراء بلا سبب (انظر ٢٠١ فقرة ٢ من المشروع) . ولكن لا يجوز للغير الذى تعامل مع الوكيل القاصر أن يتمسك ببطلان عقد الوكالة، فإن البطلان لم يتقرر إلا لمصلحة القاصر» [4].

ويتبين من ذلك أنه إذا كانت أهلية التصرف القانونى محل الوكالة يجب أن تتوافر فى الموكل، فإنه لا يجب توافرها فى الوكيل لأن أثر هذا التصرف لا ينصرف إليه هو بل ينصرف

---

(١) بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٤١٤ مكررة – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٤٤– بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٠٢٥ – محمد كامل مرسى فقرة ١٦١ ص ٢١١ – وإذا كان الموكل غير أهل ، صح أن يصدر التوكيل نيابة عنه من وليه أو وصيه و القيم عليه فيما يدخل فى ولاية هؤلاء ، ويكون الوكيل فى هذه الحالة وكيلا للمحجور لا وكيلا لنائبه ، فإذا تغير النائب لم ينعزل الوكيل (استئناف مختلط ٢٦ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٦١) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٨٩ فى الهامش .

(٣) وتنص الفقرة الثانية من المادة ٩٣٠مدنى عراقى على ما يأتى : «ويشترط أن يكون الوكيل عاقلا مميزا ، ولا يشترط أن يكون بالغاً فيصح أن يكون الصبى المميز وكيلا وإن لم يكون مأذوناً» .

وانظر العبارة الأخيرة من المادة ٧٧٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى إذ تقول : «.. ولا تطلب هذه الأهلية من الوكيل بل يكفى أن يكون من ذوى التمييز» (انظر آنفاً فقرة ٢٢٦ فى الهامش) .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٩١ – ص ١٩٢ .

إلى الموكل [1]، هذا إذا كان الوكيل يعمل باسم الموكل [1]. فيصح توكيل قاصر أو محجور عليه في بيع منزل لشخص تتوافر فيه أهلية التصرف. وقد قضى بأنه يجوز توكيل القاصر في تصرف لا أهلية له فيه ، إذ يكفي أن يكون الوكيل مميزاً ما دام يعمل باسم موكله لا باسمه الشخصي [2]. ولكن الوكيل يجب أن يكون أهلا لأن تصدر منه إرادة مستقلة، لأنه يعبر عن إرادت هو لا عن إرادة الموكل وفقاً للقواعد المقررة في نظرية النيابة[3] ، فيجب إذن أن يكون مميزاً ولو كان قاصراً [4].

وإذا كان الوكيل قاصراً أو ناقص الأهلية ، جاز له وحده إبطال عقد الوكالة . فإذا لم يطلب الإبطال وتعاقد مع الغير تنفيذاً للوكالة ، كان تعاقده صحيحاً ونفذ في حق الموكل[5] ، دون أن يستطيع الموكل ولا الغير الذى تعاقد معه الوكيل أن يتمسك بإبطال عقد الوكالة . ذلك أن عقد الوكالة إذا كان قابلا للإبطال ، فإنما يكون هذا في العلاقة فيما بين الموكل والوكيل فليس للغير الذى تعاقد مع الوكيل أن يبطل العقد ، والقابلية للإبطال تقررت في الوقت ذاته لمصلحة الوكيل لا لمصلحة الموكل فليس للموكل أن يطلب إبطال الوكالة . وإذا طلب الوكيل إبطال الوكالة وأبطلت ، فإن نيابته المستمدة من الوكالة تبطل . وإذا كان قد تعاقد مع الغير ، جاز لهذا أن يتمسك بالوكالة على اعتبار أنها وكالة

---

(١) أما إذا كان الوكيل يعمل باسمه ، كما في الاسم المستعار أو المسخر ، فإن أثر العقد ينصرف إليه شخصياً ، ومن ثم يجب أ تتوافر فيه أهلية هذا العقد .

(٢) استئناف وطنى ٨ يونيه سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٦ ص ١٤٨ – وقضى أيضاً بأنه وإن كان من اللازم أن يكون الموكل راشداً إلا أنه لا يشترط الرشد في الوكيل ، إذ أن من له ثقة في كفاية قاصر ماهو يمكن أن يختاره وكيلا عنه تحت مسئوليته، وليس لمن يتعامل مع هذا الوكيل أن يهتم بالتحرى عما إذا كان بالغاً سن الرشد أو غير بالغ، لأن معاملته من الوجهة القانونية هى مع الوكيل الذى لا يخرج عن كونه لسان الموكل، فإن أساء الوكيل التصرف فيجب على الموكل أن يتحمل تبعة الإساءة لمخاطرته في الاختيار (استئناف مصر ٧ مايو سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ١٢٢ ص ٢٩٢) .

(٣) الوسيط ١ فقرة ٨٣ .

(٤) بودرى وفال في الوكالة قرة ٤١٧ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١١ ص ٢١٠ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٤٥ – كولان وكاپيتان ودى لامور انديير ٢ فقرة ١٣٥٣ – چوسران ٢ فقرة ١٤٠٨ – الوسيط ١ فقرة ٨٧ – محمد كامل مرسى فقرة ١٦٢ ص ٢١٢ – محمد على عرفة ص ٣٦٣ – أكثم أمين الخولى فقرة ١٦١ ص ٢٠٢ – وبديهى أنه يشترط في الوكيل التمييز ، لا فحسب وقت إبرام الوكالة، بل أيضاً وقت إبرام التصرف القانونى محل الوكالة .

(٥) محمد على عرفة ص ٣٦٤ .

(1) إذا كانت أهلية التصرف القانونى محل الوكالة يجب أن تتوافر في الموكل ، فإنه لا يجب توافرها في الوكيل ، لأن أثر هذا التصرف لا ينصرف إليه بل ينصرف إلى الموكل، فيجوز توكيل القاصر في تصرف لا أهلية له فيه ، إذ يكفي أن يكون الوكيل مميزا ما دام يعمل باسم موكله لا باسمه الشخصى .

(جلسة ١٩٨١/١/١٧ الطعن رقم ٤٩٧ لسنة ٥٠ ق س ٣٢ ص ٢١٩)

ظاهرة وفى الحدود التى يجوز فيها التمسك بهذه الوكالة . وإذا لم يكن قد تعاقد مع الغير، فلا يجوز له أن يتعاقد بصفته نائباً إذ أن هذه الصفة قد انعدمت بعد إبطال الوكالة ، ولكنه إذا تعاقد مع ذلك وتوافرت شروط الوكالة الظاهرة جاز للغير أن يتمسك بها .

وفى العلاقة ما بين الوكيل والموكل ، إذا أبطل الوكيل الوكالة ، يجوز للموكل أن يرجع على الوكيل بدعوى الإثراء بلا سبب ، كما يجوز أن يرجع عليه بالمسئولية التقصيرية، ويتحقق ذلك بوجه خاص إذا كان فى يد الوكيل مال للموكل وبدده [1] .

---

(١) بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٤١٨ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١١ ص ٢١٠ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٤٥ ص ٨٧٥ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٠٢٦ – كولان وكاپيتان ودى لاموراندييير ٢ فقرة ١٣٥٣ – چوسران ٢ فقرة ١٤٠٨ – أسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٦٥ – الوسيط ١ فقرة ٨٧ – محمد على عرفة ص ٤٦٤ .

هذا ونحن فى كلامنا فى أهلية الموكل وأهلية الوكيل إنما نردد ما أجمع عليه الفقه والقضاء فى هذه المسألة . ولكن الأمر فى حاجة إلى إمعان النظر . ويبدو أن هناك خلطاً بين الوكالة من حيث إنها عقد يرتب التزامات فى جانب كل من الموكل والوكيل، والوكالة من حيث إنها عقد يضفى على الوكيل صفة النيابة عن الموكل فيستطيع التعاقد بهذه الصفة مع الغير .

فالوكالة من حيث إنها عقد يرتب التزامات فى جانب كل من الموكل والوكيل تقتضى التفصيل الآتى : لما كان الموكل يلتزم برد نفقات الوكالة وبتعويض الوكيل عن الضرر الذى يصيبه من جراء تنفيذها وبالأجر إذا كانت الوكالة مأجورة ، وجب أن تكون أهلية الموكل هى أهلية التصرف حتى تترتب فى ذمته هذه الالتزامات . ويجب أن تتوافر فيه دائماً أهلية التصرف حتى لو كانت الوكالة غير مأجورة ، وذلك حتى يترتب فى ذمته الالتزامان الآخران وهما رد نفقات الوكالة وتعويض الوكيل عن الضرر الذى يصيبه من جراء تنفيذها، ولا يعترض على ذلك بأن هذين الالتزامين لا يوجدان إذا لم تكن هناك نفقات ولا ضرر ، إذ يكفى احتمال قيام هذين الالتزامين حتى تجب الأهلية اللازمة لعقدهما وهى أهلية التصرف . هذا من ناحية الموكل ، أما من ناحية الوكيل فإنه يلتزم بتنفيذ الوكالة وبتقديم حساب عنها وبرد ما للموكل عنده ، وهذه أعمال تدخل كلها فى نطاق أعمال التصرف ، أو فى القليل هى أعمال تدور بين النفع والضرر ، فتستوجب أهلية التصرف . ونرى من ذلك أن الوكالة ، من حيث إنها عقد يرتب التزامات فى جانب كل من الموكل والوكيل ، تستوجب أهلية التصرف فى كل منهما . فإذا كان الموكل قاصراً ، جاز له أن يطلب إبطال الوكالة ، فيتحلل من التزاماته ولا يكون مسئولا إلا بموجب قاعدة الإثراء على حساب الغير . وكذلك إذا كان الوكيل قاصراً ، فإنه يجوز له أيضا إبطال الوكالة ، ولا يكون مسئولا قبل الموكل إلا بموجب قاعدة الإثراء على حساب الغير . غير أنه إذا كان أحد المتعاقدين قاصراً ولم يطلب إبطال الوكالة، فإنها تبقى قائمة منتجة لإثارها ، بل وتضفى على الوكيل صفة النيابة عن الموكل إذا توافرت فى المتعاقدين أهلية الوكالة من حيث إنها عقد يضفى على الوكيل صفة النيابة .

والأهلية فى الوكالة ، من حيث أنها عقد يضفى على الوكيل صفة النيابة ، تختلف عن الأهلية التى سبق بيانها ، فالموكل يجب أن يكون أهلا للتصرف القانونى محل الوكالة، أما الوكيل فلا تشترط فيه هذه الأهلية لأن هذا التصرف لا ينصرف أثره إليه، ويكفى أن يكون مميزاً . فإذا وكل قاصر شخصاً بلغ=

= سن الرشد فى إيجار منزله ، كانت الوكالة من حيث إنها عقد يرتب التزاماته فى ذمة الموكل نحو الوكيل قابلة للإبطال لأن الموكل قاصر، ولكن الوكالة فى الوقت ذاته تنتج أثرها من حيث إنها تضفى صفة النيابة على الوكيل، فلو أن الموكل لم يطلب إبطال الوكالة وأجر الوكيل المنزل ، كان الإيجار صحيحاً . وإذا وكل قاصر وكيلا بلغ سن الرشد فى بيع منزله ، كانت الوكالة قابلة للإبطال فى علاقة الموكل بالوكيل ، وكان البيع الذى عقده الوكيل هو أيضاً قابلا للإبطال فى علاقة الموكل بالمشترى . وإذا وكل شخص بلغ سن الرشد قاصراً فى بيع منزله ، كانت الوكالة قابلة للإبطال فى علاقة الوكيل بالموكل ، ولكنها تنتج أثرها من حيث إضفاء صفة النيابة على الوكيل . فإذا لم يطلب الوكيل إبطال الوكالة وعقد البيع مع مشتر ، كان البيع صحيحاً فى علاقة الموكل بالمشترى .

وننقل هنا ما كتبه الأستاذ أكثم أمين الخولى فى هذا الصدد ، وهو فى أكثره يتفق مع ما قدمناه . «وإذا كان تطبيق القواعد العامة على النحو السابق صحيحاً فى عمومه، فإن فيه خلطاً واضحاً بين الأهلية اللازمة لصحة الوكالة كعقد بين الوكيل والموكل والأهلية اللازمة لإنتاج الوكالة النيابية أثرها فيما بين الموكل والغير . والواقع أنه لا تلازم مطلقاً بين قواعد الأهلية فى الحالتين ، وذلك على التفصيل الآتى : أما عن الوكالة كعقد بين طرفيه فتختلف الأهلية اللازمة لصحته بالنسبة لكل من طرفيه . أما الموكل فأهليته لعقد الوكالة التفضلية هى أهلية التصرفات النافعة نفعاً محضاً ، أما إذا كانت الوكالة بأجر فيجب أن تتوفر فيه أهلية التصرفات الدائرة بين النفع والضرر . أما الوكيل فأهليته اللازمة لصحة الوكالة هى الأهلية الكاملة ، لأن الوكالة بالنسبة له – سواء كانت تفضلية أو مأجورة – تعتبر على أدنى الفروض من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر . فإذا لم تثبت الأهلية لأى من الطرفين على هذا التفصيل، كانت الوكالة قابلة للإبطال لمصلحته. أما عن الأهلية اللازمة لكى ترتب الوكالة النيابية أثرها فيما بين الموكل والغير، فهى بالنسبة للموكل أهلية مباشرة التصرف موضوع الوكالة بنفسه ، وبالنسبة للوكيل أهلية التمييز . إذا توافرت هذه الشروط رتبت الوكالة آثار النيابة فيما بين الموكل والغير، ولو كان عقد الوكالة قابلا للإبطال إما لانعدام أهلية الموكل بالنسبة لاشتراط الأجر، وإما لأن الوكيل لا تتوافر له الأهلية الكاملة لو كان قاصراً . وقد تبدو هذه الحلول غريبة ، لأن الأصل أن الوكالة النيابية مصدر للنيابة بحيث إذا بطلت الوكالة فلا نيابة ولا رابطة بين الموكل والغير . ولكن ينبغى القول بأن تعاقد الوكيل مع الغير يرتب آثار النيابة متى توفرت الأهلية اللازمة لترتب هذه الآثار ، ولو كانت الوكالة كعلاقة داخلية فيما بين الموكل والوكيل قابلة للإبطال أو تقرر بطلانها وتصفية الروابط فيما بين طرفيها لا على أساس العقد بل على أساس الإثراء بلا سبب » .

ثم يضيف الأستاذ أكثم أمين الخولى الحاشية الآتية : «ليس هناك من الناحية الفنية ما يمنع من تأصيل هذه الحلول عن طريق القول بوجود عقدين متميزين : عقد وكالة ينظم الروابط بين الموكل والوكيل وتشترط فيه أهلية قبول التفضل أو الالتزام بالأجر من جانب الموكل وأهلية تحمل الالتزام التعاقدى من جانب الوكيل ، وعقد نيابة أو عقد صفة تشترط لصحته أهلية القيام بالتصرف موضوع الوكالة من جانب الموكل وأهلية التمييز من جانب الوكيل . وعلى ذلك يتصور أن يبطل عقد الوكالة لنقص أهلية الموكل فى الالتزام بالأجر أو لنقص أهلية الوكيل فى التحمل بالالتزام العقدى، مع بقاء عقد الصفة صحيحاً منتجاً لآثاره» (أمين أكثم الخولى فقرة ١٦١ وص ٢٠٣ هامش ٢) .

والأستاذ أكثم أمين الخولى ، كما نرى ، يجزئ الوكالة إلى عقدين : عقد وكالة وعقد نيابة أو صفة . ويفصل ما بين العقدين من حيث مصير كل منهما من ناحية الصحة والبطلان . ونفضل عدم تجزئة عقد الوكالة ، إذ هو عقد واحد لا يقبل التجزئة. فإذا كان أحد المتعاقدين ناقص الأهلية وأبطل =

٢٢٩ – تعاقد الوكيل مع نفسه : ويتصل بأهلية الوكيل أنه لا يجوز له أن يتعاقد مع نفسه ، ولكن ذلك لا يرجع إلى الأهلية ، بل يرجع إلى مجاوزة الوكيل لحدود وكالته فلا ينفذ فى حق الموكل تعاقده مع نفسه . وقد نصت المادة ٢٠٨ مدنى فى هذا المعنى على أنه «لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه ، سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر ، دون ترخيص من الأصيل . على أنه يجوز للأصيل فى هذه الحالة أن يجيز التعاقد . كل هذا مع مراعاة ما يخالفه ، مما يقضى به القانون أو قواعد التجارة»[(١)] .

فإذا وكل شخص شخصاً آخر فى بيع منزله ، دون أن يرخص له فى أن يشتريه لنفسه[(٢)] . لم يجز للوكيل أن يشترى المنزل لحسابه الخاص لأنه يكون قد تعاقد مع نفسه وهذا لا يجوز بصريح النص سالف الذكر . وتحريم تعاقد الوكيل مع نفسه يقوم على قرينة قانونية ، هى أن الشخص إذا وكل عنه غيره فى التعاقد ، فهو لا يقصد بذلك أن يبيح للوكيل أن يتعاقد مع نفسه لما فى ذلك من تعارض فى المصالح ، ولأنه لو قصد ذلك لتعاقد معه مباشرة دون حاجة إلى توكيل. فإذا ما تعاقد الوكيل مع نفسه بالرغم من ذلك كان مجاوزاً حدود الوكالة ، ويكون شأنه شأن كل وكيل جاوز حدود وكالته ، فلا يكون عمله نافذاً فى حق الموكل إلا إذا أقره هذا[(٣)] .

= الوكالة ، اعتبرت الوكالة كان لم تكن وزالت صفة النيابة عن الوكيل ، وإذا كان هذا قد تعاقد مع الغير فلا يصح هذا التعاقد إلا فى حدود قواعد الوكالة الظاهرة .

أما الاتجاه الحديث السائد فى الفقه الألمانى والفقه الإيطالى ، فإنه لا يجزئ الوكالة إلى عقدين، بل يميز بين الوكالة والأنابة ، فالوكالة تتم بعقد بين الموكل والوكيل فى حين أن الإنابة تصرف بإرادة منفردة تصدر من الموكل وحده (انظر ما يلى فقرة ٣٠٠ فى الهامش) . وحينئذ يجوز فى هذا الاتجاه القول بأن الموكل ، وهو ينيب الوكيل عنه بإرادته المنفردة في تصرف قانونى معين، يجب أن يكون متوافراً على أهلية هذا التصرف القانونى دون أن تشترط هذه الأهلية فى الوكيل .

(١) انظر أيضاً المواد ٤٧٩ – ٤٨١ مدنى .

(٢) فإذا رخص له فى أن يشتريه لنفسه ، أمكن تحليل العقد بأنه وكالة تحت شرط فاسخ مقترنة بوعد بالبيع ، وقد سبق أن أشرنا إلى ذلك (انظر آنفاً فقرة ٢١٢) .

(٣) انظر فى ذلك الوسيط ١ فقرة ٩٧ – وانظر أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٣ ص ٢١٧ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٤٦ .

المطلب الثانى

عيوب الإرادة فى الوكالة

٢٣٠ – تطبيق القواعد العامة – الغلط فى شخص الوكيل أو فى شخص الموكل : يكون الرضاء فى عقد الوكالة معيباً إذا شابه غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال ، شأن الوكالة فى ذلك شأن سائر العقود .

ومن أبرز التطبيقات لما تقدم وقوع غلط فى شخص الوكيل أو فى شخص الموكل . ذلك أن الوكالة يتغلب فيها الاعتبار الشخصى (intuitu personae) كما قدمنا [١] ، فالوكيل لم يرض بالوكالة إلا بعد أن أدخل فى اعتباره شخص الموكل ، وكذلك الموكل لم يرض بالتوكيل إلا بعد أن أدخل فى اعتباره شخص الوكيل .

ويترتب على ذلك أنه إذا وقع غلط فى شخص الوكيل ، كأن اعتقد شخص أنه يوكل شخصاً معيناً فإذا به يوكل شخصاً آخر غير الشخص الذى قصده ، فإن عقد الوكالة يكون قابلا للإبطال للغلط إذا كان الوكيل يعلم بالغلط أو كان فى استطاعته أن يتبينه . وقد يكون للموكل فائدة فى إبطال العقد ، ويؤثر ذلك على عزل الوكيل ، إذ قد يترتب على عزل الوكيل التزامات فى ذمته يستطيع أن يتوقاها إذا هو عمد إلى إبطال الوكالة (انظر ٧١٥ مدنى) .

وكذلك تبطل الوكالة للغلط فى شخص الموكل ، ويجوز للوكيل بدلا من التنحى عن الوكالة أن يبطل العقد . ويتوقى بذلك أن يكون ملزماً بتعويض الموكل عن الضرر الذى أصابه من جراء التنازل فى وقت غير مناسب وبغير عذر مقبول فيما لو تنحى ، كما يتوقى أيضاً، فى حالة ما إذا كانت الوكالة صادرة لصالح أجنبى ، التقيد بها إذا لم توجد أسباب جدية تبرر التنحى وفقاً لأحكام المادة ٧١٦ مدنى [٢] .

٢٣١ – الإكراه الأدبى : وقد يداخل الوكالة إكراه أدبى ، ويتحقق ذلك بوجه خاص فى التوكيل الصادر من الزوجة لزوجها ، وفى التوكيل الصادر من الابن لأبيه [٣] . فإذا أثبتت الزوجة أو الابن أن الوكالة مشوبة بإكراه أدبى ، جاز إبطال الوكالة ، ويتوقى الموكل بالإبطال ما كان يترتب فى ذمته من التزامات لو أنه اقتصر على عزل الوكيل (م ٧١٦ مدنى) .

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٠٧ .

(٢) انظر فى الغلط فى الوكالة أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١١ ص ٢١١ .

(٣) انظر فى هذا المعنى الوسيط ١ فقرة ١٩٧ .

وإذا كانت الوكالة قابلة للإبطال للإكراه الأدبى أو لأى عيب آخر من عيوب الرضاء، وتعاقد الوكيل مع ذلك بموجب هذه الوكالة مع شخص يجهل ما انطوت عليه من عيب، فإن أثر التصرف ينصرف إلى الموكل ولو حصل على حكم بإبطال الوكالة ، وذلك فى حدود تطبيق قواعد الوكالة الظاهرة .

الفرع الثانى

التصرف القانونى محل الوكالة

٢٣٢ – مبحثان : نبحث أولا الشروط الواجب توافرها فى التصرف القانونى محل الوكالة، ثم نبحث أنواع التصرفات القانونية التى يصح أن تكون محلا للوكالة .

المبحث الأول

الشروط الواجب توافرها فى التصرف القانونى محل الوكالة

٢٣٣ – تطبيق القواعد العامة : هذه الشروط ، طبقاً للقواعد العامة ، هى أن يكون التصرف ممكناً ، وأن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين ، وأن يكون مشروعاً [١] .

٢٣٤ – الشرط الأول – التصرف القانونى ممكن : يجب أن يكون التصرف القانونى محل الوكالة ممكناً ، فإذا كان مستحيلا كان باطلا لأنه لا التزام بمستحيل ، وكانت الوكالة باطلة تبعاً لبطلان التصرف .

ومثل التصرف القانونى المستحيل بيع الوقف فى غير حالات الاستبدال ، فإذا وكل ناظر الوقف شخصاً فى بيع الوقف كانت الوكالة باطلة إذ هى توكيل فى مستحيل . ومثل التصرف القانونى المستحيل أيضاً الطعن بالاستئناف بعد فوات الميعاد والطعن بالنقض فى حكم لا يقبل الطعن فيه بالنقض ، فإذا وكل الخصم محامياً فى شئ من ذلك كانت الوكالة باطلة لاستحالة التصرف القانونى محل التوكيل [٢] .

---

(١) وتنص المادة ٧٧٣ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على ما يأتى : «تكون الوكالة باطلة : أولا – إذا كان موضوعها مستحيلا أو غير معين تعييناً كافياً . ثانياً – إذا كان موضوعها إجراء أعمال مخالفة للنظام العام أو للآداب أو للقوانين» .

وانظر كولان وكاپيتان ودى لاموراندييير ٢ فقرة ١٣٥٤ – جوسران ٢ فقرة ١٤٠٧ .

(٢) ويصبح التصرف محل الوكالة مستحيلا أيضاً إذا كان هذا التصرف قد تم قبل تنفيذ الوكالة . فإذا =

وقد يكون التصرف القانونى محل الوكالة ممكناً ، ولكن طبيعته لا تقبل التوكيل فيه إذ يكون عملا يقتضى أن يقوم به صاحبه شخصياً . مثل ذلك الحضور أمام القضاء للاستجواب أو لحلف اليمين ، فلا يجوز للخصم أن يوكل غيره فى أن يستوجب مكانه أو فى أن يحلف اليمين بدلا منه [1] ، وتكون الوكالة فى هذا باطلة[2] . وإذا اعتبرنا الشريك فى الشركة يساهم فى إدارتها على وجه معين عن طريق الاطلاع على دفاتر الشركة ومستنداتها وأوراقها وكل ما يتعلق بأعمالها ، فإن هذا العمل الخاص من أعمال الإدارة شخصى للشريك لا يقبل التوكيل فيه . فلا يجوز للشريك أن يوكل غيره فى ذلك ، حتى لا يتدخل أجنبى فى أعمال الشركة ويطلع على أسرارها [3] .

= وكل شخص شخصاً آخر فى اقتراض مبلغ معين من شخص معين، فاقترض الوكيل المبلغ من المقرض . وقبل أن يعلم الموكل أن المبلغ قد تم اقتراضه ، وكل شخصاً آخر فى اقتراض نفس المبلغ من نفس الشخص ، ولعله استبطأ الشخص الأول ، فالوكالة هنا محلها مستحيل لأن القرض كان قد تم وقت إبرامها ، فتكون باطلة . فإذا اقترض الوكيل الثانى المبلغ مرة ثانية من نفس المقترض ، لم يكن للمقرض – والمفروض أنه عالم بأن الوكالة الثانية محلها هو نفس محل الوكالة الأولى – أن يرجع على الموكل إذا كان الوكيل الثانى معسراً (جيوار فقرة ٦٠ – ترولون فقرة ٢٩ – بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٤٤٤– أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٧٢) .

والتوكيل فى تصرف تم إنجازه قبلا توكيل فى أمر مستحيل استحالة مادية لا استحالة قانونية . ومثل الاستحالة المادية أيضاً أن يوكل شخص شخصاً آخر فى شراء منزل يكون قبل التوكيل قد احترق دون أن يعلم الموكل ذلك (محمد على عرفة ص ٣٦٥).

(١) وتنص المادة ٧٧٤ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على ما يأتى : «لا تصح الوكالة إذا كان موضوعها إجراء عمل لا يجوز إتمامه بواسطة الغير، كحلف اليمين».

(٢) انظر فى الأعمال التى لا تقبل بطبيعتها التوكيل فيها فى فرنسا : بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٤٤٢ – فقرة ٤٤٣ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١١ ص ٢١١ هامش ١٢ – بلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٥٦ (ويذكرون فى الأعمال التى لا تقبل بطبيعتها التوكيل فيها الإمضاء ، فلا يجوز لشخص أن يوكل آخر فى أن يمضى نيابة عنه على أن يكون الإمضاء صادراً من الموكل وباسمه ، ويشيرون إلى حكم محكمة النقض الفرنسية فى ٢٠ فبراير سنة ١٩٢٢ داللوز ١٩٢٢ – ١ – ٢٠١ مع تعليق ساڤاتييه وإلى حكم آخر من نفس المحكمة فى ٢٤ أبريل سنة ١٨٨٢ داللوز ٨٢–١–٢٨٨– على أن الموكل يكون مسئولا نحو الغير حسن النية الذى يجهل أن الإمضاء ليس بخط الموكل، كما لو كان الأمضاء بخطه ، ما دام أن الموكل هو الذى طلب إلى الوكيل كتابة الإمضاء : نقض فرنسى ٢٠ فبراير سنة ١٩٢٢ داللوز ١٩٢٢ – ١ – ٢٠١ وهو الحكم السابق الإشارة إليه – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص ٢٢٨ هامش ١ – ويمكن تخريج ذلك على قواعد الوكالة الظاهرة) . وفى مصر حيث تتعلق صحة الوصية بصدورها مكتوبة بخط الموصى ، لا يجوز التوكيل فى الوصية (أكثم أمين الخولى فقرة ١٦٢).

(٣) الوسيط ٥ فقرة ٢٠٨ ص ٣١٨ – بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٤٤٣ – بلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٥٦ ص ٨٩٠ .

٢٣٥ – الشرط الثانى – التصرف القانونى معين أو قابل للتعيين : ويشترط ثانياً أن يكون التصرف القانونى محل الوكالة معيناً [١] أو قابلا للتعيين ، وإلا كانت الوكالة باطلة [٢] . فإذا وكل شخص شخصاً آخر ، وجب عليه أن يعين التصرف الذى وكله به تعييناً نافياً للجهالة . فيوكله مثلا فى بيع أو رهن أو هبة أو صلح أو إقرار أو تحكيم أو توجيه اليمين . وسنرى أنه إذا كان التصرف محل الوكالة من أعمال التصرف (actes de disposition) وكان من عقود المعاوضة فإنه يكفى لتعيينه ذكر نوعه ، بأن يقال أن التوكيل فى بيع أو رهن أو صلح ، وليس من الضرورى أن يعين محل التصرف على وجه التخصيص بأن يقال بيع منزل معين أو رهن أرض معينة أو الصلح فى نزاع معين . أما إذا كان التصرف من عقود التبرع ، فلا يكفى فى تعيينه ذكر نوعه ، بل يجب أيضاً تعيين محله ، فلا يصح التوكيل فى هبة دون تعيين الشئ الموهوب ، فيوكل الواهب غيره فى هبة منزل معين أو أرض معينة أو سيارة بالذات [٣] .

وإذا لم يكن التصرف محل الوكالة معيناً ، فيجب على الأقل أن يكون قابلا للتعيين. مثل ذلك أن يوكل المالك ناظر زراعته فى إدارة الزراعة ، دون أن يعين على وجه التحديد التصرفات القانونية محل التوكيل . ففى هذه الحالة تكون هذه التصرفات قابلة للتعيين ، فهى كل تصرف يتعلق بإدارة الزراعة ، كإيجار الأرض وأعمال الحفظ والصيانة وشراء البذر والسماد ومبيدات الحشرات ونحوها واستئجار عمال الزراعة والآلات الزراعية وبيع المحصول واستيفاء الحقوق ووفاء الديون . وتطبيقاً لذلك قضت المادة ٧٠١ مدنى بأن الوكالة الواردة فى ألفاظ لا تخصيص فيها حتى لنوع العمل القانونى الحاصل فيه التوكيل لا تخول الوكيل صفة إلا فى أعمال الإدارة ، ويدخل فيها الإيجار إذا لم تزد مدته على ثلاث سنوات وأعمال الحفظ والصيانة واستيفاء الحقوق ووفاء الديون ، ويدخل فيها أيضاً كل عمل من أعمال التصرف تقتضيه الإدارة كبيع المحصول وبيع البضاعة أو المنقول الذى يسرع إليه التلف وشراء

---

(١) أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٧٨ .

(٢) وتكون الوكالة هنا باطلة بصفة أصلية ، بخلاف بطلانها لاستحالة التصرف أو لعدم مشروعيته فهو بطلان يأتى تبعاً لبطلان التصرف محل الوكالة . والبطلان لعدم تعيين التصرف على النحو الذى تطلبه القانون بطلان مطلق ، فلا تنتج الوكالة أثراً لا من ناحية إضفاء صفة النيابة على الوكيل ولا من أية ناحية أخرى . ومن ثم لا يترتب أى التزام لا فى ذمة الموكل ولا فى ذمة الوكيل (انظر عكس ذلك أكثم أمين الخولى فقرة ١٦٨ ص ٢١١) .

(٣) ويذهب بعض الفقهاء إلى أن وجوب تعيين التصرف على هذا القدر من التحديد «ضرب من الشكلية البالية» (أكثم أمين الخولى فقرة ١٦٨ ص ٢١١) . وحتى لو سلمنا بأن التعيين على هذا النحو «شكلية» ، فهى لا شك شكلية نافعة، يتبين بفضلها الوكيل مدى سلطته فيقف عنده ، ويأمن معها الموكل أن يباغت بتصرف من الوكيل لم يدخل فى حسابه .

ما يستلزمه الشئ محل الوكالة من أدوات لحفظه واستغلاله ، وسنعود إلى هذه المسألة فيما يلى .

٢٣٦ – الشرط الثالث – التصرف القانونى مشروع : ويشترط أخيراً أن يكون التصرف القانونى محل الوكالة مشروعاً . فإذا كان التصرف غير مشروع لمخالفته للنظام العام أو الآداب أو القانون ، كان باطلا ، وكانت الوكالة فيه أيضاً باطلة (١) .

فإذا وكل شخص شخصاً آخر فى شراء مخدرات أو أسلحة ممنوعة أو فى إيجار منزل للدعارة أو للمقامرة أو فى قبض رشوة أو إعطائها أو فى الاتفاق مع شخص لارتكاب جريمة أو فى الاتفاق مع امرأة على معاشرة غير مشروعة ، أو وكل فى غير ذلك من التصرفات المخالفة للنظام العام أو الآداب أو القانون ، فإن الوكالة تكون باطلة تبعاً لبطلان التصرف محل الوكالة (٢) .

وإذا وكل شخص شخصاً آخر فى أن يراهن أو فى أن يقامر نيابة عنه ، كانت الوكالة باطلة ، لأن كل اتفاق خاص برهان أو بمقامرة باطل لعدم المشروعية (م ٧٣٩ مدنى) فالتوكيل فى الرهان أو المقامرة يكون باطلا أيضاً . على أنه يستثنى الرهان الذى يعقده فيما بينهم المتبارون شخصياً فى الألعاب الرياضية وما رخص فيه قانوناً من أوراق النصيب (م ٧٤٠ مدنى) (٣) ، فهذه عقود صحيحة ، وتكون الوكالة فيها صحيحة أيضاً (٤) . وتكون صحيحة أيضاً الوكالة فى قبض دين القمار ، ويلتزم الوكيل بقبض الدين على أن يؤدى حساباً للموكل فيسلمه ما قبضه ، ذلك أن قبض الدين منفصلا عن القمار مشروع فتكون الوكالة

---

(١) استئناف وطنى ٤ يناير سنة ١٨٩٤ القضاء ٢ ص ٢٩٢ – استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٠٣ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١١ ص ٢١١ .

(٢) وإذا وكل المدين دائنه فى أن يبيع المال المرهون عند حلول الدين دون اتباع الإجراءات التى فرضها القانون ، ليستوفى حقه من ثمنه ، كانت الوكالة باطلة لمخالفتها لأحكام القانون (انسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٧٤) .

(٣) فإذا كانت أوراق النصيب غير مرخص فيها فكل من شرائها وبيعها يكون باطلا ، والوكالة فى الشراء أو فى البيع تكون أيضاً باطلة . ولكن إذا تسلم الوكيل ورقة نصيب لبيعها وقبل البيع كسبت ورقة جائزة ، فليس للوكيل أن يحتفظ بهذه الجائزة (جرينوبل ٢٦ يوليه سنة ١٩٠٧ داللوز ١٩٠٩ – ٢ – ٣٣١ – ١٤ يونيه سنة ١٩١٠ داللوز ١٩١٢ – ٢ – ١٦٥ – نقض فرنسى ١٧ فبراير سنة ١٩١٣ سيريه ١٩١٣ – ١ – ٣٦٨) . كذلك إذا اشترى الوكيل لحساب موكله ورقة نصيب فكسبت جائزة ، لم يكن للوكيل أن يحتفظ بالجائزة (بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٨ ص ٨٩٤) .

(٤) بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٤٤٥ – فقرة ٤٤٦ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٨ – أما التوكيل فى مضاربات البورصة غير المشروعة فيكون هو أيضاً غير مشروع (استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٠٣) .

فيه مشروعية [1]. أما إذا كانت الوكالة فى لعب القمار وفى قبض دينه أو دفعه، فالوكالة باطلة فى كل ذلك ، لأن الوكالة فى قبض دين القمار أو دفعه تصبح فى هذه الحالة تابعة للوكالة فى لعب القمار وتكون باطلة تبعاً لها ، ويستطيع الموكل إذا خسر الوكيل فى القمار أن يرفض دفع الدين له لدفعه لمن كسب ، كما لا يستطيع إذا كسب الوكيل فى القمار أن يطالبه بتسليم ما كسبه [2] .

وإذا كان تصرف قانونى محظوراً على شخص فلا يجوز له أن يوكل فيه غيره، فما لا يستطيع أن يقوم به بنفسه لا يستطيع أن يوكل فيه . فلو أن شخصاً كان موكلا فى بيع منزل لآخر ، فإنه لا يستطيع كما قدمنا [3] أن يشتريه لنفسه ، وكذلك لا يستطيع أن يوكل غيره فى شرائه له [4]. ويرجع ذلك ، لا إلى أن الوكالة الثانية غير مشروعة ، بل يرجع إلى أن الوكيل فى البيع ، بشرائه ما وكل ببيعه أو بتوكيله من يشتريه له ، يكون قد جاوز حدود الوكالة الصادرة إليه ، وقد سبق بيان ذلك [5] .

---

(١) ترولون فقرة ٦٩ – فقرة ٧١ – بون ١ فقرة ٦٥٠ – جيوار فى عقود الغرر فقرة ٤٢ – بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٤٤٧ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٨ .

(٢) ترولون فقرة ٧٣ – فقرة ٧٤ – بون ١ فقرة ٦٥٠ – جيوار فى عقود الغرر فقرة ٤٢ – بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٤٤٨ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٨ – نقض فرنسى ٣ مارس سنة ١٨٧٥ داللوز ٧٥–١–٢٧٧ – ٢٤ يونيه سنة ١٨٨٥ داللوز ٨٦–١–٣٥– وإذا وكل شخص شخصاً آخر فى لعب القمار وفى قبض ما يكسبه، كانت الوكالة باطلة فى اللعب وفى القبض كما قدمنا ، حتى لو أجاز الموكل الوكالة بعد ظهور نتيجة اللعب فإن الإجازة لا ترد على العقد الباطل (نقض فرنسى ٢٦ فبراير سنة ١٨٤٥ داللوز ٤٥–١–١٠١– بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٨) . ولكن إذا أعطى الموكل الوكيل ، بعد ظهور نتيجة اللعب ، وكالة جديدة – لا مجرد إجازة للوكالة القديمة – فى قبض ما كسبه فى اللعب ، كانت الوكالة صحيحة ، إذ تقدم أن التوكيل فى قبض دين القمار صحيح ، ولا يؤثر فى صحته أن يكون الوكيل فى القبض هو نفس الوكيل فى اللعب ما دامت الوكالتان منفصلتين إحداهما عن الأخرى (بودرى وفال فى الوكالة فقر ٤٤٨ – ص ٢٣٧ – وانظر عكس ذلك وأن الوكالة فى القبض الصادرة لنفس الوكيل فى اللعب تكون باطلة ولو انفصلت الوكالتان إحداهما عن الأخرى : بون ١ فقرة ٦٥٠ – جيوار فى عقود الغرر فقرة ٤٢) .

(٣) انظر آنفا فقرة ٢٨٨ .

(٤) بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٤٤٥ .

(٥) انظر آنفاً فقرة ٢٢٨ – أما إذا كان التصرف القانونى محظوراً على شخص الوكيل، كعامل القضاء الذى لا يجوز له شراء الحق المتنازع فيه إذا كان نظر النزاع يدخل فى اختصاصه (م ٤٧١ مدنى) ، فذلك لا يمنعه من أن يكون وكيلا عن الغير فى شراء الحق لهذا الغير (أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١١ ص ٢١١ هامش ١٤ – محمد على عرفة ص ٣٦٥ – أكثم أمين الخولى فقرة ١٦٢). ولكن لا يجوز لعامل القضاء أن يوكل غيره فى شراء الحق المتنازع فيه (محمد على عرفة ص ٣٦٥) .

والتوكيل فى الخصومة جائز ، إذ هو توكيل فى أمر مشروع (١) (1) . ولكن نصوصاً

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن قاعدة «لا يجوز لأحد فى فرنسا أن يترافع بوكيل عنه ما عدا الملك» قاعدة فرنسية لا أصل لها فى القوانين المصرية، وليست من القواعد الطبيعية العامة الواجب حتما الأخذ بها ، ولا نص فى القانون يحتم رفع الدعوى من المدعى شخصياً ، إذ المادة ٣٣ من قانون المرافعات (القديم) ليس فيها ما يوجب ذلك ، وأجمعت القواعد العامة والمواد ٥١٦ و ٥٢٣ مدنى (قديم) و ٨١ تجارى على جواز التوكيل فى كل عمل جائز قانوناً ، وأن الوكيل فى عمل يجوز له إجراؤه باسمه أو باسم الموكل . ولما كان رفع الدعاوى أمام المحاكم من الأمور الجائزة قانوناً ، جاز للوكيل فى الخصومة ما دام توكيله ثابتاً أن يقدم الدعوى باسمه (استئناف وطنى ٥ يناير سنة ١٨٩٩ المجموعة الرسمية ١ ص ٤) – وقضت محكمة الإسكندرية الوطنية بأنه يجوز للوكيل رفع الدعوى باسمه إذا كان مأذوناً فى ذلك طبقاً للمادة ٣٣ من قانون المرافعات (القديم) بشرط أن يذكر اسم الموكل فى الإعلان (الإسكندرية الوطنية ١٠ سبتمبر سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٢٨ ص ٦٥) – وقضت محكمة مصر الوطنية بأن الأصل أن كل الأعمال القانونية الجائزة يصح إجراؤها بوكيل ، وليس فى القوانين المصرية ما يقابل القاعدة الفرنسية القائلة بأنه لا يجوز لأحد أن يترافع بوكيل عنه ما عدا الملك ، ولما كانت هذه القاعدة ليست من القواعد الطبيعية العامة التى تتفق وأحكام القانون، وكان قانون المرافعات خالياً مما يوجب ذلك ، وكان رفع الدعوى أمام المحاكم من الأمور الجائزة قانوناً ، فإنه لا تثريب على الوكيل إذا ماأقام الدعوى باسمه طالما أنه موكل بالحقوق ، ومن ثم لا يكون فى إقامة المدعية بالحقوق المدنية لهذه الدعوى بصفتها وكيلة خاصة عن أبنائها البلغ ما يخالف القانون (مصر الوطنية جنح متسأنفة ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥٦ المحاماة ٣٧ رقم ٣٤٣ ص ٧٣٥) – وقضى بأن الوكالة فى الخصومة تقتضى توكيلا خاصاً ، وليس من الضرورى أن يكون فى قضية بالذات بل يصح أن يكون توكيلاً عاماً فى جميع القضايا (استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٤٦) .

(1) أ – مؤدى نص المادتين ٨١٠ ، ٨١١ من قانون المرافعات – المنظمتين لأحكام التوكيل بالخصومة والتنصل – أن التوكيل بالخصومة يخول الوكيل السلطة فى القيام بجميع الأعمال والإجراءات المنصوص عليها فى المادة ١/٨١٠ مرافعات ولوازمه الضرورية وفقا لطبيعة الأشياء والعرف السارى وبيان مدى الوكالة وما قصده المتعاقدان منها مسألة واقع يحدده قاضى الموضوع بما له من سلطة فى تعرف حقيقة ما أراده العاقدان مستعينا بعبارة التوكيل وبظروف الدعوى وملابساتها متى كان استخلاصه سائغاً يؤدى إلى ما انتهى إليه .

(جلسة ١٩٩٠/٢/٥ الطعن رقم ٧٥٧ لسنة ٥١ ق)

ب – ثبوت الوكالة الاتفاقية أمر موضوعى يتوقف على فهم المحكمة للواقعة متى كان استخلاصها لها استخلصت سائغا وله سنده من أوراق الدعوى وعلى تقديرها للقرائن التى يستدل بها على أن الوكالة التى كانت قانونية فى الصغر انقلبت إلى وكالة اتفاقية فى الكبر .

(جلسة ١٩٨٣/١/٢ الطعن رقم ١١ لسن ٤٩ ق س ٣٤ ص ٩٧)

(جلسة ١٩٩٠/١/٢٩ الطعن رقم ٢٠٨٣ لسنة ٥٢ ق)

جـ – تحرير المحامى صحيفة الاستئناف واعلانها . عدم اشتراط أن يكون بيده توكيل من ذى الشأن عند اجرائه . مؤدى ذلك . إقامة الاستئناف صحيحاً منتجا لآثاره . عدم استلزام ثبوت الوكالة عن الموكل إلا فى الحضور أمام المحكمة . م ٧٣ مرافعات . قضاء المحكمة الاستئنافية بعدم قبول =

قانونية حددت من يجوز توكيله في الحضور أمام القضاء ، فتوكيل غير من حددته هذه النصوص يكون غير جائز لمخالفته للقانون . وقد نصت المادة ٧٢ م تقنين المرافعات عى أنه «في اليوم المعين لنظر الدعوى يحضر الخصوم بأنفسهم أو يحضر عنهم من يوكلونه من المحامين ، وللمحكمة أن تقبل فى النيابة عنهم من يختارونه من الأقارب أو الاصهار إلى الدرجة الثالثة» . فالتوكيل فى الحضور أمام القضاء إذن لا يكون إلا لمحام [1] ، ولا يجوز

= الاستئناف لرفعه من غير ذى صفة لعدم وجود سند وكالة مع المحامى الحاضر عن الطعن أمامها . خطأ .

(جلسة ١٩٩٢/٣/١٦ الطعن رقم ١٤٥١ لسنة ٥٦ ق)

د – محكمة الموضوع . سلطتها فى التثبت من قيام الوكالة الاتفاقية وتحديد نطاقها متى كان استخلاصها سائغا وله سنده من أوراق الدعوى .

(جلسة ١٩٩٣/١٢/٩ الطعن رقم ٥٥١٠ لسنة ٦٢ ق)

هـ – اشترط المشرع فى المادةج ٧٠٢ من القانون المدنى وجود وكالة خاصة للمرافعة أمام القضاء ولم يكتف بالوكالة العامة، ومن ثم فلا يكفى القول بقيام الفضالة فى التقاضى إذا لم تتوافر هذه الوكالة الخاصة ، وإذ كانت لجنة الطعن تختص بالفصل فى خصومة بين الممول ومصلحة الضرائب فإنه لا يكفى لاعتبار الخصومة قائمة أمامها تمثيل الممول فيها بطريق الفضالة .

(جلسة ١٩٦٣/٦/١٩ الطعن رقم ٣١٦ لسنة ٢٨ ق س ١٤ ص ٨٢٩)

و – إنه وان كان القانون يشترط فى الوكالة بالخصومة أن تكون بالكتابة ويتطلب تقديم سند التوكيل لاثبات الوكالة – إلا أنه متى أقر الخصم الحاضر مع المحامى بالوكالة فإن هذا يكفى دليلا فى الاثبات فلا يجوز القضاء التصدى لعلاقة ذوى الشأن بوكلائهم إلا إذا أنكر صاحب الشأن وكالة وكيله – فإذا باشر المحامى اجراء قبل أن يستصدر توكيلا له من ذى الشأن الذى كلفه بالعمل فلا يعترض عليه فإن التوكيل لاحق على تاريخ الإجراء – ما لم ينص القانون على غير ذلك – وغاية الأمر أن صاحب الشأن إن لم يحضر بنفسه يوم الجلسة أو لم يرسل عنه وكيلا ثابته وكالته بالطريقة القانونية جاز لخصومه محافظة على حقوقهم ابداء الطلبات التى يجيزها لهم القانون فى هذا الخصوص.

(جلسة ١٩٥٩/٤/٣ الطعن ٤ لسنة ٢٥ ق س ١٠ ص ٣١٢)

ز – إذا كان نظام تأسيس بنك الأراضى المصرى يخول لمجلس ادارته سلطة مباشرة حق التقاضى مدعيا أو مدعى عليه مباشرة أو بطريق التفويض وتقديم ما يلزم من الطعون، وكان توكيل محامى البنك بالتقرير بالطعن بالنقض قد صدر من رئيس مجلس إدارة البنك – الذى يمثله قانونا – فإن تغيير رئيس مجلس الإدارة فى مرحلة لاحقة لصدور ذلك التوكيل لا يؤثر فى صحة التوكيل ولا يوجب اصدار توكيل آخر من مجلس الإدارة الجديد للتقرير بالطعن .

(جلسة ١٩٦٢/١/٤ الطعن رقم ٢٢٦ لسنة ٢٦ ق س ١٣ ص ٤٢)

(١) وعلى ذلك يجوز للخصم أن يوكل فى الخصومة غير المحامى، ولكن الوكيل فى الخصومة لا يجوز له الحضور بنفسه أمام القضاء بل يجب أن يوكل عنه محامياً فى ذلك، ما لم يكن قريباً أو صهراً للخصم إلى الدرجة الثالثة فعندئذ يجوز له الحضور بنفسه أمام القضاء نيابة عن موكله دون حاجة إلى أن يوكل عنه محامياً ، شأنه فى ذلك شأن الخصم الموكل إذا حضر بنفسه أمام القضاء.

توكيل غير المحامي إلا إذا كان قريباً أو صهراً للخصم إلى الدرجة الثالثة [1] . ومع ذلك فحتى الأقارب والأصهار إلى الدرجة الثالثة لا يجوز توكيلهم إذا كانوا موظفين بالمحاكم، فقد نصت المادة ٨١ من تقنين المرافعات على أنه «لا يجوز لأحد القضاة ولا للنائب العام ولا لأحد من وكلائه ولا لأحد من العاملين بالمحاكم أن يكون وكيلا عن الخصوم فى الحضور أو المرافعة ، سواء أكان بالمشافهة أو بالكتابة أم بالإفتاء ، ولو كانت الدعوى مقامة أمام محكمة غير المحكمة التابع هو لها وإلا كان العمل باطلا ، ولكن يجوز لهم ذلك عمن يمثلونهم قانوناً وزوجاتهم وأصولهم وفروعهم إلى الدرجة الثانية» .

وقد تأيدت هذه النصوص بما ورد فى قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ فقد نصت المادة الثالثة من هذا القانون على أنه «مع عدم الأخلال بأحكام القوانين المنظمة للهيئات القضائية وباحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية ، لا يجوز لغير المحامين مزاولة أعمال المحاماة، ويعد أعمال محاماة : ١ – الحضور عن ذوى الشأن أمام المحاكم وهيئات التحكيم والجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائى وجهات التحقيق الجنائى والإدارى ودوائر الشرطة والدفاع عنهم فى الدعاوى التى ترفع منهم أو عليهم والقيام بأعمال المرافعات والاجراءات القضائية المتصلة بذلك . ٢ – ابداء الرأى والمشورة القانونية فيما يطلب من المحامى . ٣ – صياغة العقود واتخاذ الاجراءات اللازمة لشهرها أو توثيقها . وتعد أيضا من أعمال المحاماة بالنسبة لمحامى الإدارات القانونية فى الجهات المنصوص عليها فى هذا القانون . فحص الشكاوى واجراء التحقيقات الإدارية وصياغة اللوائح والقرارات الداخلية لهذه الجهات . وتنص المادة ٧ من القانون المذكور «يجوز للمحامى مزاولة أعمال المحاماة فى شركات القطاع العام والمؤسسات الصحفية التى تنشأ بها إدارات قانونية طبقا لأحكم القوانين واللوائح المنظمة لذلك كما يجوز له مزاولة أعمال المحاماة فى الإدارات القانونية للهيئات العامة القائمة وقت العمل بأحكام هذا القانون .

ولا يجوز مزاولة أعمال المحاماة للهيئات العامة التى يتقرر انشاؤها بعد العمل باحكام هذا القانون ، إلا بقرار من وزير العدل بعد موافقة مجلس نقابة المحامين . وتقضى المادة ٨ من هذا القانون بأن «مع عدم الاخلال باحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية لا يجوز لمحامى الإدارات القانونية للهيئات العامة وشركات القطاع العام والمؤسسات الصحفية أن يزاولوا أعمال المحاماة لغير الجهة التى يعملون بها وإلا كان العمل باطلا . كما لا يجوز للمحامى فى هذه

---

(١) فيجوز توكيل الزوج والزوجة ، والأب والأم ، والجد والجدة ، والابن والبنت ، والحفيد والحفيدة ، والأخ والأخت ، ابن الأخ وابن الأخت ، العم والعمة ، والخال والخالة، وزوج البنت وزوج الأخت وزوج العمة وزوج الخالة ، وزوجة الابن وزوجة الأخ وزوجة العم وزوجة الخال . ولا يجوز توكيل ابن العم وابن الخال ، وزوج بنت العم وزوج بنت الخال .

الإدارات القانونية الحضور امام المحاكم الجنائية إلا فى الادعاء بالحق المدنى فى الدعاوى التي تكون الهيئة أو الشركة أو المؤسسة طرفا فيها وكذلك الدعاوى التى ترفع على مديريها أو العاملين بها بسبب أعمال وظائفهم ». وتنص المادة ٩ من هذا القانون على أنه «يجوز للمحامى مزاولة أعمال المحاماة فى البنوك وشركات المساهمة الخاصة والجمعيات التعاونية وتكون علاقة المحامى بهذه الجهات علاقة وكالة ولو اقتصر عمله عليها» (١).

---

(١) تنص المادة ٣١ من قانون المحاماة سالف البيان على أنه «يشترط لقيد المحامى فى جدول المحامين أمام المحاكم الابتدائية : ١ – أن يكون قد أمضى دون انقطاع فترة التمرين المنصوص عليها فى المادة ٢٤ . ٢ – أن يرفق بطلبه صورة المذكرات والأبحاث والاوراق القضائية أو العقود والفتاوى والآراء القانونية التى يكون قد عاون فى اعدادها مؤشرا عليها بذلك من المحامى الذى يتمرن بمكتبه أو من مدير الإدارات القانونية فى الجهة الملحق بها. وكذلك بيانا رسميا بالجلسات التى يكون قد حضرها خلال فترة التمرين بشرط ألا يقل عددها عن ثلاثين جلسة . ٣ – أن يكون قد واظب على حضور المحاضرات التى تلقى على المحامين تحت التمرين والمشار إليها فى المادجة (٢٨) ويحدد مجلس النقابة العامة سنويا نسب الحضور المطلوبة فى هذه المحاضرات .

وتقضى المادة ٣٤ من القانون بأنه «يجوز للمحامى المقيد أمام المحاكم الابتدائية أن يفتتح مكتبا بأسمه أو منفرداً أو مع غيره ، ويكون حضوره أمام المحاكم الجزئية والمحاكم الابتدائية والمحاكم الإدارية التى تناظرها وجوز له الحضور أمام محاكم الاستئناف ومحاكم القضاء الإدارى نيابة عن أحد المحامين المقيدين امام هذه المحاكم وعلى مسئوليته كما يكون له أن يحضر باسمه في سائر التحقيقات التى تجريها النيابة العامة .

وللمحامى المقيد امام المحاكم الابتدائية اعداد العقود المختلفة وشهرها وتوقيع الطلبات والاوراق المتعلقة بها ، وذلك فيما عدا عقود تأسيس شركات المساهمة وعقود الرهن الرسمى أو تعديلها . ولا يجوز للمحامى امام المحاكم الابتدائية اعطاء الآراء والفتاوى القانونية المكتوبة. وتنص المادة ٣٧ من هذا القانون على أنه «للمحامى المقيد بجدول محاكم الاستئناف حق الحضور والمرافعة أمام جميع محاكم الاستئناف ومحاكم القضاء الإدارى، ولا يجوز قبول صحف الدعاوى أمام هذه المحاكم وما يعادلها إلا إذا كان موقعا عليها منه وإلا حكم ببطلان الصحيفة . ويكون للمحامى أمام محاكم الاستئناف حق الحضور والمرافعة أمام جميع المحاكم فيما عدا محاكم النقض والإدارية العليا والدستورية العليا . كما يكون له ابداء الفتاوى القانونية واعداد العقود وشهرها والقيام بكافة أعمال المحاماة الأخرى.

وتنص المادة ٤١ من القانون على أنه «فى غير المواد الجنائية لا يجوز التقرير بالطعن أمام محكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا والمحكمة الدستورية العليا ، إلا للمحامين المقيدين بجدول المحامين أمام محكمة النقض وإلا حكم بعدم قبول الطعن ، كما لا يجوز لغيرهم الحضور عن الخصوم والمرافعة امام هذه المحاكم» . وتنص المادة ٤٢ من القانون بأنه «مع عدم الاخلال باحكام الاتفاقيات القضائية المبرمة بين مصر والدول العربية للمحامى من رعايا هذه الدول المرافعة امام المحاكم المصرية بالاشتراك مع محام مصرى من الدرجة المقابلة للدرجة التى يحق له المرافعة امامها طبقا لقانون بلده وذلك فيما عدا الطعون الدستورية والإدارية وبإذن من النقابة العامة وفى دعوى معينة بذاتها وبشرط المعاملة بالمثل».

وقد قضت محكمة النقض بأن المنع الوارد فى النص المتقدم ذكره (م ٢٤ من قانون المحاماة رقم ١٣٥ لسنة ١٩٣٩ وتقابل م ٢٥ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧) يتناول الخصوم أنفسهم كما =

٢٣٧ – ما يترتب على بطلان الوكالة التى لم تتوافر فيها الشروط : قدمنا أن الوكالة لا تجوز إلا فى تصرف ممكن ومعين أو قابل للتعيين ومشروع ، فإذا كانت الوكالة فى تصرف مستحيل أو غير معين أو غير مشروع كانت باطلة . ويترتب على البطلان أن تعتبر الوكالة كأن لم تكن ، وأن كلا من المتعاقدين يستطيع أن يتمسك بالبطلان .

فإذا لم ينفذ الوكيل الوكالة الباطلة ، لم يستطع الموكل أن يطالبه بتنفيذها، كما لا يستطيع الوكيل أن يطالب الموكل بالتزامه بدفع الأجر إذا كان هناك اتفاق على أجر (١). وإذا كان الموكل قد دفع للوكيل أجراً أو قدم له نقوداً ينفذ بها الوكالة ، جاز له أن يسترد منه ما دفعه حتى لو كانت الوكالة غير مشروعة . وقد قدمنا فى النظرية العامة للعقد أن الاسترداد جائز حتى فى العقود غير المشروعة، وأن القاعدة الرومانية القديمة (Neno audi-tur propriam tur[itudenem allegans) لم يأخذ بها التقنين المدنى الجديد (٢).

وإذا نفذ الوكيل الوكالة – والمفروض أنها وكالة غير مشروعة لأنها دون الوكالة المستحيلة والوكالة غير المعينة هى القابلة للتنفيذ – بقيت الوكالة باطلة بالرغم من تنفيذها. فإذا وكل شخص شخصاً آخر فى مقامرة وفى قبض أو دفع ما يكسبه أو يخسره، وقامر الوكيل فكسب أو خسر ، لم يكن للموكل أن يطالب الوكيل بالمكسب ، كما لا يكون للوكيل أن يطالب الموكل بالخسارة (٣). وفيما بين الوكيل ومن قامر معه لا يستطيع الأول أن يجبر الثانى على دفع المكسب ، ولا يستطيع الثانى أن يجبر الأول على دفع الخسارة . وإذا دفع أحدهما للآخر ما خسره ، كان له أن يسترد ما دفعه خلال ثلاث سنوات من الوقت الذى أدى فيه ما خسره ولو كان هناك اتفاق يقضى بغير ذلك ، وله أن يثبت ما أداه بجميع الطرق

= يتناول المحامين غير المقبولين أمام المحكمة التى يرفع إليها الطعن (نقض مدنى ٢٩ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٢٧ ص ٦٠٠) ، وبأن عدم توقيع صحيفة الاستئناف من محام مقرر أمام محاكم الاستئناف يترتب عليه حتما عدم قبولها (نقض مدنى ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٣١ ص ٦٤٩ – ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٤٢ ص ٦٦١ – ١٤ ديسمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٣٣ ص ١٧٢)، وبأن الدفع بانعدام توكيل المحامى أمام محكمة النقض يجب أن يبدى فى تقرير الطعن أو فى مذكرة النيابة وذلك قبل المرافعة (نقض مدنى ١٩ مايو سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٨ ص ١٠٧ – ٧ أبريل سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٥ ص ٩٧) .

(١) بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٤٥٣ – فقرة ٤٥٤ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٧ ص ٨٩١.

(٢) انظر الوسيط ١ فقرة ٣٣٨ .

(٣) بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٤٥٤ – فقرة ٤٥٥ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٧ ص ٨٩١ – وانظر آنفاً فقرة ٢٣٥ .

(م ٧٣٩ مدنى) [١] . وإذا كان الموكل قد اتفق مع الوكيل على أجر ونفذ الوكيل الوكالة، فإن هذا لا يستطيع أن يطالب الموكل بالأجر ، وإذا كان قد تقاضاه أو تقاضى مبلغاً آخر من الموكل للمقامرة به وجب عليه رد ما تقاضاه [٢] .

المبحث الثانى

أنواع التصرفات القانونية التى يصح أن تكون محلا للوكالة

٢٣٨ – التصرفات القانونية التى تكون محلا للوكالة : قدمنا أن محل الوكالة يجب أن يكون تصرفاً قانونياً . وأى تصرف قانونى ، إذا توافرت فيه الشروط المتقدمة الذكر ، يصح أن يكون محلا للوكالة . فقد يكون عقداً كالبيع والإيجار ، وقد يكون إرادة منفردة كالوصية وتطهير العقار المرهون ، وقد يكون إجراء قضائياً تابعاً لتصرف قانونى هو إبداء الطلبات أمام القضاء نيابة عن الموكل كالإقرار وتوجيه اليمين . وقد يستتبع التصرف القانونى القيام بأعمال مادية تعتبر ملحقة به ، كالبيع يستتبع التصديق على الإمضاء والتسجيل .

وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى ما يأتى : «ويلاحظ فى التعريف أن المادة ٩٧٢ من المشروع نصت صراحة على أن الوكيل يلتزم بأن يقوم بعمل قانونى ، فيصح التوكيل فى البيع والشراء والرهن والارتهان والإيجار والاستئجار وفى سائر العقود الأخرى . كما يصح التوكيل فى الوصية وفى قبولها وفى قبول الاشتراط لمصلحة الغير وفى تطهير العقار المرهون ، وكل هذه أعمال قانونية منفردة . وكذلك يجوز التوكيل فى

---

(١) بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٤٥٨ ص ٢٤٠ .

(٢) نقض فرنسى ١٢ نوفمبر سنة ١٨٨٤ داللوز ٨٥ – ١ – ٤٦٩ – ٢٢ مايو سنة ١٨٩٥ داللوز ٩٧–١–٤٩ – ٩ فبراير سنة ١٩١٠ داللوز ١٩١٠ – ١ – ٤٥٥ – وإذا استولى الوكيل بموجب وكالة غير مشروعة على مبالغ للموكل واستعملها لمصلحة نفسه، فإنه يعتبر مبدداً (نقض فرنسى ١٢ نوفمبر سنة ١٩٠٩ سيريه ١٩١٣ – ١ – ٢٨٥ – وانظر فى هذه المسألة بلانيول وريبير وساقاتييه ١١ فقرة ١٤٥٧ ص ٨٩١) – على أنه إذا كان الوكيل يجهل عدم مشروعية الوكالة ، ونفذها معتقداً أنها مشروعة ، فله أن يرجع بأجره وبالمصروفات التى أنفقها فى تنفيذ الوكالة على الموكل كما لو كانت الوكالة مشروعة. والمفروض أن الوكيل حسن النية لا يعلم عدم مشروعية الوكالة ، والموكل هو الذى يحمل عبء إثبات علم الوكيل بعدم المشروعية (نقض فرنسى ١٦ يونيه سنة ١٨٨٥ سيريه ٨٥ – ١ – ٢٥١ – ٦ أبريل سنة ١٨٨٦ سيريه ٨٨ – ١ – ٢٠٧ – ترولون فقرة ٣٤ – يون ١ فقرة ٨١٦ – بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٤٥٨ ص ٢٤٠ – بلانيول وريبير وساقاتييه ١١ فقرة ١٤٥٧ ص ٨٩١ – محمد على عرفة ص ٣٦٦).

الإدلاء باعتراف وفى توجيه اليمين وفى الدفاع أمام القضاء ، وهذه كلها إجراءات قضائية تابعة لعمل قانونى هو إبداء الطلبات أمام القضاء نيابة عن الموكل (acte de conclure) . ويلاحظ أن القيام بعمل قانونى قد يستتبع القيام بأعمال مادية تعتبر ملحقة به وتابعة له. أما إذا كان العمل المعهود به قد تمحض عملا مادياً ، فالعقد لا يكون وكالة بل يكون عقد عمل (اقرأ مقاولة) ، فالتعاقد مع طبيب لإجراء عملية جراحية أو مع مهندس لبناء منزل لا يعتبر توكيلا» (١) .

٢٣٩ – مدى سعة الوكالة : وإذا تعين التصرف القانونى محل الوكالة ، فإن حرية العمل التي يتركها الموكل للوكيل فى تنفيذ الوكالة تضيق وتتسع تبعاً لما يتفق عليه الطرفان (1) . فقد يصل الموكل فى تقييد حرية الوكيل إلى حد أن يحرمه من كل تقدير، ولا

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٩٠ – ص ١٩١ .

(1) أ – المقرر فى قضاء محكمة النقض – أن سعة الوكالة تختلف باختلاف الصيغة التى يفرغ فيها التوكيل وان مؤدى نص المادة ٧٠٢ من القانون المدنى أن الوكالة الخاصة تحدد بعمل أو أعمال قانونية معينة وترد على أعمال التصرف واعمال الإدارة على السواء وإذا اقتصرت على عمل معين شملت كذلك توابعه وكان تحديد مدى الوكالة مسألة واقع يبت فيها قاضى الموضوع بما له من السلطة فى تعرف حقيقة ما أراده العاقدان مستعينا بعبارة التوكيل وبظروف الدعوى وملابساتها طالما كان الاستخلاص سائغا.

(جلسة ١٩٨٦/١٠/٢٢ الطعن قم ١٧٨٠ لسنة ٥١ ق)

(جلسة ١٩٨٤/٢/٢٨ الطعن رقم ٤٩٢/ س ٤٩ ق)

ب – سعة الوكالة . اختلافها باختلاف الصيغة التى يفرغ فيها التوكيل . وجوب الرجوع إلى عبارة التوكيل وملابسات صدوره وظروف الدعوى . لازمة . وجوب اطلاع المحكمة لتتبين نطاق هذه الوكالة.

(جلسة ١٩٩٧/١٠/٢٦ الطعن رقم ١١٨٠ لسنة ٦٥ ق)

(جلسة ١٩٩٢/٧/٣٠ الطعون ٣١٥ ، ٦٣٢ ، ٥١٥ لسنة ٥٩ ق)

(جلسة ١٩٩٢/٥/٢٨ الطعن رقم ١٥١٤ لسنة ٥٦ ق)

(جلسة ١٩٩١/١٠/١٥ الطعن ٣٤٣ لسنة ٦٠ ق)

(جلسة ١٩٧٠/١/٦ الطعن رقم ٤١٣ لسنة ٣٥ لسنة ٢١ ص ٧).

جـ – عدم جواز تصدى المحكمة لعلاقة الخصوم بوكلائهم . الاستثناء انكار صاحب الشأن وكالة وكيله . –حضور المطعون ضدها الثانية فى الدعوى بمدافع لم يعترض على وكالة المطعون ضده الأول عنها فى ابرام الاتفاق بينه بصفته وكيلا عنها وبين الشركة الطاعنة وعدم النعى على الاتفاق بشئ. خطأ الحكم القاضى بعدم الاعتداد بهذا الاتفاق لعدم تقديم سند الوكالة المبيح له .

(جلسة١٩٩٦/٣/١٢ الطعن رقم ٦٦٧٧ لسنة ٦٤ ق)

(جلسة ١٩٩٠/١١/٢٩ الطعن رقم ٢١١٠ لسنة ٥٨ ق)

(جلسة ١٩٧٧/١١/١٥ الطعن رقم ٣٣٨ لسنة ٤٥ ق س ٢٨ ع/٢ ص ١٦٧٨) =

يبقى للوكيل إلا أن ينفذ تنفيذاً حرفياً تعليمات الموكل . ويكون الوكيل فى هذه الحالة أقرب إلى أن يكون رسولا (messager) تنحصر مهمته فى أن ينقل إرادة الموكل إلى الغير وينقل إرادة الغير إلى الموكل . فتكون الإرادة هى إرادة الموكل لا إرادة الوكيل ، ولا يكون التعاقد هنا بوكيل بل يكون تعاقداً مباشراً يعمل فيه المتعاقد الأصيل بنفسه كما يتعاقد بكتاب أو ببرقية أو بالتليفون . ويعتبر فى حكم الرسول لا فى حكم الوكيل كل من يعهد إليه بعمل لا يدع له أى مجال للتصرف ، كموزع التذاكر على الجمهور لدخول المحال العامة أو لاستعمال وسائل النقل من سكة حديدية وترام وأوتوبيس وما إلى ذلك [1] .

ولكن بمجرد أن يملك الوسيط شيئاً مهما قل من حرية التصرف ، ولو للتثبت من توافر شروط معينة فرضها الموكل للتعاقد ، بحيث يعبر الوسيط عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل، فإن الوسيط يبدأ فى هذه الحالة أن يكون وكيلا [2] . وقد تتسع حرية الوكيل ولكن إلى حد محدود ، فتفرض عليه الوكالة بأن يقوم بتصرف أو بتصرفات معينة طبقاً لتعليمات مفصلة . بل قد يفرض عليه الموكل الرجوع إليه فى بعض التصرفات ليعتمدها، كما يقع غالباً فى شأن الممثلين التجاريين والجوايين والطوافين ووكلاء شركات التأمين [3] . وقد

= (جلسة ١٩٦٩/١١/١١ الطعن رقم ٣١١ لسنة ٣٥ ق س ٢٠ ع ٣ ص ١١٨٠)

د – تمسك الطاعنة بان توكيلها للمطعون عليه لا يخوله حق توقيع الشيك موضوع المطالبة وطلبها من المحكمة الزامه بتقديم أصله لتتبين منه مدى سعة هذه الوكالة دفاع جوهرى. التفات الحكم عنه . قصور وفساد فى الاستدلال .

(جلسة ١٩٩٧/١٠/٢٦ الطعن رقم ١١٨٠ لسنة ٦٥ ق)

هـ – التوكيل بالتوقيع على عقد البيع النهائى أمام الشهر العقارى . عدم اتساعه لابرام عقد جديد . إقامة الحكم قضاءه على أنه يخول له بيع العقار دون تحديد المشترى . مخالفة للثابت فى الاوراق وأخطأ فى تطبيق القانون .

(جلسة ١٩٩٤/٢/٨ الطعن رقم ٥٢٥١ لسنة ٦٢ ق)

ز – التعرف على مدى سعة الوكالة . وجوب الرجوع فيه إلى عبارة التوكيل وما جرت به نصوص وملابسات صدوره وظروف الدعوى . إفراغ الوكالة فى نموذج مطبوع وإضافة المتعاقدين شروطا أو عبارات به تتعارض مع الشروط المطبوعة . وجوب تغليب الشروط المضافة باعتبارها تعبيراً واضحا عن إرادة المتعاقدين .

(جلسة ١٩٩٢/٦/٢٥ الطعن رقم ١٤٩٠ لسنة ٦١ ق)

(١) بيدان ١٢ فقرة ٢٨٩ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٦٠ – أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ١٤ – فقرة ١٥ – وقارن أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٠ ص ١٩٨ هامش ٧ .

(٢) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٦٠ ص ٨٩٦ هاشم ١ .

(٣) بوردو ٢٦ إبريل سنة ١٨٨٧ داللوز ٨٨ – ٢ – ٢٩٧ – باريس ١٤ نوفمبر سنة ١٨٩٤ داللوز ٩٥ – ٢ – ١١٩ بلانيول وريبر وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٦٠ ص ٨٩٦.

تتسع حرية الوكيل إلى حد كبير فيترك له الموكل تقدير ما يقوم به من تصرفات قانونية وما يأخذ منها وما يدع ، وفيما يأخذ منها على أى شروط يتعاقد ومن يختار للتعاقد معه[1] .

وسواء كان مدى حرية الوكيل ضيقاً أو واسعاً ، فإن الوكالة ، من ناحية التصرفات القانونية التى تكون محلا لها ، تنقسم إلى قسمين رئيسيين : وكالة عامة ووكالة خاصة .

٢٤٠ – الوكالة العامة – نص قانونى : تنص المادة ٧٠١ من التقنين المدنى على ما يأتى :

«١ – الوكالة الواردة فى ألفاظ عامة لا تخصيص فيها حتى لنوع العمل القانونى الحاصل فيه التوكيل ، لا تخول الوكيل صفة إلا فى أعمال الإدارة» .

«٢ – ويعد من أعمال الإدارة الإيجار إذا لم تزد مدته على ثلاث سنوات وأعمال الحفظ والصيانة واستيفاء الحقوق ووفاء الديون . ويدخل فيها أيضاً كل عمل من أعمال التصرف تقتضيه الإدارة ، كمبيع المحصول وبيع البضاعة أو المنقول الذى يسرع إليه التلف ، وشراء ما يستلزمه الشئ محل الوكالة من أدوات لحفظه ولاستغلاله» [2] .

---

(١) وقد نصت المادة ٩٣٢ مدنى عراقى على أنه «يصح تفويض الرأى للوكيل فيما وكل به كيف شاء ، ويصح تقييده بتصرف مخصوص» .

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ٩٧٧ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وفى لجنة المراجعة أدخلت تعديلات لفظية فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه ى التقنين المدنى الجديد. وصار رقمه ٧٣٣ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٣٢ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٠١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٩٣ – ص ١٩٥) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى القديم م ٥١٥ فقرة ٦٣١/٣ : «وأما التوكيل العام فلا يترتب عليه إلا التفويض للوكيل فى الأعمال المتعلقة بالإدارة» . (والتقنين المدنى القديم يتفق فى أحكامه مع التقنين المدنى الجديد) .

ويقابل النص فى **التقنينات المدنية العربية الأخرى** :

التقنين المدنى السورى م ٦٦٧ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧٠١ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٩٣١ : يصح تخصيص الوكاة بتخصص الموكل به ، وتعميمها بتعميمه . فمن وكل غيره توكيلا مطلقاً مفوضاً بكل حق هو له وبالخصومة فى كل حق، صحت الوكالة ولو لم يعين المخاصم به والمخاصم . (ويختلف التقنين العراقى عن التقنين المصرى فى أن التقنين الأول ، على خلاف التقنين الثانى، يجعل التوكيل العام المطلق شاملا لجميع أعمال الإدارة ولجميع أعمال التصرف ولو كانت تبرعية ، فلا يقتصر التوكيل العام كما قصره التقنين المصرى على أعمال الإدارة) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٧٧٦ : يجوز أن تكون الوكاة عامة أو خاصة . =

ويخلص من النص المتقدم الذكر أن الوكالة العامة هى التى ترد فى ألفاظ عامة، فلا يعين فيها الموكل محل التصرف القانونى المعهود به للوكيل ، بل ولا يعين نوع هذا التصرف القانونى ذاته . فيقول الموكل للوكيل مثلا : وكلتك فى إدارة أعمالى ، أو وكلتك فى إدارة مزرعتى أو متجرى ، أو وكلتك عنى عنى فى جميع أعمالى ، أو وكتلتك فى مباشرة جميع ما تراه صالحاً لى ، أو جعلتك وكيلا مفوضاً عنى ، أو نحو ذلك من العبارات التى تشير إلى الإدارة أو لا تشير إليها ولكنها حتى لو أشارت إلى الإدارة تكون فى ألفاظ عامة لا تخصيص فيها .

وسواء أشارت الوكالة العامة إلى الإدارة أو لم تشر ، فإنها لا تخول الوكيل صفة إلا فى أعمال الإدارة [1] . فلا يجوز للوكيل أن يقوم بأى عمل من أعمال التصرف، تبرعاً كان أو معاوضة ، إلا إذا كان هذا التصرف تقتضيه أعمال الإدارة كما سيأتى . ومن ثم لا يجوز للوكيل وكالة عامة أن يهب مال الموكل لا كله ولا بعضه ، ولا أن يبيع أى مال للموكل، أو يشارك به ، أو يقرضه ، أو يصالح عليه ، أو يحكم فيه ، أو يرهنه ، أو يرتب عليه أى حق عينى أصلياً [2] كان هذا الحق أو تبعياً .

ولكن الوكالة العامة تخول الوكيل الصفة فى القيام بجميع أعمال الإدارة . وهذا لا يمنع بداهة الموكل من أن يقصر التوكيل على بعض أعمال الإدارة دون بعض أو أن يقصرها على عمل معين بالذات من أعمال الإدارة ، ولكن الوكالة فى هذه الحالة تكون وكالة خاصة لا عامة وتقتصر على أعمال الإدارة المحددة الواردة فيما دون غيرها . أما إذا وردت الوكالة عامة ، فإنها تشتمل جميع أعمال الإدارة دون تفريق بين عمل وعمل كما قدمنا. وهذا بخلاف أعمال التصرف فإنه لا يصح أن ترد فيها الوكالة عامة ، بل لابد من تخصيص نوع التصرف محل الوكالة على الأقل ، وسيأتى بيان ذلك [3] .

وقد أوردت الفقرة الثانية من المادة ٧٠١ مدنى سالفة الذكر طائفة من أعمال الإدارة التى تشملها الوكالة العامة ، ولكن هذه الأعمال لم ترد على سبيل الحصر بل ذكرت على أنها من أبرز أعمال الإدارة . وأول هذه الأعمال هو الإيجار

= م ١/٧٧٨ : إن الوكالة العامة بإدارة شؤون الموكل لا تجيز للوكيل سوى القيام بالأعمال الإدارية . (وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

(١) استئناف وطنى ٢ فبراير سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٢٢٣ .

(٢) فلا يجوز أن يرتب حق ارتفاق أو ينزل عن حق ارتفاق (جيوار فقرة ٩٣ – بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٥٢٢) .

(٣) انظر ما يلى فقرة ٢٤٠ .

لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات [1] . وليس معنى ذلك أن الإيجار لمدة تزيد على ثلاث سنوات ليس من أعمال الإدارة ، بل هو من أعمالها ولكن لا تشمله الوكالة العامة ولابد فيه من توكيل خاص . والاستئجار وإن كان من أعمال التصرف [2] تشمله الوكالة العامة إذا اقتضته أعمال الإدارة، كاستئجار الآلات الزراعية واستئجار السيارات ووسائل النقل الأخرى لنقل البضائع . وذكر النص بعد ذلك أعمال الحفظ والصيانة ، فتشمل الوكالة العامة العقود التى يبرمها الوكيل مع المقاولين للقيام بأعمال الترميمات البسيطة والجسيمة سواء كانت مستعجلة أو غير مستعجلة ، وللقيام بتشحيم السيارات والآلات الميكانيكية الأخرى وتزييتها وإصلاح ما تلف منها ، والعقود التى يبرمها لإيداع المحصول أو البضائع فى المخازن المعدة لذلك، واستئجار الأنفار لتنقية المزروعات من الحشرات ، وغير ذلك من أعمال الحفظ والصيانة . ويدخل فى هذه الأعمال أيضاً رفع الدعاوى المستعجلة ، والتأمين من الحوادث ومن الحريق وغير ذلك من ضروب التأمين التى جرى العرف أن تعتبر من أعمال الإدارة اليقظة [3] . ثم ذكر النص استيفاء الحقوق ووفاء الديون . فتشتمل الوكالة العامة قبض حقوق الموكل وإعطاء مخالصات بها للمدينين [4] وإيداع المقبوض لحساب الموكل، ويجوز للوكيل أن يقبض الحقوق قبل حلول أجلها دون استنزال شئ منها [5] ، ولكن لا يجوز له أن يؤجل دفعها إلا بتوكيل خاص من الموكل . وتشمل الوكالة العامة كذلك وفاء ديون الموكل [6] ، وتوفى الديون مما يكون بيد الوكيل من أموال للموكل من جنس الدين ولو كان قد حصل عليها بعد الوكالة عن طريق إدارته لأموال الموكل [7] .

---

(١) وقد جرى القضاء على ذلك فى عهد التقنين المدنى القديم (استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٨٥) .

(٢) وقد يكون من أعمال الإدارة على التفصيل الذى قدمناه فى عقد الإيجار (الوسيط ٦ فقرة ٨٧) ، وعند ذلك تشمله الوكالة العامة .

(٣) السين ٢٢ ديمسبر سنة ١٩٣٣ داللوز الأسبوعى ١٩٣٤ - ١٥٦ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٦٣ ص ٩٠١ - أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ١٤٦ .

(٤) استئناف مختلط ٩ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٠١ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٢ ص ٢١٣ .

(٥) استئناف مختلط أول فبراير سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ١٩٣ .

(٦) ولكن لا يجوز للوكيل وكالة عامة الوفاء بالتزام طبيعى فى ذمة الموكل ، لأنه لا جبر فى الوفاء بالالتزام الطبيعى (بون ١ فقرة ٩٢٠ - جيوار فقرة ٩٠ - بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٥٣٤) .

(٧) جيوار فقرة ٨٩ - بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٥٣٣ ص ٢٨٥ - بل يجوز له ، إذا لم يكن بيده مال للموكل يوفى منه ما وكل فى دفعه من الدين، أن يبيع ما لا للموكل ليوفى الدين بثمنه (لوران ٢٧ فقرة ٤٢٥ - جيوار فقرة ٨٣ - بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٥٢٣ ص ٢٨٠) . وهناك رأى يذهب إلى أبعد من ذلك ، ويجيز بيع الأسهم والسندات والأوراق المالية فى غير سداد الدين إذا كان يخشى =

وليس ما تقدم هو كل أعمال الإدارة التى يستطيع أن يقوم بها الوكيل وكالة عامة، فهناك أعمال إدارة أخرى غيرها لم يذكرها النص ويمكن أن يقوم بها الوكيل. من ذلك أنه يستطيع أن يقترض المال اللازم لإدارة أموال الموكل من حفظ وصيانة وإصلاح وترميم، ولشراء ما يلزم للإدارة من مواشى والات للزراعة ونحو ذلك [١]، ولكنه لا يستطيع أن يرهن مال الموكل ضماناً للقرض [٢]. ويستطيع الوكيل وكالة عامة أن ينفذ على أموال مديني موكله لاستخلاص حقوق الموكل، فيحجز على هذه الأموال حجز منقول أو حجزاً عقارياً أو حجز ما للمدين لدى الغير [٣]. كما يجوز له أن يرفع دعاوى الحيازة [٤]، دون دعاوى الملكية ودعاوى القسمة فهذه تقتضى توكيلا خاصاً، وأن يرفع جميع الدعاوى التى تنشأ من أعمال الإدارة التى يقوم بها [٥]. ويستطيع أن يستوفى حقوق الموكل بمقابل وأن يوفى ديونه بمقابل، إذا كان الوفاء بمقابل فى مصلحة موكله [٦]، وأن يشطب الرهن بعد استيفاء الحق [٧]، وأن يجدد الدين [٨] وأن يقطع التقادم [٩]، وأن يقيد الرهن، وأن يجدد القيد.

= من هبوط قيمتها (جيوار فقرة ٨٣ – بون ١ فقرة ٩٢٧ – فقرة ٩٢٨ – محمد على عرفه ص ٣٦٩ – أكثم أمين الخولى فقرة ١٦٧ ص ٢٠٩ – استئناف مصر ٢٠ يونيه سنة ١٩٢٤ المحاماة ٥ رقم ٢٦ ص ١٩ – عكس ذلك لوران ٢٧ فقرة ٤٢٥ – بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٥٢٣ ص ٢٨١).

(١) بون ١ فقرة ٩٢٥ – لوران ٢٧ فقرة ٤٢٠ وفقرة ٤٢٨ – ترولون فقرة ٢٨٥ – فقرة ٢٨٦ – جيوار فقرة ٨٢ – بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٥٢٤ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٦٣ ص ٩٠٠ – ص ٩٠١ – محمد على عرفة ص ٣٦٩).

(٢) جيوار فقرة ٩٢ – بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٥٢٤ ص ٢٨٢ – وذلك ما لم يكن الرهن ضرورياً للحصول على القرض (جيوار فقرة ٩٢ – بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٥٢٤ ص ٢٨٢).

(٣) لوران ٢٧ فقرة ٤٢٢ – بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٥٢٨ – أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ١٥٦ – ولكن انظر فى عدم جواز الحجز العقارى: بون ١ فقرة ٩١٥ – جيوار فقرة ٨٦.

(٤) أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٢ ص ٢١٣.

(٥) جيوار فقرة ٩١ وفقرة ٩٤ – لوران ٢٧ فقرة ٤٢٠ – بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٥٢٧ – أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ١٤٢ – ويجوز للوكيل وكالة عامة عند رفع الدعاوى التى تنشأ من أعمال الإدارة توجيه اليمين والإقرار والصلح والطعن فى الحكم بجميع الطرق العادية وغير العادية (بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٦٣ ص ٩٠٠ – أكثم أمين الخولى فقرة ١٦٧ ص ٢٠٩).

(٦) بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٥٣١.

(٧) بون ١ فقرة ٩١٢ – جيوار فقرة ٨٥ · بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٥٣٢.

(٨) ترولون فقرة ٢٨٨ – بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٥٣٢ وفقرة ٥٣٥ – عكس ذلك: بون ١ فقرة ٩١٤ – جيوار فقرة ٨٥.

(٩) جيوار فقرة ٩١ – بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٥٣٥ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٢ ص ٢١٣.

وتقول الفقرة الثانية من المادة ٧٠١ مدنى سالفة الذكر إن الوكالة لا تقتصر على أعمال الإدارة، بل تمتد أيضاً إلى أعمال التصرف إذا كانت أعمال الإدارة تقتضيها . ويشمل ذلك بيع المحصول وقبض ثمنه ، وبيع البضاعة وبيع المنقول الذى يسرع إليه التلف [١] وقبض أثمان ذلك كله ، وشراء ما يستلزمه الشئ محل الوكالة من أدوات لحفظه واستغلاله كشراء مبيدات الحشرات وشراء الالات الزراعية اللازمة والأسمدة والبذور والمواشى [٢] ووسائل النقل اللازمة لاستغلال المتاجر من سيارات ومركبات ونحو ذلك ، والقيام فى إدارة متجر بأعمال التجارة وسحب الكمبيالات وإعطاء الكفالات [٣] . بل أن الوكالة العامة تشمل أن يستغل الوكيل ما بيده من مال للموكل فى وجوه الاستغلال المختلفة مما يدخل فى نطاق الإدارة الحسنة، كشراء أسهم وسندات بل وفى شراء المنقول والعقار إذا كانت مصلحة الموكل فى ذلك واضحة [٤] . وللوكيل وكالة عامة أن يصالح على حقوق موكله المتعلقة بالإدارة [٥] . وقد تشمل الوكالة العامة بعض أعمال التبرع ، كالمنح والهدايا المألوفة التى تعطى للخدم والمستخدمين إذ فيها معنى الأجرة [٦] .

---

(١) أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٢ ص ٢١٣ .

(٢) وقد قضى بأن التوكيل فى إدارة أطيان يشمل جميع ما يلزم لزراعتها كشراء فحوم لإدارة وابورات الرى المقامة فيها ، وكذا شراء الأدوات والبذور ، وأيضاً اقتراض ما يحتاج إليه من نقود للقيام بمثل أعمال الإدارة هذه (الزقازيق جزئى ٢٢ مارس سنة ١٩٣٢ الجريدة القضائية ١٢٥ ص ١٧ – وانظر فى هذا المعنى استئناف مختلط ٨ يونيه سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٥٦) .

(٣) نقض فرنسى ٢٨ أغسطس سنة ١٨٧٢ داللوز ٧٢-١-٣٩٦- ٢١ مارس سنة ١٩١٠ سيريه ١٩١٣ – ١ – ٢٩٧ – ٥ ديسمبر سنة ١٩٣٣ داللوز الأسبوعى ١٩٣٤ – ٤٩ – باريس ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ داللوز ١٩٣٨-٢-٨٥ – بودرى وقال فى الوكالة فقرة ٥٤٠ – بلانيول وريبير وساقاتييه ١١ فقرة ١٤٦٣ ص ٩٠٠ .

وقد قضت محكمة مصر الوطنية بأنه إذا وكل تاجر شخصاً آخر توكيلا عاماً فى إدارة تجارته ، كان للوكيل الحق فى التوقيع على السندات الإذنية عن الموكل ، لأنها وغيرها من الصكوك التجارية الوسيلة الطبيعية لنماء التجارة وسرعة تداول العروض ، فإذا توقف التاجر الموكل عن دفع ديونه الثابتة بموجب هذه السندات جاز الحكم بشهر إفلاسه (مصر الوطنية ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٤٩ المحاماة ٣٠ رقم ٥٤ ص ١٢٤٧) .

(٤) بودرى وقال فى الوكالة فقرة ٥٣٣ – بلانيول وريبير وساقاتييه ١١ فقرة ١٤٦٣ ص ٩٠٠ – محمد على عرفه ص ٣٦٩ .

(٥) استئناف مختلط ١١ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣١٨.

(٦) جيوار فقرة ٨٤ – بودرى وقال فى الوكالة فقرة ٥٢٥ – محمد على عرفة ص ٣٧٢ – أكتم أمين الخولى فقرة ١٦٧ ص ٢١٠ .

٢٤١ – الوكالة الخاصة – نص قانونى : تنص المادة ٧٠٢ من التقنين المدنى على ما يأتى :

«١ – لابد من وكالة خاصة فى كل عمل ليس من أعمال الإدارة ، وبوجه خاص فى البيع والرهن والتبرعات والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء».

«٢ – والوكالة الخاصة فى نوع معين من أنواع الأعمال القانونية تصح ولو لم يعين محل هذا العمل على وجه التخصيص ، إلا إذا كان العمل من التبرعات» .

«٣ – والوكالة الخاصة لا تجعل للوكيل صفة إلا فى مباشرة الأمور المحددة فيها ، وما تقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية وفقاً لطبيعة كل أمر وللعرف الجارى» (١) .

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ٩٧٦ من المشروع التمهيدى على وجه مقارب لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وفى لجنة المراجعة أدخلت بعض تحويرات لفظية وغير ترتيب الفقرات ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٧٣٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٣٣ ، ومجلس الشيوخ تحت رقم ٧٠٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٩٥ – ص ١٩٩).

ويقابل النص فى التقنين المدنى القديم : م ٦٢٩/٥١٥ ، ٦٣١ : يجوز أن يكون التوكيل خاصاً أو عاماً . فالتوكيل الخاص لا يترتب عليه إلا الإذن للوكيل بإجراء الأعمال المبنية فى التوكيل وتوابعها الضرورية ، وأما التوكيل العام فلا يترتب عليه إلا التفويض للوكيل فى الأعمال المتعلقة بالإدارة .

م ٦٣٢/٥١٦ : لا يسوغ الإقرار بشئ بطريق التوكيل ولا طلب يمين ولا المرافعة فى أصل الدعوى ولا تحكيم محكمين ولا إجراء مصالحة أو بيع عقار أو حق عقارى أو ترك التأمينات مع بقاء الدين أو إجراء أى عقد يتضمن التبرع ، إلا بعد إثبات توكيل خاص بذلك أو تفويض خاص ضمن توكيل عام .

م ٦٣٣/٥١٧ : التوكيل فى بيع عقارات الموكل يتضمن الأذن ببيع عقار غير منصوص عليه ، وكذلك التوكيل فى تحكيم المحكمين أو فى إجراء المصالحة يتضمن التفويض للوكيل فى إجراء ذلك فى جميع حقوق الموكل ولو غير منصوص عليها . والحاصل أن التوكيل العام فى جنس عمل يكون معتبراً بدون نص على موضوع العمل ، إلا فيما يتعلق بعقود التبرعات .

(وأحكام التقنين المدنى القديم تتفق مع أحكام التقنين المدنى الجديد).

ويقابل النص فى **التقنينات المدنية العربية الأخرى** :

التقنين المدنى السورى م ٦٦٨ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧٠٢ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى م ٩٣١ : يصح تخصيص الوكالة بتخصيص الموكل به ، وتعميمها بتعميمه . فمن وكل غير توكيلا مطلقاً مفوضاً بكل حق هو له وبالخصومة فى كل حق له ، صحت الوكالة ولو لم يعين المخاصم به والمخاصم . (ويختلف التقنين العراقى عن التقنين المصرى فى أن التقنين الأول ، بخلاف التقنين الثانى ، يجيز الوكالة العامة فى جميع أعمال التصرف والتبرع ، ثم هو لا يشترط فى الوكالة فى التبرعات تعيين محل التبرع) . =

ويتبين من النص المتقدم الذكر أنه إذا كانت أعمال الإدارة تحتمل الوكالة العامة فتشمل هذه جميع أعمال الإدارة على الوجه السابق ذكره كما تحتمل الوكالة الخاصة فلا تشمل الوكالة إلا أعمال الإدارة المحددة الواردة فيها على النحو الذى بيناه فيما تقدم ، فإن أعمال التصرف لا تحتمل إلا الوكالة الخاصة ولا تجوز فيها الوكالة العامة . وإذا أمكن أن يوكل شخص شخصاً آخر فى جميع أعماله أو فى إدارة أعماله أو فى جميع أعمال الإدارة فينصرف هذا التوكيل العام إلى جميع أعمال الإدارة على التفصيل الذى قدمناه ، فإنه ليس من الجائز أن يوكله فى جميع أعمال التصرف دون تحديد لأنواع معينة من هذه الأعمال ، ويكون هذا التوكيل فى أعمال التصرف باطلا ولا تكون للوكيل صفة فى مباشرة أى عمل من أعمال التصرف . فلابد إذن من وكالة خاصة لكل عمل من أعمال التصرف (1) ، فتكون الوكالة فى البيع أو فى الشراء أو فى الهبة أو فى دفع حصة فى الشركة أو فى الإقراض أو فى الصلح أو فى الرهن أو فى ترتيب حق انتفاع أو حق ارتفاق أو أى حق عينى

= **تقنين الموجبات والعقود اللبنانى** م ٧٧٧ : إن الوكالة الخاصة هى التى تعطى للوكيل فى مسألة أو عدة مسائل معينة أو التى تمنحه سلطة خاصة محدودة . وهى لا تخوله حق التصرف إلا فيما عينته من المسائل أو الأعمال وتوابعها الضرورية حسبما يقتضيه نوع العمل أو العرف .

م ٢/٧٧٨ : أما أعمال التفرغ والمصالحة والتحكيم فتقتضى على الدوام وكالة خاصة .

(وأحكام التقنين اللبنانى تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المصرى ، إلا أن التقنين اللبنانى لا يحدد بالدقة الأعمال التى تقتضى وكالة خاصة ، وكذلك لا يشترط فى الوكالة فى التبرعات تعيين محل التبرع) .

(1) أ – مقتضى ما تنص عليه المادة ١/٧٠٢ مدنى والمادة ٧٦ مرافعات أنه إذا كان الاقرار الصادر من الوكيل أمام القضاء منطويا على تصرف قانونى هو النزول عن حق فإنه يعد عملاً من أعمال التصرف التى يتعين أن يصدر بها توكيل خاص أو أن يرد ضمن توكيل عام ينص فيه صراحة على هذا التفويض.
(جلسة ١٩٩٠/١/٢٥ الطعن رقم ٧٤ لسنة ٥٧ ق)

ب – أعمال التصرف لا يصح أن تكون محلا إلا لوكالة خاصة وجوب تعيين التصرف تعيينا نافيا لكل جهاله سبيله . تحديد نوع العمل القانونى الذى خول الوكيل سلطة مباشرته . عدم اشتراط تخصيص العمل بمال بذاته من أموال الموكل . الاستثناء . أعمال التبرع فيلزم فى هذه الحالة أن تخصص الوكالة ليس فى نوع التصرف وحده ولكن فى محله أيضاً، أى بتعيين المال الذى يرد عليه العمل القانونى ، ومن ثم فإن الوكالة التى تخول الوكيل سلطة مباشرة جميع أعمال التصرف دون تخصيص تقع باطلة لا تنتج أثرا ولا ترتب التزاماً فى ذمة الموكل . م ٧٠٢ مدنى .
(جلسة ٢٠٠٢/٥/٢٨ الطعن رقم ٢٥٠٧ لسنة ٧١ ق)

جـ – النص فى المادة ٧٠٢ مدنى على أن الوكالة الخاصة فى نوع من انواع الأعمال القانونية تصح ولو لم يعين محل هذا العمل على وجه التخصيص إلا إذا كان العمل من التبرعات ، يدل على ان الوكالة الخاصة فى المعاوضات يصح أن تصدر دون تحديد لمحل التصرف .
(جلسة ١٩٧٤/١٠/٢٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٥ ص ١١٥٣)

أخر أصلى أو تبعى . ويجوز أن تقتصر الوكالة الخاصة على تصرف واحد من هذه التصرفات ، كما يجوز أن تشمل طائفة منها ، ولكن يجب فى هذه الحالة الأخيرة أن تبين الوكالة على وجه التحديد كل نوع من أنواع التصرفات التى تدخل فيها ، فتتعدد الوكالات الخاصة بتعدد أعمال التصرف وإن كان يضمها جميعاً ورقة واحدة [١] . ويجب التمييز هنا ، فى أعمال التصرف، بين المعاوضات والتبرعات .

فالمعاوضات ، كالبيع والزهن ، وإن كان لابد فيها من وكالة خاصة [1] ، إلا أنه يصح أن تصدر هذه الوكالة دون تحديد للمحل الذى يقع عليه التصرف ، فتكون خاصة فى نوع التصرف وعامة فى محله . ومن ثم يجوز أن يوكل شخص شخصاً أخر فى بيع منزل معين، كما يجوز أن يوكله فى البيع بوجه عام [2] . وفى هذه الحالة الأخيرة يكون للوكيل صفة فى بيع أى مال للموكل بل فى بيع جميع أمواله ، ولكن لا يجوز له أن يرهن هذه الأموال [٢] أو أن يرتب عليها حقاً عينياً آخر [٣] أو أن يصالح عليها أو أن يقرضها

---

(١) وإذا خلت عبارة التوكيل عن النص على التنازل عن الحقوق ، ولكنها كانت صريحة فى تخويل الوكيل إجراء الصلح ، وتنازل الوكيل عن حقوق موكله قبل خصمه مقابل تنازل الخصم عن حقوقه ، فهذا لا يكون تنازلا محضاً من طرف واحد ، وإنما هو صلح مما تتسع له حدود التوكيل (نقض مدنى ١٨ نوفمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٧٨ ص ٢١٩) .

(٢) ولكن قد يتضح من الظروف أن قصد الموكل من إعطاء التوكيل بالبيع الحصول على نقود هو فى حاجة إليها ، فيجوز فى هذه الحالة للوكيل إذا تعذر عليه البيع أن يرهن مال الموكل للحصول على النقود المطلوبة (جيوار فقرة ٩٧ – بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٥٥٣ – محمد على عرفة ص ٣٧٣) .

(٣) كحق ارتفاق أو حق انتفع أو غير ذلك من الحقوق العينية الأصلية أو التبعية .

(1) مدى ما نصت عليه الفقرة الأولى م المادة ٧٠٢ من القانون المدنى – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – أنه إذا كان الاتفاق بين الوكيل والغير منطويا على تصرف قانونى هو النزول عن حق للموكل أو الاقرار بحق قبله للغير فأنه يجب عندئذ أن يكون لدى الوكيل وكالة خاصة تخول له هذا التصرف القانونى أو وكالة عامة ينص فيها صراحة على تفويض باجراء التصرف المذكور .

(جلسة ١٩٨٥/٣/١٣ الطعن رقم ١٨٧٤ لسنة ٥٠ ق)

ب – يعتبر المظهر إليه فى التظهير التوكيلى وكيلا عن المظهر فى تحصيل قيمة السندات وان كان يعمل باسمه خاصة إلا أن ذلك لحساب المظهر الموكل ، فلا يكون بهذه المثابة مسئولا قبل من يتعامل معه بهذه الصفة ما دام لم يرتكب خطأ يوجب مسئوليته .

(جلسة ١٩٨٥/٥/٩ الطعن رقم ١٧٢٣ س ٥١ ق)

جـ – إذا صدر التوكيل بالطعن من الطاعن إلى عدد من المحامين وصرح لهم بالقيام بما نص عليه عقد التوكيل مجتمعين أو منفردين فأنه يجوز لأحدهم الانفراد بالتقرير بالطعن بطريق النقض .

(جلسة ١٩٥٦/١٢/٦ الطعن رقم ١٤٥ لسنة ٢٣ ق س ٧ ص ٩٤١)

(2) إن المقرر قانوناً بالمادة ١/١٤٢ من القانون المدنى أنه «فى حالتى إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التى كان عليها قبل العقد ...» فإذا كا العقد بيعا وتقرر بطلانه رد المشترى المبيع إلى البائع ورد=

أو أن يجرى فيها أى تصرف آخر غير البيع ، إذ لابد لكل نوع من هذه التصرفات من توكيل خاص (١). والتوكيل فى الصلح لا يتضمن التوكيل فى التحكيم ، والعكس صحيح لا يتضمن التوكيل فى التحكيم التوكيل فى الصلح (٢).

= البائع الثمن إلى المشترى . ويترتب على ذلك أنه إذا كان البيع قد تم عن طريق الوكالة فيجب على الموكل أن يؤدى إلى الوكيل ما حصله من المشترى نتيجة هذا البيع الباطل إذ ليس للوكيل أن يبحث فيما تسلمه لحساب الموكل هل هو مستحق له أو ليس مستحقا له لأن الموكل وليس الوكيل فى النهاية هو الذى يطالب برد غير المستحق .
(جلسة ٢٠٠٢/٥/١٦ الطعن رقم ٦٣٤١ لسنة ٦٣ ق)

(١) وقد قضى بأن الإقرار بحق الحكر وهو حق عينى يقتضى توكيلا خاصاً (استئناف مختلط ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢١٥) . وكذلك يقتضى توكيلا خاصاً اشتراك الدائن فى صلح مع مدينه المفلس (concordat) ينزل بموجبه عن جزء من حقه (استئناف مختلط ٨ يونيه سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣٢٦) . والتقدم فى مزايدة يقتضى توكيلا خاصاً (استئناف مختلط ٢٥ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٠٦) . وكذلك فتح حساب جار (استئناف مختلط ٩ نوفمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ١٢). والتوكيل فى نزع ملكية عقار المدين لا يتضمن توكيلا فى الدخول فى مزايدة هذا العقار (استئناف مختلط٢٥ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٠٦ وهو الحكم السابق الإشارة إليه) . ولكن التوكيل فى الدخول فى المزايدة يتضمن التوكيل فى التقرير بالشراء عن الغير (استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٦٠) . والتوكيل فى الرهن يتضمن التوكيل فى الاقتراض (استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٧١ – ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٥٥) . ومع ذلك فقد قضى بأن التوكيل فى الرهن لا يتضمن التوكيل فى الاقتراض (استئنا مختلط ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٢ م ٥٥ ص ١٠) – ويقتضى الطعن بالتزوير توكيلا خاصاً (م ٨١١ مرافعات – انظر عكس ذلك استئناف مختلط ١٩ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١١٧) – ويقتضى توكيلا خاصاً حوالة حق مضمون برهن (استئناف مختلط ٢١ يونيه سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥١٩) – ولا يجوز للوكيل أن يستعمل التوكيل لصالحه إلا بتفويض خاص، فمن وكل فى الرهن لا يجوز له أن يرهن مال موكله لضمان ديونه الشخصية إلا بإذن خاص من الموكل (استئناف مختلط ٢٠ يونيه سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٧٥ – ١٤ مارس سنة ١٩١٦م ٢٨ ص ١٩٩).

(٢) استئناف طنى ١١ فبراير سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ٣١ – أول ديسمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ٩٣ ص ٩٢ – مصر استئنافى ٥ يوليه سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٣٤ ص ٢٦ – استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٧٠ – ٣٠ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٦١ – ١٥ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٢٧ – ١٤ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢١٥ – ٢٣ أكتوبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٢ – والتوكيل فى الرهن لا يتضمن التوكيل فى الكفالة . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا نص التوكيل على تخويل الوكيل أن يرهن ما يرى رهنه من أملاك الموكل ويقبض مقابل الرهن ، فانه يكون مقصوراً على الاستدانة ورهن ما يفى الدين من أملاك الموكل ، ولا يجوز الاعتماد عليه فى أن يكفل الوكيل باسم موكله مدنياً وأن يرهن أطيان الموكل تأميناً للوفاء بالدين .(نقض مدنى أول أبريل سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٤٩ ص ١٤١ – وانظر استئناف مختلط ٢٣ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٤٦ – ٢٤ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٠٦ – ٣١ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٤١) .

أما التبرعات ، كالهبة والإبراء ، فيجب أن تكون الوكالة فيها خاصة فى نوع التصرف وخاصة أيضاً فى محله . فلا يكفى أن يوكل شخص شخصاً آخر فى الهبة أو فى الإبراء، بل يجب أيضاً أن يعين المال الذى وكله فى هبته أو الدين الذى وكله فى الإبراء منه [1]. فيذكر أنه وكله فى هبة منزل معين أو أرض معينة أو سيارة بالذات أو كذا أردباً من القمح من نوع معين، أو وكله فى إبراء مدين معين من الدين الذى له فى ذمته ومقداره كذا أو تاريخه كذا أو وصفه كذا ويصفه بما يعينه تعييناً كافياً [1]. والفرق بين المعاوضات والتبرعات فى هذا الصدد يرجع إلى أن التبرعات أشد خطورة من المعاوضات ، فيجب أن يكون التوكيل فيها

---

(1) أ – تصح الوكالة الخاصة فى نوع معين من الأعمال القانونية ولم لم يعين محل هذا العمل على وجه التخصيص إلا إذا كان العمل من التبرعات (م ٢/٧٠٢ مدنى) فإن الوكالة الخاصة فيها لا تصح إلا إذا كان المال محل التبرع معيناً على وجه التخصيص بحيث إذا لم يرد بالتوكيل بيان للأعيان محل التبرع فلا يكون للوكيل سلطة القيام بأعمال التبرع نيابة عن الأصيل ، ومن ثم فإذا كان المطعون عليه قد عهد إلى وكيله بالتنازل عن نصيبه فى ميراث ولم يعين فى عقد الوكالة المال الذى أنصب عليه التبرع بالذات فإن هذا التنازل يكون قد وقع باطلا ، ولو كان الوكيل عالماً بالمال محل التبرع طالما أن القانون قد اشترط تحديده فى ذات سند التوكيل .

(جلسة ١٩٦٢/١١/٨ الطعن رقم ٤٦ لسنة ٢٧ ق س ١٣ ص ٩٧٧)

ب – تصرف الوكيل الذى يجاوز حدود وكالته الخاصة لا يسأل عنه الموكل إلا إذا أجازه بعد حصوله قاصدا اضافة أثره إلى نفسه .

(جلسة ١٩٧٢/٤/٦ الطعن رقم ١٦٢ لسنة ٣٧ ق س ٢٣ ص ٦٤٨)

جـ – طبقا لحكم المادة ٥١٧ من القانون المدنى الملغى (المقابلة للمادة ٢/٧٠٢ مدنى جديد) تصح الوكالة الخاصة فى أعمال التبرعات اذا كان المال محل التبرع معينا فى سند التوكيل .

(جلسة ١٩٦٨/٣/٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ ص ٥٢٨)

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الوكالة الخاصة تصح فى نوع معين من الأعمال القانونية ولو لم يعين محل هذا العمل على وجه التخصيص ، إلا إذا كان العمل من التبرعات (م ٢/٧٠٢ مدنى) فإن الوكالة الخاصة فيه لا تصح إلا إذا كان المال محل التبرع معيناً على وجه التخصيص ، بحيث إذا لم يرد بالتوكيل بيان للأعيان محل التبرع فلا يكون للوكيل سلطة القيام بأعمال التبرع نيابة عن الأصيل . ومن ثم فإذا كان المطعون عليه قد عهد إلى وكيله بالتنازل عن نصيبه فى ميراث ولم يعين فى عقد الوكالة المال بالذات الذى انصب عليه التبرع ، فإن هذا التنازل يكون قد وقع باطلا، ولو كان الوكيل عالماً بالمال محل التبرع ، طالما أن القانون قد اشترط تحديده فى ذات سند التوكيل (نقض مدني ٨ نوفمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٤٩ ص ٩٧٧) . وتوكيل شخص شخصاً آخر فى أن يكفل نيابة عنه مديناً معيناً يعتبر توكيلا فى عقد من عقود التبرع إذا كان الكفيل لا يتقاضى أجراً على كفالته ، ومن تم يجب أن يصدر توكيل خاص فى ذلك وأن يتضمن هذا التوكيل الخاص تعيين الدين المكفول تعييناً كافياً (قرب نقض مدنى أول أبريل سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٤٩ ص ١٤١ وهو الحكم السابق الإشارة إليه – محمد على عرفة ص ٣٧٤) .

محدداً تحديداً أدق من التحديد فى المعاوضات ، فيعين نوع التصرف ومحله معاً حتى لا تطلق حرية الوكيل فى التبرع بمال موكله كما يشاء .

وتصح الوكالة الخاصة فى أعمال الإدارة كما قدمنا ، ويعين التوكيل فى هذه الحالة عملا من أعمال الإدارة أو طائفة من هذه الأعمال تقتصر الوكالة عليها . ولا يشترط فى الوكالة الخاصة فى أعمال الإدارة ، كما لا يشترط فى الوكالة الخاصة فى المعاوضات ، تحديد المحل الذى يقع عليه العمل . ومن ثم يجوز التوكيل فى إيجار أرض معينة ، أو فى الإيجار بوجه عام ، وفى هذه الحالة الأخيرة يكون للوكيل صفة فى إيجار أى مال للموكل، ولكن ليس له أن يقوم بأى عمل غير الإيجار ، فلا يجوز مثلا أن يدير أرضاً للموكل بطريق الزراعة على الذمة .

والوكالة الخاصة ، سواء كانت فى التبرع أو التصرف أو الإدارة ، يجب عدم التوسع فى تفسيرها ، إذ تقول الفقرة الثالثة من المادة ٧٠٢ مدنى سالفة الذكر : «والوكالة الخاصة لا تجعل للوكيل صفة إلا فى الأمور المحددة فيها» . فالتوكيل فى الإبراء من دين لا يشمل التوكيل فى حوالته . والتوكيل فى بيع منزل أو فى إيجاره لا يشمل التوكيل فى قبض الثمن[1] أو الأجرة[2] . والتوكيل فى قبض دين لا يشمل التوكيل فى مقاضاة المدين[3] ، ولا فى منحه أجلا للوفاء ، ولا فى إبرائه ولو من جزء من الدين ، ولا فى

---

(١) ومع ذلك فقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : «على أن التوكيل فى البيع يتناول ما يقتضيه البيع من أمور تابعة له وفقاً لطبيعته وللعرف الجارى، فيجوز للوكيل فى البيع أن يقبض الثمن وأن يسلم المبيع» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٩٨ – وانظر أكثم أمين الخولى فقرة ١٦٩ ص ٢١٢) . والظاهر أن الأمر فى ذلك يرجع إلى نية المتعاقدين ، فقد يقصدان أن يشمل التوكيل فى البيع قبض الثمن وقد يقصدان ألا يشمله ، وعند الشك يرجع إلى العرف الجارى . وهذا غير الوكالة العامة فى أعمال الإدارة ، فقد قدمنا أنها تشمل بيع المحصول والبضائع والمنقول الذى يسرع إليه التلف وقبض أثمانها (انظر آنفاً فقرة ٢٣٩) .

(٢) نقض فرنسى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٨ Rép. gén. du notariat ١٩٣٩ – ٢٥٤٦٣ – يون ١ فقر ٩٤٤ وفقرة ٩٥٥ – لوران ٢٧ فقرة ٤٣٥ – جيوار فقرة ٩٧ – بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٥٥٣ – أوبرى ورو وإسيمان ٦ فقرة ٤١٢ ص ٢١٤ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٦١ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٠٢٤ – كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٣٥٥ – أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Mandat قرة ١٥٩ محمد كامل مرسى فقرة ١٩٢ ص ٢٦٢ – محمد على عرفة ص ٣٧٣.

(٣) وهذا غير الوكالة العامة فى أعمال الإدارة ، فقد قدمنا أنها تشمل قبض الدين ومقاضاة المدين والتنفيذ على أمواله (انظر آنفا فقرة ٢٣٩) .

الحوالة، ولا فى الصلح ، ولا فى التصرف فيما يقبضه الوكيل من الدين ولو لمصلحة الموكل[1] . والتوكيل فى الاقتراض لا يشمل التوكيل فى الرهن [2] .

والمحامى لابد أن يصدر له توكيل خاص فى المرافعة أمام القضاء فى قضية معينة أو فى جميع القضايا التى ترفع من موكله أو عليه [3](1) . وتوكيله فى المرافعة أمام القضاء لا

---

(١) نقض فرنسى ٢٤ يونيه سنة ١٨٦٧ داللوز ٦٨ – ١ – ٢٩ – مجلس الدولة الفرنسى ١٥ يناير سنة ١٨٩٢ سيريه ٩٣–٣–١٤٣ – أنجيه ٩ أبريل سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٣–٢ – ٥٠ – بون ١ فقرة ٩٤١ – لوران ٢٧ فقرة ٤٣٨ – جيوار فقرة ٩٧ – بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٥٤٧ ص ٢٩٢ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٦١ ص ٨٩٧ .

(٢) نقض فرنسى ١٤ يناير سنة ١٩٤٨ J.C.P. ١٩٤٨ – ٢ – ٤٥٣٤ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٦١ ص ٨٩٨ – والتوكيل فى شراء البذرة والغلال لا يشمل التوكيل فى الاقتراض (استئناف مختلط ٢٨ فبراير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٨١) . ولكن التوكيل فى الرهن يشمل التوكيل فى الاقتراض كما سبق القول (انظر آنفا نفس الفقرة فى الهامش) . والتوكيل فى الاقتراض على وجه معين لا يشمل التوكيل فى الاقتراض بوجه عام ولا فى إصدار أوراق تجارية (استئناف مختلط ١٧ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٣٥) .

(٣) ويجب فى جميع الأحوال توكيل خاص فى الوكالة بالخصومة ، فإذا أعلن الشفيع طلب الشفعة إلى وكيل البائع ولم يكن عند هذا الأخير توكيل خاص فى الخصومة كان الإعلان باطلا ، ولا يجوز بعد انقضاء المواعيد إعادة الإعلان للبائع نفسه (استئناف مختلط ٩ يونيه سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٨١) . وإذا وكل المحامى فى قضية معينة ، فلا يمتد التوكيل إلى قضية أخرى (استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٣٩) . وتوكيل المحامى فى أن يقوم بكل ما يراه فى صالح موكله يكفى لاعتباره توكيلا فى رفع الدعاوى والمرافعة فيها (استئناف مختلط ١٢ يناير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ١٥٥) .

(1) أ – حق التقاضى غير المرافعة مام القضاء ، وحق التقاضى رخصة لكل فرد فى الالتجاء إلى القضاء أما المرافعة أمام القضاء التى تستلزم وكالة خاصة وفقا للمادة ١/٧٠٢ من القانون المدنى – فهى النيابة فى الخصومة للدفاع أمام القضاء – وقد اختص بها المشرع أشخاصاً معينين حسبما تقضى المادة ٢٥ من قانون المحاماة (تقابل المادة ٣ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ٩٨٣) .

(جلسة ١٩٦٥/٥/٢٧ الطعن قم ٣٠٨ لسنة ٣٠ ق س ١٦ ص ٦٣٣)

(جلسة ١٩٦٣/٦/١٩ الطعن رقم ٣١٦ لسنة ٢٨ ق س ١٤ ص ٨٢٩)

ب – ليس فى القانون ما يمتنع معه على مجلس إدارة الجمعية التعاونية ممارسة حق تقرره القواعد العامة – وهو جواز الوكالة فى كل الأعمال القانونية – بالرغم مما نصت عليه المادة ٥٩ من القانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٥٤ من أن مجلس الإدارة هو الذى يمثل الجمعية أمام القضاء إذ لم يقصد به سوى عدم انفراد رئيس الجمعية بأعمالها ومن ثم فإذا أناب أعضاء مجلس الإدارة رئيس الجمعية بتفويض منهم فى اتخاذ الإجراءات القانونية المؤدية للحصول على تعويض فإن الدعوى التى يرفعها باعتباره نائبا عن الجمعية وممثلا لها تكون مقبولة .

(جلسة ١٩٦١/٦/١٥ الطعن ٥٣٧ لسنة ٢٥ ق س ١٢ ص ٥٤٥). =

يشمل توكيله فى الصلح ولا فى التحكيم ولا فى الإقرار ولا فى توجيه اليمين ، بل لابد من توكيل خاص لكل تصرف من هذه التصرفات [1] ، أى يجب أن يذكر فى التوكيل الصادر

=جـ – التوكيل فى الحضور جائز طبقا للقواعد العامة فى الوكالة ولم لم يكن الوكيل محامياً أو قريباً أو صهرا للموكل ، أما ما تنص عليه المادة ٨١ من قانون المرافعات (قديم تقابلها المادة ٧٢ من القانون الحالى) من أنه «فى اليوم المعين لنظر الدعوى يحضر الخصوم بأنفسهم أو يحضر عنهم من يوكلونه من المحا مين وللمحكمة أن تقبل فى النيابة عنهم من يوكلونه من أزواجهم أو أقاربهم أو أصهارهم إلى الدرجة الثالثة» فإن مفاده أن هذه المادة قاصرة على تحديد من يجوز توكيله فى الحضور أمام القضاء وهم المحامون والأقارب والأصهار إلى الدرجة الثالثة .

(جلسة ١٩٦٦/٣/٢٩ الطعن قم ٤١٩ لسنة ٣١ ق س ١٧ ص ٧٥٧)

هـ – لا يجوز – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – أن تتصدى المحكمة لعلاقة الخصوم بوكلائهم إلا إذا أنكر صاحب الشأن وكالة وكيله فإذا باشر المحامى اجراء قبل أن يصدر توكيلا له من ذى الشأن الذى كلفه بالعمل فلا يعترض عليه بأن وكالته لم تكن ثابتة قبل اتخاذ الاجراء ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ، وكان القانون لا يتطلب أن يكون بيد المحامى الذى يحرر صحيفة الدعوى توكيل من ذى الشأن عنه بتحرير هذه الصحيفة واعلانها ، فإه لا يؤثر على سلامة الاجراء من المدعى – المطعون ضده الاول – بايداع الصحيفة واعلانها عدم ثبوت وكالة الاستاذ ..... المحامى وقت تحرير هذه الصحيفة والتوقيع عليها واعلانها .

(جلسة ١٩٩٠/١١/٢٩ الطعن قم ٢١١٠ لسنة ٥٨ ق)

(جلسة ١٩٧٧/١١/١٥ الطعن رقم ٣٣٨ لسنة ٤٥ ق س ٢٨ ص ١٦٧٨)

و – اذ كان من المقرر أنه يجب أن يكون المحامى الموقع على صحيفة الطعن موكلا عن الطاعن عند رفع الدعوى وأن يرفع الطعن بذات الصفة التى كان متصفا بها من الخصومة التى صدر بها الحكم المطعون فيه ولا يلزم تقديم التوكيل عنه ايداع الصحيفة، إلا أنه يجب إبراز التوكيل قبل حجز الطعن للحكم .

(جلسة ١٩٨١/٣/١٢ الطعنان ٢٨١ ، ٩٥٢ لسنة ٤٩ ق س ٣٢ ص ٧٨٦)

(جلسة ١٩٧٨/٣/١٥ الطعن ٩٦٩ لسنة ٤٤ س ٢٩ ص ٧٦٢)

ز – المقرر فى قضاء محكمة النقض من أنه لا يشترط فى عبارة التوكيل صفة خاصة ولا النص فيها صراحة على إجازة الطعن بالنقض فى القضايا المدنية متى كانت هذه الوكالة مستفادة من أية عبارة وارده فيه تتسع لتشمل الحق فى النيابة أمام المحاكم على اختلافها ، وكانت عبارة التوكيل ... تشمل وكالته عنهم أمام جميع المحاكم على اختلاف درجاتها وأنواعها فإنها بهذا الشمول تتسع لمباشرة القضايا أمام محكمة النقض طعنا وحضوراً ، ومن ثم يكون الطعن المقام من أولئك الطاعنين مقدما من ذى صفة .

(جلسة ١٩٨٠/٥/٣١ الطعن رقم ٣٠٦ لسنة ٤٦ ق س ٣١ ص ١٦٢٨)

(1) أ – أنه لما كان الاقرار الصادر من الوكيل أمام القضاء منطوياً على تصرف قانونى هو النزول عن حق ، فإنه يعد عملا من أعمال التصرف التى يتعين أن يصدر بها توكيل خاص أو يرد ضمن توكيل عام ينص فيه صراحة على هذا التفويض .

(جلسة ١٩٦٦/١١/١٥ الطعن رقم ١٨٥ لسنة ٣٢ س ١٧ ص ١٦٩٤) =

للمحامي أنه موكل في المرافعة أمام القضاء وفي الصلح والتحكيم والإقرار وتوجيه اليمين [1]، فإذا أغفل ذكر تصرف من هذه التصرفات لم تكن للمحامي صفة في مباشرته[2] . كذلك لا يتضمن توكيل المحامي في المرافعة أمام القضاء توكيله في ترك المرافعة أو في قبول الحكم أو في النزول عنه أو في الطعن في الحكم بطرق الطعن العادية[3] أو غير العادية أو في النزول عن حق للموكل ، بل يجب أن يذكر كل ذلك في التوكيل

= (جلسة ١٩٨٠/٢/٢٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٣١ ص ٦٢٢).

ب – من المقرر أن الوكالة بالخصومة أمام القضاء وان كانت تخول الوكيل سلطة القيام بالإعمال والإجراءات اللازمة لرفع الدعوى ومتابعتها والدفاع فيها ، إلا أنها لا تجيز له الصلح بغير تفويض خاص يذكر بلفظه في التوكيل .

(جلسة ١٩٧٥/٢/١٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص ٣٧٨)

جـ – لا يجوز للمحكمة أن تتصدى لعلاقة الخصوم بوكلائهم إلا إذا أنكر صاحب الشأن وكالة وكيله ، فإذا باشر المحامي إجراء قبل أن يصدر توكيلا له من ذي الشأن الذي كلفه بالعمل فلا يعترض عليه بأن التوكيل لاحق على تاريخ الاجراء ما لم ينص القانون على خلاف ذلك .

(جلسة ١٩٦٩/١١/١١ الطعن ٣١١ لسنة ٣٥ ق س ٢٠ ص ١١٨٠)

(جلسة ١٩٧٩/٥/١٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٠ ع ٢ ص ٣٧٣)

(جلسة ١٩٨٣/١٠/٢٦ الطعن ١٨٧٥ لسنة ٤٩ ق)

(١) وإذا وجه المحامي اليمين دون توكيل خاص ، جاز للموكل أن يقر هذا التصرف بعد وقوعه (استئناف مختلط ١٩ مارس سنة ١٨٩٠ م ، ص ٣٧٩) .

(٢) استئناف مختلط ١٧ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٠٩ – ١٣ ديسمبر سنة ١٨٩٣م ٦ ص ٨٧ – ٣٠ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٣١٥ – ٢٧ نوفمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ١٩ – ١٥ إبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٧٨ – ٩ يونيه سنة ١٨٩٨م ١٠ ص ٣٢٢ – ٢ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٥١ – نقض فرنسي ٩ ديسمبر سنة ١٨٦٣ سيريه ٦٤ – ١ – ١٧٧ – السين ٥ فبراير سنة ١٩٠١ La Droit ١٠ مايو سنة ١٩٠١ – بودري وفال في الوكالة فقرة ٥٤٧ ص ٢٩٣ .

ولا يعتبر تكييف المحامي للدعوى إقراراً يحق يستلزم توكيلا خاصاً . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قرر محامي الشريك في دعوى ريع رفعت ضده من باقي شركائه أنه وكيل عنهم على الشيوع وأن الدعوى التي توجه إليه يجب أن تكون دعوى حساب ، فإن هذا القول لا يعتبر إقراراً بحق يستلزم توكيلا خاصاً من موكله ، وإنما هو من وسائل الدفاع المخولة للمحامي بمقتضى التوكيل الصادر إليه من موكله ترتبط ارتباطاً وثيقاً بسلطته في إعطاء التكييف القانوني للدعوى واتخاذ إجراءات الدفاع التي يراها مما ينطوي عليه ذلك التوكيل (نقض مدني ١٧ أكتوبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٧٦ ص ٧١٩).

(٣) ومع ذلك انظر في أن التوكيل في المرافعة يشمل التوكيل في الطعن في الحكم بطريق الاستئناف : دائرة النقض الجنائية ١٥ أكتوبر سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٥ ص ١٠ – استئناف مختلط ٢٣ سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٧٤ .. ويستثنى هذا الحكم حالة ما إذا وقع المحامي استئنافاً دون أن يعلم الموكل أنه خسر الدعوى في محكمة أول درجة إذ لا يمكن القول في هذه الحالة بتوكيل ضمني) – إكس ٩ يونيه سنة ١٨٩٦ داللوز ٩٨–٥–٢٦٨– بلانيول وريبير وسالتييه ١١ فقرة ١٤٦٢ ص ٨٩٨ .

الصادر للمحامى حتى تكون له صفة فى مباشرته [1].

٢٤٢ – الوكالة تشمل ما تقتضيه من توابع ضرورية : ومع ذلك فهناك وجه للتوسع فى تفسير الوكالة ، فقد قضت الفقرة الثالثة من المادة ٧٠٢ مدنى سالفة الذكر بأن الوكالة الخاصة لا تجعل للوكيل صفة إلا فى مباشرة الأمور المحددة فيها «وما تقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية وفقاً لطبيعة كل أمر وللعرف الجارى» [2] . وهذا النص لا ينطبق فحسب على

---

(١) استئناف مختلط ١٨ يناير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٠٠ – ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٠٢م ١٥ ص ١٥ – ٢١ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٤١ – ٨ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٥٥ – أسيوط ٦ فبراير سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ٢٤ ص ٤٣ – نقض فرنسى ٢٩ يناير سنة ١٨٥٠ سيريه ٥٠ – ١ – ١٩٢ – ٩ ديسمبر سنة ١٨٦٣ سيريه ٦٤–١–١٧٧ – ٢٥ فبراير سنة ١٨٩١ سيريه ٩٤–١–٣٥١ – ٤ أبريل سنة ١٨٢ سيريه ٩٣–١–٢٦٠– ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٨ داللوز ١٩٤٩ – ٢٨ – بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٥٥٨ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٦١ ص ٨٩٧ – محمد كامل مرسى فقرة ١٩٢ – ص ٢٦٣.

وقد ورد نصان فى تقنين المرافعات يحددان نطاق التوكيل بالخصومة ، وما يدخل فى عموم هذا التوكيل ، وما يجب أ يصدر فيه تفويض خاص . فنصت المادة ٧٥ مرافعات على أن «التوكيل بالخصومة يخول الوكيل سلطة القيام بالأعمال والإجراءات اللازمة لرفع الدعوى ومتابعتها أو الدفاع فيها ، واتخاذ الإجراءات التحفظية إلى أن يصدر الحكم فى موضوعها فى درجة التقاضى التى وكل فيها ، وإعلان هذا الحكم وقبض الرسوم والمصاريف . وذلك بغير إخلال بما أوجب فيه القانون تفويضاً خاصاً . وكل قيد يرد فى سند التوكيل على خلاف ما تقدم لا يحتج به على الخصم الآخر» . ونصت المادة ٧٦ مرافعات على أنه «لا يصح بغير تفويض خاص الإقرار بالحق المدعى به ولا التنازل عنه ولا الصلح ولا التحكيم فيه ، ولا قبول اليمين ولا توجيهها ولا ردها، ولا ترك الخصومة ولا التنازل عن الحكم أو عن طريق من طرق الطعن فيه ، ولا رفع الحجز ولا ترك التأمينات مع بقاء الدين ، ولا الادعاء بالتزوير ، ولا رد القاضى ولا مخاصمته ولا رد الخبير ، ولا العرض الفعلى ولا قبوله ، ولا أى تصرف آخر يوجب القانون فيه تفويضاً خاصاً» .

وتحديد مدى الوكالة مسألة واقع يبت فيها قاضي الموضوع . وقد قضت محكمة النقض بأن لقاضى الموضوع، بما له من السلطة فى تعرف حقيقة ما أراده العاقدان فى العقد المبرم بينهما، أن يحدد مدى الوكالة على هدى ظروف الدعوى وملابساتها. فإذا كانت المحكمة فى الدعوى المرفوعة على المحامى من موكله يطالبه بمبلغ مقابل ما أضاعه عليه بإهماله تجديد قيد الرهن على الأطيان التى وكله فى مباشرة إجراءات نزع ملكيتها حتى سقط القيد وأصبح دينه عادياً ، وقد قضت على المحامى بالتعويض، مؤسسة قضاءها على ما استشهرته من عقد الوكالة المحرر للمحامى وما استخلصته من الظروف والملابسات التى صدر فيها من أنه وإن كان متعلقاً بدعوى معينة إلا أنه عام فيها ، فيشمل التزام المحامى بالعمل على تجديد الرهن فى الميعاد ، وكان ما حصلته المحكمة من ذلك تبرره المقدمات التى ساقتها ولا يتعارض مع أى نص فى عقد الوكالة ، فلا تقبل مناقشتها لدى محكمة النقض بدعوى أنها مسخت ذلك العقد وحولت معناه (نقض مدنى ٢١ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٦٣ ص ٤٥٨).

(٢) نقض فرنسى ١٣ نوفمبر سنة ١٩٠٦ داللوز ١٩٠٧ – ١ – ٤٩١ – بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٥٤٥ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٦٢.

الوكالة الخاصة فى أعمال التصرف من معاوضات وتبرعات ، بل أيضاً على كل وكالة فيشمل الوكالة الخاصة فى عمل من أعمال الإدارة والوكالة العامة فى جميع أعمال الإدارة (1) .

فالوكالة فى البيع تشمل تسليم المبيع (1)(2) ، والوكالة فى الإيجار تشمل تسليم العين المؤجرة ، والوكاة فى الشراء تشمل تسلم العين المشتراه (2) ، والوكالة فى الاستئجار تشمل تسلم العين المستأجرة ، والوكالة فى الاقتراض تشمل تسلم المبلغ المقترض . وتشمل الوكالة فى قبض الدين إعطاء المخالصة بدفعه وشطب الرهن الذى يضمنه (3) ، وقبض الدين قبل ميعاد حلوله (4) ، واستيفاء جزء من الدين إذا جرى العرف بذلك أو انصرفت إليه نية المتعاقدين (5) . وتشمل الوكالة فى الوفاء بدين الموكل من أى مال يستطيع الوكيل الحصول

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ٥ ص ١٩٨ (انظر آنفاً فقرة ٢٤٠ فى الهامش) – ولكن لا يجوز للوكيل بالبيع أن يدرج فى العقد الذى أبرمه تنفيذاً للوكالة شروطاً تربط موكله بالتزامات أكثر مما أوجبه القانون بغير تفويض خاص ، فلا يجوز للوكيل فى حوالة الحق أن يجعل موكله ضامناً ليسار المدين فى الحال والاستقبال إلا إذا خول هذا الحق صراحة فى سند التوكيل ، لأن الضمان الوحيد المنصوص عليه فى القانون العام هو ضمان وجود الدين وقت الحوالة (شبين الكوم استئنافى ١٤ مارس سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٩١ ص ٥٦٥) . والتوكيل فى بيع المحصول لا يخول الوكيل إلزام موكله بدفع تعويض عند عدم تسليم المحصول (استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ١٥١ – ومع ذلك قارن استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سن ١٩٢٥ م ٣٨ ص ١٥١ – ومع ذلك قارن استئناف مختلط ٧ يونيه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤١١) .

(٢) بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٥٥٦ – أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ١٦٢ .

(٣) نقض فرنسى ٩ نوفمبر سنة ١٩٠٣ سيريه ١٩٠٤ – ١ – ٨٧ – جيوار فقرة ٩٧ – بلانيول وريپير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٠٢٤ – محمد على عرفة ص ٣٧٣ .

(٤) نقض فرنسى ٢٢ يناير سنة ١٩٠٣ داللوز ١٩٠٣ – ١ – ٤٧٨ .

(٥) نقض فرنسى ٢٤ يونيه سنة ١٨٦٧ داللوز ٦٨ – ١ – ٢٩ – بلانيول وريپير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٦٢ ص ٨٩٨ .

(1) تختلف سعة الوكالة باختلاف الصيغة التى يفرغ فيها التوكيل ومؤدى نص المادة ٧٠٢ من القانون المدنى أن الوكالة الخاصة تحدد بعمل أو أعمال قانونية معينة وترد على أعمال التصرف وأعمال الإدارة على السواء وهى وإن اقتصرت على عمل معين فهى تشمل كذلك توابعه ولوازمه الضرورية وفقا لطبيعة الأشياء والعرف السارى، وتحديد مدى الوكالة مسألة واقعية يبت فيها قاضى الموضوع بما له من السلطة فى تعرف حقيقة ما أراده المتعاقدان مستعينا بعبارة التوكيل وبظروف الدعوى وملابساتها طالما كان الاستخلاص سائغا.

(جلسة ١٩٧٨/٦/٢١ الطعن ٥٩٨ لسنة ٤٤ ق س ٢٩ ص ١٥١٠)

(2) الوكالة فى ابرام عقد البيع لا تجعل للوكيل صفة فى تمثيل الموكل فى الخصومات التى تنشأ بسبب تنفيذ هذا العقد إلا إذا وجد اتفاق يقضى باضفاء هذه الصفة على الوكيل فإذا كان الحكم المطعون فيه وقد قرر أن وكالة الطاعنة عن الشركة البائعة ليست قاصرة على إبرام العقد بل إنها نائبة عن تلك الشركة فى الديار المصرية دون أن يبين حدود هذه النيابة وما إذا كانت تشمل تمثيل الشركة الأصلية فى الدعاوى التى ترفع عليها فى مصر أولا تشمل ذلك ، فإن الحكم بتجهيله حدود النيابة التى قال بقيامها يكون قد أعجز محكمة النقض عن مراقبة صحة تطبيق القانون .

(جلسة ١٩٦٥/٦/٣٠ الطعن رقم ٤٨٢ لسنة ٣٠ ق س ١٦ ص ٨٧٨)

عليه الاقتراض لوفاء الدين بالمبلغ المقترض [١]. وتشمل الوكالة فى بيع أسهم لوفاء دين الموكل إعطاء هذه الأسهم للدائن فى مقابل دينه [٢].

ويمكن القول بوجه عام إن الوكالة تشمل كل ما يقتضيه تنفيذها من تصرفات أو أعمال ضرورية ، ويرجع فى ذلك إلى طبيعة التصرف محل الوكالة وإلى ما جرى به العرف، وقبل ذلك إلى ما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين [٣].

٢٤٣ – إثبات مدى سعة الوكالة : ومتى ثبت وجود الوكالة وفقاً لقواعد الإثبات السابق بيانها [٤]، ولم يبق إلا تحديد مدى سعة الوكالة ، فإن إثبات هذا المدى يكون بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن ، ولو زادت قيمة الوكاة على خمسمائة جنيه . ذلك أن الوكالة متى ثبت وجودها ، فإن مدى سعتها ليس إلا تفسيراً لمضمونها ، والتفسير من أمور الواقع التى يضطلع بها قاضى الموضوع (1).

وعلى من يتمسك بالوكالة يقع عبء إثبات مدى سعتها : على الوكيل إذا كان يريد الرجوع على الموكل بالمصروفات التى أنفقها أو بالأجر أو بالتعويض ، وعلى الموكل إذا كان يطالب الوكيل بتنفيذ الوكالة أو بتقديم حساب عنها ، وعلى الغير الذى تعاقد مع الوكيل إذا كان يطالب الموكل بتنفيذ التصرف محل الوكالة [٥].

---

(١) جيوار فقرة ٩٧ – بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٥٥٠ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٤٦٢ ص ٨٩٩ – ولكن قارن أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ١٦٧.

(٢) باريس ١٢ يوليه سنة ١٩٨٢ داللوز ٩٣–٢ – ٥٠٩ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٦٢ ص ٨٩٩ .

(٣) أكثم أمين الخولى فقرة ١٦٩ ص ٢١٣ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٢٢٣ .

(٥) بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٥٦٠ .

(1) أ – إذا كان الحكم الابتدائى المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه قد فسر عبارات التوكيل الصادر من الطاعنين إلى الأستاذ ..... المحامى والذى اقتصر على تخويله الحق فى اقامة الدعاوى نيابة عنهما أمام المحاكم كافة وتمثيلها أمامها واتخاذ كافة الاجراءات والتصرفات القانونية المتعلقة بها – فإنه يبيح له القيام بأعمال الإدارة وابرام عقود الإيجار التى تزيد مدتها على ثلاث سنوات قيامه عنها مخالفا بذلك مدلول المعنى الظاهر لعباراته بما لا تحتمله ورتب على ذلك الحكم بتأييد قضاء الحكم المستأنف برفض الدعوى فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون .
(جلسة ١٩٩٠/٥/٢٣ الطعن قم ٦٠١ لسنة ٥٥)

ب – الوكالة تخول الوكيل السلطة فى القيام بجميع الأعمال والاجراءات المنصوص عليها فى المادة ٨١٠ مرافعات ولوازمه الضرورية وفقا لطبيعة الأشياء والعرف السارى وبيان مدى الوكالة وما قصده المتعاقدان منها مسألة واقع يحدده قاضى الموضوع بما له من سلطة فى تعرف حقيقة ما أراده العاقدان مستعينا بعبارة التوكيل وبظروف الدعوى وملابساتها متى كان استخلاصه سائغا يؤدى إلى ما انتهى إليه.
(جلسة ١٩٩٠/٢/٥ الطعن رقم ٧٥٧ لسنة ٥١ ق)
(جلسة ١٩٨٣/١/٢ الطعن رقم ١١ لسنة ٤٩ ق س ٣٤ ص ٩٧)
(جلسة ١٩٧٨/٦/٢١ الطعن ٥٩٨ لسنة ٤٤ ق س ٢٩ ص ١٥١٠)
(جلسة ١٩٧٠/١/٦ السنة ٢١ ص ٢)

فالأمر إذن ينتهى إلى قاضى الموضوع ، وهو الذى يبت ، دون معقب عليه من محكمة النقض إلا إذا مسخ شروط الوكالة ، فى مدى سعتها من حيث ما تشتمل عليه من تصرفات قانونية ، ومن حيث ما ترك للوكيل من حرية فى القيام بهذه التصرفات [1] .

---

(١) نقض فرنسى ٢٣ يوليه سنة ١٨٨٩ داللوز ٩١-١-١٩-٢٥ فبراير سنة ١٨٩١ سيريه ٩٤-١-٣٥١-١٤ يونيه سنة ١٨٩٥ داللوز ٩٦-١-٥٠٨- ١٥ يوليه سينة ١٨٩٥ داللوز ٩٦ - ١ - ٣١ - ٨ و ٩ يوليه سنة ١٨٩٦ سيريه ٩٧-١-١٣٣- ٢٩ يناير سنة ١٩٠٦ سيريه ١٩١١ - ١ - ٩٤ - ١٩ فبراير سنة ١٩٠٦ داللوز ١٩٠٧ - ١ - ٢٣٢ - ١٣ نوفمبر سنة ١٩٠٦ داللوز ١٩٠٧ - ١ - ٤٩١ - بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٥٦١ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٢ ص ٢١٥ - بلانيول وريبير وساقاتييه ١١ فقرة ١٤٦٤ - كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٣٥٥ - أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ١٢٧ - محمد على عرفة ص ٣٧٥ .

وقد لخصت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما قدمناه عن الوكالة العامة والوكالة الخاصة وعن تدرج الوكالة فى التخصيص بحسب خطورة التصرف محل الوكالة فى العبارات الآتية : «تعرض المادتان ٩٧٦ و٩٧٧ (م ٧٠١ و م ٧٠٢ مدنى) للوكالة العامة وللوكالة الخاصة . فالوكالة العامة هى التى ترد فى ألفاظ عامة دون أن يحدد لها عمل قانونى معين . فإذا وكل شخص آخر توكيلا عاما ، انصرفت الوكالة إلى أعمال الإدارة ، كالإيجار لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات وقبض الحقوق ووفاء الديون والقيام بأعمال الحفظ والصيانة ، وكذلك قطع التقادم وقيد الرهن وتجديد القيد وتوقيع الحجز التحفظى ورفع الدعاوى المستعجلة ودعاوى وضع اليد . ويدخل فى أعمال الإدارة أعمال التصرف التى تقتضيها أعمال الإدارة ، كبيع المحصول والبضاعة وبيع ما يسرع إليه التلف وشراء مواش ، وآلات للزراعة . أما الوكالة الخاصة فهى التى تتحدد بعمل أو أعمال قانونية معينة ، كالتوكيل فى البيع والشراء والصلح والتحكيم وكالتوكيل فى الإيجار وفى بيع المحصول . ويتبين من ذلك أن الوكالة الخاصة قد ترد على عمل من أعمال التصرف أو على عمل من أعمال الإدارة . وقد ترد على العملين معاً فى وقت واحد، والمهم أن تتخصص فى عمل أو أعمال قانونية معينة . ٢ - وأعمال الإدارة يصح أن يكون محلا لوكالة عامة أو لوكالة خاصة كما تقدم . أما أعمال التصرف فلا يصح أن تكون محلا إلا لوكالة خاصة لخطورتها . فلا يصح أن يوكل شخص آخر توكيلا عاماً فى جميع أعمال التصرفات دون أن يخصص أعمالا معينة منها . فإن خصص، اقتصرت الوكالة على ما خصص ولا تتناول غير ذلك من أعمال التصرفات ، كما إذا وكل شخص آخر فى بيع ماله وفى التصرف فيه بجميع أنواع التصرفات ، فلا تتناول الوكالة فى هذه الحالة إلا البيع دون غيره . على أن التوكيل فى البيع يتناول ما يقتضيه البيع من أمور تابعة له وفقاً لطبيعته وللعرف الجارى ، فيجوز للوكيل فى البيع أن يقبض الثمن وأن يسلم المبيع . ٣ - ويلحق بأعمال التصرفات فى وجوب أن تكون الوكالة فيها وكالة خاصة ، أعمال تنطوى على شئ من الخطورة يعلو بها عن مستوى أعمال الإدارة، وهذه هى الصلح وإلا دلاء باعتراف وتوجيه اليمين والدفاع أمام القضاء عن موضوع الحق . ٤ - أما إذا كان العمل تبرعاً كالهبة والعارية، فلا تكفى الوكالة الخاصة دون تعيين المال الذى يرد عليه العمل القانونى . وإذا صح أن يوكل شخص آخر فى بيع ماله دون أن يعين المال الذى يباع ، فلا يجوز ذلك فى التوكيل بالهبة . بل يجب أن يعين التوكيل المال الذى يوهب ، ولا يجوز للوكيل هبة غير هذا المال ، وذلك لخطورة أعمال التبرعات . ٥ - ويلاحظ أن تدرج الأعمال فى الخطورة يتمشى معه تدرج الوكالة فى التخصيص. فما كان من الأعمال محدود الخطورة ، كأعمال الإدارة ، تكفى فيه الوكالة العامة . فإذا زادت خطورة العمل، كما فى أعمال التصرف وملحقاتها ، وجب أن تتخصص الوكالة فى نوع العمل القانونى. حتى إذا وصلت الخطورة إلى الذروة ، كما فى أعمال التبرع ، وجب أن تتخصص الوكالة فى نوع العمل القانونى وفى محله» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٩٧ - ص ١٩٩) .

الفصل الثانى

الآثار التى تترتب على الوكالة

٢٤٤- فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير: لما كان محل الوكالة تصرفاً قانونياً يعقده الوكيل مع الغير، فإن الوكالة يترتب عليها نوعان من الآثار: آثار فيما بين المتعاقدين الوكيل والموكل، وآثار بالنسبة إلى الغير الذى تعاقد معه الوكيل.

الفرع الأول

آثار الوكالة فيما بين المتعاقدين

٢٤٥- التزامات الوكيل والتزامات الموكل: تنشئ الوكالة التزامات فى جانب الوكيل، هى تنفيذ الوكالة، وتقديم حساب عنها للموكل، ورد ما يكون للموكل عند الوكيل.

وقد تنشئ التزامات فى جانب الموكل، هى دفع الأجرة إذا كانت الوكالة مأجورة، ورد المصروفات أو تقديمها إذا كانت هناك حاجة إلى نفقات لتنفيذ الوكالة، وتعويض الوكيل عن الضرر إذا أصابه ضرر بسبب تنفيذ الوكالة(١).

المبحث الأول

التزامات الوكيل

المطلب الأول

تنفيذ الوكالة

٢٤٦- مسائل ثلاث: نبحث، فى التزام الوكيل بتنفيذ الوكالة، مسائل ثلاثا: (١)تنفيذ الوكالة فى حدودها المرسومة. (٢) العناية الواجبة فى تنفيذ الوكالة. (٣) تعدد

---

(١) ولا تتقادم التزامات كل من الوكيل والموكل إلا بالمدة الطويلة وهى خمس عشرة سنة، ولا تسرى المدة إلا من وقت ثبوت الالتزام مستحق الوفاء فى ذمة المتعاقد (بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٦٣٩- فقرة ٦٤٠).

الوكلاء ونائب الوكيل، إذ يجوز أن يقوم بتنفيذ الوكالة وكلاء متعددون، أو يقوم بتنفيذها شخص آخر أنابه عنه الوكيل.

١ – تنفيذ الوكالة فى حدودها المرسومة

٢٤٧ – نص قانونى: تنص المادة ٧٠٣ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«١ – الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز حدودها المرسومة».

«٢ – على أن له أن يخرج عن هذه الحدود متى كان من المستحيل عليه إخطار الموكل سلفاً، وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف. وعلى الوكيل فى هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل خروجه عن حدود الوكالة»(١).

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى القديم، والفقرة الأولى من النص كان معمولا بها فى عهد التقنين المدنى القديم لاتفاقها مع القواعد العامة، أما الفقرة الثانية فمستحدثة ولا يعمل بها إلا إذا كانت الوكالة قد أبرمت منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ وقت العمل بالتقنين المدنى الجديد.

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى م٦٦٩ – وفى التقنين المدنى الليبى م٧٠٣ – وفى التقنين المدنى العراقى م٩٣٣ – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٧٧٩ – ٧٨٠ و٧٨٧(٢).

---

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ٩٧٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد فى فقرته الأولى، أما الفقرة الثانية فكانت تجرى على الوجه الآتى: «على أن له أن يخرج عن هذه الحدود إذا استحال عليه أن يخبر الموكل مقدماً بتصرفه وكانت الظروف بحيث يفترض معها أن الموكل كان يوافق على هذا التصرف وعلى الوكيل فى هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل ما أدخله على الوكالة من تعديل». وفى لجنة المراجعة عدلت الفقرة الثانية تعديلا جعلها هى أيضاً مطابقة لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، وصار رقم النص ٧٣٥ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٣٤، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٠٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٠٠ – ص٢٠١).

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدنى السورى م٦٦٩ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م٧٠٣ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى م٩٣٣ (موافق).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٧٧٩: لا يحق للوكيل أن يتجاوز الحدود المعينة فى الوكالة – غير=

ويخلص من النص سالف الذكر أن على الوكيل أن يلتزم حدود الوكالة المرسومة، ومع ذلك يجوز له استثناء وبشروط معينة أن يجاوز هذه الحدود.

٢٤٨- القاعدة - التزام حدود الوكالة المرسومة: يجب على الوكيل أن يلتزم فى تنفيذ الوكالة حدودها المرسومة، فلا يخرج على هذه الحدود، لا من ناحية مدى سعة الوكالة والتصرفات القانونية التى تتضمنها(1)، ولا من ناحية طريقة التنفيذ التى رسمها له الموكل. فإذا كان موكلا فى بيع منزل معين لمشتر معين بثمن معين، على أن يكون الثمن نسيئة لأجل معين، وعلى أن يضمن الوفاء بالثمن فوق امتياز البائع كفيل شخصى ملئ، وجب على الوكيل أن ينفذ الوكالة فى هذه الحدود المرسومة دون نقص أو زيادة، وأن يجرى فى طريقة تنفيذها على النحو المرسوم فى الوكالة. فيجب عليه أن يبيع هذا المنزل

=أنه يستطيع الحيد عن التعليمات المعطاة له إذا تعذر عليه أن يعلم الموكل قبل ذلك، وكانت هناك ظروف تقدر معها موافقة الموكل. وفى هذا الحال يجب على الوكيل أن يخبر الموكل بلا إبطاء عما أجراه من التعديل فى تنفيذ الوكالة.

م٧٨٠: إذا تمكن الوكيل من القيام بالعمل الموكول إليه على شروط أكثر فائدة وجدوى من الشروط المعينة فى الوكالة، فإن الفرق يعود إلى الموكل.

م٧٨٧: يجب على الوكيل أن يخبر الموكل عن جميع الظروف التى يمكن أن تحمله على تعديل الوكالة أو الرجوع عنها. (وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى).

(1) أ- من المقرر أن الوكالة هى عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانونى لحساب الموكل، وأن الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة فى حدودها المرسومة فليس له أن يجاوزها فإذا جاوزها فإن العمل الذى يقوم به لا ينفذ فى حق الموكل، إلا أن للموكل فى هذه الحالة أن يقر هذا العمل فإن أقره أصبح كان قد تم فى حدود الوكالة من وقت اجراء العمل لا من وقت الاقرار مما مفاده أن الموكل هو الذى يملك التمسك بتجاوز الوكيل لحدود الوكالة.

(جلسة ١٩٧٩/١٢/٢٢ الطعن رقم ٢٠٧ لسنة ٤٩ق س٣٠ ع٣ ص٣٦١)

(جلسة ١٩٧٩/٥/٢ الطعن رقم ١١٢٥ لسنة ٤٨ق س٣٠ ع٢ ص٢٦٣)

(جلسة ١٩٧٢/٤/٦ الطعن رقم ١٦٢ لسنة ٣٧ق س٢٣ ص٦٤٨)

(جلسة ١٩٥٦/٤/٥ الطعن رقم ٢٥٥ لسنة ٢٢ق س٧ ص٤٨٩)

ب- تفويض المطعون ضده محاميه بالتوكيل فى جميع القضايا التى ترفع منه أو عليه أمام جميع المحاكم والحضور أمام الجهات الادارية ومصالح الشهر العقارى ومصلحة الضرائب وتقديم الطلبات والتوقيع عليها والصلح والإقرار . مفاده. انصراف الوكالة إلى اتخاذ الاجراءات اللازمة للحفاظ على الأعمال أو التصرفات التى أبرمها عدم تخويلها الوكيل فسخ العقود التى أبرمها الموكل أو التنازل عن الأحكام التى صدرت لمصلحته.

(جلسة ٢٠٠٠/٢/٨ الطعنان ٣٦٤، ١٣٠٦ لسنة ٦٨ق)

المعين دون غيره، وأن يبيعه لا أن يرهنه أو يقايض عليه أو يتصرف فيه بأى تصرف آخر غير البيع، وأن يبيعه لهذا المشترى المعين لا لمشتر آخر ولو دفع ثمناً أعلى إلا إذا وافق الموكل، وأن يبيعه بهذا الثمن المعين لا بثمن أقل. ويجب عليه فوق ذلك أن يجرى فى تنفيذ الوكالة على الطريقة المرسومة فيها، فلا يحدد لدفع الثمن أجلا أبعد، ولا يكتفى بامتياز البائع ضماناً للوفاء بالثمن بل يجب أن يضم إليه كفالة شخص ملئ[1].

وقد يتطلب تنفيذ الوكالة القيام بأعمال مادية تابعة للتصرف القانونى محل الوكالة، كالقيام بإجراءات تسجيل البيع من تحرير العقد والتصديق على الإمضاء وغير ذلك من إجراءات التسجيل، وكالبحث عن مشتر إذا لم يكن التوكيل لمشتر معين، أو السفر إلى المشترى المعين فى موطنه لإتمام الصفقة معه. فيقوم الوكيل بهذه الأعمال المادية التابعة للوكالة كوكيل، لا كأجير يرتبط مع الموكل بعقد عمل أو بعقد مقاولة[2]. ويترتب على ذلك أن أحكام عقد العمل أو عقد المقاولة لا تسرى فيما يتعلق بهذه الأعمال المادية، فلو أصيب الموكل بضرر بسبب تأديتها لا يدخل هذا الضرر فى نطاق «إصابات عقد العمل»، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك[3].

وليس معنى التزام الوكيل الحدود المرسومة للوكالة أنه لا يستطيع التعاقد بشروط أفضل. فلو أنه فى المثل المتقدم الذكر استطاع أن يتفق مع المشترى على أن يكون الثمن معجلا لا نسيئة، أو لأجل أقرب، أو بكفالة شخصين مليئين بدلا من شخص واحد، لصح ذلك وعاد نفعه على الموكل. ولو وكل شخص شخصاً آخر فى بيع منزل أو فى شرائه بثمن معين، فباع الوكيل المنزل بثمن أعلى أو اشتراه بثمن أدنى، لصح ذلك وكان الموكل هو الذى يفيد منه[4]. وقد نصت المادة ٧٨٠ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى

---

(١) ومجاوزة الوكيل لهذه الحدود المرسومة مسألة واقع، وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم إذ قرر بأن الوكيل قد تجاوز حدود التوكيل قد أقام ذلك على استخلاص موضوعى سائغ، فلا رقابة لمحكمة النقض عليه (نقض مدنى ٥ أبريل سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٦٥ ص٤٨٩).

(٢) وتعرض المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى لالتزام الوكيل بتنفيذ الوكالة فتقول: «فأول واجبات الوكيل هو أن ينفذ الوكالة فى حدودها المرسومة، أى أن يقوم بالعمل أو الأعمال القانونية التى وكل فيها وما يتبع ذلك من أعمال مادية ملحقة، دون نقص أو زيادة. فإن نقص أو زاد كان بين التفريط والإفراط، وكلاهما يكون مسئولا عنه» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٠٦).

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢٠٧ فى الهامش. وهناك أحكام خاصة بعقد الوكالة فى الضرر الذى يصيب الوكيل بسبب تنفيذ الوكالة نصت عليها المادة ٧١١ مدنى، وسيأتى بيانها (انظر ما يلى فقرة ٢٨٨ وما بعدها).

(٤) ترولون فقرة ٣٠٨ – فقرة ٣٠٩– بون ١ فقرة ٩٧٤ – فقرة ٩٧٥– لوران ٢٥ فقرة ٤٥٨– جيوار فقرة ١٠٢– بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٦٤٩ ص٣٥٢– وعلى العكس من ذلك لو باع بثمن =

على هذا الحكم البديهى صراحة إذ تقول: «إذا تمكن الوكيل من القيام بالعمل الموكول إليه على شروط أكثر فائدة وجدوى من الشروط المعينة فى الوكالة، فإن الفرق يعود إلى الموكل»(١).

ويحتفظ الوكيل بما يثبت تنفيذه للوكالة على الوجه المطلوب، حتى يستطيع الرجوع على الموكل بما عليه من التزامات(٢) كدفع الأجر إذا كانت الوكالة مأجورة وكرد المصروفات التى أنفقها، وحتى يستطيع أيضاً أن يؤدى حساباً للموكل عن تنفيذ الوكالة كما سيأتى. فيحتفظ بنسخة العقد الذى أمضاه أو بالمستند الذى يثبت ذلك، كما يحتفظ بالمستندات التى تثبت المصروفات التى أنفقها فى تنفيذ الوكالة(٣).

وإذا لم يقم الوكيل بتنفيذ الوكالة على النحو سالف الذكر دون أن يتنحى عن الوكالة على الوجه الذى رسمه القانون، جاز للموكل بعد إعذاره أن يرجع عليه بالتعويض، بل إن الإعذار لا يكون له مقتض إذا أصبح تنفيذ الوكالة مستحيلا(٤).

٢٤٩ - الاستثناء - الخروج عن حدود الوكالة المرسومة: رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٧٠٣ مدنى تجيز للوكيل استثناء أن يخرج عن الحدود المرسومة للوكالة «متى كان من المستحيل عليه إخطار الموكل سلفاً وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما

=أدنى أو اشترى بثمن أعلى، كان مجاوزاً حدود الوكالة، ولكن يجوز له مع ذلك أن يلزم الموكل بالصفقة إذا هو تحمل فرق الثمن. وتقضى المادة ٢/٣٩٧ من تقنين الالتزامات السويسرى فى هذا المعنى بأنه إذا خالف الوكيل تعليمات الموكل لغير صالحه، فإن الوكالة لا تعتبر قد نفذت إلا إذا تحمل الوكيل بالخسارة (انظر فى هذا المعنى جيوار فقرة ٧٤ وفقرة ١٠٢ - بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٦٤٩ - محمد على عرفة ص٣٧٧).

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٤٦ فى الهامش - بل إن تقنين الموجبات والعقود اللبنانى يذهب إلى أبعد من ذلك، ويجيز أن يتعاقد بشروط أقل إذا كان الفرق قليل الشأن أو كان مما يتسامح فيه عادة. فتنص المادة ٨٠٦ من هذا التقنين على أنه: «لا يلزم الموكل بما يفعله الوكيل بما يخرج عن حيز سلطته أو يتجاوز حدها إلا فى الأحوال الآتية .. ثالثا. إذا عاقد الوكيل بشروط أجزل فائدة من الشروط المعينة فى التعليمات التى تلقاها - رابعاً- إذا عاقد الوكيل بشروط أدعى إلى النفقة من الشروط التى عينت له فى التعليمات التى تلقاها، وذلك فى الحالتين الآتيتين: (١) إذا كان الفرق قليل الشأن. (٢) إذا كان منطبقاً على التسامح المعتاد فى التجارة أو فى المكان الذى أبرم فيه العقد».

(٢) نقض فرنسى ٢٧ يناير سنة ١٨٩٤ داللوز ٩٤-١-٣٧١- ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٢ داللوز ١٩١٤ -١-٩٧- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٦٥.

(٣) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٦٥.

(٤) نقض فرنسى ٢٩ يناير سنة ١٩٣٠ جازيت دى باليه ١٩٣٠-١-٥٨٧- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٦٥.

كان إلا ليوافق على هذا التصرف، وعلى الوكيل فى هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل خروجه من حدود الوكالة». فإذا وكل شخص شخصاً آخر فى بيع أوراق مالية فى البورصة بسعر معين، فلم تبلغ هذا السعر ولم يستطع الوكيل بيعها، فألغى الموكل الوكالة وأعطى للوكيل وكالة جديدة فى رهن الأوراق تأمينا على قرض وكله فى عقده، ولكن الوكيل عثر بعد ذلك على مشتر بالسعر الذى يطلبه الموكل، فبدلا من رهن الأوراق باعها بهذا السعر، فإن بيعه للأوراق يكون صحيحاً بالرغم من خروجه عن حدود الوكالة إذ باع بدلا من أن يرهن، وذلك إذا أثبت توافر شرطين سيأتى بيانهما. كذلك إذا وكل شخص شخصاً آخر فى بيع أرض زراعية، فعرض المشترى على الوكيل أن يشترى كذلك المواشى والآلات الزراعية الموجودة بالأرض، جاز للوكيل أن يقبل ما عرضه المشترى، على أن يثبت توافر الشرطين المشار إليهما وهما:

أولا– أنه بالرغم من خروج الوكيل عن الحدود المرسومة للوكالة، إلا أن الظروف هى بحيث يفترض معها أن الموكل ما كان إلا ليوافق على تصرف الوكيل[1]. ففى المثل الأول يثبت الوكيل أن غرض الموكل الأصلى هو بيع الأوراق المالية بسعر معين لا رهنها، وهو لم يفكر فى رهنها إلا بعد أن عجز عن بيعها بهذا السعر، وقد وجد الوكيل مشترياً بالسعر المطلوب، فهذه ظروف يفترض معها أن الموكل ما كان إلا ليوافق على بيعها. وفى المثل الثانى يثبت الوكيل أن الموكل لم تكن له مصلحة فى استبقاء المواشى والآلات الزراعية بعد بيع الأرض، وأنه إنما اقتصر على التوكيل فى بيع الأرض حتى ييسر على الوكيل إيجاد مشتر يرغب فى شراء الأرض دون المواشى والآلات الزراعية، وقد وجد الوكيل مشترياً يرغب فى شراء ذلك كله، فهذه ظروف يفترض معها أن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا البيع[2].

---

(١) ويقول الأستاذ أكثم أمين الخولى فى هذا الصدد: «والمعيار هنا شخصى محض، يستمد من الإرادة المفترضة للموكل ذاته وبشخصه. فلا يرجع فيه إلى ما كان يقبله عادة موكل عادى يوجد فى نفس الظروف. ولكن للوكيل أن يتبين الاتجاه المحتمل لإرادة الموكل من الظروف، أى من عناصر ليست شخصية محضة» (أكثم أمين الخولى فقرة ١٧٣ ص٢١٦).

(٢) ويتبين من هذا الشرط الأول أن الوكيل قد يجاوز حدود الوكالة، ولا يقتصر على مجرد مخالفة تعليمات الموكل فى طريقة تنفيذ الوكالة (mode d'exécution du mandat)، وسنرى فيما يلى على أى أساس قانونى تبقى الوكالة قائمة فيما جاوز فيه الوكيل حدود الوكالة. ويذهب الأستاذ محمد على عرفة إلى أن الفقرة الثانية من المادة ٧٠٣ مدنى سالفة الذكر «قد نقلت محرفة عن النصوص المقابلة لها فى التشريعات الأجنبية التى تجيز للوكيل فى مثل هذا الفرض أن يخالف تعليمات الموكل (instructions).. ولا تتعدى ذلك إلى إباحة الخروج عن حدود الوكالة. وفرق بين مخالفة التعليمات التى تقع بتغيير طريقة التنفيذ فحسب.. والتجاوز كلية عن حدود الوكالة الذى تنتفى معه نيابة الوكيل عن الموكل» (محمد على عرفة ص٣٧٨). =

ثانيا- أنه كان من المستحيل على الوكيل أن يخطر الموكل سلفاً بخروجه عن الحدود المرسومة للوكالة، ولو أنه تراخى فى عقد الصفقة حتى يخطر الموكل لضاعت عليه، فأقدم على عقدها قبل هذا الإخطار.

واستيفاء كل من هذين الشرطين يكون محلا لتقدير قاضى الموضوع(١).

= والنصوص المقابلة لنص المادة ٢/٧٠٣ مدنى فى التقنينات الأجنبية هى - كما يتبين من الرجوع إلى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى الجزء الثالث فى العقود المسماة ص٥٦٦- المشروع الفرنسى الإيطالى م٥٧٢، وتقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٧٧٩ و٨٨٧، والتقنين المدنى الألمانى م٦٦٥، وتقنين الالتزامات السويسرى م٣٩٧، والتقنين البولونى م٢/٥٠٢. وفيما عدا التقنين البولونى الذى ذكر أن الوكيل ينحرف عن التعليمات التى يتلقاها فى شأن طريقة تنفيذ الوكالة ('s écarte des instructions qu'il a reçues *coneernant le mode d'exécution du mandat*) تقتصر التقنينات الأخرى على ذكر التعليمات التى يتلقاها الوكيل، دون أن تقيد هذه التعليمات بأنها متعلقة بطريقة تنفيذ الوكالة، بل تطلق النص فتجعله عاماً يشمل التعليمات المتعلقة بطريقة تنفيذ الوكالة والتعليمات المتعلقة بحدود الوكالة نفسها. وقد حاذى نص التقنين المدنى المصرى بوجه خاص نص المادة ٥٧٢ من المشروع الفرنسى الإيطالى، وهو مطلق كما قدمنا، لم يقيد التعليمات التى يتلقاها الوكيل وينحرف عنها بأن تكون تعليمات متعلقة بطريقة تنفيذ الوكالة، بل عمم لفظ «التعليمات» فشمل التعليمات المتعلقة بطريقة تنفيذ الوكالة والتعليمات المتعلقة بحدود الوكالة.

فسواء وقفنا عند نص التقنين المدنى المصرى دون نظر إلى مصادره التشريعية، أو نظرنا إلى هذه المصادر، ليس هناك ما يبرر قصر النص على حالة مخالفة الوكيل لتعليمات الموكل الخاصة بطريقة التنفيذ. دون حالة مخالفة الوكيل لتعليمات الموكل الخاصة بحدود الوكالة. على أن حالة مخالفة الوكيل لتعليمات الموكل الخاصة بطريقة التنفيذ لم تكن فى حاجة إلى نص خاص، فإن التقنين المدنى الفرنسى لا يشتمل على هذا النص، ومع ذلك يذهب الفقه الفرنسى إلى نفاذ تصرف الوكيل ولو انطوى هذا التصرف على تعديل ضرورى فى طريقة تنفيذ الوكالة كان الموكل يوافق عليه لو أخطر به (جيوار فقرة ٢٠٢- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٦١٧).

انظر فى المعنى الذى تقول به وأنه لا يوجد مبرر للقول بأن النص يقتصر على حالة مخالفة الوكيل لتعليمات الموكل الخاصة بطريقة التنفيذ فحسب. دون حاجة التجاوز كلية من حدود الوكالة: أكثم أمين الخولى فقرة ١٧٣ ص٢١٧.

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «على أنه يجوز له (للوكيل) أن ينقص أو يزيد وأن يعدل بوجه عام فى حدود الوكالة مع بقائه وكيلا، وذلك بشرطين: (١) أن تكون الظروف بحيث يفترض معها أن الموكل كان يوافق على هذا التصرف، كما إذا وكل فى بيع قدر معين من الأرض فتهيأت له صفقة رابحة وباع قدراً أكبر، أو وكل فى الإقراض بتأمين هو كفالة شخصية فأقرض بتأمين هو رهن رسمى. وإذا قام نزاع بين الوكيل والموكل فى تحقق هذا الشرط، كان الأمر محلا لتقدير القاضى. (ب) أن يستحيل على الوكيل إخطار الموكل مقدما بتصرفه. ويترك تقدير هذا أيضاً للقاضى» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٠٦- ص٢٠٧).

فإذا توافر الشرطان اعتبر الوكيل نائباً عن الموكل حتى فيما جاوز فيه حدود الوكالة، وانصرف أثر العقد إلى الموكل فيما كان داخلا فى حدود الوكالة وفيما كان خارجاً عنها على السواء. وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «فإذا توافر هذان الشرطان نفذ فى حق الموكل عمل الوكيل حتى فيما جاوز فيه حدود الوكالة، وكان للغير الذى تعامل مع الوكيل أن يتمسك على الموكل بالعمل الذى أتاه الوكيل، علم الغير أو لم يعلم بمجاوزة هذا الوكيل لحدود الوكالة»[1]. ويلاحظ أن انصراف أثر العقد الذى أبرمه الوكيل إلى الموكل حتى فيما جاوز فيه حدود الوكالة لا يأتى من أن الوكيل فضولى فيما جاوز فيه هذه الحدود، لأنه يرجع على الموكل ويرجع عليه الموكل بموجب عقد الوكالة ذاته، لا بموجب قواعد الفضالة وهى عادة تكون أضيق من قواعد الوكالة. ولا يأتى انصراف أثر العقد إلى الموكل من أن هناك وكالة ظاهرة، فقد يكون الغير الذى تعامل مع الوكيل عالماً بمجاوزة هذا لحدود الوكالة ويرتضى مع ذلك التعامل معه، وشرط الوكالة الظاهرة أن يكون الغير معتقداً أنه يتعامل مع وكيل فى حدود وكالته كما سيجئ. وإنما يأتى انصراف أثر العقد إلى الموكل من أن هناك نيابة قانونية أضفاها القانون على الوكيل فيما جاوز فيه حدود الوكالة، وقد أقام القانون هذه النيابة على أساس إرادة مفترضة– لا صريحة ولا ضمنية – من جانب الموكل، فقد دلت الظروف على أن الموكل «ما كان إلا ليوافق» على تصرف الوكيل. فافترض القانون – والظروف تبرر هذا الافتراض – أن الموكل قد صدرت منه موافقة أى توكيل فيما جاوز فيه الوكيل الحدود الأصلية للوكالة. لذلك كان نص المشروع التمهيدى للفقرة الثانية من المادة ٧٠٣ مدنى سالفة الذكر أصدق دلالة على قيام إرادة مفترضة من جانب الموكل، إذ يقول: «وكانت الظروف بحيث **يفترض** معها أن الموكل كان يوافق على هذا التصرف»[2]. وبقاء الوكيل نائباً حتى فيما جاوز فيه حدود الوكالة تؤكده المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى حين تقول: «على أنه يجوز له أن ينقص أو يزيد وأن يعدل بوجه عام فى حدود الوكالة مع **بقائه وكيلا**، وذلك بشرطين..»[3].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٠٧.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية٥ ص٢٠٠– وانظر آنفاً فقرة ٢٤٦ فى الهامش.

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٠٦– وانظر آنفاً نفس الفقرة فى الهامش – والأدق أن يقال «مع بقائه نائباً»، لا أن يقال «مع بقائه وكيلا». ومن المسلم أن النيابة قد تقوم دون وكالة كما أن الوكالة قد تقوم دون نيابة، وسنرى نظيراً لذلك الوكالة الظاهرة فهى أيضاً نيابة قانونية تقوم دون وكالة (انظر ما يلى فقرة ٣٠٨).

قارن فى ذلك أكثم أمين الخولى فقرة ١٧٣ ص٢١٦ هامش ١ وص٢١٧: ويبرر قيام الوكالة فيما =

وتقول العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ٧٠٣ مدنى سالفة الذكر: «وعلى الوكيل فى هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل خروجه عن حدود الوكالة». ذلك أن المفروض هو أن الوكيل كان يستحيل عليه إبلاغ الموكل خروجه عن حدود الوكالة قبل أن يخرج عن هذه الحدود، فيجب عليه إذن، بعد أن خرج، أن يخطر الموكل بذلك بمجرد تمكنه من هذا الإخطار. وليس الغرض من الإخطار أن يحصل الوكيل على موافقة الموكل، فهذه الموافقة قد افترضها القانون كما قدمنا، وإنما الغرض منه أن يجنب الوكيل الموكل مباشرة تصرف يتعارض مع التصرف الذى باشره الوكيل، كأن يبيع الموكل ما سبق أن باعه الوكيل مجاوزاً حدود الوكالة. لذلك لا يكون الإخطار شرطاً فى انصراف أثر تصرف الوكيل إلى الموكل، فهذا التصرف قد انصرف أثره إلى الموكل بمجرد أن باشره الوكيل. لكن تأخر الوكيل فى إخطار الموكل يجعله مسئولا عن تعويض هذا الأخير فيما لو باشر تصرفاً يتعارض مع تصرف الوكيل، فيكون مسئولا فى المثل المتقدم عن تعويض الموكل الذى باع ما سبق أن باعه الوكيل عن ضمان الاستحقاق الذى ترتب فى ذمة الموكل. وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «ويجب على الوكيل أن يبادر إلى إبلاغ الموكل بما أدخله على الوكالة من تعديل، فإن تأخر لم يؤثر ذلك فى اعتباره وكيلا فيما قام به من العمل، وإنما يكون مسئولا عن التعويض إذا ترتب على التأخير ضرر للموكل، كما إذا باع هذا لمشتر آخر القدر الزائد من الأرض الذى باعه الوكيل مجاوزاً حدود الوكالة فرجع المشترى عليه بضمان الاستحقاق»(١).

وقد افترضنا فيما قدمناه أن الشرطين الواجبين لانصراف أثر تصرف الوكيل فيما جاوز فيه حدود الوكالة إلى الموكل قد توافرا. أما إذا اختل الشرطان أو أحدهما، بأن عجز الوكيل عن إثبات أن الظروف كانت بحيث يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على تصرف الوكيل، أو كان الوكيل يستطيع إخطار الموكل قبل مباشرته للتصرف ليحصل على

=جاوز فيه الوكيل حدودها على أساس أنه لا حق بلا مصلحة، فلا يملك الموكل «أن يتبرأ من تصرف لا مصلحة له فى استبعاده بدليل رجحان الظن بأنه هو نفسه ما كان إلا ليوافق عليه». ثم يذهب إلى أن النص سيكون محدود التطبيق فى العمل فيقول: «ونعتقد مع ما تقدم أن تطبيق هذا النص سيكون محدوداً فى العمل، أولا لأن الغير لا يقبل التعامل مع الوكيل خارج حدود وكالته، وثانيا لأن تطبيق المعيار الشخصى السابق ذكره - والخاص باحتمال موافقة الموكل - هو تطبيق بالغ الدقة لا سيما فى حالة الخروج عن مضمون الوكالة أصلا، وقلما يطمئن القاضى عملا إلى توفر هذا الشرط» (فقرة ١٧٣ ص٢١٧ - ص٢١٨). ومع ذلك فقد رأينا أن كثيراً من التقنينات الأجنبية الهامة قد اشتملت على نظير لهذا النص (انظر آنفاً نفس الفقرة فى الهامش)، وهذا لا يتفق مع القول بأن النص محدود التطبيق فى العمل.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٠٧.

موافقته فلم يفعل، فإن الوكالة فى هذه الحالة لا تعتبر إلا فى حدودها المرسومة أصلا، وفيما جاوز الوكيل فيه هذه الحدود يجوز أن يعتبر فضولياً إذا توافرت شروط الفضالة(1)، كما يجوز أن يعتبر وكيلا ظاهراً إذا كان الغير الذى تعامل معه اعتقد بحسن نية أنه لم يجاوز حدود الوكالة وتوافرت شروط الوكالة الظاهرة(2). فإذا لم تتوافر شروط الفضالة ولا شروط الوكالة الظاهرة، توقف تصرف الوكيل فيما جاوز فيه حدود الوكالة على إقرار الموكل، فإن لم يقره لم ينصرف أثره إليه وفقاً للقواعد المقررة فى هذا الشأن(١) وسيأتى بيانها.

٢ – العناية الواجبة فى تنفيذ الوكالة

٢٥٠ – نص قانونى: تنص المادة ٧٠٤ من التقنين المدنى على ما يأتى:

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «أما إذا لم يتوافر الشرطان المتقدمان، بأن كانت الظروف لا يمكن أن يفترض معها أن الموكل كان يوافق على تصرف الوكيل، أو كان الوكيل يستطيع إخطار الموكل مقدماً بتصرفه ولم يفعل، فلا تعتبر الوكالة إلا فى حدودها المرسومة. أما فيما جاوز فيه الوكيل هذه الحدود، فتتبع الأحكام المقررة فى ذلك: انظر م٩٩٠– ٩٩١ من المشروع وسيأتى بيانها» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٠٧).

(1) الأصل فى قواعد الوكالة أن الغير الذى يتعاقد مع الوكيل عليه أن يتثبت من قيام الوكالة ومن حدودها وله فى سبيل ذلك أن يطلب من الوكيل ما يثبت وكالته فإن قصر فعليه تقصيره، وإن جاوز الوكيل حدود وكالته فلا ينصرف أثر تصرفه إلى الأصيل ويستوى فى ذلك أن يكون الوكيل حسن النية أو سيء النية قصد الاضرار بالموكل أو بغيره.

(جلسة ١٩٧٩/٥/٢ الطعن رقم ١١٢٥ لسنة ٤٨ق س٣٠ ع٢ ص٢٦٣)

(2) الغير المتعامل مع الوكيل يعتبر أجنبيا عن تلك العلاقة – بين الوكيل والموكل – مما يوجب عليه فى الأصل أن يتحقق من صفة من يتعامل معه بالنيابة عن الأصيل ومن انصراف أثر التعامل تبعا لذلك إلى هذا الأخير إلا أنه قد يغنيه عن ذلك أن يقع من الأصيل ما ينبيء فى ظاهر الأمر عن انصراف إرادته إلى إنابته لسواه فى التعامل باسمه كأن يقوم مظهر خارجى منسوب إليه يكون من شأنه أن يوهم الغير ويجعله معذوراً فى اعتقاده بأن ثمة وكالة قائمة بينهما، إذ يكون من حق الغير حسن النية فى هذه الحالة أن يتمسك بانصراف أثر التعامل الذى أبرمه مع من اعتقد بحق أنه وكيل إلى الأصيل لا على أساس وكالة حقيقية قائمة بينهما – وهى غير موجودة فى الواقع – بل على أساس الوكالة الظاهرة، ذلك لأن ما نسب إلى الأصيل فى هذا الصدد يشكل فى جانبه صورة من صور الخطأ الذى من شأنه أن يخدع الغير حسن النية فى نيابة التعامل معه عن ذلك الأصيل ويحمله على التعاقد معه بهذه الصفة وهو ما يستوجب من ثم جعل التصرف الذى أجراه الغير حسن النية نافذا فى حق الأصيل.

(جلسة ١٩٩١/١/١٧ الطعن رقم ١٦٠٩ لسنة ٥٥ق)

(جلسة ١٩٩١/٤/١١ الطعن رقم ١٥٣٣ لسنة ٥٥ق)

(جلسة ١٩٨٧/٦/٣٠ الطعنان ٥١٢، ٥٥١ لسنة ٥٣ق)

«١- إذا كانت الوكالة بلا أجر، وجب على الوكيل أن يبذل فى تنفيذها العناية التى يبذلها فى أعماله الخاصة، دون أن يكلف فى ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد».

«٢- فإن كانت بأجر، وجب على الوكيل أن يبذل دائماً فى تنفيذها عناية الرجل المعتاد»(١).

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى القديم المادة ٦٣٨/٥٢١»(٢).

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى م٦٧٠- وفى التقنين المدنى الليبى م٧٠٤- وفى التقنين المدنى العراقى م٩٣٤- ٩٣٥- وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٧٨٥- ٧٨٦، وم٧٩٠(٣).

---

(١) **تاريخ النص**: ورد هذا النص فى المادة ٩٧٩ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٧٣٦ فى المشروع النهائى. وأدخل عليه مجلس النواب تعديلا لفظياً طفيفاً فى الفقرة الأولى، فأصبح مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، وصار رقمه ٧٣٥. ووافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٠٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٠٢- ص٢٠٣).

(٢) **التقنين المدنى القديم** م٦٣٨/٥٢١: والوكيل مسئول عن تقصيره الجسيم وعن عدم وفائه التوكيل باختياره. وهو مسئول أيضاً عن تقصيره اليسير إذا كان له أجرة متفق عليها. (والتقنين المدنى القديم يسير على نظرية تدرج الخطأ، وقد هجرت هذه النظرية، وأخذ التقنين المدنى الجديد بنظرية عناية الرجل المعتاد فى معياريها الشخصى والموضوعى كما سنرى: انظر ما يلى فقرة ٢٥٠- وتسرى أحكام التقنين المدنى القديم إذا كانت الوكالة قد عقدت قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩).

(٣) **التقنينات المدنية العربية الأخرى**:

التقنين المدنى السورى م٦٧٠ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م٧٠٤ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى م٩٣٤ (موافق).

م٩٣٥: المال الذى قبضه الوكيل لحساب موكله يكون أمانة فى يده، فإذا تلف بدون تعد لم يلزمه الضمان. وللموكل أن يطلب إثبات الهلاك. (وأحكام التقنين العراقى تتفق مع أحكام التقنين المصرى).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٧٨٥: على الوكيل أن يعنى بتنفيذ الوكالة عناية الأب الصالح.

م٧٨٦: يجب التشدد فى تفسير الموجبات المنصوص عليها فى المادة السابقة: أولا- إذا كانت الوكالة مقابل أجر. ثانيا. إذا كانت فى مصلحة قاصراً أو فاقد الأهلية أو فى مصلحة شخص معنوى.

م٧٩٠: إن الوكيل مسئول عن الأشياء التى استلمها من طريق الوكالة، وفاقاً للشروط المنصوص عليها فى المواد ٦٩٦ و٦٩٧ و٧١١، و٧١٢ و٧١٤ و٧١٥ (وهى خاصة بالوديعة)- وإذا كانت الوكالة مقابل أجر، فإن تبعة الوكيل تخضع لأحكام المادة ٧١٣ (وهى خاصة بالوديعة بأجر). (وأحكام التقنين اللبنانى فى مجموعها تقارب أحكام التقنين المصرى).

٢٥١ – نظرية تدرج الخطأ وللنظرية الحديثة: ويخلص من هذا النص أن التزام الوكيل بتنفيذ الوكالة هو التزام ببذل عناية لا التزام بتحقيق غاية. وقد يكون التصرف القانونى محل الوكالة يتضمن التزاماً بتحقيق غاية كالبيع والرهن، أو يتضمن التزاماً ببذل عناية كالإيجار والعارية والوديعة، ولكن التوكيل فى أى تصرف قانونى ولو كان يتضمن التزاماً بتحقيق غاية ينشئ فى جانب الوكيل التزاماً بالقيام بهذا التصرف بقدر معين من اليقظة، ويكون دائماً التزاماً ببذل عناية(١).

وهناك نظرية قديمة مهجورة هى نظرية تدرج الخطأ، تقسم الخطأ العقدى غير العمد إلى أقسام ثلاثة: خطأ جسيم وخطأ يسير وخطأ تافه. وتقسم العقود إلى طوائف ثلاث: عقد لمنفعة الدائن وحده كالوديعة وفيها لا يسأل المودَع عنده إلا عن الخطأ الجسيم، وعقد لمنفعة المتعاقدين معاً كالإيجار وفيه يسأل المستأجر عن الخطأ اليسير، وعقد لمنفعة المدين وحده كالعارية وفيها يسأل المستعير حتى عن الخطأ التافه. وقد سار التقنين المدنى القديم على هذه النظرية، فجعل الوكيل مسئولا عن الخطأ اليسير إذا كانت الوكالة مأجورة لأنها تكون فى هذه الحالة لمنفعة المتعاقدين معاً، وجعله غير مسئول إلا عن الخطأ الجسيم إذا كانت الوكالة غير مأجورة لأنها تكون فى مصلحة الدائن وحده. أما التقنين المدنى الجديد فقد نبذ هذه النظرية العتيقة، وأخذ بالنظرية الحديثة فى معيار الخطأ العقدى، فقضى بأن المدين فى التزام ببذل عناية «يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل فى تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادى، ولو لم يتحقق الغرض المقصود، هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك» (م١/٢١١ مدنى). وقد رأيناه يطبق هذه النظرية فى الإيجار بعد أن لاحظ أنه فى مصلحة المتعاقدين معاً، فقضى بأنه يجب على المستأجر أن يبذل من العناية فى استعمال العين المؤجرة وفى المحافظة عليها ما يبذل الشخص المعتاد (م١/٥٨٣ مدنى). ورأيناه يطبقها فى العارية بعد أن لاحظ أنها فى مصلحة المستعير دون المعير، فقضى بأنه يجب على المستعير أن يبذل فى المحافظة على الشئ العناية التى يبذلها فى المحافظة على ما له دون أن ينزل فى ذلك عن عناية الرجل المعتاد (م١/٦٤١ مدنى). وسنراه يطبقها فى الوديعة بعد أن لاحظ أنها فى مصلحة المودع دون المودع عنده إذا كانت غير مأجورة، وفى مصلحة المتعاقدين معاً إذا كانت مأجورة، فقضى بأنه يجب على المودَع عنده أن يبذل من العناية فى حفظ الشئ ما يبذله فى حفظ ماله دون أن يكلف فى ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد إذا كانت الوديعة غير مأجورة، وأن يبذل عناية الرجل المعتاد إذا كانت الوديعة مأجورة (م٧٢٠ مدنى). وها نحن الآن نراه يطبقها فى الوكالة فيميز، كما ميز فى

---

(١) انظر مازو فى المسئولية ١ فقرة ٧٠٦– ١٨ ص٦٧٤– وتطبيقاً لذلك تقضى المادة ٧١٠ مدنى، كما سنرى، بأن الموكل يرد للوكيل ما أنفقه فى تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الإنفاق، وذلك مهما كان حظ الوكيل من النجاح فى تنفيذ الوكالة، حتى لو لم يحقق الغرض المقصود منها.

الوديعة، بين ما إذا كانت الوكالة بغير أجر فتكون فى مصلحة الموكل دون الوكيل ويكون الوكيل مسئولا عن العناية التى يبذلها فى أعماله الخاصة دون أن يكلف فى ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد(1)، أو كانت الوكالة بأجر فتكون فى مصلحة المتعاقدين معاً ويكون الوكيل مسئولا عن عناية الرجل المعتاد(١).

ونرى من ذلك أن التقنين المصرى الجديد اعتنق النظرية الحديثة فى المسئولية عن الخطأ العقدى، والتزمها فى تطبيقاتها المتكررة فى العقود المختلفة(٢).

٢٥٢- مسئولية الوكيل عن الغش والخطأ الجسيم: نصت الفقرة الثانية من المادة ٢١١ مدنى، فى صدد المسئولية عن الخطأ العقدى فى الالتزام ببذل عناية، على ما يأتى: «وفى كل حال يبقى المدين مسئولا عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم». فالوكيل، مأجوراً كان أو غير مأجور، يكون دائماً مسئولا فى تنفيذ الوكالة عن غشه وعن خطأه الجسيم، حتى لو اتفق مع الموكل على إعفائه من هذه المسئولية(٣)(2).

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «ويجب أن يبذل الوكيل فى تنفيذه الوكالة القدر الواجب من العناية. وقد حدد المشروع هذا القدر مطبقاً فى ذلك المادة ٢٨٨ من المشروع، وقد سبق أن طبقت على العقود المسماة الأخرى كالإيجار والعارية والوديعة. فالوكيل إذا كان مأجوراً يطلب منه عناية الرجل المعتاد. أما إذا كان غير مأجور، فلا يطلب منه أن يبذل من العناية إلا ما يبذله فى أعماله الخاصة دون أن يجاوز عناية الرجل المعتاد. وهذه هى المعايير التى تتمشى مع التطور الحديث للمسئولية التعاقدية» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٠٧).

(٢) انظر الوسيط ١ فقرة ٤٢٨.

(٣) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٢ ص٩٠٩- وانظر فى تطبيقات مختلفة للغش أنسكيلوبيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ١٩٢.

(1) مؤدى نص المادة ٢/٧٠٤ من القانون المدنى يدل على أن التزام الوكيل فى تنفيذ الوكالة هو التزام ببذل عناية لا التزاما بتحقيق غاية إلا أنه لا شئ يمنع من الاتفاق على أن يكون التزام الوكيل بتحقيق غاية ومن ذلك أن يتفق الموكل مع المحامى على أن لا يستحق الاتعاب أو على ألا يستحق المؤخر منها إلا إذا كسب الدعوى.

(جلسة ١٩٩٢/١/٢٦ الطعن رقم ٤٧١ لسنة ٥٧ق)

(2) إذا كان الحكم المطعون فيه إذا انتهى إلى أن مورث الطاعنين وكيل بالادارة مسئول عن خطئه الجسيم خلص إلى ذلك ما يثبت باسباب حكم سابق، وكان الطاعنون لم يقدموا بملف الطعن الاتفاق الذى ركنها إليه فى تحديد نطاق الوكالة، كما لم يقدموا بالملف ما ينفى أن الحكم المحال إليه صدر بين نفس الخصوم وأودع ملف الدعوى وأن كل خصم ناضل فى دلالته، فإن نعيهم على الحكم المطعون فيه الخطأ فى تطبيق القانون لأنه لم يعمل اتفاق الطرفين الذى حدد وكالة مورثهم بتوزيع ما يحصل ولم يجعل منه وكيلا عاما فى الادارة مسئولا عن خطئه الجسيم - يكون عاريا عن الدليل فى أحد شقيه وغير صحيح فى شقه الأخير.

(جلسة ١٩٦٠/١١/٣ الطعن رقم ٦٦ لسنة ٢٥ق س١١ ص٥٤٤)

فيكون الوكيل مسئولا عن تعمده عدم تنفيذ الوكالة دون أن يتنحى عنها فى الوقت المناسب. ويكون مسئولا، إذا وكل فى بيع شئ دون تحديد قيمته، عن تواطؤه مع المشترى على تخفيض الثمن[1]. وإذا كان فى يده مال للموكل، لم يجز له أن يستعمله فى مصلحة نفسه. فإذا فعل ذلك بنية تملكه كان مبدداً، وتحققت مسئوليته الجنائية ومسئوليته المدنية، وفى جميع الأحوال تجب عليه فوائد المبالغ التى استخدمها لصالحه، من وقت استخدامها (م٢/٧٠٦ مدنى) وسيأتى تفصيل ذلك. وإذا كان موكلا فى إدارة أرض زراعية مثلا، وأجر الأرض بأجرة بخسة متواطئاً فى ذلك مع المستأجر كان مسئولا عن غشه. وإذا أهمل فى تقاضى الأجرة حتى تمكن المستأجر من نقل محصولاته[2](1)، أو

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بعدم سريان الإقرار الصادر من الوكيل بصحة السند الذى طعن فيه الموكل بالتزوير متى كان هذا الإقرار وليد الغش والتواطؤ بين الوكيل والخصم (نقض مدنى ١٥ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٦٣ ص١٠٧٢).

(٢) أو ترك الأجرة تسقط بالتقادم، وقد قضت محكمة النقض بأن الوكيل فى الإدارة يكون مسئولا عن خطأه الجسيم إذا هو رحل المتأخرات من سنة لأخرى، وقعد عن المطالبة بها حتى سقطت بالتقادم (نقض مدنى ٣ نوفمبر سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٨٥ ص٥٤٤).

(1) أ- تقاعد الوكيل عن المطالبة بالدين حتى انقضى التقادم أو امتناعه عن المطالبة فى ميعاده، مما أدى إلى عدم اعمال شرط الفسخ الاتفاقى لا يعد تصرفا قانونيا يصح أن يكون موضوع بحثه فى مدى اتساع الوكالة له وإنما هو واقعه مادية يفيد المدين من آثارها القانونية ويسأل عنها الوكيل أما موكله.

(جلسة ١٩٨٢/٥/٣٠ الطعن رقم ٤٣٧ لسنة ٤٩ق س٣٣ ص٦٠٧)

ب- لئن كان الأصل وفقا للمادة ١٠٥ من القانون المدنى أن ما يبرمه الوكيل فى حدود وكالته ينصرف إلى الأصيل إلا أن نيابة الوكيل عن الموكل تقف عند حد الغش، فإذا تواطأ الوكيل مع الغير للاضرار بحقوق موكله، فان التصرف على هذا النحو لا ينصرف اثره إلى الموكل، وإذا كان البين من الحكم الابتدائى الذى أحال إليه الحكم المطعون فيه الأسباب أنه استخلص فى حدود سلطته التقديرية من أقوال شهود المطعون عليه الأول أن عقدى الايجار سند الطاعن الأول صدرا فى ظروف مريبة وفى غير مواعيد تحرير عقود ايجار الأراضى الزراعية، وأن الطاعن الثانى لم يبرزهما إلا بعد أن دب الخلاف بينه وبين المطعون عليه الأول، واتخذ من عدم اشارة الطاعن الثانى فى الانذار الموجه منه إلى هذين العقدين قرينة على اصطناعهما وكانت هذه الأسباب سائغة ومؤدية إلى النتيجة التى انتهى إليها الحكم من أن عقدى الايجار قد حررا بطريق الغش والتواطؤ، وكان الحكم إذ تحدث عن صورية عقدى الايجار الصادرين إلى الطاعن الأول من شقيقه الطاعن الثانى بوصفه وكيلا عن المطعون عليه الأول مستندا إلى القرائن التى استظهرها انما قصد الصورية التدليسية المبنية على الغش والتواطؤ بين طرفى العقد اضرارا بالموكل، فأنه لا يكون قد خالف القانون.

(جلسة ١٩٧٦/٤/٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧ ص٨٨٦)

جـ- إذا ادعى الأصيل - أو وارثه - عدم صحة التاريخ المدون بالورقة العرفية - وأنه قدم غشا =

أهمل في دفع الضريبة (الأموال) فحجز على الأرض لاستيفائها، فيغلب أن يكون إهماله هذا خطأ جسيما ويكون مسئولا عنه. وإذا كان وكيلا في الإقراض، فأقرض شخصاً ظاهر الإعسار أو معروفاً بالمماطلة، ولم يأخذ تأمينات لضمان القرض أو أخذ تأمينات يعرف ألا قيمة لها أو أن قيمتها غير كافية، كان هذا خطأ جسيما يستوجب مسئوليته. وإذا كان وكيلا في بيع مال للموكل لم يجز له أن يشتريه لنفسه دون إذن الموكل كما سبق القول[1]، فإذا فعل وترتب على ذلك أن أضاع على الموكل صفقة رابحة تهيأت بتقديم مشتر للمال بثمن عالٍ، كان هذا خطأ جسيما وكان الوكيل مسئولا عنه. وإذا تعمد الوكيل مجاوزة حدود وكالته في غير مصلحة للموكل، ولكنه ألزم الموكل بالعقد الذى أبرمه مع الغير حسن النية لتوافر شروط الوكالة الظاهرة على النحو الذى سنبينه فيما يلى، رجع الموكل على الوكيل بتعويض الضرر الذى أصابه من ذلك، إذ يكون الوكيل قد ارتكب غشاً أو في القليل خطأ جسيما في تنفيذ الوكالة. وإذا وكل محام في الطعن في حكم، ولم يرفع الطعن في الميعاد القانوني عن تقصير، كان هذا خطأ جسيما يستوجب مسئوليته[2]. وإذا اتصل بخصم موكله وأمده بمعلومات تضر بمصلحة موكله، أو أفشى أسرار المهنة، كان هذا غشاً يشدد من مسئوليته[3]. وإذا خالف الوكيل شروط الموكل في

=حتى لا ينكشف أن التصرف الذى أجراه الوكيل صدر في وقت كانت وكالته فيه قد زالت فإنه يكون لذلك الأصيل – أو وارثه – أن يثبت مدعاه بكافة طرق الاثبات ومنها البينة والقرائن إذ المضرور بالغش لم تكن له خيرة فيه فلا وجه للتضييق عليه في الاثبات بحصره في طريق دون آخر.

(جلسة ١٩٧٤/٣/٢٦ الطعن رقم ١٦٧ لسنة ٣٩ق س٢٥ ص٥٧٥)

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٢٩.

(٢) وإذا اتفق محام مع موكله على الحضور عنه أمام المحكمة الاستئنافية ولم يحضر، كان هذا خطأ يستوجب مسئوليته (نقض مدني ٢٣ أبريل سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٣٦ ص٩١٦). وكذلك يكون مسئولا إذا ترك حكماً غيابياً لمصلحة موكله وكل في تنفيذه يسقط من جراء عدم تنفيذه خلال ستة شهور (استئناف وطنى ٢٤ مايو سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ١٨ ص٢٦). وإذا نزل الوكيل عن مرتبه الرهن التى ثبتت لموكله، وذلك لمصلحة أخته، كان هذا خطأ جسيماً يستوجب مسئوليته (استئناف مختلط ١٠ مارس سنة ١٩٣٨ م٥٠ ص١٦٣).

(٣) وقد نصت المادة ٦٦ من قانون الاثبات على أنه «لا يجوز لمن علم من المحامين أو الوكلاء أو الأطباء أو غيرهم من طريق مهنته أو صنعته بواقعة أو بمعلومات أن يفشيها، ولو بعد انتهاء خدمته أو زوال صفته، ما لم يكن ذكرها له مقصوداً به فقط ارتكاب جناية أو جنحة، ومع ذلك يجب على الأشخاص المذكورين أن يؤدوا الشهادة عن تلك الواقعة أو المعلومات متى طلب منهم ذلك من أسرها إليهم، على ألا يخل ذلك بأحكام القوانين الخاصة بهم».

ونصت المادة ٦٥ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ على أنه «على المحامى أن يمتنع عن أداء الشهادة عن الوقائع أو المعلومات التى علم بها عن طريق مهنته إذا طلب منه ذلك من أبلغها إليه إلا =

واستئناف -

ونية(١) .

سئولية الوكيل عن الخطأ - إذا كانت الوكالة بأجر، وجب على الوكيل أن ينفذها بعناية الشخص المعتاد، وكان هذا خطأ جسيماً، ورجب ر

ميز بين ما إذا كانت الوكالة بأجر أو غير مأجورة كما هو صريح نص

الذكر.

=إذا كان ذكرها له بقصد تعيين معياراً موضوعياً لا شخصياً (١). فإذا لم يبذل هذا الشخص

المحامى أن يمتنع عن ذكر الأمور التى اقتضى ضرورة الدفاع عن موكله اتهامه بما يمس شرفه وكرامته، ما لم يستلزم ذلك ضرورة الدفاع عن موكله» من نص المادة ١٩ التى قضى بأنه «على المحامى أن يحتفظ بما يقضى به إليه موكله من هذا القانون بأن «على المحامى على أن «على المحامى أن يحتفظ بما يقضى به إليه موكله من هذا القانون بأن «على المحامى للدفاع عن مصالحه فى الدعوى» وتقضى المادة ٨٠ من هذا القانون بأن «على المحامى ابداء أية مساعدة ولو من قبيل المشورة لخصم موكله فى النزاع ذاته أو فى نزاع مرتبط به إذا كان عن أبدى فيه رأيا للخصم أو سبقت له وكالة عنه فيه ثم تنحى عن وكالته وكل من يعمل لديه فى نفس أن يمثل مصالح متعارضة. ويسرى هذا الحظر على المحامى وشركائه وكل من يعمل لديه فى نفس المكتب من المحامين بأية صفة كانت. وتنص المادة ٨١ من قانون المحاماة على أنه «لا يجوز للمحامى أن يتناع كل أو بعض الحقوق المتنازع عليها إذا كان يتولى الدفاع بشأنها» وأجازت المادة ٨٢ من القانون «للمحامى الحق فى تقاضى أتعاب لما يقوم به من أعمال المحاماة والحق فى استرداد ما أنفقه من مصروفات فى سبيل مباشرة الأعمال التى وكل فيها».

وانظر فى إنشاء سر المهنة: استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م٣٧ ص٦٩- الإسكندرية المختلطة ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٤٠ م٥٣ ص٣٠.

(١) استئناف مختلط ٤ مايو سنة ١٩٣٩ م٥١ ص٣٠٠.

(٢) وتكون الوكالة فى حكم المأجورة، فتطلب فيها عناية الشخص المعتاد، إذا عقدت لمصلحة الوكيل حتى لو كانت بغير أجر (استئناف مختلط ٥ مايو سنة ١٩٣١ م٤٣ ص٤٧٠).

(٣) استئناف مختلط ٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م٤٠ ص١٨٥.

(1) التزام البنك بتحصيل حقوق العميل الذى يعهد إليه بتحصيل حقوقه لدى الغير الثابتة فى مستندات أو أوراق التزام ببذل عناية الرجل المعتاد حسبما تنص عليه المادة ٢/٧٠٤ من القانون المدنى، إلا أن القانون لا يمنع من الاتفاق على إعفائه من المسئولية لأن الاعفاء من المسئولية عن الخطأ العقدى جائز ويجب فى هذه الحالة احترام شروط الإعفاء التى يدرجها الطرفان فى الاتفاق.

(جلسة ١٩٩٤/١٠/٢٠ الطعن رقم ٥٧٠ لسنة ٦٣ق س٤٥ ع١ ص٨٧٣)

(جلسة ١٩٨٣/٣/٢١ الطعن رقم ٤٤٧ لسنة ٤٢ق س٣٤ ع١ ص٥١١)

(جلسة ١٩٧٧/٢/٢٣ الطعن رقم ٤٨٢ لسنة ٣٩ق س٢٨ ع١ ص٤٧٠)

العناية، حتى لو أثبت أن العناية الأقل التى بذلها فعلا هى العناية التى يبذلها هو فى شؤون نفسه، كان مع ذلك مسئولا، لأنه ملزم ببذل عناية الشخص المعتاد ولو كانت هذه العناية تزيد على عنايته بشؤونه الشخصية. أما إذا بذل عناية الشخص المعتاد، فإنه يكون قد نفذ التزامه، ولا يكون بعد ذلك مسئولا عن ضرر يصيب الموكل حتى لو ثبت أنه كان يستطيع توقى هذا الضرر لو بذل عنايته فى شؤون نفسه، لأنه غير مسئول إلا عن عناية الشخص المعتاد ولو نزلت هذه العناية بمعيارها الموضوعى عن عنايته بشؤون نفسه بمعيارها الشخصى.

أما إذا كانت الوكالة غير مأجورة، فإن الوكيل لا يكون مسئولا إلا عن بذل عنايته فى شؤون نفسه بالمعيار الشخصى إذا كانت هذه العناية هى دون عناية الشخص المعتاد بالمعيار الموضوعى. فإذا كانت عنايته الشخصية هى أعلى من عناية الشخص المعتاد، لم يكن مسئولا إلا عن عناية الشخص المعتاد بالمعيار الموضوعى دون عنايته الشخصية بالمعيار الشخصى. والسبب فى ذلك واضح، فإنه وكيل غير مأجور وهو متفضل بتبرعه، فلا يجوز أن يكون مسئولا عن أكثر من عناية الشخص المعتاد، كما لا يجوز أن يكون مسئولا عن أكثر من عنايته الشخصية، فلا يكون مسئولا إذن إلا عن أدنى العنايتين. وشأنه فى ذلك شأن المودع عنده غير المأجور على ما سنرى(١). وهذا بعكس المستعير الذى لا يولى تبرعاً بل يتلقاه، فيكون مسئولا عن أعلى العنايتين عناية الشخص المعتاد وعنايته الشخصية(٢).

وتطبيقاً لما قدمناه يكون الوكيل مسئولا إذا تأخر فى تنفيذ الوكالة دون مبرر(٣) فأضاع على الموكل صفقة رابحة، ما لم يكن غير مأجور وكان معروفاً بالتهاون فى شؤونه

= ب- من المقرر - فى قضاء محكمة النقض أن الوكيل المأجور عليه أن يبذل فى رعاية مصالح موكله العناية المألوفة فيسأل عن تقصيره الحادث بفعله أو بمجرد اهماله، وإذا لم يتخذ عند تنفيذ الوكالة الاحتياطيات التى تقتضيها مصالح الموكل وأصبح مسئولا قبله عن تعويض ما يصيبه ن ضرر من جراء هذا الاهمال، وتقدير ما إذا كان الوكيل قد أهمل فى تنفيذ الوكالة من عدمه هو من مسائل الواقع التى ثبت فيها محكمة الموضوع بما لها من سلطة تقديرية فى استخلاص الخطأ الموجب للمسئولية دون ما رقابة لمحكمة النقض عليها فى ذلك متى كان استخلاصها سائغا ومستمدا من عناصر تؤدى إليه.

(جلسة ١٩٨٩/١٢/١٨ الطعن رقم ٣٧٢ لسنة ٥٣ق)

(١) انظر ما يلى فقرة ٣٥٦.

(٢) الوسيط ٦ فقرة ٨٦٠.

(٣) استئناف مختلط ٥ مارس سنة ١٩٠٣ م١٥ ص١٨٢- ١٢ فبراير سنة ١٩٢٤ م٣٦ ص٢٢٤- بون ١ فقرة ٩٩٥- جيوار فقرة ١٠٥- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٦٠١ ص٣١٦.

الخاصة. وإذا كان موكلا فى قبض دين فتهاون حتى انقضى الدين بالتقادم[1]، كان مسئولا، إلا إذا كان غير مأجور وكان نظراً لقصوره الشخصى لا يدرك معنى انقضاء الدين بالتقادم. وإذا كان موكلا فى شراء منزل، وكان بالمنزل عيوب ظاهرة لا تخفى على الشخص العادى، كان مسئولا عن ذلك نحو الموكل[2]، فإذا كان غير مأجور وكانت هذه العيوب تخفى عليه هو لم يكن مسئولا. أما إذا كانت العيوب خفية ولم يدركها، وكان من اليقظة بحيث كان يستطيع إدراكها لو بذل عنايته الشخصية، فإنه لا يكون مسئولا عنها، سواء كان مأجوراً أو غير مأجور. ذلك أنه إذا كان مأجوراً لم يكن مسئولا إلا عن عناية الشخص المعتاد والمفروض أن كشف العيوب يتطلب عناية أكبر، وإذا كان غير مأجور لم يكن مسئولا عن أزيد من عناية الشخص المعتاد ولو كانت عنايته الشخصية أعلى من ذلك. ولكن الموكل يستطيع فى هذا الفرض أن يرجع على البائع بضمان العيوب الخفية. ويجب على الوكيل أن يتخذ الاحتياطات المألوفة للمحافظة على مال الموكل من التلف أو الضياع، فإذا كان المال بضاعة تنقل من مكان إلى آخر، وكان المألوف التأمين على مثل هذه البضاعة عند نقلها، وجب عليه أن يؤمن عليها وإلا كان مسئولا إذا تلفت أو ضاعت فى الطريق[3]. ومع ذلك لا يكون مسئولا إذا كان الموكل نفسه لا يؤمن على البضاعة لو كان هو الذى تولى نقلها بنفسه[4]، أو كان الوكيل غير مأجور ولا يؤمن على البضاعة لو أنها كانت بضاعته[5]. وإذا باع الوكيل أو أقرض مال الموكل، لم يكن مسئولا عن يسار المشترى أو المقترض، ما لم يكن ظاهر الإعسار فقد قدمنا أن الوكيل يرتكب فى هذه

---

(١) جيوار فقرة ١٠٤- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٦٠١ ص٣١٧- أو نزل عن جزء من الدين إضراراً بالموكل (نقض مدنى ٢٢ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٥٥ ص٣٧٥).

(٢) بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٦٠٣ وفقرة ٦٠٧ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٢ ص٩١- وإذا وكل شخص فى شراء بضائع فى المزاد بأثمان معينة، فلم يدخل المزاد فى بعضها، ودخل فى بعض آخر عارضاً ثمناً غير الثمن المتفق عليه، كان مسئولا عن هذا الخطأ، ولا حق له فى الأجر (استئناف مختلط ٢٢ أبريل سنة ١٩٢٥ م٣٧ ص٣٥٧). ولا يكون الوكيل مسئولا إذا باع بضاعة قابلة للتلف (كانت البضاعة بصلا) بثمن أقل من الثمن الذى عينه الموكل، إذا أثبت الوكيل أنه ما كان يستطيع البيع بأعلى من هذا الثمن ولو امتنع عن البيع لتلف البضاعة (استئناف مختلط ٢١ أبريل سنة ١٩٢٦ م٣٨ ص٣٥٢).

(٣) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٢ ص٩١١- أو لم يسجل الكتاب الذى يرسل فيه الموكل نقودا أو أشياء ثمينة أخرى، بل يرسلها فى كتاب عادى غير موصى عليه (بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٢ ص ٩١١).

(٤) لوران ٢٧ فقرة ٤٧٩- جيوار فقرة ١٠٥- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٦٠٣ ص٣١٨.

(٥) محمد على عرفة ص٣٧٨.

الحالة خطأ جسيما مسئولا عنه سواء كان مأجوراً أو غير مأجور(١).

(١) بودرى وفال في الوكالة فقرة ٦٠٤- أما إذا كان غير ظاهر الإعسار ولكن كان من اليسير على الوكيل أن يعلم أنه معسر لو بذل العناية المألوفة فى حالة الوكالة بأجر، أو لو بذل عنايته الشخصية فى حالة الوكالة بغير أجر، فإنه يكون مسئولا (بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٢ ص٩١٠- محمد على عرفة ص٢٧٩).

وعلى هذا النحو يكون الوكيل مسئولا عن الخطأ بمعياره الموضوعى أو بمعياره الشخصي بحسب الأحوال، إذا أساء تقدير الصفقة التي عقدها وهل هى رابحة أو خاسرة (نقض فرنسى ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٦ سيريه ١٩٢٧-١-٢٨٣)، أو لم يتخذ الإجراءات اللازمة لسلامة الصفقة (نقض فرنسى ١٣ مايو سنة ١٩١٩ داللوز ١٩٢١ -١-١٥٤- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٢ ص٩١٠)، أو لم يطلب زيادة الأجر تطبيقاً لأحكام التشريعات الاستثنائية فى الإيجار (السين ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٢ داللوز الأسبوعى ١٩٣٣- ٦٣)، أو يرفع دعوى عن رعونة دون أن يتثبت من دون ان يتثبت من سلامة الادعاء (نقض فرنسى ٧ نوفمبر سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٥-١-٤٦) أو لم يتثبت من ملكية البائع فى تحرير عقد البيع للمشترى (استئناف مختلط ٨ مايو سنة ١٩٤١ م٥٣ ص١٦٧).

وإذا كانت الوكالة فى صلح فعقد الوكيل الصلح فى حدود الوكالة، انصرف أثر الصلح إلى الموكل، ولكن الوكيل يكون مسئولا قبل الموكل إذا لم يبذل العناية الواجبة فى تحرى مصلحة الموكل وترتب على ذلك أن ألحق الصلح بالموكل غبناً (نقض مدنى ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٨ ص٨٥). وإذا كان العرف أو القانون فى البلد الذى شحنت إليه البضاعة يحول دون تنفيذ تعليمات البائع من عدم تسليم سندات الشحن إلا بعد دفع قيمتها بالاسترليني، وكان البائع قد اشترط عند عدم الدفع تخزين البضاعة والتأمين عليها، فإنه يكون من الواجب على البنك الذى وكل فى هذا العمل إما التنحى عن قبول الوكالة أو القيام بتخزين البضاعة وفقاً لتعليمات المرسل، فإن خالف ذلك وسلم السندات كان مسئولا عن عمله (نقض مدنى ١٠ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٩٧ ص١٤٦١). ولما كان إيجار الوقف فى عهد التقنين المدنى القديم يجوز بالغبن الفاحش، كان القضاء يقصر ذلك على العلاقة فيما بين الناظر والمستأجر دون العلاقة فيما بين الناظر والمستحقين. وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن القول بأن ناظر الوقف له أن يؤجر أعيانه ولو بغبن فاحش إنما هو خاص بتحديد العلاقة بين المستأجر وبين الناظر المؤجر له ومن يخلفه فى النظر، ولا يتعدى ذلك إلى المستحقين ولا يسرى عليهم، لأن الناظر إذا كان يتقاضى أجراً يعتبر مسئولا أمامهم عن تقصيره وفقاً للقواعد الخاصة بعقد الوكالة، وإذن فمتى كان الواقع هو أن ناظر الوقف الذى يتقاضى أجراً قد أجر أعيان الوقف بغبن فاحش، فإن الحكم المطعون فيه إذا لم يعتد بهذه الأجرة فى علاقة الناظر بالمستحق وألزمه بأجر المثل لا يكون قد خالف القانون (نقض مدنى ٨ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢١٣ ص١٥٥١). ولكن لا محل لطلب تعويض لبيع أقطان بأقل مما تساوى، إذا فوض صاحب الأقطان إلى الوكيل أن يبيعها عندما يريد، ولم يثبت أن البيع حدث بأقل من الثمن الجارى يوم البيع (استئناف وطنى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٥ ص١٨٢). وانظر استئناف مختلط ٢٥ يناير سنة ١٩٠٥ م١٧ ص٨٩- ٩ يناير سنة ١٩٠٧ م١٩ ص٨٢- ٢٩ مارس سنة ١٩١٧ م٢٩ ص٣٣٤.

وانظر فى تطبيقات مختلفة للخطأ العادى أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ١٩٣- فقرة ٢٠١.

٢٥٤- عدم مسئولية الوكيل عن السبب الأجنبى: وككل مدين لا يكون الوكيل مسئولا عن السبب الأجنبى. فإذا كان الضرر الذى أصاب الموكل من جراء تنفيذ الوكالة راجعاً إلى قوة قاهرة أو حادث فجائى أو فعل الغير أو خطأ الموكل نفسه، فإنه يكون ضرراً ناجماً عن سبب أجنبى، ومن ثم لا يكون الوكيل مسئولا عنه(١).

وتطبيقاً لذلك يكون الوكيل غير مسئول إذا وكل فى شراء منزل أو فى بيعه، وقبل تنفيذ الوكالة احترق المنزل بقوة قاهرة أو انهدم فى غارة جوية، فأصبح تنفيذ الوكالة مستحيلا بقوة قاهرة أو بحادث فجائى(٢).

وكذلك لا يكون الوكيل مسئولا إذا وكل فى قبض دين، فصدر قانون بوقف دفع الديون (moratorium)، فلم يستطع الوكيل لهذه القوة القاهرة أن ينفذ الوكالة ويقبض الدين. ولا يكون مسئولا للتأخر فى تنفيذ الوكالة إذا اقتضى تنفيذها الانتقال إلى مكان آخر، فانقطعت سبل المواصلات لحرب أو ثورة أو قوة قاهرة أخرى. ولا يكون مسئولا إذا وكل فى التعاقد مع شخص بالذات لاعتبارات شخصية فيه فمات هذا الشخص قبل أن يتعاقد معه، إذ يكون عدم تنفيذ الوكالة راجعاً إلى قوة قاهرة(٣).

وكذلك لا يكون الموكل مسئولا عما ينجم من الضرر فى تنفيذ الوكالة بفعل الغير. فإذا اقتضى هذا التنفيذ أن يودع الوكيل مال الموكل عند الغير، وضاع هذا المال بفعل المودَع عنده، لم يكن الوكيل مسئولا، إلا إذا كان المودَع عنده تابعاً للوكيل فيكون مسئولا عنه مسئولية المتبوع عن التابع. ولا يكون المحامى مسئولا عن الضرر الذى ينجم عن ضياع مستندات موكله، إذا أثبت أنه أودع هذه المستندات قلم كتاب المحكمة وأن هذا القلم هو الذى أضاعها(٤). وإذا وكل شخص فى قبض دين، فلم يستطع أن ينفذ الوكالة

---

(١) ويرجع الوكيل على الموكل بما عسى أن يكون قد أنفقه فى تنفيذ الوكالة بالرغم من أن التنفيذ قد حال دون إتمامه سبب أجنبى، فسنرى أن الوكيل يرجع بالمصروفات التى أنفقها فى تنفيذ الوكالة مهما كان حظه من النجاح فى تنفيذها (م٧٠مدنى): محمد على عرفة ص٣٨٠- وانظر ما يلى فقرة ٢٨٥.

(٢) وقد قدمنا أنه لو كان المنزل قد احترق قبل التوكيل، كانت الوكالة باطلة لاستحالة المحل (انظر آنفاً فقرة ٢٣٣ فى الهامش). أما هنا فالمنزل قد احترق بعد التوكيل وقبل تنفيذ الوكالة، فتنفسخ الوكالة لاستحالة التنفيذ، ولا يكون الوكيل مسئولا عن التعويض لأن الاستحالة بسبب قهرى.

(٣) وإذا قبض الوكيل مالا للموكل فضاع أو تلف بقوة قاهرة، لم يكن الوكيل مسئولا. وقد نصت المادة ٩٣٥ مدنى عراقى فى هذا الصدد على أن «المال الذى قبضه الوكيل لحساب موكله يكون أمانة فى يده، فإذا تلف دون تعد يلزمه الضمان. وللموكل أن يطلب إثبات الهلاك».

(٤) أنجيه ٩ يناير سنة ١٨٩٤ داللوز ٩٤-٢- ٣٥٣- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٣٩٦.

لإعسار المدين، لم يكن مسئولا، والغير هنا هو المدين المعسر(١). وعلى الوكيل أن يثبت إعسار المدين، فإذا ادعى الموكل أن المدين لم يكن معسراً وقت التوكيل وقد تهاون الوكيل فى مطالبته حتى أعسر، كان على الموكل أن يثبت دعواه، فإذا أثبتها كان الوكيل مسئولا لتهاونه(٢).

وأخيراً لا يكون الوكيل مسئولا عن الضرر الذى ينجم عن خطأ الموكل نفسه. فإذا كان الوكيل فى حاجة إلى بيانات من الموكل لتنفيذ وكالته فتلقى منه بيانات خاطئة، أو كان فى حاجة إلى نقود يقدمها له الموكل فتأخر هذا فى تقديمها، لم يكن الوكيل مسئولا عن الضرر الذى ينجم عن ذلك(٣).

٢٥٥- الإثبات: ولما كان التزام الوكيل هو التزام ببذل عناية كما سبق القول، والموكل فى صدد مطالبته بتعويض لإخلاله بتنفيذ التزامه، فإن الموكل هو الذى يقع عليه عبء إثبات عقد الوكالة وأن الوكيل لم يقم بتنفيذ التزامه أو قام به على وجه معيب(٤)، وأنه قد نجم عن ذلك ضرر أصاب الموكل. فإذا أثبت الموكل ذلك، كان هذا إثباتاً لخطأ الوكيل العقدى. وللوكيل عند ذلك أن ينفى عن نفسه المسئولية بأن يثبت أن عدم تنفيذه لالتزامه إنما يرجع إلى سبب أجنبى، فتنعدم علاقة السببية، ولا تتحقق مسئولية الوكيل

---

(١) باريس ٩ فبراير سنة ١٨٩٣ جازيت دى پاليه ٩٣-١ القسم الثانى ص٤٦.

(٢) بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٥٩٦- ويكون الوكيل أيضاً غير مسئول لأن عدم تنفيذ الوكالة يرجع إلى فعل الغير الذى يتعامل معه، إذا رفض هذا الغير التعاقد مع الوكيل (جيوار فقرة ١٠٩ - بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٥٩٦).

(٣) نقض فرنسى ١٠ مايو سنة ١٨٩٣ داللوز ٩٤-١-٢٥٩- جيوار فقرة ١٠٩- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٥٩٨- ولا يكون الوكيل ضامناً لهلاك الشئ ملك الموكل إذا نشأ الهلاك عن حادث مفاجئ أو قوة قاهرة، ولو كان فى وسع الوكيل أن يتحاشى الهلاك باستعمال شئ من ملكه الخاص، أو كان بين أن ينفذ شيئاً مملوكاً له أو الشئ المملوك للموكل فاختار أن ينقذ ما يملكه. وهذا بخلاف المستعير فإنه يكون مسئولا فى هاتين الحالتين الأخيرتين (م٢/٦٤١مدنى)، وذلك لأن المستعير يتلقى تبرعاً من المعير، أما الوكيل - حتى لو كان بأجر - فلا يتلقى تبرعاً من الموكل (بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٦٠٦- وانظر عكس ذلك پون ١ فقرة ٩٩٨- ترولون فقرة ٤٠٩).
وانظر فى تطبيقات مختلفة للسبب الأجنبى أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٠٣- فقرة ٢٠٤.

(٤) وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ذلك (نقض فرنسى ٣ فبراير سنة ١٨٨٥ سيريه ٨٧-١- ٢٦٨- ١١ نوفمبر سنة ١٨٨٥ داللوز ٨٦-١-٣٩- ٢٦ أبريل سنة ١٨٨٧ سيريه ٨٧-١-٤٧١- ٢١ أكتوبر سنة ١٨٩١ سيريه ٩٥-١-٤٤٧- ٢ يوليه سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠١-١-٤٤٥- ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٠٤ سيرية ١٩٠٥ -١-٤٨٥- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٦٦٩- بلانيول وريپير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٤ ص٩١٤.

العقدية. ويجوز للوكيل أيضاً، إذا أثبت الموكل عقد الوكالة، ألا يقف موقفاً سلبياً ويترك الموكل يثبت عليه الخطأ العقدى، بل ينتقل من نطاق المسئولية العقدية إلى نطاق التنفيذ العينى، فيثبت أنه قد نفذ التزامه تنفيذاً عينياً فبذل فى تنفيذ الوكالة كل العناية الواجبة(١).

وإذا ادعى الموكل أنه قدم للوكيل مالا أو شيئاً لتنفيذ الوكالة وطلب حساباً عنه، وجب عليه أن يثبت ذلك طبقاً للقواعد العامة فى الإثبات، وإذا كان عقد الوكالة ثابتاً بالكتابة جاز اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة يعزز بالبينة أو بالقرائن لإثبات دعوى الموكل(٢). أما إذا ادعى الموكل أن الوكيل قد تسلم من الغير مالا أو شيئاً لحساب الوكالة، فله أن يثبت ذلك بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن مهما بلغت القيمة، لأنه لم يكن يستطيع فى هذا الفرض الحصول على إثبات كتابى(٣). وإذا كان الوكيل ملتزماً بموجب الوكالة أن يطالب الغير بشئ، فمجرد عدم مطالبته إياه به يعتبر خطأ فى جانبه، وليس على الموكل أن يثبت أن الغير سلم الشئ للوكيل(٤)، وذلك ما لم يثبت الوكيل أن عدم مطالبته للغير بتسليم الشئ يرجع إلى سبب أجنبى(٥).

وعلى الوكيل عبء إثبات الوجوه التى استعمل فيها المال أو الأشياء التى تسلمها من الموكل(٦). أما المبالغ التى تسلمها الوكيل لحساب الموكل ولم يكن مفوضاً فى

---

(١) انظر فى كل ذلك الوسيط ١ فقرة ٤٢٩ ص٦٦١- وقارن بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٦٦٠- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧١ ص٦١٣ - وإذا أراد الوكيل إثبات أنه قام بإبرام التصرف القانونى، وجب عليه أن يثبت ذلك طبقاً للقواعد العامة للإثبات، فلا يثبت إلا بالكتابة، أو بما يقوم مقامها ما تزيد قيمته على خمسمائة جنيه. أما إثبات الوقائع المادية التى صدرت من الوكيل فيكون بجميع الطرق (نقض فرنسى ٣٠ أكتوبر سنة ١٨٩٣ سيريه ٩٤-١-٢٣٦- ٢٧ يونيه سنة ١٨٩٤ داللوز ٩٤-١-٣٧١- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٦٦٢- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٤ ص٩١٤).

(٢) بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٦٦١- جيوار فقرة ١٣٨- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٤.

(٣) نقض فرنسى ٦ أغسطس سنة ١٨٨٩ داللوز ٩٠-١-١٨٣- جيوار فقرة ١٣٨- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٦٦٥- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٤ ص٩١٤.

(٤) نقض فرنسى ٢٢ فبراير سنة ١٨٥٤ داللوز ٥٤-١-١١٣- ١٥ يناير سنة ١٨٧٣ داللوز ٧٣ -١ -٢٤٩ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٤ ص٩١٤ وفقرة ١٤٧٧ ص٩١٨.

(٥) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٧ ص٩١٨.

(٦) نقض فرنسى ٢٧ فبراير سنة ١٨٨٤ سيريه ٨٤-١-٢١٣- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٦٦١- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٤ ص٩١٤.

استعمالها، فإنه يلتزم بدفعها للموكل، فإذا ادعى هذا أن الوكيل استعملها لصالح نفسه وجب عليه إثبات ذلك[1]، وعندئذ يكون له الحق فى فوائدها بالسعر القانونى من وقت استخدام الوكيل له (م٧٠٦ مدنى)، وسيأتى بيان ذلك.

٢٥٦- التعويض: والتعويض الذى يرجع به الموكل على الوكيل من جراء خطأه فى تنفيذ الوكالة يكون بمقدار الضرر الذى أصاب الموكل بسبب هذا الخطأ. فإذا لم يكن هناك ضرر، فلا تعويض. مثل ذلك أن يوكل دائن شخصاً فى التنفيذ على منزل لمدينه مرهون له، فيقصر الوكيل فى اتخاذ إجراءات التنفيذ وينجم عن هذا التقصير أن يفوت على الموكل التنفيذ على هذا المنزل، ثم يتبين أن دائناً متقدماً على الموكل استنفد ثمن المنزل استيفاء لحقه، فلم يكن ليبقى شئ من الثمن يأخذه الموكل لو أن وكيله لم يقصر فى تنفيذ الوكالة[2]. أما إذا أصاب الموكل ضرر، فإن التعويض يكون بمقدار هذا الضرر[3]. فإن فوت المحامى ميعاد رفع الدعوى أو ميعاد الطعن تقصيراً منه، كان مسئولا عما كان الموكل يكسبه من رفع الدعوى أو الطعن فى الميعاد[4]. وإذا قصر الوكيل فى قبض دين وكل فى قبضه حتى انقضى الدين بالتقادم، كان مسئولا نحو الموكل بمقدار هذا الدين. وإذا كان فى يده مال للموكل فتلف أو ضاع بتقصيره، كان مسئولا عن قيمة هذا المال. وإذا باع منزلا وكل فى بيعه بثمن بخس، وكان يستطيع بيعه بثمن أعلى لو بذل العناية الواجبة، كان مسئولا عن الفرق فى الثمن[5].

---

(١) نقض فرنسى ٥ نوفمبر سنة ١٨٧٣ داللوز ٧٣-١-٤٥٤- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٤ ص٩١٤- وله إثبات هذه الواقعة المادية بجميع الطرق (نقض فرنسى ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٧٣ داللوز ٧٤-١-٦٦- ٢٧ فبراير سنة ١٨٨٤ سيريه ٨٤-١-٢١٣.

(٢) نقض فرنسى ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٩٠ داللوز ٩١-١-١٨٨- ٢٧ مارس سنة ١٩٠١ سيريه ١٩٠٢ -١-١٤٦- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٦٤٣ - فقرة ٦٤٥- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٣ ص٩١٢- وإذا ارتكب الوكيل خطأ وكان الموكل يستطيع تلافى الضرر فقصر فى تلافيه، فقد يستغرق خطأ الموكل خطأ الوكيل فلا يكون هذا مسئولا (نقض فرنسى ١٠ مايو سنة ١٨٩٣ داللوز ٩٤-١-٢٥٩- ٣ يناير سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠١-١-٣٢١- ٢٧ أبريل سنة ١٩٠٠، داللوز ١٩٠١-١-٤٤٠)، وقد يكون هناك خطأ مشترك فتخفف مسئولية الوكيل (نقض فرنسى ١٩ ديسمبر سنة ١٨٥٣ داللوز ٥٤- ١-٢٥- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٣ ص٩١٢).

(٣) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٣ ص٩١٢.

(٤) جرينوبل ١٢ يوليه سنة ١٨٩٨ سيريه ٩٩-٢-٢٩٩- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٦٤٥ هامش١.

(٥) وإذا قصر الوكيل فى استغلال مبلغ وكل فى استغلاله، كان مسئولا عن الضرر ولو زاد على فوائد هذا المبلغ بالسعر القانونى (نقض فرنسى ١٨ سبتمبر سنة ١٨٦٢ داللوز٦٣-٥-١٢٤- بلانيول =

وقد يكون الوكيل موكلا فى بيع أرض ومنزل، فيبيع الأرض بثمن أعلى من ثمن المثل والمنزل بثمن أدنى، ويكون ما كسبه فى الأرض مساوياً أو أعلى مما خسره فى المنزل، فلا تقع مقاصة بين المكسب والخسارة، ويكون الوكيل مسئولا عما خسره فى المنزل دون أن يستنزل من هذه الخسارة ما كسبه فى الأرض. ذلك أن ما كسبه فى الأرض هو خالص حق الموكل، فإن الوكيل إذا استطاع التعاقد بشروط أفضل عاد نفع ذلك خالصاً للموكل[1]، فلا يكون الموكل مديناً بهذا الكسب للوكيل حتى تقع مقاصة فيه مع ما خسره الوكيل فى المنزل، وتبقى الخسارة ديناً فى ذمة الوكيل[2].

ومن صور التعويض أن يضيف الموكل الصفقة الخاسرة لحساب الوكيل، فيترك له السلعة التى اشتراها بثمن أعلى أو من صنف أقل جودة، أو التى تأخر فى شرائها فقلت فائدتها للموكل[3]. وإذا اشترى الوكيل السلعة بثمن أعلى من الثمن الذى عينه الموكل، ولم يرد أن يستبقيها لحسابه، جاز له أن يلزم بها الموكل ولكن بالثمن الأدنى الذى عينه هذا الأخير[4].

=وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٣ ص٩١٣). أما إذا لم يفوض الوكيل فى استغلال المبلغ، فأبقاه دون استغلال، فإنه لا يكون مسئولا، إلا إذا استعمله فى صالح نفسه فيكون مسئولا عن فوائده بالسعر القانونى كما سيأتى.

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٤٧.

(٢) ديرانتون ١٨ فقرة ٢٤٤- جيوار فقرة ١٠٨- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٦٤٦ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٣ ص٢١٦- وانظر فى هذا المعنى بوتييه فى الوكالة فقرة ٥٢- وانظر أيضاً المادة ١٨٥٠ مدنى فيما يتعلق بالشريك - وانظر عكس ذلك وأن الوكيل يستنزل المكسب من الخسارة ترولون فقرة ٤٠٣ - بون ١ فقرة ٩٩٩- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٣ ص٩١٣- أكثم أمين الخولى فقرة ١٨٢ ص٢٢٧- والقضاء الفرنسى يسمح باستنزال المكسب من الخسارة إذا قام ارتباط بينهما، بأن كان الوكيل لم يكن ليجنى المكسب لولا تحمله الخسارة (نقض فرنسى ٨ ديسمبر سنة ١٨٨٤ سيريه ٨٦-١-٣٠٣)، أو انتظمت صفقة واحدة المكسب والخسارة فقدر الوكيل بعض الأشياء التى تشتمل عليها الصفقة تقديراً عالياً وقدر الأشياء الأخرى تقديراً بخسا (نقض فرنسى ١١ نوفمبر سنة ١٨٨٥ سيريه ٨٦-١-٣٠٣). ولا يستنزل المكسب من الخسارة فى الوكالة غير المأجورة، ما دامت الخسارة قد نجمت عن عدم بذل الوكيل العناية الواجبة وهى أقل العنايتين من عنايته الشخصية وعناية الشخص المعتاد - وانظر أيضاً فى هذه المسألة أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٠٨.

(٣) باريس ٢١ يوليه سنة ١٨٩٢ جازيت دى پاليه ٩٣-١-٦٧- جيوار فقرة ٧٣ وفقرة ١١١- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٦٤٨.

(٤) ترولون فقرة ٢٧- جيوار فقرة ٧٤ وفقرة ١٠٢- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٦٤٩ ص٣٥٢- وانظر عكس ذلك وأن الوكيل لا يستطيع إلزام الموكل بالسلعة ولو بالثمن الأدنى بون ١ فقرة ٩٨٢.

٢٥٧ – التعديل الاتفاقى لقواعد المسئولية: ويمكن الاتفاق على تعديل القواعد سالفة الذكر، فتشتد مسئولية الوكيل أو تخف أو يعفى منها.

مثل تشديد مسئولية الوكيل أن يشترط الموكل عليه ضمان الربح فى الصفقة التى يعقدها، فيكون الوكيل مسئولا عن الخسارة حتى لو كان سببها قوة قاهرة. ومثل ذلك أيضاً أن يشترط الموكل على الوكيل أن يحمل هذا عبء الإثبات، فلا يكون الموكل مكلفاً بإثبات خطأ الوكيل، بل يكون الوكيل هو المكلف بنفى الخطأ. ومن أمثلة التشديد فى مسئولية الوكيل أن يتعهد بإتمام الصفقة مع شخص معين فيكون مسئولا لو رفض هذا الشخص التعاقد، وتكون الوكالة فى هذه الحالة مقترنة بتعهد عن الغير (promesse pour autrui).

ومثل تخفيف مسئولية الوكيل أن يشترط على الموكل، إذا كانت الوكالة مأجورة، ألاّ يكون مسئولا إلا عن عنايته الشخصية بشرط ألا تزيد عن عناية الشخص المعتاد(1). ومثل ذلك أيضاً أن يشترط الوكيل على الموكل ألا يكون مسئولا عن التعويض إلا فى حدود مبلغ معين، ولو زاد الضرر على هذا المبلغ.

وإعفاء الوكيل من المسئولية يكون بأن يشترط على الموكل ألا يكون مسئولا عن خطأه. ويصح هذا الشرط حتى لو كانت الوكالة مأجورة، لأن الإعفاء من المسئولية عن الخطأ العقدى جائز. ولكن يبقى الوكيل، بالرغم من هذا الشرط، مسئولا عن الغش والخطأ

---

(١) ويقابل التشديد فى المسئولية غالباً زيادة فى الأجر (ترولون فقرة ٣٧٣– بون ١ فقرة ٩٩٩– جيوار فقرة ١١٠)– وانظر فى تشديد المسئولية بتحميل الوكيل تبعة القوة القاهرة: نقض فرنسى ٢٣ ديسمبر سنة ١٨٧٦ سيريه ٧٧–١–٢٠٠– ٢ يوليه سنة ١٨٩٦ داللوز ٩٧–١–١٩٥– باريس ١١ مارس سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٢–٢–٤١٥– جيوار فقرة ١١٠– بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٦٤١– بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٥ ص٩١٥.

ويكون تشديداً لمسئولية الوكيل أن يكفل للموكل يسار الغير الذى يتعامل معه، كما يفعل الوكيل بالعمولة عندما يكفل يسار المشترين، ويسمى فى هذه الحالة وكيلا مصدقاً (commissionnaire ducroire) (كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٣٥٧ ص٨٧٠).

(1) التزام البنك بتحصيل حقوق العميل لدى الغير الثابتة فى مستندات أو أوراق. التزام يبذل عناية م٢/٧٠٤ من القانون المدنى، إلا أن القانون لا يمنع من الاتفاق على اعفائه من المسئولية لأن الاعفاء من المسئولية عن الخطأ العقدى جائز ويجب فى هذه الحالة احترام شروط الإعفاء التى يدرجها الطرفان فى الاتفاق.

(جلسة ١٩٩٤/١٠/٢٠ الطعن رقم ٥٧٠ لسنة ٦٣ق)

(جلسة ١٩٦٨/٤/٤ الطعن رقم ١٦١ لسنة ٣٤ق س١٩ ع٢ ص٧٢٩)

(جلسة ١٩٦٢/٣/٢٩ الطعن رقم ٥٠١ لسنة ٢٦ق س١٣ ع١ ص٣٧٣)

الجسيم[1]، إلا إذا كان الغش أو الخطأ الجسيم واقعاً من أشخاص استخدمهم فى تنفيذ الوكالة واشترط عدم مسئوليتهم عنهم[2].

٣- تعدد الوكلاء ونائب الوكيل

٣٥٨- تعدد الوكلاء - نص قانونى: تنص المادة ٧٠٧ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«١- إذا تعدد الوكلاء، كانوا مسئولين بالتضامن، متى كانت الوكالة غير قابلة للانقسام، أو كان الضرر الذى أصاب الموكل نتيجة خطأ مشترك، على أن الوكلاء، ولو كانوا متضامنين، لا يسألون عما فعله أحدهم مجاوزا حدود الوكالة أو متعسفاً فى تنفيذها».

«٢- وإذا عين الوكلاء فى عقد واحد دون أن يرخص فى انفرادهم فى العمل، كان عليهم أن يعملوا مجتمعين، إلا إذا كان العمل مما لا يحتاج فيه إلى تبادل الرأى كقبض الدين أو وفائه»[3].

---

(١) نقض فرنسى ٦ مايو سنة ١٩١٣ داللوز ١٩١٦-١-٢٨٨- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٦٣٦- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٥.

(٢) انظر م٢/٢١٧ مدنى - ويجوز للموكل، بعد أن تتحقق مسئولية الوكيل، أن ينزل عن دعوى المسئولية صراحة أو ضمناً (نقض فرنسى ٣ يناير سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠١-١-٣٢١- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٦٣٨ ص٣٤٥). وإذا نهى الموكل الوكيل عن تصرف معين وباشره الوكيل مع ذلك، ثم أخطر الموكل، فإن سكوت هذا الأخير إذا لم تقترن به ظروف تدل على الموافقة لا يعد نزولا ضمنياً. أما إذا تلقى الموكل الحساب من الوكيل وسكت مدة طويلة دون أن يعترض، جاز أن يعد سكوته موافقة ضمنية (بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٦٣٨ ص٣٤٦).

(٣) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ٩٨٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «١- إذا تعدد الوكلاء، كانوا مسئولين بالتضامن، متى كانت الوكالة غير قابلة للانقسام، أو كان الضرر الذى أصاب الموكل نتيجة خطأ مشترك دبر فيما بينهم. على أن الوكلاء، حتى لو كانوا متضامنين، لا يسألون عما فعله أحدهم مجاوزاً حدود الوكالة أو متعسفاً فى تنفيذها. ٢- إذا عين الوكلاء فى عقد واحد، دون أن يصرح بانفرادهم فى العمل، كان عليهم أن يعملوا مجتمعين». وفى لجنة المراجعة حذفت من الفقرة الأولى عبارة «دبر فيما بينهم» الواردة بعد عبارة «نتيجة خطأ مشترك»، ثم أقرت اللجنة النص تحت رقم ٧٣٩ فى المشروع النهائى. وفى لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب أضيف إلى آخر الفقرة الثانية عبارة «إلا إذا كان العمل مما لا يحتاج فيه إلى تبادل الرأى كقبض الدين أو وفائه»، وذكر أن «هذا التعديل يزيل لبساً عرض فى العمل»، وقد أصبح النص بذلك مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، وصار رقمه ٧٣٨. ووافق مجلس الشيوخ على النص تحت رقم ٧٠٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٠٨- ص٢١١).

ويقابل النص فى التقنين المدنى القديم المادة ٥١٩/٦٣٥(١).

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى م٦٧٣- وفى التقنين المدنى الليبى ٧٠٧- وفى التقنين المدنى العراقى م٩٣٨- وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٧٨١ و٧٩١(٢).

---

(١) **التقنين المدنى القديم** م٥١٩ /٦٣٥: إذا تعدد الوكلاء فى عمل واحد بتوكيل واحد، ولم يصرح لأحدهم بانفراده فى العمل، فلا يجوز لهم العمل إلا معاً.

(وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المدنى الجديد. ولم يرد فى التقنين المدنى القديم نص على تضامن الوكلاء فى المسئولية، فكانت القواعد العامة هى التى تطبق، وهى تقضى بألا تضامن فى الالتزامات العقدية دون اتفاق خاص: مصر الوطنية ٢١ أغسطس سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ١٣٨ ص٣٣٠- ولا تسرى أحكام التقنين المدنى الجديد فيما يتعلق بتضامن الوكلاء إلا فى عقود الوكالة التى أبرمت منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩.

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدنى السورى م٦٧٣ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م٧٠٧ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى م٩٣٨: ١- إذا وكل شخص وكيلين بعقد واحد، فليس لأحدهما أن ينفرد بالتصرف فيما وكل به، إلا إذا كان لا يحتاج فيه إلى الرأى كإيفاء الدين ورد الوديعة، أو كان لا يمكن اجتماعهما عليه كالخصومة، فإنه يجوز لكل منهما الانفراد وحده بشرط انضمام الآخر فى الخصومة لا حضوره. ٢- فإن وكلهما بعقدين، جاز لكل منهما الانفراد بالتصرف مطلقاً.

(وأحكام التقنين العراقى تتفق مع أحكام التقنين المصرى، فيما عدا أن التقنين العراقى لا يتضمن نصا على تضامن الوكلاء فلا يقوم التضامن لأن التزامات الوكيل التزامات عقدية).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٧٨١: إذا عين عدة وكلاء لوكالة واحدة لأجل مسألة واحدة، فلا يجوز أن يعملوا منفردين إلا بترخيص صريح فى هذا الشأن. فلا يمكن مثلا واحداً منهم أن يقوم بعمل إدارى فى غياب الآخر، وإن كان من المستحيل على الغائب أن يعاونه فى هذا العمل - على أن الحكم السابق لا يطبق فى الحالتين الآتيتين: أولا فى الدفاع لدى القضاء، أو رد الوديعة، أو دفع دين محرر مستحق، أو القيام بتدبير احتياطى فى مصلحة الموكل، أو بأمر آخر مستعجل يعود إهماله بالضرر على الموكل. ثانياً- فى الوكالة المعقودة بين تجار على أشغال تجارية - ففى هاتين الحالتين يمكن أحد الوكلاء أن يعمل وحده عملا صحيحاً ما لم يكن هناك نص مخالف.

م٧٩١: إذا وجد عدة وكلاء، فلا يكون التضامن بينهم إلا إذا نص عليه. على أن تضامن الوكلاء يوجد حتما: أولا- عندما يكون الضرر الذى أصاب الموكل ناشئاً عن خطأ مشترك جرى عليه تواطؤ بينهم. ثانيا- عندما تكون الوكالة غير قابلة للتجزئة. ثالثا- عندما تكون الوكالة منعقدة على أشغال تجارية بين تجار وليس ثمة نص مخالف - على أن الوكيل، وإن كان متضامناً مع سائر الوكلاء، لا يسأل فى أى حال من الأحوال عما فعله أحدهم مما يخرج عن حيز الوكالة أو يتجاوز حدودها.

(وأحكام التقنين اللبنانى تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المصرى، فيما عدا بعض تفصيلات =

٢٥٩- اجتماع الوكلاء أو انفرادهم بالعمل: رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٧٠٧ مدنى تميز بين فرضين: (أ) إذا عين كل الوكلاء فى عقد واحد. (ب) إذا عينوا فى عقود متفرقة.

(أ) فإذا عين كل الوكلاء فى عقد واحد، فقد اتخذ المشرع من ذلك قرينة قانونية على أن الموكل أراد ألا يعملوا إلا مجتمعين. فإذا وكلوا فى بيع أو شراء أو إيجار أو استئجار أو صلح أو إدارة عمل، وجب ألا يباشروا التصرف الموكلين فيه إلا مجتمعين وبعد التداول فيما بينهم وموافقتهم جميعاً على التصرف. ذلك أن الموكل قد أراد بجمعهم فى عقد واحد أن يلزمهم بالتشاور في أمر الوكالة، وبالتعاون فى تنفيذها، وبأن يكون كل منهم رقيباً على الآخرين. فإذا استقل أحدهم أو بعضهم بعقد الصفقة أو بإدارة العمل، فقد اختل ما قصد إليه الموكل، وضاع عليه رأى باقى الوكلاء الذين لم يشتركوا فى تدبير أمر هو فى حاجة إلى أن يساهموا فيه برأيهم، كما إذا اقتضى تنفيذ الوكالة إيجاد مشتر بشروط مناسبة أو مناقشة شروط صلح لحسم نزاع معين أو اتخاذ خير التدابير لإدارة متجر الموكل أو مزرعته. فإذا باشر التصرف أحد الوكلاء أو بعضهم دون الباقين، كان التصرف باطلا لانعدام صفة من باشر التصرف، إذ لا صفة إلا للوكلاء مجتمعين[١]. ويستوى فى ذلك أن يكون الغير عالماً بتعدد الوكلاء أو غير عالم بذلك، فقد كان عليه أن يتحرى[٢] وبخاصة أن الوكلاء مذكورون جميعاً فى عقد واحد، وذلك مع عدم الإخلال بتطبيق قواعد الوكالة الظاهرة على الوجه الذى سنبينه. ومع ذلك يجوز لأحد الوكلاء أن ينفرد بالعمل إذا وافق عليه الباقون فيما بعد، ويعتبر التصرف صادراً منهم جميعاً من وقت موافقة الباقين[٣].

=تتعلق بوجه خاص بالوكالة المعقودة بين تجار فى أعمال تجارية فى التقنين اللبنانى، فيصح فيها انفراد أحد الوكلاء بالعمل ويكون فيها الوكلاء متضامنين، وفيما عدا أن الخطأ المشترك الذى يوجب تضامن الوكلاء فى التقنين اللبنانى يجب أن يكون قد جرى عليه تواطؤ بينهم).

(١) استئناف مختلط ١٢ يناير سنة ١٩٠٥ م١٧ ص٧٦.

(٢) نقض مدنى ١٤ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٦٢ ص١١٠٩- وانظر ما يلى فقرة ٣٠٤ فى الهامش.

(٣) محمد على عرفه ص٣٨١- وقد قضت محكمة النقض بأنه من المقرر شرعاً وقانوناً أن أحد الوكيلين أو أحد الوصيين، المشروط لهما فى التصرف مجتمعين، إذا تصرف بإذن صاحبه أو بإجازته نفذ تصرفه، صريحة كانت الإجازة أو ضمنية. فإذا أجرى أحد هذين الوصيين تصرفاً ما صح تصرفه، متى صدرت من شريكه فى الوصاية أعمال وتصرفات دالة على رضائه بهذا التصرف (نقض مدنى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣١١ ص١٠٠٧) - وقارن استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٩٣١ م٤٣ ص٣٠٩- ١٧ يناير سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص١٢٢.

ويستثنى مما تقدم أن يكون التصرف محل الوكالة مما لا يحتاج فيه إلى تبادل الرأى، فيجوز لأى من الوكلاء أن يباشره منفرداً، لانتفاء الحكمة من وجوب اجتماعهم. مثل ذلك أن يكون التصرف هو قبض دين معين، أو وفاؤه، أو الإبراء منه، أو قبول هبة معينة، أو رد الوديعة، أو إيجار منزل معين بالشروط المألوفة وبالأجرة التى يسمح بها القانون(١). ففى هذه التصرفات وأمثالها ليس للوكيل من السلطة التقديرية إلا قدر محدود جداً لا ينفسح فيه مجال الرأى، وليس عليه إلا أن يتثبت من صحة التعاقد ومطالبته لتعليمات الموكل، فليست هناك حاجة لاجتماع الوكلاء(٢). ويستثنى كذلك ما نصت عليه المادة ٧٧ من تقنين المرافعات فى خصوص وكلاء الخصومة ومنهم المحامون من أنه «إذا تعدد الوكلاء، جاز لأحدهم الانفراد بالعمل فى القضية، ما لم يكن ممنوعاً من ذلك بنص فى التوكيل». فتنعكس القرينة القانونية فى حالة تعدد وكلاء الخصومة، ويكون المفروض جواز انفراد كل وكيل بالعمل ما لم ينص على وجوب اجتماع الوكلاء(٣)(1).

ووجوب اجتماع الوكلاء المعينين فى عقد واحد ليس من النظام العام، والقرينة القانونية التى وضعها المشرع فى هذا الشأن ليست قرينة قاطعة فيجوز إثبات عكسها. ومن ثم يجوز للموكل أن يرخص للوكلاء المعينين فى عقد واحد، صراحة أو ضمناً، فى الانفراد بالعمل. فإذا باشر التصرف أحدهم صح عمله، وامتنع على الباقين أن يباشروا نفس التصرف.

---

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا تعدد الوكلاء جاز انفرادهم إذا كان توكيلهم بعقود متعددة، وإذا كان التوكيل بعقد واحد جاز الانفراد متى كان العمل الذى يباشره الوكيل مما لا يحتاج فيه إلى الرأى أو كان عمله فى مصلحة الموكل (استئناف مصر أول أكتوبر سنة ١٩٤٦ المحاماة ٢٨ رقم ١٧٥ ص٥٦٨).

(٢) ويبين من ذلك أن الأعمال التى لا يحتاج فيها إلى تبادل الرأى ليست ضرورة من أعمال الإدارة، فهى كما تتضمن أعمال إدارة كالإيجار بالشروط المألوفة، تتضمن كذلك أعمال تصرف كوفاء الدين والإبراء منه (أكثم أمين الخولى فقرة ١٧٠).

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان التوكيل الصادر من الطاعن قد صدر لعدة محامين، فإنه يجوز انفراد أحدهم بالتقرير بالطعن، لأن قانون المرافعات قد خرج فى الوكالة بالخصومة عن القاعدة العامة التى قررتها المادة ٧٠٧ من القانون المدنى، فنص فى المادة ٨٥ من قانون المرافعات على أنه إذا تعدد الوكلاء جاز لأحدهم الانفراد بالعمل فى القضية ما لم يكن ممنوعاً من ذلك بنص التوكيل، ولا محل لتخصيص عموم نص هذه المادة وقصره على السير فى الدعوى بعد إقامتها (نقض مدنى ٢٧ مارس سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٣٠ ص٢٣٠).

(1) إذا صدر التوكيل بالطعن من الطاعن إلى عدد من المحامين وصرح لهم بالقيام بما نص عليه عقد التوكيل مجتمعين أو منفردين فإنه يجوز لأحدهم الانفراد بالتقرير بالطعن بطريق النقض.
(جلسة ١٩٥٦/١٢/٦ الطعن رقم ١٤٥ لسنة ٢٣ق س٧ ص٩٤١)

(ب) وإذا عين الوكلاء فى عقود متفرقة، فالقرينة تنعكس ويصبح من المفروض أنه يجوز لأى وكيل منهم أن ينفرد بالعمل. على أن هذه القرينة العكسية قابلة هى أيضاً لإثبات العكس، ويجوز للموكل أن يشترط على الوكلاء الذين عينهم فى عقود متفرقة أن يعملوا مجتمعين. فلا يجوز عندئذ لأحد من الوكلاء أن ينفرد بالعمل، وإذا فعل كان تصرفه باطلا لانعدام الصفة، مع ملاحظة أن الغير الذى يتعامل مع الوكيل يكون معذوراً إذا اعتقد أن الوكيل له صفة فى التعاقد ما دام يرى أن وكالته وحده ثابتة فى عقد مستقل، ويغلب أن تنطبق فى هذه الحالة قواعد الوكالة الظاهرة(١).

٢٦٠ – تضامن الوكلاء فى المسئولية: والأصل أنه إذا تعدد الوكلاء، فإنهم لا يكونون متضامنين لا فى التزامهم نحو الموكل باعتبارهم مدينين، ولا فى التزامات الموكل نحوهم باعتبارهم دائنين. ذلك أن التزامات الوكلاء، والتزامات الموكل ناشئة كلها من العقد، ولا تضامن فى الالتزامات العقدية إلا بنص فى القانون.

ولم يرد أى نص فى شأن التزامات الموكل نحو الوكلاء المتعددين، فهؤلاء إذن لا يكونون متضامنين كدائنين للموكل، بل ينقسم عليهم دين الموكل نحوهم.

أما فى شأن التزامات الوكلاء المتعددين نحو الموكل، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٧٠٧ مدنى كما رأينا على أنه «إذا تعدد الوكلاء، كانوا مسئولين بالتضامن، متى كانت الوكالة غير قابلة للانقسام، أو كان الضرر الذى أصاب الموكل نتيجة خطأ مشترك». ويؤخذ من ذلك أن الوكلاء فى غير الحالتين المذكورتين فى النص لا يكونون متضامنين فى المسئولية، رجوعاً إلى الأصل(٢). أما فى هاتين الحالتين فيكونون متضامنين فى جميع التزاماتهم نحو الموكل، لا فحسب فى تنفيذ الوكالة بالعناية الواجبة، بل أيضاً فى

---

(١) وفى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى تلخيص لما قدمناه فى العبارات الآتية: «إذا تعدد الوكلاء فى الأمر الواحد، كان كل منهم مسئولا عن التزاماته كوكيل. فيجب أن ينفذ الوكالة، ولا يصح أن يعمل الوكلاء إلا مجتمعين ما داموا قد عينوا فى عقد واحد ولم ينص صراحة فى العقد على انفرادهم. أما إذا عينوا فى عقود متفرقة، أو فى عقد واحد ونص صراحة على انفرادهم، جاز أن ينفرد كل منهم بتنفيذ الوكالة» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢١٣).

(٢) أما فى التقنين المدنى الفرنسى (م١٩٩٥) فالأصل – على خلاف القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم (بيدان ١٢ فقرة ١٣١٣) – أن الوكلاء يكونون غير متضامنين تطبيقاً للقواعد العامة فى المسئولية العقدية. ومع ذلك يكونون مسئولين بالتضامن (in solidum) إذا صدر منهم خطأ مشترك، ويكونون مسئولين بالتضامن فى المسائل التجارية أو عند وجود شرط بذلك (بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٦٨ والمراجع المشار إليها – بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٦٥١ وما بعدها – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٣ ص٢١٩ – ص٢٢٠).

تقديم الحساب للموكل وفى رد ما للموكل فى أيديهم[1] على النحو الذى سنفصله فيما يلى:

والحالتان اللتان يكون فيهما الوكلاء متضامنين فى التزاماتهم هما:

أولا- إذا كانت الوكالة غير قابلة للانقسام(1). وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذه المسألة ما يأتى: «مثال ذلك أن يوكل شخص وكيلين فى شراء منزل معين، فلا يتصور فى هذه الحالة أن ينفرد كل وكيل بالعمل إذ أن صفقة البيع لا تتجزأ، ويجب على الوكيلين أن يعملا مجتمعين، ويكونان مسئولين بالتضامن قبل الموكل فى الالتزامات المتقدمة الذكر[2]». ومن ثم يكون الوكيلان مسئولين بالتضامن عن تنفيذ الوكالة فى حدودها، وعن تقديم حساب عنها للموكل، وعن رد ما للموكل فى أيديهما إليه. فلو أن الوكالة لم تكن فى شراء منزل بل فى بيعه وفى قبض ثمنه، وهذه أيضاً وكالة غير قابلة للانقسام، فباع المنزل الوكيلان معاً وسلم المشترى الثمن لأحدهما، كان الوكيلان مسئولين معاً بالتضامن عن تسليم الثمن للموكل. وإذا كان الوكيل الذى تسلم الثمن قد قبل أن يؤجل جزءاً منه، وقد جاوز فى ذلك حدود الوكالة لأن الموكل قد اشترط أن يكون الثمن كله معجلا، فإن التأجيل لا ينفذ فى حق الموكل لمجاوزته حدود الوكالة، ويلزم المشترى بتعجيل ما أجل من الثمن، ثم يرجع على الوكيل الذى قبل التأجيل بالتعويض دون أن يرجع على الوكيل الآخر ودون أن يكون هذا الوكيل الآخر متضامناً مع الوكيل الأول. ولو كان هذا الوكيل الأول لم يجاوز حدود الوكالة ولكن تعسف فى تنفيذها، بأن كان الموكل لم يشترط تعجيل الثمن فأجل الوكيل الثمن ولكنه راعى فى ذلك مصلحة المشترى دون مصلحة الموكل لمصلحة تربطه بالمشترى، فإن التأجيل يسرى فى حق الموكل لعدم مجاوزته حدود الوكالة، ولكن الموكل يرجع على الوكيل بالتعويض لتعسفه فى تنفيذ الوكالة، ويرجع بالتعويض على هذا الوكيل وحده دون أن

---

(١) ويشترط بداهة أن تثبت وكالة كل من الوكلاء المتعددين حتى يكونوا متضامنين، فإذا لم تثبت وكالة أحدهم لم يكن مسئولا، ومن باب أولى لم يكن متضامناً مع الوكلاء الآخرين (انظر فى هذا المعنى نقض مدنى ٣١ مارس سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٣ رقم ١٠٦ ص٣١٥).

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢١٣.

(1) مفاد نص المادة ١/٧٠٧ من القانون المدنى أن الوكلاء لا يكونون متضامنين فى التزاماتهم قبل الموكل إلا إذا كانت الوكالة غير قابلة للانقسام، أو كان الضرر الذى أصاب الموكل قد وقع نتيجة خطأ مشترك بين الوكلاء جميعا.

(جلسة ١٩٧٧/٥/٣ الطعن رقم ١٥٠ لسنة ٤٢ق س٢٨ ص١١١٨)

يكون الوكيل الآخر متضامناً معه. وفى هذا تقول العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٧٠٧ مدنى فيما رأينا: «على أن الوكلاء، ولو كانوا متضامنين، لا يسألون عما فعله أحدهم مجاوزاً حدود الوكالة أو متعسفاً فى تنفيذها». وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «أما إذا انفرد أحدهم بمجاوزة حدود الوكالة أو بالتعسف فى تنفيذها، كأن خالف شروط البيع التى اشترطها الموكل، أو التزمها ولكن تعمد إساءة العمل بها، ففى حالة المجاوزة لحدود الوكالة يكون مسئولا وحده لا بالتضامن مع غيره من الوكلاء، قبل الغير الذى تعامل معه، إذا كان الموكل قد رفض إقرار عمل الوكيل (انظر م٩٩١ من المشروع). وفى حالة التعسف فى تنفيذ الوكالة يكون مسئولا أيضاً وحده، لا بالتضامن مع غيره من الوكلاء، قبل الموكل عن التعويض»[١].

ثانيا- إذا كانت الوكالة قابلة للانقسام ولكن الضرر الذى أصاب الموكل كان نتيجة خطأ مشترك من الوكلاء جميعاً. وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذه الحالة ما يأتى: «أما إذا كانت الوكالة قابلة للانقسام كإدارة مزرعة، فإن كل وكيل يكون مسئولا وحده لا بالتضامن مع غيره من الوكلاء عن تنفيذ التزاماته، سواء فى ذلك عمل منفرداً بأن اختص فى إدارة المزرعة بأعمال معينة، أو عمل مع الوكلاء مجتمعين. ومع ذلك لو ارتكب الوكلاء فى هذه الحالة خطأ مشتركاً دبروه فيما بينهم وترتب عليه الإضرار بمصلحة الموكل، فإنهم يكونون مسئولين بالتضامن عن التعويض سواء اعتبرت المسئولية تقصيرية أو تعاقدية»[٢]. فلو أن وكيلين، يديران مزرعة بالوكالة عن صاحبها، يعملان مجتمعين، فارتكبا معاً خطأ فى تنفيذ الوكالة، كأن اشتريا سماداً أو بذراً غير صالح ولم يبذلا العناية الواجبة فى انتقائه، فإنهما يكونان مسئولين بالتضامن قبل الموكل. ويلاحظ هنا فيما يتعلق بما ورد فى المذكرة الإيضاحية أمران: الأمر الأول أن المذكرة تقول: «سواء اعتبرت المسئولية تقصيرية أو تعاقدية»، ولا وجه لاعتبار المسئولية هنا تقصيرية، فهى ليست إلا مسئولية تعاقدية ترتبت على عقد الوكالة. والأمر الثانى أن المذكرة الإيضاحية تقول: «ومع ذلك لو ارتكب الوكلاء فى هذه الحالة خطأ مشتركاً دبروه فيما بينهم»، ويفهم من ذلك أن الخطأ المشترك يجب أن يكون مدبراً فيما بين الوكلاء. وقد كان هذا صحيحاً فى المشروع التمهيدى لنص المادة ١/٧٠٧ مدنى، فقد كان يقول: «أو كان الضرر الذى أصاب الموكل نتيجة خطأ مشترك دبر فيما بينهم»، ولكن عبارة «دبر فيما بينهم» حذفت فى لجنة المراجعة[٣]. وبعد هذا الحذف أصبح غير ضرورى أن يكون الخطأ المشترك مدبراً

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢١٣.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢١٣- ص٢١٤.

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٠٩- ص٢١٠- وانظر آنفاً فقرة ٢٥٧ فى الهامش.

فيما بين الوكلاء، ويكفى أن يكون هناك مجرد تقصير منهم دون أن تكون هناك حاجة لأن يتعمدوا الخطأ ويدبروه فيما بينهم(١).

«وفى غير هاتين الحالتين - كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى(٢) - لا يكون الوكلاء المتعددون متضامنين فيما بينهم إلا إذا اشترط التضامن. فلا يكون الوكلاء متضامنين بغير شرط إذا انفرد أحدهم بتنفيذ الوكالة(٣)، سواء كانت الوكالة غير قابلة للانقسام أو قابلة له، أو اشترك مع الباقى فى تنفيذها ولكنه انفرد وحده بخطأ لم يشترك معه فيه سائر الوكلاء(٤).

٢٦١ - نائب الوكيل - نص قانونى: تنص المادة ٧٠٨ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«١ - إذا أناب الوكيل عنه غيره فى تنفيذ الوكالة، دون أن يكون مرخصاً له فى ذلك، كان مسئولا عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو، ويكون الوكيل ونائبه فى هذه الحالة متضامنين فى المسئولية».

«٢ - أما إذا رخص للوكيل فى إقامة نائب عنه دون أن يعين شخص النائب، فإن الوكيل لا يكون مسئولا إلا عن خطأه فى اختيار نائبه، أو عن خطأه فيما أصدره له من تعليمات».

---

(١) أكثم أمين الخولى فقرة ١٨٣ ص٢٢٧ وهامش ٣ - وقارن محمد على عرفة ص٣٨٢ - وإذا كان الوكيلان متضامنين فى المسئولية عن خطأ أحدهما وهو وكيل مأجور، لم يمنع التضامن، إذا كان الوكيل الآخر غير مأجور، أن يكون خطأ الوكيل الأول وهو مأجور لا يعتبر خطأ بالنسبة إلى الوكيل الآخر نظراً لأنه غير مأجور. فإذا دفع الوكيل غير المأجور للموكل كل التعويض أو بعضه، رجع بكل ما دفعه على الوكيل المأجور (أكثم أمين الخولى فقرة ١٨٣ ص٢٢٩).

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢١٤.

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا عهد لجملة وكلاء إدارة أعيان، فأجر أحدهم عيناً منها ولم يسلمها، جاز للمستأجر مقاضاة الوكيل الذى تعاقد معه دون الباقين ومطالبته بالتعويض (استئناف وطنى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٥١ ص١١٧).

(٤) كأن كان من الواجب أن يعمل الوكلاء مجتمعين، وتخلف أحدهم دون عذر مقبول، وترتب على ذلك عدم إمكان تنفيذ الوكالة، فإن الوكيل المتخلف يكون وحده هو المسئول (جيوار فقرة ١١٨ - بودرى وفال فى الوكالة ٦٥٣ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٣ ص٢٢٠ - محمد على عرفة ص٣٨٢). أما إذا انفرد أحد الوكلاء بالخطأ ولكن التضامن كان مشترطاً بينهم، فإن الجميع يكونون مسئولين بالتضامن عن هذا الخطأ، حتى لو قسم الوكلاء العمل فيما بينهم واختص كل منهم بأمر معين (محمد على عرفة ص٣٨٣ - أكثم أمين الخولى فقرة ١٨٣ ص٢٢٨)، ويكون لسائر الوكلاء حق الرجوع على الوكيل الذى صدر منه الخطأ (أكثم أمين الخولى فقرة ١٨٣ ص٢٢٨).

«٣- ويجوز في الحالتين السابقتين للموكل ولنائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر»(١).

ويقابل النص في التقنين المدني القديم المادة ٦٣٦/٥٢٠(٢).

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري م٦٧٤- وفي التقنين المدني الليبي م٧٠٨- وفي التقنين المدني العراقي م٩٣٩- وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني م٧٨٢- ٧٨٤ وم٨١٧(٣).

---

(١) **تاريخ النص**: ورد هذا النص في المادة ٩٨٣ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٧٤٠ في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٣٩، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٠٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢١١- ص٢١٥).

(٢) **التقنين المدني القديم** م٦٣٦/٥٢٠: يجب أن يكون الإذن للوكيل بإنابة غيره عنه صريحاً في سند التوكيل. ويكون الوكيل مسئولا عن النائب الذي لم يعينه الموكل إذا كان هذا النائب معسراً أو غير أهل أو مشهوراً بالإهمال. وفي جميع الأحوال نائب الوكيل مسئول مباشرة عند الموكل.

(وتختلف أحكام التقنين المدني القديم عن أحكام التقنين المدني الجديد في مسألتين: (١) في التقنين المدني القديم لا يجوز للوكيل إقامة نائب عنه إلا بترخيص من الموكل، أما في التقنين المدني الجديد فيجوز للوكيل إقامة نائب عنه ما لم يمنعه الموكل من ذلك. (٢) في التقنين المدني القديم للموكل دعوى مباشرة قبل نائب الوكيل ولكن نائب الوكيل ليست له دعوى مباشرة قبل الموكل، أما في التقنين المدني الجديد فلكل من الاثنين دعوى مباشرة قبل الآخر - وتسري أحكام التقنين المدني الجديد على عقود الوكالة التي تبرم منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩).

(٣) **التقنينات المدنية العربية الأخرى**:

التقنين المدني السوري م٦٧٤ (مطابق).

التقنين المدني الليبي م٧٠٨ (مطابق).

التقنين المدني العراقي م٩٣٩: ليس للوكيل أن يوكل غيره، إلا أن يكون قد أذنه الموكل في ذلك أو فوض الأمر لرأيه. ويعتبر الوكيل الثاني وكيلا عن الموكل، فلا ينعزل بعزل الوكيل الأول ولا بموته.

(والتقنين العراقي، خلافاً للتقنين المصري، لا يجيز للوكيل أن يقيم نائباً عنه إلا بإذن الموكل. ولكنه، متفقاً في ذلك مع التقنين المصري، يقيم علاقة مباشرة بين الموكل ونائب الوكيل، بل يذهب إلى أبعد من ذلك فيجعل نائب الوكيل وكيلا عن الموكل مباشرة. ولا يتضمن التقنين العراقي نصاً في مسئولية الوكيل عن نائبه كالنص الوارد في التقنين المصري، فتسري القواعد العامة).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م٧٨٢: لا يجوز للوكيل أن ينيب عنه شخصاً آخر في تنفيذ الوكالة إلا في الأحوال الآتية: أولا- إذا كان الموكل قد خوله هذا الحق صراحة. ثانيا- إذا كان تخويله هذا الحق ناجماً عن ماهية العمل أو عن الظروف. ثالثا- إذا كانت الوكالة عامة مطلقة.

م٧٨٣: الوكيل الذي لا يملك التوكيل يكون مسئولا عمن ينيبه منابه كما يسأل عن أعمال =

ويخلص من هذا النص أن الوكالة قد يقوم بتنفيذها، لا الوكيل نفسه، بل شخص آخر ينيبه عنه الوكيل[1]. وعندئذ تثار مسألتان نبحثهما على التعاقب: (١) علاقة الموكل بنائب الوكيل. (٢) مسئولية الوكيل عن نائبه.

٢٦٢- علاقة الموكل بنائب الوكيل: يفهم من الفقرة الأولى من المادة ٧٠٧ مدنى سالفة الذكر أن الوكيل إذا أناب عنه غيره دون أن يكون مرخصاً له فى ذلك، كانت إنابته صحيحة ولكن يكون مسئولا عن عمل النائب مسئوليته عن عمله الشخصى ويكون متضامناً معه فى المسئولية. فيستخلص من ذلك أن للوكيل أن ينيب غيره دون حاجة إلى ترخيص من الموكل، ومن باب أولى يكون له ذلك إذا رخص فيه الموكل[2]. فللوكيل

=نفسه. وإذا كان التوكيل مباحا له، فلا يكون مسئولا إلا إذا اختار شخصاً لم تتوافر فيه الصفات المطلوبة للوكالة، أو إذا كان، مع إحسان الاختيار، قد أعطى نائبه تعليمات كانت سبباً فى الضرر، أو أغفل السهر عليه عندما كانت تقتضيه الضرورة.

م٧٨٤: فى جميع الأحوال يكون نائب الوكيل مسئولا لدى الموكل مباشرة كالوكيل نفسه، وتكون له حقوق الوكيل نفسها.

م٨١٧: إن عزل الوكيل أو وفاته يؤديان إلى عزل من وكله، فيما خلا الحالتين الآتيتين: أولا- متى كان وكيل الوكيل معينا بترخيص من الموكل. ثانيا- متى كان الوكيل الأصلى ذا سلطة مطلقة فى التصرف أو كان له الحق فى التوكيل.

(وأحكام التقنين اللبنانى تختلف عن أحكام التقنين المصرى فيما يأتى: (١) فى التقنين اللبنانى لا يجوز للوكيل أن يقيم عنه نائباً إلا بإذن الوكيل أو إذا كانت الوكالة عامة مطلقة، أما فى التقنين المصرى فيجوز للوكيل أن يقيم عنه نائباً ما لم يمنعه الموكل من ذلك. (٢) فى التقنين اللبنانى يكون الوكيل مسئولا عن نائبه مسئوليته عن نفسه إذا كان ممنوعاً عن إقامة النائب، فإن رخص له الموكل فى إقامة نائب عنه لم يكن مسئولا عن النائب إلا فى أحوال معينة. أما فى التقنين المصرى فيكون الوكيل مسئولا عن نائبه مسئوليته عن نفسه إذا كان ممنوعاً عن إقامة النائب أو كان غير ممنوع ولكن الموكل لم يرخص له صراحة فى ذلك، فإذا رخص له لم يكن مسئولا إلا فى أحوال معينة. (٣) فى التقنين اللبنانى ليس لنائب الوكيل دعوى مباشرة قبل الموكل، وله هذه الدعوى فى التقنين المصرى).

(١) وقد قدمنا أنه يجب التمييز بين التوكيل على بياض حيث يوكل الموكل من دفع له التوكيل على بياض فى اختيار وكيل أصلى لا نائب وكيل، وبين الإنابة فى التوكيل حيث يوكل الموكل وكيلا أصليا ثم يوكل الوكيل الأصلى نائباً عنه هو لا نائباً عن الموكل كما يفعل فى التوكيل على بياض (انظر آنفاً فقرة ٢٢٢).

(٢) نقض مدنى ١١ مايو سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٧٠ ص٤٧٢- وقد يكون الترخيص فى الإنابة ضمنياً، فتوكيل غير المحامى فى رفع دعوى يتضمن ترخيصاً له فى إقامة محام، وتوكيل غير السمسار فى شراء أوراق مالية من البورصة يتضمن ترخيصاً له فى إنابة أحد السماسرة (بون ١ فقرة ١٠٢٢- جيوار فقرة ١٢٤- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٥٧٦- أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٣ ص٢٢٠ هامش ١٤ (٢)- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٦٩ - أكثم أمين الخولى فقرة ١٨٤ ص٢٣١).

إذن أن ينيب عنه غيره، ما لم يمنعه الموكل من ذلك[1]. فإذا منعه، وأناب الوكيل مع ذلك عنه غيره، فإن الإنابة تكون باطلة. ومن ثم لا تكون لنائب الوكيل صفة فى مباشرة التصرف القانونى محل الوكالة، ويبقى الوكيل هو وحده المسئول عن تنفيذ الوكالة[2]، وذلك ما لم يقر الموكل الإنابة بعد وقوعها فيكون لها عندئذ حكم الإنابة التى وقعت بترخيص من الموكل.

ونفرض الآن أن الوكيل أناب غيره إنابة صحيحة، إما لأن الموكل رخص له فى ذلك أو لم يمنعه منه، وإما لأن الموكل أقر الإنابة بعد منعها. فعند ذلك تقوم علاقات مختلفة: علاقة بين الوكيل ونائبه، وعلاقة بين الوكيل والموكل، وعلاقة بين الموكل ونائب الوكيل.

فالعلاقة بين الوكيل ونائبه يحكمها عقد الإنابة الذى بموجبه أناب الوكيل نائبه، وهو عقد وكالة من الباطن أصبح بموجبه نائب الوكيل وكيلا عن الوكيل. وقد يوكل الوكيل نائبه فى كل ما هو موكل فيه، فيطابق مدى سعة عقد الإنابة مدى سعة عقد الوكالة الأصلية، وقد يوكله فى بعض ما هو موكل فيه. وفى الحالتين يكون نائب الوكيل ملتزماً نحو الوكيل بجميع ما يلتزم به الوكيل نحو موكله فى حدود عقد الإنابة: تنفيذ الوكالة بالقدر الذى اتسعت له الإنابة مع بذل العناية الواجبة فى تنفيذها بحسب ما تكون الإنابة مأجورة أو غير مأجورة، وتقديم النائب حساباً للوكيل عن أعمال الإنابة، ورد النائب ما بيده متعلقاً بهذه الأعمال إلى الوكيل[3]. ويكون الوكيل ملتزماً نحو النائب بجميع ما يلتزم به الموكل نحو وكيله فى حدود عقد الإنابة: دفع الأجر إذا كانت الإنابة مأجورة، ورد المصروفات التى أنفقت فى تنفيذ النيابة، وتعويض النائب عما قد يلحقه من ضرر بسبب

---

(١) أكثم أمين الخولى فقرة ١٧١ – وتنص المادة ٨٦ مرافعات على أنه «يجوز للوكيل أن ينيب غيره من المحامين إن لم يكن ممنوعاً من الإنابة صراحة فى التوكيل». وكذلك تنص المادة ٣٣ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ على أن «للمحامى، سواء أكان خصما أصليا أم وكيلا فى دعوى، أن ينيب عنه فى الحضور أو فى المرافعة أو فى غير ذلك من إجراءات التقاضى محامياً آخر تحت مسئوليته دون توكيل خاص، ما لم يكن فى التوكيل ما يمنع من ذلك».

(٢) وقد يكون المنع من الإنابة ضمنياً، ويستخلص هذا المنع الضمنى إذا كان الموكل قد نظر فى الوكيل إلى اعتبار يندر أن يتوافر فى غيره (كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٣٥٨).

(٣) جيوار فقرة ١٢٩ – بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٥٧٨ – ويبقى نائب الوكيل مقيداً بتعليمات الوكيل ما دامت هذه التعليمات لا تتعارض مع تعليمات الموكل، ويجوز للوكيل أن يعزل نائبه (بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٥٩٠ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٠ ص٩٠٨). وإذا عزل الوكيل نائبه أو تنحى هذا عن النيابة، فإن الوكالة الأصلية تبقى قائمة. أما إذا عزل الموكل الوكيل الأصلى أو تنحى هذا عن الوكالة، فإن الإنابة تنتهى بانتهاء الوكالة الأصلية (بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٥٩٠). وإذا مات الموكل انتهت الوكالة الأصلية، وانتهت تبعاً لها الإنابة (انظر م٨١٨ لبنانى)، أما إذا مات الوكيل الأصلى فانتهت بموته الوكالة الأصلية، فإن رأيا يذهب إلى أن الإنابة تبقى بالرغم من انتهاء الوكالة الأصلية للعلاقة المباشرة القائمة بين الموكل ونائب الوكيل (بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٥٩١). وقارن م٩٢٩ مدنى عراقى وم٨١٧ لبنانى آنفاً فقرة ٢٦٠ فى الهامش.

تنفيذ الإنابة(١).

أما العلاقة بين الوكيل والموكل فتبقى محكومة بعقد الوكالة الأصلى، ويكون الوكيل ملتزماً نحو الموكل بجميع الالتزامات التى تترتب فى ذمة الوكيل بموجب عقد الوكالة، كما يكون الموكل ملتزماً نحو الوكيل بجميع الالتزامات التى تترتب فى ذمة الموكل بموجب نفس العقد.

وتبقى العلاقة بين الموكل ونائب الوكيل. وكان مقتضى تطبيق القواعد العامة ألا تكون هناك علاقة مباشرة بينهما، ولا يملك الموكل أن يرجع على نائب الوكيل إلا بالدعوى غير المباشرة يستعملها باسم الوكيل، وكذلك لا يملك نائب الوكيل أن يرجع على الموكل إلا بالدعوى غير المباشرة يستعملها هو أيضاً باسم الوكيل. ولكن الفقرة الثالثة من المادة ٧٠٧ مدنى تقول كما رأينا: «ويجوز فى الحالتين السابقتين للموكل ولنائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر»(1). والحالتان السابقتان المشار إليهما هما حالة ما إذا أناب الوكيل غيره دون ترخيص من الموكل وحالة ما إذا أناب الغير بترخيص، ويلحق بهما حالة ما إذا أناب الوكيل الغير وأقر الموكل الإنابة بعد أن كان قد منعها. ففى جميع هذه الأحوال يجوز للموكل أن يرجع بدعوى مباشرة على نائب الوكيل يطالبه فيها بجميع التزاماته الناشئة من عقد الإنابة(٢)، ولا شأن لنائب الوكيل بعقد الوكالة

---

(١) بون ١ فقرة ١٠٨- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٥٧٩ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٣ ص٢٢٢.

(1) يدل نص المادة ٧٠٨ من القانون المدنى على أنه يجوز للوكيل أن ينيب عنه غيره فى تنفيذ جميع ما وكل فيه أو فى جزء منه ما لم يكن ممنوعا من ذلك بنص خاص فى سند وكالته، ويكون له من باب أولى إذا تضمن سند التوكيل الترخيص له فى كل ذلك سواء عين الموكل شخص النائب أو أطلق أمر اختياره للوكيل، ويترتب على تلك الإنابة متى قامت صحيحة متوافرة الاركان قيام علاقة مباشرة بين نائب الوكيل والموكل ينصرف بموجبها إلى الأخير كافة التصرفات التى يبرمها النائب متى تحققت شروط إعمال هذا الأثر، ولا يكون لوفاة الوكيل بعد ابرامه عقد الانابة - باعتباره من التصرفات التى يخولها له سند وكالته وينصرف اثرها مباشرة إلى الموكل - أى أثر فى علاقة النائب بالموكل فيما يأتيه من تصرفات أو فى توافر صفته فى القيام بأى أجراء يتسع له عقد الانابة كنتيجة لتلك العلاقة المباشرة.

(جلسة ١٩٩٦/٥/٨ الطعن رقم ٢٢٥٦ لسنة ٦٥ق)

(٢) ويترتب على ذلك أن نائب الوكيل يكون مسئولا قبل الموكل مباشرة عن أى خطأ يرتكبه فى تنفيذ الوكالة (جيوار فقرة ١٢٧ - بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٥٨١ ص٣٠٨)، ولا يجوز لنائب الوكيل أن يحتج على الموكل بمقاصة تقع بين التزاماته وبين ما له من حقوق قبل الوكيل الأصلى (نقض فرنسى ٢٠ أبريل سنة ١٨٥٩ سيريه ٥٩-١- ٢٩٨- ٢٢ مارس سنة ١٨٧٥ سيريه ٧٥-١- ٣٠٢- ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٢٤ داللوز الأسبوعى ١٩٢٤ - ٦٨٣- جيوار فقرة ١٢٧- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٥٨١ ص٣٠٨- أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٣ ص٢٢١ - ص٢٢٢- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٠ ص٩٠٦). ولا يشارك دائنو الوكيل الموكل فى رجوع هذا مباشرة=

الأصلي[1]. وكذلك يجوز لنائب الوكيل أن يرجع بدعوى مباشرة على الموكل يطالبه فيها بالتزاماته نحو الوكيل الأصلي[2](1)، ولكن في حدود التزامات الوكيل الأصلي نحو

=على نائب الوكيل (روان ١٣ أبريل سنة ١٨٧٠ سيريه ٧١-٢-١٧- جيوار فقرة ١٢٦- بودري وفال في الوكالة فقرة ٥٨١- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٠ ص٩٠٦ هامش٦). ولا يحتج نائب الوكيل على الموكل بحكم صادر على الوكيل حائز لقوة الأمر المقضي (نقض فرنسي ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٢٤ داللوز الأسبوعي ١٩٢٤- ٦٨٣). كما لا يحتج عليه بتصديق الوكيل على الحساب المقدم عن الإنابة (بودري وفال في الوكالة فقرة ٥٨٥ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٠ ص٩٠٧). ويستثنى من ذلك ما إذا كان الموكل قد فوض للوكيل أن يصدق على الحساب نهائياً، فيحتج نائب الوكيل بهذا التصديق على الموكل (بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٠ ص٩٠٧). ويستثنى كذلك ما إذا جهل نائب الوكيل صفة الوكيل واعتقد أنه أصيل لا وكيل، فيجوز في هذه الحالة لنائب الوكيل أن يحتج على الموكل بتصديق الوكيل على الحساب وبجميع الدفوع الأخرى التي يستطيع أن يواجه بها الوكيل (نقض فرنسي ٢٣ فبراير سنة ١٨٧٤ داللوز ٧٤- ١- ٣٨٩- باريس ١٧ أكتوبر سنة ١٩٣٤ جازيت دي پاليه ١٩٣٤-٢-٧٨١- بودري وفال في الوكالة فقرة ٥٨١ ص٣٠٨ وفقرة ٥٨٢ وفقرة ٥٨٥- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٠ ص٩٠٧).

ويخلص من ذلك أن نائب الوكيل، إذا كان يعلم أن موكله ليس إلا وكيلا عن موكل آخر، لا يجوز له أن يقدم الحساب إلا للموكل، فإذا قدمه للوكيل لم يكن هذا حجة على الموكل كما قدمنا (بودري وفال في الوكالة فقرة ٥٨٥ - أنسيكلوبيدي داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٢٠).

(١) ليون ٧ ديسمبر سنة ١٨٥٩ داللوز ٦٠-٢-٨- أنسيكلوبيدي داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٢٠- ولكن إذا كان نائب الوكيل يجهل الإنابة ويعتقد بحسن نية أن الوكيل هو أصيل وكله عنه في عمل يخصه شخصياً، فإن الموكل لا يرجع مباشرة على نائب الوكيل (نقض فرنسي ٢٠ أبريل سنة ١٨٥٩ سيريه ٥٩-١-٢٩٨- ٢٣ فبراير سنة ١٨٧٤ داللوز ٧٤-١-٣٨٩- بيدان ١٢ فقرة ٣١١- أنسيكلوبيدي داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢١٧).

(1) مفاد المادتين ٧٠٨ و٧١٠ من القانون المدني مرتبطتين أنه يجوز لنائب الوكيل أن يرجع بدعوى مباشرة على الموكل يطالبه فيها بما التزم به نحو الوكيل الأصلي، ذلك سواء أكان الموكل قد رخص للوكيل الأصلي بتوكيل غيره في تنفيذ الوكالة أو لم يرخص له بذلك ويكون رجوع نائب الوكيل على الموكل شأنه في ذلك ما يرجع به الوكيل الأصلي على الموكل - من المطالبة بالمصروفات الضرورية المشروعة التي أنفقها من ماله الخاص والتي استلزمها تنفيذ الوكالة.

(جلسة ١٩٦٨/١١/١٩ الطعن رقم ٣٨٨ لسنة ٣٤ق س١٩ ص١٣٩٦)

(٢) وفي فرنسا لا يوجد نص يعطي لنائب الوكيل دعوى مباشرة قبل الموكل، فلا يرجع إلا بالدعوى غير المباشرة باسم الوكيل (بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٠ ص٩٠٧). ولكن يذهب كثير من الفقهاء إلى إعطاء نائب الوكيل دعوى مباشرة قبل الموكل لتقابل دعوى الموكل قبل نائب الوكيل (جيوار فقرة ١٢٨- بودري وفال في الوكالة فقرة ٥٨٧ ص٣١٠- أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٣ ص٢٢٢- أنسيكلوبيدي داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٢٢). =

نائب الوكيل بموجب عقد الإنابة[1].

٢٦٣ - مسئولية الوكيل عن نائبه: الأصل أن الوكيل مسئول عن نائبه تجاه الموكل. ومسئوليته فى ذلك هى مسئولية عقدية عن الغير وقد توافرت شروطها. فهناك عقد الوكالة الأصلى الوكيل فيه مدين للموكل بتنفيذ الوكالة، وقد استخدم الوكيل فى تنفيذ هذا الالتزام العقدى نائبه إذ كلفه بموجب عقد الإنابة بتنفيذ الالتزام. فالمسئول هو الوكيل، والمضرور هو الموكل، وقد قام بينهما عقد صحيح هو عقد الوكالة الأصلى. والغير هو نائب الوكيل، وقد كلف اتفاقاً بتنفيذ التزام الوكيل العقدى[2]. فإذا ارتكب نائب الوكيل خطأ فى تنفيذ الوكالة تحققت مسئوليته العقدية تجاه الوكيل، وتحققت مسئولية الوكيل العقدية عن نائبه تجاه الموكل، وأمكن أيضاً للموكل أن يرجع مباشرة على نائب الوكيل كما قدمنا. فيكون للموكل، إذا ارتكب نائب الوكيل خطأ، مدينان: الوكيل بموجب المسئولية العقدية عن الغير، ونائب الوكيل بموجب الدعوى المباشرة. والأصل أن الوكيل ونائبه لا يكونان مسئولين تجاه الموكل بالتضامن لتعدد المصدر بالرغم من وحدة المحل، وإنما يكونان مسئولين بالتضامم (in solidum)[3].

= ويذهب الأستاذ أكثم أمين الخولى إلى أن العلاقة المباشرة بين الموكل ونائب الوكيل لا تتضمن «حالة من حالات الدعوى المباشرة بالمعنى الدقيق لهذا التعبير، وأن الصحيح هو أن هناك رابطة مباشرة أصلية بين الموكل ونائب الوكيل، لا مجرد دعوى مباشرة. لا شأن لهذه الرابطة المباشرة بفكرة الدعوى المباشرة، بل هى نتيجة طبيعية لما يعترف به القانون من أن الوكيل يستطيع- ما لم يمنع من ذلك صراحة - أن ينقل سلطته فى العمل لحساب الموكل إلى شخص آخر. لا يعنى هذا الجواز إلا أن النائب يصير بدوره وكيلا عن الموكل..» (أكثم أمين الخولى فقرة ١٨٥ ص٢٣٢). ومقتضى هذا الرأى أن الوكيل يختفى فلا يكون له علاقة بنائبه فيما أنابه فيه، وفى هذا إغفال لعقد الإنابة وما يترتب عليه من حقوق والتزامات فى العلاقة ما بين الوكيل ونائبه.

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية فى هذا الصدد: «ويجوز للوكيل أن ينيب عنه غيره فى تنفيذ الوكالة إلا إذا اشترط الموكل منعه من ذلك، وهذا بخلاف التقنين الحالى (القديم) م٦٣٦/٥٢٠ حيث يشترط فى جواز الإنابة الترخيص الصريح. فإذا أناب عنه غيره، كان النائب مسئولا عن جميع الالتزامات التى تقع على الوكيل، لا قبل الوكيل وحده، بل قبله وقبل الموكل، وبطريق مباشر. فيستطيع الموكل أن يرجع بدعوى مباشرة على النائب، كما يرجع النائب على الموكل بالدعوى المباشرة كذلك. ولم ينص التقنين الحالى (القديم) م٣٦٧/٢٥٠ على الرجوع المباشر للنائب على الموكل» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢١٤).

وإذا استعان الوكيل فى عمله بشخص آخر دون أن يوكله، كما إذا استعان بمحام لفحص مستندات، فإن هذا الشخص الآخر لا يكون نائب وكيل، ولا يستطيع الموكل أن يرجع عليه مباشرة (استئناف مختلط ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م٥٠ ص٤٥).

(٢) انظر الوسيط ١ فقرة ٤٣١- فقرة ٤٣٢.

(٣) انظر الوسيط ٣ فقرة ١٧٦- فقرة ١٧٧.

هذا هو مقتضى تطبيق القواعد العامة فى مسئولية الوكيل عن نائبه. ولكن الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٧٠٨ مدنى حورتا فى هذه القواعد، فقد ميزت هذه النصوص بين حالتين:

الحالة الأولى- حالة ما إذا لم يكن مرخصاً للوكيل فى إنابة غيره: تقول الفقرة الأولى من المادة ٧٠٨ مدنى فى هذا الصدد: «إذا أناب الوكيل عنه غيره فى تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصاً له فى ذلك، كان مسئولا عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو، ويكون الوكيل ونائبه فى هذه الحالة متضامنين فى المسئولية». ويتبين من هذا النص أن قواعد المسئولية العقدية عن الغير قد طبقت فى الحالة الأولى التى نحن بصددها، وذلك باستثناء واحد هو أن الوكيل ونائبه يكونان مسئولين تجاه الموكل، لا بالتضامن كما هو مقتضى تطبيق القواعد العامة فى المسئولية العقدية عن الغير، بل بالتضامن كما يقضى صريح النص. ويعتبر الخطأ الصادر من نائب الوكيل كأنه صادر من الوكيل نفسه(١)(1)، ويكون هذا مسئولا عنه بمعيار المسئولية الذى ينطبق عليه هو لا بمعيار المسئولية الذى ينطبق على نائب الوكيل. فإذا كان الوكيل مأجوراً ونائب الوكيل غير مأجور، وبذل نائب الوكيل فى تنفيذ الإنابة عنايته الشخصية وكانت هذه العناية دون عناية الشخص المعتاد، كان نائب الوكيل غير مسئول لأنه بذل العناية الواجبة عليه إذ هو غير مأجور، وكان الوكيل مسئولا إذ العناية المطلوبة منه هى عناية الشخص المعتاد لأنه مأجور. أما إذا كان الوكيل غير مأجور، وكان نائبه مأجوراً، لم يكن الوكيل مسئولا تجاه الموكل إلا عن عنايته الشخصية إذا كانت أدنى من عناية الشخص المعتاد لأنه غير مأجور، فإذا نزل نائب الوكيل عن عناية الشخص المعتاد دون أن ينزل عن عناية الوكيل الشخصية فإنه يكون مسئولا تجاه الوكيل لأنه مأجور، ولكن الوكيل لا يكون مسئولا تجاه الموكل لأن العناية التى بذلت هى العناية الواجبة على الوكيل(٢). ومع ذلك يرجع الموكل على نائب

---

(١) استئناف مختلط ٢٤ يناير سنة ١٩٣٤ م٤٦ ص١٣٠.

(٢) انظر فى هذا المعنى أكثم أمين الخولى فقرة ١٨٤ ص٢٣٠.

(1) الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة لحساب الموكل فإذا أناب عنه غيره فى تنفيذها دون أن يكون مرخصا له فى ذلك كان مسئولا عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو، كما أنه ملزم بان يقدم للموكل حسابا مفصلا شاملا لجميع أعمال الوكالة ومتضمنا المصاريف التى صرفها والمبالغ التى قبضها على ذمة الموكل وكل ما للموكل وما عليه، والرصيد بعد استنزال الخصوم من الأصول هو ما يجب على الوكيل الوفاء به للموكل.

(جلسة ١٩٦٩/٥/٢٩ الطعن رقم ٢٥١ لسنة ٣٥ق س٢٠ ص٨٢٩)

(جلسة ١٩٧٧/٥/٣ الطعن رقم ١٥٠ لسنة ٤٢ق س٢٨ ص١١١٨)

الوكيل بالدعوى المباشرة ما دامت مسئولية نائب الوكيل تجاه الوكيل قد تحققت، إذ نزل الأول وهو مأجور عن عناية الشخص المعتاد[1].

الحالة الثانية – حالة ما إذا كان مرخصاً للوكيل فى إنابه غيره: تقول الفقرة الثانية من المادة ٧٠٨ مدنى فى هذا الصدد: «أما إذا رخص للوكيل فى إقامة نائب عنه دون أن يعين شخص النائب، فإن الوكيل لا يكون مسئولا إلا عن خطأه فى اختيار نائبه، أو عن خطأه فيما أصدره له من تعليمات». فميز هذا النص بين فرضين: الترخيص للوكيل فى الإنابة دون تعيين شخص النائب، والترخيص له فى إنابة شخص بعينه. ففى الفرض الأول أعفى النص الوكيل من المسئولية العقدية عن عمل النائب، ولم يجعله مسئولا إلا عن خطأه الشخصى إما فى اختيار النائب وإما فى توجيهه وفيما أصدره له من تعليمات. فإذا أخطأ الوكيل فى اختيار النائب، كأن اختاره معسراً أو مشهوراً بالإهمال أو عدم الأمانة أو غير كفء للمهمة الموكولة إليه، سواء وجد ذلك وقت الاختيار أو جدّ بعد ذلك لأن الوكيل ملتزم بمراقبة نائبه[2]، كان هناك خطأ شخصى من الوكيل وكان مسئولا عنه تجاه الموكل بموجب عقد الوكالة الأصلى[3]. وكذلك الحكم لو أن الوكيل وجه نائبه توجيهاً خاطئاً وأصدر له تعليمات لا تتفق مع الواجب فى تنفيذ الوكالة[4]، فإن الوكيل يكون مسئولا عن خطأه الشخصى تجاه الموكل[5]. ولا يكون هناك تضامن بين الوكيل ونائبه، لأن مسئولية الوكيل قائمة على خطأه الشخصى لا على المسئولية العقدية عن

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «بقى تحديد مسئولية الوكيل عن نائبه. وهنا يجب التفريق بين ما إذا كانت الإنابة لم ينص عليها أو كان مرخصاً فيها. ففى الحالة الأولى يكون الوكيل مسئولا عن خطأ نائبه مسئولية المتبوع عن التابع (اقرأ مسئولية عقدية عن الغير). فإذا ارتكب النائب خطأ، جاز للموكل أن يرجع بالتعويض على أى من الوكيل أو نائبه بدعوى مباشرة» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢١٤).

ولا يكون نائب الوكيل مسئولا عن القوة القاهرة، وكذلك لا يكون الوكيل (بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٥٧٠).

(٢) بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٥٧٥– أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١ ص٢٢١– محمد على عرفة ص٣٨٧ – أكثم أمين الخولى فقرة ١٨٤ ص٢٣١.

(٣) استئناف مختلط ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م٣٩ ص١١٥.

(٤) أو أصدر له تعليمات ناقصة، أو لم يصدر تعليمات حيث كان ينبغى أن يصدرها (جيوار فقرة ١٢٣– بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٥٧٥ ص٣٠٤).

(٥) ومع ذلك فقد قضى بأنه وإن كان نص المادة ٥٢٠ مدنى (قديم) يجعل الوكيل مسئولا عن النائب الذى لم يعينه الموكل إذا كان هذا النائب معسراً، فإن طبيعة بعض الالتزامات قد لا تسمح باختيار =

الغير[1]. فإذا أحسن الوكيل اختيار نائبه ولم يصدر له تعليمات خاطئه، وارتكب نائب الوكيل خطأ فى تنفيذ الوكالة، كان نائب الوكيل وحده هو المسئول تجاه الوكيل بموجب عقد الإنابة، وكان مسئولا أيضاً تجاه الموكل بموجب الدعوى المباشرة، ولكن الوكيل لا يكون مسئولا عن نائبه تجاه الموكل مسئولية عقدية عن الغير فقد أعفاه نص القانون من هذه المسئولية ما دام مرخصاً له فى إنابة غيره[2]. بقى الفرض الثانى، وفيه يكون الوكيل مرخصاً له فى إنابة شخص بعينه. ولم تعرض الفقرة الثانية من المادة ٧٠٨ مدنى مباشرة لهذا الفرض، ولكن المفهوم من النص أن الوكيل لا يكون مسئولا عن اختيار نائبه، إذ أن الموكل قد وافق على هذا الاختيار ورخص فيه. ومن ثم لا يكون الوكيل مسئولا فى الفرض الثانى إلا عن خطأه الشخصى فيما أصدر له من تعليمات، وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى تأكيداً لهذا المعنى: «أما إن عين الموكل للوكيل شخص النائب، فلا يكون الوكيل مسئولا إلا عن خطأه فيما أصدر له من تعليمات»[3].

ولم يعرض نص القانون لحالة ثالثة، هى حالة ما إذا كان الوكيل ممنوعاً عن إنابة غيره. ولا صعوبة فيما إذا أناب الوكيل غيره بالرغم من هذا المنع ولم يقر الموكل الإنابة. ففى هذا الفرض لا يكون للنائب صفة فى التعاقد مع الغير، ومن ثم لا يسرى هذا التعاقد فى حق الموكل، فلا يكون هناك مجال لمسئولية الوكيل عن نائبه[4]. أما إذا أقر الموكل

=شخص ملىء، وتكون الإنابة فى هذه الحالة محصورة فى فئة يفترض فيها عدم اليسار، ومن ثم فإنه لا مسئولية على الوكيل فى مثل هذه الأحوال إذا كان النائب معسراً (ميت غمر ٢٦ مايو سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٥ رقم ٣٤١ ص٤٠٩).

(١) أكثم أمين الخولى فقرة ١٨٤ ص٢٣١.

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «وفى الحالة الثانية، إذا رخص الموكل للوكيل أن يقيم عنه نائباً، فإن لم يعين له شخص النائب، فإن الوكيل يكون مسئولا عن خطأه فى اختيار نائبه أو خطأه فيما أصدر له من التعليمات. فإن كان لم يقصر فى حسن اختيار النائب ولم يرتكب خطأ فى التعليمات التى أصدرها له، فلا يكون مسئولا عن خطأه، ويرجع الموكل على النائب بالتعويض بطريق الدعوى المباشرة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢١٤).

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢١٤- ويصح القول بأن الوكيل يكون مسئولا أيضاً عن النائب إذا أهمل فى رقابته وفى توجيهه، فإن هذا الإهمال يعد خطأ شخصياً فى جانب الوكيل فيكون مسئولا عنه (محمد على عرفة ص٣٨٨ - أكثم أمين الخولى فقرة ١٨٤ ص٢٣١).

(٤) انظر فى هذا المعنى أكثم أمين الخولى فقرة ١٨٤ ص٢٣١- على أن هناك ظروفاً يمكن أن يصيب فيها الموكل ضرر بفعل نائب الوكيل. مثل ذلك أن يقدم الموكل مبلغاً للوكيل لصرفه فى شؤون الوكالة ويمنعه من إنابة غيره، فيخالف الوكيل هذا المنع وينيب عنه غيره ويسلمه المبلغ الذى تسلمه من الموكل، فيبدده نائب الوكيل أو يضيعه بتقصيره. ففى هذا الفرض يكون الوكيل مسئولا دون شك، وتقوم مسئوليته على خطأه الشخصى فى إنابته غيره وهو ممنوع من ذلك. ويبقى هذا الخطأ =

الإنابة بعد أن كان قد منعها، فالظاهر أن يكون فى حكم من رخص للوكيل فى إنابة شخص بعينه إذ أنه لم يقر الإنابة إلا بعد أن عرف شخص النائب، وتسرى الأحكام التى قررناها فيما إذا كان الوكيل مرخصا له فى إنابة شخص بعينه.

المطلب الثانى

تقديم حساب عن الوكالة

٢٦٤- نص قانونى: تنص المادة ٧٠٥ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«على الوكيل أن يوافى الموكل بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه فى تنفيذ الوكالة، وأن يقدم له حساباً عنها»(١).

ويقابل النص فى التقنين المدنى القديم المادة ٥٢٥/٦٤٥(٢).

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى م٦٧١- وفى التقنين المدنى الليبى م٧٠٥- وفى التقنين المدنى العراقى م٩٣٦- وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٧٨٨- ١/٧٨٩(٣).

=الشخصى قائماً فيبقى الوكيل مسئولا، حتى لو ضاع المبلغ من نائب الوكيل بقوة قاهرة (جيوار فقرة ١٢٥)، ما لم يثبت أن المبلغ كان يضيع حتى لو بقى فى يد الوكيل (بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٥٧٧- محمد على عرفة ص٣٨٥).

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ٩٨٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «١- على الوكيل فى كل وقت أن يطلع الموكل على الحالة التى وصل إليها فى تنفيذ الوكالة، وأن يقدم له حساباً بعد انقضائها. ٢- وعليه أن يرد للموكل كل ما كسبه لحسابه بتنفيذ الوكالة، حتى لو كان يعمل باسمه. وعليه، بوجه خاص، أن ينقل للموكل ما كسبه من حقوق وهو يعمل باسمه لحساب الموكل». وفى لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية «لعدم ضرورتها»، وعدلت الفقرة الأولى تعديلا لفظيا، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، وصار رقمه ٧٣٧ فى المشروع النهائى. ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٧٣٦، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٠٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٠٣- ص٢٠٥).

(٢) **التقنين المدنى القديم م٥٢٥/٦٤٥:** وعليه تقديم حساب إدارة عمله وحساب المبالغ التى قبضها على ذمة موكله.

(وأحكام التقنين المدنى القديم تتفق مع أحكام التقنين المدنى الجديد).

(٣) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدنى السورى م٦٧١ (مطابق).

ويخلص من هذا النص أن الوكيل يلتزم بموافاة الموكل فى أثناء تنفيذ الوكالة بالمعلومات الضرورية التى يقف منها على سير التنفيذ، وأن يقدم للموكل بعد انتهاء الوكالة حساباً عن ذلك. فنبحث مسائل ثلاثا: (١) موافاة الموكل بالمعلومات الضرورية. (٢) كيفية تقديم الحساب عن الوكالة بعد تنفيذها. (٣) الأحوال التى يعفى الوكيل فيها من تقديم الحساب.

٢٦٥- موافاة الموكل بالمعلومات الضرورية: لما كان تنفيذ الوكالة قد يستغرق وقتاً غير قصير، لذلك يجب على الوكيل ألا يقطع صلته بالموكل فى أثناء تنفيذ الوكالة، وأن يطلعه، من تلقاء نفسه أو إذا طلب منه الموكل ذلك، على الخطوات الهامة التى يتخذها لتنفيذ الوكالة.

فإذا كان يدير مزرعة للموكل مثلا، وجب عليه أن يخطره بالمساحات التى يؤجرها للغير ومقدار الأجرة وأهم شروط الإيجار، وبالمساحات التى يزرعها على الذمة وبما يشترى من بذور وسماد وآلات زراعية ونحو ذلك. فيقف الموكل بذلك على سير الإدارة، ويستطيع توجيه الوكيل إذا رأى ضرورة للتوجيه. وإذا كان موكلا فى بيع أو شراء أو إيجار أو استئجار أو قرض أو اقتراض، وجب عليه أن يخطر الموكل بالخطوات الهامة التى يقطعها فى سبيل إنجاز الصفقة، حتى يكون الموكل على بينة من الأمر فلا يتصرف تصرفاً يتعارض مع تصرف الوكيل، كأن يشترى بنفسه أو يقترض ما كلف الوكيل بشرائه أو باقتراضه. وإذا كان موكلا فى صلح، وجب عليه أن يطلع الموكل على سير المفاوضات فى الصلح، حتى يستطيع هذا أن يدرك ما يعتزم الوكيل تضحيته لإتمام الصلح، فقد يرى أنها تضحية كبيرة لا يرضاها فيمنعه من المضى فى الصلح على هذه الشروط. وإذا قبض الوكيل مبالغ لحساب الموكل، وجب عليه أن يخطره بما قبض، فلعل الموكل يرى أن تستغل هذه المبالغ فى وجوه يعينها. وإذا قبض الوكيل ديناً للموكل، وجب عليه إخطاره بذلك، حتى لا

= **التقنين المدنى الليبى** م٧٠٥ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى م٩٣٦ (موافق).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٧٨٨: يلزم الوكيل على أثر إتمامه الوكالة أن يبادر إلى إعلام الموكل على وجه يمكنه من الوقوف التام على كيفية إتمامها. وإذا تأخر الموكل عن الجواب بعد استلام البلاغ أكثر مما تقتضيه ماهية العمل أو العادة المرعية، عد موافقاً على ما أجراه الوكيل حتى لو كان متجاوزاً حدود سلطته. م١/٧٨٩: يجب على الوكيل أن يقدم للموكل، عند طلبه فى كل وقت، بياناً عن إدارته، وأن يسلم إليه كل ما دخل عليه من طريق الوكالة بأى وجه من الوجوه.

(وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى).

يتخذ الوكيل إجراءات ضد مدينه بعد أن يكون هذا قد وفى بالدين[1]. وإذا واجه الوكيل صعوبات فى تنفيذ الوكالة، وجب عليه أن يخطر الموكل بها ليتلقى منه تعليمات بشأنها[2].

٢٦٦- كيفية تقديم الحساب عن الوكالة بعد تنفيذها: فإذا ما أتم الوكيل تنفيذ الوكالة، وجب عليه أن يقدم حساباً عنها للموكل، ويجب أن يكون حساباً مفصلا، شاملا لجميع أعمال الوكالة ومدعما بالمستندات، حتى يتمكن الموكل من أن يستوثق من سلامة تصرفات الوكيل[3](1). وإذا تعدد الوكلاء قدموا حساباً واحداً، إلا إذا كانت

---

١) نقض فرنسى ٣٠ أكتوبر سنة ١٨٩٣ سيريه ٩٤-١-٣٢٦.

(٢) نانسى ٢٤ فبراير سنة ١٨٦٩ داللوز ٦٩-٢-١٩٦- ٢٦ فبراير سنة١٨٧٠ داللوز ٧٢-٢-٤١- وإذا غير الوكيل، عند تجديده لقيد رهن، المحل المختار للدائن موكله، وجب عليه أن يخطره بذلك (نقض فرنسى ١٣ ديسمبر سنة ١٨٨١ داللوز ٨٢-١-٢٢٢- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٦٧).

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه لكي يؤخذ من وقع على كشف حساب بإقراره، يجب أن يثبت أنه كان عالماً بتفصيلات الحساب، فإذا كان التوقيع على ورقة مجملة ذكر بها أن رصيد الحساب السابق مبلغ معين، فليس فى هذا ما يدل على أن الموقع كان ملما بالحسابات السابقة على إثبات هذا الرصيد (نقض مدنى ٢١ مارس سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٣١ ص٢٤١). وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه لا يجبر الموكل على قبول حساب الوكيل، إلا إذا كان ذلك الحساب مصحوباً بمستندات (استئناف وطنى ٢٧ مارس سنة ١٨٩٣ الحقوق ٨ ص١٢٣). وقضت أيضاً بأن المخالصة المجملة المبهمة التى لا يبين فيها الإيراد والمنصرف لا تمنع الموكل من مطالبة وكيله بالحساب، ولا يعتبر التخالص فى هذه الحالة تنازلا عن حق أو إبراء من دين (استئناف مصر ٣ يناير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٤٨٠ ص٧٨٨). وقضت محكمة مصر الوطنية بأنه مهما يكن من خلاف حول ملكية الدفاتر والأوراق التى يحررها الوكيل فى أثناء قيامه بإدارة أعمال موكله وما إذا كان للموكل أن يدعى ملكية هذه الدفاتر، فإنه لا نزاع فى أن القضاء فى أثناء طرح النزاع بين الطرفين أمامه حول أعمال الوكيل فى أثناء إدارته أن يلزمه بتقديم هذه الدفاتر والأوراق لبحثها على اعتبار أنها على الأقل مملوكة للطرفين، الموكل والوكيل، بالاشتراك بينهما (مصر الوطنية ١٧ مايو سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ١٥٧ ص٥٠٤).

(1) أ- النص فى المادة ٧٠٥ من القانون المدنى على أنه «على الوكيل أن يوافى الموكل بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه فى تنفيذ الوكالة وأن يقدم له حسابا عنها» يدل على أنه يجب على الوكيل عند انتهاء الوكالة أن يقدم للموكل حسابا مفصلا لجميع أعمال الوكالة مدعما بالمستندات حتى يتمكن الموكل من أن يستوثق من سلامة تصرفات الوكيل، عليه أن يوفى إليه صافى ما فى ذمته ما لم يكن قد اتفق صراحة أو ضمنا على اعفاء الوكيل من تقديم الحساب أو تقضى الظروف بالاعفاء ويرجع فى ذلك إلى الصلة بين الموكل والوكيل وذلك إذا كانت هذه الصلة تقتضى من الموكل رقابة يومية فعالة على أعمال الوكيل فإن الحساب يعتبر مقدما فعلا عن كل عمل بمجرد انجازه وذلك بحكم هذه الصلة.
=

أعمال الوكالة مجزأة عليهم فكل وكيل يقدم حساباً مستقلا عن أعمال وكالته[1]. وإذا وجب على الوكلاء أن يقدموا حساباً واحداً، كانوا متضامنين فى التزامهم بتقديمه[2].

والحساب الذى يقدمه الوكيل يدرج فيه ما للموكل وما عليه. مثل ذلك أن يكون للموكل مبالغ قبضها الوكيل ثمن ما باعه أو أجرة ما أجره أو وفاء لحق الموكل فى ذمة الغير، ومبالغ هى فوائد للمبالغ التى استغلها الوكيل لحساب الموكل، وأعيان للموكل كانت مودعة عند الغير واستردها الوكيل، وأوراق مالية اشتراها الوكيل لحساب الموكل، وأن يكون على الموكل المصروفات التى أنفقها الوكيل فى السفر الذى اقتضاه تنفيذ الوكالة، وأجرة نقل الأشياء والتأمين عليها، والضرائب والرسوم التى دفعت، والسمسرة التى أعطاها الوكيل للوسيط فى الصفقة، والثمن الذى اشترى به الأوراق المالية أو غيرها من الأشياء لحساب الموكل، والأجر الذى اتفق عليه مع الموكل[3]. فيدرج الموكل كل هذا فى

= ومن المقرر فى قضاء محكمة النقض أن المحالصة المبهمة التى يبين فيها الايراد والمنصرف وتفصيلات الحساب أو التى لم ينص فيها صراحة على ابراء الموكل لذمة وكيله عن فترة وكالته ودون أن يطلب منه تقديم حساب لا تمنع الموكل من مطالبة وكيله بالحساب المفصل المدعم بالمستندات.

(جلسة ١٩٨٤/٣/٤ الطعن رقم ١٢٧٩ لسنة ٥٠ق س٣٥ ص٦٠٥)

ب- الأصل أن ادارة الأموال الشائعة تكون من حق الشركاء مجتمعين ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك، فإذا تولى أحد الشركاء الادارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم.

والوكيل يلتزم بتقديم حساب عن ادارة عمله، وحساب المبالغ التى قبضها على ذمة موكله، كما يلتزم بان يرد ما فى يده من مال للموكل، وهو رصيد الحساب ونتيجته طوال فترة الوكالة، اى الايراد الصافى المستحق للموكل فى فترة ادارة الوكيل.

(جلسة ١٩٧٢/٤/١١ الطعن رقم ٣١٨ لسنة ٣٧ق س٢٣ ص٦٨٦)

(١) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٦ ص٩١٧.

(٢) ولم يحدد القانون ميعاداً لتقديم الحساب، فيجب تقديمه فى أقرب وقت ممكن عقب انتهاء الوكالة، وإذا تأخر الوكيل فى تقديمه وأعذره الموكل، انقطع سريان فوائد المصروفات التى أنفقها الوكيل فى تنفيذ الوكالة، ولم يجز للوكيل أن يوقع حجزاً بموجب الرصيد الذى له فى الحساب قبل أن يقدمه للموكل (أنسكيلوبيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٣٦). وقد يتراخى طلب تقديم الحساب للعلاقة التى تقوم بين الوكيل والموكل. وقد قضى بأنه إذا ادعت زوجة على ورثة زوجها بأنه كان وكيلا عنها فى إدارة أموالها، وأنه استغل بعض هذه الأموال فى شراء عقارات باسمه، فليس لها فى هذه الحالة سوى المطالبة أولا بتقديم الحساب عن إدارته لأموالها من تاريخ وكالته، فإذا ظهر شئ فى ذمته كانت التركة مدينة بهذه المبالغ التى تظهر، كما هى ضامنة لفوائدها من تاريخ الاستعمال، وتصبح هى دائنة كباقى الدائنين فى استيفاء أموالها من التركة (الإسكندرية الوطنية ٢١ يناير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٧٣ ص٧٥٢).

(٣) وإذا وكل شخص فى بيع أوراق النصيب، فبقى معه فى الأوراق التى لم يتمكن من بيعها ورقة =

حساب واحد لا يتجزأ، مكون من أصول وخصوم، والرصيد بعد استنزال الخصوم من الأصول هو الذى يجب الوفاء به للموكل[1]، كما هو الأمر فى الحساب الجارى، وتفنى ذاتية هذه المبالغ وهى مدرجة فى الحساب، فلا تكون حقوقاً أو ديوناً مستقلة بعضها عن بعض، ولا ينتج أى منها فوائد مستقلة، بل الذى ينتج الفوائد هو رصيد الحساب[2]. ولا تقع المقاصة بين مبلغ وآخر على وجه الاستقلال، بل تقع بين مجموع الأصول ومجموع الخصوم لأن الحساب لا يتجزأ كما سبق القول(1). فإذا أفلس الموكل أو الوكيل، لم يكن للطرف الآخر أن يحتج بامتناع المقاصة فى مبلغ معين بسبب الإفلاس[3].

٢٦٧ - الأحوال التى يعفى الوكيل فيها من تقديم الحساب: ويعفى الوكيل من تقديم الحساب إذا كانت طبيعة المعاملة أو الظروف أو الاتفاق يقضى بذلك.

فتقضى طبيعة المعاملة بعدم تقديم حساب، إذا كان التصرف محل الوكالة لا يحتمل تقديم حساب عنه. فإذا وكل شخص شخصاً آخر فى الإقرار عنه بدين، فأمضى الوكيل الإقرار، لم يكن هناك محل لتقديم حساب عن هذه الوكالة. والوكالة فى بيع شئ معين بثمن معين دون قبض ثمنه، والوكالة فى الزواج أو فى الطلاق أو فى الإقرار بالبنوة، كل هذه وكالات لا تحتمل تقديم حساب عنها[4].

=كسبت إحدى الجوائز، وجب عليه أن يؤدى للموكل حساباً عن هذه الجائزة، ولا يجوز له أن يحتفظ بها لنفسه حتى لو عرض دفع ثمن الورقة (نقض فرنسى ١٧ فبراير سنة ١٩١٣ سيريه ١٩١٣-١-٣٥٨- كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٣٦٠ ص٨٧١).

(١) استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩٣٢ م٤٤ ص٣٤٥.

(٢) نقض فرنسى ١٨ مارس سنة ١٨٨٩ داللوز ٨٩-١-٣٠٨.

(٣) نقض فرنسى ١٦ مارس سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٢-١-٢٣٢- ٢٦ يناير سنة ١٩٤٩ سيريه ٤٩- ١- ١٦٠- وانظر فى كل ذلك بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٦ ص٩١٥.

(٤) أكثم أمين الخولى فقرة ١٨٦ ص٢٣٤.

(1) مؤدى احكام المادتين ٥١٢، ٥٢٥ من القانون المدنى القديم أن ما يبرمه الوكيل فى حدود الوكالة يضاف إلى الأصيل وأن الوكيل ملزم بأن يقدم لموكله حسابا شاملا وأن يوفى إليه صافى ذمته، فإذا كان الثابت أن المورث، ابرم عقد البيع الابتدائى بالنسبة لحصة موكلته المطعون عليها الأولى التزم فى هذا العقد بسداد الدين المضمون بحق الامتياز على تلك الحصة - وكان التزامه هذا مندرجا ضمن حدود وكالته فى البيع - فإن قيامه بسداد هذا الدين يضاف إلى موكلته وتنصرف إليها آثاره، ومن ثم لا يكون فى حالة قبضه الثمن وسداده الدين الممتاز مدينا لموكلته بما قبض دائنا لها بما دفع وانما يقتصر التزامه على أن يقدم لها حساب وكالته وأن يؤدى إليها ما تسفر عنه أعماله، وإذا كان دفاع الطاعنين قد قام أمام محكمة الاستئناف على هذا الأساس متمسكين بطلب استنزال ما سدده =

وقد تقضي الظروف بالإعفاء من تقديم حساب عن الوكالة، ويرجع ذلك غالباً إلى الصلة ما بين الموكل والوكيل. فإذا كانت هذه الصلة تقتضي من الموكل رقابة يومية فعالة على أعمال الوكيل، كما إذا كان الوكيل مستخدماً عند الموكل أو خادماً أو وكيل أعمال أو محصلا للإيجارات أو لحقوق أخرى، فإن الحساب يعتبر مقدماً فعلا عن كل عمل بمجرد إنجازه وذلك بحكم هذه الصلة[1]. وإذا كانت الصلة صلة زوجية أو قرابة، فقد يفهم منها أن الموكل قد أعفى الوكيل من تقديم الحساب. فالزوجية تعفى الزوجة من تقديم حساب عن وكالتها في الشؤون المنزلية[2]. كذلك إذا أدار الزوج مالا لزوجته، أو أدارت الزوجة مالا لزوجها، فإن الثقة المتبادلة التى تقوم عادة بين الزوجين تعفى من تقديم الحساب[3]، وذلك ما لم يقم دليل على وجود شقاق بين الزوجين وعلى أن الثقة فيما

=مورثهم عن المطعون عليها إلى الدائن من أصل ثمن الأطيان التى باعها بوكالته عنها والتى كانت محملة بهذا الدين، وكان الحكم المطعون فيه قد رفض هذا الدفاع قولا منه إنه يقوم على الدفع بالمقاصة القانونية بين الدين المدعى الوفاء به والدين الذى تطالب به المطعون عليها فإنه يكون مخالفا للقانون.

(جلسة ١٩٦١/٢/١٦ الطعن رقم ٦٢٨ لسنة ٢٥ق س١٢ ص١٥٤)

(١) استئناف وطنى ٢٤ مارس سنة ١٩٠٣ الاستقلال ٤ ص٥٧٤- استئناف مختلط ٨ فبراير سنة ١٩٣٤ م٤٧ ص١٨- جيوار فقرة ١٣٢ - بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٦٧٢- بلانيول وريبير وسافاتيية ١١ فقرة ١٤٧٦ ص٩١٥.

(٢) روان ٣ مايو سنة ١٩٢٤ داللوز الأسبوعى ١٩٢٤ - ٥٣٣ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٦ ص٩١٦.

(٣) بوردو ١٤ يونيه سنة ١٨٥٣ داللوز ٥٤-٢-٣٩- ديجون ٤ يناير سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٢ -٢ -٤٤٣ - أورليان ٨ يونيه سنة ١٨٩٤ داللوز ٩٦-٢- ٣٣٤- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٦ ص٩١٦- بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٠٣٥- قارن بيدان ١٢ فقرة ٣١٤.

وقد قضى بأن توكيل الزوجة زوجها فى إدارة أملاكها، ثم إقامتهما معاً على أتم وفاق مدة عشرين سنة من صدور هذا التوكيل، وضم أملاك كل منهما إلى أملاك الآخر للانتفاع بها سوياً طول هذه المدة، ثم انفصالهما بعد ذلك بموجب عقد التزم فيه كل منهما للآخر بالتزامات خاصة وأخذ كل منهما على عاتقه سداد جزء من الديون المشتركة: جميع هذه الظروف تدل على أن إدارة أملاك الزوجة طول هذه المدة كان باطلاعها، وأن صرف غلة هذه الأملاك كان برضائها وقبولها، وأن كل ما أرادت أخذه من الزوج ذكرته فى عقد الاتفاق الذى عمل بينهما عقب الانفصال، ولذا لا يصح لها بعد ذلك أن تطالب زوجها بالحساب مدة عشرين سنة التى مكثها وكيلا عنها (استئناف وطنى ٨ ديسمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ١٢٤ ص١١٩).

وقضت أيضاً فى نفس المعنى بأنه إذا ثبت أن الزوجة عاشرت زوجها مدة طويلة وعاشا معاً، ولم تعمل له توكيلا صريحاً كتابياً بإدارة أموالها، بل كان يجرى الأمر بينهما كما هو المعروف بين كل رجل وزوجته فيصبح وكيلا بوكالة ضمنية، وثبت أنه قام بذلك مدة تقرب من الخمسين سنة، استفيد =

بينهما مفقودة[1]. وقد تقوم الثقة بين الأقارب والأصهار، كالأب وولده[2]، والأب وزوج

= من ذلك أن الزوجة كانت راضية بما كان يفعله زوجها من كيفية استغلال وقبض وصرف، خصوصاً متى ثبت أنه كان يصرف من مالها ومن ماله فى الشؤون العائلية وتربية أولادهما وتزويجهم بلا تمييز بين ماله ومالها، ولا يكون الزوج ملزماً فى حالة الفرقة أو لأى طلب من زوجته إلا أن يقدم لها الغلة الموجودة فعلا ولا يسأل عما سلف مما أنفق وصرف، لأن الغلة السابقة تعتبر فى هذه الحالة أنها أنفقت وصرفت برضاء الزوجة وفى شؤون المنزل والحياة العائلية. وكذلك فى حالة التوكيل الصريح، إلا إذا اشترط بنص صريح أن الزوج يقدم حساباً عن غلة أموال الزوجة، ففى هذه الحالة يكون ملزماً بتقديم حساب عن كل ما قبضه. ولا يمنع من ذلك ما تقضى به الشريعة الإسلامية من أن الزواج لا يترتب عليه امتزاج أموال الزوجين وأن الزوج مكلف بنفقة زوجته وعياله ولو كان للزوجة مال، فإن الشريعة الإسلامية تعتبر الزوج فى مثل هذه الظروف أميناً مسلطاً على الاستغلال والقبض والصرف فيقبل قوله فيما سلط عليه والظاهر لا يكذبه (استئناف مصر ٢٣ مارس سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٧٧ ص١٨٠).

وقضى من جهة أخرى بأن ملزومية الوكيل بتقديم حساب عن وكالته من مستلزمات عقد التوكيل نفسه، وهذه الملزومية لا تسقط إلا إذا أعفاه الوكيل منها إعفاء واضحاً جليا. ولا محل لاستنتاج ذلك من صيغة التوكيل الذى تفوض فيه البنت إلى أبيها الوكيل عنها إجراء جميع التصرفات التى يملكها الشخص فى أية مسألة من تبرع وتنازل وهبة، وأن ليس لها الحق فى رفض أى شئ مما يفعله الوكيل أو تغييره أو تعديله بأى وجه من الوجوه، فإن ما فى هذا التوكيل من التفويضات التى لا حصر ولا حد لها إنما يرجع فى الحقيقة إلى ثقة الموكلة بأبيها، ووضع الثقة التامة فى شخص الوكيل شئ وإعفاؤه من تقديم الحساب عن وكالته شئ آخر (استئناف مصر ٢٨ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ١٦ ص٦٢)- وقضى أيضاً بأن ملزومية الوكيل بتقديم حساب عن وكالته من مستلزمات عقد التوكيل، وبأن الوكيل عن زوجته إذا توفى قبل أن يقدم حساباً لها التزم ورثته بتقديم الحساب، ويجب أن يقدم حساب صحيح يفحص ويناقش ويوافق عليه (استئناف مصر ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ١٢٠ ص٣١٦).

(١) أو كانت الوكالة بموجب توكيل محدد وليست الوكالة العامة ما بين الزوجين (بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٠٣٥). على أن الإعفاء، حتى الوكالة العامة ما بين الزوجين، إنما ينصب على الحساب المفصل الدقيق (نقض فرنسي ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٦٨ داللوز ٦٩-١-١٤٨- ديجون ٤ يناير سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٢-٢-٤٤٣- أورليان ٨ يونيه سنة ١٨٩٤ داللوز ٩٦-٢-٣٣٤). فيفترض أن الزوجة تقدم حساباً يومياً لزوجها، إلا إذا قام الدليل على العكس، كما لو كان الزوج غائباً أو مجنداً (روان ٣ مايو سنة ١٩٢٤ داللوز الأسبوعى ١٩٢٤- ٥٥٣)، أو مريضاً أو عاجزاً عن تسلم الحساب (نقض فرنسى ٤ مايو سنة ١٩٣٧ سيريه ١٩٣٧- ١-٢٢١) - وانظر فى هذه المسألة أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٣٢.

(٢) وفى قضية وهب والد عقاراً لابنته وبقى واضعاً يده عليه بصفته وكيلا، وكانت الابنة مقيمة مع زوجها وأولادها فى منزل والدها ويتولى الصرف عليهم جميعاً. وبعد وفاة الأب رفعت الابنة دعوى على ورثته بمطالبتهم بتقديم الحساب، فقضى بأنه يستنتج من ظروف الدعوى أن المتعاقدين لم يكن فى نيتهما جعل الأب ملزماً بتقديم حساب عن وكالته (استئناف وطنى ١٥ مايو سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ رقم ٥٩ ص١٣٢).

بنته، والأخوين، بحيث تعفى من تقديم الحساب[1].

وقد يتفق الموكل مع الوكيل على عدم تقديم حساب، فيكون الاتفاق صحيحاً[2]. وقد يكون هذا الاتفاق ضمنياً، كما إذا أعطى الموكل الوكيل مخالصة أبرأ فيها ذمة الوكيل دون أن يطلب منه تقديم حساب[3]. ويمكن حمل الاتفاق على أنه هبة مستترة[4]، أو على أنه وفاء لدين فى ذمة الموكل للوكيل، أو على أنه وثوق من الموكل فى أمانة الوكيل[5].

وقد لا يعفى الوكيل من تقديم الحساب، ولكن تقوم ظروف تجعل تقديم الحساب مستحيلا عليه فيسقط التزامه. وتطبيقاً لذلك قضى بأنه لا يجوز تكليف وكيل بتقديم حساب إلا إذا كانت المستندات والأوراق تحت يده، فإذا كانت المستندات والأوراق فى يد طالب الحساب وجب رفض طلبه لاستحالة تقديم الحساب[6]. وإذا مات الوكيل مجهلا

---

(١) نقض فرنسى ٢٦ يناير سنة ١٩٤٩ سيريه ١٩٤٩-١-١٦٠- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٦ ص٩١٦ - أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٣٣.

(٢) نقض فرنسى ٢٤ أغسطس سنة ١٨٣١ سيريه ٣١-١-٣١٦- جيوار فقرة ١٣٣- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٦٧٣- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٦ ص٩١٥.

(٣) نقض فرنسى ٢٦ يناير سنة ١٩٤٩ سيريه ١٩٤٩-١-١٦٠- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٦٧٥- انظر عكس ذلك جيوار فقرة ١٣٤- استئناف مصر ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ١٢٠ ص٣١٦.

(٤) أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٣ ص٢١٦ هامش ٤. ويجب فى هذه الحالة أن يكون الموكل أهلا لصدور الهبة منه (پرن ١ فقرة ١٠٠٣- لوران ٢٢ فقرة ٤٩٦- جيوار فقرة ١٣٣- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٦٧٣- محمد كامل مرسى فقرة ٢٠٥ ص٢٨٨ هامش٥).

(٥) محمد كامل مرسى فقرة ٢٠٥ ص٢٨٨- أكثم أمين الخولى فقرة ١٨٦ ص٢٣٤- وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن التزام الوكيل بتقديم حساب عن وكالته من مستلزمات عقد التوكيل نفسه، وهذا الالتزام لا يسقط إلا إذا أعفاه الموكل منه إعفاء صريحاً جلياً (استئناف مصر ٢٨ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ١٦ ص٦٢ وقد سبقت الإشارة إليه)- انظر عكس ذلك وأنه لا يجوز الاتفاق على إعفاء الوكيل من تقديم الحساب: استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٨٩١ م٣ ص١٦٩ (وتقول المحكمة إن كل وكيل ملزم بتقديم حساب عن إدارته وعن المبالغ التى قبضها بموجب وكالته، وكل شرط مخالف يجب اعتباره غير مكتوب)- محمد على عرفة ص٣٨٩- ص٣٩٠- وقرب فى هذا المعنى العكسى جوسران ٢ فقرة ١٤١٢ مكررة - وعلى كل حال لا يعتبر إقرار الموكل لتصرف صدر من الوكيل إعفاء له من تقديم الحساب عن هذا التصرف (استئناف مختلط ٢٩ يناير سنة ١٨٩١ م٣ ص١٦٩).

(٦) استئناف وطنى ٣٠ أبريل سنة ١٩٠١ الاستقلال ٤ ص٥٧٣- محمد كامل مرسى فقرة ٢٠٥ ص٢٨٨.

الحساب، ولم يترك ما يمكن الاستدلال منه على حساب الموكل، لم يلزم الورثة بتقديم الحساب، وإنما يلزمون بذلك إذا مات المورث غير مجهل لأموال موكله(١).

وسنرى أن دعوى تقديم الحساب تسقط بالتقادم بانقضاء خمس عشرة سنة(٢).

المطلب الثالث

رد ما للموكل فى يد الوكيل

٢٦٨- ما يلتزم الوكيل برده للموكل: بعد أن يقدم الوكيل الحساب للموكل على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم، يجب على الوكيل أن يرد للموكل ما فى يده من مال له وهو رصيد الحساب، ويلتزم أيضاً بالفوائد فى حالتين معينتين. وعلى الوكيل كذلك أن يرد للموكل ما فى يده من أوراق ومستندات تتعلق بالوكالة، ويدخل فى ذلك سند التوكيل. وبعد ذلك كله يعطى الموكل الوكيل مخالصة يبرئ فيها ذمته.

فنبحث هذه المسائل الأربع: (١) رد ما للموكل من مال فى يد الوكيل. (٢) دفع الفوائد فى حالتين معينتين. (٣) رد الأوراق والمستندات وسند التوكيل. (٤) المخالصة بإبراء ذمة الوكيل.

٢٦٩- رد ما للموكل من مال فى يد الوكيل: كان المشروع التمهيدى للمادة ٧٠٥ مدنى يشتمل على فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى: «وعليه (على الوكيل) أن يرد

---

(١) استئناف مصر ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢٣٣ ص٤٩٨- محمد كامل مرسى فقرة ٢٠٥ ص٢٩١- وقريباً من هذا المعنى التى قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن الوكالة بلا مقابل ليست كغيرها من العلاقات التى ترتبط بتبادل المنافع وتجعل كل طرف خصما للاخر فى منفعته، وإنما هى علاقة مبنى إيجابها الثقة، وموجب قبولها النجدة، وموضوعها معونة الموكل، ومقتضاها تبادل الإخلاص بين طرفيها وتعاونهما بالصدق على الوفاء بما ينشأ عنها فى التعهدات، وإن أيسر ما يجب على الموكل من ذلك أن يساعد الوكيل عند انتهاء مأموريته على أداء حسابه، إن لم يكن بالسبق إلى تقرير الحقائق وبالتنبيه على ما غاب منها عن الوكيل، فبالاعتراف بها على الأقل بعد سؤاله عنها وصراحة القول فيها عند عرضها عليه. وإن هذا الواجب يتم لزومه وتشتد مطالبة الموكل به فيما إذا كان المكلف بالحساب ليس هو الوكيل نفسه، بل وارثاً له يصعب عليه فى غالب الأحوال أن يحيط بجميع ما يتعلق بإدارة لم يكن هو المباشر لها بنفسه. فإذا أخل بهذا الواجب، ولم يعن وارث الوكيل على أمره كما استعان بمورثه فى شأنه، وانتهز فرصة جهله أو عدم اختباره، وسكت عن حق لإخفائه، عد سكوته غشاً. وإنه أولى من هذا السكوت بالغش، وأحق منه باسمه، أن يقف الموكل لهذا الوارث موقف الخصم من خصمه، يدعى الباطل وينكر الحق (استئناف وطنى ٤ مايو سنة ١٨٩٩ القضاء ٦ ص٣٠٧).

(٢) انظر ما يلى فقرة ٢٧٢.

للموكل كل ما كسبه لحسابه بتنفيذ الوكالة، حتى لو كان يعمل باسمه. وعليه، بوجه خاص، أن ينقل للموكل ما كسبه من حقوق وهو يعمل باسمه لحساب الموكل». وقد حذفت هذه الفقرة فى لجنة المراجعة «لعدم ضرورتها»[1]. وليس النص المحذوف إلا تطبيقاً للقواعد العامة، فيعمل به بالرغم من حذفه.

وعلى ذلك يلتزم الوكيل برد كل ما كسبه لحساب الموكل[1]، سواء عمل الوكيل باسم الموكل أو عمل باسمه الشخصى. فلو عمل باسمه الشخصى كاسم مستعار (مسخر) فاشترى المنزل الموكل فى شرائه باسمه فانتقلت إليه الملكية، وجب عليه أن ينقل ملكية هذا المنزل للموكل[2]. وسيأتى تفصيل ذلك عند الكلام فى الاسم المستعار.

وإذا تسلم الوكيل لحساب الموكل أعياناً أو بضائع، وجب عليه ردها بالذات إلى الموكل، ولا يصح أن يجتزئ عن ذلك برد قيمتها، ما لم يكن مفوضاً فى بيعها فعند ذلك يبيعها ويسلم ثمنها للموكل[3]. كذلك إذا تسلم عملة أجنبية لحساب الموكل، وجب

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٠٤- وانظر آنفاً فقرة ٢٦٤ فى الهامش - وتنص الفقرة الأولى من المادة ٧٨٩ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على أنه «يجب على الوكيل أن يقدم للموكل، عند طلبه فى كل وقت، بياناً عن إدارته، وأن يسلم إليه كل ما دخل عليه من طريق الوكالة بأى وجه من الوجوه» (انظر آنفاً فقرة ٢٦٤ فى الهامش).

(1) لما كان الوكيل يلتزم بتقديم حساب عن ادارة عمله، وحساب المبالغ التى قبضها على ذمة موكله، كما يلتزم بأن يرد ما فى يده من مال للموكل، وهو رصيد الحساب ونتيجته طوال فترة الوكالة، أى الايراد الصافى المستحق للموكل فى فترة ادارة الوكيل، وكان طلبه الحساب ليس مقصودا لذاته وانما توصلا إلى الزام الوكيل بما فى ذمته من مال للموكل فإن عدم تقديم الوكيل حسابا عن الوكالة بعد تنفيذها أيا كان سببه لا يحول دون الزامه بأن يرد للموكل ما كسبه لحسابه بتنفيذ الوكالة.

(جلسة ١٩٨٧/١٢/٣٠ الطعن رقم١١١ لسنة ٥٣ق)

(٢) بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٦٧١- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٧ ص٩١٧- وقد قضى بأنه إذا وكل المدين شخصاً فى أن يشترى باسمه الدين الذى فى ذمة الموكل، فإن الوكيل يصبح دائناً للموكل ومديناً له بنفس الدين، فيسقط الدين بالمقاصة، كما لو كان قد سقط باتحاد الذمة فى شخص الموكل (نقض فرنسى ١٠ مارس سنة ١٨٦٩ داللوز ٧٠-١-١٠٧).

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «ويلتزم الوكيل أخيراً بتقديم حساب عن وكالته عند انقضائها، وإطلاعه على الحالة التى وصل إليها فى تنفيذ الوكالة أثناء سريانها كلما طلب منه الموكل ذلك فى أوقات معقولة. وما كسبه الوكيل لحساب الموكل يجب رده إليه، حتى لو كان الوكيل «اسما مستعاراً» يعمل باسمه الشخصى. وينطبق ذلك بنوع خاص على الحقوق التى كسبها الوكيل لنفسه فى العقود التى أبرمها باسمه لحساب الموكل، فيجب أن ينزل له عنها» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٠٧- ص٢٠٨).

(٣) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٧ ص٩١٨- وإذا كان فى يده نقود لموكله، وجب عليه تسليمها إليه، فإذا اشترى بها أعياناً باسمه كان مبدداً ووجب عليه التعويض ولكن ليس للموكل أن =

عليه تسليم هذه العملة بذاتها لا تسليم ما يساويها بالعملة المصرية، إلا إذا قضت تشريعات النقد الأجنبى بذلك[1]. وإذا كان فى يد الوكيل للموكل أوراق مالية فاستهلكت أو ربح بعضها جوائز، وجب على الوكيل أن يسلم للموكل قيمة ما استهلك من الأوراق المالية أو الجوائز التى ربحتها الأوراق[2]. وللموكل أن يسترد من الوكيل الأعيان التى له بدعوى استحقاق، إلى جانب دعوى الوكالة، لأنه هو المالك لها.

ويرد الوكيل للموكل ما تسلمه لحسابه حتى لو لم يكن مستحقاً للموكل، فليس للوكيل أن يبحث فيما تسلمه لحساب الموكل هل هو من حقه أو ليس من حقه، هذا إلى أن الموكل لا الوكيل هو الذى يطالب برد غير المستحق. وهذا الحكم منصوص عليه صراحة فى المادة ١٩٩٣ من التقنين المدنى الفرنسى[3]، وهو متفق مع القواعد العامة فيسرى فى مصر دون نص. ومن ثم يرد الوكيل للموكل ما اقتضاه من الغير فوق ما يكون الغير ملزماً به، ما دام قد اقتضاه لحساب الموكل(1)، وإذا تملكه لنفسه اعتبر

=يسترد هذه الأعيان، بل ينفذ عليها بحقه كسائر الدائنين. وقد قضى بأنه إذا استعمل الوكيل نقود موكله فى مصلحته الخاصة اعتبر مبدداً لها، ولم تدخل الأعيان التى اشتراها الوكيل بهذه النقود فى ملك الموكل ما دامت لم تكن باسمه، ولم يلزم الوكيل إلا بأن يقدم حساباً عن إدارة عمله وحساب المبالغ التى قبضها على ذمة موكله (استئناف مصر ٧ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم٢٩٠ ص٥٥).

(١) نقض فرنسى ٩ مارس سنة ١٩٢٥ داللوز الأسبوعى ١٩٢٥ – ٢٥٧– ١٤ يناير سنة ١٩٢٨ سيريه ١٩٢٨ –١–١٩٢– أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٣ ص٢١٧– بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٧ ص٩١٨ – فإذا تعذر تسليم العملة الأجنبية بذاتها، وجب تسليم قيمتها بالعملة الوطنية وقت التسليم لا وقت قبض الوكيل للعملة الأجنبية (نقض فرنسى ٩ مارس سنة ١٩٢٥ داللوز الأسبوعى ١٩٢٥– ٢٣٧ – باريس ٢٩ يناير سنة ١٩٢٣ داللوز ١٩٢٣–٢–١٢٩– بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٠٣٤).

(٢) نقض فرنسى ١٧ فبراير سنة ١٩١٣ سيريه ١٩١٣– ١–٣٥٨ – جرينوبل ٢٦ يوليه سنة ١٩٠٧ داللوز ١٩٠٩–٢–٣٣١– ١٤ يونيه سنة ١٩١٠ داللوز ١٩١٢–٢–١٦٥– بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٧ ص٩١٨– أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٤٥.

(٣) جرينوبل ١٤ يونيه سنة ١٩١٠ داللوز ١٩١٢–٢–١٦٥– بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٦٧٨– أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٣ ص٢١٧– بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٧ ص٩١٧– بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٠٣٤– كولان وكابيتان ودى لاموراندييه ٢ فقرة ١٣٦٠ ص٨٧١– ومع ذلك انظر نقض فرنسى ٢٣ يوليه سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠١–١–٩.

(1) مفاد نص المادة ٣٧٥ من القانون المدنى أن التقادم الخمسى لا يسرى إلا بالنسبة للحقوق الدورية المتجددة ومن ثم فلا يسرى على المبالغ التى يؤديها الوكيل لحساب الموكل – تنفيذا لعقد الوكالة ويمتنع الأخير عن أدائها له، وإنما يتقادم حق الوكيل فى مطالبة الموكل بهذه المبالغ بخمس عشرة سنة ولا يسرى التقادم بالنسبة لهذا الحق ما دامت الوكالة قائمة.

(جلسة ١٩٩٢/٥/٢٤ الطعن رقم ١٠١٢ لسنة ٥٤ق)

(جلسة ١٩٦٧/١١/٣٠ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص١٧٧٩)

مبدداً[1]. ولكنه لا يلزم برد ما اقتضاه دون حق بسبب غلط مادى أو خطأ فى الحساب أو لسبب غير مشروع، فهذا إنما يلزم برده للغير الذى تسلمه منه[2].

والموكل هو الذى يحمل عبء إثبات أن الوكيل قد تسلم شيئاً لحسابه[3]، ولكنه إذا كان الوكيل مفوضاً فى قبض شئ فى ذمة الغير للموكل كان مسئولا عنه حتى لو لم يقبضه، إلا إذا أثبت الوكيل أنه لم يتمكن من القبض بسبب قوة قاهرة[4].

وإذا لم يرد الوكيل ما بيده من مال للموكل وتصرف فيه أو استعمله لصالحه، ارتكب جريمة التبديد فوق مسئوليته المدنية[5].

٢٧٠- دفع الفوائد فى حالتين- نص قانونى: تنص المادة ٧٠٦ من التقنين المدنى على ما يأتى:

---

(١) نقض فرنسى ١٧ و٢٢ يوليه سنة ١٩١٨ داللوز ١٩٢٣-١-٧٦- ٧ يوليه سنة ١٩٣٤ داللوز الأسبوعى ١٩٣٤ -٥١٠- ترولون فقرة ٤٢٠ وما بعدها - بون ١ فقرة ١٠٠٨- جيوار فقرة ١٣٦ - بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٦٧٩- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٧ ص٩١٧- بيدان ١٢ فقرة ٣١٥- أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٣٧- محمد كامل مرسى فقرة ٢٠٥ ص٢٨٧.

(٢) نقض فرنسى ١٠ يونيه سنة ١٨٦٨ داللوز ٦٩-١-٣١٨- ٢٤ يوليه سنة ١٩٠٠ داللوز ١٩٠٥-١-٢٦١- جيوار فقرة ١٣٥- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٦٧٨- أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٣ ص٢١٧- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٧ ص٩١٧- كولان وكابيتان ودى لاموراندييز ٢ فقرة ١٣٦٠ ص٨٧١- أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٣٨ - وقارن عابدين ١٩ فبراير سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٤٤٢ ص٥٣٥.

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه يتعين على الموكل وورثته إثبات قبض الوكيل للمال الذى يدعون أنه قبضه، فإن فعلوا تعين على الوكيل وورثته أن يثبتوا صرف هذا المال فى شؤون الموكل أو مصيره إليه. فإذا كان الثابت بتقرير الخبير أنه اعتمد فى حصر المبالغ التى وصلت إلى الوكيل على الدفاتر التى كان هو يرصد فيها حساب وكالته، فإنه يكون على ورثة الوكيل، وقد أقام الموكل بما قيده الوكيل بالدفاتر الدليل على انشغال ذمة مورثهم بما ورد فيها من مبالغ، أن يقيموا هم بدورهم الدليل على خلوص ذمته منها كلها أو بعضها (نقض مدنى ٦ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر رقم ١٦٥ ص٣٧٥).

وإذا أثبت الموكل أن الوكيل قبض مبلغاً لحسابه وطالبه به، لم يجز دفع دعوى المطالبة بأنه لا يجوز رفعها مباشرة من غير أن تستبقها دعوى حساب، ما دام الوكيل قد قصر فلم يدفع أمام محكمة الموضوع بوجوب تصفية الحساب وبأن نتيجته فى مصلحته ويقدم الدليل على ذلك (نقض مدنى ١٨ مايو سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٤ ص٥٦١).

(٤) نقض فرنسى ٢٢ فبراير سنة ١٨٥٤ داللوز ٥٤-١-١١٣- ١٥ يناير سنة ١٨٧٣ داللوز ٧٣ -١-٢٤٩ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٧.

(٥) استئناف مختلط ١٨ ديسمبر سنة ١٩٣٩ م٥٢ ص٦٤- ٢٧ مايو سنة ١٩٤٠ م٥٢ ص٢٨٥.

«١- ليس للوكيل أن يستعمل مال الموكل لصالح نفسه».

«٢- وعليه فوائد المبالغ التى استخدمها لصالحه من وقت استخدامها، وعليه أيضاً فوائد ما تبقى من ذمته من حساب الوكالة من وقت أن يعذر»(١).

فهناك إذن حالتان يدفع فيهما الوكيل الفوائد عن المبالغ التى فى ذمته للموكل، لا من وقت المطالبة القضائية بالفوائد كما تقضى القواعد العامة (م٢٢٦ مدنى)، بل قبل ذلك: (١) فوائد المبالغ التى تثبت فى ذمة الوكيل من حساب الوكالة، وتدفع من وقت الإعذار. (٢) فوائد المبالغ التى استخدمها الوكيل لصالحه، وتدفع من وقت استخدامها(٢). ونستعرض كلا من هاتين الحالتين:

---

(١) **تاريخ النص**: ورد هذا النص فى المادة ٩٨١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٧٣٨ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٣٧، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٠٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٠٥- ص٢٠٨).

ويقابل هذا النص فى **التقنين المدنى القديم** المادة ٦٤٦/٥٢٦: وعليه فوائد المبالغ المقبوضة من يوم مطالبته بها مطالبة رسمية (mise en demeure) أو من يوم استعماله لها لمنفعة نفسه. وله الحق فى فوائد النقود التى دفعها بسبب التوكيل من يوم دفعها. (وأحكام التقنين المدنى القديم تتفق مع أحكام التقنين المدنى الجديد).

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدنى السورى م٦٧٢ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م٧٠٦ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى م٩٣٧ (موافق).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٢/٧٨٩: ويجب عليه (على الوكيل) أداء فائدة الأموال التى تأخر فى دفعها. (ولم يبين التقنين اللبنانى ما إذا كان يجب الإعذار لسريان الفوائد، ولم ينص على فوائد المبالغ التى استخدمها الوكيل لصالح نفسه).

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «فإذا وقع مال للموكل فى يد الوكيل، وجب على هذا ألا يستعمله لصالح نفسه، فإن فعل كان مسئولا عن فوائده من وقت استخدامه. وكذلك يلتزم بالفوائد عما يتبقى فى ذمته عن حساب الوكالة من وقت إعذاره بالدفع. وهاتان حالتان وردتا استثناء من القاعدة التى تقضى بأن الفوائد لا تدفع إلا من وقت رفع الدعوى، ففى الحالة الأولى تدفع الفوائد من وقت أن يستخدم الوكيل المال لصالح نفسه، وفى الحالة الثانية من وقت الإعذار بالدفع» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٠٨).

ويرى الأستاذ أكثم أمين الخولى أن الحالة الأولى ليست إلا «تطبيقاً للإثراء بلا سبب لا شأن له بمبدأ لزوم المطالبة القضائية لسريان الفوائد، هذا المبدأ خاص بحالة التأخر فى الوفاء بمبلغ من النقود، وهو ما لا يتحقق فى هذا الفرض لأن الوكيل لا يلزم من قبل تنفيذ الوكالة برد مال الموكل بل باستخدامه =

الحالة الأولى – فوائد المبالغ التى ثبتت فى ذمة الوكيل من حساب الوكالة: فإذا صفى حساب الوكالة، وتبقى فى ذمة الوكيل للموكل مبالغ هى رصيد هذا الحساب. وجب على الوكيل ردها للموكل كما سبق القول. وإذا تأخر فى ردها ولم يعذره الموكل، لم تجب عليه فوائد لهذه المبالغ، بل يردها كما هى دون الزيادة[1]. أما إذا أعذر الموكل الوكيل مطالباً إياه برد هذه المبالغ، فإن الفوائد تسرى من وقت الإعذار برد المبالغ المتبقية فى ذمة الوكيل[2](1) دون حاجة إلى ذكر الفوائد فى الإعذار، فإن المادة ٢/٧٠٦ مدنى

=فى تنفيذ الوكالة» (أكثم أمين الخولى فقرة ١٨٠). والحالة الثانية هى وحدها الاستثناء من القواعد العامة، إذ فيها يكون الوكيل ملتزماً برد المال للموكل ويلتزم بدفع فوائده من وقت الإعذار لا من وقت المطالبة القضائية بالفوائد (أكثم أمين الخولى فقرة ١٨٧). ومقتضى جعل الحالة الأولى مجرد تطبيق لمبدأ الإثراء بلا سبب ألا يكون الوكيل مسئولا إلا عن أقل القيمتين، قيمة ما أفاد هو وقيمة ما خسر الموكل، وسنرى أن الوكيل يكون مسئولا عن جميع ما خسر الموكل ولو زاد على قيمة ما أفاده هو.

(١) نقض فرنسى ٦ ديسمبر سنة ١٨٨٠ داللوز ٨١–١–٣١٢– ١١ يوليه سنة ١٨٨٣ سيريه ٨٤–١– ٣٢٣– ١٦ يونيه سنة ١٩٠٣ داللوز ١٩٠٣–١–٤٠٧– ٢١ يناير سنة ١٩٠٨ سيريه ١٩٠٩ –١–٥٠١– بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٦٨٣ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٨ ص٩١٨ – كولان وكابيتان ودى لاموراندييز ٢ فقرة ١٣٦٠– ولا يجوز قبل الإعذار مطالبة الوكيل بالفوائد، إلا إذا كان ذلك على سبيل التعويض عن الإخلال بالتزام معين، كما إذا كان الوكيل قد تأخر دون مبرر فى قبض ديون مستحقة للموكل أو امتنع عن استغلال مبالغ التزم باستغلالها، فيطالب بفوائد الديون أو المبالغ على سبيل التعويض (نقض فرنسى ١٠ يوليه سنة ١٩٠٢ سيريه ١٩٠٥ –١–٨٧– ١٦ يونية سنة ١٩٠٣ داللوز ١٩٠٣–١–٤٠٧– بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٦٨٨ مكررة – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٨ ص٩١٩)– وقد قضى بأن الوكيل لا تكون ذمته مشغولة بأى مبلغ إلا بعد ظهور نتيجة الحساب، فلا يلزم بفوائد إلا من تاريخ ظهور المبالغ فى ذمته ومطالبته بهذه المبالغ ويكون ذلك بمجرد إعلان أو تنبيه بالدفع أو رفع دعوى (استئناف مصر ٩ يونيه سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١٩٢ ص٣٩٨).

(٢) استئناف وطنى ١٩ مايو سنة ١٨٩٦ الحقوق ١١ ص٢٢٢– ١١ ديسمبر سنة ١٩٠٢ الحقوق ١٨ ص١٨– بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٦٩٠– حتى لو كانت هذه المبالغ التى قبضها الوكيل هى نفسها فوائد مستحقة للموكل، فتسرى الفوائد بالنسبة إليها لأنها تعتبر رأس مال فى العلاقة ما بين الموكل والوكيل (ترولون فقرة ٤٩٩– بون ١ فقرة ١٠٥٢ – جيوار فقرة ١٤٠– بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٦٨٤).

(1) نصت المادة ٥٢٦ من القانون المدنى الملغى أن «الوكيل ملزم بفوائد المبالغ المقبوضة من يوم استعمالها لمنفعة نفسه» (تقابل المادة ٧٠٦ من القانون المدنى الحالى) ومؤدى ذلك أن استغلال الوكيل لأموال موكله أمر لا يفترض بل يجب توافر الدليل عليه وعلى تاريخ حصوله ومن ثم فإذا كان ما أورده الحكم المطعون فيه لا يعدو أن يكون عرضا لصور مماطلة الوكيل فى الوفاء ولا يحمل الدليل على ما انتهى إليه من ثبوت استغلال الوكيل لما حصله من أموال الموكل فإنه يكون قاصر البيان.
(جلسة ١٩٦١/٦/٢٢ الطعن رقم ١٠٥ لسنة ٢٦ق س١٢ ص٥٦١)

قالت «من وقت أن يعذر»، ولم تقل «من وقت أن يعذر بدفع المبالغ وفوائدها» كما قالت المادة ٢٢٦ مدنى «وتسرى هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائيـة بهـا»(١). والإعذار يكون بإنذار الوكيل على يد محضر أو بما يقوم مقام الإنذار. ويقوم مقام الإنذار رفع الموكل دعوى على الوكيل بتقديم الحساب مع دفع الرصيد المتبقى فى ذمة الوكيل ولو لم يكن هذا الرصيد معلوم المقدار(٢)، أما رفع الدعوى بتقديم الحساب دون ذكر لدفع الرصيد فلا يقوم مقام الإعذار بدفع الرصيد ولا يجعل الفوائد تسرى(٣). والفوائد التى تسرى بالإعذار هى الفوائد محسوبة بالسعر القانونى، أى ٤٪ فى المسائل المدنية و٥٪ فى المسائل التجارية(٤). ويجوز الاتفاق مقدماً على أن يكون سعر الفوائد أكثر أو أقل من ذلك(٥) بشرط ألا يزيد على ٧٪ (م٢٢٧ مدنى)، كمـا يجوز الاتفاق على أن تسرى الفوائد من وقت انتهاء الوكالة وتعيين الرصيد المتبقى فى ذمة الوكيل دون حاجة إلى الإعـذار(٦).

الحالة الثانية– فوائد المبالغ التى استخدمها الوكيل لصالحه: وإذا وقع فى يد الوكيل

---

(١) قارن أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٣ ص٢١٨ هامش٨.

(٢) نقض فرنسى ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٧٣ داللوز ٧٤–١–٦٦– ٨ يونيه سنة ١٨٩٦ داللوز ٩٧ –١ –٤٦٤– ١٦ يونيه سنة ١٩٠٣ داللوز ١٩٠٣–١–٤٠٧– بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٦٨٥ ص٣٦٤– بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٨ ص٩١٨– ص٩١٩– أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٥٩.

(٣) نقض فرنسى ٢٠ أبريل سنة ١٨٦٣ سيريه ٦٣–١–٤١٦– جيوار فقرة ١٤٥– بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٩٦– أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٣ ص٢١٨ هامش٨– بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٨ ص٩١٩ هامش١.

(٤) وذلك ما لم يثبت الموكل سوء نية الوكيل وعند ذلك يتقاضى تعويضاً أكبر. وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن تأخر المدين فى الوفاء بالدين لا يستوجب أكثر من إلزامه بالفائدة القانونية، ما لم يثبت أن هذا التأخر كان بسوء نية المدين وترتب عليه إلحاق ضرر استثنائى بالدائن، وذلك وفقاً للمادة ٢٣١ من القانون المدنى التى جاءت تطبيقاً للقواعد العامة وتقنيناً لما جرى عليه القضاء فى ظل القانون الملغى. وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه ألزم المدين بالدين على أساس سعر الدولار يوم الاستحقاق وبالفرق بين السعر يوم الاستحقاق والسعر يوم صدور الحكم الابتدائى علاوة على فوائد التأخير بمثابة تعويض عن التأخر فى الوفاء دون أن يستظهر سوء نية المدين، فإنه يكون مشوباً بالتقصير (نقض مدنى ٢٢ يونيه سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٨٦ ص٥٦١).

(٥) بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٦٩٠.

(٦) وإذا اضطر الوكيل، بسبب الخلاف مع الموكل على الحساب، أن يودع مبلغاً خزانة المحكمة لحساب الموكل، لم يكن مسئولا عن فوائد هذا المبلغ، ويقتصر الموكل على الفوائد التى يتقاضاها من خزانة المحكمة (استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٩١٤ م٢٦ ص٢١٦).

مبلغ لحساب الموكل واستخدامه لصالحه[1](1)، وجب عليه دفع فوائد هذا المبلغ بالسعر القانونى سالف الذكر، وذلك من وقت استخدامه المبلغ لصالحه دون حاجة لإعذار[2]. وعبء إثبات أن الوكيل استخدم المبلغ لصالحه يقع على الموكل[3]، ويقع عليه أيضاً أن يثبت الوقت الذى استخدم فيه الوكيل المبلغ لصالحه حتى يكون هذا الوقت مبدأ لسريان الفوائد[4]. فإن لم يمكن إثبات وقت استخدام المبلغ، ولكن ثبت أن الوكيل استخدمه

---

(١) وقد يصل فى استخدام المبلغ لصالحه إلى حد أن يتملكه ويتصرف فيه كمالك، فيكون فى هذه الحالة مبدداً.

(٢) وقد يكون الوكيل مسئولا عن تعويض أكبر من الفوائد القانونية. فإذا استعمل مثلا لصالح نفسه مبلغاً كان يجب أن يؤدى به ديناً فى ذمة الموكل، وترتب على ذلك أن حجز الدائن على أموال الموكل، فإن الوكيل يكون مسئولا عن تعويض الموكل ما لحقه من ضرر بسبب الحجز ومصروفاته ولو زاد ذلك على الفوائد القانونية للمبلغ الذى استعمله لصالحه (نقض فرنسى ١٨ سبتمبر سنة ١٨٦٢ داللوز ٦٣-٥-١٢٤- بون ١ فقرة ١٠٤٥ - لوران ٢٧ فقرة ٥١٠- أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٣ ص٢١٨ وهامش ٧- أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٥٣- عكس ذلك جيوار فقرة ١٤٤- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٦٩٠).

(٣) نقض فرنسى ٥ نوفمبر سنة ١٨٧٣ داللوز ٧٣-١-٤٥٤- ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٧٣ داللوز ٧٤-١-٦٦- ٢٧ فبراير سنة ١٨٨٤ سيريه ٨٤-١-١٢٢- ٦ أغسطس سنة ١٨٨٩ سيريه ٩١- ١- ٥١٨- ترولون فقرة ٥٠٣ - بون ١ فقرة ١٠٤٣- لوران ٢٧ فقرة ٥٠٨- فقرة ٥٠٩- جيوار فقرة ١٤١- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٦٩٣- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٤ ص٩١٤ وفقرة ١٤٧٨ ص١٩١٩- ص٩٢٠.

وقد قضت محكمة النقض بأن استغلال الوكيل لأموال موكله أمر لا يفترض، بل يجب توافر الدليل عليه وعلى تاريخ حصوله، ومن ثم فإن كان ما أورده الحكم المطعون فيه لا يعدو أن يكون عرضاً لصور مماطلة الوكيل فى الوفاء، ولا يحمل الدليل على ما انتهى إليه من ثبوت استغلال الوكيل لما حصله من أموال الموكل، فإنه يكون قاصر البيان (نقض مدنى ٢٢ يونيه سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٨٦ ص٥٦١).

وليس على الموكل أن يثبت فى أى وجه على التحقيق استخدام الوكيل المبلغ لصالحه (لوران ٢٧ فقرة ٥٠٩- جيوار فقرة ١٤١- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٦٩٤).

(٤) جيوار فقرة ١٤١- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٦٩٣- ووقت استخدام المبلغ مسألة واقع تثبت بجميع الطرق، ويبت فيها قاضى الموضوع (نقض فرنسى ١٦ يونيه سنة ١٩٠٣ داللوز ١٩٠٣ -١- ٤٠٧- جيوار فقرة ١٤١- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٦٩٣- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٨ ص٩١٩- محمد على عرفة ص٣٩١).

(1) الحكم على الوكيل - طبقا للمادة ٧٠٦ من القانون المدنى الحالى و٥٢٦ من القانون الملغى - بفوائد المبالغ التى استخدمها من وقت استخدامها يقتضى ثبوت أن هذه المبالغ كانت فى يد الوكيل وأنه استخدمها لصالح نفسه واثبات الوقت الذى استخدمها فيه حتى يكون هذا الوقت مبدءا لسريان الفوائد. (جلسة ١٩٦٤/١٢/٣١ الطعن رقم ٣٩٦ لسنة ٢٩ق س١٥ ص١٢٣٧)

لصالحه، سرت الفوائد من وقت انتهاء الوكيل من أعمال الوكالة(١). وإذا لم يدرج الوكيل فى الحساب مبلغاً فى يده للموكل، ولم يكن ذلك عن غلط أو سهو، اعتبر ذلك قرينة على أنه قد استخدم هذا المبلغ لصالحه(٢). كذلك إذا استولى على مبلغ يزيد على أجره، ولم يكن ذلك عن غلط، اعتبرت الزيادة مبلغاً استخدمه لصالحه(٣). وعلى الوكيل أن يثبت الغلط أو السهو الذى وقع فيه. وإذا أصاب الموكل ضرر أكبر من جراء استخدام الوكيل لصالحه المبالغ التى فى يده للموكل، كأن حرم الموكل من استغلال هذه المبالغ بربح أعلى، جازت زيادة الفوائد بمقدار ما يعوض هذا الضرر(٤). وفوائد المبالغ التى استخدمها الوكيل لصالحه تدخل فى الحساب الذى يقدمه وتعتبر جزءا من هذا الحساب لا يتجزأ، ومن ثم لا تسقط بالتقادم الخمسى كما هو الأمر فى الفوائد الدورية، بل تسقط مع الحساب نفسه بخمس عشرة سنة(٥)(1).

---

(١) نقض فرنسى ٣ مايو سنة ١٨٦٥ داللوز ٦٥-١-٣٧٩- لوران ٢٧ فقرة ٥٠٩- جيوار فقرة ١٤١- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٦٩٣- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٨ ص٩١٩- أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ mandat فقرة ٢٥٤.

(٢) نقض فرنسى ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٧٣ داللوز ٧٤-١-٦٦- جيوار فقرة ١٤١- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٦٩٣- محمد على عرفة ص٣٩١.

(٣) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٨ ص٩٢٠- فإن أخذ الوكيل أجراً زائداً عن غلط رده دون فوائد بموجب دعوى رد ما دفع دون حق (نقض فرنسى ١٩ يوليه سنة ١٨٧٥ داللوز ٧٦-١-٢٧٨- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٤٣- وقارن أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٣ ص٢١٩). وإذا أدرج الوكيل مبلغاً وهمياً فى المصروفات، حذف المبلغ وحسبت فوائده على الوكيل من وقت إدراجه (نقض فرنسى ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٧٣ داللوز ٧٤-١- ٦٦- أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٣ ص٢١٨).

(٤) نقض فرنسى ١٨ ديسمبر سنة ١٨٦٢ داللوز ٦٣-٥-١٢٤- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٨ ص٩١٩.

(٥) قارن استئناف مختلط ١٠ أبريل سنة ١٩٢٩ م٤١ ص٣٥٥- وانظر نقض فرنسى ٧ مارس سنة ١٨٨٧ داللوز ٨٧-١-٤٠٣- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٦٨٩- أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٣ ص٢١٨ هامش ٦- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٨ ص٩١٩.

وإذا لم يكن المال الذى استخدمه الموكل لصالحه نقوداً لم يكن هناك محل لدفع فوائد، وإنما يكون هناك محل لدفع تعويض (نقض فرنسى ١٢ مايو سنة ١٨٩٠ داللوز ٩١-١-٣٠٣- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٨ ص٩٢٠).

(1) مفاد نص المادة ٣٧٥ من القانون المدنى أن التقادم الخمسى لا يسرى إلا بالنسبة للحقوق الدورية المتجددة ومن ثم فلا يسرى على المبالغ التى يؤديها الوكيل لحساب الموكل - تنفيذا لعقد الوكالة ويمتنع الأخير عن ادائها له، وانما يتقادم حق الوكيل فى مطالبة الموكل بهذه المبالغ بخمس عشرة سنة ولا يسرى التقادم بالنسبة لهذا الحق ما دامت الوكالة قائمة. =

٢٧١ - رد الأوراق والمستندات وسند التوكيل: ويجب على الوكيل أيضاً، بعد انتهاء الوكالة، أن يرد ما فى يده من أوراق ومستندات تتعلق بالوكالة وتخص الموكل.

فقد يكون الموكل أعطاه أوراقاً ووثائق يستعين بها فى تنفيذ الوكالة، كدفاتر وسجلات وإعلام وراثة وحجة وقف وعقود وغير ذلك من الأوراق والوثائق، فيجب على الوكيل عند انتهاء الوكالة أن يرد كل ذلك للموكل.

وقد يحصل الوكيل فى أثناء تنفيذ الوكالة على مستندات تخص الموكل، كما إذا عقد شراء لحساب الموكل أو استأجر له عيناً أو أقرض ماله أو وفى ديونه، فيجب فى هذه الأحوال على الوكيل أن يرد للموكل عقد الشراء أو عقد الإيجار أو عقد القرض أو المخالصة بالديون(١).

وسنرى أن للوكيل أن يحبس هذه الأشياء فى يده حتى يستوفى حقوقه من الموكل(٢). ولكن هناك شيئاً لا يجوز للوكيل أن يحبسه، بل يجب عليه أن يرده للموكل عند انتهاء الوكالة ولو كانت له حقوق فى ذمة الموكل لم يستوفها، وذلك هو سند التوكيل. ذلك أن بقاء هذا السند فى يد الوكيل بعد انتهاء الوكالة لا مبرر له، ويخشى أن يستعمله الوكيل بعد أن زالت وكالته. وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يشتمل

= (جلسة ١٩٩٢/٥/٢٤ الطعن رقم ١٠١٢ لسنة ٥٤ق)

(جلسة ١٩٦٧/١١/٣٠ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص١٧٧٩)

(١) وقد نصت المادة ٨٩ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ على ما يأتى: «على المحامى عند انتهاء توكيله لأى سبب من الأسباب أن يقدم بيانا إلى موكله بما يكون قد تم دفعه أو تحصيله نائبا عن الدعوى أو العمل الموكل إليه بمناسبتهما وأن يرد إلى الموكل جميع ما سلمه إليه من أوراق أو مستندات ما لم يكن قد تم ايداعها فى الدعوى وأن يوافيه بصور المذكرات والاعلانات التى تلقاها باسمه. ولا يلتزم المحامى بأن يسلم موكله مسودات الأوراق التى حررها فى الدعوى أو العمل الذى قام به ولا الكتب الواردة إليه. ومع ذلك يجب على المحامى أن يعطى موكله صورا من هذه الأوراق بناء على طلب الموكل وعلى نفقته. وقضت المادة ٩٠ من نفس القانون بأن «عند وجود اتفاق كتابى على الاتعاب يحق للمحامى حبس الأوراق والمستندات المتعلقة بموكله أو حبس المبالغ المحصلة لحسابه بما يعادل مطلوبه من الاتعاب التى لم يتم سدادها له وفق الاتفاق، وإذا لم يكن هناك اتفاق كتابى على الأتعاب. كان للمحامى أن يستخرج صورا من هذه الأوراق والمستندات التى تصلح سندا له فى المطالبة. وذلك على نفقة موكله. ويلتزم برد الصور الأصلية لهذه الأوراق متى استوفى من موكله مصروفات استخراجها.

وفى جميع الاحوال يجب أن يراعى ألا يترتب على حبس الأوراق والمستندات تفويت أى ميعاد محدد لاتخاذ اجراء قانونى يترتب على عدم مراعاته سقوط الحق فيه».

(٢) انظر ما يلى فقرة ٢٩٦.

على نص فى هذا المعنى، فكانت المادة ٩٩٧ من هذا المشروع تنص على ما يأتى: «١-على الوكيل، إذا كان قد حصل على سند يثبت الوكالة، أن يرد السند للموكل عند انتهاء الوكالة، ولا يجوز له الاحتفاظ به ضماناً لحقوقه قبل الموكل. ٢- فإذا أهمل الموكل أو خلفاؤه فى حمل الوكيل على رد السند، فإنهم يكونون مسئولين عن الضرر الذى قد يصيب الغير حسن النية من جراء ذلك». وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة(١)، ولكن أحكامه تتفق مع القواعد العامة، فيعمل به بالرغم من حذفه(٢). وقد ورد فى شأنه فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما نجتزئ هنا بإيراده ففيه الغناء: «ولما كان سند الوكالة فى يد الوكيل لأنه مطالب بإثبات وكالته للغير كما تقدم، فيجب عليه أن يرده إليه أو إلى ورثته عند انتهاء الوكالة، ولا يجوز للوكيل أن يحبس السند استيفاء لحقوقه. واسترداد السند من الوكيل فى الوقت المناسب يمنع الغير من التعامل مع الوكيل بعد انتهاء الوكالة، وإلا كانوا سيئ النية - كما أن بقاء السند فى يد الوكيل بعد انتهاء الوكالة يكون من شأنه أن يغرر بالغير فيتعاملون مع الوكيل، وقد تقدم أن للغير فى هذه الحالة أن يتمسكوا بالوكالة. ولهم فى كل الأحوال أن يرجعوا بالتعويض عما يصيبهم من ضرر على كل من الموكل أو الوكيل. وإذا تلكأ الوكيل فى رد سند الوكالة ألزم بذلك، وكان مسئولا عن التعويض. وللموكل أن يشهر انتهاء الوكالة بالطريقة المناسبة»(٣).

٢٧٢- المخالصة بإبراء ذمة الوكيل: بعد أن يؤدى الوكيل الحساب للموكل، ويرد إليه جميع ما فى يده من مال وأوراق ومستندات وفوائد مستحقة مع سند التوكيل على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم، يعطيه الموكل مخالصة بإبراء ذمته (décharge)(٤).

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٣٧ فى الهامش.

(٢) وكانت المادة ٦٥٢/٥٣١ من التقنين المدنى القديم تنص على ما يأتى: «وعلى الوكيل بعد انتهاء توكيله أن يرد للموكل السند المعطى له بالتوكيل».

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٣٨- ومع ذلك فقد نصت المادة ٨٩ بند قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ بأن .... وان يرد إلى الموكل جميع ما سلمه إليه من أوراق أو مستندات ما لم يكن قد تم ايداعها فى الدعوى وأن يوافيه بصور المذكرات والاعلانات التى تلقاها باسمه.

(٤) ومتى وافق الموكل على الحساب وهو على بينة من أمره وقد قدمت له المستندات اللازمة، لم يجز له بعد ذلك الرجوع فى موافقته وطلب حساب جديد (استئناف مختلط ٨ فبراير سنة ١٩٣٤ م٤٧ ص١٨). وليس للموكل أن يطلب الاطلاع من جديد على مستندات حساب سبق أن اطلع عليها ووافق بعد ذلك على الحساب، بدعوى أنه يريد مراجعة الحساب من جديد، ما لم يكن هناك غش =

وإذا اقتصر الموكل على إقرار (raticication) أعمال الوكيل، فيغلب أن يكون المقصود من ذلك أن يقر الموكل تصرفات الوكيل مع الغير فتكون نافذة فى حقه، دون أن يكون فى ذلك إبراء لذمة الوكيل من مسئوليته قبل الموكل[١]، وذلك ما لم يستخلص من الظروف أن هذا الإقرار يتضمن أيضاً إبراء ذمة الوكيل[٢].

على أن المخالصة بإبراء ذمة الوكيل ليس من شأنها فى الأصل أن تبرئ ذمة الوكيل مما عسى أن يكشف عنه الموكل فيما بعد من خطأ أو تقصير ارتكبه الوكيل، فيبقى هذا مسئولا عن خطأه بالرغم من المخالصة[٣]. بل إن للموكل، بعد أن يصدق على الحساب الذى قدمه له الوكيل، أن يطلب منه، إذا كانت الظروف تبرر ذلك، المستندات التى تدعم هذا الحساب[٤]. وذلك كله ما لم يتبين فى وضوح من المخالصة أن الموكل قد أراد إبراء ذمة الوكيل نهائياً من مسئوليته عن جميع أعمال الوكالة، ويشترط فى هذه الحالة ألا يكون الوكيل قد حصل على المخالصة بطريق الغش كأن أخفى عن الموكل مستندات أو معلومات أخرى[٥].

وإذا امتنع الموكل من إعطاء الوكيل مخالصة بإبراء ذمته، جاز للوكيل أن يرفع عليه دعوى يطلب فيها الحكم ببراءة ذمته من أعمال الوكالة.

فإذا لم يحصل الوكيل على مخالصة بإبراء ذمته ولا على حكم بذلك، كان معرضاً لرجوع الموكل عليه فى كل وقت إذا كان هناك وجه لذلك[٦]، ولا يتقادم حق الرجوع

=من جانب الوكيل (نفس الحكم السابق). وإذا وقع نزاع فى بعض المبالغ، فللموكل أن يرفع دعوى بما وقع عليه النزاع، وليس له أن يطالب بتقديم حساب جديد بعد أن تمت موافقته على الحساب (نفس الحكم السابق).

(١) نقض فرنسى ٢٨ مارس سنة ١٨٥٥ داللوز ٥٥-١-١٦٥.

(٢) نقض فرنسى ٩ مايو سنة ١٨٥٣ داللوز ٥٣-١-٢٩٣- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٩.

(٣) نقض فرنسى ٢١ مايو سنة ١٩٠٠ داللوز ١٩٠١ -١-٢٦٥- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٩ ص٩٢٠ - أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٤٤.

(٤) نقض فرنسى ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٢ داللوز ١٩١٤-١-٩٧.

(٥) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٩ ص٩٢٠.

(٦) ولكن لا يجوز للموكل أن يتمسك بالمقاصة فى دين ثابت عليه للوكيل وما على الوكيل من رصيد حساب الوكالة، ما دام هذا الحساب لم يصف وقد قام نزاع فى شأنه، وعلى الموكل أن يدفع الدين الثابت فى ذمته للوكيل مع حفظ حقه فى محاسبة هذا الأخير عما دخل فى ذمته من ماله مدة وكالته عنه (نقض مدنى ١٥ يونيه سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥٢ ص٤٢٢).

هذا إلا بخمس عشرة سنة من وقت تقديم الحساب للموكل[1]. فإن لم يقدم الوكيل حساباً، سقطت دعوى تقديم الحساب نفسها بانقضاء خمس عشرة سنة، وسرت المدة من وقت انتهاء أعمال الوكالة[2].

على أن التقادم لا يمنع الموكل من أن يرفع دعوى استحقاق على الوكيل يسترد بها ما فى يد الوكيل من أعيان مملوكة له، ولا يجوز للوكيل أن يحتج بالتقادم المكسب لأن يده كوكيل على هذه الأعيان يد عارضة[3].

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الدائن المرتهن رهن حيازة يعتبر أنه وكيل عن الدائن الراهن فى استغلال وإدارة العين المرهونة وقبض ريعها، وأن عليه بهذا الوصف أن يقدم إلى الراهن حساباً مفصلا عن ذلك، ودين الموكل قبل وكيله لا يبدأ تقادمه إلا من تاريخ انتهاء الوكالة وتصفية الحساب بينهما (نقض مدنى ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٨ ص٩٣).

ومع ذلك فقد قضت المادة ٩١ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ على ما يأتى: «يسقط حق الموكل فى مطالبة محاميه بالأوراق والمستندات المودعة لديه بعد مضى خمس سنوات من تاريخ انتهاء وكالته. وتنقطع هذه المدة بالمطالبة بها بكتاب موصى عليه».

(٢) نقض مدنى ١٧ فبراير سنة ١٩٣٨ عمر ٢ رقم ٩٦ ص٢٨٥– ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٢٧ ص٦٤٥– استئناف مختلط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م٥١ ص٦٥– ٩ أبريل سنة ١٩٤٠ م٥٢ ص٢١٩– ١٦ أبريل سنة ١٩٤٠ م٥٢ ص٢٥٧– يون ١ فقرة ١٠١٤– لوران ٢٧ فقرة ٥٢٤ – جيوار فقرة ١٤٨ – بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٦٩٥– بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٩ ص٩٢١.

ولا يتفق سريان تقادم دعوى تقديم الحساب قيام نزاع بين الموكل والوكيل على عنصر من عناصر الحساب بينهما. وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قررت المحكمة أن قيام النزاع بين الموكل والوكيل على عنصر من عناصر الحساب بينهما لا يعتبر عائقاً يمنع من المطالبة بتقديم الحساب ويقف مدة تقادم دعوى طلبه، واستدلت على ذلك بأن الوكيل سبق له تقديم الحساب فى قضية أخرى عن مدة سابقة قبل تصفية ذلك النزاع، فلا يكون حكمها مخالفاً للقانون (نقض مدنى ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٢٧ ص٦٤٥).

(٣) يون ١ فقرة ١٠١٤ – جيوار فقرة ١٤٨– بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٦٩٦– وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن وضع يد الناظرة، بصفتها ناظرة، على أعيان مهما طال زمنه لا يكسبها ملكيتها، لأنها لم تضع يدها إلا بصفتها وكيلة عن جهة الوقف، ويد الوكيل لا تؤدى إلى الملكية إلا إذا تغيرت صفتها (نقض مدنى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٢٧ ص٤٠– وانظر أيضاً نقض مدنى ٢٢ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٢٢ ص٥٩٣).

المبحث الثانى

التزامات الموكل

المطلب الأول

دفع الأجر

٢٧٣ – نص قانونى: تنص المادة ٧٠٩ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«١ – الوكالة تبرعية، ما لم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص ضمناً من حالة الوكيل».

«٢ – فإذا اتفق على أجر للوكالة، كان هذا الأجر خاضعاً لتقدير القاضى، إلا إذا دفع طوعاً بعد تنفيذ الوكالة»(١).

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى القديم المادتين ٥١٣ – ٦٢٧/٥١٤ – ٦٢٨(٢).

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى م٦٧٥ – وفى التقنين المدنى الليبى م٧٠٩ – وفى التقنين المدنى العراقى م٩٤٠ – وفى التقنين المدنى اللبنانى م٧٧٠ وم٧٩٤ – ٧٩٥(٣).

---

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ٩٨٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٧٤١ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٤٠، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٠٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢١٥ – ص٢١٧).

(٢) **التقنين المدنى القديم** م٦٢٧/٥١٣: يعتبر التوكيل دون مقابل، ما لم يوجد شرط صريح بخلاف ذلك، أو شرط ضمنى يتضح من حالة الوكيل.

م٦٢٨/٥١٤: الاتفاق على مقابل معين لا يمنع من النظر فيه بمعرفة القاضى وتقدير المقابل بحسب ما يتصوبه. (وأحكام التقنين المدنى القديم تتفق مع أحكام التقنين المدنى الجديد. وقد زاد التقنين الجديد بأن قنن صراحة القاعدة التى تقضى بعدم جواز تعديل الأجر إذا دفع طوعاً بعد تنفيذ الوكالة، وكان القضاء المصرى يجرى على هذه القاعدة فى عهد التقنين القديم دون نص).

(٣) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدنى السورى م٦٧٥ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م٧٠٩ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى م٩٤٠: ١ – إذا اشترطت الأجرة فى الوكالة وأوفى الوكيل العمل، =

والنص المتقدم الذكر يعرض لأجر الوكيل بوجه عام. وأبرز تطبيق عملى للوكيل المأجور هو المحامى، وقد ورد فى قانون المحاماة سلسلة من النصوص تنظم أتعاب المحامى لأهمية هذه المسألة.

فنبحث: (١) الأجر بوجه عام. (٢) أتعاب المحامى.

١ - الأجر بوجه عام

٢٧٤- فرضان: يستخلص من نص المادة ٧٠٩ مدنى سالفة الذكر أنه يجب التمييز بين فرضين: الفرض الأول أنه لا يوجد اتفاق على الأجر بين الموكل والوكيل، والفرض الثانى أن هذا الاتفاق موجود.

٢٧٥- لا يوجد اتفاق على الأجر: تقول الفقرة الأولى من المادة ٧٠٩ مدنى فيما رأينا: «الوكالة تبرعية، ما لم يتفق على غير ذلك..». فإذا لم يوجد بين الموكل والوكيل اتفاق على الأجر كانت الوكالة غير مأجورة وكان الوكيل متبرعاً، واعتبرت الوكالة فى هذه الحالة من عقود التبرع(١). ويرجع ذلك إلى عهد بعيد فى تقاليد القانون الرومانى.

=يستحقها. وإن لم تشترط فإن كان الوكيل ممن يعمل بأجر فله أجر المثل، وإلا كان متبرعاً. ٢- وإذا اتفق على أجر الوكالة، كان هذا الأجر خاضعاً لتقدير المحكمة، إلا إذا دفع طوعاً بعد تنفيذ الوكالة. هذا مع مراعاة أحكام القوانين الخاصة.

(وأحكام التقنين العراقى تتفق مع أحكام التقنين المصرى).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٧٧٠: تكون الوكالة فى الأصل بلا مقابل. وليس ما يمنع اشتراط الأجر. ولا يقدر كونها مجانية فى الأحوال الآتية: أولا- إذا كان الوكيل يقوم بمقتضى مهنته أو صنعته بالخدمات المعقودة عليها وكالته. ثانيا- إذا كانت الوكالة من تجار لأعمال تجارية. ثالثا- إذا كان العرف يقضى بدفع أجر عن الأعمال المعقودة عليها الوكالة.

م٧٩٤: لا يحق للوكيل الأجر المتفق عليه: أولا- إذا منعته قوة قاهرة عن الشروع فى تنفيذ الوكالة. ثانيا- إذا كانت القضية التى وكل بها قد انتهت قبل تمكنه من الشروع فيها. ثالثا- إذا لم تتم القضية التى من أجلها أعطيت الوكالة. ويراعى فى هذه الحالة الأخيرة العرف التجارى أو المحلى- على أنه يحق للقاضى أن ينظر فيما إذا كان يجب إعطاء الوكيل تعويضا، مراعاة لمقتضى الحال.

م٧٩٥: إذا لم يكن الأجر مسمى، فإنه يعين بناء على العادة المرعية فى المكان الذى انعقدت فيه الوكالة، وإلا فبحسب الظروف.

(وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى، ولم يذكر التقنين اللبنانى أن أجر التوكيل يكون خاضعاً لتقدير القاضى).

(١) فالملاك على الشيوع أو الورثة إذا وكلوا أحدهم فى إدارة الملك الشائع أو التركة ولم يكن هناك =

فقد كانت الوكالة فى هذا القانون تبرعية حتما، وكان لا يجوز أن يعطى الوكيل أجراً. ولذلك كان الفرق بين الوكالة والمقاولة ينحصر فى الأجر، إذ كانت الوكالة يجوز أن تقع كالمقاولة على أعمال مادية ولا تقتصر على التصرفات القانونية، ولا تتميز عن المقاولة إلا فى أنها غير مأجورة حتما أما المقاولة فتكون دائماً مأجورة. ويرجع السبب فى ذلك إلى أن بعض المهن الحرة فى القانون الرومانى، وبخاصة مهنة المحامى ومهنة الطبيب، كانت من المكانة الرفيعة فى نظر الرومان بحيث تتعالى عن الأجر، فلا يجوز للمحامى أو الطبيب أن يأخذ أجراً على عمله. فكيّف العقد فى هذه المهن على أنه وكالة لا مقاولة، لا لأنه يقع على تصرفات قانونية فالطبيب إنما يقوم بأعمال مادية محضة، بل لأن العقد لا أجر فيه. وتطور القانون الرومانى، وكان من الطبيعى مع تطور الظروف الاقتصادية أن يعيش أصحاب المهن الحرة من ممارسة مهنهم، فأجيز لهم، لا أن يأخذوا أجراً. (salaire)، بل أن يتقاضوا أتعاباً تحمل معنى التقدير (hanoraires)، يطالبون بها لا بموجب دعوى الوكالة بل بدعوى أخرى غير عادية (persecutio extra ordinem)[1]. وانتقلت هذه التقاليد إلى القانون الفرنسى القديم. فكانت الوكالة فيه تبرعية حتما، وإذا أعطى الوكيل أجرا لم يكن هذا الأجر بموجب عقد الوكالة ذاته، بل بموجب عقد مستقل هو عقد تبرع آخر ولكن من الموكل للوكيل للتدليل على اعترافه بالجميل، فكان الوكيل يتبرع بالعمل والموكل يتبرع بالأجر[2].

وحمل التقنين المدنى الفرنسى طابع هذه التقاليد، إذ هو بعد أن أقر، مطاوعة لتطور الظروف، أن يأخذ الوكيل أجراً دون أن تكون عليه غضاضة فى ذلك، فهو يكسب عيشه من مهنته وله أن يطالب بأجره بموجب عقد الوكالة ذاته، إلا أن الوكالة جعلت فى هذا

=اتفاق على أجر، كانت الوكالة غير مأجورة (جرينوبل ٣ يوليه سنة ١٨٩٤ مجموعة جرينوبل ٩٤-٢٥٣- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٢٧ ص٣٨٣ هامش٣). والشركاء إذا وكلوا أحدهم فى تصفية الشركة أو فى إدارتها أو فى قبض ديونها دون اتفاق على أجر، كان الشريك الوكيل متبرعاً.

وقد قضت محكمة النقض بأن الأصل فى الوكالة أنها تكون بغير أجر مقابل، ما لم يوجد شرط صريح بخلاف ذلك أو شرط ضمنى يتضح من حالة الوكيل. فإذا استندت المحكمة إلى أن ناظر الوقف كان يعمل بغير أجر إلى إقراراته المتكررة، فإنها لا تكون قد خالفت القانون، ولا يقبل من هذا الناظر قوله إنه لا يصح أن يثرى الوقف على حساب جهوده، فإن دعوى الإثراء على حساب الغير لا يكون لها محل إلا إذا لم توجد رابطة عقدية بين المتخاصمين، وهى ليست حالته (نقض مدنى ١٤ يونيه سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦٥ ص٧٢٢.

(١) بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٣٧٨ ص١٨٥ وفقرة ٧٢٦ ص٣٨١- ص٣٨٢.

(٢) دوما (Domat) الكتاب الثالث الباب الخامس عشر القسم الثانى فقرة ١ - پوتييه فى الوكالة فقرة ٢٢- فقرة ٢٣- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٣٧٨ ص١٨٥- ص١٨٦ وفقرة ٧٢٦.

التقنين تبرعية في الأصل، ولا يكون للوكيل أجر إلا إذا اتفق عليه مع الموكل. وتأثر القضاء الفرنسي بأن أجر الوكيل لا يكون إلا باتفاق، فذهب إلى أنه حتى مع وجود هذا الاتفاق يجوز للقضاء تخفيض أجر الوكيل كما سنرى. وتابع التقنين المدني المصري القديم هذه التقاليد، ونص على أن «يعتبر التوكيل بلا مقابل، ما لم يوجد شرط صريح بخلاف ذلك، أو شرط ضمني يتضح من حالة الوكيل» (م٦٢٧/٥١٣)، كما نص صراحة على أن «الاتفاق على مقابل معين لا يمنع من النظر فيه بمعرفة القاضي وتقدير المقابل بحسب ما يستصوبه» (م٦٢٨/٥١٤). ونقل التقنين المدني المصري الجديد هذا كله عن التقنين المدني القديم، وتمثل ذلك كما رأينا في نص المادة ٧٠٩.

٢٧٦- يوجد اتفاق على الأجر: ويخلص مما تقدم أن الوكيل لا يأخذ أجراً إلا إذا وجد اتفاق على ذلك. وقد يكون هذا الاتفاق صريحاً، ولكن في كثير من الأحوال يكون هذا الاتفاق ضمنياً(١)(1). وقد أشارت الفقرة الأولى من المادة ٧٠٩ مدني صراحة إلى ذلك حين تقول: «الوكالة تبرعية، ما لم يتفق على غيره ذلك صراحة، أو يستخلص ضمناً من حالة الوكيل».

وأبرز حالات الوكيل التي يستخلص منها ضمناً أن الوكالة مأجورة هي مهنته(٢). فإذا كان الشخص يحترف مهنة يكسب منها عيشه، فالمفروض أن الوكالة التي تدخل في

---

(١) وسواء كان الاتفاق صريحاً أو ضمنياً، فعبء إثباته يقع على الوكيل، وقاضي الموضوع هو الذي يقدر ما إذا كانت الوكالة مأجورة (نقض فرنسي ١٤ مارس سنة ١٨٨١ داللوز ٨١-١-٤٨- أول مارس سنة ١٨٨٦ سيريه ٨٦-١-٣١٤- ٢٨ مارس سنة ١٨٨٧ سيريه ٨٨-١-٧٧- أول ديسمبر سنة ١٨٩١ سيريه ٩٣-١-٤٩٧- بودري وفال في الوكالة فقرة ٧٣٥- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٣ ص٩٢٤ وص٩٢٥- أنسيكلوبيدي داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٩١- محمد كامل مرسي فقرة ١٧٢.

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي: «والأصل أن تكون الوكالة بغير أجر، إلا إذا اتفق صراحة على الأجر أو استخلص هذا الاتفاق من حالة الوكيل كأن تكون الأعمال التي يقوم بها هي من أعمال حرفته، كما هو الأمر بالنسبة للمحامي» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٢٢). وقد يستفاد الاتفاق الضمني من ظروف التعاقد الأخرى غير حالة الوكيل (نقض مدني ١٥ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٦٠ ص٥٢٣).

(1) تحديد ما إذا كانت الوكالة مأجورة أو غير مأجورة هو - وعلى ما جرى قضاء محكمة النقض - من مسائل الواقع التي تبت فيها محكمة الموضوع بما لها من سلطة في التعرف على حقيقة ما أورده المتعاقدان مستعينة بعبارات التوكيل وظروف الدعوى وملابساتها دون ما رقابة لمحكمة النقض عليها في ذلك طالما كان استخلاصها سائغا ومستمدا من وقائع ثابتة لها أصلها الثابت في الأوراق.
(جلسة ١٩٨٣/٣/٣١ الطعن رقم ٤٤٧ س٤٢ق السنة ٣٤ ص٨٧٣)

أعمال هذه المهنة تكون مأجورة(1). فمن وكل محامياً أو وكيلا بالعمولة أو سمساراً أو رجل أعمال أو أمين تفليسة (سنديك) أو مصرفاً أو صيرفياً أو غير هؤلاء ممن يحترفون مهنة يتكسبون منها، وبخاصة إذا كانت هذه المهنة تجارية(1)، يكون قد اتفق ضمناً مع الوكيل على إعطائه أجراً كما هي العادة(2). وقد انتشرت الوكالة المأجورة في الحياة العملية، حتى طغت على الوكالة غير المأجورة وهي الوكالة التي يقوم بها الصديق تفضيلا ومجاملة، وحتى أصبح الواقع هو عكس القانون، فالوكالة تكون في الكثرة الغالبة من الأحوال مأجورة ما لم يشترط أو يتبين من الظروف أنها غير مأجورة(3). وتقدير ما إذا كانت الوكالة مأجورة أو غير مأجورة يترك لقاضي الموضوع(4).

---

(1) استئناف وطني ١١ فبراير سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص٣٥٧- ٩ مارس سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص٢٢٦- استئناف مختلط ٣٠ أبريل سنة١٨٩٠ م٢ ص٣٨٢- ٢٥ أبريل سنة١٩٠١ م١٣ ص٢٦٢ - بودري وفال في الوكالة فقرة ٧٢٨- محمد كامل مرسي فقرة ١٧٠ ص٢٢٣- ص٢٢٤.

(1) إذ تقضي المادة ١/٧٠٩ من القانون المدني بأن الوكالة تبرعية ما لم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص ضمنا من حالة الوكيل، فإن اشتغال المطعون عليه بالمحاماة وقت قيامه بالأعمال التي وكل فيها لحساب الطاعن يكفي في ذاته لاعتبار وكالته عن الطاعن مأجورة وذلك على أساس أن هذه هي مهنته التي يحترفها ويتكسب منها.

(جلسة ١٩٦٩/٤/١٥ الطعن رقم ٢١٩ لسنة ٣٥ق س٢٠ ص٦١١)

(2) نقض فرنسي ٨ يناير سنة ١٨٩٠ داللوز ٩١-١-٢٢- أول ديسمبر سنة ١٨٩١ سيريه ٩٣- ١- ٤٩٧ - ١٥ يوليه سنة ١٨٩٦ داللوز ٩٦-١-٥٦١- ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٧ جازيت دي پاليه ١٩٢٨-١-٢١٣- ١٩ مايو سنة ١٩٣٠ جازيت دي پاليه ١٩٣٠ -٢-١٢٥- أول يوليه سنة ١٩٣٦ داللوز الأسبوعي ١٩٣٦ -٤٢٨- جيوار فقرة ١١ وفقرة ١٣- بودري وفال في الوكالة فقرة ٧٢٩- أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٤ ص٢٢٥ هامش ٦ (٢)- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٣- على أن صاحب المهنة الحرة قد يكون وكيلا غير مأجور في أعمال مهنته، إذا تبين من الظروف أنه قصد القيام بالوكالة دون أجر لصداقة أو قرابة تربطه بالموكل مثلا (نقض فرنسي ٢٨ مارس سنة ١٨٨٧ سيريه ٨٨-١-٧٧)، أو لأن له مصلحة شخصية في القيام بالوكالة ولو بدون أجر (نقض فرنسي ٢٩ يونيه سنة ١٨٨٠ داللوز القضاء العام الملحق لفظ avoué فقرة ٢٧- أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٤ ص٢٢٥ هامش ٦ (٢)- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٣ -٩٢٥).

(3) بودري وفال في الوكالة فقرة ٣٦٣ ص١٧٦ وفقرة ٧٢٧ ص٣٨٣- فإذا تبين أن الوكالة غير مأجورة، لم يجز للوكيل أن يطالب بأجر على ما بذل من جهد بموجب قواعد الإثراء بلا سبب، فإن هذه القواعد لا محل لتطبيقها إلا حيث لا توجد رابطة عقدية بين الطرفين (نقض مدني ١٤ يونيه سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦٥ ص٧٢٢ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم آنفاً نفس الفقرة في الهامش).

(4) استئناف مختلط ٦ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م٦ ص٤٧- وقد قضى بأن إدارة الوكيل لأموال الموكل مدة طويلة وانقاطعه لذلك، دون أن تكون بينهما صلة قرابة، ودون أن تكون حالة الوكيل المالية =

ويغلب أن يكون أجر الوكيل مبلغاً من النقود، ولكن لا شئ يمنع من أن يكون غير نقود، كما إذا اتفق الوكيل مع الموكل على أن يأخذ أجره حصة من العين التى يشتريها بالوكالة عنه. وسنرى أن المحامى، استثناء مما تقدم، لا يجوز أن تكون أتعابه جزءاً من الحق المتنازع فيه.

وإذا اتفق على أجر، صراحة أو ضمناً، فيغلب أن يكون الأجر مستحقاً للوكيل ولو لم ينجح فى مهمته(١)، فهو إنما يؤجر على ما بذل من جهد دون نظر إلى ما يفضى إليه هذا الجهد من نتائج، إذ أن التزامه كما قدمنا هو التزام ببذل عناية لا التزام بتحقيق غاية(٢). ولكن لا شئ يمنع من الاتفاق على أن يكون التزام الوكيل التزاماً بتحقيق غاية، ويحصل ذلك غالباً فى توكيل الوسطاء والسماسرة والطوافين والممثلين التجاريين والجوابين ومندوبى التأمين ورجال الأعمال فى عقد الصفقات، على ألا يؤجروا إلا إذا عقدوا هذه الصفقات وبمقدار ما عقدوا منها(٣). ومن ذلك أن يتفق الموكل مع المحامى على ألا

=تسمح بالانقطاع لعمل دون أجر، كل ذلك يستخلص منه أن الوكالة مأجورة (استئناف مختلط ١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٤ م٣٧ ص٩) - وانظر أيضاً استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩٠٧ م٣٩ ص١٨٦.

(١) بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٠٤ وفقرة ٧٣٣ وفقرة ٧٤٢- أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٤ ص٢٢٥.

(٢) وقد قضى بأن الوكيل يستحق أجره ورد ما تكبده من المصاريف فى سبيل أداء المأمورية التى كلفه بها الموكل، بغض النظر عن النتائج إن كانت حسنة أو غير حسنة، ما دام أن الموكل لم يقدم أى دليل على أن الوكيل ارتكب خطأ أدى إلى النتيجة السيئة، كذلك إذا لم يكن هناك شروط بينهما يعلق ترتيب أجرة الوكيل أو مقدارها على النتيجة الحسنة (مصر الوطنية ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٤ رقم ١٣٦ ص٢٥٨).

(٣) استئناف وطنى ٩ مارس سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص٢٢٦- ١٩ مايو سنة ١٩٠٨ الحقوق ٢٤ ص١٣٠- ٢١ فبراير سنة ١٩١٢ الحقوق ٢٨ ص٣٣٠- استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م٢ ص٣٥٤- ٣١ يناير سنة ١٩٠١ م١٣ ص١٣٥- نقض فرنسى ١٥ يوليه سنة ١٨٩٦ داللوز ٩٦-١-٥٦١. على أن الوكيل يستحق الأجر ولو لم يعقد الصفقة، إذا كان عدم عقدها راجعاً إلى خطأ الموكل أو إلى تعنته فى عدم إتمام الصفقة أو التصديق عليها أو تنفيذها بعد أن توافرت جميع الشروط المطلوبة (نقض فرنسى ١٨ يونيه سنة ١٩١١ داللوز ١٩١٣-١-٤٨٧- ٢ يناير سنة ١٩٢٩ سيريه ١٩٢٩-١-١٨٨- ١٤ يونيه سنة ١٩٣٢ سيريه ١٩٣٢-١-٣٣٣- باريس ٢٩ يناير سنة ١٩٢٧ داللوز ١٩٢٧-٢-٢٤- ٢٨ مايو سنة ١٩٢٧ داللوز الأسبوعى ١٩٢٧- ٤٦٨- ١٦ نوفمبر سنة ١٩٢٧ داللوز الأسبوعى ١٩٢٨-١٤١- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٤٢- أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٤ ص٢٢٥- ص٢٢٦- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٣ ص٩٢٦).

كذلك لا يوجد ما يمنع من أن يكون الأجر مرهوناً، لا بعقد الصفقة فحسب، بل أيضاً بملاءة =

يستحق الأتعاب، أو على ألا يستحق المؤخر منها، إلا إذا كسب الدعوى. ويقع ذلك أيضاً إذا عهدت شركة إلى وكلاء لها فى مناطق معينة بعقد الصفقات كل فى المنطقة المحددة له، ولا يأخذ الوكيل أجراً إلا على الصفقات التى يعقدها، ويكون الأجر عادة نسبة مئوية من قيمة الصفقة، ويغلب أن يكون الوكيل فى هذه الحالة محتكراً لمنطقته، فلا يجوز للشركة أو لوكيل عنها آخر أن يعقد صفقة فى هذه المنطقة إلا بوساطته[1]، وإذا وقع ذلك فإن الوكيل يستحق الأجر عن الصفقة التى عقدت بدون وساطته[2]، وهذا ما يسمى بالاتفاق على احتكار الوكالة (convention d'exclusivité). كذلك يكون الأجر فى الوكالة مرهونا بإتمام الصفقة إذا عهد مؤلف إلى ناشر ببيع نسخ من كتابه، على أن يتقاضى عمولة عن كل نسخة يبيعها، وتكون عادة نسبة مئوية من ثمن النسخة، ويغلب أن يكون الناشر محتكراً لبيع الكتاب[3].

وإذا كان شخص واحد هو الوكيل عن الطرفين فى الصفقة، وعلم كل منهما بذلك،

=العميل الذى تعاقد مع الوسيط، ويستحق الجوابون والطوافون والممثلون التجاريون عامة أجورهم على ما يحصلونه من العملاء بعد إتمام الصفقة (نقض فرنسى ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٢٩ داللوز ١٩٣٠ -١ -٩٦- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٣ ص٩٢٦- ص٩٢٧- محمد كامل مرسى فقرة ١٧١ ص٢٢٥).

(١) واحتكار الوكالة لا يفترض، بل يجب اشتراطه، وقد يستخلص شرط الاحتكار من العرف أو من الظروف (جرينويل ١٨ يونيه سنة ١٩٠١ داللوز ١٩٠٥-٥-٤٦٨- باريس ٢٦ فبراير سنة ١٩١٤ داللوز ١٩١٩ -٢-١١). فإذا وجد شرط الاحتكار، لم يجز للموكل أن يعقد صفقة دون وساطة الوكيل المحتكر، حتى لو كانت هذه الصفقة بشروط أفضل مما اتفق عليه مع الوكيل. أما إذا لم يوجد شرط الاحتكار، فإنه يجوز للموكل أن يعقد صفقات دوون وساطة الوكيل، وإن كانت الظروف فى بعض الأحوال قد تبرر رجوع الوكيل بما أنفقه من مصروفات (باريس ٢٦ فبراير سنة ١٩١٤ داللوز ١٩١٩-٢-١١ وهو الحكم السابق الإشارة إليه - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٣ ص٩٢٦ وهامش٧). كذلك يجوز، حتى بعد انتهاء الوكالة، أن يعطى الوكيل أجراً يقدره القاضى عن صفقة يعقدها الوكيل بعد انتهاء الوكالة (نقض فرنسى ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٣٠ داللوز الأسبوعى ١٩٣٠-٥٥٤)- انظر فى القول بأن شرط الاحتكار (القصر) باطل أكثم أمين الخولى فقرة ١٩٦ ص٢٤٧ هامش ١- ونرى أن الشرط صحيح على أن يكون شرطاً معقولاً (raisonnable)، ويغلب أن يكون معقولا إذا كان محدوداً فى الوقت أو فى العمل (نقض فرنسى ٧ مايو سنة ١٩٣٤ جازيت دى پاليه ١٩٣٤-٢-٢١١- باريس ٢٤ أبريل سنة ١٩٥٢ جازيت دى پاليه ١٩٥٢-٢-١٠٥- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٥).

(٢) ديجون ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٧ جازيت دى پاليه ١٩٢٨-١-٢٢٩- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٣ ص٩٢٦.

(٣) انظر آنفاً فقرة ١٨١.

استحق الوكيل الأجر المتفق عليه من كل من الطرفين. وإذا تعدد الوكلاء فى الصفقة الواحدة، لم يكونوا متضامنين فى استحقاقهم للأجر، بل يقسم الأجر عليهم بالتساوى، إلا إذا وجد اتفاق بخلاف ذلك(١).

٢٧٧- مقدار الأجر: أما مقدار الأجر، إذا اتفق على أن تكون الوكالة مأجورة، فقد لا يقوم الطرفان بتعيينه، بأن يقتصر الوكيل على اشتراط الأجر دون أن يتفق مع الموكل على تعيين مقداره، أو كما هو الغالب بأن يكون الاتفاق على الأجر ضمنياً مستخلصاً من مهنة الوكيل أو من أى ظرف آخر فيكون هناك اتفاق ضمنى على أن تكون الوكالة مأجورة دون تعيين لمقدار الأجر. ففى جميع هذه الأحوال، إذا اختلف الطرفان فى تعيين مقدار الأجر، تولى القاضى تعيين هذا المقدار، ويرجع فى ذلك إلى أهمية العمل وإلى ما يقتضيه من جهد يبذله الوكيل، كما يرجع إلى العرف(٢). وقد نصت المادة ٧٩٥ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فى هذا الصدد على أنه «إذا لم يكن الأجر مسمى، فإنه يعين بناء على العادة المرعية فى المكان الذى انعقدت فيه الوكالة، وإلا فبحسب الظروف»(٣). وقضت الفقرة الثالثة من المادة ٨٢ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ بأن يدخل فى تقدير أتعاب المحامى «أهمية الدعوى والجهد الذى يبذله المحامى والنتيجة التى حققها وملاءة الموكل وأقدمية درجة قيد المحامى، ويجب ألا تزيد الأتعاب على عشرين فى المائة ولا تقل عن خمسة فى المائة من قيمة ما حققه المحامى من فائدة لموكله فى العمل موضوع طلب التقدير، وفى جميع الأحوال لا يجوز أن يكون أساس تعامل المحامى مع موكله أن تكون أتعابه حصة عينية من الحقوق المتنازع عليها. وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام فى أتعاب المحامى.

ولكن الغالب، إذا اتفق على أن تكون الوكالة مأجورة، أن يتفق الطرفان أيضاً على مقدار الأجر. والأصل أن يسرى هذا الاتفاق، فيتقاضى الوكيل من الموكل المقدار المتفق عليه دون نقص أو زيادة، أيا كانت النتيجة التى وصل إليها الوكيل فى تأدية مهمته(٤)

---

(١) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٣ ص٩٢٧- محمد كامل مرسى فقرة ١٧١ ص٢٢٦.

(٢) استئناف مختلط ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٤ م١٣ ص٢٦٢ - نقض فرنسى ٢٨ مارس سنة ١٨٨٧ سيريه ٨٨-١-٧٧- ٨ يناير سنة ١٨٩٠ داللوز ٩١-١-٢٢- جيوار فقرة ١٦٣- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٤٩- فقرة ٧٥٠- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٤ ص٩٢٧.

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢٧٣ فى الهامش.

(٤) وحتى لو اتفق على أن الأجر لا يستحق إلا إذا تمت الصفقة، فإن الأجر يكون مستحقاً إذا تمت، ولو لم تنفذ بعد تمامها أو فسخت أو أبطلت (نقض فرنسى ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٣ -١ -١١٨- باريس ٢ مايو سنة ١٨٧٤ سيريه ٧٦-٢-٤٢٤- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٤٢.

كما سبق القول. ولكن إذا حالت قوة قاهرة دون أن يؤدى الوكيل مهمته، أو أصبحت تأدية الوكالة مستحيلة بغير خطأ الموكل، أو لم يتم الوكيل تأدية المهمة، فإنه لا يستحق أجراً أو يخفض مقدار الأجر المتفق عليه بحسب الأحوال، ويترك ذلك لتقدير القاضي(١). وقد نصت المادة ٧٩٤ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فى هذا الصدد على أنه «لا يحق للوكيل الأجر المتفق عليه: أولا- إذا منعته قوة قاهرة عن الشروع فى تنفيذ الوكالة. ثانيا- إذا كانت القضية التى وكل بها قد انتهت قبل تمكنه من الشروع فيها. ثالثا- إذا لم تتم القضية التى من أجلها أعطيت الوكالة، ويراعى فى هذه الحالة الأخيرة العرف التجارى أو المحلى على أنه يحق للقاضى أن ينظر فيما إذا كان يجب إعطاء الوكيل تعويضاً، مراعاة لمقتضى الحال»(٢). كذلك يخفض مقدار الأجر المتفق عليه على سبيل التعويض، إذا ارتكب الوكيل خطأ فى تنفيذ الوكالة يستوجب مسئوليته(٣).

ومع مراعاة كل ما قدمناه يبقى أن مقدار الأجر المتفق عليه، إذا كان فى الأصل واجب الاحترام لأن اتفاق الطرفين انعقد عليه، قد ورد فى شأنه نص خاص يميزه عن الأجر المتفق عليه فى العقود الأخرى كالإيجار والمقاولة والوديعة. فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٧٠٩ مدنى، كما رأينا، على ما يأتى: «فإذا اتفق على أجر للوكالة، كان هذا الأجر خاضعاً لتقدير القاضى، إلا إذا دفع طوعاً بعد تنفيذ الوكالة»(1). وخضوع مقدار أجر الوكيل المتفق عليه لتقدير القاضى بقية تخلفت، كما قدمنا، عن طابع الوكالة

---

(١) ترولون فقرة ٦٤١ وما بعدها - بون ١ فقرة ١١٠٦ - لوران ٢٧ فقرة ٢٧- جيوار فقرة ١٦٥ وفقرة ١٦٨- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٤٣ - باريس ٩ يونيه سنة ١٨٦٩ سيريه ٧١ -٢ -١٤٩.

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٧٣ فى الهامش.

(٣) نقض فرنسى ٧ أغسطس سنة ١٨٣٧ سيريه ٣٧-١-٨٨٩- ١٨ أبريل سنة ١٨٥٥ سيريه ٥٥ -١ -٥٢٧- ١٢ يناير سنة ١٨٦٣ سيريه ٦٣-١-٢٤٩- ٩ مايو سنة ١٨٦٧ سيريه ٦٧-١-٢٤٥- ٢٤ يونيه سنة ١٨٧٢ سيريه ٧٥-١-١٥٦- جيوار فقرة ١٦٤- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٤٧- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٤ ص٩٢٧.

(1) أ- الاتفاق على أجر الوكيل بعد تنفيذ الوكالة يجعل الأجر غير خاضع لتقدير القاضى كما هو الشأن فى دفع الأجر طوعا بعد التنفيذ.

(جلسة ١٩٧٢/٢/١٧ الطعن رقم ٥٧ لسنة ٣٧ق س٢٣ ص٢٠١).

ب- مؤدى نص المادة ٢/٧٠٩ من القانون المدنى أنه يمتنع على القاضى أن يعدل فى مقدار الاتعاب التى اشترطها المحامى مقابل عمله إذا كان الاتفاق عليها قد تم بعد الانتهاء من هذا العمل أو إذا قام الموكل بأدائها طوعا بعد ذلك.

(جلسة ١٩٦٨/١٢/٥ الطعن رقم ٥٣٦ لسنة ٣٤ق س١٩ ص١٤٨٦)

التبرعى الذى لازمها فى القانون الرومانى وفى القانون الفرنسى القديم. ولما وردت النصوص صريحة فى التقنين المدنى الفرنسى بجواز أن يأخذ الوكيل أجراً إذا اتفق مع الموكل على ذلك، بقى القضاء الفرنسى متأثراً بأن الأصل فى الوكالة أن تكون تبرعية، فعمد إلى تقرير قاعدة تقضى بجواز تخفيض أجر الوكيل إذا قدر القاضى أن هذا الأجر مبالغ فيه(١)(1).

---

(١) نقض فرنسى أول يوليه سنة ١٨٥٦ داللوز ٥٦-١-٤٦٤- ١٢ يناير سنة ١٨٦٣ داللوز ٦٣ -١ -٣٠٢- ٩ مايو سنة ١٨٦٦ داللوز ٦٦-١-٢٤٦- ٢٩ يناير سنة ١٨٦٧ داللوز ٦٧-١-٥٣- ٨ أبريل سنة ١٨٧٢ داللوز ٧٣-١- ٢٥٩- ٢٨ فبراير سنة ١٨٧٧ داللوز ٧٨-١-٧٨- ١٣ مايو سنة ١٨٨٤ داللوز ٨٥- -١-٢١- ٢٤ فبراير سنة ١٨٩١ داللوز ٩١-٥-٣٣٧- ٢٩ فبراير سنة ١٩٠٤ سيريه ١٩٠٧ -١-٣٨٩- ٢٧ يناير سنة ١٩٠٨ داللوز ١٩٠٨ -١-١٥٥- ١٢ ديسمبر سنة ١٩١١ داللوز ١٩١٣-١-١٢٩- ١١ مارس سنة ١٩١٣ داللوز ١٩١٣ -١-٤٠٨- ٢٨ مايو سنة ١٩١٣ داللوز ١٩١٦ -١-٢٧١ - ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٩ جازيت دى باليه ١٩٣٠- -١-٣٠- ١٠ نوفمبر سنة ١٩٣٧ سيريه ١٩٣٨ -١-١١١- ٣١ يناير سنة ١٩٣٩ جازيت دى باليه ١٩٣٩-١-٦١٣- ٨ يوليه سنة ١٩٤٢ جازيت دى بالية ١٩٤٢-٢-١٧٧).

وأكثر ما يعمد القضاء الفرنسى إلى تخفيضه هو أجر الوكيل إذا كان سمساراً أو وكيلا بالعمولة أو من رجال الأعمال، فإن هؤلاء كثيراً ما يستغلون جهل العميل أو حاجته الشديدة فيشترطون لأنفسهم أجوراً باهظة، تكون غالباً فى صورة نسبة مئوية مما يحصلونه لحساب العميل (بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٤ ص٩٢٨- دى باج ٥ فقرة ٤٣١). ولكن القضاء الفرنسى لم يقف عند أجور هؤلاء، بل شمل بقاعدته أجر الوكيل أيا كان (بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٤ ص٩٢٨- ص٩٢٩- أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٣٠٣).

(1) أ- نص الفقرة الثانية من المادة ٧٠٩ من القانون المدنى هو نص مطلق شامل لكل تعديل فى أجر الوكالة المتفق عليه سواء بالحط منه أو برفعه، وإذا كان تقدير هذا الأمر ما يستقل به قاضى الموضوع، وكانت محكمة الاستئناف عند تعديلها تقدير محكمة أول درجة للأجر الذى يستحقه الطاعن قد أقامت قضاءها فى ذلك على اعتبارات سائغة فإن اغفالها الإشارة إلى الأدلة والحجج التى ساقها الطاعن فى هذا الخصوص والتى لا يترتب عليها تغير وجه الرأى فى التقدير لا يعتبر قصورا مبطلا للحكم المطعون فيه.

(جلسة ١٩٦٩/١٢/٢٥ الطعن رقم ١١٢ لسنة ٣٥ق س٤٠ ص١٣٢٢)

ب- أنه وإن كان لقاضى الموضوع بمقتضى الفقرة الثانية من المادة ٧٠٩ من القانون المدنى الحق فى تعديل أجر الوكالة المتفق عليه سواء بتخفيضه أو بالزيادة عليه إلى الحد الذى يجعله مناسبا، إلا أنه لما كان هذا الحق هو استثناء من القاعدة العامة التى تقضى بأن الاتفاق شريعة المتعاقدين فإنه يشترط لاستغلاله أن تكون هناك ظروف قد أثرت فى الموكل تأثيرا حمله على التعهد للوكيل بمقابل يزيد كثيرا عما يقتضيه الحال أو أثرت فى الوكيل فجعلته يقبل أجرا بخسا لا يتناسب مع العمل الذى اسند إليه أو كان الطرفان قد أخطأ فى تقديم قيمة العمل موضوع الوكالة قبل تنفيذه، بحيث إذا انتفت هذه الاعتبارات تعين احترام ارادة المتعاقدين واتباع القاعدة العامة التى تقضى بأن ما اتفق عليه الخصوم يكون ملزما لهم، وهو ما يوجب على القاضى إذا ما رأى تعديل الأجر المتفق عليه بالزيادة أو=

ولم يستند القضاء الفرنسى فى ذلك إلى نص بل كان قضاء اجتهادياً[1]، ومن ثم انقسم الفقه الفرنسى فى هذه المسألة[2]. ونقل التقنين المدنى المصرى القديم هذه القاعدة كما

=النقص أن يعرض فى حكمه للظروف والمؤثرات التى أحاطت بالتعاقد وأدت إلى الخطأ فى الاتفاق على مقابل غير مناسب حتى يتسنى لمحكمة النقض مراقبة ما إذا كان اطراحه لارادة المتعاقدين يستند إلى اعتبارات مقبولة أم لا.

(جلسة ١٩٧٠/٢/٢٦ الطعن رقم ٤٨٩ لسنة ٣٥ق س٣١ ص٣٢٩)

جـ- تنص المادة ٧٠٩ من القانون المدنى على أن الوكالة «الوكالة تبرعية ما لم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص ضمنا من حالة الوكيل. ٢- فإذا اتفق على أجر للوكالة كان هذا الأجر خاضعا لتقدير القاضى إلا إذا دفع طوعا بعد تنفيذ الوكالة» وكان المبلغ الذى طالب الطاعن هو أتعاب محاماة متفق عليها قبل تنفيذ الوكالة فأنه - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - يعد أجر وكيل يخضع لتقدير المحكمة عملا بالمادة المذكورة ولا عليها إن هى خفضته.

(جلسة ١٩٨٠/٢/٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٣١ ص٤١٣)

(جلسة ١٩٧٤/٢/٥ الطعن رقم ٢٠١ لسنة ٣٨ق س٢٥ ص٢٨٥)

(١) وقد استحدث به حالة جديدة من حالات الغبن بين بالغى سن الرشد: بيدان ١٢ فقرة ٣١٩- أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٣٦٥ (وقد جاء فيه أن الفقهاء الرومانيين لم يقصدوا بإدخال الأطباء والمحامين فى دائرة الوكلاء تعظيم شأنهم عن أن يكونوا أجراء فحسب، بل قصدوا أيضاً إخضاع دعواهم فى الأجر للرقابة).

ويذهب الأستاذ أكثم أمين الخولى إلى أن نص المادة ٢/٧٠٩ مدنى «يتضمن حالة خاصة يعتد فيها القانون بالغلط فى القيمة، ولا يرتب على هذا الغلط إلا تعديل الأجر» (أكثم أمين الخولى فقرة ١٩١ ص٢٤٠ هامش١). وإذا كان الموكل فى كثير من الأحوال، عندما يتفق مع الوكيل على أجر باهظ، يسوقه إلى ذلك خطأ فى تقدير أهمية العمل محل الوكالة، فإنه فى أحوال أخرى لا يكون مخطئاً فى تقدير أهمية العمل ولكن الظروف تضطره إلى قبول كل ما يشترطه الوكيل، وسنرى أن القضاء المصرى يستند فى تخفيض أجر الوكيل إلى كل من الاعتبارين (انظر ما يلى نفس الفقرة فى الهامش).

(٢) ففريق من الفقهاء فى فرنسا يماشون القضاء الفرنسى، لا على أساس من القانون، بل على أساس من العدالة: ترولون فقرة ٦٣٢- پون ١ فقرة ١١٠٩ - جيوار فقرة ١٦٤ وفقرة ١٦٦- بيدان ١٢ فقرة ٣١٨- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٤ ص٩٢٨- چوسران ٢ فقرة ٤١٤ - وفريق آخر يعارض هذا القضاء ويذهب إلى عدم جواز تعديل مقدار أجر الوكيل المتفق عليه ما دام لا يوجد فى القانون نص يجيز ذلك، وشأن الوكالة فى ذلك شأن سائر العقود: ديمولومب فى مجلة التشريع ٢٦ سنة ١٨٤٦ ص٤٤٥- جلاسون فى تعليقه فى داللوز ٩٢-٢-٢٨١- ليون كان فى تعليقه فى سيريه ٨٧-٢-٢٨٢- بلانيول ٢ فقرة ٢٢٣٦- أوبرى ورو ٦ فقرة ٤١٤ ص١٧٨- ص١٧٩ (وفى أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٤ ص٢٢٦ هامش ٩ ورد أن القضاء الفرنسى قد استقر على جواز تعديل أجر الوكيل متابعاً فى ذلك تقاليد توطدت منذ مدة طويلة)- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٣٨- وقرب بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٠٣٨.

قدمنا عن القضاء الفرنسي بنص صريح. ثم نقلها التقنين المدني المصرى الجديد كما رأينا فى الفقرة الثانية من المادة ٧٠٩. وبنيت القاعدة فى التقنين المصرى على أساس أن التصرف القانونى الذى يعهد به إلى الوكيل يكون عادة أدق فى تقدير الأجر عليه من العمل المادى الذى يعهد به إلى المقاول. فإذا اتفق المتعاقدان على مقدار الأجر قبل أن ينجز الوكيل مهمته، فقد يظهر بعد إنجاز المهمة أنهما أخطآ فى تقدير هذا المقدار، فأجاز القانون للقاضى أن يصحح هذا الخطأ، وجعل مقدار الأجر خاضعاً لتقديره(١). ويترتب على هذا الأساس الذى قدمناه أمور ثلاثة:

(الأمر الأول) أنه يجوز للقاضى، لتصحيح الخطأ الذى وقع فيه المتعاقدان فى تعيين

---

(١) وتضيف أحكام القضاء المصرى إلى عامل الخطأ فى تقدير الأجر عامل اضطرار الموكل إلى قبول ما يشترطه الوكيل، فيداخل إدارة المتعاقدين مزيج من خطأ يقارب الغلط واضطرار يقارب الإكراه. وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن الحق الممنوح للقاضى بالمادة ٥١٤ مدنى (قديم) بتعديل المقابل المتفق عليه بين الموكل والوكيل هو حق استثنائى، ليرجع القاضى إليه فى تقدير الأتعاب عندما تظهر له قرائن تدل على أن الموكل كان محاطاً بظروف تضطره لقبول كل ما يشترطه الوكيل للاتفاق على مقابل غير مناسب للعمل الذى يؤديه، وعند عدم وجود هذه الظروف تتبع القاعدة بأن ما يتفق عليه الخصوم يكون ملزماً لهم (استئناف وطنى ٢٩ يناير سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ٤٧ ص٩٧). وقضت أيضاً بأن محل تطبيق المادة ٥١٤ مدنى (قديم) هو أنه يظهر بعد حصول الاتفاق على الأتعاب أن العمل لم يكن بدرجة الأهمية التى كانت متوقعة له، أما فيما عدا ذلك فلا محل لتنزيل الأتعاب عن القيمة المتفق عليها ولو رأى القاضى أن العمل الذى عمله الوكيل لا يساوى القيمة التى حصل الاتفاق عليها، بل فى مثل هذه الحالة يعتبر الموكل متبرعاً بالزيادة (استئناف وطنى ١١ يناير سنة ١٩٢٥ الشرائع ٢ رقم ١٦٧ ص١٥٢). وقضت محكمة مصر الوطنية بأن الموكل قد يكون أحياناً كثير الشغف بالأمر الذى يريد الوصول إليه بواسطة الوكيل، أو يكون مضطرب البال خائفاً من عدم إمكانه الوصول إلى مبتغاه إلا بسعى شخص معين يثق بمقدرته، أو فى أية حالة أخرى من مثل هذه الأحوال التى ربما تؤثر على أفكاره تأثيراً يحمله على التعهد للوكيل بمقابل يزيد كثيراً عما يقتضيه الأمر. ولما كانت هذه المؤثرات غير كافية للحكم ببطلان العقد بحسب القواعد العمومية، إذ هى ليست من قبيل الإكراه الأدبى، وليس فيها شئ من قبيل الغش والتدليس، فالشارع وضع الاستثناء المحكى عنه وقاية لحقوق الموكل فى مثل تلك الأحوال (مصر استئنافى ٢١ يناير سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٥ ص٦٧).

وانظر أيضاً: أسيوط استئنافى أول يوليه سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٧٧ ص١٢٨ – الجيزة الجزئية ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٥٠٣ ص١٢٩٩ – الدلنجات ١٧ مايو سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٥٥٥ ص١٤٨٢ – عابدين ١٠ مارس سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٤٣٤ ص١٠٣٤ – استئناف مختلط ٢٩ مارس سنة ١٨٩٠ م٢ ص٣٦٦ – ٦ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م٦ ص٤٧ – ٣ فبراير سنة ١٨٩٨ م١٠ ص١٣٣ – ٢ يونيه سنة ١٨٩٨ م١٠ ص٣٠١ – ٢١ ديسمبر سنة ١٩١١ م٢٤ ص٦٥ – ٢٩ مارس سنة ١٩١٧ م٢٩ ص٣٣٨ – ١١ يناير سنة ١٩٤٤ م٥٦ ص٤٣.

مقدار الأجر، أن يزيد فى هذا المقدار إذا كان غير كافٍ لجزاء الوكيل على عمله، كما له أن يخفضه إذا كان مبالغاً فيه، إذ أن النص مطلق يشمل التخفيض والزيادة فهو يجعل الأجر «خاضعاً لتقدير القاضى». ويتوقف ذلك على ما يتبين بعد تنفيذ الوكالة من أهمية العمل الذى قام به الوكيل، وما لقى فيه من صعوبات، وما أدى العمل إليه من نتائج. فإن ظهر أن مقدار الأجر يزيد كثيراً على قيمة العمل من هذه النواحى، خفض القاضى هذا المقدار حتى يتكافأ الأجر مع العمل. وإن ظهر على العكس من ذلك أن العمل الذى قام به الوكيل تكشف عن أهمية غير متوقعة، أو لقى فيه الوكيل صعوبات لم يكن يحسب لها حساباً[1]، أو أدى إلى نتائج تفوق كثيراً ما كان ينتظر، زاد القاضى فى مقدار الأجر حتى يكون مجزياً للجهود التى بذلها الوكيل أو للنتائج التى وصل إليها[2]. وإن ظهر أن المتعاقدين لم يخطئا فى تعيين مقدار الأجر، فهو غير مبالغ فيه حتى يجوز تخفيضه، وهو

---

(١) استئناف مختلط ٢١ يناير سنة ١٩٢٥ م٣٧ ص١٢٧– ٢٣ مايو سنة ١٩٤٠ م٥٢ ص٢٦٢.

(٢) يؤكد ذلك ما ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد إذ تقول: «إذا كان هناك اتفاق صريح على الأجر، فإن هذا الاتفاق يخضع لتقدير القاضى، يخفض الأجر أو يزيده تبعاً لما يتبينه من الظروف، رذ أن الطرفين قد يخطئان فى تقدير قيمة العمل قبل تنفيذه، فللقاضى أن يصحح هذا الخطأ. وهذا الحكم، وإن كان مخالفاً للقواعد العامة فى العقود، هو من الأحكام التقليدية فى الوكالة، نقله التقنين المصرى الحالى (القديم) عن القضاء الفرنسى، ونقله المشروع عن التقنين الحالى (القديم) (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٢٢). وعلى هذا جرى القضاء فى مصر، فقضت محكمة النقض بأن المادة ٥١٤ من القانون المدنى (م٧٠٩ مدنى جديد) قد أتت بنص مطلق من أى قيد، شامل بحكم عمومه لطرفى الاتفاق كليهما ولكن تعديل فى الأجر المتفق عليه، سواء بالحط منه أو برفعه. فهى تحمى الموكل من الأجر الباهظ، كما تحمى الوكيل من الأجر الواكس. وليس يحد من عموم هذه المادة ما جاء بالمادة ٤٤ من قانون المحاماة رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٤ التى لا تجعل مجلس النقابة مختصاً بتقدير الأتعاب إلا فى حالة عدم الاتفاق عليها، فإن محل تطبيق المادة ٤٤ هذه أن تكون الأتعاب غير متفق عليها، أما المادة ٥١٤ فمحلها الاتفاق على الأتعاب. ومتى كان مجال تطبيق كل من المادتين مختلفا، فلا يستقيم القول بأن أولاهما تخصص عموم الثانية (نقض مدنى ٢٢ مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٠٥ ص٤٤١)– وانظر أيضاً: استئناف وطنى ٢١ أبريل سنة ١٨٩١ الحقوق ١١ ص٣٨١– استئناف مختلط ٢٥ يونيه سنة ١٩١٣ م٢٥ ص٤٧٠– ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٧ م٥٩ ص٢٠٦– محمد على عرفة ص٣٩٧– أكثم أمين الخولى فقرة ١٩١ ص٢٣٨– وقارن محمد كامل مرسى فقرة ١٧٦ ص٢٣٦.

وإذا خفض القاضى الأجر وكان الموكل قد عجله كاملا للوكيل، جاز للأول أن يسترد الفرق من الثانى (استئناف مختلط ١٦ يونيه سنة ١٩٤٢ م٥٤ ص٢٣٨– نقض فرنسى أول مارس سنة ١٩٣٢ جازيت دى باليه ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٢. أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٤ ص٢٢٦– ص٢٢٧– بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٤ ص٩٢٩ – محمد على عرفة ص٣٩٧). ولا يدفع عن الفرق الواجب رده فوائد إلا من وقت المطالبة القضائية بها طبقاً للقواعد العامة (جيوار فقرة ١٤٦– بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٤٤– محمد على عرفة ص٣٩٧).

فى الوقت ذاته كاف فلا محل لزيادته، كان على القاضى أن يحترم إرادة المتعاقدين فلا ينقص فى الأجر ولا يزيد. ويجرى القضاء الفرنسى، كما رأينا، على أن أجر الوكيل يجوز تخفيضه، ولكن لا تجوز زيادته(١).

(الأمر الثانى) أنه يمتنع على القاضى أن يعدل فى مقدار الأجر بالنقص أو بالزيادة إذا دفع الموكل المقدار المتفق عليه طوعاً بعد تنفيذ الوكالة. ذلك أن دفع الموكل مقدار الأجر طوعاً وقبض الوكيل لهذا الأجر، بعد أن تبين من تنفيذ الوكالة قيمة ما أداه الوكيل من عمل، يكون بمثابة إقرار منهما بأن هذا العمل يستحق هذا المقدار من الأجر(٢). وحتى لو فرض أن مقدار الأجر يزيد على قيمة العمل أو ينقص، فإ الموكل بدفعه طوعاً كل مقدار الأجر بعد أن تبين قيمة العمل يكون متبرعاً بالزيادة فى الأجر، وكذلك الوكيل يكون متبرعاً بما ينقضى فيه، وليس فى هذا التبرع من كلا الجانبين ما يخالف النظام العام(٣). وقد نصت العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ٧٠٩ مدنى صراحة على هذا الحكم، إذ قضت بعدم جواز تعديل مقدار الأجر «إذا دفع طوعاً بعد تنفيذ الوكالة». وعلى هذا جرى القضاء الفرنسى(٤)، وجرى القضاء المصرى فى عهد التقنين المدنى القديم(٥). وجرى القضاءان أيضاً على عدم جواز تعديل مقدار الأجر ولو لم يدفعه

---

(١) السين ٩ يناير سنة ١٨٩٤ La Loi ١٥ فبراير سنة ١٨٩٤ – بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٤٠.

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد، وهى تشير إلى ما زاده المشروع أخذاً عن القضاء المصرى فى عهد التقنين المدنى القديم: «وزاد فيه ما أدخله القضاء المصرى من التعديل فى هذه المسألة، إذ قضى بأن الأجر إذا دفع طوعاً بعد تنفيذ الوكالة، لا يجوز بعد ذلك للقاضى أن يعدل فيه بالنقص أو بالزيادة. ذلك لأن الطرفين قد تبينا بعد تنفيذ الوكالة أهمية العمل الذى قام به الوكيل، فإذا دفع الموكل الأجر المتفق عليه طوعاً بعد ذلك وقبضه الوكيل، فهذا دليل على أنهما لم يريا ما يقتضى تعديل الأجر، فلا محل إذن لتحكيم القاضى» (مجموعة الأعمال التحضيرية٥ ص٢٢٢).

(٣) بل يمكن أن يحمل ذلك على أنه من عطايا المكافأة أو هبات المجازاة (dons rémunéra toires) (انظر الوسيط ٥ فقرة ٥ ص١٦).

(٤) نقض فرنسى أول مارس سنة ١٩٣٢ جازيت دى پاليه ١٩٣٢-١-٧٨٠- باريس ١٣ مايو سنة ١٨٩١ جازيت دى پاليه ٩١-٢-٢٧٠- ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٢٨ داللوز الأسبوعى ١٩٢٨-٥٩٩- السين ٢ ديسمبر سنة ١٨٩١ Le Droit مارس سنة ١٨٩٢ – وانظر فى الفقه الفرنسى بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٤١- أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٤ ص٢٢٧- جوسران ٢ فقرة ١٤١٤- أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٣٠٤.

(٥) وقد قضت محكمة النقض بأن حكم المادة ٥١٤ من القانون المدنى (القديم) لا ينسحب إلا على الاتفاقات التى تحصل قبل أداء الوكيل العمل الذى عهد به إليه (نقض مدنى ٨ فبراير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٢٩ ص٦٠). وانظر أيضاً: استئناف مختلط ٢٠ مارس سنة ١٨٩٠ م٢ =

الموكل، إذا كان قد اتفق عليه مع الوكيل بعد تنفيذ الوكالة، أى بعد أن يتبين قيمة العمل الذى قام به الوكيل[1]. ولا شئ فى التقنين المدنى المصرى الجديد يمنع من الأخذ بهذا الحكم، ويمكن أن تقاس هذه الحالة على حالة ما إذا دفع الموكل طوعاً المقدار المتفق عليه فى عقد الوكالة بعد تنفيذها، لاتحاد العلة، ففى الحالتين كان الموكل على بينة من قيمة العمل الذى أداه الوكيل عندما دفع المقدار المتفق عليه أو عندما اتفق مع الوكيل على هذا المقدار[2].

=ص٣٦٦- ٣ فبراير سنة ١٨٩٨ م١٠ ص٣٠١- ١١ فبراير سنة ١٩٠١ م١٣ ص٢٤٨- ٢١ يناير سنة ١٩٠٤ م١٦ ص١١١- ٣ مايو سنة ١٩٠٦ م١٨ ص٢٣٥- ١٣ مايو سنة ١٩٠٨ م٢٠ ص٢١٥- ٢٠ مايو سنة ١٩٠٨ م٢٠ ص٢٤٠- ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٠٨ م٢١ ص٢٨- ٢١ ديسمبر سنة ١٩١١ م٢٤ ص٦٥- ٢٩ مارس سنة ١٩١٧ م٢٩ ص٣٣٨- ١١ مارس سنة ١٩٣٠ م٤٢ س٣٥٠- ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م٤٦ ص١٠٦- ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م٤٩ ص٢٦.

(١) القضاء المصرى: قضت محكمة النقض بأنه ما دام الموكل - إذ قدر أجر وكيله بعد إتمام العمل - قد كان ملما بما أجراه الوكيل، وكان على بينة من الأمر عند إجراء هذا التقدير، فالتحدى بالمادة ٥١٤ من القانون المدنى (القديم) لا يفيد، إذ أن حكم هذه المادة لا ينسحب إلا على الاتفاقات التى تمضى قبل أداء الوكيل للعمل (نقض مدنى ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٥٧ ص٧٤٥- وانظر أيضاً نقض مدنى ٨ فبراير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٢٩ ص٦٠)- وانظر أيضاً: استئناف وطنى ٩ فبراير سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ١٥ ص٢٢- ٢٣ مارس سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ٢٤ ص٥١- ١٦ مارس سنة ١٩٢٤ المحاماة ٥ رقم ٣٠ ص٢٢- ٢٠ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٤٤٠ ص٨٧٢- مصر الوطنية ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ٣٥١ ص٥٠٣- استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٩٠٣ م١٥ ص٢١٢- ٦ فبراير سنة ١٩٢٤ م٣٦ ص٢٠٦- ٣١ مايو سنة ١٩٣٣ م٤٥ ص٣٠٠- ١٦ يونيه سنة ١٩٤٢ م٥٤ ص٢٣٨. وما يمنع إعادة النظر فى أجر الوكيل وتخفيضه أن يكون الوكيل قد قبل ألا يأخذ أجراً إذا خسر الدعوى ويتحمل فوق ذلك بالمصروفات (استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٩٢٠ م٣٢ ص٢١٢)، أو أن يكون قد اختير من الخارج لكفاية ممتازة ومركز خاص (استئناف مختلط ٩ يونيه سنة ١٩٢٧ م٣٩ ص٥٤١)، أو أن تكون القضية قد انتهت صلحاً وكان متفقاً أن تستحق الأتعاب كلها فى حالة الصلح (استئناف مختلط ١٦ أبريل سنة ١٩٣٦ م٤٨ ص٢٣١).

القضاء الفرنسى: روان ١٢ ديسمبر سنة ١٨٨١ سيريه ٨٢-٢-٢٢٧- مونبلييه ٦ فبراير سنة ١٨٩٣ سيريه ٩٤-٢-٢٠٨- باريس ١٠ أغسطس سنة ١٨٩٣ Jour trib. com. ١٨٩٤ ص٤٢٩- ١٣ ديسمبر سنة ١٨٩٤ سيريه ٩٧-٢-٢١٤ - ٥ مايو سنة ١٩٣٦ جازيت دى پاليه ١٩٣٦ -١-٥٩٥- السين ١٥ ديسمبر سنة ١٩٠٣ Le Droit ٩ مارس سنة ١٩٠٤- وانظر فى الفقه الفرنسى بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٤١- أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٤ ص٢٢٧- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٤ ص٩٢٩- ويجوز مع ذلك إنقاص الأجر إذا كشف الموكل عن خطأ فى جانب الوكيل بعد إقرار الأجر (مونبلييه ٦ فبراير سنة ١٨٩٣ سيريه ٩٤-٢-٢٠٨- باريس ٢٠ يونيه سنة ١٩٣١ جازيت دى پاليه ١٩٣٢-٢-٤٧١).

(٢) انظر المادة ٤٤ من قانون المحاماة رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٤ فيما يلى فقرة ٢٧٩- ويصح أن يقاس أيضاً=

(الأمر الثالث) أنه لا يجوز الاتفاق، قبل تنفيذ الوكالة وتبين أهمية العمل الذى قام به الوكيل، على أن ينزل الموكل عن حقه فى المطالبة بتخفيض الأجر، أو أن ينزل الوكيل عن حقه فى المطالبة بزيادة الأجر. ويجوز هذا النزول من كل من الجانبين بعد تنفيذ الوكالة، إذ يكون كل منهما قد تبين وقتئذ قيمة العمل الذى تم إنجازه(١).

ومقدار الأجر المستحق فى ذمة الموكل للوكيل لا ينتج فوائد من وقت استحقاقه، كما تنتج المصروفات التى ينفقها الوكيل فى تنفيذ الوكالة فوائد من وقت الاتفاق على ما يقضى به صريح النص (م٧١٠ مدنى)، ولا من وقت الإعذار كما يقضى نص صريح بالنسبة إلى ما يتبقى فى ذمة الوكيل من حساب الوكالة (م٢/٧٠٦ مدنى). وإنما ينتج الأجر فوائد وفقاً لما تقضى به القواعد العامة لعدم ورود نص خاص فى هذه المسألة، فلا يستحق الوكيل فوائد على الأجر الذى حل إلا من وقت أن يطالب الموكل به وبالفوائد مطالبة قضائية، وعند ذلك تستحق الفوائد بالسعر القانونى (م٢٢٦ مدنى)(٢).

٢٧٨- زمان دفع الأجر ومكانه: ولم يرد نص خاص فى زمان دفع الأجر ومكانه، فنسرى القواعد العامة.

ومن ثم يكون زمان الدفع هو الوقت الذى يتفق عليه المتعاقدان(٣). فإن لم يوجد اتفاق، فالعرف. وقد جرى العرف فى أتعاب المحامين أن يعجل جزء منها عند الاتفاق، ويؤجل دفع الباقى إلى حين الانتهاء من الدعوى، أو يشترط دفعه عند كسبها. فإن لم

=على هاتين الحالتين حالة ما إذا أقر الموكل، بعد تنفيذ الوكالة، بمديونيته للوكيل بمبلغ معين أجراً له، ما دام لا يوجد غش أو إكراه من جانب الوكيل، أو ظروف تحيط بالموكل تضطره إلى هذا الإقرار، فلا يجوز إذن تعديل الأجر الذى أقر الموكل أنه ثابت فى ذمته (نقض مدنى ٨ فبراير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٢٩ ص٦٠- عابدين ١٠ مارس سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ ص١٠٣٤- استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٩٠٣ م١٥ ص٢١٢- ١٤ أبريل سنة ١٩١٤ م٢٦ ص٣١٧ - ١٧ يناير سنة ١٩٢٢ م٣٤ ص١٢٢- ٧ فبراير سنة ١٩٢٢ م٣٤ ص١٥٣- ١١ أبريل سنة ١٩٢٢ م٣٤ ص٢٩٩- محمد كامل مرسى فقرة ١٧٤ ص٢٣٤- وانظر عكس ذلك وأنه يجوز تعديل الأجر إذ قد يكون الموكل مدفوعاً إلى الإقرار لعدم قدرته على الوفاء: محمد على عرفه ص٣٩٦ - أكثم أمين الخولى فقرة ١٩١ ص٢٣٩).

(١) محمد كامل مرسى فقرة ١٧٥.

(٢) جيوار فقرة ١٧٢- بون ١ فقرة ١١١١- لوران ٢٧ فقرة ٢٢- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٥٢- أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٤ ص٢٢٣ هامش ٢- نقض فرنسى ٢١ نوفمبر سنة ١٨٩٣ داللوز ٩٤-١-٢٦٩.

(٣) وإذا طالت مدة الوكالة فإنه يغلب أن يشترط الوكيل أن يدفع له الأجر على أقساط دورية (جيوار فقرة ١٧١- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٥٤ ص٤٠٠).

يوجد اتفاق ولا عرف، يكون الدفع عند انتهاء الوكالة وتصديق الموكل على الحساب[1]. ويتقادم الأجر بخمس عشرة سنة من يوم استحقاقه[2].

ويكون مكان الدفع فى الجهة التى يتفق عليها المتعاقدان. فإن لم يوجد اتفاق، فالعرف. فإن لم يوجد اتفاق ولا عرف، كان الدفع فى موطن المدين أى الموكل، أو فى الجهة التى فيها مقر أعماله إذا كانت الوكالة متعلقة بهذه الأعمال.

٢ – أتعاب المحامى

٢٧٩ – الأصل فى المحامى أن يكون بأجر: قدمنا أنه يكون هناك اتفاق ضمنى على أن يكون الوكيل بأجر إذا كانت الوكالة تدخل فى أعمال مهنته التى يكسب منها عيشه[3]. وهذا هو شأن المحامى، فهو يكسب عيشه عادة من مهنته. ومن ثم يكون المفروض عند توكيله أن تكون الوكالة بأجر ولو لم يكن هناك اتفاق صريح على ذلك.

على أنه يجوز أن تكون وكالة المحامى بغير أجر، إذا قبل ذلك، أو قامت ظروف يستخلص منها قبوله ضمناً التبرع بعمله. ومثل هذه الظروف أن تربط المحامى بموكله رابطة قرابة أو صداقة تعود معها ألاّ يأخذ أجراً على عمله من هذا القريب أو الصديق، أو أن تكون له مصلحة شخصية فى القيام بالوكالة ولو دون أجر كما لو رفع دعوى فى شأن مال شائع وهو أحد الملاك على الشيوع فقد تدل الظروف فى هذه الحالة على أنه قبل التوكيل عن شركائه فى الشيوع دون أجر[4].

وكانت هناك حالة خاصة أوجب فيها قانون المحاماة السابق رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ على المحامى أن يتولى الدفاع فيها عن موكله دون أجر. فقد نصت المادة ٣٧ من هذا القانون على أن «يقوم المحامى المنتدب عن الفقير أمام المحاكم المدنية أو الجنائية بالدفاع عنه مجاناً، ومع ذلك يجوز له أن يقدر أتعابه ضد الخصم المحكوم عليه بالمصروفات، وله على كل حال الرجوع على من ندب عنه ومطالبته بالأتعاب إذا زالت حالة فقره مع مراعاة ما

---

(١) جيوار فقرة ١٧١ – بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٥٤ ص٤٠٠.

(٢) جيوار فقرة ١٧٢ – بودرى وفال فى الوكالة ٧٥٥ – أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٣١٤ – وقد يكون الأخير مستحقاً على أقساط دورية، كما هو الأمر فى أجر وكلاء الدوائر، فيسقط فى هذه الحالة بمضى خمس سنوات (محمد على عرفة ص٣٩٩).

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢٧٦.

(٤) انظر آنفاً فقرة ٢٧٦ فى الهامش.

جاء بالمادة ٣٧٦ من قانون الإجراءات الجنائية. ويجب أن يقوم بما تكلفه به لجنة المساعدة القضائية أو المحكمة، ولا يسوغ له أن يتنحى عنه إلا لأسباب تقبلها اللجنة المذكورة أو المحكمة المنظورة أمامها الدعوى. ويعفى من الندب في القضايا الجنائية والمدنية المحامون المقررون أمام محكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا أو الذى مضى على قيد أسمائهم فى جدول المحامين عشرون سنة، غير أن هذا الإعفاء لا يسرى على القضايا المدنية أمام محكمة النقض». ويتبين من هذا النص أن المحامى المنتدب عن الفقير من لجنة المساعدة القضائية يعمل مجاناً[1]، ومع ذلك يجوز أن يرجع بأتعابه فى أحوال ثلاث: (١)إذا كسب الدعوى ، فله أن يرجع على الخصم بأتعاب المحاماة المقدرة فى الحكم ضمن المصروفات، وله أن يطلب تقدير هذه الأتعاب إذا لم تكن مقدرة فى الحكم، ويكون ذلك بأمر على عريضة من المحكمة التى أصدرت الحكم. (٢) إذا زالت حالة فقر موكله، فله أن يرجع عليه بالأتعاب وفقاً للإجراءات التى سنبسطها عند الكلام فى حالة عدم اتفاق المحامى مع موكله على الأتعاب، وذلك سواء كسب الدعوى أو خسرها. (٣) إذا كان منتدباً للدفاع عن متهم بجناية، فله أن يطلب من المحكمة التى تنظر الدعوى الجنائية أن تقدر له فى حكمها أتعاباً على الخزانة العامة إذا كان المتهم فقيراً، وقد نصت المادة ٣٧٦ من قانون الإجراءات الجنائية فى هذا الصدد على أن «للمحامى المعين من قبل غرفة الاتهام أو رئيس المحكمة، أن يطلب تقدير أتعاب له على الخزانة العامة، إذا كان المتهم فقيراً، وتقدر المحكمة هذه الأتعاب فى حكمها فى الدعوى. ولا يجوز الطعن فى هذا التقدير بأى وجه».

وقد صدر قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ وتقضى المادة ٦٤ بأن «على المحامى تقديم المساعدات القضائية للمواطنين غير القادرين وغيرهم فى الحالات التى ينص عليها فى هذا القانون، وعليه أن يؤدى واجبه عمن يندب للدفاع عنه بنفس العناية التى يبذلها إذا كان موكلا ولا يجوز للمحامى المنتدب للدفاع أن يتنحى عن مواصلة الدفاع إلا بعد استئذان المحكمة التى يتولى الدفاع أمامها وعليه أن يستمر فى الحضور حتى تقبل تنحيته وتعيين غيره». وتنص المادة ٩٣ من القانون المذكور على أنه «تقوم مجالس النقابات الفرعية بتشكيل مكاتب تابعة لها لتقديم المساعدات القضائية لغير القادرين من المواطنين فى دائرة اختصاص كل منها. وتشمل هذه المساعدات القضائية رفع الدعاوى والحضور فيها وفى تحقيقات النيابة العامة واعطاء المشورة القانونية وصياغة العقود. ويصدر مجلس النقابة العامة

---

(١) ويكون للمحامى المنتدب كل سلطة المحامى الموكل فى الحدود التى يقتضيها انتدابه، فله أن ينيب عنه فى الحضور أو فى المرافعة أمام المحكمة محامياً آخر تحت مسئوليته دون توكيل خاص، ما لم يكن توكيله مانعاً من ذلك (نقض مدنى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ٧ ص١٢).

نظاما لمكاتب المساعدات القضائية يبين كيفية ترتيب المحامين بهذه المكاتب والمكافآت التى تدفع لهم وشروط انتفاع المواطنين بخدماتها. وقضت المادة ٩٤ من هذا القانون بأنه «مع عدم الاخلال بحكم المادة السابقة يندب مجلس النقابة الفرعية محاميا للحضور عن المواطن الذى يتقرر اعفاؤه من الرسوم القضائية لاعساره» وتنص المادة ٩٥ من نفس القانون على أنه «إذا رفض عدة محامين قبول الوكالة فى دعوى من الدعاوى التى يتطلب القانون اتخاذ الاجراء القانونى فيها عن طريق مكتب محام، يندب مجلس النقابة الفرعية بناء على طلب صاحب الشأن محاميا لاتخاذ الاجراء القانونى والحضور والمرافعة، ويحدد مجلس النقابة أتعابه بموافقة صاحب الشأن».

وفى غير ما تقدم يكون المحامى وكيلا بأجر. ويغلب أن يتفق مع موكله على مقدار هذا الأجر، ومع ذلك قد يغفل هذا الاتفاق. فنستعرض كلا من هذين الفرضين[1].

٢٨٠- الاتفاق على مقدار الأتعاب: تنص المادة ٨٢ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ على أن «للمحامى الحق فى تقاضى أتعاب لما يقوم به من أعمال المحاماة والحق فى استرداد ما أنفقه من مصروفات فى سبيل مباشرة الأعمال التى وكل فيها. ويتقاضى المحامى أتعابه وفقا للعقد المحرر بينه وبين موكله، وإذ تفرع عن الدعوى موضوع الاتفاق اعمال أخرى حق للمحامى أن يطالب باتعابه عنها. ويدخل فى تقدير الأتعاب أهمية الدعوى والجهد الذى بذله المحامى والنتيجة التى حققها وملاءة الموكل وأقدميه درجة قيد المحامى. ويجب ألا تزيد الأتعاب على عشرين فى المائة ولا تقل عن خمسة فى المائة من قيمة ما حققه المحامى من فائدة لموكله فى العمل موضوع طلب التقدير. وفى جميع الأحوال لا يجوز أن يكون أساس تعامل المحامى مع موكله أن تكون أتعابه حصة عينية من الحقوق المتنازع عليها[1].

---

(١) أما المحامى الذى يترافع شخصياً فى دعواه التى يرفعها على الغير، فلا يستحق أتعاباً للمحاماة فى هذه الدعوى، حتى لو حضر محام آخر بالنيابة عنه وكان عمله شكلياً فقط (مصر الوطنية ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٤ رقم ١٣٦ ص٢٥٨- محمد كامل مرسى فقرة ١٨٠).

(1) أ- لما كان مؤدى نص المادة ٨٢ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ أن للمحامى الحق فى تقاضى أتعاب لما يقوم به من أعمال المحاماة، فإنه لا يغير من ذلك أن تكون هذه الأعمال محظورة عليه بمقتضى نص المادة ١/١٥ من ذات القانون التى تحظر على من ولى الوزارة أو شغل منصب مستشار بإحدى الهيئات القضائية واساتذه القانون بالجامعات المصرية أن يمارس المحاماة إلا أمام محاكم معينة إذ ليس من شأن ذلك إلا استهداف العمل للبطلان على نحو ما نصت عليه الفقرة الثالثة من تلك المادة أما الوكالة التى يزاولها المحامى فعلا بالمخالفة لحكم القانون سالف الذكر فانها تنعقد صحيحة وترتب آثارها القانونية فيما بين أطرافها ومنها حق المحامى فى تقاضى أتعاب عما قام به من أعمال تنفيذا لعقد الوكالة، لما كان ذلك وكان الطاعن لم ينكر بأسباب طعنه وكالته للمطعون عليه =

ويتبين من هذا النص أن للمحامى أن يتفق مع موكله على مقدار الأتعاب. وما يتفق عليه معه فى ذلك كتابة يلزم الموكل. أما إذا كان الاتفاق غير مكتوب فتنص المادة ٨٤ من قانون المحاماة بأن «للمحامى إذا وقع خلاف بينه وبين موكله بشأن تحديد أتعابه فى حالة عدم الاتفاق كتابة عليها أن يقدم إلى النقابة الفرعية التى يتبعها طلبا بما يحدده من أتعاب ويعرض هذا الطلب على لجنة يشكلها مجلس النقابة الفرعية من ثلاثة من أعضائه ويخطر الموكل بالحضور أمامها لأبداء وجهة نظره. وعلى اللجنة أن تتولى الوساطة بين المحامى وموكله فإذا لم يقبل الطرفان ما تعرضه عليهما. فصلت فى موضوع الطلب خلال ستين يوما على الأكثر بقرار مسبب، وإلا جاز لكل من الطرفين أن يلجأ مباشرة إلى المحكمة المختصة. وإذا قبل الطرفان ما تعرضه عليهما حرر محضر بذلك يوقع عليه الطرفان

=فى الدفاع عنه أمام المدعى العام الاشتراكى ونيابة أمن الدولة الجزئية فى الشكوى المقدمة لهما ضده أو أنه بذل جهدا يستحق عنه الأتعاب المحكوم له بها فإن النص عليه بسبب الطعن – وأيا كان وجه الرأى فيه – يكن فى غير محله.

(جلسة ١٩٩٢/١/١٢ الطعن رقم ٢٩٥٧ لسنة ٥٧ق)

ب– متى كان الحكم قد أحاط بوقائع المنازعة حول تقدير أتعاب المحامى (الطاعن) وما أبداه الطرفان فيها واستظهر مقدار الجهد الذى بذله المحامى فى الدفاع ومركز الموكليين (المطعون عليهم) وثروتهم فإنه يكون قد راعى فى تقدير أتعاب الطاعن جميع العناصر التى يوجب قانون المحاماة مراعاتها فى تقدير أتعاب المحامين وهى أهمية الدعوى وثروة الموكل والجهد الذى بذله الوكيل وأضاف إليها كعنصر للتقدير كذلك مركز الوكيل وإذا كان تقدير الأتعاب مما يستقل به قاضى الموضوع فإن محكمة الاستئناف عند تعديلها تقدير محكمة أول درجة لمبلغ الأتعاب لا تكون ملزمة ببيان سبب هذا التعديل باعتبار أنه يدخل فى سلطتها التقديرية ومن ثم فالمجادلة فى ذلك لا تعدو أن تكون جدلا موضوعيا لا تصح إثارته أمام محكمة النقض.

(جلسة ١٩٦٣/١/٢٤ الطعن رقم ٢٥٠ لسنة ٢٧ق س١٤ ص١٦٢).

جـ– تحظر المادة ٤٧٢ من القانون المدنى (وأيضا المادة ٨٢ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣) على المحامين التعامل مع موكلهم فى الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها سواء كان التعامل باسمائهم أو باسم مستعار وإلا كان العقد باطلا. فإذا كان الثابت من عقد البيع أن الطاعن قد اشترى العقار المبين فيه بصفته وليا طبيعيا على ولديه القاصرين وهما ليسا ممن تضمنهم الحظر الوارد بالمادة المذكورة فلا يكون العقد باطلا إلا إذا ثبت أنهما كانا اسما مستعارا لوالدها الطاعن الأول. فإذا كان الطاعنان قد تمسكا أمام محكمة الاستئناف بأن الحكم المستأنف الذى أيده الحكم المطعون فيه لم يبين ما إذا كان اسم المشترين مستعارا من عدمه، وكان ذلك دفاعا جوهريا يتغير به وجه الرأى فى الدعوى، فإن الحكم المطعون فيه إذا أغفل الرد على هذا الدفاع وقضى بالبطلان دون تثبت من أن المشترين اسما مستعارا للطاعن يكون مشوبا بالقصور والخطأ فى تطبيق القانون.

(جلسة ١٩٦٤/٣/١٩ الطعن رقم ٣٦٥ لسنة ٢٩ق س١٥ ص٣٨١)

مع ممثل النقابة الفرعية وتوضع عليه الصيغة التنفيذية بواسطة قاضى الأمور الوقتية المختص وذلك بغير رسوم.

فتكون الكتابة ركناً شكلياً فى الاتفاق على مقدار الأتعاب، ويكون الاتفاق الشفوى على هذا المقدار باطلا، ويحل محله تقدير مجلس النقابة. ويقيد النص الاتفاق المكتوب على الأتعاب، فيبطل كل ما من شأنه أن يجعل للمحامى شركة أو مصلحة فى الحق المتنازع فيه الذى هو محل التوكيل. فلا يجوز له أولا أن يشترى الحق كله أو بعضه، بل إن المادة ٤٧٢ مدنى تحرم عليه كل ضروب التعامل فى هذا الحق، فلا يجوز له أن يقايض عليه ولا أن يقبله هبة ولا أن يشارك فيه ولا أن يقترضه[١]. ولا يجوز له ثانياً أن يتفق على أخذ جزء من الحق فى نظير أتعابه، ولو بطريق غير مباشر كأن يتفق على مقابل هو سدس أو خمس أو أية نسبة أخرى من قدر أو قيمة ما هو مطلوب فى الدعوى أو ما يحكم به فيها[٢]. ولا يجوز له أخيراً أن يعقد اتفاقاً على الأتعاب من شأنه أن يجعل له مصلحة فى العمل الموكل فيه، كأن يحدد أتعابه بنسبة المبالغ التى تقام عنها قضايا فى أثناء زمن معين[٣]. وكل هذه الاتفاقات تعتبر مشاركة فى الحق المتنازع فيه (pacte de quota litis)، وتكون باطلة، ويحل محلها تقدير مجلس النقابة للأتعاب. ولكن لا يوجد ما يمنع من الاتفاق على أن تكون الأتعاب فى حالة كسب الدعوى أكثر منها فى حالة الخسارة[٤]، ولا على تعجيل جزء من الأتعاب على ألا يستحق الجزء الباقى إلا عند كسب الدعوى، ولا على جعل استحقاق الأتعاب كلها مرهوناً بكسب الدعوى[٥]، ولا

---

(١) انظر الوسيط ٤ فقرة ١١٣.

(٢) استئناف وطنى ١٧ مايو سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ١١٨ ص٢٣٠- استئناف مختلط ٢٠ مايو سنة ١٩٠٨ م٢٠ ص٢٤٠- ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م٤٣ ص٥١- ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م٤٣ ص٦٥- وإذا أبطل الشرط الذى يعطى المحامى نسبة معينة، فإن تصفية الأتعاب خارجاً عن ذلك مستحق فوراً على الموكل (استئناف مختلط ٢ مارس سنة ١٩٣٣ م٤٥ ص١٦١).

(٣) استئناف وطنى ١٧ مايو سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ١١٨ ص٢٣٠ وهو الحكم السابق الإشارة إليه - ومن باب أولى لا يجوز للمحامى أن يشترى الشئ الذى يدعى موكله فيه حقوقاً، حتى لا يصبح خصما لموكله (استئناف مختلط ٢٦ يونيه سنة ١٩١٧ م٢٩ ص٥١٥). كذلك لا يصح أن يكفل المحامى المدين فى حق وكله الدائن فى قبضه، حتى لا تتعارض مصلحته ككفيل للمدين مع مصلحة الدائن موكله (استئناف مختلط ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م٤٣ ص٦٥).

(٤) فيجوز جعل حد أعلى وحد أدنى للأتعاب، ويتفاوت المقدار الواجب دفعه بين الحدين بحسب نتيجة الدعوى (استئناف مختلط ١٣ مارس سنة ١٩١٩ م٣١ ص٢١١).

(٥) بل ويجوز الاتفاق أيضاً على أن يتحمل المحامى بمصروفات الدعوى فى حالة الخسارة (استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٩٢٠ م٣٢ ص٢١٢).

على أن تزيد الأتعاب على المقدار المتفق عليه أو تقل عن هذا المقدار بحسب ما يحكم به زيادة أو نقصاً عن مبلغ معين[1]. ويجوز الاتفاق على أن تكون الأتعاب مبالغ دورية تدفع كل شهر أو كل سنة مثلا، وفى هذه الحالة لا يطالب المحامى بأية زيادة إلا إذا قام بأعمال لم يكن فى الوسع توقعها عند الاتفاق[2].

فإذا تم الاتفاق على مقدار الأتعاب فى الحدود التى بسطناها فيما تقدم، التزم الموكل بدفع هذا المقدار، دون نظر إلى نتيجة الدعوى، ما لم يربط الاتفاق مقدار الأتعاب بهذه النتيجة على النحو الذى قدمناه. ومع ذلك يكون هذا المقدار خاضعاً لتقدير القاضى شأن أجر كل وكيل (م٧٠٩ مدنى)، وتنص المادة ٨٥ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ على أنه «لا يجوز الطعن فى قرارات التقدير التى تصدرها النقابات الفرعية إلا بطريق الاستئناف خلال عشرة أيام من تاريخ اعلان القرار ويرفع الاستئناف للمحكمة الابتدائية التى يقع بدائرتها مكتب المحامى إذا كانت قيمة الطلب عشرة آلاف جنيه فأقل وإلى محكمة الاستئناف إذا جاوزت القيمة ذلك ولا يكون قرار التقدير نافذا إلا بعد انتهاء ميعاد الاستئناف أو صدور الحكم فيه وتوضع الصيغة التنفيذية على قرارات التقدير النهائى بواسطة قاضى الأمور الوقتية المختصة وذلك بغير رسوم.

فيجوز للمحكمة أن تخفض مقدار الأتعاب إذا وجد هذا المقدار مبالغاً فيه[3]، وينظر

---

(١) وفى إحدى القضايا اتفق على أن تكون الأتعاب ١٠٠٠٠ جنيه إذا قضى بنفقة سنوية مقدارها ٢٢٠٠ جنيه،، فإذا قضى بنفقة أكثر أو أقل زاد مقدار الأتعاب أو نقص. فقرر مجلس تأديب المحامين أنه وإن كانت الأتعاب المتفق على دفعها تزيد وتنقص عن المقدار الذى اتخذ أساسا لتقدير الأتعاب، إلا أنه لا يمكن أن يعتبر مثل هذا الاتفاق نوعاً من المشاركة فى نتيجة الدعوى، إذ أن مثل هذا الشرط نتيجته أن تكون الأتعاب فى الحالين بقدر معين، وهو فى صالح المتعاقدين على السواء، ومطابقة كل المطابقة للقواعد المتبعة فى تقدير الأتعاب من حيث مراعاة ما يقضى به. وسواء وجد هذا الشرط أو لم يوجد، فمن المحتم عند وجود الخلاف ورفعه للقضاء أن يراعى القاضى فى التقدير ما يحكم به (مجلس تأديب المحامين ٧ فبراير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ١٧٩ ص٢٨٩).

(٢) استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٧ م٥٩ ص٢٠٦- وانظر استئناف مختلط ٢ مارس سنة ١٩٣٩ م٥١ ص١٨١- ٢٦ مارس سنة ١٩٤٦ م٥٨ ص٦٨- وقارن استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٩٣١ م٤٣ ص٣٨٦ (ويقضى الحكم بأن المحامى لا يتقاضى زيادة على الأجر الدورى إلا إذا اشترط ذلك)- ويبقى العقد مع المحامى الذى يتقاضى أتعاباً دورية عقد وكالة لا عقد عمل، ومن ثم يجوز للموكل أن يعزل المحامى حتى قبل انقضاء المدة المتفق عليها، وتقدر المحكمة أتعاب المحامى عن العمل الذى قام به إلى وقت العزل (استئناف مختلط ٦ مايو سنة ١٩٢٦ م٣٨ ص٣٩٧).

(٣) وفى قضية رفعتها امرأة معسرة لإثبات نسب ولدها القاصر، اتفقت المدعية مع المحامى عنها على أتعاب مقدارها ألف وخمسمائة جنيه شرط أن ينفق المحامى على الدعوى من ماله الخاص، وكسب المحامى الدعوى وورث القاصر ثروة كبيرة، ومع ذلك قررت المحكمة أن الموكلة امرأة ووصية على =

فى ذلك إلى أهمية الدعوى وثروة الموكل والجهد الذى بذله المحامى[1]. ويصح النظر أيضاً إلى مكانة المحامى وشهرته العامة، وإلى نتيجة الدعوى[2]، وإلى غير ذلك من العوامل التى يكون من شأنها أن تعين على تحديد مقدار الأتعاب تحديداً عادلا[3]. وكما يجوز تخفيض الأتعاب تجوز كذلك زيادتها[4]، إذا رأت المحكمة أن المقدار المتفق عليه غير كاف ليجزى المحامى على ما بذل من جهد وما حصل عليه من نتيجة، وتلتزم المحكمة عادة جانب الحيطة فى زيادة الأتعاب، فلا تزيدها إلا إذا ثبت أن الدعوى اقتضت من المحامى لظروف استثنائية بذل جهود لم يكن يتوقعها، كأن تشعبت الدعوى واتسع نطاقها وأبديت فيها دفوع لم تكن منتظرة، ولم يكن المحامى ليقبل المقدار المتفق عليه لو أنه كان يعلم ذلك[5]. وتلاحظ المحكمة أن المحامى أقدر من الموكل على تقدير الجهد الواجب بذله فى

=قاصر وكانت وقت الاتفاق على الأتعاب فقيرة لا تستطيع الإنفاق على الدعوى، مما يجعل الاتفاق على الأتعاب يداخله إكراه أدبى، ومن ثم خفضت المحكمة الأتعاب من ألف وخمسمائة جنيه إلى ثلثمائة جنيه (استئناف وطنى ١٦ فبراير سنة ١٩١٦ الشرائع ٣ رقم ١٤٠ ص٤٢٤). انظر أيضاً الموسكى أول فبراير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١١٥ ص١٩١.

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الاتفاق على الأتعاب لا يكون محلا للتخفيض إلا إذا كانت الأعمال التى قام بها المحامى لا تتناسب مع المقدار المتفق عليه (استئناف مختلط ١٦ أبريل سنة ١٩٣٦ م٤٨ ص٢٣١).

(١) استئناف مختلط ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٤ م٥٦ ص٦٦ (ولو كانت المذكرات التى قدمها المحامى موجزة).

(٢) استئناف مختلط ٣ يونيه سنة ١٩١٦ م٢٨ ص٤٠٤- ولكن خسارة الدعوى لا يترتب عليها أثر فى الأتعاب المتفق عليها (استئناف مختلط ١٧ يونيه سنة ١٩٤٨ م٦٠ ص١٤٩).

(٣) مصر الوطنية ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٤ رقم ١٣٦ ص٢٥٨ - استئناف مختلط ٢٥ أغسطس سنة ١٩٠١ م١٣ ص٢٦٢- ٢ يناير سنة ١٩١٨ م٣٠ ص١١٦- والمحامى أمام محكمة عليا يستحق أتعاباً أكثر من أتعاب المحامى أمام محكمة أقل درجة (استئناف مختلط ٢٠ مايو سنة ١٩٣٩ م٥١ ص٣٣٨).

(٤) استئناف مختلط ٢٥ يونيه سنة ١٩١٣ م٢٥ ص٤٧٠- ٢٣ مايو سنة ١٩١٤ م٢٦ ص٣٩٢.

(٥) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن يعمل فى قيمة أتعاب المحاماة بموجب الشروط المحررة بين الموكل والمحامى عنه، ومع ذلك يكون للمحكمة حق النظر فيها وتعديلها تكثيراً أو تقليلا (استئناف وطنى ٢١ أبريل سنة ١٨٩١ الحقوق ١١ ص٣٨١). وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن أتعاب المحامى حتى المتفق عليها مقدماً، وحتى المتفق عليها فى صورة سند تحت الإذن قبل القيام بالوكالة، تكون كأجر كل وكيل خاضعة لتقدير القاضى (استئناف مختلط ٢٤ ديسمبر سنة ١٨٨٤ المجموعة الرسمية المختلطة ١٠ ص٢٨- ٢٩ مايو سنة ١٩٠٨ م٢٠ ص٢٤٠)، وأن للقاضى أن يرفع الأتعاب أو يخفضها (استئناف مختلط ٢٥ يونيه سنة ١٩١٣ م٢٥ ص٤٧٠). وانظر أيضاً: استئناف مختلط ٢١ يناير سنة ١٩٢٥ م٣٧ ص١٧٢ (لا تجوز زيادة الأتعاب إلا إذا اقتضت الدعوى جهوداً لم تكن متوقعة: انظر فى هذا المعنى أيضاً استئناف مختلط ٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٢٦١).

الدعوى لما عنده من تجارب وخبرة فنية، فاحتمال أن يخطئ الموكل فى تقدير هذا الجهد مستعلياً أقرب من احتمال أن يخطئ المحامى فى تقديره مستدنيا، ومن ثم تكون الأحوال التى تخفض فيها الأتعاب أكثر وقوعاً من تلك التى ترفع فيها. وتطبيقاً لنص العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ٧٠٩ مدنى الذى يقضى بعدم جواز تعديل مقدار الأتعاب «إذا دفع طوعاً بعد تنفيذ الوكالة»، ولا يجوز للمحكمة أن تنقص من مقدار الأتعاب المتفق عليها أو أن تزيد فيها إذا دفع الموكل للمحامى طوعاً بعد الانتهاء من العمل المقدار المتفق عليه وقت التوكيل، أو صدر إقرار به، أو إذا كان الاتفاق على مقدار الأتعاب لم يحصل إلا بعد انتهاء المحامى من عمله، وذلك لنفس الاعتبارات التى سبق بيانها(١).

وتنص المادة ٨٣ من قانون المحاماة على أنه «إذا انتهت الدعوى أو النزاع صلحا أو تحكيما استحق المحامى الاتعاب المتفق عليها ما لم يكن قد تم الاتفاق على غير ذلك. ويستحق المحامى أتعابه إذا أنهى الموكل الوكالة دون مسوغ قبل اتمام المهمة الموكلة إليه وللمحامى الذى صدر قرار بتقدير أتعابه أو عقد صلح مصدق عليه من مجلس النقابة الفرعية أو من المحكمة أن يحصل على أمر باختصاصه بعقارات من صدر ضده قرار التقدير أو عقد الصلح أو الحكم.

فيجوز للمحامى أن يحصل على حق اختصاص بعقارات موكله وفقا لاحكام المادة ١٠٨٥ مدنى وما بعدها، كما أن للاتعاب المحكوم بها حق امتياز على ما آل للموكل فى

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٧٧- وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان إقرار الموكل بمديونيته للمحامى بمبلغ معين مقابل أتعاب فى الدعوى التى وكل فيها قد صدر بعد انتهاء العمل الذق قام به المحامى فى الدعوى المذكورة وبعد الحكم فيها لمصلحة الموكل، وكان المحامى قد حرر فى تاريخ الإقرار ورقة للموكل تعهد فيها بالمرافعة عنه فى قضية أخرى بلا أجر تقديراً منه لثقته فيه ولوفائه له بتحرير الإقرار، فمن الخطأ فى التكييف أن تعتبر المحكمة الإقرار والتعهد اتفاقاً واحداً يكمل أحدهما الآخر، فإنهما فى الحقيقة مختلفان ولا علاقة بينهما قانوناً، إذ أولهما إقرار بدين غير متنازع فيه واجب الأداء فى الحال، وثانيهما تبرع بالمرافعة بلا أجر، وبناء على ذلك لا يجوز فى هذه الصورة التحدى بحكم المادة ٥١٤ مدنى (قديم) (نقض مدنى ٨ فبراير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٣٩ ص٦٠). وقضت محكمة استئناف مصر بأن سلطة القاضى فى النظر فى مقابل أتعاب المحاماة وتقدير المقابل بحسب ما يستصوبه محلها أن يكون الاتفاق على الأتعاب قد حرر فعلا وقبل البدء فى رفع الدعوى وبقيود خاصة تبيح للقاضى استعمال هذه السلطة، أما والأتعاب قد قدرت من بعد انتهاء العمل فلا سبيل للقاضى إلى النظر فيها بوجه من الوجوه (استئناف مصر ٢٠ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٤٤٠ ص٨٧٢).

وانظر استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م٤٦ ص١٠٦- ١٤ فبراير سنة ١٩٣٩ م٥١ ص١٥٨- مجلس تأديب المحامين ٧ فبراير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ١٧٩ ص٢٨٩.

النزاع موضوع التوكيل وفقا لاحكام المادة ٨٨ من قانون المحاماة، وسيأتى تفصيل ذلك[١].

٢٨١- عدم الاتفاق على مقدار الأتعاب- قيام مجلس النقابة بالتقدير: قبل صدور قانون المحاماة رقم ١٣٥ لسنة ١٩٣٩، جرت المحاكم على أن يكون تقدير أتعاب المحامى، عند عدم الاتفاق على مقدارها، بأمر على عريضة تقدم للمحكمة التى أصدرت الحكم، باعتبار أن الأتعاب تدخل ضمن مصروفات الدعوى وهذه تقدر على هذا النحو وفقاً لأحكام المادتين ١٢٧/١١٦و ١٣٠/١٢١ من تقنين المرافعات القديم. وساعد على ذلك أن كان هناك نص صريح فى هذا المعنى بالنسبة إلى المحاكم المختلطة، فقد كانت المادة ١٩٧ من الأمر العالى الصادر فى ٩ يونيه سنة ١٨٨٧ بالتصديق على اللائحة العامة للمحاكم المختلطة، وقد أصبحت المادة ١٦٠ من اللائحة العامة القضائية للمحاكم المختلطة المصدق عليها بالمرسوم الصادر فى ٩ يوليه سنة ١٩٣٩، تنص على أنه «فى حالة عدم وجود اتفاق بين الطرفين على قيمة الأتعاب أو عدم تراضيهما على هذه القيمة، تقدر الأتعاب بمعرفة القاضى الذى تمت المرافعة فى الدعوى أمامه، على أن يراعى فى هذا التقدير أهمية النزاع وقيمة العمل فى حد ذاته والعناية الخاصة التى استلزمها والزمن الذى استغرقه والمركز المالى للخصوم»[٢]. ولكن محكمة النقض لم تقر بالنسبة إلى القضاء ما

---

(١) انظر ما يلى فقرة ٢٨٢.

(٢) أما إذا وجد اتفاق على مقدار الأتعاب، فتكون المطالبة بطريق رفع الدعوى العادية. وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يجوز للمحامى أن يطلب من المحكمة تقدير أتعابه إلا فى حالة عدم وجود اتفاق خاص بالأتعاب، فإذا وجد وجب عليه أن يرفع دعوى عادية (استئناف مختلط ١٣ مارس سنة ١٩١٩ م٣١ ص٢١١). وانظر أيضاً: استئناف مختلط ٣ مايو سنة ١٩١٦ م٢٨ ص٢٩٢- ١٨ ديسمبر سنة ١٩١٩ م٣٢ ص٧٦- ٣ فبراير سنة ١٩٣٣ م٤٥ ص١٦١- ٢ مارس سنة ١٩٣٣ م٤٥ ص١٦١- ٤ يونيه سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص٣٥١- ١١ يونيه سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص٣٦٥- ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م٤٩ ص٢٦-

وإذا لم يوجد اتفاق على مقدار الأتعاب، فالنص صريح، بالنسبة إلى القضاء المختلط كما رأينا، فى جواز أن يكون تقدير الأتعاب عن طريق الأمر على العريضة: استئناف مختلط ١٨ ديسمبر سنة ١٩١٩ م٣٢ ص٧٦- ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م٣٦ ص٥١- ٧ مايو سنة ١٩٢٥ م٣٧ ص٤١٣- ٢٦ أبريل سنة ١٩٢٨ م٤٠ ص٣٢٢- ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ م٤٤ ص٦٦- ٢٢ مارس سنة ١٩٣٣ م٤٥ ص٢٠٩- ٢٠ مارس سنة ١٩٣٤ م٤٦ ص٢١٥- ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م٤٩ ص٢٦- على أنه لا يوجد ما يمنع، حتى إذا لم يوجد اتفاق على مقدار الأتعاب، من الالتجاء إلى الدعوى العادية للتقدير: استئناف مختلط ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٨ م٣١ ص٨٣- ٧ مايو سنة ١٩٢٥ م٣٧ ص٤١٣- ٢٦ أبريل سنة ١٩٢٨ م٤٠ ص٣٢٢- ٧ أبريل سنة ١٩٣٨ م٥٠ ص٢٢٨. وانظر أيضاً فى هذا المعنى مصر الوطنية استئنافى ٢٠ مايو سنة ١٩٠٢ الحقوق ١٨ ص١٨٧- وإذا قدر المحامى =

جرت عليه المحاكم فى هذا الشأن[1]، وقضت بأن تقدير الأتعاب إذا اختلف المحامى مع موكله فى تعيين مقدارها خصومة جديدة موضوعية، لا يبت فيها بطريق أمر على عريضة، بل برفع دعوى أمام المحكمة المختصة[2].ثم صدر قانون المحاماة رقم ١٣٥ لسنة ١٩٣٩، وألغى بالقانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٤، وألغى هذا بالقانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ والذى ألغى بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ والذى ألغى بدوره بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ وهو القانون المعمول به الآن. وفى هذه القوانين الثلاثة جعل أمر تقدير الأتعاب، إذا لم يكن متفقاً على مقدارها، إلى مجلس النقابة وفقاً لإجراءات مرسومة وتحت رقابة القضاء. فأصبح من المتعين اتباع هذه الإجراءات دون غيرها فى تقدير أتعاب المحامى[3]، إذا لم يكن هناك اتفاق مكتوب على مقدارها.

=أتعابه فى مذكرة أرسلها للموكل فقبلها، لم يجز للمحامى أن يعود إلى طلب تقدير أتعابه (استئناف مختلط ٥ يناير سنة ١٩٢٧ م٣٩ ص١٣٢).

أما تقدير أتعاب المحامى فى غير الدعوى القضائية فيكون بطريق الدعوى العادية: استئناف مختلط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٨ م٣١ ص٨٣- ٧ مايو سنة ١٩٢٥ م٣٧ ص٤١٣- ٢٥ مارس سنة ١٩٣٧ م٤٩ ص١٧٠.

(١) فقد كان القضاء الوطنى، إذا لم يوجد اتفاق على مقدار الأتعاب، يجرى، دون أن يستند إلى نص فى ذلك، على أن يكون تقدير الأتعاب عن طريق الأمر على العريضة. وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن جواز طلب تقدير أتعاب المحامى على موكله بطريق العريضة لم يأت به نص صريح فى القانون، وإنما جرى به العمل قضاء توسعاً فى تطبيق المادتين ١٢٧ و١١٦ مرافعات، وذلك على ما يظهر باعتبار أن أتعاب المحاماة فى هذه الحالة قد يمكن تشبيهها بشئ من مصروفات الدعوى الأصلية، وأيضاً بفكرة أن هذا الطريق يكون أقصر فى الإجراءات وأوفر فى الكلفة وأدعى إلى إدراك محجة الصواب، لأن الهيئة التى تولت الفصل فى الدعوى هى أدرى وأعلم بحقيقة حالة تلك الدعوى وبظروفها الخاصة وما استلزمته من جهود واقتضته من وقت وأبحاث، وهى ظروف قد تخفى كثيراً على من لم يكن ملما من الأصل بالدعوى تمام الإلمام. ومهما يكن من أمر هذا التوسع من الوجهة القانونية، فالقضاء فى تطبيقه قد قصره صراحة على الحالة التى لا يوجد فيها بين المحامى وموكله اتفاق سابق محدد لمقدار الأتعاب، لأن الالتجاء فى هذه الحالة إلى هيئة المحكمة قد يكون معقولا نظراً إلى خبرتها بالدعوى أكثر من غيرها. وأما إن وجد الاتفاق على الأتعاب، فتنعدم الظروف الملجئة لاتخاذ هذا الطريق الاستثنائى الذى قد يكون فيه حرمان الموكل من مزايا الدرجتين، ولا يبقى فى هذه الحالة إلا الرجوع إلى طرق التقاضى الاعتيادية (استئناف مصر ١٩ سبتمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٨ رقم ١٣ ص٣٥). وانظر أيضاً مصر الشرعية ٩ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة الشرعية ٢ رقم ٦٨ - الجيزة الشرعية ١٨ مايو سنة ١٩٣٣ المحاماة الشرعية ٤ رقم ٢١٢ ص٦٥٤- وقارن الإسكندرية الشرعية ٢٢ يوليه سنة ١٩٣٤ المحاماة الشرعية ٦ رقم ٢٩ ص١٢٧.

(٢) نقض مدنى ١٤ يونيه سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٩٤ ص٤٢٣.

(٣) الأزبكية ٢٦ يونيه سنة ١٩٤١ المحاماة ٢١ رقم ٤٥٨ ص١١١٨- وانظر عكس ذلك وأنه يجوز =

تنص المادة ٨٤ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ على أنه «للمحامى إذا وقع خلاف بينه وبين موكله شأن تحديد أتعابه فى حالة عدم الاتفاق كتابة عليها أن يقدم إلى النقابة الفرعية التى يتبعها طلبا بما يحدده من أتعاب ويعرض هذا الطلب على لجنة يشكلها مجلس النقابة الفرعية من ثلاثة من أعضائه ويخطر الموكل بالحضور أمامها لابداء وجهه نظره. وعلى اللجنة أن تتولى الوساطة بين المحامى وموكله، فإذا لم يقبل الطرفان ما تعرضه عليهما، فصلت فى موضوع الطلب خلال ستين يوما على الأكثر بقرار مسبب، وإلا جاز لكل من الطرفين أن يلجأ مباشرة إلى المحكمة المختصة، وإذا قبل الطرفان ما تعرضه عليهما حرر محضر بذلك يوقع عليه الطرفان مع ممثل النقابة الفرعية وتوضع عليه الصيغة التنفيذية بواسطة قاضى الأمور الوقتية المختص وذلك بغير رسوم» وتقضى المادة ٨٥ من قانون المحاماة سالفة البيان بأنه «لا يجوز الطعن فى قرارات التقدير التى تصدرها النقابات الفرعية إلا بطريق الاستئناف خلال عشرة أيام من تاريخ اعلان القرار ويرفع الاستئناف للمحكمة الابتدائية التى يقع بدائرتها مكتب المحامى إذا كانت قيمة الطلب عشرة آلاف جنيه فأقل وإلى محكمة الاستئناف إذا جاوزت القيمة ذلك. ولا يكون قرار التقدير نافذا إلا بعد انتهاء ميعاد الاستئناف أو صدور الحكم فيه وتوضع الصيغة التنفيذية على قرارات التقدير النهائى بواسطة قاضى الأمور الوقتية المختص وذلك بغير رسوم».

ويلاحظ أن مجلس النقابة، عند تقديره الأتعاب، ينظر إلى «أهمية الدعوى، وثروة الموكل، والجهد الذى بذله المحامى» كما جاء فى الفقرة الأخيرة من المادة ٨٢ من قانون المحاماة فيما رأينا، كما ينظر إلى العوامل الأخرى التى يكون من شأنها أن تعين على تحديد مقدار الأتعاب تحديداً عادلا، ومن ذلك القيمة الفنية للعمل وما استغرقه من وقت[١] ومكانة المحامى وشهرته العامة ونتيجة الدعوى كما سبق القول.

ومجلس النقابة فى تقديره للأتعاب يمارس ولاية قضائية[٢]، فإن قبل الطرفان قضاءه،

=إلى جانب الالتجاء إلى مجلس النقابة، الالتجاء إلى القضاء العادى: المحلة الكبرى ١٣ أبريل سنة ١٩٤٠ سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ١٧٨ ص٣٩٣.

(١) استئناف مختلط ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ م٤٤ ص٦٦- ٢٢ مارس سنة ١٩٣٣ م٤٥ ص٢٠٩- ٢٠ مارس سنة ١٩٣٤ م٣٦ ص٢١٥- ١٥ يونيه سنة ١٩٣٧ م٤٩ ص٢٦٣.

(٢) وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن خلو القانون من النص على اعتبار مجلس النقابة - عند تقدير أتعاب المحامى - من الهيئات القضائية أو الإدارية ذات الاختصاص القضائى ومن أن نقيب المحامين يمثل النقابة أمام تلك الهيئات، لا يمنع من أن يكون المشرع قد أضفى على مجلس النقابة ولاية القضاء فى هذا الخصوص. وتقدير مجلس النقابة للأتعاب يعد فصلا فى خصومة، إذ أن الالتجاء إلى المجلس جائز لأى من المحامى والموكل عند الخلاف على قيمة الأتعاب مع إخطار المطلوب التقدير ضده بصورة طلب التقدير والجلسة المحددة لنظره بخطاب موصى عليه. ومفاد ذلك أن تقديم الطلب =

صراحة أو ضمناً بعدم التظلم منه، كان أمر التقدير واجب التنفيذ بعد أن يضع عليه قاضى الأمور الوقتية الصيغة التنفيذية على النحو السالف الذكر. أما إذا رفضاه أو رفضه أحدهما، فلمن رفض أن يتظلم من أمر التقدير على النحو الذى فصلته المادة ٨٥ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣.

٢٨٢ – الضمانات التى تكفل أتعاب المحامى: إلى جانب الضمانات العامة التى تكفل حقوق الدائن، نص قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ على ضمانين خاصين بأتعاب المحامى(١):

(الضمان الأول) حق اختصاص المحامى بعقارات مدينه. ولا يقصد بهذا حق الاختصاص الذى يستطيع الحصول عليه كل دائن بيده حكم واجب التنفيذ، فهذا حق يستطيع المحامى، أسوة بسائر الدائنين، الحصول عليه إذا كان هناك اتفاق على مقدار الأتعاب واستصدر به حكماً واجب التنفيذ وذلك وفقاً للقواعد العامة فى حق الاختصاص، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك(٢). ولكن الذى استحدثه قانون المحاماة هو جواز حصول المحامى على حق اختصاص، إذا لم يكن هناك اتفاق على مقدار الأتعاب واستصدر المحامى أمر تقدير من مجلس النقابة، فله أن يحصل على حق الاختصاص بموجب أمر التقدير هذا دون أن يكون بيده حكم واجب التنفيذ. وقد نصت المادة ٣/٨٣ من قانون المحاماة رقم

=إلى مجلس النقابة من المحامى أو الموكل تنعقد به الخصومة القضائية بينهما، ما يضفى على مجلس النقابة ولاية الفصل فى النزاع. ومتى كان تقديم طلب تقدير الأتعاب إلى مجلس النقابة من المحامى أو الموكل إعلاناً بخصومة، فإنه يترتب عليه آثار المطالبة القضائية، ومنها قطع التقادم فى مفهوم المادة ٣٨٣ من القانون المدنى (نقض مدنى ٨ يونيه سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٨١ ص٥٣٢).

انظر عكس ذلك وأن مجلس النقابة لا يعتبر درجة من درجات التقاضى بل هو جهة فنية يستأنس برأيها قبل عرض الأمر على القضاء، فإن قبل الخصوم هذا الرأى كان هذا بمثابة اتفاق بينهما وإلا فلأى من الخصوم التظلم إلى القضاء: استئناف مصر ٢١ مارس سنة ١٩٤٨ مجلة التشريع والقضاء ١ رقم ١٩٥ ص٢٦٧– محمد على عرفة ص٤٤٠– وقرب استئناف مختلط ١٦ يونيه سنة ١٩٣٨ م٥٠ ص٣٧٣ (لا يجوز توقيع حجز تحفظى بموجب أمر التقدير).

(١) وذلك إلى جانب الضمانات الأخرى التى خولها القانون للوكيل لكفالة حقوقه نحو موكله، وهى تضامن الموكلين نحوه وحق المحامى فى حبس المال الذى يقع فى يده لموكله حتى يستوفى حقوقه، وسيأتى تفصيل ذلك عند الكلام فى الضمانات التى تكفل التزامات الموكل (انظر ما يلى فقرة ٢٩٥ وما بعدها). أما المستندات والأوراق التى تكون فى يد المحامى لموكله، فهذه يجب أن يردها إليه وليس له الحق فى حبسها، وتتبع فى ذلك أحكام المادة ٩٠ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ وقد سبق ذكرها (انظر آنفاً فقرة ٢٧١ فى الهامش).

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٨٠ فى آخرها.

١٧ لسنة ١٩٨٣ فى هذا الصدد على ما يأتى: «للمحامى الذى صدر له قرار بتقدير أتعابه أو عقد صلح مصدق عليه من مجلس النقابة الفرعية أو من المحكمة أن يحصل على أمر باختصاصه بعقارات من صدر ضده قرار التقدير أو عقد الصلح أو الحكم». والنص لا يضيف جديداً فيما إذا حصل المحامى على حق الاختصاص بموجب حكم صادر فى الطعن واجب التنفيذ فالمادة ١/١٠٨٥ مدنى تعطيه هذا الحق، أو حصل عليه بموجب عقد صلح مصدق عليه من المحكمة إذ يكفى فى ذلك الاستناد إلى المادة ١٠٨٧ مدنى. ولكن الجديد الذى استحدثته المادة ٨٣ من قانون المحاماة هو أن يحصل المحامى على حق اختصاص بموجب أمر تقدير صادر من مجلس النقابة الفرعية، فإن هذا الأمر ليس بحكم واجب التنفيذ ومع ذلك يؤخذ به حق اختصاص، أو أن يحصل على حق الاختصاص بموجب صلح مصدق عليه من مجلس النقابة الفرعية دون حاجة لأن يكون عقد صلح مصدقاً عليه من المحكمة(١).

(الضمان الثانى) حق الامتياز على ما آل للموكل فى النزاع موضوع التوكيل. وهذا الحق أعطى لأتعاب المحامى، سواء كان هناك اتفاق على مقدارها أو حددت بأمر تقدير. ويظهر حق الامتياز هذا عندما ينفذ المحامى سواء بحكم واجب التنفيذ، أو بأمر تقدير مشمول بالصيغة التنفيذية بعد انقضاء ميعاد التظلم، أو بمحضر صلح مصدق عليه من المحكمة أو من مجلس النقابة، فتكون الأتعاب ممتازة، لا بالنسبة إلى أموال الموكل عامة، بل بالنسبة إلى المال الذى آل للموكل فى النزاع موضوع التوكيل. وتنص المادة ٨٨ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ فى هذا الصدد على ما يأتى: «لأتعاب المحامين وما يلحق بها من مصروفات امتياز يلى مباشرة حق الخزانة العامة على ما آل إلى موكله نتيجة عمل المحامى أو الحكم فى الدعوى موضوع الوكالة وعلى ضمانات الافراج والكفالات أيا كان نوعها». وكانت أتعاب المحامى، قبل أن تعطى حق امتياز بنص صريح فى قوانين المحاماة المتتالية، مختلفاً فى أن تكون حقاً ممتازاً، فقضت بعض المحاكم بأنها تعتبر من قبيل المصروفات القضائية وتكون مضمونة بامتيازها(٢). وحسم هذا الخلاف النص الصريح الذى

---

(١) وهذا يعزز ما قضت به محكمة النقض من أن مجلس النقابة عند تقديره لأتعاب المحامى يمارس ولاية قضائية (انظر آنفاً ٢٨١ فى الهامش)- هذا إلى أنه يجوز أن يحصل المحامى على حق اختصاص بموجب حكم صادر فى الطعن فى أمر التقدير، ولو لم يكن هذا الحكم واجب التنفيذ.

ويجوز ، فوق ذلك، التنفيذ بأمر تقدير مشمول بالصيغة التنفيذية بعد صيرورته نهائيا وكذلك بعقد صلح مصدق عليه من مجلس النقابة الفرعية، ويكون هذا وذلك فى قوة الأوراق الرسمية من ناحية التنفيذ.

(٢) استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٩٠٤ م١٦ ص٢٦٤- ٢٣ مايو سنة ١٩٣٩ م٥١ ص٣٥١- ٢ أبريل سنة ١٩٤٠ م٥٢ ص٢٠٦- عكس ذلك استئناف مختلط ٢٥ أبريل سنة ١٩٢٨ م٤٠ =

ورد فى قانون المحاماة على النحو الذى رأيناه. فأتعاب المحاماة حق ممتاز على ما يؤول للموكل فى النزاع عقاراً كان أو منقولا، فهو حق امتياز خاص على العقار وعلى المنقول. وهو إذا ورد على عقار غير خاضع للشهر فلا يقيد، لأن الامتياز الخاص على العقار الخاضع للقيد يأخذ مرتبته من وقت القيد، أما أتعاب المحامى فقد حدد النص مرتبتها بغير وقت القيد إذ تأتى فى المرتبة بعد المصروفات القضائية المذكورة فى المادة ١١٣٨ مدنى وبعد المبالغ المستحقة للخزانة العامة من ضرائب ورسوم وحقوق أخرى المذكورة فى المادة ١١٣٩ مدنى، وقبل حقوق الامتياز الأخرى خاصة كانت أو عامة. فإذا فرضنا أن المحامى فى دعوى استحقاق حصل على حكم باستحقاق موكله للعقار المتنازع فيه، فإن أتعابه تكون ممتازة على هذا العقد. وتأتى مرتبتها بعد مرتبة المصروفات القضائية ومرتبة المبالغ المستحقة للخزانة العامة، فيستوفى المحامى أتعابه من ثمن هذا العقار بعد أن توفى المصروفات القضائية التى أنفقت فى التنفيذ على العقار والضرائب والرسوم والحقوق الأخرى المستحقة للخزانة العامة. ويتقدم المحامى بأتعابه على سائر الدائنين، ولو كان لهم حق عينى على هذا العقار كامتياز أو رهن أو اختصاص، ما لم يكن هذا الحق العينى مقيداً قبل أن يرفع المحامى دعواه بالأتعاب أو قبل أن يقدم طلباً إلى مجلس النقابة بتقديرها، ففى هذه الحالة يتقدم هذا الحق المقيد على أتعاب المحامى. أما إذا كان الحق العينى مقيداً بعد رفع المحامى لدعواه أو بعد تقديمه لطلب التقدير، فإنه يتأخر فى المرتبة عن أتعاب المحامى، حتى لو كان مقيداً قبل صدور الحكم فى دعوى المحامى أو قبل صدور أمر التقدير(١).

٢٨٣- سقوط الأتعاب بالتقادم: وتنص المادة ٨٦ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ على ما يأتى: «يسقط حق المحامى فى مطالبة موكله بالأتعاب، عند عدم وجود اتفاق كتابى بشأنها، بمضى خمس سنوات من تاريخ انتهاء الوكالة أو من تاريخ وفاة الموكل حسب الأحوال. وتنقطع هذه المدة بالمطالبة بها بكتاب موصى عليه». وهذا النص

=ص٣٢١- ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٢ م٥٥ ص٢٢- ولكن إذا كان المحامى وكيلا عن أحد دائنى المدين فى دعوى أفادت باقى الدائنين، كالدعوى البوليصية والدعوى غير المباشرة، واستخلص بحكم صدر لمصلحة الدائن مالا للمدين أمكن التنفيذ عليه لمصلحة جميع الدائنين، فإن المحامى يتقدم بأتعابه على جميع هؤلاء الدائنين فى المال الذى استخلصه لهم، لأن هذه الأتعاب تدخل هنا دون شك فى مصروفات حفظ أموال المدين وبيعها طبقاً لأحكام المادة ١١٣٨ مدنى (استئناف مختلط ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٢ م٥٥ ص٢٣ وهو الحكم السابق الإشارة إليه - عبد الفتاح عبد الباقى فى التأمينات الشخصية والعينية سنة ١٩٥٠ فقرة ٥٥٢ ص٦٧٩).

وقد قضى فى فرنسا بأن أتعاب المحامى تعتبر من قبيل مصروفات الحفظ والصيانة وتتمتع بامتياز هذه المصروفات (بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ١٨٥ والأحكام المشار إليها - عبد الفتاح عبد الباقى فى التأمينات الشخصية والعينية سنة ١٩٥٠ فقرة ٥٥٢ ص٦٧٨).

(١) محمد على عرفة ص٤٤٤.

ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة المقررة فى التقادم المسقط، فقد نصت المادة ٣٧٦ مدنى على أن «تتقادم بخمس سنوات حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء وأمناء التفليسة والسماسرة والأساتذة والمعلمين، على أن تكون هذه الحقوق واجبة لهم جزاء عما أدوه من عمل من أعمال مهنتهم وما تكبدوه من مصروفات». ونصت المادة ٣٧٩ مدنى على أن «١- يبدأ سريان التقادم فى الحقوق المذكورة فى المادتين ٣٧٦ و٣٧٨ من الوقت الذى يتم فيه الدائنون تقديماتهم، ولو استمروا يقدمون تقدمات أخرى. ٢- وإذا حرر سند بحق من هذه الحقوق، فلا يتقادم الحق إلا بانقضاء خمس عشرة سنة»(١).

ويتبين من هذه النصوص أنه يجب التمييز فى سقوط أتعاب المحامى بالتقادم بين فرضين: (الفرض الأول) ألا يكون بيد المحامى سند بالأتعاب(1). ويتحقق ذلك إذا لم يكن هناك اتفاق مكتوب على مقدار الأتعاب ولم يحصل المحامى على أمر تقدير من مجلس النقابة. ففى هذا الفرض تسقط أتعاب المحامى بالتقادم بمضى خمس سنوات، تسرى من تاريخ انتهاء التوكيل(٢). وغنى عن البيان أن الأتعاب تشمل كل ما يستحقه المحامى فى

---

(١) وكانت المادة ٢٧٣/٢٠٩ من التقنين المدنى القديم تجعل مدة التقادم للثمانية وستين يوماً، وتوجب المادة ٢٧٦/٢١٢ على الموكل أن يحلف يميناً على أنه أدى حقيقة للمحامى الأتعاب التى فى ذمته. فجاءت قوانين المحاماة السابقة على العمل بالتقنين المدنى الجديد معدلة لهذه النصوص، فنصت مثلا المادة ٥٠ من قانون المحاماة رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٤ على أنه «استثناء من حكم المادة ٢٠٩ من القانون المدنى الأهلى لا يسقط حق المحامى فى مطالبة موكله بالأتعاب عند عدم وجود سند بها إلا بمضى خمس سنوات ميلادية من تاريخ انتهاء التوكيل». وإطالة المدة إلى خمس سنوات بدلا من ثلثمائة وستين يوماً أعفت الموكل من حلف اليمين، فكان يكفى أن يتمسك بالتقادم الخمسى حتى يحكم بسقوط حق المحامى (محمد على عرفة ص٤٤٥).

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قررت محكمة الموضوع أن عمل المحامى فى الدعوى لم ينته بقرار الإيقاف، بل إنه كان لا يزال مكلفاً بمباشرة الدعوى إذا قدمت من بعد للمحكمة لسبب ما، ومن ثم لا موجب لسريان مدة سقوط الحق فى الأتعاب، فهذا هو تقرير من محكمة الموضوع وفهم منها الحاصل الواقع فى الدعوى، مما لا رقابة لمحكمة النقض عليه (نقض مدنى ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٣٣ ص٦٢٢).

(1) النص فى المادة ٣٧٦ من القانون المدنى على أن «تتقادم بخمس سنوات حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء ووكلاء التعليم والسماسرة والاساتذة المعلمين على أن تكون هذه الحقوق واجبة لهم جزاء عما أدوه من عمل من أعمال مهنتهم وما تكبدوه من مصروفات، كما قررت المادة ١/٣٧٩ من ذات القانون أن «يبدأ سريان التقادم فى الحقوق المذكورة فى المادتين ٣٧٦، ٢٧٨ من الوقت الذى يتم فيه الدائنون تصرفاتهم ولو استمروا يؤدون تصرفات أخرى» والمادة ٥١ من قانون المحاماة الأسبق رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٧- الذى يحكم واقعة الدعوى - تنص على أن «يسقط حق المحامى فى مطالبة موكله بالأتعاب عند عدم وجود سند بها بمضى خمس سنوات ميلادية من =

ذمة الموكل جزاء عما أداه من عمل يدخل فى أعمال مهنته، كما تنص صراحة الفقرة الأولى من المادة ٣٧٩ مدنى فيما رأينا. ومن ثم تسقط الأتعاب بخمس سنوات، ولو كانت مستحقة عن عمل ليس نزاعاً قضائياً كتحرير عقد أو قسمة شركة أو إجراء صلح أو تحكيم أو اتخاذ إجراءات لشهر حق خاضع للشهر(١). وتسرى مدة التقادم من الوقت الذى يتم فيه المحامى مهمته بحسب التوكيل الصادر له. فإذا كان موكلا فى قضايا متعددة يقوم بينها ارتباط يجعلها كلا لا يقبل التجزئة، أو اتفق صراحة أو ضمناً على ألا تستحق الأتعاب إلا بعد الانتهاء منها كلها، فالتقادم لا يسرى إلا بعد الانتهاء من آخر قضية من هذه القضايا(٢). وينقطع التقادم بإقرار الموكل بحق المحامى صراحة أو ضمناً (م١/٣٨٤ مدنى)، وبمطالبة المحامى بأتعابه عن طريق تقديم طلب لمجلس النقابة بتقديرها، لأن هذه المطالبة إعلان بخصومة أمام جهة لها ولاية القضاء، فتترتب عليها آثار المطالبة القضائية ومنها قطع التقادم فى مفهوم المادة ٣٨٣ مدنى(٣).

(الفرض الثانى) أن يكون بيد المحامى سند بالأتعاب. ويغلب أن يكون السند اتفاقاً مكتوباً بمقدار الأتعاب، كما يصح أن يكون أمر تقدير صادراً من مجلس النقابة مشمولا بالصيغة التنفيذية، أو حكماً صادراً من المحكمة، أو محضر صلح مصدقاً عليه من المحكمة أو من مجلس النقابة(٤). ففى جميع هذه الأحوال لا تتقادم الأتعاب إلا بالمدة الطويلة، أى بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت استحقاق الأتعاب أو صدور أمر التقدير أو الحكم أو محضر الصلح. ويستفاد من نص المادة ٨٦ من قانون المحاماة سالف الذكر، فهو لا يجعل مدة التقادم خمس سنوات إلا عند «عدم وجود سند بالأتعاب»، فإذا وجد هذا السند وجب تطبيق القواعد العامة والرجوع إلى التقادم الطويل(٥). ويقطع فى ذلك ما نصت عليه

=تاريخ انتهاء التوكيل» مما مؤداه أن تقادم دعوى المطالبة بأتعاب المحامى يبدأ من تاريخ انتهاء الوكالة.

(جلسة ١٩٨٢/٤/١٥ الطعن رقم ٦٨ لسنة ٤٢ق س٣٣ ص٤١٧)

(١) محمد على عرفة ص١٤٦- عكس ذلك محمد كامل مرسى فقرة ١٨٥ ص٢٥٢- استئناف مصر ٢٠ مايو سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١٢٠ ص٢٤٤.

(٢) محمد على عرفة ص١٥٥.

(٣) نقض مدنى ٨ يونيه سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٨١ ص٥٣٢- وانظر آنفاً فقرة ٢٨١ فى الهامش.

(٤) ولا يسرى التقادم الخمسى على الأتعاب المحكوم بها للخصم الذى كسب الدعوى، إذ هى تدخل فى المصروفات التى تكبدها، فلا تسقط إلا بالتقادم الطويل (محمد على عرفة ص٤٤٦- محمد كامل مرسى فقرة ١٨٥ ص٢٥٢).

(٥) محمد كامل مرسى فقرة ١٨٥ ص٢٥٢.

الفقرة الثانية من المادة ٣٧٩ مدنى، فيما رأينا، من أنه «إذا حرر سند بحق من هذه الحقوق (ويدخل فى ذلك الحق فى الأتعاب)، فلا يتقادم الحق إلا بانقضاء خمس عشرة سنة». ويقطع فى ذلك أيضاً ما قضت به المادة ٣٨٥ مدنى من أنه إذا انقطع التقادم بدأ تقادم جديد يسرى من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع، وتكون مدته هى مدة التقادم الأول، إلا إذا حكم بالدين وجاز الحكم قوة الأمر المقضى كانت مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة.

المطلب الثانى

رد المصروفات

٢٨٤ : نص قانونى: تنص المادة ٧١٠ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«على الموكل أن يرد للوكيل ما أنفقه فى تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الإنفاق، وذلك مهما كان حظ الوكيل من النجاح فى تنفيذ الوكالة. فإذا اقتضى تنفيذ الوكالة أن يقدم الموكل للوكيل مبالغ للإنفاق منها فى شؤون الوكالة، وجب على الموكل أن يقدم هذه المبالغ إذا طلب الوكيل ذلك»(١).

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى القديم المواد ٥٢٦- ٥٢٨/٦٤٧- ٦٤٩(٢).

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى م٦٧٦- وفى

---

(١) **تاريخ النص**: ورد هذا النص فى المادة ٩٨٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يتضمن فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى: «ويلتزم الموكل، إلى جانب ذلك، أن يبرئ ذمة الوكيل مما عقده باسمه الخاص من التزامات تنفيذاً للوكالة تنفيذا معتاداً». وفى لجنة المراجعة حذفت هذه الفقرة الثانية لعدم الحاجة إليها، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، وصار رقمه ٧٤٢ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٤١، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧١٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢١٧- ص٢١٨).

(٢) **التقنين المدنى القديم** م٥٢٦/٦٤٧: .. وله الحق فى فوائد النقود التى دفعها بسبب التوكيل من يوم دفعها.

م٥٢٧/٦٤٨: على الموكل تنفيذ ما التزم به وكيله باسمه بموجب التوكيل ..

م٥٢٨/٦٤٩: وعليه أن يؤدى المصاريف المنصرفة من وكيله المقبولة قانوناً، أيا كانت نتيجة العمل، إذا لم يحصل من الوكيل تقصير فيه.

(وأحكام التقنين المدنى القديم تتفق مع أحكام التقنين المدنى الجديد).

التقنين المدنى الليبى م٧١٠- وفى التقنين المدنى العراقى م٩٤١- وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٧٩٢- ٧٩٣ وم٧٩٦(١).

ويتبين من النص سالف الذكر أن الموكل يلتزم بتقديم ما يقتضيه تنفيذ الوكالة من مبالغ إذا طلب الوكيل ذلك، ويلتزم برد ما أنفقه الوكيل من ماله الخاص فى تنفيذ الوكالة، ويدفع الفوائد على هذه المصروفات من وقت الإنفاق. ثم إن التزام الموكل برد المصروفات وفوائدها قد يسقط بالتقادم. فهذه مسائل أربع نبحثها على التعاقب.

٢٨٥- التزام الموكل بتقديم ما يقتضيه تنفيذ الوكالة من نفقات: إذا اشترط الوكيل صراحة أن يقدم له الموكل المصروفات الواجب إنفاقها لتنفيذ الوكالة، التزم الموكل بذلك بموجب هذا الشرط الصريح. على أن هناك أيضاً أحوالا يظهر فيها بوضوح أن تنفيذ الوكالة يقتضى أن يقدم الموكل للوكيل مبالغ للإنفاق منها فى شؤون الوكالة، فهذه المبالغ يلتزم الموكل بتقديمها للوكيل بموجب شرط ضمنى يستخلص من الظروف، وإذا طلب الوكيل من الموكل تنفيذ هذا الالتزام وتقديم هذه المبالغ وجب على الموكل

---

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدنى السورى م٦٧٦ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م٧١٠ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى م٩٤١ (توافق النص المصرى كما ورد فى المشروع التمهيدى).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٧٩٢: على الموكل أن يقدم للوكيل الأموال وسائر الوسائل اللازمة لتنفيذ وكالته، ما لم يكن ثمة اتفاق أو نص مخالف.

م٧٩٣: يجب على الموكل: أولا- أن يدفع إلى الوكيل كل ما أسلف من المال وما قام به من النفقات فى سبيل تنفيذ الوكالة، مما لا يخرج عن حيز اللازم لهذا الغرض. وإذا كان يحق له أجر، وجب أداؤه مع قطع النظر عن نتيجة العمل، ما لم يكن هناك خطأ يعزى إلى الوكيل.

ثانيا- أن يرفع عن عاتق الوكيل الموجبات التى ارتبط بها من جراء تنفيذ الوكالة. على أن الموكل لا يلزم بالموجبات التى ارتبط بها الوكيل ولا بالخسارة التى تحملها لخطأ ارتكبه أو لأسباب خارجة عن الوكالة.

م٧٩٦: إذا تفرغ الموكل عن القضية لشخص آخر، فهو يبقى مسئولا لدى الوكيل عن جميع نتائج الوكالة طبقاً لمقتضى المادة ٧٩٣، ما لم يكن ثمة نص مخالف رضى به الوكيل.

(وأحكام التقنين اللبنانى تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المصرى، فيما عدا أن التقنين اللبنانى لا ينص على التزام الموكل بدفع فوائد على المصروفات التى أنفقها الوكيل من يوم الإنفاق، فوجب إذن تطبيق القواعد العامة، وفيما عدا أن التقنين اللبنانى ينص صراحة على بقاء الموكل ملتزماً نحو الوكيل حتى لو تفرغ عن القضية موضوع الوكالة وهذا الحكم يتفق مع القواعد العامة).

تقديمها[1]. مثل ذلك أن يوكل شخص شخصاً آخر في شراء عقار بثمن كبير، فالمفروض أن الوكيل قد قصد بقبوله الوكالة أن يقدم له الموكل الثمن حتى يستطيع شراء العقار ونقد المشترى ثمنه، ولا يفرض أن الوكيل قد قبل أن يدفع الثمن من ماله الخاص وهو مبلغ كبير قد لا يكون متوافراً عنده. فإذا طلب الوكيل من الموكل تقديم الثمن حتى يتمكن من تنفيذ الوكالة، وجب على الموكل أن يفعل ذلك. وكشراء العقار شراء الأسهم والسندات في البورصة، يكون المفروض أن الموكل قد التزم بتقديم ثمنها للسمسار عند شرائها حتى يدفعه هذا للبائع، فإذا طلب السمسار تقديم الثمن وجب على الموكل تقديمه. وإذا اقتضى تنفيذ الوكالة سفراً طويلا يكلف الوكيل نفقات كبيرة، فالمفروض هنا أيضاً أن الموكل قد التزم بتقديمها له قبل السفر، وعليه أن يقدمها إذا طلب الوكيل ذلك. والمفروض كذلك أن الموكل قد التزم نحو المحامى أن يقدم له رسوم القضية، قبل رفعها، ولو كان المحامى قد رضى بتأجيل دفع الأتعاب. وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد: «وقد تدل الظروف على أن الموكل يلتزم بإعطاء الوكيل مقدماً ما ينفق منه على شؤون الوكالة، كالمحامى يتقاضى من موكله مقدماً الرسوم القضائية الواجب دفعها»[1].

فإذا لم يقم الموكل بتنفيذ التزامه من تقديم المصروفات اللازمة لإنفاقها في شؤون الوكالة، سواء كان هذا الالتزام بموجب اتفاق صريح أو اتفاق ضمنى، كان للوكيل أن يطلب التنفيذ العينى، كما أن له أن يقف تنفيذ الوكالة حتى يتقاضى هذه المصروفات، وله أخيراً أن يطلب فسخ الوكالة مع التعويض إن كان له مقتض، وذلك كله طبقاً للقواعد العامة. هذا إلى أن للوكيل بداهة أن يتنحى عن الوكالة كما سيأتى، وذلك بغض النظر عما إذا كان الموكل قد قام أو لم يقم بالتزامه.

٢٨٦ – التزام الموكل برد ما أنفقه الوكيل من ماله الخاص في تنفيذ الوكالة: على أنه كثيراً ما يقع أن ينفق الوكيل من ماله الخاص ما يستلزمه تنفيذ الوكالة، أما لأنه لا يوجد اتفاق صريح أو ضمنى على أن يقدم الموكل هذه النفقات، وإما لأن الوكيل لم يطلب من الموكل تقديمها وقام هو بالإنفاق من ماله الخاص. فيلتزم الموكل في هذه الحالة بأن يرد للوكيل ما أنفقه في تنفيذ الوكالة[2]. فإذا وكل شخص شخصاً آخر في إداره أعماله،

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٢٣.

(1) الأصل وفقا للمادة ٧١٠ من القانون المدنى أن يلتزم الموكل بالمصروفات التى يتكبدها الوكيل لاتمام العمل المسند إليه.

(جلسة ١٩٩٠/٥/٢٨ الطعن رقم ٢١ لسنة ٥١ق)

(2) أ- توجب المادة ٥٢٨ من القانون المدنى القديم على الموكل أن يؤدى المصاريف «المصاريف =

رجع الوكيل على الموكل بما أنفقه فى إدارة هذه الأعمال، كأن دفع أجوراً لعمال استلزمت الإدارة عملهم أو لمعاونين استعان بهم فى عمله، أو اقتضته أعمال الإدارة أسفاراً دفع نفقاتها، أو اقتضته رفع دعاوى دفع رسومها وأتعاب المحامين فيها، وما إلى ذلك من النفقات التى تقتضيها أعمال إدارته. وإذا وكل شخص فى إدارة أرض زراعية، رجع على موكله بما أنفقه فى شراء السماد والبذور ومبيدات الحشرات وحرث الأرض وريها وجنى المحصول. أما إذا اقتضته إدارة الأرض أن يشترى آلات زراعية ومواشى أو أن يقيم مبانى، فيغلب أن تكون هذه النفقات الكبيرة مما يلتزم الموكل بتقديمها للوكيل قبل أن يقوم بهذه الأعمال على النحو الذى بسطناه فيما تقدم. كذلك إذا وكل شخص فى شراء عقار، فيغلب أن يقدم الموكل الثمن للوكيل كما أسلفنا القول، وقد يقوم الوكيل بعد ذلك ببعض النفقات كدفع السمسرة ومصروفات كتابة العقد والتسجيل فهذه يرجع بها على الموكل[1]. ويدخل أيضاً فى النفقات التى يرجع بها الوكيل على الموكل ما عسى أن يكون الأول قد التزم به شخصياً نحو الغير فى سبيل تنفيذ الوكالة، إما لأن التنفيذ استوجب منه ذلك، وإما لأنه كان يعمل مسخراً باسمه الشخصى ولحساب الموكل كما

=المنصرفة من وكيله المقبولة أيا كانت نتيجة العمل إذا لم يحصل من الوكيل تقصير فيه» فإذا كان الحكم المطعون فيه كيف العلاقة بين الطرفين فى خصوص ثمن المهمات التى تعهدت الشركة الطاعنة بتوريدها إلى مصلحة السكك الحديدية (المطعون عليها) من الشركات الانجليزية، بأنها علاقة وكيله بموكله وكان الطرفان قد اتفقا على تعديل طريقة الوفاء بالثمن إلى العملة المصرية بدلا من الفرنك البلجيكى فإنه يتعين أن يحدد الثمن بالفرنك البلجيكى مقوما بالعملة المصرية على أساس السعر الفعلى لها وقت حصول ذلك الاتفاق، ومتى كان الحكم المطعون فيه قد انحرف عن هذا النظر واعتبر أن الثمن يتحدد بعدد الجنيهات الاسترلينية التى تقاضتها الشركة الانجليزية من الشركة الطاعنة دون نظر إلى ما تحملته الأخيرة فعلا من أموال فى سبيل الحصول على تلك الجنيهات فإنه يكون قد خالف القانون بما يستوجب نقضه.

(جلسة ١٩٦٤/٢/١٥ الطعن رقم ١٤ لسنة٢٦ق س١٣ ص٢٣٨)

ب- مفاد المادتين ٧٠٨، ٧١٠ من القانون المدنى مرتبطتين أنه يجوز لنائب الوكيل أن يرجع بدعوى مباشرة على الموكل يطالبه فيها بما التزم به نحو الوكيل الأصلى، ذلك سواء أكان الموكل قد رخص للوكيل الأصلى بتوكيل غيره فى تنفيذ الوكالة أو لم يرخص له بذلك ويكون رجوع نائب الوكيل على الموكل شأنه فى ذلك شأن ما يرجع به الوكيل الأصلى على الموكل - من المطالبة بالمصروفات الضرورية المشروعة التى أنفقها من ماله الخاص والتى استلزمها تنفيذ الوكالة.

(جلسة ١٩٦٨/١١/١٩ الطعن رقم ٣٨٨ لسنة ٣٤ق س١٩ ص١٣٩٦)

(١) وإذا وفى الوكيل ديناً فى ذمة الموكل بمبلغ أقل من الدين، لم يرجع إلا بمقدار ما وفى (نقض فرنسى ١٥ مارس سنة ١٨٥٤ داللوز ٥٤-١-٣٦٣- أول يوليه سنة ١٨٥٦ داللوز ٥٦-١-٤٦٤- أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٧٠).

سنرى عند الكلام في الاسم المستعار. وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٧١٠ مدنى يتضمن فقرة ثانية فى هذا المعنى تجرى بما يأتى: «ويلتزم الموكل، إلى جانب ذلك، أن يبرئ ذمة الوكيل مما عقده باسمه الخاص من التزامات تنفيذاً للوكالة تنفيذاً معتاداً»(١). فحذفت هذه الفقرة فى لجنة المراجعة «لعدم الحاجة إليها»(٢). وليس النص فى الواقع من الأمر إلا تطبيقاً للقواعد العامة.

ويجب أن يتوافر فى النفقات التى يرجع بها الوكيل على الموكل شرطان: (١) أن تكون نفقات استلزمها تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد. فلا يسترد الوكيل نفقات يجاوز بها حدود الوكالة، أو تكون غير لازمة لتنفيذ الوكالة، أو تكون نفقات غير معقولة كان يمكن تفاديها لو نفذت الوكالة التنفيذ المعتاد بأن بذل الوكيل فى تنفيذها العناية الواجبة ولم يرتكب خطأ.

(٢) أن تكون نفقات مشروعة، فلو دفع الوكيل رشوة لم يجز له استردادها. وقد كانت المادة ٦٤٩/٥٢٨ من التقنين المدنى القديم تنص على هذا الشرط صراحة إذ تقضى على الموكل «أن يؤدى المصاريف المنصرفة من وكيله المقبولة قانوناً»(٣)، ولم ينقل التقنين المدنى الجديد هذه العبارة لوضوح حكمها.

ومتى توافر هذان الشرطان، فإنه يجب على الموكل أن يرد للوكيل ما أنفقه من مصروفات، حتى لو كان إنفاقها بعد انتهاء الوكالة ما دامت مصروفات ضرورية(٤). والوكيل هو الذى يحمل عبء إثباته ما أنفقه من مصروفات(٥). وله الإثبات بجميع الطرق لأن الإنفاق واقعة مادية، ولكن يغلب أن يقدم الوكيل مستندات الصرف فى أوراق

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «أما الالتزامات التى عقدها الوكيل باسم الموكل فهى تنصرف إليه مباشرة، والتى عقدها باسمه الشخصى يلتزم الموكل بإبراء ذمته منها، كما يلتزم الوكيل بنقل ما كسبه من الحقوق إلى الموكل فيما تقدم» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٢٣).

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢١٨- وانظر آنفاً فقرة ٢٨٤ فى الهامش.

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢٨٤ فى الهامش.

(٤) نقض فرنسى ٦ أغسطس سنة ١٨٨٩ داللوز ٩٠-١-١٨٣- باريس ٣ ديسمبر سنة ١٩٠٢ سيريه ١٩٠٤-٢-٢٨٩- أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٤ ص٢٢٣ وهامش ١- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٠ ص٩٢١- وحتى لو صرفت بعد موت الموكل (أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٤ ص٢٢٣- ص٢٢٤).

(٥) نقض فرنسى ١٢ مايو سنة ١٨٨٦ سيريه ٩٠-١-٣٢٦- ٢٨ يونيه سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٤ -١ -٥٢٠ - بون ١ فقرة ١٠٨٩- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ١٧٨- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٠ ص٩٢١.

مكتوبة كالفواتير والإيصالات. وعليه أن يثبت أيضاً وقت الإنفاق[١]، إذ من هذا الوقت تسرى فوائد المصروفات التى قدمها الوكيل كما سنرى. ومتى أثبت الوكيل المصروفات التى أنفقها، فعلى الموكل أن يثبت أنه ردها للوكيل، أو أن هذه المصروفات أنفقت من مال له عند الوكيل، أو أن الوكيل ارتكب خطأ تسببت عنه هذه المصروفات أو جزء منها[٢]. والمصروفات التى أنفقها الوكيل تكون عادة عنصراً من عناصر الحساب الذى يقدمه للموكل عند انتهاء الوكالة، فيخصمها من المال الذى بيده للموكل[٣]، ويبقى الرصيد مديناً أو دائناً يرجع به الموكل على الوكيل أو الوكيل على الموكل عند انتهاء الوكالة. ولكن لا يوجد ما يمنع من أن يسترد الوكيل فوراً المصروفات التى أنفقها إذا كان فى حاجة إلى ذلك[٤].

ومصدر التزام الموكل برد المصروفات إلى الوكيل هو عقد الوكالة ذاته[1]، فالالتزام إذن عقدى، وليس مبنياً على الفضالة أو على قاعدة الإثراء بلا سبب، ومن هنا كانت الوكالة عقداً ملزماً للجانبين إذا كانت هناك مصروفات يلتزم الموكل بردها[٥]. وهناك فرق، من هذه الناحية، بين المصروفات التى يستردها الوكيل، وتلك التى يستردها الفضولى أو التى يستردها المفتقر لحساب غيره. فالوكيل يسترد، بموجب عقد الوكالة، جميع المصروفات التى أنفقها فى تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد دون أن يرتكب خطأ تتسبب عنه زيادة فى هذه المصروفات[٦]، ويسترد هذه المصروفات مهما كان حظه من النجاح فى مهمته كما يقول النص (م٧١٠مدنى)، حتى لو فشل فيها، لأن التزامه التزام ببذل عناية

---

(١) جيوار فقرة ١٥٦- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧١٩.

(٢) نقض فرنسى ١٢ مايو سنة ١٨٨٦ سيريه ٩٠-١-٣٢٦ - بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧١٨- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٠ ص٩٢١.

(٣) استئناف مختلط ١٤ مارس سنة ١٩٣٣ م٤٥ ص١٩٨- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧١٦.

(٤) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٠ ص٩٢١.

(٥) انظر آنفاً فقرة ٢٠٨- وقارن بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٠٠.

(٦) استئناف مختلط ٨ يونيه سنة ١٨٩٨ م١٠ ص٣١١- فإذا ارتكب خطأ، كأن قام بصفقة فى وقت غير مناسب فكلفته أكثر من المعتاد، أو اشترى سلعة من صنف أعلى مما هو مكلف بشرائه أو بثمن أعلى من ثمن السوق عن تقصير وعدم حيطة، فإن الزيادة فى المصروفات الناشئة عن هذا الخطأ لا يستردها (بون ١ فقرة ١٠٨٧ - لوران ٢٨ فقرة ٨ وفقرة ١٠- جيوار فقرة ١٥٤- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٠٥).

(1) يلتزم الموكل بالمصروفات التى يتكبدها الوكيل بالعمولة لاتمام العمل المسند إليه.
(جلسة ١٩٧٠/١/٢٩ الطعن رقم ٤٦٤ لسنة ٣٥ق س٢١ ص٢١٣)

لا التزام بتحقيق غاية[1]. أما الفضولى فيسترد، بموجب قواعد الفضالة، المصروفات الضرورية النافعة التى سوغتها الظروف (م١٩٥ مدنى). ويسترد المفتقر لحساب الغير، بموجب قواعد الإثراء بلا سبب، المصروفات التى أنفقها ولكن فى حدود ما أثرى به الغير على حسابه بسبب هذه المصروفات (م١٧٩مدنى). وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «وقد يقتضى تنفيذ الوكالة نفقات يصرفها الوكيل أو التزامات تترتب فى ذمته. فالنفقات، ما دامت معقولة، يستردها من الموكل جميعاً مع فوائدها من وقت الإنفاق، وهذا استثناء جديد للقاعدة التى تقضى بأن الفوائد لا تجب إلا من وقت المطالبة القضائية. ويسترد الوكيل النفقات، سواء نجح فى مهمته أو لم ينجح. وهذا فرق ما بين الوكالة من ناحية والفضالة والإثراء بلا سبب من ناحية أخرى، فإن الفضولى يسترد النفقات الضرورية والنافعة.. والدائن فى الإثراء بلا سبب لا يسترد إلا أدنى القيمتين كما هو معروف»[2].

٢٨٧ – التزام الموكل بدفع فوائد المصروفات من يوم الانفاق: جاء فى صدر المادة ٧١٠ مدنى كما رأينا: «على الموكل أن يرد للوكيل ما أنفقه فى تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الإنفاق..». فالمصروفات التى أنفقها الوكيل فى تنفيذ الوكالة تنتج فوائد بالسعر القانونى أو بالسعر الاتفاقى بحسب الأحوال، وذلك من يوم الإنفاق[3].

---

(١) نقض مدنى ١٥ فبراير سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٣٧ ص٢٣٨– استئناف مختلط أول مارس سنة ١٨٩٣ م٥ ص١٤٩– بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٠٤– بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٠ ص٩٢١– ومن جهة أخرى لا يسترد إلا المصروفات التى أنفقها فعلا، حتى لو عادت هذه المصروفات على الموكل بنفع أكبر من قيمتها (بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٠ ص٩٢١).

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٢٢– ص٢٢٣– وتعديل ذلك واضح، فالوكيل يعمل بتفويض من موكله فيسترد كل المصروفات ولو لم ينجح فى مهمته، والفضولى يعمل بغير تفويض من رب العمل ولكنه يتطوع لرعاية مصالحه فيسترد المصروفات الضرورية والنافعة، والمفتقر لحساب غيره يعمل دون تفويض ودون أن يقصد رعاية مصلحة الغير فلا يسترد إلا أدنى القيمتين (كولان وكابيتان ودى لاموراندير فقرة ١٣٦٢ ص٨٧٢).

هذا ويجوز الاتفاق على أن أجر الوكيل يتضمن المصروفات التى ينفقها فى تنفيذ الوكالة، فتخلو عملية تقديم الحساب من تعقيدات حساب المصروفات (أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٧٣– أكثم أمين الخولى فقرة ١٩٠ ص٢٣٦).

(٣) وتطبيقاً لذلك قضى بأن المدين المتضامن إذا دفع كل الدين رجع على المدين المتضامن الآخر بنصيبه فى الدين وبالفوائد من وقت دفع الدين تطبيقاً لأحكام الوكالة (استئناف مختلط ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م٣٦ ص١١٠).

وفى هذا خروج على القواعد العامة، فقد كانت هذه القواعد تقضى بسريان الفوائد من يوم المطالبة القضائية بها (م٢٢٦ مدنى)(١)، وقد سبق أن خرجنا على القواعد العامة أيضاً ولكن لمصلحة الموكل عندما قررنا أن الفوائد على رصيد الحساب المستحق للموكل تسرى من وقت الإعذار لا من وقت المطالبة القضائية بالفوائد(٢). وتستحق الفوائد على المصروفات على النحو الذى قدمناه، سواء كان الوكيل بغير أجر أو كان مأجوراً، فإن تقاضى الأجر لا يمنع الوكيل من تقاضى المصروفات وفوائدها(٣).

ويخصم الوكيل المصروفات وفوائدها من وقت الإنفاق من كل مال يقع فى يده للموكل. فإذا لم يكن للموكل مال فى يد الوكيل، أو كان له مال غير كاف، فما لم يستوفه الوكيل من المصروفات ينتج فوائد من وقت إنفاق المصروفات حتى يستجد مال للموكل فى يد الوكيل فيخصم منه ما تجمد من المصروفات وفوائدها. وما لم يستوف من المصروفات يبقى منتجاً لفوائده كما قدمنا، وأما ما لم يستوف من الفوائد فيبقى سارياً دون أن ينتج فوائد بدوره(٤) وإلا كانت هذه فائدة مركبة وهى ممنوعة بحكم القانون (م٢٣٢ مدنى). وعند انتهاء الوكالة يكون هناك رصيد مدين أو دائن بحسب الأحوال، فيرجع به الموكل على الوكيل أو الوكيل على الموكل كما سبق القول.

---

(١) ويقال فى تعليل ذلك إنه لما كانت الوكالة فى الأصل بغير أجر، فقد وجب أن يتقاضى الوكيل فوائد على ما أنفقه من ماله من وقت الإنفاق حتى لا يتحمل خسارة، ويكفى أنه لا يجنى كسباً (ترولون فقرة ٦٧٤ – لوران ٢٨ فقرة ١١– جيوار فقرة ١٥٦– بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٠٩). ومع ذلك سنرى أن الوكيل يتقاضى الفوائد من وقت الإنفاق حتى لو كانت الوكالة مأجورة. والأولى أن يقال إن الوكالة، حتى لو كانت مأجورة، ليست كالمقاولة من عقود المضاربة، إذ الأجر فيها يزيد أو ينقص حتى يتناسب مع عمل الوكيل، فكان من حق الوكيل أن يتقاضى فوائد على المصروفات التى أنفقها إذ هو غير مضارب، فإذا كان لا يجنى ربحا غير الجزاء الحق على عمله فمن العدل ألا يتحمل أيضاً خسارة – ويذهب الأستاذ أكثم أمين الخولى – هنا كما ذهب فى سريان الفوائد على الوكيل الذى يستعمل مال الموكل لصالحه من وقت الاستعمال – إلى أن أساس الفوائد هو الإثراء بلا سبب الذى يقدر فيه القانون قيمة التعويض تقديراً جزافياً بسعر الفائدة القانونى (أكثم أمين الخولى فقرة١٩٠ ص٢٣٦).

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٧٠.

(٣) نقض فرنسى ١٠ فبراير سنة ١٨٣٦ سيريه ٣٦–١–٥١٢– ٢١ نوفمبر سنة ١٨٩٣ داللوز ٩٤ –١ –٢٦٩– بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٢ ص٩٢٣– ولكن الأجر لا ينتج فوائد من يوم استحقاقه كما تنتج المصروفات فوائد من يوم إنفاقها، إذ لم يرد نص فى هذا المعنى بالنسبة إلى الأجر، فلا تستحق فوائد على الأجر إلا من وقت المطالبة القضائية بالأجر وبفوائده طبقاً للقواعد العامة (انظر آنفاً فقرة ٢٧٧ فى آخرها).

(٤) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٢ ص٩٢٣.

ويجوز للوكيل أن ينزل صراحة أو ضمناً عن تقاضى فوائد على المصروفات التى ينفقها، ولا يعتبر هذا النزول هبة غير مباشرة، بل هو يشبه القرض بغير فائدة[١].

وقد جرى القضاء فى فرنسا على أن وكيل القضايا (avoué)[٢] لا يستحق فوائد على المصروفات التى أنفقها من وقت الإنفاق، استثناء من حكم المادة ٢٠٠١ مدنى فرنسى التى تقضى بأن الوكيل يستحق هذه الفوائد من وقت الإنفاق، فتسرى الفوائد من وقت الإعذار وفقاً للقواعد العامة فى شأن الفوائد[٣]. ويعلل القضاء الفرنسى هذا الاستثناء بأن المادة ٢٠٠١ مدنى فرنسى إنما تسرى فى وكالات التعامل (mandats ad negotia) لا فى الوكالة بالخصومة (mandat ad litem)، وبأن لأتعاب وكيل القضايا تعريفة مقررة لم ترد فيها الفوائد[٤]. والحجتان لا وزن لهما، فالتمييز بين وكالة التعامل والوكالة بالخصومة لا أساس له لا فى القانون ولا فى العدالة، وتعريفة الأتعاب المقررة لوكلاء القضايا لا شأن لها بفوائد المصروفات. ومن ثم اعترض أكثر الفقهاء الفرنسيين على القضاء الفرنسى فى هذه المسألة[٥]. ولا محل للأخذ بهذا القضاء فى مصر، بل يجب القول بأن المحامى إذا أنفق مصروفات لحساب موكله، كأن دفع رسوم القضية من ماله الخاص، فإنه يستحق فوائد على ما أنفقه من يوم الإنفاق تطبيقاً لأحكام المادة ٧١٠ مدنى.

٢٨٨ – سقوط الالتزام برد المصروفات بالتقادم: ولم يرد نص خاص فى سقوط التزام الموكل برد المصروفات بالتقادم، فتسرى القواعد العامة، ويسقط هذا الالتزام بالتقادم بمضى خمس عشرة سنة من وقت استحقاقه. ووقت الاستحقاق يكون عادة وقت التصديق على

---

(١) نقض فرنسى ١١ يونيه سنة ١٨٥٥ داللوز ٥٥–١–٤٢٠– بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧١٤– بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٢ ص٩٢٣.

(٢) وهو غير المحامى (avocat)، ووكيل القضايا فى فرنسا يقوم بإجراءات الدعوى وتقديم الطلبات ولذلك يعد وكيلا عن الخصم، أما المحامى فيقوم بالمرافعة أمام المحكمة. وفى مصر يجمع المحامى بين العملين، ويتقاضى أتعابه عنهما معاً.

(٣) فى فرنسا تستحق الفوائد من وقت الإعذار، لا من وقت المطالبة القضائية بها كما فى مصر.

(٤) نقض فرنسى ٢٣ مارس سنة ١٨١٩ S. chr. – ١٤ يناير سنة ١٨٦٨ سيريه ٦٨–١–١٧٩– ٢١ أغسطس سنة ١٨٧٢ سيريه ٧٢–١–٣٧٩– رن ٢٨ مارس سنة ١٨٥١ سيريه ٥٢–٢–٥٧١– نانسى ٨ يناير سنة ١٨٥٢ سيريه ٥٢–٢–٥٧١– دويه ٢٩ ديسمبر سنة ١٨٥٢ سيريه ٥٣ –٢ –٥٥٩.

(٥) بون ١ فقرة ١١١١– لوران ٢٨ فقرة ١٦ – بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧١١– بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٢– جارسونيه فى المرافعات ١ فقرة ٩٣ ص٣٦٩ هامش ١٦.

الحساب، حيث يدرج الوكيل المصروفات التى أنفقها، فإن بقى له رصيد دائن رجع به على الموكل، وفيه المصروفات التى أنفقها، فتتقادم مع الرصيد بخمس عشرة سنة. وكذلك الأمر فى الفوائد على المصروفات فإنها تدرج مع المصروفات فى الحساب كما قدمنا، ومن ثم لا تسقط بالتقادم إلا مع الرصيد، وبخمس عشرة سنة لا بخمس سنوات[1]. أما فوائد الرصيد ذاته، وهى تستحق من وقت الإعذار إذا كان الرصيد فى مصلحة الموكل ومن وقت المطالبة القضائية بها إذا كان الرصيد فى مصلحة الوكيل، فتسقط بخمس سنوات، شأنها فى ذلك شأن كل دين دورى متجدد[2].

وإذا طالب الوكيل الموكل بالمصروفات وفوائدها من وقت الإنفاق، إما لأن مالا للموكل لا يوجد تحت يده وإما لأنه فى حاجة إلى المال، فإن المصروفات والفوائد تصبح مستحقة من وقت الإنفاق، وتسقط بالتقادم، الأولى بخمس عشرة سنة، والثانية بخمس سنوات[3].

وتسقط المصروفات التى ينفقها المحامى لحساب موكله بالتقادم بخمس سنوات من وقت الإنفاق، وذلك بنص صريح فى المادة ٣٧٦ مدنى إذ تقول: «تتقادم بخمس سنوات حقوق.. المحامين.. على أن تكون هذه الحقوق واجبة لهم جزاء عما أدوه عن عمل من أعمال مهنتهم وما تكبدوه من مصروفات». ثم تنص المادة ٣٧٩ مدنى على أن «١- يبدأ سريان التقادم فى الحقوق المذكورة فى المادتين ٣٧٦ و٣٧٨ من الوقت الذى يتم فيه الدائنون تقدماتهم، ولو استمروا يؤدون تقدمات أخرى. ٢- وإذا حرر سند بحق من هذه الحقوق، فلا يتقادم الحق إلا بانقضاء خمس عشرة سنة». فإذا حرر المحامى سنداً بمصروفاته، لم تسقط هذه المصروفات إلا بانقضاء خمس عشرة سنة.

---

(١) نقض فرنسى ١٨ فبراير سنة ١٨٣٦ سيريه ٣٦-١-٩٤٠- ٧ نوفمبر سنة ١٨٦٤ داللوز ٦٥-١-١٦٦ - ١٢ مارس سنة ١٨٧٨ داللوز ٧٨-١-٢٧٣- جيوار فقرة ١٥٨- أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٤ ص٢٢٣ هامش ٢- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٢ ص٩٢٣- انظر عكس ذلك وأن الفوائد تسقط بخمس سنوات من وقت علم الموكل بالاتفاق: بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧١٥- محمد على عرفة ص٤٠٢- (تسقط الفوائد بخمس سنوات من تاريخ تقديم الحساب).

(٢) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٢ ص٩٢٣- وقارن بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧١٥.

(٣) قرب بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧١٥.

المطلب الثالث

التعويض عن الضرر

٢٨٩- نص قانونى: تنص المادة ٧١١ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«يكون الموكل مسئولا عما أصاب الوكيل من ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذاً معتاداً»(١).

وليس لهذا النص مقابل فى التقنين المدنى القديم، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص(٢).

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى م٦٧٧ - وفى التقنين المدنى الليبى م٧١١- وفى التقنين المدنى العراقى لا مقابل - وفى تقنين

---

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ٩٨٦ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. وأدخلت لجنة المراجعة فيه تعديلات لفظية فأصبح مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، وصار رقمه ٧٤٣ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٤٢، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧١١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢١٩- ص٢٢١).

(٢) وجعل القضاء التعويض عن الضرر أصلا يتفرع عنه التزام الموكل برد المصروفات للوكيل (م٥٢٨/٦٤٩ مدنى قديم). وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن الشارع المصرى، إذ أوجب على الموكل فى المادة ٥٢٨ مدنى قديم أن يؤدى المصروفات المنصرفة من وكيله المقبولة قانوناً أياً كانت نتيجة العمل إذا لم يحصل من الوكيل تقصير فيه، كان يعنى حتما تعويض الوكيل تعويضاً كاملا، ويرمى إلى تحقيق هذا الغرض الذى لن يتوافر إلا بإحاطة الوكيل بسياج من الضمان يكفل له الحصول على مقابل الضرر الذى يتحمله فى شخصه وفى ماله. وإن كانت هذه المادة منقولة من المادة ١٩٩٩ من المجموعة المدنية الفرنسية التى تليها المادة ٢٠٠٠ وفيها نص صريح على أن الموكل عليه تعويض الوكيل عن الخسارة التى يتحملها بغير تقصير منه بسبب قيامه بأعمال الوكالة، إلا أنها فى الواقع شاملة لكلتا الحالتين. فالمصاريف نوع من الخسائر، وخروجها من مال الوكيل من شأنه أن ينقص هذا المال ويلحق به خسارة تعادل النقص الذى حل به. وإذا كان المشرع الفرنسى قد عمد إلى الإسهاب والإيضاح، فقد نحا المشرع المصرى فى القانون المدنى القديم منحى طابعه الإيجاز، فقرر مبدأ التعويض، وترك الباب مفتوحاً أمام القاضى فى مجال التطبيق العملى ليسير بالمبدأ إلى غايته، ويحمل الموكل تبعة تعويض الوكيل ما دام هذا الأخير يعمل فى حدود الوكالة وما دام الضرر لم يكن ناشئاً عن خطأه وتقصيره. وإيراد المشرع المصرى لهذا المبدأ فى المادة ٧١١ مدنى جديد، التى تنص على أن الموكل يكون مسئولا عما أصاب الوكيل من ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذاً معتاداً، لم يقصد به الاستحداث بل زيادة الإيضاح (نقض مدنى أول فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٥٦ ص٢٩٤).

الموجبات والعقود اللبنانى م٧٩٣ فقرة أخيرة[١].

٢٩٠- الشرطان الواجب توافرهما لتحقيق مسئولية الموكل: ويتبين من النص سالف الذكر أن هناك شرطين يجب توافرهما حتى تتحقق مسئولية الموكل عما أصاب الوكيل من ضرر بسبب تنفيذ الوكالة؛ «الشرط الأول» أن يكون تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد هو السبب فى الضرر الذى أصاب الوكيل. (الشرط الثانى) ألاّ يثبت خطأ فى جانب الوكيل. فإذا توافر هذان الشرطان تحققت مسئولية الموكل، وليس يلزم بعد ذلك أن يتوافر أى شرط آخر إذ النص لا يتطلب إلا هذين الشرطين.

فنستعرض كلا من الشرطين المتقدمى الذكر، ثم نستعرض ما لا يشترط توافره.

٢٩١- الشرط الأول- تنفيذ الوكالة هو السبب فى الضرر: يشترط القانون أن يكون الوكيل قد أصابه ضرر «بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذاً معتاداً». فيجب أن يكون تنفيذ الوكالة تنفيذاً معتاداً هو السبب المباشر فى الضرر. فإذا خرج الوكيل فى تنفيذ الوكالة عن السلوك المعتاد، وأصيب من جراء ذلك بضرر، لم يكن الموكل مسئولا[٢]. وإذا لم يكن تنفيذ الوكالة هو السبب المباشر فى الضرر، انتفت مسئولية الموكل، حتى لو كان الضرر قد تحقق فى مناسبة (à l'occasion) تنفيذ الوكالة.

وقد كان القانون الرومانى فى هذا المعنى، فكان لا يلزم الموكل بتعويض الضرر الذى يصيب الوكيل فى مناسبة تنفيذ الوكالة. فإذا أصيب الوكيل فى أثناء تنفيذه الوكالة - لا بسبب هذا التنفيذ - بضرر، كأن سرقت أمتعته أو أصيب فى حادث فجرح أو قتل أو غرق،

---

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدنى السورى م٦٧٧ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م٧١١ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى لا مقابل

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٧٩٤ فقرة أخيرة: على أن الموكل لا يلزم بالموجبات التى ارتبط بها الوكيل ولا بالخسارة التى تحملها لخطأ ارتكبه أو لأسباب خارجة عن الوكالة. (ويفهم من هذا النص، بمدلول المخالفة. أن الموكل يلزم بالخسائر التى تحملها الوكيل بسبب تنفيذ الوكالة إذا كان الوكيل لم يرتكب خطأ فى تنفيذها. فتكون أحكام التقنين اللبنانى متفقة مع أحكام التقنين المصرى).

(٢) ويمكن القول بأن خروج الوكيل فى تنفيذ الوكالة عن السلوك المعتاد يكون خطأ منه، فيختل الشرط الثانى من شروط تحقق مسئولية الموكل وهو عدم ثبوت خطأ فى جانب الوكيل، فلا يكون الموكل مسئولا.

لم يكن الموكل مسئولا عن ذلك. ولكن القانون الفرنسى القديم توسع فى مسئولية الموكل، فجعلها تشمل أيضاً الضرر الذى يصيب الوكيل فى مناسبة تنفيذ الوكالة. ونقل التقنين المدنى الفرنسى عن القانون الفرنسى القديم هذا الحكم، فقضى فى المادة ٢٠٠٠ منه بمسئولية الموكل عن الضرر الذى يصيب الوكيل «فى مناسبة قيامه بالعمل» (à l'occasion de sa gestion).

ولما كان الموكل، فى مسئوليته عن الضرر الذى يصيب الوكيل، إنما يتحمل تبعة هى أقرب إلى الضمان منها إلى المسئولية، فالتوسع فى هذه المسئولية إلى حد أن تشمل الضرر الذى يصيب الوكيل فى «مناسبة» تنفيذ الوكالة أمر خطير(١). فالوكيل ليس أجدر بالرعاية من العامل فى عقد العمل، والعامل إنما يعوض عن الضرر الذى يصيبه فى أثناء العمل بقدر محدود(٢). ومن ثم نرى أن التقنين المدنى المصرى الجديد قد قصر مسئولية الموكل عن الضرر الذى يصيب الوكيل «بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذاً معتاداً»، فاشترط أن يكون تنفيذ الوكالة هو السبب المباشر فى الضرر.

فإذا وكل شخص فى شراء سيارة، وفى أثناء تجربته للسيارة التى اعتزم شراءها للموكل دهس شخصاً فى الطريق، فتحققت مسئوليته باعتباره حارساً للسيارة لا بناء على خطأ ثبت فى جانبه، فإنه يكون مسئولا عن التعويض نحو المصاب، ويرجع بهذا التعويض على الموكل إذ هو ضرر أصابه وخسارة تحملها بسبب تنفيذه للوكالة تنفيذاً معتاداً. أما إذا ثبت خطأ فى جانبه، فإن الموكل لا يكون مسئولا(٣)، فشرط تحقق مسئولية الموكل ألاّ يثبت خطأ فى جانب الوكيل كما سنرى. وإذا كان تنفيذ الوكالة فى ذاته يحقق مسئولية الوكيل المدنية أو الجنائية، كما وقع فى قضية وكل فيها أحد اليهود الألمان شخصاً فى تحصيل أمواله وتصديرها إليه عندما اضطرته القوانين النازية أن يغادر البلاد، فحبس الوكيل

---

(١) قرب أكثم أمين الخولى فقرة ١٩١ ص٢٣٧.

(٢) على أن هناك اتجاهاً عند فريق من فقهاء القانون الفرنسى يميل إلى التوسع، ويذهب إلى جعل التزام الموكل بتعويض الوكيل عن الضرر ليس إلا تطبيقاً لمبدأ عام يقضى بالتزام رب العمل بتعويض من يعمل لحسابه - وكيلا كان أو مقاولا أو عاملا أو غير ذلك - عن الضرر الذى يصيبه بسبب العمل الذى يقوم به (انظر Dereux فى الضرر الذى يصيب من يعمل لحساب غيره المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٠٨). ولكن هذا الاتجاه لم يسد، فالمسلم فى الفقه الفرنسى أن الالتزام بالتعويض مقصور على الوكالة،، فلا يلتزم رب العمل بتعويض المقاول عن الضرر الذى يصيبه بسبب تنفيذ العمل (بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٢٣ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٠٣٧ ص٩٢١ هامش ١).

(٣) وقد قضى بعدم مسئولية الموكل إلا إذا أثبت الوكيل أن الحادث لم يقع بخطأ منه (ليون الاستئنافية ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٧ سيريه ١٩٣٨ -٢-٣١- أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٤ ص٢٢٤ هامش٤).

بسبب تنفيذ هذه الوكالة وغرم، فإن الموكل يكون فى هذه الحالة مسئولا عن تعويض الوكيل(١). وإذا كان الوكيل بين أن ينقذ مالا مملوكاً له أو مالا فى يده للموكل، أو كان فى وسعه أن يتحاشى هلاك مال الموكل باستعمال ماله الخاص، فإنه لا يلتزم، كما يلتزم المستعير (م٦٤١ مدنى)، بتضحية ماله من أجل مال الموكل. فإذا هو فعل، وأنقذ مال الموكل بتضحية ماله الخاص، كان هذا ضرراً أصابه بسبب تنفيذ الوكالة، وجاز له أن يرجع بالتعويض على الموكل. وإذا ضيع الوكيل على نفسه صفقة حتى يحقق للموكل ربحاً أكبر مما خسره هو بسبب ضياع الصفقة عليه، كان له أن يرجع على الموكل بتعويض هذه الخسارة. والوكيل فى ذلك ليس أقل جدارة باستحقاق التعويض من الفضولى، والفضولى يستحق التعويض عن الضرر الذى لحقه بسبب قيامه بالعمل (م١٩٥ مدنى). وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «وإذا أصاب الوكيل ضرر من تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد، ولم يكن قد ارتكب خطأ تسبب عنه هذا الضرر، فإن له أن يرجع على الموكل بتعويض هذا الضرر كما يرجع الفضولى، مثال ذلك أن يضحى بمصلحة شخصية حرصاً على مصلحة أكبر للموكل»(٢).

أما إذا لم يكن تنفيذ الوكالة هو السبب المباشر فى الضرر، فإن الموكل لا يكون مسئولا، ولو كان الضرر قد وقع فى مناسبة هذا التنفيذ ما سبق القول. فإذا وكل محام فى قضية اقتضته أن يسافر إلى مقر المحكمة، فركب قطاراً أو سيارة أو سفينة، وفى الطريق وقع اصطدام بالقطار أو بالسيارة أو غرقت السفينة، فجرح المحامى أو قتل أو غرق، لم يكن الموكل مسئولا عن التعويض. وكذلك لو أصاب المحامى ضرر مالى، كأن سرقت أمتعته فى الطريق أو ضاعت أو تمزقت ملابسه بسبب حادث وقع، فإن الموكل لا يكون مسئولا(٣).

---

(١) كولمار ١٦ فبراير سنة ١٩٣٧ جازيت دى پاليه ١٩٣٧-١-٨٦٢- أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٨٤.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٢٣- وقد قضى بأن الوكيل بالعمولة إذا وكل فى بيع أسهم فى البورصة أو فى شرائها، فباع أو اشترى، ثم تخلف الموكل عن تسليمه الأسهم التى وكل فى بيعها أو تسليمه ثمن الأسهم التى وكل فى شرائها، فنفذ على الوكيل بالعمولة، كان لهذا الوكيل أن يرجع على الموكل بما لحقه من الخسارة من جراء ذلك (نقض فرنسى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٤-١-٥٣٧). ويدخل فى التعويض المستحق للوكيل عما أصابه من الخسارة أن يلتزم الوكيل باسمه الشخصى لحساب الموكل كما فى الاسم المستعار (المسخر)، فيلتزم الموكل أن يبرئ ذمة الوكيل من هذا الالتزام (نقض فرنسى أول يوليه سنة ١٨٥٦ داللوز ٥٦-١-٤٦٤- ٥ أغسطس سنة ١٨٨٠ داللوز ٨١-١-١٦٦- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨١ ص٩٢٢).

(٣) أكثم أمين الخولى فقرة ١٩١ ص٢٣٧- وقارن محمد على عرفة ص٤٠٢ - ص٤٠٣ - محمد كامل مرسى فقرة ٢٢١.

ويبدو أن مسئولية الموكل فى القانون الفرنسى تتحقق فى هذه الأحوال، نظراً لأن نص التقنين المدنى الفرنسى أوسع من نص التقنين المدنى المصرى، فهو لا يقتصر على إيجاب التعويض عن الضرر بسبب تنفيذ الوكالة كما اقتصر نص التقنين المدنى المصرى، بل يجاوز ذلك إلى إيجاب التعويض عن الضرر الذى يقع فى مناسبة تنفيذ الوكالة[1]، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك. على أنه يجوز أن يصيب الوكيل ضرر فى جسمه أو فى ماله بسبب قيامه بأعمال الوكالة نفسها، فيكون الموكل مسئولا عن التعويض حتى فى القانون المصرى. مثل ذلك أن تكون الوكالة بالذات واقعة على استئجار قطار أو سيارة أو سفينة للقيام برحلة مدرسية أو رحلة عمالية أو نحو ذلك، فيجرح الوكيل أو يقتل أو يغرق، فيكون الضرر قد أصابه بسبب تنفيذ الوكالة، ويكون الموكل مسئولا عن التعويض[2].

٢٩٢- الشرط الثانى - لا خطأ فى جانب الوكيل: ولا يكون الموكل مسئولا عن الضرر الذى يصيب الوكيل بسبب تنفيذ الوكالة إلا إذا كان لم يثبت خطأ فى جانب الوكيل. وتنص المادة ٧١١ مدنى صراحة على هذا الشرط، فهى تقضى بمسئولية الموكل «عما أصاب الوكيل من ضرر دون خطأ منه». فإن ارتكب الوكيل خطأ فى تنفيذ الوكالة، كأن جاوز حدود التوكيل فأصبح مسئولا نحو من تعامل معه، أو ارتكب خطأ جعله مسئولا قبل الغير، أو ارتكب مخالفة حكم عليه بالغرامة فيها، فإن الموكل لا يكون مسئولا عن تعويضه الضرر الذى لحق به من جراء الحكم عليه بالتعويض أو بالغرامة[3].

---

(١) نقض فرنسى ١٠ مايو سنة ١٩٠٥ داللوز ١٩٠٥-١-٤٢٨- ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٠٧ داللوز ١٩٠٨ -١-٤٨١- باريس ٤ أغسطس سنة ١٨٥٢ داللوز ٥٣-٢-٧٥- إكس ٢٣ أكتوبر سنة ١٨٨٩ داللوز ٩٠-٢-٣٠١- باريس ٣ ديسمبر سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٤-٢-٤١٨- السين ٢٨ أبريل سنة ١٩٠٦ داللوز ١٩٠٦-٥-٦٠- جيوار فقرة ١٧٤- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٢٠- أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٤ ص٢٢٤- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨١ ص٩٢٢- جوسران ٢ فقرة ١٤١٣ (ويصف التزام الموكل بأنه التزام عقدى بضمان السلامة ترتب فى ذمة الموكل نحو الوكيل).

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بمسئولية صاحب السفينة عن تعويض قبطانها بسبب القبض عليه من السلطات اليونانية فى أثناء الحرب ما بين تركيا واليونان، وهو يحمل جنوداً عثمانيين وأسلحة وذخائر (استئناف مختلط ١٤ فبراير سنة ١٩٠٠ م١٢ ص١١٣). وقضت أيضاً بمسئولية الموكل عن تعويض ورثة الوكيل الذى قتل فى أثناء قيامه بتنفيذ الوكالة (استئناف مختلط ٢ مايو سنة ١٩٤٦ م٥٨ ص١٧٩).

(٣) باريس ٣ ديسمبر سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٤ -٢-٤١٨- ٤ يونيه سنة ١٩١٠ داللوز ١٩١١ -٢-٣٠١- جيوار فقرة ١٧٥- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٠٦ وفقرة ٧٢١- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨١ ص٩٢٢ هامش١.

وقد قدمنا أنه قد يقضى على الوكيل بالتعويض لعمل يأتيه فى تنفيذ الوكالة دون أن يثبت خطأ فى =

فإذا لم يثبت خطأ في جانب الوكيل[1]، فإن الموكل يكون مسئولا، سواء حدث الضرر للوكيل بخطأ الموكل أو بخطأ الغير أو بقوة قاهرة.

٢٩٣- ما لا يشترط توافره: ومتى توافر الشرطان المتقدما الذكر، فإن مسئولية الموكل تتحقق، ويجب عليه تعويض الوكيل عما أصابه من ضرر بسبب تنفيذ الوكالة.

ويستوى فى ذلك أن تكون الوكالة غير مأجورة أو تكون مأجورة، فإن نص المادة ٧١١ مدنى لا يميز بين الوكيل غير المأجور والوكيل المأجور. ومن ثم يكون الموكل مسئولا عن تعويض الوكيل عن الضرر الذى أصابه بسبب تنفيذه الوكالة، حتى لو كان مأجوراً[2].

ويستوى فى ذلك أيضاً أن يكون الوكيل قد نجح فى مهمته أو لم ينجح، فإن المادة ٧١١ مدنى لم تشترط نجاح الوكيل فى مهمته حتى يرجع بالتعويض على الموكل عن الضرر الذى أصابه بسبب تنفيذ الوكالة. ورجوع الوكيل على الموكل بالتعويض كرجوعه عليه بالمصروفات، لا يشترط فى كليهما أن يكون الوكيل قد نجح فى مهمته، وقد سبق بيان ذلك فى رجوع الوكيل بالمصروفات[3].

ويستوى فى ذلك أخيراً أن يكون الضرر الذى أصاب الوكيل قد ظهر فى أثناء تنفيذ الوكالة أو ظهر بعد أن تم تنفيذها. فما دام تنفيذ الوكالة هو السبب المباشر فى الضرر، فإن الموكل يكون ملتزماً بالتعويض[4].

=جانبه، وتكون مسئوليته قائمة على أساس حراسته لسيارة أو لحيوان، ففى هذه الحالة لا يكون قد ارتكب خطأ ينفى مسئولية الموكل ويكون هذا مسئولا عن تعويض الوكيل (انظر آنفاً فقرة ٢٩١).

(١) وعبء الإثبات يقع على الوكيل، فعليه أن يثبت أن الضرر قد وقع عليه دون أن يرتكب خطأ (قرب ليون ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٧ سيريه ١٩٣٨-٢-٣١- أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٤ ص٢٣٤ هامش ٤- وانظر آنفاً فقرة ٢٩١ فى الهامش).

(٢) ترولون فقرة ٦٧٢- جيوار فقرة ١٧٤- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٢٣- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨١- انظر عكس ذلك وأنه يشترط أن تكون الوكالة غير مأجورة أكثم أمين الخولى فقرة ١٩١ ص٢٣٧.

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢٨٦- جيوار فقرة ١٧٤- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٢٢.

(٤) نقض فرنسى ٦ أغسطس سنة ١٨٨٩ سيريه ٩١-١-٥١٨- باريس ٢٦ يوليه سنة ١٨٩٥ سيريه ٩٧-٢-٣٠٥- ٣ ديسمبر سنة ١٩٠٢ سيريه ١٩٠٤ -٢-٢٨٩- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٢٠ مكررة - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨١ ص٩٢٢.

ويذهب الأستاذ أكثم أمين الخولى إلى اشتراط عدم وجود من يلتزم بتعويض الضرر الذى أصاب الوكيل، حتى يستطيع الوكيل أن يرجع بالتعويض على الموكل الذى لم يرتكب أى خطأ (أكثم =

٣٩٤- مصدر التزام الموكل بالتعويض: والتزام الموكل بتعويض الوكيل عن الضرر الذى أصابه بسبب تنفيذ الوكالة مصدره عقد الوكالة بالذات، شأن هذا الالتزام فى ذلك شأن الالتزام برد المصروفات فيما قدمناه[١]. ومن هنا أيضاً كانت الوكالة عقداً ملزماً للجانبين إذا كان هناك تعويض يلتزم الموكل بدفعه للوكيل[٢].

وعلى الوكيل يقع عبء إثبات أن هناك ضرراً لحقه بسبب تنفيذ الوكالة، كما يقع عليه عبء إثبات أن هذا الضرر لم يقع بخطأ منه وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك[٣].

ولما كان التزام الموكل بتعويض الوكيل مصدره عقد الوكالة كما قدمنا، فإن مسئولية الموكل عن التعويض تكون مسئولية عقدية لا مسئولية تقصيرية. ويترتب على ذلك أمران: (الأمر الأول) أنه يجوز للموكل أن يشترط إعفاءه من هذه المسئولية، ولو كانت المسئولية تقصيرية لما جاز له ذلك[٤]. (الأمر الثانى) أن التزام الموكل بالتعويض يسقط بخمس عشرة سنة طبقاً للقواعد العامة فى المسئولية العقدية[٥]، وتسرى المدة من وقت وقوع الضرر أو من وقت التصديق على الحساب. ولو كانت المسئولية تقصيرية، لسقط الالتزام بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة بحسب الأحوال.

المطلب الرابع
الضمانات التى تكفل التزامات الموكل

٣٩٥- بيان هذه الضمانات: للوكيل، فى الرجوع على الموكل بالتزاماته، الضمانات

=أمين الخولى فقرة ١٩١ ص٢٣٧). ونرى أن القانون لم يشترط إلا انتفاء خطأ الوكيل، أما إذا وجد شخص يكون مسئولا عن الضرر الذى أصاب الوكيل، فإ ذلك يجعل هذا الشخص هو والموكل معاً مسئولين بالتضامم نحو الوكيل. وإذا رجع الوكيل على الموكل بموجب المسئولية العقدية، جاز أن يرجع الموكل بموجب المسئولية التقصيرية على هذا الشخص المسئول عن الضرر الذى أصاب الوكيل.

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٨٦.

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٠٨- وقارن بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٠٠.

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢٩١ فى الهامش وفقرة ٢٩٢ فى الهامش.

(٤) بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٢٣- محمد على عرفة ص٤٠٣- وكما يجوز أن يكون هذا الاشتراط صريحاً، يجوز كذلك أن يكون ضمنياً. ويمكن أن يستخلص الاشتراط الضمنى من ظروف الوكالة ومن حالة الوكيل، وبخاصة إذا كان الوكيل بأجر وكان الضرر الذى أصابه هو الضرر المألوف الذى يتعرض له بسبب مهنته.

(٥) باريس ٣ ديسمبر سنة ١٩٠٢ سيريه ١٩٠٤ -٢- ٢٨٩- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٢٤ مكررة.

التى يكفلها له القانون العام. فهو يرجع على أموال الموكل، شأنه فى ذلك شأن سائر الدائنين. وله، إذا حصل على حكم واجب التنفيذ، أن يأخذ اختصاصا بعقارات الموكل (م١٠٨٥ مدنى)، كما أن له أن ينفذ على جميع أموال الموكل بالطرق التى قررها قانون المرافعات. ولم يقرر القانون امتيازاً خاصا للوكيل على مال موكله أو على المال الذى يكون فى يده للموكل(١). ولكن إذا كانت الوكالة تقتضى أن يصرف الوكيل مبالغ فى حفظ منقول للموكل أو فيما يلزم له من ترميم، كان لهذه المبالغ ولأجر الوكيل حق امتياز على المنقول وفقاً لأحكام المادة ١١٤٠ مدنى(٢).

وقد قدمنا أن للمحامى، لكفالة أتعابه، ضمانات خاصة، هى حق اختصاصه بعقارات موكله فى حالات تجاوز القانون العام وحق الامتياز على ما آل للموكل فى النزاع موضوع التوكيل(٣).

---

(١) أما بالنسبة إلى الوكيل بالعمولة فقد نصت المادة ١٥٩ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أن «١- للوكيل فضلا عن حقه فى الحبس امتياز على البضائع وغيرها من الأشياء التى يرسلها إلى الموكل أو يودعها لديه أو يسلمها له. ٢- يضمن الامتياز أجر الوكيل والمصاريف والمبالغ التى يدفعها عن الموكل أو يقرضها له وغير ذلك من المبالغ التى تستحق للوكيل بسبب الوكالة سواء أنفقت قبل تسليم البضائع أو الأشياء أو اثناء وجودها فى حيازة الوكيل. ٣- يتقرر الامتياز دون اعتبار لما إذا كان الدين قد نشأ عن أعمال تتعلق بالبضائع أو الأشياء التى لا تزال فى حيازة الوكيل أو ببضائع أو أشياء أخرى سبق إرسالها إليه أو ايداعها عنده أو تسليمها له.

وقضت المادة ١٦٠ من هذا القانون بأنه «لا يكون للوكيل الامتياز المشار إليه فى المادة السابقة إلا إذا كان حائزا لبضائع أو لأشياء لحساب الموكل وتتحقق هذه الحيازة فى الحالات الآتية: أ- إذا تسلم الوكيل البضائع أو الأشياء فعلا. ب- إذا وضعت تحت تصرفه فى الجمرك أو فى مخزن عام أو خاص. ج- إذا كان يحوزها قبل وصولها بمقتضى سند شحن أو أية وثيقة نقل أخرى. د- إذا صدرها وظل حائزا لها بمقتضى سند شحن أو أية وثيقة نقل أخرى. ٢- إذا بيعت البضائع أو الاشياء التى يقع عليها الامتياز وسلمت إلى المشترى انتقل امتياز الوكيل إلى الثمن.

وتنص المادة ١٦١ على ما يأتى: امتياز الوكيل التجارى مقدم على جميع الامتيازات الأخرى ما عدا المصاريف القضائية والضرائب والرسوم المستحقة للدولة.

وقد قضت محكمة النقض بأن عقد الوكالة بالعمولة، وإن يكن عقداً تبادلياً ملزماً طرفيه معاً، فإنه، بحسب الأصل، لا يلزم الموكل إلا بأن يدفع للوكيل العمولة، أى الأجرة المتفق عليها، مع ما يكون الوكيل قد صرفه فى سبيل الوكالة وفوائده من وقت صرفه. فلا وجه للوكيل فى مساءلة الموكل - فى غير حالة الشرط الصريح - إذا هو لم يضع تحت تصرف الوكيل البضائع التى تعاقد معه على تصريفها لحسابه (نقض مدنى ٢ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٣٣ ص٢٩٢).

(٢) نقض فرنسى ٢١ يناير سنة ١٩٠٨ دالوز ١٩١٠-١-١٦١- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٦٢- جيوار فقرة ١٨٠- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٧ ص٩٣١.

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢٨٢.

يبقى أن للوكيل، محامياً كان أو غير محام، ضمانين خاصين يكفلان التزامات الموكل نحوه، هما الحبس والتضامن فى حالة تعدد الموكلين، وهذان الضمانان هما اللذان نتولى الآن بحثهما.

٢٩٦- الحبس: كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يتضمن نصاً فى هذه المسألة، فكانت المادة ٩٨٧ من المشروع تنص على ما يأتى: «للوكيل الحق فى حبس الأشياء التى يملكها الموكل وتكون فى يد الوكيل بحكم الوكالة، وذلك ضماناً لتنفيذ الموكل لالتزاماته»(١). وقد حذفت هذه المادة فى لجنة المراجعة «لأن حكمها مستفاد من قواعد الحبس»(٢).

ولما كان التزام الوكيل برد ما فى يده للموكل مرتبطاً بالتزامات الموكل الناشئة عن عقد الوكالة، فإن المادة ١/٢٤٦ مدنى تغنى عن النص المحذوف، وهى تقرر القاعدة العامة فى الحبس إذ تقول: «لكل من التزم بأداء شئ أن يمتنع عن الوفاء به، ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به، أو ما دام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا». فيجوز إذن للوكيل أن يحبس ما فى يده للموكل حتى يستوفى منه ما هو ملتزم به بموجب عقد الوكالة. وقد قدمنا أن الوكيل يلتزم بأن يرد كل ما كسبه لحساب الموكل وكل ما وقع فى يده من مال أو أوراق للموكل بسبب الوكالة. فيرد ما اشتراه لحساب الموكل من بضائع وأعيان وأوراق مالية، وما قبضه لحساب الموكل من حقوق كدين أو ثمن أو أجرة، وما فى يده من أوراق ومستندات تتعلق بالوكالة وتخص الموكل(٣). ومن ثم يكون له أن يحبس كل هذه الأشياء والأموال حتى يستوفى حقوقه من الموكل، من أجر ومصروفات وتعويض(٤). وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع

---

(١) وتنص المادة ٧٩٨ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على أنه «يحق للوكيل أن يحبس عنده منقولات الموكل أو بضائعه التى سلمت أو أرسلت إليه، حتى يستوفى ما حق له عليه وفاقاً لأحكام المادة ٧٩٣».

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٢٠ فى الهامش.

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢٦٩ وفقرة ٢٧١.

(٤) استئناف مختلط ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م٤٦ ص٢١- نقض فرنسى ١٧ يناير سنة ١٨٦٦ داللوز ٦٦-١-٧٧- ١٠ أغسطس سنة ١٨٧٠ داللوز ٧١-١-٤٠- ٦ فبراير سنة ١٨٧٧ داللوز ٧٧-١-٧٩- ٢٥ يناير سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٤-١-٦٠١- جيوار فقرة ١٥٠- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٦٣ (ومع ذلك انظر فقرة ٧٦٧ حيث يذهبان إلى أن الأجر لا يرتبط بما للموكل فى يد الوكيل، فلا يكون لهذا الأخير حق الحبس لاستيفاء الأجر)- أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٤ ص٢٢٨- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٧ ص٩٣١- كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٣٦٢ ص٨٧٢- جوسران ٢ فقرة ١٤١٦.

التمهيدى فى هذا الصدد: «وللوكيل، ضماناً لاستيفاء حقوقه، أن يحبس ما وقع فى يده من مال الموكل بحكم الوكالة، كثمن ما وكل فى بيعه والحق الذى استوفاه للموكل من مدينيه. وهذا تطبيق ظاهر للمبدأ العام فى الحبس»(١).

بل إن للوكيل أن يستعمل حق الحبس حتى يسلمه الموكل المخالصة بإبراء ذمته بعد التصديق على الحساب، فإن الموكل يلتزم بإعطاء هذه المخالصة للوكيل على ما قدمناه(٢)، فإذا امتنع عن إعطائها له كان للوكيل أن يحبس ما فى يده(٣).

وقد قدمنا أن الوكيل يلتزم برد سند التوكيل للموكل عند انتهاء الوكالة، وأنه لا يجوز له أن يحبس هذا السند ولو كانت له حقوق فى ذمة الموكل لم يستوفها، فنحيل هنا إلى ما ذكرناه هناك(٤).

وإذا فوض للوكيل أن يقوم بصفقات متفرقة لموكل واحد لا توجد رابطة بينها، كما إذا وكل فى قبض حقوق أو كمبيالات مختلفة فى ذمة مدينين متعددين، فإنه لا يستطيع أن يحبس فى صفقة ما وقع فى يده بسبب صفقة أخرى، وتقوم كل صفقة عن أساس وكالة مستقلة(٥). فإذا كانت الصفقات مرتبطة بعضها ببعض بحيث تقوم كلها على وكالة واحدة ويقوم عنها حساب واحد، جاز للوكيل أن يعتبر الصفقات كلا لا يقبل التجزئة، وأن يحبس فى صفقة ما وقع فى يده بسبب صفقة أخرى(٦).

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٢٣.

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٧٢.

(٣) نقض فرنسى ٢١ مايو سنة ١٩٠٠ داللوز ١٩٠١-١-٢٦٥- أميان ٤ يناير سنة ١٨٩٣ داللوز ٩٣-٢-٣٧٥- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٧ ص٩٣١- عكس ذلك بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٦٤ مكررة - محمد على عرفة ص٤٠٤.

(٤) انظر آنفاً فقرة ٢٧١- وكذلك قدمنا أن المحامى ليس له أن يحبس فى أتعابه المستندات والأوراق التى لموكله، وإنما له أن يستخرج على نفقة موكله صوراً من جميع المحررات التى تصلح سنداً له فى المطالبة، وأن يحبس المستندات والأوراق الأصلية حتى يؤدى له الموكل مصروفات استخراج تلك المحررات، وذلك كله طبقاً لأحكام المادة ٤١ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ (انظر آنفاً فقرة ٢٧١ فى الهامش).

(٥) نقض فرنسى ٦ ديسمبر سنة ١٩٢١ داللوز ١٩٢٢-١-٥٦- بوردو ١٤ مايو سنة١٨٧٩ داللوز ٨٠-٢-٧٦- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٦٥- محمد على عرفة ص٤٠٤- أكثم أمين الخولى فقرة ١٩٢ ص٢٤٠.

(٦) أنجيه ١٠ يوليه سنة ١٩٣٤ داللوز الأسبوعى ١٩٣٤- ٥٣١- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٧ ص٩٣٢- محمد على عرفة ص٤٠٤- أكثم أمين الخولى فقرة ١٩٢ ص٢٤٠.

وإذا رد الوكيل للموكل ما تحت يده، انتهى حق الحبس. وقد قضى بأن الوكيل فى إدارة أرض زراعية، إذا رد الأرض للموكل مع المحصول، انتهى حق حبسه للمحصول إذ هو تابع للأرض والتابع يسرى عليه حكم الأصل[1].

٢٩٧ - تضامن الموكلين المتعددين - نص قانونى: تنص المادة ٧١٢ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«إذا وكل أشخاص متعددون وكيلا واحداً فى عمل مشترك، كان جميع الموكلين متضامنين قبل الوكيل فى تنفيذ الوكالة، ما لم يتفق على غير ذلك»[2].

ويتبين من النص سالف الذكر أنه إذا تعدد الموكلون فى تصرف واحد، كانوا متضامنين فى التزامهم نحو الوكيل. والأصل أنه لا يقوم التضامن فى الالتزامات العقدية إلا بنص، ولما كانت التزامات الموكل ناشئة عن العقد فإن التضامن كان لا يقوم بين الموكلين المتعددين لولا هذا النص الذى خرج فى هذه المسألة على القواعد المقررة فى

---

(١) استئناف مختلط ١٤ مارس سنة ١٩٣٣ م٤٥ ص١٩٨.

(٢) **تاريخ النص**: ورد هذا النص فى المادة ٩٨٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٧٤٤ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٤٣، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧١٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٢١ - ص٢٢٤).

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى القديم. ولما كان التضامن فى الالتزامات العقدية لا يثبت إلا بنص، فإنه كان لا يقوم بين الموكلين المتعددين فى عهد التقنين المدنى القديم (مصر الوطنية ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٤ وقم ١٣٦ ص٢٥٨). والعبرة بتاريخ الوكالة، فإن عقدت قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ لم يكن هناك تضامن بين الموكلين المتعددين تطبيقاً لأحكام التقنين المدنى القديم، وإلا فإن أحكام التقنين المدنى الجديد هى التى تسرى ويقوم التضامن بين الموكلين المتعددين.

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدنى السورى م٦٧٨ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م٧١٢ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى لا مقابل (فلا تضامن بين الموكلين المتعددين).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٧٩٧: إذا كانت الوكالة صادرة عن جملة أشخاص فى قضية مشتركة بينهم، فكل شخص منهم يكون مسئولا تجاه الوكيل على نسبة مصلحته فى القضية، ما لم يكن هناك نص مخالف.

(والتقنين اللبنانى صريح فى أن التضامن لا يقوم بين الموكلين إلا باتفاق خاص، وكان يكفيه لتقرير هذا الحكم أن يسكت إذ لا يقوم التضامن فى الالتزامات العقدية إلا بنص. ويختلف التقنين اللبنانى فى هذا عن التقنين المصرى الذى يقرر بنص صريح تضامن الموكلين المتعددين).

التضامن[1]. وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى، فى هذا الصدد: «وإذا تعدد الموكلون فى العمل الواحد، كانوا متضامنين فى التزاماتهم قبل الوكيل دن حاجة إلى شرط خاص فى ذلك. وفى هذا استثناء من القاعدة التى تقضى بأن التضامن فى المسئولية التعاقدية لا يكون إلا بشرط خاص. وإذا أريد نفى التضامن، وجب اشتراط ذلك[2]».

وتضامن الموكلين فى التزاماتهم نحو الوكيل يقابل تضامن الوكلاء فى التزاماتهم نحو الموكل[3](1). والنص سالف الذكر يقرر تضامن الموكلين فى التزاماتهم نحو الوكيل، ولا يقرر تضامن الموكلين فى حقوقهم التى تترتب فى ذمة الوكيل، فلا تضامن بينهم فى هذه الحقوق، وقد رأينا مثل ذلك فى عدم تضامن الوكلاء فى حقوقهم التى تترتب فى ذمة الموكل[4]. وإذا تعدد الموكلون والوكلاء فى عمل واحد، كان الموكلون وكذلك الوكلاء متضامنين فى التزاماتهم، وغير متضامنين فى حقوقهم.

ويشترط النص سالف الذكر أن يكون هناك موكلون متعددون فى عمل مشترك، فهناك إذن شرطان: (١) أن يكون هناك موكلون متعددون. فلابد من عقد وكالة، ومن ثم لا يقوم التضامن فى النيابة القانونية ولا فى النيابة القضائية إذا تعدد الأصيل. فلا يقوم التضامن بين المحجورين المتعددين نحو الولى أو الوصى أو القيم[5]، ولا يقوم التضامن بين

---

(١) ومع أنه كان لا يوجد فى التقنين المدنى القديم نص يقضى بتضامن الموكلين على ما بيناه، فإن القضاء المختلط كان فى عهد هذا التقنين يقضى تحكمياً بالتضامن: استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م٢٢ ص٧٣- ٢٠ أبريل سنة ١٩٢٦ م٣٨ ص٣٨٠- ٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٢٥٥- ٢٥ يناير سنة ١٩٣٣ م٤٥ ص١٤٦- ٤ يناير سنة ١٩٣٤ م٤٦ ص١١٤- وانظر فى تضامن (لا تضامن) الموكلين: استئناف مختلط ١٤ ديسمبر سنة ١٩٤٣ م٥٦ ص١٦.

ولكن القضاء الوطنى كان يقضى على العكس من ذلك بعدم قيام التضامن بين الموكلين المتعددين: مصر الوطنية ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٤ رقم ١٣٦ ص٢٥٨ (وهو الحكم السابق الإشارة إليه) - وانظر محمد على عرفة ص٤٠٥.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٢٣.

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢٦٠.

(٤) انظر آنفاً فقرة ٢٦٠.

(٥) يون ١ فقرة ١١٢٩ - لوران ٢٨ فقرة ٤١- جيوار فقرة ١٧٨- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٥٩- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٦ ص٩٣٠- بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٠٣٩- جوسران ٢ فقرة ١٤١٥.

(1) النص فى المادة ٧١٢ من القانون المدنى على أنه إذا وكل أشخاص متعددون وكيلا واحدا فى عمل مشترك كان جميع الموكلين متضامنين قبل الوكيل فى تنفيذ الوكالة ما لم يتفق على غير ذلك وكان استحقاق الوكيل لأجرة مترتبا على تنفيذ الوكالة ويدخل فيه.

(جلسة ١٩٨٣/١/١٦ الطعن رقم ٨٨١ س٥١ق)

الموضوعين تحت الحراسة المتعددين أو الدائنين المتعددين نحو الحارس القضائى أو أمين التفليسة[1]. وإذا كان عمل مشترك بين أشخاص متعددين، وأقام بعضهم دون بعض وكيلا فى هذا العمل، فإن من أقام الوكيل هم الذين يكونون متضامنين دون الذين لم يشتركوا فى إقامة الوكيل[2]. (٢) أن تكون الوكالة فى عمل مشترك[3](1). فلو وكل عدة

---

(١) نقض فرنسى ٢٣ مايو سنة ١٩٣٧ سيريه ٣٧-١- ٨٣٩- بون ١ فقرة ١١٢٧- لوران ٢٨ فقرة ٤٠- جيوار فقرة ١٧٨- هذا إلى أن أمين التفليسة إنما هو وكيل عن جماعة الدائنين (masse) لا عن آحاد الدائنين (بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٥٩ ص٤٠٤).

(٢) بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٦٠- ويذهب رأى إلى أن التضامن لا يقوم إلا إذا اشترك جميع أصحاب المصلحة فى العمل المشترك فى إقامة الوكيل (جيوار فقرة ١٧٩)، وظاهر أن هذا الرأى لا يتفق مع الضرر الصريح.

هذا والتضامن لا يكون إلا فى علاقة الموكلين بالوكيل، أما فى علاقتهم بالغير الذى تعاقد معه الوكيل فلا يكونون متضامنين إلا إذا كان التضامن مشترطاً (استئناف مختلط ٢٥ يناير سنة ١٩٣٣ م٤٥ ص١٤٦).

وهناك رأى يذهب إلى أن الحكم (arbitre) كالوكيل، فيكون من أقاموه حكماً متضامنين نحوه فى التزامهم بدفع الأجرة (نقض فرنسى ١٧ نوفمبر سنة ١٨٣٠ سيريه ٣١-١-٢٨- لوران ٢٨ فقرة ٣٧ وما بعدها). وكذلك الخبير (expert) يكون من عينوه أو وافقوا على تعيينه متضامنين نحوه فى التزامهم بدفع الأتعاب، وكذلك يكونون متضامنين حتى لو كانت المحكمة هى التى عينت الخبير من تلقاء نفسها (رن ٢٥ يونيه سنة ١٨٤٤ داللوز ٤٥-٢-١٥٨- جرينوبل ١٣ ديسمبر سنة ١٨٤٨ داللوز ٥٠-٢-١٩- بوردو ٨ يونيه سنة ١٨٥٥ داللوز ٥٦- ٢- ٢٧٠- أميان ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٠١ داللوز ١٩٠٣-٢- ٢٨١- السين ٢١ ديسمبر سنة ١٨٧٢ داللوز ٧٤-٥-٢٤٣- جيوار فقرة ١٧٧). أما لو طلب أحد الخصوم وحده تعيين خبير، كان هو المسئول (بيزانسون ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٧٤ داللوز ٧٧-٢-١٠٣ الجزائر ٢٥ أكتوبر سنة ١٨٩٣ المجلة الجزائرية ١٨٩٤ ص٢٩)- والصحيح أن كلا من الحكم والخبير ليس بوكيل، فلا يسرى لمصلحتهما حكم التضامن (بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٥٨- بيدان ١٢ فقرة ٣٢٠- أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٤ ص٢٢٧ هامش ١٢ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٦ ص٩٣٠- أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٣٢٠).

(٣) نقض فرنسى ١٢ مارس سنة ١٩٣٣ سيريه ٣٣-١-٣٠٢- ٧ فبراير سنة ١٨٦٦ سيريه ٦٦ -١ -٩٣- ترولون فقرة ٦٨٨- بون ١ فقرة ١١٢٤- جيوار فقرة ١٧٩ - بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٦٠- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٦ ص٩٣٠- أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٣١٦- ويشترط أن يعرف الموكلون المتعددون بعضهم بعضا (نقض فرنسى ٧ فبراير سنة ١٨٦٦ سيريه ٦٦-١-٩٣).

(1) النص فى المادة ٧١٢ من القانون المدنى على أنه «إذا وكل أشخاص متعددون وكيلا واحدا فى عمل مشترك كان جميع الموكلين متضامنين قبل الوكيل فى تنفيذ الوكالة ما لم يتفق على غير ذلك» مفاده أنه إذا تعدد الموكلون فى تصرف واحد كانوا متضامنين نحو الوكيل، وإذ كان الثابت = =من

أشخاص محامياً فى قضية مشتركة بينهم، كانوا متضامنين فى دفع الأجر للمحامى ورد المصروفات والقيام بالالتزامات الأخرى[1]. أما إذا كانت الوكالة فى أعمال مختلفة، كل موكل قد وكل الوكيل فى عمل خاص به، فإن الموكلين لا يكونون متضامنين، لأن الأمر يتعلق بوكالات متعددة لا بوكالة واحدة، وهذا حتى لو صدرت هذه الوكالات المتعددة فى عقد واحد. وعلى العكس من ذلك يكون الموكلون متضامنين ما دامت الوكالة قد وقعت على عمل واحد مشترك بينهم جميعاً، حتى لو صدرت الوكالة فى عقود متفرقة[2].

ويستوى بعد ذلك أن تكون الوكالة بغير أجر أو أن تكون بأجر[3]، كما يستوى أن يكون الوكيل قد نجح فى مهمته أو لم ينجح، ففى جميع هذه الأحوال يكون الموكلون المتعددون متضامنين.

ويكونون متضامنين نحو الوكيل فى جميع التزاماتهم الناشئة من عقد الوكالة: الالتزام بدفع الأجر والالتزام برد المصروفات والالتزام بالتعويض عن الضرر[4]. ويستطيع الوكيل الرجوع على أى منهم بأى التزام من هذه الالتزامات كاملا، ولو كان قد تراخى فى المطالبة حتى أعسر بعض الموكلين[5].

وليس تضامن الموكلين على النحو سالف الذكر من النظام العام، فيجوز الاتفاق على

الحكم أن المطعون عليه الأول باشر الاعمال الادارية والقضائية نيابة عن الطاعنين جميعا، فان الطاعنين يكونون متضامنين فى التزامهم نحو المطعون عليه الأول وهو ما نص عليه فى عقد الاتفاق سند الدعوى.

(جلسة ١٩٧٩/١/١٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٠ ع١ ص٢٩٣)

(١) استئناف مختلط ٣٠ يناير سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٢٤٥- جيوار فقرة ١٧٧- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٥٧ ص٤٠٢- أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٤ ص٢٢٧.

(٢) نقض فرنسى ٤ فبراير سنة ١٨٣٤ سيريه ٣٤-١-٧١٣- ٧ فبراير سنة ١٨٦٦ سيريه ٦٦ -١ -٩٣- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٦ ص٩٣٠- وانظر عكس ذلك وألا تضامن إذا صدرت الوكالة فى عقود متفرقة إذ يكون كل موكل قد انفرد بتوكيله فأصبح كل منهم أجنبياً عن الآخر: بون ١ فقرة ١١٢٥ - لوران ٢٨ فقرة ٣٥- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٦٠- وانظر فى أن الموكلين بعقود متفرقة يكونون مسئولين بالتضامن (in solidum) لا بالتضامن: رودييه فى التضامن فقرة ٢١٧ - جيوار فقرة ١٧٩.

(٣) ترولون فقرة ٦٨٨ وما بعدها - بون ١ فقرة ١١٢٤ - جيوار فقرة ١٧٧- بودرى وفال فى الوكالة ٧٥٧ ص٤٠١.

(٤) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٦ ص٩٣٠.

(٥) نقض فرنسى ٣٠ يناير سنة ١٨٨٩ سيريه ٨٩-١-٤٣٣- ٢٣ و٢٩ أكتوبر سنة ١٨٨٩ سيريه ٨٩ -١-٤٧٢- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٦١- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٦ ص٩٣٠- أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٣١٨.

استبعاد التضامن[1]، ويصبح كل موكل مسئولا عن الالتزامات بالنسبة التى يتفق عليها، فإن لم يتفق على نسبة معينة كان مسئولا بنسبة ما له من مصلحة. وتورد المادة ٧١٢ مدنى سالف الذكر هذا الحكم صراحة، فهى بعد أن تقرر تضامن الموكلين المتعددين تقول: «ما لم يتفق على غير ذلك».

الفرع الثانى

آثار الوكالة بالنسبة إلى الغير الذى تعاقد معه الوكيل

٢٩٨- نص قانونى: تنص المادة ٧١٣ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«تطبق المواد من ١٠٤ إلى ١٠٧ الخاصة بالنيابة فى علاقة الموكل والوكيل بالغير الذى يتعامل مع الوكيل»[2].

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى القديم المواد ٥١٨/٦٣٤ و٥٢٣- ٥٢٤/ ٦٤٢- ٦٤٣[3].

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى م٦٧٩- وفى التقنين المدنى الليبى م٧١٣- وفى التقنين المدنى العراقى م٩٤٢- ٩٤٥- وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٧٩٩-٨٠٠ وم٨٠٢- ٨٠٧[4].

---

(١) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٦ ص٩٣٠.

(٢) تاريخ النص: ورد هذا النص فى المادة ٩٨٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٧٤٥ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٤٤، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧١٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٢٤- ص٢٢٨).

(٣) **التقنين المدنى القديم** م٥١٨/٦٣٤: لمن يعامل الوكيل الحق فى أن يطلب منه صورة رسمية من سند التوكيل.

م٥٢٣/٦٤٢: الوكيل الذى يعمل عملا على ذمة موكله بدون أن يخبر بتوكيله يكون هو المسئول لدى من عامله.

م٥٢٤ فقرة أولى/ ٦٤٣: أما إذا أخبر أن عمله للموكل وعلى ذمته، فلا يترتب عليه إلزام غير إثبات التوكيل.

(وأحكام التقنين المدنى القديم تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المدنى الجديد).

(٤) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدنى السورى م٦٧٩ (مطابق). =

=**التقنين المدني الليبي** م٧١٣ (مطابق).

التقنين المدني العراقي م٩٤٢: حقوق العقد تعود إلى العاقد، فإذا تعاقد الوكيل باسم الموكل وفى حدود الوكالة فإن العقد للموكل وتعود كل حقوقه إليه.

م٩٤٣: إذا لم يعلن الوكيل وقت التعاقد مع الغير أنه يعمل بصفته وكيلا، فلا يقع العقد للموكل ولا تعود حقوقه إليه إلا إذا كان يستفاد من الظروف أن من تعاقد معه الوكيل يعلم بوجود الوكالة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الوكيل أو مع الموكل فله أن يرجع على أى من الموكل والوكيل ولأيهما أن يرجع عليه.

م٩٤٤: ١- إذا تعاقد الوكيل مع الغير باسم الموكل ولكن جاوز فى تعاقده حدود الوكالة، أو عمل أحد دون توكيل أصلا، فإن نفاذ العقد فى حق الموكل يبقى موقوفاً على إجازته. ٢- ويجوز لهذا الغير أن يحدد للموكل ميعاداً مناسباً يجيز فيه التعاقد، فإن لم تصدر الإجازة فى هذا الميعاد تحلل من العقد.

م٩٤٥: إذا رفض من وقع التعاقد باسمه دون توكيل منه أن يجيز التعاقد، جاز الرجوع على من اتخذ صفة الوكيل بتعويض الضرر الناشئ عن عدم نفاذ العقد، ما لم يثبت من اتخذ هذه الصفة أن من تعاقد معه كان يعلم بأن الوكالة غير موجودة أو كان ينبغى أن يكون عالماً بذلك.

(وأحكام التقنين العراقى تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المصرى).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٧٩٩: إذا عاقد الوكيل باسمه وبالأصالة عن نفسه، كانت له الحقوق الناشئة عن العقد. ويبقى مرتبطاً مباشرة تجاه الذين عاقدهم كما لو كان العمل يهمه وحده دون الموكل، وإن يكن الذين عاقدهم قد عرفوه شخصاً مستعاراً أو وسيطاً يشتغل بالعمالة (العمولة).

م٨٠٠- إن الوكيل الذى يعمل بصفته وكيلا ولا يتعدى حدود سلطته لا يترتب عليه موجب شخصى على الإطلاق للأشخاص الآخرين الذين عاقدهم. ولا يجوز لهؤلاء أن يطالبوا غير الموكل.

م٨٠٢: يحق للغير أن يقيم الدعوى على الوكيل لإجباره على قبول تنفيذ العقد حين يكون تنفيذه داخلا حتما فى وكالته.

م٨٠٣: عند وجود وكالة خاصة يحق على الدوام لمن يعامل الوكيل بصفة كونه وكيلا أن يطلب منه إبراز صك الوكالة، وأن يأخذ عند الحاجة نسخة رسمية عن هذا الصك على أن يدفع نفقتها.

م٨٠٤: إن الأعمال التى يقوم بها الوكيل باسم الموكل، على وجه صحيح وضمن حدود سلطته، يجرى مفعولها فيما ينفع الموكل وما يضره كما لو كان الموكل نفسه قد أجراها.

م٨٠٥: يلزم الموكل أن يفى مباشرة بالعهود التى قطعها الوكيل لحسابه ضمن حدود السلطة الممنوحة له فى الوكالة. أما الشروط التحفظية والاتفاقات السرية التى تعقد بين الموكل والوكيل ولا تستفاد من الوكالة نفسها، فلا يمكن الاحتجاج بها على شخص ثالث، إلا إذا قام البرهان على أن هذا الشخص علم بها وقت العقد.

م٨٠٦: لا يلزم الموكل بما يفعله الوكيل مما يخرج عن حيز سلطته أو يتجاوز حدها، إلا فى الحالات الآتية: أولا- إذا وافق عليه ولو بوجه ضمنى. ثانيا- إذا استفاد منه. ثالثا- إذا عاقد الوكيل بشروط أجزل فائدة من الشروط المبينة فى التعليمات التى تلقاها. رابعا- إذا عاقد الوكيل بشروط أدعى إلى النفقة من الشروط التى عينت له فى التعليمات التى تلقاها، وذلك فى الحالتين الآتيتين: (١) إذا =

ويشير النص سالف الذكر إلى أن مهمة الوكيل هى أن يقوم بتصرف قانونى، فهو يتعاقد مع الغير لحساب الموكل. ويحيل إلى الأحكام الخاصة بالنيابة فى التعاقد فى أثر الوكالة بالنسبة إلى هذا الغير الذى يتعاقد معه الوكيل.

وبالرجوع إلى أحكام النيابة نجد أنه يجب التمييز بين فرضين. ذلك أن الوكيل، إذا كان يتعاقد دائماً لحساب الموكل، فإنه إما أن يعمل باسم الموكل وهذا هو الغالب، ويكون الوكيل نائباً فى تعاقده عن موكله، وتقترن الوكالة هنا بالنيابة. وإما أن يعمل باسمه الشخصى، ويغلب أن يكون مسخراً أو اسما مستعاراً، فلا يكون نائباً فى تعاقده لحساب موكله، وتقوم الوكالة هنا دون أن تقوم النيابة.

فنبحث إذن الفرضين الآتيين على التعاقب: (١) الوكيل يعمل باسم الموكل. (٢) الوكيل يعمل باسمه الشخصى، ويغلب أن يكون اسما مستعاراً (prête-nom).

المبحث الأول
الوكيل يعمل باسم الموكل

٢٩٩- علاقة كل من الوكيل والموكل بالغير: فى الصورة المألوفة من الوكالة يعمل الوكيل باسم الموكل نائباً عنه فى التعاقد. وقد سبق أن بحثنا علاقة الوكيل بالموكل فى هذه الصورة، وبينا أن عقد الوكالة ينشئ التزامات فى ذمة الوكيل وأخرى فى ذمة الموكل، وبسطنا القول فى هذه الالتزامات جميعاً. وبقى أن نبحث علاقة الوكيل بالغير الذى يتعاقد معه، ثم علاقة الموكل بهذا الغير.

٣٠٠- تطبيق أحكام النيابة: وفى كلتا العلاقتين يجب تطبيق أحكام النيابة، فإن الوكيل عندما يعمل باسم الموكل يكون نائباً عنه كما قدمنا. وقد سبق أن عرفنا النيابة فى الجزء الأول من الوسيط بأنها حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل، مع انصراف الأثر

=كان الفرق قليل الشأن. (٢) إذا كان منطبقاً على التسامح المعتاد فى التجارة أو فى المكان الذى أبرم فيه العقد.

م٨٠٧: إن الوكيل الذى يعمل بلا وكالة أو يتجاوز حدود وكالته يلزمه أن يؤدى بدل العطل والضرر للأشخاص الذين عاقدهم إذا كان العقد لا يمكن تنفيذه. ولا يلزم الوكيل بضمان ما إذا مكن معاقده من الاطلاع الكافى على سلطته، ما لم يكن الوكيل قد أخذ على نفسه تنفيذ الموجب.
(وأحكام التقنين اللبنانى تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المصرى).

القانونى لهذه الإرادة إلى شخص الأصيل كما لو كانت الإرادة قد صدرت منه هو[1]. والمصدر الذى يستمد منه النائب نيابته إما أن يكون القانون كما فى الولى، فإن القانون هو الذى يعين الأولياء، وتكون النيابة نيابة قانونية[2]. وإما أن يكون القضاء كما فى الوصى والقيم والحارس القضائى وأمين التفليسة، فإن جهة قضائية هى التى تختار هؤلاء، وتكون النيابة نيابة قضائية. وإما أن يكون الاتفاق كما فى الوكيل، فإن عقد الوكالة النيابية هو الذى يستمد منه الوكيل نيابته عن الموكل، وتكون النيابة نيابة اتفاقية[3].

---

(١) الوسيط ١ فقرة ٨٣ ص١٨٩.

(٢) وتعتبر نيابة قانونية نيابة الفضولى عن رب العمل، ونيابة الدائن عن المدين عند ما يباشر الدائن الدعوى غير المباشرة باسم المدين.

(٣) وقد قدمنا أن الوكيل قد لا يعمل باسم الموكل وإن كان يعمل لحسابه، وتكون الوكالة فى هذه الحالة وكالة غير نيابية، إذ هى لا تمد الوكيل بصفة النيابة عن الموكل، وإن كانت تلزمه بالعمل لحساب الموكل ولكن باسمه الشخصى، فيكون مسخراً أو اسما مستعاراً. ومن ذلك نرى أن الوكالة غير النيابة، فقد تقوم الوكالة دون أن تقوم النيابة كما هو الأمر فى الوكالة غير النيابية التى نحن بصددها، وقد تقوم النيابة دون أن تقوم الوكالة كما فى نيابة الولى والوصى والقيم والفضولى والحارس القضائى.

أما فى خصوص الوكالة النيابية، وهى التى تمد الوكيل بصفة النيابة عن الموكل فتجتمع فيها الوكالة والنيابة معاً، فهناك اتجاه حديث فى الفقه، وبخاصة فى الفقه الألمانى وفى الفقه الإيطالى، يذهب إلى التمييز بين الوكالة والنيابة. فالوكالة فى ذاتها من حيث هى عقد لا تمد الوكيل بصفة النيابة، بل هى ترتب التزامات فى جانب الوكيل يقوم بها لحساب الموكل، والتزامات أخرى فى جانب الموكل يقوم بها نحو الوكيل. فإذا أراد الموكل أن يجعل الوكيل نائباً عنه، فيعمل الوكيل لا فحسب لحساب الموكل بل أيضاً باسم الموكل، فإن النيابة فى هذه الحالة يكون مصدرها إرادة الموكل المنفردة لا عقد الوكالة ذاته. ومؤدى هذا الاتجاه أن الوكالة النيابة تشتمل على عنصرين: عنصر الوكالة ويتحقق باتفاق بين الموكل والوكيل وهذا هو عقد الوكالة، وعنصر النيابة ويتحقق بإرادة الموكل المنفردة دون حاجة إلى قبول الوكيل. ويلخص الأستاذ جمال مرسى بدر هذا الاتجاه الحديث فى العبارات الآتية: «ونرى أنه يخلص من المذهب الحديث فى التفرقة بين الوكالة باعتبارها عقداً تترتب عليه التزامات متبادلة وبين الإنابة باعتبارها إرادة صادرة عن الأصيل مخولة النائب صفة النيابة، تمييز واضح بين سلطة النائب فى القيام بعمل قانونى تعود آثاره مباشرة على الأصيل وبين واجب الوكيل بالقيام بالعمل القانونى لحساب موكله. فالنيابة فى جوهرها تخويل للنائب حق إبرام عمل قانونى تتجاوز آثاره ذمة القائم به إلى ذمة الأصيل، بينما الوكالة من شأنها إلزام الوكيل بالقيام بتصرف معين ولحساب الموكل ولو بغير طريق النيابة.. وإذا كانت الإنابة عملا صادراً عن إرادة الأصيل ورامياً إلى تخويل النائب القيام بتصرف تعود آثاره على الأصيل دون النائب، فإن كيان الإنابة يتحقق بمجرد صدور تلك الإرادة عن الأصيل بدون أن يرتبط ذلك بأى عقد بينه وبين النائب سواء كان عقد وكالة أو غيره، بل وبغير حاجة إلى قبول النائب للإنابة. والإنابة قد تصدر عن الأصيل موجهة إلى النائب، أو موجهة إلى الغير. ففى الفرض الأول يكتفى الأصيل بإعطاء النائب صفة النيابة عنه بإرادة موجهة=

وقد قدمنا، عند الكلام فى النيابة فى الجزء الأول من الوسيط، أن « الفكرة الجديدة التى اهتدى إليها الفقه الحديث فى موضوع النيابة هى أن من ينوب عن غيره إنما يحل إرادته هو محل إرادة من ينوب عنه. وقد هجر الرأى القديم الذى كان يذهب إلى أن النائب إنما يتقمص شخص الأصيل، فيتكلم بلسانه ويعبر عن إرادته. وأصبح الفقه الحديث يذهب إلى أن التعبير الذى يصدر من النائب إنما هو تعبير عن إرادة النائب لا عن إرادة الأصيل(١). وقد تعددت النظريات القديمة والحديثة فى هذه المسألة. فكان الرأى القديم يبنى التصرف القانونى الذى يقوم به الوكيل على إرادة الأصيل المفترضة (fictive)، ثم قال سافينى بعد ذلك بأن التصرف يقوم على إرادة الأصيل الحقيقية لا المفترضة، وأن النائب ليس إلا رسولا يبلغ إرادة الأصيل. أما النظريات الحديثة فتذهب إلى أن التصرف القانونى الذى يبرمه الوكيل يقوم على إرادته هو لا على إرادة الأصيل، كما سبق القول. فإرادة النائب تحل محل إرادة الأصيل كما يقول إهرنج، أو أن إرادته تشترك مع إرادة

=إليه ذاته تتمثل غالباً فى سند مكتوب يسلم إلى النائب، وهو ما يطلق عليه فى الاصلاح الدارج لفظ «التوكيل». وفى الفرض الثانى يقوم الأصيل بإبلاغ تلك الإرادة المسبغة على النائب صفته إلى الغير، وهذا الفرض الثانى يحتمل صورتين: الأولى أن يقوم الأصيل بإبلاغ الإنابة إلى الغير الذى سيتعاقد معه النائب بالذات، والثانية أن يقوم الأصيل بإبلاغ الإنابة إلى الغير كافة بوسيلة من وسائل النشر. وقد اصطلح على تسمية الإنابة الموجهة إلى النائب نفسه بالإنابة الداخلية (procuration interne)، وتسمية الإنابة الموجهة إلى الغير بالإنابة الخارجية (procuration externe)» (جمال مرسى بدر فى النيابة فى التصرفات القانونية ص٩٢- ص٩٤- دراسات فى النظرية العامة للنيابة حول مشروع معهد القانون الدولى لتوحيد القانون الخاص فقرة ١٣- فقرة ١٤ ص٢٨- ص٣١). وانظر أيضاً سالى فى الترجمة الفرنسية الرسمية للتقنين المدنى الألمانى ١ ص٢١١ فى التعليق على المادة ١١٦ من التقنين المدنى الألمانى.

وهذا التمييز ما بين النيابة والوكالة تظهر نتائجه العملية فى فروض، منها نيابة موظف المحل التجارى عن صاحب المحل ونيابة الممثلين التجاريين والجوابين والطوافين ومندوبى التأمين عن شركاتهم ونيابة الزوج عن الزوجة أو الزوجة عن الزوج، دون أن يكون هناك فى هذه الفروض عقد وكالة. وقد قدمنا أن هذه الفروض يواجهها الفقه التقليدى بنظرية الوكالة الضمنية، فهناك عقد وكالة ضمنى تستمد منه النيابة. وتظهر نتائج عملية أخرى فى مجاوزة الوكيل حدود الوكالة أو فى العمل بعد انتهاء الوكالة، فيرتبط الموكل بعمل الوكيل بالرغم من انعدام الوكالة لأن النيابة تقوم هنا مستقلة عن الوكالة. وهذه النتائج يواجهها الفقه التقليدى، كما سنرى، بنظرية الوكالة الظاهرة. ولعل أهم فرق تظهر فيه أهمية التمييز بين الوكالة والنيابة هو فى أهلية الموكل والوكيل، فإن الأهلية فى الوكالة تختلف عن الأهلية فى النيابة، وقد تقدم تفصيل القول فى ذلك (انظر آنفاً فقرة ٢٢٨ فى آخرها فى الهامش)، وكذلك فى إقرار الموكل لتصرفات الوكيل التى يجاوز بها حدود الوكالة (انظر ما يلى فقرة ٣٠٥ فى الهامش).

(١) الوسيط ١ فقرة ٨٣ ص١٩٠.

الأصيل كما يقول متيس (Mitteis). والذى أخذ به التقنين المدنى الجديد من هذه النظريات المختلفة هو أن التصرف القانونى الذى يبرمه النائب يقوم على إرادة النائب وحدها، لا على إرادة الأصيل المفترضة أو الحقيقية ولا على الإرادة المشتركة لكل من النائب والأصيل(١).

وكذلك تقضى أحكام النيابة بأن ينصرف أثر التصرف الذى يبرمه النائب إلى شخص الأصيل لا إلى شخص النائب. وقد اختلف فى تفسير ذلك أيضاً من الناحية الفقهية، إذ كيف تكون الإرادة هى إرادة النائب ومع ذلك ينصرف أثرها لا إليه بل إلى الأصيل؟ وقد تعددت الآراء فى تفسير ذلك. فذهب متيس فى ألمانيا وكوربسكو فى فرنسا وتارتوفارى فى

---

(١) انظر عرضاً شاملا للنظريات المختلفة فى بيان طبيعة النيابة: جمال مرسى بدر فى النيابة فى التصرفات القانونية ص٤٤- ص٧١- وقد وضع المعهد الدولى لتوحيد القانون الخاص بروما مشروع قانون موحد فى شأن النيابة نشر فى سنة ١٩٥٥، وقد أخذ هذا المشروع (م١٢) بنظرية الإرادة المشتركة لكل من النائب والأصيل (انظر جمال مرسى بدر - دراسات فى النظرية العامة للنيابة حول مشروع المعهد الدولى لتوحيد القانون الخاص سنة ١٩٥٩ فقرة ٦).

وقد بين الأستاذ جمال مرسى بدر فى وضوح أن التقنين المدنى الجديد أخذ بنظرية إرادة النائب لا بنظرية اشتراك إرادتى النائب والأصيل، فإن الفقرة الأولى من المادة ١٠٤ من هذا التقنين تقول فى صراحة: «إذا تم العقد بطريق النيابة، كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر فى عيوب الإرادة أو فى أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتما». وإذا كان التقنين المدنى فى الفقرة الثانية من المادة ١٠٤ يقول: «ومع ذلك إذا كان النائب وكيلا ويتصرف وفقاً لتعليمات معينة صدرت من موكله فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو أو كان من المفروض حتما أن يعلمها»، فهو لا يقصد بهذه الفقرة الاعتداد بإرادة الأصيل. إذ لو أراد ذلك، لاعتد بهذه الإرادة فى الصورة العكسية وهى جهل الأصيل بظروف يعلمها النائب، مع أنه فى هذه الصورة العكسية يعتد بإرادة النائب لا بإرادة الأصيل. والغاية من هذه الفقرة الثانية إنما هى، كما يقول الأستاذ جمال مرسى بدر، «قطع السبيل على إساءة استعمال النيابة بحيث يمتنع على الأصيل سوء النية الاحتماء وراء حسن نية نائبه والتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو» ولولا الاستثناء الذى تضمنته هذه الفقرة لأمكن أن ينعقد بواسطة نائب حسن النية عقد ما كان يقع صحيحاً لو عقده الأصيل، وهو تحايل لا يمكن أن يجيزه القانون». (جمال مرسى بدر - دراسات فى النظرية العامة للنيابة حول مشروع المعهد الدولى لتوحيد القانون الخاص فقرة ٧ ص١٥).

ويشير الأستاذ جمال مرسى بدر إلى ما قاله الأستاذ ياكيونى فى نقد نظرية اشتراك الإرادتين من أن «الإرادة المنشئة للتصرف القانونى هى بمقتضى هذه النظرية إرادة صناعية ملفقة من أجزاء من إرادتين مختلفتين متميزتين هما إرادة النائب وإرادة الأصيل. ومثل هذه الإرادة المصطنعة المركبة على هذا الوجه لا يمكن أن تكون إرادة تعاقدية، لأن الإرادة التى يبنى عليها القانون آثاراً قانونية إنما هى ذلك النشاط النفسى الموحد الصادر من الشخص بقصد إحداث أثر قانونى معين، ولا كذلك تلك الإرادة الملفقة من أشتات إرادتى النائب والأصيل كما هو مقتضى نظرية اشتراك الإرادتين» (جمال مرسى بدر فى النيابة فى التصرفات القانونية ص٦٢).

إيطاليا إلى أن أثر النيابة الاتفاقية ينصرف إلى الموكل عن طريق اشتراك إرادته مع إرادة الوكيل، أما فى النيابة القانونية فالقانون هو الذى يحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل ويصرف أثر هذه الإرادة إلى الأصيل لا إلى النائب(١). وذهب كلاريز إلى أن إرادة النائب – وحدها أو مشتركة مع إرادة الأصيل – هى التى تحدد نطاق الالتزام (contenu de l'obligarion)، أما الذى يخلق الرابطة القانونية (lien de droit) ما بين نطاق الالتزام وذمة الأصيل فهى إرادة الأصيل فى النيابة الاتفاقية والقانون ذاته فى النيابة القانونية. وذهب جمال مرسى بدر إلى أن الغاية الاجتماعية من التصرف القانونى الذى يبرمه النائب هى التى تصرف أثر هذا التصرف إلى شخص الأصيل، إذ «الإرادة فى التصرف القانونى غير مقصورة لذاتها، وإنما هى وسيلة لبلوغ الغرض الاجتماعى أو الاقتصادى المقصود من هذا التصرف.. (و) ليس من المحال عقلا ولا من الممتنع قانونا أن تنفصل الغاية عن وسيلتها، فتكون الوسيلة لشخص والغاية لآخر.. فتكون الغاية للأصيل والوسيلة إليها للنائب»(٢).

---

(١) ويقصد بالنيابة القانونية هنا النيابة، لا بالنسبة إلى المصدر الذى يضفى على النائب صفة النيابة، بل بالنسبة إلى المصدر الذى يحدد نطاقها، فتنتظم النيابة القانونية بهذا المعنى كلا من النيابة القضائية والنيابة القانونية بالمعنى الآخر (الوسيط ١ فقرة ٨٣).

(٢) جمال مرسى بدر – دراسات فى النظرية العامة للنيابة حول مشروع المعهد الدولى لتوحيد القانون الخاص فقرة ٤ ص٨ – ص٩– وانظر أيضاً لنفس المؤلف النيابة فى التصرفات القانونية ص٧٢– ص٨١.

ويعلل بيلون كيف تكون الإرادة إرادة النائب وينصرف مع ذلك أثرها إلى الأصيل، بأن الالتزام لم يعد، كما كان فى القانون الرومانى، رابطة بين شخصين، بل هو رابطة بين ذمتين ماليتين. وإذا صعب أن نتصور أن إرادة شخص تحل محل إرادة شخص آخر، فإنه لا يصعب تصور أن إرادة شخص ينصرف أثرها إلى مال شخص آخر. ويؤخذ على هذا التعليل أنه يفصل ما بين الشخص وذمته المالية، وأنه إذا صلح فى النيابة على مجموع المال كما فى الولاية والوصاية فإنه لا يصلح فى تصرف معين حيث يقتصر أثر النيابة على شئ معين بالذات. وقد أورد الفقيهان ليفى أولمان وبوبسكو رامنسيانو تعليلا آخر، فقالا إن النيابة وصف من أوصاف التصرف القانونى كالشرط والأجل، فالتصرف القانونى البسيط تكون الإرادة فيه إرادة المتصرف وينصرف أثر الإرادة إليه، أما فى التصرف القانونى الموصوف بوصف النيابة فالإرادة إرادة النائب وينصرف أثرها إلى الأصيل بتسليط من الأصيل نفسه أو من القانون. ويرد على هذا الرأى بأن الوصف أمر عارض يأتى بعد أن يستكمل التصرف القانونى كل مقوماته، أما النيابة فهى تتصل بصميم التصرف القانونى إذ تعين طرف العقد الذى ينصرف إليه أثره، وهذا ركن من أركان العقد وليس بأمر عارض. ويرى مادريه أن القانون هو الذى رتب الأثر على إرادة النائب وصرف هذا الأثر إلى الأصيل، إلا أن القانون فى ذلك لابد أن تحركه الإدارة، والإرادة التى حركته هى هى الإرادة المشتركة للنائب والأصيل فى النيابة الاتفاقية، وإرادة النائب وحده فى النيابة القانونية. وينقص هذا الرأى أن يعلل كيف ترتب الأثر على إرادة النائب، ومع ذلك انصراف الأثر لا إلى النائب بل إلى الأصيل، وهذا هو الجوهر فى المسألة تركه الرأى الذى نحن بصدده على حاله غامضاً دون أن يفسره.
=

وبعد استعراض هذه المناقشات الفقهية، نرى أنه لا غرابة فى أن النائب يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل، وهو مع ذلك يكسب الأصيل حقاً أو يرتب فى ذمته التزاماً. ذلك لأننا خرجنا عن نطاق القاعدة الرومانية الضيقة التى كانت تقضى بأن أثر الإرادة لا ينصرف إلا إلى صاحبها – وهذا ما كانت تقتضيه الشكلية وفكرة الرابطة الشخصية للالتزام فى القانون الرومانى – إلى نطاق قاعدة أوسع تقضى بأن الإرادة، بعد أن تحررت من قيودها بالنسبة إلى الموضوع باطراح الشكلية ونبذها، تتحرر أيضاً من قيودها بالنسبة إلى الأشخاص فينصرف أثرها إلى غير صاحبها، كما هو الأمر فى الاشتراط لمصلحة الغير حيث ينصرف أثر إرادة المشترط إلى المنتفع، وكما هو الأمر فى النيابة حيث ينصرف أثر إرادة النائب إلى الأصيل. وإذا انصرف فى النيابة أثر إرادة النائب إلى الأصيل، فإنما يكون ذلك بتسليط من الأصيل فى النيابة الاتفاقية، وبتسليط من القانون فى النيابة القانونية(١).

ويخلص مما قدمناه أن هناك قاعدتين جوهريتين نستخلصهما من أحكام النيابة: (١) يقوم التصرف الذى يبرمه النائب على إرادة النائب وحدها دون إرادة الأصيل. (٢) ولكن ينصرف أثر هذا التصرف إلى الأصيل دون النائب.

فنستعرض الآن علاقة الوكيل بالغير الذى يتعاقد معه، ثم علاقة الموكل بهذا الغير، لنطبق عليهما هاتين القاعدتين الجوهريتين.

= أما الرأى التقليدى الذى يذهب إلى أن النائب يعبر عن إرادة الأصيل، فهو أقل تماسكاً من الآراء المتقدمة. إذ يفترض هذا الرأى أن الأصيل لا النائب هو الذى أبرم العقد مع الغير، وأن إرادة النائب ليست إلا إرادة الأصيل. وإذا أمكن أن نتصور هذا فى حالة الوكالة عندما يصدر الموكل للوكيل تعليمات جامعة مانعة يسير بموجبها ولا يجوز أن ينحرف عنها، فيكون الوكيل إذ ذاك أقرب إلى أن يكون رسولا، فإن هذا صعب التصور فى حالة ما إذا كان الوكيل مفوضاً فى أن يتصرف برأيه، حيث يبدو فى وضوح أن الإرادة هى إرادة الوكيل ومع ذلك ينصرف أثرها إلى الموكل. بل يتعذر تصور هذا فى حالة الفضولى وهو يتصرف دون إذن من الأصيل ودون علمه، فالإرادة دون شك إرادة الفضولى والأثر ينصرف إلى الأصيل. ويتعذر تصور هذا بوجه خاص فى حالة الولاية والوصاية والقوامة، حيث يستحيل القول إن الإرادة هى إرادة المحجور لا إرادة الولى إذ إرادة المحجور ناقصة بل قد تكون معدومة، ومن أجل هذا فرضت عليه النيابة. ويتعذر تصور هذا إطلاقاً فى حالة الحارس القضائى، فهو يتصرف فى المال الموضوع تحت حراسته بإرادته هو لا بإرادة الأصيل، ويتصرف غالباً بالرغم من إرادة الأصيل.

(١) والقول من الناحية الفنية، باقتصار أثر التصرف على من اشترك فيه دون أن ينصرف الأثر إلى الغير، إنما هو قول يجرى على قاعدة ضيقة ورثناها عن القانون الرومانى لأسباب ترجع إلى أساليب الصياغة الفنية فى هذا القانون. وقد زالت هذه الأسباب، ومع ذلك بقينا محتفظين بالنتائج التى تترتب عليها. ولا شئ يمنع، فى المنطق القانونى الحديث، من أن يباشر شخص تصرفا وينصرف أثره إلى آخر، إذا كانت هذه هى إرادة من باشر التصرف وإرادة من ينصرف أثر التصرف إليه.

١ - علاقة الوكيل بالغير

٣٠١- يقوم التصرف الذى يبرمه الوكيل على إرادته هو لا على إرادة الموكل: رأينا، عند الكلام فى النيابة،، أن المادة ١٠٤ مدنى تنص على أنه «١- إذا تم العقد بطريق النيابة، كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر فى عيوب الإرادة، أو فى أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتما. ٢- ومع ذلك إذا كان النائب وكيلا، ويتصرف وفقاً لتعليمات معينة صدرت له من موكله، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو، أو كان من المفروض حتما أن يعلمها». وقد أحالت المادة ٧١٣ مدنى، كما رأينا، إلى المادة ١٠٤ مدنى سالفة الذكر فيما أحالت إليه من المواد[١].

فالتصرف الذى يعقده الوكيل مع الغير يقوم على إرادته هو، لا على إرادة الموكل، ويترتب على ذلك أن الوكيل يجب أن يكون أهلا لأن تصدر منه إرادة، فيجب أن يكون مميزاً وإن كان لا يشترط أن يكون أهلا للتصرف الذى يعقده مع الغير لأن أثر هذا التصرف لا ينصرف إليه، وإنما ينصرف إلى الأصيل، ومن ثم يجب أن يكون هذا الأخير هو الذى تتوافر فيه أهلية هذا التصرف، وقد سبق بيان ذلك[٢].

ولا يكفى أن يكون الوكيل مميزاً، بل يجب أن تكون إرادته خالية من العيوب، فلا تكون مشوبة بغلط أو تدليس أو إكراه، وإلا كان العقد الذى يبرمه مع الغير قابلا للإبطال، حتى لو كانت إرادة الموكل لم يشبها عيب من هذه العيوب، فالعبرة كما قدمنا بإرادة الوكيل لا بإرادة الموكل.

وإذا كانت الوكالة فى شراء منزل مثلا عينه الموكل للوكيل، وكان فى المنزل عيب خفى، فالخفاء الذى يعتد به هو الخفاء على الوكيل لا على الموكل. فلو كان الوكيل يعلم بالعيب لم يجز الرجوع بضمان العيب الخفى على البائع، حتى لو كان الموكل لا يعلم بالعيب، لأن شخص الوكيل لا شخص الموكل هو محل الاعتبار عند النظر فى أثر

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «فى علاقة كل من الموكل والوكيل بالغير تتفق أحكام الوكالة مع أحكام النيابة بوجه عام، فالوكيل نائب عن الموكل فى تعاقده مع الغير. وينشأ العقد الذى يبرمه الوكيل لحساب المول وتترتب آثاره على الوجه المبين فى المواد ١٥٧- ١٦٠ من المشروع. فيكون شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر فى صحة التعبير عن الإرادة ومدى ما يتأثر به هذا التعبير من وجود عيب فى الإرادة أو من العلم ببعض الظروف الخاصة أو وجوب العلم بها (م١٥٧ من المشروع» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٢٥- ص٢٢٦).

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٢٧- ص٢٢٨.

العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتما، كما تقول الفقرة الأولى من المادة ١٠٤ مدنى فيما رأينا. وإذا كان الوكيل لا يعلم بالعيب، جاز الرجوع بالضمان، ولكن بشرط أن يكون الموكل هو أيضاً لا يعلم بالعيب. أما إذا كان الموكل يعلم بالعيب، فلا يجوز الرجوع بالضمان وإن كان العيب خفياً على الوكيل، ذلك أن الموكل هو الذى عين المنزل للوكيل ووكله فى شرائه وهو عالم بما ينطوى عليه من العيب، فلا يجوز له التمسك بجهل الوكيل «لظروف كان يعلمها هو» كما تقول الفقرة الثانية من المادة ١٠٤ مدنى سالفة الذكر. وليس الاعتداد بالعيب هنا اعتداداً بإرادة الموكل، بل هو منع للتعسف، فإن الموكل وقد عين المنزل الذى يريد شراءه ويعلم العيب الذى فيه يكون متعسفاً إذا هو أراد الرجوع بضمان العيب الخفى(١).

٣٠٢- ولكن لا ينصرف أثر التصرف الذى يبرمه الوكيل إلى شخصه: رأينا أن أحكام النيابة تقضى بألاَّ ينصرف أثر التصرف الذى يبرمه الوكيل إلى شخصه، بل ينصرف إلى شخص الموكل(٢)(1). وتقول المادة ٨٠٠ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فى هذا

---

(١) انظر فى هذا المعنى جمال مرسى بدر- دراسات فى النظرية العامة للنيابة حول مشروع المعهد الدولى لتوحيد القانون الخاص فقرة ٧- وانظر آنفاً فقرة ٢٩٩ فى الهامش - وقارن الوسيط ١ فقرة ٨٦.

كذلك إذا تعاقد الوكيل مع الغير وهو يعلم بتوقفه عن الدفع، اعتد بهذا العلم حتى لو لم يكن الموكل عالماً بذلك (استئناف مختلط ١٣ أبريل سنة ١٩١٢ م٢٤ ص٢٤٩- نقض فرنسى ١٥ يونيه سنة ١٨٩٨ داللوز ١٩٨-١-٥٥٩- أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٥١٤ ص٢٢٩ هامش ١ (٣)).

(٢) بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٠٠- أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص٢٢٩- بيدان ١٢ فقرة ٣٢٢- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٧ ص٩٤٤- كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٣٤٥- الوسيط ١ فقرة ٩٢- فإذا وكل شخص مصرفاً فى أن يفتح له اعتمادا فى مصرف آخر، ونفذ المصرف الأول الوكالة، فإنه لا يكون ملتزماً شخصياً، بل الملتزم هو المصرف الآخر الذى فتح الاعتماد (السين ٧ يونيه سنة ١٩٤٩ داللوز ١٩٤٩ - ٣٩٨- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٧ ص٩٤٤).

(1) أ- تمسك الطاعن الأجنبى بأن زوجته المصرية المطعون ضده الأولى كانت اسما مستعارا له فى تعاقدها لشراء عقار النزاع انقاء تطبق القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٧٦. تدليله على ذلك بعدة قرائن وطلبه الإحالة للتحقيق لاثبات وكالتها عنه. دفاع جوهرى. قعود الحكم المطعون فيه عن تمحيصه تأسيساً على أن المستندات المقدمة من الطاعن الدالة على إرساله مبالغ نقديه إلى المطعون ضدها الأول لا تقطع فى أنها أنفقت فى شراء العقار وإن ارساله هذه الأموال إليها أراد به تأمين مستقبلها وبالتالى يكون تعاقدها باسمها لحسابها لا بصفتها وكيله وترتيبه على ذلك أنه لا محل لإثبات الوكالة المستترة. خطأ وقصور.

(جلسة ٢٠٠٠/١/٢٧ الطعن رقم ٦٠٧٣ لسنة ٦٢ق)

ب- الوكيل المتعاقد باسمه مع الغير. أضافة أثر العقد له دون الأصيل. علم الغير أن الوكيل يتعاقد =

الصدد: «إن الوكيل الذى يعمل بصفته وكيلا، ولا يتعدى حدود سلطته، لا يترتب عليه موجب شخصى على الإطلاق للأشخاص الآخرين الذين عاقدهم. ولا يجوز لهؤلاء أن يطالبوا غير الموكل»[1]. فلا يجوز إذن للغير الذى تعاقد مع الوكيل مطالبة هذا الأخير بالالتزامات التى نشأت عن هذا التعاقد. فإذا كانت الوكالة فى الشراء مثلا، فإن البائع يرجع بالثمن على الموكل لا على الوكيل، وذلك ما لم يكن تنفيذ الوكالة داخلا فى مهمة الوكيل، فيجوز فى هذه الحالة أن يطالب البائع الوكيل بالثمن. وتقول المادة ٨٠٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فى هذا المعنى: «يحق للغير أن يقيم الدعوى على الوكيل لإجباره على قبول تنفيذ العقد، حتى يكون تنفيذه داخلا حتما فى وكالته»[2]. كذلك لا يجوز للوكيل أن يطالب الغير الذى تعاقد معه بالالتزامات التى ترتبت فى ذمة هذا الغير بموجب هذا التعاقد. فإذا كانت الوكالة فى البيع مثلا، فإن الموكل لا الوكيل هو الذى يطالب المشترى بالثمن، وذلك ما لم يكن الوكيل قد وكل أيضاً فى قبض الثمن[3].

=لحساب الموكل وانصراف قصدهما وقت ابرامه إلى أضافة آثاره للأصيل أو استواء الأمر لديه أن يتعامل مع الوكيل أو الموكل. اعتبار الوكيل نائبا عن الاصيل وممثلا له فى مواجهة الغير بشأن تنفيذ العقد مؤداه. الاحكام الصادرة على الوكيل المعبر لاسمه حجة على الموكل الذى لم يكشف عن اسمه ولم يكن مختصما فى الدعوى . م١٠٦ مدنى.

(جلسة ٢٠٠٢/٦/١٠ الطعن رقم ٨٣٥٧ لسنة ٦٥ق)

جـ- مفاد نصوص المادتين ٧١٣، ١٠٦ من القانون المدنى أنه يجوز للوكيل أن يبرم العقد الذى تخوله الوكالة اصداره لا بصفته وكيلا ولكن بصفته أصيلا وذلك إذا لم يعلن وقت التعاقد عن صفته كنائب، ويعتبر وكأنه قد أعار اسمه للأصيل الذى وكله فى ابرام العقد، وحكم هذه الوكالة المستترة أنها ترتب قبل الأصيل جميع الآثار القانونية التى ترتبها الوكالة السافرة، فينصرف أثر العقد المبرم إلى الأصيل وإلى من يتعاقد مع الوكيل المستتر.

(جلسة ١٩٧٠/٥/٢٨ الطعن رقم ٥٨١ لسنة ٣٥ق س٢١ ص٩٣٣)

د- مقتضى أحكام النيابة أن العمل القانونى التى يجريه النائب يعتبر أنه صدر من الأصيل، ولذلك ينصرف العمل القانونى الذى يجريه النائب فى حدود نيابته إلى الأصيل مباشرة، ويظل النائب بعيدا عن هذا الأثر، فإذا أجرى النائب عملا باسم الأصيل فينظر إلى هذا العمل من ناحية تكييفه بأنه معاوضة أو تبرع، إلى الأصيل لا إلى النائب، فإذا كان الأصيل لم يأخذ مقابلا فالعمل تبرعى، ولو كان النائب قد تلقى عوضا لنفسه.

(جلسة ١٩٨١/١٢/٢٧ الطعن رقم ١٣٩ لسنة ٤٥ق س٣٢ ص٢٢٢٩)

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٩٨ فى الهامش.

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٩٨ فى الهامش.

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢٤١.

ولا يكون الوكيل مسئولا إذا كان التصرف الذى عقده مع الغير باسم الموكل باطلا أو قابلا للإبطال، وذلك ما لم يثبت فى جانبه خطأ شخصى. فإذا وفى الغير مبالغ للوكيل، وجاز إبطال هذا الوفاء بسبب إفلاس الموكل، لم يكن الوكيل مسئولا[1]. ولا ترفع دعوى البطلان أو الإبطال على الوكيل وإنما ترفع على الموكل، كما لا يرفع الوكيل دعوى البطلان أو الإبطال لمصلحة الموكل إلا إذا وكل فى ذلك توكيلا خاصاً.

وسنرى أنه إذا تعاقد الوكيل باسمه الشخصى، سواء كان مسخراً (اسما مستعاراً) أو اختار تنفيذ الوكالة على هذا الوجه، انصرف أثر التعاقد إلى شخصه من حقوق والتزامات، فيصبح هو الدائن للغير الذى تعاقد معه والمدين له[2](1).

٣٠٣- متى يكون الوكيل مسئولا قبل الغير: ولا يكون الوكيل مسئولا قبل الغير[3]، إلا إذا ارتكب خطأ يستوجب مسئوليته. فإذا لم يرتكب خطأ لم يكن مسئولا، حتى لو أصاب الغير ضرر من تنفيذ الوكالة(2). فإذا وكل شخص فى قبض شيك مزور وهو لا

---

(١) باريس ٩ مايو سنة ١٨٩٩ جازيت دى تريبينو ١٣ يوليه سنة ١٨٩٩ - بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٠٠.

(٢) نقض فرنسى ٨ مايو سنة ١٨٧٢ داللوز ٧٢-١-٣٤٨- ٢٦ أبريل سنة ١٨٧٦ سيريه ٧٧ -١ -١٥٢- ٣ مايو سنة ١٨٩٣ داللوز ٩٣-١-٥٠٧- پون ١ فقرة ١٠٧٩- لوران ٢٨ فقرة ٧٦- جيوار فقرة ١٩٢ مكررة وفقرة ٢٠٧- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٠٠- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٧ ص٩٤٦.

وإذا تعاقد الوكيل باسم الموكل وباسمه الشخصى، انصرف أثر التعاقد إليه وإلى الموكل معاً (پون ١ فقرة ١٠٦٢ - جيوار فقرة ١٩٣- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٠١).

(٣) والمقصود بالغير هنا الشخص الذى يتعاقد معه الوكيل. وهناك أغيار آخرون قد يرتكب الوكيل خطأ يجعله مسئولا قبلهم. من ذلك أن الوكيل فى إدارة مزرعة إذا اغتصب أرض الجار بصفته وكيلا، جاز للجار أن يرجع عليه شخصاً بدعوى استرداد الحيازة (نقض فرنسى ٢٥ يونيه سنة ١٨٨٥ داللوز ٩٠-١-١٥١- بيدان ١٢ فقرة ٣٢٢- أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٣٣١).

(1) عقد الوكالة بالتسخير يقتضى أن يعمل الوكيل باسمه الشخصى بحيث يظل اسم الموكل مستترا ويترتب على قيامها فى علاقة الوكيل المسخر بالغير أن تضاف جميع الحقوق التى تنشأ من التعاقد مع هذا الغير إلى الوكيل المسخر فيكون هو الدائن بها قبله كما تضاف إليه جميع الالتزامات فيكون هو المدين بها إليه.

(جلسة ١٩٩١/٥/٢٢ الطعن رقم ٢١٥٠ لسنة ٥١ق)

(جلسة ١٩٩١/٢/٢٠ الطعن رقم ٢٩١ لسنة ٥٥ق)

(جلسة ١٩٨٤/٢/٢٨ الطعنان ٥٩٨، ٦٥٥ لسنة ٥٠ق)

(2) الأصل أن الموكل لا يكون مسئولا عن الخطأ الذى ارتكبه وكيله، فالوكيل إذا كان ينوب عن الموكل فى التصرف أو العمل القانونى محل الوكالة، فتنصرف إليه آثاره، إلا أنه لا ينوب عنه فى =

يعلم تزويره، لم يكن مسئولا إذا قبضه، ويرجع البنك على الموكل لا على الوكيل[1]. وإذا وكل شخص فى تحويل حق موكله، لم يكن مسئولا عن إعسار المحال عليه ولو ضمن هذا الإعسار باسم موكله، ويرجع المحال له فى هذه الحالة على الموكل لا على الوكيل[2].

أما إذا ارتكب الوكيل خطأ، فإنه يكون مسئولا قبل الغير[3]. فإذا دلس الوكيل على الغير فى تعاقده معه أو أكرهه على التعاقد، جاز للغير أن يطلب إبطال العقد، ويرفع دعوى الإبطال على الموكل لا على الوكيل كما سبق القول[4]، وجاز له أيضاً أن يرجع بالتعويض على الوكيل نفسه لما ارتكبه من تدليس أو إكراه[5]. وإذا باع الوكيل عيناً لموكله، وأخفى عن المشترى غشاً عيباً كان المشترى يستطيع تبينه بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل المعتاد، كان الوكيل مسئولا، وتتمثل مسئوليته فى هذه الحالة بجواز أن يرجع المشترى بضمان العيب الخفى على الموكل (م٢/٤٤٧ مدنى)، ويرجع هذا على الوكيل بالتعويض. وإذا ارتكب محام سباً أو قذفاً فى حق خصم موكله، أو قدم ضده بلاغاً

=الخطأ الذى يرتكبه هو فى حق الغير بسبب تنفيذ الوكالة، فيلتزم الوكيل وحده بتعويض الغير الذى أضير بخطئه، طالما لم يقر الموكل وكيله على هذا الخطأ بقصد إضافة آثاره إلى نفسه.

(جلسة ٢٠٠٠/٣/١ الطعن رقم ٢٩٧٢ لسنة ٢٩ق)

(جلسة ١٩٦٧/١١/١٤ الطعن رقم ٢١ لسنة ٣٢ق س١٨ ص١٦٤٩)

(١) نقض فرنسى ٢٢ فبراير سنة ١٨٨٦ سيريه ٨٧-١-٥٩.

(٢) استئناف مختلط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ م٤٤ ص٨٢- السين ٣١ أكتوبر سنة ١٨٩٣ La Droit ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩٣ - بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٠٣.

(٣) استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩٠٢ م١٤ ص١٢٧- ١٦ نوفمبر سنة ١٩٠٥ م١٨ ص١٥- ١٠ مايو سنة ١٩٢٢ م٣٤ ص٣٨٩- نقض فرنسى ٢٥ يونيه سنة ١٨٨٩ داللوز ٩٠-١-١٥١- ٢٠ يونيه سنة ١٨٩٩ داللوز ١٩٠٠- ١-٣١٧- ١٢ نوفمبر سنة ١٩٠٧ داللوز ١٩٠٨-١-٨٧- ١٧ أبريل سنة ١٩٣١ -١-٢٧٠- ٣ مارس سنة ١٩٣٧ سيريه ١٩٣٧-١-١٦٥- ٢٨ مايو سنة ١٩٤٠ سيريه ١٩٤٠- ١-٦٤- ١٤ أبريل سنة ١٩٤٢ D.A. ١٩٤٢ - ١٢٦- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٠٠- أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص٢٢٩ هامش ١ (٦)- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٧ ص٩٤٥- كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٣٦٧.

(٤) انظر آنفاً فقرة ٣٠٢- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٨٢ ص٤١٧- وسوء نية الوكيل يعتد به إذا تواطأ مع الغير فى تعاقده معه، فيجوز لدائن الغير الطعن فى التصرف بالدعوى البوليصية، وكذلك إذا تعامل وكيل الدائن مع المفلس فى فترة الريبة، فإنه يعتد بعلم الوكيل بتوقف المفلس عن الدفع (بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٨٢ ص٤١٧).

(٥) وهذا لا يمنع الغير من الرجوع بالتعويض أيضاً على الموكل، لأن هذا الأخير مسئول نحو الغير عن خطأ الوكيل كما سنرى (انظر ما يلى فقرة ٣٠٩).

كاذباً بسوء نية وهو فى صدد تنفيذ الوكالة[1]، فإن المحامى يكون مسئولا نحو خصم موكله عن الخطأ الذى ارتكبه[2].

وقد يرتكب الوكيل خطأ وهو ينفذ الوكالة، فى إيقاع الغير الذى يتعاقد معه فى خطأ فى شأن حدود وكالته. والأصل أن الغير الذى يتعاقد مع الوكيل عليه أن يتثبت من قيام الوكالة ومن حدودها، وله فى سبيل ذلك أن يطلب من الوكيل ما يتثبت وكالته كما سنرى. فلا يكون الوكيل مسئولا إذا جاوز حدود الوكالة، وكان الغير يعلم أو ينبغى أن يعلم بذلك[3]. ولكن يجوز أن يتعمد الوكيل إيهام الغير، فيتعاقد معه مجاوزاً حدود وكالته[4] أو بعد انتهاء هذه الوكالة، فلا يسرى التعاقد فى حق الموكل، ويكون الوكيل مسئولا قبل الغير ويرجع هذا عليه بالتعويض. كذلك يجوز أن يضمن الوكيل للغير أنه يعمل فى حدود التوكيل، فيكون مسئولا قبله لو جاوز هذه الحدود[5]. ويصح كذلك أن يضمن الوكيل

---

(١) استئناف مختلط ٢٧ أبريل سنة ١٩١٦ م٢٨ ص٢٨٣– نقض فرنسى ٩ فبراير سنة ١٩٤٩ جازيت دى پاليه ١٩٤٩–١– ١٨٣– بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٧ ص٩٤٦.

(٢) ويبقى الوكيل مسئولا حتى لو ارتكب الخطأ بأمر الموكل (نقض فرنسى ٩ يناير سنة ١٨٣٣ سيريه ٣٣–١–٣٢١– ٥ نوفمبر سنة ١٨٧٧ داللوز ٨٠–١–٧٩– ٢٥ يونيه سنة ١٨٨٩ سيريه ٩١ –١ –١٢٣– ١٩ فبراير سنة ١٨٩٠ سيريه ٩٠–١–٣١٩– ١٨ مارس سنة ١٨٩١ سيريه ٩٤ –١ –٧٠– لوران ٢٠ فقرة ٤٤٩– جيوار فقرة ٢١٠– بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٠٢). فإذا وكل أحد البنوك فى طرح أسهم شركة للاكتتاب، كان البنك مسئولا نحو المكتتبين عن البيانات الخاطئة التى قدمتها الشركة إذا كان عالما بخطأها (نقض فرنسى ١٨ مارس سنة ١٨٩١ سيريه ٩٤ –١ –٧٠). وإذا اشترك الوكيل فى الطرق الاحتيالية الصادرة من الموكل لدفع الغير إلى التعاقد مع الوكيل، كان هذا مسئولا نحو الغير (نقض فرنسى ٣ مايو سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٤–١–٢٠٢). ويكون الوكيل مسئولا عن صحة البيانات التى يقدمها للغير الذى يتعاقد معه (باريس ٦ فبراير سنة ١٨٩٩ جازيت دى تريبينو أول أبريل سنة ١٨٩٩). وإذا كان التوكيل واقعاً على تصرف يعتبر جريمة، كان الوكيل مسئولا جنائياً مع الموكل (بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٠٢).

(٣) استئناف مختلط ١٩ فبراير سنة ١٩٠٣ م١٥ ص١٥٥– ١٢ فبراير سنة ١٩٠٥ م١٧ ص٧٦– ٢٦ يناير سنة ١٩١٦ م٢٨ ص١٢٥.

(٤) استئناف مختلط ٢٦ أبريل سنة ١٩٠٥ م١٧ ص٢٣١.

(٥) بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٠٤– بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٧ ص٩٤٦– وللقاضى أن يقدر المدى الذى ذهب إليه الوكيل فى ضمان حدود وكالته (نقض فرنسى ١٠ نوفمبر سنة ١٨٧١ داللوز ٧٢–١–١٨٧– ٢٦ أبريل سنة ١٨٧٦ داللوز ٧٦–١–٤٩٢– ديجون ٢٥ مايو سنة ١٩٣١ داللوز الأسبوعى ١٩٣١– ٤٠٥). وله أن يعتبر، بحسب الظروف، أن مجرد تعاقد شخص مع الغير بصفته وكيلا، يجعله ضامناً لهذه الصفة لمن تعاقد معه (بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٠٥ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٧ ص٩٤٦). وانظر فى تأسيس مسئولية الوكيل فى مجاوزته لحدود الوكالة على نظرية الخطأ عند تكوين العقد وفى تمييز التقنين المدنى الألمانى (م١٧٩) بين =

للغير تنفيذ الموكل للالتزامات الناشئة عن تعاقد الوكيل مع الغير، فيكون الوكيل فى هذه الحالة مسئولا نحو الغير مسئولية الكفيل[1]. ويجوز أيضاً أن يقتصر الوكيل على ضمان إقرار الموكل للتصرف فيما جاوز حدود الوكالة، فإذا لم يصدر هذا الإقرار كان الوكيل مسئولا عن التعويض[2]، أما إذا صدر الإقرار، فإن الوكيل تبرأ ذمته من الضمان ولا يكفل الموكل فى تنفيذ التزاماته[3]. وعلى أى حال يجوز أن يستخلص من مجرد علم الغير بأن الوكيل يعمل دون نيابة، إعفاء الوكيل من المسئولية إذا لم يقر الموكل التصرف[4].

وسنرى فيما يلى أن الوكيل إذا ارتكب خطأ، فإن الموكل قد يكون مسئولا عنه نحو الغير.

٢ - علاقة الموكل بالغير

٣٠٤ - انصراف أثر التصرف الذى يبرمه الوكيل إلى شخص الموكل: تقدم أن نظرية النيابة تقضى بأن ينصرف أثر التصرف الذى يبرمه النائب إلى شخص الأصيل، ولو أن الإرادة التى يقوم عليها التصرف هى إرادة النائب لا إرادة الأصيل، وهذه الظاهرة هى أبرز

=علم النائب بالمجاوزة وبين جهله بذلك: جمال مرسى بدر - دراسات فى نظرية النيابة حول مشروع المعهد الدولى لتوحيد القانون الخاص فقرة ٣١- فقرة ٣٤.

(١) استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٩١٣ م٢٥ ص١٧١- ١٥ يونيه سنة ١٩٢٢ م٣٤ ص٤٨٤- أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص٢٢٩ هامش ١ (٦) - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة١٤٩٧ ص٩٤٦.

(٢) والأصل أن الوكيل يضمن لمن تعاقد معه إقرار الموكل لما جاوز فيه حدود الوكالة، فإذا لم يقر الموكل، كان على الوكيل أن يعوض الضرر الذى يحتمل أن يلحق الغير المتعامل معه بسبب عدم التزامه حدود التوكيل. بل وقد تلزمه هذه المسئولية حتى لو أخبر الغير بسعة وكالته، إذا كان من حق الغير أن يعتمد على أن الوكيل سيحصل على إقرار الموكل فيما قام به خارج حدود الوكالة (استئناف مصر ٢٢ مارس سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١٣ ص٢٢).

(٣) ويكون هذا من الوكيل، لا كفالة كما فى الفرض السابق، بل تعهدا عن الغير (بيدان ١٢ فقرة ٣٢٧- بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٠٤٤).

(٤) استئناف مختلط ٣ يونيه سنة ١٨٩٦ م٨ ص٣١٢- وتقول الفقرة الأخيرة من المادة ٨٠٧ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فى هذا الصدد: «ولا يلزم الوكيل بضمان ما إذا مكن معاقده من الاطلاع الكافى على سلطته، ما لم يكن الوكيل قد أخذ على نفسه تنفيذ الموجب» (انظر آنفاً فقرة ٢٩٨ فى الهامش). والوكيل هو الذى يثبت علم الغير، وتقول المادة ٩٤٥ من التقنين المدنى العراقى فى هذا الصدد: «إذا رفض من وقع التعاقد باسمه دون توكيل منه أن يجيز التعاقد، جاز الرجوع على من اتخذ صفة الوكيل بتعويض الضرر الناشئ عن عدم نفاذ العقد، ما لم يثبت من اتخذ هذه الصفة=

الظواهر فى نظرية النيابة[1]. وقد أحالت المادة ٧١٣ مدنى، التى تقدم ذكرها[2]، إلى المادة ١٠٥ مدنى فى هذا الصدد، وهذه المادة الأخيرة تنص على أنه «إذا أبرم النائب فى حدود نيابته عقداً باسم الأصيل، فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل»[3](1).

فيجب إذن أن يعمل الوكيل فى حدود وكالته، فلا يجاوز هذه الحدود، حتى ينصرف أثر التصرف الذى يعقده مع الغير إلى شخص الموكل. ومن ثم جاز للغير أن يطلب من الوكيل أن يثبت وكالته ويبين حدودها[4](2). وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على

=أن من تعاقد معه كان يعلم أن الوكالة غير موجودة أو كان ينبغى أن يكون عالماً بذلك» (انظر آنفاً فقرة ٢٩٨ فى الهامش)- وانظر أيضاً المادة ٩٩١ من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى فيما يلى فقرة ٣٠٥ فى أولها.

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٠٠.

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٩٨.

(٣) وتنص المادة ٩٤٢ من التقنين المدنى العراقى على ما يأتى: «... إذا تعاقد الوكيل باسم الموكل وفى حدود الوكالة، فإن العقد يقع للموكل وتعود كل حقوقه إليه». وتنص المادة ٨٠٤ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على أن «الأعمال التى يقوم بها الوكيل باسم الموكل، على وجه صحيح وضمن حدود سلطته يجرى مفعولها فيما ينفع الموكل ويضره كما لو كان الموكل نفسه قد أجراها». وتنص المادة ١/٨٠٥ من نفس التقنين على أن «يلزم الموكل أن يفى مباشرة بالعهود التى قطعها الوكيل لحسابه ضمن السلطة الممنوحة له فى الوكالة» (انظر آنفاً فقرة ٢٩٨ فى الهامش).

(٤) وينصرف أثر التصرف إلى الموكل حتى لو كانت الوكالة ثابتة فى توكيل آخر غير الذى كان فى ذهن الغير الذى تعاقد مع الوكيل (استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ م٣٦ ص١٧١- ٣٠ أبريل سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص٢٨١)

(1) النص فى المادتين ٧١٣، ١٠٦ من القانون المدنى يدل - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - على أنه يجوز للوكيل أن يبرم العقد الذى تخوله الوكالة إصداره لا بصفته وكيلا ولكن بصفته أصيلا ذلك أن وكالته فى هذه الحالة تكون مستترة ويعتبر وكأنه قد أعار اسمه للأصيل الذى وكله فى إبرام العقد، وحكم هذه الوكالة المستترة أنها ترتب قبل الأصيل جميع الآثار القانونية التى ترتبها الوكالة السافرة فينصرف أثر العقد المبرم إلى الأصيل وإلى من يتعاقد مع الوكيل المستتر.

(جلسة ١٩٨٥/١/١٦ الطعن رقم ٧٣٢ لسنة ٥٤ق س٣٦ ص١٢٩)

(2) المقرر فى قضاء محكمة النقض أنه إذا تصرف الشخص كوكيل عن غيره دون نيابة فلا ينصرف أثر تصرفه - فيما يرتبه من حقوق - والتزامات. إلى الأصيل إلا إذا أقره يستوى فى ذلك أن يكون الغير الذى تعاقد معه عالما أنه يعمل دون وكالة أو غير عالم بذلك إذ عليه التثبت من قيام الوكالة وحدودها وله فى سبيل ذلك أن يطلب من الوكيل ما يثبت وكالته فإن هو قصر فعليه تقصيره.

(جلسة ١٩٩٠/٥/٢٧ الطعن رقم ٢٣٨٦ لسنة ٥٨ق)

(جلسة ١٩٨٥/١١/٢٠ الطعن رقم ١٩٣٦ لسنة ٥١ق)

نص يخول للغير أن يطلب من النائب صورة من سند نيابته، فكانت المادة ٢/١٥٨ من هذا المشروع تنص على ما يأتى: «ولمن يتعاقد مع النائب أن يطلب منه إثبات نيابته، فإذا كانت النيابة ثابتة بعقد مكتوب فله أن يحصل منه على صورة مطابقة للأصل تحمل توقيعه»(١). وقد حذفت هذه الفقرة «لأنها تتناول مسألة عملية تفصيلية، فى القواعد العامة ما يغنى عن النص عليها»(٢).

فإذا لم يجاوز الوكيل حدود وكالته، قامت العلاقة مباشرة، فى التصرف الذى يعقده مع الغير، بين هذا الغير والموكل(1)، ويختفى شخص الوكيل فيما بينهما طبقاً للقواعد

---

(١) وقد حذف هذا النص فى لجنة مجلس الشيوخ «لما تبين من المناقشة أن هذه الفقرة لا ضرورة لها، لأن الشخص الذى يتعاقد مع نائب عن الغير تقضى عليه الظروف بالاحتياط والحكمة فى معاملته، فقد يكتفى بسند عرفى، وقد يصر على طلب سند رسمى، وقد يصرف النظر عن هذا وذاك، فالمرجع فى هذا الخصوص إلى رغبة المتعاقد مع النائب عن الغير» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٩٥-٩٧- وانظر الوسيط ١ فقرة ٨٨ ص١٩٦ هامش١).

وكانت المادة ٦٣٤/٥١٨ من التقنين المدنى القديم تنص على أنه «لمن يعامل الوكيل الحق فى أن يطلب منه صورة رسمية من سند التوكيل» (انظر آنفاً فقرة ٢٩٨ فى الهامش، وانظر استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م٤٢ ص٥٩). وتنص المادة ٨٠٣ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على أنه «عند وجود وكالة خاصة يحق على الدوام لمن يعامل الوكيل بصفته وكيلا أن يطلب منه إبراز صك الوكالة، وأن يأخذ عند الحاجة صورة رسمية من هذا الصك» (انظر آنفاً فقرة ٢٩٨ فى الهامش).

وإذا وقع خلاف بين أصل التوكيل وصورته، فالعبرة بالأصل، ولا يكون الموكل مسئولا عما وقع فى الصورة من تحريف متعمد أو غير متعمد (لوران ٢٨ فقرة ٥٩- جيوار فقرة ١٨٩- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٧٤). فإذا وقع تحريف فى التوكيل عند نقله ببرقية مثلا أو بسبب تزوير من الوكيل أو من الغير، لم يكن الموكل مسئولا عن هذا التحريف، ويرجع الغير الذى تعامل على أساس هذا التوكيل المحرف مع الوكيل على من يكون التحريف منسوباً إليه (جيوار فقرة ١٨٩ - بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٧٤ وفقرة ٧٨٠ ص٤١٥).

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٩٤- ص٩٧- وانظر الوسيط ١ فقرة ٨٨ ص١٩٦ هامش ١.

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد المادة ٧١٣ مدنى ما يأتى: «كذلك ينصرف أثر العقد الذى أبرمه الوكيل باسم الموكل، سواء فى ذلك ما يولده من حقوق وما يترتب عليه من التزامات، إلى الموكل مباشرة. ومن أجل ذلك أعطى للغير الذى يتعاقد مع الوكيل الحق فى مطالبته بأن يثبت وكالته ومدى هذه الوكالة. فإن كانت الوكالة ثابتة فى ورقة مكتوبة، فللغير أن يحصل على صورة مطابقة للأصل تحمل توقيع الوكيل، فيستطيع الغير بذلك أن يرجع على الموكل مباشرة بمقتضى هذا التوكيل: م١٥٨ من المشروع» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٢٦).

(1) أ- النص فى المادتين ٧١٣، ١٠٦ من القانون المدنى يدل - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - على أنه يجوز للوكيل أن يبرم العقد الذى تخوله الوكالة إصداره لا بصفته وكيلا ولكن بصفته أصيلا، ذلك أن وكالته فى هذه الحالة تكون مستترة ويعتبر وكأنه أعار اسمه للأصيل الذى وكله فى ابرام العقد، وحكم هذه الوكالة المستترة أنها ترتب قبل الأصيل جميع الآثار القانونية التى ترتبها الوكالة السافرة فينصرف أثر العقد المبرم إلى الأصيل وإلى من يتعاقد مع الوكيل المستتر.

(جلسة ١٩٨٥/١/١٦ الطعن رقم ٧٣٢ لسنة ٥٤ق س٣٦ ص١٢٩)

(جلسة ١٩٩٠/١١/١٥ الطعن رقم ٢٦٨١ لسنة ٥٩ق) =

المقررة فى النيابة. ويترتب على ذلك أن للموكل أن يرجع مباشرة على الغير الذى تعاقد معه الوكيل بجميع الالتزامات الناشئة من هذا التعاقد فى ذمة الغير، وكذلك للغير أن يرجع مباشرة على الموكل بجميع الحقوق التى نشأت له من هذا التعاقد. فيكسب الموكل الحقوق التى تولدت له من العقد الذى أبرمه الوكيل مع الغير، ويطالب الغير بها دون وساطة الوكيل. ويكسب الغير الحقوق التى تولدت له من هذا العقد، ويرجع بها مباشرة على الموكل دون وساطة الوكيل كذلك(١).

وإذا صدرت ورقة مكتوبة من الوكيل فى حدود وكالته، كانت هذه الورقة حجة على الموكل بتاريخها العرفى، فتكون دليلا كتابياً كاملا ضد الموكل، ويكون تاريخها العرفى غير الثابت حجة على الموكل(٢). وإذا لم تصلح الورقة إلا لتكون مبدأ ثبوت بالكتابة، فإنها

=ب- المقرر فى قضاء محكمة النقض أنه إذا تصرف الشخص كوكيل عن غيره دون نيابة فلا ينصرف أثر تصرفه - فيما يرتبه من حقوق - والتزامات - إلى الأصيل إلا رذا أقره يستوى فى ذلك أن يكون الغير الذى تعاقد معه عالما أنه يعمل دون وكالة أو غير عالم بذلك إذ عليه التثبت من قيام الوكالة وحدودها وله فى سبيل ذلك أن يطلب من الوكيل ما يثبت وكالته فإن هو قصر فعليه تقصيره.

(جلسة ١٩٩٠/٥/٢٧ الطعن رقم ٢٣٨٦ لسنة ٥٨ق)

(جلسة ١٩٨٥/١١/٢٠ الطعن رقم ١٩٣٦ لسنة ٥١ق)

جـ- النص فى المادتين ٧١٣، ١٠٦ من القانون المدنى يدل - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - على أنه يجوز للوكيل أن يبرم العقد الذى تخوله الوكالة إصداره لا بصفته وكيلا ولكن بصفته أصيلا، ذلك أن وكالته فى هذه الحالة تكون مستترة ويعتبر وكأنه أعار اسمه للأصيل الذى وكله فى ابرام العقد، وحكم هذه الوكالة مستترة ويعتبر وكأنه أعار اسمه للأصيل الذى وكله فى ابرام العقد، وحكم هذه الوكالة المستترة أنها ترتب قبل الأصيل جميع الآثار القانونية التى ترتبها الوكالة السافرة فينصرف أثر العقد المبرم إلى الأصيل وإلى من يتعاقد مع الوكيل المستتر.

(جلسة ١٩٩٠/١١/١٥ الطعن رقم ٢٦٨١ لسنة ٥٩ق)

(جلسة ١٩٨٤/٣/١٥ الطعن ١٠٤٩ لسنة ٥٠ق)

(جلسة ١٩٧٦/١٠/١٩ الطعن رقم ٤٥٨ لسنة ٤٠ق س٢٧ ص١٤٦٧)

د- المقرر فى القانون أن للموكل أن ينهى عقد الوكالة إلا أنه إذا قارف الموكل خطأ من شأنه أن يحمل الغير حسن النية على الاعتقاد بأن الوكالة التى بناء عليها تعاقد الوكيل مع هذا الغير لا تزال سارية حتى ابرام الوكيل معه تصرفات تعدل العقد الذى سبق أن أبرمه، فإن هذه التصرفات الأخيرة تنفذ فى حق الموكل.

(جلسة ١٩٨٤/٢/٨ الطعن رقم ٢٢٧ لسنة ٥ق س٣٥ ص٤٢٢)

(١) الوسيط ١ فقرة ٩٤.

(٢) نقض فرنسى ٧ مارس سنة ١٨٩٣ داللوز ٩٣-١-٢٥٥- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٧٣ ص٤١١- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٨ ص٩٤٧- كولان وكابيتان دى لاموراندير ٢ فقرة ١٣٦٦ ص٨٧٣- چوسران ٢ فقرة ١٤١٧ - محمد على عرفة ص٤٠٨- محمد كامل مرسى فقرة ٢٢٦ ص٣١٣.

وتظهر الأهمية فى حجية التاريخ العرفى على الموكل بوجه خاص فيما إذا كان التاريخ العرفى سابقاً =

تصلح كذلك أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة بالنسبة إلى الموكل[1]. وإذا صدر إقرار من الوكيل فى حدود وكالته، كان هذا الإقرار حجة أيضاً على الموكل[2]. وإذا أبرم الوكيل فى حدود وكالته عقداً صورياً، فإن ورقة الضد تكون حجة على الموكل[3]. وإذا صدر حكم على الوكيل بصفته هذه، نفذ الحكم على الموكل[4]. والإعلانات التى توجه من الوكيل أو إليه فى حدود الوكالة، تعتبر موجهة من الموكل أو إليه[5]. وإذا قطع الوكيل التقادم بعمل صادر منه، اعتبر هذا العمل صادراً من الموكل[6]. وإذا وفى الوكيل دين الموكل نيابة عنه، اعتبر الوفاء حاصلا من الموكل لا من الوكيل[7].

=على انتهاء الوكالة، فينصرف أثر التصرف الذى تضمنته الورقة ذات التاريخ العرفى إلى شخص الموكل دون أن يستطيع التمسك بأن التاريخ العرفى ليس حجة عليه. ويستطيع أن يثبت بجميع طرق الإثبات أن التاريخ العرفى للورقة لا يتفق مع الحقيقة، وأنه قدم لتكون الورقة سابقة على انتهاء الوكالة وذلك حتى يمكن أن ينصرف أثر التصرف إلى الموكل (جيوار فقرة ١٨٥ وفقرة ٢١٣- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٧٣ ص٤١١).

(١) نقض فرنسى ١٦ يونيه سنة ١٨٩٠ سيريه ٩٠-١-٣٨٥- ٧ مارس سنة ١٨٩٣ سيريه ٩٣ -١ -٢٩١- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٧٣ ص٤١٢ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص٢٢٩ هامش ١ (٣)- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٨ ص١٤٧.

(٢) نقض مدنى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٤٥ ص٢٩١- نقض فرنسى ٩ أبريل سنة ١٨٨٨ داللوز ٨٨-١-٣١٩- ٢٣ أكتوبر سنة ١٨٩٤ سيريه ٩٥- ١- ٢٢٦- ١٣ نوفمبر سنة ١٩٠١ داللوز ١٩٠٢ -١-٤٨٩- ٢٤ مارس سنة ١٩١٥ داللوز ١٩٢٠ -١-١٤٣- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٧٢ مكررة - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٨ ص٩٤٧.

(٣) بون ١ فقرة ١٠٦٣- لوران ٢٨ فقرة ٥٣- جيوار فقرة ١٨٥- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٧٣ ص٤١٢- كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٣٦٦ ص٨٧٣- محمد على عرفة ص٤٠٨- محمد كامل مرسى فقرة ٢٢٦ ص٢١٣.

(٤) جيوار فقرة ١٨٤- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٧٢ مكررة - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص٢٢٩- ويكون للحكم قوة الشئ المقتضى بالنسبة إلى الموكل (أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص٢٢٩ هامش ١ (٣)- ولا يجوز للموكل أن يعترض على الحكم اعتراض الخارج عن الخصومة (استئناف مختلط ٢٠ أبريل ١٩٠٤ م١٦ ص٢٠١- نقض فرنسى ١١ فبراير سنة ١٩٠٩ داللوز ١٩٠٩-١-٣٧٦- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٨ ص٩٤٧.

(٥) استئناف مختلط ٣ أبريل سنة ١٩١٣ م٢٥ ص٢٨١ (إعلان الشفعة للوكيل) - ٢٦ يناير سنة ١٩٢٨ م٤٠ ص١٦١- نقض مدنى ١٥ يونيه سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٣١ ص٢٣٧ (يكفى لصحة الإعلان أن يجئ اسم الوكيل مقروناً باسم الموكل).

(٦) نقض فرنسى ١٨ مارس سنة ١٨٥١ داللوز ٥١-١-١٥١- ٣١ يناير سنة ١٨٧٢ داللوز ٧٢ -١ -٢٤٦- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٨ ص٩٤٧.

(٧) وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن ما يبرمه الوكيل فى حدود الوكالة يضاف إلى الأصيل، فإذا كان الثابت أن المورث إذا أبرم عقد البيع بالنسبة إلى حصة موكلته التزم فى هذا العقد بسداد الدين المضمون بحق الامتياز على تلك الحصة، وكان التزامه هذا مندرجاً ضمن حدود وكالته بالبيع فإن قيامه بسداد هذا الدين يضاف إلى موكلته وتنصرف إليها آثاره. ومن ثم لا يكون فى حالة قبضه الثمن وسداده الدين الممتاز مديناً لموكلته بما قبض دائناً لها بما دفع، وإنما يقتصر التزامه على أن يقدم لها حساب وكالته وأن يؤدى إليها ما تسفر عنه أعماله، ولا يصح القول فى هذه الحالة بقيام مقاصة قانونية بين الثمن الذى قبضه الوكيل والدين الذى أداه عن موكلته (نقض مدنى ١٦ فبراير سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١٧ ص١٥٤).

وتقف نيابة الوكيل عن الموكل عند حد الغش، فإذا تواطأ الوكيل مع الغير للإضرار بحقوق الموكل، فإن التصرف الذى يعقده الوكيل مع الغير على هذا الوجه أو الإجراء الذى يتخذه لا ينصرف أثره إلى الموكل(١)(1).

ويقع على الغير عبء إثبات أن الوكيل قد تصرف فى حدود الوكالة، حتى يستطيع إلزام الموكل بهذا التصرف(٢).

---

(١) نقض مدنى ١٥ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٦٣ ص١٠٧٢- استئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م٣٨ ص٥٤- نقض فرنسى ١٤ أبريل سنة ١٩٠٨ داللوز ١٩٠٨ -١-٣٤٤- ٢٩ يونيه سنة ١٩٣٣ سيريه ١٩٣٣ -١-٣٣٠- ٩ فبراير سنة ١٩٣٤ سيرية ١٩٣٤ -١-١٤٣- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٨ ص٩٤٨- وكذلك إذا استغل الوكيل الوكالة لمصلحته الشخصية على وجه ظاهر لا يخفى على الغير، كما إذا كان وكيلا بالرهن فرهن أموال الموكل لدائنيه الشخصيين، فإن التصرف لا ينصرف أثره إلى الموكل (أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص٢٣٢ وهامش ١٢). ولكن الغير لا يلتزم باتخاذ الاحتياطات لمنع الوكيل من الإضرار بحقوق الموكل، ما دام لم يشترك معه فى الخطأ (استئناف مختلط ٧ يونيه سنة ١٩٢٨ م٤٠ ص٤١١)، ولو اشترط فى التوكيل أن يعمل الوكيل ما فيه المصلحة للموكل (استئناف مختلط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م٥٠ ص٥٠).

أما إذا تصرف الوكيل فى حدود الوكالة دون غش، فإن تصرفه ينصرف أثره إلى الموكل حتى لو لحق هذا الأخير غبن من وراء هذا التصرف، وأثر الغبن لا يظهر فى علاقة الموكل بالغير، وإنما يظهر فى علاقة الموكل بالوكيل فيكون الوكيل مسئولا عن الغبن قبل الموكل عند تقديم الحساب عن وكالته. وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه لا يشترط فى الصلح أن يكون ما ينزل عنه أحد الطرفين مكافئاً لما ينزل عنه الطرف الآخر، وإذن فمتى كان التوكيل يبيح إجراء الصلح والنزول عن الدعوى، وكان الصلح الذى عقده الوكيل لم يجاوز حدود الوكالة واستوفى شرائطه القانونية بأن تضمن نزول كل من الطرفين عن جزء من ادعاءاته على وجه التقابل حسما للنزاع القائم بينهما، وكان الحكم المطعون فيه إذا لم يعتد بهذا الصلح، وإذ قرر أن الوكيل لم يراع فيه حدود وكالته، أقام قضاءه على أن الصلح الذى عقده فيه غبن على موكليه، فإن هذا الحكم يكون قد خالف القانون. ذلك لأن هذا الغبن على فرض ثبوته لا يؤدى إلى اعتبار الوكيل مجاوزاً حدود وكالته، وإنما محل بحث هذا الغبن وتحديد مدى آثاره يكون فى صدد علاقة الوكيل بموكله، لا فى علاقه الموكل بمن تعاقد مع الوكيل فى حدود الوكالة (نقض مدنى ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٨ ص٨٥).

(٢) استئناف مختلط ٢٤ يونيه سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٥٧٨.

(1) لئن كان الأصل وفقا للمادة ١٠٥ من القانون المدنى أن ما يبرمه الوكيل فى حدود وكالته ينصرف إلى الأصيل إلا أن نيابة الوكيل عن الموكل تقف عند حد الغش، فإذا تواطأ الوكيل مع الغير للاضرار بحقوق موكله، فإن التصرف على هذا النحو لا ينصرف أثره إلى الموكل.
(جلسة ١٩٧٦/٤/٧ الطعن رقم ٢٧٣ لسنة ٤٢ س٢٧ ص٨٨٦)

٣٠٥- خروج الوكيل عن حدود الوكالة - مجاوزة هذه الحدود أو العمل دون وكالة أو بعد انتهائها: كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يشتمل على نصوص فى هذا الصدد. فكانت المادة ٩٩٠ من هذا المشروع تنص على أنه: «١- إذا أبرم شخص عقداً باسم غيره دون توكيل، أو كان وكيلا وجاوز حدود الوكالة، فإن العقد لا ينفذ فى حق هذا الغير إلا إذا كان قد أقره. ٢- ويجوز للطرف الثانى فى العقد أن يحدد لهذا الغير ميعاداً مناسباً لإقرار الاتفاق، على أن يتحلل منه إذا لم يصدر الإقرار فى الميعاد المحدد. ويجوز له أن يرجع فى العقد قبل أن يصدر الإقرار، إلا إذا كان يعلم أن الوكالة غير موجودة أو كان ينبغى أن يكون عالماً بذلك». وكانت المادة ٩٩١ من المشروع تنص على ما يأتى: «أما إذا رفض الإقرار صراحة أو ضمناً، فإنه يجوز الرجوع على من اتخذ صفة الوكيل بتعويض الضرر الناشئ عن عدم نفاذ العقد، ما لم يثبت أن الطرف الآخر كان يعلم أن الوكالة غير موجودة أو كان ينبغى أن يكون عالماً بذلك»[1]. وقد حذف النصان فى لجنة المراجعة «اكتفاء بما تقدم من أحكام النيابة»[2]. ولما كان النصان المحذوفان لا يخرجان فى أحكامهما عن القواعد العامة، فليس يوجد ما يمنع من العمل بهذه الأحكام بالرغم من هذا الحذف.

والوكيل لا تكون له صفة النيابة عن الموكل إذا عمل باسم هذا الأخير وجاوز حدود الوكالة، أو عمل دون وكالة أصلا[3]، أو عمل بعد انتهاء الوكالة. ففى جميع هذه الفروض لا يكون الوكيل فى تعاقده مع الغير نائباً عن الموكل، ومن ثم لا ينصرف إلى هذا الأخير أثر هذا التعاقد.

---

(١) ويقابل هذين النصين النصان الآتيان فى التقنين المدنى القديم: م٥٢٤ فقرة ٦٤٤/٢: ولا يكون (الوكيل) مسئولا أيضاً عن تجاوزه حدود ما وكل فيه إذا أعلم من يعامله بسعة وكالته - م٥٢٧/٦٤٨: على الموكل تنفيذ ما التزم به وكيله باسمه بموجب التوكيل، وعليه أن يبين فى ميعاد لائق ما فى عزمه من التصديق أو عدمه على ما فعله الوكيل خارجاً عن حدود التوكيل - وانظر أيضاً المادتين ٩٤٤- ٩٤٥ من التقنين المدنى العراقى والمادتين ٨٠٦- ٨٠٧ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى آنفاً فقرة ٢٨٠ فى الهامش.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٢٥- ص٢٢٨.

(٣) استئناف وطنى ٢٠ مارس سنة ١٨٩٣ الحقوق ٨ ص٢٠٠- استئناف مختلط أول فبراير سنة ١٨٩٩ م١١ ص١١٦- وسنرى عند الكلام فى نظرية الوكالة الظاهرة أن العمل دون وكالة يتضمن أيضاً أن يعمل الوكيل بوكالة باطلة أو بوكالة أبطلت لنقص الأهلية أو لعيب فى الرضاء - وإذا كانت الوكالة مزورة لم يكن من نسب صدورها منه، أى من يوصف بصفة الموكل فى هذه الوكالة المزورة، مسئولا قبل الغير، إلا إذا أثبت الغير خطأ فى جانبه (استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٢٩ م٤١ ص٤٢١- ١٢ أبريل سنة ١٩٤٥ م٥٧ ص١٢٢).

على أن هناك حالة يجب استثناؤها مما تقدم، وهى حالة خروج الوكيل عن حدود الوكالة «متى كان من المستحيل عليه إخطار الموكل سلفاً، وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف» (م٢/٧٠٣ مدنى). وقد تقدم أن أثر التصرف فى هذه الحالة ينصرف إلى الموكل على أساس نيابة قانونية تقوم على إرادة مفترضة من جانبه(١).

وفيما عدا هذه الحالة يعمل الوكيل فى الفروض المتقدمة دون نيابة، فلا ينصرف أثر تصرفه إلى الموكل كما سبق القول. ويستوى فى ذلك أن يكون الغير الذى تعاقد مع الوكيل عالماً بأن الوكيل يعمل دون نيابة أو غير عالم بذلك. فحتى لو كان الغير يعتقد بحسن نية أن الوكيل يعمل بموجب وكالة قائمة لم تقع مجاوزة فى حدودها ولم تنقض، فإن هذا لا يغير من الحقيقة وهى أن الوكيل يعمل دون نيابة، فلا ينصرف أثر التصرف إلى الموكل، وذلك مع عدم الإخلال بأحكام الوكالة الظاهرة فيما سيجئ. هذا إلى أن الغير حسن النية كان يستطيع أن يعلم حقيقة مركز الوكيل لو أنه أراد التثبت من ذلك، ومن حقه كما قدمنا أن يطالب الوكيل بما يثبت وكالته ومداها(٢).

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٤٩– وقد تقدم أنه إذا استطاع الوكيل أن يتعاقد بشروط أفضل، لم يعتبر ذلك مجاوزة لحدود الوكالة (انظر آنفاً فقرة ٢٤٨ – وانظر م٧٨٠ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى آنفاً فقرة ٢٤٧ فى الهامش وم٨٠٦ من نفس التقنين آنفاً فقرة ٢٤٨ فى الهامش).

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «بقيت حالة ما إذا تعاقد شخص باسم غيره دون توكيل، أو مجاوزاً حدود التوكيل (فى غير ما نصت عليه المادة ٢/٩٧٨: من المشروع وتقابل م٢/٧٠٣ مدنى)، أو بعد أن انقضت الوكالة. فإذا تعاقد (أ) مع (ب) باسم (جـ)، دون توكيل أو مجاوزاً حدود التوكيل، فإن (أ) لا يعتبر وكيلا عن (جـ)، سواء علم ب بانعدام الوكالة أو لم يعلم، إذ كان يستطيع أن يعلم لو أنه طلب من (أ) إثبات وكالته كما تقضى بذلك المادة ١٥٨ (من المشروع)، لذلك لا ينفذ العقد فى حق (جـ) إلا إذا أقره» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٢٦– ص٢٢٧) – وقد قضت محكمة النقض بأنه سواء أكان المستأجر حسن النية أو كان سيئها، فإن تجاوز الوكيل حدود توكيله لا يجعل الموكل مسئولا عن عقد عقد خروجا عن تلك الحدود. وعلى من يتعاقد مع الوكيل أن يتحرى صفة من تعاقد معه وحدود تلك الصفة، فإذا قصر فعليه تقصيره. فإذا كانت ورقة الاتفاق التى بمقتضاها عين ثلاثة أشخاص حراساً على أعيان وقف قد حظرت عليهم أن ينفرد أيهم بأى عمل وإلا كان باطلا، ثم أجر أحدهم وحده هذه الأرض، فإن الوقف لا يتحمل نتيجة عمل هذا الحارس ولو كان المستأجر حسن النية (نقض مدنى ١٤ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٦٢ ص١١٠٩). وانظر فى نفس المعنى استئناف وطنى ٢٤ ديسمبر سنة ١٨٩١ الحقوق ٦ ص٤٠٤– ٣١ يوليه سنة ١٨٩٢ الحقوق ٧ ص٢٢٥– استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٩٠٤ م١٧ ص٤٠– ٥ مايو سنة ١٩٠٩ م٢١ ص٣٨٤– ٧ يونيه سنة ١٩٢٨ م٤٠ ص٤١١– ٩ فبراير سنة ١٩٣٣ م٤٥ ص١٦٧– ٣ أبريل سنة ١٩٤١ م٥٣ ص١٤٤). وإذا جاوز الوكيل حدود الوكالة لم ينصرف أثر التصرف إلى الموكل كما قدمنا، لكن إذا ورث الوكيل الموكل=

وإذا كان التصرف الذى عقده الوكيل دون نيابة لا ينصرف أثره إلى الموكل، فإن هذا الأخير يكون مع ذلك بالخيار بين أن يقره أو ألاّ يقره(1).

فإذا اختار أن يقره، فليس للإقرار شكل خاص، ويصح أن يكون صراحة أو ضمناً(١).

=لم يجز له أن يتمسك بعدم انصراف أثر التصرف إذ لا يصح أن يحتج بخطأه (استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص٣٤٤).

والغير هو الذى يقع عليه عبء إثبات أن الوكيل قد عمل فى حدود نيابته (انظر آنفاً فقرة ٣٠٤ فى آخرها – وقارن بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٧٩– أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص٢٣٢ هامش ١١). ومجاوزة حدود التوكيل مسألة واقع لا رقابة فيها لمحكمة النقض (نقض مدنى ٥ أبريل سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٦٥ ص٤٨٩).

(1) أ– المقرر فى قضاء محكمة النقض أنه إذا تصرف الشخص كوكيل عن غيره دون نيابة فلا ينصرف أثر تصرفه فيما يرتبه من حقوق والتزامات إلى الأصيل إلا إذا أقره يستوى فى ذلك أن يكون الغير الذى تعاقد معه عالما أنه يعمل دون وكالة أو غير عالم بذلك إذ عليه التثبت من قيام الوكالة وحدودها وله فى سبيل ذلك أن يطلب من الوكيل ما يثبت وكالته فإن هو قصر فعليه تقصيره.

(جلسة ١٩٩٠/٥/٢٧ الطعن رقم ٢٣٨٦ لسنة ٥٨ق)

(جلسة ١٩٨٠/٦/١٠ الطعن رقم ٨٤٨ لسنة ٤٩ق س٣١ ص١٧٤٢)

ب– ان جاوز الوكيل حدود وكالته فلا ينصرف أثر تصرفه إلى الأصيل ويستوى فى ذلك أن يكون الوكيل حسن النية أو سيء النية قصد الاضرار بالموكل أو بغيره، وإذ كان على الدائن اثبات الالتزام عملا بالمادة الأولى من قانون الاثبات فان من يتمسك قبل الأصيل بالالتزامات الناشئة عن تصرف وكيله يقع عليه عبء اثبات أن هذا الوكيل قد تصرف فى حدود وكالته.

(جلسة ١٩٨٦/١/١٦ الطعن رقم ٣٧٥ لسنة ٥٦ق)

(جلسة ١٩٨٤/١١/١٥ الطعنان ١٤٧٨، ١٤٨٣ لسنة ٥٠ق)

جـ– من حق الأصيل إجازة ما يبرمه الوكيل مجاوزا حدود وكالته أو يعقده مع الغير من تصرفات متعلقة بالأصيل فترتد إلى هذا الأخير اثارها من وقت ابرامها.

ومن حق محكمة الموضوع استخلاص ما يعتبر إجازة من الموكل لعمل وكيله المجاوز لحدود الوكالة أو من صاحب المال لعمل الفضولى لتعلق ذلك بالتعبير عن الارادة الذى يكفى لقيامه اتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته على حقيقة المقصود وهو ما تستقل محكمة الموضوع بتقديره لاتصاله بفهم الواقع فى الدعوى بغير رقابة عليها من محكمة النقض ما دام استخلاصها سائغا وله أصله الثابت فى الأوراق.

(جلسة ١٩٨٠/٥/٣١ الطعن رقم ٣٠٦ لسنة ٤٦ق س٣١ ص١٦٢٨)

(١) استئناف وطنى ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٥ الشرائع ٣ رقم ٦١ ص٢٤٦– وقاضى الموضوع هو الذى يبت فيما إذا كان العمل الصادر من الموكل يعتبر إقراراً (استئناف مختلط مارس سنة ١٩١٥ م٢٧ ص٢٤٨، نقض فرنسى ١٣ يونيه سنة ١٨٨٣ داللوز ٨٤–١– ٢٣٢– ٦ فبراير سنة ١٨٩٣ داللوز ٩٣–١–٣٥٢– ٢٣ مارس سنة ١٨٩٧ داللوز ٩٧– ١– ١٥٢– ٦ يناير سنة ١٩٢٥ سيريه =

ويستخلص الإقرار الضمنى من تنفيذ الموكل للالتزامات التى عقدها باسمه الوكيل[1]، أو من تعهده بتنفيذها، أو من أى عمل آخر يستفاد منه الإقرار كما إذا قدم الموكل كفيلا لضمان هذه الالتزامات تنفيذاً للشروط التى تعاقد عليها الوكيل، أو عقد قرضاً يستعين به على تنفيذها[2]، أو حول الحقوق المعقودة باسمه إلى دائن آخر[3]. وإذا أقر الموكل

=١٩٢٥-١-١٢٧- ٧ أكتوبر سنة ١٩٢٩ جازيت دى پاليه ١٩٢٩ -٢-٢-٨٢٩- ٩ يونيه سنة ١٩٣١ سيريه ١٩٣١ -١- ٣١٢- ٢ ديسمبر سنة ١٩٣٥ داللوز الأسبوعى ١٩٣٦ -٥٢- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٨٤- أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص٢٣١- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٩ ص٩٤٨ - كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٣٦٦).

ويجب لإقرار ما يباشره الوكيل خارجاً عن حدود الوكالة أن يكون المقر عالماً بأن التصرف الذى يقره خارج عن حدود الوكالة، وأنه قد أقره قاصداً إضافة أثره إلى نفسه (نقض مدنى ٦ أبريل سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض رقم ١٠١ ص٤٠١). وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأن خروج الوكيل عن حدود وكالته فى تعاقد سابق لا يلزم منه اعتبار تصرف آخر لاحق حاصل من الوكيل نافذاً فى حق الموكل، ما دام أن هذا التصرف كان صادراً من وكيل خارج حدود الوكالة، إذ هو لا ينفذ فى حقه إلا بإجازة ذات التصرف (نقض مدنى ١٢ مايو سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٦٠ ص٣٩١).

(١) استئناف مختلط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م٤٣ ص١٠٠- نقض فرنسى ٢٢ نوفمبر سنة ١٨٦٧ داللوز ٦٧-١-٤٠٨- ٢١ أكتوبر سنة ١٩٢٩ جازيت دى پاليه ١٩٢٩- ١- ٨٢٩- ٢ ديسمبر سنة ١٩٣٥ داللوز الأسبوعى ١٩٢٦- ٥٢- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٨٥ ص٤١٩ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص٢٣٢- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٩ ص٩٤٨.

(٢) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٩ ص٩٤٨.

(٣) وقد يستخلص الإقرار الضمنى من مجرد سكوت الموكل مدة كافية دون أن يعترض على التصرف المعقود باسمه (نقض فرنسى ٣ يونيه سنة ١٨٤٥ داللوز ٤٥-١-٣٢٤- ٤ يونيه سنة ١٨٧٢ داللوز ٧٤-١-٤٤١- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٨٥ ص٤١٩- أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص٢٣٢- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٩ ص٩٤٨). على أنه إذا دعا الغير الذى تعاقد معه الوكيل الموكل إلى إقرار التصرف وعين له مدة لذلك، فسكت الموكل حتى انقضت المدة، اعتبر سكوته رفضاً للتصرف كما سنرى، لأن الموكل قد دعى لإقرار التصرف، فسكوته عن الإقرار أولى أن يفسر بالرفض منه بالقبول. وإذا بنى الشريك على الأرض الشائعة، وسكت شريكه، ثم طالب بملكيته لحصة فى هذا البناء، فإن هذه المطالبة تفيد أنه أقر فعل شريكه ضمناً، ويكون الشريك البانى فى هذه الحالة معتبراً فى حكم الوكيل (نقض مدنى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٩ ص٦٩٠).

وإذا أقر رب العمل عمل الفضولى تحول الفضولى وكيلا، ولكن يقتصر تحوله إلى وكيل على الحدود التى حصر فيها الإقرار. وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان صحيحاً أن قبض الدائن قيمة الشيك الذى تسلمه آخر من المدين يعد إقراراً منه لهذا الوفاء، بحيث يصبح هذا الغير فى هذه الحالة وكيلا بعد أن بدأ فضولياً - على ما تقضى به المادة ٣٣٣ من القانون المدنى ومذكرته التفسيرية - إلا أن =

تصرف الوكيل، لم يجز له الرجوع فى هذا الإقرار[1]. ويكون للإقرار أثر رجعي، فيعتبر التصرف نافذاً فى حق الموكل من يوم أن عقده الوكيل لا من يوم الإقرار، إذ أن الإقرار اللاحق يكون فى حكم التوكيل السابق[2]. فلو وكل شخص فى شراء منزل بمبلغ

=هذه الوكالة قاصرة على الوفاء الذى أقره الدائن، فلا تتعداه إلى ما يكون هذا الغير قد أقر به فى ورقة أخرى غير الشيك من أن المبلغ الموفى به هو كل الباقى المستحق للدائن، لأن هذا الإقرار بالتخالص ليس من مستلزمات الوفاء بالمبلغ الموفى به، بل هو إقرار بواقعة قانونية مستقلة عن الوفاء ولا يمكن اعتبار الدائن مقراً لها إلا إذا كان قد علم بها وقت إقراره ذلك الوفاء. كما لا يمكن اعتبار الإقرار بالتخالص عن الغير عملا من أعمال الفضولى، إذ لا يتوافر فيه ما يشترط توافره فى عمل الفضولى الذى يلزم به رب العمل، وهو أن يكون هذا العمل ضرورياً بالنسبة إلى رب العمل (نقض مدنى ٥ أبريل سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٦١ ص٤١٤).

(١) استئناف مختلط ٢٧ يناير سنة ١٩٣١ م٤٣ ص١٨٩.

(٢) نقض فرنسى ٧ زبريل سنة ١٨٥١ داللوز ٥١-١-٩٣- ٢٥ مارس سنة ١٨٧٩ داللوز ٧٩ -١ -١٠٢- ٤ مارس سنة ١٨٩١ داللوز ٩١-١-٣١٣- جيوار فقرة ١٩٨- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٨٩ (يستحق الوكيل الذى جاوز حدود الوكالة وأقر الموكل تصرفه فوائد المصروفات التى أنفقها من يوم الإنفاق) - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٩ ص٩٤٩).

ويمكن القول إن الموكل بالإقرار الذى صدر منه قد أضفى على الوكيل صفة النيابة عنه بأثر رجعى فيما جاوز الوكيل فيه حدود الوكالة، فتكون النيابة هنا نيابة اختيارية (volontaire) لا نيابة اتفاقية (conventionnelle)، وهذا يقرب كثيراً مما يقول به الفقه الألمانى والفقه الإيطالى فيما قدمنا من التمييز بين الوكالة والنيابة (انظر آنفاً فقرة ٣٠٠ فى الهامش). غير أنه يلاحظ أن كل نيابة تقوم على أساس الوكالة، فى هذين الفقهين، تكون نيابة اختيارية مصدرها إرادة الموكل المنفردة، فلا توجد إذن نيابة اتفاقية، إذ الاتفاق إنما هو عقد الوكالة ذاته الذى يتميز عن النيابة ويستقل عنها.

وقد سبق لنا تكييف آخر غير ما قدمناه هنا فيما إذا جاوز الوكيل حدود الوكالة ثم أقر الموكل تصرفه. فقلنا فى الجزء الأول من الوسيط (فقرة ٨٨) ما يأتى: «فلو كان النائب وكيلا وجاوز حدود الوكالة، جاز القول إنه نصب نفسه وكيلا بإرادته المنفردة فيما جاوز فيه حدود الوكالة، على أن يقره الموكل بعد ذلك. ويكون مصدر النيابة فى هذه الحالة هو القانون، فقد جعل الوكيل - بناء على إرادته - نائباً فيما يجاوز حدود الوكالة. والنيابة هنا ليست منجزة، بل هى معلقة على شرط موقف هو أن يصدر إقرار من الموكل». وبين النيابة القانونية التى قلنا بها هناك والنيابة الاختيارية التى نقول بها هنا، نرى الآن أن الأصح هو القول بالنيابة الاختيارية، إذ أن هذه النيابة قد قامت على إقرار الموكل أى على إرادته، وهى إرادة حقيقية. فلا حاجة لنا إذن إلى الالتجاء للنيابة القانونية. وإنما نلتجئ للنيابة القانونية إذا أقمنا النيابة على إرادة مفترضة لا على إرادة حقيقية، كما هو الأمر فى حالة ما إذا جاوز الوكيل حدود الوكالة وكانت الظروف بحيث يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على تصرف الوكيل (انظر آنفاً فقرة ٢٤٩).

وواضح أننا فى النيابة الاختيارية التى نقول بها هنا نقيم النيابة على إرادة الموكل، أى على إقراره لما جاوز فيه الوكيل حدود الوكالة. أما فى النيابة القانونية التى قلنا بها هناك، فنقيم النيابة على إرادة=

فاشتراه بمبلغ أكبر وسجل عقد البيع، ثم باع صاحب المنزل المنزل مرة أخرى وسجل البيع الثانى بعد تسجيل البيع الأول، وبعد تسجيل البيع الثانى أقر الموكل عقد الشراء الذى عقده الوكيل، كان لهذا الإقرار أثر رجعى من يوم صدور البيع الأول لا من يوم صدور الإقرار، ومن ثم يتقدم البيع الأول على البيع الثانى(١).

وإذا اختار الموكل ألاّ يقر التصرف، لم ينصرف أثره إليه(٢)، وليس للغير أن يرجع عليه إلا بمقدار ما استفاد فى حدود قواعد الفضالة أو قواعد الإثراء بلا سبب(٣). وللغير أن يرجع على الوكيل بالتعويض عن الضرر الذى أصابه من جراء عدم انصراف أثر التصرف إلى الموكل(1)، وتقول المادة ٩٩١ من المشروع التمهيدى فيما رأيناه فى هذا الصدد: «أما إذا رفض (الموكل) الإقرار صراحة أو ضمناً، فإنه يجوز الرجوع على من اتخذ صفة الوكيل بتعويض الضرر الناشئ عن عدم نفاذ العقد، ما لم يثبت أن الطرف الآخر كان يعلم

= الوكيل أولا ثم على إرادة الموكل ثم على القانون، ونحن فى غنى عن كل ذلك إذا قلنا بالنيابة الاختيارية وأقمناها على إرادة الموكل وحدها.

(١) أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص٢٣٢- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٩ ص٩٤٩ - أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٣٥٩- محمد على عرفة ص٤١٢- محمد كامل مرسى فقرة ٢١٩ ص٣٠٦ (ويشير فى الهامش إلى إجازة العقد القابل للإبطال، والإجازة غير الإقرار) - وقارن بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٩٠- ويجب التمسك بإقرار الموكل للتصرف أمام محكمة الموضوع، فلا يجوز التحدى به لأول مرة أمام محكمة النقض (نقض مدنى ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٨٠ ص٧٤٧).

ويجب التمييز بين الإقرار (ratification) وله أثر رجعى كما قدمنا، وبين موافقة الوكيل الآخر (approbation) على تصرف الوكيل الأول فيما إذا كان التصرف يجب أن يباشره الوكيلان معاً، فهذه الموافقة لا يكون لها أثر رجعى، ويعتبر التصرف قائماً من تاريخ موافقة الوكيل الآخر لا من تاريخ مباشرة الوكيل الأول له (نقض فرنسى ١٤ أبريل سنة ١٨٨٦ سيريه ٨٩-١-٤٢٦).

(٢) استئناف مختلط ٢١ مايو سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٥١٣.

(٣) استئناف مختلط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م٤٦ ص١٠٣- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٧٨- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٩ ص٩٤٩- ويرجع بموجب الفضالة إذا توافرت شروطها، وأهم هذه الشروط هو أن يكون التصرف متعلقاً بشأن عاجل للموكل، وإلا فإنه يرجع بموجب الإثراء بلا سبب (أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص٢٣٠ وص٣٣١ هامش٦).

(1) إذا جاوز الوكيل حدود الوكالة لم ينصرف أثر هذا التصرف إلى الموكل إلا إذا أقره، وإذا أختار الموكل ألا يقر هذا التصرف لم ينصرف أثره إليه ويكون للغير أن يرجع على الوكيل بالتعويض عن الضرر الذى أصابه من جراء عدم انصراف أثر التصرف إلى الموكل.

(جلسة ١٩٨٥/١١/٢٠ الطعن رقم ١٩٣٦ السنة ٥١ق)

أن الوكالة غير موجودة أو كان ينبغى أن يكون عالماً بذلك»[1]، وقد تقدم بيان هذه الأحكام[2].

وقد وضعت الفقرة الثانية من المادة ٩٩٠ من المشروع التمهيدى، فيما رأينا، طريقة عملية لإجبار الموكل على اتخاذ موقف من التصرف الذى عقد باسمه، فأجازت للغير الذى تعاقد مع الوكيل أن يحدد ميعاداً مناسباً للموكل لإقرار الاتفاق، على أن يتحلل الغير منه إذا لم يصدر الإقرار فى الميعاد المحدد[3]. وهذه الطريقة يمكن اتباعها دون حاجة للنص عليها، لأنها تتفق مع القواعد العامة. ذلك أنه إذا دعى الموكل لإقرار الاتفاق فى ميعاد مناسب، وانقضى هذا الميعاد دون أن يقره، كان هذا معناه أنه يرفض الاتفاق، فلا ينصرف أثره إليه، فيتحلل منه الغير[4]. على أن الغير يجوز له ابتداء التحلل من الاتفاق قبل أن يقره الموكل، فما دام هذا الإقرار لم يصدر فإن أثر الاتفاق لا ينصرف إلى الموكل، ومن ثم يكون الاتفاق بمثابة إيجاب من الغير، معروض على الموكل، فللغير الرجوع فى هذا الإيجاب قبل أن يصدر القبول[5]. ولكن إذا كان الغير يعلم بانعدام نيابة الوكيل وقت تعاقده معه ومع ذلك أقدم على التعاقد، فإن هذا يفسر على أنه أراد أن يتقيد بإيجابه إلى أن يتخذ الموكل قراراً برفض الاتفاق[6]، فعند ذلك يتحلل منه الغير[7]. ولا يبقى أمامه فى

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى أنه يجب حذف عبارة «أو كان ينبغى أن يكون عالماً بذلك»، لأن الغير الذى تعاقد مع الوكيل كان يستطيع دائماً العلم بانعدام الوكالة لو أنه طالب الوكيل بإثبات وكالته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٢٧).

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٠٣.

(٣) ولا يسرى الميعاد إلا من وقت علم الموكل بالتصرف الصادر من الوكيل خارج حدود الوكالة (استئناف مختلط ٢٧ يونيه سنة ١٩٣٣ م٤٥ ص٣٥٢).

(٤) ومع ذلك انظر فى أن سكوت الموكل مدة معقولة عن اتخاذ موقف بالنسبة إلى تصرف جاوز فيه الوكيل حدود الوكالة يعتبر إقراراً ضمنياً لهذا التصرف: استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩١٠ م٢٢ ص٣٢٩– ٢٤ مايو سنة ١٩١٦ م٢٢ ص٣٦٠– ٢٧ يناير سنة ١٩٣١ م٤٣ ص١٨٨.

(٥) لوران ٢٧ فقرة ٤٣٤ – جيوار فقرة ١١٩٥– بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٩٩– محمد على عرفة ص٤١٣– ص٤١٤– وقارن أكثم أمين الولى فقرة ١٩٣ ص٢٤٢ (ويبنى حق الغير فى الرجوع عن التعاقد على وقوعه فى غلط جوهرى).

(٦) محمد على عرفة فقرة ٤١٤.

(٧) وهذا ما تقوله العبارة الأخيرة من المادة ٩٩٠ من المشروع التمهيدى فيما رأينا، فهى تنص على أنه يجوز للغير «أن يرجع فى العقد قبل أن يصدر الإقرار» إلا إذا كان يعلم أن الوكالة غير موجودة أو كان ينبغى أن يكون عالماً بذلك». وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى أنه يجب حذف عبارة «أو كان ينبغى أن يكون عالماً بذلك»، لأن الغير الذى تعاقد مع الوكيل كان يستطيع دائماً =

هذه الحالة إلا أن يحدد للموكل ميعاداً مناسباً إذا لم يقر هذا الأخير فى أثنائه الاتفاق اعتبر عدم الإقرار رفضاً كما سبق القول، فيتحلل الغير من الاتفاق على هذا الوجه(١).

وقد حدد تقنين المرافعات السابق نطاق التوكيل بالخصومة(٢)، وأورد اجراءات واحكام خاصة إذا خرج الوكيل عن هذا النطاق وأجاز للموكل التنصل من عمله(٣). ولم يورد

=العلم بانعدام الوكالة لو أنه طالب الوكيل بإثبات وكالته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٢٧- وانظر آنفاً نفس الفقرة فى الهامش).

(١) ولا يعتبر الوكيل فى البيع عن المالك، إذا جاوز حدود الوكالة، فى مقام غير المالك الذى يصدر منه التصرف فيكون سبباً صحيحاً يستند إليه التقادم القصير، بل يجب إعمال أحكام مجاوزة الوكيل لحدود الوكالة فلا يسرى تصرف الوكيل أصلا إذا لم يقره المالك. وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن السبب الصحيح هو السند الذى يصدر من شخص لا يكون مالكاً للشئ أو صاحبا للحق الذى يراد كسبه بالتقادم، فإذا كان الثابت أن عقد البيع إنما صدر من وكيل عن المالك، فإنه لا يتأتى فى هذا المقام الاستناد إلى وجود سبب صحيح، وإنما يتعين فى هذا المجال إعمال ما تقضى به الأحكام الخاصة بالنيابة فى التعاقد وبآثار الوكالة فيما تقرره هذه الأحكام من أن على الوكيل أن يقوم بتنفيذ الوكالة دون أن يتجاوز حدودها المرسومة، ومن أنه إذا خرج عن حدودها وأبرم عقدا باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق إلتزامات لا يضاف إلى الأصيل إلا إذا أجاز التصرف (نقض مدنى ١٢ مايو سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٦٠ ص٣٩١).

(٢) انظر المادتين ٨١٠- ٨١١ مرافعات السابق آنفاً فقرة ٢٤٠ فى آخرها فى الهامش.

(٣) فنصت المادة ٨١٢ من قانون المرافعات السابق على أنه «إذا كان التنصل من عمل متعلق بخصومة قائمة، وجب أن يحصل بتقرير فى قلم كتاب المحكمة القائمة أمامها الخصومة، وأن يبين فيه موضوع التنصل وأسانيده وطلبات المتنصل، وذلك مع عدم الإخلال بحكم المادة ٨٧. ويعلن المتنصل صورة من هذا التقرير إلى الوكيل وإلى باقى الخصوم فى ظرف عشرة أيام من تاريخ التقرير، مع تكليفهم الحضور أمام المحكمة المذكورة، وإلا جاز الحكم بسقوط دعوى المتنصل». والمادة ٨٧ المشار إليها تنص على أن «كل ما يقرره الوكيل بحضور موكله يكون بمثابة ما يقرره الموكل نفسه، إلا إذا نفاه أو تنصل منه أثناء نظر القضية فى الجلسة». ونصت المادة ٨١٣ من قانون المرافعات السابق على أنه «لا تقبل دعوى التنصل من عمل متعلق بخصومة قائمة إذا رفعت بعد مضى ستة أشهر من تاريخ ذلك العمل». ونصت المادة ٨١٤ مرافعات على أنه «إذا كان التنصل من عمل غير متعلق بخصومة قائمة، رفعت دعوى التنصل بالطرق المعتادة إلى المحكمة التى بدائرتها موطن المدعى عليه». ونصت المادة ٨١٥ من قانون المرافعات السابق على أنه «لا تقبل دعوى التنصل من عمل بنى عليه حكم أصبح غير قابل للطعن بالمعارضة أو بالاستئناف إلا إذا رفعت فى ظرف ثلاثين يوما من ذلك». ونصت المادة ٨١٦ مرافعات السابق على أن «يحكم فى دعاوى التنصل على وجه السرعة». ونصت المادة ٨١٧ من قانون المرافعات السابق على أن «يترتب على الحكم بقبول التنصل إلغاء التصرف المتنصل منه، وإلغاء جميع الإجراءات والأحكام المؤسسة عليه، ويلزم الوكيل المدعى عليه بالتضمينات قبل المتنصل وقبل غيره من الخصوم عند الاقتضاء. وإذا حكم برفض التنصل أو بعدم قبوله، ألزم المتنصل بغرامة لا تقل عن عشرة جنيهات ولا تزيد على خمسين جنيهاً وبالتضمينات».

المشرع عندما صدر قانون المرافعات الحالى رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ هذه الأحكام واستبعد الباب الخامس من القانون الملغى والخاص بالتنصل من اعمال الوكيل بالخصومة اكتفاء بالقواعد العامة فى حالة الاخلال بالالتزام التعاقدى.

٣٠٦- الوكالة الظاهرة - شروط قيامها: قدمنا أن الوكيل إذا عمل دون نيابة، فإن أثر التصرف الذى يعقده مع الغير لا ينصرف إلى الموكل، حتى لو كان هذا الغير حسن النية يعتقد أن الوكيل يعمل فى حدود نيابته. فلا يكفى إذن أن يكون الغير حسن النية حتى يستطيع أن يحتج على الموكل بالتصرف الذى عقده مع الوكيل. ولكن هناك أحوال يدعم فيها حسن نية الغير مظهر خارجى منسوب إلى الموكل، ويكون من شأن هذا المظهر أن يدفع الغير إلى الوهم الذى وقع فيه. فعند ذلك يكون الغير هو الأولى بالرعاية من الموكل لأنه لم يرتكب خطأ، أما الموكل فقد خلق مظهراً خارجياً أو وقع الغير فى الوهم، فيضفى القانون حمايته على الغير دون الموكل. وسبيله إلى ذلك أن يجعل أثر التصرف الذى عقده الغير مع الوكيل ينصرف إلى الموكل، لا بموجب وكالة حقيقية فهى غير موجودة فى الواقع، بل بموجب وكالة ظاهرة (mandat apparent) (1).

ونظرية الوكالة الظاهرة نظرية صاغها القضاء (١) - وتابعه فيها

---

(1) الأصل أن العقود لا تنفذ إلا فى حق عاقديها وأن صاحب الحق لا يلتزم بما صدر عن غيره من تصرفات بشأنها، إلا أنه باستقراء نصوص القانون المدنى، يبين أن المشرع قد اعتد فى عدة تطبيقات هامة بالوضع الظاهر لاعتبارات توجبها العدالة وحماية حركة التعامل فى المجتمع وتنضبط جميعا مع وحدة علتها واتساق الحكم المشترك فيها، بما يحول ووصفها بالاستثناء وتصبح قاعدة واجبه الاعمال متى توافرت موجبات إعمالها واستوفت شرائط تطبيقها، ومؤداها أنه إذا كان صاحب الحق قد أسهم بخطئه - سلبا أو ايجابا - فى ظهور المتصرف على الحق بمظهر صاحبه، مما يدفع الغير حسن النية إلى التعاقد معه، للشواهد المحيطة بهذا المركز، والتى من شأنها أن تولد الاعتقاد بمطابقة هذا المظهر للحقيقة، مقتضاه نفاذ التصرف المبرم بعوض بين صاحب الوضع الظاهر والغير حسن النية فى مواجهة صاحب الحق.

(جلسة ١٩٨٦/٢/١٦ الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية لمحكمة النقض الطعن رقم ٨٢٦ لسنة ٥٤ق)

(١) **القضاء المصرى:** استئناف مختلط ١٥ نوفمبر سنة ١٩٠٠ م١٣ ص١٣- ٢٢ مايو سنة ١٩٠٢ م١٤ ص٣٢٥- ٧ نوفمبر سنة ١٩١٢ م٢٥ ص١٢- ١٧ أبريل سنة ١٩١٣ م٢٥ ص٣١٩- ٣١ يناير سنة ١٩٢٢ م٣٤ ص١٣٩ - ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م٣٥ ص٤٧- ١٦ يونيه سنة ١٩٢٦ م٣٨ ص٤٨٢- ١٣ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م٤٣ ص٢٢- ٢٤ مارس سنة ١٩٣١ م٤٣ ص٣٠٩- ٦ يناير سنة ١٩٣٢ م٤٤ ص١٠٥- ١٤ يونيه سنة ١٩٣٣ م٤٥ ص٣٢٣- ١٧ أبريل سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص٢٥٦- ٧ مايو سنة ١٩٤١ م٥٣ ص١٦٦- ١٧ مارس سنة ١٩٤٣ م٥٥ ص٧٢- استئناف وطنى ١٣ مايو سنة ١٨٩٣ القضاء ١ ص١٠٢- ١٧ نوفمبر سنة ١٩١٠ الحقوق ٢٦ =

الفقـه[1]– ليواجه بها الضرورات العملية، وليوطد استقرار التعامل، ولو خرج فى ذلك على المنطق القانونى. ولها مع ذلك سند تشريعى فى بعض تطبيقاتها الهامة كما سيجئ[2].

ونبين الآن شروط قيام الوكالة الظاهرة، والأثر الذى يترتب عليها، والأساس القانونى الذى تقوم عليه.

ويجب توافر شروط ثلاثة لقيام الوكالة الظاهرة:

(**الشرط الأول**) أن يعمل الوكيل باسم الموكل ولكن دون نيابة: ويكون ذلك إما بأن يجاوز الوكيل حدود الوكالة المرسومة له، وإما بأن يستمر فى العمل كوكيل بعد انتهاء

=ص٤٩– استئناف مصر ٩ مايو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٣٥٣ ص٧١٥– ١٨ فبراير سنة ١٩٥٥ مجلة التشريع والقضاء ٧ رقم ٣٢ مع تعليق الأستاذ جمال مرسى بدر – طنطا ١٣ مايو سنة ١٩١٣ الحقوق ٣٤ ص١٤٥– بنى سويف ٩ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٦ رقم ٢٢٦ ص٥٢١– الإسكندرية استئناف ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٥ مجلة التشريع والقضاء ٧ رقم ٥٠ ص١٥٥–الإسكندرية الوطنية ٢١ أبريل سنة ١٩٥٧ المحاماة ٣٨ رقم ٥١٤ ص١١٢٥.

القضاء الفرنسى: نقض فرنسى ١٤ يونيه سنة ١٨٧٥ سيريه ٧٥–١–٣٦٨– ١١ أبريل سنة ١٨٧٦ داللوز ٧٩–١–١٦٤– ١٣ فبراير سنة ١٨٨٣ داللوز ٨٤–١–٨٠ ٢٩ ديسمبر سنة ١٨٩٠ داللوز ٩١–١–٤٦٤ – ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٠٣ داللوز ١٩٠٦ –١– ٦٦– ٢١ مارس سنة ١٩١٠ سيريه ١٩١٣ –١–٢٩٧– ١٤ يناير سنة ١٩٢٠ سيريه ١٩٢٠ –١– ٢٧٢– ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٦ ازيت دى پاليه ١٩٢٧–١–٣١١– ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٩ داللوز الأسبوعى ١٩٣٠ –٦٨– ٢٩ يناير سنة ١٩٣٤ سيريه ١٩٣٤– ١–١٨١– ٤ مايو سنة ١٩٣٦ الأسبوع القضائى ١٩٣٦ –٧٧٧– ١١ مايو سنة ١٩٣٦ سيريه ١٩٣٦ –١–٢٢٣ – ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٨ جازيت دى پاليه ١٩٣٩ –١–٣٣٠– ١٢ ديسمبر سنة ١٩٤١ J.C.P. ١٩٤٢–٢–١٨١٤– باريس ١١ يناير سنة ١٩٢٨ داللوز الأسبوعى ١٩٢٨ –٢٧٩– ١٢ يناير سنة ١٩٣٥ جازى دى باليه ١٩٣٥ –١ – ٤٧٣– بوردو ١١ يناير سنة ١٩٣٢ سيريه ١٩٣٣ –٢–٧٨– مونبلييه ٤ مايو سنة ١٩٤٩ جازيت دى پاليه ١٩٤٩ –٢–٧٦.

(١) جيوار فقرة ١٨٦ وما بعدها – بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٨٠ وما بعدها وفقرة ٨٦٨ وما بعدها – بيدان ١٢ فقرة ٣١٨ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص٢٣٣– بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٠ – دى پاج ٥ فقرة ٤٤٨– كولان وكاپيتان ودى لاموراندييه ٢ فقرة ١٣٦٦ – جيرو فى المظهر كمصدر للمسئولية رسالة من باريس سنة ١٩٣٧ – ليوتيه (Léauté) فى الوكالة الظاهرة فى المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٤٧ ص٢٨٨.

عبد الباسط جميعى فى نظرية الأوضاع الظاهرة ص١٥٣– ص٢٢٤– جمال مرسى بدر فى النيابة فى التصرفات القانونية ص١٣٩ ص١٥٣– دراسات فى النظرية العامة للنيابة حول مشروع المعهد الدولى لتوحيد القانون الخاص فقرة ٢٠– فقرة ٢١.

(٢) انظر ما يلى فقرة ٣٠٨ فى الهامش.

الوكالة، وإما بأن يعمل كوكيل دون وكالة أصلا، أو بوكالة باطلة أو قابلة للإبطال بعد إبطالها(1).

ويجاوز الوكيل حدود الوكالة، أكثر ما يكون، إذا زود بوكالة غامضة العبارة، أو بوكالة واسعة المدى فى ظاهرها ولكنها مقيدة فى حقيقتها بقيود لا يستطيع معرفتها الغير الذى يتعامل مع الوكيل، أو كانت هناك - كما يقول تقنين الموجبات والعقود اللبنانى (م٢/٨٠٥) - هذه «الشروط التحفظية والاتفاقات السرية التى تعقد بين الموكل والوكيل ولا تستفاد من الوكالة نفسها(١). فيجاوز الوكيل حدود الوكالة متوسعاً فى تفسير العبارة الغامضة، أو غير ملتزم للقيود التى تحدد مدى الوكالة(٢)، أو غير مراع للشروط التحفظية

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٩٨ فى الهامش.

(٢) من ذلك أن يكون نظام الشركة قد قيد على غير المألوف من سلطات مدير الشركة، فيخرج المدير على هذه القيود فى تعامله مع الغير، ويعتقد الغير بحسن نية أن المدير يعمل فى حدود نظام الشركة. ومن ذلك أيضاً أن يكون التوكيل مطلق العبارة فى ظاهره ولكنه فى حقيقته مقيد بتصرف معين، وقد قضى فى هذا المعنى بأنه متى تصرف الوكيل مع الغير فى حدود الوكالة الصادرة إليه، نفذ تصرفه فى حق الموكل، وإن كان التوكيل قد صدر من أجل عملية معينة متفق عليها بين الموكل والوكيل، وذلك لأن عبارات التوكيل إذا لم يرد فيها ذلك التخصيص فمن حق الغير أن يطمئن إلى ذلك التوكيل وأن يتعامل على أساسه (الإسكندرية الوطنية ٢١ أبريل سنة ١٩٥٧ المحاماة ٣٨ رقم ٥١٤ ص١١٢٥).

(1) وإن كان الأصل أن تصرفات الوكيل التى يعقدها خارج حدود الوكالة لا تكون نافذة فى حق الأصيل إلا باجازته على الغير الذى يتعاقد مع الوكيل أن يتحرى صفته وحدودها ويثبت أن انصراف أثر تعاقده إلى الأصيل، فإذا قصر فى ذلك تحمل تبعة تقصيره، إلا أنه إذا أسهم الأصيل بخطئه - سلبا أو ايجابا - فى خلق مظهر خارجى من شأنه أن يوهم الغير حسن النية - ويجعله معذورا فى اعتقاده - باتساع الوكالة لهذا التصرف فإن من حق الغير فى هذه الحالة - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - أن يتمسك بانصراف أثر التصرف إلى الأصيل على أساس الوكالة الظاهرة متى كان هذا الغير سلك فى تعامله سلوكا مألوفا لا يشوبه خطأ غير مغتفر، لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أن المطعون ضده الثانى كان وكيلا ظاهرا عن زوجته المطعون ضدها الأولى فى ابرام عقد البيع، واستخلص الحكم هذه الوكالة الظاهرة من قيام رابطة الزوجية بينهما ومظهر رب الأسرة وفقا للعادات السائدة، وبيعه هذه الشقق ضمن وحدات عمارة مخصصة للتمليك بالشروط السارية على باقى الوحدات، وقيامه بتسليم الشقق المبيعة إلى المشترى عقب البيع وتوالى قبضه أقساط الثمن جميعا بايصالات عديدة أصدرها بصفته وكيلا عن زوجته ووليا طبيعيا على أولاده وكل ذلك دون اعتراض من الزوجة منذ حدث التعاقد فى عام ١٩٧٤ حتى أقيمت الدعوى فى عام ١٩٧٨، وكان هذا الاستخلاص سائغا وله أصل ثابت بالأوراق ومؤديا إلى ما انتهى إليه الحكم وكافيا لحمله قضائه فى هذا الخصوص فإنه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون.

(جلسة ١٩٨٧/٦/٣٠ الطعنان ٥١٢، ٥٥١ لسنة ٥٣ق)

(جلسة ١٩٩١/١٢/١٢ الطعن رقم ١١٨٢ لسنة ٥٣ق)

(جلسة ١٩٨٥/٥/٢٨ الطعن رقم ١٤٠٦ لسنة ٥٠ق)

والاتفاقات السرية التى عقدها مع الموكل[1]. ونفرض، فى مجاوزة الوكيل لحدود الوكالة، أننا لسنا أمام الحالة الاستثنائية التي يستحيل فيها على الوكيل إخطار الموكل سلفاً وتكون الظروف بحيث يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على مجاوزة الوكيل لحدود الوكالة (م٢/٧٠٣ مدنى)، فإن هذه الحالة كما سبق القول لا تدخل فى حالات الوكالة الظاهرة[2]. ولسنا أمام الحالة التى يقر فيها الموكل مجاوزة الوكيل لحدود الوكالة، فإن هذا الإقرار اللاحق يكون كما قدمنا فى حكم التوكيل السابق[3]. ولسنا أخيراً أمام الحالة التى يكون فيها الوكيل المجاوز لحدود الوكالة فضولياً، فإن أثر تصرفه فى هذه الحالة ينصرف إلى الموكل بموجب قواعد الفضالة لا بموجب قواعد الوكالة الظاهرة[4]. وإنما الحالة التى نحن بصددها هى حالة جاوز فيها الوكيل حدود الوكالة، ولم يكن فى ظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذه المجاوزة، ولم يقر الموكل المجاوزة،

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الاتفاقات الشفوية الحاصلة بين الموكل والوكيل فى شأن تأجير عقار والمقيدة لسلطة هذا الأخير، لا يحتج بها على المستأجر الذى تعامل مع الوكيل بعد اطلاعه على عقد الوكالة الذى يمنح للوكيل سلطة تامة من حيث اختيار المستأجر ومقدار الأجرة ومدة الإيجار (استئناف مختلط ١٨ أبريل سنة ١٩٣٩ م٥١ ص٢٦١).

وتتيسر للوكيل أيضاً مجاوزة حدود الوكالة إذا كانت الظروف – كما يقول الأستاذ عبد الباسط جميعى – «بحيث تقضى على الغير الذى يتعامل مع الوكيل بأن يتلطف، فلا يذهب فى تحرى نطاق الوكالة إلى أكثر من الاطلاع السريع – أو الخاطف – على سندها. بل وقد تقتضى منه تلك الظروف أحياناً ألا يتطلب من الوكيل إبراز سند وكالته مطلقاً، وأن يقتصر فى إثبات الوكالة أو فى بيان نطاقها أو فى الاثنين معاً على نظام الوكالة وعلى الشهرة العامة وعلى ما يجرى به مألوف العادات فى مثل تلك الحالة. وأبرز صورة لذلك صورة الوكالة الدائمة أو المستمرة.. كما فى حالة الممثلين التجاريين والوكلاء بالعمولة والطوافين والجوابين، وكما فى حالة مديرى الشركات ومديرى الدوائر ومن إليهم، فإن الحكمة فى معاملة هؤلاء تقتضى عدم مطالبتهم أصلا بإبراز سند نيابتهم، بل إن الامتناع عن تلك المطالبة قد يكون من مستلزمات التجارة، وهو ما استقر بالفعل عرفا فى المعاملات مع أمثال هؤلاء الوكلاء» (نظرية الأوضاع الظاهرة ص١٩٨ – ص١٩٩).

ويلحق بمجاوزة الوكيل حدود الوكالة سواء استخدام الوكيل للوكالة، أى استغلالها تحقيقاً لأغراض شخصية. ففى الحالتين يعمل الوكيل باسم الموكل دون نيابة، ولكن أثر تصرفه ينصرف مع ذلك إلى الموكل إذا توافرت باقى شروط الوكالة الظاهرة (استئناف مختلط ١٦ يونيه سنة ١٨٩٧ م٩ ص٣٩٦– ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٢ م٢٥ ص٩٩– عبد الباسط جميعى فى نظرية الأوضاع الظاهرة ص١٨١– ١٨٥).

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٤٩.

(٣) انظر آنفاً فقرة ٣٠٦.

(٤) انظر آنفاً فقرة ٣٠٦.

ولا يمكن أن تدخل المجاوزة فى أعمال الفضولى، ومن ثم نكون أمام حالة وكالة ظاهرة إذا توافرت بقية الشروط[1].

ويعمل الوكيل بعد انتهاء الوكالة، إذا استمر يعمل وكيلا باسم الموكل بعد أن انتهت مهمته التى وكل فيها، أو بعد أن مات الموكل أو فقد أهليته أو أفلس فانتهت الوكالة بذلك، أو بعد أن عزله الوكيل أو تنحى هو عن الوكالة، أو بعد أن انتهت الوكالة بأى سبب آخر من أسباب انتهائها[2]. وهذه الحالة هى أكثر حالات الوكالة الظاهرة وقوعاً، وبخاصة إذا عمل الوكيل بعد انتهاء مهمته[3] وبعد عزله أو بعد موت الموكل، فإنه من السهل فى هذه الفروض أن يتوهم الغير الذى يتعامل مع الوكيل أن الوكالة لا تزال باقية، فقد يبقى سند التوكيل بيد الوكيل بعد انتهاء مهمته فيطمئن الغير إليه، كما يقع كثيراً أن يخفى على الغير أمر عزل الوكيل أو أمر موت الموكل. ومن ثم اختص المشرع هذه الحالة بنص خاص هو المادة ١٠٧ مدنى، كما ورد فى المشروع التمهيدى فى خصوصها نص آخر هو المادة ٩٩٥ من هذا المشروع وقد حذف فى لجنة المراجعة. وسنعود فيما يلى إلى هذين النصين.

ويعمل الوكيل دون وكالة أصلا، إذا تقدم شخص مثلا بمخالصة من الدائن لقبض الدين، ويكون قد استولى على هذه المخالصة خلسة، فيقبض الدين دون أن تكون عنده وكالة أصلا، ومع ذلك يعتبر قبضه صحيحاً مبرئاً لذمة المدين كما تقضى المادة ٣٣٢ مدنى إذ تقول: «ويعتبر ذا صفة فى استيفاء المدين من يقدم للمدين مخالصة صادرة من الدائن»[4]. ومثل ذلك أيضاً أن يتقدم شخص ببوليصة شحن موقعة من المرسل فيتسلم البضاعة، ويكون قد استولى على بوليصة الشحن بطريق غير مشروع، أو يتقدم شخص باعتباره محصل شركة التأمين للعميل بإيصال مطبوع موقع عليه من الشركة فيقبض الأقساط المستحقة، ويكون قد اختلس هذا الإيصال المطبوع. وقد يسئ من أعطى توكيلا على بياض استعمال التوكيل فيملأ البياض بأمر غير متفق عليه مع الموكل، فيكون وكيلا

---

(١) عبد الباسط جميعى فى نظرية الأوضاع الظاهرة ص١٩٠- ص١٩٢.

(٢) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠١ ص٩٥٢.

(٣) ومن التطبيقات الشائعة أن يقوم الوكيل باقتراض مبلغاً من شخص، فتنتهى وكالته بذلك، ثم يعود إلى اقتراض مبلغ آخر بنفس التوكيل من شخص آخر، ويكون المقرض الثانى حسن النية لا يعلم بالقرض الأول. ففى هذا الفرض يكون الموكل ملزماً بالقرض الأول بناء على وكالة حقيقية، وبالقرض الثانى بناء على وكالة ظاهرة (باريس ٣ مارس سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٢-٢-٢٦٣- أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص٢٣٠ هامش ٢- وانظر بوتييه فقرة ٨٩).

(٤) الوسيط ٣ فقرة ٤٢٠.

ظاهراً فى هذا الأمر دون أن تكون عنده وكالة أصلا(١). وإذا استأجر شخص متجراً لاستغلاله فى مقابل أجرة معينة يتقاضاها منه صاحب المتجر، وبقى المستأجر يستعمل أوراق المتجر التى تحمل اسم صاحبه، فإن التصرفات التى يعقدها المستأجر تلزم صاحب المتجر، إذ يعتبر المستأجر وكيلا ظاهراً عنه وإن لم تكن عنده وكالة عنه أصلا(٢).

وفى حكم انعدام الوكالة أن يعمل الوكيل بوكالة باطلة. فإذا وكل شخص شخصاً آخر فى شراء منزل لإدارته للمقامرة أو للعهارة، وكان الوكيل يعلم ذلك، فإن الوكالة تكون باطلة لعدم مشروعية السبب. ومع ذلك إذا اشترى الوكيل المنزل بموجب هذه الوكالة الباطلة، وكان البائع لا يعلم ولا يستطيع أن يعلم بالسبب غير المشروع، فإنه يستطيع أن يلزم الموكل بالبيع. وكالوكالة الباطلة الوكالة القابلة للإبطال. فإذا أعطى القاصر توكيلا لشخص، أو كان الموكل فى إعطائه التوكيل واقعاً فى غلط جوهرى أو كان مدلساً عليه أو مكرها، وعمل الوكيل بموجب هذه الوكالة، وكان المتعامل معه يجهل أن الوكالة قابلة للإبطال، فإن أثر تصرف الوكيل ينصرف إلى الموكل، حتى لو حصل هذا على حكم بإبطال الوكالة(٣).

وعبء إثبات هذا الشرط الأول، وهو أن الوكيل يعمل باسم الموكل دون نيابة، يقع على الموكل. إذ المفروض أن الوكيل عندما يعمل باسم الموكل يكون نائباً عنه فى التصرف الذى يبرمه، فإذا أراد الموكل أن يتنصل من هذا التصرف، فعليه أن يثبت انعدام نيابة الوكيل(٤).

(**الشرط الثانى**) أن يكون الغير الذى يتعامل مع الوكيل حسن النية يعتقد أن الوكيل نائب(1): ويجب بداهة أن يكون الغير الذى يتعامل مع الوكيل حسن النية، إذ لو كان

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٢٢.

(٢) انظر فى هذا المعنى عبد الباسط جميعى فى نظرية الأوضاع الظاهرة ص٢٠٨- ص٢١٠.

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢٢٧ (ويجب أن يكون الموكل أهلا وقت إبرام التصرف) وفقرة ٢٢٨ وفقرة ٢٣١.

(٤) انظر فى حالات الإنابة الظاهرة فى تقنين الالتزامات السويسرى، وفى القانون الإنجليزى حيث يطلق على النيابة المبينة على الوكالة الظاهرة عبارة "ageney by estoppel"، وفى مشروع تنقيح التقنين المدنى الفرنسى: جمال مرسى بدر فى النيابة فى التصرفات القانونية ص١٤٣- ص١٤٩.

(1) الغير المتعامل مع الوكيل يعتبر أجنبيا عن تلك العلاقة - بين الوكيل والموكل - مما يوجب عليه فى الأصل أن يتحقق من صفة من يتعامل معه بالنيابة عن الأصيل ومن انصراف أثر التعامل تبعا لذلك إلى هذا الأخير إلا أنه قد يغنيه عن ذلك أن يقع من الأصيل ما ينبئ فى ظاهر الأمر عن انصراف إرادته إلى إنابته لسواء فى التعامل باسمه كأن يقوم مظهر خارجى منسوب إليه يكون من شأنه أن يوهم الغير ويجعله معذورا فى اعتقاده بأن ثمة وكالة قائمة بينهما، إذ يكون من حق الغير حسن =

يعلم بانعدام نيابة الوكيل وأقدم مع ذلك على التعاقد معه، كان عليه أن يتحمل تبعة ذلك وليس له أن يحتج على الموكل بالتصرف الذى عقده مع الوكيل. وقد يكون إقدامه على التعاقد آتياً من أنه حصل على تعهد من الوكيل بجعل الموكل يقر التصرف، وفى هذا الفرض أيضاً لا يلتزم الموكل بالتصرف إذا لم يقره، وإنما يرجع الغير على الوكيل بالتعويض. ولما كان المفروض أن الغير يتثبت من نيابة الوكيل قبل أن يتعاقد معه، وله فى سبيل ذلك الاطلاع على سند وكالته[1]، فافتراض أنه علم بانعدام نيابة الوكيل قبل التعاقد معه افتراض معقول، ويترتب عليه أن الغير لا الموكل هو الذى يحمل عبء الإثبات. ويجب عليه أن يثبت حسن نيته، وأنه عندما تعاقد مع الوكيل كان يجهل انعدام نيابته، وذلك بالرغم من أنه كان يستطيع التثبت من ذلك قبل التعاقد[2]. ويغلب أن يستعين الغير فى إثبات حسن نيته بإثبات المظهر الخارجى المنسوب إلى الموكل، وهو المظهر الذى أوهم الغير أن الوكيل نائب، وسنرى أن هذا هو الشرط الثالث فى قيام الوكالة الظاهرة وأنه شرط يقع على الغير عبء إثباته. فإذا ما أثبت الغير هذا المظهر الخارجى، وأثبت فى الوقت ذاته أنه غير مقصر فى الانسياق وراء هذا المظهر، بل اتخذ من الاحتياطات ما يتخذه الشخص المعتاد فى الظروف التى تم فيها التعاقد مع الوكيل ليتثبت من أن هذا المظهر يطابق الواقع، فقد تم له بذلك إثبات حسن نيته.

وإذا كان واجباً أن يكون الغير الذى يتعامل مع الوكيل حسن النية، فليس واجبا أن يكون الوكيل نفسه حسن النية. فقد يكون سيئ النية، يعلم أنه يجاوز حدود وكالته أو أن وكالته قد انقضت أو ليست موجودة أصلا أو هى باطلة أو قابلة للإبطال، ومع ذلك

=النية فى هذه الحالة أن يتمسك بانصراف أثر التعامل الذى أبرمه مع من اعتقد بحق أنه وكيل إلى الأصيل لا على أساس وكالة حقيقية قائمة بينهما – وهى غير موجودة فى الواقع – بل على أساس الوكالة الظاهرة، ذلك لأن ما نسب إلى الأصيل فى هذا الصدد يشكل فى جانبه صورة من صور الخطأ الذى من شأنه أن يخدع الغير حسن النية فى نيابة التعامل معه عن ذلك الأصيل ويحمله على التعاقد معه بهذه الصفة وهو ما يستوجب من ثم جعل التصرف الذى أجراه الغير حسن النية نافذاً فى حق الأصيل.

(جلسة ١٩٩١/١/١٧ الطعن رقم ١٦٠٩ لسنة ٥٥ق)

(جلسة ١٩٨٦/٢/١٦ الطعن ٨٢٦ لسنة ٥٤ ق هيئة عامة)

(جلسة ١٩٨١/١٢/٢١ الطعن رقم ٣٥٤ لسنة ٤٤ق س٣٢ ص٢٣٧٤)

(جلسة ١٩٧٩/١٢/٢٩ الطعن رقم ٩٧٨ لسنة ٤٦ق س٣٠ ع٢ ص٤١٢)

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٠٥.

(٢) بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٦٩– وقارن عبد الباسط جميعى فى نظرية الأوضاع الظاهرة ص١٦٠ وص٢٢٣.

ينصرف أثر التصرف الذى عقده مع الغير إلى الموكل، ما دام هذا الغير حسن النية وتوافرت باقى شروط الوكالة الظاهرة(١). وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يتضمن نصاً يؤكد هذا المعنى، فكانت المادة ٩٩٥ من هذا المشروع تنص على أنه: «١- تعتبر الوكالة قائمة فى جانب الوكيل، حتى لو كانت قد انتهت، ما دام لا يعلم بانتهائها. ٢- ولا يجوز الاحتجاج بانتهاء الوكالة على الغير الحسنى النية الذين تعاقدوا مع الوكيل قبل علمهم بانتهائها»(٢). وهذا النص يعرض لفرضين مستقلين أحدهما عن الآخر، وإن كان كلاهما يتعلق بانتهاء الوكالة. ففى الفقرة الأولى، وهى خاصة بعلاقة الموكل بالوكيل، يعرض لما إذا كان الوكيل لا يعلم بانتهاء وكالته، كأن عزل ولا يعلم بالعزل أو مات الموكل ولا يعلم بموته، فإن وكالته تبقى قائمة، بحيث لو تعاقد مع الغير حسن النية فانصرف أثر التعاقد إلى الموكل لم يجز لهذا الأخير أن يرجع عليه بالتعويض. أما إذا تعاقد وهو حسن النية مع شخص يعلم بانتهاء الوكالة، فإن أثر التصرف لا ينصرف إلى الموكل لسوء نية الغير فقد كان يعلم بانتهاء الوكالة، ومن ثم لا يكون هناك محل لرجوع الموكل على الوكيل بالتعويض، لا فحسب لأن هذا الأخير حسن النية، بل أيضاً لأن التصرف الذى عقده لم ينصرف أثره إلى الموكل. وتعرض الفقرة الثانية من المادة ٩٩٥ من المشروع التمهيدى، وهى خاصة بعلاقة الموكل بالغير، لما إذا كان الغير الذى تعاقد مع الوكيل حسن النية لا يعلم بانتهاء الوكالة. ففى هذا الفرض ينصرف أثر التصرف للموكل، سواء كان الوكيل حسن النية أو سيئ النية، لأن النص عام لم يفرق، ويعتبر هذا تطبيقاً بارزاً من تطبيقات الوكالة الظاهرة. ومن هنا نرى أن حسن نية الوكيل لا يشترط، كما اشترط حسن نية الغير الذى يتعامل مع الوكيل، لقيام الوكالة الظاهرة(٣).

---

(١) بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٦٨.

(٢) وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة دون أن يذكر سبب لحذفه (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٣٣- ص٢٣٤ فى الهامش)، ويغلب أن يكون ذلك راجعاً إلى الاكتفاء بالقواعد العامة.

وكان للنص المحذوف مقابل فى التقنين المدنى القديم، إذ كانت المادة ٦٥١/٥٣٠ من هذا التقنين تنص على ما يأتى: «موت الموكل أو عزل الوكيل لا يجوز الاحتجاج به على الغير إذا لم يكن عالما به». وهذا النص صريح فى تطبيق نظرية الوكالة الظاهرة.

وتنص المادة ٩٤٨ من التقنين المدنى العراقى على ما يأتى: «لا يحتج بانتهاء الوكالة على الغير الحسن النية الذى تعاقد مع الوكيل قبل علمه بانتهائها».

وتنص المادة ٨١٣ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على ما يأتى: «إن العزل عن الوكالة كلها أو بعضها لا يكون نافذاً فى حق شخص ثالث حسن النية إذا عاقد الوكيل قبل أن يعلم بعزله. على أنه يبقى للموكل حق الرجوع على وكيله».

(٣) ويؤكد ذلك ما ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد المادة ٩٩٥ المشار إليها، =

وتحيل المادة ٧١٣ مدنى المتقدم ذكرها[١] فى هذا الصدد إلى المادة ١٠٧ مدنى. وتنص هذه المادة الأخيرة على أنه «إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معاً وقت العقد انقضاء النيابة، فإن أثر العقد الذى يبرمه، حقاً كان أو التزاماً، يضاف إلى الأصيل أو خلفائه». ويوهم هذا النص أنه يشترط لقيام الوكالة الظاهرة، وإضافة أثر العقد الذى يبرمه الوكيل بعد انتهاء الوكالة إلى الموكل، أن يكون كل من الوكيل والغير الذى تعاقد معه حسن النية لا يعلم بانتهاء الوكالة، أى أنه يشترط لقيام الوكالة الظاهرة، لا فحسب حسن نية الغير الذى تعاقد مع الوكيل، بل أيضاً حسن نية الوكيل. والصحيح أن النص لا يعرض لحالة الوكالة الظاهرة، بل يعرض لحالة ما إذا كان النائب حسن النية لا يعلم بانقضاء نيابته، فيقرر أن أثر تصرفه ينصرف إلى الأصيل، ولكنه يشرط لذلك أن يكون الغير الذى تعاقد معه حسن النية، إذ لو كان الغير سئ النية لما شفع فى سوء نيته حسن نية النائب. ويظهر هذا المعنى فى وضوح إذا رجعنا للمشروع التمهيدى لنص المادة ١٠٧ مدنى، فهو يقول: «ما دام النائب لم يعلم بانقضاء نيابته، فإن أثر العقد الذى يبرمه، حقاً كان أو التزاماً، ينصرف إلى الأصيل وخلفائه كما لو كانت النيابة لا تزال باقية، هذا إذا كان الغير الذى تعاقد معه النائب يجهل أيضاً أن النيابة قد انقضت». فعدلت لجنة مجلس الشيوخ هذا النص، فأصبح على الوجه الذى نراه فى المادة ١٠٧ مدنى، وصار بذلك غامضاً يوقع فى الوهم الذى أشرنا إليه، وإن كانت لجنة مجلس الشيوخ قد ذكرت أنها عدلت النص «حتى يكون المعنى أوضح دون مساس بجوهر الحكم»[٢]. فالنص، على الوجه الذى عدل به فى مجلس الشيوخ، يشترط حسن نية كل من الوكيل والغير الذى

=إذ جاء ما يأتى: «على أنه مهما كان السبب فى انتهاء الوكالة، فما دام الوكيل لا يعلم بانتهائها فهى قائمة حتى يعلم، كما إذا عزل الموكل الوكيل ولم يخطره بذلك، أو مات الموكل ولم يعلم الوكيل بموته.. كذلك لو علم الوكيل بانتهاء الوكالة ولكن الغير لم يعلم، فإن الغير يستطيع أن يتمسك بالوكالة كما لو كانت لم تنقض» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٣٥). كذلك جاء فى المذكرة الإيضاحية فى صدد المادة ٧١٣ مدنى نفس هذا المعنى فيما يأتى: «وتتغير المسألة لو أن (أ) تعاقد مع (ب) باسم (ج)، وكان معه توكيل عنه لم يجاوز حدوده، ولكن التعاقد كان بعد انقضاء التوكيل، ولم يكن (ب) يعلم بانقضائه. ذلك لأن (ب) فى هذه الحالة لم يكن يستطيع العلم بانعدام الوكالة كما كان يستطيعه فى الحالة الأولى. فهو معذور إذا تعاقد مع (أ) باعتباره وكيلا، ويرتبط (ج) بهذا العقد كما لو كانت الوكالة لم تنقض، ويرجع (ج) على (أ) بالتعويض إذا كان يعلم بانقضاء الوكالة» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٢٨).

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٩٩.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص١٠٢- ص١٠٤- وانظر الوسيط ١ فقرة ٨٨.

تعاقد معه، فيكون فيه تزيد إذ الصحيح أنه لا يشترط إلا حسن نية الغير الذى تعاقد الوكيل معه(١).

(الشرط الثالث) أن يقوم مظهر خارجي للوكالة منسوب إلى الموكل: ولا يكفى حسن نية الغير الذى يتعامل مع الوكيل كما قدمنا، بل يجب أن يقوم حسن النية هذا على أساس مظهر خارجي للوكالة صادر من الموكل ويكون من شأنه أن يجعل الغير معذوراً فى اعتقاده أن هنالك وكالة قائمة(1). وهذا الشرط الثالث هو الذى يميز الوكالة الظاهرة،

---

(١) انظر فى هذا المعنى عبد الباسط جميعى فى نظرية الأوضاع الظاهرة ص١٧١- ١٧٨ (ويورد حججاً مفصلة للقول بأن المادة ١٠٧ مدنى إنما تنصرف إلى علاقة الوكيل بالموكل ولا تعرض لحالة الوكالة الظاهرة). وقارن جمال مرسى بدر فى النيابة فى التصرفات القانونية ص١٤٦- ص١٤٧. وانظر عكس ذلك وأنه يشترط إلى جانب حسن نية الغير حسن نية الوكيل محمد على عرفة ص٤١٩.

وتنص المادة ٨١٩ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على ما يأتى: «إن الأعمال التى يجريها الوكيل باسم الموكل قبل أن يعلم بوفاته أو بأحد الأسباب التى أدت إلى انتهاء الوكالة تعد صحيحة، بشرط أن يكون الشخص الثالث الذى تعاقد معه جاهلا أيضاً هذا السبب».

(1) أ- الأصل - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - أن التصرفات الت يبرمها الوكيل خارج نطاق وكالته لا تنفذ فى حق الموكل ما لم يجزها هذا الأخير، وخروجا على هذا الأصل يعتبر الوكيل الظاهر نائبا عن الموكل فينفذ فى حقه التصرف الذى يبرمه متى ثبت قيام مظهر خارجى خاطئ منسوب إلى الموكل وأن الغير الذى تعامل مع الوكيل الظاهر قد انخدع بمظهر الوكالة الخارجى دون أن يرتكب خطأ أو تقصيرا فى استطلاع الحقيقة.

(جلسة ١٩٨٤/١٢/٢٧ الطعن رقم ١١٧١ لسنة ٥١ق س٣٥ ص٢٢٦٣)

(جلسة ١٩٧٩/٥/٢ الطعن رقم ١١٢٥ لسنة ٤٨ ق س٣٠ ص٢٦٣)

(جلسة ١٩٧١/١/٢١ الطعن رقم ٢٢٥ لسنة ٣٦ق س٢٢ ص١٠٠)

ب- المقرر فى قضاء محكمة النقض أنه يشترط لنفاذ التصرف المبرم بين صاحب الوضع الظاهر والغير حسن النية فى مواجهة صاحب الحق أن يكون صاحب الحق قد أسهم بخطئه - سلبا أو ايجابا - فى ظهور التصرف على الحق بمظهر صاحبه مما يدفع الغير حسن النية إلى التعاقد معه للشواهد المحيطة بهذا المركز والتى من شأنها أن تولد الاعتقاد الشائع بمطابقة هذا المظهر للحقيقة، ولمحكمة الموضوع فى حدود سلطتها الموضوعية استخلاص قيام الوكالة الظاهرة من القرائن إلا أنه يتعين أن يكون استخلاصا سائغا ومؤديا لما انتهى إليه قضاؤها وكافيا لحمله.

(جلسة ١٩٩١/٤/١١ الطعن رقم ١٥٣٣ لسنة ٥٥ق)

(جلسة ١٩٨٤/٦/٢٦ الطعن رقم ٩٩٤ لسنة ٥٠ق)

(جلسة ١٩٧٥/١١/٢٢ الطعن رقم ٦٣٠ لسنة ٣٩ق س٢٦ ص١٤٦٢)

جـ- إذا كان تحقيق قيام الوكالة الظاهرة هو ما يخالطه واقع فلا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض. (جلسة ١٩٦٩/٤/٨ الطعن رقم ١٥٦ لسنة ٣٥ق س٢٠ ص٥٧٨)

ويحدد الأساس القانوني الذى تقوم عليه. ففى حالة مجاوزة الوكيل حدود الوكالة، يشفع للغير فى حسن نيته أن تكون الوكالة فعلا غامضة العبارة تحتمل التفسير الذى ذهب إليه الوكيل فجاوز به حدود الوكالة، أو أن تكون هناك تحفظات أو اتفاقات سرية لا يعلم بها الغير(١)، أو أن يكون مدير الشركة الذى جاوز حدود اختصاصه إنما باشر فى الواقع عملا يدخل فى المألوف من اختصاصات مديرى الشركات فلم يجد الغير الذى تعامل معه ما يدعو إلى مزيد من التحرى والتثبت(٢). وفى حالة انتهاء الوكالة يكون سبب انتهائها أمراً يخفى على الناس فخفى على الغير الذى تعامل مع الوكيل، ولم يتخذ الموكل الاحتياطات الكافية، لإعلان انتهاء الوكالة. مثل ذلك أن تنتهى الوكالة بعزل الوكيل ولا يعلن الموكل عن عزله إعلاناً كافياً ليحذر الناس من التعامل معه، أو أن تنتهى الوكالة بموت الموكل ولا

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى هذا المعنى بأن مندوب شركة التأمين يلزم الشركة بتصرفاته المتعلقة بالأعمال التى فوض فيها، ولا يجوز الاحتجاج على الغير بأى تغيير فى وكالته عن الشركة لم يصل إلى علم هذا الغير (استئناف مختلط ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م٣٥ ص٤٧) وانظر أيضاً: استئناف مختلط ١٨ أبريل سنة ١٩٣٩ م٥١ ص٢٦١ – ٢٠ فبراير سنة ١٩٤٠ م٥٢ ص١٥٧ – ٧ مايو سنة ١٩٤١ م٥٣ ص١٦٦ – ١٧ مارس سنة ١٩٤٣ م٥٥ ص٧٢ – ٩ نوفمبر سنة١٩٤٣ م٥٦ ص٥ – نقض فرنسى ١٤ يونيه سنة ١٨٧٥ سيريه ٧٥–١–٣٦٨ – ٢١ مارس سنة ١٩١٠ سيريه ١٩١٣ –١–٢٩٧ – ١٤ يناير سنة ١٩٢٠ سيريه ١٩٢٠–١–٢٧٢ – الجزائر ٧ يونيه سنة ١٨٩٩ داللوز ١٩٠١–٢– ١٨١ – ١٢ مارس سنة ١٩٠١ داللوز ١٩٠٣ –٢–٤٥ – بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٨١ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٠ ص٩٥٠.

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن التصرف الذى يجريه الوكيل مجاوزاً فيه حدود الوكالة لا يلزم الموكل، ويستثنى من ذلك أن يكون الموكل قد أعطى للوكيل سلطات ظاهرة من شأنها أن تضلل الغير حسن النية. فإذا أصدرت شركة أجنبية منشورا تعلن فيه أنها اعتمدت وكيلا عنها مدير فرعها فى الإسكندرية، ونقلت فى المنشور نموذجاً من توقيعه، دون أن تشير إلى القيود التى حددت بها سلطات هذا الوكيل الدائم، كان للغير الذى يتعامل مع هذا الوكيل الحق فى الاعتماد على أن يكون للوكيل السلطات المألوفة لممثلى الشركات، وليس عليه أن يتحرى بأكثر من ذلك عن مدى هذه السلطات (استئناف مختلط ٦ يناير سنة ١٩٣٢ م٤٤ ص١٠٥). وفى قضية جاوز فيها الوكيل العام لشركة أجنبية سلطاته قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا كانت السلطات المخولة للوكيل بمقتضى عقد الوكالة هى سلطات واسعة من شأنها وبطبيعتها أن تجعل الغير ممن يعتقدون بحسن نية بدخول هذه الأعمال نطاق وكالته، فإن من حقهم أن يعولوا على هذه المظاهر دون أن يكلفوا بالتحقق أولا من مدى سلطاته التوكيليه، وعلى وجه خاص يحق لهؤلاء الغير أن يدفعوا بنفاذ مثل هذا التصرف فى حق الموكل (استئناف مصر ١٨ فبراير سنة ١٩٥٥ التشريع والقضاء ٧ رقم ٣٢ ص١٠٥ مع تعليق الأستاذ جمال مرسى بدر).

وانظر نقض فرنسى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٩ داللوز الأسبوعى ١٩٣٠ – ٦٨ – بواتييه ٩ مايو سنة ١٩٢٨ جازيت دى پاليه ١٩٢٨–٢–١٠٩ – بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٨٠ ص٤١٥ – بلانيول وريبير وسافاتيه ١١ فقرة ١٥٠٠ ص٩٥٠.

تنشر الورثة خبر موته، أو أن تنتهى الوكالة بانتهاء المهمة التى فوض فيها الوكيل ولا يسترد منه الموكل سند التوكيل(١). وفى حالة انعدام الوكالة أصلا يجب أن يكون هناك مظهر خارجى لها، كالتوكيل الذى يعطيه الموكل على بياض للوكيل فيملأ هذا الأخير البياض بما يخالف المتفق عليه مع الموكل، والمخالصة الصادرة من الدائن فتقع فى يد من يتقدم لقبض الدين بموجبها، ومثل المخالصة بوليصة الشحن أو الإيصال المطبوع الذى يتقدم به الوكيل الظاهر لتسلم البضاعة(٢). أو لتحصيل الفواتير والأقساط المستحقة. وفى حالة الوكالة الباطلة أو القابلة للإبطال، يكون سند التوكيل مظهراً خارجياً لها، إذ لا يستطيع الغير الذى يتعامل مع الوكيل أن يتبين من الاطلاع على هذا السند أسباب البطلان أو القابلية للإبطال(٣).

---

(١) استئناف مختلط ٢٢ أبريل سنة ١٨٩٧ م٩ ص٢٨٦- وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد احتفاظ النائب بسند نيابته بعد انقضائها ما يأتى: «فإذا احتفظ النائب بسند نيابته بعد انقضائها، كان لمن تعاقد معه بناء على ثقته فى هذا السند حق التمسك بالنيابة. ويستوى فى هذه الحالة أن يكون النائب عالما وقت العقد بانقضاء نيابته أو أن يكون جاهلا بهذه الواقعة. وقد لوحظ فى تقرير هذه القاعدة ما هو ملحوظ من خطأ الأصيل فى عدم سحب السند من النائب بعد انقضاء النيابة مباشرة» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص١٠٢- ص١٠٣).

ويلاحظ أن استرداد سند التوكيل قد لا يكون مجدياً فى بعض الحالات، فلا يمنع من قيام الوكالة الظاهرة. مثل ذلك أن يكون الغير قد اطلع على سند التوكيل وأخذ فى معاملة مستمرة مع الوكيل على أساسه، أو أن تكون الظروف بحيث لا تقضى على الغير بمطالبة الوكيل بإبراز سند التوكيل كلما تعاقد معه كما فى حالة مدير بنك أو شركة (عبد الباسط جميعى فى نظرية الأوضاع الظاهرة ص١٦١- ص١٦٢).

(٢) نقض فرنسى ٢٤ يونيه سنة ١٩٠١ سيريه ١٩٠٣-١-٢٣٩ (تقدم إلى شركة السكك الحديدة ابن المرسل إليه ومعه كتاب من والده زور فيه توقيعه يوكله فى تسلم البضاعة: انظر تعليق ديموج على هذا الحكم منتقدا إياه فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٠٣ ص٦٥٧، وانظر فى انتقاد الحكم أيضاً جمال مرسى بدر فى النيابة فى التصرفات القانونية ص١٤٢- ص١٤٣).

(٣) وتنص المادة ٤ من المشروع الموحد للمعهد الدولى لتوحيد القانون الخاص بروما، فى خصوص النيابة الظاهرة، على ما يأتى: «تثبت صفة النيابة لشخص عن آخر، متى وجد الأول برضاء الثانى فى وضع من شأنه، بمقتضى القانون أو العادات، أن تكون له مكنة التصرف باسم ذلك الشخص الآخر». انظر جمال مرسى بدر فى دراسات فى النظرية العامة للنيابة حول مشروع المعهد الدولى لتوحيد القانون الخاص فقرة ٢٠، حيث أورد النص على النحو المتقدم وانتقده لأنه «أغفل الإشارة إلى العنصر الشخصى لقاعدة الإنابة الظاهرة ألا وهو حسن نية الغير المتعامل مع النائب وهو عنصر أساسى لابد من وجوده، لتوفر النيابة الظاهرة»- وانظر فى التمييز بين الإنابة الظاهرة والإنابة الضمنية المرجع السابق فقرة ٢١ ونظرية النيابة فى التصرفات القانونية لنفس المؤلف ص١٤٢ هامش ١- ليوتيه (Léauté) فى الوكالة الظاهرة فى علاقتها بالنظرية العامة للأوضاع الظاهرة فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٤٧ ص٢٩٦.

ويتبين مما تقدم أن المظهر الخارجي الذى ضلل الغير هو مظهر منسوب إلى الموكل، بتقصير منه أو دون تقصير ما دام هو الذى تسبب فيه. ويقع على الغير الذى تعاقد مع الوكيل عبء إثبات وجود هذا المظهر المضلل[1]، وأنه مظهر من شأنه أن يجعله مطمئناً إلى قيام الوكالة. فيجب إذن أن يكون هذا المظهر متناسباً مع قيمة التصرف الذى عقده الغير مع الوكيل. فإذا كانت قيمة التصرف كبيرة، كان هذا مدعاة إلى مزيد من التحوط، واتخاذ ما يتخذه الشخص المعتاد فى هذه الظروف من الوسائل للتثبت من قيام الوكالة. فإذا كان الغير لم يفعل كان مقصراً، وكان المظهر الذى اعتمد عليه غير كاف لقيام الوكالة الظاهرة[2]. أما إذا كان المظهر الخارجى كافياً لتضليل الغير، بأن أثبت هذا أنه بالرغم من اتخاذه الاحتياطات الواجبة فإن هذا المظهر من شأنه أن يخدعه[3]، فإنه يكون بذلك قد أثبت فى الوقت ذاته حسن نيته كما سبق القول.

٣٠٧- الأثر الذى يترتب على قيام الوكالة الظاهرة: فإذا توافرت الشروط سالفة الذكر وقامت الوكالة الظاهرة، فإنه يترتب على قيامها ما يترتب على قيام الوكالة الحقيقية فيما بين الموكل والغير. ويعتبر الوكيل الظاهر فى تعامله مع الغير باسم الموكل نائباً عنه، وينصرف أثر التصرف الذى عقده مع الغير من حقوق والتزامات إلى الموكل، كما لو كانت هناك وكالة حقيقية[4]. وهنا نرى مثلا آخر من الأمثلة التى تقوم فيها النيابة دون

---

(١) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥١ ص٥٩٢.

(٢) انظر في هذا المعنى بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٠ ص٩٥١- عبد الباسط جميعى فى نظرية الأوضاع الظاهرة ص١٦٤- ص١٦٥: ويستعين بفكرة الغلط الشائع فيقول فى هذا الصدد: «والحق أن الأمر لا يرتد إلى المسئولية ولا يرجع إلى الإثبات، بل يتعلق بفكرة الغلط الشائع. وهى من ناحية إيجابية، فينبغى على الغير الذى تعامل مع الوكيل الظاهر فى حالتنا إثباتها. وهى من ناحية أخرى تنطوى على فكرة انتفاء الخطأ أو الإهمال من جانب الغير، وقد يكون فيها أيضاً عنصر الخطأ من جانب الأصيل إذا كان مظهر الوكالة قد نشأ بتقصيره أو إهماله. ففكرة الغلط الشائع إذن جامعة لهذه المعانى جميعاً، ومستقلة عن فكرة حسن النية أى مجرد الجهل بحقيقة الواقع، أو سوء النية أى العلم الفعلى بالحقيقة. وبذلك نبرر رفع الحماية عن الغير إذا ما وجد شك فى الأمر: لأن الشك وإن كان لا ينفى حسن النية، إلا أنه يوجب عند الرجل الحريص الحازم الاستزادة من الاستقصاء للتحرى عن حقيقة الواقع. فإن قعد الغير (المتعامل مع الوكيل الظاهر) عن المضى فى البحث واكتفى بجهد أدنى من ذلك، كان مقصراً، وانتفى بتقصيره الغلط الشائع، لأنه فى هذه الحالة يكون قد هبط عن معياره وهو جهد الرجل الحريص الحازم». وانظر أيضاً نفس المرجع ص١٩٧ وص٢٠٧.

(٣) ويقاس ذلك بمعيار موضوعى لا بمعيار ذاتى، فيكون المظهر من شأنه أن يخدع الشخص المعتاد، لا أن يخدع الغير بالذات الذى تعاقد مع الوكيل.

(٤) انظر آنفاً فقرة ٣٠٥.

أن تقوم الوكالة[1].

على أنه فى العلاقة فيما بين الموكل والوكيل الظاهر، يجب التمييز بين ما إذا كان هذا الوكيل حسن النية أو سيئها. فإذا كان حسن النية، وكان يعتقد مثلا أنه يعمل فى حدود الوكالة وقد جاوز هذه الحدود، أو بوكالة صحيحة، وكانت الوكالة باطلة، لم يرجع الموكل على الوكيل بالتعويض من جراء ذلك[2].

أما إذا كان الوكيل الظاهر سيئ النية، وكان يعلم أن الوكالة غير قائمة ومع ذلك أقدم على التعاقد مع الغير، فإنه يكون قد ارتكب خطأ فى حق الموكل يستوجب مسئوليته التقصيرية، ومن ثم يرجع الموكل عليه بالتعويض عن الضرر الذى أصابه من جراء انصراف أثر التصرف الذى عقده الوكيل مع الغير إليه[3].

٣٠٨- الأساس القانونى الذى تقوم عليه الوكالة الظاهرة: بقى أن نبين على أى أساس قانونى تقوم الوكالة الظاهرة، وكيف نستمد منها، مع أنها غير موجودة، النيابة فى العلاقة ما بين الموكل والغير. وقد تشعبت الآراء فى تحديد هذا الأساس القانونى، فبعض يقيم الوكالة الظاهرة على أساس المسئولية المبينة على الخطأ(1)، وفريق ثان يقيمها على أساس تحمل التبعة، وفريق ثالث يقيمها على أساس المسئولية عن أعمال الوكيل[4].

---

(١) وغنى عن البيان أن انصراف أثر التصرف إلى الموكل هو حق للغير حسن النية لا واجب عليه، وهو مقرر لصالحه، فإن شاء نزل عنه فلا ينصرف أثر التصرف إلى الموكل (بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٧١ مكررة).

(٢) أما إذا قام سبب من أسباب انتهاء الوكالة دون أن يعلم به الوكيل، فإن الوكالة تبقى قائمة، وتكون وكالة حقيقية لا وكالة ظاهرة (انظر ما يلى فقرة ٣٢٤ ثانيا).

(٣) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٠ ص٩٥١ وفقرة ١٥٠١ ص٩٥٣- بيدان ١٢ فقرة ٣٣٠.

(٤) انظر عرضاً مفصلا لهذه الآراء المختلفة فى نظرية الأوضاع الظاهرة للأستاذ عبد الباسط جميعى ص٢١١- ص٢١٦- وهناك آراء أخرى أشير إليها فى هذه الرسالة، منها الفضالة والصورية وحسن النية والمبدأ القاضى بأن الغلط الشائع يولد الحق وفكرة الاستقرار الحركى وعدم خروج التصرف عن حدود المألوف (انظر ص٢١٦- ص٢٢١ من نفس المرجع - وانظر جيرو فى المظهر كمصدر للمسئولية رسالة من باريس سنة ١٩٣٧ ص٨٠ وما بعدها وص١٣٠ وما بعدها وص١٤٨ وما بعدها). وانظر جمال مرسى بدر فى النيابة فى التصرفات القانونية ص١٥٠- ص١٥١.

(1) إذا أسهم الأصيل بخطئه - سلبا أو ايجابا - فى خلق مظهر خارجى من شأنه أن يوهم الغير حسن النية - ويجعله معذورا فى اعتقاده - باتساع الوكالة لهذا التصرف فإن من حق الغير فى هذه الحالة أن يتمسك بانصراف أثر التصرف إلى الأصيل على أساس الوكالة الظاهرة متى كان هذا الغير قد سلك فى تعامله سلوكا مألوفا لا يشوبه خطأ غير مغتفر.

(جلسة ١٩٨٧/٦/٣٠ الطعنان ٥١٢ و٥٥١ لسنة ٥٣ق)

(جلسة ١٩٩١/١٢/١٢ الطعن رقم ١١٨٢ لسنة ٥٣ق)

فالذين يأخذون بالمسئولية المبينة على الخطأ يقولون إن الموكل قد أخطأ فى خلق المظهر الخارجي للوكالة الذى انخدع به الغير(1)، فهو مثلا لم يسترد سند التوكيل بعد انتهاء الوكالة(١)، أو زود الوكيل بتوكيل على بياض(٢). أو بتوكيل غير محدد يمكن أن يساء استعماله(٣)، أو صاغ التوكيل فى عبارات عامة غامضة(٤)، أو أهمل مراقبة وكيله

---

(١) بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٧١ – نقض فرنسى ٢٧ ديسمبر سنة ١٨٩٠ داللوز ٩١–١–٤٦٤.

(٢) بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٨٢ ص٤١٦– بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٠ ص٩٤٩– نقض فرنسى ١٣ فبراير سنة ١٨٨٣ داللوز ٨٤–١–٨٠– ٢٩ ديسمبر سنة ١٨٩٠ داللوز ٩١ –١ –٤٦٤– مونبلييه ٤ مايو سنة ١٩٤٩ داللوز ١٩٤٩– ٢٦ مختصر.

(٣) مثل ذلك أن يكون التوكيل فى اقتراض مبلغ معين دون تعيين شخص المقرض، فيقترض الوكيل بموجب هذا التوكيل المبلغ مرتين من مقرضين مختلفين (بوتييه فى الكالة فقرة ٨٩– بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٨٠ ص٤١٥ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٠ ص٩٥١ – باريس ٥ مارس سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٢–٢–٢٦٣).

(٤) نقض فرنسى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٥ داللوز الأسبوعى ١٩٣٦ –٨١– باريس ١١ يناير سنة١٩٢٨ داللوز الأسبوعى ١٩٢٨– ٢٧٩.

(1) أ– يشترط لاعتبار الوكيل الظاهر نائبا عن الموكل، أن يكون المظهر الخارجي الذى أحدثه هذا الأخير خاطئا، وأن يكون الغير الذى تعامل مع الوكيل الظاهر قد انخدع بمظهر الوكالة الخارجي دون أن يرتكب خطأ أو تقصيرا فى استطلاع الحقيقة.

(جلسة ١٩٧١/١/٢١ الطعن رقم ٢٢٥ لسنة ٣٦ق س٢٢ ص١٠٠)

(جلسة ١٩٧٩/٥/٢ الطعن رقم ١١٢٥ لسنة ٤٨ق س٣٠ ص٢٦٣)

(جلسة ١٩٨٤/٤/٢٦ الطعن رقم ٩٩٤ لسنة ٥٠ق)

ب– يشترط لاعتبار الوكيل الظاهر نائبا عن الموكل قيام مظهر خارجي خاطئ منسوب للموكل من شأنه أن يخدع الغير الذى تعامل مع الوكيل الظاهر.

(جلسة ١٩٧٥/١١/٢٢ الطعن رقم ٦٣٠ لسنة ٣٩ق س٢٦ ص١٤٦٢)

جـ– من حق الغير حسن النية أن يتمسك بانصراف أثر التعامل الذى أبرمه مع من اعتقد بحق أنه وكيل – إلى الأصيل لا على أساس وكالة حقيقية قائمة بينهما – وهى غير موجودة فى الواقع بل على أساس الوكالة الظاهرة ذلك لأن ما ينسب إلى الأصيل فى هذا الصدد يشكل فى جانبه صورة من صور الخطأ الذى من شأنه أن يخدع الغير حسن النية فى نيابة المتعامل معه عن ذلك الأصيل ويحمله على التعاقد معه بهذه الصفة وهو ما يستوجب من ثم الزام الأصيل بالتعويض عن هذا الخطأ من جانبه.

(جلسة ١٩٧٩/١٢/٢٩ الطعن رقم ٩٧٨ لسنة ٤٦ق س٣٠ ع٢ ص٤١٢)

(جلسة ١٩٨٤/١٢/٢٧ الطعن رقم ١١٧١ لسنة ٥١ق س٣٥ ص٢٢٦٣)

فى تنفيذه للوكالة[1]، أو إساء اختيار الوكيل[2]، أو بوجه عام أعطى للغير الذى تعامل مع الوكيل فكرة خاطئة عن مدى حدود الوكالة[3]. وهذا الخطأ يستوجب تعويض الغير، وخير تعويض هو التعويض العينى، فينصرف أثر التصرف الذى عقده الوكيل الظاهر مع الغير إلى الموكل[4]. ويؤخذ على هذا الرأى أنه لا يمكن القول دائماً إن هناك خطأ فى جانب الموكل، فقد لا يرتكب أى خطأ ومع ذلك يلتزم بتصرف الوكيل الظاهر، كما إذا اختلس هذا الأخير المخالصة بالدين أو بوليصة الشحن وقبض الدين أو تسلم البضاعة.

ومن ثم ذهب الفريق الثانى إلى الأخذ بتحمل التبعة، فالموكل يتحمل تبعة نشاط الوكيل كما يستفيد من هذا النشاط، والغرم بالغنم[5]. ولو كان هذا صحيحاً على إطلاقه، لما رجع الموكل على الوكيل سيئ النية بالتعويض، ما دام أنه يتحمل تبعة نشاطه.

وهذا ما دعا الفريق الثالث إلى القول بمسئولية الموكل نحو الغير عن أعمال الوكيل[6]، ومن ثم ينصرف أثر المتصرف إليه، ثم يرجع على الوكيل بالتعويض. ولكن هذا الرأى يفترض أن الوكيل الظاهر يرتكب دائماً خطأ حتى يكون الموكل مسئولا عنه، وقد رأينا أنه قد يكون حسن النية لم يرتكب أى خطأ ومع ذلك ينصرف أثر تعاقده مع الغير إلى الموكل[7].

وقد أسس بعض الفقهاء الوكالة الظاهرة على المظهر، لأن إلزام الموكل بعمل وكيله

---

(١) نقض فرنسى ١٧ مايو سنة ١٩٠٥ جازيت دى پاليه ١٩٠٥ -٢-٥٢

(٢) نقض فرنسى ١٤ يناير سنة ١٩٢٠ سيريه ١٩٢٠-١-٢٧٢- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٠ ص٩٥١.

(٣) باريس ١١ يناير سنة ١٩٢٨ داللوز الأسبوعى ١٩٢٨ - ٢٧٩ وقد سبقت الإشارة إلية.

(٤) بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٨٠- بيدان ١٢ فقرة ٣٢٩- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٠ ص٩٥٠- أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٣٥٠- فقرة ٣٥٢.

(٥) ديموج فى الالتزامات ١ فقرة ١٣٨ ص٢٣١ و٣ فقرة ٣٣٧ ص٥٣٦.

(٦) ليوتيه فى الوكالة الظاهرة فى علاقتها بالنظرية العامة للأوضاع الظاهرة فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٤٧ ص٣٠٣- وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الأصل ألا يلتزم الموكل بأعمال موكله التى جاوز بها حدود الوكالة، ويستثنى من ذلك ما إذا كان الموكل قد جعل الغير يعتقد أن للوكيل سلطة فى القيام بهذه الأعمال. ولا يكفى أن يؤكد الوكيل تأكيداً غير صحيح أن له هذه السلطة، حتى يكون الموكل مسئولا عن خطأ الوكيل الذى اختاره (استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص٢٥٦).

(٧) وحتى لو ارتكب الوكيل خطأ، فسنرى أن الأصل ألا يكون الموكل مسئولا عن الخطأ الذى ارتكبه وكيله إلا فى حدود ضيقة (انظر ما يلى فقرة ٣٠٩).

الظاهر «إنما يرجع إلى أن قيام مظهر الوكالة من الناحية الواقعية، رغم مخالفة ذلك للحقيقة، ينبغي أن تتولد عنه بالنسبة إلى الغير الحسن النية نفس الآثار التي كانت تتولد عن الوكالة الحقيقية، إذا كان هذا المظهر من الجسامة بحيث لا يتسنى للغير أن يعلم بعدم مطابقته للحقيقة»(١). ونضيف إلى ذلك أن هذا المظهر الخارجي الخاطئ الذي أحدثه الموكل – سواء بتقصير منه أو بغير تقصير فهو على كل حال منسوب إليه فعليه أن يتحمل تبعته – يرسي القانون على أساسه نيابة يضيفها على الوكيل الظاهر، فينصرف أثر تعاقده مع الغير إلى الموكل بحكم هذه النيابة. ويبرر ذلك أن الغير كان حسن النية، وهو فوق ذلك لم يكن مقصراً في استطلاع الحقيقة بل انخدع بمظهر الوكالة الخارجي دون أن يرتكب خطأً، فآثره القانون بالحماية على الموكل الذي ينسب إليه هذا المظهر الخداع، وذلك حتى يستقر التعامل. هذه الاعتبارات جميعاً هي التي تشفع في أن يجعل القانون الوكيل الظاهر نائباً عن الموكل، فالنيابة هنا نيابة قانونية(٢)، وقد قامت دون أن تقوم الوكالة، إذ الوكالة الظاهرة وكالة غير موجودة.

---

(١) عبد الباسط جميعي في نظرية الأوضاع الظاهرة ص٢٢٢– ص٢٢٣– وانظر أيضاً في هذا المعنى فلاتيه في العقود لحساب الغير ص٨٠.

(٢) وقد رأينا أن هذه النيابة القانونية في الوكالة الظاهرة تقوم في بعض تطبيقاتها على نصوص صريحة في القانون، فقد نصت المادة ٣٣٢ مدني على أن «يكون الوفاء للدائن أو لنائبه. ويعتبر ذا صفة في استيفاء الدين من يقدم للمدين مخالصة صادرة من الدائن..». وكان المشروع التمهيدي يتضمن نصاً عاما في الوكالة الظاهرة في أهم تطبيقاتها في حالة ما إذا قامت هذه الوكالة بعد انتهاء الوكالة الحقيقية، فكانت المادة ٢/٩٩٥ من هذا المشروع تنص كما رأينا على ما يأتي: «ولا يجوز الاحتجاج بانتهاء الوكالة على الغير الحسني النية الذين تعاقدوا مع الوكيل قبل علمهم بانتهائها» (انظر آنفاً فقرة ٣٠٦ الشرط الثاني – وانظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٣٣– ص٢٣٤ في الهامش). وإذا كان هذا النص قد حذف في لجنة المراجعة، فإن ذلك يرجع إلى أن القاعدة العامة في الوكالة الظاهرة– وهي قاعدة لها قوة القانون– تغني عنه، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (انظر آنفاً فقرة ٣٠٦ الشرط الثاني في الهامش).

وإذا اعتبرنا أن الوكالة الظاهرة هي نفسها تطبيق لنظرية أعم وهي نظرية الأوضاع الظاهرة (انظر عبد الباسط جميعي في نظرية الأوضاع الظاهرة)، فإنه يسعفنا في ذلك نصوص تعد تطبيقات تشريعية لهذه النظرية الأخيرة، وبخاصة في الصورية (م٢٤٤ مدني) وفي الدائن الظاهر (م٣٣٣ مدني).

ويقول الأستاذ جمال مرسي بدر في هذا الصدد: «ولعل الأقرب إلى الصواب أن يقال أن الربط بين آثار تعبير النائب الظاهر عن إرادته وبين ذمة الأصيل راجع إلى قاعدة قانونية، أرساها القضاء ولها تطبيقات في بعض النصوص التشريعية، وهذه القاعدة القانونية تحل في إيجاد تلك الرابطة محل إرادة الأصيل في الإنابة الحقيقية، وذلك تغليباً لاستقرار التعامل، وحياطة لمصلحة الغير حسن النية على الوجه الذي يقتضيه توفر الثقة في المعاملات» (جمال مرسي بدر في النيابة في التصرفات القانونية ص١٥٢).

٣٠٩- مسئولية الموكل نحو الغير عن خطأ وكيله: يبقى، فى علاقة الموكل بالغير، أن نبين إلى أى حد يكون الموكل مسئولا نحو الغير عن خطأ وكيله.

والأصل أن الموكل لا يكون مسئولا عن الخطأ الذى ارتكبه وكيله، فإن الوكيل إذا كان ينوب عن الموكل فى التعاقد مع الغير فيلزمه بهذا التعاقد، فإنه لا ينوب عنه فى الخطأ الذى يرتكبه هو فيلزمه بهذا الخطأ[١]. فإذا ارتكب الوكيل مخالفة يعاقب عليها بالغرامة، لم يكن الموكل مسئولا إلا إذا كان القانون ينص على مسئوليته هو أيضاً بالإضافة إلى مسئولية الوكيل[٢]. وإذا جاوز الوكيل حدود وكالته فى التعاقد مع الغير حسن النية ولم تتوافر شروط الوكالة الظاهرة، فإن الغير يرجع بالتعويض على الوكيل دون الموكل[٣]. وإذا كان الوكيل مفوضاً فى بيع منقول وتسليمه، فباعه وبدلا من تسليمه اختلسه، كان مسئولا قبل المشترى عن هذا الاختلاس. أما الموكل فيكون مسئولا أيضاً عن عدم تسليم المبيع للمشترى، ولكن لا بموجب مسئولية تثبت فى جانبه عن خطأ الوكيل، وإنما بموجب البيع الذى عقده الوكيل باسمه فانصرف أثره إليه إذ أصبح ملتزماً بتسليم المبيع إلى المشترى[٤].

---

(١) نقض فرنسى ٥ نوفمبر سنة ١٨٧٧ داللوز ٨٠-١-٧٩- ٢٥ يونيه سنة ١٨٨٩ داللوز ٩٠ -١ -١٥١- ١٢ نوفمبر سنة ١٩٠٧ داللوز ١٩٠٨ -١-٨٧- ٩ يناير سنة ١٩٣١ سيريه ١٩٣١ -١ - ٣٥٨ - ٢٤ فبراير سنة ١٩٣٤ سيريه ١٩٣٥ -١-٣١٨- ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٥ سيريه ١٩٣٦ -١-٣٢٩- ١٦ يونيه سنة ١٩٣٦ داللوز الأسبوعى ١٩٣٦- ٤٢٧- ٢٦ فبراير سنة١٩٣٧ سيريه ١٩٣٨ -١-١٤٥- ٣ مايو سنة ١٩٤٠ جازيت دى پاليه ١٩٤٠ -٢-٢٨- باريس ٥ يونيه سنة ١٩٢٨ الأسبوع القضائى (Sem. Jur) ١٩٢٨ ص١١٠١- بويه ٥ ديسمبر سنة ١٩٥١ جازيت دى پاليه ١٩٥٢- ١-٩٣- أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص٢٣٣- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٢ ص٩٥٤ - كولان وكاپيتان ودى لاموراندييز ٢ فقرة ١٣٦٧- وانظر عكس ذلك وأن الموكل يكون دائماً مسئولا عن خطأ وكيله مسئولية المتبوع عن التابع: بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٨٢ ص٤١٦- ديموج فى الالتزامات ١ فقرة ١٠٣ و٥ فقرة ٨٩٢- بيدان ١٢ فقرة ٣١٤.

(٢) نقض فرنسى ٩ مايو سنة ١٩٢٢ داللوز ١٩٢٥-١-١٦٨- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٢ ص٩٥٤ هامش ٣- ومع ذلك انظر نقض فرنى ٢ فبراير سنة ١٩١٠ داللوز ١٩١٠ -١ -٧٢- وانظر فى قوانين الضرائب فى فرنسا حيث تنص على مسئولية الموكل عن خطأ الوكيل: بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٨٢.

(٣) أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص٢٢٩ هامش ١ (٦).

(٤) نقض فرنسى ١٧ أبريل سنة ١٨٩٦ داللوز ٩٧-١-٤٠- ٥ ديسمبر سنة ١٩٠٦ داللوز ١٩٠٨- ١- ٥٤٥- بوردو ١٣ نوفمبر سنة ١٨٩٠ داللوز ٩٢-٢-٣٦٤- باريس ١٠ يوليه سنة ١٩٤٤ داللوز ١٩٤٥ -٦٢- أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٦ ص٢٣٤- هامش ١٦- بلانيول وريبير =

ومع ذلك يكون الموكل مسئولا نحو الغير عن خطأ الوكيل فى حدود قواعد المسئولية التقصيرية، وكذلك فى حدود قواعد الوكالة ذاتها[1].

أما فى حدود قواعد المسئولية التقصيرية، فإن الموكل يكون مسئولا عن خطأ الوكيل إذا ارتكب هو خطأ جر إلى خطأ الوكيل، كأن أهمل فى رقابته حيث تجب عليه هذه الرقابة[1]، أو كان الخطأ الذى ارتكبه الوكيل ليس إلا تنفيذاً لتعليمات تلقاها منه، ويكون الموكل فى هذه الحالة مسئولا عن خطأه الشخصى لا عن خطأ الوكيل[2]. كذلك يكون الموكل مسئولا عن خطأ الوكيل فى حدود قواعد المسئولية التقصيرية إذا كان الوكيل مرتبطاً به ارتباط التابع بالمتبوع، كأن كان خادماً عنده أو مستخدماً فى متجره، ويكون الموكل فى هذه الحالة مسئولا عن خطأ الوكيل مسئولية المتبوع من التابع[3]. ويتفرع

=وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٢ ص٩٥٣ – ص٩٥٤– ومع ذلك قارن الجزائر ٧ يونيه سنة ١٨٩٩ داللوز ١٩٠١ –٢–١٨١.

(١) وإذا باشر الوكيل إجراءات تعسفية ضد الغير دون أن يتصل منها الموكل، كان هذا الأخير مسئولا بالتضامن مع الوكيل نحو الغير (استئناف مختلط ٦ مايو سنة ١٩٢٦ م٣٨ ص٣٩٣).

(1) الأصيل مسئول نحو الغير عن خطأ الوكيل فى حدود قواعد المسئولية التقصيرية، وكذلك فى صدد قواعد الوكالة ذاتها، فإذا كان الحكم قد اكتفى بنفى الخطأ عن المطعون عليه فى سفره إلى الخارج دون أن يبحث موقف زوجته باعتبارها وكيله عنه فى ابرام الصفقة موضوع الدعوى بعد سفره حتى تنتهى مدة التفويض الصادر منه للطاعنين (السمسار) دون أن يبين السبب الذى دعاها إلى عدم إتمام العقد بعد أن قام الطاعنان خلال مدة التفويض بإرسال برقية وخطاب إلى المطعون عليه فى محل إقامته بالقاهرة لإخطاره بأن مالك العمارة قد وافق على إتمام الصفقة طبقا للتفويض ولكى يحدد موعد التوقيع على العقد الابتدائى، فإن الحكم يكون قاصر البيان قصور يشوبه ويبطله.

(جلسة ١٩٦٧/١١/١٤ الطعن رقم ٢١ لسنة ٣٢ق س١٨ ص١٦٤٩)

(٢) نقض فرنسى ٣ مايو سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٤–١–٢٠٢– ٤ ديسمبر سنة ١٨٩٩ داللوز ١٩٠٠ –١–١٤– أول مارس سنة ١٩٣٨ جازيت دى پاليه ١٩٣٨ –١–٨٠٦ ليون ٢٨ يوليه سنة ١٩٠٨ تحت حكم نقض فرنسى ٢ فبراير سنة ١٩١٠ داللوز ١٩١٠– ١– ٧٢– أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص٢٣٣ وص٢٣٤ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٢ ص٩٥٤– وقد يجب خطأ الموكل خطأ الوكيل، فيكون الموكل وحده مسئولا (باريس ٩ مايو سنة ١٨٩٩ سيريه ١٩٠١ –٢ –٥). ومن باب أولى يكون الموكل إذا ارتكب خطأ هو المسئول وحده، ما دام الوكيل لم يرتكب أى خطأ يستوجب مسئوليته (أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص٢٣٤).

(٣) نقض فرنسى ١٥ فبراير سنة ١٩٢٦ داللوز الأسبوعى ١٩٢٧– ٥٠– ١٦ يونيه سنة ١٩٣٦ داللوز الأسبوعى ١٩٣٦ – ٤٢٧– دوبه ٥ ديسمبر سنة ١٩٥١ جازيت دى پاليه ١٩٥٢– ١– ٩٣– أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص٢٣٤ – بيدان ١٢ فقرة ٣٢٤– بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٢ ص٩٥٤– كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٣٦٧– ويجب التمييز بين صفة التابع وصفة الوكيل، فالوكيل لا يكون بموجب الوكالة وحدها تابعاً إلا إذا كان يعمل تحت إشراف=

على ذلك أن تكون الشركة مسئولة عن خطأ مديريها الذى يعد وكيلا عنها، باعتباره مرتبطا بها ارتباط التابع بالمتبوع[1].

وأما فى حدود قواعد الوكالة ذاتها، فهناك قاعدة من هذه القواعد تقضى كما رأينا بأن التصرف الذى يمضيه الوكيل باسم الموكل يعقده بإرادته هو فتحل هذه الإرادة محل إرادة الأصيل، وبأنه يعتد بشخص الوكيل فى العلم بظروف من شأنها أن تؤثر فى هذا التصرف[2]. ويترتب على ذلك أنه إذا ارتكب الوكيل تدليساً جر الغير إلى التعاقد معه، فإن العقد يكون قابلا للإبطال ويجوز فوق ذلك للغير أن يرجع بالتعويض، لا فحسب على الوكيل لارتكابه هذا التدليس، بل أيضاً على الموكل كما لو كان التدليس قد صدر منه هو، وفى هذا يكون الموكل مسئولا عن خطأ الوكيل[3]. كذلك إذا تواطأ الوكيل مع الغير الذى تعاقد معه للإضرار بحقوق دائنى هذا الغير أو تواطأ معه على الصورية، فإنه يعتد بهذا التواطؤ ويكون الموكل مسئولا عنه فيمتد أثره إليه. ومن ثم يجوز لدائنى الغير أن

=الموكل وطبقاً لتوجيهاته (أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص٢٣٤ هامش ١٦). وقد قضت محكمة الإسكندرية الوطنية بأنه إذا ارتكب الوكيل عملا غير مشروع نشأ عنه ضرر للغير، فإن الموكل لا يكون مسئولا عن تعويض ذلك الضرر إلا إذا توافرت فى علاقته بوكيله عناصر التبعية المتميزة عن أركان عقد الوكالة، والوكالة بذاتها لا تكفى لاعتبار الوكيل تابعا للموكل بالمعنى المقصود فى المادة ١٧٤ مدنى، وإنما ينبغى النظر على ضوء الظروف وعقد الوكالة نفسه إلى توافر وعدم توافر عناصر رابطة التبعية من وجود سلطة فعلية للموكل على الوكيل مقترنة بالتوجيه والرقابة (الإسكندرية الوطنية ٢١ أبريل سنة ١٩٥٧ المحاماة ٣٨ رقم ٥١٤ ص١١٢٥).

وكل من الخادم والمستخدم يربطه برب العمل علاقتان: علاقة التابع بالمتبوع بموجب عقد العمل، وعلاقة الوكيل بالموكل بموجب عقد الوكالة الضمنية (أو كما يذهب الفقه الألمانى والفقه الإيطالى يكون الخادم أو المستخدم نائباً عن رب العمل دون أن تكون هناك وكالة: انظر آنفاً فقرة ٣٠١ فى الهامش – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص٢٣٤ هامش ١٦). فيكون رب العمل مسئولا عن خطأه، لا باعتباره وكيلا بموجب عقد الوكالة، بل باعتباره تابعاً بموجب عقد العمل. انظر فى هذه المسألة أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٣٤١ – فقرة ٣٤٢– جمال مرسى بدر فى النيابة فى التصرفات القانونية ص١٦٥ – ص١٦٨.

(١) نقض فرنسى ٣٠ يوليه سنة ١٨٩٥ سيريه ٩٦–١–٢٨٨– أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص٢٣٤.

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٠٢.

(٣) انظر آنفاً فقرة ٣٠٤ فى الهامش – نقض فرنسى ١٤ يونيه سنة ١٨٤٧ داللوز ٤٧– ١– ٣٣٢– ٣٠ يوليه سنة ١٨٩٥ داللوز ٩٦–١ ١٣٢– ٤ ديسمبر سنة ١٨٩٩ داللوز ١٩٠٠– ١ – ١٤– بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٨٢ ص٤١٧– بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٢ ص٩٥٥– أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٣٤٣.

يطعنوا فى التصرف بالدعوى البوليصية أو أن يتمسكوا بالعقد الصورى طبقاً لقواعد الصورية[1]، وذلك كله فى مواجهة الموكل كما لو كان تواطؤ الوكيل مع الغير قد صدر منه هو[2].

المبحث الثانى

الوكيل يعمل باسمه الشخصى

(المسخر أو الاسم المستعار)

(Prête - nom)

٣١٠- متى يعمل الوكيل باسمه الشخصى - عقد التسخير أو عقد الاسم المستعار: الوكيل يعمل دائماً لحساب الموكل كما قدمنا، ولكنه تارة يعمل باسم الموكل وتارة يعمل باسمه الشخصى. والأصل أن يعمل الوكيل باسم الموكل، فتكون الوكالة نيابية، وقد بسطنا قواعدها فيما تقدم. وإذا وكل شخص شخصاً آخر فى تصرف قانونى، ولم يذكر فى سند التوكيل ما إذا كان الوكيل يعمل باسم الموكل أو يعمل باسمه الشخصى، فالمفروض أن الموكل قد أضفى على الوكيل صفة النيابة وأباح له أن يعمل باسمه نائباً عنه ومع ذلك قد يرى الموكل أن يخفى اسمه فى التصرف الذى فوض فيه الوكيل، لسبب أو لآخر

---

(١) نقض فرنسى ١٥ يونيه سنة ١٨٩٨ داللوز ٩٨-١- ٥٥٩- ٤ ديسمبر سنة ١٨٩٩ داللوز ١٩٠٠- ١- ١٤- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٨٢ ص٤١٧- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٢ ص٩٥٥.

(٢) وكما أن الموكل قد يكون مسئولا نحو الغير عن خطأ الوكيل، كذلك قد يكون الغير مسئولا عن خطأ الوكيل نحو الموكل. فإذا كان عقد الوكالة يلزم الوكيل بالبيع مثلا أن يستخدم ثمن المبيع فى شراء أسهم أو سندات، فالأصل أن المشترى الذى تعاقد مع الوكيل لا يكون مسئولا عن تنفيذ هذا الالتزام نحو الموكل (نقض فرنسى ٥ نوفمبر سنة ١٨٩٤ داللوز ٩٦-١-٣٣)، وذلك ما لم ينص الموكل فى سند التوكيل على أن شراء الأسهم أو السندات شرط فى قيام الوكالة. فإذا كان المشترى يعلم بهذا الشرط، فإنه يكون مسئولا عن تنفيذه نحو الموكل، ويجب عليه ألا يسلم الثمن للوكيل إلا بعد الاستيثاق من أنه يستخدم فى شراء الأسهم أو السندات المطلوبة (بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٣) - وإذا اقترض الوكيل بهذه الصفة من الغير مبلغاً أكبر مما تقتضيه الحاجة وأضاع الزائد، لم يكن المقرض حسن النية مسئولا عن ذلك قبل الموكل (استئناف مختلط ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م٣٦ ص٤٨)- وانظر أيضاً استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م٣٨ ص١٥١- ١٨ يناير سنة ١٩٢٨ م٤٠ ص١٤٥- ٢ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م٤٩ ص٣٠.

مما سنشير إليه فيما يلى. فيشترط فى عقد الوكالة أن يعمل الوكيل باسمه الشخصى، ويسخره فى ذلك مستعيراً اسمه. وتسمى الوكالة فى هذه الحالة بعقد التسخير أو عقد الاسم المستعار (convention de prête- nom)، ويسمى الوكيل بالمسخر أو الاسم المستعار (prête- nom)[1]. فهناك إذن نوعان من الوكالة: الوكالة النيابية وهى وكالة مكشوفة (mandat ostensible) تقترن بالنيابة وتبيح للوكيل أن يعمل باسم الموكل، والوكالة غير النيابية وهى وكالة مستترة (mandat simulé) تتجرد عن النيابة وتفرض على الوكيل أن يعمل باسمه الشخصى، وإن كان يعمل لحساب الموكل كما سبق القول.

على أن الوكالة النيابية أى الوكالة المكشوفة، وإن كانت تبيح للوكيل أن يعمل باسم الموكل نائباً عنه، لا تمنعه من أن يعمل باسمه إذا اختار ذلك، وعندئذ يصبح فى حكم المسخر أو الاسم المستعار، وإن كان يفعل ذلك من تلقاء نفسه لا بناء على تسخير من الموكل[2]. وتسرى على الوكيل فى هذه الحالة جميع الأحكام التى تسرى على المسخر أو الاسم المستعار[3]، وتكون الوكالة فى الحالتين وكالة دون نيابة. ولكن يندر أن يعمد الوكيل من تلقاء نفسه إلى التعاقد باسمه الشخصى إذا لم يكن مسخراً، إذ هو يؤثر ألا يتحمل مسئولية انصراف أثر العقد إليه كما يتحملها المسخر فيما سنرى. فالكثرة الغالبة من الأحوال التى يعمل فيها الوكيل باسمه الشخصى هى عندما يكون مسخراً بموجب عقد وكالة مستترة هو عقد التسخير أو عقد الاسم المستعار.

ويلجأ الموكل إلى تسخير الوكيل واتخاذه اسما مستعاراً لأغراض عملية مختلفة، منها ما هو مشروع ومنها ما هو غير مشروع[4]. مثل المشروع منها أن يخفى الموكل فى الشراء اسمه على البائع ويسخر الوكيل للشراء باسمه الشخصى، لأنه يدرك أن البائع لو علم بالمشترى الحقيقى لطلب ثمناً أعلى طمعاً فيه، أو لامتنع عن البيع نكاية به[5]. ومثل

---

(١) ولا يكون هناك تسخير إذا ظهر اسم الموكل إلى جانب اسم الوكيل (استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٩٣١ م٤٣ ص٤٢١– ١٨ يونيه سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص٣٧٦).

(٢) بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٠٤١ – فلاتيه فى العقود لحساب الغير ص٢٠٤ ص٢٠٥– ليريبور بيجونيير فى الاسم المستعار (الوكيل أو الفضولى يعمل باسمه) رسالة من كان سنة ١٨٩٨ ص٣٨– وهذا هو الأصل التاريخى للوكالة، فقد كان الوكيل يتعاقد باسمه وينصرف أثر العقد إليه، ولم تصل الوكالة إلى أن تكون وكالة نيابية ينصرف أثر التصرف فيها إلى شخص الموكل إلا بعد تطور طويل (انظر فى ذلك مصادر الحق فى الفقه الإسلامى للمؤلف الجزء الخامس سنة ١٩٥٨ – وانظر فى تطور القانون الرومانى فلاتيه فى العقود لحساب الغير ص٢٣ وما بعدها).

(٣) أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٣٢٧– فقرة ٣٢٩.

(٤) جوسران ٢ فقرة ١٤٣٥.

(٥) وهناك صورة عملية تقرب من هذه الصورة ولكنها ليست إياها، وهى التقرير بالشراء عن الغير Ω

ذلك أيضاً أن يسخر المشترى فى المزاد وكيلا عنه يتقدم إلى المزاد باسمه الشخصى لا باسم الموكل(١)، وذلك لأنه يريد أن يخفى الصفقة عن الجمهور، أو لأنه يخشى لو ظهر اسمه هو فى جلسة المزاد أن يتقدم مزايدون يزايدون عليه لعلمهم بحاجته إلى الصفقة فيدفعونه إلى تقديم عطاء أعلى(٢). والتسخير لغرض مشروع صحيح، لأنه ضرب من ضروب

=(déclaration de command)، وقد بحثنا هذه الصورة تفصيلا عند الكلام فى البيع فى الجزء الرابع من الوسيط (فقرة ٩٥– فقرة ٩٩). والتقرير بالشراء عن الغير يشترك مع التسخير فى أن الوكيل فى كليهما لا يعلن اسم الموكل. ولكن الوكيل فى التقرير بالشراء عن الغير يعلم أنه يشترى لنفسه أو لغيره، وقد يحتفظ بالصفقة لنفسه وعند ذلك يكون أصيلا فى الشراء لا وكيلا، وقد يعلن اسم شخص فى الميعاد المحدد يضيف إليه هذه الصفقة وعند ذلك يكون وكيلا عن هذا الشخص فى الشراء وكالة نيابية. أما فى التسخير فالوكيل يشترى حتما لحساب غيره. ويلتزم بنقل الصفقة إلى هذا الغير، ولا يستطيع أن يحتفظ بها لنفسه. ومن ذلك نرى أن المقرر بالشراء عن الغير إما أن يكون أصيلا فى الشراء وإما أن يكون وكيلا وكالة نيابية، فى حين أن المسخر يكون دائماً وكيلا وكالة غير نيابية. وقد قضت محكمة النقض بأن مخاصمة الوكيل لا تصح دون ذكر اسم الأصيل أو على الأقل دون توجيه الإجراءات إليه بوصفه وكيلا، فإذا كان إنذار الشفعة الذى أعلن إلى المشترى الذى احتفظ بحق اختيار الغير لم يشر إلى صفته كوكيل، فإنه لا ينصرف إلا إلى شخصه (نقض مدنى ٩ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٨١ ص٣١٢).

ويمكن القول إن التقرير بالشراء عن الغير وضع بين أوضاع ثلاثة: فى الوضع الأول يعمل الشخص لحساب غيره وباسم هذا الغير، وهذه هى الوكالة النيابية. وفى الوضع الثانى يعمل الشخص لحساب غيره ولكن باسمه الشخصى، وهذه هى الوكالة غير النيابية. وفى الوضع الثالث يعمل الشخص إما لحساب غيره وباسم هذا الغير كما فى الوكالة النيابية وإما لحساب نفسه وباسمه الشخصى، وهذا هو التقرير بالشراء عن الغير. انظر فى ذلك فلانيه فى العقود لحساب الغير ص٢١.

(١) ويجب التمييز بين إعارة الاسم للشراء وبين الوعد ببيع الشئ المشترى. وقد قضت محكمة النقض فى هذا الصدد بأن تحدى المدين بأن من استخدمه للدخول فى المزايدة يعتبر فى القانون نائباً عنه بطريق إعارة الاسم وأن المعار اسمه لا يتملك حق الأصيل – هذا التحدى محله أن يكون الثابت فى الدعوى أن من رسا عليه المزاد كان عند رسو المزاد معيراً اسمه. أما إذ كان الثابت أن الراسى عليه المزاد إنما وعد المدين بأن يبيع له الأطيان عند رسو المزاد عليه إذا دفع له الثمن والمصاريف، فذلك لا يصح التحدى به فى إنكار الملكية على الراسى عليه المزاد (نقض مدنى ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠٨ ص٦١٣). وانظر أيضاً فى هذا المعنى استئناف مختلط ٤ يونيه سنة ١٩٢٩ م٤١ ص٤٢٥.

(٢) والتسخير فى القانون المدنى يقابل الوكالة بالعمولة (commission) فى القانون التجارى (انظر فى أن الوكالة بالعمولة نظام تجارى قائم بذاته: فلانيه فى العقود لحساب الغير ص٩٦– ص١٢٢).

وهناك ضروب مشروعة من التسخير لا تدخل فى الوكالة، لأن المسخر لا يكون وكيلا بل يعمل لحسابه الشخصى. مثل ذلك أن يشترى شخص أرضاً باسم ابنته، فتكون البنت هى المالكة الحقيقية للأرض، ولا تلتزم بنقل ملكيتها للأب كما يلتزم المسخر، ولا ينتفع الأب من الصفقة انتفاعاً شخصياً إلا بمقدار ما ينتفع الأب عادة بمال أولاده. وإنما قصد الأب من تسخير ابنته فى الشراء باسمها أن =

الصورية والصورية وحدها ليست سبباً فى بطلان التصرف[1]. أما إذا كان الغرض غير مشروع فإن التسخير يكون باطلا، ويشمل البطلان عقد الوكالة المستتر والتصرف الذى باشره الوكيل باسمه الشخصى تنفيذاً لعقد الوكالة والتصرف الذى نقل به الوكيل الحق للموكل[2]. فإذا سخر المدين المحجوز على ماله شخصاً يتقدم فى المزاد لشراء المال المحجوز عليه، كان التسخير باطلا، وإذا رسا المزاد على المسخر كان رسو المزاد أيضاً باطلا، وإذا باع المسخر المال للمدين كان البيع باطلا كذلك. ذلك بأنه لا يجوز للمدين أن يتقدم فى مزاد بيع ماله المحجوز عليه، وما لا يستطيع أن يباشره بنفسه لا يستطيع مباشرته بمسخر[3]. وإذا

=يتفادى، لو أنه اشترى الأرض باسمه، أن يرثه غير ابنته من أقاربه لأنه ليس ليس أولاد ذكور، أو أن يتفادى ضريبة التركات إذا ما انتقلت الأرض بالميراث إلى ورثته (ومن هنا يعتبر هذا الشراء بالنسبة إلى ضريبة التركات واقعاً للأب إذا مات هذا فى خلال خمس سنوات من وقت الشراء، فتستحق ضريبة التركات)، أو أن يتفادى أحكام قانون الإصلاح الزراعى التي تمنع أن يملك الشخص باسمه أكثر من مائة فدان، أو أن يتفادى ضريبة الإيراد العام فلا يشترى الأرض باسمه حتى لا يزيد إيراده الشخصى فتزيد الضريبة على هذا الإيراد.

وهناك ضرب مشروع من التسخير أوسع من التسخير المألوف عندما يشترط المؤمن، فى التأمين من المسئولية، أن يتولى بنفسه توجيه الدفاع فى دعوى المسئولية (باريس ٢٥ فبراير سنة ١٩٥٣ المجلة العامة للتأمين البرى ١٩٥٣ - ١٥٢ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٤).

(١) جوسران ٢ فقرة ١٤٣٦ - وعلى ذلك فالتسخير فى الخصومة والإجراءات القضائية صحيح، فينزل صاحب الحق عن حقه المتنازع فيه لمسخر يرفع به الدعوى باسمه الشخصى، ويتفادى الخصم الحقيقى بذلك أن يظهر اسمه فى المنازعات القضائية. ويلتزم المسخر، إذا كسب الدعوى، بأن ينقل الحق الذى كسبه إلى الخصم الحقيقى (نقض فرنسى ٨ يوليه سنة ١٨٥٦ داللوز ٥٦-١-٢٧٨ - ٢٣ فبراير سنة ١٨٥٨ داللوز ٥٨-١-١١٦ - ٢٨ يوليه سنة ١٨٦٩ سيريه ٦٩-١-٤٢٧ - ٢٥ أبريل سنة ١٨٩٤ سيريه ٩٥-١-٢٣٠ - بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٨٢ ص٤٦٧ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٥ ص٩٥٧).

ويجوز للمساهم فى شركة تسخير شخص آخر، ينقل إليه ملكية أسهمه، فى مطالبة الشركة بتقديم الحساب (استئناف مختلط ٢٧ يناير سنة ١٩٣٨ م٥٠ ص١١٢).

(٢) ويستطيع الغير حسن النية الذى تعاقد مع المسخر أن يثبت التسخير بجميع الطرق، ومنها البينة والقرائن، ويتمسك بالبطلان ضد طرفى عقد التسخير (نقض فرنسى ٢٦ يونيه سنة ١٨٨٣ داللوز ٨٤-١-٢٢٩ - بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٨٥ وفقرة ٨٩٨ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٥ ص٩٥٨). ولكن طرفى التسخير لا يستطيعان التمسك بالتسخير قبل الغير حسن النية، وذلك وفقاً لقواعد الصورية (تولوز ٣ ديسمبر سنة ١٨٨٩ داللوز ٩٠-٢-١٨٥ - باريس ٥ يونيه سنة ١٩٠٥ داللوز ١٩٠٨-٢-١٢٩ - بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٨٥ ص٤٧٠). وانظر فى إلزام المسخر بالتنفيذ: استئناف مختلط ١٠ مارس سنة ١٩٣١ م٤٣ ص٢٧٩.

(٣) نقض فرنسى ١٨ فبراير سنة ١٨٤٦ سيريه ٤٦-١-٤٧١ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٨٥٠ سيريه =

سخر النائب أو السمسار أو الخبير من يشترى المال المنوط به هو بيعه أو تقدير قيمته، كان هذا باطلا، لأنه لا يستطيع شراء المال بنفسه فلا يستطيع شراءه بمسخر. وتقول المادة ٤٧٩ مدنى فى هذا الصدد: «لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة أن يشترى بنفسه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلنى ما نيط به بيعه بموجب هذه النيابة..»، وكذلك تقول المادة ٤٨٠ مدنى: «لا يجوز للسماسرة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم فى بيعها أو فى تقدير قيمتها، سواء أكان الشراء بأسمائهم أم باسم مستعار». وإذا سخر أحد عمال القضاء من يشترى حقاً متنازعاً فيه يدخل فى اختصاص المحكمة التى يباشر عمله فى دائرتها نظر النزاع فيه، كان هذا باطلا، لأنه لا يستطيع شراء هذا الحق بنفسه فلا يجوز له شراؤه بمسخر. وتقول المادة ٤٧١ مدنى فى هذا الصدد: «لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ولا للمحضرين أن يشتروا، لا بأسمائهم ولا باسم مستعار، الحق المتنازع فيه كله أو بعضه، إذا كان النظر فى النزاع يدخل فى اختصاص المحكمة التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها، وإلا كان البيع باطلا». وإذا سخر محام من يتعامل مع موكله فى الحق المتنازع فيه الذى يتولى الدفاع عنه، كان هذا باطلا، لأنه لا يستطيع أن يتعامل فى هذا الحق بنفسه فلا يجوز أن يتعامل فيه بمسخر. وتقول المادة ٤٧٢ مدنى فى هذا الصدد: «لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكليهم فى الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها، سواء أكان التعامل بأسمائهم أو باسم مستعار، وإلا كان العقد باطلا»[1].

=٥١-١-٣٤- ٦ أغسطس سنة ١٨٨٥ سيريه ٨٥-١-٣٤٧- ٢٩ يوليه سنة ١٨٩٠ سيريه ٩٤-١-١١- ١٥ أبريل سنة ١٨٩١ سيريه ٩٥-١-١١- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٨٣ ص٤٦٩ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٥ ص٩٥٧ - وقد قدمنا أن التسخير فى الخصومة جائز، ولكنه يكون غير جائز إذا كان غير مشروع وقصد به التحايل على القانون، كما إذا باع شخص العين المتنازع فيها لمسخر حتى يغير المحكمة المختصة بنظر النزاع فيها لو رفعت الدعوى عليه شخصيا، وذلك إضرارا بخصومه (كان ٢٤ مارس سنة ١٨٦٢ داللوز ٦٣-٢-١٨٢- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٥ ص٩٥٨).

(١) ويعتبر التسخير غير مشروع إذا قصد به التواطؤ على الإضرار بحقوق الغير. فإذا كان الدائن قد حول حقه فى ذمة المدين لمسخر حتى يتوقى بذلك أن يتمسك المدين بالمقاصة بين هذا الحق وبين حق له فى ذمة الدائن، كان التسخير باطلا (نقض فرنسى ١٥ أبريل سنة ١٨٨٠ سيريه ٨١-١-٣١- جيوار فقرة ٢٠- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٨٤- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٥ ص٩٥٨). وقد يتعهد تاجر بألا يزاحم تاجرا آخر فى تجارته، فيخل بتعهده إذا هو سخر شخصاً آخر لهذه المزاحمة، ويكون التسخير غير مشروع (بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٨٠ ص٤٦٦). وإذا اشترط القانون مؤهلا فنياً خاصاً فيمن يدير عملا (كصيدلية)، فسخر شخص غير حامل لهذا المؤهل شخصا حاملا له لإدارة هذا العمل، كان هذا تحايلا على القانون، وكان التسخير غير مشروع (بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٨٠ ص٤٦٦).

وأيا كان الغرض من التسخير، فإن التسخير يتخذ الصورة التى تلائمه. فمن يسخر فى شراء منزل يوكل المسخر فى شراء هذا المنزل على أن يكون الشراء باسم المسخر الشخصي، ومن يسخر فى بيع منزل يبيع أولا هذا المنزل إلى المسخر ويوكله فى بيعه إلى الغير على أن يكون البيع باسم المسخر الشخصى ومن يسخر فى قبض دين له فى ذمة الغير يحول هذا الحق إلى المسخر فيقبضه هذا باسمه الشخصى(١)، وهكذا(٢).

ولما كان المسخر يتعاقد مع الغير باسمه الشخصي كما سبق القول، فإنه يجب أن تتوافر فيه أهلية التصرف الذى سخر فيه(٣)، ولا يكفى أن يكون مميزاً كما يكفى ذلك فى الوكيل العادى على ما قدمنا(٤).

وإذا تعاقد المسخر مع الغير على النحو الذى قدمناه، و كان التسخير مشروعاً، فإن المسخر فى علاقته مع الغير يكون أصيلا، وفى علاقته مع الموكل يكون وكيلا. فيقتضى ذلك إذن أن نبحث:

---

(١) ويجوز له أن يقاضى باسمه الشخصى المحال عليه، فيكون أيضاً مسخراً فى رفع الدعوى. وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الطاعن قد رفع الدعوى ابتداء باسمه خاصة وباعتباره محالا بسند الدين موضوع النزاع ممن صدر له هذا السند، ثم رفع الاستئناف باسمه أيضاً عن الحكم الابتدائى الذى قضى برفض دعواه، ثم قرر الطعن بالنقض باسمه أيضاً فى الحكم الاستئنافى، فإن طعنه يكون جائزاً. ولا يغير من ذلك أن يكون الطاعن قد صرح فى مذكرته الشارحة بأن طعنه هو لحساب ورثة الدائن المحيل، أو أن تكون الحوالة قد ارتدت إلى المحيل باتفاق لاحق، أو ألا يكون الطاعن قد قدم نص الاتفاق المعقود بينه وبين ورثة المحيل لإجراء الطعن، لأن هذا كله لا يعدو أن يكون تقريراً لأمر مشروع فى ذاته قد تضمنه الاتفاق بين الطرفين على إعارة الطاعن اسمه فى الطعن استمرارا للخصومة التى تولاها باسمه أيضاً فى مراحلها السابقة. وليس فى القانون ما يلزم الطاعن أن يقدم نص الاتفاق المعقود بينه وبين المحيل على التقرير بالطعن أسوة بما قدمه من الاتفاق على رفع الاستئناف، لأن الأصل أن مثل هذا الاتفاق هو من شأن طرفيه وحدهما (نقض مدنى ١١ أبريل سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٤١ ص٤٠٤).

وانظر أيضاً فى التسخير فى رفع الدعوى: استئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٩٠١ م١٣ ص١١٨– ١٧ نوفمبر سنة ١٩١٠ م٢٣ ص٢٧– ويجوز أن يتقدم المسخر باسمه الشخصى فى التوزيع (استئناف مختلط ٢٧ يناير سنة ١٩٢٠ م٣٢ ص١٤١).

(٢) أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٠ ص٢٠٢– فلانيه فى العقود لحساب الغير ص٢٤٤– وقد يكون الغرض المقصود لا يمكن تحقيقه فوراً كالهبة لشخص غائب أو غير موجود، فيكون التسخير ضرورياً فى هذه الحالة ويتخذ الصورة الآتية: يوهب المال لمسخر، ويوكل فى هبته للشخص المقصود عندما يعود أو عندما يوجد (فلانيه فى العقود لحساب الغير ص٢٠٥).

(٣) بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٨٧ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ٥٠٥، ص٩٥٩ – جوسران ٢ فقرة ١٤٣٨.

(٤) انظر آنفاً فقرة ٢٢٩ فى الهامش.

١- علاقة الوكيل المسخر بالغير.

٢- علاقة الموكل بالغير.

٣- علاقة الوكيل المسخر بالموكل[١].

١- علاقة الوكيل المسخر بالغير

٣١١- انصراف أثر التعاقد من حقوق والتزامات إلى الوكيل المسخر: رأينا أن المادة ٧١٣ مدنى تحيل، فيما تحيل إليه من النصوص، إلى المادة ١٠٦ مدنى، وهذه تقول: «إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً، فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائناً أو مديناً، إلا إذا كان من المفروض حتما أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة، أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب[٢]». ولما كان الوكيل المسخر لا يعلن وقت إبرام العقد مع الغير أنه يتعاقد بصفته نائباً، بل هو يتعاقد باسمه الشخصى، فإنه لا يكون نائباً عن الموكل فى تعاقده، ومن ثم لا يضاف أثر العقد إلى الموكل، بل يضاف إلى الوكيل المسخر دائناً أو مديناً كما يفهم من النص سالف الذكر.

وعلى ذلك تضاف جميع الحقوق التى تنشأ من التعاقد مع الغير إلى الوكيل المسخر فيكون هو الدائن بها للغير، كما تضاف إليه أيضاً جميع الالتزامات فيكون هو المدين بها للغير[٣].

---

(١) انظر فى التمييز بين التوسيط الحقيقى (interposition réelle) والتوسيط الصورى (interposition fictive)، وفى أن التسخير هو إحدى صور التوسيط الحقيقى، فى حين أن التوسيط الصورى هو تعبير آخر عن الصورية: فلانيه فى العقود لحساب الغير وبوجه خاص ص٢١٤- ص٢١٧ وص٢٣٥- ص٢٣٨. وقارن أكثم أمين الخولى فقرة ١٩٤ حيث يبدو أنه يجعل صورة التوسيط الصورى هى إحدى صورتى الوكالة غير النيابية، بل يجعلها هى «الاسم المستعار بالمعنى الدقيق».

(٢) انظر أيضاً المادة ٩٤٣ مدنى عراقى والمادة ٧٩٩ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى آنفاً فقرة ٢٩٩ فى الهامش.

(٣) استئناف مختلط ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٧ م٤٩ ص٢٠١- نقض فرنسى ٢٥ يناير سنة ١٨٦٤ داللوز ٦٤-١-٢٨٢- ٢٨ يوليه سنة ١٨٦٩ سيريه ٦٩-١-٤٢٧- ٨ مايو سنة ١٨٧٢ داللوز ٧٢ -١ -٣٤٨ - ٢٦ أبريل سنة ١٨٧٦ سيريه ٧٧-١-١٥٢- ١١ مارس سنة ١٨٩٠ داللوز ٩٣ -١ -٣٦٩ - ١٢ يناير سنة ١٨٩١ سيريه ٩٢-١-٣٠٥- ٣ مايو سنة ١٨٩٣ داللوز ٩٣-١-٥٦٧- ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٦ جازيت دى باليه ١٩٣٧-١-١٠٠- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٩٠٠- أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٠ ص٢٠٢- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٧ ص٩٦٠.

ويستثنى من ذلك حالتان يكون فيهما الوكيل المسخر نائباً عن الموكل بالرغم من أن الوكالة الصادرة له وكالة غير نيابية، فتضاف حقوق العقد والتزاماته مباشرة إلى الموكل دون الوكيل[1]، وتسرى أحكام الوكالة كما لو كانت وكالة نيابية:

(الحالة الأولى) إذا كان الغير يعلم، أو من المفروض حتما أن يعلم، بأن الوكيل المسخر إنما يتعاقد لحساب الموكل. وهنا يجب التمييز بين فرضين: فإما أن يكون الغير، وهو يتعاقد مع الوكيل المسخر ويعلم أنه وكيل لا أصيل، يقصد التعاقد مع الموكل لا مع الوكيل، وفى هذا الفرض يتعامل الوكيل باسمه الشخصى أما الغير فيتعامل لحساب الأصيل[1]، فتسرى أحكام الوكالة النيابية، وتضاف حقوق العقد والتزاماته إلى الموكل لا إلى الوكيل المسخر كما تقضى المادة ١٠٦ مدنى فيما رأينا. وإما أن يكون الغير يقصد التعاقد مع الوكيل المسخر لا مع الموكل، وذلك بالرغم من علمه بأن من يتعاقد معه وهو وكيل لا أصيل، وفى هذا الفرض لا يكون الوكيل المسخر نائباً عن الموكل، وتضاف إليه هو حقوق العقد والتزاماته، ولا يرجع الغير على الموكل مباشرة كما لا يرجع الموكل على الغير، ولا يعترض على هذا بأن الغير يعلم بأن الذى يتعاقد معه وكيل لا أصيل، فمن القواعد المقررة فى التسخير أن هذا العلم لا يمنع من أن تضاف حقوق العقد والتزاماته إلى الوكيل المسخر دون الموكل[2]. والبت فيما إذا كان الغير يقصد التعاقد مع الوكيل المسخر أو مع الموكل

---

(١) انظر الوسيط ١ فقرة ٩١ ص٢٠٠.

(1) النص فى المادتين ٧١٣ ، ١٠٦ من القانون المدنى يدل – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – على أنه يجوز للوكيل أن يبرم العقد الذى تخوله الوكالة اصداره لا بصفته وكيلا ولكن بصفته أصيلا، ذلك أن وكالته فى هذه الحالة تكون مستترة ويعتبر وكأنه أعار اسمه للأصيل الذى وكله فى إبرام العقد، وحكم هذه الوكالة المستترة أنها ترتب قبل الأصيل جميع الآثار القانونية التى ترتبها الوكالة السافرة فيتصرف أثر العقد المبرم إلى الأصيل وإلى من يتعاقد مع الوكيل المستتر.
(جلسة ١٩٩٠/١١/١٥ الطعن رقم ٢٦٨١ لسنة ٥٩ق)

(٢) جيوار فقرة ١٨– فقرة ١٩– بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٩٥ وفقرة ٩٠٢– فقرة ٩٠٥ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٠ ص٢٠٣– بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٧ ص٩٦٠ وفقرة ١٥٠٨ ص٩٦١– نقض فرنى ٢٩ مارس سنة ١٨٣٠ .S.Chr – ٢٥ يناير سنة ١٨٦٤ داللوز ٦٤–١–٢٨٢. وقد رأينا المادة ٧٩٩ من تقننى الموجبات والعقود اللبنانى تقول: «إذا عاقد الوكيل باسمه وبالأصالة عن نفسه، كانت له الحقوق الناشئة عن العقد. ويبقى مرتبطاً مباشرة تجاه الذين عاقدهم كما لو كان العمل يهمه وحده دون الموكل، وإن يكن الذين عاقدهم قد عرفوه شخصاً مستعاراً أو وسيطاً يشتغل بالعمالة (العمولة)» (انظر آنفاً فقرة ٢٩٩ فى الهامش). وتنص الفقرة الأولى من المادة ١٧٠٥ من التقنين المدنى الإيطالى الجديد على أن «الوكيل الذى يعمل باسمه الشخصى يكسب الحقوق الناشئة من التصرفات التى يبرمها مع الغير ويتحمل بالالتزامات، حتى لو كان الغير يعلم بوجود الوكالة». وانظر فى التقنين المدنى الإيطالى الجديد فى هذه المسألة فلاتيه فى =

مسألة واقع بيت فيها قاضى الموضوع، والمفروض أنه يقصد التعاقد مع الموكل ما دام يعلم أن التعاقد لحساب هذا الأخير، وذلك ما لم يثبت أنه قصد التعاقد مع الوكيل المسخر.

(الحالة الثانية) إذا كان يستوى عند الغير أن يتعامل مع الوكيل المسخر أو مع الموكل(1). وهذا يحدث فى المألوف من الحياة اليومية، فمن يدخل متجراً ليشترى سلعة لا يعنيه أن يكون البائع لهذه السلعة أصيلا أو وكيلاً، كما لا يعنى البائع أن يكون المشترى أراد الشراء لنفسه أو كان مسخراً يشترى لحساب غيره[1]. وفى هذه الحالة إذا كشف الموكل عن نفسه، فإن له أن يرجع مباشرة على الغير، كما يكون للغير أن يرجع

=العقود لحساب الغير فقرة ١٦٧ ص٢٣٧ هامش ١.

ويذهب الأستاذ أكثم أمين الخولى إلى أنه إذا كان الغير يعلم بالتسخير، فإن قواعد الصورية هى التى تنطبق، ولا يستطيع الغير أن يحتج بالعقد الصورى لعلمه بالصورية، وتسرى عليه أحكام العقد الحقيقى فيعتبر أنه قد تعاقد مع الوكيل باعتباره نائباً عن الموكل (أكثم أمين الخولى فقرة ١٩٤ ص٢٤٣-ص٢٢٤). وهذا القول يتعارض مع ما هو متفق عليه إجماعاً من أن علم الغير بالتسخير لا يمنعه من أن يكون متعاقداً مع المسخر شخصياً، وهذا ما جعلنا نميز بين ما إذا كان قد قصد التعاقد مع المسخر فتسرى هذه القاعدة، أو قصد التعاقد مع الموكل عن طريق المسخر فتقوم العلاقة مباشرة بين الموكل والغير.

(١) وتقدير ما إذا كان يستوى لدى الغير أن يتعامل مع الوكيل أو مع الموكل مسألة واقع بيت فيها قاضى الموضوع. ونرى أن يتخذ القاضى فى ذلك معياراً موضوعياً لا معياراً شخصياً، فلا ينظر إلى شخص الغير بالذات، بل ينظر إلى شخص عادى وهل يستوى عند هذا الشخص فى الظروف التى تم فيها التعاقد أن يتعامل مع الوكيل أو مع الموكل. ذلك أن المعيار الموضوعى أدعى إلى استقرار التعامل، وقد أخذ به التقنين المدنى فى كثير من الأحوال، وأخذ به فعلا فى الحالة الأولى بالذات من هاتين الحالتين حيث يقول: «أو من المفروض حتما أن يعلم». ولما كانت المادة ١٠٦ مدنى يقابلها المادة ٣٢ من تقنين الالتزامات السويسرى والمادة ١٦٤ من التقنين المدنى الألمانى، وقد أخذ القضاء السويسرى بالمعيار الشخصى فى حين أن القضاء الألمانى أخذ بالمعيار الموضوعى، فقد رجح الأستاذ جمال مرسى بدر الأخذ بالمعيار الشخصى لأن المادة ١٠٦ مدنى مصرى استقيت من المادة ٣٢ من تقنين الالتزامات السويسرى (جمال مرسى بدر فى النيابة فى التصرفات القانونية ص١٥٩). ولا نرى التقيد بالمصدر التشريعى الذى استقيت منه نصوص التقنين المدنى، بل يجب اعتبار هذه النصوص كلا تنتظمه وحدة متناسقة ويستمد حياته من البيئة المصرية ومقتضياتها، إذ هو موضوع لهذه البيئة بعد أن انتزع من أصله الأجنبى.

(1) النص فى المادة ١٠٦ من القانون المدنى يدل - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - أنه متى تعاقد الوكيل مع الغير باسمه هو دون أن يفصح عن صفته فان آثار العقد تنصرف إلى الوكيل فى علاقته بالغير إلا إذا ثبت توافر الاستثنائية المشار إليها فى المادة المذكورة.

(جلسة ١٩٩١/٢/٢٠ الطعن رقم ٢٩١ لسنة ٥٥ق)

عليه، وتسرى فى ذلك أحكام الوكالة النيابية[1].

٣١٢- انصراف الحقوق إلى الوكيل المسخر: وفيما عدا الاستثنائين المتقدم ذكرهما، تنصرف الحقوق كما قدمنا إلى الوكيل المسخر(1). فإذا كان هذا يشترى سلعة لحساب موكله ولكنه يتعاقد باسمه الشخصى، فإن حقوق المشترى تضاف إليه، فيصبح هو الدائن للبائع بنقل الملكية وتنتقل الملكية إليه فعلا[2]، كما يصبح دائناً للبائع بتسليم المبيع وبضمان الاستحقاق وبضمان العيوب الخفية. وإذا كان يبيع لموكله بعد أن انتقلت إليه ملكيتها[3] ليكون مسخراً فى بيعها، فإن حقوق البائع تضاف إليه، فيصبح هو الدائن للمشترى بالثمن. وإذا سخر فى أن يكون محالا له فى حوالة الحق، انتقل إليه هو الحق المحال به. أما إذا سخر فى أن يكون محيلا بعد نقل الحق إليه من الموكل، كان هو الدائن للمحال له بثمن الحوالة. وإذا ثبت له حق فى ذمة الغير، لم يجز للغير أن يتمسك بالمقاصة بين هذا الحق وحق للغير فى ذمة الموكل، ولكن يجوز التمسك بالمقاصة بين هذا الحق وحق للغير فى ذمة الوكيل المسخر[4]. والوكيل المسخر هو الذى يرفع الدعوى باسمه الشخصى للمطالبة بالحق الذى يثبت له، والحكم يصدر لصالحه هو[5]، وهو الذى يقوم

---

(١) ويجب تمييز هاتين الحالتين عن حالة ثالثة فيها يتعاقد الوكيل باعتباره نائباً ولكنه لا يكشف عن شخصية الموكل، فيقبل الغير التعاقد معه على هذا الأساس. وتتميز هذه الحالة الثالثة عن الحالتين السابقتين بأن الوكيل يتعاقد باسم موكل مجهل، فى حين أنه فى الحالتين السابقتين يتعاقد باسمه الشخصى. والحكم فى هذه الحالة الثالثة أن التعاقد ينصرف أثره إلى الموكل كما هو الأمر فى الحالتين السابقتين، ولكن ذلك يقع تطبيقاً لأحكام النيابة، لا استثناء من هذه الأحكام كما استثنيت الحالتان السابقتان. وليس فى منطق النيابة ما يمنع من تجهيل شخص الأصيل لفترة معقولة من الزمن، ويقع ذلك فى العمل فى التقرير بالشراء عن الغير (انظر فى هذا المعنى جمال مرسى بدر فى النيابة فى التصرفات القانونية ص١٦٠- ص١٦١- وانظر المادة ١١ من مشروع المعهد الدولى لتوحيد القانون الخاص - جمال مرسى فى دراسات حول هذا المشروع فقرة ٤١- فقرة ٤٢).

(٢) ومن ثم يستطيع أن يسترد من تحت يد الغير الشئ الذى اشتراه (بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٩٠٣- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٧ ص٩٦١).

(٣) أو بعد أن انتقلت إليه حيازتها فى المنقول (بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٧ ص٩٦١).

(٤) بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٩٠٤- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٧ ص٩٦١.

(٥) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٧ ص٩٦١.

(1) عقد الوكالة بالتسخير يقتضى أن يعمل الوكيل باسمه الشخصى بحيث يظل اسم الموكل مستترا ويترتب على قيامها فى علاقة الوكيل المسخر بالغير أن تضاف جميع الحقوق التى تنشأ من التعاقد مع هذا الغير إلى الوكيل المسخر فيكون هو الدائن بها قبله كما تضاف إليه جميع الالتزامات فيكون هو المدين بها إليه.

(جلسة ١٩٩١/٥/٢٢ الطعن رقم ٢١٥٠ لسنة ٥١ق)

بتنفيذه، ويتقدم باسمه الشخصى فى التوزيع[1].

٣١٣- انصراف الالتزامات إلى الوكيل المسخر: وكما تنصرف للوكيل المسخر الحقوق على الوجه المتقدم الذكر، كذلك تنصرف إليه الالتزامات[2](1). فإذا اشترى سلعة كان هو المدين بالثمن للبائع[3]، وإذا باعها كان هو المدين بنقل الملكية وبالتسليم وبضمان الاستحقاق وبضمان العيوب الخفية. وإذا سخر فى حوالة حق، فإن كان هو المحال له كان المدين بالثمن للمحيل، وإن كان هو المحيل انتقل الحق منه هو للمحال له. وترفع عليه الدعوى شخصياً لمطالبته بما فى ذمته من التزامات أو لمطالبته بفسخ العقد والتعويض[4]، ويصدر الحكم ضده وينفذ على ماله[5]. وإذا وجب تقديم كفيل، كان هو المكفول لا الموكل[6].

٣١٤- علاقة الوكيل المسخر بأغيار آخرين: وقد تقوم علاقة بين الوكيل المسخر وأغيار آخرين خلاف الغير الذى سخر للتعاقد معه ، فيعتبر هو المالك أو صاحب الحق.

---

(١) نقض فرنسى ٢٢ فبراير سنة ١٨٥٨ داللوز ٥٨-١-١١٦ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٧ ص٩٦١.

(٢) نقض فرنسى ١٦ ديسمبر سنة ١٨٤٠ سيريه ٤١-١-١٦٧- ٨ يوليه سنة ١٩٥٦ سيريه ٥٦ -١-٨٧٨- ٢٢ فبراير سنة ١٨٥٨ سيريه ٥٨-١-٤٤٤- ٢٨ يوليه ١٨٦٩ سيريه ٦٩-١-٤٢٧ - ٨ مايو سنة ١٨٧٢ سيريه ٧٣-١-٣٦٦- ١٢ يناير سنة ١٨٩١ سيريه ٩٢-١-٣٠٥- ٣ مايو سنة ١٨٩٣ سيريه ٩٧-١-٤٨٧- ترولون فقرة ٤٣- پون ١ فقرة ١٠٧٩ - بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٩٠٠ ص٤٧٧.

(٣) نقض فرنسى ٣ مايو سنة ١٨٨٧ سيريه ٩٠-١-٣٠٣- ١١ مارس سنة ١٨٩٠ سيريه ٩٠- ١-٢٠٨- ٣ مايو سنة ١٨٩٣ سيريه ٩٧-١-٤٨٧- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٩٠٠ ص٩٧٧ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٠ ص٢٠٤.

(٤) نقض فرنسى ٢٥ يناير سنة ١٨٦٤ داللوز ٦٤-١-٢٨٢- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٧ ص٩٦٠.

(٥) بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٩٠٠ ص٤٧٧.

(٦) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٧ ص٩٦٠.

(1) عقد الوكالة بالتسخير يقتضى أن يعمل الوكيل باسمه الشخصى وإن كان يعمل لحساب الموكل بحيث يكون اسم الموكل مستترا، ويترتب على قيامها فى علاقة الوكيل المسخر بالغير أن تضاف جميع الحقوق التى تنشأ من التعاقد مع الغير إلى الوكيل المسخر فيكون هو الدائن بها للغير مع الغير إلى الوكيل المسخر فيكون هو الدائن بها للغير كما تضاف إليه جميع الالتزامات فيكون هو المدين بها للغير.

(جلسة ١٩٨٤/٢/٢٨ الطعنان ٥٩٨، ٦٥٥س ٥٠ق)

فإذا سخر لشراء منزل مثلا واشتراه، كان هو المالك له. وبهذه الصفة يرجع عليه الغير الذى أنفق على المنزل مصروفات ضرورية، أو مصروفات نافعة، طبقاً لأحكام المادة ١/٩٨٠ و ٢(١).

وبالنسبة إلى الخزانة يعتبر هو المالك، فيكون ملزماً بدفع رسوم نقل الملكية. وإذا مات قبل أن يقوم بنقل ملكية المنزل إلى الموكل على الوجه الذى سنبينه، انتقلت الملكية من الوكيل إلى ورثته، ووجب على هؤلاء دفع ضريبة التركات(٢).

وبالنسبة إلى دائنى الوكيل المسخر، يعتبر المنزل مملوكاً للوكيل، فيجوز لهم التنفيذ عليه بحقوقهم. فإذا سجلوا التنبيه بنزع الملكية قبل تسجيل السند الذى ينقل به الوكيل المنزل إلى الموكل، استوفوا حقوقهم من ثمن المنزل فى مواجهة الموكل نفسه(٣). ولما كان الوكيل المسخر ملتزماً بحكم الوكالة المستترة بنقل ملكية المنزل إلى الموكل، فإنه لا يجوز لدائنيه أن يطعنوا فى هذا التصرف بالدعوى البوليصية حتى لو كان الوكيل معسراً، ذلك أن التزام الوكيل بنقل الملكية منذ تملك المنزل ينفى حتما نية تواطؤه مع الموكل للإضرار بحقوق الدائنين. ونرى من ذلك أنه إذا كان الوكيل يعتبر مالكاً للمنزل، فإن ملكيته هذه يقيد منها أنه ملتزم بنقلها للموكل منذ ثبوتها له.

---

(١) نقض فرنسى ١١ مارس سنة ١٨٩٠ داللوز ٩٣-١-٣٦٩- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٩٠٠ ص٤٧٧- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٧ ص٩٦٠ هامش ٣.

(٢) نقض فرنسى ١١ أبريل سنة ١٨٧٧ سيريه ٧٧-١-٢٢٥- ٢٦ يوليه سنة ١٨٨٠ سيريه ٨١ -١ -١٣٢- ١٨ أغسطس سنة ١٨٨٤ سيريه ٨٥-١-٢٢٦- ١٨ يوليه سنة ١٨٩٢ سيريه ٩٣ -١ -٥٤- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٦ ص٩٦٠ هامش ١- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٩١ (ويذهبان إلى أنه يجوز لورثة المسخر أن يثبتوا أنهم لم يرثوا إلا ملكية ظاهرة وأنهم ملزمون بنقل الملكية للموكل، فإذا أثبتوا ذلك لم يكونوا ملزمين بدفع ضريبة التركات - وانظر أيضاً فى المعنى الذى يقول به بودرى وفال : أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٠ ص٢٠٥ هامش ٣٣.

(٣) وكذلك لو كان الشئ الذى اشتراه الوكيل المسخر منقولا وحجز عليه دائنوه قبل أن تنتقل ملكيته للموكل، فإن للدائنين أن ينفذوا على المنقول بحقوقهم حتى لو انتقلت ملكيته بعد ذلك للموكل. ويقضى التقنين المدنى الإيطالى الجديد، فى المنقول، بتقديم حق الموكل على حقوق الدائنين لو كان للوكالة تاريخ ثابت سابق على تاريخ الحجز، حتى لو كان الحجز متقدماً على انتقال ملكية المنقول للموكل. فتنص المادة ١٧٠٧ من هذا التقنين على ما يأتى: «لا يجوز لدائنى الوكيل التنفيذ على الأموال التى كسب الوكيل ملكيتها باسمه الشخصى تنفيذاً للوكالة، إذا كانت الوكالة ثابتة التاريخ وسابقة على الحجز بالنسبة إلى الأموال المنقولة وإلى الحقوق (créances)، أو إذا كان تسجيل سند إعادة نقل الملكية إلى الموكل أو تسجيل صحيفة الدعوى بالمطالبة بإعادة نقل الملكية سابقاً على الحجز بالنسبة إلى العقارات والمنقولات المقيدة فى السجل العام». وانظر فى هذا المعنى استئناف مختلط ١٥ فبراير سنة ١٩٢٢ م٣٤ ص١٧٨- وانظر فى التقنين المدنى الإيطالى فى هذه المسألة فلاتيه فى العقود لحساب الغير فقرة ١٦٧ ص٢٣٧ هامش١.

٢ – علاقة الموكل بالغير

٣١٥– عدم انصراف أثر التعاقد من حقوق والتزامات إلى الموكل: رأينا أن المادة ١٠٦ مدنى تقضى بأنه إذا لم يعلن الوكيل وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً، فإن أثر العقد لا يضاف إلى الموكل دائناً أو مديناً. ولما كان الوكيل المسخر يتعاقد باسمه الشخصى لا بصفته نائباً عن الموكل، فإن الحقوق والالتزامات التى تنشأ من تعاقده لا تنصرف إذن إلى الموكل(1)، ولا يصبح هذا دائناً مباشرة أو مديناً للغير[١]. ويستثنى من ذلك الحالتان اللتان تقدم ذكرهما، وهما حالة ما إذا كان الغير يعلم أو من المفروض حتما أن يعلم بوجود الموكل وقد قصد التعامل معه، وحالة ما إذا كان يستوى عند الغير أن يتعامل مع الوكيل أو مع الموكل. ففى هاتين الحالتين تضاف الحقوق والالتزامات التى تنشأ من تعاقد الوكيل المسخر مع الغير إلى الموكل لا إلى الوكيل(2)، وقد تقدم تفصيل ذلك[٢].

٣١٦– عدم انصراف الحقوق إلى الموكل: وفى غير هاتين الحالتين لا تنصرف الحقوق

---

(١) نقض فرنسى ٤ نوفمبر سنة ١٩٠٢ سيريه ١٩٠٣ –١– ١٧٣– جيوار فقرة ١٨– بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٩٣.

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣١١.

(1) النص فى المادة ١٠٦ من القانون على أنه «إذا لم يعلن المتعاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا، فان أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائنا أو مدينا إلا إذا كان من المفروض حتما أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة، أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب» ينصرف إلى حالة الوكيل المسخر وهو من يتعاقد لحساب الموكل ولكنه لا يعلن – وقت إبرام العقد – أنه يتعاقد بصفته نائبه، ولذلك فإن أثر العقد لا يضاف إلى الموكل دائنا أو مدينا، ويستثنى من ذلك حالتان، وهما ما إذا كان الغير يعلم أو من المفروض حتما أن يعلم بأن الوكيل إنما يتعاقد لحساب الموكل، وفى حالة ما إذا كان يستوى عند الغير أن يتعامل مع الوكيل أو مع الموكل وفى هاتين الحالتين إذا كشف الموكل عن صفته كان له الرجوع مباشرة على الغير، كما يكون للغير أن يرجع عليه.

(جلسة ١٩٨٠/٣/٥ الطعن ١٢٧١ لسنة ٤٨ق س٣١ ص٧٣٧)

(2) أ– النص فى المادتين ٧١٣، ١٠٦ من القانون المدنى يدل – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – على أنه يجوز للوكيل أن يبرم العقد الذى تخوله الوكالة اصداره لا بصفته وكيلا ولكن بصفته أصيلا، ذلك أن وكالته فى هذه الحالة تكون مستترة، ويعتبر وكأنه اعار اسمه للأصيل الذى وكله فى ابرام العقد، وحكم هذه الوكالة المستترة أنها ترتب قبل الأصيل جميع الآثار القانونية التى ترتبها الوكالة السافرة، فينصرف أثر العقد المبرم إلى الأصيل، وإلى من يتعاقد مع الوكيل المستتر.

(جلسة ١٩٧٦/١٠/١٩ الطعن رقم ٤٥٨ لسنة ٤٠ق س٢٧ ص١٤٦٧)

ب– الحكم الصادر بفسخ العقد الصادر من الوكيل المستتر، حجيته قبل الأصيل ولو لم يكن خصما فى الدعوى دون الوكيل.

(جلسة ١٩٧٦/١٠/١٩ الطعن رقم ٤٥٨ لسنة ٤٠ق س٢٧ ص١٤٦٧) =

إلى الموكل كما سبق القول. فإذا سخر الموكل الوكيل فى شراء منزل، فإن الموكل لا يكون هو الدائن مباشرة للبائع بنقل الملكية وبالتسليم وبضمان الاستحقاق وبضمان العيوب الخفية، بل يكون الدائن هو الوكيل المسخر كما قدمنا. وكذلك إذا سخر الموكل الوكيل فى بيع منزل، فإن الموكل لا يكون هو الدائن مباشرة للمشترى بالثمن، بل الدائن هو الوكيل المسخر وقد سبق ذكر ذلك(١). على أن الموكل، إذا لم يستطع الرجوع مباشرة بالثمن على المشترى، يستطيع الرجوع عليه بالدعوى غير المباشرة باستعمال حق مدينه وهو الوكيل المسخر(٢). ويستطيع الرجوع مباشرة بالثمن على المشترى، عندما ينقل إليه الوكيل المسخر حقه قبل المشترى أو عندما يحل الموكل محل الوكيل فى هذا الحق كما سيجئ، وذلك دون الإخلال بحقوق الغير حسنى النية(٣).

٣١٧- عدم انصراف الالتزامات إلى الموكل: كذلك لا تنصرف إلى الموكل الالتزامات الناشئة من تعاقد الوكيل المسخر مع الغير(٤). فإذا كان الوكيل قد سخر فى شراء أو بيع،

= جـ- إذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن الثابت بالشكوى الادارية المقدمة صورتها من الطاعن أنه يدعى أنه استأجر من المطعون عليه الثانى الشقة محل النزاع ولم يثبت بالعقد أنه صدر من المطعون عليه المذكور بصفته وكيلا عن مالكتى العقار ولا يكفى لقيام وكالته أنه ابن لإحداهما، واستند لهذا فى القضاء بطرد الطاعن، وكان هذا الذى أورده الحكم من نفس وكالة المطعون عليه الثانى لأنها لم تذكر فى عقد الايجار ولأنه مجرد بنوته لإحدى المالكتين لا تتوافر بها الوكالة لا يكفى لحمل قضائه فى هذا الشأن لأن الوكيل يجوز أن يكون مسخرا فلا يكشف عن صفته فى العقود التى يبرمها ومع ذلك تنفذ هذه العقود ويضاف أثرها للموكل فى الحالتين -وهما ما إذا كان الغير يعلم أو من المفروض حتما أن يعلم بأن الوكيل إنما يتعاقد لحساب الموكل، وحالة ما إذا كان يستوى عند الغير أن يتعامل مع الوكيل، أو مع الموكل - المنصوص عليهما فى المادة ١٠٦ من القانون المدنى وقد ترتب على خطأ الحكم هذا أنه حجب نفسه عن بحث توافر شروط الفقرة الأخيرة من المادة ١٠٦ سالفة الذكر بما يعيبه بالخطأ فى تطبيق القانون والقصور فى التسبيب.

(جلسة ١٩٨٠/٣/٥ الطعن رقم ١٢٧١ لسنة ٤٨ق س٣١ ص٧٣٧)

(١) انظر آنفاً فقرة ٣١٢.

(٢) استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٢٩ م٤١ ص١٧١- الإسكندرية المختلطة أول مايو سنة ١٩٤٦ م٦٠ ص١- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٩٦ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص٢٣٣.

(٣) وتنص الفقرة الثانية من المادة ١٧٠٥ من التقنين المدنى الإيطالى الجديد فى هذا المعنى على ما يأتى: «لا يكون للغير علاقة بالموكل. ومع ذلك يجوز للموكل، بحلوله محل الوكيل، أن يستعمل الحقوق الناشئة من تنفيذ الوكالة، دون أن يخل ذلك بالحقوق المخولة للوكيل بموجب نصوص المواد الآتية». انظر فى ذلك فلانيه فى العقود لحساب الغير فقرة ١٦٧ ص٢٣٧ هامش ١.

(٤) نقض فرنسى ٣ مايو سنة ١٨٨٧ سيريه ٩٠-١-٣٠٣- ١٥ فبراير سنة ١٨٩٣ سيريه ٩٣ -١ -١٢٨- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٩٧ ص٤٨٥- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٨ ص٩٦٢.

فإن الموكل لا يكون هو المدين بالثمن فى حالة الشراء، ولا ينقل الملكية والتسليم والضمان فى حالة البيع، وإنما يكون المدين هو الوكيل كما قدمنا[1]. ولا يجوز للغير أن يتمسك بالمقاصة بين الحق الذى له فى ذمة الوكيل ودين فى ذمته للموكل[2]. وإنما يجوز للغير أن يرجع على الموكل بالدعوى غير المباشرة باستعمال حق مدينه وهو الوكيل المسخر[3]، كما يجوز له الرجوع بدعوى مباشرة على الموكل عند حلول هذا محل الوكيل، أو حتى قبل هذا الحلول وتكون بمقدار ما عاد على الموكل من فائدة بموجب قواعد الإثراء بلا سبب[4].

ولما كانت الالتزامات لا تنصرف إلى الموكل على الوجه الذى قدمناه، فإنه لا يجوز للموكل التمسك على الغير بمجاوزة الوكيل حدود الوكالة، كما لا يجوز له الاعتراض على الحكم الصادر ضد الوكيل لمصلحة الغير اعتراض الخارج عن الخصومة، وذلك لأن تصرف الوكيل لا يلزمه، فليست له مصلحة لا فى التمسك بمجاوزة حدود الوكالة ولا فى الاعتراض على الحكم الصادر ضد الوكيل[5].

٣١٨- علاقة الموكل بأغيار آخرين: وكما تقوم العلاقة بين الوكيل المسخر وأغيار آخرين خلاف الغير الذى سخر للتعاقد معه، كذلك تقوم العلاقة بين الموكل وأغيار آخرين. من هؤلاء دائنو الموكل، ودائنو الوكيل، والأشخاص الذين يتصرف لهم الوكيل فيما اشتراه بطريق التسخير.

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٣١٣.

(٢) بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٩٧ ص٤٧٥- وإذا سخر الموكل الوكيل فى ترتيب حق رهن رسمى على عقار، فنقل للوكيل ملكية العقار لهذا الغرض، ورتب الوكيل عليه حق الرهن الرسمى باسمه الشخصى، فإن العقار يرتد للموكل مثقلا بالرهن، ولا يجوز للموكل الاحتجاج بعدم رسمية سند التوكيل المستتر باعتباره توكيلا فى رهن رسمى فيجب أن يكون رسمياً. ذلك أن الموكل، عندما يسترد العقار مثقلا بالرهن، يسترده بوصفه حائزاً للعقار لا بوصفه موكلا فى رهن وسمى، ومن ثم يجوز له التطهير (قارن فى هذه المسألة بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٨ ص٩٦٢).

(٣) استئناف مختلط ١٥ ديسمبر سنة ١٩١٥ م٢٨ ص٦٥٨- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٩٩ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص٢٣٣.

(٤) باريس ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٠ داللوز ١٩٣٢ -٢- ٨٥- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٨ ص٩٦٢.

(٥) استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٩١٠ م٢٢ ص٢٠٠- نقض فرنسى ٢٥ يناير سنة ١٨٦٤ داللوز ٦٤-١-٢٨٢- ٣٠ يناير سنة ١٩٣٤ سيريه ١٩٣٥ -١- ١٣٧- باريس ٢٥ فبراير سنة ١٩٥٣ المجلة العامة للتأمين البرى ١٩٥٣ - ١٥٢- أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٠ ص٢٠٣- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٨ ص٩٦٢.

فبالنسبة إلى دائنى الموكل، نفرض أن الوكيل سخر فى شراء منزل لحساب الموكل أو أنه سخر فى بيعه. فإذا سخر الوكيل فى شراء منزل، اعتبر المنزل مملوكاً له، ولكن هذه الملكية مقيدة بالتزامه بنقلها للموكل منذ ثبوتها له كما قدمنا(١). فباعتبار المنزل مملوكاً للوكيل لا يجوز لدائنى الموكل أن ينفذوا عليه، ولكن باعتبار الوكيل ملتزماً بنقل ملكية المنزل للموكل يجوز لهؤلاء الدائنين أن يطالبوا الوكيل بتنفيذ التزامه عن طريق الدعوى غير المباشرة باسم الموكل، فإذا انتقلت ملكية المنزل إلى الموكل جاز لدائنيه أن ينفذوا عليه. وإذا تعارض دائنو الموكل مع دائنى الوكيل، فقد قدمنا أن دائنى الوكيل يستطيعون، إذا سجلوا التنبيه بنزع الملكية قبل تسجيل السند الذى ينقل به الوكيل ملكية المنزل إلى الموكل، أن يستوفوا حقوقهم من ثمن المنزل فى مواجهة الموكل نفسه(٢). فيستطيعون إذن أن يستوفوا حقوقهم فى هذه الحالة من ثمن المنزل فى مواجهة دائنى الموكل، لأن ما يستطيعونه فى مواجهة الموكل يستطيعونه فى مواجهة دائنيه إذ أن هؤلاء إنما يستمدون حقهم من الموكل. أما إذا سخر الوكيل فى بيع منزل، وتمهيداً لذلك نقل إليه الموكل ملكية المنزل، فإن لدائنى الموكل أن يطعنوا فى هذا التصرف بالدعوى البوليصية إذا أثبتوا أن هناك تواطؤاً بين الموكل والوكيل على الإضرار بحقوقهم(٣). ولا يجوز لهم الطعن بالدعوى البوليصية إذا باع الوكيل المنزل للغير تنفيذاً لوكالته، إلا إذا أثبتوا أن هذا الغير كان هو أيضاً متواطئاً مع الوكيل.

وبالنسبة إلى دائنى الوكيل، قدمنا أن الموكل يستطيع استخلاص المنزل منهم إذا هو سجل سند نقل ملكية المنزل إليه من الوكيل قبل أن يسجل هؤلاء الدائنون التنبيه بنزع الملكية(٤). وإذا أفلس الوكيل، فإن كان إفلاسه قبل أن تنتقل ملكية المنزل إلى الموكل، كان هذا الأخير دائناً للتفليسة شأنه فى ذلك شأن سائر دائنى الوكيل. أما إذا انتقلت ملكية المنزل إلى الموكل قبل شهر الإفلاس، فإن الموكل يستطيع استرداده من التفليسة باعتباره مملوكاً له(٥).

وبالنسبة إلى من تصرف له الوكيل فى المنزل الذى اشتراه بطريق التسخير، فإن الموكل

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٣١٤.

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣١٤.

(٣) وللدائنين كذلك أن يطعنوا فى التصرف بالصورية دون حاجة لإثبات التواطؤ (بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٨ ص٩٦٢).

(٤) انظر آنفاً فقرة ٣١٤.

(٥) قارن بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٩٠.

يستطيع أن يطعن فى هذا التصرف بالدعوى البوليصية باعتباره دائناً للوكيل إذا هو أثبت تواطؤ الوكيل مع المتصرف له إذا كان التصرف بعوض، ودون حاجة لإثبات التواطؤ إذا كان التصرف تبرعاً، وذلك طبقاً للقواعد المقررة فى الدعوى البوليصية(١).

٣- علاقة الوكيل المسخر بالموكل

٣١٩- تحديد هذه العلاقة - إثبات الوكالة المستترة: تقوم علاقة الوكيل المسخر بالموكل على الوكالة المستترة التى عقداها معاً، وليس فى هذا إلا تطبيق لقواعد الصورية إذ الوكالة المستترة هى العقد الحقيقي الذى يسرى فى العلاقة ما بين المتعاقدين. وهذه الوكالة تجعل كلا منهما مرتبطاً بالآخر ارتباط الوكيل بالموكل. ولما كان الوكيل يتعاقد مع الغير باسمه الشخصى فينصرف أثر التعاقد إليه كما قدمنا، فإن الوكالة المستترة تقضى بنقل هذا الأثر من الوكيل إلى الموكل، فتنتقل الحقوق والالتزامات من الأول إلى الثانى، وهذا بخلاف الوكالة المكشوفة حيث لا حاجة لهذا النقل إذ أن الحقوق والالتزامات التى يعقدها الوكيل تضاف ابتداء إلى الموكل كما سبق القول. فنبحث إذن مسألتين: (أولا) علاقة الوكيل المسخر بالموكل هى علاقة وكيل بموكل. (ثانيا) نقل الحقوق والالتزامات من الوكيل المسخر إلى الموكل.

وقبل ذلك يجب على من يتمسك بالوكالة المستترة ضد الآخر أن يثبت وجودها(٢). ويكون الإثبات طبقاً للقواعد العامة(٣)، فإذا كانت القيمة تزيد على خمسمائة جنيه لم يجز الإثبات إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها، وإلا جاز الإثبات بالبينة وبالقرائن. على أنه لا

---

(١) أما التقنين المدنى الإيطالى الجديد فيجيز للموكل أن يسترد المنقول الذى اشتراه الوكيل لحسابه، إلا إذا ثبت لحائز حسن النية حق على هذا المنقول. فتنص المادة ١٧٠٦ من هذا التقنين على أنه «يجوز للموكل أن يسترد الأشياء المنقولة التى ملكها الوكيل باسمه الشخصى لحساب الموكل، مع عدم الإخلال بالحقوق التى كسبها الغير بموجب الحيازة بحسن نية». انظر فى التقنين المدنى الإيطالى فلاتيه فى العقود لحساب الغير فقرة ١٦٧ ص٢٣٧ هامش ١.

(٢) نقض فرنسى ٢٥ أبريل سنة ١٨٨٧ داللوز ٨٧-١-٣٩٧- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٦ ص٩٥٩.

(٣) حتى لو كان العقد الذى أبرمه الوكيل المسخر ثابتا فى ورقة رسمية ومذكوراً فيه أن الوكيل تعاقد باسمه الشخصى، فلا يطلب من الموكل لإثبات التسخير أن يطعن فى العقد بالتزوير، لأنه لا ينازع فى صحة ما أدلى به الوكيل أمام الموثق الرسمى من أنه يتعاقد باسمه الشخصى (بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٨٨).

يجوز إثبات عكس ما بالكتابة إلا بالكتابة، فإذا وجدت كتابة تثبت أن شخصاً نقل ملكية شئ لا تزيد قيمته على خمسمائة جنيه إلى شخص آخر، وادعى الشخص الأول أن الشخص الثاني إنما هو وكيل عنه مسخر فى بيع هذا الشئ، لم يجز له أن يثبت عكس ما بالكتابة إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها(١).

٣٢٠- علاقة الوكيل المسخر بالموكل هى علاقة وكيل بموكل: لما كانت العلاقة بين الوكيل المسخر والموكل ينظمها عقد الوكالة الذى أبرماه، فإن هذا العقد يرتب فى جانب الوكيل وفى جانب الموكل جميع الالتزامات التى يرتبها عقد الوكالة فى جانب كل من الاثنين(٢)(1).

فيلتزم الوكيل أن ينفذ الوكالة فى حدودها المرسومة، وبالعناية الواجبة تبعاً لما إذا

---

(١) نقض فرنسى ١٢ نوفمبر سنة ١٩٠٢ سيريه ١٩٠٥-١-١٤- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٨٨.

(٢) نقض فرنسى ٨ مايو سنة ١٨٧٢ داللوز ٧٢-١-٣٤٨- ٣ مايو سنة ١٨٩٣ داللوز ٩٣-١- ٥٦٧ - ٢٠ يناير سنة ١٩٠٣ سيريه ١٩٠٣-١-١٧٤- ١٠ مايو سنة ١٩٠٥ داللوز ١٩٠٥ - ١ - ٤٢٨ - ١٢ يناير سنة ١٩٢٧ سيريه ١٩٢٧ -١-١٤٠- ترولون فقرة ٤٣- بون ١ فقرة ١٠٧٩ - جيوار فقرة ٢٠٤- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٩٠ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص٢٢٨ هامش ١- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٦ ص٩٥٩.

وتنتهى هذه العلاقة بالأسباب التى تنتهي بها الوكالة، وسنرى أن الوكالة تنتهى بأسباب منها موت الوكيل أو موت الموكل أو عزل الوكيل أو تنحيه عن الوكالة (انظر فى أسباب انتهاء عقد التسخير بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٩٠٦ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٠ ص٢٠٤). ويترتب على ذلك أن المسخر فى الخصومة إذا مات أو عزل أو تنحى انتهت الوكالة، وحل الموكل محل الوكيل دون حاجة إلى اتخاذ إجراءات التدخل فى الدعوى (نقض فرنسى ١٨ أكتوبر سنة ١٨٩٣ داللوز ٩٤-١-١٧- (١) - باريس ٤ ديسمبر سنة ١٩٤٦ جازيت دى پاليه ١٩٤٧-١-١١٠). وتعتبر الإجراءات التى تمت قبل الموت أو العزل أو التنحى صحيحة (نقض فرنسى ٣٠ يناير سنة ١٩٣٤ سيريه ١٩٣٥ -١- ١٣٧- أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٩١٨- فقرة ٩١٩). وإذا مات الموكل انتهى عقد التسخير، ولم يجز بعد ذلك للمسخر أن يتصرف (استئناف مختلط ١٢ يونيه سنة ١٩٢٤ م٣٦ ص٤٢٨). ويجوز للموكل أن يعزل المسخر، حتى لو كان بأجر (استئناف مختلط ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٨ م٥١ ص١٠). ولو سخر شخص شخصاً آخر فى قبض حق له فحوله له تحويل تسخير، جاز للموكل أن يعزل المسخر قبل أن يقبض الحق المحال به (استئناف مختلط ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٨ م٥١ ص٩).

(1) لما كانت العلاقة بين الوكيل المسخر والموكل ينظمها عقد الوكالة الذى أبرماه فيلتزم الوكيل المسخر بتنفيذ الوكالة فى حدودها المرسومة، مما مؤداه أن تسجيل البيع الصادر للوكيل المسخر ينقل الملكية مباشرة من الغير إلى الموكل المستتر فى العلاقة بين الوكيل والموكل.
(جلسة ١٩٨٢/٦/٨ الطعن رقم ١٤٣٣ لسنة ٤٨ق س٣٣ ص٦٩٣)

كانت الوكالة بأجر أو كانت غير مأجورة. ويلتزم بأن يقدم حساباً للموكل[1]، وبأن يوافيه بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه فى تنفيذ الوكالة. ويلتزم أخيراً برد ما للموكل فى يده إليه[2]، وسنرى أنه يلتزم كذلك بنقل الحقوق التى عقدها باسمه إلى الموكل كما يلتزم هذا الأخير بتحمل الالتزامات التى عقدها الوكيل. ولما كان العقد الذى يربط الطرفين أحدهما بالآخر هو عقد وكالة، فإن ما يقع فى يد الوكيل للموكل بسبب هذه الوكالة يكون أمانة فى يده، فإذا أخذه لنفسه كان مبدداً[3]. وقد سبق بيان كل ذلك.

ويلتزم الموكل بأن يدفع الأجر إذا كانت الوكالة مأجورة، وبأن يرد المصروفات التى أنفقها الوكيل فى شؤون الوكالة، وبأن يعوض الوكيل عن الضرر الذى أصابه بسبب تنفيذ الوكالة[4]. وقد سبق تفصيل هذه الالتزامات.

---

(١) بل إن الوكيل المسخر إذا أناب عنه وكيلا، وكان هذا الوكيل يعلم صفة موكله وأنه وكيل مسخر، فإن علاقة مباشرة تنشأ بين نائب الوكيل المسخر والموكل، ويلتزم الأول بتقديم حساب للثانى، ولا تكوى المخالصة التى يعطيها الوكيل المسخر لنائبه حجة على الموكل (استئناف مختلط ٨ مايو سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٤٨٥).

(٢) لوران ٢٨ فقرة ٧٦- جيوار فقرة ٢١- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٩٢.

(٣) نقض فرنسى ١٨ نوفمبر سنة ١٨٨٢ سيريه ٨٤-١-٢٩٩- ٢٠ يناير سنة ١٩٠٣ سيريه ١٩٠٣ -١-١٧٤- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٩٠- وقد قضت محكمة النقض أن من يعير اسمه ليس إلا وكيلا عمن أعاره، وحكمه هو حكم كل وكيل من حيث ما يجب عليه من رعاية حق موكله وحفظه، ومن حيث مسئوليته إذا أخل بالتزامه وغصب هذا الحق أو افتات عليه. ولا فارق بينه وبين غيره من الوكلاء، إلا من ناحية أن وكالته مستترة، فكان الشأن شأنه فى الظاهر مع كونه فى الواقع شأن الموكل، أما غيره من الوكلاء فوكالته سافرة الشأن فيها للموكل ظاهراً وباطناً (نقض مدنى ٢٢ مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٠٦ ص٤٤٥).

(٤) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن التعاقد على التسخير فى عمل شئ باسم المسخر ولحساب المسخر ومن غير أن يظهر اسم هذا الأخير فى هذا العمل مع الغير هو تعاقد صحيح قانونا لعدم مخالفته للقانون ولا للنظام العام. وفى هذه الحالة يكون المسخر وكيلا للمسخر، وتكون العلاقة القانونية بينهما علاقة وكيل بموكل تسرى عليها أحكام الوكالة. فالدعوى التى يرفعها المسخر بمطالبة المسخر بما دفعه لحسابه تقدر قيمتها بجميع المبلغ المدفوع من الوكيل بصرف النظر عن قيمته الأصلية، لأن الموكل ملزم قانوناً بأداء ما دفعه الوكيل لحسابه مع فوائده (استئناف مصر ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٦٦ ص١٤٤).

وانظر أيضاً: نقض فرنسى ٨ مايو سنة ١٨٧٢ داللوز ٧٢-١-٣٤٨- ٣ مايو سنة ١٨٩٣ داللوز ٩٣ -١-٥٦٧- ٢٠ يناير سنة ١٩٠٣ سيريه ١٩٠٣-١-١٧٤- ١٠ مايو سنة ١٩٠٥ داللوز ١٩٠٥ -١-٤٢٨- جيوار فقرة ٢٦- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٩٢.

والمسخر فى الدعوى إذا حصل على حكم لصالحه يلتزم بنقله إلى الموكل مقابل دفع رسوم الحكم،=

٣٢١- نقل الحقوق والالتزامات من الوكيل المسخر إلى الموكل: وعلى الوكيل المسخر أن ينقل إلى الموكل الحقوق التى كسبها باسمه(1)، كما أن على الموكل أن يبرئ ذمة الوكيل المسخر مما عقده باسمه من الالتزامات. وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يتضمن نصين فى هذا المعنى، فكانت الفقرة الثانية من المادة ٩٨٠ من هذا المشروع (م٧٠٥ مدنى) تنص على ما يأتى: «وعليه (الوكيل) أن يرد للموكل كل ما كسبه لحسابه بتنفيذ الوكالة، حتى لو كان يعمل باسمه. وعليه بوجه خاص، أن ينقل للموكل ما كسبه من حقوق وهو يعمل باسمه لحساب الموكل»(١). فحذفت هذه الفقرة فى لجنة المراجعة «لعدم ضرورتها»(٢)، والظاهر أن سبب الحذف هو الاكتفاء بالقواعد العامة.

=ولا يجوز له حبسه حتى يستوفى أجره من الموكل (استئناف مختلط ٢٥ فبراير سنة ١٩٢٧ م٣٩ ص٢٧٧).

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص: «وما كسبه الوكيل لحساب الموكل يجب رده إليه، حتى لو كان الوكيل اسما مستعاراً يعمل باسمه الشخصى. وينطبق ذلك بنوع خاص على الحقوق التى كسبها الوكيل لنفسه فى العقود التى أبرمها باسمه لحساب الموكل، فيجب أن ينزل له عنها» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٠٧- ص٢٠٨).

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٠٤- وانظر آنفاً فقرة ٢٦٥ فى الهامش.

(1) أ- علاقة الوكيل المسخر بالموكل يقوم على الوكالة المستترة تطبيقا لقواعد الصورية التى تستلزم أعمال العقد الحقيقى فى العلاقة بينهما ومن ثم فإن تسجيل البيع الصادر للوكيل المسخر ينقل الملكية مباشرة من الغير إلى الموكل المستتر فى العلاقة بين الوكيل والموكل، وتثبت الوكالة بالتسخير فيما بينهما وفقا للقواعد العامة فى الاثبات.

(جلسة ١٩٦٤/٢/٢٨ الطعنان ٥٩٨، ٦٥٥ لسنة ٥٠ق)

ب- الوكالة بطريق التستر أو التسخير ليست إلا تطبيقا لقواعد الصورية فإن العلاقة بين الموكل والوكيل المسخر يحكمها العقد الحقيقى الذى يسرى فيما بينهما، وبالتالى فعلى من يدعى قيامها أن يثبت وجودها ويكون الاثبات طبقا للقواعد العامة والأصل فيها أنه لا يجوز اثبات عكس ما أثبت بالكتابة إلا بالكتابة أو ما يقوم مقامها إلا وجد مانع مادى أو أدبى يحول دون الحصول على دليل كتابى، فيجوز فى هذه الحالة إثباته بكافة الطرق إعمالا للمادة ٦٣ من قانون الاثبات، لما كان ذلك وكان الطاعن قد تمسك أمام محكمة الموضوع بشرائه لشقة النزاع مستعيرا اسم المطعون ضدها الأولى تهربا من ديون مستحقة عليه، وأنه يقيم بتلك الشقة باعتباره مشتريا لها، وقدم تدليلا على ذلك بعض ايصالات بسداد جزء من ثمن شقة النزاع وبما يفيد مديونيته لبنك مصر بعد وضع الشركة المملوكة له تحت الحراسة، وكان الطاعن قد تمسك أيضاً بوجود مانع أدبى حال بينه وبين الحصول من المطعون ضدها الأولى على دليل كتابى، وكانت محكمة الاستئناف قد أغفلت هذا الدفاع الجوهرى وقعدت عن اعمال سلطتها فى تقدير ما إذا كانت علاقة الطاعن بالمطعون عليها الأولى من واقع ظروف الدعوى وملابساتها تعتبر كافية لتقوم مانعا أدبيا يحول دون الحصول على دليل كتابى تمهيدا لإجابة الطاعن إلى طلبه بإثبات حقيقة العلاقة العقدية بينهما بالبينة، واكتفت بما أوردته فى =

وكانت الفقرة الثانية من المادة ٩٨٥ من المشروع التمهيدى (م٧١٠ مدنى) تنص على ما يأتى: «ويلتزم الموكل، إلى جانب ذلك، أن يبرئ ذمة الوكيل مما عقده باسمه الخاص من التزامات، تنفيذاً للوكالة تنفيذاً معتاداً»(١). فحذفت هذه الفقرة أيضاً فى لجنة المراجعة «لعدم الحاجة إليها»(٢)، والظاهر أن سبب الحذف هنا أيضاً هو الاكتفاء بتطبيق القواعد العامة.

والقواعد العامة تقضى بأن يلتزم الوكيل أو ورثته بنقل الحقوق التى كسبها باسمه الشخصى لحساب الموكل إلى هذا الأخير(٣)، وتقضى بأن يلتزم الموكل أو ورثته بتحمل الالتزامات التى عقدها الوكيل باسمه الشخصى لحساب الموكل(٤). ويتم نقل الحقوق وتحمل الالتزامات، بالنسبة إلى الغير، إما بعقد جديد يصدر من الوكيل إلى الموكل بنفس مشتملات العقد الأول، وشروطه فتنتقل بموجبه الحقوق والالتزامات من ذمة الوكيل إلى

=حكمها المطعون عليه من قيام الطاعن بدفع ثمن الشقة على فرض صحته لا يؤثر على ثبوت الملكية للمطعون ضدها الأولى وهو ما لا يصلح ردا على دفاع الطاعن الذى لو صح لكان من شأنه أن يغير وجه النظر فى الدعوى، فإنه يكون مشوبا بالقصور وبالإخلال فى حق الدفاع بما يوجب نقضه.

(جلسة ١٩٨٥/١/١٦ الطعن رقم ٧٣٢ لسنة ٥٤ق س٣٦ ص١٢٩)

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص: «أما الالتزامات التى عقدها الوكيل باسم الموكل فهى تنصرف إليه مباشرة، والتى عقدها باسمه الشخصى يلتزم الموكل بإبراء ذمته منها، كما يلتزم الوكيل بنقل ما كسبه من الحقوق إلى الموكل فيما تقدم» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٢٣).

(٢) مجموعة الأعمال ٥ ص٢١٨ – وانظر آنفاً فقرة ٢٨٥ فى الهامش.

(٣) الإسكندرية المختلطة أول مايو سنة ١٩٤٦ م٦٠ ص١ – نقض فرنسى ٢٠ يناير سنة ١٩٠٣ سيريه ١٩٠٣-١-١٧٤- أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٠ ص٢٠٤- وانظر فى أنه إذا حصل الوكيل بالعمولة (وهو فى مقام الوكيل المسخر) المبلغ موضوع البروتستو لحساب موكله، فإن هذا المبلغ يصبح واجب الأداء للموكل: نقض مدنى ٢ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٠٦ ص٢٧٤.

(٤) وذلك حتى قبل أن تصبح هذه الالتزامات مستحقة الأداء (نقض فرنسى ٨ مايو سنة ١٨٧٢ سيريه ٧٣-١-٣٦٦- أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٠ ص٢٠٤). وقد قضت محكمة النقض بأن الوكيل إذا تعامل باسمه مع الغير، فهذا لا يغير من علاقته بالموكل، وإذا حرر عقد الشراء باسمه تنفيذاً للوكالة، ألزم الموكل بدفع الثمن للوكيل مقابل نقل تكليف المشترى من اسمه إلى اسم الموكل (نقض مدنى ١٥ أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٤٨ ص١٣١).

ذمة الموكل ويصبح الموكل دائناً للوكيل بالحقوق ومديناً بالالتزامات(١)(1)، وإما بأن يحل

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى أثبت الحكم أن البيع الصادر من مصلحة الأملاك إلى سيدة إنما تم على أساس الطلب المقدم منها، والذى دلت ورقة الضد المؤرخة فى ذات تاريخه على أنه قدم فى الواقع لمصلحة زوجها ولحسابه، فلا يكون لها أن تتحيل بأية وسيلة للاستئثار بالصفقة لنفسها من دونه. ويجب أن ترد الأمور إلى نصابها الصحيح بنفاذ ورقة الضد المحتوية على الإقرار الصحيح بأن الشراء كان لزوجها، وأن ظهورها هى كمشترية لم يكن إلا صورياً. وإذن فالملكية فى حدود العلاقة بين السيدة هذه وبين زوجها وورثته من بعده تكون لم تنتقل إليها وحدها، بل إليها مع باقى الورثة. أما بينها وبين مصلحة الأملاك البائعة، فالأمر يختلف (نقض مدنى ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٤٤ ص٦٦٤).

وقد علق الأستاذ محمد حامد فهمى على هذا الحكم بما يأتى: «بهذا قطعت المحكمة بأن المتعاقد، متى كان معيراً اسمه لغيره، فهو فى خصوص علاقته بالأصيل المستتر وكيل مثل كل الوكلاء. وكل الحقوق وكل الواجبات المتولدة عن العقد إنما تكون للموكل أو عليه، وإن يكن هذا الوكيل هو وحده صاحب الحقوق والملزم بالواجبات فى علاقته مع المتعاقد معه أو مع الغير ممن عدا الموكل. وكذلك قطعت المحكمة – فيما آثاره الطاعن – بأن هذا الوضع لا يتغير إذا كان العقد تصرفاً فى عقار، وبأن تسجيل البيع الصادر للوكيل المعير اسمه ينقل الملكية إلى الأصيل المستتر. فإن أريد الاحتجاج بملكية الأصيل فى حق غير الوكيل، وجب عندئذ – ولتحقيق هذا الغرض وحده – إصدار تصرف جديد إلى الأصيل وتسجيله. وتعتبر خزانة الدولة من الغير فى هذا الصدد، ولذلك يكون من حقها أن تعتبر المال المتصرف فيه فى ملك الوكيل المعير اسمه وتفرض عليه ضريبة التركات إذا مات من قبل أن يقر به للأصيل، وأن تعتبر إقرار الوكيل بملكية الأصيل تصرفاً ناقلا للملكية وتحصل عنه رسوم التسجيل»(مجموعة عمر ٥ ص٦٦٦ هامش ١).

ويتبين إذن من حكم محكمة النقض – منظوراً إليه فى ضوء هذا التعليق – أن تسجيل البيع الصادر للوكيل المسخر ينقل الملكية مباشرة من الغير إلى الموكل المستتر فى العلاقة ما بين الوكيل والموكل. أما بالنسبة إلى الغير، فلابد من بيع جديد يصدر من الوكيل للموكل ويسجل. وقد أيدت محكمة النقض حكمها السابق بحكم آخر (نقض مدنى ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٦١ مجموعة عمر ١٢ رقم ١١٨ ص٧١٣).

(1) أ- من يعير اسمه ليس إلا وكيلا عمن اعاره وحكمه هو حكم كل وكيل فيمتنع عليه قانونا أن يستأثر لنفسه بشئ وكله فيه أن يحصل عليه لحساب موكله ولا فارق بينه وبين غيره من الوكلاء إلا من ناحية أن وكالته مستترة – وهذا يقتضى أن تعتبر الصفقة فيما بين الموكل والوكيل قد تمت لمصلحة الموكل ولحسابه فيكسب كل ما ينشأ عن التعاقد من حقوق ولا يكسب الوكيل من هذه الحقوق شيئا ولا يكون له أن يتحيل بأية وسيلة للاستئثار بالصفقة دونه، ومن ثم فإذا كان التعاقد يتعلق ببيع عقار كانت الملكية للأصيل فيما بينه وبين وكيله وإن كانت للوكيل يصير الاسم فيما بينه وبين البائع والغير، ويرجع ذلك إلى أنه مهما كان للوكيل المسخر من ملكية ظاهرة فى مواجهة الكافة فأنها ملكية صورية بالنسبة إلى الأصيل يمنع من الاحتجاج بها قبله قيام الوكالة الكاشفة لحقيقة الأمر بينهما – وينتج من هذا أن الأصيل لا يحتاج لكى يحتج على وكيله المسخر بملكية ما اشتراه – إلى صدور تصرف جديد من الوكيل ينقل به الملكية إليه إذ يعتبر الأصيل فى علاقته بالوكيل هو المالك=

الوكيل الموكل محله فى العقد الذى أبرمه مع الغير ويشترك الغير فى هذا الإحلال فيصبح الموكل هو الدائن للغير بالحقوق والمدين له بالالتزامات[1]. فلو سخر الوكيل فى شراء

=بغير حاجة إلى أى اجراء إنما يلزم ذلك الاجراء فى علاقة الأصيل بالغير.
(جلسة ١٩٦٤/١١/٢٦ الطعن رقم ١٧ لسنة ٣٠ ق س١٥ ص١٠٧٤)
(جلسة ١٩٦٣/٤/٢٥ الطعنان ٤٥٩- ٤٧١ لسنة ٢ق س١٤ ص٥٧٩)
(جلسة١٩٦٦/٥/٥ السنة ١٧ ص١٠١٩)

ب- ليس من يعير اسمه إلا وكيلا عمن أعاره فيمتنع عليه قانونا أن يستأثر لنفسه بشئ وكل فى أن يحصل عليه لحساب موكله ولا فارق بينه وبين غيره من الوكلاء إلا من ناحية أن وكالته مستترة فكان الشأن شأنه فى الظاهر مع أنه فى الواقع شأن الموكل. وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن المطعون عليها لم تكن فى إبرامها عقد الشراء مع آخر إلا اسما مستعارا لزوجها الطاعن فإن مقتضى ذلك اعتبار أن الصفقة فيما بين الزوجين قد تمت لمصلحة الموكل ولحسابه فيكسب كل ما ينشأ عن المتعاقدين من حقوق ولا تكسب المطعون عليها منها شيئا ويكون كل ما دفع باسمها من الثمن ورسوم التسجيل قد دفع من الطاعن إلا أن يثبت أنها قد دفعته له من مالها الخاص فيحق لها استرداده منه طبقا لأحكام الوكالة باعتباره من النفقات المعقولة التى أنفقها فى تنفيذ الوكالة.

(جلسة ١٩٦١/١١/٢٣ الطعن رقم ٢٧٣ لسنة ٢٦ق س١٢ ص٧١٣)

جـ- حيازة الوكيل لعقارات موكله التى تحت يده بسبب عقد الوكالة تعتبر حيازة لحساب الأصيل طالما أن الوكيل لم يدع أنه غير صفة حيازته بما تتغير به قانونا، ومن ثم يعتبر الأصيل مستمرا فى وضع يده مدة حيازة الوكيل وتحتسب له هذه المدة فى التقادم المكسب السارى لمصلحته، وإذ كان مجرد ثبوت أن الوكيل عن مورث الطاعنين - إبان وضع يده على عقار موكله - كان وكيلا أيضا عن المطعون عليه الذى ينازعهم فى ملكية هذا العقار، ليس من شأنه أن يؤدى بذاته إلى اسقاط مدة حيازة الوكيل للعقار محل النزاع نيابة عن مورث الطاعنين من مدة التقادم السارى لمصلحة هذا المورث، بل لا يكون هذا الإسقاط إلا إذا شاب حيازة المورث للعقار بوساطة وكيله عيب من العيوب التى تفقدها أثرها فى كسب الملكية بالتقادم وهى الاكراه والخفاء واللبس والغموض، فإن الحكم المطعون فيه إذ لم يكشف عن قيام أحد هذه العيوب حين رفض طلب الطاعنين الاحالة إلى التحقيق لاثبات تملكهم العقار محل النزاع بالتقادم المكسب الطويل المدة يكون قد انطوى على قصور وخطأ فى القانون.

(جلسة ١٩٦٣/٦/٦ الطعن رقم ٢٣٥ لسنة ٢٨ق س١٤ ص٧٩٢)

(١) استئناف مختلط ١٩ مايو سنة ١٩٠٣ م١٥ ص٣٠١- نقض فرنسى ١٠ فبراير سنة ١٩٣٦ داللوز ١٩٣٧-١- ٩١- أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٠ ص٢٠٤- ص٢٠٥- بيدان ١٢ فقرة ٤١١- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٨ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٠٤١- جوسران ٢ فقرة ١٤٣٧ - فلاتيه فى العقود لحساب الغير ص٢٤٥- ص٢٤٦ - أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٤١٤.

ويجوز تطبيق قواعد الصورية فى التسخير، فيجوز للغير، إذا كان لا يعلم بالتسخير وقت التعاقد مع =

أرض، فإن ملكية الأرض تنتقل أولا من البائع إلى الوكيل المسخر، ثم تنتقل بعد ذلك من الوكيل المسخر إلى الموكل(١). ويجب إذن دفع رسوم نقل الملكية مرتين، المرة الأولى عند نقلها إلى الوكيل المسخر(٢)، والمرة الثانية عند نقلها إلى الموكل(٣). كذلك ينشأ الحق فى الأخذ بالشفعة مرتين، المرة الأولى فى البيع الذى صدر من البائع للوكيل المسخر، والمرة الثانية فى البيع الذى صدر من الوكيل المسخر للموكل. ويستطيع الموكل أن يجبر الوكيل قضاء بنقل الحقوق إليه، كما يستطيع الوكيل أن يجبر الموكل قضاء بتحمل الالتزامات عنه، وذلك طبقاً للقواعد العامة(٤). ولا يكون لنقل الحقوق والالتزامات من

=المسخر ثم علم به بعد ذلك، أن يطعن فيه بالصورية فيكشف بذلك عن الحقيقة ومؤداها أن المسخر ليس إلا وكيلا عن الأصيل المستتر، فينصرف أثر العقد إلى هذا الأخير كما فى الوكالة النيابية (نقض فرنسى ١٥ أبريل سنة ١٨٩١ داللوز ١٨٩٢- ١- ٢٣٨- جوسران ٢ فقرة ١٤٣٧ ص٧٨١). كذلك إذا كان الغير يعلم بالتسخير وقصد أن يتعامل مع الموكل، فقد قدمنا أن أثر العقد ينصرف إلى هذا الأخير (انظر آنفاً فقرة ٣١١).

أما إذا كان الغير يعلم بالتسخير ولكنه قصد أن يتعامل مع الوكيل المسخر لا مع الموكل، فإن أثر العقد ينصرف إلى الوكيل (انظر آنفاً فقرة ٣١١- بيدان ١٢ فقرة ٣٣٨- ٢و٣ - أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٤١٤- فقرة ٤١٥).

وهناك آراء تذهب إلى تقريب وكالة المسخر من الوكالة النيابية، فتقيم علاقة مباشرة بين الغير والموكل، وتعتبر الموكل هو صاحب الحق المباشر تجاه الغير دون أن يتلقى هذا الحق من الوكيل المسخر، ولكن الوكيل المسخر يبقى كفيلا للموكل قبل الغير (ليريبور پيجونيير فقرة ١٠١ ص٢٣٢). ومن هذه الآراء ما يسلم بأن استناد العقد إلى الإرادة يقتضى ألا تقوم علاقة مباشرة ما بين الموكل والغير، فقد أراد أصحاب الشأن أن تقوم علاقة ما بين الموكل والوكيل وأخرى ما بين الوكيل والغير، دون أن تندمج العلاقتان إحداهما بالأخرى، أما إذا استند العقد إلى الهدف الاقتصادى المقصود (but économique visé)، فإن العلاقتين تندمجان إحداهما فى الأخرى، ويرجع الموكل مباشرة على الغير (انظر فى هذا المعنى فلاتيه فى العقود لحساب الغير ص٢٤٤- ص٢٤٧).

(١) فلاتيه فى العقود لحساب الغير ص٢٤٤ - وإذا عقد الوكيل المسخر صلحاً مع الغير، وعلم هذا الأخير بصفة الوكيل المسخر، وجب أن يتحقق من أن الوكالة المستترة الصادرة للوكيل تشمل الصلح (استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٩٣٧ م٤٩ ص١٥٠).

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣١٤.

(٣) نقض فرنسى ٢٢ فبراير سنة ١٨٦٩ سيريه ٦٩-١-١٨٤- ١١ أبريل سنة ١٨٧٧ داللوز ٧٧ -١ -١٩٩- ١٠ فبراير سنة ١٩٣٦ داللوز ١٩٣٧- ١-٩٢- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٩١ ص٤٧٢- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٦ ص٩٦٠.

(٤) وقد قضى تطبيقاً لذلك أنه لا يوجد ما يمنع الموكل من أن يطالب بدعوى أصلية وكيله المسخر، الذى صدر حكم لصالحه تنفيذاً لعقد التسخير، أن ينقل إليه هذا الحكم. ويجوز أيضاً للموكل أن يتدخل فى التوزيع ليحل محل الوكيل المسخر، ولكن يجب أن يدخل الوكيل فى الدعوى (استئناف مختلط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣١ م٤٤ ص٦٠).

الوكيل إلى الموكل بأثر رجعي[1]، فيعتبر النقل قد تم من وقت حصوله بين الوكيل والموكل لا من وقت تعاقد الوكيل مع الغير.

وإذا نقل الوكيل الحقوق إلى الموكل، فالأصل أنه يضمن للموكل تنفيذها، أى أنه يضمن يسار الغير، لأن المفروض أن الموكل لم يرض بالغير مديناً بدلا من الوكيل إلا على هذا الشرط. ولكن يجوز الاتفاق على غير ذلك، وعلى ألاّ يضمن الوكيل للموكل إلا وجود الحق فى ذمة الغير طبقاً للقواعد المقررة فى حوالة الحق[2]. وإذا تحمل الموكل بالالتزامات بدلا من الوكيل، فالأصل أن يبقى الوكيل ضامناً للغير يسار الموكل، لأن المفروض هنا أيضاً أن الغير لم يرض بالموكل مدينا بدلا من الوكيل إلا على هذا الشرط. ولكن يجوز الاتفاق على غير ذلك، وعلى ألا يضمن الوكيل للغير إلا يسار الموكل وقت إقرار الغير الحوالة طبقاً للقواعد المقررة فى حوالة الدين.

---

(١) وقد تقدم أنه طبقاً لقضاء محكمة النقض يتم نقل الملكية من الغير إلى الموكل - فى العلاقة فيما بين الوكيل والموكل - بمجرد تسجيل التصرف الذى عقده الوكيل مع الغير (نقض مدنى ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٤٤ ص٦٦٤ وتعليق الأستاذ محمد حامد فهمى - وانظر آنفاً نفس الفقرة فى الهامش).

(٢) أما التقنين المدنى الإيطالى الجديد فقد عكس الحكم، إذ قضت المادة ١٧١٥ من هذا التقنين على ما يأتى: «لا يكون الوكيل الذى يتعاقد باسمه الشخصى مسئولا نحو الموكل عن عدم تنفيذ الغير الذى تعاقد معه للالتزامات التى عقدها هذا الأخير، إلا إذا كان إعسار الغير قائماً أو يجب أن يكون قائماً وقت التعاقد معه، وهذا كله ما لم يوجد شرط يخالفه». انظر فى التقنين المدنى الإيطالى فى هذه المسألة فلانيه فى العقود لحساب الغير فقرة ١٦٧ ص٢٣٧ هامش ١.

الفصل الثالث

انتهاء الوكالة

٣٢٢- نص قانونى: تنص المادة ٧١٤ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«تنتهى الوكالة بإتمام العمل الموكل فيه، أو بانتهاء الأجل المعين للوكالة، وتنتهى أيضاً بموت الموكل أو الوكيل»(١).

ويقابل النص فى التقنين المدنى القديم المادة ٥٢٩/٦٥٠(٢).

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ٦٨٠- وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٧١٤. وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٩٤٦ - وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادتين ٨٠٨- ٨٠٩(٣).

---

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ٩٩٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٧٤٦ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٤٥، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧١٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٢٩- ص٢٣٠).

(٢) **التقنين المدنى القديم** م٥٢٩/٦٥٠: ينتهى التوكيل بالعزل وبإتمام العمل الموكل فيه وبعزل الوكيل نفسه وإعلان الموكل وبموت أحدهما. (وأحكام التقنين المدنى القديم تتفق مع أحكام التقنين المدنى الجديد).

(٣) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدنى السورى م٦٨٠ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م٧١٤ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى م٩٤٦ (موافق).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٨٠٨: تنتهى الوكالة: أولا- بانتهاء العمل الذى أعطيت لأجله. ثانيا- بتحقيق شرط الإلغاء أو بحلول الأجل المعين للوكالة. ثالثا- بعزل الموكل للوكيل. رابعا- بعدول الوكيل عن الوكالة. خامسا- بوفاء الموكل أو الوكيل. سادسا- بحدوث تغيير فى حالة الموكل أو الوكيل يفضى إلى فقدانه الأهلية الشرعية لاستعمال حقوقه، مثل الحجر وإعلان الإفلاس، ما لم يكن موضوع الوكالة من الأعمال التى يمكن إتمامها بالرغم من ذلك التغيير. سابعا- باستحالة التنفيذ الناشئة عن سبب ليس له علاقة بمشيئة الفريقين المتعاقدين.

م٨٠٩: إن الوكالة المعطاة من شخص معنوى أو شركة تنتهى بزوال هذه الشركة أو ذاك الشخص. (وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى).

٣٢٣- أسباب انتهاء الوكالة: ويتبين من النص سالف الذكر أن الوكالة تنتهى بأسباب مختلفة، يمكن تقسيمها إلى فئتين:

أولا- أسباب ترجع إلى القواعد العامة: ومن هذه الأسباب ما تنتهى به الوكالة انتهاء مألوفاً عن طريق تنفيذها، وهذه هى إتمام العمل محل الوكالة، وانقضاء الأجل المعين لها. ومنها ما تنتهى به الوكالة قبل التنفيذ، من ذلك استحالة التنفيذ، والإفلاس ونقص الأهلية، والفسخ وتحقق الشرط الفاسخ.

ثانيا- أسباب خاصة بعقد الوكالة: وهذه ترجع إلى خاصيتين من خصائص هذا العقد. أولهما أن الوكالة يتغلب فيها الاعتبار الشخصى، ويترتب على ذلك أنها تنتهى بموت الوكيل وبموت الموكل(1). والثانية أن الوكالة عقد غير لازم، ويترتب على ذلك أنها تنتهى بعزل الوكيل وكذلك بتنحيه عن الوكالة.

٣٢٤- الأحكام التى تترتب على الوكالة بعد انتهائها - نص قانونى: وأيا كان السبب الذى تنتهى به الوكالة، فإن هناك أحكاماً تترتب عليها بعد انتهائها، نذكر منها ما يأتى:

أولا- تنتهى الوكالة بأثر رجعى، فتبقى الآثار التى رتبتها وقت أن كانت قائمة، ولا تزول هذه الآثار بزوالها(١). فإذا انتهت الوكالة بموت الوكيل أو بعزله مثلا، فإن التصرفات القانونية التى باشرها الوكيل قبل الموت أو العزل تبقى قائمة منتجة لآثارها وفقاً لقواعد الوكالة(٢). ويلتزم الموكل بدفع أجر الوكيل إلى وقت انتهاء الوكالة(٣)، وبرد المصروفات التى أنفقها الوكيل وقت أن كانت الوكالة قائمة وفقاً للقواعد المقررة فى هذا الشأن(٤)،

---

(١) نقض فرنسى ٢ يوليه سنة ١٩٠٠ داللوز ١٩٠٢-١-١٨٨- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٦٣ وما بعدها - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٨ ص٩٢٣.

(1) تنص المادة ٧١٤ من القانون المدنى على أن الوكالة تنتهى بموت الموكل أو الوكيل، وقد ورد هذا النص فى حدود الاستثناء الذى قررته المادة ٤٥ من القانون المدنى، فلا ينصرف أثر عقد الوكالة بعد وفاة الموكل أو الوكيل إلى ورثته بوصفهم خلفا عاما، لأن المشرع افترض أن ارادة المتعاقدين الضمنية اتجهت إلى انقضاء عقد الوكالة بوفاة أيهما اعتبارا بأن هذا العقد من العقود التى تراعى فيها شخصية كل متعاقد.

(جلسة ١٩٦٨/٢/١٣ الطعن رقم ١٠٦ لسنة ٣٣ ق س١٩ ص٢٥٦)

(٢) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٨ ص٩٣٣.

(٣) ولا يتقاضى الوكيل أجراً بعد ذلك، حتى لو استمر فى تنفيذ الوكالة (لوران ٢٨ فقرة ٢٨- جيوار فقرة ١٦٧- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٦٣)، وذلك ما لم يكن يجهل انتهاء الوكالة فإنه يبقى وكيلا ويتقاضى الأجر حتى يعلم بانتهائها.

(٤) سواء كانت الوكالة غير مأجورة أو كانت مأجورة (نقض فرنسى ٢٦ يونيه سنة ١٨٩٠ باناديكت =

وبتعويض الوكيل عن الضرر الذى أصابه بسبب تنفيذ الوكالة قبل انتهائها. وكذلك يلتزم الوكيل أو ورثته ببذل العناية الواجبة فيما قام بتنفيذه من أعمال الوكالة، وبتقديم حساب عن هذه الأعمال، وبرد ما تحت يده للموكل بسبب الوكالة(١).

ثانيا- لا تنتهى الوكالة بمجرد تحقق سبب انتهائها، بل يجب أن يعلم الوكيل بسبب الانتهاء، فتنتهى من وقت هذا العلم. وسنرى، تطبيقاً لذلك، أن الوكالة لا تنتهى بموت الموكل أو بعزل الوكيل إلا إذا علم الوكيل بالموت أو بالعزل. وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يتضمن نصاً فى هذا المعنى، فكانت الفقرة الأولى من المادة ٩٩٥ من هذا المشروع تنص على أن «تعتبر الوكالة قائمة فى جانب الوكيل، حتى لو كانت قد انتهت، ما دام لا يعلم بانتهائها»(٢). وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة دون أن يذكر سبب حذفه، ويغلب أن يكون ذلك راجعاً للاكتفاء بالقواعد العامة(٣). وحتى لو علم الوكيل بانتهاء الوكالة وتعامل بعد ذلك باعتباره وكيلا مع شخص حسن النية توهم استمرار الوكالة بسبب مظهر خارجى لها منسوب للموكل، فإنه يتخلف عن الوكالة الحقيقية وكالة ظاهرة تنتج نفس آثار الوكالة الحقيقية بالنسبة إلى الغير حسن النية، وفقاً للقواعد التى سبق تفصيلها فى الوكالة الظاهرة(٤).

ثالثا- تنص المادة ٧١٧ من التقنين المدنى على ما يأتى: «١- على أى وجه كان

=٩١-١-٧٩- جيوار فقرة ٢٢٥- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٦٤). ولا يسترد الوكيل المصروفات التى أنفقها فى إقامة أجهزة ومعدات لحسابه الخاص ولو أقامها من أجل تنفيذ الوكالة (نقض فرنسى ١٨ يوليه سنة ١٨٩٢ سيريه ٩٢-١-٣٣٧- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٦٤). ويسترد المصروفات التى أنفقها بعد انتهاء الوكالة إذا استمرت الوكالة تنتج آثارها، كما إذا كان الوكيل لم يعلم بانتهائها أو كان ملتزماً بأن يصل بالأعمال التى بدأها إلى حالة لا تتعرض معها للتلف وفقاً لأحكام المادة ٧١٧ مدنى كما سنرى (بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٦٥ ص٤٥٩).

(١) ويكون للوكيل حق الحبس حتى يستوفى حقوقه قبل الموكل (بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٦٦).

(٢) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص: «على أنه مهما كان السبب فى انتهاء الوكالة، فما دام الوكيل لا يعلم بانتهائها فهى قائمة حتى يعلم، كما إذا عزل الموكل الوكيل ولم يخطره بذلك، أو مات الموكل ولم يعلم الوكيل بموته» (مجموعة الأعمال التحضيرية٥ ص٢٣٥). وقد نصت الفقرة الثالثة من التقنين المدنى الليبى فى هذا المعنى على ما يأتى: «وتعد صحيحة قبل الموكل أو ورثته الأعمال التى قام بها الوكيل قبل علمه بانتهاء الوكالة».

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٣٣- ص٢٣٤ فى الهامش، وانظر آنفاً فقرة ٣٠٦ الشرط الثانى.

(٤) انظر آنفاً فقرة ٣٠٦- فقرة ٣٠٨.

انتهاء الوكالة، يجب على الوكيل أن يصل بالأعمال التى بدأها إلى حالة لا تتعرض معها للتلف. ٢- وفى حالة انتهاء الوكالة بموت الوكيل، يجب على ورثته، إذا توافرت فيهم الأهلية وكانوا على علم بالوكالة، أن يبادروا إلى إخطار الموكل بموت مورثهم، وأن يتخذوا من التدبيرات ما تقتضيه الحال لصالح الموكل»[1]. والمفروض هنا أن الوكالة لم تنته بإتمام العمل الموكل فيه أو بانقضاء الأجل، وإن كان الوكيل قد بدأ تنفيذ الوكالة[2]. ولذلك يجب على الوكيل، بالرغم من انتهاء الوكالة بالعزل أو التنحى أو موت الموكل أو غير ذلك

---

(١) **تاريخ النص**: ورد هذا النص فى المادة ٩٩٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٧٤٩ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٤٨ ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧١٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٣٦ - وص٢٣٩).

ويقابل النص فى التقنين المدنى القديم المادة ٥٢٢/٦٤٠: لا يجوز للوكيل أن يعزل نفسه عن الوكالة في وقت غير لائق. ويجب عليه إذا انتهى توكيله بأى صورة غير عزله من الموكل عزلا بتياً أن يجعل الأعمال التى تبدأها فى حالة تقيها من الأخطار. (وأحكام التقنين المدنى القديم تتفق مع أحكام التقنين المدنى الجديد، غير أن التقنين القديم استثنى حالة عزل الوكيل ولم يستثنها التقنين الجديد).

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدنى السورى م٨٦٣ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م٧١٧/١ و٢ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى م٩٤٩ (تطابق الفقرة الأولى من المادة ٧١٧ مدنى مصرى).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٨١٥/٢: ويكون الوكيل ضامناً لكل ما يمكن أن يحدثه هذا العدول (عن الوكالة) من العطل والضرر للموكل إذا لم يقم بما يجب من التدابير لصون مصالح موكله صيانة تامة إلى أن يتمكن الموكل نفسه من القيام بما يجب.

م٨٢٠: إذا انتهت الوكالة بوفاة الموكل أو بإفلاسه أو بفقدانه الأهلية، وجب على الوكيل، إذا كان فى التأخر خطر، أن يتم ما ابتدأ به حسبما تستلزمه الضرورة، وأن يقوم بكل ما تقتضيه الظروف لمصلحة الموكل إذا لم يكن ثمة وارث ذو أهلية أو ممثل شرعى للموكل أو للوارث - ويحق للوكيل من جهة أخرى أن يسترد ما يكون قد أسلفه أو أنفقه لتنفيذ الوكالة طبقاً للقواعد المختصة بالفضولى.

م٨٢١: إذا توفى الوكيل وكان الورثة عالمين بوجود الوكالة، وجب عليهم أن يبلغوا بلا إبطاء خبر الوفاة -، وعليهم أيضاً أن يحتفظوا بالوثائق وغيرها من الأوراق المختصة بالموكل. وأن يتخذوا جميع الوسائل اللازمة لصيانة مصالحه - على أن أحكام هذه المادة لا تسرى على الورثة القصر ما داموا بلا وصى. (وأحكام التقنين اللبنانى تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المصرى).

(٢) ونص المادة٧١٧/١ مدنى صريح فى وجوب أن يكون الوكيل قد بدأ تنفيذ الوكالة إذ تقول: «يجب على الوكيل أن يصل بالأعمال التى بدأها». انظر عكس ذلك بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٥٥- جيوار فقرة ٢٣٤ (والمادة ٢/١٩٩١ مدنى فرنسى صريحة فى أن الوكيل يتم ما بدأ عمله، أما المادة ٢٠١٠ مدنى فرنسى فلم يرد فيها شرط أن يكون الوكيل قد بدأ العمل).

من الأسباب «أن يتخذ من الأعمال التحفظية ما يصون به مصلحة الموكل. فإذا كان قد بدأ فى جنى المحصول وبيعه، وجب عليه أن يستمر حتى يصل إلى حالة تكون معها مصالح الموكل مضمونة، دون أن يكون من الضرورى الانتهاء من بيع المحصول بأكمله(١). أما إذا كانت الوكالة قد انتهت بموت الوكيل، فعلى الورثة، الذين توافرت فيهم الأهلية(٢) وكانوا يعلمون بالوكالة، أن يتخذوا هذه التدبيرات العاجلة، وعليهم أن يبادروا بإخطار الموكل بموت مورثهم حتى يدبر أمره. وهذا هو الحكم أيضاً فى ورثة الفضولى»(٣). ويدخل أيضاً فى هذه الأعمال التحفظية الاحتفاظ بالوثائق وغيرها من الأوراق الخاصة بالموكل، وبوجه عام القيام بكل ما تقتضيه الظروف واتخاذ ما يجب من الوسائل والتدابير لصون مصالح الموكل، وذلك إلى أن يتمكن الموكل نفسه، أو النائب عنه فى حالة إفلاسه أو نقص أهليته، أو ورثته أو النائب عنهم فى حالة موته(٤)، من أن يتولوا بأنفسهم الأعمال التى سبق التوكيل فيها(٥). وتعتبر الوكالة قائمة فيما يتعلق بهذه الأعمال التحفظية،

---

(١) وفى قضية أعلن المستأنف استئنافه لخصمه بمكتب محاميه الذى كان يدافع عنه أمام المحكمة الابتدائية، فرفض كاتب المحامى تسلم الإعلان لانتهاء وكالة المحامى، فأعلن الاستئناف لشيخ البلد. ودفع المستأنف عليه بعدم قبول الاستئناف لعدم صحة الإعلان، فقضت المحكمة برفض هذا الدفع لأن المادة ٣٦٥ مرافعات (قديم) أجازت إعلان عريضة الاستئناف لنفس الخصم أو لمحله الأصلى أو المختار، ولأن المادة ٧ أجازت فى حالة الامتناع عن التسلم إعلانها لشيخ البلد، ولأن عزل الوكيل عن الوكالة لا يسرى على الغير إلا من يوم إعلانه به، وأخيراً لأن الوكيل بالرغم من عزله ملزم بالقيام بجميع الأمور المستعجلة التى يخشى فيها على مصلحة موكله (استئناف وطنى ٩ مايو سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ رقم ١١ ص٢٧).

(٢) فيجب إذن أن يكون الورثة قد توافرت فيهم الأهلية اللازمة للقيام بهذه الأعمال التحفظية، فإذا لم تتوافر فيهم هذه الأهلية فلا التزام عليهم حتى لو كان لهم نائب يمثلهم ويستطيع أن يقوم عنهم بهذه الأعمال (نقض فرنسى جنائى ٣ يناير سنة ١٨٩٥ داللوز ٩٥-١-٤٠١). قارن تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٢/٨٢١ (آنفاً نفس الفقرة فى الهامش)، وهو لا يجعل هذا الالتزام يسرى على الورثة القصر «ما داموا بلا وصى»، فلو كان لهم وصى وجب عليه أن يقوم عنهم بهذا الالتزام. وانظر فى معنى التقنين اللبنانى بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٣٦. بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٤ ص٩٤٢.

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٣٨- والأمر فى تقدير الأحوال التى توجب على الوكيل جعل الأعمال التى ابتدأها فى حالة تقيها من الأخطار متروك لمحكمة الموضوع، ولا معقب عليها فيه متى كانت قد استندت إلى أسباب صحيحة تبرره (نقض مدنى ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٤٤ ص٦٦٤).

(٤) استئناف مختلط ١٤ مارس سنة ١٩٣٣ م٤٥ ص١٩٨.

(٥) فإذا لم يستطع ورثة الوكيل أن يعثروا على الموكل، أو لم يتمكنوا من إخطاره بموت مورثهم، جاز لهم أن يطالبوا من القضاء أن يحل محلهم حارس قضائى (بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٣٦ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٤ ص٩٤٢).

ويترتب على قيامها بقاء التزامات كل من الوكيل والموكل[1]، فيكون الوكيل أو ورثته ملتزمين ببذل العناية الواجبة فى القيام بهذه الأعمال[2] وبتأدية حساب عنها، ويكون الموكل أو ورثته ملتزمين بالأجر وبرد المصروفات[3] وبالتعويض عن الضرر.

الفرع الأول

انتهاء الوكالة لأسباب ترجع إلى القواعد العامة

١ – انتهاء الوكالة انتهاء مألوفاً عن طريق تنفيذها

٣٢٥– إتمام العمل محل الوكالة: تنتهى الوكالة بداهة بإتمام الوكيل العمل الذى وكل فيه[4](1). وقاضى الموضوع هو الذى يبت فيما إذا كانت الوكالة قد انتهت بإنجاز العمل[5].

---

(١) جيوار فقرة ٢٣٨ – بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٥٩ ص٤٥٦ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٤ ص٩٤٢– أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٣٨٩– نقض فرنسى ١٢ يناير سنة ١٨٦٦ سيريه ٦٦–١–٦٢– ٣ يناير سنة ١٨٩٥ داللوز ٩٥–١–٤٠١ (يصح أن يكون الوكيل أو ورثته مسئولين جنائياً عن التبديد).

(٢) وتختلف هذه العناية الواجبة، كما هو معروف، فى الوكالة المأجورة عنها فى الوكالة غير المأجورة (أكثم أمين الخولى فقرة ١٩٧).

(٣) قارن م٢/٨٢٠ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى (آنفاً نفس الفقرة فى الهامش): حيث تجعل الرجوع بالمصروفات على أساس قواعد الفضالة لا قواعد الوكالة، على خلاف الفقه والقضاء فى فرنسا على ما قدمنا. هذا ويكون التزام ورثة الوكيل أو ورثة الموكل فى حدود التركة.

(٤) ترولون فقرة ٧٦٠ وفقرة ٧٦٥ وفقرة ٨٢٥ – بون ١ فقرة ١١٥٣ – جيوار فقرة ٢٤٦ – بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٤٨ ص٤٥١ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٩.

(٥) نقض فرنسى ٥ أغسطس سنة ١٨٨٠ داللوز ٨١–١–١٦٦– بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٨٤٩.

(1) وكالة المحامى تنقضى باسباب انقضاء الوكالة العادية، وأخصها انتهاء العمل الموكل فيه، لأنه بعد انتهاء العمل لا يصبح للوكالة محل تقوم عليه، ولا يبقى إلا حق المحامى فى الاتعاب التى لم يقبضها ولا وجه للتحدى بقيام عرف بشأن وكالة المحامى يقضى أنها لا تنتهى إلا بالغاء التوكيل وعلم المحامى بهذا الالغاء، استنادا إلى العرف الجارى الذى نصت عليه المادة ٣/٧٠٢ من التقنين المدنى، ذلك أن مجال تطبيق هذا العرف هو فى تحديد التوابع الضرورية للأمر الموكل فيه ليستمر الوكيل فى الوكالة الخاصة فى مباشرتها باعتبارها متفرعة عن العمل الأصلى ومتصلة به.
(جلسة ١٩٧٥/٤/٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص٧٤٤)

وقد يعين المتعاقدان أجلا يتم فيه الوكيل العمل. ويرجع فى ذلك إلى قصد المتعاقدين. فإن قصدا أن يتم العمل حتما فى خلال الأجل المعين، كما إذا كان الموكل على أهبة السفر وكان الوكيل موكلا فى شراء شئ هو من حاجيات السفر، فإذا انقضى الأجل وسافر الموكل دون أن يتم الشراء انتهت الوكالة. ويكون المقصود من تحديد الأجل فى هذه الحالة أن تنتهى الوكالة إما بشراء الشئ المطلوب أو بانقضاء الأجل قبل شرائه. أما إذا لم يقصد المتعاقدان من تحديد الأجل إلا تقدير وقت تقريبى يتم فيه الوكيل عمله. فإن الوكالة لا تنتهى حتما بانقضاء الأجل، بل يجوز للوكيل المضى فى تنفيذ الوكالة حتى بعد انقضاء الأجل إذا كانت هناك ظروف تبرر هذا التأخر(١).

وكما تنتهى الوكالة بإتمام العمل، تنتهى كذلك بعدم النجاح فى العمل. ومتى استخلصت المحكمة لأسباب سائغة أن الوكيل لم ينجح فى العمل الموكل فيه، فانتهت بذلك مهمته، فإن استخلاص المحكمة لهذه النتيجة هو استخلاص موضوعى، ولا مخالفة فيه للقانون(٢).

٣٢٦- انقضاء الأجل: والمفروض هنا أن تكون الوكالة فى أعمال مستمرة كالتوكيل فى الإدارة، ويحدد المتعاقدان أجلا تنتهى بانقضائه الوكالة، مثل ذلك أن يوكل شخص شخصاً آخر فى إدارة مزرعته أو مصنعه أو متجره لمدة سنة. فمقياس الوكالة هنا لا بالأعمال التى تتم، بل بالمدة التى تنقضى فى تنفيذ هذه الأعمال، وتكون الوكالة فى هذه الحالة كالإيجار عقداً زمنياً. ومن ثم تنتهى بانقضاء الأجل المحدد لها(٣)، وإذا استمر الوكيل بعد انقضاء الأجل قائماً بتنفيذ الوكالة بعلم الموكل ودون معارضته، كان هناك تجديد ضمنى للوكالة على مثال التجديد الضمنى للإيجار.

---

(١) نقض فرنسى ٢٥ يونيه سنة ١٩٣٤ داللوز فى القضاء العام (d. Jur. Gen.) لفظ Mandat فقرة ٤٢١ - باستيا ١٩ ديسمبر سنة ١٨٦٥ تحت حكم النقض الفرنسى ٢١ مايو سنة ١٨٦٧ داللوز ٦٧-١-٣٤٥- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٩.

(٢) نقض مدنى ٥ أبريل سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٦٥ ص٤٨٩.

(٣) وإذا باشر الوكيل تصرفاً بعد انقضاء الأجل وانتهاء الوكالة دون أن يجدد تجديداً ضمنياً، فإن أثر هذا التصرف لا ينصرف إلى الموكل إلا فى حالة الوكالة الظاهرة (أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٦ ص٢٤٠). ويكون التاريخ العرفى للتصرف حجة على الموكل، إذ هو ليس من الغير حتى يستلزم تاريخاً ثابتاً ليكون حجة عليه. ولكن يجوز له أن يثبت بجميع الطرق، ومنها البينة والقرائن، أن التاريخ العرفى قد قدم ليقع قبل انقضاء أجل الوكالة (أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٦ ص٢٤٠ هامش ٣٠).
وقضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا كان التوكيل مطلقاً غير مقيد بمدة معينة ولا بعمل معين، فالظاهر استمراره، ومن ادعى خلاف ذلك عليه الإثبات (استئناف مصر ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٢٥٧ ص٥٧٢).

وقد يكون الأجل المحدد للوكالة أجلا غير معين (terme incertain) لا يعرف ميعاد حلوله. مثل ذلك أن يوكل شخص شخصاً آخر في إدارة أمواله طول مدة غيابه في سفر بعيد، فتنتهي الوكالة بعودة الموكل من السفر دون أن يكون ميعاد هذه العودة معروفاً[1]. كذلك يجوز أن يوكل شخص شخصاً آخر مدة حياة الموكل أو مدة حياة الوكيل، والحياة كما هو معروف أجل غير معين[2]. وفي هذه الحالة تنتهي الوكالة بموت أي من المتعاقدين، لأن الموت أجل بالنسبة إلى أحدهما وتنتهي به الوكالة حتماً بالنسبة إلى الآخر، وكذلك تنتهي بعزل الوكيل[3] أو بتنحيه عن الوكالة كما سيجئ.

٢ – انتهاء الوكالة قبل التنفيذ

٣٢٧– استحالة التنفيذ: تنص المادة ٣٧٣ مدني على أن «ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه». وهذا النص يسري على الوكالة كما يسري على غيرها من العقود[4]. فإذا وكل شخص شخصاً آخر في بيع منزل، واحترق المنزل بعد التوكيل، فإن التزامات الوكيل تنتهي باستحالة تنفيذها، ومن ثم تنتهي الوكالة[5]. وإذا وكل شخص شخصاً آخر في إدارة أموال له، ثم وضعت هذه الأموال تحت الحراسة القضائية يتولى إدارتها حارس قضائي بدلا من الوكيل، انتهت الوكالة لاستحالة تنفيذ التزامات الوكيل.

والاستحالة في المثل الأول استحالة مادية، وهي في المثل الثاني استحالة قانونية.

٣٢٨– الإفلاس ونقص الأهلية: وإذا أفلس الموكل أو أفلس الوكيل، فإن الوكالة تنتهي. ذلك أن الموكل المفلس لا يستطيع مباشرة التصرف في أمواله أو إدارتها بنفسه، فأولى ألاَّ يستطيع ذلك بوكيل، والوكيل المفلس قد غلت يده عن أمواله فأولى أن تغل عن أموال موكله[6]. والإعسار كالإفلاس في ذلك، فإذا شهر إعسار أي من الموكل والوكيل

---

(١) جيوار فقرة ٢٤٧– بودري وفال في الوكالة فقرة ٨٤٨.

(٢) بودري وفال في الوكالة فقرة ٨٤٩.

(٣) محمد علي عرفة ص٤٢٩.

(٤) وتنص المادة ٨٠٨ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على أن «تنتهي الوكالة .. سابعا – باستحالة التنفيذ الناشئة عن سبب ليس له علاقة بمشيئة الفريقين المتعاقدين».

(٥) ترولون فقرة ٧٥٩– جيوار فقرة ٢٤٥– بودري وفال في الوكالة فقرة ٨٤٦.

(٦) لوران ٢٨ فقرة ٩٢– جيوار فقرة ٢٤٣– بودري وفال في الوكالة فقرة ٨٤١– أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٦ ص٢٣٩– بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٥. ويترتب على ذلك أنه إذا ظهر =

انتهت الوكالة. وإذا أفلس الموكل أو أعسر، جاز للوكيل التمسك بانتهاء الوكالة كما يجوز ذلك لدائنى الموكل، ولكن لا يجوز للموكل نفسه أن يتمسك بذلك، كما لا يجوز الاحتجاج بانتهاء الوكالة على الوكيل قبل أن يعلم بالإفلاس أو الإعسار(١). أما إذا أفلس الوكيل أو أعسر، فإن للموكل أن يتمسك بانتهاء الوكالة، ولا يجوز ذلك للوكيل(٢). وإذا تعدد الموكلون أو الوكلاء وأفلس أحدهم أو أعسر، فإن الوكالة تنتهى بالنسبة إليه وحده، ما لم تكن غير قابلة للتجزئة(٣).

وإذا طرأ نقص على أهلية الموكل أو على أهلية الوكيل، كأن حجر على أى منهما، انتهت الوكالة. فإذا حجر على الموكل فأصبح غير أهل للتصرف القانونى الذى صدر منه التوكيل فيه، انتهت الوكالة، لأن الوكيل لا يستطيع مباشرة هذا التصرف، إذ لا يمكن أن ينصرف أثر التصرف إلى الموكل وهو غير أهل له(٤). ومن هنا قررنا أن العبرة فى توافر الأهلية فى الموكل بوقت الوكالة وبالوقت الذى يباشر فيه الوكيل التصرف فى آن واحد(٥). لكن إذا كان الحجر على الموكل ليس من شأنه أن يجعله غير أهل للتصرف الذى صدر منه التوكيل فيه، كأن كان التصرف من أعمال الإدارة وكان الموكل مأذوناً له

=شخص لآخر سنداً إذنياً تظهيراً غير مستوف للشروط فاعتبر التظهير بمثابة توكيل، ثم أفلس المظهر، لم يستطع المظهر له قبض السند لانتهاء التوكيل بإفلاس الموكل (نقض فرنسى ١٢ نوفمبر سنة ١٨٩٠ داللوز ٩١-١-٤٠٨- بودرى وفال فى الوكالة فقر ٨٤١). ولكن لا تنتهى الوكالة بالإفلاس أو الإعسار، إذا كانت جزءاً غير قابل للتجزئة من مجموع تعاقدى لا ينتهى بالإفلاس أو الأعسار، كما إذا أعطى المؤمن له شركة التأمين توكيلا فى أن تتولى الدفاع عنه فى القضية التى ترفع بشأن الخطر المؤمن منه، وأفلس المؤمن له، فإن التوكيل يبقى بالرغم من إفلامه (نقض فرنسى ٣١ يوليه سنة ١٨٧٢ داللوز ٧٢-١-٣٠٠- ٣١ يوليه سنة ١٩١٢ داللوز ١٩١٣- ١- ٨١- لوران ٢٨ فقرة ٩٥- جيوار فقرة ٢٤٤- بون ١ فقرة ١١٤١- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٤٣ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٦ ص٢٣٩- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٥ ص٩٤٣).

(١) أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٦ ص٢٣٩- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٥ ص٩٤٣.

(٢) لوران ٢٨ فقرة ٩١- جيوار فقرة ٢٤٤ - بون ١ فقرة ١١٤٩- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٤٤- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٥ ص٩٤٣- فلا يجوز للوكيل أن يتمسك ببطلان التصرف الذى باشره وهو مفلس.

(٣) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٥ ص٩٤٣.

(٤) ولا تنتهى الوكالة إلا إذا علم الوكيل بالحجر على الموكل. وقد لا تنتهى الوكالة بالرغم من الحجر على الموكل، إذا اعتمد القيم الوكالة وطلب من الوكيل الاستمرار فى مهمته (بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٦ ص٩٤٤).

(٥) انظر آنفاً فقرة ٢٢٨.

فى إدارة أمواله، فإن الوكالة لا تنتهى ويبقى الوكيل ملزماً بالمضى فى تنفيذ الوكالة[1]. أما إذا حجر على الوكيل، فإنه يصبح غير أهل للالتزامات الناشئة عن الوكالة[2]، حتى لو بقى أهلا لمباشرة التصرف الموكل فيه، ومن ثم تنتهى الوكالة[3].

٣٢٩- الفسخ وتحقق الشرط الفاسخ: ويجوز إنهاء الوكالة عن طريق طلب فسخها إذا أخل أحد المتعاقدين بالتزاماته، وذلك طبقاً للقواعد العامة[4]. فيجوز للوكيل طلب فسخ الوكالة، ويلجأ إلى طلب الفسخ فى الأحوال التى لا يجوز له فيها التنحى عن الوكالة كما سيجئ، أو إذا أراد أن يطالب الموكل بالتعويض إلى جانب الفسخ، أو إذا أراد أن يتوقى هو رجوع الموكل عليه بالتعويض. كذلك يجوز للموكل طلب فسخ الوكالة لإخلال الوكيل بالتزاماته، وذلك أيضاً فى الأحوال التى لا يجوز له فيها عزل الوكيل، أو إذا أراد مطالبته بالتعويض إلى جانب الفسخ، أو إذا أراد توقى رجوع الوكيل عليه بالتعويض[5].

وتنفسخ الوكالة إذا علقت على شرط فاسخ وتحقق هذا الشرط، وذلك طبقاً للقواعد العامة. فتنفسخ الوكالة بمجرد تحقق الشرط دون حاجة لأى إجراء آخر، ومن ثم لا يحتاج انفساخها إلى إرادة الوكيل كما فى التنحى، أو إلى إرادة الموكل كما فى العزل.

---

(١) أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٦ ص٢٣٩- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٦ ص٩٤٤- أما إذا أصيب الموكل بجنون أو عته دون أن يحجر عليه، فإن الوكالة لا تنتهى إذا لم يعلم الوكيل بذلك (بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٤٠: ويذهبان إلى أن الوكالة لا تنتهى حتى لو كان الجنون أو العته أمراً بينا).

(٢) محمد على عرفة ص٤٢٨.

(٣) وإذا أصيب الوكيل بالجنون أو العته دون أن يحجر عليه، فإن الوكالة تنتهى كذلك لانعدام التمييز عند الوكيل، وهذا ما لم يكن الغير الذى تعاقد مع الوكيل حسن النية لا يعلم بجنون الوكيل أو عتهه، وذلك تطبيقاً لقواعد الوكالة الظاهرة (إكس ١٩ نوفمبر سنة ١٨٨٩ داللوز ٩٠-٢- ١٥٦- جيوار فقرة ٢٤٢- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٦ ص٩٤٣). انظر مع ذلك بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٤٠، ويذهبان إلى أن جنون الوكيل أو عتهه دون الحجر عليه لا ينهى الوكالة حتى لو كان الغير الذى يتعاقد معه يعلم بهذا الجنون أو العته لأنه لا يشترط الأهلية فى الوكيل، ولكن إذا استغل الغير جنون الوكيل أو عتهه فى تعاقده معه فإنه لا يستطيع أن يحتج على الموكل بهذا التعاقد. وانظر أيضاً فى هذا المعنى الأخير محمد على عرفة ص٤٢٨.

(٤) نقض فرنسى ١٣ مايو سنة ١٨٨٥ داللوز ٨٥-١- ٣٥٠- ١٩ نوفمبر سنة ١٨٨٩ داللوز ٩٠ -١ -٢٩٥- أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٦ ص٢٣٧.

(٥) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٩.

الفرع الثانى

انتهاء الوكالة لأسباب خاصة بها

١ - أسباب ترجع إلى أن الوكالة تقوم على الاعتبار الشخصى

٣٣٠- موت الوكيل: تنتهى الوكالة بموت الوكيل، لأن الموكل قد اختاره وكيلا لاعتبار شخصى فيه، فلا تحل ورثته محله بعد موته، وإذا كان الوكيل شركة أو شخصاً معنوياً آخر، انتهت الوكالة بحله ولو كان هذا الحل اختيارياً، لأن الحل بالنسبة إلى الشخص المعنوى هو بمثابة الموت بالنسبة إلى الشخص الطبيعى(١). وإذا تعدد الوكلاء ومات أحدهم، لم تنته الوكالة إلا بالنسبة إلى من مات منهم إذا كان الباقون يملكون أن يستقلوا بتنفيذ الوكالة(٢). أما إذا كان على الوكلاء أن يعملوا مجتمعين طبقاً لأحكام المادة ٢/٧٠٧ مدنى(٣)، فإن موت أحدهم ينهى الوكالة بالنسبة إليهم جميعاً(٤).

ولا تنتهى الوكالة بمجرد موت الوكيل، بل يجب على ورثته، إذا توافرت فيهم الأهلية وكانوا على علم بالوكالة، أن يبادروا إلى إخطار الموكل بموت مورثهم، وأن يتخذوا من التدبيرات ما تقتضيه الحال لصالح الموكل (م٢/٧١٧ مدنى). وتبقى الوكالة قائمة فيما يتعلق بهذه الأعمال التحفظية، وقد تقدم بيان ذلك(٥).

وانتهاء الوكالة بموت الوكيل ليس من النظام العام، فيجوز الاتفاق على ما يخالف هذا الحكم(٦)(1)، فتبقى الوكالة حتى بعد موت الوكيل ويلتزم بها الورثة فى حدود

---

(١) بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٣٤ ص٤٤٤.

(٢) جيوار فقرة ٢٤٠- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٣٥- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٤ ص٩٤١.

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢٦٠.

(٤) جيوار فقرة ٢٤٠- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٣٥ ص٤٤٥- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٤ ص٩٤١.

(٥) انظر آنفاً فقرة ٣٢٤ - لوران ٢٨ فقرة ٨٥- جيوار فقرة ٢٣٩- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٣٦ (ويذهبان إلى أن الورثة إذا كانوا قصراتولى الوصى عنهم القيام باتخاذ التدبيرات اللازمة لحفظ مصالح الموكل - وانظر أيضاً فى هذا المعنى بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٤ ص٩٤٢، والمادة ٢/٨٢١ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى - وانظر آنفاً فقرة ٣٢٤ ثالثا فى الهامش).

(٦) لوران ٢٨ فقرة ٨٨- جيوار فقرة ٢٣٢- ويجوز أن يكون الاتفاق صريحاً أو ضمنياً: بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٣٧- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٤ ص٩٤٠- كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٣٧٠.

(1) للعاقدين أن يتفقا أن تستمر الوكالة رغم وفاء أحدهما على أن تنتقل التزامات منهما إلى ورثته=

التركة. وأكثر ما يطبق هذا الحكم إذا كان الوكيل محترفاً أو كان شخصاً معنوياً، فيتفق مع الموكل على أن تنتقل الوكالة إلى من يخلفه(١).

ويقضي قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ بأن وكالة المحامي تنتهي بموته أو شطب اسمه أو وقفه أو الحجر عليه أو استحالة قيامه بوكالته، وفي هذه الحالة يحل محله مؤقتاً محام آخر ينتدبه مجلس النقابة الفرعية، إلى أن يتمكن الموكل من اختيار محام آخر. وقد نصت المادة ٩٦ من هذا القانون في هذا المعنى على أنه «في حالة وفاة المحامي أو استبعاد اسمه أو محوه من الجدول أو تقييد حريته وبصورة عامة في جميع الأحوال التي يستحيل فيها عليه ممارسة المحاماة ومتابعة أعمال ودعاوى موكليه، يندب مجلس النقابة الفرعية محاميا من نفس درجة القيد على الأقل ما لم يختر المحامي أو ورثته محاميا آخر تكون مهمته اتخاذ الاجراءات الكفيلة بالمحافظة على مصالح الموكلين وتصفية المكتب إذا كان لذلك مقتضى، وتتم هذه التصفية بموافقة ذوى الشأن وتحت اشراف مجلس النقابة الفرعية.

٣٣١- موت الموكل: وتنتهي الوكالة أيضاً بموت الموكل(1)، سواء كانت الوكالة غير مأجورة فيكون الوكيل المتبرع قد اعتد بشخص موكله في هذا التبرع، أو كانت مأجورة حيث يبقى مفروضاً أن الوكيل قد تخير موكله(٢). وإذا كان الموكل شركة أو

=وهذا الاتفاق كما يكون صريحا قد يكون ضمنيا ولقاضي الموضوع استخلاص الاتفاق الضمني من ظروف العقد وشروطه بأن تكون الوكالة لمصلحة الموكل والغير مثلا، وإذن فمتى كان الواقع هو أن المطعون عليه الأول تعهد بموجب عقد رسمي بأن يتنازل عن دين له قبل باقي المطعون عليهم إلى مورث الطاعن ونص في الاتفاق على أن هذا التنازل هو لأجل تحصيل المبلغ من المدينين ودفعه إلى الطاعن الذى يداين المطعون عليه الأول بأكثر منه وكان الحكم المطعون فيه قد كيف هذا الاتفاق بأنه وكالة تعلق بها حق الغير وليس للموكل سحبها أو إسقاطها بغير رضاء وقبول هذا الغير، فإن هذا الذى قرره الحكم صحيح في القانون.

(جلسة ١٩٥٣/١/٢٢ الطعن رقم ٣٢٧ لسنة ٢٠ق)

(١) نقض فرنسي ٨ و٩ يوليه سنة ١٨٩٥ سيريه ٩٧-١-١٣٣- ١٨ ديسمبر سنة ١٩١١ داللوز ١٩١٣ -١-١٨٥ - ٨ يناير سنة ١٩١٢ داللوز ١٩١٣- ١- ١٨٥ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٤ ص٩٤٠.

(1) تمسك الطاعنين بصدور عقد البيع موضوع النزاع من الوكيل في تاريخ لاحق لوفاة مورثهم وانتهاء وكالته له وبتقديم تاريخه غشا بالتواطؤ مع المشترى. وبأن هذا التوكيل ألغاه المورث ضمنا وتدليلهم على ذلك بعدة قرائن. دفاع جوهرى. عدم مواجهة الحكم له. قصور مبطل.

(جلسة ١٩٩٨/٦/١٦ الطعن رقم ٣١٤ لسنة ٦٧ق)

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «كما تنتهي (الوكالة) بموت الموكل أو الوكيل، لأن لشخصية كل متعاقد اعتبارا في نظر الآخر، فلا تحل الورثة محل المتعاقد في تنفيذ التزاماته إلا في حدود ضيقة» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٣٤) - قرب بودرى وفال في الوكالة فقرة =

شخصاً معنوياً آخر، انتهت الوكالة بحله ولو كان هذا الحل اختيارياً[1] كما هو الحكم فى الوكيل فيما قدمنا[2]، غير أن الوكالة تبقى هنا المدة اللازمة لتصفية الشركة إذ أن الشخصية المعنوية تبقى للشركة فى حدود أغراض التصفية[3]. وإذا تعدد الموكلون ومات أحدهم، لم تنته الوكالة إلا بالنسبة إلى من مات منهم[4]، وهذا ما لم تكن الوكالة غير قابلة للتجزئة فتنتهى بالنسبة إلى الموكلين جميعاً[5].

=٨٣٢. وفى مذهب القائلين بأن الوكيل إنما يعبر عن إرادة الموكل لا عن إرادته هو، يترتب انتهاء الوكالة بموت الموكل على أن إرادة الوكيل قد زالت بموته، فلا يستطيع الوكيل أن يعبر عن إرادة قد زالت (انظر جيوار فقرة ٢٣٠). ويمكن القول أيضاً بأن ورثة الموكل قد لا يثقون بالوكيل ثقة مورثهم به (أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٣٨٢).

ومن تطبيقات المبدأ القاضى بأن الوكالة تنتهى بموت الموكل أنه فى الوكالة بالخصومة إذا مات الموكل، وجب على ورثته أن يحددوا توكيل المحامى ليكون وكيلا عنهم، لأن وكالته عن مورثهم قد انتهت بموت هذا الأخير (مجلس الدولة الفرنسى ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠٣- ٣- ٢١- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٣٢). وقد يستخلص تجديد الوكيل من بقاء المحامى يباشر الدعوى باعتباره وكيلا عن الورثة، وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الوكيل قد ظل بعد وفاة موكله يباشر الدعوى التى وكل فيها باعتباره وكيلا عن ورثته، فلا يقبل منه بعد ذلك أن يجادل فى صفة الوكالة مدعياً أنها انقضت بوفاة الموكل (نقض مدنى ٢١ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٦٣ ص٤٥٨). وكذلك إذا ظهر شخص لآخر سنداً إذنياً تظهيراً غير مستوف للشروط فاعتبر التظهير بمثابة التوكيل، ثم مات المظهر، لم يستطع المظهر له قبض السند لانتهاء التوكيل بموت الموكل (نقض فرنسى ١٢ نوفمبر سنة ١٨٩٠ داللوز ٩١-١-٤٠٨- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٣٣- وقد قدمنا مثل ذلك فى انتهاء التوكيل بإفلاس الموكل: انظر آنفاً فقرة ٣٢٨ فى الهامش).

(١) نقض فرنسى ٢٦ أكتوبر سنة ١٨٩١ داللوز ٩٢-١-٤٤١- ترولون فقرة ٧٤١- جيوار فقرة ٢٣١- بون ١ فقرة ١١٣٧ - بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٣٤- أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٦ ص٤٣٩- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٤ ص٩٤١.

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٣٠.

(٣) نقض فرنسى ٢٦ أكتوبر سنة ١٨٩١ داللوز ٩٢-١-٤٤١- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٣٤- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٤ ص٩٤١. وهذا بعكس ما إذا كانت الشركة هى الوكيلة ثم حلت، فإن الوكالة تنتهى بحلها ولا تبقى مدة التصفية، لأن الشركة عند تصفيتها لا تستطيع مباشرة أعمال الوكالة إذ هى لا تدخل فى أعمال التصفية (بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٣٤ ص٤٤٤). ولكن على المصفى أن يتخذ التدابير الضرورية لصيانة مصالح الموكل، كما تفعل ورثة الشخص الطبيعى إذ كان وكيلا ومات (أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٦ ص٢٣٩ هامش ٢٣).

(٤) جيوار فقرة ٢٣١- بون ١ فقرة ١١٣٨- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٣٥ ص٤٤٤- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٤ ص٩٤١.

(٥) جيوار فقرة ٢٣١- بون ١ فقرة ١١٣٨- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٤ ص٩٤١ - وقارن بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٣٥ ص٤٤٤.

ولا تنتهى الوكالة بمجرد موت الموكل، بل تبقى إلى أن يعلم الوكيل بموت الموكل[1]. فإذا لم يعلم به وتعاقد مع الغير، وكان هذا أيضاً حسن النية، اعتبرت الوكالة قائمة، وانصرف أثر العقد الذى يبرمه الوكيل، حقاً كان أو التزاماً، إلى ورثة الموكل، لا بموجب وكالة ظاهرة بل بموجب وكالة حقيقية[2]. وحتى بعد أن يعلم الوكيل بموت الموكل، فإنه يجب عليه أن يصل بالأعمال التى بدأها إلى حالة لا تتعرض

---

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن الأعمال التى يجريها الوكيل بعد وفاة الموكل، بدون أن يعلم بوفاته، تكون صحيحة وقانونية، وبأن أعمال المرافعات التى يجريها الوكيل (المحامى) بعد وفاة موكله وبدون علمه بحصول الوفاة تكون صحيحة (استئناف مصر ١٥ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٣٥٣ ص٧١٥). أما إذا علم الوكيل (المحامى) بموت الموكل، فإنه لا يجوز له أن يستمر فى إجراءات الدعوى ولا أن يرفع استئنافاً دون أن يدخل الورثة محل الموكل (استئناف مختلط ٢٥ فبراير سنة ١٩٤١ م٥٣ ص١١٠).

(٢) انظر م١٠٧ مدنى وانظر آنفاً فقرة ٣٠٦ الشرط الثانى – لوران ٢٨ فقرة ٨١– جيوار فقرة ٢٣٦– بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٣٦ ص٤٤٥– وإذا توفى أحد الأخصام قبل تقديم الأموال والطلبات الختامية، وقدمها وكيله دون علم منه بوفاة موكله، كان ذلك صحيحاً (بنى سويف استئنافى ٢٦ أبريل سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ١٢٢ ص٣٤٤)، وكذلك تكون الإجراءات التى يتخذها الوكيل صحيحة (استئناف مختلط ٧ نوفمبر سنة ١٩١٢ م٢٥ ص١٣). وعبء إثبات علم الوكيل أو الغير بموت الموكل يقع على الورثة إذا أرادوا ألا ينصرف أثر العقد إليهم، سواء كان توقيع الوكيل للعقد يوم وفاة الموكل أو بعد ذلك (نقض فرنسى ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٥ داللوز الأسبوعى ١٩٢٦ –٥٤– محمد على عرفة ص٤٢٥). انظر عكس ذلك جمال مرسى بدر فى دراسان فى النظرية العامة للنيابة حول مشروع المعهد الدولى لتوحيد القانون الخاص ص١١١– ص١١٢. ويرى أن على الوكيل والغير أن يثبتا حسن نيتهما، ويحتج فى ذلك بحكم لمحكمة النقض جاء فيه ما يأتى: «القانون لم يشترط فى خصوص عدم نفاذ التصرفات الصادرة من الوكيل بعد انقضاء الوكالة بالنسبة للموكل وجوب إعلان الغير بانقضاء الوكالة. ويستتبع هذا أنه يجب على الغير أن يتمسك فى هذا الخصوص بحسن نيته، أى أنه بحسب الموكل الذى يحاج بتصرف أجراه الوكيل بعد انقضاء وكالته أن يثبت انقضاء الوكالة، وعلى الغير الذى يبغى الاحتجاج بهذا التصرف – إن شاء – التحدى بحسن نيته أمام محكمة الموضوع حتى تستطيع أن تبت فى هذا الدفاع على الوجه الذى رسمه القانون. وعلى ذلك فإذا كان التصرف الصادر من الوكيل قد صدر منه بعد انقضاء الوكالة، فلا يجوز للغير التحدى لأول مرة أمام محكمة النقض بعدم علمه بهذا الانقضاء متى كان لم يقدم بملف الطعن ما يدل على أنه عندما ووجه أمام محكمة الموضوع بذلك الانقضاء تمسك بعدم علمه به» (نقض مدنى ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٥٧ المحاماة ٣٨ رقم ٣٨٩ ص٩٠٨). والحكم صريح فى أن الغير يجب أن يتمسك بحسن نيته أمام محكمة الموضوع، فلا يجوز له التحدى بحسن النية لأول مرة أمام محكمة النقض. ولكن يبقى أنه إذا تمسك الغير فعلا بحسن نيته أمام محكمة الموضوع، فهل كان يلقى عليه عبء إثبات ذلك؟ لا نرى أن حكم محكمة النقض واضح فى هذا المعنى.

معها للتلف، وتبقى الوكالة قائمة فيما يتعلق بما يقوم به من أعمال لهذا الغرض[1]، وقد سبق بيان ذلك[2].

وانتهاء الوكالة بموت الموكل، كانتهائها بموت الوكيل، لا يعتبر من النظام العام، فيجوز الاتفاق على ما يخالف هذا الحكم[3]، فلا تنتهى الوكالة بموت الموكل بل يلتزم بها ورثته فى حدود التركة. كذلك لا تنتهى الوكالة بموت الموكل إذا كانت فى مصلحة الوكيل أو فى مصلحة الغير، كما إذا وكل شخص شخصاً آخر فى قبض ثمن البيع ودفع الثمن سداداً لدين فى ذمة الموكل للوكيل أو للغير[4]، إذ لو انتهت الوكالة بموت الموكل فى هذا الفرض لفات على الوكيل أو على الغير مصلحته فى استيفاء الدين[5]. ولا تنتهى الوكالة أخيراً بموت الموكل، بل هى تبدأ عند موته، إذا كان من شأنها ألا يكون تنفيذها إلا بعد موت الموكل، كما إذا وكل شخص شخصاً آخر فى نشر وثائق معينة بعد موته، أو فى إقامة نصب تذكارى له، أو فى سداد دين عليه من تركته، أو فى إعطاء مبلغ من تركته لشخص معين، وتتخذ الوكالة فى هذه الفروض صورة الوصية ويكون الوكيل هو المنفذ لها[6]. وتنص المادة ٨١٨ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فى هذا الصدد على

---

(١) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩١ ص٩٤١- ص٩٤٢- أما فيما جاوز ذلك فالوكالة تعتبر منتهية (استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٩١٤ م٢٦ ص٢٩٢).

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٢٤.

(٣) لوران ٢٨ فقرة ٨٨- جيوار فقرة ٣٣٢- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٣٧- بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٠٥٠.

(٤) كذلك لا تنتهى الوكالة بموت الموكل إذا كانت مهمة الوكيل تنحصر فى تحصيل مبلغ مستحق الأداء على مدين ذلك الموكل، فإن الوكالة تبقى قائمة إلى النهاية. وقد قضى بأن المحضر موكل من قبل الدائن لتحصيل قيمة الإيجار المستحق على المستأنف، ولعدم قيام المدين بالدفع أوقع الحجز، فوكالته صحيحة ولم تنته بموت الموكل (بنى سويف استئنافى ٩ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٦ رقم ٢٢٦ ص٥٢١- وانظر أيضاً استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م٤٦ ص١٠٥).

(٥) نقض فرنسى ٢٢ مايو سنة ١٨٦٠ سيريه ٦٠-١-٧٢١- ١٦ مايو سنة ١٨٨٢ سيريه ٨٤-١-١٥٤- ترولون فقرة ٧١٨- جيوار فقرة ٢٣٣- بون ١ فقرة ١١٤٠- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٣٧- أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٦ ص٢٣٨ - محمد على عرفة ص٤٢٣- ص٤٢٤.

(٦) ترولون فقرة ٧٢٨- جيوار فقرة ٢٣٢- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٣٨- أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٦ ص٢٣٨- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٩٤٩ ص٩٤١- دى باج ٥ فقرة ٤٦٣.

ولا تعد الوكالة من شأنها ألا يكون تنفيذها إلا بعد موت الموكل إذا حدد لتنفيذها أجل وقبل حلول الأجل مات الموكل، فإن الوكالة فى هذه الحالة تنتهى بموته (انظر فى هذا المعنى بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٣٨ ص٤٤٨- وانظر عكس ذلك وأن الوكالة لا تنتهى بموت الموكل: أنجيه ١٤ فبراير سنة ١٨٩٤ جازيت دى باليه ٩٤-١-٤٨٨).

=

ما يأتي: «إن موت الموكل أو تبدل حالته يسقط وكالة الوكيل الأصلي ووكالة وكيله، فيما خلا الحالتين الآتيتين: أولا- متى كانت الوكالة معطاة في مصلحة الوكيل أو مصلحة شخص ثالث. ثانيا- متى كان موضوع الوكالة يراد إتمامه بعد وفاة الموكل بحيث يصبح الوكيل عندئذ في مقام منفذ الوصية».

٢- أسباب ترجع إلى أن عقد الوكالة غير لازم

٣٣٢- عزل الوكيل من الوكالة - نص قانوني: تنص المادة ٧١٥ من التقنين المدني على ما يأتي:

«١- يجوز للموكل في أي وقت أن ينهي الوكالة أو يقيدها، ولو وجد اتفاق يخالف ذلك. فإذا كانت الوكالة بأجر، فإن الموكل يكون ملزماً بتعويض الوكيل عن الضرر الذي لحقه من جراء عزله في وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول».

«٢- على أنه إذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل أو لصالح أجنبي، فلا يجوز للموكل أن ينهي الوكالة أو يقيدها دون رضاء من صدرت الوكالة لصالحه»(١).

=وتبقى الوكالة بعد موت الموكل إذا ارتبطت بعقد آخر ارتباطاً لا يقبل التجزئة وبقي هذا العقد قائماً بعد موت الموكل (نقض فرنسي ٢٢ مايو سنة ١٨٦٠ داللوز ٦٠-١-٤٤٨- ٢٢ يناير سنة ١٨٦٨ داللوز ٦٨-١-١٦٨- ١٦ مايو سنة ١٨٨٢ داللوز ٨٣-١-١٧٥- ١٠ فبراير سنة ١٨٨٣ داللوز ٨٤-١-١١٢- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٤ ص٩٤١- كولان وكابيتان ودي لاموراندير ٢ فقرة ١٣٧٠).

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص في المادة ٩٩٣ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٧٤٧ في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٤٦، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧١٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٣٠- ص٢٣٢).

ويقابل النص في التقنين المدني القديم المادة ٥٢٩/٦٥٠، وكانت تجري بما يأتي: «ينتهي التوكيل بالعزل وبإتمام العمل الموكل فيه وبعزل الوكيل نفسه وإعلان الموكل وبموت أحدهما». (وأحكام التقنين المدني القديم تتفق مع أحكام التقنين المدني الجديد).

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدني السوري م٦٨١ (مطابق).

التقنين المدني الليبي م٧١٥ (مطابق).

التقنين المدني العراقي م٩٤٧: ١- للموكل أن يعزل الوكيل أو أن يقيد من وكالته، وللوكيل أن=

ويخلص من هذا النص أن للموكل أن يعزل الوكيل فى أى وقت قبل انتهاء العمل محل الوكالة، فتنتهى الوكالة بعزل الوكيل(1). ويمكن تعليل ذلك بأن الوكالة هى فى

= يعزل نفسه. ولا عبرة بأى اتفاق يخالف ذلك. لكن إذا تعلق بالوكالة حق الغير، فلا يجوز العزل أو التقييد دون رضاء هذا الغير.

٢- ولا يتحقق انتهاء الوكالة بالعزل إلا بعد حصول العلم للطرف الثانى.

٣- وإذا كانت الوكالة بأجرة، فإن من صدر منه العزل يكون ملزماً بتعويض الطرف الثانى عن الضرر الذى لحقه من جراء العزل فى وقت غير مناسب وبغير عذر مقبول.

(وأحكام التقنين العراقى تتفق مع أحكام التقنين المصرى).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٨١٠: للموكل أن يعزل الوكيل متى شاء - وكل نص مخالف لا يعمل به، سواء أكان بالنظر إلى الفريقين المتعاقدين أم بالنظر إلى الغير. واشتراط الأجر لا يمنع الموكل من استعمال هذا الحق - غير أنه إذا كانت الوكالة منعقدة فى مصلحة الوكيل أو شخص آخر، فلا يحق للموكل أن يرجع عن الوكالة إلا برضا الفريق الذى انعقدت لأجله.

م٨١١: يجوز أن يكون العزل صريحاً أو ضمنياً - وإذا جرى العزل بكتاب أو برقية، فلا ينعقد إلا من تاريخ استلام الوكيل بلاغ عزله.

م٨١٢: إذا كانت الوكالة من قبل عدة أشخاص فى قضية واحدة، فلا يجوز العزل إلا باتفاق جميع الموكلين. أما إذا كانت القضية قابلة للتجزئة، فإن العزل الصادر عن أحد الموكلين يزيل الوكالة الجزء المختص بهذا الموكل وحده. أما فى شركات التضامن وسائر الشركات، فيحق لكل شريك يملك حق التوكيل باسم الشركة أن يرجع عن الوكالة.

م٨١٣: إن العزل عن الوكالة كلها أو بعضها لا يكون نافذاً فى حق شخص ثالث حسن النية إذا عاقد الوكيل قبل أن يعلم بعزله - على أنه يبقى للموكل حق الرجوع على وكيله.

م٨١٤: عندما يوجب القانون صيغة معينة لإنشاء الوكالة، يجب استعمال الصيغة نفسها للرجوع عنها.

م٨١٧: إن عزل الوكيل الأصلى أو وفاته يؤديان إلى عزل من وكله فيما خلا الحالتين الآتيتين: أولا- متى كان وكيل الوكيل معيناً بترخيص من الموكل. ثانيا - متى كان الوكيل الأصلى ذا سلطة مطلقة فى التصرف أو كان له الحق فى التوكيل.

م٨٢٢: إذا فسخ الموكل أو الوكيل عقد الوكالة فجأة فى وقت غير مناسب وبلا سبب مقبول، جاز أن يلزم بضمان العطل والضرر للفريق الآخر بسبب إساءة استعماله هذا الحق. أما وجود الضرر ومبلغه فيقدرها القاضى بحسب ماهية الوكالة وظروف القضية والعرف المحلى.

(وأحكام التقنين اللبنانى تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المصرى، ويشترط التقنين اللبنانى، عندما يوجب القانون شكلا خاصاً لانعقاد الوكالة، نفس الشكل فى الرجوع عنها).

(1) إذا كانت المطعون عليها قد أنهت توكيلها لمحاميها فإنه لم تعد له صفة فى تقديم مذكرة أو الحضور عنها فى الطعن ولو ادعى بعدم جواز انهاء الوكالة لصدورها لصالح الغير وذلك دون رضاء منه استنادا للمادة ٧١٥ من القانون المدنى متى كان المحامى لم يقدم الدليل على صحة هذا الادعاء.

(جلسة ١٩٦٣/٣/٢١ الطعن رقم ٢٣٨ لسنة ٢٧ق س١٤ ص٣٣٥)

الأصل لمصلحة الموكل، ولذلك لم يجز عزل الوكيل إذا كانت الوكالة فى صالحه هو أو فى صالح الغير إلا برضاء من كانت الوكالة فى صالحه كما سيجئ، فإذا رأى الموكل أن مصلحته فى الوكالة لم تعد قائمة كان له أن ينهى الوكالة بعزل الوكيل(١). وكما للموكل أن يعزل الوكيل، كذلك له من باب أولى أن يقيد من وكالته، كأن يوكله فى البيع وقبض الثمن ثم يقيد الوكالة بالبيع دون قبض الثمن، ويكون هذا عزلا جزئياً من الوكالة.

وعزل الوكيل يكون بإرادة منفردة تصدر من الموكل موجهة إلى الوكيل، فتسرى فى شأنها القواعد العامة. ولما كان القانون لم ينص على أن تكون فى شكل خاص، فأى تعبير عن الإرادة يفيد معنى العزل يكفى، وقد يكون هذا التعبير صريحاً كما قد يكون ضمنياً(٢). ومن أمثلة العزل الضمنى للوكيل أن يعين الموكل وكيلا آخر لنفس العمل الذى فوض فيه الوكيل الأول بحيث يتعارض التوكيل الثانى مع التوكيل الأول، فيعتبر صدور التوكيل الثانى عزلا ضمنياً للوكيل الأول(٣). ويبقى صدور التوكيل الثانى عزلا ضمنياً للوكيل الأول حتى لو كان هذا التوكيل الثانى باطلا، أو كان قد سقط بعدم قبول الوكيل الثانى إياه، ذلك لأن مجرد توجه إرادة الموكل إلى توكيل شخص آخر لنفس العمل يفيد حتما عزل الوكيل الأول(٤). ويعتبر كذلك عزلا ضمنياً للوكيل أن يقوم الموكل

---

(١) بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٠٨- أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٦ ص٢٣٥- بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٠٤٥.

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه وإن كان عزل الموكل للوكيل قد يحصل ضمناً، إلا أنه يجب أن يثبت ذلك قطعاً ولا يصح استنتاجه من ظروف لا تدل عليه حتما، وقد يكون العزل جزئياً إذا أقيم الوكيل الجديد لجزء من العمل فقط (استئناف مصر ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٣٢٦ ص٧٤٢). وقضت أيضاً بأن حصول التوكيل بالكتابة لا يمنع العزل بغير الكتابة إذا حصل هذا العزل بوقائع مادية لا شك فيها، لأن الوقائع المادية يجوز إثباتها بالشهود والقرائن. فإذا ثبت قطعاً من شهادة الطرفين أن الموكل الذى وكل وكيلا لإدارة أطيانه جاء بعد سنة أو سنتين وأدار أطيانه وأجرها بنفسه وحصل أجرتها بنفسه، يعتبر هذا عزلا ضمنياً كافياً لإعفاء الموكل من موجبات وكالته بعد تلك المدة، وخصوصاً إذا تعزز ذلك بإيصالات مكتوبة أعطيت من الموكل لبعض المستأجرين (استئناف مصر ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ١٢٦ ص٣٧٠).

(٣) انظر المادة ٢٠٠٦ مدنى فرنسى - نقض فرنسى ٢ مارس سنة ١٨٩١ سيريه ٩٥-١-٤٩٣- جيوار فقرة ٢١٩ - بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٢٣ وقارن فقرة ٨٢٤- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٠.

(٤) ترولون فقرة ٧٨٨- لوران ٢٨ فقرة ١٠٢- جيوار فقرة ٢١٩- بون ١ فقرة ١١٦١- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٢٣ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٦ ص٢٣٧ وهامش ١٢ و١٣.

بنفسه بتنفيذ العمل محل الوكالة[1]. وسواء كان العزل صريحاً أو ضمنياً، فإنه لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى علم الوكيل، طبقاً للقواعد العامة[2]. وقبل علم الوكيل بالعزل تبقى وكالته قائمة. فإذا تعاقد مع شخص حسن النية انصرف أثر التعاقد إلى الموكل. وحتى بعد علم الوكيل بالعزل إذا تعاقد مع الغير حسن النية، فإن أثر التعاقد ينصرف أيضاً إلى الموكل، ولكن لا بموجب وكالة حقيقية كما فى الحالة الأولى، بل طبقاً لقواعد الوكالة الظاهرة[3]. ومن ثم يتعين على الموكل، حتى يكون بمأمن من ذلك، أن يعلم الغير الذين يتعاملون عادة مع الوكيل بعزله لهذا الأخير[4](1).

---

(١) نقض فرنسى ١٤ يونيه سنة ١٩١٣ سيريه ١٩١٤- ١- ١٧٩- باريس ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٤٣ جازيت دى پاليه ١٩٤٣-٢-٢٦٨- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٢٤ ص٤٤٠- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٠ ص٩٣٤.

(٢) وتصرف الوكيل قبل العلم بالعزل ينفذ فى حق الموكل (استئناف مختلط ١٨ أبريل سنة ١٩٣٩ م٥١ ص٢٦١). أما بعد أن يعلم الوكيل، فإنه لا يجوز له أن يمضى فى أعمال الوكالة، فإن فعل كان هو المسئول، ولا يرجع بما أنفق من مصروفات على الموكل (استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٩٠٢ م١٤ ص١٢٢). ويكفى لإثبات علم الوكيل بالعزل إعلانه بذلك على يد محضر، ولو كان هذا الإعلان باطلا من ناحية الشكل، إذ لا يشترط شكل مخصوص فى العزل كما قدمنا (استئناف مختلط ٨ نوفمبر سنة ١٨٩٩ م١٢ ص٥). وإذا عزل الموكل الوكيل عزلا صريحاً وعزلا ضمنياً، فإن قاضى الموضوع هو الذى يبت أى العزلين هو الأسبق، ومن ثم يعين من أى وقت انعزل الوكيل (نقض فرنسى ٢٤ يونيه سنة ١٩٠٥ سيريه ١٩٠٦- ١- ٨- أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٦ ص٢٣٧). ولا يكون للعزل أثر رجعى، فإذا كانت الوكالة بأجر ولمدة معينة، استحق الوكيل الأجر عن المدة التى سبقت العزل (أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٣٧٤).

(٣) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩١ ص٩٣٤- ويجب على كل حال أن يتخذ الوكيل، بعد علمه بالعزل، الإجراءات اللازمة لحفظ مصالح الموكل حتى يتمكن هذا الأخير من صيانة مصالحه بنفسه (م٧١٧ مدنى وانظر آنفاً فقرة ٣٢٤ ثالثا).

(٤) بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٠٤٧- كولان وكاپيتان ودى لاموراندييه ٢ فقرة ١٣٦٩ ص٨٧٥- چوسران ٢ فقرة ١٤٢٢ ص٧٧٤- وقد قضى بأن النشر فى الجرائد عن عزل الوكيل لا يحتج به على من تعامل مع ذلك الوكيل، لأن نشر الإعلانات للأشخاص بطريق النشر بواسطة الجرائد مرخص فى مواضع معلومة مذكورة فى القوانين، وليس هذا النشر من المطلوب قانوناً على العموم بالنسبة إلى الوكالة (استئناف وطنى ١٧ نوفمبر سنة ١٩١٠ الحقوق ٢٦ ص٤٩). ولكن يجوز إثبات علم الغير بالبينة والقرائن (استئناف مختلط ٨ نوفمبر سنة ١٨٩٩ م١٢ ص٥).

(1) ألزم الشارع الموكل أن يعلن عن انقضاء الوكالة وحمله مسئولية إغفال هذا الأجراء، فإذا انقضت الوكالة بالعزل أو الاعتزال ولم يعلن الموكل خصمه بذلك سارت الاجراءات صحيحة فى مواجهة الوكيل، كذلك إذا انقضت الوكالة بوفاة الوكيل أو بعزله فإن ذلك لا يقطع سير الخصومة ويتعين على الموكل أن يتقدم إلى المحكمة لتمنحه أجلا مناسبا يتمكن فيه وكيله الجديد من مباشرة الدعوى فإن هو تخلف عن ذلك أعملت المحكمة الجزاء الذى رتبه القانون على غياب الخصم.
(جلسة ١٩٦١/٤/٢٠ الطعن رقم ٤٤ لسنة ٢٦ق س١٣ ص٣٨٢)

وإذا تعدد الموكلون وعزل أحدهم الوكيل، فإذا كانت الوكالة تقبل التجزئة اقتصر العزل على الموكل الذى صدر منه العزل، وبقيت الوكالة قائمة بالنسبة إلى الموكلين الآخرين(١). أما إذا كانت الوكالة لا تقبل التجزئة، فإن الوكيل لا ينعزل حتى بالنسبة إلى الموكل الذى صدر منه العزل، ولابد من اتفاق جميع الموكلين على عزله حتى ينعزل(٢).

وجواز عزل الموكل للوكيل قاعدة من النظام العام، فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها. ومن ثم لا يجوز للوكيل أن يشترط بقاءه وكيلا حتى يتم العمل الموكول إليه، ويستطيع الموكل بالرغم من هذا الشرط عزله قبل أن يتم العمل. والنص صريح فى هذا المعنى، إذ جاء فى صدر الفقرة الأولى من المادة ٧١٥ مدنى كما رأينا: «يجوز للموكل فى أى وقت أن ينهى الوكالة أو يقيدها، ولو وجد اتفاق يخالف ذلك»(٣). وكما لا يجوز للوكيل أن يشترط عدم قابليته للعزل، كذلك لا يجوز له أن يشترط تقاضى تعويض إذا عزله الموكل، فإن فى هذا تقييداً لحرية الموكل فى عزل الوكيل، وقد أراد القانون الاحتفاظ للموكل بهذه الحرية كاملة(٤)(1).

---

(١) فإذا وكل دائنون متعددون وكيلا واحداً فى اتخاذ الإجراءات ضد مدينهم المفلس، وعزل أحد الدائنين الوكيل، انعزل بالنسبة إلى هذا الدائن، وبقيت وكالته قائمة بالنسبة إلى الدائنين الآخرين (ترولون فقرة ١١٩ – جيوار فقرة ٢٢١– بون ١ فقرة ٧١٩– بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٢٠).

(٢) نقض فرنسى ٧ يناير سنة ١٨٦٨ سيريه ٦٨–١–١٧٢– جيوار فقرة ٢٢٥– بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٢١– بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٢ ص٩٣٨.

(٣) ومع ذلك انظر محمد كامل مرسى فقرة ٢٤٢– وانظر عكس ذلك فى القانون الفرنسى حيث لا يوجد نص يعتبر القاعدة من النظام العام فيجوز الاتفاق على عدم قابلية الوكيل للعزل: نقض فرنسى ٨ أبريل سنة ١٨٥٧ داللوز ٥٨–١–١٣٤– ٩ يوليه سنة ١٨٨٥ داللوز ٨٦–١–٣١٠– بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨١٨– بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٢ ص٩٣٦.

(٤) بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨١٩ ص٤٣٨– وقرب نقض فرنسى ٣٠ أبريل سنة ١٨٧٨ سيريه ٧٨–١– ٣١٣– ٢ يوليه سنة ١٨٨٨ سيريه ٨٨–١–٤٢١– وقارن أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٦ ص٢٣٦– ص٢٣٧.

(1) جواز الاتفاق بين طرفى عقد الوكالة – فى غير حالتى الغش والخطأ الجسيم – على حق الموكل فى عزل الوكيل فى أى وقت دون مسئولية التعويض ويعد هذا الاتفاق واردا على الإعفاء من مسئولية مما تجيزه المادة ٢١٧ من القانون المدنى.

قضاء الحكم المطعون فيه برفض الدعوى لانتفاء حق الوكيل فى التعويض عن عزله من الوكالة طبقا للاتفاق المبرم بينه وبين الشركة المطعون عليها. والذى تضمنه البند الثالث عشر من العقد وأجاز لها هذا الحق مع اعفائها من أية مسئولية تترتب على ذلك فأنه يكون قد وافق صحيح القانون دون حاجة للرد على ما أثاره الطاعنون من أن ما تضمنه العقد من اتفاق على الإعفاء من المسئولية هو شرط =

على أن القانون نفسه قيد حق الموكل فى عزل الوكيل فى حالتين(١):

(الحالة الأولى) إذا كانت الوكالة بأجر، فإن الموكل يملك عزل الوكيل بالرغم من ذلك، ولكن لما كان للوكيل مصلحة فى الأجر فقد أوجب القانون أن يكون عزل الوكيل لعذر مقبول وفى وقت مناسب. فإذا عزل الموكل الوكيل بغير عذر مقبول، أو فى وقت غير مناسب، كان العزل صحيحاً وانعزل الوكيل عن الوكالة(٢)، ولكنه يرجع بالتعويض على الموكل عن الضرر الذى لحقه من جراء هذا العزل(1)، كأن يقضى له بالأجر كله أو بعضه بحسب تقدير القاضى للضرر الذى لحق الوكيل، لأن العزل فى هذه الحالة ينطوى

=باطل فى نطاق المسئولية التقصيرية أو بحث مدى الضرر الذى ترتب على عزل الوكيل.
(جلسة ١٩٩٤/١٢/٢٥ الطعن رقم ٧٣١ لسنة ٦٠ق)

(جلسة ١٩٦٩/٦/٣ الطعن رقم ٢٤٨ لسنة ٣٥ س ٢٠ ع٢ ص٨٥١)

(١) ولكن يجوز، فى هاتين الحالتين، فسخ الوكالة لسبب يبرر الفسخ (نقض فرنسى ١٣ مايو سنة ١٨٨٥ داللوز ٨٥-١-٣٥- ١١ فبراير سنة ١٨٩١ داللوز ٩١-١-١٩٧- جيوار فقرة ٢١٦- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨١١- وقرب بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٢ ص٩٣٨ - وانظر آنفاً فقرة ٣٢٩). ويجوز أيضاً، فى غير هاتين الحالتين، إذا عزل الموكل الوكيل على وجه يسئ إلى سمعته، سواء كانت الوكالة مأجورة أو غير مأجورة، أن يرجع الوكيل على الموكل بالتعويض عما لحقه من ضرر أدبى (أكثم أمين الخولى فقرة ١٩٦ ص٢٤٨).

(٢) استئناف مختلط ٢٠ مارس سنة ١٨٩٠ م٢ ص٣٦٥- ٢٠ فبراير سنة ١٩١٧ م٢٩ ص٢٤٢- ١٣ يونيه سنة ١٩٢٣ م٣٥ ص٥٠٧- ١١ يونيه سنة ١٩٤٠ م٥٢ ص٣٠١- نقض فرنسى أول مايو سنة ١٩٠٧ داللوز ١٩٠٧- ١- ٤٣٥- ٤ مارس سنة ١٩١٤ داللوز ١٩١٦-١- ٦٨- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨١٢- أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٦ ص٢٣٥- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩١ ص٩٣٥- دى باج ٥ فقرة ٤٦٧- جوسران ٢ فقرة ١٤٢٣.

(1) أ- النص فى المادة ٧١٥/١ من القانون المدنى يدل على أنه وإن كان للموكل أن يعزل الوكيل فى أى وقت، إلا أنه فى حالة الوكالة بأجر يحق للوكيل أن يرجع على الموكل بالتعويض عما لحقه من ضرر بسبب عزله إذا كان فى وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول.
(جلسة ١٩٧٥/٤/٢٩ الطعن رقم ٣٦٨ لسنة ٤٠ق س٢٦ ص٨٥٤)

ب- يدل نص المادة ٧١٥ مدنى على أن الموكل وإن كان له أن يسحب ثقته من وكيله المحامى فيملك عزله متى تراءى له ذلك إلا أنه لما كان للوكيل مصلحة فى تقاضى أتعابه فقد وجب ألا يكون الموكل متعسفا فى استعمال حقه فلا يسوغ له عزل الوكيل المحامى فى وقت غير مناسب أو دون قيام مبرر مقبول، فإذا ما تحقق هذا التعسف التزم بأداء كامل الأتعاب عن تمام مباشرة المهنة الموكلة إلى المحامى.
(جلسة ١٩٨٨/٤/٢٨ الطعن رقم ١١٣٣ لسنة ٥٤ق)

على تعسف يستوجب التعويض[1]. والوكيل هو الذى يحمل عبء إثبات أن عزله كان فى وقت غير مناسب أو كان بغير عذر مقبول، لأن الأصل أن الوكيل لا يتقاضى تعويضاً عن عزله[2]، فإذا طالب بتعويض وجب عليه أن يثبت السبب القانونى الذى يستحق من أجله التعويض.

(الحالة الثانية) إذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل أو لصالح أجنبى، فإنه لا يجوز فى هذه الحالة عزل الوكيل أو تقييد الوكالة دون رضاء من صدرت الوكالة لصالحه (م٢/٧١٥ مدنى)(1). وتختلف هذه الحالة عن الحالة السابقة فى أن عزل الوكيل هنا لا

---

(١) استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٩٢٥ م٣٧ ص٤١٧. نقض فرنسى ٩ يوليه سنة ١٨٨٥ سيريه ٨٧ -١-٤٧٨- ١٩ نوفمبر سنة ١٨٨٩ سيريه ٩١-١-٥٠٨- ١٨ يوليه سنة ١٨٩٢ سيريه ٩٢ -١ -٣٣٧ - ٤ مارس سنة ١٩١٤ داللوز ١٩١٦ -١- ٦٨- ٤ يونيه سنة ١٩٣٠ داللوز الأسبوعى ١٩٣٠ -٣٦٢- ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣٤ داللوز الأسبوعى ١٩٣٥- ٤- ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٤٠ جازيت دى پاليه ١٩٤٠ -٢-٢٦٢- ١٣ يناير سنة ١٩٤١ سيريه ١٩٤١ -١-١٢٤- باريس ٢٨ يناير سنة ١٩٥٣ داللوز ١٩٥٣- ٦١٧- جيوار فقرة ٢٢٥- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨١٤ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٦ ص٢٣٦- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩١ ص٩٣٥- كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٣٦٩ - جوسران ٢ فقرة ١٤٢٤.

وإذا وكل شخص آخر فى بيع عقار له دون أن يفرده بالوكالة، ثم واتته فرصة لبيع العقار بنفسه أو بواسطة وكيل آخر، فلا يعتبر تصرفه هذا عزلا للوكيل الأول فى وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول، ومن ثم لا يستحق الوكيل الأول أى تعويض (باريس ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٤٣ جازيت دى پاليه ١٩٤٣-٢- ٢٦٨- أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٦ ص٢٣٦ هامش٦).

هذا ويجوز الاتفاق على أن للموكل عزل الوكيل فى أى وقت وبدون إبداء أى سبب وذلك دون أن يكون الموكل مسئولا عن أى تعويض، ويكون هذا اتفاقاً على الإعفاء من مسئولية عقدية وهو جائز (نقض فرنسى ١٠ نوفمبر سنة ١٨٩١ داللوز ٩٢-١-٤٠٦- ٢٩ أبريل سنة ١٩٣١ داللوز الأسبوعى ١٩٣١ -٣٣٢- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨١٧- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩١ ص٩٣٥ - محمد على عرفة ص٤١٧- وقارن أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٦ ص٢٣٦).

(٢) أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٦ ص٢٣٦.

(1) أ- يدل نص المادة ٢/٧١٥ من القانون المدنى على ان انهاء الوكالة فى حالة ما إذا كانت صادرة لصالح الوكيل أو أجنبى لا يتم بالارادة المنفردة للموكل بل لابد أن يشاركه فى ذلك من صدرت لصالحه الوكالة وهو الوكيل فى الحالة الأولى أو الأجنبى الذى صدرت لصالحه فى الحالة الثانية فإذا استقل الموكل بعزل الوكيل دون رضاء من صدرت لصالحه الوكالة فإن تصرفه لا يكون صحيحا ولا يتم العزل وتبقى الوكالة قائمة وسارية رغم العزل وينصرف أثر تصرف الوكيل إلى الموكل.

(جلسة ٢٠٠١/٥/٣ الطعن رقم ٢٢١٨ لسنة ٧٠ق)

ب- النص فى عقد الوكالة محل النزاع الصادر من المطعون ضدها الأولى (الموكلة) إلى الطاعن الأول (الوكيل) على حق الأخير بيع شقة النزاع لنفسه أو للغير وأنه لا يجوز إلغاء الوكالة إلا =

يكون صحيحاً ولا ينعزل الوكيل، بل تبقى وكالته قائمة بالرغم من عزله وينصرف أثر تصرفه للموكل(١)، فى حين أن العزل فى الحالة الأولى يكون صحيحا كما رأينا ويقتصر الوكيل على تقاضى تعويض من الموكل(٢). ومثل أن تكون الوكالة فى صالح الوكيل أن يوكل الشركاء فى الشيوع شريكاً منهم فى إدارة المال الشائع، فهذه وكالة ليست فحسب فى صالح الموكلين بل هى أيضاً فى صالح الوكيل(٣). كذلك إذا وكل المؤمن له شركة التأمين فى الدعوى التى ترفع منه أو عليه بسبب الخطر المؤمن منه، فإن الوكالة تكون فى هذا الفرض فى صالح الوكيل وهو شركة التأمين(٤). ومثل أن تكون الوكالة فى صالح

=بحضور الوكيل شخصيا يدل على أن الوكالة موضوع الدعوى صادرة لصالح الوكيل فلا يجوز الغاءها إلا بموافقته على ذلك ولما كانت عبارات الاقرار المؤرخ ١٩٩٤/٦/٢٠ لا يستفاد منها موافقة الوكيل على ذلك لخلوها حتى من مجرد الاشارة إليه واستمرار حيازته لشقة النزاع بعد ذلك حتى بيعها للطاعنة الثانية فى ١٩٩٦/٤/٢٤ فإن الحكم إذا استدل منه على حق الموكل فى الغاء الوكالة فإنه يكون معيبا بالفساد فى الاستدلال. ولما كانت الطاعنة الثانية قد اشترت الشقة من الطاعن الأول الوكيل عن المطعون ضدها الأولى بمقتضى وكالة سارية المفعول على نحو ما سلف فأنها تكون قد تعاملت مع من يملك التصرف ويكون العقد نافذا فى حق الموكلة – المطعون ضده الأول – ولا مجال لتمسك الطاعنة الثانية بحسن النية استنادا إلى الوكالة الظاهرة، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بإلغاء الوكالة وعدم نفاذ العقد المؤرخ ١٩٩٦/٤/٢٤ فإنه يكون معيبا.
(جلسة ٢٠٠١/٥/٣ الطعن رقم ٢٢١٨ لسنة ٧٠ق)

(١) استئناف مختلط ١٥ نوفمبر سنة ١٨٩٤ م٧ ص٩– ١٣ مارس سنة ١٩١٣ م٢٥ ص٢٣٣– ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٥٣٧ – ٩ يناير سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص٩٥.

(٢) نقض فرنسى ١٤ يناير سنة ١٨٨٠ سيريه ٨٠–١–٣٠٩– ١٣ مايو سنة ١٨٨٥ داللوز ١٨٥ –١ –٣٥٠– ٢٠ فبراير سنة ١٨٨٩ سيريه ٩٠–١–٦٩– ١١ فبراير سنة ١٨٩١ داللوز ٩١–١–١٩٧– بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٢ ص٩٣٨– انظر عكس ذلك وأن الوكيل ينعزل فى الحالتين ويرجع بالتعويض على الموكل: أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٣٧١.

(٣) نقض فرنسى ١٣ مايو سنة ١٨٨٥ داللوز ٨٥–١–٣٥٠– بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨١٠ ص٤٣١– كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٣٨٩ ص٨٧٥.

(٤) بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨١٠ ص٤٣١– واحتكار الوكالة أو شرط القصر (exelusivité) (انظر آنفاً فقرة ٢٧٧ فى الهامش) يجعل الوكالة فى صالح الوكيل، فلا يجوز عزله فى المدة المحددة للاحتكار إلا برضاه (انظر عكس ذلك وأن شرط القصر باطل إذ يجوز عزل الوكيل فى أى وقت: أكثم أمين الخولى فقرة ١٩٦ ص٢٤٧ هامش١) – وإذا وكل الموكل الوكيل فى وفاء دين لتخليص عين شائعة بينهما من الرهن، كانت الوكالة فى مصلحة الوكيل إذ هو شريك فى العين الشائعة التى تتخلص من الرهن بوفاء الدين (نقض مدنى ٢٧ مارس سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٠٩ ص٣٣٧). وتكون الوكالة فى مصلحة الوكيل كذلك إذا وكل فى إدارة مال للموكل لاستيفاء دين له من غلة هذا المال (نقض مدنى ٢٢ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٦٨ =

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[1]. ومن باب أولى لا يجوز عزل الوكيل إذا كانت الوكالة في صالح كل من الوكيل والغير[2]، كأن يوكل شخص في بيع منزل على أن يستوفي الوكيل من ثمنه ديناً له في ذمة الموكل وأن يوفي ديناً آخر في ذمة الموكل للغير[3].

٣٣٣- تنحى الوكيل عن الوكالة - نص قانوني: تنص المادة ٧١٦ من التقنين المدني على ما يأتي:

«١- يجوز للوكيل أن ينزل في أي وقت عن الوكالة ولو وجد اتفاق يخالف ذلك، ويتم التنازل بإعلانه للموكل. فإذا كانت الوكالة بأجر، فإن الوكيل يكون ملزماً

=ص٣٥٨) - انظر أمثلة أخرى لوكالة في صالح الوكيل فلا يجوز عزله إلا برضاه: استئناف وطني ٢٤ فبراير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٦ رقم ٣٣ ص٥٧- ٢٤ نوفمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ٩٢ ص٩٠- ٢٤ مايو سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ٣٢٩ ص٣٠٥- مصر الوطنية ١٩ يناير سنة ١٩٢٤ المحاماة ٥ رقم ٣٧٣ ص٤٣٤- استئناف مصر ١٦ مارس سنة ١٩٢٤ المحاماة ٥ رقم ٣٠ ص٢٢- استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٩٢٧ م٣٩ ص٤٧٣- وكون الوكيل مأجوراً لا يكفي وحده لتكون للوكيل مصلحة تمنع من عزله، وقد رأينا أن الوكيل المأجور يجوز عزله (استئناف مختلط ١١ يونيه سنة ١٩٤٠ م٥٢ ص٣٠١).

(١) نقض فرنسي ٦ يناير سنة ١٨٧٣ داللوز ٧٣-١-١١٦- ١٣ مايو سنة ١٨٨٥ داللوز ٨٥ -١ -٣٥٠- جيوار فقرة ٢١٦- بون ١ فقرة ١١٥٩ - بودري وفال في الوكالة فقرة ٨١٠- أوبري ورو إسمان ٦ فقرة ٤١٦ ص٢٣٥.

(٢) بودري وفال في الوكالة فقرة ٨١٠ ص٤٣١.

(٣) انظر في عدم جواز عزل الوكيل بغير رضائه في وكالة قصد بها وفاء دين للوكيل: نقض مدني ٢٢ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥٥ ص٣٧٥. وانظر في عدم جواز عزل الوكيل إذا كانت الوكالة جزءاً لا يتجزأ من عقد آخر لا يجوز الرجوع فيه فتكون الوكالة كذلك لا رجوع فيها: بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٢.

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي: «والوكالة عقد غير لازم، فللموكل عزل الوكيل قبل انتهاء الوكالة، وله من باب أولى أن يقيد وكالته.. وتعتبر هذه القاعدة من النظام العام، فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها. على أنه يرد على جواز عزل الوكيل أو تقييد وكالته قيدان: (أ) إذا كانت الوكالة بأجر، وعزل الوكيل قبل انتهاء الوكالة في وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول، وأصابه ضرر من ذلك، فإنه يرجع بالتعويض على الموكل، لأن في العزل تعسفاً يستوجب التعويض. (ب) إذا كانت الوكالة لصالح الوكيل أو لصالح أجنبي، كما إذا كان أحد منهما دائناً للموكل ورخص له في استيفاء حقه مما يقع في يد الوكيل من مال الموكل، فلا يجوز عزل الوكيل أو تقييد وكالته إلا بعد رضاء من كانت الوكالة في صالحه، الوكيل أو الأجنبي» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٣٤ ص٢٣٥).

بتعـويض الموكل عن الضرر الذى لحقه من جزاء التنازل فى وقت غير مناسب وبغير عذر مقبـول».

«٢- غير أنه لا يجوز للوكيل أن ينزل عن الوكالة متى كانت صادرة لصالح أجنبى إلا إذا وجدت أسباب جدية تبرر ذلك، على أن يخطر الأجنبى بهذا التنازل، وأن يمهله وقتاً كافياً ليتخذ ما يلزم لصيانة مصالحه»(١).

ويخلص من هذا النص أنه يجوز للوكيل أن يتنحى عن الوكالة فى أى وقت قبل إتمام العمل الموكل إليه، فتنتهى الوكالة بتنحى الوكيل، كما رأيناها تنتهى بعزله. ويعلل

---

(١) **تاريخ النص**: ورد هذا النص فى المادة ٩٩٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٧٤٨ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٤٧، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧١٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٣٢- ص٢٣٦).

ويقابل النص فى التقنين المدنى القديم: م٥٢٩/٦٥٠: ينتهى التوكيل بالعزل وبإتمام العمل الموكل فيه وبعزل الوكيل نفسه وإعلان الموكل وبموت أحدهما.

م٥٢٢/٦٤٠: لا يجوز للوكيل أن يعزل نفسه عن الوكالة فى وقت غير لائق...

(وأحكام التقنين المدنى القديم تتفق مع أحكام التقنين المدنى الجديد).

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدنى السورى م٦٨٢ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م٧١٦ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى م١/٩٤٧: للموكل أن يعزل الوكيل أو أن يقيد من وكالته. وللوكيل أن يعزل نفسه، ولا عبرة بأى اتفاق يخالف ذلك.

(وأحكام التقنين العراقى تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المصرى).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى: م٨٣٥: لا يجوز للوكيل أن يعدل عن الوكالة إلا إذا أبلغ عدوله إلى الموكل - ويكون الوكيل ضامناً لكل ما يمكن أن يحدثه هذا العدول من العطل والضرر للموكل، إذا لم يقم بما يجب من التدابير لصون مصالح موكله صيانة تامة إلى أن يتمكن الموكل نفسه من القيام بما يجب.

م٨١٦: لا يجوز للوكيل أن يعدل عن وكالته إذا كانت منعقدة فى مصلحة شخص ثالث إلا فى حالة المرض أو مانع آخر مشروع - ويلزم الوكيل فى الحالة المذكورة أن ينبه الشخص الذى أعطيت الوكالة فى مصلحته، وأن يمنحه مهلة كافية ليقوم بما تقتضيه الظروف.

م٨٢٢: إذا فسخ الموكل أو الوكيل عقد الوكالة فجأة فى وقت غير مناسب وبلا سبب مقبول، جاز أن يلزم بضمان العطل والضرر الفريق الآخر بسبب إساءة استعمال هذا الحق. أما وجود الضرر ومبلغه فيقدرهما القاضى بحسب ماهية الوكالة وظروف القضية والعرف المحلى.

(وأحكام التقنين اللبنانى تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المصرى).

ذلك بأن الوكيل، حتى لو كان مأجوراً، إنما يقصد أن يسدى خدمة للموكل، وعقد الوكالة بخلاف عقد المقاولة ليس من عقود المضاربة، ولذلك جاز تعديل أجر الوكيل بالزيادة أو بالنقص لجعله متناسباً مع الخدمة التى أداها. فأجاز القانون للوكيل أن يتنحى فى أى وقت عن الوكالة إذا رأى أنه لم يعد من الملائم له أن يمضى فى إسداء الخدمة للموكل، وقيد حق التنحى هذا كما سنرى لمصلحة الموكل فيما إذا كان الوكيل يتقاضى أجراً، ولمصلحة الغير فيما إذا كانت الوكالة قد صدرت لصالحه(١).

وتنحى الوكيل يكون بإرادة منفردة تصدر منه. ولم ينص القانون على أن تكون فى شكل خاص. فأى تعبير عن الإرادة يفيد معنى التنحى يكفى، وكما يكون التنحى صريحاً يصح كذلك أن يكون ضمنياً(٢). وسواء كان صريحاً أو ضمنياً، فإنه لا ينتج أثره إلا بوصوله إلى علم الموكل، ولهذا تقول الفقرة الأولى من المادة ٧١٦ مدنى فيما رأينا: «ويتم التنازل بإعلانه للموكل». فقبل إعلان التنحى تبقى الوكالة قائمة، ويكون الوكيل ملزماً بالمضى فى تنفيذ الوكالة. أما بعد إعلان التنحى فإن الوكالة تنتهى، ولكن الوكيل يكون مع ذلك ملزماً بأن يصل بأعمال الوكالة التى بدأها إلى حالة لا تتعرض معها للتلف(٣) تطبيقاً لأحكام المادة ٧١٧ مدنى، وقد سبق بيان ذلك(٤).. وإذا استمر الوكيل، بعد أن أعلن تنحيه، فى أعمال الوكالة وتعامل باسم الموكل مع شخص حسن النية، فإن أحكام الوكالة الظاهرة هى التى تسرى وقد مر تفصيلها.

وإذا تعدد الموكلون وكانت الوكالة قابلة للتجزئة، جاز للوكيل أن يتنحى عن الوكالة بالنسبة إلى بعض الموكلين دون بعض. أما إذا كانت الوكالة غير قابلة للتجزئة، فإنه لا يجوز للوكيل أن يتنحى عن الوكالة إلا بالنسبة إلى جميع الموكلين.

وجواز تنحى الوكيل. كجواز عزله، قاعدة من النظام العام، فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها. ومن ثم لا يجوز للموكل أن يشترط على الوكيل البقاء فى الوكالة حتى يتم العمل الموكول إليه، حتى لو كانت الوكالة مأجورة، والنص صريح فى هذا المعنى، إذ جاء

---

(١) قرب بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٢٧- ويضاف إلى ذلك أن إجبار الوكيل على المضى فى الوكالة بالرغم من تنحيه لا يخلو من ضرر يعود على الموكل نفسه (أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٣٧٩)، ولكن يمكن الرد على ذلك بأن الوكيل لا يجبر على المضى فى الوكالة وإنما يكون ملزماً بالتعويض.

(٢) جيوار فقرة ٢٢٨- بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٢٨- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٣.

(٣) استئناف مختلط ٣٠ يناير سنة ١٩١٨ م٣٠ ص١٨٦.

(٤) انظر آنفاً فقرة ٣٢٤ ثالثا.

فى صدر الفقرة الأولى من المادة ٧١٦ مدنى كما رأينا: «يجوز للوكيل أن ينزل فى أى وقت عن الوكالة ولو وجد اتفاق يخالف ذلك»(١). ويكون أيضاً باطلاً لمخالفته للنظام العام اشتراط الموكل أن يتقاضى تعويضاً من الوكيل إذا تنحى عن الوكالة، لأن فى هذا تقييداً لحرية الوكيل فى التنحى(٢).

على أن القانون نفسه قيد حق الوكيل فى التنحى فى حالتين(٣):

(الحالة الأولى) إذا كانت الوكالة بأجر. فلا يجوز للوكيل أن يتنحى عن الوكالة بغير عذر مقبول أو فى وقت غير مناسب(٤). فإن هو فعل، صح التنحى، ولكن الوكيل يكون متعسفاً فيكون مسئولا عن تعويض الموكل(٥)(1).

---

(١) انظر عكس ذلك فى القانون الفرنسى حيث لا يوجد نص يعتبر القاعدة من النظام العام، فيجوز الاتفاق على عدم جواز تنحى الوكيل عن الوكالة: بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٢٩- وفى هذه الحالة لا يجبر الوكيل على العمل، وإنما يكون مسئولا عن التعويض (نقض فرنسى ١٦ أكتوبر سنة ١٩١٤ داللوز ١٩١٦ -١-٥٣- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٣ ص٩٤٠).

(٢) أكثم أمين الخولى فقرة ١٩٧ ص٢٤٩- وانظر عكس ذلك وأنه يصح للموكل أن يشترط تقاضى تعويض من الوكيل إذا تنحى هذا عن الوكالة ويكون هذا شرطاً جزائياً قابلا أن يعيد القاضى النظر فيه: محمد على عرفة ص٤٢٢ - محمد كامل مرسى فقرة ٢٤٣ ص٣٣١.

(٣) ولكن يجوز فى هاتين الحالتين فسخ الوكالة لسبب يبرر الفسخ (انظر آنفاً فقرة ٣٢٩).

(٤) استئناف مختلط ٣٠ يناير سنة ١٩١٨ م٣٠ ص١٨٦- وتقول الفقرة الأولى من المادة ٧١٦ مدنى فى آخرها: «.. من جراء التنازل فى وقت غير مناسب وبغير عذر مقبول». وواضح أن هناك خطأ مادياً، والصحيح هو استبدال لفظ «أو» بلفظ واو العطف، فيكون النص على الوجه الآتى: «.. من جراء التنازل فى وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول» (انظر فى هذا المعنى أكثم أمين الخولى فقرة ١٩٧ ص٢٤٩).

(٥) بيدان ١٢ فقرة ٣٣٣- جوسران ٢ فقرة ١٤٢٥- أما إذا كانت الوكالة بغير أجر، فيندر أن يكون تنحى الوكيل سبباً فى مسئوليته عن التعويض (أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٦ ص٢٣٨ هامش ١٦). وفى جميع الأحوال لا يكون الوكيل ملزماً بالتعويض إذا هو تنحى عن الوكالة لعذر مقبول، كالمرض أو تغيير محل الإقامة أو تغيير المهنة أو السفر أو قيام خصومة بينه وبين الموكل (مصر الوطنية ١٩ يناير سنة ١٩٢٤ المحاماة ٥ رقم ٣٧٣ ص٤٣٤- أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٣٨١- محمد على عرفة ص٤٢٢- م٢٠٠٧ مدنى فرنسى وهى تقول: «.. لم يكن فى وسع الوكيل أن يستمر فى تنفيذ الوكالة إلا إذا عرض مصالحه لخطر شديد».

(1) أ- إذا كان من حق الوكيل أن يقيل نفسه من الوكالة إذا ناء بعبئها أو رغب عن الاستمرار فى تنفيذها فان المشرع لم يطلق الأمر لهوى الوكيل يتنحى متى أراد وفى أى وقت شاء بل أنه قيد هذا الحد بقيود ضمنها نص المادة ٧١٦ من القانون المدنى، فإذا لم يراع الوكيل فى تنحيته الشروط والأوضاع التى يحتمها القانون كان ملزما بالتعويضات قبل الموكل، كما إذا أهمل - بالرغم من تنحيه - القيام بجميع الأعمال المستعجلة التى يخشى من تركها على مصلحة الموكل (م٧١٧ من=

(الحالة الثانية) إذا كانت الوكالة صادرة لصالح أجنبى، كأن يكون الوكيل معهوداً إليه بوفاء دين لأجنبى فى ذمة الموكل من المال الذى يقع فى يده لهذا الأخير. فعند ذلك لا يجوز للوكيل التنحى بشروط ثلاثة: أن تقوم أسباب جدية تبرر التنحى، وأن يخطر الوكيل الأجنبى بالتنحى، وأن يمهله وقتاً كافياً ليتخذ ما يلزم لصيانة مصالحه. فإذا أخل الوكيل بشرط من هذه الشروط الثلاثة، فإنه لا يجبر مع ذلك على المضى فى الوكالة إذ لا يجوز إجبار أحد على عمل شخصى، وإنما يكون مسئولا عن تعويض الأجنبى. أما إذا كانت الوكالة لصالح الوكيل نفسه، فإنه يجوز له التنحى دون شرط، لأنه هو الذى يقدر مصلحته[1].

وقد طبق قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ هذه القواعد على تنحى المحامى عن

=القانون المدنى) ولا يعفى الوكيل من المسئولية عن عزل نفسه فى وقت غير مناسب أو اغفال السهر على مصالح الموكل المستعجلة إلا أن يثبت أن ما فرط انما كان بسبب خارج عن ارادته أو إذا اثبت أنه لم يكن فى وسعه أن يستمر فى أداء مهمته إلا إذا عرض مصالحه لخطر شديد على سند من أنه لا يستساغ أن يفرض على الوكيل تضحية مصالحه الخاصة فى سبيل السهر على مصالح الموكل.

(جلسة ١٩٨٣/٣/٢١ الطعن رقم ٤٤٧ لسنة ٤٢ق)

ب- تقدير ما إذا كان الوكيل المأجور قد أهمل فى تنفيذ الوكالة أو تنحى فى وقت غير لائق وبغير عذر مقبول هو - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - من مسائل الواقع التى تبت فيها محكمة الموضوع دون ما رقابة لمحكمة النقض عليها فى ذلك متى كان استخلاصها سائغا وله أصله الثابت فى الأوراق.

(جلسة ١٩٨٣/٣/٢١ الطعن رقم ٤٤٧ س٤٢ق)

جـ- تقدير ما إذا كان الوكيل المأجور قد أهمل فى تنفيذ الوكالة أو تنحى فى وقت غير لائق وبغير عذر مقبول هو - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - من مسائل الواقع التى تبت فيها محكمة الموضوع دون ما رقابة لمحكمة النقض عليها فى ذلك متى كان استخلاصها سائغا وله أصله الثابت فى الأوراق.

(جلسة ١٩٨٣/٣/٣١ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٤ ص٨٧٣)

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «كذلك يرد على جواز تنازل الوكيل عن الوكالة قيدان: (أ) إذا كانت الوكالة بأجر وتنازل عنها الوكيل فى وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول، فإنه يكون متعسفاً فى هذا التنازل ويجب عليه التعويض، كما هو الأمر فى حالة التعسف فى العزل. (ب) إذا كانت الوكالة لصالح أجنبى، فلا يجوز التنازل عن الوكالة إلا إذا وجدت أسباب جدية تبرر ذلك مع إخطار الأجنبى وإعطائه الوقت الكافى لصيانة مصالحه، لأن الأجنبى قد تعلق حقه بالوكالة، فوجب ألا يكون تنازل الوكيل، بالنسبة له أيضاً، بغير عذر مقبول أو فى وقت غير مناسب. أما إذا كانت الوكالة فى مصلحة الوكيل، فهو حر فى التنازل عنها فى أى وقت شاء، لأنه هو الذى يقدر بمصلحته» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٣٥).

وكالته، فأوجب عليه أن يخطر موكله بتنحيه بكتاب موصى عليه[1]، وأن يستمر فى وكالته حتى يتمكن الموكل من اختيار محام آخر بشرط ألا يقل ذلك على شهر واحد. ولا يجوز له التنحى إذا كان منتدباً من لجنة المساعدة القضائية أو المحكمة، إلا لأسباب تقبلها اللجنة المذكورة أو المحكمة المنظورة أمامها الدعوى (م٢/٩٧ من قانون المحاماة). وقد نصت المادة ٩٢ من قانون المحاماة فى هذا المعنى على ما يأتى: «لا يجوز للمحامى أن يتنازل عن التوكيل فى وقت غير لائق. ويجب عليه أن يخطر موكله بكتاب موصى عليه بتنازل عن التوكيل، وأن يستمر فى مباشرة إجراءات الدعوى شهراً على الأقل متى كان ذلك لازماً للدفاع عن مصالح الموكل ويتعين على المحكمة تأجيل الدعوى المدة الكافية لتوكيل محام آخر»[1].

---

(١) ويجب على الموكل أن يعلن خصمه بانتهاء وكالة محاميه، وإلا سارت الإجراءات صحيحة فى مواجهة المحامى الذى انتهت وكالته، أخذاً بمبادئ الوكالة الظاهرة. وقد قضت محكمة النقض بأن الشارع ألزم الموكل أن يعلن عن انقضاء الوكالة وحمله مسئولية إغفال هذا الإجراء، فإذا انقضت الوكالة بالعزل أو الاعتزال ولم يعلن الموكل خصمه بذلك، سارت الإجراءات صحيحة فى مواجهة الوكيل. كذلك إذا انقضت الوكالة بوفاة الوكيل أو بعزله أو باعتزاله فإن ذلك لا يقطع سير الخصومة، ويتعين على الموكل أن يتقدم إلى المحكمة لتمنحه أجلا مناسباً يتمكن فيه وكيله الجديد من مباشرة الدعوى، فإن هو تخلف عن ذلك أعملت المحكمة الجزاء الذى رتبه القانونة على غياب الخصم (نقض مدنى ٢٠ أبريل سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٥٢ ص٣٨٢). وقضى قريباً من هذا المعنى بأنه إذا أراد شخص التنحى عن الوكالة الثابتة له عن شخص آخر بقصد تعطيل دعوى المدعى المرفوعة على الوكيل بصفته ولم يكن يقصد غرضاً مشروعاً، فلا يجوز قبول هذا التنحى من جانبه، ويجب اعتباره قائماً موجوداً فى الدعوى (الزقازيق ٧ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٣٢ ص٨٥. وانظر كذلك الزقازيق ١٩ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٩٢ ص١٨٠).

1) الحكمة التى تغياها المشرع من وجوب تأجيل الدعوى فى حالة تنازل المحامى عن التوكيل هى تمكين الموكل من توكيل محام آخر للدفاع عن مصلحته فيها مما مقتضاه أن الحكمة من التأجيل تنتفى فى حالة ما إذا كان قد وكل محامياً آخر بالفعل وباشر الحضور عنه فى الدعوى.
(جلسة ١٩٧٧/١/١١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ ص١٩٤)

عقد الوديعة

تمهيـــد *

٣٣٤ – التعريف بعقد الوديعة وخصائص هذا العقد – نص قـانونى : أوردت المادة ٧١٨ من التقنين المدنى تعريفاً لعقد الوديعة على الوجه الآتى :

«الوديعة عقد يلتزم به شخص أن يتسلم شيئاً من آخر ، على أن يتولى حفظ هذا الشئ، وعلى أن يرده عينا» (١) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى القديم المادة ٥٩٠/٤٨٢ (٢) .

(*) **مراجع فى عقد الوديعة** : هيك ١١ – لوران ٢٧ – ديفرجييه (تكملة توليييه) ٦ – ترولون فى الوديعة – جيوار فى القرض والوديعة والحراسة سنة ١٨٩٢ – بون فى العقود الصغيرة ١ – بودرى وفال فى الشركة والقرض والوديعة الطبعة الثال سنة ١٩٠٧ – بيدان (وروديير) ١٢ الطبعة الثانية سنة ١٩٣٨ – أوبرى ورو وإسمان ٦ الطبعة السادسة سنة ١٩٥١ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ الطبعة الثانية سنة ١٩٥٤ – دى پاج ٥ – Chapoutot فى إيداع النقود فى البنك . Légal فى إيداع الأوراق المالية فى البنك باريس سنة ١٩٢٦ – Berme فى وديعة الفنادق رسالة من بوردو سنة ١٩٣٠ – Tunc فى عقد الحفظ رسالة من باريس سنة ١٩٤١ – بلانيول وريبير بولانجيه ٢ الطبعة الثالثة سنة ١٩٤٩ – كولان وكاپيتان ودى لامور انديير ٢ الطبعة العاشرة سنة ١٩٤٨ – چوسران ٢ الطبعة الثانية سنة ١٩٣٣ – أنسيكلوپيدى داللوز ٢ سنة ١٩٥٢ لفظ Dépôt .

محمد كامل مرسى فى العقود المسماة سنة ١٩٤٩ – محمد على عرفة فى التأمين والعقود الصغيرة الطبعة الثانية سنة ١٩٥٠ .

وفى إشارتنا إلى هذه المراجع المختلفة نحيل إلى الطبعات المبينة فيما تقدم .

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ٩٩٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٧٥٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت قم ٧٤٩ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧١٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٤٢ – ص ٢٤٣) .

(٢) التقنين المدنى القديم م ٥٩٠/٤٨٢ : الإيداع عقد به يسلم إنسان منقولا لإنسان آخر يتعهد بحفظه بدون اشتراط أجرة كما يحفظ أموال نفسه ، ويرده بعينه عند أول طلب يحصل من المودع .

ويختلف التقنين المدنى القديم عن التقنين المدنى الجديد فى أمور ثلاثة : (١) الوديعة فى التقنين القديم عقد عينى لا يتم إلا بالتسليم ولذلك عرف بإنه عقد يسلم إنسان ، أما فى التقنين الجديد فهو عقد رضائى ولذلك رد فى المادة ٧١٨ مدنى جديد أن المودع عنده يلتزم بأن يتسلم الشئ فالتسلم التزام ينشأ من العقد لا ركن فيه . (٢) ينص التقنين القديم صراحة على أن الشئ المودع يكون منقولا . (٣) يشترط التقنين القديم أن يكون الوديعة دون أجر فإذا كانت بأجر أصبحت عقد مقاولة (م ٥٩١/٤٨٣ مدنى قديم) ، أما التقنين الجديد (م ٧٢٤) فيميز أن تكون الوديعة بأجر مع بقائها وديعة .

ويقابل فى التقنينات المدنية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٦٨٤ – وفى التقنين المدنى الليبى م ٧١٨ – وفى التقنين المدنى العراقى م ٩٥٠ – ٩٥١ – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ١/٦٩٠ (١).

ويخلص من التعريف المتقدم الذكر أن لعقد الوديعة خصائص نجمل أهمها فيما يأتى :

أولا – الوديعة عقد رضائى ، إذ هى تتم بمجرد توافق الإيجاب والقبول دون حاجة إلى شكل خاص ، ولأنها ليست كذلك بعقد عينى إذ لا يشترط فى انعقادها تسليم الشئ المودع إلى المودع عنده ، وتسلم الشئ المودع ليس ركناً فى الوديعة بل هو التزام فى ذمة المودع عنده بعد أن تنعقد الوديعة (٢). ولم يكن الأمر كذلك فى التقنين المدنى السابق، إذ كانت الوديعة – هى والقرض والعارية ورهن الحيازة – عقداً عينياً لا يتم إلا بالتسليم . وقد قدمنا أن التقنين المدنى السابق كان يسير فى ذلك على غرار التقنين المدنى الفرنسى ، وكلا التقنينين ورث هذه العينية عن القانون الرومانى . وكانت العينية مفهومة فى القانون الرومانى إذ أن هذا القانون لم يسلم بأن التراضى وحده كاف لانعقاد العقد إلا فى عدد محصور من العقود سمى بالعقود الرضائية وليست الوديعة من بينها . وكانت العقود فى هذا القانون شكلية فى الأصل ، ثم استغنى عن الشكل بالتسليم فى العقود العينية ومنها الوديعة . أما اليوم فقد

---

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى :**

التقنين المدنى السورى م ٦٨٤ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧١٨ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٩٥٠ : ١ – الأمانة هى المال الذى وصل إلى يد أحد بإذن صاحبه حقيقة أو حكما لا على وجه التمليك ، وهى إما أن تكون بعقد استحفاظ كالوديعة، أو ضمن عقد كالمأجور والمستعار ، أو بدون عقد ولا قصد كما لو ألقت الريح فى دار شخص مال أحد . ٢ – والأمانة غير مضمونة على الأمين بالهلاك ، سواء كان بسبب يمكن التحرز منه أو لا ، وإنما يضمنها إذا هلكت بصنعه أو بتعد أو تقصير منه .

م ٩٥١ : الإيداع عقد به يجعل المالك أو من يقوم مقامه حفظ ماله إلى آخر ، ولا يتم إلا بالقبض .

(ويختلف التقنين العراقى عن التقنين المصرى فى أن الوديعة فى الأول عقد عينى وفى الثانى عقد رضائى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ١/٦٩٠ : الإيداع عقد بمقتضاه يستلم الوديع من المودع شيئاً منقولا ، ويلتزم حفظه ورده .

(والوديعة فى التقنين اللبنانى عقد عينى ، وهى فى التقنين المصرى عقد رضائى).

(٢) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : «يتضح من هذا التعريف (الوارد بالمادة ٧١٨ مدنى) أن الوديعة عقد رضائى ، يلتزم الشخص بموجبه أن يتسلم شيئاً ، منقولا أو عقاراً ، ثم يرده عينا ، فالعقد يتم قبل تسليم الشئ» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٤٢ – ص ٥٤٣) .

أصبحت القاعدة ان التراضى كاف لانعقاد العقد ، فلم يعد هناك مقتض لإحلال التسليم محل الشكل . وكان الواجب أن تتحرر الوديعة من قيود رومانية لم يعد لها اليوم مبرر ، وهذا ما تم فى التقنين المدنى الجديد [١] .

ثانياً – والوديعة ، كالوكالة ، هى فى الأصل من عقود التبرع ، وتكون من عقود المعاوضة إذا اشترط فيها الأجر . والوديعة غير المأجورة ، كالعارية ، من عقد التفضل (actes de bienfaisance) لا من الهبات (libéralités)[٢] . وإذا صارت الوديعة بالأجر من عقود المعاوضة ، فهى أيضا كالوكالة المأجورة ليست من عقود المضاربة [٣] ، وهذا ما يميز بينها وبين المقاولة وعقد العمل كما سيجئ .

ثالثاً – والوديعة ، كالوكالة أيضاً ، هى فى الأصل عقد ملزم لجانب واحد. وتبقى على هذا الأصل فى الغالب لأنها لا تكون عادة مأجورة ، بخلاف الوكالة فيغلب فيها الأجر . وإذا كانت الوديعة غير مأجورة ، فإن المودع لا يترتب عادة فى ذمته بالوديعة أى التزام ، وتكون الالتزامات كلها فى جانب المودع عنده فيلتزم بتسلم الشئ المودع ويحفظه وبرده. ولكن يقع أن تكون الوديعة مأجورة فيلتزم المودع بالأجر ، كما يقع أن يترتب فى ذمة المودع التزام برد المصروفات أو بالتعويض وسنرى أن هذا التزام ينشأ من عقد الوديعة ذاته، ففى هذه الأحوال تكون الوديعة عقداً ملزماً للجانبين [٤] .

---

(١) انظر فى ذلك بالنسبة إلى عقد القرض وفى أنه لا توجد أهمية عملية من القول بأن الوديعة عقد عينى لا يتم إلا بالتسليم ، فحتى لو كانت عقداً عينياً لأمكن الوصول إليها عن طريق الوعد بالوديعة : الوسيط ٥ فقرة ٢٦٦ – وبالنسبة إلى عقد العارية : الوسيط ٦ فقرة ٨٢٤.

وقد ساير التقنين المدنى الجديد فى رضائية عقد الوديعة تقنين الالتزامات السويسرى (م ١/٤٧٢) . أما فى التقنين المدنى الفرنسى (م ١٩١٥) ، وفى المشروع الفرنسى الإيطالى (م ٦٤٦) ، وفى التقنين الألمانى (م ٦٨٨) ، وفى التقنين البولونى (م ١/٥٢٣) ، وفى التقنين اللبنانى (م ١/٦٩٠) وفى التقنين التونسى والمراكشى (م ٧٨١/٩٩٥) ، فالوديعة عقد عينى (انظر الجزء الثالث من المذكرة الإيضاحية لمشروع تنقيح القانون المدنى ص ٥٩٨ : وقد ورد فيها أن نص التقنين المدنى الجديد مطابق للمشروع الفرنسى الإيطالى م ١/٦٤٦ ، والصحيح أن المشروع الفرنسى الإيطالى يعتبر الوديعة عقداً عينياً كما قدمنا ، والتقنين الذى يعتبرها عقداً رضائياً هو تقنين الالتزامات السويسرى – انظر محمد على عرفة ص ٤٤٩ وهامش ٤) . ويقال عادة فى تأييد عينية عقد الوديعة إن الالتزام الأساسى فيها هو حفظ الشئ «ولا يتصور أن يلتزم إنسان بحفظ شئ ولما يتسلمه بعد» (محمد على عرفة ص ٤٥٠) . ومع ذلك أمكن أن نتصور أن المستأجر يلتزم بحفظ العين المؤجرة قبل أن يتسلمها ، ولم يقل أحد إن الإيجار ينبغى أن يكون عقداً عينياً .

(٢) الوسيط ١ فقرة ٥٩ و ٦ فقرة ٨٢٤ .

(٣) بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٠١٨ ص ٥٦١ .

(٤) انظر ما يلى فقرة ٣٧٧ – وقرب كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٢٣٢ – وقارن بودرى=

رابعاً : والوديعة تتميز ، كالوكالة ، بتغلب الاعتبار الشخصى (intuitu personae)، وهذا الاعتبار أبرز فى شخص المودع عنده منه فى شخص المودع . ومن ثم تنتهى الوديعة بموت المودع عنده كما سيجئ ، ولا يجوز للمودع عنده أن يحل غيره محله فى حفظ الوديعة دون إذن صريح من المودع إلا أن يكون مضطراً إلى ذلك بسبب ضرورة ملجئة عاجلة (م ٧٢١ مدنى) ، وسيأتى بيان ذلك .

خامسا – والوديعة عقد غير لازم من جانب المودع ، وسنرى أن للمودع طلب رد الشئ المودع فى أى وقت ولو قبل انقضاء الأجل ، ما لم يكن الأجل فى مصلحة المودع عنده.

سادساً : والوديعة تتميز أخيراً بأنها عقد يلتزم به المودَع عنده التزاماً أساسياً بحفظ الشئ المودع . فلا وديعة إذا لم يكن هناك التزام عقدى بالحفظ . فإذا ترك الشئ صاحبه عند آخر، دون أن يلتزم هذا الآخر صراحة أو ضمناً بحفظه ، لم يكن هناك عقد وديعة [١] . مثل ذلك أن يترك الخادم أمتعته فى منزل مخدومه [٢] ، أو يضع العامل ملابسه التى يرتديها بعد العمل أو دراجته فى فناء المصنع إلى أن ينتهى عمله اليومى[٣] ، أو يضع الشخص معطفه أو مظلته أو عصاه فى منزل يزوره أو مطعم أو مقهى يرتاده أو «صالون للحلاقة» يدخل فيه [٤] ، أو يخلع الشخص ملابسه فى «كابين» ليستحم أو فى ناد رياضى ليمارس اللعب أو عند حائك

= وقال فى الوديعة فقرة ١٠١٨ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٠ ص ٥٠٢ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٨٦٠ – چوسران ٢ فقرة ١٣٦٦ – محمد على عرفة ص ٤٥٢ – محمد كامل مرسى فقرة ٣٠٣ .

(١) انظر فى هذا المعنى وفى الأمثلة وأحكام القضاء الفرنسى التى سنوردها بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٦٨ .

(٢) نقض فرنسى ٤ فبراير سنة ١٩٢٤ داللوز ١٩٢٤ – ١ – ٢٦٣ .

(٣) نقض فرنسى ٢ يوليه سنة ١٩١٣ داللوز ١٩١٦ – ١ – ٢٨٥ – ٢٤ يوليه سنة ١٩١٣ داللوز ١٩٢٣ – ١ – ١٤١ – ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٢٤ داللوز ١٩٢٥ – ١ – ١٦ – ١٧ فبراير سنة ١٩٢٨ سيريه ١٩٢٨ – ١ – ١٩٧ – ١٥ يوليه سنة ١٩٤٩ سيريه ١٩٥٠ – ١ – ١٩ (وفى هذه القضية الأخيرة وضع رب العمل إعلانا بأنه غير مسئول عن حفظ الأشياء، ومع ذلك فقد قضى بأنه قد يتبين من الظروف أن هناك وديعة اضطرارية بالرغم من هذا الاعلان . باريس ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٩ داللوز ١٩٥٠–٧٥٩ – السين ٣٠ مارس سنة ١٩٥٠ جازيت دى پاليه ١٩٥٠ – ١ – ٢٩٩) .

(٤) ليون الابتدائية ١١ مايو سنة ١٩٠٠ داللوز ١٩٠٤ – ٢ – ٣٢٧ – ١٠ أغسطس سنة ١٩٠٣ داللوز ١٩٠٤ – ٢ – ٤٦٩ – السين ٢٤ يونيه سنة ١٩٢٤ داللوز الأسبوعى ١٩٢٤ – ٥٥٤ – ٣٠ يونيه سنة ١٩٤٧ داللوز ١٩٤٧ – ٤٢٣ – ومع ذلك انظر باريس ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٩ داللوز ١٩٥٠ – ٧٥٩ – ٣٠ ماس سنة ١٩٥٠ جاريت دى پاليه ١٩٥٠ – ١ – ٢٩٩ .

ليجرب الملابس الجديدة التى يخيطها الحائك [1]. ففى جميع هذه الأحوال لا يوجد عقد وديعة إلا إذا تبين من الظروف أن المودَع عنده قصد أن يلتزم بحفظ الشئ المودع، كأن خصص مكاناً لحرز هذه الأشياء، أو وكل إلى مستخدم تسلمها وإعطاء صاحبها ورقة حمل رقما (ticket) ليستردها بها [2]، أو أعد جراجا لحفظ السيارات، والدراجات [3]. وليس يكفى أن يلتزم الشخص بحفظ الشئ، فالمستأجر يلتزم بحفظ الشئ المؤجر، والمستعير يلتزم بحفظ الشئ المعار، والمقاول يلتزم بحفظ المادة التى قدمها رب العمل، والوكيل يلتزم بحفظ أموال الموكل التى تقع فى يده، والشريك يلتزم بحفظ أموال الشركة التى يعهد بها إليه، والمرتهن رهن حيازة يلتزم بحفظ المال المرهون، ولا يعتبر أى عقد من هذه العقود وديعة. وإنما يجب أن يكون الالتزام بحفظ الشئ هو الغرض الأساسى من العقد، فالوديعة غرضها الأساسى هو الحفظ بالذات. أما الإيجار والعارية فالغرض الأساسى منهما هو الانتفاع بالشئ، والمقاولة والوكالة غرضهما الأساسى القيام بعمل معين، والشركة غرضها الأساسى اقتسام ما قد ينشأ من نشاط الشركة من ربح أو خسارة، ورهن الحيازة غرضه الأساسى تأمين الدين، والالتزام بالحفظ فى هذه العقود إنما يدخل تبعاً للغرض الأساسى وبصفة غير أصلية [4].

---

(١) كان ١٧ ديسمبر سنة ١٨٧٥ داللوز ٧٦ – ٢ – ١٩٠ – باريس ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٣ – ٢ – ٣٢٣ – باريس محكمة الصلح ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٠٥ داللوز ١٩٠٥ – ٢ – ١٩١ – ١٧ أغسطس سنة ١٩٠٦ داللوز ١٩٠٧ – ٥ – ٢ – تولوز محكمة الصلح ٤ أبريل سنة ١٩٠٦ داللوز ١٩٠٦ – ٥ – ٥٩ – السين ١٦ مايو سنة ١٩٢٧ داللوز الأسبوعى ١٩٢٧ – ٥٠٤ – ٢١ يناير سنة ١٩٣٦ داللوز الأسبوعى ١٩٣٦ – ١٧٣.

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٩٩.

(٣) نقض فرنسى ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٣٣ سيريه ١٩٣٤ – ١ – ١٢٩ – ليون ٢٤ يناير سنة ١٩٢٩ سيريه ١٩٢٩ – ٢ – ٩٥ – بورد و ٨ يناير سنة ١٩٤٧ J.C.P. ١٩٤٨ – ٢ – ٤٠٣٣ – السين ١٦ مايو سنة ١٩٢٧ داللوز الأسبوعى ١٩٢٧ – ٥٠٤ – نانت الابتدائية ١١ مارس سنة ١٩٤٧ داللوز ١٩٤٧ – ٣٥٩ أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠١ ص ١٦٨ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٦٨ ص ٤٩٦ – ص ٤٩٧.

(٤) نقض فرنسى ٢٩ نوفمبر سنة ١٨٦٦ داللوز ٦٧ – ١ – ٤٣ – ليموج ١٦ يناير سنة ١٩٣٩ داللوز الأسبوعى ١٩٣٩ – ٢٠٥ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠١ ص ١٦٥ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٦٨ ص ٤٩٧ – ص ٤٩٨ – چوسران ٢ فقرة ١٣٦١ – أنسيكلوپيدى داللوز ٢ لفظ Dépôt فقرة ٥.

وقد قضت محكمة النقض بأن مصلحة الجمارك إذ تتسلم البضائع المستوردة وإذ تستبقيها تحت يدها حتى يوفى المستورد الرسوم المقررة لا تضع اليد على هذه البضائع كمودَع لديه متبرع بخدماته لمصلحة المودع، بل تحتفظ بها بناء على الحق المخول لها بالقانون ابتغاء تحقيق مصلحة خاصة بها وهى وفاء الرسوم المستحقة، ومن ثم فإنه فى حالة فقد البضائع لا يجوز لها التحدى بأحكام عقد الوديعة وبأن مسئوليتها لا تعدو مسئولية المودع لديه بلا أجر، وذلك لانتفاء قيام هذا العقد الذى لا يقوم إلا إذا =

٣٣٥ – تمييز عقد الوديعة عن العقود الأخرى : سبق أن استعرضنا ، فيما قدمناه من العقود المسماة ، كيف يتميز عقد الوديعة عن العقود الأخرى ، فنشير هنا فى إيجاز إلى ما قدمناه من ذلك .

قد يدق التمييز بين الوديعة والبيع فيما يسمى بعقد المحاسبة (content estimateire, aestimatum) . فيودع مثلا تاجر الجملة مجوهرات عند تاجر التجزئة ليبيعها ، على أن يرد له ثمنها بسعر معين إذا باعها أو يردها هى بذاتها إذا لم يتمكن من بيعها. وكالمجوهرات الكتب والبضائع المختلفة يودعها أصحابها فى المكتبات أو عند تجار التجزئة ليبيعوها على هذا النحو . فإذا بيعت جاز اعتبار العقد وكالة مأجورة ، أو جاز اعتباره بيعاً من تاجر الجملة إلى تاجر التجزئة بالسعر المعين وهو بيع معلق على شرط واقف هو أن يتمكن تاجر التجزئة من بيع البضاعة بالثمن الذى يحدده والفرق بين هذا الثمن والسعر المبين هو مكسب تاجر التجزئة. والقول بتكييف أو بآخر يتوقف على نية المتعاقدين، ويستخلصها قاضى الموضوع من ظروف الواقع . أما إذا لم يبع تاجر التجزئة البضاعة وردها بعينها إلى صاحبها، جاز اعتبار العقد وديعة [1] ، وتكون وديعة معلقة على شرط فاسخ هو البيع [2] . وإذا سلم

=كان القصد من تسليم الشئ أساساً هو المحافظة عليه ورده للمودع عند طلبه . فإذا كانت المحافظة على الشئ متفرعة من أصل آخر كما هو الشأن فى الرهن الحيازى ، انتفى القول بوجوب تطبيق أحكام الوديعة (نقض مدنى ٨ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢١٢ ص ١٥٤٥ – انظر عكس ذلك وأن مصلحة الجمارك تعتبر مودعا عندها غير مأجورة : استئناف مختلط ١٨ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٣٤) . وقضى من جهة أخرى بأن وجود النقود المتحصلة من الأموال الأميرية طرف الصراف يعتبر أنه على سبيل الوديعة ، فإذا سرقت منه هذه النقود فالحكومة هى التى تتحمل الخسارة طبقاً للمادة ٤٨٩ مدنى ، ولا يلزم الصراف بدفع المبلغ من ماله الخاص (استئناف وطنى ٢٤ نوفمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ٩١ ص ٩٠).

(١) بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٠١٥ .

(٢) انظر فى هذه المسألة الوسيط ٤ فقرة ١١ ص ٣١ – ص ٣٢ – فلاتيه فى العقود لحساب الغير فقرة ١٧٦ – فقرة ١٩٠ – وانظر فى أن العقد لا يمكن أن يكون وكالة ، إذ ليس على تاجر التجزئة أن يقدم حساباً ، ويجوز له شراء البضاعة لنفسه ، وإذا هلكت البضاعة بسبب أجنبى تحمل تبعة الهلاك خلافاً للوكيل : فلاتيه فى العقود لحساب الغير فقرة ١٧٨ – فقرة ١٨٠ – وانظر فى أن العقد بيع تحت شرط واقف : نقض فرنسى ٢٢ يونيه سن ١٨٦٠ داللوز ٦٠ – ١ – ٤٧١ – تولوز ٩ يوليه سنة ١٨٩١ داللوز ٩٤–٢–١٣٨– ١٠ يناير سنة ١٩٠٦ داللوز ١٩٠٦ – ٥ – ٧٢ – السين ١٥ فبراير سنة ١٨٩٨ داللوز ٩٨ – ٢ – ٨٨ ، وانظر فى انتقاد تكييف أن العقد بيع تحت شرط واقف : فلاتيه فى العقود لحساب الغير فقرة ١٨١ – فقرة ١٨٤ – وفى انتقاد أن العقد شركة فقرة ١٨٥ – أو وديعة فقرة ١٨٦ – أو مقالة أو سمسرة فقرة ١٨٧ – وفى أن العقد هو عقد غير مسمى يلتزم فيه تاجر التجزئة التزاما تخييرياً نحو تاجر الجملة إما برد الشئ ذاته وإما برد السعر المعين فقرة ١٨٨ – وانظر فى عقد المحاسبة المواد ١٥٥٦ – ١٥٥٨ من التقنين المدنى الإيطالى الجديد . =

قطن لمحلج بموجب إيصالات ذكر فيها أنه لا يجوز لحاملها طلب القطن عينا ، لم يكن العقد وديعة ، فإذا تصرف صاحب المحلج فى القطن بدون إذن صاحبه لم يعتبر ذلك تبديدا [1] . وإذا اشترط فى عقد البيع أن الملكية فى المبيع تبقى للبائع حتى يجربه المشترى ، فإن وجود المبيع عند المشترى فى فترة التجربة إنما يكون على سبيل الوديعة ، فإن تصرف فيه إضراراً بصاحبه كان مبدداً [2] .

وتتميز الوديعة عن القرض ، فالوديعة لا تنقل ملكية الشئ ولا يجوز استعماله ويجب رده بالذات ، أما القرض فينقل ملكية الشئ على أن يرد مثله . ومع ذلك فقد يودع شخص فى البنك مبلغاً من النقود على أن يسترد مثله ، وهذا ما يسمى بالوديعة الناقصة (dépôt inégule) . وقد اختلف فى تكييف هذا العقد فى فرنسا ، أما فى مصر فقد حسم التقنين المدنى الجديد هذا الخلاف واعتبر العقد قرضاً (م ٧٢٦ مدنى) ، وسيجئ تفصيل ذلك .

وتختلف الوديعة عن الإيجار فى أن المودعَ عنده لا ينتفع بالعين المودعة أما المستأجر فينتفع بالعين المؤجرة ويدفع أجرة فى مقابل هذا الانتفاع . وقد يقع لبس بين العقدين فى أحوال ، أبرزها التعاقد مع مصرف على تخصيص خزانة لإيداع الأشياء الثمينة بها (location des coffres-forts) . وقد رجح أخيراً الرأى الذى يذهب إلى أن العقد ليس إيجاراً وإنما هو وديعة ، وهو من عقود الحفظ المهنية (contrats de garde) حيث يتخذ الشخص الوديعة المأجورة حرفة له ، كالمصرف بالنسبة إلى الخزانة ، وكصاحب الجراج العام بالنسبة إلى السيارات التى تودع عنده [4](1) .

= وانظر فى معنى أن العقد غير مسمى ما قضى به من أنه لا يعتبر مبدداً الصائغ الذى يتسلم من صائغ مثل قطعاً مصوغة من الذهب بثمن معين على أن يبيعها لحسابه ويدفع لصاحبها الثمن المتفق عليه ، أو يردها عيناً إذا لم يبعها ، فلم يفعل المتهم لا هذا ولا ذاك ، لأن العقد الذى يتم بين الصائغين هو عقد غير مسمى لا يدخل فى العقود التى نصت عليها المادة ٢٩٦ من قانون العقوبات : الوايلى ١٦ نوفمبر سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ٢٦٢ ص ٣٨٨ .

(١) نقض جنائى ٢١ مارس سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر الجنائية ٢ رقم ٣٣٧ ص ٤٨٨ .

(٢) نقض جنائى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٢٤٧ ص ٥٤٩ – ولكن قارن بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧١ ص ٥٠٢ .

(٣) الوسيط ٥ فقرة ٢٧٢ .

(٤) انظر فى تفصيل ذلك الوسيط ٦ فقرة ١٠ .

(1) عقد الإيجار وفقا لنص المادة ٥٥٨ من القانون المدنى هو عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشئ معين مدة معينة لقاء أجر معلوم وهو بهذا الوصف يختلف عن عقد الوديعة الذى بمقتضاه أن يلتزم المودع لديه بالمحافظة على الشئ المودع فالغرض الأساسى من عقد الإيجار هو =

وتتفق الوديعة مع العارية فى أن كلا من المودع عنده والمستعير يتسلم شيئاً للغير يحفظه عنده ويرده إليه عند نهاية العقد ، ولكن المودع عنده يتسلم الشئ ليحفظه دون أن يستعمله فالغرض الأساسى من العقد هو الحفظ كما قدمنا ، أما المستعير فيتسلم الشئ لينتفع به فالغرض الأساسى هو استعمال الشئ لا الحفظ . ومن ثم إذا أودع شخص بضائع فى مخزن لآخر لحفظها فالعقد وديعة ، أو أذن له فى استعمالها وكان هذا هو الغرض الأساسى من التعاقد فالعقد عارية (١) .

وتشتبه الوديعة المأجورة بالمقاولة وبعقد العمل ، إذ المودَع عنده يقوم بعمل لمصلحة الغير هو حفظ الشئ لقاء أجر معلوم ، فهو مأجور على عمله كالمقاول والعامل . ولكن المودَع عنده ، حتى لو كان مأجوراً ، ليس مضارباً ولا يبغى الكسب من وراء الأجر كما قدمنا. على أن هناك من الودائع المأجورة ما يقترب من المقاولة إلى حد بعيد ، وذلك فيما قدمناه من عقود الحفظ المهنية حيث يتخذ الشخص الوديعة المأجورة حرفة له فيكون فى هذه الحالة مضارباً يبغى الكسب (٢) .

= الانتفاع بالشئ ، ومن ثم فان ايداع السيارة بجراج عمومى لحفظها لقاء جعل معين لا يعدو أن يكون عقداً من عقود الوديعة بأجر تنحسر عنه أحكام عقد الإيجار ولا يرتب ثمة حق انتفاع على جزء محدد من الجراج .

(جلسة ١٩٩٧/٣/١٩ الطعن قم ٦١٨١ لسنة ٦٢ ق)

(١) انظر فى التمييز بين المقاولة والوديعة آنفاً فقرة ٧ – ولكن عقود الحفظ تبقى مع ذلك عقود وديعة لا عقود مقاولة ، وعلى ذلك يعتبر وديعة الإيداع فى مخازن الإيداع بمحطات السكك الحديدية (باريس ٨ مارس سنة ١٨٩٤ داللوز ٩٨ – ٢ – ٤٦٢) ، وفى الجراجات العامة (نقض فرنسى ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٤ سيريه ١٩٣٥ – ١ – ١٤ – بوردو ١٢ مايو سنة ١٩٣١ جازيت دى باليه ١٩٣١ – ٢ – ٢٢٣) ، وفى المصارف المعهود إليها حفظ الأوراق المالية للعميل (بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١١٧١ – السين ١٨ أكتوبر سنة ١٩٢٢ داللوز ١٩٢٤ – ٢ – ١٣٩ – ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ سيريه ١٩٢٤–٢–٥٧– ٩ يوليه سنة ١٩٢٦ داللوز الأسبوعى ١٩٢٦–٤٣١)، وفى المخازن العامة (نقض فرنسى ٢٧ يوليه سنة ١٩٠٩ داللوز ١٩١٠ – ١ – ١٨٧ – بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١١٧١) ، وفى محلات الودائع (vestiaires) فى المطاعم والملاعب والحمامات والكازينوهات (باريس ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٣ – ٢ – ٢٢٣ – السين ١٦ مايو سنة ١٩٢٧ داللوز الأسبوعى ١٩٢٧ – ٥٠٤ – ٢٥ مارس سنة ١٩٥٣ جازيت دى باليه ١٩٥٣ – ٢ – ٦١) .

أما إذا دفع العميل للصانع شيئاً يرممه ، أو للجراج سيارة يصلحها ، فالغرض الأساسى من العقد ليس هو حفظ الشئ بل إصلاحه ، ومن ثم يكون العقد مقاولة لا وديعة . كذلك فى عقد النقل ليس الغرض الأساسى هو حفظ الأمتعة بل النقل من مكان إلى آخر ، ومن ثم لا يتضمن عقد النقل عقد وديعة (انظر فى ذلك أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠١ ص ١٦٥ – ص ١٦٨ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٠ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٨٧٨ – فقرة ٢٨٨٢ – وقارن كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٢٣٢ ص ٨٠٧) .

وقد تقترن الوديعة بالوكالة . والأصل أن الوكيل إذا وقع فى يده مال للموكل، بقى العقد وكالة لأنه لم يتسلم المال لحفظه بل لتنفيذ الوكالة . ومع ذلك إذا أودع شخص ما لا عند آخر لحفظه ، ووكله فى الوقت ذاته بأنه يدفع هذا المال بعد مدة معينة لدائن له يستوفى منه حقه ، فهذه وديعة مقترنة بوكالة . والحراسة ليست إلا وديعة مقترنة بتوكيل الحارس فى إدارة المال الموضوع تحت الحراسة [1] .

وتتفق الوديعة مع رهن الحيازة فى أن صاحب الشئ يودعه فى العقدين عند شخص آخر. ولكن الغرض الرئيسى فى الوديعة هو حفظ هذا الشئ كما قدمنا ، أما فى رهن الحيازة فالاحتفاظ به ليكون ضماناً للدين [2] . وقد يرهن شخص شيئاً مودعاً عند آخر ، فيبقى المودَع عنده حائزاً للشئ لحساب الدائن المرتهن، ومن ثم تكون هناك وديعة مقترنة برهن. وأكثر ما يقع ذلك عندما يرهن صاحب البضاعة بضاعته المودعة فى مخزن عام ، وتبقى البضاعة مودعة فى المخزن العام لحساب الدائن المرتهن [3] .

٣٣٦ – التنظيم التشريعى لعقد الوديعة : وضع التقنين المدنى الجديد الوديعة فى مكانها الصحيح بين العقود الواردة على العمل ، ورتب أحكامها ترتيباً منطقياً ، وأدخل تعديلات على أحكام التقنين المدنى القديم فى مواضع متفرقة . وقد أوردت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى تفصيل ذلك فيما يأتى : «وضعت الوديعة بين العقود الواردة على العمل ، ورتبت أحكامها ترتيباً منطقيا ، فعرفت الوديعة ، ثم حددت التزامات الوديع والتزامات المودع . وذكرت بعض حالات تنطبق عليها أحكام الوديعة ، إلا فى مسائل معينة تنفرد بها بأحكام خاصة . ويختلف المشروع عن التقنين الحاى (القديم) فى مسائل أهمها ما يأتى » :

«(١) جعل المشروع الوديعة عقداً رضائياً ، كما فعل بالقرض والعارية ، وهى فى التقنين المالى (القديم) عقد عينى» .

---

(١) انظر فى اقتران الوديعة بالوكالة آنفاً فقرة ٢١٦ .

(٢) نقض فرنسى ٢٩ نوفمبر سنة ١٨٦٦ داللوز ٦٧–١–٤٣–٢٩ أكتوبر سنة ١٨٩٤ داللوز ٩٥–١–٢٥ – لوران ٢٧ فقرة ٧٥ – جيوار فقرة ٢٦ – بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٠١٤ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧١ ص ٥٠٤ .

(٣) نقض فرنسى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ داللوز الأسبوعى ١٩٣٢ – ٦٨ – ليون أول أبريل سنة ١٨٩٦ داللوز – ٩٧–٢–١١٨ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧١ ص ٥٠٤ هامش ٦ .

وانظر فى اشتباه الوديعة بالشركة وبالقرض : استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٢٣ – ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٧٣ – انظر الوسيط ٥ فقرة ٢٧١ .

«(٢) بين المشروع بوضوح التزامات كل من الطرفين» .

«(٣) فرق المشروع بين ما إذا كانت الوديعة عارية وبغير أجر ، وبين ما إذا كانت بأجر. فجعل فى الحالة الأولى معيار العناية المطلوبة من الوديع معياراً شخصياً إذا كانت عنايته العادية بأمواله الشخصية لا تفوق عناية متوسط الناس . وأما فى الحالة الثانية فقد جعل المعيار معياراً موضوعياً ، فهو يفرض على الوديع عناية المتوسط من الناس ولو كانت عنايته الشخصية بأمواله الخاصة دون ذلك المتوسط» .

«(٤) عرض المشروع لبعض حالات من الوديعة أشار إليها التقنين الحالى (القديم) إشارة قاصرة ، ففصل المشروع أحكام كل منها ، ووضع لها ما تقتضيه من أحكام خاصة»[1] .

٣٣٧ – خطة البحث : ونبحث الوديعة فى فصول أربعة فنبحث أركان الوديعة فى الفصل الأول ثم آثار الوديعة فى الفصل الثانى ثم انتهاء الوديعة فى الفصل الثالث ثم بعض أنواع الوديعة فى الفصل الرابع .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٤٠ – ص ٢٤١ – نضيف إلى ذلك أمرين أصلح فيهما التقنين الجديد من عيوب التقنين القديم : (الأمر الأول) أن التقنين القديم كان يشترط أن يكون الشئ المودع منقولا (م ٤٨٢/٥٩٠) مجارياً فى ذلك التقنين المدنى الفرنسى (م ١٩١٨) ، ولم يشترط التقنين الجديد (م ٧١٨) أن يكون الشئ المودع منقولا فيصح إذن أن يكون الشئ المودع منقولاً فيصبح إذن أن يكون عقاراً ، وهذا هو الصحيح كما سنرى . (الأمر الثانى) أن التقنين القديم كان يشترط أن تكون الوديعة دون أجر (م ٤٨٢/٥٩٠) ، أما التقنين الجديد (م ٧٢٠ و م ٧٢٤) فقد أجاز صراحة أن تكون الوديعة بأجر ، وهذا أيضا هو الصحيح كما سنرى .

الفصـــل الأول
أركان الوديعة

٣٣٨ – أركان ثلاثة : لعقد الوديعة ، شأنه فى ذلك شأن سائر العقود ، أركان ثلاثة : التراضى والمحل والسبب .

الفرع الأول
التراضى فى عقد الوديعة

٣٣٩ – شروط الانعقاد وشروط الصحة : نتكلم فى شروط الانعقاد فى التراضى، ثم فى شروط صحة التراضى .

المبحث الأول
شروط الانعقاد

٣٤٠ – توافق الإيجاب والقبول كاف فى عقد الوديعة : الوديعة كما قدمنا عقد رضائى ، فيكفى لانعقادها توافق الإيجاب والقبول من المودع والمودع عنده . وليس التسليم ركناً فيها كما كان الأمر فى عهد التقنين المدنى القديم [1] ، إذ كانت عقداً عينياً كما سبق القول .

ولا توجد أحكام خاصة بعقد الوديعة فى هذا الصدد ، ومن ثم تسرى القواعد العامة المقررة فى نظرية العقد . فإذا أعطى شخص شيئاً لآخر وقصد أن يكون وديعة ، واعتقد الآخر أنه هبة أو عارية ، لم يتوافق الإيجاب والقبول ، فلا ينعقد العقد لا باعتباره هبة ولا باعتباره عارية ولا باعتباره وديعة . كذلك لو أعطى شخص شيئاً لآخر وقصد أن يكون هبة ، وقبله الآخر على أنه وديعة ، لم يكن هناك لا هبة ولا وديعة ، لأن الإيجاب والقبول لم يتوافقا على ماهية العقد . وتسرى الأحكام المتعلقة بطرق التعبير عن الإرادة تعبيراً صريحاً أو تعبيراً ضمنياً، والوقت الذى ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثره ، وموت من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقده

---

(١) قارن تقنين الموجبات والعقود اللبنانى حيث العارية عقد عينى ، ومن ثم تنص المادة ٦٩٥ من هذا التقنين على أن «يتم عقد الإيداع بقبول الفريقين وبتسليم الشئ – ويكفى التسليم الحكمى عندما يكون الشئ المراد إيداعه موجوداً من قبل فى حوزة الوديع بسبب آخر» .

لأهليته، والتعاقد ما بين الغائبين ، والنيابة فى التعاقد ، وغير ذلك من الأحكام [1] .

ومذ أصبحت الوديعة عقداً رضائياً ، صار الوعد بالوديعة يعدل الوديعة نفسها، ولم تعد هناك أهمية للتمييز بينهما [2] .

والذى يملك أن يودع الشئ هو فى الأصل مالكه ، فيجوز للمالك أن يودع ملكه، وكذلك يجوز الإيداع من النائب عن المالك . وكيلا كان أو ولياً أو وصياً أو قيما. ولكل من له حق التصرف فى الانتفاع بالشئ أن يودعه ولو لم يكن مالكاً له ، فيجوز الإيداع من صاحب المنفعة ، ومن المستأجر ، ومن المستعير ، ومن المرتهن رهن حيازة [3] ، ولهؤلاء جميعاً أن يودعوا الشئ حتى عند المالك نفسه . أما من لا يملك التصرف فى الانتفاع بالشئ فلا يجوز له فى الأصل الإيداع ، فالمودَع عنده لا يملك أن يودع الشئ من الباطن إلا بإذن المودع ما لم يكن مضطراً إلى ذلك بسبب ضرورة ملجئة عاجلة (م ٧٢١ مدنى) كما سيجئ . وإذا أودع الشئ من لا يملكه وليس له التصرف فى الانتفاع به ، لم تنفذ الوديعة فى حق المالك ، فإذا أودع السارق المسروق عند شخص آخر ، صحت الوديعة فيما بين المتعاقدين [4] ، ولكنها لا تنفذ فى حق المسروق منه ، ولهذا أن يسترد الشئ المسروق من المودع عنده [5] .

---

(١) وقد أورد التقنين المدنى العراقى نصاً خاصاً باقتران الوديعة بشرط أراد به تعديل أحكام المذهب الحنفى فيما يتعلق باقتران العقد بالشروط ، فنصت المادة ٩٥٩ من هذا التقنين على أنه «إذا اشترط فى عقد الوديعة شرط على الوديع ، وكان الشرط مفيداً ومراعاته ممكنة ، وجب اعتباره والعمل به . وإن كان غير مفيد أو كان مفيداً ولكن مراعاته غير ممكنة ، فهو لغو لا يعمل به» .

(٢) انظر مثل ذلك بالنسبة إلى القرض الوسيط ٥ فقرة ٢٧٩ ص ٤٣٥ ، وبالنسبة إلى العارية الوسيط ٦ فقرة ٨٣١ ص ١٥١٧ .

(٣) ولهم أن يستردوا الشئ المودع بدعوى الوديعة لا بدعوى الاستحقاق ، إذ هم لا يملكون الشئ المودع (أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٢ ص ١٧٠ هامش ٥) .

(٤) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : «فالعقد (الوديعة) يتم قبل تسلم الشئ، وهو لا ينقل إلى الوديع إلا الحيازة المادية للشئ : انظر م ٢٢٢٥ من التقنين الأرجينتينى ، فلا يخوله ملكية ذلك الشئ ولا استعماله ولا استغلاله . فلا يشترط فيه إذن أن يكون المودع مالكاً ، إذ أنه عقد يلتزم به شخص أن يتسلم شيئاً من آخر سواء أكان هذا الآخر مالكاً أم غير مالك : انظر فى هذا المعنى م ١٠٠٠ من التقنين التونسى و م ٧٨٦ من التقنين المراكشى و م ٦٩٤ من التقنين اللبنانى . وانظر عكس ذلك م ١٩٢٢ من التقنين الفرنسى» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٤٣) .

(٥) هيك ١١ فقرة ١٣٢ – جيوار فقرة ٣ – بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٠٣٤ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٢ ص ١٧٠ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٦٧ ص ٤٩٦ – كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٢٣٥ – محمد على عرفة ص ٤٦٠– محمد كامل مرسى فقرة ٣٠٨ – وتنص المادة ٦٩٤ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فى هذا الصدد : ليس من الضرورة لصحة الإيداع بين الفريقين أن يكون المودع مالكاً للوديعة أو واضعاً يده عليها بوجه شرعى» .

٣٤١ – إثبات الوديعة : والأصل فى الوديعة أن تكون عقداً مدنياً ، ما لم تكن تابعة لعمل من أعمال التجارة فتعتبر عندئذ عقداً تجارياً [١] ، كما إذا أودع تاجر بضائعه فى مخزن عام فيكون العقد تجارياً من جانب كل من المودع والمودَع عنده ، وكما إذا أودع شخص نقوده فى مصرف فيكون العقد تجارياً من جانب المودَع عنده ومدنياً من جانب المودع .

فإذا كانت الوديعة عقداً تجارياً ، جاز إثباتها بجميع الطرق ، ويدخل فى ذلك البينة والقرائن أيا كانت قيمة الوديعة ولو زادت على خمسمائة جنيه [٢] .

أما إذا كانت الوديعة عقداً مدنياً ، فإن القواعد المقررة فى الإثبات هى التى تسرى [٣] ، فيجوز الإثبات بجميع الطرق إذا لم تزد قيمة الوديعة على خمسمائة جنيه . فإن زادت على هذه القيمة ، لم يجز الإثبات إلا بالكتابة أو بمبدأ ثبوت بالكتابة معزز بالبينة أو بالقرائن [٤] ،

---

(١) هيك ١١ فقرة ٢٣٣ – جيوار فقرة ٤٠ – بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٠٤٦ وفقرة ١١٨٠ مكررة ثالثا ومع ذلك انظر فقرة ١٠١٨ ص ٥٦١ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٢ ص ١٧١ – محمد على عرفة ص ٤٥٧ – محمد كامل مرسى فقرة ٣٠٠ ص ٤٠٦ وفقرة ٣١٠ ص ٤١٦ – نقض فرنسى ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٢٤ سيريه ١٩٢٥ – ١ – ٤٧ – ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٣٣ سيريه ١٩٣٤ – ١ – ١٢٩ .

(٢) نقض فرنسى ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٢٤ داللوز ١٩٢٥ – ١ – ١٦ – ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٣٣ سيريه ١٩٣٤ – ١ – ١٢٩ (عامل يودع عند رب المصنع دراجته أو ملابسه، فيجوز إثبات الوديعة ضد رب المصنع بالبينة وبالقرائن) – ليون ٢٤ يناير سنة ١٩٢٩ الأسبوع القضائى (Sem. Jur.) ١٩٢٩ ص ٥٣٠ – بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٩٤٦ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٤ ص ٥٠٧ .

(٣) بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٠٤٦ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٢ ص ١٧٠ – ص ١٧١ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٤ ص ٥٠٧ – كولان وكاپيتان ودى لامور انديير ٢ فقرة ١٢٣٤ .

(٤) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٤ ص ٥٠٧ – وتقديم ورقة تحمل رقما (ticket) دليل كاف على واقعة الإيداع ، ولحامل هذه الورقة أن يثبت محل الوديعة بجميع طرق الإثبات (كان ١٧ ديسمبر سنة ١٨٧٥ داللوز ٧٦ – ١ – ١٩٠ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٤ ص ٥٠٨ – ص ٥٠٩) . وقد يعد رفض الخصم الحضور شخصياً أو الإجابة مبدأ ثبوت بالكتابة (أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٢ ص ١٧١ هامش ٨) .

أو بالإقرار [1]، أو باليمين [2]. كذلك يجوز الإثبات بالبينة أو بالقرائن إذا حال مانع مادى أو أدبى دون الحصول على دليل كتابى[3] ، أو إذا فقد السند الكتابى لسبب أجنبى [4].

---

(١) وللوصول إلى الإقرار يجوز استجواب الخصم (ديجون ١٢ مايو سنة ١٨٧٦ داللوز ٧٧-٢-١٢٩ - بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٠٤٨) . أو طلب حضوره شخصياً (روان ٣١ يناير سنة ١٨٥١ داللوز ٥٢ - ٢ - ٨٤) - وإقرار المودع عنده لا يكون حجة على الغير ، كدائن يريد الحجز على الشئ المودع باعتباره مملوكاً للمودع عنده فيقرر هذا الأخير بأنه وديعة (أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٢ ص ١٧١ - بلانيول وريبير وساقاتييه ١١ فقرة ١١٧٤ ص ٥٠٨ - كولان وكاپيتان ودى لامور انديير ٢ فقرة ١٢٣٤) - وإذا أقر المودع عنده بالوديعة ولكنه قال إنه ردها، لم يجزأ عليه إقراره، ووجب على المودع أن يثبت أن المودع عنده لم يرد الوديعة (بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٠٤٧ ص ٥٧٥ - كولان وكاپيتان ودى لامور انديير ٢ فقرة ١٢٣٤ ص ٨٠٨) . وإذا أقر المودع عنده بالوديعة فى شئ دون آخر، وجب على المودع إثبات الوديعة فى الشئ الآخر ، كذلك إذا أقر بالوديعة فى ذاتها دون الشئ المودع فإنه يجب على المودع أن يثبت ذاتية الشئ المودع (بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٠٤٧) . وقد يترك المودع عنده بعد موته إقراراً مكتوباً بالوديعة ، فيعتبر هذا الإقرار دليلا كتابياً على الوديعة (بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٠٤٧ ص ٥٧٤ هامش ٤) .

(٢) فإذا لم يوجد دليل كتابى على الإيداع أو على محل الوديعة ، صدق المودع عنده فى هذه الوقائع بيمينه (انظر م ١٩٢٦ مدنى فرنسى - ترولون فقرة ٤٦ - جيوار فقرة ٤٠ - هيك ١١ فقرة ٢٣٣ - فقرة ٢٣٤ - يون ١ فقرة ٤١١ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٢ ص ١٧٠ - ص ١٧١ - بلانيول وريبير وساقاتييه ١١ فقرة ١١٧٤ ص ٥٠٨).

(٣) وقد يحول دون الحصول على الدليل الكتابى غش الطرف الآخر (نقض فرنسى ٥ يناير سنة ١٨٨٣ داللوز ٨٣-١-٣٦٦ - ١٤ يونيه سنة ١٩٠٦ سيريه ١٩٠٦ - ١ - ٢٩٣)، أو قيام صلة قرابة تربط الطرفين (ليون ٧ فبراير سنة ١٩٢٤ داللوز الأسبوعى ١٩٢٤-٣٢٢ : وقد اعتبر هذا الحكم صلة القرابة بين العمة وابن أخيها غير كافية لقيام المانع الأدبى) ، أو جريان العادة بعدم الحصول على دليل كتابى (باريس ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٣ - ٢ - ٣٢٣)، أو أن تكون الوديعة اضطرارية كما سيجئ . انظر فى ذلك أيضاً أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٢ ص ١٧١ .

وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ٢١٥ مدنى (قديم) تبيح إثبات عقد الوديعة بالبينة فى حالة وجود مانع لدى صاحب الحق من الحصول على سند بالكتابة من غريمه. وقد يكون المانع مادياً ، كما يجوز أن يكون أدبياً . وتقدير ذلك على كل حال لمحكمة الموضوع . فإذا رأى قاضى الموضوع لعلاقة الأخوة بين المودع والمودع لديه ولاعتبارات أخرى أوردها فى حكمه قيام هذا المانع المسوغ لإثبات الوديعة بالبينة، فلا معقب على قضائه فى ذلك (نقض جنائى ٣ يونيه سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر الجنائية ٣ رقم ٣٨٣ ص ٤٨٧) .

ولا يجوز القول إن الجميل الذى يوليه المودع عنده للمودع بقبوله الوديعة ، وبخاصة إذا كانت بغير أجر ، يكون مانعاً أدبياً يحول دون الحصول على الكتابة (بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٠٤٥) .

(٤) هيك ١١ فقرة ٢٣٣ - جيوار فقرة ٤٠ - بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٠٤٦ - محمد على عرفة ص ٤٥٧ .

وتسرى قواعد الإثبات المتقدمة الذكر حتى فى المسائل الجنائية ، كما إذا وجب إثبات الوديعة فى مناسبة جريمة التبديد [1] .

ويعنى المودع في كثير من الأحيان أن تكون فى يده ورقة مكتوبة تثبت الوديعة، حتى لا يصطدم بدعوى المودع عنده أن الشئ المودع قد سلم له على سبيل الهبة اليدوية أو على سبيل العارية ، والظاهر يؤيده لأنه حائز للشئ [2] . كذلك قد يعنى المودع عنده أن تكون فى يده كتابة تثبت الوديعة ، حتى إذا أنكرها المودع وأراد اعتبار المودع عنده مغتصباً تجب مساءلته عن التعويض استطاع هذا الأخير رفع الدعوى بإثبات الوديعة .

المبحث الثانى

شروط الصحة

٣٤٢ – الأهلية فى عقد الوديعة : يجب التمييز هنا بين المودع والمودَع عنده .

---

(١) استئناف مختلط ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٥٠ – مصر المختلطة ٢ أغسطس سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ١ – نقض فرنسى جنائى ٢ ديسمبر سنة ١٨١٣ و ٥ مايو سنة ١٨١٥ و ١٠ أبريل سنة ١٨١٩ S.Chr. – ١٢ أغسطس سنة ١٨٤٨ داللوز ٤٨–٤–٩٩ – أول سبتمبر سنة ١٨٤٨ داللوز ٤٩ – ١ – ٢٢ – ترولون فقرة ٤٧ – ديفرچييه فقرة ٤١٧ – لوران ٢٧ فقرة ٨٨ – هيك ١١ فقرة ٢٣٤ – جيوار فقرة ٤٥ – پون ١ فقرة ٤٠٤ – بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٠٥٢ – پلانيول وريپير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٤ ص ٥٠٩ – محمد على عرفة ص ٤٥٦ .

ووجوب اتباع القواعد العامة فى الإثبات إنما يكون فيما بين المودع والمودع عنده ، أما بالنسبة إلى الغير إذا تعدى على الشئ المودع ، فليس المودع فى حاجة إلى إثبات الوديعة ، وعليه فقط أن يثبت التعدى وهو واقعة مادية ، يجوز إثباتها بجميع الطرق . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن الدعوى المرفوعة على سيد وخادمه ، بطلب الحكم عليهما متضامنين بأن يدفعا إلى المدعية مبلغاً تعويضاً لها عن عبث الخادم بحلى كانت فى علبة استودعتها السيدة، هى دعوى متضمنة فى الواقع دعويين : الأولى أساسها الجريمة المنسوبة إلى الخادم ، وفيها يدور الإثبات بينه وبين المدعية على وقوع الجريمة ، وإثبات الجريمة جائز قانوناً بأى طريق من طرق الإثبات، فهى دعوى غير متوقفة على عقد الوديعة، ولا لها بالوديعة إلا صلة عرضية من ناحية أن الجواهر التى وقعت عليها الجريمة كانت وديعة ، وهذا ليس من شأنه أن يغير من حقيقة الدعوى ولا من طريق الإثبات فيها . والثانية موجهة إلى السيد ، وأساسها أن الخادم الموجهة إليه الدعوى الأولى قد ارتكب الجريمة فى حال تأدية وظيفته عنده، وهذه ليس مطلوباً فيها إثبات عقد الوديعة على السيد ، ومن ثم يجوز إثبات محتويات العلبة بالبينة والقرائن (نقض مدنى أول مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٩٨ ص ٤٣٢) .

(٢) باريس ٢٠ فبراير سنة ١٨٥٢ داللوز ٥٢–٢–٢٢٤ – پلانيول وريپير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٤ ص ٥٠٨ .

فالمودع ، حتى لو كانت الوديعة بأجر ، يقوم بعمل من أعمال الإدارة لا من أعمال التصرف. فلا تشترط فيه إذن أهلية التصرف ، وتكفى أهلية الإدارة [1] . ومن ثم يكون الصبى المميز والمحجور عليه المأذون لهما فى إدارة أموالهما من ذوى الأهلية للإيداع . ومن باب أولى يكون أهلا للإيداع البالغ سن الرشد . أما الصبى المميز غير المأذون له فى إدارة أمواله ، ومن يلحق به من المحجور عليهم ، فلا يكونون أهلا للإيداع ، وإنما يجوز للولى أو الوصى أو القيم أن يقوم بإيداع أموالهم ، لأن الإيداع عمل من أعمال الإدارة كما سبق القول فيدخل فى ولاية النائب عن المحجور عليه [2] . وإذا أودع الصبى المميز غير المأذون له فى إدارة ماله ، كانت الوديعة قابلة للإبطال ، وجاز لوليه ، أوله عند بلوغه سن الرشد، أن يطلب إبطال الوديعة [3] . وقد يقال أنه فى غنى عن ذلك إذ الوديعة عقد غير لازم بالنسبة إليه، فيستطيع استرداد الشئ المودع فى أى وقت دون حاجة إلى إبطال العقد . ولكن يرد على ذلك بأنه قد يكون للوديعة أجل محدد فى مصلحة المودع عنده أو يكون هذا مأذوناً فى استعمال الوديعة ، وعند ذلك لا يستطيع المودع التحلل من الوديعة بإرادته المنفردة كما سنرى، ولا يبقى أمامه إلا إبطال العقد . هذا إلى أن المودع قد يرى نفسه ملتزماً بموجب عقد الوديعة بدفع أجر للمودع عنده أو بأن يرد له ما أنفقه من مصروفات أو بأن يعوضه عن كل ما لحقه من خسارة بسبب الوديعة ، فيستطيع أن يتخلص من هذه الالتزامات بإبطاله الوديعة، ولا يكون مسئولا إلا بمقدار ما انتفع طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب [4] .

---

(١) هيك ١١ فقرة ٢٣٦ – جيوار فقرة ٣٣ – بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٠٢٨ – فقرة ١٠٢٩ – محمد على عرفه ص ٤٥٩ (ويذهب إلى وجوب توافر أهلية التصرف إذا التزم المودع بأجر لا يخرج من دخله) – محمد كامل مرسى فقرة ٣٠٦ ص ٤١٠ هامش ٢ .

(٢) جيوار فقرة ٣٣ – بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٠٢٨ – أما الوديعة الناقصة فهى قرض كما سيجئ ، ومن ثم يجب أن يكون المودع متوافراً على أهلية التصرف ولا تكفى أهلية الإدارة ، لأنه ينقل ملكية الشئ المودع (بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٠٣٠ – محمد كامل مرسى فقرة ٣٠٦ ص ٤١٠ هامش ٢) .

(٣) وإذا كان المودع عنده أهلا للتصرف فأنه لا يستطيع إبطال الوديعة ولو أن المودع كان غير أهل للإدارة، إذ لا يجوز إلا من شرع الإبطال لمصلحته إبطال العقد . ومن ثم يبقى المودع عنده ملتزماً بالوديعة ما دام المودع لم يطلب إبطال العقد ، وأدى ما ترتبه الوديعة فى ذمته من التزامات (بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٠٣١ – محمد على عرفة ص ٤٦٠ – محمد كامل مرسى فقرة ٣٠٦ ش ٤١١ . وانظر م ٢/١٩٢٥ مدنى فرنسى).

(٤) أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٢ ص ١٧٠ . وله أن يسترد الشئ المودع ، ولكن لا يدعوى الوديعة فهذه قد أبطلت ، ولكن بدعوى الاستحقاق ، ومن ثم يشترط أن يكون مالكاً للشئ المودع (بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٠٣٢ ص ٥٦٨ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٣) .

وقارن تقنين الموجبات والعقود اللبنانى وهو يشترط توافر أهلية الالتزام (أى أهلية التصرف) فى كل =

أما المودَع عنده ، حتى لو كان يأخذ أجراً ، فإنه يلتزم بحفظ الشئ وبرده ، وقد يجر عليه الالتزام بالحفظ مسئوليات ثقيلة ، ومن ثم يجب أن تتوافر فيه الأهلية الكاملة أى أهلية التصرف والالتزام ، ولا تكفى أهلية الإدارة [١] . فلا يجوز إذن أن يقبل الوديعة إلا من بلغ سن الرشد . وإذا قبل الوديعة الصبى المميز ومن هو فى حكمه ، ولو كان مأذوناً لهم فى الإدارة، فإن الوديعة تكون قابلة للإبطال . ويستطيع الصبى المميز بعد بلوغه سن الرشد، أو وليه قبل ذلك، أن يطلب إبطال الوديعة ، فيتحلل من التزاماته ، ولا يرجع عليه المودع إلا بمقدار ما انتفع طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب [٢] . فإذا أضاع الشئ المودع ، أو انتقل من يده إلى يد شخص آخر ، أو أتلفه الغير ، لم يكن مسئولا عن رده سليما إلى المودع ، ولا يرجع هذا عليه إلا بمقدار ما انتفع [٣] . وهذا ما لم يكن المودع عنده قد ارتكب خطأ تقصيرياً ، فإنه فى هذه الحالة يكون مسئولا عن التعويض الكامل ، لأن المميز يلتزم التزاماً كاملا بخطأه التقصيرى [٤] .

= من المودع والمودع عنده . وقد نصت المادة ٦٩٢ من هذا التقنين في هذا الصدد على ما يأتى : «إن الإيداع وقبول الوديعة يستوجبان أهلية الالتزام عد المودع والوديع على أنه إذا قبل شخص ذو أهلية من شخص لا أهلية له إيداع شئ ما ، لزمه أن يقوم بجميع موجبات الوديع». ونصت المادة ٦٩٣ من نفس التقنين على ما يأتى : «إذا أودع شخص من ذوى الأهلية وديعة عند شخص لا يتمتع بالأهلية ، جاز له أن يطلب إرجاعها إليه إذا كانت لا تزال بين يدى الوديع . أما إذا كانت الوديعة قد انتقلت إلى يد أخرى ، فلا يجوز له إقامة دعوى الاسترداد إلا بما يساوى قيمة الكسب الذى أحرزه فاقد الأهلية . وتطبق عند الاقتضاء القواعد المختصة بتبعة فاقدى الأهلية عند ارتكابهم جرما أو شبه جرم» .

(١) جيوار فقرة ٣٤ – بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٠٣٥ – محمد على عرفة ص ٤٥٨ – عكس ذلك هيك ١١ فقرة ٢٣٦ .

(٢) وإذا كان المودع أهلا للإدارة ، فإنه لا يستطيع إبطال الوديعة ، لأن الإبطال قد شرع لمصلحة المودع عنده فى الحالة التى نحن بصددها (بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٠٣٦ ص ٥٦٩ – محمد على عرفة ص ٤٥٨) . فإذا لم يطلب المودع عنده الإبطال، بقى العقد منتجاً لآثاره ، منشئاً لما يترتب عليه من الالتزامات فى جانب كل من الطرفين (بودرى وفال فى الوديعة فقة ١٠٣١ ص ٥٦٧ – محمد على عرفة ص ٤٥٨ – محمد كامل مرسى فقرة ٣٠٦ ص ٤١١) .

(٣) جيوار فقرة ٣٦ – بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٠٣٦ – وانظر م ١٩٢٦ مدنى فرنسى. ويجوز فى حالة إبطال الوديعة أن يسترد المودع الشئ المودع بدعوى استحقاق إذا كان هو المالك (ترولون فقرة ٥٥ – بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٠٣٦ ص ٥٧٠ – انظر عكس ذلك وأن للمودع استرداد الشئ ولو لم يكن هو المالك ما دام الشئ لا يزال باقياً فى يد المودع عنده : أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٢ ص ١٦٩ – محمد على عرفة ص ٤٥٩ هامش ١) .

(٤) ديفرجييه فقرة ٣١٤ – ترولون فقرة ٥٨ – جيوار فقرة ٣٧ – بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٠٣٧ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٢ ص ١٧٠ – محمد على عرفة ص ٤٥٩ .

٣٤٣ – عيوب الإدارة فى عقد الوديعة : ولا توجد أحكام يختص بها عقد الوديعة فى صدد عيوب الإدارة ، فتسرى القواعد العامة المقررة فى هذا الشأن .

ولكن يلاحظ أن الوديعة يدخل فيها الاعتبار الشخصى ، ومن ثم يغلب أن تكون شخصية المودع ملحوظة فى العقد ، وتكون شخصية المودع عنده دائماً ملحوظة . فتبطل الوديعة إذن للغلط فى شخص المودع ، وبخاصة للغلط فى شخص المودَع عنده [١] .

والإكراه يعيب الأرادة فى الوديعة كما يعيبها فى سائر العقود . ولكن الوديعة الاضطرارية صحيحة كما سنرى ، وإذا كانت إرادة المودع تقع تحت ضغط فى هذه الوديعة، فإن هذا الضغط لا يصل إلى حد الإكراه .

الفرع الثانى
المحل والسبب فى عقد الوديعة

٣٤٤ – الشروط الواجب توافرها فى الشئ المودع : المحل الأصلى فى عقد الوديعة هو الشئ المودع . وقد يشترط أجر للوديعة فيصبح الأجر محلا آخر ، ولكنه محل عرضى قد يوجد وقد لا يوجد[٢] .

ويجب أن يتوافر فى الشئ المودع الشروط العامة التى يجب توافرها فى المحل . فيجب أن يكون الشئ موجودا ، معيناً أو قابلا للتعيين ، غير مخالف للنظام العام ولا للآداب. فلو كان الشئ المراد إيداعه قد هلك قبل التعاقد ، انعدم المحل ولا تنعقد الوديعة . كذلك يجب أن يكون الشئ المودع معيناً تعييناً كافياً نافيا للجهالة الفاحشة أو قابلا للتعيين ، وتسرى فى ذلك القواعد العامة المقررة فى هذا الشأن . وإذا كان الشئ المودع غير قابل للتعامل فيه ،

---

(١) أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ Dépôt فقرة ٦٧ – وإذا وقع المودع فى غلط فى شخص المودع عنده ، فقد تكون له مصلحة فى إبطال العقد ، وذلك إذا تعذر عليه الرجوع فى الوديعة ، كما إذا كان الأجل لمصلحة المودع عنده أو أذن لهذا الأخير فى استعمال الوديعة، وكما إذا كان المودع ملتزما بدفع أجر . وقد يقع الغلط فى صفة جوهرية للشئ، كما إذا كان الشئ المودع خطراً أو ضاراً بالصحة (أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ Dépôt فقرة ٦٦ – محمد كامل مرسى فقرة ٣٠٥ ص ٤١٠ هامش ١) ، وإن كان الأصل أن الغلط فى صفة الشئ المودع أو فى مقداره لا يؤثر فى صحة الوديعة (أسيوط استئنافى ١٠ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٣٥٣ ص ٥٢٨) .

(٢) وقد تحدد مدة الوديعة ، وسنرى عند الكلام فى انتهاء الوديعة أن هذه المدة لا تلزم المودع عادة فيجوز له طلب الشئ المودع قبل انقضائها ، وقد لا تلزم المودع عنده فيجوز له رد الشئ المودع دون انتظار لانقضاء المدة .

بأن كان مخالفاً للنظام العام أو للآداب ، لم يجز إيداعه [1] . فلا يجوز إيداع الأشياء المهربة ، ولا المخدرات ، ولا الحشيش ، ولا الأسلحة غير المرخص فيها ، ولا الكتب أو الصور الممنوعة .

٣٤٥ – الأشياء التى يجوز إيداعها : ونرى مما تقدم أن أى شئ توافرت فيه الشروط سالفة الذكر يجوز إيداعه . ويستوى فى ذلك المنقول والعقار . وقد كان التقنين المدنى القديم (م ٤٨٢/٥٩٠) لا يجيز إلا إيداع المنقول [2]، وقد اقتفى فى ذلك أثر التقنين المدنى الفرنسى (م ١٩١٨) . وقد عدل التقنين المدنى الجديد عن هذا الحكم ، فأجاز إيداع المنقول والعقار ، إذ نصت المادة ٧١٨ مدنى كما رأينا على أن الوديعة عقد يلتزم به شخص أن يتسلم شيئاً من آخر ..» ، فأطلق فى محل الوديعة وجعله « شيئا» دون أن يخصصه بالمنقول .

ومع ذلك يغلب أن يكون الشئ المودع منقولا ، إذ المنقول أحوج إلى الحفظ من العقار. ولكن لا شئ يمنع من أن يودع العقار ، فيعهد شخص إلى آخر بحراسة منزله مدة سفره . وليست الحراسة الاتفاقية أو القضائية إلا ضرباً من ضروب الوديعة يجوز أن يكون الشئ المودع فيها عقاراً كما هو الغالب [3] .

والأشياء التى يجوز إيداعها كثيرة متنوعة . فيجوز إيداع البضائع والسيارات والملابس والمفروشات والمجوهرات والمصاغ والكتب والصحف والمجلات والعوامات والدهيبات واللانشات، كما يجوز إيداع الأراضى والمبانى من منازل ومكاتب ودكاكين وغير ذلك .

ويجوز إيداع الأشياء القابلة للاستهلاك والأشياء المثلية على أن ترد بعينها [4]، إذ لا يجوز فى الأصل للمودع عنده أن يستعمل الشئ المودع [5] . وقد يودع مبلغ من النقود

---

(١) محمد كامل مرسى فقرة ٣٠٧ ص ٤١٣ .

(٢) وقد قضى فى عهد هذا التقنين بأنه لا يمكن اعتبار وضع يد شخص على أطيان يد وديعة للوصول إلى القول بأن ريع هذه الإطيان لا يسقط مهما طال زمن وضع اليد، لأن الوديعة محلها المال المنقول دون العقار (استئناف وطنى ١٢ فبراير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٢٠٤ ص ٢٧٣) . وقضى بأن الوديعة لا ترد إلا على منقول (استئناف مختلط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٦٥) .

(٣) انظر فى هذا المعنى بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٠٢٢ . وينتقدان من الناحية التشريعية التقنين المدنى الفرنسى الذى أوجب أن يكون الشئ المودع منقولا – وقرب بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٨٥٨ – وانظر عكس ذلك محمد على عرفة ص ٤٦١ .

(٤) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٦٩ ص ١٩٨ .

(٥) هيك ١١ فقرة ٢٢٨ – بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٠٢٤ وفقرة ١٠٣٩ .

أو شيء آخر مما يهلك بالاستعمال ويكون المودع عنده مأذوناً له فى استعماله ، فلا يرده بالذات ولكن يرد مثله، وهذه هى الوديعة الناقصة وهى تعتبر قرضاً (م ٧٢٦ مدنى) [١]، وسيأتى بيان ذلك.

وغنى عن البيان أن الحقوق المعنوية لا تودع ، فلا يودع الدائن حقه الثابت فى ذمة مدينه ، لأن هذا الحق يستعصى بطبيعته على الإيداع [٢]. ولكن يجوز إيداع الأسهم والسندات والأوراق المالية ، وكذلك يجوز إيداع سندات الحقوق المعنوية كسندات الديون والأوراق التجارية [٣].

٣٤٦ – السبب فى عقد الوديعة : والسبب فى عقد الوديعة ، طبقاً للنظرية الحديثة ، هو الباعث الدافع إلى التعاقد . وقد كانت النظرية التقليدية للسبب تجعل السبب فى الوديعة هو التسليم ، وكانت الوديعة عقداً عينياً بحسب هذه النظرية .

فإذا كان الباعث الدافع إلى الوديعة غير مشروع ، كانت الوديعة بحسب النظرية الحديثة باطلة . مثل ذلك أن يودع شخص عند آخر سلاحاً لإخفائه بعد ارتكاب جريمة ، أو يخفى عنده مسروقات .

---

(١) وانظر فى أن معنى الوديعة لا يستقيم إذا لم ترد الوديعة بعينها : (استئناف مختلط ٢ يونيه سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٦٢).

(٢) نقض فرنسى ١٨ يناير سنة ١٨٣١ سيريه ٣١ – ١ – ١٩٢ – ٣ مايو سنة ١٨٤٨ سيريه ٤٨ – ١– ٣٢١ – لوران ٢٧ فقر ٧٩ – جيوار فقرة ١٩ – بون ١ فقرة ٣٨٢ – بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٠٢٣ .

(٣) بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٠٢٣ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٨٥٨ – محمد على عرفة ص ٤٦١ .

الفصـــل الثانـــى

آثار الوديعة

٣٤٧ – التزامات المودع عنده والتزامات المودع : تنشئ الوديعة دائماً التزامات فى جانب المودع عنده ، وقد تنشئ عرضاً التزامات فى جانب المودع .

الفرع الأول

التزامات المودع عنده

٣٤٨ – التزامات ثلاثة : يلتـزم المودع عنده بأن يتـسلم الشئ المودع ، وبأن يقـوم بحـفظه، وبأن يرده للمـودع عند انتـهـاء الوديعـة . وقـد رأينا المادة ٧١٨ مـدنى تجـمع هذه الالتزامات الثلاثة إذ تقول : «الوديعة عقد يلتزم به شخص أن يتسلم شيئاً من آخر ، على أن يتولى حفظ هذا الشئ ، وعلى أن يرده عينا» .

المبحث الأول

تسلم الشئ المودع

٣٤٩ – نص قانونى : تنص الفقـرة الأولى من المادة ٧١٩ من التقنين المدنى على ما يأتى :

«على المودع عنده أن يتسلم الوديعة» (١) .

ولا مقـابل لهـذا النص فى التـقنين المدنى القـديم ، لأن التـسليم كـان فى هذا التـقنين ركناً فى الوديعة لا تنعقد بدونه ، وليس التزاماً يترتب عليها .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١/٩٩٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة رقم ٧٥١ من المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٥٠ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٧١٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٤٤ – ص ٢٤٥) .

١/٦٨٥ – وفى التقنين المدنى الليبى المادة ١/٧١٩ – ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى العراقى ولا فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى [١].

٣٥٠ – التسلم التزام لا ركن : ويتبين من النص المتقدم الذكر أثر تحول الوديعة من عقد عينى كما كانت فى التقنين المدنى القديم إلى عقد رضائى كما هى فى التقنين المدنى الجديد . فقد كان تسليم الشئ المودع ركناً فى الوديعة عندما كانت عقداً عينياً ، ومذ أصبحت عقداً رضائياً يتم قبل التسليم تعين أن يكون نقل الشئ المودع إلى يد المودَع عنده التزاما لا ركنا ، والتزاماً فى ذمة المودَع . ومن هنا أمكن أن تكون الوديعة ، بخلاف العارية ، عقداً ملزماً لجانب واحد ، إذ التسلم يلتزم به المودع عنده لا المودع ، وإذ يغلب أن تكون الوديعة دون أجر ويصح ألا ننشئ التزامات فى جانب المودع من رد مصروفات أو تعويض ضرر، فيكون المودع غير ملتزم بشئ . فإذا ما التزم بشئ مما تقدم ، كانت الوديعة عقداً ملزماً للجانبين ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك [٢].

ويلاحظ أن الوديعة قد تكون بأجر ، ولكن الأجر لا يدخل الوديعة فى عقود المضاربة كما سبق القول [٣] ، فيجوز للمودع أن يسترد الشئ المودع فى أى وقت ولو قبل انقضاء الأجل، ومن ثم لا يمكن القول بأن للمودع عنده المأجور مصلحة فى إلزام المودع بتسليم الشئ المودع إذا امتنع هذا عن تنفيذ الوديعة بعد تمامها ، وعلى ذلك لا يكون التسليم التزاما فى ذمة المودع ، ويبقى التسلم التزاماً فى ذمة المودع عنده وحده [٤] . وقد يتغير الأمر إذا كان أجل الوديعة محدداً فى مصلحة المودع عنده أو كان هذا مأذونا فى استعمال الوديعة حيث لا يجوز للمودع أن يسترد الشئ المودع قبل انقضاء الأجل، فقد يقال إن المودع يصبح

---

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى** :

التقنين المدنى السورى م ١/٦٨٥ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ١/٧١٩ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل لأن التسليم فى هذا التقنين ركن فى الوديعة لا التزام ينشأ عنها.

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى لا مقابل – وقد صرح هذا التقنين بأن الوديعة عقد عينى لا يتم إلا بتسليم الشئ، فالتسليم ركن لا التزام ، إذ تقول المادة ٦٩٥ منه : «يتم عقد الإيداع بقبول الفريقين وبتسليم الشئ – ويكفى التسليم الحكمى عندما يكون الشئ المراد إيداعه موجوداً من قبل فى حوزة الوديع لسبب آخر» .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٣٤ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٣٣٤ .

(٤) قرب بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٠١٦ ص ٥٥٩ – محمد كامل مرسى فقرة ٣٠٢ ص ٤٠٧ هامش ١ .

فى هذه الحالة ملزماً بتنفيذ الوديعة لمصلحة المودع عنده ، وم ثم يكون ملزماً بتسليم الشئ المودع كما التزم المودع عنده بتسلمه ، وتكون الوديعة عقداً ملزماً للجانبين . ولما كانت هذه الحالة نادرة ، وأكثر ما تتحقق فى الوديعة الناقصة وهى قرض لا وديعة كما سيأتى ، لذلك يصح القول إن التسلم يبقى عادة التزاماً فى ذمة المودع عنده ، ولا يكون التسليم التزاماً فى ذمة المودع .

٣٥١ – كيف يكون التسلم – التسلم الحقيقى والتسلم الحكمى : يكون التسلم باستيلاء المودع عنده على الشئ المودع استيلاء ماديا ، بعد أن يضع المودع الشئ تحت تصرفه فى الزمان والمكان المعينين . ويتبع فى طريقة التسليم ووقته ومكانه ما سبق أن أوردناه من القواعد فى تسلم المشترى للعين المبيعة ، وفى تسلم المستأجر للعين المؤجرة ، وفى تسلم المستعير للعين المعارة ، وفى التسلم بوجه عام فى كل عقد ينشئ هذا الالتزام فى ذمة أحد المتعاقدين . وهذا هو التسلم الحقيقى [١] .

وقد يكون التسلم حكمياً ، بأن يكون الشئ المودع موجوداً فى يد المودع عنده قبلا الوديعة ، على سبيل الإيجار أو على سبيل العارية أو على سبيل رهن الحيازة أو لأى سبب آخر، ثم يتفق الطرفان على أن يبقى الشئ فى حيازة المودع عنده على سبيل الوديعة . والتسلم الحكمى يفترض أن الشئ قد رد لصاحبه أولا ثم سلمه هذا الآخر مرة ثانية بعقد الوديعة ، فيجتزأ عن عمليتى التسليم والتسلم ببقاء الشئ فى يد المودع عنده بهذا السبب الجديد وهو عقد الوديعة [٢] . وتقول الفقرة الثانية من المادة ٦٩٥ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فى هذا الصدد : «ويكفى التسليم الحكمى عندما يكون الشئ المراد إيداعه موجوداً من قبل فى حوزة الوديع لسبب آخر» [٣] .

٣٥٢ – جزاء الإخلال بالتزام التسلم : ولما كان التسلم التزاماً فى ذمة المودَع عنده كما قدمنا ، فإن هذا يجبر على تنفيذه طبقاً للقواعد العامة . ولما كان إجبار المودع عنده على التنفيذ العينى ليس فى مصلحة المودع ، إذ الوديعة من عقود الأمانة والثقة ، وإذا أبى المودع

---

(١) ويجب أن يكون التسلم لا غموض فيه ، فمن دفع بشئ إلى أهل بيته لحفظه لا يكون مودعاً له ، بل لا تزال يده على الشئ فى بيته ، ولم يخرج الشئ عن حيازته (ليل الابتدائية ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٥٢ جازيت دى باليه ١٩٥٢ – ١ – ١١٨ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٦٧ ص ٤٩٥) .

(٢) بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٠١٧ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٨٥٩ وجوسران ٢ فقرة ١٣٦١ (ويسمون التسليم الحكمى tradition de brêve main وينتقدون تسميته فى التقنين المدنى الفرنسى tradition feinte) – أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ Dépôt فقرة ٢١ – محمد على عرفة ص ٤٦٢ – محمد كامل رسى فقرة ٣٠٢ ص ٤٠٧ هامش ١ وفقرة ٣١١ ص ٤١٧ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٣٤٩ فى الهامش .

عنده تسلم الشئ فإن ثقة المودع فيه تتزعزع ، لذلك يكون الأصلح للمودع أن يطالب المودع عنده بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب عدم تنفيذ هذا الأخير لالتزامه [1]. وإلى هذا تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى حين تقول : «بينت المادة ١/٩٩٩ (من المشروع) التزام الوديع بأن يتسلم الوديعة ، بحيث لو امتنع عن تسلمها جاز إجباره على ذلك أو الحكم عليه بالتعويض» [2].

وقد تكون الوديعة فى مصلحة المودع عنده ، أو يتعذر على المودِع عنده غير المأجور حفظ الوديعة لأسباب طارئة مشروعة ، فيجوز فى هاتين الحالتين للمودع عِنده أن يرد الوديعة قبل الأجل المتفق عليه كما سيجئ . وتفريعاً على ذلك يجوز للمودَع عنده فى هاتين الحالتين، إذا لم يكن قد تسلم الشئ المودع ، أن يتحلل من الالتزام بتسلمه إذ أن له حق الرجوع فى الوديعة ، فيثبت له هذا الحق بعد التسلم وقبله .

٣٥٣ – تبعة هلاك الشئ المودع : ولما كانت الوديعة لا تنقل ملكية الشئ المودع إلى المودع عنده ، بل يبقى المودع مالكاً للشئ ويسترده عينا عند انتهاء الوديعة ، لذلك إذا هلك الشئ قبل التسليم أو بعده بسبب أجنبى ، كان هلاكه على المالك أى على المودع . وهذا ما قررناه بالنسبة إلى المؤجر وبالنسبة إلى المعير ، إذا هلكت العين المؤجرة أو المعارة قبل التسليم أو بعده .

وسنرى أنه إذا هلك الشئ المودع بخطأ من المودِع عنده ، كان هذا مسئولا عن الهلاك.

المبحث الثانى

حفظ الشئ المودع

٣٥٤ – حفظ الشئ المودع هو الغرض الأساسى من عقد الوديعة وهو الالتزام الجوهرى فيها : الغرض الأساسى من عقد الوديعة هو حفظ الشئ المودع ، ومن ثم كان التزام المودع عنده يحفظ الشئ هو الالتزام الجوهرى الذى يترتب على هذا العقد، وكان عقد الوديعة على رأس عقود الحفظ والأمانة ، كما أن عقد البيع على رأس عقود التصرف، وعقد الإيجار على رأس عقود الإدارة [1].

---

(١) انظر استئناف مختلط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٦٥ – وانظر محمد على عرفة ص ٤٦٢ – محمد كامل مرسى فقرة ٣١١ ص ٤١٧.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٤٩ .

(٣) ويكون المودع عنده مسئولا عن حفظ الشئ ، لا فحسب تجاه المودع ، بل أيضاً تجاه الغير، فيكون مسئولا عما يلحق الغير من ضرر مسئولية الحارس عن الشئ الذى يحرسه (نقض ٥ مارس سنة ١٩٥٣=

٣٥٥ – التزام المودع عنده بحفظ الشئ هو التزام ببذل عناية : والتزام المودع عنده بحفظ الشئ ، كالتزام المستأجر بالمحافظة على العين المؤجرة والتزام المستعير بالمحافظة على العين المعارة والتزام الوكيل بتنفيذ الوكالة ، التزام ببذل عناية .

وقد قدمنا فى الوكالة [١] أن نظرية قديمة مهجورة ، هى نظرية تدرج الخطأ ، تقسم الخطأ العقدى غير العمد إلى خطأ جسيم وخطأ يسير وخطأ تافه ، ففى العقود التى لمنفعة الدائن وحده كالوديعة لا يسأل المودع عنده إلا عن الخطأ الجسيم ، وفى العقود التى لمنفعة المدين وحده كالعارية يسأل المستعير حتى عن الخطأ التافه ، وفى العقود التى لمنفعة المتعاقدين معاً كالإيجار يسأل المستأجر عن الخطأ اليسير . وقد نبذ التقنين المدنى الجديد هذه النظرية العتيقة ، وأخذ بالنظرية الحديثة التى تميز بين الالتزام بتحقيق غاية والالتزام ببذل عناية . ففى الالتزام ببذل عناية ، كالتزام المودع عنده بحفظ الشئ ، يكون المدين «قد وفى بالالتزام إذا بذل فى تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادى ، ولو لم يتحقق الغرض المقصود ، هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك» (م ١/٢١١ مدنى) . وقد طبقت هذه النظرية فى الإيجار ، وفى العارية ، وفى الوكالة ، وها نحن الآن نراها تطبق فى الوديعة[٢] . فالأصل فى العناية المطلوبة من المدين أن تكون عناية الرجل المعتاد ، وقد تزيد أو تنقص طبقاً للاتفاق أو لنص فى القانون . وقد أبقاها القانون عناية الرجل المعتاد فى الإيجار لأن المؤجر يأخذ أجراً ، وفى كل من الوكالة والوديعة إذا كان الوكيل أو المودع عنده يأخذ أجراً ، وزاد على عناية الرجل المعتاد فى العارية حيث المعير لا يأخذ أجراً ، ونزل عن هذا القدر فى الوكالة غير المأجورة [٣] ، وكذلك فعل فى الوديعة غير المأجورة كما سنرى حالا .

٣٥٦ – الجمع فى الوديعة بين المعيارين الشخصى والمادى – نص قانونى : تنص المادة ٧٢٠ من التقنين المدنى على ما يأتى :

«١ – إذا كانت الوديعة بغير أجر ، وجب على المودع عنده أن يبذل من العناية فى حفظ الشئ ما يبذله فى حفظ ماله ، دون أن يكلف فى ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد» .

= داللوز ١٩٥٣ – ٤٧٣ مع تعليق سافاتييه – وانظر فى أن المودع عنده غير المأجور لا يعتبر حارساً للشئ : سافاتييه فى المسئولية المدنية ١ فقرة ٣٧٧ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٦ مكررة) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٥٢ .

(٢) انظر الوسيط ١ فقرة ٤٢٨ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢٥٢ .

«٢ – أما إذا كانت الوديعة بأجر ، فيجب أن يبذل فى حفظ الوديعة عناية الرجل المعتاد» (١) .

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١٠٠٠ على الوجه الآتى : «١ – إذا كانت الوديعة دون أجر ، وجب على الوديع أن يبذل من العناية فى حفظ الشئ ما يبذله فى حفظ ماله ، دون أن يطالب فى ذلك بأكثر من عناية الرجل المعتاد . كل هذا ما لم يتفق على غير ذلك . ٢ – أما إذا كانت الوديعة بأجر ، أو كانت فى مصلحة الوديع وحده، أو كان الوديع قد تطوع لحفظ الشئ ، فيجب أن يبذل فى حفظ الوديعة عناية الرجل المعتاد» . وفى لجنة المراجعة حذفت العبارة الخاصة بإمكان الاتفاق على خلاف القاعدة المتعلقة بمعيار العناية لعدم الحاجة إليها ، وجعلت الفقرة الثانية مقصورة على الوديعة المأجورة ، وأدخلت بعض تعديلات لفظية طفيفة ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٧٥٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٥١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٢٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٤٦ – ص ٢٤٨) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى القديم المواد الآتية :

م ٥٩١/٤٨٣ : إذا اشترطت الأجرة للمودع عنده ، تتبع فى العقد القواعد المتعلقة باستئجار الصناع .

م ٥٩٣/٤٨٥ : حافظ الوديعة مسئول عما يقع منه فى شأنها من التقصير الجسيم ، وعن عدم صيانته المشترطة فى العقد .

م ٥٩٨/٤٨٩ : حافظ الوديعة الذى يأخذ أجرة بسبب الأحوال التى ترتب عليها الإيداع، كصاحب خان أو أمين النقل أو نحوها ، ضامن لهلاك الوديعة ، إلا إذا أثبت أن الهلاك حصل بسبب قوة قاهرة.

(ويبدو أن التقنين المدنى القديم سار هنا أيضاً على نظرية تدرج الخطأ ، فإذا كانت الوديعة دون أجر لم يكن المودع عنده مسئولا إلا عن الخطأ الجسيم ، وإذا كانت بأجر سرت عليها أحكام المقاولة فيكون المودع عنده مسئولا عن الخطأ اليسير ، وإذا كانت الوديعة بأجر واستدعتها ظروف الحال كالوديعة عند صاحب الفندق أو عند أمين النقل لم يتخلص المودع عنده من المسئولية إلا بإثبات السبب الأجنبى . أما التقنين المدنى الجديد فقد هجر نظرية تدرج الخطأ ، واتخذ فى الالتزام ببذل عناية معيار الشخص المعتاد وهو معيار مادى ، وقرنه فى الوديعة بغير أجر بالمعيار الشخصى كما يتبين من نص المادة ٧٢٠ مدنى سالفة الذكر) .

ويقابل النص فى **التقنينات المدنية العربية الأخرى** :

التقنين المدنى السورى م ٦٨٦ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م ٧٢٠ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى م ١/٩٥٢ : يجب على الوديع أن يعتنى بحفظ الوديعة كاعتنائه بحفظ ماله ، وأن يضعها فى حرز مثلها .

م ٩٥٣ : إذا كان الإيداع بأجرة ، فهلكت الوديعة أو ضاعت بسبب يمكن التحرز منه، ضمنها الوديع.

(ويمكن القول بأن أحكام التقنين العراقى تتفق مع أحكام التقنين المصرى إذا فسرت عناية الوديع بحفظ ماله بأن حدها الأقصى هو عناية الشخص المعتاد ، وفسر السبب الذى يمكن التحرز منه بأنه السبب الذى يمكن أن يتحرز منه الشخص المعتاد). =

ونرى من ذلك أن القانون قد ميز هنا ، كما ميز فى الوكالة [1] ، بين ما إذا كانت الوديعة بغير أجر أو كانت بأجر . فإن كانت بغير أجر تكون فى مصلحة المودع دون المودع عنده ، ويكون المودع عنده غير مسئول إلا عن العناية التى يبذلها فى حفظ ماله الخاص إذا كانت هذه العناية هى دون عناية الشخص المعتاد . أما إذا كانت عنايته الشخصية هى أعلى من عناية الشخص المعتاد ، لم يكن مسئولا إلا عن عناية الشخص المعتاد. فمعيار العناية المطلوبة منه يكون تارة معياراً شخصياً إذا كان مسئولا عن عنايته الشخصية ، ويكون تارة أخرى معياراً موضوعياً إذا كان مسئولا عن عناية الشخص المعتاد . والسبب فى ذلك هو نفس السبب الذى قدمناه فى الوكالة ، فالمودع عنده غير مأجور فيكون متفضلا ، ومن ثم لا يجوز أن يكون مسئولا عن أكثر من عناية الشخص المعتاد ، كما لا يجوز أن يكون مسئولا عن أكثر من عنايته الشخصية ، فلا يكون مسئولا إذن إلا عن أدنى العنايتين . أما إذا كانت الوديعة بأجر [2] (1) ، فإنه يجب على المودع عنده أن يبذل فى حفظ الوديعة عناية الشخص

= تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٦٩٦ : يجب على الوديع أن يسهر على صيانة الوديعة كما يسهر على صيانة أشيائه الخاصة ، مع الاحتفاظ بتطبيق أحكام المادة ٧١٣ .

م ٧١٣ : إن الوديع مسئول عن سبب كل هلاك أو تعيب كان فى الوسع اتقاؤه : أولا – إذا كان يتلقى أجراً لحراسة الوديعة . ثانيا . إذا كان يقبل الودائع بمقتضى مهنته أو وظيفته.

(وأحكام التقنين اللبنانى تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المصرى) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٥٤ .

(٢) وكان المشروع التمهيدى يضيف إلى الوديعة بأجر الوديعة لمصلحة الوديع وحده والوديعة التى تطوع فيها الوديع لحفظ الشئ (انظر م ١٩٢٨ مدنى فرنسى) ، فحذفت هذه الإضافة فى لجنة المراجعة (انظر آنفاً نفس الفقرة فى الهامش) . ويمكن ، بالرغم من هذا الحذف ، فى الوديعة التى هى لمصلحة الوديع وحده أو التى تطوع فيها الوديع لحفظ الشئ، اعتبار أن هناك اتفاقاً ضمنياً على أن تكون عناية المودع عنده فى حفظ الشئ هى عناية الشخص المعتاد .

وانظر فى هذه المسألة فى القانون الفرنسى : جيوار فقرة ٥٣ وما بعدها – بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٠٦٠ – فقرة ١٠٦٦ – پلانيول وريپير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٥ ص ٥٠٩ – ص ٥١٠ – ديجون ١٢ يونيه سنة ١٨٨٤ داللوز ٨٥–٢–١٤٦ – باريس أول مارس سنة ١٩٤٥ جازيت دى پاليه ١٩٤٥ – ١ – ٢٠٠ – ١٣ ديسمبر سنة ١٩٥٠ جازيت دى پاليه ١٩٥١ – ١ – ١٧٧ .

(1) انتهاء الحكم إلى أن التزام الشركة الطاعنة بحفظ الجبن المودع لديها فى ثلاجتها من الالتزامات الجوهرية وأنه التزام ببذل عناية هى عناية الشخص العادى – لأن الشركة مأجورة على هذا الالتزام مؤداه أنها كيفت العقد بأنه عقد وديعة مأجورة متفقا فى ذلك مع عبارات العقد ودون أن تجادل الطاعنة فى هذا التكييف ، لما كان ذلك وكان مقتضى عقد الوديعة أن يلتزم المودع لديه – أساسا – بالمحافظة على الشئ المودع لديه وأن يبذل فى سبيل ذلك – إذا كان مأجوراً – عناية الشخص العادى – ويعتبر عدم تنفيذه لهذا الالتزام خطأ فى حد ذاته يرتب مسئوليته التى لا يدرأها عنها إلا أن يثبت السبب الأجنبى=

المعتاد ، أى أن المعيار هنا يكون موضوعياً لا شخصياً. فإذا لم يبذل هذه العناية ، حتى لو أثبت أن العناية الأقل التى بذلها فعلا هى العناية التى يبذلها فى حفظ مال نفسه ، كان مع ذلك مسئولا ، لأنه ملزم ببذل عناية الشخص المعتاد ولو كانت هذه العناية تزيد على عنايته الشخصية . أما إذا بذل عناية الشخص المعتاد ، فإنه يكون قد نفذ التزامه ، حتى لو نزلت هذه العناية بمعيارها الموضوعى عن عنايته هو بمعيارها الشخصى . وقد قدمنا مثل ذلك فى الوكالة المأجورة [1] .

وتطبيقاً لما تقدم يكون المودع عنده مسئولا إذا وضع المجوهرات المودَعة فى دولاب غير مقفل فسرقت [2] ، أو وضع القطن المودع بجوار مواد ملتهبة فاحترق ، وذلك سواء كانت

= الذى تنتفى به علاقة السببية وكان الخبير المنتدب بعد أن عاين الثلاجة والجبن المخزون فيها واطلع على دفاتر الثلاجة المعدة لاثبات درجات الحرارة وطرحها لعدم سلامتها ولعدم مطابقتها الواقع ورجح من واقع فحصه للجبن المخزون ومعاينته الثلاجة من الداخل ، أن تلف الجبن يرجع إلى الارتفاع الكبير والمتكرر فى درجات الحرارة – استناداً إلى ما لاحظه من تكثف الماء على سطح الجبن والأجولة التى تحتويه ومن تراب الجبن المبلل على أرضية الثلاجة ، وإذ أطمأنت محكمة الموضوع إلى تقرير الخبير – فى هذا الشأن لسلامة أسسه واستخلصت منه فى حدود سلطتها التقديرية – أن الشركة الطاعنة لم تبذل العناية الواجب اقتضاؤها من مثلها فى حفظ الجبن المودع لديها مما أدى إلى تلفه ورتبت على ذلك مسئولياتها عن هذا التلف فأنها لا تكون ملزمة بعد ذلك بالرد استقلالا على الطعون التى وجهتها الشركة الطاعنة إلى ذلك التقرير لأن فى أخذها به محمولا على أسبابه السائغة ما يفيد أنها لم تجد فى تلك الطعون ما يستحق الرد عليها بأكثر مما تضمنه التقرير .

(جلسة ١٩٨٤/٢/٦ الطعن رقم ٦٦١ لسنة ٤٩ ق س ٣٥ ص ٣٨٩)

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٥٤ – وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : «وقد بين المشروع ما يجب على الوديع من عناية فى فحفظ الوديعة . فرق بين ما إذا كانت الوديعة عادية ودون أجر ، وما إذا كانت الوديعة بأجر .. وأجرى على النوع الثانى القاعدة العامة التى تفرض على المدين عناية الرجل المعتاد . أما النوع الأول من الوديعة ، فقد رأى المشروع أن يخفف فيه حد العناية المطلوبة من الوديع ، فعدل عن المعيار المادى الذى يؤدى إلى مطالبة المدين بعناية الرجل المعتاد ، إلى المعيار الشخصى الذى يترتب عليه الاكتفاء من المدين بما يبذله عادة من عناية فى شؤون نفسه . ولما كان الغرض من ذلك التخفيف عن الوديع ، لا مطالبته بعناية تفوق عناية الرجل المعتاد، ولما كان الوديع قد يكون فى شؤونه الخاصة أكثر حرصاً من متوسط الناس ، وجب عند الأخذ بالمعيار الشخصى وضع حد للعناية التى يصح أن يطالب بها الوديع بناء على هذا المعيار ، فنص على أن يكتفى منه بمثل عنايته فى شؤون نفسه ، دون أن يؤدى ذلك فى أى حال إلى مطالبته بعناية تفوق عناية الرجل المعتاد . ويلاحظ فى كلتا الحالتين أن التزام الوديع يعتبر التزاما بوسيلة لا التزاما بغاية ، فلا يكون ثمة عدم وفاء متى قام الوديع ببذل العناية المطلوبة منه فى المحافظة على الشئ ، حتى لو لم تؤد هذه العناية إلى حفظ الشئ فعلا» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٥٠) .

(٢) نقض فرنسى ٧ فبراير سنة ١٩٢٨ سيريه ١٩٢٨ – ١ – ١٩٧ – بلانيول وريبير وسافتييه ١١ فقرة ١١٧٥ ص ٥١٠ هامش ٣ – وإذا كان الشئ المودع ليس ثميناً ووضعه المودع عنده فى مكان غير=

الوديعة مأجورة أو غير مأجورة [1] . فإنه يصعب تصور أن يصل المودع عنده فى نزول عنايته الشخصية عن المألوف إلى هذا الحد إذا كانت الوديعة غير مأجورة ، فإن كانت مأجورة فالواضح أنه لم يبذل عناية الشخص المعتاد فى حفظ الوديعة . وإذا اضطر أن يحمل الوديعة فى سفر ولم يؤمن عليها فسرقت ، فإن كانت الوديعة من شأنها أن يؤمن عليها عند السفر كان مسئولا إذا كانت الوديعة بأجر ، حتى لو أثبت أنه كان لا يؤمن عليها لو أنها كانت ماله الخاص [2] . أما إذا كانت الوديعة بغير أجر ، وأثبت ذلك ، فإنه لا يكون مسئولا . وإذا

= مغلق، وكان غير مأجور ، لم يكن مسئولا إذا سرق الشئ ، ما دام يثبت أنه تعود ذلك فى مال نفسه (محمد على عرفه ص ٤٦٦) . ولتقدير العناية المطلوبة يرجع كذلك إلى ما جرى به العرف (بوردو ١١ يناير سنة ١٨٨٨ داللوز ٨٩-٢-١١) .

(١) فيجب أن يضع الوديعة «فى حرز مثلها» كما تقول المادة ١/٩٥٢ مدنى عراقى (انظر آنفاً نفس الفقرة فى الهامش) . وقد قضى بأن عدم المحافظة على البرقع المودع فى مكان مأمون لا تصل إليه أيدى الأشخاص الذين فى المنزل وغير الموثوق بأمانتهم تقصير جسيم يستلزم القضاء بإلزام المودع عنده بضمان الوديعة (الزقازيق جزئى ١٦ نوفمبر سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ٢٦٢ ص ٣٨٨) .

أما إذا كانت السرقة أو الحريق أو الضياع يرجع إلى قوة قاهرة ، فلا مسئولية على المودع عنده . ولكن لا يكفى أن يثبت المودع عنده أن الشئ قد سرق أو احترق أوضاع حتى يتخلص من المسئولية ، بل يجب أن يثبت فوق ذلك أن السرقة أو الحريق أو الضياع يرجع إلى قوة قاهرة (نقض فرنسى ١٨ مايو سنة ١٩٠٤ سيريه ١٩٠٥ - ١ - ٣١١ - ليون ٣٠ يونيه سنة ١٩٤٦ جازيت دى پاليه ١٩٤٦ - ٢ - ١٦٤ - ٣٠ يوليه سنة ١٩٤٦ داللوز ١٩٤٧ - ٣٧٧ - باريس ١٧ مارس سنة ١٩٥١ جازيت دى پاليه ١٩٥١ - ١ - ٤٢٨) ، أو أنه قد بذل العناية المطلوبة بحسب ما إذا كانت الوديعة بأجر أو بغير أجر ، وبالرغم من ذلك سرق الشئ أو احترق أو ضاع (باريس ١٣ ديسمبر سنة ١٩٥٠ جازيت دى باليه ١٩٥١ - ٢ - ١٧٧ - بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٠٧٤ - پلانيول وريپير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٥ فقرة ٥١١ - محمد على عرفة ص ٤٦٨) . وسواء كانت الوديعة بأجر أو بغير أجر ، يجب على المودع عنده أن يخطر المودع بما يتهدد الشئ المودع من أخطار ويتلقى تعليماته فى هذا الشأن ، أو يمكنه من أن يتخذ بنفسه الاحتياطات اللازمة (استئناف مختلط ٢ ديسمبر سنة ١٩٤٣ م ٥٦ ص ١٢) .

(٢) وانظر فى أن المودع عنده لا يلتزم فى الأصل بأن يؤمن على الوديعة إلا إذا قضى العرف بذلك : نقض فرنسى ٢٤ يونيه سنة ١٩٢٣ داللوز ١٩٢٣ - ١ - ١٢٥ - باريس ١٢ فبراير سنة ١٩٥١ J.C.P. ١٩٥٢ - ٢ - ٦٦٨٨ - بودرى وفال الوديعة فقرة ١٠٧٥ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٢ هامش ١ - پلانيول وريپير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٥ ص ٥١٠ - محمد على عرفة ص ٤٦٦ - وفى أن من يقبل نبيذاً على سبيل الوديعة لا يلتزم ببسترته : بوردو ١١ يناير سنة ١٨٨٨ داللوز ٨٩ - ٢ - ١١ - بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٠٥٦ - وفى أن المصرف الذى يقبل أوراقاً مالية على سبيل الوديعة لا يلتزم بإخطار صاحبها بما ينفتح أمامه من حق الاكتتاب فى أوراق أخرى : السين ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ سيرى ١٩٢٥ - ٢ - ٢٧ مع تعليق إسمان - وقارن پلانيول وريپير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٥ ص ٥١٠ هامش ٦ . =

كان بالوديعة عيب يتهددها بالتلف ، وكان العيب بحيث لا يخفى على الشخص المعتاد، فإن المودع عنده إذا كان مأجوراً يكون مسئولا إذا هو لم يخظر المودع بهذا العيب حتى يعمل على تلافى الضرر (١). أما إذا كنت الوديعة غير مأجورة ، وكان العيب الذى لا يخفى على الشخص المعتاد يخفى على المودع عنده لقلة يقظته ، فإنه لا يكون مسئولا عن عدم إخطار المودع بالعيب (٢). وإذا كا المودع عنده فى أثناء الحرب موجوداً فى مكان معرض للغارات الجوية ، وجب عيه إذا كان مأجوراً أن ينقل الوديعة إلى مكان مأمون إن كان هذا ممكناً (٣). فإذا كان غير مأجور وكان ممن ينقل أمتعته الشخصية إلى مكان مأمون وقصر فى نقل الوديعة كان مسئولا ، أما إذا كان ممن لا ينقل أمتعته الشخصية إلى مكان مأمون فإنه لا يكون مسئولا إذا لم ينقل الوديعة (٤).

= وإذا أمن المودع عنده على الوديعة ، وتلفت بخطأه ، رجع عليه المودع بالتعويض، ورجع هو على شركة التأمين . أما إذا تلف الشئ بقوة قاهرة ، فإن المودع لا رجوع له، وكذلك لا يرجع المودع عنده على شركة التأمين (نقض فرنسى ٢ يونيه سنة ١٨٨٦ سيريه ٨٦ - ١ - ٤٤٩) ، وذلك ما لم يكن المودع عنده تحمل تبعة القوة القاهرة فيرجع عليه المودع ويرجع هو على شركة التأمين (نقض فرنسى ٢٨ يناير سنة ١٨٩٠ سيريه ٩٣-١-٤٧٠) . وإذا كان المودع عنده قد عقد التأمين لمصلحة المودع ، فإن المودع يرجع مباشرة على شركة التأمين . وكذلك يرجع المودع مباشرة على شركة التأمين إذا كان المودع عنده قد عقد التأمين باعتباره وكيلا عه ، أو أمن لحساب صاحب المصلحة ، ويستخلص ذلك من أن المودع قد دفع أقساط التأمين للمودع عنده (انظر فى كل ذلك بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٠٧٦ - فقرة ١٠٧٨) .

(١) ويجب على المودع عنده أيضاً أن يقوم بالمصروفات لحفظ الشئ من التلف، على أن يرجع بهذه المصروفات على المودع (بلانيول وريبير وسافاتيه ١١ فقرة ١١٧٥ ص ٥١١). ولا يجب عليه ، كما يجب على المستعير ، أن ينقذ الشئ المودع بتضحيته لماله الخاص ، فإن هذا يقتضى نصاً ورد فى العارية ولم يرد فى الوديعة (بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٠٦٩ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٣)، والمستعير متبرع له أما المودع عنده فمتبرع أو فى القليل مأجور غير مضارب (عكس ذلك محمد على عرفة ص ٤٦٦) . وإذا ضحى المودع عده بماله لإنقاذ الشئ المودع لأنه أكبر قيمة من ماله ، رجع على المودع بما تحمله من الخسارة فى ماله (بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٠٧٠) .

(٢) قرب بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٠٥٧ مكررة .

(٣) انظر فى الفقه والقضاء فى فرنسا فى تأثير الحرب العالمية الثانية فى المسئولية عن الودائع : روديير J.C.P. ١٩٤٢ - ١ - ٢٦٨ - كاربونييه فى المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٤٢ ص ٢١٠ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٥ مكررة - دويه ٢٢ يناير سنة ١٩٤٣ جازيت دى باليه ١٩٤٣ - ١ - ٢٠٨ - ليون ٢٢ يونيه سنة ١٩٤٤ جازيت دى باليه ١٩٤٤ - ٢ - ١٦٢ - باريس ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٤ جازيت دى باليه ١٩٤٤ - ٢ - ١٣٤ - أول مارس سنة ١٩٤٥ جازيت دى باليه ١٩٤٥ - ١ - ٢٠٠ - بواتييه ٢٨ أبريل سنة ١٩٤٨ داللوز ١٩٤٨ - ٣٥٣.

(٤) وقد أورد التقنين المدنى العراقى تطبيقات مختلفة فى تضمين الوديع فى النصوص الآتية: =

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يتضمن تطبيقاً لما يجب أن يبذله المودع عنده، مأجوراً كان أو غير مأجور ، من العناية فى حفظ الشئ ، فكانت المادة ١٠٠١ من هذا المشروع تنص على ما يأتي : «إذاحجزت الوديعة تحت يد الوديع ، أو رفعت عليه دعوى باستحقاقها ، وجب عليه أن يخطر المودع بذلك فوراً، وجاز له أن يحصل على ترخيص فى إيداعها على ذمة من يثبت له الحق فيها» (١) . وليس هذا النص إلا تطبيقاً للقواعد التى سلف ذكرها ، لأن المودع عنده ، حتى لو كان غير مأجور ، لا يتصور فيه أن ينزل فى العناية بشؤونه الشخصية عن هذا الحد ، ومن ثم يمكن العمل بهذه الأحكام بالرغم من حذف النص . ونجتزئ هنا بما جاء ، فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : «وكما يجب على الوديع أن يحفظ الشئ من كل تلف مادى ، كذلك يجب عليه أن يتفادى بشأنه كل ضرر يترتب على اتخاذ إجراءات قانونية متعلقة به . فإذا حجز الشئ تحت يده ، أو رفعت عليه دعوى باستحقاقه ، وجب عليه أن يخطر المودع بذلك فوراً . وإن أبطأ فى ذلك لأى سبب ، لزمه اتخاذ الإجراءات التى تحفظ مصلحة المودع . ومتى

= م ٩٥٤ : ١ – يجوز للوديع السفر بالوديعة ، وإن كان لها حمل ، ما لم ينهه صاحبها عن السفر بها أو يعين مكان حفظها أو يكن الطريق مخوفاً ، ففى هذه الأحوال إذا سافر بها وهلكت الوديعة كان عليه الضمان . ٢ – على أنه إذا كان السفر ضرورياً وسافر بالوديعة بنفسه وعياله أو بنفسه وليس له عيال ، وهلكت ، فلا ضمان عليه مطلقاً. وعليه الضمان ، إذا سافر بالوديعة بنفسه دون عياله إن كان له عيال.

م ٩٥٥ : ١ – إذا خلط الوديع الوديعة بماله أو بمال غيره بلا إذن صاحبها بحيث يتعسر تفريق المالين ، فعليه ضمانها سواء كان المال الذى خلط بها من جنسها أو من غيره . وإن خلطها غيره خلطاً يتعسر معه تفريقها فالضمان على الخالط . ٢ – أما إذا خلط الوديع الوديعة بماله بإذن صاحبها أو اختلطت بلا صنعه بحيث يتعسر تفريق المالين، يصير الوديع شريكاً لمالك الوديعة . فإن هلك المال بلا تقصير ، فلا ضمان على الوديع الشريك .

م ٩٥٧ : ١ – إذا أقرض الوديع دراهم الوديعة أو أدى منها دين المودع بلا إذن أو إجازة منه، ضمنها . ٢ – ومع ذلك إذا كان المودع غائباً غيبة منقطعة ، وفرضت المحكمة عليه نفقة ودفعها الوديع بأمر المحكمة من النقود المودعة عنده، فلا يلزمه ضمانها . وإن دفعها بلا إذن المحكمة ، فعليه الضمان .

م ٩٦٠ : الوديعة إذا لزم ضمانها ، فإن كانت من المثليات تضمن بمثلها ، وإن كانت من القيميات تضمن بقيمتها يوم لزوم الضمان.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٤٧ فى الهامش – وقد نصت المادة ٧١٠ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فى هذا الصدد على أنه «يجب على الوديع أن يرد الوديعة إلى المودع وإن يكن هناك شخص آخر يدعيها لنفسه ، ما لم تحجز أو تقم فى شأنها دعوى الاستحقاق لدى القضاء – فعندئذ يجب على الوديع أن يخطر المودع بلا إبطاء عن الحجز أو دعوى الاستحقاق . ويصبح الوديع بمعزل عن الدعوى منذ الساعة التى يثبت فيها أنه وديع لا غير – وإذا طالت مدة النزاع إلى ما بعد التاريخ المعين لرد الوديعة، فالوديع أن يستصدر إذناً فى إيداعها لحساب صاحب الحق» .

أثبت المودع صفتـه ، وجـب إخراجه من الدعوى . غير أنه إذا استمر النزاع إلى ما بعد المدة المحددة للوديعة ، جاز للوديـع أن يحصل على ترخيـص فـى إيداع الشـئ فى خزانة المحكمة أو عند أى شخص تعينه المحكمـة لذلك ، على أن يسلم الشئ فيـما بعد إلـى من يثبت له الحق فيه» (١) .

وإذا تعدد المودَع عندهم ، لم يكونوا متضامنين فى المسئولية ، لأن مسئوليتهم عقدية لا تقصيرية ، ولم ينص القانون على التضامن (٢) .

٣٥٧ – عدم مسئولية المودع عنده عن السبب الأجنبى : ولا يكون المودع عنده، ولو كان مأجوراً ، مسئولا عن السبب الأجنبى ، حتى لو ثبت أنه لم يبذل العناية المطلوبة . ذلك أن السبب الأجنبي ينفى علاقة السببية بين الخطأ والضرر ، فيكون الضرر منسوباً إلى سبب أجنبى لا إلى خطأ المودع عنده ، ومن ثم لا يكون هذا مسـئولا(٣) . وعبء إثبات السبب الأجنبى يقع على المودع عنده ، مأجوراً كان أو غير مأجور ، إذ هو لا يستطيع أن يتخلص من المسـئوليـة إلا إذا أثبت أنه بذل العناية المطلوبة ، أو أثبت السبب الأجنبى (٤) . وقد نص تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على هذه الأحكام ، وإن كان لم يحمل المودَع عنده عبء الإثبات إلا إذا كان مأجوراً أو كان لم يقبل الوديعة إلا بمقتضى مهنته أو وظيفته ، فقضت المادة ٧١٤ من هذا التقنين بأنه «لا يكون الوديع مسئولا عن هلاك الوديعة أو عن تعيبها إذا نجم : ١ – عن ماهية الشئ المودع أو عن وجود عيب فيه أو من فعل المودع . ٢ – عن قاهرة، ما لم يكن فى حالة التأخر عن رد الوديعة . أما إقامة البرهان على وجود الأحوال المبينة فى الفقرتين (١) و (٢) المتقدم ذكرهما فهى على الوديع إذ كان يتناول أجراً أو يقبل الودائع بمقتضى مهنته أو وظيفته» (٥) .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٥٠ .

(٢) هيك ١١ فقرة ٢٣٢ – جيوار فقرة ٩٧ – بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٠٦٨ .

(٣) وقد قضت محكمـة الاستئناف المختلطة بأن المودع عنده لا يكون مسـئولا إذا أضاع الوديعة فى اضطرابات أضاع فيها ماله وفقد حريته (استئناف مختلط ٢٠ يونيه سة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٣٣٥) . ومع ذلك يكون المودع عنده مسئولا حتى عن السبب الأجنبى إذا كان قد أعذر أو كان قد قبل تحمل هذه التبعة (جيوار فقرة ٦٠ – بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٠٧١ – محمد كامل مرسى فقرة ٣١٣ ص ٤٣٢ – وانظر م ١٩٢٩ مدنى فرنسى) .

(٤) نقض فرنسى ٢ يوليه سنة ١٩١٣ سيريه ١٩١٤ – ١ – ٣١٣ – ٢٥ سبتمبر سنة ١٩٤١ سيريه ١٩٤١ – ١ – ١٩٩ – بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٠٧٣ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٢ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٥ ص ٥١١ – دى باج ٥ فقرة ٢٠٥ .

(٥) انظر أيضاً م ١٩٢٩ مدنى فرنسى – ونرى من ذلك أن خطأ المودع يعتبر سبباً أجنبياً ينفى المسئولية عن المودع عنده . وقد قضى بأن المودع مسئول عن ضياع الوديعة المتسبب عن خطأه الفاحش (استئناف

٣٥٨ – الاتفاق على تعديل قواعد المسئولية : وما قدمناه من القواعد فى مسئولية المودع عنده عن حفظ الشئ لا يتعلق بالنظام العام ، فيجوز الاتفاق على ما يخالفه. وكان المشروع التمهيدى للمادة ٧٢٠ مدنى ينص على ذلك صراحة ، فحذف النص فى لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليه استغناء عنه بالقواعد العامة (١).

ومن تم يجوز الاتفاق على تشديد مسئولية المودَع عنده ، كما يجوز الاتفاق على تخفيفها أو على الإعفاء منها .

مثل تشديد مسئولية المودع عنده أن يشترط المودع مسئوليته عن عناية الشخص المعتاد حتى لو كان غير مأجور ، أو أن يشترط مسئوليته إذا كان مأجوراً عن السبب الأجنبى (٢).

ومثل تخفيف مسئولية المودع عنده أن يشترط هذا وهو مأجور عدم مسئوليته إلا عن عنايته الشخصية ، أو ألاَّ يكون مسئولاً عن التعويض إلا فى حدود مبلغ معين ولو زاد الضرر على هذا المبلغ (٣).

وإعفاء المودع عنده من المسئولية يكون بأن يشترط على المودع ألاَّ يكون مسئولا عن خطأه . ويصح هذا الشرط حتى لو كانت الوديعة مأجورة لأن الإعفاء من المسئولية عن الخطأ العقدى جائز (٤). ولكن يبقى المودع عنده ، بالرغم من شرط الإعفاء مسئولا

وطنى ١٦ فبراير سنة ١٩١٦ الشرائع ٣ رقم ١٤١ ص ٤٢٦). ولا يعتبر سبباً أجنبياً القوة القاهرة إذا كانت ناشئة عن تقصير المودع عنده، وقد قضى بأن على المدين الذى يدعى تخلصه بسبب قوة قاهرة أن يثبت أن الحادث القهرى لم يكن ناشئاً عن إهماله أو خطأه . وعلى ذلك فالمودع عنده بأجر يعتبر مسئولا إذا فقدت الوديعة بسرقة ، وكانت السرقة نتيجة إهمال وقع منه بتركه باب المكان الموضوعة فيه تلك الوديعة مفتوحاً (ملوى ١٠ أبريل سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ١٠٤ ص ٢٢٤) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٤٨ – وانظر آنفاً فقرة ٣٥٦ فى الهامش .

(٢) نقض فرنسى ٢٨ يناير سنة ١٨٩٠ داللوز ٩١–١–٢٤٦ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٥ ص ٥١٢ .

(٣) أو ألا يكون مسئولا عن أخطاء معينة (نقض فرنسى ٢٧ يوليه سنة ١٩٠٩ داللوز ١٩١٠–١–١٨٧ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٥ ص ٥١٢ – أنسيكلوپيدى داللوز ٢ لفظ Dépôt فقرة ١٣٥) .

(٤) نقض فرنسى ٣ أغسطس سنة ١٩٤٨ داللوز ١٩٤٨ – ٥٣٦–٥ يوليه سنة ١٩٤٩ سيريه ١٩٥٠ – ١ – ١٩ – انظر عكس ذلك أنسيكلوپيدى داللوز ٢ لفظ Dépôt فقرة ١٣٢ .

ولا يكفى لافتراض قبول المودع بشرط الإعفاء مجرد تعليق إعلان يتضمن هذا الشرط، إذ يحتمل ألا يكون المودع قد التفت إلى هذا الإعلان (ليون ٢٤ يناير سنة ١٩٢٩ سيريه ١٩٢٩ – ٢ – ٩٥ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٥ ص ٥١٢ هامش ٣ – محمد على عرفة ص ٤٦٩ هامش ١).

عن الغش أو الخطأ الجسيم [1].

٣٥٩ – عدم جواز استعمال المودع عنده للوديعة – نص قانونى : تنص الفقرة الثانية من المادة ٧١٩ من التقنين المدنى على ما يأتى :

«وليس له (للمودع عنده) أن يستعملها (الوديعة) دون أن يأذن له المودع فى ذلك صراحة أو ضمناً» [2].

فالمودَع عنده لا يجوز له أن يستعمل الوديعة ، ولا أن يسمح لأحد باستعمالها، بل ليس له ، كما تقول المادة ١٩٣١ مدنى فرنسى ، أن يكشف عنها ليعرف ما هى إذا كانت قد سلمت إليه فى صِندوق مقفل أو فى غلاف مختوم [3]. ويتصل هذا الالتزام السلبى اتصالاً وثيقاً بالتزام المودَع عنده بحفظ الشئ ، إذ الغرض من الوديعة هو كما قدمنا حفظ الشئ لا استعماله . وإذا كان الشئ ينتج غلة ، وجب على المودَع عنده أن يحفظ غلته معه

---

(١) استئناف مختلط ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٧٠ (عدم إخطار المودع بما تتعرض له البضاعة المودعة من الخطر الداهم) . نقض فرنسى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٣٤ جازيت دى پاليه ١٩٣٥ – ١ – ٦ – بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٠٦٦ – پلانيول وريپير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٥ ص ٥١٢ .

(٢) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ٢/٩٩٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت على لجنة المراجعة تحت رقم ٢/٧٥١ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٢/٧٥٠ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢/٧١٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٤٤ – ص ٢٤٥).

ويقابل النص فى التقنين المدنى القديم المادة ٥٩٤/٤٨٦ : ولا يجوز له أن يستعمل الشئ المودع عنده، وإلا كان ملزماً بالتضمينات . (وحكم التقنين المدنى القديم يتفق مع حكم التقنين المدنى الجديد).

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٢/٦٨٥ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٢/٧١٩ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١/١٩٥٦ : ليس للوديع أن يستعمل الوديعة وينتفع بها دون إذن صاحبها ، وإن استعملها بلا إذنه وهكت فعليه ضمانها . (وحكم التقنين العراقى يتفق مع حكم التقنين المصرى).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ١/٧٠٠ : إذا استعمل الوديع الوديعة أو تصرف فيها بلا إذن من المودع ، كان مسئولا عن هلاكها أو تعيبها ولو كان السبب فيها حادثاً خارجيا. (وحكم التقنين اللبنانى يتفق على حكم التقنين المصرى).

(٣) بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٠٨٦ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٣ – پلانيول وريپير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٦ – محمد كامل مرسى فقرة ٣١٥.

دون أن يفصلها عنه إلا لحفظها ، ويجب عليه فى كل حال أن يقدم حسابا للمودع عن هذه الغلة[1] .

على أنه يجوز للمودع أن يأذن للمودَع عنده في استعمال الشئ ، ويبقى العقد مع ذلك وديعة بشرط أن يكون حفظ الشئ هو الغرض الأساسى من العقد واستعماله ليس إلا أمراً ثانوياً بجانب هذا الغرض الأساسى . فإن كان الاستعمال غرضاً أساسياً ، لم يكن العقد وديعة بل كان عارية استعمال إذا كان الشئ غير قابل للاستهلاك [2] وقرضاً إذا كان الشئ قابلا للاستهلاك . ونرى من ذلك أن المودع عده يجوز له استعمال الشئ بشرطين : أن يكون هذا الاستعمال أمراً ثانوياً بالنسبة إلى الغرض الأساسى وهو حفظ الشئ ، وأن يكون المودع قد أذن له فى الاستعمال ، والإذن كما يكون صريحاً قد يكون ضمنياً ، ويستخلص الإذن الضمنى من الظروف . فإذا أودع شخص ساعة مثلا ، فالغالب أنه لا يمانع فى أن ينظر المودَع عنده فى الساعة ليعرف الوقت ، بل إن للمودع عنده أن «يملأ» الساعة من وقت إلى آخر حتى تستمر فى السير [3] . وكذلك إذا أودع شخص كتباً عند آخر ، فلا مانع من أن يقرأ المودع عنده فى هذه الكتب[4] بشرط ألاّ يترك فيها أثراً من القراءة ، وهذا ما لم ينهه المودع عن القراءة صراحة أو ضمناً . ويمكن القول بوجه عام إن الإذن الضمنى فى استعمال الشئ يستخلص إذا كان هذا الشئ غير قابل للاستهلاك بأيسر مما يستخلص يما لو كان الشئ قابلا للاستهلاك [5] .

وإذا أخل المودَع عنده بالتزامه ، فاستعمل الشئ دون إذن صريح أو ضمنى ، أو تصرف فيه من باب أولى بالبيع أو الرهن أو الإيجار أو العارية أو أى تصرف آخر ، كان مسئولا عن ذلك مسئولية مدنية [6] ، وجازت أيضاً مساءلته جنائياً عن جريمة التبديد بالنسبة

---

(١) انظر م ١٩٣٦ مدنى فرنسى – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٧٦ .

(٢) بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٧٦ – محمد على عرفة ص ٤٦٤ .

(٣) ونرى من ذلك أنه قد يكون من الضرورى استعمال الشئ للمحافظة عليه ، كما إذا كان الشئ المودع سيارة فيستعملها المودع عنده من وقت إلى آخر حتى لا تتلف بعدم الاستعمال ، ويجب ألا يزيد فى ذلك على المألوف فى مثل هذه الأحوال (محمد على عرفة ص ٤٦٣) .

(٤) جيوار فقرة ٦٥ – بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١٠٨١ .

(٥) جيوار فقرة ٦٦ – بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١٠٧٩ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٧٦ .

(٦) وتقول المادة ٢/٩٥٦ مدنى عراقى فى هذا الصدد : «وليس للوديع أن يتصرف فى الوديعة بإجارة أو إعارة أو رهن بلا إذن صاحبها ، فإن فعل ذلك وهلكت فى يد المستأجر أو المستعير أو المرتهن ، فلمالكها تضمين الوديع، وله تضمين المستأجر أو المستعير أو المرتهن إذا كان عالماً بأن المال وديعة لم يأذن صاحبها بالتصرف فيها» . وتقول المادة ١/١٧٠٠ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : «وكذلك يكون (الوديع) فى جميع الأحوال مسئولا عن الهلاك أو التعيب ولو نجم عن طارئ غير متوقع، إذا =

إلى المودع [1]، وعن جريمة النصب بالنسبة إلى من تصرف له [2]. والإذن بالاستعمال لا يفترض ، بل يقع على المودَع عنده عبء إثباته . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : «ونصت الفقرة الثانية (من المادة ٧١٩ مدنى) على واجب الامتناع عن استعمال الشئ دون ترخيص المودِع بذلك صراحة أو ضمناً . ويجب على من يدعى هذا الترخيص أن يثبت صدوره ، لأن الإذن بالاستعمال لا يفترض» [3].

٣٦٠ - عدم جواز أن يحل المودع عنده غيره محله فى حفظ الوديعة - نص قانونى : تنص المادة ٧٢١ من التقنين المدنى على ما يأتى :

«ليس للمودَع عنده أن يحل غيره محله فى حفظ الوديعة دون إذن صريح من المودِع، إلا أن يكون مضطراً إلى ذلك بسبب ضرورة ملجئة عاجلة» [4].

= اتجر بالوديعة، غير أنه يحتفظ بما يكون قد ربحه حينئذ من هذا الوجه . وإذا لم يستعمل إلا جزءاً من الوديعة أو لم يتصرف إلا فى جزء منها ، فلا يكون مسئولا إلا عن هذا الجزء» . واحتفاظ الوديع بالربح يحمل على أنه ثمرة عمله ، مع عدم الإخلال بحق المودع فى الرجوع على المودع له بالتعويض عن الضرر الذى لحقه بسبب الاتجار فى الوديعة .

وإذا تلف الشئ أو هلك أوضاع ، وجب على المودع عنده أن يثبت ليتخلص من المسئولية أن الاستعمال لم يكن السبب فى ذلك (بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٠٨٢ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٦) .

(١) محمد على عرفة ص ٤٦٤ .

(٢) ومجرد استعمال الشئ دون التصرف فيه يوجب المساءلة المدنية دون المساءلة الجنائية. وقد كان القانون الفرنسى القديم يعرف ما يسميه بسرقة الاستعمال (vol. d'usage) كما عرف سرقة الرهن (vol de gage) ، ولكن هذا النوع من السرقة غير معروف اليوم (بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٨٦٦ - جوسران ٢ فقرة ٣٦٥ ص ٧١١).

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٤٩ .

(٤) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١٠٠٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٧٥٣ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٥٢ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٢١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٤٩ - ص ٢٥١).

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى القديم ، ولكنه تطبيق للقواعد العامة ، فكان معمولا به فى عهد هذا التقنين .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦٨٧ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧٢١ (مطابق) ويضيف التقنين الليبى فى آخر المادة : وفى هذه الحالة يجب على المودع عنده أن يخطر المودع بذلك بمجرد أن يتيسر له الإخطار» . =

وهنا نرى أن الوديعة تختلف عن الوكالة ، فقد رأينا فى الوكالة أنه يجوز للوكيل أن ينيب عنه غيره فى تنفيذ الوكالة ما لم يمنعه الموكل من ذلك [1] ، أما هنا فى الوديعة فإنه يتبين من النص سالف الذكر أنه لا يجوز للمودع عنده أن ينيب عنه غيره فى حفظ الوديعة دون إذن صريح من المودع . ونرى فى ذلك أثراً واضحاً للاعتبار الشخصى الذى لعقد الوديعة، حتى أنه ليزيد فى ذلك على عقد الوكالة . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : «ويفرض فى الوديعة أن شخص الوديع له اعتبار خاص عند المودع، فلا يجوز للوديع أن يحل غيره محله فى حفظ الوديعة دون إذن صريح من المودع، إلا

= **التقنين المدنى العراقى** م ٢/٩٥٢ : وله (للوديع) أن يحفظها بنفسه أو بمن يأتمنه على حفظ ماله عادة ، وله أن يحفظها عند غير أمينه بعذر .

م ٩٥٨ : ١ – إذا أودع الوديع الوديعة عند أحد بإذن صاحبها ، خرج من العهدة ، وصار الثانى وديعا. ٢ – وإن أودعها بلا إذنه عند من لا يأتمنه عادة ، وهلكت بتعدى الوديع الثانى ، فلصاحبها الخيار إن شاء ضمن الوديع الأول أو الثانى ، فإن ضمن الأول فله الرجوع على الثانى ، وإن ضمن الثانى فلا رجوع له على أحد . وإن هلكت عند الثانى بدون تعديه وقبل مفارقة الأول فلا يضمن أحد منهما ، وإن هلكت بعد مفارقته فلصاحبها أن يضمن الوديع الأول دون الثانى . (ويختلف التقنين العراقى عن التقنين المصرى فى أنه يجوز للمودع عنده فى التقنين العراقى أن يودع الوديعة عند من يأتمنه على حفظ ماله ولو فى غير ضرورة وبغير إذن المودع ، فإذا حصل على إذن المودع خرج من العهدة وارتبط المودع بالوديع الثانى ارتباطاً مباشراً . هذا إلى أن التقنين العراقى يحتوى فى المادة ٢/٩٥٨ منه على تفصيلات مأخوذة من الفقه الإسلامى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٦٩٧ : لا يحق للوديع أن ينيب عنه شخصاً آخر فى المحافظة على الوديعة إلا فى إحدى الحالتين الآتيتين : ١ – إذا أجاز له المودع صراحة. ٢ – اذا قضت بهذا الاحتفاظ ضرورة ماسة جدا .

م ٦٩٨ : إن الوديع يكون ، فيما خلا الحالة المنصوص عليها فى العدد (٢) من المادة السابقة، مسئولا عن الشخص الذى ينيبه منابه ، ما لم يقم البرهان على أن الوديعة لو بقيت بين يديه لنابها أيضاً الهلاك أو التعيب بدون أن يرتكب خطأ – أما إذا كان يحق للوديع أن ينيب منابه شخصاً خر ، فلا يلزمه الضمان إلا فى الحالتين الآتيتين : ١ – إذا اختار شخصاً غير حائز للصفات التى تؤهله لحفظ الوديعة . ٢ – إذا استبدل التعليمات التى كانت لديه أو أصدر إلى الشخص الذى أنابه تعليمات نشأ عنها الضرر وإن يكن قد أحسن اختياره .

م ٦٦٩ : يحق للمودع أن يقيم الدعوى مباشرة على نائب الوديع كما لو كانت على الوديع نفسه . (ويتفق التقنين اللبنانى مع التقنين المصرى فى عدم جواز إحلال الوديع شخصاً آخر محله إلا فى حالتين ، ولكنه يختلف عنه فى أنه جعل للمودع دعوى مباشرة تجاه الوديع الثانى ، وفى أنه أورد تفصيلات فى مسئولية الوديع الأول عن الوديع الثانى تتفق فى مجموعها مع القواعد العامة) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٦٣ .

أن يكون مضطراً إلى ذلك بسبب ضرورة ملجئة عاجلة ، إذ أن الضرورات تبيح المحظورات»[1] . ونرى من ذلك أن المودع عنده لا يجوز له أن ينيب عنه غيره فى حفظ الوديعة إلا فى حالتين : (١) إذا أذن له المودع فى ذلك إذناً صريحاً . (٢) أو إذا اضطر إلى ذلك بسبب ضرورة ملجئة عاجلة ، كما إذا فجأه داع للسفر ولم يتمكن من رد الوديعة إلى صاحبها فاضطر إلى إيداعها عند من يأتمنه عليها ، أو كما إذا دوهم بحبس أو اعتقال فلم يتمكن إلا من نقل الوديعة إلى يد تحفظها . وعليه أن يخطر المودع بذلك بمجرد أن يتيسر له هذا الإخطار[2] .

وإذا كان مسموحاً للمودَع عنده أن ينيب عنه غيره فى حفظ الوديعة على الوجه المتقدم الذكر ، فإنه يبقى مع ذلك مسئولا عن خطأ نائبه تجاه المودع ، ما لم يكن هذا الأخير قد أعفاه من هذه المسئولية عندما أذن له فى إنابة غيره ، وبخاصة إذا كان المودع هو الذى اختار هذا النائب [3] . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : «فإذا أحل الوديع غيره محله دون إذن بذلك ، كان مسئولا عن فعل ذلك الغير وإن كان ذلك بإذن المودع، فيكون الوديع مسئولا عن سوء اختياره لذلك الغير وعن كل عيب فى التعليمات التى أصدرها له بشأن حفظ الشئ : انظر م ١٠٠٦ من التقنين التونسى و م ٧٩٢ عن التقنين المراكشى و م ٦٩٨ من التقنين اللبنانى» [4] .

وإذا تقاضى النائب من المودع عنده أجراً ، جاز لهذا الأخير أن يرجع بهذا الأجر على المودع إذا كان قد أذنه فى الإنابة أو كانت الإنابة بسبب ضرورة ملجئة عاجلة[5] ، وبشرط ألا يكون المودع عنده يتقاضى أجراً من المودع يدخل فيه أجر النائب [6] .

ويجيز القضاء الفرنسى أن يرجع المودع على نائب المودَع عنده بالدعوى المباشرة، لا

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٥٠ – ص ٢٥١ .

(٢) انظر م ٧٢١ مدنى ليبى انفاً نفس الفقرة فى الهامش .

(٣) بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٠٥٧ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٣ – باريس ٩ فبراير سنة ١٩٣٧ داللوز الأسبوعى ١٩٣٧ – ٢٠٩ .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيريجة ٥ ص ٢٥١ – أما إذا لم يكن مسموحاً للمودع عنده فى إحلال غيره محله فى حفظ الوديعة ، وهلكت الوديعة فى يد الوديع الثانى ولو بقوة قاهرة ، كان الوديع الأول مسئولا لأنه أخطأ فى إحلال غيره محله ، وذلك ما لم يثبت أن الوديعة كانت تهلك لو أنها بقيت عنده ، كما إذا نشبت حريق فالتهمت منزل كل من الوديع الأول والوديع الثانى وأتت على ما فى المنزلين من أثاث وودائع (محمد على عرفة ص ٤٦٩) .

(٥) نقض فرنسى ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٥ داللوز ١٩٢٧ – ١ – ٢٣.

(٦) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٣ ص ٥٢٣ .

فحسب بدعوى الاستحقاق إذا كان المودع مالكاً للشئ ، بل أيضاً بالدعوى الشخصية الناشئة من عقد الإنابة ، ويقيس القضاء الفرنسى دعوى المودع المباشرة قبل نائب المودع عنده على دعوى الموكل المباشرة قبل نائب الوكيل (١) . ويبدو أن من الصعب مجاراة القضاء الفرنسى فى ذلك ، اذ الدعوى المباشر لا تكون إلا بنص ، وقد وجد هذا النص فى الوكالة ولم يوجد فى الوديعة (٢) .

المبحث الثالث

رد الشئ المودع

٣٦١ – نص قانونى : تنص المادة ٧٢٢ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« يجب على المودع عنده أن يسلم الشئ إلى المودع بمجرد طلبه ، إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع عنده . وللمودع عنده أن يلزم المودع بتسلم الشئ فى أى وقت ، إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع» .

ويحسن أن نورد هذا النص كما ورد فى المشروع التمهيدى ، فهو أكثر إحاطة بموضوع الالتزام بالرد، وقد أصبح بتعديله على الوجه السالف الذكر أقرب إلى انتهاء الوديعة التى حدد لها أجل . ونص المشروع التمهيدى على كل حال يتفق مع القواعد العامة، وهو يجرى على الوجه الآتى : «١ – على الوديع ، متى انتهت الوديعة ، أن يرد إلى المودع أو إلى من يخلفه الشئ المودع وما يكون قد قبضه من ثماره . ٢ – ويرد الشئ فى المكان الذى يجب فيه حفظه ، وتكون مصروفات الرد على المودع . كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك» (٣) .

---

(١) نقض فرنسى ٦ يوليه سنة ١٨٩١ داللوز ٩٢ – ١ – ١١٩ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٨٣ ص ٥٢٣ – انظر عكس ذلك بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٠٥٧ .

(٢) محمد على عرفة ص ٤٧٠ – وقد أورد تقنين الموجبات والعقود اللبنانى هذا النص، فقضت المادة ٦٩٩ من هذا التقنين بأنه «يحق للمودع أن يقيم الدعوى مباشرة على نائب الوديع كما لو كانت على الوديع نفسه» (انظر آنفاً نفس الفقرة فى الهامش) .

(٣) **تاريخ النص** : ورد نص المادة ٧٢٢ مدنى فى المادة ١٠٠٣ من المشروع التمهيدى على الوجه المبين فى المتن . وفى لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية اكتفاء بالقواعد العامة، وعدلت الفقرة الأولى على الوجه الذى استقرت عليه فى التقنين المدنى الجديد، وذكر أنها عدلت «بما يجعل حكمها أدق وأوضح» ، وأصبح رقم النص ٧٥٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٥٣ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٢٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٥٢ – ص ٢٥٣) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى القديم المادة ٥٩٥/٤٨٧ (١).

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى فى التقنين المدنى السورى المادة ٦٨٨ – وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٧٢٢ – وفى التقنين المدنى العراقى المادة ١/٩٦١ – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٧١١ والمادة ٧١٤ (٢).

ونبحث فى الالتزام بالرد المسائل الآتية : (١) ما الذى يجب رده . ٢٠) لمن يكون الرد ومتى وأين يكون . (٣) جزاء الإخلال بالتزام الرد .

١ – ما الذى يجب رده

٣٩٢ – مسائل ثلاث : الأصل فى الرد أن يكون عينا ، وقد يكون الرد بمقابل ، ويجب أيضاً رد الثمار .

٣٩٣ – الرد عيناً : يلتزم المودع عنده، عند انتهاء العارية ، برد الشئ المودع إلى المودع. والأصل أن يكون الرد عينا ، أى أن يرد نفس الشئ المودع . فترد السيارة المودعة ذاتها، أو الملابس عينها ، أو الأوراق المالية ، أو البضائع ، أو غير ذلك من الأشياء المودعة.

---

(١) **التقنين المدنى القديم** م ٥٩٥/٤٨٧ : وعليه (على الوديع) أن يرده (الشئ المودع) إلى المودع نفسه أو لمن ينوب عنه .

(وحكم التقنين المدنى القديم يتفق مع حكم التقنين المدنى الجديد) .

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى** :

التقنين المدنى السورى م ٦٨٨ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧٢٢ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١/٩٦١ : على الوديع متى انتهى عقد الوديعة أن يرد الوديعة وما يكون قد قبضه من أثمارها إلى المودع أو من يخلفه متى طلب منه ذلك . ويكون الرد فى المكان الذى كان يلزم حفظ الوديعة فيه ، ومصروفات الرد على المودع . كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره .

(وأحكام التقنين العراقى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٧١١ : يجب على الوديع أن يرد الوديعة عينها والملحقات التى سلمت اليه معها بالحالة التى تكون عليها ، مع الاحتفاظ بتطبق أحكام المادة ٧١٤.

م ٧١٤ : لا يكون الوديع مسئولا عن هلاك الوديعة أو عن تعيبها إذا نجم : ١ – عن ماهية الشئ المودع أو عن وجود عيب فيه أو عن فعل المودع . ٢ – عن قوة قاهرة ، ما لم يكن فى حالة التأخر عن رد الوديعة – أما إقامة البرهان على وجود الأحوال المبينة فى الفقرتين (١) و (٢) المتقدم ذكرهما فهى على الوديع إذا كان يتناول أجراً أو يقبل الودائع بمقتضى مهنته أو وظيفته .

(وأحكام التقنين اللبنانى تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المصرى) .

وهذا صحيح حتى لو كان الشئ المودع شيئاً مثلياً وكان يهلك بالاستعمال ، كالأطعمة والغلال والمشروبات ونحوها . والنقود تكون عادة محلا للوديعة الناقصة ، فتكون قرضاً وتنتقل ملكيتها للمقترض ويرد مثلها كما سنرى . ومع ذلك يمكن أن تكون القطع الذهبية أو الفضية ، أو كيس من النقود ، محلا للوديعة الكاملة ، فتحتفظ بذاتيتها لدى المودع عنده ولا تنتقل ملكيتها إليه ، فلا يجوز له التصرف فيها ، ويجب عليه ردها عيناً إلى المودع [١] . ويترتب على ما قدمناه أنه إذا كان الشئ المودع أسهما وسندات ولو كانت لحاملها ، كان للمودع أن يطلب ردها عينا بذواتها وبنفس أرقامها [٢] ، وله أن يرفض أسهما وسندات أخرى مماثلة لها تماماً [٣] .

والمودع هو الذى يحمل عبء إثبات ذاتية الشئ المودع إذا حصل خلاف فى ذلك ، ويكون الإثبات طبقاً للقواعد العامة [٤] . ويكون الإثبات عادة تجاه المودع عنده حتى يسترد المودع الشئ بعينه ، ولكن يقع أحياناً أن يكون الإثبات تجاه دائنى المودع عنده إذا أفلس هذا الأخير حتى يتمكن المودع من انتزاع الشئ المودع من التفليسة دون أن تمتد إليه حقوق الدائنين [٥] . وأكثر ما يكون الإثبات بكتابة تدل على الوديعة ، فتسلم السيارة مثلا بمحضر

---

(١) بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٠٨٩ .

(٢) فقد تختلف عن مثيلاتها من ناحية مواعيد الاستهلاك ومن ناحية استحقاق الجوائز (محمد كامل مرسى فقرة ٣٢٣) .

(٣) نقض فرنسى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠١ - ١ - ١١٣ - ١٥ ديسمبر سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٣ - ١ - ٦٠٩ - بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٩٠٣ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٧ ص ٥١٥ - ويختلف الحكم فيما إذا كانت الأسهم والسندات لم تعين بذواتها ، بل اكتفى بتعيين عددها وتقدير قيمتها ، فعند ذلك يرد مثلها فى العدد والقيمة ، وتكون الوديعة فى هذه الحالة وديعة ناقصة (بوردو ٢٤ مارس سنة ١٨٨٦ داللوز ٨٧-٢-٦٦ - باريس ٦ فبراير سنة ١٩٣٥ - داللوز الأسبوعى ١٩٣٥-٢٢٨ - ليون ٤ يونيه سنة ١٩٤٥ جازيت دى پاليه ١٩٤٥ - ٢ - ٧٥) . وانظر فى إيداع الأوراق المالية على هذا النحو فى فرنسا فى مصرف مركزى (Sicovam) تتبعه جميع المصارف التى تقبل ودائع الأوراق المالية الفرنسية والأجنبية : بلانيول وريبير وسافاتيية ١١ فقرة ١١٦٩ مكررة .

(٤) بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٠٩٠ - ويكون للمودَع عنده فوق ذلك أن يطالب المودع بإبراز إيصال الوديعة ، ولكن إذا عرض عليه المودع أن يكتب له مخالصة بتسلم الوديعة لم يكن للمودع عنده أن يعترض على ذلك ، إذ أنه بهذه المخالصة يتخلص من المطالبة، ويجب عليه رد الوديعة فى مقابل المخالصة (بوردى وفال فى الوديعة فقرة ١١٥٩ مكررة) . أما إذا كان الإيصال لحامله ، فلا ترد الوديعة إلا لحامل هذا الإيصال (محمد على عرفة ص ٤٩٢ هامش ٣) .

(٥) نقض فرنسى ٩ يناير سنة ١٨٨٨ داللوز ٨٩ - ١-٢٠٧ - باريس ٥ مارس سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٣-١-١٧- ٣٠ يونيه سنة ١٨٩٣ داللوز ٩٤-٢-٥٠١ - بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١١٠٩ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٧ ص ٥١٥

تسليم أو بيان بأوصافها ، وتسجل أرقام الأوراق المالية المودعة باسم المودع فى دفاتر المودَع عنده . وقد توضع علامات مميزة على الشئ المودَع لإثبات الوديعة ، كما إذا ختم كيس النقود أو صندوق المجوهرات المودع بخاتم المودع ، أو وضعت عليه ورقة مكتوبة تحمل اسمه [1].

ويرد الشئ فى الحالة التى يكون عليها وقت الرد [2]. غير أنه إذا كان قد هلك أو تلف أو تعيب، لم يتخلص المودع عنده من المسئولية عن ذلك إلا إذا أثبت أنه قد بذل العناية المطلوبة منه [3]، أو أثبت أن الهلاك أو التلف أو التعيب كان بسبب أجنبى [4]، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك [5]. أما إذا كان الشئ قد ضاع ، فلأن الالتزام بالرد التزام بتحقيق غاية لا التزام ببذل عناية ، بخلاف الالتزام بالحفظ فهو التزام ببذل عناية ، وقد قررنا ذلك فى الإيجار وفى العارية ، فإن المودع عنده يكون مسئولا عن الضياع إلا إذا أثبت السبب الأجنبى ، ولا يكفى أن يثبت أنه بذل العناية المطلوبة [6].

٣٦٤ – الرد بمقابل – نص قانونى : وإذا تعذر على المودع عنده رد الشئ عينا، فقد يحل محل الشئ مقابل له ، وعند ذلك يتعين على المودع عنده أن يرد هذا المقابل للمودع. مثل ذلك أن يكون الشئ المودع سندات فتستهلك (amortis) ويتقاضى المودع عنده

---

(١) نقض فرنسى ٩ يناير سنة ١٨٨٨ داللوز ٨٩–١–٢٠٧– باريس ٦ يوليه سنة ١٨٧٠ داللوز ٧١–٢–١٨٢ – ٣٠ يونيه سنة ١٨٩٣ سيريه ٩٤–٢–٤٨– بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٠٩١ – محمد على عرفة ص ٤٧٢ .

(٢) أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٤ – وتقول المادة ٧١١ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فى هذا الصدد : «يجب على الوديع أن يرد الوديعة عينها والملحقات التى سلمت إليه معها بالحالة التى تكون عليها» (انظر آنفاً فقرة ٣٦١ فى الهامش) .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية : «ويترتب على التزام الوديع بالرد بعد التزامه بحفظ الشئ أنه إذا ظهر وقت الرد أن الشئ أصابه تلف بسبب تقصير الوديع فى المحافظة على الشئ ، كان مسئولا عن ذلك . أما إذا أصابه تلف أو هلاك دون تقصير من الوديع فلا مسئولية عليه فى ذلك ، وتكون تبعة التلف أو الهلاك على المودع» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٥٥) .

(٤) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٧ ص ٥١٦ .

(٥) انظر آنفاً فقرة ٣٥٧ .

(٦) انظر الوسيط ٦ فقرة ٤١٨ – فقرة ٤١٩ فى الإيجار وفقرة ٨٦٤ فى العارية . ويورد التقنين المدنى العراقى حكماً خاصاً بالإثبات فيما إذا نقصت الوديعة الموضوعة فى صندوق مغلق أو مظروف مختوم ، وهو حكم مأخوذ من الفقه الإسلامى ، فتقول المادة ٢/٩٦١ من هذا التقنين : «إذا كانت الوديعة موضوعة فى صندوق مغلق أو مظروف مختوم وتسلمها الوديع دون أن يدرى ما فيها ، وادعى صاحبها عند ردها إليه نقصان شئ منها ، فلا يجب على الوديع اليمين إلا أن يدعى المودع عليه الخيانة» .

قيمتها، فعليه أن يرد هذه القيمة للمودع [1]. ومثل ذلك أيضاً أن يكون المودع عنده قد أمن على الشئ المودع من الحريق فاحترق، وتقاضى مبلغ التأمين من الشركة، فعليه أن يرد هذا المبلغ للمودع أو يحول له حقه قبل شركة التأمين [2]. ومثل ذلك أيضاً أن تستولى الإدارة على الشئ المودع للمصلحة العامة ويتقاضى المودع عنده التعويض، فعليه أن يرد هذا التعويض للمودِع [3]. ومثل ذلك أن يصدر تشريع بوجوب استبدال الأوراق المالية بالذهب، فيضطر المودع عنده أن يسلم الذهب المودع ويأخذ بدلا منه أوراقاً مالية، فعليه أن يرد للمودع عنده هذه الأوراق المالية [4]. وإذا تعدى الغير على الشئ المودع فأتلفه، واستحق المودع عنده تعويضاً بسبب هذا الإتلاف، كان عليه أن يرد التعويض، أو أن ينزل عن دعوى التعويض للمودع [5]. أما إذا أعدمت الإدارة الشئ دون تعويض تطبيقاً لقوانين الصحة العامة مثلا[6]،

---

(١) أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٥ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٧٨ ص ٥١٧.

(٢) وللمودع عنده أن يسترد من المودع فى مقابل ذلك الأقساط التى دفعها لشركة التأمين، وتعتبر مصرفات واجبة الرد (بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٧٨ ص ٥١٧).

(٣) بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١١١٩ .

(٤) جيوار فقرة ٧٠ – بوردى وڤال فى الوديعة فقرة ١١١٩ .

(٥) جيوار فقرة ٧٩ – بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١١١٩ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٩ – وقد تضمن المشروع التمهيدى نصاً يورد المبدأ الذى تتفرع عنه هذه الأحكام، فنصت المادة ١/١٠٠٤ من هذا المشروع على أنه «إذا هلكت الوديعة دون خطأ من الوديع، وحصل الوديع بسبب ذلك على مبلغ من النقود أو على أى عوض آخر، وجب عليه أن يؤدى ذلك إلى المودع، وأن يحول إليه ما عسى أن يكون من دعاوى قبل الغير بشأن الشئ الذى كان يجب رده». وقد حذفت هذه الفقرة فى لجنة المراجعة «لأنها مستفادة من القواعد العامة» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٥٤ – ص ٢٥٦ – وانظر ما يلى نفس الفقرة فى الهامش). وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «غير أنه إذا حصل الوديع فى هذه الحالة الأخيرة ممن تسبب فى التلف أو الهلاك على تعويض، أو ثبت له حق المطالبة بتعويض، فإن العدالة تأبى أن يبرأ هو من التزامه بالرد وأن يحتفظ لنفسه بالتعويض أو بحق المطالبة بالتعويض. فنص فى المادة ١/١٠٠٤ على أنه يجب عليه أن يؤدى إلى المودع ما قبض من تعويض، أو أن يحول إليه ما عسى أن يكون له من دعاوى قبل الغير بشأن الشئ الذى كان يجب رده» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٥٥).

وقد نصت المادة ٩٦٢ من التقنين المدنى العراقى فى هذا المعنى على أنه: «إذا هلكت الوديعة بدون تعد أو تقصير من الوديع، وحصل الوديع بسبب ذلك على مبلغ من النقود أو على أى عوض آخر، وجب عليه أن يؤدى ذلك إلى المودع، وأن يحول إليه ما عسى أن يكون له من دعاوى قبل الغير بشأن الوديعة». وتقول المادة ٧١٥ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى: «وإن الوديع الذى انتزعت الوديعة منه بقوة قاهرة، وأخذ مبلغاً من المال أو شيئاً آخر بدلا منها، يلزمه رد ما أخذه».

(٦) محمد على عرفه ص ٤٧٥ .

فإن هذا يعتبر هلاكا بقوة قاهرة ، ولا يكون المودع عنده مسئولا ، ومن ثم لا رجوع للمودع عليه [1] .

وقد يتصرف المودع عنده فى الشئ أو يتلفه ، وقد قدمنا أنه يكون مسئولا عن ذلك مدنياً وجنائيا.[2] ويقع أيضاً أن يموت المودع عنده ، ويعتقد وارثه بحسن نية أن الشئ المودع هو ملك لمورثه وبذلك يدخل فى التركة ، فيتصرف فيه . وقد أورد التقنين المدنى حكم هذه الحالة ، فنصت المادة ٧٢٣ منه على أنه «إذا باع وارث المودع عنده الشئ المودع وهو حسن النية ، فليس عليه لمالكه إلا رد ما قبضه من الثمن أو التنازل له عن حقوقه على المشترى. وأما إذا تصرف فيه تبرعاً ، فإنه يلتزم بقيمته وقت التبرع» [3] . ويجب هنا التمييز بين ما إذا كان الشئ المودع عقاراً أو منقولاً . فإن كان عقاراً ، وباعه الوارث ولو بحسن نية ، فإن ملكيته لا تنتقل إلى المشترى بالبيع لأن البيع قد صدر من غير مالك ، ولذلك يستطيع المودع وهو

---

(١) بل أنه يجوز للمودع عنده أن يطلب من قاضى الأمور المستعجلة الأمر بإعدام الشئ المودع إذا اقتضى ذلك المحافظة على الصحة العامة أو على الصالح العام (استئناف مختلط ٥ يونيه سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٢٢٤) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٥٩ .

(٣) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١٠٠٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «١ – إذا هلكت الوديعة دون خطأ من الوديع ، وحصل الوديع بسبب ذلك على مبلغ من النقود أو على أى عوض آخر ، وجب عليه أن يؤدى ذلك إلى المودع ، وأن يحول إليه ما عسى أن يكون له من دعاوى قبل الغير بشأن الشئ الذى كان يجب رده. ٢ – ويسرى هذا الحكم أيضاً على وارث الوديع إذا باع وهو حسن النية شيئاً كان يجهل أنه وديعة . فإن كان الوارث قد تبرع بهذا الشئ ، فإنه يلتزم بقيمته . أما إذا كان للمودع فى استرداد الشئ ذاته مصلحة تفوق كثيراً مصلحة من آل إليه هذا الشئ، جاز له أن يطالب برد الشئ على أن يرد الثمن والمصروفات» . وفى لجنة المراجعة حذفت الفقرة الأولى لأنها مستفادة من القواعد العامة ، وعدلت الفقرة الثانية على الوجه الذى استقر عليه النص فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقم النص ٧٥٥ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٥٤ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٢٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٥٤ – ص ٢٥٦) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى القديم المادة ٦٠٣/٤٩٤ : من ينوب عن حافظة الوديعة إذا باعها مع عدم علمه بأنها وديعة ، فليس عليه لمالكها إلا رد ما قبضه من الثمن أو التنازل له عما له من الحقوق على المشترى ، وأما إذ كان ملكها لأحد مجانا فعليه قيمتها بحسب التقويم .

(وأحكام التقنين القديم تتفق مع أحكام التقنين الجديد) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدنى السورى م ٦٨٩ (مطابق)

التقنين المدنى الليبى م ٧٢٣ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل – ولا مانع من تطبيق النص فى العراق لأنه يتفق مع القواعد العامة .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى لا مقابل – ولا مانع من تطبيق النص فى لبنان لأنه يتفق مع القواعد العامة .

المالك الحقيقى أن يسترد العقار من تحت يد المشترى ، ولا حاجة لتطبيق المادة ٧٢٣ مدنى. ولكن المشترى إذا كان حسن النية قد يتملك العقار بالتقادم القصير ، وعند ذلك ينطبق نص المادة ٧٢٣ مدنى ، ويرجع المودع على الوارث بالثمن . ومن باب أولى يكون هذا هو الحكم إذا لم يكن المشترى حسن النية ولكنه تملك العقار بالتقادم الطويل ، ولم تسقط دعوى المودع قبل الوارث . أما إذا كان الشئ المودع منقولا ، وكان المشترى حسن النية ، فإنه يتملك المنقول بالحيازة ، فلا يستطيع المودع أن يسترده . ولا يبقى أمامه إلا أن يسترد ما يقابله ، وهو الثمن الذى قبضه الوارث أو الدعوى بالثمن إذا كان الوارث لم يقبض الثمن [1] . فإذا كان الوارث ، بدلا من أن يبيع الشئ المودع ، وهبه ، فالمقابل فى هذه الحالة هو قيمة الشئ وقت التبرع . ولذلك قضت المادة ٧٢٣ مدنى كما رأينا بأن المودع يرجع بهذه القيمة على الوارث [2] ، فقطعت بحكم يخالف ما ذهب إليه بعض الفقهاء الفرنسيين من أن الوارث لا يرد للمودع إلا مقدار ما استفاد به من الهبة ، فإذا ثبت أنه لو لم يكن الشئ المودع فى يده كان يهب غيره من ماله الخاص كما يقع عادة فى مهر الأولاد أو فى هدايا الخطبة رجع عليه المودع بقيمة ما كان يهبه من ماله الخاص [3] .

---

(١) ويجب أن يحول الوارث حقه بالثمن فى ذمة المشترى إلى المودع حوالة حق ، ولا يجوز للمودع أن يرجع مباشرة على المشترى قبل أن تتم هذه الحوالة (لوران ٢٧ فقرة ١٠٩ – بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١١٢١) – وإذا كان الوارث سئ النية وباع لمشتر سئ النية، كان للمودع أن يسترد الشئ من المشترى وأن يرجع بالتعويض على كل من الوارث والمشترى لسوء نيتهما . أما إذا باع الوارث سئ النية لمشتر حسن النية ، فإن المودع لا يستطيع الاسترداد من المشترى ، ولكنه يرجع على الوارث بتعويض كامل ولا يقتصر على استرداد الثمن . بقى أن يبيع الوارث حسن النية لمشتر سئ النية ، وهذا نادر ، ويجوز فى هذه الحالة للمودع أن يسترد الشئ من المشترى سئ النية مع التعويض إن كان له مقتض.

وإذا استهلك الوارث الشئ ، رد إلى المودع قيمته وقت الاستهلاك ، ولو كان حسن النية، وذلك ما لم تنزل هذه القيمة وقت الرد فلا يرد إلا هذه القيمة المخفضة (جيوار فقرة ٧٢ – بون ١ فقرة ٤٨٤ – بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١١٢٢ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٥٤ – محمد على عرفة ص ٤٧٧) .

(٢) أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٤ وهامش ٦ .

(٣) جيوار فقرة ٧٢ – بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١١٢٣ – فقرة ١١٢٤ – وقرب بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٨ ص ٥١٧ – وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٧٢٣ يتضمن فى آخر النص العبارة الآتية : «أما إذا كان للمودع فى استرداد الشئ ذاته مصلحة تفوق كثيراً مصلحة من آل إليه هذا الشئ ، جاز له أن يطالب برد الشئ على أن يرد الثمن والمصروفات» . وقد حذفت هذه العبارة فى لجنة المراجعة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٥٤ وص ٢٥٦ – وانظر آنفاً نفس الفقرة فى الهامش) . ولما كان هذا النص يتعارض مع القواعد العامة ، لأنه يجعل الشئ المودع فى حكم الشئ المسروق الذى بيع فى سوق عام ، فيسترده صاحبه بعد رد الثمن والمصروفات ، ولا محل لقياس هذه الحالة على حالة الشئ المسروق ، لذلك لا يسرى هذا الحكم بعد حذف النص. ويتعين تطبيق القواعد=

٣٦٥ – رد الثمار : ويلتزم المودع عنده أيضاً برد الثمار التي ينتجها الشئ المودع [١] . والأصل هو أن يرد هذه الثمار عيناً مع الشئ المودع ذاته . فإذا كان هذا الشئ أسهما أو سندات واستحقت أرباحا ، وجب على المودع عنده أن يرد الأسهم أو السندات وأرباحها معها. وإذا كسب سهم أو سند جائزة ، وجب رد هذه الجائزة مع السهم أو السند [٢] . وإذا كان لمودع الأسهم حق الاكتتاب في أسهم أخرى كما يقع في بعض الأحوال ، وجب على المودع عنده أن يحافظ على هذا الحق فلا يضيعه بل يتلقى تعليمات المودع في شأنه . فإذا لم يتلق منه تعليمات وجب عليه أن يبيع هذا الحق للغير ويرد ثمنه للودع ، وبهذا يكون قد حافظ على الحق ورد مقابله ، إذ هو لا يستطيع أن يكتتب في أسهم أخرى باسم المودع إذا لم يحصل على توكيل منه في ذلك [٣] . وإذا كان الشئ المودع

= العامة ، وهي تقضي بأن يبقى الشئ مملوكاً للمشترى أو للموهوب له ، ولا يجوز للمودع أن يرجع إلا بالثمن أو القيمة على الوارث .

وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد المادة ٢/١٠٠٤ من المشروع (وهي التي تقابل م ٧٢٣ مدني) : «وهناك حالة نص عليها التقنين الحالي (القديم) في المادة ٦٠٣/٤٩٤ تشبه في حكمها ما يترتب على هلاك الشئ تحت يد الوديع بدون تقصير منه ، وهي حالة وارث الوديع الذي لا يعلم أن الشئ وديعة ، فيعتقد أنه مملوك لمورثه ، ويتصرف فيه بحسن نية إلى آخر . فنص عليها المشروع في المادة ٢/١٠٠٤ ، وفرق بين ما إذا كان تصرف الوارث معاوضة أو تبرعاً . ففي الحالة الأولى أجرى عليها حكم الفقرة الأولى من المادة ١٠٠٤ ، أي أنه ألزمه بأن يؤدي إلى المودع ما يكون قد قبضه ثمناً للشئ المودع ، أو أن يحول إليه ما عسى أن يكون له من حقوق بشأن ذلك الشئ قبل المتصرف إليه . أما في الحالة الثانية حيث يكون الوارث حسن النية قد تصرف بغير مقابل ، فلم يقبض شيئا حتى يؤديه إلى المودع ، ولم يثبت له حق قبل الغير يحوله إلى المودع ، لذلك قارن المشروع بين كل من المودع والوارث والمتبرع إليه (حيث يجوز لهذا أن يتمسك بكسب الملكية) ، فوجد أن أولاهم بالرعاية المتبرع إليه ، ثم المودع ، وأقلهم استحقاقاً للرعاية الوارث فألزمه بأن يرد إلى المودع قيمة الشئ» (مجموعة الأعمال ٥ ص ٢٥٥ – ص ٢٥٦) .

(١) أوبرى ورو وأسمان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٥ – محمد على عرفة ص ٤٧٢ – محمد كامل مرسى فقرة ٣١٧ . وقد رأينا أن المشروع التمهيدي للمادة ٧٢٢ مدني كان يجرى في فقرته الأولى على الوجه الآتي : «على الوديع ، متى انتهت الوديعة ، أن يرد إلى المودع أو إلى من يخلفه الشئ المودع وما يكون قد قبضه من ثماره» (انظر آنفاً فقرة ٣٦١) . وتنص المادة ٦٠٢/٤٩٣ من التقنين المدني القديم على أنه «يجب في جميع الأحوال على حافظ الوديعة أو حارسها أن يرد أيضاً محصولها ونتائجها . وعليه فوائد النقود المودعة عنده من وقت مطالبته بردها مطالبة رسمية» (وتصنيف المادة ٦٠٢ مدني مختلط : عند وجوب الرد أو من وقت استعماله الوديعة لمنفعة نفسه) .

(٢) أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٥ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٨ ص ٥١٧.

(٣) Légal في إيداع الأوراق المالية في البنك – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٨ – السين ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ سيريه ١٩٢٥ – ٢ – ٥٧ – پواتييه ٢٨ أبريل سنة ١٩٤٨ داللوز ١٩٤٨ – ٣٥٣.

حيواناً له نتاج أو أرضاً تنتج محصولا ، وجب عليه أن يرد النتاج أو المحصول ، وإذا خشى على شئ منها التلف جاز له بيعه ورد ثمنه إلى المودع [1] .

وسنرى أن وديعة النقود ، وهى الوديعة الناقصة ، تعتبر قرضاً ، ومن ثم يجوز الاتفاق على أن يتقاضى المودع فائدة على هذا القرض ، وتكون هذه الفائدة بمثابة ثمار الشئ المودع [2] .

٢ - لمن يكون الرد ومتى وأين يكون

٣٦٦ - لمن يكون الرد : والرد يكون للمودع نفسه [3] ، لأنه هو الذى تعاقد مع المودع عنده فهو الدائن بالرد . ولا يطالب المودع بإثبات أنه مالك للشئ المودع [4] إلا إذا

---

(١) بلانيول وريبير وساقاتييه ١١ فقرة ١١٧٨ ص ٥١٧ . هذا وتنص المادة ٧١٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على أنه (يجب على الوديع أن يرد مع الوديعة ما جناه من منتجاتها الطبيعية والمدنية» .

(٢) وقد تكون وديعة النقود وديعة كاملة ترد فيها النقود وبذاتها كما سبق القول (انظر انفاً فقرة ٣٦٣) ، وفى هذه الحالة لا يتقاضى المودع فوائد عنها . ولكن إذا تأخر المودع عنده فى ردها ، جاز للمودع ، أن يطالب بتعويض عن هذا التأخر بعد إعذار المودع عنده . ويجوز أن يكون هذا التعويض هو الفوائد القانونية للنقود من وقت الإعذار . ولا يقال هنا إن فوائد النقود لا تستحق إلا من وقت المطالبة القضائية ، فإن ذلك إنما يكون إذا كانت النقود ديناً فى الذمة ، أما إذا كانت مودعة على أن ترد بذاتها فأنها تعتبر عيناً معينة ، فلا يشترط للمطالبة بالتعويض إلا الإعذار كما فى سائر الأعيان (بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١١٠٣ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٥ - محمد على عرفة ص ٤٧٣ - وانظر م ١٩٣٦ مدنى فرنسى) . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : «وبما أن الوديع ليس له استعمال الشئ ولا استغلاله ، فإن الشئ إذا كان مما ينتج ثماراً وقبضها الوديع ، وجب عليه ردها إلى المودع . فإن لم يقبض ثماراً لا يجب عليه شئ . فإذا كانت الوديعة مبلغاً من النقود ، فلا يجب عليه فوائده إلا من وقت إعذاره بردها : م ١٩٣٦ فرنسى» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٥٥ - وانظر م ٦٠٢/٤٩٣ مدنى قديم آنفاً نفس الفقرة فى الهامش) .

أما إذا كانت وديعة النقود وديعة ناقصة ، أى قرضاً ، فإنها تصبح ديناً فى الذمة، ولا يتقاضى المودع فوائد عنها إلا بموجب اتفاق أو من وقت المطالبة القضائية بهذه الفوائد (محمد على عرفة ص ٤٧٢ - ص ٤٧٣) .

(٣) وقد يغيب المودع ويعتبر مفقوداً ، وتقول المادة ٩٦٥ مدنى عراقى فى هذا الصدد : «إذا كان المودع غائباً غيبة منقطعة ، فعلى الوديع حفظ الوديعة إلى أن يعلم موته أو حياته. فإن كانت الوديعة مما يتلف بالمكث، فللوديع بيعها بأذن المحكمة وحفظ ثمنها عنده أمانة، وذلك مع مراعاة القوانين الأخرى» .

(٤) انظر م ١/١٩٣٨ مدنى فرنسى .

كان يرفع دعوى الاستحقاق باعتباره مالكا ، أما إذا طالب برد الشئ باعتباره مودعا أى بالدعوى الشخصية التى تنشأ من عقد الوديعة ، فيكفى أن يثبت هذا العقد [1] . ولا يجوز فى الأصل الرد لغير المودع ، فلو تقدم شخص لتسلم الوديعة وزور إمضاء المودع فى إيصال تسلمها لم يكن هذا الرد مبرئاً لذمة المودع عنده [2] ، بل يجب عليه أن يسترد الوديعة ممن تسلمها ويردها للمودع ، وإذا تعذر ذلك وجب عليه التعويض [3] . ويقع فى كثير من الأحيان أن يكون شخص المودع غير معروف للمودع عنده ، كما فى الأشياء التى تودع فى المطاعم والمسارح والملاهى والمحلات العامة ، فإن المودع يتلقى عادة تذكرة مرقومة (ticket) يسترد بها الشئ المودع . وتعتبر هذه التذكرة فى الودائع المألوفة ، كالمعطف والعصا والمظلة، سنداً لحامله ، فمن يتقدم بها يتسلم الشئ المودع ، ولا مسئولية على المودع عنده إذا حمل هذه التذكرة غير المودع وتسلم بموجبها الشئ المودع . أما فى الأشياء الثمينة ، كالمجوهرات

---

(١) أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٧ – مونبلييه ١٠ نوفمبر سنة ١٩٣٨ جازيت دى پاليه ١٩٣٩ – ١ – ٦٧ . وتقول المادة ٧٠٥ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فى هذا الصدد : «يجب على الوديع أن يسلم الوديعة إلى المودع أو إلى الذى أودعت باسمه أو إلى الشخص المعين لاستلامها . ولا يمكنه أن يوجب على المودع إثبات ملكيته للوديعة – ويحق للشخص المعين لاستلام الوديعة أن يقيم الدعوى مباشرة على الوديع لإجباره على رد الوديعة إليه» .

ومع ذلك إذا لم يكن المودع مالكاً ، وأخطر المالك المودع عنده ألا يسلم الوديعة للمودع، فعلى المودع عنده أن يمتنع عن تسليم الوديعة لهذا الأخير ، ولكن لا يجوز له تسليمها للمالك إلا برضاء المودع أو بموجب حكم قضائى . وعليه أن يودعها على ذمة من له الحق فيها (نقض فرنسى ٣١ يوليه سنة ١٨٥٥ داللوز ٥٥ – ١ – ٢٧٨ – ٦ مارس سنة ١٨٩٦ داللوز ٩٦ – ١ – ١٢١ – ٢ نوفمبر سنة ١٨٩٨ داللوز ٩٨ – ١ – ٤١٣ – بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١١٣٦ وفقرة ١١٥٥ وما بعدها – پلانيول وريپير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٩ ص ٥١٩ – وانظر م ١٩٤٤ مدنى فرنسى) . وتقضى المادة ٢/١٩٣٨ مدنى فرنسى بأن المودع عنده إذا علم أن الشئ المودع مسروق يجب عليه أن يخطر المالك وأن يحدد له ميعاداً معقولا يطالب فيه بملكه ، فإذا لم يفعل كان للمودع عنده أن يرد الشئ للمودع . ولا يوجد مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى المصرى ، فلا يجوز للمودع عنده أن يسلم الشئ المسروق للمودع ، وعليه أن يودعه على ذمة من له الحق فيه . أما إذا تلقى المودع عنده الوديعة من السارق نفسه ، وعلم بذلك ، فإنه يجب عليه أن يرد المسروق إلى صاحبه وإلا كان مرتكبا لجريمة إخفاء أشياء مسروقة (بلانيول وريپير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٩ ص ٥١٩ – محمد على عرفة ص ٤٨٣ – ص ٤٨٤ – وقارن محمد كامل مرسى فقرة ٣١٩) . وانظر فى شرح المادة ٢/١٩٣٨ مدنى فرنسى : بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١١٣١ – فقرة ١١٣٥ .

(٢) استئناف مختلط ٢١ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤١٠ – بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١١٢٦ .

(٣) فإذا قدم الشخص مع الإيصال المزور إيصال تسليم الوديعة ، وكان تسرب هذا الإيصال إلى يده بخطأ من المودع ، كان رد الوديعة إليه صحيحاً مبرئاً للذمة (استئناف مختلط ٢١ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤١٠) .

والمصاغ والنقود ، فإنه يجب على المودع عنده قدر معين من الحيطة، فيتحرى قبل أن يسلم الوديعة لمن يتقدم بالتذكرة أنه هو صاحبها [1].

وقد يكون من تعاقد مع المودع عنده هو نائب المودع لا المودع نفسه ، كالوكيل والولى والوصى والقيم ، فإذا كان المودع عند رد الوديعة قد استكمل أهليته ، بأن بلغ القاصر أو فك الحجر عن المحجور ، أو كان المودع كامل الأهلية منذ البداية وناب عنه وكيل فى الإيداع، فإن الرد لا يجوز إلا للمودع نفسه دون الوكيل أو الولى أو الوصى أو القيم [2]. أما إذا كان المودع لا يزال تحت الولاية أو كان وكيله موكلا أيضاً فى استرداد الوديعة ، فإن الرد يكون للوكيل أو للولى أو للوصى أو للقيم [3]. ويجب على المودع عنده أن يتثبت من صفة من يرد له الوديعة من هؤلاء ، فإذا تعذر عليه ذلك وجب عليه أن يودع الوديعة خزانة المحكمة[4].

وقد يكون المودع وقت الرد قد مات ، فيكون الرد لوارثه . وإذا تعدد الورثة ، أو تعدد الودعاء من الأصل ، فإن الرد يكون لكل منهم بمقدار نصيبه إذا كان الشئ المودع قابلا للتجزئة . فإذا لم يقبل التجزئة ، وجب على الورثة أو الودعاء أن يتفقوا فيما بينهم ليتسلموا

---

(١) السين ١٨ أكتوبر سنة ١٩٢٢ داللوز ١٩٢٤ – ٢ – ١٣٩ – ٢٥ مارس سنة ١٩٥٣ جازيت دى پاليه ١٩٥٣ – ٢ – ٦١ – پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقفرة ١١٧٩ – محمد على عرفة ص ٤٧٨ ص ٤٧٩ .

(٢) وتقول المادة ٧٠٩ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فى هذا الصدد : «إذا قام بالإيداع وصى أو ولى بصفة كونه وصياً أو ولياً ولم تبق له هذه الصفة فى وقت الاسترداد، فلا يجوز أن ترد الوديعة إلا إلى الشخص الذى كان المودع يمثله إذا كان هذا الشخص أهلا للاستلام ، أو إلى الشخص الذى خلف الوصى أو الولى» . وانظر م ١٩٤١ مدنى فرنسى – وانظر بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١١٢٩ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٧ .

(٣) وعلى المودع عنده أن يستوثق من أهلية من يرد له الوديعة (نقض فرنسى ٥ يونيه سنة ١٩٤٥ جازيت دى پاليه ١٩٤٥ – ٢ – ٦٣ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٧ – پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٨٠ ص ٥٢٠) . ويكون الرد للوصى أو القيم، إذا كان المودع أهلا وقت تسليم الوديعة ثم أصبح غير أهل عند الرد . وتقول المادة ٧٠٦ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فى هذا الصدد : «إذا كان المودع شخصاً غير متمتع بالأهلية أو شخصاً أعلن القضاء عدم ملاءته ، فلا يجوز رد الوديعة إلا لمن يمثله على وجه قانونى ، وإن يكن فقدان الأهلية أو فقدان الملاءة قد حدث بعد الإيداع». أنظر م ١٩٤٠ مدنى فرنسى ، وانظر بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١١٢٨ .

(٤) استئناف مختلط ٢٣ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٠٠ – فإذا تثبت المودع عنده من صفة الوصى جاز أن يرد له الوديعة ، ولو ثبت بعد ذلك أن هناك وصية من المودع تقضى ببقاء الوديعة فى يد المودع عنده وتسليمها للوارث عند بلوغه سن الرشد، ما دام المودع عنده لا علم له بهذه الوصية (استئناف مختلط ٢٣ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٩٨).

الوديعة جميعاً أو ليتسلمها واحد منهم يعينونه[1] . فإذا لم يتفقوا ، جاز للمودع عنده أن يودعها على ذمتهم وفقا لأحكام الإيداع [2] . ويجوز رد الوديعة للوارث الظاهر ، ما دام المودع عنده حسن النية ويعتقد أن من تسلم الوديعة هو الوارث الحقيقي ، ويكون الرد مبرئاً لذمته ، ثم يرجع الوارث الحقيقى على الوارث الظاهر الذى تسلم الوديعة[3] .

وقد يكون المودع عين شخصاً لتسلم الوديعة . فإذا كانت الوديعة لصالح هذا الشخص، وجب أن يكون الرد له دون المودع ، أو بترخيص منه[4] . أما إذا كانت الوديعة لصالح المودع نفسه ، فيحمل تعيين هذا الشخص على أنه وكيل عن المودع ، فيجوز رد الوديعة إليه كما يجوز ردها للمودع نفسه . ويجوز للمودع فى هذه الحالة عزل الوكيل وإعلان المودع عنده بهذا العزل ، وعندئذ لا يجوز لهذا الأخير أن يرد الوديعة إلا للمودع ، ولا يصح ردها

---

(١) بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١١٢٧ وفقرة ١١٤٢ – بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١١٨٠ ص ٥٢١ – وانظر م ١٩٣٩ مدنى فرنسى .

(٢) وتقول المادة ٧٠٧ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فى هذا الصدد : «إذا توفى المودع، فلا يجوز للوديع أن يرد الوديعة إلى غير وارثه أو من يمثله على وجه قانونى – وإذا وجد عدة ورثة ، جاز للوديع أن يختار أحد وجهين : فإما أن يعرض القضية على القاضى ثم يعمل بمقتضى قراره فيرفع التبعة عن عاتقه، وإما أن يرد إلى كل من الورثة ما يعادل نصيبه وفى هذه الحالة يبقى مسئولا – وإذا كانت الوديعة غير قابلة للتجزئة ، وجب على الورثة أن يتفقوا ليتمكنوا من استلامها – وإذا وجد بينهم قصر أو غائبون، فلا يمكن رد الوديعة إلا بإذن من القاضى – وذا لم يتفق الورثة أو لم يحصلوا على هذا الأذن، فالوديع تبرأ ذمته بإيداع الوديعة وفاقاً لأحكام الإيداع ، إما من تلقاء نفسه وإما بموجب حكم من القاضى يصدره بناء على طلب أى كان من ذوى الشأن – أما إذا كانت التركة غرفة ، أو كان هناك أشخاص موصى لهم ، فيجب على الوديع فى كل حال أن يرفع الأمر إلى القاضى» . وتقول المادة ٧٠٨ : «إن أحكام المادة السابقة تطبق أيضاً على الحالة التى يكون فيها عقد الإيداع صادراً من قبل عدة أشخاص معاً ، ما لم يكن هناك اتفاق صريح على أن الوديعة يمكن ردها إلى أحدهم أو إلى الجميع» . وتنص المادة ٩٦٣ مدنى عراقى على أنه «إذا أودع اثنان مالا مشتركاً لهما عند شخص ، ثم طلب أحدهما رد حصته من الوديعة ، فإن كانت من المثليات كان على الوديع لرد ولو كان شريكه غائباً ، وإن كانت من القيميات فليس له الرد الا برضاء الشيرك الآخر» . وتنص اماد ٩٦٤ من نفس التقنين على أنه « إذا أودع اثنان شيئاً متنازعاً فيه عند أحد ، فليس له رده لأحدهما دون إذن الآخر أو قرار المحكمة» (وهذه هى الحراسة الاتفاقية) .

(٣) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٠ ص ٥٢٠ – روان ٢٦ يناير سنة ١٨٩٨ داللوز ٩٨ – ٢ – ٢٥١ – لى أن الوارث يحمل عبء إثبات حقه فى الوراثة (نقض رنسى ١١ يوليه سنة ١٨٦٠ داللوز ٦٠ – ١ – ٣٠٥).

(٤) أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٦ – وتقول المادة ٢/٧٠٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى بهذا الصدد : «وإذا كان الإيداع لشخص ثالث، فيجب عليه ألا يرد الوديعة إلا بترخيص منه» .

للوكيل المعزول[1] . وإذا مات المودع انعزل الوكيل بموته ، فإذا علم المودع عنده بموت المودع، وجب عليه رد الوديعة إلى ورثة المودع لا إلى الوكيل الذى انعزل بموت الموكل [2]. ومع ذلك ترد الوديعة ، حتى بعد موت المودع ، لا إلى ورثته ، بل إلى الشخص الذى يحمل التذكرة المرقومة (ticket) التى تخول الحق فى تسلم الوديعة ، أو إلى الشخص الذى يحمل إيصال الشحن أو التخزين (récepissé) فى المخازن العامة ، إذ أن كلا من التذكرة وإيصال الشحن أو التخزين يعتبر سنداً لحامله [3]. وقد يتفق المودع مع المودع عنده على أن يرد الوديعة بعد موته إلى الشخص الذى عينه . فيكون الرد فى هذه الحالة بعد موت المودع. لا لوارثه بل للشخص الذى عينه ، إذا تبين أن المودع لم يكن إلا وكيلا فى الإيداع عن هذا الشخص أو فضوليا ناب عنه فى الإيداع دون توكيل [4]. وكذلك يكون الرد للشخص المعين لا للوارث ، إذا تبين أن الوديعة على هذا النحو تخفى وصية مستترة وكانت الوصية جائزة [5]. ويكون الرد كذلك للشخص المعين لا للوارث ، إذا كان الشئ المودع سنداً حامله الطبيعى هو هذا الشخص [6]، أو إذا كان الإيداع والرد على هذا النحو قد حصل بناء على اتفاق بين المودع وشخص ثالث لمصلحة الطرفين [7]. أما إذا كان الاتفاق يخفى وصية غير

---

(١) بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١١٤٠ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٦ – پيلانيول وريپير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٠ ص ٥٢١ وهامش ٢ .

(٢) نقض فرنسى ١٦ فبراير سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٢ – ١ – ٢٢٣ – هيك ١١ فقرة ٢٤٤ – جيوار فقرة ٨٧ – پون ١ فقرة ٤٨٠ – بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١١٤٣ – محمد على عرفة ص ٤٨٦ – وانظر م ٢٢٠٣ مدنى فرنسى .

(٣) پلانيول وريپير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٠ ص ٥٢٢ – ولا يعتبر هذا السند لحامله توكيلا وإلا انعزل حامل السند بالعزل أو بموت الموكل ، ووجب رد الوديعة إلى الموكل نفسه أو إلى ورثته . والصحيح أن حامل السند هو الأصيل لا الوكيل ، فلا يجوز رد الوديعة إلا إليه هو (بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١١٤١) .

(٤) نقض فرنسى أول أبريل سنة ١٨٩٦ داللوز ٩٦ – ١ – ٥٨١ پلانيول وريپير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٠ ص ٥٢١ .

(٥) نقض فرنسى ٢٨ يوليه سنة ١٩٠٩ داللوز ١٩١٠ – ١ – ٤٤ – پلانيول وريپير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٠ ص ٥٢١ – كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٢٤١ ص ٨١٠.

(٦) جرينوبل ٢٧ ديسمبر سنة ١٨٩٨ داللوز ١٩٠٠ – ٢ – ١٩ .

(٧) كما إذا كان المودع مديناً راهناً رهن حيازة ، واتفق مع الدائن المرتهن على إيداع العين المرهونة عند المودع عنده على أن ترد إلى الدائن المرتهن إذا مات الراهن قبل فك الرهن (پلانيول وريپير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٠ ص ٥٢٢ هامش ١) .

جائزة أو تصرفاً غير مشروع ، فإن الرد يكون للوارث لا للشخص المعين [1] ، وإذا شك المودع عنده فى الأمر فما عليه إلا أن يودع الشئ على ذمة من له الحق فيه [2] .

٣٦٧ – متى يكون الرد : يكون الرد ، كما تقول المادة ٧٢٢ مدنى فيما رأينا ، بمجرد أن يطلب المودع ذلك إلا إذا ظهر أن الأجل عين لمصلحة المودع عنده ، وبمجرد أن يطلب المودع عنده من المودع أن يتسلم الشئ إلا إذا ظهر أن الأجل عين لمصلحة المودع . والأولى أن يقال أن الرد يكون عند انتهاء الوديعة ، ونبحث عند الكلام فى أسباب الوديعة متى تنتهى الوديعة قبل انقضاء الأجل .

ومع ذلك يجوز للمودَع عنده أن يمتنع عن رد الوديعة حتى بعد انتهاء العقد ، إذا كان له حق حبسها . ويثبت له هذا الحق إذا كان له فى ذمة المودع دين بموجب عقد الوديعة،

---

(١) نقض فرنسى ١٥ نوفمبر سنة ١٨٩٣ داللوز ٩٤ – ١ – ٤٣٠ – ١٦ أبريل سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٢ – ١ – ٢٢٢ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٦ هامش ١٣ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٠ ص ٥٢١ – بلانيول وريبير بلانجيه ٢ فقرة ٢٨٦٧ – كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٢٤١ – وقارن بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١١٤٤ .

(٢) وقد يتصرف المودع فى الوديعة لمشتر أو لموهوب له ، وعندئذ يكون الرد للمتصرف له لأن الحق فى الرد انتقل إليه بالتصرف باعتباره من مكملات الشئ المبيع أو الموهوب (الإسكندرية الوطنية ١٤ يناير سنة ١٩٣٨ المحاماة رقم ١٧٥ ص ٣٩٥ – نقض فرنسى ٢٧ يوليه سنة ١٩٠٩ داللوز ١٩١٠ – ١ – ١٨٧ – كولان وكاپيتان ودى لامور انديير ٢ فقرة ١٢٤١ ص ٨١٠ – محمد على عرفة ص ٤٨٧ – محمد كامل مرسى فقرة ٣٢٠) . ولا تسرى إجراءات حوالة الحق ، لأن الوديعة ليست دينا فى الذمة ، بل هى دين بعين معينة بالذات . وقد قضت محكمة مصر الوطنية بأنه متى كان المال موجوداً تحت يد زيد بصفة وديعة ، فيجب عليه دفعه لصاحبه أو لمن تنازل له عنه ، ولا يشترط لصحة هذا التنازل رضاء المودع عنده لأن هذا الشرط يلزم فقط فى حالة كون الموجود المال بيده مديناً لا أمينا (مصر الوطنية ٢٥ يوليه سنة ١٩٠٣ الحقوق ١٨ ص ٢٩٣) . وقضى فى نفس المعنى بأن للمودع الحق المطلق فى التصرف فى الوديعة ، ولا يشترط قانوناً لصحة هذا التصرف رضاء المودع عنده به ، لأن أحكام الحوالة لا تنطبق على عقد الوديعة وتتنافى مع طبيعتها . فللمودع أن يعين شخصاً لتسلم الوديعة أو أن يبيعها أو أن يتنازل عنها للغير ، ويكون لهذا الغير حق تسلمها دون سواه . ولا يصح الاحتجاج عليه بعدم قبول المودع عنده بهذا التصرف لأنه ليس مديناً بالمعنى الصحيح ، وسيان عنده بقيت الوديعة فى ملك المودع أو تصرف فيها للغير ، لأنه ملزم قانوناً بردها بمجرد طلبها، ولا يتغير مركزه إذا كان المطالب بها المودع أو أى شخص آخر (الإسكندرية الوطنية ٢٤ يناير سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ١٧٥ ص ٣٩٦) .

وكما يكون الرد للمودع ، كذلك يجب على هذا أن يطلب الرد من المودع عنده لا من شخص آخر، فالراسى عليه المزاد إذا كان قد أودع الثمن خزانة المحكمة ، ثم أبطل المزاد لعيب فى الإجراءات ، يجب أن يطلب رد الثمن من خزانة المحكمة وهى المودع عندها، لا من الدائن الذى باشر الاجراءات بدعوى أن على هذا الأخير أن يقوم هو باسترداد الثمن من خزانة المحكمة (استئناف مختلط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ١١٠) .

كان أنفق مصروفات على الشئ المودع أو أصيب بضرر بسبب الوديعة وأصبح له الحق فى الرجوع بالتعويض أو كان له أجر فى ذمة المودع ، فإن له أن يحبس الوديعة حتى يسترد المصروفات أو يتقاضى التعويض أو يستوفى الأجر [1] . وذلك كله وفقاً للقواعد العامة فى حق الحبس ، وكذلك وفقا لقاعدة الدفع بعدم تنفيذ العقد إذ الوديعة تصبح فى هذه الحالة عقداً ملزماً للجانبين تسرى عليها هذه القاعدة [2](1) .

كذلك يمتنع المودَع عنده عن رد الوديعة للمودع حتى بعد انتهاء العقد ، إذا حجز تحت يده على الوديعة دائن للمودع حجزاً تحفظياً [3] . ولا يقتضى الحجز التحفظى سنداً تنفيذياً ، بخلاف الحجز التنفيذى فيقتضى هذا السند [4] . كذلك يمتنع المودع عنده عن رد الوديعة إذا رفعت عليه دعوى بالاستحقاق ، أو أخطره شخص أنه هو المالك للوديعة وطلب إليه ألا يسلمها للمودع [5] .

---

(١) أما إذا كان حق المودع عنده فى ذمة المودع لا شأن له بالوديعة ، فلا يكون للمودع عنده حق الحبس (استئناف مختلط ٢٦ يونيه سنة ١٨٨٩م ١ ص ٣٩٢) .

(٢) انظر م ١٩٤٨ مدنى فرنسى – وانظر بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١١٧٥ وما بعدها.

(٣) محمد على عرفة ص ٤٩٠ .

(٤) بلانيول وريبير وساقاتييه ١١ فقرة ١١٨٢ .

(٥) وقد رأينا أن المشروع التمهيدى للتقنين المدنى كان يتضمن نصاً فى هذا المعنى هو تطبيق للقواعد العامة ، وكان يجرى على الوجه الآتى : «إذا حجزت الوديعة تحت يد المودع، أو رفعت عليه دعوى باستحقاقها ، وجب عليه أن يخطر المودع بذلك فوراً ، وجاز له أن يحصل على ترخيص فى إيداعها على ذمة من يثبت له الحق فيها» (انظر آنفاً فقرة ٣٥٦) . وتقول المادة ٧١٠ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فى هذا الصدد: «يجب على الوديع أن يرد الوديعة إلى المودع وإن يكن هناك شخص آخر يدعيها لنفسه ، ما لم تحجز أو تقم فى شأنها دعوى الاستحقاق لدى القضاء . فعندئذ يجب على الوديع أن يخبر المودع بلا إبطاء عن الحجز أو دعوى الاستحقاق ، ويصبح الوديع بمعزل عن الدعوى منذ الساعة التى يثبت فيها أنه وديع لاغير . وإذا طالت مدة النزاع إلى ما بعد التاريخ المعين لرد الوديعة ، فللوديع أن يستصدر إذناً فى إيداعها لحساب صاحب الحق». أنظر أيضاً م ١٩٤٤ مدنى فرنسى – وانظر بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١١٣٨ .

وقد يحصل الاعتراض من أقارب المودع إذا تقدموا بطلب الحجز عليه (بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١١٣٨ ص ٦١١ هامش ٣ – محمد على عرفة ص٤٩٠).

(1) مفاد نص المادة ٢٤٦ من القانون المدنى أن المشرع لا يكتفى فى تقرير حق الحبس بوجود دينين متقابلين وانما يشترط أيضا قيام ارتباط بينهما ، وفى الوديعة لا يكون للمودع لديه أن يحبس الشئ المودع إلا مقابل استيفائه المصروفات الضرورية أو النافعة التى يكون قد أنفقها على ذات هذا الشئ ، أما المصروفات التى لا تنفق على ذات الشئ المودع فإن التزام المودع بها لا يكون مرتبطا بالتزام المودع لديه برد الوديعة وبالتالى لا يسوغ للمودع لديه أن يمتنع عن رد الوديعة عند طلبها بحجة اقتضاء مثل هذه=

ولكن لا يجوز للمودع عنده أن يمتنع عن رد الوديعة عند انتهاء العقد ، تمسكاً منه بمقاصة بين دين الوديعة ودين له فى ذمة المودع ، فإن المقاصة لا تجوز فى هذه الحالة . وقد استثنت المادة ٣٦٤ مدنى من المقاصة فى الديون حالة ما إذا كان أحد الدينين شيئاً مودعاً أو معاراً عارية استعمال وكان مطلوباً رده» (١) .

٣٦٨ – أين يكون الرد ومصروفاته : رأينا أن المشروع التمهيدى للمادة ٧٢٢ مدنى كان يجرى فى الفقرة الثانية على الوجه الآتى : «ويرد (الوديع) الشئ فى المكان الذى يجب فيه حفظه ، وتكون مصروفات الرد على المودع . كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك» . وقد حذفت هذه الفقرة فى لجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة (٢) . والقواعد العامة تقضى بنفس هذه الأحكام .

أما فيما يتعلق بمكان الرد ، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٣٤٧ مدنى على أنه «إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات ، وجب تسليمه فى المكان الذى كان موجوداً وقت نشوء الالتزام ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك» . فإذا كان المتعاقدان اتفقا على مكان الرد ، كان هو المكان الواجب الرد فيه . فإن لم يكن هناك اتفاق ، فإن محل الوديعة، وهو شئ معين بالذات يرد بعينه ، يجب رده فى المكان الذى كان موجوداً فيه وقت إبرام الوديعة(٣) . أما إذا كانت الوديعة ناقصة ، فإنها تكون ديناً فى الذمة إذ يجب رد مثلها لا

= المصروفات ، فإذا كان الدين الذى اعتبر الحكم المطعون فيه ان للطاعن الحق فى حبس السيارة حتى يستوفيه يتمثل فى قيمة أجرة للسائق التى قام المطعون عليه بدفعها عن المودع وبتكليف منه فإن هذه الأجرة لا تدخل فى نطاق المصروفات الى تجيز للمودع لديه حق الحبس لاستيفائها .

(جلسة ١٩٦٣/٣/٢٧ الطعن رقم ٢٨٦ لسنة ٢٨ ق س ١٤ ص ٩٥٦ ع٢)

(١) فالمقاصة لا تكون إلا بين المثليات ، والشئ المودع يعتبر شيئاً معيناً بالذات اؤتمن عليه المودع عنده ، حتى لو كان من المثليات (استئناف مختلط ٣ مايس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٠٢ – المنصورة الكلية الوطنية ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٩ رقم ٥٤٠ ص ١٤٤٨ – بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١١١٧ – محمد على عرفة ص ٤٩٢) . ولذلك تجوز المقاصة فى الوديعة الناقصة ، لأنها تكون فى المثليات وتعتبر قرضاً (جيوار فقرة ٢٢ – بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١١١٧) . ومع ذلك انظر فى عدم جواز المقاصة فى الوديعة الناقصة : استئناف مختلط ٣ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٠٢ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٦١ فى المتن والهامش .

(٣) محمد على عرفة ص ٤٨٩ وانظر فى القانون الفرنسى المادتين ١٩٤٢ – ١٩٤٣ مدنى فرنسى – هيك ١١ فقرة ٢٥٠ – جيوار فقرة ١٠٢ – بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١١٥٩ وفقرة ١١٦٠ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨١ . وتنص المادة ٧٠٤ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على أنه «يجب رد الوديعة فى مكان إيداعها، ما لم يكن ثمة نص مخالف . وإذا كان من المتفق عليه أن ترد فى مكان غير المكان الذى أودعت فيه ، فعلى المودع أن يقوم بنفقة ردها ونقلها» .

عينها، ومن ثم يكون الرد فى المكان الذى يوجد فيه موطن المودَع عنده وقت الوفاء أو فى المكان الذى يوجد فيه مركز أعماله إذا كانت الوديعة متعلقة بهذه الأعمال (م ٢/٣٤٧ مدنى) .

أما فيما يتعلق بمصروفات الرد ، فقد كانت القواعد العامة تقضى بأن تكون نفقات الوفاء على المدين (م ٣٤٨ مدنى) ، ومن ثم تكون مصروفات الرد على المودع عنده . ولكن الوديعة تكون عادة دون أجر ، وحتى لو اشترط فيها الأجر فهو عادة مبلغ زهيد لا يجعل الوديعة من عقود المضاربة ، لذلك يمكن أن يستخلص فى يسر أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى أن تكون مصروفات الرد على المودع ، «إذ يفرض – كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى – فى الطرفين أنهما قصدا ذلك» [١] ، حتى لا يجتمع على المودَع عنده عبء حفظ الوديعة وعبء تحمل مصروفات ردها [٢] . ومع ذلك يجوز للطرفين أن يتفقا على أن تكون مصروفات الرد على المودَع عنده .

٣ – جزاء الإخلال بالتزام الرد

٣٦٩ – دعوى الاسترداد : وإذا لم يقم المودع عنده بالتزامه من رد الشئ المودع ، كان للمودع أن يسترده بدعوى الوديعة ، وهى دعوى شخصية تنشأ من العقد ، ويطلب فيها المودع استرداد الشئ المودع بعينه هو وملحقاته وثماره [٣] . ويرفع الدعوى على المودع عنده،

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٥٥ .

(٢) بوردى وفال فى الوديعة فقرة ١١٦٠ .

(٣) ويعتبر تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المودع عنده معذراً بمجرد تأخره دون سبب مشروع عن رد الوديعة بعد أن طلب إليه المودع الرد ، فتقول المادة ١/٧٠٢ من هذا التقنين : «إن الوديع الذى يطلب منه المودع رد الوديعة يعد فى حالة التأخر لمجرد تأخير منه لا يبرره سبب مشروع» . وقد أخذت محكمة النقض بهذا المبدأ ، فقضت بأنه إذا بنت المحكمة قضاءها بمسئولية الزوج المطلق عن فقد الأشياء التى تدعيها الزوجة المطلقة على أن هذه الأشياء كانت فى ذمته وأنه منعها من استردادها وأهمل إهمالا غير يسير فى المحافظة عليها . فلا تثريب على المحكمة فى ذلك ، لأن مسئولية الوديع ناشئة عن التزامه قانوناً برد الوديعة متى طلب منه ذلك ، وعن التزامه بالمحافظة عليها بغير تقصير جسيم . وما دامت المحكمة قد أثبتت فى حدود سلطتها الموضوعية حصول المطالبة برد الوديعة وحصول التقصير الجسيم فى المحافظة عليها ، ولم تخرج فيما أثبتته من ذلك عما تبينته بحق من أوراق الدعوى وظروفها ، فلا رقابة عليها لمحكمة النقض . وليس صحيحاً أن مسئولية الوديع لا تنشأ إلا بعد تكليفه رسمياً برد الوديعة ، ذلك لأن مثل هذا التكليف لا محل له لتقرير المسئولية المدنية المترتبة على هلاك الشئ المودع ، فضلا عن أن المطالبة القضائية بالرد تجب كل تكليف رسمى آخر (نقض مدنى ١٩ أبريل سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٤١ ص ٦٣٢) . انظر أيضاً استئناف مختلط ٦ يونيه سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٨٥) .

أو على ورثته بعد موته . وإذا تعدد الورثة أو الودعاء ، وكان الشئ المودع فى يد أحد منهم، جاز رفع الدعوى عليه وحده ، إذ هو ملزم بالرد دون حاجة إلى رضاء الآخرين [١] . أما من لم يكن الشئ المودع فى يده، فيجوز رفع دعوى الاسترداد عليه ولكن بمقدار نصيبه [٢] . ولا يكون الورثة أو الودعاء متضامنين فى الالتزام بالرد ، إذ أن هذا الالتزام عقدى ولا يوجود نص على التضامن [٣] . وإذا كان الشئ المودع موجوداً فى مكان معين ، جاز الحصول على أمر من القاضى لفتح هذا المكان وإخراج الشئ المودع منه وتسليمه إلى المودع [٤] . وتتقادم دعوى الاسترداد الشخصية بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت انتهاء الوديعة وحلول الالتزام بالرد [٥] .

وللمودع كذلك ، إذا كان مالكاً ، أن يرفع دعوى الاسترداد العينية وهى دعوى الملكية. وله فى سبيل ذلك أن يوقع على الشئ ، إذا كان منقولا ، حجزاً تحفظياً تطبيقاً لأحكام المادة ٦٠٣ مرافعات ، وتقضى بأن «المالك المنقول أن يوقع الحجز التحفظى عليه عند من يحوزه» . ولا تسقط دعوى الملكية بالتقادم المسقط [٦] ، ولكن يجوز أن تكسب ملكية الشئ المودع إذا انتقل إلى حائز بالتقادم المكسب الطويل أو القصير . أما إذا بقى الشئ فى يد المودع عنده أو فى يد ورثته ، فالحيازة مشوبة بالغموض ، ومن ثم لا تؤدى إلى كسب الملكية إلا إذا غير الحائز نيته وبين فى وضوح أنه يحوز الشئ كمالك . وإذا كان الشئ منقولا وانتقل إلى حائز حسن النية بسبب صحيح ، ملكه هذا بالحيازة .

٣٧٠ – دعوى التعويض : وإذا تعذر على المودع استرداد الشئ عينا ، رجع على

---

(١) هيك ١١ فقرة ٢٤٧ – جيوار فقرة ٩٧ – بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١١٢٥ . محمد كامل مرسى فقرة ٣١٦ ص ٤٢٤ .

(٢) هيك ١١ فقرة ٢٤٧ – بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١١٢٥ ص ٦٠٦ – أوبرى ورو وسمان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٨ .

(٣) أما فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فيوجد نص على التضامن ، إذ تقضى المادة ٧١٦ من هذا التقنين بأنه «إذا وجد جملة ودعاء ، كانوا متضامنين فيما يختص بالموجبات والحقوق الناشئة عن الإيداع، ما لم يكن هناك نص مخالف» .

(٤) ويقع ذلك عادة إذا كان المودع عنده غائبا لا يعلم مكانه (بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١١٠٨) .

(٥) استئناف مختلط ٣ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٠٢ – محمد على عرفة ص ٥٠٠.

(٦) محمد على عرفة ص ٥٠٠ .

المودع عنده بالتعويض [١] (1) . والتعويض هنا هو قيمة الشئ المودع وقت الرد [٢] . فإذا زادت القيمة في أثناء الدعوى ، وجب رد القيمة وقت الحكم حتى يكون التعويض كاملا [٣] . ويقع أن يقوّم الطرفان الشئ وقت الإيداع ، فيعتد بهذه القيمة المتفق عليها [٤] . وإذا كان الشئ المودع من المثليات ، وآثر المودع بدلا من التعويض النقدى أن يسترد مثل الشئ المودع على سبيل التعويض ، كان له ذلك [٥] .

---

(١) ومتى تعذر رد الوديعة عينا ، لم يبق إلا التعويض . فلا يجوز للمودع أن يصر على الاسترداد عيناً تحت طائلة غرامة تهديدية ، إذ أن الرد عينا غير مستطاع . وقد قضى بأنه مع اعتراف المودع عنده بفقد الوديعة لا يكون للمودع حق بأن يطلب رد ما ضاع ، وما من وجه شرعي للمحاكم لأن تحكم بذلك الرد وأن تقضى بغرامة يومية على المودع عنده حتى يحصل الرد المذكور ، لأن ذلك أمر بما لا يستطاع وحكم لا تساعد المبادئ القانونية عليه وإعنات لغير أجل معلوم (مصر الكلية ١٩ أكتوبر سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٥ ص ٢٨) .

(٢) هيك ١١ فقرة ٢٤١ – بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١١٠٩ – محمد كامل مرسى فقرة ٣٢٩. وذهب رأى إلى أنه يعتد بالقيمة وقت الإيداع لا وقت طلب الرد (إكس أول ديسمبر سنة ١٨٧٠ داللوز ٧٢ – ٢ – ٤١ – مارسيليا الابتدائية ١١ نوفمبر و ١٢ ديسمبر سنة ١٩٠٧ داللوز ١٩٠٩ – ٥ – ١٠) . وذهب رأى آخر إلى أنه يعتد بأكبر القيمتين ، القيمة وقت الطلب والقيمة وقت الإيداع (جيوار فقرة ٧٨ – محمد على عرفة ص ٤٧١) . وتقدير القيمة مسألة واقع يبت فيها قاضى الموضوع (نقض مدنى ١٩ أبريل سنة ١٩٤٥ ملحق المحاماة ، ٢٠٧ رقم ٢٨ ص ٦٨ – نقض فرنسى ٧ فبراير سنة ١٩٢٨ سيريه ١٩٢٨ – ١ – ١٩٧ – محمد على عرفة ص ٤٧١) . على أنه إذا باع المودع عنده الشئ المودع ، ثم نقصت قيمته وقت الرد عن الثمن ، وجب على المودع عنده رد الثمن كاملا ولا يكتفى برد القيمة وقت الرد ، لأن الثمن قد حل محل الشئ فهو المقابل له (نقض فرنسى أول ديسمبر سنة ١٩٢٥ جازيت دى پاليه ١٩٢٦– ٢٢٥– جيوار فقرة ٧٨ – محمد كامل مرسى فقرة ٣٢٩) .

(٣) پلانيول وريپير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٧ ص ٥١٦ – كذلك يجب التعويض عن جميع الأضرار الأخرى التى تلحق المودع من جراء عدم تسلمه الوديعة ، أو من جراء تأخره فى تسلم الوديعة (بودرى وفال فى الوديعة فرقة ١١١٠) .

(٤) السين ٢٤ يونيه سنة ١٩٤٣ جازيت دى پاليه ١٩٤٣ – ٢ – ١٦٨ – محمد كامل مرسى فقرة ٣٢٩ – وقد يزاد التعويض على القيمة المقدرة فى حالة الغش أو الخطأ الجسيم فى جانب المودع عنده (باريس ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٥١ داللوز ١٩٥٢ – ٢٣ – پلانيول وريپير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٧ ص ٥١٦) .

(٥) نقض فرنسى ٢٦ يوليه سنة ١٩٤٨ جازيت دى پاليه ١٩٤٨ – ٢ – ١٧٩ – ليون ٤ يونيه سنة ١٩٤٥ جازيت دى پاليه ١٩٤٥ – ٢ – ٧٥ – پلانيول وريپير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٧ ص ٥١٦ .

(1) دعوى المودع بالتعويض قبل المودع لديه عما لحقه من اضرار لعدم رد السيارة المودعة لديه ، وقف سريان تقادمها اثناء نظر المنازعة فى الدعوى السابقة بين الطرفين بشأن قيام عقد الوديعة وحق المودع لديه فى حبس السيارة .
(جلسة ١٩٧٧/٦/٧ الطعن قم ٣٥٠ لسنة ٤٠ ق س ٢٨ ص ١٣٧٨)

وقد يكون الشيء المودع نقوداً ترد بعينها فى وديعة غير ناقصة [1] ، فالتعويض هنا يكون مثل هذه النقود فى القيمة مع الفوائد القانونية من وقت الإعذار لا من وقت المطالبة القضائية لأن النقود هنا أصبحت عينا معينة [1] . وإذا استعمل المودع عنده النقود لمصلحته ، وجبت عليه الفوائد القانونية من يوم الاستعمال وذلك على سبيل التعويض [2] .

٣٧١ – الدعوى الجنائية : وإلى جانب المسئولية المدنية على النحو الذى قدمناه ، يكون المودع عنده مسئولا مسئولية جنائية إذا هو تصرف فى الشيء المودع ، ولم يرده لصاحبه .

ومسئوليته هذه على وجهين . فهو قد أضر أولا بالمودع عنده بتبديده الشيء المودع، ومن ثم يكون مرتكباً لجريمة التبديد . وقد نصت المادة ٣٤١ من تقنين العقوبات على أن «كل من اختلس أو استعمل أو بدد مبالغ أو أمتعة ، أو بضائع أو نقوداً أو تذاكر أو كتابات أخرى مشتملة على تمسك أو مخالصة أو غير ذلك إضراراً بمالكيها أو أصحابها أو واضعى اليد عليها، وكانت الأشياء المذكورة لم تسلم له إلا على وجه الوديعة .. يحكم عليه بالحبس ، ويجوز أن يزاد عليه غرامة لا تتجاوز مائة جنيه» . ويلاحظ أن المودَع عنده إذا باع الوديعة

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٦٥ فى الهامش – وانظر بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١١٠٥ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٥٩ – استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٥٧ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٥ – وكان التقنين المدنى المختلط صريحا فى هذا المعنى ، إذ كانت المادة ٦٠٢ منه تنص على أنه «يجب فى جميع الأحوال على حافظ الوديعة أو حارسها أن يرد أيضاً محصولها ونتائجها ، وعليه فوائد النقود المودعة عنده من وقت مطالبته بردها مطالبة رسمية عند وجوب الرد ، أو من وقت استعماله الوديعة لمنفعة نفسه» . انظر أيضاً فى هذا المعنى محمد كامل مرسى فقرة ٣١٧ ص ٤٢٦ – محمد على عرفة ص ٤٧٤ . وإذا كانت الوكالة قد ورد فيها نص صريح فى هذا المعنى (م ٧٠٦ مدنى) ، وكذلك الشركة (م ٥٢٢ مدنى) ، ولم يرد مثل هذا النص فى الوديعة . فلا يمكن أن يؤخذ من ذلك أكثر من أن الوديعة قد تركت للقواعد العامة . وهذه القواعد تقضى بأنه المودع عنده إذا استعمل الوديعة لمصلحة نفسه يكون قد خالف التزامه بعدم استعماله الوديعة ، ووجب عليه التعويض ، ولا شك فى أن الفوائد القانونية هى خير معيار للتعويض فى هذه الحالة – انظر عكس ذلك : لوران ٢٧ فقرة ١١٢ – هيك ١١ فقرة ٢٤٣ – بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١١١١ .

وهناك رأى يذهب إلى أنه إذا قامر المودع عنده أو راهن بالوديعة فكسب ، وجب رد المكسب إلى المودع (بون ١ فقرة ٤٦٩ – عكس ذلك جيوار فقرة ٧٥ – بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١١١٢) . والصحيح فى رأينا أنه لا يرد المكسب إذ لا يجوز اعتباره ثمارا مدنية للوديعة ، ولكنه يرد المبلغ المودع مع فوائده القانونية

(1) الوديعة إذا كان موضوعها مبلغا من المال ، فإنها لا تكون وديعة تامة بل تعتبر وديعة ناقصة ، وأقرب إلى عارية الاستهلاك منها إلى الوديعة ، ويكون كل ما للمودع هو المطالبة بقيمة ماله ، وهذا حق شخصى يسرى فى شأنه التقادم المسقط .

(جلسة ١٩٧٨/٤/١٧ الطعن رقم ٤١٦ لسنة ٤٥ ق س ٢٩ ص ١٠١٥)

وقبض ثمنها ، فعوقب بعقوبة التبديد ، ورجع عليه المودع بالتعويض ، لم يكن لهذا الأخير حق امتياز على الثمن الذى قبضه المودع عنده أو على حقه فى الثمن فى ذمة المشترى إذا كان لم يقبضه ، بل يشارك فيه سائر دائنى المودع عنده مشاركة الغرماء [1] .

والمودَع عنده أضر من وجه آخر بالشخص الذى تصرف إليه فى الشئ ، فهو قد تصرف فيما لا يملكه ، ويكون بذلك مرتكبا لجريمة النصب . وقد نصت المادة ٣٣٦ من تقنين العقوبات المعدلة بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢ يعاقب بالحبس كل من توصل إلى الاستيلاء على نقود أو عروض أو سندات دين أو سندات مخالصة أو أى متاع منقول وكان ذلك بالاحتيال لسلب كل ثروة الغير أو بعضها إما ... وإما بالتصرف فى مال ثابت أو منقول ليس ملكاً له ولا له حق التصرف فيه ..» .

الفرع الثانى
التزامات المودع

٣٧٢ – التزامات ثلاثة : يلتزم المودع بدفع الأجر إذا كان مشترطاً ، وبرد المصروفات التى أنفقها المودع عنده فى حفظ الوديعة ، وبتعويض المودع عنده عن كل ما لحقه من خسارة بسبب الوديعة .

وهذه هذ ، كما رأينا [2] ، نفس التزامات الموكل .

المبحث الأول
دفع الأجر

٣٧٣ – نص قانونى : تنص المادة ٧٢٤ من التقنين المدنى على ما يأتى :

«الأصل فى الوديعة أن تكون بغير أجر ، فإذا اتفق على أجر وجب على المودع أن يؤديه

---

(١) نقض مدنى ٢٣ أغسطس سنة ١٨٦٤ داللوز ٦٤ – ١ – ٣٦٧ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٧ ص ٥١٦ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٤٦ .

وقت انتهاء الوديعة ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك»[1] .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى القديم المادتين ٥٩٠/٤٨٢ و ٥٩١/٤٨٣ [2].

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٦٩٠ – وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٧٢٤ – وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٩٦٨ – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٢/٦٩٠ [3].

ويستخلص من النص المتقدم الذكر أنه يجب التمييز فى الوديعة ، كما ميزنا فى الوكالة، بين فرضين : (الفرض الأول) أنه لا يوجد اتفاق على الأجر بين المودع والمودع عنده. (والفرض الثانى) أن هذا الاتفاق موجود .

٣٧٤ – لا يوجد اتفاق على الأجر : جاء فى صدر المادة ٧٢٤ مدنى سالفة الذكر : «الأصل فى الوديعة أن تكون بغير أجر» . فإذا لم يوجد بين المودع والمودع عنده اتفاق على الأجر، كانت الوديعة غير مأجورة ، وكان المودع عنده متبرعاً . ولا تكون الوديعة فى هذه الحالة قد خرجت فحسب من نطاق عقود المضاربة ، بل تكون أيضاً قد دخلت فى نطاق

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١٠٠٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «١ – إذا كانت الوديعة بأجر ، وجب على المودع أن يؤدى الأجر فى الوقت الذى ينتهى فيه حفظ الوديعة . ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك . فإذا كان الأجر مقسطاً على فترات من الزمن ، استحق الأجر عن كل فترة فى نهايتها . ٢ – أما إذا يعين أجر فى العقد، اعتبرت الوديعة أنها دون أجر» . وفى لجنة المراجعة عدل النص على الوجه الذى استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، وصار رقمه ٧٥٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٥٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت قم ٧٢٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٥٧ – ص ٢٥٨) .

(٢) **التقنين المدنى القديم** م ٥٩٠/٤٨٢ : الإيداع عقد به يسلم إنسان منقولا لإنسان آخر يتعهد بحفظه بدون اشتراط أجرة كما يحفظ أموال نفسه ، ويرده بعينه عند أول طلب يحصل من المودع .

م ٥٠١/٤٨٣ : إذا اشترطت الأجرة للمودع عنده ، تتبع فى العقد القواعد المتعلقة باستئجار الصناع .

(وأحكام التقنين المدنى القديم فيما يتعلق بالأجر تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المدنى الجديد، ويجعل التقنين المدنى القديم الوديعة المأجورة فى حكم المقاولة) .

(٣) **التقنينات المدنية العربية الأخرى** :

التقنين المدنى السورى م ٦٩٠ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧٢٤ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٩٦٨ : ليس للوديع أن يأخذ أجرة على حفظ الوديعة ، ما لم يشترط ذلك فى العقد . (وأحكام التقنين العراقى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢/٦٩٠ : ولا يحق للوديع أجر ما على حفظ الوديعة، إلا إذا اتفق الفريقان على العكس . (وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

عقود التبرع . فالوديعة حتى لو كانت بأجر ليست من عقود المضاربة كما قدمنا [1]، ولكنها قد تكون من عقود المعاوضة إذا اشترط فيها الأجر ، فإذا لم يشترط كانت من عقود التبرع .

٣٧٥ – يوجد اتفاق على الأجر : ويخلص مما تقدم أن المودع عنده لا يأخذ أجراً إلا إذا وجد اتفاق على ذلك [2]. وقد يكون هذا الاتفاق صريحاً ، كما يكون ضمنياً . ويستخلص الاتفاق الضمنى على الأجر عادة من حرفة المودع عنده ، فالإيداع فى المخازن العامة وفى مخازن الاستيداع بالجمارك وفى محطات السكك الحديدية وفى الجراجات العامة يفرض فيه أن يكون بأجر [3]. وإذا لم يعين مقدار الأجر ، ترك تعيينه للعرف أو لتقدير القاضى. ولا يجوز تعديل الأجر المتفق عليه لا بالنقص ولا بالزيادة ، وفى هذا تختلف الوديعة المأجورة عن الوكالة المأجورة [4]. وتتميز الوديعة المأجورة عن المقاولة فى أمرين [5]: (أولا) فى أن الوديعة حتى لو كانت مأجورة ليست فى الأصل من عقود المضاربة ، ولا يبغى المودع عنده من ورائها الكسب، إلا إذا كان يحترف مهنة الاستيداع [6]. إما المقاولة

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٤٤ .

(٢) والملزم بدفع الأجر هو المودع ولو لم يكن مالكاً ، ولا يلتزم به المالك؛ إذا لم يكن هو المودع لأنه ليس طرفاً فى عقد المقاولة وهو العقد الذى أنشأ الالتزام بدفع الأجر (بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١١٧٣ – محمد على عرفة ص ٤٩٦) .

(٣) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٤ – محمد على عرفة ص ٤٩٥ – وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن العرف التجارى يجعل للتاجر الحق فى الأجر على ما يتسلمه من البضائع على سبيل الوديعة (استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٧٠) .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٢٧٨ .

(٥) ويذهب بعض الفقهاء إلى أن الوديعة المأجورة تكون مقاولة إذا كان الأجر مجزياً يتكافأ مع الجهد الذى بذله المودع عنده فى حفظ الوديعة ، أما إذا كان الأجر زهيداً فتبقى الوديعة المأجورة عقد وديعة . وبحسب هذا الرأى يكون الإيداع فى المخازن العامة أو عند من يحترف مهنة الاستيداع عقد مقاولة لا عقد وديعة (بون ١ فقرة ٣٧٧ – بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١١٦٨ – فقرة ١١٧٠ – محمد كامل مرسى فقرة ٣٠٩) . وهناك رأى ثان يذهب إلى أن الوديعة المأجورة تكون مقاولة، أيا كان مقدار الأجرة ولو كان زهيداً (ديرانتون ١٨ فقرة ٢٠ – ترولون فقرة ١١ وما بعدها – ديفرجييه فقرة ٤٠٩ – لوران ٢٧ فقرة ٧٧ – جيوار فقرة ١٦ وفقرة ١٧ وفقرة ٥٥ – هيك ١١ فقرة ٢٣١ – وانظر م ٥٩١/٤٨٣ من التقنين المدنى القديم . ويذهب رأى ثالث إلى أن الوديعة المأجورة هى عقد قائم بذاته تمكن تسميته بعقد الحفظ (contrat de garde) (تنك فى عقد الحفظ رسالة من باريس سنة ١٩٤١ – وقارن أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ Dépôt فقرة ١٢) . والصحيح أن الوديعة المأجورة تبقى وديعة ولو كان الأجر فيها غير زهيد ، وأن الوديعة كالوكالة قد تطورت فى العصر الحديث فغلب عليها الأجر بعد أن كان يغلب عليها التبرع . (جوسران ٢ فقرة ١٣٦٢ – أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ Dépôt فقرة ٤) .

(٦) انظر آنفاً فقرة ٣٣٥ .

فهى مـن عقود المضاربة ، ويبغى المقاول الكسب من ورائها . (ثانياً) فى أن الغرض الأساسى من الوديعـة هو حفـظ الشئ والحفـظ هو الالتـزام الجوهـرى فيها كما سبق القول [1]، أما المقاولة فقد لا تقع على الحفظ أصلا ، وإن وقعت فالحفظ فيها يكون أمراً ثانوياً غير مقصود لذاته [2].

ووقت الدفع هو الوقت الذى يتفق عليه المتعاقدان ، ويدفع جملة واحدة أو على أقساط فى مواعيد معينة ، فإذا لم يتفق على وقت كان الأجر مستحقاً فى الوقت الذى يعينه العرف. فإن لم يوجد عرف ، كان الدفع فى الوقت الذى ينتهى فيه حفظ الوديعة (م ٧٢٤ مدنى) . وإذا انتهى حفظ الوديعة قبل الموعد المحدد ، استحق المودع عنده من الأجر بنسبة المدة التى بقى فيها الشئ فى حفظه ، ما لم يتفق على غير ذلك . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : «الأصل فى الوديعة أن تكون دون أجر ، إلا إذا نص فى العقد على أجر فيكون واجباً . وفى هذه الحالة إما أن يكون الأجر واجب الأداء دفعة واحدة، فيصير مستحقاً فى الوقت الذى ينتهى فيه حفظ الوديعة ، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك . وإما أن يكون مقسطاً على فترات من الزمن ، فيستحق الأجر عن كل فترة فى نهايتها . وإذا انتهى حفظ الوديعة قبل الموعد المحدد له وكان هناك أجر متفق عليه ، فإن تطبيق القواعد العامة يبيح للوديع أن يطالب من الأجر المتفق عليه بنسبة ما وفاه هو من التزامه بحفظ الشئ ، غير أنه إذا ظهر أن الطرفين قصدا غير ذلك فقصدهما أولى بالاتباع : انظر فى هذا المعنى المادة ٢/٦٩٩ من التقنين الألمانى»[3] .

ويكون مكان الدفع ، طبقاً لما تقضى به القواعد العامة ، فى الجهة التى يتفق عليها المتعاقدان ، فـإن لم يوجـد اتفاق فالعرف . فإذا لم يوجـد اتفاق ولا عرف ، كـان الدفـع فى موطن المدين أى المـودع ، أو فى الجهة التى فيها مقـر أعماله إذا كانت الوديعة متعلقة بهذه الأعمال .

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٣٤ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٣٤ – وإذا تعدد المدعون ، فلا تضامن بينهم فى الالتزام بدفع الأجر إلا إذا اشترط ، لأن الالتزام عقدى ولا يوجد نص على التضامن . ولكن للمودع عنده حبس الوديعة حتى يستوفى الأجر ، طبقاً للقواعد العامة فى الحبس ولأحكام الدفع بعدم تنفيذ العقد (هيك ١١ فقرة ٣٣٢ – جيوار فقرة ١٧١ – بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١١٧٤ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٣ ص ٥٢٤) .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٦٠ – ص ٢٦١ – وانظر م ١٠٠٥ من المشروع التمهيدى آنفاً فقرة ٣٧٣ فى الهامش .

المبحث الثانى

رد المصروفات

٣٧٦ – نص قانونى : تنص المادة ٧٢٥ من التقنين المدنى على ما يأتى :

«على المودع أن يرد إلى المودع عنده ما أنفقه فى حفظ الشئ...»[(١)].

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى القديم العبارة الأولى من المادة ٤٨٨ فقرة أولى /٤٩٦[(٢)].

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٦٩١– وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٧٢٥ – وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٩٦٦ – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٧١٧ [(١)].

٣٧٧ – أنواع المصروفات التى يجب ردها : ويخلص من النص المتقدم الذكر أن المودع يلتزم برد ما أنفقه المودع عنده من المصروفات فى حفظ الشئ . ويجب أن تفهم عبارة «حفظ الشئ» هنا على أنها تشمل حفظ الشئ من الهلاك إذا تعرض لخطر ، وكذلك

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى العبارة الأولى من المادة ١٠٠٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٧٥٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٥٦ ، ثم مجلس الشيوخ تحت زقم ٧٢٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٥٩ – ص ٢٦٤) .

(٢) **التقنين المدنى القديم** م ٤٨٨ فقرة أولى . ٥٩٦ : وعلى المودع أن يؤدى لحافظ الوديعة المصاريف المنصرفة منه لحفظها .

(وحكم التقنين المدنى القديم يتفق مع حكم التقنين المدنى الجديد) .

(٣) **التقنينات المدنية العربية الأخرى** :

التقنين المدنى السورى م ٦٩١ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧٢٥(مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٩٦٦ : الوديعة التى تحتاج إلى نفقة ومؤونة تكون مصاريفها على صاحبها . فإن كان غائباً وكانت مما يستأجر ، فللوديع أن يؤجرها بإذن المحكمة وينفق عليها من أجرتها . وإن كانت مما لا يستأجر ، فله بعد إذن المحكمة إما أن ينفق عليها من ماله ويرجع على المودع ، وإما أن يبيعها وفقا للإجراءات التى تقررها المحكمة ويحفظ ثمنها عنده .

(وأحكام التقنين العراقى تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٧١٧ : على المودع أن يدفع إلى الوديع نفقات حفظ الوديعة ..

(وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

الحفظ العادى للشئ إذا اقتضى هذا الحفظ مصروفات ما . فإذا أودع شخص عند آخر بضائع أو منقولات أخرى تقتضى حفظها فى مكان أمين وإقامة حارس عليها ، فإن ما ينفقه المودع عنده على هذه المنقولات لحفظها من الهلاك كرشها بمبيدات الحشرات وتنقيتها حتى لا تتلف وكأقساط التأمين التى يدفعها للشركة لتأمينها من الحريق والسرقة، وما ينفقه فى حفظ المنقولات الحفظ العادى كأجرة المكان وأجر الحارس ، كل هذا يرجع به المودع عنده على المودع . كذلك يرجع بمصروفات الصيانة المعتادة ، كعلف الحيوان وتشحيم السيارة وتزييتها وتعهد الشئ المودع بالتنظيف المعتاد ونحو ذلك . أما المصروفات النافعة والمصروفات الكمالية، فلا يرجع بها إلا بموجب القواعد العامة ، وليس الالتزام بردها ناشئاً من عقد الوديعة، بل هى ناشئ من فعل الإنفاق [1] . وهذا بخلاف مصروفات الحفظ ومصروفات الصيانة على النحو الذى قدمناه ، فإن الالتزام بردها ينشأ من عقد الوديعة ذاته ، إذ النص (م ٧٢٥ مدنى) صريح فى جعل المودع يلتزم برد هذه المصروفات باعتبار أنه مودع أى بموجب عقد الوديعة.[2] ويترتب على ذلك أن الذى يلتزم برد المصروفات هو المودع ولو لم يكن مالكاً ، أما المالك فلا يلتزم بها إلا بموجب القواعد العامة ، أى موجب فعل الإنفاق لا عقد الوديعة[3] . ويترتب على ذلك أيضاً أن الوديعة تكون عقداً ملزماً للجانبين إذا أنشأت التزاماً برد المصروفات أو أنشأت أى التزام آخر فى جانب المودع . وقد قدمنا مثل ذلك فى عقد العارية، وقررنا أن التزام المعير برد المصروفات ينشأ من عقد العارية ذاته [5] .

---

(١) بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١١٦٣ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٤ ص ١٨٠ هامش ١ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٤ ص ٥٢٣ – محمد على عرفة ص ٤٩٣ – ص ٤٩٤ .

(٢) ومع ذلك قد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : «ويقع أحياناً أن ينفق الوديع مصروفات لازمة لحفظ الشئ المودع لديه ، فيجب على المودع طبقاً للقواعد العامة أن يرد إليه هذه المصروفات» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٦١) .

(٣) ولذلك إذا رد المودع عنده الوديعة للمالك لا للمودع ، جاز له أن يطالبه برد المصروفات، ولكن لا على أساس عقد الوديعة فالمالك لم يكن طرفاً فيها . بل على أساس واقعة الإنفاق (جيوار فقرة ٣١ – بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١١٦٦ – محمد على عرفة ص ٤٩٦) .

(٤) الوسيط ٦ فقرة ٨٤٦ – ويجوز أن يتفق فى عقد الوديعة على أن يدفع المودع عنده مصروفات حزم البضاعة وتصديرها والضريبة الجمركية ، على أن يرجع بكل ذلك على المودع (استئناف مختلط ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٥٩) .

(٥) لوران ٢٧ فقرة ١٢٩ – بون ١ فقرة ٥٠٩ – بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١١٦٤ ص ٦٢٣ – محمد على عرفة ص ٤٩٤ – وقرب بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٤ ص ٥٢٣ – وهناك رأى يذهب إلى استحقاق الفوائد من وقت الإنذار قياساً على الوكالة (هيك ١١ فقرة ٢٥١ – جيوار فقرة ١١٠ وفقرة ١١٣) . ولكن النص الوارد فى الوكالة نص استثنائى لا يجوز القياس عليه (بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١١٦٤ ص ٦٢٤) .

ولا تجب الفوائد على المصروفات التى يلتزم المودع بردها إلا من وقت المطالبة القضائية بها طبقاً للقواعد العامة [1]. وهذا بخلاف الوكالة ، فإن الموكل يدفع الفوائد على المصروفات التى ينفقها الوكيل من وقت الأنفاق ، وذلك بموجب نص خاص ليس له مقابل فى الوديعة [1].

كذلك إذا تعدد المودعون لم يكونوا متضامنين [2]، بخلاف الموكلين المتعددين فإنهم متضامنون بموجب نص [3] خاص ليس له هنا أيضاً مقابل . ولكن يضمن رجوع المودع عنده بالمصروفات حق الحبس ، بموجب القواعد العامة فى حق الحبس وفى مبدأ الدفع بعدم تنفيذ العقد [4](1). وإذا كانت المصروفات ضرورية لحفظ الشئ من الهلاك ولترميمه ، كان لها حق امتياز على الشئ المودَع وفقاً لأحكام المادة ١١٤٠ مدنى .

المبحث الثالث
التعويض عن الضرر

٣٧٨ – نص قانونى : تنص العبارة الأخيرة من المادة ٧٢٥ من التقنين المدنى على ما يأتى :

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٨٨ .

(٢) هيك ١١ فقرة ٢٣٢ – جيوار فقرة ١٧١ – بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١١٧٤ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٤ ص ٥٢٤ – محمد على عرفة ص ٤٩٩

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢٩٨ .

(٤) ويحتج بحق الحبس لا قبل المودع وحده ، بل أيضاً قبل المالك والمشترى من المالك ودائنى المودع (بون ١ فقرة ٥١١ – جيوار فقرة ٣١ وفقرة ١١٥ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٤ ص ١٨١ – محمد على عرفة ص ٤٩٧ – ص ٤٩٨ – بودرى وفال فى الوديعة . فقرة ١١٧٦ : ولكنهما لا يجعلان حق الحبس نافذاً فى حق المالك انظر فقرة ١١٧٧) .

(1) مفاد نص المادة ٢٤٦ من القانون المدنى أن المشرع لا يكتفى فى تقرير حق الحبس بوجود دينين متقابلين وإنما يشترط أيضا قيام ارتباط بينهما ، وفى الوديعة لا يكون للمودع لديه أن يحبس الشئ المودع إلا مقابل استيفائه المصروفات الضرورية أو النافعة التى يكون قد أنفقها على ذات هذا الشئ ، أما المصروفات التى لا تنفق على ذات الشئ المودع فإن التزام المودع بها لا يكون مرتبطاً بالتزام المودع لديه برد الوديعة وبالتالى لا يسوغ للمودع لديه أن يمتنع عن رد الوديعة عند طلبها بحجة اقتضاء مثل هذه المصروفات ، فإذا كان الدين الذى اعتبر الحكم المطعون فيه أن للطاعن الحق فى حبس السيارة حتى يستوفيه يتمثل فى قيمة أجرة السائق التى قام المطعون عليه بدفعها عن المودع وبتكليف منه فأن هذه الأجرة لا تدخل فى نطاق المصروفات التى تجيز للمودع حق الحبس لاستيفائها.

(جلسة ١٩٦٣/٣/٢٧ الطعن رقم ٢٨٦ لسنة ٢٨ ق س ١٤ ع٢ ص ٩٥٦)

«وعليه (المودع) أن يعوضه (المودع عنده) عن كل ما لحقه من خسارة بسبب الوديعة»[1] .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى القديم العبارة الأخيرة من المادة ٤٨٨ فقرة أولى /٥٩٦ [2].

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدى السورى المادة ٦٩١ – وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٧٢٥ – وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٩٦٧ – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٧١٧ [3].

٣٧٩ – تعويض ما يصيب المودع عنده من الضرر بسبب الوديعة : ويخلص من النص المتقدم الذكر أن المودع يلتزم بتعويض المودع عنده عما يصيبه من الضرر بسبب الوديعة، والالتزام هنا مصدره عقد الوديعة . فإذا كان فى الشئ المودع عيب خفى – كمرض معد فى الحيوان انتقل بالعدوى إلى حيوانات المودع عنده – وجب على المودع أن يخطر به المودع عنده حتى يتخذ هذا الاحتياطات اللازمة لمنع العدوى ، وإلا كان مسئولا عن تعويض

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى العبارة الأخيرة من المادة ١٠٠٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «وعليه (المودع) أن يعوضه (المودع عنده) عن كل ما لحقه من خسارة بسبب الوديعة ، إلا إذا لم يعلم السبب الذى كان من شأنه أن تنتج عنه الخسارة ، أو لم يكن فى استطاعته أن يعلم ذلك ، أو علمه وأخطر به الوديع ، أو علمه هذا دون أخطار» . فحذفت فى لجنة المراجعة آخر عبارة فى النص اكتفاء بالقواعد العامة، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٧٥٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٥٦ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٢٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٥٩ – ص ٢٦٤) .

(٢) **التقنين المدنى القديم** م ٤٨٨ فقرة أولى / ٥٩٦ : ويعطيه (المودع عنده) بدل الخسارات التى نشأت له عنها (الوديعة) . (وحكم التقنين المدنى القديم يتفق مع حكم التقنين المدنى الجديد) .

(٣) **التقنينات المدنية العربية الأخرى** :

التقنين المدنى السورى م ٦٩١ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧٢٥ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٩٦٧ : ١ – إذا استحقت الوديعة وضمنها الوديع ، فله الرجوع بما ضمنه على صاحبها . ٢ – وعلى المودع بوجه عام أن يعوض الوديع عن كل ما لحقه من خسارة بسبب الوديعة إذا كانت هذه الخسارة ناجمة عن فعل المودع .

(وأحكام التقنين العراقى تتفق مع أحكا م التقنين المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٧١٧ : على المودع .. أن يعوضه (المودع عنده) من الخسائر التى أصابته بسبب الإيداع .

(وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

المودَع عنده . فإذا لم يقصر المودع فى ذلك وأخطر المودَع عنده بالمرض ، أو كان هذا عالماً به دون إخطار ، فإنه لا يكون مسئولا [1] . وقد تستحق الوديعة فى يد المودع عنده ، فما لم يتقدم المودع لتلقى دعوى الاستحقاق بنفسه فى الوقت المناسب ، فإن ما يصيب المودع عنده من خسائر ومصروفات بسبب دعوى الاستحقاق يرجع به على المودع[2] . وليس المودع عنده ملزماً، كما ألزم المستعير (م ٢/٦٤١ مدنى) ، بأن يتحاشى هلاك الشئ المودع باستعمال شئ من ملكه الخاص ، أو بأن يختار إنقاذ الشئ المودع بدلا من إنقاذ ملكه[3] . ولكن إذا فعل ذلك ، جاز له الرجوع بما تحمله من الخسارة لإنقاذ الشئ المودع ، بشرط ألا يزيد ما يتقاضاه عن قيمة الشئ المودع [4] .

ولا تجب الفوائد على التعويض إلا من وقت المطالبة القضائية بها ، وإذا تعدد المودعون

---

(١) ولكن المودع يكون مسئولا حتى لو كان لم يعلم بالعيب ، ولم يعلم به المودع عنده حتى يتمكن من اتخاذ الاحتياطات اللازمة (هيك ١١ فقرة ٢٥١ – بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١١٦٧ – محمد على عرفة ص ٤٩٤ – ص ٤٩٥) . وانظر عكس ذلك المشروع التمهيدى وكان ينتهى بالعبارة الآتية : «إلا إذا لم يعلم (المودع) السبب الذى كان من شأنه أن تنتج عنه الخسارة أو لم يكن فى استطاعته أن يعلم ذلك ، أو علمه وأخطر به الوديع ، أو علمه هذا دون إخطار» . فحذفت هذه العبارة فى لجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٥٩ و ص ٢٦٣ وانظر آنفاً فقرة ٣٨٧ فى الهامش) . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «وكذلك قد يحدث أن الشئ المودع قد يتسبب فى إلحاق خسارة بالوديع ، كما إذا كان به عيب مما ينتقل بالعدوى إلى أموال الوديع . ففى هذه الحالة يكون المودع مسئولا عن تعويض ما يصيب الوديع من ضرر بسبب ذلك ، ما دام لم ينبه الوديع إلى وجود هذا العيب، إلا إذا كان هو لم يعلم بوجود ذلك العيب ولم يكن فى استطاعته أن يعلم ذلك، إذ لا يكون حينذاك مقصراً فى عدم تنبيه الوديع ، أو كان الوديع قد علم بوجود العيب دون أن يخطره المودع به إذ لا يكون تقصير الوديع فى التنبيه هو السبب المباشر فى وقوع الضرر ، وإنما سببه المباشر هو عدم احتياط الوديع لتفادى حدوث الضرر» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٦١) . وبحذف العبارة المشار إليها ، أصبح واجباً الرجوع إلى القواعد العامة ، وهذه تقضى بأن يكون المودع مسئولا عما يحدث من الضرر حتى لو كان لا يعلم العيب الخفى (انظر فى هذا المعنى محمد على عرفة ص ٤٩٥ هامش ١).

(٢) انظر م ٩٦٧ مدنى عراقى آنفاً فقرة ٣٧٨ فى الهامش .

(٣) قارن بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٠٦٩ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٣٥٦ فى الهامش – بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٠٦٩ – فقرة ١٠٧٠ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٤ ص ١٨٠ هامش ٢ – أنسيكلوپيدى داللوز ٢ لفظ Dépôt فقرة ٣٢٩ – والملزم بالتعويض هو المودع ولو لم يكن مالكاً، أما المالك فغير ملزم إذا لم يكن طرفاً فى عقد الوديعة (محمد على عرفة ص ٤٩٦) .

لم يكونوا متضامنين فى التزامهم بالتعويض ، ويضمن الرجوع بالتعويض حق الحبس [1] ، وقد تقدم مثل ذلك الالتزام برد المصروفات [2] .

---

(١) وقد ورد نص خاص فى حق الحبس فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى ، إذ نصت المادة ٧١٨ من هذا التقنين على أن «للوديع أن يحبس الوديعة ، إلى أن يستوفى كل ما وجب له بسبب الإيداع» . واكتفى التقنين المدنى المصرى بتطبيق القواعد العامة فى هذا الصدد ، فلم يورد نصاً خاصاً . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى ، «وقد ورد فى التقنين الحالى (القديم) نص المادة ٤٨٨ فقرة ثانية /٥٩٧ مقرراً للوديع الحق فى حبس الوديعة لاستيفاء ما هو مستحق له من مصروفات وتعويضات . وكان من الواجب إيراد هذا النص فى المشروع ، لولا أنه نص على الحق فى الحبس بصفة مبدئية فى المادة ١/٣٣١ ، وطبقه بصفة عامة أيضاً على من يحوز شيئاً مملوكاً لغيره وينفق عليه مصروفات لازمة أو نافعة . فكان فى هذا النص العام غنى عن تكرار تطبيقه بمناسبة كل عقد على حدة» (مجموعة الأحكام التحضيرية ٥ ص ٢٩١ . ص ٢٦٢ – وقد أشارت المذكرة الإيضاحية بعد ذلك إلى وجوب حذف النصوص الخاصة بالحبس فى العارية والوكالة اكتفاء بتطبيق القواعد العامة : مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٦٢) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٧٧ .

الفصل الثالث

انتهـــاء الوديعـــة

٣٨٠ – نصوص محذوفة : كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يشتمل على نصوص فى انتهاء الوديعة ، حذفت كلها فى لجنة المراجعة اكتفاء بالمادة ٧٢٢ مدنى (م ١٠٠٣ من المشروع التمهيدى) .

فكانت المادة ١٠٠٧ من المشروع التمهيدى تنص على ما يأتى :

«١– تنتهى الوديعة بانقضاء الأجل المتفق عليه . ٢ – فإذا لم يتفق على الأجل صراحة أو ضمناً ، حدد القاضى أجلا تنتهى فيه الوديعة ، ويكون هذا الأجل مبدأ المدة التى يتقادم بها الالتزام برد الوديعة» .

وكانت المادة ١٠٠٨ تنص على ما يأتى : «يجوز للمودع فى كل وقت أن يطلب رد الوديعة ، إلا أن يكون أجل الوديعة محدداً فى مصلحة الوديع أو يكون هذا مأذوناً فى استعمال الوديعة» .

وكانت المادة ١٠٠٩ تنص على ما يأتى : «إذا كانت الوديعة دون أجر ، وتعذر على الوديع أن يستمر حافظاً للوديعة لأسباب طارئة مشروعة ، جاز له أن يرد الوديعة قبل الأجل المتفق عليه . ٢ – ويجوز له ذلك أيضا إذا اتضح من العقد أن تحديد الأجل كان لمصلحته هو» .

وكانت المادة ١٠١٠ نص على ما يأى : «تنتهى الوديعة بموت الوديع ، ويبقى فى تركته ما نشأ عنها من التزامات ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك» (١) .

---

(١) انظر فى هذه النصوص مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٥٩ – ص ٢٦٢ فى الهامش . ويقابل هذه النصوص فى التقين المدنى القديم م ٥٩٢/٤٨٤ : ولا يجوز لحافظ الوديعة أن يلزم مودعها بأخذها قبل الميعاد المتفق عليه .

ويقابلها فى التقنين المدنى العراقى : م ٩٦٩ : ١ – للمودع فى كل وقت أن يطلب رد الوديعة مع زوائدها ، كما أن للوديع أن يطلب ردها متى شاء . ٢ – وإذا كان الإيداع بأجرة ، فليس للوديع أن يردها قبل الأجل المعين إلا إذا كان له عذر مشروع . ولكن للمودع أن يطلب ردها متى شاء ، على أن يدفع الأجرة المتفق عليها . ٢ – ويلزم أن يكون طلب الرد فى وقت مناسب ، وأن تمنح المهلة الكافية للوديع .

م ٩٧٠ : ١ – إذامات الوديع ، ووجدت الوديعة عينا فى تركته ، فهى أمانة فى يد الوارث . ٢ – وإن مات الوديع مجهلا حال الوديعة ولم توجد فى تركته ولم تعرفا الورثة ، تكون ديناً واجباً أداؤه من تركته ، ويشارك المودع سائر غرماء الوديع . =

وقد رأينا أن المادة ٧٢٢ مدني التي اكتفى بها عن هذه النصوص المحذوفة تنص على ما يأتي : «يجب على المودع عنده أن يسلم الشيء إلى المودع بمجرد طلبه ، إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع عنده ، وللمودع عنده أن يلزم المودع بتسلم الشيء في أي وقت إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع» .

ويخلص من جميع هذه النصوص ، المحذوف منها وغير المحذوف ، أن الوديعة تنتهي بالأسباب الآتية : (١) انقضاء الأجل . (٢) رجوع أحد المتعاقدين عنها قبل انقضاء الأجل . (٣) موت المودع عنده .

٣٨١ – انقضاء الأجل : قد يتفق المتعاقدان على أجل للوديعة ، صراحة أو ضمناً، فتنتهي الوديعة بانقضاء هذا الأجل . وإذا لم يتفق على أجل ، «وجب – كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي – وضع حد لها بالالتجاء إلى القاضي لتعيين أجل تنتهي فيه الوديعة . ونظراً لكثرة ما قام من نزاعات بشأن تقادم الوديعة وما يعتبر مبدأ لهذا التقادم ، نص المشروع على أن التقادم يبدأ من وقت حلول الأجل المعين لرد الوديعة» [١] .

٣٨٢ – رجوع أحد المتعاقدين عن الوديعة قبل انقضاء الأجل : «والأصل – كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي – أن الأجل في الوديعة معين لمصلحة المودع، فيجوز له أن ينزل عن حقه ، وأن يطلب رد الوديعة قبل حلول الأجل»[٢] . ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن يرجع المودَع عنده في الوديعة بإرادته المنفردة ، والذي يجوز له الرجوع هو المودع وحده .

وإنما يجوز للمودع عنده أن يرجع في الوديعة بإرادته المنفردة في الحالتين الآتيتين : (١) إذا كان «مأذوناً في استعمال الوديعة ، أو كان الأجل بوجه عام معيناً في مصلحة الوديع»[٣] . ففي هذه الحالة يجوز للمودع عنده وحده ، دون المودع ، أن يرجع في الوديعة

= ويقابلها في تقنين الموجبات والعقود اللبناني :

م ٧٠١ : لا يجوز للوديع أن يجبر المودع على استرداد وديعته قبل الأجل المتفق عليه إلا لسبب مشروع – وإنما يجب عليه أن يرد الوديعة حينما يطلبها المودع ، وإن يكن الموعد المضروب لردها لم يحل بعد .

م ٧٠٣ : إذا لم يضرب موعد للرد ، فللوديع أن يرد الوديعة في أي وقت شاء بشرط ألا يردها في وقت غير مناسب ، وأن يمنح المودع مهلة كافية للاسترداد أو لإعداد ما تقتضيه الظروف .

وقارن أسباب انتهاء الوديعة في القانون الفرنسي : بودري وفال في الوديعة فقرة ١١٥٠ – فقرة ١١٥٨ – أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٨ – ص ١٧٩ – بلانيول وريبر وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٥ .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٦٣ في الهامش .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٦٣ في الهامش .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٦٣ في الهامش .

بإرادته المنفردة» . ويشترط ألا يستعمل الوديع هذا الحق فى وقت غير ملائم للمودع» [1] .

(٢) إذا كانت الوديعة فى مصلحة المودع ، ولكن «طرأت على الوديع أسباب مشروعة يتعذر عليه معها أن يستمر حافظاً للوديعة ، بشرط أن تكون الوديعة بدون أجر ، إذ يكون الوديع فى هذه الحالة متبرعاً ولا يصح أن يضار بتبرعه» [2] . وفى هذه الحالة يجوز للمودع عنده أن يرجع فى الوديعة بإرادته المنفردة بمجرد طروء هذه الأسباب المشروعة ، كما يجوز للمودع أن يرجع بإرادته المنفردة فى أى وقت لأن الأجل فى مصلحته هو .

٣٨٣ – موت المودع عنده : «ولأن الوديعة – كما تقول المذكرة الإيضاحية – يلحظ فيها شخص الوديع ، إذ يكون محل ثقة المودع ، وجب أن ينحل العقد بموت الوديع ، إلا إذا اتفق على غير ذلك . ومتى انحل العقد ، استقرت فى تركة الوديع الالتزامات التى ترتبت عليه إلى وقت انحلاله . فتبقى التركة مثقلة بها ، بما فى ذلك الالتزام برد الوديعة» [2] . والمفروض هنا أن الوديعة فى مصلحة المودع عنده ، إذ لو كانت فى مصلحة المودع لجاز له الرجوع فيها فى أى وقت ، قبل موت المودع عنده أو بعد موته . وإذا مات المودع وكانت الوديعة فى مصلحته ، جاز لورثته الرجوع فى الوديعة فى أى وقت ، لا لموت المودع ، بل لأن المودع كان يستطيع الرجوع فى الوديعة لو كان حياً إذ الوديعة فى مصلحته ، فينتقل هذا الحق إلى ورثته . أما إذا كانت الوديعة فى مصلحة المودع عنده ومات المودع ، فإن الوديعة لا تنتهى بموته ، بل يبقى المودَع عنده حافظاً للوديعة إلى أن ينقضى أجلها إذ هى لمصلحته ، ولكن يجوز له هو دون ورثة المودع الرجوع فى الوديعة بإرادته المنفردة ما دامت لمصلحته .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٦٣ فى الهامش .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيريةو ٥ ص ٢٦٣ فى الهامش – انظر عكس ذلك وأن الوديعة لا تنتهى بموت أى من المتعاقدين محمد على رفة ص ٥٠١ . ونرى أن النص المحذوف الذى كان يقضى بانتهاء الوديعة بموت المودع عنده ليس إلا تطبيقاً للإرادة المتقرضة للمتعاقدين ، ما لم يثبت العكس . فيصح إعمال النص بالرغم من حذفه .

الفصل الرابع
بعض أنواع الوديعة

الفرع الأول
الوديعة الناقصة
(Dépôt irrégulier)

٣٨٤ – نص قانونى : تنص المادة ٧٢٦ من التقنين المدنى على ما يأتى :

«إذا كانت الوديعة مبلغاً من النقود أو أى شئ آخر مما يهلك بالاستعمال ، وكان المودَع عنده مأذوناً له فى استعماله ، اعتبر العقد قرضاً» (١).

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى القديم ، ويبدو أن القضاء فى عهد هذا التقنين كان يتجه إلى الأخذ بالحكم الوارد فى النص (٢).

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٦٩٢ – وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٧٢٦ – وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٩٧١ – وفى تقنين

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١٠١١ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «١ – إذا كانت الوديعة مبلغاً من النقود أو أى شئ آخر مما يهلك بالاستعمال وكان الوديع مأذوناً فى استعماله ، اعتبر العقد قرضاً ، ما لم يقض العرف بغير ذلك. ٢ – ويفترض حصول الإذن فى استعمال الشئ إذا كانت الوديعة مبلغاً من النقود» . وفى لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية والعبارة الأخيرة من الفقرة الأولى ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، وذكر فى اللجنة «أن هذا الفرض يختلف عن فرض إيداع النقود دون فائدة ودون الأذن باستعمالها» ، وصار رقم النص ٧٥٨ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٥٧ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٢٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٦٥ – ص ٢٦٨).

(٢) فقد قضت محكمة النقض بأن تسليم قطن لمحلج بموجب إيصالات ذكر بها أنه لا يجوز لحاملها طلب القطن عيناً لا يعتبر وديعة ، فإذا تصرف صاحب المحلج فى القطن بغير إذن صاحبه لا يعتبر ذلك تبديداً (نقض جنائى ٢١ مارس سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر الجنائية ٢ رقم ٣٣٧ ص ٤٨٨) .

وانظر أيضاً نقض مدنى ١١ يناير سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٣٧٤ ص ٩١٢ – المنصورة الكلية الوطنية ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٩ رقم ٥٠٧ ص ١٤٤٨ – الإسكندرية الوطنية ٢٤ يناير سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ١٧٥ ص ٣٩٥ – انظر أيضاً محمد على عرفة ٥٠٤ .

الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٦٩١[١] .

ويخلص من هذا النص أنه إذا كان محل الوديعة مبلغاً من النقود أو أى شئ آخر مما يهلك بالاستعمال ، وأذن المودع للمودع عنده فى استعمال هذا الشئ ، فلا مناص من أن يستهلك المودع عنده الشئ بالاستعمال ، ومن ثم لا يستطيع أن يرد الشئ بعينه كما هو الأمر فى الوديعة ، ويتعين أن يرد مثل الشئ كما هو الأمر فى القرض . ولذلك خرج المشرع بهذا النوع من الوديعة – وتسمى الوديعة الناقصة [٢]– عن أن تكون وديعة إلى أن تكون قرضاً [٣] .

٣٨٥ – صور عملية للوديعة الناقصة : وأكثر ما ترد الوديعة الناقصة على ودائع النقود فى المصارف حيث تنتقل ملكية النقود إلى المصرف ويرد مثلها [٤] ، بل ويدفع فى بعض

---

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى** :

التقنين المدنى السورى م ٦٩٢ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧٢٦ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٩٧١ (موافق) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٦٩١ : إذا كانت الوديعة مبلغاً من النقود أو أشياء من المثليات ، وأذن للوديع فى استعمالها ، عد العقد بمثابة عارية استهلاك .

(وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

(٢) واسمها بالفرنسية dépôt irrégulier ، ولذلك أطلق عليها بعض الفقهاء «الوديعة الشاذة» (محمد على عرفة ص ٥٠٢) .

(٣) وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : «لما كان المفروض فى الوديعة أن يحفظها الوديع ويردها عينا ، فإذا رخص له فى استعمالها ، وجب ألا تكون مما لا يهلك لأول استعمال ، وإلا تعذر بهذا الاستعمال ردها بعينها ، ولزم رد مثلها. وفى هذه الحالة يكون العقد أقرب إلى القرض منه إلى الوديعة . وهذا هو شأن وديعة النقود وكل شئ آخر مما يهلك بالاستعمال ، فقد نصت المادة ١٠١١)م ٧٢٦ مدنى) على أن العقد يعتبر فى هذه الحالة قرضاً .. وهى منقولة عن المادة ٦٤٩ من المشروع الفرنسى الإيطالى ، مع تعديل بسيط ينحصر فى أن هذا المشروع يشترط لذلك ، إلى جانب الإذن بالاستعمال، أن يكون الشئ مما يهلك لأول استعمال ، فى حين أن المشروع الفرنسى الإيطالى يتطلب فيما يتعلق بالشرط الأخير أن يكون الشئ من المثليات . وقد أدخل هذا التعديل لأن السبب فى تغيير حكم العقد هو أن الإذن باستعمال الشئ الذى يهلك بالاستعمال كالنقود والحبوب وغيرها لا يمكن معه رده بعينه (انظر المادة ٢٢٢٣ من التقنين الأرجنتينى) . أما المثل الذى لا يهلك بالاستعمال كقلم أو كتاب ، فيجوز الإذن باستعماله دون أن تستحيل الوديعة إلى قرض ، ويكون العقد فى هذه الحالة أقرب إلى العارية منه إلى القرض» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٦٦ – ص ٢٦٧) .

(٤) وقد يكون الرد عند الطلب (à vue) أو بعد أجل قصير (à court terme) ، أو بعد أجل معين من وقت الطلب (à un certain délai de vue) (بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٠٩٧ – =

الأحيان فائدة عنها [1] ، فيكون العقد في هذه الحالة قرضاً أو حساباً جارياً [2][1] .

= بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٦٩ ص ٤٩٨) . وقد يكون الإيداع في صناديق التوفير وفي خزائن المحاكم .

(١) بخلاف الوديعة العادية إذ أن الذي يدفع الأجر فيها هو المودع لا المودع عنده .

(٢) أما إيداع مبلغ من النقود على أن يرد بالذات دون أن يستعمل ودون أن تدفع عنه فائدة، فهذه وديعة عادية لا وديعة ناقصة ، وقد سبق بيان ذلك (انظر آنفاً فقرة ٣٦٣ – أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠١ ص ١٦٥ – نقض فرنسي ٢٥ يوليه سنة ١٩٣٨ جازيت دي پاليه ١٩٣٨ – ٢ – ٦٨٤ : نقود أجنبية – ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٨ سيريه ١٩٤٩ – ١ – ١٥٩) . وقد نبه إلى ذلك في لجنة المراجعة حيث قيل إن فرض الوديعة الناقصة «يختلف عن فرض إيداع مبلغ من النقود دون فائدة ودون الإذن باستعماله» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٦٨ – وانظر أيضاً نفس الفقرة في الهامش) . ويفترض في وديعة النقود أنها وديعة ناقصة، ما لم يقم الدليل على العكس (انظر الفقرة المحذوفة من المشروع التمهيدي للمادة ٧٢٦ مدني آنفاً نفس الفقرة في الهامش ، وانظر بودري وفال في الوديعة فقرة ١٠٩٣) .

ويعتبر وديعة إيداع مبلغ من النقود خزانة المحكمة ، وتكون الخزانة وهي شخص معنوي مستقل عن قلم الكتاب هي المودع عنده ، وتخضع لأحكام الوديعة (استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٨٩١ م ٤ ص ٥٠ – ٢١ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٥٩) . وإذا وقع حجز تحت يد المدين ، فأودع المدين المبلغ في الخزانة ، فالخزانة تمثل المدين ولا تتقيد إلا بما يتقيد به هذا (استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٤٩) .

(1) أ – إذا كانت الوديعة لأجل – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – هي علاقة وديعة ناقصة تعتبر بمقتضى المادة ٧٢٦ من القانون المدني قرضا من العميل للبنك المودع لديه يخضع لأحكام عقد القرض بما لم يرد بشأنه نص في العقد، وكان عقد القرض لا ينتهي بوفاة أحد طرفيه إنما ينصرف أثره إلى ورثته لعدم قيامه على علاقة شخصية بحته ، كما لا تحول وفاة المقرض دون استعمال المقترض لمبلغ القرض ، لما كان ذلك وكان الثابت بالاوراق والمسلم به بين الطرفين أن مورث المطعون ضدهم فتح حساب وديعة لأجل بمبلغ ٤٢٥٠ جنيها لدى البنك الطاعن في ١٩٧٦/١٠/٢٩ بفائدة ٤٪ سنويا تتجدد تلقائيا لمدد مماثلة ما لم يخطر البنك بعدم الرغبة في التجديد وأن هذا العقد قد امتد لمدة سنة أخرى حال حياة المورث تنتهي ى ١٩٦٨/١٠/٣٠ إلا أنه توفى قبل نهايتها في ١٩٦٨/٦/١٢ ولم يخطر البنك من ورثة المودع بعدم رغبتهم في امتداد العقد، فإن العقد يمتد ما لم يصل البنك الإخطار المشار إليه ، ولا يكون ثمة محل للتحدى بالقرار الصادر من اللجنة الفنية للبنوك الصادر بتاريخ ١٩٦٧/٦/٢٦ الذي سلفت الإشارة إليه طالما كان عقد الوديعة قد تضمن نصوصا تحكم أمر امتداده .

(جلسة١٩٨٥/٣/١١ الطعن رقم ١٦٥٧ لسنة ٤٩ ق س ٣٦ ص ٣٦٧)

ب – علاقة البنك بالعميل الذي يقوم بإيداع مبالغ في حسابه لدى البنك ليست علاقة وكالة وإنما هي علاقة وديعة ناقصة تعتبر بمقتضى المادة ٧٢٦ من القانون المدني ومن ثم فالإيصال الصادر من البنك بايداع مبلغ لحساب شخص آخر دون تحديد للمودع – لا يمكن اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة يجوز تكملته بالبينه لأن الورقة التي تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة يجب أن تكون صادرة من الخصم المراد إقامة الدليل عليه أو ممن ينوب عنه في حدود نيابته وأن يكون من شأنها أن تجعل الحق المدعى به قريب الاحتمال وهو ما لا يتوافر في الايصال المذكور . =

وترد الوديعة الناقصة كذلك على الأسهم والسندات تودع في المصارف ، وتنتقل ملكيتها إلى المصرف على أن يرد مثلها . وقد ترد الوديعة الناقصة على أشياء أخرى مما يهلك بالاستعمال ، كالقطن والحبوب .

على أن هناك من الفقهاء من يميز بين الوديعة الناقصة والقرض ، وسنرى فيما يلي ألا جدوى من هذا التمييز ، وأن المشروع المصرى أحسن صنعاً باعتباره الوديعة الناقصة قرضاً.

٣٨٦ – عدم جدوى التمييز بين الوديعة الناقصة والقرض ووجوب اعتبار هذه الوديعة قرضاً : والذين يميزون بين الوديعة الناقصة والقرض يقفون عند نية المودع ، فإذا انصرفت هذه النية إلى أن يكون الغرض الأساسى من العقد هو حفظ النقود أو الأسهم أو السندات أو نحوها فالعقد وديعة ولو تقاضى المودع فائدة ، وإلا فهو قرض ولو لم يتقاض أية فائدة [١] . ومن الدلائل على هذه النية ألا يشترط أجل للرد أو ألا يتقاض المودع إلا فائدة زهيدة أو ألا يتقاضى فائدة أصلا ، فيستخلص من هذه القرائن أن المودع أراد الوديعة . أما إذا اشترط أجل للرد أو تقاضى المودع فائدة مجزية ، فهذه قرائن على أن نية المودع انصرفت إلى القرض [٢] .

= (جلسة ١٩٦٥/١١/٤ الطعن رقم ٣٧٢ لسنة ٣٠ ق س ١٦ ص ٩٧٥)

جـ – الوديعة إذا كان موضوعها مبلغ من المال ، فأنها لا تكون وديعة تامة بل تعتبر وديعة ناقصة ، وأقرب إلى عارية الاستهلاك؛ منها إلى الوديعة ، ويكون كل ما للمودع هو المطالبة بقيمة ماله ، وهذا حق شخصى يسرى فى شأنه التقادم المسقط .

(جلسة ١٩٧٨/٤/١٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ ص ١٠٥)

(١) بون ١ فقرة ٤٤٥ – بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٠٩٢ وفقرة ١٠٩٦ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠١ ص ١٦٥ – بيدان ١٢ فقرة ٢٦٨ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٦٩ – دى باج ٥ فقرة ٢٦٤ وما بعدها ، محمد كامل مرسى فقرة ٤٣٣ وذلك حتى لو كان المودع قد قصد من الإيداع فى المصرف أن يتمكن من صرف ما أودعه عن طريق الشيكات المسحوبة على هذا المصرف (بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٦٩ ص ٤٩٩) .

وهناك رأى يذهب إلى أن الوديعة الناقصة هى وديعة عادية فى البداية ، وتتحول إلى قرض عند ما يستهلك المودع عنده الشئ (هيك ١١ فقرة ٢٢٩) . وانظر فى تكييف الوديعة مع السماح للمودع عنده باستهلاك الشئ إذا أراد ، وفى تكييفها مع السماح للمودع عنده باستهلاك الشئ إذا تحقق ظرف معين : بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١١٠٠ – فقرة ١١٠١ .

(٢) بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٠٩٦ – وقد قضى بأنه لا نزاع فى أن النقود تصح أن تكون محلا للوديعة ، وفى هذه الحالة يطلق عليها اسم الوديعة الناقصة ، وهى لا تختلف عن وديعة الأشياء المعينة إلا فى أن ملكية النقود المودعة تنتقل إلى المودع عنده وهلاكها يكون عليه ، أما فيما عدا ذلك فتنطبق عليها كافة أحكام الوديعة وأهمها وجوب ردها عند أول طلب ، وإنه كانت الوديعة الناقصة تتشابه مع عارية الاستهلاك أو القرض، فى كثير من الأحوال يتعذر التفريق بينهما ، إلا أنه تمكن معرفة حقيقة العقد بالرجوع إلى ظروف الأحوال والبحث عن قصد المتعاقدين . وقد وضع الشراح بعض قواعد =

والقائلون بهذا التمييز يرتبون عليه النتائج الآتية : (١) إذا اعتبر العقد وديعة ناقصة لم تجز المقاصة بين الوديعة ودين للمودع عنده ، وتجوز المقاصة إذا اعتبر العقد قرضاً . (٢) إذا اعتبر العقد وديعة ناقصة سرت الفوائد عند عدم الرد من وقت الإعذار ، ولا تسرى فى القرض إلا من وقت المطالبة القضائية بها . (٣) إذا اعتبر العقد وديعة ناقصة ولم يقم المودع عنده بالرد كان مرتكباً لجريمة التبديد ، وفى القرض لا محل لهذه الجريمة وإنما يكون المقترض مدينا بالرد [١] .

وهذا التمييز بالنتائج التى تترتب عليه ليس سليما ، لا بالنسبة إلى فيصل التفرقة الذى اتخذ ، ولا بالنسبة إلى النتائج التى ترتبت ، فمن حيث فيصل التفرقة ، قيل إن مما يدل على انصراف النية إلى الوديعة ألايشترط أجل للرد وألا تشترط فوائد أصلا أو أن تكون الفوائد زهيدة. وهذه قرائن ليست حاسمة ، فالقرض كالوديعة قد لا يشترط فيه الأجل والوديعة كالقرض قد يشترط فيها الأجل ، وكذلك القرض قد لا تشترط فيه فوائد أصلا كالوديعة بل إن الأصل فى القرض أن يكون بغير فائدة ما لم تشترط [٢] . ومن حيث النتائج التى ترتب عادة على هذا التمييز ، فإنها غير صحيحة . ليس صحيحاً أن المقاصة لا تجوز فى الوديعة الناقصة ، فما دامت ملكية الشئ انتقلت إلى المودع عنده وأصبح الشئ ديناً فى الذمة فالمقاصة جائزة ، وهى لم تمتنع فى الوديعة العادية إلا لأن الشئ المودع احتفظ بذاتيته ولم تنتقل ملكيته إلى المودع عنده بل وجب على هذا رده بعينه . وليس صحيحاً أيضاً أن الفوائد تسرى فى الوديعة الناقصة من وقت الإعذار ، فما دام المصرف قد انتقلت إليه ملكية النقود وأصبح مديناً بها ، فالفوائد لا تسرى إلا من وقت المطالبة القضائية بها ، والنص الذى يقضى بذلك (م ٢٢٦ مدنى) عام لا يميز بين الوديعة الناقصة والقرض . وليس صحيحاً كذلك أن جريمة التبديد ترد فى الوديعة الناقصة ولا ترد فى القرض ، إذ هى لا ترد فى الحالتين، ففيهما يصبح من تسلم النقود أو الأوراق المالية مالكاً لها ومديناً برد مثلها ، ولا يتصور أن يبدد ملكه [٣] .

= للتمييز بين العقدين ، منها أنه إذا كان القصد أن يقدم المتسلم هدية مجانية إلى صاحب الشئ فالعقد وديعة ، أما إذاكان الغرض منه الحصول على ربح للمسلم فالعقد عارية ، والمبلغ الذى يدفع من المرشح لعضوية مجلس النواب ضمانا لترشيحه يعتبر وديعة ، وتسرى عليه أحكامها (الإسكندرية الوطنية ٢٤ يناير سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ١٧٥ ص ٣٩٦).

(١) انظر فى هذه النتائج بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٠٩٩ .

(٢) بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٠٩٤ – فال فى تعليقه فى سيريه ٩١ – ١ – ٢٧٤ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٦٩ ص ٤٩٩ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٨٧٠ – كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٢٤٣ . جوسران ٢ فقرة ١٢٧٨ – محمد على عرفة فقرة ٥٠٣ .

(٣) نقض جنائى ٢١ مارس سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر الجنائية ٢ رقم ٣٣٧ ص ٤٨٨ – نقض فرنسى=

والصحيح إذن أنه لا محل للتمييز بين الوديعة الناقصة والقرض [1]. فما دام المودع فى الوديعة الناقصة ينقل ملكية الشئ المودع إلى المودع عنده ويصبح هذا مديناً برد مثله ، فقد فقدت الوديعة الناقصة أهم مميز للوديعة وهو رد الشئ بعينه ، واختلطت اختلاطاً تاماً بالقرض [2]. وهذا ما قضت به المادة ٧٢٦ مدنى فيما قدمناه .

الفرع الثانى

الوديعة الاضطرارية

(Dépôt nécessaire)

٣٨٧ – ما هى الوديعة الاضطرارية : كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يشتمل على نص فى الوديعة الاضطرارية ، فكانت المادة ١٠١٢ من هذا المشروع تجرى على الوجه الآتى : «١ – إذا كان المودع قد اضطر أن يودع الشئ درءاً لخطر نشأ عن حريق أو تهدم

= ١٨ فبراير سنة ١٩٣٧ داللوز الأسبوعى ١٩٣٧ – ١٨٩ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٦٩ ص ٤٩٩ – يضاف إلى ذلك أنه إذا هلك الشئ بسبب أجنبى فى الوديعة الناقصة هلك على المودع عنده لأن هذه الوديعة ليست إلا قرضاً، أما فى الوديعة العادية فالهلاك على المودع (انظر فى هذه المسألة وفى تفنيد النتائج الثلاث الأولى محمد على عرفة ص ٥٠٥ – ص ٥٠٦).

(١) ديرانتون فقرة ١٥ وفقرة ٤٤ – جيوار فقرة ٢٠ وفقرة ٢٢ – هامل فى البنوك وعمليات البنوك ٢ فقرة ٧٥٤ – كولان وكابيتان ودى لاموراديير ٢ فقرة ١٢٤٣ – جوسران ٢ فقرة ١٣٧٨ – محمد على عرفة ص ٥٠٣ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت صيغة العقد أنه وديعة موضوعها مبلغ من المال، فإنه لا يكون عقد وديعة تامة ، بل هو عقد وديعة ناقصة وأقرب إلى عارية الاستهلاك منه إلى الوديعة ، وكل مايكون للمودع فيه هو المطالبة بقيمة ماله ، وهذا حق شخصى يسقط كسائر الحقوق الشخصية بمضى خمس عشرة سنة من تاريخ الالتزام بالرد (نقض مدنى ١١ يناير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٢١ ص ٤٧) . وقضت أيضاً بأن التزام المودع عنده برد الشئ بعينه عند طلبه شرط أساسى فى وجود عقد الوديعة طبقاً لأحكام المادة ٤٨٢ مدنى (قديم) ، فإذا انتفى هذا الشرط انتفى معه معنى الوديعة (نقض جنائى ٢١ مارس سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٢ رقم ٤٧٨ ص ٩٤٤) .

وكالقرض لا تجب الفوائد فى الوديعة الناقصة إلا إذا وجد اتفاق على ذلك (استئناف مختلط ٥ مارس سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٤٢ – ٢٥ فبراير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٠٥ – ١٦ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ١٦) . وكالقرض أيضاً يكون المودع دائناً يدين فى ذمة المودع عنده ، فيشترك مع سائر دائنيه اشتراك الغرماء (استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٨٨) .

بناء أو نهب أو غرق أو إغارة أو ما شابه ذلك من الحوادث ، جاز له أن يثبت الوديعة بجميع طرق الإثبات مهما بلغت قيمة الشئ المودع . ٢ – ويكون للوديع فى هذه الحالة أجر ، ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغير ذلك . وعليه أن يبذل فى حفظ الشئ عناية الرجل المعتاد، وكل اتفاق يقصد به الحد من مسئوليته أو الإعفاء من المسئولية يكون باطلا» . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة [1] . ولما كان النص المحذوف يمكن اعتباره تطبيقا للقواعد العامة ، إذ هو يساير نية المتعاقدين مستخلصة من الظروف الاضطرارية التى تمت فيها الوديعة ، لذلك يصح العمل بأحكام هذا النص بالرغم من حذفه .

ويتبين منه أن الوديعة الاضطرارية تنعقد فى ظروف يجد المودع فيها نفسه مضطراً إلى الإيداع عند الشخص الذى وجده أمامه ، فلا هو مختار فى تعيين هذا الشخص ولا هو مختار فى واقعة الإيداع ذاتها . فقد يدهمه حادث ، كحريق أو غرق أو تهدم بناء أو نهب أو غارة جوية أو زحف عدو مغير [2] أو ثورة أو اضطرابات أو زلزال أو لصوص يقطعون الطريق [3] ، فيرى نفسه مضطراً حتى ينقذ ماله أن يودعه عند أول شخص يستطيع أن يودعه عنده [4] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٦٥ – ص ٢٦٧ فى الهامش . وقد اقترح فى لجنة مجلس الشيوخ إعادة هذا النص ، ولكن اللجنة لم تر الأخذ بهذا الاقتراح «لأن فى القواعد العامة ما يغنى عن إيراد النص المقترح» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٧٤) .

(٢) نقض فرنسى ١٧ يوليه سنة ١٩٢٣ داللوز ١٩٢٣ – ١ – ٢٠٣ – پلانيول وريپير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٢ ص ٥٠٥ .

(٣) لم تعدد المادة ١٠١٣ من المشروع التمهيدى المحذوفة – ولا ما يقابلها فى التقنين المدنى الفرنسى م ١٩٤٩ – على سبيل الحصر الأحداث التى تدهم المودع ، فكل حادث يلجئه إلى الإيداع عند أول شخص يتيسر له الإيداع عنده يكفى لجعل الوديعة وديعة اضطرارية . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «نظر المشروع فى هذه المادة إلى حالة الوديعة الاضطرارية ، وهى التى يقوم بها الوديع فى ظروف يخشى معها خطر داهم على الشئ، فتضطره لأن يودع الشئ على عجل عند أول شخص يستطيع أن يكل إليه بالوديعة . وقد ذكرت بعض الظروف الاضطرارية التى تدعو إلى ذلك على سبيل المثال فقط : تهدم بناء – نهب – غرق – إغارة» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٦٦ فى الهامش) .

(٤) ويغلب أن تكون هذه الحوادث حوادث تعسة ، ومن أجل ذلك سمى الرومان هذه الوديعة بالوديعة التعسة (depositum miserabile) (بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١١٨٣ ص ٦٣٤) . ولا يكفى لتكون هناك وديعة اضطرارية أن يجد المودع مشقة كبيرة فى العثور على من يودع عنده مال (نقض فرنسى ١٢ أغسطس سنة ١٨٤٨ سيريه ٤٩–١–٢٩٨ – هيك ١١ فقرة ٢٥٣ – جيوار فقرة ٢٩ – بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١١٨٤) ، ولا ألا يكون عند المودع الوقت الكافى للحصول على أيصال بالوديعة (بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١١٨٤) . وإذا سلم أحد لاعبى القمار لشخص محفظة بها نقود لحفظها حتى ينتهى من اللعب ، فليس هذه وديعة اضطرارية بل هى وديعة اختيارية لا شئ من =

ولكن الاضطرار هنا لا يصل إلى حد الإكراه الذى يصيب الإرادة[١] ، ومن ثم تكون الوديعة الاضطرارية عقداً صحيحاً يتكون من إرادتين صحيحتين إرادة المودع وإرادة المودع عنده [٢] ، ولا يجوز إبطاله للإكراه ، ولكنه يخضع لقواعد خاصة تترتب على واقعة الاضطرار التى لم تصل إلى حد الإكراه كما سنرى [٣] .

ويضيف الفقه الفرنسى ، ومعه القضاء فى بعض الحالات ، شرطاً ثانياً للوديعة الاضطرارية ، وهو أن يكون هذا الحادث غير متوقع (imprévu) . ودفعه إلى ذلك أن لفظ (imprévu) ورد فى نص المادة ١٩٤٩ مدنى فرنسى التى تحدد ما هى الوديعة الاضطرارية ، فيستبعد بذلك ما كان من الحوادث متوقعاً ، كأن يودع شخص معطفه وعصاه فى مخزن الأمانات وهو يدخل المسرح أو يودع سيارته فى جراج الفندق أو يودع العامل ملابسه وأدوات شغله عند رب العمل [٤] ، فالمودع يتوقع الحادث الذى سيضطره إلى الإيداع وينساق إليه مختاراً ، فلا تكون الوديعة اضطرارية [٥] . ولكن هذا الشرط الثانى لم يجمع عليه القضاء

= الاضطرار فيها ، فإذا كان المتهم لم ينكر تسلمه المحفظة ولكنه يقرر أنه تسلمها وردها كما هى ، دون أن يفتحها ، فلا يمكن أن يعتبر اعترافه هذا مبدأ ثبوت بالكتابة مجيزاً لإقامة الدليل بالبينة على مقدار ما كان بها من النقود (نقض جنائى ٧ مايو سنة ١٩٣١ مجموعة عمر الجنائية ٢ رقم ٢٥٦ ص ٣٢٣ – محمد كامل مرسى فقرة ٣٣٥ ص ٤٤٢ هامش ١) .

(١) انظر آنفا فقرة ٣٤٣ .

(٢) لوران ٢٧ فقرة ١٣٢ – هيك ١١ فقرة ٢٥٣ – بون ١ فقرة ٥١٥ – جيوار فقرة ١٢٣ – بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١١٨٢ ص ٦٣٤ – أوبرى ورو واسمان ٦ فقرة ٤٠٥ ص ١٨١ هامش ١ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٨٦٠ – محمد على عرفة ص ٥٠٧ .

(٣) انظر ما يلى فقرة ٣٨٨ – وهناك نوع من الأمانة نص عليه التقنين المدنى العراقى، وهو ليس بعقد إذ أن إرادة صاحب الشئ ليست مضغوطاً عليها عن طريق الاضطرار، بل هى معدومة أصلا . ويتحقق ذلك إذا فقد الشئ صاحبه ، فعثر عليه شخص واستبقاه فى يده على سبيل الأمانة ، على أن يرده لصاحبه بمجرد أن يعرفه . وقد نصت المادة ٩٧٤ مدنى عراقى فى هذا الصدد على أنه «١ – إذا وجد شخص شيئاً ضائعاً فأخذه على سبيل التملك، كان غاصباً ووجب عليه الضمان إذا هلك ولو بدون تعد . ٢ – أما إذا أخذه على أن يرده لمالكه ، كان أمانة فى يده ، ووجب تسليمه للمالك وفقا للإجراءات التى يقررها القانون» .

(٤) نقض فرنسى ٢٤ يوليه سنة ١٩٢٣ داللوز ١٩٢٣ – ١٤١ – ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٢٤ داللوز ١٩٢٥ – ١ – ١٦ – باريس ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٣ – ٢ – ٣٢٣ – السين ٢١ نوفمبر سنة ١٨٩٩ جازيت دى پاليه ٧ مارس سنة ١٩٠٠ – ١٦ أبريل سنة ١٩٠٥ داللوز ١٩١٠ – ٥ – ١٢ .

(٥) بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١١٨٣ – فقرة ١١٨٤ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٧٢ – جوسران ٢ فقرة ١٣٦٩ .

الفرنسى ، وقد تجاوز عنه فى غير الأمثلة المتقدمة[1] ، وبخاصة فى وديعة الفنادق والخانات وهى صورة من صور الوديعة الاضطرارية حيث أدرج التقنين المدنى الفرنسى هذه الوديعة فى المكان الذى خصصه للوديعة الاضطرارية ، وصرح فى المادة ١٩٥٢ منه بأنها وديعة اضطرارية. أما التقنين المدنى المصرى فلم يورد نصاً فى الوديعة الاضطرارية اكتفاء بالقواعد العامة كما قدمنا ، والنص المحذوف فى المشروع التمهيدى وهو تطبيق للقواعد العامة لم يورد شرط عدم توقع الحادث ، وعلى العكس من ذلك أشار نص محذوف آخر كما سنرى [2] إلى أن وديعة الفنادق والخانات هى صورة من صور الوديعة الاضطرارية . وعلى ذلك يجب التسليم فى القانون المصرى بأن الحادث الذى ألجأ المودع إلى الإيداع فى الوديعة الاضطرارية لا يشترط فيه أن يكون غير متوقع [3] ، ويكفى أن يكون حادثاً اضطر المودع إلى الإيداع كما سبق القول .

٣٨٨ – الأحكام الخاصة بالوديعة الاضطرارية : ويترتب على أن المودع قد اضطر إلى الإيداع أحكام خاصة ، أوردها النص المحذوف ، وفصلتها المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فيما يلى :

أولا – اعتبار حالة الوديعة الاضطرارية استثناء من قاعدة الإثبات بالكتابة فيما تجاوز قيمته خمسمائة جنيه ، وذلك لوجود المانع من الاستحصال على كتابة وقت الإيداع، فيجوز فيها الإثبات بجميع الطرق ولو زادت قيمة الوديعة على خمسمائة جنيه . ولكن متى ثبت حصول الوديعة الاضطرارية بأى طريق من طرق الإثبات ، تتبع القواعد العامة فيما يتعلق برد الوديعة [4].

---

(١) فاعتبر وديعة اضطرارية إيداع النازل فى مصحة أمتعته فى إدارة المصحة (ليون ٢٣ يوليه سنة ١٨٩٧ داللوز ٩٧–٢ –٣٤٣) ، وإيداع المقاول الأدوات اللازمة للعمل فى مكان البناء (مونپيلييه ٤ فبراير سنة ١٩٠٩ داللوز ١٩٠٩ – ٢ – ٧٥) ، وإيداع الشخص ملابسه وهو يتأهب للعب فى ناد رياضى (السين ١٦ مايو سنة ١٩٢٧ داللوز الأسبوعى ١٩٢٧–٥٠٤– ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ داللوز الأسبوعى ١٩٣٢ – ٣) ، وإيداع المستأجر دراجته فى جراج مشترك فى العمارة وكان عقد الإيجار يقضى عليه بذلك (باريس محكمة الصلح ٣ نوفمبر سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٦ – ٥ – ٢٥ – انظر عكس ذلك بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١١٨٤ مكررة) .

(٢) انظر ما يلى فقرة ٣٨٩ فى الهامش .

(٣) انظر عكس ذلك وأن الحادث يشترط فيه أن يكون غير متوقع محمد على عرفة ص ٥٠٨ .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا سلم شخص إلى شخص آخر له به صلة عمل، عند مبيتهما معاً فى غرفة واحدة بإحدى القرى ، ما معه من نقود ليحفظه لديه إلى الصباح، فأخذها المتسلم وفر ، فعمله هذا يعتبر خيانة أمانة، ومتى ثبت أن إيداع المجنى عليه نقوده لدى الجانى كان إيداعاً اضطرارياً ألجأته إليه ظروف كارثة، فمن الجائز إثبات حصوله بالبينة مهما كانت قيمة الوديعة (نقض جنائى ٢٠ مايو سنة=

ثانيا – أن يكون الأصل فى الوديعة الاضطرارية ، خلافاً للوديعة الاختيارية ، استحقاق المودَع عنده للأجر ، فهذه هى نية المتعاقدين المفترضة ، ما لم يقض الاتفاق أو العرف بأن تكون الوديعة غير مأجورة (١) .

ثالثا – أن تكون العناية الواجبة على المودع عنده فى الوديعة الاضطرارية هى عناية الشخص المعتاد ، ولو كانت الوديعة بغير أجر فيزيد مقدار العناية المطلوبة من المودع عنده فى الوديعة الاضطرارية عنه فى الوديعة الاختيارية نظراً للظروف الاضطرارية التى تمت فيها الوديعة(٢) .

رابعا – ألا يجوز الاتفاق فى الوديعة الاضطرارية على إعفاء المودع عنده من المسئولية ولا تخفيف هذه المسئولية عنه ، وذلك لأن كل اتفاق من هذا النوع يشوبه الإكراه من جانب المودع عنده (٣) .

الفرع الثالث

الوديعة فى الفنادق والخانات

(Dépôt d'hôtellerie)

٣٨٩ – نصوص قانونية : تنص المادة ٧٢٧ من التقنين المدنى على ما يأتى :

= ١٩٣٥ مجموعة عمر الجنائية ٣ رقم ٣٧٨ ص ٤٨١) – رانظر م ١٩٥٠ مدنى فرنسى – بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١١٨٥ – بلانيول وريبير وساقاتييه ١١ فقرة ١١٧٢ – محمد على عرفة ص ٥١٠ – محمد كامل مرسى فقرة ٣٣٥ ص ٤٤٠ . ويجوز الإثبت بجميع الطرق، لا بالنسبة إلى واعقة الإيداع وحدها ، بل أيضاً بالنسبة إلى ماهية الشئ المودع وقيمته (بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١١٨٥ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٥ ص ١٨٢ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٨٦٣) . ومن باب أولى يجوز الإثبات بالإقرار ، وفى هذه الحالة لا يتجزأ الإقرار طبقاً للقواعد العامة المقررة فى هذا الشأن (نقض فرنسى ١٩ فبراير سنة ١٨٧٨ سيريه ٧٨ – ١ – ٢١٢ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٥ ص ١٨٢) . ويجوز توجيه اليمين المتممة إلى المودع عنده لاستكمال أى دليل ولو غير كتابى فيما تزيد قيمته على عشرة جنيهات (نقض فرنسى ٨ مارس سنة ١٩٢٦ داللوز الأسبوعى ١٩٢٦ – ٢٠٣ – محمد على عرفة ص ٥١٠) .

(١) محمد على عرفة ص ٥٠٩ .

(٢) قارن محمد على عرفة ص ٥٠٩ .

(٣) باريس ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٩ داللوز ١٩٥٠ – ٧٥٩ – السين ٣٠ مارس سنة ١٩٥٠ جازيت دى باليه ١٩٥٠ – ١ – ٢٩٩ – وفيما عدا هذه الأحكام تسرى أحكام الوديعة العادية فيما لا يتعارض مع هذه الأحكام الخاصة . وانظر فى كل ذلك المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٦٦ – ص ٢٦٧ فى الهامش .

«١ – يكون أصحاب الفنادق والخانات وما ماثلها ، فيما يجب عليهم من عاية بحفظ الأشياء التى يأتى بها المسافرون والنزلاء ، مسئولين حتى عن فعل المترددين على الفندق أو الخان» .

«٢ – غير أنهم لا يكونون مسئولين ، فيما يتعلق بالنقود والأوراق المالية والأشياء الثمينة ، عن تعويض يجاوز خمسين جنيها ، ما لم يكونوا قد أخذوا على عاتقهم حفظ هذه الأشياء وهم يعرفون قيمتها ، أو يكونوا قد رفضوا دون مسوغ أن يتسلموها عهدة فى ذمتهم، أو يكونوا قد تسببوا فى وقوع الضرر بخطأ جسيم منهم أو من أحد تابعيهم» .

وتنص المادة ٧٢٨ على ما يأتى :

«١ – على المسافر أن يخطر صاحب الفندق أو الخان بسرقة الشئ أو ضياعه أو تلفه بمجرد علمه بوقوع شئ من ذلك ، فإن أبطأ فى الإخطار دون مسوغ سقطت حقوقه» .

«٢ – وتسقط بالتقادم دعوى المسافر قبل صاحب الفندق أو الخان ، بانقضاء ستة أشهر من اليوم الذى يغادر فيه الفندق أو الخان» (١)

---

(١) **تاريخ النصوص** :

م ٧٢٧ : ورد هذا النص فى المادة ١٠١٣ من المشروع التمهيدى ، وكانت الفقرة الأخيرة من نص المشروع مطابقة لما استقرت عليه فى التقنين المدنى الجديد . أما الفقرة الأولى فكانت فى المشروع التمهيدى مكونة من فقرتين على الوجه التى : «١ – تسرى أحكام المادة السابقة (أى أحكام الوديعة الاضطرارية) أيضاً على وديعة الأشياء التى يأتى بها المسافرون والنزلاء فى الفنادق والخانات والبنسيونات التى يقيمون فيها . ٢ – ويكون أصحاب الفنادق والخانات ، فيما يجب عليهم من عناية بحفظ هذه الإشياء وملاحظتها ، مسئولين حتى عن فعل كل رائح أو غاد فى الفندق أو الخان» .

وفى لجنة المراجعة حذفت الفقرة الأولى من المشروع التمهيدى لتعلقها بمادة محذوفة هى المادة التى تبين أحكام الوديعة الاضطرارية ، فأصبحت المادة بذلك مكونة من فقرتين ، ووفق عليها تحت رقم ٧٥٩ فى المشروع النهائى . وفى لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب استفسر عن الحكم فيما إذا علق صاحب الفندق إعلانا يعفى فيه نفسه من المسئولية ، فأجيب بأنه إذا كان الإعلان صريحاً فى الإعفاء من المسئولية وفى مكان ظاهر يراه النزيل ولم يعترض عليه ، فإن صاحب الفندق لا يكون مسئولا حتى عن التعويض المخفف، لأن شرط الإعفاء من المسئولية جائز فى هذه الحالة طبقاً للمادة ٢٢٤ فقرة ثانية من المشروع . ووافقت اللجنة على النص تحت رقم ٧٥٨ ، ثم وافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة «المترددين على» بعبارة «كل غاد ورائح فى» الواردة وفى آخر الفقرة الأولى ، وحذف لفظ «البنسيونات» وحل محله عبارة «وما ماثلها» ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد وصار رقمه ٧٢٧، ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٦٨ – ص ٢٧١).

م ٧٢٨ : ورد هذا النص فى المادة ١٠١٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، فيما عدا أن الفقرة الثانية من المشروع كانت تنتهى بالعبارة الآتية : «بانقضاء =

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى القديم المادة ٥٩٨/٤٨٩ [١].

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادتين ٦٩٣-٦٩٤ - وفى التقنين المدنى الليبى المادتين ٧٢٧ - ٧٢٨ - وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٩٧٢-٩٦٣ - ولا مقابل لها فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى [٢].

ويخلص من هذه النصوص أن أصحاب الفنادق وما مائلها معرضون لمسئولية جسيمة عن

= ستة أشهر من اليوم الذى ينكشف فيه الضياع أو التلف» ، وفيما عدا أن «الخان» لم يقرن مع «الفندق» فى المشروع . وفى لجنة المراجعة عدلت العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية على الوجه الآتى : «بانقضاء ستة أشهر من اليوم الذى يغادره فيه الفندق أو الخان» «ليكون الأمر محدودا» ، وأضيفت عبارة «أو الخان» بعد كلمة «الفندق» فى كل من الفقرتين ، فأصبح النص بذلك مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٧٦٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٥٩، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٢٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٧١ - ص ٢٧٤) .

(١) التقنين المدنى القديم م ٥٩٨/٤٨٩ : حافظ الوديعة الذى يأخذ أجرة بسبب الأحوال التى ترتب عليها الإيداع كصاحب خان أو أمين النقل أو نحوهما ضامن لهلاك الوديعة ، إلا إذا أثبت أن الهلاك حصل بسبب قوة قاهرة .

(وأحكام التقنين المدنى القديم تتفق من حيث المبدأ مع أحكام التقنين المدنى الجديد . ويبدو أن عبارة التقنين المدنى القديم فيما يتعلق بتحديد نطاق المودع عندهم أوسع من عبارة التقنين المدنى الجديد، فهى تشمل كل حافظ وديعة يأخذ أجرة بسبب الأحوال التى ترتب عليها الإيداع كصاحب خان أو أمين النقل أو نحوهما . ثم إن التقنين المدنى القديم صريح فى عدم إعفاء المودع عنده من المسئولية إلا بإثبات القوة القاهرة . أما فى التفصلات فيختلف التقنين المدنى القديم عن التقنين المدنى الجديد فيما يأتى : (١) حدد التقنين المدنى الجديد مسئولية المودع عنده عن الأشياء الثمينة بمبلغ خمسين جنيهاً، ولم يرد هذا التحديد فى التقنين المدنى القديم . (٢) أوجب التقنين المدنى الجديد على المسافر الإخطار وإلا سقطت حقوقه ، ولم يرد ذلك فى التقنين المدنى القديم . (٣) حدد التقنين المدنى الجديد مدة التقادم بستة أشهر من يوم مغادرة الفندق، ولم يحدد التقنين المدنى القديم مدة خاصة للتقادم ولكن الظاهر أن مسئولية المودع عنده تسقط بعد مدة كافية على أساس نزول ضمنى من المودع عن حقه) .

(٢) **القنينات المدنية العربية الأخرى :**

التقين المدنى السورى م ٦٩٣ - ٦٩٤ (مطابقتان - دعوى المسئولية عن الأشياء الثمينة خمسمائة ليرة سورية) .

التقنين المدنى الليبى م ٧٢٧ - ٧٢٨ (مطابقتان) .

التقنين المدنى العراقى م ٩٧٢ - ٩٧٣ (موافقتان فيما عدا أن دعوى النزيل فى التقنين العراقى لا تسمع بعد ثلاثة أشهر من اليوم الذى ينكشف فيه أمر السرقة أو الضياع أو التلف) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى لا مقابل .

الودائع التى يأتى بها النزلاء إلى الفندق [1] . وتظهر جسامة هذه المسئولية من وجهين : (١) التوسع فى معنى الوديعة ، فأى شئ يأتى به النزيل معه فى الفندق يعتبر مودعاً عند صاحب الفندق ولو لم يسلم إليه بالذات [2] . (٢) التوسع فى المسئولية ، فالوديعة فى الفندق تكون فى حكم الوديعة الاضطرارية ، وتسرى عليها أحكام هذه الوديعة من حيث الأجر والإثبات والمسئولية والاتفاق على تعديلها ، وهى الأحكام التى تختص بها الوديعة الاضطرارية . أما من حيث الأجر ، فوديعة الفندق مأجورة ، والأجر يدخل ضمن ما يدفعه النزيل لصاحب الفندق عن إقامته . بقى الإثبات والمسئولية والاتفاق على تعديلها ، فهذه تسرى فيها أيضاً أحكام الوديعة الاضطرارية ، بل إن المسئولية هنا أشد جسامة منها فى الوديعة الاضطرارية [3] . ومن ثم وجب أولا أن نحدد فى دقة نطاق الوديعة فى الفنادق والخانات التى تسرى عليها هذه الأحكا م المشددة . ونبحث بعد ذلك الإثبات ، والمسئولية ، والاتفاق على تعديلها .

٣٩٠ – نطاق الوديعة فى الفنادق والخانات : لتحديد هذا النطاق نبين أموراً ثلاثة : (١) المودع عنده . (٢) الأشياء المودعة . (٣) كيف يكون الإيداع .

١ – المودع عنده : يبدو أن التقنين المدنى الجديد، فى تحديده للمودع عنده ، توسط بين التقنين المدنى القديم والتقنين المدنى الفرنسى . فالتقنين المدنى القديم يشمل بعبارته المطلقة كل حافظ وديعة «يأخذ أجرة بسبب الأحوال التى ترتب عليها الإيداع كصاحب خان أو أمين النقل أو نحوهما» (م ٥٩٨/٤٨٩) . والتقنين المدنى الفرنسى يقصر عبارته على أصحاب الخانات والفنادق (aubergistes ou hôteliers) (م ١٩٥٢). أما التقنين المدنى الجديد فيقول «أصحاب الفنادق والخانات وما ماثلها» (م ٧٢٧) . والمماثلة هنا، فيما نرى ،

---

(١) ويطلق بعض الفقهاء على وديعة الفنادق اسم «الوديعة الجارية» ، لأنها تقع بطبيعة الحال، والعرف هو الذى قضى بها ، ولأنها عادة يومية (انظر محمد كامل مرسى – نقلا عن أحمد فتحى زغلول – ص ٤٤٢ وهامش ٢) .

(٢) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٥ مكررة ص ٥٢٥ .

(٣) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٥ مكررة ص ٥٢٥ – وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : «يعتبر من قبيل الوديعة الاضطرارية وديعة الأشياء التى يأتى بها المسافرون والنزلاء فى الفنادق والخانات والبنسيونات التى يقيمون فيها . ولذلك نصت المادة ١٠١٣ فقرة أولى على أنه تطبق عليها أحكام المادة السابقة (أحكام الوديعة الاضطرارية) سواء فيما يتعلق بالإثبات أو بزيادة العناية المطلوبة من الوديع أو بعدم جواز الاتفاق على الإعفاء من المسئولية أو تخفيفها . وبناء على ذلك يجوز للمسافر أن يثبت حيازته للأشياء التى يدعى سرقتها من غرفته بجميع طرق الإثبات ، ولا يترتب أى أثر على الإعلان الذى يعلقه صاحب الفندق فى الغرف لإخطار النزلاء بأنه يخلى مسئوليته عن فقد الأشياء التى يحملونها معهم (انظر المادة ٢٢٦٦ من التقنين الأرجنتينى) ، كما يقع باطلا كل اتفاق على الإعفاء من هذه المسئولية» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٧٢) .

ليست كما ذهب إليه التقنين المدنى القديم فى أن المودع عنده «يأخذ أجرة بحسب الأحوال التى رتبت عليها الإيداع» فيدخل صاحب الفندق أو الخان وأمين النقل ومخازن الأمانات فى المحطات والجمارك والمسارح والملاعب والنوادى الرياضية وكابينات الاستحمام كما ذهب بعض الفقهاء [1] ، فالوديعة فى هذه الأحوال ، وإن كانت وديعة اضطرارية تسرى عليها أحكامها ، ليست بوديعة الفندق . وإنما المماثلة تكون فيما يميز الفندق والخان ، لا من ناحية اضطرار المودع أن يحضر أشياء معه فحسب ، بل أيضاً من ناحية أن المودع يقيم فى الفندق إقامة مؤقته ويغلب أن ينام فيه ليلة أو أكثر ، فيرى نفسه مضطراً أن يترك أمتعته مدة غير قصيرة دون أن يلازمها فتبقى فى حراسة صاحب الفندق والفندق يتردد عليه الكثير من الناس ، فيجب أن تمتد الحراسة لا فحسب إلى خدم الفندق وموظفيه بل أيضاً إلى كل رائح أو غاد فى الفندق . وعلى ذلك لا يجوز التوسع فى تحديد المودع عنده كما فعل التقنين المدنى القديم ، ولا التضييق فى هذا التحديد كما فعل التقنين المدنى الفرنسى .

فيكون مودعاً عنده فى معنى النص صاحب الفندق وكل مكان ينزل فيه المسافرون كالخانات والوكالات [2] . وتدخل «البنسيونات» ، وكانت مذكورة بالنص فى المشروع التمهيدى ثم حلت محلها عبارة «وما ماثلها» [3] ، كما تدخل الغرف المفروشة [4] . وتدخل

---

(١) محمد على عرفة ص ٥١١ – ص ٥١٢ .

(٢) وليس من الضرورى أن يقدم الفندق الطعام للنزيل (هيك ١١ فقرة ٢٥٦ – فقرة ٢٥٧ – جيوار فقرة ١٣٥ – فقرة ١٣٦ – بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٢٣٨ – ص ٦٦٢) – ولا أن ينام النزيل فى الفندق فى أثناء الليل ، فمادام الفندق معداً للمبيت فيكفى أن ينزل فيه للمسافر ولو لساعات معدودات يستريح فيها أو يقوم بحاجاته فى البلد الذى فيه الفندق – أما إذا أودع الشخص أشياء فى فندق لا يبيت فيه لتسليمها إلى شخص آخر، فهذه الوديعة عادية (أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٦ ص ١٨٢ هامش ٢) .

(٣) انظر آنفا فقرة ٣٨٩ فى الهامش.

(٤) هيك ١١ فقرة ٢٥٦ – فقرة ٢٥٧ – جيوار فقرة ١٣٥ – فقرة ١٣٦ – بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٢٣٨ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٦ ص ١٨٢ هامش ١ – محمد على عرفة ص ٥١١ – وتدخل الغرف المفروشة والبنسيونات والفنادق ولو أقام فيها النزيل شهراً أو أكثر (السين ٢٢ أبريل سنة ١٨٩٦ جازيت دى تريبينو ٦ أكتوبر سنة ١٨٩٦ – هيك ١١ فقرة ٢٥٦ – فقرة ٢٥٧ – بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٢٣٨ ص ٦٦٣ – عكس ذلك بيدان ١٢ فقرة ٢٨١ – چوسران ٢ فقرة ١٣٧٤ – محمد على عرفة ص ٥١٣ – وانظر أنسيكلوپيدى داللوز ٢ لفظ Dépôt فقرة ٢٦٤) – وذهب الفقه والقضاء فى فرنسا إلى أنه لو استأجر المقيم فى بلد غرفة فى فندق أو غرفجة مفروشة فى نفس البلد الذى يقيم فيه ، لم يكن «مسافرا» (voyageur) ، فلا ينطبق عليه النص (نقض فرنسى ٢٥ يونيه سنة ١٩١٣ سيريه ١٩١٣ – ١ – ٤٨٧ – ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٩ سيريه ١٩٣٩ ١ – ٢٠٥ – ليون ١٢ يوليه سنة ١٩٠٤ سيريه ١٩٠٤ – ٢ – ٣٠٥ – باريس ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٤ جازيت دى پاليه =

كـذلك عـربات النوم فى السكك الحـديدية [1] ، وكـابينات السفن ، والمستشفيات والمصحات[2] . أما إذا أجر شخص غرفة مفروشة فى مسكنه الخاص لشخص آخر اختاره بطريق التوصية أو الصلة الشخصية ، لم يدخل فى حكم النص[3] .

ولا تدخل المطاعم ولا المقاهى[4] ، وقدمنا كذلك أنه لا يدخل أمناء النقل ومخازن الأمـانات فى المحطات والجـمـارك والمسـارح والملاعب والنوادى الرياضـيـة وكـابينات الاستحمام[5] .

٢ – **الأشياء المودعة** : يقول النص فى تحديدها : «الأشياء التى يأتى بها المسافرون والنزلاء» . فيشمل ذلك كل ما يأتى به النزيل من حقائب وأمتعة وملابس[6] ونقود

= ١٩٣٤ – ١ – ٨٤٣ – السين ١٩ يونيه سنة ١٩٤٤ جازيت دى پاليه ١٩٤٤ – ٢ – ٩٥ – ١٩ أبريل سنة ١٩٤٨ جازيت دى پاليه ١٩٤٨ – ٢ – ١٩ – بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٢٤٠ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٦ ص ١٨٢ هامش ١ – بلانيول وريپير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٦ – كولان وكاپيتان ودى لامور انديير ٢ فقرة ١٢٤٥ – وانظر عكس ذلك هيك ١١ فقرة ٢٥٦ – فقرة ٢٥٧ – جيوار فقرة ١٣٦) . أما فى مصر فيبدو أن فى هذا تضييقاً لا محل له ، وفى نص المادة ٧٢٧ مدنى مصرى متسع لدخول هذه الحالة فالنص يشمل المسافرين والنزلاء ، ولا يقتصر على المسافرين (انظر عكس ذلك محمد على عرفة ص ٥١٣) .

(١) محمد على عرفة ص ٥١١ .

(٢) انظر عكس ذلك فى فرنسا نقض فرنسى ٣ فبراير سنة ١٨٩٦ سيريه ٩٦ – ١ – ١٦٥ – بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٢٤٦ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقة ٤٠٦ ص ١٨٣ – بلانيول وريپير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٦ ص ٥٢٧ (عربات النوم) ، ومع ذلك يذهب رأى فى فرنسا إلى أن العيادة الخاصة للطبيب حيث تقيم المرضى للعلاج تعتبر فى حكم الفندق (بلانيول وريپير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٦ ص ٥٢٧) .

(٣) الإسكندرية المختلطة ٣٠ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٣١٨ – بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٢٣٩ ص ٦٦٣ – محمد على عرفة ص ٥١١ .

(٤) هيك ١١ فقرة ٢٥٨ – پون ١ فقرة ٥٢٨ – جيوار فقرة ١٣٩ – بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٢٤١ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٦ ص ١٨٣ – بلانيول وريپير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٦ ص ٥٢٦ – بلانيول وريپير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٨٧٧ – چوسران ٢ فقرة ١٣٧٤ .

(٥) بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٢٤٢ وما بعدها – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٦ ص ١٨٣ – بلانيول وريپير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٦ ص ٥٢٧ – محمد على عرفة ص ٥١٢ – محمد كامل مرسى فقرة ٣٣٧ ص ٤٤٥ .

(٦) هيك ١١ فقرة ٢٦١ – جيوار فقرة ١٤٢ – بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١١٩٠ ص ٦٣٩ .

ومجوهرات وأوراق مالية[1] ومستندات وبضائع [2]. وتدخل السيارة [3] التى يأتى بها النزيل ويودعها فى جراج الفندق أو فى فنائه ، والدراجة[4] وغيرها من وسائل النقل .

٣ - كيف يكون الإيداع : والعادة أن يكون الإيداع : والعادة أن يكون الإيداع لا بتسليم الأشياء للمودع عنده شخصياً [5] ، بل بوضعها فى الغرفة التى يأوى إليها النزيل أو فى أى مكان آخر يخصص لذلك [6]. وقد يتم الإيداع قبل ذلك ، كما إذا تلقى مندوب الفندق المسافر فى المحطة وأخذ حقائبه لتوصيلها إلى الفندق فمن هذا الوقت تبدأ مسئولية صاحب الفندق [7]. وقد يأتى النزيل ، بعد أن يقيم فى الفندق ، بأمتعة أخرى يضيفها إلى الأمتعة الموجودة ، أو على العكس من ذلك يرسل بأمتعة إلى الفندق تسبقه قبل قدومه فتشمل مسئولية صاحب الفندق هذه الأمتعة جميعاً [8]. ولكن يجب أن تدخل الأمتعة الفندق برضاء صاحب الفندق أو أحد أتباعه ، أو فى القليل دون معارضة منه [9]. أما الأمتعة التى يتركها النزيل فى الفندق بعد مغادرته إياه أمانة عند صاحب

---

(١) لوران ٢٧ فقرة ١٥٥ - هيك ١١ فقرة ٢٦١ - جيوار فقرة ١٤٠ - بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١١٩٠ .

(٢) جيوار فقرجة ١٤٢ - بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١١٩٠ ص ٦٤٠ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٧ ص ٥٢٩.

(٣) نقض فرنسى ١٦ يوليه سنة ١٩٤٦ J.C.P. ١٩٤٦ - ٢ -٢٧٥ - جزينول ٣ فبراير سنة ١٩٤٧ جازيت دى پاليه ١٩٤٧ - ٢ - ٢٧٥ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٧ ص ٥٢٩ - محمد على عرفة ص ٥١٤ .

(٤) بودرى وفال فى الوديعة فقرج ١١٩١ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٧ ٥٢٩.

(٥) هيك ١١ فقرة ٢٦٠ - پون ١ فقرة ٥٣٠ وما بعدها - جيوار فقرة ١٤٤ - بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١١٩٨ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٦ ص ١٨٤ وهامش ٥ و ٦ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٧ ص ٥٢٨ - وقد جرت العادة ألا يأخذ النزيل من صاحب الفندق إيصالا بتسلم الحقائب والأشياء التى أتى بها معه ، ولذلك جاز له الإثبات بجميع الطرق وفيها البينة والقرائن كما سنرى .

(٦) ولو كان فى مخازن الفندق أو فى ردهاته أو فى غير ذلك من الأمكنة (استئناف مختلط ٦ يونيه سنة ١٨٩١ م ٦ ص ٣٢٦) .

(٧) هيك ١١ فقرة ٢٦٠ - بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١١٩٥ - محمد على عرفة ص ٥١٣ - محمد كامل مرسى فقرة ٣٣٦ ص ٤٤٣ .

(٨) بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١١٩٦ - محمد كامل مرسى فقرة ٣٣٨ ص ٤٤٥ .

(٩) بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١١٩٩ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٧ ص ٥٢٨.

الفندق ، حتى لو عاد النزيل بعد ذلك إلى الفندق ، فهذه لا يكون صاحب الفندق مسئولا عنها إلا طبقاً للقواعد العامة[1] .

٣٩١ - الإثبات : وعبء إثبات الإيداع يقع على النزيل [2] . وله أن يثبت ، طبقاً للقواعد التى قررناها فى الوديعة الاضطرارية ، واقعة الإيداع وماهية الأشياء المودعة ومقدارها وقيمتها وأنها تلفت أو ضاعت أو سرقت فى أثناء الإيداع بجميع الطرق ، ويدخل فى ذلك البينة والقرائن [3] . ويدخل القاضى فى اعتباره عند تقدير الأدلة مركز النزيل ومكانته وثروته واحتمال صدق ما يدعيه وحالة الفندق من ناحية الضبط والنظام وما إلى ذلك من الظروف[4] . ويجوز توجيه اليمين المتممة إلى النزيل لاستكمال الدليل ، حتى فيما تزيد قيمته على خمسمائة جنيه [5] .

أما عبء إثبات نفى المسئولية فيقع على عاتق صاحب الفندق [6] عى ما سنرى .

٣٩٢ - المسئولية : رأينا أن المودع عنده فى الوديعة الاضطرارية مسئول دائما مسئولية المودع عنده المأجور ، فيجب عليه فى حفظ الأشياء المودعة بذل عناية الشخص المعتاد. ولكن مسئولية صاحب الفندق وما ماثله أشد من ذلك ، فهو مسئول فى العناية «بحفظ الإشياء التى يأتى بها المسافرون والنزلاء - كما تقول الفقرة الأولى من المادة ٧٢٧ مدنى فيما رأينا -

---

(١) نقض فرنسى ١٠ يناير سنة ١٨٣٢ سيريه ٣٢ - ١ - ٩١ - السين ٢١ يناير سنة ١٩٣٦ جازيت دى تريبينو ٩ أبريل سنة ١٩٣٦ - هيك ١١ فقرة ٢٥٨ - جيوار فقرة ١٤١ - بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٢٠٢ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٦ ص ١٨٢ هامش ٢ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٧ ص ٥٢٩ .

(٢) بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٢٢٩ ص ٦٥٨ .

(٣) جيوار فقرة ١٤٨ - بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٢٢٩ ص ٦٥٨ وفقرة ١٢٣١ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٦ ص ١٨٤ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٨ ص ٥٢٩ - ولا يطالب النزيل بإثبات أنه هو المالك للأشياء التى أودعها ، وفقاً للقواعد المقررة فى الوديعة العادية (بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٢٣٠) .

(٤) بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٢٢٩ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٨ ص ٥٢٩ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٨٧٢ - محمد على عرفة ص ٥١٦ - إكس ١٦ نوفمبر سنة ١٩٢١ داللوز ١٩٢٢ - ٥ - ١٠ - السين ١٧ مارس سنة ١٩٠٦ داللوز ١٩٠٦ - ٥ - ٥١ .

(٥) نقض فرنسى ٨ مارس سنة ١٩٢٦ سيريه ١٩٢٦ - ١ - ٥٣ - السين ١٤ أكتوبر سنة ١٩٤١ جازيت دى باليه ١٩٤٢ - ١ - ٦٦ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٦ ص ١٨٤ - محمد على عرفة ص ٥١٦ .

(٦) بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٢٣١ .

حتى عن فعل المترددين على الفندق أو الخان» . فيجب عليه إذن ، ليس فحسب بذل عناية الشخص المعتاد ، بل أيضاً مراقبة أتباعه من خدم وموظفين[1] ، بل ومراقبة المترددين على الفندق من غاد ورائح [2] . وهؤلاء ليسوا من أتباعه ، وهو فى الأصل غير مسئول منهم ، بل يعتبر الفعل الصادر منهم فعل الغير ، وفعل الغير سبب أجنبى من شأنه أن ينفى المسئولية. ولكن هنا يكون صاحب الفندق مسئولا عن فعلهم [3] ، من سرقة أو حريق أو إتلاف أو إضاعة أو غير ذلك ، فيكون إذن مسئولا إلى هذا الحد عن السبب الأجنبى [4] . وعلى ذلك إذا أثبت النزيل أن الأشياء التى أودعها الفندق على النحو الذى بيناه قد ضاعت أو سرقت أو احترقت أو تلفت ، كان صاحب الفندق مسئولا عن ذلك إلا إذا أثبت أن الحادث قد وقع بخطأ النزيل[5] أو بقوة قاهرة كزلزال أو غارة جوية أو ثورة أو اضطرابات أو غزو أو حرب أهلية

---

(١) الوايلى ٢٦ مايو سنة ١٩٣٢ الجريدة القضائية ١٣٣ ص ١٧ – فيكون مسئولا إذن عن فعل خادم الفندق ، حتى لو سرق هذا أمتعة النزيل فى وقت لا يؤدى فيه أعمال وظيفته، وحتى لو تسلل إلى غرفة النزيل بقصد السرقة (نقض فرنسى ٥ فبراير سنة ١٨٩٤ سيريه ٩٥ – ١ – ٤١٧ – بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٢٠٧) .

(٢) ويشمل الغادى والرائح ، ليس فحسب الأشخاص الآخرين النازلين فى الفندق ، بل أيضاً كل من يتردد على الفندق من زوار وغيرهم ، ولو تردد الشخص على الفندق بقصد السرقة ، ما دام لم يدخل خلسة عن طريق التسلل . وفى فرنسا ، كما سنرى ، تتحقق مسئولية صاحب الفندق حتى لو تسلل السارق خلسة (لوران ٢٧ فقرة ١٤١ – هيك ١١ فقرة ٢٦١ – جيوار فقرة ١٤٥ – بون ١ فقرة ٥٣٧ – بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٢٠٥ ص ٦٤٦ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٦ ص ١٨٥ هامش ٧) .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : «غير أن الفقرة الثانية من المادة ١٠١٣ لم تكتف بالعناية التى فرضتها على الوديع المادة ١٠١٢ ، بل كلفت أصحاب الفنادق والخانات السهر على الأمكنة التى يستغلونها ورقابة كل من يروح أو يغدو فيها ، فجعلتهم مسئولين حتى عن فعل كل رائح أو غاد فى الفندق أو الخان» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٧٢) .

(٤) بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٢٠٥ ص ٦٤٦ – ص ٦٤٧ – ويمكن القول مع ذلك أن فعل المترددين على الفندق منسوب إلى صاحبه ، لأن هذا يجب عليه ، لا مراقبة تابعيه فحسب ، بل أيضاً مراقبة المترددين ، فيعتبر مقصراً فى الرقابة (انظر فى هذا المعنى بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٢٠٦) .

(٥) ترولون فقرة ٢٣٧ – لوران ٢٧ فقرة ١٤٤ – بون ١ فقرة ٥٤١ – جيوار فقرة ١٥٢ – بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٢١٤ وفقرة ١٢١٩ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٦ ص ١٨٧ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٩ ص ٥٣٠ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقفرة ٢٨٧٤ – محمد كامل مرسى فقرة ٣٣٩ – ويعتبر خطأ من النزيل أن يترك باب غرفته مفتوحاً أو غير مغلق بالمفتاح مخالفا فى ذلك نظام الفندق ، أو يترك أشياء ثمينة فى الدولاب دون أن يغلقه ، ولكنه لا يكون مخطئاً إذا ترك حقائبه غير مغلقة، وإذا اقترن بخطأ النزيل خطأ من صاحب الفندق كان هناك خطأ مشترك وتقاسما المسئولية (انظر فى كل ذلك بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٢١٤ – فقرة ١٢١٥ وفقرة ١٢١٩ – =

أو حريق امتد من مكان مجاور ولا يد لصاحب الفندق فيه [1]. ولا يكفى أن يثبت أن الحادث قد وقع بفعل الغير ، إذ يفرض عندئذ أنه وقع بفعل المترددين على الفندق وهو مسئول عن فعلهم كما قدمنا ، أو بفعل خدمة أو أتباعه وهو أيضاً مسئول عنهم . وكذلك يستطيع صاحب الفندق أن ينفى عن نفسه المسئولية إذا هو أثبت أنه بذل عناية الشخص المعتاد فى المحافظة على الأشياء المودعة وأن الحادث لا يمكن أن يكون قد وقع من خدمه أو أتباعه أو من المترددين على الفندق [2]. ويجوز للنزيل أيضاً أن يبادئ صاحب الفندق بأن

= أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٦ ص ١٨٧ وهامش ١٣ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٩ ص ٥٣٠ – نقض فرنسى ١٢ أبريل سنة ١٩٢٩ سيريه ١٩٢٩ – ١ – ٢٣٢ – ٩ يناير سنة ١٩٤٠ سيريه ١٩٤٠ – ١ – ٣). ويعتبر خطأ تابع النزيل فى حكم خطأ النزيل (بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٢١٦) . ولكن إذا ارتكب الحادث أحد أتباع صاحب الفندق ، فإن المسئولية تتحقق ولو كان هناك خطأ فى جانب النزيل ، وعلى النزيل ، وعلى الذى يثبت خطأ فى جانبه أن يثبت أن الحادث وقع مع ذلك بفعل أحد أتباع صاحب الفندق (بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٢١٧ – فقرة ١٢١٨ – محمد على عرفة ص ٥١٧) .

(١) أما الحريق فى ذاته فلا يعتبر قوة قاهرة ، فقد يكون ناشئاً عن إهمال صاحب الفندق أو أحد أتباعه أو أحد المترددين على الفندق ، فيكون صاحب الفندق مسئولا فى هذه الحالة. أما إذا أثبت هذا الأخير أن الحريق وقع بقوة قاهرة ، كما إذا كان قد امتد من مكان مجاور ، أو أثبت أنه بذل عناية الشخص المعتاد فى الوقاية من الحريق وأن الحريق لم يحدث بفعل أحد إتباعه أو أحد المترددين على الفندق ، فإنه يتخلص من المسئولية. انظر فى تخلص صاحب الفندق من المسئولية بإثباته أن الحريق قد حدث بقوة قاهرة : نقض فرنسى ١٦ يوليه سنة ١٩٤٦ J.C.P. ١٩٤٦ (٢) ٣٣١١ (احتراق سيارة النزيل فى الجراج ، ولا يكفى لإثبات القوة القاهرة إثبات أن الحريق بدأ نشوبها فى السيارة ذاتها) – كولمار ٨ أبريل سنة ١٩٤٥ داللوز ٤٩ – ٥ – ٣٤٥ – باريس ١٧ يناير سنة ١٨٥٠ داللوز ٥١ – ٢ – ١٢٢ – لوران ٢٧ فقرة ١٤٦ – جيوار فقرة ١٤٦ – بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٢١٢ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٦ – ص ١٨٥ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٩ ص ٥٣١ .

(٢) وعلى ذلك إذا أثبت صاحب الفندق أن سرقة أمتعة النزيل وقعت من أجنبى تسلل خلسة أو استعمل مفاتيح مصطنعة أو دخل غرفة النزيل بطريق الكسر أو التسلق أو نقب الحائط ، فإن ذلك ينفى مسئوليته . أما فى القانون الفرنسى فذلك لا ينفى المسئولية (ترولون فقرة ٢٣٥ – لوران ٢٧ فقرة ١٤٢ – جيوار فقرة ١٤٧ – بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٢١١ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٦ ص١٨٥ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٩ ص ٥٣١ – باريس ٣ مايو سنة ١٨٣١ سيريه ٣٣ – ٢ – ١٨٦ – السين ١٦ فبراير سنة ١٩٠٥ داللوز ١٩٠٥ – ٥ – ٤٣) . ويبدو أن هذا الحكم فى القانون الفرنسى يبرره أن التقنين المدنى الفرنسى ينص فى المادة ١٩٥٤ منه على أن أصحاب الفنادق لا يكونون مسئولين عن السرقات التى تقع بقوة مسلحة (avec force armée) أو بقوة قاهرة أخرى . فأمكن أن يستخلص من ذلك بطريق التدليل العكسى ، أن السرقات التى لا تقع بقوة مسلحة ، ولو وقع بطريق الكسر أو التسور أو النقب أو المفاتيح المصطنعة ، بل ولو وقعت لا من عصابة مسلحة بل من فرد أو فردين ولو كانا يحملان سلاحا ، يكون صاحب الفندق مسئولا عنها (بودرى وفال فى الوديعة فقرة =

يثبت أن الحادث وقع بتقصير من هذا الأخير ، أو بفعل خدمه أو أتباعه أو بفعل المترددين على الفندق وعند ذلك تتحقق مسئولية صاحب الفندق . فإذا ما تحققت هذه المسئولية بوجه أو بآخر ، وجب على صاحب الفندق أن يعوض النزيل عن كل ما أصابه من ضرر وفقاً للقواعد العامة . وقد أوردت الفقرة الثانية من المادة ٧٢٧ مدنى استثناء ، فقد نصت كما رأينا على أن أصحاب الفنادق «لا يكونون مسئولين ، فيما يتعلق بالنقود والأوراق المالية والأشياء الثمينة ، عن تعويض يجاوز خمسين جنيها ، ما لم يكونوا قد أخذوا على عاتقهم حفظ هذه الأشياء وهم يعرفون قيمتها ، أو يكونوا قد رفضوا دون مسوغ أن يتسلموها عهدة فى ذمتهم ، أو يكونوا قد تسببوا فى وقوع الضرر بخطأ جسيم منهم أو من أحد تابعيهم» . والأشياء الثمينة المشار إليها فى النص ، فيما عدا النقود والأوراق المالية ، مثلها المجوهرات والمصاغ والأدوات الفضية والتحف النادرة والمستندات الهامة ، وبوجه عام كل شئ يغلب أن تزيد قيمته على خمسين جنيهاً حتى يستساغ القول بأن صاحب الفندق لا يكون مسئولا عنه إلا فى حدود خمسين جنيها فيما عدا حالات خاصة . فإذا أثبت النزيل أنه قد سلم صاحب الفندق النقود أو الأوراق المالية أو الأشياء الثمينة الأخرى وأخذ هذا على عاتقه حفظها وهو يعرف قيمتها . أو أثبت أن صاحب الفندق قد رفض تسلمها عهدة فى ذمته دون أن يبدى لذلك سبباً معقولا ، أو أثبت أن الحادث قد وقع بخطأ جسيم من صاحب الفندق أو من أحد أتباعه، جاز له الرجوع بكل القيمة أيا كان مقدارها ولو زادت على خمسين جنيها . أما إذا لم يستطع إثبات شئ من ذلك ، فإن صاحب الفندق لا يكون مسئولا عن تعويض يجاوز خمسين جنيهاً أو القيمة الحقيقية إذا قلت هذه القيمة عن خمسين جنيها [1] .

= ١٢١١ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٦ ص ١٨٥ – بلانيول وريبير وساقاتييه ١١ فقرة ١١٨٩ ص ٥٣١) . ولما كان نص المادة ١٩٥٤ مدنى فرنسى لا يوجد لها نظير فى التقنين المدنى المصرى ، لذلك لا نرى مجاراة الفقه الفرنسى فى هذه المسألة مع اختلاف النصوص . فلابد إذن فى القانون المصرى من تطبيق القواعد العامة والنصوص القانونية ، وظاهر أن السرقة التى تقع من أجنبى بطريق التسلل أو التسور أو النقب أو المفاتيح المصطنعة لا يمكن أن يقال عنها إنها سرقة وقعت من «المترددين» على الفندق حتى يكون صاحب الفندق مسئولا عنها ، فلم يبق إلا اعتبارها قوة قاهرة تنفى المسئولية عن صاحب الفندق (انظر قريباً من المعنى الذى نقول به دى هلتس لفظ Dépôt فقرة ٤٠ – محمد كامل مرسى فقرة ٣٣٨ ص ٤٤٦– وانظر عكس ذلك وأن صاحب الفندق يكون مسئولا : محمد على عرفة ص ٥١٧ ويستند إلى الفقه الفرنسى على اختلاف النصوص كما بينا) . وانظر فى التمييز فى القانون الفرنسى بين الحادث الفجائى وهو حادث داخلى يتصل بالمهنة ويكون صاحب الفندق مسئولا عنه ، والقوة القاهرة وهى حادث خارجى لا يتصل بالمهنة ولا يكون صاحب الفندق مسئولا عنه: جوسران ٢ فقة ١٣٧٢ .

(١) ويرى من ذلك أن صاحب الفندق لا يكون مسئولا ، فيما عدا حالات خاصة ، عن تعويض يجاوز خمسين جنيهاً ، أيا كانت الأشياء ، ثمينة أو غير ثمينة ، فهى إذا كانت ثمينة فالتعويض لا يزيد على

ونظراً لهذه المسئولية الجسيمة التى ألقاها القانون على صاحب الفندق، جعل القانون له منها مخرجاً فأسقط حق النزيل فى الرجوع عليه فى حالتين [1] نصت عليهما المادة ٧٢٨ مدنى فيما رأينا : (١) إذا لم يخطر النزيل صاحب الفندق بسرقة الشئ أو ضياعه أو تلفه بمجرد علمه بوقوع شئ من ذلك . فإن أبطأ دون عذر مقبول فى هذا الإخطار ، سقط حقه، إذ يكون قد أضاع على صاحب الفندق الفرصة فى الكشف عن المسئول عن الحادث لو تم

خمسين جنيهاً ، وإذا كانت غير ثمينة فقيمتها الحقيقة التى يعوض عنها لا تزيد على خمسين جنيهاً . وانظر فى التمييز بين الأشياء الثمينة والأشياء غير الثمينة بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٩ – وانظر فى أن التعويض قد يجاوز الحد الأقصى الذى عينه القانون إذا أثبت النزيل خطأ فى جانب صاحب الفندق أو أحد أتباعه ، فتسرى عند ذلك القواعد العامة ويجب تعويض الضرر كاملا : نقض فرنسى ٣٠ مارس سنة ١٩٠٩ داللوز ١٩٠٩ – ١ – ٣٥١ – ٨ مارس سنة ١٩٢٦ داللوز الأسبوعى ١٩٢٦ – ٢٠٣ – ٩ يناير سنة ١٩٤٠ داللوز ١٩٤٠ – ١ – ٤٩ – ١٧ مايو سنة ١٩٥٠ جازيت دى پاليه ١٩٥٠ – ٢ – ١٣٢ – باريس ٥ فبراير سنة ١٩٣٢ داللوز الأسبوعى ١٩٣٢ – ٢٢٥ – بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٢٢٤ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٦ ص ١٨٦ – بيدان ١٢ فقرة ٢٨٣ (٣) – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٩٠ ص ٥٣٢ – چوسران ٢ فقرة ١٣٧٣ – أنسكلوپيدى داللوز ٢ لفظ Dépôt فقرة ٢٨٩ – محمد على عرفة ص ٥١٥ – ويذهب البعض فى تعليل ذلك إلى أن إثبات خطأ من جانب صاحب الفندق يجعل مسئوليته تقصيرية ، فيكون مسئولا عن التعويض الكامل . ولكن الصحيح أن خطأ صاحب الفندق يبقى خطأ عقدياً إذ لا يجتمع الخطأ التقصيرى مع الخطأ العقدى، وينبنى على ذلك أن التعويض، وإن جاوز الحد الأقصى ، يجب أن يكون مقصوراً على الضرر المتوقع (بيدان ١٢ فقرة ٣٨٣ (٣) – كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٢٧٤ ص ٨١٤ – أنسكلوپيدى داللوز ٢ لفظ Dépôt ٢ فقرة ٢٩١ – نقض فرنسى ٩ يناير سنة ١٩٤٠ داللوز ١٩٤٠ –١– ٤٩ – نانسى ٢١ مارس سنة ١٩٣٦ داللوز الأسبوعى ١٩٣٦ – ٢٧٨).

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : «ونظراً لهذا التوسع فى أحوال مسئولية أصحاب الفنادق والخانات رؤى تمشياً مع الحركة التشريعية الحديثة وضع حد أقصى للتعويض الذى يلزمون به . فنصت الفقرة الثالثة من المادة على أن يكون الحد الأقصى لما يحكم به من تعويض مبلغ خمسين جنيها، إلا إذا وقع من صاحب الفندق أو الخان أو من أحد تابعيه خطأ جسيم ، فيلزمه تعويض الضرر بأكمله وفقاً للقواعد العامة. ويعتبر صاحب الفندق أو الخان مرتكباً خطأ حسبما إذا تسلم الأشياء لحفظها مع علمه بقيمتها، أو إذا رفض تسلمها دون مسوغ . ويترك للقاضى تقدير المسوغ، كما يترك له تقدير الخطأ الجسيم» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٧٢ – ص ٢٧٣).

وفى فرنسا حدد قانون ١٨ أبويل سنة ١٨٨٩ (وقانون ٨ أبويل سنة ١٩١١ بالنسبة إلى المجوهرات) التعويض بما لا يجاوز ألف فرنك ، ثم رفع قانون ١٨ سبتمبر سنة ١٩٤٨ هذا المقدار إلى عشرين ألفا من الفرنكات .

(١) وهذا عدا تحديد مسئولية صاحب الفندق عن التعويض بما لا يجاوز خمسين جنيهاً، فهذه وجوه ثلاثة خفف فيها المشرع على صاحب الفندق فى مقابل التشديد فى مسئوليته.

الإخطار فى الوقت المناسب [1]. (٢) إذا انقضت ستة أشهر من اليوم الذى يغادر فيه النزيل الفندق دون أن يطالب صاحب الفندق قضائياً بحقه ، فإن الدعوى تسقط فى هذه الحالة بالتقادم . والسبب فى تقصير مدة التقادم أن المشرع أراد أن يجعل صاحب الفندق فى مأمن من مطالبة النازلين فى فندقه بعد ستة أشهر من مغادرتهم الفندق، وهى مدة كافية إذا انقضت دون أن يطالبه النزيل كان من حقه أن يطمئن إلى أنه غير معرض لأية مسئولية. وقد كان المشروع التمهيدى يجعل التقادم يسرى من وقت انكشاف الضياع أو التلف ، وهو غير مضبط وقد يتأخر فتطول مدة التقادم . فعدلت لجنة المراجعة النص ، وجعلت التقادم يسرى من وقت مغادرة النزيل الفندق «ليكون الأمر محدداً» [2] كما جاء فى الأعمال التحضيرية [3] .

٣٩٣ – الاتفاق على تعديل قواعد المسئولية : ويجوز الاتفاق على تشديد قواعد المسئولية، بالرغم مما هى عليه من شدة ، فيجوز الاتفاق مثلا على ألا يتخلص صاحب الفندق من المسئولية إلا إذا أثبت القوة القاهرة ، ولا يكفى أن يثبت أنه بذل عناية الشخص المعتاد وأن الحادث لم يقع من أحد تابعيه أو من أحد المترددين على الفندق . بل يجوز الاتفاق على تحميل صاحب الفندق تبعة القوة القاهرة ، فلا تنتفى بها مسئوليته ، ويكون هذا ضرباً من التأمين . كما أنه يجوز الاتفاق على رفع الحد الأقصى للتعويض فى الأشياء الثمينة إلى أكثر من خمسمين جنيهاً ، بل إلى كل قيمتها .

أما الاتفاق على الإعفاء من المسئولية أو على التخفيف منها فمحل للنظر . وقد ورد فى الأعمال التحضيرية فى هذا الصدد فى موضعين ما يجعل هذا الاتفاق باطلا . ورد ذلك أولا

---

(١) محمد على عرفة ص ٥١٩ .

(٢) انظر مع ذلك رأياً يذهب إلى أن علة التعديل هى «احتمال أن يكون سكوت المودع من المطالبة أثناء إقامته بالفندق راجعاً إلى ما قد يبذله له الوديع من الوعود» (محمد على عرفة ص ٥٢٠ هامش ١) .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٧٣ – وانظر آنفاً فقرة ٣٨٩ فى الهامش . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : «وقد رؤى أيضاً ، مقابل التوسع فى تقدير مسئولية صاحب الفندق أو الخان ، إلزام المودع بشئ من اليقظة فى المحافظة على حقوقه أكثر من المعتاد . ففرض عليه أن يخطر صاحب الفندق أو الخان بسرقة الشئ أو ضياعه أو تلفه بمجرد علمه بوقوع شئ من ذلك ، بحيث إذا أبطأ فى الإخطار دون مسوغ سقطت حقوقه (م ١٠١٤/١) . والقاضى هو الذى يقدر ما يعتبر إبطاء مسقطاً للحقوق، وما يعتبر مسوغاً للإبطاء . ولم يكتف من المودع بوجوب الإخطار، بل يطلب منه نص الفقرة الثانية من المادة ١٠١٤ المبادرة بالمطالبة بحقوقه ، حيث نصت على سقوط دعواه بالتقادم بانقضاء ستة أشهر من اليوم الذى انكشف فيه الضياع أو التلف (هذا وبعد التعديل أصبحت مدة التقادم تسرى من يوم مغادرة النزيل الفندق)» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٧٣).

فى الوديعة الاضطرارية بوجه عام ، ووديعة الفنادق نوع منها ، حيث ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى أنه لا يجوز الاتفاق فى الوديعة الاضطرارية «على إعفاء الوديع من مسئوليته ولا تخفيف هذه المسئولية عنه ، وذلك لأن كل اتفاق من هذا النوع يشوبه الإكراه من جانب الوديع» (١) . وورد ذلك ثانياً فى وديعة الفنادق بالذات حيث طبقت عليها أحكام الوديعة الاضطرارية ، فجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : «كما يقع باطلا كل اتفاق على الإعفاء من هذه المسئولية» (٢) . ولكن من جهة أخرى ورد فى موضع ما يفيد أن الاتفاق على الإعفاء من المسئولية جائز صحيح ، فقد استفسر فى لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب عن الحكم فيما إذا علق صاحب الفندق إعلاناً يعفى فيه نفسه من المسئوية ، فأجيب «بأنه إذا كان الإعلان صريحاً فى الإعفاء من المسئولية وفى مكان ظاهر يراه النزيل ولم يعترض عليه ، فإن صاحب الفندق لا يكون مسئولا حتى عن التعويض المخفف، لأن شرط الإعفاء من المسئولية جائز فى هذه الحالة طبقاً للمادة ٢٢٤ فقرة ثانية من المشروع» (٣) .

والعلة فى هذا التضارب ترجع إلى أن المسألة لا تخلو من خلاف . هناك أولا إجماع على أن تعليق إعلان فى غرف الفندق وفى ردهاته يعفى فيه صاحب الفندق نفسه من المسئولية أو يخفف من مسئوليته لا يكفى ، إذا لم يثبت أن النزيل قد رأى هذا الإعلان وقبل ما جاء فيه (٤) . ولكن يبدأ التردد إذا كان النزيل رأى هذا الإعلان وقبله صراحة أو ضمناً بعدم الاعتراض عليه ، ويزيد التردد إذا اشترط صاحب الفندق صراحة بموجب اتفاق خاص تخفيف مسئوليته أو إعفاءه منها . فالرأى الغالب فى الفقه الفرنسى أن الشرط صحيح وتخف به مسئولية صاحب الفندق أو يعفى منها (٥) . ولكن يوجد من الفقهاء من يتردد فى تصحيح هذا الشرط ، إذ أن النزيل إذا قبله يكون مضطراً إلى قبوله ، وقد أراد القانون أن يحميه، ويرى فى القليل أن الشرط لا أثر له إلا فى نقل عبء الإثبات من عاتق صاحب

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٦٧ فى الهامش . وانظر آنفاً فقرة ٣٨٨ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٧٢ – وانظر آنفاً فقرة ٣٨٩ فى الهامش .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٧٠ – ص ٢٧١ – وانظر آنفاً فقرة ٣٨٩ فى الهامش .

(٤) كان ١٧ ديسمبر سنة ١٨٧٥ داللوز ٧٦ – ٢ – ١٩٠ – إكس ٢٦ أكتوبر سنة ١٨٩٩ داللوز ١٩٠١ – ٢ – ٣٠٣ – باريس ١٦ يوليه سنة ١٩٣٤ جازيت دى پاليه ١٩٣٤ – ٢ – ٧٣٥ – تولون الابتدائية ٤ يونيه سنة ١٩٥٢ داللوز ١٩٥٢ – ٧٦٩ – لوران ٢٧ فقرة ١٤٦ – هيك ١١ فقرة ٢٦٥ – پون ١ فقرة ٥٤٣ – جيوار فقرة ١٥١ – بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٢٣٤ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٦ ص ١٨٧ وهامش ٢ – بلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٩١ ص ٥٣٢ .

(٥) بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٢٣٣ – فقرة ١٢٣٦ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٦ ص ١٨٧ هامش ١٢ – بلانيول وريپير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٨٧٥ .

الفندق إلى عاتق النزيل [1]. وانعقد الإجماع بداهة على أن الشرط لا أثر له فى الإعفاء من المسئولية عن الغش أو الخطأ الجسيم [2].

ونرى أن الأولى أن تتقيد بأحكام الوديعة الإضطرارية – وليست وديعة الفنادق إلا صورة من صورها المختلفة – فيكون شرط الإعفاء من المسئولية أو التخفيف منها ، ولو كان شرطاً خاصاً صريحاً ، باطلا لا أثر له [3].

---

(١) بلانيول وريبر وسافاتييه ١١ فقرة ١١٩١ ص ٥٣٣ – وقرب چوسران ٢ فقرة ١٣٧٥ .

(٢) بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٢٣٦ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٦ ص ١٨٧ هامش ١٢ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٩١ ص ٥٣٣ – باريس ١٦ يوليه سنة ١٩٣٤ الأسبوع القضائى (Sem. Jur.) ١٩٣٥ – ٣٧٢ .

(٣) انظر عكس ذلك محمد كامل مرسى فقرة ٣٣٩ – وانظر أيضاً محمد على عرفة ص ٥١٨ – ص ٥١٩ : وهو يذهب إلى أن شرط الإعفاء من المسئولية لا يعفى صاحب الفندق «إلا من المسئولية المترتبة على فعل الغير ، فإذا أثبت المودع أن ضياع الوديعة أو تلفها قد نجم عن فعل الوديع أو أحد تابعيه فإنه يسأل عن التعويض كاملا وفقاً للقواعد المقررة فى المسئولية التقصيرية» .

الحراســـة

تمهيـــد (*)

٣٩٤ – التعريف بالحراسة – أركانها : يمكن تعريف الحراسة (séquestre) تعريفاً مستخلصاً من المادة ٧٢٩ مدنى – وسيأتى ذكرها – بأنها وضع مال يقوم فى شأنه نزاع أو يكون الحق فيه غير ثابت ، ويتهدده خطر عاجل ، فى يد أمين يتكفل بحفظه وإدارته ورده مع تقديم حساب عنه إلى من يثبت له الحق فيه [١] . ويوضع المال تحت الحراسة إما باتفاق بين الطرفين المتنازعين فتكون حراسة اتفاقية (séquestre conventionnel) ، وإما بحكم من القضاء فتكون حراسة قضائية (séquestre judiciarie) .

ويتبين مما تقدم أن للحراسة أركاناً ثلاثة : (١) المال الموضوع تحت الحراسة . (٢) الاتفاق على الحراسة أو الحكم الصادر بها . (٣) الحارس الذى يعينه الطرفان أو يعينه القاضى. فمتى توافرت هذه الأركان الثلاثة ، قامت الحراسة ، اتفاقية كانت أم قضائية.

٣٩٥ – أحكام الحراسة هى أحكام الوديعة والوكالة : وسنرى أن المادة ٧٣٣ مدنى تقضى بأن تطبق على الحراسة فى الأصل أحكام الوديعة والوكالة . فالمال الموضوع تحت الحراسة هو فى يد الحارس وديعة عنده ، ومن ثم تطبق أحكام الوديعة . ولكن الحارس لا يقتصر، كما يقتصر المودع عنده ، على حفظ المال ، بل يجب عليه أيضاً

(*) **مراجع فى الحراسة** : جيوار فى القرض والوديعة والحراسة سنة ١٨٩٤ – بودرى وفال فى الشركة والقرض والوديعة الطبعة الثالثة سنة ١٩٠٧ – أوبرى ورو وإسمان ٦ الطبعة السادسة سنة ١٩٥١ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ الطبعة الثانية سنة ١٩٥٤ – بيدان ١٢ الطبعة الثانية سنة ١٩٣٨ – دى باج ٥ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ الطبعة الثالثة سنة ١٩٤٩ – كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ الطبعة العاشرة سنة ١٩٤٨ – چوسران ٢ الطبعة الثانية سنة ١٩٣٣ – أنسيكلوپيدى داللوز ٤ سنة ١٩٥٤ لفظ Séquestre – تعليق سافاتييه على حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر فى ١٥ أبريل سنة ١٩٢٤ داللوز ١٩٢٤ – ١ – ١٦٩ .

عبدالحكيم عبدالحميد فراج فى الحراسة القضائية فى التشريع المصرى المقارن الطبعة الثانية سنة ١٩٥٢ – محمد على رشدى فى قاضى الأمور المستعجلة الطبعة الثانية سنة ١٩٥٢ – محمد على راتب فى قضاء الأمور المستعجلة الطبعة الرابعة (ومعه محمد نصر الدين كامل ومحمد فاروق راتب) سنة ١٩٦٠ – محمد عبداللطيف فى القضاء المستعجل الطبعة الثانية سنة ١٩٦١ – محمد كامل مرسى فى العقود المسماة سنة ١٩٤٩ – محمد على عرفة فى التأمين والعقود الصغيرة الطبعة الثانية سنة ١٩٥٠ .

وفى إشارتنا إلى هذه المراجع المختلفة نحيل إلى الطبعات المبينة فيما تقدم .

(١) محمد على عرفة ص ٥٢١ .

أن يديره وأن يقدم حساباً عن إدارته ، ومن ثم تطبق أحكام الوكالة . والذى يغلب على الحارس هو صفة المودع عنده لا صفة الوكيل ، فهو فى الأصل مكلف بحفظ المال ، وعليه أن يديره فى أثناء ذلك.

والحراسة ليست إلا صورة خاصة من صور الوديعة ، وهى الصورة الأعم انتشاراً والأكثر وقوعاً فى العمل . على أن هناك فروقاً بين الحراسة والوديعة العادية أهمها ما يأتى [1] : (١) الحراسة فى الأصل تكون فى الأشياء المتنازع عليها ، بخلاف الوديعة . (٢) الحراسة تكون اتفاقية أو قضائية ، بل إن الحراسة القضائية هى التى يغلب وقوعها فى العمل ، وإذا أطلقت الحراسة انصرفت إليها إذ يندر وقوع الحراسة الاتفاقية. أما الوديعة فلا تكون إلا اتفاقية، إذ أن مصدرها العقد كما رأينا . (٣) يغلب أن تقع الحراسة على العقار وأن كان يجوز وقوعها على المنقول ، أما الوديعة فيغلب وقوعها على المنقول وإن كان يجوز وقوعها على العقار. (٤) الحراسة تكون فى الأصل بأجر مجز وإن صح أن تكون بغير أجر ، أما الوديعة فتكون فى الأصل بغير أجر وإن صح أن تكون بإجر زهيد . (٥) فى الحراسة يكلف الحارس بإدارة المال الموضوع تحت حراسته ، أما فى الوديعة فيقتصر المودَع عنده على حفظ المال دون إدارته وإن كان يصح أن يؤذن له فى استعماله . (٦) فى الحراسة يلتزم الحارس فى الأصل بالاستمرار فى الحراسة إلى أن تنتهى ، أما فى الوديعة فيجوز فى الأصل أن يرد المودع عنده الوديعة قبل انتهاء العقد إلا إذا حدد للوديعة أجل لمصلحة المودع على الوجه الذى سبق بيانه. (٧) فى الحراسة يرد الحارس المال لمن يثبت له الحق فيه وهو غير معروف عند بدء الحراسة ، أما فى الوديعة فيرد المودَع عنده المال إلى المودع بمجرد أن يطلبه هذا الأخير إلا إذا حدد للوديعة أجل لمصلحة المودع عنده على الوجه الذى سبق بيانه [2] .

وكما تتميز الحراسة عن الوديعة فى الفروق التى أشرنا إليها ، تتميز كذلك عن الوكالة فى فروق أهمها ما يأتى : (١) فى الحراسة يقوم الحارس بإدارة المال وليس له فى الأصل أن يتصرف فيه ، ما فى الوكالة فالوكيل قد يوكل فى الإدارة وقد يوكل فى التصرف وفى التبرع وفى سائر التصرفات القانونية . (٢) وحتى إذا اقتصرت الوكالة على الإدارة ، فالأصل فى الحراسة أن يحفظ الحارس المال وإدارته له تأتى تبعاً للحفظ ، أما فى الوكالة فالأصل أن

---

(١) انظر فى هذه الفروق بودرى وفال فقرة ١٢٥٤ ص ٦٧٥ – محمد كامل مرسى فقرة ٣٤٦ – محمد على عرفة ص ٥٢٢ – ص ٥٢٣ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : «الحراسة والوديعة عقدان من نوع واحد، يختلفان فى أن الحراسة لا ترد إلا على مال يقوم فى شأنه نزاع أو يكون الحق فيه غير ثابت ، وأن الحارس مكلف بإدارة المال ، وأنه يرده إلى من يثب له الحق فيه سواء أكان هو واضع اليد عليه قبل الحراسة أم لا» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٧٥).

يدير الوكيل المال وحفظه إياه يأتي تبعاً للإدارة . (٣) في الحراسة يتقاضى الحراس في الأصل أجراً مجزياً ومن ثم تكون الحراسة غالباً من عقود المضاربة ، أما في الوكالة فالأصل ألا يتقاضى الوكيل أجراً أو يتقاضى أجراً لا يقصد من ورائه الربح فالوكالة ليست من عقود المضاربة . (٤) وإذا تقاضى كل من الحارس والوكيل أجراً فأجر الحارس لا يجوز تعديله، أما أجر الوكيل فيجوز إنقاصه أو زيادته . (٥) الحارس في بدء الحراسة لا يعلم لمن يرد المال إذ هو ملتزم برده لمن يثبت له الحق فيه ، أما الوكيل فيعلم منذ البداية أنه ملزم برد المال للموكل . (٦) لا تنتهي الحراسة بموت من يثبت له الحق في المال بل تحل ورثته محله ، وتنتهي الوكالة في الأصل بموت الموكل .

٣٩٦ – الأهمية العملية للحراسة وتنظيمها التشريعي : لم يرد في التقنين المدني القديم غير نصوص مقتضبة في الحراسة ، وهذا بالرغم من أن الحراسة – وبخاصة الحراسة القضائية – اتخذت في العمل أهمية كثيرة . فكثيراً ما تبدأ الخصومات بدعاوى الحراسة كإجراء موقت تقصد به المحافظة على مصالح الخصوم ، انتظاراً للبت في الموضوع وقد لا يبت فيه إلا بعد مدة طويلة . لذلك تكثر قضايا الحراسة كثرة زائدة ، سواء أمام محكمة الموضوع أو بوجه خاص أمام القضاء المستعجل [١] . وقد عنى التقنين المدني الجديد باستعراض أحكام القضاء الكثيرة في هذا الموضوع ، واستخلص منها في عدد غير قليل من النصوص المبادئ والقواعد التي استقر عليها القضاء ، ورتبها الترتيب المنطقي الواجب [٢] .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : «لم يرد في شأن الحراسة في التقنين الحالي (القديم) غير مادتين مقتضبتين تخللتا النصوص المتعلقة بالوديعة. ولكن الحراسة ، وعلى الأخص الحراسة القضائية ، قد اتخذت في العمل أهمية كبرى ، حتى أصبح الخصوم كثيراً ما يلجأون إليها . وتوسع القضاء في أحوالها ، حتى زخرت المجاميع بأحكامه في شأنها . وكان أكثر هذا القضاء اجتهادياً لقلة النصوص التي يستند إليها. فكان

---

(١) وهناك غير الحراسة القضائية حراسات إدارية تعددت صورها في العصر الحاضر . منها الحراسة على أموال الأعداء وتقع عادة في أثناء الحروب ، ومنها حراسات إدارية أخرى لأغراض اقتصادية وسياسية وتقع عادة في أثناء الانقلابات السياسية . وكل هذا يخرج عن نطاق البحث، ولا يدخل في دائرة القانون المدني.

(٢) ويبدو أن الحراسة ، وبخاصة الحراسة القضائية ، ذات نطاق أوسع في القانون المصري منها في القانون الفرنسي ، لا فحسب من ناحية الأحوال التي يجوز فيها فرض الحراسة، بل أيضاً من ناحية السلطة التي يخولها القانون للحارس في إدارة الأموال الموضوعة تحت حراسته وفي التصرف فيها . ومن ثم لا يجوز الرجوع إلى القضاء والفقه الفرنسيين في الفروض الكثيرة التي يخالف فيها القانون المصري القانون الفرنسي .

حرياً بهذا المشروع أن ينظر فى هذا القضاء ليستنبط منه المبادئ والقواعد التى ينبغى أن يتضمنها التشريع الجديد فيما يتعلق بالحراسة . وقد تضمن المشروع عشر مواد فى الحراسة ، مرتبة ترتيباً منطقياً . فبدأ بتعريف الحراسة باعتبارها عقداً ، ثم نص على أحوال الحراسة القضائية ، وخص حراسة الوقف ببعض أحكامه ، ثم بين حقوق الحارس والتزاماته، وانتهى ببيان طرق انقضاء الحراسة وأحكامها» [1] .

٣٩٧ – خطة البحث : ونبحث الحراسة فى فصول ثلاثة الفصل الأول فى قيام الحراسة ، والفصل الثانى فى آثار الحراسة (التزامات الحارس وحقوقه) ، والفصل الثالث فى انتهاء الحراسة .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٧٥ .

الفصل الأول

قيام الحراسة

٣٩٨- الحراسة الاتفاقية والحراسة القضائية: الحراسة، كما قدمنا، تكون اتفاقية أو قضائية. فنتكلم فى قيام كل منهما:

الفرع الأول

قيام الحراسة الاتفاقية

٣٩٩- نص قانونى: تنص المادة ٧٢٩ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«الحراسة عقد يعهد الطرفان بمقتضاه إلى شخص آخر بمنقول أو عقار أو مجموع من المال يقوم فى شأنه نزاع أو يكون الحق فيه غير ثابت، فيتكفل هذا الشخص بحفظه وبإدارته وبرده مع غلته المقبوضة إلى من يثبت له الحق فيه»(١).

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى القديم المادة ٥٩٩/٤٩٠(٢).

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ٦٩٥- وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٧٢٩- ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى العراقى- ويقابل فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٧١٩(٣).

---

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ١٠١٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٧٦١ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٦٠، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٢٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٧٦- ص٢٧٧).

(٢) **التقنين المدنى القديم م٥٩٩/٤٩٠:** إذا حصل الإيداع بسبب نزاع واقع فى الوديعة، فليس لحافظها أو لحارسها المعين لها أن يسلمها إلا لمن يتعين لاستلامها باتفاق جميع الأخصام أو بأمر المحكمة.

(وأحكام التقنين المدنى القديم، على اقتضاب النص، تتفق مع أحكام التقنين المدنى الجديد).

(٣) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدنى السورى م٦٩٥ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م٧٢٩ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى لا يشتمل على نصوص فى الحراسة. =

٤٠٠- **الحراسة الاتفاقية هى عقد وديعة تتميز بخصائص معينة**: ويتبين من النص سالف الذكر أن الحراسة الاتفاقية هى عقد وديعة، ففيها يعهد إلى شخص بمال يحفظه ويرده عند انتهاء العقد. ولكنها وديعة تتميز بخصائص معينة[١] أهمها ما يأتى:

١- الشئ المودع، عقاراً كان أو منقولاً أو مجموعاً من المال[٢]، متنازع عليه، أو الحق فيه غير ثابت كأن يكون هذا الحق معلقاً على شرط واقف أو على شرط فاسخ.

٢- ولا يقتصر المودَع عنده أى الحارس على حفظ المال، بل يجب عليه أيضاً أن يديره وأن يقدم حساباً عنه، فيعتبر إذن وكيلا فى الإدارة، إلى جانب أنه مودَع عنده فى الحفظ، ومن ثم تطبق أحكام الوديعة والوكالة فيما لم يرد فيه اتفاق أو نص مخالف.

٣- ويرد الحارس المال إلى من يثبت له الحق فيه، بعد البت فى النزاع الذى كان قائماً فى شأنه. ويجوز أيضاً رد المال لمن يتفق الخصوم المتنازعون عليه من بينهم أو من غيرهم، وقد كان التقنين المدنى القديم (م٥٩٩/٤٩٠)[٣] صريحاً فى هذا المعنى[٤].

=**تقنين الموجبات والعقود اللبناني** م٧١٩: الحراسة هى إيداع شئ متنازع عليه بيد يدى شخص ثالث، ويجوز أن يكون موضوع الحراسة أموالا منقولة أو ثابتة، وهى تخضع للأحكام المختصة بالوديعة العادية وللأحكام الآتية.

(وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى).

(١) وقد سبق أن ميزنا بين الحراسة بقسميها الاتفاقية والقضائية وبين الوديعة العادية (انظر آنفاً فقرة ٣٩٥)، والآن نميز بين الحراسة الاتفاقية والوديعة.

(٢) ومثل المجموع من المال المتجر والشركة والتركة (نقض فرنسى ١٧ ديسمبر سنة ١٨٩٥ داللوز ٩٥ -١-٤٦٧- ١٣ يونيه سنة ١٨٩٨ داللوز ٩٨-١-٥٣٠- ٢٦ فبراير سنة ١٩٠١ داللوز ١٩٠٦ -١-٣٣٣- ١٣ أبريل سنة ١٩٢٤ داللوز ١٩٢٤-١-١٦٩). ولكن المجموع من المال لا يجوز أن يكون مجموع ما يملكه الشخص، فإنه لا يجوز غل يد الشخص عن مجموع أمواله إلا فى حالات الحجر والإفلاس والإعسار (نقض فرنسى ١٠ يوليه سنة ١٨٧٦ داللوز ٧٦-١-٣١٣- ١٣ نوفمبر سنة ١٨٨٩ داللوز ٩٠-١-٣٤- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٩٢ ص٥٣٣ هامش ٣).

(٣) انظر آنفاً فقرة ٣٩٩ فى الهامش.

(٤) وكذلك ورد نص فى التقنين المدنى الجديد (م٢/٧٣٨) يقضى، عند انتهاء الحراسة الاتفاقية أو القضائية، بما يأتى: «وعلى الحارس حينئذ أن يبادر إلى رد الشئ المعهود إليه حراسته إلى من يختاره ذوو الشأن أو من يعينه القاضى».

وانظر فى أنه إذا تعددت أطراف النزاع وتخلف واحد منهم عن التعاقد مع الحارس، اعتبر الآخرون متعاقدين عنه بطريق الفضالة، فيترتب على ذلك وجوب اتفاقهم جميعاً - وفيهم المتخلف عن التعاقد - على الرد قبل الميعاد وعلى الشخص الذى يرد إليه المال: جيوار فقرة ١٧٠- بودرى وفال فقرة ١٢٦١- أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٨ ص١٨٨ هامش٢- محمد على عرفة ص٥٥٧ - محمد كامل مرسى فقرة ٣٤٨ ص٤٥٥.

ولا يجوز للحارس أن يرد المال قبل أن يتعين من يقع له الرد، بالبت فى النزاع أو باتفاق الخصوم المتنازعين. ومع ذلك إذا كان الحارس غير مأجور - وهذا نادر - جاز له رد الوديعة إلى الخصوم جميعاً قبل الميعاد، إذا طرأت عليه أسباب مشروعة يتعذر عليه معها أن يستمر حافظاً للمال(١).

٤٠١ - الاتفاق على الحراسة يغنى عن توافر شرط الخطر العاجل الواجب توفره فى الحراسة القضائية: وسنرى فيما يلى أن الحراسة القضائية تقتضى توافر شرط قيام الخطر العاجل، أما الحراسة الاتفاقية فالاتفاق عليها بين الخصوم يغنى عن تحرى توافر هذا الشرط. ويكفى أن يكون الخصوم قد اتفقوا على وضع المال المتنازع عليه تحت الحراسة، حتى يفترض أن هناك خطرا عاجلا يستدعى وضع المال تحت الحراسة، وأنه بذلك قد قامت إحدى حالات الحراسة فواجهها الخصوم بهذا الاتفاق. فلا يبحث بعد ذلك، كما يبحث فى الحراسة القضائية على ما سنرى، هل هناك خطر عاجل فنكون فى حالة من حالات الحراسة، فإن ذلك قد بت فيه الخصوم باتفاقهم على الحراسة، ولا معقب عليهم فى ذلك(٢).

وتبقى الحراسة الاتفاقية، كالحراسة القضائية، إجراء مؤقتاً لا مساس له بالموضوع، وله صفة التحفظ. وكذلك تبقى الحراسة الاتفاقية خاضعة لنفس الأحكام التى تخضع لها الحراسة القضائية من حيث الآثار التى تترتب عليها والتزامات الحارس وحقوقه وانتهاء الحراسة، وسيأتى تفصيلها فيما يلى:

٤٠٢ - للاتفاق على الحراسة صورتان: الاتفاق على الحراسة يبرم عقب قيام النزاع

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٨٢- جيوار فقرة ١٦٩ - بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٢٦٢- بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٨٨٤- وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «يفهم من هذا التعريف أن الحراسة عقد يتم بين شخصين متنازعين أو بينهما حق غير ثابت وبين شخص آخر يوكل إليه حفظ المال المتنازع عليه، وأنها تكون فى العقار كما تكون فى المنقول أو فيهما معاً، وأن الحارس كالوديع يقوم بحفظ المال ورده عند انتهاء الحراسة. لكنه يختلف عنه فى أنه يقوم بإدارة المال، وفى أنه يرده إلى من يثبت له الحق فيه من الطرفين المتنازعين» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٧٧).

(٢) استئناف مختلط ٩ مايو سنة ١٩٣٤ م٤٦ ص٢٨٥- ٨ يناير سنة ١٩٣٦ م٤٨ ص٧١- ٥ فبراير سنة ١٩٣٦ م٤٨ ص١١٠ - ٣١ مايو سنة ١٩٣٩ م٥١ ص٣٦٧- ١٧ أبريل سنة ١٩٤٠ م٥٢ ص٢٣٣- ٤ يونيه سنة ١٩٤١ م٥٣ ص٢١١- وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن الحراسة الاختيارية تستلزم اتفاق شخصين تتعارض مصلحتهما ويتنازعان فى منقول أو فى عقار، فيودع تحت حراسة شخص ثالث حتى ينتهى النزاع (استئناف وطنى ١٢ فبراير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٢٠٤ ص٢٧٣).

بين الخصوم على المال. فيتفقون على وضع المال الذى قام بشأنه النزاع تحت حراسة شخص يعينونه بالاتفاق فيما بينهم.

على أن الاتفاق على الحراسة قد يكون فى صورة أخرى، يبرم قبل قيام النزاع كشرط يتفق عليه فى التعامل. مثل ذلك أن يتفق بائع السيارة مع المشترى على أنه إذا تخلف المشترى عن دفعه أقساط ثمن السيارة فى مواعيدها، وضعت السيارة تحت الحراسة حتى يستوفى البائع ما تأخر من الأقساط. فهنا قد تم الاتفاق على الحراسة، ولكن قبل قيام النزاع، وجعلت الحراسة مشروطة بقيامه. ومثل ذلك أيضاً أن يتفق مؤجر الأرض الزراعية مع مستأجرها على أنه إذا زرع المستأجر محصولا معيناً منع منه بموجب عقد الإيجار، أو إذا قصر فى العناية بالأرض، أو إذا أخل بشروط العقد، وضعت الأرض تحت الحراسة وكلف الحارس بتنفيذ ما اتفق عليه الطرفان فى عقد الإيجار[1]. والحراسة فى هذه الأمثلة حراسة اتفاقية، ولكنها لا تقوم إلا إذا تحقق شرطها. فإذا ما تحقق الشرط، وجب وضع المال تحت الحراسة تنفيذاً للاتفاق. وعند الخلاف يرفع الأمر إلى محكمة الموضوع، إلا إذا توافر ركن الاستعجال فيرفع الأمر إلى قاضى الأمور المستعجلة[2].

---

(١) استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩١٨ م٣٠ ص٣٨٥ (اشتريا عيناً على الشيوع، واتفقا على أن من يتأخر منهما فى دفع الأقساط المستحقة عليه يقبل وضع العين تحت حراسة الآخر بحكم من قاضى الأمور المستعجلة) – ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م٤٦ ص٨٩ (اتفق البائع مع المشترين لمحرك لإدارة مصنع لعمل الثلج على أنه إذا تأخر المشترون عن دفع الثمن وضع المحرك تحت حراسة البائع) – ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م٤٦ ص١٩ (فتح مصرف لأحد عملائه اعتماداً مضموناً برهن رسمى واشترط فى عقد فتح الاعتماد أن له الحق فى وضع الأعيان المرهونة تحت الحراسة إذا تأخر العميل فى الوفاء بما عليه)– ٨ يناير سنة ١٩٣٦ م٤٨ ص٧١ (نص فى عقد الرهن على حق الدائن فى طلب وضع الأعيان المرهونة تحت الحراسة حتى يتم نزع الملكية)– ١١ مارس سنة ١٩٣٦ م٤٨ ص١٧٦ (شرط الدائن أن يكون له الحق فى وضع يده على العقار المرهون بصفته حارساً إذا تأخر المدين فى الوفاء بالدين، وتتحقق حالة الاستعجال إذا لم يكف العقار المرهون للوفاء بالدين)– مصر الكلية أول أبريل سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٥٤٧ ص١٤٦٥ (وضع العين المرهونة تحت حراسة الدائن فى حالة تقصير المدين فى الوفاء)– وانظر أيضاً: استئناف مختلط ١٢ أبريل سنة ١٩١١ م٢٣ ص٢٥٨– ٣ نوفمبر سنة ١٩٢٦ م٣٩ ص٢– ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٢٧ م٤٠ ص٤٧– ٩ مايو سنة ١٩٣٤ م٤٦ ص٢٨٥– ٥ فبراير سنة ١٩٣٦ م٤٨ ص١١٠– مصر الكلية ١٥ فبراير سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٤٥٦ ص١٤٦١.

(٢) استئناف مختلط ٢٥ فبراير سنة ١٩٢٦ م٣٨ ص٢٦٥– ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٧ م٣٩ ص٤٧– ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م٤٦ ص١٩– ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م٤٦ ص٨٩– ١١ مارس سنة ١٩٣٦ م٤٨ ص١٧٦– ٣ مايو سنة ١٩٣٩ جازيت ٣٩ رقم ٣٢٤ ص٢٥٠– نقض فرنسى ٢ مارس سنة ١٩٢٠ داللوز ١٩٢١– ١–٧١– محمد على عرفة ص٥٥٧– ص٥٥٨– محمد كامل مرسى فقرة ٣٤٨ ص٤٥٣ هامش١. =

٤٠٣- طرفا الحراسة الاتفاقية: وعقد الحراسة الاتفاقية، شأنه فى ذلك شأن سائر العقود، له طرفان:

(الطرف الأول) هو الخصمان المتنازعان أو الخصوم المتنازعون على المال. فهؤلاء كلهم طرف فى العقد، وإذا اقتصر أحد الفريقين المتنازعين على التعاقد دون الفريق المتنازع الآخر، لم يكن العقد حراسة اتفاقية، بل هو وديعة عادية، ويجب على المودَع عنده أن يرد الوديعة إلى الفريق الذى تعاقد معه دون الفريق الآخر وفقاً للأحكام العامة فى الوديعة(١).

(والطرف الثانى) هو الحارس. فالفريقان المتنازعان هما إذن اللذان يقرران مبدأ الحراسة ويختاران شخص الحارس(٢). ويتعهد الحارس بموجب عقد الحراسة للفريقين المتنازعين بأن يقوم بحفظ المال وإدارته، ثم رده، مع تقديم حساب عنه إلى من يثبت له الحق فيه بعد البت فى النزاع، أو لمن يتفق عليه الفريقان المتنازعان والغالب أن يكون أحدهما ولكن يصح أن يكون أجنبيا(٣). فالدائن بالرد إذن هو شخص غير معين،

= فإذا لم يتوافر شرط الاستعجال لم يكن قاضى الأمور المستعجلة مختصاً، ولو اتفق الطرفان على اختصاصه (استئناف مختلط ٢٥ فبراير سنة ١٩٢٦ م٣٨ ص٢٦٥- مصر مستعجل ٢٢ فبراير سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢١ رقم ٥٨ ص١٠١- عبد الحكيم فراج فقرة ١١٧- محمد على راتب فقرة ٣٨١ ص٩٥٠ - ص٩٥١- محمد عبد اللطيف فقرة ٣٥٣ - وقارن محمد على رشدى فقرة ١٠٩- فقرة ١١٣- استئناف مختلط ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م٤٦ ص١٩- ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م٤٦ ص٨٩).

وإذا أقرت المحكمة وضع المال تحت الحراسة، عينت أيضاً الحارس إذا لم يتفق الطرفان على تعيينه، وتبقى الحراسة مع كل ذلك حراسة اتفاقية (استئناف مصر ١٠ أكتوبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٣٥٣ ص٦٨٤- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٩٤ ص٥٣٧).

(١) ترولون فقرة ٢٤٩ - لوران ٢٧ فقرة ١٦٣- بون ١ فقرة ٥٤٧- جيوار فقرة ١٦٤ وفقرة ١٦٦- بودرى وفال فقرة ١٢٥٥ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٨ هامش١- بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٨٨٤ - محمد كامل مرسى فقرة ٣٤٨ ص٤٥٣ هامش١.

(٢) فإذا مات الحارس الذى عينه المتنازعان أو حجر عليه أو عزل قبل انتهاء النزاع أو تنحى لعذر مقبول، ولم يتفق المتنازعان على حارس آخر يحل محله، جاز للمحكمة أو لقاضى الأمور المستعجلة بحسب الأحوال أن يقوم بتعيين حارس آخر (بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١١٩٣). وكذلك يجوز للمحكمة أو لقاضى الأمور المستعجلة عزل الحارس المعين باتفاق الطرفين إذا أساء الإدارة أو ارتكب ما يستوجب عزله (استئناف مختلط ٢٥ يونيه سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٥٨٥- محمد عبد اللطيف فقرة ٣٥٤).

(٣) ويمكن أن نتصور حراسة اتفاقية يتفق فيها الخصوم على مبدأ الحراسة دون أن يتفقوا على شخص الحارس، وفى هذه الحالة تبقى الحراسة اتفاقية، وتتولى المحكمة تعيين الحارس الاتفاقى على الوجه الذى تعين به الحارس القضائى، وسيأتى بيان كيف يعين الحارس القضائى (انظر ما يلى فقرة ٤٤٩ وما بعدها). وهذا ما يقضى به التقنين المدنى، إذ تنص المادة ٧٣٢ من هذا التقنين على أن «يكون =

ولكنه قابل للتعيين[1].

الفرع الثانى
قيام الحراسة القضائية

٤٠٤ - الشرط فى الحراسة القضائية أن يكون هناك استعجال أى خطر عاجل: يشترط فى جميع أحوال الحراسة القضائية أن يكون هناك استعجال، وهو ما يسميه التقنين المدنى فى المادة ٧٣٠ منه كما سنرى «خطراً عاجلا»، وما يسميه تقنين المرافعات فى المادة ٤٩ منه عند الكلام فى اختصاص القضاء المستعجل «المسائل المستعجلة التى يخشى عليها من فوات الوقت». والشرط مطلوب فى جميع أحوال الحراسة القضائية كما قدمنا، وهو

=تعيين الحارس، سواء أكانت الحراسة اتفاقية أم كانت قضائية، باتفاق ذوى الشأن جميعاً، فإذا لم يتفقوا تولى القاضى تعيينه». وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «سواء أكانت الحراسة اتفاقية أم قضائية، فهناك مسألتان منفصلتان: أولاهما وضع المال تحت الحراسة، والثانية تعيين شخص الحارس. والمسألة الأولى هى التى تسبغ على الحراسة صفتها الاتفاقية أو القضائية، أما متى اتفق المتنازعان على مبدأ الحراسة أو حكمت المحكمة بها فإن أمر تعيين الحارس يترك فى كلا الحالتين إلى المتنازعين إن أمكنهما أن يتفقا عليه، وإلا فتقوم به المحكمة المختصة» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٨٧).

وفى حالة ما يتفق الخصمان على مبدأ الحراسة ويعين القاضى شخص الحارس، يكون هناك عقد أولى (avant Contrat) طرفاه الخصمان وقد اتفقا على الحراسة فى ذاتها، وعندما يعين القاضى شخص الحارس، فإن قبول هذا الحارس لمهمته يجعله طرفاً فى عقد يلى العقد الأول. وهذا العقد الثانى هو عقد الحراسة، أحد طرفيه الخصمان المتنازعان وقد أوجبا عقد الحراسة باتفاقهما على مبدأ الحراسة، والطرف الآخر هو الحارس الذى عينه القاضى وقد قبل هذا الإيجاب بقبوله أن يكون حارساً.

(١) والدائن بالرد هو الذى يلتزم برد المصروفات إلى الحارس، حتى لو لم يكن طرفاً فى عقد الحراسة، إذ هو الذى أفاد من هذه المصروفات (جيوار فقرة ١٧١ - بودرى وفال فقرة ١٢٦٣ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٨ ص١٨٩). وهذا الدائن هو الذى يلتزم بدفع الأجر للحارس إذا كان طرفاً فى عقد الحراسة، أما إذا لم يكن طرفاً فإنه لا يكون ملزماً بدفع الأجر (بودرى وفال فقرة ١٢٦٤ - عكس ذلك محمد على عرفة ص٥٥٦). ويبقى ملزماً بدفع الأجر من تعاقد مع الحارس من الأطراف المتنازعين، ولو لم يثبت لهم الحق فى المال (جيوار فقرة ١٧١ - بودرى وفال فقرة ١٢٦٤).

وإذا تعدد المدينون للحارس بدفع الأجر أو برد المصروفات، كانوا متضامنين تطبيقا لأحكام الوكالة (بون ١ فقرة ٥٤٩ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٨ ص١٨٩ هامش ٣- أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Séquestre فقرة ٨: بالتضامن- وقارن لوران ٢٧ فقرة ١٦٧- هيك ١١ فقرة ٢٦٩- عكس ذلك جيوار فقرة ١٧١- بودرى وفال فقرة ١٢٦٥).

منصوص عليه فى بعض هذه الأحوال ومفهوم ضمناً فى الأحوال الأخرى[1].

والخطر العاجل هو خطر فورى يهدد مصلحة ذى الشأن[2](1)، ولا يدفعه إلا وضع المال تحت الحراسة. وتقدير ما إذا كان هناك خطر عاجل يتوقف على ظروف كل حالة، فيختلف من حالة إلى أخرى بحسب تغير هذه الظروف. ولذلك كان الخطر العاجل أمراً تقديرياً متروكاً إلى قاضى الموضوع، ولا معقب عليه فى ذلك من محكمة النقض[3](2).

---

(١) ويستوى فى ذلك أن تكون دعوى الحراسة مرفوعة أمام القضاء المستعجل أو أمام قاضى الموضوع (محمد على عرفة ص٥٣٥- وقارن استئناف مصر ٢٦ يناير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٣٨ ص١٠٥٨).

(٢) استئناف مختلط ١٩ نوفمبر سنة ١٩١٩ م٣٢ ص١٥.

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن تقدير الخطر الموجب وضع الأموال المتنازع عليها تحت الحراسة هو من المسائل الموضوعية التى لا رقابة فيها لمحكمة النقض على قاضى الموضوع (نقض مدنى ١٧ يونيه سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٧١ ص١٩٨- وانظر أيضاً: نقض مدنى أول يونيه سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٦ ص٥٦٦- ٣٠ يونيه سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٢٠٠ ص١٢٥٣- ٢٥ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٨٧ ص٥٥٣- ٧ يوليه سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٨٤ ص١٣٧٦).

(1) موت أحد الشركاء المتضامنين فى شركة التضامن استمرار باقى الشركاء فيها دون موافقة ورثة الشريك المتوفى، ودون أن يكون متفقا فى عقد الشركة على استمرارها بعد الوفاة يجيز لهؤلاء الورثة طلب وضع اموالها تحت الحراسة القضائية حتى تبت محكمة الموضوع فى تعيين مصفٍ لها وتصفيتها متى تجمعت لديهم من الاسباب المعقولة ما يخشى معها وجود خطر عاجل من بقاء المال تحت يد حائزيه إذ أن شخصية الشركة لا تنتهى بوفاة الشريك المتضامن بل تبقى بالقدر اللازم للتصفية وحتى انتهائها.

(جلسة ١٩٩٠/٥/٢٨ الطعن رقم ٥٠٣ لسنة ٥٨ق)

(2) أ- تقدير الضرورة الداعية للحراسة أو الخطر الموجب لها من المسائل الواقعية التى تستقل بتقديرها محكمة الموضوع وحسبها أن تقيم قضاءها بهذا الاجراء التحفظى على أسباب تؤدى إلى ما انتهت إليه.

(جلسة ١٩٨٦/١٢/١٨ الطعن رقم ١٣٦٠ لسنة ٥٢ق)

(جلسة ١٩٨٥/٢/٢٨ الطعنان رقما ١٤٨٠، ١٦٣٥ لسنة ٥٤ق س٣٦ ص٣٢٤)

(جلسة ١٩٨٠/١/٧ الطعن رقم ١٤٢٥ لسنة ٤٧ق س٣١ ص١٩٠)

ب- لا يخضع لرقابة محكمة النقض تقدير قيام الخطر العاجل وهو الشرط العام فى الحراسة، تقدير الطريقة المؤدية إلى صون حقوق المتخاصمين بعضهم قبل البعض، فهذه من مسائل الواقع يبت فيها قاضى الموضوع دون معقب عليه من محكمة النقض.

(جلسة ١٩٨١/٣/٢٦ الطعن رقم ٦٩ لسنة ٤٨ق س٣٢ ص٩٤٠)

فيكون هناك خطر عاجل إذا وقع نزاع على ملكية المال أو على حيازته وكان بقاء المال فى حيازة واضع اليد يخشى منه ضياعه أو تلفه أو تبديد الريع. ويتحقق الخطر العاجل فى إدارة المال الشائع إذا وقع الخلاف بين الشركاء بحيث يصبح بعضهم مهددا بضياع نصيبه فى الريع، أو بحيث يصبح المال نفسه مهدداً بنزع الملكية لعدم سداد الضرائب أو أقساط الدين(١). ويتوافر شرط الخطر العاجل فى التركة إذا قام خلاف بين الورثة على قيمة نصيب كل منهم، أو على قسمة أموال التركة، أو على إدارتها(٢). وسنرى تفصيلا كيف يتمثل الخطر العاجل فى أحوال الحراسة القضائية المتنوعة التى سنعرض لها فيما يلى. ويكفى هنا أن نبين أن الخطر العاجل يكمن فى طبيعة الحالة التى تستوجب الحراسة القضائية(1)، ولا شأن لها بإرادة الخصوم، فإذا رأى القاضى أن الخطر العاجل غير متحقق،

---

(١) أما إذا قام نزاع فى شأن حساب الإدارة من بحث صحة الأرقام ومطابقتها للحقيقة، فإن ذلك لا يكفى لفرض الحراسة، إذ أن الفصل فى النزاع لا ينطوى إلا على احتمال انشغال ذمة المدعى عليه بمبلغ معين، وهذا الاحتمال على فرض تحققه لا يمنع من استمرار المدعى عليه من وضع يده على المال (استئناف مصر ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١٩٨ ص٤٠٩– ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٣٣٨ ص٧٢٠– أول يونيه سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٨٦ ص٢٣٥). وكذلك مطالبة ناظر الوقف بالحساب أو المنازعة فى كشوف لا يبرر وضع الأعيان الموقوفة تحت الحراسة، بخلاف ما إذا كانت هناك مطالبة بعزل الناظر (استئناف مصر ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١٩٨ ص٤٠٩– ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٣٣٨ ص٧٢٠: وقد سبقت الإشارة إلى هذين الحكمين)– وانظر محمد على عرفة ص٥٣١– محمد كامل مرسى فقرة ٣٥٢ ص٤٦٣– ص٤٦٤– ولا تفرض الحراسة على أرض فضاء لا يخشى عليها من أى خطر (استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٢١٨).

(٢) ويتوافر شرط الخطر العاجل إذا خشى على العين موضوع النزاع من وجودها تحت يد الخصم، بالنظر إلى إعساره فى الحال، أو ترجيح إعساره فى المستقبل (استئناف مصر ٣ أبريل سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ٤٥ ص ٩٢– استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٠ م٢٣ ص٧٣). ولكن إذا كانت العين أرضاً غير مزروعة لا يخشى عليها من تركها تحت يد حائزها إلى أن تنتهى إجراءات قسمتها، فلا يتوافر الخطر العاجل، ولا محل لوضعها تحت الحراسة (استئناف مختلط ٢٨ يونيه سنة ١٩٤٩ م٦١ ص١٣٥).

(1) من المقرر وفقا لنص المادة ٧٣٠ من القانون المدنى أن للقضاء أن يأمر بالحراسة إذا كان صاحب المصلحة فى منقول أو عقار قد تجمع لديه من الأسباب المعقولة ما يخشى منه خطرا عاجلا من بقاء المال تحت يد حائزة والبيع ينعقد صحيحا بالعقد غير المسجل كما ينعقد بالعقد المسجل ومن آثار هذا الانعقاد الصحيح أن من حق المشترى أن يطالب البائع بالتسليم على اعتبار أنه التزام شخصى وأثر من آثار البيع الذى لا يحول دونه عدم حصول التسجيل ومن شأن هذه الآثار أيضاً أن يكون للمشترى إذا ما خشى على العين المبيعة من بقائها تحت يد البائع طيلة النزاع أن يطلب إلى المحكمة وضعها تحت الحراسة عملا بنص المادة آنفة الذكر.

(جلسة ١٩٨٠/١/١٧ الطعن رقم ١٤٢٥ لسنة ٤٧ق س٣١ ص١٩٠)

حكم برفض الحراسة القضائية حتى لو كان الخصوم جميعاً متفقين على وجود هذا الخطر، وذلك مع عدم الإخلال بما قدمناه في الحراسة الاتفاقية من أن اتفاق الخصوم يغني عن تحري شرط الخطر العاجل(١). والعكس صحيح، فاتفاق الخصوم على انتفاء الخطر العاجل لا يمنع من قيامه(٢). ومن القرائن على انتهاء الخطر العاجل أن يمضي وقت طويل على الحالة قبل أن يتحرك ذو الشأن ويطلب الحراسة(٣). ولكن القرينة غير قاطعة فقد يمضي وقت طويل والخطر آخذ في التفاقم فيدفع ذلك أخيراً صاحب المصلحة إلى طلب الحراسة، ولا يؤخذ عليه سكوته مدة طويلة إذ أن تفاقم الخطر ينفي مظنة انتفائه(٤).

والخطر العاجل والاستعجال ليسا أمرين مختلفين، بل هما أمر واحد. فحيث يوجد خطر عاجل يكون الأمر مستعجلا، ويدخل في اختصاص القضاء المستعجل كما يدخل في اختصاص محكمة الموضوع باعتباره أمراً مستعجلاً يقتضي اتخاذ إجراء تحفظي هو وضع المال تحت الحراسة القضائية. وهناك من فرق بين الخطر العاجل والاستعجال، فجعل الاستعجال درجة أعلى في الخطر، وحتم وجود الخطر العاجل شرطاً موضوعيا في جميع دعاوى الحراسة القضائية سواء رفعت أمام محكمة الموضوع أو أمام القضاء المستعجل، واستبقى الاستعجال شرطاً لاختصاص القضاء المستعجل بهذه الدعاوى. فإذا رفعت دعوى الحراسة أمام محكمة الموضوع، فما على المحكمة إلا أن تتثبت من وجود الخطر العاجل.

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٠١.

(٢) عبد الحكيم فراج فقرة ٢٤٤– محمد على راتب فقرة ٣٢٠ ص٨٣٠– محمد عبد اللطيف فقرة ٢٤٢ ص٢٢٤– مصر مستعجل ١١ سبتمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٨٦ ص٢٠١.

(٣) استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩٢٦ م٣٨ ص٤٤٨. وقارن استئناف مختلط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م٤٦ ص٧٧.

(٤) عبد الحكيم فراج فقرة ٢٤٨ – محمد على راتب فقرة ٣٢٠ ص٨٣٠– محمد على عرفة ص٥٣٤– مصر مستعجل ١٣ مارس سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٦١ ص١٣٢– ١١ سبتمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٨٦ ص١٠١– ٢٠ مارس سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٥١٤ ص١٢٣٢ – بني سويف الجزئية أول أكتوبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٢٩٨ ص٧٢٦– الدلنجات ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٥٣ ص١٢٩– استئناف مختلط ٣١ مايو سنة ١٩٣٩ جازيت ٣٩ رقم ٣٢٤ ص٢٥٠– فسكوت الوارث عن رفع دعوى الحراسة عقب وفاة المورث لا يمنعه من رفعها إذا قام النزاع بعد مدة طويلة (استئناف مصر ٢٦ يناير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٣ ص١٠٥٨– استئناف مختلط ١٤ مارس سنة ١٩٢٣ م٣٥ ص٢٩٠– عكس ذلك مصر مستعجل أول أغسطس سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٤ رقم ٢١ ص٤١). ولكن استئناف الحكم بعد ثلاثة عشر شهراً من صدوره قرينة على عدم قيام الاستعجال، والقول بأن ظروفاً جدت يقتضي أن ترفع دعوى مبتدأة بالحراسة (استئناف مختلط ٢٧ يونيه سنة ١٩١٧ م٢٩ ص٥٢٠).

أما إذا رفعت أمام القضاء المستعجل، فعلى القاضى أن يتثبت أولا من وجود الخطر العاجل كشرط موضوعى للحكم بالحراسة، وأن يتثبت ثانيا من وجود الاستعجال – وهو درجة أعلى فى الخطر كما قدمنا– كشرط لاختصاصه بنظر الدعوى[1]. ولكن هذا التفريق لا مبرر له، فليست هناك درجات متفاوتة فى الخطر العاجل، وما دام الخطر عاجلا فهذا هو الاستعجال الذى يعقد للقضاء المستعجل اختصاصه، وقد استعمل تعبير «الخطر العاجل» فى دعاوى الحراسة مقابلا ومطابقاً لتعبير « الاستعجال» فى اختصاص القضاء المستعجل[2].

ويخلص مما قدمناه أن شرط الخطر العاجل هو شرط موضوعى، حتى لو رفعت دعوى الحراسة أمام القضاء المستعجل. ويترتب على ذلك ما يأتى: (١) إذا رفعت الدعوى أمام القضاء المستعجل، ورأى القاضى أن الشرط لم يتوافر، جاز أن يحكم برفض الدعوى لا بعدم الاختصاص[3]. (٢) وإذا رفض القضاء المستعجل دعوى الحراسة لعدم توافر الشرط، لم يجز رفعها من جديد أمام محكمة الموضوع إذ الدعوى قد تخلف فيها شرط موضوعى فيتعين رفضها حتى أمام محكمة الموضوع[4]، وذلك ما لم تتغير الحالة وتنشأ ظروف جديدة يتحقق معها قيام الخطر العاجل. (٣) وإذا رفعت دعوى الحراسة أمام محكمة الموضوع، جاز الدفع بانتفاء الخطر العاجل فى أية حالة كانت عليها الدعوى، حتى أمام محكمة الاستئناف لأول مرة(1). (٤) ولا يجوز رفع دعوى الحراسة أمام محكمة الموضوع إلا كإجراء وقتى تابع للدعوى بأصل الحق، فلا ترفع أمام هذه المحكمة كدعوى

---

(١) استئناف مصر ٢٦ يناير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٣٨ ص١٠٥٨– محمد على راتب فقرة ٣١٩– فقرة ٣٢٠.

(٢) انظر فى هذا المعنى عبد الحكيم فراج فقرة ٢٤٩– محمد على رشدى فقرة ٢٠٥ ص٢٨٩– محمد عبد اللطيف فقرة ٢٤٢.

(٣) محمد عبد اللطيف فقرة ٢٤٣: ويذهب إلى أن القاضى المستعجل يحكم برفض الدعوى لا بعدم الاختصاص، ولكن يبدو أنه يجوز للقاضى المستعجل أن يحكم برفض الدعوى كما يجوز له أن يحكم بعدم الاختصاص، إذ الخطر العاجل أمام القضاء المستعجل هو شرط موضوع وشرط اختصاص فى وقت واحد. انظر فى أن القاضى المستعجل لا يحكم إلا بعدم الاختصاص: محمد على راتب فقرة ٣٢٠ ص٨٣٣.

(٤) محمد على رشدى فقرة ٢٠٥ ص٢٨٩– ص٢٩٠– مصر مستعجل ١٨ مارس سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ ص٩١١– ٩ أبريل سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ ص٤٨٥.

(1) متى كانت محكمة الموضوع قد انتهت بحق إلى رفض طلبات الطاعن الموضوعية، فإن بحث طلبه المستعجل الخاص بفرض الحراسة القضائية على السينما ولا يكون له محل.

(جلسة ١٩٦٩/٦/١٢ الطعن رقم ٥٦٩ لسنة ٣٤ق س٢٠ ص٩٥٧)

مستقلة، ذلك أنها بطبيعتها دعوى تحفظ وقتى، وهى هى لم تتغير طبيعتها سواء رفعت أمام القضاء المستعجل أو رفعت أمام محكمة الموضوع، فإن رفعت أمام هذه المحكمة الأخيرة رفعت كإجراء وقتى تابع لدعوى أصلية[1].

٤٠٥ – طبيعة الحراسة القضائية: والحراسة القضائية بطبيعتها إجراء تحفظى ويستتبع ذلك أن تكون إجراء وقتياً لا يمس الموضوع.

فهى أولا إجراء تحفظى[1]. ومن ثم لا يصح أن تكون الحراسة القضائية إجراء تنفيذياً أن تستعمل وسيلة للضغط على المدين حتى تدفعه إلى الوفاء بدينه. بل يجب، حتى فى الحالات التى يوضع فيها مال المدين تحت الحراسة القضائية للوفاء بدينه، أن يكون هناك خطر عاجل على مصلحة الدائن يقتضى هذه الحراسة، كأن يكون المدين فى سبيل إخفاء ماله أو التصرف فيه إضراراً بالدائن، فتأتى الحراسة إجراء تحفظياً لمنعه من ذلك. وإذا نتج عنها أن استوفى الدائن حقه، فلم يكن هذا هو المقصود أصلا منها[2]. وسيأتى بيان ذلك عند الكلام فى الحالات المشار إليها.

وهى ثانيا إجراء وقتى. ويترتب على ذلك أنها لا تبقى إلا ببقاء الظروف التى استدعتها[3]. فإن تغيرت هذه الظروف وأصبحت الحراسة لا ضرورة لها، وجب رفعها.

---

(١) انظر عكس ذلك وأنه يجوز وضع دعوى الحراسة أمام محكمة الموضوع كدعوى أصلية ومنفصلة عن دعوى أصل الحق: محمد على راتب فقرة ٣١٩ ص٨٢٨ هامش١.

هذا وينتفى الخطر العاجل إذا كان القانون قد رسم طريقاً آخر يغنى عن الحراسة، كحق الحبس. وقد قضى بأنه ليس للمقاول، إذا كان ملتزماً بأن يبنى عينا وأن يسلمها فى موعد معين وكان يدعى حقاً قبل صاحب البناء، أن يطلب تعيين حارس على العين على اعتبار أن الحراسة هى الطريق الوحيد للتوفيق بين حقه فى الحبس وواجبه فى التسليم، لأن المقاول إما أن يكون ذا حق فى مبلغ لا يزال فى ذمة صاحب البناء وعندئذ فحقه فى الحبس يعفيه من واجب التسليم، أو لا يكون له مبالغ قبله وعندئذ لا يكون من حقه أن يحبس البناء تحت يده، ويكون عليه أن يسلم البناء فوراً لصاحبه، وفى الحالتين لا تناقض بين حق المقاول وواجبه حتى يستعان بالحراسة على محو هذا التناقض (اسكندرية مستعجل ٢١ فبراير سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٥ رقم ٣٠١ ص٦٥٠).

(٢) قرب عبد الحكيم فراج فقرة ٢٦٩.

(٣) ويجوز للقاضى أن يضرب للخصوم ميعاداً لرفع دعوى الموضوع، كما يجوز أن يحدد للحراسة أجلا تنتهى بانقضائه (استئناف مختلط ٢٠ يونيه سنة ١٩٣٤ م٤٦ ص٣٤٠– مصر مستعجل ٣١ مايو سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٢ رقم ٢٥٨ ص٧٦٣).

(1) دعوى الحراسة القضائية هى اجراء تحفظى مؤقت لا يمس موضوع الحق فهى بذلك لا تعد من اجراءات التنفيذ ولا تقوم مقام التنبيه أو الحجز فى قطع التقادم – المكسب للملكية – والقضاء برفض الدعوى يؤدى إلى الغاء صحيفتها وما يكون قد ترتب عليها من آثار.

(جلسة ١٩٧٩/٦/٤ الطعن رقم ٨٢٥ لسنة ٤٤ق س٣٠ ع٢ ص٥٣٩)

والعكس صحيح، فإذا رفعت الدعوى فى وقت لم يكن هناك مبرر لوضع الحراسة على المال، لم يكن هذا مانعاً من الحكم بالحراسة بعد ذلك إذا تغيرت الظروف وجد ما يستدعى وضعها. ولكن هذا لا يعنى أن الحكم فى دعوى الحراسة لا يحوز قوة الأمر المقضى، بل هو كسائر الأحكام الوقتية يحوز هذه القوة ما دامت الظروف التى صدر فيها باقية لم تتغير، فإذا تغيرت نشأ سبب جديد يمنع معه الاحتجاج بقوة الأمر المقضى(١).

وهى ثالثا إجراء لا يمس الموضوع(1). فالحكم بالحراسة القضائية ليس من شأنه أن يؤثر فى موضوع الدعوى الأصلية، وإذا وضع مال متنازع فى ملكيته بين شخصين تحت الحراسة القضائية وعين أحدهما حارساً، فليس هذا معناه ثبوت حق الحارس فى الملكية أو حتى رجحان هذا الحق. فلا يزال النزاع الموضوعى، وهو النزاع فى الملكية، على حاله لم يتأثر بالحراسة، ومن الجائز أن يقضى بالملكية فى النهاية للخصم الآخر الذى لم يعين حارساً. ويترتب على ذلك أنه إذا طلب أحد الخصوم من القاضى ضمن طلب الحراسة طلبات أخرى تتعلق بالموضوع، قضت المحكمة بعدم اختصاصها بنظر هذه الطلبات إذا هى تخرج عن نطاق دعوى الحراسة(٢). ويترتب على ذلك أيضاً أن القاضى إذ عين حارساً

---

(١) استئناف مختلط ٢١ يونيه سنة ١٩٣٩ جازيت ٢٩ رقم ٣٥٨ ص٣٤٨- مصر مستعجل ١٢ سبتمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٤ رقم ١٠٠ ص١٩٦ - ٢٤ مايو سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٩٣ ص٢٥٧. عبد الحكيم فراج فقرة ٢٦١- محمد عبد اللطيف فقرة ٢٩٦ ص٢٦٣.

(1) أ- دعوى الحراسة - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - ليست بالدعوى الموضوعية، فهى لا تمس أصل الحق ولا تعتبر فاصلة فيه، وتقدير أوجه النزاع والضرورة الداعية للحراسة أو الخطر الموجب لها من المسائل الموضوعية التى تستقل محكمة الموضوع بتقديرها، وحسبها أن تقيم قضاءها بهذا الاجراء التحفظى المؤقت على أسباب تؤدى إلى النتيجة التى رتبتها.

(جلسة ١٩٨٥/١/٣٠ الطعن رقم ٧ لسنة ٥١ق)

ب- الحكم المستعجل الصادر بفرض الحراسة القضائية على أعيان تركة المورث لا يعتبر حجة على أن هذه الأطيان هى كل ما كان يملكه عند الوفاة، لأن هذا الحكم لا يمس أصل الحق ولا يعتبر فاصلا فيه.

(جلسة ١٩٨١/٣/٢٦ الطعن رقم ٦٩ لسنة ٤٨ق س٣٢ ص٩٦٠)

جـ- دعوى الحراسة القضائية هى اجراء تحفظى مؤقت لا يمس موضوع الحق فهى بذلك لا تعد من اجراءات التنفيذ ولا تقوم مقام التنبيه أو الحجز فى قطع التقادم - المكسب للملكية - والقضاء برفض الدعوى يؤدى إلى الغاء صحيفتها وما يكون قد ترتب عليها من آثار.

(جلسة ١٩٧٩/٦/٤ الطعن رقم ٨٢٥ لسنة ٤٤ق س٣٠ ع٢ ص٥٣٩)

(٢) ولذلك لا يجوز للقاضى أن يحكم إلا بناء على ظاهر حقوق الطرفين وما تكشف عنه المستندات بداهة للنظرة الأولى، دون أن يتعرض لموضوع النزاع (استئناف مختلط ٢١ نوفمبر سنة ١٩٣٤ م٤٧ ص٣٢- عبد الحكيم فراج فقرة ٢٦٢)، فلا يحيل الدعوى إلى التحقيق أو يندب خبراء أو يوجه اليمين أو يقوم بغير ذلك من وسائل الفحص الموضوعى، أما البحث القانونى المحض بفرض أن الوقائع=

وحدد ما يخوله من سلطات، لم يجز أن تتضمن هذه السلطات ما يمس الموضوع، كأن يسلم أحد الخصوم ريع المال الموضوع تحت الحراسة(١)(1).

=ثابتة، فليس القاضي بممنوع منه (محمد حلمي راتب فقرة ٣٢١ ص٨٣٧- ص٨٣٨- محمد عبد اللطيف فقرة ٢٩٦ ص٢٦١- نقض مدني ١٠ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٦٥ ص٣٨٣). فقاضي الحراسة في تفسيره أو بحثه في موضوع الحق لا يحسم النزاع بين الخصمين لا في التفسير ولا في موضوع الحق، بل لا يكون تفسيره أو بحثه إلا تفسيراً أو بحثاً عرضياً عاجلاً يتحسس به ما يحتمل لأول نظرة أن يكون هو وجه الصواب في الطلب المعروض عليه، ويبقى التفسير أو الموضوع محفوظاً سليما يتناضل فيه ذوو الشأن لدى جهة الاختصاص (نقض مدني ١٩ دسيمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣١٠ ص٩٩٨- وانظر أيضاً نقض مدني ٧ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٥٧ ص١١٠٢- ١٥ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٦١ ص٥٢٤- استئناف مختلط ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٢٨ م٤١ ص١١- ١٠ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م٤٢ ص٣٣- ١٢ فبراير سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٢٧١ - ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ م٤٤ ص٧٩- ٢٣ مايو سنة ١٩٣٤ م٤٦ ص٢٩٦، ١٦ يناير سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص١١٨- ١٨ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م٤٨ ص٦١- ٢٠ مايو سنة ١٩٣٦ م٤٨ ص٢٧٢- ٢٢ يونيه سنة ١٩٣٨ م٥٠ ص٣٧٥ - ٨ مايو سنة ١٩٤٥ م٥٧ ص١٥٢).

(١) استئناف مختلط ٢٣ ديسمبر سنة ١٣١ م٤٤ ص٧٦- ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣١ م٤٤ ص٧٩- ولا يجوز تخويل الحارس سلطة تسليم البائع ريع العين المبيعة الموضوعة تحت الحراسة قبل أن يحكم في الموضوع في دعوى الفسخ التي رفعها البائع (عبد الحكيم فراج فقرة ٢٦٣). ويعتبر ماساً بالموضوع: تخويل الحارس سلطة إيداع حصة الشركاء المدعى عليهم في الريع خزانة المحكمة حتى يفصل في دعوى مطالبة أحد الشركاء بنصيبه في الريع الذي استولى عليه الشركاء المدعى عليهم، إذ أن في الإيداع حبساً لحق الشركاء في الريع عن مدة سابقة على الحراسة وماسا بالموضوع (مصر مستعجل ١٩ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٨٨ ص٢١٥). كذلك يعتبر ماساً بالموضوع تخويل الحارس حق النزول عن جزء من أجرة الأطيان (استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٩ م٤٢ ص١٠٣)، وإن كان يجوز أن يخول حق الصلح مع المستأجر إذا كان ذلك من قبيل حسن الإدارة (استئناف مختلط ٢ يونيه سنة ١٩١٩ م٣١ ص٣٢٠). ولا يعتبر ماسا بالموضوع تخويل الحارس سلطة توزيع ريع الوقف على المستحقين بقدر ما ورد في حجة الوقف، فإن هذا عمل موقت تصفى نتائجه تبعاً للحقوق التي تستقر بعد انتهاء النزاع (نقض مدني أول يونيه سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٧٥ ص٢٠٥). كما لا يعتبر ماسا بالموضوع تخويل الحارس بيع الأموال الموضوعة تحت الحراسة إذا خيف عليها التلف أو هبوط القيمة، وينتقل حق الخصوم إلى الثمن الذي بيعت به هذه الأموال (الإسكندرية مستعجل ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ١٩٠ ص٣٧٣).

انظر في ذلك عبد الحكيم فراج فقرة ٢٦٢- فقرة ٢٦٦- محمد علي رشدي فقرة ٢٠٥ ص٢٩٠- استئناف مختلط ١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م٤٢ ص٢٩- ٥ مارس سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٣٣١- ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م٤٣ ص١٢٩- ١١ مايو سنة ١٩٣٢ م٤٤ ص٣١٤. ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٣٢ م٤٥ ص٣٧- ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م٤٥ ص٧٠.

(1) أ- من المقرر في قضاء محكمة النقض أن قاضي الأمور المستعجلة يمتنع عليه أن يمس أصل =

٤٠٦ – المال الذى يجوز وضعه تحت الحراسة القضائية: ويجب فى المال الذى يوضع تحت الحراسة أن يكون قابلا للتعامل فيه، وقابلا لإدارته بواسطة الغير، ومتصلا بموضوع الدعوى بحيث يكون من شأن الفصل فى هذا الموضوع احتمال رفع اليد الحالية عن المال(1). وهذه الشروط، كما هى مطلوبة فى الحراسة القضائية، تطلب كذلك فى الحراسة الاتفاقية.

فشرط قابلية المال للتعامل فيه يمنع من وضع الحراسة على الأموال العامة. ومع ذلك يجوز وضع المال العام تحت الحراسة إذا كانت ملكيته متنازعاً فيها ويدعيها أحد الأفراد وكانت صفته العامة متنازعاً فيها أيضاً(1). أما الأموال الخاصة للدولة وللأشخاص المعنوية

=الحق فى الاجراء الوقتى الذى يأمر به، وإذ كان قضاء الحكم المطعون فيه بفرض الحراسة القضائية محمولا على قيام النزاع الجدى حول صحة وقيام عقدى القسمة... فإن تكليفه الحارس بتوزيع صافى ريع الأموال محل الحراسة على الخصوم طبقا لأنصبتهم الشرعية فى التركة ينطوى على إهدار لعقدى القسمة واعتبار أن الأموال محلها تركة شائعة بين الورثة وهو ما يمس أصل الحق بما يعيبه بمخالفة القانون.

(جلسة ١٩٨٥/٢/٢٨ الطعنان ١٤٨٠، ١٦٣٥ لسنة ٥٤ق س٣٦ ص٣٢٤)

ب– إن تعين حارس قضائى على أموال الشركة هو اجراء وقتى قد تقتضيه ظروف الدعوى وليس فيه معنى العزل للشريك المنتدب للإدارة باتفاق الشركاء ولا مخالفة فيه لنص المادة ٥١٦ من القانون المدنى.

(جلسة ١٩٥٢/٦/٥ الطعن رقم ٣٠٣ لسنة ٢٠ق)

جـ– الحكم المستعجل بفرض الحراسة على أطيان المورث، لا يعتبر حجة على أن هذه الأطيان هى كل ما كان يملكه عند الوفاة، لأن هذا الحكم لا يمس أصل الحق ولا يعتبر فاصلا فيه.

(جلسة ١٩٨١/٣/٢٦ الطعن رقم ٦٩ لسنة ٤٨ق س٣٢ ص٩٦٠)

(١) ويجوز وضع الحراسة على زراعة الأفراد فى الأملاك العامة، وهو ما يسمى «إيجار خفية». فإذا قام نزاع بين الأفراد حول الانتفاع بزراعة الأملاك العامة ومن منهم أحق بالمحصولات القائمة عليها، جاز وضع هذه المحصولات تحت الحراسة. والحراسة هنا فرضت على المحصولات وهى أموال خاصة، ولم تفرض على الأملاك العامة ذاتها (انظر فى هذا المعنى عبد الحكيم فراج فقرة ٢٧٥ وقد أشار إلى حكم صادر من القضاء المستعجل فى ٢٤ أبريل سنة ١٩٥٠ دائرة ٢ قضية رقم ١٢٦٠ سنة ١٩٥٠).

(1) الحراسة القضائية هى وضع مال يقوم فى شأن نزاع أو يكون الحق فيه غير ثابت ويتهدده خطر عاجل فى يد أمين يتكفل بحفظه وادارته ورده، مع تقديم حساب عنه إلى من يثبت له الحق فيه وهى – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – اجراء وقتى تدعو إليه الضرورة ويستمد وجوده منها.

(جلسة ١٩٩٠/٥/٢٨ الطعن رقم ١٠٥٣ لسنة ٥٨ق)

العامة فيجوز وضعها تحت الحراسة[1]. ويجوز وضع المال غير القابل للحجز تحت الحراسة، إذا لم تكن الحراسة من أجل دين يستوفى من هذا المال. فقانون خمسة الأفدنة مثلا يمنع الحجز على هذه الملكية الزراعية الصغيرة والتنفيذ عليها بالدين، فلا يجوز للدائن أن يطلب وضعها تحت الحراسة لاستيفاء حقه منها، لأنه لا يستطيع التنفيذ عليها حتى لو قضى له فى موضوع الدعوى بالحق الذى يدعيه[2]. ولكن إذا وقع نزاع فى ملكية الأفدنة الخمسة أو فى حيازتها أو فى إدارتها، فإنه يجوز وضعها تحت الحراسة، إذ أن النزاع الموضوعى لا شأن له بدين يراد استيفاؤه[3].

وشرط قابلية المال لإدارته بواسطة الغير يمنع من وضع الحراسة على مكاتب المحامين وعيادات الأطباء ونحوهم من ذوى المهن الحرة، إذ لا يتصور أن يحل حارس محل المحامى أو محل الطبيب فى مكتبه أو فى عيادته، فإن الاعتبار الشخصى الملحوظ فى هذه الأحوال يمنع من ذلك[4]. ولكن يجوز وضع صيدلية[5] أو مدرسة أو كنيسة تحت الحراسة إذا أمكنت إدارتها بواسطة الغير، فيمكن مثلا وضع المدرسة تحت حراسة وزارة التربية والتعليم[6]، ووضع الكنيسة تحت الحراسة من النواحى المالية والإدارية دون مساس

---

(١) محمد عبد اللطيف فقرة ٢٤٦- وإن كان ذلك مستبعداً لملاءة الدولة والأشخاص المعنوية العامة (عبد الحكيم فراج فقرة ٢٧٥ ص٢٥٤). ويقضى القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ المعدل لأحكام المادة ٩٧٠ مدنى بعدم جواز تملك هذه الأموال بالتقادم أو كسب أى حق عليها بمضى المدة، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز وضعها تحت الحراسة إذا كان النزاع يدور حول الحيازة أو التملك بالتقادم، ويسرى ذلك أيضاً على الوقف الخيرى (محمد على راتب فقرة ٣٢٢ ص٨٤٠ هامش٢).

(٢) ملوى ١٥ سبتمبر سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ١٠١ ص١٤٠- عبد الحكيم فراج فقرة ٢٧٦- محمد على راتب فقرة ٣٢٢ ص٨٤٠- ص٨٤١- ويجوز فرض الحراسة على الأموال الخاضعة لقانون تسوية الديون العقارية (كفر الزيات ٧ أبريل سنة ١٩٤١ المحاماة ٢١ ص١١١١- محمد على راتب فقرة ٣٢٢ ص٨٤٠ هامش٢).

(٣) عبد الحكيم فراج فقرة ٢٧٦ ص٢٥٥- محمد عبد اللطيف فقرة ٢٥٥.

(٤) محمد على راتب فقرة ٣٢٢ ص٨٤١- محمد عبد اللطيف فقرة ٢٥٢.

(٥) عبد الحكيم فراج فقرة ٢٧٨- محمد على راتب فقرة ٣٢٢ ص٨٤٢ وهامش ١- محمد عبد اللطيف فقرة ٢٥٣- وقارن بودرى وفال فقرة ١٢٧٤ - محمد كامل مرسى فقرة ٣٥٥ ص٤٦٦.

(٦) محمد على راتب فقرة ٣٢٢ ص٨٤٢ هامش٣- محمد عبد اللطيف فقرة ٢٥٤- وانظر عكس ذلك الإسكندرية مستعجل ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ ص١٠٨٣.

وقد قضى بأنه يجوز وضع مدرسة سادها الاضطراب والفوضى تحت حراسة وزارة المعارف التى لها الولاية العامة على معاهد التعليم ولو لم تكن تابعة لها (عبد الحكيم فراج فقرة ٢٧٧ ص٢٥٦ ويشير إلى حكم مصر مستعجل ٢ يناير سنة ١٩٤٣ قضية رقم ٤٢١ سنة ١٩٤٣ وحكم صادر فى الاستئناف من محكمة مصر الوطنية أول فبراير سنة ١٩٤٣ دائرة أولى قضية رقم ٣٣٢ سنة ١٩٤٣). وقضى كذلك بتعيين حارس قضائى على مدرسة لتعليم اللاسلكى لإدارتها وتحصيل =

بالسلطان الروحى لرئيس الطائفة الدينية[1]. وإذا وقع نزاع فى شأن مسجد أنشأة أحد الأفراد، جاز وضعه مثلا تحت حراسة وزارة الأوقاف. ويجوز وضع جريدة تحت الحراسة إذا اقتضت الضرورة الملحة ذلك[2].

وشرط اتصال المال بموضوع الدعوى يمنع من وضع أموال الوكيل تحت الحراسة فى دعوى حساب عن إدارته، إذ حتى لو ثبت انشغال ذمته بمبلغ معين بعد تقديم الحساب، فإن هذا لا يستوجب رفع يده عن ماله. وكذلك مطالبة ناظر الوقف بالحساب لا تسوغ وضع أعيان الوقف تحت الحراسة، وإنما يسوغ ذلك قيام نزاع على النظر أو بين النظار أو دعوى بعزل الناظر أو شغر النظر على الوقف[3] كما سيأتى:

=إيرادتها وصرف ما يلزمها من نفقات وإيداع صافى الإيراد خزانة المحكمة حتى يفصل فى النزاع بين أصحاب المدرسة المذكورة (عبد الحكيم فراج فقرة ٢٧٧ ص٢٥٦ وقد أشار إلى حكم مصر مستعجل ١٦ فبراير سنة ١٩٥٠ دائرة ٢ قضية رقم ٤٧٧ سنة ١٩٥٠). ويجوز وضع الحراسة على النوادى الرياضية والجمعيات الثقافية، وقد قضى بتعيين حارس قضائى على نادى التجديف الدولى بناء على طلب أحد أعضائه لضمان استمرار العمل فيه مؤقتا عندما أغلقه رئيس لجنة النادى ورفض عقد الجمعية العامة طبقا لقانون النادى (استئناف مختلط ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م٤٢ ص٢٠- عبد الحكيم فراج فقرة ٢٧٧ ص٢٥٧). وقضى بفرض الحراسة على نقابة عمال شركة الترام لما احتدم الخلاف بين أعضاء النقابة ومجلس الإدارة (مصر مستعجل ٢٠ مارس سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ ص١٢٣٢ - محمد على راتب فقرة٣٢٢ ص٨٤٢ هامش ١).

(١) عبد الحكيم فراج فقرة ٢٧٨- محمد عبد اللطيف فقرة ٢٥١- استئناف أسيوط ٩ فبراير سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣٧٣ ص٨١٣- عكس ذلك أسيوط الكلية ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٣٥١ ص٥٢٢.

وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان النزاع بين طرفى الخصومة مقصورا على وضع اليد على الكنيسة وحقوق الإدارة فيما يتعلق بمنقولاتها وأثاثها وتحصيل الاشتراكات والتبرعات، فإنه يعتبر نزاعا مدنياً ليس فيه ما يمس العبادات من قريب أو بعيد، ويكون الدفع بعدم اختصاص المحاكم المدنية بنظره استناداً إلى نص المادة ١٥ من لائحة ترتيبها على غير أساس. وإذن فإذا كان الحكم إذ قضى بإقامة حارس على الكنيسة قد حدد مأموريته - دون مساس بالسلطان الروحى لغبطة الرئيس الدينى للطائفة- بتسلم أموالها ومنقولاتها والإشراف على النواحى المالية والإدارية وتحصيل الإيرادات من اشتراكات وتبرعات وغيرها وصرف المصاريف الضرورية ودفع المرتبات وإيداع الباقى خزانة المحكمة على ذمة الفصل فى الدعوى الموضوعية - إذا كان الحكم قد قضى بذلك، فإنه لا يكون قد جاوز حدود اختصامه (نقض مدنى ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٢٣ ص١١٨). وانظر محمد على راتب فقرة ٣٢٢ ص٨٤٢ هامش٢.

(٢) استئناف مختلط أول يونيه سنة ١٩٣٨ م٥٠ ص٣٤٤- ٣١ مايو سنة ١٩٤٤ م٥٦ ص١٧٧.

(٣) استئناف مصر ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١٩٨ ص٤٠٩- ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٢٣٨ ص٧٢٠- أول يونيه سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٨٦ ص٢٣٥- محمد على عرفة ص٥٣١- محمد كامل مرسى فقرة ٣٥٢ ص٤٦٣- ص٤٦٤.

فإذا توافرت الشروط المتقدمة الذكر، جاز وضع المال تحت الحراسة، قضائية كانت الحراسة أو اتفاقية. ويستوى في ذلك أن يكون المال عقاراً أو منقولا[1]. ويستوى كذلك أن يكون مالا مادياً كمنزل أو أرض أو سيارة، أو أن يكون ديناً فى الذمة وقد قضى بتعيين حارس قضائى ليقوم بتحصيل الأجرة من المستأجر وإيداعها خزانة المحكمة حتى يفصل فى بطلان حجز ما للمدين لدى الغير الذى وضع تحت يد المستأجر[2].

ويجوز أن يكون المال الموضوع تحت الحراسة حقوقاً معنوية كحق المؤلف وبراءة الاختراع والعلامة التجارية، فإذا وقع نزاع فى ملكية هذه الحقوق مثلا، جاز وضعها تحت الحراسة[3].

ويجوز وضع الحراسة على مجموع من المال كالمتجر والتركة والشركة[4]. وقد قام خلاف فى ذلك فى القانون الفرنسى وفى عهد التقنين المدنى القديم[5]، ولكن التقنين المدنى الجديد حسم هذا الخلاف بالنص الصريح، فأجاز فى المادة ٧٢٩ منه الحراسة على مجموع من المال، كما أجاز فى المادة ٧٣١ الحراسة على الوقف. ولكن لا يجوز وضع الحراسة على مجموع الذمة المالية للشخص، إذ أنه لا يجوز غل يد الشخص عن مجموع أمواله إلا فى حالات الحجر والإفلاس والإعسار[6].

---

(١) سواء كان المال مفرزاً أو شائعاً، يشغله المدعى عليه أو كان مؤجراً للغير (محمد على راتب فقرة ٣٢٢ ص٨٤٤ هامش ٢ و ٣ والأحكام المشار إليها).

(٢) استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٨٩٠ م٢ ص٣١٢- عبد الحكيم فراج فقرة ٢٧٢- عكس ذلك استئناف مختلط ٢ مايو سنة ١٩٢٨ م٤٠ ص٣٣٣- ٢٢ يناير سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص١١٨- وقارن محمد عبد اللطيف فقرة ٢٤٨- وقد قضى بتعيين حارس على العقار إذا امتنع المستأجرون عن أداء الأجرة انتظاراً للفصل فى دعوى بطلان التنازل الصادر من المؤجر للغير (استئناف مختلط ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٧ م٣٠ ص٥٧).

(٣) عبد الحكيم فراج فقرة ٢٧٣- محمد على راتب فقرة ٣٢٢ ص٨٤٥ هامش١- محمد عبد اللطيف فقرة ٢٤٩- وانظر فى إمكان وضع الحراسة على دفاتر شركة محاصة أودعها الشريك فى قضية مع شخص ثالث، فانتهز الشريك الأول هذه الفرصة وطلب وضع الحراسة إذ أنكر شريكه وجود هذه الشركة: مصر مستعجل ٩ مايو سنة ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ ص٦٥٢- محمد على راتب فقرة ٣٢٢ ص٨٣٩ هامش١- وانظر عكس ذلك قنا الكلية ٢٧ يناير سنة ١٩٥١ المحاماة ٣١ ص١١١٩- انظر أيضاً فى جواز وضع الحراسة على المستندات بودرى وفال فقرة ١٢٧٣.

(٤) محمد عبد اللطيف فقرة ٢٤٧.

(٥) ويرجع الخلاف إلى أن نص المادة ٢/١٩٦١ مدنى فرنسى يجيز الحراسة على «عقار» أو على «منقول» بلفظ المفرد، وكذلك فعل النص الفرنسى للمادة ٦٠٠/٤٩١ مدنى قديم، فوقعت الشبهة فى أن الذى يجوز وضعه تحت الحراسة هو عين معينة بالذات لا مجموع من المال.

(٦) انظر آنفاً فقرة ٤٠٠ فى الهامش وما يلى فقرة ٤٢٨ - محمد كامل مرسى فقرة ٣٥٥ ص٤٦٥-=

٤٠٧ – مبحثان: بعد أن مهدنا للكلام فى الحراسة القضائية بتقرير أن شرط الخطر العاجل يجب توافره فى جميع فروض هذه الحراسة وأحوالها، وببيان طبيعة هذه الحراسة وأنها إجراء تحفظى وقتى لا يمس الموضوع، وبذكر الشروط الواجب توافرها فى المال الذى يجوز وضعه تحت الحراسة والأنواع المختلفة لهذا المال، تتناول الآن موضوع الحراسة القضائية فى مبحثين: نبين فى الأول منهما الفروض التى يجوز فيها هذه الحراسة، ونتكلم فى الثانى فى دعوى الحراسة القضائية وتعيين الحارس القضائى.

المبحث الأول

الفروض التى تجوز فيها الحراسة القضائية

٤٠٨ – الفروض المنصوص عليها فى القانون ليست مذكورة على سبيل الحصر: حتى نبين ذلك يحسن أن نستعرض، فى عجالة تاريخية، نصوص التقنين المدنى الفرنسى فى الحراسة القضائية، ثم نصوص التقنين المدنى المصرى القديم وقد أخذت عن نصوص التقنين المدنى الفرنسى بعد أن توسع القضاء فى تطبيقها والفقه فى تفسيرها.

ظهرت الحراسة القضائية فى النصوص التشريعية، فى القانون الفرنسى القديم، فى الأمر الملكى الصادر فى أبريل سنة ١٦٦٧. فقد نصت المادة الثانية من الباب التاسع عشر من هذا الأمر على أنه «يجوز أن تقام الحراس، بناء على طلب الخصوم أو بأمر المحكمة من تلقاء نفسها، فى حالة ما إذا قدر القضاة أن هناك ضرورة لإقامتهم[1]» وهذا النص كما نرى عام مطلق، فليست هناك حالات محصورة للحراسة القضائية، بل يجوز أن تقام هذه

=وانظر فى جواز الحراسة على أموال المدين المعسر عبد الحكيم فراج فقرة ٢٣٨– وعكس ذلك محمد عبد اللطيف فقرة ٢٥٠– وسنعود إلى مسألة الحراسة على أموال المدين المعسر فيما يلى فقرة ٤٢٨.

ويجوز وضع الحراسة على مال ليس فى حيازة صاحبه، فتجوز الحراسة على العين المؤجرة ويتولى الحارس قبض الأجرة وينفق منها على شؤون الحراسة (استئناف مختلط ٤ مايو سنة ١٩١٠ م٢٢ ص٢٨٩– أول مارس سنة ١٩١١ م٢٣ ص٢٠٦– ٥ ديسمبر سنة ١٩١٧ م٣٠ ص٧٠– ٢ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م٣٧ ص٤٦).

(١) وهذا هو النص الفرنسى للمادة الثانية من الأمر الملكى الصادر فى أبريل سنة ١٦٦٧:

Les séquestres pourront être ordonnés tant sur l demande des parties que d'office, en cas que les juges estiment qu'il y a nécessité de le faire.

(انظر بودرى وفال فقرة ١٢٦٩ ص٦٨٢)

الحراسة فى أية حالة يرى فيها القاضى ضرورة لإقامة الحراسة. فليس هناك إذن إلا شرط عام هو قيام الضرورة، والضرورة تقوم بداهة بقيام الخطر العاجل.

ولكن التقنين المدنى الفرنسى لم يطلق العبارة كما أطلقها الأمر الملكى، بل نصت المادة ١٩٦١ منه على ما يأتى: «يجوز للقضاء أن يأمر بإقامة حارس: (١) على منقولات المدين المحجوز عليها. (٢) على عقار أو منقول تكون ملكيته أو حيازته متنازعاً عليها بين شخصين أو أكثر. (٣) على الأشياء التى يعرضها المدين لإبراء ذمته». فجاء النص يعدد الحالات التى يجوز فيها فرض الحراسة القضائية، ومن ثم ذهب فريق من الفقهاء وأحكام القضاء القديمة إلى أن هذا التعداد قد جاء على سبيل الحصر على تفاوت فى درجة هذا الحصر(١). ولكن كثيراً من أحكام القضاء الفرنسى وبخاصة الحديث منها، ذهب، مع فريق أخر من الفقهاء، إلى أن التعداد لم يجئ على سبيل الحصر، بل جاء على سبيل المثال(٢).

وقد تأثر المشرع المصرى بالرأى الثانى، فنصت المادة ٦٠٠/٤٩١ من التقنين المدنى القديم على أن «للمحكمة أن تعين حارساً أو حافظاً للأشياء المتنازع فيها أو الموضوعة

---

(١) ديفرجييه فقرة ٥٣٦- ترولون فقرة ٢٩٥- هيك ١١ فقرة ٢٧١- بون ١ فقرة ٥٦٠- أوبرى ورو (الطبعة الرابعة) ٤ فقرة ٤٠٩ هوامش ٤-٧- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٩٤- نقض فرنسى ١٣ يوليه سنة ١٨٥١ داللوز ٥١-١-٢٦٩- ١٧ يناير سنة ١٨٥٥ داللوز ٥٥-١-١١- ١٠ يوليه سنة ١٨٧٦ داللوز ٧٦-١-٣١٣- ٢٦ يوليه سنة ١٨٨٧ سيريه ٨٧-١-٣٧٧- ١٣ نوفمبر سنة ١٨٨٩ داللوز ٩٠-١-٣٤- باريس ٥ مارس سنة ١٨٧٠ داللوز ٧١-٢-٨٩- ٩ يناير سنة ١٨٩٥ سيريه ٩٦-٢-٢٨٨- بوردو ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٠٤ مجموعة بوردو ١٩٠٥ -١-١٧١- السين ٨ يوليه سنة ١٨٩٥ Le Droit ٨ أكتوبر سنة ١٨٩٨ - وقارن كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٢٤٨ ص٨١٥- جوسران ٢ فقرة ١٣٧٧ - أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Séquestre فقرة ١٠ وما بعدها.

(٢) لاروميير م١١٨٠ فقرة ٦- لوران ٢٧ فقرة ١٧٣- كوليه دى سانتير ٨ فقرة ١٧٣ مكررة- جيوار فقرة ١٧٥- بودرى وفال فقرة ١٢٦٩ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٩ ص١٩٠ هامش ١ مكرر ٦- بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٨٨٥- نقض فرنسى ١٥ أبريل سنة ١٩٢٤ داللوز ١٩٢٤-١-١٦٩- ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٢ جازيت دى پاليه ١٩٢٢-١-٤٢- ٢٧ مايو سنة ١٩٣٦ جازيت دى پاليه ١٩٣٦ -٢-٣٢٢- باريس ٤ مايو سنة ١٨٦٧ داللوز ٦٧-٢-١٥٩- ١٥ أبريل سنة ١٨٨٥ داللوز ٨٦- ٢-١٢٧- ٢٩ يوليه سنة ١٩١٩ داللوز ١٩٢٠ -٢-٧٤- ١٣ نوفمبر سنة ١٩٣٥ جازيت دى پاليه ١٩٣٥ -٢-٩٢٠.

وقد توسع القضاء الفرنسى فى الأحوال التى يجوز فيها فرض الحراسة إلى حد أنه أجاز فرضها على ملفات أعمال مهندس معمارى وأوراقه بعد أن انتقلت بموته إلى مهندس أخر، وذلك حتى يتمكن ورثة المهندس الأول من الرجوع إليها فى دفع دعاوى المسئولية التى توجه إليهم كورثة (نانسى الابتدائية ١٢ فبراير سنة ١٨٩٥ مجموعة أحكام نانسى ٩٥-١٥٧- بودرى وفال فقرة ١٢٧٣).

تحت يد القضاء، كما يجوز لها أن تعين لذلك أحد الأخصام المترافعين». فجاءت العبارة أكثر إطلاقاً من عبارة التقنين المدني الفرنسي في المادة ١٩٦١ منه على ما رأينا، إذ لم يشترط المشرع المصري في الشيء المتنازع عليه الذي يوضع تحت الحراسة أن يكون النزاع منصباً على الملكية أو الحيازة من ناحية، وأجاز من ناحية أخرى الحراسة في الشيء ولو لم يكن متنازعا عليه إذا كان موضوعاً تحت يد القضاء. والمقصود بالشيء الموضوع تحت يد القضاء الشيء الخالي من النزاع المحكوم بإجراءات قضائية مرسومة لحماية الدائنين، كالمنقول أو العقار المحجوز عليه والعقار المرهون عند تخلية الحائز إياه[1]. فلا يجوز إذن طبقاً للنص أن تفرض الحراسة على شيء خال من النزاع وغير محكوم بإجراءات قضائية مرسومة لحماية الدائنين، فلا تفرض الحراسة على أموال التركة أو على الأموال الموقوفة إذا طلب دائنو المورث أو دائنو المستحق في الوقف وضعها تحت الحراسة. ولكن ما لبث القضاء في مصر أن توسع في تطبيق النص، ولم يعتبر حالات الحراسة القضائية المنصوص عليها مذكورة على سبيل الحصر، فأضاف إليها حالات أخرى غير مذكورة في النص، وأجاز مثلا فرض الحراسة على الأموال الموقوفة بناء على طلب دائني الوقف أو دائني احد المستحقين فيه لاستيفاء ديونهم من ريعه[2]، كما أجاز لدائني التركة وضع أموال التركة تحت الحراسة لضمان وفاء ديونهم[3]، بل أجاز لأي دائن أن يضع أموال مدينه تحت الحراسة إذا كانت هي الوسيلة الوحيدة المنتجة لتنفيذ حكم واجب النفاذ[4].

---

(١) جرانمولان فقرة ٩٠٨ ص٣١٣- عبد الحكيم فراج فقرة ٨٠- فقرة ٨٢- مصر الوطنية ٢٤ مارس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٤٠ ص٧٠١.

(٢) نقض مدني ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٢٥٤ ص٥٨١- إسكندرية مستعجل ١٠ يناير سنة ١٩٢٣ المحاماة ١٣ رقم ٣٧٤ ص٧٥٩- مصر مستعجل ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٤٢٣ ص٩٣٥.

(٣) استئناف مختلط ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م٤٦ ص٦٨- ٣ يناير سنة ١٩٣٩ م٥١ ص٧٠- ٣١ مايو سنة ١٩٣٩ م٥١ ص٣٦٧.

(٤) استئناف مصر ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٤٢٦ ص٨٦٣- ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٩٢ ص١٩٨.

وانظر في توسع القضاء المصري في حالات الحراسة القضائية في عهد التقنين المدني القديم عبد الحكيم فراج فقرة ٨٤ وما بعدها. وانظر في جواز وضع المال تحت الحراسة في عهد التقنين المدني القديم عند وقوع نزاع أو عند قيام خطر عاجل: استئناف وطني أول نوفمبر سنة ١٨٩٣ الحقوق ٨ ص٣١٣- ٣١ أكتوبر سنة ١٨٩٥ الحقوق ١١ ص٩- استئناف مصر أول نوفمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١٩٣ ص٤٠٠- بني سويف استئنافي ٢٨ سبتمبر سنة ١٨٩٠ الحقوق ٥ ص٣٨٠- الجيزة ٢٢ أبريل سنة ١٨٩١ الحقوق٦ ص٦٨- مصر استئنافي ١٠ أكتوبر سنة ١٨٩٢ القضاء ٢ ص١٦٨- بني سويف أول نوفمبر سنة ١٨٩٢ الحقوق ٧ ص٣٤٩- طنطا جزئي ٢٤ =

وفى هذا الجو من توسع القضاء وضع التقنين المدنى الجديد، فأورد فى نصين متعاقبين – م٧٣٠ وم٧٣١– الفروض التى تجوز فيها الحراسة القضائية. وقد ساير التقنين الجديد القضاء فى توسعه، وإذا كان ظاهر النصوص يشعر أن هذه الفروض مذكورة على سبيل الحصر، إلا أن الواقع من الأمر أنها وسعت نطاق الحراسة القضائية إلى غير ما حدّ، وأن فرضاً منها أجاز الحراسة القضائية «إذا كان صاحب المصلحة فى منقول أو عقار قد تجمع لديه من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطراً عاجلاً من بقاء المال تحت يد حائزه»، فكسر هذا النص كل الحواجز، وأصبحت الفروض الأخرى المذكورة فى النصوص مجرد تطبيقات عملية لهذا الفرض العام، وهى تطبيقات غير مذكورة على سبيل الحصر، ولم يعد يشترط لفرض الحراسة القضائية غير الشرط العام وهو قيام الخطر العاجل، دون تفريق بين حالة وأخرى.

ونتناول الآن الفروض التى نص عليها التقنين المدنى فى المادة ٧٣٠ منه وهى تعرض للأموال غير الموقوفة، وفى المادة ٧٣١ وهى خاصة بالأموال الموقوفة.

المطلب الأول

أحوال الحراسة القضائية على الأموال غير الموقوفة

٤٠٩– نص قانونى: تنص المادة ٧٣٠ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«يجوز للقضاء أن يأمر بالحراسة»:

=أبريل سنة ١٩١٥ الشرائع ٣ رقم ١٦ ص٨٩. أسيوط استئنافى ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ٣٠ ص٤٧– مصر الكلية ١١ سبتمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٨٦ ص٢٠٢– استئناف مختلط ١٩ نوفمبر سنة ١٨٩٠ م٣ ص١٣– ١٨ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م٣ ص٨٧– ٤ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م٨ ص٢٦.

وانظر مع ذلك فى أن الحراسة هى من الإجراءات الاستثنائية التى لا يلجأ إليها إلا عند الضرورة: استئناف وطنى ١٥ يونيه سنة ١٩٠٩ الحقوق ٢٥ ص٢٧٣ (الخصم المطلوب رفع يده بالحراسة قدم تأمينات كافية فلا محل للحراسة)– ٢٧ مارس سنة ١٩١١ الحقوق ٢٧ ص١٤– مصر الوطنية ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٢ الحقوق ١٨ ص٢١٢ (طالب الحراسة واضع يده على العين وخصمه قبل أن يبقى واضع اليد فلا محل للحراسة) – ٢ يونيه سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص١٧٣– طنطا ٩ سبتمبر سنة ١٩١٧ الحقوق ٣٣ ص١٨٧– استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٨٩١ م٣ ص٢٦٥– ٢٢ مارس سنة ١٨٩٣ م٥ ص٢١٣– ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م٦ ص٥٨– أول مايو سنة ١٨٩٥ م٧ ص٢٧٨– ٦ نوفمبر سنة ١٨٩٥ م٨ ص٣– ٩ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م٩ ص٥١– أول ديسمبر سنة ١٨٩٧ م١٠ ص٢٧.

«١- فى الأحوال المشار إليها فى المادة السابقة إذا لم يتفق ذوو الشأن على الحراسة».

«٢- إذا كان صاحب المصلحة فى منقول أو عقار قد تجمع لديه من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطرا عاجلا من بقاء المال تحت يد حائزه».

«٣- فى الأحوال الأخرى المنصوص عليها فى القانون»(١).

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى القديم المادة ٤٩١/٦٠٠(٢).

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ٦٩٦- وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٧٣٠- ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى العراقى - ويقابل فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ١/٧٢٠و٢(٣).

---

(١) **تاريخ النص**: ورد هذا النص فى المادة ١٠١٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «ويجوز للقضاء أيضاً أن يأمر بالحراسة. ١- فى الأحوال المشار إليها فى المادة السابقة إذا لم يتفق ذوو الشأن على الحراسة. ٢- فى الأحوال الأخرى المنصوص عليها فى القانون. ٣- إذا كان صاحب المصلحة فى منقول أو عقار قد تجمع لديه من الأسباب المعقولة ما يخشى معه أن يختلس الحائز هذا الشئ أو أن يتلفه أو أن يغير فيه». وفى لجنة المراجعة قدمت الفقرة الثالثة على الفقرة الثانية، وعدلت العبارة الأخيرة منها ليكون حكمها عاما دون أن تشتمل على صفة يستفاد منها الحصر، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، وصار رقمه ٧٦٢ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٦١، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٣٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٧٨- ص٢٨٠).

(٢) **التقنين المدنى القديم** م٤٩١/٦٠٠: للمحكمة أن تعين حارساً أو حافظاً للأشياء المتنازع فيها أو الموضوعة تحت يد القضاء، كما يجوز لها أن تعين لذلك أحد الأخصام المترافعين.

(وقد قدمنا - انظر آنفاً فقرة ٤٠٨- أن التقنين المدنى القديم تقدم خطوة كبيرة نحو التعميم عن التقنين المدنى الفرنسى، وأنه على النحو الذى طبق به فى القضاء المصرى أصبح فى مجموعه موافقاً للتقنين المدنى الجديد).

(٣) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدنى السورى م٦٩٦ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م٧٣٠ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى لا يشتمل على نصوص فى الحراسة.

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م١/٧٢٠ و٢: يعهد فى الحراسة إلى شخص يتفق جميع ذوى الشأن على تعيينه من قبل القاضى - وللقاضى أن يقرر تعيين حارس: ١- للشئ الذى يكون موضوع نزاع أو موضوع علاقات قانونية مشكوك فيها، إلى أن يزول النزاع أو الشك، أو للشئ الذى يعرضه المديون لإبراء ذمته. ٢- للأموال المنقولة وغير المنقولة التى يخشى صاحب الشأن، لأسباب مشروعة، أن يختلسها واضع اليد عليها أو يتلفها أو يعيبها. ٣- للأموال المنقولة المؤمنة لحق الدائن إذا أثبت =

ونرى من النص سالف الذكر أن هناك فروضاً ثلاثة تجوز فيها الحراسة القضائية. وإذا توخينا أن نرتب هذه الفروض ترتيباً نراعى فيه التدرج من التخصيص إلى التعميم، لوجب أن نعدل عن الترتيب الوارد فى النص، بل ونعدل عن الترتيب الوارد فى المشروع التمهيدى[1]، إلى الترتيب الآتى:

(الفرض الأول) ويشتمل على حالات وردت فى نصوص معينة. وقد أجاز القانون فرض الحراسة القضائية فى هذه الحالات الخاصة المذكورة على سبيل الحصر، إذا توافرت الشروط التى نص عليها. ونرى من ذلك أن هذا الفرض الأول قد انحصر فى حالات خاصة معينة بذواتها، فهو أدنى مراتب التدرج من التخصيص إلى التعميم.

(الفرض الثانى) ويتناول الحالات المشار إليها فى المادة السابقة على المادة ٧٣٠مدنى، أى الحالات المشار إليها فى المادة ٧٢٩ مدنى وهى المادة الخاصة بالحراسة الاتفاقية. فتجوز الحراسة القضائية على «منقول أو عقار أو مجموع من المال يقوم فى شأنه النزاع، أو يكون الحق فيه غير ثابت» (م٧٢٩ مدنى)، «إذا لم يتفق ذوو الشأن على الحراسة» (م٧٣٠مدنى). وهنا نرى أننا انتقلنا خطوة من التخصيص إلى التعميم. فجعلنا الحراسة جائزة فى كل شئ يقوم فى شأنه نزاع أو يكون الحق فيه غير ثابت. والمفروض طبعاً فى هذا الفرض أن هناك خطراً عاجلا وهو الشرط العام فى كل حراسة قضائية كما قدمنا، ولكن قيام الخطر العاجل لا يكفى بل يجب أيضاً أن يكون هناك نزاع أو أن يكون الحق غير ثابت. ومن ثم كان هذا الفرض فى منزله وسطى بين التخصيص والتعميم.

(والفرض الثالث) وفيه لا ترد حالات خاصة معينة بذواتها كما فى الفرض الأول، بل ولا يرد قيد قيام النزاع أو عدم ثبوت الحق كما فى الفرض الثانى، فيكفى أن يقوم خطر عاجل، أو كما يقول النص أن تتجمع لدى صاحب المصلحة «من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطراً عاجلا من بقاء المال تحت يد حائزه»، حتى يجوز للقاضى أن يفرض الحراسة القضائية. فلا يشترط إذن فى هذا الفرض الثالث إلا توافر الشرط العام فى كل حراسة قضائية، وهو قيام الخطر العاجل، ومن ثم كان هذا الفرض هو أعلى مراتب التدرج من التخصيص إلى التعميم.

ونبحث هذه الفروض الثلاثة وفقاً لهذا الترتيب.

=الدائن عجز مديونه أو كان لديه من الأسباب المشروعة ما يحمله على الخوف من هربه أو اختلاسه لتلك الأشياء أو تعييبها.

(وتتفق أحكام التقنين اللبنانى مع أحكام التقنين المصرى).

(١) انظر آنفاً نفس الفقرة فى الهامش.

١ – حالات وردت فيها نصوص قانونية

٤١٠– أمثلة من هذه الحالات: نستبعد من هذه الحالات تلك التى يعين فيها مصف لمجموع من المال، كأمين التفليسة ومصفى الشركة (م٥٣٤ مدنى وما بعدها) ومصفى التركة (م٨٧٦ مدنى وما بعدها). فالمصفى ليس حارساً يدير المال فحسب، بل هو أيضاً يصفيه فيدفع الديون ويستوفى الحقوق، وهذه سلطة أوسع من سلطة الحارس.

ونستبعد أيضاً من يكون مديراً للمال الشائع، سواء عينته أغلبية الشركاء أو عينته المحكمة أو كان شريكاً تولى الإدارة دون اعتراض من الباقين (م٨٢٨ مدنى). فإن المهمة الأصلية لمدير المال الشائع هى إدارة المال ويأتى حفظه تبعاً لذلك، أما المهمة الأصلية للحارس القضائى فهى حفظ المال وتأتى إدارته تبعاً لذلك، ولذلك كانت سلطة مدير المال الشائع فى الإدارة أوسع عادة من سلطة الحارس القضائى.

ونورد بعد ذلك أمثلة لحالات نص القانون على أن يقام فيها حارس قضائى، وقد اخترنا منها الحالات الآتية: (١) عرض المدين محل الوفاء على الدائن ووضعه تحت الحراسة (م٣٣٦ مدنى). (٢) نزع الشئ الذى ترتب عليه حق انتفاع من المنتفع ووضعه تحت الحراسة (م٩٨٨ مدنى). (٣) تخلية العقار المرهون وتعيين حارس تتخذ فى مواجهته إجراءات نزع الملكية (م١٠٧١ مدنى). (٤) وضع الدائن المنقول المثقل بحق امتياز لمصلحته تحت الحراسة (م٣/١١٣٣ مدنى). (٥) تعيين حارس على المنقولات المحجوز عليها (م٣٦٤ مرافعات). (٦) وضع العقار المحجوز عليه تحت الحراسة (م٤٠٧ مرافعات)[1].

---

(١) وقد أوردت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى مثلين من هذه الأمثلة الستة، فقالت: «فى الأحوال الأخرى المنصوص عليها فى القانون، كحالة توقيع الحجز (على المنقول) وقد نصت عليها المادة ٥٠٨/٤٤٦ من تقنين المرافعات (القديم)، وحالة العرض الحقيقى فيما لا يمكن إيداعه خزينة المحكمة وقد نص عليها المشروع فى المادة ٤٧٢: انظر المادة ١٩٦١ من التقنين المدنى الفرنسى» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٧٩).

وهناك نصوص أخرى نصت على حالات يقام فيها حارس قضائى منها ما ورد فى تقنين المرافعات ضمن الإجراءات المقررة فى مواد الأحوال الشخصية قبل الغائها بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠، ومن ذلك ما كانت تقضى به المادة ٩٤١ مرافعات وتنص على ما يأتى: «إلى أن يصدر القرار بتثبيت منفذ الوصية، يجوز له أن يطلب من المحكمة أن تأمر على وجه الاستعجال بتسليمه أموال التركة باعتباره مديراً مؤقتاً. ويجوز له أن يطلب تسليمه هذه الأموال بالصفة المذكورة بأمر يصدر من قاضى الأمور الوقتية على عريضة إذا لم يكن طلب تثبيته قد رفع إلى المحكمة».

ومن ذلك أيضاً ما كانت تنص عليه المادة ٩٦٧ مرافعات الملغاه بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ من أنه «يجوز لقاضى الأمور المستعجلة فى أحوال الاستعجال أن يعين مديراً مؤقتاً للتركة بناء على طلب =

٤١١ – عرض المدين محل الوفاء على الدائن ووضعه تحت الحراسة: تنص المادة ٣٣٦ من التقنين المدنى على أنه «إذا كان محل الوفاء شيئاً معيناً بالذات، وكان الواجب أن يسلم فى المكان الذى يوجد فيه، جاز للمدين بعد أن ينذر الدائن بتسلمه أن يحصل على ترخيص من القضاء فى إيداعه. فإذا كان هذا الشئ عقاراً أو شيئاً معدا للبقاء حيث وجد، جاز للمدين أن يطلب وضعه تحت الحراسة». وتنص المادة ٢/٤٨٨ من تقنين المرافعات على أنه «وإذا كان المعروض شيئا غير النقود جاز للمدين الذى رفض عرضه أن يطلب من قاضى الأمور المستعجلة الترخيص فى ايداعه بالمكان الذى يعينه القاضى إذا كان الشئ مما يمكن نقله أما إذا كان الشئ معدا للبقاء حيث وجد جاز للمدين أن يطلب وضعه تحت الحراسة» وقد عرضنا لهذه المسألة فى الجزء الثالث من الوسيط عند الكلام فى العرض الحقيقى والإيداع، وقلنا إن نص المادة ٣٣٦ مدنى «للتوفيق بينه وبين المادة ٤٨٨ مرافعات، يجب أن يجعل مفصلا لأحكام هذه المادة. ويجب إذن أن نميز فى غير النقود بين ما يمكن نقله وإيداعه كمجوهرات وعروض يسيرة النقل، وبين ما هو معد للبقاء حيث وجد كالعقارات وبعض المنقولات العسيرة النقل والتى هى معدة لتبقى حيث هى كالآلات الزراعية والسيارات والمؤن وأدوات العمارة ونحو ذلك. فإذا كان المعروض مما يتيسر نقله، جاز للمدين أن يطلب من قاضى الأمور المستعجلة وفقاً للمادة ٤٨٨ مرافعات، أو أن يطلب بعريضة من قاضى الأمور الوقتية وفقاً للمادة ٣٣٦ مدنى، أمراً يتعين حارس لحفظ الشئ فى المكان الذى يعينه القاضى، وقد يكون هذا المكان هو خزانة المحكمة إذا تيسر ذلك كما هو الأمر فى إيداع المجوهرات والأوراق المالية ونحوها. أما إذا كان المعروض مما لا يتيسر نقله بل كان معداً للبقاء حيث وجد، جاز للمدين، بالطريقة نفسها، أن يطلب تعيين حارس لحراسته حيث يوجد دون أن ينقل. وفى جميع هذه الأحوال تقوم الحراسة، فى المكان الذى يعين أو فى المكان الذى يوجد فيه المعروض، مقام الإيداع»(١).

ونرى من ذلك أن القانون قد فرض فرضاً غير قابل لإثبات العكس أن الشئ المعروض، إذا كان مما لا يتيسر نقله، وقد عرضه المدين لإبراء ذمته، يكون فى خطر عاجل إذا اقتصر المدين على تركه تحت تصرف الدائن دون أن يتسلمه هذا الأخير فعلا، فأوجب وضعه تحت الحراسة. وتكون الحراسة هنا قد توافر شرطها العام وهو قيام الخطر العاجل، إلا أن هذا

=ذوى الشأن أو النيابة، ويبين القاضى سلطة هذا المدير». ومنها ما ورد فى تشريعات خاصة، ومن ذلك ما نصت عليه المادة الخامسة من المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ (المضافة بالقانون رقم ٣٤٢ لسنة ١٩٥٢) من أن «تظل الأعيان والأموال التى كانت موقوفة تحت يد ناظر الوقف حتى يتم تسليمها إلى مستحقيها، على أن تكون له فى هذه الفترة صفة الحارس القانونى».

(١) الوسيط ٣ فقرة ٤٣٤.

الشرط قد فرض القانون توافره فرضاً لا يقبل إثبات العكس كما قدمنا نظراً للظروف المحيطة بالشئ المعروض، وتقوم الحراسة فى هذه الحالة مقام الإيداع[1]. وقد رأينا تقنين المرافعات يجعل أمر الحراسة هنا من اختصاص القضاء المستعجل، وهو القضاء المختص عادة فى دعاوى الحراسة. ويمكن أن يفسر نص المادة ٣٣٦ مدني سالف الذكر على أن الترخيص فى الإيداع ووضع الشئ المعروض تحت الحراسة يطلبان أيضا من قاضى الأمور المستعجلة، ولكن لما لم يصرح النص بذلك كما صرح نص المادة ٤٨٨ مرافعات، أمكن أن يقال بالالتجاء إلى قاضى الأمور الوقتية للحصول على أمر على عريضة تقدم له، وهو على كل حال اختصاص غير مألوف فى دعاوى الحراسة كما سنرى.

٤١٢ – نزع الشئ الذى ترتب عليه حق انتفاع من المنتفع ووضعه تحت الحراسة: تنص المادة ٩٨٨ من التقنين المدني على ما يأتى: «١ – على المنتفع أن يستعمل الشئ بحالته التى تسلمه بها وبحسب ما أعد له، وأن يديره إدارة حسنة. ٢ – وللمالك أن يعترض على أى استعمال غير مشروع أى غير متفق مع طبيعة الشئ، فإذا أثبت أن حقوقه فى خطر جاز له أن يطالب بتقديم تأمينات، فإن لم يقدمها المنتفع أو ظل على الرغم من اعتراض المالك يستعمل العين استعمالا غير مشروع أو غير متفق مع طبيعتها، فللقاضى أن ينزع هذه العين من تحت يده وأن يسلمها إلى آخر يتولى إدارتها، بل له تبعاً لخطورة الحال أن يحكم بانتهاء حق الانتفاع دون إخلال بحقوق الغير».

وهذا النص ليس إلا تطبيقاً واضحاً لدعوى الحراسة فى صورتها المألوفة، فالمنتفع يستعمل الشئ استعمالا غير مشروع أو غير متفق مع طبيعته، وقد عرضه بهذا الاستعمال لخطر عاجل يصيب حقوق المالك. فيجوز للمالك فى هذه الحالة أن يرفع الأمر إلى القضاء المستعجل، وبعد أن يثبت الخطر العاجل الذى يتهدد الشئ، يحصل على حكم بتقديم تأمينات. فإن لم يحصل على هذه التأمينات، أو حصل عليها ومع ذلك استمر المنتفع فى إساءة الانتفاع، جاز للمالك أن يطلب وضع الشئ تحت الحراسة، بل يجوز له تبعاً لخطورة الإساءة فى الاستعمال أن يطلب إسقاط حق الانتفاع ورد العين إليه. فالحراسة هنا، كالحراسة فى أى موضع آخر، يجب أن يتوافر فيها شرط قيام الخطر العاجل، وليس

---

(١) وتنص المادة ٤٨٩ مرافعات على أنه «يجوز العرض الحقيقى فى الجلسة أمام المحكمة بدون إجراءات أخرى إذا كان من يوجه إليه العرض حاضراً. وتسلم النقود المعروضة عند رفضها لكاتب الجلسة لإيداعها خزانة المحكمة، ويثبت فى محضر الإيداع ما أثبت بمحضر الجلسة خاصاً بالعرض ورفضه – وإذا كان المعروض بالجلسة من غير النقود، تعين على العارض أن يطلب إلى المحكمة تعيين حارس عليه لحفظه، ولا يقبل الطعن فى الحكم الصادر بتعيين الحارس – وللعارض أن يطلب على الفور الحكم بصحة العرض».

هذا الشرط مفروضاً توافره كما فرض توافره فى الحالة السابقة، بل يقع على المالك عبء إثباته. ودعوى الحراسة ترفع أمام القضاء المستعجل، كسائر دعاوى الحراسة. ومن الجائز أن ترفع دعوى موضوعية بإسقاط حق الانتفاع، وترفع تبعاً لها أمام محكمة الموضوع دعوى مستعجلة بوضع العين تحت الحراسة(١).

٤١٣ – تخلية العقار المرهون وتعيين حارس تتخذ فى مواجهته إجراءات نزع الملكية: تنص المادة ١٠٧١ من التقنين المدنى على أن «١– تكون تخلية العقار المرهون بتقرير يقدمه الحائز إلى قلم كتاب المحكمة الابتدائية المختصة، ويجب عليه أن يطلب التأشير بذلك فى هامش تسجيل التنبيه بنزع الملكية، وأن يعلن الدائن المباشر للإجراءات بهذه التخلية خلال خمسة أيام من وقت التقرير بها. ٢– ويجوز لمن له مصلحة فى التعجيل أن يطلب إلى قاضى الأمور المستعجلة تعيين حارس تتخذ فى مواجهته إجراءات نزع الملكية. ويعين الحائز حارساً إذا طلب ذلك».

ويتبين من النص سالف الذكر أننا أمام حالة من حالات الحراسة، يفرض فيها القانون، فرضاً غير قابل لإثبات العكس، أن هناك خطراً عاجلاً إذا لم يوضع العقار المرهون الذى تخلى عنه الحائز تحت الحراسة، وذلك نظراً لضرورة المضى فى إجراءات نزع الملكية محافظة على حقوق الدائنين، وتتعرض هذه الحقوق لخطر عاجل إذا لم يوجه شخص تتخذ فى مواجهته الإجراءات بعد أن تخلى الحائز عن العقار المرهون. ومن ثم يجوز للدائن المباشر للإجراءات، أو أى دائن آخر، أو الحائز نفسه، أو أى شخص له مصلحة فى التعجيل، أن يرفع الأمر إلى القضاء المستعجل لوضع العقار تحت الحراسة. ويعين القاضى حارساً للعقار، ما لم يطلب الحائز نفسه أن يكون هو الحارس فيعينه. وتتخذ فى مواجهة هذا الحارس

---

(١) ومثل المنتفع المرتهن رهن حيازة. وقد نصت المادة ١١٠٦ مدنى على ما يأتى: «١– يتولى الدائن المرتهن إدارة الشئ المرهون، وعليه أن يبذل فى ذلك من العناية ما يبذله الرجل المعتاد، وليس له أن يغير من طريقة استغلال الشئ المرهون إلا برضاء الراهن، ويجب عليه أن يبادر بإخطار الراهن عن كل أمر يقتضى تدخله. ٢– فإذا أساء الدائن استعمال هذا الحق أو أدار الشئ إدارة سيئة أو ارتكب فى ذلك إهمالا جسيما، كان للراهن الحق فى أن يطلب وضع الشئ تحت الحراسة أو أن يسترده مقابل دفع ما عليه. وفى الحالة الأخيرة إذا كان المبلغ المضمون بالرهن لا تسرى عليه فائدة ولم يكن قد حل أجله، فلا يكون للدائن إلا ما يبقى من هذا المبلغ بعد خصم قيمة الفائدة منه بسعرها القانونى عن المدة ما بين يوم الوفاء ويوم حلول الدين».

وما قلناه فى المنتفع نقوله فى المرتهن رهن حيازة. فالنص ليس إلا تطبيقاً واضحاً لدعوى الحراسة، فهناك خطر عاجل من إدارة المرتهن للشئ إدارة سيئة أو من إهماله الجسيم أو من إساءته استعمال حقه، فجاز للمدين الراهن أن يطلب وضع الشئ تحت الحراسة، بل جاز له طلب إسقاط حق الرهن واسترداد الشئ المرهون مقابل دفع المدين على الوجه المبين بالنص.

إجراءات نزع الملكية، ولو كان الحارس هو الحائز فإن الإجراءات فى هذه الحالة تتخذ ضده بصفته حارساً لا بصفته مالكاً.

٤١٤ – وضع الدائن المنقول المثقل بحق امتياز لمصلحته تحت الحراسة: تنص الفقرة الثالثة من المادة ١١٣٣ من التقنين المدنى على ما يأتى: «وإذا خشى الدائن لأسباب معقولة تبديد المنقول المثقل بحق امتياز لمصلحته، جاز له أن يطلب وضعه تحت الحراسة».

ويتبين من هذا النص أن الدائن الذى له حق امتياز على المنقول، كالدائن بمبالغ منصرفة فى البذر والسماد وأعمال الزراعة والحصاد وله حق امتياز على المحصول الذى صرفت هذه المبالغ فى إنتاجه، وكالمؤجر وله حق امتياز على المنقولات الموجودة بالعين المؤجرة، وكبائع المنقول وله حق امتياز على المنقول المبيع، يجوز أن يطلب وضع المحصولات الموجودة بالأرض، أو وضع المنقول المبيع، تحت الحراسة. ويشترط فى ذلك أن يخشى الدائن لأسباب معقولة من أن يبدد المدين المنقول المثقل بحق الامتياز، فإنه إذا تصرف فى هذا المنقول لحائز حسن النية لم يستطع الدائن أن يحتج بحق الامتياز على هذا الحائز (م١/١١٣٣ مدنى). ونرى من ذلك أن النص سالف الذكر ليس إلا تطبيقاً لدعوى الحراسة فى صورتها المألوفة، إذ على الدائن أن يثبت أنه تجمعت لديه أسباب معقولة يخشى معها من خطر عاجل على حق امتيازه، فهو يتوقع أن المدين يوشك أن يتصرف فى المنقول فإذا كان من يتصرف له حسن النية وحاز المنقول ضاع على الدائن حق الامتياز. وهذا هو الشرط العام فى جميع دعاوى الحراسة. ويرفع الدائن هذه الدعوى أمام القضاء المستعجل، إلا إذا كان قد رفع دعوى موضوعية يطالب فيها المدين بحقه فيستطيع عندئذ أن يرفع دعوى مستعجلة بالحراسة أمام محكمة الموضوع تبعاً للدعوى الموضوعية.

٤١٥ – تعيين حارس على المنقولات المحجوز عليها: تنص المادة ٣٦٤ من تقنين المرافعات على أن «يعين المحضر حارساً على الأشياء المحجوزة، ويختار هو هذا الحارس إذا لم يأت الحاجز أو المحجوز عليه بشخص مقتدر. ويجب تعيين المحجوز عليه إذا طلب ذلك، إلا إذا خيف التبديد وكان لذلك الخوف أسباب معقولة تذكر فى المحضر. ولا يجوز أن يكون الحارس خادماً للحاجز أو للمحضر، ولا أن يكون زوجا أو قريباً أو صهراً لأيهما إلى الدرجة الرابعة». وتنص المادة ٣٦٥ من نفس التقنين على أنه «إذا لم يجد المحضر فى مكان الحجز من يقبل الحراسة وكان المدين حاضراً، كلفه الحراسة ولا يعتد برفضه إياها. أما إذا لم يكن حاضراً، فيجب على المحضر أن يتخذ جميع التدابير الممكنة للمحافظة على الأشياء المحجوزة، وأن يرفع الأمر على الفور لقاضى التنفيذ ليأمر إما بنقلها وإيداعها عند أمين يقبل الحراسة يختاره الحاجز أو المحضر، وإما بتكليف أحد رجال الإدارة المحلية الحراسة مؤقتاً».

ويلاحظ هنا أن الخطر العاجل الذى فرضه القانون فرضا لا يقبل إثبات العكس هو

الخطر الذى تتعرض له مصلحة الدائن الحاجز فيما إذا بددت المنقولات المحجوز عليها أو ضاعت، ومن أجل ذلك أوجب القانون تعيين حارس عليها يقوم بحفظها وصيانتها ويقدمها فى اليوم المحدد للبيع. وهنا نرى أن الحراسة مقررة بموجب القانون فلا حاجة لاستصدار حكم بها أو أمر على عريضة. أما الحارس فلا يعينه القاضى، بل المحضر الذى يوقع الحجز. وقد اشترط القانون كما رأينا ألا يكون الحارس خادماً للحاجز أو للمحضر أو أن يكون زوجا أو قريباً أو صهراً لأيهما إلى الدرجة الرابعة. وبيّن القانون الطريقة التى يعين بها الحارس، فيعين المحجوز عليه إذا طلب ذلك ما لم يخش لأسباب معقولة أن يبدد المنقولات المحجوز عليها. فإن لم يطلب المحجوز عليه تعيينه حارساً، وأتى هو أو الحاجز بشخص مقتدر، عينه المحضر حارساً. فإن لم يأت أحد منهما بشخص مقتدر، عين المحضر الحارس بنفسه. فإن لم يجد فى مكان الحجز شخصاً مقتدراً يقبل الحراسة، وكان المحجوز عليه حاضرا ألزمه أن يكون حارساً، «فليس فى تحميله واجب المحافظة على ماله إعنات له» كما تقول المذكرة الإيضاحية لتقنين المرافعات. أما إذا لم يكن المحجوز عليه حاضراً، فإنه يجب على المحضر أن يتخذ التدابير اللازمة للمحافظة على المنقولات وأن يرفع الأمر فوراً لقاضى التنفيذ، فيعين هذا حارساً يختاره الحاجز أو المحضر، أو يكلف أحد رجال الإدارة المحلية بأن يكون حارساً. «ولا يجوز أن يستعمل الحارس الأشياء المحجوز عليها ولا أن يستغلها أو يعيرها، وإلا حرم من أجرة الحراسة فضلا عن إلزامه بالتعويضات[1]. وإنما يجوز له إذا كان مالكاً لها أو صاحب حق فى الانتفاع بها أن يستعملها فيما خصصت له. وإذا كان الحجز على ماشية أو عروض أو أدوات أو آلات لازمة لإدارة أو استغلال أرض أو مصنع أو مشغل أو مؤسسة، جاز لقاضى التنفيذ بناء على طلب أحد ذوى الشأن أن يكلف الحارس الإدارة أو الاستغلال أو يستبدل به حارساً آخر يقوم بذلك» (م٣٦٨ مرافعات). «ولا يجوز للحارس أن يطلب إعفاءه من الحراسة قبل اليوم المحدد للبيع إلا لأسباب توجب

---

(١) ويجوز للقضاء المستعجل أن يعزل الحارس وأن يستبدل به غيره، كما يجوز له أن يقصر مأمورية الحارس على جرد المنقولات المحجوز عليها والإشراف على بقائها فى مكان الحجز ومعاينتها فى أوقات محددة، حتى يتيسر للمحجوز عليه الاستمرار فى الانتفاع بها (مصر مستعجل ٩ فبراير سنة ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ رقم ٢٢٨ ص٦٤٧- محمد عبد اللطيف فقرة ٣٥٧ ص٢٩٥). ويجوز لذوى الشأن طلب الحكم بعزل الحارس إذا قامت أسباب جدية تبرر ذلك (محمد عبد اللطيف فقرة ٣٥٧ ص٢٩٦). واختيار الحارس من حق الدائن الحاجز، وإذا كان قد أجيزت إقامة المدين حارساً فذلك مشروط فيه رضاء الحاجز أو على الأقل عدم اعتراضه (مصر مستعجل ٩ فبراير سنة ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ رقم ٢٢٨ ص٦٤٧ وهو الحكم السابق الإشارة إليه). والمدين المحجوز عليه هو المسئول أصلا عن أجرة الحارس المعين على الأشياء المحجوز عليها (تلا ٢٣ يناير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٨٧ ص٧٥٢).

ذلك. ويرفع هذا الطلب بتكليف المحجوز عليه والحاجز الحضور أمام قاضى التنفيذ بميعاد يوم واحد، ولا يجوز الطعن فى الحكم الذى يصدر. ويجرد المحضر الأشياء المحجوزة عند تسليم الحارس الجديد مهمته، ويثبت هذا الجرد فى محضر يوقع عليه الحارس ويسلم صورة منه» (م٣٦٩ مرافعات).

٤١٦- وضع العقار المحجوز عليه تحت الحراسة: فى التنفيذ على العقار تنص المادة ١/٤٠٦ مرافعات على أن «تلحق بالعقار ثمراته وإيراداته عن المدة التالية لتسجيل التنبيه. ومن هنا أوجب القانون إقامة حارس على العقار حتى يكون مسئولا عن ثمراته وإيراداته من يوم تسجيل التنبيه بنزع الملكية، إذ «يترتب - كما تقول المادة ٤٠٤ مرافعات - على تسجيل التنبيه اعتبار العقار محجوزاً». والحراسة هنا أيضاً تتقرر بموجب القانون وتقوم على خطر عاجل يفرضه القانون فرضاً غير قابل لإثبات العكس، وهذا الخطر يهدد مصلحة الدائنين فيما يتعلق بثمار العقار وإيراداته والخشية من أن تبدد أو تضيع(١).

بقى تعيين الحارس، وهنا فرق القانون بين ما إذا لم يكن العقار مؤجراً أو كان قد أوجر. ففى الحالة الأولى تنص المادة ٤٠٧ مرافعات على أنه «إذا لم يكن العقار مؤجراً، اعتبر المدين حارساً إلى أن يتم البيع، ما لم يحكم قاضى التنفيذ بعزله من الحراسة أو بتحديد سلطته، وذلك بناء على طلب الدائن الحاجز أو أى دائن بيده سند تنفيذى. وللمدين الساكن فى العقار أن يبقى ساكناً فيه بدون أجرة إلى أن يتم البيع». فالمحجوز عليه إذن يعتبر حارساً بحكم القانون، ومع ذلك يجوز عزله واستبدال حارس آخر به، أو تحديد سلطته كأن يفرض عليه بيع الثمرات والحاصلات بالمزاد العلنى، وذلك بحكم يصدر من قاضى التنفيذ(٢)، بناء على طلب الدائن الحاجز أو أى دائن آخر بيده سند

---

(١) ويعين الحارس حتى لو طعن فى تنبيه نزع الملكية بالمعارضة (استئناف مختلط ٣١ مارس سنة ١٩٠٩ م٢١ ص٢٦٩). ولا يجوز لكفيل المدين المتخذ ضده إجراءات نزع الملكية طلب وضع العين تحت الحراسة (استئناف مختلط ٢٩ نوفمبر سنة ١٩١٦ م٢٩ ص٧٩).

ولم تكن المادة ٥٤٥ مرافعات وطنى قديم تنص على الحراسة كما نصت عليها المادة ٦٢٢ مرافعات مختلط،، ولكن القضاء الوطنى كان يفرض الحراسة (استئناف مصر ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٣٢٧ ص٧٠٢- ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٩٢ ص١٩٨- مصر الكلية ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٣١٩ ص٨٢٦ - بنى سويف الكلية ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٤٠١ ص٩٦٨- انظر عكس ذلك وأن الحراسة لا تفرض على العقار المنزوع ملكيته: استئناف مصر ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٤٢٦ ص٨٦٣- المنيا الكلية ٢٠ مارس سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ١٣٧ ص٢٦٩).

(٢) أو يصدر من القاضى الأصلى للأمور المستعجلة (محمد عبد اللطيف فقرة ٢٨٤). أما قاضى البيوع بصفته قاضياً للأمور المستعجلة فإنه يمثل المحكمة الكلية التى ندبته، ومن ثم فالحكم الصادر منه =

تنفيذى[1]. وإذا كان العقار داراً للسكنى، والمفروض أن المحجوز عليه هو الذى يسكنه لأنه

=بعزل المدين عن الحراسة على العقار يكون استئنافه أمام محكمة الاستئناف. وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن مفاد المادة ٦١٢ من قانون المرافعات أن اختصاص قاضى البيوع يتنوع بحسب قيمة العقارات التى يجرى بيعها، فهو تارة يكون قاضياً جزئياً وفى تارة أخرى يمثل المحكمة الابتدائية التى ندبته ويحل محلها فى إجراء البيوع الخاضعة لها، بما فى ذلك ممارسة الاختصاصات الأخرى المتصلة بالتنفيذ على العقار والتى نص عليها القانون، ومن ذلك ما أوردته المادة ٦١٨ مرافعات من اختصاصه بالحكم بعزل المدين من الحراسة على العقارات التى يجرى بيعها أمامه أو تحديد سلطته وذلك بصفته قاضياً للأمور المستعجلة. ولم يقصد المشرع من إضفاء هذا الوصف على قاضى البيوع أن يجعل منه قاضياً للأمور المستعجلة مختصاً بنظر كل المسائل المستعجلة والتى يخشى عليها من فوات الوقت، وإنما أراد تخصيصه بأن يقضى قضاء مستعجلا فيما نصت عليه المادة ٦١٨ من قانون المرافعات يمارس اختصاصه فيه بطريق التبعية للتنفيذ على العقار وبيعه تطبيقاً لما تنص عليه الفقرة الأخيرة من المادة ٤٩ مرافعات. ومن ثم فإن الحكم الصادر من قاضى البيوع بالمحكمة الابتدائية برفض طلب الحراسة يعتبر بمثابة حكم صادر من المحكمة الابتدائية نفسها ولا سبيل إلى استئنافه أمام نفس المحكمة التى أصدرته، بل يرفع الاستئناف عنه لدى محكمة الاستئناف (نقض مدنى ٢٣ أبريل سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٥٨ ص٣٧٧).

(١) وللقاضى عزل المحجوز عليه وتعيين حارس آخر مكانه، ليس فحسب إذا امتنع عن إيداع ثمرات العقار لحساب الدائنين، بل أيضاً إذا أودعها ولكن ثبت للقاضى أنه سيء الإدارة لا يستغل العقار الاستغلال المألوف، ومن باب أولى إذا ثبت أنه سيء النية ويتعمد سوء الإدارة إضراراً بحقوق الدائنين (انظر فى هذا المعنى عبد الحكيم فراج فقرة ٢١٣ ص٢٠٤- ص٢٠٥- استئناف مختلط ١٤ فبراير سنة ١٩٣٤ م٤٦ ص١٦٥- «ومع ذلك انظر فى أن القاضى يتعين عليه عزل المحجوز عليه وتعيين حارس آخر مكانه بمجرد أن يطلب منه ذلك: مصر مستعجل ١٦ يونيه سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٤٤٩ ص٩٠٨- وانظر فى أن تقدير القاضى للحكم بالعزل يجب ألا يتعدى تصرف المدين فى ثمار العقار، فإذا امتنع عن إيداعه لذمة الدائنين ولم يقدم ضماناً يكفل اتباعه أحكام القانون فى المستقبل وجب عزله وتعيين حارس آخر مكانه: استئناف مختلط ١١ يونيه سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٥٥٧- محمد على رشدى فقرة ٢٤٢ ص٣٣٨- وانظر فى أن الحائز للعقار له أن يعارض فى وضع العقار المنزوع ملكيته تحت الحراسة إذا أثبت أنه لم يتصرف فى ريع العقار: استئناف مختلط ٦ يونيه سنة ١٩٤٥ م٥٧ ص١٦٤).

وإذا امتنع المحجوز عليه من إيداع ثمرات العقار لحساب الدائنين، عزله القاضى كما قدمنا وعين حارساً آخر مكانه، وذلك حتى لو ثبت أن قيمة العقار كبيرة إلى حد أنها تكفى لوفاء جميع الديون كاملة (محمد على رشدى فقرة ٢٤٢ - انظر عكس ذلك وأنه لا محل لتعيين حارس جديد فى هذه الحالة: عبد الحكيم فراج فقرة ٢١٢ ص٢٠٢- محمد عبد اللطيف فقرة ٢٨٤- استئناف مصر ١٧ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١٣٤ ص١٨١ - ١٥ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص٧١٧- ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٩٢ ص١٩٨- استئناف مختلط ١٢ أبريل سنة ١٩٣٣ م٤٥ ص٢٣٣- ١٥ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م٤٦ ص٣٣- ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م٤٦ ص٧٧- ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م٤٨ ص٥٤- ٣١ يناير سنة ١٩٤٠ م٥٢ ص١٣٠.

وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا صدر حكم بوضع عين تحت الحراسة بناء على أن طلاب الحراسة=

غير مؤجر، فله أن يبقى ساكناً فيه دون أجرة[1]. أما إذا كان العقار أرضاً زراعية، والمفروض أن المحجوز عليه هو الذى يقوم بزراعتها لأنها غير مؤجرة، فله «أن يبيع ثمرات العقار وحاصلاته متى كان ذلك من أعمال الأدارة الحسنة» (م٦/٤٠٦ مرافعات)[2]. كذلك يجوز «لكل دائن بيده سند تنفيذى أن يطلب بعريضة من قاضى التنفيذ أمراً بتكليف أحد المحضرين أو الدائنين أو غيرهم حصاد المحصولات وجنى الثمرات وبيعها. وتباع المحصولات والثمرات بالمزاد أو بأية طريقة أخرى يأذن بها القاضى ويودع الثمن خزانة المحكمة»[3]. وفى الحالة الثانية، «إذا كان العقار مؤجراً، اعتبرت الأجرة المستحقة عن

=قد اتخذوا إجراءات نزع ملكية هذه العين وسجلوا تنبيه بنزع الملكية مما يترتب عليه إلحاق ثمرات العين بها، ثم رفع شخص دعوى أمام القضاء المستعجل طلب فيها رفع الحراسة بناء على أنه المالك للعين وأن إجراءات نزع الملكية لم تتخذ فى مواجهته مع أنه أخبر طلاب الحراسة بأنه المالك للعين بموجب عقد مسجل فهو الحائز لها قانوناً، ومقتضى ذلك أن تكون إجراءات نزع الملكية وما ترتب عليها من إلحاق ثمرات العين بها باطلة ولا تسرى فى حقه، فقضت محكمة المواد المستعجلة بعدم اختصاصها بالفصل فى هذا الطلب بناء على أن طلاب الحراسة لم يسلموا بأن المدعى هو الحائز للعين، وأنه لتبين صحة هذا الادعاء يكون من اللازم تطبيق مستندات الملكية على الطبيعة ما يخرج عن اختصاص القضاء المستعجل، فالطعن فى هذا الحكم من المدعى المذكور بأنه إذ قضى بعدم اختصاص القضاء المستعجل بالفصل فى طلب رفع الحراسة قد أثر الحكم السابق مع أن أثره لا يصح أن يتعدى إليه لعدم اتخاذ إجراءات نزع الملكية فى مواجهته لا يكون له وجه (نقض مدنى ١٠ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦٥ ص٣٨٣).

(١) إلا إذا عين أجنبى حارساً ورأى أن المصلحة تقضى بإخراج المدين من مسكنه حتى يتمكن من الإدارة (استئناف مختلط ١٢ يناير سنة ١٩٢٧ م٣٩ ص١٥٥).

(٢) وللمحجوز عليه أن يأخذ من ثمرات الأرض ما يلزم لقوته ولقوت أهله، قياساً على الحكم القاضى بعدم جواز الحجز على الحبوب والدقيق اللازمين لقوت المدين وأسرته (محمد عبد اللطيف فقرة ٢٨٣ ص٢٥٢ هامش٢).

(٣) وكان القضاء المختلط يجيز الحراسة على العقار حتى قبل توقيع الحجز عليه إذا كانت الظروف تقتضيها (استئناف مختلط ١٤ يناير سنة ١٩٣١ م٤٣ ص١٥٠– ٩ مارس سنة ١٩٣٢ م٤ ص٢١٨– ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م٤٥ ص٧٠)، كما كان يجيز الحراسة فى الحالات التى يكون العقار فيها مؤجراً إذا وجد مبرر للحراسة (استئناف مختلط ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٢٧ م٤٠ ص٤٨– ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٨ م٤١ ص٢٣– ١١ يونيه سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٥٥٧– ١٤ يناير سنة ١٩٣١ م٤٣ ص١٥٠– ٢٨ يناير سنة ١٩٤٢ م٥٤ ص٥٣– ٢١ أبريل سنة ١٩٤٣ م٥٥ ص١٣٧)، كأن يثبت أن الإيجار صورى أو باطل (استئناف مختلط ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م٤٦ ص٤٥)، أو أن هناك تواطؤ بين المؤجر والمستأجر (استئناف مختلط ١٢ يونيه سنة ١٩١٢ م٢٤ ص٤٠٦ – ٢١ يونيه سنة ١٩١٦ م٢٨ ص٤٣٩– ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٨ م٤١ ص٢٣– ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٥٣١– ١٤ يناير سنة ١٩٣١ م٤٣ ص١٥١– ٦ يناير سنة ١٩٣٧ م٤٩ ص٦٤– ٢٣ مارس سنة ١٩٣٨ م٥٠ ص١٨٢– ١٥ فبراير سنة ١٩٣٩ م٥١ ص١٦٤) أو أن هناك شبهة تواطؤ بأن =

المدة التالية لتسجيل التنبيه محجوزة تحت يد المستأجر وذلك بمجرد تكليفه من الحاجز أو أى دائن بيده سند تنفيذى بعدم دفعها للمدين من الأجرة بعد تسجيل التنبيه يقوم مقام الحجز تحت يده، دون حاجة إلى أى إجراء آخر» (م٣/٤٠٧ مرافعات). وقد يوفى المستأجر الأجرة للمحجوز عليه قبل أن يصل إليه التكليف بعدم الدفع، ففى هذه الحالة يصح الوفاء، ويكون المحجوز عليه مسئولا عما استوفاه من الأجرة بوصفه حارساً (م٤/٤٠٧ مرافعات)(١).

٢ – قيام نزاع فى شأن المال أو عدم ثبوت الحق فيه

٤١٧ – الشروط الواجب توافرها فى هذا الفرض: قدمنا أن قيام الخطر العاجل هو شرط عام يجب توافره فى جميع فروض الحراسة القضائية، وأحوالها المختلفة. فيجب إذن أن يتوافر هذا الشرط فى الفرض الذى نحن بصدده.

ولما كنا لم نصل بعد، فى هذا الفرض الثانى، إلى أعلى مراتب التعميم فإنه لا يزال مشترطاً، إلى جانب قيام الخطر العاجل، قيام نزاع فى شأن المال أو عدم ثبوت الحق فيه.

والنزاع الذى يقوم فى شأن المال يجب أن يكون نزاعاً جدياً(٢)(1)، وتكفى جدية

= نص مثلا فى عقد الإيجار على دفع الأجرة مقدماً (استئناف مختلط ١٤ يناير سنة ١٩٣١ م٤٣ ص١٥٠)، أو أن المستأجر مثير للشك ولم يقدم من الضمانات ما يكفى لحصول الدائنين على الثمرات (استئناف مختلط ٢٠ يونيه سنة ١٩٣٤ م٤٦ ص٣٤١).

ويمكن الأخذ بهذا القضاء حتى بعد صدور تقنين المرافعات الجديد، إذ أن نص المادة ٦١٨ من هذا التقنين يوافق نص المادة ٦٢٢ من تقنين المرافعات المختلط (محمد عبد اللطيف فقرة ٢٨٦).

(١) ويخلص من ذلك أنه إذا كان العقار مؤجراً، فإن وضعه تحت الحراسة وتعيين المحجوز عليه حارساً لا يكون إلا إذا قبض هذا الأخير شيئاً من الأجرة قبل تكليف المستأجر بعدم الدفع. أما إذا لم يقبض المحجوز عليه شيئاً من الأجرة، فتكليف المستأجر بعدم الدفع يعتبر حجزاً على الأجرة تحت يده، ولا تقوم ثمة حاجة للحراسة أو لتعيين حارس (استئناف أسيوط ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٥٠٥ ص٨٨٥ – استئناف مصر ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٤٢٦ ص٨٦٣– قارن استئناف مختلط ٦ يناير سنة ١٩٠٣ م١٥ ص٨٢– ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٢٧ م٤٠ ص٤٨– ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٨ م٤١ ص٢٣– ٢١ أبريل سنة ١٩٣٣ م٤٥ ص١٣٧– مصر مستعجل ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥٦ المحاماة ٣٥ رقم ٩٣٠ ص١٧٨١).

(٢) استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٠ م٢٩ ص٧٣– ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م٤٠ ص١٠٨– وقارن استئناف مصر ٢٨ مايو سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٨٤ ص١٦٥.

(1) تقدير قيام الخطر العاجل وهو الشرط العام فى الحراسة، وتقدير الطريقة المؤدية إلى صون حقوق المتخاصمين بعضهم قبل بعض، من مسائل الواقع التى تخضع لقاضى الموضوع دون معقب عليه من محكمة النقض.

(جلسة ١٩٨١/٣/٢٦ الطعن رقم ٦٩ لسنة ٤٨ق س٣٢ ص٩٦٠)

(جلسة ١٩٨٥/٢/٢٨ الطعنان ١٤٨٠، ١٦٣٥ لسنة ٥٤ق س٣٦ ص٣٢٤)

النزاع فلا يشترط أن تكون هناك دعوى مرفوعة أمام القضاء(١). ويقوم النزاع فى شأن أى مال، عقاراً كان أو منقولاً أو مجموعاً من المال، كما هو صريح نص المادة ٧٢٩ مدنى التى تحيل عليها المادة ٧٣٠مدنى، إذ تقول المادة ٧٢٩ مدنى كما رأينا: «الحراسة عقد يعهد الطرفان بمقتضاه إلى شخص آخر بمنقول أو عقار أو مجموع من المال يقوم فى شأنه نزاع أو يكون الحق فيه غير ثابت..». فقيام نزاع فى شأن منقول أو عقار أو مجموع من المال، وعدم اتفاق المتنازعين على الحراسة (م٧٣٠مدنى)، يبرر كما نرى فرض الحراسة القضائية، وننتقل بذلك من الحراسة الاتفاقية إلى الحراسة القضائية. وليس يلزم أن يكون النزاع الذى يقوم فى شأن المال منصباً على ملكيته أو على حيازته - كما تشترط المادة ١٩٦١ مدنى فرنسى فيما قدمنا(٢)- بل يصح أن يكون النزاع منصباً على إدارة

---

(١) استئناف مختلط ٦ ديسمبر سنة ١٩١٦ م٢٩ ص٨٨- ١٠ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م٣٣ ص١٢- نقض فرنسى ٢٢ يوليه سنة ١٩٢١ داللوز ١٩٢١-١-١٢٤- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٩٤ ص٥٣٧- محمد كامل مرسى فقرة ٣٥٢ ص٤٦٢.

وقد يعترض على عدم اشتراط أن تكون هناك دعوى مرفوعة أمام القضاء بأن هذا يمكن الخصم من انتزاع المال من يد خصمه بوضعه تحت الحراسة، ثم لا يرفع الخصم دعوى النزاع الموضوعية فيبقى المال تحت الحراسة إلى غير أجل معين. ويرد على هذا الاعتراض بأن فى وسع الخصم الآخر أن يتظلم من بقاء الحراسة (كرموز ٢٢ مايو سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ٤١ ص٤٩)، كما يجوز أن يطلب من المحكمة تحديد ميعاد لرفع دعوى الموضوع وتوقيت الحراسة بهذا الميعاد. وقد قضى بأن المحكمة قد ترى وهى تقضى بالحراسة أن تعين أجلا لرفع دعوى موضوعية للفصل فى النزاع تنتهى عنده الحراسة (مصر استئنافى ٢٠ يوليه سنة ١٩٣١ الجريدة القضائية ٨٤ ص١٨). وقضى بأن طلب الحراسة لا يجاب إلا إذا كان حق طالب الحراسة على الأعيان المتنازع عليها لا يقل عن حق واضع اليد فى طبيعته وقوة ثبوته (إسكندرية مستعجل ٢٢ يناير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٤٤٩ ص٩١٨). وقضى أيضاً بأنه إذا مضى على فرض الحراسة ثمانية أشهر دون أن ترفع دعوى الموضوع، جاز الحكم برفع الحراسة (استئناف مختلط ٢٠ أبريل سنة ١٩١٠ م٢٢ ص٢٧٢). انظر عكس ذلك وأنه لا يكفى قيام النزاع بل يجب أن تكون هناك دعوى مرفوعة أمام القضاء: طنطا استئنافى ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٤ ص٨١)، وأن تحقيق النيابة لا يعد نزاعاً قضائياً بل إن هذا النزاع لا يكون إلا بطرح القضية أمام القضاء: السنطة ٢ يناير سنة ١٩٣٢ الجريدة القضائية ١٤٧ ص١٧.

كذلك لا يكفى أن تكون هناك دعوى مرفوعة أمام القضاء ليكون النزاع جدياً، فقد ترفع دعوى موضوعية لخدمة دعوى الحراسة دن أن يكون هناك نزاع جدى (استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩١٧ م٢٩ ص٤٣١- مصر مستعجل ١١ سبتمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٨٦ ص٢٠١). فيجب إذن أن تثبت جدية النزاع من وقائع دعوى الحراسة ذاتها ومن ظاهر المستندات المقدمة فيها من الخصوم (مصر مستعجل ١١ سبتمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٨٦ ص٢٠١- عبد الحكيم فراج فقرة ١١٠- محمد على عرفة ص٥٢٧).

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٠٨.

المال أو على استغلاله[1]، وقد سبق أن بينا كيف توسع التقنين المدنى القديم (م٤٩١/٦٠٠)فى هذا الصدد، وزاد القضاء فى التوسع[2]، واقتفى أثرهما التقنين المدنى الجديد (م٧٢٩– ٧٣٠). ويترك للقضاء تقدير ما إذا كان هناك نزاع قائم، فيبت فى ذلك طبقا لما يستخلصه من وقائع الدعوى[3]. وتقديره لقيام النزاع وللقيمة الظاهرية لمستندات الخصوم ولقيام خطر عاجل يهدد المال أو ثمراته بالضياع أو النقص لو بقى فى حيازة واضع اليد، كل هذا فصل فى مسائل موضوعية، فلا معقب عليه فى ذلك من محكمة النقض[4]. ومن ثم يجوز للقاضى وضع المال تحت الحراسة القضائية، إذا هو قدر أن هناك

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «لما كان اتفاق الخصوم نادر الوقوع، ونظراً لما للحراسة من مزيه حفظ المال لذمة صاحب الحق فيه، نصت أكثر الشرائع على جواز فرض الحراسة بحكم من القضاء، وقد توسع القضاء المصرى فى ذلك. ونص المشروع على جواز الحكم بالحراسة: ١– فى كل حالة تجوز فيها الحراسة الاتفاقية طبقاً للمادة السابقة، أى حيث يكون هناك منقول أو عقار أو مجموع من المال يقوم فى شأنه نزاع أو يكون الحق فيه غير ثابت، ولا يتفق الطرفان على وضعه تحت الحراسة، فيجوز لأيهما أن يطلب الحكم بوضعه تحت الحراسة» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٧٩)– وتقول: «ولا يشترط لاعتبار الشئ متنازعاً فيه قيام دعوى بشأنه، بل إن مجرد الخلاف بين صاحبى مصلحة فيه يكفى– كالخلاف بين المالكين على الشيوع – ولو كان الخلاف فى أمر فرعى، كما إذا كان الخلاف على إدارة المال واستغلاله» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٧٧).

(٢) فقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه ليس من الضرورى أن يكون النزاع منصباً على الملكية أو الحيازة، بل تصح الحراسة إذا وجد القاضى هذا الإجراء ضرورياً للمحافظة على حقوق الخصوم (استئناف مختلط ٢٨ يونيه سنة ١٩٤٩ م٦١ ص١٣٥). وقضت أيضاً بأن لقاضى الأمور المستعجلة أن يأمر بوضع جريدة سياسية تحت الحراسة وإحلال حارس محل مديرها إذا اختلف هذا فى الرأى مع ممثلى حزبه المعتمدين، وذلك لضمان ظهور الجريدة فى مواعيدها المعتادة وفقاً لمبادئ الحزب، ولا يؤثر فى ذلك كون المدير المذكور هو صاحب – الجريدة ومدير إدارتها (استئناف مختلط ٢١ يونيه سنة ١٩٤٤ م٥٦ ص١٩٦).

ويكفى أن يكون النزاع محتملا (طنطا استئنافى ١٣ يناير سنة ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٤٠٠ ص٦٥١). وقد يتعلق النزاع بغلة العين أو بإدارتها لا بملكيتها (إسكندرية مستعجل ١٠ يناير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٣٧٤ ص٧٥٥– جرجا ١١ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٨٥ ص٣٩٨). ويشمل النزاع الموجب للحراسة كل نزاع متعلق بالملك أو وضع اليد وما يتبع ذلك وما يتفرع عنه أو ما كان من مقتضياته، لأن المادة ٤٩١ مدنى لا تحتم وجود نزاع معين، بل يكفى توافر النزاع على إطلاقه، وأمره موكول لتقدير القاضى متى ما تبين أن هناك مصالح مهددة بالخطر أو حقوقاً يتعذر تحصيلها (مصر استئنافى ١٥ فبراير سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٧٢ ص١٦٢).

(٣) الأزبكية ٢٠ يونيه سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٣٩٠ ص٧٨١– مصر مستعجل ٩ فبراير سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٣٨ ص٩٢.

(٤) استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٠ م٢٣ ص٧٣– ٥ مارس سنة ١٩٣٠ جازيت ٢١ رقم =

نزاعاً جدياً فى الملكية أو فى الحيازة أو فى إدارة المال الشائع أو فى أنصبة الشركاء على الشيوع أو فى إدارة التركة أو فى حقوق الورثة أو فى إدارة الشركة أو فى غير ذلك مما سنبينه تفصيلا عند إيراد التطبيقات العملية لهذا الفرض الذى نحن بصدده، وإذا قدر القاضى فى الوقت ذاته قيام خطر عاجل يهدد مصلحة طالب الحراسة(1).

وقد لا يكون هناك نزاع فى شأن المال ولكن يكون الحق فيه غير ثابت، وهذا كاف لتبرير وضع الحراسة القضائية على المال، ما دام قد ثبت أن هناك خطراً عاجلاً يهدد مصلحة طالب الحراسة. «ومثل الحق غير الثابت - كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى(١)- أن يكون الحق مقترناً بشرط موقف أو فاسخ». فإذا اشترى شخص داراً فى بلد لا يسكنها، وعلق الشراء على شرط واقف هو أن يسكن البلد الذى فيه الدار، فالمشترى له حق ملكية فى الدار معلق على شرط واقف، والبائع له حق ملكية فى نفس الدار معلق على شرط فاسخ. فإذا كانت الدار فى يد البائع، ولتوقعه أن الشرط الواقف سيتحقق أخذ يسئ استعمال الدار ويخربها، فيهدد بذلك حق المشترى المعلق على شرط واقف، جاز للمشترى أن يطلب وضع الدار تحت الحراسة انتظاراً لتحقق الشرط. والحق هنا غير متنازع فيه، ولكنه حق غير ثابت لأنه معلق على شرط واقف. ولو فرض العكس وكانت الدار فى يد المشترى استأجرها مثلا قبل أن ينتقل إلى البلد نهائياً، وتوقعاً منه أن هذا الانتقال النهائى لن يتم فيتخلف الشرط أخذ يسئ استعمال الدار، فإنه يجوز للبائع فى هذه الحالة أن يطلب وضع الدار تحت الحراسة انتظاراً لتخلف الشرط. والحق هنا غير متنازع فيه، ولكنه حق غير ثابت لأنه معلق على شرط فاسخ. والحق يكون غير ثابت أيضاً إذا رسا مزاد العقار المنزوع ملكيته على شخص وضع يده عليه، ثم قرر شخص آخر زيادة العشر. فهنا يكون حق الراسى عليه المزاد غير ثابت، إذ لا تعرف نتيجة التقرير بزيادة العشر وما يترتب عليه من إعادة البيع بالمزاد، فقد يرسو المزاد مرة ثانية على من رسا عليه أول مرة وقد لا يرسو، فإذا خيف على العقار وهو فى يد الراسى عليه المزاد، وحقه غير ثابت كما

=٤٢٨ ص٣٣٨- ٢٣ مارس سنة ١٩٣٣ م٤٥ ص٢١٠- ٢١ نوفمبر سنة ١٩٣٤ م٤٧ ص٣٢- عبد الحكيم فراج فقرة ١١٠- محمد على عرفة ص٥٢٧.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٧٧.

(1) تقدير قيام الخطر العاجل وهو الشرط العام فى الحراسة، وتقدير الطريقة المؤدية إلى صون حقوق المتخاصمين بعضهم قبل بعض، من مسائل الواقع التى تخضع لقاضى الموضوع دون معقب عليه من محكمة النقض.

(جلسة ١٩٨١/٣/٢٦ الطعن رقم ٦٩ لسنة ٤٨ق س٣٢ ص٩٦٠)

(جلسة ١٩٨٥/٢/٢٨ الطعنان ١٤٨٠، ١٦٣٥ لسنة ٥٤ق س٣٦ ص٣٢٤)

رأينا، جاز للدائنين وللمدين أن يطلبوا وضع العقار تحت الحراسة حتى يفصل فى موضوع المزاد الثانى. وسواء اعتبر الشرط الفاسخ الذى تعلق عليه ملكية الراسى عليه المزاد الأول هو مجرد التقرير بزيادة العشر أو رسو المزاد الثانى، ففى الحالتين يعتبر حق الراسى عليه المزاد الأول غير ثابت، وهذا وحده يكفى - ولو لم يكن هناك نزاع- لتبرير فرض الحراسة القضائية إذا ثبت أن هناك خطراً عاجلا يهدد مصلحة الدائنين أو مصلحة المدين(١). ويجوز أيضاً وضع العين التى بيعت بالمزاد سداداً للدين تحت الحراسة القضائية، إذا تخلف الراسى عليه المزاد عن دفع الثمن واتخذت الإجراءات لبيعها على ذمته، وخشى من بقاء العين تحت يده لإهماله فى إدارتها أو لإحداثه تخريبات فيها، وبخاصة إذا كان معسراً يتعذر الرجوع عليه بالتعويض(٢). وحق الراسى عليه المزاد هنا حق قد فسخ بتخلفه عن دفع الثمن، فهو ليس بحق غير ثابت، بل هو حق قد زال.

وبعد أن استعرضنا تطبيقات عملية للحق غير الثابت، ننتقل الآن إلى تطبيقات عملية أخرى للنزاع الذى يقوم فى شأن المال. فنستعرض حالات يكون النزاع فيها متعلقاً بالملكية أو بالحيازة، وحالات يكون النزاع فيها متصلا بعقد البيع أو بعقد الإيجار، وحالات يتصل النزاع فيها بالمال الشائع أو بالتركات أو بالشركات والهيئات المعنوية الأخرى.

٤١٨- النزاع متعلق بالملكية أو بالحيازة: إذا وقع نزاع فى ملكية العقار وكان العقار فى يد الحائز وقد استوفى الشروط اللازمة لحماية حيازته بدعوى منع التعرض وبدعوى استرداد الحيازة، لم يجز فى الأصل أن يؤخذ العقار منه عن طريق وضعه تحت الحراسة. بل يبقى العقار فى يده، وعلى الخصم الآخر أن يرفع دعوى الملكية(٣). ولكن مع ذلك إذا أثبت الخصم الآخر أن هناك خطراً عاجلا من بقاء العقار تحت يد الحائز، كما إذا أهمل الحائز فى المحافظة على العقار وأخذ يبدد غلته توقعاً لأن يحكم لخصمه بالملكية، جاز للخصم أن يطلب وضع العقار تحت الحراسة القضائية أمام القضاء المستعجل أو أمام

---

(١) انظر فى الخلاف القائم فى هذه المسألة محمد على راتب فقرة ٣٧٨.

(٢) استئناف مختلط ٣٠ يناير سنة ١٨٩٠ م٢ ص٣٠٧- ١٥ ديسمبر سنة ١٩١٦ م٢٩ ص٢٩٨- ٤ مايو سنة ١٩٣٨ م٥٠ ص٢٨٧- محمد على راتب فقرة ٣٧٧- أو إذا كان الراسى عليه المزاد قد تأخر فى دفع ثمن الأرض واستمر حائزاً لها يقبض جميع ريعها، تاركاً فوائد الثمن تتراكم وتزيد فى أعباء الأرض المنزوع ملكيتها (استئناف مختلط ١٩ يونيه سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص٣٨٤ - ٤ مايو سنة ١٩٣٨ م٥٠ ص٢٨٧- ٨ مارس سنة ١٩٣٩ م٥١ ص١٨٩- عبد الحكيم فراج فقرة ١١٨ ص١٠٤- محمد عبد اللطيف فقرة ٢٦٦.

(٣) وقد قضى بأنه إذا كان من وضع يده على العقار سنة يستطيع الانتفاع بدعوى وضع اليد وألا تنزع العين منه، فمما ينقض ذلك أن يؤذن بأخذ العين منه عن طريق الحراسة (مصر مستعجل أو يونيه سنة ١٩٣٨ المحاماة١٩ رقم ٦٣ ص١٣٤).

محكمة الموضوع المرفوع إليها دعوى الملكية بدعوى تبعية مستعجلة، وذلك إلى أن يفصل فى دعوى الملكية[1].

وقد ينصب النزاع لا على الملكية، بل على الحيازة. فإذا رهن شخص عيناً رهن حيازة وامتنع عن تسليمها للدائن المرتهن، فرفع هذا دعوى يطالب بالتسليم، وخشى فى أثناء نظر الدعوى من أن يخرب الراهن العين توقعاً للحكم عليه، وأثبت أن هناك خطراً عاجلا يهدد مصلحته على هذا النحو، جاز له أن يطلب من محكمة الموضوع أو من القضاء المستعجل وضع العين تحت الحراسة حتى يفصل فى الدعوى الموضوعية[2]. وكذلك يجوز للراسى عليه المزاد أن يطلب نزع الأرض من المدين المنزوع ملكيته ووضعها تحت الحراسة، حتى يفصل قاضى الموضوع فى دعوى التسليم التي رفعها الراسى عليه المزاد على المدين، وذلك إذا أثبت الراسى عليه المزاد أن فى بقاء الأرض تحت يد المدين خطراً عاجلا يهدد مصلحته[3].

٤١٩- النزاع متصل بعقد البيع: ويرتبط بالنزاع على الملكية أو على الحيازة نزاع يتصل بعقد البيع، فينصب النزاع بطريق غير مباشر على الملكية أو الحيازة عن طريق النزاع فى عقد البيع. وفى هذه الحالة يجوز وضع العين المبيعة تحت الحراسة إذا تحقق قيام الخطر العاجل.

فإذا رفع البائع دعوى على المشترى ببطلان البيع لخلل فى أحد أركانه، أو بإبطاله لنقص فى الأهلية أو لعيب فى الرضاء أو بفسخه لتخلف المشترى عن دفع الثمن[4] أو

---

(١) استئناف مختلط ١٩ نوفمبر سنة ١٩١٩ م٣٢ ص١٥- بنى سويف استئنافى ٢٨ سبتمبر سنة ١٨٩٠ الحقوق ٥ ص ٣٨٠- محمد عبد اللطيف فقرة ٢٥٧.

(٢) وقد قضى بأنه إذا وقع نزاع فى جدية الرهن الحيازى، جاز وضع العين تحت الحراسة (استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م٤١ ص١٠٨) وقضى بأنه يجوز تعيين حارس قضائى فى دعوى وضع اليد، ويجوز تعيين واضع اليد حارساً قضائياً إذا كان كفئا لذلك (مصر الوطنية ٣٠ أكتوبر سنة ١٨٩٤ الحقوق ١٠ ص٢٧- استئناف مختلط ٢ يونيه سنة ١٨٩٨ م١٠ ص٣٠٩).

(٣) فقد لا يتمكن الراسى عليه المزاد من تسلم الأرض بسبب منازعات قضائية أثارها المدين المنزوع ملكيته، وهذا الأخير مستمر فى وضع اليد واستغلال الأرض لمصلحته استغلالا يضر بها وبمصلحة الراسى عليه المزاد والدائنين (استئناف مختلط ٨ مارس سنة ١٩٣٩ م٥١ ص١٨٩- عبد الحكيم فراج فقرة ١١٨ ص١٠٤).

(٤) استئناف مختلط ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٩١ م٤ ص١٤- ولكن البائع الذى لم يستوف الثمن لا يصح أن يلجأ إلى دعوى الحراسة إذا أمكنه أن يصل إلى حقه بالطرق العادية، كأن يستوفى مثلا الأجرة من مستأجر العقار بالطرق القانونية (استئناف مختلط ١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٣١٣ ص٦٢٢). بل إنه قد قضى فى عهد التقنين المدنى القديم بأن البائع، إذا انتقلت الملكية منه إلى =

لإخلاله بشروط البيع، فإن النزاع هنا ينصب مباشرة على عقد البيع، ولكنه يتصل بطريق غير مباشر بملكية العين المبيعة، إذ لو بطل البيع أو أبطل أو فسخ لعادت ملكية المبيع إلى البائع. فإذا ادعى البائع أنه يخشى منه بقاء العين تحت يد المشترى فى أثناء نظر الدعوى الموضوعية، وأثبت أن بقاءها تحت يد المشترى يهدد مصلحته بخطر عاجل، جاز له أن يطلب من محكمة الموضوع أو من القضاء المستعجل وضع العين المبيعة تحت الحراسة القضائية. وكذلك إذا أثبت البائع الذى لم يستوف الثمن أن المشترى يخرب العين المبيعة للانتقاص من حق امتيازه(١)، أو أثبت أن المشترى لم يقم بسداد الديون التى تضمنها

=المشترى، يصبح غير ذى صفة فى رفع دعوى الحراسة، لأن هذه الدعوى فرع تابع للملكية، فالبائع الذى لا يملك رفع دعوى استحقاق الملكية لا يملك رفع دعوى الحراسة (استئناف مصر ١٥ يونيه سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ١٥٥ ص٢١٦- وانظر فى انتقاد هذا الحكم عبد الحكيم فراج فقرة ١١٤). قضى من جهة أخرى بوجوب تسجيل عقد البيع حتى يصح للبائع أن يطلب وضع العقار تحت الحراسة لتخلف المشترى عن دفع الثمن (استئناف مصر ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٤٩٤ ص١١٦٨: والحكم منتقد إذ البيع غير المسجل كالبيع المسجل ينشئ للبائع حقاً فى المطالبة بالثمن - انظر محمد على راتب فقرة ٣٧٦).

ولكن لا يجوز على كل حال للبائع الذى لم يستوف الثمن، إذا لم يكن هناك خطر عاجل يهدد حقوقه، أن يطلب تعيين حارس على العين المبيعة، بدعوى أن إجراءات نزع الملكية إجراءات طويلة وأن الحراسة طريق للوصول إلى حقه فى وقت قريب، ذلك لأن نزع الملكية هو الطريق الوحيد الذى رسمه القانون لتنفيذ الدائن بحقه (مصر مستعجل ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٨ رقم ٣٤ ص٨٨)، ولم تشرع الحراسة كوسيلة لإجبار المدين على الوفاء بالتزاماته (محمد عبد اللطيف فقرة ٢٦٣). ومع ذلك فقد قضى بأنه يجوز أن يشترط البائع وضع العقار المبيع تحت الحراسة إذا تأخر المشترى عن دفع الثمن، وينفذ الشرط بصرف النظر عن قيام خطر عاجل (استئناف مختلط ٤ يونيه سنة ١٩٤١ م٥٣ ص٢١١). ولكن يلاحظ أن الحراسة هنا حراسة اتفاقية لا حراسة قضائية، وأن اتفاق الخصوم يغنى فى الحراسة الاتفاقية عن تحرى قيام الخطر العاجل (انظر آنفاً فقرة ٤٠١).

(١) فقد تكون العين المبيعة أرضاً زراعية ويتركها المشترى بوراً أو يزرعها زراعات متوالية دون تسميد فيستنزف قوتها، مما يؤثر فى ضمان البائع (استئناف مختلط ٢٨ أبريل سنة ١٩٠٩ م٢١ ص٣٨٣ ١٥ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م٢٢ ص٥١ - ١٠ يناير سنة ١٩٣٤ م٤٦ ص١١٨). ومع ذلك فقد قضى بأن البائع، الذى يدعى وجود خطر على حقوقه من إهمال المشترى زراعة الأرض المبيعة أو عدم العناية بها، أمامه طريق غير الحراسة، وهو أن يطلب فسخ البيع (استئناف مصر ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٤٩٤ ص١١٦٨ وهو الحكم السابق الإشارة إليه: ويؤخذ على هذا الحكم أيضاً أن دعوى الفسخ قد تطول وتتعرض حقوق البائع فى أثناء هذه المدة الطويلة للخطر، فلا يستطيع اتقاء ذلك إلا بالحراسة - عبد الحكيم فراج فقرة ١١٦ ص١٠١ - وقارن أيضاً استئناف ١٥ يونيه سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ١٥٥ ص٢١٦ وهو الحكم السابق الإشارة إليه).

ولا محل للحراسة إذا صدر حكم ابتدائى برفض دعوى الفسخ لعدم ثبوت تقصير فى جانب المشترى، ولو كان هذا الحكم الابتدائى قد طعن فيه بالاستئناف (محمد على راتب فقرة ٣٧٥ ص٩٤٤).

العين المبيعة وفقاً لشروط البيع أو لم يقم بسداد الضرائب المستحقة على العين، وأن عدم سداد الديون أو الضرائب يهدد العين بنزع الملكية فيضعف ضمانه، جاز له أن يطلب وضع العين تحت الحراسة حتى يقوم الحارس بالمحافظة عليها أو بسداد ديونها أو بسداد المستحق من الضرائب، وذلك إلى أن يستوفي البائع الثمن من المشترى(١). ويجوز للبائع طلب وضع العين تحت الحراسة إذا حكم للشفيع بالشفعة، وكان هناك خلاف بينه وبين البائع على مقدار الثمن والمصروفات(٢). كما يجوز للبائع، الذى اشترط استيفاء الثمن عقب التسليم وتهرب المشترى من التسلم، أن يطلب تعيين حارس لتسليمه العين حتى يتمكن من استيفاء الثمن(٣).

وإذا رفع المشترى على البائع، دعوى بصحة التعاقد وتسليم العين، وخشى فى أثناء نظر الدعوى أن يخرب البائع العين توقعاً لأن يخسر الدعوى، جاز للمشترى أن يطلب وضع العين تحت الحراسة حتى يفصل فى الدعوى الموضوعية(٤). وهنا يمكن القول بأن النزاع

---

(١) استئناف مختلط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م٢٢ ص٥١– ٤ مايو سنة ١٩١٠ ٢٢ ص٢٨٩– أول مايو سنة ١٩٢٤ م٣٦ ص٣٤٦ – ١٧ فبراير سنة ١٩٣٢ م٤٤ ص١٧٩– ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٨ م٥١ ص٣٢– ولكن لا محل للحراسة إذا لم يكن هناك خطر عاجل يهدد مصالح البائع، فإذا كانت الأرض المبيعة مزروعة بالطريقة المألوفة أو مؤجرة، وتدار إدارة حسنة، ويقوم المشترى بالتزاماته من سداد الديون فى مواعيدها وسداد الضرائب، وجب رفض دعوى الحراسة (استئناف مختلط ٢٠ يونيه سنة ١٩٢٣ م٣٥ ص٥١٢).

(٢) استئناف مختلط ١٣ يونيه سنة ١٩٠٠ م١٢ ص٣٣٢.

(٣) استئناف مختلط ٢٠ مارس سنة ١٩٠٧ م١٩ ص١٨٢– قد قضى بأنه إذا كان الثمن المبيع أثمار حديقة وتأخر المشترى فى دفع باقى الثمن بحجة عدم تسلمه أو بحجة عدم جنى شئ من الثمار لحصول عجز فى مساحة الحديقة عما هو وارد فى عقد البيع، جاز وضع الثمار تحت الحراسة إذا كان عدم التسليم أو عدم جنى الثمار متنازعاً عليه من الطرفين، وكان فى استمرار الأثمار الناضجة على الشجر دون جنى إضرار بحق كل من البائع والمشترى (مصر مستعجل ١٩ يناير سنة ١٩٣٥ قضية رقم ٣٢٣ سنة ١٩٣٥ وأشير إلى الحكم فى محمد على راتب فقرة ٣٧٥ ص٩٤٤ هامش٤). وإذا باع شخص ماكينة لعدة شركاء ولم يدفعوا له الثمن كله، ثم اختلف هؤلاء الشركاء حول إدارة المصنع الموجود به الماكينة، فإن هذا يكفى لتوافر الخطر المبرر لفرض الحراسة على الشئ المبيع (استئناف مختلط ٢ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م٤٦ ص٨٩– محمد عبد اللطيف فقرة ٢٦٣ ص٢٣٨ هامش٢).

(٤) محمد على راتب فقرة ٣٧٦ – محمد عبد اللطيف فقرة ٢٦٤ – وقد قضت محكمة النقض بأن البيع ينعقد صحيحاً بالعقد غير المسجل كما ينعقد بالعقد المسجل، ولا فرق بينهما سوى أن نقل الملكية في العقد غير المسجل يتراخى إلى الوقت الذى يتم فيه التسجيل فعلا، ومن آثار هذا الانعقاد الصحيح أن من حق المشترى أن يطالب البائع بالتسليم على اعتبار أنه التزام شخصى وأثر من آثار البيع الصحيح أن من حق المشترى أن يطالب البائع بالتسليم على اعتبار أنه التزام شخصى وأثر من آثار =

ينصب مباشرة على عقد البيع، ويتصل بطريق غير مباشر بحيازة العين المبيعة. ولكن إذا كان البائع قد تصرف فى العين لمشتر آخر قبل أن يسجل المشترى الأول دعوى صحة التعاقد والتسليم، لم يجز الحكم بوضع العين تحت الحراسة لأن الدعوى الموضوعية غير منتجة فى تسليم العين إلى المشترى الأول(١).

٤٢٠- النزاع متصل بعقد الإيجار: ويتصل بالنزاع على الحيازة نزاع يتصل بعقد الإيجار، فينصب النزاع بطريق غير مباشر على الحيازة عن طريق النزاع المباشر على عقد الإيجار، فإذا طعن المؤجر في عقد الإيجار بالبطلان أو بالإبطال أو بالفسخ، وخشى من بقاء العين المؤجرة تحت يد المستأجر لخطر عاجل يهدد مصالحه، جاز وضع العين تحت الحراسة إلى أن يفصل فى دعوى الموضوع.

ويجوز أيضاً للمؤجر أن يطلب وضع الأرض المؤجرة تحت الحراسة، إذا أهمل المستأجر زراعتها أو تركها بوراً أو كانت الضرورة تقضى بتهيئتها للزراعة فوراً ولم يقم المستأجر بذلك(٢). ويجوز للمؤجر أيضاً أن يطلب تعيين حارس على العين، إذا قام نزاع بينه وبين المستأجر فى شأن تجديد عقد الإيجار تجديداً ضمنياً، ليقوم الحارس بإيداع غلة العين خزانة المحكمة إلى أن يفصل فى هذا النزاع(٣). وإذا قام نزاع بين المؤجر والمستأجر حول صحة

=البيع الذى لا يحول دونه حصول التسجيل، ومن شأن هذه الآثار أيضاً أن يكون للمشترى إذا ما خشى على بقاء العين تحت يد البائع طيلة النزاع أن يطلب إلى المحكمة وضعها تحت الحراسة، عملا بنص المادة ٤٩١ المذكورة (مدنى قديم) إذ النزاع على كل حال منصب على العقار المطلوب وضعه تحت الحراسة (نقض مدنى ١٧ يونيه سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٧١ ص١٩٨).

(١) ولكن إذا نازع المشترى فى صحة العقد المسجل بأن ادعى التواطؤ بين البائع والمشترى الثانى إضراراً بحقوقه، وثبتت جدية النزاع، جاز وضع العقار المبيع تحت الحراسة (مصر مستعجل ٤ مايو سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ١٢٢ ص٦٧٤- محمد عبد اللطيف فقرة ٢٦٥.

(٢) استئناف مختلط ١٩ مارس سنة ١٩٢٤ م٣٦ ص٢٦٣- إسكندرية مستعجل ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٤ رقم ٣٦٧ ص٧٣١- وقد قضى بأن إهمال المستأجر زراعة الأرض المؤجرة يدعو إلى رفع يده عنها، منعاً لما عساه أن ينشأ من استمرار وضع يده على العين من خطر عليها بإتلافها واستهداف حقوق المؤجر للضياع لتراكم الإيجار (مصر مستعجل ٢٢ فبراير سنة ١٩٥١ المحاماة ٣١ ص١٥٧٩ - عبد الحكيم فراج فقرة ١٢٣- محمد على رشدى فقرة ٢٥٨ ص٣٥٧ هامش ١ - محمد على راتب فقرة ٣٧٩ ص٩٤٧ - محمد عبد اللطيف فقرة ٢٦٧ ص٢٤٠ هامش ٣- وقارن استئناف مصر ١٠ أكتوبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٣٥٣ ص٦٨٤).

ويجوز لأحد المستأجرين الشريك فى الزراعة مع المستأجرين الآخرين أن يطلب وضع الأرض تحت الحراسة حتى لو لم يكن فيها زرع، لما تحتاجه الزراعة فى المستقبل من عناية لا يتسع لها الخلاف الواقع بين الشركاء (استئناف مختلط ١٣ يونيه سنة ١٩٤٥ م٥٧ ص١٨٠).

(٣) استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٢ م١٤ ص٢٥٥- محمد على راتب فقرة ٣٧٩ ص٩٤٨-=

التنازل عن الإيجار، أو حول تفسير شروط الإيجار ومدى أحقية المؤجر لجزء من المحصولات إلى جانب الأجرة، جاز أن يطلب المؤجر وضع حارس على العين المؤجرة لتحصيل الأجرة إذا امتنع المستأجر عن سدادها انتصاراً للفصل فى النزاع الخاص بصحة التنازل عن الإيجار[1]، أو وضع حارس على المحصولات لجمعها وبيعها وإيداع ثمنها خزانة المحكمة على ذمة الفصل فى النزاع الخاص بأحقية المؤجر لجزء من المحصولات[2]. ويجوز أخيراً للمؤجر أن يطلب تعيين حارس قضائى على المحصولات الزراعية التى وقع عليها الحجز التحفظى من أجل الأجرة المتأخرة، ليتولى الحارس جمعها وبيعها وإيداع ثمنها خزانة المحكمة على ذمة الفصل فى دعوى الأجرة، وذلك توقياً لتلف المحصولات أو انخفاض أسعارها إذا تركت دون جمع وبيع[3].

=أو يقوم نزاع فى شأن صحة التنازل عن الأجرة يمتنع على أثره المستأجر من الدفع (استئناف مختلط ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٧ م٣٠ ص٥٧).

(١) استئناف مختلط ٣١ نوفمبر سنة ١٩١٧ م٣٠ ص٥٧- عبد الحكيم فراج فقرة ١٢٤ ص١٠٨- محمد على راتب فقرة ٣٧٩ ص٩٤٧- محمد عبد اللطيف فقرة ٢٦٧- وقد قضى أيضاً بأنه إذا أوقع دائن المؤجر حجزاً على الإيجارات المستحقة لمدينه قبل المستأجرين، جاز لقاضى الأمور المستعجلة أن يعين حارساً قضائياً ليتولى قبض الإيجارات الحالة والمستقبلة، ولو كان طلب تثبيت هذا الحجز قد تقدم بالفعل لمحكمة الموضوع (باريس ١١ أكتوبر سنة ١٩٢٣ المحاماة ٥ رقم ٥٣٩ ص٦٥٢- وانظر استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٨٩٠ م٢ ص٣١٢: النزاع على من يستحق الأجرة هل هو المؤجر أو دائنه الحاجز تحت يد المستأجر ويدعى المؤجر أن الحجز باطل).

(٢) استئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩٠٣ م١٦ ص١٠- محدم على راتب فقرة ٣٧٩ ص٩٤٧- محمد عبد اللطيف فقرة ٢٦٧- ولكن لا يجوز فرض الحراسة على المحصولات إذا تمسك المستأجر بأنه دفع الأجرة كاملة ولم يكن هناك خطر من تلف المحصول (استئناف مختلط ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م٣٨ ص٦٣).

(٣) عبد الحكيم فراج فقرة ١٢٤- محمد على راتب فقرة ٣٧٩ ص٩٤٧- محمد عبد اللطيف فقرة ٢٦٧- وقضى كذلك بوضع أطيان زراعية تحت الحراسة كطلب المؤجر لعدم قيام المستأجرين بدفع الإيجار وتبديد بعض المحصولات المحجوز عليها (مصر مستعجل ٢٢ فبراير سنة ١٩٥١ قضية رقم ٥٥٦ سنة ١٩٥١ مشار إليه فى محمد على رشدى فقرة ٢٥٨ ص٣٥٧ هامش١). ويجوز للمؤجر طلب وضع العين المؤجرة تحت الحراسة، إذا عمد المستأجر إلى تسخير دائنين لتوقيع الحجز تحت يده بديون وهمية، فيقوم الحارس بتحصيل الأجرة فى مواعيدها حتى يفصل فى صحة الحجوز (عبد الحكيم فراج فقرة ١٢٤ ص١٠٨ وهامش١- محمد على رشدى فقرة ٢٥٨ ص٣٥٨ هامش١). ومع هذا فقد قضى بأنه ليس للمؤجر فى حالة تأخر المستأجر فى سداد الأجرة أو فى حالة تركه العين المؤجرة بلا زراعة، تعيين حارس قضائى، لأن الحراسة لم تشرع كطريق لتنفيذ الأحكام والعقود (استئناف مصر ١٠ أكتوبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٣٥٣ ص٦٨٤). وقضى أيضاً برفض تعيين حارس لتحصيل الإيجار والقيام بإصلاح أرضية السطح لمنع تساقط المياه، بحجة أن الحراسة ليست من وسائل التنفيذ =

وكما يجوز للمؤجر طلب وضع العين المؤجرة تحت الحراسة، كذلك يجوز للمستأجر أن يتقدم بهذا الطلب لوضع العين المؤجرة تحت الحراسة وتعيين حارس تكون مهمته تحصيل الأجرة وإدارة العقار المؤجر ودفع أجرة البواب واشتراك المياه والنور والتدفئة، إذا ثبت أن المالك لا يقوم بذلك على الوجه الواجب لتمكين المستأجرين من الانتفاع بالعين الانتفاع المشروط فى عقد الإيجار(١). وقد قضى ترتيباً على ذلك. بجواز تعيين حارس لقبض الأجرة وتخصيص جزء منها للقيام بالإصلاحات الضرورية للعين المؤجرة مما يلتزم به المؤجر ويمتنع عن القيام به(٢). وقضى كذلك بتعيين حارس على جهاز تسخين لإدارته وتحقيق انتفاع المستأجرين بالمياه الساخنة(٣)، وبتعيين حارس لإعادة المياه إلى العين المؤجرة(٤)، أو لإعادة عداد إنارة نقله المؤجر بغير إرادة المستأجر من مكان إلى مكان آخر ليحرم المستأجر الانتفاع به(٥)، وبتعيين حارس على مصعد لإدارته والإشراف على تسييره

=(مصر مستعجل ٢٣ مايو سنة ١٩٥٠ قضية رقم ١٣٧٧ سنة ١٩٥٠ مشار إليه فى عبد الحكيم فراج فقرة ١٢٥ ص١٠٩ وهامش ٤). ولكن يجوز تعيين حارس على المحصول المتخذ فيه إجراءات الحجز (استئناف مختلط ٢٠ يونيه ١٩١٢ م٢٤ ص٤١٦)، ويجوز تعيين حارس على المحصول بناء على طلب المتنازل له عن الإيجار (استئناف مختلط ١٧ فبراير سنة ١٩٢٦ م٣٩ ص١٣).

أما إذا لم يوجد خطر على حقوق المؤجر، فلا محل للحراسة (استئناف مختلط ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م٣٨ ص٦٣). وقد قضى بأنه لا محل للحراسة إذا بنى الطلب على صورية عقد الإيجار وكان المستأجر من اليسر بحالة لا يخشى معها على حقوق المؤجر (استئناف مختلط ٩ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م١١ ص٧)، أو على مجرد تأخر المستأجر فى سداد الأجرة إذا لم يكن هناك خطر على حقوق المؤجر (استئناف مصر ٣ أبريل سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٤٨ ص١٠٠ - المنصورة الجزئية ٢٥ سبتمبر سنة ١٩٥٤ المحاماة ٣٥ رقم ١١٥ ص٣٦٩).

(١) نقض فرنسى ١٢ مارس سنة ١٩٣٣ داللوز ١٩٣٤ -١-٢٣- أول يونيه سنة ١٩٣٤ داللوز الأسبوعى ١٩٣٤- ٣٧٩- عبد الحكيم فراج فقرة ١٢٥ ص١٠٨.

(٢) نقض فرنسى ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٤ داللوز الأسبوعى ١٩٣٤- ١٧٧- عبد الحكيم فراج فقرة ١٢٥ ص١٠٨- وقد قضى بتعيين حارس قضائى، إذا امتنع المؤجر عن كسح الخزانات الخاصة بدورات المياه أو قطع المياه (مصر مستعجل ٢١ مارس سنة ١٩٥١ قضية رقم ١٩٠٧ سنة ١٩٥١ مشار إليه فى محمد على رشدى فقرة ٢٥٨ ص٣٥٩ هامش١).

(٣) استئناف مختلط ٢ مايو سنة ١٩٤٥ م٥٧ ص١٥٢- مصر مستعجل ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ المحاماة ٣٠ رقم ٣٨٣ ص٧٩٦- عبد الحكيم فراج فقرة ١٢٥ ص١٠٩- محمد على رشدى فقرة ٢٥٨ ص٣٥٩ هامش١- محمد على راتب فقرة ٣٨٠- محمد عبد اللطيف فقرة ٢٦٨.

(٤) محمد على رشدى فقرة ٢٥٨ ص٣٥٥ هامش١- محمد عبد اللطيف فقرة ٢٦٨: ويشيران إلى مصر مستعجل ٨ أبريل سنة ١٩٥١ قضية رقم ١٠٥٥ سنة ١٩٥١.

(٥) محمد على رشدى فقرة ٢٥٨ ص٣٥٩ هامش١- محمد عبد اللطيف فقرة ٢٦٨: ويشيران إلى مصر مستعجل ١٣ سبتمبر سنة ١٩٤٨ قضية رقم ٢١٩٤ سنة ١٩٤٨.

فى الصعود والنزول وتمكين المستأجرين من الانتفاع به[1].

٤٢١- النزاع متعلق بالمال الشائع: أكثر ما يقع النزاع فى شأن المال الشائع يكون فى إدارته، ولذلك عنى التقنين المدنى عناية خاصة بتنظيم هذه الإدارة. فنصت المادة ٨٢٧ مدنى على أن «تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين، ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك». ثم نصت المادة ٨٢٨ مدنى على أن «١- ما يستقر عليه رأى أغلبية الشركاء فى أعمال الإدارة المعتادة يكون ملزماً للجميع، وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصباء. فإن لم تكن ثمة أغلبية فللمحكمة، بناء على طلب أحد الشركاء، أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع. ٢- وللأغلبية أيضاً أن تختار مديراً، كما أن لها أن تضع للإدارة ولحسن الانتفاع بالمال الشائع نظاما يسرى حتى على خلفاء الشركاء جميعاً سواء أكان الخلف عاما أم كان خاصاً. ٣- وإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين، عد وكيلا عنهم».

ويبين من هذه النصوص أن الأصل فى الإدارة أن تكون للشركاء مجتمعين إذا أمكن الاجماع، فإن لم يمكن فللأغلبية على أساس قيمة الأنصباء. وهذه الأغلبية إما أن تتولى الإدارة مباشرة، وإما أن تختار مديراً أو أكثر من بينها أو من أجانب عنها، ولها أن تضع للمدير نظاماً يلتزم به فى إدارته للمال الشائع. فإذا لم تتوافر الأغلبية للإدارة المباشرة أو لتعيين مدير، وتولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين، عد وكيلا فى الإدارة، ويبقى وكيلا ما لم يعترض عليه أحد الشركاء. فإذا لم تتوافر الأغلبية، ولم يتول الإدارة أحد الشركاء أو تولاها واعترض عليه أحد منهم، قامت الحاجة إلى تعيين مدير للمال الشائع،

---

(١) مصر مستعجل ٣١ مارس سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٢ رقم ٢٥٨ ص٧٦٣- إسكندرية مستعجل ٥ أكتوبر سنة ١٩٥٠ قضية رقم ١٩٥٢ سنة ١٩٥٠- عبد الحكيم فراج فقرة ١٢٥ ص١٠٩ (وقد أشار إلى مصر مستعجل ١٦ أبريل سنة ١٩٥٠ قضية رقم ١١٠١ سنة ١٩٥٠). محمد على رشدى فقرة ٢٥٨ ص٣٥٩ هامش ١- وانظر فى فرنسا جواز إقامة حارس على العين المؤجرة لإجراء الترميمات الضرورية أو على جهاز التدفئة لإدارته لمصلحة المستأجرين: نقض فرنسى ١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٣ جازيت دى پاليه ١٩٢٤-١-٣٢- باريس ١٦ و٢٨ يونيه سنة ١٩٢٠ داللوز ١٩٢١ ١ - ٢-٣٦- أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٩ ص١٩٣.

وقد قضى بإقامة الراسى عليه المزاد إذا كان مليئاً حارساً على العين بناء على طلب مستأجر لهذه العين إجارته لاحقة لتسجيل تنبيه نزع الملكية، وقد طعن فيها بالصورية (استئناف مختلط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م١٦ ص٥٨). وانظر أيضاً استئناف مختلط ٧ نوفمبر سنة ١٩٠٦ م١٩ ص٥. وإذا صدر إيجار من حارس حكم ببطلان تعيينه فكان الإيجار باطلا تبعاً لذلك، لم يجز للمستأجر أن يطلب الحراسة من جديد بسبب النزاع فى هذا الإيجار (استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩١٤ م٢٦ ص٣٩٨).

ويجوز في هذه الحالة بناء على طلب أحد الشركاء أن يعين القاضي هذا المدير من بين الشركاء أو من غيرهم. وليست هذه هي الحراسة القضائية[1]، بل إن المدير يكون في هذه الحالة مديراً دائماً وليس مديراً مؤقتاً كالحارس، ويكون تعيينه بدعوى عادية أمام محكمة الموضوع طبقاً لإجراءات الدعوى المعتادة[2]. وإنما تقوم الحاجة للحراسة القضائية، كإجراء مؤقت مستعجل لا يمس الموضوع، إذا قام نزاع بين الشركاء على الإدارة[3] ولم يتفقوا على تعيين مدير على الوجه الذي بيناه فيما تقدم، وكان يخشى على المال الشائع من خطر عاجل إذا ترك دون مدير ريثما يتمكن أحد الشركاء من استصدار حكم موضوعي بتعيين مدير على الوجه الذي تقدم ذكره. ففي أثناء نظر الدعوى الموضوعية بتعيين مدير دائم، أو قبل رفعها، يجوز لأي من الشركاء أن يلجأ إلى القضاء المستعجل، أو إلى محكمة الموضوع المنظور أمامها دعوى تعيين المدير الدائم بدعوى تبعية مستعجلة، ويطلب تعيين حارس قضائي ليدير المال الشائع مؤقتاً[4]، وذلك إلى أن يتم تعيين المدير

---

(١) قارن عبد الحكيم فراج فقرة ١٧٩ ص١٦٥- وقد قضى بأنه إذا لم يتفق الشركاء على الشيوع على إدارة الأعيان المشتركة ولم ينيبوا عنهم واحداً لإدارتها نيابة اختيارية، جاز للمحكمة أن تنيب عنهم من يقوم بإدارتها نيابة جبرية، وليست الدعوى التي ترفع في هذه الحالة دعوى حراسة على عين متنازع عليها، فليس من الضروري توافر أركان دعوى الحراسة فيها (مصر استئنافي ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١٥٨ ص٢١٣؛ وقد استبقى هذا الحكم في عهد التقنين المدني القديم ما قضت به المادة ١/٨٢٨ مدني جديد من أن للمحكمة أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع).

(٢) فلا يجوز إذن فرض الحراسة على المال الشائع لمجرد عدم اتفاق أحد الشركاء مع المدير على طريقة الإدارة أو الاستغلال ما دام أنه ليست هناك مطاعن جدية في تصرفات المدير، وسبيل الشريك في هذه الحالة أن يسعى إلى جلب الأغلبية في صفه. وقد قضى بأن الحراسة على المال الشائع تخضع لما تخضع له دعاوى الحراسة عموماً من شروط، ومن بينها شرط النزاع وشرط الخطر، فإذا لم يكن هناك مطعن جدي على الإدارة الحالية للمال الشائع، فلا يجوز فرض الحراسة عليه لمجرد أن أحد الشركاء يرغب في ذلك ولا يريد المدير الحالي (إسكندرية مستعجل ٢ نوفمبر سنة ١٩٥٣ قضية رقم ٣١٠٤ سنة ١٩٥٣ - عبد الحكيم فراج فقرة ١٧٩ ص١٦٤ - ص١٦٥- محمد علي رشدي فقرة ٢٢٥- محمد علي راتب فقرة ٣٦٤ (ولكن انظر الطبعة الثالثة فقرة ٧٦١)- وانظر استئناف مختلط ٩ يناير سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص٩٥- ١٨ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م٤٨ ص٦١- الدلنجات ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٦ رقم ٨٨ ص٢١٥.

(٣) كما لو انتهى عقد إيجار المال الشائع ولم يتفق الشركاء بعد ذلك على طريقة استغلال هذا المال، فإنه يجوز في هذه الحالة تعيين حارس قضائي (استئناف مختلط ١١ يناير سنة ١٩٣٣ م٤٥ ص١١٨)، أو كان هناك مصنع يملكه شركاء في الشيوع واختلفوا على إدارته (استئناف مختلط ٣ مايو سنة ١٩٣٩ م٥١ ص٢٩٤)، أو كان هناك مال شائع متنازع في ملكيته وكان حسن إدارته يقتضي أن تكون الإدارة في يد واحدة (استئناف مختلط ٢٦ أبريل سنة ١٩٤٤ م٥٦ ص١٢٧).

(٤) استئناف مختلط ٧ يونيه سنة ١٩٠٦ م١٨ ص٣٢٠.

الدائم من بين الشركاء أو من غيرهم. وقد يكون الحارس القضائى هو نفسه الذى يعين مديراً دائماً، إلى أن ينتهى الشيوع بقسمة المال الشائع إن كان هناك مشروع قسمة اتفاقية أو قضائية اعتزم الشركاء اجراءها[1]. وقد تقوم الحاجة للحراسة القضائية حتى لو كان للمال الشائع مدير دائم عينته الأغلبية، وأساء الإدارة فرأت الأغلبية عزله ولم تتفق على مدير آخر يحل محله، أو لم تتفق الأغلبية على عزله وأقام أحد الشركاء الدعوى بعزله أمام القضاء لسوء إدارته أو لخيانته أو لإجحافه بحقوق الأقلية أو لأى أمر آخر يستوجب عزله. ففى هذه الحالة قد يكون هناك خطر عاجل من ترك المال الشائع دون مدير حتى يعين من يحل محل المدير المعزول، أو من ترك المال الشائع يديره مدير رفعت الدعوى بعزله لسبب يستوجب ذلك. ومن ثم يجوز لأى شريك أن يطلب من القضاء المستعجل، أو من محكمة الموضوع المرفوع أمامها دعوى عزل المدير، تعيين حارس قضائى لإدارة المال الشائع إلى أن يبت فى أمر عزل المدير وتعيين من يحل محله[2].

---

(١) ويجوز كذلك تعيين كل شريك حارساً على حصته إذا أمكن تقسيم المال الشائع قسمة مهايأة (مصر مستعجل ٢٣ مايو سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٨٥ ص١٩٤ – ١٩ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٨٨ ص٢١٥– محمد على راتب فقرة ٣٦٣ ص٩٢٠ – ص٩٢١). ولكن لا يجوز تعيين كل شريك حارساً على حصة شائعة، لأن النزاع يبقى قائماً بقيام الشيوع (استئناف مختلط ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م٤٥ ص٧٠– محمد على راتب فقرة ٣٦٣ ص٩٢٠).

وقد قضى بأن الحكمة من الحراسة تسقط إذا تراضى المالكان على قسمة منفعة العقار فيما بينهما قسمة مهايأة (طنطا استئنافى ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٤ ص٨١).

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن مجال تطبيق أحكام إدارة المال الشائع الواردة بالمادة ٨٢٨ وما بعدها من القانون المدنى، يختلف عن مجال تطبيق أحكام الحراسة على منقول أو عقار قام بشأنه نزاع وكانت قد تجمعت لدى صاحب المصلحة فيه من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطر عاجل من بقاء المال تحت يد حائزه. فإن الحكم فى شأن هذا النزاع يدخل فيما نصت عليه المواد ٧٢٩ وما بعدها من القانون المدنى بشأن الحراسة، ويكون تعيين الحارس – سواء كانت الحراسة اتفاقية أو قضائية – باتفاق ذوى الشأن جميعاً، فإذا لم يتفقوا تولى القاضى تعيينه، وذلك وفقاً للمادة ٧٣٢ من ذلك القانون. وإذن فإذا فرضت الحراسة على مال شائع وطبقت أحكام المحكمة أحكام الحراسة فى شأن هذا النزاع، فإن النص على الحكم بالخطأ فى القانون لعدم تطبيق المادة ٨٢٨ من القانون المدنى يكون فى غير محله (نقض مدنى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٢٥ ص١٦١٢). وانظر استئناف مختلط ٧ يونيه سنة ١٩٠٦ م١٨ ص٣٢٠– ٢ يونيه سنة ١٩٣١ جازيت ٢١ رقم ٤١٩ ص٣٧٥– ١١ يناير سنة ١٩٣٣ م٤٥ ص١١٨– ٢٦ أبريل سنة ١٩٤٤ م٥٦ ص١٢٧– مصر مستعجل ١٩ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٨٨ ص٢١٥– ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٢٦٢ ص٥١١– بنى سويف الجزئية ٧ يناير سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣١ ص٦٢٧– عبد الحكيم فراج فقرة ١٨٠ ص١٦٦– محمد على راتب فقرة ٣٦٣.

وانظر فى الحراسة للنزاع على إدارة المال الشائع: محمد على رشدى فقرة ٢٢٦– استئناف مختلط =

وقد يقع النزاع فى شأن المال الشائع، لا على إدارته[1]، بل على أنصبة الشركاء فيه. فينازع أحد الشركاء مثلا شركاءه ويدعى أن المال الشائع ملكه وحده، أو ينازع الشركاء واحداً منهم ويدعون أنه ليس له نصيب فى المال الشائع، أو يدعى أحد الشركاء أن له نصيباً أكبر، أو يدعى الشركاء أن واحداً منهم له نصيب أصغر. ففى هذه الأحوال وأمثالها إذا استحكم الخلاف بين الشركاء على أنصبتهم فى المال الشائع، قد يقوم خطر عاجل إذ يتعذر توزيع الريع بينهم طبقاً لأنصبة ثابتة. فيجوز لكل ذى مصلحة، وبخاصة الشريك الذى يقع النزاع فى مقدار نصيبه، أن يطلب تعيين حارس قضائى على المال الشائع يتولى قبض الريع، وصرف الأنصبة التى لا نزاع فيها بين الشركاء، وإيداع الأنصبة المتنازع فيها خزانة المحكمة إلى أن يبت فى النزاع القائم فى شأن الأنصبة ويصدر حكم نهائى فى مقدار نصيب كل شريك[2].

وقد يقع النزاع، لا فى إدارة المال الشائع ولا فى أنصبة الشركاء، بل فى ديون يكون المال الشائع مثقلا بها، كأن يكون مرهوناً فى دين أو مترتباً عليه حق اختصاص أو حق امتياز. فإذا تأخر بعض الشركاء فى الوفاء بحصصهم فى هذه الديون ونازعوا فيها، وخشى البعض الآخر من جراء هذه المنازعة أن تنزع ملكية المال الشائع، جاز لأى منهم طلب وضع المال تحت الحراسة، فيقبض الحارس ريع المال ويسدد منه الديون غير المتنازع فيها،

=٢٥ مارس سنة ١٩٣١ م٤٣ ص٣١١- ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣١ م٤٤ ص١٤- ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ م٤٤ص٧٩ - ١١ يناير سنة ١٩٣٣ م٤٥ ص١١٨- ١٩ أبريل سنة ١٩٣٣ م٤٥ ص٣٤٣- ٣ مايو سنة ١٩٣٣ م٤٥ ص١١٨- ٣ مايو سنة ١٩٣٩ م٥١ ص٣٩٤- طنطا الجزئية ٢٤ أبريل سنة ١٩١٥ الشرائع ٨ رقم ١٦ ص٨٩- مصر ١٩ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٨٨ ص٢١٦- الدلنجات ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٥٣ ص١٢٩.

(١) والمقصود هنا الإدارة العادية. وهناك إدارة تخرج عن حدود الإدارة المعتادة نصت عليها المادة ٨٢٩ مدنى بما يأتى: «١- للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا فى سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال، من التغييرات الأساسية والتعديل فى الغرض الذى أعد له ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة، على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقى الشركاء، ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان. ٢- وللمحكمة عند الرجوع إليها، إذا وافقت على قرار الأغلبية، أن تقرر مع هذا ما تراه مناسباً من التدابير. ولها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق من التعويضات». وهذه الأحكام قد تفتح الباب للحراسة القضائية، كأن يطلب أحد الشركاء وضع المال الشائع تحت الحراسة لأن قراراً يخرج عن حدود الإدارة المعتادة يوشك أن ينفذ مع أنه قد اتخذ بأغلبية أقل مما يوجبه القانون، أو اتخذ بهذه الأغلبية ولكن قام اعتراض عليه.

(٢) محمد على راتب فقرة ٣٦٣ ص٩١٥- ص٩١٦- استئناف مختلط ١٧ نوفمبر سنة ١٩٠٩ م٢٢ ص١٢- ٦ أبريل سنة ١٩٣٢ م٤٤ ص٢٦٤.

ويودع خزانة المحكمة قيمة الديون المتنازع فيها حتى يفصل فى النزاع(١). ويجوز أيضاً للدائنين أنفسهم أن يطلبوا وضع المال الشائع تحت الحراسة لإيداع ريعه خزانة المحكمة على ذمة الفصل فى النزاع، إذا كانت هناك أسباب جدية تدعو للخشية من تبديد الريع إذا لم يوضع المال تحت الحراسة(٢).

وإذا كان أحد الشركاء مديناً وأراد دائنه أن يستوفى حقه من حصة المدين فى ريع المال الشائع. دون أن يكون هذا المال مثقلا بالدين كما فى الفرض السابق، جاز للدائن وضع حصة المدين فى المال الشائع تحت الحراسة إذا وجدت أسباب جدية تدعوه للخشية من تبديد ريع هذه الحصة. فإذا كان المال الشائع مقسوماً قسمة مهايأة وضعت حصة المدين المفرزة تحت الحراسة(٣)، أما إذا لم يكن مقسوماً فإن حصته الشائعة هى التى توضع تحت الحراسة(٤) ويحل الحارس فى هذه الحالة محل الشريك المدين فى إدارة المال الشائع وفى قبض ريع حصته ليسدد منها الدين(٥).

---

(١) استئناف مختلط ٤ مايو سنة ١٩١٠ م٢٢ ص٢٨٩- أول مارس سنة ١٩١١ م٢٣ ص٢٠٦- ٥ ديسمبر سنة ١٩١٧ م٣٠ ص٧٠- ١٧ فبراير سنة ١٩٣٢ م٤٤ ص١٨٨- ١٥ يناير سنة ١٩٣٦ م٤٨ ص٧٩- مصر مستعجل ٢٢ فبراير سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢١ ص١٠١- محمد عبد اللطيف فقرة ٢٦٠.

وتوضع الحراسة على المال الشائع حتى لو دفع بعض الشركاء حصصهم فى الدين، فإن الباقى الذى لم يدفع لا يزال سبباً فى تهديد العقار كله بنزع الملكية إذ الرهن لا يتجزأ. ولكن إذا وفى بعض الشركاء كل الدين، فقد زال الخطر من نزع الملكية، ولا محل إذن لطلب الحراسة (مصر مستعجل ٢٢ فبراير سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢١ ص١٠١- محمد على راتب فقرة ٣٦٣ ص٩١٨).

(٢) وسنرى أن القضاء يجيز بوجه عام فرض الحراسة استيفاء للدين إذا تحقق شرط الخطر العاجل (محمد على راتب فقرة ٣٦٣ ص٩١٨).

(٣) عبد الحكيم فراج فقرة ١٨١ ص١٦٧- محمد على رشدى فقرة ٢٢٩- استئناف مختلط ٤ مايو سنة ١٩٣٢ م٤٤ ص٣٣.

(٤) ولا يلزم إدخال الشركاء فى دعوى الحراسة، بل يكفى اختصام الشريك المدين (محمد على راتب فقرة ٣٦٥ ص٩٢٤ هامش٤).

(٥) قارن استئناف مختلط ٢١ يناير سنة ١٩٣١ م٤٣ ص١٦٥- فإذا تعذر الاتفاق بين الحارس والشركاء على الإدارة، جاز فرض الحراسة على المال الشائع كله (استئناف مختلط ١٤ يناير سنة ١٩٣١ م٤٣ ص١٥١- ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م٤٥ ص٧٠- ٢٠ يونيه سنة ١٩٣٤ م٤٦ ص٣٤١- ١٣ نوفمبر سنة ١٩٣٥ م٤٨ ص٢٢- ٨ أبريل سنة ١٩٣٦ م٤٨ ص٢١٩- ٢٠ يونيه سنة ١٩٤٢ م٥٤ ص٣٤١- ٣١ ديسمبر سنة ١٩٤٢ م٥٥ ص٢٣- عبد الحكيم فراج فقرة ١٨٢ ص١٦٨- محمد على رشدى فقرة ٢٨٨ - محمد على راتب فقرة ٣٦٣ ص٩١٩ وفقرة ٣٦٥).

وإذا طلب أحد الشركاء قسمة المال الشائع، وطالت إجراءات القسمة وتنازع الشركاء في إدارة المال طوال المدة التي تدوم فيها هذه الإجراءات، وكانت هناك أسباب جدية للخشية من ضياع الريع في هذه المدة أو من نقصه لسوء الإدارة، جاز لأي شريك أن يطلب وضع المال تحت الحراسة. فيدير الحارس المال الشائع ويقبض ريعه ويوزعه على الشركاء إذا لم تكن أنصبتهم متنازعاً فيها[1]، أو يودعه خزانة المحكمة على ذمة الفصل في النزاع[2].

وإذا تقرر وضع المال الشائع تحت الحراسة، واختارت الأغلبية حارساً لم ترض عنه الأقلية، فإنه لا يحتج بحكم المادة ٨٢٨ مدني لإلزام القاضي بتعيين هذا الحارس، فإن هذه المادة لا محل لتطبيقها في دعوى الحراسة كما سبق القول، بل يجوز للقاضي أن يختار حارساً آخر إذا استبان جدية المطاعن الموجهة إلى الحارس الذي اختارته الأغلبية[3].

---

(١) استئناف مختلط ١٠ مارس سنة ١٩٢١ م٣٣ ص٢١٥.

(٢) استئناف مختلط ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٩٥ م٨ ص٩- ١٢ نوفمبر سنة ١٩١٩ م٣٢ ص١٤- ١٦ مايو سنة ١٩٢١ م٣٣ ص٢١- ١٣ أبريل سنة ١٩٢٥ م٣٧ ص٣٨٧- ٢ يناير سنة ١٩٢٦ م٣٨ ص٤٢٧- ٢٥ مارس سنة ١٩٣١ م٤٣ ص٣١١ - ١١ يناير سنة ١٩٣٣ م٤٥ ص١١٨. ٩ يناير سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص٩٥- أسيوط استئنافي ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ٣٠ ص٤٧- طنطا استئنافي ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٤ ص٨١- محمد علي راتب فقرة ٣٦٣ ص٩١٩- ص٩٢٠- محمد كامل مرسي فقرة ٣٥٧ ص٤٦٩- ولا محل للحراسة إذا كان كل من الشركاء، في أثناء إجراءات القسمة، واضعاً يده على نصيبه بطريق المهايأة، أو كان هناك اتفاق على إدارة المال الشائع، فالقسمة في ذاتها ليست سبباً للحراسة، وإنما السبب هو النزاع بين الشركاء وقيام الخطر العاجل (استئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٩٠١ م١٤ ص٤٠- ٢٧ يونيه سنة ١٩٣٣ م٣٥ ص٥٣٦- ٥ فبراير سنة ١٩٣٦ م٤٨ ص١١٠- طنطا استئنافي ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٤ ص٨١- عبد الحكيم فراج فقرة ١٨٠ ص١٦٧- محمد عبد اللطيف فقرة ٢٥٩).

(٣) محمد علي راتب فقرة ٣٢٩ ص٨٥٥: ويشير إلى حكم من قاضي الأمور المستعجلة بمحكمة الإسكندرية يقضي بأن محل تغليب رأي أصحاب النصيب الأكبر في العقار الشائع - الشاغر من مدير يتولاه - على رأي أصحاب النصيب الأقل، عند النزاع أمام المحكمة على شخص الحارس المراد تعيينه على العقار، هو أن يكون الشخص الذي يرشحه أصحاب النصيب الأكبر خالياً من التجريح الجدي. عندئذ يحق لهم التحدي بنص المادة ٨٢٨ مدني وتغليب شخص مرشحهم للحراسة على شخص مرشح الأقلية. أما إذا ثبت العكس، كأن كان مرشحهم محكوماً عليه منذ سنوات بتهمة نصب مثلا- كما هو الحال في خصوص هذه الدعوى - فللقاضي بطبيعة الحال ألا يعمل رأي الأغلبية في هذا المقام. ذلك أن القاضي يملك شل يد المدير المعين فعلا (من أصحاب النصيب الأكبر) لإدارة المال الشائع وتنصيب حارس قضائي آخر بدلا منه إذا ثبت أمامه سوء إدارته للمال الشائع، فيكون لهذا القاضي من باب أولى وتوقياً للضرر قبل وقوعه أن يمتنع عن تعيين حارس قضائي رشحته الأغلبية إذا استبان =

كذلك إذا عين القاضى حارساً، لم يجز عزله إلا للأسباب التى يعزل الحارس من أجلها، فإذا لم يتوافر سبب للعزل لم يعزل ولو اتفقت أغلبية الشركاء على عزله.

أما إذا توافر سبب العزل، فإنه يعزل حتى لو لم يرد العزل إلا الأقلية أو لم يرده أحد من الشركاء(١).

٤٢٢- النزاع متعلق بالتركات: نصت المادة ٨٧٥ مدنى على أن «١- تعيين الورثة وتحديد أنصبائهم فى الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسرى فى شأنها أحكام الشريعة الإسلامية. ٢- وتتبع فى تصفية التركة الأحكام الآتية:». ثم ترد أحكام مفصلة فى المواد من ٨٧٦ إلى ٩١٤ مدنى لتصفية التركة وتسديد ديونها. فإما أن يعين مصف للتركة، ويكون ذلك إما بأن يعين المورث وصيا لتركته وإما بناء على طلب أحد ذوى الشأن من الورثة أو الدائنين. وفى هذه الحالة يقوم المصفى، لا بأعمال الحارس القضائى فحسب، بل أيضاً بجميع أعمال التصفية. فيتسلم أموال التركة، ويتخذ جميع ما يجب من الاحتياطات للمحافظة عليها، ويقوم بما يلزم من أعمال الإدارة، ويستوفى ما للتركة من ديون فى ذمة الغير، ويحصر ما على التركة من ديون، ويفى بالديون التى لم يقم فى شأنها نزاع، أما الديون التى يقوم فى شأنها نزاع فيسويها بعد الفصل فى النزاع نهائياً. ثم يسلم إلى الورثة ما آل إليهم من أموال التركة بعد استيفاء الحقوق ووفاء الديون. وبذلك يحقق تحقيقاً عملياً المبدأ الأساسى الذى يقضى بألاً تركة إلا بعد سداد الدين. وإما ألا يعين مصفى للتركة، وقد نصت المادة ٩١٤ مدنى فى هذه الحالة على أنه «إذا لم تكن التركة قد صفيت وفقاً لأحكام النصوص السابقة، جاز لدائنى التركة العاديين أن ينفذوا بحقوقهم أو بما أوصى به لهم على عقارات التركة التى حصل التصرف فيها، أو التى رتبت عليها حقوق عينية لصالح الغير، إذا أشروا بديونهم وفقاً لأحكام القانون».

فيجب إذن أن نستعرض، فى صدد الحراسة القضائية على التركة، حالتين: حالة ما إذا لم يعين مصف للتركة، وحالة ما إذا عين مصف لها.

(الحالة الأولى) إذا لم يعين مصف للتركة: هنا قد تقوم الحاجة للحراسة القضائية إذا

=من ظروف الحال ومن صحائف ماضيه ما يرجح معه عدم الاطمئنان إلى حسن ادارته (اسكندرية مستعجل ٢ فبراير سنة ١٩٥٤ قضية رقم ٣٠٣٠ سنة ١٩٥٤ مدنى مستعجل: ويلاحظ أن المحكمة لم تستبعد تطبيق المادة ٨٢٨ مدنى فى دعاوى الحراسة، وإنما لجأت إلى تفسيرها تفسيراً أدى بها إلى نفس الحكم الذى كانت تصل إليه لو أنها استبعدت تطبيق هذه المادة). انظر فى هذه المسألة محمد على رشدى فقرة ٢٢٨ مكررة.

(١) محمد على راتب فقرة ٣٦٧- وانظر فى إمكان فرض الحراسة القضائية على الأجزاء المشتركة شيوعاً فى ملكية الطبقات: عبد الحكيم فراج فقرة ١٧٩- فقرة ١٨١ ص١٦٨- ص١٧٠.

وقع نزاع بين الورثة إما فى أنصبتهم، وإما فى إدارة التركة إلى أن يتسلم كل وارث حصته فيها، وإما فى وفاء ما على التركة من ديون، وإما فى وفاء دين على الوارث.

ويقع النزاع فى أنصبة الورثة إذا ادعى واحد منهم مثلا أن له نصيباً أكبر فى الميراث عما تقر به سائر الورثة(١)، أو أنكر الورثة على واحد منهم أنه وارث، أو وضع بعض الورثة يدهم على التركة ومنعوا الآخرين بذلك من الوصول إلى حقوقهم فى التركة(٢)، أو وضع أجنبى يده على التركة أو على بعض أموالها منكراً حقوق الورثة(٣)، أو تقدم موصى له بوصية فأنكرها الورثة أو ادعوا أنها مزورة أو طعنوا فيها بالبطلان واستمروا واضعين اليد على التركة دون أن يمكنوا الموصى له من حقه(٤). فى هذه الفروض وأمثالها(٥)، إذا كان

---

(١) وقد قضى بفرض الحراسة إذا وقع نزاع جدى فى شأن أنصبة الورثة وترتب على ذلك تأخير فى إجراءات القسمة (استئناف مختلط ١٦ يونيه سنة ١٩٣٧ م٤٩ ص٢٦٧).

(٢) وقد قضى بفرض الحراسة إذا وضع شخص يده على أعيان التركة باعتباره الوارث الوحيد وتصرف فى كثير من أعيانها على هذا الاعتبار، بالرغم من وقوع نزاع جدى فى شأن وراثته لم يفصل فيه من الجهة القضائية المختصة (استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٩٠٧ م١٩ ص١٦٨)، وكذلك إذا ادعى بعض الورثة أحقيتهم وحدهم للتركة دون الآخرين (استئناف مختلط ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م٤٦ ص٦٨- ٢٦ فبراير سنة ١٩٤١ م٥٣ ص١١٣)، أو نازع أحد الورثة الباقين فى ملكية التركة لبعض الأعيان، أو عمل على إخفاء أعيان التركة وظهر بمظهر المالك لها دون المورث (استئناف مختلط ٢٢ يونيه سنة ١٩٣٢ م٤٤ ص٣٨٨- مصر الكلية ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٨ رقم ٢٦٢ ص٥١١)، أو اختلف بعض الورثة مع بعض آخر ولم يرغب أحد فى تسلم أموال التركة (استئناف مختلط ١٨ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م٣ ص٨٧).

(٣) وقاضى الموضوع هو الذى يحسم النزاع فيما يدخل من الأعيان فى التركة وفيما يخرج منها ما يتعلق به حق الغير (استئناف مختلط ٢٢ يونيه سنة ١٩٣٢ م٤٤ ص٣٨٨).

(٤) وقد قضى بفرض الحراسة إذا وقع نزاع جدى فى صحة الوصية (استئناف مختلط ١١ مايو سنة ١٩٣٧ م٤٩ ص٢١٦- ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م٥٧ ص٣١)، أو طعن بالتزوير فى إمضاء الموصى (محمد على راتب فقرة ٣٦٩ ص٩٣٠ هامش١)، ولكن إذا كانت الوصية فى ظاهرها صحيحة وليس هناك مطعن جدى عليها لم يجز فرض الحراسة (استئناف مختلط ١٥ فبراير سنة ١٩٣٣ م٤٥ ص١٧٠).

(٥) وقد قضى بفرض الحراسة إذا ادعى شخص أنه وارث ورفع دعواه بذلك أمام الجهة المختصة واتضح أنه جاد فى طلبه (استئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص١٢٠)، أو وقع نزاع على القانون الواجب تطبيقه على التركة (استئناف مختلط ١٠ أبريل سنة ١٩١٨ م٣٠ ص٣٤٤). وقضى بأن وضع الحكومة يدها على التركة، طبقاً لأحكام لائحة بيت المال، لا يمنع من إقامة حارس عليها إذا ادعى شخص استحقاقه للتركة ونازع الحكومة فى وضع يدها (مصر ١٥ أغسطس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١٦٢ ص٢١٨- عبد الحكيم فراج فقرة ١٨٥- عبد اللطيف فقرة ٢٧٥). وقضى بوضع الحراسة على التركة إذا استولى بعض الورثة على أغلب التركة والبعض الآخر على الباقى منها =

النزاع جدياً وكان هناك خطر عاجل من ترك الحائز للتركة واضعاً يده عليها، جاز لذى المصلحة من وارث أو موصى له أن يطلب وضع التركة تحت الحراسة وتعيين حارس يدير التركة مؤقتاً، ويصرف الريع غير المتنازع فيه لأصحابه، وأما ما يقع فيه النزاع فيودعه خزانة المحكمة حتى يفصل فى النزاع أمام محكمة الموضوع(١).

ويقع النزاع فى إدارة التركة إذا اختلف الورثة فى كيفية إدارتها واستغلالها، أو اختلفوا فيمن يقوم بالإدارة والاستغلال(٢)، أو اتفقوا على شخص يقوم بذلك فأساء الإدارة(٣) أو أهمل المحافظة على أعيان التركة أو أخذ فى تبديدها، أو استقل أحد الورثة دون رضاء الباقين بإدارة التركة واستمر فى إدارتها بالرغم من اعتراضهم، أو وضع وارث يده على بعض أعيان التركة وأخذ يحدث فيها تغييرات جوهرية لا يرضى عنها الباقون، أو امتنع من يدير التركة عن إعطاء كل وارث حقه أو كل حقه من ريعها(٤). فى هذه

=(استئناف مختلط ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م٤٦ ص٦٨- ٣١ مايو سنة ١٩٣٩ م٥١ ص٣٦٧- ٢٩ فبراير سنة ١٩٤١ م٥٣ ص١١٤- محمد على رشدى فقرة ٢١٨ ص٣٠٧). وتفرض الحراسة على التركة إذا اختلف على أنصبة الورثة (استئناف مختلط ٢٦ فبراير سنة ١٩٤١ م٥٣ ص١١٣)، أو وقع خلاف بين الموصى له بجزء من مجموع التركة والورثة وطلب الموصى له وضع التركة كلها تحت إدارة واحدة (استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م٥٧ ص٣١). ولكن إذا كان أحد الورثة يدير التركة دون أن توجه إلى إدارته مطاعن جدية، فلا محل لفرض الحراسة (استئناف مختلط ٥ مارس سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٣٣١).

(١) استئناف مختلط ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م٤٦ ص٥٥- ولا يحول وجود وصى أو قيم على أحد الورثة من تعيين حارس قضائى، وقد قضى بأن وجود وكالة من أحد الخصوم فى الدعوى لا يمنع من تعيين حارس قضائى، لتوفر الاستعجال والخطر، حتى لو كانت إدارة الوكيل طيبة لعدم أحقيته فى تمثيل باقى الخصوم الذين لهم حق الإدارة وتحصيل الغلة وعمل ما فيه صيانة حقوقهم فى التركة (مصر مستعجل ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٨ رقم ٢٦٢ ص٥١١- محمد عبد اللطيف فقرة ٢٧٩).

(٢) استئناف مختلط ١٤ مارس سنة ١٩٢٣ م٣٥ ص٢٩٠- ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣١ م٤٤ ص١٤- ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ م٤٤ ص٧٩- ١٩ أبريل سنة ١٩٣٣ م٤٥ ص٢٤٣- ١٦ يونيه سنة ١٩٣٧ م٤٩ ص٢٦٧- ٣ يناير سنة ١٩٣٩ م٥١ ص٧٠- عبد الحكيم فراج فقرة ١٨٦- محمد على رشدى فقرة ٢١٨ ص٣٠٧- محمد عبد اللطيف فقرة ٢٧٦. وقد قضى بالحراسة فى حالة ما إذا كان الوارث الذى يدير التركة سيء السمعة، وقد صدرت ضده أحكام بالتزوير، أو اقترض عن طيش وعدم تجربة بالربا الفاحش (استئناف مختلط ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م٤٦ ص٤٦).

(٣) كأن امتنع عن تأخير أعيان التركة فى المزاد حين يكون ذلك واجباً حتى لا يظلم أحد من الشركاء (بنى سويف الجزئية ٧ يناير سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣١ ص٦٢٧).

(٤) مصر مستعجل ١٩ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٨٨ ص٢١٥.

الفروض وأمثالها[1]، إذا كان النزاع جدياً وقام الخطر العاجل، جاز لكل ذى مصلحة من الورثة أن يطلب وضع التركة أو الأعيان التى وقع فى شأنها النزاع تحت الحراسة، وتعيين حارس يتولى إدارتها مؤقتاً حتى تفصل محكمة الموضوع فى النزاع[2].

ويقع النزاع فى وفاء ما على التركة من ديون إذا اختلفت الورثة في كيفية أداء الديون، أو امتنعوا عن دفع الضريبة المستحقة وأخذوا فى تبديد أموال التركة، أو نازعوا دائنى التركة فيما لهم من الديون على التركة وامتنعوا عن وفائها[3]. فى هذه الفروض وأمثالها[4]، يجوز لكل ذى مصلحة من وارث أو دائن أن يطلب وضع التركة تحت الحراسة وتعيين حارس يتولى إدارة التركة واستغلالها وإيداع ريعها أو المقدار الذى يفى بالديون من هذا الريع خزانة المحكمة، إلى أن تفصل محكمة الموضوع فى النزاع[5].

ويقع النزاع فى وفاء دين على الوارث إذا أراد الدائن أن ينفذ على حصة هذا الوارث فى التركة فنازعه هذا فى الدين وامتنع عن وفائه، فإنه يجوز للدائن فى هذا الفرض، إذا كان هناك خطر عاجل، أن يطلب وضع حصة الوارث المدين تحت الحراسة على الوجه الذى قدمناه فى وضع الدائن حصة مدينه فى المال الشائع تحت الحراسة[6].

---

(١) وقد قضى بفرض الحراسة القضائية إذا كان من ضمن أموال الشركة أطيان أهملت وهو فى حاجة إلى عمل سريع (استئناف مختلط ١٩ مارس سنة ١٩٢٤ م٣٦ ص٢٦٣- عبد الحكيم فراج فقرة ١٨٦).

(٢) محمد على راتب فقرة ٣٦٩ فقرة ٩٣١- ٩٣٢- استئناف مختلط ٢٣ مايو سنة ١٩١٢ م٢٤ ص٣٦١.

(٣) استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩١٨ م٣٠ ص٣٨٥- ٢٣ أبريل سنة ١٩٢٥ م٣٧ ص٨٢٥- ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م٤٦ ص٤٦- ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م٤٦ ص٦٨- ٣٠ يناير سنة ١٩٣٩ م٥١ ص٧٠- ٣١ مايو سنة ١٩٣٩ م٥١ ص٣٦٧- محمد على رشدى فقرة ٢١٨ ص٣٠٨ وفقرة ٢١٨ مكررة ثانيا.

(٤) وقد قضى بوضع الحراسة إذا قام خلاف شديد بين أصحاب الشأن واستلزم الأمر نظراً لأهمية أموال التركة وضعها تحت إدارة موحدة (استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٣٩ م٥١ ص٧٠)، وبأن قاعدة فصل دمة الوارث عن ذمة المورث تبرر وضع أموال التركة تحت الحراسة وفاء للدين (الحكم السابق). ولكن لا يجوز وضع التركة تحت الحراسة وفاء لديونها إذا كانت أموال التركة يديرها وارث لم ينسب إليه أى إهمال، ولم يحاول الدائن الحصول على دينه بالطرق العادية للتنفيذ (استئناف مختلط ٢٧ فبراير سنة١٩٢٩ م٤١ ص٢٨١- ١٤ يناير سنة ١٩٣١ م٤٣ ص١٥١). وانظر عبد الحكيم فراج فقرة فقرة ١٨٧- محمد على رشدى فقرة ٢١٨ مكررة ثانيا- محمد عبد اللطيف فقرة ٢٨٠.

(٥) وإذا عهد إلى الحارس فى تصفية التركة، جاز له أن يطعن فى الهبات التى صدرت من المورث إضرارا بحقوق الدائنين (استئناف مختلط ١١ مايو سنة ١٩٣٧ م٤٩ ص٢١٦).

(٦) انظر آنفاً فقرة ٤٢١.

وقد طبق تقنين المرافعات فى كتابه الرابع قبل الغائه بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ فى نصين تشريعيين مبدأ وضع الحراسة القضائية على التركة فيما يتعلق بتركات الأجانب(١). فكانت المادة ٩٤١ مرافعات تنص على ما يأتى: «إلى أن يصدر القرار بتثبيت منفذ الوصية، يجوز له أن يطلب من المحكمة أن تأمر على وجه الاستعجال بتسليمه أموال التركة باعتباره مديراً مؤقتاً. ويجوز له أن يطلب تسليمه هذه الأموال بالصفة المذكورة بأمر يصدر من قاضى الأمور الوقتية على عريضة إذا لم يكن طلب تثبيته قد رفع إلى المحكمة». فهنا يعين منفذ الوصية، قبل تثبيته، حارساً على التركة ويتسلم أموالها، إلى أن يصدر قرار المحكمة بتثبيته. وتعيينه حارساً يكون بأمر على عريضة تقدم إلى قاضى الأمور الوقتية إذا كان طلب التثبيت لم يقدم بعد إلى المحكمة، أو بقرار من المحكمة إذا كان طلب التثبيت قد رفع إليها(٢). وكانت المادة ٩٦٧ مرافعات تنص على ما يأتى: «يجوز لقاضى الأمور المستعجلة فى أحوال الاستعجال أن يعين مديراً مؤقتاً للتركة بناء على طلب ذوى الشأن أو النيابة، ويبين القاضى سلطة هذا المدير»(٣). وقد سبقت الإشارة إلى هذين النصين(٤).

وقد صدر القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع واجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية وقضت المادة الرابعة من مواد اصداره بالغاء الكتاب الرابع من قانون المرافعات المدنية والتجارية المضاف إلى القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ ونصت المادة ٣٣ على أنه «على النيابة العامة بمجرد ورود التبليغ إليها وفقا لأحكام هذا القانون أن تتخذ الاجراءات اللازمة للمحافظة على حقوق الحمل المستكن أو عديم الأهلية

---

(١) محمد على رشدى فقرة ٢١٨ مكررة- محمد على راتب فقرة ٣٦٩ ص٩٣٣- محمد عبد اللطيف فقرة ٢٧٧ - فقرة ٢٧٨.

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية إن هذه المادة قد نصت «على إجراء مؤقت هو إقامة المنفذ المعين فى الوصية مديراً على التركة إلى أن يصدر قرار المحكمة بتثبيته. فقد يتوافر فى ظروف الحال من أسباب الاستعجال ما لا يحتمل التأخير إلى أن ترفع الدعوى أو حتى يفصل فيها. لذلك أجاز النص للمنفذ أن يطلب من قاضى الأمور الوقتية فى الحالة الأولى، ومن المحكمة المرفوع إليها الطلب فى الحالة الثانية، إقامته مديراً مؤقتاً يباشر من أعمال الإدارة ما يلزم لمواجهة سبب الاستعجال وذلك حتى يصدر القرار بتثبيته».

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية إن هذه المادة جاءت «مكملة للفكرة التى أشارت إليها المادة ٩٦٦، فإنه إذا لم يتفق ذوو الشأن على من تسلم إليه الأشياء بعد جردها، سلمها الكاتب الذى يتولى الجرد لأمين مؤقت يعينه القاضى بأمر يصدره على نفس محضر الجرد بغير إجراءات وبدون سماع مرافعة من الطرفين، وهذا أمر ولائى لا يرقى إلى مرتبة الحكم بالحراسة، وهو تحفظ لا يمنع من رفع دعوى يطلب فيها إقامة حارس قضائى على التركة إلى قاضى الأمور المستعجلة، ويفصل فيها طبقاً لقواعد هذا النوع من القضايا بصفة عامة».

(٤) انظر آنفاً فقرة ٤١٠ فى الهامش.

أو ناقصها أو الغائب وأن تحصر مؤقتا ما لهم من أموال ثابتة أو حقوق وما عليهم من التزامات فى محضر يوقع عليه ذوو الشأن، وللنيابة العامة أن تتخذ الاجراءات الوقتية أو التحفظية اللازمة للمحافظة على هذه الأموال وأن تأمر بوضع الأختام عليها، ولها بناء على أمر صادر من قاضى الأمور الوقتية أن تنقل النقود والأوراق المالية والمستندات والمصوغات وغيرها مما يخشى عليه إلى خزانة أحد المصارف، وإلى مكان أمين.

وللنيابة العامة – عند الاقتضاء – أن تأذن لوصى التركة أو منفذ الوصية أو مديرها إن وجد أو لأى شخص آخر بالصرف على جنازة المتوفى والانفاق على من تلزمه نفقتهم وإدارة الأعمال التى يخشى عليها من فوات الوقت.

وتنص المادة ٣٨ من هذا القانون على أنه «إذا رأت النيابة العامة أن طلب توقيع الحجر أو سلب الولاية أو الحد منها أو وقفها أو اثبات الغيبة يقتضى اتخاذ اجراءات تحقيق تستغرق فترة من الزمن يخشى خلالها من ضياع حق أو مال، رفعت الأمر للمحكمة لتأذن ما تراه من اجراءات تحفظية أو لتأمر بمنع المقدم ضده الطلب من التصرف فى الأموال كلها أو بعضها أو تقييد سلطته فى إدارتها أو تعيين مدير مؤقت يتولى إدارة تلك الأموال.

(الحالة الثانية) إذا عين مصف للتركة: يغلب أن يكون تعيين مصف للتركة مغنياً عن وضعها تحت الحراسة[1]، فقد رأينا أن المصفى يقوم بما يقوم به الحارس القضائى ويزيد عليه فى أنه لا يقتصر على إدارة التركة إدارة مؤقتة، بل هو يصفيها ويستوفى ما لها من الحقوق ويوفى ما عليها من الديون ويسلم لكل وارث بعد ذلك حصته فى التركة[2].

---

(١) وقد قضى فى عهد التقنين المدنى القديم بأنه إذا كان المصفى قد عينه بعض الورثة دون بعض، فإن تعيينه لا يمنع من إقامة حارس قضائى يمثل جميع الورثة (استئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣١ م٤٤ ص١٤).

(٢) ولذلك تنتهى مهمة الحارس القضائى بتعيين مصف للتركة. وقد قضى فى هذا الصدد بأن سلطة مصفى التركة أوسع نطاقاً وابعد مدى من سلطة الحارس، إذ أنه يتسلم أموال التركة ويقوم بإدارتها ويحصر ما فيها من أعيان وما لها من ديون، ويعلن قائمة الجرد لذوى الشأن. فإذا قامت منازعات فى صحة الجرد، حققت وفصل فيها. فإذا تم الجرد وفصل فى المنازعات التى قامت بشأنه، أصبح مصفى التركة على بينة من أمرها. فإما أن تكون موسرة فيوفى الديون جميعها، وإما أن تكون معسرة فيقسم التركة على الدائنين كل بنسبة حقوقه. وبعد دفع التزامات التركة من ديون ووصايا وتكاليف أخرى، يقدم كل وارث إعلاماً شرعياً إلى المحكمة، فتعطيه شهادة تقرر حقوق الإرث وتبين مقدار نصيبه منه وتحدد ما آل إليه من أموال التركة. وعلى ذلك تنتهى مهمة الحارس على التركة بقوة القانون بإقامة مصف للتركة فى القضاء الموضوعى، إذ أن الحراسة هى إجراء وقتى، لأنه يواجه حالة وقتية تتغير بتغير الظروف، وتزول حجيته من الوقت الذى تظهر فيه وقائع جديدة تغير من مركز الخصوم أو النزاع (مصر مستعجل ٢٧ فبراير سنة ١٩٥١ المحاماة ٣١ ص١٥٨٢). وانظر محمد على رشدى فقرة ٢١٨ مكررة ثالثا ص٣١١– محمد على راتب فقرة ٣٦٨ ص٩٢٩.

ولكن يقع مع ذلك أن تقوم الحاجة إلى إقامة حارس قضائى، قبل تعيين المصفى بل وبعد تعيينه.

أما إقامة حارس قضائي قبل تعيين المصفى، فذلك يمكن تصوره إذا رجعنا إلى المادة ٨٨١ وهى تنص على ما يأتى: «على المحكمة أن تتخذ عند الاقتضاء جميع ما يجب من الاحتياطات المستعجلة للمحافظة على التركة، وذلك بناء على طلب ذوى الشأن أو بناء على طلب النيابة العامة أو دون طلب ما. ولها بوجه خاص أن تأمر بوضع الأختام وإيداع النقود والأوراق المالية والأشياء، ذات القيمة». فيمكن أن يقوم نزاع بين الورثة فى شأن أنصبتهم أو فى إدارة التركة أو فى وفاء الديون على الوجه الذى بيناه تفصيلا فيما تقدم، ويقوم خطر عاجل يستدعى تعيين حارس قضائى على التركة إلى أن تنتهى المحكمة من تعيين المصفى. ويعتبر تعيين الحارس القضائى فى هذه الحالة من «الاحتياطات المستعجلة للمحافظة على التركة» وهى الاحتياطات التى تشير إليها المادة ٨٨١ مدنى فيما رأينا.

وأما إقامة حارس قضائى بعد تعيين المصفى، فذلك يمكن أيضاً تصوره إذا رجعنا إلى المادة ٢/٨٧٧ مدنى وهى تنص على ما يأتى: «وللقاضى أيضاً، إذا طلب إليه أحد ذوى الشأن أو النيابة العامة أو دون طلب، عزل المصفى واستبدال غيره به، متى وجدت أسباب تبرر ذلك». فإذا قامت الأسباب التى تبرر عزل المصفى واستبدال غيره به، فمن الجائز أن يطول الوقت الذى يتمكن فيه القاضى من تعيين مصف جديد، ويكون هناك خطر عاجل من ترك أموال التركة دون أحد يحافظ عليها. فيجوز لكل ذى مصلحة أن يطلب تعيين حارس قضائى يتولى المحافظة على التركة وإدارة أعيانها مؤقتاً حتى يعين المصفى الجديد، وقد تختار المحكمة نفس الحارس القضائى مصفياً جديداً، فتنقلب صفته من حارس قضائى بسلطات محددة إلى مصف للتركة بسلطات واسعة(١).

٤٢٣ – النزاع متعلق بالشركات أو الجمعيات أو المؤسسات أو النقابات: وأكثر ما يقع من النزاع فى هذه الهيئات يكون فى الإدارة. فقد يقع خلاف بين المدير والأعضاء(٢)، أو

---

(١) وإذا عين حارس قضائى للتركة، فإن الحراسة تمتد إلى أعيان التركة الموجودة فى بلد أجنبى على رأى (عبد الحكيم فراج فقرة ٣٣٥– فقرة ٣٤١– عبد المنعم رياض فى مبادئ القانون الدولى الخاص فقرة ٦٢٥ وما بعدها – محمد عبد اللطيف فقرة ٢٨١). وذهبت محكمة الاستئناف المختلطة إلى عكس ذلك، وإلى أن الحراسة لا تمتد إلى أعيان التركة الموجودة فى بلد أجنبى (استئناف مختلط ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م٤٦ ص٥٥– ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م٤٦ ص٥٦– ٤ يناير سنة ١٩٣٩ م٥١ ص١٩٧– ٢٦ فبراير سنة ١٩٤١ م٥٣ ص١١٣).

(٢) وقد قضى بأنه إذا قام خلاف بين أعضاء نقابة وهيئة إدارتها، وثبت أن الغرض الذى أنشئت من أجله النقابة وهو القيام على رعاية مصالح العمال قد أصبح مستهدفاً للخطر، وأصبحت موارد النقابة معرضة للضرر، جاز تعيين حارس يتولى مؤقتاً القيام على رعاية تلك المصالح وتدبير شؤون النقابة (مصر =

بين المدير ومجلس الإدارة، وقد يسيء المدير الإدارة، ويهمل مصالح الهيئة التى يديرها. وقد يخلو منصب المدير لوفاته أو لعزله أو لاستقالته أو لغير ذلك من الأسباب[1]. وقد يفلس الشريك المسئول فى شركة التوصية[2]. ففى هذه الفروض وأمثالها[3]، إذا كان النزاع

=مستعجل ٢٠ مارس سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٥١٤ ص١٢٣٢- عبد الحكيم فراج فقرة ٢٠٠ ص١٨٨- محمد على رشدى فقرة ٢٣٠ ص٣٢٥- محمد عبد اللطيف فقرة ٢٦٩ ص٢٤٣- ص٢٤٤- وانظر استئناف مختلط ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م٤٢ ص٢٠ (خلاف بين رئيس النادى وأعضاء مجلس الإدارة).

(١) استئناف مختلط ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م٤٣ ص٥٦- ١٣ يونيه سنة ١٩٢٤ م٤٦ ص٣٢٦ - ٣٠ يونيه سنة ١٩٤٧ م٥٩ ص٢٣٣- عبد الحكيم فرج فقرة ٢٠٠- محمد على رشدى فقرة ٢٣٠- محمد عبد اللطيف فقرة ٢٦٩ ص٢٤٤.

(٢) استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩٤٨ م٦٠ ص١٢٥- محمد على رشدى فقرة ٢٣٠ ص٣٢٥- محمد عبد اللطيف فقرة ٢٦٩ ص٢٤٣.

(٣) وقد قضى بأن استئثار بعض الشركاء فى شركة محاصة بإدارة الشركة وأرباحها دون الشركاء الآخرين يجيز لهؤلاء طلب وضع أموال الشركة تحت الحراسة القضائية، حتى تفصل المحكمة المختصة فى موضوع النزاع القائم بينهم (استئناف مختلط ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م٣٣ ص٢٥- محمد على راتب فقرة ٣٧٠ ص٩٧٤ هامش٢) - وقضى بأن قيام نزاع بين الشركاء على إدارة الشركة يقتضى فرض الحراسة عليها حتى يقضى موضوعاً ببطلان الشركة أو حلها، ولا يؤثر فى ذلك وقوع نزاع فى مدى حقوق الشركاء (استئناف مختلط ١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م٤٢ ص٢٨)- وقضى بأن رفع الدعوى بفسخ الشركة أو بتصفيتها لعدم اتفاق الشركاء على الإدارة، أو لمخالفة بعضهم لشروط عقد الشركة، يجيز لأى من الشركاء أو لأى دائن من دائنى الشركة وضع أموالها تحت الحراسة حتى يفصل فى موضوع النزاع (نقض فرنسى ٦ يناير سنة ١٨٨٥ داللوز ٨٥- ١-٥٥- محمد على راتب فقرة٣٧٠ ص٩٣٤ هامش٤)- وقضى بأنه إذا قام النزاع فى شركة مساهمة بين من قام بتأسيسها وله أغلبية أسهمها وبين مساهم آخر ضمه إليها وعهد إليه بمباشرة الأعمال اللازمة لمراجعة وتهيئة وتدعيم الإدارة الفنية ورسم برامج العمل وتنظيم الإنتاج والنشاط التجارى، وكان من شأن هذا النزاع أن يعرقل نشاط الشركة ويعرضها لخطر يتفاقم بفوات الوقت، جاز وضع هذه الشركة تحت الحراسة. وإذا لم تر المحكمة فى ظروف الدعوى ما يبرر تخويل الحارس اختصاصات عضو مجلس الإدارة المنتدب، فإنها تعهد إليه بتسلم الشركة موضوع الدعوى وإدارتها واستغلال مصانعها ومباشرة جميع الأعمال المتعلقة بها على الوجه الذى يحقق المصلحة لها وإيداع صافى أرباحها خزانة المحكمة على ذمة الفصل فى النزاع القائم ريثما ينقضى (إسكندرية مستعجل ١٧ مايو سنة ١٩٥٠ التشريع والقضاء ٣ ص١٣٥)- وقضى بفرض الحراسة إذا نسب إلى مدير الشركة مطاعن جدية تستوجب عزله، بحيث يضحى من الخطر بقاء المال تحت يده، حتى تقضى محكمة الموضوع بعزله (نقض مدنى ٥ يونيه سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٨٢ ص١١٦٥: يقول الحكم إن الحراسة إجراء وقتى ليس فيه معنى العزل للشريك المنتدب للإدارة باتفاق الشركاء، ولا مخالفة لنص المادة ٥١٦ مدنى). =

جدياً، قد يقوم خطر عاجل من ترك النزاع يتفاقم، ويقتضى الأمر إقامة حارس قضائى(١) يدير الشركة أو الجمعية أو المؤسسة أو النقابة مؤقتاً حتى يبت نهائياً فى النزاع القائم.

وقد يقيم أحد الأعضاء دعوى فسخ، فيحتدم النزاع بين المديرين والأعضاء، ويقوم خطر عاجل يستوجب إقامة حارس قضائى يتولى الإدارة مؤقتاً حتى يفصل فى دعوى الفسخ والتصفية(٢).

وقد يتوفى أحد الشركاء المتضامنين، فلا توافق ورثته على الاستمرار فى الشركة، ولا يكون منصوصاً فى عقد الشركة على جواز استمرارها بعد وفاة أحد الشركاء، فيجوز للورثة أن يطلبوا وضع الشركة تحت الحراسة إلى أن يبت فى أمر حلها وتصفيتها(٣).

وقد يدعى بعض الشركاء أن الشركة قد حلت، وينازع بعض آخر فى ذلك، وينجم عن هذا النزاع أن يقوم خطر عاجل من بقاء الحالة على ما هى عليه، ويستدعى الأمر إقامة حارس قضائى يتولى الإدارة مؤقتاً إلى أن يفصل فى النزاع(٤).

= وانظر أيضاً: استئناف مختلط ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م٤٠ ص١٠٣- ١٣ يونيه سنة ١٩٢٨ م٤٠ ص٤٢٦ - ١٥ يناير سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص١٩٦- ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م٤٣ ص٥٦- ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م٤٥ ص٨٢- ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م٤٦ ص٥٥- ١٣ يناير سنة ١٩٣٤ م٤٦ ص٣٢٦ - ٢٤ يناير سنة ١٩٣٤ م٤٦ ص١٣٠- ١٥ مايو سنة ١٩٤٦ م٥٨ ص١٨٦- ٢٦ مايو سنة ١٩٤٨ م٦٠ ص١٢٥ (الشريك الذى يدير الشركة شهر إفلاسه).

(١) وقد تقضى طبيعة أعمال الشركة بإقامة نفس المدير حارساً ينضم إليه حارس آخر يراقب أعماله (استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص١٩٦- ٢٤ يناير سنة ١٩٤٥ م٥٧ ص١٥٢- محمد على رشدى فقرة ٢٣١). وتختلف مهمة الحارس باختلاف الضرورة التى اقتضت الحراسة، وقد تقتصر على مجرد الإشراف على عمل المدير ومراقبة حركة الإيرادات والمصروفات (استئناف مختلط ٢٠ يوليه سنة ١٩٢٩ م٤٢ ص٤٧- محمد على رشدى فقرة ٢٣١).

(٢) استئناف مختلط ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٠ جازيت ٢١ رقم ٤٥٤ ص٣٩٦- ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م٤٥ ص٨٢- ٧ مارس سنة ١٩٣٤ م٤٦ ص٢٠٤- مصر مستعجل ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٠ قضية رقم ٢٤٤٨ سنة ١٩٤٠ - عبد الحكيم فراج فقرة ٢٠٠ ص١٨٨.

(٣) وقد قضى بأن موت الشركاء المتضامنين فى شركة تضامن، واستمرار باقى الشركاء فى الشركة دون موافقة ورثة الشريك المتوفى ودون أن ينص فى عقد الشركة على استمرارها بعد وفاة أحد الشركاء، يجيز لورثة الشريك المتوفى طلب وضع أموال الشركة تحت الحراسة حتى تبت محكمة الموضوع فى تصفيتها وتعيين مصف لها (استئناف مختلط ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م٤٣ ص٥٦- محمد على راتب فقرة ٣٧٠ ص٩٣٤ هامش٣- محمد عبد اللطيف فقرة ٢٦٩ ص٢٤٣).

(٤) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بفرض الحراسة إذا استأثر أحد الشركاء بأموال الشركة مدعياً أنها حلت، مع منازعة الشركاء الآخرين له فى ذلك (استئناف مختلط ١٣ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م٤٦ ص٥٥).

وقد يتفق الشركاء على تصفية الشركة،، ثم يختلفون فى تفسير عقد التصفية المبرم فيما بينهم، ويقوم من وراء ذلك خطر عاجل من بقاء المال تحت يد الإدارة الحالية، فيقتضى الأمر إقامة حارس قضائى يتولى إدارة الشركة مؤقتاً حتى يفصل فى هذا النزاع(١).

وقد تحل الشركة وتدخل فى دور التصفية، ومع ذلك تفرض الحراسة عليها، وتكون مهمة الحارس إثبات ما تكشف عنه أوراق الشركة وسجلاتها من حقوق وديون وما يصل إلى علم الحارس من ذلك بأى طريق ممكن، حتى يتمكن من حصر الحقوق المالية التى تصلح عنصراً للتصفية، وبخاصة إذا تبين أن عقد تصفية الشركة لم ترد به جميع الديون. ذلك أن مهمة الحارس فى هذه الحالة تختلف عن مهمة المصفى ولا تتعارض معها، فلا تتنافى الحراسة مع قيام التصفية(٢).

وقد يقوم نزاع بين أحد الشركاء وبين الشريك المتولى الإدارة فى شأن ملكية بعض أموال الشركة، فيدعى الشريك أنها ملكه ويدعى المدير أنها ملك الشركة، ويصبح من

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى يبين ما جاء فى الحكم أن المحكمة أقامت قضاءها بالحراسة على أموال الشركة استناداً إلى ما تجمع لديها من أسباب معقولة تحسست معها الخطر العاجل من بقاء المال تحت يد حائزه، وكان تقدير الجد فى النزاع وتوافر الخطر الموجب للحراسة من المسائل الموضوعية التى تقدرها محكمة الموضوع، متى كانت الأسباب التى جعلتها قواما لقضائها بهذا الإجراء الوقتى إلى النتيجة التى رتبتها عليها، وكان يبين منها أنها لم تتناول عقد تصفية الشركة المبرم بين الشركاء بالتأويل والتفسير – كما ذهب إليه الطاعن – إنما اقتصرت على استعراض وجهتى نظر الطرفين لتبين مبلغ الجد فى النزاع، وكان ما يدعيه الطاعن عن أن الشركة قد حلت وأصبحت لا وجود لها إعمالا لأحكام العقد الآنف الذكر مردوداً بأن شخصية الشركة تبقى بالقدر اللازم للتصفية وحتى تنتهى هذه التصفية، فإ ما ينعاه الطاعن على هذا الحكم من الخطأ فى القانون والقصور فى التسبيب يكون على غير أساس (نقض مدنى ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٢ ص٦٣).

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الحراسة إجراء تحفظى وقتى تدعو إليه الضرورة، فهو مؤقت بها ويستمد منها وجوده. وإذن فمتى كان الحكم قد بين مأمورية الحارس وهى تسلم أموال الشركة وجردها، بحضور طرفى الخصوم، وكان لازم ذلك أنها تنتهى بمجرد انتهاء العمل الموكول إلى الحارس، وكانت مأمورية الحارس تختلف عن مهمة المصفى ولا تتعارض معها، إذ سلطة كل منهما تغاير فى جوهرها سلطة الآخر، فإن ما يعيبه الطاعن على الحكم من أنه لم ينص فى منطوقه على توقيت الحراسة، أو أنه أمر بهذا الإجراء مع قيام التصفية، لا مبرر له قانوناً (نقض مدنى ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٢ ص٦٣). وانظر محمد على راتب فقرة ٣٧٠ ص٩٣٦.

وقد يقوم النزاع – والشركة فى دور التصفية الاختيارية – بين المساهمين العاديين وأصحاب الأسهم الممتازة وحصص التأسيس، مما يستوجب فرض الحراسة (استئناف مختلط ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م٤٠ ص١٠٣).

الخطر بقاء تلك الأموال فى يد المدير، فيقام حارس قضائى يتسلمها إلى أن يبت فى النزاع(١).

أما إذا وقع نزاع بين المساهمين فى شركة مساهمة حول ملكية الأسهم، فإن ذلك فى ذاته لا يؤدى فى الأصل لإقامة حارس على أموال الشركة، إذ لا خطر من هذا النزاع على إدارة الشركة، وكل ما يترتب من الأمر هو عدم تمكن الشخص الذى يدعى ملكية الأسهم من حضور الجمعية العامة لما يتطلب الحضور من إيداع الأسهم بمركز الجمعية أو بأحد المصارف(٢). ولكن يمكن وضع الشركة المساهمة تحت الحراسة القضائية إذا قام نزاع بين أعضاء مجلس الإدارة بحيث لا يتمكن هذا المجلس من أداء مهمته، فيعين حارس تكون مهمته دعوة الجمعية العامة لانتخاب مجلس إدارة جديد، ويدير الحارس الشركة حتى يتم انتخاب هذا المجلس(٣). وكذلك يعين حارس لنفس المهمة إذا كان تعذر انعقاد مجلس الإدارة راجعاً إلى بطلان انتخاب أعضائه، أو إلى بطلان انعقاد الجمعية العامة التى قامت بانتخاب الأعضاء، أو إلى استقالة عدد من الأعضاء أو وفاتهم وعدم انتخاب غيرهم، أو إلى قيام نزاع على ملكية عدد من الأعضاء للأسهم الواجب تملكها لجواز الترشيح لعضوية مجلس الإدارة(٤).

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم المطعون فيه، إذ قضى بفرض الحراسة على أموال الشركة والعقارات المتنازع عليها، قد رأى أن الخطر على مصلحة المطعون عليهم متوافر من بقاء هذه العقارات وتلك الأموال تحت يد الطاعن الأول بوصفه شريكاً مديراً للشركة، مع احتدام الخصومة بينه وبين المطعون عليهم واحتمال امتداد أمدها إلى أن يبت بحكم نهائى من محكمة الموضوع مما يقتضى إقامة حارس، وكذلك الحكم لم يتناول عقد الشركة بالتأويل والتفسير وإنما اقتصر على استعراض وجهتى نظر الطرفين ليتبين مبلغ الجد فى النزاع، فإن النعى عليه الخطأ فى تطبيق القانون وتأويله يكون على غير أساس (نقض مدنى ٧ يونيه سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥٢ ص٩٧٣).

(٢) إسكندرية مستعجل ٢٦ سبتمبر سنة ١٩٥٠ مجلة التشريع والقضاء ٤ ص١٣٧– حسن راشد جرانة بحث فى مجلة التشريع والقضاء ٣ ص١٣٨ وما بعدها – محمد على راتب فقرة ٣٧١ ص٩٣٦ ص٩٣٧ أما إذا كانت الأسهم مرهونة رهناً حيازياً، فإنه يجوز تعيين حارس قضائى لتسلم هذه الأسهم من الدائن المرتهن وإيداعها مركز الشركة حتى يتمكن المساهم من حضور الجمعية العامة ثم ترد بعد ذلك إلى الدائن المرتهن (باريس أول يونيه سنة ١٩٣٥ سيريه ١٩٣٥–١– ٢٠٥– أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٩ ص١٩٣– محمد على رشدى فقرة ٢٣٠ ص٣٢٥– محمد على راتب فقرة ٣٧١ ص٩٣٧ هامش٢).

(٣) ويجوز فرض الحراسة بناء على طلب أحد أعضاء مجلس الإدارة أو أحد المساهمين فى الشركة، فلكل من هؤلاء مصلحة فى طلب الحراسة حتى تستقيم أعمال الشركة (حسن راشد جرانه فى مجلة التشريع والقضاء ٣ ص١٤٠– محمد على راتب فقرة ٣٧١ ص٩٢٨ هامش٢).

(٤) محمد على راتب فقرة ٣٧١ ص٩٣٨ – والحارس القضائى يدعو وحده الجمعية العامة للانعقاد =

وإذا انتهت الشركة ولم تتفق أغلبية الشركاء على تعيين المصفى، فإن قاضى الموضوع يتولى تعيينه، وكذلك يتولى تعيين مصف للشركة الباطلة (م٥٣٤مدنى)[١]. والمصفى ليس حارساً قضائياً، بل إن مهمته أوسع بكثير من مهمة هذا الحارس، فهو يبيع مال الشركة، ويستوفى الحقوق ويوفى الديون، ويقسم أموال الشركة بين الشركاء جميعاً (انظر المواد ٥٣٥ إلى ٥٣٧ مدنى)[٢] ولكن لا يوجد ما يمنع، بالرغم من أن قاضى الموضوع قد عين مصفياً للشركة، من أن يعين قاضى الأمور المستعجلة حارساً قضائياً للشركة، إذا نسب إلى المصفى ما يجعل من الخطر بقاء أموال الشركة فى يده، أو طرأ بعد تعيينه ما يستوجب الحراسة القضائية. فيتولى الحارس إدارة أموال الشركة مؤقتاً، حتى يبت فى النزاع القائم فى شأن المصفى أو حتى يعين مصف آخر محله[٣].

وفى جميع الأحوال لا تجوز الحراسة إلا كإجراء وقتى تحفظى، تستلزمه ضرورة المحافظة على حقوق الشركاء أو الأعضاء[٤]. ولا تجوز إذا تبين أن الغرض منها إنما هو

=حتى لو كان النظام الأساسى للشركة يستلزم لانعقاد الجمعية العامة أن يوجه الدعوة مجلس الإدارة أو عدد من المساهمين، لأن الحارس القضائى إنما عين لهذا الغرض، ويقوم بتحقيقه كإجراء تحفظى وقتى لا يمس النظام الأساسى، ومتى تحقق الغرض لم يجز بعد ذلك مخالفة النظام الأساسى فى دعوى الجمعية العامة (حسن راشد جرانه مجلس التشريع والقضاء٣ ص١٤١- محمد على رشدى فقرة ٢٣١- محمد على راتب فقرة ٣٧١ ص٩٣٩ هامش١- وقارن اسكندرية مستعجل ٢٦ سبتمبر سنة ١٩٥٠ مجلة التشريع والقضاء ٣ ص١٣٧: ويقضى الحكم بأن الحارس لا يدعو الجمعية العامة للانعقاد إلا إذا طلب إليه ذلك العدد اللازم من المساهمين طبقاً للنظام الأساسى).

(١) وتنص المادة ١/٧٧ مدنى على أن «تعين المحكمة عند الحكم بإلغاء المؤسسة مصفياً لأموالها، وتقرر مصير ما يتبقى من الأموال بعد التصفية، وفقاً لما نص عليه فى سند إنشاء المؤسسة».

(٢) محمد على راتب فقرة ٢٧٢- إسكندرية مستعجل ٨ مايو سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ ص١٢٠.

(٣) استئناف مختلط ٢٥ يونيه سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٥٨٥- محمد على رشدى فقرة ٢٣٣- محمد على راتب فقرة ٣٧٢ ص٩٤٠- هذا وقد يقوم النزاع فى تكييف العلاقة بين الخصمين، هل هى شركة توصية أو عقد عمل، فيقيم القضاء المستعجل حارساً قضائياً حتى تبت محكمة الموضوع فى النزاع (مصر مستعجل ١٠ يوليه سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص١٠٣٢- محمد على رشدى فقرة ٢٣٠ ص٣٢٥ هامش٣- انظر عكس ذلك وأن قاضى الأمور المستعجلة يتعدى اختصاصه إذا قضى بوضع الحراسة: استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م٤٣ ص١٢٩).

(٤) استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص١٩٦- وقد قضى بأنه ليس للشريك المدير أن يعترض على الحراسة بقوله إن تعيين الحارس القضائى يتضمن عزلا له وإن العزل لا يكون إلا بحكم من محكمة الموضوع وطبقاً لنص المادة ٥١٦ مدنى - ليس له أن يتحدى بذلك، لأن مثل هذا القول مردود بأن الحراسة القضائية متى فرضت عند توافر أركانها، فإنها تفرض كإجراء وقتى تحفظى تقتضيه الظروف العاجلة التى تحسسها القاضى من ظروف الدعوى، وليس فيها معنى العزل للشريك المنتدب =

تعديل فى عقد الشركة أو النظام الأساسى دون موافقة جميع الشركاء، أو تحويل الشركة إلى شركة أخرى، أو الحد من سلطة المدير، فإن هذا يكون فيه مساس بالموضوع وينبنى عليه الإخلال بنصوص عقد الشركة[1].

٣- تجمع أسباب معقولة للخشية من خطر عاجل من بقاء المال تحت يد حائزه

٤٢٤- قيام الخطر العاجل كاف وحده لفرض الحراسة: قدمنا أن الفقرة الثانية من المادة ٧٣٠ مدنى تجيز للقضاء أن يأمر بالحراسة «إذا كان صاحب المصلحة فى منقول أو عقار قد تجمع لديه من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطراً عاجلا من بقاء المال تحت يد حائزه». فلا يشترط إذن فى هذا الفرض الثالث، كما سبق القول[2]، إلا توافر الشرط العام فى كل حراسة قضائية، وهو قيام الخطر العاجل. ولذلك يدخل فى هذا الفرض جميع أحوال الحراسة التى لا تدخل فى الفروض الأخرى. فلا يشترط نص خاص فى القانون ولا قيام نزاع جدى أو حق غير ثابت، بل يكفى قيام الخطر العاجل وحده لفرض الحراسة، ومن ثم تكون أحوال الحراسة غير مذكورة على سبيل الحصر. وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى: «وأخيراً وضع المشروع نصاً عاماً يجيز الحكم بالحراسة فى غير الحالتين السابقتين. وبناء على هذا النص لم يعد ضرورياً أن يكون هناك نص خاص فى القانون يجيز الحراسة فى كل حالة على حدة، ولا أن يقوم بشأن المال المراد وضعه تحت الحراسة نزاع، أو يكون الحق فيه غير ثابت، بل يكفى أن يكون لشخص مصلحة فى مال لا نزاع فيها، وأن تتجمع لدى هذا الشخص أسباب معقولة يخشى معها أن يختلس هذا المال حائزه أو أن يتلفه أو أن يغير فيه: انظر المادة ٦٦٣ ثانيا من

=للإدارة، ولا فيها مخالفة لنص المادة ٥١٦ السالفة الذكر (نقض مدنى٥ يونيه سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٨٢ ص١١٦٥ وهو الحكم السابق الإشارة إليه آنفاً فقرة ٤٢٣ فى الهامش).

(١) استئناف مختلط ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م٤٢ ص٤٧- ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م٤٣ ص٥٧- ٢٤ يناير سنة ١٩٣٤ م٤٦ ص١٣٠- عبد الحكيم فراج فقرة ٢٠١- محمد على رشدى فقرة ٢٣٢- محمد عبد اللطيف فقرة ٢٦٩ ص٢٤٤- وعلى ذلك لا يجوز لقاضى الأمور المستعجلة أن يحكم بتصفية الشركة أو تعيين مصف لها، لأن هذا لا يعتبر إجراء تحفظياً، بل هو فصل فى موضوع النزاع، وليس له كذلك أن يحكم بحل الجمعيات والمؤسسات، فهذا فصل فى موضوع النزاع، وقد نظم له القانون إجراءات خاصة (محمد عبد اللطيف فقرة ٢٧٢- فقرة ٢٧٣).

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٠٩.

المشروع الفرنسى الإيطالى. ويترك للقاضى تقدير درجة الخطر الذى يهدد مصلحة طالب الحراسة، وما يبرر خشية هذا الخطر من أسباب معقولة»(١).

فيكفى إذن أن يكون لطالب الحراسة مصلحة فى منقول أو عقار، ولم يتطلب القانون أن يكون له حق فى المنقول أو العقار، بل لم يحدد المصلحة فيصح أن تكون مصلحة مادية أو مصلحة أدبية، كما يصح أن تكون مصلحة محققة أو مصلحة محتملة(٢)، وسيأتى بيان ذلك فى التطبيقات العملية.

ولم يكن نص الفقرة الثانية من المادة ٧٣٠ مدنى صريحاً فى إمكان فرض الحراسة على مجموع من المال، فقد ذكر المنقول والعقار وسكت عن مجموع المال، على عكس المادة ٧٢٩ مدنى والفقرة الأولى من المادة ٧٣٠ مدنى فإن مجموع المال ورد صراحة فى النص الأول وورد فى النص الثانى عن طريق الإحالة إلى النص الأول. ولكن أحكام القضاء مضطردة فى عهد التقنين المدنى القديم على جواز فرض الحراسة القضائية على مجموع من المال، وقد رأينا تطبيقات كثيرة لذلك عند الكلام فى الحراسة القضائية على التركات(٣) وعلى الشركات والجمعيات والمؤسسات والنقابات(٤). وقد أراد التقنين المدنى الجديد، كما رأينا(٥)، أن يجارى أحكام القضاء فى التوسع، وأن يقنن ما وصلت إليه هذه الأحكام من المدى البعيد فى هذا السبيل، ولم يفته، إمعاناً فى الإفصاح عن هذا القصد، أن يذكر صراحة مجموع المال فى الحراسة الاتفاقية، وفى الحراسة القضائية فى الفرض الذى قيده النزاع أو الحق غير الثابت. فليس معقولا أن يكون، فى الفرض الذى أراد فيه إطلاق الحراسة القضائية من هذه القيود، قد قصد بإغفاله عبارة «مجموع من المال»

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٧٩- ص٢٨٠- وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٧٣٠ مدنى يحصر اسباب الخطر العاجل فيقول: «إذا كان صاحب المصلحة فى منقول أو عقار قد تجمع لديه من الأسباب المعقولة ما يخشى معه أن يختلس الحائز هذا الشئ، أو أن يتلفه، أو أن يغير فيه». وفى لجنة المراجعة عدل النص ليكون حكمه عاما، فأصبح كافياً أن يخشى صاحب المصلحة «خطراً عاجلاً من بقاء المال تحت يد حائزه»، وهذا ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٨٠ وانظر آنفاً فقرة ٤٠٩ فى الهامش)- وانظر فى النتائج العملية التى تترتب على الفرق بين نص التقنين المدنى ونص المشروع التمهيدى: عبد الحكيم فراج فقرة ١٢٧- فقرة ١٣٤.

(٢) عبد الحكيم فراج فقرة ١٤١- فقرة ١٤٣- محمد عبد اللطيف فقرة ٢٤١.

(٣) انظر آنفاً فقرة ٤٢٢.

(٤) انظر آنفاً فقرة ٤٢٣.

(٥) انظر آنفاً فقرة ٤٠٨.

أن يعود إلى تقييد هذه الحراسة، ولاشك فى أن هذا سهو غير مقصود. لذلك لا محل للتردد فى القول بإمكان فرض الحراسة القضائية على مجموع من المال، حتى لو لم يكن هناك نزاع قائم أو حق غير ثابت(١).

ويجب، كما هو صريح النص، أن تتجمع لدى طالب الحراسة أسباب معقولة للخشية من خطر عاجل من بقاء المال تحت يد حائزه. وليس فى هذا إلا ترديد للشرط العام المطلوب توافره فى جمع دعاوى الحراسة كما سبق القول. وتقدير قيام الأسباب المعقولة والخطر العاجل مسألة موضوعية يترك تقديرها لقاضى الموضوع، وقد صرحت بذلك المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إذ تقول فيما رأينا: «ويترك للقاضى تقرير درجة الخطر الذى يهدد مصلحة طالب الحراسة، وما يبرر خشية هذا الخطر من أسباب معقولة»(٢).

٤٢٥ – بعض التطبيقات العملية: ونورد بعض تطبيقات عملية لهذا الفرض العام، حيث لا يشترط قيام نزاع أو حق غير ثابت. ونبادر إلى القول بأن كثيراً من التطبيقات العملية التى أوردناها حيث يقوم نزاع جدى يمكن تصورها متحققة دون أن يقوم أى نزاع، فتكون هى ذاتها تطبيقات عملية لهذا الفرض العام الذى نحن بصدده. فقد لا يقوم نزاع فى شأن المال المبيع أو العين المؤجرة أو المال الشائع أو التركات أو الشركات، ومع ذلك توضع هذه الأموال تحت الحراسة القضائية ما دامت هناك أسباب معقولة للخشية من خطر عاجل من بقاء المال فى يد حائزه. وفى ضوء هذه الملاحظة نستعرض طائفة من

---

(١) ويقول الأستاذ عبد الحكيم فراج فى هذا المعنى: «لذلك كان الواجب يقضى، حتى يتفق النص التشريعى مع ما استقرت عليه أحكام القضاء، أن تضاف عبارة «مجموع من المال» إلى صدر الفقرة الثانية من المادة ٧٣٠ من القانون المدنى الجديد، ليكون حكمها شاملا وعاما مثل حكم الفقرة الأولى من المادة ذاتها، ومثل حكم المادة ٧٢٩ من القانون المدنى الجديد التى تكلمت عن الحراسة الاتفاقية، خصوصاً وأن المشرع قصد صراحة أن يكون حكم الفقرة الثانية المذكورة عاما وشاملا حتى يتسنى للقضاء أن يواجه بها جميع الأحوال التى لم يقم فى شأنها نزاع أو لم يخصص لها نص فى القانون. فكان من مقتضى تحقيق هدف المشرع أن يضاف إلى نص الفقرة الثانية المذكورة عبارة «مجموع من المال» بجانب المنقول والعقار. أما وقد سكت المشرع عن ذلك، ولم يصرح عن قصده فى عدم جواز الحراسة عليه، وجب حمل سكوته على جوازها على مجموع من المال كلما توافرت شروط النص، تحقيقاً لسياسة المشرع فى جعل النص عاما وشاملا، ولو ردد أحوال الحراسة فيه على سبيل المثال، وقياساً على حكم الفقرة الأولى من المادة ٧٣٠ من القانون المدنى الجديد والمادة ٨٧٦ منه التى أجازت للقضاء تعيين مصف للتركة إذا لم يعين المورث وصياً لتركته» (عبد الحكيم فراج فقرة ١٤٥ ص١٢٦).

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية٥ ص٢٨٠ – وانظر عبد الحكيم فراج فقرة ١٤٦.

التطبيقات العملية يكون فيها مال طالب الحراسة فى يد الغير، أو يكون له حق فى مال الغير، أو يكون دائناً ويطلب الحراسة لضمان وفاء الدين، أو يكون له حق محتمل يريد حمايته عن طريق الحراسة.

٤٢٦- مال طالب الحراسة فى يد الغير: رأينا أمثلة متعددة لحالة يكون فيها مال طالب الحراسة فى يد الغير ويخشى خطرا عاجلا من بقائه فى يد حائزه، فيطلب وضعه تحت الحراسة. من ذلك وجود العين فى يد المستأجر، ووجود العين المرهونة رهن حيازة فى يد الدائن المرتهن، ووجود العين المنتفع بها فى يد المنتفع.

وقد رأينا أنه يجوز للمؤجر أن يطلب وضع الأرض المؤجرة تحت الحراسة، إذا أهمل المستأجر زراعتها، أو تركها بوراً، أو كانت الضرورة تقضى بتهيئتها للزراعة فوراً ولم يقم المستأجر بذلك[1]. ويمكن تصور قيام هذه الحالة دون أن يكون هناك أى نزاع فى شأن الإيجار، فلا المؤجر ينازع المستأجر فى حقه كمستأجر، ولا المستأجر ينازع المؤجر فى حقه كمؤجر. ومع ذلك يخل المستأجر بالتزاماته على النحو الذى قدمناه، فيقوم خطر عاجل من بقاء العين المؤجرة فى يد المستأجر. ومن ثم يجوز للمؤجر وضع العين تحت الحراسة ليقوم الحارس بزراعة الأرض على الوجه الواجب، إلى أن يقدم المستأجر ضمانا بأنه سيقوم هو بتنفيذ التزاماته على الوجه الذى يتطلبه القانون. وكالأرض الزراعية المبانى، فإذا أخذ المستأجر يخرب المنزل أو استأجره، أو أساء استعماله، أو استعمله فى غير الغرض الذى أعد له، دون أن يقدم نزاع بين المؤجر والمستأجر فى شئ من ذلك، فإنه يجوز مع هذا للمؤجر أن يطلب وضع المنزل تحت الحراسة، ليقوم الحارس بإزالة ما وقع من المستأجر من المخالفات وسوء الاستعمال، إذا كان هناك خطر عاجل يبرر فرض هذه الحراسة.

كذلك يجوز للمدين الراهن رهن حيازة أن يطلب وضع الشئ المرهون تحت الحراسة، إذا أداره الدائن المرتهن إدارة سيئة أو ارتكب إهمالا جسيما أو أساء استعمال حقه. ويجوز وضع العين تحت الحراسة حتى لو لم يقم نزاع بين الدائن المرتهن والمدين الراهن فى شئ من ذلك، ويكفى أن يكون هناك خطر عاجل يهدد سلامة الشئ المرهون. وقد نصت المادة ١١٠٦ مدنى فى هذا الصدد على ما يأتى: «١- يتولى الدائن المرتهن إدارة الشئ المرهون، وعليه أن يبذل فى ذلك من العناية ما يبذله الرجل المعتاد وليس له أن يغير من طريقة استغلال الشئ المرهون إلا برضاء الراهن، ويجب عليه أن يبادر بإخطار الراهن عن كل أمر يقتضى تدخله. ٢- فإذا أساء الدائن استعمال هذا الحق أو أدار الشئ بإدارة سيئة أو ارتكب فى ذلك إهمالا جسيما، كان للراهن الحق فى أن يطلب وضع الشئ تحت الحراسة أو أن

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٢٠ والأحكام والمراجع المشار إليها فى هامش هذه الفقرة.

يسترده مقابل دفع ما عليه. وفى الحالة الأخيرة إذا كان المبلغ المضمون بالرهن لا تسرى عليه فائدة ولم يكن قد حل أجله، فلا يكون للدائن إلا ما يبقى من هذا المبلغ بعد خصم قيمة الفائدة منه بسعرها القانونى عن المدة ما بين يوم الوفاء ويوم حلول الدين». وقد سبق ذكر ذلك(١).

وكذلك يجوز لمالك الرقبة، إذا استعمل المنتفع الشئ انتفاعاً غير مشروع أو غير متفق مع طبيعته، أن يطلب وضعه تحت الحراسة، حتى ولو لم يكن هناك نزاع فى ذلك بين الطرفين. ويكفى أن يثبت مالك الرقبة أن حقوقه فى خطر حتى يجوز له أن يطالب بتقديم تأمينات، فإن تخلف المنتفع عن تقديمها، جاز وضع الشئ تحت الحراسة، بل جاز عند الاقتضاء الحكم بانتهاء حق الانتفاع. وهذا ما نصت عليه المادة ٩٨٨ مدنى، وقد تقدم ذكرها(٢).

٤٢٧ – لطالب الحراسة حق فى مال الغير: وننتقل الآن إلى حالات لا يطلب فيها الشخص كما فى الحالات السابقة وضع الحراسة على ماله فى يد الغير، بل يطلب فيها وضع الحراسة على مال الغير لأن له حقاً تعلق بهذا المال. ونختار أمثلة لذلك العين الموعود ببيعها وهى فى يد الواعد، والعين المبيعة وهى فى يد المشترى، والعقار المرهون رهناً رسمياً وهو فى يد المدين الراهن.

فأما العين الموعود ببيعها فهى لا تزال فى ملك الواعد، وليس للموعود له إلا حق شخصى يتعلق بها إلى أن يبدى رغبته فى الشراء. فإذا خشى الموعود له خطراً عاجلا من بقاء العين تحت يد صاحبها طول المدة التى تسبق إبداء رغبته فى الشراء، كأن شرع الواعد فى التصرف فيها وبخاصة إذا كانت منقولا حيث يسهل عليه أن يتصرف فيها لحائز حسن النية فيضيع على الموعود له حقه، عند ذلك يستطيع الموعود له أن يطلب وضع العين تحت الحراسة إلى أن ينقضى الوقت الذى يجوز له فيه إبداء رغبته فى الشراء، حتى لو لم يكن هناك نزاع قائم فى هذا الشأن بين الواعد والموعود له. ولكن يجب أن يثبت الموعود له أن هناك خطراً عاجلا محققاً من بقاء العين تحت يد الواعد، إذ أن هذا الأخير لا يزال هو المالك للشئ فلا يغل يده بالحراسة إلا إذا كان هناك خطر عاجل يبرر ذلك.

وقد تنتقل ملكية العين المبيعة إلى المشترى ويتسلمها، ولكن يبقى حق امتياز البائع

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٤١٢ فى الهامش.

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤١٢ – وإذا خشى المالك خطراً من اتخاذ الدائن لإجراءات نزع الملكية فى دين تنازع فيه، جاز له أن يطلب وضع العقار تحت الحراسة حتى يبت فى النزاع القائم فى شأن الدين (استئناف مختلط ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٧ م٣٠ ص٣٤).

متعلقاً بالعين ضماناً لوفاء الثمن. وقد قدمنا أنه إذا أثبت البائع الذى لم يستوف الثمن أن المشترى يخرب العين المبيعة للانتقاص من حق امتيازه، أو أثبت أن المشترى لم يقم بسداد الديون التى تضمنها العين المبيعة وفقاً لشروط البيع، أو لم يقم بسداد الضرائب المستحقة على العين، وأن عدم سداد الديون أو الضرائب يهدد العين بنزع الملكية فيضعف ضمانه، جاز له أن يطلب وضع العين تحت الحراسة(١). ويجوز له أن يتقدم بهذا الطلب حتى لو لم يكن هناك نزاع قائم بينه وبين المشترى، ما دام أن هناك خطراً عاجلا يهدد الضمان الذى له فى الوفاء بالثمن، وهذا يكفى لفرض الحراسة.

والعقار المرهون رهناً رسمياً يبقى فى يد الراهن وتبقى له ملكيته، ولكن يتعلق بالعقار حق الدائن المرتهن. وقد يهدد هذا الحق خطر عاجل، فيجوز للدائن المرتهن أن يطلب وضع العقار تحت الحراسة وهو ليس ملكاً له ولكن تعلق به حقه. ولا يشترط قيام نزاع لإمكان فرض الحراسة، بل يكفى قيام الخطر العاجل. ويؤيد ذلك ما نصت عليه المادة ١٠٤٧ مدنى من أن «يلتزم الراهن بضمان سلامة الرهن، وللدائن المرتهن أن يعترض على كل عمل أو تقصير يكون من شأنه إنقاص ضمانه إنقاصاً كبيراً، وله فى حالة الاستعجال أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية وأن يرجع على الراهن بما ينفق فى ذلك». وغنى عن البيان أن من بين الوسائل التحفظية التى يستطيع الدائن المرتهن اتخاذها للمحافظة على سلامة العقار المرهون أن يطلب وضعه تحت الحراسة(٢).

٤٢٨ – طالب الحراسة دائن يريد ضمان وفاء الدين: ويتصل بما تقدم أن يكون طالب الحراسة دائناً شخصياً فتكون جميع أموال المدين ضماناً لدينه، ومن هنا يتعلق حقه بملك الغير، ولكن لا بعين معينة بالذات كما هى الحال فيما قدمناه من تعلق حق الموعود له بالعين الموعود ببيعها ومن تعلق حق البائع بالعين المبيعة ومن تعلق حق الدائن المرتهن بالعقار المرهون، ولكن بمجموع أموال المدين. فهل يجوز للدائن الشخصى أن يطلب وضع أموال مدينه تحت الحراسة لاستيفاء دينه منها؟

نستبعد أولا جواز وضع الحراسة على مجموع أموال المدين فيما عدا حالة المدين المعسر. وليس ذلك لأنه لا يجوز وضع الحراسة على مجموع من المال، فقد بينا أن ذلك

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٤١٩.

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يجوز لمن له حق عينى فى عقار مملوك للغير أن يطلب وضع العقار تحت الحراسة، إذا خشى من استئثار المالك بالعقار (استئناف مختلط ١١ يونيه سنة ١٩٠٣ م١٥ ص٣٤٩– ٩ فبراير سنة ١٩١٦ م٢٨ ص١٤١– ومع ذلك قارن: استئناف مختلط ٢٦ فبراير سنة ١٩١٣ م٢٥ ص١٩١٣– ٥ نوفمبر سنة ١٩١٣ م٢٦ ص١٠).

يجوز كما فى التركات والشركات والجمعيات والمؤسسات والنقابات. ولكن لأن وضع الحراسة على مجموع أموال المدين هو بمثابة حجر عليه ورفع يده عن جميع أمواله، وهذا لا يجوز إلا فى حالات خاصة حددها القانون وهى الحجر والإفلاس والإعسار، ومن ثم استثنينا المدين المعسر(١).

ويبقى بعد ذلك أن يطلب الدائن وضع الحراسة على مال للمدين معين، لا يتعلق به حقه خاصة وإنما يتعلق به داخلاً فى عموم ماله كما يتعلق بأى مال آخر للمدين، فهل يجوز ذلك؟ إذا أريد بالحراسة التنفيذ على أموال المدين، فيطلب الدائن وضع مال للمدين تحت الحراسة ليقوم الحارس بإدارته وتصفيته وبيعه وسداد الدين من ثمنه، فإن هذا لا يجوز. ذلك أن الحراسة لم تشرع لتكون طريقاً للتنفيذ(٢)، وطرق التنفيذ قد نظمها قانون المرافعات وليست الحراسة من بينها، وما الحراسة إلا إجراء تحفظى مؤقت لا يمس أصل

---

(١) نقض فرنسى ١٠ يوليه سنة ١٨٧٦ داللوز ٧٦-١-٣١٣- ١٣ نوفمبر سنة ١٨٨٩ داللوز ٩٠-١ - ٣٤- ليون ١٠ نوفمبر سنة ١٩٢٢ داللوز ١٩٢٣ -٢-١٨٢- أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٩ ص١٩٣- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٩٢ ص٥٣٣ هامش ٣- وانظر فيما يتعلق بالحراسة الاتفاقية آنفاً فقرة ٤٠٠ فى الهامش - وقارن بودرى وفال فقرة ١٢٨٢.

(٢) أو لإكراه المدين على الوفاء (محمد على رشدى فقرة ٢٢٢ - محمد على راتب فقرة ٣١١ ص٨٠٦- استئناف مصر ١٠ أكتوبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٣٥٣ ص١٨٤- مصر مستعجل ٢٤ مارس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٤٠ ص٧٠١- ٢٦ أبريل سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٥١١ ص٨٩٦- ١١ يونيه سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ١٥٠ ص٣٢٥- ٢٢ فبراير سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢١ رقم ٥٨ ص١٠١- بنى سويف الجزئية ٣ فبراير سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٥٢٠ ص١٠٤١- إسكندرية مستعجل ٣٠ مايو سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٢٨٩ ص٧٠٠- استئناف مختلط ٢٥ فبراير سنة ١٩١٤ م٢٦ ص٢٥٢- أول مايو سنة ١٩٢٤ م٣٦ ص٣٤٧- ٥ مايو سنة ١٩٢٥ م٣٧ ص٣٩٥- ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م٤٠ ص١٠٣- ٢ مايو سنة ١٩٢٨ م٤٠ ص٣٣٣ - ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٩ م٤١ ص٢٨١- ١٠ يناير سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص١٠١- ٢٥ يوليه سنة ١٩٣٦ م٤٩ ص٣٣).

وقد قضى بعدم جواز فرض الحراسة بناء على طلب أحد المدينين المتضامنين عندما يتأخر المدين المتضامن معه فى سداد نصيبه من الدين (استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩٢٥ م٣٧ ص٣٥٨)، أو بناء على طلب الدائن العادى الذى لديه سند تنفيذى ويرغب فى تنفيذه بطريق وضع أمواله تحت الحراسة (استئناف مختلط ٣ أبريل سنة ١٩٢٩ م٤١ ص٣٤١- طنطا استئنافى ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٤ ص٨١).

ومع ذلك فقد قضى بأنه يجوز للدائن الجارى نزع أملاك مدينه أن يطلب تعيينه حارساً قضائياً على الأعيان التى ينزع ملكيتها، ليستغلها بنفسه لنفسه وفاء لدينه، على أن تنتهى الحراسة عند سداد الدين (بنى سويف ٢ ديسمبر سنة ١٩٢٤ المحاماة ٨ رقم ٤١ ص٧٨).

الموضوع، بخلاف استيفاء الدين من مال المدين فهو إجراء تنفيذى غير مؤقت ويمس أصل الموضوع. ولكن الحراسة على مال للمدين تجوز إذا أريد بها أن تكون إجراء تحفظياً مؤقتاً، ويكون الغرض منها المحافظة على هذا المال من خطر عاجل يتهدده، كأن يكون المدين قد شرع فى التصرف فيه لتهريبه. وقد قضى بأنه يجوز وضع الحراسة على مال للمدين، إذا ثبت أن هذا الأخير يحاول الهروب من الدين بالتصرف فى المال تصرفاً صورياً[1]، أو إذا تعمد المدين تعطيل أثر إجراءات التنفيذ التى اتخذها الدائن بالمماطلة والتواطؤ مع الغير[2]، أو إذا تخلف الراسى عليه المزاد عن أداء التزاماته بسبب إفلاسه وظل العقار فى حيازة المدين المنزوعة ملكيته يستولى على ثماره ويتصرف فيه[3]. ولا يشترط فى جميع هذه الأحوال أن يكون هناك نزاع قائم بين الدائن والمدين، بل يكفى قيام الخطر العاجل على النحو الذى بيناه لفرض الحراسة على مال المدين[4].

---

(١) استئناف مختلط ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م٤٦ ص٢٠- ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٥ م٤٨ ص٣١- ٢٥ يونيه سنة ١٩٤١ م٥٢ ص٢٢١- ١٨ أغسطس سنة ١٩٤٨ م٦١ ص٨١.

(٢) وقد قضى بأن للحارس المقام على عقار لحماية مصلحة الدائنين من تصرفات المدين اتخاذ كل الإجراءات التى تكفل الوصول إلى هذه الغاية، وبوجه خاص طلب بطلان عقود الإيجار المخالفة للقانون أو التى تواطأ فيها المدين إضراراً بالدائنين (استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٩٣٢ م٤٤ ص٢٦٥- محمد على رشدى فقرة ٢٢٤ ص٣١٧ هامش١)، أو طلب بطلان الهبة التى صدرت من المدين إضراراً بالدائنين (استئناف مختلط ١١ مايو سنة ١٩٣٧ م٤٩ ص٢١٦). وقضى بأن الحراسة لا تجوز إلا إذا تعذرت وسائل التنفيذ التى رسمها القانون أو استحالت إما لسوء نية أو لسوء إدارة، وهى فى الحالتين تكون الطريق الوحيد الذى يكفل حق الدائنين ويصون مصالح المدين (إسكندرية مستعجل ١٠ يناير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٢٧٤ ص٧٥٩)، فلا تجوز الحراسة لمجرد ضمان استيفاء الثمن إذ القانون قد رسم طرقاً لاستيفائه ليس من بينها الحراسة (استئناف مختلط ٢٥ فبراير سنة ١٩١٤ م٢٦ ص٢٥٢)، وإذا رفعت الدعوى البوليصية أو دعوى الصورية على متلقى العقار لم يكن ذلك كافياً لطلب الدائن وضع العقار تحت الحراسة (استئناف مختلط ٢٥ فبراير سنة ١٩١٤ م٢٦ ص٢٥٢- ٣٠ يونيه سنة ١٩١٧ م٢٩ ص٥٢٤).

(٣) استئناف مصر ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م١٣ ص٤٢٦ ص٨٦٣- ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٩٢ ص١٩٨- استئناف مختلط ١٩ يونيه سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص٣٨٤- عبد الحكيم فراج فقرة ٩٠- فقرة ٩٢- محمد على رشدى فقرة ٢٢٣- محمد على راتب فقرة ٣١١- وقد قضى بجواز الحراسة على عقار لمصلحة الدائنين، بالرغم من أن هذا العقار لم يتم بناؤه ولا يمكن تأجيره ولا يغل ريعاً، إذا كان المدين مالك العقار يحاول الإنقاص من قيمته معرضاً بذلك حقوق الدائنين للخطر (استئناف مختلط ٤ مايو سنة ١٩٣٨ م٥٠ ص٢٧٨- عبد الحكيم فراج فقرة ١٤٤ ص١٢٣).

(٤) وقد قضى بأنه تصح الحراسة على متجر للمدين (جراج) لضمان استيفاء الدين إذا كان المدين لا يملك أى مال آخر (استئناف مختلط ١٨ أغسطس سنة ١٩٤٨ م٦١ ص٨١). وإذا وضع الدائن الحراسة على ريع عقار المدين اعتبر بمثابة دائن حاجز، ويجب إعلانه للتقدم فى التوزيع مع سائر =

والمدين المعسر كالمدين الموسر يمكن للدائن أن يطلب وضع الحراسة على مال معين، بل إن حالة المدين المعسر تستدعى الحراسة أكثر مما تستدعيه حالة المدين الموسر، فإنه أقرب إلى تهريب ماله وإلى المماطلة والتواطؤ مع الغير. ولكن وضع مجموع ماله تحت الحراسة هو محل الخلاف. على أن الرأى السائد فى القضاء والفقه فى مصر هو أنه لا يجوز ذلك، فإن فيه حجراً على حرية المدين فى إدارة أمواله والتصرف فيها والحجر لا يكون إلا فى الحالات التى نص عليها القانون وليس الإعسار منها، وفيه كذلك حجر على حق الدائن فى التنفيذ الفردى على أموال مدينه وهو حق يتلقاه من القانون مباشرة فلا يجوز حرمانه منه إلا بنص صريح فى القانون. هذا إلى أن وضع الحراسة على مجموع أموال المدين يتضمن ضرباً من التصفية الجماعية لأموال المدين على غرار التصفية الجماعية المقررة فى الإفلاس، فلا يجوز تحت ستار الحراسة إدخال نظام لا يصح دخوله إلا بنصوص صريحة(١). ويبدو أن هذه الحجج قد فقدت أهميتها بعد أن نظم التقنين المدنى الجديد حالة الإعسار، ولم تكن منظمة فى التقنين المدنى القديم. وإذا كان قد حذف من نصوص

=الدائنين الحاجزين وإلا كانت إجراءات التوزيع باطلة (استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٩١٣ م٢٥ ص٢٢٠). ولا يشترط لوضع العقار تحت الحراسة اتخاذ إجراءات نزع الملكية وحجز العقار، إذ الحراسة فى هذا الفرض الأخير حالة خاصة نص عليها القانون (استئناف مختلط ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٥ م٤٨ ص٣١).

ويجوز للدائن المرتهن أن يتفق مع المدين على وضع العقار المرهون رهناً رسمياً تحت الحراسة إذا تأخر المدين فى وفاء الدين وتكون الحراسة فى هذه الحالة حراسة اتفاقية، وإذا رسا المزاد على الدائن ولم يتمكن من تسلم العين جاز له أن يطلب وضعها تحت الحراسة، وإذا وقفت إجراءات نزع الملكية بسبب المعارضة فى التنبيه لم يمنع ذلك من وضع العين تحت الحراسة (استئناف مختلط ٨ مارس سنة ١٩٣٩ م٥١ ص١٨٩). وانظر استئناف مختلط ٣١ مايو سنة ١٩٣٩ م٥١ ص٣٦٧- ١٧ أبريل سنة ١٩٤٠ م٥٢ ص٢٣٣- ٢٥ يونيه سنة ١٩٤١ م٥٣ ص٢٣١.

(١) استئناف مصر ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٤٢٦ ص٨٦٣- مصر ٢٤ مارس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٤٠ ص٧٠١- ٢٦ أبريل سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٥١١ ص٨٩٦- طنطا الكلية ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ ص٨١- بنى سويف الجزئية ٣ فبراير سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٥٢٠ ص١٠٤١- إسكندرية مستعجل ١٠ يناير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٣٧٤ ص٧٥٩ - المنيا الكلية ٢٠ مارس سنة ١٩٣٣ المجموعة الرسمية ٣٤ رقم ١٣٧ ص٢٤١- استئناف مختلط ١٣ يونيه سنة ١٩١٩ م٣١ ص٣٤٥- محمد على رشدى فقرة ٢٢٢ ص٣١٥- ص٣١٦- محمد على راتب فقرة ٣٧٣ - محمد عبد اللطيف فقرة ٢٥٠.

وانظر فى إمكان وضع الحراسة على مجموع أموال المدين فى حالة اتفاق المدين المعسر مع جميع الدائنين وفى حالة اختفاء المدين المعسر ليتجنب مطالبة الدائنين: عبد الحكيم فراج فقرة ٢٢٨، فقرة ٢٣٠.

التقنين المدنى الجديد تنظيم التصفية الجماعية لأموال المدين المعسر على غرار التصفية الجماعية لأموال التاجر المفلس، فإنه لا تزال هناك نتائج هامة تترتب على شهر إعسار المدين. وأهم هذه النتائج أن يحل ما فى ذمة المدين من ديون مؤجلة (م٢٥٥ مدنى)، ولا يجوز للدائن أن يأخذ حق اختصاص على عقارات المدين المعسر (م٢٥٦ مدنى)، ولا يسرى فى حق الدائنين أى تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد فى التزاماته (م٢٥٧ مدنى)، كما لا يسرى فى حقهم أى وفاء يقوم به المدين (م٢٥٧مدنى). ويعاقب المدين بعقوبة التبديد إذا رفعت عليه دعوى بدين فتعمد الإعسار بقصد الإضرار بدائنيه، أو إذا كان بعد الحكم بشهر إعساره أخفى بعض أمواله ليحول دون التنفيذ عليها، أو اصطنع ديوناً صورية أو مبالغاً فيها (م٢٦٠مدنى). ويتبين من ذلك أن هناك مصلحة جدية للدائن فى طلب وضع الحراسة على مجموع أموال المدين المعسر إذا كان هناك خطر عاجل من بقاء المال تحت يد المدين المعسر. وإذا كان القانون يجعل كما رأينا أى وفاء يقوم به المدين المعسر لا يسرى فى حق الدائنين، ويعاقب بعقوبة التبديد المدين المعسر الذى يخفى بعض أمواله ليحول دون التنفيذ عليها، فإن هذا معناه أن هذه أمور يحتمل وقوعها من المدين المعسر ولذلك حرمها المشرع. فلماذا إذن، إذا تجمعت لدى الدائن أسباب جدية تجعله يخشى من أن تقع هذه الأمور، يمنع من اتخاذ إجراء تحفظى وقائى فيطلب وضع أموال مدينه المعسر تحت الحراسة؟ وبذلك يتوقى وقوع هذه الأمور، وهذا خير من تركها تقع ثم يحاول تلافى نتائجها بعد ذلك، وهنا يصح القول بأن الوقاية خير من العلاج. من أجل ذلك نرى أن للدائن أن يطلب وضع مجموع أموال مدينه المعسر تحت الحراسة إذا أثبت أن هناك خطراً عاجلا من بقاء هذه الأموال تحت يد المدين، بل إنه يجوز فى رأينا طلب فرض الحراسة على أموال المدين فى أثناء نظر دعوى شهر الإعسار حتى لا يسارع المدين توقعاً لصدور الحكم بشهر إعساره إلى إخفاء أمواله. والذى لا يجوز هو أن تكون مهمة الحارس تصفية أموال المدين وسداد ديونه، فإن هذه مسألة موضوعية تنفيذية لا شأن للحراسة، وهى إجراء مؤقت تحفظى، بها. وكل ما يكلف به الحارس هو المحافظة على أموال المدين من التبديد والضياع، ومنعه من أن يؤثر بعض الدائنين على بعض بوفاء ديونهم، والدائنون بعد ذلك وشأنهم فى اتخاذ إجراءات التنفيذ الفردية التى يرون اتخاذها استيفاء لحقوقهم من أموال المدين(١).

---

(١) انظر فى هذا المعنى عبد الحكيم فراج فقرة ٢٣٣- فقرة ٢٣٩ وبوجه خاص فقرة ٢٣٨- فقرة ٢٣٩ ص٢٢٤- ص٢٢٧. وقد جاء فى حكم لمحكمة استئناف مصر، فى عهد التقنين المدنى القديم وقبل تنظيم الإعسار، أن الحراسة فى ذاتها ليست مطلوبة لتمكين الدائن من الحصول على حقه من طريق رفع يد المدين عن استغلال أملاكه، بل هى مطلوبة كإجراء مستعجل للحيلولة دون تبديد =

٤٢٩- لطالب الحراسة حق محتمل يريد حمايته: ويصح أن يكون لطالب الحراسة، لا حقٌ قائم يطلب وضع الحراسة لحمايته، بل مجرد حق محتمل، وهذا يكفى لفرض الحراسة متى كان هناك خطر عاجل يتهدد هذا الحق المحتمل.

وقد قضى فى فرنسا فى هذا المعنى بأنه يجوز للمجنى عليه أن يطلب وضع أموال والد المتهم ووالدته - والمتهم قاصر ووالده مسئول عنه مدنياً ثم والدته إذا مات والده - تحت الحراسة وفاء لما قد يستحق له من التعويض(١).

وقد ترفع دعوى الحجر، فيبادر المطلوب الحجر عليه إلى تبديد أمواله، وهذا يلحق الضرر بورثته بالرغم من أن حقهم فى الوراثة حق احتمالى. وقد نصت المادة ١١٤ مدنى على أن «١- يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه، إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر. ٢- أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر، فلا يكون باطلا إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد، أو كان الطرف الآخر على بينه منها». وتنص المادة ١١٥ مدنى على أنه «١- إذا صدر تصرف من ذى الغفلة أو من السفيه بعد تسجيل قرار الحجر، سرى على هذا التصرف ما يسرى على تصرفات الصبى المميز من أحكام. ٢- أما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر، فلا يكون باطلا أو قابلا للإبطال، إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ». ويخلص من ذلك أنه يخشى من تصرفات المطلوب الحجر عليه فى أثناء اتخاذ إجراءات الحجر، بل قبل اتخاذها إذا شعر أنه مهدد بها، ومن ثم عالج المشرع هذه التصرفات فجعلها فى بعض الأحوال باطلة أو قابلة للإبطال. كذلك يخشى أن يخفى المطلوب الحجر عليه أمواله أو يبددها. فإذا تجمعت لدى الورثة أسباب معقولة للخشية من خطر عاجل يهدد حقهم المحتمل فى الوراثة من بقاء المال تحت يد مورثهم قبل صدور قرار بالحجر عليه، فإنه لا يوجد ما يمنع من أن يطلبوا من قاضى الأمور المستعجلة وضع أمواله تحت الحراسة حتى يبت فى طلب الحجر(٢).

=المدين للريع الذى أصبح ملحقاً بالعقار المنزوع ملكيته وواجباً توزيعه على الدائنين مع ثمن العقار. وإذا كان القانون المدنى المصرى لم ينص على الإفلاس المدنى لحماية حقوق الدائن، فإن من واجب القاضى ألا يدخر وسعاً فى الأمر بكل إجراء لا يخالف أحكام القانون ويكون الغرض منه تمكين الدائن من تنفيذ الحكم الصادر لمصلحته والوصول إلى حقه من مدين مماطل (استئناف مصر ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٩٢ ص١٩٨).

(١) نانسى ٢١ أبريل سنة ١٩٤٨ داللوز ١٩٤٨ - ٤٩٥- أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٩ ص١٩٢ - ص١٩٣- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٩٤ ص٥٣٦ هامش٢- أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Séquestre فقرة ٢٤.

(٢) انظر فى هذا المعنى باريس ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٣٠ داللوز الأسبوعى ١٩٣٠- ٥٦٥- وانظر فى الدفاع عن هذا الحكم ضد ما وجه إليه من انتقادات محمد على رشدى فقرة ٢٠٧- فقرة ٢١٠.

وقد قضى، تطبيقاً لنفس المبدأ، بجواز وضع أموال الغائب تحت الحراسة، حتى لو لم تنقص سنة كاملة على غيابه، لضمان المحافظة على أمواله وحسن إدارتها واستغلالها، وحفظاً لمصلحة أصحاب الشأن ممن يحتمل أن تؤول إليهم هذه الأموال بطريق الميراث إذا تحققت وفاة الغائب فعلا أو حكماً[1].

المطلب الثانى

أحوال الحراسة القضائية على الأموال الموقوفة

٤٣٠- نص قانونى: تنص المادة ٧٣١ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«تجوز الحراسة القضائية على الأموال الموقوفة فى الأحوال الآتية»:

«١- إذا كان الوقف شاغراً، أو قام نزاع بين نظاره، أو نزاع من أشخاص يدعون حق النظر عليه، أو كانت هناك دعوى مرفوعة بعزل الناظر، وكل هذا إذا تبين أن الحراسة إجراء لابد منه للمحافظة على ما قد يكون لذوى الشأن من الحقوق. وتنتهى الحراسة فى هذه الأحوال إذا عين ناظر على الوقف، سواء أكان بصفة مؤقتة أم كان بصفة نهائية».

«٢- إذا كان الوقف مديناً».

«٣- إذا كان أحد المستحقين مديناً معسراً، وتكون الحراسة على حصته وحدها إن أمكن فرزها ولو بقسمة مؤقتة، وإلا فعلى الوقف كله. ويشترط أن تكون الحراسة فى الحالين هى الوسيلة الوحيدة لعدم ضياع حقوق الدائنين بسبب سوء إدارة الناظر أو سوء نيته»[2].

---

(١) مصر مستعجل ٢٩ سبتمبر سنة ١٩٥٣ المحاماة ٣٤ رقم ٢١٣ ص٥٠٩- محمد عبد اللطيف فقرة ٢٤١ ص٢٢٣.

(٢) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ١٠١٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «وتجوز الحراسة على الأموال الموقوفة فى الأحوال الآتية: ١- إذا كان الوقف شاغراً، أو قام نزاع بين النظار على الوقف أو من أشخاص يدعون حق النظر، أو كانت هناك دعوى مرفوعة بعزل الناظر، كل هذا إذا تبين أن الحراسة إجراء لابد منه للمحافظة على ما قد يكون لذوى الشأن من الحقوق. ٢- إذا كان الوقف مدينا، أو كان أحد المستحقين معسراً، وكانت الحراسة فى الحالين هى الوسيلة الوحيدة حتى لا يضيع على الدائنين حقوقهم بسبب سوء إدارة الناظر أو سوء نيته». وفى لجنة المراجعة أدخلت تعديلات لفظية بسيطة، وتحدد أن الحراسة تكون فى هذه الأحوال حراسة قضائية، وأصبح رقم النص ٧٦٣ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٦٢. وفى لجنة مجلس الشيوخ اعترض على فرض الحراسة على الوقف إذا كان أحد المستحقين مديناً معسراً، لأنها تضر باقى =

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى القديم، ولكن هذه الأحكام كان معمولا بها فى عهد هذا التقنين.

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ٦٩٧- وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٧٣١- ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى العراقى، ولا فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى(١).

٤٣١- أحوال الحراسة على الأموال الموقوفة تطبيق للقواعد العامة وليست مذكورة على سبيل الحصر: وقد أفرد للحراسة على الأموال الموقوفة نص خاص، ليس لأنه يراد حصر الأحوال التى تجوز فيها الحراسة على هذه الأموال، بل لأن قضايا الحراسة على الأموال الموقوفة قبل إلغاء الوقف الأهلى بلغت من الكثرة حداً جعل لها مكاناً ملحوظاً فى نظام الحراسة. فرؤى أن يوضع لها نص خاص يتناول أهم أحوالها، حتى يستقر القضاء فى شأنها. وليس هذا النص إلا تطبيقاً واضحاً للقاعدة العامة المقررة فى الحراسة، والتى تقضى بأنه حيث يقوم خطر عاجل من بقاء المال تحت يد حائزه، وهو هنا ناظر الوقف، جاز

=المستحقين. فأجيب على هذا الاعتراض بأن الحكم ليس إلا تقنيناً لما جرت عليه المحاكم المصرية وطنية ومختلطة بناء على أن الحراسة فى هذه الحالة لا يلجأ إليها إلا إذا كانت هى الوسيلة الوحيدة لعدم ضياع حقوق الدائنين بسبب سوء إدارة الناظر أو سوء نيته. وكانت هناك فكرة ترمى إلى قصر تطبيق هذا النص على الحالة التى تكون فيها حصة المستحق المعسر مفرزة بقسمة مهيأة حتى لا يضار باقى المستحقين، ولكن رؤى العدول عن هذه الفكرة، من جهة لأن العدالة تقتضى التيسير لأصحاب الحقوق فى اقتضاء حقوقهم، ومن الجهة الثانية لأن فى أحكام المشروع الخاصة بتنظيم الرقابة على أعمال الحراس ما يكفل منع الضرر عن باقى المستحقين فى حالة وضع الوقف كله تحت الحراسة. وانتهى الرأى فى اللجنة إلى قصر الفقرة الثانية على الحالة التى يكون فيها الوقف مديناً، وإلى إفراد الحالة التى يكون فيها أحد المستحقين مديناً معسراً بفقرة ثالثة أضيفت إلى النص وقد تضمنت تفصيلا لم يكن وارداً فى النص المقدم من الحكومة، فجاء فيها أن الحراسة تقع على حصة المستحق المعسر وحده إن أمكن فرزها ولو بقسمة مؤقتة، وإلا فعلى الوقف كله رعاية لحق الدائن، وأصبح النص على هذا الوجه مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، وصار رقمه ٧٣١- ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٨١- ص٢٨٦).

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدنى السورى م٦٩٧ (موافق).

التقنين المدنى الليبى م٧٣١ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى: لا يشتمل على نصوص فى الحراسة.

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى: لا مقابل ولكن النص تطبيق للقواعد العامة فى الحراسة فيمكن العمل به فى لبنان.

وضع هذا المال تحت الحراسة. فالمادة ٧٣١ مدنى ليست إذن إلا مجرد تطبيق للفقرة الثانية من المادة ٧٣٠ مدنى، وقد رأينا أن هذا النص الأخير يقضى بفرض الحراسة «إذا كان صاحب المصلحة فى منقول أو عقار قد تجمع لديه من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطراً عاجلا من بقاء المال تحت يد حائزه». ولم تتناول المادة ٧٣١ مدنى أحوال الحراسة على الأموال الموقوفة على سبيل الحصر، بل ذكرت أهم الأحوال التى تقع فى العمل. وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى: «بلغت قضايا الحراسة على الأموال الموقوفة عدداً لا يحصى، فاقتضى الأمر وضع نص خاص بها حتى ينتظم شأنها ولا يقع فى أمرها تردد. وأكثر ما يكون طلب الحراسة على الوقف إما لخلوه من ناظر أو لقيام نزاع فى شأن نظارته، وإما لمديونية الوقف، أو لمديونية أحد المستحقين فيه»(١).

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٨٣- وقد حسم نص المادة ٧٣١ مدنى الخلاف الذى كان موجوداً فى عهد التقنين المدنى القديم فى جواز الحراسة على الأموال الموقوفة. فكان رأى يذهب إلى عدم الجواز إطلاقاً، لأن فى تعيين حارس على الوقف معنى عزل الناظر وهو ما يخرج عن اختصاص المحاكم المدنية، وإذا كان هناك خطر من استمرار الوقف بيد الناظر فإن المحاكم الشرعية يدخل فى اختصاصها أن تعين ناظراً مؤقتاً إلى أن يعين الناظر النهائى، وكانت المادة ٣٥٤ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (قانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١) تنص على أنه «فى حالتى الحكم بعزل ناظر وقف أو ضم ناظر إليه، يجب مؤقتاً إقامة ناظر أو ضم ناظر آخر إلى أن يفصل فى الخصومة نهائياً ويتقرر الناظر بالطريق الشرعى»، وذلك قبل الغائها بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ باصدار قانون تنظيم بعض أوضاع واجراءات التقاضى فى مسائل الاحوال الشخصية ولم يرد به نص يقابل المادة ٣٥٤ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الملغاء. وقد نصت المادة الأولى من اصدار القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بتطبيق أحكام قانون المرافعات والقانون المدنى وقانون الاثبات على اجراءات التقاضى فى الوقف. وكذلك نصت المادة ٥٣ من قانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ على أن «لمحكمة التصرفات عند إحالة الناظر عليها أو أثناء النظر فى موضوع العزل - بعد تمكين الناظر من إبداء دفاعه - أن تقيم على الوقف ناظراً مؤقتاً يقوم بإدارته إلى أن يفصل فى أمر العزل نهائياً» (انظر فى هذا الرأى: استئناف مختلط أول ديسمبر سنة ١٨٩٧ م١٠ ص٢٧- ١٤ يونيه سنة ١٨٩٩ م١١ ص٢٨٨- ٢١ يونيه سنة ١٩١٦ م٢٨ ص٤٣٨- ٥ مايو سنة ١٩٢٥ م٣٧ ص٣٩٥- ٢٠ مارس سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٣٧٨- ١٠ أبريل سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص٢٣٦- ٩ يونيه سنة ١٩٣٧ م٤٩ ص٢٦٢- طنطا الكلية ٢٥ أكتوبر سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٢٤٣ ص١٢٢- مصر ١٢ سبتمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ٥٥ ص٤٩- أول أغسطس سنة١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم٢٥٥ ص٣٥١)-وكان رأى ثان يذهب إلى الجواز فى حالات معينة، ولكن اختلف فى تحديد هذه الحالات. ففريق يرى قصر الحراسة القضائية على حالة النزاع فى استرداد يد الناظر أو رفعها (استئناف مختلط ١٢ نوفمبر سنة ١٩١٩ م٣٢ ص١٢- ٢٧ مايو سنة ١٩٢٥ م٣٧ ص٤٣٧- مصر ٢٤ مايو سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٤٠ ص٧٠١- ٢٥ يوليه سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١٦١ ص٢١٧- طنطا الكلية ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٤ ص٨١- بنى سويف الجزئية ٣ فبراير سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ ص١٠٤١)، أما النزاع المقصود به محاسبة الناظر أو مطالبته بما يظهر فى ذمته فلا يكون سبباً للحراسة، ولا يكون سبباً لها وجود دين =

=على الوقف أو على المستحقين (استئناف مصر ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٣٣٨ ص٧٢٠- استئناف مختلط ١٤ يونيه سنة ١٨٩٩ م١١ ص٤٨٨- ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م٤٩ ص٢٣). وفريق آخر يرى أن الحراسة تجوز لنزاع على إدارة الوقف، لا لدين على الوقف أو على أحد المستحقين (استئناف مصر ٩ نوفمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٧٢ ص٥٤٥- استئناف مختلط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م٤٦ ص٧٨- ٢٤ يناير سنة ١٩٣٤ م٤٦ ص١٣٧) - وذهب رأى ثالث، وهو الرأى الذى أخذ به التقنين المدنى الجديد، إلى أن الحراسة تجوز فى جميع الأحوال التى يقوم فيها خطر عاجل، سواء نزاع على إدارة الوقف أو كان هناك دين على الوقف أو أعسر أحد المستحقين (محمد على رشدى فقرة ٢٤٥- محمد على راتب فقرة ٣٨٢ ص٩٥٢ فى الهامش- وقارن عبد الحكيم فراج فقرة ١٦٠- فقرة ١٦٣- وانظر فى هذه الأراء المختلفة عبد الحكيم فراج فقرة ١٥١ - فقرة ١٦٣- وقد أقرت محكمة النقض جواز وضع الأعيان الموقوفة تحت الحراسة، فقضت بأنه لا يوجد فى القانون ما يمنع إقامة حارس قضائى على الأعيان الموقوفة، فإن الحراسة إنما هى من الإجراءات الوقتية التى تقتضيها الضرورة عند قيام الخصومة أمام المحاكم، وهى لا تمس حقوق المتخاصمين إلا ريثما تنتهى الخصومة وتقرر حقوق المتخاصمين وتصفى تبعاتهم بالحكم الصادر فيها، على أن الضرر الذى قد ينجم عنها لا يمس أصل الحق لأنه مؤقت، وتضمينه موفور لمن تحمله (نقض مدنى أول يونيه سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٦ ص٥٦٦- وانظر فى معنى الرأى الثالث. استئناف مختلط ١٥ مارس سنة ١٩١١ م٢٣ ص٢٢٠- ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٣ م٣٥ ص٢٥٧- ١٩ يونيه سنة ١٩٢٦ م٣٨ ص٤٩٥- ٥ يناير سنة ١٩٢٧ م٣٩ ص١٣٣- ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م٤٢ ص١١٩- فاقوس ١٨ أكتوبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١٦٧ ص٢٢٥- مصر مستعجل ٢٢ يونيه سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٤٤٨ ص٩١٤).

وقد صدرت من القضاء الوطنى والمختلط، فى عهد التقنين المدنى القديم، أحكام عديدة فى جواز وضع الحراسة على الوقف: استئناف وطنى ٥ مايو سنة ١٨٩٠ الحقوق ١١ ص٩ ١٥ نوفمبر سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٢٥ ص٥٥- استئناف مصر ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٧ رقم ١٥١ ص٢١٠- مصر مستعجل ٢٣ يوليه سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٤٨٨ ص٩١٤- ١٤ مارس سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٤٠٤ ص٩٩٧- ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٣ رقم ٥٧ ص١١١- مصر استئنافى ٢٠ يونيه سنة ١٩٣١ الجريدة القضائية ٨٤ ص١٨- ١٤ فبراير سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٧ رقم ٤٥٥ ص٩٠٥- ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٨ رقم ٣٤ ص٨٨- إسكندرية مستعجل ١٠ يناير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٣٧٤ ص٧٥٩- بنى سويف ٦ أكتوبر سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ١٠٩ ص١٧٤- استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٨٩٨ م١٠ ص١٩٩- ١٤ ديسمبر سنة ١٨٩٨ م١١ ص٢٩- ٣٠ مايو سنة ١٩٠٠ م١٢ ص٢٩٧- ٢٧ فبراير سنة ١٩٠٢ م١٤ ص١٦٦- ١١ يونيه سنة ١٩٠٣ م١٥ ص٣٤٩- ١٢ أبريل سنة ١٩١١ م٢٣ ص٢٥٨- ٩ يناير سنة ١٩١٨ م٣٠ ص١٣٧- ١٢ يونيه سنة ١٩١٩ م٣١ ص٣٤٥- ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٩ م٤١ ص٢٨١- ٣ أبريل سنة ١٩٢٩ م٤١ ص٣٤١- ٢٢ يناير سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٢١٨- ١١ يونيه سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٥٥٧- ٢٥ يونيه سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٥٨٤- ١٣ مايو سنة ١٩٣١ م٤٣ ص٣٩١- ٢٥ مايو سنة ١٩٣٢ م٤٤ ص٣٤١- ٢٢ يونيه سنة ١٩٣٢ م٤٤ ص٣٨٩- ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٤ م٤٧ ص٢٤- ١٥ يناير سنة ١٩٣٦ م٤٨ ص٧٩- ١٤ فبراير سنة ١٩٤٠ م٥٢ ص١٤٩- ٢ أبريل سنة ١٩٤١ م٥٣ ص١٤٤- ٢٣ فبراير سنة ١٩٤٤ م٥٦ ص٦٣.

ويظهر من عبارة المذكرة الإيضاحية أن الحالات المذكورة فى المادة ٧٣١ مدنى هى الحالات الغالبة، فهى إذن ليست مذكورة على سبيل الحصر. ولا يوجد ما يمنع من وضع الأموال الموقوفة تحت الحراسة القضائية فى غير الأحوال التى نصت عليها هذه المادة متى جمعت أسباب معقولة يخشى معها من بقاء الأموال الموقوفة تحت يد ناظر الوقف تطبيقاً لأحكام الفقرة الثانية من المادة ٧٣٠ مدنى سالفة الذكر. فيجوز إذن لكل ذى مصلحة أن يطلب وضع الأموال الموقوفة تحت الحراسة القضائية، إذا وقع نزاع فى صحة الوقف، أو فى نفاذه فى حق الورثة أو فى حق الدائنين، أو فى دخول أعيان مملوكة ضمن الأعيان الموقوفة، أو فى أعيان الوقف كلها أو بعضها، أو فى غير ذلك من الأمور[1].

---

(١) انظر عكس ذلك وأن المادة ٧٣١ مدنى قد أوردت أحوال الحراسة على الأموال الموقوفة على سبل الحصر: عبد الحكيم فراج فقرة ١٥٨- فقرة ١٥٩- ومع ذلك فقد سلم بأنه يجوز الحراسة على الأموال الموقوفة إذا قام نزاع فى صحة الوقف بين الورثة الذين حرمهم الواقف وبين المستحقين فى الوقف، أو بين هؤلاء المستحقين وبعض آخر إذا كان الرجوع إلى قواعد الميراث خيراً لهم، أو إذا طعن الدائنون فى الوقف بالدعوى البوليصية لصدوره إضراراً بحقوقهم، ويبرر ذلك بأنه فى هذه الحالات «تكون أعيان الوقف عرضة للإهمال وريعها عرضة للضياع والتبديد، ويكون الخطر كبيراً إذا طال أمد التقاضى، لذلك نرى القضاء يجيز الحراسة فى مثل هذه الحالات حتى يقضى نهائياً فى النزاع» (عبد الحكيم فراج فقرة ١٦٠- ويشير إلى الأحكام الآتية: استئناف مختلط أول مارس سنة ١٩٢٣ م٣٥ ص٢٦٢- ١٥ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م٤٦ ص٣٣- ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م٤٦ ص٧٧). ويسلم أيضاً بجواز وضع الحراسة على الأموال الموقوفة إذا قام نزاع بين الغير والوقف على ملكية عين من أعيانه، يدعيها ممثل الوقف ضمن أعيانه، ويدعيها الغير ملكاً له (انظر فى هذا المعنى استئناف مختلط أول مارس سنة ١٩٢٣ م٣٥ ص٢٦٢)، ويقول فى تبرير ذلك: «لا محل للاعتراض هنا على أن فى تعيين الحارس غلا ليد الناظر فى الإدارة، كما أنه لا محل للقول بورود أحوال الحراسة على الوقف على سبيل الحصر، لأن محل ذلك أن يكون الوقف غير متنازع فى ملكية أعيانه. أما إذا قام نزاع على ملكية الوقف، أمكن تطبيق النص العام للحراسة الذى يقضى بجواز الحراسة إذا قام نزاع فى شأن منقول أو عقار أو مجموع من المال» (عبد الحكيم فراج فقرة ١٦١- قارن محمد على عرفة ص٥٣٧).

وانظر فى المعنى الذى نقول به من أن أحوال الحراسة على الأموال الموقوفة لم تذكر على سبيل الحصر: محمد على رشدى فقرة ٢٤٥ ص٢٤٣ هامش٢- محمد على راتب فقرة ٣٨٢ ص٩٥٣ فى الهامش.

والخصم فى دعوى الحراسة هو ناظر الوقف، ويجوز لأى من المستحقين التدخل إذا اقتضت مصلحته ذلك (استئناف مختلط ٢٢ يونيه سنة ١٩٣٢ م٤٢ ص٣٨٩- ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م٤٦ ص٩٧- محمد على رشدى فقرة ٢٤٤)- وانظر فى عدم جواز أن يكون طالب الحراسة هو الناظر وفى عدم جواز تعيينه حارساً: محمد على رشدى فقرة٢٥١.

وإذا استبدلت بعض أعيان الوقف انتقلت الحراسة من العقار القديم إلى العقار الجديد بحكم من =

ونبحث الآن الفروض الثلاثة التى نصت عليها المادة ٧٣١ متوخين فيها الإيجاز بعد أن فقدت كثيراً من أهميتها بإلغاء الوقف الأهلى، فأصبح مجال تطبيقها الآن محدوداً إلى مدى بعيد فى نطاق الوقف الخيرى، وكانت قد بلغت من الكثرة فى الماضى حداً استدعى إفراد نص لها.

١ - وضع الحراسة بسبب نظارة الوقف

٤٣٢ - الحالات التى ترجع إلى هذا السبب: رأينا أن المادة ٧٣١ مدنى تعرض لهذه الحالات على الوجه الآتى: «إذا كان الوقف شاغراً، أو قام نزاع بين ناظره، أو نزاع بين أشخاص يدعون حق النظر عليه، أو كانت هناك دعوى مرفوعة بعزل الناظر. وكل هذا إذا تبين أن الحراسة إجراء لابد منه للمحافظة على ما قد يكون لذوى الشأن من الحقوق. وتنتهى الحراسة فى هذه الأحوال إذا عين ناظر على الوقف، سواء أكان بصفة مؤقتة أم كان بصفة نهائية».

ويخلص من هذا النص أن هناك حالات ثلاثاً ترجع إلى نظارة الوقف، ويمكن فيها فرض الحراسة القضائية.

=القاضى (استئناف مختلط ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٣ م٥٥ ص٦٢- ٥ مايو سنة ١٩٤٢ م٥٤ ص١٩١)- وإذا لم يحدد الحكم مهمة الحارس، كانت سلطته فى الإدارة كناظر الوقف. فله أن يحدث بناء فى الوقف إذا كانت فيه مصلحة (نقض مدنى ١٩ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٥٤ ص١٨٩). وللقاضى أن يرخص للحارس فى توزيع الحصة الموحدة على الخيرات (استئناف مختلط ٨ نوفمبر سنة ١٩١١ م٢٤ ص٣٧)، وفى تسليم كل مستحق استحقاقه إذا لم يكن فيه نزاع، وفى تنفيذ الأحكام النهائية بتقرير نفقة مؤقتة للمستحق (استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٧ م٣٠ ص٨٥)، وفى أخذ مبلغ من الريع يستعين به على أداء مأموريته (استئناف مختلط ١٠ يونيه سنة ١٩٣١ م٤٣ ص٤٤٢)- وللحارس أن يطعن بالصورية فى عقود الإيجار التى صدرت من الناظر أو من حارس سابق، ويأخذ الحارس الإذن فى التأجير لمدة تزيد على ثلاث سنوات من القاضى الذى عينه حارساً لا من القاضى الشرعى (استئناف مختلط ٩ يونيه سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٤٣٩). وإقامة ناظر جديد لا يستتبع حتما انتهاء الحراسة، فقد يتواطأ الناظر القديم مع المستحقين على إقامة ناظر جديد بقصد إنهاء الحراسة (استئناف مختلط ١٠ أبريل سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص٢٣٦)، وقد يكون سبب الحراسة لا يتأثر بإقامة ناظر جديد كما إذا كان السبب راجعاً إلى عدم نفاذ الوقف فى حق الدائنين، فتجب إعادة النظر كلما تغير الناظر للبحث فيما إذا جدت ظروف تقتضى رفع الحراسة أو إشراك الناظر الجديد مع الحارس (استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م٤٦ ص٨٧)- انظر فى هذه المسائل - محمد على رشدى فقرة ٢٥٢- فقرة ٢٥٥- محمد على راتب فقرة ٣٨٢ ص٩٦٠- ص٩٦٢ فى الهامش.

أولا- إذا كان الوقف شاغراً أو قام نزاع بين أشخاص يدعون حق النظر عليه: ويشغر الوقف إذا عزل الناظر الذى تولى النظارة أو خرج من الأهلية أو استقال من النظارة أو مات ولم يكن هناك ناظر بعده، أو قضى بضم ناظر آخر إليه قبل تعيين الناظر المضموم، أو لم يكن هناك ناظر على الوقف أصلا منذ البداية. وقد يشغر الوقف ويبقى شاغراً مدة ما، لقيام نزاع بين أشخاص متعددين كل يدعى حق النظر. ففى جميع الصور المتقدمة يكون الوقف دون ناظر يتولى إدارته، فتجوز إقامة حارس عليه يديره مؤقتاً(١)، حتى يتم تعيين ناظر دائم أو ناظر مؤقت، وعند ذلك تنتهى مهمة الحارس وعليه أن يسلم أعيان الوقف للناظر الدائن أو المؤقت ليتولى إدارتها(٢).

ثانيا- إذا كان على الوقف نظار متعددون، وقام نزاع بينهم في شأن إدارته أو فى تنفيذ شرط من الشروط المدونة بحجة الوقف أو فى غير ذلك من الأمور المعهود بها إليهم مجتمعين. فقد يؤدى هذا النزاع إلى شل حركة الإدارة وينجم عن ذلك قيام خطر عاجل، ومن ثم يقتضى الأمر إقامة حارس يتولى الإدارة مؤقتاً حتى يفصل فى هذا النزاع(٣). وقد ينازع الناظر القائم شخص آخر يدعى حق النظر، ويخشى مدعى حق النظر من بقاء أعيان الوقف تحت يد الناظر القائم خطراً عاجلا، فيطلب تعيين حارس يتولى إدارة هذه الأعيان مؤقتاً، حتى يفصل نهائياً فيمن له حق النظر(٤).

ثالثا- إذا كانت هناك دعوى مرفوعة بعزل الناظر: ويمكن فى هذه الحالة تعيين ناظر مؤقت يقوم بإدارة الوقف حتى يفصل فى دعوى العزل نهائياً(٥)، إما برفضها فيعود الناظر إلى إدارة الوقف وتنتهى مهمة الناظر المؤقت، وإما بقبولها وبعزل الناظر فيبقى الناظر المؤقت بعد شغر الوقف إلى أن يعين ناظر دائم بدلا من الناظر المعزول. ولكن قد تستغرق مع ذلك إجراءات تعيين الناظر المؤقت مدة طويلة يبقى فى أثنائها الوقف فى يد الناظر المطلوب عزله، وقد يخشى خطر عاجل من بقاء الوقف فى يده، فيطلب ذو المصلحة إقامة حارس

---

(١) ويعطى لكل مستحق نصيبه ما دام غير متنازع فيه، كما يعطى لمن حكم له بنفقة من المستحقين نفقته (استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٢١١).

(٢) مصر مستعجل ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٣ رقم ٥٧ ص١١١- ويعود بوجه عام الوقف إلى إدارة الناظر، إذا زالت الأسباب التى دعت إلى فرض الحراسة (استئناف مختلط ٥ مايو سنة ١٩٢٥ م٣٧ ص٣٩٥- ٢٧ مايو سنة ١٩٢٥ م٣٧ ص٤٥٧).

(٣) مصر مستعجل ٩ فبراير سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٣٨ ص٩٢- ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ ص٨٣٢.

(٤) عبد الحكيم فراج فقرة ١٦٣.

(٥) انظر م٥٣ من قانون أحكام الوقف.

على الوقف يتولى إدارته مؤقتاً حتى يعين ناظر مؤقت أو ناظر دائم[1]. على أنه إذا ثبت أن بقاء الوقف تحت يد الناظر المطلوب عزله لا ينجم عنه خطر عاجل[2]، أو إذا ثبت أن دعوى العزل ليست جدية وقد رفعت خدمة لقضية الحراسة، فإن طلب إقامة حارس على الوقف لا يكون له محل ويتعين رفضه[3]. وعلى العكس من ذلك فقد يخشى من بقاء الوقف تحت يد الناظر حتى قبل رفع الدعوى بعزله، فلا يوجد فى هذه الحالة ما يمنع من الالتجاء إلى القضاء المستعجل لتعيين حارس على الوقف يتولى إدارته مؤقتاً حتى ترفع دعوى العزل ويفصل فيها على النحو الذى تقدم بيانه[4].

٤٣٣ – إثبات أن الحراسة إجراء لابد منه للمحافظة على ما قد يكون لذوى الشأن من الحقوق: وفى جميع الصور التى قدمناها يجب على طالب الحراسة أن يثبت أن هناك خطراً عاجلا من بقاء الوقف شاغراً، أو من بقائه تحت يد الناظر القائم، أو من قيام النزاع بين نظاره المتعددين، وهذا هو الشرط الواجب توافره فى جميع دعاوى الحراسة على ما سبق بيانه. وقد نص المشرع صراحة على هذا الشرط كما رأينا فقال: «وكل هذا إذا تبين أن الحراسة إجراء لا بد منه للمحافظة على ما قد يكون لذوى الشأن من الحقوق»[5]. فإذا

---

(١) استئناف مختلط ٦ يونيه سنة ١٩٣٧ م٤٩ ص٢٦٢– ومن أمثلة سوء الإدارة، الذى يستوجب عزل الناظر مع إقامة حارس فى أثناء إجراءات العزل، ترك الناظر مبانى الوقف تتداعى دون أن يصلحها مع وجود غلة فى يده تمكنه من ذلك، أو تأخره فى الوفاء بالأموال الأميرية أو بالديون المستحقة، أو إهماله زراعة الأرض مع عدم تأجيرها، أو إيجاره أعيان الوقف لأشخاص غير مأمونين واقتسامه الأجرة معهم، أو إهماله المطالبة بحقوق الوقف، أو تلاعب فى الإيرادات والمصروفات (استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٠٠ م١٢ ص٢٩٧– ١٢ يونيه سنة ١٩١٩ م٣٠ ص٣٤٥– محمد على راتب فقرة ٣٨٢ ص٩٥٧ فى الهامش).

(٢) فلا يكفى لإقامة حارس أن يكون الناظر قد سبق عزله من وقف آخر لمخالفته لشروط الوقف، إذا لم يكن هناك تعارض بين هذه المخالفة وبين الإدارة الحسنة، كما إذا بينت المخالفة على تأجير أعيان الوقف لأجنبى مما يتعارض مع شروط الوقف (مصر مستعجل ١١ سبتمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٨٦ ص٢٠١).

(٣) محمد على رشدى فقرة ٢٤٥ ص٣٤٤ هامش٢.

(٤) انظر عكس ذلك وأنه لا يجوز تعيين حارس إلا إذا كانت دعوى العزل قد رفعت بناء على أن الأحوال المنصوص عليها فى المادة ٧٣١ مدنى مذكورة على سبيل الحصر: عبد الحكيم فراج فقرة ١٦٤.

وانظر فى الحراسة للنزاع على الاستحقاق، ولاختلاف النظار على الإدارة، والنزاع على ملكية أعيان الوقف: محمد على راتب فقرة ٣٨٢ ص٩٥٨– ص٩٦٠ فى الهامش.

(٥) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «ففى الحالة الأولى يتقدم كل ذى شأن فى الوقف أو فى نظارته يطلب وضع الوقف تحت الحراسة إلى أن يتم تعيين ناظر له، أو يفصل فى الخلاف بين=

تبين أن الحراسة إجراء غير ضرورى، كما إذا كان الوقف شاغراً ولكن أعيانه أراض زراعية مؤجرة لمدد طويلة وتعيين ناظر دائم أو ناظر مؤقت أمر وشيك، أو كان الناظر القائم يؤمن على الأعيان الموقوفة إلى أن يفصل فى أمر النزاع فى شأن نظارته، فلا محل لتعيين حارس(١). ويبقى الوقف شاغراً إلى أن يعين له ناظر دائم أو ناظر مؤقت، أو يبقى ناظر الوقف قائماً إلى أن يبت فى أمره ببقائه أو بتعيين ناظر مؤقت أو ناظر دائم مكانه.

٤٣٤ – ماذا صار إليه وضع الحراسة بسبب نظارة الوقف بعد إلغاء الوقف الأهلى: بعد صدور التقنين المدنى الجديد، صدر المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ يقضى بإلغاء نظام الوقف على غير الخيرات. فنصت المادة الأولى منه على أنه «لا يجوز الوقف على غير الخيرات». ونصت المادة الثانية على أن «يعتبر منتهياً كل وقف لا يكون مصرفه فى الحال خالصاً لجهة من جهات البر. فإذا كان الواقف قد شرط فى وقفه لجهات بر خيرات أو مرتبات دائمة معينة المقدار أو قابلة للتعيين مع صرف باقى الريع إلى غير جهات البر، اعتبر الوقف منتهياً فيما عدا حصة شائعة تضمن غلتها الوفاء بنفقات تلك الخيرات أو المرتبات. ويتبع فى تقدير هذه الحصة وإفرازها أحكام المادة ٤١ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ بأحكام الوقف، إلا بالنسبة إلى غلة الأطيان الزراعية فتكون غلتها هى القيمة الإيجارية حسبما هى مقدرة بالمرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالإصلاح الزراعى». ونصت المادة الثالثة على أن «يصبح ما ينتهى فيه الوقف على الوجه المبين فى المادة السابقة ملكاً للواقف إن كان حياً وكان له حق الرجوع فيه. فإن لم يكن، آلت الملكية للمستحقين الحاليين كل بقدر حصته فى الاستحقاق. وإن كان الوقف مرتب الطبقات، آلت الملكية للمستحقين الحاليين ولذرية من مات من ذوى الاستحقاق من طبقتهم كل

= النظار أو مدعى النظر على الوقف، أو يستبدل الناظر المطلوب عزله فيه غيره. ويشترط فى طلب الحراسة أن يكون الإجراء لابد منه للمحافظة على ما قد يكون للطالب من حقوق» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٨٣).

(١) وقد قضى بأنه إذا كانت إدارة الناظر نافعة فلا محل للحراسة، حتى لو نازع المستحقون فيها، فلا يجوز وضع أعيان وقف تحت الحراسة لمجرد كون الناظر أنفق مبالغ على إصلاح أعيانه، حتى لو نازع المستحقون فى ذلك وطلبوا عزله من المحكمة المختصة (استئناف مصر ٩ نوفمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ ص٥٤٥). وقضى بوجوب توافر الظروف الملجئة، لانتزاع الإدارة من يد المتولى على الوقف وتركيزها فى يد خلافه (استئناف مصر ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٣٣٨ ص٧٢٠). وللقاضى بحث مستندات الطرفين وتحقيق دفاعهما، والاطلاع على عقود الإيجار وكشوف الحسابات ومستندات المصروفات وتقرير الخبراء وأوراق الدعاوى التى رفعها الناظر للمطالبة بحقوق الوقف وأوراق التنفيذ الخاصة بالأحكام الصادرة فيها، وذلك لمعرفة ما إذا كانت هناك ضرورة تقضى بالتحفظ على أعيان الوقف بإقامة حارس عليها (محمد على راتب فقرة ٣٨٢ ص٩٥٨ فى الهامش).

بقدر حصته أو حصة أصله فى الاستحقاق. ويتبع فى تعيين تلك الحصة الأحكام المنصوص عليها فى المواد ٣٦ و٣٧ و٣٨ و٣٩ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ سالف الذكر». ونصت المادة الخامسة[١] على أن «تسرى القواعد المنصوص عليها فى المواد السابقة على أموال البدل المودعة خزائن المحاكم، وعلى ما يكون محتجزاً من صافى ريع الوقف لأغراض العمارة أو الإصلاح- وتسلم هذه الأموال وكذا الأعيان التى كانت موقوفة إلى مستحقيها بناء على طلب أى منهم، وتكون صفته المستحقة السابقة ونصيبه فى الاستحقاق حجة على ناظر الوقف عند مطالبته بالتسليم - وإذا كان فى العين حصة موقوفة للخيرات، اشترك ناظر الوقف مع باقى الملاك فى تسليم العين - وإلى أن يتم تسلم هذه الأعيان، تبقى تحديد يد الناظر لحفظها وإدارتها وتكون له صفة الحارس، وتسرى فى جميع الأحوال أحكام الشيوع الواردة فى المواد من ٨٢٥ إلى ٨٥٠ من القانون المدنى مع مراعاة أحكام الفقرة السابقة».

بقى الوقف على الخيرات. فهذا لم يلغ، ولكن القانون رقم ٢٩٦ لسنة ١٩٥٤ اشترط أن يكون النظر عليه لوزارة الأوقاف ما لم يشترط الواقف النظر لنفسه، فإذا كانت جهة البر جمعية أو هيئة جاز لوزارة الأوقاف أن تنزل عن النظر لهذه الجمعية أو الهيئة. ولوزارة الأوقاف، لسبب موجب للعزل، أن تطلب من المحكمة المختصة عزل الجمعية أو الهيئة عن النظر، وبعزل أيهما يعود النظر للوزارة. وتقضى المادة الأولى من نفس القانون (رقم ٢٩٦ لسنة ١٩٥٤) بأنه إذا كان الوقف ضئيل القيمة أو الريع، أو كان على جهة بر خاصة كدار ضيافة أو لفقراء الأسرة، جاز لوزارة الأوقاف أن تنزل عن النظر إلى أحد أفراد أسرة الواقف، ولا ينفذ النزول إلا بتولية الناظر الجديد.

ويتبين من هذه النصوص أن الوقف الأهلى لم يعد جائزاً، وأن الأوقاف الأهلية السابقة قد اعتبرت جميعها منتهية. وقد أصبحت الأوقاف الأهلية أموالا مملوكة ملكاً حراً للواقف أو للمستحقين على الوجه الذى بينته النصوص سالفة الذكر. فلم يعد إذن، بالنسبة إلى الأوقاف الأهلية وهى تمثل الجزء الأكبر من الأعيان الموقوفة، نظار الوقف. ومن ثم لا يتصور الآن قيام نزاع على نظارة الوقف، فليس ثمة وقف أهلى شاغر أو نزاع بين نظار متعددين أو نزاع بين من يدعون حق النظر أو ناظر وقف يطلب عزله. فزالت جميع هذه الأسباب التى كانت تستدعى فى بعض الظروف، قبل إلغاء الوقف الأهلى، تعيين حارس على الأعيان الموقوفة على النحو الذى سبق بيانه. ولكن تخلف عن إلغاء الأوقاف الأهلية موقف دام بعض الوقت، فقد رأينا المادة ٥ من القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بإلغاء

---

(١) وقد أضيفت فقراتها الثلاث الأخيرة بالمرسوم بقانون رقم ٣٤٢ لسنة ١٩٥٢.

الوقف الأهلى تنص، فى شأن الأعيان التى كانت موقوفة وقفاً أهلياً ثم أصبحت مملوكة ووجب تسليمها لأصحابها، على ما يأتى: «.. إلى أن يتم تسلم هذه الأعيان، تبقى تحت يد الناظر لحفظها وإدارتها وتكون له صفة الحارس، وتسرى فى جميع الأحوال أحكام الشيوع الواردة فى المواد من ٨٢٥ إلى ٨٥٠ من القانون المدنى..». فناظر الوقف السابق قد انقلب بحكم هذا النص حارساً على الأعيان التى كانت موقوفة، يحفظها ويديرها مؤقتاً إلى أن يتم تسليمها لأصحابها(١)(1). وهذا الحارس القانونى يخضع لأحكام الحراسة القضائية(2). ويترتب على ذلك أنه إذا كان غير أمين أو أساء الإدارة قبل أن تتم إجراءات تسليم الأعيان إلى أصحابها، جاز طلب عزله واستبدال حارس قضائى به يدير الأعيان إلى أن يتم التسليم(٢). ولما كانت هذه الأعيان بعد أن انحل الوقف الأهلى قد

---

(١) ولا يجوز أن يعمل، من وقت أن انقلب حارساً، إلا بهذه الصفة بعد أن زالت عنه صفة ناظر الوقف. وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت الطاعنة لم تخاصم فى الدعوى بصفتها الشخصية، كما أن صفتها كناظرة وقف قد زالت بالقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ الذى أضفى عليها صفة الحراسة على الوقف، وكان الحكم قد صدر عليها بهذه الصفة الأخيرة، فإنه لا يقبل منها الطعن بصفتها الشخصية أو بصفتها ناظرة وقف، ويكون الطعن مقبولا منها بصفتها حارساً على الوقف (نقض مدنى ١٢ أبريل سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٦٨ ص٤٥٥– وانظر أيضاً نقض مدنى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١٤١ ص٨٣٥ – ٣ يناير سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١ ص ١٣).

(٢) محمد عبد اللطيف فقرة ٢٩٣.

(1) تنص المادة الثانية من القانون رقم ٤٢٧ لسنة ١٩٥٣ بشأن النظر فى الاوقاف الخيرية على أنه إذا كان الوقف على جهة بر كان النظر عليه بحكم القانون لوزارة الأوقاف ما لم يشترط الواقف النظر لنفسه أو لمعين بالاسم كما تنص الفقرتان الثانية والثالثة من المادة الرابعة من القانون المذكور فإن على من انتهت نظارته أن يسلم أعيان الوقف للوزارة خلال ستة أشهر من تاريخ انتهاء نظارته وبأن ناظر الوقف يعد حارسا عليه حتى يتم تسليم أعيانه، وإذن فمتى كان الطاعن لم يعين بالاسم فى كتاب الوقف ناظرا عليه فقد زالت صفته كناظر للوقف وإن بقيت له صفة الحراسة طالما أنه لم يثبت بالأوراق قيامه بتسليم أعيان الوقف لوزارة الأوقاف، وهذه الصفة تخول له حق الطعن بالنقض فى الحكم الصادر ضد الوقف لما فى اتخاذ هذا الاجراء فى ميعاد معين من دفع ضرر يحيق بالوقف.

(جلسة ١٩٦١/١٢/٢٨ الطعن رقم ٩٤ س٢٦ ف س١٢ ع٣ ص٨٣٥)

(جلسة ١٩٦٥/١١/٢٤ الطعن رقم ١٢ لسنة ٣٣ق س١٦ ص١١٣٦)

(2) مؤدى نصوص القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بحل الاوقاف على غير الخيرات أن الأوقاف الأهلية اعتبرت جميعها منقضية وأصبحت أموالها ملكا حرا للواقف أو المستحقين على النحو المبين فى تلك النصوص، وإلى أن يتم تسليم هذه الأموال إليهم فإنها تكون تحت يد الناظر لحفظها وادارتها، وتكون للناظر فى هذه الفترة صفة الحارس، ويمتنع عليه بصفته هذه أن يستأجر تلك الأموال من المستحقين، وإنما يجوز له ذلك بعد أن يتم تسليمها إليهم.

(جلسة ١٩٧٤/١٢/١٨ الطعن رقم ٣٨٥ لسنة ٣٨ق س٢٥ ص٣٥٨)

أصبحت مملوكة على الشيوع لأصحابها، فإن أحكام الشيوع (م٨٢٥- ٨٥٠) تسرى عليها، ومن بين هذه الأحكام ما تقضى به المادة ٢/٨٢٨ مدنى من أن لأغلبية الشركاء فى الشيوع أن تختار مديراً للإدارة. ولكن ذلك لا يكون، فيما نرى، إلا بعد أن يتسلم الشركاء الأعيان من الحارس وهو ناظر الوقف السابق(١). على أنه إذا حدث قبل تسلم الأعيان ما يستدعى استبدال حارس آخر بالحارس القانونى على الوجه الذى بيناه، فإن القاضى يستأنس برأى الشركاء فى تعيين الحارس الجديد، وبخاصة إذا رشحت الأغلبية شخصاً معنوياً ليكون حارساً ولم يوجه إليه مطعن جدى من سائر الشركاء.

أما الوقف الخيرى فهو باق كما قدمنا، ولكن نظارته تكون فى الأصل لوزارة الأوقاف أو للواقف(1)، إذا اشترط ذلك لنفسه. ويجوز لوزارة الأوقاف أن تنزل عن النظارة للجمعية أو الهيئة التى هى جهة البر، أو إلى أحد أفراد أسرة الواقف إذا كان الوقف ضئيل القيمة أو كان على جهة بر خاصة. فيتصور إذن أن تقوم الحراسة القضائية على الوقف الخيرى فى الصور الآتية:

(١) إذا طلبت وزارة الأوقاف، لسبب موجب للعزل، عزل الجمعية أو الهيئة التى كانت قد نزلت لها عن النظر، وكانت الظروف تقتضى إقامة حارس قضائى فى أثناء إجراءات العزل. (٢) إذا طلبت وزارة الأوقاف، لسبب موجب للعزل، عزل الناظر الذى كانت قد نزلت له عن النظر من بين أفراد أسرة الواقف، واستدعت الظروف إقامة حارس قضائى حتى يبت فى طلب العزل. (٣) إذا ثبت على وزارة الأوقاف نفسها ما يستوجب عزلها عن نظارة الوقف الخيرى، فإنه يجوز تعيين حارس قضائى فى أثناء إجراءات العزل إذا استدعت الظروف ذلك(٢). (٤) إذا كان الوقف الخيرى حصة شائعة فى عقار(٣)

---

(١) قارن محمد عبد اللطيف فقرة ٢٩٣.

(٢) وقد كانت الفقرة الثانية من المادة ٤٦ من مشروع قانون الوقف تنص على ما يأتى: «وإذا كان النظر على الوقف لوزارة الأوقاف أو للأوقاف الملكية، فلا يجوز تعيين حارس على هذا الوقف». وقد حذف هذا النص فى لجنة العدل بمجلس الشيوخ، وصدر القانون خلواً منه، فجاز إذن قيام الحراسة القضائية حتى لو كان النظر لوزارة الأوقاف (محمد على رشدى ص٣٤١ هامش١).

(٣) وقد رأينا أن هذا يتحقق إذا كان الواقف قد شرط فى وقفه لجهة بر خيرات أو مرتبات دائمة معينة المقدار أو قابلة للتعيين مع صرف باقى الريع إلى غير جهات البر، فيعتبر الوقف منتهياً فيما عدا حصة شائعة تضمن غلتها الوفاء بنفقات تلك الخيرات أو المرتبات (م٢ من القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بإلغاء نظام الوقف الأهلى).

(1) افترض الشارع الحراسة - فى جانب الناظر على الوقف الخيرى لحين تسليم الأعيان إلى وزارة الأوقاف بقصد تحميل النظار على الأوقاف الخيرية المسئولية المدنية والجنائية عما قد يلحق أموالها من أضرار نتيجة الاهمال أو العبث خلال الفترة السابقة على التسليم وعلى ذلك فإن صفته كحارس =

فأصبحت وزارة الأوقاف ناظرة عليه، وقام خلاف بينها وبين الشركاء فى الشيوع على الإدارة، فقد تقتضى الظروف إقامة حارس على العقار جميعه للمحافظة على حقوق الوقف الخيرى(١).

٢- وضع الحراسة بسبب مديونية الوقف

٤٣٥- متى توضع الحراسة بسبب مديونيه الوقف: قد يستدين ناظر الوقف للصرف على تعمير الوقف وإصلاحه وإدارته، فيصبح الوقف مديناً. ولما كان لا يجوز للدائن أن ينفذ على أعيان الوقف، فلا يبقى أمامه إلا أن ينفذ على غلته، فيحجز على المحصولات أو تحت أيدى المستأجرين. فإذا كان ناظر الوقف بتصرفاته قد أضعف إضعافاً شديداً الوسائل التى يستطيع بها الدائن اقتضاء حقه، فقام خطر عاجل يبرر فرض الحراسة على أعيان الوقف، جاز للدائن أن يطلب إقامة حارس على الوقف. وقد صرحت بذلك المادة ٧٣١ مدنى فيما رأينا، إذ أجازت الحراسة القضائية على الأموال الموقوفة «إذا كان الوقف مديناً».

ويمكن إذن تصور فرض الحراسة على الوقف المدين فى الحالتين الآتيتين(٢):

أولا- إذا تعمد الناظر أن يضيع على الدائن حقه، كما إذا بدد المحصول، أو تواطأ مع مستأجرى أعيان الوقف المحجوز تحت أيديهم على الأجرة فدفعهم إلى التقرير كذباً بعدم المديونية أو أعطاهم مخالصة بالأجرة وجعل تاريخها سابقاً على الحجز، فلم يتمكن الدائن بسبب ذلك من الحصول على حقه.

ثانيا- إذا أساء الناظر الإدارة، فأهمل مثلا فى زراعة أرض الوقف فلم يف المحصول بالدين، أو تأخر فى دفع الأموال الأميرية فحجزت الإدارة على المحصول ولم يبق للدائن ما يستوفى به حقه(٣).

=تكون لصيقة بشخصه فلا يملك القضاء عزله أو استبدال غيره به وانما تستمر حتى تتسلم وزارة الأوقاف أعيان الوقف، ومن ثم فإن الحكم إذ قضى بعزله وإقامة المطعون ضده ناظرا على الوقف لإدارته يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون.

(جلسة ١٩٨٠/١/١٦ احوال شخصية الطعن رقم ١٩ لسنة ٤٩ق س٣١ ص١٨٦)

(١) محمد عبد اللطيف فقرة ٢٩٥.

(٢) انظر محمد على راتب فقرة ٣٨٢ ص٩٥٤ فى الهامش.

(٣) وقد يكون الدين على الواقف نفسه، فيقف المدين ماله إضراراً بدائنه، ويجوز عندئذ للدائن الطعن فى الوقف بالدعوى البوليصية، وفى أثناء إجراءات الدعوى التى قد تطول يجوز له طلب وضع الوقف =

٤٣٦ – يشترط أن تكون الحراسة هى الوسيلة الوحيدة لعدم ضياع حقوق الدائنين: وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٧٣١ مدنى يدمج فرض مديونية الوقف مع فرض مديونية المستحق فى عبارة واحدة، فيجيز الحراسة على الأموال الموقوفة «إذا كان الوقف المدين، أو كان أحد المستحقين معسراً، وكانت الحراسة فى الحالين هى الوسيلة الوحيدة حتى لا يضيع على الدائنين حقوقهم بسبب سوء إدارة الناظر أو سوء نيته». فكان شرط أن تكون الحراسة هى الوسيلة الوحيدة لعدم ضياع حقوق الدائنين منصباً على حاجتى مديونية الوقف ومديونية المستحق. ولما انفصلت الحالتان إحداهما عن الأخرى فى فقرتين مستقلتين، فى لجنة مجلس الشيوخ، أغفل سهواً استبقاء الشرط فى حالة مديونية الوقف، وبقى الشرط مذكوراً فى حالة مديونية المستحق وانصرفت عبارة «فى الحالين» إلى حالة وضع الحراسة على حصة المدين المعسر مفرزة ووضعها على الوقف كله[١].

والصحيح أن الشرط واجب فى حالة مديونية الوقف وجوبه فى حالة مديونية المستحق، وإذا فات ذكره صراحة فى حالة مديونية الوقف فهو يستخلص من القواعد العامة المقررة فى دعاوى الحراسة. فيجب أن تكون الحراسة هى الوسيلة الوحيدة لحصول دائن الوقف على حقه. فإذا فاته الحجز تحت أيدى المستأجرين ولكن أمكن أن يستوفى حقه من الحجز على المحصولات، أو بدد الناظر المحصولات ولكن أمكن الدائن أن يحجز تحت أيدى المستأجرين فيستوفى حقه، فلا محل عند ذلك لفرض الحراسة على أعيان الوقف[٢].

٤٣٧ – ماذا صار إليه وضع الحراسة بسبب مديونية الوقف بعد إلغاء الوقف الأهلى: قدمنا أن الوقف الأهلى قد ألغى، ولكن الوقف الخيرى بقى قائماً.

ففى الوقف الخيرى يبقى إذن حق دائن الوقف فى طلب الحراسة على الأعيان الموقوفة على ما هو عليه، ويبقى ما قررناه فى هذا الشأن صحيحاً منطبقاً على الوقف الخيرى.

أما الوقف الأهلى فقد أصبح ملكاً حراً كما سبق القول. ولكن لما كان دائن الوقف

=تحت الحراسة إذا كان هناك خطر عاجل من بقاء العين تحت يد الناظر، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (انظر آنفاً فقرة ٤٣١ – وانظر محمد على راتب فقرة ٣٨١ ص٩٥٣ – ص٩٥٤ فى الهامش).

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٣٠ فى الهامش.

(٢) استئناف مختلط ١٢ نوفمبر سنة ١٩١٩ م٣٢ ص١٢ – ٢٧ مايو سنة ١٩٢٥ م٣٧ ص٤٥٧ – إسكندرية مستعجل ١٠ يناير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ ص٧٥٩ – محمد على راتب فقرة ٣٨٢ ص٩٥٤ فى الهامش.

لم يتعلق حقه إلا بغلة الوقف دون أعيانه، فقد صدر المرسوم بقانون رقم ٣٤٢ لسنة ١٩٥٢ يضيف مادة جديدة إلى المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بإلغاء الوقف الأهلى هى المادة ٥ مكررة، وقد جاء فى إحدى فقراتها ما يأتى: «ويجوز لمن كانوا دائنين للوقف ذاته أن ينفذوا بحقوقهم على ريع أعيانه ويتقدمون فى ذلك على دائنى الأشخاص الذين آلت إليهم ملكية تلك الأعيان، كما يكون لهم إذا شهروا حقوقهم خلال سنة وفقاً لإجراءات شهر حق الإرث أن ينفذوا على ريع تلك الأعيان تحت أى يد كانت». فيكون إذن لدائن الوقف، بعد أن انحل الوقف الأهلى، أن ينفذ، لا على الأعيان التى أصبحت حرة، بل على ريع هذه الأعيان كما كان الأمر عند قيام الوقف الأهلى، وبذلك يبقى دائن الوقف على حاله دون أن يسوء مركزه أو يتحسن، فى تنفيذه على الريع، حق التقدم على دائنى الشخص الذى آلت إليه ملكية العين الموقوفة، فإنه يجب اعتبار أن هذه الملكية قد آلت إليه مثقلة بالدين. وله أيضاً حق التتبع إذا انتقلت ملكية العين إلى أجنبى، فقد انتقلت الملكية مثقلة بالدين، ومن ثم ينفذ على الريع تحت يد من انتقلت إليه الملكية بشرط أن يشهر حقه خلال سنة وفقاً لإجراءات شهر حق الإرث. وبهذا ينقلب الحق الشخصى لدائن الوقف إلى حق عينى، يقع على ريع العين دون ملكيتها. ولما كان حق الدائن مقصوراً على الريع، فمن الجائز أن يتعمد المالك تفويت الدائن حقه، أو يسئ الإدارة، فيجوز عندئذ للدائن أن يطلب فرض الحراسة القضائية على العين، التى أصبحت ملكاً، فى نفس الحالتين اللتين كان يجوز له أن يطلب فيهما فرض الحراسة القضائية عندما كانت العين وقفاً.

٣- وضع الحراسة بسبب مديونية المستحق

٤٣٨- متى توضع الحراسة بسبب مديونية المستحق: وقد يكون المدين ليس هو الوقف ذاته، بل أحد المستحقين فى الوقف. والأصل أن دائن هذا المستحق يستطيع أن ينفذ على أموال مدينه الشخصية، ويدخل فيها استحقاقه فى الوقف. فيجوز للدائن إذن أن يحجز تحت يد ناظر الوقف على استحقاق مدينه لاستيفاء حقه. وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «أما فى الحالة الثانية، فالسبيل الطبيعى لحصول الدائنين على حقوقهم إنما هو توقيع الحجز تحت يد ناظر الوقف. لكن إذا كان الناظر سيئ الإدارة أو سيئ الذمة، كانت للدائنين مصلحة فى أن يستبدلوا به غيره فى إدارة الوقف حتى يفيض من الغلة ما يفى بديونهم فى أقرب وقت. وكذلك إذا كان الناظر سيئ النية، يخفى عن الدائنين حقيقة إيراد الوقف أو نصيب المستحق المدين، فإن مصلحة الدائنين تقتضيهم أن يطلبوا وضع الوقف تحت يد حارس أمين يقوم بوفاء ديونهم من

صافى غلة الوقف»[1]. ولذلك أجازت المادة ٧٣١ مدنى الحراسة القضائية على الأموال الموقوفة «إذا كان أحد المستحقين مديناً معسراً»[2]. والمقصود بالمدين المعسر هنا ألا يكون للمستحق، غير استحقاقه فى الوقف، مال يفى بالدين. فإذا كان له مال غير استحقاقه فى الوقف لوفاء الدين، لم يكن هناك مقتض لفرض الحراسة على الوقف. أما إذا لم يكن له مال غير استحقاقه فى الوقف، أو كان له مال ولكنه لا يكفى لوفاء الدين، فإن الحراسة

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٨٣.

فقد يستدين مستحق فى الوقف، سواء كان الناظر نفسه أو غيره من المستحقين فيحجز الدائن تحت يد الناظر على استحقاق المدين، فيتواطأ الناظر مع المستحق المدين ويقرر غشاً بعدم وجود استحقاق تحت يده أو لا يودع شيئاً ويستمر فى وفاء الاستحقاق إلى المستحق، أو يكون الحجز عديم الفائدة لأن الناظر الذى وقع الحجز تحت يده هو نفس المستحق المدين. ولا يستطيع الدائن من جهة أخرى توقيع الحجز التنفيذى على زراعة الوقف لأنها غير مملوكة للمستحق المدين، ولا توقيع الحجز تحت يد مستأجرى الوقف لأن هؤلاء مدينون للوقف لا للمستحق المدين (انظر فى كل ذلك وفى أحكام القضاء فى هذا الشأن محمد على راتب فقرة ٣٨٢ ص٩٥٤- ص٩٥٥ فى الهامش)- وقد قضت محكمة النقض بأن تعيين حارس قضائى على أعيان وقف هو الوسيلة الوحيدة لتنفيذ حكم بدين على ناظر الوقف الذى لا مال ظاهراً له سوى حصته التى يستحقها فى ريع هذا الوقف، لأن الحجز تحت يد الناظر نفسه غير مقيد، والحجز التنفيذى المباشر على غلة الوقف غير جائز لا هو ولا الحجز تحت يد مستأجرى أعيانه. وما دامت هذه الوسيلة متعلقة بالتنفيذ وهى وسيلة مستعجلة، فهى بمقتضى نص المادة ٢٨ مرافعات (قديم) مما يدخل فى اختصاص قاضى المواد المستعجلة، ولا يسلبه الاختصاص الادعاء لديه بأن الاستحقاق فى الوقف قد آل إلى شخص غير المدين متى كانت هذه الأيلولة متنازعا فى صحتها (نقض مدنى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣١ ص٩٩٨).

(٢) وقد حسم هذا النص الخلاف الذى كان قائماً فى عهد التقنين المدنى القديم. فكانت بعض الأحكام ترفض وضع الحراسة على الوقف لمديونية أحد المستحقين فيه (استئناف مصر ٢٥ يوليه سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ ص٢١٦- ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ ص٧٢٠). وبعضها يشترط أن يكون المستحق المدين هو ناظر الوقف نفسه، ويجب فى هذه الحالة أن يبدأ الدائن بالحجز تحت يد الناظر المدين، فإن لم يجد ذلك لجأ إلى الحراسة (استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص١٥٢- ٢٨ أبريل سنة ١٩٤٨ م٦٠ ص١٠٦)، وليس من الضرورى أن تبقى الحراسة حتى يستوفى الدائن كل حقه (استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م٤٦ ص٨٧). ولكن الرأى الغالب كان يجيز الحراسة على الوقف لمديونية أحد المستحقين، وبهذا الرأى أخذت محكمة النقض وكثير من أحكام محكمة الاستئناف المختلطة (نقض مدنى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣١٠ ص٩٩٨. أول يونيه سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٦ ص٥٨٦- استئناف مختلط ١٠ يونيه سنة ١٩٣١ م٤٣ ص٤٤٥- ٢٥ يونيه سنة ١٩٣١ م٤٤ ص٣٠- ٢ فبراير سنة ١٩٣٢ م٤٤ ص١٦٠- ٢٢ يونيه سنة ١٩٣٢ م٤٤ ص٣٨٩- ١٠ يناير سنة ١٩٣٤ م٤٦ ص١١٨- ٩ مايو سنة ١٩٣٤ م٤٦ ص٢٨٤- ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م٤٧ ص٦٧). وهذا الرأى الغالب هو الذى أخذ به التقنين المدنى الجديد وقننه فى نصوصه (انظر محمد على رشدى فقرة ٢٤٦ - فقرة ٢٥٠).

على الوقف تكون جائزة حتى يتمكن الدائن من استيفاء حقه كاملا، حتى لو لم يكن المدين معسراً إذا أدخلنا في الاعتبار استحقاقه في الوقف بأن كان ماله - داخلا فيه استحقاقه في الوقف - يكفي لوفاء ديونه. فالإعسار هنا له معنى خاص، هو أن يكون مال المستحق الخارج عن استحقاقه في الوقف لا يكفي لوفاء دينه(١).

٤٣٩ - يشترط أن تكون الحراسة هي الوسيلة الوحيدة لعدم ضياع حقوق الدائنين: وتقول المادة ٧٣١ مدني في صدد وضع الحراسة على الأموال الموقوفة إذا كان أحد المستحقين مديناً معسراً: «وتكون الحراسة على حصته وحدها إن أمكن فرزها ولو بقسمة مؤقتة، وإلا فعلى الوقف كله. ويشترط أن تكون الحراسة في الحالين هي الوسيلة الوحيدة لعدم ضياع حقوق الدائنين بسبب سوء إدارة الناظر أو سوء نيته». وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد: «وقد جرت الأحكام في هذه الحالة على أن يكونوا (الدائنون) قد سلكوا السبيل الطبيعي مع ناظر الوقف للحصول على ديونهم، فلم يجد ذلك السبيل فتيلا، حتى تبدو الحراسة للمحكمة أنها الوسيلة الوحيدة لحصول الدائنين على حقوقهم، فتحكم بها»(٢).

فيجب إذن أن تكون الحراسة هي الوسيلة الوحيدة لعدم ضياع حقوق الدائنين. فلو كان للمستحق المدين مال غير استحقاقه في الوقف يكفي لوفاء الدين، لم يجز وضع الوقف تحت الحراسة، حتى لو كان الناظر سيئ النية أو سيئ الإدارة، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك. ولو استطاع الدائن الحجز تحت يد الناظر على استحقاق مدينه، وكان ما حجز عليه كافياً لوفاء الدين، لما جاز هنا أيضاً العدول عن هذا الطريق الطبيعي لاقتضاء الدائن حقه إلى طريق استثنائي هو فرض الحراسة على الوقف، وهو طريق لا يجوز الالتجاء إليه إلا

---

(١) محمد علي رشدي فقرة ٢٤٩- وانظر عكس ذلك وأن المدين المعسر هو المدين الذي حكم بشهر إعساره: عبد الحكيم فراج فقرة ١٦٨.

هذا وقد ينص كتاب الوقف على حرمان المستحق من استحقاقه إذا استدان، وهذا الشرط صحيح، وإذا استئذن المستحق حرم من استحقاقه، ومن ثم لا يجوز للدائن طلب وضع الحراسة على الوقف، حتى لو اتفق المستحقون على عدم التمسك بهذا الحرمان (استئناف مختلط ١٥ فبراير سنة ١٩٣٣ م٤٥ ص١٧١- ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٤ م٤٧ ص٢٦- ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٣٤ م٤٧ ص٣٧ - مصر مستعجل ١٨ مارس سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ ص٩١١- وانظر عكس ذلك وأنه يجوز للمستحقين أن يتفقوا على عدم التمسك بالحرمان إسكندرية ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ ص١٠٨٧). ولكن يجوز للدائن أن ينازع في مدلول شرط الحرمان، وله أن يثبت أن الناظر والمستحق قد تواطأ على استصدار حكم بالحرمان بغير حق إضراراً به (محمد علي رشدي فقرة ٢٥٠).

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٨٣ - ص٢٨٤.

عند الضرورة القصوى[1].

ومتى قامت الضرورة لفرض الحراسة على الوقف على النحو المتقدم الذكر، فإن الواجب أولا أن تفرز حصة المستحق المدين إذا أمكن ذلك، ولو كان هذا عن طريق قسمة مؤقتة، وفى هذه الحالة تفرض الحراسة على هذه الحصة وحدها[2]. فإذا لم يمكن فرز حصة المستحق، ولو عن طريق القسمة المؤقتة، لم يكن هناك مناص من وضع الوقف كله تحت الحراسة، ويتولى الحارس إدارته بدلا من الناظر سيئ النية أو سيئ الإدارة، ويفى المستحقين فى الوقف استحقاقهم، ويعطى استحقاق المستحق المدين لدائنه بمقدار ما يفى بالدين. ويتحمل المستحق المدين وحده، دون سائر المستحقين، مصروفات الحراسة[3].

٤٤ - ماذا صار إليه وضع الحراسة بسبب مديونية المستحق بعد إلغاء الوقف الأهلى: فى الوقف الخيرى الذى بقى قائماً لا محل لوضع الحراسة، لأن هذا الوقف ليس فيه مستحقون، بل هو مرصد لجهة بر وهذه لا تستدين، والذى يستدين هو الوقف نفسه.

أما الوقف الأهلى فكان مقتضى إلغائه أن المستحق المدين، بعد أن أصبح مالكاً لحصته فى الوقف، يكون معرضاً لتنفيذ دائنه عليها لا فى الريع فحسب بل فى الملكية ذاتها. ولم يكن للدائن هذا الحق عندما كانت العين موقوفة. وبذلك انقلب حل الوقف وبالا على المستحق، وبعد أن كان المقصود به رعايته. وقد استدعى ذلك صدور المرسوم بقانون رقم ٣٤٢ لسنة ١٩٥٢ يضيف إلى المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ الخاص بحل الوقف الأهلى مادة جديدة هى المادة ٥ مكررة، جاء فى فقراتها المتعلقة فيما نحن بصدده ما يأتى: «لا يجوز اتخاذ إجراءات التنفيذ على ما ينتهى فيه الوقف ضد الأشخاص الذين تؤول إليهم ملكية أعيانه طبقاً للمواد السابق، وذلك عن الديون السابقة على تاريخ العمل بهذا المرسوم بقانون. وكذلك تظل أحكام القانون رقم ١٢٢ لسنة ١٩٤٤، الخاص بعدم جواز الحجز أو النزول عما يخص المستحقين فى الأوقاف الأهلية إلا فى حدود معينة، سارية على ريع الأعيان التى ينتهى فيها الوقف، وذلك بالنسبة إلى الأشخاص الذين تؤول

---

(١) نقض مدنى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣١٠ ص٩٩٨- استئناف مختلط ٢ مايو سنة ١٩٢٨ م-٤٠ ص٣٣٣- ١٣ فبراير سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص١٥٢- ولا يوجد ما يمنع من تعيين ناظر الوقف نفسه حارساً على نصيب المستحق المدين، إذا ثبت أنه يودع هذا النصيب كاملا خزانة المحكمة (استئناف مختلط ١٦ أبريل سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٤٢٥)، إذ أن الواجب إيداعه خزانة المحكمة هو نصيب المستحق المدين وحده (استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٩٣٢ م٤٤ ص٣٤٢).

(٢) حتى لو لم يؤخذ رأى الدائن فى القسمة ما دام لم يثبت أن ريع الحصة المفرزة أقل من حصة المستحق المدين فى غلة الوقف (استئناف مختلط ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٣١ م٤٤ ص٣).

(٣) استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٩٣٢ م٤٤ ص٣٤٢- ٢٢ يوليه سنة ١٩٣٢ م٤٤ ص٣٨٩.

إليهم ملكية هذه الأعيان طبقاً للمواد السابقة، متى كانت الديون المحجوزة من أجلها أو المتنازل عنها سابقة على تاريخ العمل بهذا المرسوم بقانون – فإذا كان الدائن قد حول إليه استحقاق مدينه فى الوقف ضماناً لدينه، فإن له إذا شهر حقه خلال سنة وفقاً لإجراءات شهر حق الإرث أن ينفذ على نصيب مدينه فى ريع تلك الأطيان وبنفس المرتبة التى كانت له من قبل وتحت أى يد كانت هذه الأعيان، وذلك استيفاء لدينه فى الحدود المعينة بالقانون رقم ١٢٢ لسنة ١٩٤٤ سالفة الذكر، ويبقى للدائن هذا الحق ما دام مدينه على قيد الحياة». وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ٣٤٢ لسنة ١٩٥٢ ما يأتى: «لوحظ أن المستحقين فى الأوقاف كانوا يتمتعون من قبل صدور المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بحماية القانون، سواء بالنسبة إلى أعيان الوقف إذ كان محظوراً على الدائنين اتخاذ إجراءات التنفيذ عليها، أو بالنسبة إلى غلة الوقف إذ قد نص القانون رقم ١٢٢ لسنة ١٩٤٤ على عدم جواز الحجز عليها أو النزول عنها إلا فى حدود معينة. وقد ترتب على زوال صفة وقف حرمان المستحق من حماية القانون فى هاتين الناحيتين. ولما كان هذا الأمر يقتضى سرعة تدخل الشرع لحمايتهم، وإلا انقلب التشريع أداة إضرار بهم ووسيلة لتمكين دائنيهم منهم بتخويلهم حقوقاً لم تكن لهم من قبل، فقد رؤى لذلك إضافة حكم جديد يقضى باستمرار هذه الحماية. فنص على أنه لا يجوز التنفيذ على ما ينتهى فيه الوقف ضد الأشخاص الذين يؤول إليهم ملكية أعيانه، كما نص على استمرار أحكام القانون رقم ١٢٢ لسنة ١٩٤٤ الخاص بعدم جواز الحجز أو النزول عما يخص المستحقين فى الأوقاف الأهلية بالنسبة إلى هؤلاء الأشخاص، وهذا كله مشروط بكون الديون سابقة على تاريخ العمل بأحكام المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢. والمقصود بكلمة الريع الواردة بالمشروع هو ثمرة العين، سواء كانت أجرة أو غلة أو غير ذلك. وقد نص المشروع على حماية الدائنين الذين كانت حولت لهم استحقاقات مدينيهم فى الأوقاف ضماناً لديونهم، فأبقيت لهم هذه الضمانات. فنص المشروع على أنه إذا كان الدائن قد حول إليه استحقاق مدينه فى الوقف ضمانا لدينه، فإن له إذا شهر حقه خلال سنة وفقاً لإجراءات شهر حق الإرث أن ينفذ على نصيب مدينه فى ريع تلك الأعيان بنفس المرتبة التى كانت له من قبل وتحت أى يد كانت هذه الأعيان، وذلك استيفاء لدينه فى الحدود المعينة بالقانون رقم ١٢٢ لسنة ١٩٤٤. ويبقى للدائن هذا الحق ما دام مدينه على قيد الحياة».

ويخلص مما تقدم أنه فى ديون المستحق يجب التمييز بين الديون اللاحقة على تاريخ العمل بقانون حل الوقف الأهلى، والديون السابقة على هذا القانون. فأصحاب الديون اللاحقة يستطيعون التنفيذ على الأعيان التى كانت موقوفة وأصبحت ملكاً لمدينهم دون قيد، ومن ثم لا يحتاجون فى الغالب إلى وضع هذه الأعيان تحت الحراسة، وإذا احتاجوا

إلى ذلك ففى الحدود التى يستطيع فيها أى دائن وضع أموال مدينه تحت الحراسة وقد تقدم بيان ذلك[1]، أما أصحاب الديون السابقة، فقد رأينا من النصوص سالفة الذكر أنهم لا يستطيعون التنفيذ على الأعيان، ويقتصر حقهم على التنفيذ على ريعها فى الحدود التى كان يجوز فيها الحجز على الريع أو النزول عنه. ومن ثم تقوم الحاجة إلى وضع هذه الأعيان تحت الحراسة، إذا عمد المدين إلى تبديد ريعها أو أساء إدارتها بحيث يعرض حق الدائن لخطر عاجل. فيكون للدائن فى هذه الحالة وضع الأعيان تحت الحراسة، ويقوم الحارس بإدارتها وسداد الدين من ريعها، متى كانت هذه هى الوسيلة الوحيدة لعدم ضياع حقوق الدائن بسبب سوء الإدارة أو سوء النية[2].

المبحث الثانى

دعوى الحراسة القضائية وتعيين الحارس القضائى

١ – الاختصاص فى دعوى الحراسة القضائية

٤٤١ – الولاية فى دعوى الحراسة القضائية: كانت الولاية (juidiction) فى دعوى الحراسة القضائية[3] تتنازعها جهات قضائية أربع: القضاء الوطنى والقضاء المختلط والقضاء الشرعى والقضاء الإدارى. وقد ألغى القضاء المختلط[4]، وأدمجت ولاية القضاء الشرعى فى ولاية القضاء الوطنى[5]، فأصبحت الولاية الآن تتنازعها جهتان قضائيتان: القضاء العام والقضاء الإدارى.

والقضاء العام هو الذى له الولاية فى الأصل فى دعوى الحراسة. ولكن هذا القضاء

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٢٨.

(٢) انظر فى هذا المعنى محمد عبد اللطيف فقرة ٢٩٢ ويشير إلى حكم صدر من مصر مستعجل ١١ ديسمبر سنة ١٩٥٣ قضية رقم ٦٩٧٧ سنة ١٩٥٣.

(٣) ويسبق ذلك الاختصاص الدولى فى دعوى الحراسة، وهو من مباحث القانون الدولى الخاص. انظر فى هذه المسألة عبد الحكيم فراج فقرة ٣٢٧– فقرة ٣٤١– محمد على راتب فقرة ١٣١٣– وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الحراسة التى تقضى بها المحاكم المصرية على تركة لا تمتد إلى العقارات الموجودة بالخارج (استئناف مختلط ٢٦ فبراير سنة ١٩٤١ م٥٣ ص١١٣).

(٤) انظر فى ولاية القضاء المختلط فى دعاوى الحراسة عندما كان هذا القضاء قائماً: عبد الحكيم فراج الطبعة الأولى فقرة ٢٠٢ – فقرة ٢٢٣.

(٥) انظر فى ولاية القضاء الشرعى (هيئة التصرفات) فى إقامة ناظر مؤقت على الوقف عندما كان هذا القضاء قائماً: عبد الحكيم فراج فقرة ٣١٣– فقرة ٣١٥– محمد على عرفة ص٥٣٩– ص٥٤٢.

لا ولاية له فى إلغاء أمر إدارى أو فى وقفه أو فى تأويله[1]. فإذا صدر أمر إدارى من جهة إدارية مختصة، لم يكن للقضاء العام ولاية فى وقف تنفيذ هذا الأمر ولو عن طريق فرض الحراسة القضائية، إذ من شأن الحراسة أن تقف تنفيذ الأمر. والقضاء الإدارى وحده هو الذى له الولاية فى وقف تنفيذ الأمر الإدارى وفى إلغائه. ويخلص من ذلك أن القضاء العام لا يجوز له فرض الحراسة القضائية وتعيين حارس قضائى، إذا كان ذلك من شأنه أن يعطل تنفيذ أمر إدارى. فإذا أعطت الإدارة أحد الأفراد ترخيصاً بالحفر والتنقيب عن الآثار فاكتشف مقبرة أثرية، ثم أصدرت الإدارة أمراً بإلغاء الترخيص لمخالفة الشروط المدونة فيه، فإن القضاء العام لا ولاية له فى تعيين حارس على المقبرة إذا وقع نزاع بين الإدارة والمرخص له فى الحفر انتهى إلى أن استولت الإدارة على الحفائر لإتمام عملية الحفر بنفسها، وبذلك قضت محكمة الاستئناف المختلطة[2].

ويتفرع على ذلك أن المرافق العامة التى تديرها الدولة إدارة مباشرة (Régie)، كالسكك الحديدية والبريد والتلغراف والتليفون، لا تجوز إقامة حارس قضائى عليها، لأن ذلك من شأنه تعطيل تنفيذ الأوامر الإدارية التى تدار بها هذه المرافق[3].

أما إذا كان المرفق العام يدار بطريق الالتزام (concession)، كما إذا أديرت مرافق النور والغاز والمياه والنقل عن طريق شركات خاصة، فإن العلاقة بين الملتزم وعميل المرفق العام تكون علاقة مدنية، ومن ثم يجوز للقضاء العام إقامة حارس قضائى على هذه الشركات إذا توافرت شروط الحراسة، وليس فى إقامة الحراسة فى هذه الحالة ما يعطل تنفيذ الأوامر الإدارية، إذ أن القرارات التى تصدرها هذه الشركات لإدارة المرافق العامة التى تلتزمها لا تعتبر أوامر إدارية، بل هى قرارات خاصة تخضع خضوعاً كاملا لرقابة القضاء العام، ولهذا القضاء الولاية فى إلغائها وفى وقف تنفيذها ولو عن طريق فرض الحراسة القضائية[4].

---

(١) كذلك لا ولاية له فى العقود الإدارية، فلا يجوز أن يقيم حارساً قضائياً فى صدد نزاع يتعلق بعقد إدارى (محمد على راتب فقرة ٣١٤ ص٨١٢- ص٨١٤- محمد عبد اللطيف فقرة ٢٨).

(٢) استئناف مختلط ٢ أبريل سنة ١٩٢٤ م٣٦ ص٢٩٣- عبد الحكيم فراج فقرة ٣١٧- محمد على راتب فقرة ٣١٤ ص٨١٤ هامش ٢- محمد عبد اللطيف فقرة ٢٩.

(٣) فإذا امتنعت مصلحة التلفونات عن قبول اشتراك أحد الأفراد أو قطعت عنه المواصلة التلفونية، لم يجز للقضاء العام تعيين حارس قضائى لإجراء المواصلة أو لإعادتها (عبد الحكيم فراج فقرة ٣٢٠- وقارن محمد على رشدى فقرة ٢٥٩- استئناف مختلط ٨ يونيه سنة ١٩٣٢ م٤٤ ص٣٦١).

(٤) عبد الحكيم فراج فقرة ٣٢٥- محمد عبد اللطيف فقرة ٣٠- ويتفرع على ذلك أن أملاك الدولة الخاصة يجوز وضعها تحت الحراسة القضائية، لأنها لا تدار بأوامر إدارية بل بقرارات تخضع خضوعاً تاما للقضاء العام لا للقضاء الإدارى (عبد الحكيم فراج فقرة ٣٢٦).

٤٤٢ – عدم قيام الوظيفة الولائية فى دعوى الحراسة: وإذ تقرر أن القضاء العام هو الذى له فى الأصل الولاية فى دعوى الحراسة ولا تنعدم ولايته إلا إذا كان هناك أمر إدارى يكون من شأن الحراسة وقف تنفيذه، فإن الوظيفة الولائية (juridiction gracieuse) لهذا القضاء لا تقوم فى دعوى الحراسة، بل الذى يقوم هو الوظيفة القضائية (juridiction contentieuse). ذلك أن دعوى الحراسة هى دعوى قضائية، وهى خصومة تنعقد عن طريق الإجراءات المعتادة للدعوى، لا عن طريق الأمر على عريضة.

وليس فى نص المادة ٧٣٠ مدنى ما يتعارض مع ذلك، فقد جاء فى صدر هذه المادة: «يجوز للقضاء أن يأمر بالحراسة». والمقصود بالقضاء هنا المحكمة، كما أن المقصود بعبارة «أن يأمر بالحراسة» هو «أن يحكم بالحراسة». ويقطع فى أن القضاء بالحراسة هو حكم قضائى لا أمر على عريضة أن النص صريح، سواء فى الحكم القاضى بالحراسة أو فى الحكم القاضى بانتهائها، فى أن الذى يصدر هو حكم قضائى لا أمر على عريضة. فتنص المادة ٧٣٣ مدنى على أن «يحدد الاتفاق أو الحكم القاضى بالحراسة ما على الحارس من التزامات وما له من حقوق وسلطة». وتنص الفقرة الأولى من المادة ٧٣٨ مدنى على أن «تنتهى الحراسة باتفاق ذوى الشأن جميعاً أو بحكم القضاء». وقد كان نص التقنين المدنى القديم صريحاً أيضاً فى ذلك، إذا كانت المادة ٦٠٠/٤٩١ من هذا التقنين تنص على أن «للمحكمة أن تعين حارساً أو حافظاً للأشياء المتنازع فيها أو الموضوعة تحت يد القضاء، كما يجوز أن تعين لذلك أحد الأخصام المترافعين»[1].

وإلى جانب النصوص التشريعية تقوم طبيعة الحراسة القضائية شاهداً على ما تقدم.

---

(١) وقد جاء هذا النص فى التقنين المدنى القديم حاسما للخلاف الذى كان موجوداً فى القانون الفرنسى، إذ كان هناك رأى يذهب إلى جواز تعيين الحارس القضائى بأمر على عريضة (باريس ٢٥ أبريل سنة ١٨٧٤ داللوز ٧٤–٢–٢٠٥– كان ٢٠ نوفمبر سنة ١٨٩٤ داللوز ٩٤– ٢–١٦٧)، وذهب رأى آخر إلى تعيين الحارس القضائى بأمر على عريضة فى الحالات التى لا يوجد فيها نزاع (ليون ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٨٠ داللوز ٨٢–٢–٨٨). ولكن الرأى الذى رجح فى الفقه والقضاء الفرنسيين هو أن يكون تعيين الحارس القضائى بحكم قضائى مسبب لا بأمر على عريضة (جيوار فقرة ١٧٩ – هيك فقرة ٢٧٨– نقض فرنسى ٢٣ يناير سنة ١٨٦٦ داللوز ٦٦– ١–٢٥– باريس ٦ يناير سنة ١٨٦٦ داللوز ٦٦–٢–٢٧– ٤ مايو سنة ١٨٦٧ داللوز ٦٧–٢–١٥٩– نانسى ٢٥ فبراير سنة ١٨٧٦ داللوز ٧٦–٢–٣١٣).

وقد قضت محكمة مصر الوطنية بأن طلب تعيين الحارس القضائى وإن يكن من الأعمال التحفظية، ولكن القانون نص على أنه من اختصاص المحكمة الفصل فيه (مصر الوطنية ٢ يوليه ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص٢٧١). وانظر استئناف مختلط ٢٢ مارس سنة ١٨٩٣ م٥ ص٢١٣– ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م٦ ص٥٨– ١٣ يونيه سنة ١٩٠٠ م١٢ ص٣٣٢.

فالحراسة القضائية إجراء قضائى بطبيعته، يقتضى إعلان الخصوم للحضور فى جلسة علنية ومناقشتهم وسماع أقوال طالب الحراسة والخصم الموجه ضده هذا الإجراء. فليست الحراسة القضائية إجراء تحفظياً بحتاً كالحجز التحفظى، ومهمة الحارس القضائى لا تقتصر على مجرد القيام بأعمال تحفظية بل تمتد إلى أعمال الإدارة وقد تجاوز ذلك إلى أعمال التصرف. والحراسة نزع للمال من تحت يد حائزه وتسليمه إلى الحارس يحفظه ويديره، فهى إجراء خطير يقتضى سماع أقوال طرفى الخصومة فيه بعد إعلانهم للحضور، ويصدر فيه حكم مسبب. ومن ثم وجب أن تتبع فيها الإجراءات المعتادة للدعوى، لا إجراءات الأمر على عريضة حيث لا تسمع أقوال الخصوم ولا تعقد جلسة علنية ويكتفى بالعريضة التى يقدمها طالب الأمر لقاضى الأمور الوقتية. فيجب إذن رفع الدعوى بطلب الحراسة القضائية وفقاً للإجراءات المقررة فى رفع الدعاوى، وذلك ما لم ينص القانون صراحة على أن يكون ذلك بأمر على عريضة كما فعل فى المادة ٩٤١ مرافعات قبل الغائها بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ وكانت تقول: «إلى أن يصدر القرار بتثبيت منفذ الوصية، يجوز له أن يطلب من المحكمة أن تأمر على وجه الاستعجال بتسليمه أموال التركة باعتباره مديراً مؤقتاً. ويجوز له أن يطلب تسليمه هذه الأموال بالصفة المذكورة بأمر يصدر من قاضى الأمور الوقتية على عريضة، إذا لم يكن طلب تثبيته قد رفع إلى المحكمة»[1].

ووجوب أن يكون طلب الحراسة القضائية بطريق رفع الدعوى وانعقاد الخصومة القضائية، لا بطريق الأمر على عريضة، هو المعمول به فى عهد التقنينين القديم والجديد[2].

٤٤٣- الاختصاص النوعى- القضاء المستعجل ومحكمة الموضوع: ومتى تقرر فى الحراسة القضائية وجوب رفع دعوى بطلبها، فإن المحكمة المختصة اختصاصاً نوعياً بنظر هذه الدعوى هى إحدى محكمتين[3].

أولا- القضاء المستعجل: وهو يقوم بوظيفة قضائية لا بوظيفة ولائية، ويسمع كلا من طرفى الخصومة يدلى بحججه معارضاً بها حجج الطرف الآخر، ويصدر حكماً مسبباً يجوز الطعن فيه. ولما كانت الحراسة كما قدمنا إجراء مؤقتاً مستعجلا لا يمس أصل الحق، وكان القضاء المستعجل هو الذى يختص بهذه الإجراءات المؤقتة المستعجلة التى لا تمس أصل الحق، لذلك كانت المحكمة المختصة اختصاصاً طبيعياً بنظر دعوى الحراسة هى

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٢٢.

(٢) انظر فى هذا المعنى عبد الحكيم فراج فقرة ٢٨٩- فقرة ٢٩١.

(٣) استئناف مختلط ٢٢ يونيه سنة ١٩٣٢ م٤٤ ص٣٨٩.

محكمة القضاء المستعجل. فترفع هذه الدعوى فى الأصل إلى قاضى الأمور المستعجلة، ولا يشترط فى ذلك أن تكون هناك دعوى موضوعية مرفوعة أمام محكمة الموضوع(١)، بل يصح أن ترفع دعوى الحراسة قبل رفع دعوى الموضوع. وفى هذه الحالة لا يمكن أن ترفع دعوى الحراسة إلا أمام قاضى الأمور المستعجلة، إذ لا يمكن رفعها أمام محكمة الموضوع قبل أن ترفع أمام هذه المحكمة الدعوى الموضوعية(٢).

وحتى بعد رفع الدعوى الموضوعية أمام محكمة الموضوع يجوز رفع دعوى الحراسة أمام القضاء المستعجل(٣)، بل إن اختصاص القضاء المستعجل حتى فى هذه الحالة يبقى

---

(١) استئناف مختلط ١٠ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م٣٣ ص١٢– ٣ مايو سنة ١٩٣٩ م٥١ ص٢٩٤– كرموز ٢٢ مايو سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٦ ص٣٦– طنطا الكلية ١٣ يناير سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٣٢ ص٥٠– مصر مستعجل ١٩ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٨٨ ص٢١٥– محمد على عرفة ص٥٢٦.

(٢) ولقاضى الأمور المستعجلة فى هذه الحالة أن يحكم بالحراسة مع تعيين أجل لرفع الدعوى الموضوعية أمام محكمة الموضوع للفصل فى النزاع وإنهاء الحراسة تبعاً لذلك (استئناف مختلط ٢٠ يونيه سنة ١٩٣٤ م٤٦ ص٣٤٠– مصر مستعجل ١٣ مايو سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٢ رقم ٢٥٨ ص٧٦٣– محمد على عرفة ص٥٢٦– وانظر آنفاً فقرة ٤٠٥ فى الهامش).

(٣) محمد حسن العشماوى فى قواعد المرافعات ١ فقرة ٥٦٩ ص٤٠١– محمد حامد فهمى فى المرافعات المدنية والتجارية فقرة ١٤٩ ص١٥٨– ص١٥٩– عبد الحكيم فراج فقرة ٣٠٥– محمد على رشدى فقرة ١٧٢ ص٢٥٠– محمد على راتب فقرة ٥ وفقرة ٣١٦– استئناف مختلط ١٠ نوفمبر سنة ١٩٢٦ المحاماة ٨ رقم ١٧٢ ص٢٣٢– بنى سويف الكلية ٦ أبريل سنة ١٩٢١ المحاماة ٢ رقم ٨٦ ص٢٧٣– فاقوس ١٨ أكتوبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١٦٧ ص٢٢٥– مصر ١٦ يناير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٢٢٨ ص٤٠٣– بنى سويف جزئى ٨ يناير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١١١ ص١٨٣– دكرنس ٢٥ مارس سنة ١٩٣٠ الجريدة القضائية ٢٢ ص٢٥. السنطة ٢ يناير سنة ١٩٣٢ الجريدة القضائية ١٤٧ ص١٧– نقض فرنسى ٤ مايو سنة ١٩١٠ سيريه ١٩١٢–١–٥٨٢.

وهناك رأى ثان يذهب إلى أن القضاء المستعجل لا يكون مختصاً إذا كانت الدعوى الموضوعية أمام محكمة الموضوع، بل تكون هذه المحكمة الأخيرة وحدها هى المختصة (استئناف مختلط ١٠ أبريل سنة ١٩٠١ م١٣ ص٢٤٠– ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م٤٣ ص٤٣ ص٥٦– ١٥ مايو سنة ١٩٤٦ م٥٨ ص١٨٦– ١٨ ديسمبر سنة ١٩٤٦ م٥٩ ص٤٣– استئناف وطنى ٥ ديسمبر سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٤ رقم ١٧ ص٤١– طنطا ٩ أكتوبر سنة ١٨٩٣ القضاء ١ ص٨٧– جرجا ١٠ يوليه سنة ١٩٠٤ المجموعة الرسمية ٦ رقم ٩٣ ص١٩٩– منيا القمح ٨ أكتوبر سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٨ رقم ٤٥ ص٩١– طنطا الجزئية ١٥ مايو سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ١٤ ص٢٤– طهطا ٢٩ يوليه سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٥٠٤ ص٨١٩– ملوى ١٣ سبتمبر سنة ١٩٣٠ المجموعة القضائية ٤٣ ص٢٦. لجنة المراقبة القضائية رقم ٥ فى ٦ فبراير سنة ١٨٩٧ ورقم ٦ فى ٢٦ مارس سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٢ ص٢٣٠– نقض فرنسى ١٧ ديسمبر سنة ١٨٦٠ داللوز ٦٠–١–٢٩٩– محمد كامل مرسى فقرة ٣٥٦ ص٤٦٧). =

هو الأصل[1] كما يقضى صريح النص، إذ تقول الفقرة الأخيرة من المادة ٤٥ مرافعات وهى تتكلم عن الأمور التى يختص بها القضاء المستعجل: «على أن هذا لا يمنع من اختصاص محكمة الموضوع أيضاً بهذه الأمور إذا رفعت لها بطريق التبعية». فيكون الأصل إذن هو اختصاص القضاء المستعجل، ويجوز أن يحل محله اختصاص محكمة الموضوع[2].

ثانيا- محكمة الموضوع: وهذه لا تكون مختصة بطبيعة الحال إلا إذا رفعت إليها أولا الدعوى الموضوعية، فيجوز عندئذ رفع دعوى الحراسة بطريق التبعية. فإذا رفعت دعوى الاستحقاق أمام محكمة الموضوع، جاز رفع دعوى الحراسة على العين المطالب بملكيتها أمام نفس المحكمة تبعاً للدعوى الموضوعية، لأن قاضى الأصل هو قاضى الفرع[3]. وتنظر

= وهناك رأى ثالث يذهب إلى عدم اختصاص القضاء المستعجل فى أثناء قيام الدعوى الموضوعية إلا فى حالة الاستعجال الشديد أو فى حالة ما إذا كانت القضية الموضوعية مؤجلة إلى جلسة بعيدة (استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩١٦ م٢٩ ص١١٧- ١٢ نوفمبر سنة ١٩١٩ م٣٢ ص١٤- ١٠ مارس سنة ١٩٢٠ م٣٢ ص١٧٩- ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م٣٣ ص٢٥- ١٩ مارس سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٣٧٠- ٣٠ أبريل سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٤٧٠- ١٩ يوليه سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص٢٨٤- السيدة زينب ١٠ يناير سنة ١٩٠١ - المجموعة الرسمية ٢ ص٢٢٤- عابدين ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٠٢ الحقوق ١٨ ص٢٠- محمد على عرفة ص٥٢٤).

(١) فلا يجوز لقاضى الأمور المستعجلة أن يأمر بإحالة الدعوى إلى محكمة الموضوع إذا كان أصل النزاع مطروحاً أمام هذه المحكمة (استئناف مختلط ١١ يناير سنة ١٩٣٣ م٤٥ ص١١٨- ١٩ يونيه سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص٣٨٤- محمد عبد اللطيف فقرة ٦١٠)- ويحكم قاضى الأمور المستعجلة بحسب ظاهر المستندات دون أن يمس الموضوع (استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩٤٣ م٥٥ ص٤٠).

(٢) قارن محمد على رشدى فقرة ١٧٢ مكررة- وانظر المذكرة التفسيرية لتقنين المرافعات وقد ورد فيها ما يأتى: «وقد حرص المشروع على النص فى هذه المادة على أن اختصاص قاضى الأمور المستعجلة بما عهد به لا يمنع من اختصاص محكمة الموضوع أيضاً إذا ما رفع إليها بطريق التبعية، أى أن رفع الدعوى بالموضوع إلى محكمة لا يمنع اختصاص القضاء المستعجل بالمسائل المستعجلة المتعلقة بها، كما أن اختصاص القضاء المستعجل لا يسلب محكمة الموضوع اختصاصها بالفصل فى مسألة مستعجلة ترفع إليها بطريق التبع للطلب الأصلى، وهذا هو الرأى الذى ساد فى فقه القانون الحالى (القديم) وقضائه».

هذا وإذا اتفق الطرفان على تعيين حارس يوضع تحت يده المال المتنازع عليه، كان هذا الاتفاق صحيحا، ويجوز رفع الأمر إلى محكمة الموضوع لتعيين الحارس، ولا يجوز رفع الأمر إلى قاضى الأمور المستعجلة إلا إذا توافر ركن الاستعجال (انظر آنفاً فقرة ٤٠٢ - عبد الحكيم فراج فقرة ٣٠٦- فقرة ٣٠٨).

(٣) مصر الوطنية ٨ أبريل سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ١٣ ص٢٩- وعلى ذلك يجوز لمحكمة الاستئناف المرفوع أمامها استئناف عن حكم محكمة الموضوع الابتدائية أن تقضى بتعيين حارس إذا دعت الضرورة لذلك (استئناف وطنى ١٧ يناير سنة ١٨٩٥ الحقوق ١٠ ص١٣٩- ٥ ديسمبر سنة=

أمام محكمة الموضوع كدعوى مستعجلة بجميع الإجراءات التى تتطلبها الدعاوى المستعجلة(١).

ويخلص من ذلك أنه قبل رفع الدعوى الموضوعية لا يكون مختصاً بدعوى الحراسة سوى قاضى الأمور المستعجلة، وبعد رفع الدعوى الموضوعية يكون مختصاً بدعوى الحراسة كل من قاضى الأمور المستعجلة بطريق أصلى ومحكمة الموضوع بطريق التبعية. فإذا رفعت الدعوى أمام إحدى الجهتين، امتنع رفعها ثانية أمام الجهة الأخرى. وهذا ما تقضى به المادة ٤٥ من تقنين المرافعات، وهى المادة التى سبق ذكرها.

٤٤٤- الاختصاص المحلى: وإذا رفعت دعوى الحراسة أمام قاضى الأمور المستعجلة، فإن محكمة القضاء المستعجل التى تختص بنظر هذه الدعوى اختصاصاً محلياً هى المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه أى المرفوع ضده دعوى الحراسة(٢)، أو المحكمة

=١٩٠٠ الحقوق ١٨ ص٦١- ١٣ ديسمبر سنة ١٩١٧ الشرائع ٥ رقم ٤٩ ص٢٣٧- استئناف أسيوط ٢٣ سبتمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ ص٧٣- استئناف مختلط ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م٤٦ ص٥٥- محمد على عرفة ص٥٢٥- محمد كامل مرسى فقرة ٣٥٦ ص٤٦٩).

ولا يجوز للمحكمة الكلية أن تنظر دعوى الحراسة بعد الفصل فى موضوع الدعوى (قنا ١٢ يناير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٥٠ ص١٤٠). ويكون المختص بنظر دعوى الحراسة فى هذه الحالة هى محكمة الاستئناف كما تقدم، وكذلك قاضى الأمور المستعجلة (طنطا جزئى ١٥ مايو سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ١٤ ص٢٤). ولكن وقف السير فى الدعوى ليس معناه عدم وجود دعوى، بل معناه أنها معطلة ولكنها قائمة. وعلى ذلك فلو كانت القضية الموضوعية موقوفة أمام محكمة الموضوع، فهذا لا يمنع اختصاص هذه المحكمة بدعوى الحراسة (طهطا ٢٩ يوليه سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٥٠٤ ص٨١٩). وإذا وقفت القضية أمام محكمة الموضوع بسبب الطعن بالتزوير، فهذا لا يمنع المحكمة من أن تكون مختصة بنظر دعوى الحراسة (استئناف مصر ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٤٨٦ ص٩٧٦).

(١) استئناف مختلط ٢٤ يونيه سنة ١٩١٤ م٢٦ ص٤٨٠- ١٠ مارس سنة ١٩١٥ م٢٧ ص٢٠٥- ولكن قارن استئناف مصر ٢٦ يناير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٣٨ ص١٠٥٨ (وقد قضت بأن طلب الحراسة المقدم لمحكمة الموضوع عملا بالمادة ٤٩١ من القانون المدنى - القديم - لا يشترط فيه توافر ركن الاستعجال، بخلاف ما إذا كانت الدعوى مرفوعة طبقاً للمادة ٢٨ من قانون المرافعات - القديم - فلابد من توافره).

(٢) وإذا كان المدعى عليه يباشر تجارة أو حرفة، جاز رفع الدعوى أيضاً أمام المحكمة التى يوجد فيها المكان الذى يباشر فيه تجارته أو حرفته، فإن هذا المكان يعتبر أيضاً موطناً له (م٤١ مدنى). وتنص المادة ٤٢ مدنى على أن «١- موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانونا. ٢- ومع ذلك يكون للقاصر الذى بلغ ثمانى عشرة سنة ومن فى حكمه موطن خاص، بالنسبة إلى الأعمال والتصرفات التى يعتبره القانون أهلا لمباشرتها». وموطن الشخص الاعتبارى هو «المكان الذى يوجد فيه مركز إدارته. والشركات التى يكون مركزها فى الخارج ولها نشاط فى مصر =

التى تقع الحراسة فى دائرتها أى المحكمة التى يقع فى دائرتها المال المطلوب وضع الحراسة عليه(١). وتنص الفقرة الأولى من المادة ٥٩ مرافعات فى هذا الصدد على ما يأتى: «فى الدعاوى المتضمنة طلب اتخاذ إجراء وقتى يكون الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه أو المحكمة المطلوب حصول الإجراء فى دائرتها»(٢).

=يعتبر مركز إدارتها، بالنسبة إلى القانون الداخلى، المكان الذى توجد فيه الإدارة المحلية» (م٢/٥٣ مرافعات).

وإذا تعدد المدعى عليهم، كان الاختصاص للمحكمة التى يقع بدائرتها موطن أحدهم (م٣/٤٩ مرافعات).

وإذا لم يكن للمدعى عليه موطن، فالاختصاص للمحكمة التى يقع بدائرتها سكنه (م٢/٤٩ مرافعات).

(١) أو المكان الذى يراد أن تجرى فيه أعمال الحفظ والصيانة أو الإدارة موضوع الحراسة القضائية (محمد على راتب فقرة ٣٢٣ ص٨٤٧)- وقد قضى بأنه إذا رفع وارث دعواه أمام المحكمة الكائن بدائرتها العقارات الموروثة طالباً وضعها تحت الحراسة القضائية، فدفع الورثة المدعى عليهم بعدم الاختصاص المحلى استناداً إلى أن المحكمة المختصة هى تلك الواقع بدائرتها محل افتتاح التركة عملا بنص المادة ٢/٥٩ مرافعات، كان الدفع فى غير محله، لأن المادة الواجبة التطبيق فى هذا المقام هى المادة ١/٦٦ مرافعات التى تنص على أنه فى الدعاوى المتضمنة طلب اتخاذ إجراء وقتى يكون الاختصاص للمحكمة التى يتبعها موطن المدعى عليه أو المحكمة المطلوب حصول الإجراء فى دائرتها. وهذا النص يسرى على جميع الدعاوى المتعلقة بالإجراءات الوقتية دون باقى النصوص التى تنظم قواعد الاختصاص المحلى، وإذا تعارض معها فهو الواجب التطبيق دون سواه عملا بالقاعدة الأصولية التى تقضى بأنه إذا تعارض نص خاص ونص عام طبق الخاص دون العام (شبين الكوم الجزئية ٥ مارس سنة ١٩٥١ مجلة التشريع والقضاء ٤ ص١٤٠). وانظر محمد على راتب فقرة ٣٢٣ ص٨٤٦ - ص٨٤٧ فى الهامش: ويشير إلى إسكندرية مستعجل ١٥ نوفمبر سنة ١٩٥٤ قضية رقم ٤٠٩٩ سنة ١٩٥٤ (ترفع دعوى استبدال حارس معين على عقار بالإسكندرية أمام قاضى الأمور المستعجلة بمحكمة الإسكندرية ولو كان المدعى عليه غير متوطن فى دائرة اختصاصها)، وإلى إسكندرية مستعجل ١٥ نوفمبر سنة ١٩٥٤ قضية رقم ٤٢٩٦ سنة ١٩٥٤ (ترفع دعوى الحراسة على محل بالإسكندرية أمام قاضى الأمور المستعجلة بمحكمة الإسكندرية بالرغم من أن المدعى عليه يقيم بالقاهرة).

(٢) وقد حسم النص خلافاً كان قائماً فى عهد تقنين المرافعات الأسبق. وكان الرأى الراجح فى عهد هذا التقنين أن دعوى الحراسة التى ترفع تبعاً لنزاع مطروح أمام محكمة الموضوع يختص بنظرها قاضى الأمور المستعجلة الكائن فى دائرة محكمة الموضوع، أما دعوى الحراسة التى ترفع مستقلة عند عدم طرح نزاع ما أمام محكمة الموضوع فكانت ترفع أمام قاضى الأمور المستعجلة فى المحكمة الكائن فى دائرتها الأعيان المطلوب وضعها تحت الحراسة إذا بنيت الحراسة على حق عينى، أو أمام قاضى الأمور المستعجلة فى المحكمة الكائن فى دائرتها موطن المدعى عليه إذا بنيت على حق شخصى (محمد على راتب فقرة ٣٢٣ ص٨٤٧ هامش١).

وإذا رفعت دعوى الحراسة بطريق التبعية لدعوى الموضوع، فإنها ترفع أمام الموضوع، ولو كانت هذه المحكمة غير مختصة محلياً بنظرها فيما لو رفعت إليها مستقلة.

ولا تتعلق هذه القواعد بالنظام العام، فجوز الاتفاق على ما يخالفها، كما يجوز النزول عن التمسك بها صراحة أو ضمناً. ولا يجوز للمحكمة أن تقضى بعدم اختصاصها محلياً من تلقاء نفسها، بل يجب أن يتمسك المدعى عليه بعدم الاختصاص قبل إبداء سائر الدفوع الشكلية وقبل التكلم فى الموضوع، وإلا اعتبر متنازلا عن الدفع(١).

٢- الإجراءات والحكم فى دعوى الحراسة

٤٤٥- إجراءات دعوى الحراسة: ترفع دعوى الحراسة بناء على طلب المدعى بصحيفة تعلن للمدعى عليه على يد أحد المحضرين (م١/٦٣ مرافعات). وإذا رفعت بطريقة تبعية لدعوى الموضوع، جاز رفعها بالإجراء الذى ترفع به الطلبات العارضة. ويجب أن يبين فى صحيفة الدعوى موضوعها وطلبات المدعى فيها بالايجاز (م١/٦٣ مرافعات)(٢). ويكون ميعاد الحضور أربعاً وعشرين ساعة، ويجوز فى حالة الضرورة القصوى نقص هذا الميعاد وجعله من ساعة إلى ساعة بشرط أن يحصل الإعلان للخصم نفسه (م٢/٦٦ مرافعات). يقيد قلم الكتاب الدعوى فى يوم تقديم الصحيفة فى السجل الخاص بذلك بعد أن يثبت فى حضور المدعى أو من يمثله تاريخ الجلسة المحددة لنظرها فى أصل الصحيفة وصورها. وعلى قلم الكتاب فى اليوم التالى على الأكثر أن يسلم أصل الصحيفة وصورها إلى قلم المحضرين لاعلانها ورد الأصل إليه (م٦٧ مرافعات)(٣).

---

(١) محمد على راتب فقرة ٣٢٣ ص٨٤٨- محمد عبد اللطيف فقرة ٦١١.

(٢) ويجب أن تعين فى صحيفة الدعوى الأموال المطلوب وضعها تحت الحراسة، وتجوز الإحالة فى هذا التعيين إلى عقد مضموم إلى ملف الدعوى (استئناف مختلط ٢٥ فبراير سنة ١٩١٤ م٢٦ ص٢٥٥- ٥ أبريل سنة ١٩١٦ م٢٨ ص٢٣٢- ٢٥ يونيه سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٥٨٥ - ١٩ فبراير سنة ١٩٣٣ م٤٥ ص٢٤٣- ٧ فبراير سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص١٤٨).

(٣) ويجوز أن يكون مدعياً فى دعوى الحراسة الشريك فى شركة المحاصة يطلب وضع الشركة تحت الحراسة (استئناف مختلط ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م٣٣ ص٢٥). وكذلك يجوز أن يكون مدعياً كل شخص يتقدم بادعاء الملكية ادعاء جدياً يطلب وضع العين تحت الحراسة (استئناف مختلط أول مارس سنة ١٩٢٣ م٣٥ ص٢٦٢). والمدعى عليه فى دعوى الحراسة على الوقف هو الناظر دون المستحق (استئناف مختلط ٢٢ يونيه سنة ١٩٣٢ م٤٤ ص٣٨٩- ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م٤٦ ص٩٧- ١٨ مايو سنة ١٩٣٨ م٥٠ ص٣١٥). وكل من يدعى حقاً فى شئ يصح أن يكون مدعياً فى دعوى الحراسة (استئناف مختلط ٢٢ مارس سنة ١٩٣٣ م٤٥ ص٢١٠).

وتتبع بعد ذلك الإجراءات المقررة فى قانون المرافعات للدعاوى المستعجلة، من حيث إيداع المستندات قلم الكتاب عند قيد الدعوى، وتقديم المدعى عليه مستنداته فى جلسة المرافعة ذاتها، وإعطاء المحكمة الخصوم المواعيد المناسبة للاطلاع على المستندات والرد عليها، وحالة تغيب الخصم عن الحضور، وما يثار أمام المحكمة من دفوع وطلبات، وموقف القضاء المستعجل من الطلبات التى قد تستدعى سماع شهود أو ندب خبراء أو انتقال للمعاينة أو توجيه يمين حاسمة أو متممة أو الطعن بالتزوير أو الإنكار أو المطالبة بتقديم مستند لدى الغير، إلى غير ذلك من الإجراءات(١).

وإذا رفعت دعوى الحراسة بطريق التبعية أمام محكمة الموضوع، فإنه يجوز رفعها لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية باعتبارها من الإجراءات التحفظية التى يجوز تقديمها فى أية حالة تكون عليها الدعوى(٢).

٤٤٦- حكم الحراسة: يكون النطق بحكم الحراسة، بتلاوة منطوقه أو بتلاوة منطوقه مع أسبابه، ويكون النطق به علانية وإلا كان باطلا (م١٧٤ مرافعات). ويجب فى جميع الاحوال أن تودع مسوده الحكم المشتملة على أسبابه موقعاً عليها من الرئيس والقضاة عند النطق بالحكم، وإلا كان الحكم باطلا. ويكون المتسبب فى البطلان ملزماً بالتعويضات إن كان لها وجه (م١٧٥ مرافعات). ويجب أن يكون الحكم مشتملا على الأسباب التى بنيت عليه، وإلا كان باطلا (م١٧٦ مرافعات). وصورة الحكم التى يكون التنفيذ بموجبها تبصم بخاتم المحكمة ويوقعها الكاتب بعد أن يذيلها بالصيغة التنفيذية، ولا تسلم إلا للخصم الذى تعود عليه منفعة من تنفيذ الحكم (م١٨١ مرافعات) ويسوغ إعطاء صورة بسيطة من نسخة الحكم الأصلية لكل إنسان ولو لم يكن له شأن فى الدعوى، وذلك بعد دفع الرسم المستحق (م١٨٠ مرافعات).

---

(١) انظر فى كل ذلك محمد على راتب فقرة ٥٣- فقرة ٦٥- محمد عبد اللطيف فقرة ٦١٩- فقرة ٦٢٧.

(٢) وقد قضى فى هذا الصدد بأنه إذا كان الثابت أنه فى أثناء نظر دعوى الموضوع أمام محكمة ثانى درجة طلب المستأنف استبدال الحارس الذى عينته المحكمة الابتدائية، فاعترض المستأنف ضده بأن هذا الطلب لا يقبل أمام محكمة ثانى درجة لأن قاضى التعيين هو قاضى العزل، فهذا الاعتراض فى غير محله، لأن المحكمة التى تنظر النزاع الموضوعى هى المختصة بنظر دعوى الحراسة على الأموال المتنازع عليها ولو كان ذلك لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية، وذلك على اعتبار أن هذا من الإجراءات التحفظية الجائز تقديمها فى أية حالة تكون عليها الدعوى. فمن حق المستأنف إذن أن يطلب استبدال الحارس كذلك أمام محكمة ثانى درجة لأول مرة، وحقه هذا لا يمنعه من طلب عزل الحارس أو استبداله أمام القاضى المستعجل إذا توافرت شروط اختصاصه (استئناف مصر ١٧ أبريل سنة ١٩٥١ المحاماة ٣٢ ص١٤٥٠). وانظر آنفاً فقرة ٤٤٣ فى الهامش.

ويجب أن يسبق التنفيذ إعلان السند التنفيذى لنفس المحكوم عليه بالحراسة أو لموطنه الأصلى، وإلا كان باطلا (م٢٨١ مرافعات). ومع ذلك يجوز لقاضى الأمور المستعجلة فى الأحوال التى يكون فيها التأخير ضارا أن يأمر بتنفيذ الحكم بموجب مسودته بغير إعلانه، وفى هذه الحالة يسلم الكاتب المسودة للمحضر، وعلى المحضر أن يردها بمجرد الانتهاء من التنفيذ (م٢٨٦ مرافعات).

والنفاذ المعجل بغير كفالة واجب بقوة القانون لحكم الحراسة، سواء أصدره قاضى الأمور المستعجلة أو أصدرته محكمة الموضوع، وذلك ما لم ينص فى الحكم على تقديم كفالة (م٢٨٨ مرافعات)(١).

ويجوز الطعن فى حكم الحراسة بالاستئناف دائماً، أيا كانت قيمة النزاع الأصلى أو قيمة الأموال الموضوعة تحت الحراسة، وسواء صدر الحكم من قاضى الأمور المستعجلة أو صدر من محكمة الموضوع (م٢٢٠ مرافعات)(٢). ويستتبع ذلك أنه يجوز أن يكون الحكم الصادر فى الموضوع غير قابل للاستئناف، أما حكم الحراسة الذى هو تابع للحكم الموضوعى فيكون قابلا للاستئناف. وتعليل ذلك أن حكم الحراسة يصدر بعد بحث سريع لظاهر المستندات، فجعل دائماً قابلا للمراجعة من محكمة أعلى(٣). ويستأنف حكم الحراسة، إذا كان صادراً من قاضى الأمور المستعجلة، أمام المحكمة الكلية. وحكمها فى الاستئناف يكون نهائياً، ثم هو لا يقبل الطعن فيه بالنقض إذ قد أعيد تحريم الطعن بالنقض فى الأحكام النهائية الصادرة من المحاكم الكلية بالقانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٢(٤). وهو

---

(١) استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٩٢٥ م٣٧ م٢٩٢- وينفذ الحكم ضد من انتقلت إليه، بعد صدور حكم الحراسة، ملكية المال الموضوع تحت الحراسة (استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٩٢٠ م٣٢ ص٢٢٦).

(٢) وعدم إدخال أحد الحراس أو أحد الملاك خصما فى الاستئناف لا يجعل الاستئناف غير مقبول (استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٩١٩ م٣١ ص٢٧٧).

(٣) عبد الحكيم فراج فقرة ٣٦٠.

(٤) وذلك فيما عدا الحكم فى قضايا وضع اليد والحكم الصادر فى مسألة اختصاص نوعى أو اختصاص متعلق بولاية المحكمة (م٤٢٥ مكررة مرافعات الصادر بها القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٢). ثم صدر قانون السلطة القضائية رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩، تنص المادة الثانية منه على أن للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض فى الأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية فى قضايا استئناف أحكام المحاكم الجزئية، وذلك إذا كانت الأحكام المطعون فيها مبنية على مخالفة القانون أو خطأ فى تطبيقه أو فى تأويله إذا كان الحكم صادراً فى مسألة اختصاص متعلق بولاية المحاكم الاستئنافية. فصار الحكم النهائى الصادر من محكمة ابتدائية فى دعوى الحراسة لا يقبل الطعن بالنقض، إلا إذا كان صادراً فى مسألة اختصاص تتعلق بوظيفة المحكمة (انظر محمد عبد اللطيف فقرة ٦٥٢- فقرة ٦٥٤). =

ما اتبعه أيضاً بقانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ ولم تشتق المادة ٢٤٩ مرافعات من ذلك إلا حالة ما إذا كان الحكم قد فصل فى نزاع خلافا لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضى. أما إذا كان حكم الحراسة صادراً من محكمة الموضوع، فإن كانت هذه المحكمة هى المحكمة الجزئية، فاستئناف الحكم يكون هنا أيضاً أمام المحكمة الكلية، ويكون حكمها نهائياً وغير قابل للنقض(١). وإن كانت محكمة الموضوع هى المحكمة الكلية، فاستئناف حكم الحراسة يكون أمام محكمة الاستئناف، ويكون حكم هذه المحكمة قابلا للطعن فيه بالنقض(٢). واختلف فى جواز الطعن فى حكم الحراسة بالتماس إعادة النظر، فرأى يقول بالجواز لإطلاق نص المادة ٢٤١ مرافعات وهى تجيز التماس إعادة النظر فى الأحكام الصادرة بصفة انتهائية(٣)، ورأى آخر وهو الراجح لا يجيز التماس إعادة النظر لأن أسباب الالتماس يمكن اعتبارها ظروفاً استجدت بعد صدور حكم الحراسة تزيل حجية هذا الحكم ومن ثم يمكن تعديله بدعوى جديدة لا بطريق التماس إعادة النظر(٤). وكان قانون المرافعات السابق رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ يجيز اعتراض الخارج عن الخصومة على حكم الحراسة، لأن نص فى مادته ٤٥٠

= وانظر فى جواز الطعن بالنقض فى الحكم الصادر فى دعوى الحراسة من محكمة ابتدائية بهيئة استئنافية بعد صدور تقنين المرافعات الجديد وقبل صدور القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٢: نقض مدنى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٢٥ ص١٦١٣.

(١) إلا إذا كان صادراً فى مسألة اختصاص تتعلق بوظيفة المحكمة (انظر الهامش السابق).

(٢) ولا يخضع لرقابة محكمة النقض تقدير قيام الخطر العاجل وهو الشرط العام فى الحراسة، ولا تقدير الطريقة المؤدية إلى صون حقوق المتخاصمين بعضهم قبل بعض، فهذه من مسائل الواقع يبت فيها قاضى الموضوع دون معقب عليه من محكمة النقض (نقض مدنى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣١٠ ص٩٩٨- أول يونيه سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٦ ص٥٦٦- ١٧ يونيه سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٧١ ص١٩٨- ٣٠ يونيه سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٢٠٠ ص١٢٥٣- ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٨٧ ص٥٥٣- ٧ يوليه سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٨٤ ص١٣٦٧- وانظر آنفاً فقرة ٤٠٤ فى الهامش).

هذا وقد يصدر حكم الحراسة من محكمة الاستئناف إذا كانت دعوى الموضوع مستأنفة أمامها ودعت الضرورة إلى أن تصدر حكماً بوضع المال تحت الحراسة، وفى هذه الحالة يكون الحكم نهائياً غير قابل للاستئناف ولكن يجوز الطعن فيه بالنقض.

(٣) عبد الحكيم فراج فقرة ٣٦٢- ناشد حنا فى التماس إعادة النظر ص٢٠.

(٤) استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٩٢٤ المحاماة ٥ ص٢٨٦- محمد على رشدى فقرة ٨٣٥- محمد عبد اللطيف فقرة ٦٥١.

مرافعات الواردة فى هذا الصدد عام مطلق[1] وكان اعتراض الخارج عن الخصومة على حكم الحراسة لا يوقف تنفيذه، ما لم تأمر المحكمة المرفوع إليها الاعتراض بوقفه لأسباب جدية (م٤٥٤ مرافعات[2]). وتتولى المحكمة التى أصدرت حكم الحراسة تصحيح ما يقع فى منطوق حكمها من أخطاء مادية بحتة كتابية أو حسابية، وذلك بقرار تصدره من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم من غير مرافعة. ويجرى كاتب المحكمة هذا التصحيح على نسخة الحكم الأصلية، ويوقعه هو ورئيس الجلسة (م١٩١ مرافعات). ويجوز للخصوم أن يطلبوا إلى المحكمة التي أصدرت حكم الحراسة تفسير ما وقع فى منطوقه من غموض أو إبهام، ويقدم الطلب بالأوضاع المعتادة لرفع الدعاوى (م١٩٢ مرافعات). فيجوز مثلا طلب تفسير مدى مأمورية الحارس ومقدار الأموال والأعيان التى تشملها بالحراسة. والحكم الصادر بالتفسير يعتبر من كل الوجوه متمماً للحكم الذى يفسره، ويسرى عليه ما يسرى على هذا الحكم من القواعد الخاصة بطرق الطعن العادية وغير العادية (م١٩٢ مرافعات). ولا يجوز عند التفسير إدخال أى تعديل على حكم الحراسة الأصلى، وإلا كان الحكم الصادر بالتفسير لا أثر له، ولا يعتد إلا بحكم الحراسة الأصلى[3].

٤٤٧- حجية حكم الحراسة: حكم الحراسة حكم وقتى، سواء صدر من قاضى الأمور المستعجلة أو من محكمة الموضوع. ولا ينفى عنه هذه الطبيعة الوقتية أنه يفصل بصفة قطعية، فهو إنما يفصل قطعياً فى الحراسة لمدة مؤقتة، ويكون فى خلالها قابلا للتعديل إذا تغيرت الظروف التى اقتضت إصداره[4]. فحكم الحراسة إذن حكم قطعى مؤقت.

وهو كحكم قطعى يحوز قوة الأمر المقضى. ومن ثم يقيد القضاء ويلزم طرفى الخصومة، فليس للقضاء أن يعدل عن حكمه وليس لطرفى الخصومة[5] أن يرفعا دعوى

---

(١) عبد الحكيم فراج ٣٦٥- محمد على راتب فقرة ٩٠- محمد عبد اللطيف فقرة ٦٥٧- أحمد أبو الوفا فى المرافعات طبعة رابعة ص٨١٥- عبد المنعم الشرقاوى فى اعتراض الخارج عن الخصومة مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٤٩- استئناف مختلط ٦ ديسمبر سنة ١٩١١ م٢٤ ص٤٤- ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٨ م٣١ ص٣٨- ٢٢ مارس سنة ١٩٣٣ م٤٥ ص٣٠٩- إسكندرية مستعجل ١١ أبريل سنة ١٩٥٠ مجلة التشريع والقضاء ٢ ص٣٠١- عكس ذلك: استئناف مختلط ١٧ ديسمبر سنة ١٩١٣ م٢٦ ص٩٠.

(٢) عبد الحكيم فراج فقرة ٣٦٥- محمد على راتب فقرة ٩١.

(٣) مصر مستعجل ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ١٨٣ ص٣١٠- محمد على راتب فقرة ٣٣٦.

(٤) عبد الحكيم فراج فقرة ٣٥٥.

(٥) وحكم الحراسة لا يسرى إلا فى حق طرفى الخصومة وخلفائهما، ولا يجوز التمسك به ضد =

ثانية بذات الموضوع ونفس السبب للوصول إلى تعديل الحكم الأول ما لم تتغير الظروف(٢) كما سيأتي.

وحكم الحراسة كحكم مؤقت ليست إلا حجية نسبية مؤقتة.

=شخص لم يمثل فى الخصومة (مصر مستعجل ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١٣٤ ص٢٩٠- محمد على راتب فقرة ٧٥).

(١) استئناف مختلط ١٩ يونيه سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص٣٨٤- مصر مستعجل ٢٨ أغسطس سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ ص٢٢٦- محمد عبد اللطيف فقرة ٦٣٨- وقد قضت محكمة النقض بأنه وإن كان الأصل فى الأحكام الصادرة فى الأمور المستعجلة أنها لا تحوز حجية الأمر المقضى باعتبارها وقتية ولا تؤثر فى أصل الموضوع، إلا أن هذا ليس يعنى جواز إثارة النزاع الذى فصل فيه القاضى المستعجل من جديد متى كان مركز الخصوم هو والظروف التى انتهت بالحكم هى بعينها لم يطرأ عليها أى تغيير. إذ هنا يضع الحكم المستعجل طرفى الخصومة فى وضع ثابت واجب الاحترام بمقتضى حجية الأمر المقضى بالنسبة إلى نفس الظروف التى أوجبته ولذات الموضوع الذى كان محل البحث فى الحكم السابق صدوره، ما دام أنه لم يحصل تغيير مادى أو قانونى فى مركز الطرفين يسوغ إجراء مؤقتاً للحالة الطارئة الجديدة (نقض مدنى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٢٠ ص١٥٩١). وقضت أيضاً بأن الحكم الصادر فى المسائل المستعجلة التى يخشى عليها من فوات الوقت هو حجة يلتزم بها القاضى والخصوم فيما يقضى به القاضى فى حدود ماله من «صفة مؤقتة وعدم المساس بالحق»، ويكون قابلا للطعن فيه بطرق الطعن التى قررها له القانون، إذ أن هذا الحكم عليه ما على جميع الأحكام من شرائط المداولة والتسبيب وغير ذلك مما نص عليه فى الفصل الأول من الباب العاشر من قانون المرافعات الخاص «بالأحكام»، كما أن له مالها من حجية فيما يقضى به فى الحدود المتقدمة وفقاً للمادتين ٤٩ و٣٤٩ مرافعات (نقض مدنى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٢٥ ص١٦١٢).

أما إذا اختلف السبب، فلا محل للدفع بقوة الأمر المقضى. وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا رفضت دعوى الحراسة المرفوعة باعتبارها إجراء موقوتا بالبت فى إشكال مرفوع، وكانت المحكمة قد قضت برفضها دون أن تبحث توافر شروطها تأسيساً على أنها صارت غير ذات موضوع بعد الفصل فى الإشكال، ثم رفعت دعوى حراسة أخرى استند فيها إلى نزاع فى الملكية، وكان يبين من ذلك أن السبب الذى بنى عليه طلب الحراسة فى كل من الدعويين مختلف عن الآخر، فضلا عن أن المحكمة لم تتعرض فى الدعوى الأولى لبحث مسوغات الحراسة لتقول فيها كلمتها، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بعدم جواز نظر دعوى الحراسة الثانية لسبق الفصل فيها قد أخطأ فى تأويل الحكم الصادر فى الدعوى الأول خطأ ترتب عليه خطأه فى تطبيق المادة ٤٠٥ مدنى (نقض مدنى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٣٨ ص٢٥١). وقد قضى بأن رفض تعيين حارس بالأجر ليس حجة ضد طلب تعيين نفس الحارس بغير أجر (استئناف مختلط ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م٤٦ ص٥٥).

وانظر مصر استئنافى ١٥ يناير سنة ١٩١٢ الحقوق ٢٧ ص١٩٦- ٦ مارس سنة ١٩١٢ الحقوق ٢٧ ص٢٢٤- بنى سويف الكلية ٣٠ مارس سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ١٢٢ ص٢٥٩- ديرب نجم ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٥٤ المحاماة ٣٦ رقم ٢١ ص١١٤.

فحجيته نسبية لأنها لا تلزم قاضى الموضوع. وتقول محكمة النقض فى هذا الصدد إن إجراء الحراسة وهو إجراء مستعجل ليس من شأنه أن يحسم النزاع بين الخصمين فى أصل الحق، إذ هو تقدير وقتى عاجل، يتحسس به القاضى المستعجل ما يبدو للنظرة الأولى أن يكون وجه الصواب فى خصوص الإجراء المطلوب، مع بقاء أصل الحق سليما يناضل فيه ذوو الشأن لدى محكمة الموضوع(١).

وحجيته مؤقتة لأنها لا تبقى إلا ببقاء الظروف التى بنى عليها الحكم(1). فإذا تغيرت هذه الظروف، سواء من ناحية الواقع أو من ناحية القانون، ووجد ما يستوجب التعديل فى حكم الحراسة، زالت حجية هذا الحكم، وأمكن رفع دعوى جديدة يطلب فيها ما يغاير الذى قضى به حكم الحراسة الأول(٢). ويترتب على ذلك أنه إذا قضى بتعيين حارس قضائى حتى يقضى نهائياً فى نزاع معين، وقبل الفصل فى موضوع النزاع تغير مركز أحد الطرفين بحيث يصح طلب رفع الحراسة، جاز رفع دعوى جديدة بذلك(٣). ويترتب على ذلك أيضاً أنه إذا قضت المحكمة برفض دعوى الحراسة لأسباب معينة، ثم حصل تغيير فى مركز الطرفين يمكن معه رفع دعوى حراسة جديدة، جاز ذلك(٤). ولا يشترط فى الوقائع التى تغير مركز الخصوم أن تكون قد حدث بعد صدور حكم الحراسة، بل يكفى وجودها ولو حصلت قبل صدور هذا الحكم ما دامت لم تطرح أمام المحكمة ويفصل فيها بالقبول أو بالرفض(٥).

---

(١) نقض مدنى ١٥ يناير سنة ١٩٤٨ المحاماة ٢٩ رقم ٨٦ ص١٠٢- وقضت محكمة النقض أيضاً بأن القضاء بإجراء أمر وقتى لا يحوز قوة الشئ المحكوم به فى أصل موضوع النزاع، فهو بطبيعته هذه لا يمكن أن يقع تناقض بينه وبين حكم آخر يصدر فى موضوع النزاع المقضى باتخاذ ذلك الإجراء فيه (نقض مدنى ١٦ فبراير سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٠٣ ص١٨٩)- وانظر أيضاً نقض مدنى ٢٠ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٤ ص٦٦٥- ٥ يونيه سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٧٩ ص١١٥٢- عبد الحكيم فراج فقرة ٣٥٤- محمد على راتب فقرة ٧٤- محمد عبد اللطيف فقرة ٦٣٩.

(1) الحراسة القضائية - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - اجراء وقتى تدعو إليه الضرورة ويستمد وجوده منها.
(جلسة ١٩٩٠/٥/٢٨ الطعن رقم ١٠٥٣ لسنة ٥٨ق)

(٢) عبد الحكيم فراج فقرة ٣٥٤.

(٣) مصر مستعجل ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٥ الجريدة القضائية عدد ٢٩١ ص١٢.

(٤) نقض مدنى ٢١ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٧٥ ص٤٣٨- ١١ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٠٠ ص٦١٥- استئناف مختلط ٢١ نوفمبر سنة ١٨٨٩ م٢ ص٣٨- ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٧ م٣٠ ص٣٤- ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م٥١ ص٣٤- محمد عبد اللطيف فقرة ٦٣٨.

(٥) مصر مستعجل ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ ص٢٨٢- محمد على راتب فقرة ٧٣ =

٤٤٨- تنفيذ حكم الحراسة: أول أثر لحكم الحراسة هو إضفاء صفة الحارس على من اختير لذلك، وسنرى أن هذا الأثر يقع بمجرد صدور الحكم دون حاجة إلى أى إجراء آخر. ثم يأتى بعد ذلك تسلم الأموال التى فرضت عليها الحراسة للحارس. وهذا يستوجب إعلان الحكم إلى المحكوم عليه، إلا إذا أمرت المحكمة بتنفيذ الحكم بموجب مسودته بغير إعلان على ما قدمنا(١). ويشمل التسليم الشئ الأصلى الموضوع تحت الحراسة وتوابعه ولو لم ينص الحكم عليها(1)، فوضع محل شركة تحت الحراسة يشمل الأدوات والبضائع والمنقولات الأخرى الموجودة بالمحل. ولا يعتبر من التوابع العقارات المؤجرة من الغير والموضوع فيها الأموال المفروض عليها الحراسة، أو العقارات المملوكة من الغير وتكون مستخدمة على سبيل التسامح لمنفعة الأموال المفروض عليها الحراسة(٢).

وإذا كانت الأعيان الموضوعة تحت الحراسة يشغلها مستأجرون، فإن تسلم الحارس لها لا يعنى نزعها من أيدى المستأجرين وإخراجهم منها، ولكن يكون تسليمها بحلول الحارس محل واضع اليد السابق فى قبض الأجرة(٣)(1).

=ص١٩١- وللمحكمة بحث وقائع الدعوى المطروحة ومستندات الطرفين وظروف الدعوى السابقة والحالية لمعرفة ما إذا كان قد حصل تغيير فى الوقائع المادية أو فى مركز الطرفين القانونى يسيح للمحكمة العدول عن حكمها الأول أو التعديل فيه (استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٩٢٩ م٤١ ص٢٤٠- ١٨ فبراير سنة ١٩٣١ م٤٣ ص٢٤١).

(١) انظر انفاً فقرة ٤٤٦.

(٢) مصر مستعجل ٢٧ أغسطس سنة ١٩٣٥ الجريمة القضائية عدد ٤٠٠ ص٩- محمد على راتب فقرة ٣٣٣.

(1) الحراسة تشتمل الشئ الأصلى المتنازع عليه وتوابعه سواء نص على هذه التوابع فى الحكم صراحة أو لم ينص لان دخولها تحت الحراسة مع الشئ المتنازع عليه انما يحصل بقوة القانون، وإذ كان النزاع حول تبعية الشئ للأموال محل الحراسة يتعلق بتحديد ما للحارس من سلطات وما يقع على عاتقه من التزامات فأنه يكون وحده صاحب الصفة فى الدعاوى التى ترفع حسما لهذا النزاع تبعا لما تلقيه عليه المادة ٧٣٤ من التقنين المدنى من الالتزام بالمحافظة على الأموال المعهودة إليه حراستها.

(جلسة ١٩٧٩/٦/٦ الطعن رقم ٣٥ لسنة ٤٧ق س٣٠ ع٢ ص٥٦٠)

(1) الحارس القضائى يصبح بمجرد تعيينه وبحكم القانون نائبا نيابة قضائية عن صاحب الحق فى المال موضوع تحت الحراسة، إلا أن هذه النيابة قاصرة على ما يتعلق باعمال ادارة المال واعمال المحافظة عليه وما يندرج تحته ذلك من اعمال التصرف التى تدخل بطريق التبعية فى اعمال الادارة واعمال الحفظ ولا تمتد نيابة الحارس إلى اعمال التصرف التى تمس أصل الحق.

(جلسة ١٩٨٣/٥/٢٢ الطعن رقم ١٦٥٣ لسنة ٤٨ق)

(جلسة ١٩٨٣/٥/٣١ الطعن رقم ١٣٥٧ لسنة ٤٩ق س٣٤ ص١٣٤٦)

(جلسة ١٩٨٦/١٢/٢٥ الطعن رقم ١٧٨٨ لسنة ٥٣ق)

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن الحراسة إجراء تحفظى، والحكم الصادر فيها ليس قضاء بإجراء =

وقد تعترض الحارس صعوبات فى تنفيذ حكم الحراسة، فله أن يلجأ إلى القضاء المستعجل للفصل فى هذه الصعوبات. مثل ذلك أن يمانع شخص فى تسليم الحارس عيناً عن الأعيان الموضوعة تحت الحراسة بدعوى أنه مستأجر لها، فلقاضى الأمور المستعجلة أن يبحث جدية عقد الإيجار، فإذا كان جدياً ترك العين فى يد المستأجر واكتفى الحارس بقبض الأجرة منه(١). وإذا شمل حكم الحراسة أعيان وقف وملك، وصدر حكم بعد ذلك من محكمة الموضوع بإخراج أطيان الوقف من الحراسة فى مواجهة الحارس دون الخصوم، وتغير الحارس، فإن للحارس الجديد أن يلجأ إلى القضاء المستعجل لمعرفة مدى تأثير الحكم الصادر بإخراج الوقف من الحراسة فى مواجهة الحارس السابق دون الخصوم فى الحكم الصادر بتعيينه حارساً. ويجب على القضاء المستعجل ألا يمس الحكم الموضوعى، فيتعين عليه أن يحكم بوقف تنفيذ حكم الحراسة بالنسبة إلى الوقف، ولو طعن أمامه ببطلان الحكم الموضوعى لعدم صدوره فى مواجهة جميع الخصوم، إذ لا يجوز أن يصدر حكماً يتعارض مع حكم صادر من محكمة الموضوع فى نفس الأمر المطروح أمامه(٢).

=يحتمل التنفيذ المادى فى ذاته إنما هو تقرير بتوافر صفة قانونية للحارس لأداء المهمة التى تناط به فى الحد الذى نص عليه الحكم، وإبراز هذه الصفة ووضعها موضع التنفيذ بالنسبة إلى العقار ليس إلا عملا حكمياً ليس له كيان مادى، فلا يجوز للحارس تنفيذ الحكم بطرد واضع اليد على العقار ما دام استأجر بعقد لا شبهة فى جديته لبعض الأعيان الموضوعة تحت الحراسة من قبل، بل يحق له فقط تحصيل الإيجار المستحق من المستأجر (نقض مدنى ١٠ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٨٦ ص٦٥٢)- وانظر أيضاً نقض مدنى ١٦ أبريل سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٣٥ ص٩٠٨- مستعجل مصر ١٢ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٥ ص٣٦٢- ١١ سبتمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ ص٦٤٣- استئناف مختلط ٥ أبريل سنة ١٩١١ م٢٣ ص٢٤٩- ٢١ يونيه سنة ١٩١٦ م٢٨ ص٤٣٩.

كذلك لا تؤثر الحراسة فى حق الشريك فى الانتفاع بالحصة الشائعة، فلا يختص قاضى الأمور المستعجلة بطرد الشريك من العين موضوع الحراسة (مصر مستعجل ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٥٣ المحاماة ٣٤ رقم ٤٥٤ ص١٠٨٥)، وذلك ما لم يكن وجود الشريك فى العين عقبة تعرقل أعمال الحارس كما لو استأثر الشريك بالعين كلها ومنع الحارس من إدارتها واستغلالها (انظر محمد عبد اللطيف فقرة ٣٠٣- وقارن إسكندرية مستعجل ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٤٧١ ص١٠٨٥- مصر مستعجل ١١ سبتمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٢٧٧ ص٦٤٣). ولا ينزع الحارس العين من تحت يد الدائن المرتهن رهن حيازة (استئناف مختلط ١٠ يونيه سنة ١٩٣١ م٤٣ ص٤٤٢).

(١) استئناف مختلط ٢٠ مايو سنة ١٩٣٦ جازيت عدد ٣٤٤ رقم ٢٨٦ ص٢١٣.

(٢) استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩٣٣ م١٥ ص٣٢٠- مصر مستعجل ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ١٨٣ ص٤١٠- محمد على راتب فقرة ٣٣٥.

٣- تعيين الحارس القضائى

٤٤٩- نص قانونى: تنص المادة ٧٣٢ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«يكون تعيين الحارس، سواء أكانت الحراسة اتفاقية أم كانت قضائية، باتفاق ذوى الشأن جميعاً، فإذا لم يتفقوا تولى القاضى تعيينه»(١).

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى القديم، ولكن الحكم كان معمولا به(٢).

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ٦٩٨- وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٧٣٢- ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى العراقى - ويقابل فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ١/٧٢٠ و٢(٣).

ونبحث فى هذا الصدد المسائل الآتية: (١) من يعين الحارس القضائى. (٢) التكييف القانونى لصفة الحارس القضائى، وسنرى أنه تثبت له صفة النيابة عن صاحب الحق فى المال الموضوع تحت الحراسة. (٣) ما يترتب على أن الحارس القضائى نائب عن صاحب الحق فى المال الموضوع تحت الحراسة. (٤) تنحى الحارس القضائى عن الحراسة. (٥) طلب عزل الحارس القضائى واستبدال حارس آخر به.

٤٥٠- من يعين الحارس القضائى: رأينا أن المادة ٧٣٢ مدنى تقضى بأن يكون تعيين

---

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ١٠١٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٧٦٤ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٦٣، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٣٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٨٦- ص٢٨٧).

(٢) انظر فى هذا المعنى استئناف مختلط ٢٧ يناير سنة ١٩٣٧ م٤٩ ص٨٦- محمد على راتب فقرة ٣٢٩ ص٨٥٤ هامش١.

(٣) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدنى السورى م٦٩٨ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م٧٣٥ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى: لا يشتمل على نصوص فى الحراسة.

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م١/٧٢٠ و٢: يعهد فى الحراسة إلى شخص يتفق جميع ذوى الشأن على تعيينه من قبل القاضى - وللقاضى أن يقرر تعيين حارس.

(وبالرغم من غموض عبارة النص فالظاهر أن الحارس القضائى فى التقنين اللبنانى يعين باتفاق ذوى الشأن، فإن لم يتفقوا عينه القاضى: انظر م١٩٦٣ مدنى فرنسى - فيكون التقنين اللبنانى متفقاً مع التقنين المصرى).

الحارس القضائي باتفاق ذوى الشأن جميعاً، أى أن تعيين شخص الحارس القضائى مسألة منفصلة عن فرض الحراسة القضائية[1]. فالحراسة القضائية تفرض بحكم من القضاء، ولكن شخص الحارس القضائى يتعين باتفاق ذوى الشأن جميعاً إذا أمكن هذا الاتفاق، ولا تتغير بذلك طبيعة الحراسة من حراسة قضائية إلى حراسة اتفاقية. فالعبرة فى كون الحراسة قضائية أو اتفاقية هى بمن فرض الحراسة فى ذاتها. فإن كان هو القاضى، كانت الحراسة قضائية، ولو كان الخصوم هم الذين اتفقوا على تعيين شخص الحارس القضائى. وإن كان هو الخصوم، كانت الحراسة اتفاقية، ولو كان القاضى هو الذى عين الحارس الاتفاقى[2].

فإذا اتفق ذوو الشأن جميعاً على تعيين شخص يكون حارساً قضائياً، وجب على المحكمة تعيين هذا الشخص[3]. ولا يكفى أن تتفق الأغلبية، ولو كانت أغلبية الشركاء فى المال الشائع[4]. بل يجب أن يكون هناك اتفاق إجماعى.

---

(١) فقد يتقرر مبدأ الحراسة القضائية نهائياً دون أن تتقرر نهائية تعيين الحارس. وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه إذا أوقفت محكمة الاستئناف دعوى الحراسة لوفاة أحد الخصوم، ثم قضى ببطلان المرافعة فيها فى مواجهة النظار الذين حلوا محل الناظر المعين حارساً، فإن حكم الحراسة المستأنف إذا كان قد أصبح نهائياً فما هذا إلا بالنسبة إلى مبدأ الحراسة القضائية فقط، ولكنه غير ملزم من جهة الشخص المعين حارساً. وعدم إلزامه لا يمكن معه القول بنهائيته بالنسبة إلى هذا التعيين، ولا بأن وضع يد الناظر على الأطيان المتنازع عليها قد تغير من كونه النظر على وقف هذه الأرض إلى كونه الحراسة القضائية عليها، ولا بأن ناظر الوقف أو نظاره مسئولون عن الحساب مسئولية الحراس القضائيين (نقض مدنى ٢٠ يونيه سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٨٥ ص٨٦٧).

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٠٢ فى الهامش. وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «سواء أكانت الحراسة اتفاقية أم قضائية، فهناك مسألتان منفصلتان: أولاهما وضع المال تحت الحراسة، والثانية تعيين شخص الحارس. والمسألة الأولى هى التى تسبغ على الحراسة صفتها الاتفاقية أو القضائية، أما متى اتفق المتنازعان على مبدأ الحراسة أو حكمت المحكمة بها، فإن أمر تعيين الحارس يترك فى كلا الحالين إلى المتنازعين إن أمكنهما أن يتفقا عليه، وإلا فتقوم به المحكمة المختصة» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٨٧).

(٣) وتبقى الحراسة مع ذلك حراسة قضائية (بودرى وفال فقرة ١٢٩١)، كما أن الحراسة الاتفاقية تبقى اتفاقية حتى لو عينت المحكمة الحارس (انظر آنفاً فقرة ٤٠٢ فى الهامش).

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن مجال تطبيق أحكام إدارة المال الشائع، الواردة بالمادة ٨٢٨ وما بعدها من القانون المدنى، يختلف عن مجال تطبيق أحكام الحراسة على منقول أو عقار قام بشأنه نزاع وكانت قد تجمعت لدى صاحب المصلحة فيه من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطراً عاجلا من بقاء المال تحت يد حائزه. فإن الحكم فى شأن هذا النزاع فيما نصت عليه المواد ٧٢٩ وما بعدها من القانون المدنى بشأن الحراسة، ويكون تعيين الحارس – سواء كانت الحراسة اتفاقية أو قضائية – باتفاق ذوى الشأن جميعاً، فإذا لم يتفقوا تولى القاضى تعيينه، وذلك وفقاً للمادة ٧٣٢ من ذلك القانون. وإذن فإذا فرضت الحراسة على مال شائع، وطبقت المحكمة أحكام الحراسة فى شأن هذا النزاع، فإن =

فإذا لم ينعقد الإجماع على شخص معين ليكون حارساً قضائياً، تولت المحكمة بنفسها تعيين هذا الحارس(1). وتستأنس فى ذلك برأى من ترى الاستئناس برأيه من ذوى الشأن، أغلبية كانوا أو أقلية، دون أن تكون ملزمة بهذا الرأى. ولها أن تعين أحد طرفى الخصومة حارساً قضائياً ولو اعترض عليه الطرف الآخر، إذا اطمأنت إلى أمانته وكفايته، لا سيما إذا قبل الحراسة دون أجر وكانت قيمة الأموال الموضوعة تحت الحراسة لا تتحمل تثقيلها بالأجر(1). وإذا لم تر المحكمة تعيين أحد طرفى الخصومة، عينت أجنبياً، قد يكون

=النعى على الحكم بالخطأ فى القانون لعدم تطبيق المادة ٨٢٨ من القانون المدنى يكون فى غير محله (نقض مدنى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٢٥ ص١٦١٢- وانظر عكس ذلك محمد عبد اللطيف فقرة ٣٠٥).

(1) أ- المطاعن التى يثيرها الخصم على شخص المرشح لتعيينه حارسا إنما يقع عبء إثباتها على عاتق هذا الخصم الذى يدعيها، إذا كان هو المدعى أصلا فى الدعوى أو المدعى عليه فيها، ومن ثم فلا تثريب على الحكم المطعون فيه إن هو التفت عن دفاع الطاعن - المدعى عليه - الذى أثار بصدده اعتراضا على شخص المطعون ضده الأول - المدعى - فى اسناد الحراسة إليه لعدم تقديمه الدليل المؤيد لاعتراضه.

(جلسة ١٩٨٠/١/١٧ الطعن رقم ١٤٢٥ لسنة ٤٧ق س٣١ ص١٩٠)

ب- من المقرر فى قضاء محكمة النقض أنه إذا حصل تعرض من الغير لمستأجر العقار فى انتفاعه وطلب الأخير تعيين حارس قضائى لإدارة الأطيان وإيداع غلتها خزانة المحكمة وقضى له بذلك فإن يده لا تعتبر أنها رفعت عن الأطيان المؤجرة بوضعها تحت الحراسة القضائية لأن الحارس ينوب عنه هو وغيره من المتنازعين فى دعوى الحراسة.

(جلسة ١٩٨٠/٢/٢٥ الطعن رقم ١١٢٤ لسنة ٤٧ق س٣٢ ص٦٤١)

(١) انظر المادة ٦٠٠/٤٩١ من التقنين المدنى القديم وتنص صراحة على جواز تعيين أحد الخصوم المترافعين حارساً قضائياً- وانظر استئناف وطنى ١٠ يونيه سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص٢٣٢- ٣ فبراير سنة ١٩٠٧ الحقوق ٢٢ ص٢٥٢- استئناف مختلط ٢٠ نوفمبر سنة ١٨٩٥ م٨ ص٩- ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م١٦ ص٥٨- ٧ نوفمبر سنة ١٩٠٦ م١٩ ص٥- ١٣ يناير سنة ١٩٣٢ م٤٤ ص١١٣- ١٩ نوفمبر سنة ١٩٤١ م٥٤ ص١١- ٢٤ يناير سنة ١٩٤٥ م٥٧ ص٧٤- محمد على راتب فقرة ٣٢٩ ص٨٥٦- ص٨٥٧- محمد كامل مرسى فقرة ٣٦٢.

وقد قضت محكمة النقض بأن اختيار المدعى عليه حارساً لملاءته وللاعتبارات الأخرى التى أوردها الحكم فى صدد تبرير اختياره لا يتعارض بحال مع تقدير الحكم قيام الخطر الموجب للحراسة، متى كان الحكم مع اختياره هذا الخصم قد حدد مأموريته وجعله مسئولا عن إدارته أمام الهيئة التى أقامته بما يكفل حقوق جميع الخصوم فى الدعوى حتى تنقضى الحراسة بزوال سببها، ومن ثم فإن النعى على الحكم التناقض فى هذا الخصوص يكون على غير أساس (نقض مدنى ٧ يونيه سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥٢ ص٩٧٣). وقد قضى بأنه يمكن تعيين ملاك الأعيان حراساً كل بقدر ما يوازى نصيبه، بخلاف ما جرت عليه الأحكام من تعيين حارس أجنبى عن الطرفين أو تعيين أحدهما، ولهذه الطريقة مزايا، منها تمكين طالب الحراسة المحق فى دعواه من تسلم ما يوازى =

من بين الخبراء المقررين بالجدول[1]، أو أى شخص آخر تراه متوافراً على الخبرة الخاصة التى تتطلبها إدارة الأموال الموضوعة تحت الحراسة. وتعين المحكمة من يقبل أن يكون حارساً دون أجر، إذا كان متوافراً على الأمانة والكفاية المطلوبين[2]. وقد تعين أكثر من حارس واحد، إذا اقتضى تنوع العمل ودقته تعدد الحراس[3]، ويتحاشى ذلك بقدر الإمكان

=نصيبه فى الحال والانتفاع به والشعور بالعدالة السريعة، ومنها عدم انتزاع ما يخص المدعى عليه من الأعيان من يده وتركه عاطلا بلا عمل ومنع تدخل أجنبى قد يغتال شيئاً من غلة الأطيان، ومنها اقتضاء نفقات الحراسة وكثير ما هى (إسكندرية مستعجل ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٣٢ الجريدة القضائية ١٣٠ ص١٣). وقضى بأن المادة ٤٩١ مدنى (قديم) تخول للقضاء حق تعيين أحد الخصمين حارساً قضائياً، فليس هناك ما يمنع من تعيين أحد الناظرين المتنازعين حارساً قضائياً على الوقف، وليس فى ذلك معنى الإفراد بالإدارة، إذ تختلف طبيعة وآثار كل من حكم القضاء المستعجل والقرار الذى تصدره الجهة الشرعية، فالأول مؤقت بطبيعته لضرورة تقتضيه، والثانى حاسم ينهى النزاع (مصر الكلية ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٣١٨ ص٨٢٣). وقضى على خلاف ما تقدم أنه لتعيين أحد الشركاء حارساً يجب أن يكون جميع الشركاء متفقين على تعيينه، وإلا عين حارس أجنبى (استئناف مختلط ٢٢ مارس سنة ١٩٣٩ م٥١ ص٢٠٩). وعلى كل حال لا يجوز أن يعين حارساً الوارث الذى كانت حيازته للتركة موضع الشكوى وسبباً فى طلب الحراسة (استئناف مختلط ١٤ مارس سنة ١٩٢٣ م٣٥ ص٢٩-).

(١) استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٣٤ م٤٦ ص١١٤.

(٢) استئناف مختلط ١٣ يناير سنة ١٩٣٢ م٤٤ ص١١٣- مصطر مستعجل ١٩ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٨٨ ص٢١٥- محمد على راتب فقرة ٣٢٩ ص٨٥٧- وذلك ما لم يكن من يرشح نفسه للحراسة دون أجر بعيداً عن العين بحيث لا يتمكن من إدارتها إلا بوكيل (استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٢١١).

(٣) ويحصل ذلك كثيراً فى الحراسة على الشركات، فيعين الشريك القائم بأعمال الإدارة حارساً قضائياً لخبرته بالعمل ويعين معه حارس آخر تكون مهمته الرقابة وتسلم أثمان المبيعات والإذن بالصرف (استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص١٩٦- ٢٤ يناير سنة ١٩٣٤ م٤٦ ص١٣٠). وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يترتب على وفاة الحارس سقوط حراسة الحارس المنضم، بل يبقى الحارس المنضم إلى أن يثبته القاضى أو يعزله (نقض مدنى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٢٥ ص١٦١٢). وانظر استئناف مصر ٢٤ مارس سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ ص٤- محمد على راتب فقرة ٣٢٩ ص٨٥٨ - ص٨٥٩.

ولما كانت الماده ٧٣٣ مدنى تقضى بتطبيق أحكام الوديعة والوكالة فيما لم يرد فيه نص، فإن المادة ٢/٧٠٧ مدنى، التى تقضى فى الوكالة بأنه إذا عين الوكلاء فى عقد واحد دون أن يرخص فى انفرادهم بالعمل، كان عليهم أن يعملوا مجتمعين إلا إذا كان العمل مما لا يحتاج فيه إلى تبادل الرأى كقبض الدين أو وفائه، هى التى تسرى فى حالة تعيين أكثر من حارس واحد (نقض مدنى ٢٥ يونيه سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٨٢ ص٥٤٠- استئناف مختلط أول ديسمبر سنة ١٩٢٧ م٤٠ ص٥٩). ومع ذلك فقد قضى بأنه إذا كان الحراس ثلاثة وتوفى أحدهم، كان =

لما فى تعدد الحراس من احتمال وقوع الخلاف والاضطراب فى العمل[1](1).

وسواء كان تعيين الحارس القضائى باتفاق ذوى الشأن جميعاً أو كانت المحكمة هى التى عينته، فلابد من قبوله لمهمته، إذ لا يجبر أحد على أن يكون حارساً[2]. ولكن إذا

= للحارسين الباقيين أن يقوما بما قد تمس إليه الحاجة ولا يتسع له أجل الانتظار، وتكون تصرفاتهما صحيحة إلى أن تضم المحكمة المختصة بديلا عن المتوفى، وإلا شلت الحركة وفات الغرض من تعيين الحراس (استئناف مصر ٢٠ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٤٥ ص٧٠- ٤ مارس سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٣ ص٤- نقض مدنى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٢٥ ص١٦١٢: لا يترتب على وفاة الحارس الأصلى سقوط حراسة الحارس المنضم بل يبقى إلى أن يثبته القاضى أو يعزله). وسكوت سائر الحراس دون اعتراض على تصرف أحدهم يعتبر موافقة منهم على هذا التصرف (استئناف مختلط ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٥ م٤٨ ص١٢٢).

(١) استئناف وطنى ٢٨ أكتوبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ٨١ ص٨٤- وانظر فى جواز اختيار المرأة حارساً قضائياً محمد على راتب فقرة ٣٢٩ ص٨٥٨- وانظر فى أنه يحسن عدم إسناد الحراسة إلى رؤساء الدول محمد عبد اللطيف فقرة ٣٠٨ ويشير إلى مصر مستعجل ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥١ قضية رقم ٢٧٥٩ سنة ١٩٥١.

(٢) محمد على راتب فقرة ٣٣٩ ص٨٦٧ هامش١- محمد كامل مرسى فقرة ٣٦١- بودرى وفال فقرة ١٢٩٢- أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٩ ص١٩٤- نقض فرنسى ٧ نوفمبر سنة ١٨٩٩ داللوز ٩٩-١-٥٦٤- وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا عين القاضى ناظر وقف حارساً على قطعة أرض متنازع عليها بين الوقف وجهة أخرى، ولم يقبل الناظر حكم الحراسة ولا أن يكون حارساً، بل استأنف الحكم طالبا رفض دعوى الحراسة، فإن عدم قبوله للحراسة- سواء أكان تعيينه فيها بصفته الشخصية أم بصفته ناظرا - لا يجعل لمنازعه سبيلا إلى طلب الحساب منه ولا ممن يحل محله فى النظارة (نقض مدنى ٢٠ يونيه سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٨٥ ص٧٦٧). وقضى بأنه إذا اعتذر الحارس المعين من محكمة ثانى درجة عن قبول الحراسة، فلصاحب المصلحة فى الحراسة أن يلجأ إلى هذه المحكمة نفسها طالباً تعيين آخر بدلا منه لأداء ذات المأمورية (إسكندرية استئنافى ٢٥ مايو سنة ١٩٥٨ قضية رقم ١٧٦ سنة ١٩٥٨).

(1) أ- من المقرر فى قضاء النقض أنه إذا عين الحكم أكثر من حارس على الأعيان المشمولة بالحراسة وحظر عليهم أن ينفرد أيهم بأى عمل ثم أجر أحدهم هذه الأعيان فإن جهة الحراسة لا تتحمل نتيجة عمل هذا الحارس ولو كان المستأجر حسن النية، وأنه إذا توفى أحد الحراس المتعددين الغير مأذون لهم بالانفراد فإن وفاته وإن لم يترتب عليها سقوط الحراسة إلا أنها توقف صلاحيتهم وسلطتهم فى القيام بأعمال الإدارة حتى يقرر القاضى ما يراه فى شأنهم.

(جلسة ١٩٨١/٥/٩ الطعن رقم ٩٥٠ لسنة ٤٦ق س٣٢ ص١٤٠٧)

ب- مؤدى نص المادة ٢/٧٠٧ من القانون المدنى أن الحراس إذا كانوا متعددين ولم يرخص فى انفرادهم بالعمل كان عليهم أن يعملوا مجتمعين إلا إذا كان العمل مما لا يحتاج فيه إلى تبادل رأى - فإذا كانت الخصومة قد انعقدت بين الطاعنين والمطعون عليهما فى النزاع الماثل بوصف هذين الأخيرين حارسين على محلج، وكانت المحكمة قد كلفتهما بتقديم صورة من سند الحراسة للوقوف على مدى سلطة كل منهما ولكنهما لم يقدما ما يدل على جواز انفراد أى منهما بالعمل، وكان =

صدر قبوله بعد صدور حكم الحراسة، فإن صفة الحارس تثبت له من وقت صدور الحكم كما سنرى، ولا تتراخى إلى وقت القبول.

٤٥١- التكييف القانونى لصفة الحارس القضائى: وليست الحراسة القضائية بعقد وكالة[1]، القضاء هو الذى يفرضها ولا يفرضها اتفاق ذوى الشأن. ولكن الحارس يصبح بمجرد تعيينه، وبحكم القانون، نائباً، إذ يعطيه القانون سلطة فى إدارة الأموال الموضوعة تحت حراسته[2]. والنيابة هنا نيابة قانونية من حيث المصدر الذى يحدد نطاقها، إذ القانون هو الذى يفرضها ويعين مدى السلطة فيها. وقد تختلط بنيابة قضائية، إذا تدخلت المحكمة فى تحديد سلطة الحارس. وهى على كل حال نيابة قضائية من حيث المصدر الذى يضفى على النائب صفة النيابة[3]، إذ القاضى هو الذى يعين الحارس القضائى ولو اتفق على شخصه ذوو الشأن جميعاً[1]. وفى رأينا أن الحارس القضائى ينوب عن صاحب الحق فى

=اختصاص أحد الحارسين دون الآخر لا يعتبر اختصاما صحيحا للمحكوم له، فإن اعلان المطعون عليه الأول فى الطعن بصفته حارسا على المحلج يكون لازما لقبول الطعن، وإذ كان إعلانه بتقرير الطعن قد وقع باطلا، فإن ذلك يستتبع بطلان تقرير الطعن بالنسبة للمطعون عليه الثانى ومن ثم يكون الدفع بعدم قبول الطعن فى محله.

(جلسة ١٩٥٩/٦/٢٥ الطعن رقم ٢٢٨ لسنة ٢٤ق س١٠ ص٥٤٠)

(١) الوسيط ١ فقرة ٨٣ ص١٩٠ وهامش ١- عبد الحكيم فراج فقرة ٥٣- وقارن استئناف مختلط ٨ مايو سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص٢٩٧.

(1) إذا كانت الحراسة القضائية ليست بعقد وكالة لأن القضاء - لا اتفاق ذوى الشأن - هو الذى يفرضها فإن الحارس يصبح بمجرد تعيينه بحكم القانون نائبا إذ يعطيه القانون سلطة فى حفظ وإدارة الأموال الموضوعة تحت حراسته وردها لصاحب الشأن عند انتهاء الحراسة وتقديم حساب عن إدارته لها ونيابته هذه نيابة قانونية من حيث المصدر الذى يحدد نطاقها إذ ينوب عن صاحب الحق فى المال الموضوع تحت الحراسة وتثبت له هذه الصفة بمجرد صدور حكم الحراسة.

(جلسة ١٩٨١/٦/٢٥ الطعن رقم ١٣١٨ لسنة ٤٨ق س٣٢ ص١٩٥٢)

(2) الحارس القضائى - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - يستمد سلطته من الحكم الذى يقيمه وتثبت له صفته بمجرد صدور الحكم دون حاجة إلى أى إجراء آخر، ويكون هو صاحب الصفة فى الأعمال التى نيطت به وفى الدعاوى المتعلقة بها.

(جلسة ١٩٨١/٣/٣١ الطعن رقم ٦٥٣ لسنة ٤٧ق س٣٢ ص١٠٠٣)

(3) الحارس القضائى يصبح بمجرد تعيينه وبحكم القانون نائبا نيابة قضائية عن صاحب الحق فى المال موضوع الحراسة، إلا أن هذه النيابة قاصرة على ما يتعلق باعمال ادارة المال واعمال المحافظة عليه وما يندرج تحت ذلك من أعمال التصرف التى تدخل بطريق التبعية فى اعمال الادارة واعمال الحفظ.

(جلسة ١٩٨٦/١٢/٢٥ الطعن رقم ١٧٨٨ لسنة ٥٣ق)، (جلسة ١٩٨٤/١٢/١٧ الطعن رقم ٤٩٧ لسنة ٤٩ق س٣٥ ص١١٢٣) =

المال الموضوع تحت الحراسة(١). فإن كان معروفاً منذ البداية، كما لو وضعت الحراسة على أموال المدين، كان هذا المدين هو الأصيل وكان الحارس القضائى نائباً عنه. وإن لم يكن معروفاً منذ البداية، كما لو وضعت الحراسة على مال يتنازع شخصان ملكيته، كان الحارس القضائى نائباً عن أى من الشخصين يظهر بعد حسم النزاع أنه هو المالك للمال، فيكون نائباً عن شخص غير معين ولكنه قابل للتعيين(٢).

وتثبت للحارس القضائى صفته كنائب بمجرد صدور حكم الحراسة(1)، شأنه فى ذلك شأن الوصى والقيم وناظر الوقف وأمين التفليسة. وكل حكم يسبغ صفة على شخص يكون نافذاً فى إسباغ هذه الصفة على الشخص بمجرد صدوره، ولا يحتاج فى ذلك إلى إعلانه للمحكوم عليه(2). وإنما يحتاج الحكم إلى الإعلان والتكليف بالوفاء إذاألزم المحكوم عليه بأداء أمر معين، فيعلن المحكوم عليه بالحكم ويكلف بالوفاء ودياً حتى يتقى التنفيذ الجبرى وما يجره من متاعب ونفقات. أما أن تثبت للحارس صفته كنائب،

=(جلسة ١٩٨٣/٥/٢٢ الطعن رقم ١٦٥٣ لسنة ٤٨ق، (جلسة ١٩٨٢/١٢/١٢ الطعن رقم ٣٠ لسنة ٤١ق)

(جلسة ١٩٨١/٦/٢٠ الطعن رقم ١٣١٨ لسنة ٤٨ق س٣٢ ص١٩٥٢)

(١) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٩٧ ص٥٤٢- استئناف مختلط ٦ أبريل سنة ١٩١٦ م٢٨ ص٢٣٧- ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٩ م٣٢ ص٩٠- ١٣ أبريل سنة ١٩٢٦ م٣٨ ص٣٤٨- مصر الجزئية المختلطة أول فبراير سنة ١٩٣٨ جازيت ٣٠ رقم ٤٩ ص٥٦- وقارن استئناف مختلط ٣ مايو سنة ١٩٣٤ م٤٦ ص٢٧٧.

(٢) قارن عبد الحكيم فراج فقرة ٣٦٩ - محمد عبد اللطيف فقرة ٢٩٦- مصر مستعجل ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٤٧١ ص١٠٨٥ - ١٤ يونيه سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٣ رقم ٢٠٤ ص٤٨٧.

(1) يصبح الحارس القضائى نائباً عن أصحاب الحق فيما يتعلق بالمال الموضوع تحت الحراسة وتكون له مباشرة اجراءات التقاضى عنهم دون ما حاجة لذكر اسمائهم إذ يستمد سلطته من الحكم الذى يقيمه وتصبح له هذه الصفة فور صدور الحكم بتعيينه.

(جلسة ١٩٨٤/١/٢٢ الطعن رقم ١٦٣٨ لسنة ٤٩ق)

(جلسة ١٩٨٦/١٢/٢٥ الطعن رقم ١٧٨٨ لسنة ٥٣ق)

(2) الحارس القضائى - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - يستمد سلطته من الحكم الذى يقيمه وتثبت له صفته بمجرد صدور الحكم دون حاجة إلى أى اجراء، ويكون هو صاحب الصفة فى الأعمال التى نيطت به وفى الدعاوى المتعلقة بها.

(جلسة ١٩٨١/٣/٣١ الطعن رقم ٦٥٣ لسنة ٤٧ق س٣٢ ص١٠٠٣)

(جلسة ١٩٨٦/١٢/٢٥ الطعن رقم ١٧٨٨ لسنة ٥٣ق)

فذلك ما لا يحتاج إلى أداء أمر معين يحتمل التنفيذ الجبرى، ومن ثم تنتفى حكمة الإعلان والتكليف بالوفاء. فإن اشتمل حكم الحراسة على أداء أمر معين، كتسليم الأموال الموضوعة تحت الحراسة، فإنه يجب عند ذلك إعلانه للمحكوم عليه وتكليف هذا بتسليم الأموال للحارس(١). لكن إذا اقتصر الأمر على ثبوت صفة النيابة، كما إذا أراد الحارس مقاضاة المستأجر للعين الموضوعة تحت الحراسة بصفته حارساً، فالنيابة ثابتة بمجرد صدور حكم الحراسة كما قدمنا، وللحارس أن يقاضى المستأجر بمجرد صدور هذا الحكم وقبل إعلانه، ولا تدفع دعواه ضد المستأجر بعدم القبول بزعم أنها مرفوعة من غير ذى صفة(٢).

---

(١) عبد الحكيم فراج فقرة ٣٥١- فقرة ٣٥٢- محمد على رشدى فقرة ٢٧٠ ص٣٧٢- محمد على راتب فقرة ٣٣٢ وفقرة ٣٣٩- محمد عبد اللطيف فقرة ٢٩٧.

(٢) مصر الكلية ١٢ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٥ رقم ١٦٤ ص٣٦٣- مصر مستعجل ١١ سبتمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٢٧٧ ص٦٤٣ - وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن الحارس القضائى يستمد سلطته من الحكم الذى يقيمه، وتثبت له صفته بمجرد صدور الحكم دون حاجة إلى أى إجراء آخر. وإذن فللحارس بمجرد صدور الحكم بإقامته أن يقاضى عن العين الموضوعة تحت حراسته، ولو لم يكن حكم الحراسة قد أعلن قبل رفع الدعوى. وإذ كان القانون لا يوجب إعلان الأحكام إلا توسلا للتنفيذ الجبرى، فلا يكون إعلان حكم الحراسة إلى المحكوم عليه واجباً إلا إذا أريد تنفيذه بتسلم الأعيان محل الحراسة (نقض مدنى ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠٤ ص٦٠٧). وانظر أيضاً نقض مدنى ١٩ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٥ ص٧٢١ (وقد قضى بأنه يترتب على مجرد صدور حكم فى مواجهة الناظر بإقامة حارس على نصيبه فى الوقف أن تغل يده عن إدارة هذا النصيب دون حاجة إلى أى إجراء آخر)- ويقول حكم محكمة النقض الأول فى الرد على القول بأن الحراسة القضائية وديعة فلا تنفذ قانوناً فى عهد التقنين المدنى القديم إلا بتسليم الأعيان موضوع الحراسة: إن الحراسة القضائية، وإن كانت تشبه الوديعة فى بعض صورها فى حالة وقوع الحراسة على منقول فقط، فإن هذا لا يجعلها وديعة فى طبيعتها ولا فى كل أحكامها: مجموعة عمر ٥ ص٦١٠. وقضت محكمة استئناف مصر بأن حكم الحراسة مصدر من مصادر إنشاء النيابة القضائية، مثل الوصاية والقوامة ونظارة الوقف والوكالة عن الدائنين وغير ذلك. وكلها صفات تلحق بصاحبها كأثر من آثار الحكم أو القرار المنشئ لها، وهو أثر حكمى ليس فى طبيعته ما يستلزم التنفيذ الجبرى الذى نظم إجراءاته قانون المرافعات (القديم) فى الباب التاسع منه، ذلك التنفيذ الذى يتضمن إكراه المدين على أداء أمر معين كعمل أو دين. والحكمة فى اشتراط سبق إعلان الحكم والتنبيه على المدين بالوفاء قبل الشروع فى التنفيذ الجبرى عملا بنص المادتين ١١٢ و٣٨٤ مرافعات (قديم) هى تمكين المطلوب التنفيذ ضده من الوفاء ودياً بما هو مطلوب منه حتى يوقى نفسه متاعب ونفقات التنفيذ الجبرى. وليس فى الحكم بتنصيب الحارس ومنحه هذه الصفة- ليس فى ذلك وحده إلزام المحكوم عليه بأداء أمر معين يمكن أن يفى به ودياً قبل التنفيذ به عليه جبراً، ومن ثم تنتفى حكمة الإعلان والتنبيه فى هذه الحالة. فإن اشتمل حكم الحراسة على قضاء بإلزام المحكوم عليه بشئ معين كالتسليم مثلا، وجب إعلان المحكوم عليه قبل التنفيذ بذلك. فالمعين حارساً من المحكمة تثبت له هذه الصفة من يوم صدور الحكم بتعيينه حارساً، وتكون الدعوى المرفوعة منه =

٤٥٢ – ما يترتب على أن الحارس القضائى نائب عن صاحب الحق فى المال الموضوع تحت الحراسة: سنرى فيما يلى أن العلاقة بين النائب والأصيل تتكشف عن التزامات فى جانب الحارس القضائى وعن حقوق له نبحثها تفصيلا فى مكانها. ويبقى أن نبحث هنا فى إيجاز علاقة الحارس القضائى بالغير الذى يتعاقد معه، وعلاقة الأصيل بهذا الغير. وفى كلتا العلاقتين يجب تطبيق أحكام النيابة، كما طبقناها عندما يعمل الوكيل باسم الموكل(١). وقد قدمنا عند الكلام فى الوكالة أن التصرف القانونى الذى يجريه النائب يقوم على إرادة النائب وحدها، لا إرادة الأصيل ولا الإرادة المشتركة لكل من النائب والأصيل. وتقضى أحكام النيابة كذلك بأن ينصرف أثر التصرف الذى يجريه النائب إلى شخص الأصيل لا إلى الشخص النائب.

وعلى ذلك يقوم التصرف الذى يجريه الحارس القضائى على إرادته هو، لا على إرادة الأصيل صاحب الحق فى المال الموضوع تحت الحراسة. ويترتب على ذلك أن تكون إرادته خالية من العيوب، وإلا كان العقد الذى يبرمه مع الغير قابلا للإبطال. ويكون شخص الحارس القضائى هو أيضاً محل الاعتبار فى أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتما، كحسن النية وسوء النية وكالعلم أو الجهل بظروف معينة متصلة بالتعاقد(٢).

وعلى ذلك أيضاً لا ينصرف أثر التصرف الذى يجريه الحارس القضائى إلى شخصه، بل ينصرف إلى شخص الأصيل صاحب الحق فى المال الموضوع تحت الحراسة(٣). ولا يكون الحارس مسئولا قبل الغير إلا إذا ارتكب خطأ يستوجب مسئوليته، كما إذا جاوز حدود السلطة المخولة له فى الحراسة، فيرجع عليه الغير بالتعويض إذا كان يجهل مجاوزة الحارس لحدود سلطته وكان معذوراً فى هذا الجهل(٤).

=من ذى صفة ومقبولة، ولو لم يسبقها إعلان حكم الحراسة (استئناف مصر ٤٦ ف مختلط المجموعة الرسمية ٤٨ ص٢٦٧).

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٠٠ وما بعدها.

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٠١.

(٣) انظر آنفاً فقرة ٣٠٢.

(٤) انظر آنفاً فقرة ٣٠٣– عبدالف مختلط ١٣ أبريل سنة ١٩٢٦ م٣٨ ص٣٤٨– ١٧ يناير سنة ٦ أبريل سنة ١٩١٦ م٢٨ ص ٢٠٠ ومن يتعامل مع الحارس يجب عليه أن يتحرى عن حدود نيابته، فإذا ارتكب خطأ خارج حدود نيابته، فإنه يكون هو وحده المسئول، =

وعلى ذلك أخيراً لا ينصرف أثر التصرف الذى يجريه الحارس إلى صاحب الحق فى المال الموضوع تحت الحراسة إذا خرج هذا التصرف عن حدود نيابته، كأن خرج عن حدود أعمال الحفظ والإدارة المخولة له بموجب القانون أو بموجب حكم الحراسة، وتصرف مثلا بالبيع فى المال الموضوع تحت حراسته(1)، أو أجر المال بالممارسة وكان حكم الحراسة

=كما لو باع محصول المستأجر دون وجه حق (استئناف مختلط أول ديسمبر سنة ١٩٢٧ م٤٠ ص٥٩- ٢٠ مارس سنة ١٩٣٤ م٤٦ ص٢١٦).

ومن جهة أخرى يكون الحارس مسئولا نحو الغير عن المال فى حراسته مسئولية الحارس عن الأشياء (نقض فرنسى ٥ مارس سنة ١٩٥٣ داللوز ١٩٥٣- ٤٧٣- باريس ٢٨ يوليه سنة ١٨٩٩ داللوز ١٩٠١-٢- ١٧). يكون كذلك مسئولا نحو الغير إذا ستر عنه صفته كحارس وأوهمه أنه هو المالك (استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م٩ ص٩١)- ولكنه لا يكون مسئولا إذا آجر الأعيان دون أن يعلم أنها أوجرت قبل ذلك (استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٠١ م١٣ ص١٠٠).

(1) أ- الحراسة القضائية اجراء تحفظى والحكم الصادر فيها ليس قضاء باجراء يحتمل التنفيذ المادى فى ذاته وانما هو تقرير يتوافر به صفة قانونية للحارس لأداء المهمة التى تناط به فى الحد الذى نص عليه الحكم، وابراز هذه الصفة ووضعها موضع التنفيذ بالنسبة للعقار ليس إلا عملا حكميا ليس له كيان مادى، فلا يجوز للحارس انتزاع الأعيان الموضوعة تحت الحراسة والتى يضع اليد عليها الشريك على الشيوع بسند قانونى من قبل فرض الحراسة، كما أن الحراسة لا تؤثر فى حق هذا الشريك فى التصرف أو الانتفاع بهذه الحصة فيما لا يتعارض مع سلطة الحارس.

-لسة ١٩٨٨/٥/٨ الطعن رقم ١٠٤١ لسنة ٥١ق)

-١٩٥٢/١٠/ بالنسبة الطعن رقم ٢١٥ لسنة ٢١ق مجموعة الربع قرن جـ١ ص١ ص٥٢٠)

من المصلحة المادة ١٠٥ من القانون المدنى أن ما يبرمه النائب فى حدود نيابته ينصرف إلى تركات إلى كل من دون مخالفة عند حد الغش فإذا تواطأ الحارس مع الغير للإضرار بحقوق صاحب أوجب الشرع على المصلحة اتخاذها لسنة ٥٣ق)

عناصرها وتقدير أموالها فى مواجهة كل من دفع الضريبة هى من القواعد القانونية الآمرة المتعلقة القضائى على التركة هو - على سلف بيانه - لا صفة له التزام المصلحة باعلان النموذج ٨ عديم الأثر فى هذا الشأن، ولا يملك الحارس القضائى التنازل عن الاجراءات الأساسية التى بالنظام العام على نحو ما سلف، ومن ثم فإن القول بصدور هذا التنازل ضمنيا والى الحارس فيه، يكون غير منتج.

(جلسة ١٩٨٤/١٢/١٧ الطعن رقم ٤٩٧ لسنة ٤٩ق س٣٥ ص٢١٢٣)

حصر التركة وجرد

يكون

=

يلزمه بأن يؤجر بالمزاد، أو أبرم عقداً بعد انتهاء الحراسة أو بعد صدور حكم القضاء بعزله[1]. وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يجوز الاحتجاج على المالك بعقد الإيجار إذا كان قد صدر باطلا ممن لا حق له فى التأجير أو ممن جاوز حدود حقه فى الإدارة، كالحارس القضائى الذى يخرج على قواعد التأجير الصالح النافع للمصلحة المشتركة[2]. وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بعدم سريان عقد الإيجار الذى أبرمه الحارس لمدة تزيد على ثلاث سنوات، مجاوزاً حدود نيابته بعدم حصوله على ترخيص من المحكمة يجيز له تأجير أعيان الوقف لمدة تزيد على ثلاث سنوات[3](1). على أنه إذا أقر الأصيل الأعمال التى جاوز فيها الحارس حدود سلطته، تقيد بها وأصبحت ملزمة له[4].

=د- أعمال التصرف وما فى حكمها التى تعلو على مستوى أعمال الحفظ والإدارة لتعلقها بأصل تلك الأموال ومقوماتها، أو لما يترتب عليها من اخراج جزء من المال أو انشاء أى حق عينى عليه فلا يكون للحارس صفة فى مباشرتها أو فى رفع الدعاوى منه أو عليه بشأنها، بل تظل لذوى الشأن وحدهم أهليتهم كاملة فى القيام بها ما لم يتفقوا على غير ذلك أو يصدر به ترخيص من القضاء، لما كان ذلك وكانت اجراءات ربط الضريبة التى تستحق على التركة ورسم الأيلولة الذى يستحق على أنصبة الورثة والمنازعة فيها هى من الأعمال التى تعلو على مستوى أعمال الحفظ والإدارة لتعلقها بعناصر التركة ومقوماتها وتقدير أصولها وخصومها وتحديد صافيها قبل أيلولتها إلى الورثة فانه لا تكون للحارس القضائى على التركة صفة فى تمثيل الورثة فى تلك الاجراءات.

(جلسة ١٩٨٤/١٢/١٧ الطعن رقم ٤٩٧ لسنة ٤٩ق س٣٥ ص١١٢٣)

هـ- النص فى المادة ١٠٨ من القانون المدنى على أنه «لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء كان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصيل» والمادة ٧٠٦ على أنه «ليس للوكيل أن يستعمل مال الموكل لصالح نفسه» مؤداه، منع الحارس قانونا من استغلال أموال الحراسة بتأجيرها لنفسه.

(جلسة ١٩٨١/٥/٩ الطعن رقم ٩٥٠ لسنة ٤٦ق س٣٢ ص١٤٠٧)

(١) نقض مدنى ١٠ فبراير سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ٩٨ ص٢٥٧- وفى الحراسة الاتفاقية قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت ورقة الاتفاق التى بمقتضاها عين ثلاثة أشخاص حراساً على أعيان وقف قد حظرت عليهم أن ينفرد أيهم بأى عمل وإلا كان باطلا، ثم أجر أحدهم وحده، هذه الأرض، فإن الوقف لا يتحمل نتيجة عمل هذا الحارس ولو كان المستأجر حسن النية (نقض مدنى ١٤ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٦٢ ص١١٠٩).

(٢) استئناف مختلط ٦ يونيه سنة ١٩٣١ م٤٣ ص٤٣٩.

(٣) استئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٤ م٣٧ ص٢٢- عبد الحكيم فراج فقرة ٣٩٢- فقرة ٣٩٥.

(1) أ- النص فى المادة ٧٣٣ من القانون المدنى على أن الحكم القاضى بالحراسة هو الذى يحدد ما على الحراسة من التزامات وما لها من حقوق وسلطة وإلا تطبق أحكام الوديعة والوكالة. وكانت المادة ٧٠١ قد نصت على أن «الوكالة الواردة فى الفاظ عامة لا تخول الوكيل صفه إلا فى أعمال =

٤٥٣- تنحى الحارس القضائي عن الحراسة: إذا وجد عند الحارس القضائى أسباب تجعل مضيه فى الحراسة متعذراً، كأن مرض أو اضطر إلى السفر أو عجز عن العمل أو قامت صعوبات أمامه من الخصوم المتنازعين فى سبيل تنفيذ حكم الحراسة على الوجه الصحيح أو ضاق وقته عن القيام بأعمال الحراسة، جاز أن يطلب إعفاءه من مهمته. ويرفع الطلب إلى المحكمة التى عينته ولو كانت محكمة ثانى درجة، كما يجوز أن يرفع الطلب إلى القضاء المستعجل ولو لم يكن هذا القضاء هو الذى عينه وذلك عند الاستعجال(١).

وتقدر المحكمة أسباب التنحي، فإن رأتها وجيهة أعفت الحارس من الحراسة وعينت آخر مكانه، وإلا رفضت التنحى وألزمت الحارس بالبقاء فى الحراسة التى سبق أن قبلها(٢).

٤٥٤- طلب عزل الحارس القضائى واستبدال آخر به: وقد توجه إلى الحارس مطاعن تستوجب عزله، كما إذا قام الدليل على أنه ينحاز لبعض الخصوم المتنازعين، أو يهمل إدارة الأعيان إهمالا يضر بأصحابها، أو يهمل حفظها بما يجعلها عرضة للتلف أو الهلاك

=الإدارة ويعد من أعمال الادارة الايجار إذا لم تزد مدته على ثلاث سوات..» كما نصت المادة ٥٥٩ على أنه «لا يجوز لمن يملك إلا حق الادارة أن يعقد ايجار تزيد مدته على ثلاث سنوات إلا بترخيص من السلطة المختصة..» ونصت المادة ٧٣٥ على أنه «لا يجوز للحارس فى غير أعمال الادارة أن يتصرف إلا برضاء ذوى الشأن جميعا أو بترخيص من القضاء، يدل على أن نيابة الحارس تتحدد بما ينص عليه القانون من أحكام فى هذا الصدد وأن سلطة الحارس تضيق أو تتسع بالقدر الذى يحدده الحكم القاضى بتعيينه وأنه إذا جاوز الحارس هذا النطاق المحدد فى الحكم أو القانون فإنه يكون قد خرج عن حدود نيابته.

(جلسة ١٩٨١/٥/٩ الطعن رقم ٩٥٠ لسنة ٤٦ق س٣٢ ص١٤٠٧)

ب- الحارس القضائى باعتباره وكيلا عن ملاكها يعد مسئولا فى ماله الخاص عما ينشأ عن تقصيره فى إدارتها يسيرا كان هذا التقصير أو جسيما تبعا لما إذا كانت الحراسة بأجر أو بغير أجر، وإذا كان تنازل الحارس عن وضع يده على الأرض الخاضعة للحراسة أو عن غلتها دون صدور حكم قضائى فى مواجهته أو أذن كتابى من ملاكها يعتبر خروجا عن حدود سلطته كحارس فإنه يكون مسئولا عن تعويض ما ينشأ عن ذلك من ضرر لهم.

(جلسة ١٩٨١/٣/١٩ الطعن رقم ٦٤٨ لسنة ٥٠ق س٣٢ ص٨٨٤)

(١) استئناف مختلط ١٥ مارس سنة ١٩١١ م٢٣ ص٢١٦- ١٢ مارس سنة ١٩١٢ م٢٤ ص١٨٣- ١٠ نوفمبر سنة ١٩٢٦ م٣٩ ص٨- مصر مستعجل ٣١ يناير سنة ١٩٣٥ الجريدة القضائية ٦ عدد ٣٠ ص١٠.

(٢) انظر فى هذه المسألة عبد الحكيم فراج فقرة ٤٢٢- محمد على راتب فقرة ٣٥٦- محمد عبد اللطيف فقرة ٣٤٦- وقد قضى بأن الحارس لا يمكنه أن يتخلى عن حراسته بمجرد إرادته، ولا يقبل منه التخلى إذا اتضح أن هذا يلحق ضررا بالمتخاصمين (كفر الزيات ٦ يناير سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٦٩ ص٤٧).

أو الضياع، أو يتصرف فى الريع تصرفاً غير أمين، أو يبدد هذا الريع أو يبدد الأموال الموضوعة تحت حراسته[١]. بل يجوز طلب استبدال حارس تتوافر فيه الصفات المطلوبة ويقبل الحراسة دون أجر بالحارس الذى سبق تعيينه بأجر ولو لم توجه إلى هذا الأخير أية مطاعن تستوجب عزله، ويكون إحلال حارس بغير أجر محل حارس بأجر سبباً كافياً لجواز الاستبدال[٢].

وترفع دعوى عزل الحارس واستبدال غيره به أمام القضاء المستعجل عند الاستعجال. ويجوز رفعها أيضاً أمام المحكمة التى عينت الحارس، إلا إذا كان الحارس قد عين من محكمة ثانى درجة فيتعين رفع الدعوى فى هذه الحالة أمام محكمة أول درجة[٣]. وهذا بخلاف تنحى الحارس، فقد تقدم أنه يجوز رفع طلب التنحى إلى المحكمة التى عينت الحارس ولو كانت محكمة ثانى درجة لأن التنحى ليس خصومة تقتضى أن تنظر أمام درجتين[٤]. ويجوز رفع دعوى العزل والاستبدال من أى شخص له مصلحة فيها ولو لم يكن نفس الشخص الذى طلب تعيين الحارس[٥]، كما يجوز أن يتدخل فى الدعوى كخصم ثالث كل من له مصلحة فى طلب عزل الحارس، أما من ليست له مصلحة فليس له التدخل[٦]. وترفع الدعوى فى مواجهة الخصوم فى دعوى الحراسة[٧] وفى مواجهة الحارس المطلوب عزله. ويجوز فى حالة الاستعجال الشديد رفع طلب العزل والاستبدال

---

(١) استئناف وطنى ١٠ يونيه سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص٢٣٢- أو يبطئ فى أعمال إدارته أو فى تقديم الحساب أو يعرقل أعمال الخبير (استئناف مختلط ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٨ م٥٠ ص١٤٢)- أو تنزع ملكيته من بعض أمواله ويقف موقف المعسر (مصر الكلية ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٩ رقم ٢٩٦ ص٧٢٣)- أو يرسى المزاد على أخيه وينفق مصروفات مغالى فيها (استئناف مختلط ١٦ يونيه سنة ١٩٠٤ م١٦ ص٣٣٦)- أو يختلف الحراس المتعددون على الإدارة (استئناف مختلط ١٥ مارس سنة ١٩١١ م٢٣ ص٢١٦).

(٢) استئناف مختلط ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م٤٦ ص٥٥- مصر مستعجل ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ١٨٢ ص٤٨١- محمد على عرفة ص٥٥٥.

(٣) استئناف مختلط ١٩ يونيه سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص٣٨٣.

(٤) محمد على راتب فقرة ٣٥٧ ص٩٠٠ هامش٣.

(٥) استئناف مختلط ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٦ م٤٨ ص١٦٨.

(٦) محمد على راتب فقرة ٣٥٧ ص٩٠٢ هامش ١ ويشير إلى إسكندرية مستعجل ٢٣ فبراير سنة ١٩٥٤ قضية رقم ١٥٩٠ سنة ١٩٥٣.

(٧) استئناف مختلط أول مايو سنة ١٩٠٢ م١٤ ص٢٧٣- ١٥ مايو سنة ١٩١٨ م٣٠ ص٤٣٠- المنيا الجزئية ٩ مارس سنة ١٩٤١ المحاماة ٢١ ص١٠٩٥.

بعريضة تقدم إلى قاضى الأمور الوقتية، ويصدر هذا أمراً على العريضة بعزل الحارس وبتعيين حارس آخر مكانه(١).

وتفحص المحكمة – القضاء المستعجل(٢) أو المحكمة التى عينت الحارس – ظاهر المستندات، فإذا تبينت جدية المطاعن التى وجهت إلى الحارس، قضت بعزله واستبدال آخر به(٣)، أو قضت بإقامة حارس آخر معه إذا رأت فى هذا الإجراء ما يكفى وأن فيه مصلحة لطرفى الخصومة. ويجوز فى هذه الحالة للحارس المعزول استئناف الحكم بعزله، ولو لم يتعرض هذا الحكم للاتهامات المسندة إليه ما دام أنه لم ينفها عنه(٤). أما إذا رأت المحكمة أن المطاعن غير جدية، أو أنها ليست من الخطورة بحيث تستدعى عزل الحارس كأن نسب إليه أنه تأخر فى تقديم كشوف الحساب أو فصل أحد العمال بغير حق أو رفض إعطاء عامل شهادة بإخلاء الطرف عند فصله(٥)، أو أن ظاهر المستندات لا يكفى فى ترجيح إحدى وجهتى النظر على الأخرى وأن الأمر يحتاج إلى فحص موضوعى كالتحقيق أو ندب خبير أو توجيه اليمين أو تطبيق المستندات على الطبيعة، فإنها تقضى فى جميع هذه

---

(١) بودرى وفال فقرة ١٢٨٧– بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٩٥ ص٥٣٩– محمد على راتب فقرة ٣٥٧ ص٩٠١.

(٢) وقد قضى بأن قاضى الأمور المستعجلة مختص فى حالة الاستعجال بنظر دعوى إقالة الحارس من الحراسة، ولو كانت دعوى الموضوع التى ترتب عليها تعيين الحارس منظورة أمام محكمة الاستئناف (كفر الزيات ٦ يناير سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٦٩ ص٤٧)– وانظر استئناف مختلط ١٢ مارس سنة ١٩١٢ م٢٤ ص١٨٣– ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٣ م٣٥ ص٢٥٧– ١٠ نوفمبر سنة ١٩٢٦ م٣٩ ص٨.

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الواقع هو أن الطاعنين الثلاثة الأولين أقاموا الدعوى بطلب عزل المطعون عليه من الحراسة على السيارة موضوع النزاع، تأسيساً على أنه خالف الحكم القاضى بتعيينه إذ انفرد بقبض بعض مبالغ عن إيراد السيارة واستباحها لنفسه، وكان الحكم المطعون فيه، إذ استبعد البحث فى الأوراق المقدمة من المطعون عليه والتى طعن أحد هؤلاء الطاعنين فيها بالتزوير، قرر أن الدعوى خلو من الدليل المثبت لها، مع أنه باستبعاد هذه الأوراق يبقى فى الدعوى ما يؤسسها عليها الطاعنون من أن المطعون عليه قبض مبالغ من الشركة المستغلة للسيارة ولم يوزعها على أصحاب الحق فيها، مستدلين على ذلك بالكشف الصادر من هذه الشركة، وهو ما أخذ به الحكم الابتدائى وخلا الحكم المطعون فيه من التحدث عنه، فإن هذا الحكم يكون قاصراً قصوراً يستوجب نقضه، إذ هو اطرح الدليل الذى اعتمد عليه الطاعنون دون أن يبين سبب هذا الاطراح مع لزوم هذا البيان (نقض مدنى ٧ يونيه سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥٣ ص٩٨٤).

(٤) نقض مدنى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٢٥ ص١٦١٢– استئناف مختلط ١٥ مايو سنة ١٩١٨ م٣٠ ص٤٣٠.

(٥) استئناف مختلط ١٨ يناير سنة ١٩١٧ م٢٩ ص١٦٧.

الأحوال بعدم الاختصاص لانعدام عنصر الاستعجال. ومن ثم يبقى الحارس، وعليه أن يؤدى حساباً لذوى الشأن، ولهم مقاضاته أمام محكمة الموضوع المختصة بنظر الحساب، وهذه المحكمة هى التى تقوم بالفحص الموضوعى من تحقيق وتعيين خبير وما إلى ذلك(١).

وبمجرد صدور الحكم بعزل الحارس، يفقد صفته دون حاجة لإعلانه بهذا الحكم، كما كسب صفته بمجرد صدور الحكم بتعيينه. وجميع التصرفات التى يجريها بعد صدور الحكم بعزله تعتبر صادرة خارج حدود نيابته.

---

(١) محمد على راتب فقرة ٣٥٧ ص٨٩٩- ص٩٠٠- محمد عبد اللطيف فقرة ٣٣٧- فقرة ٣٣٩- ولا يكفى توجيه مطاعن غامضة غير محددة على إدارة الحارس (استئناف مختلط ٢٩ مايو سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص٣٤٥).

الفصل الثانى

آثار الحراسة

(التزامات الحارس وحقوقه)

٤٥٥- نص قانونى- بيان التزامات الحارس وحقوقه: تنص المادة ٧٣٣ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«يحدد الاتفاق أو الحكم القاضى بالحراسة ما على الحارس من التزامات وما له من حقوق وسلطة، وإلا فتطبق أحكام الوديعة وأحكام الوكالة بالقدر الذى لا تتعارض فيه مع الأحكام الآتية»(١).

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى القديم، ولكن هذه الأحكام كان معمولا بها دون نص.

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ٦٩٩- وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٧٣٣- ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى العراقى - ويقابل فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣/٧٢٠(٢).

ويخلص من هذا النص أنه إذا كانت الحراسة اتفاقية، فإن عقد الحراسة يبين سلطة الحارس وما عليه من التزامات وما له من حقوق. أما إذا كانت الحراسة قضائية، فإن الحكم القاضى بالحراسة هو الذى يبين ذلك. وقد ينص، فى منطوقه أو فى أسبابه، على تضييق

---

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ١٠١٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٧٦٥ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٦٤، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٣٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٨٨- ص٢٨٩).

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدنى السورى م٦٩٩ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م٧٣٣ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى: لا يشتمل على نصوص فى الحراسة.

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٣/٧٢٠: إن حقوق الحارس وموجباته تحدد فى قرار المحكمة القاضى بتعيينه، وإلا فهى تخضع للقواعد المختصة بالحارس الاتفاقى. (وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى).

سلطة الحارس، كأن ينص على حق الحارس فى زراعة الأطيان الموضوعة تحت الحراسة أو فى تأجيرها بالمزاد العلنى، فلا يجوز تأجيرها بالممارسة[١]، أو فى التأجير مدة لا تزيد على سنة بدلاً من ثلاث سنوات، أو ينص الحكم على عمل الجرد بشكل معين أو بحضور أشخاص معينين، أو على منع الحارس من بعض أعمال الإدارة بالذات، أو على ضم حارس آخر إليه بحيث لا يجوز لأيهما الانفراد بالعمل[٢]. وقد ينص الحكم على توسيع سلطة الحارس، كأن يجيز له التأجير لمدة تزيد على ثلاث سنوات، أو الانفراد بالعمل مع وجود حارس منضم، أو الإعفاء من التقدم بحساب سنوى والاكتفاء بحساب عند انتهاء الحراسة، أو القيام ببعض أعمال التصرف كإجراء تحسينات فى الأعيان أو بيع ما يكون معرضاً للتلف أو ما يتكلف حفظه نفقات جسيمة[٣]. ويجب فى جميع الأحوال أن يلتزم الحكم، فى بيان سلطة الحارس، حدود الإجراءات التحفظية المؤقتة دون مساس بموضوع الحق[٤].

فإذا خلا الاتفاق أو الحكم من بيان سلطة الحارس وما عليه من التزامات وما له من حقوق، فإن القانون قد تكفل ببيان ذلك. والأصل هو تطبيق أحكام الوديعة وأحكام الوكالة، مع عدم الإخلال بالأحكام التى أوردها فى نصوص سيأتى ذكرها(1).

---

(١) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٦ م١٩ ص٤٥.

(٢) محمد على راتب فقرة ٣٤٦ ص٨٨١.

(٣) كذلك يجوز للمحكمة تعديل مأمورية الحارس القضائى إذا تغيرت وقائع الدعوى أو حصل تعديل فى مركز الخصوم القانونى. فإذا كان حكم الحراسة قد قضى بإلزام الحارس بإيداع صافى ريع الأموال الموضوعة تحت الحراسة خزانة المحكمة لوجود نقود فى الشركة تكفى لوفاء دين البنك، ثم شرع البنك فى نزع ملكية الأطيان المرهونة، جاز تعديل مأمورية الحارس والترخيص له فى وفاء الدين من الريع بدلا من إيداع الريع خزانة المحكمة (محمد على راتب فقرة ٣٥٨). وقضى بأنه يجوز مد الحراسة إلى الزراعة المحجوز عليها والقائمة على الأرض الموضوعة تحت الحراسة، وذلك لجمعها وبيعها (استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٢٥٠).

وانظر فى هذه المسألة حمد على راتب فقرة ٣٥٨.

(٤) عبد الحكيم فراج فقرة ٣٧٦.

(1) النص فى المادة ٧٣٣ من القانون المدنى على أن الحكم القاضى بالحراسة هو الذى يحدد ما على الحارس من التزامات وما له من حقوق وسلطة وإلا تطبق أحكام الوديعة والوكالة، وكانت المادة ٧٠١ قد نصت على أن «الوكالة الواردة فى ألفاظ عامة... لا تخول الوكيل صفه إلا فى اعمال الادارة ويعد من اعمال الادارة الايجار إذا لم تزد مدته على ثلاث سنوات... كما نصت المادة ٥٥٩ على أنه «لا يجوز لمن لا يملك حق الإدارة أن يعقد ايجار لا تزيد مدته على ثلاث سنوات إلا بترخيص من السلطة المختصة...» ونصت المادة ١/٣٥ على أنه «لا يجوز للحارس فى غير أعمال الادارة أن يتصرف إلا برضاء ذوى الشأن جميعا أو بترخيص من القضاء، يدل على أن نيابة الحارس تتحدد بما ينص عليه القانون من احكام فى هذا الصدد، وأن سلطة الحارس تضيق أو تتسع بالقدر الذى يحدد الحكم=

ويمكن أن يستخلص من هذه النصوص ومن أحكام الوديعة والوكالة أن الحارس يلتزم بما يلتزم به المودع عنده وبما يلتزم به الوكيل، وهذه الالتزامات هى التى تحدد فى الوقت ذاته سلطته. وللحارس حقوق المودع عنده وحقوق الوكيل.

ولما كانت التزامات المودَع عنده هى تسلم الشئ والمحافظة عليه ورده، وكانت التزامات الوكيل تنفيذ الوكالة (وتنفيذ الوكالة فى الحراسة هو إدارة الأموال) وتقديم حساب عنها ورد ما يكون للموكل عند الوكيل، فإنه يخلص من إدماج هذه الالتزامات بعضها ببعض أن الحارس، قضائياً كان أو اتفاقياً، يلتزم بما يأتى: (١) تسلم المال والمحافظة عليه. (٢) إدارة المال. (٣) تقديم الحساب. (٤) رد المال(١).

ولما كانت حقوق المودَع عنده هى تقاضى الأجر واسترداد المصروفات والتعويض، وكانت حقوق الوكيل هى نفس حقوق المودَع عنده، فإنه يخلص من ذلك أن حقوق الحارس، قضائياً كان أو اتفاقيا، هى: (١) تقاضى الأجر. (٢) استرداد المصروفات والتعويض(٢).

فنبحث: (أولا) التزامات الحارس. (ثانيا) حقوق الحارس(٣).

=القاضى بتعيينه وأنه إذا جاوز الحارس هذا النطاق المحدد فى الحكم أو فى القانون فإنه يكون قد خرج عن حدود ولايته.

(جلسة ١٩٨١/٥/٩ الطعن رقم ٩٥٠ لسنة ٤٦ق س٣٢ ص١٤٠٧)

(١) ويقوم التضامن فيما بين الحراس المتعددين فى هذه الالتزامات، فى الحدود التى يقوم فيما بين الوكلاء المتعددين (انظر آنفاً فقرة ٢٦٠)، إذ أن أحكام الوكالة تسرى على الحراسة فيما لا تتعارض فيه مع نص خاص.

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «يحدد الاتفاق أو الحكم القاضى بالحراسة التزامات الحارس وحقوقه. فإذا لم يحدد شئ من ذلك، تسرى فى شأنه أحكام المواد. ١٠٢٠ إلى ١٠٢٤. وتكمل أحكام هذه المواد بأحكام الوديعة وأحكام الوكالة بالقدر الذى يتفق مع طبيعة الحراس، لأن الحارس منوط به حفظ الشئ كالوديع، وإدارته كالوكيل» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٨٨).

ويقوم التضامن فيما بين طرفى الخصومة نحو الحارس كما سنرى (انظر ما يلى فقرة ٤٧٩).

(٣) والذى يطالب الحارس بالتزاماته ويطالبه الحارس بحقوقه هو صاحب المال الموضوع تحت الحراسة، أو من يظهر أنه صاحب المال بعد حسم النزاع، ويكون ذلك عادة بعد انتهاء الحراسة ورجوع المال لصاحبه.

الفرع الأول
التزامات الحارس
المبحث الأول
تسلم المال والمحافظة عليه

٤٥٦ – نص قانونى: تنص المادة ٧٣٤ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«١ – يلتزم الحارس بالمحافظة على الأموال المعهودة إليه حراستها. وبإدارة هذه الأموال. ويجب أن يبذل فى كل ذلك عناية الرجل المعتاد».

«٢ – ولا يجوز له، بطريق مباشر أو غير مباشر، أن يحل محله فى أداء مهمته كلها أو بعضها أحد ذوى الشأن، دون رضاء الآخرين»(١). ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى القديم، ولكن هذه الأحكام كان معمولا بها دون نص.

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ٧٠٠– وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٧٣٤– ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى العراقى– ويقابل فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ١/٧٢٢ والمادة ٧٢٦(٢).

٤٥٧ – التزامات الحارس بتسلم المال: يبدأ الحارس بتسلم المال الموضوع تحت الحراسة، ويتسلمه من يد حائزه. وكما أن التسلم التزام فى جانب الحارس، هو أيضاً حق

---

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص فى المادة ١٠٢٠ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. وفى لجنة المراجعة أدخلت عليها تعديلات لفظية طفيفة فأصبح مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، وصار رقمه ٧٦٦ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٦٥، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٣٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٨٩– ص٢٩١).

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدنى السورى م٧٠٠ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م٧٣٤ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى: لا يشتمل على نصوص فى الحراسة.

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م١/٧٢٢: يقوم الحارس بحفظ الشئ وبإدارة شئونه.

م٧٢٦: إذا نيطت الحراسة بعدة أشخاص، فالتضامن يوجد حتما بينهم طبقاً للقواعد المختصة بالوكالة.

(وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى).

يستطيع أن يتقاضاه عند الحاجة بطريق التنفيذ الجبرى، إذا كانت الحراسة قضائية، بموجب حكم الحراسة بعد إعلان الحكم للحائز وتكليفه بالتسليم[1].

ويقوم بجرد المال عند تسلمه، أو يراجع محضر الجرد الذى يكون قد حرر من قبل[2]. ويثبت فى المحضر المال الذى نص الحكم على فرض الحراسة عليه وتوابعه على النحو الذى بيناه فيما تقدم[3](1).

وقد يكون التسلم حكمياً بأن يكون المال موجوداً فى يد الحارس من قبل، كما إذا كان أحد الخصمين هو الذى عين حارساً وكان المال فى يده، فيبقى المال فى يده ولكن على سبيل الحراسة.

ولما كانت الحراسة لا تنقل ملكية المال إلى الحارس، بل يبقى المال ملكاً لصاحبه أو لمن سيحكم له بذلك بعد حسم النزاع، فإن تبعة هلاك المال بعد التسليم تكون على المالك، وقد قدمنا مثل ذلك فى الوديعة[4].

٤٥٨ – التزام الحارس بالمحافظة على المال: ويلتزم الحارس بالمحافظة على المال الذى تسلمه(2)، والتزامه بالمحافظة عليه كالتزام المودَع عنده بالمحافظة على المال المودع التزام ببذل

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٥١.

(٢) عبد الحكيم فراج فقرة ٣٨١ – محمد على راتب فقرة ٣٤٠– محمد عبد اللطيف فقرة ٣٢٠.

(٣) انظر آنفاً فقرة ٤٤٨.

(٤) انظر آنفاً فقرة ٣٥٣.

(1) الحراسة تشتمل الشئ الأصلى المتنازع عليه وتوابعه سواء نص على هذه التوابع فى الحكم صراحة أو لم ينص لان دخولها تحت الحراسة مع الشئ المتنازع عليه انما يحصل بقوة القانون، وإذ كان النزاعَ حول تبعية الشئ للاموال محل الحراسة يتعلق بتحديد ما للحارس من سلطات وما يقع على عاتقه من التزامات فأنه يكون وحده صاحب الصفة فى الدعاوى التى ترفع حسما لهذا النزاع تبعا لما تلقيه عليه المادة ٧٣٤ من الالتزام بالمحافظة على الأموال المعهودة إليه حراستها.

(جلسة ١٩٧٩/٦/٦ الطعن رقم ٣٥ لسنة ٤٧ق س٣٠ ع٢ ص٥٦٠)

(2) أ– الحارس القضائى يلتزم إعمالا لنص المادة ٧٣٤ من القانون المدنى بالمحافظة على الأموال المعهودة إليه حراستها وبادارة هذه الأموال بمراعاة طبيعتها والظروف المحيطة بها وما تتطلبه من اعمال لرعايتها باذلا فى ذلك عناية الرجل المعتاد، إلا أن العبرة فى محاسبته أنه لا يسأل إلا عما قبضه بالفعل من ريعها أو قصر فى قبضه.

(جلسة ١٩٩١/٣/٣١ الطعن رقم ٨٧ لسنة ٥٤ق)

ب– الحارس القضائى ينوب عن ذوى الشأن فى مباشرة اعمال حفظ الاموال المعهودة إليه حراستها، واعمال ادارة هذه الأموال وما تستتبعه من اعمال التصرف المحدودة التى تلحق بها بالضرورة بحيث =

عناية. وقد وضع المشرع معياراً لهذه العناية هو «عناية الرجل المعتاد»، إذ يقول فى الفقرة الأولى من المادة ٧٣٤ مدنى سالفة الذكر: «ويجب أن يبذل فى كل ذلك عناية الرجل المعتاد». وفى هذا تختلف الحراسة عن الوديعة، فقد قدمنا فى الوديعة أنه يجب التمييز بين ما إذا كانت الوديعة بغير أجر فيجمع ما بين المعيارين الشخصى والمادى ويكون المودع عنده ملزماً بأن يبذل من العناية فى حفظ الشئ ما يبذله فى حفظ ماله دون أن يكلف فى ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد، وبين ما إذا كانت الوديعة بأجر فيكون المعيار مادياً ويجب على المودع عنده أن يبذل من العناية ما يبذله الرجل المعتاد[1]. أما هناك فى الحراسة فالمطلوب من الحارس فى جميع الأحوال – أى سواء كان الحارس بأجر كما هو الغالب أو كان بغير أجر كما يقع فى بعض الأحيان – هو أن يبذل عناية الرجل المعتاد(1). فإذا لم يبذل هذه العناية، حتى لو أثبت أن العناية الأقل التى بذلها فعلا هى العناية التى يبذلها فى حفظ مال نفسه، كان مع ذلك مسئولا، لأنه ملزم ببذل عناية الرجل المعتاد ولو كانت هذه العناية تزيد على عنايته الشخصية. ومن هنا نرى أن مسئولية الحارس فى المحافظة على المال تزيد فى مجموعها على مسئولية المودع عنده، ويظهر ذلك فيما إذا كان الحارس غير مأجور وكانت عنايته الشخصية تقل عن عناية الرجل المعتاد إذ يبقى مع ذلك ملزماً ببذل عناية الرجل المعتاد. ويعلل ذلك عادة بأن الحارس، قضائياً كان أو اتفاقياً، بخلاف المودَع عنده، مفروض إلى حد ما على طرفى النزاع بحكم ظروف المنازعة، فليس لهذين الحرية الكاملة فى وضع المال تحت الحراسة ولا فى اختياره، ومن ثم تشدد المشرع فى مسئوليته[2].

= تكون له وحده – دونهم – الصفة فى مباشرتها والتقاضى بشأنها.

(جلسة ١٩٨٤/١٢/١٧ الطعن رقم ٤٩٧ لسنة ٤٩ق س٣٥ ص١١٢٣)

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٥٦.

(1) طبقا لنص المادة ٧٣٤ من القانون المدنى يلتزم الحارس بالمحافظة على الأموال المعهودة إليه وبإدارة هذه الأموال، وإن يبذل فى كل ذلك عناية الرجل المعتاد ومن ثم فان التزام الحارس بالمحافظة على المال وإدارته هو التزام ببذل عناية وقد وضع المشرع معيارا لهذه العناية هو عناية الرجل المعتاد وسواء كانت الحراسة بأجر أو كانت بغير أجر فان الحارس ملزم ببذل هذه العناية ولو كانت تزيد على عنايته الشخصية.

(جلسة ١٩٨٢/١٢/١٢ الطعن رقم ٣٠٩ لسنة ٤١ق)

(جلسة ١٩٨١/٦/٢٥ الطعن رقم ١٣١٨ لسنة ٤٨ق س٣٢ ص١٩٥٢)

(جلسة ١٩٨٠/١/٢٢ الطعن رقم ٧٣٨ لسنة ٤٥ق س٣١ ص٣٤٠)

(جلسة ١٩٧٨/١١/٢٢ الطعن رقم ٧٣٠ لسنة ٤٦ق س٢٩ ص١٧٤٤)

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «يلتزم الحارس بالمحافظة على =

وتطبيقاً لذلك يلتزم الحارس بصيانة المال الموضوع تحت حراسته. فإن كان أرضاً زراعية، وجب عليه أن يزرعها طبقاً للأصول المألوفة فى الزراعة، أو أن يؤجرها ويطالب المستأجر ببذل عناية الرجل المعتاد فى صيانة الأرض وزراعتها. وإن كان مبنى، وجبت عليه صيانته وحفظه من التداعى والسقوط. وإن كان آلات أو بضائع أو منقولات، وجب عليه حفظها من التلف والهلاك والضياع[1]. ويجب عليه ألا يقتصر فى الحفظ على الأعمال المادية، بل يجاوز ذلك إلى اتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة للمحافظة على المال. فيقطع التقادم، ويقيد الرهن، ويجدد القيد، ويوقع الحجوز التحفظية، ويرفع الدعاوى المستعجلة ودعاوى الحيازة[2]، ويدافع فى القضايا التى ترفع على الحراسة[3]. وإذا كان حارساً على تركة وجب عليه رفع دعاوى إبطال الهبات الصادرة من المورث إضراراً بحقوق الدائنين[4]، أو حارساً على عقارات المدين لصالح الدائنين وجب عليه رفع دعاوى الصورية فى التصرفات التى صدرت من المدين إضراراً بالدائنين وكذلك الطعن فى التصرفات التى صدرت من المدين مخالفة للقانون أو عن طريق التواطؤ[5]. وإذا تصرف الحارس فى المال

=الأموال وإدارتها إدارة حسنة، فيطلب منه أن يبذل فيهما عناية الرجل المعتاد (م١٠٢ فقرة أولى)، ولا يكتفى منه بالعناية التى يبذلها عادة فى شؤونه الشخصية إذا كانت دون المتوسط كما فى الوديعة والوكالة. وذلك لأن ظروف المتنازعين هى التى فرضته إلى حد ما عليهما، فلم يملك كل منهما ملء حريته فى وضع المال تحت الحراسة وفى تعيين شخص الحارس» (مجموعة الأعمال التحضيرية ج٥ ص٢٩٠). وانظر عبد الحكيم فراج فقرة ٣٨٧- محمد على رشدى فقرة ٢٧٤ - محمد على راتب فقرة ٣٤١ ص٨٧٠ وهامش١ (عكس ذلك محمد على راتب الطبعة الثالثة فقرة ٨٣٦)- محمد عبد اللطيف فقرة ٣٢١- وقرب استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩٤٧ م٥٩ ص٨٧.

(١) وإذا كانت مصابة ببعض التلف، وجب عليه منع تفاقمه وإصلاحه (استئناف مختلط ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ م٤٤ ص٩٤).

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يجوز للحارس على عقارات إجراء ما يجب لصيانتها من أى اعتداء ورفع دعاوى الحيازة (استئناف مختلط ٨ مارس سنة ١٩٤٥ م٥٧ ص٨٦- محمد على راتب فقرة ٣٤١ ص٧٦٨ هامش٣). ولم تفصل محكمة النقض فى هذه المسألة لأن الطعن بالنقض ليس جائزاً فى حكم يصدر من محكمة استئنافية لمحكمة جزئية (نقض مدنى ٦ ديسمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٧٣ رقم ١٠٩٨).

(٣) استئناف مصر ٢٠ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٤٥ ص٧- عبد الحكيم فراج فقرة ٣٨٣- محمد على راتب فقرة ٣٤١.

(٤) استئناف مختلط ١١ مايو سنة ١٩٣٧ م٤٩ ص٢١٦- عبد الحكيم فراج فقرة ٣٨٣- محمد على راتب فقرة ٣٤١ ص٨٦٩.

(٥) استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٩٢٣ م٣٥ ص٢٦٥- عبد الحكيم فراج فقرة ٣٨٣- محمد =

الموضوع تحت حراسته أو فى ريعه، اعتبر مبدداً وعوقب بالمادة ٣٤١ من قانون العقوبات. وإذا نزل عن عناية الرجل المعتاد فنجم عن ذلك ضرر، كان مسئولا عن التعويض لمن يثبت له الحق فى المال بعد حسم النزاع(١)(1).

=على راتب فقرة ٣٤١ ص٨٦٩- وانظر عكس ذلك استئناف مختلط أول مايو سنة ١٩٢٢ م٣٤ ص٢٧٣- أما إذا كانت التصرفات الصادرة من المدين لا مطعن عليها، فإنه يجب على الحارس احترامها وتنفيذها (استئناف مختلط ٢١ يونيه سنة ١٩١٦ م٢٨ ص٢٤٩- محمد على راتب فقرة ٣٤١ ص٨٦٩ هامش ٢).

(١) استئناف مختلط ٨ مايو سنة ١٩١٩ م٣١ ص٢٩٤- ١٠ أبريل سنة ١٩٢٣ م٣٥ ص٣٥٣- ٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م٤٠ ص١٨٥- ٢٦ مايو سنة ١٩٣١ م٤٣ ص٤٠٥- ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ م٤٤ ص٩٤- ١١ مايو سنة ١٩٣٧ م٤٩ ص٢١٦- ١٠ ديسمبر سنة ١٩٤٦ م٥٩ ص٣١- مصر مستعجل ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ١٨٢ ص٤٨١- محمد على رشدى فقرة ٢٧٤ ص٣٧٦- وإذا ترك الحارس الأجرة تسقط بالتقادم، كان مسئولا (استئناف مختلط ١٠ ديسمبر سنة ١٩٤٦ م٥٩ ص٣١).

(1) أ- طبقا لنص المادة ٧٣٤ من القانون المدنى يلتزم الحارس بالمحافظة على الأموال المعهودة إليه وبإدارة هذه الأموال، وأن يبذل فى كل ذلك عناية الرجل المعتاد، ومن ثم فإن التزام الحارس بالمحافظة على المال وادارته هو التزام ببذل عناية وقد وضع المشرع معيارا لهذه العناية هو عناية الرجل المعتاد وسواء كانت الحراسة بأجر أو كانت بغير أجر فان الحارس ملزم ببذل هذه العناية ولو كانت تزيد على عنايته الشخصية فإذا نزل عن عناية الرجل المعتاد ونجم عن ذلك ضرر كان مسئولا عن التعويض عن الضرر كله ولا يختلف الحال عن ذلك فى ظل القانون المدنى القديم الذى لم ينظم أحكام الحراسة تنظيما كاملا بل اكتفى فى شأنها ببعض النصوص التى وردت فى ثنايا النصوص التى نظمت أحكام الوديعة وليس من بينها ما يحدد معيار العناية التى يجب على الحارس أن يبذلها.

(جلسة ١٩٨٢/١٢/١٢ الطعن رقم ٣٠٩ لسنة ٤١ق)

ب- يلتزم الحارس القضائى بالمحافظة على الأموال المعهودة إليه حراستها وبادارة هذه الأموال ويتعين عليه أن يبذل عناية الرجل المعتاد، فإذا لم يبذل هذه العناية ونجم عن ذلك ضرر، كان مسئولا عن تعويض ذلك الضرر حتى ولو أثبت أن العناية الأقل التى بذلها فعلا هى العناية التى يبذلها فى حفظ مال نفسه فإنه ملزم ببذل عناية الرجل المعتاد ولو كانت هذه العناية تزيد على عنايته الشخصية.

(جلسة ١٩٨١/٦/٢٥ الطعن رقم ١٣١٨ لسنة ٤٨ق س٣٢ ص١٩٥٢)

جـ- الحارس القضائى ملزم بالمحافظة على الأعيان التى تحت يده الخاضعة للحراسة والقيام بادارتها وما يتبع ذلك من حق التقاضى فيما ينشأ عن هذه الأعمال من منازعات وهو إذا كان لا يسأل فى دعوى الحساب إلا عما قبضه بالفعل من ايراد الأعيان الخاضعة لحراسته، إلا أنه باعتباره وكيلا عن ملاكها يعد مسئولا فى ماله الخاص عما ينشأ عن تقصيره فى إدارتها يسيرا كان هذا التقصير أو جسيما تبعا لما إذا كانت الحراسة بأجر أو بغير أجر، وإذا كان تنازله عن وضع يده على الأرض الخاضعة للحراسة أو غلتها دون صدور حكم قضائى فى مواجهته أو أذن كتابى من ملاكها يعتبر خروجا عن حدود سلطته كحارس فإنه يكون مسئولا عن تعويض ما ينشأ عن ذلك من ضرر لهم.

(جلسة ١٩٨١/٣/١٩ الطعن رقم ٦٤٨ لسنة ٥٠ق س٣٢ ص٨٨٤). =

ويأخذ الحارس النفقات اللازمة للمحافظة على المال على الوجه السالف الذكر من نفس المال أو من ريعه، وإذا لم يوجد فى يده نقد للصرف منه ولم يمده أصحاب الشئ بالنقود اللازمة جاز له الاقتراض بغير فائدة أو بفائدة. ويشترط فى جميع الأحوال أن يراعى القصد فى الانفاق، فلا يغالى فيه(١).

٤٥٩- عدم جواز إحلال أحد ذوى الشأن فى المحافظة على المال: رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٧٣٤ مدنى تنص على ما يأتى: «ولا يجوز له (للحارس)، بطريق مباشر أو غير مباشر، أن يحل محله فى أداء مهمته، كلها أو بعضها، أحد ذوى الشأن، دون رضاء الآخرين». وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص: «وعلى كل حال لا يجوز للحارس أن يمكن أحد ذوى الشأن من حفظ المال أو إدارته كله أو بعضه، سواء أكان ذلك بطريق مباشر كالتنازل إليه عن الحراسة أو إيداع المال لديه، أم بطريق غير مباشر كالتأجير إليه، إلا إذا كان ذلك برضاء ذوى الشأن»(٢).

ويخلص من ذلك أنه لا يجوز للحارس أن ينزل عن مهمته فى حفظ المال لأحد من طرفى النزاع، ولا يجوز له أن يودع هذا المال أحداً منهما، وذلك ما لم يرض الطرف الآخر، فإن فى تسليط أحد طرفى النزاع على حيازة المال أو على أعمال حفظه وصيانته دون

=د- استحدثت المادة ١/٧٣٤ من القانون المدنى القائم بما أوجبته على الحارس - مأجورا كان أم غير مأجور- من أن يبذل عناية الرجل المعتاد فى المحافظة على أموال الحراسة وفى إدارتها حكما جديدا لم يكن له مقابل فى القانون المدنى القديم، إذ لم يتضمن هذا القانون نصوص تنظم سلطة الحارس والتزاماته تنظيما كاملا ولم يورد فى شأن الحراسة غير مادتين مقتضبتين تخللتا النصوص المتعلقة بالوديعة، وإذ كان الحارس منوطا به حفظ الشئ كالوديع وإدارته كالوكيل فانه لذلك يسرى على الحراسة فى ظل القانون المدنى القديم أحكام الوديعة وأحكام الوكالة فى ذلك القانون وبالقدر الذى يتفق مع طبيعة الحراسة، ومن هذه الأحكام ما كانت تقرره المادتان ٤٨٥، ٥٢١ من أن كلا من الوديع والوكيل لا يسأل إلا عن تقصيره الجسيم إذا كان بغير أجر، أما إذا كان مأجورا فيسأل عن تقصيره اليسير، ومن ثم فإن الحارس غير المأجور لا يكون مسئولا فى حكم القانون المدنى القديم إلا عن تقصيره الجسيم.

(جلسة ١٩٦٤/٥/٧ الطعن رقم ٣٩٩ لسنة ٢٩ق س١٥ ص٦٤٧)

(١) استئناف مختلط ١٧ فبراير سنة ١٩٣٢ م٤٤ ص١٧٩- فلا يجوز له إجراء تحسينات فى العين بغير إذن من القضاء أو موافقة من ذوى الشأن، أو أن ينفق مصروفات كمالية (استئناف مختلط ١٩ يونيه سنة ١٩٠٢ م١٤ ص٢٢٨). وانظر فى ذلك محمد على راتب فقرة ٣٤١ ص٨٦٩.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٩٢- والنص مأخوذ من المادة ١٨٢٦ من تقنين كوبيك وتنص على أنه «لا يجوز تأجير الشئ الموضوع تحت الحراسة، سواء بطريق مباشر أو غير مباشر، لأحد طرفى المنازعة التى قامت فى شأنه». فعمم النص ولم يقتصر على التأجير، بل شمل جميع الأعمال التى تصدر من الحارس.

رضاء الطرف الآخر، قبل الفصل فى موضوع النزاع، خطراً على مصالح الطرف الآخر، وهو نفس الخطر الذى أريد تفاديه بوضع المال تحت الحراسة، فلا يجوز للحارس أن يأتى عملا يتعارض مع الغرض الأساسى من الحراسة(١).

أما إذا كان من يكل إليه الحارس حفظ المال أو بعضه ليس أحداً من طرفى النزاع، فإن نص المادة ٢/٧٣٤ مدنى لا يشمل هذا الفرض، فوجب الرجوع إلى أحكام الوديعة فى ذلك. وتنص المادة ٧٢١ مدنى فى هذا الصدد على أنه «ليس للمودع عنده أن يحل غيره محله فى حفظ الوديعة دون إذن صريح من المودع، إلا أن يكون مضطراً إلى ذلك بسبب ضرورة ملجئة عاجلة». فلا يجوز إذن للحارس أن ينيب عنه أجنبياً من غير ذوى الشأن فى حفظ المال إلا بموافقة ذوى الشأن جميعاً، أو إلا إذا اضطر إلى ذلك بسبب ضرورة ملجئة عاجلة(٢).

٤٦٠- الحارس وحده هو ذو الصفة فى جميع أعمال الحفظ: والمحافظة على المال على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم هو التزام فى ذمة الحارس، وهو فى الوقت ذاته ولاية له وسلطة، يتولاها وحده دون المالك للمال. ويترتب على ذلك أن جميع الدعاوى التى تنشأ عن أعمال الحفظ يكون الحارس وحده هو ذو الصفة فى رفعها منه أو فى رفعها عليه(1). ولا يجوز رفعها من مالك المال ولا عليه، لانعدام صفته. وهذا الحكم مستخلص من معنى

---

(١) عبد الحكيم فراج فقرة ٣٨٩- محمد على راتب فقرة ٣٤٣.

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٦٠- مصر مستعجل ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ١٨٢ ص٤٨١- ويجوز للحارس أن يستعين بالموظفين اللازمين لمعاونته فى القيام بأعمال الحفظ والإدارة (استئناف مختلط ١٨ يناير سنة ١٩١٧ م٢٩ ص١٦٧- محمد عبد اللطيف فقرة ٣٢٤).

(1) سلطة الحارس القضائى وفقاً لنص المادة ٧٣٤ من القانون المدنى تلزمه المحافظة على الأموال التى يتسلمها بمراعاة طبيعتها والظروف المحيطة بها وما تتطلبه من أعمال لرعايتها، باذلا فى ذلك عناية الرجل المعتاد، ولا يكتفى بالعناية التى يتوخاها عادة فى شئونه الشخصية، وكان هذا الالتزام الملقى على عاتق الحارس لا يقتصرعلى حفظ الأموال مما قد يصيبها من أعمال مادية، بل يوجب عليه أيضاً أن يتفادى بشأنها ما قد يعتريها من أضرار باتخاذ ما تستدعيه من اجراءات إدارية أو قضائية فى صددها، وكانت طبيعة هذا الالتزام وانصبابه على مال مشمول بالحراسة وموجود حكما أو فعلا فى حوزة الحارس يقتضى أن ترفع منه أو عليه - دون المالك للمال - كافة الدعاوى المتعلقة بأعمال الحفظ والصيانة الداخلة فى سلطته.

(جلسة ١٩٨١/٥/١٦ الطعن رقم ٨٩ لسنة ٤٧ق س٣٢ ص١٥٠١)

(جلسة ١٩٨١/٦/٢٥ الطعن رقم ١٣١٨ لسنة ٤٨ق س٣٢ ص١٩٥٢)

(جلسة ١٩٧٩/٦/٦ الطعن ٣٥ لسنة ٤٧ س٣٠ ص٥٦٠)

(جلسة ١٩٧٨/١١/٢٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ ص١٧٤٤)

الحراسة، إذ الحراسة غل ليد المالك فيما هو من شؤونها. ومن أهم هذه الشؤون حفظ المال، فيكون الحارس وحده دون المالك الولاية على هذا الحفظ(١).

ويؤكد ذلك ما قدمناه من أنه لا يجوز للحارس أن يعهد لأحد من ذوى الشأن فى القيام بأى عمل من أعمال حفظ المال وصيانته(٢).

المبحث الثانى

إدارة المال

٤٦١ – نص قانونى: تنص المادة ٧٣٥ من التقنين المدنى على ما يأتى:

---

(١) عبد الحكيم فراج فقرة ٣٧٤ – محمد على راتب فقرة ٣٤١ ص٨٦٩– ص٨٧٠ وفقرة ٣٥٤– محمد كامل مرسى فقرة ٣٧١.

ولكن ذلك لا يسلب من كان واضعاً يده قبل الحراسة على المال حيازته إياه، ويترتب على ذلك أن الحراسة لا تقطع التقادم، فالحائز قبل الحراسة يستمر حائزاً بعدها، ويستمر سريان التقادم لمصلحته ولا ينقطع برفع يده بسبب الحراسة. وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه إذا عين البنك العقارى حارساً على أرض للمحافظة على حقوق الدائنين، وتسلم هذه الأرض، وارتفعت يد حائزها عنها، فإن ذلك لا يصح اعتباره قطعاً للتقادم، لأن وضع يد البنك على الأرض بهذه الصفة لم يكن ملحوظاً فيه أن ينتفع بها البنك بنفسه، بل ليحصل غلتها ويستوفى منها دينه ثم يرد ما بقى منها للمالك (نقض مدنى ٢٩ فبراير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٣٦ ص٩٣). وقضت أيضاً بأنه إذا كان المدعى قد تمسك بوضع يده المدة الطويلة المكسبة للملك على القدر المبيع له بمقتضى عقد عرفى ثابت التاريخ قبل سنة ١٩٢٤ حتى انتزعه من تحت يده مشتر آخر بمقتضى عقد مسجل ودفع هذا المشترى الآخر بانقطاع التقادم المدعى به بوضع الأطيان المتنازع عليها تحت الحراسة لدين عليها للبنك. فأخذت محكمة الاستئناف بهذا الدفع، واعتبرت الحراسة قاطعة للتقادم على أساس أنها لم تكن لحساب المشترى الأول بل كانت لمصلحة البنك ولحساب البائع. ومع ذلك لم تبين فى حكمها سبب وضع الأطيان تحت الحراسة، ولا نوع هذه الحراسة، ولا اليد التى انتزعت منها الأطيان، ولا تاريخ هذا الانتزاع، ولا تاريخ انتهاء الحراسة، ولا الغرض منها، ولا الكيفية التى جرى عليها الحساب بين المشترى الأول والبائع لمعرفة ما إذا كان البائع حاب هذا المشترى على ما استحق له من غلة العين مدة الحراسة وما استحق له هو من أقساط الثمن مما قد يدل على صحة ما ادعاه المشترى من أن هذه الحراسة لم تخرج العين من يده قانوناً وأنها لذلك لا تقطع التقادم، فهذا قصور فى بيان الظروف الواقعية لا تستطيع معه محكمة النقض أن تراقب الحكم فيما كيف به الحراسة، وتقف على صحة ما ارتآه فيها من اعتبارها قاطعة للتقادم (نقض مدنى ٢٤ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٠١ ص٢٩٧).

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٥٩– عبد الحكيم فراج فقرة ٣٧٤ – محمد على راتب فقرة ٣٤٣.

«لا يجوز للحارس فى غير أعمال الإدارة أن ينصرف إلا برضاء ذوى الشأن جميعاً أو بترخيص من القضاء»(١).

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى القديم، ولكن هذه الأحكام كان معمولا بها دون نص.

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ٧٠١- وفى التقنين المدنى الليبى ٧٣٥- ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى العراقى - ويقابل فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٧٢٢- ٧٢٣ و٧٢٥، ٧٢٦(٢).

ويضاف إلى النص المتقدم نص المادة ٧٣٤ مدنى سالف الذكر، وهو يقضى بأن يلتزم الحارس بإدارة الأموال المعهودة إليه حراستها ويجب أن يبذل فى ذلك عناية الرجل المعتاد، ولا يجوز له بطريق مباشر أو غير مباشر أن يحل محله فى أداء مهمته كلها أو بعضها أحد ذوى الشأن دون رضاء الآخرين(٣).

---

(١) **تاريخ النص**: ورد هذا النص فى المادة ١٠٢١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٧٦٧ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٦٦، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٣٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٩١- ص٢٩٢).

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى**:

التقنين المدنى السورى م٧٠١ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م٧٣٥ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى: لا يشتمل على نصوص فى الحراسة.

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٧٢٢: يقوم الحارس بحفظ الشئ وبإدارة شؤونه. ويلزمه أن ينتج كل ما يمكن إنتاجه منه.

م٧٢٣: لا يجوز للحارس أن يقوم بأى عمل من أعمال التفرغ أو الانتقال، ما خلا الأعمال الضرورية منها لمصلحة الشئ المحبوس - وإذا كانت الحراسة وافقت على أشياء قابلة للتلف، جاز أن تباع بترخيص من القاضى، فيكون حينئذ موضوع الحراسة بدل البيع.

م٧٢٥: إذا كانت الحراسة غير مجانية، فالحارس مسئول عن كل خطأ فى إدارته، وفاقاً للقواعد المختصة بالوكالة.

م٧٢٦: إذا نيطت الحراسة بعدة أشخاص، فالتضامن يوجد حتما بينهم طبقاً للقواعد المختصة بالوكالة.

(وأحكام التقنين اللبنانى تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المصرى، فيما عدا أن مسئولية الحارس غير المأجور فى التقنين اللبنانى أخف من مسئوليته فى التقنين المصرى).

(٣) انظر آنفاً فقرة ٤٥٦.

ويخلص من كل ذلك أن الحارس يلتزم بإدارة المال، وأن هذا الالتزام هو فى الوقت ذاته سلطة. فللحارس سلطة واسعة فى الإدارة، وسلطة محدودة فى التصرف(1)، وهو لا يستطيع أن ينزل عن سلطته لأحد ذوى الشأن دون رضاء الآخرين، ويكون له وحده دون المالك الصفة فى مباشرة ما يدخل فى سلطته، فهذه مسائل أربع نبحثها على التعاقب.

٤٦٢- سلطة الحارس فى الإدارة: تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «يجب أن يقتصر الحارس على أعمال الحفظ والإدارة، كالإيجارات التى لا تزيد على ثلاث سنوات ومصاريف الصيانة»(١). فالحارس، قضائيا كان أو اتفاقياً، نائب عن صاحب المال فى أعمال الإدارة، وسلطته فى هذه الأعمال هى سلطة الوكيل وكالة عامة(٢). وقد رأينا

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٩٢.

(1) الحارس القضائى يصبح بمجرد تعيينه وبحكم القانون نائبا نيابة قضائية عن صاحب الحق فى المال الموضوع تحت الحراسة، إلا أن هذه النيابة قاصرة على ما يتعلق باعمال ادارة المال واعمال المحافظة عليه وما يندرج تحت ذلك من أعمال التصرف التى تدخل بطريق التبعية فى اعمال الإدارة واعمال الحفظ ولا تمتد نيابة الحارس إلى اعمال التصرف التى تمس أصل الحق ومنها بيع المال فلا يجوز للحارس القضائى مباشرتها إلا برضاء ذوى الشأن جميعا أو بترخيص من القضاء أو بأذن ممن يثبت أنه صاحب الحق الذى تبقى له أهليته الكاملة فى هذه الأعمال لأن الحراسة لا تعزله عنها ولا تغل يده فيها ويكون صاحب الحق فى القيام بها بنفسه أو بمن ينيبه فيها ومؤدى ذلك أن الحارس القضائى لا تكون له صفة عن صاحب الحق فى دعوى بيع المال جبرا ولا فى الاجراءات المتعلقة بها وإذا حكم عليه بايقاع البيع فان الحكم لا يسرى على صاحب الحق.
(جلسة ١٩٨٣/٥/٢٢ الطعن رقم ١٦٥٣ لسنة ٤٨ق)

(٢) وترتيباً على ذلك يكون للحارس على مال موقوف - كما تقول محكمة النقض - من السلطة ما للناظر عليه، فهو يملك التحدث عن شؤون الوقف، إلا أن يحد الحكم الذى أقامه من مهمته. فإذا كان الحكم الذى أقام الحارس لم يقيده فى الإدارة، فإنه يكون له - كناظر الوقف- سلطة الترخيص بغير إذن من القاضى فى إحداث بناء فى الوقف ليكون لجهة الوقف متى كان فى ذلك مصلحة تعود على الوقف أو على المستحقين (نقض ١٩ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٥٤ ص١٨٩). وقضت أيضاً بأنه متى قضى بإقامة حارس قضائى على أعيان وقف، وخوله الحكم الذى أقامه إدارة هذه الأعيان، فإنه يصبح بمثابة ناظر مؤقت، ويكون هو صاحب الصفة فى تمثيل الوقف أمام القضاء، ولا يملك التحدث فى شؤون إدارة الوقف سواء (نقض مدنى ١٩ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٥ ص٧٢١). وقضت أيضاً بأن المادة الثانية من القانون ٢٤٧ سنة ١٩٥٣ بشأن النظر على الأوقاف الخيرية تنص على أنه إذا كان الوقف على جهة بر، كان النظر عليه بحكم القانون لوزارة الأوقاف، ما لم يشترط الواقف النظر لنفسه أو لمعين بالاسم، كما تقضى الفقرتان الثانية والثالثة من المادة الرابعة من القانون المذكور بأن على من انتهت نظارته أن يسلم أعيان الوقف للوزارة خلال ستة أشهر من تاريخ انتهاء نظارته، وبأن ناظر الوقف يعد حارساً عليه حتى يتم تسليم أعيانه. وإذن فمتى كان الطاعن لم يعين بالاسم فى كتاب الوقف ناظراً عليه، فقد زالت صفته كناظر للوقف، وإن بقيت له صفة الحراسة طالما أنه لم يثبت بالأوراق قيامه بتسليم أعيان الوقف لوزارة =

أن المادة ٧٠١ مدنى تنص فى هذا الصدد على أن «١- الوكالة الواردة فى ألفاظ عامة لا تخصيص فيها حتى لنوع العمل القانونى الحاصل فيه التوكيل، لا تخول الوكيل صفة إلا فى أعمال الإدارة. ٢- ويعرض أعمال الادارة الإيجار إذا لم تزد مدته على ثلاث سنوات وأعمال الحفظ، والصيانة واستيفاء الحقوق ووفاء الديون. ويدخل فيها أيضاً كل عمل من أعمال التصرف تقتضيه الإدارة كبيع المحصول وبيع البضاعة أو المنقول الذى يسرع إليه التلف، وشراء ما يستلزمه الشئ محل الوكالة من أدوات لحفظه ولاستغلاله»(١).

ففى الصدر من أعمال الإدارة التى يقوم بها الحارس الإيجار لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات(٢). ويجوز كما قدمنا(٣) أن يضيق حكم الحراسة أو الاتفاق من هذه السلطة أو أن يوسع فيها(1)، فلا يجيز للحارس مثلا أن يؤجر لأكثر من سنة أو يجيز له أن يؤجر لمدة

=الأوقاف. وهذه الصفة تخول له حق الطعن بالنقض فى الحكم الصادر ضد الوقف لما فى اتخاذ هذا الإجراء فى ميعاد معين من دفع ضرر يحيق بالوقف، ولكن ورثة هذا الحارس لا تنتقل إليهم صفة الحراسة (نقض مدنى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١٤١ ص٨٣٥).

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٤٠.

(٢) وقد كانت سلطة الحارس فى التأجير لمدة تزيد على ثلاث سنوات محل خلاف فى عهد التقنين المدنى القديم، فرأى يستوجب إذناً خاصاً فى ذلك (استئناف مختلط ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٩٠ م٣ ص٢٩)، والرأى الراجح كان الجواز دون إذن خاص (محمد على راتب فقرة ٣٤٢ ص٨٧١ هامش٢). وقد حسم التقنين المدنى الجديد هذا الخلاف وأجاز للحارس التأجير لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات دون إذن خاص، وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «يجب أن يقتصر الحارس على أعمال الحفظ والإدارة كالإيجارات التى لا تزيد على ثلاث سنوات ومصاريف الصيانة» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٩٢).

(٣) انظر آنفاً فقرة ٤٥٥.

(1) أ- تدل المواد ٥٥٩، ٧٠١، ٧٣٣، ٧٣٥ من القانون المدنى أن نيابة الحارس تتحدد بما ينص عليه القانون من أحكام فى هذا الشأن، وأن سلطة الحارس تضيق أو تتسع بالقدر الذى يحدده الحكم القاضى بتعيينه وأنه إذا جاوز الحارس هذا النطاق المحدد فى الحكم أو فى القانون فإنه يكون قد خرج عن حدود نيابته.

(جلسة ١٩٨١/٥/٩ الطعن رقم ٩٥٠ لسنة ٤٦ق س٣٢ ص١٤٠٧)

ب- النص فى المادة ١/٧٣٤ من القانون المدنى على أن «يلتزم الحارس بالمحافظة على الأموال، ويجب أن يبذل فى كل ذلك، عناية الرجل المعتاد، يدل على وجوب بذل عناية الرجل المعتاد فى إدارة الاموال الخاضعة للحراسة وحفظها ولو زادت على عنايته فى شئونه الشخصية، مما يلزمه بتحصيل أجرة الأطيان الموضوعة تحت حراسته فى مواعيدها، ولا يجوز له أن يحتج على المطعون عليهم بأنه لم يحصل شيئا من أجرة هذه الأطيان فى مواعيدها.

(جلسة ١٩٨٠/١/٢٢ الطعن رقم ٧٣٨ لسنة ٤٥ س٣١ ص٣٤٠)

تزيد على ثلاث سنوات. وإذا سكت الحكم أو الاتفاق عن تعيين المدة، كان للحارس أن يؤجر لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات، لأن الحارس لا يملك إلا حق الإدارة. وتنص المادة ٥٩٩ مدنى فى هذا المعنى على أنه «لا يجوز لمن لا يملك إلا حق الإدارة أن يعقد إيجاراً تزيد مدته على ثلاث سنوات إلا بترخيص من السلطة المختصة. فإذا عقد الإيجار لمدة أطول من ذلك، انقصت المدة إلى ثلاث سنوات، كل هذا ما لم يوجد نص يقضى بغيره». ويخلص من هذا النص أن للحارس، حتى إذا لم يعطه حكم الحراسة السلطة فى التأجير لمدة تزيد على ثلاث سنوات، أن يؤجر لمدة أزيد بشرط أن يحصل على إذن فى ذلك من المحكمة التى عينته(١). وقد جرى العرف فى الحراسة أن يكون التأجير بطريق المزاد العلنى دفعاً لكل شبهة، فإذا أجر الحارس بالممارسة وجب عليه أن يثبت أنه كان مضطراً إلى ذلك(٢). وقد يقيده حكم الحراسة بأن يكون التأجير دائماً بالمزاد العلنى، كما سبق القول(٣). وما دام الحارس يملك سلطة التأجير، فإنه يملك تبعاً لذلك سلطة قبض الأجرة وإعطاء المخالصة بها، ورفع الدعوى ضد المستأجر لمطالبته بها ولإخراجه من العين المؤجرة ولغير ذلك من الأمور التى تستند إلى عقد الإيجار(٤). ولكن لا يجوز للحارس أن يبرم صلحاً مع

---

(١) أى قاضى الأمور المستعجلة أو محكمة الموضوع بحسب الأحوال. ونرى جواز الحصول على الإذن هنا بأمر على عريضة. وعندما كانت المحاكم الشرعية قائمة، قضى بأنه فى حالة تأجير أعيان الوقف لمدة تزيد على ثلاث سنوات، يحصل الحارس على الإذن من المحكمة الشرعية لا من المحكمة المدنية (المنصورة المختلطة ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٧ جازيت ٢٨ رقم ١٥١ ص١٦٧). والصحيح أن الحارس يحصل على الإذن من المحكمة المدنية التى عينته فى جميع الأحوال، ولو كانت العين المؤجرة عيناً موقوفة (استئناف مختلط ٩ يونيه سنة ١٩٣١ م٤٣ ص٤٣٩).

(٢) كأن يثبت أنه لا يوجد إلا مستأجر واحد يمكن التأجير له، أو أن طريقة الممارسة هى الطريقة الممكنة فى الجهة المنعزلة التى توجد فيها الأطيان (استئناف مختلط ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٢ م٤٤ ص٢٨٧– عبد الحكيم فراج فقرة ٣٨٤ ص٣٤١– محمد على راتب فقرة ٣٤٢ ص٨٧١ هامش٢). وإذا كان التأجير بالممارسة، كان للحارس أن يختار الشخص الذى يؤجر له، بشرط أن يراعى فى اختياره المصلحة (مصر مستعجل ١١ سبتمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٢٧٧ ص٦٤٣)، فإذا أجر بغبن فاحش كان مسئولا عن الضرر الذى نشأ من سوء إدارته (استئناف وطنى ١١ يناير سنة ١٩١٦ الشرائع ٣ رقم ١٠٦ ص٣٦٠).

(٣) انظر آنفاً فقرة ٤٥٥.

(٤) استئناف مختلط ٢٠ يونيه سنة ١٩١٩ م٣١ ص٣٢٠– ١٧ يناير سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص١٢٢– ٨ يونيه سنة ١٩٤٤ م٥٦ ص١٨٣– ١٤ فبراير سنة ١٩٤٥ م٥٧ ص٧٥– ٨ مارس سنة ١٩٤٥ م٥٧ ص٨٦ – ولا يجوز للمالك تحويل الأجرة بعد وضع الحراسة (استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٩١٦ م٢٩ ص٨٦)، كما لا يجوز لناظر الوقف أن يحول ريعه بعد الحراسة (استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٩١٣ م٢٥ ص٢٢٠)، ولا أن يقبض المستحق للخبرات (استئناف مختلط ٥ يناير سنة ١٩١٥ م٢٧ ص١٠٣).

المستأجر، أو أن ينزل عن جزء من الأجرة، لأن هذه من أعمال التصرف لا من أعمال الإدارة فتقضي موافقة ذوى الشأن أو إذن المحكمة[1].

ويجوز للحارس أن يزرع الأطيان الموضوعة تحت الحراسة بنفسه إذا وجد أن هذه هى خير طريقة للاستعمال، أو إذا لم يتقدم مستأجر يعرض الأجرة المناسبة. وفى هذه الحالة يدخل بعض أعمال التصرف فى سلطة الحارس بطريق التبعية لأعمال الإدارة، فيجوز له أن يشترى البذور والسماد والمواشى والآلات اللازمة للزراعة، كما يجوز له أن يبيع المحصول[2].

ويدخل فى سلطة الحارس، كعمل من أعمال الإدارة، استيفاء الحقوق وإعطاء مخالصات بها للمدينين بإيداع المقبوض لحساب صاحب المال. وله أن يقبض الحقوق قبل حلول أجلها دون استنزال شئ منها، ولكن لا يجوز أن يؤجل دفعها إلا بإذن خاص. ويرفع الدعاوى، ويتخذ الإجراءات اللازمة لاستيفاء الحقوق، ومن ذلك توقيع الحجوز المختلفة[3]. كذلك يوفى الحارس الديون مما يكون بيده من أموال أو من ريع هذه الأموال. وللحارس أن يستوفى الحقوق ويوفى الديون بمقابل، إذا كان الوفاء بمقابل فيه مصلحة،

---

(١) استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م٤٢ ص١٠٣- انظر عكس ذلك وأن للحارس أن يبرم صلحاً مع المستأجر إذا كانت فيه مصلحة: استئناف مختلط ٢٠ يونيه سنة ١٩١٩ م٣١ ص٣٢٠- وانظر عبد الحكيم فراج فقرة ٣٨٤ ص٣٤٢ - ص٣٤٣.

ولا يجوز للحارس أن يبرم إيجاراً يخرج عن حدود الإدارة الحسنة (استئناف مختلط ٥ مارس سنة ١٩١٨ م٣٠ ص٢٦٤).

(٢) وله أن يقترض من المال ما يلزم لإنجاز هذه الأعمال إذا لم يقدم الخصوم له هذا المال (استئناف مختلط ١٧ فبراير سنة ١٩٣٢ م٤٤ ص١٧٩). ويعتبر داخلا فى أعمال الإدارة شراء الحارس الفحم والسماد (استئناف مختلط ١٧ يناير سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص١٢٢)، وبيع المحصول المستقبل لشراء البذور (استئناف مختلط ٣١ يناير سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص١٤١). ومع ذلك فليس الحارس ملزماً بزراعة الأرض بنفسه، وقد قضى بأنه ليس ملزماً بأن ينفق من ماله الخاص على زراعة الأرض المؤجرة والموضوعة تحت الحراسة، خصوصاً مع وجود المعدات اللازمة لإدارتها من قبل المستأجر والضامن له، ومن عدم وجود أموال لديه للصرف، ولضعف تربة الأرض مما ترجح معه الخسارة، وكل ما هو مسئول عنه هو إدارتها بطريقة حسنة سواء بالتأجير أو بغيره (شبين الكوم الكلية ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ المحاماة ١٣ رقم ٢١٤ ص٤٢٧).

(٣) وقد قضى بأن للحارس رفع الدعاوى لحفظ الحقوق والدفاع فى القضايا التى ترفع على هيئة الحراسة (استئناف مصر ٥ مارس سنة ١٩٣١ الجريدة القضائية ٧٩ ص١٥)، وله أن يطعن فى عقود الإيجار الصورية أو المعقودة غشاً (استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٩٢٣ م٣٥ ص٢٦٥).

وأن يشطب الرهن بعد استيفاء الحق، وأن يصالح على الدين إذا كان فى الصلح مصلحة واضحة ولا سبيل إلى اقتضاء الحق بدونه(١).

ويدخل فى أعمال الإدارة أيضاً التأمين من الحريق ومن السرقة وغير ذلك من ضروب التأمين التى جرى العرف بأن تعتبر من أعمال الإدارة اليقظة، بل إن هذه تعتبر كذلك من أعمال الحفظ والصيانة، فتدخل بهاتين الصفتين فى سلطة الحارس. ويمكن القول بوجه عام إن جميع أعمال الإدارة المخولة للوكيل وكالة عامة، والتى بسطناها تفصيلا فيما تقدم(٢)، تدخل فى سلطة الحارس(٣).

وللحارس أن يستعين بالموظفين والعمال الذين يحتاج إليهم فى أعمال الإدارة(٤).

وينفق الحارس لأعمال الإدارة، كما ينفق لأعمال الحفظ، من المال الذى تحت يده أو من ريع هذا المال. وإذا اقتضت الضرورة، أن يقترض بغير فائدة أو بفائدة، جاز له ذلك، ما لم يمده أصحاب الشأن بالمال اللازم له(٥).

---

(١) وقد قدمنا أنه لا يجوز للحارس أن يبرم صلحاً مع المستأجر (انظر آنفاً نفس الفقرة)، على اعتبار أن الأجرة لها ضمانات تكفلها وتجعل الصلح لا ضرورة له. ومع ذلك فقد رأينا أن هناك من يذهب إلى جواز الصلح مع المستأجر إذا كانت فيه مصلحة (انظر آنفاً نفس الفقرة فى الهامش).

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٤٠.

(٣) وذلك ما لم تفيد سلطته فى الإدارة على الوجه الذى سبق بيانه (قارن محمد على عرفة ص٥٤٤). وقد قضى بأن تعيين الحارس يفقد المالك السبب القانونى فى وضع يده على العقار المشترك، ويحرمه من حق الانتفاع والاستغلال إلا عن طريق الحارس، وبمقدار صافى الريع بعد تنفيذ حكم الحراسة، والتأجير لشخص دون آخر هو من عمل الحارس لا يجبر عليه بل يراعى فيه مصلحة من يمثلهم (مصر مستعجل ٢٢ يونيه سنة ١٩٣٢ الجريدة القضائية ١٣٨ ص١٦).

(٤) استئناف مختلط ١٨ يناير سنة ١٩١٧ م٢٩ ص١٦٧- عبد الحكيم فراج فقرة ٣٨٤ ص٣٤٣- محمد عبد اللطيف فقرة ٣٢٤- وله أن يستبقى ناظر العزبة القديم (استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٩٢٠ م٣٢ ص١٩٦).

(٥) استئناف مختلط ١٧ فبراير سنة ١٩٣٢ م٤٤ ص١٧٩- وقد قدمنا أنه يجوز للحارس بيع المحصول المستقبل ليشترى بثمنه البذور والسماد والمواشى والأدوات الضرورية ومبيدات الحشرات اللازمة للزراعة (استئناف مختلط ٣١ يناير سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص١٤١- عبد الحكيم فراج فقرة ٣٨٤ ص٣٤٣- وانظر آنفاً نفس الفقرة فى الهامش). وله بوجه عام أن يتخذ من الإجراءات ما يمكنه من استغلال العين، ويدخل فى ذلك الدعاوى المستعجلة والدعاوى الموضوعية (مصر مستعجل ١١ سبتمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٢٧٧ ص٦٤٣- عبد الحكيم فراج فقرة ٣٨٤ ص٣٤٣). =

وكما يجب على الحارس أن يبذل عناية الرجل المعتاد فى المحافظة على المال، كذلك يجب عليه بذل نفس هذه العناية فى إدارته، ويستوى فى ذلك أن يكون الحارس مأجوراً أو غير مأجور. وقد بينا فيما تقدم أن مسئولية الحارس أشد من مسئولية المودَع عنده فيما يتعلق بأعمال الحفظ(١)(1)، والآن نقرر أن مسئوليته فى أعمال الإدارة أشد من مسئولية الوكيل، إذ هو بخلاف الوكيل مفروض بحكم ظروف المنازعة على أصحاب الشأن. ذلك أن الوكيل لا يلتزم ببذل عناية الرجل المعتاد إلا إذا كان مأجوراً، فإذا كان غير مأجور لم يلتزم إلا ببذل العناية التى يبذلها فى أعماله الخاصة دون أن يكلفه فى ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد(٢). أما الحارس فيجب عليه أن يبذل عناية الرجل المعتاد ولو زادت على عنايته فى أعماله الخاصة، وذلك سواء كان مأجوراً أو غير مأجور. فإذا نزل عن هذا القدر من العناية ونجم عن ذلك ضرر يصيب صاحب المال، كان لهذا أن يرجع عليه

=ولكن ليس له قبض المبالغ التى قدمها المستأجر تأميناً لناظر الوقف وحجز عليها تحت يده (استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٢١١).

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٥٨.

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٥٠.

(1) أ- الحارس القضائى يلتزم إعمالا لنص المادة ١/٧٣٤ من القانون المدنى بالمحافظة على الأموال المعهودة إليه حراستها وبادارة هذه الأموال ويتعين عليه أن يبذل عناية الرجل المعتاد، فإذا لم يبذل هذه العناية ونجم عن ذلك ضرر، كان مسئولا عن تعويض ذلك الضرر حتى ولو أثبت أن العناية الأقل التى بذلها فعلا هى العناية التى يبذلها فى حفظ مال نفسه فإنه ملزم ببذل عناية الرجل المعتاد ولو كانت هذه العناية تزيد على عنايته الشخصية.

(جلسة ١٩٨١/٦/٢٥ الطعن رقم ١٣١٨ لسنة ٤٨ق س٣٢ ص١٩٥٢)

ب- يلتزم الحارس القضائى بأن يبذل فى ادارة الاموال المعهودة إليه عناية الرجل المعتاد وقد وضع المشرع معيارا لهذه العناية هو عناية الرجل المعتاد وسواء كانت الحراسة بأجر أو بغير أجر فان الحارس ملزم ببذل هذه العناية ولو كانت تزيد على عنايته الشخصية فإذا نزل عن عناية الرجل المعتاد ونجم عن ذلك ضرر كان مسئولا عن التعويض عن الضرر كله.

(جلسة ١٩٨٢/١٢/١٢ الطعن رقم ٣٠٩ لسنة ٤١ق)

جـ- النص فى المادة ١٠٨ من القانون المدنى على أنه «لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء كان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصيل، والمادة ٧٠٦ على أنه «ليس للوكيل أن يستعمل مال الموكل لصالح نفسه» ومؤداه منع الحارس قانونا من استغلال أموال الحراسة لصالحه بتأجيرها لنفسه.

(جلسة ٥/٩ ١٩٨١ الطعن رقم ٩٥٠ لسنة ٤٦ق س٣٢ ص١٤٠٧)

بالتعويض(١)(1).

(١) قارن استئناف مختلط ٥ مايو سنة ١٩٣١ م٤٣ ص٤٧٠- ١٢ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م٤٩ ص١١. ومن ثم يجوز لصاحب المال اتخاذ الإجراءات التحفظية اللازمة للمحافظة على حقوقه قبل الحارس (استئناف مختلط ٦ ديسمبر سنة ١٩٠٦ م١٩ ص٢٧)، كان يرفع دعوى إثبات حالة الأعيان الموضوعة تحت الحراسة لتحديد ما أصابها من ضرر بسبب تقصيرة الحارس . بل ذهب رأى إلى أنه يجوز له أن يرفع دعوى على الحارس بطلب تمكينه من إجراء الإصلاحات الضرورية اللازمة لصيانة الأعيان إذا كان الحارس قد أهمل القيام بها، وأن يرفع دعوى مستعجلة فى مواجهة الحارس بطلب طرد المستأجر من العين المؤجرة عند تحقق الشرط الصريح الفاسخ المترتب على التأخر فى دفع الأجرة إذا كان التأخر من شأنه أن يجعل الأجرة تتراكم فى ذمة المستأجر دون أن يتخذ الحارس أى إجراء ضده (محمد عبد اللطيف فقرة ٣٠١).

وقد قضى بأن الحارس يكون مسئولا إذا تأخر دون مبرر فى بيع القطن، وليس له أن يحتج بأنه كان يأمل صعود الأسعار، ولكن له أن يحتج بموافقة ذوى المصلحة على تأخير البيع (استئناف مختلط ٥ مارس سنة ١٩٣١ م٤٣ ص٢٦٦). ويكون مسئولا إذا لم يتخذ الاحتياطات اللازمة لضمان يسار المستأجر، حتى لو كان المدين نفسه هو الذى قدم هذا المستأجر (استئناف مختلط ٥ مايو سنة ١٩٣١ م٤٣ ص٤٦٩). وإذا عين الدائن حارساً ولم يودع المبالغ التى يقبضها خزانة المحكمة فى مواعيدها، كان مسئولا عن الفوائد التى تدفعها الخزانة عن المدة التى تأخر فيها (استئناف مختلط ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٣٢ م٤٥ ص٣٤).

(1) أ- الحارس القضائى باعتباره وكيلا عن ملاك الأموال الخاضعة للحراسة يعد مسئولا فى ماله الخاص عما ينشأ عن تقصيره فى إدارتها يسيرا كان هذا التقصير أو جسيما تبعا لما إذا كانت الحراسة بأجر أو بغير أجر، وإذا كان تنازل الحارس عن وضع يده على الأرض الخاضعة للحراسة أو عن غلتها دون صدور حكم قضائى فى مواجهته أو اذن كتابى من ملاكها يعتبر خروجا عن حدود سلطته كحارس فإنه يكون مسئولا عن تعويض ما ينشأ عن ذلك من ضرر لهم.

(جلسة ١٩٨١/٣/١٩ الطعن رقم ٦٤٨ لسنة ٥٠ق س٣٢ ص٨٨٤)

ب- التقادم الثلاثى المنصوص عليه فى المادة ١٧٢ من القانون المدنى هو تقادم استثنائى خاص بدعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع فلا يسرى على الالتزامات التى تنشأ مباشرة من القانون والتى تجرى عليها فى شأن تقادمها أحكام التقادم العادى المنصوص عليه فى المادة ٣٧٤ من القانون المدنى ما لم يوجد نص خاص يقضى بتقادم آخر، وإذ لم يرد بنصوص القانون، ما يجيز تطبيق نص المادة ١٧٢ سالفة الذكر بالنسبة لدعوى التعويض الناشئة عن مخالفة الحارس للواجبات المفروضة عليه فى المادة ٧٣٤ من القانون المدنى وما بعدها فإن هذه الدعوى لا تسقط إلا بالتقادم العادى.

(جلسة ١٩٨١/٦/٢٥ الطعن رقم ١٣١٨ لسنة ٤٨ق س٣٢ ص١٩٥٢)

(جلسة ١٩٦٨/١٠/٢٤ الطعن رقم ٢٦٤ لسنة ٣٤ق س١٩ ص١٢٦٧)

جـ- الالتزام الملقى على عاتق الحارس لا يقتصر على حفظ الأموال مما قد يصيبها من أعمال مادية بل يوجب عملية أيضاً أن يتفادى فى شأنها ما قد يعتريها من اضرار باتخاذ ما تستدعيه من اجراءات ادارية أو قضائية فى صددها.

(جلسة ١٩٧٨/١١/٢٢ الطعن رقم ٧٣٠ لسنة ٤٦ق س٢٩ ص١٧٤٤)

٤٦٣- سلطة الحارس فى التصرف: رأينا أن المادة ٧٣٥ مدنى تقضى بأنه لا يجوز للحارس فى غير أعمال الإدارة أن يتصرف إلا برضاء ذوى الشأن جميعاً أو بترخيص من القضاء. والمقصود هنا أعمال التصرف، وفى ذلك تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «فإذا اقتضت الظروف القيام بأعمال تجاوز أعمال الإدارة، أو رأى الحارس فائدة من القيام بمثل هذه الأعمال، كإجراء تحسينات فى العين أو بيع ما يكون معرضاً للتلف أو غير ذلك، وجب على الحارس أن يحصل فى شأن ذلك على موافقة ذوى الشأن جميعاً أو على ترخيص من القضاء»(١).

ونبدأ باستبعاد أعمال التصرف التى تدخل بطريق التبعية فى أعمال الإدارة، كشراء البذور والسماد والمواشى والأدوات وبيع المحصول، فهذه كما قدمنا تعتبر داخلة فى أعمال الإدارة ولا تقتضى فى مباشرة الحارس لها موافقة ذوى الشأن أو إذن القضاء. وتبقى بعد ذلك أعمال التصرف التى لا تدخل بطريق التبعية فى أعمال الإدارة، وهذه لا يجوز للحارس أن يباشرها إلا بموافقة ذوى الشأن أو بإذن المحكمة التى عينت الحارس، وإلا كان التصرف مجاوزاً لحدود النيابة(1)، ولا يسرى فى حق صاحب المال إلا إذا أقره. فلا يجوز

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٩٢.

(1) أ- الحراسة مجرد اجراء تحفظى مؤقت ينوب فيه الحارس عن ذوى الشأن فى مباشرة أعمال حفظ الأموال المعهودة إليه حراستها، واعمال ادارة هذه الأموال وما تستتبعه من اعمال التصرف المحدودة التى تلحق بها بالضرورة بحيث تكون له وحده - دونهم - الصفة فى مباشرتها والتقاضى بشأنها، أما ما يجاوز هذه الحدود من أعمال التصرف الأخرى وما فى حكمها التى تعلو عن مستوى أعمال الحفظ والادارة لتعلقها بأصل تلك الأموال ومقوماتها، أو لما قد يترتب عليها من اخراج جزء من المال أو انشاء حق عينى فلا يكون للحارس صفة فى مباشرتها أو فى رفع الدعاوى منه أو عليه بشأنها، بل تظل لذوى الشأن وحدهم أهليتهم كاملة فى القيام بها ما لم يتفقوا على غير ذلك أو يصدر به ترخيص من القضاء.

(جلسة ١٩٨٤/١٢/١٧ الطعن رقم ٤٩٧ لسنة ٤٩ق س٣٥ ص١١٢٣)

ب- الحارس القضائى يصبح بمجرد تعيينه نائبا عن صاحب الحق فى المال الموضوع تحت الحراسة وهو بهذه المثابة ملزم بالمحافظة على الأعيان التى تحت يده الخاضعة للحراسة والقيام بإدارتها وهو إذا كان صاحب الصفة فى التقاضى فيما ينشأ عن هذه الأعمال من منازعات باعتباره نائبا عن ملاكها وكان الأصل وفقا لنص المادة ١٠٥ من القانون المدنى ان ما يبرمه النائب فى حدود نيابته ينصرف إلى الأصيل إلا أن هذه النيابة تقف عند حد الغش فإذا تواطأ الحارس مع الغير للاضرار بحقوق صاحب الحق فى المال الموضوع تحت الحراسة فان التصرف على هذا النحو لا ينصرف أثره إلى هذا الأخير لما كان ذلك وكان الثابت فى الأوراق أن الطاعن استند فى طلبه على أن العقد الذى ابرمه المطعون ضده الأول بوصفه حارساً قضائياً قد تحرر بطريق الغش والتواطؤ بين طرفيه اضرارا به باعتباره صاحب الحق فى الأطيان الموضوعة تحت الحراسة مما تتوافر معه للطاعن مصلحة قائمة وحالة فى اقامة دعواه بحيث تعود عليه فائدة عملية إذا ما حكم له فيها فان الحكم المطعون فيه إذ اعتبر دعوى الطاعن فى هذا =

إذن للحارس أن يهب المال الموضوع تحت حراسته، ولا أن يبيعه أو يقايض عليه أو يرهنه أو يشارك به أو يقرضه أو يصالح عليه أو ينزل عن جزء من الحق(١). ولكن يجوز له أن يصالح المستأجر على الأجرة بإذن من القضاء أو موافقة ذوى الشأن إذا كان فى الصلح مصلحة(٢)، كما يجوز له بإذن من القضاء أو موافقة ذوى الشأن أن يقرض المال بفائدة إذا كان هذا العمل يعود بالمنفعة، أو يجرى تحسينات فى الأعيان، أو يبيع المنقول المعرض للتلف، أو يبيع المنقول المعرض لتقلب الأسعار خشية أن ينزل سعره، أو يبيع المنقول الذى يكلف حفظه نفقات كبيرة(٣).

=الخصوص من الدعاوى الخاصة بحفظ المال الموضوع تحت الحراسة وإدارته مما لا يجوز رفعها من مالك المال وحجب بذلك نفسه عن بحث دفاع الطاعن بصورية العقد محل الدعوى فإنه يكون قد خالف القانون.

(جلسة ١٩٨٦/١٢/٢٥ الطعن رقم ١٧٨٨ لسنة ٥٣ق)

(١) استئناف مختلط ١٧ فبراير سنة ١٩٣٢ م٤٤ ص١٧٩- ١٧ يوليه سنة ١٩٣٢ م٤٤ ص١٧٩- عبد الحكيم فراج فقرة ٣٨٨ ص٣٤٨- محمد على رشدى فقرة ٢٧٥.

(٢) وقد قدمنا أن هناك رأياً يذهب إلى جواز أن يبرم الحارس، بغير موافقة أو إذن، صلحاً مع المستأجر إذا كانت فيه المصلحة (انظر آنفاً فقرة ٤٦٢ فى الهامش)، كما قدمنا أن للحارس أن يصالح على الدين، بغير موافقة أو إذن، إذا كان فى الصلح مصلحة واضحة ولا سبيل إلى اقتضاء الحق بدونه (انظر آنفاً فقرة ٤٦٢).

(٣) محمد كامل مرسى فقرة ٣٧١- وقد قضى بأن الحراسة إجراء تحفظى تدعو إلى ضرورة المحافظة على الأشياء المتنازع عليها حتى ينتهى النزاع القائم بشأنها، ولهذا فالأصل أن سلطة الحارس التى تحددها المحكمة فى حكم الحراسة يجب أن تقتصر على أعمال الصيانة اللازمة وأعمال الإدارة والاستغلال العاديين. إلا أن ظروفاً قد تطرأ تبيح الخروج على هذا الأصل وتستلزم الإذن للحارس فى بيع المنقولات موضوع الحراسة، كما لو خيف عليها التلف أو هبوط القيمة أو كانت قيمتها لا تحتمل الصرف على حفظها وصيانتها، ففى هذه الحالات ومثيلاتها يجوز للقضاء بصفة استثنائية أن يمد فى سلطة الحارس وأن يجيز له بيع المنقولات على أن يودع ثمنها خزانة المحكمة (إسكندرية مستعجل ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ١٩٠ ص٣٧٣). وقضى أيضاً بأن مأمورية الحارس القضائى تقتصر على الإدارة دون التصرف، اللهم إلا فى حالات استثنائية محضة أجازها البعض، كتخويل الحارس سلطة بيع المال الموضوع تحت الحراسة إذا كان حفظه يتكلف نفقات جسيمة، وتخويله أحياناً سلطة تصفية التركات (إسكندرية مستعجل ٨ مايو سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ ص١٢٠). وانظر استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٩٢٠ م٣٢ ص١٩٦- ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٢ م٤٥ ص٢٢.

وقضى بأنه إذا كان يمكن حفظ المال دون تلف كمحصول القطن، لم يجز للحارس بيعه بل يجب عليه تخزينه فى ذمة من يثبت حقه فيه (استئناف مختلط ١٨ فبراير سنة ١٩٣١ جازيت ٢١ رقم ٤٣٣ ص٣٨٠). وانظر استئناف مختلط ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ م٤٤ ص٤٩- ولا يجوز للحارس أن يستحدث بناء أو أن يغير من معالم العين (استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩١٠ م٢٣ ص٧٣).

ونرى من هذا أن التصرف الذى يؤذن للحارس فى مباشرته يجب ألا يمس أصل الحق، ويجب فى الوقت ذاته أن يكون ذا طبيعة تحفظية حتى ينسجم مع مهمة الحارس(١).

٤٦٤ – عدم جواز إحلال أحد ذوى الشأن فى إدارة المال: وقد قدمنا عند الكلام فى التزام الحارس بالمحافظة على المال أنه لا يجوز له أن يكل بهذه المهمة لأحد من ذوى الشأن دون رضاء الباقين(٢). وما قلناه فى الالتزام بالحفظ نقوله فى الالتزام بالإدارة، فلا يجوز للحارس أن يمكن أحد ذوى الشأن من إدارة المال كله أو بعضه، سواء أكان ذلك بطريق مباشر كأن يعهد إليه بتأجيره للغير، أم بطريق غير مباشر كأن يؤجره له(٣)، إلا إذا كان ذلك بموافقة الباقين. وقد بينا العلة فى ذلك، فنحيل إلى ما قدمناه فى هذا الصدد(٤).

أما إذا أناب الحارس أجنبياً من غير ذوى الشأن فى الإدارة، فإنه يجب الرجوع فى ذلك إلى أحكام الوكالة. وهذه تقضى كما رأينا بأن الوكيل يجوز له أن ينيب غيره فى تنفيذ الوكالة، إلا إذا منع من ذلك صراحة أو ضمناً، ويعتبر أن هناك منعاً ضمنياً إذا اختير الوكيل لاعتبار شخصى(٥). ولما كان الحارس يختار عادة لاعتبار شخصى فيه، لذلك يكون ممنوعاً من إنابة غيره عنه فى الإدارة، سواء كان هذا الغير من ذوى الشأن أو كان أجنبياً، ويجب أن يتولى الإدارة بنفسه فهذه هى مهمته ولا يجوز له أن يتخلى عنها(٦).

٤٦٥ – الحارس وحده هو ذو الصفة فى جميع أعمال الإدارة والتصرف التى تدخل فى سلطته: وكما قدمنا فى أعمال الحفظ، يكون الحارس القضائى وحده دون المالك هو ذو الصفة فى مباشرة جميع أعمال الإدارة وأعمال التصرف الداخلة فى سلطته، فهو وحده

---

(١) انظر فى هذا المعنى محمد على راتب فقرة ٣٤٢ ص٨٧٦ – ولا ينفذ على الحارس من الأحكام الصادرة على ناظر الوقف إلا بمقدار ما تحت يد الحارس. وقد قضى بأن صدور حكم على ناظر الوقف بدفع نفقة شهرية للمستحق، لاحتمال مشغولية ذمته بمبالغ من الاستحقاق المتأخر له والمرفوع بشأنه دعوى حساب، لا يلزم الحارس القضائى المعين على الوقف إلا إذا كان للمحكوم له استحقاق تحت يده من أداء النفقة (مصر الكلية ٨ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٦ رقم ١٨٤ ص٤١٩).

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٥٩.

(٣) ما لم يكن التأجير فى المزاد العلنى (محمد على رشدى فقرة ٢٧٨).

(٤) انظر آنفاً فقرة ٤٥٩.

(٥) انظر آنفاً فقرة ٢٦٢.

(٦) محمد عبد اللطيف فقرة ٣٢٤– محمد على عرفة ص٥٤٧– مصر مستعجل ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ١٨٢ ص٤٨١ (إذا تخل الحارس عن الحراسة أو وكل شؤونها إلى غيره، وجب إبعاده عن الحراسة وإقامة سواه) – قرب استئناف مختلط ٧ فبراير سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص١٤٨ – ويجوز للحارس أن يكل لمتخصص فى الزراعة أن يزرع الأرض، ولا يكون مسئولا إلا عن إعساره أو عدم كفايته أو تقصيره الواضح (استئناف مختلط ٧ أبريل سنة ١٩٣٨ م٥٠ ص٢٢٦).

الذى يتولاها دون المالك. ولا يجوز للمالك أن يتولاها، فقد غلت يده عنها بسبب الحراسة، وإذا قام بعمل منها كان العمل باطلا. ويترتب على ذلك أن جميع الدعاوى التى تنشأ من أعمال الإدارة والتصرف التى تدخل فى سلطة الحارس يكون الحارس وحده هو ذو الصفة فى رفعها منه أو فى رفعها عليه، ولا يجوز رفعها من المالك أو عليه لانعدام صفته(١)(1). وقد سبق أن قررنا مثل ذلك فى أعمال الحفظ(٢).

---

(١) محمد كامل مرسى فقرة ٣٦٩- عبد الحكيم فراج فقرة ٣٧٢ وما بعدها- محمد على رشدى فقرة ٢٧١- فقرة ٢٧٢ - محمد على راتب فقرة ٣٤٢ ص٨٧٦ - ص٨٧٧- محمد عبد اللطيف فقرة ٣٠٠ وفقرة ٣٠٢ - استئناف مختلط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٥ م٢٨ ص٨٦- وقد قضت محكمة النقض بأنه متى قضى بإقامة حارس قضائى على أعيان وقف وخوله الحكم الذى أقامه إدارة هذه الأعيان، فإنه يصبح بمثابة الناظر المؤقت، ويكون هو صاحب الصفة فى تمثيل الوقف أمام القضاء، ولا يملك التحدث فى شؤون إدارة الوقف سواء. ويترتب على مجرد صدور حكم فى مواجهة الناظر بإقامة حارس على نصيبه فى الوقف أن تغل يده عن إدارة هذا النصيب دون حاجة إلى أى إجراء آخر (نقض مدنى ١٩ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٥ ص٧٢١). وانظر نقض مدنى ١٥ أبريل سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١١٤ ص٧٦١- وقضى أيضاً بأنه إذا عين حارس على الوقف، فهو الوحيد الذى له الحق فى تمثيل الوقف فى الدعاوى التى ترفع منه وعليه بشأن الإدارة، دون الناظر المعين عليه (استئناف مختلط ١٣ أبريل سنة ١٩٢٦ م٣٨ ص٦٤٨). وقضى بأنه بمجرد صدور حكم الحراسة، يضحى الحارس هو الشخص الوحيد الذى تخق له إدارة الأموال محل الحراسة، والعمل على صيانة حقوقها قبل الغير، والتقاضى بشأنها فيما يتعلق بأعمال الحراسة (استئناف مختلط ١١ مايو سنة ١٩٣٣ م٤٥ ص٢٧٩- مصر مستعجل ١٤ يونيه سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٣ رقم ٢٠٤ ص٤٨٧). وانظر استئناف وطنى ٢٧ يناير سنة ١٩١٠ الحقوق ٢٥ ص٩٧- استئناف مختلط ٩ ديسمبر سنة ١٨٩١ م٤ ص٤٠- ٦ يونيه سنة ١٩٠١ م١٣ ص٣٦٠ (حارس أقيم بناء على طالب الدائنين يطعن فى تصرفات المدين بالتواطؤ) - عكس ذلك استئناف مختلط أول مايو سنة ١٩٠٢ م١٤ ص٢٧٣.

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٦٠.

(1) أ- الالتزام الملقى على عاتق الحارس لا يقتصر على حفظ الأموال مما قد يصيبها من أعمال مادية، بل يوجب عليه أيضاً أن يتفادى فى شأنها ما قد يعتريها من اضرار باتخاذ ما تستدعيه من اجراءات ادارية أو قضائية فى صددها، وطبيعة هذا الالتزام وانصبابه على مال مشمول بالحراسة وموجود حكما أو فعلا فى حوزة الحارس يقتضى أن ترفع منه أو عليه - دون المالك للمال - كافة الدعاوى المتعلقة بأعمال الحفظ والصيانة الداخلة فى سلطته.

(جلسة ١٩٧٨/١١/٢٢ الطعن رقم ٧٣٠ لسنة ٤٦ق س٢٩ ص١٧٤٤)

(جلسة ١٩٨٢/١٢/١٢ الطعن٣٠ لسنة ٤١ق)

ب- تخويل الحارس الذى يقوم بالإدارة حق التقاضى فيما ينشأ عن تلك الأعمال من منازعات باعتباره نائبا قانونيا - لا يقتضى سلب هذا الحق من الأصيل الذى يبقى له الحق دائما فى ممارسة ما هو مخول للنائب ما دام لم يمنع من ذلك.

(جلسة ١٩٦٥/٥/٢٧ الطعن رقم ٣٠٨ لسنة ٢٠ق س١٦ ص٦٣٣)

أما غير ذلك من الأعمال التى لا تدخل فى سلطة الحارس، فليست للحارس صفة فى مباشرتها. ويبقى للمالك أهليته كاملة فى مباشرة هذه الأعمال، إذ أن الحراسة لم تعزله عنها ولم تغل يده فيها[1]. فيجوز للمالك، أو لمن يتبين أنه هو المالك بعد حسم النزاع، أن يبيع المال ويرهنه ويهبه ويتصرف فيه بجميع أنواع التصرف، فيما عدا أعمال الإدارة والتصرف الداخلة فى سلطة الحارس، ولو كان ذلك فى أثناء نظر النزاع وقبل حسمه. ويكون تصرف المالك صحيحاً ملزماً له، ولكنه يكون بداهة موقوفاً على حسم النزاع لصالحه وظهور أنه هو المالك[2]. ويترتب على ذلك أنه إذا رفعت دعوى استحقاق بملكية المال على الحارس، وجب على الحارس أن يدفع بعدم قبول الدعوى لانعدام صفته[3]. وإذا حكم عليه بالاستحقاق، لم يسر هذا الحكم فى حق المالك، وجاز له أن يعترض عليه

---

(١) عبد الحكيم فراج فقرة ٣٧٤ ص٣٣٣- محمد على راتب فقرة ٣٥٤ ص٨٩٤- ص٨٩٥- محمد عبد اللطيف فقرة ٣٠٠- محمد على عرفة ص٥٤٥- محمد كامل مرسى فقرة ٣٦٩- استئناف مختلط ٨ مايو سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص٢٩٧- ولا يؤثر الحكم الصادر بالحراسة فى التصرفات الجدية الصادرة من المالك قبل صدور الحكم (عبد الحكيم فراج فقرة ٣٧٥)، ولو كانت هذه التصرفات من أعمال الحفظ والإدارة (استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩٢٣ م٣٥ ص٢٦٥)، ما لم يكن الغرض منها الإضرار بحقوق الدائنين فيجوز الطعن فيها بطريق الدعوى البوليصية (استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩٣٠ جازيت سنة ١٩٣١ رقم ٤٣١ ص٣٨٠- عبد الحكيم فراج فقرة ٣٧٤ ص٣٣٣). ولا يؤثر حكم الحراسة كذلك فى حق دائنى المالك من اتخاذ إجراءات فردية ينفذون بها على المال الموضوع تحت الحراسة، ويكون هذا التنفيذ عن طريق الحجز تحت يد الحارس، إلا إذا وافق الحارس على توقيع الحجز التنفيذى المباشر على المنقول الموضوع تحت حراسته (استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩٢٣ م٣٥ ص٣٠٥- عبد الحكيم فراج فقرة ٣٧١- محمد على رشدى فقرة ٢٧١- محمد على راتب فقرة ٣٥٤ ص٨٩٥- ص٨٩٦- محمد عبد اللطيف فقرة ٣٠٤)- وانظر نقض جنائى ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر الجنائية ٣ رقم ١١ ص١٣ (الواجب على الدائن أن ينفذ تحت يد الحارس بطريق حجز ما للمدين لدى الغير، ولا يجوز أن ينفذ مباشرة على المحصولات).

(٢) بودرى وفال فقرة ١٢٩٥- فقرة ١٢٩٦- عبد الحكيم فراج فقرة ٣٧٤ ص٣٣٣.

(٣) وعلى أساس سلطة الحارس فى الإدارة والتصرف تقوم صفته فى الدعاوى التى ترفع منه أو عليه. فالحارس على وقف يمثل الوقف دون الناظر فى نطاق السلطة التى خولها له حكم الحراسة، فوجبت معرفة مدى هذه السلطة للبت فى قيام صفته فى تمثيل الوقف فى الدعاوى التى ترفع من الوقف وعليه. وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه لا سبيل إلى القول بقبول أو بعدم قبول مقاضاة النظار وحدهم دون الحارس إلا على أساس ما يكون وارداً فى حكم الحراسة خاصاً بمهمة الحارس. فإذا كان الحكم فى قضائه بعدم قبول الدعوى المرفوعة على نظار الوقف لعدم اختصام الحراسة فيها قد اكتفى بالإشارة إلى الحكم الصادر بتعيين الحراس على الوقف دون أن يبين مدى سلطتهم، وهل هم أصبحوا وحدهم بمقتضى الحكم الصادر بوضع الأعيان الموقوفة تحت الحراسة يمثلون الوقف دون النظار فى كل شؤونه، أم أن مهمتهم محصورة فى نطاق معين بحيث يبقى للنظار صفة تمثيل جهة الوقف أصلياً، ودون أن يبين كيف أن الخصومة القائمة من نتيجتها المساس بإدارة الحراسة بحيث=

اعتراض الخارج عن الخصومة، كما جاز له أن يتجاهل الحكم ويستبقى المال تحت يده بعد حسم النزاع لصالحه. وعلى مدعى الاستحقاق أن يعيد رفع الدعوى من جديد على المالك دون الحارس، حتى يكون الحكم سارياً فى حق الأول(١).

المبحث الثالث

تقديم الحساب

٤٦٦- نص قانونى: تنص المادة ٧٣٧ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«١- يلتزم الحارس باتخاذ دفاتر حساب منظمة، ويجوز للقاضى إلزامه باتخاذ دفاتر موقع عليها من المحكمة».

«٢- ويلتزم أن يقدم لذوى الشأن كل سنة على الأكثر حساباً بما تسلمه وبما أنفقه، معززاً بما يثبت ذلك من المستندات وإذا كان الحارس قد عينته المحكمة، وجب عليه فوق ذلك أن يودع صورة من هذا الحساب قلم كتابها»(٢).

=يجب توجيهها للحراس، فلا شك فى أن قصور الحكم عن هذا البيان يعيبه ويجعل النتيجة التى وصل إليها غير مستندة إلى ما يبررها (نقض مدنى ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٥٤ ص١٤٨). وقد يكون الحارس على التركة أحد الورثة وترفع عليه الدعوى بصفته وارثاً لا حارساً لأن النزاع لا يدخل فى نطاق حراسته، فيكون الحكم صحيحاً نافذاً على مال الحراسة. وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن إقامة أحد الورثة حارساً على التركة لا يمنع من الحكم عليه شخصياً بربع حصة وارث آخر، ثم تنفيذ هذا الحكم على مال الحراسة الذى لم يخرج عن كونه مملوكاً لجميع الورثة (نقض مدنى ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦٣ ص٤٦٢). والحارس على عين شائعة فى أثناء إجراءات القسمة لا صفة له فى الدعاوى العينية (استئناف مختلط ١٧ فبراير سنة ١٨٩٨ م١٠ ص١٦٥).

(١) استئناف مختلط ٦ يونيه سنة ١٩٠١ م١٣ ص٣٦٠- الموسكى ٢ مارس سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ١٠٦ ص١٥٢- طنطا ٣ مارس سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ١٠٤ ص١٥٠- وإذا أقام أحد الورثة دعوى بطلب تقرير نفقة له فى مواجهة الحارس دون الدائنين أو باقى الورثة، فإن الحكم لا يعتبر حجة عليهم (استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩١٢ م٢٥ ص٤٤- عكس ذلك استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٩٣٦ م٤٨ ص٢٩٧). ولا يجوز للحارس أن يدفع الدعوى التى تقام فى مواجهته بدفوع تتصل بأصل الحق، كبطلان عقود البيع الصادرة عن الأموال الموضوعة تحت الحراسة أو الرهون المقررة عليها (استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩١٢ م٢٥ ص٤٤- ٢٩ يناير سنة ١٩١٤ م٢٦ ص١٩٠- ٤ أبريل سنة ١٩٣٢ جازيت يوليه سنة ١٩٣٤ رقم ٤٠٠ ص٣٢- ١٨ أبريل سنة ١٩٣٩ م٥١ ص٢٦٠) - وانظر محمد على رشدى فقرة ٢٧٥.

(٢) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ١٠٢٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «١- يلتزم الحارس باتخاذ دفاتر حساب منظمة موقع عليها من المحكمة. ٢- ويلتزم أن يقدم لذوى الشأن، كل =

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى القديم، وكان الحكم فى هذا التقنين أن يقدم الحارس حساباً، ولم يكن تقديم الحساب منظما من حيث دفاتره ومواعيده كما نظم فى التقنين المدنى الجديد.

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ٧٠٣- وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٧٣٧- ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى العراقى ولا فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى(١).

٤٦٧- التزام الحارس بتقديم الحساب كالتزام الوكيل: الحارس نائب عن صاحب المال كما قدمنا، فهو يلتزم بتقديم الحساب للأصيل التزام الوكيل بتقديم الحساب للموكل(1). وقد قدمنا فى الوكالة، أن الحساب الذى يقدمه الوكيل يدرج فيه ما للموكل وما عليه، كأن يكون للموكل مال تحت يد الوكيل، ومبالغ قبضها هذا الأخير

=سنة على الأكثر، حساباً صحيحاً بما تسلمه وبما أنفقه، معززاً بما يثبت ذلك من مستندات. وإذا كان الحارس قد عينته المحكمة، فيجب عليه، فوق ذلك، أن يودع صورة من هذا الحساب بقلم كتاب هذه المحكمة». وأدخلت لجنة المراجعة على النص تعديلات لفظية طفيفة وحذفت لفظ «صحيحاً» من الفقرة الثانية، وصار النص رقمه ٧٦٩ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٦٨. وفى لجنة مجلس الشيوخ عدلت الفقرة الأولى على الوجه الآتى: «يلتزم الحارس باتخاذ دفاتر حساب منظمة، ويجوز للقاضى إلزامه باتخاذ دفاتر موقع عليها من المحكمة»، وبهذا يكون التزام الحارس باتخاذ دفاتر حساب منظمة التزاماً مطلقاً، أما إلزامه باتخاذ دفاتر موقع عليها من المحكمة فهو أمر جوازى يترك للقاضى تقديره بحسب ظروف كل حالة، حتى لا تفرض الدفاتر المصدق عليها فى جميع الحالات إذ قد تكون قيمة الأموال الموضوعة تحت الحراسة قليلة، وفى هذا التعديل ما يجعل النص أكثر مرونة. وأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، وصار رقمه ٣٢٧. ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٩٥ - ص٢٩٧).

(١) **التقنينات المدنية العربية**:

التقنين المدنى السورى م٧٠٣ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م٧٣٧ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى: لا يشتمل على نصوص فى الحراسة.

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى: لا مقابل. ولكن التزام الحارس بتقديم حساب عن إدارته التزام تفرضه القواعد العامة على كل نائب يدير ملك الغير.

(1) إن المادة ٧٣٧ من القانون المدنى إذ ألزمت الحارس بأن يقدم إلى ذوى الشأن كل سنة على الأكثر حسابا بما تسلمه وبما أنفقه معززا بما يثبت ذلك من مستندات - فقد دلت على أن العبرة فى محاسبة الحارس عن ريع الأعيان المعهودة إليه بإدارتها انما هى بما تسلمه فعلا من هذا الريع، وبما أنفقه من مصروفات.

(جلسة ٢٠٠١/٥/٨ الطعن رقم ٢٥٧٩ لسنة ٧٠ق)

ثمن ما باعه أو أجرة ما أجره أو وفاء لدين الموكل فى ذمة الغير، ومبالغ هى فوائد للمبالغ التى استغلها الوكيل لحساب الموكل، وأعيان للموكل كانت مودعة عند الغير واستردها الوكيل، وأوراق مالية اشتراها الوكيل لحساب الموكل. وكأن يكون على الموكل المصروفات التى أنفقها الوكيل فى إدارة الأموال، والضرائب والرسوم التى دفعت، وأقساط التأمين، والسمسرة التى دفعها الوكيل لإتمام صفقات لحساب الموكل، والثمن الذى اشترى به الأوراق المالية أو غيرها من أشياء لحساب الموكل، والأجر الذى اتفق عليه مع الموكل. فيدرج الموكل كل هذا فى حساب واحد لا يتجزأ، مكون من أصول وخصوم، والرصيد بعد استنزال الخصوم من الأصول هو الذى يجب الوفاء به للموكل، كما هو الأمر فى الحساب الجارى. وتفنى ذاتية هذه المبالغ وهى مدرجة فى الحساب، فلا تكون حقوقاً أو ديوناً مستقلة بعضها عن بعض، ولا ينتج أى منها فوائد مستقلة، بل الذى ينتج الفوائد هو رصيد الحساب. ولا تقع المقاصة بين مبلغ وآخر على وجه الاستقلال، بل تقع بين مجموع الأصول ومجموع الخصوم، لأن الحساب لا يتجزأ كما سبق القول(١). وما قلناه فى الوكالة يسرى على الحراسة، فالحارس نائب عن صاحب المال كما قدمنا.

٤٦٨ – ما يتخصص به الحارس فى تقديم الحساب: على أن المادة ٧٣٧ مدنى، بعد أن قضت بأن يقدم الحارس «حسابا بما تسلمه وبما أنفقه معززاً بما يثبت ذلك من مستندات»(٢)(1)، نظمت هذا الالتزام تنظيما دقيقاً على الوجه الآتى: (١) ألزمت

---

(١) انظر فى كل ذلك ما قدمناه فى الكالة آنفاً فقرة ٢٦٦.

(1) أ– المادة ٧٣٧ من القانون المدنى إذ الزمت الحارس بأن يقدم إلى ذوى الشأن كل سنة على الأكثر حسابا بما تسلمه وبما أنفقه معززا بما يثبت ذلك من مستندات فقد دلت على العبرة فى محاسبة الحارس عن ريع الأعيان المعهود إليه ادارتها انما هى بما تسلمه فعلا من هذا الريع وبما أنفقه من مصروفات ولو عن مدة سابقة على تسلمه تلك الأعيان.

(جلسة ١٩٨٨/٤/٧ الطعن رقم ١٥١٥ لسنة ٥٤ق)

ب– متى كان الحكم الذى أقام الحارس قد ألزمه بأن يقدم إلى صاحب العين حسابا عن ايرادها ومنصرفها مشفوعا بما يؤيده من مستندات فإن تقديم هذا الحساب يكون على هذا الوجه التزاما قانونيا، فضلا عن كون الحارس مكلفا قانونا بتقديم الحساب، لما كان ذلك فان توقيع مصلحة الضرائب الحجز على ريع حصة الطاعنين فى العقار لا يعفى الحارس المطعون عليه من الالتزام المذكور.

(جلسة ١٩٨٤/١١/٧ الطعن رقم ٢٠٣٨ لسنة ٥٠ق س٣٥ ص١٨٠٠)

(جلسة ١٩٦٨/١٠/٢٤ الطعن رقم ٢٦٤ لسنة ٣٤ق س١٩ ص١٢٦٧)

(٢) كان المشروع التمهيدى للمادة ٧٣٧ مدنى يلزم الحارس أن يقدم حساباً «صحيحاً»، فحذف لفظ «صحيحاً» فى لجنة المراجعة (انظر آنفاً فقرة ٤٦٦ فى الهامش مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ =

الحارس أن يتخذ دفاتر حساب منظمة، بل أجازت للقاضي أن يلزم الحارس باتخاذ دفاتر حسابات موقع عليها من المحكمة إذا كانت أهمية المال الموضوع تحت الحراسة تقتضي

=ص٢٩٦). ويرجع سبب الحذف إلى عدم الجدوى من وصف الحساب بأن يكون صحيحا، إذ الحارس ملزم بأن يقدم ما يعزز الحساب من مستندات فيقع عليه هو عبء إثبات أنه حساب صحيح، فيكفي إذن أن يقال إنه ملزم بتقديم حساب معزز بالمستندات (قارن عبد الحكيم فراج فقرة ٣٩٠ ص٣٥٦). انظر في وجوب تعزيز الحساب بالمستندات التي تؤيده: استئناف مختلط ٢٢ أبريل سنة ١٩٢٥ م٣٧ ص٣٥٤.

والحارس ملتزم بتقديم الحساب التزاماً خاصا مستقلا. وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا عين حارس على وقف لإدارته وإيداع صافي ريعه خزانة المحكمة لدين على المستحقين في الوقف، فإن حق الدائن في محاسبة الحارس هو حق خاص به مستقل عن حق المدين المستحق، فإذا تنازل المستحق عن دعواه ضد الحارس بتقديم الحساب، فإن هذا التنازل لا يؤثر في حق الدائن في مطالبة الحارس بتقديم الحساب والإيداع. ولا يؤثر في ذلك النزاع المدين في بقاء الدين، ومن ثم فإذا حكمت المحكمة بوقف دعوى الحساب كان حكمها مخالفاً للقانون (نقض مدني ٢٤ أبريل سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٩١ ص٤١٥). كذلك يجب على الحارس أن يعزز الحساب بالمستندات. وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم الذي أقام الحارس قد ألزمه بأن يقدم إلى صاحب العين حساباً عن إيرادها ومنصرفها مشفوعاً بما يؤيده من المستندات، فإن تقديمه هذا الحساب يكون على هذا الوجه التزاماً قانونياً، فضلا عن كون الحارس مكلفاً قانوناً بتقديم الحساب. وإذن فإذا كان الحكم قد أقام قضاءه في الدعوى على قاعدة أن كشف حساب الحارس، مجرداً عن المستندات المؤيدة له، يعتبر إقراراً لا تجوز تجزئته، وتأسيساً على هذه القاعدة قال ما يفيد أنه اعتبر الحساب صحيحاً حتى يقوم الدليل على عدم صحته، معفياً الحارس بذلك ضمناً من تقديم المستندات المؤيدة للمبالغ التي صرفها بمقولة أنها ديون وفاها، فإن الحكم يكون غير صحيح في القانون (نقض مدني ٢٥ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٩٢ ص٥٨١). وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه إذا حصل تعرض من الغير لمستأجر العقار في انتفاعه به، فطلب في مواجهة المتعرض والمؤجر تعيين المؤجر حارساً لإدارة الأطيان وإيداع غلتها خزانة المحكمة وقضى له بذلك، ثم رفع الدعوى على المؤجر بمطالبته برد ما دفع من الأجرة وبتعويض عما فاته بصفته مستأجراً من الربح في مدة الإيجار، وبنى دعواه على أن المدعى عليه استولى على الحاصلات ولم يدفع مما حصله منها شيئاً، فقضت المحكمة برفضها بناء على ما استخلصت استخلاصاً سائغاً من ظروف الدعوى وأوراقها من أن عقد الإيجار لم يبطل ولم يعطل بفعل المؤجر، وعلى أساس أن يد المدعى لا تعتبر أنها رفعت عن الأطيان المؤجرة بوضع الأطيان تحت الحراسة القضائية، وأن المدعى عليه بصفة كونه مؤجراً لا مسئولية عليه، بل إن مساءلته لا تكون إلا بصفته حارساً وعن طريق رفع دعوى حساب عليه، فإنها لا تكون قد أخطأت في تطبيق القانون (نقض مدني ٢٣ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٣ ص٣٠٢). وقضت كذلك بأن الحارس مسئول عن تقديم الحساب عن إدارته لأعيان التركة بما فيها عقار آلت ملكيته بالقسمة لأحد الورثة (نقض مدني ٦ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٠١ ص٥٩١).

وانظر محمد علي رشدي فقرة ٢٧٩- محمد علي راتب فقرة ٣٤٤- محمد عبد اللطيف فقرة ٣٢٥.

ذلك[1]. (٢) ألزمت الحارس أن يقدم الحساب لذوى الشأن كل سنة على الأكثر، ولو قبل انتهاء الحراسة[2]. ويجوز أن يلزم الاتفاق أو حكم الحراسة الحارس أن يقدم الحساب فى السنة أكثر من مرة، كما يجوز للحارس أن يقدم الحساب من تلقاء نفسه أكثر من مرة فى السنة. وعلى كل حال يجب على الحارس أن يقدم حساباً أخيراً عند انتهاء مهمته، ولو قبل انقضاء السنة[3]. ألزمت الحارس، إذا كانت المحكمة هى التى عينته، سواء كان حارساً قضائياً أو حارساً اتفاقياً، أن يودع صورة من الحساب قلم كتاب المحكمة، ليتيح للمحكمة فرصة مراجعته وتنبسط بذلك رقابة المحكمة على إدارة الحارس[4].

المبحث الرابع

رد المال

٤٦٩ – نص قانونى: تنص الفقرة الثانية من المادة ٧٣٨ من التقنين المدنى على ما يأتى:

---

(١) وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٧٣٧ مدنى يلزم الحارس باتخاذ دفاتر حسابات منظمة موقع عليها من المحكمة فى جميع الأحوال، فعدل النص فى لجنة مجلس الشيوخ وجعل الإلزام باتخاذ دفاتر موقع عليها من المحكمة أمراً جوازياً يترك للقاضى قدره بحسب ظروف كل حالة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٩٧ – وانظر آنفاً فقرة ٤٦٦ فى الهامش).

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة، فى عهد التقنين المدنى القديم وبالرغم من عدم وجود نص يلزم الحارس بتقديم الحساب كل سنة على الأكثر، بأن على الحارس أن يقدم حساباً مرة على الأقل كل سنة، حتى لو خلا الحكم الصادر بالحراسة من تكليفه بإيداع صافى الحساب (استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩٢٥ م٣٧ ص٤٥٧ – ٣١ مارس سنة ١٩٤٨ م٦٠ ص٨٨).

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٩٩.

(٤) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «يجب على الحارس أن يؤدى حساباً عن إدارته إلى ذوى الشأن. وقد حدد المشروع هذا الالتزام ونظمه حتى يكون له أثر فعال فى ضمان الرقابة على إدارة الحارس، فألزم الحارس أولا باتخاذ دفاتر منظمة موقع عليها من المحكمة (وذلك قبل تعديل المشروع فى لجنة الشيوخ على ما رأيناه)، كما هو شأن التجار فيما يجب عليهم اتخاذه من دفاتر، حتى يمتنع بذلك أو يقل إمكان التلاعب فى الحسابات. ثم ألزمه بأن يقدم كل سنة على الأكثر حسابا صحيحاً، بما تسلمه وبما أنفقه، وحتم عليه أن يعزز حسابه بما يؤيده من مستندات، وكلفه بتقديم هذا لكل من ذوى الشأن وبإيداع صورة منه بقلم كتاب المحكمة التى عينته إذا كان تعيينه بحكم، حتى يسهل على ذوى الشأن وعلى المحكمة مراجعة الحساب والتحقق من حسن الإدارة» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٩٦).

«وعلى الحارس حينئذ (أى عند انتهاء الحراسة) أن يبادر إلى رد الشئ المعهود إليه حراسته إلى من يختاره ذوو الشأن أو من يعينه القاضى»(١).

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى القديم، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص لأنه تطبيق للقواعد العامة.

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ٢/٧٠٤ – وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢/٧٣٨– ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى العراقى– ويقابل فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادتين ٧٢٤ و٧٢٦(٢).

٤٧٠– تطبيق أحكام التزام المودع عنده برد الشئ المودع: يلتزم الحارس برد المال الموضوع تحت الحراسة كما يلتزم المودع عنده برد الشئ المودع، وتسرى أحكام التزام المودع عنده بالرد على التزام الحارس بالرد(٣)(1). وقد صرح بذلك تقنين الموجبات

---

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى الفقرة الثانية من المادة ١٠٢٤ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. وفى لجنة المراجعة استبدلت كلمة «حينئذ» بعبارة «بمجرد انتهاء الحراسة». فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، وصار رقمه ٢/٧٧٠ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٢/٧٦٩، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢/٧٣٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٩٦).

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدنى السورى : م٢/٧٠٤ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م٢/٧٣٨ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى: لا يشتمل على نصوص فى الحراسة.

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٧٢٤: يجب على الحارس أن يعيد الشئ المحبوس بلا إبطاء إلى الشخص الذى يعينه له الفريقان أو القضاء– ويترتب عليه من الموجبات فيما يختص برده ما يترتب على الوديع المأجور.

م٧٢٦: إذا نيطت الحراسة بعدة أشخاص، فالتضامن يوجد حتما بينهم طبقاً للقواعد المختصة بالوكالة.

(وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى).

(٣) محمد على عرفة ص٥٤٩.

(1) أ– الحراسة القضائية هى وضع مال يقوم فى شأنه نزاع أو يكون الحق فيه غير ثابت ويتهدده خطر عاجل فى يد أمين يتكفله بحفظه وإدارته ورده.

(جلسة ١٩٩٠/٥/٢٨ الطعن رقم ١٠٥٣ لسنة ٥٨ق)

(جلسة ١٩٨١/٦/٢٥ الطعن رقم ١٣١٨ لسنة ٤٨ق س٣٢ ص١٩٥٢).

ب– التزام الحارس القضائى بحفظ المال المعهود إليه حراسته وإدارته ورده لصاحب الشأن عند انتهاء الحراسة وبتقديم حساب عن إدارته له، هذه الالتزامات جميعا مصدرها القانون فلا تتقادم إلا بمضى=

والعقود اللبنانى (م٧٢٤)[١] وهو مفهوم من طبيعة مهام الحارس، فهو وكيل أو نائب فيما يتعلق بإدارة المال وبتقديم حساب عنه، ومودع عنده فيما يتعلق بتسلم المال وبحفظه وبرده.

وعلى ذلك تسرى هنا الأحكام التى بسطناها تفصيلا فيما يتعلق بالتزام المودَع عنده برد الشئ المودع: فى رد المال الموضوع تحت الحراسة عيناً[٢] أو بمقابل، وفى رد الثمار، وفى مكان الرد ومصروفات، وفى جزاء الإخلال بالتزام الرد[٣].

ولكن الحارس يختلف عن المودع عنده فى الأمرين الآتيين: متى يكون الرد، ولمن يكون.

٤٧١- متى يكون الرد ولمن يكون: يكون الرد عند انتهاء الحراسة، وسنرى فيما يلى متى تنتهى، وقد تنتهى مهمة الحارس قبل انتهاء الحراسة فى ذاتها، ويكون ذلك بتنحى الحارس عن الحراسة أو بعزله عنها أو بموته أو بالحجر عليه، وفى جميع هذه الأحوال يحل حارس آخر مكانه[٤]، فيكون الرد إذن إما عند انتهاء الحراسة، وإما عند انتهاء مهمة الحارس[٥].

=خمس عشرة سنة طبقا للأصل العام المنصوص عليه فى المادة ٢٠٨ من القانون المدنى القديم ولا تخضع للتقادم الثلاثى المنصوص عليه فى المادة ١٧٢ من القانون المدنى القائم، وإذا كانت الدعوى بطلب إلزام الحارس القضائى بتقديم حساب عن مدة الحراسة وبالزامه بدفع فائض ريع العين التى كانت تحت الحراسة فإن التزامه بذلك لا يتقادم إلا بانقضاء خمس عشرة سنة.

(جلسة ١٩٦٨/١٠/٢٤ الطعن رقم ٢٦٤ لسنة ٣٤ق س١٩ ص١٢٦٧)

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٦٩ فى الهامش.

(٢) ويكون ذلك عادة بموجب محضر الجرد الذى تسلم الحارس به المال (محمد على راتب فقرة ٣٤٥).

(٣) انظر آنفاً فقرة ٣٦٣- فقرة ٣٦٥ وفقرة ٣٦٨ - فقرة ٣٧١- ويستأنس أيضاً بما ورد فى التزام الوكيل برد ما فى يده من مال للموكل (انظر انفاً فقرة ٢٦٨ وما بعدها)، وبخاصة فيما يتعلق برد الأوراق والمستندات والأحكام الخاصة بالحراسة كعقود الإيجار الخاصة بالمستأجرين والأحكام الصادرة ضدهم وأوراق التنفيذ وما إلى ذلك (انظر محمد على راتب فقرة ٣٤٥).

(٤) انظر آنفاً فقرة ٤٥٣- فقرة ٤٥٤.

(٥) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «إذا اتفق ذوو الشأن جميعاً على إنهاء الحراسة، أو لم يتفقوا على ذلك وحكم به القضاء، انتهت الحراسة وانتهت مأمورية الحارس. ولكن ليس هناك ما يمنع من أن يتفق ذوو الشأن على استمرار الحراسة وإنهاء مأمورية الحارس بأن يعينوا حارساً جديداً بدلا منه، ولا ما يمنع القاضى من أن يأمر باستمرار الحراسة وعزل الحارس الأول وإبدال غيره به، سواء كان ذلك بناء على اتفاق الخصوم أو بناء على طلب بعضهم وبعد سماع =

ويكون الرد، فى حالة انتهاء الحراسة فى ذاتها، إلى من يختاره ذوو الشأن فى الحراسة الاتفاقية. أو إلى من يثبت له الحق فى الشئ أو من يعينه القاضى فى الحراسة القضائية. أما فى حالة انتهاء مهمة الحارس قبل انتهاء الحراسة فى ذاتها، فيكون الرد للحارس الجديد الذى يخلف الحارس الأول فى مهمته(١).

الفرع الثانى
حقوق الحارس
المبحث الأول
تقاضى الأجر

٤٧٢- نص قانونى: تنص المادة ٧٣٦ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«للحارس أن يتقاضى أجراً، ما لم يكن قد نزل عنه»(٢).

=البعض الآخر. ومتى انتهت مأمورية الحارس بهذا التكل أو ذاك، وجب عليه رد الشئ المعهود إليه حراسته وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٢٤-١ (من المشروع التمهيدى)» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٩٨- ص٢٩٩).

وتجب مطالبة الحارس بالرد، فلا يعتبر المؤجر المعين حارساً على العين المؤجرة متعرضاً للمستأجر بمجرد إلغاء حكم الحراسة، ما لم يثبت امتناعه عن التخلى عنها بعد مطالبته بذلك عن طريق تنفيذ الحكم القاضى بإلغاء الحراسة (نقض مدنى ١٢ أبريل سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٣٥ ص٦١٧).

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «ومتى انتهت مأمورية الحارس، سواء بإقالته منها أو بانتهاء الحراسة ذاتها، وجب عليه أن يبادر برد الشئ المعهود إليه حراسته مع حساب أخير سواء إلى من يخلفه فى الحراسة، أو إلى من يثبت حقه فى ذلك الشئ، أو إلى من يختاره ذوو الشأن، أو من يعينه القاضى لذلك: م٢٤-٢/١ (من المشروع التمهيدى)» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٩٩).

(٢) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ١٠٢٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «١- للحارس أن يتقاضى أجراً، ما لم يكن قد تنازل عن ذلك. وله أن يسترد ما أنفقه من مصروفات على حفظ المال الموجود فى حراسته وعلى إدارته. ٢- وله الحق فى حبس الأموال الموضوعة تحت الحراسة حتى يستوفى الحقوق التى تخوله إياها هذه المادة، وذلك دون إخلال بما يقرره هذا القانون له من حق امتياز». وفى لجنة المراجعة لم تستبق إلا العبارة الأولى من الفقرة الأولى من النص. فأصبحت مطابقة لما استقرت عليه فى التقنين المدنى الجديد، وصار رقمها ٧٦٨ فى المشروع النهائى، وحذفت بقية الفقرة الأولى وكل الفقرة الثانية اكتفاء بالقواعد العامة. ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٧٦٧، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٣٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٩٣- ص٢٩٥).

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٦٠١/٤٩٢(١).

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ٧٠٢ – وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٧٣٦– ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى العراقى – ويقابل فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادتين ٧٢١ و٧٢٧(٢).

٤٧٣– الأصل فى الحارس أن يكون بأجر: والأصل فى الحارس بخلاف الوكيل والمودَع عنده – أن يكون بأجر، حتى لو لم يشترط ذلك. فإذا سكت الحارس عن الأجر كان مأجوراً، ولا يكون غير مأجور إلا إذا نزل صراحة أو ضمناً عن الأجر(٣). وقد رأينا

---

(١) **التقنين المدنى القديم** م٦٠١/٤٩٢: إيداع الأشياء المتنازع فيها يجوز أن يكون بمقابل.

(ويبدو أن التقنين المدنى القديم كان لا يعطى الحارس حقاً فى الأجر إلا إذا اشترط ذلك، أما فى التقنين المدنى الجديد فالحارس له حق فى الأجر إلا إذا نزل عنه. وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى: «فقد نصت هذه المادة على حق الحارس فى أن يتقاضى أجراً ما لم يكن قد تنازل عن ذلك، مخالفة بهذا نص المادة ٤٩٢ من التقنين الحالى – القديم – الذى يقرر أن إيداع الأشياء المتنازع فيها يجوز أن يكون بمقابل. وقد أراد المشروع بذلك أن يعتمد ما غلب وقوعه فى العمل وما قدرته المحاكم من أن الأصل فى الحراسة أ تكون بأجر: استئناف أهلى ٢٠ مارس سنة ١٩٠٧ المحاكم ١٨ ص٤٠٠٠ رقم ١١٤»: مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٩٣– ص٢٩٤).

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدنى السورى م٧٠٢ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م٧٣٦ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى: لا يشتمل على نصوص فى الحراسة.

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٧٢١: يجوز ألا تكون الحراسة مجانية.

م٧٢٧: يجب على الفريق الذى يرد إليه الشئ أن يدفع إلى الحارس النفقات الضرورية والنفقات المفيدة التى أنفقها بنية حسنة وبلا إفراط، وأن ينقده الأجر المتفق عليه أو الذى عينه القاضى – وإذا كان الإيداع اختيارياً، فللحارس أن يقيم الدعوى على جميع المودعين ليحملهم على أداء النفقات وإبقاء الأجر له، مع مراعاة النسبة بين مصالحهم فى القضية.

(وأحكام التقنين اللبنانى تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المصرى، غير أنه يبدو أن الحارس فى التقنين اللبنانى لا يتقاضى أجراً إلا إذا اشترط ذلك، بخلاف التقنين المصرى حيث يتقاضى الحارس أجراً إلا إذا نزل عنه، كذلك لا تضامن فى التقنين اللبنانى بين المودعين المتعددين فى الحراسة الاتفاقية فى التزاماتهم نحو الحارس، وهم متضامنون فى التقنين المصرى).

(٣) وقد ينص فى الحكم على أن تكون الحراسة بغير أجر، إذا لم ينص الحكم على ذلك كانت الحراسة بأجر، ولو كان الحارس شريكاً فى ملكية العقار الموضوع تحت الحراسة (استئناف مصر ٢ مارس سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٦٣١ ص١٢٤٠).

عكس ذلك فى الوكيل والمودَع عنده، فكلاهما لا يكون مأجوراً إلا إذا اشترط الأجر(١). وقد أراد المشرع بذلك «أن يعتمد – كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى – ما غلب وقوعه فى العمل، وما قررته المحاكم من أن الأصل فى الحراسة أن تكون بأجر»(٢).

٤٧٤– كيف يقدر الأجر: يقدر الأجر الاتفاق إذا كانت الحراسة اتفاقية(٣)(1). فإذا سكت الاتفاق عن تعيين الأجر، أو كانت الحراسة قضائية، تكفل القاضى بتعيين الأجر(٤). ويراعى فى ذلك الجهد الذى بذله الحارس، وأهمية العمل الذى قام به، والنتيجة التى وصل إليها فى إدارته، والمسئوليات التى تعرض لها، وكفايته الخاصة فى الإدارة، وغير ذلك من العناصر التى تعين القاضى على تقدير الأجر المناسب للحارس(٥).

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٧٥ وفقرة ٣٧٤.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٩٤.

(٣) ويبدو أن لا يجوز تعديل الأجر المتفق عليه، تغليباً لأحكام الوديعة على أحكام الوكالة فى هذه المسألة.

(٤) وقد ينص الحكم على أن تكون الحراسة بغير أجر، ثم يتفق أصحاب الشأن على أن تكون بأجر، ويبقى الأجر المتفق عليه أو المحكوم به سارياً حتى يعدل باتفاق أو بحكم جديد. وقد قضت محكمة النقض بأنه من الجائز أن يكون تقرير أجرة الحراسة القضائية باتفاق بين أصحاب الشأن لا حق للحكم القاضى بفرض الحراسة، حتى لو كان هذا الحكم قد نص على أن تكون بغير أجر، ذلك أن للخصوم فى الأحكام الصادرة فى المواد المدنية أن يتفقوا على خلاف ما قضت به. ويلاحظ أن أجر الحارس القضائى الذى يقرر سواء بحكم أو باتفاق بين أصحاب الشأن يظل سارياً حتى يلغى أو يعدل بحكم أو باتفاق جديد. ومن ثم فإذا كانت عبارة الإقرار الصادر من المستحقين فى الوقف واضحة الدلالة على سريان أجرة الحراسة ما دامت الطاعنة قائمة بإدارة الوقف بوصفها حارسة عليه وليس فيها أى نص يفيد توقيت الأجرة لمدة معينة قبل انقضاء هذه الحراسة، فإن اعتبار المحكمة هذا الإقرار غير ملزم للموقعين عليه طوال مدة الحراسة، ذلك يكون خطأ فى تطبيق قانون العقد لما فيه من تحريف لعبارته الواضحة وخروج عن ظاهر مدلولها (نقض مدنى ٢٤ يناير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦٦ ص٣٩٠).

(٥) استئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م٣٧ ص٦٢– ١٦ يناير سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص١٩٩– عبد الحكيم فراج فقرة ٣٩٧ – محمد على رشدى فقرة ٢٨١– محمد على راتب فقرة ٣٤٩– محمد عبد اللطيف فقرة ٣٢٨.

(1) أ–من الجائز أن يكون تقرير أجرة الحراسة القضائية باتفاق بين أصحاب الشأن لا حق للحكم القاضى بفرضها حتى ولو كان هذا الحكم قد نص على أن تكون بغير أجر. ذلك أن للخصوم فى الأحكام الصادرة فى المواد المدنية أن يتفقوا على خلاف ما قضت به.

(جلسة ١٩٥٢/١/٢٤ الطعن رقم ١٩٦ لسنة ١٩ق) =

ويقدر الأجر بأمر على عريضة من رئيس المحكمة التي عينت الحارس، أو قاضي الأمور المستعجلة(١)، أو رئيس المحكمة التي استؤنف أمامه حكم قاضي الأمور المستعجلة(٢)، بحسب الأحوال.

=ب- إن أجر الحارس القضائي الذي يقرر سواء بحكم أو باتفاق بين أصحاب الشأن يظل ساريا حتى يلغى أو يعدل بحكم أو اتفاق جديد.

(جلسة ١٩٥٢/١/٢٤ الطعن رقم ١٩٦ لسنة ١٩ق)

جـ- إذا كانت عبارة الاقرار الصادر من المستحقين في الوقف واضحة الدلالة على سريان أجرة الحراسة ما دامت الطاعنة قائمة بادارة الوقف بوصفها حارسة عليه وليس فيها أي نص يفيد توقيت الأجرة لمدة معينة قبل انقضاء هذه الحراسة فان اعتبار المحكمة هذا الاقرار غير ملزم للموقعين عليه طوال مدة قيام الحراسة ذلك يكون خطأ في تطبيق قانون العقد لما فيه من تحريف لعباراته الواضحة وخروج عن ظاهر مدلولها.

(جلسة ١٩٥٢/١/٢٤ الطعن رقم ١٩٦ لسنة ١٩ق)

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن قاضي الأمور المستعجلة يختص بتقدير أجر الحارس ومصاريفه الذي أقامه في دعوى الحراسة، ويختص تبعاً بالفصل في المعارضة في هذا التقدير. واختصاصه في ذلك غير قائم على القاعدة العامة في اختصاص قاضي الأمور المستعجلة المقررة بالمادة ٢٨ مرافعات (٤٩ جديد)، وانما هو اختصاص خاص يقوم على أساس علاقة التبعية بين الأصل الذي هو الدعوى التي اختص بها وبين الفرع الذي يتفرع عليها من تقدير مصروفاتها وما يلحق بها من أتعاب المحامي أو الخبير أو الحارس المعين فيها، وذلك تطبيقاً للقاعدة العامة المقررة في المادتين ١١٦ و١١٧ مرافعات (٣٦٢ و٣٦٣ مرافعات). وإذن فلا ضرورة لاستيفاء شرطي الاستعجال وعدم المساس بالموضوع. ولا يغير من ذلك قيام دعوى لدى محكمة الموضوع بطلب محاسبة الحارس عن إدارته للمال موضوع الحراسة، فإنه متى كان موضوع اختصاص قاضي الأمور المستعجلة مقرراً على الوجه السابق كان له كل ما لقاضي الموضوع من سلطة في التقدير. أما ما قد يعترض به من احتمال أن يثبت في دعوى الموضوع تلك سوء إدارة الحارس فمردود بأنه غير منتج، إذ هذا الاعتراض عام لا يتوجه إلى اختصاص قاضي الأمور المستعجلة بالذات، بل إلى كل قاضي مختص بتقدير، وهو حين يواجه بهذا الاعتراض يفصل فيه حسبما يتراءى له في الدعوى، ولكن لا يقضي بعدم اختصاصه بنظرها (نقض مدني ١٩ مايو سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٢٣ ص٧٨٢). وانظر استئناف مختلط ٢٣ يناير سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص١٣١- وقارن محمد على عرفة ص٥٥٠.

(٢) محمد عبد اللطيف فقرة ٣٣١ ص٢٨٤- وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا ألغت محكمة الاستئناف حكماً قضى برفض الحراسة وقامت هي باختيار الحارس، فإنه يتعين عندئذ على الحارس أن يلجأ إليها (لرئيس محكمة الاستئناف) لتقدير أتعابه. ولا يجوز أن يلجأ لقاضي الأمور المستعجلة، إلا إذا كان مديناً بتعيينه لحكم ذلك القاضي وكان دور محكمة الاستئناف مقصوراً على تأييد هذا الحكم، ولا يؤثر في هذا النظر كون محكمة الاستئناف لدى تعيينها الحارس قد أمرته بأن يودع حساب إدارته قلم كتاب محكمة أول درجة، ملاحظة في ذلك التيسير على الخصوم وكون هذه المحكمة هي التي تنظر النزاع الموضوعي (استئناف مختلط ٢٣ يناير سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص١٣١).

٤٧٥ – من يلزم بأجر الحارس: إذا كانت دعوى الموضوع لا تزال منظورة، رجع الحارس بأجره على طالب الحراسة[١]، وهذا يرجع بها على من يكسب دعوى الموضوع إذا لم يكن هو الذى كسبها. أما إذا كانت دعوى الموضوع قد فصل فيها، فإن الحارس يرجع بأجره على من كسب الدعوى أو على من حكم عليه بالمصروفات[٢].

المبحث الثانى

استرداد المصروفات والتعويض

٤٧٦ – حق الحارس فى استرداد المصروفات وفى التعويض: كانت الفقرة الأولى من المشروع التمهيدى للمادة ٧٣٦ مدنى تجرى على الوجه الآتى: «للحارس أن يتقاضى أجراً، ما لم يكن قد تنازل عن ذلك – وله أن يسترد ما أنفقه من مصروفات على حفظ المال الموجود فى حراسته وعلى إدارته». فحذفت فى لجنة المراجعة العبارة الأخيرة من هذا النص الخاصة باسترداد المصروفات، اكتفاء بالقواعد العامة[٣]. والقواعد العامة تقضى بأن يسترد الحارس ما أنفقه من مصروفات ضرورية فى حفظ المال وفى إدارته، كمصروفات الترميمات الضرورية ومصروفات الزراعة من ثمن بذور وسماد ومواش وآلات ومبيدات للحشرات وأجور العمال والمستخدمين الذين يستعين بهم الحارس فى أداء مهمته. وكذلك يسترد ما أنفقه من مصروفات نافعة، كمصروفات أنفقها فى تحسين

---

(١) استئناف مختلط ١٠ أبريل سنة ١٩١٨ م٣٠ ص٣٤٦– ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٠ م٣٢ ص٣٧٩ – ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م٣٣ ص٢٨– أول مايو سنة ١٩٢٤ م٣٦ ص٣٤٤– ومن اقتصر على الموافقة على طلب الحراسة لا يعتبر طالباً للحراسة، فلا يلتزم بدفع الأجر (استئناف مختلط ١٨ أبريل سنة ١٩٤٠ م٥٢ ص٢٣٥) – وقضى بأنه يجوز رجوع الحارس بالأجر على الخصوم جميعاً إذا كانت الحراسة لمصلحتهم، كما فى الحراسة على العين فى الشيوع (استئناف مختلط ٧ يونيه سنة ١٩٠٦ م١٨ ص٣٢٠– ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م٣٣ ص٢٨). ويرجع الشركاء بالمصروفات والأجر على الشريك الذى تسبب بفعله فى فرض الحراسة (استئناف مختلط ٢٦ يناير سنة ١٩٣٣ م٤٥ ص١٤٨).

(٢) استئناف مصر ٢ مارس سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٦٣١ ص١٢٤٠– عبد الحكيم فراج فقرة ٣٩٨– محمد على راتب فقرة ٣٤٩ ص٨٩٠– محمد كامل مرسى فقرة ٣٦٣.

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٩٤ – وانظر آنفاً فقرة ٤٧٢ فى الهامش.

العين، إذا حصل على موافقة ذوى الشأن أو إذن القاضى، كل هذا ولو كان يتقاضى أجراً[1]. وللحارس، شأنه فى ذلك شأن المودع عنده والوكيل، الرجوع بالتعويض عما يصيبه من ضرر يكون سببه المباشر قيامه بمهمته دون أن يكون فى جانبه أى خطأ[2].

ويسترد الحارس المصروفات ويتقاضى التعويض من صاحب المال إذا كان النزاع قد فصل فيه، فإن لم يكن قد فصل فيه استرده من طالب الحراسة أو من الخصوم الآخرين، على أن يرجعوا به على من يحكم لصالحه عند حسم النزاع[3].

٤٧٧ – كيف يسترد الحارس المصروفات ويتقاضى التعويض: تقدر مصروفات الحارس والتعويض المستحق له عن طريق دعوى موضوعية، لا بأمر على عريضة[4]. وللحارس أن يخصم المصروفات والتعويض والأجر من ريع المال الموضوع تحت حراسته عند تقديم

---

(١) والحارس، بخلاف الوكيل، لا يتقاضى فوائد قانونية للمصروفات التى أنفقها من وقت صرفها (استئناف مختلط ٥ مايو سنة ١٩٣١ م٤٣ ص٤٦٩– محمد على رشدى فقرة ٢٨٢). وقد قضى بأن للحارس، ولو كان مأجوراً، أن يدخل فى المصروفات ماهيات مستخدمى الحراسة وأجرة المكاتب التى يدير فيها الأعيان ومصروفات البريد والتلفون والتلغراف والنور وما إلى ذلك (استئناف مختلط ٥ مايو سنة ١٩٣١ م٤٣ ص٤٦٩– ١٥ فبراير سنة ١٩٣٤ م٤٦ ص١٧٠).

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٨٩ وما بعدها بالنسبة إلى الوكيل، وفقرة ٣٧٨– فقرة ٣٧٩ بالنسبة إلى المودع عنده.

(٣) استئناف مصر ٢ مارس سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٦٣١ ص١٢٤٠ – عبد الحكيم فراج فقرة ٤٠٠– محمد على رشدى فقرة ٢٨٢ وفقرة ٢٨٥ – محمد على راتب فقرة ٣٥٠– محمد عبد اللطيف فقرة ٣٣٠.

(٤) محمد على عرفة ص٥٥١– محمد عبد اللطيف فقرة٣٣٢– وانظر عكس ذلك محمد على راتب فقرة ٣٥٠ ص٨٩١ وفقرة ٣٥٩– وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن للحارس أن يستصدر أمر تقدير بأتعابه. أما ما يكون قد أنفقه فى سبيل الحراسة من النفقات فلا يجوز أن يأخذ به أمر تقدير بل يجب أن ترفع به دعوى خاصة أو يطلب الحكم به بصفة فرعية ضمن دعوى أخرى أو فى أثناء إجراءات التوزيع، وذلك لأن تقدير هذه النفقات يقتضى تصفية حساب الحارس ومراجعة مستندات الصرف والإيراد مدة إدارته التى غالباً ما تكون طويلة، وهذا العمل لا يمكن أن يضطلع به القاضى الذى يطلب منه أمر التقدير. فإذا أصدر القاضى مع ذلك أمر تقدير للحارس بهذه النفقات، فلا يحوز هذا الأمر قوة الشئ المقضى به بعدم المعارضة فيه من الخصم، لانه إنما صدر ممن لا صفة ولا ولاية له فى إصداره (استئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م٤٧ ص٦٠– وانظر استئناف مختلط ٥ مايو سنة ١٩٣١ م٤٣ ص٤٦٩).

الحساب(١)(1)، على النحو الذى بيناه فيما تقدم(٢).

ولقاضى الأمور المستعجلة أن يأمر فى حكم الحراسة، أو فى أمر على عريضة لاحق للحكم، بإيداع مبلغ من ريع المال يخصص للحارس بالامتياز على سائر الدائنين يستعين به فى أداء مأموريته(٣). وما يقدمه الخصم للحارس للصرف منه يكون ممتازاً امتياز المصروفات القضائية(٤).

المبحث الثالث

ضمانات حقوق الحارس

٤٧٨- حق الحبس وحق الامتياز: كان المشروع التمهيدى للمادة ٧٣٦ مدنى يشتمل على فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى: «وله (للحارس) الحق فى حبس الأموال

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «وكذلك نصت هذه المادة على أن للحارس أن يسترد ما أنفقه من مصروفات على حفظ المال الموجود فى حراسته وعلى إدارته. فإذا كان من البديهى أن الإدارة تستلزم مصروفات، وأن للمدير أن يخصم المصروفات من الإدارة أولا بأول، فإنه من الممكن أيضاً أن تتصور الحالة التى يحتاج فيها الحارس إلى المطالبة برد هذه المصروفات إليه، وهى الحالة التى تنتهى فيها الحراسة بعد أن يكون الحارس قد أنفق هذه المصروفات وقبل أن يحصل من الإيرادات على ما يفى بسدادها» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٩٤). وغنى عن البيان أن للحارس، فى هذه الحالة الأخيرة، أن يقدم باسترداد المصروفات طلباً مستقلا.

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٦٧ - وقد قضى بأن الحارس على عين شائعة له أن يخصم أجره ومصروفاته من ريع العين، ولو كان الذى تسبب فى الحراسة بعض الشركاء دون البعض الآخر، ومن لم يتسبب فى الحراسة يرجع على من تسبب (استئناف مختلط ٢٦ يناير سنة ١٩٣٣ جازيت يوليه سنة ١٩٣٤ رقم ٣٩٧ ص٣٢٦- محمد على راتب فقرة ٣٥١).

(٣) استئناف مختلط ٣٠ أكتوبر سنة ١٩١٦ م٢٩ ص٢٣- ١٨ ديسمبر سنة ١٩١٦ م٢٩ ص١١٦ (للحارس أن يطلب تقديم مبلغ الصرف منه)- ١٠ يونيه سنة ١٩٣١ م٤٣ ص٤٤٣- ٢٠ يناير سنة ١٩٣٢ م٤٤ ص١٢٧- محمد على رشدى فقرة ٢٨٢- محمد عبد اللطيف فقرة ٣٢٩.

(٤) استئناف مختلط ١٤ يونيه سنة ١٩٢٧ م٣٩ ص٥٥٠.

(1) المادة ٧٣٧ من القانون المدنى إذ الزمت الحارس بأن يقدم إلى ذوى الشأن كل سنة على الأكثر حسابا بما تسلمه وبما أنفقه معززا بما يثبت ذلك من مستندات فقد دلت على العبرة فى محاسبة ريع الأطيان المعهودة إليه ادارتها انما هى بما تسلمه فعلا من هذا الريع وبما أنفقه من مصروفات ولو عن مدة سابقة على تسلمه تلك الأعيان.

(جلسة ١٩٨٨/٤/٧ الطعن ١٥١٥ لسنة ٥٤ق)

الموضوعة تحت الحراسة حتى يستوفى الحقوق التى تخوله إياها هذه المادة، وذلك دون إخلال. بما يقرره هذا القانون له من حق امتياز». فحذفت هذه الفقرة فى لجنة المراجعة، اكتفاء بالقواعد العامة[1]. والقواعد العامة المقررة فى الحبس تقضى بأن يكون للحارس حبس المال الموضوع تحت حراسته حتى يسترد أجره والمصروفات والتعويض (م٢٤٦ مدنى وما بعدها)[2]. ولا يؤثر فى حق الحبس أن الأجر والمصروفات والتعويض مبالغ غير معينة المقدار، ما دامت محققة الوجود[3].

وللحارس حق امتياز بالمبالغ التى صرفها لصيانة المنقول الموضوع تحت حراسته (م١١٤٠ مدنى)[4].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٩٤- وانظر آنفاً فقرة ٤٧٢ فى الهامش.

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «وقد قررت الفقرة الثانية من هذه المادة (وهى التى حذفت فى لجنة المراجعة) للحارس الحق فى حبس الأموال الموضوعة تحت الحراسة إلى أن يستوفى أجره وما يجوز له استرداده من المصروفات التى ينفقها. وتعتبر هذه الفقرة تطبيقاً للقاعدة العامة التى قررتها المادة ٣٣١ (من المشروع التمهيدى) بشأن حق الحبس، وينطبق عليه ما قلناه بشأن حق الحبس فى الوديعة: انظر المذكرة على المادتين ١٠٠٥ و١٠٠٦ من المشروع - فإما أن تبقى وإما أن تحذف اكتفاء بالقاعدة العامة (وقد حذفت فعلا كما قدمنا)» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٩٤).

(٣) محمد على رشدى فقرة ٢٨٤ - محمد على راتب فقرة ٣٥٢ ص٨٩٢- محمد عبد اللطيف فقرة ٣٣٣ (ويشير إلى مصر ٢٧ مايو سنة ١٩٥٣ قضية رقم ٤٠٦ سنة ١٩٥٣).

وقد قضى بأن للحارس القضائى حق الحبس بالنسبة إلى مصروفاته وأتعابه، وله استعماله حتى لو رفعت عن الأمر الصادر فى شأنها معارضة، إذ استعمال هذا الحق لا يتوقف على شرط تصفية الدين بصفة نهائية (استئناف مختلط ١٩ فبراير سنة ١٩٣٦ م٤٨ ص١٥٢). ويجوز تعليق رفع يد الحارس على إيداع المبالغ التى يطلبها خزانة المحكمة (استئناف مختلط ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م٤٦ ص٢١). ويجوز استبدال حارس آخر بالحارس الأول وتكون من مهمة الحارس الآخر حبس المال حتى يستوفى الحارس الأول أجره والمصروفات (استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٣٤ م٤٦ ص١١٤). وإذا دخلت أعيان الوقف خطأ ضمن الأموال الموضوعة تحت الحراسة، لم يجز للحارس حبسها حتى يستوفى الأجر والمصروفات (استئناف مختلط ١٠ نوفمبر سنة ١٩٣٧ م٥٠ ص١٣)- وانظر فى حق الحبس استئناف مختلط ١٨ أبريل سنة ١٩٤٠ م٥٢ ص٢٣٥.

(٤) وقد ذهب بعض الأحكام إلى أن أجر الحارس والمصروفات تتمتع بحق امتياز المصروفات القضائية (استئناف مختلط ٩ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م١١ ص٧- ١٥ فبراير سنة ١٩٢٧ م٣٩ ص٢٤٣- ١١ يونيه سنة ١٩٢٩ م٤١ ص٤٥٣- ٢٦ مايو سنة ١٩٣١ م٤٣ ص٤٠٥- ٢٠ مايو سنة ١٩٤١ م٥٣ ص١٧٩- ٢٢ مايو سنة ١٩٤٥ م٥٧ ص١٣٥). وعلى أى حال لا يختص قاضى الأمور المستعجلة بالبت فيما إذا كان الأجر والمصروفات تتمتع بحق امتياز (استئناف مختلط ٥ نوفمبر سنة ١٩١٣ م٢٦ ص٩).

٤٧٩ – تضامن طرفى الخصومة: وإذا التزم الخصوم المتعددون نحو الحارس بالأجر أو بالمصروفات أو بالتعويض، كانوا متضامنين نحوه فى هذا الالتزام، تطبيقاً لأحكام الوكالة حيث تقضى بتضامن الموكلين المتعددين(١)، وقد قدمنا أن أحكام الوكالة تسرى على الحراسة فيما لا تعارض فيه مع نص خاص(٢). ولم يكن فى التقنين المدنى القديم نص على تضامن الموكلين، ومع ذلك فقد قضى بتضامن الخصوم نحو الحارس فى عهد هذا التقنين(٣).

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٩٧ وفقرة ٤٠٣ فى الهامش.

(٢) انظر فى هذا المعنى محمد على رشدى فقرة ٢٨٥ ص٢٨٥– محمد عبد اللطيف فقرة ٣٣٠– محمد على عرفة ص٥٥٢– ص٥٥٣– وانظر آنفاً فقرة ٤٥٥.

(٣) وقد قضت محكمة استئناف مصر فى هذا المعنى بأن الحارس القضائى يستحق أجر حراسته على الطرفين بطريق التضامن، لأنه وديع بحكم من المحكمة له أجر على حراسته يلزم كل واحد من المتخاصمين على الشئ المودع. وللحارس أجرته على من يطلب الإيداع تحت يده لأن الأجرة ترتبت له على هذا الطلب، وله الأجرة أيضاً على من يطلب الإيداع لاستفادته من الحراسة التى هى عمل عام لمصلحة كل المتخاصمين على السواء. وتلزم أجرة الحارس من حكم بأحقيته للوديعة لاستفادته من الحراسة بحفظ حقه على أكمل وجه. وتلزم من حكم عليه بمصاريف الحراسة لأنه سببها بجحوده حق من حكم له بالوديعة فى الحراسة وما ترتب عليها من أجرة الحارس، لأن الحارس القضائى قريب الشبه بالخبير الذى تنتدبه المحكمة، لأن كليهما مكلف بأمر نيط به من قبل المحكمة لمصلحة المتخاصمين، فكما خول القانون للخبير الحق فى طلب أجرته من كلا الخصمين يجب أن يخول الحارس القضائى هذا الحق أيضاً، ولأن القانون المدنى خول للحارس فى المادة ٤٨٨ مدنى (قديم) حق حبس الوديعة لاستيفاء ما هو مستحق له فلا يجوز استرداد الوديعة منه إلا بعد أن يوفى مصاريفه بأكملها بصرف النظر عما إذا كان قد حكم لأحد الخصوم بأحقيته للوديعة كلها أو بعضها وذلك لأن كل الخصوم ملزمون له بالتضامن (استئناف مصر ٨ مارس سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٦٣١ ص١٣٤٠).

انظر أيضاً فى تضامن الخصوم نحو الحارس تغليباً لأحكام الوكالة على أحكام الوديعة: نقض فرنسى ٢٧ أبريل سنة ١٨٥٩ داللوز ٥٩–١–١٧١– باريس ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٩ جازيت دى پاليه ١٩٣٠–١–٤١٥– هيك ١١ فقرة ٢٧٨– جيوار فقرة ١٨٥– بودرى وفال فقرة ١٣٠٣ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٩٧ ص٥٤١ هامش٣.

الفصل الثالث

انتهاء الحراسة

٤٨٠- نص قانوني: تنص الفقرة الأولى من المادة ٧٣٨ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«تنتهى الحراسة باتفاق ذوى الشأن جميعاً أو بحكم القضاء»(١).

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى القديم، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص لاتفاقه مع القواعد العامة.

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ١/٧٠٤ - وفى التقنين المدنى الليبى المادة ١/٧٣٨ ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى العراقى، ولا فى التقنين الموجبات والعقود اللبنانى(٢).

٤٨١- انتهاء مأمورية الحارس دون انتهاء الحراسة: قد تنتهى مأمورية الحارس دون أن تنتهى الحراسة ذاتها، ويكون ذلك بتنحي الحارس عن الحراسة لعذر مقبول(٣)، أو بعزله عن الحراسة لسبب يستوجب ذلك(٤)، أو بموته، أو بالحجر عليه. وعند ذلك تزول صفة الحارس ولكن الحراسة تبقى، فيعين حارس جديد يحل محل الحارس الأول(٥). ويستوى فى هذا كله الحراسة القضائية والحراسة الاتفاقية.

---

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى الفقرة الأولى من المادة ١٠٢٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١/٧٧٠ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١/٧٦٩، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١/٧٣٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٩٨- ص٢٩٩).

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدنى السورى م١/٧٠٤ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م١/٧٣٨ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى: لا يشتمل على نصوص فى الحراسة.

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى: لا مقابل ولكن النص تطبيق للقواعد العامة.

(٣) انظر آنفاً فقرة ٤٥٣ بالنسبة إلى الحارس القضائى، وفقرة ٤٠٣ فى الهامش بالنسبة إلى الحارس الاتفاقى.

(٤) انظر آنفاً فقرة ٤٥٤ بالنسبة إلى الحارس القضائى، وفقرة ٤٠٣ فى الهامش بالنسبة إلى الحارس الاتفاقى- وانظر مصر الكلية ٢٣ مايو سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٨٥ ص١٩٤.

(٥) عبد الحكيم فراج فقرة ٤١٩ ص٣٧٩- محمد على راتب فقرة ٣٦١ ص٩١٢- ص٩١٣.

وقد تنتهى الحراسة ذاتها، فتنتهى بانتهائها مأمورية الحارس، وترفع الحراسة عن المال. ويحسن هنا أن نميز بين الحراسة الاتفاقية والحراسة القضائية.

٤٨٢- انتهاء الحراسة الاتفاقية: الأصل فى الحراسة الاتفاقية أنها تنتهى بثبوت الحق لأحد طرفى الخصومة، وهذا مستفاد من تعريف هذه الحراسة، فهى «عقد يعهد الطرفان بمقتضاه إلى شخص آخر بمنقول أو عقار أو مجموع من المال يقوم فى شأنه نزاع أو يكون الحق فيه غير ثابت، فيتكفل هذا الشخص بحفظه وبإدارته وبرده مع غلته المقبوضة إلى من يثبت له الحق فيه» (م٧٢٩مدنى). ويخلص من هذا النص أن الحراسة الاتفاقية تدوم بموجب الاتفاق عليها ما دام الحق غير ثابت لأحد طرفى الخصومة. فإذا ما ثبت هذا الحق لأحد الطرفين، انتهت الحراسة من تلقاء نفسها، ووجب على الحارس أن يسلم المال إلى من ثبت له الحق فيه.

ولكن يجوز للطرفين، قبل ثبوت الحق لأحدهما، أن يتفقا على إنهاء الحراسة. فهما قد أقاماها باتفاقهما، ويستطيعان بداهة أن ينهياها باتفاقهما كذلك. وغنى عن البيان أنهما عندما يتفقان على إنهاء الحراسة، يتفقان فى الوقت ذاته على الشخص الذى يسلم له الحارس المال بعد أن انتهت الحراسة، ويكون هذا الشخص عادة هو أحدهما، لأنه لو كان أجنبياً ولا يزال الحق غير ثابت فسر ذلك بأن الحراسة الاتفاقية لا تزال مستمرة ولم يتغير إلا شخص الحارس.

٤٨٣- انتهاء الحراسة القضائية: أما الحراسة القضائية فتنتهى بأحد أمور ثلاثة:

أولا- باتفاق ذوى الشأن جميعاً على انتهائها. فإن الحراسة القضائية، وإن فرضت بحكم القضاء، قد فرضت مراعاة لمصلحة الخصوم، فإذا اتفق الخصوم جميعاً على انتهائها انتهت، ووجب على الحارس تسليم المال إلى من يتفق الخصوم على تسليمه إياه، دون حاجة إلى حكم بذلك.

ثانيا- بحسم النزاع الموضوعى وثبوت الحق لأحد الطرفين. فإذا كان هناك مثلا نزاع على ملكية مال وترتب على هذا النزاع أن وضع المال تحت الحراسة، فإن صدور حكم نهائى فى موضوع النزاع يبت فى أى من الطرفين هو المالك ينهى الحراسة لنفاد غرضها[1]. ويتعين على الحارس فى هذه الحالة أن يسلم المال لمن حكم له بالملكية، دون حاجة إلى حكم بذلك، فإن الحراسة قد انتهت من تلقاء نفسها. كذلك إذا وقع نزاع

---

(١) ويجب أن يكون الحكم قد حسم النزاع، فلا يكفى الحكم القاضى بشطب الدعوى أو باعتبارها كأن لم تكن أو بعدم الاختصاص أو ببطلان صحيفة الدعوى (محمد على راتب فقرة ٣٦١ ص٩٠٩ - محمد على عرفة ص٥٥٥).

على إدارة المال الشائع فوضع تحت الحراسة حتى تعين المحكمة مديراً دائماً له طبقاً لأحكام المادة ١/٨٢٨ مدنى، بقيت الحراسة إلى أن تعين المحكمة هذا المدير، فإذا ما عينته انتهت الحراسة من تلقاء نفسها، ووجب على الحارس أن يسلم المال للمدير الذى عين(١). وإذا وضع مال شائع تحت الحراسة حتى تتم قسمته وتمت القسمة، انتهت الحراسة تلقائياً ووجب على الحارس أن يسلم إلى كل شريك حصته المفرزة دون حاجة إلى حكم(٢).

ثالثا- بحكم القضاء ولو قبل حسم النزاع الموضوعى. ويكون ذلك إذا تغيرت الظروف التى استدعت فرض الحراسة، بحيث لا يعود لها مقتض. مثل ذلك أن يعين حارس قضائى على تركة أو على شركة، ثم يعين مصف لهذه التركة أو الشركة، فتدخل مهمة الحارس فى مهمة المصفى، ولا يعود هناك مقتض لبقاء الحراسة. ومثل ذلك أيضاً أن يعين حارس على مال شائع لاختلاف الشركاء فى حصصهم، ثم يقسم المال قسمة مهايأة بالتراضى. فتنتهى الحراسة إذ لم يبق لها مبرر بعد أن أمكن أن يضع كل شريك يده على حصة مفرزة مؤقتاً حتى يبت فى النزاع الموضوعى. ومثل ذلك أن توضع أعيان الوقف تحت الحراسة، ثم يعين ناظر مؤقت لها، فتنتهى الحراسة ويسلم الحارس الأعيان الموقوفة إلى الحارس المؤقت، ومثل ذلك أن توضع أموال المدين تحت الحراسة محافظة على حقوق الدائنين، ثم يقدم المدين ضماناً يكفل هذه الحقوق، فلا يعود هناك مبرر لبقاء الحراسة، ومن ثم تنتهى ويسلم الحارس المال للمدين(٣). وفى هذه الأحوال وأمثالها، لا تنتهى

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٢١.

(٢) قارن استئناف مختلط ٣١ يناير سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص١٤١- وتنتهى الحراسة بقوة القانون إذا نفذ حكم مرسى المزاد، فلا يحتاج الراسى عليه المزاد إلى حكم برفع الحراسة لوضع يده على العقار المبيع فى المزاد (استئناف مختلط ٥ مايو سنة ١٩٣١ م٤٣ ص٤٦٩). وإذا كانت الحراسة فرضت على عقار نزعت ملكيته لإلحاق ثماره به، فاستيفاء الدائنين المقيدين لحقوقهم ينهى الحراسة بقوة القانون، ولا تبقى ضماناً لحقوق الدائنين العاديين (استئناف مختلط ١٣ يناير سنة ١٩٤٣ م٥٥ ص٢٦، ٢٤ فبراير سنة ١٩٣٤ م٥٥ ص٦٣)- وانظر بودرى وفال فقرة ١٣٠٥- بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٩٥ ص٥٣٩- محمد على رشدى فقرة ٢٩٣ - محمد على عرفة ص٥٥٤. وإقامة ناظر مؤقت على الوقف يزيد الحاجة إلى الحراسة (مصر مستعجل ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ١٨٢ ص٤٨١).

(٣) وقد قضى بأنه عند الفصل فى دعوى إنهاء الحراسة لا تبحث من جديد أوجه النزاع التى بنيت عليها الحراسة، ويبحث فقط ما إذا كانت أسباب الحراسة قد زالت، واستمرار حالة الشيوع التى فرضت من أجلها الحراسة يمنع المحكمة من الحكم بانتهائها، والقضاء بانتهاء الحراسة لا يؤثر فى الحقوق الموضوعية للخصوم (مصر الكلية ٢٣ مايو سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٨٥ ص١٩٤). =

الحراسة تلقائياً إذا لم يتفق ذوو الشأن جميعاً على انتهائها، ولابد من حكم لإنهائها. فإذا كان الحارس معيناً من قاضي الأمور المستعجلة، جاز لكل ذى مصلحة أن يرفع أمامه دعوى برفع الحراسة أو بإنهائها، ويقتصر قاضي الأمور المستعجلة للبت فى المسألة على فحص ظاهر المستندات، دون أن يجاوز ذلك إلى فحص موضوعى يقتضى تحقيقاً أو خبرة أو توجيه يمين أو نحو ذلك(١). وإذا كان الحارس معيناً من محكمة الموضوع، جاز رفع الدعوى بإنهاء الحراسة أمامها، وجاز أيضاً رفع الدعوى أمام القضاء المستعجل إذا توافر شرط الاستعجال(٢)، وفى كل من الفرضين تقتصر المحكمة على فحص ظاهر المستندات على الوجه الذى سبق بيانه(٣).

=ويقضى برفع الحراسة متى زال السبب الذى أدى إلى فرضها، حتى لو وجد سبب جديد آخر يستدعى إعادة فرضها إذ يجب رفع دعوى حراسة جديدة لهذا السبب الجديد (مصر مستعجل ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣١ ص١٠١٢). وانظر استئناف مختلط ١٥ فبراير سنة ١٩٢٧ م٣٩ ص٢٣٩– ١١ يناير سنة ١٩٣٣ م٤٥ ص١٢٠– ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٣ م٥٥ ص٦٣– مصر مستعجل ٢٤ مايو سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٩٣ ص٢٥٧– محمد على راتب فقرة ٣٦١ ص٩٠٩– محمد عبد اللطيف فقرة ٣٤٩– محمد على عرفة ص٥٥٤.

(١) محمد على راتب فقرة ٣٦١ ص٩٠٦ هامش٢– ولا يختص القاضى المستعجل بالأمر بتقديم حساب (استئناف مختلط ٦ مايو سنة ١٩١٣ م٢٥ ص٣٦٠)، كما لا يختص بالحكم بالمصروفات التى أنفقها الحارس فى إدارته، ولكن له أن يعلق رفع الحراسة على إيداع المبلغ المطلوب للحارس فى مقابل هذه النفقات (استئناف مختلط ١٩ فبراير سنة ١٩٣٦ م٤٨ ص١٠٢– محمد على رشدى فقرة ٢٩٣ مكررة).

(٢) استئناف مختلط ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٣ م٣٥ ص٢٥٧– مصر مستعجل ١٨ يوليه سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ١٠٨ ص٤٠٩– محمد على رشدى فقرة ٢٩٢– محمد عبد اللطيف فقرة ٣٤٨.

(٣) وقد ترفع دعوى انتهاء الحراسة من الغير إذا فرضت الحراسة خطأً على أعيان مملوكة له لا للخصوم، أو فرضت على أعيانه بطريق التواطؤ بين الخصوم، وتقتصر المحكمة هنا أيضاً على فحص ظاهر المستندات (نقض مدنى ١٠ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦٥ ص٣٨٣– محمد على راتب فقرة ٣٦١ ص٩١٠– ص٩١٢).

فهرس
المجلـد الأول

الصفحة

العقود
الواردة على العمل ٥

عقد المقاولة
تمهيد ٧

التعريف بعقد المقاولة وخصائص هذا العقد ٧
تمييز عقد المقاولة عن العقود الأخرى ٩
تمييز المقاولة عن الإيجار ٩
تمييز المقاولة عن عقد العمل ١٠
تمييز المقاولة عن الوكالة ١٦
تمييز المقاولة عن البيع ٢٣
تمييز المقاولة عن الوديعة ٢٨
تمييز المقاولة عن الشركة ٢٩
تنوع الأعمال التى تكون محلا للمقاولة ٣١
التنظيم التشريعى لعقد المقاولة ٣٢
خطة البحث ٣٤

الباب الأول
المقاولة بوجه عام ٣٥

الفصل الأول – أركان المقاولة ٣٥

الفرع الأول – التراضى فى المقاولة ٣٥

المبحث الأول – شروط الانعقاد ٣٥
توافق الإيجاب والقبول ٣٥
التصميم والمقايسة ودفتر الشروط ٣٧
التعاقد بطريق المسابقة ٣٩
الإثبات ٤١
متى يكون عقد المقاولة مدنياً ومتى يكون تجارياً ٤٢
المبحث الثانى – شروط الصحة ٤٥
المطلب الأول – الأهلية فى المقاولة ٤٥
أهلية رب العمل ٤٦
أهلية المقاول ٤٦
المطلب الثانى – عيوب الرضاء فى المقاولة ٥٠
الغلط فى شخص المقاول ٥٠
الغلط فى الحساب وغلطات القلم ٥١
الفرع الثانى – المحل فى المقاولة ٥٢
المبحث الأول – العمل فى المقاولة ٥٢
الشروط الواجب توافرها فى العمل ٥٢
أنواع العمل ٥٤
المبحث الثانى – الأجرة فى المقاولة ٥٦
الأجر كركن فى عقد المقاولة ٥٦
جنس الأجر ٥٧
تقدير الأجر ٥٧

الفصل الثانى – الآثار التى تترتب على المقاولة ٦٠

الفرع الأول – التزامات المقاول ٦٠
المبحث الأول – انجاز العمل ٦٠
المطلب الأول – الواجبات التى يتضمنها العمل ٦٠
طريقة إنجاز العمل ٦١
العناية اللازمة فى إنجاز العمل ٦٢
التمييز بين فرضين فيما يتعلق بتقديم مادة العمل ٦٣
الفرض الأول – المقاول هو الذى يقدم المادة ٦٤

الفرض الثانى– رب العمل هو الذى يقدم المادة ٦٧
مسئولية المقاول عن خطأه وعن خطأ تابعيه ٦٩
عدم التأخر فى إنجاز العمل ٧١
المطلب الثانى – جزاء الأخلال بالتزام إنجاز العمل ٧٢
تطبيق القواعد العامة ٧٢
قيام المقاول بالعمل على وجه معيب أو مناف للعقد ٧٥
تأخر المقاول تأخراً لا يرجى تداركه ٧٨
المبحث الثانى – تسليم العمل ٨١
المطلب الأول – وجوب تسليم العمل ٨١
المحل الذى يقع عليه التسليم ٨١
كيف يكون التسليم ٨٢
متى يكون التسليم ٨٢
أين يكون التسليم ٨٣
المطلب الثانى – جزاء الاخلال بواجب التسليم (تحمل التبعة)..... ٨٤
تطبيق القواعد العامة..... ٨٤
تحمل تبعة هلاك الشئ قبل تسليمه..... ٨٦
الهلاك بخطأ المقاول ٨٩
الهلاك بخطأ العمل..... ٨٩
المبحث الثالث – الضمان ٩٠
المطلب الأول – الضمان بوجه عام ٩٠
ضمان المقاول للمادة التى يقدمها – إحالة ٩٠
مسئولية المقاول عن المادة التى يقدمها رب العمل – إحالة ٩١
ضمان المقاول للعيب فى الصنعة ٩١
المطلب الثانى – ضمان المهندس المعمارى والمقاول لعيوب البناء..... ٩٦
١ – طرفا الضمان :..... ٩٨
طرفا الضمان هما طرفا عقد مقاولة محلها منشآت ثابتة..... ٩٨
المدين بالضمان ١٠٠
الدائن بالضمان ١٠٢
٢ – سبب الضمان..... ١٠٣
سبب الضمان يرجع إلى البناء ١٠٤
سبب الضمان يرجع إلى التصميم ١٠٩

المدة التى يقوم فيها سبب الضمان ١١٣
٣ – جزاء الضمان ١١٧
موضوع دعوى الضمان ١١٧
تقادم دعوى الضمان ١١٩
المسئولية نحو الغير ١٢٢
٤ – انتفاء الضمان ١٢٤
دعوى الضمان تقوم على المسئولية العقدية ١٢٤
كيف ينتفى الضمان ١٢٦
القوة القاهرة ١٢٧
خطأ رب العمل ١٢٩
الاتفاق على الإعفاء من الضمان أو الحد منه لا ينتفى به الضمان ١٣٢
جواز نزول رب العمل عن الضمان بعد تحقق سببه ١٣٥
الفرع الثانى – التزامات رب العمل ١٣٥
المبحث الأول – تمكين المقاول من إنجاز العمل ١٣٦
التزام رب العمل بأن يبذل ما فى وسعه لتمكين المقاول من انجاز العمل ١٣٦
جزاء الالتزام ١٣٧
المبحث الثانى – تسلم العمل ١٣٨
تسلم العمل وتقبله ١٤٠
شروط التسلم ١٤١
متى يكون التسلم وأين يكون ١٤٢
كيف يكون التسلم ١٤٣
النتائج التى تترتب على التسلم ١٤٤
جزاء الالتزام بالتسلم ١٤٥
المبحث الثالث – دفع الأجر ١٤٦
المطلب الأول – ما الذى يجب أن يدفع ١٤٧
ضرورة وجود الأجر ١٤٧
عدم ضرورة تعيين مقدار الأجر ١٤٨
كيف يعين مقدار الأجر عند عدم الاتفاق على تعيينه ١٤٨
توابع الأجر ١٥٠

مقدار الأجر المتفق عليه لا يجوز تعديله ١٥١
استثناءات ثلاثة يجوز فيها تعديل الأجر المتفق عليه ١٥٢
١ – الاتفاق على أجر بمقتضى مقايسة على أساس الوحدة ١٥٣
شروط ثلاثة ١٥٤
ما يترتب على توافر الشروط الثلاثة ١٥٧
الفرض الأول – المجاوزة غير جسيمة ١٥٧
الفرض الثاني – المجاوزة جسيمة ١٥٧
٢ – الاتفاق على أجر إجمالي على أساس تصميم معين ١٥٩
نص قانوني ١٥٩
نطاق تطبيق النص ١٦١
القاعدة العامة ١٦٤
فرضان استثنائيان : ١٦٦
الفرض الأول – تعديل التصميم بسبب خطأ من رب العمل أو بناء على اتفاق معه ١٦٦
الفرض الثاني – زيادة التكاليف زيادة فاحشة ينهار معها التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول ١٦٩
٣ – أجر المهندس المعماري ١٧٤
تكييف العقد مع المهندس المعماري ١٧٥
المفروض أن المهندس يعمل بأجر ١٧٥
كيف يقدر أجر المهندس ١٧٦
جواز تخفيض أجر المهندس ١٧٩
المطلب الثاني – طرفا الدفع وزمانه ومكانه وضماناته ١٨١
١ – طرفا الدفع ١٨١
المدين بالأجر ١٨١
الدائن بالأجر ١٨٣
٢ – زمان الدفع ومكانه ١٨٤
زمان الدفع ١٨٤
مكان الدفع ١٨٧
٣– ضمان الدفع ١٨٨
تطبيق القواعد العامة ١٨٨

الحق فى حبس العمل لاستيفاء الأجر ١٨٩
حقوق الامتياز ١٩١
الفرع الثالث – المقاولة من الباطن ١٩٢
التنازل عن المقاولة ١٩٢
المقاولة من الباطن – الشرط المانع ١٩٤
قيام علاقات متنوعة فى حالة المقاولة من الباطن ١٩٧
١ – علاقة المقاول الأصلى بالمقاول من الباطن ١٩٨
علاقة رب عمل بمقاول ١٩٨
التزامات المقاول الأصلى نحو المقاول من الباطن ١٩٨
التزامات المقاول من الباطن نحو المقاول الأصلى ٢٠١
٢ – علاقة المقاول الأصلى برب لعمل ٢٠٤
عقد المقاولة الأصلى هو الذى ينظم هذه العلاقة ٢٠٤
التزامات رب العمل نحو المقاول الأصلى ٢٠٤
التزامات المقاول الأصلى نحو رب العمل ٢٠٥
مسئولية المقاول الأصلى عن المقاول من الباطن نحو رب العمل ٢٠٥
٣ – علاقة رب العمل بالمقاول من الباطن ٢٠٧
العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن علاقة غير مباشرة ٢٠٧
لا يطالب رب العمل المقاول من الباطن مباشرة بالتزاماته ٢٠٧
لا يطالب المقاول من الباطن رب العمل مباشرة بالتزاماته ٢٠٨
جواز مطالبة المقاول من الباطن وعماله وعمال المقاول الأصلى لرب العمل بالأجر مباشرة ٢٠٨
من يكون طرفاً فى المطالبة ٢١٠
ما يترتب من النتائج على الدعوى المباشرة وحق الامتياز ٢١٢

الفصل الثالث – انتهاء المقاولة ٢١٧

الانتهاء المألوف بتنفيذ المقاولة ٢١٧
الانتهاء قبل التنفيذ وفقا للقواعد العامة ٢١٨
سببان للانتهاء خاصان بالمقاولة ٢٢٣
المبحث الأول – تحلل رب العمل من المقاولة بإرادته المنفردة ٢٢٣
نص قانونى ٢٢٣

النص تطبيق للقواعد العامة لوحظت فيه مسايرة طبيعة عقد المقاولة ٢٢٤
ما يشترط لإمكان التحلل من المقاولة بإرادة منفردة ٢٢٧
ما لا يشترط لإمكان التحلل من المقاولة بإرادة منفردة ٢٣٠
كيف يقع التحلل من المقاولة ٢٣٢
ما يترتب من النتائج على التحلل من المقاولة ٢٣٢
المبحث الثاني – موت المقاول ٢٣٥
موت رب العمل وموت المقاول ٢٣٧
موت رب العمل ٢٣٧
موت المقاول ويلحق به أن يصبح عاجزاً عن إتمام العمل لسبب لا يد له فيه ٢٣٨
مؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار فى التعاقد ٢٣٩
مؤهلات المقاول الشخصية ليست محل اعتبار فى التعاقد ٢٤١
ما يترتب على انتهاء المقاول بموت المقاول ٢٤٢
مقارنة بين أحوال ثلاث فى التحلل من المقاولة ٢٤٤

الباب الثاني
بعض أنواع المقاولات ٢٤٧

الفصل الأول – التزام المرافق العامة ٢٤٧

التمييز بين عقد التزام المرفق العام والعقد بين الملتزم والعميل ٢٤٧
المبحث الأول – المرفق العام وطرق إدارته – عقد التزام المرفق العام ٢٤٩
١ – المرفق العام ٢٤٩
المرفق العام وخصائصه ٢٤٩
أقسام المرافق العامة ٢٥٠
النظام القانونى للمرافق العامة ٢٥١
٢ – طرق إدارة المرفق العام ٢٥٣
الطريقة الأولى – الإدارة المباشرة أو الريجى ٢٥٤
الطريقة الثانية – الإدارة عن طريق المؤسسات العامة ٢٥٦
الطريق الثالثة – الإدارة بطريق الريجى غير المباشر ٢٥٧
الطريقة الرابعة – الإدارة بطريقة الاستغلال المختلط ٢٥٧

الطريقة الخامسة – الإدارة بطريقة الالتزام ٢٥٨
٣ – عقد التزام المرفق العام : ٢٥٩
عناصر عقد التزام المرفق العام ٢٦٠
حقوق الملتزم ٢٦٣
واجبات الملتزم ٢٦٦
التكييف القانونى لعقد الالتزام ٢٧٠
ما يترتب من النتائج على أن عقد الالتزام هو عقد إدارى ٢٧٢
المبحث الثانى – العقد بين ملتزم المرفق العام والعميل ٢٧٥
مركز العميل قبل التعاقد مع الملتزم – الحق فى المرفق ٢٧٥
مركز العميل بعد التعاقد مع الملتزم – الانتفاع بالمرفق – رابطة تعاقدية مدنية ٢٧٥
١ – أسعار الخدمات التى يؤديها المرفق العام : ٢٧٩
مصدر القوة الإلزامية للأسعار هو السلطة الإدارية مانحة الالتزام ٢٨٠
الأسعار التى قررتها السلطة الإدارية لها قوة القانون ولا يجوز الاتفاق على ما يخالفها ٢٨٣
جواز إعادة السلطة الإدارية النظر فى الأسعار المقررة ٢٨٤
٢ – استمرار المرفق العام وانتظامه ومسايرته للتطور : ٢٨٦
واجب الملتزم الجوهرى ٢٨٦
مسئولية الملتزم عن استمرار المرفق العام وانتظامه ٢٨٧
٣ – المساواة بين العملاء ٢٩٠
تقرير مبدأ المساواة ٢٩١
ما يرد على مبدأ المساواة من استثناء ٢٩٣
٤ – الجزاء ٢٩٤
الجزاء المدنى ٢٩٤
الجزاء الإدارى ٢٩٦
متى يكون للعميل صفة فى التقاضى ٢٩٧

الفصل الثانى – أنواع أخرى من المقاولات ٢٩٩

المبحث الأول – عقد النشر ٢٩٩
صور مختلفة ٢٩٩

١ – أركان عقد النشر ٣٠٣
الركن الأول – التراضى ٣٠٣
الركن الثانى – العمل الأدبى أو الفنى (المؤلف) ٣٠٣
الركن الثالث – الأجر ٣٠٦
٢ – التزامات المؤلف ٣٠٧
الالتزام الأول – تسليم العمل الأدبى أو الفنى للناشر ٣٠٧
الالتزام الثانى – الضمان ٣٠٨
٣ – التزامات الناشر ٣١٠
الالتزام الأول – طبع المؤلف ونشره ٣١٠
الالتزام الثانى – احترام حقوق المؤلف المالية ٣١٢
الالتزام الثالث – احترام حقوق المؤلف الأدبية ٣١٢
٤ – عقد العرض المسرحى ٣١٤
صور العقد المختلفة ٣١٤
التزامات المؤلف المسرحى ٣١٥
التزامات صاحب المسرح ٣١٦
المبحث الثانى – عقد النظارة ٣١٧
عقد النظارة عقد مقاولة فى الأصل ٣١٧
كيف يتم التعاقد مع النظارة ٣١٩
التزامات صاحب المسرح ٣٢١
التزامات العميل ٢٣٢
المبحث الثالث – العقد مع رجل الأعمال ٣٢٥
صور مختلفة للتعاقد مع رجل الأعمال ٣٢٥
متى يكون التعاقد مع رجل الأعمال صحيحا ٣٢٦
التزامات رجل الأعمال ٣٣٠
التزامات العميل ٣٣١
المبحث الرابع – عقد الإعلان ٣٣٢
الصور المألوفة للإعلان ٣٣٢
التزامات ناشر الإعلان ٣٣٥
التزامات صاحب الإعلان ٣٣٦

عقد الوكالـة ٣٣٧

تمهيد ٣٣٩

التعريف بعقد الوكالة وخصائص هذا العقد ٣٣٩
تمييز عقد الوكالة عن العقود الأخرى ٣٤٢
عقد الوكالة وعقد المقاولة ٣٤٤
عقد الوكالة وعقد العمل ٣٤٥
عقد الوكالة وعقد الإيجار ٣٤٩
عقد الوكالة وعقد البيع ٣٥٠
عقد الوكالة وعقد الشركة ٣٥٢
عقد الوكالة وعقد الوديعة ٣٥٣
التنظيم التشريعى لعقد الوكالة ٣٥٤
خطة البحث ٣٥٦

الفصل الأول – أركا ن الوكالة ٣٥٧

الفرع الأول – التراضى فى الوكالة ٣٥٧
المبحث الأول – التراضى فى الوكالة ٣٥٨
شروط الانعقاد ٣٥٨
توافق الإيجاب والقبول ٣٥٨
الوكالة الضمنية ٣٦١
التوكيل على بياض ٣٦٦
شكل الوكالة ٣٦٩
إثبات الوكالة ٣٧٣
متى يكون عقد الوكالة مدنياً ومتى يكون تجارياً ٣٧٧
المبحث الثانى – شروط الصحة ٣٧٩
المطلب الأول – الأهلية فى الوكالة ٣٧٩
أهلية الموكل ٣٧٩
أهلية الوكيل ٣٨١
تعاقد الوكيل مع نفسه ٣٨٥

المطلب الثانى – عيوب الإرادة فى الوكالة ٣٨٦
تطبيق القواعد العامة – الغلط فى شخص الوكيل أو الموكل..... ٣٨٦
الإكراه الأدبى ٣٨٦
الفرع الثانى – التصرف القانونى محل الوكالة ٣٨٧
المبحث الأول – الشروط الواجب توافرها فى التصرف القانونى محل الوكالة..... ٣٨٧
الشرط الأول – التصرف القانونى ممكن ٣٨٧
الشرط الثانى – التصرف القانونى معين أو قابل للتعيين ٣٨٩
الشرط الثالث – التصرف القانونى مشروع ٣٩٠
ما يترتب على بطلان الوكالة التى لم تتوافر فيها الشروط ٣٩٦
المبحث الثانى أنواع التصرفات القانونية التى يصح أن تكون محلا للوكالة..... ٣٩٧
التصرفات القانونية التى تكون محلا للوكالة ٣٩٧
مدى سعة الوكالة ٣٩٨
الوكالة العامة..... ٤٠٠
الوكالة الخاصة..... ٤٠٥
الوكالة تشمل ما تقتضيه من توابع ضرورية..... ٤١٤
إثبات مدى سعة الوكالة ٤١٦

الفصل الثانى – الآثار التى تترتب على الوكالة ٤١٨

الفرع الأول – آثار الوكالة فيما بين المتعاقدين ٤١٨
المبحث الأول – التزامات الوكيل ٤١٨
المطلب الأول – تنفيذ الوكالة..... ٤١٨
١ – تنفيذ الوكالة فى حدودها المرسومة ٤١٩
القاعدة – التزام حدود الوكالة المرسومة ٤٢٠
الاستثناء – الخروج عن حدود الوكالة المرسومة..... ٤٢٢
٢ – العناية الواجبة فى تنفيذ الوكالة..... ٤٢٧
نظرية تدرج الخطأ والنظرية الحديثة..... ٤٢٩
مسئولية الوكيل عن الغش والخطأ الجسيم ٤٣٠
مسئولية الوكيل عن الخطأ العادى ٤٣٣
عدم مسئولية الوكيل عن السبب الأجنبى ٤٣٧

الإثبات ٤٣٨
التعويض ٤٤٠
التعديل الاتفاقى لقواعد المسئولية..... ٤٤٢
٣ – تعدد الوكلاء ونائب الوكيل..... ٤٤٣
تعدد الوكلاء ٤٤٣
اجتماع الوكلاء أو انفرادهم بالعمل..... ٤٤٥
تضامن الوكلاء فى المسئولية..... ٤٤٧
نائب الوكيل ٤٥٠
علاقة الموكل بنائب الوكيل..... ٤٥٢
مسئولية الوكيل عن نائبه..... ٤٥٦
المطلب الثانى – تقديم حساب عن الوكالة..... ٤٦٠
موافاة الموكل بالمعلومات الضرورية ٤٦١
كيفية تقديم الحساب عن الوكالة بعد تنفيذها ٤٦٢
الأحوال التى يعفى الوكيل فيها من تقديم الحساب ٤٦٤
المطلب الثالث – رد ما للموكل فى يد الوكيل ٤٦٨
رد ما للموكل من مال فى يد الوكيل ٤٦٨
دفع الفوائد فى حالتين ٤٧١
رد الأوراق والمستندات وسند التوكيل..... ٤٧٧
المخالصة بإبراء ذمة الوكيل ٤٧٨
المبحث الثانى – التزامات الموكل ٤٨١
المطلب الأول – دفع الأجر..... ٤٨١
١ – الأجر بوجه عام ٤٨٢
لا يوجد اتفاق على الأجر..... ٤٨٢
يوجد اتفاق على الأجر..... ٤٨٤
مقدار الأجر – خضوعه لتقدير القاضى وجواز تعديله..... ٤٨٨
زمان دفع الأجر ومكانه ٤٩٦
٢ – أتعاب المحامى..... ٤٩٧
الأصل فى المحامى أن يكون بأجر..... ٤٩٧
الاتفاق على مقدار الاتعاب – خضوعه لتقدير القاضى وجواز
تعديله ٤٩٩
عدم الاتفاق على مقدار الأتعاب – قيام مجلس النقابة بالتقدير..... ٥٠٥

الضمانات التى تكفل أتعاب المحامى ٥٠٨
سقوط الأتعاب بالتقادم ٥١٠
المطلب الثانى – رد المصروفات ٥١٣
التزامات الموكل بتقديم ما يقتضيه تنفيذ الوكالة من نفقات ٥١٤
التزام الموكل برد ما أنفقه الوكيل من ماله الخاص فى تنفيذ الوكالة ٥١٥
التزام الموكل بدفع فوائد المصروفات من يوم الإنفاق ٥١٩
سقوط الالتزام برد المصروفات بالتقادم ٥٢١
المطلب الثالث – التعويض عن الضرر ٥٢٣
الشرطان الواجب توافرهما لتحقق مسئولية الموكل ٥٢٤
الشرط الأول – تنفيذ الوكالة هو السبب فى الضرر ٥٢٤
الشرط الثانى – لا خطأ فى جانب الوكيل ٥٢٧
ما لا يشترط توافره ٥٢٨
مصدر التزام الموكل بالتعويض ٥٢٩
المطلب الرابع – الضمانات التى تكفل التزامات الموكل ٥٢٩
الحبس ٥٣١
تضامن الموكلين المتعددين ٥٣٣
الفرع الثانى – آثار الوكالة بالنسبة إلى الغير الذى تعاقد معه الوكيل ٥٣٧
المبحث الأول – الوكيل يعمل باسم الموكل ٥٣٩
علاقة كل من الوكيل والموكل بالغير ٥٣٩
تطبيق أحكام النيابة ٥٣٩
١ – علاقة الوكيل بالغير ٥٤٥
يقوم التصرف الذى يبرمه الوكيل على إرادته هو لا على إرادة الموكل ٥٤٥
ولكن لا ينصرف أثر التصرف الذى يبرمه الوكيل إلى شخصه ٥٤٦
متى يكون الوكيل مسئولا قبل الغير ٥٤٨
٢ – علاقة الموكل بالغير ٥٥١
انصراف أثر التصرف الذى يبرمه الوكيل إلى شخص الموكل ٥٥١
خروج الوكيل عن حدود الوكالة – مجاوزة هذه الحدود أو العمل دون وكالة أو بعد انتهائها ٥٥٧
الوكالة الظاهرة – شروط قيامها ٥٦٥
الأثر الذى يترتب على قيام الوكالة الظاهرة ٥٧٧

الأساس القانونى الذى تقوم عليه الوكالة الظاهرة ٥٧٨
مسئولية الموكل نحو الغير عن خطأ وكيله ٥٨٢
المبحث الثانى – الوكيل يعمل باسمه الشخصى – المسخر أو الاسم المستعار ٥٨٥
متى يعمل الوكيل باسمه الشخصى ٥٨٥
١ – علاقة الوكيل المسخر بالغير ٥٩١
انصراف أثر التعاقد من حقوق والتزامات إلى الوكيل المسخر ٥٩١
انصراف الحقوق إلى الوكيل المسخر ٥٩٤
انصراف الالتزامات إلى الوكيل المسخر ٥٩٥
علاقة الوكيل المسخر بأغيار آخرين ٥٩٥
٢ – علاقة الموكل بالغير ٥٩٧
عدم انصراف أثر التعاقد من حقوق والتزامات إلى الموكل ٥٩٧
عدم انصراف الحقوق إلى الموكل ٥٩٧
عدم انصراف الالتزامات إلى الموكل ٥٩٨
علاقة الموكل بأغيار آخرين ٥٩٩
٣ – علاقة الوكيل المسخر بالموكل ٦٠١
تحديد هذه العلاقة – إثبات الوكالة المستترة ٦٠١
علاقة الوكيل المسخر بالموكل هى علاقة وكيل بموكل ٦٠٢
نقل الحقوق والالتزامات من الوكيل المسخر إلى الموكل ٦٠٤

الفصل الثالث – انتهاء الوكالة ٦١٠

أسباب انتهاء الوكالة ٦١١
الأحكام التى تترتب على الوكالة بعد انتهائها ٦١١
الفرع الأول – انتهاء الوكالة لأسباب ترجع إلى القواعد العامة ٦١٥
١ – انتهاء الوكالة انتهاء مألوفا عن طريق تنفيذها ٦١٥
إتمام العمل محل الوكالة ٦١٥
انقضاء الأجل ٦١٦
٢ – انتهاء الوكالة قبل التنفيذ ٦١٧
استحالة التنفيذ ٦١٧
الإفلاس ونقص الأهلية ٦١٧

الفسخ وتحقق الشرط الفاسخ ٦١٩
الفرع الثاني – انتهاء الوكالة لأسباب خاصة بها ٦٢٠
١ – أسباب ترجع إلى أن الوكالة تقوم على الاعتبار الشخصى ٦٢٠
موت الوكيل ٦٢٠
موت الموكل ٦٢١
٢ – أسباب ترجع إلى أن عقد الوكالة غير لازم ٦٢٥
عزل الوكيل من الوكالة ٦٢٥
تنحى الوكيل عن الوكالة ٦٣٣

عقـد الوديعـة ٦٣٩

تمهيد ٦٤١

التعريف بعقد الوديعة وخصائص هذا العقد ٦٤١
تمييز عقد الوديعة عن العقود الأخرى ٦٤٦
التنظيم التشريعى لعقد الوديعة ٦٤٩
خطة البحث ٦٥٠

الفصل الأول – أركان العقد ٦٥١

الفرع الأول – التراضى فى عقد الوديعة ٦٥١
المبحث الأول – شروط الانعقاد ٦٥١
توافق الإيجاب والقبول كاف فى عقد الوديعة ٦٥١
إثبات الوديعة ٦٥٣
المبحث الثانى – شروط الصحة ٦٥٥
الأهلية فى عقد الوديعة ٦٥٥
عيوب الإرادة فى عقد الوديعة ٦٥٨
الفرع الثانى – المحل والسبب فى عقد الوديعة ٦٥٨
الشروط الواجب توافرها فى الشئ المودع ٦٥٨
الاشياء التى يجوز إيداعها ٦٥٩

السبب فى عقد الوديعة ٦٦٠

الفصل الثانى – آثار الوديعة ٦٦١

الفرع الأول – التزامات المودع عنده ٦٦١
المبحث الأول – تسلم الشئ المودع ٦٦١
التسلم التزام لا ركن ٦٦٢
كيف يكون التسلم – التسلم الحقيقى والتسلم الحكمى ٦٦٣
جزاء الإخلال بالتزام التسلم ٦٦٣
تبعة هلاك الشئ المودع ٦٦٤
المبحث الثانى – حفظ الشئ المودع ٦٦٤
حفظ الشئ هو الغرض الأساسى من عقد الوديعة وهو الالتزام الجوهرى فيها ٦٦٤
التزام المودع عنده بحفظ الشئ هو التزام ببذل عناية ٦٦٥
الجمع فى الوديعة بين المعيارين الشخصي والمادى ٦٦٥
عدم مسئولية المودع عنده عن السبب الأجنبى ٦٧٢
الاتفاق على تعديل قواعد المسئولية ٦٧٣
عدم جواز استعمال المودع عنده الوديعة ٦٧٤
عدم جواز من يحل المود عنده غيره محله فى حفظ الوديعة ٦٧٦
المبحث الثالث – رد الشئ المودع ٦٧٩
١ – ما الذى يجب رده ٦٨٠
الرد عيناً ٦٨٠
الرد بمقابل ٦٨٢
رد الثمار ٦٨٦
٢ – لمن يكون الرد ومتى وأين يكون ٦٨٧
لمن يكون الرد ٦٨٧
متى يكون الرد ٦٩٢
أين يكون الرد ومصروفاته ٦٩٤
٣ – جزاء الإخلال بالتزام الرد ٦٩٥
دعوى الاسترداد ٦٩٥
دعوى التعويض ٩٦٩

الدعوى الجنائية ٦٩٨
الفرع الثانى – التزامات المودع ٦٩٩
المبحث الأول – دفع الأجر ٦٩٩
لا يوجد اتفاق على الأجر ٧٠٠
يوجد اتفاق على الأجر ٧٠١
المبحث الثانى – رد المصروفات ٧٠٣
أنواع المصروفات التى يجب ردها ٧٠٣
المبحث الثالث – التعويض عن الضرر ٧٠٥
تعويض ما يصيب المودع عنده من الضرر بسبب الوديعة ٧٠٦

الفصل الثالث – انتهاء الوديعة ٧٠٩

انقضاء الأجل ٧١٠
رجوع أحد المتعاقدين عن الوديعة قبل انقضاء الأجل ٧١٠
موت المودع عنده ٧١١

الفصل الرابع – بعض أنواع الوديعة ٧١٢

الفرع الأول – الوديعة الناقصة ٧١٢
صور عملية للوديعة الناقصة ٧١٣
عدم جدوى التمييز بين الوديعة الناقصة والقرض ووجوب اعتبار هذا الوديعة قرضا ٧١٥
الفرع الثانى – الوديعة الاضطرارية ٧١٧
ما هى الوديعة الاضطرارية ٧١٧
الأحكام الخاصة بالوديعة الاضطرارية ٧٢٠
الفرع الثالث – الوديعة فى الفنادق والخانات ٧٢١
نطاق الوديعة فى الفنادق والخانات ٧٢٤
الإثبات ٧٢٨
المسئولية ٧٢٨
الاتفاق على تعديل قواعد المسئولية ٧٣٣

الحراســـة ٧٣٧

تمهيـد ٧٣٩
التعريف بالحراسة – أركانها ٧٣٩
أحكام الحراسة هى أحكام الوديعة والوكالة ٧٣٩
الأهمية العملية للحراسة وتنظيمها التشريعى ٧٤١
خطة البحث ٧٤٢

الفصل الأول – قيام الحراسة ٧٤٣

الحراسة الاتفاقية والحراسة القضائية ٧٤٣
الفرع الأول – قيام الحراسة الاتفاقية ٧٤٣
الحراسة الاتفاقية هى عقد وديعة تتميز بخصائص معينة ٧٤٤
الاتفاق على الحراسة يغنى عن توافر شرط الخطر العاجل الواجب توافره فى الحراسة القضائية ٧٤٥
للاتفاق على الحراسة صورتان ٧٤٥
طرفا الحراسة الاتفاقية ٧٤٧
الفرع الثانى – قيام الحراسة القضائية ٧٤٨
الشرط فى الحراسة القضائية أن يكون هناك استعجال أى خطر عاجل ٧٤٨
طبيعة الحراسة القضائية ٧٥٣
المال الذى يجوز وضعه تحت الحراسة القضائية ٧٥٦
المبحث الأول – الفروض التى تجوز فيها الحراسة القضائية ٧٦٠
الفروض المنصوص عليها فى القانون ليست مذكورة على سبيل الحصر ٧٦٠
المطلب الأول – أحوال الحراسة القضائية على الأموال غير الموقوفة ٧٦٣
١ – حالات وردت فيها نصوص قانونية ٧٦٦
عرض المدين محل الوفاء على الدائن ووضعه تحت الحراسة ٧٦٧
نزع الشئ الذى ترتب عليه حق انتفاع من المنتفع ووضعه تحت الحراسة ٧٦٨
تخلية العقار المرهون وتعيين حارس تتخذ فى مواجهته إجراءات نزع الملكية ٧٦٩
وضع الدائن المنقول المثقل بحق امتياز لمصلحته تحت الحراسة ٧٧٠

تعيين حارس على المنقولات المحجوز عليها ٧٧٠
وضع العقار المحجوز عليه تحت الحراسة ٧٧٢
٢- قيام نزاع فى شأن المال أو عدم ثبوت الحق فيه ٧٧٥
الشروط الواجب توافرها فى هذا الفرض ٧٧٥
النزاع متعلق بالملكية أو بالحيازة ٧٧٩
النزاع متصل بعقد البيع ٧٨٣
النزاع متصل بعقد الإيجار ٧٨٣
النزاع متصل بالمال الشائع ٧٨٦
النزاع متعلق بالتركات ٧٩٢
النزاع متعلق بالشركات أو الجمعيات أو المؤسسات أو النقابات ٧٩٨
٣ - تجمع أسباب معقولة للخشية من خطر عاجل من بقاء المال
تحت يد حائزه ٨٠٤
قيام الخطر العاجل كاف وحده لفرض الحراسة ٨٠٤
بعض التطبيقات العملية ٨٠٦
مال طالب الحراسة فى يد الغير ٨٠٧
لطالب الحراسة حق فى مال الغير ٨٠٨

طالب الحراسة دائن يريد ضمان وفاء الدين ٨٠٩
لطالب الحراسة حق محتمل يريد حمايته ٨١٤
المطلب الثانى - أحوال الحراسة القضائية على الأموال الموقوفة ٨١٥
أحوال الحراسة على الأموال الموقوفة تطبيق القواعد العامة وليست
مذكورة علىى سبيل الحصر ٨١٦
١ - وضع الحراسة بسبب نظارة الوقف ٨٢٠
الحالات التى ترجع إلى هذا السبب ٨٢٠
إثبات أن الحراسة إجراء لابد منه للمحافظة على ما قد يكون
لذوى الشأن من الحقوق ٨٢٢
ماذا صار إليه وضع الحراسة بسبب نظارة الوقف بعد إلغاء
الوقف الأهلى ٨٢٣
٢ - وضع الحراسة بسبب مديونية الوقف ٨٢٧
متى توضع الحراسة بسبب مديونية الوقف ٨٢٧

يشترط أن تكون الحراسة هى الوسيلة الوحيدة لعدم ضياع حقوق الدائنين ٨٢٨
ماذا صار إليه وضع الحراسة بسبب مديونية الوقف بعد ألغاء الوقف الأهلى ٨٢٨
٣ – وضع الحراسة بسبب مديونية المستحق ٨٢٩
متى توضع الحراسة بسبب مديونية المستحق ٨٢٩
يشترط أن تكون الحراسة هى الوسيلة الوحيدة لعدم ضياع حقوق الدائنين ٨٣١
ماذا صار إليه وضع الحراسة بسبب مديونية المستحق بعد إلغاء الوقف الأهلى ٨٣٢
المبحث الثانى – دعوى الحراسة القضائية وتعيين الحارس القضائى ٨٣٤
١ – الاختصاص فى دعوى الحراسة القضائية ٨٣٤
الولاية فى دعوى الحراسة ٨٣٤
عدم قيام الوظيفة الولائية فى دعوى الحراسة ٨٣٦
الاختصاص النوعى – القضاء المستعجل ومحكمة الموضوع ٨٣٧
الاختصاص المحلى ٨٤٠
٢ – الإجراءات والحكم فى دعوى الحراسة ٨٤٢
اجراءات دعوى الحراسة ٨٤٢
حكم الحراسة ٨٤٣
حجية حكم الحراسة ٨٤٦
تنفيذ حكم الحراسة ٨٤٩
٣ – تعيين الحارس القضائى ٨٥١
من يعين الحارس القضائى ٨٥١
التكييف القانونى لصفة الحارس القضائى ٨٥٦
ما يترتب على أن الحارس القضائى نائب عن صاحب الحق فى المال الموضوع تحت الحراسة ٨٥٩
تنحى الحارس القضائى عن الحراسة ٨٦٢
طلب عزل الحارس القضائى واستبدال آخر به ٨٦٢

الفصل الثانى – آثار الحراسة ٨٦٦

بيان التزامات الحارس وحقوقه ٨٦٦
الفرع الأول – التزامات الحارس ٨٦٩
المبحث الأول – تسلم المال والمحافظة عليه ٨٦٩
التزام الحارس بتسلم المال ٨٦٩
التزام الحارس بالمحافظة على المال ٨٧٠
عدم جواز إحلال ذوى الشأن فى المحافظة على المال ٨٧٤
الحارس وحده هو ذو الصفة فى جميع أعمال الحفظ ٨٧٥
المبحث الثانى – إدارة المال ٨٧٦
سلطة الحارس فى الإدارة ٨٧٨
سلطة الحارس فى التصرف ٨٨٥
عدم جواز إحلال أحد ذوى الشأن فى إدارة المال ٨٨٧
الحارس وحده هو ذو الصفة فى جميع أعمال الإدارة والتصرف التى تدخل فى سلطته ٨٨٧
المبحث الثالث – تقديم الحساب ٨٩٠
التزام الحارس بتقديم الحساب كالتزام الوكيل ٨٩١
ما يتخصص به الحارس فى تقديم الحساب ٨٩٢
المبحث الرابع – رد المال ٨٩٤
تطبيق أحكام التزام المودع عنده برد الشئ المودع ٨٩٥
متى يكون الرد ولمن يكون ٨٩٦
الفرع الثانى – حقوق الحارس ٨٩٧
المبحث الأول – تقاضى الأجر ٨٩٧
الأصل فى الحارس أن يكون بأجر ٨٩٨
كيف يقدر الأجر ٨٩٩
من يلزم بأجر الحارس ٩٠١
المبحث الثانى – استرداد المصروفات والتعويض ٩٠١
حق الحارس فى استرداد المصروفات والتعويض ٩٠١
كيف يسترد الحارس المصروفات ويتقاضى التعويض ٩٠٢
المبحث الثالث – ضمانات حقوق الحارس ٩٠٣

٦٩٤
٦

حق الحبس وحق الامتياز ٩٠٣
تضامن طرفى الخصومة..... ٩٠٥

الفصل الثالث – انتهاء الحراسة ٩٠٦

انتهاء مأمورية الحارس دون انتهاء الحراسة..... ٩٢٦
انتهاء الحراسة الاتفاقية..... ٩٠٧
انتهاء الحراسة القضائية..... ٩٠٧