الدكتور
عبدالرازق احمد السنهورى

الوسيط
فى
شرح القانون المدنى

الجزء الثانى
نظرية الالتزام بوجة عام

الاثبات – آثار الالتزام

تنقيح
المستشار احمدمدحت المراغى
رئيس محكمة النقض الاسبق

طبعة تحتوى على اخر المستجدات فى التشريع والقضاء والفقة
٢٠٠٤

الناشر: منشأة المعارف جلال حزى وشركاه

٤٤ شارع سعد زغلول - محطة الرمل - ت/ف: ٤٨٧٣٣٠٢ - ٤٨٥٣٠٥٥ الإسكندرية
٣٢ 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: الرواد - ت: ٤٨٤٤٦٢٣ - ٤٨٣٥٤٦٥ / ٠٣
مراجعة تجارب الطباعة: المحامية / يسرية محمد عبد الجليل - ماجستير فى القانون
طباعة: شركة الجلال للطباعة ت: ٤٤٩١٢٤٤ / ٠٣

خطة البحث

١ – إقامة نظرية الإلتزام على فكرة التصرف القانوني والواقعة القانونية

١ – التصرف القانوني والواقعة القانونية والتمييز فيما بينهما : أتجه الفقه الحديث إلى العناية بالتمييز بين التصرف القانوني (acte juridique) والواقعة القانونية أو المادية (fait juridique, matériel) بعد أن أحس الأهمية البالغة لهذا التمييز[1] .

فالتصرف القانوني هو الإرادة تتجه إلى إحداث أثر قانوني معين، فيرتب القانون عليها هذا الأثر . مثل ذلك العقد، فهو تصرف قانوني يقوم على تطابق إرادتين، وقد ينشئ الحقوق الشخصية أو يكسب الحقوق العينية . ومثل ذلك أيضاً الوصية، فهي تصرف قانوني يقوم على إرادة منفردة، ويكسب الحقوق العينية . والوفاء والإبراء، الأول تصرف قانوني يقوم على تطابق إرادتين، والثاني تصرف قانوني يقوم على إرادة منفردة، وكلاهما يقضي الحقوق الشخصية . والنزول عن حق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن، وهو ارادة منفردة، يقضي الحقوق العينية . وإجازة العقد القابل للإبطال، وقبول المنتفع لما اشترط في مصلحته، واقرار رب العمل لتصرف الفضولي، كل هذه تصرفات، قانونية، وفيها جميعاً نرى إرادة منفردة تتجه لإحداث أثر قانوني : تصحيح العقد القابل للإبطال، أو تأكيد الحق الشخصي الناشئ من الاشتراط لمصلحة الغير وجعله غير قابل للنقض، أو تحويل الفضولي إلى وكيل . ونرى من ذلك أن التصرف القانوني، سواء قام على تطابق إرادتين أو قام على إرادة منفردة، قد ينشئ الحقوق الشخصية، وقد يكسب الحقوق العينية، وقد يقضيها جميعاً وقد يرتب آثاراً قانونية أخرى .

والواقعة القانونية هي واقعة مادية يرتب القانون عليها أثراً . وقد رأينا في الجزء الأول من هذا الكتاب أنها قد تكون واقعة طبيعية لا دخل لإرادة الإنسان فيها كالموت، وقد تكون واقعة اختيارية حدثت بإرادة الإنسان كالبناء والغراس . وإذا كانت واقعة اختيارية، فقد يقصد الإنسان من ورائها إحداث الأثر القانوني المترتب عليها كالاستيلاء والحيازة، وقد لا

---

(١) لا نقصد إلى معالجة موضوع التصرف القانوني والواقعة القانونية، فهو موضوع جد دقيق، وليس مكانه هنا. وقد سبق أن عالجناه في دروس ألقيناها بقسم الدكتوراه بجامعة القاهرة، وهي الدروس التي سننشر إليها من وقت إلى آخر . وسبق أيضاً أن أشرنا إلى التمييز ما بين التصرف القانوني والواقعة القانونية، وإلى أنهما هما المصدران لجميع الروابط القانونية، في كتابنا "**نظرية العقد**" وفي الجزء الأول من هذا "**الوسيط**" .

يقصد هذا الأثر كدفع غير المستحق، وقد يقصد عكس هذا الأثر كالعمل غير المشروع . وسواء كانت الواقعة القانونية طبيعية أو اختيارية، وسواء قصد أثرها القانوني أو لم يقصد أو قصد عكسه، فهي دائماً واقعة مادية، وليست إرادة كما هي الحال في التصرف القانوني . وقد تنشئ الواقعة القانونية الحقوق الشخصية، كما هو الأمر في الحيازة والموت (الميراث). وقد تقضي الحقوق الشخصية، كما في اتحاد الذمة . وقد تقضي الحقوق العينية، كما في الترك (abandon) . وقد تحدث آثاراً قانونية أخرى، كما في القرابة وهي مانع من موانع الزواج، وفي الجوار ويحد من استعمال حق الملكية، وفي نزع الحيازة ويترتب عليه قطع التقادم، وفي حالة القصر ويترتب عليها وقف التقادم، وفي إلحاق المنقول بالعقار لخدمته ويحول المنقول إلى عقار بالتخصيص. فالواقعة القانونية، كالتصرف القانوني، قد ينشئ الحقوق الشخصية، وقد يكسب الحقوق العينية، وقد يقضيها جميعاً، وقد يرتب آثاراً قانونية أخرى .

والمقابلة فيما بين التصرف القانوني والواقعة القانونية هي، كما قدمنا، مقابلة ما بين الإرادة والعمل المادي . فحيث تمحضت الإرادة لإحداث أثر قانوني فأحدثه القانون، فثم تصرف قانوني. وحيث وقع عمل مادي ولو خالطته الإرادة فرتب على القانون أثراً، فثم واقعة قانونية . وقد أشرنا في الجزء الأول من هذا الكتاب إلى ما يتوسط التصرف القانوني والواقعة القانونية من واقعة مختلطة كالاستيلاء، وواقعة مركبة كالشفعة .

٢ – التصرف القانوني والواقعة القانونية هما المصدران اللذان ينشئان كل الحقوق وكل الروابط القانونية : رأينا فيما قدمناه كيف أن التصرف القانوني والواقعة القانونية يمتدان إلى آفاق واسعة، ويحلقان في جميع نواحي القانون . فهما المصدران اللذان ينشئان الحق الشخصي، وهما المصدران اللذان يكسبان الحق العيني، وهما اللذان يقضيان كلاً من الحق الشخصي، والحق العيني، ويرتبان فوق ذلك آثاراً أخرى غير كسب الحقوق وقضائها . ولا ينحصر أثرهما في دائرة المعاملات المالية، بل يجاوزها إلى دائرة الأحوال الشخصية . ولا يقفان عند حدود القانون الخاص، بل إن لهما أثراً بالغ الأهمية في ميدان القانون العام . فأية ناحيةمن نواحي القانون استعرضتها إلا وتجد التصرف القانوني والواقعة القانونية هما العنصران الأساسيان في الروابط القانونية المشتبكة. والقانون جميعه يتلخص في مسألتين : الحق ومصدره. وإلى اليوم نحن نرتب مسائل القانون من ناحية الحق، فنجعل هذه المسائل تتجمع حول الحق الشخصي وحول الحق العيني، ونقسم مباحث القانون إلى قسمين رئيسيين، أحدهما يتناول نظرية الالتزام والعقود أي الحقوق الشخصية، والآخر يتعلق بالحقوق العينية من أصلية وتبعية . وهذا هو الترتيب التقليدي الذى جرى

عليه التقنين المدني الجديد . فهل حان الوقت لنخطط خطة أخرى، فنرتب مسائل القانون من ناحية مصدر الحق، لا من ناحية الحق ذات ؟ ومصدر الحق هو التصرف القانوني والواقعة القانونية كما رأينا، فتتوزع جميع مسائل القانون عليهما، وتنقسم مباحث القانون إلى قسمين رئيسين غير القسمين الأولين، أحدهما يختص بنظرية التصرف القانوني والآخر بنظرية الواقعة القانونية ؟

هذا ما ينادى به بعض الفقهاء، وما حاوله في مدى ضيق محدود، وفي غير حظ كبير من التوفيق، لجنة تنقيح التقنين المدني الفرنسي [1] . وقبل أن نتخذ موقفاً في هذه المسألة الدقيقة، ننظر كيف يكون ترتيب مسائل القانون إذا نحن أقمنا هذا الترتيب على فكرة التصرف القانوني والواقعة القانونية .

٣ – ترتيب مسائل القانون على أساس فكرة التصرف القانوني والواقعة القانونية

: ونرسم هنا الخطوط الرئيسية لترتيب جديد لمسائل القانون على أساس فكرة التصرف القانوني والواقعة القانونية، بدلاً من قيامه على فكرة الحق الشخصي والحق العيني، لنرى ما يؤدى إليه هذا التقسيم الجديد من النتائج .

وقد سبق أن رسمنا الخطوط الرئيسية لهذا الترتيب الجديد على النحو الآتي [2] :

تقسم مسائل القانون المدني في المعاملات إلى قسمين رئيسيين : القسم الأول في التصرف القانوني والقسم الثاني في الواقعة القانونية . ويتفرع كل من هذين القسمين إلى بابين : الباب الأول في اركان التصرف أو أركان الواقعة، والباب الثاني في آثار كل منهما .

وتعالج في باب أركان التصرف القانوني في المسائل الآتية : (١) الإرادة ومظهر التعبير عنها – الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة (٢) الشكل (٣) الأهلية (٤) عيوب الإرادة (٥) أوصاف الإرادة من شرط وأجل وتضامن وعدم قابلية للانقسام (٦) المحل وتعدده من محل تخييري ومحل بدلي (٧) السبب، وهنا يدرس التصرف المجرد (٨) إثبات التصرف القانوني .

وتعالج في باب آثار التصرف القانوني : (أ) الآثار بالنسبة إلى الأشخاص (ب) الآثار بالنسبة إلى الموضوع . وفي الآثار بالنسبة إلى الأشخاص تعالج المسائل الآتية : (١) النيابة في

---

(١) أنظر "**التصرف القانوني والواقعة القانونية**" وهي الدروس التي القيناها بقسم الدكتوراه بجامعة القاهرة وسبقت الإشارة إليها ص ٦١ – ص ١١١ وص ١٣٥ – ص ١٤٠ .

(٢) " **التصرف القانوني والواقعة القانونية** " دروس الدكتوراه المشار إليها – ص ١٤١ – ص ١٤٢ .

التعاقد (٢) الاشتراط لمصلحة الغير والتعهد عن الغير (٣) الخلف الخاص (٤) الخلف العام (٥) الدائن – وفي الآثار بالنسبة إلى الموضوع تعالج المسائل الآتية : (١) إنشاء الالتزام (العقد والإرادة المنفردة) (٢) نقل الالتزام (حوالة الحق وحوالة الدين) (٣) إنهاء الالتزام، ويبحث هنا الوفاء (بما يتضمنه من تنفيذ عيني وتعويض وإكراه مالي) كما يبحث التجديد والإبراء، لأن هذه الأسباب الثلاثة لانقضاء الالتزام هي تصرفات قانونية (٤) إنشاء الحق العيني ونقله وإنهاؤه (العقد والوصية والتنازل) (٥) أي أثر قانوني آخر كالآثار التي تترتب على الأعذار والأجازة وإقرار العقد .

وتعالج في باب أركان الواقعة القانونية المسائل الآتية : (١) التمييز الدقيق ما بين الواقعة القانونية والتصرف القانوني (٢) الوقائع البسيطة والمركبة والمختلطة (٣) محاولة حصر الوقائع القانونية (٤) إثبات الواقعة القانونية .

وتعالج في باب آثار الواقعة القانونية المسائل الآتية : (١) إنشاء الالتزام، وهنا تبسط القواعد المتعلقة بالعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والوقائع الأخرى التي يرتب القانون عليها إنشاء الإلتزام (٢) وإنهاء الإلتزام، وهنا تبسط القواعد المتعلقة بالمقاصة واتحاد الذمة واستحالة التنفيذ والتقادم، لأن هذه الأسباب الأربعة لانقضاء الالتزام هي وقائع مادية (٣) إنشاء الحق العيني ونقله وإنهاؤه، وهنا تبسط القواعد المتعلقة بالاستيلاء والميراث والالتصاق والشفعة والحيازة والتقادم (٤) أي أثر قانوني آخر، كقطع التقادم بترك الحيازة ووقفه لمانع قانوني وانتقال الرهن إلى التعويض بهلاك العين المرهونة .

٤ – مزايا هذا الترتيب وعيوبه : ولا شك في أن هذا الترتيب الجديد يحدث إنقلاباً خطيراً في الخطط المألوفة لمعالجة هذه المسائل . فهناك مسائل تقاربت بعد أن كانت متباعدة، كما هو الأمر في الجمع ما بين الإرادة وأوصافها من شرط وأجل وتضامن وعدم قابلية للانقسام، وكما هو في الأمر في التقريب ما بين المحل وتعدده من محل تخييري ومحل بدلي، وفي هذا كله وضوح أكبر . وهناك مسائل تباعدت بعد أن كانت متقاربة، كما هو الأمر في التباعد ما بين مصادر الالتزام إذ العقد والإرادة المنفردة يعالجان في التصرف القانوني والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب يعالجان في الواقعة القانونية، وفي هذا تنسيق أدق، وكما هو الأمر في التباعد ما بين أسباب إنقضاء الإلتزام فالوفاء والتجديد والإبراء أسباب انفصلت عن أسباب اخرى مماثلة هي المقاصة واتحاد الذمة واستحالة التنفيذ والتقادم، وهذا التشتيت لأجزاء الموضوع الواحد ينطوي على شئ من الغموض . ومن ثم كانت هذه التغييرات الأساسية من شأنها، كما قدمنا، أن تطمس معالم النظريات المألوفة . وهي تختلف في حظها من التوضيح، فبعضها يجعل الغامض واضحاً، وبعضها يقلب الواضح غامضاً .

على أن شيئاً في وسط هذه التحويرات الخطيرة يبرز في وضوح . هو أنه لا يمكن الاستغناء استغناء مطلقاً عن نظرية للالتزام في ذاته، لتبين حقوق الدائن في أموال مدينه، ولتقرر أن مجموع هذه الأموال ضمان عام للدائن، ولتحدد ما للدائن من دعاوى بالنسبة إلى هذه الأموال . كما لا يمكن الاستغناء عن استعراض الحقوق العينية، الأصلية منها والتبعية، حقاً حقاً، لتقرير مقومات كل حق وخصائصه وآثاره [1] .

ونحن ممن يؤمنون بأن نظرية التصرف القانوني والواقعة القانونية لابد من صياغتها نظرية شاملة تنتظم جميع نواحي القانون، بل نحن من العاملين على ذلك والمساهمين فيه بما في الجهد من طاقة . ولكن حتى اليوم لم يوفق الفقه المصري ولا الفقه الفرنسي إلى صياغة هذه النظرية . لذلك لا نرى بدا – في الحالة الحاضرة للفقه – من التزام الترتيب التقليدي لمسائل القانون، وإقامة هذا الترتيب على فكرة الحق الشخصي والحق العيني لا على فكرة التصرف القانوني والواقعة القانونية . وهذا ما جرينا عليه في الجزء الأول من هذا الكتاب، فعالجنا مصادر الالتزام، وجمعنا في صعيد واحد ما بين التصرف القانوني في العقد والإرادة المنفردة وبين الواقعة القانونية في العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب .

٢ – الرجوع إلى التقسيم التقليدي – مصادر الالتزام والالتزام في ذاته

٥ – نظرية الالتزام – مصادر الالتزام والالتزام في ذاته : سنبقي إذن أمناء على التقسيم التقليدي، ما دامت نظرية التصرف القانوني والواقعة القانونية لم تتم صياغتها . فالمعاملات المدنية تدور كلها حول قسمين رئيسيين . الحق الشخصي (نظرية الالتزام) والحق العيني .

ونظرية الالتزام بدورها تتناول مصادر الالتزام – وقد فرغنا من معالجتها – ثم الالتزام في ذاته، وهو ما نعالجه الآن .

٦ – الالتزام في ذاته : والالتزام في ذاته – مجرداً عن مصدره – هو موضوع دراستنا في الجزئين الثاني والثالث من هذا (الوسيط) .

ذلك أن الالتزام – أيا كان مصدره – يمكن النظر إليه في ذاته من حيث أنه يولد آثاراً قانونية، سواء في صورته البسيطة أو في صورة اخرى معدلة بما يلحقه من الأوصاف، ومن حيث جواز انتقاله من دائن إلى دائن أو من مدين إلى مدين، ومن حيث انقضاؤه فان مصير

---

(١) " **التصرف القانوني والواقعة القانونية** " دروس الدكتوراه المشار إليها ص ١٤٢ – ص ١٤٣ .

كل التزام إلى الزوال . وقبل هذا وذاك يجب إثبات الالتزام إذا وقع فيه نزاع حتى يتمكن الدائن من المطالبة به .

فيجتمع لنا إذن أقسام خمسة : (١) آثار الالتزام (٢) أوصاف الالتزام (٣) انتقال الالتزام (٤) انقضاء الالتزام (٥) إثبات الالتزام .

٧ – تقديم قسم الإثبات : ونبدأ بقسم الإثبات، ثم تعقبه الأقسام الأخرى .

وقد قدمنا الإثبات على غيره من الأقسام – خلافاً للمألوف – لأن الإثبات إنما ينصب على مصادر الالتزام لا على الالتزام ذاته . وقد فرغنا من معالجة هذه المصادر، فيكون منطقياً أن نعالج عقب ذلك مباشرة طرق إثباتها . بل إن الإثبات لا ينصب على مصادر الالتزام فحسب، إذ هو يتناول التصرف القانوني والواقعة القانونية في مجموعهما وفيما يترتب عليهما من توليد جميع الآثار القانونية في كل نواحي القانون . فنظرية الإثبات إذن نظرية عامة، مثلها في ذلك مثل التصرف القانوني والواقعة القانونية . ومكانها الطبيعي إنما هو في القسم العام من التقنين . فإذا لم يتيسر، لأسباب عملية سيأتي ذكرها، معالجتها في مكانها الطبيعي، ولم يتيسر كذلك معالجتها قبل نظرية الالتزام – وقد كان هذا أيضاً منطقياً إذ هي تتناول إثبات الحقوق الشخصية والحقوق العينية على السواء – فلا أقل من معالجتها، بعد أو وضعت نظرية الالتزام، عقب مصادر الالتزام، إذ الإثبات ينصب كما قدمنا لا على الالتزام بل على مصدره . كذلك يبدو طبيعيا، قبل أن نتكلم في آثار الالتزام وأوصافه وانتقاله وانقضائه، أن نبين كيف يثبت وجود هذا الالتزام إذا نوزع فيه .

فالترتيب الذي سنجرى عليه في معالجة هذه الأقسام الخمسة هو إذن البدء بالإثبات، ويعقبه الآثار فالأوصاف فالانتقال فالانقضاء . ونحن في هذا نتابع تبويب التقنين المدني الجديد، فيما عدا تقديم قسم الإثبات على الأقسام الأخرى للاعتبارات التي قدمناها .

٨ – موضوعات هذا الجزء الثاني من الوسيط : وقد كان منطقياً أن نجمع هذه الأقسام الخمسة في جزء واحد، لنقابل بذلك مصادر الالتزام، وقد عولجت في الجزء الأول، بالالتزام في ذاته ويتناول هذه الأقسام الخمسة . ولكننا تبينا أن جزءاً واحداً يضيق بجميع هذه الأقسام . فلم يسعنا إلا أن نفرد الجزء الثاني من الوسيط لقسمين منها – قسم الإثبات وقسم الآثار – مرجئين الأقسام الثلاثة الأخرى – الأوصاف والانتقال والانقضاء – لمعالجتها في الجزء الثالث .

القسم الأول
الإثبات

خطة البحث

٩ - نقدم للإثبات بنظرة عامة في تعريفه ومكانه في القانون والمبادئ الرئيسية التي تقوم عليها قواعده . ونستعرض في القسم الثاني من هذه المقدمة مسائل الإثبات الثلاث : محل الإثبات ومن يحمل عبئه وطرقه المختلفة .

فإذا ما تهيأت للقارئ فكرة عامة عن الإثبات في جملته، عالجنا مسائله بالتفصيل في أبواب ثلاثة . نبحث في الباب الأول منها الكتابة، وفي الباب الثاني البينة والقرائن القضائية، وفي الباب الثالث الإقرار واليمين والقرائن القانونية ويدخل فيها حجية الأمر المقضى . وسنبين في نهاية المقدمة الأساس الذي يقوم عليه هذا التبويب .

مُقـــــدمة (*)

§١ – نظرة عامة في الإثبات

أولاً – تعريف الإثبات وأهميته ومكانه في القانون

أ – تعريف الإثبات وأهميته :

١٠ – تعريف الإثبات : الإثبات – بمعناه القانوني – هو إقامة الدليل أمام القضاء، بالطرق التي حددها القانون، على وجود واقعة قانونية ترتبـــت آثارها [١] .

١١ – ما يستخلص من هذا التعريف – أهمية الإثبات : ويستخلص من هذا التعريف الأمور الأربعة الآتية :

(*) **بعض المراجع الأساسية** : بونييه (Bonnier) في الإثبات في القانون المدني والقانون الجنائي سنة ١٨٨٨ – رأوول دي لا جارسيري (Raoul de la Grasserie) في الإثبات في المواد المدنيـــة والجنائيـــة في القانون الفرنسي والتشريعات الأجنبية سنة ١٩١٢ – تفنيه (Thevenet) تعديل جديـــد في النظريـــة التقليدية للإثبات (المجلة العامة ١٩٣٤ ص ١٢٧) – الدكتور محمد صادق فهمي في الإثبـــات في القـــانون المقارن رسالة من باريس سنة ١٩٢٤ (بالفرنسية) – جان دابيـــا (Jean Dabia) في صـــياغة الـــدليل القانوني وبخاصة في القانون المدني سنة ١٩٣٥ – الدكتور علي راشد في الاقتناع الشخصي للقاضي رسالة من باريس سنة ١٩٤٢ (بالفرنسية) – جورف (Gorphe) في تقدير الأدلة أمام القضاء ســـنة ١٩٤٧ – رويلوس (Reulos) في نظرية الإثبات والطرق الفنية الحديثة في نسخ المستندات (المجلة الفصلية في القانون التجاري سنة ١٩٤٨ ص ٦٠٨) – هنري موتلسكي (Henri Motulsky) في المبادئ العامة لتطبيـــق القانون الخاص تطبيقاً منهجياً باريس سنة ١٩٤٨ – جاك فلور (Jacques Flour) بعض الملاحظات على تطور الأوضاع الشكلية (متفرقات ريبير سنة ١٩٥٠ ص ٩٣) – روجيه ديكوتينيـــــس (Roger Decottignies) في القرائن في القانون الخاص باريس سنة ١٩٥٠ .

وهذا غير المؤلفات المبسوطة المعروفة في شرح القانون المدني الفرنسي، ونذكر منها بنوع خاص : أوبـــري ورو وبارتان جزء ١٢ طبعة خامسة – بودري وبارد الجوآن الثالث والرابع، طبعة ثالثة – بلانيول وريـــبير وجابولد الجزء السابع، طبعة ثانية – بيدان وبرو، الجزء التاسع، طبعة ثانية – دي باج (في شرح القـــانون البلجيكي) الجزء الثالث، طبعة ثانية – وغير المؤلفات الوجيزة المعروفة : بلانيول وريبير وبولانجيه، طبعة ثالثة – كولان وكابيتان وجوليو دي لاموراندير (طبعة عاشرة) – چوسران، طبعة ثانية .

وفي الفقه المصري : الأستاذ عبدالسلام ذهني في الأدلة – الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات، (طبعة خامسة) – الموجز للمؤلف – الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات، (طبعة ثانية) – الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات في المواد المدنية (طبعة ثانية) – الأستاذ عبدالباسط جميعي في نظام الإثبات في القـــانون المـــدني المصري . وأنظر أيضاً نظرية الإثبات في القوانين العربية للأستاذ حسين المؤمن – وطرق القضاء في الفقـــه الإسلامي للأستاذ أحمد ابراهيم .

وعند الإشارة إلى المؤلفات التي تكرر طبعها نشير إلى الطبعة التي ذكرناها هنا .

(١) الموجز للمؤلف ص ٦١٤ – ص ٦٤٥ .

(١) الإثبات بمعناه القانوني هو غير الإثبات بمعناه العام .فالإثبات بالمعنى العام لا يتخصص بأن يكون أمام القضاء ولا بأن يكون بطرق محددة . بل هو طليق من هذه القيود. فالباحث في التاريخ يستجمع أدلته على صحة الوقائع التاريخية التي يقررها من المستندات التي تحت يده أو من أية طريقة أخرى يراها كافية للإثبات . وهذا هو شأن الباحث في أي علم . وقد غلب على العلم في تطوراته الأخيرة أن تكون أدلته تجريبية، يتلمسها الباحث في المعامل وعن طريق الاستقصاء وبالاستخلاص الصحيح من الإحصاءات الدقيقة . فالإثبات التاريخي، والإثبات العلمي، والإثبات بوجه عام، لا ترد عليه قيود الإثبات القضائي .

ويختلف الإثبات القضائي عن الإثبات غير القضائي من وجوه . فالإثبات القضائي مقيد في طرقه وفي قيمة كل طريقة منها . أما الإثبات غير القضائي فلا قيد عليه كما قدمنا. والإثبات القضائي متى استقام ملزم للقاضي ، فيتعين عليه أن يقضي بما يؤدي إليه هذا الإثبات من النتائج القانونية ، وإلا كان في امتناعه نكول عن أداء العدالة (déni de justice) . أما الإثبات غير القضائي فلا يتعين فيه على الباحث أن يأخذ بنتائج محددة ، بل هو حر في البحث . ثم إن ما ثبت عن طريق القضاء يصبح حقيقة قضائية يجب التزامها ولا يجوز الانحراف عنها ، وهذا ما يسمى بحجية الأمر المقضي (autorite de la chose jugée) . أما ما ثبت بطريق علمي أو بأي طريق آخر فإنه لا يعتبر حقيقة ثابتة لا تتغير، فكثيراً ما يستبين أن الحقائق العلمية ليست إلا فروضاً غير دقيقة، ثم ينكشف بعد ذلك خطؤها، ويقوم مقامها حقائق أخرى هي أيضاً قابلة للتغيير[١] .

(٢) ولما كان الإثبات بمعناه القانوني هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون، وكان الإثبات القضائي مقيداً إلى هذا الحد، فإن الحقيقة القضائية تصبح غير متفقة حتما مع الحقيقة الواقعية، بل كثيراً ما تنفرج مسافة الخلف ما بين الحقيقتين، وتجافي إحداهما الأخرى . وفي هذا ما يجعل الحقيقة القضائية في بعض الحالات منعزلة عن الواقع، بل بعيدة عن الحق، أقرب إلى أن تكون مصطلحاً فنياً منها حقيقة واقعية [٢] . وسنعود إلى هذا المعنى في موضع آخر .

---

(١) أنظر في مقارنة دقيقة بين الإثبات القضائي والإثبات التعليمي أو التاريخي بارتان علي أوبري ورو جزء ١٢ فقرة ٧٤٩ حاشية رقم ٢ مكرر، وأنظر أيضاً : بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٠٧ — ص ٨٢٨ — ص ٨٢٩ — بيدان وبرو ٩ فقرة ١١٣٨ ص ٣٠٦ — الأستاذ عبدالباسط جميعي نظام الإثبات في القانون المدني المصري ص ٣٩ — ص ٤٢ .

(٢) وقد مر الإثبات القضائي في تاريخ الإنسانية بمراحل يضيق المقام هنا عن الخوض فيها. فقد كانت الإنسانية في طفولتها تلجأ في الإثبات القضائي إلى ضروب من السحر والشعوذة . ثم لجأت إلى الدين، من حلف وإستدعاء لله وللقديسين على المبطل من الخصمين . وكان القتال، بل الانتحار، من الأدلة القضائية عند =

(٣) ولما كان الإثبات القضائي إنما ينصب على وجود واقعة قانونية ترتيب آثارها، فمحل الإثبات إذن ليس هو الحق المدعى به ولا أي أثر قانوني آخر يتمسك به المدعى في دعواه، وإنما هو المصدر القانوني الذي ينشئ هذا الحق أو هذا الأثر . والواقعة القانونية التي هي محل الإثبات يقصد بها هنا معناها العام، أي كل واقعة أو تصرف قانوني يرتب القانون عليه أثراً معيناً . فالعمل غير المشروع واقعة مادية يرتب القانون عليها إلتزاماً بالتعويض . وكل من العمل غير المشروع والعقد واقعة قانونية يرتب القانون عليها أثراً، وهي – أي هذه الواقعة القانونية – دون الأثر الذي يترتب عليها، التي تكون محلاً للإثبات . وسنعود إلى هذه المسألة ببيان أوفى [١] .

(٤) وما دام الإثبات القضائي هو إقامة الدليل أمام القضاء على الواقعة التي يرتب القانون عليها أثراً، فمعنى ذلك أن هذه الواقعة إذا أنكرها الخصم لا تكون حقيقة قضائية إلا عن طريق الإثبات القضائي . فالحق الذي ينكر على صاحبه، ولا يقام عليه دليله القضائي، ليست له قيمة عملية، فهو والعدم سواء من الناحية القضائية . قد يكون للحق وجود قانوني حتى لو لم يقم عليه الدليل القضائي، وقد ينتج هذا الوجود بعض الآثار القانونية، ولكن هذا من الندرة بحيث لا يقام له وزن ولا يحسب له حساب .

ومن ثم تتبين أهمية الإثبات القضائي من الناحية العملية ." فالحق – كما تقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدني الجديد [٢] – يتجرد من قيمته ما لم يقم الدليل على الحادث المبدئي له، قانونياً كان هذا الحادث أو مادياً، والواقع أن الدليل هو قوام حياة الحق ومعقد النفع منه " . " ونظرية الإثبات منه أهم النظريات القانونية وأكثرها تطبيقاً في الحياة العملية . بل هي النظرية التي لا تنقطع المحاكم عن تطبيقها كل يوم فيما يعرض لها من أقضية " [٣] .

= بعض الأمم في فجر التاريخ (أنظر في هذا راؤول دي جراسيري (Raoul de la Grasserie) في الإثبات في المواد المدنية والجنائية في القانون الفرنسي والتشريعات الأجنبية ص ١٨ – الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات جزء أول ص ٩ – ص ١٢) .

(١) وقد تغلب العادة فيجرى القلم بذكر إثبات الحق، والمقصود دائماً هو إثبات الواقعة القانونية التي أنشأت الحق .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٩ .

(٣) الموجز فقرة ٦١٤ ص ٦٤٥ . وأنظر : بلانيول وريبير وجابولد ٧ ص ١٤٠٦ ص ٨٢٥ وقد جاء فيه: " الدليل وحده هو الذي يحيى الحق ويجعله مفيداً " (la preuve seule vivifie le droit et le rend utile) . وقد أثرت في هذا المعنى أقوال مشهورة، منها "ما لا دليل عليه هو والعدم سواء " أو " يستوى حق معدوم وحق لا دليل عليه " (idem est non esse aut non probari) – ويقول أهرنج : " الدليل هو قوة الحق " (la preuve est la rançon des droits) – أنظر أيضاً: بيدان وبرو ٩ س ١١٣٩ ص ٢٠٧ – الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ١ س ٢ .

ب - مكان الإثبات في القانون :

١٢ - إنقسام الشرائع إلى طوائف ثلاث : يتنازع قواعد الإثبات مكانان، مكان في التقنين المدني وآخر في تقنين المرافعات . ذلك أن لهذه القواعد ناحيتين، ناحية موضوعية هي التي تحدد طرق الإثبات المختلفة وقيمة كل طريقة منها ومن الذي يقع عليه عبء الإثبات ومذا يقوم بإثباته، وناحية شكلية هي التي تحدد ما يتبع من الإجراءات في تقديم طرق الإثبات فللشهادة وللأوراق المكتوبة والطعن فيها وللخبرة ولتحليف اليمين ولغير ذلك من طرق الإثبات إجراءات معينة رسمها القانون [١].

وقد انقسمت الشرائع في مكان الإثبات إلى طوائف ثلاث . بعضها يجمع قواعد الإثبات في ناحيتها الموضوعية والشكلية وبعضها جميعاً في تقنين المرافعات، كما فعل القانون الألماني والقانون السويسري [٢] . وبعضها يضع القواعد الموضوعية في التقنين المدني والقواعد الشكلية في تقنين المرافعات، كما فعل القانون المصري (قبل صدور قانون الإثبات سنة ١٩٦٨) والقانون الفرنسي وأكبر الشرائع اللاتينية [٣] . وطائفة ثالثة تفرد قواعد الإثبات

---

(١) بودري وبارد ٣ فقرة ٢٠٥٩ .

(٢) ويذهب الأساتذة كولان وكابيتان ودي لاموراندير (جزء ٢ ص ٧١٨ وجزء ١ ص ١٠٥ وما بعدها) إلى هذا الرأي . كذلك يبدو أن الدكتور محمد صادق فهمي (الإثبات في القانون المقارن ص ٨٥ - ص ٨٦) يميل إلى وضع قواعد الإثبات في تقنين المرافعات . أنظر أيضاً بيدان وبرو ٩ فقرة ١١٤، ص ٢٠٨ .

(٣) الموجز ص ٦٤٦ - وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدني الجديد في هذا الصدد ما يأتي: "والواقع أنه يتضح من استظهار تبويب التقنينات المختلفة ومقارنة كل منها بالآخر، أن الإثبات - والشهر لا يزالان منها مكاناً واحداً . فبعض هذه التقنينات يفرد لهما مكاناً في تقنين المرافعات (مذهب التشريعات الجرمانية)، وبعض منها يضمن أحكامها تشريعاً مستقلاً (مذهب التشريعات الإنجليزية والأمريكية)، وبعض آخر يفرق هذه الأحكام بين التقنين المدني وتقنين المرافعات (مذهب التشريعات اللاتينية) . ويقوم مذهب الفريق الأخير من التقنينات على التفريق بين طائفة القواعد المتعلقة بالتنظيم الموضوعي، وبين طائفة القواعد المتعلقة بالشكل والإجراءات، ويلحق الأولى بالتقنين المدني، ويقرر الثانية مكاناً في تقنين المرافعات . وتشتمل الطائفة الأولى على الأحكام المتعلقة بمحل الإثبات، وبيان من يقع عليه عبؤه، وتفصيل طرقه، وأحوال أعمال كل من هذه الطرق . وغني عن البيان أن يقصد من هذه الأحكام بوجه عام إلى إتقاء المنازعات وتأمين ما ينبغي للتعامل من استقرار، ولعل هذا الغرض الوقائي بذاته هو أبرز ما ينهض لتوجيه وضعها في نصوص التقنين المدني بإعتباره الأصل الجامع للمبادئ العامة في القانون . أما ما يتعلق من الأحكام بأعمال طرق الإثبات فهو يتصل بناحية الشكل والإجراءات ولا سيما ما يقوم من هذه الطرق على التحقيق أو الخبرة . وبديهي أن مثل هذه الأحكام أخص نطاقاً من الأحكام الموضوعية، وهي تتسم بوجه الإفراد بطابع قضائي يجعل خطابها ينصرف بوجه خاص إلى من يعهد إليهم بتطبيق القانون والفصل في المنازعات . فأخلق بها، والحال هذه، أن تحل مع سائر ما يتعلق بخصوصيات الشكل والإجراءات صعيداً واحداً في تقنين المرافعات . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٧ - ص ٣٤٨) .

جميعاً الموضوعية منها والشكلية بقانون خاص ، وهو ما أخذ به المشروع المصري بإصدار قانون الإثبات رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨، كما فعل القانون الإنجليزي فيما أسماه بقانون الإثبات (law of evidence) وكما فعل القانون السوري فيما أسماه بقانون البينات [١] .

١٣ – بروز القواعد الموضوعية في الإثبات ووجوب بقائها في التقنين المدني

: وتقضي سلامة النظر في هذه المسألة بتخطي الشرائع التي تضع قواعد الإثبات بناحيتها الموضوعية والشكلية في تقنين المرافعات . قد توضع هذه القواعد كلها في التقنين المدني تغليباً للناحية الموضوعية على الناحية الشكلية فيلتئم شملها [٢] . وقد توزع بين التقنين المدني وتقنين المرافعات كما تقضي بذلك طبيعة كل طائفة من هذه القواعد . وقد تنفرد بمكان خاص تنعزل به عن سائر التقنينات حتى لا تطغى ناحية من الناحيتين على الأخرى . ولكن أن يستقل بها جميعاً تقنين المرافعات ما لا وجه للنظر فيه [٣] . ولا يجوز

---

(١) وكذلك فعل القانون الأمريكي في قانون الإثبات (law of evidence) . أنظر في مكان الإثبات في كل من النظام اللاتيني والنظام الجرماني والنظام الأنجلوسكسوني، وذلك من ناحية التطور التاريخي، رسالة الدكتور محمد صادق فهمي في الإثبات في القانون المقارن ص ٢٠ – ص ٥٥ .

(٢) وقد توضع القواعد الموضوعية للإثبات مع قواعد الشهر في مكان واحد في التقنين المدني . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدني الجديد في هذا المعنى ما يأتي : " ليس شك في أن التقنين المدني هو أنسب مكان لكل ما يتعلق بالأحكام الموضوعية في الإثبات ، بل وقد يكون في هذا الوضع ما يدعو إلى التفكير في الجمع بين هذه الأحكام وبين الأحكام الخاصة بشهر التصرفات في كتاب قائم بذاته يكون عنوانه: في الإثبات والشهر " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٧) .

(٣) وهذا ما سلم به واضعو تقنين المرافعات الملغي، إذ قالوا في المذكرة التفسيرية لمشروع التقنين المذكور إن قوانين المرافعات تجمع في بعض البلاد الأوروبية بين قواعد الإثبات الموضوعية وبين إجراءات الإثبات وأوضاعه لشدة الإتصال بين القواعد وبين الإجراءات في هذا الشأن . ومع ذلك رؤي أن يقتصر المشروع على الاحاطة بالإجراءات في الأوضاع وأن تترك القواعد الموضوعية للقانون المدني . وقد استتبع هذا رفع النصوص الموضوعية الموجودة في قانون المرافعات الحالي مثل آثار عرض اليمين وحلفها والنكول عنها وعدم التعرض لبيان الأوراق التي تكون حجة حتى يطعن فيها بالتزوير والتي يكفي الإنكار للحيلولة دون الاحتجاج بها، وترك ذلك كله للقانون المدني .

ويأخذ الأستاذ نشأت على واضعي تقنين المرافعات السابق أنهم بالرغم مما قدموه قد عرضوا إلى بعض القواعد الموضوعية : " مثلاً نصت المادة ١٥٦ على أنه يجب أن تكون الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالدعوى منتجة فيها جائزاً قبولها . ونصت المادة ٢٦٠ على أن للمحكمة أن تقدر ما يترتب على الكشط والمحو والتحشير وغير ذلك من العيوب المادية في الورقة من إسقاطها قيمتها في الإثبات أو إنقاصها، والمادتان ٢٦٢، ٢٨٤ أعطتا القاضي الحق في أن يحكم بصحة الورقة التي أنكر توقيعها أو طعن فيها بالتزوير إذا اقتنع بذلك من وقائع الدعوى ومستنداتها أو أن يأمر بالتحقيق . وأجازت المادة ٢٩٠ للمحكمة أن تحكم برد أية ورقة وبطلانها إذا ظهر لها بجلاء أنها مزورة ولو لم يدع أمامها بالتزوير " (الأستاذ نشأت في الإثبات فقرة ٢٣ =

تغليب الناحية الشكلية على الناحية الموضوعية . فالناحية الموضوعية من قواعد الإثبات هي دون شك الناحية البارزة : تعيين طرق الإثبات وتحديد قيمها وتحميل عبء الإثبات لأحد الخصمين، هذا هو اللب في قواعد الإثبات، وهذه كلها مسائل موضوعية . ثم إن الناحية الشكلية من قواعد الإثبات قد لا تعرض إطلاقاً، ويقع ذلك عند إعداد طرق الإثبات فيما يعد منها مقدماً (preuve accent) . ويقع ذلك أيضاً إذا لم يترافع الخصمان فيما تنازعا فيه إلى القضاء بل سويا النـــزاع بينهما بطريق ودي لا حاجة فيه إلى الإجراءات التي رسمها القانون لتقديم الأدلة [1] .

ومتى خلص أن دليل الحق تغلب في النـــزعة الموضوعية غلبة ظاهرة، كان المكان الطبيعي للقواعد التي تحكم هذا الدليل هو التقنين المدني (أو قانون خاص) . فالدليل على الواقعة تنشئ الحق أقرب إلى أن يكون وضعاً شكلياً لهذه الواقعة . ولا يوجد فرق كبير من الناحية العملية بين عقد شكلي وعقد رضائي لا يجوز إثباته إلا بالكتابة . فالكتابة ضرورية في الحالتين، وإن كانت الكتابة في العقد الشكلي تتميز بأنها ترسم على نحو خاص وبأنها واجبة لذاتها فلا يقوم مقامها الإقرار أو اليمين كما يصبح ذلك في الكتابة المطلوبة للإثبات وبأن الطرفين لا يجوز لهما الاتفاق على تعديل الشكل كما يجوز ذلك في طرق الإثبات على النحو الذي سنبينه فيما يلي [2] . ولكن يبقى بعد ذلك أن الكتابة للإثبات ضرورية من الناحية العملية ضرورة الكتابة للشكل ، ويخلص من هذا أن القواعد التي تحكم الكتابة للإثبات يجب أن يكون مكانها بجانب القواعد التي تحكم الكتابة للشكل، وأن قواعد الإثبات كقواعد الشكل يجب أن يكون مكان كل طائفة منهما هو التقنين المدني وقانون خاص بالإثبات [3] .

= ص ٢٥) . وهذه الأمثلة التي ساقها الأستاذ نشأت إنما تدل على تعذر فصل القاعدة الموضوعية عن قواعد الإجراءات في بعض الحالات الخاصة . فما كان باليسير على واضعي تقنين المرافعات السابق أن يغفلوا ما أوردوه من هذه القواعد الموضوعية، فهي متصلة إتصالاً وثيقاً بما تلتها من قواعد الإجراءات، هذا إذا استثنينا المادة ١٥٦ التي تنص على أن تكون الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالدعوى، منتجة فيها، جائزاً قبولها، فإن المكان الطبيعي لهذا النص هو التقنين المدني .

كذلك يوجد طريقان للإثبات — هما المعاينة والخبرة — تغلب فيهما الناحية الإجرائية، فكان مكانهما اللائق من الناحية العملية هو تقنين المرافعات (قارن الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٢٩) .

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٠٦ ص ٨٠٦ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢١٥٧ .

(٢) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٠٨ ص ٨٣٠ .

(٣) أنظر في هذا المعنى الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٢٠ — فقرة ٢٧ — ومما يؤكد هـــذا المعـــنى في القانون الدولي الخاص، أن القانون الذي يسرى على قواعد الموضوعية في الإثبات هو عين القانون الـــذي يسرى على شكل العقود، ذلك أن الإثبات ، من ناحية قواعد الإسناد، هو في منزلة الشكل ، فيســـرى =

١٤ – مكان قواعد الإثبات الموضوعية في التقنين المدني : على أن مكان قواعد الإثبات، الموضوعية منها على الأقل، في التقنين المدني لا يتفق فيه النظر. فالتقنين المدني الفرنسي وضعها بين القواعد التي تحكم نظرية العقد، ولا شك في أن هذا مكان غير مناسب إذ أن قواعد الإثبات تسرى على العقد وعلى غيره من مصادر الإلتزام الأخرى [(١)] . والتقنين المدني المصري – القديم والجديد – وضع هذه القواعد في النظرية العامة للالتزام ثم وضعها في قانون الإثبات رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨ [(٢)] ، وهذا مكان أليق . وقد يقال إن نظرية الإثبات ليست مقصورة على الالتزام، بل هي نظرية عامة شاملة تتناول مصادر الالتزام ومصادر الحق العيني ومصادر روابط الأسرة، ولا تقف عند المصادر فحسب إذ هي تحكم أيضاً أسباب إنقضاء الحقوق وكل سبب آخر ينشئ أثراً قانونياً، بل هي تجاوز منطقة القانون المدني إلى غيرها من مناطق القوانين الأخرى [(٣)] . ولكن التقنين المدني المصري

= قانون البلد الذي تم فيه العقد أو قانون الموضوع أو قانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك . وقد نصت المادة ٢٠ من التقنين المدني الجديد على أن " العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، ويجوز أيضاً أن تخضع للقانون الذي يسرى على أحكامها الموضوعية، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك". (أنظر في هذه المسألة بيدان وبرو ٩ فقرة ١١٥٦ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٣١ ص ٨٦ – ٨٦٢) أما الإجراءات الشكلية للإثبات فيسرى عليها قانون القاضي (Lex Fori)، وقد نصت المادة ٢٢ من التقنين المدني على أنه "يسرى على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات ". على أنه، بالرغم من ذلك، يجب أن يلاحظ أن الحق قد يقوم دون أن يقوم دليله، بأن يستوجب القانون مثلاً أن يكون الدليل كتابة لا توجد أو كتابة لها شكل خاص فتكون باطلة لعدم استيفائها الشكل المطلوب . وعند ذلك يبقى الحق قائماً وإن سقط الدليل . وقد يتهيأ لصاحب الحق أن يثبت وجوده من طريق آخر . ومن ثم كان للقول بقيام الحق مع سقوط دليله هذا الوجه من ناحية العمل (أنظر في ذلك بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٠٨ ص ٨٢٩ ص ٨٣٠– بيدان وبرو ٩ فقرة ١١٣٩ ص ٢٠٧).

(١) جوسران ٢ فقرة ١٥٨ – بيدان وبرو ٩ فقرة ١١٤٠ ص ٢٠٧ – ص ٢٠٨ – والسبب في أن التقنين المدني الفرنسي وضع الإثبات في هذا المكان هو أن واضعي هذا التقنين أقتفوا أثر بوتييه (Pothier) ، حتى دون أن يتدبروا أن بوتييه عني بعبارة " طرق الوفاء " (paiements) في صيغة الجمع إثبات جميع الأسباب التي ينقضي بها الإلتزام دون أن يقتصر على الوفاء (بودري وبارد ٣ فقرة ٢٠٥٣ – ماكارديه ج ص ٢ – لا رومبير م ١٣١٥ فقرة ٧ – ديمولومب ٢٩ فقرة ١٨١ – لوران ١٩ فقرة ٨١) وكان دوما (Domat) في كتابة " القوانين المدنية – الكتاب الثالث – الباب السادس " مثلاً أفضل للإحتذاء من بوتييه، فإن هذا الفقيه الأخير إنما وضع الإثبات في المكان الذي وضعه فيه لأنه لم يضع كتاباً في القانون المدني جملة واحدة (بلانيول وريبير وبولانجيه فقرة ٢١٥٥) .

(٢) الباب السادس من الكتاب الأول في الالتزامات بوجه عام، وهذا في التقنين الجديد .

(٣) وقد جاء في الموجز في هذا المعنى ما يأتي : " فليست نظرية الإثبات إذن مقصورة على الالتزامات التعاقدية كما قد يوهم ذلك موضعها من القانون المدني الفرنسي . وليست مقصورة على الالتزامات بوجه عام، تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، كما قد يدل على ذلك مكانها في القانون المدني المصري. بل هي نظرية =

قبل سنة ١٩٦٨ غلب الناحية العماية وآثارها قانونيا، فيكون المكان المنطقي للإثبات على هذا الوجه هو في القسم العام من التقنين المدني حتى تنبسط قواعده على جميع نواحي هذا القانون وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . ولكن الناس قد ألفت أن تبحث عن قواعد الإثبات في النظرية العامة للالتزام . ثم إن هناك قواعد خاصة لإثبات الحقوق العينية وضعها التقنين المدني الجديد في مكانها من نظرية الحيازة . فأصبحت قواعد الإثبات الواردة في نظرية الالتزام هي القواعد العامة للإثبات تسرى على الحقوق الشخصية والحقوق العينية على السواء . وتختص الحقوق العينية، بالإضافة إلى ذلك، بقواعد أخرى هي الواردة في نظرية الحيازة . وفي هذا توزيع لقواعد الإثبات، إذا لم يكن دقيقاً من الناحية العلمية، فإنه يستقيم من الناحية العملية، وقد جرت العادة، رألفته الناس، فلم يجد التقنين المدني الجديد عند صدوره للعدول عنه [1] . إلا أنه أخذ بمنهج آخر بعد ذلك وأصدر قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ .

ج – مقابلة سريعة بين نصوص التقنين المدني الجديد والتقنين المدني القديم ونصوص قانون الإثبات رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨ .

١٥ – ترتيب التقنين القديم : لا يكاد التقنين المدني الجديد يكون قد استحدث شيئاً هاماً في قواعد الإثبات عن تلك التي كان التقنين القديم يقررها . وقد قدمنا أن مكان هذه القواعد في التقنين الجديد بقي هو عين مكانها في التقنين القديم .

= عامة شاملة ، تتناول العقود، وتتناول غير العقود من مصادر الالتزامات الأخرى، وتتناول مصادر الحقوق العينية، ومصادر روابط الأسرة، بل هي تجاوز القانون المدني إلى غيره من القوانين " (الموجز فقرة ٦١٥ ص ٦٤٥ – ٦٤٦) .

(١) قارن الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٣٠ – فقرة ٣٥ . وهذه العادة وما ألفته الناس هما السبب في أن التقنين المدني الجديد قد عدل عن إفراد كتاب خاص للإثبات والشهر . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : "على أن مسألة استحسان إفراد كتاب خاص للإثبات والشهر لا تزال جديرة بالنظر والتفكير، ولا سيما إذا روعي ما قد يؤخذ على مذهب التقنين الراهن في هذا الشأن، فقد نهج هذا التقنين نهج التقنينات اللاتينية، وأخصها التقنين الفرنسي والتقنين الإيطالي والتقنين البلجيكي والمشروع الفرنسي الإيطالي، وعقد للإثبات باباً سادساً في الكتاب الثاني الخاص بالتعهدات والعقود . ولم ير المشروع أن يشذ عن هذا النهج بعد أن استقر في تقاليد البلاد. أما الشهر فقد نظم في أكثر الدول بمقتضى تشريعات خاصة صدرت بعد العمل بالتقنينات المدنية، ثم أدمجت في هذه التقنينات، فيما بعد عقب الأحكام الخاصة بالحقوق العينية . وقد اختار المشروع هذا الوضع . على أن توزيع الأحكام عامة التطبيق، تسرى على جميع الوقائع القانونية المنشئة للحقوق، مالية كانت هذه الحقوق أو عينية أو معنوية، ومن المسلم كذلك أن هذه القواعد لا تقتصر على الحقوق العينية العقارية، بل ينبغي أن تتناول كل ما يهم الغير الوقوف عليه من الأوضاع القانونية (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٨) .

وكانت نصوص التقنين القديم غير مرئية . فقد بدأت بنص في شأن عبء الإثبات . ثم بينت المواطن التي يجب الإثبات فيها بالكتابة وتلك التي يجوز الإثبات فيها بالبينة وبالقرائن. وعرضت بعد ذلك لإثبات التخلص من الدَّين بتسليم السند وبوجوده تحت يد المدين وبالشروع في الوفاء . ثم عرضت لليمين المتممة ثم لليمين الحاسمة . ثم رجعت إلى تعريف المحررات الرسمية والمحررات العرفية مع بيان حجية كل منهما وبيان حجية التاريخ ومتى يكون تاريخاً ثابتاً . ثم عرضت للتأشير على سند الدَّين بما يفيد براءة المدين ومدى حجية هذا التأشير. وعادت بعد ذلك إلى تحديد قيمة صور الأوراق الرسمية. وانتقلت فجأة إلى حجية الأمر المقضي. ثم عرضت للإقرار . وانتهت بنص يطلق الإثبات في المواد التجارية.

١٦ – ترتيب التقنين المدني الجديد عند اصداره : أما التقنين الجديد [1] فقد رتب قواعد الإثبات ترتيباً منطقياً في الباب السادس من الكتاب الأول . فقدم هذه القواعد بنص في تحميل عبء الإثبات . وفي فصول خمسة عرض للإثبات بالكتابة، فالإثبات بالبينة، فالإثبات بالقرائن، فالإثبات بالإقرار، فالإثبات باليمين . وفي الإثبات بالكتابة عرف الورقة الرسمية وبين حجيتها وحجية التاريخ وثبوته، ثم انتقل لقيمة بعض الأوراق العرفية في الإثبات فعرض للرسائل والبرقيات ودفاتر التجار والدفاتر والأوراق المنزلية والتأشير على السند بما يفيد براءة المدين . وفي الإثبات بالبينة بين متى يجوز ذلك ومتى لا يجوز . وفي الإثبات بالقرائن عرف القرينة القانونية وبين حجيتها، وانتقل إلى حجية المقضي كقرينة قانونية، وإلى حجية الحكم الجنائي بالنسبة إلى القضاء المدني، ثم عرض للقرائن القضائية . وفي الإثبات بالإقرار عرف الإقرار، وحدد حجيته، وبين متى يتجزأ . وفي الإثبات باليمين عرض لليمين الحاسمة، ثم لليمين المتممة .

١٧ – لم يستحدث التقنين المدني شيئاً جوهرياً في قواعد الإثبات:

وفي غير هذا الترتيب المنطقي المتسق لم يستحدث التقنين الجديد شيئاً جوهرياً في قواعد الإثبات . بل اقتصر التنقيح على بعض المسائل التفصيلية، مع تهذيب في العبارة والأسلوب،

---

(١) وتوجه النظر منذ الآن إلى أن الذي وضع المشروع الابتدائي في الإثبات هو الأستاذ استنويت (Stenuit) الذي كان قاضياً بالمحاكم المختلطة (أنظر الوسيط جزء أول) . وقد وضع هذا المشروع الابتدائي في اثنتين وخمسين مادة، وأرفق بهذه النصوص مذكرة إيضاحية تتمشى معها بطبيعة الحال . وقد تناولت لجنة تنقيح القانون المدني هذه النصوص بالمراجعة والتنقيح حتى حولتها إلى جزء من المشروع التمهيدي للقانون . ولكن المذكرة الإيضاحية التي وضعها الأستاذ استنويت أدرجت كما هي في مجموعة الأعمال التحضيرية، دون مراعاة لما أدخل على النصوص الأولى من تنقيح وتعديل . فأصبحت هذه المذكرة، في بعض المواضع، لا تتمشى مع النصوص النهائية . وسننبه إلى كل مسألة في موضعها .

وتوضيح لما كان مقتضباً أو مبهماً، وحتى فيما زاده التقنين الجديد من الأحكام، كتحديد الورقة الرسمية والورقة العرفية ودفاتر التجار والأوراق المنزلية وجواز منع توجيه اليمين الحاسمة وجواز إثبات الحنث فيها، لم يستحدث قواعد جديدة، ولكنه اقتصر على تقنين القضاء المصري في هـــذه المسائل [1] . وسنعود إلى كل مسألة في موضعها .

١٧ – مكرر – أحكام الإثبات في القانون رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨ المعدل بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ : جمع المشرع أحكام الإثبات بناحيتها الموضوعية والشكلية في القانون رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨ . ووزع تلك الأحكام على ثمانية أبواب . فخصص الباب الأول للأحكام العامة، والباب الثاني للأدلة الكتابية، والباب الثالث لشهادة الشهود، والباب الرابع للقرائن وحجية الأمر المقضى، والباب الخامس للإقرار والإستجواب . والباب السادس لليمين، والباب السابع للمعاينة ، والباب الثامن للخبرة .

وفي الباب الأول الخاص بالأحكام العامة أخذ القانون بنظام تقييد الإثبات فبدأ بتعيين من يُكلف بالإثبات وإقامة الدليل والوقائع المراد إثباتها، وعدم وجوب تسبيب أحكام الإثبات، ووجوب إعلان الأوامر الصادرة بتعيين تاريخ إجراء الإثبات، وسلطة المحكمة في العدول عما تأمر به من اجراءات الإثبات، وسلطتها في ألا تأخذ بنتيجة الإجراء .

وأورد في الباب الثاني الأدلة الكتابية، فتعرض لتنظيم حجية الورقة الرسمية كما تناول حجية الأوراق العرفية وأيضاً المحررات العرفية غير المعدة للإثبات وطلب إلزام الخصم بتقديم المحررات الموجودة تحت يده، والقواعد العامة لإثبات المحررات وإنكار الخطوط والإدعاء بالتزوير ورفع الغرامة في حالة رفض الإدعاء بالتزوير، وتناول في الباب الثالث شهادة الشهود ورفع نصاب التصرف القانوني الذي يجوز إثباته بشهادة الشهود في غير المواد التجارية إلى خمسمائة جنيه . وأعطى للمحكمة السلطة في الإحالة إلى التحقيق من تلقاء نفسها لإستجلاء الحقيقة ولإستكمال الوسائل المؤدية إلى قناعتها .

وخصص الباب الرابع للقرائن وحجية الأمر المقضى، وأوضح أنواع القرائن، وجعل حجية الأمر المقضى من النظام العام وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها متى كانت مقوماته وعناصره مؤدية إلى قبوله بغير حاجة إلى دفع .

وأورد في الباب الخامس أحكام الإقرار والإستجواب، وأعتد في تعريف الإقرار القضائي بما استقر عليه رأي الفقه والقضاء، واشترط في الإستجواب أن يكون المراد استجوابه أهلاً للتصرف في الحق المتنازع فيه .

---

(١) أنظر الوسيط جزء أول .

وتناول في الباب السادس أحكام اليمين سواء اليمين الحاسمة أو اليمين المتممة .

وعالج في الباب السابع إنتقال المحكمة للمعاينة متى رأت أن في هذا الإجراء إستجلاء لحقيقة النزاع .

وتناول في الباب الثامن الخبرة وأهم ما استحدثه فيها عدم شطب الدعوى في حالة دفع الأمانة قبل إخبار الخصوم بإيداع الخبير تقريره، كما استحدث في حالة الندب لمكتب الخبراء أو قسم الطب الشرعي أو أحد الخبراء الموظفين يجب على الجهة الإدارية فور إخطارها بإيداع الأمانة تعيين شخص الخبير الذي عهد إليه بالمأمورية وإبلاغ المحكمة بهذا التعيين .

١٨ – سريان قواعد الإثبات من حيث الزمان : ومهما يكن من أمر، فهناك بعض أحكام تفصيلية استحدثها التقنين المدني عند صدوره كما استحدث قانون الإثبات بعض أحكام أخرى . فنذكر في هذه المناسبة المبدأ العام في سريان قواعد الإثبات من حيث الزمان، لنرى متى تسرى القواعد الجديدة بوجه عام، تاركين تفصيل سريان كل قاعدة إلى موضعها من هذا الكتاب .

أما القواعد الموضوعية للإثبات، وهي تلك التي تعين طرق الإثبات وتبين متى يجوز قبولها وتحدد قيمة كل منها، فالقانون الذي يطبق هو القانون الذي كان سارياً وقت نشوء الحق المراد إثباته . فلو كان هذا القانون يجيز الإثبات بالبينة مثلاً، جاز هذا الإثبات حتى ولو كان القانون الجديد وقت رفع الدعوى لا يجيز الإثبات إلا بالكتابة . والعكس صحيح على خلاف الرأي [1] . وتطبيقاً لهذا المبدأ نصت المادة التاسعة من التقنين المدني الجديد على أن

---

(١) وقد قضت محكمة الإستئناف المختلطة بأن القانون الذي كان معمولاً به وقت إبرام التصرف هو الذي يسرى على هذا التصرف من حيث شروط صحته ومن حيث شكله ومن حيث طرق إثباته (٢٥ يونيو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٧١) . ويحدد حجية الورقة المكتوبة القانون القائم وقت صدورها (إستئناف مصر ٢٤ فبراير ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٤٦ ص ٦٩٦) وقد كانت المادة ١٩ من المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد تنص على أن " تسرى في شأن القرائن القانونية النصوص المعمول بها في الوقت الذي تم فيه العمل أو الحادث التي ترتب عليه القرينة القانونية " ولكن هذه المادة حذفت في لجنة المراجعة لوضوح حكمها ولعدم الحاجة إليها (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٢٢٧) أما طرق الإثبات التي هي ليست من عمل الطرفين بل يترك أمرها إلى القاضي، كالإقرار واليمين، فيسرى عليها القانون الجديد . فلو أن قانوناً جديداً منع اليمين في حالة معينة، فإن توجيه اليمين يكون غير جائز في هذه الحالة حتى عن واقعة حدثت قبل نفاذ القانون الجديد (بيدان وبرو ٩ فقرة ١١٥٧ ص ٢٢٩) .

وإذا خفض قانون جديد نصاب البينة إلى خمسة جنيهات مثلاً، فالتصرفات المبرمة قبل نفاذ هذا القانون الجديد وتزيد على خمسة جنيهات ولا تزيد على العشرة يكفي في إثباتها البينة والقرائن، لأن القانون القائم =

(تسرى في شأن الأدلة التي تعد مقدماً النصوص المعمول بها في الوقت الذي أعد فيه الدليل أو في الوقت الذي كان ينبغي فيه إعداده) (١) (أ) .

= وقت إبرام التصرف كان يجيز ذلك ((ديرانتون ١ فقرة ٦٦ – ديمولومب ١ فقرة ٥٤ – لوران ١ فقرة ١٧٦ – أوبرى ورو ١ (طبعة خاسة) فقرة ٣٠ ص ١٢٧ – بودري وهوك فوركارد ١ فقرة ١٧٦)) . أما إذا رفع قانون جديد نصاب البينة إلى عشرين جنيهاً مثلاً، فالأصل أن التصرفات المبرمة = = قبل نفاذ هذا القانون الجديد، وتزيد على عشرة جنيهات، لا يجوز إثباتها بالبينة، وإن كانت لا تزيد على عشرين جنيهاً، إعمالاً للقانون القائم وقت إبرام هذه التصرفات دون نظر لأحاكم القانون الجديد، حتى لا يتأثر مركز الخصمين بهذه الأحكام. وبهذا الرأي يقول كثير من الفقهاء (ديرانتون ١ فقرة ٦٦ – ديمولومت ١ فقرة ٥٤ – لوران ١ فقرة ١٧٦) . ولكن بعض الفقهاء يذهبون إلى جواز الإثبات بالبينة في هذه الحالة لأن فتح القانون الجديد لهذا الطريق للإثبات إنما كان المقصود منه الكشف عن الحقيقة بطرق أصلح، ولا يجوز للمدين في هذا الفرض أن يدعي أنه كسب حقاً في أن يتخلص من التزامه بسبب عقم طرق الإثبات التي كانت قائمة وقت نشوء هذا الإلتزام (أوبري ورو ١ طبعة خامسة ص ١٢٨ وهامش رقم ٦٦ – بودري وهوك فوركارد ١ فقرة ١٧٦ – بيدان وبرو ٩ فقرة ١١٥٧ ص ٢٢٩ – ص ٢٣٠) . على أن القائلين بهذا الرأي الأخير يقصرونه على الحالة التي نحن بصددها، ولا يعممونه حتى يتناول الأوراق المكتوبة والقرائن القانونية، فهذه تلك يحكمها القانون الذي يكون قائماً وقت صدورها أو وقت تمام الحادث الذي ترتب عليه ((أنظر في هذا الموضوع جوريس كلاسير المدني (Juris-classeur Civil) قسم ١٣٤ مادة ١٣١٦ فقرة ١٤ – فقر ١٧)) .

أما الوقائع التي لا تتوافر أدلتها وقت نشوئها – وهي الوقائع المادية – فهذه يسرى عليها القانون الجديد حتى لو كانت قد نشأت في ظل القانون القديم . وكذلك جواز قبول الواقعة في الإثبات يعتبر من النظام العام فيسرى عليه القانون الجديد، وقد نصت على هذا الحكم الفقرة الثانية من المشروع التمهيدي للتقنين المدني، ولكن هذا النص حذفته لجنة المراجعة تجنباً للتفصيلات ولأن مكانه المناسب هو قانون المرافعات (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٢٢٥) .

أنظر في هذا الموضوع الدكتور عبدالمنعم فرج الصدة في الإثبات في المواد المدنية فقرة ٥٣ – فقرة ٥٦ ص ٦١ – ص ٦٥) .

(١) وكان النص في المشروع يجرى على الوجه الآتي : " تسرى في شأن الأدلة التي تعد مقدماً النصوص المعمول بها في الوقت الذي يعد فيه الدليل أو في الوقت الذي يستطاع أو ينبغي فيه إعداده " . ولكن لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة " الذي يستطاع فيه إعداده " اكتفاء بعموم عبارة " الذي ينبغي فيه إعداده " (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٢٢٧) .

(أ) أ – النص في المادة التاسعة من القانون المدني على أنه " تسرى في شأن الأدلة التي تعد مقدماً النصوص المعمول بها في الوقت الذي أعد فيه الدليل أو في الوقت الذي كان ينبغي إعداده " يدل على أن القانون الذي نشأ التصرف في ظله الذي يجب أن يحكمه من حيث إثباته، وإذ كان عقد البيع المؤرخ في ٢٦ يوليو ١٩٦٤ الذي استند إليه المطعون عليه في شراء حصة الطاعن في الجوار موضوع النزاع قد أبرم قبل صدور قانون الإثبات رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨ فإنه يخضع في إثباته للأحكام الواردة في القانون المدني .
(جلسة ١٩٧٦/٦/٢٨ مجموعة المكتب الفني السنة ٢٧ ص ١٤١٤) =

أما الإجراءات التي تتبع في سلوك طريق الإثبات، فهذه يسرى عليها القانون القائم وقت نظر الدعوى ولو كان جديداً، لأن قوانين الإجراءات الجديدة تسرى على الماضي [1].

ثانيا – المبادئ الرئيسية التي تقوم عليها قواعد الإثبات

١٩ – مبادئ ثلاثة : يقوم الإثبات على مبادئ رئيسية ثلاثة : (أ) فهو نظام قانوني (systéme lègal)، أي تنظمه قواعد يقررها القانون . (ب) ويكون القاضي فيه محايداً، وهذا هو مبدأ حياد القاضي (neutralitè du juge). (ج) أما الخصوم فيقومون فيه بالدور الإيجابي، وهذا هو حق الخصم في الإثبات (droit à la preuve) .

والواقع – كما سنرى – أن هناك تعاوناً وثيقاً في الإثبات بين القانون والقاضي والخصوم . فالقانون يبين طرق الإثبات ويحدد قيمة كل منها . والقاضي يطبق القواعد التي يقررها القانون في ذلك، ويتمتع في تطبيقها بشيء غير قليل من حرية التقدير . والخصوم هم الذين عليهم أن يقدموا الأدلة على صحة دعاواهم، وذلك على الوجه الذي رسمه القانون، ولكل خصم الحق في مناقشة الأدلة التي يقدمها خصمه وفي تفنيدها وفي إثبات عكسها .

ونستعرض الآن هذه المبادئ الثلاثة .

أ – مبدأ النظام القانوني للإثبات – مذاهب ثلاثة

٢٠ – الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية – العدالة والإستقرار :

رأينا فيما تقدم أن الحقيقة القضائية قد تبتعد عن الحقيقة الواقعية، بل قد تتعارض معها . ورأينا أن السبب في ذلك أن الحقيقة القضائية لا تثبت إلا من طريق قضائي رسمه القانون.

= ب – القاعدة الواردة بالمادة ٩١٧ من القانون المدني مستحدثة ولم يكن لها نظير في التقنين الملغي، والقرينة التي استحدثتها هذه المادة لاتصالها بموضوع الحق اتصالاً وثيقاً لا يجوز إعمالها بأثر رجعي على التصرفات السابقة على تاريخ العمل بالقانون المدني القائم، ولقد كان من المقرر في ظل القانون الملغي = = أن الأصل في إقرارات المورث أنها تعتبر صحيحة وملزمة لورثته حتى يقيموا الدليل على عدم صحتها بأي طريق من طرق الإثبات، فعبء الإثبات كان من يطعن في التصرف، ولم يكن احتفاظ البائع بحقه في الانتفاع بالعين المبيعة مدى حياته سوى مجرد قرينة قضائية يتوسل بها الطاعن إلى إثبات دعواه والقاضي بعد ذلك حر في أن يأخذ بهذه القرينة أو لا يأخذ لأنها كسائر القرائن القضائية تخضع لمطلق تقديره .
(جلسة ١٩٦٤/٥/١٤ مجموعة المكتب الفني السنة ١٥ ص ٦٧٣) .

(١) وقد كانت الفقرة الأولى من المادة ١٧ من المشروع التمهيدي للتقنين المدني تنص على ما يأتي : " تسرى النصوص المتعلقة باجراءات الإثبات من وقت العمل بها على جميع الدعاوي القائمة " . ولكن هذا النص حذف في لجنة المراجعة لأن مكانه المناسب هو تقنين المرافعات (أنظر المادة الأولى من تقنين المرافعات السابق).

وقد يكون القاضي من أشد الموقنين بالحقيقة الواقعية، وقد يعرفها بنفسه معرفة لا يتطرق إليها الشك، ولكن ينعدم أمامه الطريق القانوني لإثباتها فلا يجد بداً من إهدارها والأخذ بسبل القانون في الإثبات، ومن ثم قد تتعارض الحقيقة القضائية مع الحقيقة الواقعية .

والقانون في تمسكه بالحقيقة القضائية دون الحقيقة الواقعية إنما يوازن بين اعتبارين: اعتبار العدالة في ذاتها ويدفعه إلى تلمس الحقيقة الواقعية بكل السبل ومن جميع الوجوه حتى تتفق معها الحقيقة القضائية، واعتبار استقرار التعامل ويدفعه إلى تقييد القاضي في الأدلة التي يأخذ بها وفي تقدير كل دليل فيحدد له طرق الإثبات وقيمة كل طريق منها، حتى يأمن جوره إذا مال إلى الجور، أو في القليل حتى يحد من تحكمه، فلا تختلف القضاة فيما يقبلون من دليل وفي تقدير قيم الأدلة في الأقضية المتماثلة .

٢١ – مذاهب ثلاثة في الإثبات : ويمكن في الموازنة ما بين الاعتبارين اللذين تقدم ذكرهما – اعتبار العدالة واعتبار استقرار التعامل – أن نتصور قيام مذاهب ثلاثة في الإثبات : (١) مذهب يميل إلى اعتبار العدالة ولو بالتضحية في استقرار التعامل، وهذا هو المذهب الحر أو المطلق (système libre) . (٢) ومذهب يستمسك باستقرار التعامل ولو على حساب العدالة، فيقيد القانون الإثبات اشد التقييد حتى يستقر التعامل، وهذا هو المذهب القانوني أو المذهب المقيد (système lègal) . (٣) ومذهب ثالث هو بين بين، يزن ما بين الاعتبارين، فيعتد بكل منهما، ولا يضحي أحدهما لحساب الآخر، وهذا هو المذهب المختلط (système mixte) .

٢٢ – المذهب الحر أو المطلق : أما المذهب الحر أو المطلق ففيه، كما قدمنا، لا يرسم القانون طرقاً محددة للإثبات يقيد بها القاضي، بل يترك الخصوم أحراراً يقدمون الأدلة التي يستطيعون إقناع القاضي بها، ويترك القاضي حراً في تكوين إعتقاده من أي دليل يقدم إليه . وهذا المذهب يقرب كثيراً ما بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية لمصلحة العدالة. وقد اعتنقته بعض الشرائع في بدء تطورها، واعتنقه بعض رجال الفقه الإسلامي [1]،

---

(١) وقد ثار ابن القيم الجوزية على تحديد الفقهاء للأدلة في الإثبات تحديداً جامداً وتقيدهم بشهادة الشهود وأخذهم بها دون القرائن والأدلة الأخرى، ونادى بوجوب ترك الإثبات حراً، " فإذا ظهرت أمارات = = العدل واسفر وجهه بأي طريق كان فثم شرع الله " . قال في أعلام الموقعين : " إن الشارع في جميع المواضع يقصد ظهور الحق بما يمكن ظهوره به من البينات التي هي أدلة عليه وشواهد له، ولا يرد حقاً مبيناً ظهر بدليله ابداً، فيضيع حقوق الله وعباده ويعطلها، ولا يقف ظهور الحق على أمر معين لا فائدة في تخصيصه مع مساواة غيره له في ظهور الحق أو رجحانه عليه ترجيحاً لا يمكن جحده ودفعه، كترجيح شاهد الحال على مجرد البينة في صورة من على رأسه عمامة وبيده عمامة وآخر حلفه مكشوف الرأس يعدم اثره ولا عاده =

ولا تزال الشرائع الجرمانية والشرائع الأنجلوسكسونية (القانوني الألماني والقانون السويسري والقانون الإنجليزي والقانون الأمريكي) تأخذ به إلى حد كبير .

ولكن حظ العدالة في هذا المذهب ظاهري أكثر منه حقيقياً . فهو قد يقرب الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية إلى مدى واسع، ولكن بشرط أن يؤمن من القاضي الجور والتحكم . فإذا جار القاضي أو تحكم في تعيين طريق الإثبات وتحديد قيمها، ابتعدت الحقيقة القضائية عن الحقيقة الواقعية أكثر من ابتعادها في المذهب القانوني أو المقيد . وننتقل الآن إلى هذا المذهب .

٢٣ - المذهب القانوني أو المقيد : ففي المذهب القانوني أو المقيد يرسم القانون طرقاً محددة تحديداً دقيقاً لإثبات المصادر المختلفة للروابط القانونية، ويجعل لكل طريق قيمته، ويتقيد بكل ذلك الخصوم والقاضي. " وهذا المذهب - كما جاء في الموجز [١] - على مافيه من دقة حسابية تكفل ثبات التعامل، يباعد ما بين الحقائق الواقعة والحقائق القضائية، فقد تكون الحقيقة الواقعة ملء السمع والبصر، ولكنها لا تصبح حقيقة قضائية إلا إذا استطاع إثباتها بالطرق التي حددها القانون". وقد تغلب في الفقه الإسلامي المذهب القانوني في الإثبات. فيجب في الإثبات بالبينة شهادة شاهدين، ولا يكتفى بشاهد واحد إلا في حالات إستثنائية [٢] ، وإذا توافر نصاب الشهادة وجب الأخذ بها دون أن يكون للقاضي حرية في التقدير، ويتفاوت نصاب الشهادة من واقعة إلى أخرى في حدود مقدرة تقديراً يكاد يكون حسابياً [٣] .

= له بكشف راسه، فبينة الحال ودلالته هنا تفيد ظهور صدق المدعي أضعاف ما يفيد مجرد البينة عند كل أحد . فالشارع لا يهمل مثل هذه البينة والدلالة، ويضيع حقاً يعلم كل أحد ظهوره وحجته . بل لما ظن هذا من ظنه ضيعوا طريق الحكم، فضاع كثير من الحقوق لتوقف ثبوتها عندهم على طريق معين، وصار الظالم الفاجر ممكناً من ظلمه وفجوره : فيفعل ما يريد ويقول لا يقوم علي بذلك شاهدان إثنان، فضاعت حقوق كثيرة لله ولعباده " . ثم قال في الطرق الحكمية " فإذا ظهرت أمارات العدل وأسفر وجهه بأي طريق كان، فثم شرع الله ودينه، والله سبحانه أعلم واحكم وأعدل أن يخص طرق العدل وأماراته وأعلامه بشيء ثم ينفي ما هو أظهر منها وأقوى دلالة وابين إشارة، فلا يجعله منها، ولا يحكم عند وجودها بموجبها، بل قد بين سبحانه بما شرعه من الطرق أن مقصوده إقامة العدل بين عباده، وقيام الناس بالقسط، فأي طريق استخرج بها العدل والقسط فهي من الدين ليست بمخالفة له " .

(١) الموجز للمؤلف ص ٦٤٧ .

(٢) وكذلك الأمر في الصدر الأول من القانون الفرنسي القديم، فكانت شهادة الواحد لا تصلح testis unus, testis nullus - أنظر بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢١٩٢ .

(٣) أنظر القوانين الفقهية لابن جزى ص ٣٠٩ - ص ٣١٠ .

٢٤ – المذهب المختلط : والمذهب المختلط يجمع بين الإثبات المطلق والإثبات المقيد . " وأشد ما يكون إطلاقاً – كما جاء في الموجز [١] – في المسائل الجنائية، ففيها يكون الإثبات حراً يتلمس القاضي وسائل الإقناع فيه من أي دليل يقدم إليه، شهادة كانت أو قرينة أو كتابة أو أي دليل آخر . ثم يتقيد الإثبات بعض التقيد في المسائل التجارية مع بقائه حراً في الأصل . ويتقيد بعد ذلك إلى حد كبير في المسائل المدنية، فلا يسمح فيها إلا بطرق محددة للإثبات تضيق وتتسع متمشية في ذلك مع الملابسات والظروف . وهذا المذهب الثالث هو خير المذاهب جميعاً، فهو يجمع بين ثبات التعامل بما احتوى عليه من قيود، وبين اقتراب الحقيقة الواقعة من الحقيقة القضائية بما أفسح فيه للقاضي من حرية التقدير [١] . وقد أخذ القانون المصري بهذا المذهب مقتفياً في ذلك أثر الشرائع اللاتينية كالقانون الفرنسي والإيطالي والقانون البلجيكي .

ويلاحظ على هذا المذهب أمران : (١) أن إقتراب الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية فيه لا يصل إلى حد يجعل الأدلة قوة قطعية، فلا تزال للأدلة فيه حجة ظنية، ولا تزال الحقيقة القضائية هي مجرد احتمال راجح idée de probabilité وليست حقيقة قاطعة. ولابد من الناحية العملية الاكتفاء بالحجج الظنية ما دامت راجحة، لأن اشتراط الحجج القاطعة يجعل باب الإثبات مقفلاً أمام القاضي . (٢) أن المذهب المختلط يتفاوت في نظام قانوني عنه في نظام آخر، فهو يضع من القيود على حرية القاضي في تلمس الدليل قليلاً أو كثيراً على قدر متفاوت يختلف بإختلاف النظم القانونية . فمن النظم ما تقلل من هذه القيود حتى يشتد التقارب ما بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية فيرجح حظ العدالة، ومنها ما يزيد في القيود ولو ابتعدت الحقيقة القضائية عن الحقيقة الواقعية حتى يستقر التعامل. وخير هذه النظم ما وازن بين الإعتبارين في كفتي الميزان، حتى لا ترجح كفة وتشيل أخرى .

---

(١) الموجز للمؤلف ص ٦٤٧ .

(1) متى كانت الأوراق المقدمةفي الدعوى المقدمة أمام محكمة الموضوع كافية لتكوين عقيدتها، فلا تثريب عليها إذا هي لم تأمر بضم أوراق أخرى استجابة لطلب أحد الخصوم، وهي غير ملزمة بتكليف الخصم الـذي لم يقدم دليلاً على دفاعه بتقديم هذا لدليل أو لفت نظره إلى مقتضيات هذا الدفاع وحسبهما أن تقيم قضاءها وفقاً للمستندات والأدلة المطروحة عليها بما يكفي لحمله .
(جلسة ١٩٧٣/٦/١٩ الطعن رقم ٢٢٩ لسنة ٣٨ ق السنة ٢٤ ص ٩٤٠)
(جلسة ١٩٦٧/٣/٨ الطعن رقم ٤٤ لسنة ٣٣ ق السنة ١٨ ص ٥٩٠)

ب ـ مبدأ حياد القاضي [1]

٢٥ – موقف القاضي من الإثبات في كل من المذاهب الثلاثة :

ويتصل بما تقدم موقف القاضي من الإثبات . فهو في المذهب الحر أو المطلق موقف إيجابي، ينشط القاضي فيه إلى توجيه الخصوم، واستكمال ما نقص في الأدلة، واستيضاح ما أبهم منها . وهو في المذهب القانوني أو المقيد موقف سلبي محض، لا يعدو القاضي فيه أن يتلقى أدلة الإثبات كما يقدمها الخصوم دون أي تدخل من جانبه، ثم يقدر هذه الأدلة طبقاً للقيم التي حددها القانون، فإذا رأى الدليل ناقصاً أو مبهماً فليس له أن يطلب إكماله أو توضيحه، بل يجب عليه أن يقدره كما هو في الحالة التي قدمه فيها الخصوم . وهو في المذهب المختلط ينبغي أن يكون موقفاً وسطاً بين الايجابية والسلبية، ولكنه يجب أن يكون أقرب إلى الايجابية منه إلى السلبية، فيباح للقاضي شيء من الحرية في تحريك الدعوى وفي توجيه الخصوم وفي استكمال الأدلة الناقصة وفي استيضاح ما أبهم من وقائع الدعوى . ولا يتعارض ذلك مع تقييد القاضي بأدلة قانونية معينة وبتحديد قيم هذه الأدلة، فإن هذا التقييد يجب أن تقابله حرية القاضي في تقدير وزن كل دليل في حدود قيمته القانونية، حتى يستجلي الحقائق واضحة كاملة [2] .

أما منع القاضي من القضاء بعلمه فليس فرعاً عن مبدأ حياد القاضي، بل هو النتيجة المترتبة على حق الخصوم في مناقشة أي دليل يقدم في القضية، وسنرى ذلك فيما يلي .

٢٦ – مبدأ حياد القاضي في القوانين اللاتينية والقانون المصري :

قد رأينا أن القوانين اللاتينية، والقانون المصري معها، قد اتخذت المذهب المختلط في الإثبات . وهي مع ذلك لا توسع على القاضي في حرية توجيهه للدعوى واستخلاص الحقائق من أدلتها القانونية إلا إلى مدى محدود؛ فالقاضي يستطيع مثلاً أن يحيل الدعوى على التحقيق من تلقاء نفسه [1] . كما يستطيع أن يعين خبيراً [1] ، وله أن يطلب إحضار الخصوم شخصياً

---

(١) الحياد هنا ليس معناه عدم التحيز (impartialité) – فإن هذا واجب بداهة على القاضي – بل معناه أن يقف القاضي موقفاً سلبياً من كلا الخصمين على حد سواء (neutralité) (بيدان ريبرو ٩ فقرة ١١٥١، ص ٢١٨) .

(٢) يعوج في الأفكار الرئيسية في القانون الخاص (notions fondamentales du droit privé) الفصل السابع ص ٥٣٤ – ص ٥٤١ .

(1) للمحكمة من تلقاء نفسها أن تأمر بالتحقيق في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بشهادة الشهود متى رأت في ذلك فائدة للحقيقة .
(جلسة ١٩٦٢/١١/٢١ الطعن رقم ٢٠ لسنة ٣٠ ق أحوال شخصية ص ١٣ ص ١٠٤٦) .
(جلسة ١٩٧٥/٤/٣٠ الطعن رقم ٢٢ لسنة ٣٩ ق السنة ٢٦ ص ٨٦٠) .

(comparution personnelle) ، وأن يوجه إلى أحدهما اليمين المتممة (serment supplétif) [1] . وقد زاد تقنين المرافعات المصري الجديد في ايجابية موقف القاضي من الإثبات فخوله سلطة في توجيه الدعوى فيما يتصل بالآثار التي تترتب على عدم قيد المدعي لدعواه، وبشطب الدعوى عند تخلف الخصوم عن الحضور، ويوقف الدعوى مدة معينة عند اتفاق الخصوم على ذلك، وبسقوط الخصومة لانقطاعها بوفاة أحد الخصوم أو بزوال أهليته أو انتهاء صفته أو وقفها بفعل المدعي أو تقصيره، وبتقادم الخصومة بخمس سنوات بدلاً من خمس عشرة، وبإدخال القاضي من تلقاء نفسه من لم يكن طرفاً في الخصومة ليرد الدعوى إلى وضعها الطبيعي بعد أن انحرف بها عنت الخصوم أو إهمالهم، وبإجراءات التحقيق فإذا أحيلت الدعوى على التحقيق أو عين فيها خبير أو طعن فيها بالتزوير لم يعد سير التحقيق أو السير في نظر الموضوع موقوفاً على طلب تعجيل يتقدم به الخصم صاحب المصلحة [2] .

ج - مبدأ دور الخصوم الإيجابي - الحق في الإثبات

٢٧ - حق الخصوم في مناقشة الأدلة التي تقدم في الدعوى - لا يجوز للقاضي أن يقضي بعلمه :

على أنه مهما يكن من قدر الحرية التي تطلق للقاضي في الإثبات، فلا جدال في أن أي دليل يقدمه الخصم في الدعوى يجب أن يعرض على الخصوم جميعاً لمناقشته، ويدلي كل برأيه فيه، يفنده أو يؤيده، والدليل الذي لا يعرض على الخصوم لمناقشته لا يجوز الأخذ به [3] . ولا يجوز للمحكمة أن تأخذ بدليل نوقش في

---

(1) للقاضي أن يستعين بالخبراء في المسائل التي يستلزم الفصل فيها استيعاب النقاط الفنية التي لا تشملها معارفه والوقائع المادية التي يفترض فيه العلم .
(جلسة ١٩٨٦/٥/٦ الطعن رقم ٢٤١٨ س ٥٢ ق) .
(جلسة ١٩٨٥/٢/٢٨ الطعن رقم ٢٤٣ س ٥١ ق) .

(١) الموجز للمؤلف ص ٦٤٧ - ص ٦٤٨ .

(٢) أنظر المذكرة التفسيرية لتقنين المرافعات الجديد . وأنظر الدكتور أحمد أبو الوفا في المرافعات المدنية والتجارية ص ٢٩؛ والدكتور عبدالمنعم أحمد الشرقاوي في شرح المرافعات المدنية والتجارية ص ١٠ - ص ١١ .

(٣) فلا يجوز للقاضي أن يستند إلى أوراق عثرت عليها النيابة العامة دون أن يثبت أن هذه الأوراق قد عرضت على الخصوم لمناقشتها (لارومبير ٥ م ١٣١٦ فقرة ١٠ - ديمولومب ٢٩ فقرة ٢٠٠ - بودري وبارد ٣ فقرة ٢٠٥٦ - نقض فرنسي ٢٠ نوفمبر سنة ١٨٨٩ داللوز ٩٠ - ١ - ٥٤) . ولا يجوز للمحكمة أن تعتد بكتاب أرسل إلى رئيسها ولم يعرضه الرئيس على الخصوم لمناقشته (نقض فرنسي ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٣ - ١ - ٣٦٨) ولا بتحقيق جنائي لم تناقشه الخصوم (نقض فرنسي ٢٩ يوليو سنة ١٩٠٣ داللوز ١٩٠٣ - ١ - ٤٤٨) . ولكن يجوز لمحكمة الاستئناف، دون أن تفحص من جديد الدليل الذي سبق أن فحصته محكمة أول درجة، أن تستخلص من هذا الدليل نتيجة غير النتيجة التي استخلصتها هذه المحكمة الأخيرة (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٤٩ ص ٩٩) .

قضية أخرى ما لم يناقش في القضية القائمة [1] [1] .

وهذا مبدأ جوهري من مبادئ التقاضي، حتى لا تبقى الخصومة مجهلة، وحتى تتكافأ فرص الخصوم في الدعوى . ومن ثم كان للخصم حق طلب التأجيل للاطلاع على المستندات المقدمة من خصمه والرد عليها (م ٩٧ مرافعات) .

ولا يجوز للقاضي أن يقوم بمعاينة مكان النزاع في غيبة الخصوم ودون أن يدعوهم لحضور المعاينة ومن غير إصدار قرار بإجرائها . ولكن يكفي أن يعرض الدليل على الخصوم لمناقشته، فإذا لم يريدوا مناقشته فعلاً فقد نزلوا عن حقهم في ذلك وصح الأخذ بالدليل [٢] . كذلك لا يجوز للقاضي أن يأتي بأدلة من عنده لم تقدمها الخصوم، إلا إذا تراضوا عليها وقبلوا مناقشتها [٣] .

ويترتب على حق الخصوم في مناقشة الأدلة التي تقدم في الدعوى أنه لا يجوز للقاضي أن يقضي بعلمه [2] . ذلك أن علم القاضي هنا يكون دليلاً في القضية، ولما كان للخصوم

---

(١) كولان وكابيتان وموراندييز ٢ فقرة ٧٢١ ص ٤٨٨ . أنظر في هذه المسألة — مناقشة الخصوم للأدلة — من ناحية التطور التاريخي رسالة الدكتور محمد صادق فهمي في الإثبات في القانون المقارن ص ٢٣٩— ص ٢٤٧.

(1) لا يجوز للمحكمة أن تحمل حكمها على ما تستخلصه من أوراق أو اجراءات إثبات في قضية أخرى ولو كانت منظورة بين الخصوم أنفسهم إلا أن تضم إلى قضية النزاع وتقع تحت بصر الخصوم بين عناصر الإثبات التي يمتد إليها دفاعهم .
(جلسة ١٩٧٨/٥/١٧ الطعن رقم ٣٨ لسنة ٤٦ ق) .

(٢) نقض فرنسي ٢٠ نوفمبر سنة ١٨٨٩ داللوز ٩٠ — ١ — ٥٤ (سبقت الإشارة إليه) — ٢٢ فبراير ١٨٩٧ داللوز ٩٨ — ١ — ١١٤ — ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٣ — ١ — ٣٦٨ (سبقت الإشارة إليه) . أنظر الأستاذ عبدالباسط جميعي فقرة ٩٠ .

(٣) ويقول بارتان (أوبري ورو ١٢ فقرة ٤٩ حاشية رقم ٨ Ter) إنه لو سمح للقاضي أن يتدخل في الإثبات وأن يأتي من عنده بأدلة لم تقدمها الخصوم، لخشي أن يعدل من طلبات المدعي أو أن يحور فيها، وليست هذه مهمة القاضي. فإذا ما أتي القاضي بأدلة من عنده، ورضي الخصوم أن يناقشوها، ونزلوا عن حقهم في الإعتراض، كان هذا بمثابة اتفاق بين الخصمين، وهو جائز في صورة صريحة فيجوز في هذه الصورة الضمنية (ص ٧٦ رقم ٨ Sexies) . وحتى الواقعة المعروفة بالشهرة العامة (commune renommée) لابد فيها من إثبات هذه الشهرة العامة وحدها إذا أنكرها الخصم الآخر، وفرق ما بين إثبات الواقعة ذاتها وبين إثبات الشهرة العامة وحدها كما يقول أوبري ورو (١٢ فقرة ٧٤٩ ص ٧٧ حاشية رقم ٩) . أنظر أيضاً كولان وكابيتان وموانديير ٢ ص ٤٨٨ .

(2) لا يجوز للمحكمة أن تقضي في المسائل الفنية بعلمها بل يجب الرجوع فيها إلى رأي أهل الخبرة . لقاضي الموضوع أن يستعين بالخبراء في المسائل التي يستلزم الفصل فيها إستيعاب النقاط الفنية التي لا تشملها معارفه والوقائع المادية التي قد يشق عليه الوصول إليها . دون المسائل القانونية التي يفترض فيه العلم بها .
(جلسة ١٩٨٥/٢/٢٨ الطعن ٢٤٣ لسنة ٥١ ق) .

حتى مناقشة هذا الدليل اقتضى الأمر أن ينزل القاضي منزلة الخصوم، فيكون خصماً وحكماً، وهذا لا يجوز [1] . وقد رأينا فيما تقدم أن امتناع القاضي عن القضاء بعلمه لا يرجع إلى موقفه المحايد في الإثبات [1] ، فإن حياد القاضي لا يتعارض ضرورة مع القضاء بعلمه، وإنما يرجع إلى ما نذكره هنا من حق الخصوم في مناقشة الدليل [2] .

وهذا الدور الإيجابي للخصوم في الإثبات، وما يستتبعه من حقهم مناقشة الأدلة، تنظمه قواعد أربع : (١) حق الخصم في الإثبات (٢) حق الخصم في التجرد في إثبات لعكس (٣) لا يجوز لأي خصم أن يصطنع دليلاً لنفسه (٤) ولا يجوز إجباره على تقديم دليل ضد نفسه . ونقول كلمة عن كل من هذه القواعد .

٢٨ – حق الخصم في الإثبات : على الخصم أن يثبت ما يدعيه أمام القضاء بالطرق التي بينها القانون . فموقفه في الإثبات موقف إيجابي . وليس هذا واجباً عليه فحسب، بل هو أيضاً حق له . فللخصم أن يقدم للقضاء جميع ما تحت يده أو ما يستطيع إبرازه من الأدلة التي يسمح بها القانون تأييداً لما يدعيه . فإن لم يمكنه القاضي من ذلك كان هذا إخلالاً بحقه، وكان سبباً للطعن في الحكم بالنقض .

---

(١) ولكن هذا لا يمنع من أن يستعين القاضي في قضائه بما هو معروف بين الناس ولا يكون علمه خاصاً به مقصوراً عليه، وذلك كالمعلومات التاريخية والجغرافية والعلمية والفنية الثابتة، فله أن يستعين في قضائه بما هو معروف من أن الأراضي في مصر قد أصبحت مملوكة لأصحابها رقبة ومنفعة بعد أن كانت أراضي خراجية وذلك منذ عهد سعيد باشا . وبما هو معروف من أن ري الحياض لا يكون إلا دورة زراعية واحدة، وبأن ثمن القطن كان منخفضاً في أوقات مرتفعاً في أوقات أخرى (أنظر الأستاذ عبد الباسط جميعي ص ٧٣ والأحكام التي أشار إليها، والأستاذ عبد المنعم فرج الصدة ص ١٦) .

وأنظر في جواز أن يقضي القاضي بعلمه في الفقه الإسلامي عند المتقدمين (في غير الحدود الخالصة) وفي عدم جواز ذلك إطلاقاً عند المتأخرين الأستاذ أحمد إبراهيم في طرق القضاء في الشريعة الإسلامية ص ٣٣ – ص ٤٢ .

(1) إذا كان الحكم المطعون فيه إذ عرض للنزاع في شأن تحديد ما يخصم مقابل طعام عمال المؤسسة قد قرر أنه ليس صحيحاً أن يقدم للخدم ما يقدم للعملاء من طعام، بل يجهز لهم عادة طعام قليل التكاليف فإن هذا الذي قرره الحكم ليس من قبيل المعلومات الشخصية المحظور على القاضي أن يبني حكمه عليها ولكنه من المعلومات المستقاة من الخبرة بالشئون العامة .

(جلسة ١٩٥٩/٣/٢٦ الطعن ٣١٩ سنة ٢٤ ق مجموعة المكتب الفني السنة ١٠ ص ٢٥٩) .

(٢) ويقطع في ذلك أن القاضي الجنائي، ودوره في الإثبات إيجابي إلى حد بعيد فلا يعتبر محايداً، ممنوع مع ذلك من القضاء بعلمه، كما لاحظ ذلك بحق الأستاذ عبدالباسط جميعي في كتابه "نظام في الإثبات القانون المدني المصري" (ص ٧٨) .

ويتقيد حق الخصم في الإثبات بقيود ثلاثة : (١) لا يجوز للخصم أن يثبت ما يدعيه إلا بالطرق التي حددها القانون . فلا يجوز له أن يثبت بالبينة ما لا يجوز إثباته إلا بالكتابة، ولا يجوز له أن يجزئ إقرار خصمه إذا كان هذا الإقرار لا يتجزأ، ولا يجوز له أن يوجه اليمين الحاسمة إلى خصمه حيث يكون متعنتاً في توجيهها . وجب فيما يسمح له به القانون من طرق الإثبات أن يتقدم بما عنده من الأدلة طبقاً للأوضاع وللإجراءات التي رسمها له القانون . (٢) كذلك لا يجوز للخصم أن يطلب إثبات واقعة لم تتوافر فيها الشروط الواجبة، إذ يجب أن تكون الواقعة متعلقة بالدعوى منتجة في دلالتها جائزة الإثبات قانوناً . وسنفصل هذه الشروط فيما يلي . (٣) ويبقى للقاضي بعد كل ذلك حرية واسعة في تقدير قيمة الأدلة التي تقدم بها الخصم، فيرى ما إذا كانت شهادة الشهود مقنعة، ويقدر إذا قدم الخصم ورقة ما يترتب على الكشط والمحو والتحشير وغير ذلك من العيوب المادية في هذه الورقة من إسقاط قيمتها في الإثبات أو إنقاصها (مادة ٢٨ من قانون الإثبات)، وإذا كانت وقائع الدعوى ومستنداتها كافية لاقناعه بصحة الورقة التي تقدم بها الخصم الآخر أو بتزويرها فله أن يمتنع عن السير في إجراءات التزوير التي طلبها الخصم الذي طعن بالتزوير في هذه الورقة (مادة ٥٢ من قانون الإثبات) بل له ولو لم يدع أمامه بالتزوير أن يحكم من تلقاء نفسه برد أية ورقة وبطلانها إذا ظهر له بجلاء من حالتها أو من ظروف الدعوى أنها مزورة (مادة ٥٨ من قانون الإثبات). كما أن له أن يعدل عما أمر به من إجراءات الإثبات أو ألا يأخذ بنتيجة هذه الاجراءات (مادة ٩ من قانون الإثبات) ، وإذا رأى أن الدعوى ليست في حاجة إلى استجواب فإن له أن يرفض طلب الاستجواب الذي يتقدم به الخصم (مادة ١٠٨ من قانون الإثبات) .

وحق الخصم في الإثبات يقابله واجب يلقى على عاتق الخصم الآخر، بل على عاتق الغير في ألا يعطل هذا الحق بغير منه أو سوء نية . ويصل هذا الواجب إلى مدى بعيد، فيفرض في بعض الحالات على الخصم الآخر أو الغير أن يقدم مستندات في حوزته لتمكين المدعي من إثبات حقه، وسنعود إلى هذا الواجب بالتفصيل فيما يلي .

٢٩ – حق الخصم الآخر في إثبات العكس : وكل دليل يتقدم به الخصم لإثبات دعواه يكون للخصم الآخر الحق في نقضه وإثبات عكس ما يدعيه الخصم. وتطبيقاً لهذه القاعدة نصت المادة ٦٩ من قانون الإثبات على أن " الأذن لأحد الخصوم بإثبات واقعة بشهادة الشهود يقتضي دائماً أن يكون للخصم الآخر الحق في نفيها بهذه الطريق " . وإذا كان الدليل الذي قدمه الخصم ورقة مكتوبة، فإن كانت ورقة عرفية كان للخصم الآخر أن ينكر خطه أو إمضاءه أو أن يطعن في الورقة بالتزوير، وإن كانت ورقة رسمية كان للخصم

الآخر أن يطعن فيها بالتزوير . وفي جميع الأحوال يجوز للخصم الآخر – فيما لا يتحتم فيه الطعن بالتزوير – أن يثبت عكس ما هو ثابت ضده بالكتابة على أن يكون إثبات العكس بكتابة مماثلة وفقاً للأحكام التي قررها القانون . وإذا كان الدليل المقدم قرينة قضائية، فللخصم الآخر أن يدحض هذه القرينة بقرينة مثلها أو بأي طريق آخر . وكذلك الحال في القرينة القانونية، فإن الأصل فيها جواز إثبات العكس، أما القرائن القانونية التي لا تقبل إثبات العكس فنادرة ولا بد في منع إثبات العكس فيها من نص في القانون .

وحتى الإقرار واليمين يتصور فيهما تطبيق هذه القاعدة . فإذا تمسك الخصم بالإقرار الصادر من الخصم الآخر، جاز لهذا الخصم الآخر أن يتمسك ببطلان هذا الإقرار لعدم الأهلية أو للغلط أو لغير ذلك من العيوب . وإذا وجه الخصم اليمين الحاسمة للخصم الآخر، جاز لهذا الخصم الآخر أن يرد على خصمه اليمين .

ويتبين من كل ذلك أن الأصل في الدليل الذي يقدمه الخصم تمكين الخصم الآخر من نقضه، وأن حق الخصم في إثبات ما يدعيه يقابله حق الخصم الآخر في إثبات العكس.

٣٠ – لا يجوز لأي خصم أن يصطنع دليلاً لنفسه: الأصل أن الدليل الذي يقدم ضد الخصم يكون صادراً منه حتى يكون دليلاً عليه . فالورقة المكتوبة حتى تكون دليلاً على الخصم يجب أن تكون بخطه أو بإمضائه. وإذا كانت الورقة ليست دليلاً كاملاً واقتصر أمرها على أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة، فإنه يجب كذلك أن تكون صادرة من الخصم الذي يراد الإثبات ضده على التفصيل الذي سنبنيه فيما بعد .

ومن ثم لا يجوز أن يكون الدليل الذي يتمسك به الخصم صادراً منه هو أو أن يكون من صنعه، فمن البداهة أن الشخص لا يستطيع أن يصطنع دليلاً بنفسه لنفسه . " ولو يعطى الناس بدعواهم – كما جاء في الحديث الشريف – لادعى أناس دماء رجال وأموالهم "[1] . فلا يجوز إذن أن يكون الدليل الذي يقدمه الخصم على صحة دعواه مجرد أقواله وادعاءاته، أو يكون ورقة صادرة منه، أو مذكرات دونها بنفسه . وتطبيقاً لذلك نصت الفقرة الأولى من المادة ٩٧٢ من التقنين المدني على أنه "ليس لأحد أن يكسب بالتقادم على خلاف سنده، فلا يستطيع أحد أن يغير بنفسه لنفسه سبب حيازته ولا الأصل الذي تقوم عليه هذه الحيازة " ..وهذه القاعدة فرع عن مبدأ أعم وأشمل، هو أن الشخص لا يستطيع أن يخلق بنفسه لنفسه سبباً لحق يكسبه، ومن استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه . فالوارث

---

(١) أنظر طرق القضاء في الشريعة الإسلامية للأستاذ أحمد إبراهيم ص ٢٣٥ ونظام الإثبات في القانون المدني المصري للأستاذ عبدالباسط جميعي ص ٩٣ .

الذي يقتل مورثه يحرم من إرثه، وإذا كان التأمين على حياة شخص غير المؤمن له برئت ذمة المؤمن من التزاماته متى تسبب المؤمن له عمداً في وفاة ذلك الشخص أو وقعت الوفاة بناء على تحريض منه، وإذا كان التأمين على الحياة لصالح شخص غير المؤمن له فلا يستفيد هذا الشخص من التأمين إذا تسبب عمداً في وفاة الشخص المؤمن على حياته أو وقعت الوفاة بناء على تحريض منه (م ٧٥٧ مدني). ويعتبر الشرط قد تحقق إذا كان الطرف الذي له مصلحة في أن يتخلف قد حال بطريق الغش دون تحققه، وكذلك لا أثر للشرط الذي تحقق إذا كان تحققه قد وقع بغش الطرف الذي له مصلحة في أن يتحقق (م ٣٨٨ من مشروع التقنين المدني الجديد) .

على أن القانون نص في بعض الحالات، لمبررات قدرها المشرع، على جواز أن يتمسك الشخص بدليل صدر منه هو . من ذلك ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ١٧ من قانون الإثبات من أن " دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار، غير أن البيانات المثبتة فيها عما ورده التجار تصلح أساساً يجيز للقاضي أن يوجه اليمين المتممة إلى أي من الطرفين وذلك فيما يجوز إثباته بالبينة " . ومن ذلك ما نص عليه القانون التجاري من أن دفتر التاجر قد يكون حجة له على التاجر، إذ تقضي المادة ٢٨ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ بأنه (لايجوز للمحكمة بناء على طلب الخصوم أو من تلقاء ذاتها أن تأمر التاجر بتقديم دفاتره إليها لإستخلاص ما يتعلق بالنـــزاع المعروض عليها. وللمحكمة أن تطلع على الدفاتر بنفسها أو بواسطة خبير تعينه). ومن ذلك أخيراً ما نصت عليه المادة ٢٤ من قانون الإثبات – في حالة امتناع الخصم من تقديم ورقة يلزمه القانون بتقديمها – من أنه " إذا لم يقم الخصم بتقديم المحرر في الموعد الذي حددته المحكمة... أعتبرت صورة المحرر التي قدمها خصمه صحيحة مطابقة لأصلها، فإن لم يكن خصمه قد قدم صورة من المحرر جاز الأخذ بقوله فيما يتعلق بشكله أو بموضوعه [1] .

٣١ – لا يجوز إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه إلا في حالات معينة : قدمنا أنه لا يجوز للخصم أنه يصطنع دليلاً لنفسه . ويقابل ذلك أنه لا

---

(١) على أن الورقة قد تكون صادرة من الخصم فيستند إليها الخصم الآخر، وفي هذا الإستناد إقرار مـــن هـــذا الخصم الآخر بصحة ما جاء بالورقة، ومن ثم يجوز للخصم الأول أن يحتج بها بالرغم من أنها صادرة منه هو (نقض مدني ٢٢ مايو سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ ص ٢٥ – نظام الإثبات في القانون المدني المصري للأســـتاذ عبد الباسط جميعي ص ٩٣ .

يجوز إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه (nemo tenetur edere contrase) . فكما أن الخصم لا يستفيد من دليل صنعه لنفسه، كذلك هو لا يضار بتقديم دليل ضد نفسه [1] .

غير أن بداهة القاعدة الأولى تفوق وضوح القاعدة الثانية . فقد رأينا أن حق الخصم في الإثبات قد يصل في بعض الحالات إلى حد إجبار خصمه أو الغير على تقديم دليل في حوزته . لذلك كانت هذه القاعدة الثانية في حاجة إلى إمعان في النظر .

فمن الممكن القول إن من امتنع من الخصوم دون حق أن يستجيب لطلبات خصمه من تقديمه مستندات في حوزته، وجعل بفعله إثبات الدعوى مستحيلاً بأن امتنع مثلاً عن تقديم دليل تحت يده لا يمنع القانون من تقديمه، جاز أن يخسر دعواه، وذلك بطريق القياس على من جعل بفعله تحقق الشرط الذي علق عليه التزامه مستحيلاً فإن القانون يفترض أن الشرط قد تحقق [2] . بل إن الغير أيضاً – لا الخصم وحده – قد يلقى عليه واجب المعاونة في الإثبات . فيطلب شاهداً في الدعوى ويجب عليه الإدلاء بشهادته فإذا تخلف عن الشهادة جاز الحكم عليه بالغرامة، وإذا كانت تحت يده مستندات جازت مطالبته بإبرازها بين يدي القضاء [3] .

وقد تصل بعض الشرائع إلى حد أن تفرض بنص خاص التزاماً قانونياً على من يحوز أو يحرز شيئاً أو مستنداً يكون للغير مصلحة في عرضه لإثبات أمر يدعيه أن يعرض هذا الشيء أو يقدم هذا المستند للقضاء للكشف عما يمكن أن يتضمنه من وجوه إثبات الأمر المدعى به . ويرفع بهذا الالتزام القانوني دعوى تسمى بدعوى العرض (action ad exhibendum) [4]. وقد نص على هذه الدعوى كل من القانون الألماني والقانون

---

(١) أنظر في هذا المعنى إستئناف مصر ٦ ديسمبر سنة ١٩١١ المحاماة ٢ رقم ٦٩ ص ٢٢٢ – ٣٠ مايو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢١١ ص ٤١٨ – استئناف مختلط ١٠ يونية سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤٠٢ .

(٢) أنظر الفقرة الأولى من المادة ٣٨٨ من مشروع التقنين المدني الجديد، وكان نصها يجرى على الوجه الآتي : "يعتبر الشرط قد تحقق إذا كان الطرف الذي له مصلحة في أن يتخلف قد حال بطريق الغش دون تحققه " . وقد حذفت في لجنة المراجعة لإمكان استخلاص حكمها من القواعد العامة . وأنظر أيضاً المادة ١١٧٨ من التقنين المدني الفرنسي وبلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤١١ ص ٨٣٤ .

(٣) ديموج ٣ ص ٣٤٧ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤١١ ص ٨٣٤ .

(٤) ويرجع أصل هذه الدعوى إلى القانون الروماني، منذ عهد الألواح الأثني عشر على قول (أكاريـاس Accarias في القانون الروماني ٢ ص ٨٧٦) ، وفي آخر عهد الجمهورية على قول آخر (جيرار Girard الطبعة الثالثة ص ٦٢٩ هامش رقم ٢) – وانتقلت الدعوى في العصور الوسطى إلى القانون الكنسي (Droit canonique) وإلى بعض قوانين العادات (Droits coutumiers) في فرنسا. ولم يرد في شأنها نص عام في التقنين المدني الفرنسي، ولكن وردت بعض نصوص تشريعية متفرقة في بعض تطبيقاتها التفصيلية . من ذلك الفقرتان الثانية والثالثة من المادة ٨٤٢ من التقنين المدني الفرنسي فيما يتعلق =

السويسري والمشروع الفرنسي الايطالي . وأخذ بها القضاء الفرنسي دون نص يبينهما تارة على وحدة المصلحة أو الشركة في المستند (communauté d'intérêt، communauté de titre) لا سيما [1] إذا كان هذا المستند عقداً ، ويبينها طوراً على مصلحة العدالة (intérêt de la justice) [2]. ويستخلص من أحكام القضاء الفرنسي أنه يجعل للخصم حق الإثبات ، ويلقى على خصمه واجب المعاونة في ذلك ما استطاع إليه سبيلاً ، ما دام لا يوجد مانع قانوني كوجوب الاحتفاظ بسر المهنة [3] . فإذا لم يقم الخصم بواجبه في المعاونة، وعطل على خصمه حقه في الإثبات ، أعتبر في منزلة من قادم الدليل ضده ، وخسر الدعوى [4] .

= بمستندات العين المقسومة التي توجد في يد أحد الشركاء المتقاسمين ، ومن ذلك المواد من ١٤ إلى ١٧ من التقنين التجاري الفرنسي فيما يتعلق بتقديم دفاتر التجار والاطلاع عليها – ولكن الفقه والقضاء في فرنسا يميلان إلى تعميم هذه التطبيقات على حالات أخرى لم ينص عليها (ديموج ٣ فقرة ٢١١ – ديموج في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٢١ ص ٧٤٠ وسنة ١٩٢٨ ص ٨٩٨ – دمونتيس Demontés في دعوى العرض في القانون الحديث رسالة من باريس سنة ١٩٢٢ – جلاسون وتيسيه وموريل ، فقرة ٥٩٤ – موريل فقرة ٤٧٩ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢١٧١ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤١٢ ص ٨٣٥ – ص ٨٣٦ – بيدان وبرو ٩ فقرة ١١٧٣ – فقرة ١١٧٥ – نقض فرنسي ١٧ يونية سنة ١٨٧٩ سيريه ١٨٨١ – ١ – ١١٦ – ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩٧ دالوز ١٨٩٩ – ١ – ٨٥ – ١٩ فبراير سنة ١٩٠٧ سيريه ١٩٠٧ – ١ – ٢٧١ – ١٦ مارس سنة ١٩٢١ مجلة القانون المدني ١٩٢١ ص ٧٤٠).

(١) وذلك كمحاضر الجرد وعقود القسمة وتصفية التركات والأموال المشتركة وعقود الوكالة والشركات (بيدان وبرو ٩ فقرة ١١٧٥ ص ٢٤٧ – ص ٢٤٨) .

(٢) محكمة رن ١٤ يونية سنة ١٩٢٨ المجلة الفصلية للقانون المدني ١٩٢٨ ص ٨٩٨ . أنظر كذلك القضاء البلجيكي : بروكسل ٦ مارس سنة ١٨٦٣ باسيكريزي ١٨٦٣ – ٩٦ – ليج ٤ أبريل سنة ١٨٦٨ باسيكريزي ١٨٦٨ – ٢١٩ . ويذهب كل من القضاء الفرنسي والقضاء البلجيكي إلى أن المبدأ القاضي بألا يجبر الخصم على تقديم مستند ضد نفسه (Nemo tenetur edere contra se) لا يجوز أن يتخذ ستاراً للحيلولة دون العدالة ولتحقيق أغراض ذاتية . ويقول بيدان وبرو في هذه المناسبة إن الاحتماء بالمبدأ على هذا الوجه يعد ضرباً من التعسف (abus des droits) (بيدان وبرو ٩ فقرة ١١٧٥ ص ٢٤٨) .

(٣) وكوجوب عدم انتهاك حرمة الرسائل ووجوب الامتناع عن الإضرار بالغير . وفي هذه الحدود لا يجوز للشخص الامتناع عن تقديم مستند أمره القضاء بتقديمه ، وإلا جاز الحكم عليه بغرامة تهديدية (astreinte) ، بل جاز الحكم ضده في الدعوى (نقض فرنسي ١٥ يوليو سنة ١٩٠١ داللوز ١٩٠١ – ١ – ٤٩٩ – بيدان وبرو ٩ فقرة ١١٧٥ ص ٢٤٨ – ص ٢٤٩) .

(٤) ويجوز كذلك إجبار الغير على تقديم مستند تحت يده إذا كان هذا الغير شخصاً يقوم بوظيفة عامة وذلك كمسجلي الحالة المدنية (officiers de l'état civil) وحافظي الرهون (conservateurs des hypothéques) وموثقي العقود (notaires) ، ويترك ذلك لتقدير القضاء . أما الأفراد الأجانب عن الخصومة فيجوز كذلك اجبارهم إذا ثبت ضدهم غش أو تدليس أو كانوا شهوداً في =

أما في مصر ، فقبل صدور التقنين المدني الجديد وتقنين المرافعات السابق كان القضاء يذهب إلى عدم إجبار الخصم على أن يقدم دليلاً يرى أنه ليس في مصلحته [1] . إلا أنه إذا طلب الخصم تكليف خصمه بتقديم ورقة تحت يده وامتنع عن تقديمها، فهذا الامتناع يكون محل اعتبار من المحكمة بحسب دلالته المحتملة ، ولا يتحتم اعتباره تسليماً بإدعاء الطالب [2] ، وللمحكمة أن تقضي لمصلحة الخصم الذي يرجح لديها أنه هو المحق [3] ، ولها أن تستخلص من امتناع الخصم دليلاً للحكم ضده [4] .

= الدعوى . هذا إلى أن الفرد الذي يمتنع دون حق عن تقديم مستند في يده يفيد العدالة يكون مسئولاً عن تعويض الضرر الذي يحدثه بمقتضى المادة ١٣٨٢ من التقنين المدني الفرنسي (بيدان وبرو ٩ فقرة ١١٧٦ — فقرة ١١٧٧) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه " لا يجبر خصم على أن يقدم دليلاً يرى أنه ليس في مصلحته ، فإن من حق كل خصم أن يحتفظ بأوراقه الخاصة به ، وليس لخصمه أن يلزمه بتقديم مستند يملكه ولا يريد تقديمه " (نقض مدني ١١ أبريل سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٠ ص ١٦٠ — وأنظر حكماً آخر في ٢ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ ص ١٠٨٢) . وقضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا قدم خصم في دعوى على الحكومة ورقة قال إنها صورة غير رسمية من أحد الخطابات المتبادلة بين إحدى مصالح الحكومة ووزارة المالية، جاز للحكومة أن تطلب من المحكمة أن تأمر باستبعادها من دوسيه الدعوى . لأنه إذا كان لا يجوز إلزام الحكومة بتقديم الأصل ، فلا يجوز قبول تقديم ورقة زعم مقدمها أنها صورة طبق الأصل ليحرج الحكومة إلى تقديم الأصل المخالف للصورة (محكمة الاستئناف ٦ ديسمبر سنة ١٩١١ المحاماة ٢ رقم ٦٩ ص ٢٢٢) وقضت محكمة الموسكي بأنه لا يجوز إعطاء صور التلغرافات للغير لأنها معتبرة من الأوراق الخصوصية (محكمة الموسكي ١٩ مايو سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ١١٤ ص ١٦٤) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه " إذا طلب الخصم تكليف خصمه بتقديم ورقة تحت يده مدعياً أن له حقاً فيها وامتنع عن تقديمها فهذا الامتناع إنما يكون محل اعتبار من المحكمة بحسب دلالته المحتملة وبغير إلزام من القانون بعده حتماً تسليماً بقول الطالب (نقض مدني ١١ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٨٥ ص ٥٦٣ . وأنظر أيضاً استئناف مختلط ١٠ يونية سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٤٠٢ — ١٦ ديسمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ٢٢) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه " إذا كانت محكمة الموضوع قد اتخذت إجراء من إجراءات تحضير الدعوى بأن كلفت أحد الخصوم بتقديم ورقة من الأوراق ، فلم يقدمها وادعى عدم وجودها عنده ، فإن لها أن تحكم في موضوع الدعوى لمصلحة الخصم الذي يرجح لديها أنه هو المحق . وبحسبها أن تكون قد دونت في حكمها بعيداً عن رقابة محكمة النقض ، لأن الاجتهاد في ذلك كله داخل في فهم الواقع في الدعوى مما لا شأن فيه للقانون (نقض مدني ٢ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٤٢ ص ١٠٨٢) .

(٤) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا امتنع الخصم من تقديم مستند — كمحضر جرد تركة — بعد تكليف المحكمة له بتقديمه ، وأصبح من المستحيل بسبب هذا الامتناع الاطلاع على هذا المستند ، اعتبر خصمه قد أقام الدليل على ما كان يطالب إثباته من واقع هذا المستند (استئناف مختلط ١٠ ديسمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ٢٢) .

وقد كان المشروع الابتدائي للتقنين المدني الجديد يحتوى على نص يقرر دعوى العرض (action ad exhibendum) ويفصل أحكامها على غرار المشروع الفرنسي الإيطالي ، فحذف في لجنة المراجعة لأنه أدخل في باب المرافعات ، وكان هذا النص (المادة ٢٧٣ من المشروع الابتدائي) يجرى على الوجه الآتي : (١) كل من حاز شيئاً أو أحرزه يلتزم بعرضه على من يدعى حقاً متعلقاً به متى كان فحص الشيئ ضرورياً للبت في الحق المدعى به من حيث وجوده ومداه ، فإذا كان الأمر متعلقاً بسندات أو أوراق أخرى ، فللقاضى أن يأمر بعرضها على ذي الشأن وبتقديمها عند الحاجة إلى القضاء ، ولو كا ذلك لمصلحة شخص لا يريد إلا أن يستند إليها في إثبات حق له ، (٢) على أنه يجوز للقاضى أن يرفض إصدار الأمر بعرض الشيئ إذا كان لمن أحرزه مصلحة مشروعة في الامتناع عن عرضه، (٣) ويكون عرض الشيئ في المكان الذي يوجد فيه وقت طلب العرض ، ما لم يعين القاضى مكاناً آخر ، وعلى طالب العرض أن يقوم بدفع نفقاته مقدماً ، وللقاضى أن يعلق عرض الشيئ على تقديم كفالة تضمن لمن أحرز الشيئ تعويض ما قد يحدث له من ضرر بسبب العرض [1] .

ولم يتضمن تقنين المرافعات السابق هذا النص بالرغم من أن حذفه من مشروع التقنين المدني كان بسبب أنه أدخل في باب المرافعات كما تقدم القول . على أن تقنين المرافعات السابق تضمن طائفة من النصوص لالزام الخصم بتقديم ورقة تحت يده ، فنصت المادة ٢٥٣ على أنه " يجوز للخصم في الحالات الآتية أن يطلب إلزام خصمه بتقديم أية ورقة منتجة في الدعوى تكون تحت يده " : (١) إذا كان القانون يجيز مطالبته بتقديمها أو تسليمها (٢) إذا كانت مشتركة بينه وبين خصمه ، وتعتبر الورقة مشتركة على الأخص إذا

---

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في شأن هذا النص ما يأتي : " يدخل الالتزام بتقديم شيئ في نطاق الالتزامات المقررة بنص القانون " . ويقتضى ترتيب هذا الالتزام اجتماع شروط ثلاثة : (أ) أولها أن يدعى شخص بحق يتعلق بشيئ ، شخصياً كان الحق أو عينياً . (ب) والثاني أن يكون الشيئ المدعى به في يد شخص آخر على سبيل الحيازة أو الاحراز ، سواء أكان هذا الشخص خصماً في الدعوى أم لم يكن خصماً فيها . (ج) والثالث أن يكون فحص الشيئ ضرورياً للبت في الحق المدعى به من حيث وجوده ومداه . ويرجع تقدير هذه الضرورة إلى القاضى ... فإذا اجتمعت الشروط المتقدم ذكرها ، جاز للقاضى أن يأمر بعرض الشيئ أو الوثيقة المطلوبة ، إلا أن يتمسك المدين بمصلحة مشروعه أو سبب قوى للامتناع ، كالحرص على حرمة سر عائلي مثلاً . والأصل في العرض أن يحصل حيث يوجد الشيئ وقت رفع الدعوى. ولكن يجوز للقاضى أن يحكم بغير ذلك كما هو الشأن في تقديم الشيئ أمام القضاء . وتكون نفقات العرض على نفقة من يطلبه . ويجوز إلزامه ، إذا رأى القاضى ذلك ، بتقديم تأمين لضمان تعويض ما قد يصيب محرز الشيئ من ضرر من وراء هذا العرض . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩١ – ص ٤٦٢ في الحاشية) .

كانت محررة لمصلحة الخصمين أو كانت مثبتة لالتزاماتهما وحقوقهما المتبادلة [1] . (٣) إذا استند إليها خصمه في أية مرحلة من مراحل الدعوى [2] [1] ، وأولى هذه الحالات – حالة ما إذا كان القانون يجيز المطالبة بتقديم الورقة أو تسليمها – مثله ما نصت عليه المادة ٢٨ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ من أنه : (١) يجوز للمحكمة بناء على طلب الخصوم أو من تلقاء ذاتها أن تأمر التاجر بتقديم دفاتره إليها لاستخلاص ما يتعلق بالنـــزاع المعروض عليها . وللمحكمة أن تطلع على الدفاتر بنفسها أو بواسطة خبير تعينه لذلك . (٢) لا يجوز للمحكمة أن تأمر التاجر باطلاع خصمه على دفاتره إلا في المنازعات المتعلقة بالتركات ومواد الأموال المشاعة والشركات .

فهذا نص يجيز في المنازعات التجارية وبعض المنازعات المدنية وهي المتعلقة بالتركات ومواد الأموال المشاعة والتركات أن تأمر المحكمة بناء على طلب الخصوم أو من تلقاء نفسها أن تأمر التاجر بتقديم الدفاتر التجارية والاطلاع عليها لاستخلاص ما يتعلق بالنـــزاع المعروض عليها وسنعود إلى المادة ٢٨ من القانون التجاري ببيان أوفى عند الكلام في دفاتر التجار كطريق من طرق الإثبات .

وتحدد المادة ٢١ من قانون الإثبات (تقابلها المادة ٢٥٤ مرافعات الملغاة) البيانات الواجب ذكرها في الطلب الذي يتقدم به الخصم لإلزام خصمه بتقديم المحرر الواجب تقديمه، فتقول : " يجب أن يبين في هذا الطلب : (١) أوصاف المحرر الذي يعينه (٢) فحوى المحرر بقدر ما يمكن من التفصيل (٣) الواقعة التي يستدل به عليها (٤) الدلائل والظروف التي تؤيد أنها تحت يد الخصم (٥) وجه إلزام الخصم بتقديمه " . وتبين المادة ٢٣ من قانون الإثبات

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن قاعدة أنه لا يجوز إلزام خصم بتقديم مستندات لخصـــمه ولا يجـــوز انتقـــال المحكمة للاطلاع عليها إلا إذا كانت هذه المستندات رسمية لا تنطبق في حالة ما إذا كانت الورقة مشـــتركة بين الطرفين بأن كانت مثبتة لالتزامات متبادلة بينهما (نقض مدني ٨ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعـــة أحكـــام النقض ٢ رقم ٦١ ص ٣٢٠) .

(٢) ومن أجل ذلك نصت المادة ٢٥٨ من تقنين المرافعات على أنه " إذا قدم الخصم ورقة للاســـتدلال بهـــا في الدعوى ، فلا يجوز له سحبها بغير رضاء خصمه إلا بإذن كتابي من القاضي أو رئيس الدائرة " .

(1) لئن أجازت المادة ٢٥٣ من قانون المرافعات رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ المقابلة للمادة ٢٠ من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية الصادرة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ للخصم أن يطالب الزام خصمه بتقديم أيـــة ورقة منتجة في الدعوى تكون تحت يده إذا توافرت إحدى الأحوال الثلاثة الواردة فيها ، إلا أن الفصل في هذا الطلب بإعتباره متعلقاً بأوجه الإثبات متروك لتقدير قاضي الموضوع فله أن يلتفت عنه إذا كون عقيدته في الدعوى من الأدلة التي أطمأن إليها .
(جلسة ١٩٧٧/٧/٢٧ الطعن رقم ١٨٩ لسنة ٤١ ق س ٢٨ ص ٥٧٢) .
(جلسة ١٩٧٠/١٢/١٧ الطعن رقم ٢٨٥ لسنة ٣٦ ق س ٢١ ص ١٢٦٣) ..

(تقابلها المادة ٢٥٦ مرافعات الملغاة) النتيجة التي ينتهي إليها الطالب في حالة القدرة على إثبات صحة طلبه وفي حالة العجز عن هذا الإثبات على الوجه الآتي : " إذا أثبت الطالب طلبه أو أقر الخصم بأن المحرر حيازته أو سكت ، أمرت المحكمة بتقديم المحرر في الحال أو في اقرب موعد تحدده . وإذا أنكر الخصم ولم يقدم الطالب إثباتاً كافياً لصحة الطلب ، وجب أن يحلف المنكر يميناً بأن المحرر لا وجود له أو أنه لا يعلم وجوده ولا مكانه وأنه لم يخفه أو لم يهمل البحث عنه ليحرم خصمه من الاستدلال به " . وتذكر المادة ٢٤ من قانون الإثبات جزاء عدم تقديم الورقة أو الامتناع عن حلف اليمين ، فتقول : " إذا لم يقم الخصم بتقديم المحرر في الموعد الذي حددته المحكمة أو امتنع عن حلف اليمين المذكورة ، اعتبرت صورة المحرر التي قدمها خصمه صحيحة مطابقة لأصلها ، فإن لم يكن خصمه قد قدم صورة من المحرر جاز الأخذ بقوله فيما يتعلق بشكله أو بموضوعه " . وقد سبق أنَ أوردنا هذا النص كحالة يجوز فيها أن يتمسك الشخص بدليل صدر منه هو . وتجرى المادة ٢٦ من قانون الإثبات (تقابلها المادة ٢٥٩ مرافعات الملغاة) الأحكام السابقة على إلزام الغير بتقديم ورقة تحت يده على النحو الآتي : " يجوز للمحكمة أثناء سير الدعوى ، ولو أمام محكمة الاستئناف ، أن تأذن في إدخال الغير لإلزامه بتقديم ورقة تحت يده ، وذلك في الأحوال ومع مراعاة الأحكام والأوضاع المنصوص عليها في المواد السابقة " .

وهذه النصوص كلها مستحدثة في تقنين المرافعات الصادر سنة ١٩٤٩ وقانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ ، وقد أخذت عن تقنين المرافعات الألماني (م ٣٨٦ وما بعدها) وعن تقنين المرافعات التركي (م ٣٢٦ وما بعدها) [١].. وهي على كال حال أضيق في نطاقها من دعوى العرض التي حذف نصها من مشروع التقنين المدني . فهي لا تجيز إلزام الخصم أو الغير بتقديم ورقة تحت يده هي مستند في الدعوى إلا في أحوال ثلاث ذكرتها المادة ٢٠ من قانون الإثبات (تقابلها المادة ٢٥٣ مرافعات الملغاة) [٢] . أما نص مشروع

---

(١) أنظر شرح المرافعات المدنية والتجارية للدكتور عبد المنعم أحمد الشرقاوي ص ٤٥٦ – ص ٤٦٠ وكتاب المرافعات المدنية والتجارية للدكتور أحمد أبو الوفا ص ٤٩٢ – ص ٤٩٤ .

(٢) ويكون الأمر مع ذلك أيضاً متروكاً لتقدير القاضي ، فله أن يرفض طلب تقديم الورقة ، ولو في إحدى هذه الحالات الثلاث ، إذا تبين له عدم جدية الطلب . وقد قضت محكمة النقض بأنه وإن كانت المادة ٢٥٣ من تقنين المرافعات تجيز للخصم أن يطلب إلزام خصمه بتقديم أية ورقة منتجة في الدعوى تكون تحت يده إذا توافرت إحدى الأحوال الثلاث الواردة فيها، إلا أن الفصل في هذا الطلب بإعتباره = = متعلقاً بأوجه الإثبات متروك لتقدير قاضي الموضوع ، فله أن يرفضه إذا تبين له عدم جديته ، وإذن فمتى كانت المحكمة ، إذ رفضت إجابة طلب الطاعن بإلزام المطعون عليه بتقديم دفاتر الوقف لإثبات وفائه للأجرة التي ادعى أنه قدام بدفعها ، قد قررت ، بالأدلة المبررة التي أوردتها ومما لها من سلطة التقدير الموضوعية في هذا الخصوص ، أنه طلب غير جدي ، فإن النعي عليها بمخالفة القانون يكون على غير أساس (نقض مدني ١١ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام محكمة النقض ٤ رقم ٢٩ ص ١٨٣) .

التقنين المدني المحذوف فقد كان يجيز إلزام الخصم أو الغير بتقديم المستند الذي في حوزته حتى في غير هذه الأحوال الثلاث ، متى ثبت أن فحص هذا المستند ضروري للبت في الحق المدعى به ، ويرجع تقدير هذه الضرورة إلى القاضي . هذا إلى أن النص المحذوف عام يتناول المستندات وسائر الأشياء الأخرى . " فيجوز مثلاً – كما جاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي [1] – لمالك الشيئ المسروق أن يطالب من يشتبه في حيازته له بعرضه عليه ليثبت من ذاتيته . ويجوز كذلك لوارث المهندس أن يطلب تمكينه من معاينة الترميمات التي أجراها مورثه حتى يتسنى له أن يعين مدى حقه في الأجر بعد أن آل إليه هذا الحق من طريق الميراث . فإذا كان الشيئ الذي يطلب عرضه سنداً أو وثيقة فيلاحظ أمران : أولهما أن فحص الوثيقة قد يكون ضرورياً لا للبت في وجود الحق المدعى به وتعيين مداه ، بل لمجرد الاستناد إليها في إثبات حق الطالب. والثاني أن للقاضي أن يأمر عند الاقتضاء بتقديم الوثيقة للمحكمة لا مجرد عرضها على الطالب. فيجوز مثلاً لمشترى الأرض ، إذا تعهد بالوفاء بما بقي من ثمن آلة زراعية ملحقة بها ، أن يطلب عرض الوثائق الخاصة بتعيين القدر الواجب أداؤه من هذا الثمن . ويجوز كذلك لموظف يدعى أن عزل تعسفياً أن يطلب تقديم ملف خدمته للقضاء ليستخلص منه الدليل على التعسف " . .

وإذا كانت نصوص قانون الإثبات ضيقة من حيث نطاقها ، فهي على العكس من ذلك واسعة من حيث ترتب الجزاء عليها ، وقد رأينا أن الخصم أو الغير إذا لم يقم بتقديم المحرر اعتبرت صورة المحرر التي قدمها الخصم المدعى صحيحة مطابقة لأصلها ، فإن لم يكن هذا قد قدم صورة المحرر جاز الأخذ بقوله فيما يتعلق بشكله أو بموضوعه . وهذا اقصى جزاء يمكن أن يترتب على الشخص إذا أخل بالتزامه القانوني من تقديم مستند تحت يده .

§ ٢ ـ مسائل الإثبات

٣٢ – مسائل ثلاث : مسائل الإثبات بوجه عام ثلاث :

(أولا) **محل الإثبات** (objet de la preuve) .

(ثانياً) **عبء الإثبات** (charge de la preuve, onus probandi) .

(ثالثاً) **طرق الإثبات** (procédés de la preuve) .

ونتناول هذه المسائل الثلاث متعاقبات .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩١ – ص ٤٩٢ في الحاشية .

أولاً ـ محل الإثبات

أ – ما هو محل الإثبات :

٣٣ – محل الإثبات هو مصدر الحق وليس الحق ذاته : قدمنا أن محل الإثبات ليس هو الحق المدعى به ، شخصياً كان هذا الحق أو عينياً ، بل هو المصدر الذي ينشئ هذا الحق .

والمصادر التي تنشئ الحقوق ، أيا كانت ، لا تعدو أن تكون إما تصـــرفاً قانونياً (acte juridique) وإما واقعة قانونية (fait juridique) على النحو الذي بيناه فيما تقدم .

٣٤ – بل هو مصدر أية رابطة قانونية : والمدعى به لا يقتصر على أن يكون قيام حق ، بل قد يكون انقضاء هذا الحق . مثل ذلك أن يرفع شخص على آخر دعوى يدين ويثبت وجوده ، فيدفع المدعى عليه الدعوى بإنقضاء الدين ، ففي هذا الدفع يصبح المدعى عليه مدعياً ويقع عليه عبء إثبات إنقضاء الدين ، ومثل ذلك أيضاًيرفع شخص على مالك عقار دعوى ثبوت حق انتفاع له على هذا العقار أو حق ارتفاق ويثبت هذا الحق ، فيدفع المدعى عليه الدعوى بانقضاء حق الانتفاع أو حق الارتفاق . وفي جميع هذه الأحوال يكون المدعى به في الدفع ليس وجود الحق ، شخصياً كان أو عينياً ، بل زواله. وزوال الحق كوجوده يرجع إما إلى تصرف قانوني وإما إلى واقعة قانونية . فمحل الإثبات هنا أيضاً هو التصرف القانوني أو الواقعة القانونية .

وقد يكون المدعى به ليس وجود حق أو زواله ، بل وصفاً قانونياً يلحق وجود الحق أو زواله ، أي يلحق التصرف القانوني أو الواقعة القانونية . أما ما يلحق الواقعة القانونية فمثله أن تكون الواقعة المتمسك بها عملاً غير مشروع ثم توصف بأن الدافع لارتكابها هو الدفاع الشرعي عن النفس ، فهذا الوصف أيضاً هو واقعة قانونية يجب إثباته على النحو الذي تثبت به الواقعة القانونية الأصلية . وأما ما يلحق بالتصرف القانوني – غير الأوصاف المعروفة المعدلة لآثار الالتزام – فمثله أن يكون التصرف عقداً ويتمسك الخصم بأنه باطل أو بأنه قابل للإبطال أو بأنه قد فسخ . وأسباب البطلان منها ما يرجع للتراضي ومنها ما يرجع للمحل ومنها ما يرجع للسبب ، وهذه كلها جزء من التصرف القانوني تثبت على النحو الذي يثبت به . وأسباب القابلية للإبطال منها ما يرجع للأهلية ومنها ما يرجع لعيوب الإرادة من غلط وتدليس واكراه واستغلال ، وهذه كلها وقائع قانونية تثبت على النحو الذي تثبت به الواقعة القانونية . وأسباب الفسخ قد تكون تصرفاً قانونياً بأن يختار العاقد

فسخ العقد بارادته ، وقد تكون واقعة قانونية بألا يقوم العاقد بتنفيذ التزامه في عقد ملزم للجانبين .

٣٥ – محل الإثبات ليس إلا التصرف القانوني أو الواقعة القانونية :

ويتبين من ذلك كله أن محل الإثبات لا يعدو أن يكون تصرفاً قانونياً أو واقعة قانونية . فإلى هذين مرد نشوء الحق وزواله وتعديله وأوصافه القانونية . بل إلى هذين مرد كل الروابط القانونية ، أيا كانت هذه الروابط .

ومن ثم لا معدى لمن يقوم بالإثبات من أن يثبت أحد أمرين . إما تصرفاً قانونياً أو واقعة قانونية [1] . ومتى أثبت ذلك ، كان على القاضي أن يستخلص مما ثبت ما يرتب القانون عليه من الآثار .

٣٦ – عنصر الادعاء – الواقع والقانون : فالادعاء بحق أو بأية رابطة قانونية أمام القضاء ينقسم إذن إلى عنصرين :

(١) عنصر الواقع ، وهو مصدر الحق المدعى به ، أي التصرف القانوني أو الواقعة القانونية التي أنشأت هذا الحق . وهذا العنصر هو وحده الذي يطالب المدعي باثباته

---

(١) فلا يكون الحق ذاته محلاً للإثبات كما قدمنا . وقد جاء في الموجز للمؤلف (ص ٦٤٩ – ص ٦٥٠) تأكيداً لهذه القاعدة الهامة ما يأتي : " ويعنينا أن نشدد في بيان أن الأمر الذي يكون محلاً للإثبات هو مصدر الحق لا الحق ذاته . فإن الغفلة عن هذه القاعدة الجوهرية يوقع في كثير من الخلط . وينبني على ذلك أن الالتزام ذاته لا يكون محلاً للإثبات ، فهو لا يثبت أو ينتفي ، بل هو يستخلص من مصدره ، ومصدر الالتزام وحده هو الواقعة القانونية التي تكون محلاً للإثبات ، فالدائن الذي يريد إثبات التزام في ذمة مدينه عليه أن يثبت مصدر هذا الالتزام ، هل هو عقد أو إرادة منفردة ، أو هو عمل غير مشروع ، أو هو إثراء على حساب الغير ، أو هو واقعة طبيعية يرتب عليها القانون إنشاء هذا الالتزام . وهذه هي مصادر الالتزام التي بـ ١٠١ في أول هـذا الكتاب . ونرى من ذلك الأن الأمر الذي يكون محلاً للإثبات بالنسبة لجميع الحقوق هو الواقعة القانونيـة (fait juridique) دائماً ، فإن الواقعـة القانونية هي = = مصدر لكل الحقوق كما بينا . وهي إما أن تكون واقعة طبيعية أو واقعة اختيارية ، والواقعة الاختيارية إما أن تكون عملاً مادياً أو عـ ـلاً قانونيـاً ، والعمل القانوني إما أن يكون عقداً أو إرادة منفردة ، على التفصيل الذي قدمناه " .

هذا وقد جاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي ما يأتي : " يتعين أن يقام الدليل على كل واقعـة قانونية يدعى بها وفقاً للأحكام المنصوص عليها في القانون المدني ، متى توزعت هذه الواقعـة أو أنكـرت صحتها. والجوهر في هذا الصدد هو أن الإثبات يرد على الواقعة القانونية ذاتها بوصفها مصدراً للحـق أو الالتزام ، دون هذا الالتزام أو ذاك الحق . وغني عن البيان أن تفصيل هذه الفكرة أشكل بأغراض الفقه منه بأغراض التقنين " . ثم لما تليت المادة ٥٢٦ من المشروع التمهيدي في لجنة المراجعة ، ونصها : " على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه " ، ذكر أن المقصود بعبارة " إثبات الالتزام " هـو إثبـات مصدر الالتزام . (أنظر في كل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٩ – ص ٣٥٠) .

والإثبات هنا يتناول مسائل موضوعية لا رقابة لمحكمة النقض عليها ، إلا فيما يرسمه القانون من قواعد قانونية للإثبات يلتزم القاضي بتطبيقها في السماح للخصوم بإثبات هذه المسائل . فمثلاً إذا رفع المشترى على البائع دعوى بتثبيت ملكيته للعقار الذي اشتراه ، فإن ثبوت عقد البيع مسألة موضوعية لا تخضع لرقابة محكمة النقض ، ولكن وجوب إثبات البيع إذا زادت قيمته على خمسمائة جنيه بالكتابة أو بما يقوم مقامها مسألة قانونية تخضع لهذه الرقابة.

(٢) عنصر القانون ، وهو استخلاص الحق من مصدره بعد أن يثبت الخصم هذا المصدر ، أي تطبيق القانون على ما ثبت لدى القاضي من الواقع . وهذا من عمل القاضي وحده ، لا يكلف الخصم إثباته . فالقانون لا يكلف أحداً هذا الإثبات ، بل على القاضي أن يبحث من تلقاء نفسه عن القواعد القانونية الواجبة التطبيق على ماثبت عنده من الواقع فيطبقها . وهو في تطبيقها يخضع لرقابة محكمة النقض [1] . ففي المثل المتقدم ، بعد إثبات عقد البيع بالكتابة، يكون على القاضي أن يستخلص منه التزاماً في ذمة البائع بنقل ملكية العقار المبيع للمشترى ، وعلى القاضي أن يستخلص أيضاً أن الملكية لا تنتقل فعلاً إلى المشترى إلا بتسجيل عقد البيع. وكل هذه مسائل قانونية يقضي بها دون أن يكلف أحداً من الخصمين بإثباتها . فهي ليست محلاً للإثبات إذ المفروض أن القاضي هو أول من يعلم القانون وقد ناطت الدولة به تطبيقه . بل إن القاضي لا يستطيع أن يمتنع عن القضاء بحجة أنه لا توجد أحكام قانونية يمكن تطبيقها . وإن امتنع عد امتناعه نكولا عن أداء العدالة (Déni de justice).

٣٧ – تفسير القانون يلحق بعنصر القانون ، ويقع عبؤه على القاضي لا على الخصم : وقد يقع أن تكون أحكام القانون غامضة ، فتكون في حاجة

---

(١) وذلك على عكس العنصر الأول ، عنصر الواقع ، فهو كما قدمنا مسألة موضوعية لا تخضع لرقابة محكمة النقض . وقد وازن بارتان (أوبري ورو جزء ١٢ طبعة خامسة فقرة ٧٤٩ هامش رقم ٢ مكرر ٤) بين منطقة الإثبات – وهي منطقة الواقع – ومنطقة الطعن بالنقض – وهي منطقة القانون – وعارض إحداهما بالأخرى .

ولاحظ بارتان بحق (أوبري ورو جزء ١٢ طبعة خامسة فقرة ٧٤٩ هامش رقم ٣) أن القاعدة التي تقضي بوجوب أن يبحث القاضي من تلقاء نفسه عن القواعد القانونية الواجبة التطبيق هي التي تؤسس قاعدة أخرى معروفة تقضي بجواز إثارة وجود للطعن جديدة (moyens nouveaux) في الاستئناف دون النقض . ذلك أن قاضي محكمة أول درجة ملزم بالبحث من تلقاء نفسه عن جميع القواعد القانونية التي يجب تطبيقها في الدعوى . فإذا قصر في البحث ، جاز لمحكمة الاستئناف ، من تلقاء نفسها كذلك ، أن تتدارك هذا النقص. ومن ثم جاز للخصوم أيضا أن يثيروا وجوهاً قانونية جديدة لم تسبق لهم إثارتها أمام محكمة أو درجة ، لأن هذه المحكمة كان من الواجب عليها أن تثير هذه الوجوه القانونية من تلقاء نفسها .

إلى التفسير. وعلى القاضى أيضاً يقع عبء هذا التفسير لا على الخصم . فالقاضى هو المنوط به تفسير القانون وتطبيقه تطبيقاً صحيحاً على الواقع الذي ثبت أمامه بالطرق القانونية . وإذا كان الخصم يجتهد في أن يقنع القاضى بتفسير للقانون يكون في مصلحته، فليس هذا من جهة الخصم إثباتاً لأحكام القانون ، بل هي محاولة يبذلها لحمل القاضى على أن يفهم القانون الفهم الذي يتفق مع مصلحته . وهي محاولة لم يكلف القانون الخصم بها ، ولم يرسم لها طرقاً معينة كما رسم لإثبات الواقع . وهي بعد محاولة قد تنجح وقد تفشل ، وللقاضى فيها القول الفصل . وآية ذلك أن القاضى في تفسير القانون يستطيع أن يحكم بعلمه ، وهو لا يستطيع ذلك في إثبات الواقع . بل هو في القانون وفي تفسيره لا يحكم إلا بعلمه ، وهذا العلم هو مصدره الوحيد لمعرفة القانون . وغني عن البيان أنه يستعين في تحصيل هذا العلم بمراجعة نصوص القانون ، وما وضعه الفقه من شرح لهذه النصوص ، وما قرره القضاء من مبادئ في تطبيقها . ولكنه في النهاية يعتمد على فهمه الشخصي لأحكام القانون ، لا يقيده في ذلك فقه مبسوط أو قضاء سابق . وإنما يكون في هذا الفهم الشخصي خاضعاً لرقابة المحكمة العليا ، فتعقب على قضائه فيما ترى التعقيب عليه [1] .

٣٨ – متى يصبح القانون مسألة موضوعية يتعين على الخصم إثباته

– **العادة الاتفاقية والقانون الأجنبي** : على أن القانون يصبح مسألة موضوعية ، فيتعين على الخصم إثباته ، ولا يخضع القاضى في تطبيقه لرقابة محكمة النقض، في موضوعين:

(أولاً) إذا كانت هناك قاعدة تقوم على العادة الاتفاقية (Usage conventionnel) وتعتبر شرطاً مفترضاً في العقد لا حاجة إلى التصريح به فتصبح القاعدة في هذه الحالة شرطاً من شروط العقد ، شأنها في الإثبات شأن سائر شروط العقد يتعين على من يتمسك بها أن يقوم بإثباتها . فإذا سلم بها الخصم الآخر لما استفاض من شهرتها العامة (Notoriété publique) ، أخذ بها القاضى كمسألة موضوعية ثابتة . وإن نازع الخصم فيها ، كان على ذى المصلحة من الخصوم أن يثبتها ، ويكون ذلك بجميع الطرق ولو بالبينة أو بقول أهل

---

(١) وقد قضت محكمة النقض (الدائرة المدنية) بأنه لكي ينتج الإقرار أثره القانوني يجب أن يكون متعلقاً بواقعة لا بالتطبيق القانوني ، لأن تفسير القانون وتطبيقه على واقعة الدعوى هو من شأن المحكمة وحدها لا من شأن الخصوم . وإذن فإن إقرار المطعون عليهما بانطباق المادة ٣٧ من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ على الوصية موضوع النزاع لا يقيد المحكمة في شيء (٢٢ أكتوبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام محكمة النقض السنة الخامسة رقم ٥ ص ٦٢) .

هذا وقد يدور النزاع ، لا حول معرفة القانون أو تفسيره ، بل حول تاريخ نشره ، وتاريخ النشر واقعة مادية تثبت بجميع الطرق وبخاصة عن طريق البحث في الجريدة الرسمية (قارن بيدان وبرو ٩ فقرة ١١٤٢ ص ٢٠٩ – ص ٢١٠) .

العلم بها [1] . ذلك أن هذه القاعدة ، وإن كانت تدخل ضمن قانون العقد ، إلا أنها تصبح مسالة واقع لا مسألة قانون ، إذ ترد في النهاية إلى إرادة المتعاقدين المفترضة ، فهما قد ارتضيا فرضاً لما الفته الناس في التعامل من الشروط [2] .

ثم إن المراد إثباته هنا ليس هو أن المتعاقدين قد ارتضيا القاعدة شرطاً من شروط العقد ، فإن التراضي على ذلك مفروغ منه بحكم أن القاعدة تقوم على العادة التي ألفتها الناس في التعامل ، وإلا لوجب أن يكون إثباتها بالكتابة فيما يجب إثبات التصرف القانوني فيه بهذه الطريقة . ولكن الإثبات ينصب في هذه الحالة على مجرد وجود العادة الاتفاقية وقيامها المادي (Sa matérialité) ، وهذه واقعة مادية تثبت بجميع الطرق كما قدمنا . ويخلص من ذلك أن التعرف على القاعدة التي تقوم على العادة الاتفاقية لا يخضع لرقابة محكمة النقض ، بل يصبح مسألة واقع لا تعقيب فيها على محكمة الموضوع [1] .

وهذا بخلاف القاعدة القانونية التي يكون مصدرها العرف (Coutume) لا العادة (Usage) ، فهذه مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض . وقد عارض بارتان [3] بين العادة والعرف من حيث الإثبات . فالعادة ، على ما عرفت ، عنصر من عناصر الواقع ، يتمسك بها الخصم فعليه إثباتها ، كما يفعل في سائر شروط العقد الصريحة أو الضمنية . أما العرف فقاعدة قانونية ، شأنها في الإثبات شأن القواعد القانونية التي يكون مصدرها التشريع. وليست القاعدة القانونية التي تقوم على العرف في حاجة إلى الإثبات أكثر من حاجة القاعدة القانونية التي تقوم على التشريع . كلتا القاعدتين قانون واجب التطبيق (opinio juris vel necessitatis) يتعين على القاضي البحث عنه من تلقاء نفسه لتطبيقه، دون حاجة إلى إثباته من جانب الخصوم [4] .

---

(١) بيدان وبرو ٩ فقرة ١١٤٥ ص ٢١٣ .

(٢) وقد قضت محكمة مصر (الدائرة الاستئنافية) بأنه يجوز تفسير العقد المكتوب بالرجوع إلى العادات المتبعة في التجارة ، والتي يكون من شأنها تغيير نتائج العقد الاعتيادية غير المذكورة فيه . وهذه العادات يصح إثباتها بالبينة . وينتج عن ذلك أنه إذا امتلك دباغان عقاراً شائعاً بينهما لحاجات صناعتهما ، صح الحكم ، تبعاً للعادة عند أرباب طائفتهما ، بأن من يكون منهما قد أقام معملا على العقار بعد الامتلاك، له الحق في طلب تثبيت ملكيته له خاصة ولو لم يكن ثمة شرط صريح (١١ أبريل سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ٦٨) .

(1) متى كان الطاعن يدعى قيام " العادة الاتفاقية " بين الشركة وموظفيها على العمل في الخارج في غير أوقات العمل لديها فإن عليه هو لا على الشركة إثبات وجودها وإثبات أن المتعاقدين كليهما قد قصدوا الالتزام بها واتباعها .
(جلسة ١٩٦٢/٥/٢٣ الطعن رقم ٢٨٢ سنة ٢٧ ق س ١٣ ص ٦٥١) .

(٣) تعليق بارتان على أوبري ورو جزء ١٢ طبعة خامسة فقرة ٧٤٩ هامش رقم ٣ مكرر .

(٤) وقد كانت القاعدة القانونية التي تقوم على العرف تعتبر في الماضي عنصراً من عناصر الواقع يتعين على الخصم إثباتها ، شأنها في ذلك شأن العادة الاتفاقية . ويرجع السبب في ذلك إلى رغبة المحشين =

(ثانياً) إذا كان القانون المطبق قانوناً أجنبياً بمقتضى قاعدة من قواعد الإسناد مثل ذلك أن يطبق القاضي القانون الفرنسي في الحكم بصحة عقد زواج فرنسي بفرنسية . فهنا توجد مسألتان : (١) مسألة قانون ، هي قاعدة الإسناد التي تقضي بالرجوع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين ، وهي جزء من نصوص التقنين المدني المصـــــري (م ١٢ من التقنين المدني الجديد) ، ويخضع القاضي في تطبيقها لرقابة محكمة النقض . (٢) ومسألة واقع ، هي أحكام القانون الفرنسي (وهو قانون كل من الزوجين) الخاصة بصحة الزواج ، وهذه تكون محلاً للإثبات ، ويكلف الخصم ذو المصلحة إثباتها ، ومتى ثبتت وأخذ بها القاضي فإنه لا يكون خاضعاً لرقابة محكمة النقض في التعرف على أحكام القانون الأجنبي. وهنا أيضاً نرى أن القانون – القانون الأجنبي – يصبح مسألة موضوعية يتعين على الخصم إثباته ، ويعتبر في هذه الحالة واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع

= (Glossateurs) في أن تتغلب قواعد القانون الروماني على قواعد العـــرف المحليـــة (Droits coutumiers locaux) . فقواعد القانون الروماني لا حاجة إلى إثباتها بل القاضي يبحث عنها مـــن تلقاء نفسه ليطبقها ، أما قواعد العرف فهذه لا يطبقها القاضي إلا إذا أثبت الخصوم قيامها ، وبذلك تتغلب قواعد القانون الروماني على قواعد العرف . ثم بقي العمل على ذلك في فرنسا طوال القرن التاســع عشــر لسبب آخر غير فكرة تغليب قواعد القانون الروماني التي أصبحت غير ذات موضوع بعد صدور التقـــنين المدني الفرنسي . ذلك أن مدرسة الشراح على المتون (l'école de l'exégése) ، التي ظلت ســـائدة طوال ذلك القرن ، كذلك تعتبر أن القواعد القانونية لا تستمد إلا من التشريع ، فالتشريع وحده هو الذي يبحث عنه القاضي من تلقاء نفسه لتطبيقه دون الحاجة إلى إثباته من جانب الخصوم ، أما العرف فيتعين على الخصوم إثباته . ولما اندثرت هذه المدرسة في أوائل = = القرن العشرين ، اتجه الفقه الفرنسي اتجاهاً آخـــر ، تحت تأثير جني (gény) وسالي (saleilles) والفقه الجرماني ، فاعتبر القاعدة القانونية التي تقوم علـــى العرف في قوة القاعدة القانونية التي تقوم على التشريع (opinio juris vel necessitatis) كلتاهما قانون واجب التطبيق يتعين على القاضي البحث عنه من تلقاء نفسه لتطبيقه (بيدان وبرو ٩ فقرة ١١٤٤ ص ٢١١ – ص ٢١٢) . على أن هناك فارقا عملياً بين العرف والتشريع . فالتشريع أمر التعرف عليه ميسور ، فهو محصور في عبارات مكتوبة ، يصدر من هيئة معينة ، وفي يوم معين ، وينشر في سجل معروف ، ومن ثم يسهل استيعابه . أما العرف فيتكون على مر الزمن ، لا يعرف كيف بدأ ، ولا متى انتـــهى ، فيصـــعب في بعض الأحوال الاستيثاق منه . لذلك كان من مصلحة الخصم أن يتمسك بالعرف ويستطيع اثباته أن يثبتـــه للقاضي ، حتى لا تضيع عليه الفرصة إذا كان القاضي يجهل هذا العرف قانوناً لا يطالب الخصم بإثباتـــه ، وعلى القاضي أن يبحث عنه ، ويقضي فيه بعلمه ، ولمحكمة النقض أن تعقب عليه إذا هو طبق عرفاً غـــير موجود أو أغفل عرفاً قائماً ، سواء تنبه إلى ذلك أو لم ينتبه (بيدان وبـــرو ٩ فقـــرة ١١٤٤ ص ٢١٢ – الأستاذ عبد الباسط جميعي في نظام الإثبات في القانون المدني المصري فقرة ٥٩ – فقـــرة ٦٢) ، ويـــذهب الدكتور عبد المنعم فرج الصدة (ص ٢٦) ، مسايراً في ذلك الأستاذين حامد فهمي ومحمد حامد فهمي في كتاب " النقض " (فقرة ١٦ وفقرة ١٧) إلى أن العرف إذا كان محلياً " فإن افتراض علم القاضي به يصبح غير معقول ، وبالتالي يكون على الطرف الذي يستند إليه أن يثبته . وفي هذه الحالة يأخذ العـــرف حكـــم الواقعة التي يتعين إثباتها ، فيكون أمر التثبيت من قيامه متروكاً للقاضي ، فلا يخضع فيه لرقابة محكمة النقض، أما تطبيق هذا العرف بعد أن ثبت قيامه فيخضع لرقابة محكمة النقض " .

الطرق [1] ، ويدخل في ذلك رأي أهل العلم بالقانون الأجنبي والنصوص الرسمية لهذا القانون وما يقترن بهذه النصوص من تفسير فقهي وقضائي .

وعلى هذا جرى القضاء المصري [1] مقتدياً في ذلك بالقضاء الفرنسي [2] . والفقه في فرنسا منقسم في هذه المسألة . فريق يؤيد القضاء الفرنسي لأسباب ترجع في الغالب إلى اعتبارات عملية إذ لا يتيسر للقاضي في كثير من الأحوال أن يلم بالقانون الأجنبي [3] . وفريق آخر يعارض القضاء الفرنسي ويعتبر تطبيق قانون أجنبي مسألة قانون لا مسألة واقع ، لأن القانون لا تتحول طبيعته فيصبح واقعاً لمجرد أن قاضياً أجنبياً يطبقه بمقتضى قاعدة إسناد في قانونه الوطني [4] . وهناك من الفقهاء من يرى وجوب اعتبار تطبيق القانون

---

(1) الإستناد إلى قانون أجنبي لا يعد وأن يكون مجرد واقعة وهو ما يوجب على الخصوم اقامة الدليل عليه ولا يغني في إثبات تلك الواقعة تقديم صورة عرفية تحوي أحكام هذا التشريع .
(جلسة ١٩٥٥/٧/٧ الطعن رقم ٤٠٨ سنة ٢١ ق س ٦ ص ١٣٤٧) .
(جلسة ١٩٧١/١٢/٢٩ الطعنان رقما ٢٥ ، ٢٨ سنة ٣٢ أحوال شخصية س ٢٢ ص ١١٣٦) .
(جلسة ١٩٧٢/١١/١٨ الطعن رقم ٣٧٣ سنة ٣٦ ق س ٢٣ ص ١٢٥٧) .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن من يتمسك بقانون أجنبي يجب عليه أن يثبته وجوداً ومعنى (استئناف مختلط ٩ يونية سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٥٥) . أنظر أيضاً حكماً آخر في هذا المعنى (استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٩٧) . وقد جرى قضاؤنا المختلط – وكان القضاء الذي تتاح له فرصة تطبيق القوانين الأجنبية قبل استكمال المحاكم الوطنية لولايتها – في هذا مجرى القضاء الفرنسي (قارن الدكتور محمد عبد المنعم رياض في مبادئ القانون الدولي الخاص طبعة ثانية فقرة ٤٣٣) .

(٢) أنظر محكمة النقض الفرنسية (مدني) في ٦ فبراير سنة ١٨٣٤ سيريه ١٨٣٤ – ١ – ٢٠٩ – حكماً ثانياً في ١٦ مايو سنة ١٨٨٨ داللوز ١٨٨٨ – ١ – ٣٠٥ – حكماً ثالثاً (دائرة العرايض) في ١٩ فبراير سنة ١٩٢٩ سيريه ١٩٣٠ – ١ – ٤٩ – حكماً رابعاً في ٧ مارس سنة ١٩٣٨ داللوز الأسبوعي ١٩٣٨ – ٢٥٨ – حكماً خامساً في ٢٢ مارس سنة ١٩٤٤ داللوز ١٩٤٤ – ١٤٥ – حكماً سادساً في ٢٥ مايو سنة ١٩٤٨ داللوز ١٩٤٨ – ٣٥٧ .

(٣) باتيفول فقرة ٣٢٣ ص ٣٤٠ – أوبرى ورو ١٢ فقرة ٤٧٩ – ديمولومب ٢٩ فقرة ١٨٥ – بودري وبارد ٣ فقرة ٢٠٥٥ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٠٩ ص ٨٣١ – ص ٨٣٢ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢١٦٤ – دي باج (الفقه البلجيكي) ٣ فقرة ٧٠٦ . وأنظر في القانون المقارن رسالة الدكتور محمد صادق فهمي ص ٣٤٤ – ص ٣٤٨ . وأنظر أيضاً نبوابيه في مجلة القانون الدولي والتشريع المقارن ١٩٢٨ فقرة ٦ .

(٤) مورى في القواعد العامة في تنازع القوانين ص ٦٩ – بارتان في مبادئ القانون الدولي الخاص جزء ١ فقرة ١٠٧ – فاري سوميير ٢ فقرة ١١١٠ – فاليري فقرة ٤٣٩ – أرمانجون ١ فقرة ١٤١ .

الأجنبي مسألة قانون ، ولكنه مع ذلك يقر موقف القضاء الفرنسي للضرورات العملية [1] . والفقه في مصر منقسم انقسام الفقه في فرنسا [2] .

ونحن ، مع ذلك ، لا نتردد في اعتبار تطبيق أحكام القانون الأجنبي مسألة قانون لا مسألة واقع [1] . فإن القاضي ، إذا أمره قانونه الوطني بتطبيق أحكام قانون أجنبي ، وجب

---

(١) مارتي رسالة من تولوز فقرة ٩٦ – ليريبور بيجونيير في القانون الدولي الخاص طبعة ثالثة ص ٢٤٩ .

(٢) أكثر الفقه في مصر على أن تطبيق القانون الأجنبي يعتبر مسألة من مسائل القانون ، تصريحاً (الدكتور عبدالمنعم فرج الصدة ص ٢٩ – ص ٣٠ ويذهب إلى وجوب إعتبار تطبيق القانون الأجنبي مسألة من مسائل القانون وقد " تكون معاونة الخصم في بيان حكم القانون الأجنبي لازمة من الناحية العملية ، ولكن هذا لا ينزل بالقانون الأجنبي إلى مستوى الواقعة ، ثم إنه إذا كان القانون الوطني يقضي بتطبيق القانون الأجنبي على نزاع معين ، فإن هذا يقتضي تطبيقه على الوجه الصحيح وذلك بأن تكون مخالفته والخطأ في تفسيره محل رقابة من محكمة النقض . أما الصعوبة المزعومة في الإلمام بالقانون الأجنبي فلم يعد لها وجود بعد ما نراه اليوم بين مختلف الدول من صلات علمية ساعدت على تبادل المجموعات = = القانونية والقضائية والمؤلفات الفقهية بصورة شاملة". أنظر أيضاً نفس المؤلف ص ٢٧ – ص ٢٨ فيما جرى عليه العمل في هذه المسألة في انجلترا وألمانيا وسويسرا وإيطاليا) ، أو تلميحاً (الدكتور محمد عبد المنعم رياض في مبادئ القانون الدولي الخاص طبعة ثانية فقرة ٤٣٢ – فقرة ٤٣٣ – الدكتور حامد زكي في القانون الدولي الخاص المصري طبعة أولى فقرة ١٦٧ – فقرة ١٦٨ – الأستاذ أحمد نشأت رسالة الإثبات فقرة ٢٠ – الدكتور سليمان مرقس في أصول الإثبات في المواد المدنية فقرة ١٩ ص ١٨) – والقليل يذهب إلى أن تطبيق القانون الأجنبي يعتبر مسألة من مسائل الواقع (الدكتور عبدالسلام ذهني في نظرية الإثبات ١ ص ٩٤ – وبخاصة الأستاذ عبد الباسط جميعي ص ٥٥ – ص ٥٧ ويذهب إلى اعتبار القانون الأجنبي واقعة ، إذ أن القاضي لا يفترض فيه علم قانون غير دولته فهو ليس أداة إلا لدولته . ولا يعترض بأن قانون دولته أمره بتطبيق قانون أجنبي فقد أمره أيضاً بتطبيق قانون العقد والعقد واقعة . ولكن القانون الأجنبي واقعة عامة من الوقائع التي يمكن أن تكون محلاً لعلم الكافة ، فلا جناح على القاضي أن يبحث عنها إن شاء ، ولا عليه أيضاً إن أجرى في شأنها علمه الشخصي ولا يكون قضاؤه فيها بعلمه محل طعن مادام علمه مطابقاً للحقيقة . فإن لم يطمئن القاضي إلى نتائج بحثه وجب على الأخصام إقناعه ، فإن لم يستطيعوا جاز له أن يعتبر هذه حالة من الحالات التي لا يوجد فيها نص تشريعي وقد يرى تطبيق القانون المصري على أساس أن هذا ما تقضي به العدالة) .

(1) **تأخذ محكمة النقض برأي مخالف :**

أ – إذا كان الطاعن لم يقدم الدليل على القانون الإنجليزي باعتباره واقعة تجب أن تقيم الدليل عليها حتى تتبين مدى صحة ما إدعاه من بطلان التحكيم لمخالفته للنظام العام ، وكان الحكم المطعون فيه قد اعتبر هذا الشرط صحيحاً مرتباً لآثاره لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ في تطبيقه .

(جلسة ١٩٨١/١٢/٩ الطعن رقم ٤٥٣ سنة ٤٢ ق) .

ب – الإستناد إلى قانون أجنبي لا يعد وأن يكون واقعة مادية وهو ما يوجب على الخصم إقامة الدليل عليه .

(جلسة ١٩٨٤/٥/٣١ الطعن ١٥٥٥ سنة ٥٠ ق س ٣٥ ص ١٥٢٢) .

(جلسة ١٩٧٨/٣/١ الطعن ٢٧ سنة ٤٥ أحوال شخصية س ٢٩ ص ٦٥١) .

(جلسة ١٩٦٧/٧/٢٦ الطعن ٨ سنة ٣٥ ق أحوال شخصية س ١٨ ص ١٤٩٣) .

أن يعتبر أحكام هذا القانون الأجنبي بالنسبة إلى القضية التي يطبق فيها هذه الأحكام جزءاً من قانونه الوطني . فعليه إذن أن يبحث من تلقاء نفسه عن أحكام القانون الأجنبي الواجبة التطبيق في هذه القضية . وله أن يصدر في هذه الأحكام عن علمه الشخصي . ولا يجوز له أن يمتنع عن تطبيق أحكام القانون الأجنبي بدعوى عدم إمكان الاهتداء إليها ، وإلا عد امتناعه نكولاً عن أداء العدالة (déni de justice) . بل ويكون في تطبيقه لأحكام القانون الأجنبي ، كما هو في تطبيقه لقاعدة الإسناد التي أمرته بتطبيق هذه الأحكام ، خاضعاً لرقابة محكمة النقض . وتفسر هذه المحكمة القانون الأجنبي ، لا طبقاً لرأيها الشخصي ، بل وفقاً لما تفسره به محاكم البلد الذي ينسب إليه هذا القانون وبخاصة المحكمة العليا منها . ونحن إنما نذهب إلى هذا الرأي لأنه لا يصح أن تتغير طبيعة القانون فيصبح واقعاً ، سواء كان هذا القانون قانوناً وطنياً أو كان قانوناً أجنبياً يأمر القانون الوطني بتطبيقه فيصبح جزءاً منه في حدود التطبيق . والذى دعا إلى القول بنـــزول مرتبة القانون الأجنبي إلى حد أن يكون واقعاً لا قانونا أمران . (الأمر الأول) يرجع إلى التاريخ . فقد كان القانون الأجنبي في الماضى لا يعامل معاملة القانون الوطني . وإذا أجيز تطبيقه فعلى اعتبار أنه واقع لا قانون . فلا يفترض العلم به ، ولا يبحث القاضى عن أحكام من تلقاء نفسه بل يجب على الخصم إثباتها ، ولا يخضع القاضى في تطبيقه هذه الأحكام لرقابة محكمة النقض ، وإذا امتنع عن تطبيقه لم يعد ناكلاً عن أداء العدالة . وكان هذا يرجع إلى نظرية عتيقة تقول بأن القانون الأجنبي إنما يطبق على سبيل المجاملة الدولية (Ex comitate gentuum) وقد هجرت هذه النظرية هجراناً تاماً وعفا عليها الزمن ، ففيم الإبقاء على بعض آثارها والاصرار على عدم رد اعتبار القانون الأجنبي [1] . (والأمر الثاني) يرجع إلى العمل . فقد يصعب في بعض الأحوال أن يهتدى القاضى من تلقاء نفسه إلى أحكام القانون الأجنبي ، ومن ثم كان تكليف الخصم بإثبات هذه الأحكام تيسيراً لمهمته . ولكن هذه الحجة لا تصلح سبباً لتغيير طبيعة القانون . على أن مهمة القاضى في هذا الصدد ، بعد انتشار العلم بالقوانين الأجنبية وازدياد المراجع التي يمكن الانتفاع بها في تحصيل هذا العلم ، لم تصبح من العسر على ما كانت منه في الماضى . وبعد ، فلا يوجد ما يمنع القاضى من الاستعانة بالخصم صاحب المصلحة في الاهتداء إلى أحكام القانون الأجنبي ، ومصلحة الخصم أكبر دافع له في ذلك ، على أن يبقى القاضى هو صاحب القول الفصل في التعرف على أحكام القانون الأجنبي ، خاضعاً في ذلك لرقابة محكمة النقض [2] .

---

(١) بارتان على أبوري ورو جزء ١٢ طبعة خامسة فقرة ٧٤٩ هامش رقم ٣ مكرر ٤ – أنظر أيضاً بيدان وبرو فقرة ١١٤٣ .

(٢) وقد نظم المجمع العلمي للقانون الدولي الإجراءات التي يستطيع بها القاضى معرفة أحكام القوانين الأجنبيـــة وذلك بواسطة الطرق السياسية (الدكتور عبد الحميد أبو هيف في القانون الدولي الخاص فقرة ٣٠٢) . =

ب – الشروط الواجب توافرها في محل الإثبات :

٣٩ – طائفتان من الشروط : والواقعة المراد إثباتها يجب أن تتوافر فيها جملة من الشروط ، يمكن تقسيمها إلى طائفتين : (١) طائفة من الشروط بداهتها تغني عن الإطالة فيها ، وهي أن تكون الواقعة محددة (Déterminé) وغير مستحيلة (Possible) وغير معترف بها (Contesté) . (٢) وطائفة أخرى نصت عليها المادة ١٥٦ من تقنين المرافعات الجديد على الوجه الآتي : " يجب أن تكون الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالدعوى ، منتجة فيها، جائزاً قبولها " .

٤٠ – شروط بديهية : إما أن تكون الواقعة المراد إثباتها محددة فهذا بديهي، فالواقعة غير المحددة لا يستطاع إثباتها . ولو أن شخصاً طالب بدين أو بملكية وأسس دعواه على عقد لم يحدد ماهيته ، أهو بيع أو صلح أو قسمة أو غير ذلك من العقود التي يصح أن تكون مصدراً للدين أو سبباً للملكية ، فإن الواقعة التي يريد إثباتها لا تكون محددة تحديداً كافياً ، فلا يصح السماح بإثباتها إلا بعد أن تحدد . وكون الواقعة محددة تحديداً كافياً مسألة موضوعية تخضع لرقابة محكمة النقض [1] .

وأما أن تكون الواقعة المراد إثباتها غير مستحيلة ، فهذا ايضاً بديهي ، فالمستحيل لا يصح عقلاً طلب إثباته . والاستحالة ترجع إلى أحد أمرين : إما استحالة التصديق عقلاً وإما استحالة الإثبات . فالأولى كالأعمى يدعى أنه رأى هلال رمضان ، والمنجم يدعى أنه أوتي علم الغيب ولا يعلم الغيب إلا الله ، ومجهول النسب يدعى بنوته إلى من لا يكبره في السن . والثانية ترجع إلى أن الواقعة المراد إثباتها هي في ذاتها قابلة للتصديق عقلاً ولكن لا سبيل إلى إثباتها ، كمن يدعى واقعة مطلقة بأن يقول أنه لم يكذب قط أو أنه يؤدى فريضة الصلاة طوال حياته . فهاتان واقعتان إحداهما سلبية والأخرى إيجابية ، وكلتاهما واقعة مطلقة هي متصورة التصديق ولكن إثباتها مستحيل ، فلا يجوز قبولها واقعة للإثبات . ولا يرجع ذلك

= وفي القانون الإنجليزي تفترض مطابقة القانون الأجنبي لقانون المحكمة ، إلا إذا ادعى الخصوم غير ذلك واثبتوا ما ادعوه . وفي هذا تيسير عمل على القاضي فيما إذا عجز عن الاهتداء إلى أحكام القانون = = الأجنبي . وشبيه بذلك ما ورد في المشروع التمهيدي للتقنين المدني (وقد حذف النص في المشروع النهائي) من أنه " في جميع الحالات التي سيتقرر فيها أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق يطبق القانون المصري ، إذا كان وجود القانون الأجنبي أو مدلوله غير ممكن إثباته " (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٣١٤ – ص ٣١٥) .

(١) أنظر في الواقعة المحددة في القوانين والتشريعات المختلفة رسالة الدكتور محمد صادق فهمي في الإثبات ص ٣١٣ – ص ٣٥٨ .

إلا أن الواقعة مطلقة أي خالية من التحديد . ومن ثم نرى أن استحالة الإثبات تتلاقى مع عدم التحديد ، ويصبحان شرطاً واحداً . فالواقعة يجب أن تكون محددة كما قدمنا ، فإن لم تكن محددة لا يجوز قبولها للإثبات ، لا لأنها غير محددة فحسب ، بل لأنها أيضاً يستحيل إثباتها . ومن ثم نرى أيضاً أن استحالة الإثبات ترجع إلى عدم تحديد الواقعة لا إلى أنها واقعة سلبية . فالواقعة السلبية المحددة – كالواقعة الإيجابية المحددة – لا يستحيل إثباتها ، فيجوز قبولها للإثبات . مثل ذلك شخص يطالب آخر برد غير المستحق ويثبت أنه لم يكن مديناً بما دفعه للمدعى إلا أن يثبت أن هذا الدين الذي دفعه مصدره عقد باطل أو عقد قد فسخ أو أن الدين قد سبق الوفاء به أو نحو ذلك [1] .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض الدائرة المدنية بأن الإعسار هو حالة قانونية تستفاد من أن أموال الشخص ليست كافية للوفاء بديونه المستحقة عليه . وهو بهذا المعنى لا يقوم على نفي مطلق يتعذر إثباته ، بل يقوم على أمر واقع له علاماته التي تشهد عليه . على أن المقرر في الإثبات أنه إذا كانت الواقعة المدعاة سلبية وكانت منضبطة النفي كان على مدعيها إثبات خلافها متى أمكنه تحويلها إلى قضية موجبة . فإذا لم يكن ذلك ممكناً أو كانت الواقعة غير منضبطة النفي ، فإن مدعيها يعتبر عاجزاً عن إثبات دعواه . وعلى ذلك فلا مخالفة لقواعد الإثبات إذا اعتبر الحكم المشفوع منه عاجزاً عن إثبات إعسار الشفيع لأنه لم يقم دليلاً على هذا الإعسار (٣١ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٣ ص ٨٠) . ويؤخذ من هذا الحكم أن الواقعة السلبية ، حتى لو لم يمكن تحويلها إلى قضية موجبة أو كانت واقعة غير منضبطة النفي ، لا يعفي مدعيها من عبء الإثبات بل يعتبر عاجزاً عن إثبات دعواه .

وجاء في الموجز للمؤلف (ص ٦٥٠) في هذا الصدد ما يأتي : " ولا يهم أن تكون الواقعة التي يتمسك بها إيجابية أو سلبية فقد تكون الواقعة سلبية ولكنها محددة تحديداً كافياً فتكون قابلة للإثبات . مثل ذلك أن يثبت الدائن أن المدين الملزم بحراسة شيء معين لم يقم بحراسته ، وعدم القيام بالحراسة واقعة سلبية ، ولكن الدائن يستطيع إثبات هذه الواقعة عن طريق إثبات واقعة إيجابية ، بأن يثبت مثلاً أن المدين كان في جهة اخرى في الوقت الذي كان ينبغي أن يكون موجوداً بجانب الشيء لحراسته – وقد تكون إيجابية ولكنها غير محددة فلا تكون قابلة للإثبات " .

وأشار بودري وبارد إلى أن السبب في الخطأ الذي شاع من أن الواقعة السلبية لا يجوز إثباتها يرجع إلى نص في القانون الروماني أساء المحشون (Glossateurs) في العصور الوسطى فهمه . فإن هذا النص يقضي بأن عبء الإثبات يقع على من يدعى لا على من ينكر (Ei incumbit probatio qui dicit, non ei qui negat) . والمدعى الذي يقع عليه عبء الإثبات قد يدعى واقعة إيجابية أو واقعة سلبية ، وهو المكلف بالإثبات في الحالتين. ففسر المحشون النص بتحويره إلى معنى آخر، هو أن الدليل على من يثبت (qui dicit) وذهبوا إلى أن النفي هنا معناه الواقعة السلبية ، ومن ثم لا تكون الواقعة السلبية جائزة الإثبات (بودري وبارد ٣ فقرة ٢٠٦٥ – فقرة ٢٠٦٦ – أنظر أيضاً: توليه ٨ = = فقرة ١٦ – فقرة ١٩ – ديرانتون ١٣ فقرة ٢ – ديمولومب ٢٩ فقرة ١٩٢ – فقرة ١٩٣ – لوران ١٩ فقرة ٩٥ – كولان وكابيتان ولاموراندير ٢ فقرة ٧١٩ ص ٤٨٦ – ص ٤٨٧ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢١٦٨ – الأستاذ عبدالباسط جميعي ص ٤٩ – ص ٥٢) .

هذا وكون الواقعة المراد إثباتها مستحيلة التصور عقلاً أو مستحيلة الإثبات مسألة موضوعية ، ولكن محكمة النقض تستطيع أن تنفذ إلى بسط قدر من الرقابة من طريق القصور في التسبيب .

ويجب أخيراً أن تكون الواقعة المراد إثباتها غير معترف بها . وهذا أيضاً شرط بديهي، إذ لا محل لإثبات واقعة معترف بها . فالاعتراف إقرار ، والإقرار كما سنرى إعفاء من الإثبات ، فتكون الواقعة محل الادعاء قد أعفي مدعيها من إثباتها فأصبحت بذلك ثابتة [1] . لذلك يكون الأصح القول إن الواقعة المعترف بها قد اصبحت ثابتة ، لا أنها واقعة غير قابلة للإثبات . ويتضح الفرق بين القولين في أن الواقعة المعترف بها لاتصبح ثابتة إلا بالنسبة إلى المقر إذ الإقرار حجة قاصرة عليه ، أما بالنسبة إلى الغير فلم يقم الدليل عليها ومن ثم يصح إثباتها ، ولو كانت غير قابلة للإثبات لما صح ذلك [2] . وغني عن البيان أن البت في كون الواقعة معرفاً بها مسألة موضوعية لا رقابة فيها لمحكمة النقض .

٤١ – شروط أساسية : ونعرض الآن للشروط الأساسية التي ورد ذكرها في المادة ١٥٦ من تقنين المرافعات الجديد ، وهي الشروط الثلاثة الآتية : (١) أن تكون الواقعة المراد إثباتها متعلقة بالحق المطالب به (pertinent) . (٢) أن تكون منتجة في الإثبات (concluant) . (٣) أن تكون جائزة الإثبات قانوناً (admissible) [3] .

= ويلاحظ على كل حال أن القاضي في إثبات الوقائع السلبية لا يتطلب دليلاً في قوة الدليل الذي يتطلبه في إثبات الوقائع الإيجابية (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٤٩ وهامش رقم ١٨ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤١٩ ص ٨٤٥) .

وأنظر رسالة الدكتور محمد صادق فهمي في الإثبات (في الواقعة السلبية ص ٢١١ – ص ٢٢٢ وفي الواقعة المستحيلة ص ٢٩٣ – ص ٣٠٤) .

وأنظر في الشهادة على النفي في الفقه الإسلامي الأستاذ أحمد إبراهيم في طرق القضاء ص ٢١ – ص ٢٨ .

(١) ولذلك قضت محكمة النقض (الدائرة المدنية) بأن القانون إنما يكلف المدعي إقامة الدليل على دعواه ، إلا إذا سلم له خصمه بها أو ببعضها فإنه يعفيه بذلك من إقامة الدليل على ما اعترف به . فإذا اعترف شخص بأن الأرض موضوع النزاع أصلها من أملاك الحكومة الخاصة ، ولكنه يملكها بالتقادم ، ثم بحثت المحكمة مع ذلك مستندات ملكية الحكومة لهذه الأرض وقضت بعدم كفايتها لإثبات الملكية ، فقد خالفت القانون (٢٣ نوفمبر سنة ١٩٣٣ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٤ ص ١٥) .

(٢) أنظر الموجز ص ٦٥٠ – ص ٦٥١ – والأستاذ عبد الباسط جميعي ص ٤٧ – ص ٤٨ .

(٣) وقد كان تقنين المرافعات القديم ينص على شرطين من هذه الشروط الثلاثة – أن تكون الواقعة متعلقة بالدعوى وأن يكون جائزاً قبولها – في مواضع متفرقة (م ١٥٤/١٧١ – ١٦٥/١٨٦ – ١٧٧/٢٠٠ – ١٧٨/٢٠٣ – ١٧٩/٢٠٤ – ١٨٢/٢٠٧) ، وذلك في الاستجواب واليمين والتحقيق والطعن بالتزوير . ولكن نص تقنين المرافعات السابق أكمل الناقص من الشروط وجمعها كلها في نص واحد، وكذلك قانون=

٤٢ – الواقعة متعلقة بالحق المطالب به : إذا كانت الواقعة المراد إثباتها هي ذاتها مصدر الحق المطالب به ، كما إذا تمسك البائع بعقد البيع للمطالبة بالثمن فيكون عقد البيع هو ذاته مصدر التزام المشترى بالثمن ، فإن الواقعة في هذه الحالة لا يمكن إلا أن تكون متعلقة بالحق المطالب به وهي في الوقت عينه منتجة في الإثبات . ومن ثم لا يظهر ظهوراً واضحاً أهمية هذين الشرطين– كون الواقعة متعلقة بالحق وكونها منتجة في الإثبات – في هذه الحالة وهي حالة الإثبات المباشر (preuve directe) ، وإنما تظهر أهميتها في حالة الإثبات غير المباشر (preuve indirecte) ، إذا انصب الإثبات ، لا على الواقعة ذاتها مصدر الحق، بل على واقعة أخرى قريبة منها . ذلك أن الإثبات غير المباشر يقوم على فكرة تحويل الدليل (déplacement de preuve) من الواقعة الأصلية إذ يتعذر إثباتها إلى واقعة بديلة هي التي يتيسر فيها الإثبات .

فلا بد في هذه الحالة – حالة الإثبات غير المباشر بتحويل الدليل – أن تكون الواقعة البديلة ، وهي الواقعة المراد إثباتها ، لا قريبة (voisin) من الواقعة الأصلية فحسب ، بل يجب أيضاً أن تكون متصلة (connexe) بها إتصالاً وثيقاً . وهذا الاتصال الوثيق هو الذي يجعل الواقعة المراد إثباتها متعلقة بالحق المطالب به ، إذ أن اتصالها بالواقعة الأصلية التي هي مصدر الحق يجعل إثباتها متعلقاً بإثبات الواقعة الأصلية ، فيصبح إثبات الواقعة البديلة من شأنه أن يجعل إثبات الواقعة الأصلية قريب الاحتمال [1] .

مثل ذلك أن يقدم المستأجر مخالصات بالأجرة عن جميع المدد السابقة على المدة التي يطالبه المؤجر بأجرتها ، ويرمى من وراء ذلك أن يثبت أنه يدفع الأجرة بانتظام و لم يخل بالتزامه طوال المدد السابقة . فهذه واقعة متصلة بواقعة الوفاء بالأجرة عن المدة المطالب بأجرتها ، فهي إذن متعلقة بالدعوى . ولكنها غير منتجة للإثبات ، لأن دفع الأجرة عن مدد

= الإثبات (م ٢) ، أما تقنين المرافعات الفرنسي (٢ ٢٥٣ – ٢٥٤ في التحقيق بالبينة) فقد ذكر شرطين : أن تكون الواقعة منتجة وجائزة القبول . ويلاحظ أن المكان الذي يجب أن ينص فيه على هذه الشروط هو التقنين المدني لا تقنين المرافعات ، لأن هذه الشروط من القواعد الموضوعية في الإثبات لا من القواعد الشكلية .

(١) أنظر في هذا المعنى بارتان على أوبرى ورو جزء ١٢ فقرة ٧٤٩ هامش رقم ١٠ مكرر – بيدان وبرو ٩ فقرة ١١٤٦ – الدكتور عبدالمنعم فرج الصدة فقرة ٣٧ – ص ٣٩ – ص ٤٠ .
هذا وفكرة تحويل الدليل (déplacement de preuve) هي التي تقوم عليها القرائن القانونية ، فهذه القرائن تنطوى على تحويل الدليل من واقعة إلى أخرى ويكون ذلك بمقتضى نص في القانون .

سابقة لا يفيد دفعها عن مدة لاحقة [1] وقد تكون الواقعة المراد إثباتها متعلقة بالدعوى ومنتجة أيضاً في الإثبات ، كأن يقدم المستأجر مخالصات بالأجرة عن مدد لاحقة للمدة التي يطالب المؤجر بأجرتها ، فهذه واقعةليست هي ذاتها واقعة الوفاء بالأجرة المطالب بها بل هي واقعة متصلة بها فهي متعلقة بالدعوى ، ثم هي منتجة في الإثبات فإن التقنين المدني الجديد (م ٥٨٧) يعتبرها قرينة على الوفاء بالأجرة المطالب بها إلا إذا أثبت المؤجر عكس ذلك [2].

وكون الواقعة متعلقة بالدعوى مسألة موضوعية لا تخضع لرقابة محكمة النقض [3] .

٤٣ – الواقعة منتجة في الإثبات : رأينا في الأمثلة المتقدمة متى تكون الواقعة متعلقة بالدعوى ومتى تكون منتجة في الإثبات . فالواقعة المتعلقة بالدعوى هي الواقعة البديلة التي يكون إثباتها من شأنه أن يجعل إثبات الواقعة الأصلية قريب الاحتمال. والواقعة المنتجة في الإثبات هي الواقعة البديلة التي يؤدي إثباتها إلى إثبات الواقعة الأصلية. ويتبين من ذلك أن إنتاج الواقعة في الإثبات مرتبة أعلى من تعلق الواقعة بالدعوى . فكل واقعة متعلقة بالدعوى لا تكون ضرورةمنتجة في الإثبات ، ولكن كل واقعة منتجة في الإثبات تكون حتما متعلقة بالدعوى . فمن طالب بملكية عين وتقدم بواقعة التقادم الطويل سبباً للملكية ، إذا ادعى أنه حاز العين مدة لا تقل عن خمس عشرة سنة ، فهذه واقعة منتجة في الإثبات ، بل هي الواقعة الأصلية ذاتها ، وهي بالضرورة متعلقة بالدعوى. أما إذا ادعى أن حيازته للعين كانت لمدة تقل عن خمس عشرة سنة ، فهذه واقعة متعلقة بالدعوى ولكنها غير منتجة في الإثبات .

---

(١) ومثل ذلك أيضاً – في القضاء الإنجليزي – أن يقوم تاجر بتوريد بضاعة لآخر ، فيدعى هذا أن التاجر ورد له صنفاً رديئاً ، فيتقدم التاجر لإثبات أن كل عملائه الآخرين الذين اعتاد توريد هذه البضاعة لهم يمتدحون بضاعته . فهذه واقعة متعلقة بالدعوى وإن لم تكن منتجة ، فيقبل إثباتها ، لأنها وإن لم تكن حاسمة إلا أنها تضيف إلى عناصر الإقناع عنصراً جديداً له فائدته ، وقد يؤدى إذا أضيف لعناصر أخرى إلى تكوين مجموعة من القرائن القضائية لصالحه (أنظر في هذا المثل الدكتور محمد صادق فهمي في الإثبات ص ٢٨٢ والأستاذ عبدالباسط جميعي ص ٥٦) .

(٢) أما إذا أراد المستأجر تقديم الدليل على أنه وفى بديون أخرى غير أقساط الأجرة للمؤجر ، فهذه واقعة لا تتصل إطلاقاً بواقعة الوفاء بالأجرة ، فتكون لا هي منتجة في الإثبات ولا هي متعلقة بالدعوى، فلا يجوز قبول إثباتها .

(٣) ويقول الأستاذ عبد الباسط جميعي (ص ٥٧) إن لمحكمة الموضوع أن ترفض اعتبار الواقعة متعلقة بالدعوى ولو توافق الطرفان على أنها متعلقة . أما إذا توافق الطرفان على أنها غير متعلقة ، فلا يسمح القاضي بإثباتها ، لا لأن توافق الطرفين يجعلها غير متعلقة بالدعوى ، بل لأن حياد القاضي يقتضيه ألا يقبل دليلاً أتفق الخصمان على استبعاده .

وقد يقال لماذا يشترط في الواقعة هذان الشرطان معاً ، وأحدهما – هو الإنتاج – يستغرق الآخر ، فكان يكفى أن يشترط وحده ؟ وهذا صحيح من الناحية النظرية . ولكن يحسن ، من الناحية العملية ، فصل الشرطين أحدهما عن الآخر . فقد يطلب الخصم إثبات واقعة يتضح من أول وهلة أنها متعلقة بالدعوى . فهذا يكفى لقبول إثبات هذه الواقعة قبولاً مبدئياً ، حتى إذا تبين فيما بعد أنها غير منتجة في الإثبات رفض القاضى استمرار السير في إثبات الواقعة أو أضاف إليها وقائع أخرى تتساند معها . أما إذا أدمج الشرطان في شرط واحد ، وكان لابد من أن تكون الواقعة منتجة من مبدأ الأمر ، لم يستطع القاضى قبول إثبات الواقعة مبدئياً ، فيتعطل بذلك طريق الإثبات [1] .

وكون الواقعة منتجة في الإثبات مسألة موضوعية لا تخضع لرقابة محكمة النقض إلا من حيث قصور التسبيب . أما إذا بني عدم الإنتاج في الإثبات على أسباب قانونية ، كأن كانت الواقعة المراد إثباتها إنما تنسب إذا صحت إلى مالك البناء لا إلى حارسه والمسئول قانوناً هو الحارس لا المالك ، أصبح الأمر متعلقاً بمسألة من مسائل القانون مما يخضع لرقابة محكمة النقض [2] .

٤٤ – الواقعة جائزة الإثبات قانوناً : ويجب أخيراً أن تكون الواقعة جائزة الإثبات قانوناً . والقانون قد لا يجيز إثبات واقعة تحقيقاً لأغراض مختلفة [1] . ومن هذه

---

(١) الأستاذ عبد الباسط جميعي ص ٥٩ – ص ٦٠ ، ويأتى بأمثلة لذلك دعوى إثبات الحالة (١٣٤ من قانون الإثبات) ، والدعاوى التي ترفع بطلب انتقال المحكمة لمعاينة معالم واقعة يحتمل أن تصبح محل نزاع أمام القضاء إذا كان يخشى من زوال هذه المعالم (١٣٣ من قانون الإثبات) ، والدعاوى التي ترفع بطلب سماع شاهد يوشك أن يموت أو يزمع سفراً قد لا يعود منه أو لا يعود قريباً (٩٦ من قانون الإثبات) ، ورفع الدعوى للاستيثاق لحق يخشى زوال دليله (م ٣ مرافعات) . ويقول أيضا إن القاضى يغربل الوقائع غربلة أولى ليتخير منها ما هو متعلق بالدعوى فيجعله في وعاء الإثبات ، ثم يغربلها غربلة ثانية ليستبقى منها ما هو منتج في الإثبات .

(٢) أنظر الأستاذ عبد الباسط جميعي ص ٦١ هامش رقم ٢ والمراجع المشار إليها . وأنظر في أن الواقعة يجب أن تكون منتجة (rleevant) في القانون الإنجليزي الدكتور محمد صادق فهمي في الإثبات ص ٢٦٤ – ص ٢٨٤ .

(1) يشترط في الواقعة محل الإثبات أن تكون جائزة القبول وليست مما يحرم القانون إثباتها تحقيقاً لأغراض مختلفة، وحظر الإثبات إذا كان منطوياً على إفشاء لأسرار المهنة أو الوظيفة ، لا يتعلق بواقعة يحرم إثباتها ، وإنما يتعلق بدليل لا يجوز قبوله في صورة معينة ، بمعنى أن عدم جواز القبول لا ينصب على الواقعة التي يقف عليها الشخص بسبب وظيفته أو مهنته جائزة القبول ولكن لا يجوز إثباتها بشهادته .
(جلسة ١٩٧٩/٢/٢٨ الطعن رقم ٤٦ ق السنة ٣٠ ص ٦٤٧) .

الأغراض ما يمت إلى النظام العام والآداب ، كالمحافظة على سر المهنة [1] وتحريم دين المقامرة والربا الفاحش وبيع المخدرات وعدم جواز إثبات صحة القذف ونحو ذلك [2] . وقد تمت هذه الأغراض إلى الصياغة الفنية ، كما هو الأمر في الوقائع التي تصطدم مع قرينة قاطعة قررها القانون . مثل ذلك حجية الأمر المقضى ، فلا يجوز إثبات واقعة مخالفة لما هو ثابت في حكم قضائي . ومثل ذلك أيضاً أن يطلب حارس الشيئ إثبات أنه لم يرتكب خطأ مع أن القانون يقيم مسئوليته على خطأ في جانبه مفروض فرضاً غير قابل لإثبات العكس [3] .

وكون الواقعة جائزة الإثبات قانوناً مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض ، لأن عدم جواز إثبات الواقعة يرجع دائماً إلى حكم في القانون يمنع من هذا الإثبات . وهذا بخلاف كون الواقعة متعلقة بالدعوى وكونها منتجة في الإثبات ، فقد رأينا أنها في الأصل مسائل موضوعية لا تخضع لرقابة محكمة النقض [4] .

---

(١) تشتمل المواد من ٦٥ إلى ٦٧ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ على سلسلة من القيود في جواز الإدلاء بالشهادة . فتمنع المادة ٦٩ الموظفين والمستخدمين والمكلفين بخدمة عامة من أن يشهدوا ولو بعد تركهم العمل عما يكون قد وصل إلى علمهم في أثناء قيامهم به من معلومات لم تنشر بالطريق القانوني ولم تأذن السلطة المختصة في إذاعتها . وتمنع المادة ٦٦ من 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 ، وذلك إلا إذا طلب منهم ذلك من أسرها لهم . وتمنع المادة ٦٧ أحد الزوجين من أن يفشي بغير رضاء الآخر ما أبلغه إليه أثناء الزوجية ولو بعد انقضائها ، إلا في حالة رفع دعوى من أحدهما على صاحبه أو إقامة دعوى على أحدهما بسبب جناية أو جنحة وقعت منه على الآخر . ويلاحظ هنا أن الممنوع ليس هو إثبات الواقعة في ذاتها ، بل إثبات الواقعة من طريق شهادة شاهد معين ، فعدم جواز القبول لا ينصب إذن على الواقعة بل ينصب الدليل (الدكتور عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٥ ص ٣٨) .

(٢) ولكن يجوز لمن لا يريد ترتيب أثر قانوني على هذه الوقائع أن يثبت عدم مشروعيتها لأن هذا هو الذي يتفق مع النظام العام والآداب .

(٣) بيدان وبرو ٩ فقرة ١١٧١ – وأنظر في جواز إثبات الواقعة قانونا في القانون الإنجليزي الدكتور محمد صادق فهمي في الإثبات ص ٣٠٥ – ٣١٢ .

(٤) والفرق بين كون الواقعة غير منتجة في الإثبات وكونها غير جائزة في الإثبات أنها عندما تكون غير منتجة في الإثبات فإن ذلك يرجع إلى شيئ في طبيعتها ، إذ الواقعة في ذاتها لا تؤدي إلى إثبات المطلوب، إما لسبب موضوعي كالحيازة لمدة تقل عن خمس عشرة سنة ، وإما لسبب قانوني كالتعويض بسبب الهدام البناء يطلب من مالكه لا من حارسه . والواقعة عندما تكون غير جائزة الإثبات فإن ذلك يرجع لا إلى شيئ في طبيعتها ، بل إلى عارض قانوني يمنع من جواز إثباتها ، ولو لم يقم هذا المانع أو لو زال لكانت الواقعة جائزة الإثبات .

ويحسن ايضاً أن نميز بين عدم جواز قبول الدعوى وعدم جواز قبول الواقعة وعدم جواز قبول الدليل . فالدعوى لا يجوز قبولها لأسباب معروفة ، كأن تكون مرفوعة من غير ذي صفة أو من غير ذي أهلية . =

ثانياً ـ عبء الإثبـــات

٤٥ – النصوص القانونية : تنص المادة الأولى من قانون الإثبات (تقابلها المادة ٣٨٩ منه القانون المدني الملغاة) ما يأتي :

" **على الدائن إثبات الإلتزام ، وعلى المدين إثبات التخلص منه** [١] " .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢١٤/٢٧٨ [٢] – وفي التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البينات السوري لا شئ [٣] ، وفي التقنين المدني العراقي

= فإذا كانت الدعوى مقبولة وتقدم الخصم بواقعة لإثباتها ، فقد تكون هذه الواقعة غير جائزة الإثبات لسبب موضوعي أو لسبب قانوني على النحو الذي قدمناه . فإذا كانت الواقعة جائزة الإثبات ، فقد يتطلب القانون لإثباتها دليلاً كتابياً فتكون البينة أو القرائن دليلاً غير مقبول (أنظر في هذه المسألة الأستاذ عبد الباسط جميعي ص ٦٥ – ص ٦٦) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٢٦ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق . وأقرته لجنة المراجعة على أصله تحت رقم ٤٠٢ في المشروع النهائي ، بعد أن ذكرت اللجنة أن المقصود بعبارة " إثبات الإلتزام " هو إثبات مصدر الالتزام . ثم اقره مجلس النواب دون تعديل تحت رقم ٤٠٢ ، فلجنة الشيوخ ومجلس الشيوخ تحت رقم ٣٨٩ .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص ما يأتي : " وقد احتذى المشروع مثال التقنينات اللاتينية ، وأخذ بنظام تقييد الإثبات ، فبدأ بتعيين من يكلف بإقامة الدليل أو احتمال عبئه . وقد قصد من الأخذ بهذا النظام إلى اتقاء تحكم القضاء وكفالة حسن سير العدالة وتأمين استقرار المعاملات. وكل أولئك من قبيل الاعتبارات العامة التي تنهض ، لا لتوجيه التقييد في عمومه فحسب ، بل وكذلك لتوجيه الأحكام التطبيقية في خصوصياتها ، ولا سيما ما تعلق منها بتعيين من يكلف بالإثبات . وترد الأحكام المتعلقة بهذا التعيين إلى قاعدة احترام الوضع الثابت أصلاً . فالأصل في الإنسان براءة الذمة ، فعلى من يدعي التزام غيره ويتمسك بذلك بما يخالف هذا الأصل أن يقيم الدليل على دعواه " . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٥٠) .

(٢) كانت المادة ٢١٤/٢٧٨ من التقنين المدني السابق تنص على ما يأتي : " على الدائن إثبات دينه ، وعلى المدين إثبات براءته من الدين " . وهذا النص يتفق في الحكم مع نص التقنين الجديد .

(٣) جمعت قواعد الإثبات الموضوعية وإجراءاتها الشكلية ، في سورية ، في قانون واحد صدر في ١٠ حزيران (يونية) ١٩٤٧ وسمي " قانون البينات في المواد المدنية والتجارية " . ولا يتضمن هذا القانون نصاً يقابل نص المادة ٣٨٩ من التقنين المدني المصري (والتي حل محلها المادة الأولى من قانون الإثبات) ولكن الباب الأول منه تضمن قواعد كلية في الإثبات ، من نحو ما نحن بصدده . فنصت المادة الأولى على أن " تقسيم البينات إلى : (١) الأدلة الكتابية (٢) الشهادة (٣) القرائن (٤) الإقرار (٥) اليمين (٦) المعاينة والخبرة ". ونصت المادة الثانية على أن "ليس للقاضي أن يحكم بعلمه الشخصي" . ونصت المادة الثالثة على أنه " يجب أن تكون الوقائع التي يراد إثباتها متعلقة بالدعوى ومنتجة في الإثبات وجائزاً قبولها " .

المواد من ٤٤٤ إلى ٤٤٨ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٦٢ ، وفي التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة المادة ٣٧٦ [١] – وفي التقنين المدني الفرنسي المادة ١٣١٥[٢] .

٤٦ – أهمية تعيين من يحمل عبء الإثبات من الخصمين : أول تنظيم لقواعد الإثبات يتصل بتعيين مَنْ من الخصمين يحمل عبء الإثبات ، أي من منهما يكلف بالإثبات دون الآخر . وتعيين من يحمل عبء الإثبات من الخصمين يكاد يتوقف عليه ، في كثير من الأحوال ، مصير الدعوى من الناحية العملية . فقد يكون الحق متراوحاً بينهما ، لا

---

(١) نصوص التقنين المدني العراقي : م ٤٤٤ – الأصل براءة الذمة . م ٤٤٥ – اليقين لا يزول بالشك . م ٤٤٦ – يضاف الحادث إلى أقرب أوقاته . م ٤٤٧ – (١) الأصل بقاء ما كان على ما كان ، والأصل في الصفات العارضة العدم . (٢) وما ثبت بزمان يحكم ببقائه ، ما لم يوجد دليل على خلافه . م ٤٤٨ – (١) البينة على ما ادعى واليمين على من أنكر . (٢) والمدعى هو من يتمسك بخلاف الظاهر ، والمنكر هو من يتمسك بإبقاء الأصل .

نصوص تقنين الموجبات والعقود اللبناني : وضعت قواعد الإثبات الموضوعية وإجراءاتها الشكلية جميعاً ، في لبنان ، في تقنين أصول المحاكمات المدنية (قانون المرافعات) ، ولم يتضمن هذا التقنين نصاً يقابل المادة الأولى من قانون الإثبات . غير أن تقنين الموجبات والعقود اللبناني تضمن هذا النص ، فقد قضت المادة ٣٧٦ من هذا التقنين بأن من يدعي أنه دائن يجب عليه إثبات حقه ، فإذا ما تم هذا الإثبات كان على من يدعي التزامه قد انقضى أن يثبت صدق مدعاه .

نصوص التقنين المدني للجمهورية الليبية : م ٣٧٦ – على الدائن إثبات الالتزام ، وعلى المدين إثبات التخلص منه (مطابقة للمادة ٣٨٩ من التقنين المدني المصري) .

ويتبين من النظر إلى هذه النصوص أن التقنينات المدنية للبلاد العربية في هذه المسألة تكاد تكون واحدة. فنص التقنين المصري يطابقه نص التقنين الليبي ويكاد يطابقه نص التقنين اللبناني . أما التقنين العراقي فقد أورد نصوصاً متعددة أخذها من المجلة ، وهي تتلخص في أمرين : (١) أن البينة على من ادعى والمدعى هو من يتمسك بخلاف الظاهر ، واليمين على من أنكر والمنكر هو من يتمسك بإبقاء الأصل . (٢) فالأصل هو براءة الذمة وبقاء ما كان على ما كان . وتطبيقاً لذلك يكون الأصل في الصفات العارضة هو العدم ، ولا يزول اليقين بالشك ، ويضاف الحادث إلى أقرب أوقاته ، وما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه . وهذه المبادئ كلها تتفق مع المبادئ التي سنقررها في = = القانون المصري . فالذي سنقرره في هذا الصدد يصلح إذن أن يكون مبادئ مقررة في التقنينات العربية المختلفة التي قدمنا نصوصها .

(٢) ننقل في قسم الإثبات من هذا الكتاب نصوص التقنين المدني الفرنسي إذ يغلب أن تكون هي الأصل الذي أخذت منه نصوص التقنين المدني المصري الجديد في الإثبات . وهذا هو نص المادة ١٣١٥ من التقنين الفرنسي " من يطالب بتنفيذ التزام يجب عليه إثباته . كذلك من يدعي التخلص من التزامه يجب عليه أن يثبت الوفاء به أو أن يثبت الواقعة التي أدت إلى انقضائه " .

" Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver . Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifer le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation " .

يستطيع أي منهما أن يثبته أو أن ينفيه ، فإلقاء عبء الإثبات على أحدهما معناه حكم عليه أو حكم لخصمه [1] .

فيعنينا إذن أن نبين من يحمل عب الإثبات [1] . وهذه مسألة لها ناحيتان : ناحية المبدأ وناحية التطبيق .

أ – عبء الإثبات من ناحية المبدأ :

٤٧ – البينة على من ادعى واليمين على من أنكر : من المبادئ المقررة في الفقه الإسلامي أن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر [2] . وفي القانون المصري

---

(١) الموجز للمؤلف ص ٦٥١ – استئناف مختلط ١٣ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٨٨ – ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٢٣ .

(1) صاحب الدفع أو الدفاع هو المكلف بإثباته .
(جلسة ١٩٦٧/٣/٨ ، الطعن رقم ٤٤ سنة ٣٣ ق أحوال شخصية س ١٨ ص ٥٨٩) .
(جلسة ١٩٨٨/٦/٢٩ الطعن رقم ٧٢٣ سنة ٥١ ق) .

(٢) عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " لو يعطى الناس بدعواهم لادعى أناس دماء رجال وأموالهم ، ولكن البينة على المدعى " . رواه البخاري ومسلم . وللبيهقي بإسناد صحيح : " البينة على المدعى واليمين على من أنكر " . (طرق القضاء في الشريعة الإسلامية للأستاذ أحمد إبراهيم ص ١٦) .

ويقول الأستاذان بيدان وبرو (جزء تاسع فقرة ١١٥٩ ص ٢٣١ هامش رقم ١) إن القاعدة التي تقضي بأن البينة على المدعى ليست ، كما قد يتوهم ، من القواعد التي كانت مقررة في كل العصور . فهي = = لم تظهر في القانون الروماني إلا منذ أخذ البريطور Préteur يحمي مجرد الحيازة فيحمي الوضع الظاهر . وعندئذ ألقي عبء الإثبات على من يدعي خلاف الظاهر . أما في القانون الفرنسي القديم ، فقد كانت العادات القديمة تجعل عبء الإثبات على المدعى عليه لا على المدعي ، وإن كان ذلك يبدو غريباً ، وهذا بسبب الصيغة الجنائية للدعوى في القديم ، مما نزل بوضع المدعى عليه دون وضع المدعي . بل إن هناك من الوثائق ، التي ترجع إلى ما قبل العصور الوسطى ، ما يثبت أن دعوى الاستحقاق التي يكلف فيها المدعى بإثبات ملكيته لم تكن ترفع ، وفقاً لهذه العادات القديمة ، إلا ضد الحائز بسوء نية أو الحائز ضد القانون ، مما يحمل على الظن بأن الحائز هو الذي كان عليه أن يثبت أن حيازته مشروعة . ولم تظهر القاعدة التي تقضي بأن البينة على المدعي في القانون الفرنسي القديم إلا تدرجاً في العصور الوسطى ، تحت أثر إحياء القانون الروماني وبفضل القانون الكنسي بوجه خاص (أنظر في ذلك رسالة تفنيه Thévenet في نظرية عبء الإثبات ليون سنة ١٩٢١ ص ١١ وما بعدها) . وينتهي الأستاذان بيدان وبرو إلى القول بأن من الخطأ حسبان القاعدة التي تقضي بأن البينة على المدعي من القواعد التي تمليها البداهة وتقضي بها طبيعة الأشياء ، فإن الواقع من الأمر أن هذه القاعدة لم تظهر إلا بعد أن نظم القضاء تنظيماً خاصاً وإلا بعد أن برز المبدأ الذي يقضي بحماية الأوضاع الظاهرة .

ولعل ذلك يكشف عما للفقه الإسلامي من فضل التقدم ، فقد قرر هذه القاعدة منذ البداية في عصر لم تكن فيه معروفة في أوربا .

وسائر القوانين الحديثة توجد القاعدة ذاتها ، فالمدعي هو الذي يحمل في الأصل عبء الإثبات، سواء كان دائناً يدعي ثبوت الدائنية أو مديناً يدعي التخلص من المديونية كما تقول المادة الأولى من قانون الإثبات .

ولكن يبقى أن نحدد على وجه الدقة من هو المدعي .

هو أولاً من يرفع الدعوى على الغير يطالبه بحق معين . فهو مدع في دعواه هذه، وعليه عبء إثبات ما يدعيه . فلو أن شخصاً طالب آخر بمبلغ معين ، فعليه أن يثبت مديونية المدعى عليه بهذا المبلغ له ، بأن يثبت مصدر الدين ، تصرفاً قانونياً كعقد قرض أو عقد بيع أو واقعة قانونية كعمل غير مشروع [1]، أو إثراء بلا سبب [2] . ولو طالب شخص آخر بملكية عين في حيازة هذا الآخر ، فعلى المدعي أن يثبت سبب ملكيته لهذه العين، تصرفاً قانونياً كوصية أو عقد بيع أو واقعة قانونية كميراث أو شفعة.

ولكن ليس من الضروري أن يكون المدعي هو من يرفع الدعوى . فقد يدفع المدعى عليه الدعوى بدفع فيصبح مدعياً في هذا الدفع ، وعليه هو يقع عبء إثباته . ففي الأمثلة المتقدمة قد يدفع المدين بأنه وفى دينه ، فعليه إثبات هذا الوفاء . وقد يدفع الحائز للعين بأنه ملكها بالتقادم ، فعليه إثبات ذلك [1] .

---

(1) أ – ليس لمحكمة الموضوع أن تقيم المسئولية التقصيرية على خطأ لم يدعه المدعي متى كان أساسها خطأ ما يجب إثباته إذ أن عبء إثبات الخطأ يقع في هذه الحالة على عاتق المدعي المضرور فلا يصح للمحكمة أن تتطوع بإثبات ما لم يثبته ومن باب أولى ما لم يدعه من الخطأ ، كما لا يجوز لها أن تنتحل ضرراً لم يقل به لأنه هو الملزم ايضا بإثبات الضرر .

(جلسة ١٩٦٧/٦/٢٢ الطعن رقم ٤٧٩ سنة ٣٤ ق س ١٨ ص ١٣١٦) .

ب – الأصل خلوص للمكان لمالكه ، فيكفي الشركة المطعون ضدها إثباتاً لواقعة الغصب التي تقيم عليها دعواها أن تقيم الدليل على وجود الطاعن في العين محل النزاع المملوكة لها لينتقل بذلك عبء إثبات العكس على عاتق الطاعن (المغتصب) بوصفه مدعياً خلاف الأصل . ويثبت أن وجوده بالعين يستند إلى سبب قانوني يبرر ذلك .

(جلسة ١٩٨٩/١٢/١٤ الطعن رقم ١٣٣ سنة ٥٥ ق) .

(2) عبء إثبات حصول الإثراء بلا سبب يقع على عاتق الدائن المفتقر .

(جلسة ١٩٩٣/٢/٩ نقض في الطعنين رقمي ٤٤٦٧ ، ٤٦٣٤ سنة ٦٠ ق) .

(جلسة ١٩٦٧/٣/٣٠ مجموعة المكتب الفني السنة ١٨ ص ٧٢٥) .

(١) ويأتي بودري وبارد بمثل يبين فيه كيف يتناوب المدعي والمدعى عليه عبء الإثبات : يطالب المودع بالوديعة وعليه عبء إثباتها ، فيدفع المدعى عليه بأنها هلكت بقوة قاهرة وعليه عبء إثبات الهلاك ، فيدفع المدعي بأن هذا الهلاك غير مبرئ لذمة المدعى عليه لأنه كان معذراً (mis en demeure) وعلى المدعي إثبات الأعذار ، فيدفع المدعى عليه بأن ذمته قد برئت بالرغم من الأعذار لأن الوديعة كانت لا بد تهلك بالقوة =

فيمكن إذن لأول وهلة أن نقول أن من يحمل عبء الإثبات هو المدعي في الدعوى والمدعى عليه في الدفع [1] ، فكلاهما مدع في دعواه [1] . (actor incumbit probatio. reus in exceptione actor est) .

= القاهرة حتى لو كانت قد سلمت للمودع وعلى المدعي عليه هنا عبء الإثبات (بودري وبارد ٣ فقرة ٢٠٦٣) .

ويبين الفقيهان خطأ ما جرى عليه القضاء الفرنسي في عقد التأمين على الحياة ، عندما تشترط شركة التأمين لاستحقاق قيمة التامين ألا يكون المؤمن عليه قد انتحر ما لم يكن الانتحار نتيجة فقده لوعيه بأن كان مجنوناً، فالقضاء الفرنسي يلقي عبء إثبات الانتحار وعبء إثبات انعدام الجنون كليهما على شركة التأمين (نقض فرنسي ٣ أغسطس سنة ١٨٧٦ داللوز ٧٩ — ٥ — ٢٩٥ — استئناف ليون ١٧ فبراير سنة ١٨٩١ داللوز ٩٢ — ٢ — ٤٦ — استئناف باريس ١٦ يوليو سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٣ — ٢ — ٢٣٣) . ويقول الفقيهان إن شركة التأمين تحمل عبء إثبات الانتحار ، وعلى ورثة المنتحر عبء إثبات جنون مورثهم . وقد اضطرت شركات التأمين ، لتتقي هذا القضاء ، أن تشترط صراحة في عقود التأمين تحميل عبء إثبات الجنون للورثة (بودري وبارد ٣ فقرة ٢٠٦٤ — أنظر أيضاً الدكتور عبد السلام ذهني في الأدلة جزء أول ص ١٠٥ — ص ١٠٦) .

وهذا ما جرت به المادة ٧٥٦ من التقنين المصري ، فقد نصت الفقرتان الأوليان منها على ما يأتي : (١) تبرأ ذمة المؤمن من التزامه بدفع مبلغ التأمين إذا انتحر المؤمن على حياته . ومع ذلك يلتزم المؤمن أن يدفع لمن يؤول إليهم الحق مبلغاً يساوى قيمة احتياطي التأمين . (٢) فإذا كان سبب الانتحار مرضاً أفقد المسريض إرادته ، بقي التزام المؤمن قائماً بأكمله . وعلى المؤمن إثبات أن المؤمن على حياته مات منتحراً ، وعلى المستفيد أن يثبت أن المؤمن على حياته كان وقت انتحاره فاقد الإرادة " .

(1) أ — من المقرر أن على صاحب الدفع إثبات دفعه ، ومن ثم على من يتمسك بالتقادم الثلاثي للدعوى ضمان المقاول لعيوب البناء أن يثبت إنكشاف العيب في وقت معين ومضى المدة المذكورة بعدئذ .
(جلسة ١٩٧٣/١١/٢٧ الطعن ١٤٩ سنة ٣٨ ق س ٢٤ ص ١١٤٦) .
(جلسة ١٩٧٧/١/١٢ الطعن ٣٨ سنة ٤٥ ق أحوال شخصية س ٢٨ ص ٢٣٢) .
ب — لا يعفى المنكر من الإثبات إلا إذا كان إنكاره مجرداً فلا يجيب على الدعوى بغير إنكار أما إذا اقر الدعوى في أحد عناصرها وادعى من جانبه خلاف الظاهر فإن عليه يقع عبء إثبات ما يخالفه وهو المطالب بأن يقدم الدليل على دفعه .
(جلسة ١٩٦٩/٦/١٠ الطعن ٢٢٧ سنة ٣٥ ق س ٢٠ ص ٨٩٠) .
(جلسة ١٩٧٣/٦/١٩ مجموعة المكتب الفني السنة ٢٤ ص ٩٤٠) .
(جلسة ١٩٧٨/٥/١١ الطعن ٢٨٦ سنة ٤٣ ق س ٢٩ ص ١٢٢٣) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن المنكر المعفى من الإثبات هو من ينكر الدعوى إنكاراً مجرداً ، فلا يجيب عليها بغير الانكار . أما من أجاب على الدعوى بدفعها ، فإنه يصير بذلك مدعياً مطالباً بأن يقيم الدليل على ما يدعيه . وعلى ذلك يكون الدفع بإعسار الشفيع ادعاء من المشترى ، وهو المطالب بأن يقدم الدليل عليه (نقض مدني ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٣ ص ٨٠) — وقضت محكمة النقض أيضاً بأن صاحب الدفع هو المكلف بإثبات دفعه ، كما أن المدعى هو المكلف بإقامة الدليل على دعواه . فإذا دفع المدين بأنه من صغار الزراع فلا يجوز توقيع الحجز على ملكه ، كان عليه إثبات هذا الدفع . ذلك هو =

٤٨ – البينة على من يدعى خلاف الأصل : ولكن هذه القاعدة تحول بساطتها دون مواجهة الصعوبات التي تعرض في العمل . فقد يقع أن المدعى ،حتى في الدعوى التي رفعها ، لا يكلف بالإثبات ، بل يكلف به خصمه وفقاً لطبيعة وضع كل منهما . فمن رفع دعوى على جاره يطالبه بسند مطل لا يكلف – وهو المدعى في الدعوى – بإثبات أن جاره فتح المطل دون أن يكون له حق ارتفاق ، بل الجار – وهو المدعى عليه – هو الذي عليه أن يثبت أن له حق ارتفاق ، يجيز فتح المطل . ففي هذا المثل يقع عبء الإثبات على المدعى عليه لا على المدعى ، لأن طبيعة الوضع تقضي بخلو العقار من حقوق الارتفاق حتى يثبت ذو المصلحة عكس ذلك .

ومن ثم فإن القول بأن المدعى هو الذي يحمل عبء الإثبات لا يستقيم في جميع الفروض . فوجب إذن البحث عن قاعدة تكون أكثر انضباطاً [1] . وقد وضعت قاعدة في هذا الصدد من شقين ، تستجيب لطبائع الأشياء . فقيل إن من يتمسك بالثابت أصلاً لا يكلف بإثباته ، أما من يدعى خلاف الأصل فعليه هو يقع عبء إثبات ما يدعيه (onus probandi incumbit ei qui dicit) . ذلك أن من يتمسك بالثابت أصلاً ، وإن كان من الجائز ألا يكون على حق من ناحية الواقع والعدالة ، إلا إنه من ناحية القانون ومن أجل استقرار التعامل يجب أن يحمى ، فيترك على الأصل دون أن يتكلف عناء أي إثبات [2] . وهذا هو الشق الأول من القاعدة . أما من يدعى خلاف الأصل فهو يستحدث جديداً لا

= حكم القانون المدني ، كما أنه حكم المادة الأولى من القانون رقم ٤ لسنة ١٩١٣ الخاص بعدم جواز توقيع الحجز على الأملاك الزراعية الصغيرة ، فإن هذه المادة بعد أن نصت على أنه " لا يجوز توقيع الحجز على الأملاك الزراعية التي يملكها الزراع الذين ليس لهم من الأطيان إلا خمسة أفدنة أو أقل ..... " قد أضافت أنه " ليس للمدين أن يتنازل عن التمسك بهذا الحظر ، بل يجب عليه التمسك به لغاية وقت صدور حكم نزع الملكية على الأكثر ، وإلا سقط حقه فيه " . وتمسكه بالحظر مقتضاه أن يتولى هو إثبات موجبه ، أي إثبات أنه زارع وأنه لا يملك أكثر من خمسة أفدنة وأنه كان كذلك وقت نشوء الدين . فإذا قضت المحكمة بقبول الدفع بعدم جواز الحجز بناء على أن الدائن – مع عدم إنكاره أن المدين يملك أقل من خمسة أفدنة – لم يقدم ما يثبت أن المدين كان ، وقت نشوء الدين ، يملك أكثر من ذلك القدر ، فإنها تكون قد خالفت قواعد الإثبات (نقض مدني ٣ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٠ ص ٣٩) .

(١) وقد أريد لهذا السبب توسيع دائرة مفهوم لفظ " المدعى " . فقيل المدعى هو من يروم إثبات أمر خفي يريد إزالة أمر جلي . وقيل المدعى من إذا ترك ترك ، أي من إذا ترك الخصومة لا يجبر عليها ، والمدعى عليه من إذا ترك الجواب أجبر عليه (الأستاذ نشأت في الإثبات ١ فقرة ٤٠) .

(٢) وهنا نرى الفقه الإسلامي أيضاً يستجيب لهذا المبدأ . فمن قواعده المقررة أن الأصل براءة الذمة ، وأن الحادث يضاف إلى أقرب أوقاته ، وأن الأصل بقاء ما كان على ما كان ، وأن الأصل في الصفات العارضة العدم . وأن ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه ، وأن المنكر هو من يتمسك ببقاء الأصل. وقد رأينا أن هذه النصوص نقلها التقنين المدني العراقي عن المجلة .

تدعمه قرينة بقاء الأصل على أصله ، فعليه أن يثبت هذا الجديد حتى يتمتع بحماية القانون . وهذا هو الشق الثاني [1] .

٤٩ – في نطاق الحقوق الشخصية الأصل هو براءة الذمة : وفي نطاق الحقوق الشخصية الأصل هو براءة الذمة من كل التزام [1] . فمن يتمسك بالأصل لا إثبات عليه. ومن يدعي خلاف الأصل ، بأن يدعي ديناً في ذمة الغير قبله ، عليه أن يثبت مصدر هذا الدين [2] . فمن ادعى أنه أقرض آخر مبلغاً من المال عليه أن يثبت عقد القرض. ومن طالب آخر بثمن مبيع عليه أن يثبت عقد البيع . والشريك الذي يطالب شريكه بنصيبه في الخسارة عليه أن يثبت عقد الشركة وأن يثبت مقدار الخسارة التي لحقتها [2] .

ويتفرع على ذلك مواقف عدة يختار القانون فيها وضعاً يعتبره هو الأصل ، فمن تمسك به لا يكلف بإثبات شيئ ، ومن ادعى خلافه فعليه عبء الإثبات . مثل ذلك الأهلية، فالأصل أن كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون (م ١٠٩ مدني) [3] . ومثل ذلك أيضاً عيوب العقد ، فالأصل أن يكون العقد سليماً من

---

(١) ماركاديه ٥ م ١٣١٥ فقرة ١ – لاروميير ٥ م ١٣١٥ ص ١٦ – ديمولومب ٢٩ فقرة ١٨٧ – لوران ١٩ فقرة ٩١ – هيك ٨ فقرة ٢١٨ – بودري وبارد ٣ فقرة ٢٠٦٠ .

(1) الأصل براءة الذمة . على من يدعى انشغالها إثبات ذلك .
(جلسة ١٦/٥/١٩٩٣ الطعن رقم ٦٤٨٥ سنة ٦٢ ق) .
(جلسة ٢٤/١/١٩٦٧ السنة ١٨ ص ١٩٠) .

(2) الأصل في نطاق الحقوق الشخصية هو براءة الذمة من كل التزام ، فمن يدعى أنه يداين شخصاً فإنه يكون مدعياً خلاف الثابت أصلاً ومن ثم يقع عليه عبء إثبات مصدر هذا الدين (سواء كان عقداً أو فعلاً ضار).
(جلسة ١٩/٦/١٩٧٣ الطعن ٢٢٩ سنة ٣٨ ق السنة ٢٤ ص ٩٤٠) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا ادعى شخص أن آخر شاركه في استئجار أطيان وأن الإجارة انتهت بالخسارة ، فأنكر المدعى عليه الاشتراك معه ولم يجب عن الخسارة بشيئ ، فأحالت المحكمة القضية إلى التحقيق لإثبات قيام الاشتراك وحصول الخسارة ، ثم مع ثبوت الاشتراك رفضت الدعوى لعجز المدعي عن إثبات الخسارة فيها ، فهذا الحكم لا يقبل الطعن فيه بدعوى مخالفة المحكمة فيه لقواعد الإثبات إذ اعتبرت المدعي مع تسليم خصمه بالخسارة مكلفاً بإثباتها ، وذلك لأن إنكار الخصم قيام الشركة المدعاة ينطوي فيه عدم تسليمه بالخسارة (نقض مدني ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٥٣ ص ٤٥١) .
ملاحظة : كان من الممكن استنباط قرينة على حصول الخسارة من إنكار المدعى عليه للشركة ثم ثبوتها رغم هذا الإنكار، ولكن الظاهر أن المحكمة لم تعتبر هذه القرينة كافية ، ولم يستطيع المدعي من جهته تكملتها بأداة أخرى .

(٣) وكالأهلية الصفة ، إذا كان قيامها واضحاً فإنها تفترض . أما إذا كانت الصفة قد وضح انعدامها ، فلا يفترض وجودها ، ومن له مصلحة في قيامها عليه عبء إثباتها . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا حصل أحد الشركاء في إجارة من وزارة الأوقاف على مخالصة من مأمور الأوقاف قرر فيها أنه دفع جميع =

العيوب ، ومن يدعى أن بالعقد عيباً عليه إثباته [1] . ومثل ذلك أخيراً إجازة العقد القابل للإبطال ، فالأصل عدم إجازة العقد ، ومن يدعى أنه أجيز عليه أن يثبت هذه الإجازة [2] .

٥٠ – وفي نطاق الحقوق العينية الأصل هو الظاهر : وفي نطاق الحقوق العينية الأصل هو الظاهر . فالحائز للعين لا يطالب بإثبات ملكيتها لأن الظاهر هو أن الحائز مالك . والخارج الذي يدعى ملكية العين هو الذي يدعى خلاف ذلك ، فعليه هو يقع عبء الإثبات [1] [1] . ومن ثم كان الحائز هو المدعى عليه دائماً في دعوى الملكية [1] .

= المطلوب منه في الدعوى التي رفعت عليه ، ولذلك فقد أخلاه من الحراسة والحجز والدعوى والضمان ، واعتبر هذا الشريك تلك المخالصة مبرئة له من التضامن مع شركائه في عقد الإيجار في وفاء الباقي من أجرة الأطيان المؤجرة إليهم جميعاً متضامنين بحسب نص العقد ، ولكن المحكمة ذهبت إلى أنه – لكي يكون للمخالصة هذا الأثر – يجب أن يقيم الصادرة له المخالصة – باعتبار أنه هو المتمسك بها – الدليل على أن من أصدرها يملك التنازل عن حق الوقف في استيفاء أجرة كل الأطيان المؤجرة ، فإن المحكمة تكون قد طبقت قواعد الإثبات تطبيقاً صحيحاً على واقعة الدعوى (نقض مدني ١٤ أبريل سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٠٩ ص ٧٥٩) .

(1) يجوز القضاء ببطلان العقد إذا ثبت أحد المتعاقدين أنه كان واقعاً في غلط تم أثبت أنه لولا هذا الغلط لما أقدم على التعاقد .
(جلسة ١٩٧٠/٦/٢ مجموعة المكتب الفني السنة ٢١ ص ٩٦١) .

(2) عبء إثبات إجازة عقد قابل للابطال إنما يقع على عاتق مدعي الإجازة ، وإذن فمتى كان الطاعن قد ادعى أن مورث المطعون عليها قد أجاز بعد بلوغه سن الرشد عقد البيع الذي عقده وهو قاصر فإن الحكم المطعون فيه إذ ألقي عليه عبء إثبات هذه الواقعة لا يكون قد خالف قواعد الإثبات .
(جلسة ١٩٥٣/١١/٢٦ مجموعة المكتب الفني السنة ٥ ص ٢٠٣) .
(جلسة ١٩٧٢/٢/١٥ مجموعة المكتب الفني السنة ٢٣ ص ١٦٢) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا لم تثبت الملكية للمدعين بالسند الذي أسسوا عليه دعواهم ، فلا يكون للمحكمة أن تتخذ من عجز منازعيهم – وهم مدعى عليهم في الدعوى – عن إثبات ملكيتهم بالتقادم دليلاً قانونيا على ثبوت ملكية المدعين وهم المكلفون قانوناً بإثبات دعواهم (نقض مدني ١٤ يونية سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦٦ ص ٧٢٣ – وأنظر أيضاً ١٠ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩٧ ص ١٩٣ – ١٢ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٦٦ ص ٥٣٨) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه متى كان ناظر الوقف الواضع اليد على العين مقراً بتبعيتها للوقف ، فلا شأن لمدعي ملكيتها في مطالبة الناظر بكتاب ولا بإشهاد على الوقف . وعلى هذا المدعي وحده تقديم الدليل المثبت لدعواه ، وخصوصاً إذا كان الوقف قديماً يرجع إلى ما قبل صدور لائحة ترتيب المحاكم الشرعية في ٢٧ مايو سنة ١٨٩٧ التي أوجبت لأول مرة إجراء الإشهاد عن الوقف لإثباته ، وكان قبلها إثبات الوقف خاضعاً لأحكام الشريعة الإسلامية التي لا تستلزم فيه كتابة ولا إشهاداً (نقض مدني ٢٣ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٤٣ ص ٣١٦) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأن تقرير الحكم أن المدعى عليه لم يكسب ملكية الأطيان التي يطلب المدعيان ثبوت ملكيتهما لها بأي سبب من أسباب كسب الملك لا يفيد بذاته وبطريق اللزوم ثبوت ملكيتها للمدعين . فمتى كان الحكم ، إذ قضى بثبوت ملكية المدعيين للأطيان موضوع النزاع ، قد أقام =

وذلك ما لم يتبين من مستندات المدعى أن الظاهر يؤيد دعواه وينفى دفاع المدعى عليه ، فعندئذ ينتقل عبء إثبات الملكية إلى المدعى عليه [٢] .

وكذلك الظاهر أن حق الملكية خال من ان يثقل بحق عينى . فالمالك إذا تمسك بهذا الظاهر لا يطالب بإثباته . ومن يدعى خلاف الظاهر ، بأن يدعى مثلاً أن له حق ارتفاق [٣] أو حق انتفاع أو حق رهن على العين ، كان عليه هو أن يثبت قيام الحق الذي يدعيه، ولو كان مدعى عليه في الدعـوى الأصلية ، لأنه يدعى خلاف الظاهر [٤] (2) .

= قضاءه على أن المدعي عليه لم يكسب ملكية هذه الأطيان بأي من عقدي شرائه أو بوضع اليد المدة الطويلة أو القصيرة . كذلك لم يبين الحكم كيف آلت الأشياء إلى المعين من آخر كان قد اشتراها في حين أنها ليست من ورثته ، ولم يتحدث عن عقد القسمة المبرم بين هذا المشترى وأخوته ، ولا عن كيفية إفادته ملكية المدعيين . متى كان الحكم قد = = أقام قضاءه على ذلك فإنه يكون قاصراً (نقض مدني ١٥ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٦٥ ص ٣٤١) – وقضت محكمة النقض أيضا بأنه إذا قضت المحكمة بإحالة الدعوى على التحقيق بناء على طلب الطرفين ليبين كل منهما ما يدعيه من تملكه الأرض موضوع النزاع بالتقادم الطويل المدة ، وبعد أن انتهت المحكمة من سماع شهود الطرفين رجحت أقوال شهود المدعى على شهود المدعى عليهم، فليس فيما أجرته مخالفة لقواعد الإثبات (نقض مدني ٢٩ مارس سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٨٧ ص ٤٧٨) . وقضت أخيراً بأنه يحسب للمحكمة إذ هي قضت برفض دعوى الطاعنين أن تستند في ذلك إلى عجزهم عن إثبات ملكيتهم دون أن تكون في حاجة إلى بيان أساس ملكية المطعون عليها التي لم تكن إلا مدعى عليها في الدعوى (نقض مدني ٦ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٩٦ ص ٥٦٠) . أنظر أيضا استئناف مختلط ٣١ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٣٣ – ١٤ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٤١ – ٢٦ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٢١ .

(1) من المقرر أن من يدعى الملكية لنفسه يكون هو المكلف بإثبات دعواه وتقديم الأدلة التي تؤيد ما يدعيه وأن ثبوت عدم اكتساب المدعى عليه للمليكة لا يفيد بذاته وبطريق اللزوم ثبوت الملكية للمدعى .
(جلسة ١٩٨٢/٦/٨ الطعن ١٥١٤ سنة ٤٨ ق) .
(جلسة ١٩٦٠/٢/١١ الطعن ٢١٣ سنة ٢٥ ق س ١١ ص ١٤٨) .
(جلسة ١٩٥٨/٦/٢٤ الطعن ١٢٨ سنة ٢٤ ق س ٩ ص ٦٢٠) .

(١) ديمولومب ٢٩ فقرة ١٨٩ – لوران ١٩ فقرة ٩١ – بودري وبارد ٣ ص ٢٠٦٠ ص ٤٢٢ .

(٢) نقض مدني ٢٩ أبريل سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٢٢ ص ٨١٩ .

(٣) استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٩٠ .

(٤) بودري وبارد ٣ فقرة ٢٠٦٠ ص ٤٢٢ . هذا وقد قضت محكمة النقض بأن تعتبر العقارات بالتخصيص وفقاً لنص المادة ٦٨٨ مختلط ضمن الملحقات المشار إليها في المادة المذكورة ، وتباع مع العقار المرهون ما لم يتفق صراحة على خلاف ذلك ، ويقع عبء إثبات هذا الاتفاق على من يدعيه (نقض مدني ١٤ يناير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥٠ رقم ٦٢ ص ٤٢٠) .

(2) إذا ستر المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر ، فالعقد النافذ بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي والعبرة بينهما بهذا العقد وحده ، وأي من الطرفين يريد أن يتمسك بالعقد المستتر في مواجهة العقد الظاهر يجب عليه أن يثبت وجود العقد الحقيقي طبقاً للقواعد العامة في الإثبات .
(جلسة ١٩٨١/٥/١٤ الطعن رقم ٤٥ لسنة ٤٨ ق السنة ٣٢ ص ١٤٧٠ .

٥١ – والثابت فرضاً كالثابت أصلاً وكالثابت ظاهراً : وقد يحل محل الأصل في نطاق الحقوق الشخصية ومحل الظاهر في نطاق الحقوق العينية وضع يفرض القانون وجوده عن طريق قرينة قانونية بقيمة [1] . فيكون الثابت فرضاً كالثابت أصلاً وكالثابت ظاهراً .

مثل ذلك أن يرفع المضرور دعوى تعويض على المكلف برقابة قاصر صدر منه عمل غير مشروع أصاب المدعى بالضرر . وقد كان القياس يقتضي أن يثبت المدعى ، فوق العمل غير المشروع الصادر من القاصر ، تقصيراً من المكلف بالرقابة في تأدية واجبه. ولكن القانون فرض أن هذا التقصير قد وقع منه بمقتضى قرينة قانونية أقامها ضده (م ١٧٣ فقرة ٣ مدني). فلا يكلف المدعى إثبات التقصير ، وينتقل عبء الإثبات إلى المدعى عليه فيثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أن الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية . وكذلك الحال في مسئولية حارس الحيوان عن الحيوان ، وفي مسئولية حارس البناء عن تهدم البناء ، وفي مسئولية حارس الآلات الميكانيكية أو الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة، كل هؤلاء فرض القانون في جانبهم التقصير، فمدعي التعويض لا يكلف بإثبات تقصيرهم ، بل لا يسمح لهم القانون أن يثبتوا أنهم قاموا بواجب العناية لأن قرينة التقصير هنا قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس (المواد ١٧٦ و ١٧٧ فقرة أولى و١٧٨ من التقنين المدني) . والمدعى بدين لا يكلف إثبات سببه المشروع ، لأن القانون فرض أن يكون لكل دين سبب مشروع ، وينتقل هنا عبء الإثبات إلى المدين فعليه أن يثبت هو أن الدين سببه غير مشروع (م ١٣٧ فقرة ١ مدني) . كذلك يعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي ، حتى يقيم المدين الدليل على ما يخالف ذلك (م ١٣٧ فقرة مدني) . والتأشير على سند بما يستفاد منه براءة ذمة المدين قرينة على الوفاء ، فينتقل عبء الإثبات من المدين إلى الدائن ، وعلى هذا أن يثبت أن المدين لم يقم بوفاء الدين (١٩ من قانون الإثبات) .

وفي نطاق الحقوق العينية ، إذا فرضت قيود معينة تحد من حق مالك العقار في البناء عليه، فالمدعى الذي يرفع دعوى على المالك متمسكاً بأن هذه القيود هي حقوق ارتفاق لا

---

(١) ومن أمثلة القرائن القانونية : –

أ – ما نصت عليه المادة ١٩ من قانون الإثبات من أن التأشير على سند الدين بما يستفاد منه براءة ذمة المدين حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس .

ب – ما نصت عليه المادة ٥٨٧ من القانون المدني من أن الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة على هذا القسط .

ج – القرائن المنصوص عليها في المواد ٢٢٤ ، ٩١٦ ، ٩١٧ ، ٩٢٢ من التقنين المدني .

مجرد التزامات شخصية لا يكلف بإثبات ذلك ، لأن القانون أقام قرينة على أن هذه القيود هي حقوق ارتفاق ، فإذا أراد المالك أن ينفى أنها حقوق ارتفاق وأنها ليست إلا التزامات شخصية انتقل إليه هو عبء هذا الإثبات (م ١٠١٨ فقرة ١ مدني) .

ومن هذه الأمثلة نرى أن القرينة القانونية إذا كانت قابلة لإثبات العكس إنما تنقل عبء الإثبات ممن يتمسك بها إلى خصمه [1] ، أما إذا كانت غير قابلة لإثبات العكس فإنها تعفى من يتمسك بها من الإثبات إعفاء نهائياً ولا تقتصر على نقل عبء الإثبات [1] [2] .

---

(1) مفاد المادة ٩١٧ من القانون المدني أن المشروع أقام في حالة احتفاظ المتصرف بحيازة المتصرف فيها وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته قرينة قانونية على أن التصرف في حقيقته وصية ، وهذه وإن كان من شأنها اعفاء الطاعن من إثبات أن التصرف مضاف إلى ما بعد الموت إلا أنها قابلة بدورها لإثبات العكس بحيث يجوز للمتصرف إليه نفيها بإثبات جدية هذا التصرف وتنجيزه .
(جلسة ١٩٨٣/١/٢٥ الطعن رقم ٩٨٤ سنة ٤٩ ق) .

(١) يلاحظ الفقه الحديث أن القول بأن القرينة القانونية تنقل عبء الإثبات إذا كانت تقبل إثبات العكس ، وتعفى من الإثبات إعفاء نهائياً إذا كانت لا تقبل إثبات العكس ، هو قول تعوزه الدقة . ذلك أن القرينة القانونية سواء كانت قابلة لإثبات العكس أو غير قابلة ، تقتضى ممن يتمسك بها إثبات وقائع معينة هي التي عينها القانون لقيام القرينة . فكأن القرينة القانونية لم تعف من الإثبات أو تنقل عبئه ، وإنما هي نقلت الإثبات من محل إلى محل آخر (déplacement de preuve) ، فبدلا من أن يثبت المدعى الواقعة المراد إثباتها يثبت واقعة أخرى متصلة بها ، وإثبات هذه الواقعة الأخرى يعتبره القانون إثباتاً للواقعة الاولى . فالقانون إذن ، كما تقدم القول ، لم يعف من الإثبات أو ينقل عبئه ، وإنما أبدل في الإثبات واقعة بأخرى ، ولايزال من يحمل عبء الإثبات ملزماً بإثبات هذه الواقعة الأخرى ، لم يعف من إثباتها و لم ينتقل عبء إثباتها من عاتقه إلى عاتق خصمه (أنظر في هذا المعنى بيدان وبرو ٩ فقرة ١١٦٥ وفقرة ١٢٩١) .
وهذا النظر الجديد ، وإن كان صحيحاً في ذاته ، لا يؤدى إلى هدم النظر القديم . ففي القرينة القانونية القابلة لإثبات العكس ، ينتقل الإثبات من محل إلى محل آخر ، ولكن متى أثبت المدعى الواقعة البديلة — كون المسئول هو المكلف بالرقابة مثلاً — انتقل عبء الإثبات فعلاً من عاتقه إلى عاتق المكلف بالرقابة ؛ فيصبح هذا مكلفاً أن يثبت أنه قام بواجب الرقابة . وفي القرينة القانونية غير القابلة لإثبات العكس ، ينتقل الإثبات أيضاً من محل إلى محل آخر ، ولكن متى أثبت المدعى الواقعة البديلة — كون المسئول هو حارس الحيوان أو البناء أو الآلة الميكانيكية مثلاً — أعفى فعلاً نهائياً من إثبات الواقعة الأصيلة ، وهي وقوع خطأ من هذا المسئول . ولا يقال أن هذا الإعفاء النهائي لا جدوى فيه للمدعى ما دام يبقى مكلفاً بإثبات الواقعة البديلة ، فإن الإعفاء في هذه الحالة له فوائد لا يستهان بها ، ذلك أن إثبات = = الواقعة البديلة يكون عادة أيسر بكثير من إثبات الواقعة الأصيلة، فيكون المدعى في النهاية قد تخفف كثيراً من مؤونة الإثبات . على أننا سنرى عند الكلام في القرائن القانونية غير القابلة لإثبات العكس أن حقيقة هذه القرائن هي أنها قواعد موضوعية لا قواعد للإثبات .

(2) تقضي المادتان ٣٣٨ و٣٣٩ من القانون المدني القديم المعدلتان بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٢٣ ببطلان عقد البيع الوفائي المقصود به اخفاء رهن سواء بصفته بيعاً أو رهناً وبأن العقد يعتبر مقصوداً به اخفاء الرهن إذا اشترط فيه رد الثمن مع الفوائد أو إذا بقيت العين المبيعه في حيازة البائع بأية صفة من الصفات ، وهاتان =

٥٢ – كذلك تكون البينة على من يدعى خلاف ما هو ثابت فعلاً:

ومن يتمسك بما هو ثابت أصلاً أو ظاهراً أو فرضاً يمكن أن نقول إنه يتمسك بما هو ثابت حكماً . وهو لا يكلف بالإثبات كما قدمنا [1] ، بل من يدعى خلاف ما هو ثابت حكماً هو الذي يحمل عبء الإثبات [2] . كذلك الحال فيمن يتمسك بما هو ثابت فعلاً [1] ، لا يكلف هو أيضاً بالإثبات ، وإنما يحمل عبء الإثبات من يدعى خلاف ما هو ثابت فعلاً . والثابت فعلاً هو ما أقام الخصم الدليل عليه بالطرق القانونية، حقيقة أو ضمناً .

مثل ذلك دائن يرفع دعوى الدين على مدينه ، فيدعى خلاف الأصل وهو براءة الذمة كما قدمنا ، فعليه إذن عبء إثبات الدين . فإذا ما أثبته حقيقة بسند مكتوب مثلاً، فلا يجوز للمدين أن يدعى وفاء الدين ، أي خلاف ما ثابت حقيقة ، إلا إذا حمل عبء إثبات ما يدعيه [3] .

ولو أن المدين في المثل الذي قدمناه لم يكلف المدعى بإثبات الدين حقيقة ، بل دفع الدعوى بالمقاصة ، كان هذا بمثابة إقرار ضمني منه بالدين ، فيكون الدين ثابتاً ضمناً، وعلى المدين إذن عبء إثبات إنقضاء الدين بالمقاصة لأنه يدعى خلاف ما هو ثابت ضمناً .

= القرينتان من قبيل القرائن القانونية القاطعة بحيث إذا توافرت إحداهما كان ذلك قاطع في الدلالة على أن القصد من العقد هو اخفاء رهن ومانعاً من إثبات العكس .
(جلسة ١٩٦٣/١/٣ الطعن ٣٤١ سنة ٢٧ ق س ١٤ ص ٧٥) .

(1) البينة على من يدعى خلاف الوضع الثابت أصلاً أو فرضا أو ظاهراً .
(جلسة ١٩٦٧/٢/٢٤ الطعنان رقما ٢٥٢ سنة ٣٤ ، ١٢٨ سنة ٣٤ ق السنة ١٨ ص ١٩) .

(2) صاحب العمل الذي يمتنع عن إعادة العامل الموقوف عن عمله رغم الحكم ببراءته من التهمة المسندة إليه يفترض فيه التعسف في فصل العامل ويقع عليه عبء إثبات توافر المبرر لهذا الفصل لأنه هو الذي يدعى خلاف الثابت حكماً .
(جلسة ١٩٧٠/٢/٤ مجموعة المكتب الفني السنة ٢١ ص ٢٣٦) .

(١) وقد آثرنا أن نستعمل هذا اللفظ " فعلاً " بدلاً من اللفظ " عرضاً " الذي استعملناه في الموجز (أنظر ص ٦٥٣) واستعمله الفقه المصري معنا ثم استعملته محكمة النقض (٦ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٦٥ ص ٣٧٥) ، لأن اللفظ الأول أدل على المعنى المقصود .

(3) الأصل في نطاق الحقوق الشخصية هو براءة الذمة من كل التزام ، فمن يدعي أنه يداين شخصاً فإنه يكون مدعياً خلاف الثابت أصلاً ، ومن ثم يقع عليه عبء إثبات مصدر هذا الدين .
(جلسة ١٩٧٣/٦/١٩ الطعن ٢٢٩ سنة ٣٨ ق السنة ٢٤ ص ٩٤٠) .
(جلسة ١٩٩٣/٥/١٦ الطعن ٦٤٨٥ سنة ٦٢ ق) .

ومن ثم نرى أن البينة تكون على من يدعى خلاف ما هو ثابت فعلاً ، حقيقة كان هذا الثبوت أو ضمناً [1] .

٥٣ – استخلاص مبدأ عام فيمن يحمل عبء الإثبات : ونستطيع بعد ما قدمناه أن نضع المبدأ الآتي : كل من يتمسك بالثابت حكماً – أصلاً أو ظاهراً أو فرضاً – أو بالثابت فعلاً – حقيقة أو ضمناً – لا يقع عليه عبء الإثبات . وإنما يقع عبء الإثبات على من يدعى خلاف الثابت حكماً أو فعلاً ، لأنه يدعى خلاف الأصل أو الظاهر أو المفروض أو الثابت ، فوجب أن يحمل عبء إثبات ما يدعيه [1] . وغني عن البيان أن تحديد من يحمل عبء الإثبات مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض [2] .

---

(1) أ – إذا كان الحكم المطعون فيه قد ألقى على عاتق الورثة الطاعنين إثبات ما يدعوه على خلاف الظاهر من عبارات العقد من احتفاظ المورث بالحيازة وبحقه في الانتفاع مدى الحياة مما تتوافر به القرينة القانونية المنصوص عليها في المادة ٩١٧ من القانون المدني فإن الحكم لا يكون قد خالف قواعد الإثبات.
(جلسة ١٩٦٣/٤/٢٥ الطعنان رقما ٤٥٩ ، ٤٧١ سنة ٤٦ ق س ١٤ ص ٥٧٩) .
ب – من المقرر أن عبء إثبات الأجرة الأساسية يقع على من يدعى أن الأجرة الحالية تختلف عن الأجرة القانونية زيادة أو نقصاً ، ويكون ذلك بكافة طرق الإثبات .
(جلسة ١٩٧٦/٣/٣١ الطعن ٥٥٦ سنة ٤١ ق السنة ٢٧ ص ٨٢٣) .
(جلسة ١٩٨٣/٤/١٨ الطعن ١١٣٧ سنة ٤٨ ق السنة ٣٤ ص ٩٨٥) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الأصل خلوص الذمة ، وانشغالها عارض . ومن ثم كان لإثبات على من يدعي ما يخالف الثابت أصلاً أو عرضاً (وفي اللغة التي اخترناها : حكماً أو فعلاً) مدعياً كان أو مدعى عليه. فإذا رفع الموكل دعواه بندب خبير لتحقيق الحسابات التي قيدها وكيله في دفاتر الدائرة ، فهذه الدعوى لا تعدو أن تكون دعوى تحقيق حساب بين موكل ووكيله غايتها تعيين المبالغ التي قبضها الوكيل من أموال الموكل فإنشغلت بها ذمته والمبالغ التي صرفها في شئونه فبرئت منها ذمة الوكيل . فهي لا تخضع ولا بد لقاعدة الإثبات العامة السابق ذكرها ، فيتعين على الموكل وورثته إثبات قبض الوكيل للمال الذي يدعون أنه قبضه . فإن فعلوا ، تعين على الوكيل وورثته أن يثبتوا صرف هذا المال في شؤون الموكل أو مصيره إليه , فإذا كان هو يرصد في 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 . فإذا اعتمدت المحكمة على تقرير الخبير الذي أخذ مورثهم بعجزهم عن إثبات براءة ذمته من مبالغ ثبت وصولها إلى يده من الدفاتر التي قيدها بها ، فإنها لا تكون قد خالفت القانون (نقض مدني ٦ مارس ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٦٥ ص ٣٧٥) .

(2) تحديد من يحمل عبء الإثبات مسألة قانونية خضوعها لرقابة محكمة النقض .
(جلسة ١٩٩٨/٦/٢٥ الطعن ١٧٩٨ سنة ٦٢ ق) .

ب – عبء الإثبات من ناحية التطبيق :

٥٤ – كيف يقوم بالإثبات عملاً من يحمل عبئه : متى تعين أي الخصمين يحمل عبء الإثبات ، وفقاً للمبدأ العام الذي قدمناه ، كان هذا الخصم هو المكلف بإقامة الدليل بالطرق القانونية على صحة ما يدعيه . فإذا ادعى شخص أنه اقرض شخصاً آخر مبلغاً من المال ، فعليه أن يثبت عقد القرض . ولكن هل معنى ذلك أن يثبت أيضاً أن عقد القرض خال من جميع أسباب البطلان ، وهذه ترجع إلى التراضي والمحل والسبب وإلى الأهلية وعيوب الإرادة من غلط وتدليس وإكراه واستغلال ، ثم يثبت بعد ذلك أن العقد بعد أن انعقد صحيحاً لم ينقض الدين الذي نشأ عنه بأي سبب من الأسباب كالوفاء والتجديد والمقاصة واتحاد الذمة والابراء ونحو ذلك ، ثم بعد أن يثبت أن الدين لم ينقض يثبت ايضاً أنه لم يلحقه أي تعديل ، وهكذا ! .

من الواضح أن عبء الإثبات ، إذا فسر على هذا النحو ، ينوء به الخصم . ولذلك تقضي الضرورة أن يقتصر الخصم على إثبات عقد القرض . وبعد ذلك يستعان بالقرائن التي قدمناها . فما هو ثابت حكماً أو فعلاً لا يكلف بإثباته ، وإذا ادعى خصمه خلاف ما هو ثابت حكماً أو فعلاً حمل هو عبء الإثبات . ويترتب على ذلك أن القرض متى أثبته الدائن، كان من الثابت حكماً أنه خال من أسباب البطلان ، فإذا ادعى المدين أن العقد قد لحقه سبب منها فعليه هو أن يثبت ذلك كما أسلفنا . ثم متى ثبت عقد القرض ، اصبح ثابتاً فعلاً ، فإذا ادعى المدين خلاف ذلك ، بأن ادعى أن الدين قد انقضى بسبب من أسباب الانقضاء أو أنه قد لحقه أي تعديل ، فعليه هو عبء الإثبات كما تقدم القول [١] .

ونرى من ذلك أن عبء الإثبات لا يثقل كاهل أحد الخصمين دون الآخر ، بل هو يوزع بين الخصمين على النحو المتقدم [٢] . وقد يقع هذا التوزيع بحكم الواقع بمقتضى قرائن

---

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٢٠ ص ٨٤٥ – ص ٨٤٩ .

(٢) ويضع الأستاذ ديموج مبدأين أساسيين في حمل عبء الإثبات . أولهما أن من يحمل هذا العبء لا يلتزم بإثبات جميع الشروط الواجب توافرها لوجود الحق الذي يدعيه ، بل يكفي أن يثبت من الشروط ما = = يجعل وجود هذا الحق مرجحاً (vraisemblable) . فليس عليه أن يثبت أن حقه قد خلا من التدليس ومن الإكراه ، لأن هذه الوقائع استثنائية ومن يدعي غير الراجح يحمل عبء ما يدعيه ، ذلك أنه ادعى شيئاً بعيد الوقوع ، ولكنه مع ذلك قد يقع ، فعليه هو أن يثبت وقوعه . والمبدأ الثاني في عبء الإثبات هو أن هذا العبء يحمله في كل حالة بالذات الخصم الذي يستطيع أن يضطلع به في اقل مشقة (le moins d'inconvénient) ، أي في أقصر وقت وبأقل المضايقات وبأيسر النفقة (le moins de délais, de vexations, de frais ..') . ثم يذهب ديموج إلى وجوب عدم المبالغة في تقدير أهمية عبء الإثبات . ذلك أن الخصوم لا بد لهم من أن يتوزعوه فيما بينهم . فهم يتعاونون على الاضطلاع =

قضائية ينقل بها القاضى عبء الإثبات بحسب تقديره من الخصم إلى خصمه ، وقد يقع بحكم القانون بمقتضى قرائن قانونية ينتقل بها عبء الإثبات من خصم إلى آخر ، وقد يقع أخيراً بحكم الاتفاق بين الطرفين .

٥٥ – توزيع عبء الإثبات بحكم الواقع : فمثل أن يقع التوزيع بحكم الواقع عن طريق قرائن قضائية ما يأتي :

(١) شخص يريد أن يثبت صورية عقد صدر من أب إلى ولده ، فيثبت إلى جانب علاقة البنوة أن الولد وهو صغير السن عديم الكسب ليس له مال ظاهر يسمح بدفع الثمن المذكور في العقد أنه قد دفع . فتقوم قرينة قضائية على أن واقعة دفع الثمن واقعة صورية. فينقل القاضى عبء الإثبات إلى الأب، ليثبت مصدراً معيناً دفع منه الولد الثمن، أو أن حقيقة العقد هبة في صورة بيع وعندئذ يكون له حكم الهبة لا حكم البيع .

(٢) شخص يطالب آخر بتعويض لاعتدائه على اختراع له حصل على براءته وسجلها. فعلى المدعى أن يثبت حصوله على البراءة وأنه قام بتسجيلها وفقاً للأوضاع المقررة في القانون. وعند ذلك ينقل القاضى عبء الإثبات إلى المدعى عليه ليثبت ، إذا استطاع ، أن هذا الاختراع بالرغم من صدور براءة به وتسجيلها ليس بالجديد الذي يستحق الحماية .

(٣) أنكر الخصم أن الختم الموقع به على الورقة هو ختمه . فعند ذلك يحمل الخصم الآخر عبء إثبات صحة الختم طبقاً للإجراءات المقررة في القانون . فإذا أثبت ذلك نقل القاضى عبء الإثبات إلى الخصم الأول ، ليثبت كيف وصل ختمه هذا الصحيح إلى الورقة التي عليها التوقيع ، ويكون ذلك عن طريق دعوى التزوير التي يجب أن يسار فيها بطريقها القانوني كما قضت بذلك محكمة النقض (نقض مدني ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٧٤ ص ٣٤٦) .

(٤) شخص يريد أن يثبت أن له حيازة المنزل محل النزاع ، فيقدم مستندات تثبت أنه هو الذي يؤجر المنزل ويقبض أجرته ويدفع ضريبته . فتقوم قرينة قضائية على أنه هو الحائز للمنزل . وعند ذلك ينقل القاضى عبء الإثبات إلى الخصم الآخر ليدحض هذه

= بهذا العبء ، ولكنه تعاون الأعداء ، كما يتعاون رب العمل مع نقابة العمال، وذاك التعاون كهذا يغلب فيه أن يكون ضرورياً ومنتجاً . والتعاون ليس مقصوراً فحسب على الخصوم فيما بينهم ، بل إن الخصوم يتعاونون أيضاً مع القاضى في ذلك . ومن أجل هذا لا يستطيع القاضى أن يقضى بعلمه ، فإن ذلك يحرمه من تعاون الخصوم معه (ديموج في الأفكار الرئيسية للقانون الخاص ، الفصل السابع ص ٥٤٢ – ص ٥٦٥).

القرينة القانونية ، بأن يثبت مثلاً أن الخصم الأول إنما يؤجر المنزل ويدفع الضريبة لا لحسابه الشخصي بل لحساب المالك الذي يدير هو أعماله . وهكذا ينقل القاضي عبء الإثبات من خصم إلى آخر تبعاً لما يستخلص كل منهما من قرائن يكون من شأنها أن تلقى عبء الإثبات على خصمه .

(٥) موظف فصل من وظيفته ، فيرفع دعوى على الحكومة يقول فيها إن فصله كان تعسفياً . ولما كان هو الذي يحمل عبء إثبات التعسف ، فإنه يستطيع في هذا السبيل أن يطلب ضم ملف خدمته ليثبت منه تقدير الرؤساء لكفايته ولخلقه . فإذا أمكنه من هذا الطريق أن يثبت ألا غبار عليه من ناحية الكفاية ومن الناحية الخلقية ، نقل القاضي عبء الإثبات إلى الحكومة لتقول هي بدورها لأي سبب بالذات قد فصلته . فإن ذكرت الحكومة سبباً معيناً لفصله ، نقل عبء الإثبات إلى المدعي ، ليثبت أن هذا السبب غير صحيح أو أنه لا يكفي بفرض صحته لنفي التعسف . وهكذا يتناوب الموظف والحكومة الإثبات إلى أن يعجز أحدهما عن أن يرد عبء الإثبات إلى صاحبه ، فيكون هو المحكـــوم عليه في الدعوى[1] .

٥٦ – توزيع عبء الإثبات بحكم القانون : ومثل أن يقع التوزيع بحكم القانون عن طريق قرائن قانونية ما يأتي :

(١) يريد الدائن إثبات إعسار المدين . هنا يتكفل القانون بتحليل عناصر الإثبات وتوزيعها على الخصمين عن طريق إقامة قرائن قانونية . فقد نصت المادة ٢٣٩ من التقنين المدني على أنه " إذا ادعى الدائن إعسار المدين ، فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما في ذمته من ديون ، وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له مالا يساوى قيمة الديون أو يزيد عليها " . فالدائن إذن يحمل عبء إثبات مقدار ما في ذمة المدين من ديون . وعندئذ ينتقل عبء الإثبات إلى المدين ، ويكون عليه أن يثبت أن له مالاً يفى بمجموع هذه الديون . وبمقدار كثرة الديون التي يستطيع الدائن إثباتها في ذمة المدين يثقل عبء المدين في إثبات أن ماله يفى بديونه . فإن عجز عن هذا الإثبات اعتبر معسراً .

---

(1) لا تقوم مسئولية الحكومة عن تعويض الأضرار التي تلحق الأفراد بسبب الاضطرابات والقلاقل إلا إذا ثبـــت أن القائمين على شئون الأمن امتنعوا عن القيام بواجباتهم وقصروا في إدارتها تقصيراً يمكن وصفه في الظروف التي وقع فيها الحادث بأنه خطأ ، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بوقوع الخطأ في جانب وزارة الداخلية على أن رجال الأمن التابعين لها قد تهاونوا في العمل على تفريق المتظاهرين وفي اتخاذ الاحتياطـــات لتفادي وقوع الاشتباك بينهم دون أن يبين الحكم مظهر هذا التهاون ، فإن الحكم يكون معيباً بما يستوجب نقضه .

(جلسة ١٩٦٨/٣/٢١ السنة ١٩ ص ٥٧٦) .

(٢) يريد الحائز أن يثبت أنه كسب الملكية بالتقادم ، أي أن يثبت أن حيازته استمرت المدة التي حددها القانون لتمام التقادم . هنا أيضاً يتكفل القانون بتوزيع عناصر الإثبات على الخصمين . فقد نصت المادة ٩٧١ من التقنين المدني على أنه " إذا ثبت قيام الحيازة في وقت سابق معين كانت قائمة حالاً ، فإن ذلك يكون قرينة على قيامها في المدة ما بين الزمنين ، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك " . فالحائز يحمل عبء إثبات أن حيازته بدأت في وقت معين وأنها قائمة حالاً . وهنا يقيم القانون قرينة على أن الحيازة استمرت قائمة في المدة ما بين الزمنين . وينتقل بذلك عبء الإثبات إلى الخصم الآخر . ويكون عليه أن يثبت أنها انقطعت في هذه المدة .

(٣) إذا أمن شخص على حياته ، ثم انتحر ، برئت ذمة المؤمن (شركة التأمين) من التزامه بدفع مبلغ التأمين إلى المستفيد . ومع ذلك لا تبرأ ذمة المؤمن من هذا الالتزام إذا كان سبب الانتحار يرجع إلى فقدان إرادة المنتحر . فإذا مات المؤمن عليى حياته وادعت شركة التأمين أنه مات منتحراً فبرئت ذمتها من الالتزام بدفع مبلغ التأمين إلى المستفيد . فقد نصت الفقرتان الأوليان من المادة ٧٥٦ من التقنين المدني على ما يأتي : "(١) تبرأ ذمة المؤمن من التزامه بدفع مبلغ التأمين إذا انتحر الشخص المؤمن على حياته. ومع ذلك يلتزم المؤمن أن يدفع لمن يؤول إليهم الحق مبلغاً يساوى قيمة احتياطي التأمين. (٢) فإذا كان سبب الانتحار مرضاً أفقد المريض إرادته ، بقيّ التزام المؤمن قائماً بأكمله. وعلى المؤمن أن يثبت أن المؤمن على حياته مات منتحراً ، وعلى المستفيد أن يثبت أن المؤمن على حياته كان وقت انتحاره فاقد الإرادة " . فشركة التأمين تحمل إذن عبء إثبات أن المؤمن على حياته قد انتحر . وعندئذ يفرض القانون فرضاً قابلاً لإثبات العكس أن الانتحار كان بإرادة المنتحر ، وأن هذا لم يكن فاقد الإرادة وقت انتحاره . فينتقل عبء الإثبات إلى المستفيد . وعليه أن يثبت ، حتى يستحق مبلغ التأمين بأكمله ، أن المنتحر كان وقت انتحاره فاقد الإرادة [1] .

(٤) عقد أبرم بطريق المراسلة . ولكن الموجب ادعى أنه عدل عن إيجابه قبل أن يتم العقد . فعلى الخصم الآخر أن يثبت أن العقد قد تم إبرامه – أي أن الموجب قد علم بالقبول – قبل هذا العدول . ويوزع القانون عبء الإثبات بين الخصمين ، إذ تنص المادة ٩١ من التقنين المدني على ما يأتي : " ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك " . فعلى الخصم الآخر الذي قبل الإيجاب أن يثبت أن قبوله وصل إلى الموجب في وقت سابق

---

(١) أنظر ما قدمناه في هذه المسألة فقرة ٤٧ في الحاشية .

على الوقت الذي علم فيه بعدول الموجب عن إيجابه . وعند ذلك يفرض القانون أن الموجب قد علم بالقبول وقت وصوله إليه . فينتقل عبء الإثبات إلى الموجب . وعليه أن يثبت أنه بالرغم من وصول القبول إليه قبل عدوله عن الإيجاب ، إلا أنه لم يعلم به إلا بعد عدوله وعلم الخصم الآخر بهذا العدول .

(٥) باع شخص مالاً يملكه . وبعد موته نازع ورثة البائع المشترى في أن الثمن المذكور في عقد البيع صورى ، وأن البيع قد صدر في مرض الموت فيكون وصية . ومن ثم لا ينفذ إلا من ثلث التركة . يوزع القانون عبء الإثبات هنا أيضاً بين الورثة والمشترى . فقد نصت الفقرتان الثانية والثالثة من المادة ٩١٦ على ما يأتي : (١) وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ، ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا . (٢) وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت ، اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع ، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك. كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه " . فالورثة إذن يحملون عبء إثبات أن البيع قد صدر في مرض الموت . ومتى أثبتوا ذلك قامت قرينة قانونية على أن العقد مقصود به التبرع وأن ثمناً ما لم يدفع . وعند ذلك ينتقل عبء الإثبات إلى المشترى . وعليه أن يثبت أنه دفع للبائع ثمناً لا يقل عن قيمة المبيع بمقدار يجاوز ثلث التركة ، وإلا فإن البيع ، فيما تجاوز فيه زيادة قيمة المبيع على الثمن ثلث التركة ، لا يسرى في حق الورثة (م ٤٧٧ مدني) .

ونرى من الأمثلة المتقدمة أن كل قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس ليست في الواقع إلا توزيعاً لعبء الإثبات بين الخصمين ، يتكفل به القانون [1] .

ونرى كذلك مما سبق بيانه أنه من يحمل عبء الإثبات ليس مطالباً في الواقع من الأمر بإثبات كامل قاطع . ولا هو يكلف – على عكس ما ذهب إليه الأستاذان أوبرى ورو [1] – بإثبات كل عنصر من العناصر التي تتكون منها الواقعة مصدر الحق المدعى به.

---

(1) لئن كانت مسئولية حارس الشيئ المقررة بنص المادة ١٧٨ من القانون المدني تقوم على خطأ مفترض إفتراضاً لا يقبل إثبات العكس إلا أن الحارس يستطيع دفع مسئوليته بنفي علاقة السببية بين فعلي الشئ والضرر الذي وقع وذلك بإثبات أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه كقوة قاهرة أو حادث مفاجئ أو خطأ المصاب أو خطأ الغير .

(جلسة ١٩٧٨/٢/٩ الطعن رقم ٢٧١ سنة ٤٥ ق س ٢٩ ص ٤٣٤) .

(١) يذهب أوبري ورو إلى أن الخصم الذي يحمل عبء الإثبات يجب أن يثبت جميع العناصر الواقعية والقانونية للحق (droit) الذي يتمسك به أو الفائدة القانونية (bénéfice légal) التي يدعيها . ويقف عبء الإثبات عند هذا الحد . فلا يلتزم الخصم بإثبات انعدام الأسباب أو الظروف التي كان وجودها يمنع من =

= كسب الحق (obstacle à l'acquisition du droit) أو يؤدي إلى سقوط الفائدة القانونية (déchéance du bénéfice légal) . ولا يلتزم كذلك أن يثبت أن الحق لم يدخل عليه تعديل أو يلحق به قيد لمصلحة خصمه (n'a pas été modifié ou restreint au profit de son adversaire) (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٤٩ ص ٨٤ و ص ٨٦ — ص ٩٠) .

ويعترض بارتان (ص ٨٤ حاشية رقم ١٩ مكرر) على التمييز ما بين الواقعة التي أنشأت الحق ، ويلقى على المدعى عبء إثباتها ، والواقعة التي تكون قد منعت من نشوء الحق أو تكون قد عدلته أو قيدت منه، ويحمل المدعى عليه فيها عبء الإثبات . ويقول إن هذا التمييز لا مبرر له ، وإذا كنا نزمع أن نطلب من المدعى إثباتاً كاملاً فينبغي أن يثبت جميع الوقائع دون تمييز . ولكن الواقع من الأمر أننا لا نطالب المدعى بإثبات كامل حتى بالنسبة إلى الواقعة التي أنشأت الحق . فإن صاحب الاختراع مثلاً يجب عليه أن يثبت صدور براءة له بالاختراع وأنه سجل هذه البراءة ، وعلى المدعى عليه أن يثبت أن الاختراع ليس بجديد مع أن جدة الاختراع هي من العناصر المكونة للواقعة مصدر حق المخترع ومع ذلك يقع عبء إثباتها على المدعى عليه لا على المخترع .

ثم في حاشية ثانية (رقم ١٩ مكرر خامساً quinquies) يعترض بارتان على ما جعل أوبري ورو عبء الإثبات فيه على المدعى عليه ، ويستعرض في هذا الصدد قروضاً مختلفة يخلص منها إلى أن عبء الإثبات فيها إنما يقع على المدعى لا على المدعى عليه ، وينتهي بالعبارة الآتية : " وبعبارة موجزة ، أياً كان التعريف الذي نقف عنده لما يدعوه أوبري ورو المانع من نشوء الحق ، يقابل به انعدام الشروط الضرورية لوجود الحق ، فإن القاعدة التي تلقى عبء إثبات هذا المانع على عاتق المدعى عليه تبدو لنا — وهذا أقل ما يمكن أن أقول — قاعدة مشكوكاً فيها غير متماسكة " .

ثم في حاشية ثالثة (رقم ١٩ مكرر سادساً sexies) يتناول بارتان الاستثناء الثاني — سقوط الفائدة القانونية المدعاة (déchéance du bénéfice légal invoqué) — فيقول بعد استعراض قروض مختلفة في أحوال سقوط الحق إن عبء الإثبات في هذه القروض يقع على المدعى لا على المدعى عليه خلافاً لما ذهب إليه أوبري ورو .

ثم في حاشية رابعة (رقم ١٩ مكرر سابعاً sépties) يتناول بارتان الاستثناء الثالث والأخير — تعديل الحق المتمسك به أو تقييده لمصلحة الخصم (modification ou restriction au profit de l'adversaire du droit invoqué) — فيقول لو أن دائناً أبرأ ذمة مدينة لإعسار طارئ محتفظاً بالحالة التي يعود فيها المدين إلى اليسار ، ثم طالب المدين بعد يساره ، فإن على الدائن أن يثبت أن استبقى الصفة المدنية لحقه ، وليس على المدين أن يثبت أن الدين قد تحول بإبراء الذمة إلى التزام طبيعي ولو كان الإبراء مقروناً بتحفظ .

ثم ينتهي بارتان (في الحاشية رقم ٢٠ مكرر) إلى عرض ما يقترحه هو بديلاً مما ذهب إليه أوبرى ورو ، فيقول : إن توزيع عبء الإثبات لا يكون على نمط واحد ، بل يختلف تبعاً لما إذا كان يراد إثبات واقعة مادية ، كوقوع حادث ، أو إثبات حالة نفسية ، كالنية أو كالعلم بالغلط . ويختلف كذلك تبعاً لما إذا كان يراد إثبات واقعة مادية محضة ، كتسليم الطرد لأمين النقل ليستخلص منه هذه الواقعة واقعة مادية أخرى لا يمكن إثباتها بطريق مباشر كتلف ما بالطرد بعد ضياعه أو فقده ، أو إثبات واقعة مادية ليستخلص منها إما علاقة السببية بين واقعتين ، أو نسبة معينة بين قيمتين تكون المقارنة بينهما من شأنها أن تنشئ التزاماً بالرد أو التزاماً بالإسعاف والمساعدة أو إنقاصاً لالتزامات مرهقة أو تفسيراً فرضه القانون أو ارتضاه الطرفان =

وليست الحقيقة القضائية التي يتولى إثباتها بالحقيقة المطلقة التي لا يداخلها الشك . فالقانون لا يطلب المستحيل . وإنما يكتفي ممن يحمل عبء الإثبات أن يقنع القاضي بأن الأمر الذي يدعيه أمر مرجح الوقوع بحيث يكون من المعقول التسليم بوقوعه فعلاً ، وينفي القاضي ما بقي من شك يحوم حول الأمر بأن ينقل عبء الإثبات إلى الخصم الآخر ، ليثبت أنه ، بالرغم من الظواهر التي ترجح وقوع الأمر ، توجد قرائن أخرى تجعل المرجح مرجوحاً . ثم يرد عبء الإثبات إلى الخصم الأول ، ليهدم هذه القرائن بقرائن أخرى تعيد للأمر كفة الرجحان . وهكذا يتقاذف الخصمان الكرة ، كل منهما يدفعها إلى صاحبه ، إلى أن يعجز أحدهما عن ردها ، فتسقط من يده ، ويسجل على نفسه الخسارة [1] .

فلا نبالغ إذن في القول بفداحة عبء الإثبات . فأن الخصم يتخفف من هذا العبء بأمرين : (أولاً) بتحليل الواقعة المراد إثباتها إلى عناصر متعددة يتوزع بين الخصمين عبء إثباتها ، فيقوم كل منهما بنصيبه في هذا العبء . (ثانياً) بعدم مطالبة الخصم – في العناصر التي يكلف باثباتها – بإثبات قاطع يصل بها إلى درجة الحقيقة المطلقة . بل يكفي أن يثبت رجحانها . وهذا هو شأن الحقيقة القضائية ، لا يقدر لها أن تصل إلى مرتبة الاطلاق [2] .

= باختيارهما لعملية قانونية ... ويحسن أن نحلل ما صدر من أحكام القضاء في هذه المشاكل تحليلا وصفيا. وسيؤدي هذا التحليل دون شك، إذا تعمقنا فيه إلى المدى الممكن تصوره، إلى تحديد ما أسميه " أسراً طبيعية من الخصومات " (familles naturelles des litiges) . فإذا عرض للمشتغل بالقانون مسألة جديدة غير متوقعة في توزيع عبء الإثبات ، أمكنه أن يجد من بين هذه " الأسر الطبيعية " ما يصلح لمقارنة الجديد به ، بل ما يصلح أن يعتبر سابقة قضائية حقيقية لشدة المشابهة ، فيقيس الجديد عليه ، ويصل من هذا القياس إلى الحل المنشود . (قارن بلانيول وبولانجيه ٢ فقرة ٢١٧٧) .

(١) وقد جاء في الموجز للمؤلف في هذا المعنى ما يأتي : " ويتبين من ذلك أن مهمة كل خصم في الدعوى هو أن ينقل عبء الإثبات إلى خصمه . فإن عجز الخصم عن الإثبات خسر دعواه . وإن استطاع هو الآخر نقل عبء الإثبات إلى الخصم الأول ، وعجز الخصم الأول عن الإثبات خسر هذا الخصم دعواه، إلا إذا استطاع نقل عبء الإثبات إلى الخصم مرة ثانية ، وهكذا . وعبء الإثبات يقع دائماً على من يدعي شيئاً مخالفاً لما هو ثابت أصلاً أو عرضاً أو ظاهراً أو بفضل قرينة قانونية . ونرى من ذلك أن الحقائق القضائية ليست إلا حقائق نسبية ، شأن سائر الحقائق " (الموجز ص ٦٥١) .

(٢) في رسالة حديثة (موتيلسكي motulsky في نظرية العناصر المكونة للحقوق – باريس سنة ١٩٤٨)، اتخذ المؤلف هذه العناصر أساساً لرأي ذهب إليه في مسألة عبء الإثبات .

فهو يميز بين مرحلتين : عبء الإدعاء (charge de l'allégation) وعبء الإثبات (charge de preuve) .

أ – فعبء الإدعاء ينحصر في أن المدعي يجب أن يضمن ادعاءه جميع العناصر التي تكون الحق المدعى به . وهذا ما يسميه المؤلف بالعناصر المكونة للحق (éléments générateurs du droit) . فإن أغفل شيئاً من هذه العناصر ، رفضت دعواه . ومن ثم يظهر المعنى المقصود بعبارة "عبء الإدعاء "، فالمدعي =

= يحمل عبء ادعاء جميع العناصر المكونة للحق الذي يدعيه ، وإلا خسر دعواه ، وذلك حتى قبل الانتقال إلى مرحلة عبء الإثبات : بل وحتى لو حضر وحده في غيبة خصمه ، ولم يذكر جميع العناصر المكونة لحقه، فإنه يخسر دعواه لمصلحة خصمه الغائب – ولكن التطبيق الحرفي لهذه القاعدة قد يفضي إلى الاستحالة. فلو أن البائع طالب المشترى بثمن المبيع ، لوجب عليه ، طبقاً لحرفية هذه القاعدة ، أن يضمن ادعاءه وقوع التراضي على المبيع والثمن ، وأهلية المتعاقدين ، وخلو التراضي من العيوب ، وتوافر شروط المبيع ، ووجود سبب مشروع . الخ ... فلا بد إذن من أن يتخفف من يحمل " عبء الادعاء " من بعض العناصر ، عن طريق ما يسميه المؤلف بنظرية الإعفاء (la théorie des dispenses) . والإعفاءات التي ترد على " عبء الادعاء " نوعان : اعفاءات عقلية (dispenses rationnelles) واعفاءات قانونية (dispenses légales) . فهناك شروط لا بد من توافرها لوجود الحق المدعى به ، ولكنها شروط يجب عقلاً وبداهة (sentiment d'évidence) افتراض وجودها إلى أن يقوم في شأنها نزاع . من ذلك الشروط العامة الواجب توافرها في كل دعوى وفي كل حق وفي كل التزام وفي كل عقد . هذه تدخل تحت " الاعفاءات العقلية " ، فيعفى المدعى من تضمين إدعائه لها أن ينازع فيها المدعى عليه . أما الشروط التي تميز الحق المدعى به وتخصصه فهذه يجب أن يتضمنها الادعاء ويدخل ايضاً تحت " الاعفاءات العقلية " المفهومات المركبة (notions complexes) كمفهوم البيع ومفهوم الزواج ، فتبقى على ما هي عليه من تركيب ، إلى أن يقع في شأنها نزاع ، فعند ذلك يجب تحليلها (décomposition) إلى العناصر التي تتركب منها . "والاعفاءات القانونية " قد ينص عليها القانون صراحة ، كما فعل في النص على افتراض حسن النية ، فيعفي المدعى من إثبات هذا العنصر . على أن أكثر " الاعفاءات القانونية " لا نص عليها ، ولكنها تستخلص من ثنايا النصوص (elle doit être dégagée par l'exégèse) ، فحيث يعمد القانون ، لا إلى تنظيم عنصر من عناصر الحق ، بل إلى تنظيم الوضع المخالف له ، يكون على المدعى عليه عبء إثبات هذا الوضع المخالف ، وذلك كما فعل القانون في تنظيم عدم الأهلية والبطلان وانقطاع التقادم ووقفه والشرط والأجل والتعسف في استعمال الحق والوصية . ويخلص المؤلف من ذلك إلى وضع القاعدة الآتية في "عبء الادعاء " : على الخصم الذي يطالب بحق أن يتضمن ادعاءه جميع الظروف التي تقابل العناصر المكونة لهذا الحق ، ما لم يوجد لديه إعفاء عقلي أو قانوني " .

هذا هو "عبء الإدعاء " من حيث المبدأ . أما من حيث التطبيق : فالمدعي إما أن ينوء بعبئه ، فلا يضمن ادعاءه ، بعد جميع الإعفاءات ، العناصر اللازمة ، فيخسر دعواه دون انتقال إلى مرحلة الإثبات. وأما أن يقوم بعبئه ، فيضمن ادعاءه العناصر اللازمة . عند ذلك يأتي دور المدعى عليه . وهذا إما أن ينازع في الوقائع المدعاة ، فعليه عبء المنازعة (charge de contestation) ، أي عليه أن ينازع منازعة جدية في أحد العناصر المدعاة ، وإلا كسب المدعي دعواه دون أن ينتقل إلى مرحلة الإثبات . وإما أن يقر بالحق المدعى به ولكن يدعي أن هذا الحق قد انقضى أو لحقه تعديل ، فعليه في هذه الدعوى المقابلة (contre-action) عبء الإدعاء المقابل ، وعليه أن يضمن ادعاءه جميع العناصر المطلوبة ، وعلى المدعي أن يقف من هذا الادعاء المقابل موقف المنازع أو موقف من يدعي ادعاء مقابلاً آخر ، وهكذا . وينتهي القاضي إلى تصفية " نقط النزاع " (faits litigieux) . وهذه هي الوقائع المنتجة في الدعوى والتي يقبت محلاً للنزاع بين الخصمين. وعند ذلك ينتقل القاضي إلى مرحلة الإثبات .

ب – وعبء الإثبات يقتصر على " نقط النزاع " بعد حصرها على الوجه المتقدم . فهناك " نقط نزاع " تختلف عن تصفية إدعاء المدعي فيحمل المدعي عبء إثباتها . وهناك " نقط نزاع " أخرى تخلفت عن تصفية ادعاء المدعى عليه فيقع عبء إثباتها على المدعى عليه . وهكذا يتوزع عبء الإثبات بين الخصمين ، كل =

٥٧ – تعيين من يقع عليه عبء الإثبات بحكم الاتفاق (التعديل الاتفاقي لقواعد عبء الإثبات) :

وغني عن البيان أن القواعد التي قدمناها في عبء الإثبات قل أن تعتبر من النظام العام ، لأن الكثير منها لم يوضع إلا لحماية الخصوم. فمن الجائز إذن ، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك ، عند ما يضع القانون قرينة قانونية تنقل عبء الإثبات إلى خصم معين حماية للخصم الآخر ، أن يتفق الطرفان مقدماً على إلغاء هذه القرينة، وإعادة عبء الإثبات إلى من كان ينتفع بها ، فيتزل بذلك عن الحماية التي منحها له القانون ، ويكون في هذا تعديل اتفاق لقواعد عبء الإثبات ، وهو صحيح قانوناً [1] .

– يحمل نصيبه منه . وتتناول نظرية الإعفاء عبء الإثبات كما تناولت عبء الادعاء. غير أن الإعفاء هنا لا يكون إلا إعفاء قانونياً (dispense légale) ، أما الاعفاء العقلي (dispense rationnelle) فيمتنع ، لأنه في عبء الادعاء لا يقوم مع قيام النزاع ، والنزاع هنا قائم فرضاً . فيعفى كل من الخصمين إثبات الأوضاع المخالفة التي عمد القانون إلى تنظيمها ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

وإذا كان الدليل الذي يتقدم به من يحمل عبء الإثبات دليلاً مقنعاً للقاضي ، صدر الحكم لمصلحته. وإذا عجز عن الإثبات ، صدر الحكم ضده . وإذا كان الدليل يشوبه الشك ، فسر الشك لغير مصلحته وصدر الحكم ضده ، وهنا تتبين دلالة حمله لعبء الإثبات .

هذه هي الخطوط الرئيسية للرأي الذي يتقدم به صاحب الرسالة المتقدمة الذكر . وليس في هذا الرأي نصيب كبير من الابتداع ، وإن كان فيه كثير من الترتيب والتنسيق . فتصفية ادعاءات كل من الخصمين قبل الانتقال إلى مرحلة الإثبات ، وتحدي نقط النزاع بعد هذه التصفية ، وتوزيع عبء الإثبات بين الخصمين ، فيه ترتيب منسق وتسلسل منطقي للمسائل التي ينطوي عليها عبء الإثبات . ولكن المسألة الجوهرية في عبء الإثبات – التي رأينا دموج يعالجها عن طريق فكرتي الرجحان (vraisemblance) والاضطلاع بأقل مشقة (le moins d'inconvénients) ، ورأينا بارتان يواجهها بالأسر الطبيعية للخصومات (familles naturelles de litiges) ، ويعمد جني إلى تحميل عبء الإثبات فيها لمن يريد تعديل وضع مكتسب (modification d'une situation acquise) ، ويعمد بارد إلى تحميل هذا العبء لمن يتمسك بواقعة مخالفة للوضع المألوف المعتاد (un fait contre l'état normal et habituel) ، كما يعمد تفينيه (fhevenet) إلى تحميل العبء لمن يقوم الظاهر ضده (contre lequel l'apparence existe) – هذه المسالة الجوهرية يعالجها المؤلف بنظريته في الإعفاء . وهي نظرية لا تزيد في التحديد والضبط عن هذه الآراء التي قدمناها ، وقد أحس المؤلف نفسه أنها محوطة بشئ من الغموض . ونحن إذا دققنا النظر في نظرية الإعفاء هذه ، لا نراها تخرج عما سبق أن قررناه من أن الخصم يعفى من عبء الإثبات إذا ادعى ما هو ثابت حكماً أو فعلاً .

(1) قواعد الإثبات الموضوعية المتعلقة بتحديد محل الإثبات وعبئه وطرقه لا تعتبر من النظام العام لأنها مقررة لحماية الخصوم ومن ثم يجوز لهم أن يتفقوا على ما يخالفها ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك فيجوز الاتفاق على نقل عبء الإثبات من المكلف به أصلاً إلى الطرف الآخر في الخصومة صراحة أو ضمناً . فإذا كان الخصم قد طلب من المحكمة إحالة الدعوى إلى التحقيق فلا يجوز له بعد ذلك أن يطعن في الحكم الذي أجابه إلى طلبه على أساس أنه كان متطوعاً في إثبات ما هو غير ملزم بعبئه .

(جلسة ١٩٧٥/١/٦ الطعن ٩٤ سنة ٣٨ ق السنة ٢٦ ص ١٠٦) .

(جلسة ١٩٨٦/٥/٢٨ الطعن ٩٦٠ سنة ٥٢ ق السنة ٣٧ ص ٦١٥) .

ونأتي بأمثلة لذلك : (١) الأصل في الضرر الذي يحدثه الحيوان أن حارس الحيوان هو المسئول عنه ، إلا إذا أثبت هذا أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي (م ١٧٦ مدني) . ولكن يجوز الاتفاق مقدماً على نقل عبء الإثبات الى المضرور . فيصح أن يتفق شخصان شريكان في مرعى واحد على أن كل ضرر يقع من مواشي أحدهما على مواشي الآخر لا يكون الأول مسئولاً عنه إلا إذا أثبت الآخر خطأ في جانبه . (٢) الأصل أن أمين النقل مسئول عن الضرر الذي يحدث أثناء النقل للشخص أو الشيء الذي ينقله ، المسئولية هنا مسئولية عقدية ، فعلى أمين النقل إذن يقع عبء الإثبات . ولكن يجوز الاتفاق مقدماً – ما لم يكن هناك شرط إذعان – على نقل عبء الإثبات من أمين النقل إلى المتعاقد معه ، فيصبح هذا هو المكلف بإثبات خطأ في جانب أمين النقل على أساس المسئولية العقدية لا المسئولية التقصيرية . (٣) إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي) ، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً (م ٢٣١ مدني) . ولكن يجوز للطرفين أن يتفقا مقدماً على نقل عبء الإثبات من الدائن إلى المدين ، فيكون للدائن أن يطالب بقيمة الضرر التي جاوزت قيمة الشرط الجزائي ما لم يثبت المدين أنه لم يرتكب غشاً .. (٤) المستأجر مسئول عن حريق العين المؤجرة إلا إذا أثبت أن الحريق نشأ عن سبب لا يدله فيه (م ٥٨٤ فقرة ١ مدني) . ولكن يجوز للطرفين أن يتفقا مقدماً على نقل عبء الإثبات إلى المؤجر ، فيكون المستأجر غير مسئول عن حريق العين إلا إذا أثبت المؤجر خطأ في جانبه [١] ، وبذلك يتحول التزام المستأجر من التزام بتحقيق غاية إلى التزام ببذل عناية [٢] .

وكما يقع التعديل الاتفاقي لقواعد عبء الإثبات مقدماً قبل حصول النزاع على النحو الذي قدمناه [1] ، كذلك يصح أن يقع هذا التعديل أثناء النزاع . فيجوز لخصم لم

---

(١) أنظر الدكتور سليمان مرقس في شرح عقد الإيجار الطبعة الثانية سنة ١٩٥٤ فقرة ٢٣٣ ص ٤١٧ – ص ٤١٨ .

(٢) أنظر الجزء الأول من الوسيط فقرة ٤٤٠ .

(1) أ – الاتفاق على تعديل القواعد المتعلقة بطرق الإثبات قد يكون مقدماً ، كما يمكن أن يستدل عليه أثناء سير الدعوى ، فالدفع بعدم جواز الإثبات بالبينة من الدفوع التي يجب ابداؤها قبل التحقيق ، فعدم تمسك الخصم به قبل سماع شهادة الشهود يفيد النزول عنه .

(جلسة ١٩٨٦/٥/٦ الطعن ٢١٨٧ سنة ٥٢ ق) .

(جلسة ١٩٨٥/٥/٢٢ الطعن ٢١٣٨ سنة ٥٤ ق) .

ب – إذا كان الحكم المطعون فيه ، اتخذ من المستندات التي قدمتها الطاعنة طواعية ومن تلقاء نفسها دليلاً على أن الناقل لم تكن لديه الوسائل الكافية للتحقق من صحة البيانات المثبتة لسند الشحن، فإن ادعاء الطاعنة بخطأ الحكم بنقله عبء الإثبات من عاتق المطعون عليها (الناقل) إلى عاتقها هي يكون على غير =

يكن في الأصل مكلفاً بإثبات واقعة أن يتطوع لإثباتها ، فإذا أجابه القاضي إلى طلبه فليس له بعد ذلك أن يحتج بأنه غير مكلف قانوناً بالإثبات . ذلك أن تطوعه لإثبات الواقعة مع سكوت خصمه يكون بمثابة اتفاق بينهما على نقل عبء الإثبات إليه ، فيلزمه أن يضطلع بهذا العبء . وقد قضت محكمة النقض بأن القواعد التي تبين على أي خصم يقع عبء الإثبات لا تتصل بالنظام العام ، ولذا يجوز الاتفاق على مخالفتها ، وإذن فمتى كان الطاعن قد طلب من المحكمة إحالة الدعوى على التحقيق لإثبات ما يدعيه ، فليس له أن ينعى بعد ذلك الحكم باجابته إلى ما طلب ، حتى ولو كان فيما طلب متطوعاً لإثبات ما هو غير ملزم بحمل عبئه [1] .

ثالثاً ـ طرق الإثبـــات

أ – ما هي طرق الإثبات (سلطة الخصوم وسلطة محكمة النقض في شأنها)

٥٨ – طرق الإثبات التي رسمها القانون واجراءاتها وقوة كل طريق منها :

رسم القانون طرق الإثبات المختلفة . وهي ستة : (١) الكتابة écrit (٢) الشهادة أو البينة témoignage (٣) القرائن présomptions (٤) الإقرار aveu (٥) اليمين serment (٦) المعاينة constatation .

ونبادر إلى استبعاد المعاينة من بين موضوعات القانون المدني ، إذ هي لا تنطوي إلا على إجراءات اصطلح على جعلها كلها من مباحث قانون المرافعات سواء في ذلك ما تعلق منها بانتقال المحكمة للمعاينة visite des lieux (م ١٣٠ – ١٣٤ من قانون الإثبات) أو ما تعلق بالمعاينة الفنية التي يقوم بها الخبراء (expertise) [2] . (م ١٣٥ – ١٦٢ من قانون

= أساس ، إذ لا يعتبر نقلاً لعبء الإثبات إلا تكليف الحكم خصماً بتقديم دليل لصالح خصمه على خلاف ما يجيزه القانون .

(الطعن رقم ١٤٥ سنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/٤/١٧ س ٢٤ ص ٦١٦) .

(١) نقض مدني ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٢٨ ص ٢٠٣ .

(٢) وتعيين الخبير من الرخص المخولة للقاضي ، فله أن يقدر ما إذا كان لازماً أو غير لازم، وله بعد أن يتم هذا التعيين أن يأخذ بتقرير الخبير أو ألا يأخذ به (نقض مدني ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١= = رقم ٢ ص ٦ – ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٥ ص ١٤ – ١٠ مارس سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٢ ص ٨٤ – ١٠نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٦٩ ص ١٣٩ – ١٢ مارس سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٣٥ ص ١٠٤٧ – ٢٩ يناير سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٣٩ ص ٤١٠ – ٩ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٠٨ ص ٨٢٠ – ١٨ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمـــر ٤ رقم =

الإثبات) . فتكون طرق الإثبات التي تعالج في القانون المدني هي الخمسة الأولى . وتعيين هذه الطرق وتحديد قيمة كل طريق منها من مسائل القانون المدني ، أما الإجراءات التي رسمها القانون للسير في كل طريق فمن مسائل قانون المرافعات . ثم صدر قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ وجمع المشروع أحكام الإثبات بناحيتها الموضوعية والشكلية في قانون واحد .

والكتابة من أقوى طرق الإثبات ، ولها قوة مطلقة إذ يجوز أن تكون طريقاً لإثبات الوقائع القانونية والتصرفات القانونية دون تمييز كما سنرى . ولم تكن لها هذه القوة قديما ، بل كان المقام الأول للشهادة في وقت لم تكن فيه الكتابة منتشرة بل كانت الغلبة للأمية ، فكان الاعتماد على الرواية دون القلم . هكذا كان الأمر في الفقه الإسلامي وفي سائر الشرائع . ثم أخذت الكتابة تنتشر ، وساعد على ذلك اختراع الطباعة ، فعلت الكتابة على الشهادة وصار لها المقام الأول . ومن مزايا الكتابة أنه يمكن إعدادها مقدماً للإثبات منذ نشوء الحق دون التربص إلى وقت المخاصمة فيه ، ولذلك سميت بالدليل المعد preuve préconstituée . وقد أوجبها القانون بوجه عام طريقاً للإثبات في الأحوال التي يمكن فيها إعدادها مقدماً ، وهي الأحوال التي يكون فيها مصدر الحق تصرفاً قانونياً ، فإن التصرف القانوني يسهل إعداد كتابة لإثباته من وقت صدوره . أما الواقعة القانونية ، وهي عمل مادي، فقد لا يتيسر إعداد كتابة لإثباتها ، لذلك يجوز بوجه عام إثباتها بجميع طرق الإثبات لا بالكتابة وحدها . ومن مزايا الكتابة أيضاً أنها لا يتطرق إليها من عوامل الضعف

= ٤٣٨ ص ٣٠٢ – ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٧٨ ص ٥٠٣ (الأخذ بالجزء غير الباطل من تقرير الخبير) – (أول مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١٦ ص ٥٨١ – ٣١ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦٣ ص ٧١٣ – ٢٣ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٤٦ ص ٣٢٧– ١٦ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٣ ص ٦٨٤). ولكن يجب تعيين خبير إذا أوجب القانون ذلك (كما فعل تقنين المرافعات إذ قضت الفقرة الثانية من المادة ٣١ ، في تقدير الدعوى المتعلقة بالعقار ، بأنه إذا كان العقار غير مربوط عليه ضريبة قدرت قيمته بحسب المستندات التي تقدم أو بواسطة خبير) ، أو كان تعيين الخبير هو الوسيلة الوحيدة للخصم في إثبات مدعاه فعند ذلك لا يجوز رفض تعيين الخبير بغير سبب مقبول (نقض مدني ٥ يناير سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣١٢ ص ١٠٢٠) . أنظر أيضاً المادة ٨٣٦ مدني وتقضي بأن تندب المحكمة ، إن رأت وجهاً لذلك ، خبيراً لقسمة المال الشائع ، وفي الكثرة الغالبة من الأحوال يكون هناك وجه لتعيين الخبير .

وتقارن الأستاذة بلانيول وريبير وبولانجيه بين الخبير والشاهد . فهما يتوافقان من حيث أن القاضي يعتمد على أقوال كل منهما في تكوين اعتقاده . وهما يتفارقان من حيث إن الشاهد يخبر عن الماضي أما الخبير فيقدر من الحاضر ما يلزم للإفصاح عن رواية خبر ، أما الثاني فيبدي رأياً فنياً يعين القاضي على البت في [illegible] (بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ رقم ٢٢٥٤).

ما يتطرق إلى الشهادة ، فالشهود يجوز عليهم الكذب ، وتعوزهم الدقة على كل حال ، وتتعرض ذاكرتهم للنسيان . على أن الكتابة ، إذا خلت ، يلحق الشهادة من كذب أو اضطراب أو نسيان ، لا تخلو هي ايضاً من احتمال التزوير . وقد رسم قانون المرافعات إجراءات معينة للطعن في الكتابة بالإنكار أو بالتزوير (م ٣٠ – ٥٩ من قانون الإثبات) .

أما الشهادة أو البينة فقد كانت من أقوى الأدلة في الماضي كما قدمنا ، ثم نزلت للأسباب التي بيناها إلى مكان أدنى . فهي طريق للإثبات ذو قوة محددة ، إذ لا يجوز إثبات التصرفات القانونية بها إلا في حالات استثنائية ، ولا تثبت بها إلا الوقائع القانونية لأنها أعمال مادية فجاز إثباتها بالبينة لموقع الضرورة [1] . وقد حاطها المشرع بضمانات عدة ، فرسم اجراءات دقيقة لسماع الشهود (م ٦٨ – ٩٨ من قانون الإثبات) ، وفرض عقوبة على شهادة الزور ، وترك للقاضي التقدير الأعلى في الأخذ بها إذا أقنعته أو في اطراحها إذا هو لم يقتنع .

أما القرائن فهي طريق للإثبات غير مباشر ، لأن الخصم لا يثبت فيها الواقعة ذاتها محل النـــزاع بل واقعة أخرى متصلة بها يرى القانون أو القاضي أن في إثباتها إثباتاً للواقعة الأولى . فيكون الخصم قد أثبت الواقعة الثانية إثباتاً مباشراً ، وأثبت الواقعة الأولى – وهي الواقعة محل النـــزاع – إثباتاً غير مباشر . والقرائن قسمان : قرائن قانونية يقررها القانون بنص فيه ، وقرائن قضائية يستنبطها القاضي من وقائع الدعوى وظروفها وله حرية واسعة في تقديرها . والقرائن القانونية إما أن تكون قرائن بسيطة تقبل إثبات العكس ، أو قرائن قاطعة لا يجوز إثبات عكسها [2] . أما القرائن القضائية فكلها قابلة لإثبات العكس . وإذا كانت

---

(١) ومع ذلك فقد يوجب القانون الإثبات بالكتابة في بعض الوقائع المادية كما فعل في إثبات البنـــوة (م ٣٢٣ فقرة ٢ و م ٣٤١ فقرة ٣ مدني فرنسي) ، وقد يجيز الإثبات بالبينة في مناسبة تصـــرف قـــانوني كـــالغلط والتدليس والإكراه إذا شاب عيب منها التصرف القانوني لأن هذه العيوب ليست في الواقع إلا وقائع مادية (بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢١٦٦) .

(٢) يرى أوبري ورو أن الواقعة التي يعتبرها القانون ثابتة بفضل قرينة قانونية قاطعة لا تكون محلاً للإثبات ، ومن ثم لا تكون القرائن القانونية القاطعة طريقاً للإثبات بالمعنى الصحيح . أما القرائن القانونية البسيطة، وهي التي يجوز إثبات عكسها ، فلا تكون هي أيضاً طريقاً للإثبات ، بل هي طريق لنقل عبء الإثبات إلى الخصـــم الآخر (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٤٩ ص ٧٣) .

وقد قدمنا أن القرينة القانونية القاطعة توجب على الخصم إثبات واقعة متصلة بالواقعة محل النزاع . فهنـــاك إذن واقعتان : واقعة أصيلة وهي الواقعة محل النـــزاع ، وواقعة بديلة وهي الواقعة الواجب على الخصم إثباتها ويكون في هذا الإثبات إثبات للواقعة الأصيلة . ففيما يتعلق بالواقعة البديلة ، لا يكون في القرينة القانونيـــة القاطعة إعفاء من الإثبات ، بل هناك إثبات مباشر . أما فيما يتعلق بالواقعة الأصـــيلة ، فإن في القرينـــة =

القرائن تنطوي في كثير من الأحوال على وقائع مادية ملموسة لا يتطرق إليها الكذب أو الاضطراب كما يتطرق إلى الشهادة . إلا أنها تقوم على أساليب دقيقة من الاستنباط لا يؤمن فيها العثار . ومن ثم جعلت القرائن ، من حيث قوتها في الإثبات ، بمنزلة الشهادة ذات قوة محدودة ، ولا يجوز قبولها إلا حيث تقبل الشهادة . ولم يرسم قانون المرافعات للقرائن إجراءات معينة . فجميع الأحكام الخاصة بها أحكام موضوعية وهي متناثرة في جميع نواحي القانون .

أما الإقرار فإنه إذا صدر من الخصم على نفسه بحق لخصمه ، لا يكون في الواقع من الأمر طريقاً لإثبات هذا الحق . بل إعفاء من إثباته ، ونزولاً من الخصم المقر عن حقه في مطالبة خصمه بإثبات ما يدعيه . ولما كان الإقرار نزولاً عن حق المطالبة بالإثبات ، فهو من جهة يقبل في الوقائع المادية والتصرفات القانونية على السواء ، وهو من جهة أخرى يكون حجة قاصرة على المقر دون غيره ، فهو وحده الذي نزل عن حق المطالبة بالإثبات ، وقد يكذب في إقراره فيقر بشيء في حق نفسه تخلص مما هو أشد أو إلحاقاً للضرر بغيره . وقد رسم قانون المرافعات إجراءات خاصة تمهد للإقرار ، هي إجراءات استجواب الخصوم (interrogatioire) واستحضارهم شخصياً أمام القاضي (comparution personnelle) (م ١٠٥ – ١٠٧ من قانون الإثبات) .

بقيت اليمين . ويمكن القول إنها طريق للإثبات من وجوه أربعة : إذا حلفها من وجهت إليه فقد ثبت حقه بيمينه ، وإذا نكل دون أن يردها فقد ثبت حق خصمه بنكوله ، وإذا ردها الخصم فحلف فقد ثبت حق الخصم بيمينه ، وإذا ردها الخصم فلم يحلف فقد ثبت حقه بنكول خصمه . على أن الواقع من الأمر أن اليمين كالإقرار ليست طريقاً

= القانونية القاطعة إعفاء من الإثبات المباشر ، وتثبت الواقعة الأصيلة ثبوتاً غير مباشر عن طريق إثبات الواقعة البديلة . ولا فرق من هذه الناحية بين القرينة القانونية القاطعة والقرينة القانونية البسيطة ، في هذا الصدد ، إلا في أن الإعفاء من الإثبات المباشر للواقعة الأصيلة في القرينة البسيطة هو إعفاء مؤقت لا إعفاء نهائي كما هي في القرينة القاطعة . إذ أن القرينة البسيطة ، بمقتضى عبء الإثبات إلى الخصم الآخر ، تفسح المجال لإعادة هذا العبء إلى الخصم الأول بعد أن كان قد أعفي من الإثبات ، وذلك إذا ما استطاع الخصم الآخر بعبئه . أما بالنسبة إلى الواقعة البديلة فالقرينة القاطعة والقرينة البسيطة سواء : في الاثنتين يتعين إثبات الواقعة البديلة إثباتاً مباشراً .

ولما كانت العبرة في الإثبات إنما تكون بالإثبات الذي ينصب مباشرة على الواقعة الأصيلة ، فقد اعتبرنا هذا المعنى في القرائن القانونية ، وآثرنا في الترتيب الذي توخيناه أن نجعل هذه القرائن ، لا طريقاً للإثبات ، بل طريقاً للإعفاء من الإثبات ، إذ هي جميعاً تعفي من إثبات الواقعة الأصيلة إثباتاً مباشراً ، على وجه نهائي في القرائن القاطعة وعلى وجه مؤقت في القرائن البسيطة .

للإثبات . لأن توجيه اليمين إلى الخصم أو ردها عليه إنما هو احتكام إلى ذمته . فإن حلف كان هذا تحملا للحق . وإن نكل كان هذا بمثابة الإقرار . ومن ثم يقبل توجيه اليمين في الوقائع المادية والتصرفات القانونية على السواء . شأن اليمين في ذلك شأن الإقرار . وقد رسم قانون المرافعات الإجراءات اللازمة في تحليف اليمين (م ١٢٢ - ١٣٠ من قانون الإثبات) .

ونرى مما تقدم أن القانون قد عين طرق إثبات مختلفة . وحدد لكل طريق قوته . بمقتضى قواعد وضعها لذلك [1] . فهل تعتبر هذه القواعد من النظام العام لا سلطان عليها . أم هي قواعد قابلة للتعديل بالاتفاق فيما بين الخصوم ؟ هذا ما ننتقل الآن إليه .

٥٩ - الاتفاقات الخاصة بطرق الإثبات [2] : يذهب الفقه الفرنسي إلى القول ببطلان هذه الاتفاقات . وحجته في ذلك أن طرق الإثبات تتعلق بحسن تنظيم القضاء والتعرف على خير السبل التي يهتدي بها القضاة إلى الحقائق . ومن ثم تكون القواعد التي تعين هذه الطرق وتحدد قوة كل منها قواعد تتعلق بالنظام العام . ولا يجوز للخصوم الاتفاق على مخالفتها [3] . بل يذهب فريق من الفقهاء في فرنسا إلى بطلان الاتفاقات المتعلقة بقواعد الإثبات كافة . ليس فحسب القواعد المتعلقة بطرق الإثبات . بل أيضا القواعد المتعلقة

---

(١) وللخصم أن يختار من طرق الإثبات ما يجيزه القانون . وهو إذا اختار طريقا منها . ولم يوفق فيه أو عدل عنه . فله أن يلجأ إلى طريق آخر . وذلك إلا في اليمين فسنرى أن الالتجاء إلى هذا الطريق يعتبر نزولا عما عداه من الطرق . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يجوز للخصم الذي رخص له في إثبات حق متنازع فيه بطريق معين من طرق الإثبات أن يلجأ إلى طرق أخرى لإثبات حقه . سواء كان قد عجز عن الإثبات بالطريق الذي سبق الترخيص به أم كان قد عدل عن هذا الطريق بعد المضي فيه . ومن ثم إذا كان المدعي في دعوى الاستحقاق قد فقد حقه في السير في أجراءات التحقيق . فلا يترتب على ذلك أنه يفقد حقه في إثبات دعواه بطريق آخر (استئناف مختلط ٦ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٥٦) . وقضت أيضا بأنه إذا أقر القاضي اتخاذ طريق من طرق الإثبات . فإن ذلك لا يمنع الخصم ، وكذلك لا يمنع القاضي ، من الالتجاء إلى طرق أخرى لإثبات أو نفي ما يدعيه الخصوم . ويبني على ذلك أنه إذا لم يباشر الخبير المأمور عمله بسبب عدم إيداع الخصم الأمانة المقدرة ، فإن ذلك لا يمنع الخصم المقصر في إيداع الأمانة من أن يستمد بهذا الطريق طرقا أخرى للإثبات . ويتعين على القاضي أن يبحث هذه الطرق . عاضا النظر عن الإجراء الذي سبق اتخاذه ولم يتم (استئناف مختلط ٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٥٦) .

(٢) أنظر في هذه المسألة مسيو ريانو (sescioreano) في الاتفاقات الخاصة بإثبات براءة ذمة المدين ، رسالة من باريس سنة ١٩٢٠ - ليبال (le balle) في الاتفاقات الخاصة بطرق الإثبات في القانون المدني ، رسالة من باريس سنة ١٩٢٣ - وسنعود إلى معالجة المسألة من ناحية جواز الاتفاق على الإثبات بالبينة حيث يجب الكتابة أو الاتفاق على الإثبات بالكتابة حيث يجوز البينة عند الكلام في البينة والقرائن .

(٣) أنظر رسالة مسيو ريانو (sescioreano) المتقدم ذكرها ص ٣٩ .

بتحديد الواقعة المراد إثباتها وبتعيين مَنْ من الخصوم يحمل عبء الإثبات [1] ، وهي القواعد التي سبق أن قررنا أنها لا تتعلق بالنظام العام . ولا يستثنى من ذلك إلا الاتفاقات الخاصة بقواعد لا يختلف أحد في أنها متعلقة بالنظام العام ، كالقواعد الخاصة بإثبات الميلاد والوفاة والزواج وإثبات النسب والقواعد الخاصة بوجوب مناقشة الأدلة التي يقدمها الخصوم وبقوة الأوراق الرسمية ونحو ذلك [2] . وينهض لتوجيه الرأي الذي يذهب إليه القضاء الفرنسي اعتباران : أولهما أن الأصل في موقف القاضي من الدعوى الحياد كما تقدم القول، والخصمان هما اللذان يقفان موقفاً إيجابياً، فلهما أن يسيرا على القواعد التي رسمها القانون للإثبات، ولكن لا عليهما أن يخالفا هذه القواعد باتفاق بينهما إلى قواعد أخرى يريانها أقرب إلى أداء العدالة وتمحيص الحقائق [3]. والاعتبار الثاني أن إثبات الحق لا يزيد في الخطر عن الحق ذاته ، ومادام صاحب الحق يستطيع النزول عنه ، فكيف لا يستطيع الاتفاق مع خصمه على طريق معين لإثبات هذا الحق !

ومن ثم فقد حكم القضاء الفرنسي بصحة الاتفاق الخاص بإثبات براءة ذمة الوكيل بطرق أيسر من تلك التي رسمها القانون في القواعد العامة للإثبات وفي القواعد الخاصة بعقد الوكالة [4] . وحكم أيضاً بجواز الاتفاق على الإثبات بطريق أيسر مما قرره القانون ، كالبينة بدلاً من الكتابة [5] ، أو بطريق أصعب [6] ، أو بطريق لم يرسمه القانون [7] ، وهذا ما لم يكن هناك اعتبار واضح من النظام العام [8] .

---

(١) أنظر رسالة ليبال (Le Balle) المتقدم ذكرها ص ١٣٤ – بيدان وبيرو ٩ فقرة ١١٥٣ – فقرة ١١٥٤ .

(٢) بيدان وبيرو ٩ فقرة ١١٥٣ .

(٣) أما إذا لم يكن هناك اتفاق خاص ، وخالف القاضي من تلقاء نفسه القواعد التي رسمها القانون في الإثبات وسكت الخصم ولم يعترض ، فلا يعتبر ذلك اتفاقاً بينه وبين خصمه على مخالفة قواعد الإثبات، بل نزولاً بارادة منفردة عن حق الاعتراض (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٢٨ ص ٨٥٦ هامش رقم ٣) . وهذا بخلاف ما إذا تطوع أحد الخصمين لحمل عبء إثبات واقعة لم يكن عليه إثباتها وسكت الخصم الآخر ، فقد قدمنا أن هذا يكون بمثابة اتفاق ضمني على تعديل قواعد عبء الإثبات .

(٤) نقض فرنسي ٩ يناير سنة ١٨٦٥ داللوز ٦٥ – ١ – ١٦٠ – سيريه ٦٥ – ١ – ٦٣ حكم آخر في ١٧ يوليو سنة ١٨٦٦ داللوز ٦٧ – ١ – ٦٧ – سيريه ٦٦ – ١ – ٤٠١ .

(٥) نقض فرنسي أول يونية سنة ١٨٩٣ سيريه ٩٣ – ١ – ٢٨٣ – حكم ثان في ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٦ سيريه ٩٧ – ١ – ٣٢٧ – حكم ثالث في ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢١ سيريه ١٩٢٢ – ١ – ٢٠ .

(٦) نقض فرنسي ٨ أغسطس سنة ١٩٠٤ سيريه ١٩٠٤ – ١ – ٤٨١ .

(٧) نقض فرنسي ٢٠ مارس سنة ١٨٧٦ سيريه ٧٧ – ١ – ٣٣٨ – حكم آخر في ٢٣ نوفمبر سنة ١٨٩١ سيريه ٩٥ – ١ – ٤٠٢ .

(٨) نقض فرنسي ١٣ نوفمبر سنة ١٨٩١ سيريه ٩٥ – ١ – ٤٠٧ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٢٨ – فقرة ١٤٢٩ ص ٨٥٦ – ص ٨٥٩ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢١٩٥ – بيدان وبيرو ٩ فقرة ١١٥٥ .

أما في مصر فيمكن القول بأن الفقه يذهب إلى أن أكثر قواعد الإثبات لا تعتبر من النظام العام . وكان القضاء ، في ظل القانون القديم ، يميز بين الاتفاق على الإثبات بالكتابة حيث يبيح القانون الإثبات بالبينة ، وهذا اتفاق جائز مستساغ ، وبين الاتفاق على الإثبات بالبينة حيث يحتم القانون الإثبات بالكتابة ، وهذا كان القضاء يجيزه إذا تم بعد وقوع الخصومة ولا يجيزه إذا أبرم مقدماً قبل وقوع الخصومة . وسنعود إلى هذه المسألة ببيـــان أوفى [1] .

والذي يعنينا هنا أن نبينه هو أنه يمكن القول إجمالاً إن قواعد الإثبات ليست من النظام العام لما سبق ذكره من الاعتبارات التي سقناها في توجيه القضاء الفرنسي . يوجد حقاً من هذه القواعد ما توحي طبيعته أنه من النظام العام ، كأن تكون الورقة الرسمية حجة على الغير في تاريخها الثابت ، وكحجية القرائن القانونية القاطعة في كثير من الأحوال . ولكن أكثر القواعد لا تعتبر من النظام العام ، فيصح الاتفاق على ما يخالفها. ومن ثم يجوز الاتفاق على نقل عبء الإثبات كما قدمنا [1] . ويجوز الاتفاق أيضاً على ألا تكون للرسائل الموقع عليها ولا للبرقيات ولا للدفاتر والأوراق المنزلية قوة الورقة العرفية من حيث الإثبات (م ١٦ و١٨ من قانون الإثبات) . ويجوز بوجه عام الاتفاق على عدم إعمال القرائن القانونية البسيطة وهي التي تقبل إثبات العكس . ويجوز أخيراً الاتفاق على أن يكون الإثبات بالكتابة حيث يجيز القانون الإثبات بالبينة ، أو أن يكون الإثبات بالبينة حيث يحتم القانون

---

(١) وقد قضي كذلك بأنه إذا اشترط المتعاقدان إبعاد اليمين بغير الحال ، فإن الشرط ليس فيه ما يخالف النظام العام، فهو جائز ، وقد يتردد بعض الناس في الحلف بسبب العقيدة الدينية أو تأنيب الضمير إذا ما ظهر له الحق بعد الحلف (بني مزار ٢٧ فبراير سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٣٥٩ ص ٨٨٢). وقضي بأن الاتفاق في سند المديونية على عدم أحقية المدين في توجيه اليمين الحاسمة إلى دائنه عن السداد اتفاق جائز قانوناً لعدم مخالفته للنظام العام والآداب (أسيوط الكلية ١٤ أبريل سنة ١٩٤١ المحاماة ٢١ رقم ٤٣٧ ص ١٠٤٢) . وأنظر في أن قواعد الإثبات ليست من النظام العام ، إلا أن يكون الاتفاق على تعديلها قد جاء في عقد إذعان حيث يكفل القانون حماية الطرف المذعن، الدكتور عبدالمنعم فرج الصدة ص ٢٠ — ص ٢٢ .

(1) قاعدة عدم جواز الإثبات بالبينة في الأحوال التي يجب فيها الإثبات بالكتابة ليست من النظام العام فيجوز الاتفاق على مخالفتها صراحة أو ضمناً لما يجوز لصاحب الحق أن يتنازل عن التمسك بها فإذا طلب أحد الخصوم إثبات حق بالبينة وسكت الخصم الآخر عن التمسك بعدم جواز الإثبات بهذا الطريق و لم يعارض فيه عند تنفيذ الحكم الصادر بالإحالة للتحقيق عن ذلك قبولاً منه لجواز الإثبات بالبينة .
(الطعن رقم ١٢١٤ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٣/٥/٢٧) .
(الطعن رقم ٢١٨٧ سنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٦/٥/٦) .
(الطعن رقم ١٨٦ سنة ٤٢ ق جلسة ١٩٨٣/١٢/١٤) .

الإثبات بالكتابة [1] ، وهذه هي المسألة التي سنتناولها ببيان واف عند الكلام في قوة البينة والقرائن في الإثبات .

٦٠ – سلطة محكمة النقض فيما يتعلق بطرق الإثبات : تعيين طرق الإثبات ، وبيان متى يجوز استعمال كل منها ، وتحديد قوة كل طريق من هذه الطرق ، هذه جميعها مسائل قانون تخضع لرقابة محكمة النقض . ولكن متى قبل القاضي طريق الإثبات الذي رسمه القانون في الوضع الذي أجازه فيه وجعل له قوته المحددة قانونا ، فإن تقدير مبلغ اقتناع القاضي بالدليل يعتبر من المسائل الموضوعية التي لا تعقيب لمحكمة النقض عليها [2] . وأخص ما يظهر ذلك في قوة الإقناع التي تستمد من شهادة الشهود، وفي القرائن القضائية التي يستنبطها القاضي من وقائع الدعوى وظروفها ، مادام قاضي الموضوع قد بين في حكمه الاعتبارات المعقولة التي أسس عليها الحكم ، ولم يعتمد واقعة بغير سند . ولم يستخلص من الوقائع نتيجة غير مقبولة عقلاً . فإن بنى حكمه على واقعة لا سند لها ، أو استخلص نتيجة غير مقبولة عقلاً ، كان حكمه معيباً وتعين نقضه [3] (أ) .

---

(١) وقد كان التقنين المدني القديم لا يجيز إثبات عقد الإيجار إلا بالكتابة ، وفي رأينا أنه كان يجوز الاتفاق على جواز الإثبات بالبينة . وتوجب المادة ٦٥٨ من التقنين المدني الجديد أن يحصل الاتفاق على الزيادة في أجر المقاول بالكتابة إذا كان عقد المقاولة قد أبرم بأجر إجمالي على أساس تصميم متفق عليه ، وفي رأينا أنه يجوز الاتفاق في عقد المقاولة على أن يكون إثبات الاتفاق على زيادة أجر المقاول بالبينة دون الكتابة .

(٢) على أن هناك أدلة إذا تقدم بها الخصم، ولم ينقضها خصمه بإثبات العكس، تصبح دون تحيص مقنعة للقاضي، وذلك كالأدلة الكتابية وكشهادات الميلاد والوفاة وكالقرائن القانونية القاطعة وكالإقرار واليمين. أما ماعدا ذلك فالقاضي حر في الأخذ به أو في إطراحه وفقاً لما يقدر من ظروف الدعوى ووقائعها (كولان وكابيتان ومورانديير ٢ ص ٧٢٠ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢١٩٤ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٢٦) .

(٣) وقد استقر قضاء محكمة النقض على أن محكمة الموضوع هي صاحبة الحق في تقدير الدليل الجائز لها الأخذ به دون رقابة لمحكمة النقض عليها في ذلك ، ما دام الدليل الذي تأخذ به مقبولاً قانوناً ، وما لم يكن للدليل حجية معينة حددها القانون ، وبشرط أن تبين في حكمها الاعتبارات المقبولة التي بنت عليها قضاءها ، فلا تعتمد واقعة بغير سند لها ، ولا تستخلص من الوقائع نتيجة غير مقبولة عقلاً . فإذا بنى القاضي حكمه على واقعة استخلصها من مصدر لا وجود له ، أو موجود ولكنه مناقض لما أثبته ، أو غير مناقض ولكن من المستحيل عقلاً استخلاص تلك الواقعة منه ، كان هذا الحكم معيباً متعيناً نقضه : نقض مدني ٢ يونية سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٥٢ – ص ١١٧ – ١٦ يونية سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٥٩ ص ١٣٢ – ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٦٧ ص ١٣٨ – ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٧٢ ص ١٤٢ – ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٧٥ ص ١٤٥ (تفسير الأحكام التي يستند إليها كتفسير سائر المستندات) – أول ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٧٧ ص ١٤٦ (كالحكم السابق) – ١٩ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩٤ ص ١٧٠ – ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٢٠ ص ٢٠٦ – ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٥١ ص ٢٨٤ =

= (تفسير سند عامش على أنه ممن قضن باعه المدعى بصفته وكيلاً عن المدعى عليه وسمه للموكل لا على أنه قرض واجب الأداء) — ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموع عمر ١ رقم ١٥٧ ص ٢٩٢ — أول مارس سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٦٨ ص ٣٢٨ — ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٧٥ ص ٨١٥ — ٥ يناير سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣١٢ ص ١٠٢٠ — ٢١ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٦٥ ص ١١١٨ — ٩ يونية سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٢٨ ص ٣٩٨ (تفسير الأحكام التي يستند إليها كتفسير سائر السندات) — ١٠ نوفمبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٤٣ ص ٤٢٧ — ١٨ مايو سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٣ ص ٥٦٠ — ٢٢ فبراير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٣ ص ٧٤ — ٢ يناير ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٨٩ ص ٢٦٦ (تفسير الأحكام التي يستند إليها كتفسير سائر السندات) — ٢٧ مارس سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١١١ ص ٣٣٩ (جواز الإستناد إلى حكم شرعي غير نهائي) — ١٦ أكتوبر سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٣٧ ص ٤٠٩ — ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٤ رقم ٩ ص ١٦ (جواز الإستناد إلى أسباب حكم صادر في خصومة أخرى) — ١٨ فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٧ ص ٥٧ — ١٤ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦٩ ص ٤٧٨ (تقدير المحكمة الاستئنافية لشهادة الشهود على خلاف تقدير المحكمة الابتدائية جائز) — ٨ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١٩ ص ٥٨٤ (جواز أن يجعل للمركز الديني لأحد الشهود وزنه) — ١٠ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٢ ص ٤١ — ٧ فبراير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٠ ص ١٠١ (جواز الأخذ ببعض الشهادة دون بعض) — ٢٨ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٥٦ ص ١٤٣ (جواز الأخذ بشهادة لم تأخذ بها محكمة جنائية) — ١٠ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩٨ ص ٢٠٩ (لا حاجة للرد معلى ما نظرته المحكمة من الأدلة) — ١٧ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٠ ص ٢١٨ (القاضي حر في عدم الاطمئنان إلى شهادة الشاهد دون إبداء الأسباب) — ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٥ ص ٢٦٠ (كالحكم السابق) — ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٢٤ ص ٢٧٩ — ٢٤ أبريل سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٨٨ ص ٤٠٦ (عدم التقيد بالنتيجة التي يسفر عنها تنفيذ الحكم التمهيدي) — ٦ نوفمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٢٩ ص ٤٧٧ (جواز الإستناد إلى دفع رسوم الخفر وعوايد الملك قرينة مؤيدة لما شهد به الشهود على وضع اليد) — ٤ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٢٥ ص ١٥٤ (جواز اطراح بعض شهادة الشاهد) — ١١ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٢٨ ص ١٧٦ (جواز اطراح بعض الأدلة اكتفاء بما اقتنعت به المحكمة من الأدلة التي اطمأنت إليها) — ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٣٨ ص ٢٣٣ — ٥ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٨٨ ص ٥٧٥ (جواز اطراح بعض شهادة الشاهد) — ٥ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٩٢ ص ٥٩٦ (جواز عدم إجابة الطالب إلى طلب التحقيق لإثبات علم المطعون عليه بملكية الطاعن للمبيع ما دامت المحكمة قد اقتنعت من الأوراق المقدمة بما ينفي هذا العلم) — ١٩ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٠٤ ص ٦٨٧ (كالحكم السابق) — ٢ أبريل سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٢٠ ص ٨٤٢ (كالحكم السابق) — ٤ يونية سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٧٥ ص ١١٠٨ (كالحكم السابق) . أنظر أيضاً محكمة الاستئناف الأهلية ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية سنة ٢٤ رقم ٧٧ .

وقد قضت محكمة الاستئنات المختلطة بأنه يجوز للمحكمة ، إذا رأت وجها لذلك ، أن تتحدد من الإجراءات والوقائع الثابتة في قضية أخرى عناصر في تكوين اعتقادها وذلك على سبيل الإستئناس ، من نحو يمين أديت ، أو إقرار صدر ، أو تحقيق أجري ، أو مستندات قدمت (استئناف مختلط ٦ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٣٦ — ٢٦ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٣٦ — ٢٣ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٢٩ — ٢٧ يناير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٨٥) .

ب – تقسيم طرق الإثبات (تقسيمات خمسة) :

٦١ – طرق مباشرة وطرق غير مباشرة : يمكن أن تنقسم طرق الإثبات إلى طرق مباشرة (preuves directes) وطرق غير مباشرة (preuves indirectes) **فالطرق المباشرة** هي التي تنصب دلالتها مباشرة على الواقعة المراد إثباتها . وهذه هي الكتابة والبينة . فالكتابة تسجل الواقعة المراد إثباتها بالذات ، سواء كانت تصرفاً قانونياً كما هو الغالب أو كانت واقعة قانونية ، فتكون طريقاً مباشراً لإثبات هذه الواقعة . والشهود إذا انصبت شهادتهم على صحة الواقعة المراد إثباتها بالذات ، تصرفاً قانونياً كانت أو واقعة قانونية ، يثبتون هذه الواقعة بطريق مباشر . ويلاحظ أن المعاينة والخبرة طريقان مباشران للإثبات ، بل هما الطريقان اللذان يتصلان اتصالاً مادياً مباشراً بالواقعة المراد إثباتها ، ولكنهما من مباحث قانون المرافعات كما قدمنا .

والطرق غير المباشرة هي التي لا تنصب دلالتها مباشرة على الواقعة المراد إثباتها، ولكن تستخلص من طريق الاستنباط . وهذه هي القرائن والإقرار واليمين . أما القرائن فقد قدمنا أن الإثبات فيها لا ينصب على الواقعة المراد إثباتها بالذات ، بل على واقعة أخرى متصلة بها إتصالاً وثيقاً ، بحيث يعتبر إثبات الواقعة الثانية (الواقعة البديلة) إثباتاً للواقعة الأولى (الواقعة الأصيلة) استنباطاً . ومن ثم تنطوى القرائن على استبدال (déplacement) محل آخر في الإثبات بالمحل الأصلي . فهي إذن تثبت المحل الأصلي – أي الواقعة المراد إثباتها –

---

(1) لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير ما يقدم إليها من المستندات والأدلة والموازنة بينها وترجيح ما تطمئن إليه وإطراح ما عداه واستخلاص ما تراه متفقاً مع واقع الدعوى متى كان استخلاصها سائغاً وله أصله ثابت بالأوراق . التحقيق الذي يصح اتخاذه سنداً = = أساسياً للحكم هو الذي يجرى وفقاً للأحكام التي رسمها القانون لشهادة الشهود في المادة ٦٨ وما بعدها من قانون الإثبات والتي تقضى بأن يحصل التحقيق أمام المحكمة ذاتها أو بمعرفة قاضى تنتدبه لذلك وتوجبه أن يحلف الشهود اليمين ، أما ما يجريه الخبير من سماع شهود ولو أنه يكون بناء على ترخيص من المحكمة لا يعد تحقيقاً بالمعنى المقصود إذ هو إجراء ليس الغرض منه إلا أن يهتدى به الخبير في أداء المهمة المنوطة به ، وكانت الطاعنة قد تمسكت أمام محكمة الاستئناف بإحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات حيازتها لعقار النزاع مدة سنة سابقة على حصول التعرض لها غير أن الحكم المطعون فيه التفت عن هذا الدفاع على سند من أن أقوال شهودها كانت مطروحة على الخبير وقت مباشرته لمأموريته ، وكان هذا الذي خلص إليه الحكم لا يواجه دفاع الطاعنة ولا يصلح رداً عليه ، إذ اتخذ الحكم المطعون فيه من تقرير الخبير سنداً لقضائه برفض دعوى الطاعنة دون أن يجيبها إلى طلبها الاحالة إلى التحقيق ، فإنه يكون معيباً بما يوجب نقضه .

(الطعنان رقما ٢٣٦٢ ن ٢٣٧٣ سنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٤/٣/٦ مجموعة المكتب الفني السنة ٤٥ ص ٤٦٤).

بطريق غير مباشر . وكل من الإقرار واليمين لا يعتبر طريقاً مباشراً للإثبات ، فهو وإن تناول الواقعة المراد إثباتها بالذات ، إلا أن صحة هذه الواقعة لا تستخلص منه مباشرة بل عن طريق الإستنباط . فالإقرار لا يثبت صحة الواقعة المراد إثباتها مباشرة ، بل هو يعفى الخصم من إثباتها ، فتصبح ثابتة بطريق غير مباشر . وكذلك اليمين ، إذ هي احتكام إلى ذمة الخصم، فإن حلف لم يكن هذا معناه أن الواقعة التي حلف عليها هي صحيحة حتما ، بل تعتبر صحيحة نزولاً على مقتضى الاحتكام ، وإن نكل كان نكوله بمثابة إقرار يعفى خصمه من الإثبات ، ففي حالة الحلف يكون خصمه قد أعفاه من الإثبات ، وفي حالة النكول يكون هو الذي أعفى خصمه، وفي الحالتين تكون الواقعة المراد إثباتها قد ثبتت بطريق غير مباشر . ولما كان الإعفاء من الإثبات ، سواء في الإقرار أو في اليمين ، مقصوراً على الخصمين ، فإن حجية الإقرار واليمين حجية قاصرة عليهما غير متعدية إلى الغير . أما حجية القرائن فهي حجية متعدية [1] .

٦٢ – طرق مهيأة وطرق غير مهيأة : ويمكن أيضاً تقسيم طرق الإثبات إلى طرق مهيأة (preuves préconstituées) وطرق غير مهيأة (preuves casuelles).

فالطرق المهيأة هي التي أعدها صاحب الشأن مقدماً لإثبات حقه في حالة المنازعة فيه. والطرق المهيأة هي عادة الكتابة ، يعدها صاحب الشأن مقدماً لإثبات تصرف قانوني كعقد بيع ، أو لإثبات واقعة قانونية كميلاد أو موت أو ميراث . لذلك تسمى الكتابة في هذه الحالة سنداً (acte) لأنها أعدت لتكون دليلاً يستند إليه عند قيام النزاع.

والطرق غير المهيأة هي التي لا تهيأ مقدماً ، بل تتهيأ وقت قيام النزاع في الحق المراد إثباته. وكل طرق الإثبات فيما عدا الكتابة تكون عادة طرقاً غير مهيأة . فالبينة لا تعد في العادة إلا عند قيام النزاع . والقرائن لا تستخلص من وقائع القضية وظروفها إلا أمام القاضي وهو ينظر الدعوى . وكذلك الإقرار واليمين ، لا يجديان إلا إذا كانا في مجلس القضاء وقت نظر النزاع . أما الإقرار غير القضائي فإن ثبت بالكتابة كانت الكتابة في هذه الحالة دليلاً مهيأ، وإن ثبت بالبينة فالعبرة بها وهي عادة دليل غير مهيأ [2] ، وغني عن البيان أن المعاينة والخبرة دليلان لا يتهيأن إلا بعد قيام النزاع ونظر الدعوى أمام القضاء .

---

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٢٤ – بودري وبارد ٣ فقرة ٢٠٦٧ ص ٤٢٩ – الدكتور سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٣٥ .

(٢) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٤٩ ص ٩٥ – ص ٩٦ والهوامش .

على أن الدليل غير المهيأ قد يصبح دليلاً مهيأ إذا أعده صاحب الشأن مقدماً ، وذلك كالبينة فقد يعد صاحب الحق مقدماً شهوداً على حقه وقت نشوئه ليهيئ الدليل على هذا الحق إذا نوزع فيه . وكذلك الدليل المهيأ قد يصبح دليلاً غير مهيأ إذا لم يعد في الأصل ليكون دليلاً للإثبات ، وذلك كدفاتر التجار فهي قد أعدت أصلاً لضبط معاملات التجار ولكن قد تستخدم عرضاً كدليل للإثبات . ومن ثم لا تسمى الكتابة سنداً (acte) إلا إذا كانت دليلاً مهيأ .

٦٣ – طرق ذات حجية ملزمة وطرق ذات حجية غير ملزمة: ويمكن كذلك تقسيم طرق الإثبات إلى طرق حجيتها ملزمة وطرق حجيتها غير ملزمة .

فالطرق ذات الحجية الملزمة هي الطرق التي حدد القانون مبلغ حجيتها و لم يترك لمحض تقدير القاضي . وهذه هي الكتابة والإقرار واليمين والقرائن القانونية . وبعض هذه الأدلة حجيتها قاطعة لا تقبل إثبات العكس ، وهي اليمين والقرائن القانونية القاطعة . وبعضها حجيتها غير قاطعة فتقبل إثبات العكس ، وهذه هي الكتابة إذ تقبل الإنكار والطعن بالتزوير ، والإقرار إذ يجوز للمقر أن يثبت أن إقراره غير صحيح ، والقرائن القانونية البسيطة، إذ يجوز دحضها بإثبات ما يخالفها .

والطرق ذات الحجية غير الملزمة هي البينة والقرائن القضائية . وقد قدمنا أن حجية هذين الطريقين غير ملزمة للقاضي ، فهو حر في تكوين مبلغ اقتناعه بشهادة الشهود وفي استنباط القرائن القضائية من وقائع الدعوى وظروفها ، ولا رقابة عليه لمحكمة النقض في ذلك [1] .

٦٤ – طرق أصلية وطرق تكميلية وطرق احتياطية : وتنقسم أيضاً طرق الإثبات إلى طرق أصلية وطرق تكميلية وطرق احتياطية .

فالطرق الأصلية هي الأدلة التي تقوم بذاتها دون أن تكون مكملة لأدلة موجودة. وهي قد تكون كافية وحدها ؛ كالكتابة وكالبينة والقرائن القضائية في الوقائع القانونية وفي التصرفات القانونية التي لا تزيد قيمتها على خمسمائة جنيه . وقد تكون غير كافية ولابد من

---

(١) الدكتور سليمان مرقس في الإثبات ص ٣٥ . وغني عن البيان أن المعاينة والخبرة دليلان حجيتهما غير ملزمة.

استكمالها بطرق تكميلية ، كمبدأ الثبوت بالكتابة فهو طريق أصلي ولكنه غير كاف ولابد من استكماله بالبينة أو بالقرائن القضائية أو بهما معاً [1] .

والطرق التكميلية هي الأدلة التي لا تقوم بذاتها ، بل تكون مكملة لأدلة موجودة. وذلك كالبينة والقرائن القضائية واليمين المتممة ، فهذه يستكمل بها مبدأ الثبوت بالكتابة في التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها على خمسمائة جنيه . ويلاحظ أن البينة والقرائن القضائية قد تكون طرقاً أصلية ، وذلك في الوقائع القانونية وفي التصرفات القانونية التي لا تزيد قيمتها على خمسمائة جنيه كما سلف القول ، وقد تكون طرقاً تكميلية ، وذلك في التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها على خمسمائة جنيه عند وجود مبدأ ثبوت بالكتابة كما قدمنا . ويلاحظ أيضاً أن البينة والقرائن القضائية قد تكون أدلة بديلة لا تكميلية ، فتحل محل الكتابة لا تكملها ، وذلك في حالة وجود مانع يحول دون الحصول على دليل كتابي أو يحول دون تقديمه بعد الحصول عليه . ويلاحظ أخيراً أن اليمين المتممة يستكمل بها لا مبدأ الثبوت بالكتابة فحسب ، بل أيضاً أي دليل أصلي آخر يراه القاضي في حاجة إلى استكمال كالبينة والقرائن القضائية في الوقائع القانونية وفي التصرفات القانونية إذا لم تزد قيمتها على خمسمائة جنيه .

والطرق الاحتياطية هي الطرق التي يلجأ إليها الخصم عندما يعوزه أي طريق آخر. وهذه هي الإقرار واليمين الحاسمة . فإذا عدم الخصم الدليل على دعواه ، لم يبق أمامه إلا أن يلجأ إلى استجواب خصمه عساه يحصل على إقرار منه ، أو أن يوجه إليه اليمين الحاسمة وذلك يحتكم إلى ضميره . والطرق الاحتياطية قد تسعف في بعض الأحيان وهذه هو القليل النادر ، ولكنها في الكثرة الغالبة من الأحوال تقضي على من لجأ إليها . ولذلك لا يلجأ إليها الخصم إلا في الضرورة القصوى ، عندما تلجئه الحاجة الملحة إليها . وهي في الواقع ليست طرقاً للإثبات ، بل طرقاً للإعفاء من الإثبات كما قدمنا [2] .

٦٥ – طرق ذات قوة مطلقة وطرق ذات قوة محدودة وطرق معفية من الإثبات :

وتنقسم أخيراً طرق الإثبات إلى طرق ذات قوة مطلقة وطرق ذات قوة محدودة وطرق معفية من الإثبات :

---

(١) والمعاينة والخبرة دليلان أصليان ، قد يكتفي بهما القاضي ، وقد يستكملهما بأدلة أخرى . أما القرائن القانونية، فالقاطعة منها أدلة اصلية كافية ، أو هي طرق تعفي من الإثبات إعفاء نهائيا ، ومن ثم فهي طرق تقوم بذاتها وتكفي وحدها . والقرائن القانونية غير القاطعة أدلة أصلية ولكنها غير كافية ، فهي تعفي من الإثبات إعفاء مؤقتاً إذ تقتصر على نقل عبء الإثبات إلى الخصم الآخر .

(٢) دي باج ٣ ص ٦٩٦ – ٦٩٨ – أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٤٩ – ص ٩٥ – ص ٩٦ والهوامش .

أما الطرق ذات القوة المطلقة في الإثبات فهي الطرق التي تصلح لإثبات جميع الوقائع، سواء كانت وقائع مادية أو تصرفات قانونية ، وأيا كانت قيمة الحق المراد إثباته . ولا يوجد من الطرق التي نعالجها ما هو ذو قوة مطلقة في الإثبات على هذا النحو إلا بالكتابة ، فهي تصلح لإثبات جميع الوقائع المادية وجميع التصرفات القانونية مهما بلغت قيمة الحق [1] .

والطرق ذات القوة المحدودة في الإثبات هي الطرق التي تصلح لإثبات بعض الوقائع القانونية دون بعض ، فهي إذن محدودة القوة . وهذه هي البينة والقرائن القضائية، إذ هي لا تصلح لإثبات التصرفات القانونية إذا زادت قيمتها على خمسمائة جنيه إلا في حالات استثنائية معينة . وكذلك اليمين المتممة طريق للإثبات ذات قوة محدودة فهي لا تصلح إلا لإتمام دليل ناقص .

والطرق المعفية من الإثبات هي الإقرار واليمين الحاسمة والقرائن القانونية ، وقد تقدم بيان ذلك . ولما كانت هذه الطرق تعفى من الإثبات ، فهي تصلح للإعفاء من إثبات أية واقعة مادية أو أي تصرف قانوني مهما بلغت قيمته ؛ فهي من هذه الناحية ذات قوة مطلقة [2] .

وهذا التقسيم هو أهم التقسيمات جميعاً ؛ إذ هو يرتكز على ما لكل طريق من قوة في الإثبات ، والقوة في الإثبات هي التي تخلع على كل طريق قيمته وتميزه من الطرق الأخرى. لذلك نتخذه أساساً لاستعراض طرق الإثبات المختلفة في أبواب ثلاثة :

الباب الأول – في طرق الإثبات ذات القوة المطلقة : كالكتابة .

الباب الثاني – في طرق الإثبات ذات القوة المحدودة : البينة والقرائن القضائية [3] .

الباب الثالث – في الطرق المعفية من الإثبات : الإقرار واليمين والقرائن القانونية .

---

(١) وغني عن البيان أن المعاينة والخبرة – وهما من مباحث قانون المرافعات كما قدمنا – قوتهما مطلقة في الإثبات، إذ يصلحان لإثبات جميع الوقائع المادية وجميع التصرفات القانونية ، أياً كانت القيمة .

(٢) دي باج ٣ ص ٦٩٦ – ص ٦٩٨ .

(٣) أما اليمين المتممة فنعالجها مع اليمين الحاسمة لاتحاد أكثر القواعد التي تحكم كلاً من اليمينين .

الباب الأول

طرق الإثبات ذات القوة المطلقة

الكتـــابة

٦٦ – الورقة والسند والتصرف : يقوم لبس في لغة القانون الفرنسية من شأنه أن يخلط ما بين التصرف وأداة إثباته ، فالشيئان يطلق عليهما لفظ واحد هو لفظ (acte) . وقد تسرب هذا اللبس إلى لغة القانون العربية ، فأطلق لفظ " العقد " على التصرف، ثم استعمل اللفظ عينه في أداة إثباته فقيل " عقد رسمي " و " عقد عرفي " وقصد بذلك الورقة الرسمية أو العرفية التي تعد لإثبات التصرف [١] .

وحتى لا يقوم هذا اللبس نقصر لفظ " العقد " على النوع المعروف من التصرفات القانونية . أما أداة الإثبات فلها لفظان في اللغة العربية : السند والورقة . ولما كان لفظ "الورقة" أعم في المعنى من لفظ " السند " إذ السند معناه كما قدمنا الورقة المعدة للإثبات ، أي الدليل المهيأ (preuve préconsituée) ، فالأولى أن نقف عند لفظ " الورقة "، فنستعمل هذا اللفظ في الأدلة الكتابية جميعاً ، سواء أعدت للإثبات أو لم تكن معدة . ونقول " الورقة الرسمية " و " الورقة العرفية " ، قاصدين بذلك الدليل الكتابي الذي يثبت به التصرف ولو لم يكن معداً للإثبات ، كالرسائل والبرقيات والدفاتر التجارية . وفرق ما بين التصرف والورقة المثبتة له ، فقد يكون التصرف صحيحاً والورقة باطلة ، وعلى العكس من ذلك قد يكون التصرف باطلاً والورقة صحيحة [٢] .

---

(١) وقد اقترح الأستاذان أوبري ورو (جزء ١٢ فقرة ٧٥٤ ص ١٥٥ هامش رقم ٢) ، حتى يرتفع هذا اللبس ما بين التصرف ذاته (negotium) وأداة الإثبات (instrumentum) ، تسمية أداة الإثبات باللفظ الآتي: (acte instrumentaire) .

(٢) الدكتور سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٣٥ – بلانيول وريبير وجابولد جزء ٧ فقرة ١٤٣٤ – وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي (م ٥٢٧ من هذا المشروع) في هذا الصدد ما يأتي : " تصرف عبارة السندة تارة إلى الواقعة القانونية ، أي العمل أو التصرف القانوني ، وطوراً إلى أداة الإثبات ، أي إلى الورقة التي يجرى الإثبات بمقتضاها . وقد رؤي استعمال عبارة الورقة الرسمية للتمييز بين مصدر الحق أو الالتزام وبين أداة إثباته " . (مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٣ ص ٣٥٢) .

٦٧ – أنواع الأوراق وقوتها في الإثبات : والأوراق – كأداة للإثبات – قسمان : (١) أوراق رسمية (Actes authentiques) ، ويقوم بتحريرها موظف عام مختص وفقاً لأوضاع مقررة . وهي كثيرة متنوعة : منها الأوراق الرسمية المدنية كتلك التي تثبت العقود والتصرفات المدنية ، ومنها الأوراق الرسمية العامة كالقرارات الإدارية والقوانين والمعاهدات ، ومنها الأوراق الرسمية القضائية كعرائض الدعوى وأوراق المحضرين ومحاضر الجلسات والأحكام – (٢) أوراق عرفية (actes sous seing privé) ، ويقوم بتحريرها الأفراد فيما بينهم . وهي نوعان : (أ) أوراق معدة للإثبات كالأوراق المعدة لإثبات التصرفات القانونية من بيع وإيجار ونحوهما وتسمى أيضاً " بالسندات " . (ب) وأوراق غير معدة للإثبات كدفاتر التجار والدفاتر والأوراق المنزلية والرسائل والبرقيات . والكثرة الغالبة من الأوراق الرسمية والعرفية هي " سندات " أو أوراق معدة للإثبات فهي دليل مهيأ (preuve préconstituée) ، وقد تقدم ذكر ذلك [1] . والأصل أن الورقة التي تعد لإثبات تصرف تكتب عقب إبرام هذا التصرف ، فالمتبايعان مثلاً يبرمان عقد البيع فيما بينهما ثم يعدان ورقة لإثباته . ولكن يقع كثيراً أن المتعاقدين يبرمان العقد وقت كتابة الورقة والتوقيع عليها ، ولا يعتبر العقد قد تم إلا بالتوقيع . بل ليس ما يمنع أن تكتب ورقة إعداد لإثبات تصرف لم يتم إبرامه ، فلا يعتبر العقد في هذه الحالة قد ابرم بمجرد كتابة الورقة ولو وقعت . وقد قضت محكمة استئناف أسيوط في هذا المعنى بأن " التعاقد لا يعتبر تاماً ملزماً بمجرد تدوين نصوصه كتابة ولو حصل التوقيع عليها ، بل إنه لا بد من قيام الدليل على تلاقي إرادة المتعاقدين على قيام الالتزام ونفاذه ، وهذا ما يقتضي تسليم السند المثبت له لصاحب الحق فيه، بحيث لو تبين أنه لم يسلم إليه مطلقاً لما صلح هذا الالتزام ، كما أنه إذا تبين أنه قد تحرر مكتوب بالتعاقد ولكنه سلم لأمين فإنه يتعين البحث في ظروف وشروط تسليم ذلك المكتوب للأمين " [2] .

والأوراق – رسمية كانت أو عرفية – لها حجية في الإثبات يحددها القانون ، وهي تتفاوت قوة وضعفاً . وأقوى الأوراق في الإثبات هي الأوراق الرسمية . فهي حجة على الناس كافة على الوجه الذي سنبينه فيما بعد . أما الأوراق العرفية المعدة للإثبات فقوتها أقل من قوة الأوراق الرسمية ، إذ هي لا تنهض حجة إذا أنكرها من صدرت منه ، وعند ذلك

---

(١) وأكثر ما تعد الأوراق لإثبات التصرفات القانونية (actes juridiques) . وقل أن تعد لإثبات الوقائع المادية (faits matériels) ، ويقع ذلك عادة في الشهادات التي تعد لإثبات الميلاد والوفاة وفي اعلامات الوراثة وفي المحاضر التي تعد لإثبات الحالة (بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢١٩٦) .

(٢) استئناف أسيوط ٣ يونية سنة ١٩٤٨ المحاماة ٢٨ رقم ٤٠٨ ص ٧٧٣ .

يرسم القانون إجراءات معينة لتحقيق صحة صدورها [1] . وسنعود إلى هذه المسألة في موضعها ببيان أوفى . والأوراق العرفية غير المعدة للإثبات لا يكون لها من الحجية إلا القدر الذي يعينه القانون . كما هو الأمر في شأن الرسائل والبرقيات ودفاتر التجار .

وحجية الأوراق – رسمية كانت أو عرفية – لا تقتصر على ما تثبته هذه الأوراق عن طريق التقرير (disposition) ، بل تتناول أيضاً ما تثبته عن طريق الأخبار (énonciation) إذا اتصل اتصالاً مباشراً بما تثبته عن طريق التقرير . وفي هذا المعنى تنص المادة ١٣٢٠ من التقنين المدني الفرنسي على ما يأتي : " تكون الورقة – رسمية كانت أو عرفية – حجة على الطرفين حتى فيما لم تذكره إلا على سبيل الإخبار ، مادام الإخبار متصلاً اتصالاً مباشراً بما ذكر على سبيل التقرير . أما إذا كان الإخبار أجنبياً عن التقرير ، فلا يصلح إلا مبدأ ثبوت بالكتابة " [2] . والورقة المعدة للإثبات إنما أعدت أصلاً لتثبت ما قرره الطرفان من بيع أو إيجار أو وفاء أو تجديد أو غير ذلك من التصرفات القانونية ، وهذا هو ما تثبته الورقة عن طريق التقرير . ثم إنه قد يرد في الورقة ذكر لبعض الوقائع ليست هي التي أعدت الورقة أصلاً لإثباتها ، ولكنها تتصل بها ، وقد ذكرت على سبيل التمهيد والإيضاح . ويأتي الأساتذة بلانيول وجابولد [3] بمثلين لما يذكر في الورقة على سبيل الأخبار : (١) ورقة أعدت لإثبات دين قديم ، وذكر فيها على سبيل الأخبار أن فوائد هذا الدين مدفوعة إلى يوم تحرير الورقة ، فهذا الاخبار له صلة مباشرة بالدين الذي أعدت الورقة لإثباته على سبيل التقرير ، ومن ثم يكون للإخبار هنا حجية كاملة ، فهو دليل كتابي على الوفاء بفوائد الدين إلى اليوم الذي حررت فيه الورقة . (٢) ورقة أعدت لتحديد مرتب (rente) عن طريق تغيير المدين ، فذكر فيها على سبيل الإخبار أن المدين الجديد يتعهد بدفع المرتب مستقبلاً (pour l'avenir) .

---

(١) ويجوز أن تصلح الورقة العرفية حجة للغير ، لا لإثبات واقعة مادية فحسب ، بل أيضاً لإثبات تصرف قانوني . كما إذا حضر الورثة فيما بينهم التركة بمقتضى محضر عرفي وأوردوا فيه ديوناً للتركة ذكروا أنها قد دفعت ، فهذا المحضر يصلح دليلاً لمدين التركة وهم من الغير على أنهم وفوا ديونهم (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٣٦ ص ٨٦٨ هامش رقم ١) .

(٢) وهذا هو النص في أصله الفرنسي : " L'acte, soit authentique soit sous seing privé, fait foi entre les parties, même de ce qui n'y est exprimé qu'en termes énonciatifs pourvu que l'énonciation ait un rapport direct avec la disposition . Les énonciations étrangéres à la disposition ne peuvent servir que de commencement de preuve " .

(٣) الجزء السابع فقرة ١٤٣٥ – ويورد الأستاذان أوبري ورو (١٢ فقرة ٧٥٥ ص ١٧٧) مثلاً : مدين بإيراد مؤبد يقر بمحل الإيراد في ورقة رسمية ، ويذكر في الورقة عبارة إخبارية مؤداها أن الإيراد قد نقص بسبب دفع جزء من رأس المال أو أن أقساط الإيراد السابقة قد دفعت جميعها إلى تاريخ معين ، فهذه العبارة الإخبارية تتصل اتصالاً مباشراً بموضوع الإقرار فتكون لها الحجية إلى حد الطعن بالتزوير .

فهذا الإخبار صلته بالمرتب قبل التجديد صلة غير مباشرة ، ولا يصلح دليلاً كاملاً على أن الحال من أقساط المرتب حتى يوم تحرير الورقة قد دفعه المدين القديم كاملاً لمجرد أن المدين الجديد قد تعهد بدفع المرتب مستقبلاً ، ومن ثم لا يكون الإخبار هنا إلا مبدأ ثبوت بالكتابة يجب استكماله بالبينة أو بالقرائن .

٦٨ – الفروق ما بين الورقة الرسمية والورقة العرفية : وقبل أن نفصل الكلام في الورقة الرسمية والورقة العرفية ، نورد هنا أبرز ما بينهما من فروق . فالورقة الرسمية تختلف عن الورقة العرفية من ناحية الشكل ومن ناحية الحجية في الإثبات ومن ناحية القوة في التنفيذ .

١ – **فمن ناحية الشكل** : يشترط في الورقة الرسمية أن يقوم بتحريرها موظف عام مختص وفقاً لأوضاع مقررة . أما الورقة العرفية فالشرط الوحيد لصحتها هو توقيع المدين ، هذا إذا كانت معدة للإثبات ، أما إذا لم تكن معدة فلا ضرورة حتى لهـــذا التوقيع .

٢ – **ومن ناحية الحجية في الإثبات** : كل من الورقة الرسمية والورقة العرفية حجة على الكافة (أولاً) من حيث صدورها من موقعها . ولكن الورقة الرسمية لا تسقط حجيتها هنا إلا من طريق الطعن بالتزوير ، أما الورقة العرفية فيكفي فيها إنكار الخط أو التوقيع . (ثانياً) من حيث صحة ما ورد فيها . ولكن الورقة الرسمية حجة إلى حد الطعن بالتزوير فيما ورد على لسان الموظف العام أنه علمه بنفسه ، أما صحة ما قرره رواية عن الغير فيجوز دحضها بإثبات العكس وفقاً للقواعد المقررة ، وتاريخ الورقة الرسمية يعتبر صحيحاً إلى حد الطعن بالتزوير . والورقة العرفية يجوز دحض صحة ما ورد فيها جميعاً بإثبات العكس ، لا فرق في ذلك بين ما قرر موقعها أنه علمه بنفسه وما قرره رواية عن الغير ، وتاريخ الورقة العرفية يكون حجة على موقعيها ولكنه لا يكون حجة على الغير إلا إذا كان تاريخاً ثابتاً .

٣ – **ومن ناحية القوة في التنفيذ** : الورقة الرسمية يمكن التنفيذ بها مباشرة دون حاجة إلى حكم ، ويكون ذلك بالصورة التنفيذية للورقة [1] . فيستطيع البائع مثلاً أن ينفذ بالثمن بموجب الصورة التنفيذية للبيع الرسمي ، كما يستطيع المشترى أن ينفذ بحقه في تسلم

---

(١) أما الأوراق الرسمية الموثقة في المحاكم الشرعية – الإشهادات – فهذه تضع عليها المحاكم الوطنية الصيغة التنفيذية لخلو المحاكم الشرعية من أقلام محضرين للتنفيذ ، ولذلك يقوم بتنفيذها محضرو المحاكم الوطنية. وعندما كانت المحاكم المختلطة قائمة ، كانت الصيغة التنفيذية تطلب من المحكمة المختلطة ويقوم بالتنفيذ محضر من هذه المحكمة إذا كان أحد ذوي الشأن في الورقة الرسمية أجنبياً .

أما في نظام التوثيق الجديد ، فقد جعل قانون التوثيق (م ٢ ثالثاً) وضع الصيغة التنفيذية من اختصاص مكاتب التوثيق .

المبيع . ولا يجوز الشروع في التنفيذ قبل إعلان الورقة الرسمية إلى الخصم ، ويشتمل الإعلان على تكليف المدين بالوفاء وبيان المطلوب منه (م ٢٨١ مرافعات) . وهذا هو تنبيه بالوفاء (commandement) لا مجرد إنذار (sommation) . وينبني على ذلك أن للمدين أن يعارض في هذا التنبيه ، وأن يتقدم بوجوه الطعن التي يتمسك بها إلى المحكمة المختصة . وإذا بدئ في تنفيذ الورقة الرسمية جاز للمدين رفع إشكال في التنفيذ لوقفه ، ويكون ذلك أمام قاضي التنفيذ (م ٢٧٥ مرافعات) . أما الورقة العرفية فليست لها ، على خلاف الورقة الرسمية، قوة تنفيذية . فإذا كان سند الدين ورقة عرفية ورفض المدين تنفيذ التزاماته طوعاً ، فإنه لا يمكن إجباره على التنفيذ حتى ولو كان معترفاً بالورقة ، إلا إذا حصل الدائن على حكم قابل للتنفيذ ، والحكم لا الورقة هو الـــذي ينفذ [1] . وتفصيل القول في الأوراق من ناحية القوة في التنفيذ هو من مباحث قانون المرافعات .

وننتقل الآن إلى تفصيل البحث في الأوراق الرسمية ثم في الأوراق العربية على التعاقب.

الفصل الأول
الأوراق الرسمية

٦٩ – ناحيتان : نتناول تفصيل البحث في الأوراق الرسيمة من ناحيتين :

(أولاً) من ناحية شروط صحتها .

(ثانياً) من ناحية حجيتها في الإثبات .

الفرع الأول
الشروط الواجب توافرها لصحة الورقة الرسمية

٧٠ – النصوص القانونية : تنص المادة ١٠ من قانون الإثبات (تقابلها المادة ٣٩٠ من التقنين المدني الملغاة) على ما يأتي :

" ١ – المحررات الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن ، وذلك طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه " .

---

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٦٤٢ ص ٦٧٤ .

" ٢ - فإذا لم تكتسب هذه المحررات صفة الرسمية ، فلا يكون لها إلا قيمة الورقة العرفية متى كان ذوو الشأن قد وقعوها بامضائهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم [١] " .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٩١/٢٢٦ [٢] .

ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في قانون البينات السوري المادة ٥ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٥٠ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المادتين ١٥٤

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٢٧ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :
" ١ - الورقة الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام ، طبقاً للأوضاع القانونية ، وفي حدود سلطته واختصاصه، ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن . ٢ - فإذا لم تستوف هذه الورقة الشروط الواردة في الفقرة السابقة ، فلا يكون لها إلا قيمة الورقة العرفية ، بشرط أن يكون قد وقع عليها ذوو الشأن جميعاً بامضاءاتهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم " . وفي لجنة المراجعة حور النص تحويراً لفظياً فجاء على وجه مطابق لما ورد في التقنين الجديد ، وأصبح المادة ٤٠٣ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٤٠٣ . وكذلك فعلت لجنة مجلس الشيوخ ومجلس الشيوخ تحت رقم ٣٩٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٥١ - ص ٣٥٤) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص ما يأتي : " ... ويراعى أن الورقة الرسمية لا تكون على الدوام من صنع المتعاقدين بأنفسهم . فقد يتولى الموظف العام تحريرها وتوثيقها دون أن يقتصر عمله على تلقيها . وقد عرضت المادة ١٩٠٥ من التقنين الهولندي والمادة ٢٤٢٢ من التقنين البرتغالي والمادة ١٢٠٧ من التقنين الكندي لهذا التفصيل . بيد أن المشروع لم ير محلاً لإيراده . وتتناول الفقرة الأولى من المادة ٥٢٧ بيان الشرطين الواجب توافرهما في الورقة الرسمية . ويراعى أن هذين الشرطين هما قوام ما شرع القانون من ضمانات هي مرجع ما يتوافر لتلك الورقة من حجية بالغة في الإثبات، وعلة إيكال أمرها إلى موظف عام يثبت له القانون سلطة واختصاصاً في هذا الشأن ، سواء من الناحية النوعية أم من الناحية المكانية ..... ولما كانت صحة الدليل غير منفكة عن صحة التصرف نفسه أن اشترط للرضا فيه شكل خاص، فغني عن البيان أن هذه الفقرة لا تنطبق على التصرفات التي تشترط فيها الرسمية بوصفها ركناً من أركان الشكل " . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٥٢ - ٣٥٣) .

(٢) كانت المادة ٢٩١/٢٢٦ من التقنين المدني القديم تنص على ما يأتي : " المحررات الرسمية ، أي التي تحررت بمعرفة المأمورين المختصين بذلك ، تكون حجة على أي شخص ما لم يحصل الادعاء بتزوير ما هو مدون بها بمعرفة المأمور المحرر لها " . وقد جمع هذا النص بين شروط الورقة الرسمية وحجيتها في الإثبات . فجاء قاصراً في الناحيتين : (١) فمن ناحية الشروط ، جاء النص قاصراً من حيث إنه أغفل شرط وجوب مراعاة الأوضاع المقررة قانوناً ، ومن حيث إنه لم يبين أن اختصاص الموظف العام هو اختصاص نوعي (وهذا ما عبر عنه التقنين الجديد بالسلطة) واختصاص مكاني ، بل أطلق لفظ " المختصين " على كلا النوعين من الاختصاص . (٢) ومن ناحية الحجية في الإثبات ، لم يميز النص - كما ميزت المادة ٣٩١ من التقنين المدني الجديد - بين ما يكون حجة إلى حد الطعن بالتزوير وما يجوز دحضه بإثبات عكسه . وسيأتي بيان ذلك فيما يلي .

و١٥٥ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٧٧ [١] – ويقابل في التقنين المدني الفرنسي المادتين ١٣١٧ و١٣١٨ [٢] .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى – قانون البينات السوري م ٥ : ١ – الأسناد الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ، طبقاً للأوضاع القانونية ، وفي حدود سلطته واختصاصه ، ما تم على يديه أو ما تلقاه من أولى الشأن . ٢ – فإذا لم تستوف هذه الأسناد الشروط الواردة في الفقرة السابقة ، فلا يكون لها إلا قيمة الإسناد العادية ، بشرط أن يكون ذوو الشأن قد وقعوا عليها بتواقيعهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم .

التقنين المدني العراقي م ٤٥٠ : " ١ – السندات الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو تلقاه من ذوي الشأن ، وذلك طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه . ٢ – فإذا لم يكتسب السند صفة رسمية ، فلا يكون له إلا قيمة السند العادي متى كان ذوو الشأن قد وقعوه بامضاءاتهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم " .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني : م ١٥٤ : " السند الرسمي هو مخطوطة ثبوتية صادرة عن مأمور رسمي ذي صلاحية ، وموضوعة وفاقاً للقواعد المقررة . أما إطلاق الصفة الرسمية على السند أو عدم إطلاقها عليه فيخضع لقانون المحل الذي أنشئ فيه السند " – م ١٥٥ : " إن السند الرسمي المنشأ خلافاً لقواعد الإسناد الرسمية لوجود عيب في شكله أو لعدم صلاحية المأمور الرسمي ، يعد كسند ذي توقيع خاص إذا كان محتوياً على تواقيع جميع المتعاقدين ذوي الشأن وإن لم تراع فيه القواعد المنصوص عليها في المادتين ١٤٦ و١٤٧ .

التقنين المدني الليبي : م ٣٧٧ " " ١ – الورقة الرسمية هي التي يثبت فيها موظف أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن ، وذلك طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه . ٢ – فإذا لم تكسب هذه الورقة صفة الرسيمة ، فلا يكون لها إلا قيمة الورقة العربية متى كان ذوو الشأن قد وقعوها بامضاءاتهم أو ببصمات أصابعهم . وينبغي لإثبات صحة بصمة الأصبع أن توضع بحضور شاهدين يوقعان على الورقة " .

ويلاحظ أن نصوص التقنينات المدنية العربية تكاد تكون متفقة ، حتى في اللفظ ، مع نص التقنين المدني المصري. فأحكامها جميعاً واحدة . إلا أن التقنين اللبناني ، وهو يشترط في المادتين ١٤٦ و ١٤٧ تعدد النسخ الأصلية في العقود الملزمة للجانبين ووضع عبارة (صالح لأجل .....) في العقود الملزمة لجانب واحد على غرار التقنين المدني الفرنسي ، يميز تبعاً لذلك في السند الرسمي الباطل ما إذا كان البطلان راجعاً لوجود عيب في الشكل أو لانعدام الاختصاص المكاني فيصلح سنداً عرفياً إذا كان موقعاً عليه ، أو كان البطلان راجعاً لغير ذلك من الأسباب فلا يصلح سنداً عرفياً . وسيأتي تفصيل ذلك في مكانه . كما يلاحظ أن التقنين الليبي يشترط لإثبات صحة بصمة الأصبع أن توضع بحضور شاهدين يوقعان على الورقة ، ويشترط هذا الشرط في الورقة الرسمية ، دون الورقة العرفية (أنظر المادة ٣٨١ ليبي) . ثم إن التقنين الليبي لا يعتد بالختم كما تعتد به التقنينات العربية الأخرى .

(٢) التقنين المدني الفرنسي : م ١٣١٧ : " الورقة الرسمية هي التي تلقاها ، وفقاً للأوضاع الشكلية المطلوبة ، موظف عام له حق التوثيق في الجهة التي كتبت فيها الورقة " . م ١٣١٨ : " الورقة التي لم تكسب صفة الرسمية بسبب عدم اختصاص الموظف العام أو عدم أهليته أو لعيب في الشكل ، تكون لها قيمة الورقة العرفية إذا كانت موقعة من الطرفين " .

ويتبين من نص المادة ١٠٠ من قانون الإثبات أن هناك شروطاً ثلاثة يجب توافرها لتكون الورقة الرسمية صحيحة [١] .

(أولاً) أن يقوم بكتابة الورقة أو بتلقيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة .

(ثانياً) أن يكون هذا الموظف أو الشخص مختصاً من حيث الموضوع (في حدود سلطته) ومن حيث المكان (في اختصاصه) [١] .

(ثالثاً) أن يراعى في توثيق الورقة الأوضاع التي قررها القانون [٢] .

ونتناول بالبحث كلاً من هذه الشروط الثلاثة ، ثم نبحث جزاء الإخلال بأي منها .

= وهذه هي نصوص التقنين المدني الفرنسي في أصلها الفرنسي :

Art. 1317 : L'acte authentique est celui qui a été reçu par officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte à été rédigé, avec les solennités requises . Art 1318 : L'acte qui n'est point authentique par l'incompétence ou l'incapacité de l'officier, ou par un défaut de forme vaut comme écriture privée, s'il a été signé des parties.

(١) جاء في الموجز للمؤلف ما يأتي : " ونلاحظ من الآن أن هناك فرقاً بين الورقة الرسمية ، وهي الورقة التي تتوافر فيها الشروط الثلاثة المتقدمة ، والورقة المسجلة، وهي ورقة أعلنت للناس من طريق حفظها في سجل خاص وإعطاء صور منها لمن يرد الاطلاع عليها طبقاً للأوضاع المقررة . وينبغي ألا نخلط الرسمية بالتسجيل. فالرسمية لاستيفاء الشكل أو للزيادة في قوة الإثبات . أما التسجيل فللإعلان والشهر. وقد تكون هناك ورقة رسمية غير مسجلة كتوكيل رسمي ، كما قد تكون هناك ورقة عرفية مسجلة كعقد بيع عرفي مسجل . والرسمية لا تغني عن التسجيل ، فإذا كتب عقد البيع في ورقة رسمية ، فلا بد من تسجيله أيضاً حتى ينقل الملكية " . (الموجز ص ٦٥٦ هامش رقم ١) .

(1) يجب أن يكون الموثق مختصاً بتحرير الورقة من حيث نوعها ، فلكل نوع من الأوراق الرسمية موظفون عموميون يختصون بتحريرها ، فإذا حرر موظف عام ورقة لا تدخل في اختصاصه من حيث نوعها فهذه الورقة لا تثبت لها صفة الرسمية فلا يجوز للموثق توثيق عقود زواج ، وإشهادات طلاق المصريين فهذه المسائل من اختصاص المأذونين ، ولا يجوز للمأذون توثيق عقد رهن رسمي ولا يجوز للمحضر توثيق عقد زواج أو عقد بيع .
(جلسة ١٩٧٤/١٢/٤ مجموعة المكتب الفني السنة ٢٥ ص ١٣٢٩) .

(٢) ويضيف الأساتذة بلانيول وريبير وجابولد إلى هذه الشروط شرطين آخرين : (أ) أن يكون الموظف العام ، وهو يكتب الورقة الرسمية ، له حق مباشرة وظيفته ، فلا يجوز أن يكون معزولاً أو موقوفاً أو أن يكون قد حل أحد محله . وهذا الشرط مفهوم بداهة من " صفة الموظف العام " . (ب) أن يكون الموظف العام أهلاً، ويكون غير أهل إذا كانت له مصلحة شخصية في الورقة . وهذا أيضاً شرط مفهوم ضمناً ويدخل في شروط "الموظف العام " (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٣٧ ص ٨٩٦).

المبحث الأول

صدور الورقة الرسمية من موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة

٧١ – كيف تصدر الورقة الرسمية ونوعا البيانات التي تتضمنها:

تقول المادة ١٠ من قانون الإثبات (وتقابلها المادة ٣٩٠ من القانون المدني الملغاة) أن الورقة الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلفة بخدمة عامة ما تم علي يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن . وترجمت هذه العبارة الأخيرة ، في الترجمة الفرنسية التي قامت بها وزارة العدل للتقنين المدني الجديد ، على الوجه الآتي :

" ... constate ... des faits qui ont eu lieu en sa présence ou des déclarations à lui faites par les intéressés " .

ومعناها "... يثبت ... الوقائع التي حدثت في حضوره والأقوال التي ألقيت إليه من ذوي الشأن " .

فالورقة الرسمية يكون صدورها إذن من الموظف العام بأن يكون هو الذي يحررها. وليس من الضروري أن تكون مكتوبة بخطه ، بل يكفي أن يكون تحريرها صادراً باسمه . ويجب على كل حال أن يوقعها بامضائه .

ويثبت فيها نوعين من البيانات : (١) ما تم علي يديه . أي أنه يثبت في الورقة الرسمية جميع الوقائع التي وقعت تحت نظره ويمشهد منه خاصة بالتصرف الذي يوثقه. فيثبت حضور ذوي الشأن ، وما قام به كل منهم كأن يكون المشترى مثلاً سلم الثمن كله أو بعضه للبائع أمام الموثق ، وحضور الشهود أمامه مع ذكرهم باسمائهم ، وتاريخ تحرير الورقة الرسمية ، وتلاوته الصيغة الكاملة للورقة ومرفقاتها مع بيان الأثر القانوني المترتب عليها ، وقيام ذوي الشأن والشهود بتوقيعها ، وغير ذلك من الوقائع التي تمت بحضور منه وتحت بصره . (٢) ما تلقاه من ذوي الشأن من أقوال وبيانات وتقريرات في شأن التصرف القانوني الذي تشهد به الورقة ، أي ما وقع تحت سمعه . فالبائع مثلاً قرر أنه باع عيناً بحدود معينة بثمن معين وتعهد بالتزامات معينة ، وقرر المشترى أنه قبل شراء هذه العين بهذا الثمن وأنه من جهته تعهد بالتزامات معينة ، وهكذا .

وسنرى فيما يلى أن التمييز بين هذين النوعين من البيانات – ما وقع تحت بصره وما وقع تحت سمعه – له أهمية كبيرة من ناحية حجية الورقة الرسمية ، فالنوع الأول له حجية مطلقة إلى حد الطعن بالتزوير ، والنوع الثاني يجوز دحض وصحته بإثبات العكس .

٧٢ – موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة : والموظف العام هو شخص عينته الدولة للقيام بعمل من أعمالها ، سواء أجرته على هذا العمل كالموثق ، أو لم تؤجره كالعمدة .

ويتنوع الموظفون العامون بتنوع الأوراق الرسمية [1] . فالموظف الذي يقوم بتحرير التصرفات هو المأمور الرسمي أو الموثق ، والموظف الذي يقوم بكتابة الأحكام هو القاضي ،

---

(1) أ – النص في الفقرة الثانية عشرة من المادة ٦٤ من القانون رقم ١٦٦ لسنة ١٩٥٤ بإصدار قانون نظام السلكين الدبلوماسي والقنصلي ، يعني أن المحررات التي يجريها القناصل المصريون في الخارج بوصفهم موثقين يكون لها ذات القوة الرسمية للمحررات التي تحرر وتوثق في مصر ، وهو تطبيق لمبدأ الامتداد الإقليمي لسلطة الدولة خارج حدودها ، ولا يمكن أن يقيد النص قصر القوة الرسمية للعقود داخل حدود مصر وحدها ، لا يغير من ذلك أن الفقرة الثانية من المادة ٢٢ من المرسوم الصادر بتاريخ ٥ أغسطس سنة ١٩٢٥ والمعدل بالقانون رقم ٨ لسنة ١٩٤٠ الخاص بالنظام القنصلي كانت تقضي بأن للعقود التي يحررها القناصل المصريون في الخارج ... قوة العقود الرسمية ، وتكون واجبة التنفيذ في القطر المصري بمقتضى صورها المسلمة المصدق عليها بالصفة القانونية، وتكون كذلك واجبة التنفيذ في الخارج إذا أجازت ذلك العادات والاتفاقيات السياسية ، لأن هذه الفقرة إنما تتعلق بتنفيذ المحرر الرسمي لا بقوته في الإثبات ، و لم يجد المشرع داعياً لترديدها في القانون رقم ١٦٦ لسنة ١٩٥٤ لأن القواعد العامة في قانون المرافعات تغني عنها .
(الطعن رقم ٢٧ سنة ٣٧ ق أحوال شخصية – جلسة ١٩٧٣/١٢/٤ س ٢٤ ص ١٣٢٩) .

ب – مناط رسمية الورقة في معني المادتين ٣٩٠ و ٣٩١ من القانون المدني المقابلتين للمادتين ١٠ و١١ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ أن يكون محررها موظفاً عمومياً مكلفاً بتحريرها بمقتضى وظيفته وهي حجة بما دون فيها من أمور قام بها محررها في حدود مهمته أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره ومن ثم فإن محضر جمع الاستدلالات الذي حررة أحد رجال الشرطة بناء على شكوى قدمت إليه وأثبت فيها ما أدلى به ذوو الشأن من أقوال أمامه فيها يعتبر بهذه المثابه من المحررات الرسمية ولا محل للقول بوجوب أن يكون من يتولى تحرير الورقة الرسمية متخصصاً فيما يدلى به ذوو الشأن من أقوال أمامه أو له دراية بفحوى هذه الأقوال، اكتفاء بأن يكون الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة والذي يتولى تحرير الورقة مختصاً بكتابتها من حيث طبيعتها وأن يراعى الأوضاع القانونية المتطلبة في تحريرها .
(الطعن رقم ٥٥٤ سنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٨/٥/٢٤ س ٢٩ ص ١٣١٥) .

ج – صورة المحرر الرسمي التي لم تصدر عن الموظف المختص باعطائها الذي يشهد توقيعه عليها بأنها مطابقة للأصل المحفوظ لديه ، لا تعتبر صورة رسمية وإنما مجرد صورة عرفية لا قيمة لها في الإثبات ما لم يقبلها خصم من تمسك بها صراحة أو ضمناً . وإذا كان الطاعنون لم يقدموا للتدليل على أن وفاة المرحوم ... قد حدثت في تاريخ سابق على قفل باب المرافعة في الاستئناف سوى صورة عرفية من شهادة وفاة وإشهاد وراثة ، بينما تمسك الطعون ضده الأولى في مذكراته بإنتفاء أي حجية للصورة العرفية مما يتعين معه عدم التعويل عليها في الإثبات ويكون النعي بهذا السبب عارياً عن الدليل ومن ثم غير مقبول .
(الطعن رقم ٣٠٨ س ٥١ ق جلسة ١٩٨٥/١٢/٥) .

د – إذا كانت بيانات صحيفة افتتاح الدعوى التي يحررها المدعي ويوقع عليها هو أو محاميه – في الحالات التي يتطلب القانون توقيع الأخير عليها – هي ورقة عرفية لا يستلزم القانون تحريرها أمام الموظف المختص =

والموظف الذي يثبت ما يدور في جلسة القضاء من إجراءات ومرافعات هو كاتب الجلسة ، والموظف الذي يقوم بإعلان أوراق المرافعات المختلفة وتنفيذ الأحكام والأوراق الرسمية هو المحضر .

ويبقى الموظف عاماً حتى لو كان يعمل في إدارة حكومية يقوم عادة بعملها الشركات في البلاد الأخرى ، كمصلحة السكك الحديدية ومصلحة البريد . ويترتب على ذلك أن أوراق النقل الخاصة بمصلحة السكك الحديدية وحوالات البريد تعتبر أوراقاً رسمية ، ويكون التزوير فيها جناية لا جنحة . وكذلك حال الموظفين الذين يعملون في إدارة الأموال الخاصة للدولة (مصلحة الأملاك) ، فتعتبر الأوراق التي يكتبونها أوراقاً رسمية . وموظفو وزارة الأوقاف والأشخاص المعنوية العامة الأخرى كالجامعات ودار الكتب والمجالس المحلية، كل هؤلاء يعتبرون موظفين عامين .

وليس من الضروري أن يكون من تصدر منه الورقة الرسمية موظفاً عاماً ، بل يكفى أن يكون مكلفاً بخدمة عامة ، وهذا تعديل في المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد أجرته لجنة المراجعة . فالمأذون يقوم بتحرير عقود الزواج وإشهادات الطلاق . والخبير يقوم بتحرير محضر بأعماله وتقرير يقدمه عن المهمة التي أنتدب لها، وكذلك القسيس فيما يتعلق بزواج المسيحيين، وقضاة المجالس الملية وكتبتها فيما يتعلق بأحكام هذه المجالس وبمحاضر جلساتها . وهؤلاء ليسو موظفين عامين ، ولكنهم أشخاص مكلفون بخدمة عامة .

٧٣ – الموظفون العامون الذين كانوا يقومون بالتوثيق قبل النظام الحالي

الحالي : أنشئ النظام الحالي للتوثيق في مصر بمقتضى قانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧ ، وعمل به من أول يناير سنة ١٩٤٨ . وقبل أن نبسط أحكام هذا القانون، نذكر في إيجاز من هم الموظفون العامون الذين كانوا يقومون بالتوثيق في مصر قبل النظام الحالي ، أي إلى آخر شهر ديسمبر سنة ١٩٤٧ . كان المنوط به القيام بتوثيق العقود والأوراق الرسمية في مصر جهات ثلاثا :

= بالمحكمة المرفوع إليها الدعوى ومن ثم فلا تعد هذه الصحيفة قبل تقديمها إلى قلم الكتاب ورقة رسمية فيجوز الطعن على ما ورد بها من بيانات وما تحمله من توقيعات بالإنكار وفقاً لنص المادة ٣٠ من قانون الإثبات المشار إليه ، ولا تلحق الرسمية صحيفة الدعوى إلا بتداخل الموظف المختص وفي حدود البيانات التي قام بها أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره .
(الطعن رقم ١٦١٨ السنة ٥٤ ق جلسة ١٩٩٣/٢/٤) .

(١) **كتاب المحاكم المختلطة الكلية** : وكانوا يعتبرون بمثابة موثقين للعقود ويسمون (Greffiers-notaires) فيوثقون جميع أنواع التصرفات . ويستوى أن يكون أصحاب الشأن من المصريين أو الأجانب ، إذ كان اختصاص المحاكم المختلطة يمتد إلى الفريقين . والصيغة التنفيذية التي كان قلم كتاب المحكمة المختلطة يضعها على الورقة الرسمية يجعلها صالحة للتنفيذ على المصريين والأجانب جميعاً . فإذا كان التنفيذ على مصريين قام به محضر من المحاكم الوطنية . وإن وجد صالح أجنبي قام بالتنفيذ محضر من المحاكم المختلطة .

(٢) **قضاة المحاكم الشرعية أو من يحيل هؤلاء القضاة عليه التوثيق من كتاب هذه المحاكم** : والأوراق الرسمية التي كانت المحاكم الشرعية توثقها تسمى " إشهادات "، وهي العقود والتصرفات التي تقرها الشريعة الإسلامية ، سواء كانت تتعلق بالأحوال الشخصية كالوصية والهبة والوقف – أما إشهادات الزواج والطلاق فكانت ولا تزال من اختصاص المأذونين الشرعيين – أو كانت تتعلق بالمعاملات المالية كالبيع والقسمة والوكالة . ويستوى هنا أيضاً أن يكون اصحاب الشأن من المصريين أو من الأجانب . ولم تكن المحاكم الشرعية تضع الصيغة التنفيذية على ما توثقه من إشهادات إذ لم يكن بها محضرون للتنفيذ , وكانت الجهة التي تضع الصيغة التنفيذية على إشهادات المحاكم الشرعية هي المحاكم الوطنية إذا كان ذوو الشأن جميعاً مصريين ، ويقوم بالتنفيذ محضر من هذه المحاكم . أما إذا كان بين ذوي الشأن أجنبي ، فالجهة التي كانت تضع الصيغة التنفيذية هي المحاكم المختلطة ، ويقوم بالتنفيذ محضر منها . وألغيت المحاكم الشرعية بالقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ .

(٣) كانت المادة ٤٧ من اللائحة القديمة لترتيب المحاكم الأهلية تنص على أنه " يلزم أن يكون بطرف كتبة المحاكم الابتدائية دفاتر للرهونات والتسجيل والقيد ، ويجب عليهم تحرير كافة العقود والمشارطات ، وتكون العقود التي يحررونها في قوة العقود الرسمية ، ويحفظ أصلها بقلم كتاب المحكمة " . ولكن هذا النص لم يعمل به ، وبقى معطلاً إلى أن دخل النظام الجديد للتوثيق . ولم يعين بالمحاكم الأهلية موظفون للتوثيق ولم تنظم له سجلات ، فيما عدا بعض المسائل الخاصة بقبول الإقرارات الرسمية وحق الاختصاص والشفعة . وقد جرى العمل على توثيق أكثر التصرفات في المحاكم المختلطة، وتوثيق بعضها لا سيما الوقف في المحاكم الشرعية .

٧٤ – الموظفون العامون الذين يقومون بالتوثيق في النظام الحالي:

ظهر في العمل عيوب تعدد جهات التوثيق على النحو الذي أسلفناه . فصدر قانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧ ، بتاريخ ٢٩ يونية سنة ١٩٤٧ (الوقائع المصرية عدد ٣ يوليو سنة ١٩٤٧) ، والمعمول به من أول يناير سنة ١٩٤٨ ، يوحد جهات التوثيق ويعيد تنظيمه. وتقول المذكرة

الإيضاحية لهذا القانون : " وإذا كانت هذه الحالة [1] لم تعد موافقة لظروف العصر ، فقد اتجه الراي من زمن إلى وضع نظام ثابت للتوثيق تتوحد به جهاته وتنتظم شؤونه على وجه يكفل تحقيق الطمأنينة التامة على الحقوق واستقرارات المعاملات " .

وقد قضى قانون التوثيق ولائحته التنفيذية بتوحيد جميع جهات التوثيق في جهة واحدة، ليست هي أياً من المحاكم المتقدمة الذكر ، بل هي مكاتب مستقلة [2] تتولى توثيق المحررات التي يقضي بأن يطلب المتعاقدون توثيقها .

وتتولى توثيق جميع هذه المحررات ، عدا ما كان منها متعلقاً بالوقف [3] والأحوال الشخصية للمسلمين [1] فيبقى توثيقها كما كان للمحاكم الشرعية [2] . وقد ألغيت تلك

---

(١) أي حال تعدد جهات التوثيق . وتقول المذكرة الإيضاحية لقانون التوثيق تمهيداً لهذه الإشارة ما يأتي : " ولم يغب عن المشرع المصري ما للتوثيق من عظيم الأثر في تثبيت المعاملات ، فقد نص في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة في سنة ١٨٨٠ على توثيق جميع الإشهادات كما نص على ذلك في اللوائح التالية التي صدرت في سني ١٨٩٧ و ١٩١٠ و ١٩٣١ . ولما أنشئت المحاكم المختلطة نص في المادة ٣٣ من لائحة ترتيبها على أن التعهدات والهبات وعقود إنشاء الرهن والعقود الناقلة للملك التي تتم أمام المحكمة الابتدائية يكون لها قوة العقود الرسمية . وأنه وإن كان التوثيق لم ينص عليه بلفظ في هذه اللائحة ، فإنه قد وضعت لتنظيم أجراءاته تعليمات لأقلام الكتاب صدر بها أمر عال في فبراير سنة ١٨٧٦ . وجرى العمل على ان يقوم بالتوثيق أحد كتاب المحكمة . وعند انشاء المحاكم الوطنية نص في المادة ٤٧ من لائحة ترتيبها على أن كتاب المحاكم الابتدائية يجب عليهم تحرير جميع العقود وأن العقود التي يحررونها تكون في قوة العقود الرسمية. ولكن هذا النص لم يجر به العمل في الواقع إذا استثنينا ما كان من قبول الإقرارات الرسمية في بعض حالات . وإذ كانت هذه الحال لم تعد موافقة لظروف العصر ... " .

(٢) وقد نصت المادة ١١ من قانون التوثيق على أن " تلغى أقلام التوثيق بالمحاكم الوطنية والمختلطة ، ويحال إلى مكاتب التوثيق جميع أصول العقود الموثقة والوثائق والدفاتر المتعلقة بها " . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون التوثيق في هذا الصدد : " وتنص المادة الثانية عشرة (وصحتها الحادية عشرة) على إلغاء أقلام التوثيق بالمحاكم الوطنية والمختلطة . ولما كان المشروع قد احتفظ بالمحاكم الشرعية كجهة توثيق في الحالات المعينة التي سبقت الإشارة إليها في المادة ا لرابعة ، فقد اكتفى بأن يلغى من أقلام التوثيق من هذه المحاكم كل ما يدخل ضمن اختصاص مكاتب التوثيق الجديدة ، وبهذا يمتنع على أقلام كتاب المحاكم الشرعية توثيق أي محرر لا يدخل في نطاق المسائل التي استبقيت لها في هذا المشروع . وتنص المادة المذكورة على إلغاء أقلام التوثيق وإحالة أصول العقود الموثقة والوثائق والدفاتر المتعلقة بها إلى مكاتب التوثيق الجديدة ، ومن المفهوم بالبداهة أن إجراء موجب الإلغاء وتنظيم ما يتعلق به موكول إلى وزير العدل " .

(٣) على أنه فيما يتعلق بالوقف وما يلحق به من تحكير فيما لا نزاع فيه أن ما كان منه ذا صفة مدنية كإجازة الوقف يوثق أمام المكاتب الجديدة (المذكرة الإيضاحية لقانون التوثيق) . وغني عن البيان أن اختصاص المحاكم الشرعية في توثيق المحررات المتعلقة بالوقف قد قلت أهميته كثيراً بإلغاء الوقف الأهلي ، ولم يبق الآن إلا الوقف الخيري تباشر فيه هذه المحاكم اختصاصها التوثيقي . وقد صدر القانون رقم ٦٢٩ لسنة ١٩٥٥ ونصت مادته الثالثة على إلغاء أقلام التوثيق بالمحاكم الشرعية واحالة جميع المضابط والسجلات والدفاتر المتعلقة بها إلى مكتب التوثيق .

المحاكم بالقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ . أما التوثيق المتعلق بالأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين فيكون مع غيره من أمور التوثيق من اختصاص هذه المكاتب الموحدة. ولكن غير المسلمين من الأجانب يكون لهم الخيار في توثيق أوراقهم المتعلقة بالأحوال الشخصية بين مكاتب التوثيق أو جهاتهم القنصلية، إذ الشكل في قواعد القانون الدولي الخاص قد يخضع للقانون الوطني المشترك (م ٢٠ مدني) كما يخضع لقانون البلد الذي تمت فيه أو قانون الموضوع أو قانون موطن المتعاقدين [٣] .

وقد صدر القانون رقم ١٦٦ لسنة ١٩٥٤ باصدار قانون السلكين الدبلوماسي والقنصلي وأعطى للقناصل سلطة توثيق محررات في البلاد التي يمثلون فيها مصر تكون لها ذات القوة الرسمية للمحررات التي توثق في مصر ، وقضت الفقرة الثانية عشرة من المادة ٦٤ من القانون المذكور بأن المحررات التي يجريها القناصل المصريون في الخارج بوصفهم موثقين يكون لها ذات القوة الرسمية للمحررات التي تحرر وتوثق في مصر .

كما صدر القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بالغاء المحاكم الشرعية وانتقلت أمور التوثيق التي كانت تباشرها هذه المحاكم إلى مكاتب التوثيق ، وتم تعديل المادة الثالثة من

---

(١) وأهمها الإقرار بالنسب ونفيه . أما الزواج والطلاق وما يتعلق بهما فيوثق محرراتها المأذون الشروعي وهو تابع للمحكمة الجزئية المختصة .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية لقانون التوثيق في هذا الصدد ما يأتي : " وقد كان مقتضى توحيد جهات التوثيق أن تكون مكاتب التوثيق الجديدة هي التي تتولى توثيق جميع المحررات أياً كانت . إلا أنه لاعتبارات خاصة بالمحاكم الشرعية قد احتفظ المشروع بهذه المحاكم كجهة توثيق في نطاق ضيق ، فنصت المادة (الثالثة) على إخراج المحررات المتعلقة بالوقف أو بمواد الأحوال الشخصية من اختصاص مكاتب التوثيق ، وبذلك يستمر توثيقها في المحاكم الشرعية . والمقصود بالأحوال الشخصية في هذا المقام هو مسائل الزواج والطلاق وما يتعلق بهما والإقرار بالنسب ونفيه ... " ثم تقول المذكرة الإيضاحية بعد ذلك : " وأخيراً فإن هذا المشروع وإن كان لم يوحد جهات التوثيق توحيداً كلياً للاعتبارات التي سبق بيانها ، إلا أنه قد خطا خطوة كبيرة في سبيل هذا التوحيد ، وحقق بذلك أمنية طالما جالت في الخواطر " .
وتم إلغاء أقلام التوثيق بالمحاكم الشرعية بالقانون رقم ٦٢٩ لسنة ١٩٥٥ .

(٣) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون التوثيق في هذا الصدد ما يأتي : " وتقضي المادة المذكورة (الثالثة) بأن هذه المكاتب توثق المحررات المتعلقة بمواد الأحوال الشخصية بالنسبة إلى غير المسلمين . إلا إنه بالنسبة للأجانب يكون لهم الخيار في توثيق محرراتهم المتعلقة بأحوالهم الشخصية لدى مكاتب التوثيق أو لدى جهاتهم القنصلية تطبيقاً لقواعد القانون الدولي الخاص " .
ويلاحظ أن توثيق الأوراق الرسمية المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين في مكاتب التوثيق لا يتعارض مع ما تستوجبه قوانين أحوالهم الشخصية من شروط أخرى لصحة تصرفاتهم في هذه المسائل ، فتدخل الكنيسة في عقود الزواج وعدم إباحة الطلاق أو إباحته في حدود ضيقة يبقى معمولاً به ، ولا يجوز الاكتفاء بتحرير ورقة رسمية في مكتب التوثيق بزواج أو طلاق حتى يصح هذا أو ذاك (أنظر الدكتور سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٤٦ هامش رقم ٣) .

قانون التوثيق بالقانون رقم ٦٢٩ لسنة ١٩٥٥ (والذي عمل به إعتبارا من أول يناير سنة ١٩٥٦) وأصبحت مكاتب التوثيق مختصة بتوثيق جميع المحررات وذلك فيما عدا عقود الزواج وإشهادات الطلاق والرجعه والتصادق على ذلك بالنسبة إلى المصريين المسلمين (المادة الأولى من القانون) ، فهذه الأمور تظل من اختصاص المأذونين يتولون توثيقها . أما بالنسبة لتوثيق عقود الزواج والطلاق فيما يتعلق بالمصريين غير المسلمين المتحدى من الطائفة والملة فيقوم به موثقون يختارون من رجال الدين ينتدبهم وزير العدل (المادة ١) . وصدر منشور التوثيق رقم ٦ لسنة ١٩٥٦ ونص على أن تتولى مكاتب التوثيق توثيق عقود الزواج وإشهادات الطلاق والرجعه والتصادق على ذلك الخاصة بالمسلمين إذا كان طرفا العقد أجنبيين أو إذا أحد الطرفين فيه أجنبياً . وكذلك العقود الخاصة بغير المسلمين إذا كان طرفا العقد مصريين مختلفي الطائفة والملة أو كان أحدهما أو كلاهما أجنبياً ولو اتحدا طائفة أو ملة . كما تختص مكاتب التوثيق بجميع أنواع الإشهادات الأخرى ولو كانت متعلقة بمسائل الأحوال الشخصية خلاف الزواج والطلاق ، كالوقف والرجوع فيه . ولا تختص مكاتب التوثيق بتوثيق ما استثنى بنص قانوني كإشهادات الشهرة وتغيير الأسم .

ويتبين مما تقدم أن الذين يقومون بالتوثيق في مصر هم ، كقاعدة عامة ، موظفون عامون يعينهم وزير العدل . وكانوا قبل ذلك ايضاً موظفين عامين يعينهم وزير العدل في المحاكم المختلطة وفي المحاكم الشرعية (قبل إلغاء تلك المحاكم) . أما في فرنسا فيقوم بالتوثيق طائفة تسمى " بالموثقين " (notaires) ، ولهم نظم خاصة ، وماض بعيد ، وتقاليد قوية . وهم ليسو بالموظفين الذين يتقاضون أجراً من الدولة ، بل يؤجرون على أعمالهم من أصحاب الشأن ، شأنهم في ذلك شأن المحامين ومحضرى القضايا (avoués) وسائر أصحاب المهن المنظمة رسمياً (officiers ministériels) ، ويوجد لهم نظير في بعض البلاد العربية يسمى بالكاتب العدل. وأقرب نظير لهم في مصر هم المأذونون الشرعيون ، إذ لا يتقاضى هؤلاء أجراً من الدولة ، وإن كان اختصاصهم محصوراً في دائرة الأحوال الشخصية للمسلمين وفي بعض نواحيها ، فيضيق اختصاصهم كثيراً بل ويختلف عن اختصاص الموثقين في فرنسا [1] .

---

(١) ونظام الموثقين (notariat) نظام فرنسي محض . أعيد تنظيمه في عهد الثورة بقانون ١٥ فانتوس السنة التاسعة . ولا يزال هذا القانون معمولاً به حتى اليوم ، وإن كان قد عدل بقوانين ٢١ يونية سنة ١٨٤٣ و ١٢ أغسطس سنة ١٩٠٢ و ٢١ فبراير سنة ١٩٢٦ . ومهنة التوثيق في فرنسا مهنة منظمة تنظيماً دقيقاً وتخضع لرقابة شديدة .

واختصاص الموثق (notaire) الموضوعي اختصاص عام شامل . فهو وحده الذي يوثق العقود والتصرفات ما بين الأفراد . وقل أن يوثق هذه العقود والتصرفات غيره ، فقد يقع أن يسجل اتفاق ما بين خصمين =

المبحث الثاني

اختصاص الموظف من حيث الموضوع ومن حيث المكان

المطلب الأول

اختصاص الموظف من حيث الموضوع

٧٥ – المقصود " بالسلطة " في نص المادة ١٠ من قانون الإثبات (تقابلها المادة ٣٩٠ من التقنين المدني الملغاة) : لا يكفي لصحة الورقة الرسمية أن يقوم بتحريرها موظف عام ، بل يجب أيضاً أن يكون هذا الموظف مختصاً بكتابتها من حيث الموضوع . وتشترط المادة ١٠ من قانون الإثبات السابق إيرادها أن يكون الموظف العام قد عمل " في حدود سلطته واختصاصه " . وفي رأينا أن المقصود " بالسلطة " في هذا النص جملة أمور : (١) ولاية الموظف العام من حيث قيامها . (٢) أهلية الموظف العام من حيث عدم قيام مانع شخصي

= أمام المحكمة في محضر الجلسة أو يصطلح خصمان أمام قاضي المصالحات (juge de paix) فيسجل هذا الصلح في محضره ، ولكن هذا نادر ، وتنعدم أهلية الموثق إذا وقف عن عمله أو حل غيره محله . كذلك تنعدم أهليته إذا وثق ورقة له فيها مصلحة شخصية ، هو أو أحد أقاربه أو أصهاره فرعاً وأصلاً ، والحواشي للدرجة الثالثة. أما الاختصاص المكاني فيتسع ويضيق بحسب الأحوال، فمن الموثقين من يتناول اختصاصه دائرة محكمة من محاكم الاستئناف ، ومنهم من يتناول اختصاصه دائرة محكمة ابتدائية (arrondissement) ، ومنهم من يتناول اختصاصه دائرة إحدى محاكم الصلح (canton) .

ويوثق الموثق الورقة من أصل (minute) وصور (copies) ، ويحتفظ بالأصل ويسلم الصور إلى اصحاب الشأن . وهناك نوعان من الصور : الصورة التنفيذية (grcsse) وتوضع عليها الصيغة التنفيذية وتسلم للطرف الذي له مصلحة في التنفيذ ، والصورة الأصلية (expédition) ولا توضع عليها الصيغة التنفيذية وتسلك لكل ذي شأن . وهناك أوراق محدودة الأهمية ، كالتوكيلات والمخالصات بالأجرة ، تحرر من أصل (brevet) دون صور ، ويسلم الأصل لصاحب الشأن .

وجميع الأوراق الموثقة يجب تسجيلها في خلال مدة قصيرة (١٠ أيام أو ١٥ يوماً) حتى يمتنع على الموثق تقديم تاريخها . وعدم تسجيل الورقة لا يكون سبباً في بطلانها ، بل ولا في عدم ثبوت تاريخها ، فتاريخ الورقة الموثقة – لا تاريخ التسجيل – هو التاريخ الثابت الرسمي . ولكن يعاقب الموثق الذي لا يقوم بتسجيل الورقة ، وعقوبته الغرامة .

وللموثقين أتعاب يتقاضونها مباشرة من عملائهم ، وتحددها المراسيم .

(أنظر في نظام التوثيق في فرنسا بودري وبارد ٣ فقرة ٢١١٢ – فقرة ٢٢٥٨ ص ٤٦٤ – ص ٦٦١ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٣٨ – فقرة ١٤٤٨ ص ٨٧٠ – ص ٨٨٥) .

به يجعله غير صالح لتوثيق ورقة بالذات. (٣) الاختصاص الموضوعي للموظف العام من حيث نوع الأوراق الرسمية التي يجوز له أن يقوم بتوثيقها . وهذا كله يدخل في " سلطة " الموظف العام [١] . أما "الاختصاص" فنرى قصره على الاختصاص المكاني الذي سننتقل إليه فيما يلي [٢] :

ونستعرض هذه الأمور الثلاثة متعاقبة: الولاية والأهلية والاختصاص الموضوعي.

٧٦ – الولاية : يجب أن تكون ولاية الموظف المختص قائمة [٣] وقت تحرير الورقة الرسمية . فإذا كان قد عزل من وظيفته ، أو وقف عن عمله ، أو نقل منه ، أو حل غيره محله على أي وجه آخر ، فإن ولايته تزول ، ولا يجوز له مباشرة عمله ، وتكون الورقة التي يحررها عندئذ باطلة للإخلال بشرط من شروط صحتها [٤] . على أنه إذا كان الموظف لم يعلم بالعزل أو الوقف أو النقل أو انتهاء الولاية ، وكان ذوو الشأن هم أيضاً حسني النية لا يعلمون بشيء من ذلك ، فإن الورقة الرسمية التي يحررها الموظف في هذه الظروف تكون صحيحة رعاية للوضع الظاهر المصحوب بحسن النية [٥] .

وتطبيقاً لحماية الوضع الظاهر يكفي ايضاً أن يكون الموظف قد ولي وظيفته ولو في الظاهر ، حتى لو كان تعيينه في هذه الوظيفة قد وقع مخالفاً للقانون ، فإنه في هذه الحالة يعتبر موظفاً فعلياً (fonctionnaire de fait) ، أي موظفاً من حيث الواقع . ويعتبر أيضاً موظفاً فعلياً الموظف الذي عينته سلطة غير شرعية قد استقر سلطانها ، كحكومة الثورة أو حكومة دولة أجنبية غازية . ففي جميع هذه الأحوال يكون توثيق الموظف المعين تعييناً باطلاً أو المولى

---

(١) وإذا اعترض على هذا التفسير بأن النص ذكر ، إلى جانب " السلطة " ، لفظ " الاختصاص " مطلقاً فيشمل كلاً من الاختصاص الموضوعي والاختصاص المكاني ، كان ردنا أن إيراد النص للفظ " السلطة " متقدما على لفظ " الاختصاص " يقتضي أن يكون لكل لفظ معناه ، وسلطة الموثق في التوثيق لا تقتصر على ولايته فحسب بل تشمل أيضاً مدى هذه الولاية من حيث نوع الأوراق التي يوثقها ، فهو مسلط على توثيق أوراق رسمية معينة . ومن ثم فقد آثرنا أن ندخل الاختصاص الموضوعي للموثق تحت لفظ " السلطة " ، ونجعّل لفظ "الاختصاص" مقصوراً على الاختصاص المكاني .

(٢) قارن الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات فقرة ١٠٥ – والدكتور سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٠٤

(٣) وحتى يستطيع الموثق مباشرة ولايته في التوثيق ، يجب عند تعيينه وقبل مباشرة أعمال أن يحلف اليمين على الوجه المبين في المادة ٢ من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق .

(٤) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٥ ص ١٥٦ .

(٥) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٥ ص ١٥٦ هامش رقم ٧ – بودري وبارد ٣ فقرة ٢٠٧٠ ص ٤٣٢ وفقرة ٢١٠٧ ص ٤٦٢ .

من قبل سلطة غير شرعية توثيقاً صحيحا ، تطبيقاً لنظرية الموظف الفعلي وهي نظرية معروفة في القانون الإداري [1] .

٧٧ – الأهلية [2] : متى ثبت للموثق الولاية على النحو المتقدم ، وجب أن يكون، بالنسبة إلى كل ورقة رسمية يوثقها ، أهلاً لتوثيقها . وهو في الأصل أهل لتوثيق جميع الأوراق الرسمية التي تدخل في اختصاصه . غير أن اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق سلبته الأهلية في أية ورقة رسمية بالذات تكون له فيها مصلحة شخصية أو تربطه بأصحاب الشأن فيها صلة معينة من قرابة أو مصاهرة . فنصت المادة الرابعة من هذه اللائحة على أنه " لا يجوز للموثق أن يباشر توثيق محرر يخصه شخصياً أو تربطه واصحاب الشأن فيه صلة مصاهرة أو قرابة لغاية الدرجة الرابعة" .

فلا يجوز إذن أن يكون الموثق نفسه طرفاً في الورقة الرسمية التي يوثقها ، بائعاً أو مشترياً في عقد بيع مثلاً ، أو وكيلاً أو موكلاً في عقد وكالة ، أو نحو ذلك . ولا يجوز له ذلك لا لنفسه ولا بشخص مسخر عنه ، كأن يكون البائع أو المشترى يبيع أو يشترى لحسابه ولو بغير توكيل ظاهر . ولا يجوز بوجه عام أن تكون له مصلحة شخصية مباشرة في الورقة التي يوثقها، كأن يكون شريكاً لذوي الشأن في الصفقة التي تثبتها الورقة الموثقة [3] ، فإن المادة الرابعة من اللائحة التنفيذية ، عند ما سلبته الأهلية في الحالات التي نصت عليها، كان ذلك " لرفع مظنة المحاباة أو التأثير في إرادة أحد المتعاقدين " كما تقول المذكرة الإيضاحية لهذه اللائحة ، ومظنة المحاباة أو التأثير قائمة إذا وجدت للموثق في الورقة التي يوثقها مصلحة شخصية مباشرة . وجزاء ذلك بطلان الورقة الرسمية ، حتى في الأجزاء التي لا مصلحة للموثق فيها .

كذلك لا يجوز أن يكون بين الموثق وأصحاب الشأن صلة قرابة أو مصاهرة لغاية الدرجة الرابعة ، دفعاً لمظنة المحاباة أو التاثير . فلا يجوز للموثق أن يوثق بيعاً مثلاً يكون فيه البائع أو المشترى فرعاً أو أصلاً له لغاية الدرجة الرابعة ، بدخول الغاية ، أو يكون أخاً أو أختاً أو فرعاً لأيهما لغاية الدرجة الرابعة ، أو يكون عماً أو عمة أو خالاً أو خالة أو ولداً

---

(١) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٥ ص ١٥٧ – بودري وبارد ٣ فقرة ٢٠٧٣ ص ٤٣٤ .

(٢) نستعمل لفظ " الأهلية " هنا مسايرة للتعبير الدارج ، وإلا فقد قدمنا في الجزء الأول من هذا الوسيط (فقرة ١٤٧) أن الأهلية بالمعنى الصحيح مناطها التمييز ، أما ما سنذكره هنا فليس إلا موانع قانونية تمنع الموثق من توثيق ورقة رسمية معينة بالذات .

(٣) كما لا يجوز له أن يوثق أوراقاً رسمية لشركة مساهمة يحمل عدداً كبيراً من أسهمها ، ولا أن يكون كفيلاً أو وكيلاً لأحد ذوي الشأن في الورقة التي يوثقها (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٤٠) .

لأيهم كذلك . ومثل القرابة المصاهرة . فلا يجوز أولاً – ولو من غير نص صريح في المادة الرابعة من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق – أن يوثق الموثق لزوجته أو لزوجه . ثم لا يجوز له بعد ذلك أن يوثق لأحد من أقارب زوجته أو زوجه لغاية الدرجة الرابعة على النحو الذي قدمناه ، لقيام صلة المصاهرة بين الموثق وهؤلاء [1] .

وتنص المادة الثامنة من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق (والتي استبدلت بقرار رئيس الجمهورية رقم ٨٢ لسنة ١٩٦٣) " لا يجوز توثيق عقد الزواج إلا بحضور شاهدين عاقلين بالغين وعلى الشاهدين الحاضرين توقيع المحرر مع ذوي الشأن والموثق بعد تلاوته عليهم " كما تنص المادة ٨ مكررا : المضافة بقرار مجلس الوزراء بجلسة ٢١ ديسمبر سنة ١٩٥٥ أنه لا يجوز توثيق أي محرر بوقف أو بإقرار به أو ما سند له أو بالادخال أو بالاخراج أو بغير ذلك من الشروط التي تشترط فيه إلا إذا كان مستوفياً الشروط المنصوص عليها ، ولا يجوز توثيق عقد زواج اليتيمات القاصرات المصريات اللاتي لهن معاش أو مرتبات من الحكومة أو لهن مال يزيد على ٢٠٠٠٠ قرش إلا بتصريح من الأحوال الشخصية المختصة .

٧٨ – الاختصاص الموضوعي : ويجب أن يكون الموثق مختصاً من الناحية الموضوعية بنوع الورقة الرسمية التي يقوم بتوثيقها . والموثق ، طبقاً للمادة الأولى من قانون التوثيق ، مختص بتوثيق جميع المحررات التي يقضي القانون أو يطلب المتعاقدون توثيقها . فكل تصرف قانوني يشترط القانون فيه ورقة رسمية ، كالهبة والرهن الرسمي ، يختص الموثق بتوثيقه. وكذلك جميع التصرفات القانونية التي لا يشترط فيها القانون ورقة رسمية ، بل تكون تصرفات رضائية ويجوز إثباتها في ورقة عرفية ، كالبيع والإيجار والوكالة والقسمة والصلح، يجوز لأصحاب الشأن إثباتها في ورقة رسمية، وعندئذ يكون الموثق مختصاً بتوثيقها . ولا يخرج من الاختصاص الموضوعي للموثق إلا الوقف والأحوال الشخصية للمسلمين فقد كان التوثيق فيها من اختصاص المحاكم الشرعية قضاة وكتبة ومن اختصاص المأذونين قبل الغاء تلك المحاكم وبعد الغائها بالقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، أصبح اختصاص توثيق

---

(١) وقد يتم التعاقد بوكيل ، وتنص المادة السادسة من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق على أنه " إذا تم التعاقد بوكيل ، فعلى الموثق أن يتأكد من أن مضمون المحرر المطلوب توثيقه لا يجاوز حدود الوكالة " . ولكن يصح أن يكون الوكيل ممن تربطه بالموثق صلة القرابة أو المصاهرة ، ولو للدرجة الرابعة ، ولا تكون الورقة الرسمية باطلة لهذا السبب . ويختلف هذا الوضع عن الوضع الذي يكون فيه الموثق نفسه وكيلاً عن أحد ذوي الشأن ، فقد قدمنا أن الورقة الرسمية تكون باطلة في هذه الحالة لوجود مصلحة شخصية للموثق . وغني عن البيان أن الورقة لا تكون باطلة إذا ربط الوكيل بأصحاب الشأن رابطة قرابة أو مصاهرة ولو للدرجة الرابعة .

الوقف والرجوع فيه لمكاتب التوثيق وألغيت أقلام التوثيق بالمحاكم الشرعية (المادة الثالثة من القانون رقم ٦٢٩ لسنة ١٩٥٥) أما الأحوال الشخصية للمسلمين فهي من اختصاص المأذونين ، وأما الأحوال الشخصية للأجانب غير المسلمين فهذه يكون التوثيق فيها جوازاً لا وجوباً من اختصاص القنصليات الأجنبية ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . ويترتب على ما تقدم أنه لا يجوز ، وفقاً لقواعد الاختصاص الموضوعي ، أن يوثق الموثق عقد زواج خاص المصريين المسلمين ، ولا المأذون عقد هبة .

وفي الحدود المتقدمة الذكر يقوم الموثق، فيما يتعلق بتوثيق الأوراق الرسمية ، بما يأتي : (١) تلقى المحررات وتوثيقها (٢) إثباتها في الدفاتر المعدة لذلك (٣) حفظ أصولها، وموافاة المكتب الرئيسي بصور منها ، وإعطاء ذوي الشأن صورها ، وإعداد فهارس لها (٤) وضع الصيغة التنفيذية على صور المحررات الرسمية الواجبة التنفيذ [1] .

المطلب الثاني

اختصاص الموظف من حيث المكان

٧٩ – الاختصاص المكاني : ولا يكفي أن يكون الموثق مختصاً من حيث الموضوع ، بل يجب أيضاً أن يكون مختصاً من حيث المكان . وقد نصت المادة الرابعة من قانون التوثيق على أنه " لا يجوز للموثق أن يباشر عمله إلا في دائرة اختصاصه " . فلكل مكتب للتوثيق دائرة معينة يقوم في حدودها الموثقون ومساعدوهم المعينون في هذا المكتب بتوثيق الأوراق الرسمية التي يطلب إليهم توثيقها .

ونبادر إلى القول بأن هذا الاختصاص المكاني إنما يقيد مكتب التوثيق وحده ، أي أن الموثقين ومساعديهم الملحقين بمكتب معين لا يجوز لهم مباشرة عملهم خارج دائرة اختصاصهم . ولكن أصحاب الشأن ممن يطلبون توثيق أوراقهم غير مقيدين بدائرة اختصاص معينة ، فيجوز لشخص مقيم بأسوان أن يطلب إلى مكتب للشهر في القاهرة أو في طنطا أو في أية جهة أخرى توثيق أية ورقة رسمية يريد توثيقها . فالقيد المكاني يرد إذن على مكاتب التوثيق ولا يرد على أصحاب الشأن . فلا يجوز لموظفي مكتب للتوثيق أن

---

(١) أنظر المادة الثانية من قانون التوثيق . ويختص الموثق أيضاً ، بمقتضى هذه المادة ، في غير التوثيق ، بما يأتي: (١) التصديق على توقيعات ذوي الشأن في المحررات العرفية (٢) إثبات تاريخ المحررات العرفية (٣) إعطاء الشهادات بحصول التصديق على التوقيعات أو إثبات التاريخ في المحررات العرفية .

يوثقوا ورقة رسمية إلا في الدائرة المكانية لاختصاصهم . بل يجب أن يكون التوثيق في مكتب التوثيق بالذات ، وفي مواعيد العمل الرسمية ، فيجوز عندئذ للموثق أن ينتقل إلى محل إقامته لإجراء التوثيق وذلك بعد دفع الرسم المقرر للإنتقال ، وعليه إثبات هذا الانتقال في الدفاتر المعدة لذلك [1] .

٨٠ – انتشار مكاتب التوثيق في أنحاء البلاد: ومكاتب التوثيق، وفقا للنظام الجديد ، منتشرة في جميع أنحاء الدولة . ولكل مكتب منها دائرة معينة لاختصاصه المكاني . ويعين عدد هذه المكاتب ومقر كل منها واختصاصه المكاني بقرار من وزير العدل [2] .

وقد صدر فعلاً قرار من وزير العدل في ٢١ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٧ – عمل به من أول يناير سنة ١٩٤٨ تاريخ تنفيذ قانون الشهر – يقضي بانشاء مكاتب للتوثيق في جميع عواصم المحافظات ، وصدرت بعد ذلك قرارات عديدة بإنشاء مكاتب أخرى ، ويتناول اختصاص كل مكتب منها ومقره .

ثم انشئ لكل مكتب منها فروع في مختلف الجهات التي بها محاكم جزئية أو مأموريات للشهر العقاري .

فأصبح الاختصاص المكاني لكل مكتب للتوثيق ، بفضل هذا التنظيم ، محدداً معروفاً. وأصبحت هذه المكاتب وفروعها منتشرة في كل مكان وجد فيه سابقاً قلم للتوثيق " حتى لا يتكبد جمهور المتعاملين مشقة في الانتقال إلى المكتب الواقع في عاصمة المحافظة لإجراء ما كان يتم في المحاكم الجزئية أو الشرعية في المراكز وامتنع عليها إجراؤها اعتبارا من تاريخ تنفيذ النظام الجديد .

---

(١) أنظر المادة ١٣ من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق – وقد ورد في المذكرة الإيضاحية لقانون التوثيق ، في شأن تقييد الاختصاص المكاني لمكاتب التوثيق دون اصحاب الشأن ، ما يأتي : " ولابد من التنبيه هنا إلى أنه لم يرد بتحديد اختصاص كل مكتب إجبار ذي شأن على أن يتقدم بمحرره إلى مكتب بعينه ، بل إن له أن يتقدم به إلى أي مكتب يشاء لتوثيقه . وإنما أريد من هذا التحديد منع الموثق في أحد المكاتب من أن يباشر مأمورية التوثيق خارج دائرة اختصاص هذا المكتب " .

(٢) وقد أنشئ ، بمقتضى القانون والقرار الوزاري عديد من مكاتب الشهر ومأمورياتها في عواصم المحافظات ومراكزها ومدنها وأوضحت قرارات الإنشاء مقر كل منها واختصاصه . ويوجد بشمال القاهرة ١١ مأمورية وجنوب القاهرة ٦ مأموريات وبالجيزة ٨ مأموريات وبالإسكندرية ٦ مأموريات وفي باقي المحافظات .

المبحث الثالث

مراعاة الأوضاع التي قررها القانون

٨١ – الأوضاع والإجراءات التي قررها قانون التوثيق ولائحته التنفيذية

التنفيذية : لما كان التوثيق في مصر ، في الكثرة الغالبة منه ، تقوم به مكاتب التوثيق ، فنبسط هنا الأوضاع والإجراءات التي قررها قانون التوثيق ولائحته التنفيذية في توثيق الأوراق الرسمية [1] .

ويمكن تقسيم هذه الأوضاع والإجراءات إلى مراحل ثلاث :

(المرحلة الأولى) مرحلة ما قبل التوثيق : دفع الرسم والتثبت من أهلية المتعاقدين ورضائهم .

(المرحلة الثانية) مرحلة التوثيق : ما يراعى في كتابة الورقة الرسمية والشهود وتلاوة الورقة وتوقيعها .

---

(١) أما الأوضاع والإجراءات التي كانت تحرص عليها المحاكم الشرعية ، وكذلك الأوضاع التي كانت المحاكم المختلطة تجرى عليها ، فقد أوردنا بصددها في الموجز ما يأتي : " فالأوضاع التي تجرى عليها المحاكم الشرعية مبينة في لائحة ترتيبها . وتتلخص في أن الإشهادات (أي العقود الرسمية) تكتب في دفاتر معدة لذلك تسمى بالمضابط . ويعرض الكاتب صيغة الإشهاد على من باشره من القضاء أو على من أذنه بمباشرته منهم . وبعد استيفاء كتابة الصيغة وقراءتها يضع كل من ذوي الشأن والشهود إمضاءه أو ختمه على المضبطة ، وكذلك يفعل من باشر الإشهاد من القضاة وكاتب الإشهاد . ثم ينقل الإشهاد حرفياً في دفتر آخر يسمى السجل ، ويوقع عليه الناقل . ومن هذا السجل تحرر الحجج الشرعية " . " أما الأوضاع التي جرت عليها المحاكم المختلطة فمبينة في المواد ١٢٤ إلى ١٣٦ من التعليمات الصادر بها الأمر العالي في ٢٧ يناير سنة ١٨٧٦ . وتتلخص في أن العقد الرسمي يجب أن يحتوى على ذكر التاريخ والمحل الذي كتب فيه والموظف الذي قام بكتابته وأسماء المتعاقدين وشهود العقد وشهود المعرفة، ثم تكتب وقائع العقد ، ويوقع عليه ذوو الشأن من أطراف وشهود ومترجم وكاتب . وقد جرت العادة أن يكتب المحامون العقود الرسمية مقدماً ، ويكتفي الموظف الرسمي بتلاوة ما أعده المحامون من ذلك على ذوي الشأن وإتمام ما ينقص من الأوضاع . فإذا ما تمت كتابة العقد على النحو المتقدم ، احتفظ بالأصل في قلم كتاب المحكمة ، ويعطى للأطراف صور منه " . (الموجز للمؤلف ص ٦٥٨ – ص ٦٥٩ وأنظر أيضاً الدكتور عبد السلام ذهني في الأدلة جزء أول ص ١٢٧ – ص ١٤١) . وغني عن البيان أن الأوراق الرسمية التي وثقت قبل نفاذ قانون التوثيق تسرى عليها النظم التي كانت موجودة وقت توثيقها، وهي ما قدمناه (استئناف مختلط ٢٩ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٨٧ – ٩ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٦٥ – ٢٣ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٩٢ – ٢٣ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٥٢) – وقد كانت المحاكم المختلطة توثق الأوراق الرسمية بإحدى اللغات القضائية التي كانت مقررة، وبخاصة اللغة الفرنسية .

(المرحلة الثالثة) مرحلة ما بعد التوثيق : حفظ الأصول وتسليم الصور .

٨٢ – مرحلة ما قبل التوثيق : لا يقوم الموثق بتوثيق محرر إلا إذا دفع الرسم المستحق عنه ، فإذا ما دفع الرسم وجب على الموثق قبل اجراء التوثيق أن يتأكد من شخصية المتعاقدين غير المعروفين له ببطاقة الحالة المدنية أو العائلية أو أي مستند رسمي آخر . وإلا بشهادة شاهدين بالغين عاقلين ثابتة شخصية كل منهما بمستند رسمي. فإذا كان محل التوثيق عقد زواج أجنبي بمصرية أو التصادق عليه فيجب على الموثق أن يتأكد من حضور الأجنبي بشخصه عند إجراء التوثيق (م ٧ لائحة تنفيذية والتي استبدلت بقرار وزير العدل رقم ١٥٣٢ لسنة ١٩٧٦) وذلك تحاشياً للتلاعب وتفادياً من وقوع التزوير ما أمكن (المذكرة الإيضاحية للائحة التنفيذية) ، ثم يجب بعد ذلك أن يتثبت من أهلية المتعاقدين ورضائهم . وله أن يطلب – إثباتاً لأهلية المتعاقدين – تقديم ما يؤيد تلك الأهلية من مستندات كشهادة ميلاد أو صورة رسمية من قيد واقعة الميلاد . فإذا كان محل التوثيق عقد زواج أجنبي بمصرية أو التصادق عليه فعلى الموثق أن يطلب – إثباتاً لسن المتعاقدين – تقديم شهادتي ميلادهما فإن تعذر ذلك طلب من الأجنبي تقديم أي وثيقة رسمية تقوم مقام شهادة ميلاده ومن المصرية تقديم صورة رسمية من قيد واقعة ميلادها (م ٥ لائحة تنفيذية والتي استبدلت بقرار وزير العدل رقم ١٥٣٢ لسنة ١٩٧٦) والمقصود بالأهلية هنا البلوغ والعقل وعدم وجود مانع قانوني لدى أحد المتعاقدين . كأن يباشر وصي أو قيم التعاقد على مال قاصر أو محجور عليه بدون إذن في ذلك من الجهة المختصة (المذكرة الإيضاحية للائحة التنفيذية) وإذا تم التعاقد بوكيل ، فعلى الموثق أن يتأكد من أن مضمون الورقة المطلوب توثيقها لا يجاوز حدود الوكالة (م ٦ لائحة تنفيذية) .

فإذا اتضح للموثق عدم توافر الأهلية أو الرضاء لدى المتعاقدين ، أو إذا كانت الورقة الرسمية المطلوب توثيقها ظاهرة البطلان كما إذا كانت تثبت بيعاً على أرض موقوفة وقفاً خيرياً ، كان للموثق أن يرفض التوثيق وأن يعيد الورقة إلى ذوي الشأن بكتاب موصى عليه مع إبداء الأسباب (م٦ قانون التوثيق) . ولا شك أن منح الموثق هذه السلطة من مقتضيات ما توخاه قانون التوثيق من ضبط المحررات ومراعاة صحتها والدقة فيها ، لما تتمتع به من خصائص ومميزات . ولا يتحقق ذلك إذا كانت وظيفة الموثق تنحصر في تلقي إرادة ذوي الشأن ، دون التأكد منها أو مراجعتهم فيها (المذكرة الإيضاحية لقانون التوثيق) . ولمن رفض توثيق ورقته أن يتظلم إلى قاضي الأمور الوقتية بالمحكمة التي يقع مكتب التوثيق في دائرتها في خلال عشرة أيام من إبلاغ الرفض إليه . ويكن التظلم بعريضة يبين فيها أوجه تظلمه . وله أن يطعن في القرار الذي يصدره قاضي الأمور الوقتية أمام غرفة المشورة

بالمحكمة الابتدائية . وقرار القاضي بإجراء التوثيق أو رفضه وكذلك قرار غرفة المشورة في هذا الشأن لا يحوز أحدهما حجية الأمر المقتضى في موضوع المحرر (م ٧ قانون التوثيق) [١] .

٨٣ – مرحلة التوثيق : فإذا تم التثبيت من أهلية ذوي الشأن ورضائهم على الوجه المبين فيما تقدم ، انتقل الموثق إلى توثيق الورقة الرسمية ذاتها . ويجب أن تكون مكتوبة بخط واضح غير مشتمل على إضافة أو تحشير أو كشط ، وذلك لإبعاد كل شبهة عن المحرر. وإذا اقتضى الأمر إضافة أو حذفاً فيجب ذكر ذلك في آخر المحرر موقعاً عليه من ذوي الشأن والموثق . والغالب أن تكون الورقة قد كتبت مقدماً بوساطة ذوي الشأن أو وكلائهم من المحامين ، ويكتفي الموثق بمراجعتها وتلاوتها والاستيقاع والتوقيع عليها كما سيأتي .

أما البيانات التي تتضمنها الورقة فهي نوعان : (أولاً) البيانات الخاصة بموضوع الورقة، أي البيانات الخاصة بالبيع أو الرهن أو الوكالة أو غير ذلك من التصرفات التي قصد إثباتها في الورقة . (ثانياً) البيانات العامة التي يجب ذكرها في كل ورقة رسمية أيا كان موضوعها . وهذه هي :

(١) ذكر السنة والشهر واليوم والساعة التي تم فيها التوثيق ويكون ذلك بالأحرف (٢) اسم الموثق ولقبه ووظيفته (٣) بيان ما إذا كان التوثيق قد تم في المكتب أو في أي مكان آخر (٤) أسماء الشهود [٢] (٥) أسماء أصحاب الشأن وأسماء آبائهم وأجدادهم لآبائهم

---

(١) بل يجوز تجديد طلب التوثيق متى زال السبب الذي منع من قبوله (أنظر الدكتور سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٥١ هامش رقم ١) . أو يقال إن الحكم لا يحوز حجية الأمر المقضى في موضوع التصرف ، فيجوز الاحتجاج أمام محكمة الموضوع بتوافر الأهلية أو بقيام الرضاء أو بصحة التصرف رغما من حكم قاضي الأمور الوقتية أو غرفة المشورة بعدم توافر الأهلية أو بعدم قيام الرضاء أو ببطلان التصرف ، لأن هذا الحكم إنما هو حكم في مسألة عاجلة ، هي جواز التوثيق أو عدم جوازه ، ولا أثر له في الموضوع .

(٢) وتنص المادة ٧ من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق (والتي استبدلت بقرار وزير العدل رقم ١٥٣٢ لسنة ١٩٧٦) على أنه " يجب على الموثق أن يتأكد من شخصية المتعاقدين غير المعروفين له ببطاقة الحالة المدنية أو العائلية أو أي مستند رسمي آخر ، وإلا بشهادة شاهدين بالغين عاقلين ثابتة شخصية كل منهما بمستند رسمي".

وتنص المادة ٨ من اللائحة التنفيذية (والتي استبدلت بقرار رئيس الجمهورية رقم ٨٢٠ لسنة ١٩٦٣) " لايجوز توثيق عقد الزواج إلا بحضور شاهدين عاقلين بالغين وعلى الشاهدين الحاضرين توقيع المحرر مع ذوي الشأن والموثق بعد تلاوته عليهم " . وتنص المادة ٨ مكرر (المضافة بقرار مجلس الوزراء بجلسة ٢١ ديسمبر سنة ١٩٥٥) " لا يجوز توثيق أي محرر بوقف أو بإقرار به أو باستبداله أو بالادخال أو بالإخراج أو بغير ذلك من الشروط التي تشترط فيه إلا إذا كان مستوفيا الشروط المنصوص عليها " .

ولا يجوز توثيق عقد زواج اليتيمات القاصرات المصريات اللاتي لهن معاش أو مرتبات من الحكومة أو لهن مال يزيد على ٢٠٠٠٠ قرش إلا بتصريح من محكمة الأحوال الشخصية المختصة .

وصناعاتهم ومحال ميلادهم وإقامتهم ، واسماء وكلائهم ، ومن تقضي الحال بوجودهم للمعاونة فيما إذا كان أحد ذوي الشأن ضريراً أو ضعيف البصر أو أبكم أو أصم إذ يجب في هذه الحالة على الموثق أن يتأكد من استعانته بمعين يوقع المحرر معه [1] .

ويجب أن تكون الورقة مكتوبة باللغة العربية . فإذا كان أحد المتعاقدين يجهل هذه اللغة أو لا يعرفها معرفة كافية ، استعان الموثق بمترجم يقدمه المتعاقدون ويكون محل ثقتهم . ويجب أن يوقع المترجم الورقة مع المتعاقدين والشهود والموثق . ويجب ذكر أسمه من بين من تقضي الحال بوجودهم للمعاونة [2] .

فإذا تم كل ذلك ، وجب على الموثق قبل توقيع ذوي الشأن على الورقة التي توثق أن يتلو عليهم الصيغة الكاملة للورقة ومرفقاتها ، وأن يبين لهم الأثر القانوني المترتب عليها دون أن يؤثر في إرادتهم . فإذا كانت الورقة مكونة من عدة صفحات ، وجب عليه أن يرقم صفحاتها [3] .

فإذا تمت التلاوة على هذا النحو ، وقع الموثق وأصحاب الشأن والشهود – وكذلك عند الاقتضاء المترجم ومن استعان به ذو الشأن إذا كان ضريراً أو ضعيف البصر أو أبكم أو أصم – الورقة صفحة صفحة وكذلك المرفقات [4] .

---

(١) المادة ١٢ من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق . وتقول المذكرة الإيضاحية لهذه اللائحة في هذا الصدد ما يأتي : " وتنص المادة الثانية عشرة على إنه إذا كان أحد المتعاقدين ضريراً أو ضعيف النظر أو أصم أو أبكم، فعليه أن يستعين بمن يكون واسطته في التفاهم والتعبير عن القصد الذي يرمي إليه من التعاقد ، وذلك على غرار ما ورد في قانون والولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ " . ولكن يلاحظ أن قانون الولاية على المال المشار إليه لا يشترط " مساعداً قضائياً " إلا لمن كان أعمى أصم، أو أصم أبكم، أو أعمى أبكم ، أي يكون قد جمع بين عاهتين من هذه العاهات الثلاث (المادة ٧٠ من قانون الولاية على المال ، وأنظر أيضا المادة ١١٧ من التقنين المدني) .

(٢) المادة ١١ من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق . وتقول المذكرة الإيضاحية لهذه اللائحة في هذا الصدد ما يأتي : " وإذا كانت اللغة العربية هي لغة البلاد الرسمية ، فقد نصت المادة الحادية عشرة على أن يكون توثيق المحررات بهذه اللغة . فإذا كان من المتعاقدين من يجهلها فليستعن بمترجم ملم بها ، على شرط أن يرتضيه الطرف الآخر حتى لا يكون ثمة مجال للطعن بوقوع تحريف في الألفاظ والمعاني التي كانت مقصود المتعاقدين".

(٣) المادة ١٠ من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق ، وتقول المذكرة الإيضاحية لهذه اللائحة في هذا الصدد ما يأتي : " ولقد أوجبت المادة العاشرة على الموثق أن يتلو المحرر على المتعاقدين ، وأن يبين لهم الأثر القانوني المترتب عليه ، ليتبينوا بوضوح النتائج التي قد تترتب على تعهداتهم ، وذلك بالبداهة دون أن يصدر منه ما يؤثر في إرادة المتعاقدين أو مايوجههم توجيهاً لا يريدونه " .

(٤) المادة ١٠ من قانون التوثيق .

٨٤ – مرحلة ما بعد التوثيق : وأهم ما في هذه المرحلة هو حفظ الأصول وتسليم الصور . فيحفظ بمكتب التوثيق أصول الأوراق الرسمية التي توثق على حسب أرقامها في ملفات خاصة بكل سنة (م ١٨ اللائحة التنفيذية) .

وتنص المادة ١٨ مكرر المضافة بقرار وزير العدل رقم ١٥٣٢ لسنة ١٩٧٦ على أن "تقوم مكاتب التوثيق بتولى وايداع المحررات الآتية :

(١) الوصايا وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت في مظاريف مغلقة مختومة بخاتم المكتب الرسمي وذلك بناء على طلب الموصى أو من صدر منه التصرف .

(٢) المحررات الموثقة أما السلطات الأجنبية . ويقوم الموثق عند الإيداع بتحرير محضر رسمي بذلك مع بيان وصف شامل للمظروف أو المحرر المطلوب إيداعه ويرفق المظروف أو المحرر بأصل محضر الإيداع ويوقع المحضر من الموثق والموصى أو من صدر منه التصرف أو طالب الإيداع والشهود إن وجدوا .

ولا يجوز أن تنقل مكاتب التوثيق هذه الأصول ولا الدفاتر أو الوثائق المتعلقة بها. على أنه يجوز للسلطات القضائية الاطلاع عليها . فإذا أصدرت سلطة قضائية قراراً بضم أصل ورقة رسمية موثقة إلى دعوى منظورة أمامها ، وجب أن ينتقل القاضى المنتدب إلى المكتب ويحرر بحضوره صورة مطابقة لأصل الورقة الرسمية ، ويعمل بذيلها محضر يوقعه القاضى والموثق وكاتب المحكمة ، ثم يضم الأصل إلى ملف النـــزاع ، وتقوم الصورة مقام الأصل لحين رده (م ١٠ من قانون التوثيق) [1] . ويتولى المكتب إرسال صورة من كل ورقة رسمية تم توثيقها إلى المكتب الرئيسي بالقاهرة لحفظها فيه (م ٢٠ اللائحة التنفيذية والمادة ٢ بند ٤ من قانون التوثيق) .

ولا تسلم صورة الورقة الرسمية التي تم توثيقها إلا لأصحاب الشأن . ولا تنسخ الصورة لتسليمها لأصحاب الشأن إلا بعد دفع الرسم . ويوضع على هذه الصورة رقم التوثيق وتاريخه وصيغة التسليم وتاريخها ، ويوقعها الموثق ، ويوضع عليها خاتم المكتب ، ويؤشر الموثق على أصل الورقة بالتسليم ويوقع هذا التأشير (م ٨ فقرة أولى من قانون التوثيق و م ١٩ اللائحة التنفيذية) . ويجوز تسليم صورة من الورقة الرسمية للغير بعد الحصول على

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية لقانون التوثيق في هذا الصدد ما يأتي : " وإمعاناً في المحافظة على أصول المحررات التي توثق نصت المادة الحادية عشرة (صحتها العاشرة) على عدم جواز نقل هذه الأصول أو الوثائق المتعلقة بها أو الدفاتر الخاصة بإجراء التوثيق من مكاتب التوثيق . ولا يرد على ذلك أن لهذه المحررات صوراً بالمكتب الرئيسي، فإن وجود هذه الصور لا يمكن أن يبرر أي تهاون في المحافظة على أصول المحررات التي تحوى توقيعات ذوي الشأن والشهود والموثق لما قد تتعرض له أثناء النقل من العبث أو الضياع " .

إذن من قاضي الأمور الوقتية بالمحكمة التي يقع مكتب التوثيق في دائرتها (م ٨ فقرة ٢ من قانون التوثيق) .

وإذا كانت الورقة الرسمية واجبة التنفيذ ، وسلمت منها الصورة التنفيذية ، وضع مكتب التوثيق عليها الصيغة التنفيذية (م ٢ بند ٣ قانون التوثيق) . ثم لا يجوز تسلم صورة تنفيذية ثانية إلا بقرار من قاضي الأمور المستعجلة (م ٩ قانون التوثيق) [١] .

المبحث الرابع

جزاء الإخلال بشرط من هذه الشروط

٨٥ – الجزاء هو البطلان : بينا فيما تقدم الشروط الواجب توافرها لصحة الورقة الرسمية . فإذا اختل شرط من هذه الشروط ، كانت الورقة الرسمية باطلة كورقة رسمية .

ويترتب على ذلك أنه إذا كان الذي قام بتوثيق الورقة ليس موظفاً عاماً ، أو كان موظفاً عاماً ولكنه عند توثيقه للورقة كان قد عزل أو وقف عن عمله أو نقل أو حل محله أحد آخر لأي سبب ، فإن الورقة التي وثقها في جميع هذه الأحوال تكون باطلة . وقد قدمنا

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية لقانون التوثيق في هذا الصدد ما يأتي : " ولا يخفى أن العقود الموثقة هي في الأصل خاصة بذوي الشأن فيها . ولذلك نصت المادة التاسعة (صحتها الثامنة) من المشروع على أن صور المحررات الموثقة لا تسلم إلا لهم . ولكن قد يقع أن يكون لغير ذوي الشأن صالح في المحرر ويهمه الحصول على صورة منه ، لذلك رخصت هذه المادة للغير في الحصول على صورة من المحرر الذي تم توثيقه بإذن من قاضي الأمور الوقتية بالمحكمة التي يقع مكتب التوثيق في دائرتها . وقررت المادة العاشرة (صحتها التاسعة) من المشروع أنه لا يجوز تسليم أكثر من صورة تنفيذية واحدة من المحرر الذي تم توثيقه إلا بعد الحصول على قرار من قاضي الأمور المستعجلة بالمحكمة التي يقع في دائرتها مكتب التوثيق. ومرد ذلك أن صاحب الشأن يختصم في طلب الصورة التنفيذية الثانية مكتب التوثيق ، فعليه أن يبين الأسباب التي تبرر سحب الصورة التنفيذية الثانية ويستصدر بذلك حكماً " .

هذا وقد نصت المواد من ١٤ إلى ١٦ من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق على أن يعد بكل مكتب من مكاتب التوثيق الدفاتر الثلاثة الآتية : (١) دفتر تبين فيه من واقع الأوراق الرسمية الموثقة بعد ترقيمها بأرقام متتابعة أسماء المتعاقدين وأسماء آبائهم وأجدادهم لآبائهم ومحال إقامتهم ونوع المحرر وموضوعه واسم الموثق . ويبين على أصل المحرر رقم إدراجه بهذا الدفتر . (٢) دفتر هجائي للفهارس تدرج فيه أسماء جميع أصحاب الشأن في المحررات ورقم المحرر الخاص بهم وتاريخه . (٣) دفتر يخصص للصور تدرج فيه أرقام المحررات وتواريخها وأسماء ذوي الشأن فيها وتاريخ تسليم صورة المحرر إلى صاحبه بعد توقيعه منه .

أن الموظف الفعلي (Fonctionnaire de fait) إذا وثق ورقة رسمية كان توثيقه صحيحاً وفقاً لنظرية معروفة في القانون الإداري . وقدمنا كذلك أن الموظف العام إذا كان قد عزل أو وقف أو نقل ولم يكن يعلم بانقطاع ولايته وقت توثيق الورقة الرسمية ، وكان أصحاب الشأن غير عالمين أيضاً بذلك أي كانوا حسني النية ، فإن الورقة تكون صحيحة .

ويترتب على ذلك أيضاً أن الموظف العام إذا لم تكن له سلطة في التوثيق ، بأن كانت له مصلحة شخصية مباشرة في الورقة الموثقة ، أو ربطته بأصحاب الشأن أو بالشهود قرابة أو مصاهرة لغاية الدرجة الرابعة ، أو وثق ورقة من نوع لا اختصاص له فيه ، فوثق مثلاً عقد زواج خاص بمصريين فإن كان الواجب أن يكون موثقها هو المأذون أو كاتبه ، أو وثق المأذون عقد بيع أو نحو ذلك ، فإن الورقة تكون باطلة في جميع هذه الأحوال . وقد رأينا فيما يتعلق برابطة القرابة أو المصاهرة أو الشهرة العامة قد يكون من شأنها تصحيح الورقة .

ويترتب على ذلك أيضاً أن الموثق إذا قام بتوثيق الورقة في غير دائرة اختصاصه المكاني، أو في غير مكتب التوثيق أو في غير مواعيد العمل إلا لمانع يبرر إنتقاله ، كانت الورقة باطلة [1] .

ويترتب على ذلك أخيراً أن الأوضاع والإجراءات الواجب مراعاتها في توثيق الورقة إذا لم تراع كانت الورقة باطلة . ولكن هنا يجب التمييز بين الأوضاع والإجراءات الجوهرية وتكون هي التي جزاؤها البطلان ، وبين الأوضاع والإجراءات غير الجوهرية ولا يترتب البطلان عليها . ويعتبر من الأوضاع والإجراءات الجوهرية البيانات العامة الواجب ذكرها في الورقة الرسمية – تاريخ التوثيق واسم الموثق وأسماء أصحاب الشأن والشهود [2] – وكذلك حضور الشاهدين وقت توثيق الورقة ، وحضور المترجم عند الاقتضاء وحضور المعين بالنسبة إلى المصاب بإحدى العاهات الثلاث ، وكون التوثيق باللغة العربية ، وإثبات أن الورقة الرسمية قد تليت وأن الأثر القانوني للورقة قد بين لأصحاب الشأن [3] ، والتوقيعات التي نص عليها [4] . ولا يعتبر جوهرياً ، فلا يترتب عليه البطلان ، عدم

---

(١) على أنه إذا انتقل لسبب يبرر الانتقال ، ولكنه لم يثبت انتقاله في الدفاتر المعدة لذلك ، فإن البطلان لا يترتب على هذا الإجراء غير الجوهري . والعبرة بوجود المبرر للإنتقال فعلاً ، فإن وجد كانت الورقة صحيحة ، وإلا فهي باطلة .

(٢) أما ذكر أن التوثيق قد تم في المكتب أو في أي مكان آخر فيبدو أنه غير جوهري .

(٣) ويكفي إثبات ذلك . فإن أنكر أحد أصحاب الشأن صحة الواقعة كان عليه أن يطعن بالتزوير . فإن نجح في الطعن اعتبرت الورقة مزورة في هذه الواقعة ، ثم اعتبرت أيضاً باطلة للإخلال بهذا الإجراء الجوهري .

(٤) توقيعات الموثق وأصحاب الشأن والشهود والمترجم المعين .

دفع الرسم [1] ، وعدم تثبت الموثق من شخصية المتعاقدين عن طريق شاهدين أو عن طريق مستند رسمي [2] ومجاوزة الورقة لحدود الوكالة إذا كان التعاقد بوكيل [3] ، وترقيم الصفحات صفحة صفحة [4] ، والإضافة والتحشير والكشط [5] .

٧٦ – ما يترتب على البطلان : قلنا إذا اختل شرط من شروط صحة الورقة الرسمية ترتب على ذلك بطلان الورقة ، فما الذي يترتب على هذا البطلان ؟

الأصل أن الورقة الرسمية إذا كانت باطلة تكون جميع أجزائها باطلة ، فلا يبطل جزء ويصح جزء . فإذا كان للموثق مصلحة شخصية مباشرة في الورقة مثلاً ، فإن الورقة تكون كلها باطلة ولا يقتصر البطلان على الجزء الذي يثبت للموثق فيه هذه المصلحة الشخصية المباشرة . وإذا لم يوقع أحد الشهود على الورقة ، أو لم يوقع المترجم أو المعين ، ومن باب أولى إذا لم يوقع الموثق أو أحد أصحاب الشأن ، كانت الورقة كلها باطلة حتى تاريخها ، مع أن التاريخ لم يقع فيه بطلان . ومن ثم لا يعتبر التاريخ ثابتاً، بل يكون تاريخاً عرفياً لا حجية فيه على الغير .

على أنه يجب التمييز بين الورقة التي تثبت التصرف القانوني والتصرف القانوني ذاته . فإذا كانت الورقة باطلة ، فلا يستدعى ذلك حتماً أن يكون التصرف القانوني باطلاً . بل يبقى هذا التصرف قائماً وإن كان إثباته عن طريق الورقة الرسمية قد انعدم . وقد يصح إثباته عن طريق آخر غير الكتابة ، بل قد يصح إثباته بالورقة الرسمية الباطلة ذاتها إذا صحت كورقة عرفية على النحو الذي نبينه فيما يلي . ويستثنى مما قدمناه الفرض الذي يكون فيه التصرف القانوني شكلياً أي يجب لانعقاده أن يكتب في ورقة رسمية كالهبة والرهن الرسمي ؛ فعندئذ تصبح الورقة الرسمية ركناً في التصرف ، فإذا كانت باطلة بطل التصرف ذاته [6] . وكذلك الأمر فيما إذا اتفق المتعاقدان على أن يكون تعاقدهما بورقة رسمية إذا ما قد قصدا أن تكون الرسمية ركناً في العقد .

---

(١) ولكن يبقى واجب الدفع ، ويكون ديناً للخزانة العامة .

(٢) ويكفى أن تثبت الشخصية فعلاً .

(٣) ولكن إذا بقيت الورقة رسمية في هذه الحالة ، فإن التصرف القانوني يكون مع ذلك غير نافذ في حق الموكل .

(٤) وربما أيضاً توقيعها صفحة صفحة .

(٥) ولكن قد يكون هذا دليلاً على تزوير الورقة .

(٦) وفي هذا المعنى تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : "ولما كانت صحة الدليل غير منفكة عن صحة التصرف نفسه أن اشترط لرضا فيه شكل خاص ، فغني عن البيان أن هذه الفقرة (وهي الفقرة التي تقضي بتحول الورقة الرسمية الباطلة إلى ورقة عرفية) لا تنطبق على التصرفات التي تشترط فيها الرسمية بوصفها ركناً من أركان الشكل " (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٣٥٣) .

وقد يقع أن الورقة الرسمية يكون ظاهرها الصحة ، ثم يطعن بالتزوير في جزء من أجزائها، ويتبين من إجراءات الطعن أن هذا الجزء مزور ، فهل ينبني على ذلك أن تصبح الورقة الرسمية كلها باطلة كورقة رسمية ؟ مثل ذلك أن يذكر الموثق في الورقة الرسمية أن المشترى دفع الثمن أمامه للبائع ، ويتبين بعد الطعن بالتزوير في هذه العبارة أن المشترى لم يدفع شيئاً أمام الموثق . ومثل ذلك أيضاً أن يطعن بالتزوير في تاريخ الورقة أو في توقيعات بعض الشهود أو بعض ذوي الشأن ، ويتبين من اجراءات الطعن بالتزوير أن هذه الأجزاء فعلاً مزورة . نرى في مثل هذه الأحوال التمييز بين ما إذا كان الجزء من الورقة الذي ثبت تزويره جوهرياً لصحة الورقة الرسمية فتكون الورقة باطلة في جميع أجزائها ، وبين ما إذا كان هذا الجزء غير جوهري فتبقى الأجزاء الأخرى للورقة الرسمية صحيحة ، ففي المثلين المتقدمين ، إذا ثبت تزوير العبارة التي تثبت أن المشترى دفع الثمن للبائع فإن هذا الجزء وحده هو الذي يفقد قوته في الإثبات وتبقى سائر أجزاء الورقة الرسمية صحيحة محتفظة بقوتها في الإثبات ، أما إذا ثبت أن تاريخ الورقة أو توقيع أحد الشهود أو أصحاب الشأن مزور فإن هذا الجزء الذي ثبت تزويره جوهري لصحة الورقة الرسمية ومن ثم تكون الورقة باطلة في جميع أجزائها .

٨٧ – قيمة الورقة الرسمية الباطلة : قدمنا أن الفقرة الثانية من المادة ١٠ من قانون الإثبات تقضي بأن الورقة إذا لم تكسب صفة الرسمية فلا يكون لها إلا قيمة الورقة العرفية متى كان ذوو الشأن قد وقعوها بامضاءاتهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم .

والورقة لا تكسب صفة الرسمية إذا كانت باطلة لسبب من الأسباب التي قدمناها. يستوى في ذلك ورقة لم يوقعها الموثق ، وورقة وقعها موثق مسلوب الولاية ، وورقة وقعها موثق غير مختص موضوعاً بتوثيقها ، وهذه حالات يمكن القول أن الورقة فيها تكون منعدمة كورقة رسمية . ويستوى في ذلك ايضاً ورقة وثقها موثق ثبتت له الولاية والاختصاص الموضوعي ولكن نقصه الاختصاص المكاني ، وورقة اختل فيها إجراء جوهري كما إذا شهد عليها شاهد واحد لا شاهدان ، وهذه حالات لا يمكن القول أن الورقة فيها تكون منعدمة ولكنها تكون قطعاً باطلة كورقة رسمية . لم يفرق التقنين المصري الجديد بين هذه الفرضين – فرض انعدام الورقة كورقة رسمية وفرض بطلانها – ففيهما معاً لا تكسب الورقة صفة الرسمية، ومن ثم لا يكون لها إلا قيمة الورقة العرفية إذا كانت موقعة من أصحاب الشأن . وهذا حكم بديهي في القانون المصري ، فإن الورقة في الأحوال التي قدمناها ، إذا كانت قد فقدت شرطاً من شروط الصحة لقيامها كورقة رسمية ، فإنها مع ذلك قد استوفت شروط الورقة العرفية . فهي ورقة مكتوبة وقعها من صدرت منه ، والتوقيع وحده كاف لصحة

الورقة العرفية في التقنين المصري ومن ثم تكون لها حجية الورقة العرفية ، فتعتبر صادرة ممن وقعها ما لم يطعن فيها بالإنكار (م ١٤ إثبات) [١] . وهذا ضرب من ضروب التحول (Conversion) شبيه بتحول التصرف الباطل إلى تصرف آخر صحيح توافرت فيه أركانه وشروط صحته (م ١٤٤ مدني) ، فالورقة الرسمية الباطلة قد تحولت هنا إلى ورقة عرفية صحيحة لتوافر شروط صحة الورقة العرفية فيها . ولكن لا يكون تاريخها تاريخاً ثابتاً كما قدمنا .

هذا الحكم البديهي لم يكن في حاجة إلى نص ، فما هو إلا تطبيق للقواعد العامة. ويقطع في ذلك أن التقنين القديم لم يكن تضمن نصاً في هذا المعنى ، ومع ذلك فقد كان الحكم فيه هو عين الحكم الذي قدمناه [٢] . وما كنا لنسهب في هذه المسألة لولا أن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد أوردت عبارات يفهم منها وجوب إعمال نوع من التمييز بين الورقة الرسمية المنعدمة – حيث يكون الموظف العام غير مختص موضوعاً أو حيث تكون له مصلحة شخصية مباشرة أو حيث يكون قد أغفل التوقيع على الورقة أو نحو ذلك – وفي هذه الحالة تبطل الورقة كورقة رسمية ثم لا تكون لها قيمة الورقة العرفية ، وبين الورقة الرسمية الباطلة – إذا لم يكن للموثق مثلاً اختصاص في توثيقها من

---

(١) على أنه إذا كانت الورقة الرسمية الباطلة صادرة من عدة مدينين متضامنين و لم يوقع عليها إلا بعض هؤلاء ، فإنها لا تصلح ورقة عرفية ، لا بالنسبة إلى من لم يوقعها لعدم التوقيع ، ولا بالنسبة إلى من وقعها لأنه لم يوقع إلا كمدين متضامن مع آخرين فلو صلحت مستنداً ضده لفقد الرجوع على من لم يوقع من هؤلاء المدينين . وتبقى الورقة باطلة في هذه الحالة حتى لو نزل الدائن عن حقه قبل المدينين الذين لم يوقعوها . (أنظر في هذا المعنى أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٥ ص ١٨٤) .

وإذا كانت الورقة الرسمية الباطلة غير موقعة من المدين ، وكان بطلانها راجعاً إلى سبب غير عدم التوقيع، فلا تكون لها قوة الورقة العرفية ، حتى لو كان الموثق الذي قام بتوثيق هذه الورقة قد ذكر فيها عجز المدين عن التوقيع . ذلك أن إثبات الموثق في ورقة باطلة عجز المدين عن التوقيع لا قيمة له لبطلان الورقة ، فتصبح الورقة بمنزلة ورقة عرفية غير موقعة أصلاً دون ذكر لعجز المدين عن التوقيع ، ومن ثم تنعدم حجيتها كورقة عرفية . هذا إلى أن عجز المدين عن توقيع الورقة العرفية بامضائه لا يعفيه من توقيعها بختمه أو ببصمة أصبعه كما سنرى . (أنظر في هذه المسألة الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات فقرة ١٣٩ – الدكتور سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٤٤ ص ٥٥) .

(٢) وقد جاء في الموجز للمؤلف عن هذه المسألة في التقنين المصري القديم ما يأتي : " ولكن إذا كانت الورقة الرسمية عقداً وكانت باطلة ، فقد تصلح أن تكون ورقة عرفية يصح تقديمها لإثبات هذا العقد ، ما لم تكن الرسمية شرطاً شكلياً في الانعقاد كما هو الأمر في الهبة والرهن . ولكن يشترط حتى تكون للورقة الرسمية الباطلة قيمة الورقة العرفية من حيث الإثبات أن تكون هذه الورقة قد وقع عليها ذوو الشأن ، لأن التوقيع شرط في الورقة العرفية كما سنرى . ولا يعتبر تاريخ الورقة الرسمية الباطلة تاريخاً رسمياً ثابتاً ، حتى لو صلحت هذه الورقة الباطلة أن تكون ورقة عرفية صحيحة " (الموجز فقرة ٦٢٦ ص ٦٥٩) .

حيث المكان – وفي هذه الحالة تبطل الورقة كذلك كورقة رسمية ولكن تكون لها قيمة الورقة العرفية [1] .

وهذا التمييز يقوم حقاً في التقنين المدني الفرنسي . والسبب في ذلك أن هذا التقنين لا يكتفي في صحة الورقة العرفية أن تكون موقعة من أصحاب الشأن ، بل يشترط فوق ذلك ، كما سنرى ، تعدد النسخ الأصلية في العقود الملزمة للجانبين وكتابة كل الإلتزام بالحروف لا بالأرقام مع اعتماد المدين لها بخطه في العقود الملزمة لجانب واحد . فإذا كانت الورقة الرسمية الموقع عليها من أصحاب الشأن باطلة ، لم يكن التوقيع عليها وحده كافياً لاعتبارها بمنزلة الورقة العرفية ، إذ ينقصها شرط آخر هو تعدد النسخ أو اعتماد المدين . ومن ثم كان جعل مثل هذه الورقة الرسمية الباطلة بمنزلة الورقة العرفية لا بد فيه من نص هو الذي ينشئ لها هذه القيمة . وقد وجد فعلاً هذا النص في التقنين المدني الفرنسي في المادة ١٣١٨ على النحو الآتي: " الورقة التي لا تكسب صفة الرسمية بسبب عدم اختصاص الموظف العام أو بسبب عدم أهليته أو بسبب عيب في الشكل تكون لها قيمة الورقة العرفية إذا كانت موقعة من ذوي الشأن " [2] . ولما كان هذا النص منشئاً ، فهو الذي يضفي على الورقة الرسمية الباطلة قيمة الورقة العرفية ، ولولاه لما كانت لها هذه القيمة من تلقاء نفسها ، فقد

---

(١) وهذا ما جاء في المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد : " والواقع أن ما يولى القانون من سلطة خاصة للموظف العام هو عماد ما يتوافر للورقة الرسمية من قوة في الإثبات . وهو بذاته مناط العلة من هذه القوة . بيد أنه لم ير من العدل حرمان المتعاقدين من الإستناد إلى الورقة إذا كانوا قد عهدوا بأمرها إلى موظف ليست له سلطة توثيقها بالنسبة للمكان ، متى كانوا قد اعتقدوا خلاف ذلك بناء على سبب مشروع . على أن مثل الورقة لا يكون لها إلا قيمة ورقة عرفية وفقاً لما تقضي به الفقرة الثانية من المادة ٥٢٧ من المشروع . ويشترط لتطبيق هذه الفقرة : (أ) أن تكون ثمة ورقة تلقاها موظف عام له سلطة توثيقها بالنسبة لطبيعتها (الاختصاص النوعي). (ب) وأن يكون ذوو الشأن جميعاً قد وقعوا على هذه الورقة بامضاءاتهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم . على أن هذا الحكم ليس إلا استثناء من نطاق القواعد العامة . ولذلك ينبغي تحامي التوسع في تفسيره . فهو لا ينطبق حيث يكون الموظف العام غير مختص بالنسبة لطبيعة الورقة (كما لو تلقى أحد المحضرين عقد بيع) ، أو حيث يكون هذا الموظف قد أغفل التوقيع على الورقة لأنها تكون خلوا في هذه الحالة مما يثبت أنه تلقاها ، أو حيث يكون أحد المتعاقدين قد أغفل التوقيع على هذه الورقة بامضائه أو ختمه أو ببصمته . وهو لا ينطبق كذلك إذا كان الموظف العام قد تدخل بوصفه طرفاً في التعاقد ، إذ ليس من المتصور أن يتولى الموظف العام ضبط ورقة رسمية لنفسه . وليس للمتعاقدين في هذه الحالة أن يعتقدا اعتقاداً مشروعاً في رسمية هذه الورقة " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٥٢ – ص ٣٥٣) .

(٢) وهذا هو النص في أصله الفرنسي :

Art. 1318. – L'acte qui n'est point authentique par l'incompétence ou l'incapacité de l'officier public ou par un défaut de forme vaut comme écriture privée, s'il a été signé des parties.

عمد الفقه الفرنسي إلى عدم التوسع في تفسيره ، وميز بين ورقة رسمية منعدمة [1] ، حيث لا يكون للورقة وجود أصلاً فلا تصلح أن تكون ورقة عرفية [2] ، وبين ورقة رسمية باطلة [3] حيث توجد وتكون لها قيمة الورقة العرفية ، ولو أن شرط تعدد النسخ أو اعتماد المدين ينقصها ، وذلك بفضل نص المادة ١٣١٨ الذي أنشأ لها هذه القيمة .

هذا التمييز هو إذن مستساغ في التقنين الفرنسي . ولكنه غير مستساغ في التقنين المصري . فقد قدمنا أن الورقة العرفية في هذا التقنين لا يشترك في صحتها إلا توقيع أصحاب الشأن ، دون حاجة إلى تعدد النسخ أو إلى اعتماد المدين . فمتى وجد هذا التوقيع على الورقة الرسمية الباطلة ، ايا كان سبب بطلانها ، ولوكانت ورقة رسمية منعدمة ، فقد استوفت شرط صحة الورقة العرفية وصار لها قيمتها ، لا بفضل نص منشئ كما في التقنين الفرنسي ، بل بفضل تطبيق القواعد العامة ، وليست الفقرة الثانية من المادة ١٠ إثبات إلا كاشفة عن هذا التطبيق و لم تكن هناك حاجة إليها كما سبق القول . فمن اين إذن أتت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي بهذا التمييز ؟ فيما يتعلق بالمادة ٣٩٠ من التقنين المدني ؟

الواقع من الأمر أن هذا تمييز لا يستقيم في التقنين المصري . والمذكرة الإيضاحية في القول به جد خاطئة . والسبب في هذا الخطأ أن مشروعاً أولياً للتقنين المصري في الإثبات كان يحوي شروطاً للورقة العرفية هي نفس شروط التقنين الفرنسي . ومن ثم كان التمييز مستساغاً في هذا المشروع الأولى كما هو مستساغ في التقنين الفرنسي ، وقد كتبت المذكرة الإيضاحية للمشروع الأولى على هذا الأساس . ثم عدل المشروع الأولى ، ورجع المشروع التمهيدي للتقنين المصري إلى الاكتفاء بتوقيع المدين لصحة الورقة العرفية وأغفل الشرط الآخر، فلم يعد التمييز مستساغاً في هذا الوضع . ولكنه بقى مع ذلك بارزاً في المذكرة

---

(١) بأن كان الموثق مثلاً غير مختص موضوعاً بتوثيقها ، أو كان لم يوقعها ، أو كان طرفا فيها (أنظر تفصيل ذلك في بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٥٥ ص ٨٩٣ — ص ٩٩٣ — أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٥ ص ١٨٠ — ص ١٨٣) .

(٢) إلا إذا توافرت فيها جميع شروط الورقة العرفية بأن كانت موقعة من أصحاب الشأن ، ثم تعددت نسخها الأصلية إذا كان العقد ملزماً للجانبين أو كتبت قيمة الالتزام بالحروف دون الأرقام واعتمدها المدين بخطه إذا كان العقد ملزماً لجانب واحد .

(٣) بأن كان الموثق — كما تقول المادة ١٣١٨ من التقنين المدني الفرنسي — غير مختص بتوثيقها من ناحية المكان ، أو كان غير متوافر الأهلية لتوثيقها ، أو كانت تنطوى على عيب في الشكل . ويشترط على كل حال ، لتكون لهذه الورقة الرسمية الباطلة قيمة الورقة العرفية ، أن تكون موقعة من ذوي الشأن . وقد نصت المادة ١٣١٨ صراحة على هذا الشرط (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٥ ص ١٨٣) .

الإيضاحية التي أدمجت كما هي في مجموعة الأعمال التحضيرية، وكان ذلك سهواً ، إذ كان من الواجب حذف هذا التمييز بعد تعديل المشروع الأولى على الوجه الذي أشرنا إليه [1] .

الفرع الثاني

حجية الورقة الرسمية في الإثبات

٨٨ – افتراض صحة الرسمية : متى كانت المظاهر الخارجية للورقة تنبئ أنها ورقة رسمية ، اعتبرت كذلك إلى أن يثبت ذو المصلحة أنها ليست لها صفة الرسمية لبطلانها أو لتزويرها ، ولا يكون ذلك إلا عن طريق الطعن بالتزوير إلا إذا جاز إثبات البطلان عن طريق آخر .

وبذلك يتم للورقة الرسمية السليمة في مظهرها قرينتان : قرينة بسلامتها المادية ، وأخرى بصدورها من الأشخاص الذين وقعوا عليها وهم الموظف العام وأصحاب الشأن [2] . فهي إذن، حتى يطعن فيها بالتزوير ، حجة بسلامتها المادية وبصدورها ممن

---

(١) وقد قدمنا أن الأستاذ استنوبيب (Stenuit) هو الذي وضع المشروع الأولى في الإثبات وأرفق به مذكرة إيضاحية تتمشى معه. وقد أخذ في هذه المسألة بأحكام القانون الفرنسي، فنص في المادة ١٢ من مشروعه على وجوب تعدد النسخ الأصلية للورقة العرفية إذا كان العقد ملزماً للجانبين ، ونص في المادة ١٣ على وجوب كتابة القيمة واعتمادها بخط المدين إذا كان العقد ملزماً لجانب واحد . ومن ثم أغفل التمييز المدون في التقنين المدني الفرنسي ، فنص في المادة السادسة من مشروعه على ما يأتي : "السند الذي لم يكسب صفة الرسمية ، لعيب في الشكل أو بسبب أن الموظف العام الذي وثقه وكانت له صفه في توثيقه لم يكن أهلاً أو لم يكن مختصاً من حيث المكان ، تكون له قيمة الورقة العرفية ، مادام يحمل جميع توقيعات ذوي الشأن من المتعاقدين أو يحمل بصمات أختامهم" . فقصر الأستاذ استنوبيت، كما نرى ، منطقة تطبيق هذا النص على الورقة الرسمية الباطلة إذا كان البطلان آتياً من الإخلال بإجراء جوهري أو من عدم أهلية الموثق أو عدم اختصاصه المكاني ، ففي هذه الأحوال تكون للورقة الرسمية الباطلة قيمة الورقة العرفية بالرغم من أن شروط صحة الورقة العرفية لم تستوف كلها، وهي الشروط المبينة في المادتين ١٢ و ١٣ من مشروعه. وكان طبيعياً أن يذكر الأستاذ استنوبيت هذا التمييز في المذكرة الإيضاحية التي أعدها لهذا المشروع ، ومن ثم لا يجعل للورقة الرسمية الباطلة بسبب انعدام ولاية الموثق أو بسبب توقيعه أو بسبب عدم اختصاصه الموضوعي – وهذه هي الورقة الرسمية المنعدمة في عرف الفقه الفرنسي – أية قيمة ، حتى ولا قيمة الورقة العرفية . وأدمجت هذه المذكرة الإيضاحية في مجموعة الأعمال التحضيرية دون مراعاة لما أدخل على النصوص من تعديلات ، فأصبحت المذكرة لا تتمشى مع النصوص النهائية في بعض المواضع ، وهذا موضع منها نبه إليه (انظر في هذه المسألة الدكتور سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٤٤ ص ٥١ – ص ٥٣) .

(٢) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٤ ص ٤٧٠ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٥١ ص ٨٨٦ – ص ٨٨٧ .

صدرت منه دون حاجة إلى الإقرار بها . وهذا على خلاف الورقة العرفية ، فسنرى أنها لا تكون حجة بما فيها قبل الإقرار بها [1] .

لكن إذا كانت المظاهر الخارجية للورقة تدل في ذاتها على أن بها تزويراً واضحاً كوجود كشط فيها أو حبر مختلف في اللون أو نحو ذلك ، أو على أنها ورقة رسمية باطلة كعدم توقيعها من الموثق أو من أصحاب الشأن أو كوضوح أن الموثق غير مختص موضوعاً بتوثيقها ، جاز للقاضي أن يرد الورقة ، باعتبارها مزورة باطلة [2] . وقد نصت المادة ٢٨ من قانون الإثبات على ما يأتي : " للمحكمة أن تقدر ما يترتب على الكشط والمحو والتحشير وغير ذلك من العيوب المادية في الورقة من إسقاط قيمتها في الإثبات أو انقاصها . وإذا كانت صحة الورقة محل شك في نظر المحكمة ، جاز لها من تلقاء نفسها أن تدعو الموظف الذي صدرت عنه أو الشخص الذي حررها ليبدى ما يوضح حقيقة الأمر فيها " [3] .

٨٩ – مسائل ثلاث في حجية الورقة الرسمية : فإذا خلص للورقة صفتها الرسمية على النحو المتقدم ، كان لها في أصلها وفي صورها ، حجية في الإثبات إلى مدى بعيد، فيما بين الطرفين ، وبالنسبة إلى الغير .

فنتكلم إذن في مسائل ثلاث : (١) حجية الورقة الرسمية فيما بين الطرفين (٢) حجية الورقة الرسمية بالنسبة إلى الغير (٣) حجية الورقة الرسمية فيما يتعلق بصورها .

---

(١) وفي هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : " والجوهري في هذا الصدد أن الورقة الرسمية تكون حجة لكل ما يلحق به وصف الرسمية فيها دون حاجة إلى الإقرار بها ، على نقيض الورقة العرفية فهي لا تكون حجة بما فيها قبل الإقرار بها " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٥٥) . وقد نصت المادة ١٥٧ من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني على " أن السند الرسمي الذي له شكل السند الرسمي ومظهره الخارجي يجب أن يعد رسمياً إلى أن يقوم بإثبات العكس الفريق المدعى عليه بهذا السند".

(٢) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٥١ ص ٨٨٦ – ٨٨٧ .

(٣) وقد كان هذا هو أيضاً حكم تقنين المرافعات القديم . وعندما كانت لجنة المراجعة تنظر في المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد ، سأل أحد أعضاء اللجنة عما إذا كان يجوز للقاضي أن يحكم بتزوير الورقة من تلقاء نفسه دون أن يطعن فيها بالتزوير ، فأجيب بأن قانون المرافعات الحالي (القديم) يجيز للقاضي أن يستبعد الورقة التي يتضح تزويرها من تلقاء نفسه ، وهذا الاستبعاد يفضي بحكم الواقع إلى زوال حجية الورقة ، رسمية كانت أو عرفية (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٥٨) .

المبحث الأول

حجية الورقة الرسمية فيما بين الطرفين

٩٠ – النصوص القانونية : تنص المادة ١١ من قانون الإثبات (تقابلها المادة ٣٩١ من التقنين المدني الملغاة) على ما يأتي :

" المحررات الرسمية حجة على الناس كافة بما دون فيها من أمور قام بها محررها في حدود مهمته أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره ، ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانونا " [١] .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني القديم المادة ٢٢٦/٢٩١ [٢] – ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البينات السوري المادة السادسة ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٥١ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المواد من ١٥٦ إلى ١٥٩ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٧٨ [٣] – ويقابل في التقنين المدني الفرنسي المادة ١٣١٩ [١] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٢٨ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " ١ – تكون الورقة الرسمية ، ما لم يطعن فيها بالتزوير ، حجة على الناس كافة بما دون فيها من أمور قام بها الموظف العام في حدود مهمته أو صدرت من ذوي الشأن في حضوره . ٢ – أما ما ورد على لسان ذوي الشأن من بيانات فيعتبر صحيحاً حتى يقوم الدليل على ما يخالفه " . وفي لجنة المراجعة حورت الفقرة الأولى من النص تحويراً جعلها تتفق مع النص الذي أقر نهائياً ، وأصبح رقم النص ٤٠٤ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب عليها دون تعديل . وفي لجنة مجلس الشيوخ قام نقاش حول الفقرة الثانية من المادة ، وهي التي تعتبر البيانات الواردة على لسان ذوي الشأن صحيحة حتى يقوم الدليل على ما يخالفها . وكانت نتيجة هذه المناقشة أن اتفقت الآراء على حذف هذه الفقرة ، لأن تلك البيانات يرجع في أمر صحتها أو عدم صحتها إلى القواعد العامة في الإثبات ، وإثباتها في ورقة رسمية لا يعطيها قوة خاصة في ذاتها بالنسبة لحقيقة وقوعها . فحذفت اللجنة الفقرة الثانية من المادة اكتفاء بالقواعد العامة ، وأصبح رقم النص ٣٩١ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٥٤ – ص ٣٥٥ و ص ٣٥٧ – ص ٣٥٩).

(٢) ونعيد إيراد هذا النص من التقنين المدني القديم " " المحررات الرسمية ، أي التي تحررت بمعرفة المأمورين المختصين بذلك ، تكون حجة على أي شخص ، ما لم يحصل الادعاء بتزوير ما هو مدون بها بمعرفة المأمور المحرر لها " . وقد قدمنا أن النص الجديد يفضل هذا النص القديم من حيث إنه يحدد ما يعتبر في الورقة الرسمية حجة إلى حد الطعن بالتزوير ، فهو ما دون الموثق من أمور قام بها في حدود مهمته أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السوري م ٦ : ١ – تكون الإسناد الرسمية حجة على الناس كافة بما دون فيها من أفعال مادية قام بها الموظف العام في حدود مهمته أو وقعت من ذوي الشأن في =

ويتبين من هذه النصوص :

(أولاً) أن الورقة الرسمية حجة على الناس كافة . وسنتناول هنا حجيتها فيما بين الطرفين ، على أن نتكلم فيما يلي في حجيتها بالنسبة إلى الغير .

(ثانياً) إن الورقة الرسمية حجة بما دون فيها من أمور قام بها محررها في حدود مهمته أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره ، ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانوناً . ويتضح من هذا أن هناك نوعين من البيانات في الورقة الرسمية : (١) بيانات تكون للورقة الرسمية فيها حجية إلى أن يطعن في الورقة بالتزوير (٢) بيانات دون ذلك في القوة ، فهي ككل بيان يثبت في ورقة مكتوبة يعتبر صحيحاً حتى يقوم الدليل على ما يخالفه [٢] . وقد كان المشروع التمهيدي يتضمن فقرة في هذا المعنى حذفت في لجنة الشيوخ اكتفاء بتطبيق القواعد العامة . فعلينا إذن أن نبحث : (١) حجية الورقة الرسمية حتى يطعن فيها بالتزوير (٢) حجية الورقة الرسمية حتى يقوم الدليل على العكس .

= حضوره، وذلك ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانونا . ٢ -- أما ما ورد على لسان ذوي الشأن من بيانات فيعتبر صحيحاً حتى يقوم الدليل على ما يخالفه .

التقنين المدني العراقي : م ٤٥١ " تكون السندات الرسمية حجة على الناس كافة بما دون فيها من أمور قام بها الموظف العام في حدود مهمته أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره ، ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانوناً .

التقنين المدني الليبي : م ٣٧٨ : مطابقة للمادة ٣٩١ من التقنين المدني المصري .

ويتبين من استعراض نصوص التقنينات المدنية العربية أنها تتفق في أحكامها مع أحكام التقنين المصري في المسائل التي نحن بصددها .

(١) التقنين المدني الفرنسي : م ١٣١٩ " " تكون الورقة الرسمية ، بما تضمنته من اتفاق ، حجة على المتعاقدين والورثة والخلف . ومع ذلك إذا طعن بالتزوير في الورقة الرسمية ، وكان الطعن بالطريق الجنائي ، أوقف تنفيذ الورقة المطعون فيها منذ الإحالة على الاتهام . أما إذا كان الطعن بطريق فرعي ، فإنه يجوز للمحكمة ، تبعاً للظروف أن توقف مؤقتاً تنفيذ الورقة " .

وهذا هو النص في أصله الفرنسي :

" L'acte authentique fait pleine foi de la convention qùil renferme entre les parties contractantes et leurs héritiers ou ayants cause. Néanmoins, en cas des plaintes en faux principal, l'exécution de l'acte argué de faux sera suspendue, par la mise en accusation; et, en cas d'inscription de faux faite incidemment, les tribunaux pourront, suivant les circonstances, supendre provisoirement l'exécution de l'acte. "

(٢) وهذه القواعد لا تعتبر من النظام العام ، فلا يجوز التمسك بها لأول مرة أما محكمة النقض (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٥ ص ١٧١ هامش رقم ٥١ مكرر رابعاً) .

٩١ – حجية الورقة الرسمية حتى يطعن فيها بالتزوير : تكون للورقة الرسمية حجية في الإثبات حتى يطعن فيها بالتزوير ، وذلك فيما دون فيها من أمور قام بها الموثق في حدود مهمته أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره . فهناك إذن طائفتان من البيانات لهما هذه الحجية : بيانات عن الأمور التي قام بها الموثق في حدود مهمته ، وبيانات عن أمور وقعت من ذوي الشأن في حضوره [1] .

أما الأمور التي قام بها الموثق في حدود مهمته وبينها في الورقة الرسمية التي وثقها فكثيرة. من ذلك تأكده من شخصية المتعاقدين بشهادة شاهدين أو بمستند رسمي ، وتثبته من أهلية المتعاقدين ورضائهما ، وصدور الكتابه منه ، والبيانات العامة التي أثبتها في الورقة وهي التاريخ [1] واسم الموثق وبيان ما إذا كان التوثيق قد تم في المكتب أو في مكان آخر وحضور شاهدين واسم كل منهما وحضور اصحاب الشأن وأسماؤهم وحضور المترجم والمعين عند الاقتضاء وتلاوته الورقة لذوي الشأن والتوقيعات التي تحملها الورقة [2] [1] .

---

(1) النص في المادة ١١ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ – المقابلة للمادة ٣٩١ مدني – يدل على أن حجية الورقة الرسمية تقتصر على ما ورد بها من بيانات قام بها الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة في حدود مهمته أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره وهي البيانات التي لا يجوز إنكارها إلا عن طريق الطعن بالتزوير لما في إنكارها من مساس بالأمانة والثقة المتوافرين فيها ، ولا تمتد هذه الحجية إلى البيانات الأخرى الخارجة عن هذه الحدود أو ما يتعلق بمدى صحة ما ورد على لسان ذوي الشأن من بيانات أو إقرارات ولأن إثباتها في ورقة رسمية أو عرفية تداخل في تحريرها موظف عمومي لا يعطيها قوة خاصة في ذاتها بالنسبة لحقيقة وقوعها فيرجع في تحقيق صحتها أو عدم صحتها إلى القواعد العامة في الإثبات .
(الطعن رقم ١٦١٨ سنة ٥٤ ق جلسة ١٩٩٣/٢/٤) .
(الطعن رقم ٢٩٩ سنة ٤٨ ق جلسة ١٩٧٩/٢/٧ س ٣٠ ص ٤٩٦) .
(الطعن رقم ١٩ سنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٧/٤/٢٧ س ٢٨ ص ١٠٨٤) .

(١) ويعتبر تاريخاً ثابتاً بمجرد وروده في ورقة رسمية (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٥٣ ص ٨٨٩ – ص ٨٩٠) .

(٢) توقيعه هو وتوقيعات أصحاب الشأن والشهود والمترجم المعين – هذا وما قرره المحضر من أنه أعلن الورقة إلى المحافظة لأنه لم يجد أحداً يسلمه الإعلان في محل إقامة ذي الشأن ، أو أنه سلم الإعلان إلى الخادم ، وما إلى ذلك مما فعله بنفسه أو وقع تحت بصره ، تبقى له الحجية إلى حد الطعن بالتزوير (استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩١٠ م ٣٢ ص ٢٠٦ – ٢٣ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٩٧ – ٢٤ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٣٠ – ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ١١٥) . أما ما ينقله عن الغير فيجوز إثبات عكسه دون طعن بالتزوير (استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٣١ – ١٥ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٨٠ – ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ١١٠ – ١٨ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٨٧ – ٤ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ٦٩) . وقد قضت دائرة النقض الجنائية بأنه إذا كان الدين ثابتاً بسند رسمي ذكر فيه أن النقود دفعت أمام كاتب العقود . فلا يمكن إثبات الصورية بشهادة الشهود ، ومن ثم لا يجوز –

أما البيانات عن الأمور التي وقعت من ذوي الشأن في حضوره فأكثرها يتعلق بموضوع الورقة الرسمية التي قام بتوثيقها ، أي البيانات الخاصة بهذه الورقة بالذات . فإن كان الموضوع بيعاً ، فإن الموثق يثبت في الورقة أن البائع قرر أنه يبيع والمشترى قرر أنه يشترى ، كل بالشروط التي دونت في الورقة ، وقد يكون المشترى دفع الثمن إلى البائع أمام الموثق فيذكر الموثق ذلك في الورقة الرسمية . كل هذه البيانات التي وقعت من ذوي الشأن في حضور الموثق وأثبتها في الورقة ، بعد أن أدركها بالسمع والبصر de visu aut de auditi ، تكون لها حجية في الإثبات إلى أن يطعن فيها بالتزوير [1] [2] .

وسواء كانت البيانات متعلقة بالأمور التي قام بها الموثق أو بالأمور التي وقعت من ذوي الشأن في حضوره ، فلابد حتى تثبت لها هذه الحجية أن تكون في حدود مهمة الموثق. فإذا خرجت عن هذه الحدود ، كأن أثبت الموثق أن أصحاب الشأن أقارب أو أن أحدهم

= إثبات أن مبلغ الدين يشتمل على فوائد ربوية (نقض جنائي ٤ يناير سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٧٦) .

وما ورد على لسان أصحاب الشأن من بيانات يملؤها على الموظف المختص بتحرير شهادة الميلاد والوفاة يجوز إثبات عكسها دون حاجة إلى الطعن بالتزوير (استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ١٤٥) .

هذا ويجوز النزول عن حجية الورقة الرسمية فيما يجب فيه الطعن بالتزوير ، فلا تعود هنالك حاجة إلى هذا الطعن (استئناف مختلط ١٣ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٧١) .

(1) البيانات التي يقرر الموظف وقوعها كتلك التي قام الموثق بتدوينها في حدود مهمته ، كالتأكد من شخصية المتعاقدين بشهادة الشهود ، والتثبت من أهلية المتعاقدين ورضائهما بالتصرف والبيانات العامة التي أثبتها في الورقة كالتاريخ وحضور الشاهدين واسم كل منهما وحضور أصحاب الشأن وتلاوة الورقة لذوي الشأن والتوقيعات التي تحملها الورقة ، أسبغ القانون عليها الحجية المطلقة ولا يجوز إنكارها إلا عن طريق الطعن بالتزوير .

(نقض جلسة ١٩٦٣/١٠/٣١ السنة ١٤ ص ١٠٠٦) .

(الطعن رقم ٣٤٠ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٤/٥/٢٨ السنة ٣٥ ص ١٤٤٨) .

(الطعن رقم ٤١٠ س ٤٧ ق جلسة ١٩٨٥/٤/٢٨) .

(١) استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٣٣ — ٦ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٩٩ — أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٥ ص ١٧١ — ١٧٢ .

(2) الأمور التي يقرر الموثق أنها وقعت من ذوي الشأن في حضوره والخاصة ببيانات الورقة بالذات ، كحصول البيع والإقرار بقبض الثمن وجميع البيانات التي أدركها الموثق بالسمع أو بالبصر يكون لها حجية الورقة الرسمية.

(نقض جلسة ١٩٨٩/١/٢٥ الطعن رقم ١٥٤ السنة ٥٧ ق) .

يبلغ كذا من العمر أو أنهم قرروا أمامه أنهم أجانب أقاموا مدة معينة في البلاد، فلا تكون لهذه البيانات حجية لأنها لا تدخل في مهمة الموثق [1] [1] .

وقد حصرت على هذا النحو في دائرة محدودة البيانات التي تكون لها حجية لا تدحض إلا إذا لجأ من ينكرها إلى طريق الطعن بالتزوير ذلك أن طريق الطعن بالتزوير طريق معقد محفوف بالمصاعب والمخاطر ، وقد رسم له تقنين المرافعات إجراءات ومواعيد دقيقة شدد فيها من التزامات الطاعن بالتزوير ، وفرض عليه غرامة إذا حكم بسقوط ادعائه أو

---

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٥٢ ص ٨٨٧ — ص ٨٨٩ — هذا وإذا ذكر في ورقة رسمية أو في جواز سفر أن سن العاقد أو صاحب الجواز هي كذا عاماً ، فإن ذلك لا يكون حجة على بلوغه هذه السن ، ولا تثبت السن إلا بشهادة الميلاد أو بتقدير طبيب . وقضت محكمة النقض بأن ذكر تاريخ الوفاة في محضر حصر التركة لا يكون حجة بحصول الوفاة في ذلك التاريخ ، لأن هذا المحضر لم يعد لإثبات تاريخ الوفاة بل لإثبات عناصر التركة فقط (نقض ٨ فبراير سنة ١٩٤٥ المحاماة ٢٧ رقم ٤٣٠ ص ١٠٧٤) . ومحضر حصر التركة الذي يذكر فيه أن التركة جميعها سلمت إلى بعض الورثة لا يعتبر دليلاً على التسلم (الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ١٥٥) . والمحاضر الرسمية التي تحرر لجمع الاستدلالات — محاضر التحقيق والجرد وحصر التركة — تكون قابلة لإثبات العكس دون حاجة إلى الطعن بالتزوير (الأستاذ أحمد نشأت ١ في الإثبات فقرة ١٥٥ — الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٤٨ ص ٦١) . ويجوز إثبات عكس ما ورد في الإشهاد الشرعي الصادر بوفاة شخص بجميع الطرق ، إذ هو ليس بحكم ولا بحجة في إثبات الوقائع المدرجة فيه (استئناف وطني ٣١ مارس سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٨١ — استئناف مختلط ٢٢ يناير ١٩٠٢ م ١٤ ص ٨٦) .

والحجية إلى حد الطعن بالتزوير مقصورة على المواد المدنية والتجارية . أما في المواد الجنائية فالأمر متروك لتقدير القاضي . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا عرض على المحكمة الجنائية محضر كسر ختم المتوفى ، جاز لها ألا تأخذ بما جاء فيه إذا اقتنعت بعدم صحته ، وذلك دون حاجة إلى الحكم بتزويره (نقض ٧ يونية سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٦ رقم ٦٥ ص ١٨٨) . وقضى أيضاً بأنه يجوز لكل ذي شأن أن يثبت بكافة الطرق القانونية ما يخالف ما دون في المحاضر التي يحررها رجال البوليس في المواد الجنائية دون أن يكون ملزماً بالطعن فيها بالتزوير (نقض جنائي ٤ يناير سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ رقم ١٠٣ ص ٣٣٣ — ١١ يناير سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ رقم ١٤٠ ص ٤٤١ — أسيوط الابتدائية ٢٢ فبراير سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٥٧ — الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٥٨ هامش رقم ١) .

(1) مفاد المادة ١١ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ — المقابلة للمادة ٣٩١ من القانون المدني — أن الحجية المقررة للأوراق الرسمية تقتصر على ما ورد بها من بيانات تتعلق بما قام به محررها أو شاهد حصوله من ذوي الشأن أو تلقاه عنهم في حدود سلطته واختصاصه ، تبعاً لما في إنكارها مساس بالأمانة والثقة المتوفرين فيه ، ومن ثم لا يتناول هذه الحجية البيانات الخارجة عن الحدود أو ما تعلق بمدى صحة ما ورد على لسان ذوي الشأن من بيانات لأن إثباتها في ورقة رسمية لا يعطيها قوة خاصة في ذاتها بالنسبة لحقيقة وقوعها ، فيرجع في أمر صحتها أو عدم صحتها إلى القواعد العامة في الإثبات .
(الطعن رقم ١٩ سنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٧/٤/٢٧ س ٢٨ ص ١٠٨٤) .
(الطعن رقم ٢٠٢ سنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٣/١٤ س ٢٣ ص ٤٠٧) .

برفض هذا الادعاء [1] . وليس أمام من تحتم عليه الطعن بالتزوير إلا سلوك هذا الطريق ، فليس له يستجوب خصمه تمهيداً للحصول على إقرار منه ، ولا أن يوجه له اليمين الحاسمة ، ولا أن يطلب إحالة الدعوى على التحقيق بغير الطريق المرسوم للطعن بالتزوير ، ولا أن يطلب إثبات وقائع تتعارض مع البيانات الثابتة بالورقة الرسمية حتى لو كان يتمسك بمبدأ ثبوت الكتابة ويريد أن يستكمله بالبينة أو بالقرائن [2] .

---

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٥٢ ص ٨٨٧ هامش رقم ٣ . وعلة ذلك — كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي — " ما يولى القانون من ثقة لصحة الإقرارات الصادرة في حضور الموظف العام وصحة ما يتولى إثباته من البيانات التي تدخل في حدود مهمته . فإذا اقتضت مصلحة أحد من ذوي الشأن أن يقيم الدليل على عكس بيان من البيانات التي يلحق بها وصف الرسمية ، تعين عليه أن يلجأ إلى طريق الطعن بالتزوير " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٥٥ — ص ٣٥٦) .

هذا وتتلخص اجراءات الطعن بالتزوير في أنه إذا ادعى خصم أن الورقة الشاهدة عليه مزورة ، فله أن يطعن فيها بالتزوير في اية حالة تكون عليها الدعوى بتقرير في قلم الكتاب يعلن للخصم الآخر بمذكرة تبين فيها شواهد التزوير وإجراءات التحقيق التي يطلب إثباته بها . على أنه يجوز للمحكمة — ولو لم يدع أمامها بالتزوير بالإجراءات المتقدمة — أن تحكم برد أية ورقة وبطلانها إذا ظهر لها بجلاء من حالتها أو من ظروف الدعوى أنها مزورة . فإذا طعن الخصم في الورقة بالتزوير ، وكان الادعاء بالتزوير منتجاً في النزاع ، ولم تكف وقائع الدعوى ومستنداتها لاقتناع المحكمة بصحة الورقة أو بتزويرها ، ورأت أن إجراء التحقيق الذي طلبه الطاعن في مذكرته منتج وجائز ، أمرت بالتحقيق . ويشتمل الحكم الصادر بالتحقيق على الوقائع التي قبلت المحكمة تحقيقها والإجراءات التي رأت إثباتها بها ، وندب أحد قضاة المحكمة لمباشرة التحقيق ، وتعيين خبير أو ثلاثة خبراء ، والأمر بايداع الورقة المطعون بتزويرها قلم الكتاب مع بيان حالتها. ويجرى التحقيق بالمضاهاة وبشهادة الشهود . وتكون المضاهاة على ما هو ثابت صدوره ممن تشهد عليه الورقة من أوراق رسمية أو أوراق معترف بها منه أو على خطه أو إمضائه الذي يكتبه أمام القاضي المنتدب للتحقيق . أما الشهود فيسمعون فيما يتعلق بصدور الورقة من صاحب التوقيع ، وتراعى في سماعهم القواعد المقررة في سماع شهادة الشهود . والحكم بالتحقيق يوقف صلاحية الورقة للتنفيذ دون إخلال بالإجراءات التحفظية . وإذا حكم بسقوط حق مدعي التزوير في ادعائه أو برفضه حكم عليه بغرامة لا تقل عن مائتين وخمسين جنيها ولا تجاوز ألف جنيه . ولا يحكم عليه بشيء إذا ثبت بعض ما ادعاه . (أنظر المواد من ٤٩ إلى ٥٨ من قانون الإثبات) .

وتنظم المادة ٥٩ من قانون الإثبات دعوى التزوير الأصلية فتنص على أنه " يجوز لمن يخشى الاحتجاج عليه بمحرر مزور أن يختصم من بيده ذلك المحرر ومن يفيد منه لسماع الحكم بتزويره ، ويكون ذلك بدعوى أصلية ترفع بالأوضاع المعتادة ، وتراعى المحكمة في تحقيق هذه الدعوى الحكم فيها القواعد المنصوص عليها في هذا الفرع والفرع السابق .

(٢) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٥ ص ١٧٢ — ص ١٧٣ — وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد ما قدمناه من البيانات التي تقوم حجيتها إلى حد الطعن بالتزوير ما يأتي : " وقد تكفل النص بتحديد هذه البيانات ، فقصرها على الأمور التي يثبتها الموظف العام في حدود مهمته أو التي تصدر من ذوي الشأن في حضوره . وهي بهذا الوصف تتضمن : (أ) ما يثبت الموظف العام من وقائع أو أمور باعتبار أنه تولى =

وله أن يطعن بالتزوير في أية حالة كانت عليها الدعوى ، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف [1] ، ولكن لا يجوز الطعن بالتزوير لأول مرة امام محكمة النقض ، وذلك كله بشرط ألا يكون الطعن بالتزوير كيديا [2] .

٩٢ – حجة الورقة الرسمية حتى يقوم الدليل على العكس : أما ما أثبته الموثق في الورقة الرسمية باعتباره وارداً على لسان ذوي الشأن من بيانات ، فلا تصل الحجية فيه إلى حد الطعن بالتزوير . بل يعتبر ما ورد من ذلك صحيحاً في ذاته إلى أن يثبت صاحب المصلحة عكسه بالطرق المقررة في قواعد الإثبات [3] [أ] . ومن هذه القواعد أنه لا

= ضبطها بنفسه . ومن قبيل هذه الوقائع أو الأمور : التاريخ ويعتبر ثابتاً من يوم تلقى الورقة وقبل قيدها في السجل المعد لذلك ، وبيان مكان تلقى الورقة ، والكتابة ، وتوقيع ذوي الشأن ، وتوقيع الموثق ، والبيانات المتعلقة بإتمام الإجراءات التي يتطلبها القانون . (ب) ما يصدر من ذوي الشأن في حضور الموظف ويدرك بالحس من طريق الاتصال بالسمع أو الوقوع تحت البصر ، كالإقرارات أو وقائع التسليم . ويراعي أن الموظف العام يثبت واقعة الإدلاء بهذه الإقرارات دون ان يمس في ذلك صحتها ، فلو قرر احد المتعاقدين أنه باع وقرر الآخر أنه أدى الثمن ، أثبت الموثق هذين الإقرارين ، وكان إثباته لهما دليلاً على الإدلاء بهما لا على صحة الوقائع التي تنطوى فيهما .

ويشترط أن تكون الوقائع أو الأمور المتقدم ذكرها مما يدخل في حدود مهمة الموثق ، لأن إلحاق الصفة الرسمية بما يثبت الموظف العام في المحرر مشروط باقتصاره على هذه الحدود ، كما رسمها نص القانون ، فإن جاوزها انقطعت عنه الولاية ، وسقطت تبعاً لذلك قيمة ما يتولى إثباته على هذا الوجه . فلو أثبت الموثق أن المتعاقد متمتع بقواه العقلية مثلاً ، فلا يكون لإثبات هذه الواقعة أثر في إمكان الاحتجاج بها ، لأن إثباتها ليس مما يدخل في مهمة من يتولى التوثيق " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٥٦) .

(١) استئناف مختلط ٢٢ يونية سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٥٦ .

(٢) استئناف مختلط ١٠ ابريل سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١١١ .

(٣) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٥٤ .

(أ) النص في المادة ١١ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ المقابلة للمادة ٣٩١ من القانون المدني على أن "المحررات الرسمية حجة على الناس كأنه بما دون فيها من أمور قام بها محررها في حدود مهمته أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره ما لم يتبين تزويرها بالطريق المقرر قانونا " ، يدل على أن حجية الورقة الرسمية تقتصر على ما ورد بها من بيانات قام بها الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة في حدود مهمته أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره ، وهي البيانات التي لا يجوز إنكارها إلا عن طريق الطعن بالتزوير ، أما البيانات الأخرى التي يدلى بها ذوو الشأن إلى الموظف فيقوم بتدوينها تحت مسئوليتهم فيجوز إثبات ما يخالفها بكافة طرق الإثبات ، لما كان ذلك وكان المطعون عليه ليس طرفاً في المستندات محل النص ، وكانت هذه البيانات تتعلق بإقرارات ذوي الشأن ولا تتضمن تصرفات قانونية له صلة بها ، فإنه يعتبر من الغير بالنسبة لها ويكون له إثبات عكس ما ورد بها ، ولا وجه لهذه المثابه للتحدى بقاعدة عدم جواز الإثبات بالبينة فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي .

(الطعن رقم ٥١٧ سنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٣/١٦ س ٢٨ ص ٦٩٧) .

يجوز إثبات عكس ما بالورقة المكتوبة إلا بالكتابة أو بمبدأ ثبوت بالكتابة مستكملاً بالبينة أو بالقرائن . فلا يجوز إذن إثبات عكس ما ورد في الورقة الرسمية على لسان ذوي الشأن إلا إذا كانت هناك كتابة تثبت هذا العكس ، أو في القليل مبدأ ثبوت بالكتابة تعززه البينة أو القرائن [1] .

والأصل في هذه المسألة أن كل طعن في بيان وارد بورقة رسمية ، يتضمن مساساً بأمانة الموثق وصدقه ، لا يكون إلا عن طريق الطعن بالتزوير كما رأينا . ذلك أن اختيار الموظف العام خاضع لشروط تتوافر بها الثقة فيه ، وهو معرض لعقوبات قاسية فيما إذا أخل بهـــذه الثقة [2] . أما الطعن الذي لا يتضمن مساساً بأمنه الموثق أو بصدقه فيكفى فيه إثبات العكس على النحو الذي قررناه .

ومن ثم يكون البيان المتعلق بتأكد الموثق من شخصية المتعاقدين وبتثبته من أهليتهما ورضائهما لا يجوز إنكاره إلا بطريق الطعن بالتزوير كما قدمنا . ولكن إذا اقتصر المدعى على إنكار شخصية المتعاقدين أو إنكار توافر الأهلية فيهما أو إنكار أن رضاءهما صحيح غير مشوب بعيب ، دون أن يتعرض لتثبت الموثق من كل ذلك ، جاز أن يثبت ما يدعيه بالطرق المقررة دون حاجة إلى الطعن بالتزوير ، لأن المدعى لا يتشكك في ذمة الموثق ، إذ هو يسلم أن الموثق قد تأكد من كل ذلك ، ولكن بالرغم من هذا التأكد فإنه قد أخطأ عن حسن نية .

وكذلك البيانات العامة التي يثبتها الموثق بعضها لا يجوز إنكاره بتاتاً إلا بطريق الطعن بالتزوير ، كتاريخ الورقة الرسمية الذي يعتبر تاريخاً ثابتاً كما قدمنا ، واسم الموثق، وبيان ما

---

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن المحررات الرسمية تكون حجة على أي شخص ما لم يحصل الادعاء بتزوير ما هو مدون بها بمعرفة المأمور المحرر لها ، وعلى ذلك فلا يجوز إثبات خلاف ما ورد فيها بالبينة أو بقرائن الأحوال مهما كانت قوة هذه القرائن للثقة الموجودة في هذه الأوراق الرسمية ، إلا أنه فيما يختص بما يقرره الخصوم أمام المأمور المحرر لها ويدونه بمحضره عن وقائع حصلت بغير حضوره فيجوز إثبات ما يخالفها بالبينة أو بقرائن الأحوال بشرط أن يكون هناك مبدأ للثبوت بالكتابة (استئناف مصر ٢٩ يونية سنة ١٩٢٥ ، المحاماة ٦ رقم ١٠٠ ص ١٣٧) . أنظر أيضاً في هذا المعنى " استئناف مصر ٢٠ يناير سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ٤ ص ٥٧ . استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٦٤ — ٢١ نوفمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٢٤ — ٦ مارس سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ١٠٨ — ٤ يونية سنة ١٧٩٠ م ٢ ص ٤١٧ — ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩١ م ٧ ص ٩٨ — ١٦ نوفمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٩ — ١٨ أبريل سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢٣٣ — ١٤ يناير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١١٩ — ١٧ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٨٨ — ٢٢ يناير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٨٦ .

(٢) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٥٢ .

إذا كان التوثيق قد تم في المكتب أو في مكان آخر ، وحضور الشهود ، وحضور أصحاب الشأن ، والتوقيعات [1] . وقد تقدم ذكر ذلك . أما حقيقة أسماء أصحاب الشأن وأسماء الشهود وحقيقة ألقابهم وصناعاتهم ومحل إقامتهم ، فما قرروه من ذلك في الورقة الرسيمة له ناحيتان : واقعة التقرير ولها حجية حتى الطعن بالتزوير لأن إنكارها يمس أمانة الموظف ، وصحة التقرير في ذاته أي صحة الأسماء والألقاب والصناعات ومحال الإقامة وهذه يكفي فيها إثبات العكس لأن الإنكار في هذا كله لا يمس أمانة الموثق إذ هو لم يكتب إلا ما قرره هؤلاء على عهدتهم ، صادقين كانوا أو كاذبين [2] .

ثم إن البيانات الخاصة بموضوع الورقة الرسمية لها أيضاً ناحيتان : واقعة التقرير – أي أن أصحاب الشأن قرروا أمام الموثق كذا وكذا – وهذه لها حجية إلى حد الطعن بالتزوير ، ثم صحة التقرير في ذاته وهذه يجوز إنكارها وإثبات العكس لأن ذلك لا يمس أمانة الموثق . مثل ذلك أن يثبت الموثق أن أحد المتعاقدين قرر أنه باع للمتعاقد الآخر داراً وقرر المتعاقد الآخر أنه اشترى هذه الدار ، فواقعة التقرير من بيع وشراء لها حجية إلى حد الطعن بالتزوير، ولكن هذا لا يمنع ذا المصلحة ، وهو لا يتعرض لواقعة التقرير في ذاتها ولا يمس بذلك أمانة الموثق ، من أن يتمسك بأن هذا البيع صوري بالرغم من أن المتعاقدين قررا أمام الموثق غير ذلك ، وله أن يثبت هذه الصورية بالطرق المقررة قانوناً دون حاجة إلى الطعن بالتزوير . ولو أثبت الموثق أن المشترى دفع أمامه الثمن وقدره كذا إلى البائع ، فواقعة دفع مبلغ قدره كذا له حجية إلى حد الطعن بالتزوير ، ولكن هذا لا يمنع ذا المصلحة من إثبات أن الدفع بالرغم من صحة واقعته في ذاتها كان دفعاً صورياً ، بأن كانت النقود هي نقود البائع وأعطاها للمشترى ليسلمها هذا له أمام الموثق [1] ، أو بأن النقود التي دفعها المشترى أمام الموثق أعادها له البائع بعد خروجهما، وله أن يثبت ذلك بالطرق المقررة قانوناً دون حاجة إلى الطعن بالتزوير لأنه لا يمس في ادعائه هذا أمانة الموثق [2] .

---

(1) قضت محكمة النقض أن الأمور التي يقرر الموثق أنها وقعت من ذوي الشأن في حضوره والخاصة ببيانات الورثة بالذات كحصول البيع ، والإقرار بقبض الثمن وجميع البيانات التي أدركها الموثق بالسمع أو بالبصر لا يمكن الطعن فيها إلا بالتزوير .
(جلسة ١٩٨٩/١/٢٥ الطعن رقم ١١٥٤ لسنة ٥٧ ق) .

(2) ما تتضمنه المحاضر التي يحررها معاون المالية من بيانات وإقرارات ، لا يكون لها الحجية المطلقة التي أسبغها القانون على البيانات التي أعدت في الورقة الرسمية ، وإنما تكون خاضعة للمناقشة والتمحيص وقابلة لإثبات عكسها بكافة الطرق دون حاجة لسلوك طريق الطعن بالتزوير .
(جلسة ١٩٧٢/٣/١٤ مجموعة المكتب الفني السنة ٢٣ ص ٤٠٧) .

(١) استئناف مختلط ٧ يونية سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٨٩ .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " وتكون إقرارات ذوي الشأن حجة على الكافة (ما لم يطعن في صحتها بالتزوير) . ويراعى أن المشروع قد استعاض بعبارة " صحـــة =

وكذلك قيام التصرف القانوني ذاته وصحته التي تفترض توافر الأهلية والخلو من عيوب الرضاء ووجود محل صالح وسبب مشروع ، ونفاذ التصرف القانوني فيما بين الطرفين وفي حق الغير ، كل ذلك لا شأن له بما قرره الموثق من وقوع التصرف ، فلكل ذي مصلحة أن ينازع في أية مسألة من هذه وعليه إثبات ما يدعيه وفقاً للقواعد المقررة قانونا [1] .

المبحث الثاني

حجية الورقة الرسمية بالنسبة إلى الغير

٩٣ – قاعدة عامة : رأينا أن المادة ١١ من قانون الإثبات تقضي بأن الورقة الرسمية حجة على الناس كافة . فهي إذن حجة بما جاء فيها ، لا على أصحاب الشأن وحدهم ، بل هي أيضاً حجة على الغير [2] .

وقد رأينا فيما تقدم كيف تكون حجة على أصحاب الشأن ، فبسطنا متى تقوم هذه الحجية إلى حد الطعن بالتزوير ومتى تقوم حتى يقدم الدليل على العكس .

= الإقرارات " عن اصطلاح " صحة الاتفاق " وهو الاصطلاح الذي اختاره التقنين الفرنسي والتقنين الإيطالي والمشروع الفرنسي الإيطالي في معرض التعبير . والواقع أنه ينبغي تحامي الخلط بين صحة واقعة انعقاد العقد وبين صحة هذا العقد في ذاته . فإذا قرر ذوو الشأن بمحضر من الموظف أن أحدهما باع وأن الآخر اشترى ، فالورقة الرسمية تعتبر حجة على صدور الإقرارين وإثبات الموظف لهما بعد أن اتصلا بسمعه إلى أن يطعن فيها بالتزوير . أما حقيقة هذين الإقرارين في ذاتهما ، من حيث مبلغ مطابقتهما للواقع ، فلا حيلة للموثق في العلم بها وإثباتها ، لأنها ليست مما يقع تحت حسه . ومؤدى هذا أنه مجرد إثبات إقرار من الإقرارات في ورقة رسمية لا يستتبع إمكان الاحتجاج بصحة الذاتية إلى أن يطعن في هذه الورقة بالتزوير . على أن مثل هذا الإقرار يعتبر صحيحاً إلى أن يثبت العكس ، تفريعاً على أن الأصل في الإقرارات أن تكون صحيحة ، أما الصورية فهي استثناء يتعين على من يتمسك به أن يقيم الدليل عليه وفقاً للقواعد العامة في الإثبات " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٥٦ – ص ٣٥٧) .

(١) فلو أن ورثة البائع ادعوا أن مورثهم كان مجنوناً وقت إمضاء البيع ، فعليهم إثبات ما ادعوه ، ولهم أن يثبتوه بجميع الطرق دون حاجة إلى الطعن بالتزوير ، وذلك بالرغم مما أثبته الموثق في الورقة الرسمية من أن البائع كان سليم العقل ، لأن الورقة الرسمية ليست معدة لإثبات ذلك (كولان وكابيتان ٢ فقرة ٧٤٤ ص ٥٠٠).

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " وتعتبر الورقة الرسمية حجة ، لا بالنسبة للمتعاقدين وحدهم ، بل وبالنسبة للغير كذلك، شأنها في ذلك شأن الورقة العرفية فيما عدا التاريخ . وقد نص التقنين المغربي (م ٤١٩) والتقنين المصري (م ٢٢٦/١٩٠١) صراحة على هذا الحكم ، وتبعهما المشروع في ذلك " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٥٥) .

ونستعرض هنا بالنسبة إلى الغير ما قدمناه بالنسبة إلى أصحاب الشأن . فنذكر متى تكون الورقة الرسمية حجة على الغير إلى حد الطعن بالتزوير ، ومتى تكون حجة على الغير حتى يقوم الدليل على العكس .

٩٤ – حجية الورقة الرسمية بالنسبة إلى الغير إلى حد الطعن بالتزوير:

قد يكون هناك محل للاحتجاج على الغير بالورقة الرسمية . مثل ذلك مدين يبيع داراً له بورقة رسمية ، ويدعي الدائن أن هذا البيع الرسمي لم يصدر من مدينه ليتمكن بذلك من التنفيذ بحقه على الدار المبيعة . ومثل ذلك أيضاً مؤجر العقار يبيعه بورقة رسمية، ويدعي المستأجر أن البيع لم يصدر من المؤجر وذلك حتى يبقى في العين المؤجرة فلا يخرجه منها المشترى بالرغم من أن عقد الإيجار غير ثابت التاريخ [١] . أو يثبت مؤجر العقار الذي باعه المخالصة بالأجرة عن مدة مستقبلة في ورقة رسمية ، فينكر المشترى صدور هذه المخالصة من المؤجر ليتمكن بعد أن يستبقى المستأجر في العين من مطالبته بهذه الأجرة [٢] .

في هذه الفروض وغيرها تكون للورقة الرسمية بالنسبة إلى الغير عين الحجية التي لها فيما بين الطرفين على النحو الذي قدمناه . فيستطيع المشترى من المدين ، في المثل الأول، أن يحتج بالبيع الرسمي على دائن البائع ، ولا يجوز للدائن ، إلى أن يطعن بالتزوير، أن ينكر ما ورد في الورقة الرسمية من أمور قام بها الموثق في حدود مهمته أو بيانات وقعت من ذوي الشأن في حضوره ، كصدور البيع من المدين وتاريخ الورقة الرسمية وحضور الشهود وصحة التوقيعات وما ذكره الموثق من أن المشترى دفع أمامه الثمن إلى المدين وغير ذلك من الأمور التي فصلناها فيما تقدم في صدد الكلام في حجية الورقة الرسمية فيما بين الطرفين . كذلك في المثل الثاني لا يجوز للمستأجر ، إلى أن يطعن بالتزوير ، أن ينكر ما ورد في ورقة البيع الرسمية الصادرة من المؤجر على النحو الذي قدمناه . وفي المثل الثالث لا يجوز للمشترى ، إلى أن يطعن بالتزوير ، أن ينكر المخالصة بالأجرة الصادرة من المؤجر إلى المستأجر .

وظاهر من الأمثلة التي قدمناها أن الغير الذي يحتج عليه بالورقة الرسمية هو نفس الغير الذي يحتج عليه بالتصرف القانوني ، فهو في المثلين الأولين الدائن وفي المثل الأخير الخلف الخاص . ولما كان التصرف القانوني سارياً في حقه ، فقد وجب إثباته بالنسبة إليه، فيثبت بالورقة التي اثبت فيها التصرف على النحو الذي قدمناه [٣] .

---

(١) أنظر المادة ٦٠٤ فقرة أولى مدني .

(٢) أنظر المادة ٦٠٤ فقرة ثانية مدني .

(٣) ويستوى في الاحتجاج على الغير بالتصرف القانوني أن يكون ذلك باعتباره تصرفاً قانونياً أو باعتباره واقعة مادية . فإذا اشترى شخص عقاراً من غير مالكه بعقد بيع أثبت في ورقة رسمية ، فإن هذا البيـــع ، وهو =

٩٥ – حجية الورقة الرسمية بالنسبة إلى الغير حتى يقوم الدليل على العكس

العكس : ولكن حجية الورقة الرسمية بالنسبة إلى الغير ، كحجيتها فيما بين الطرفين ، لا تمنع الغير من إنكار صحة الوقائع التي أثبتها الموثق في ذاتها ، دون أن يتعرض في ذلك لأمانة الموثق أو صدقه . ولا يحتاج في ذلك إلى الطعن بالتزوير ، بل يكتفي أن يقيم الدليل على العكس بالطرق المقررة قانوناً . وله أن ينازع في صحة التصرف أو في نفاذه في حقه وفقاً للقواعد التي قررها القانون . فدائن البائع له أن يطعن بالصورية في البيع الرسمي الصادر من مدينه ، وأن يثبت هذه الصورية بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن لأنه من الغير [(١)] . كذلك المستأجر له أن يطعن بالصورية في البيع الرسمي الصادر من المؤجر ، وأن يثبت الصورية بجميع الطرق لأنه من الغير ، وله أيضاً دون أن يطعن في البيع بالصورية أن يتمسك بأنه لا يسري في حقه لأن عقد الإيجار ثابت التاريخ وسابق على عقد البيع . ويستطيع المشتري للعين المؤجرة أن يطعن في المخالصة الصادرة من المؤجر إلى المستأجر بالصورية على النحو الذي قدمناه ، كما يستطيع باسم البائع أن يطعن فيها بالغلط أو بالتدليس أو بالإكراه أو بنقص الأهلية أو بغير ذلك من العيوب التي تشوب التصرف القانوني .

ونرى من ذلك أن حجية الورقة الرسمية بالنسبة إلى الغير هي ذات حجيتها فيما بين الطرفين . وكل ما ذكرناه هناك يسري هنا [(٢)] .

= تصرف قانوني ، يحتج به على مالك العقار كسبب صحيح للتملك بالتقادم القصير ، ويكون ذلك بإعتبار البيع بالنسبة إلى المالك واقعة مادية لا تصرفاً قانونياً . ومع ذلك تكون رسمية البيع حجة على المالك، فلا يستطيع أن ينكر من هذه الورقة الرسمية ما يجب لإنكاره الطعن بالتزوير إلا عن هذا الطريق .

(١) فيجب إذن التمييز – في حجية الورقة الرسمية بالنسبة إلى الغير كما في حجيتها فيما بين المتعاقدين – بين صحة صدور ما ذكر الموثق أنه رآه بعينه أو سمعه بأذنه (de visu aut de auditi) والتشكك في صحة صدوره يمس بأمانة الموثق وصدقه ومن ثم فلا يجوز الإنكار إلا عن طريق الطعن بالتزوير ، وبين صحة هذه الوقائع ذاتها وهل هي جدية أو صورية وهذا ليس فيه مساس بأمانة الموثق أو بصدقه ومن ثم جاز إنكاره دون طعن بالتزوير ويكفي تقديم الدليل على العكس بالطرق المقررة قانوناً ، وبين حكم القانون في التصرف الثابت في الورقة الرسمية وهل هو يسري في حق الغير وهل هو مشوب بعيب من عيوب الإرادة وهل له محل مشروع وسبب مشروع وكيف يفسر وما إلى ذلك وهنا لا نعرض للورقة الرسمية التي هي طريق للإثبات (instrumentum) بل نعرض للتصرف القانوني ذاته (negotium) وننزل عليه حكم القانون فلا محل للكلام في الطعن بالتزوير أو الاكتفاء بتقديم الدليل على العكس في هذا الصدد (توليبه ٨ فقرة ١٢٢ – دايرنتون ١٣ فقرة ٨٤ – فقرة ٨٥ – ديمولومب ٢٩ فقرة ٢٧٩ – أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٥ ص ١٧٤ – ص ١٧٦) .

(٢) ومن ذلك أيضاً أن البيانات الواردة على سبيل الإخبار (énonciation) في الورقة الرسمية في غير موضوعها ، ولكنها متصلة بالموضوع اتصالاً مباشراً ، تكون لها حجية البيانات الواردة على سبيل التقرير =

المبحث الثالث

حجية الورقة الرسمية فيما يتعلق بالصور

٩٦ – النصوص القانونية : تنص المادة ١٢ من قانون الإثبات (المقابلة للمادة ٣٩٢ من القانون المدني الملغاة) على ما يأتي :

" ١ – إذا كان أصل المحرر الرسمي موجوداً ، فإن صورته الرسمية ، خطية كانت أو فوتوغرافية ، تكون حجة بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل " .

" ٢ – وتعتبر الصورة مطابقة للأصل ، ما لم ينازع في ذلك أحد الطرفين وفي هذه الحالة تراجع الصورة على الأصل " .

وتنص المادة ١٣ من قانون الإثبات (المقابلة للمادة ٣٩٢ من القانون المدني الملغاة) على ما يأتي :

= (disposition) في الموضوع ، بالنسبة إلى الغير ، كما أن لها هذه الحجية فيما بين الطرفين . وقد ضرب أوبري ورو لذلك مثلاً سبق ذكره : إقراراً بإيراد مؤبد في ورقة رسمية ، وورد في الورقة أن الإيراد قد نقص بسبب دفع جزء من رأس المال أو أن جميع أقساط الإيراد السابقة قد دفعت .، فهذه البيانات المتصلة بالموضوع اتصالاً مباشراً لها حجية الورقة الرسمية فيما بين الطرفين ، وكذلك تكون لها هذه الحجية بالنسبة إلى الغير . ويتحقق ذلك إذا كان للدائن بالإيراد دائن حاجز أو كان الدائن بالإيراد قد نزل عنه لشخص آخر ، فما ورد في الورقة الرسمية من أن جزءاً من رأس المال قد دفع أو أن الأقساط السابقة قد وفيت جميعها تكون له حجية الورقة الرسمية بالنسبة إلى الدائن الحاجز أو المتنازل له عن الإيراد . وهذا كله فيما إذا كان الطرفان في الورقة الرسمية يملكان قانوناً التأثير في حقوق الغير ، بأن كان التصرف القانوني (negotium) الذي عقداه فيما بينهما من شأنه أن يسري في حقه . فإن لم يكن الأمر كذلك ، لم يكن لبياناتهما حجية بالنسبة إلى الغير . فلو ورد في البيع الرسمي أن للدار حق مطل على العقـــار المجاور ، لم يكن لهذا البيان حجية بالنسبة إلى صاحب هذا العقار . ولو ورد في هذا البيع الرسمي أن البائع يملك الدار بسند ذكر تاريخه، لم يكن لهذا البيان أيضاً حجية بالنسبة إلى المالك الحقيقي للدار إذا أراد المشترى أن يحتج عليه بالتقادم القصير ويتمسك بحيازة البائع من التاريخ المذكور في الورقة الرسمية ليضمها إلى مدة حيازته (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٥ ص ١٧٧ – ص ١٧٩) .

وقد ذكر أوبري ورو (في هامش ص ١٧٧) أن بعض الفقهاء (توليه ٨ فقرة ١٥٧ وفقرة ١٦١ – ديرانتون ١٣ فقرة ٩٨ – زاخاريه فقرة ٧٥١ مع هامش رقم ١٥) يذهبون إلى أنه لا حجية بالنسبة إلى الغير للبيانات المستقلة عن موضوع الورقة والواردة على سبيل الإخبار ولو كانت متصلة اتصالاً مباشراً بهذا الموضوع ، ولو كان الطرفان يملكان التأثير في حق الغير . ويقول أوبري ورو بحق أن هؤلاء الفقهاء يخلطون بين صحة صدور هذه البيانات من الطرفين ، وهذا له حجية بالنسبة إلى الغير إلى حد الطعن بالتزوير ، وبين صحة الوقائع التي تتضمنها هذه البيانات في ذاتها ، وهذه الوقائع يجوز للغير أن يقيم الدليل على عكسها بالطرق المقررة قانوناً دون حاجة إلى الطعن بالتزوير .

إذا لم يوجد أصل المحرر الرسمي كانت الصورة حجة على الوجه الآتي :

أ) يكون للصور الرسمية الأصلية ، تنفيذية كانت أو غير تنفيذية ، حجية الأصل متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل .

ب) ويكون للصور الرسمية المأخوذة من الصور الأصلية الحجية ذاتها ، ولكن يجوز في هذه الحالة لكل من الطرفين أن يطلب مراجعتها على الصورة الأصلية التي أخذت منها . جـ) أما ما يؤخذ من صور رسمية للصور المأخوذة من الصور الأصلية فلا يعتد به إلا بمجرد الاستئناس تبعاً للظروف [1] .

---

(١) تاريخ النصوص – المادة ٣٩٢ (المقابلة للمادة ١٢ من قانون الإثبات) : ورد هذا النص في المادة ٥٣٥ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " ١ – إذا كان أصل الورقة الرسمية موجوداً ، فإن الصور الخطية أو الفوتوغرافية الصادرة من موظف عام كتب الأصل أو حفظه بين أوراقه ، تكون حجة بالقدر الذي يعترف فيه بمطابقة الصورة للأصل . ٢ – ويجوز لكل من الطرفين أن يطلب مراجعة الصورة على الأصل ، على أن يتم ذلك في مواجهتهما . وفي هذه الحالة يجوز للقاضي أن يأمر باستحضار الأصل " . وفي لجنة المراجعة اقترح حذف عبارة " الصادرة من موظف عام كتب الأصل أو حفظه بين أوراقه " من الفقرة الأولى لعدم ضرورتها ، مع تعديل الفقرة تعديلاً لفظياً . وكذلك اقترح تعديل الفقرة الثانية لاستظهار قرينة مطابقة الصورة للأصل ما لم ينازع أحد الطرفين في ذلك ، ولتحتيم مضاهاة الصورة على الأصل عند المنازعة وكان هذا الأمر جوازياً للقاضي في المشروع التمهيدي كما رأينا . فقبلت اللجنة الاقتراحين ، وأصبح النص النهائي للمادة مطابقاً لما جاء في التقنين الجديد ، وصارت المادة رقم ٤٠٥ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص دون تعديل . وكذلك فعلت لجنة الشيوخ ، وأصبح رقم المادة ٣٩٢ ، ووافق عليها مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٥٩ – ص ٣٦٢) .

المادة ٣٩٣ (المقابلة للمادة ١٣ من قانون الإثبات : ورد هذا النص في المادة ٥٣٦ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " أما إذا فقد الأصل ، فتكون الصورة الخطية أو الفوتوغرافية حجة على الوجه الآتي : أ – يكون للصورة التنفيذية أو للصورة الأولى حجية الأصل إذا صدرت من موظف عام مختص وكان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل . ب – ويكون للصور الخطية أو الفوتوغرافية المأخوذة من الصورة التنفيذية أو الصورة الأولى ذات الحجية إذا صدرت هذه الصورة من موظف عام مختص. ويجوز في هذه الحالة أن يطلب الطرفان إحضار الصورة التنفيذية أو الصورة الأولى ، كما يجوز للقاضي أن يأمر باحضارها . جـ – أما ما يؤخذ بعد ذلك من صور خطية أو فوتوغرافية ، فلا يكون إلا بمجرد الاستئناس تبعاً للظروف " . وفي لجنة المراجعة عدل النص تعديلاً يجعله أدق في تأدية المعنى المقصود ، فأصبح يكاد يكون مطابقاً لما انتهى إليه . ووافق مجلس النواب على النص دون تعديل ، وجعل رقمه ٤٠٦. وفي لجنة مجلس الشيوخ اتجه الرأي أولاً إلى استبعاد حكم البند " أ " من النص ، وقيل إن في بقائه خطورة إذ قد تكون الصورة خالية من الشوائب في مظهرها الخارجي ولكنها لا تطابق الأصل ، فعدم وجود هذا الأصل سيكون حائلاً دون تحقيق صحتها ، فإعطاؤها قوة الأصل ينطوي على مجازفة . ورأى أحد الأعضاء، مع ذلك ، أن تكون للصورة الرسمية الأصلية قوة مبدأ الثبوت بالكتابة . ولكن اللجنة عادت فأبقت النص بعد أن تبينت صحة حكمه من واقع المراجع القانونية . ثم استبدلت في البند "ب" عبارة " الصورة الأصلية التي أخذت منها " بعبارة " الأصل الذي أخذت منه " زيادة في الإيضاح ، وحذفت عبارة " كما لا يجوز =

ويقابل هذان النصان في التقنين المدني القديم المادة ٢٩٦/٢٣١ [١] – ويقابلان في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البينات السوري المادتين السابعة والثامنة ، وفي التقنين المدني العراقي المواد من ٤٥٢ إلى ٤٥٤ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المواد من ١٧٣ إلى ١٧٦ ، وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٣٧٩ و ٣٨٠ [٢] – ويقابلان في التقنين المدني الفرنسي المادتين ١٣٣٤ و١٣٣٥ [١] .

= للقاضي أن يأمر باحضارها " كما أضافت كلمة " رسمية " بعد كلمة " صور " في البند "جـ". وأصبحت المادة رقمها ٣٩٣. ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٦٣ – ص ٣٦٧) . هذا والمادة ٣٩٣ من التقنين الجديد منقولة عن المادة ٢٩١ من المشروع الفرنسي الإيطالي .

(١) وكانت المادة ٢٩٦/٢٣١ من التقنين المدني القديم تنص على ما يأتي : " إذا قدم الخصم صورة سندات غير صورها الواجبة التنفيذ وهي صورها الأولى ، ولم يقدم الأصل ، وكانت الصور المذكورة محررة بمعرفة أحد المأمورين العموميين ، فللقاضي النظر في درجة اعتماد تلك الصور ، وعلى كل حال فإنها تعتبر في مقام مبادئ الثبوت بالكتابة " . وسنبسط حكم هذا النص ونقارن ما بين التقنينين القديم والحديث فيما يلي .

(٢) التقنينات العربية الأخرى – قانون البينات السوري م ٧ : ١ – إذا كان أصل السند الرسمي موجوداً ، فإن الصور الخطية والفوتوغرافية التي نقلت منه وصدرت عن موظف عام في حدود اختصاصه تكون لها قوة السند الرسمي الأصلي بالقدر الذي يعترف فيه بمطابقة الصورة للأصل . ٢ – وتعتبر الصورة مطابقة للأصل، ما لم ينازع في ذلك أحد الطرفين ، وفي هذه الحالة تراجع الصورة على الأصل . م ٨ : إذا لم يوجد أصل السند الرسمي ، كانت الصورة الخطية أو الفوتوغرافية حجة على الوجه الآتي : أ – يكون للصورة الأولى قوة الأصل إذا صدرت من موظف عام مختص وكان مظهرها الخارجي لا يتطرق معه الشك في مطابقتها للأصل . ب – ويكون للصورة الخطية أو الفوتوغرافية المأخوذة من الصورة الأولى نفس القوة إذا صدرت من موظف عام مختص يصادق على مطابقتها للأصل الذي أخذت منه . ويكون لكل من الطرفين أن يطلب مراجعة هذه الصورة على الصورة الأولى على أن تتم المراجعة في مواجهة الخصوم . جـ – أما الصورة المأخوذة عن الصورة الثانية فيمكن الاستئناس بها تبعاً للظروف .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني – م ١٧٣ : إن إبراز نسخة من السند مع وجود السند الإصلي لا يغني عن إبراز هذا السند ، إذ أنه يجوز التشبث بإبراز السند الأصلي في كل حين – م ١٧٤ : إذا فقد السند الأصلي يستعاض عنه بالنسخة الرسمية – م ١٧٥ : إن إدراج السند الرسمي في السجلات الرسمية لا يصلح إلا كبداية بينة خطية ، ويجب مع ذلك أن يثبت فقدان جميع الأصول المحفوظة عند الكاتب العدل والمختصة بالسنة التي يظهر أن السند أنشئ في خلالها أو أن تقام البينة على أن فقدان أصل هذا السند نتج عن حادث خاص – م ١٧٦ : إذا ظهر من نسخة السند في الحالة المبينة في المادة السابقة – أن السند أنشئ بحضور شهود ، وجب دعوة هؤلاء الشهود أمام القاضي .

التقنين المدني العراقي – م ٤٥٢ : ١ – إذا كان أصل السند الرسمي موجوداً ، فإن صورته الرسمية ، خطية كانت أو فوتوغرافية ، الصادرة من موظف عام مختص ، تكون حجة بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل. ٢ – وتعتبر الصورة مطابقة للأصل ، ما لم ينازع في ذلك أحد الطرفين ، وفي هذه الحالة تراجع الصورة على الأصل – م ٤٥٣ ، إذا لم يوجد السند الرسمي ، كانت الصورة حجة على الوجـــه الآتي : =

= (أ) يكون للصورة الرسمية الأصلية ، تنفيذية كانت أو غير تنفيذية ، حجية الأصل إذا كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل. (ب) وتكون للصورة الرسمية المأخوذة من الصورة الأصلية الحجية ذاتها. ولكن يجوز في هذه الحالة لكل من الطرفين مراجعتها على الأصل الذي أخذت منه . (ج) أما ما يؤخذ من صور للصورة المأخوذة من الصور الأصلية فلا يعتد به إلا لمجرد الاستئناس تبعاً للظروف — م ٤٥٤ : الوثائق الرسمية ، كالبراءات والقوانين والإرادات الملكية وشهادة الاختراع والعلامة الفارقة والجنسية وأحكام المحاكم وسجلات التسوية وسنداتها وسجلات الطابو الدائمية وسنداتها ، تكون حجة على الناس كافة بما دون بها ، ما لم يطعن فيها بالتزوير .

التقنين المدني الليبي : م ٣٧٩ و ٣٨٠ : مطابقتان للمادتين ٣٩٢ و ٣٩٣ من التقنين المدني المصري .

ويتبين من مطالعة هذه النصوص أن أحكام التقنينات العربية الأخرى في هذه المسألة تطابق أحكام التقنين المصري ، وذلك فيما عدا فروقاً بسيطة في التقنين اللبناني .

(١) التقنين المدني الفرنسي — م ١٣٣٤ : إذا كان أصل السند باقياً ، فلا يكون لصوره من الحجية إلا بما ورد في الأصل ، ويجوز دائما المطالبة بإبراز الأصل . م ١٣٣٥ : إذا فقد أصل السند ، كانت الصور حجة على الوجه الآتي : ١ — يكون للصور التنفيذية أو الصور الأولى حجية السند الأصلي . وكذلك الحال بالنسبة إلى الصور التي أمر بأخذها القاضي بحضور أصحاب الشأن أو بعد دعوتهم للحضور ، وبالنسبة إلى الصور التي أخذت بحضور أصحاب الشأن وبتراضي منهم . ٢ — الصور التي أخذت ، بعد تسليم الصور التنفيذية أو الصور الأولى ، ومن غير أمر القاضي أو تراضي الخصوم ، ومن أصل السند بواسطة الموثق الذي تلقاها أو أحد من خلفائه أو موظف عام يحفظ بحكم وظيفته أصول السندات ، يجوز أن تكون لها حجية الأصل ، إذا فقد الأصل، بشرط أن تكون قديمة . وتعتبر قديمة إذا كان قد مضى عليها أكثر من ثلاثين سنة . فإن كان قد مضى عليها أقل من ثلاثين سنة ، فلا تصلح إلا مبدأ ثبوت بالكتابة . ٣ — إذا كانت الصور المأخوذة من أصل السند لم يأخذها الموثق الذي تلقاها أو أحد من خلفائه أو موظف عام يحفظ بحكم وظيفته أصول السندات ، فهي لا تصلح ، مهما كانت قديمة ، إلا مبدأ ثبوت بالكتابة . ٤ — أما صور الصور فيجوز الاستئناس بها تبعاً للظروف . (أنظر أيضاً المادة ١٣٣٦ من التقنين المدني الفرنسي . وهي تقابل المادة ١٧٦ من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني ، وقد تقدم ذكرها) .

وهذا هو الأصل الفرنسي لهذه النصوص :

Art. 1334: Les copies, lorsque le titre original subsiste, ne font foi que de ce qui est contenu au titre, dont la représentation peut toujours être exigée.

Art. 1335 : Lorsque le titre original n'existe plus, les copies font foi d'aprés les distinctions suivantes :

10. Les grosses ou premiéres expéditions font la même foi que l'original; 11 en est de même des copies qui ont été tirées par l'autorité du magistrat, parties présentes ou dûment appelées, ou de celles qui ont été tirées en présence des parties et de leur consentement réciproque.

20. Les grosses qui, sans l'autorité du magistrat, ou sans le consentement des parties, et depuis la délivrance des grosses ou premiéres expéditions, auront été tirées sur la minute de l'acte par le notaire qui lareçu, ou par l'un de ses successeurs, ou par officiers publics qui, en cette qualité, sont dépositaires des minutes, peuvent, en cas de =

٩٧ – الأصل والصورة : وتعرض هذه النصوص لحجية صور الورقة الرسمية . ذلك أن كل ما قدمناه في حجية الورقة الرسمية إنما يرد في حجية أصل الورقة لا في حجية صورها . والفرق بين الأصل والصورة أن الأصل هو الذي يحمل التوقيعات إذ أن جميع من وقعوا الورقة الرسمية إنما وقعوا على الأصل ، هذا إلى أن الأصل هو الورقة بعينها التي صدرت من الموثق . أما صورة الورقة الرسمية فهي لا تحمل التوقيعات وليست هي التي صدرت من الموثق ، بل هي منقولة عن الأصل بواسطة موظف عام مختص ، فهي من هذه الناحية ورقة رسمية ولكن رسميتها في أنها صورة لا في أنها أصل [1] . والمفروض أنها مطابقة للأصل مطابقة تامة ، بما ورد في الأصل من بيانات وما يحمله من توقيعات [1] .

= perte de l'original, faire foi quand elles sont anciennes. Elles sont considérées comme anciennes quand elles ont plus de trente ans. Si elles ont moins de trente ans, elles ne peuvent servir que de commencement de preuve par écrit.

30. Lorsque les copies tirées sur la minute d'un acte ne l'auront pas été par le notaire qui l'a reçu, ou par l'un de ses successeurs ou par officiers publics qui, en cette qualité, sont dépositaires des minutes, elles ne peuvent servir, quelle que soit leur ancienneté, que de commencement de preuves par écrit.

40. Les copies des copies pourront, suivant les circonstances, être considérées comme simples renseignements.

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " والأصل في حجية الورقة الرسمية أن تكون قاصرة على نسختها الأصلية ، كما تقضي بذلك صراحة المادة ١٩٢٥ من التقنين الهولندي. ويتفرع على ذلك أن الصور الخطية أو الشمسية والصور التنفيذية والصور الأولى لا تكون بذاتها حجة في الإثبات ، مع أن موظفاً عاماً يستوثق من مطابقتها للأصل . ولهذه العلة ذكر النص على وجه التحديد أن الصور تكون حجة بالقدر الذي يعترف فيه بمطابقتها للأصل ، مع مراعاة القيد الآتي : فلذي الشأن من الطرفين أن يطلب مراجعة الصورة على الأصل في مواجهة الطرف الآخر . ومؤدى هذا أن مجرد إنكار مطابقة الصورة للأصل يكفي للإلزام بتقديم الأصل ولو لم يكن هذا الإنكار معززاً بدليل " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٦١) .

والمشروع التمهيدي – كما رأينا – لم يلزم القاضي باستحضار الأصل ، بل أجاز له ذلك ، فجعل استحضار الأصل محلاً لتقديره . ولكن المشروع النهائي جعل استحضار الأصل لزاماً على القاضي .

(1) المحررات الرسمية لا يمكن الطعن فيها إلا بالتزوير وتكون حجة على الناس كافة بما دون فيها من أمور قام بها محررها إذا وقعت من ذي الشأن في حضوره . وإذا كان أصل تلك المحررات غير موجود فتظل لصورها الرسمية حجيتها سواء أكانت تنفيذية أو غير تنفيذية أخذت فور تحرير الأصل بمعرفة محرره أو أخذت بعد ذلك بمعرفة أحد الموظفين غير محرر الأصل وذلك متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل ، أما إذا كان المظهر الخارجي يبعث على الشك في أن يكون قد عبث بها ، كما إذا وجد بها كشط أو محو أو تحشير فإن الصورة تسقط حجيتها في هذه الحالة .

(جلسة ١٩٧٩/١/٢٤ الطعن رقم ٢٠٣ سنة ٤٤ ق س ٣٠ ص ٣٣٨) .

ولا فرق بين الصورة الخطية والصورة الفوتوغرافية مادامت كلتاهما صورة رسمية، بل لعل الصورة الفوتوغرافية هي الأدق من الناحية الفعلية [1] .

أما إذا كانت صورة الورقة الرسمية ليست هي ذاتها صورة رسمية بل صورة عرفية، فليست لها أية حجية [1] .

وتقل حجية الصورة الرسمية عن حجية الأصل . ولبيان ذلك يجب أن نميز بين فرضين: (أولاً) إذا كان الأصل موجوداً (ثانياً) إذا كان الأصل غير موجود [2] .

٩٨ – حجية الصورة إذا كان الأصل موجوداً : بينا فيما تقدم أن أصل الورقة الرسمية يبقى محفوظاً في مكتب التوثيق الذي وثق الورقة . ومن ثم كانت الحالة الغالبة في حجية الصورة هي حالة ما إذا كان الأصل موجوداً ، إذ قل أن ينعدم هذا الأصل .

وإذن يشترط لقيام هذا الفرض شرطان : (١) أن يكون أصل الورقة الرسمية موجوداً حتى يمكن الرجوع إليه عند الحاجة . (٢) أن تكون الورقة التي يحتج بها ليست هي هذا الأصل ، بل صورة من الأصل . ولكن يشترط في هذه الصورة أن تكون صورة رسمية ، دون حاجة إلى أن تكون صورة مأخوذة من الأصل بطريق مباشر . فقد تكون مأخوذة مباشرة من الأصل ، وفي هذه الحالة قد تكون هي الصورة التنفيذية (grosse) أو تكون صورة أولى بسيطة (expédition) . وقد تكون مأخوذة من صورة مأخوذة من الأصل ، أو من صورة مأخوذة عن صورة من الأصلى ، أياً كان عدد الصور الرسمية التي توسطت بينها وبين الأصل. فمادام الأصل (minute) موجوداً فإنه يكفى في الصورة أن تكون صورة رسمية فحسب ، إذ يمكن دائماً مضاهاتها على الأصل .

---

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " ويراعى أن النص سوى في الحكم بين الصور الشمسية (الفوتوغرافية) والصور الخطية إزاء شيوع الركون إلى طريقة التصوير الشمسي بالنسبة للأوراق الرسمية في مصر . وقد قضت المادة ٤٤٠ من التقنين المغربي على انسحاب الحكم نفسه على الصور الشمسية للأوراق المنقولة عن الأصل " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٦٠ – ص ٣٦١) .

(1) لا حجية لصور الأوراق الرسمية إلا إذا كانت هذه الصورة بذاتها رسمية .
(جلسة ١٩٧٢/٤/٢٢ السنة ٢٧ ص ١٠٦٣) .
(جلسة ١٩٩١/١/٢ الطعن رقم ١٩٨٣ سنة ٥٨ ق) .

(٢) حتى ولو لم يكن مفقوداً ، مادام أن تقديمه متعذر . ومن هنا عدلت العبارة التي في صدر المادة ٣٩٣ فصارت : " إذا لم يوجد أصل الورقة الرسمية " ، وكانت في المشروع التمهيدي : " أما إذا فقد الأصل " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٦٣) .

ومتى توافر هذان الشرطان ، كان للصورة الرسمية ، خطية كانت أو فوتوغرافية ، حجية في الإثبات بفضل قرينة قانونية وردت في الفقرة الثانية من المادة ١٠ إثبات ، إذ قضى هذا النص بأن " تعتبر الصورة مطابقة للأصل ، ما لم ينازع في ذلك أحد الطرفين، وفي هذه الحالة تراجع الصورة على الأصل " . ومن ذلك يتبين أن القرينة هنا قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس [1] .

فهي أولاً قرينة قانونية على المطابقة . وصاحب المصلحة يقتصر على تقديم الصورة . وهي التي تكون معه غالباً ، دون الأصل المودع في مكتب التوثيق . وعند ذلك يعتبرها القاضي مطابقة للأصل دون أي تحقيق ، ويجعل لها حجية الإثبات التي للأصل على التفصيل الذي قدمناه . ولكن الحجية هنا إنما تأتي من افتراض مطابقة الصورة للأصل ، فهي إذن حجية مستمدة من الأصل لا من الصورة .

وهي ثانياً قرينة لإثبات العكس . فللخصم أن ينازع في مطابقتها للأصل . ومجرد المنازعة يكفي لإسقاط القرينة [1] . وعند ذلك يتعين على المحكمة تحقيق مطابقة الصورة

---

(1) إن عدم منازعة أحد من الطرفين في مطابقة الصورة الرسمية للأصل يعتبر تسليماً بهذه المطابقة .
(جلسة ١٩٦٨/٢/١ الطعن رقم ٢٨٢ السنة ٣٤ ق مجموعة المكتب الفني السنة ١٩ ص ١٩٥) .
(جلسة ١٩٧٢/٦/٢٢ مجموعة المكتب الفني السنة ٢٣ ص ١١٥٤) .
(جلسة ١٩٧٦/٥/٥ الطعن رقم ٧١١ السنة ٤٢ ق مجموعة المكتب الفني السنة ٢٧ ص ١٠٦٣) .

(١) وقد كان المشروع التمهيدي في الفقرة الثانية من المادة ٥٣٥ ، على ما رأينا ، يجرى على الوجه الآتي : "ويجوز لكل من الطرفين أن يطلب مراجعة الصورة على الأصل ، على أن يتم ذلك في مواجهتهما . وفي هذه الحالة يجوز للقاضي أن يأمر باستحضار الأصل " . فمجرد المنازعة في المطابقة لا يكفي لإسقاط القرينة، بل يترك ذلك إلى تقدير القاضي ، فإن رأى استيفاء القرينة قائمة دون مضاهاة فعل ، وإلا استحضر الأصل وضاهى عليه الصورة . وفي هذا المعنى تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ما يأتي : " بيد أن العمل جرى على الاعتداد بحجية الصور الخطية والشمسية واعتبارها مطابقة للأصل متى انتفت كل شبهة في حقيقة هذه المطابقة . فليست قيمة هذه الصور في الإثبات بموقوتة أو مغياة بمجرد المنازعة في مطابقتها لأصولها . على أن المشروع قصد إلى تحامي استغلال مجرد الإنكار في إطالة أمد الخصومات واللدد فيها ، فنص في الفقرة الثانية من المادة المتقدم ذكرها على أنه (يجوز للقاضي أن يأمر باستحضار الأصل) . فللقاضي والحال هذه سلطة تقدير جدية الإنكار ، دون أن يخل ذلك بواجبه في الاعتداد بما لمن يحتج عليه بالصورة الشمسية أو الخطية من حق غير منازع في المطالبة بتقديم الأصل . فإذا انتفى كل شك في أن الإنكار لا يقصد منه إلا إلى إطالة أمد النزاع ، كان للقاضي ألا يأمر باستحضار الأصل . وليس شك في أن من الأنسب تخويل القاضي سلطة التقدير في هذا الشأن ، ولا سيما أن شيوع طريقة التصوير الشمسي يقضي على الكثير من أسباب الخطأ في الصور التي تنقل بالخط أو بالآلة الكاتبة " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٦١) .
وقد رأينا أن المشروع النهائي ادخل تعديلاً على المشروع التمهيدي في هذه المسألة ، وجعل لزاماً على القاضي استحضار الأصل للمضاهاة بمجرد منازعة الخصم في المطابقة . وبهذا المعنى صدر التقنين الجديد . =

المقدمة لأصلها . وتصدر لهذا الغرض قراراً بضم الأصل إلى ملف الدعوى ، وينتقل القاضي المنتدب إلى مكتب التوثيق ، ويحرر بحضوره صورة مطابقة للأصل ويحرر بذيلها محضر يوقعه القاضي والموثق وكاتب المحكمة ، ثم يضم الأصل إلى ملف النزاع ، وتقوم الصورة مقام الأصل لحين رده (م ١٠ فقرة ٢ من قانون التوثيق وقد مر ذكرها) . ومتى ضم الأصل إلى ملف الدعوى أمكن للمحكمة مضاهاة الصورة عليه ، فإن وجدت مطابقة للأصل ثبتت لها حجيته ، وإلا استبعدت وبقي الأصل هو المستند في الدعوى بحجيته المعروفة .

وهذا الذي قررناه في شأن حجية الصورة الرسمية إذا كان الأصل موجوداً هو ما كان متبعاً دون نص في التقنين المدني السابق [1] .

٩٩ – حجية الصورة إذا كان الأصل غير موجود : هنا يميز قانون الإثبات (م ١٣) بين حالات ثلاث : (١) حالة الصور الرسمية الأصلية ، أي الصور الرسمية المأخوذة مباشرة من الأصل . (٢) حالة الصور الرسمية المأخوذة من الصور الرسمية الأصلية. (٣) حالة الصور الرسمية المأخوذة من الصور الرسمية للصور الرسمية الأصلية .

وأصل الورقة الرسمية لا يفقد إلا نادراً كما قدمنا ، إذ هو دائماً محفوظ في مكتب التوثيق أو في قلم كتاب المحكمة الذي وثقه وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . ولكن يقع أن

= ويوجه هذا الرأي اعتبار منطقي : إن الاحتجاج بورقة ، ولو كانت رسمية ، على خصم إنما يكون بتوقيع هذا الخصم عليها، والصورة لا تحمل هذا التوقيع ، والذي يحمل التوقيع هو الأصل ، فمادام الأصل موجودا، وطلب الخصم استحضاره ، فالأصل وحده هو الذي يحتج به عليه ، ووجب استحضاره لمضاهاة الصورة عليه . وحتى إذا تبين من المضاهاة مطابقة الصورة للأصل ، فالأصل لا الصورة هو الذي يحتج به على الخصم فالحجية إذن ، حتى عند مطابقة الصورة للأصل ، إنما تثبت للأصل دون الصورة كما قدمنا .

(١) وقد ورد في الموجز للمؤلف شرحاً للتقنين القديم في هذا الصدد ما يأتي : " وقد رأينا فيما قدمناه أن ذوي الشأن في الورقة الرسمية لا يحصلون إلا على صور منها ، أما الأصل فيبقى محفوظاً في قلم كتاب المحكمة . فإذا كان الأصل موجوداً لم تقم الصورة مقامه في الإثبات إلا إذا سلم الخصم بمطابقة الصورة للأصل . فإذا لم يسلم بذلك ، وطلب الرجوع إلى الأصل وهو وحده الذي يحمل توقيعه ، أجيب إلى طلبه ، وانتدبت المحكمة قاضياً لاستلام الأصل مع كتابة صورة منه توضع مكان الأصل مؤقتاً حتى يرد الأصل " . (الموجز فقرة ٦٢٩ ص ٦٦١ – ص ٦٦٢) . وواضح مما ورد في الموجز أن الصورة تنتفع بادئ ذي بدء بقرينة المطابقة ، وتنتفي هذه القرينة بمجرد إنكار الخصم مطابقة الصورة للأصل ، وعندئذ يؤتى بالأصل لمضاهاة الصورة عليه . والحجية، حتى عند التحقق من المطابقة ، إنما تثبت ، في التقنين القديم كما في التقنين الجديد، للأصل لا الصورة (قارن استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٣٢) .

وهذا هو أيضاً حكم القانون المدني الفرنسي (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٠ ص ٢٧٩ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٩٨) .

يفقد الأصل إذا قدم العهد به ، أو قبل ذلك بسبب حريق أو سرقة أو أي عارض آخر . ويقع على الخصم المتمسك بالصورة عبء إثبات فقد الأصل [1] .

١٠٠ – حجية الصور الرسمية الأصلية : وهذه كما قدمنا الصور الرسمية التي تنقل مباشرة من الأصل (original, minute) وتشمل : (أولاً) الصورة التنفيذية ، وهي الصورة الرسمية التي تنقل مباشرة من الأصل وتوضع عليها الصيغة التنفيذية . ولا تعطى إلا لأصحاب الشأن ، ومرة واحدة ، فلا يجوز تسليم صورة تنفيذية ثانية إلا بقرار من قاضي الأمور المستعجلة (م ٩ قانون التوثيق) . ويسميها الفرنسيون (grosse) لأنها تكتب بحروف مكبرة ، بخلاف الأصل والصور الأخرى فهي تكتب بحروف عادية . (ثانياً) الصورة الأصلية الأولى (première expédition) ، وهي التي تنقل من الأصل عقب التوثيق لاعطائها لذوي الشأن دون أن توضع عليها الصيغة التنفيذية . وهي لا تعطى إلا لـــذي شأن [2] ، ويؤشر الموثق بالتسليم في أصل المحرر ويوقع هذا التأشير (م ٨ قانون التوثيق و م ١٩ لائحة قانون التوثيق) . (ثالثاً) الصورة الأصلية البسيطة (simple expédition) ، وتنقل هي أيضا مباشرة من الأصل ولكنها لا تنقل إلا بعد التوثيق بمدة من الزمن . ويجوز دائماً إعطاؤها لذوي الشأن . ولا يجوز إعطاؤها للغير إلا بعد الحصول على إذن من قاضي الأمور الوقتية بالمحكمة التي يقع مكتب التوثيق في دائرتها (م ٨ قانون التوثيق) . (رابعاً) الصورة الرسمية التي تحرر بحضور القاضي المنتدب عند صدور قرار من سلطة قضائية بضم الأصل إلى ملف الدعوى . وهي صورة تحرر مطابقة للأصل ، ويحرر بذيلها محضر يوقعه القاضي والموثق وكاتب المحكمة ، وتقوم مقام الأصل إلى حين رده كما سبق القول (م ١٠ فقرة ٢ قانون التوثيق) .

هذه كلها صورة رسمية أصلية ، ولها جميعاً حجية واحدة هي حجية الأصل المفقود ، وذلك متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل [3] . أما إذا كان

---

(١) وفي هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : " يقع على من يتمسك بالصور الخطية أو الشمسية عبء إقامة الدليل على فقد الأصل " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٦٥) .

(٢) وعقب التوثيق كما قدمنا ، ولا توضع عليها الصيغة التنفيذية ، إما لأن ذا الشأن لا حاجة به للتنفيذ ، وإما لأن موضوع الورقة لا يدع محلاً للتنفيذ كالتوكيل الرسمي .

(٣) وهذا هو الرأي الذي ذهب إليه الأستاذ سليمان مرقس في كتابه أصول الإثبات (فقرة ٥٠٢ مكررة ص ٦٧ – ص ٦٩)، ونفى أن يكون المقصود من النص الاقتصار، في إعطاء حجية الأصل، على الصورة التنفيذية (grosse) والصورة الأصلية الأولى ((première expédition ، بل جعل النص يعمم الصورة الأصلية البسيطة ((simple expédition ، والصورة الرسمية التي تحرر بحضور القاضي المنتدب عند –

المظهر الخارجي للصورة يبعث على الشك في أن يكون قد عبث بها ، كما إذا وجد كشط أو محو أو تحشير أو نحو ذلك ، فإن الصورة تسقط حجيتها في هذه الحالة [1] .

= صدور قرار من سلطة قضائية بضم الأصل إلى ملف الدعوى . وهذا الرأي في نظرنا هو الصحيح ، فإن عبارة " الصور الرسمية الأصلية ، تنفيذية كانت أو غير تنفيذية " الواردة في النص عبارة عامة تشمل هذه الحالات جميعاً . ولا يوجد ما يبرر قصرها على الحالتين الأوليين — الصورة التنفيذية والصورة الأصلية الأولى — دون غيرهما . (أنظر أيضاً في هذا المعنى الدكتور عبد المنعم الصدة في الإثبات فقرة ٩٥) .

وقد قصر الأستاذ أحمد نشأت (الإثبات ١ فقرة ١٧٢ — فقرة ١٧٣) هذه العبارة على الحالتين الأوليين (الصورة التنفيذية والصورة الرسيمة الأولى) ، وأخرج من النص حالة الصورة الأصلية البسيطة — والظاهر أنه يرى وجوب اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة عن طريق الاجتهاد لا عن طريق النص ، أنظر ص ١٦٣ — كما أخرج حالة الصورة الرسمية التي تحرر بحضور القاضي المنتدب ورجع فيها إلى المادة العاشرة من قانون التوثيق وتنص صراحة على أن تقوم الصورة مقام الأصل لحين رده .

وقد تأثر الأستاذ أحمد نشأت في رأيه هذا بما كان عليه التقنين القديم ، فسنرى أن هذا التقنين كان ، على غرار التقنين الفرنسي ، يفرق بين الصورة الأصلية الأولى تنفيذية كانت أو غير تنفيذية فيوليها حجية الأصل، وبين الصورة الأصلية البسيطة فلا يوليها حتما حجية الأصل ولكن لا ينزل بها عن مرتبة مبدأ الثبوت بالكتابة (وفي التقنين الفرنسي تكون لها حجية الأصل إذا مضى عليها ثلاثون سنة وإلا فهي مبدأ ثبوت بالكتابة) . وقد كان النص العربي للمشروع التمهيدي — كما لاحظ بحق الأستاذ سليمان مرقس في كتابه أصول الإثبات ص ٦٩ — يؤيد هذا الرأي . فقد وردت المادة ٥٣٦ من هذا المشروع — وهي أصل المادة ٣٩٣ — على الوجه الآتي : " يكون للصورة التنفيذية أو للصورة الأولى حجية الأصل " ، (أنظر ايضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٦٥) ، وكان هذا يغاير الأصل الفرنسي للنص وهو : Les grosses et toutes expéditions font la même foi que l'original فلم يفرق هذا النص الفرنسي بين صورة أصلية أولى وصورة أصلية بسيطة ، بل جعل لكل الصور الأصلية حجية الأصل، وهذا نقلاً عن المادة ٢٩١ من المشروع الفرنسي الإيطالي كما سبق القول . وقد عدل النص العربي في لجنة المراجعة — كما رأينا — فأصبح على الوجه الآتي : " يكون للصور الرسيمة الأصلية ، تنفيذية كانت أو غير تنفيذية، حجية الأصل " . ومن ثم لم يعد هناك محل للتمييز بين الصورة الأصلية الأولى والصورة الأصلية البسيطة ، فكلاهما له حجية الأصل .

على أن الأستاذ سليمان مرقس (أصول الإثبات ص ٦٨ هامش رقم ١) لا يزال يفضل — من الناحية التشريعية لا من الناحية التفسيرية للتشريع القائم — التمييز بين الصورة الأصلية الأولى ، ويوليها حجية الأصل ، والصورة الأصلية البسيطة ، ويجعلها خاضعة لتقدير القاضي، " إذ يمكن — كما يقول — أن نتصور أن يتواطأ الموظف المختص مع أحد ذوي الشأن ويعطيه صورة محورة من عقد رسمي محفوظ لديه ليست هي الصورة الأولى ، على أن يخفى هذا الأصل أو يعدمه بعد ذلك ، فالتقنين الجديد يعطى هذه الصورة المحورة حجية الأصل ويغطى ما وقع فيها من تحوير فلا يجيز إثبات عدم صحتها إلا بالطعن بالتزوير". ومهما قيل من أن احتمال تواطؤ الموظف المختص يكون أكبر في الصورة الأصلية البسيطة منه في الصورة الأصلية الأولى ، فلا شك في أن إثارة هذا التواطؤ — أياً كانت احتمالاته — لا يجوز أن تكون إلا عن طريق الطعن بالتزوير .

(١) وقد تكون ، تبعاً للظروف ، مبدأ ثبوت بالكتابة ، إذا توافرت فيها الشروط الوجبة لذلك .

ويتبين من ذلك أن الصورة الرسمية الأصلية سليمة المظهر الخارجي تكون لها حجية الأصل على النحو الذي قدمناه [1] . وتستمد هذه الحجية لا من الأصل فهو غير موجود فرضاً ، بل منها ذاتها [1] ، وذلك بالرغم من أنها لا تحمل توقيع الخصم ولا تمكن مضاهاتها على الأصل المفقود . ومن ثم ندرك ما ينطوى عليه هذ الحكم من جرأة . ومن أجل هذا اتجه رأي لجنة مجلس الشيوخ في البداية إلى استبعاده ، " لأن في بقائه خطورة إذ قد تكون الورقة خالية من الشوائب في مظهرها الخارجي ولكنها لا تطابق الأصل ، وعدم وجود هذا الأصل سيكون حائلاً دون تحقيق صحتها ، وإعطاؤها قوة الأصل فيه خطورة كبيرة " .

---

(1) متى كان الحكم المطعون فيه قد اعتمد على صورتين رسميتين لورقتين رسميتين — حجتي وقف — حرر كلا منهما موظف مختص بتحريرها وكان الطاعنون لم ينازعوا في مطابقة هاتين الصورتين لأصلهما فإنهما تعتبران مطابقتين لهذا الأصل وبالتالي حجة بما فيهما من إقرارات صادرة من الأشخاص الذين أثبت الموظف المختص بتحرير الحجتين صدورها منهم ومن ثم فلا على الحكم إذا اعتمد في قضائه على هذه الإقرارات واتخذ منها دليلاً على ما قضى به .

(جلسة ١٩٦١/٢/٢٠ الطعن رقم ٢١٨ سنة ٢٩ ق مجموعة المكتب الفني س ١٥ ص ٢٤٤) .

ب — إذا كان الحكم المطعون فيه قد عول في الأخذ بالصورة الرسمية للشكاوي الإدارية المرفقة بها البلاغات الكتابية على عدم منازعة الطاعن في مطابقة هذه الصور للأصل ، وكان الطاعن لم يقدم ما يدل على أنه تمسك أمام محكمة الموضوع بإنكار حجية تلك الصور فإن الحكم المطعون فيه إذا اعتمد على هذه الصور في استخلاص إقرار الطاعن بملكية المطعون عليه لربع المحل ، لا يكون قد خالف القانون أو شابه تصور في التسبيب .

(جلسة ١٩٧٢/٦/٢٢ الطعن رقم ٣٥٩ سنة ٣٧ ق س ٢٣ ص ١١٥٤) .

ج - مؤدى المادة ١٢ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ أن الصور الرسمية للمحررات تعتبر مطابقة لها إذا لم تكن محل منازعة تقتضى الرجوع على أصولها بحيث يجوز للمحكمة الإستناد إليها كدليل في الإثبات دون الرجوع على الأصل .

(جلسة ١٩٧٦/٥/٥ الطعن رقم ٧١١ سنة ٤٢ ق مجموعة المكتب الفني س ٢٧ ص ١٠٦٣) .

د - مؤدى المادة ٣٩٢ من القانون المدني المطابقة للمادة ١٢ من قانون الإثبات أنها شرعت قرينة قانونية على أن الصورة الرسمية للمحرر الرسمي — خطية كانت أو فوتوغرافية تكون حجة بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل ما لم ينازع في ذلك أحد الطرفين ، ولئن كانت مجرد المنازعة تكفي لإسقاط قرينة المطابقة إلا أنه ينبغي أن تكون هذه المنازعة صريحة في انعدام هذه المطابقة متسمة بالجدية في إنكارها وإذا كان البين من مذكرة الطاعن المقدمة لمحكمة الموضوع أنها اقتصرت على القـــول بأن = محاضر البوليس ليست من أدلة الإثبات المدنية فإن ذلك لا ينطوى على منازعة في مدى التطابق بين صورة المحرر الرسمي وأصله ، وليس من شأنه إهدار القرينة القانونية آنفة الذكر ، ويكون الحكم في مطلق حقه إذ عول على ما ورد بالصورة الرسمية للشكوى من أقوال منسوب صدورها على الطاعن .

(جلسة ١٩٧٨/٥/٤ الطعن رقم ٥٥٤ سنة ٤٤ ق مجموعة المكتب الفني س ٢٩ ص ١٣١٥) .

(١) وذلك بخلاف ما إذا كان الأصل موجوداً ، فقد قدمنا أن الصورة تستمد حجيتها لا منها ذاتها بل من الأصل الموجود .

ولكن اللجنة عدلت عن هذا الرأي ، واستبقت الحكم بعد استيفائها من أنه هو الحكم الصحيح ، وإن كان يعتبر استثناء من القواعد العامة [1] .

١٠١ – حجية الصور الرسمية المأخوذة من الصورة الرسمية الأصلية :

وهذه ليست الصورة الرسمية الأصلية (expéditions) التي نقلت مباشرة من الأصل ، بل هي صور رسمية نقلت من الصور الرسمية الأصلية . فهي لا تعتبر صوراً من الأصل إلا بطريق غير مباشر .

ولذلك لا يجوز أن تكون لها حجية أكبر من حجية الصور الأصلية التي هي ليست إلا صوراً منها ، وبشرط أن تكون الصور الأصلية موجودة حتى إذا طلب أحد الطرفين مضاهاتها على أصلها أمكن ذلك . ومن ثم لا تكون للصورة المأخوذة من الصورة الأصلية حجية مستمدة من ذاتها ، بل هي تقتصر على التمتع بقرينة المطابقة للصورة الأصلية ، وتنتفى القرينة بمجرد إنكار أحد الطرفين لهذه المطابقة [2] ، وعندئذ يتعين احضار الصورة الأصلية للمضاهاة. فإن وجدت الصورة الثانية مطابقة لها ، كانت لها حجيتها على التفصيل الذي قدمناه في حجية الصورة الأصلية ، ذلك أن هذه الحجية مستمدة كما قدمنا من الصورة الأصلية لا من الصورة الثانية . أما إذا وجدت الصورة الثانية غير مطابقة للصورة الأصلية، استبعدت تلك واستبقيت الصورة الأصلية وهي التي تكون لها الحجية في كل حال.

بقى فرض ما إذا كانت الصورة الأصلية غير موجودة فلا يمكن مضاهاة الصورة الثانية عليها . ونرى في هذه الحالة ، أمام سكوت النص ، ألا تكون للصورة الثانية حجية محددة ، ولا يعتد بها إلا لمجرد الاستئناس ، شأنها في ذلك شأن الصور المأخوذة من الصور الأصلية ، وهي التي ننتقل الآن إليها [3] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٦٦ . وقد سبق ذكر ذلك .

(٢) وقد كان المشروع التمهيدي (م ٥٣٦ بند ب) يجيز أيضاً للقاضى ، من غير طلب الخصوم ، أن يأمر بإحضار الصورة الأصلية للمضاهاة . ولكن المشروع النهائي خرج خلواً من هذا الجواز ، وقد سبقت الإشارة على ذلك (أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٦٤ و ص ٣٦٥) .

(٣) ويرى الأستاذ سليمان مرقس (أصول الإثبات ص ٧٠) أنه " إذا كانت الصورة الأصلية في هذه الحالة قد فقدت كما فقد أصل الورقة الرسمية ، أمكن اعتبار الصورة غير الأصلية بمثابة صورة أصلية من الصورة الأصلية المفقودة وإجراء حكم الفقرة (١) عليها ، فتكون لها حجية هذه الصورة الأخيرة متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها لها " . ولا نميل للأخذ بهذا الرأي دون نص صريح يقضي به ، فقد رأينا أن الأخذ بحكم مماثل في حالة تحديد حجية الصورة الأصلية عند فقد الأصل كان مستنداً على نص صريح ، وعد مع ذلك نصاً جريئاً . =

١٠٢ – حجية صور الصور المأخوذة من الصور الأصلية : وهنا تتعدد الحلقات ، وتنفرج المسافة ما بين الصورة والأصل . فالصورة التي يحتج بها ليست إلا صورة لصورة مأخوذة من الصورة الأصلية . فهي بالنسبة إلى الأصل صورة صورة الصورة ، أي الصورة الثالثة .

فإن كانت الصورة الأصلية موجودة وجب استحضارها ، وهي التي تثبت لها حجية الأصل على التفصيل الذي قدمناه . بل إن الصورة الثالثة لا تتمتع بقرينة مطابقتها للصورة الأصلية ، بخلاف الصورة الثانية فإنها تتمتع بقرينة هذه المطابقة ، وبخلاف الصورة الأصلية فإنها تتمتع بقرينة مطابقتها للأصل ، وقد تقدم ذكر ذلك . وسواء كانت الصورة الثالثة مطابقة للصورة الثانية في حالة وجود هذه أو غير مطابقة ، فهذا لا أهمية له ، بل لا فائدة من تحقيق هذه المطابقة . والمهم هو مطابقة الصورة الثالثة للصورة الأصلية إن وجدت هذه .

فإن كانت الصورة الأصلية هي ايضاً مفقودة كالأصل ، فإن الصورة الثالثة – طابقت الصورة الثانية أو لم تطابق – لا تكون لها حجية ، ولا يعتد بها إلا لمجرد الاستئناس تبعاً للظروف ، باعتبارها مجرد قرينة [١] . فهي إذن لا تصلح حتى مبدأ ثبوت بالكتابة .

ومن ثم يتبين أن الصورة الثالثة – ومن باب أولى أية صورة دونها [٢] – لا حجية لها في ذاتها . فإن وجدت الصورة الأصلية ، كانت الحجية لهذه الصورة . وإن كانت الصورة الأصلية مفقودة ، سواء وجدت الصورة الثانية أو لم توجد ، فلا يعتد بالصورة الثالثة إلا لمجرد الاستئناس كما قدمنا [٣] .

= ويرى الأستاذ أحمد نشأت (الإثبات ١ فقرة ١٧٣) أن الصورة الثانية في هذه الحالة يجب أن يعترف لها بقيمة مبدأ الثبوت بالكتابة على الأقل . وهذا هو أيضاً رأي الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة (الإثبات ص ١٠٤) .

وقد تقضي الظروف باعتبار الصورة الثانية إثباتاً كاملاً للحق إذا كان صاحب الحق نفسه متعنتاً لا يريد تقديم المستند الأصلي . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا رفض التاجر المفلس أن يقدم السند الأصلي لعقد البيع الصادر له ، كان لأمين التفليسة أن يقدم صورة تسجيل هذا العقد (والتسجيل ذاته صورة أصلية من السند الأصلي فصورته تكون إذن صورة للصورة الأصلية) مستنداً لحق التاجر المفلس في ملكية الشيء المبيع إذا رفع الغير دعوى استحقاق يطالب بهذه الملكية (استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٩٥) .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٦٥ .

(٢) ويدخل في ذلك أية صورة أخذت ، مباشرة أو بطريق غير مباشر ، من صورة مأخوذة من صورة للصورة الأصلية ، مهما تعددت الصور التي تفصل ما بين الأصل والصورة التي يراد الاحتجاج بها .

(٣) وهذا هو الرأي الذي يقول به الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة (الإثبات ص ١٠٤) – هذا وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي بعد ذلك ما يأتي: "أما المقتطفات والمستخرجات والصور الجزئية فللقاضي =

١٠٣ – أحكام التقنين المدني السابق : أما التقنين المدني السابق فقد تضمن نصاً واحداً في هذه المسألة . فقد كانت المادة ٢٣١/٢٩٦ تنص على أنه : " إذا قدم الخصم صور سندات غير صورها الواجبة التنفيذ وهي صورها الأولى ، ولم يقدم الأصل ، وكانت الصورة المذكورة محررة بمعرفة أحد المأمورين العموميين ، فللقاضي النظر في درجة اعتماد تلك الصور . وعلى كل حال فإنها تعتبر في مقام مبادئ الثبوت بالكتابة " . والنص الفرنسي لهذه المادة في القانون الأهلي أدق من هذا النص العربي ، فقد كان يجرى على الوجه الآتي .

" La valeur probante des copies de titres autres que les expéditions exécutoires ou premières expéditions, quand ces copies auront été faites par des officieres publics, sera appréciée par le juge si l'original n'est pas représenté. ; ces copies vaudront au moins un commencement de preuve par écrit ".

ويتبين من المقابلة بين النصين العربي والفرنسي أن هناك خلافاً فيما بينهما . فالنص العربي يجعل الصور التنفيذية هي الصور الأول ، إذ يقول : " غير صورها الواجبة التنفيذ وهي صورها الأولى " . أما النص الفرنسي فيجعل الصور الأولى شيئاً غير الصور التنفيذية ، إذ يقول (expéditions exécutoires ou premières expéditions) . والصحيح هو النص الفرنسي ، فالصور الأولى ، كما تكون صوراً تنفيذية ، قد تكون صوراً غير تنفيذية، وقد سبق ذكر ذلك . والتقنين المدني الفرنسي ، وهو الأصل الذي نقل عنه التقنين المدني السابق ، صريح في هذا التمييز [1] . فيجب إذن الأخذ بالنص الفرنسي للتقنين المدني

= سلطة تقديرها . وغني عن البيان أن هذه المقتطفات والصور تقتصر قيمتها على الشق الذي ينقل فيها عن الأصل " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٦٥) .

(١) ويقضي التقنين المدني الفرنسي (م ١٣٣٥ وقد تقدم ذكرها) بأنه إذا لم يوجد الأصل ، فإن الصور التي تكون لها حجية الأصل هي : (١) الصورة التنفيذية (grosse) . (٢) الصورة الأولى (première expédition) . (٣) الصورة الأصلية المحررة بأمر القاضي في حضور أصحاب الشأن أو بعد دعوتهم للحضور . (٤) الصورة الأصلية المحررة في حضور أصحاب الشأن وبتراضيهم. (٥) الصورة الأصلية المحررة بغير أمر القاضي وبغير تراضي الخصوم وفي غير حضورهم إذا أخذت بواسطة الموثق (notaire) ، أو موظف عام مختص، وكانت قديمة أي مضى على تحريرها أكثر من ثلاثين سنة . وهناك صورة أصلية لا تكون قيمتها إلا مبدأ ثبوت بالكتابة ، وهي: (١) الصورة الأصلية المحررة على الوجه المتقدم الذكر في الطائفة الخامسة من الصور التي تكون لها حجية الأصل إذا لم تكن الصورة قديمة ، أي لم يمض على تحريرها أكثر من ثلاثين سنة . (٢) الصورة الأصلية التي حررها غير الموثق وغير الموظف العام مهما يكن تاريخ تحريرها .

أما صور الصور فلا يعتد بها إلا للإستئناس . ويستثنى من ذلك : (١) صورة التسجيل في الورقة المسجلة ، وتعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة وذلك قبل قانون ٢١ يوليو سنة ١٩٢١ . (٢) إذا حررت صورة تنفيذية ثانية أو أصل ثان بأمر رئيس المحكمة المدنية (م ٨٤٤ مرافعات فرنسي) . فهذه صورة من الصورة ولكن لها حجية الأصل (أنظر بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٩٨ – فقرة ١٤٩٩ ص ٩٤٦ – ص ٩٤٧) .

السابق . وهو يميز بين حالتين " : (١) حالة الاحتجاج بالصورة التنفيذية أو بالصورة الأولى غير التنفيذية ، وسكوت التقنين عن حكم هذه الحالة معناه أن لكل من الصورتين حجية الأصل [١] . (٢) حالة الاحتجاج بصورة أصلية بسيطة ، أي بصورة أصلية غير الصورة التنفيذية وغير الصورة الأولى ، وفي هذه الحالة ينظر القاضي في تقدير قيمتها ولا يترل بها عن مرتبة مبدأ الثبوت بالكتابة ، أي قد يعتبرها دليلاً كاملاً ، وقد يعتبرها مبدأ ثبوت بالكتابة يستكمل بالبينة أو بالقرائن [٢] .

و لم يعرض التقنين السابق للحالتين الأخريين اللتين عرض لهما التقنين الجديد : الصورة الثانية والصورة الثالثة . ويبدو أن الصورة الثانية في التقنين السابق — وهي صورة الصورة الأصلية — كانت لها حجية الصورة الأصلية على التفصيل المتقدم في هذا التقنين بشرط أن تكون الصورة الأصلية موجودة وأن تكون صورتها مطابقة لها ، إذ ليس في هذا إلا تطبيق للقواعد العامة وهي نفس القواعد التي قررها التقنين الجديد . أما الصورة الثالثة ، وهي صورة صورة الصورة الأصلية ، فتقتصر قيمتها على مجرد الاستئناس بها كقرينة بسيطة، وذلك ما لم توجد الصورة الأصلية فتكون عندئذ الحجية لها لا لصورة صورتها . وهذا هو أيضاً تطبيق للقواعد العامة ، وقد قرر التقنين الجديد هذا الحكم كما رأينا [٣] .

---

(١) وكذلك تثبت حجية الأصل للصورة التي يوقعها القاضي وكاتب الجلسة مع كاتب التوثيق عند تسلمها الأصل لإجراء المضاهاة (م ٣٠٦/٢٦٥ مرافعات قديم) .

(٢) الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ١٧٢ ص ١٦١ — ص ١٦٢ — الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٥٢ ص ٦٤ — ص ٦٦ — الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ٩٣ — قارن الموجز للمؤلف ، وقد ورد فيه ، تفسيراً للمادة ٢٩٦/٢٣١ من التقنين المدني السابق ، ما يأتي : "أما إذا فقد الأصل، فإن الصورة التنفيذية (grosse) ، وهي الصورة الأولى التي يحصل عليها الخصوم وعليها الصيغة التنفيذية ، تقوم مقام الأصل في الإثبات . وكذلك تقوم مقام الأصل تلك الصورة التي وضعت مكان الأصل مؤقتاً عند أخذ الأصل للرجوع إليه كما رأينا وذلك إذا ضاع الأصل . أما الصور الأخرى غير التنفيذية (expéditions) فللقاضي النظر في درجة اعتمادها كما تقرر ذلك في المادتان ٢٩٦/٢٣١ ، فقد يعتبرها إثباتاً كاملاً رسمياً ، كما قد يعتبرها إثباتاً كاملاً عرفياً ، ويجب على كل حال أن يعتبرها على الأقل مبدأ ثبوت بالكتابة " (الموجز ص ٦٦٢) . ونستدرك على ما جاء في الموجز أنه أغفل ذكر الصورة الأولى إذا لم تكن هي الصورة التنفيذية ، فهذه ، في التقنين السابق ، كانت لها حجية الأصل شأنها في ذلك شأن الصورة الأولى التنفيذية . والسبب في أننا لم نر ، في (الموجز) ، التمييز ما بين الصورة التنفيذية والصورة الأولى ، أننا اتبعنا في عدم التمييز بينهما رأياً قديماً قال به لاروميير (جزء رابع م ١٣٣٥ فقرة ١) ولوران (جزء ١٩ فقرة ٣٧٣) — أنظر أيضا في عدم التمييز بين الشيئين : كولان وكابيتان ٢ فقرة ٤٥٦ ص ٤٣١ — بودري وبارد ٤ فقرة ٢٤٩١) .

(٣) قارن الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ١٧٣ — ص ١٦٢ — ص ١٦٣ — وغني عن البيان أن الأصل إذا كان موجوداً ، في التقنين المدني السابق ، فإن الحجية تنحصر فيه ، سواء عن طريق المضاهاة عليه أو عن طريق افتراض مطابقة الصورة له . ولا يختلف حكم التقنين المدني السابق في ذلك عن حكم التقنين المدني الجديد .

ويتبين من ذلك أنه لا يوجد خلاف بين التقنين الجديد والتقنين القديم إلا في حالة واحدة ، هي حالة الصورة الأصلية البسيطة (simple expéditions) عند فقد الأصل . ففي التقنين الجديد تكون لهذه الصورة حجية الأصل إذا كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل ، أما في التقنين القديم فقد يكون لهذه الصورة حجية الأصل وقد تنزل على مرتبة مبدأ الثبوت بالكتابة وفقاً لتقدير القاضي . والقانون الذي يسري هو القانون الذي أخذت الصورة الأصلية البسيطة في ظله ، فإن أخذت قبل ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ سرى التقنين القديم ، وإلا فالتقنين الجديد هو الذي يسري .

الفصل الثاني
الأوراق العرفية

١٠٤ – الأوراق العرفية المعدة للإثبات والأوراق العرفية غير المعدة للإثبات

: يمكن تقسيم الأوراق العرفية التي تكون لها حجية في الإثبات على قسمين :

(**القسم الأول**) أوراق أعدت مقدماً للإثبات ، فهي أدلة مهيأة (preuves préconstituées) ولذلك تكون موقعة ممن هي حجة عليه .

(**والقسم الثاني**) أوراق لم تعد مقدماً للإثبات ، ولكن القانون يجعل لها حجية في الإثبات على مدى معين ، فهي أدلة عارضة (preuves casuelles) . وأكثر هذه الأوراق لا تكون موقعة ممن هي حجة عليه ، وذلك كدفاتر التجار والدفاتر والأوراق المنـــزلية. وبعضها قد يكون موقعاً وإن لم يعد في الأصل للإثبات ، وذلك كالرسائل وأصول البرقيات[1] .

ونتكلم في كل من هذين القسمين من الأوراق .

الفرع الأول
الأوراق العرفية المعدة للإثبات

١٠٥ – شروط صحتها وحجيتها في الإثبات

: نتناول بحث الأوراق العرفية المعدة للإثبات ، كما بحثنا الأوراق الرسمية ، من ناحيتين : (١) الشروط الواجب توافرها لصحة الورقة العرفية . (٢) حجية الورقة العرفية في الإثبات .

---

(١) ولا محل لمثل هذا التقسيم في الأوراق الرسمية ، فكلها بوجه عام معد للإثبات .

المبحث الأول

الشروط الواجب توافرها لصحة الورقة العرفية

١٠٦ – التوقيع هو الشرط الوحيد في القانون المصري : الورقة العرفية المعدة للإثبات لا يشترط في صحتها إلا توقيع من هي حجة عليه [١] . فإذا كان العقد ملزماً للجانبين كالبيع ، وأثبت في ورقة عرفية ، وجب توقيع كل من البائع والمشترى. وإذا كان ملزماً لجانب واحد كالوديعة ، وجب توقيع المودع عنده . وإذا كان مخالصة بالدين ، وجب توقيع الدائن . وهكذا .

ويكون التوقيع عادة بالإمضاء . ويجوز أن يكون – لا سيما بالنسبة إلى الأميين – بالختم [٢] أو ببصمة الأصبع [١] . والختم لا يزال منتشراً في مصر ، وفي القرى بوجه

---

(١) استئناف مختلط أول يونية سنة ١٩٤٨ – ولم يشترط القانون المصري غير التوقيع شرطاً لصحة الورقة العرفية. ولكن هذا لا يمنع من وجود شروط أخرى لتحقيق أغراض أخرى . فمثلاً حتى تكون الورقة العرفية صالحة للشهر لا بد من تحريرها من نسخة أصلية بالمداد الأسود على ورق خاص مدموغ يطلب من مكاتب الشهر ومأمورياته (م ١٩ من اللائحة التنفيذية لقانون الشهر) ، ويجب التصديق في التوقيعات (م ٢٩ من قانون الشهر) ، كما يجب ذكر بيانات معينة (م ٢٢ من قانون الشهر) . وجزاء هذه الشروط عدم إمكان شهر الورقة ، ولكن ذلك لا يؤثر في قوة إثباتها . مثل آخر : ما يشترطه قانون التجارة في بعض الأوراق التجـــارية (م ١٠٥ و ١٣٤ و ١٩٠ تجاري) . وقد يشترط في الورقة العرفية شروط أخرى لجواز سماع الدعوى ، فقد قضت المادة الثانية من قانون الوصية (رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦) بعدم جواز سماع الدعوى بالوصية أو بالرجوع عنها ، بعد وفاة الموصى بالنسبة على الحوادث الواقعة من سنة ١٩١١ ، إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه كذلك تدل على ما ذكر ، أو كانت ورقة الوصية أو الرجوع عنها مصدقاً على توقيع المدعى عليها .

ولا يشترك في الورقة العرفية شهود (استئناف مختلط ٧ يناير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٢١) ، أو تعدد نسخ الأصل أو الاعتماد الخطى لقيمة الالتزام (استئناف مختلط ٢٤ يناير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ١٢٠) .

(٢) اعتبر المشرع المصري الختم كالإمضاء : أنظر المواد ١٠ ، ١٤ ، ١٥ من قانون الإثبات (المقابلة للمواد ٣٩٠، ٣٩٤ ، ٣٩٥ مدني الملغاة) والمواد ٢٨ ، ٢٩ ، ٣٦ ، ٣٧ ، ٤٢ ، ٤٥ ، ٤٧ من قانون الإثبات (المقابلة للمواد ٢٦١ ، ٢٦٢ ، ٢٦٨ ، ٢٦٩ ، ٢٧٤ ، ٢٧٧ ، ٢٧٩ من قانون المرافعات الملغاة) و ٢١١ و ٢١٥ و٣٤٠ عقوبات . وقد تضمن المشروع الأول لنصوص الإثبات الذي وضعه الأستاذ استنويت (Stenuit) النص الآتي : " لا تساوى بصمة الختم بالإمضاء. فإذا كان موقع الورقة لا يعرف أن يكتب أو لا يستطيع ذلك بسبب عاهة في جسمه ، وجب فوق توقيعه بختمه أن يكلف شخصاً مرخصاً له في ذلك قانوناً أن يوقع بإمضائه بدلا منه . ويتعين في هذه الحالة أن يذكر موقع الورقة بإمضائه أنه يعرف صاحب الختم أو أن يبين المستندات المثبتة لشخصيته وأن يوضح سبب عجزه عن الإمضـــاء والتجائه إليه بطلب =

خاص، لانتشار الأمية . وعيبه أن التقليد فيه أيسر منه في الإمضاء . أما بصمة الأصبع فأكثر دقة [٢] [1] . ولا يشترط في الإمضاء أو الختم أن يوضع بالإسم الثابت في ورقة الميلاد [1] ، بل يكفى أن يوقع صاحب الشأن بالاسم الذي اعتاد أن يوقع به [١] .

= الإمضاء بدلاً منه " . وقد رأت لجنة تنقيح التقنين المدني صرف النظر عن هذا النص حتى لا يؤدى على تعطيل التعامل (الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٧٥ هامش رقم ٢) .

وفي القانون الفرنسي لا يجوز التوقيع بالختم أو بأية علامة . وتنص المادة ١٤٤ من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني على أن " الفريق الذي لا يعرف أن يوقع بإمضائه يستبدل الإمضاء بوضع طابع أصبعه " .

(١) أما التوقيع ببصمة الأصبع فلم يكن التقنين القديم ينص عليه . ولكن ظهر في العمل أنه أكثر ضماناً من التوقيع ببصمة الختم ، حيث أثبت العلم أن بصمات الأصابع لا تتشابه ، ولذلك جرت المحاكم على التعويل على بصمة الأصبع . وكان قانون المواليد والوفيات الجديد (لسنة ١٩١٢) ينص على جواز التوقيع ببصمة الأصبع ، أما قانون المواليد والوفيات الجديد (لسنة ١٩٤٦) الذي حل محله فلم يبين كيف يكون التوقيع . ونصت المادة ٢٢٥ عقوبات على أن تعتبر بصمة الأصبع كالإمضاء في تطبيق أحكام التزوير (نقض جنائي ٢٤ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٦ رقم ٣٣٨ ص ٤٦٢) . وقد قررت الجمعية العمومية لمحكمة الاستئناف المختلطة في ٥ مارس سنة ١٩٢٦ قبول بصمات الأصبع في التوقيع على العقود المراد التصديق عليها لإمكان تسجيلها ، وذلك من الأشخاص الأميين الذين ليست لهم أختام ، واعتبار هذه البصمات كالإمضاءات أو الأختام ، بشرط أخذ صورة طبق الأصل من هذه البصمات على سجل خاص مع توقيعات الشهود ، وذلك حالة إجراء عملية التصديق في جهة خلاف أقلام الرهون المختلطة أو المأموريات التابعة لها، وأصدرت بذلك محكمة الاستئناف المختلطة منشوراً رقم ٦٩١ سنة ٥١ قضائية بتاريخ ١٣ أبريل سنة ١٩٢٦ . أما في فرنسا فقد قضت محكمة النقض بأن بصمات الأصابع لا تعادل الإمضاء (نقض فرنسي ١٥ مايو سنة ١٩٣٤ داللوز ١٩٣٤ — ١ — ١١٣) — أنظر في هذه المسألة الأستاذ محمد كامل مرسى في شهر التصرفات ص ٢٢٦ — الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ١٧٦ ص ١٠٥ — الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٧٥ هامش رقم ٣ وهامش رقم ٤ .

(٢) ولا يغنى عن التوقيع علامة يضعها المدين ، كما لا يصح اعتبار مثل هذه العلامة مبدأ ثبوت بالكتابة إذ لا قيمة لها قانوناً . ويسرى هذا الحكم على الختم المطموس ، إذ هو لا يخرج عن أن يكون مجرد علامة مستديرة غير مقروءة أصلاً (محكمة دمياط الجزئية في ٢٤ مايو سنة ١٩٣٤ المجموعة الرسمية ٣٦ رقم ٨ ص ١٩٣ — المحاماة ١٥ رقم ٢/٢٩ ص ٦٢) .

(1) — الورقة العرفية تستمد حجيتها في الإثبات من التوقيع وحده ، فإن خلت من توقيع أحد العاقدين فلا تكون لها أية حجية قبله ، بل إنها لا تصلح مجرد من الثبوت بالكتابة ضده إلا إذا كانت مكتوبة بخطه . (جلسة ١٩٦٩/١/١٦ مجموعة المكتب الفني السنة ٢٠ ص ١١١) .

— التوقيع بالأمضاء أو ببصمة الختم أو ببصمة الأصبع هو المصدر القانوني الوحيد لإضفاء الحجية على الأوراق العرفية وفقاً لما تقضى به المادة ٣٩٤ من القانون المدني (المقابلة للمادة ١٤ من قانون الإثبات). (جلسة ١٩٥٦/٥/٣ الطعن رقم ٣٥١ لسنة ٢٢ ق مجموعة المكتب الفني س ٧ ص ٥٧٢) .

— التوقيع بالإمضاء على المحرر ممن صدر منه لا ينفى توقيعه عليه ببصمة الأصبع أيضاً إذ يكون التوقيع بالبصمة بالإضافة إلى الإمضاء تلبية لطلب الطرف الآخر الذي يقصد التحفظ من الطعون التي قد توجه في المستقبل إلى صحة الإمضاء .

(جلسة ١٩٦٣/١٠/٣١ الطعن رقم ١٥١ لسنة ٢٨ ق مجموعة المكتب الفني السنة ١٤ ص ١٠٠٦) .

ويوضع التوقيع عادة في آخر الورقة حتى يكون منسحباً على جميع البيانات المكتوبة الواردة فيها [2] ، ولكن ليس من الضروري توقيع الإضافات والإحالات وما إليها كما هو الأمر في الورقة الرسمية ، ويترك غير الموقع منها لتقدير القاضي من ناحية قوة الإثبات ، ولذلك يكون الأفضل توقيعها قطعاً للشك .

ويجب على صاحب الشأن أن يوقع بنفسه . فإذا وقع الورقة باسمه شخص كأمين سر أو مدير مكتب أو نحو ذلك ، فالتوقيع لا يصح والورقة باطلة لا حجية لها [٢] . أما البيانات المكتوبة – ولا بد من الكتابة إذ الورقة العرفية هي ورقة مكتوبة – فيصح أن تكون بخط المدين أو بخط شخص آخر . ومن ثم يصح أن يكتب الورقة المدين أو الدائن أو أجنبي. وله أن يكتبها بأية لغة ، حتى بلغة اصطلاحية معروفة من أصحاب الشأن ، فاللغة العربية ليست ضرورية كما هو الأمر في الورقة الرسمية . ويجوز أن تكون الكتابة باليد أو بالطباعة أو بالآلة الكاتبة أو بالفوتوغرافيا أو بأية طريقة أخرى [3] . (أنظر المادة ١٤٥ من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني) . وإذا كانت الكتابة باليد ، صح أن تكون بالمداد أو بالقلم الرصاص أو بأية مادة كاتبة أخرى . وكثير من الأوراق العرفية ، كعقود الإيجار والمخالصات وعقود التأمين واشتراكات المياه والنور وكثير من عقود الإذعان ، تكون

---

(1) لا يشترط في الإمضاء أو الختم أن يوضع بالاسم الثابت في شهادة الميلاد .
(جلسة ١٩٩١/١٢/٢٠ الطعن رقم ٨١٠ ق) .

(١) ويشترط في التوقيع في مصر أن يشتمل على الاسم واللقب كاملين (الموجز ص ٦٦٤) . وجرت العادة عند الغربيين أن يكون التوقيع بالحرف الأول من الاسم وباللقب كاملاً (الأستاذ سليمان مرقس ، أصول الإثبات ص ٧٤) .

(2) – يشترط أن يكون التوقيع في نهاية المحرر حتى يمكن نسبته إلى صاحبه ذلك أن التوقيع في موضع آخر من المحرر لا يكفي لنسبة المحرر إلى موقعه ما لم يقترن بما يؤكد قصده الارتباط به .
(جلسة ١٩٨٤/١/٥ الطعن رقم ٦٠٦ لسنة ٥٠ ق) .
– إذا كان المحرر مكوناً من عدة أوراق يتعين التوقيع على كل ورقة منه ولا يكفي توقيع الورقة الأخيرة .
(جلسة ١٩٧٣/١٢/٢٧ الطعن رقم ٣٤٠ لسنة ٣٨ ق السنة ٢٤ ص ١٣٧١) .

(٢) على أن أثر التصرف القانوني قد ينصرف على من وقع باسم غيره إذا كان الطرف الآخر في التصرف حسن النية ويجهل عدم صحة التوقيع (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٥٨) .

(3) لا يشترط أن تكون الورقة محررة بخط المدين فيجوز أن تكون الكتابة بخط المدين أو بخط أي شخص آخر أو بالآلة الكاتبة وهي تعتبر حجة عليه في صحة توقيعه عليها .
(جلسة ١٩٧٣/١٢/٢٧ الطعن رقم ٣٤٠ لسنة ٣٨ ق السنة ٢٤ ص ١٣٧١) .
(جلسة ١٩٦٦/٣/٢٨ بمجموعة المكتب الفني السنة ١٧ ق ص ٧٦٠) .
(جلسة ١٩٦٤/١/٣٠ بمجموعة المكتب الفني السنة ١٥ ق ص ١٦٦) .

مطبوعة ، ويقتصر أصحاب الشأن بوجه عام على ملء الفراغ الذي يخصص العقد المقصود إبرامه .

ولا يشترط في صحة الورقة العرفية أن تكون مؤرخة ، إلا في حالات معينة نص عليها القانون كالكمبيالة والسند الأذني والشيك والتظهير . ولكن التاريخ في الورقة العرفية بيان من البيانات الهامة ، فقل أن يغفله أصحاب الشأن ، وإلا شق عليهم بعد ذلك إثباته . بل إن تاريخ الورقة العرفية لا يكون حجة على الغير إلا إذا كان ثابتاً كما سنرى .

ويتبين مما قدمناه أن التوقيع هو الشرط الوحيد لصحة الورقة العرفية . فإذا لم يوضع التوقيع على الورقة ، لم تكن لها حجية في الإثبات (أنظر المادة ١٤٣ من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني) — ذلك أن الورقة العرفية إنما تستمد حجيتها من التوقيع وحده . والورقة العرفية غير الموقعة لا تصلح حتى مبدأ ثبوت بالكتابة ، إلا إذا كانت مكتوبة بخط المدين . وإذا تعددت التوقيعات ، فليس من الضروري أن توضع جميعها في وقت واحد ، بل كل من وقع على الورقة يكون قد ارتبط بها [1] ، إلا إذا تبين من الظروف أن أصحاب الشأن إنما أرادوا ألا يرتبطوا إلا بتوقيعهم جميعاً [2] .

وغني عن البيان أن الورقة العرفية إذا كانت باطلة فلا يؤدى بطلانها على بطلان التصرف القانوني ذاته الذي قصد بالورقة أن تثبته ، بل يبقى هذا التصرف قائماً ويصح أن يكون جائز الإثبات بطرق أخرى .

١٠٧ — قيمة التوقيع على بياض : وقد يضع صاحب الشأن توقيعه على الورقة العرفية قبل كتابتها ، فيقال عندئذ إنه وقع على بياض (blanc seing) . ويكون قد قصد بذلك أن يعهد الطرف الآخر أن يكتب فوق التوقيع البيانات التي اتفق معه على عناصرها الجوهرية وترك إليه استكمال تفصيلاتها على أسس معينة . مثل ذلك أن يوقع شخص شيكاً على بياض لمصلحة شخص آخر له معه حساب جار ، ويعهد إليه أن يضع الرقم الدال على قيمة الشيك بمقدار ما على موقع الشيك من رصيد الحساب الجاري بعد

---

(١) ولكن لا يكون تاريخ الورقة حجة على الغير ، إلا إذا أصبح هذا التاريخ ثابتاً بعد استكمال جميع التوقيعات (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٥٨ ص ٨٩٦) .

(٢) ولا يشترط لصحة الورقة العرفية أن تكون مستوفية لشروط قانون التمغة . فإذا لم يوضع على الورقة العرفية طابع التمغة الذي نص عليه القانون ، لم تكن الورقة باطلة ، ولكن هناك غرامة على من أخل بهذا الواجب. وقد نظم القانون الفرنسي طريقة لتسجيل (enregistrement) الأوراق (راجع فيها بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٦١ — فقرة ١٤٦٢ ص ٨٩٩ — ص ٩٠١) .

تصفيته . ومن ثم يكون من وقع على بيان قد وثق في صاحبه واطمأن إلى أمانته ، ومن هنا يجئ الخطر في التوقيع على بيان إذا خان الأمانة من أؤتمن .

ومهما يكن من أمر فإن التوقيع على بيان صحيح . وهو من شأنه أن يكسب البيانات التي ستكتب بعد ذلك فوق هذا التوقيع حجية الورقة العرفية ، فإن هذه الحجية تستمد كما قدمنا من التوقيع لا من الكتابة ، فيستوى أن تكون الورقة قد كتبت قبل التوقيع أو بعده . والمهم أن من يوقع الورقة يوقعها بخطه ، ويقصد من توقيعها أن يرتبط بالبيانات التي سترد في الورقة .

على أن من يؤتمن على هذا التوقيع يجب عليه أن يرعى الأمانة ، فلا يضع في الورقة بيانات غير ما أتفق عليه مع الموقع ، وإلا عوقب جنائياً [1] .

أما من الناحية المدنية فعبء إثبات تسليم الورقة الموقعة على بيان وخيانة من تسلمها يقع على من وضع توقيعه على بيان . ويراعى في ذلك القواعد المقررة في الإثبات . ذلك أنه إذا ما كتبت الورقة البيضاء بعد التوقيع عليها ، أصبحت قيمتها في الإثبات قيمة الورقة العرفية التي لم توقع إلا بعد أن تمت كتابتها . ولكن يبقى للمدين الحق في أن يثبت أنه إنما سلم توقيعه على بيان للدائن وأن ما كتبه هذا فوق التوقيع لم يكن هو المتفق عليه بينهما . ويكون إثبات ذلك طبقاً للقواعد العامة [1] ، أي أنه لا يجوز إثبات عكس المكتوب إلا بالكتابة كما سنرى [2] . فإذا استطاع هذا الإثبات ، فقدت الورقة حجيتها فيما بينهما. ولكنها لا تفقد هذه الحجية بالنسبة إلى الغير حسن النية فمن تعامل مع متسلم الورقة معتقداً

---

(١) وقد قضت المادة ٣٤٠ من قانون العقوبات على أن " كل من أؤتمن على ورقة ممضاة أو مختومة على بياض ، فخان الأمانة وكتب في البياض الذي فوق الختم أو الإمضاء سند دين أو مخالصة أو غير ذلك من السندات والتمسكات التي يترتب عليها حصول ضرر لنفس صاحب الإمضاء أو الختم أو لماله ، عوقب بالحبس ، ويمكن أن يزاد عليه غرامة لا تتجاوز خمسين جنيهاًمصرياً . وفي حالة ما إذا لم تكن الورقة الممضاة أو المختومة على بياض مسلمة إلى الخائن وإنما استحصل عليها بأية طريقة كانت ، فإنه يعد مزوراً ويعاقب بعقوبة التزوير " .

(1) تغيير الحقيقة في الورقة الموقعة على بياض ممن أستؤمن عليها – خيانة أمانة – عدم جواز إثبات التغيير إلا بالكتابة أو بمبدأ الثبوت بالكتابة مستكملاً شهادة الشهود أو القرائن – الاستيلاء على الورقة بغير التسلم الاختياري – اعتبار تغيير الحقيقة بها تزويراً جواز إثباته بكافة الطرق .
(الطعن رقم ٣٦٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩١/١/٣٠) .
الطعن رقم ٨٥٦ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٦/٤/٣٠) .

(٢) وهذه القواعد ذاتها تراعى في إثبات الجريمة الجنائية المنصوص عليها في المادة ٣٤٠ من قانون العقوبات ، وقد مر ذكرها – هذا وإذا كانت الحيلة (dol) قد استعملت في الحصول على الورقة الموقعة على بيان ، فيجوز عندئذ إثبات الغش بجميع طرق الإثبات .

أنها ورقة صحيحة ، فحولت إليه مثلاً ، جاز له أن يتمسك بحجية الورقة في حق من وقـــــع على بياض [1] ، ويرجع الموقع ، على من أساء استعمال توقيعه [2] .

ولكن إذا كان التوقيع على بياض ذاته قد تم الحصول عليه من غير علم صاحب التوقيع، و لم يقصد الموقع أن يسلم توقيعه على بياض على من أساء استعمال هذا التوقيع، بل حصل عليه هذا خلسة ، كان التوقيع نفسه غير صحيح ، وكانت الورقة باطلة ، وعوقب من أساء استعمال التوقيع بعقوبة التزوير (م ٣٤٠ عقوبات) [3] . ولصاحب التوقيع أن يثبت هذا الاختلاس بجميع الطرق [1] ، ومنها البينة والقرائن ، لأنه إنما يثبت غشاً . فإذا ما أثبت ذلك فإن الورقة تسقط في حجيتها في حقه بعد أن انكشف بطلانها على ما قدمنا . بل إن الغير حسن النية الذي تعامل مع المختلس على أساس أن الورقة صحيحة لا يستطيع أن يتمسك بحجية الورقة في حق صاحب التوقيع ، ذلك أن صاحب التوقيع لم يسلم توقيعه على بياض للمختلس ، كما فعل في الحالة السابقة ، بل اختلس منه التوقيع اختلاساً ، فلا يمكن أن ينسب إليه أي إهمال [4] .

١٠٨ – شرطان آخران لصحة الورقة العرفية في التقنين المدني الفرنسي

الفرنسي : ويشترك التقنين المدني الفرنسي لصحة الورقة العرفية ، فوق التوقيع ، شرطين آخرين لم يشترطهما التقنين المدني المصري [5] .

---

(١) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ ص ١٨٥ – ص ١٨٦ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٥٩ ص ٨٩٨ .

(٢) الموجز للمؤلف ص ٦٦٦ .

(٣) استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٧٠ – ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٤٧ .

(1) تغيير الحقيقة في الأوراق الموقعة على بياض ممن استؤمن عليها هو نوع من خيانة الأمانة ، يرجع في إثباته للقواعد العامة ، ومن مقتضاها أنه لا يجوز إثبات عكس ما هو في الورقة الموقعة على بياض إلا أن تكون هناك كتابة أو مبدأ الثبوت بالكتابة ، ولا يخرج عن هذا الأصل الإحالة ما إذا كان من استولى على الورقة قد حصل عليها خلسة أو نتيجة غش أو احتيال أو بأية طريقة أخرى خلاف التسليم الاختياري فعندئذ يعتبر تغيير الحقيقة فيها تزويراً يجوز إثباته بكافة الطرق ، والاحتيال أو الغش الذي يجعل من تغيير الحقيقة في الورقة الموقعة على بياض مزوراً يجوز إثباته بكافة الطرق هو الذي يكون قد استخدم كوسيلة للاستيلاء على الورقة ذاتها حيث ينتفي معه تسليمها بمحض الإرادة .

(جلسة ١٩٧٨/٦/١٤ الطعن رقم ١١٧ لسنة ٤٤ ق س ٢٩ ص ١٤٦٧) .

(جلسة ١٩٧٢/٢/١٧ الطعن رقم ٦٦ لسنة ٣٧ ق س ٢٣ ص ٢٠٥) .

(جلسة ١٩٧٠/١/٢٢ الطعن رقم ٤٥٧ لسنة ٣٥ ق س ٢١ ص ١٧٤) .

(جلسة ١٩٦٥/٦/٣ الطعن رقم ٢٥٥ لسنة ٣٠ ق س ١٦ ص ٦٧٨) .

(٤) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ ص ١٨٦ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٥٩ ص ٨٩٨ .

(٥) وقد كان المشروع الأولى لنصوص الإثبات الذي وضعه الأستاذ استنويت (Stenuit) يتضمن نصوصاً تورد هذين الشرطين كما قدمنا . ولكن لجنة تنقيح التقنين المدني حذفت هذه النصوص، فخرج المشروع =

أما الشرط الأول فقد نصت عليه المادة ١٣٢٥ من التقنين المدني الفرنسي [١] ، إذ تقضي بأن الأوراق العرفية التي تثبت عقوداً ملزمة للجانبين لا تكون صحيحة إلا إذا تعددت نسخها [٢] بقدر تعدد أطراف العقد ذوي المصالح المستقلة [٣] ، ويجب أن يذكر في كل نسخة عدد النسخ التي حررت من هذا السند . فإذا كان العقد بيعاً مثلاً ، وكان كل من البائع والمشترى شخصاً واحداً ، فإنه يجب أن يكتب من عقد البيع نسختان ، إحداهما للبائع والأخرى للمشترى . فإذا تعدد البائع مع تعارض المصلحة ، أو تعدد المشترى على هذا الوجه، وجب تعدد النسخ التي تعطى للبائعين أو تعطى للمشترين بقدر تعددهم ، حتى يحتفظ كل متعاقد بنسخة لنفسه [٤] .

ثم إنه لا يكفى تعدد النسخ ، بل يجب أيضاً ، كما قدمنا ، أن يذكر في كل نسخة عدد النسخ التي حررت ، وذكر هذا العدد موقعاً عليه من الخصم هو الذي يثبت تعدد النسخ وفقاً لما يتطلبه القانون حتى في حالة امتناع هذا الخصم عن تقديم النسخة التي احتفظ بها . فإذا لم تتعدد النسخ ، أو لم يذكر عددها في كل نسخة ، كانت الورقة العرفية باطلة

= التمهيدي خلواً منها . وبقى الأمر كذلك في جميع مراحل التنقيح ، حتى استقر التقنين المدني المصري الجديد وليس فيه هذان الشرطان .

(١) ولم يكن هذا الشرط موجوداً في القانون الروماني ولا في القانون الفرنسي القديم ، وقد استحدثه القضاء (برلمان باريس) لأول مرة في ٣٠ أغسطس سنة ١٧٣٦ .

(٢) النسخة (double) غير الصورة (copie) ، إذ هي أصل (original) لا صورة .

(٣) وتؤسس هذه القاعدة على جواز أن يقول الطرف الذي لم يحتفظ بنسخته إن العقد لم يكن إلا مشروعاً لم يتم ، ولو أنه كان قد تم لاحتفظ بنسخته للاحتجاج بها (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ ص ١٨٨ هامش رقم ١٣) .

(٤) ولكن إذا كان أحد الطرفين في العقد الملزم للجانبين قد اقتضى حقه قبل كتابة الورقة أو في أثناء كتابتها، ولم تعد له مصلحة في الاحتفاظ بنسخته ، فإن تعدد النسخ لا يكون في هذه الحالة لازماً . فإذا كان البائع مثلاً قد استوفى الثمن كله ولم يعد له أي حق في ذمة المشترى ، اقتصر على تحرير نسخة واحدة من عقد البيع يحتفظ بها المشترى (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٦٥ ص ٩٠٣ — ص ٩٠٤) .

كذلك إذا لم تتعارض المصالح في الجانب الواحد لا تتعدد نسخ هذا الجانب . فالبائعون لعين في الشيوع لا تتعدد نسخهم . وفي شركة التوصية تكفى نسخة واحدة لجميع الشركاء المديرين ، ونسخة أخرى لجميع الشركاء الموصين (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٦٦ ص ٩٠٤ — فقرة ٩٠٦) .

ويستثنى من قاعدة تعدد النسخ العقود التجارية ، والرسائل ، والعقود القضائية ، والأوراق الرسمية الباطلة إذا صلحت أن تكون أوراقاً عرفية وقد تقدمت الإشارة على ذلك .

ويمكن تفادى شرط تعدد النسخ بكتابة نسخة واحدة وإيداعها عند أمين يحفظها لحساب جميع المتعاقدين (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٦٧ — فقرة ١٤٦٨ ص ٩٠٦ — ص ٩٠٧)

كدليـــل للإثبات [1] . ولا يوجد نص في التقنين المدني المصري كما قدمنا — لا في القديم ولا في الجديد — يقابل نص المادة ١٣٢٥ من التقنين المدني الفرنسي المتقدمة الذكر . فلا يشترط إذن في القانون المصرى تعدد النسخ في العقود الملزمة للجانبين ، وإذا كتبت نسخة واحدة كانت دليلاً كتابياً كاملاً يجوز لكل من المتعاقدين أن يتمسك به [2] . ولكن الضرورة العملية تقضى في أكثر الأحيان أن تكتب نسخ بقدر عدد المتعاقدين ذوي المصالح المتعارضة ، حتى يحتفظ كل متعاقد بنسخة لنفسه دليلاً على حقه [3] .

وأما الشرط الثاني قد نصت عليه المادة ١٣٢٦ من التقنين المدني الفرنسي ، إذ تقضى بأن الأوراق العرفية التي تثبت عقوداً ملزمة لجانب واحد يجب إما أن تكتب كلها بخط المدين، أو في القليل أن يكتبْ المدين بخطه قيمة الإلتزام — حروفاً لا أرقاماً — مسبوقة بعبارة يعتمد بها المدين التزامه، وتكون عادة أحدى هاتين العبارتين : Bon pour. أو approuvé pour ، ثم يوقع المدين بإمضائه هذه العبارة ، وهذا التوقيع ينسحب على الاعتماد وعلى مشتملات الورقة في وقت واحد [4] . والعقود الملزمة لجانب واحد التي تخضع لهذا الشرط هي العقود التي يكون محل الالتزام فيها مبلغاً من النقود أو جملة من الأشياء المثلية التي تعد أو تقاس أو توزن أو تكال، حتى يستطاع تقدير محل الالتزام برقم هو الذي يكتبه المدين بخطه

---

(١) ولكن العقد الملزم للجانبين يبقى قائماً ، ويجوز إثباته بطرق أخرى غير الكتابة كالإقرار واليمين . بل يجوز إثباته بالبينة والقرائن إذا كانت قيمة الالتزام لا تجاوز النصاب المحدد للإثبات بهذه الطرق (أي ٥٠٠٠ فرنك) (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ ص ١٩٨ — ص ١٩٩) .
ولكن هل يجوز أن تعتبر الورقة مبدأ ثبوت بالكتابة ، فتستكمل بالبينة أو بالقرائن ، حتى لو جاوزت قيمة الالتزام هذا النصاب المحدد ؟ يذهب القضاء الفرنسي في معظمه وطائفة من الفقهاء إلى جواز اعتبار الورقة مبدأ ثبوت بالكتابة في هذه الحالة (أنظر في هذه المسألة بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٧٠ ص ٩٠٩ — ص ٩١١) .

(٢) بل قد جرى العمل ، قبل قانون التسجيل الذي صدر في سنة ١٩٢٣ ، على أن يكتفى ، في عقود البيع التي تم فيها دفع الثمن ، بنسخة واحدة موقعة من البائع ولو لم يوقعها المشترى . وقد اكتفى القانون المذكور بتحرير العقود واجبة التسجيل من نسخة واحدة يوقع عليها جميع المتعاقدين ، ثم تحفظ بقلم التسجيل وتعطى منها صورة فوتوغرافية لكل من يطلب ذلك في مقابل رسم معين . وكذلك فعل قانون الشهر العقاري الذي حل محل قانون التسجيل (الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٧٩) .

(٣) أنظر في كل هذا أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ ص ١٨٨ — ص ٢٠٥ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٦٤ — فقرة ١٤٧٠ ص ٩٠٢ — ص ٩١١ — الموجز للمؤلف ص ٦٦٤ — ص ٦٦٥ .

(٤) وكان هذا للقضاء على العادة التي فشت ، في القرن الثامن عشر في فرنسا ، في إساءة استعمال التوقيع على بياض . فصدر بهذه القاعدة تصريح ملكي ((déclaration royale في ٢٢ سبتمبر سنة ١٧٣٣ . ويتبين من ذلك أن هذه القاعدة وقاعدة تعدد النسخ قاعدتان متعاصرتان ، ظهرتا أخيراً ، الأولى في سنة ١٧٣٣ ، والثانية في سنة ١٧٣٦ .

حروفاً [1] . ولا مقابل لهذا النص أيضاً في التقنين المصري ، لا القديم ولا الجديد ولا قانون الإثبات ، فلا يكون هذا الشرط لازماً لصحة الورقة العرفية في مصر .

وتقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني ، دون سائر التقنينات العربية ، يشترط في الورقة العرفية هذين الشرطين اللذين يشترطهما التقنين الفرنسي (أنظر المادتين ١٤٦ و١٤٧ من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني) .

المبحث الثاني
حجية الورقة العرفية في الإثبات

١٠٩ – مسائل ثلاث : نجري هنا – في حجية الورقة العرفية – على ما جرينا عليه هناك في حجية الورقة الرسمية . فنتكلم في حجية الورقة العرفية في الإثبات فيما بين الطرفين ، ثم في حجيتها في الإثبات بالنسبة إلى الغير ، ثم في حجية صور الورقة العرفية في الإثبات .

ولا محل للكلام في افتراض عرفية الورقة كما تكلمنا في افتراض رسميتها . ذلك أن الرسمية لها أوضاع وإجراءات إذا اختلت بطلت الورقة ، فكان من ذلك أنه متى كانت مظاهرها الخارجية تنبئ بأنها ورقة رسمية اعتبرت كذلك ، وافترض أن هذه الأوضاع والإجراءات قد روعيت حتى يثبت ذو المصلحة أنها لم تراع . أما الورقة العرفية فلا يشترط لصحتها مراعاة أوضاع وإجراءات معينة ، فلا محل إذن لإفتراض أن هذه الأوضاع والإجراءات قد روعيت [2] .

---

(١) وإذا لم يستوف هذا الشرط فالبطلان لا يلحق إلا الورقة العرفية كدليل للإثبات ، أما التصرف القانوني ذاته فيبقى ويجوز أن يكون قابلاً للإثبات بطرق أخرى . وتعتبر الورقة التي لم تستوف الشرط مبدأ ثبوت بالكتابة. وإذا تغاير مقدار الالتزام المعتمد مع المقدار المذكور في صلب الورقة ، أخذ بأقل المقدارين لأن ذلك في مصلحة المدين ، حتى لو كانت الورقة بخطه . أنظر في ذلك أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ ص ٢٠٥ – ص ٢١٧ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٧١ – فقرة ١٤٧٩ – ص ٩١١ – ص ٩١٧ . وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني (م ١٤٨) يؤخذ بالمقدار الأول .

(٢) يضاف إلى ذلك أن احتمال تزوير الورقة العرفية أكبر بكثير من هذا الاحتمال بالنسبة إلى الورقة الرسمية، لذلك كان افتراض صحة الورقة الرسمية أقرب على الحقيقة من افتراض صحة الورقة العرفية . ومن ثم كانت صحة التوقيع على الورقة العرفية عرضة للتزلزل بمجرد إنكار صاحب التوقيع لتوقيعه ، ويجب في هذه الحالة تحقيق الورقة عن طريق إجراءات تحقيق الخطوط . أما التوقيع على الورقة الرسمية فتفترض صحته حتى يطعن فيه بالتزوير . على أن التوقيع على الورقة العرفية تفترض صحته افتراضاً مؤقتاً ، ويزول هذا الافتراض بمجرد إنكار صاحب التوقيع كما قدمنا (بودري وبارد ٤ فقرة ٢٣٣٧ – فقرة ٢٣٤٠) .

المطلب الأول

حجية الورقة العرفية فيما بين الطرفين

١١٠ – النصوص القانونية : تنص المادة ١٤ من قانون الإثبات (المقابلة للمادة ٣٩٤ من القانون المدني الملغاة) على ما يأتي :

" يعتبر المحرر العرفي صادراً ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة . أما الوارث أو الخلف فلا يطلب منه الإنكار ، ويكفي أن يحلف يميناً بأنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة هي لمن تلقى عنه الحق ومن احتج عليه بمحرر عرفي وناقش موضوعه لا يقبل منه إنكار الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الإصبع " [1] .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني القديم المادة ٢٩٢/٢٢٧ [2] – ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البينات السوري المادتين ٩ و١٠ ، وفي التقنين

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٢٩ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " ١ – من احتج عليه بورقة عرفية لم يرد أن يعترف بها وجب عليه أن ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة . ٢ – أما الوارث أو الخلف فيكفي منه أن يحلف يميناً بأنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة هي لمن تلقى عنه الحق " . وفي لجنة المراجعة أدمجت الفقرتان في فقرة واحدة مع تحويرات لفظية تزيد الحكم الوارد فيها دقة ووضوحاً ، وأصبح النص في المشروع النهائي ، تحت رقم ٤٠٧ ، مطابقاً للنص الذي استقر في التقنين الجديد . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٣٩٤ ، ثم مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٦٧ – ص ٣٧١) .

(٢) كانت المادة ٢٩٢/٢٢٧ ، من التقنين المدني القديم تجرى على الوجه الآتي : " والمحررات الغير الرسمية تكون حجة على المتعاقدين بها ما لم يحصل إنكار الكتابة أو الإمضاء " . ولم يستحدث التقنين الجديد شيئاً ، غير أنه جاء أدق في الأسلوب وأكثر تفصيلاً للأحكام . فهو يميز بين صدور الورقة ممن وقعها ، وهذا مفترض حتى يلجأ صاحب التوقيع إلى أنكار الورقة ، وبين صحة الوقائع المدونة في الورقة ، وهذا لم يعرض له النص الجديد بل تركه للقواعد العامة وهي تقضي بأنه يجوز إثبات العكس بالطرق المقررة قانوناً . والنص الجديد يميز أيضاً ، عند إنكار الورقة ، بين صاحب التوقيع ويجب عليه أن ينكر صراحة أن الورقة قد صدرت منه ، وبين الورثة والخلف وهؤلاء يكتفى منهم بأن يحلفوا يميناً على عدم العلم . والنص الجديد يعدد أخيراً طرق التوقيع فيذكر الإمضاء والختم والبصمة ، وكان النص القديم لا يذكر إلا الإمضاء ، ولكن محكمة النقض قضت بأن المادة ٢٢٧ من التقنين المدني (القديم) إذا كان لم يرد بها ذكر لفظ " الختم " معطوفاً على " الكتابة والإمضاء " فإن هذا قصور فيها ، علته – على ما تراه محكمة النقض – هو مجرد السهو عن تكميل حكمها عند نقله عن القانون المختلط المنقول هو عن القانون الفرنسي . وليست العلة فيه أن =

المدني العراقي المادة ٤٥٥ ، وفي تقنين أصول المحاكمات اللبناني المواد ١٤٩ — ١٥١ ، وفي التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة المادة ٣٨١ [1] - ويقابل في التقنين المدني الفرنسي المواد ١٣٢٢ — ١٣٢٤ [1] .

= الشارع المصري يرى المغايرة في الحجية بين الأوراق الممضاة والأوراق المختومة ، وإلا لما فهم تماماً كيف أنه عند إصدار قانوني المرافعات والعقوبات بعد شهرين قد ذكر لفظ "الختم" معطوفاً على لفظي "الإمضاء" و " الكتابة " في جميع المواد التي وضعها في الفرع الخاص بتحقيق الخطوط وفي المواد الخاصة بجريمتي التزوير وخيانة الأمانة (نقض مدني ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٧٤ ص ٣٤٦) .

ويتبين مما تقدم أن كل الأحكام التي قررها النص الجديد كانت مرعية في ظل التقنين القديم دون نص ، ومن ثم لا يكون التقنين الجديد قد استحدث شيئاً كما قدمنا .

(١) التقنينات العربية الأخرى — قانون البينات السوري م ٩ : السند العادي هو الذي يشتمل على توقيع من صدر عنه أو على خاتمه أو بصمه أصبعه وليست له صفة السند الرسمي — م ١٠ : " ١ — من احتج عليه بسند عادي ، وكان لا يريد أن يعترف به ، وجب عليه أن ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو توقيع أو خاتم أو بصمة أصبع ، وإلا فهو حجة عليه بما فيه . ٢ — أما الوارث أو أي خلف آخر فيكتفى منه أن يقرر بأنه لا يعلم أن الخط أو التوقيع أو الختم أو البصمة هو لمن تلقى عن الحق . ٣ — من احتج عليه بسند عادي وبحث فيه ، لا يقبل إنكار الخط أو التوقيع أو الخاتم أو بصمة الأصبع " . ولا يطلب قانون البينات السوري اليمين من الوارث عند الإنكار . وينص صراحة على أن من صدر منه السند وبحث فيه لا يقبل منه إنكاره بعد ذلك .

التقنين المدني العراقي م ٤٥٥ : " ١ — يعتبر السند العادي صادراً ممن وقعه ، ما لم ينكر صراحة هو أو من يقوم مقامه ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة إبهام . ٢ — ويكتفى من الوارث أو الخلف بأن يحلف يميناً بأنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة هو لمن تلقى عنه الحق إذا عجز المحتج بالسند عن الإثبات " . ويختلف التقنين العراقي عن التقنين المصري في مسألة تفصيلية : يكتفى ، في التقنين العراقي ، من الوارث والخلف في البداية بمجرد الإنكار الصريح دون يمين، وعند ذلك يتولى المحتج بالسند إثبات صحة صدور السند من المورث بالإجراءات المقررة في قانون المرافعات . فإذا ما عجز عن الإثبات ، عند ذلك يطلب من الوارث أو الخلف أن يحلف يميناً على عدم العلم .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ١٤٩ : " إن الفريق الذي أدلى عليه بسند ذي توقيع خاص ، فبحث في الأساس بغير أن يناقش في صحة التوقيع ، لا يقبل منه بعد ذلك إنكار هذا التوقيع " — م ١٥٠ — : " يجوز إنكار التوقيع الموضوع على السند قبل أية مناقشة في الأساس ، فتجرى حينئذ معاملة التطبيق " — م ١٥١ : " إذا تقررت صحة الإمضاء الموضوع على سند ذي توقيع خاص ، إما باعتراف الشخص المدلى عليه بهذا السند من تلقاء نفسه ، وإما بعد اجراء معاملة التطبيق ، فإن هذا السند يصبح مكتسباً ، تجاه المتعاقدين وتجاه الغير ، القوة الثبوتية التي تكون للسند الرسمي ، مع الاحتفاظ بإثبات صحة التاريخ " . وقد نص التقنين اللبناني على عدم جواز الإنكار بعد البحث في موضوع السند ، ونص على قيمة السند بعد الاعتراف به أو بعد تحقيقه صحته ، ولم ينص على حالة ما إذا أراد الوارث إنكار توقيع مورثه .

التقنين المدني الليبي م ٣٨١ : (مطابقة لنص المادة ٣٩٤ من التقنين المدني المصري) .

ويتبين من استعراض هذه النصوص أن التقنينات العربية — فيما عدا بعض فروق في التفصيلات — متماثلة في الأحكام .

ويتبين من هذه النصوص : (أولاً) أن الورقة العرفية حجة على الناس كافة ، فيما بين الطرفين وبالنسبة إلى الغير . وسنبحث حجية الورقة العرفية بالنسبة إلى الغير فيما يلي. (ثانياً) فيما بين الطرفين ، تكون للورقة العرفية ، من حيث صدورها ممن وقع عليها، حجية قائمة إلى أن ينكرها صاحب التوقيع . ومن حيث صحة ما ورد بها من الوقائع في ذاتها ، تكون للورقة العرفية حجية قائمة إلى أن يثبت العكس . وهذه هي قوة الورقة العرفية في الإثبات فيما بين الطرفين . ونتناول الآن هذه المسألة بشقيها .

١١١ – حجية الورقة العرفية من حيث صدورها ممن وقع عليها:

إذا احتج ذو شأن بورقة عرفية على من تحمل توقيعه ، فإن صاحب التوقيع إما أن يعترف بأن التوقيع له وأن الورقة صادرة منه ، وإما أن ينكر أن الورقة كلها أو بعضها صادرة منه ، وإما أن يخرج بالسكوت عن الاعتراف أو الإنكار . ومقتضى نص المادة ١٤ إثبات السابقة الذكر أن السكون هو بمثابة الاعتراف . وإذا أراد صاحب التوقيع أن ينفي صدور الورقة منه، فعليه أن ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة .

فإذا اعترف صاحب التوقيع بصدور الورقة منه ، أو سكت ولم ينكر صراحة صدورها [٢] ، اعتبرت الورقة صادرة منه ، واعتبر التوقيع توقيعه والخط المنسوب إليه خطه ،

التقنين المدني الفرنسي : م ١٣٢٢ – السند العرفي ، المعترف به ممن يشهد عليه أو الذي يعتبر معترفاً به قانونا ، تكون له قوة السند الرسمي فيما بين الطرفين والورثة والخلف – م ١٣٢٣ – من احتج عليه بسند عرفي يجب عليه إما أن يعترف به وإما أن ينكر صراحة خطه أو إمضاءه . أما الورثة والخلف فيجوز لهم أن يقتصروا على إعلان أنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء هو لمن تلقوا الحق عنه – م ١٣٢٤ – في حالة ما إذا أنكر الخصم خطه أو إمضاءه أو أعلن الورثة أو الخلف عدم العلم ، وجب الأمر بإجراء التحقيق قضائياً .

وهذا هو الأصل الفرنسي لهذه النصوص :

Art. 1322 – L'acte sous seing privé, reconnu par celui auquel on l'oppose, ou légalement tenu pour reconnu, a, entre ceux qui l'ont souscrit et entre leurs héritérs et ayants cause, la même foi que l'acte authentique.

Art. 1323 – Celui auquel on oppose un acte sous seing privé est obligé d'avouer ou de désavouer formellement son écriture ou sa signature. Les héritiers ou ayants cause peuvent se contenter de déclarer qu'ils ne connaissent point l'écriture ou la signature de leur auteur.

Art. 1324 – Dans le cas où la partie désavoue son écriture ou sa signature, et dans le cas où ses héritiers ou ayants cause déclarent ne les point connaitre, la vérification en est ordonnée en justice.

(٢) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " وتقرر الفقرة الأولى من هذه المادة أن سكوت ذوي الشأن يعتبر في الأصل إقراراً ، لأن من واجب من لا يريد الاعتراف بالورقة أن =

وتصبح الورقة العرفية ، من حيث صدورها ممن وقع عليها ، في قوة الورقة الرسمية . ولا يجوز لصاحب التوقيع أن يعود بعد ذلك إلى الإنكار ، إلا أن يطعن بالتزوير [1] (1) .

أما إذا أنكر صراحة توقيعه أو خطه ، فأنكر بذلك أن الورقة كلها أو بعضها صادرة منه، فعلى المحتج بالورقة عبء إثبات صدورها من صاحب التوقيع [2] ، وذلك بأن يطلب

= ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء " ، فإذا أبى ذو الشأن أن يعترف بنسبة الخط أو الإمضاء إليه أو أن ينكر هذه النسبة ، فيتعين اعتبار الورقة العرفية قد اعترف بها حكماً . وقد أخذت المادة ٢٢٧ من التقنين القائم بهذه القرينة فقضت بأن " المحررات الغير الرسمية تكون حجة على المتعاقدين بها ما لم يحصل إنكار الكتابة أو الإمضاء " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٦٨ — ص ٣٦٩) .

(١) ويكفي أن يسكت عند مواجهته بالورقة ، فلا يستطيع بعد ذلك أن يلجأ إلى الإنكار ، بل يجب عليه الطعن بالتزوير (الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٦١ — ص ٨٢ — أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ ص ٢١٩ — ص ٢٢٠ — وأنظر المادة ٢١٤ من تقنين المرافعات الفرنسي) .

(1) أ — إن المقرر في قضاء محكمة النقض — أن التوقيع بالإمضاء أو ببصمة الختم أو ببصمة الأصبع هو المصدر القانوني الوحيد لإضفاء الحجية على الأوراق العرفية وفقا لما تقضي به المادة ١٤ من قانون الإثبات ، كما أن التوقيع ببصمة الختم ممن صدر منه لا ينفي توقيعه عليه ببصمة الأصبع أيضاً ، إذ يكون التوقيع ببصمة الأصبع بالإضافة إلى التوقيع ببصمة الختم تلبية لرغبة الطرف الآخر الذي يقصد التحفظ من الطعون التي قد توجه في المستقبل إلى بصمة الختم .

(جلسة ٢٠٠٢/٤/٢٨ الطعن رقم ٤٧٢٥ لسنة ٦٧ ق) .

ب — مفاد نص المادة ١٤ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ الخاص بالإثبات ، أن الأصل أن المحرر العرفي يكون حجة بما دون فيه على من نسب إليه توقيعه عليه إلا إذا أنكر ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة ، لما كان ذلك وكان يتعين على منكر التوقيع ببصمة الختم وعلى ما هو مقرر في قضاء هذه الممكن أن يسلك سبيل الطعن بالتزوير إذا أقر بصمة ختمه أو ثبت لمحكمة الموضوع صحته من الأدلة التي قدمها المتمسك بالورقة .

(جلسة ٢٠٠١/٤/٢٤ الطعن رقم ٣٠٣٩ لسنة ٦٣ ق) .

(جلسة ١٩٨٤/١١/٢٩ الطعن رقم ٢٨٨ س ٥١ ق) .

(جلسة ١٩٨١/٤/١٥ الطعن رقم ٢٧٩ س ٤٧ ق) .

(جلسة ١٩٦٧/٤/٤ الطعن رقم ١١١ س ٣٣ ق السنة ١٨ ص ٧٦٠) .

(2) أ — إذا كانت المادة ١٤ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ تقضي باعتبار الورقة العرفية صادره ممن وقعها ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من إمضاء أو ختم أو بصمة ، فإنها تكون قد جعلت الورقة العرفية حجة بما دون فيها على من نسب إليه توقيعه عليها إلا إذا أنكر ذات الإمضاء أو الختم أو البصمة الموقع بها وكان إنكاره صريحاً ، فإن هو اقتصر على إنكار المدون في الورقة كله أو بعضه فإنه لا يكون قد أنكر الورقة العرفية بالمعنى المقصود في هذه المادة وتبقى للورقة قوتها الكاملة في الإثبات .

(جلسة ١٩٨٦/٢/٢٦ الطعن رقم ١٤٣٩ ص ٥٢ ق) .

(جلسة ١٩٨٤/٤/١١ الطعن رقم ١٠٣٩ س ٥٠ ق) .

(جلسة ١٩٨٠/٥/١٩ الطعن رقم ١٣١٤ س ٤٩ ق) .

(جلسة ١٩٦٨/٣/٢٨ الطعن رقم ٢٧٦ س ٣٣ ق السنة ١٩ ص ٦٢٢) .

(جلسة ١٩٦٧/٤/٤ مجموعة المكتب الفني السنة ١٨ ص ٧٦٠) . =

إحالة الورقة على التحقيق [1] . وفقاً لإجراءات رسمها تقنين المرافعات في تحقيق التوقيع والخطوط .

والإنكار أنما يرد على الأوراق العرفية ، أما ادعاء التزوير فيرد على جميع الأوراق الرسمية والعرفية (م ٢٩ من قانون الإثبات) . ومعنى ذلك أن الورقة العرفية تحتمل الطعن بالتزوير والإنكار . فلصاحب التوقيع أن يكون هو المهاجم ، فيطعن في الورقة العرفية بالتزوير، ويقع عليه عندئذ عبء الإثبات . وله كما بيننا [أ] . أن يقتصر على إنكاره

= ب - إن مفاد نص المادة ١٤ من قانون الإثبات أن الأصل أن الورقة العرفية تكون حجة بما دون فيها على من نسب إليه توقيعه عليها ما لم ينكر صدورها منه وتكون لها ذات الحجية قبل ذوي الشأن ممن يسري في حقهم التصرف القانوني الذي تثبته - كالخلف العام أو الخاص - أو تتأثر به حقوقه - كالدائن .
(جلسة ٢٠٠١/٤/٢٤ الطعن رقم ٣٠٣٩ لسنة ٦٣ ق) .

(١) أما إذا كان التوقيع مصدقاً عليه ، فلا يجوز له الإكتفاء بالإنكار ، بل يجب عليه الطعن بالتزوير ، لأن التصديق على التوقيع يعتبر في هذه الحدود بمثابة ورقة رسمية - وعلى كل حال فللمحكمة ألا تجيب طلب الإحالة إلى التحقيق متى رأت من ظروف الدعوى والأدلة التي استندت إليها ما يكفي لتكوين عقيدتها فيها بلا حاجة إلى التحقيق المطلوب (نقض مدني ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠ ص ٣٢) . ولقاضي الموضوع أن يقضي بصحة الورقة المقدمة في الدعوى دون أن يكون ملزماً بالسير في إجراءات التحقيق متى تبين ذلك بناء على أسباب مقبولة , فإذا طلب الخصم تأخير الحكم في الدعوى ليطعن بالتزوير في الورقة التي رفعت هذه الدعوى بناء عليها ، فمن حق القاضي أن يهدر هذا الطلب إذا رأى أن مقدمة لم يبغ به إلا مجرد المماطلة وكسب الوقت (نقض مدني ٢١ نوفمبر سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٧٧ ص ٢٧٩ - ١٧ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٠١ ص ٢١٩ مع تعليق للأستاذ محمد حامد فهمي في هامش ص ٢١٩ - ٢٢ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٣ رقم ١١٨ ص ٣٦٥ - استئناف مصر ٤ مايو سنة ١٩٢٩ مجموعة رسمية ٣٠ ص ١٠٦ - ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة رسمية ٣٨ رقم ٥ ص ١٠٧ - استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٢٦٣ - ٢ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٠٦ - ٥ فبراير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٨٢ - ١٥ أبريل سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣٠٤ - ٢٣ يناير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٩٩ - ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٢٢ - ٢٨ أبريل سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٤٨ - ٦ مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ١٤١) .

(أ) صاحب التوقيع على الورقة العرفية إذا لجأ إلى طريق الإدعاء بالتزوير و لم يقف عند حد الإنكار كان عليه إثبات هذا التزوير ، ولا يكون على المتمسك بالورقة إثبات صحتها ، ولا يستطيع من نسب إليه التوقيع أن يلجأ بعد ذلك إلى الإنكار ليسقط حجية الورقة ، ويحمل المتمسك بها عبء إثبات صدورها، كما لا يستطيع الوارث أو الخلف الالتجاء إلى الإنكار أو التجهيل بعد أن أسقط سلفه حقه فيه بالادعاء بالتزوير ، وإذا كان الدافع في الدعوى أنها أقيمت على مورث الطاعن وأن الحاضر عنه طعن على عقد البيع الذي يحمل توقيعه بالتزوير . وأن الطاعن اختصم بعد وفاة المورث وتمسك بأنه يجهل توقيع المورث ، وكان الحكم المطعون فيه انتهى إلى النتيجة الصحيحة في قضائه بعدم قبول الطعن بالإنكار من جانب الطاعن بعد الادعاء بالتزوير من جانب مورثه - فإن النعي عليه فيما أورده من تقريرات خاطئة يكون غير منتج .
(جلسة ١٩٧٣/١/١١ الطعن رقم ٢٤٤ لسنة ٣٦ ق س ٢٤ ص ٦٢) .
(جلسة ١٩٥٣/١٢/٢٤ مجموعة المكتب الفني السنة ٥ ص ٢٩٧) .

الورقة ، فيلجأ المحتج بها إلى إجراءات تحقيق الخطوط ، ويقع عليه لا على صاحب التوقيع عبء الإثبات . أما إذا كانت الورقة رسمية ، فلا يستطيع صاحب التوقيع إنكار صدورها منه إلا إذا طعن في الورقة بالتزوير كما قدمنا [1] . والذي يبرر هذا الفرق في الحكم بين الورقة الرسمية والورقة العرفية أن الورقة الرسمية تحمل توقيع الموظف العام الذي وثقها ، وفي هذا الموظف من الضمانات وعليه من المسئولية ما يسمح بافتراض صحة صدور الورقة الرسمية من صاحب التوقيع . فإذا أراد هذا أن ينكر صدور الورقة منه ، فعليه هو عبء الإثبات ولا سبيل له إلا الطعن بالتزوير. أما الورقة العرفية فلا يتوافر فيها هذه الضمانات ، بل هي ورقة تحمل توقيعاً يقول المتمسك بها أنه توقيع خصمه ، فإذا أنكر هذا الخصم لم يكن عليه هو أن يحمل عبء الإثبات ، بل المتمسك بالورقة هو الذي يحمل هذا العبء فيثبت أن الورقة صادرة حقاً من صاحب التوقيع عن طريق إجراءات تحقيق الخطوط [2] .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الثابت أن الطاعن لم يقف عند حد إنكار توقيع مورثه على السند ، وإنما ذهب إلى الادعاء بتزويره ، فإن الحكم إذ ألقي عليه عبء إثبات هذا التزوير لا يكون قد خالف قواعد الإثبات (نقض مدني ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٤٦ ص ٢٩٧) — وقد قضت المادة ٢٧٤ من تقنين المرافعات (تقابلها المادة ٤٢ إثبات) بأنه لا تسمع شهادة الشهود إلا فيما يتعلق بإثبات حصول الكتابة أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الأصبع ، أما في دعوى التزوير فيجوز قبول إثبات عدم قيام الدين الذي حررت عنه الورقة قرينة على التزوير . وقضت محكمة النقض بأن المادة ٢٧٠ مرافعات قديم (٤٢ من قانون الإثبات) خاصة بتحقيق الخطوط ولا مجال لتطبيقها في دعوى التزوير . والمقصود منها هو احترام القاعدة العامة في الإثبات بعدم تمكين من يتمسك بورقة أنكرها خصمه من أن يثبت بالبينة ، في غير الأحوال التي يجوز فيها ذلك قانوناً ، الالتزام المدون بها ، ولذلك جاء نصها مقصوراً على أن البينة لا تسمع إلا عند إثبات واقعة الكتابة أو التوقيع دون الالتزام ذاته ، بخلاف الحال في دعوى التزوير ، فإن الأمر فيها — إذا ما قبلت أدلة التزوير — يكون متعلقاً بجريمة أو غش مما يجوز قانوناً إثباته بجميع الطرق ومنها قرائن الأحوال كعدم قيام الدين الذي حررت عنه الورقة . وذلك يستتبع أن يكون الخصم مدعى التزوير الحق في أن يثبت بجميع الطرق أيضاً عدم صحة الدعوى عملاً بالمادة ٢٨١ مرافعات (٤٦ إثبات) . وإذن فإذا كان التحقيق في دعوى التزوير قد تناول غير الكتابة أو التوقيع وقائع أخرى ، واعتمدت عليها المحكمة ، فلا تثريب عليها في ذلك (نقض مدني ٢٩ يناير سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٣٩ ص ٤١٠ — أنظر أيضاً نقض مدني ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٧٤ ص ٣٤٦) .

(٢) أوبري ورو ١٢ ص ٧٥٦ ص ٢١٧ هامش رقم ٩٠ ؛ والخطوط البارزة في إجراءات تحقيق الخطوط — وهي من مباحث قانون المرافعات — تتحصل في أنه إذا أنكر صاحب التوقيع توقيعه ، وكانت الورقة منتجة في النزاع ، ولم تكف وقائع الدعوى ومستنداتها لتكوين عقيدة المحكمة ، ولم يكن في الورقة كشط أو محو أو تحشير أو غير ذلك من العيوب المادية بحيث تقدر المحكمة إسقاط قيمتها في الإثبات أو إنقاصها ، فإن المحكمة تأمر بتحقيق الورقة عن طريق المضاهاة أو بسماع الشهود أو بكلتا الطريقتين . (أنظر في جواز الاكتفاء بالبينة وعدم الالتجاء إلى المضاهاة : نقض مدني ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٨ ص ١٢٥ — وفي أن مجرد إعلان فقد الختم لا ينهض دليلاً على صحة هذه الواقعة : نقض مدني =

= ١٩ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٥٧ ص ٢٠٧) ويشتمل الحكم بإحالة الورقة إلى التحقيق على ندب أحد قضاة المحكمة لإجرائه وتعيين خبير للمضاهاة، وتكون المضاهاة على ما هو ثابت صدوره ممن تشهد عليه الورقة من أوراق رسمية أو أوراق معترف بها منه أو على خطه أو إمضائه الذي يكتبه أمام القاضي المنتدب للتحقيق ، أما الشهود فيسمعون فيما يتعلق بصدور الورقة من صاحب التوقيع وتراعى في سماعهم القواعد المقررة في سماع شهادة الشهود . وإذا حكم بصحة كل الورقة فيحكم على من أنكرها بغرامة لا تقل عن مائة جنيه ولا تتجاوز خمسمائة جنيه . وعلى أية حال ، إذا قضت المحكمة بصحة الورقة أو بردها أو قضت بسقوط الحق في إثبات صحتها ، أخذت في نظر موضوع الدعوى في الحال أو حددت لنظره أقرب جلسة (أنظر المواد ٢٨ — ٤٤ إثبات) . وتنص المادة ٤٥ من قانون الإثبات على أنه " يجوز لمن بيده محرر غير رسمي أن يختصم من تشهد عليه الورقة ليقر بأنها بخطه أو بإمضائه أو بختمه أو ببصمة أصبعه ، ولو كان الالتزام بها غير مستحق الأداء ، ويكون ذلك بدعوى أصلية بالإجراءات المعتادة " . ولا تخلو الحال عندئذ من أحد فروض ثلاثة : إما أن يحضر المدعى عليه ويقر فتثبت المحكمة إقراره (م ٤٦ إثبات) ، وإما ألا يحضر فتحكم المحكمة في غيبته بصحة صدور الورقة منه ويجوز استئناف هذا الحكم في جميع الأحوال (م ٤٧ إثبات) ، وإما أن يحضر وينكر فيجرى التحقيق وفقاً للإجراءات التي سبق بيانها (م ٤٨ إثبات) .

وقد يعترف المدين ببصمة الختم ، ولكنه ينكر أنه وقع به على الورقة . وهذا يحدث كثيراً ، فإن الختم منفصل عن صاحبه ، ويقع أن يحصل شخص على ختم آخر فيوقع به ورقة دون علم صاحب الختم . وقد كانت الدوائر المجتمعة لمحكمة استئناف مصر — قبل انشاء محكمة النقض — قد قضت بأن على المتمسك بالورقة الموقعة بختم ، اعترف صاحبه ببصمته دون التوقيع به ، أن يثبت أن صاحب الختم هو الذي وقع به على الورقة فلا يجوز ، في هذه الحالة ، مطالبة صاحب الختم ، بالرغم من اعترافه بالبصمة، أن يطعن في الورقة بالتزوير ، بل ولا أن يثبت أنه لم يوقع الورقة بختمه من غير طعن بالتزوير، والمتمسك بالورقة هو ، كما قدمنا ، الذي يقع عليه عبء إثبات أن صاحب الختم قد وقع الورقة بختمه حتى يستكمل بذلك دليله. وقد ورد في حكم الدوائر المجتمعة في هذا المعنى ما يأتي : " إن إنكار التوقيع بالختم المعترف ببصمته يجعل الدليل القانوني المستفاد من الورقة ناقصاً يكاد يكون مطلقاً . وبما أن المتمسك بالورقة هو المكلف بتقديم الدليل كاملاً على دعواه ، فعليه هو إثبات توقيع خصمه بالختم عند إنكاره كي ما يتم له الاستدلال. والقول بأن الإقرار ببصمة الختم دون التوقيع به يعتبر قرينة على هذا التوقيع من شأنها إلزام المنكر بإثبات عدم توقيعه أو بالادعاء بالتزوير هو قول فيه مخالفة صريحة للقاعدة الأولية المنصوص عليها في المادة ٢١٤ مدني وهي جعل عبء الإثبات على المدعى . على أنه يلزم أن يكون إنكار التوقيع جدياً لا يكذبه الظاهر من وقائع الدعوى بحيث لو تراءى للمحكمة من تلك الوقائع وظروفها أن الورقة المتنازع عليها صحيحة ، وأن الإنكار لم يكن الغرض منه إلا المطل والمكيدة ، فلها مطلق السلطة في الحكم بصحة الورقة دون الإحالة على التحقيق بشرط بيان أسباب ذلك الحكم" (استئناف مصر الدوائر المجتمعة ٤ مايو سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ١٠٦ ص ٣٦٧) . وكان حكم الدوائر المجتمعة هذا عقب اختلاف واضطراب في القضاء في خصوص هذه المسألة. فمن المحاكم ما كان يقضى بالمعنى الذي أخذت به الدوائر المجتمعة : استئناف مصر ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٨،ص ٧٥ (الاعتراف بالختم لا يمنع دعوى الإنكار لأن الختم منفصل من صاحبه فيجوز التوقيع به دون علمه ، بخلاف الإمضاء فإن الاعتراف بها مع إنكارها لا يتصور) — استئناف مختلط ١٤ فبراير ١٨٩٥ م ٧ ص ١٣٧ — ١٥ يونية سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٧٢ — وفي إنكار التوقيع يجوز للخصم أن يوجه اليمين الحاسمة على من أنكر توقيعه (استئناف مختلط ١١ مايو =

= ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٤٨) ، أما الطعن بالتزوير فلا يجوز فيه توجيه اليمين الحاسمة (استئناف مختلط ٦ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٩٩ — ١٩ مايو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٥١) — ومن المحاكم ما كان يقضي بأن صاحب الختم هو الذي يقع عليه عبء إثبات أنه لم يوقع الورقة بختمه ولكن دون حاجة لأن يسلك في ذلك طريق الطعن بالتزوير : محكمة الاستئناف الأهلية في ٩ وفي ١٩ يناير سنة ١٩١٦ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ١٠٠ — محكمة أسوان ٢٠ نوفمبر المجموعة الرسمية ٦ رقم ٥٦ — ومن المحاكم ما كان يقضي بأن صاحب الختم مادام قد اعترف ببصمة ختمه لا يبقى أمامه إذا أراد عدم الاعتراف بالتوقيع إلا طريق الطعن بالتزوير : محكمة الاستئناف الأهلية ٢٦ يناير سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٤ ص ٥٥ — ٧ يناير سنة ١٩٢٤ و ٢٨ يناير سنة ١٩١٤ المجموعة ٢٦ ص ٢٠— إستئناف مختلط ٢٢ نوفمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ١٢ — ١٠يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٤٧ — ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٣٣ — ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٢٦ .

وبعد إنشاء محكمة النقض اضطردت أحكام هذه المحكمة على عكس ما قضت به محكمة استئناف مصر في دوائرها المجتمعة ، ويمكن القول أن القضاء قد استقر الآن في مصر على أن من يقر ببصمة ختمه لا يجوز له أن ينكر التوقيع بالختم إلا إذا سلك طريق الطعن بالتزوير . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن القانون المصري أقام حجية الأوراق على شهادة ذات الإمضاء أو الختم الموقع به عليها ، فمتى اعترف الخصم الذي تشهد عليه الورقة بأن الإمضاء أو الختم الموقع به عليها هو إمضاؤه أو ختمه أو متى ثبت ذلك بعد الإنكار بالدليل الذي يقدمه المتمسك بالورقة ، فلا يطلب من هذا المتمسك أي دليل آخر لاعتماد صحة الورقة وإمكان اعتبارها حجة بما فيها على خصمه صاحب الإمضاء أو الختم . ولا يستطيع هذا الخصم التنصل مما تثبته عليه الورقة إلا إذا بين كيف وصل إمضاؤه هذا الصحيح أو ختمه هذا الصحيح إلى الورقة التي عليها التوقيع وأقام الدليل على صحة ما يدعيه من ذلك ، فإن هذه هي منه دعوى تزوير بحتة يجب أن يسار فيها بطريقها القانوني ، ذلك بأن القانون لا يعرف إنكار التوقيع بالختم، بل لا يعرف إلا إنكار بصمة الختم (نقض مدني ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٧٤ ص ٣٤٦) . وقضت أيضاً بأن القانون في باب تحقيق الخطوط لا يعرف إلا إنكار الختم ذاته ، فمن يعترف بالختم ولكن ينكر التوقيع به لا يقبل منه هذا الإنكار ، بل عليه أن يدعي بالتزوير في الورقة ويقيم هو الدليل عليه . فإذا دفع شخص بإنكار التوقيع ، فلا يصح النظر في دفعه على اعتبار أنه إنكار للتوقيع ، بل المتعين على المحكمة أن تثبت اعتراف المتمسك بهذا الدفع بختمه ثم تقضي بعدم قبول هذا الدفع بالإنكار . وإن عدم قبول إنكار التوقيع بالختم المعترف به لا يسبغ الحكم بصحة الورقة المنكورة ولا بتوقيع الغرامة على الدافع بهذا الضرب من الإنكار ، لأن الحكم بصحة الورقة لا يكون كما هو صريح نص المادة ٢٧١ مرافعات (٤٤ إثبات) إلا في حق الدفع بالإنكار المنصب على ذات الختم أو ذات الكتابة أو ذات الإمضاء ، والذي يقبل وينظر موضوعاً ويجرى فيه التحقيق بالطريق المرسوم في القانون أو بغيره من الطرق القانونية التي يراها القاضي ، ثم يتبين بعد التحقيق أن إنكار ذات الختم أو ذات الكتابة أو ذات الإمضاء هو إنكار غير صحيح . كما أن الحكم بالغرامة لا يوقع إلا إذا حكمت المحكمة بصحة الورقة ، والحكم بصحتها ممتنع في صورة عدم قبول الدفاع بإنكار التوقيع بالختم مع الاعتراف به كما تقدم ، وإذن الغرامة لا يمكن توقيعها في تلك الصورة لانتفاء شرط توقيعها (نقض مدني ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٥٤ ص ٧٢١) . وقضت أيضاً بأنه إذا اعترف شخص بختمه ولكنه أنكر التوقيع به ، وقبلت المحكمة الدفع بإنكار التوقيع ورأت بعد بحثه موضوعياً أنه دفع غير جدي وقضت برفض طلب الإحالة على التحقيق وبصحة الورقة وبتوقيع غرامة على من دفع بهذا الضرب من الإنكار ، ونقضت محكمة النقض هذا الحكم فيما يتعلق بقبوله الدفع بإنكار التوقيع =

وإذا أنكر صاحب التوقيع صدور الورقة العرفية منه ، ثم أثبت التحقيق أنه هو الذي وقعها ، صارت هذه الورقة العرفية ، كالورقة التي اعترف بها أو سكت عن إنكارها ، في قوة الورقة الرسمية . وفي جميع الأحوال ، سواء اعترف بالورقة أو سكت عن إنكارها أو أنكرها وأثبت التحقيق صدورها منه ، يجوز له أن يطعن في هذه الورقة العرفية بالتزوير ، كما يجوز له ذلك مع الورقة الرسمية ، ويحمل هو عبء إثبـــات تزويرها [1] .

= بالختم مع الاعتراف به ثم بفصله في موضوعه مقررة أن هذا الإنكار غير مقبول ، وقضت تبعاً لذلك بعدم صحة الحكم فيما قضي به من صحة الورقة ومن الغرامة ، فحكم محكمة النقض بعدم قبول إنكار التوقيع وبما يستتبعه من تلك النتيجة لا يمس ما للورقة من القيمة ، بل إنها تبقى حافظة لقوتها كورقة معترف بصحة الختم الموقع به عليها ولا تقبل مطلقاً سوى الطعن فيها بالتزوير (نقض مدني ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٥٤ ص ٧٢١ وهو نفس الحكم السابق) . وقضت كذلك بأنه إذا طعن أحد الخصوم بالتزوير في ورقة على اعتبار أن مورثه المنسوب له التوقيـــع على عقد ما لا ختم له مطلقاً ، فلا مانع قانوناً من أن يعيد طعنه على اعتبار أنه مع تسليمه بأن بصمة الختم الموقع به على ذلك العقد صحيحة، فإن مورثه لم يوقع بنفسه بهذا الختم عليه أو أنه قد حصل تزوير في العقد بالمحو والكشط والتحشير في جزء منه . وإذن فلا يقبل الطعن بطريق النقض المقدم منه متى ثبت أن الحكم المطعون فيه قد اقتصر على إثبات صحة بصمة الختم دون التعرض لمسألة التوقيع على العقد بمعرفة مورثه ، لأن حقه في الطعن أمام محكمة الموضوع في التوقيع على العقد بمعرفة مورثه وفي الطعون الأخرى التي لم تقدم لمحكمة الموضوع لا يزال محفوظاً في هذه الحالة ، فلا مصلحة له في الطعن أمام محكمة النقض (نقض مدني ١٣ فبراير سنة ١٩٣٦ المجموعة الرسمية ٣٧ رقم ٧ ص ١٥٩) — أنظر أيضاً نقض مدني ٢٤ مايو سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٨٥ ص ٤٠٩) .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأن عدم تمكن المدعى من إثبات صدور عقد ممن هو منسوب إليه لا يؤخذ منه حتماً أن هذا العقد مزور . وأن الحكم برد العقد وبطلانه لا يكون إلا بناء على دعوى تزوير يقيمها من نسب هذا العقد إليه (استئناف ٥ أبريل سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٩٨) . وقضت محكمة استئناف مصر بأن مسألة قبول دعوى التزوير بعد الإنكار مسألة أخلاقية ، فإذا أخذت المحكمة بالرأي القائل بقبولها كان لها أن تحكم بما تراه وإن جاء مخالفاً لما حكمت به أولاً ، وإلا لما كان هناك معنى للقول بجواز قبولها بعد الإنكار . وإذا حصل الإنكار وحكم بصحة الورقة المنكورة ، ثم طعن فيها بالتزوير وقبلت أدلته وحكم برد الورقة وبطلانها ، لم يبق في القضية إلا الحكم الثاني الصادر في دعوى التزوير وهو وحده الحكم المعتمد . فلا محل إذن للقول بوجود تناقض موجب لرفع التماس عن الحكم الثاني (استئناف مصر ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٥٠ ص ١١٥) . وقضت محكمة استئناف أسيوط بأنه يجوز الطعن بالتزوير في ورقة سبق الحكم بصحتها بعد اتباع إجراءات تحقيق الخطوط أو بعد الإقرار بها متى توافرت أدلة جديدة على تزويرها (استئناف أسيوط ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٣٤ رقم ٤ ص ٩٤) .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه من المسلم أن الخصم ، حتى بعد تمام إجراءات تحقيق الخطوط ، يستطيع أيضاً أن يطعن في الورقة بالتزوير ، ولكن يجب أن تجتمع عنده أدلة منتجة مقبولة تكفي لهدم عناصر الإثبات التي سبق تقديمها في إجراءات تحقيق الخطوط (استئناف مختلط ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٦٦) . وقضت أيضاً بأنه يمكن الالتجاء إلى إجراءات الطعن بالتزوير في أية حالة كانت عليها الدعوى ، =

١١٢ – حجية الورقة العرفية من حيث صحة الوقائع التي وردت بها:

ويجب التمييز بين صدور البيانات المدونة في الورقة العرفية ممن وقعها (réalité matérielle) – وهذه كما رأينا تقوم عليها قرينة مؤقتة تسقط بمجرد إنكار الورقة دون حاجة إلى الطعن بالتزوير – وبين صحة هذه البيانات في ذاتها (sincérité morale) ، وهل هي وقائع جدية أو هي صورية . فإذا كانت الورقة العرفية تثبت مثلاً أن بيعاً صدر من شخص إلى آخر وأن المشترى قبض الثمن ، افترض أن هذه الوقائع جميعها جدية غير صورية، وكان ذكرها في الورقة العرفية قرينة على أنها صحيحة . ولكنها قرينة يجوز دحضها بإثبات العكس (١) (1) . فلصاحب التوقيع أن يثبت في مواجهة الطرف الآخر أن البيع صوري أو أن الثمن لم يقبض . ولا يقتصر صاحب التوقيع هنا على الإنكار – كما فعل عندما أنكر صدور الورقة منه – بل يقع عليه عبء إثبات العكس طبقاً للقواعد العامة . ومن هذه القواعد أنه لا يجوز ، بالنسبة إلى الطرف الآخر ، إثبات ما يخالف الكتابة أو ما يجاوزها إلا بالكتابة .

ويدخل في صحة الوقائع صحة تاريخ الورقة العرفية . فالتاريخ الذي تحمله هذه الورقة تفترض صحته ، حتى يثبت صاحب التوقيع أنه غير صحيح وأن حقيقته كذا ، ولا يثبت هنا أيضاً ما يخالف المكتوب إلا بالكتابة (٢) (1) .

= حتى في خلال إجراءات تحقيق الخطوط ، فتوقف هذه ، ويسار في تلك (استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٤٣) . أنظر أيضاً استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢٨٣ (يجوز الطعن بالتزوير في ورقة عرفية بعد الاعتراف بالتوقيع أو الخط أو بعد تحقيق ذلك) .

أنظر في هذه المسألة أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ ص ٢١٩ – ص ٢٢٠ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٨٠ ص ٩١٨ – ص ٩١٩) .

(١) أما في الورقة الرسمية فقد رأينا أن صحة البيانات في ذاتها يجب التمييز فيها بين ما يعد إنكاره طعناً في أمانة الموثق فيجب سلوك دعوى التزوير في هذا الإنكار ، وبين البيانات التي لا يتضمن إنكارها طعناً في أمانة الموثق والإنكار هنا يكتفى فيه بتحميل المنكر عبء إثبات العكس كما هي الحال في جميع البيانات الواردة في الورقة العرفية (بودري وبارد ٤ فقرة ٢٣٤٢) .

(1) الأصل أن التاريخ الذي تحمله الورقة العرفية تفترض صحته حتى يثبت صاحب التوقيع أنه غير صحيح وأن حقيقته تاريخ آخر ويتقيد في إثبات ذلك بالقواعد العامة ومن ثم فلا يجوز له إثبات ما يخالف التاريخ المكتوب إلا بالكتابة .

(جلسة ١٩٦٢/٥/٢٤ الطعن رقم ٣٥٥ لسنة ٢٦ ق السنة ١٣ ص ٦٧٦) .

(٢) استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٣٦ – ١٧ يناير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٩١ – ٢٧ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٦٢ – ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٦٦ – ١٢ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ =

كذلك قيام التصرف القانوني في ذاته ، من صحة ونفاذ وغير ذلك ، كل هذا ينفتح باب الطعن فيه أمام صاحب التوقيع ، ولا يمنعه اعترافه بصدور الورقة منه من أن يطعن في التصرف القانوني — لا في الورقة — بالغلط أوبالتدليس أو بالإكراه أو بعدم مشروعية السبب أو بأي دفع موضوعي أو شكلي آخر .

المطلب الثاني

حجية الورقة العرفية بالنسبة إلى الغير

١١٣ — تعريف مبدئي للغير : الغير هنا — كالغير في حجية الورقة الرسمية — هو كل شخص يجوز أن يسرى في حقه التصرف القانوني الذي تثبته الورقة العرفية ، ومن ثم

= ص ٢٩٧ — ٦ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٢٥ — ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٦٨ — ٣ يونية سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٥٢ — ٧ يونية سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤١١ .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " إن تاريخ الورقة العرفية يعتبر حجة فيما بين المتعاقدين حتى يثبت العكس ، شأنه من هذا الوجه شأن سائر ما يدون في هذه الورقة من البيانات . ويتعين على من يريد تحصيل الدليل العكسي في هذه الحالة ، أن يلتزم أحكام القواعد العامة في ذلك. ومؤدى هذا وجوب التقدم بدليل كتابي ، إذ لا يجوز نقض الثابت كتابة إلا بالكتابة " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٧٣) .

هذا ولما كان الغالب أن صحة التاريخ فيما بين الطرفين لا تناقش إلا عند ادعاء تقدم التاريخ أو تأخيره بطريق الغش ، وكان العش يبرر الإثبات بجميع الطرق ، فإنه يقع كثيراً أن يتمكن أحد الطرفين أن يثبت في مواجهة الآخر عدم صحة التاريخ حتى بالبينة أو بالقرائن (استئناف مصر ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٤٧ ص ٧٠ — ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٤٨ ص ٧٢ — ديمولومب ٢٩ فقرة ٥٠٨ — أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ ص ٢٢٠ هامش رقم ١٠٠ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٨٣ ص ٩٢٠ — ص ٩٢٢) .

أ — الوارث بحكم كونه خلفاً عاماً لمورثه — من الغير في حكم المادة ٣٩٥ من القانون المدني (المقابلة للمادة ١٥ من قانون الإثبات).بل حكمه بالنسبة إلى المحررات غير الرسمية التي يكون المورث طرفاً فيها هو حكم مورثه ويكون تاريخها بحسب الأصل حجة عليه ولو لم يكن ثابت ثبوتاً رسمياً سواء أكانت الورقة صادرة إلى وارث أو غير وارث ما لم يقم الدليل على عدم صحته .

(جلسة ١٩٦٩/٣/١١ الطعن رقم ٧٢ لسنة ٣٥ ق س ٢٠ ص ٤٠٤) .

(جلسة ١٩٧١/٤/٢٠ الطعن رقم ٣٨٣ لسنة ٣٦ ق س ٢٢ ص ٥٠٦) .

(جلسة ١٩٧٤/٣/٢٦ الطعن رقم ١٦٧ لسنة ٣٩ ق س ٢٥ ص ٥٧٥) .

ب — تقديم المطعون ضده الأول بصفته مستندات عرفية تدليلاً على ثبوت الضرر وتقدير قيمته . عدم تمسك الطاعن أمام محكمة الموضوع بعدم جواز الاحتجاج بما قبله . أثره عدم جواز منازعته بشأنها لأول مرة أمام محكمة النقض تعويل الحكم المطعون فيه عليها في قضائه لا عيب .

(جلسة ٢٠٠١/٤/١٨ الطعن رقم ٤٦٧٨ سنة ٦٣ ق) .

يصح أن يحتج عليه بهذه الورقة كدليل على التصرف الذي يراد أن يسرى في حقه . وهو بوجه عام الخلف العام والخلف الخاص والدائن .

وسنرى أن " الغير " تضيق دائرته في حجية تاريخ الورقة العرفية [1] .

ونستعرض حجية الورقة العرفية بالنسبة إلى الغير — كما استعرضناها فيما بين الطرفين — (أ) من حيث صحة صدورها من صاحب التوقيع . (ب) ومن حيث صحة الوقائع التي وردت بالورقة. ونضيف مسألة ثالثة لها هنا أهمية خاصة : (ج) ومن حيث صحة التاريخ الذي تحمله الورقة .

١١٤ — (أ) حجية الورقة العرفية بالنسبة إلى الغير من حيث صدورها ممن وقع عليها : هي نفس الحجية فيما بين الطرفين على النحو الذي قدمناه. فتعتبر الورقة العرفية ، بالنسبة إلى الخلف العام (الوارث والموصي له بجزء من التركة) والخلف الخاص والدائن ، صادرة من صاحب التوقيع إلى أن ينكر — صاحب التوقيع لا الغير — صدورها منه دون حاجة إلى أن يطعن فيها بالتزوير [2] . أما إذا اعترف بالورقة أو سكت ، فقد أصبحت الورقة حجة عليه وعلى الغير معاً ، وإذا أراد هو ، أو أراد الغير ، إنكارها بعد ذلك فلا سبيل إلا الطعن بالتزوير [3] .

---

(١) " والغير " — كما هو معروف — يختلف تحديده تبعاً لأوضاعه المختلفة . فالغير في حجية الورقة العرفية قد حددناه ، وسنحدده تحديداً آخر في التاريخ الثابت ، وفي حجية الشيء المقضي ، وفي الصورية . وله تحديد خاص يختلف عما تقدم في أثر العقد أو سريانه وفي التسجيل . وهو في كل وضع من هذه الأوضاع يتحدد على نحو يتلاءم مع هذا الوضع . والفكرة المشتركة في كل هذه الأوضاع أن أثراً قانونياً معيناً قد يمتد لشخص تقضي المبادئ العامة للقانون بحمايته من أن يمتد إليه ، فيعتبر من " **الغير** " بالنسبة على هذا الأثر .

(٢) ونص التقنين الجديد أدق في هذا المعنى من نص التقنين القديم . فقد كان النص القديم يقضي ألا تكون الأوراق العرفية " حجة على المتعاقدين بها إلا إذا كان تاريخها ثابتاً ثبوتاً رسمياً " فكان النص يوهم أن الورقة العرفية لا تكون حجة في جميع مشتملاتها على الغير إلا إذا كانت ثابتة التاريخ . أما نص التقنين الجديد فيقضي بألا تكون " الورقة العرفية حجة على الغير في تاريخها إلا منذ أن يكون لها تاريخ ثابت"، فهي إذن في غير التاريخ حجة على الغير دون حاجة لتاريخ ثابت. وقد كان المشروع الأولى الذي رضعه الأستاذ استنويت في الإثبات يتضمن نصاً صريحاً في هذا المعنى ، ولكن حذف هذا النص في المشروع التمهيدي اكتفاء باستنباط الحكم من مضمون المادة ٣٩٥ (أنظر الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٦٤ مكررة ص ٩٠ وفقرة ٦٣ ص ٨٦ هامش رقم ١) .

(٣) أنظر مثالاً للأستاذ سليمان مرقس في قوة المحررات العرفية في الإثبات منشوراً في مجلة القانون والاقتصاد السنة ١٤ ص ٢٥٩ . وسنعود للإشارة إلى هذا المقال القيم .

وإذا احتج بالورقة العرفية بعد موت صاحب التوقيع على الوارث أو الموصي له أو الخلف الخاص أو الدائن ، فإن هؤلاء لا يطلب منهم إنكار صريح ، كما كان يطلب من صاحب التوقيع ، لإسقاط حجية الورقة العرفية ، بل يكتفي من أي منهم ، حتى لا تكون الورقة حجة عليه إلا بعد التحقيق ، أن يحلف يميناً بأنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة لمن تلقى عن الحق [1] ، وهذا بعد كل ما يستطيع أن يؤكده، فلا يطلب منه أكثر من ذلك [1] [2] .

١١٥ – (ب) حجية الورقة العرفية بالنسبة إلى الغير من صحة الوقائع التي وردت بها : وهنا الحجية أيضاً هي نفس الحجية فيما بين الطرفين على النحو الذي قدمناه . فللوارث مثلاً أن يثبت صورية الوقائع الواردة في الورقة العرفية وفقاً للقواعد المقررة في الإثبات . وكذلك يفعل الخلف الخاص والدائن ، ويلاحظ هنا أن كلاً

---

(1) مفاد المواد ١٤ ، ٢٠ ، ٣٠ من قانون الإثبات يدل على أنه إذا نفي الوارث علمه بأن التوقيع الذي على الورقة العرفية المحتج بها عليه هو لمورثه ، تعين أن توجه إليه يمين عدم العلم ، فإذا حلف هذه اليمين زالت عن الورقة مؤقتاً قوتها في الإثبات .
(جلسة ١٩٨٢/٦/١٧ الطعن رقم ٥٥ لسنة ٥١ ق) .
(جلسة ١٩٧٨/٥/٢٣ الطعن رقم ١٤٨ لسنة ٤٣ ق س ٢٩ ص ١٢٩٧) .
(جلسة ١٩٦٥/٢/١٢ الطعن رقم ١٦٦ لسنة ٣١ ق س ١٦ ص ١١٨٥) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " فليس في الوسع ، إزاء ما يفرق هذين المركزين ، إلا أن يباح للوارث أو الخلف الاكتفاء بنفي علمه بأن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة لمن تلقى عنه حقه ، دون أن يقف موقف الإنكار صراحة . على أنه رؤى من الأنسب اقتفاء أثر المادة ١٢٢٣ من التقنين الكندي ، فنص على وجوب تعزيز إقرار الوارث أو الخلف بيمين يؤديها درءاً لما يحتمل من تعسف هذا أو ذاك في استعمال الرخصة المخولة له . وقد آثر المشروع استعمال عبارة التقنين الهولندي ، فنص على أن يكتفي من الوارث أو الخلف أن يقرر أنه لا يعلم أن الإمضاء لمورثه ، دون أن يجترئ من الوارث بنفي العلم بإمضاء مورثه . فإذا أنكرت نسبة الورقة العرفية صراحة ، أو نفي الوارث أو الخلف علمه بذلك ، زالت عنها مؤقتاً قوتها في الإثبات ، وتعين على من يريد التمسك بها أن يقيم الدليل على صحتها باتباع الإجراءات الخاصة بتحقيق الخطوط . وقد جرى القضاء المصري على ذلك رغم خلو التقنين الراهن من نص خاص في هذا الشأن (استئناف مختلط ٧ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٦٩ "
(مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٦٩ – ص ٣٧٠) .

(2) الدفع بالجهالة متعلقة بالتوقيع الذي يرد على المحرر دون التصرف المثبت به .
(الطعن رقم ٦٤٥٦ لسنة ٦٢ ق جلسة ٢٠٠٠/١/٢٦) .
(الطعن رقم ٢٣٨٣ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٦/١٢/٣١) .

من هذين يعتبر من الغير في الصورية ، فله أن يثبتها بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن (١) (1) .

ولهؤلاء جميعاً أن يدفعوا التصرف القانوني الذي تثبته الورقة العرفية بجميع الدفوع الموضوعية والشكلية التي كانت لصاحب التوقيع . فلهم أن يطلبوا إبطال التصرف لنقص الأهلية أو للغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال ، ولهم أن يدفعوا ببطلان التصرف لعدم مشروعية المحل أو السبب لعدم استيفاء الشكل ، ولهم أن يتمسكوا بانقضاء الالتزام بالوفاء أو بغيره من أسباب الانقضاء ، إلى غير ذلك من الدفوع .

أما صحة التاريخ الذي تحمله الورقة العرفية بالنسبة إلى الغير فله شأن آخر ، وهو ما ننتقل الآن إليه .

---

(١) أنظر الأستاذ سليمان مرقس في مقاله في قوة المحررات العرفية في الإثبات (مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٥٦ – ص ٢٥٧) ، وقد جاء فيها ما يأتي : " ... حتى بالنسبة لهؤلاء الأشخاص المقصودين بالغير في المادة ٢٢٨ (م٣٩٥ جديد) يكون المحرر العرفي حجة بذاته ، ولا يحتاج إلى ثبوت تاريخه بوجه رسمي إلا لإمكان الاحتجاج بتاريخه فقط . فمثلاً إذا صرفنا النظر عن أحكام قانون التسجيل يكون الدائن المرتهن من الغير الذين يجوز لهم التمسك بالمادة ٢٢٨ بالنسبة لعقد البيع العرفي الصادر من الراهن، فلا يمكن الاحتجاج عليه بتاريخ البيع ، ولكن هذا لا يمنع المشترى من الاحتجاج عليه بحصول البيع ومن اعتبار نفسه حائزاً للعقار المرهون ، مع ما يترتب على ذلك من ثبوت حق التطهير له ومن وجوب اتخاذ الإجراءات ضده " (مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٥٦ – ص ٢٥٧) .

(1) أ – لا يعتبر غيرا ومن ثم يحتج عليه بتاريخ الورقة العرفية الوارث وكل خلف عام كالموصي له بحصة من التركة ما لم يثبت صوريتها بقصد التحايل على حقه القانوني في التركة .
(جلسة ١٩٧٤/٣/٢٦ الطعن رقم ١٦٧ س ٣٩ ق السنة ٢٥ ص ٥٧٥) .
جلسة ١٩٧٢/٥/١١ مجموعة المكتب الفني س ٢٣ ص ٨٥٢) .
(جلسة ١٩٧١/٤/٢٠ الطعن رقم ٣٨٣ س ٣٦ ق السنة ٢٢ ص ٥٠٦) .
(جلسة ١٩٦٩/٣/١١ الطعن رقم ٧٢ ص ٣٦ ق السنة ٢٠ ص ٤٠٤) .

ب – المشترى يعتبر من الغير في أحكام الصورية بالنسبة للتصرف الصادر من نفس البائع إلى مشترى آخر، وله أن يثبت صورية العقد الذي أضر به بطرق الإثبات كافة .
(جلسة ١٩٨٦/٣/٣٠ الطعن ٢١١٨ لسنة ٥٢ ق) .

ج – للدائن العادي باعتباره من الغير أن يطعن على تصرف مدينه بالصورية إلا أن ذلك منوط بأن يكون حق الدائن خالياً من النزاع .
(جلسة ١٩٧٨/٣/٣ الطعن ٩١٥ سنة ٤٤ ق س ٢٩ ص ٩٣٢) .

د – الغير في الصورية هو كل ذي مصلحة ولو لم يكن طرفا في العلاقة المطعون عليها بالصورية ، ويحق لهذا الغير إثبات الصورية بجميع طرق الإثبات .
(جلسة ١٩٩٠/٧/١٨ الطعن ٣٦١٨ سنة ٥٩ ق) .

١١٦ – (ج) حجية الورقة العرفية بالنسبة إلى الغير من حيث صحة التاريخ الذي تحمله الورقة : هذه هي أهم مسألة في حجية الورقة العرفية بالنسبة إلى الغير . فالورقة العرفية تحمل تاريخاً معيناً ، يفترض فيما بين الطرفين أنه هو التاريخ الصحيح حتى يثبت العكس . فهل للتاريخ هذه الحجية بالنسبة إلى الغير ؟

ظاهر أن هذا لا يمكن التسليم به . فقد يكون الطرفان متواطئين في تقديم التاريخ أو في تأخيره لتحقيق غرض معين . يتواطأن في تقديم التاريخ حتى يتفاديا مثلاً الطعن بالدعوى البوليصية من دائن تاريخ سنده متقدم على البيع الذي تشهد به الورقة العرفية فيقدمان تاريخ الورقة حتى يكون البيع أسبق من سند الدائن فلا يستطيع هذا أن يطعن في البيع بالدعوى البوليصية . أو يقدمان تاريخ البيع حتى لا تطعن الورثة بأنه وقع في مرض الموت وقد يتواطأن في تأخير التاريخ حتى يتفاديا الطعن في التصرف بنقص الأهلية، فيؤخرا تاريخ الورقة ليخفيا أن أحد المتعاقدين كان قاصراً وقت التعاقد [١] .

فالمعقول إذن ألا يكون تاريخ الورقة العرفية حجة على الغير إلا إذا كان ثابتاً على وجه قاطع ، وعلى هذا جرى نص القانون . وحتى نتناول هذه المسألة بالبحث نستعرض أولاً نص القانون ، ثم نحدد ثانياً من هو المقصود بالغير ، ثم نبين ثالثاً ما هي الأوراق العرفية التي تخضع لتطبيق القاعدة ، ثم نتكلم أخيراً في الطرق التي يصبح بها التاريخ ثابتاً في هذه الأوراق .

١١٧ – (أولاً) النصوص القانونية : تنص المادة ١٥ من قانون الإثبات (تقابلها المادة ٣٩٥ من القانون المدني الملغاة) على ما يأتي :

لا تكون للمحرر العرفي حجية على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت. ويكون للمحرر تاريخ ثابت : " (أ) من يوم أن تقيد بالسجل المعد لذلك . (ب) من يوم أن يثبت مضمونها في ورقة أخرى ثابتة التاريخ . (ج) من يوم أن يؤشر عليها موظف عام مختص. (د) من يوم وفاة أحد ممن لهم على الورقة أثر معترف به من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة، أو من يوم أن يصبح مستحيلاً على أحد من هؤلاء أن يكتب أو يبصم لعلة في جسمه . (هـ) من يوم وقوع أي حادث آخر يكون قاطعاً في أن الورقة قد صدرت قبل وقوعه " .

---

(١) الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٦٣ ص ٨٨ .

" ومع ذلك يجوز للقاضي تبعاً للظروف ألا يطبق حكم هذه المـــادة على المخالصات " [1] .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني القديم المادتين ٢٢٨ — ٢٢٩/٢٩٣ — ٢٩٤ [2] ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البينات السوري المادة ١١ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٥٦ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المادة ١٥٢ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٨٢ [3] — ويقابل في التقنين المدني الفرنســـي المـــادة ١٣٢٨ [1].

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٣٠ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " ١ — لا تكون الورقة العرفية حجة على الغير إلا إذا كان لها تاريخ ثابت . ٢ — ويكون لها تاريخ ثابت : (أ) من يوم أن تقيد بالسجل المعد لذلك (ب) من يوم أن يثبت مضمونها في ورقة أخرى ثابتة التاريخ (ج) من يوم أن يؤشر عليها موظف عام مختص أو عضو من أعضاء الهيئة القضائية (د) من يوم وفاة أحد ممن لهم على الورقة خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة يكون معترفاً بها ، أو من يوم أن يصبح مستحيلاً على أحد من هؤلاء أن يكتب أو يبصم لعلة في جسمه (هـــ) من يوم وقوع أي حادث آخر يكون قاطعاً في أن الورقة قد صدرت قبل وقوع هذا الحادث . ٣ — ومع ذلك يجوز للقاضي ، تبعاً للظروف ، ألا يطبق حكم هذه المادة على المخالصات " . وفي لجنة المراجعة أدمجت الفقرتان الأولى والثانية في فقرة واحدة ، وعدل صدر المادة للوصول إلى المعنى المقصود فأصبح : " لا تكون الورقة العرفية حجة على الغير في تاريخها إلا منذ أن يكون لها تاريخ ثابت " ، وأدمج البند (هـــ) في البند (د) مع إضافة عبارة تجعل البند (هـــ) المدمج حكماً عاماً بعد تخصيص . وأصبح النص بذلك مطابقاً لما استقر عليه نهائياً في التقنين الجديد ، وأدمج في المشروع النهائي تحت رقم ٤٠٨ . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٣٩٥ ، ثم مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٧٢ و ص ٣٧٥ — ص ٣٧٦) .

(٢) كانت المادة ٢٢٨/٢٩٣ من التقنين المدني القديم تنص على ما يأتي : " لكنها (المحررات الغير الرسمية) لا تكون حجة على غير المتعاقدين إلا إذا كان تاريخها ثابتاً ثبوتاً رسمياً " . وكانت المادة ٢٢٩/٢٩٤ تنص على ما يأتي: " ثبوت التاريخ يكون إما بقيد المحررات المذكورة في سجل عمومي بتمامها أو ملخصها فقط إذا كانت مؤشراً عليها بما يفيد حصول التسجيل . وكذلك يكون التاريخ ثابتاً إذا كان في المحررات خط أو إمضاء أو ختم ثابت لإنسان توفي أو كانت عليه إشارة من أحد المأمورين العموميين المختصين بذلك أو من أحد القضاة ونحوهم " .
ولم يستحدث التقنين الجديد شيئاً . ولكن النص الجديد جاء أدق في الصياغة ، فثبوت التاريخ لازم لحجية التاريخ وحده ، وسبل إثبات التاريخ أكثر تنوعاً وأوسع إحاطة . على أن التقنين الجديد لم يفعل إلا أنه قنن القضاء المصري في كل هذا .

(٣) التقنينات المدنية العربية : قانون البينات السوري : م ١١ : ١ — لا يكون السند العادي حجة على الغير إلا إذا كان له تاريخ ثابت . ٢ — ويكون له تاريخ ثابت : (أ) من يوم أن يصادق عليه الكاتب العدل . (ب) من يوم أن يثبت مضمونه في ورقة أخرى ثابتة التاريخ . (ج) من يوم أن يؤشر عليه حاكم أو موظف مختص . (د) من يوم وفاة أحد ممن لهم على السند أثر ثابت أو معترف به من خط أو توقيع أو ختم أو من بصمة أصبع ، أو من يوم أن يصبح مستحيلاً على أحد من هؤلاء أن يكتب أو يبصم لعلة في جســـمه . =

١١٨ – (ثانياً) من هو المقصود " بالغير " في تاريخ الورقة العرفية :

ليس "**الغير** " بالنسبة إلى تاريخ الورقة العرفية هو نفس " **الغير** " بالنسبة إلى حجية البيانات الأخرى الواردة في هذه الورقة . فقد رأينا أن الغير في الحالة الثانية هو بوجه عام الخلف العام والخلف الخاص والدائن ، أي كل شخص يجوز أن يسرى في حقه التصرف القانوني الذي تشهد به الورقة العرفية ومن ثم يجوز أن يحتج عليه بها . أما الغير بالنسبة إلى تاريخ الورقة العرفية فهو أخص من ذلك. ويجب أن نستمد تحديد منطقته من الوضع الذي هو فيه.

ويحسن قبل أن نحدد هذا " **الغير** " أن نحدد أولاً من لا يعتبر " **غيراً** " ، ثم ننتقل بعد ذلك إلى تحديد " **الغير** " .

= (هـ) من يوم وقوع أي حادث آخر يكون قاطعاً في أن السند قد صدر قبل وقوعه . ٣ – ومع ذلك يجوز للمحكمة ، تبعاً للظروف ألا تطبق حكم هذه المادة على الوصولات . ٤ – لا تشمل أحكام هذه المادة الإسناد والأوراق التجارية ولو كانت موقعة أو مظهرة من غير التجار لسبب مدني ، وكذلك إسناد الاستقراض الموقعة لمصلحة تاجر برهن أو بدون رهن مهما كانت صفة المقترض .

وقد وقع القانون السوري في عدم الدقة التي وقع فيها المشروع التمهيدي للتقنين المصري : فالسند العرفي لا يكون حجة على الغير إلا إذا كان له تاريخ ثابت ، وذلك بالنسبة إلى تاريخه وحده لا بالنسبة إلى مشتملاته.

التقنين المدني العراقي م ٤٥٦ (مطابقة لنص التقنين المصري فيما عدا فروقاً لفظية طفيفة) .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني : م ١٥٢ – لا يعد السند ذو التوقيع الخاص صحيح التاريخ إلا بالنظر إلى المتعاقدين ، ولا يعد صحيح التاريخ بالنظر إلى الغير إلا من يوم إخضاعه لمعاملة التسجيل أو من يوم إثباته في سند رسمي أو من وفاة أحد الموقعين أو من يوم إدراج خلاصته في سند رسمي – إن أحكام هذه المادة لا تشمل المواد التجارية ، فالرهونات التجارية والسفاتج والسندات المكتوبة لأمر والتحويل (الشيكات) تعد من المواد التجارية عند تطبيق الفقرة السابقة وإن تكن موقعة أو مظهرة من غير التجار لسبب مدني ، وكذلك السندات ذات التوقيع الخاص المختصة بعمليات تسليف عملها التاجر إما على المكشوف أو مقابل رهن أية كانت صفة المقترض .

التقنين المدني الليبي : م ٣٨٢ (مطابقة لنص التقنين المصري الجديد) .

ويتبين من استعراض هذه النصوص ألا فرق في الأحكام في هذه المسألة ما بين التقنينات المدنية العربية المختلفة، وقد أحسن القانون السوري واللبناني صنعاً في النص صراحة على إخراج الأوراق والرهون التجارية من أحكام هذه المادة .

(١) وتنص المادة ١٣٢٨ من التقنين المدني الفرنسي على ما يأتي : " السندات العرفية لا يكون لها تاريخ ثابت يحتج به على الغير إلا من يوم تسجيلها ، أو من يوم وفاة من وقعها أو وفاة أحد ممن وقعوها ، أو من يوم أن أدرج مضمونها في أوراق رسمية حررها موظفون عامون وذلك كمحاضر وضع الأختام أو محاضر الجرد ".

(Les actes sous seing privé n'ont de date certaine contre les tiers que du jour où ils ont été enregistrés, du jour de la mort de celui ou de l'un de ceux qui les ont souscrits, ou du jour où leur substance est constatée dans des actes dressés par des officiers publics, tels que procésverbaux de scellés ou d'inventaire) .

١١٩ – من لا يعتبر "غيراً" بالنسبة إلى تاريخ الورقة العرفية : لا يعتبر "غيرا" فيحتج عليه بتاريخ الورقة العرفية وذلك إلى أن يثبت عدم صحة هذا التاريخ، كل من كان ممثلاً في التصرف الذي تشهد به الورقة . ومن ثم لا يعتبر "غيراً" :

(١) الطرفان في الورقة العرفية ، فهذان يكون التاريخ العرفي للورقة حجة عليهما. فإذا كان أحدهما قاصراً أو محجوراً عليه ، واتفق الطرفان على تأخير التاريخ حتى لا ينكشف أن التصرف قد صدر وقت القصر ، أو على تقديمه حتى لا ينكشف أن التصرف قد صدر وقت الحجر ، كان التاريخ المؤخر أو المقدم حجة عليهما ، إلا أن يثبت ذو المصلحة منهما أن التاريخ غير صحيح . ولما كان تأخير التاريخ أو تقديمه قد وقع هنا هرباً من أحكام القانون ، فإنه يجوز إثبات ذلك بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن [(١)] [(1)] .

(٢) الأصيل إذا كان أحد أطراف الورقة العرفية هو نائبه ، سواء كانت النيابة اتفاقية كالوكيل أو قضائية كالحارس القضائي أو قانونية كالولي والوصي والقيم . فتاريخ الورقة العرفية التي يوقعها النائب يكون حجة على الأصيل ولو لم يكن تاريخاً ثابتاً، إلا إذا أثبت

---

(١) ديمولومب ٢٩ فقرة ٥١٢ – فقرة ٥١٣ – لوران ٥ فقرة ٣٢٠ – فقرة ٣٢٢ و ١٩ فقرة ٢٩٦ – بودري وبارد ٤ فقرة ٢٣٤٩ – فقرة ٢٣٥٠ – الأستاذ سليمان مرقس في مقالة في قوة المحررات العرفية في الإثبات – مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٦٦ – محكمة استئناف مصر في ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٤٧ ص ٧٠ – ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٤٨ ص ٧٢ (يجوز للقيم على المحجور عليه ، كما يجوز للمحجور عليه نفسه إذا زالت عنه أسباب الحجر ، أن يطعن في صحة التواريخ الموضوعة على العقود العرفية التي لم يكن لها تاريخ ثابت سابق على الحجر ، إلا أن عبء الإثبات في جميع ذلك يقع على عاتق القيم أو المحجور عليه ، فلهما إقامة الدليل بكافة الطرق القانونية بما فيها البينة والقرائن على وقوع الغش في المحررات المشار إليها بتقديم أو تأخير التواريخ الموضوعة عليها) .

كذلك التاريخ العرفي لمخالصة تمت ما بين شخص قد بلغ سن الرشد ووصية يكون حجة على الأول ، إلى أن يثبت عدم صحة التاريخ وأنه أخر حتى لا يقع في مدة سابقة على الفصل نهائياً في الحساب وفقاً للمادة ٣٥ من قانون المحاكم الحسبية .

أنظر مثلاً أورده بودري وبارد لشخص رتب إيراداً لشخص آخر مدى حياة شخص ثالث ، بورقة تاريخها غير ثابت يسبق موت الشخص الثالث بأكثر من عشرين يوماً ، فيكون هذا التاريخ حجة على الدائن بالإيراد إلى أن يثبت أنه قدم ليكون سابقاً على الموت بهذه المدة تطبيقاً لأحكام المادة ١٩٧٥ من التقنين المدني الفرنسي (بودري وبارد ٤ فقرة ٢٣٥٠ – ص ٨٠) .

(1) إذ كان الأصيل لا يعتبر من الغير بالنسبة إلى المحرر العرفي الذي وقعه نائبه أياً كانت صفته في النيابة ، ويكون المحرر حجة عليه وفق المادة ١٥ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ ، فإن إيصالات سداد الأجرة محل النفي تكون حجة على الطاعن في تاريخها ولو لم يكن نائباً ، طالما لم يقم الدليل على عدم صحة هذا التاريخ باعتباره طرفاً فيها بواسطة وكيله .

(جلسة ١٩٧٨/٣/١٥ الطعن رقم ٩٦٩ لسنة ٤٤ ق س ٢٩ ص ٧٦٢) .

الأصيل عدم صحة التاريخ وأنه قدم مثلاً حتى لا ينكشف أن التصرف صدر في وقت كانت النيابة فيه قد انقضت ، وله أن يثبت ذلك بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن بسبب ما انطوى عليه تقديم التاريخ من الغش . وهو لا يعتبر "**غيراً**" لأنه كان ممثلاً في التصرف الذي أبرمه النائب لحسابه ، فيكون التاريخ العرفي لهذا التصرف حجة عليه إلى أن يثبت أنه غير صحيح [1] .

(٣) الوارث وكل خلف عام كالموصي له بحصة من التركة . ذلك أن الخلف العام يعتبر ممثلاً في جميع العقود التي يبرمها السلف ، فتسري في حقه هذه التصرفات أياً كان تاريخها إلى يوم موت المورث . وما دام أنه كان ممثلاً في التصرف ، فلا يعتبر "**غيراً**" بالنسبة إلى تاريخه . فالبيع المدون في ورقة عرفية الصادر من المورث يكون حجة في تاريخه العرفي على الوارث كما هو حجة على المورث ، ومن ثم لا تعتبر العين المبيعة جزءاً من التركة يمتـــد إليها حق الوارث [2] . وإذا باع شخص داراً بورقة عرفية غير ثابتة التاريخ ، وكان محجوراً عليه للسفه ولكن تاريخ الورقة سابق على تسجيل قرار الحجر ، فإن هذا التاريخ يكون حجة على السفيه وعلى ورثته جميعاً ، ولا يستطيع أحد منهم أن ينقض هذ الحجية إلا إذا أثبت أن التاريخ قد قدم عمداً حتى يصور البيع واقعاً في وقت لم يكن فيه البائع محجوراً عليه ، وأن التاريخ الحقيقي كان بعد تسجيل قرار الحجر (م ١١٤ — ١١٥ مدني) . ولما كان تقديم التاريخ في هذه الحالة يعتبر غشاً ، فيجوز للوارث إثبات عدم صحته بجميع الطرق [3] .

---

(١) ديمولومب ٢٩ فقرة ٢١٦ — لوران ١٩ فقرة ٣٠١ — أوبري ورو ١٢ ص ٢٤٢ — بودري وبارد ٤ فقرة ٢٣٥١ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ ص ١٤٨٣ — بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٢١ ص ٣٠٠ — الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٩٦ — استئناف مختلط ٦ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٢٥ — ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٦٨ — ٣١ يونية سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٥٢ — ٧ يونية سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤١١ — ٩ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٦٥ .

(٢) نقض مدني ١٣ فبراير سنة ١٩٤١ مجلة القانون والاقتصاد ١١ — ٢٣ — ٣٢ .

(٣) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن التاريخ العرفي للسند الموقع عليه من المورث حجة على ورثته ، ما لم يطعنوا في صحة التاريخ بحصوله خطأ سهواً أو عمداً أو ما لم يطعنوا بتزويره (١٠ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٥٤٧ ص ٩٠٧) . وقضت هذه المحكمة أيضاً بأنه وإن كان للوارث الصادر لمصلحته التصرف أن يتمسك في وجه باقي الورثة بالتاريخ العرفي الذي وضعه المورث ، إلا أن لهؤلاء الورثة الحق في أن يثبتوا بكافة الطرق القانونية ومنها قرائن الأحوال أن هذا التاريخ لا يتفق مع الحقيقة وأنه وضع بقصد الإضرار لجعل صدور التصرف في وقت بعيد عن الشبهات (١٤ يناير سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢/٢٦٠ ص ٥٥٠) . وقضت محكمة النقض بأن الموصي له بحصة في التركة لا يعتبر " **غيراً** " في معنى المادة ٢٢٨ (٣٩٥ جديد) إذا هو ادعى أن العقد الصادر من الموصى إنما صدر بعد طلب الحجر عليه وبأن تاريخه مغاير للحقيقة ، إذ هو خلف عام يدعى ما كان يملك سلفه ممثلاً في شخص القيم عليه أن يدعيه . ولكن لما كان هذا الادعاء =

والوارث لا يعتبر "**غيراً**" بالنسبة على تاريخ الورقة العرفية كما قدمنا ، يستوي في ذلك أن يدفع البيع الصادر من مورثه بمقولة إنه صدر بعد تسجيل قرار الحجر للسفه، أو بمقولة أنه صدر من المورث وهو في مرض الموت . في الحالتين معاً يكون التاريخ غير الثابت حجة عليه . وفي الحالتين معاً يستطيع أن يثبت عدم صحة التاريخ بجميع طرق الإثبات [1] ، مادام أن هذا التاريخ قد قدم غشاً لإخفاء أن البيع إنما صدر بعد تسجيل قرار الحجر أو صدر في مرض الموت . ولا يعتد — في صدد حجية التاريخ — بأن الوارث في حالة الحجر إنما يهاجم البيع باعتباره خلفاً لمورثه فيستمد منه هذا الحق كما لو كان المورث هو الذي يهاجم البيع [2] ، وهو في حالة مرض الموت إنما يهاجم البيع بمقتضى حق له خاص (droit proper) استمده من القانون ضد المشترى والمورث جميعاً . لا يعتد بهذا الفرق ، قلنا ، في صدد حجية التاريخ، وإنما يعتد به في صدد سريان البيع . فإذا أثبت الوارث أن البيع قد

= ادعاء بغش واحتيال في القانون ، كان إثباته بأي طريق من طرق الإثبات جائزاً له جوازه لسلفه ، وكان عليه عبء الإثبات لأنه مدع والبينة على من ادعى ، فإن هو أثبته سقطت حجية التاريخ العرفي للعقد ، وإن لم يثبته بقيت هذه الحجية (نقض مدني ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر رقم ٢٤٨ ص ٥٠٧) . هذا ويلاحظ أن الموصي له بحصة من التركة إذا لم يستطع إثبات التاريخ الحقيقي ، فقامت حجية التاريخ العرفي في حقه ، يستطيع ، مع التسليم بأن التصرف صدر قبل تسجيل قرار الحجر ، أن يتمسك بالمادة ١١٥ فقرة ٢ مدني فيثبت أن التصرف كان نتيجة استغلال أو تواطؤ (وفي حالة الحجر للجنون أو العته يتمسك بالمادة ١١٤ فقرة ٢ فيثبت أن حالة الجنون أو العته كانت شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينه منها) .

أنظر أيضاً بودري وبارد ٤ فقرة ٢٣٥٣ — فقرة ٢٣٥٤ — أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ ص ٣٢٥ — ص ٢٢٦ وهامش رقم ١٠٦ .

(1) الوارث لا يعتبر في حكم الغير بالنسبة للتصرف الصادر من المورث إلى وارث آخر إلا إذا كان طعنه على هذا التصرف هو أنه وإن كان في ظاهرة بيعاً منجزاً إلا أنه في حقيقته يخفي وصية إضرار بحقه في الميراث أو أنه صدر في مرض موت المورث فيعتبر إذ ذاك في حكم الوصية لأنه في هاتين الصورتين يستمد الوارث حقه في القانون مباشرة حماية له من تصرفات مورثه التي قصد بها الاحتيال على قواعد الإرث التي تعتبر من النظام العام ، أما إذا كان بني الطعن في العقد أنه صوري صورية مطلقة وأن علمه بتلك الصورية ليست هي الاحتيال على قواعد الإرث ، فإن الوارث في الطعن في التصرف في هذه الحالة إنما يستمده من مورثه لا من القانون ، ومن ثم لا يجوز له إثبات طعنه إلا بما كان يجوز لمورثه من طرق الإثبات .

(جلسة ١٩٨٤/٥/١٦ الطعن ١٠٢٧ لسنة ٥٠ ق س ٣٥ ص ١٣٣٠) .

(جلسة ١١٩٨١/٥/١٤ الطعن ٤٥ لسنة ٤٨ ق س ٣٢ ص ١٤٧٠) .

(جلسة ١٩٧٦/٦/٢٢ الطعن ٧٢٩ لسنة ٤١ ق س ٢٧ ص ١٣٩١) .

(جلسة ١٩٦٧/٢/٢٣ الطعن ٧٥ لسنة ٣٣ ق س ١٨ ص ٤٧٨) .

(2) وارث المحجور عليه لا يعتبر في رفعه دعوى الحساب على القيم بعد وفاة المحجور عليه من الغير ، وإنما يعد خلفاً عاماً فلا يملك من الحقوق أكثر مما كان لسلفه .

(جلسة ١٩٦٦/٤/١٤ السنة ١٧ ص ٨٥٢) .

صدر بعد تسجيل قرار الحجر ، جاز له ، باسم مورثه ، أن يطلب إبطال البيع للسفه . أما إذا أثبت أن البيع قد صدر في مرض الموت ، جاز له ، باسمه هو لا باسم مورثه ، أن يطلب عدم سريان البيع في حقه فيما زاد على ثلث التركة . وهذا بخلاف حجية التاريخ ، فيستوي فيها أن يهاجم الوارث التصرف الصادر من مورثه المحجور بمقتضى حق استمده منه وخلفه عليه ، أو يهاجم التصرف الصادر من مورثه وهو في مرض الموت بمقتضى حق شخصي استمده من القانون . ففي الحالتين توافرت له المصلحة في مهاجمة التصرف . وإذا كانت هذه المصلحة قد استمدها من مورثه في الحالة الأولى ومن شخصه في الحالة الثانية ، فإن هذا لا يمنع من أنه ليس "**غيراً** " في الحالتين ، فيحتج عليه فيهما معاً بالتاريخ العرفي للتصرف الصادر من مورثه على أن يثبت أن هذا التاريخ غير صحيح [1] .

---

(١) وما نقرره في هذه المسألة يخالف ما سبق أن قررناه في الموجز (فقرة ٦٣٨ ص ٦٦٩) ، ويخالف ما أجمع عليه الفقه في مصر من أن الوارث يعتبر " غيراً " في التصرفات الصادرة من مورثه في مرض الموت : أنظر الأستاذ محمد كامل مرسي في تصرفات المريض مرض الموت فقرة ٢٣ ص ٢٩٧ — الأستاذ حلمي بهجت بدوي في أصول الالتزامات فقرة ٢٠٠ ص ٢٩٦ — الأستاذ شفيق شحاته في الالتزامات (بالفرنسية) ص ١٠٩ — الأستاذ محمد علي عرفه في حجية المحررات العرفية بمجلة القانون والاقتصاد ١٠ ص ١٦٤ — الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٢١٩ ص ٢٢٤ (وهو يعتبر الوارث من الغير ولكن يلقي عليه عبء إثبات التاريخ الصحيح ، وفي هذا القول تناقض يرجع إلى أن الوارث متى ألقي عليه عبء إثبات التاريخ الصحيح فقد صار التاريخ العرفي حجة عليه إلى أن يثبت عدم صحته ، وهذا معناه أنه لا يعتبر "**غيراً** " بالنسبة إلى هذا التاريخ العرفي) .

وقد أخذ الفقه المصري يتحول عن هذا الرأي الخاطئ الذي يذهب إلى اعتبار الوارث من الغير في التصرفات الصادرة من مورثه في مرض الموت . ويرجع الفضل في هذا التحول إلى الأستاذ سليمان مرقس ، فقد أثبت في مقاله القيم : (قوة المحررات العرفية في الإثبات وحجية تاريخها على الوارث الذي يطعن فيها بصدورها في مرض الموت : مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٨٧ — ص ٣٠٤) ، خطأ الرأي الشائع في الفقه المصري ، ثم خلص من ذلك إلى التنبيه لما لهذا الرأي الخاطئ من أثر عملي سيئ ، فقال " إن الأخذ بهذه النظرية (النظرية التي تعتبر الوارث في تصرفات المريض مرض الموت من الغير) يترتب عليه أن كل شخص يموت عقب مرض كان يخشى منه هلاكه — وهذا هو الغالب في الموت — ولو لم يطل هذا المرض غير أيام قليلة ، لا يمكن الاحتجاج على ورثته بتاريخ المحررات العرفية التي صدرت منه طوال حياته إلا إذا كان هذا التاريخ ثابتاً بوجه رسمي . ومعنى ذلك أنه يتعين على كل من يتعامل مع آخر بورقة عرفية أن يسجل تاريخها في الحال ، خشية أن يمرض المتعامل معه قبل موته مباشرة ، ولو بعد عمر طويل ، فيتعذر الاحتجاج على ورثته بتاريخ هذه الورقة . وبتعبير آخر أن القول بأن وارث المريض مرض الموت يعتبر من الغير بالنسبة لتاريخ المحررات الصادرة من المورث يجعل من الناحية العملية تسجيل التاريخ ضرورة لازمة في كافة المحررات العرفية وفي جميع الأحوال . فيصبح شرط تسجيل التاريخ قاعدة عامة ، خلافاً لما قصده المشرع من جعله حماية استثنائية . ولا يخفى ما ينطوي عليه هذا التعميم من إرهاق للمتعاملين ومن عرقلة للمعاملات " =

والذي أوقع اللبس في هذه المسألة هو الخلط ما بين " الغيرية " في سريان التصرف " والغيرية " في ثبوت التاريخ . فالوارث ، في تصرفات مورثه الصادرة في مرض الموت ، يعتبر " غيراً " من ناحية سريان هذه التصرفات في حقه ، فهي لا تسرى عليه فيما يجاوز ثلث التركة. ولا يعتبر " غيرا " من ناحية ثبوت التاريخ ، فيحتج عليه بالتاريخ العرفي للتصرف الصادر من مورثه إلى أن يثبت أن هذا التاريخ غير صحيح [1] .

أما القضاء المصري في هذه المسألة فهو متردد مضطرب .بدأ يأخذ بالرأي الصحيح . ثم رجع عنه إلى الرأي الخاطئ . ثم وقف بين الرأيين : فهو من الناحية العملية على هدى من أمره إذ يجعل تاريخ التصرف الصادر في مرض الموت حجة على المورث إلى أن يثبت عدم صحته ، وهو من الناحية الفقهية يبدو أنه خلط — ولا يزال يخلط — بين " الغيرية " في سريان التصرف و " الغيرية " في ثبوت التاريخ [2]

= (مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٩٩ — ص ٣٠٠) . أنظر أيضاً الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٩٧ هامش رقم ١ .

وقد سار الدكتور عبد المنعم فرج الصدة في كتابة الإثبات (ص ١٣٩ — ص ١٤٣) على هذا الرأي الصحيح، وختم بيانه في هذه المسألة بالعبارة الآتية : " يخلص من هذا أن الوارث يعتبر بحسب الأصل خلفاً عاماً لمورثه ، يسرى في حقه ما كان سارياً في حق مورثه . ولكن الشارع جعل حق الوارث متعلقاً بالتركة من وقت مرض الموت . فخوله حق الطعن في تصرفات مورثه أثناء هذا المرض . وبهذا يصبح الوارث من الغير بالنسبة إلى أثر هذه التصرفات ، فلا تنفذ في حقه إلا بالقدر الذي تنفذ به الوصية . ولكن لا يعتبر من الغير بالمعنى المقصود في المادة ٣٩٥ مدني ، فيكون تاريخ التصرف العرفي حجة عليه بوصفه خلفاً عاماً ، إلى أن يثبت عدم صحة هذا التاريخ . ولما كان الغرض من تغيير التاريخ في هذه الحالة هو الغش والاحتيال على القانون ، فإنه يجوز للوارث أن يثبت هذا الاحتيال بجميع الطرق القانونية " (الإثبات ص ١٤٣) .

(١) وسنرى أن هذا يصدق أيضاً على الدعوى البوليصية . فالدائن ، في طعنه بالدعوى البوليصية على التصرف الصادر من المدين ، يعتبر " غيرا " من ناحية سريان هذا التصرف في حقه، فلا يسرى عليه . ولا يعتبر " غيراً " من ناحية ثبوت التاريخ ، فيحتج عليه بالتاريخ العرفي للتصرف الصادر من المدين إلى أن يثبت أن هذا التاريخ غير صحيح .

ويتبين من ذلك أن الوارث ، بالنسبة إلى التصرفات الصادرة في مرض الموت ، والدائن ، بالنسبة إلى الدعوى البوليصية ، إنما يعتبران من الغير في خصوص سريان أثر العقد لا في خصوص ثبوت التاريخ .

(٢) نقول إن القضاء المصري في هذه المسألة مر بمراحل ثلاث :

في المرحلة الأولى كان يأخذ بالرأي الصحيح ، ويقرر أن الوارث في تصرفات مورثه في مرض الموت لا يعتبر من " الغير " من حيث تاريخ التصرف ، فيحتج عليه بهذا التاريخ إلى أن يثبت عدم صحته . فقضت محكمة مصر الكلية الوطنية بأن التاريخ العرفي لتصرف صدر من المورث في مرض الموت حجة على ورثته لأنهم يمثلونه (٢٤ مايو سنة ١٩٢٢ المحاماة ٤ رقم ٦٣٥ ص ٨٤٧) — وقضت محكمة استئناف مصر بأن التاريخ العرفي للعقد الصادر من المورث في مرض موته حجة على الوارث باعتباره متلقياً حقه من المورث (١٩ مارس سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ رقم ٥ ص ١٥) . وقضت هذه المحكمة أيضاً بأن الوارث يخلف المورث في -

= كل ماله وما عليه بالنسبة إلى الحق الموروث ، وبأن العقد العرفي الصادر من المورث في مرض الموت حجة على الوارث ، وبأن للوارث ما كان لمورثه وعليه ما عليه فللوارث الطعن في تاريخ هذا العقد باعتبار أنه وضع خطأ بطريق العمد أو السهو ، فإذا هو لم يطعن وجب الأخذ بالتاريخ العرفي (١٠ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٤٥٧ ص ٩٠٧) .

وفي المرحلة الثانية رجع عن هذا الرأي الصحيح إلى الرأي الخاطئ الذي ساد بعد ذلك في الفقه المصري. وكان الحكم الصادر من محكمة استئناف مصر في دوائرها المجتمعة هو المؤذن بهذا التحول ، مع أن هذا الحكم لا يعرض " للغيرية " من ناحية ثبوت التاريخ بل يعرض لها من ناحية سريان التصرف. فقد فصل في مسألة اختصاص القضاء الشرعي أو القضاء الوطني عند الطعن في الوقف بوقوعه في مرض الموت ، فجاء في أسباب حكمه ما يأتي : "... أن الوقف (في مرض الموت) في ذاته صحيح ، وأن الواقف أهل للتصرف بالتبرع وغيره . ولكن لأمر خارج عنه وعن ذاتية عقده رتب الشارع ثم القانون حكماً لنفاذ الوقف أراد به صيانة حق الوارث ، لا بصفته وارثاً يمثل مورثه في كل حقوقه وعهوده ، بل بصفته أجنبياً (tiers) تعلقت له في ذمة الواقف حقوق ، شأنه في ذلك شأن الدائن الذي سن القانون لحمايته دعوى إبطال التصرفات من وقف أو بيع أو غير ذلك ... ". (استئناف مصر الدوائر المجتمعة في ٥ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٤٦٠ ص ٧٥٥). وظاهر أن الحكم عندما عرض لوارث الواقف في مرض الموت بصفته أجنبياً (tiers) إنما يتحدث عنه في معرض نفاذ الوقف في حقه لا في معرض ثبوت التاريخ . ومع ذلك توهمت بعض المحاكم أن الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف عنت أن يكون الوارث " غيراً " حتى في تاريخ التصرف الصادر من المورث في مرض موته . فقضت محكمة استئناف مصر بأن التاريخ العرفي للتصرف المطعون فيه لا عبرة به مطلقاً بعد أن صدر حكم الدوائر المجتمعة بتاريخ ٥ أبريل سنة ١٩٢٨ الذي قطع بأن الوارث الذي يطعن ضد سائر الورثة بمرض الموت يعتبر أجنبياً تعلقت له في ذمة المورث حقوق (٢٧ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٢٧ ص ٩٧٦) . وكان قد صدر قبل ذلك ، بل وقبل حكم الدوائر المجتمعة ، حكم من محكمة مصر الكلية الوطنية في هذا المعنى الخاطئ ، يقضي بأن الوارث الذي يعطيه القانون حق الطعن في تصرفات مورثه بمرض الموت يكسب بذلك من جانب المشرع نفسه حقاً شرعياً يجعله ينقلب من طبقة الخلف إلى طبقة الغير، وتوالت الأحكام ، بعد صدور حكم الدوائر المجتمعة ، تجعل الوارث " غيراً " في التاريخ العرفي لتصرفات مورثه الصادرة في مرض الموت ، فلا يكون هذا التاريخ حجة عليهم ، ولا يكلفون بإثبات عدم صحته . ولا يحتج عليهم إلا بالتاريخ الثابت : استئناف مصر ١٢ فبراير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٤٠ ص ٦٨٢ — ١٤ يونية سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ١٩٨ ص ٤١٥ — محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية ١٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٢٨٣ ص ٥٦٨ — محكمة الجيزة الجزئية ٢٣ مايو سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٢٣٩ ص ٦٨٦ . وقد احتج بعض هذه الأحكام بأن الوارث ذا النصيب المضمون ((héritier réservataire في القانون الفرنسي يعتبر " غيراً " في التاريخ العرفي للهبات التي تصدر من مورثه ، ولكن الصحيح أن الوارث لا شأن له في ذلك، والموهوب لهم فيما بينهم هم الذين يعتبرون من " الغير " .

وفي المرحلة الثالثة — وهي المرحلة الحالية — وقف القضاء المصري موقفاً صحيحاً من الناحية العملية ، ولكنه غير واضح من الناحية الفقهية . وقد بدأت محكمة استئناف مصر هذا الموقف بأن قضت بأن الوارث يعتبر في حكم الغير بالنسبة إلى جميع التصرفات الصادرة من المورث إضراراً بحقوقه المكتسبة بحكم القانون — وهذا صحيح ، ومعناه أن الوارث يعتبر " غيرا " من حيث سريان هذه التصرفات لا من حيث عدم الاحتجاج بالتاريخ العرفي . ولكن المحكمة بنت على ما قدمته أن الوارث لا يصح، والحالة هذه ، أن يحتج =

= عليه بالتاريخ العرفي الموضوع على التصرفات الصادرة من المورث إضراراً بحقه — وهذا خطأ ، لأن الوارث لا يعتبر " غيراً " من حيث التاريخ ، فيحتج عليه إذن بالتاريخ العرفي . ثم عقبت المحكمة بأن للوارث الحق في أن يثبت بكافة الطرق ومنها قرائن الأحوال أن التاريخ لا يتفق مع الحقيقة وأنه وضع بقصد الإضرار بصدور التصرف في وقت بعيد عن الشبهات — وهذا خطأ آخر من وجهة نظر المحكمة ، لأن الوارث مادام قد اعتبر " غيراً " في تاريخ التصرف فلا يصح الاحتجاج عليه بالتاريخ العرفي ولا يجوز تكليفه بإثبات عدم صحة هذا التاريخ إذ هو لا يحتج عليه إلا بالتاريخ الثابت . ولكن الصدفة أرادت أن يكون هذا الخطأ الثاني قد صحح الخطأ الأول من الناحية العملية ، فصار التاريخ العرفي يحتج به على الوارث ثم أجيز للوارث أن يثبت عدم صحته . وكان الواجب حينئذ أن يعتبر الوارث من الناحية الفقهية خلفاً لا "غيرا " من حيث التاريخ العرفي ، ولكن المحكمة سمته مع ذلك " غيراً " وإن كانت قد استبقت له خصائص الخلف (أنظر محكمة استئناف مصر ١٤ يناير سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢٦٠ ص ٥٥٠) . وعلى هذه الوتيرة — وهذا التكييف الفقهي الخاطئ — توالت الأحكام بعد ذلك . فقضت محكمة استئناف مصر مرة أخرى بأن "الأصل أن الوارث يعتبر خلفاً لمورثه ، وعلى ذلك تكون المحررات العرفية الصادرة من المورث حجة عليه . إلا أن هناك حالات يكون الوارث فيها من الغير بالنسبة للتصرفات الصادرة من مورثه . ففي هذه الحالات، لأجل أن يستفيد الوارث — باعتباره من الغير — بالقرينة الواردة في المادة ٢٢٨ مدني (٣٩٥ جديد) (والآن ١٥ إثبات) التي تمنع الاحتجاج بالمحررات غير الرسمية على غير المتعاقدين إلا إذا كان تاريخها ثابتاً ثبوتاً رسمياً، يجب عليه أن يثبت أنه من الأغيار الذين حول لهم القانون التمسك بهذه القرينة ، لا أن يفرض نفسه فرضاً في مركز الغير ويتمسك بهذه القرينة بغير إثبات ما يدعيه . فإذا طعن ورثة في سند صادر من مورثهم لزوجته اعتماداً على أن السند تحرر في مرض الموت ، فهم في هذا الوضع وإن كانوا يعتبرون من الغير بالنسبة للتصرف الصادر من مورثهم في مرض موته ، إلا أنهم في طعنهم هذا يكونون في مركز المدعين ، ومن ثم فقد وجب عليه أن يثبتوا أن التصرف المطعون فيه قد وقع فعلاً في مرض الموت " (٢٣ فبراير سنة ١٩٣٦ المجموعة الرسمية ٣٧ ص ٦٩) . ولم تفعل محكمة النقض إلا أن جارت هذا الاتجاه ، خلافاً لما ظنه الأستاذ سليمان مرقس (مقاله في قوة المحررات العرفية في الإثبات المنشور في مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٣٠٢ — ص ٣٠٤ وكتابه في أصول الإثبات ص ٩٧ هامش رقم ١) . فقضت بأن الوارث يعتبر في حكم الغير فيما يختص بالتصرفات الصادرة من مورثه في مرض الموت إضراراً بحقه المستمد من القانون — ونبادر إلى القول بأن هذه " غيرية " من حيث نفاذ التصرف ، ولكن محكمة النقض بنت عليها " غيرية " من حيث حجية التاريخ ، فعقبت على ما قدمته بأن للوارث أن يطعن على هذا التصرف ، وأن يثبت مطاعنة بجميع طرق الإثبات ، وإذا لم يكن التاريخ المدون بالتصرف ثابتاً رسمياً فإن له ، مع تمسك الوارث الذي صدر لمصلحته هذا التصرف بتاريخه العرفي ، أن يثبت حقيقة هذا التاريخ بجميع طرق الإثبات أيضاً (نقض مدني ٢٣ يناير سنة ١٩٤١ المحاماة ٢١ رقم ٣٧١ ص ٨٧٩). ولم يتحرر هذا الموقف كثيراً في الأحكام التالية . فقد عادت محكمة النقض تقول : " إن الوارث لا يعتبر في حكم الغير فيما يختص بالتصرف الصادر من مورثه إلا إذا كان هذا التصرف واقعاً في مرض الموت إضراراً بحقه الشرعي في الميراث ، فإذا كان التاريخ المدون بالتصرف غير ثابت رسمياً وكان سابقاً على بدء المرض ، فإن كل ما للوارث هو أن يثبت بجميع الطرق أن التاريخ غير صحيح ، وأن إبرام العقد إنما كان في مرض الموت (نقض مدني ١٨ ديسمبر سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ٢٢٧ ص ٦٦١). والواقع أن محكمة النقض لا تزال في موقف غير واضح من الناحية الفقهية . وهي ، وإن كانت من الناحية العملية قد عالجت الموقف بما عالجته محكمة استئناف مصر فجعلت التاريخ العرفي حجة على الوارث وأجازت له أن يثبت بجميع طرق الإثبات عدم صحته، لم تجعله =

وتأثر التقنين المصري الجديد بهذا القضاء في مرحلته الأخيرة . فنصت الفقرة الثانية من المادة ٩١٦ على ما يأتي : " وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت ، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق . ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً " . فالأصل أن الوارث يحتج عليه بتاريخ التصرف

= مع ذلك خلفاً من حيث التاريخ العرفي . ومنعها من التصريح بهذا الأمر في وضوح ما تحته من الشبهة . ذلك أن الوارث " غير " من حيث سريان التصرف ، فهل يستتبع ذلك أن يكون " غيراً " من حيث حجية التاريخ العرفي ؟ وهل معنى " الغيرية " هنا يقتصر على أن التاريخ العرفي يكون حجة عليه إلا إذا تولى إثبات عدم صحته ؟ لا يبدو من أحكام محكمة النقض أنها تجيب على هذين السؤالين بالنفي إجابة صريحة ، وكان هذا هو الواجب : أنظر محكمة النقض ١٣ فبراير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٠١ ص ٣٢٢ — وقارن ١٥ أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٤٩ ص ١٣٢ — وأنظر ٣٠ فبراير سنة ١٩٤٩ المحاماة ٢٩ رقم ٥٠٤ ص ١١٠٦ . ولذلك لم يدهشنا — كما أدهش الأستاذ سليمان مرقس وهو يعتقد كما قدمنا أن محكمة النقض تأخذ بالرأي الصحيح الذي يقول به — أن تعود المحكمة فتقرر أن الوارث لا يعتبر في حكم الغير إلا إذا كان طعنه على التصرف الصادر من مورثه هو أنه ، وإن كان في ظاهره بيعاً منجزاً ، إلا أنه يخفي في حقيقته وصية إضراراً بحقه في الميراث ، أو أنه صدر في مرض موت المورث فيعتبر إذ ذاك في حكم الوصية ، لأنه في هاتين الصورتين يستمد الوارث حقه من القانون مباشرة حماية له من تصرفات مورثه التي قصد بها الاحتيال على قواعد الإرث التي تعتبر من النظام العام (نقض مدني ٢١ ديسمبر سنة ١٩٥٠ المحامـــاة ٣١ رقم ٢٨٥ ص ٩٨٤) . أنظر في هذه المسألة مقال الأستاذ سليمان مرقس في مجلة القانون والاقتصاد السنة الرابعة عشرة ، وكتابه في أصول الإثبات ص ٩٧ هامش رقم ١ ، والأستاذ عبد المنعم فرج الصدة ص ١٣٩ — ص ١٤٢ .

على أننا — إنصافاً لمحكمتنا العليا — ننقل حكماً واحداً لها يبدو أنها فيه قررت الرأي الصحيح في هذه المسألة. فقد قضت بأن الوارث — بحكم كونه خلفاً عاماً لمورثه — لا يمكن أن يعد من " الغير " في معنى المادة ٢٢٨ مدني (٣٩٥ جديد) (والآن ١٥ إثبات) ، بل حكمه — بالنسبة إلى المحررات غير الرسمية التي يكون المورث طرفاً فيها — حكم مورثه . فتاريخها يكون — بحسب الأصل — حجة عليه ولو لم يكن ثابتاً ثبوتاً رسمياً ، سواء كانت صادرة إلى وارث أو إلى غير وارث . ولكن إذا ادعى الوارث أن تصرف المورث كان غشاً واحتيالاً على القانون إضراراً بحقه الشرعي في الميراث ، فطعن فيه بأنه صدر في مرض الموت وأن تاريخه غير صحيح ، فيجوز له أن يثبت مدعاه ، ويكون عليه عبء الإثبات إذ هو مدع البينة على من ادعى، وتطلق له كل طرق الإثبات إذ المضرور بالغش لم تكن له حيرة فيه فلا وجه للتضييق عليه في إثباته بحصره في طريق دون طريق . فإذا كانت المحكمة حين قضت ببطلان البيع الصادر من المورث إلى بعض ورثته قد أسست ذلك على أن المدعين الذين يطعنون في العقد بصدوره في مرض الموت ، وهم ورثة للبائع ، لا يحاجون بتاريخ عقد البيع غير المسجل بزعم أنهم من الغير ، وجعلت التحقق من قيام حالة مرض الموت منوطاً بالتاريخ الثابت ثبوتاً رسمياً دون التاريخ الأول (العرفي) ، غير آبهة لدفاع من صدر لهم العقد بعدم قيام حالة مرض الموت في ذلك التاريخ غير الثابت رسمياً ، فإن حكمها بذلك يكون مخالفاً للقانون ، إذ هذا التاريخ يكون حجة على هؤلاء الورثة إلى أن يثبتوا عدم صحته (نقض مدني ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٢٩ ص ٦٤٨) . ولكن لا مناص من الإشارة إلى أن هذا الحكم القيم سبقته وتلته الأحكام التي أسلفنا ذكرها .

الصادر من مورثه ، ولو لم يكن هذا التاريخ ثابتاً . ولكن إذا ادعى أن التصرف قد صدر من مورثه وهو في مرض الموت ، كانت له مصلحة في إثبات عدم صحة التاريخ وله أن يثبت ذلك بجميع الطرق ، ومنها البينة والقرائن ، لما ينطوي عليه تقديم تاريخ التصرف من غش أريد به الإخلال بحقه الشخصي في الميراث [1] . إلى هنا ونص التقنين الجديد مستقيم . لكن تأتي بعد ذلك العبارة الأخيرة : " ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً" [1] . وهي عبارة غير صحيحة على إطلاقها . إن أريد بها — كما هو ظاهر في العبارة — إن التاريخ العرفي للتصرف الصادر من المورث لا يحتج به على الورثة ، فهذا غير صحيح ، وقد رأينا أن هذا التاريخ حجة على الوارث إلى أن يثبت عدم صحته . وإن أريد بها — كما هو التأويل المستخلص من سياق النص — أن التاريخ العرفي لا يحتج به على الوارث إلى الحد الذي يمنعه من إثبات العكس بل يجوز له مادام التاريخ غير ثابت أن يقيم الدليل على عدم صحته ، فهذا صحيح ، ولكن فيم الحاجة إلى إيراد هذا الحكم البديهي ! فمن المسلم أن كل شخص يكون التاريخ العرفي حجة عليه ، ولو كان هو المتعاقد نفسه ، يستطيع أن يثبت عدم صحة هذا التاريخ ! [2] .

---

(1) أ - الوارث لا يعتبر في حكم الغير بالنسبة للتصرف الصادر من المورث إلى وارث آخر إلا إذا كان طعنه على هذا التصرف هو أنه وإن كان في ظاهره بيعاً منجزاً إلا أنه في حقيقته يخفي وصية إضرار بحقه في الميراث أو أنه صدر في مرض موت المورث فيعتبر إذ ذاك في حكم الوصية لأنه في هاتين الصورتين يستمد الوارث حقه في القانون مباشرة حماية له من تصرفات مورثه التي قصد بها الاحتيال على قواعد الإرث التي تعتبر من النظام العام ، أما إذا كان مبنى الطعن في العقد أنه صوري صورية مطلقة وأن على تلك الصورية ليست هي الاحتيال على قواعد الإرث ، فإن الوارث في الطعن في التصرف في هذه الحالة إنما يستمد من مورثه لا من القانون ، ومن ثم لا يجوز له إثبات طعنه إلا بما كان يجوز لمورثه من طرق الإثبات .

(جلسة ١٩٨٤/٥/١٦ الطعن ١٠٢٧ لسنة ٥٠ ق س ٣٥ ص ١٣٣٠) .

(جلسة ١٩٨١/٥/١٤ الطعن ٤٥ لسنة ٤٨ ق س ٣٢ ص ١٤٧٠) .

(جلسة ١٩٧٦/٦/٢٢ الطعن ٧٢٩ لسنة ٤١ ق س ٢٧ ص ١٣٩١) .

(جلسة ١٩٦٧/٢/٢٣ الطعن ٧٥ لسنة ٣٣ ق س ١٨ ص ٤٧٨) .

ب - وارث المحجور عليه لا يعتبر في رفعه دعوى الحساب على القيم بعد وفاة المحجور عليه من الغير، وإنما يعد خلفاً عاماً فلا يملك من الحقوق أكثر مما كان لسلفه .

(جلسة ١٩٦٦/٤/١٤ السنة ١٧ ص ٨٥٢) .

(١) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في خصوص هذه العبارة ما يأتي : " ولا يحتج عليهم بتاريخ التصرف إلا إذا كان ثابتاً لأنهم يعتبرون من الغير بالنسبة له " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٩٨) .

(٢) أنظر في هذا المعنى الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٩٧ هامش رقم ١ والدكتور عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات ص ١٤٢ — ص ١٤٣ .

(٤) الدائن العادي . فهو لا يعتبر " غيراً " في تاريخ الورقة العرفية التي صدرت من مدينه، ويكون هذا التاريخ حجة عليه . ذلك أنه لا يدعى حقاً خاصاً على مال بالذات لمدينه، فليس له إلا حق الضمان العام على جميع أموال المدين . فكل تصرف يبرمه المدين في أمواله يسرى في حق الدائن العادي [1] ، إذ ينتقص التصرف من هذا الضمان العام أو يزيد فيه ، فيعتبر الدائن ممثلاً في التصرف ، ويكون التاريخ العرفي حجة عليه كما هو حجة على المدين . على أن الدائن العادي ، بوجه عام ، لا يعنيه تاريخ التصرف الصادر من مدينه ، فسواء صدر هذا التصرف قبل نشوء حقه أو بعد ذلك ، فالتصرف سار في حقه ، وينتقص من ضمانه العام أو يزيد فيه حسب الأحوال . مثل ذلك أن يبيع المدين داراً يملكها ، فخروج هذه الدار من ملكه انتقص من ضمان الدائن، ويستوي في ذلك أن يكون البيع قد صدر قبل نشوء الدائن أو بعده ، ومن ثم كان التاريخ العرفي الذي تحمله ورقة البيع حجة على الدائن بقدر ما هي حجة على المدين . و يستطيع الدائن — كما يستطيع المدين — أن يثبت عدم صحة التاريخ العرفي إذا كانت له مصلحة في ذلك . وفي المثل السابق لا مصلحة له . وتكون له مصلحة لو أن المدين باع الدار وهو محجور عليه وقدم تاريخ البيع إلى وقت سابق على تسجيل قرار الحجر ، فهذا التاريخ العرفي حجة على الدائن كما هو حجة على المدين ، ويستطيع كل منهما — المدين بمقتضى حقه الأصيل والدائن باستعمال حق مدينه إذا كان هناك محل لذلك — أن يثبت تقدم التاريخ بجميع الطرق كما قدمنا لإبطال البيع الذي صدر من المدين وهو محجور عليه [1] .

---

(1) أ – إذا كان مؤجر العقار ليس خلفاً للمستأجر بأي وجه من الوجوه وإنما هو مجرد دائن له ، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر واشترط للاحتجاج على المؤجر أن يكون بيع المستأجر ثابت التاريخ فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه .
(جلسة ٢٠٠٠/٤/٣ الطعن رقم ١٧٦ لسنة ٦٤ ق) .

ب – إثبات التاريخ لا يكون إلا بإحدى الطرق التي عينها القانون ، ولا يحتج على الورثة الذين يطعنون على التصرف بأنه صدر في مرض الموت بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً ، إلا أن هذا التاريخ يظل حجة عليهم إلى أن يثبتوا هم عدم صحته وأن التصرف صدر في تاريخ آخر توصلا منهم إلى إثبات أن صدوره كان في مرض الموت .
(جلسة ١٩٧٧/١٢/٦ مجموعة المكتب الفني السنة ٢٨ ص ١٧٤٢) .

(١) والدائن العادي ، بالنسبة إلى دائن عادي آخر ، كل منهما ليس من الغير ، إذ لا تفاضل بينهما بالتاريخ، والمتقدم لا يحجب المتأخر ، بل الاثنان سواسية في الرجوع على المدين . وإذا دفع دائن عادي بأن حق دائن عادي آخر قد سقط بالتقادم فتاريخ الأوراق العرفية التي يتمسك بها الدائن العادي الآخر لرد هذا الدفع لا يشترط فيها أن تكون ثابتة التاريخ لتكون حجة على الدائن العادي الأول ، لأن هذا ليس من الغير (بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٢١ ص ٣٠١) .

ونرى من ذلك أن الدائن العادي قد يعنيه التاريخ الذي صدر فيه تصرف مدينه ، ولكن لا يكون " غيراً " مادام المدين قد مثله في هذا التصرف، بل لأن له مصلحة تخول له، مع بقاء التاريخ العرفي حجة عليه ، أن يثبت عدم صحته ويتحقق ذلك في دعويين : الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية .

أما في الدعوى غير المباشرة فالدائن يطالب بحق لمدينه المعسر ، تعمد هذا المدين عدم المطالبة به إضراراً بدائنه ، أو في القليل أهمل في المطالبة غير مبال بما يترتب على هذا الإهمال من مساس بالضمان العام الذي لدائنه على أمواله . هنا يتقدم الدائن ، نائباً عن المدين والنيابة أصيفت عليه بحكم القانون ، لمطالبة مدين مدينه بهذا الحق . فهو يعمل بمقتضى ما له من ضمان عام على أموال مدينه ، ولا يزال باقياً في هذه المرحلة التمهيدية لم يجتزها إلى مرحلة التنفيذ ، ومن ثم لا يكون الدائن في هذه الحالة " غيرا " بالنسبة إلى تاريخ الأوراق العرفية الصادرة من مدينه إلى مدين المدين . فإذا تقدم مدين المدين ، في الدعوى غير المباشرة، بورقة عرفية صادرة من المدين تفيد إبراءه من الدين مثلاً ، كان التاريخ العرفي لهذه الورقة حجة على الدائن كما هو حجة على المدين . فالدائن ليس " غيراً " بالنسبة إلى تاريخ هذه الورقة . ولا يشترط أن يكون هذا التاريخ ثابتاً ليكون حجة عليه ، وذلك لسببين : أولهما أن الدائن إنما يعمل نائباً عن المدين ، فما يحتج به على المدين يحتج به على الدائن . والسبب الثاني أن الدائن في الدعوى غير المباشرة لم يفعل غير أن يحافظ على ضمانه العام . فهو لم ينتقل كما قدمنا إلى مرحلة التنفيذ كما هو شأن الدائن الحاجز الذي انتقل بالحجز إلى هذه المرحلة . فإذا سلم أن الدائن الحاجز يصبح بالحجز " غيراً " كما سنرى . فإن ذلك لا يستتبع أن يكون الدائن الذي يباشر الدعوى غير المباشرة من " الغير " [1] . على أنه

= أما الدائن المرتهن فهو من الغير بالنسبة إلى دائن مرتهن آخر ، إلا إذا كان التفاضل بينهما لا بثبوت التاريخ كما في المنقول ، بل بالقيد كما في العقار . فعند ذلك تخرج من منطقة ثبوت التاريخ إلى منطقة القيد كما سنرى (أنظر في هذه المسألة بودري وبارد ٤ فقرة ٢٣٦١ — بيدان وبيرو ٩ فقرة ١٢٢١ ص ٣٠٢) — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٨٤ ص ٩٢٦ — ص ٩٢٧) .

(١) أنظر في أن الدائن لا يكون " غيراً " في الدعوى غير المباشرة لارومبيير ٦ م ١٣٢٨ فقرة ٣٥ — ديمولومب ٢٩ فقرة ٥٤٢ — لوران ١٩ فقرة ٣٢٦ وفقرة ٣٢٨ — هيك ٨ فقرة ٢٥٠ — بودري وبارد ٤ فقرة ٢٣٥٨ — بيدان وبيرو ٩ فقرة ١٢٢١ ص ٣٠١ — الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٢٩ ص ١٣٩ — استئناف مختلط ٣ يونية سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٦٣ .

ويذهب الأستاذ سليما مرقس إلى أن الدائن في الدعوى غير المباشرة يعتبر من " الغير " ، لأن الدائن يرفع هذه الدعوى لمصلحة نفسه فيصبح له حق خاص على موضوعها ، واستعمال الدعوى غير المباشرة " يجعل حق الدائن يتعلق بالمال موضوع هذه الدعوى ، فيصبح هذا المال محبوساً عن المدين تحت يد القضاء ، فلا يجوز للمدين أن يتصرف فيه ولا أن يعمل بشأنه أي عمل يضر الدائن ، أو بعبارة أخرى كما يقول لابيه =

يلاحظ أن الدائن إذا لم يكن " غيراً " في الدعوى غير المباشرة ، وأنه يحتج عليه بالتاريخ العرفي للورقة المثبتة للإبراء الصادرة من مدينه ، إلا أنه يستطيع — كما يستطيع المدين — أن يثبت عدم صحة هذا التاريخ وأنه قدم حتى يقع الإبراء في وقت سابق على رفع الدعوى غير المباشرة . وله في هذه الحالة أن يثبت تقدم التاريخ بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن لما انطوى عليه من الغش . وعند ذلك يستطيع أن يطعن في الإبراء بالدعوى البوليصية ليجعله غير سارٍ في حقه .

وننتقل الآن إلى الدعوى البوليصية . وفيها أيضاً لا يعتبر الدائن من " الغير " . فهو ، وإن لم يكن يعمل في هذه الدعوى — كما كان يعمل في الدعوى غير المباشرة — كنائب عن المدين ، بل يعمل باسمه الشخصي ، إلا أنه لا يزال دائناً عادياً لم ينتقل بعد إلى مرحلة

= يترتب على رفع الدعوى غير المباشرة ما يترتب على الحجز من آثار . ومادام الأمر كذلك فيكون مركز الدائن رافع الدعوى غير المباشرة كمركز الدائن الحاجز حجزاً تنفيذياً ، وبالتالي فإنه يشبه مركز الخلف الخاص من حيث إنه يعتبر في حكم خلف المدين على الحق موضوع الدعوى بالنسبة لتصرفات المدين السابقة على رفع الدعوى، ويعتبر من الغير بالنسبة للتصرفات اللاحقة فيضره مجرد تقدم تاريخ هذه التصرفات . وهو لذلك يجب أن يعتبر — خلافاً للرأي السائد — من الغير الذين لا تكون المحررات العرفية حجة عليهم بتاريخها إلا إذا كان هذا التاريخ ثابتاً بوجه رسمي " (الأستاذ سليمان مرقس في مقاله قوة المحررات العرفية في الإثبات مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٧٧ — ص ٢٧٨ — وأنظر أيضاً كتابة في أصول الإثبات فقرة ٦٧ — ص ١٠٣) .

وسنرى أن الأستاذ سليمان مرقس لا يعتبر الدائن في الدعوى البوليصية من الغير ، وهو على حق فيما ذهب إليه من ذلك . ويتعذر التسليم بعد هذا بأن يكون الدائن في الدعوى غير المباشرة من " الغير " بينما في الدعوى البوليصية ، والدائن فيها لا يمثل المدين بتاتاً ، يعتبر " خلفاً " . ويؤسس الأستاذ سليمان مرقس ما ذهب إليه من اعتبار الدائن في الدعوى غير المباشرة " غيراً " على أنه يكون بمثابة الدائن الحاجز . ولسنا من هذا الرأي . فالدائن في الدعوى غير المباشرة لا يزال كما قدمنا في المرحلة التمهيدية التي تسبق التنفيذ ، ولم يصل بعد إلى مرتبة الدائن الحاجز الذي بدأ التنفيذ فعلاً . والمدين في الدعوى غير المباشرة لم تغل يده عن التصرف في ماله ، بخلاف المدين في الحجز فإن يده مغلولة عن التصرف منذ توقيع الحجز . وتنتهي الدعوى غير المباشرة إلى دخول الحق في مال المدين فيبدأ عند ذلك الدائن في التنفيذ عليه بالحجز ، أما الحجز فيؤدي مباشرة إلى أن يستوفي الدائن حقه من المال المحجوز (أنظر في هذا المعنى الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات ص ١٣٩ وهامش رقم ٢) . ويخشى الأستاذ سليمان مرقس من القول بأن الدائن في الدعوى غير المباشرة لا يعتبر من الغير لأن " القول بهذا الرأي يسمح للمدين الذي رفع دائنه الدعوى باسمه أن يتواطأ مع مدينه ، فيعطيه محرراً عرفياً مثبتاً لمخالصة أو لإبراء أو استبدال أو مقاصة ، فيحتج بها مدين المدين على الدائن ، ويفوت عليه بذلك المصلحة التي كان يسعى إليها من وراء استعمال الدعوى غير المباشرة " (مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٧٦) . ويبدو أن هذه الخشية لا محل لها ، فإن المدين إذا تواطأ مع مدينه على هذا النحو ، استطاع الدائن أن يطعن في التصرف بالدعوى البوليصية وقد توافرت شروطها ، فالمدين معسر، والتصرف مفقر وتال لحق الدائن ، والتواطؤ موجود .

التنفيذ . صحيح هو يعمل بمقتضى حق خاص أعطاه له القانون ، ولكن شأنه في ذلك هو شأن الوارث الذي يطعن في تصرفات مورثه الصادرة في مرض الموت ، كلاهما يعمل بمقتضى حق خاص به، وهذا الحق الخاص هو الذي تقوم عليه مصلحته في الطعن . ولا يزال الدائن الذي يباشر الدعوى البوليصية واقفاً عند مرحلة التمهيد للتنفيذ، شأنه في ذلك شأن الدائن الذي يباشر الدعوى غير المباشرة ، كلاهما يعمل بمقتضى حق الضمان العام ، وكلاهما دون مرتبة الدائن الحاجز الذي انتقل بالحجز إلى مرحلة التنفيذ . وفي المثال المتقدم إذا أبرأ المدين مدينه من الدين بورقة عرفية تاريخها غير ثابت ، كان هذا التاريخ حجة على الدائن ، لا عند مباشرته الدعوى غير المباشرة فحسب ، بل أيضاً عند مباشرته للدعوى البوليصية . ويستطيع الدائن هنا أيضاً أن يثبت عدم صحة التاريخ ، بجميع الطرق ، ليصل إلى إثبات أن تاريخ الإبراء متأخر — لا عن تاريخ مباشرته للدعوى غير المباشرة كما كان يفعل عندما كان يباشر هذه الدعوى — بل عن تاريخ نشوء حقه وهو الآن يباشر الدعوى البوليصية . ونرى من ذلك أن الدائن في الدعوى البوليصية ليس "غيراً" فيحتج عليه بالتاريخ العرفي لتصرف مدينه ، إلى أن يثبت عدم صحته [1] . ونطبق هذا الحكم على مثل آخر :

---

(١) وهذا الرأي يخالف إجماعاً يكاد ينعقد عليه الفقه الفرنسي : ديمولومب ٢٩ فقرة ٥٥٠ — لوران ١٦ فقرة ٤٦١ — هيك ٧ فقرة ٢١٩ — بودري وبارد ١ فقرة ٦٩١ و ٤ فقرة ٢٣٦٠ — كولان وكابيتان موراندير ٢ ص ٧٤٩ — بلانيول وريبير ورادوان ٧ فقرة ٩٥٧ — بيدان ويرو ٩ فقرة ١٢٢١ ص ٣٠٢ — دي باج ٣ فقرة ٢٢٧ (الفقه اللحيكي) ، وإجماعاً مماثلاً يكاد ينعقد عليه الفقه المصري : دي هلتس فقرة ٦٨ — الأستاذ عبد السلام ذهني في الأدلة ١ ص ٢٢٣ — ص ٢٢٥ — الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات فقرة ٢٢١ — الأستاذ محمد علي عرفه في مقاله في حجية المحررات العرفية مجلة القانون والاقتصاد ١٠ ص ١٦٧ — الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ١٢٥ — الموجز فقرة ٦٣٨ (وقد كنا في الموجز نساير هذا الإجماع) . أنظر أيضاً محكمة الاستئناف المختلطة ١٣ فبراير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٩٨ .

ونحن هنا ، في مخالفتنا لهذا الإجماع ، نوافق الأستاذ سليمان مرقس فيما ذهب إليه من أن الدائن لا يعتبر "غيراً" في الدعوى البوليصية (أنظر مقاله المعروف في مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٧٩ — ص ٢٨٣ وكتابه في الإثبات ص ١٠٤ هامش رقم ٢) . وإليه يرجع الفضل ، هنا أيضاً ، في تحرير المسألة وتجليتها، = = لا ضد إجماع الفقه المصري فحسب ، بل أيضاً ضد إجماع الفقه الفرنسي . ومما يتقدم به لتأييد رأيه ما يأتي : " إن القول بأن الدائن في هذه الحالة (حالة الدعوى البوليصية) يخاصم مدينه ويتهمه بالغش ويطلب اعتبار تصرفه غير نافذ في حقه لا يتعين أن يترتب عليه اعتبار الدائن من الغير بمعنى المادة ٢٢٨ (٣٩٥ جديد) ، وذلك لأنه إذا كان يكفي لاعتبار الدائن من الغير في الصورية أن يخاصم مدينه ، فالأمر ليس كذلك في عرف المادة ٢٢٨ ، ولأن الدائن إذا اتهم المدين بالغش فما ذلك إلا للاستحصال على حكم باعتباره من الغير بالنسبة لنفاذ أثر التصرف المطعون فيه . وأن مجرد طلبه ذلك يؤكد أنه ليس من الغير ما دام لم يحصل على هذا الحكم . فهو عند رفع الدعوى لا يزال يعتبر في حكم الخلف ، ويكون تاريخ المحرر العرفي المثبت للتصرف المطعون فيه حجة عليه إلى أن يثبت عدم صحته " (مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٨١) . =

يبيع المدين بورقة عرفية سيارة يملكها ، فيطعن الدائن في هذا التصرف بالدعوى البوليصية . فلا الدائن يعتبر " غيراً " بالنسبة إلى تاريخ الورقة العرفية ، ولا المشترى يعتبر " غيراً " بالنسبة إلى تاريخ نشوء حق الدائن . أما أن الدائن لا يعتبر " غيراً " بالنسبة إلى تاريخ الورقة العرفية فلما قدمناه . وينبني على ذلك أن هذا التاريخ يكون حجة عليه ولو لم يكن ثابتاً ، وذلك إلى أن يقيم الدليل على أنه قد قدم غشاً ليكون سابقاً على حقه تفادياً للدعوى البوليصية . وإما أن المشترى لا يعتبر " غيراً " بالنسبة إلى تاريخ نشوء حق الدائن ، فذلك لأن المشترى قد تركز حقه في السيارة التي اشتراها ولم يتركز حق الدائن في هذه السيارة بالذات ، إذ هي لا تعدو أن تكون داخلة في ضمانه العام وليس له عليها حتى الآن حق الدائن الحاجز . فليس ثمة تعارض بين حق الدائن وحق المشترى الذي تركز في السيارة بعينها ، وهذا التعارض شرط في " الغير " كما سنرى . وينبني على أن المشترى لا يعتبر " غيرا " بالنسبة إلى تاريخ نشوء حق الدائن أن هذا التاريخ يكون ، هو أيضاً، حجة عليه ولو

- والحجة الرئيسية التي يتقدم بها أصحاب الرأي القائل باعتبار الدائن من الغير في الدعوى البوليصية هي أن الدائن يرفع هذه الدعوى بمقتضى حق له خاص استمده من القانون لا من مدينه ، وهو بهذا الحق يهاجم المدين لا يمثله . وقد رأينا — عند الكلام في مرض الموت — أن هذا الحق الخاص لا يقلب الخلف فيكون " غيراً " فهو لم يقلب الوارث " غيرا " إذ يهاجم التصرف الصادر من مورثه في مرض الموت . وإنما يقتصر على أن يجعل للدائن " مصلحة " في الطعن . ولولا وجود هذه المصلحة لما استطاع أن يهاجم تصرف مدينه في الدعوى البوليصية ، ولا تصرف مورثه في مرض الموت . وهذه المصلحة تارة يستمدها من شخصه بمقتضى الحق الخاص الذي يمنحه إياه القانون كما نرى الآن في الدعوى البوليصية وكما رأينا في مرض الموت ، وطوراً يستمدها من سلفه بعد أن يخلفه عليها كما رأينا من قبل في حالة الحجر وفي حالة الدعوى غير المباشرة .

على أن أنصار الرأي القائل بأن الدائن يعتبر من الغير في الدعوى البوليصية مختلفون فيما بينهم . فالأستاذ عبد المنعم فرج الصدة مثلاً يذهب إلى أنه " إذا لم يكن تاريخ التصرف ثابتاً وسابقاً على الدين فلا يحتج به على الدائن ويعتبر لاحقاً للدين " (الإثبات ص ١٣٤) . وهو في هذا الرأي منطقي مع مذهبه ، فمقتضى القول بأن الدائن يعتبر من الغير هو ألا يكون تاريخ التصرف المطعون فيه حجة عليه إذا لم يكن ثابتاً . أما الأستاذ أحمد نشأت فلا يرى " القول بأن تصرف المدين لا يسرى على الدائن العادي إلا إذا كان ثابت التاريخ قبل الدين ، لأن الأصل أن الدائن العادي مقيد بجميع تصرفات مدينه السابقة واللاحقة للدين ، وبالتالي ثابتة التاريخ وغير ثابتة التاريخ ، فلا يصح استثناء شيء منها إلا إذا ثبت أن هناك غشاً " (الإثبات ص ٢٢٦) . وهنا يجعل الأستاذ أحمد نشأت الدائن من " الغير " في الدعوى البوليصية ، ولكنه في الوقت ذاته يبيح لمن تصرف له المدين أن يحتج عليه بالتاريخ العرفي للتصرف الصادر في مرض الموت (أنظر في الرد على الأستاذ أحمد نشأت ، أصول الإثبات للأستاذ سليمان مرقس ص ١٠٤ هامش رقم ٢ والإثبات للأستاذ عبد المنعم فرج الصدة ص ١٣٤ هامش رقم ٢) .

لم يكن ثابتاً ، وذلك إلى أن يقيم الدليل على أنه قد قدم غشاً ليكون سابقاً على تاريخ بيع السيارة تمكينا للدائن من مباشرة الدعوى البوليصية [1] .

١٢٠ – من يعتبر " غيراً " بالنسبة إلى تاريخ الورقة العرفية : بعد أن استعرضنا من لا يعتبر " غيراً " . ونبادر إلى القول إن " الغير " ، الذي يتطلب القانون أن يكون تاريخ الورقة العرفية ثابتاً ليكون حجة عليه ، يجب ألا يكون ممثلاً في التصرف الذي تشهد به الورقة . وقد رأينا أن الأصيل والوارث والدائن العادي كلهم ممثلون في التصرف فلا يعتبرون من " الغير " .

ولم يبقى الآن إلا الخلف الخاص ، وهو من انتقل إليه من السلف مال معين بالذات . ويسرى في حقه ، كما رأينا في الجزء الأول من هذا الوسيط [2] ، تصرفات السلف المتعلقة بهذا المال إذا كانت سابقة على انتقال المال إلى الخلف ، ولا تسرى إذا كانت لاحقة . فتاريخ التصرف إذن له أهمية بالغة ، بل هو المحور الذي يدور عليه سريان التصرف في حق الخلف أو عدم سريانه . ولما كان من اليسير على السلف أن يضيع على الخلف حقه ، بأن يعطى لغيره حقاً يتعارض مع هذا الحق ، وحتى يجعل تصرفه سارياً على الخلف يؤخر تاريخ التصرف بحيث يصبح سابقاً على تاريخ انتقال المال للخلف ، لذلك اشترط القانون ، تفادياً لهذا الغش الذي يعظم ضرره بقد ما يسهل وقوعه وبقدر ما يصعب تجنبه ، أن يكون تاريخ التصرف ثابتاً حتى يحتج به على الخلف [1] .

---

(١) ويتبين من ذلك أن الدائن في الدعوى البوليصية إما أن يكون تاريخه ثابتاً أو غير ثابت . فإذا كان تاريخه ثابتاً، وكان تاريخ التصرف المطعون فيه ثابتاً أيضاً ، فلابد لنجاح الدعوى البوليصية من أن يكون تاريخ الدائن هو الأسبق . وإن كان تاريخ التصرف غير ثابت احتج به بالرغم من ذلك على الدائن ، إلى أن يثبت هذا أن التاريخ صحيح متأخر عن تاريخه الثابت – وإذا كان تاريخ الدائن غير ثابت ، فإن كان تاريخ التصرف ثابتاً ، جاز للمتصرف له أن يثبت بجميع الطرق أن التاريخ العرفي للدائن غير صحيح وأن التاريخ الحقيقي متأخر عن تاريخ التصرف . أما إذا لم يكن هناك تاريخ ثابت لا للدائن ولا للمتصرف له ، فلكل منهما أن يثبت بجميع الطرق أن تاريخه هو الأسبق ، ولا تنجح الدعوى البوليصية إلا إذا كان الدائن هو الذي يتمكن من إثبات ذلك (قارن الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ١٢٦ – وقارن أيضاً نظرية العقد للمؤلف ص ٧٨٤ هامش رقم ٢) .

(٢) الوسيط الجزء الأول فقرة ٣٥٠ .

(أ) أ – المقصود بالغير الواردة بالمادة ١٥ من قانون الإثبات المقابلة لنص المادة ٣٩٥ من القانون المدني هو الخلف الخاص لصاحب التوقيع أي من انتقل إليه مال معين بذاته من الموقع على الورقة الذي تلقى عنه الحق بسند ثابت التاريخ ، فالمشرع أراد حماية الخلف الخاص من الغش الذي يحتمل وقوعه من السلف ومن يتعاقد معه إضراراً به ، ومن يأخذ حكم الخلف الخاص كالدائن الحاجز على مال معين ، لأن المادة ١٤٦ من القانون المدني نصت على سريان تصرف السلف المتعلقة بهذا المال المعين بذاته على الخلـــف ، فأراد =

فالغير إذن في تاريخ الورقة العرفية هو الخلف الخاص . والخلف الخاص هو الذي يتلاءم وضعه مع " الغيرية " فيما نحن بصدده : شخص يخلف آخر في مال معين بالذات،

= المشرع تثبيت الثقة العامة في التصرفات ومنع الغش فأراد المشرع تثبيت الثقة العامة في التصرفات ومنع الغش على ما جاء بالأعمال التحضيرية للقانون المدني ، ونصوص المواد ٣٠٥ ، ٦٠٤، ١١١٧ ، ١١٢٣ من القانون المدني التي تشترط ثبوت التاريخ لسريان الإيجار أو القبول بحوالة الحق أو الرهن في حق الخلف الخاص ، وما نصت عليه المادتين ٤٠٨ ، ٤٠٩ من قانون المرافعات بشأن سريان عقد الإيجار ومخالصات الأجرة وحوالتها بالنسبة للدائن الحاجز ، فثبوت التاريخ في نص المادة ١٥ من قانون الإثبات هو شرط لسريان التصرف الوارد بالورقة العرفية على الخلف ، ولا يغني عن ثبوت التاريخ شيء آخر ، وجزاء عدم تحقق الشرط الوارد فيها من أسبقية ثبوت التاريخ ألا يسرى هذا التصرف في حقه حتى ولو ثبتت أسبقيته بعد ذلك ، شأنه كالمفاضلة في انتقال الملكية وسريان الحقوق العينية العقارية لا تكون إلا بأسبقية التسجيل فقط دون غير ذلك .

(جلسة ٢٠٠٠/٤/٣ رقم ١٧٦ لسنة ٦٤ ق) .

ب — إذا كانت الشركة الطاعنة رغم تأميمها جزئياً ثم كليا لم تفقد شخصيتها المعنوية التي كانت لها قبله فإنها لا تعتبر " غيرا " بالنسبة لتاريخ الورقة العرفية في نص المادة ٣٩٥ من القانون المدني (المقابلة للمادة ١٥ إثبات) باعتبارها طرفاً فيها وتحاج به ، ويكون الحكم قد أصاب حين قرر أن جدية عقد الإيجار — الصادر من الشركاء بصفتهم الشخصية للشركة — لا تستلزم ثبوت تاريخه .

(جلسة ١٩٧٧/٣/٣٠ الطعن رقم ٣٨٠ لسنة ٤٣ ق س ٢٨ ص ٨٣٧) .

ج — إذا كانت الغيرية في التسجيل يقصد بها أعمال جزاء عدم سريان التصرف في حق من يعتبر "غيرا" في نطاقه ، وكان قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ سنة ١٩٤٦ أورد نصوصاً تنظم هذا الجزاء ، وكان المقصود بالغير في التسجيل كل من يثبت له على العقار حق عيني مصدره تصرف قانوني يخضع للشهر وأن يقوم من آله إليه فعلاً بشهره ، وكان من ثم لا يعتبر " غيرا " في هذا المجال من يتلقى الملكية أو الحق العيني بحكم القانون ، وبالتالي فإن الدولة إنما تؤول إليها أموال الخاضعين السابقين لحراسة الطوارئ وفق أحكام القانون ١٥٠ لسنة ١٩٦٤ نزولاً على حكم القانون وليس بموجب تصرف واجب الشهر ولا تعتبر من "الغير" بالمعنى المقصود في التسجيل وإن كانت قاعدة التفضيل على أساس الأسبقية في التاريخ تظل مطبقة ؛ بمعنى أن الدولة تملك التمسك بغيريتها في ثبوت التاريخ فلا تسرى في حقها التصرفات التي أجراها الخاضع السابق للحراسة قبل أن أيلولة الممتلكات إلى الدولة طالما لم تكن ثابتة التاريخ قبل العمل بالقانون الذي نقل ممتلكاته إلى الدولة .

(جلسة ١٩٧٧/٢/٩ الطعن رقم ٤٤١ لسنة ٤٢ ق س ٢٨ ص ٤٠٠) .

د — مفاد نص المادة ١٤٦ من القانون المدني أنها إذا تقرر قاعدة عامة بشأن انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص اشترطت أن يكون انتقال ملكية الشيء إليه قد جاء بعد إبرام العقد الذي ينصرف أثره إلى الخلف وأن يكون الخلف الخاص عالماً بالعقد وقت انتقال الملكية إليه ، وإذ لم تتطلب هذه المادة أن يكون العقد ثابت التاريخ فذلك لأن العلم من جانب الخلف يقوم مقام ثبوت التاريخ ويعد طريقاً من طرق إثبات تاريخ الورقة العرفية فتصبح الورقة حجة عليه من وقت علمه بوصفه خلفاً خاصاً .

(جلسة ١٩٦٦/٢/١ الطعن رقم ٣٠٧ لسنة ٣١ ق س ١٧ ص ٢٢١) .

وتكون تصرفات السلف نافذة في حقه على هذا المال قبل تاريخ معين ، فلا يكون تاريخ هذه التصرفات حجة عليه إلا إذا كان ثابتاً وسابقاً على هذا التاريخ .

ويلحق بالخلف الخاص ، في هذه " الغيرية " ، الدائن إذا تركز حقه في مال لمدين معين بالذات . فيصبح " غيراً " بالنسبة إلى تاريخ التصرفات التي تصدر من المدين في هذا المال . ولا يتركز حق الدائن في مال لمدين معين بالذات إلا إذا حجز الدائن على هذا المال . والحجز هو الحلقة الأولى في مرحلة التنفيذ . أما قبل الحجز ، حتى ولو باشر الدائن الدعوى غير المباشرة أو الدعوى البوليصية ، فإنه لا يزال في مرحلة سابقة على مرحلة التنفيذ ، وإن كانت تمهد لها . ذلك أن الدائن في الدعوى غير المباشرة وفي الدعوى البوليصية لم يتركز حقه بعد على مال للمدين معين بالذات ، بل هو لا يزال يستعمل حقه في الضمان العام على أموال مدينه ، فلا يعتبر من الغير كما قدمنا . فإذا انتقل إلى مرحلة التنفيذ بأن حجز على المال الذي باشر بالنسبة إليه الدعوى غير المباشرة أو الدعوى البوليصية اعتبر من الغير . ووضعه ، كوضع الخلف الخاص ، يتلاءم مع هذه " الغيرية " . فهو مثله قد تركز حقه في مال معين بالذات هو المال الذي حجزه ، ويخشى من تلاعب المدين في هذا المال بالتصرف فيه وتقديم تاريخ التصرف ليصير سابقاً على الحجز ، فاشترط القانون ليسرى التصرف في حق الدائن الحاجز أن يكون ثابت التاريخ وسابقاً على تاريخ الحجز .

أما الدائن لمدين شهر إفلاسه أو إعساره فهذا لم يصل بعد إلى مرحلة التنفيذ ، ومن ثم لا يكون " غيراً " بالنسبة إلى تاريخ التصرفات التي تصدر من مدينه المفلس أو المعسر .

ونرى من ذلك أن " الغير " ، بالنسبة إلى تاريخ الورقة العرفية ، هو الخلف الخاص، ويلحق به الدائن والحاجز [1] ، ولا يعتبر "غيراً" دائن المدين المفلس أو المعسر . فنتكلم في كل من هؤلاء .

---

(١) ونحن نؤثر أن نقف عند هذا التحديد العمل للغير . أما التحديدات الفقهية فكثيرة :

أ) من ذلك من تقدم به أوبري ورو من أنه يعتبر غيراً " كل من لم يكن طرفاً في الورقة العرفية التي يراد تقدير حجيتها في الإثبات ، ويكون له باسمه الخاص ، بمقتضى القانون أو بمقتضى اتفاق أبرم أو شرط وضعه أحد طرفي الورقة ، حقوق عينية أو شخصية يتعرض وجودها أو سلامتها للخطر لو سرى عليه ما تشهد به الورقة من تصرف قانوني أو واقعة قانونية " (أوبري ورو ١٢ نقرة ٧٥٦ ص ٢٢٤ — ص ٢٢٥).

"... tous ceux qui n'ont pas figuré dans l'acte sous seing privé dont il s'agit d'apprécier la force probante, et qui se trouvent, soit en vertu de la loi, soit en vertu d'une convention passée ou d'une disposition faite par l'une des parties signataires, investis, en leur proper nom, de droits reels ou personnels dont l'existence ou l'efficaité serait compromise, si la convention ou le fait juridique constaté par cet acte pouvait leur être oppose ." =

١٢١ – الخلف الخاص يعتبر من الغير : نفرض أن صاحب سيارة باعها من آخر بعقد ثابت التاريخ . فالمشترى يكون ، في هذه السيارة ، خلفاً خاصاً للبائع . ولا يحتج عليه بأي تصرف آخر في السيارة يصدر من البائع إذا كان تاريخه غير ثابت . فلو أن بائع السيارة باعها مرة أخرى إلى مشترى ثان ، فإن المشترى الأول يكون من الغير بالنسبة

= ب) ومن ذلك أيضاً ما نراه في كولان وكابيان وموراندير من أن " الغير في معنى المادة ١٣٢٨ هم الأشخاص الذين لم يكونوا أطرافاً في التصرف ، وكسبوا من أحد المتعاقدين حقوقاً يضرها هذا التصرف الذي تشهد به الورقة العرفية لو أن أسبقية التصرف قد ثبتت " (كولان وكابيتان وموراندير ٢ فقرة ٧٤٩ ص ٥٠١ – أنظر أيضاً جان ماري أوسل (Aussel) رسالة في الغير في القانون المدني الفرنسي مونبلييه سنة ١٩٥٢ ص ٢٢٩ – ٢٣٢) .

"Les tiers de l'article 1328, ce sont les personnes n'ayant pas figuré dans l'acte et ayant acquis de l'un des contractants des droits auxquels porterait préjudice l'acte relaté par l'écrit privé, si l'antériorité de cet acte était établi ."

ج) ومن ذلك أيضاً التحديد الذي يقول به الأستاذ سليمان مرقس من " أن الغير بالمعنى المقصود في المادة ٢٢٨ (٣٩٥ جديد) يشمل كل شخص لم يكن طرفاً في المحرر العرفي ولا ممثلاً فيه ، وكان حاصلاً بمقتضى عمل قانوني صادر لمصلحته من أحد موقعي المحرر أو بمقتضى نص القانون على حق خاص متعلق بمال معين من أموال الشخص الملتزم بهذا المحرر ، بحيث يؤثر في حقه هذا ، التصرف المدون في المحرر العرفي ، لو صح أن تاريخه سابق على تاريخ هذا الحق " (المقال المنشور في مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٨٦) .

د) هذا وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن الغير في حكم المادة ٢٢٨ من القانون المدني (٣٩٥ جديد) (الآن ١٥ إثبات) التي لا تعتبر المحررات العرفية غير ثابتة التاريخ ثبوتاً رسمياً حجة عليه هو الشخص الذي ليس طرفاً في المحرر العرفي ويعطيه القانون أو الاتفاق مع طرفي المحرر حقاً ذاتياً عينياً أو شخصياً يصير في خطر من جهة قيامه أو التمتع به إن سرى عليه حكم ما يثبت بالمحرر العرفي (استئناف مصر ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٩٥ ص ٢١٠ – أنظر في هذا المعنى بودري وبارد ٤ فقرة ٢٣٦٢).

هـ) ويذهب بيدان وبيرو (جزء ٩ فقرة ١٢٢١) إلى أنه يشترط في الشخص ليكون " غيراً " شرطان : (أولاً) ألا يكون طرفاً في الورقة العرفية أو ممثلاً فيها . (ثانياً) وأن يتمسك بحق يضره التصرف الذي تشهد به الورقة لو كان سابقاً عليه .

وبعد فهذه جملة صالحة من خير ما قيل في تحديد " الغير " ، ويمكن أن يضاف إليها غيرها مما قيل في ذلك . ولكننا لا نزال نؤثر أن نقول : إن " الغير " في ثبوت التاريخ هو الخلف الخاص والدائن الحاجز على النحو الذي قدمناه .

ومن الخير إلا نتوسع في رسم منطقة الغير في ثبوت التاريخ ، وألا نتشدد في هذه القاعدة . فهي قاعدة كان يمكن الاستغناء عنها ، والاكتفاء بإلقاء عبء إثبات الأسبقية في التاريخ على المدعى . على أن القاعدة ليست قديمة ، ولم تعرف في القانون الفرنسي القديم إلا في النصف الأول من القرن السابع عشر. وحتى بعد أن عرفت لم يكن لها من الأهمية والشأن في القانون الفرنسي القديم ما أضفي عليها بعد ذلك في القانون الفرنسي الحديث (أنظر في ذلك بودري وبارد ٤ فقرة ٢٣٤٦) .

إلى تاريخ هذا التصرف . ومن ثم فإن تاريخ البيع الثاني إذا كان عرفياً لا يحتج به بتاتاً على المشترى الأول ، ويفرض فرضاً غير قابل لإثبات العكس أن هذا البيع الثاني قد صدر بعد البيع الأول ، حتى لو كان تاريخه سابقاً على ذلك . وإذا كان تاريخ البيع الثاني ثابتاً ، احتج به على المشترى الأول. فإن كان سابقاً على تاريخ عقده، فضل المشترى الثاني، وإلا فضل المشترى الأول [1] . فإذا لم يكن تاريخ البيع الأول ثابتاً ، وكان البيع الثاني تاريخ هو الثابت، فضل المشترى الثاني لأنه هو الذي يعتبر " غيراً " بالنسبة إلى تاريخ البيع الأول ، ولا يكون هذا التاريخ حجة عليه لأنه تاريخ غير ثابت . فإذا لم يكن لأي من البيعين تاريخ ثابت ، لم يعتبر أي من المشترين "غيرا " فيحتج عل كل منهما بالتاريخ العرفي الصادر للآخر ، ولكن يكون لكل منهما أن يثبت عدم صحة هذا التاريخ ليدل بذلك على أنه هو صاحب التاريخ الأسبق . وغني عن البيان إن كل هذا إنما يكون إذا لم يسلم البائع السيارة لأحد من المشترين ، فإن تسلمها أحدهما ملكها ، إما بعقد البيع إذا كان هو السابق ، وإما بالحيازة في المنقول إذا كان هو اللاحق .

وقد أورد التقنين المدني جملة من التطبيقات التشريعية للخلف الخاص الذي يعتبر من الغير، نذكر منها :

(١) نصت الفقرة الأولى من المادة ٦٠٤ على أنه "إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة اختياراً أو جبراً إلى شخص آخر ، فلا يكون الإيجار نافذاً في حق هذا الشخص إذا لم يكن له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذي نقل الملكية " . فهنا انتقلت ملكية العين المؤجرة إلى خلف خاص ، فلا يحتج عليه بتاريخ الأيجار إلا إذا كان ثابتاً .

(٢) نصت المادة ١١١٧ على أنه " يشترط لنفاذ رهن المنقول في حق الغير إلى جانب انتقال الحيازة ، أن يدون العقد في ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المبلغ المضمون بالرهن والعين المرهونة بياناً كافياً ، وهذا التاريخ الثابت يحدد مرتبة الدائن المرتهن " . فإذا ارتهن المنقول دائنان ، متعاقبان ، كان كل منهما " غيراً " بالنسبة إلى تاريخ الآخر ، فلا يحتج عليه إلا بالتاريخ الثابت ، ومن ثم كان التاريخ الثابت هو الذي يحدد مرتبة الدائن المرتهن .

(٣) نصت المادة ١١٢٣ على أنه " ١ – لا يكون رهن الدين نافذاً في حق المدين إلا بإعلان هذا الرهن إليه أو بقبوله له وفقاً للمادة ٣٠٥ – ٢ – ولا يكون نافذاً في حق الغير

---

(١) على أنه إذا كان تاريخ كل من المشترين ثابتاً في يوم واحد ، ولم يعرف أيهما أسبق ، فالمكلف منهما بإثبات أسبقيته يعتبر عاجزاً عن هذا الإثبات ، ويفضل عليه صاحبه . ويذهب الأستاذ أحمد نشأت أن لكل منهما أن يثبت أنه صاحب التاريخ الأسبق ، كما في حالة ما إذا لم يكن لأي منهما تاريخ ثابت (الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٢٣٤ وفقرة ٢٩٦) .

إلا بحيازة المرهَن لسند الدين المرهون ، وتحسب للرهن مرتبته من التاريخ الثابت للإعلان أو القبول " . وليس من رهن الدين إلا تطبيقاً لحوالة الحق . فصاحب الحق يتصرف فيه بالحوالة بيعاً أو رهناً أو بأي تصرف آخر . وهنا أيضاً المحال له ، وهو الدائن المرتهن ، خلف خاص في الحق الذي ارتهنه من صاحبه ، ولا يحتج عليه في رهن آخر صادر من صاحب الحق إلا بالتاريخ الثابت على النحو الذي قدمناه في حوالة الحق .

ويحسن ، قبل أن نترك " الخلف الخاص " ، أن نلاحظ أننا لم نجعله في الأمثلة التي قدمناها خلفاً خاصاً في عقار ، بل جعلناه مشترياً أو مرتهناً لمنقول أو دين ، لأن العقار يستلزم إجراءات أخرى غير ثبوت التاريخ ، هي التسجيل أو القيد ، وسنرى أنه يشترط في التجرد "للغيرية" ألا يكون القانون قد تطلب إجراءات أخرى إلى جانب التاريخ الثابت [1] .

١٢٢ – الدائن الحاجز يعتبر من الغير : قدمنا أن الدائن الحاجز ، في المال المحجوز ، يكون في وضع الخلف الخاص على هذا المال . وهو وإن لم يكن كالخلف الخاص ذا حق عيني في المال المحجوز إذ لا يزال حقه شخصياً ، إلا أنه زكز حقه في هذا المال بالحجز ، وأصبح القانون يحميه من تصرفات مدينه التالية للحجز كما يحمي الخلف الخاص [2] . ومن ثم يصبح " غيراً " في تاريخ الورقة العرفية الصادرة من المدين لتشهد على تصرفه في المال المحجوز ، فلا يحتج عليه بهذا التاريخ إلا إذا كان ثابتاً ، ولا يحتج عليه بالتاريخ العرفي ، بل يفرض فرضاً غير قابل لإثبات العكس أن هذا التاريخ تال للحجز فلا ينفذ التصرف في حقه حتى ولو كان التاريخ العرفي المدون في الورقة سابقاً على الحجز .

---

(١) أما المستأجر فلا يعتبر خلفاً خاصاً للمؤجر ، إذ لم ينتقل إليه حق عيني على العين المؤجرة . ومن ثم لا يكون " غيراً " بالنسبة إلى مستأجر آخر لنفس العين ، ولا تكون المفاضلة بين المستأجرين المتعددين لعين واحدة بالأسبقية في التاريخ الثابت كما تكون المفاضلة بين المشترين المتعددين لمنقول واحد فيما أسلفنا .. وقد وضعت المادة ٥٧٣ من التقنين المدني قاعدة أخرى للمفاضلة، فنصت على ما يأتي : " ١ – إذا تعدد المستأجرون لعين واحدة فضل من سبق منهم إلى وضع يده عليها دون غش ، فإذا كان مستأجر عقار قد سجل عقده وهو حسن النية قبل أن يضع مستأجر آخر يده على العقار المؤجر أو قبل أن يتجدد عقد إيجاره، فأنه هو الذي يفضل . ٢ – فإذا لم يوجد سبب لتفضيل أحد المستأجرين فليس لهم فيما تعارضت فيه حقوقهم إلا طلب التعويض " . (قارن الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٢٣٧) .

(٢) قارن ما يقول الأستاذان أوبري ورو في معنى أن الدائن الحاجز يعتبر من " الغير " : " إن الدائن الذي يحجز على أموال مدينه إنما يستعمل حقاً يستمده من القانون لا من المدين. فهو يعمل ضد المدين . ومن الواضح أنه يكون من " الغير " من حيث أنه يدافع عن الحجز بما يجب من نفع ومما ينتج من أثر ضد تصرفات المدين". (أوبري ورو ١٢ ص ٢٣٧ هامش رقم ١٢١ – أنظر أيضاً : لارومبيير ٦ م ١٣٢٨ فقرة ١٨ – ديمولومب ٢٩ فقرة ٥٤٨ – توليبه ٨ فقرة ٢٥١ – فقرة ٢٥٢) .

ويستوي فيما قدمناه أن يكون الحجز على منقول أو على دين للمدين في ذمة الغير (حجز ما للمدين لدى الغير) أو على عقار .

أما في الحجز على المنقول فتنص المادة ٣٦١ من تقنين المرافعات على أنه " تصبح الأشياء محجوزة بمجرد ذكرها في محضر الحجز ولو لم يعين عليها حارس " . فكل تصرف يصدر من المدين في المال المحجوز بعد حجزه على هذا النحو لا يكون تاريخه حجة على الدائن إلا إذا كان ثابتاً وسابقاً على توقيع الحجز . فإن كان التاريخ غير ثابت ، أو كان ثابتاً ولكنه تال لتوقيع الحجز ، فإن التصرف لا ينفذ في حق الدائن الحاجز .

وفي حجز ما للمدين لدى الغير يحصل الحجز بإعلان إلى المحجوز لديه ينهاه فيه الدائن الحاجز عن الوفاء بما في يده إلى المحجوز عليه أو تسليمه إياه (م ٣٢٨ مرافعات) . ومن ذلك الوقت يصبح الدائن الحاجز " غيراً " ، وكل تصرف يصدر من المدين في الحق المحجوز لا يكون تاريخه حجة على الدائن الحاجز إلا إذا كان ثابتاً سابقاً على توقيع الحجز . فإذا أبرز المحجوز لديه ورقة عرفية تتضمن إبراءه من الدين أو قبولاً منه بحوالة صدرت من المحجوز عليه أو غير ذلك من التصرفات وكان تاريخ هذه الورقة العرفية غير ثابت أو كان ثابتاً ولكنه تال لتوقيع الحجز ، فإن التصرف لا ينفذ في حق الدائن الحاجز. وهناك رأي يذهب إلى أن الدائن الحاجز في حجز ما للمدين لدى الغير لا يعتبر " غيراً " ، ولكن هذا الرأي أصبح اليوم مرجوحاً بعد صدور التقنين المدني الجديد وفيه نصان يقضيان بجعل الدائن الحاجز في مرتبة تضاهي مرتبة الخلف الخاص مع مراعاة طبيعة حقه من أنه ليس بحق عيني . النص الأول يجعل الدائن الحاجز يشترك مع المحال له إذا سبق حجزه الحوالة ، إذ تقضي الفقرة الأولى من المادة ٣١٤ بأنه " إذا وقع تحت يد المحال عليه حجز قبل أن تصبح الحوالة نافذة في حق الغير ، كانت الحوالة بالنسبة إلى الحاجز بمثابة حجز آخر " . وهذا النص ، وكان موجوداً في تقنين المرافعات القديم ، يعتبر فوق ذلك أن الدائن الحاجز هو من الغير بالنسبة إلى المحال له . والنص الثاني يجعل حجز ما للمدين لدى الغير مانعاً من المقاصة بالدين المحجوز ، إذ تقضي المادة ٣٦٧ بأنه " ١ — لا يجوز أن تقع المقاصة إضراراً بحقوق كسبها الغير . ٢ — فإذا أوقع الغير حجزاً تحت يد المدين ، ثم أصبح المدين دائناً لدائنه ، فلا يجوز له أن يتمسك بالمقاصة إضراراً بالحاجز " . ولا يكون ذلك إلا إذا كان للدائن الحاجز حق كسبه على الدين المحجوز يمنع من وقوع المقاصة ، وهذا الحق قد صرح به النص : " حقوق كسبها الغير " ، وهو ذاته الذي يجعل الدائن الحاجز في مرتبة تضاهي مرتبة الخلف الخاص مع مراعاة طبيعة حقه من أنه حق شخصي لا حق عيني كما قدمنا [1] .

---

(١) وقد انقسم الفقه الفرنسي في اعتبار الدائن " غيراً " في حجز ما للمدين ، فمن الفقهاء من يذهب إلى هذا الرأي : أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ وهامش رقم ١٢٢ — لارومبيير ٦ م ١٣٢٨ فقرة ٢٢ — هيـك ٨ =

وفي الحجز على العقار يكسب الدائن الحاجز على العقار المحجوز حقوقاً صريحة واضحة تجعله في مرتبة الخلف الخاص وتمنحه الحماية ذاتها فيعتبر " غيراً " ، ولا يحتج عليه بتاريخ التصرف الصادر من المدين إلا إذا كان ثابتاً . فإن كان التاريخ غير ثابت ، أو كان ثابتاً ولكنه تال للحجز ، لم يسر التصرف في حق الدائن الحاجز ، شأنه في ذلك شأن الخلف الخاص . وتطبيقاً لهذه القاعدة تنص المادة ٤٠٤ من تقنين المرافعات على أنه " يترتب على تسجيل التنبيه اعتبار العقار محجوزاً " . ثم تنص الفقرة الأولى من المادة ٤٠٥ من هذا التقنين على أنه " لا ينفذ تصرف المدين أو الحائز في العقار ولا ما يترتب عليه من رهن أو

= فقرة ٢٥١ — ديمولومب ٢٩ فقرة ٥٥١ — لوران ١٩ فقرة ٣٢٤ (بلجيكي) — بودري وبارد ٤ فقرة ٢٣٦٠ ص ٩١ — بيدان وبرو ٩ ص ٣٠٢ هامش رقم ٤ — دي باج ٣ ص ٧٤٣ (بلجيكي). وهناك من يذهب إلى عكس ذلك : توليه ٨ فقرة ٢٥١ — ديرانتون ١٣ فقرة ١٣٣ — ماركاديه ٥ م ١٣٢٨ . ونرى من ذلك أن الأغلبية في الفقه الفرنسي تعتبر الدائن " غيراً " . وكذلك الحال في الفقه المصري : دي هلتس تحت لفظ actes فقرة ٧٩ — الأستاذ سليمان مرقس في مقاله في مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٧١ — ص ٢٧٣ وفي كتابه أصول الإثبات ص ١٠٢ — ص ١٠٣ — الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات ص ١٣٠ هامش رقم ١ — الأستاذ محمد حامد فهمي في التنفيذ فقرة ٢٠٠، وأنظر عكس ذلك الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٢٢٣ —فقرة ٢٢٤ .

أما القضاء الفرنسي فيذهب إلى أن الدائن في حجز ما للمدين لا يعتبر " غيراً " ، ودفعه إلى هذا الموقف رغبته في أن يجعل المخالصات الصادرة من المدين المحجوز عليه إلى المدين المحجوز لديه سارية في حق الدائن الحاجز ولو لم تكن ثابتة التاريخ . ولكن المخالصات لها شأن آخر ، فسنرى أنها بمقتضى نص صريح تسري بتاريخها العرفي في حق " الغير " ولو لم يكن هو الدائن في حجز ما للمدين ، وذلك لاعتبارات عملية . ويلجأ القضاء الفرنسي في تبرير موقفه إلى القول بأن مركز الدائن الحاجز في حجز ما للمدين يعدل مركز الدائن الذي يرفع الدعوى غير المباشرة إنما يعمل باعتباره نائباً عن المدين ، ورفع الدعوى ليس من شأنه أن يغل يد المدين عن التصرف في حقه ، وما ينتج من الدعوى لا يصل إليه الدائن مباشرة بل لا بد من الحجز عليه . أما الدائن الحاجز فيحجز بمقتضى حق له خاص وهو في ذلك يهاجم المدين لا ينوب عنه ، ثم إن الحجز يغل يد المدين عن التصرف في حقه المحجوز عليه لدى مدين المدين ، وما ينتج من الحجز يصل إليه الدائن مباشرة دون حاجة إلى إجراء آخر . ولا فرق ما بين الحجز التنفيذي وحجز العقار من جهة وحجز ما للمدين لدى الغير من جهة أخرى . كل هذه حجوز يدخل بها الدائن في مرحلة التنفيذ ، وما حجز ما للمدين لدى الغير إلا ضرب من الحجز التنفيذي تكيف على نحو يتلاءم مع طبيعة الدين المحجوز عليه (بودري وبارد ٤ ص ٩١ ناقلاً عن لارومبيير) . قارن الأستاذ أحمد نشأت ١ في الإثبات فقرة ٢٢٣ — فقرة ٢٢٤ .

ومع ذلك فقد تأثرت محكمة الاستئناف المختلطة بالقضاء الفرنسي ، إذ قضت بأن الحاجز إنما يمثل مدينه في الدعوى التي يرفعها على المحجوز لديه بثبوت دين المدين في ذمته ، ولذلك لا يكون له إلا سلوك طرق الإثبات الجائزة للمدين ، كما يجوز للمحجوز لديه أن يحتج عليه بالأوراق العرفية الصادرة من المحجوز عليه ولو لم يكن تاريخها ثابتاً قبل الحجز (استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٤٠ — ٣١ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٥٠ — أنظر الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات ص ١٣٠ هامش رقم ٢) .

اختصاص أو امتياز في حق الحاجزين ولو كانوا دائنين عاديين ، ولا في حق الدائنين المشار إليهم في المادة ٤١٧ ، ولا الراسي عليه المزاد ، إذا كان التصرف أو الرهن أو الاختصاص أو الامتياز قد حصل شهره بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية" [١] ثم تنص المادة ٤٠٨ على أن " عقود الإيجار الثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه تنفذ في حق الحاجزين والدائنين المشار إليهم في المادة ٤١٧ والراسي عليه المزاد ، وذلك بغير إخلال بأحكام القانون المتعلقة بعقود الإيجار الواجبة الشهر . أما عقود الإيجار غير الثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه فلا تنفذ في حق من ذكروا إلا إذا كانت من أعمال الإدارة الحسنة ". وتنص أخيراً المادة ٤٠٩ على أن "المخالصات عن الأجرة المعجلة والحوالة بها يحتج بها على الدائن الحاجز والدائنين المشار إليهم في المادة ٤١٧ والراسي عليه المزاد إذا كانت ثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه ، وذلك بغير إخلال بأحكام القانون المتعلقة بالمخالصات الواجبة الشهر ، فإذا لم تكن ثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه فلا يحتج بها إلا لمدة سنة " [٢] .

---

(١) قضت محكمة النقض – قبل صدور تقنين المرافعات الجديد – بأن تسجيل التنبيه بنزع الملكية لا ينشئ للدائن العادي نازع الملكية حقاً عينياً على العقار يجيز له (باعتباره غيراً) أن يتمسك بعدم تسجيل التصرفات الصادرة من المدين قبل تسجيل التنبيه في صدد الاحتجاج بعدم نفاذ تلك التصرفات عليه، بل كل ما في الأمر أن هذا الدائن يصبح بهذا التسجيل ممن يشملهم لفظ " الغير " الذين أشارت إليهم السادة ٢٢٨ من القانون المدني (١٥ إثبات) ، فلا يصح الاحتجاج عليه بالعقود العرفية إلا إذا كان تاريخها ثابتاً قبل تاريخ تسجيل التنبيه . أما إذا كان التصرف موضوع النزاع له تاريخ ثابت سابق على تسجيل التنبيه ، فإنه يعتبر تصرفاً نافذاً بالنسبة للدائن العادي ومانعاً له من التنفيذ على العين المتصرف فيها ، ولا يجوز له طلب إبطاله إلا إذا أثبت حصوله تواطؤاً بين المتصرف والمتصرف له إضراراً بحقوقه هو ، وهذا حتى على فرض أن تسجيل التنبيه يمنع المدين من التصرف في العقار الجاري نزع ملكيته (نقض مدني ٩ يناير سنة ١٩٣٣ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٧٣ – مجموعة عمر ١ رقم ٩٣ ص ١٦٥) . أما إذا كان المباشر للتنفيذ دائناً له حق مقيد ، فكانت محكمة النقض (نقض مدني ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣٠٩ ص ٩٨٨) تعتبره " غيراً " في معنى قانون الشهر ، فكل تصرف للمدين لم يشهر قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية لا يكون سارياً في حقه . وقد قضي تقنين المرافعات الجديد (م ٦١٦) على هذا الخلاف ، إذ جعل مناط سريان تصرف المدين في حق الدائن ذي الحق المقيد وفي حق الدائن العادي على السواء هو شهر التصرف قبل تسجيل التنبيه (الأستاذ محمد حامد فهمي في التنفيذ فقرة ٣٤١ وما بعدها – الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات ص ١٣٢ هامش رقم ١).

(٢) ويلاحظ أن توقيع الدائن لأي حجز من هذه الحجوز الثلاثة – الحجز التنفيذي وحجز ما للمدين والحجز العقاري – لا يمنع سائر الدائنين من التدخل في إجراءات الحجز ، ومتى تدخلوا أصبحوا هم أيضاً من = = " الغير "، شأنهم في ذلك شأن الدائن الحاجز الأول (مقال الأستاذ سليمان مرقس في مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٧٣ ص ٢٧٤ – الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ١٢٣ – استئناف مختلط ٧ يونية سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٥٢) .

ويلاحظ أن الدائن المرتهن في الرهن الرسمي ، في خصوص الإيجار الصادر من الراهن وفي خصوص المخالصات عن الأجرة المعجلة والحوالة بها ، يعامل معاملة الدائن الحاجز (م ١٠٤٥ و ١٠٤٦ مدني) ، لأن الراهن لا تغل يده بالرهن الرسمي عن إيجار العقار المرهون ولا عن قبض الأجرة المعجلة والحوالة بها ، فيصبح شأن الدائن المرتهن في هذه التصرفات شأن الدائن العادي ، وكالدائن العادي أيضاً لا يكون له حق خاص على العقار المرهون يتعارض مع الإيجار وقبض الأجرة والحوالة بها إلا إذا بدأ التنفيذ فسجل التنبيه [1] . أما الدائن المرتهن في الرهن الحيازى فعليه أن يستثمر الشيء المرهون استثماراً كاملاً ويتولى إدارته (م ١١٠٤ و ١١٠٦ مدني) ، ومن ثم يتعارض وضعه هذا مع حق الراهن في الإيجار وقبض الأجرة ، فيعتبر " غيراً " في هذه التصرفات منذ تسلم الشيء المرهون ، ولا يحتج عليه بالتاريخ إلا إذا كان ثابتاً [2] .

---

(١) أما إذا تعارض حقه كدائن مرتهن مع حق شخص آخر ، كدائن مرتهن ثان أو مشترى أو نحو ذلك ، فإنه يصبح من الغير بالنسبة إليه . ولكن لما كان القانون يستوجب هنا إجراء آخر غير ثبوت التاريخ ، القيد أو التسجيل . ولذلك يحسن إخراج هذه الحالة من منطقة الغير ، وقصر المنطقة على الحالات التي يستوجب فيها القانون ثبوت التاريخ دون أي إجراء آخر ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

(٢) والدائن الحاجز يعتبر من " الغير " بالنسبة إلى دائن ذي حق مقيد ، كدائن مرتهن ودائن له حق اختصاص . فلا يسري في حق الدائن الحاجز هذا الحق المقيد إلا إذا كان شهره (وهو طبعاً ثابت التاريخ) سابقاً على توقيع الحجز . وكل من يحل محل الدائن المرتهن يعتبر الدائن الحاجز بالنسبة إليه من " الغير " . فإذا أدى كفيل للمدين ، في دين مضمون برهن ، الدين للدائن المرتهن وحل محله في رهنه ، فإن عقد الكفالة الذي يستند إليه في الحلول لا يحتج بتاريخه على الدائن الحاجز إلا إذا كان تاريخاً ثابتاً سابقاً على وفائه للدين (ديمولومب ٢٩ فقرة ٥٥٣ — بودري وبارد ٤ فقرة ٢٣٦١ — الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٢٣٢ — الأستاذ سليمان مرقس في مقاله المنشور بمجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٧٤ — ص ٢٧٥) . كذلك للدائن صاحب حق الاختصاص إذا كان حقه ، في ظل التقنين المدني القديم حيث كان ذلك جائزاً ، مبنياً على حكم غيابي قبله المحكوم عليه فامتنع سقوطه بانقضاء ستة شهور ، فإن هذا الدائن لا يحتج على الدائن الحاجز بتاريخ الورقة العرفية التي تثبت قبول المحكوم عليه الحكم الغيابي إلا إذا كان هذا التاريخ ثابتاً (استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٩٨ — ٢٥ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٩٩ — الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٢٣١ — الأستاذ سليمان مرقس في مقاله المنشور بمجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٧٤) .

وهناك دائن اعتبره القانون في حكم الدائن الحاجز ، فيعتبر من الغير كالدائن الحاجز . ذلك أن المادة ٨٤٢ فقرة أولى من التقنين المدني الجديد نصت على ما يأتي : " لدائني كل شريك أن يعارضوا في أن تتم القسمة عيناً أو أن يباع المال بالمزاد بغير تدخلهم . وتوجه المعارضة إلى كل الشركاء ، ويترتب عليها إلزامهم أن يدخلوا من عارض من الدائنين في جميع الإجراءات ، وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقهم . ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة " . ويستفاد من هذا النص أن دائن الشريك إذا عارض في أن تتم إجراءات القسمة بغير تدخله، فكل قسمة تتم بعد هذه المعارضة ولا يدخل =

١٢٣ – الدائن إذا أفلس مدينه أو أعسر لا يعتبر من الغير : متى أفلس المدين التاجر وشهر إفلاسه رفعت يده عن إدارة أمواله والتصرف فيها (المادة ٥٨٩ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩) ووفقاً لأحكام المادة المذكورة تعتبر التصرفات التي يجريها المفلس في يوم صدور حكم شهر الإفلاس حاصلة بعد صدوره .

وإذا كان التصرف مما لا يحتج به على الغير إلا بالقيد أو التسجيل أو غير ذلك من الإجراءات فلا يسري على جماعة الدائنين إلا إذا تم الإجراء قبل صدور حكم شهر الإفلاس.

وتنص المادة ٥٩٠ من القانون المذكور بأنه " ١ – لا يجوز للمفلس بعد صدور حكم شهر الإفلاس الوفاء بما عليه من ديون استيفاء لما له من حقوق . ٢ – ومع ذلك إذا كان المفلس حاملاً لورقة تجارية جاز الوفاء له بقيمتها عند حلول ميعاد استحقاقها وإلا إذا عارض أمين التفليسة في هذا الوفاء طبقاً للمادة ٤٣١ من هذا القانون " .

وتنص المادة ٥٩١ على أنه " لا تقع المقاصة بعد صدور حكم شهر الإفلاس بين ما للمفلس من حقوق وما عليه من التزامات إلا إذا وجد ارتباط بينهما . ويوجد الارتباط على وجه الخصوص إذا نشأت الحقوق والالتزامات عن سبب واحد أو شملها حساب جار " .

وتنص المادة ٥٩٨ بأنه " لا يجوز التمسك في مواجهة جماعة الدائنين بالتصرفات التالية إذا قام بها المدين بعد تاريخ التوقف عن الدفع وقبل الحكم بشهر الإفلاس :–

أ – منح التبرعات أياً كان نوعها ما عدا الهدايا الصغيرة التي يجرى عليها العرف .

= فيها الدائن لا تكون نافذة في حقه . لذلك يكون الدائن المعارض بمثابة الدائن الحاجز بالنسبة إلى تاريخ القسمة ، وهذا بحكم نص القانون . فلا يحتج إذن بتاريخ القسمة على الدائن المعارض إلا إذا كان هذا التاريخ ثابتاً وسابقاً على معارضته . أما إذا كان التاريخ غير ثابت فلا يحتج به على الدائن المعارض ولو كان سابقاً على معارضته، وتكون القسمة في هذه الحالة غير نافذة في حق هذا الدائن .

وقد عالج الأستاذ سليمان مرقس ، في مقاله المنشور بمجلة القانون والاقتصاد (١٤ ص ٢٧٥) ، هذه المسألة في ظل التقنين القديم . ولاحظ أن الدائن ، إذا رفع دعوى القسمة باسم مدينه بدلاً من أن يعارض طالبا التدخل ، فإنه لا يعتبر من " الغير " وفقاً لرأي السائد (لا لرأيه هو) . فيحتج عليه بالتاريخ غير الثابت لأي تصرف أجراه المدين في نصيبه الشائع ، ومن ذلك إجراء القسمة ذاتها . ويستطيع المدين إذن أن يحتج بالتاريخ العرفي لقسمة أنفرد بها دون تدخل دائنه بالرغم من رفع الدائن دعوى القسمة باسم مدينه ، ولا يستطيع ذلك إذا عارض الدائن . ويعيب الأستاذ سليمان مرقس على هذه النتيجة أنها تجعل لمعارضة الدائن أثراً أبلغ من رفعه للدعوى غير المباشرة . ولسنا نرى بأساً في ذلك ، فإن الدائن إذا اختار الدعوى غير المباشرة فقد اختار أن يعمل نائباً عن مدينه ، فعليه أن يحتمل أثر جميع تصرفات مدينه ومنها إجراء القسمة دون تدخله . أما إذا اختار الدائن أن يتدخل في القسمة التي يجرى بها مدينه ، فهو لا يعمل في هذه الحالة باسم مدينه ، بل يعمل باسمه الشخصي ، وقد خوله القانون في هذه الحالة بنص صريح أن يتدخل في إجراءات القسمة وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقه.

ب- وفاء الديون قبل حلول الأجل أيا كانت كيفية الوفاء . ويعتبر إنشاء مقابل وفاء ورقة تجارية لم يحل ميعاد استحقاقها في حكم الوفاء قبل حلول الأجل .

ج - وفاء الديون الحالة بغير الشيء المتفق عليه ، ويعتبر الوفاء بطريق الأوراق التجارية أو النقل المصرفي في حكم الوفاء بالنقود .

د - كل رهن أو تأمين اتفاقي آخر وكذلك كل اختصاص يتقرر على أموال المدين ضماناً لدين سابق على التأمين .

وتنص المادة ٥٩٩ على أنه " كل ما أجراه المفلس من تصرفات غير ما ذكر في المادة ٥٩٨ من هذا القانون وخلال الفترة المشار إليها فيها يجوز الحكم بعدم نفاذه في مواجهة جماعة الدائنين إذا كان التصرف ضاراً بها وكان المتصرف إليه يعلم وقت وقع التصرف بتوقف المفلس عن الدفع " .

وتقضي المادة ٦٠٠ " بأنه إذا دفعت قيمة ورقة تجارية بعد تاريخ التوقف عن الدفع وقبل الحكم بشهر الإفلاس فلا يجوز أن يسترد من الحامل ما دفع له . وإنما يلزم الساحب أو من سحبت الورقة التجارية لحسابه برد القيمة المدفوعة إذا كان يعلم وقت إنشاء الورقة التجارية بتوقف المفلس عن الدفع . ويقع الالتزام بالرد في حالة السند للأمر على المظهر الأول إذا كان يعلم وقت حصوله على السند بتوقف المفلس عن الدفع " .

وتنص المادة ٦٠١ على أنه : ١ - حقوق الرهن أو الامتياز أو الاختصاص المقررة على أموال المدين يجوز الحكم بعد نفاذها في مواجهة جماعة الدائنين إذا قيدت بعد تاريخ التوقف عن الدفع وبعد انقضاء ثلاثين يوماً من تاريخ تقرير الرهن أو الامتياز أو الاختصاص. ٢ - يأخذ الدائن صاحب الرهن أو الاختصاص التالي للرهن أو الاختصاص الذي حكم بعدم نفاذه في مواجهة جماعة الدائنين مرتبة هذا التأمين . ومع ذلك لا يعطى الدائن المذكور من الثمن الناتج من بيع المال المقرر عليه التأمين إلا ما كان يحصل عليه بفرض نفاذ الرهن أو الاختصاص السابق ويؤول الفرق إلى جماعة الدائنين .

وتنص المادة ٦٠٣ على أنه يجوز لأمين التفليسة وحده أن يطلب عدم نفاذ تصرفات المدين في حق جماعة الدائنين إذا وقع التصرف قبل صدور حكم شهر الإفلاس وذلك وفقاً لأحكام القانون المدني . ويسري الحكم الصادر بعدم نفاذ التصرف في حق جميع الدائنين سواء نشأت حقوقهم قبل حصول التصرف أو بعد حصوله .

ولكن بالرغم من كل ذلك لا نرى أن دائن التفليسة يعتبر من الغير في التصرفات الصادرة من المدين المفلس . فالحكم بشهر الإفلاس ليس إلا تمهيداً للتنفيذ الجماعي . ودائن المفلس ، لمجرد شهر إفلاس مدينه ، لم يدخل بعد في مرحلة التنفيذ ، كما دخل الدائن

الحاجز . والإفلاس لا يعدل الحجز ، وكل ما نتج عنه أن غلت يد المفلس في إدارة أمواله ، وحل محله الدائنون الذين تكتلوا في مجموعة يمثلها أمين التفليسة [1] . وهذا لا يغير من مركزهم كدائنين عاديين لم يصلوا بعد إلى مرحلة التنفيذ ، فهم لا يزالون يستعملون حقهم العام في الضمان ، شأنهم في ذلك شأن الدائن الذي يباشر الدعوى البوليصية .

ومن ثم يكون التاريخ العرفي للتصرفات الصادرة من المدين المفلس حجة على دائنيه ، ولو كانت تصرفات مدنية (أي غير تجارية) . ويكون لهؤلاء بداهة ، الحق في إثبات عدم صحة هذا التاريخ وإثبات التاريخ الحقيقي لهذه التصرفات ، فيعطى عندئذ لكل تصرف حكمه القانوني : ما صدر في المدة المشتبه فيها ، وما صدر بعد توقف المدين عن الدفع ، وما صدر بعد الحكم بشهر الإفلاس [1] .

وكالإفلاس الإعسار . وقد نصت المادة ٢٥٧ من التقنين المدني على أنه " متى سجلت صحيفة دعوى الإعسار ، فلا يسري في حق الدائنين أي تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد في التزاماته ؛ كما لا يسري في حقهم أي وفاء يقوم به المدين " . ويتبين من ذلك أن حكم شهر الإعسار له أثر حكم شهر الإفلاس في غل يد المدين عن التصرف في أمواله . ولكننا لا نرى — هنا أيضاً — أن دائن المدين المعسر يعتبر من

---

(1) وكيل الدائنين يعتبر من الغير في أحكام الصورية بالنسبة لعقد الإيجار الصادر عن الجراج باسم زوجة المدير المفلس ولا يتقيد في إثبات حقيقة العقد بعباراته ونصوصه وله أن يثبت بكافة طرق الإثبات أن المستأجر الحقيقي هو المدين .
(جلسة ١٩٦٨/٦/١١ الطعن ٣٢٦ سنة ٣٤ ق س ١٩ ص ١١٤١) .

(١) والرأي يذهب إلى أن الدائن للمدين المفلس لا يعتبر من " الغير " هو الرأي الراجح في الفقه والقضاء الفرنسيين: بونييه فقرة ٦٩٧ — أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ فقرة ٢٣٦ — لاروميير ٦ م ١٣٢٨ فقرة ٣٦ — ديمولومب ٢٩ فقرة ٥٤٣ — بلانيول وريبير وجابولد فقرة ١٤٨٤ — بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٢١ ص ٣٠١ — ليون كان ورينو ٧ فقرة ٤٧٧ — محكمة النقض الفرنسية ١٥ يونية سنة ١٨٤٣ سيريه ٤٣— ١— ٤٦٧ —٤ يوليو سنة ١٨٥٤ داللوز ٥٤ — ١ — ٢٢٣ — ٢٨ يونية سنة ١٨٧٥ داللوز ٧٥ — ١ — ٤٦٩ — محكمة استئناف الجزائر ١٨ فبراير سنة ١٨٨٨ داللوز ٨٨ — ١ — ٤٧٣ — محكمة باستيا ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٠٣ داللوز ١٩٠٥ — ٢ — ٣٦١ . أنظر عكس ذلك : لوران ١٩ فقرة ٣٣٠ — فقرة ٣٣١ — بوهري، وبارد ٤ فقرة ٢٣٦٠ ص ٩٢ — تالير فقرة ١٦٧٩ — وقارن حكم محكمة النقض الفرنسية ٢٧ يناير سنة ١٨٨٦ المذكور في حوليات القانون التجاري سنة ١٨٨٦ — ١٨٨٧ ٢ ص ٢١ في الهامش .

ويذهب جمهور الفقهاء في مصر إلى الرأي العكسي، فيقولون بأن الدائن للمدين المفلس يعتبر من الغير : الأستاذ محمد صالح في الإفلاس والصلح الواقي فقرة ٦٠ — الأستاذ سليمان مرقس في مقاله المنشور في مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٧٨ ص ٢٧٩ وفي كتابه أصول الإثبات فقرة ٦٧ — الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ١٢٧ . ويميل الأستاذ أحمد نشأت (الإثبات ١ فقرة٢٢٨) إلى عدم اعتبار دائن المدين المفلس من " الغير " .

الغير في التصرفات الصادرة من مدينه . فالحكم بشهر الإعسار ، كالحكم بشهر الإفلاس ، ليس إلا تمهيداً للتنفيذ ، ولم يدخل الدائنون بعد في مرحلة التنفيذ بمجرد الحكم بشهر إعسار مدينهم . بل لعل انعدام " الغيرية " في الإعسار أولى منه في الإفلاس ، إذ ليس في الإعسار تصفية جماعية كما في الإفلاس ، بل يبقى كل دائن موكولاً إلى الإجراءات الفردية التي يتخذها وحده ، فلا يتكتل الدائنون في مجموعة يمثلها أمين التفليسة . وما الإعسار ، على الوجه الذي نظم به في التقنين المدني الجديد ، إلا الدعوى البوليصية ، أحكم تنظيمها ، ورتبت مراحلها ، وحددت مواعيدها ، ويسر فيها عبء الإثبات ، فانضبطت آثارها ، ووضحت معالمها . فإذا كان الدائن في الدعوى البوليصية لا يعتبر من " الغير " كما قدمنا ، فليس غريباً ألا يعتبر أيضاً من "الغير" في الإعسار . ومن ثم يكون التاريخ العرفي للتصرف الصادر من المدين المعسر حجة على دائنه . ويكون للدائن الحق في إثبات التاريخ الحقيقي لهذا التصرف ، فإن كان لاحقاً لتسجيل صحيفة دعوى الإعسار ، لم يسر في حقه [1] .

---

(١) وهناك " غير " أجنبي أصلاً (penitus extranei) لا يعنيه في شيء تاريخ الورقة العرفية . فلو أن علياً أجر داراً لمحمد ، فإن صاحب الدار المجاورة — إذا لم يكن وارثاً لأي من المتعاقدين ولا دائناً له ولا خلفاً خاصاً في الدار لعلي — يكون غيراً أجنبياً أصلاً عن عقد الإيجار . فلا يعنيه تاريخ الورقة العرفية التي تشهد بالعقد ، أهو تاريخ ثابت أم غير ثابت ، وإذا كان غير ثابت فهل هو تاريخ صحيح أو تاريخ قدم أو أخر ، فعقد الإيجار لا يسري في حقه أصلاً ولم يتحقق أي احتمال في أن يسري في حقه . لذلك إذا قلنا إن تاريخ الإيجار ولو كان غير ثابت حجة عليه ، أو قلنا بل هو ليس حجة ، فالقولان سيان في حقه ، ولن يختلف مركزه في قول عنه في الآخر . فلا جدوى إذن من إقحام هذا " الغير " في مسألة التاريخ الثابت للنظر فيما إذا كان يعد " غيراً " أو لا يعد ، فإنه خرج بتاتاً عن هذه الدائرة (ديمولومب ٢٩ فقرة ٥٢٦ — بوتييه فقرة ٦٩٩ — بودري وبارد ٤ فقرة ٢٣٤٨ — الأستاذ سليمان مرقس في مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٦٨ — الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٢١٧) .

على أنه قد يقع أن هذا " الغير " — وهو أجنبي أصلاً عن العقد كما رأينا — يرى نفسه في وضع يتأثر فيه بالعقد ، إذ يستطيع اتخاذه سبباً لكسب حق ، أو يصبح العقد بحكم ظروف لاحقة سبباً للانتقاص من حق له. عند ذلك قد يعنيه تاريخ العقد ، أهو ثابت أم غير ثابت ، وهل قدم أو أخر . وفي رأينا أنه يظل ، حتى في هذه الأحوال ، خارجاً عن نطاق " الغيرية " التي لا يحتج فيها إلا بالتاريخ الثابت . ومن ثم يحتج عليه بالتاريخ العرفي للورقة ، وله أن يثبت عدم صحة هذا التاريخ بجميع الطرق إذا كان هناك غش . ونأتي بأمثلة توضح ذلك :

١ — هب أن علياً في المثل المتقدم باع داره من محمد بدلاً من أن يؤجرها . فصاحب الدار المجاورة يبقى أجنبياً أصلاً عن البيع كما هو أجنبي أصلاً عن الإيجار . ولكنه سيرى نفسه في وضع يتأثر فيه بهذا البيع ، إذ يستطيع اتخاذه سبباً — وهو جار — لكسب حق وهو أخذ الدار المبيعة بالشفعة . فهل يحتج عليه بالتاريخ العرفي للبيع في هذه الحالة ، ويفرض في هذا التاريخ أنه صحيح ، حتى يثبت بجميع الطرق أنه قدم ليقع البيع في وقت لم يكن هو فيه مالكاً للدار المجاورة المشفوع بها ، يفرض أن طرفي الورقة قد تواطأ على تقديم التاريخ احتيالاً منهما لمنعه من الأخذ بالشفعة ؟ أو يعتبر أن هذا التاريخ العرفي ليس حجة عليه ، فلا -

= يكلف نفسه عبء إثبات عدم صحته ، ويفرض فرضاً غير قابل لإثبات العكس أن البيع لاحق لتملكه للدار المجاورة ، ويتمسك بوجوب أن يكون التاريخ ثابتاً ليكون حجة عليه ؟ ظاهر أن الرأي الأول — يحتج عليه بالتاريخ العرفي إلى أن يثبت عدم صحته — هو الرأي الصحيح .

٢ — وهب أن علياً الذي باع الدار من محمد لم يكن يملكها . فالمالك الحقيقي للدار يعتبر " غيرا " أجنبياً أصلاً عن هذا البيع ، لا يسري عليه ولا يتأثر به . ولكن هذا البيع ، بحكم ظروف لاحقه ، أصبح سبباً للانتقاص من حقه ، بل لزواله . فقد حاز محمد الدار ، وهو حسن النية ، وفي يده البيع ، وهو سبب صحيح، وبقي حائزاً للدار خمس سنوات هي مدة التقادم القصير ، فملك الدار بهذا التقادم. نعرف أن الفقرة الثالثة من المادة ٩٦٩ من التقنين المدني الجديد تشترط أن يكون السبب الصحيح " مسجلاً طبقاً للقانون " . ولكن هذا شرط حادث . ففي القانون الفرنسي لا يشترط التسجيل ، وكان الأمر كذلك في عهد التقنين المدني المصري القديم لا سيما في العهد السابق على العمل بقانون التسجيل (قبل أول يناير سنة ١٩٢٤) . فنفرض أننا لا نزال في هذا العهد السابق حتى يستقيم لنا الفرض . فهل يحتج على المالك الحقيقي بالتاريخ العرفي للبيع ، ويرجع إلى خمس سنوات مضين عند بدء الحيازة ، إلى أن يثبت بجميع الطرق أن هذا التاريخ قد قدم عمداً ليساير الحيازة في مبدئها وأن البيع لم يصدر في الحقيقة إلا بعد ذلك ؟ أو يعتبر أن هذا التاريخ العرفي ليس حجة عليه ، فلا يكلف نفسه عبء إثبات عدم صحته . ويفرض فرضاً غير قابل لإثبات العكس أن البيع تال لبدء الحيازة ، ويتمسك بوجوب أن يكون تاريخ البيع ثابتاً ليكون حجة عليه ؟ ظاهر هنا أيضاً أن الرأي الأول — يحتج عليه بالتاريخ العرفي للبيع إلى أن يثبت عدم صحته — هو الرأي الصحيح . ومع ذلك فقد أجمع الفقه الفرنسي على الرأي العكسي (أوبري ورو طبعة خامسة جزء ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥٤٧ — جيلوار فقرة ٥٦٧ — هيك ١٤ فقرة ٤٥١ — بودري وتيسييه ٢٨ فقرة ٦٧٧ — بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣١٦٦ — محكمة النقض الفرنسية ١٨ يناير سنة ١٨٩٩ سيريه ١٩٠١ — ١ — ٤١٥ — أنظر مع ذلك بوتييه فقرة ٩٩). على أن الأمر ، إذا نظر إليه من الناحية العملية ، يبدو ميسور الحل . فمحمد الذي يتمسك بالتقادم سيثبت أنه حاز الدار خمس سنوات وكان في يده سبب صحيح منذ البداية ، وفي هذا إثبات لتاريخ البيع . فكيف يقال له بعد ذلك : لا يجوز لك أن تثبت صحة هذا التاريخ العرفي ، ولا يجوز أن تحتج على المالك الحقيقي إلا بالتاريخ الثابت ، وهو إنما يثبت واقعة مادية هي صدور البيع في تاريخ معين ! فليس المالك الحقيقي هو الذي يثبت عدم صحة التاريخ العرفي ، بل المتمسك بالتقادم هو الذي يثبت صحته ، وفي الفرضين لا يشترط أن يكون التاريخ ثابتاً . هذا ونلاحظ أن البيع في هذا المثل ، وفي المثل السابق أيضاً ، إنما ينتج أثراً ، بالنسبة إلى المالك الحقيقي أو بالنسبة إلى صاحب الدار المجاورة ، باعتباره واقعة مادية (fait matériel) لا باعتباره تصرفاً قانونياً ((acte juridique .

٣ — وهب أن العقد الذي تم بين علي ومحمد هو عقد قرض ، فاقترض علي من محمد مبلغاً من النقود بورقة عرفية تاريخها غير ثابت . لا شك في أن زيداً — وهو شخص لا هو خلف عام ولا خلف خاص ولا دائن — يعتبر " غيراً " أجنبياً أصلا عن القرض ، فلا يعنيه تاريخه في شيء . ولكن قد يقع ، بحكم ظروف لاحقة، أن زيداً يتأثر بهذا القرض انتقاصاً من حقوقه (وفي المثل السابق كان التأثر عن طريق زوال الحق إطلاقاً) ، فيهب له على مالاً ، ويشترط في الهبة أن يوفي زيد الموهوب له بديون الواهب الموجودة وقت الهبة. فهل يحتج على زيد في هذه الحالة بالتاريخ العرفي للقرض ، وهو سابق على الهبة ، فيلتزم زيد بوفاء هذا القرض ، إلا أن يثبت أن التاريخ العرفي للقرض قد قدم عمداً ليكون سابقاً على الهبة وأن التاريخ الحقيقي لاحق لا سابق ؟ أو يعتبر زيد أن هذا التاريخ العرفي ليس حجة عليه ، فلا يكلف نفسه عبء إثبات عدم صحته ، ويفرض فرضاً غير قابل لإثبات العكس أن القرض تال للهبة ، ويتمسك بوجوب أن يكون تاريخ القرض ثابتاً ليكون حجة عليه ؟ ظاهر هنا أيضاً أن الرأي الأول — يحتج عليه بالتاريخ العرفي للقرض إلى أن يثبت عدم صحته — هو الرأي الصحيح (قارن هذه المسألة أوبري ورو ١٢ ص ٢٣٣) .

١٢٤ – الشروط الواجب توافرها في " الغير " : ويخلص مما قدمناه أن " الغير " في ثبوت التاريخ لا يعدو أن يكون الخلف الخاص أو الدائن الحاجز . ويشترط في " الغير " خلفاً كان أو دائناً ، شروط ثلاثة :

(١) أن يكون هو نفسه ذا تاريخ ثابت . وقد رأينا فيما أسلفناه أن الخلف الخاص ، حتى لا يحتج عليه بغير التاريخ الثابت ، يجب أن يكون تاريخه هو ثابتاً ، فإذا تنازع المشتريان للمنقول ، ولم يكن أي من البيعين ثابت التاريخ ، كان تاريخ كل منهما حجة على المشترى الآخر ، ولكل من المشتريين أن يثبت عدم صحة هذا التاريخ. فإذا لم يكن " الغير " خلفاً خاصاً ، كان دائناً حاجزاً ، ومن الواضح أن الدائن الحاجز له دائماً تاريخ ثابت .

(٢) أن يكون القانون لا يتطلب إجراءات أخرى غير ثبوت التاريخ . ومن أجل ذلك تركنا عمداً ، كما سبقت الإشارة ، عند الكلام في الخلف الخاص ، مشترى العقار والمرتهن له. ذلك أن القانون يتطلب في بيع العقار إجراء آخر هو التسجيل ، وفي رهن العقار إجراء آخر هو القيد . ومن ثم كانت المفاضلة بين المشترين لعقار واحد ليست بالأسبقية في التاريخ الثابت بل بالأسبقية في التسجيل [1] ، وكانت المفاضلة بين المرتهنين لعقار واحد ليست هي أيضاً بالأسبقية في التاريخ الثابت بل بالأسبقية في القيد .

(٣) أن يكون " الغير " ، خلفاً كان أو دائناً ، حسن النية . فإذا أسرع المشترى الثاني للمنقول في إثبات تاريخ البيع الصادر له وهو يعلم أن البيع الأول سابق على عقده وإن لم يكن ثابت التاريخ ، فالمفاضلة لأول وهلة بين المشتريين تقضي بتفضيل المشترى الثاني ثابت التاريخ على المشترى الأول غير ثابت التاريخ . ولكن إذا استطاع المشترى الأول أن يثبت علم المشترى الثاني وقت شرائه المنقول بسبق بيعه من آخر ، فإنه يثبت بذلك أن المشترى الثاني ليس حسن النية ، فيختل في هذا المشترى الثاني شرط من شروط " الغير " ومن ثم يحتج عليه بتاريخ البيع الأول وإن لم يكن ثابتاً [1]

---

(1) صورية تاريخ العقد صورية نسبية تنصب على التاريخ وحده فلا تتعداه إلى العقد ذاته ، فإذا كان الحكم قد أقام قضاءه بصحة ونفاذ العقد على أسبقية تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى على تاريخ تسجيل عقد الطاعن ولم يعدل على تاريخ عقد المدعى فإن صورية تاريخ هذا العقد لا أثر لها في الدعوى .
(جلسة ١٩٦٦/٣/٢٤ السنة ١٧ ص ٧٢٣) .

(١) وقد أورد الأستاذ سليمان مرقس في مقاله المنشور بمجلة القانون والاقتصاد (١٤ ص ٢٨١ – ص ٢٨٢) تطبيقاً حسناً لهذا الشرط . فهو بعد أن قرر أن الدائن في الدعوى البوليصية لا يعتبر " غيراً " ، استثار اعتراضاً على هذا الرأي فقال : " وقد يعترض على هذا الرأي بأن الدائن يستطيع ، بدلاً من الالتجاء إلى الدعوى البوليصية حيث نكلفه بإثبات عدم صحة تاريخ المحرر الثابت للتصرف الذي أضر به ، أن يتجاهل حصول هذا التصرف ويوقع الحجز على المال المتصرف فيه باعتبار أنه لا يزال مملوكاً لمدينه ، فيترتب له –

١٢٥ – (ثالثاً) الأوراق العرفية التي تخضع لقاعدة ثبوت التاريخ :

يخضع لقاعدة ثبوت التاريخ كل ورقة عرفية تعد للإثبات مقدماً كدليل كامل ، على أن يكون الدليل الكتابي واجباً ، وعلى أن يستثنى من ذلك المخالصات [1] .

ومن ثم لا تسري هذه القاعدة في الأحوال الآتية :

(١) إذا لم تكن هناك ورقة عرفية أصلاً لإثبات التصرف القانوني . وذلك كما لو وجد تصرف قانوني غير مكتوب وأشير إليه في البيانات الواردة في ورقة رسمية ، فلا يقال إن لهذا التصرف القانوني تاريخاً ثابتاً هو تاريخ الورقة الرسمية ، لأن التصرف ذاته غير ثابت في ورقة عرفية .

– بالحجز حق خاص على المال المحجوز عليه يجعله في حكم الغير بمعنى المادة ٢٢٨ (م ٣٩٥ جديد) ، فيكفيه أن يتمسك بعدم ثبوت تاريخ المحرر المثبت للتصرف إذا أريد الاحتجاج به عليه . فيكون هذا المذهب في تفسير القانون مشجعاً للدائنين على أن يسلكوا الطريق المعوج الذي يفتحه لهم سوء النية . ولكن يرد على ذلك ... بأنه إذا كان الدائن حاصلاً على سند تنفيذي وأوقع الحجز بمقتضى هذا السند وتمسك بالمادة ٢٢٨ بصفته حاجزاً حتى لا يكون تاريخ التصرف العرفي قبل توقيع الحجز ، فيثبت بذلك سوء نيته . ومتى ثبت سوء نية الدائن فإنه لا يجوز له أن يستفيد من المادة ٢٢٨ ، لأن المشرع لا يمكن أن يحمي سوء النية ، ولا أن يكون قد أراد بالمادة ٢٢٨ (م ٣٩٥ جديد) حماية الأشخاص الذين يتخذون القانون ستاراً لارتكاب الغش " .

أنظر في أن سوء النية هو مجرد علم " الغير " يسبق وجود الورقة التي يراد أن يحتج بها عليه : بودري وبارد ٤ فقرة ٢٣٧٤ – الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٢٣٥ – الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٦٨ – الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ١٣١ . وكثير من الفقهاء في فرنسا يذهبون إلى أنه لا يكفي مجرد العلم بسبق وجود الورقة ، بل يجب أيضاً أن يكون " الغير " قد ارتكب غشاً كأن يكون قد تواطأ مع من صدرت منه الورقة إضراراً بحق من يحتج بها : أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ ص ٢٤٥ – ص ٢٤٦ وهامش رقم ١٣٧ – لاروميير ٦ م ١٣٢٨ فقرة ٣٩ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٨٥ .

(1) إذ كان ما تقضي به المادة ٣٩٥ من القانون المدني المنطبقة على واقعة الدعوى والمقابلة للمادة ١٥ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ من اشتراط التاريخ الثابت في المخالصات لتكون حجة على الغير بتاريخها ، هذه القاعدة – قاعدة ثبوت التاريخ – ليست من قواعد النظام العام وإنما وضعت لحماية الغير ، وكان الطاعنان لم يتمسكا في صحيفة الطعن بالنقض بعدم ثبوت التاريخ واقتصرا على وجوب التسجيل بأنه يكفي التاريخ العرفي لتكون الورقة حجة على الغير رغم عدم وجود التاريخ الثابت ، أخذا بأنهما قد نزلا عن حقهما فيه وقد أوردت المذكرة الإيضاحية أن هذه المادة لا تطبق إذا كان من يحتج عليه بالتاريخ قد اعترف بصحته صراحة أو ضمناً أو تنازل عن التمسك بعدم مطابقته للواقع .

(جلسة ١٩٨٣/٣/١٥ الطعن ٤٩٨ سنة ٤٢ ق) .

(جلسة ١٩٧٧/٢/٩ الطعن ٤٤١ سنة ٤٢ ق س ٢٨ ص ٤٠٠) .

(جلسة ١٩٥٥/١٢/٨ مجموعة المكتب الفني السنة ٦ ص ١٥٦٧) .

(٢) إذا كانت هناك ورقة عرفية دليلاً كتابياً على التصرف ، ولكن هذه الورقة لم تعد مقدماً للإثبات . فدفاتر التجار والدفاتر والأوراق المنزلية لا تسري عليها قاعدة ثبوت التاريخ. أما الرسائل فإذا أعدت مقدماً للإثبات سرت عليها القاعدة ، وكذلك إذا لم تعد مقدماً للإثبات متى صلحت أن تكون دليلاً كتابياً كاملاً فإنها تخضع لقاعدة ثبوت التاريخ استثناء مما تقدم [١] .

(٣) إذا كانت هناك ورقة عرفية ، ولكنها ليست دليلاً كاملاً . وذلك كمبدأ الثبوت بالكتابة ، فهو ، كقاعدة عامة لا يشترط فيه التاريخ الثابت على النحو المقرر في الدليل الكامل ، ليكون حجة على الغير . وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام في مبدأ الثبوت بالكتابة [٢] .

---

(١) وهذا ما يبدو أن الفقه الفرنسي يذهب إليه ويقرره دون مناقشة : أنظر أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٠ (ثالثاً) ص ٢٩٧ — بودري وبارد ٤ فقرة ٢٣٧٧ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٠٥ — دي باج (بلجيكي) ٣ فقرة ٧٩٢ — أنظر أيضاً في هذا المعنى الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٢٧٩ — والأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ١٣٢ ص ١٤٥ ص ١٤٦ .

ونحن نتردد في التسليم بهذا الاستثناء . ذلك أن ثبوت التاريخ إنما اشترطه القانون في الأوراق العرفية حتى يتفادى بهذا الشرط تواطؤ أطراف الورقة على تقديم التاريخ الحقيقي أو تأخيره . وهذا يقع أكثر ما يقع في الأوراق التي تعد مقدماً للإثبات ، ففيها يتوجه الطرفان إلى هذه الحيلة وتتهيأ لهم الفرصة في تغيير التاريخ الحقيقي . أما الورقة العرفية التي تستخدم للإثبات عرضاً دون أن تكون قد أعدت في الأصل لهذا الغرض ، فقل أن يخطر في بال من حررها ، إذا عني بكتابة تاريخها ، أن يقدم هذا التاريخ أو يؤخره . وإذا وقع ذلك، أو وقع أن محرر الورقة أخطأ غير عامد في التاريخ ، ففي هذه الأحوال النادرة لا يوجد مانع من القول بأن التاريخ العرفي للورقة — حتى لو كانت رسالة — يبقى حجة على الغير ، وللغير بطبيعة الحال أن يثبت بجميع الطرق أن التاريخ العرفي الذي تحمله الرسالة غير صحيح (أنظر الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٦٦ ، وقارن بودري وبارد ٤ فقرة ٢٣٧٩) .

(٢) ذلك أن مبدأ الثبوت بالكتابة يكون في الغالب ورقة لم تعد للإثبات مقدماً ، وقد ذكرنا أن الأوراق التي لم تهيأ للإثبات لا يشترط فيها ثبوت التاريخ . أما في فرنسا فيقع كثيراً أن ورقة عرفية تهيأ للإثبات دليلاً كاملاً ثم لا تصلح إلا مبدأ ثبوت بالكتابة ، وذلك كالورقة التي تشهد على عقد ملزم للجانبين ولا تحرر من نسخ تتعدد بتعدد ذوي المصالح المتميزة ، وكالورقة التي تشهد على عقد ملزم لجانب واحد ولا تحمل عبارة الاعتماد المعروفة ، فهذه وتلك يشترط فيهما ، حتى كمبدأ ثبوت بالكتابة ، ثبوت التاريخ ليكون هذا التاريخ حجة على الغير ، لأنما أعدتا مقدماً للإثبات . فالعبرة إذن بالإعداد مقدماً للإثبات لا بأن الورقة دليل كامل أو مبدأ ثبوت بالكتابة ، فهناك دليل كامل لا يشترط فيه ثبوت التاريخ لأنه لم يعد مقدماً للإثبات كالدفاتر والأوراق المنزلية ، وهناك على العكس من ذلك مبدأ ثبوت بالكتابة يشترط فيه ثبوت التاريخ لأنه كان قد أعد مقدماً للإثبات كالورقة العرفية التي لم تتعدد نسخها في القانون الفرنسي (قارن أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ ص ٢٢٣ هامش رقم ١٠١ (ثالثاً) — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٨٦ — دي باج ٣ فقرة ٨٩٣ ثالثاً — قارن أيضاً الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٦٦ ص ٩٣ — ص ٩٤ والأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٢ ص ١٤٥) .

(٤) إذا كانت هناك ورقة عرفية تعتبر دليلاً كاملاً ، ولكن الدليل الكتابي يكون غير واجب . ويتحقق ذلك في المسائل التجارية ، فهذه يجوز فيها دائماً الإثبات بالبينة و القرائن، فإذا وجدت ورقة عرفية اتخذت دليلاً كتابياً فلا يشترط أن يكون تاريخها ثابتاً ليكون حجة على الغير [١] . ويتحقق ذلك أيضاً في الورقة العرفية المعدة لإثبات التزام قيمته لا تزيد على خمسمائة جنيه ، لأن الإثبات الكتابي هنا أيضاً غير واجب [٢] . ويتحقق ذلك أخيراً فيما إذا كانت الورقة العرفية تثبت واقعة مادية لا تصرفاً قانونياً ، أو تصرفاً قانونياً يسري في حق الغير باعتباره واقعة مادية [٣] ، ففي إثبات الوقائع المادية لا يجب الدليل الكتابي .

(٥) إذا كانت الورقة العرفية التي يقدمها الخصم دليلاً كتابياً كاملاً هي مخالصة من دين، فلا يشترط في المخالصات التاريخ الثابت لتكون حجة على الغير بتاريخها . وقد كان القضاء المصري في ظل التقنين المدني القديم [٤] ، وكذلك القضاء في فرنسا ، يستثني المخالصات من قاعدة ثبوت التاريخ ، لما في اشتراط التاريخ الثابت في المخالصات من صعوبات عملية [٥] . فمن اشترى داراً مؤجرة سري في حقه المخالصات بالأجرة الصادرة من البائع للمستأجر ولو لم تكن ثابتة التاريخ ، إلا إذا كانت الأجرة عن مدة مستقبلة تزيد

---

(١) ويترك الأمر فيها لتقدير القاضي : أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ مكررة ص ٢٤٧ . ويرجع في ذلك إلى الدفاتر التجارية والمراسلات وغيرها . أما المسائل التجارية التي أوجب القانون فيها الإثبات بالكتابة ، كالرهن التجاري (م ٧٦ تجاري) ، فيجب أن يكون التاريخ ثابتاً ليكون حجة على الغير (بودري وبارد ٤ فقرة ٢٣٧٧ — الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٢٧٤) .

(٢) أنظر عكس ذلك جوسران ٢ فقرة ١٠٩١ — الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٦٦ ص ٩٤ هامش رقم ٣ — وغني عن البيان أنه في الصور الأخرى التي لا يكون فيها الدليل الكتابي واجباً ولم توجد ورقة عرفية للإثبات — كما إذا وجد مانع من الحصول على الكتابة أو فقدت الكتابة بقوة قاهرة — لا محل لاشتراط التاريخ الثابت لأن الورقة العرفية ذاتها غير موجودة . وهذا الفرض يرد إلى الحالة الأولى حين لا تكون هناك ورقة عرفية أصلاً لإثبات التصرف القانوني ، وقد سبق ذكرها .

(٣) وذلك كالأمثلة التي أوردناها في حالة الغير الأجنبي أصلاً (penitus extranei) حين يحتج عليه بتصرف قانوني باعتباره واقعة مادية (البيع باعتباره عنصراً من عناصر الأخذ بالشفعة أو باعتباره سبباً صحيحاً في التقادم القصير : أنظر ص ٢٣٠ هامش رقم ١) .

(٤) استئناف مصر ٢٢ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٥٧ ص ١١٦ — استئناف مختلط ٧ نوفمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٦ — محكمة الفشن ١٧ فبراير سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٥٧ . ومع ذلك إذا عملت محاسبة بين الغير وصاحب الإيصالات غير ثابتة التاريخ ، فلا يجوز لصاحب الإيصالات الادعاء بإيصالات أخرى قد سها عليه إدخالها في الحساب ، إنما يجوز الأخذ بها إذا كانت ثابتة التاريخ وسابقة على تاريخ المحاسبة (محكمة مصر الوطنية ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٧١ ص ٨٢١) .

(٥) ولأن المخالصات تعتبر عادة عملاً من أعمال الإدارة ، وهذا بخلاف الوفاء مع الحلول أو الإبراء من الدين أو التجديد أو الصلح أو نحو ذلك فهذه أعمال تصرف : أنظر في هذا المعنى أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ ص ٢٣٣ — ص ٢٣٥ .

على ثلاث سنوات فيشترط التسجيل . والدائن الذي يحجز تحت يد مدين المدين حجز ما للمدين لدى الغير يحتج عليه بالتاريخ العرفي للمخالصات الصادرة من المدين ، فتسري هذه المخالصات في حقه إذا كان تاريخها سابقاً على الحجز [1] . وفي جميع الأحوال يجوز للغير الذي يحتج عليه بالتاريخ العرفي للمخالصة أن يثبت بجميع الطرق أن هذا التاريخ غير صحيح وأنه قدم أو أخر غشاً من طرفي المخالصة للإضرار بحقه . وقد اقر التقنين المدني الجديد هذا الاستثناء بنص صريح ، فنصت الفقرة الثانية من المادة ٣٩٥ التي ألغيت وحلت محلها المادة ١٥ إثبات على أنه " يجوز للقاضي ، تبعاً للظروف ، ألا يطبق حكم هذه المادة على المخالصات " . فجعل النص التقدير إلى القاضي في خصوص المخالصات ، إن رأى أن هناك صعوبات عملية كافية تمنع من توافر التاريخ الثابت لم يطلبه ، وإلا أخضع المخالصات كغيرها من الأوراق العرفية للقاعدة العامة وطلب فيها التاريخ الثابت لتكون حجة بهذا التاريخ على الغير [2] و [3] .

---

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٨٤ ص ٩٢٦ — وأنظر في أن المحجوز لديه لا تحوطه شبهة إذا قدم مخالصة حتى بعد توقيع الحجز ، وتحوط الشبهة المحال عليه في حوالة الحق إذا لم يقدم المخالصة عند إعلانه بالحوالة أو عقب هذا الإعلان ، إلى أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ ص ٢٣٧ — ص ٢٣٨ وهامش رقم ١٢٢.

(٢) أنظر الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ١٣٣ — هذا وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " وقد سبق أن أشار البعض بوجوب استثناء المخالصات من أحكام ثبوت التاريخ بمقتضى نص خاص استناداً إلى ما جرى عليه القضاء . وقد أقر القضاء من عهد بعيد عرف التعامل في عدم اشتراط المخالصات التي ترتب حقاً في الحلول . ولذلك احتاط المشروع الفرنسي الإيطالي (م ٢٨٣) فجعل للقاضي سلطة تقدير يعتد في أعمالها بما يعرض من ظروف، وقد رؤى احتذاء هذا المشروع (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٧٤ — ص ٣٧٥) .

(٣) هذا وعدا هذه الأحوال الخمس هناك حالتان :

(في إحداهما) قد يوجد التاريخ الثابت، ومع ذلك لا يكفي ليكون حجة على الغير . وهي الحالة التي سبق أن ذكرناها عند ما يتطلب القانون إجراء آخر للحجية على الغير ، كالتسجيل والقيد وإعلان الحوالة أو قبولها . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " إن المادة ٥٣٠ من المشروع لا تطبق إذا كان الغير قد كفلت له الحماية بمقتضى نصوص خاصة ، كالنصوص المتعلقة باشتراط التسجيل أو التسليم في تمليك المنقولات " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٧٣) .

(وفي الحالة الأخرى) على العكس من الحالة الأولى قد لا يوجد التاريخ الثابت ، ومع ذلك يكفي التاريخ العرفي ليكون حجة على الغير . ويتحقق ذلك إذا لم يتمسك الغير بوجوب أن يكون التاريخ ثابتاً ونزل عن حقه في ذلك على نحو واضح لا لبس فيه . وذلك أن قاعدة ثبوت التاريخ إنما وضعت لحماية الغير ، فهي ليست قاعدة من النظام العام . ومن ثم يجوز للغير عدم التمسك بها والتسليم بالتاريخ العرفي الذي يحتج به عليه (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ ص ٢٤٥ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٨٦ — بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٢٢ ص ٣٠٤) . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " إن المادة ٥٣٠ من المشروع لا تطبق ... إذا كان من يحتج عليه بالتاريخ قد اعترف بصحته صراحة أو ضمناً أو تنازل عن التمسك بعدم مطابقته للواقع " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٧٣) .

١٢٦ – (رابعاً) الطرق القانونية التي يصبح بها التاريخ ثابتاً :

الأصل أن التاريخ العرفي للورقة جزء من هذه الورقة العرفية ، فمضمونه هو أيضاً جزء من الاتفاق الذي تشهد به هذه الورقة . فطرفا الورقة قد اتفقا ، فيما اتفقا عليه ، على أن يكون تاريخ اتفاقهما هو كذا . ومن ثم كان هذا التاريخ العرفي حجة عليهما ، شأنه شأن سائر أجزاء الاتفاق [1] . ولكل منهما أن يثبت عدم صحة هذا التاريخ بالطرق المقررة قانوناً كما سبق القول . أما الغير ، على التحديد الذي بسطناه ، فهذا التاريخ العرفي ليس حجة عليه . بل إن هناك قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس أن هذا التاريخ العرفي ، بالنسبة إلى الغير ، ليس صحيحاً . ولا يستطيع الطرفان إثبات التاريخ الصحيح في مواجهة الغير إلا بطريق من الطرق التي عينها القانون ، وهي الطرق التي يصبح بها التاريخ ثابتاً فيكون حجة على الغير .

وقد ذكر التقنين الجديد من هذه الطرق خمسة على وجه التحديد ، ثم عمم بعد هذا التخصيص فذكر أن التاريخ يكون ثابتاً من يوم وقوع أي حادث آخر يكون قاطعاً في أن الورقة قد صدرت قبل وقوعه . ومن ثم يكون التاريخ ثابتاً على وجه من الوجوه الآتية :

(١) من يوم أن تقيد الورقة العرفية بالسجل المعد لذلك . وقد نظمت اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق الطريق العادي لإثبات التاريخ على هذا الوجه . فنصت المادة ٣١ من هذه اللائحة على أن تقوم مكاتب التوثيق بعد أداء الرسم المقرر بإثبات تاريخ المحررات العرفية بكتابة محضر يثبت فيه تاريخ تقديم المحرر ورقم إدراجه في الدفتر المعد لذلك ، ويختم بخاتم المكتب ، ويوقعه الموثق . ذلك أن هناك في مكتب التوثيق دفتراً تدرج فيه المحررات التي أثبت تاريخها بأرقام متتابعة ، ويبين في هذا الدفتر أسماء ذوي الشأن ومحال إقامتهم وموضوع المحرر وأداء الرسم ، ويوقعه الموثق وصاحب الشأن عند تسلم المحرر (م ٣٢ من اللائحة) ، كما يوجد دفتر هجائي للفهارس (م٣٣ من اللائحة). ويسلم مكتب التوثيق شهادة لمن يطلبها بحصول إثبات تاريخ الورقة العرفيـــة (م ٣٤ من اللائحة) .

هذه هي الإجراءات العادية لإثبات التاريخ من طريق قيد الورقة العرفية بسجل معد لذلك . وتوجد طرق أخرى لقيد الورقة العرفية في سجل رسمي فيكون تاريخها ثابتاً من يوم هذا القيد ، نذكر منها طريقين : التصديق على التوقيعات والتسجيل .

---

(١) وهناك فرق بين طبيعة التاريخ العرفي الذي تحمله الورقة العرفية وطبيعة التاريخ الرسمي فالتاريخ الأول جزء من الاتفاق كما قدمنا ، فهو جزء من التصرف القانوني . أما الثاني فواقعة مادية يشهد بها الموظف العام الذي تولى توثيق التاريخ : أنظر في هذا المعنى أوبري ورو ١٢ فقرة ٥٦ ص ١٢٧٠ هامش رقم ١٠١ .

وقد نظم قانون التوثيق أيضاً التصديق على التوقيعات . فقضت المادة ٢١ من لائحته بأن يقوم الموثق بالتصديق على توقيعات ذوي الشأن في المحررات العرفية ، بحضور شاهدين بالغين عاقلين معروفين له يتأكد بشهادتهما من شخصية ذوي الشأن . ويوقع هؤلاء أمام الموثق على الورقة العرفية ، ويكتب الموثق محضراً في ذيل الورقة يذكر فيه أسماءهم ومحال إقامتهم وحصول التوقيع منهم أمامه وأسماء الشهود ومهنهم ومحال إقامتهم . ويوقع هذا المحضر الشهود والموثق، ثم يوضع عليه خاتم المكتب ورقم إدراجه في دفتر تدرج فيه محاضر التصديق على التوقيعات بأرقام متتابعة (م ٢٤ — ٢٥ من اللائحة) . وعند إتمام التصديق تسلم الورقة العرفية إلى صاحب الشأن ، يصبح تاريخ المحضر المدون بذيلها هو تاريخها الثابت .

والتسجيل إجراء آخر لإثبات التاريخ ، عن طريق قيد الورقة العرفية في سجل معد لذلك. وهنا القيد يكون كاملاً ، ويتم التسجيل الآن بالتصوير الفوتوغرافي . فكل ورقة عرفية مسجلة تكون ثابتة التاريخ من يوم تسجيلها على الأقل . بل إنه لما كان التسجيل لا يكون إلا بعد التصديق على التوقيع ، فتاريخ الورقة المسجلة يثبت من يوم التصديق على التوقيع ، ولا يتأخر إلى يوم التسجيل .

(٢) من يوم أن يثبت مضمون الورقة العرفية في ورقة أخرى ثابتة التاريخ . وذلك بأن تذكر الورقة العرفية ، مع تحديد موضوعها تحديداً معيناً لها مانعاً للبس ، في ورقة رسمية —لأن الورقة الرسمية ثابتة التاريخ بحكم رسميتها كما قدمنا — أو في أية ورقة عرفية تكون ثابتة التاريخ بوجه من الوجوه القانونية . وعند ذلك تكسب الورقة العرفية تاريخاً ثابتاً هو التاريخ الثابت للورقة الأخرى التي جرى فيها ذكر الورقة الأولى [1] . مثل ذلك أن يذكر

---

(١) وفي فرنسا — حيث اقتصر النص على ذكر الورقة الرسمية لإثبات مضمون الورقة العرفية بها كطريق من طرق إثبات التاريخ ، ولم يذكر النص إلى جانب الورقة الرسمية الورقة العرفية ثابتة التاريخ كما ذكر نص التقنين المصري ذلك — غلب الرأي القائل بأن الموظف العام يجب أن يكون قد اطلع على الورقة العرفية عند إيراد مضمونها في الورقة الرسمية (أنظر لوران ١٩ فقرة ٢٨٥ — دي باج ٣ فقرة ٧٩٧) . أما في مصر — حيث يجوز إثبات تاريخ ورقة عرفية عن طريق ذكر مضمونها في ورقة عرفية أخرى تكون ثابتة التاريخ — فلا يشترط إذن الإطلاع على الورقة العرفية الأولى لا عند إيراد مضمونها في الورقة العرفية الثابتة التاريخ ولا عند إيراد مضمونها في الورقة الرسمية (أنظر الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٧١ مكرر ص ١١٠ — ص ١١١) . وإيراد مضمون ورقة عرفية في ورقة أخرى ثابتة التاريخ يجعل تاريخ الورقة الأولى ثابتاً، ولكن لا يعفى من تقديم الورقة ذاتها ولا يكتفي بمضمونها الوارد في الورقة الأخرى ، فالاتفاق الشفوي لا يكسب تاريخاً ثابتاً إذا ورد مضمونه في ورقة ثابتة التاريخ (الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات ص ١٥٣ —ص ١٥٤) .
=

في ورقة تثبت عقد بيع – رسمية أو عرفية مصدق فيها على التوقيع – توكيل عرفي صادر من البائع إلى وكيل يبيع بالنيابة عنه ، فهذا التوكيل العرفي إذا كان غير ثابت التاريخ يصبح، بذكره في ورقة البيع ثابتة التاريخ ، ذا تاريخ ثابت هو تاريخ ورقة البيع [1] .

(٣) من يوم أن يؤشر على الورقة العرفية موظف عام مختص . مثل ذلك أن تقدم الورقة العرفية في قضية فيؤشر عليها القاضي أو كاتب الجلسة ، أو تقدم في تحقيق فيؤشر عليها المحقق، أو تقدم في جرد رسمي فيؤشر عليها مندوب الجرد ، أو تقدم لصرف نقود بها فيؤشر عليها مندوب الخزانة العامة . وتكسب المراسلات المسجلة تاريخاً ثابتاً هو تاريخ ختم مصلحة البريد إذا أمكن التثبت منه بالرجوع إلى السجلات الرسمية التي سجلت فيها هذه المراسلات . أما المراسلات غير المسجلة فلا يثبت تاريخها من ختم مصلحة البريد ، لأنه لا توجد سجلات رسمية يمكن الرجوع إليها للتثبت من صحة التاريخ . والتاريخ الذي يضعه المحكمون في أحكامهم لا يعتبر تاريخاً ثابتاً [2] ، وكذلك تأشير الخبير على ورقة عرفية وذكره الورقة في محضر أعماله لا يكسبها تاريخاً ثابتاً ، لأن المحكمين والخبراء لا يعتبرون موظفين عامين ولا يمكن التثبت من صحة التاريخ الذي وضعوه على الورقة العرفية [3] . هذا ما لم يكن الخبير موظفاً عاماً ، كما هو شأن الخبراء والموظفين في وزارة العدل .

(٤) من يوم وفاة أحد ممن لهم على الورقة العرفية أثر معترف به من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة إصبع . أما الخط والإمضاء المعترف بصدورهما من الشخص المتوفى فأمرهما واضح ، ذلك أن الورقة العرفية التي تحمل خطاً أو إمضاء لشخص متوفى لا بد أن تكون قد صدرت قبل وفاة هذا الشخص ، فتاريخها ثابت من وقت الوفاة [4] . ويستوي أن يكون الشخص المتوفى طرفاً في الورقة أو شاهد أو كفيلاً أو غير ذلك ، فالحكمة قائمة في جميع

– وقد قضت محكمة النقض بأن ورود المحرر العرفي في محرر آخر ثابت التاريخ من شأنه أن يجعله ثابت التاريخ من يوم ثبوت التاريخ الذي ورد فيه (نقض مدني ٦ أبريل سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٠٦ ص ٤١٤) .

(١) ولكن التاريخ الثابت لتوكيل لا يكسب التصرفات ذات التاريخ اللاحق التي أبرمت بناء على هذا التوكيل تاريخاً ثابتاً (استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٤٩) . كذلك موت الموكل لا يجعل لتصرف إمضاء الوكيل نيابة عنه تاريخاً ثابتاً (استئناف مختلط ٢٣ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ١٩٦) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بعدم اعتبار التاريخ الذي يضعه المحكمون في أحكامهم ثابتاً ثبوتاً رسمياً، فيجوز الطعن فيه بكل الطرق القانونية بما فيها قرائن الأحوال (٨ نوفمبر سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٢٨) .

(٣) الموجز للمؤلف ص ٦٧١ و ص ٦٧٢ ، أنظر عكس ذلك الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٢٨٨ .

(٤) بشرط أن يكون وقت الوفاة ثابتاً ، كأن تدل عليه شهادة مستخرجة من سجل الوفيات (استئناف مختلط ١٥ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٧٢) .

هذه الأحوال [1] . على أن مجرد وجود خط لشخص متوفى في الورقة لا يكفى لإثبات التاريخ ، بل يجب أيضاً أن تكون الورقة قد وقعت منذ وجود هذا الخط ، إذ يحتمل أن يعهد إلى شخص في كتابة ورقة عرفية فيكتبها ، ولكنها تبقى مشروعاً دون توقيع إلى أن يتوفى الكاتب، ثم يوقع ذوو الشأن الورقة بعد وفاته ، فلا تكون الورقة ثابتة التاريخ من يوم الوفاة . وهذا ما لم تكن الورقة تعتبر دليلاً من غير توقيع ، كالتأشير على سند الوفاء .

بقي الختم وبصمة الأصبع . أما أن الختم يثبت تاريخ الورقة التي تحمل بصمته ، فأمر كان مقرراً في التقنين المدني الأهلي السابق ، وتابعه في ذلك التقنين المدني الجديد . وهو محل للنظر ، إذ أن بقاء الختم بعد وفاة صاحبه واحتمال التوقيع بهذا الختم بعد الوفاة شيء يقع . وقد كان التقنين المدني المختلط لا يذكر أن ختم المتوفى يثبت تاريخ الورقة العرفية [2] . ومهما يكن من أمر فإنه يجوز ، بالرغم من وجود بصمة الختم في الورقة ، إثبات أن التوقيع بالختم لم يتم إلا بعد الوفاة [3] . وقد أغفل قانون الإثبات بصمة ختم المتوفى عندما أورد الدلائل المثبتة لتاريخ الورثة لاحتمال أن يصل الختم بعد الوفاة لأحد ليستعمله بالتوقيع به .

وبصمة الإصبع أدق من بصمة الختم ، فهي أقرب إلى إثبات تاريخ الورقة العرفية التي تحمل هذه البصمة لشخص متوفى . على أن احتمال توقيع الورقة العرفية ببصمة شخص متوفى بعد وفاته لا يزال قائماً وإن كان احتمالاً بعيداً ، وهو أبعد على كل حال من احتمال التوقيع بالختم بعد وفاة صاحبه [4] .

---

(١) استئناف مختلط ٤ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٥٦ — ٢٢ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٢٥ .

(٢) وقد جرى القضاء المختلط على عدم الاعتراف بثبوت التاريخ عن طريق بصمة ختم المتوفى ، ولو ثبت أن الختم قد أعدم بمجرد الوفاة (استئناف مختلط ٧ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٥٠ — ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ٨ — أنظر أيضاً : ١٥ ابريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٧٢ — أول أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٥٨ — ١٦ يونية سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٥٠) .

(٣) وهذه مسألة واقع تقدرها محكمة الموضوع (نقض مدني ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٢٠ ص ٢٠٦) . ومما يدل على سهولة التحايل على إثبات التاريخ عن طريق بصمة ختم المتوفى أن قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ — وقد نص على استثناء المحررات العرفية من أحكامه متى كان تاريخها ثابتاً قبل العمل به — لم يكد يصدر حتى بادرت الناس إلى إثبات تواريخ عقودها عن طريق تزوير بصمة ختم لشخص متوفى ، وظلوا على هذا النحو مدة طويلة . فصدر القانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٤٢ يقضى بأنه " لا يقبل بعد ٣١ ديسمبر سنة ١٩٤٢ تسجيل المحررات المتقدم ذكرها والتي لا يستند في إثبات تاريخها إلا إلى وجود إمضاء أو ختم فيها لإنسان توفى " . والظاهر من التسوية بين الإمضاء والختم في مظنة التزوير أن الناس لجئوا أيضاً إلى تزوير إمضاءات المتوفين كما زوروا أختامهم . وانتقلت أحكام هذا القانون الأخير إلى قانون الشهر العقاري الذي حل محل قانون التسجيل (أنظر في هذه المسألة الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ١١٣ هامش رقم ١) .

(٤) الموجز للمؤلف ص ٦٧٠ — ص ٦٧١ .

(٥) من يوم أن يصبح مستحيلاً على أحد ممن لهم على الورقة العرفية أثر معترف به من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة أصبع أن يكتب أو يبصم لعلة في جسمه . والمثل المألوف لهذه الحالة أن تبتر يد شخص في تاريخ معروف ، فتكون الورقة العرفية التي وقعها بيده قبل أن تبتر ذات تاريخ ثابت هو تاريخ هذا البتر . وهذا صحيح بالنسبة إلى الخط والإمضاء وبصمة الأصبع . أما الختم فيمكن التوقيع به بعد بتر اليد ، بل بعد بتر اليدين معاً، إذ يجوز أن يوقع به غير صاحبه ، فلا تكسب الورقة منه تاريخاً ثابتاً في المثال المتقدم . وقد تكون العلة في الجسم التي تحول دون الكتابة شيئاً آخر غير البتر كالشلل .

وقد عمم التقنين المدني الجديد بعد التخصيص كما قدمنا ، فذكر أن الورقة العرفية تكون ثابتة التاريخ من يوم وقوع أي حادث آخر — غير الحوادث التي تقدم ذكرها — يكون قاطعاً في أن الورقة قد صدرت قبل وقوعه . مثل ذلك الجنون العارض، فقد يوقع شخص سليم العقل ورقة عرفية ، ثم يصاب بالجنون بعد ذلك ، فمن يوم ثبوت عزله في مستشفى أو في مكان آخر يكون تاريخ الورقة ثابتاً ، مع أن الجنون ليس علة في الجسم — وهذا ما اقتصر النص على ذكره — بل هو علة في العقل [1] .

---

(١) كما يكفي في ثبوت التاريخ تقديم الورقة في قضية بحيث تتناولها المرافعة ولو لم يؤشر عليها بما يفيد ذلك (محكمة الإسكندرية الوطنية ٢١ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ٤٨٩ ص ٩٧٥ — أنظر أيضاً محكمة النقض الدائرة المدنية في ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٧٦ ص ٨٣١) . ويعتبر التاريخ الثابت للورقة في هذه الحالة وقت تقديمها إلى المحكمة ،ويثبت ذلك بشهادة من قلم الكتاب (استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٥٥) . وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأن العقد إذا ذكره الطرفان محدداً في إنذارات رسمية ، فإنه يكسب التاريخ الثابت لهذه الإنذارات (نقض مدني ١٣ أبريل سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١١٩ ص ٢٠٥) .

ويمكن القول أن ثبوت علم " الغير " بالورقة العرفية ؛ يجعل لها تاريخاً ثابتاً له حجيته على هذا الغير من وقت علمه بالورقة . ومما يساعد على هذا القول ما قدمناه من أن قاعدة ثبوت التاريخ ليست من النظام العام ، فيجوز أن يعترف " الغير " بصحة التاريخ غير الثابت أو ينـزل عن التمسك بوجوب أن يكون التاريخ ثابتاً. أما في فرنسا فيصعب القول بذلك ، لأن طرق إثبات التاريخ هناك مذكورة على سبيل الحصر كما سنرى (أنظر في هذا الطريق من إثبات التاريخ بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٨٤٥ — بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٢٢ ص ٣٠٤) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " وقد توسع التقنين الإيطالي في بيان الوسائل التي تقدمت الإشارة إليها . وذكر من بينها بوجه خاص حالة طروء عجز جسماني يحول دون الكتابة (كبتر الأعضاء أو الشلل الكلي) . أما التقنين المغربي (م ٤٢٦) والمشروع الفرنسي الإيطالي (م ٢٨٣) فقد أثرا سرد هذه الوسائل على سبيل المثال ، حتى يتيسر للقاضي أن يعتد بسائر ما لم يرد في النص من الإمارات البينية الدالة على أسبقية تاريخ الورقة العرفية . بيد أنه ينبغي التنويه بأن كفالة الغرض الذي كان يرمى إليه التقنين المصري والتقنين الفرنسي ، وسد ذرائع التحكم ، يوجبان على القاضـــي عدم الاجتزاء =

وقد كان التقنين المدني السابق يفسره الفقه والقضاء على النحو الذي قدمناه . فهو ، بالرغم من أنه لم يورد في المادة ٢٢٩/٢٩٤ إلا بعض طرق إثبات التاريخ — قيد الورقة في سجل عام وأثر معترف به لشخص متوف وتأشير على الورقة من موظف عام مختص — فإن هذه الطرق لم تحمل على أنها وردت على سبيل الحصر . ومن ثم لا يكون هناك فرق بين التقنين القديم والتقنين الجديد وقانون الإثبات في طرق إثبات التاريخ [1] .

= بتأسيس حكمه على وقائع يترجح معها مجرد احتمال مطابقة التاريخ للواقع ، ويقتضيانه تسبيب حكمه وإسناده إلى وقائع قاطعة . ولذلك استظهر المشروع دلالة المقصود في هذا الشأن فنص على أن التاريخ يكون ثابتاً (من يوم وقوع أي حادث مماثل من حيث الطبيعة يكون قاطعاً في أن الورقة قد صدرت قبل وقوع هذا الحادث) ، محتذياً مثال المادة ٤٢٥ من التقنين المغربي " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٧٤) .

(١) وتأييداً لذلك قضت محكمة النقض بأن وسائل إثبات التاريخ الواردة بالمادة ٢٢٩ مدني (قديم) ليست واردة بها على وجه الحصر . فإذا قدمت ورقة ما في قضية ، وتناولتها المرافعة بالجلسة التي نظرت فيها تلك القضية، فهذا يكفي لاعتبار تاريخ الورقة ثابتاً من يوم تلك الجلسة (نقض مدني ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٧٦ ص ٨٢١ وهو الحكم الذي سبقت الإشارة إليه) . وقضت محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية بأن المادة ٢٢٩ مدني (قديم) لم تذكر طرق إثبات التاريخ على سبيل الحصر، وعلى ذلك يجوز أن يكسب المحرر تاريخاً ثابتاً إذا ورد ذكره في محرر رسمي (٢٥ يونية سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٦٠٧ ص ١١٢٢) . وقضت هذه المحكمة أيضاً بأن المشرع المصري ، على خلاف المشرع الفرنسي ، يعتبر وسائل إثبات التاريخ المنصوص عليها أمثلة يجوز القياس عليها (٢١ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ٤٨٥ ص ٦٧٥) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بثبوت التاريخ من ذكر أن الورقة قدمت لخزانة المحكمة لتحصيل الرسوم (أو مارس سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ١٣٨) وبثبوت تاريخ عملية ورد ذكرها في دفتر من دفاتر التجار المنتظمة (١٩ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٠١) . وقد ورد في الموجز للمؤلف (ص ٦٧١ — ص ٦٧٢) في هذا المعنى ما يأتي : "على أن الطرق الثلاثة المتقدمة لم تذكر على سبيل الحصر ، فكل طريق آخر يمكن التثبت به من تاريخ السند العرفي يصلح طريقاً لإثبات تاريخ هذا السند " .

ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة في بعض أحكامها بأن وسائل إثبات التاريخ (في التقنين السابق) قد وردت على سبيل الحصر : استئناف مختلط ٦ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٧٥ – ٣٠ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٥٨ . وقت محكمة أبو حمص بأن النشر عن ضياع عقد في إحدى الصحف ليس من طرق إثبات التاريخ المنصوص عليها قانوناً ، وهي على الرأي الراجح واردة في المادة ٢٢٩ مدني (قديم) على سبيل الحصر (٣٠ يناير سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢/٢٨ ص ٦١). ولعل هذا يفسر ما ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي من أن " وسائل إثبات التاريخ ... وردت في التقنين المصري (م ٢٩٤ مختلط) والتقنين الفرنسي (٢ ١٣٢٨) على سبيل الحصر ، تيسيراً لتثبت الغير من ذلك ، ودفعاً لتحكم القضاء . بيد أن الفقه ينعى على ما ذهب الحصر هذا جموده ، ولا سيما أنه يقتضي بطبيعة الحال عدم التوسع في تفسير النصوص " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٧٤) .

أما التقنين المدني الفرنسي فقد اقتصر على طرق ثلاثة لإثبات التاريخ ، ذكرها على سبيل الحصر ، وهي :

(١) تسجيل الورقة العرفية وفقاً لإجراءات معينة (enregistrement) (٢) ذكر مضمون الورقة العرفية في ورقة رسمية (٣) توقيع معترف به من شخص متوفى ، طرفاً كان أو شاهداً [١] .

ومتى ثبت التاريخ على وجه من الوجوه المتقدمة الذكر في التقنين المدني المصري وقانون الإثبات ، صار هذا التاريخ الثابت هو الحجة على الغير ، لا التاريخ العرفي الذي يسبقه . ولكن تصبح حجيته على الغير أقوى من حجية التاريخ العرفي على طرفي الورقة، ذلك أن الغير لا يستطيع أن يدحض حجية التاريخ الثابت إلا عن طريق الطعن بالتزوير ، أما من كان طرفاً في الورقة فيستطيع أن يدحض حجية التاريخ العرفي بإثبات أن هذا التاريخ غير صحيح دون حاجة إلى الطعن بالتزوير [1] . وإذا قام تنازع بين ورقتين لهما تاريخ ثابت في يوم واحد ، فإن أمكن تعيين الورقة الأسبق فضل صاحبها . ويتحقق ذلك إذا كان طريق ثبوت التاريخ بالقيد في السجل ، وعينت ساعة القيد أو أعطيت الورقتان رقمين مسلسلين ، فالورقة الأسبق في الساعة أو في الرقم المسلسل هي التي يفضل صاحبها . وإذا لم يمكن تعيين الورقة الأسبق ، كما لو كانت الورقتان قد وقعهما شخص واحد توفى واتخذ تاريخ وفاته تاريخاً ثابتاً لكل من الورقتين ، فصاحب الورقة المكلف بإثبات أسبقيته يتقدم عليه صاحب الورقة الأخرى لأن الأول قد عجز عن إثبات هذه الأسبقية [٢] .

---

(١) أوبري ورو ١٢ ص ٢٤٣ — ص ٢٤٤ — بودري وبارد ٤ فقرة ٢٣٦٩ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٨٥، وأنظر أيضاً فقرة ١٤٨٣ حيث ينتقدون السياسة التشريعية في حصر طرق إثبات التاريخ.

(1) ليس من شأن أسبقية تاريخ عقد على الآخر أن تنفي الصورية عن العقد الأول وأنه غير موجود قانوناً .
(جلسة ١٩٧٦/٣/٢٣ مجموعة المكتب الفني السنة ٢٧ ص ٧٢٨) .

(٢) أوبري ورو ١٢ ص ٢٤٦ — وأنظر أيضاً الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٧٥ ، والأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ١٤١ .

المطلب الثالث

حجية الورقة العرفية فيما يتعلق بالصور

١٢٧ – الأصل ألا حجية لصور الأوراق العرفية : رأينا فيما تقدم أن صور الأوراق الرسمية لها قوة متفاوتة في الإثبات ، مع أن الصورة لا تحمل توقيع من صدرت منه الورقة والتوقيع هو الذي تتركز فيه قوة الإثبات . وتعليل ذلك كما رأينا يرجع إلى أن صورة الورقة الرسمية هي أيضاً ورقة رسمية يقوم بتحريرها موظف رسمي مختص، فتضفي عليها رسميتها من الثقة ما يجعل لها قيمة في الإثبات تتفاوت قوة وضعفاً .

أما صورة الورقة العرفية فليست لها في الأصل أية قيمة في الإثبات ، ولو كمبدأ ثبوت بالكتابة . فهي لا تحمل توقيع من صدرت منه الورقة . وهي في الوقت ذاته ليست ورقة رسمية حتى تضفي عليها رسميتها شيئاً من الثقة . ولا قيمة لصورة الورقة العرفية إلا بمقدار ما تمدى إلى الأصل إذا كان موجوداً ، فيرجع إليه ، وتكون الحجية للأصل لا الصورة. أما إذا كان الأصل غير موجود ، فلا سبيل للاحتجاج بالصورة [1]. لما قدمناه من أنها لا تحمل التوقيع ومن أنها ليست ورقة رسمية ، ولجواز أن تكون الصورة محرفة أو أن يكون الأصل مزوراً فلا يتيسر الاهتداء إلى التزوير بالاقتصار على الصورة [1] . وهذا صحيح حتى لو كانت الصورة المأخوذة من الأصل صورة فوتوغرافية [1] [1] .

---

(1) صور الأوراق العرفية – خطية أو فوتوغرافية – ليست لها حجية ولا قيمة في الإثبات إلا بمقدار ما تمدى إلى الأصل الموقع عليه إذا كان موجوداً فيرجع إليه كدليل للإثبات ، أما إذا كان الأصل غير موجود فلا سبيل للاحتجاج بالصورة إذا أنكرها الخصم إذ هي لا تحمل توقيع من صدرت منه ، والتوقيع بالإمضاء أو ببصمة الختم أو ببصمة الإصبع هي المصدر القانوني الوحيد لإضفاء الحجية على الأوراق العرفية .
(جلسة ١٩٨٦/٢/٢٥ أحوال شخصية الطعن ٣٤ سنة ٥٣ ق س ٣٧ ص ٢٨٣) .
(جلسة ١٩٨٤/٢/٢٨ الطعنان ٥٩٨ ، ٥٥ سنة ٥٠ ق) .
(جلسة ١٩٨٣/٢/٢٠ الطعن ٤١٣ سنة ٤٩ ق) .
(جلسة ١٩٨٢/١٢/١٩ الطعن ٤٠٧ سنة ٤٩ ق) .

(1) استئناف مختلط ٢٥ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٥٧ – ١٩ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢١١ – ٢٩ مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٨٥ – ٣ يونية سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٨٣ – ٩ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٥٤ – ١٦ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٥٥ – ٥ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٨٥ – ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٦٦ – ١٧ يونية سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٤٣٩– ٢٣ – – يونية سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٦١ – ١٤ يناير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٧١ . محكمة جرجا ١٦ يونية سنة ١٩٠٤ المجموعة الرسمية ٦ رقم ٤٥ .

وغني عن البيان أن صور الصور للورقة العرفية ليست لها هي أيضاً ، من باب أولى ، أية قيمة في الإثبات .

= على أن محكمة الاستئناف المختلطة قد قضت بأنه إذا ثبت وجود مستند في ملف الدعوى بمحكمة أول درجة ، وقد اختفى هذا المستند من الملف فيما بعد ، فإن ترجمة هذا المستند ، المصدق عليها من السلطة المختصة والتي قدمت إلى محكمة أول درجة قبل المرافعة ، يصح أن يكون لها من قوة الإثبات أمام محكمة الاستئناف ما للأصل المفقود (استئناف مختلط ٩ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٣٨) .

هذا ويجب تقديم أصل الورقة كدليل للإثبات إلى محكمة الموضوع ، فإذا قدمت صورة فوتوغرافية لعقد عرفي لم يسجل ، واستبعدتها محكمة الموضوع ، لا تكون قد خالفت القانون . وإذا أريد بعد ذلك تقديم الأصل لأول مرة أمام محكمة النقض ، فلا يصح ذلك لأنه لا يجوز قبول مستندات جديدة أمام محكمة النقض (نقض مدني ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠٧ ص ٦١٢ — المحاماة ٢٩ رقم ٢١٠ ص ٣٩٤) .

أنظر أيضاً في هذا الموضوع أوبري ورو ١٢ ص ٢٨٠ — بونييه ٢ فقرة ٧٩٣ — ديمولومب ٢٩ فقرة ٦٧٧ — فقرة ٦٨٠ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٠٧ .

(١) وقد يقال إن الصورة الفوتوغرافية أدل على الأصل من الصورة المكتوبة . وهذا صحيح ، ولكن التصوير الفوتوغرافي لا ينفى كل شبهة ، ولا يمكن حتى معه التحقق من أن الأصل غير مزور . فالصورة الفوتوغرافية غير الورقة الأصلية التي تظهر في حالتها الطبيعية ، بما قد يشوبها من عيوب . هذا إلى أن فن التصوير الشمسي، وإن كان قد تقدم إلى حد تمكنه من نقل الأصل بأمانة كافية، إلا أنه، كما تقول محكمة استئناف مصر (١٨ أبريل سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢٨١ ص ٥٤٨)، قد تقدم أيضاً " إلى حد قد يجعل تلك الصور بعيدة كل البعد عن الدلالة على الحقيقة التي يراد إثباتها بهذه الصور " . وقد قضت محكمة النقض بأنه لا تثريب على المحكمة إذا هي لم تر الأخذ بصورة شمسية لورقة أريد التدليل بها في الدعوى (نقض مدني ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٨ المحاماة ٩٩ رقم ٢١٠ م ٣٩٤ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) .

(1) أ — الصورة الفوتوغرافية العرفية من المستند بفرض توقيع الخصم على أصلها ليست لها دلالة قانونية ملزمة وإنما تخضع كقرينة لمطلق سلطة محكمة الموضوع في تقدير الأدلة إن شاءت أخذت بها في خصوص ما تصلح لإثباته قانونا وإن شاءت طرحتها والتفت عنها دون أن تكون ملزمة ببيان الأسباب التي دعتها إلى ذلك بلا معقب من محكمة النقض .

(جلسة ١٩٨٣/١/٣٠ الطعن رقم ٧١٥ س ٥١ ق) .

(جلسة ١٩٨٤/٤/١٧ الطعن رقم ٢٠٩٣ س ٥٣ ق) .

(جلسة ١٩٨٨/٣/٣١ الطعن رقم ٦٣٠ سنة ٣٠ ق س ٣٩ ص ٥٩٩) .

ب — تقديم الخصم صورة عرفية أو ضوئية لمستند وتمسكه بدلالتها يتضمن بالضرورة إقراراً منه بأن الصورة تطابق أصلها .

(جلسة ١٩٩٨/٢/٩ الطعن رقم ٦٩٦٢ سنة ٦٦ ق) .

ج — تمسك الطاعن بجحد صورة الورقة العرفية التي قدمها المطعون ضده لإثبات مديونية مورثهم وطلبهم تقديم أصل الورقة للطعن عليه . اعتداد الحكم المطعون فيه بتلك الصورة دليلاً على الإثبات تأسيسا على عدم اتخاذ الطاعنين إجراءات الطعن بالتزوير عليها . مخالف للقانون وخطأ في تطبيقه .

(جلسة ٢٠٠٠/١١/١٥ الطعن رقم ٢٢٦٥ لسنة ٦٣ ق) .

١٢٨ – استثناءان تكون فيهما لصورة الورقة العرفية قيمة في الإثبات:

على أن هناك استثنائين من المبدأ الذي قدمناه تكون فيهما لصورة الورقة العرفية قيمة معينة في الإثبات :

(الاستثناء الأول) في حالة التسجيل ، فقد تكون لصورة الورقة المسجلة قيمة في الإثبات [١] . ونميز في ذلك عهدين : العهد السابق على قانون التسجيل (رقمي ١٨ و ١٩ لسنة ١٩٢٣) وعهد قانون التسجيل (الذي حل محله القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بالشهر العقاري) .

ففي العهد الأول كان التسجيل يتم بنقل صورة حرفية من الورقة المقدمة للتسجيل في سجل عام ، ثم يختم الأصل بختم يدل على حصول التسجيل ويعاد إلى صاحبه . فإذا أعطيت صورة من الورقة المسجلة كانت هذه الصورة رسمية ، لأن موظفاً عاماً مختصاً كان هو الذي ينقل هذه الصورة ، لا عن الأصل فهو عند صاحبه كما قدمنا، ولكن عن الصورة الرسمية لهذا الأصل العرفي وهي الصورة المدونة في السجل العام. ولما كانت صورة الصورة هذه هي صورة رسمية لصورة رسمية ، فقد كان القضاء في البداية يعتد بها . في حالة فقد الأصل ، كدليل كامل أو على الأقل كمبدأ ثبوت بالكتابة [٢] . ثم رجع عن ذلك ، وأنكر حجية هذه الصورة الرسمية حتى كمبدأ ثبوت بالكتابة ، لما رأى ما لجأ إليه بعض الناس من تقديم أوراق مزورة للتسجيل وإعدام الأصل المزور ، والتقدم بعد ذلك بصورة رسمية منقولة عن الصورة المدونة في السجل العام ، فلا يظهر التزوير لا في صورة الصورة ولا في الصورة الأصلية ، إذ أن الموظف العام لم يكن من اختصاصه ولا في إمكانه التحقق من سلامة الأوراق التي تقدم للتسجيل [٣] .

---

(١) ومهما يكن من قيمة للتسجيل ، فإن الخصم الذي ينكر صحة ورقة عرفية مسجلة أو ينكر صحة التوقيع الذي تحمله ليس في حاجة إلى الالتجاء لإجراءات الطعن بالتزوير (استئناف مختلط ٩ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٧٨) . هذا وبعد أن أصبح ضرورياً في التسجيل التصديق على التوقيع ، لم يعد في الإمكان إنكار التوقيع إلا عن طريق الطعن بالتزوير .

(٢) استئناف مختلط ١٩ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٠٣ – ٩ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٧١ – ٣٠ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٩٥ – ١١ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣١٦ – ١٢ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ١٦ .

(٣) نقض مدني أول ديسمبر سنة ١٩٤٩ دار النشر لأحكام النقض المدنية ١ – ١٣ – ٤٨ استئناف مختلط ١٤ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٧٧ – ٤ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٩٣ – ٩ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٧٧ .

وفي العهد الثاني ، عهد قانون التسجيل ثم الشهر العقاري وهو العهد الحالي ، اتخذ المشرع احتياطات دقيقة . وتتلخص هذه الاحتياطات في وجوب التصديق على التوقيع قبل تسجيل المحرر ، وفي هذا ضمان كاف لعدم تزوير الأوراق ولصحة صدورها من موقعيها ، ثم في طريقة التسجيل ذاتها فقد صار الأصل هو الذي يحفظ بمكتب الشهر ويعطى لأصحاب الشأن صور فوتوغرافية من هذا الأصل . هذه الصور الفوتوغرافية ، التي تمكن إعادة أخذها فيما بعد منقولة دائماً عن الأصل وإعطاؤها لأصحاب الشأن إذا احتاجوا إليها ، هي صورة رسمية دقيقة من أصل محفوظ في مكتب السجل العقاري ، فقيمتها في الإثبات لا شك فيها . ذلك أنه إذا كان الأصل موجوداً وهو الغالب ، ولم ينازع الخصم في مطابقة الصورة الفوتوغرافية للأصل ، اكتفى بالصورة دليلاً كاملاً في الإثبات [1] . فإن نازع الخصم في المطابقة، أمكنة مضاهاة الصورة على الأصل المحفوظ بمكتب الشهر ، وكانت الحجية للأصل لا للصورة. أما إذا فقد الأصل — وهذا نادر ولكنه يقع أحياناً لقوة قاهرة كحريق أو سرقة — فإن دقة الصورة الفوتوغرافية ورجحان سلامة الأصل من التزوير بعد التصديق على التوقيع ، كل ذلك يسمح بإعطاء هذه الصورة الفوتوغرافية قوة إثبات كاملة أو في القليل يجعلها مبدأ ثبوت بالكتابة [2] .

= على أنه عندما أخذت محكمة الاستئناف المختلطة تقضي بأن صورة الورقة المسجلة لا تصلح للإثبات حتى كمبدأ ثبوت بالكتابة ، قضت مع ذلك بأن الصورة الرسمية لورقة عرفية مسجلة تصلح لإثبات مبدأ الحيازة التي تؤدي إلى التملك بالتقادم (استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٧٤) .

ويلاحظ أنه إذا فقد الأصل بقوة قاهرة ، وأمكن الخصم إثبات ذلك ، جاز له الإثبات بالبينة دون حاجة لاستخدام صورة الورقة المسجلة حتى كمبدأ ثبوت بالكتابة . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن صورة الورقة العرفية المسجلة وغير المصدق على التوقيع فيها لا قيمة لها في إثبات صحة الورقة العرفية ذاتها ، ولا تصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة إلا إذا كان عدم تقديم الأصل يرجع إلى أنه قد فقد أو إلى أي سبب آخر كاف لتبرير ذلك (استئناف مختلط ٩ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٤٣) . ويوخذ على هذا الحكم أنه جعل صورة الورقة العرفية المسجلة ، في حالة فقد الأصل ، مبدأ ثبوت بالكتابة ، وهو في غير حاجة إلى ذلك ، ويكفي أن يستأنس بالصورة باعتبارها مجرد قرينة تستكمل بالبينة أو بقرائن أخرى ، لأن الدليل الكتابي غير واجب في هذه الحالة .

(١) استئناف مصر ١٨ أبريل سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢/٢٨١ ص ٥٤٨ — ٢١ أبريل سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢/٢٦٣ ص ٥٥٦ .

(٢) الموجز للمؤلف فقرة ٦٤١ — الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٣٠٠ — الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٧٧ . الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ١٤٢ .

ومع ذلك قضت محكمة استئناف مصر بأنه ليس بين الأدلة الكتابية التي نص عليها القانون المدني الصورة الشمسية للأوراق . والقانون المدني لا يعترف إلا بالصور الرسمية التي يحررها موظف يختص بتحريرها ، ولا يعترف بقيمة ما لصور العقود العرفية ، حتى لو كانت مسجلة وكانت صورها محررة بمعرفة موظف من =

(الاستثناء الثاني) في حالة ما إذا كانت صورة الورقة العرفية مكتوبة بخط المدين ، فتكون لهذه الصورة بعض القيمة في الإثبات . ويلاحظ أن هذه الصورة المكتوبة بخط المدين لا تحمل توقيعه ، وإلا صارت إما نسخة ثانية ، لا مجرد صورة ، فتكون لها حجية الأصل كالنسخة الأولى ، وإما سنداً مؤيداً (acte recognitif) وسيأتي بيان قيمته في الإثبات . فالصورة التي نحن بصددها هي إذن مكتوبة بخط المدين ولا تحمل توقيعه ، ويمكن في هذا الحالة اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة لأنها صادرة من المدين ما دامت بخطه ، وتستكمل بالبينة أو القرائن [1] .

على أنه ليس من الضروري أن تكون صورة الورقة العرفية مكتوبة بخط المدين نفسه لاعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة ، بل يكفى أن تكون صادرة من نائب المدين . مثل ذلك أن يعلن محضر — وهو نائب المعلن — ورقة عرفية إلى المعلن إليه . فالصورة التي يتركها المحضر بخطه (أو المفروض أنها بخطه لأنها صادرة منه) تصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة يتمسك به الخصم ضد المعلن ، إذ أن هذه الصورة مكتوبة بخط نائب المدين وهو المحضر ، فكأنها صادرة من المدين [2]

= موظفي قلم التسجيل . ذلك لأن الدليل الكتابي العرفي لا ينهض حجة إلا إذا كان بذاته صادراً ممن نسب إليه. فالصورة الشمسية ، وهي ليست بكتابة مخطوطة باليد بل هي صورة آلية من وضع يد غير اليد التي يصح أن تكون كاتبة للأصل المأخوذة عنه تلك الصورة ، لا يصح مطلقاً أن تعتبر دليل إثبات ، لأنها ورقة وإن نقلت الكتابة بإثبات صورتها إلا أنها غير الورقة الأصلية التي تظهر فيها حالتها الطبيعية وما يشوبها من عيوب . وأنه وإن كان قانون التسجيل رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ قد جعل قيمة قانونية للصور الشمسية الصادرة من قلم التسجيل والمأخوذة من الأصل الموقع عليه من المتعاقدين والمحفوظ في هذا القلم ، فذلك لأنه عند إنكار العقد المقدم صورته يمكن الرجوع حالاً إلى الأصل المحفوظ بقلم التسجيل ويحقق إنكاره . فالحجية لا تكون في الحقيقة للصورة الشمسية بل للأصل المحفوظ في قلم التسجيل (١٨ أبريل سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢/٢٨١ ص ٥٤٨ ، وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) .

ثم قضت بعد ذلك بأن الصورة المستخرجة من دفاتر التسجيل لعقد عرفي لا يصح أن تعتبر في ذاتها دليلاً كتابياً أو مبدأ ثبوت بالكتابة . ويجعل للقاضي على أي حال حق النظر في درجة اعتماده (م ٢٣١ مدني) . وإن كان هناك رأي يقول بجواز اعتبار صورة العقد العرفي المسجل كمبدأ ثبوت بالكتابة إذا كان مصدقاً في أصل العقد على إمضاء الصادر منه تصديقاً رسمياً (٢١ أبريل سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢/٢٦٣ ص ٥٥٦ — وقد سبقت الإشارة أيضاً إلى هذا الحكم — ويبدو منه ميل المحكمة إلى إعطاء صورة الورقة العرفية المسجلة إذا كان مصدقاً على التوقيع فيها قيمة ما في الإثبات . وهذه بداية في تطور القضاء يرجى أن تبلغ غايتها) .

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٦٤١ .

(٢) استئناف مختلط ١١ نوفمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ١٦ — أنظر أيضاً في هذا المعنى بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٩٧ — محكمة النقض الفرنسية ١٦ يونية سنة ١٨٩٠ داللوز ٩١ — ١ — ٩٧ .

١٢٩ – السند المؤيد وقيمته في الإثبات : وبين الأصل والصورة يوجد سند، لا هو مجرد صورة (copie) لأنه يحمل توقيع المدين ، ولا هو نسخة ثانية (exemplaire) من الأصل لأنه غير معاصر للأصل بل يكتب بعده . فهو إذن أضعف من الأصل ، وأقوى من الصورة . هذا هو السند المؤيد أو السند الجديد (acte recognitif, titre nouvel) وهو سند يتضمن إقراراً بحق سبق إثباته في محرر يسمى بالسند الأصلي (acte primordial) . ويتميز السند المؤيد عن مطلق الإقرار بالحق بأنه لا يتضمن إقراراً على إطلاقه، بل يشير إلى أن الحق المقر به قد سبق إثباته في سند أصلي. ومن ثم إذا تعارض السند المؤيد مع السند الأصلي ، كان السند الأصلي هو المعتبر . ولو كان السند المؤيد إقراراً محضاً لأخذ به دون السند الأصلي [١] .

والسند المؤيد ، على هذا النحو ، يصلح من الناحية القانونية لقطع التقادم ، ومن الناحية العملية لتوفير دليل الإثبات عند فقد السند الأصلي إذا كان هذا معرضاً للفقد . ويغلب أن يكون ذلك في الديون الطويلة الآجال وفي الإيرادات المؤبدة . حيث يحتاج الدائن من وقت إلى آخر أن يحصل على سند مؤيد لسنده الأصلي لقدم العهد بالسند الأصلي ، فيقطع التقادم ويجدد الدليل [٢] .

وقد تضمن التقنين المدني الفرنسي نصاً يقرر قيمة السند المؤيد في الإثبات . فنصت المادة ١٣٣٧ من هذا التقنين على ما يأتي : " السندات المؤيدة لا تعفي من تقديم السند الأصلي ، إلا إذا كان نص السند الأصلي قد دون خصيصاً في السند المؤيد . وما اشتمل عليه السند المؤيد زائداً على السند الأصلي ، أو ما اختلف معه فيه ، فليس له من أثر . ومع ذلك يعفى الدائن من تقديم السند الأصلي إذا وجدت جملة من السندات المؤيدة المتطابقة ، تدعمها الحيازة ، ويكون تاريخ هذه السندات يرجع إلى ثلاثين سنة " [٣] .

---

(١) وتعيين ما إذا كان السند مطلق إقرار أو هو سند مؤيد مسألة موضوعية لا تعقيب فيها لمحكمة النقض (نقض فرنسي ٢٠ نوفمبر سنة ١٨٩٩ سيريه ١٩٠٣ – ١ – ٤٦٢ أو يونية سنة ١٩٠٨ سيريه ١٩٠٨ – ٣٢٨ – أوبري ورو ١٢ ص ٢٨١ هامش رقم ١) .

(٢) وكان السند المؤيد واسع الانتشار في القانون الفرنسي القديم ، حيث كانت الإيرادات والمرتبات المؤبدة مألوفة إلى حد كبير (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٠١ ص ٩٤٨) .

(٣) وهذا هو الأصل في نصه الفرنسي .

Art. 1337: Les actes récognitigs ne dispensent point de la représrntation du titre primordial à moins que sa teneur n'y soit spécialement relate. Ce qu'ils contiennent de plus que le titre primordial, ou ce qui s'y trouve de different, n'a aucun effet. Néanmoins, s'il y avait plusieurs reconnaissances conformes soutenues de la possession et dont l'une eût trente ans de date, le créancier pourrait être dispensé de représenter le titre primordial.

ويتبين من هذا النص أن السند المؤيد ، في التقنين الفرنسي ، لا يصلح في ذاته دليلاً كاملاً . وهناك فرضان : (الفرض الأول) أن السند الأصلي موجود . وفي هذه الحالة لا يكون السند المؤيد دليلاً أصلاً ، بل يجب على الدائن إبراز السند الأصلي . فإذا كان هناك خلاف بينه وبين السند المؤيد فالعبرة بالسند الأصلي ، إلا إذا تبين من الظروف أن السند المؤيد ليس في حقيقته إلا تجديداً للدين فتكون العبرة بالدين الجديد . (الفرض الثاني) أن السند الأصلي غير موجود . وفي هذه الحالة لا يكون للسند المؤيد قوة في الإثبات كدليل كامل [1] ، ولكنه يكون مبدأ ثبوت بالكتابة يستكمل بالبينة وبالقرائن . ومع ذلك قد يكون دليلاً كاملاً في حالتين : (١) إذا كان نص السند الأصلي مدوناً بأكمله في السند المؤيد . (٢) إذا تعددت السندات المؤيدة وكانت متطابقة ، ودعمتها الحيازة ، وكان أحدها يرجع تاريخه إلى ثلاثين سنة على الأقل . فيجوز للقاضي في هذه الحالة ، إذا كان السند الأصلي قد فقد ، أن يعد السندات المؤيدة دليلاً كاملاً ، ويترك ذلك إلى تقديره . وهذه الأحكام ينتقدها الفقه في فرنسا [2] ، لأنها لا تتفق مع القواعد العامة .

فإن هذه تقضي — وهذا ما يجب اتباعه في مصر ما دام لا يوجد نص في هذه المسألة — بأنه إذا وجد سند مؤيد لسند سابق ، اعتد بالسند المؤيد كدليل إثبات كامل، إذ هو موقع من المدين وليس مجرد صورة لورقة عرفية ، سواء في ذلك اشتمل على نص السند الأصلي أو لم يشتمل ، وتعددت السندات المؤيدة أيا كان تاريخها أو لم تتعدد . ولكن لما كان السند المؤيد يشير إلى سند أصلي ، فالمفروض أن السند المؤيد مطابق للسند الأصلي ، إلى أن يثبت المدين العكس بإبرازه السند الأصلي . وبهذا تقضي المادة ٢٩٢ من المشروع الفرنسي الإيطالي. وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين الجديد يحتوى على نص مماثل ، إذ كانت المادة ٥٣٧ من هذا المشروع تنص على ما يأتي : " السند المؤيد لسند سابق يكون حجة على المدين. على أنه يجوز للمدين أن يثبت عدم صحة هذا السند بتقديم السند الأصلي " . ولكن لجنة المراجعة حذفت هذا النص ، ويغلب أن يكون ذلك اكتفاء بالقواعد العامة [3] .

---

(١) إلا في حقوق الارتفاق ، وإلا إذا كان السند المؤيد هو في حقيقته تجديد للدين .

(٢) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٠ مكررة ص ٢٨١ — ص ٢٨٥ — بودري وبارد ٤ فقرة ٢٥٠٦ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٠١ — فقرة ١٥٠٣ ص ٩٤٨ — ص ٩٤٩ .

(٣) مجموعة الأعمال لتحضيرية ٣ ص ٣٦٤ هامش رقم ١ . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في خصوص هذا النص ما يأتي : " السند المؤيد لسند سابق أو السند الجديد هو ما يتضمن إقرارا بحق سبق إثباته في محرر يلقب اصطلاحاً بالسند الأصلي . فالسند المؤيد لا يعتبر من قبيل الصور ، ولا يستحدث جديدا على وجه الإطلاق ، لأنه يحمل توقيع من يجوز الاحتجاج به قبله . وتنحصر أهمية هذا =

الفرع الثاني

الأوراق العرفية غير المعدة للإثبات

١٣٠ – بيان هذه الأوراق : رأينا فيما تقدم أن الورقة العرفية التي تعد للإثبات لا تكون دليل إثبات كامل إلا إذا كان موقعاً عليها ، وأن التوقيع هو الذي يضفي على الورقة حجيتها . على أنه توجد بعض أوراق عرفية لم تعد مقدماً للإثبات ، ومع ذلك يجعل لها القانون بنص خاص حجية معينة ، ولا يشترط فيها أن يكون موقعاً عليها .

وقد نص التقنين المدني الجديد على أربعة أنواع من هذه الأوراق العرفية غير المعدة للإثبات ، وجعل لكل نوع منها قيمة في الإثبات معينة ، وهي :

(١) الرسائل والبرقيات .

(٢) دفاتر التجار .

(٣) الدفاتر والأوراق المنزلية .

(٤) التأشير ببراءة ذمة المدين [(١)] .

= السند عملاً في قطع التقادم وتوفير دليل الإثبات عند فقد السند الأصلي وتعرضه لاحتمال الفقد . ويفرق التقنين الفرنسي ، فيما يتعلق بحجية السند المؤيد ، بين حالة اشتمال هذا السند على صيغة السند الأصلي ، وبين حالة خلوه من هذه الصيغة . ولا يجعل للسند الجديد حجية في الحالة الثانية إلا إذا قدم السند الأصلي . بيد أن السند المؤيد ينطوي في هذه الحالة على إقرار كتابي موقع عليه ، فلا محل إذن لاشتراط تقدم السند الأصلي من الدائن . ولذلك رأى المشروع إلزام المدين بتقديم السند الأصلي عند النزاع ، مقتدياً في ذلك بالمادة ٢٩٢ من المشروع الفرنسي الإيطالي " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٦٤ هامش رقم ١) . ويلاحظ أن القانون السوري استبقى هذا النص تحت رقم المادة ١٣ من قانون البينات .

هذا ويستطيع المدين ، إذا لم يقدم السند الأصلي ، إثبات عكس ما جاء بالسند المؤيد ، ولكن طبقاً للقواعد المقررة في الإثبات ، فلا يجوز له أن يثبت ما يخالف الكتابة أو ما يجاوزها إلا بالكتابة .

(١) أنظر في طريق خاص لإثبات التوريدات المنزلية بحفر علامات على شقي عصا مشطورة إلى قسمين (tailles)، وكان هذا الطريق معروفاً في فرنسا عندما كانت الكتابة غير منتشرة ، أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٩ ص ٢٧٧ – ص ٢٧٨ – بودري وبارد ٤ فقرة ٢٤٧٨ – فقرة ٢٤٨٥ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٥٨ ص ٩٥٦ – ص ٩٥٧ – بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٤٣ – فقرة ١٢٤٤ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٢٤١ – كولان وكابيتان ومواندير ٢ فقرة ٧٦٥ – جوسران ٢ فقرة ١٦١ فقرة ٨٦ هامش رقم ١ . والسبب في بقاء هذا الطريق للإثبات مذكوراً في الفقه الفرنسي بعد اندثاره في العمل أن التقنين المدني الفرنسي ، وقد وضع في سنة ١٨٠٤ ، أفرد له نصاً خاصاً هو المادة ١٣٣٣ .

وإنما أشرنا إلى هذا الطريق الخاص للتدليل على أن للعرف دوره في رسم طرق الإثبات .

المبحث الأول

الرسائل والبرقيات

١٣١ – النصوص القانونية : تنص المادة ١٦ من قانون الإثبات (تقابلها المادة ٣٩٦ من التقنين المدني الملغاة) على ما يأتي :

– " تكون للرسائل الموقع عليها قيمة المحرر العرفي من حيث الإثبات " .

– " وتكون للبرقيات هذه القيمة أيضاً إذا كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقعاً عليه من مرسلها ، وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك" .

– " وإذا أعدم أصل البرقية ، فلا يعتد بالبرقية إلا لمجرد الاستئناس " [1] . ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق .

ويقابل هذا النص في التقنينات العربية الأخرى : في قانون البينات السوري المادة ١٢، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٥٧ ، وفي تقنين أصل المحاكمات المدنية اللبناني المواد ١٦٢ – ١٦٦ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٨٣ [2] – ولا يوجد في التقنين المدني الفرنسي نص مقابل .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٣١ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " ١ – تكون للرسائل قيمة الورقة العرفية من حيث الإثبات . ٢ – وتكون للبرقيات هذه القيمة أيضاً إذا كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقعاً عليه من مرسلها . وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك " . وفي لجنة المراجعة أضيفت في الفقرة الأولى بعد عبارة " تكون للرسائل " عبارة " الموقع عليها " ، ليخرج من نطاق النص الرسائل غير الموقع عليها . ثم أضيفت فقرة ثالثة على الوجه الآتي : " وإذا أعدم أصل البرقية فلا يعتد بالبرقية إلا لمجرد الاستئناس " . وصارت المادة رقم ٤٠٩ . ووافق عليها مجلس النواب ، ثم لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٣٩٦ ، ثم مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٧٦ – ص ٣٨٠) .

(٢) نصوص التقنينات العربية الأخرى : قانون البينات السوري م ١٢ : ١ – تكون للرسائل قوى الإسناد العادية من حيث الإثبات ما لم يثبت موقعها أنه لم يرسلها و لم يكلف أحداً بإرسالها . ٢ – وتكون للبرقيات هذه القوة أيضاً إذا كان أصلها المودع في دائرة البريد موقعاً عليه من مرسلها . وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك . ٣ – يقبل من الذي أرسل كتاباً مضموناً وأثبت وصوله للمرسل إليه بوصل دائرة البريد أو بوصل من المرسل إليه إبراز النسخة المحفوظة لديه إذا رفض المرسل إليه إبراز الأصل . وتعد هذه النسخة صحيحة ما لم يثبت العكس .

التقنين المدني العراقي م ٤٥٧ : تطابق نص التقنين المصري مع تحوير لفظي طفيف .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ١٦٢ : إن الكتاب البريدي يصلح حجة على موقعه لمصلحة المرسل إليه ، ما لم يثبت الأول أنه لم يرسله و لم يكلف أحداً إرساله – م ١٦٣ : إذا لم يكن الكتاب =

ونتكلم في قيمة الرسالة (letter missive) في الإثبات ، ومتى يحتج بها المرسل إليه ، ومتى يحتج بها الغير ، ثم في قوة البرقية في الإثبات .

١٣٢ – قيمة الرسالة في الإثبات : تقول المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " لم يعرض تقنين من التقنينات [١] للرسائل بوصفها ضرباً من ضروب الأدلة الكتابية ، وقد يلتمس للتقنين الفرنسي بعض العذر في إغفالها إذا روعي أن التعامل بالرسائل كان في سنة ١٨٠٤ بالغ الندرة ... بيد أنه من المسلم أن التعامل بالرسائل أخذ يتزايد نصيبه من الأهمية ، حتى أصاب من سعة النطاق بسطة جديرة بالاعتبار. وليس من شك في أن هذا الضرب من التعامل قد اطرد بوجه خاص في المسائل التجارية ، لكن المتعاملين من التجار لم يستشعروا ضرورة لحكم تشريعي جديد نظراً لانتفاء قيود الإثبات في هذه المسائل . على أن التعامل بالرسائل شمل الروابط المدنية أيضاً ، ومن عجب أن يستشعر واضعو المشروع الفرنسي الإيطالي ضرورة تشبيه البرقية بالورقة العرفية في المادة ٤٨٤ دون أن يشيروا إلى الرسائل " [٢] .

= سرياً حق للمرسل إليه أن يستعمله وأن يتنازل للغير عن هذا الحق . وفي المواد التجارية لا تكون الكتب سرية على الإطلاق – م ١٦٤ : في المواد المدنية لا يجوز إبراز الكتاب السري إلا باتفاق المرسل والمرسل إليه، وإلا كان إبرازه عملاً غير مباح يستهدف فاعله للحكم ببدل العطل والضرر ، وعلاوة على ذلك فإن المحكمة لا تعتد بأي كتاب بريدي يبرز لديها خلافاً للأصول – م ١٦٥ : إن مرسل الكتاب المضمون الذي يثبت وصوله بسند إيصال من دائرة البريد أو من المرسل إليه يقبل منه إبراز النسخة المحفوظة لديه إذا رفض المرسل إليه إبراز الأصل . وتعد هذه النسخة صحيحة ما لم يقم البرهان على العكس – م ١٦٦ : من حصل ، طبقاً لأحكام المادة السابقة ، على حكم ملائم لمصلحته بناء على إبرازه نسخة كتاب ، ثم ظهر الأصل فيما بعد فاتضح منه أن هذه النسخة المزعومة غير صحيحة ، يحكم عليه بضعفي قيمة الضرر الذي نتج عن عمله الإحتيالي .

التقنين المدني الليبي م ٣٨٣ : تطابق نص التقنين المصري .

ويتبين من النصوص المتقدمة أنه فيما عدا نص المادة ١٦٦ من تقنين المحاكمات المدنية اللبناني الذي يقضي بضعفي قيمة التعويض عن العمل الاحتيالي الذي يتضمنه النص – وفي هذا ضرب من العقوبة لم ير قانون البينات السوري أن يجارى فيه التقنين اللبناني – لا تختلف أحكام القوانين المدنية العربية عن أحكام القانون المدني المصري ، إلا أن القانونين السوري واللبناني أفاضا في تفصيلات يمكن الوصول إليها عن طريق تطبيق القواعد العامة .

(١) هذا يصدق على التقنينات الغربية . أما التقنينات العربية فقد رأيناها تحتوي نصوصاً تحدد قيمة الرسائل من حيث الإثبات .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٧٧ .

وقد كان الفقه والقضاء في مصر [1] ، في ظل التقنين السابق وبالرغم من انعدام النص ، يذهبان إلى أن الرسالة متى وصلت إلى المرسل إليه صارت ملكه ، وله أن يستخدمها كدليل إثبات على حق يدعيه عند المرسل ، حتى لو تضمنت سراً فيخير المرسل بين أن يقدم الرسالة إلى القضاء بالرغم من احتوائها لهذا السر أو أن ييسر له المرسل الإثبات من طريق آخر غير الرسالة . وقد ترتفع السرية عن الرسالة بعد وجودها إذا نشرت وعرفها الجمهور ولو عن طريق دعوى جنائية انتهت بحكم البراءة [2] . ثم إن ما ورد في الرسالة إذا كان يخط المدين أو كان موقعاً عليه منه يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة أو دليلاً كاملاً ، على أن يترك ذلك إلى تقدير القاضي ، فإن الرسالة ليست في الأصل معدة للإثبات ، وما يدونه المرسل بها لا يلتزم فيه من الاحتياط ما يلتزمه في الورقة العرفية التي تعد مقدماً للإثبات ، فيجب أن يكون هذا محلاً للاعتبار [3] .

---

(١) أنظر الموجز للمؤلف فقرة ٦٥١ — الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٣٥٥ — الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٨٨ — الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٤٦ — نقض مدني ١٢ نوفمبر سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٤ رقم ١٣ ص ٢٨ — ١٨ نوفمبر سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٦ رقم ١٨١ ص ٤٦٩ — ٢٧ يناير سنة ١٩٤٤ المحاماة ٢٦ رقم ١٩٦ ص ٤٩٦ — استئناف مختلط ١١ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٤٠ .

(٢) أوبري ورو ١٢ ص ٢٩٣ — ص ٢٩٤ — بودري وبارد ٤ فقرة ٢٤٦٥ مكررة — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٠٤ — نقض فرنسي ١٩ يونية سنة ١٨٩٥ داللوز ٩٦ — ١ — ٢٠ .

(٣) وهذا هو أيضاً ما يذهب إليه الفقه الفرنسي ، فهو يعتبر ، دون نص على ذلك في التقنين المدني الفرنسي ، أن الرسالة قد تكون ، تبعاً للظروف وحسب تقدير القاضي ، دليلاً كاملاً أو مبدأ ثبوت بالكتابة أو تكون لمجرد الاستئناس (أوبري ورو ١٢ ص ٢٩٥ — ص ٢٩٦ — لاروميير ٦ م ١٣٣١ فقرة ١٤ — ديمولومب ٢٩ فقرة ٦٦٣ — هيك ٨ فقرة ٢٥٦) . ويذهب الأساتذة بلانيول وريبير وجابولد إلى أن الرسالة ليست طريقاً خاصاً للإثبات ، بل هي تخضع للقواعد العامة ، فإن كانت موقعة كانت لها حجية الورقة العرفية المعدة للإثبات ، وإن لم تكن موقعة ولكنها بخط المرسل كانت مبدأ ثبوت بالكتابة ، وإلا كانت لمجرد الاستئناس . ويقولون إنه يجب التمييز ما بين حجية الرسالة ومقدار ما تشتمل عليه من المعلومات . فالرسالة لها الحجية الكاملة ، شأنها في ذلك شأن أية ورقة عرفية أخرى ، ولا تخضع في هذه الحجية لتقدير القاضي . أما مشتملات الرسالة الموقعة فهي التي تخضع لتقدير القاضي. فقد تكون وافية إلى حد يجعل الرسالة دليلاً كاملاً ، وقد تكون ناقصة إلى حد لا يجعل من الرسالة إلا مبدأ ثبوت بالكتابة ، وقد تكون مقتضبة إلى حد لا يجعل الرسالة صالحة إلا لمجرد الاستئناس (أنظر بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٠٥ — بودري وبارد ٤ فقرة ٢٤٧٢ — بيدان وبيرو ٩ فقرة ١٢٢٩ — ص ٣١٥ — أنظر أيضاً الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ١٤٩) . ولكن مع القول بأن مشتملات الرسالة تخضع لتقدير القاضي ، فإنه يجب كذلك التسليم بأن حجية الرسالة ذاتها، عند انعدام النص ، تخضع هي أيضاً لتقدير القاضي . فقد تكون الرسالة موقعة ، وتكون مشتملاتها وافية ، ومع ذلك يرى القاضي أن الظروف التي كتبت فيها الرسالة لا تسمح بإعطائها حجية كاملة ، وهو في ذلك لا يقدر مشتملات الرسالة إذ هي وافية كما قدمنا ، ولكنه يقدر الحجية ذاتها .

أما التقنين الجديد ثم قانون الإثبات فلم يترك الأمر إلى تقدير القاضي ، بل نص صراحة على أن " تكون للرسائل الموقع عليها قيمة الورقة العرفية من حيث الإثبات " (١) وكان التقنين الجديد جريئاً في إيراده هذا النص ، فلم يسبقه إليه تقنين آخر كما تقول المذكرة الإيضاحية . وقد سلب القاضي حريته في التقدير ، فلم يعد هذا يستطيع ، إذا رأى أن المرسل لم يحتط في رسالته و لم يقصد إلى أن ينتج جميع الآثار القانونية التي تترتب على ما كتبه في هذه الرسالة ، أن يرفع عنّ الرسالة حجيتها أو أن ينتقص من هذه الحجية كما كان يستطيع في ظل التقنين السابق . فمتى كانت الرسالة موقعة من المرسل ، استوفت شرائط الورقة العرفية ، وصار لها حجيتها ، حتى لو كانت لم تستوف شرطاً جوهرياً هو أن تكون قد أعدت مقدماً للإثبات فإن هذا الإعداد السابق من شأنه أن يفرض على المرسل الاحتياط والتمعن . بالرغم من ذلك أصبحت الرسالة الموقعة في التقنين الجديد ، كما قدمنا ، بمنزلة

---

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " وقد أقر القضاء والفقه ما تواضع عليه المتعاملون في هذا الشأن ، وأنشأ طائفة من القواعد استلهما فيها المبادئ المتعلقة بالأوراق العرفية، رغم خلو التشريع من النص . وقد استندا في ذلك إلى : (أ) أن القانون لم يشترط شكلاً خاصاً في المحررات العرفية ، إلا ما استثنى منها بالنص . (ب) وأن الرسائل يتوافر فيها الشرطان الجوهريان اللذان تستمد منهما حجية الورقة العرفية وهما الخط والتوقيع . فمن الأنسب ، والحال كذلك ، أن تدرج الرسائل بين طرق الإثبات بالكتابة ، وأن يعين مدى حجيتها ، وما ينبغي أن يتوافر فيها من الشرائط الشكلية ، نزولاً على مقتضى القواعد العامة من ناحية ، وتمشياً مع نية المتعاقدين من ناحية أخرى — ويجب ، فيما يتعلق بالشكل ، أن يجتمع في الرسالة الشرطان الجوهريان الواجب توافرهما في الأوراق العرفية ، وهما الخط والتوقيع . وغني عن البيان أن توافر هذين الشرطين يكفي من هذه الناحية دون حاجة إلى أي شرط آخر . أما فيما يتعلق بحجية الرسائل، فمن رأي فريق من الفقهاء أنها تترك لتقدير القاضي ، لأن مضمون الرسالة لا يعدو أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة ، قد يعتبر من قبيل الإقرار في غير مجلس القضاء . بيد أن مذهب القضاء قد تطور في هذا الشأن ، فعمدت المحاكم إلى إقرار مبدأ التعاون في تحصيل الأدلة ، وأجازت للقاضي أن يأمر بتقديم الأدلة التي تثبت حيازة الخصوم لها وإعراضهم عن استعمالها . إذا اقتضى ذلك حسب سير العدالة (استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٦٦) . وقد أقيم المبدأ الذي تقدمت الإشارة إليه على ما ينبغي أن يسود التعامل من حسن النية في تحصيل الدليل . فإذا تم التعاقد بالمراسلة كان من واجب كل من المتعاقدين أن يقدم إلى القاضي ما يكون لديه من الأدلة الكتابة ، لأن الإثبات في هذه الحالة لا يتاح إلا بمقارنة الرسائل المتبادلة. وليس ثمة ما يدعو إلى الإشفاق من إقرار حجية الرسائل . فإذا امتنع أحد المتعاقدين عن تقديم الرسالة الموجهة إليه ، فللقاضي أن يلزمه بذلك . ثم أن اشتراط ازدواج النسخ الأصلية في بعض التقنينات يقصد منه إلى تحقيق المساواة بين طرفي التعاقد . وهو غرض لا يفوت بداهة من جراء إقرار هذه الحجية . ويراعى أخيراً أن العمل جرى على الاحتفاظ بصور الرسائل ، ولا سيما أنها غالباً ما تكتب بالآلة الكاتبة متى كانت متعلقة بمعاملة من المعاملات ولو كانت مدنية بطبيعتها . وتفريعاً على ذلك عمد المشروع إلى إقرار حجية الرسائل والتسوية في الحكم بينها وبين سائر الأوراق العرفية " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٧٧ — ص ٣٧٩) .

الورقة العرفية المعدة للإثبات ، ولها قيمة الدليل الكامل . فهي حجة على المرسل من حيث صدورها منه ، إلا أن ينكر توقيعه أو خطه على النحو الذي قدمناه في الأوراق العرفية المعدة للإثبات [1] . وهي أيضاً حجة على المرسل بصحة المدون فيها ، إلا أن يثبت العكس بالطرق المقررة ، وهو لا يستطيع أن يثبت ما يخالف الكتابة أو ما يجاوزها إلا بالكتابة . وهي أخيراً حجة على المرسل من حيث قيام التصرف القانوني الذي تشهد به الرسالة ، على أن له أن يدفع هذا التصرف بجميع الدفوع الموضوعية والشكلية التي يسمح بها القانون [1] .

والذي لا يزال يفرق في نظرنا بين الرسالة الموقعة والورقة العرفية المعدة للإثبات ، حتى في ظل التقنين الجديد ، هو أن القاضي عند تفسيره للعبارات الواردة في الرسالة الموقعة — إذا كانت هذه الرسالة لم تعد مقدماً للإثبات ويندر أن تعد لهذا الغرض في غير المسائل التجارية — لا بد أن ملق بالاً إلى أن كاتب هذه العبارات لم يصطنع الحيطة المألوفة عند من يقصد أن يرتبط بعباراته ارتباطاً قانونياً ، فيفسر الرسالة بما يتلاءم مع الجو الذي كتبت فيه .

---

(1) إذا كانت الرسائل موقعة من المرسل كانت حجة عليه من حيث صدورها منه ، إلى أن ينكر توقيعه أو خطة أو بصمته ، وحجة عليه أيضاً بصمة المدون فيها إلى أن يثبت العكس .
(جلسة ١٩٨٤/٤/٢٤ الطعن رقم ٣٣ لسنة ٥٢ ق السنة ٣٥ ص ١٠٧٧) .
(جلسة ١٩٦٨/١١/٢٨ الطعن ٥٤٦ السنة ٣٤ ق السنة ١٩ ص ١٤٣٢) .
(جلسة ١٩٦٥/١/١٤ السنة ١٦ ص ٥٧) .

(١) وقد قدمنا (أنظر فقرة ١٢٥) أن الرسالة يجب أن يكون تاريخها ثابتاً ليكون هذا التاريخ حجة على الغير، وأن هذا هو ما أجمع عليه الفقه في فرنسا . ورأينا أنه قد يحسن التمييز ما بين الرسالة التي أعدت مقدماً للإثبات ، وهذه لا يحتج بتاريخها على الغير إلا إذا كان ثابتاً ، وبين الرسالة التي لم تعد مقدماً للإثبات ، وهذه تكون ، كسائر الأوراق العرفية التي لم تعد مقدماً للإثبات ، حجة بتاريخها العرفي على الغير إلى أن يثبت عدم صحة هذا التاريخ . ونبرز في هذه المناسبة ما نص عليه قانون البينات السوري (م ١٢ فقرة ١) من أن الرسالة تكون لها قوة السند في الإثبات ما لم يثبت موقعها أنه لم يرسلها و لم يكلف أحداً بإرسالها (أنظر أيضاً المادة ١٦٢ من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني وقد سبق إيرادها) .
أما قيمة الرسالة المسجلة (letter recommandée) في الإثبات ، فالظاهر أن هذه الرسالة تكون حجة بما تحتويه على من أرسلت إليه ، ولا يملك المرسل إليه الانتقاص من هذه الحجية برفضه تسلم الرسالة. ويجوز للمرسل إثبات مشتملات الرسالة بالقرائن ، أيا كان السبب في ضياعها (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٠٧ — ص ٩٥٥ — ص ٩٥٦) . وقد رأينا أن الفقرة الثالثة من المادة ١٢ من قانون البينات السوري تنص على أن " يقبل من الذي أرسل كتاباً مضموناً وأثبت وصوله للمرسل إليه بوصل دائرة البريد أو بوصل من المرسل إليه إبراز النسخة المحفوظة لديه إذا رفض المرسل إليه إبراز الأصل . وتعد هذه النسخة صحيحة ما لم يثبت العكس (أنظر أيضاً المادة ١٦٦ من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني وقد تقدم ذكرها) .

أما إذا كانت الرسالة غير موقعة ولكنها مكتوبة بخط المرسل ، فهي تصلح مبدأ ثبوت بالكتابة كما كان الأمر في التقنين السابق [1] . وصورة الرسالة لا حجية لها كصورة أية ورقة عرفية [1] .

١٣٣ – متى يجوز للمرسل إليه أن يحتج بالرسالة : من حق المرسل إليه أن يقدم الرسالة إلى القضاء ليستخلص منها دليلاً لصالحه ضد المرسل متى كانت له مصلحة مشروعة في ذلك [2] . فإذا تضمن الرسالة اتفاقاً تم بينه وبين المرسل ، أو التزاماً تعهد به المرسل ، أو مخالصة ، أو إبراء ، أو إقرارا ، أو نحو ذلك ، كان للمرسل إليه مصلحة مشروعة في أن يقدم الرسالة دليلاً على ما تقدم [2] . وكذلك إذا تضمنت الرسالة جريمة في حق المرسل إليه كتهديد أو احتيال أو قذف أو سب ، أو كانت دليلاً على جريمة هو مجنى عليه فيها كجريمة الزنا [3] ، كان له أن يقدمها إلى القضاء دليلا للإثبات .

---

(1) لما كان الواقع في الدعوى أن الطاعنة تقدمت لمحكمة الموضوع بورقة مبينا بها استقالة منسبة مرسلة إليها عن طريق الفاكس وقررت أنها بخط وتوقيع المطعون ضده فإن هذه الورقة التي يحتفظ بها المرسل بأصلها لديه كما هو متبع في حالة إرسال الرسائل عن طريق الفاكس تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة يجوز تكملته بشهادة الشهود أو بالقرائن القضائية ، وإذ رفض الحكم المطعون فيه طلب الطاعنة إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات واقعة الاستقالة بكافة طرق الإثبات تأسيساً على أن هذه الورقة المرسلة إلى الطاعنة – بطريق الفاكس ما هي إلا صورة لورقة عرفية لا حجية لها في الإثبات طالما أن المطعون ضده قد أنكرها و لم تقدم هي أصلها فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وعابه القصور في التسبيب .
(جلسة ٢٠٠٠/٦/٢٢ الطعن رقم ٩٨٧ لسنة ٦٩ ق) .

(١) استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٦٥ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٠٦ – بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٣٠ .

(٢) بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٢٨ – ص ٣١٠ (وفي ص ٣٠٩ هامش رقم ١ يحدد هذان الفقيهان تحديداً دقيقاً نطاق المسألة التي نحن بصددها) .

(2) لكل من تتضمن الرسالة دليلا لصالحه أن يحتج بها على المرسل متى كان قد حصل عليها بطريقة مشروعة ، أما إذا حصل عليها بطريق غير مشروع كالسرقة أو التحايل فلا يجوز له التمسك بها .
(جلسة ١٩٨٠/٣/٢٥ الطعن ٩٩٠ سنة ٤٦ ق السنة ٣١ ص ٨٩٤) .
(جلسة ١٩٦٥/١/١٤ السنة ١٦ ص ٥٧ قاعدة ١٠) .
(جلسة ١٩٥٣/٤/١٦ السنة ٤ ص ٦٠٤ قاعدة ١٣٤) .

(٣) وفي جريمة الزنا لا يتقيد الحق في تقديم الرسالة دليلا على هذه الجريمة بأي قيد ، لا بإذن المرسل ، ولا بوجوب احترام سرية الرسالة ، ولا بوجوب الحصول على الرسالة بطريق مشروع . على أن عدم التقيد بشرط مشروعية الحصول على الرسالة على خلاف فرنسا ، والرأي الغالب هو وجوب التقيد بهذا الشرط . وقد قضت محكمة النقض المصرية ، في دعوى طلاق بين زوجين فرنسيين بسبب زنا الزوجة ، بوجوب أن تكون وسيلة الزوج في الحصول على الرسائل المثبتة لجريمة الزنا على الزوجة وسيلة مشروعة، فلا يجوز أن يحصل على هذه الرسائل من طريق غير مشروع ، وهو السرقة ، بأن يكسر في غيبة الزوجة درجاً خاصاً –

على ألا يكون في كل هذا انتهاك لحرمة السرية . فإذا كانت هناك سرية تنتهك، و لم ينبه المرسل إليه حتى ييسر له الإثبات عن طريق آخر على النحو الذي سبق أن بيناه، فلا يجوز للمرسل إليه أن يقدم الرسالة إلى القضاء [1] ، وإن فعل جاز للمرسل أن يطلب استبعادها ، وله الرجوع على المرسل إليه بالتعويض [1] .

وينتقل حق المرسل إليه في الرسالة كدليل إثبات إلى ورثته من بعده . فلهم استعمالها كخلف له في نفس الحدود التي يجوز فيها ذلك للمرسل إليه : لمصلحة مشروعة وبشرط عدم انتهاك حرمة السرية .

وهذه الأحكام إنما هي تطبيق للقواعد العامة ، وكان معمولا بها في ظل التقنين السابق .

١٣٤ – متى يجوز للغير أن يحتج بالرسالة : ولا يقتصر حق الاحتجاج بالرسالة على المرسل إليه وورثته ، بل يمتد هذا الحق إلى الغير ، وهو كل شخص غير المرسل إليه وورثته تكون له مصلحة مشروعة في الاحتجاج [1] . مثل ذلك أن تتضمن الرسالة إقراراً من المرسل يفيد الغير ، أو تتضمن اشتراطاً لمصلحة هذا الغير . ذلك أن حق الاحتجاج

= بما توجد فيه هذه الرسائل . ومما قالته محكمة النقض في أسباب حكمها ما يأتي : " ولما كان طرفا الدعوى فرنسيين ، والقانون الواجب التطبيق في هذا الخصوص هو القانون الفرنسي ، سواء فيما يتعلق بموضوع الدعوى أو الدليل المقبول فيها ، وكان ما قرره الحكم من قبول هذه الخطابات والمفكرات كدليل إثبات أيا كانت الوسيلة التي حصل بها الزوج عليها ، مع تمسك الزوجة بأن حصوله عليها كان بطريق السرقة ، هو تقرير غير صحيح أنبنى عليه القضاء في الدعوى . وكان الواجب على المحكمة تمحيص دفاع الطاعنة لتقول ما إذا كانت وسيلة الزوج في الحصول على هذه المحررات مشروعة فتقبلها كدليل في الإثبات، أم غير مشروعة فلا تقبلها ". (نقض مدني ٨ يناير = = سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥٠ ص ٣٤٩) . أنظر في هذه المسألة الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ١٤٨ ص ١٦٥ – ص ١٦٦ وهامش رقم ١ من ص ١٦٦ . أنظر أيضاً الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٣٦٥ . وفي القانون الفرنسي بودري وبارد ٤ فقرة ٢٤٦٧ – بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٢٨ ص ٣١١ – ص ٣١٢ .

(1) إذا كانت الرسالة تضمنت سراً للمرسل فلا يجوز للمرسل إليه انتهاك السرية وتقديم الرسالة من تلقاء نفسه وللمرسل أن يطلب استبعادها .

وإذا كانت الرسالة تتضمن إقراراً يفيد الغير بأنه لا يستطيع أن يتمسك بها دون أذن ، وتمسك الغير بالرسالة يكون مقيداً بعدم إفشاء ما ورد فيها من أسرار إلا إذا أذن مرسلها بذلك .

(جنسة ١٩٨٠/٥/٢٦ الطعن رقم ٧٦٩ سنة ٤٣ ق) .

(1) أنظر المادتين ١٦٣ و ١٦٤ من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني ، وقد سبق إيرادهما (أنظر فقرة ١٣١ في الهامش) . ويلاحظ أن المادة ١٦٤ من هذا التقنين نصت على أنه " لا المواد المدنية ، لا يجوز إبراز الكتاب السري إلا باتفاق المرسل والمرسل إليه " . ونصت المادة ١٦٣ على أنه " في المواد التجارية لا تكون الكتب سرية على الإطلاق " .

بالرسالة ليس مستمدا من أنها ملك للمرسل إليه ومن أنه في الاحتجاج بالرسالة ليس مستمداً من أنها ملك للمرسل إليه ومن أنه في الاحتجاج بها إنما يستعمله ملكه ، ولكنه مستمد من أن الرسالة تنطوي على دليل إثبات ، فمن كان في حاجة إلى هذا الدليل لإثبات دعواه أمام القضاء جاز له أن يطلب تقديم الرسالة . ويتبين من ذلك أن حق الاحتجاج بالرسالة مستمد، لا من حق الملك ، بل من الحق في الإثبات هو الحق الذي رسمنا مداه فيما تقدم [1] .

وهو حق ضيق في التشريع المصري . فقد رأينا أن قانون الإثبات (م ٢٠ إثبات المقابلة للمادة ٣٥٣ مرافعات الملغاة) يجيز للخصم — وهو هنا الغير — أن يطلب إلزام خصمه — وهو هنا المرسل إليه إذا كانت الدعوى قائمة بينه وبين الغير — بتقديم أية ورقة منتجة في الدعوى ، ومن ذلك الرسالة التي تتضمن دليلا لمصلحة الغير ، إذا كانت الرسالة محررة لمصلحة الخصمين أو كانت لالتزاماتهما وحقوقهما المتبادلة أو استند إليها خصمه في أية مرحلة من مراحل الدعوى . ويجب فوق ذلك ألا يكون في تقديم الرسالة انتهاك لحرمة السرية ، وإلا وجب أيضاً استئذان المرسل قبل تقديمها هذا ما لم يكن المرسل نفسه هو الخصم الذي طلب تقديم الرسالة .

وهذا كله لو كانت الرسالة في يد المرسل إليه كما هو الغالب . ولكنها قد تقع في يد الغير الذي له مصلحة مشروع في الاحتجاج بها . فإن وقعت في يده بطريقة غير مشروعة، كأن كان قد أخذها خلسة أو احتيالاً [2] ، فلا يجوز له تقديمها بتاتاً . وإذا قدمها وجب استبعادها . أما إذا وقعت في يده بطريقة مشروعة [3] ، فلا يجوز له كذلك تقديمها إلا بإذن المرسل إليه مالك الرسالة ، ما لم يكن له فيها حق الإثبات في الأحوال التي قدمناها

---

(١) والفقه في فرنسا يميز بين حق ملكية الرسالة وحقوق أخرى تنصب على الرسالة ولكنها لا تختلط بحق الملكية المادية ، وذلك كحق السرية في الرسالة (le droit secret) ، وحق تقديم الرسالة دليلا للإثبات (le droit à la preuve) ، وحق الملكية المعنوية في الرسالة (propriété littéraire) ، وغير ذلك من الحقوق المتنوعة (أنظر في هذه المسألة حتي : في الحقوق المتعلقة بالرسائل — تعليق بارتان على أوبري ورو ١٢ ص ٢٨٩ هامش رقم ٤ مكرر — الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ١٤٦) .

(٢) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٠٤ ص ٩٥٠ هامش رقم ٥ .

(٣) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " ولو فرض على نقيض ما تقدم أن رسالة وجهت إلى شخص ثالث ، وتمكن أحد الطرفين من تقديمها بعد الحصول عليها بطريق مشروع ليستخلص منها دليلا على ما يدعى قبل الطرف الآخر ، فحجية مثل هذه الرسالة تترك لتقدير القاضي ، وله أن يسترشد في شأنها بالأحكام الخاصة بما يصدر من الإقرارات في غير مجلس القضاء " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٧٩) . وتنصرف هذه العبارة إلى حجية الرسالة أي قيمتها في الإثبات، لا إلى الحق في تقديمها إلى القضاء .

فيجوز له تقديمها بغير إذن المرسل إليه [1] . وفي جميع الأحوال لا يجوز تقديم الرسالة إذا كان في تقديمها انتهاك لحرمة السرية إلا بعد استئذان المرسل [2] . ولا تعتبر الرسالة سرية لمجرد أنها موجهة لشخص غير الذي يحتج بها [3] ، بل السرية ترجع إلى موضوع الرسالة نفسه ، وقاضي الموضوع هو الذي يقدر ذلك [4] .

١٣٥ – قوة البرقية في الإثبات : والبرقية قوتها في الإثبات كقوة الرسالة الموقعة، بشرط أن يكون أصل البرقية المودع في مكتب التصدير موقعاً عليه من المرسل [1] ، ذلك أن البرقية هي أصل وصورة . فالأصل يكتبه المرسل عادة بخط ويوقعه، وهو يحفظ في مكتب التصدير لمدة معينة هي ثلاثة أشهر من تاريخ صدور البرقيات الداخلية وعشرة شهور من الشهر التالي لصدور البرقيات الخارجية وخمسة عشر شهراً من الشهر التالي لصدور البرقيات اللاسلكية [5] . والصورة يكتبها عامل البرق الذي يتلق البرقية في مكان وصولها ، ويرسل بها إلى المرسل إليه . فلا يكون إذن في حيازة المرسل إليه كدليل للإثبات إلا هذه الصورة . وهي في ذاتها ، كصورة لورقة عرفية ، ليست لها قيمة في الإثبات . وإنما تفترض مطابقتها للأصل مادام الأصل لا يزال موجوداً بمكتب التصدير . فإذا ادعى المرسل أن هذه المطابقة غير متوافرة ، فعليه أن يطلب من " مصلحة التلغرافات " تقديم الأصل ، وتضاهي عليه الصورة . فإن تحقق التطابق ، كان للبرقية حجية الورقة العرفية : من حيث صحة

---

(١) قارن أوبري ورو ١٢ ص ٢٨٩ – ص ٢٩١ .

(٢) أوبري ورو ١٢ ص ٢٩١ – ص ٢٩٢ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٠٤ ص ٩٤٩ – ص ٩٥٢.

(٣) قارن أوبري ورو ١٢ ص ٢٩٢ – ص ٢٩٣ .

(٤) بودري وبارد ٤ فقرة ٢٤٦٦ . والحق في السرية لا يستند إلى حق ملكية الرسالة ولا إلى اتفاق بين المرسل والمرسل إليه ولا إلى الحق في الإثبات ، وإنما يستند إلى الحرمة الشخصية . أنظر في هذه المسألة تعليق بارتان على أوبري ورو ١٢ ص ٢٩٢ هامش رقم ١٥ والأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ١٤٦ . وأنظر أيضاً بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٠٤ والموجز للمؤلف فقرة ٦٥٢.

(1) مؤدى نص المادة ١/٣٩٦ من القانون (المقابلة للمادة ١/١٦ إثبات) أن للرسائل والبرقيات لها قيمة الورقة العرفية في الإثبات متى كانت هذه الرسائل وأصل تلك البرقيات موقعاً عليها من مرسلها . وقد قصد المشروع بهذا النص – على ما أفصح عنه في المذكرة الإيضاحية – أن يستجيب لحاجة المقابل بالرسائل والبرقيات وبوجه خاص في المسائل التجارية فأدرجها بين طرق الإثبات بالكتابة وجعل لها حجية الورقة العرفية للتسوية بينهما في الحكم .
(جلسة ١٩٦٦/١/١١ الطعن رقم ٣١٠ لسنة ٣٠ ق س ١٧ ص ٧١) .
(جلسة ١٩٦٨/١١/٢٠ الطعن رقم ٥٤٦ لسنة ٣٤ ق س ١٩ ص ١٤٣٢) .
(جلسة ١٩٨٤/٤/٢٤ الطعن رقم ٣٣ لسنة ٥٢ ق س ٣٥ ص ١٠٧٧) .

(٥) أنظر المادة ٧٦ من دليل التلغرافات .

صدورها من مرسلها إلى حد الإنكار ، ومن حيث صحة الوقائع الواردة بها إلى حد إثبات العكس ، ومن حيث قيام التصرف القانوني الذي تشهد به مع جواز دفعه بجميع الدفوع الموضوعية والشكلية، وكذلك من حيث جواز تمسك المرسل إليه وتمسك الغير بالبرقية على النحو الذي بسطناه في الرسالة . ولكن هذه الحجية مستمدة ، لا من الصورة ، بل من الأصل الذي وجدت الصورة مطابقة له . ويعتبر تاريخ البرقية تاريخاً ثابتاً ، لأن خاتم المكتب الذي يختم به الأصل يحمل تاريخ الإرسال ويمكن التأكد من صحة التاريخ بالرجوع إلى دفتر معد لذلك [1] . فإذا لم تكن الصورة مطابقة للأصل ، فالعبرة بالأصل الموقع من المرسل لا بالصورة التي يكون التحريف قد تسرب إليها من عامل البرقي .

أما إذا كان الأصل الموقع عليه قد أعدم بعد انقضاء المدة المعينة [2] ، أو كان غير موجود بأن سرق أو احترق أو ضاع أو فقد لأي سبب آخر ، فلا عبرة بالصورة ، لأن الحجية إنما هي كما قدمنا مستمدة من الأصل . ولا تصلح الصورة في هذه الحالة إلا لمجرد الاستئناس ، وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الثالثة من المادة ١٦ إثبات وقد تقدم ذكرها. ولا تعتبر الصورة مبدأ ثبوت بالكتابة لأنها ليست بخط المرسل ، ولا يعتد بأنها صدرت من موظف عام لأنه ليس من شأنه أن يتحقق من شخصية مرسل البرقية ، ويقع كثيراً أن يكتب البرقية ويتولى إرسالها شخص غير صاحبها [3] .

بقيت حالة ما إذا كان الأصل غير موقع عليه من المرسل . وهذه تخضع للقواعد العامة ، إذ لم يرد نص خاص في شأنها . وتقضي القواعد العامة في هذه الحالة أن تكون العبرة بالأصل لا بالصورة كما قدمنا . فإذا لم يوجد الأصل غير الموقع ، فالصورة لا تصلح إلا لمجرد الاستئناس وفي كثير من الحذر لأن الأصل لم يوقع عليه [1] . وإذا وجد الأصل غير

---

(١) وكذلك صورة البرقية ، فإنها تختم أيضاً في مكتب جهة الوصول بختم مؤرخ (أنظر في هذه المسألة الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٣٧٥ — الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٥٠ ص ١٧١).

(٢) وإذا خشي المرسل إليه من إعدام الأصل قبل قيام النزاع المحتمل ، كان له أن يلجأ إلى دعوى تحقيق الخطوط الأصلية ، فيختصم مرسل البرقية ليقر بصدورها منه ، وفقاً للإجراءات التي قررها تقنين المرافعات وقد سبقت الإشارة إليها (أنظر الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة٧٣٣ — فقرة ٣٧٤ — عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ١٥٠ ص ١٧١) .

(٣) الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ١٣٤ هامش رقم ٥ .

(1) يشترط لكي تكون البرقية قيمة الورقة العرفية في الإثبات — طبقاً لنص المادة ٣٩٦ مدني (المقابلة للمادة ١/١٦ إثبات) أن يكون أصلها المودع في مكتب التصدير موقعاً عليه من مرسلها ، فإذا كان الأصل يحمل توقيع المرسل أو من له صفة النيابة عنه في إرسالها فلا تكون للبرقية قيمة في الإثبات .
(جلسة ١٩٦٩/٦/١٩ الطعن رقم ٣٢٣ لسنة ٣٥ ق السنة ٢٠ ص ١٠١٧) .

الموقع ، فهو أيضاً لا يكون دليلا كاملا لانعدام التوقيع ، ولكنه قد يكون مبدأ ثبوت بالكتابة إذا كان مكتوباً بخط المرسل [1] (1) .

على أن الأحكام نفسها التي أوردها التقنين الجديد في شأن البرقيات ليست إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، وقد كان معمولاً بها في ظل التقنين السابق دون نص [2] .

---

(١) قارن في كل هذا في الفقه الفرنسي بودري وبارد ٤ فقرة ٢٤٧٥ — فقرة ٢٤٧٧ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٠٦ ص ٩٥٥ — هذا وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في شأن البرقيات ما يأتي: " أما البرقيات ، وهي التي تكفلت الفقرة الثانية ببيان حكمها ، فهي تختلف عن الرسائل من حيث إيجاز المضمون وسرعة الإبلاغ . بيد أن ثمة فارقاً آخر يتصل بكيفية الإبلاغ . فالمرسل إليه لا يتسلم أصل البرقية ، بل يتسلم صورة منها يتولى تحريرها موظف مصلحة التلغرافات في المكتب المختص بتلقي مضمون الرسالة . ومن المسلم أن صورة الأوراق العرفية لا تتوافر لها أي حجية في الإثبات . بيد أنه رؤى من الأنسب أن يفترض القانون مطابقة الصورة المسلمة إلى المرسل إليه لأصلها ، إذ ليس لموظف مكتب التلغراف المختص مصلحة في تغيير مضمون هذا الأصل . وبهذا تنحصر احتمالات مغايرة الصورة للأصل ، بوجه عام ، فيما قد يقع من هذا الموظف من خطأ . ولهذه العلة أجيز لذي الشأن أن يقيم الدليل على اختلاف الصورة عن أصلها ، وأمر يسير يكفي فيه تقديم الأصل المحفوظ في مكتب الإرسال . ولا يكون نصيب البرقية من الحجية معادلاً لنصيب الأوراق العرفية منها إلا بتوافر شرط جوهري هو توقيع المرسل على الأصل . بيد أن تخويل مصلحة التلغرافات حق إعدام أصول البرقيات بعد انقضاء فترة قصيرة من الزمن يجعل حجية الرسائل البرقية أدنى إلى التوقيت وحظها من الاستقرار أقل مما يتوافر للرسائل البريدية . وقد سوى التقنين المغربي (المواد ٤٢٨ — ٤٣٠) والمشروع الفرنسي-الإيطالي (المادة ٢٤٨) بين البرقيات وبين سائر الأوراق العرفية من حيث الحجية " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٧٩ — ص ٣٨٠) .

(1) أ — الخطاب المرسل من المدعى عليه إلى آخر والذي يتمسك به المدعي — وهو من الغير — يخضع لتقدير القاضي ، فله بعد تقدير الظروف التي صدر فيها من يعتبره دليلاً كاملاً أو مبدأ ثبوت بالكتابة أو مجرد قرينة أو لا يأخذ به أصلاً ، ولا معقب على تقديره في ذلك متى بني على الأسباب الآنفة .
(جلسة ١٩٦٦/٦/١٤ الطعن رقم ٢٤٣ لسنة ٣١ ق س ١٧ ص ١٣٥٩) .

ب — قضاء محكمة الموضوع برفض طلب الطاعنة إحالة الدعوى على التحقيق لإثبات واقعة استقالة المطعون ضده المرسل إليها عن طريق الفاكس تأسيساً على أنه صورة لورقة أنكرها المطعون عليه خطأ . علة . ذلك اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة ويجوز تكملته شهادة الشهود .
(جلسة ٢٠٠٠/٦/٢٢ الطعن رقم ٩٨٧ لسنة ٦٩ ق) .

(٢) وقد جاء في الموجز للمؤلف (فقرة ٦٥١) شرحاً للقانون القديم ما يأتي : " ولا تعتبر البرقية دليلاً إلا إذا أمكن الرجوع إلى الأصل المكتوب بخط المدين أو الموقع عليه منه " .
هذا وقد قضت محكمة الموسكي بأنه لا يجوز إعطاء صور التلغرافات للغير لأنها معتبرة من الأوراق الخصوصية التي قد تكون سرية (١٩ مايو سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ١١٤ ص ١٦٤) .
أما إثبات التعاقد بالتليفون فتسري عليه القواعد العامة (أنظر في هذه المسألة الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٣٧٦) .

المبحث الثاني

دفاتر التجـــار

١٣٦ – النصوص القانونية : تنص المادة ١٧ من قانون الإثبات (تقابلها المادة ٣٩٧ من التقنين المدني الملغاة) على ما يأتي :

" ١ – دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار ، غير أن البيانات المثبتة فيها عما ورده التجار تصلح أساساً يجيز للقاضي أن يوجه اليمين المتممة إلى أي من الطرفين وذلك فيما يجوز إثباته بالبينة " .

" ٢ – وتكون دفاتر التجار حجة على هؤلاء التجار ، ولكن إذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلاً لنفسه أن يجزئ ما ورد فيها ويستبعد منه ما كان مناقضاً لدعواه " [1] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٣٢ من لمشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر في التقنين الجديد مع عدم إيراد عبارة " وذلك فيما يجوز إثباته بالبينة " الواردة في آخر الفقرة الأولى . وفي لجنة المراجعة أضيفت هذه العبارة حتى يقتصر حكم النص على ما يجوز إثباته بالبينة : وأصبحت المادة رقمها ٤١٠ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب عليها ، ثم لجنة مجلس الشيوخ بعد استبدال كلمة " المثبتة " بكلمة الواردة في الفقرة الأولى ، وأصبح رقم المادة ٣٩٧ . ثم ورافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨١ و ص ٣٨٣ – ص ٣٨٤) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص ما يأتي : " جمع المشروع في هذه المادة ما ورد من الأحكام في المادتين ٢٨٥ و ٢٨٦ من المشروع الفرنسي الإيطالي . ويراعى أن هذه الأحكام قد استقيت من المادتين ١٣٢٩ و ١٣٣٠ من التقنين الفرنسي ، والمادتين ١٣٢٨ و ١٣٢٩ من التقنين الإيطالي ، والمادة ١٣٢٨ من التقنين الإسباني ، والمادتين ٤٣٣ و ٤٣٨ من التقنين المغربي . وقد نصت المادة ١٩١٩ من التقنين الهولندي على أن الدفاتر التجارية تكون حجة على غير التجار بكمية ما تم توريده من البضائع ونوعها متى توافرت الشروط الثلاثة الآتية : (١) أن يكون التاجر قد اعتاد أن يبيع إلى غير التاجر نسيئة (٢) أن تكون الدفاتر محررة وفقاً لأحكام القانون (٣) أن يؤكد الدائن صحة دعواه بأداء يمين على ذلك . ويستخلص من هذه النصوص مع اختلافها في التعبير أن حجية الدفاتر التجارية ليست بمجردها مطلقة بأي وجه من الوجوه ، ويراعى أن هذه الحجية لا تثبت إلا للدفاتر التي يتعين على التاجر إمساكها وفقاً لأحكام المواد ١١ و ١٢ و ١٣ من تقنين التجارة المصري ، وهو دفتر اليومية ودفتر صور الخطابات (الكوبيا) ودفتر الجرد . وقد قصد من إلزام التاجر بإمساك هذه الدفاتر ، واشتراط ترقيمها وتأشير الموظفين المختصين على أوراقها ، إلى رعاية مصلحة المشتغلين بالتجارة ، والأصل جواز التمسك بدفاتر التاجر قبله ، باعتبار أنها من قبيل الأوراق غير الموقع عليها التي تصدر من جانب واحد ، وأن وجوب إمساكها روعيت فيه مصلحة التاجر نفسه . بيد أنه لا يجوز للتاجر أن يستند إلى هذه الدفاتر كدليل لإثبات الالتزام قبل من يتعاقد معه من غير التجار ، " إذ من الممتنع أن يصطنع الإنسان دليلاً لنفسه " (المادة ١٠٨ من التقنين السويسري) . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨٢) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق . ولكن التقنين التجاري اشتمل على نصوص طبقها القضاء واستخلص منها الأحكام التي تضمنتها المادة ١٧ من قانون الإثبات ، فيما عدا حكماً واحداً استحدثته هذه المادة وهو الحكم الخاص بالبيانات الواردة في دفاتر التاجر متعلقة بما ورده لغير التاجر ، وقد نقل هذا الحكم عن المادة ١٣٢٩ من التقنين المدني الفرنسي .

ويقابل هذا النص في التقنينات العربية : في قانون البينات السوري المواد ١٤ و ١٧ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٥٨ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المواد ١٧٠ — ١٧٢ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٨٤ [1] ، ويقابل في التقنين المدني الفرنسي المادتين ١٣٢٩ و ١٣٣٠ [1] .

---

(١) نصوص التقنينات العربية الأخرى : قانون البينات السوري م ١٤ : دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار . إلا أن البيانات الواردة فيها عما ورده التجار تصلح أساساً يجيز للمحكمة أن توجه اليمين المتممة لأي من الطرفين — م ١٥ : دفاتر التجار الإجبارية تكون حجة : ١ — على صاحبها سواء أكانت منتظمة أم لم تكن ، ولكن لا يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلاً لنفسه أن يجزئ ما ورد فيها ويستبعد ما كان مناقضاً لدعواه . ٢ — لصاحبها في المعاملات المختصة بتجارته ، إذا كانت منتظمة وكان الخلاف بينه وبين تاجر — م ١٦ : إذا تباينت القيود بين دفاتر منتظمة لتاجرين ، جاز للقاضي أن يقرر إما تماثر البينتين المتعارضتين وإما الأخذ بإحداهما دون الأخرى على ما يظهر له من ظروف القضية — م ١٧ : يجوز للقاضي في الدعوى القائمة بين التجار أن يقبل أو أن يرد البينة التي تستخلص من الدفاتر التجارية غير الإجبارية أو من الدفاتر الإجبارية غير المنتظمة ، وذلك على ما يظهر له من ظروف القضية — وهذه النصوص لا تختلف في أحكامها عن أحكام القانون المصري إلا في بعض تفصيلات تظهر في مواضعها ، على أن نصوص قانون البينات السوري أدق صياغة وأكثر تفصيلاً عن نص التقنين المصري .

التقنين المدني العراقي م ٤٥٨ : ١ — دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار . غير أن البيانات الواردة فيها عما ورده التجار تصلح أساساً يجيز للمحكمة أن توجه اليمين المتممة لأي من الطرفين وذلك فيما يجوز إثباته بالبينة . ٢ — أما قوة هذه الدفاتر فيما بين التجار فتتبع فيه أحكام قانون التجارة — وتطابق الفقرة الأولى من هذا النص المصري . وينظر في أحكام قانون التجارة العراقي فيما يتعلق بالفقرة الثانية .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ١٧٠ : إن الدفاتر التجارية الإجبارية تصلح حجة : (أولاً) على منظمها لمصلحة أي شخص سواء كانت منتظمة حسب الأصول أم لا ، ولكن الفريق الذي يدلي بها لا يحق له أن يستفيد منها إلا إذا قبل بجميع مندرجاتها . (ثانياً) بين التجار لمصلحة منظمها حسب الأصول في المعاملات المختصة بتجارته — م ١٧١ : إذا تباينت القيود في دفتري تاجرين كان كلاهما منظما حسب الأصول ، حق للقاضي أن يقرر ، حسب مقتضى الحال ، أما تماثر البينتين المتعارضتين وإما الأخذ بواحدة دون الأخرى — م ١٧٢ : إن البينة التي تستمد في الدعاوى القائمة بين التجار من دفاتر تجارية غير إجبارية أو من دفاتر تجارية إجبارية منظمة على خلاف الأصول يجوز للقاضي أن يقبلها أو أن يردها حسب مقتضى الحال . وظاهر أن قانون البينات السوري قد استمد نصوصه من نصوص تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني، فالقانون السوري والقانون اللبناني متطابقان في هذه المسألة ، فيما عدا المادة ١٤ من قانون =

المطلب الأول

الدفاتر التجارية

١٣٧ – مسألتان : نبحث هنا : (أولاً) ما هي الدفاتر التجارية وكيف تنظم (ثانياً) متى يجوز للقاضي الأمر بتقديمها ومتى يجوز له الأمر بالاطلاع عليها .

١٣٨ – ما هي الدفاتر التجارية وكيف تنظم : لا نطيل في بحث هذه المسألة فهي من مسائل القانون التجاري . وبحسبنا هنا أن نذكر أن التقنين التجاري أوجب على التجار ، تنظيما لحساباتهم وتيسيراً عليهم في الإثبات ، أن يمسكوا دفاتر معينة ، ما يأتي .

(١) **دفتر اليومية : (livre-journal)** : وتنص المادة ٢١ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ (المقابلة للمادة ١١ من التقنين التجاري القديم) ، على كل تاجر يجاوز رأس ماله المستثمر في التجارة عشرين ألف جنيه أن يمسك الدفاتر التي تستلزمها طبيعة تجارته وأهميتها وعلى وجه الخصوص دفتري اليومية والجرد بطريقة تكفل بيان مركزه المالي وما له من حقوق وما عليه من ديون متعلقة بالتجارة .

مادة ٢٢ من القانون التجاري الجديد : ١ – تقيد في دفتر اليومية جميع العمليات التي يجريها التاجر وكذلك مسحوباته الشخصية ويتم القيد يوميا ثبوتاً تفصيلا باستثناء المسحوبات الشخصية فيجوز أن تقيد إجمالاً شهراً فشهراً . ٢ – للتاجر أن يستعمل دفاتر

= البينات السوري فقد استمدت من الفقرة الأولى من المادة ٣٩٧ من التقنين المدني المصري ولا نظير لها في التقنين اللبناني .

التقنين المدني الليبي م ٣٨٤ : مطابقة للنص المصري .

(١) التقنين المدني الفرنسي م ١٣٢٩ : دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار في البيانات الواردة فيها بشأن التوريدات ، وذلك فيما عدا ما سينص عليه في اليمين – م ١٣٣٠ : دفاتر التجار حجة عليهم ، ولكن لا يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلاً لنفسه أن يجزئ ما ورد فيها ويستبعد منه ما كان مناقضاً لدعواه .

وهذا هو النص في أصله الفرنسي :

Art. 1329 : Les registres des marchands ne font point, contre les personnes non marchandes, preuve des fournitures qui y sont portées, sauf ce qui sera dit à l'égard du serment.

Art. 1330 : Les livres de marchands font preuve contre eux; mais celui qui en veut tirer avantage ne peut les diviser en ce qu'ils contiennent de contraire à sa prétention.

يومية مساعدة لإثبات تفصيلات الأنواع المختلفة من العمليات التجارية . وفي هذه الحالة يكتفي بقيد إجمالي لهذه العمليات في دفتر اليومية في فترات منتظمة . فإذا لم يتبع هذا الإجراء أعتبر كل دفتر مساعد دفتراً أصلياً .

ونرى من ذلك أن دفتر اليومية هذا يدون فيه التاجر كل العمليات التي يجريها في يومه ، دون تمييز بين ما هو متعلق بتجارته وما هو غير متعلق بها ، حتى الهبات والصدقات والتبرعات، وحتى المبالغ المنصرفة على منزله وإن كان يذكرها إجمالاً شهراً فشهراً . ولكن أهم ما يدون في دفتر اليومية هو ما يتعلق بأعمال التجارة ، فيدون التاجر ، يوماً فيوماً ، ما اشتراه أو باعه ، وما قبضه أو دفعه ، وما استجده من حقوق أو استحدثه من ديون ، وما قبله من الأوراق التجارية أو أحاله منها ، وكل بيان يتعلق بأي عمل تجاري آخر أجراه .

(٢) دفتر المرسلات (livre- copie des letters) : وكانت المادة ١٢ من التقنين التجاري القديم تنص على أنه " يجب على التاجر أن يقيد في دفتر مخصوص صور ما يرسله من الخطابات المتعلقة بالأشغال ، وأن يجمع ما يرد إليه منها في كل شهر ويضعه في ملف على حدته " . وتنص المادة ٢٤ من قانون التجارة الجديد على أنه على التاجر أن يحتفظ بصورة من المراسلات والبرقيات وغيرها من الوثائق التي يرسلها أو تسلمها لشئون تتعلق بتجارته ويكون الحفظ بطريقة منتظمة سهل معها المراجعة .

والأمر هنا مقصور على المراسلات المتعلقة بأعمال التجارة ؛ دون المراسلات المتعلقة بالشئون الخاصة . فيقيد التاجر في دفتر المراسلات صور جميع المراسلات التي أصدرها متعلقة بعمله التجاري ، سواء كانت خطابات أو برقيات أو قوائم (factures) أو تذاكر نقل (letters de voiture) أو تذاكر شحن (connaissements) أو غير ذلك . ويحتفظ بما يتلقاه من مراسلات ، أي بالأصول ذاتها ، جامعاً ما يرد إليه منها كل شهر في ملف على حـــدة (en liasse) . وهذه المراسلات – ما أصدره وما تلقاه — قد تكون مصدراً لإثبات كثير من العقود والأعمال التجارية .

(٣) دفتر الجرد (livre des inventaires) : تنص المادة ٢٣ من قانون التجارة الجديد على أنه : " ١ — يقيد في دفتر الجرد تفصيل البضاعة الموجودة لدى التاجر في آخر سنته المالية أو بيان إجمالي عنها إذا كانت تفصيلاتها واردة بدفاتر وقوائم مستقلة ، وفي هذه الحالة تعتبر تلك الدفاتر أو القوائم جزءاً متمماً لدفتر الجرد الأصلي . ٢ — تقيد في دفتر الجرد صورة من الميزانية السنوية وحساب الأرباح والخسائر .

فالجرد إذن هو حصر سنوي لأموال التاجر المنقولة والثابتة ، وكذلك حصر سنوي لما للتاجر وما عليه من الديون . وتقيد صورة من قائمة هذا الجـــرد في دفتر الجرد [1] .

وتنص المادة ٢٥ من قانون التجارة الجديد (المقابلة للمادة ١٤ من القانون القديم) " ١ – يجب أن تكون الدفاتر خالية من أي فراغ أو شطب أو محو أو كتابة في الهوامش أو بين السطور . ٢ – يجب قبل استعمال دفتري اليومية والجرد أن ترقم صفحاتهما وأن يوقع على كل صفحة مكتب السجل التجاري وأن يضع على كل صفحة خاتم مكتب السجل مع بيان عدد صفحات الدفتر . ٣ – يجب تقديم دفتري اليومية والجرد في نهاية السنة المالية للتاجر إلى مكتب السجل التجاري للتصديق على عدد الصفحات التي استعملت خلال السنة ، وعند انتهاء صفحات الدفاتر يجب على التاجر تقديمه إلى مكتب السجل للتأشير عليه بما يفيد انتهاء صفحاته . ٤ – على التاجر أو ورثته في حالة وقف نشاط المتجر تقديم دفتري اليومية والجرد إلى مكتب السجل التجاري للتأشير عليها بما يفيد قفلها . ٥ – يجوز بقرار من الوزير المختص وضع أحكام خاصة بتنظيم الدفاتر التجارية التي تستعملها " .

والمادة ٢٦ من القانون المذكور تنص على أنه : " ١ – يجب على التاجر أو ورثته الاحتفاظ بالدفاتر والوثائق التجارية المؤيدة للقيود الواردة بها مدة خمس سنوات تبدأ من تاريخ التأشير على الدفتر بانتهائه أو قفله . ٢ – وعليهم أيضاً حفظ صور المراسلات والبرقيات وغيرة مدة خمس سنوات من تاريخ إرسالها أو تسلمها ، ويجوز لهم الاحتفاظ للمدة المذكورة بالصور المصغرة (ميكرو فيلم) بدلاً من الأصل ، ويكون لتلك الصور حجية الأصل في الإثبات إذا روعي في إعدادها وحفظها واسترجاعها القواعد والضوابط التي يصدر بها قرار من وزير العدل " .

ونصت المادة ٢٧ من قانون التجارة الجديد على أنه " القيود التي تدون في الدفاتر التجارية من قبل مستخدمي التاجر المأذونين في ذلك . تعتبر في حكم القيود التي يدونها التاجر بنفسه . ويفترض فيها أنها دونت بعلمه إلا إذا أقام الدليل على خلاف ذلك " .

---

(١) هذه كانت هي الدفاتر التجارية الإلزامية طبقاً للتقنين التجاري . ويوجد إلى جانبها دفاتر اختيارية (facultatifs) أو إضافية (auxiliaries) درج كبار التجار على إمساكها . أهمها : (أ) دفتر الأستاذ (Grand Livre) ، وترحل إليه العمليات المدونة في دفتر اليومية منظمة ، لا بحسب تاريخ وقوعها كما هي الحال في دفتر اليومية ، ولكن بسحب أسماء العملاء أو نوع العمليات . فيكون لكل عميل ، أو لكل نوع من العمليات . حساب مستقل له رصيده . (ب) دفتر المشتريات والمبيعات (livre de magasin) ، لقيد السلع التي تدخل المخازن والتي تخرج منها . (ج) دفتر للخزانة (livre de caisse) ، لقيد المبالغ الداخلة والخارجة . (د) دفتر للأوراق التجارية (l'échéancier) ، لقيد مواعيد استحقاق هذه الأوراق .

وقد أصبح بموجب قانون التجارة الجديد واجباً على التاجر أن يمسك من الدفاتر العدد التي تستلزمها طبيعة تجارته وأهميتها وعلى وجه الخصوص دفتري اليومية والجرد بطريقة تكفل بيان مركزه المالي وما له من حقوق وما عليه من ديون متعلقة بالتجارة (المادة ٢١) بحيث لا يقل عدد هذه الدفاتر عن اثنين : (١) دفتر اليومية الأصلي وتقيد فيه جميع العمليات المالية التي يقوم بها التاجر وكذلك مسحوباته الشخصية . ويتم هذا القيد يوماً فيوماً . ويجوز استعمال دفاتر يومية مساعدة ، ويكتفي في هذه الحالة بتقييد إجمالي للعمليات في دفتر اليومية الأصلي في فترات منتظمة من واقع هذه الدفاتر . (٢) دفتر الجرد : وتقيد فيه تفاصيل البضاعة الموجودة في آخر السنة المالية ، أو بيان إجمالي عنها إذا كانت التفاصيل واردة بدفاتر وقوائم مستقلة . وعند ذلك تعتبر هذه الدفاتر والقوائم جزءاً متمماً للدفتر المذكور . ويحتفظ التاجر بصور من المراسلات والبرقيات التي يصدرها وبأصول ما يرد إليه منها ، ويقوم هذا مقام دفتر المراسلات .

فالقانون التجاري إذن ألزم التجار اتخاذ دفاتر منتظمة يسجلون فيها ما لهم من الحقوق وما عليهم من الديون ، ويقيدون جميع ما يرتبط بأعمالهم التجارية . وقد جعل لعدم انتظام هذه الدفاتر جزاءين : جزاء مدنياً هو سلب هذه الدفاتر من كثير من قوتها في الإثبات، وجزاء جنائياً إذا أفلس التاجر ودفاتره غير منتظمة [1] .

١٣٩ - تقديم دفاتر التجار والاطلاع عليها : ولما كان من أهم أغراض دفاتر التجار هو أن تكون أدلة للإثبات ، فقد نص التقنين التجاري على وسيلتين لتحقيق هذا الغرض : أولاهما تقديم هذه الدفاتر (représentation) والأخرى الاطلاع عليها (communication) [2].

أما التقديم ، فقد نصت عليه المادة ٢٨ من القانون التجاري الجديد (المقابلة للمادة ١٨ من قانون التجارة القديم) ، يجوز للمحكمة بناء على طلب الخصم أو من تلقاء ذاتها أن تأمر التاجر بتقديم دفاتره إليها لاستخلاص ما يتعلق بالنزاع المعروض عليها، وللمحكمة أن تطلع على الدفاتر بنفسها أو بواسطة خبير يكلف لذلك .

وهذه الوسيلة جائزة في جميع المنازعات التجارية والمدنية ، سواء كان الخصم الآخر تاجر أو غير تاجر لإطلاق النص .

---

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٦٤٦ ص ٦٧٧ .

(٢) ويشمل ذلك الدفاتر الإلزامية والدفاتر الاختيارية .

وللمحكمة أن تلجأ إليها من تلقاء نفسها دون طلب من الخصوم . والغرض منها محدود: هو أن تطلع المحكمة — دون الخصوم — على دفاتر التاجر ، لا في جميع أجزائها، بل في الجزء الذي وردت فيه البيانات المتعلقة بالخصومة . وقد تطلع المحكمة على هذا الجزء بنفسها ، أو بواسطة خبير تندبه لذلك وهو الغالب . ويقع اطلاع المحكمة أو الخبير على الدفتر بحضور التاجر صاحبه وتحت رقابته . ويجوز للمحكمة ، إذا كانت الدفاتر التي أمرت بتقديمها في مكان بعيد ، أن تطلب من أقرب محكمة القيام بهذه المهمة (Commission rogatoire) فتقوم بها وتحرر تقريراً بذلك ترسله إلى المحكمة الأولى [1] .

وأما الاطلاع فقد نصت عليه المادة ٢/٢٨ من قانون التجارة الجديد (المقابلة للمادة ١٦ من قانون التجارة القديم) على أنه " لا يجوز للمحكمة أن تأمر التاجر باطلاع خصمه على دفاتره إلا في المنازعات المتعلقة بالتركات ومواد الأموال المشاعة والشركات " .

والاطلاع أوسع مدى من التقديم ، وأشد خطراً . إذ هو يتم بتقديم الدفاتر إلى الخصم أو إلى قلم الكتاب لتقديمها إلى الخصم ، فيستطيع هذا أن يطلع على جميع محتوياتها بما قد تشتمل عليه من أسرار . ولكنه أضيق نطاقاً : فإنه إذا جاز للمحكمة أن تأمر بالاطلاع من تلقاء نفسها دون طلب من الخصم وهذه هي الحال في التقديم ، فإنها لا تأمر بذلك إلا في بعض المنازعات المدنية . وانتقد فقهاء القانون التجاري ما جاء في قانون التجارة السابق من إطلاق حرية المحكمة في الأمر بالاطلاع في جميع المنازعات التجارية ، لأن في اطلاع إفشاء لسر التاجر ، وكان الواجب في نظرهم أن يلتزم المشرع المصري نص المادة ١٤ من التقنين التجاري الفرنسي وهي لا تجيز الاطلاع إلا في مواد التركات والذمم المشتركة الناشئة عن الزواج بمقتضى نظام اختلاط الأموال وقسمة الشركات والإفلاس [2] . وقد أخذ قانون التجارة الجديد بهذا النص الصريح ، وإجازة الأمر بالاطلاع : في بعض المنازعات المدنية ، وهذه هي : (١) مواد الأموال المشاعة. والنص الفرنسي لهذه العبارة هو : (communauté) أي نظام اختلاط الأموال ، وليس الشيوع (indivision) . فإذا تزوج التاجر على مقتضى نظام اختلاط الأموال (régime de communauté) ، ودخل متجره في الذمة المشتركة ، ثم انحلت رابطة الزوجية ووجبت تصفية هذه الذمة ، جاز للمحكمة أن تأمر باطلاع الخصم — الزوجة أو ورثتها أو الزوج أو ورثته — على الدفاتر التجارية ليقرر نصيبه من الذمة المشتركة [3] . (٢) مواد التركات . فإذا توفى التاجر وقام نزاع بين ورثته

---

(١) أنظر في هذه المسألة : استئناف مختلط ٩ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٢٦ .

(٢) أنظر الأستاذ محسن شفيق في القانون التجاري المصري ، الإسكندرية ١٩٤٩ ص ٩٠٠ — ص ٩٠١ .

(٣) ويرى بعض فقهاء القانون التجاري تعميم النص ليشمل جميع الأموال الشائعة (الأستاذ علي الزيني في القانون التجاري ١ فقرة ١٥٧ ص ١٧٧) .

على تقسيم التركة، جاز للمحكمة إلزام الورثة الذين يحوزون دفاتر مورثهم التجارية باطلاع بقية الورثة عليها ، حتى يستطيع كل منهم أن يقدر نصيبه من التركة . وهذا الحق مقصور على الورثة والموصى لهم بحصة من التركة ، دون الموصى له بعين معينة أو الأجنبي . (٣) قسمة الشركات . فإذا انحلت الشركة ، جاز للمحكمة أن تأمر باطلاع كل شريك على الدفاتر التجارية للشركة لتبين مقدار نصيبه . وهذا الحق مقصور على الشركاء ، فلا يشمل دائني الشركة . وقد نصت المادة ٥١٩ من التقنين المدني الجديد ، بالنسبة إلى الشركات المدنية ، على أن " الشركاء غير المديرين ممنوعون من الإدارة ، ولكن يجوز لهم أن يطلعوا بأنفسهم على دفاتر الشركة ومستنداتها ، وكل اتفاق على غير ذلك باطل" . ويسرى هذا النص على الشركاء المتضامنين والشركاء الموصين في شركات التوصية البسيطة والشركاء عموماً في شركات المحاصة ، أما الشركاء المساهمون سواء في شركات المساهمة أو شركات التوصية بالأسهم فلا يجوز لهم طلب الاطلاع على دفاتر الشركة لكثرة عددهم ولتفادى تعطيل أعمال الشركة أو ذيوع أسرارها ، ومع ذلك يجوز للمحكمة استثناء أن تأمر باطلاع الشريك المساهم على دفاتر الشركة متى كانت له مصلحة جدية في هذا الاطلاع [1] . ونصت المادة ٦٩١ من التقنين المدني الجديد على أنه " ١ — إذا نص العقد على أن يكون للعامل فوق الأجر المتفق عليه أو بدلا منه حق في جزء من أرباح رب العمل، أو في نسبة مئوية من جملة الإيراد أو من مقدار الإنتاج أو من قيمة ما يتحقق من وفر أو ما شاكل ذلك ، وجب على رب العمل أن يقدم إلى العامل بعد كل جرد بياناً بما يستحقه من ذلك . ٢ — ويجب على رب العمل فوق هذا أن يقدم إلى العامل ، أو إلى شخص موثوق به يعينه ذوو الشأن أو يعينه القاضي ، المعلومات الضرورية للتحقق من صحة هذا البيان ، وأن يأذن له في ذلك بالاطلاع على دفاتره " . ومن ذلك نرى أن حق اطلاع الشركاء على دفاتر الشركة ثابت لهم في أحوال ثلاثة : إذا انحلت الشركة ، أو وهي قائمة للشركاء غير المديرين ، أو عند اشتراط أن يكون للعامل جزء من الأرباح أو الإيراد أو مقدار الإنتاج أو نحـــو ذلك . ٤ — حالة الإفلاس : تنص المادة ٣/٢٨ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أنه " تسلم الدفاتر في حالة الإفلاس أو الصلح الواقي منه للمحكمة أو لأمين التفليسة أو لمراقب الصلح . فلأمين التفليسة الإطلاع على دفاتر المفلس حتى يتمكن من تأدية مهمته ، وهذا يمكن إضافة حالة خامسة ، إذ يجوز لمصلحة الضرائب الاطلاع على دفاتر الممولين لتقدير الضريبة على الدخل (المادة ٧٣ من قانون ضرائب الدخل رقم ١٥٧

---

(١) الأستاذ محسن شفيق في القانون التجاري المصري ١ ص ٣٠٣ .

لسنة ١٩٨١ المعدل بالقانون رقم ١٨٧ لسنة ١٩٩٣) [١] . وإذا أمرت المحكمة بتقديم الدفاتر أو بالاطلاع عليها ، وامتنع الخصم من تنفيذ أمر المحكمة . فإن المـــادة (٢٤ من قانون الإثبات) تجيز للمحكمة أن تعتبر صورة المحرر التي قدمها الخصم صحيحة مطابقة للأصل فإن لم يكن خصمه قد قدم صورة من المحرر جاز الأخذ بقوله فيما يتعلق بشكله وموضوعه ، وكذلك يجوز للمحكمة أن تجبر الخصم على التنفيذ بطريق التهديد المالي (astreintes) [٢] .

المطلب الثاني

قوة الدفاتر التجارية في الإثبات

١٤٠ – حجية الدفاتر التجارية : لدفاتر التجار حجية في الإثبات حددها القانون . وتتلخص هذه الحجية في مسألتين : (١) دفتر التاجر حجة عليه . (٢) وقد يكون حجه له .

١٤١ – دفتر التاجر حجة عليه : رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ١٧ من قانون الإثبات (تقابلها المادة ٢/٣٩٧ من التقنين المدني الملغاة) تقضي بأن " تكون دفاتر التجار حجة على هؤلاء التجار ، ولكن إذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلاً لنفسه أن يجزئ ما ورد فيها ويستبعد منه ما كان مناقضاً لدعواه " .

فالقاعدة الجوهرية في هذه المسألة إذن أن دفتر التاجر حجة عليه . ذلك أن هذا الدفتر هو بمثابة إقرار منه مكتوب . والتاجر إما أن يكون قد كتبه بخطه أو بإملائه ، أو في القليل كتب الدفتر بإشرافه وتحت رقابته ، فهو صادر منه على كل حال . ومن ثم يكون هذا الدفتر حجة عليه ، سواء كان خصمه تاجراً أو غير تاجر ، وسواء كان النزاع تجارياً أو

---

(١) أنظر في كل هذا : استئناف مختلط ٣١ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١١١ – ٢ يونية سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٨٥ – ٦ يونية سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٨٧ – ٣٠ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٥٢ – أول مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٦٧ . هذا والمحكمة غير ملزمة بإجابة الخصم إذا طلب الأمر بالاطلاع على دفاتر خصمه أو بتقديمها إذا رأت أن هناك من الأدلة ما يغني عن هذه الدفاتر (الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٥٥ ص ١٨٠ – قارن الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٩٥ . وأنظر حكم محكمة النقض الدائرة المدنية في ١١ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٢٩ ص ١٨٣).

(٢) الأستاذ محسن شفيق في القانون التجاري المصري ١ ص ٨٩٧ – الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٥٥ ص ١٨٠ .

مدنياً . مثل أن يكون خصمه تاجراً في نزاع تجاري أن يرد في دفتر يومية التاجر أو في دفتر المراسلات بيان بأن تاجر جملة ورد له مقداراً معيناً من البضاعة بسعر معين ، فهذا البيان حجة على التاجر صاحب الدفتر لمصلحة تاجر الجملة ، وسنرى أن دفتر تاجر الجملة في مثل هذا النزاع قد يضاهي هو أيضاً على دفتر التاجر الأول . ومثل أن يكون الخصم تاجراً في نزاع مدني أن يرد في دفتر اليومية مثلاً بيان عن صفقة عقدها التاجر مع تاجر مثله وقبل فيها شراء عقار بثمن معين ، فهذا البيان يكون حجة على التاجر المشترى لمصلحة التاجر البائع ، والنزاع هنا مدني لأنه يتعلق بشراء عقار في غير عمل تجاري . ومثل أن يكون الخصم غير تاجر أن يرد في دفتر يومية التاجر مثلا بيان بتوريد سلعة بثمن معين إلى عميل له غير تاجر ، فهذا البيان حجة على التاجر ، وليس حجة على العميل إلا إذا توافرت شروط معينة سيأتي ذكرها فيما يلي .

على أننا إذ نقرر أن دفتر التاجر حجة عليه على النحو الذي قدمناه ينبغي ألا نغفل أن في هذا خروجاً على القواعد العامة في الإثبات من ناحيتين : (١) أن دفتر التاجر ورقة عرفية غير موقعة من التاجر ، بل يغلب ألا تكون مكتوبة بخطه ، وقد يقع فيه من الأخطاء ما لا قبل التاجر بملافاته . (٢) أن هذا الدفتر هو في حوزة التاجر ، ويلزمه القانون كما رأينا أن يقدمه ليستخلص منه دليل ضده ، فهو إذن يجبر على أن يقدم دليلاً على نفسه . من أجل هذا روعي في هذا الدليل أمران :

(الأمر الأول) أن جوازي للقاضي ، فله أن يأخذ به وله أن يطرحه . والمادة ٢٨ من التقنين التجاري الجديد ، وسيرد ذكرها ، صريحة في معنى الجواز [١] . والقاضي يأخذ بهذا الدليل إذا وقع في نفسه أنه ارتفع عن الشبهات ، كأن تكون الدفاتر منتظمة ، وأن يكون الدفتر الذي ورد فيه الدليل من الدفاتر الإلزامية التي تمكن مضاهاتها بنظائرها عند التاجر الآخر، وأن يلمس القاضي العناية والدقة في إمساك الدفتر ، بل قد يكون البيان مكتوباً بخط التاجر نفسه . على أنه يجب ألا يُفهم من ذلك أن الدفتر إذا كان اختيازياً [٢] ولم يكن مكتوباً بخط التاجر لا يستخلص القاضي منه دليلا ضده ، فإن هذا جائز ، وتقدير الأمر مرده إلى القاضي نفسه ومبلغ اقتناعه بقوة الدليل . بل إن الدفاتر قد لا تكون منتظمة .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الاستدلال على التاجر بدفاتره ليس حقاً مقرراً لخصم التاجر واجباً على المحكمة إنالته إياه متى طلبه ، بل إن الشأن فيه — بحسب نص المادة ١٧ من القانون التجاري (القديم) — أنه أمر جوازي للمحكمة ، إن شاءت إجابته إليه ، وإن شاءت أطرحته . وكل أمر يجعل القانون فيه للقاضي خيار الأخذ والترك فلا حرج عليه إن مال لجانب دون الآخر من جانبي الخيار ، ولا يمكن الادعاء في هذا بمخالفته للقانون (نقض مدني ١٦ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٦٤ ص ٧٧٦) .

(٢) وقد سبق أن ذكرنا ما هي الدفاتر التجارية الاختيارية ، ومن أهمها دفتر الأستاذ ودفتر المشتريات والمبيعات ودفتر الخزانة ودفتر الأوراق التجارية .

وتنص المادة ١٧ من قانون الإثبات على أنه " دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار . غير أن البيانات المثبتة فيها عما ورده التجار تصلح أساساً . يجيز للقاضي أن يوجه اليمين المتممة إلى أي من الطرفين وذلك فيما يجوز إثباته بالبينة .

وتكون دفاتر التجار حجة على هؤلاء التجار ، ولكن إذا كانت الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلاً لنفسه أن يجزأ ما ورد فيها ويستبعد منها ما كان مناقضاً لدعواه . ويستخلص من هذا النص أن حجية الدفاتر التجارية موكولة لتقدير القاضي، فمتى كانت الدفاتر منتظمة استند إليها القاضي في توجيه اليمن، باعتبار أن ما ورد بها يعد مبدأ ثبوت بالكتابة ، فإن لم تكن كذلك امتنع على القاضي قبولها بهذا الوصف ، إلا أن تستخلص منها مقومات القرينة . وفي هذه الحالة الأخيرة تسرى الأحكام المتعلقة بالقرائن. من حيث وجوب استكمالها بأدلة أخرى ، ومن حيث قبول الإثبات بمقتضاها .

وتعتبر دفاتر التاجر حجة عليه ، سواء كانت منتظمة أو غير منتظمة لأنها بمثابة إقرار صادر منه ، ويتفرع على ذلك وجوب تطبيق القواعد المتعلقة بالإقرارات في هذا الشأن ، ولا سيما قاعدة امتناع تجزئة الإقرار ، متى كانت دفاتر التاجر منتظمة ، أما إذا كانت هذه الدفاتر غير منتظمة فللقاضي أن يقدر مضمونها .

وكل ما يترتب على عدم انتظام الدفتر قانوناً هو أن القاضي يستطيع أن يجزأ الدليل. فإذا كان قد ورد في دفتر غير منتظم أن التاجر استورد بضاعة معينة وقد دفع ثمنها ، فهذا البيان دليل ضده على أنه استورد البضاعة ، ولكن يجوز لمن ورد البضاعة أن يستبعد من هذا الدليل ما يتعلق بدفع الثمن ، فيكون بذلك قد أثبت من الدفتر نفسه أن البضاعة وردت ، وعلى التاجر صاحب الدفتر أن يثبت أن الثمن قد دفع . أما لو كان الدفتر منتظماً ، فقد قضت المادة ١٧ من قانون الإثبات على ما سلف بيانه بأنه لا يجوز لمن يريد أن يستخلص منه دليلا لنفسه أن يجزأ ما ورد فيه ويستبعد ما كان مناقضاً لدعواه . ففي المثال المتقدم ، في حالة انتظام الدفتر ، يجب على من ورد البضاعة أن يأخذ البيان الوارد في الدفتر كاملاً . فيكون هذا البيان دليلاً على توريد البضاعة وعلى دفع الثمن في وقت واحد . فإن أنكر مورد البضاعة أنه قبض الثمن ، فعليه هو — لا على التاجر صاحب الدفتر المنتظم — أن يثبت ذلك [1] .

---

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨٣ فقرة ٣ — ويجوز كذلك لمورد البضاعة أن يطرح البيان الوارد في الدفتر بشقيه ، ويتولى إثبات أنه ورد البضاعة بدليل من عنده . وحينئذ يكون على التاجر صاحب الدفتر إثبات أنه دفع الثمن .

هذا ويختلف قانون البينات السوري في حكمه في هذه المسألة . فقد رأينا أن المادة ١٥ من هذا القانون تقضي بأن دفاتر التجار الإجبارية تكون حجة على صاحبها ، سواء أكانت منتظمة أم لم تكن ، ولكن لا =

(والأمر الثاني) أن القاضي إذا رأى أن يأخذ بالدليل المستخلص من الدفتر ، فإن لصاحب الدفتر ، ولو كان دفتره منتظماً ، أن يثبت عكس ما ورد فيه ، وذلك بجميع الطرق حتى بالبينة أو بالقرائن . ولا يعترض على هذا الحكم بأنه لا يجوز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة ، فإن الوارد بالدفتر ليس دليلاً كاملاً لأنه ورقة عرفية غير موقعة كما قدمنا ، وإنما هو قرينة قابلة لإثبات العكس ، هذا إلى أنه إذا كان النزاع تجارياً فإن جميع طرق الإثبات جائزة فيه [1] .

١٤٢ – قد يكون دفتر التاجر حجة له : الأصل أن الشخص لا يجوز له أن يصطنع دليلا لنفسه ، حتى لو كان تاجراً ، وحتى لو كانت دفاتره منتظمة . فكل ما ورد في دفتر التاجر ، كقاعدة عامة ، لا يصلح أن يكون دليلاً له لأنه صادر منه . بل هو لا يكون مبدأ ثبوت بالكتابة لأنه غير صادر من خصمه . وإنما يكون دليلاً ضده هو على النحو الذي قدمناه . ومع ذلك فقد أباح القانون أن يكون دفتر التاجر حجة له استثناء في حالتين اثنتين :

(الحالة الأولى) في الدعاوى التجارية ما بين تاجر وتاجر [2] . وقد رأينا أن في هذه الدعاوى يكون دفتر التاجر حجة عليه ، لا فيها فحسب بل وفي الدعاوى التجارية ما بين تاجر وغير تاجر وفي الدعاوى المدنية إطلاقاً . فإذا وقفنا من هذه الأنواع الثلاثة عند الدعاوى التجارية ما بين تاجر وتاجر ، وقررنا أن دفتر التاجر يكون حجة عليه ، وجب أن نستكمل الحكم فنقرر أن دفتر التاجر – في الدعاوى التجارية ما بين تاجر وتاجر – كما يكون حجة عليه قد يكون حجة له . وتنص المادة ٢٨ من القانون التجاري في هذا الصدد ما يأتي : "يجوز للمحكمة بناء على طلب الخصم أو من تلقاء ذاتها أن تأمر التاجر بتقديم دفاتره إليها لاستخلاص ما يتعلق بالنزاع المعروض عليها . وللمحكمة أن تطلع على الدفاتر بنفسها أو بواسطة خبير تعينه لذلك " . ففي المثل الذي قدمناه إذا ورد في دفتر يومية التاجر

= يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلاً لنفسه أن يجزأ ما ورد فيها ويستبعد ما كان مناقضاً لدعواه (أنظر أيضاً في هذا المعنى المادة ١٧٠ من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني) . ويفهم من ذلك أن حكم عدم جواز تجزئة البيان الوارد في الدفتر يشمل الحالتين ، حالة انتظام الدفتر وحالة عدم انتظامه . أما في التقنين المصري ، فقد رأينا أن عدم جواز التجزئة لا يكون إلا في حالة انتظام الدفتر .

(١) أوبري ورو ١٢ ص ٢٦٢ .

(٢) استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٥٨ – ١٧ يونيه سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٤٠ – فإذا كان النزاع واقعاً بين تاجرين ولكنه متعلق بعمل مدني ، كشراء التاجر أثاثاً لمنزله الخاص ، فلا يجوز اعتبار دفاتر أي من التاجرين حجة له (أوبري ورو ١٢ ص ٢٦٠ هامش رقم ٩ – الأستاذ محسن شفيق في القانون التجاري المصري ١ ص ٩١١) .

أو في دفتر المراسلات مثلاً بيان بأن تاجر جملة ورد له مقادراً معيناً من البضاعة بسعر معين ، فهذا البيان كما قدمنا حجة على التاجر صاحب الدفتر لو كان هو الذي ينكر وقوع الصفقة أو لا يسلم بكمية البضاعة أو بمقدار الثمن . وقد يكون هذا البيان نفسه حجة له على تاجر الجملة لو أن هذا التاجر الأخير هو الذي ينكر شيئاً من ذلك . والأخذ بهذا الدليل على هذا النحو متروك لتقدير القاضي ، فإن النص لا يوجب الأخذ به بل يقول : " لاستخلاص ما يتعلق بالنزاع المعروض عليها " .

ومما ييسر على القاضي الأخذ بهذا الدليل حجة للتاجر أن الدعوى تجارية ما بين تاجر وتاجر ، فعند تاجر الجملة هو أيضاً دفاتر تجارية ورد فيها البيان الوارد في دفاتر التاجر الأول. فما على القاضي إلا أن يضاهي ما بين الدفاتر . فإن تطابقت اطمأن إلى هذا التطابق في الأخذ بالدليل . وإن لم تتطابق ، فإن كانت دفاتر أحد التاجرين منتظمة رجح أن يأخذ القاضي بها . ومع ذلك قد يأخذ بالدفاتر غير المنتظمة في هذا البيان بالذات ، ويرجحها على الدفاتر المنتظمة . وإن كانت دفاتر كل من التاجرين منتظمة أو غير منتظمة ، كان القاضي حراً في أن يأخذ بدفاتر هذا أو بدفاتر ذاك ، وقد لا يأخذ بهذه ولا بتلك ، ويلتمس الدليل من طريـــق آخر [1] .

ويلاحظ فيما قدمناه أمران : (١) أن القاضي قد يأخذ بدفتر غير منتظم لتاجر حجة له . وقد قدمنا أن هذا الشرط لم يراع عند ما أخذ القاضي بالدفتر غير المنتظم حجة على التاجر ، فلا يراعى هنا أيضاً عند أخذه بالدفتر غير المنتظم حجة للتاجر متى رأى أن البيان يبعث على الاطمئنان ولا يشعر بأي افتعال ، فإن كل هذه البيانات ليست إلا قرائن بسيطة لا تقيد القاضي في الأخذ بها . (٢) ولما كانت البيانات قرائن بسيطة ، فإنه يجوز دائماً ، عند أخذ بيان في دفتر تاجر حجة له ، أن يثبت خصمه عكس هذا البيان بجميع الطرق ، حتى بالبينة والقرائن لما قدمناه من الاعتبارات .

(الحالة الثانية) في دعوى التاجر على غير التاجر بالنسبة إلى البيانات الواردة في دفتر التاجر عما ورده لغير التاجر . وقد رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ١٧ إثبات تقول في هذا الصدد ما يأتي : " دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار ، غير أن البيانات المثبتة فيها

---

(١) قارن أوبري ورو ١٢ ص ٢٦١ . هذا وقد أورد قانون البينات السوري نصاً في هذه المسألة يقرر هذا الحكم فيما يتعلق بالدفاتر المنتظمة لكل من التاجرين . فنصت المادة ١٦ من هذا القانون — كما رأينا — على ما يأتي: " إذا تباينت القيود بين دفاتر منتظمة لتاجرين ، جاز للقاضي أن يقرر إما تكافؤ البينتين المتعارضتين وإما الأخذ بإحداهما دون الأخرى على ما يظهر له من ظروف القضية " (أنظر أيضاً في هذا المعنى المادة ١٧١ من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني ، وقد تقدم ذكرها) .

عما ورده التجار تصلح أساساً يجيز للقاضي أن يوجه اليمين المتممة إلى أي من الطرفين وذلك فيما يجوز إثباته بالبينة " .

فالأصل إذن ألا يكون دفتر التاجر حجة له ، لا على التاجر ، ولا على غير التاجر من باب أولى [1] . على أنه كما جاز استثناء أن يكون دفتر التاجر حجة له على التاجر فيما قدمناه، يجوز كذلك استثناء أن يكون دفتر التاجر حجة له على غير التاجر ولكن بشروط أشد ، إذ يجب توافر الشروط الآتية : (١) أن يكون محل الالتزام سلعة وردها التاجر لعميله غير التاجر ، كالخباز يورد الخبز " والبقال " يورد " خزين " المترل [2] . (٢) أن يكون الالتزام مما يجوز إثباته بالبينة بالنسبة إلى العميل غير التاجر ، أي لا تجاوز قيمته خمسمائة جنيه. وهذا الشرط أضافته لجنة المراجعة ، فقد كان المشروع التمهيدي لا يشتمل عليه محتذياً في ذلك التقنين الفرنسي (م ١٣٢٩) . وقانون البينات السوري (م ١٤) لا يشتمل هو أيضاً على هذا الشرط . (٣) أن يكمل الدليل باليمين المتممة يوجهها القاضي إلى التاجر الذي يحتج بدفتره ، فلا تجوز التكملة هنا بالبينة أو بالقرائن [3] .

فإذا توافرت هذه الشروط ، فإنه يبقى بعد ذلك أمران : (١) أن الأخذ بهذا الدليل جوازي للقاضي ، فله أن يأخذ به أو لا يأخذ ، كما هي الحال في سائر الأدلة التي تستخلص من دفاتر التجار [1] . وهو لا يأخذ به غالباً إذا كان الدفتر غير منتظم . (٢) أن

---

(١) وهذا الأصل لا يتعلق بالنظام العام ، فيستطيع غير التاجر أن يقبل صراحة أو ضمناً (بعدم الاعتراض) الاحتجاج عليه بدفاتر التاجر (الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة ص ١٧٨) .

(٢) فلا يجوز أن يكون دفتر التاجر حجة له على غير التاجر في سداد قرض أو تنفيذ التزام غير توريد السلع (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٩٠ ص ٩٣٦) . كذلك لا يحتج بدفاتر التا. ر على مصلحة الضرائب، وللمحكمة ألا تتخذ دفاتر الممول أساساً لتقدير الضريبة عليه إذا لم تطمئن إلى صحة البيانات الواردة فيها بناء على أسباب سائغة ذكرتها (نقض مدني ٣٠ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٨٧ ص ١٨١ — ١٦ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٣ ص ٦٨٤ .

(٣) أوبري ورو ١٢ ص ٢٥٨ هامش رقم ٤ — هذا ويذهب الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة (ص ١٧٧ — ص ١٧٨) إلى أن القاضي ، وهو في نصاب البينة ، يستطيع أن يتخذ دفتر التاجر دليلاً كاملاً باعتباره قرينة كافية لا تحتاج إلى يمين متممة . ونرى — أمام صراحة النص — أن القاضي إذا أخذ بدفتر التاجر لابد أن يوجه إليه اليمين المتممة ، وإلا اطرح الدفتر وأخذ بالبينة أو بقرائن أخرى .

(1) أ — دفتر التاجر حجة عليه والأخذ بهذا الدليل جوازي للقاضي وليس حقاً مقرراً لخصم التاجر واجب على المحكمة إنالته إياه متى طلبه بل الشأن فيه أنه أمر جوازي إن شاءت إجابته أو طرحته .
(جلسة ١٩٨٣/١٢/٢٢ الطعن رقم ١٩٥ لسنة ٥٠ ق السنة ٣٤ ص ١٨٩٣) .
ب — إذا كانت دفاتر التاجر منتظمة فإنه لا يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلاً لنفسه أن يجزئ ما ورد فيها وأن يستبعد ما كان منها مناقضاً لدعواه .
(جلسة ١٩٧٦/٥/١٧ الطعن ٣٤٦ لسنة ٤٩ ق السنة ٢٧ ص ١١١٨) . =

للقاضي أن يسمح لغير التاجر بنقض الدليل المستخلص ضده من دفتر التاجر [1] ، ويكفي في هذا النقض البينة والقرائن . بل إن للقاضي أن يستنبط من القرائن في نقض هذا الدليل ما يكتفي معه بتوجيه اليمين المتممة إلى غير التاجر لا إلى التاجر ، لتفنيد الدليل لا لتأييده [1] .

ويلاحظ أن هذا الحكم وحده — دون سائر الأحكام التي قدمناها — هو الذي استحدثه التقنين المدني الجديد ، ثم قانون الإثبات ، نقلاً عن التقنين المدني الفرنسي [2] .

المبحث الثالث

الدفاتر والأوراق المترلية

١٤٣ — النصوص القانونية : تنص المادة ١٨ من قانون الإثبات (تقابلها المادة ٣٩٨ من التقنين المدني الملغاة) على ما يأتي :

= (جلسة ١٩٩٢/٩/٢٨ الطعن رقم ٣٨٥ لسنة ٥٦ ق) .

ج — اطراح دفاتر الممول لا يمنع من الاسترشاد بها كعنصر من العناصر التي يتؤدي إلى الوصول إلى تقدير أرباحه .

(جلسة ١٩٥٩/٣/٢٦ مجموعة المكتب الفني السنة ١٠ ص ٢٥٩) .

(1) يجوز نفي ما يثبت بالدفاتر التجارية لمصلحة المتمسك بها ضد خصمه بكافة طرق الإثبات .

(جلسة ١٩٥٦/١/٥ س ٧ ص ٥٢) .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨٣ فقرة ٢ .

(٢) فقد كانت حجية دفاتر التجار في ظل التقنين السابق على مقتضى الأحكام التي فصلناها ، إلا هذا الحكم : استئناف أهلي ٤٢ نوفمبر سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ٧٧ — محكمة استئناف مصر ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ٣٧ رقم ١٠ ص ٢١ — استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٧٤ — ١٤ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٤١٤ — ١١ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٨٣ — ٢٠ أبريل سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٢٨ — ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٧٥ — ٥ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣١٨ — ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ٤٢ — ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ٥٩ — ١٣ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٧٨ — ٩ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤١٤ — ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٠ — ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٥٤ — ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص/٦٦ — ١٣ فبراير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٦٢ — ١٣ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٩٦ — ١٤ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٧٤ — ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٥٧ .

ومن ثم تكون العبرة في سريان هذا الحكم الجديد بتاريخ ورود البيان في الدفتر . فإن كان تاريخه قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ سرت أحكام التقنين السابق ولا يكون البيان حجة للتاجر ، وإلا سرت أحكام التقنين الجديد وكان البيان حجة للتاجر بالشروط التي بسطناها .

" لا تكون الدفاتر والأوراق المنزلية حجة على من صدرت منه إلا في الحالتين الآتيتين " :

" أ - إذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى ديناً "

" ب - إذا ذكر صراحة أنه قصد بما دونه في هذه الأوراق أن تقوم مقام السند لمن أثبت حقاً لمصلحته " [1] . ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البينات السوري المادة ١٨ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٥٩ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المادة ١٦٩، وفي التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة المادة ٣٨٥ [2] . ويقابل في التقنين المدني الفرنسي المادة ١٣٣١ [3] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٣٣ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " ١ - لا تكون الدفاتر والأوراق المنزلية حجة لمن صدرت منه . ٢ - ولكنها تكون حجة عليه : (أ) إذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى ديناً (ب) إذا ذكر صراحة أنه قصد بما دونه في هذه الأوراق أن تقوم مقام السند لمن أثبتت الأوراق حقاً لمصلحته " . وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة الأولى لأنها مجرد تقرير للقواعد العامة ، وعدل النص على الوجه الذي استقر في التقنين الجديد تحت رقم المادة ٤١١ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٣٩٨ ، ثم مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨٥ - ص ٣٨٧) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السوري م ١٨ : " ١ - لا تكون الدفاتر والأوراق المنزلية حجة لمن صدرت عنه . ٢ - ولكنها تكون حجة عليه : (أ) إذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى ديناً (ب) إذا ذكر صراحة أنه قصد بما دونه في هذه الأوراق أن تقوم مقام السند لمن أثبتت الأوراق حقاً لمصلحته " . (وهذا النص يطابق نص المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري السابق ذكره) .

التقنين المدني العراقي م ٤٥٩ : يطابق نص التقنين المدني المصري .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ١٦٩ : "إن السجلات والأوراق العينية تصلح حجة على منشئها وعلى حلفائه العموميين : ١ - عندما تفيد حصول إيفاء ما . ٢ - عندما تثبت دينا للغير " .

التقنين المدني الليبي م ٣٨٥ : يطابق نص التقنين المدني المصري .

ويتبين من النصوص المتقدمة أنه لا يوجد خلاف في هذه المسألة بين أحكام التقنين المدني المصري وأحكام التقنينات المدنية العربية الأخرى .

(٣) التقنين المدني الفرنسي م ١٣٣١ : " لا تكون الدفاتر والأوراق المنزلية حجة لمن كتبها . ولكنها تكون حجة عليه : (١) في جميع الأحوال التي تذكر فيها صراحة استيفاء دين . (٢) إذا ذكرت صراحة أنه قصد بما دون فيها أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقاً لمصلحته " .

وهذا هو النص في أصله الفرنسي :

Art. 1331 : Les registres et papiers domestiques ne font point un titre pour celui qui les a écrits. Ils font foi contre lui : 1° dans tous les cas où ils énoncent formellement un paiement reçu; 2° lorsqu'ils contiennent la mention expresse que la note a été faite pour suppléer le défaut du titre en faveur de celui au profit duquel ils énoncent une obligation.

ويتبين من هذه النصوص أن الدفاتر والأوراق المنزلية لا تكون بوجه عام حجة لصاحبها. ولكنها قد تكون حجة عليه . فعندنا مسائل ثلاث : (١) ما هي الدفاتر والأوراق المنزلية (٢) الدفاتر والأوراق المنزلية لا تكون حجة لصاحبها (٣) الدفاتر والأوراق المنزلية قد تكون حجة على صاحبها .

١٤٤ – ما هي الدفاتر والأوراق المنزلية : الدفاتر والأوراق المنزلية تشمل ما ألف الناس تدوينه في مذكرات خاصة عن شئونهم المالية والمنزلية : ما قبضوه أو دفعوه من مال، وما أنفقوا على معيشتهم ، وما قاموا به من ضروب التعامل ، وما ارتبطوا به من التزامات ، وما لهم من حقوق عند غيرهم وما عليهم من ديون ، وما ينوون القيام به من أعمال ومشروعات .

وليس لهذه الدفاتر والأوراق المنزلية شكل خاص أو أغراض معينة أو أسماء معروفة كما رأينا ذلك في دفاتر التجار . ولا يلتزم أحد بتدوين هذه الدفاتر والأوراق أو بحفظها كما يلتزم التجار بإمساك الدفاتر التجارية على النحو الذي بيناه .

فتارة تكون الأوراق المنزلية دفاتر كاملة منظمة كدفاتر الحساب ، وهذه تبعث عادة على الاطمئنان عند تقدير قوتها في الإثبات . وطوراً تكون في صورة " أجندات " ويوميات. وأخرى تكون في صورة مذكرات بعضها يكتب في دفاتر وبعضها في أوراق منثورة . وهذه الدفاتر والأوراق قد تكون موقعة من صاحبها ، والغالب ألا تكون موقعة . والأصل أن صاحبها يكتبها بخطه ، ولكن قد يعهد في كتابتها إلى أمين سر خاص أو إلى كاتب في خدمته . وقد تكتب بالمداد أو بالرصاص أو بالآلة الكاتبة . والبارز في شأنها أنها دفاتر وأوراق خاصة كتبها صاحبها ، دون أن يتقيد بشكل معين ، محتفظاً بها للرجوع إليها عند الاقتضاء [1] .

١٤٥ – الدفاتر والأوراق المنزلية لا تكون حجة لصاحبها : والأصل أن أحداً لا يستطيع أن يصطنع دليلاً لنفسه . ومن ثم لا تكون هذه الدفاتر والأوراق المنزلية

---

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في شأن النص الذي نحن بصدده ما يأتي : " صاغ المشروع هذه المادة على مثال المادة ١٣٣١ من التقنين الفرنسي والمادة ١٣٣٠ من التقنين الإيطالي والمادة ٢٤٣٩ من التقنين البرتغالي والمادة ١٢٢٨ من التقنين الأسباني والمادة ٤٣٨ من التقنين المغربي والمادة ١٩١٨ من التقنين الهولندي والمادة ٢٨٧ من المشروع الفرنسي الإيطالي . وليس يقتصر نطاقها على الدفاتر، بل يتناول كذلك الأوراق المنزلية ، أي المحررات الخاصة المتعلقة بغير التجار ، كدفاتر الحساب والأجندات والمذكرات " . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨٥) .

حجة لصاحبها ، إذ هي صادرة منه [1] . بل هي لا تكون مبدأ ثبوت بالكتابة لمصلحته ، لأنها غير صادرة من خصمه . فإذا قدم الدائن دليلاً على حقه دفتراً منزلياً أثبت فيه هذا الحق، أو قدم المدين دليلاً على براءة ذمته من الدين ورقة منزلية أثبت فيها أنه وفى به ، فلا يجوز أن يؤخذ هذا دليلاً على وجود الحق ولا على براءة الذمة ، بل لا يجوز اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة كما قدمنا [1] . ويترتب على ذلك أن المدين إذا دفع بتقادم الدين ، فلا يجوز لدائنه أن يتمسك بانقطاع التقادم بحجة أنه أثبت في أوراقه المنزلية أن المدين كان يقوم بدفع أقساط الدين أو بدفع فوائده مما يعد اعترافاً بالدين قاطعاً للتقادم [2] .

على أنه قد يقع أن يكون ما دون في الأوراق المنزلية قرينة قضائية على صحة ادعاء الدائن ، كما لو كان طبيباً واعتاد أن يدون في مذكراته الخاصة على نحو منظم ما يقوم به من زيارات للمرضى ، ولو فيما يجاوز نصاب البينة لقيام المانع الأدبي . ولا تعدو القرينة هنا أن تكون قرينة قضائية يؤخذ بها أو لا يؤخذ، وهي على كل حال قابلة لإثبات العكس [3] .

---

(1) القاعدة أن الدفاتر والأوراق المنزلية لا تكون حجة لصاحبها إذ هي صادرة منه والأصل أن أحداً لا يستطيع أن يصطنع دليلاً لنفسه ومع ذلك فليس هناك ما يمنع القاضي من أن يستخلص من هذه الأوراق قرينة لصالح من صدرت منه تضاف إلى قرائن أخرى .
(جلسة ١٩٨٦/٢/٦ الطعن رقم ٢١٣٨ سنة ٥٢ ق السنة ٣٧ ص ٣٠٢) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " ولا يلزم آحاد الناس، عرفاً أو قانوناً ، بتدوين حساباتهم في دفاتر أو أوراق ، على نقيض ما تقدم بشأن التجار . وبديهي أن انتفاء هذا الإلزام لا يتيح بوجه من الوجوه اعتبار هذه الأوراق أو تلك الدفاتر طريقاً من طرق الإثبات. بل ولا يتيح الاستعانة بها بوصفها مبدأ ثبوت بالكتابة لصالح من حررها . ولذلك نصت الفقرة الأولى من المادة ٥٣٣ من المشروع (وقد رأينا أنها حذفت في المشروع النهائي لأنها مجرد ترديد للقواعد العامة) على أن الدفاتر والأوراق المنزلية لا تكون حجة لمن صدرت منه". (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨٥ — ص ٣٨٦).

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن من يدعى براءة الذمة فعليه إقامة دليلها . والإنسان لا يستطيع أن يتخذ من عمل نفسه دليلاً لنفسه يحتج به على الغير . فدفتر الناظر المثبت لحساب الوقف ومقدار ما يستحقه كل من المستحقين لا يعتبر دليلاً لورثته على المستحقين بقبضهم قيم استحقاقهم مادام لا توقيع لهم على هذا الدفتر يثبت هذا القبض (نقض مدني ٢٠ يونية سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٩٠ ص ٨٨٣) — أنظر أيضاً أوبري ورو ١٢ ص ٢٦٨ — ص ٢٦٩ .

(٣) الموجز للمؤلف فقرة ٦٤٩ — الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٥٨ ص ١٨٤ — محكمة مصر المختلطة ٢٣ نوفمبر سنة ١٩١٤ جازيت ٥ رقم ١٤ ص ٢٩ — كذلك قد يجد القاضي في البيانات التي تحتويها الدفاتر والأوراق المنزلية سبيلاً من سبيل الاستئناس المتعددة التي لا تقيد القاضي في شيء . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " ومع ذلك فليس ثمة ما يحول دون اعتداد القاضي بالدفاتر والأوراق التي تقدمت الإشارة إليها ، باعتبارها قرائن تضاف إلى وثائق أخرى أو عناصر أدلة سبق تقديمها ، وفقاً للقواعد العامة بشأن الإثبات بالقرائن . وقد عرضت الفقرة الثالثة من المادة ١٩١٨ من التقنين الهولندي لهذا الوضع بالتحديد ، فقضت بأن للقاضي فيما عدا ذلك من الأحوال أن يحكم بما =

. ثم إنه يجوز أن يقبل الخصم الاحتكام برضاه إلى ما دون في مذكرات خصمه وأوراقه المنزلية، فإذا كانت هذه المذكرات والأوراق قد دونت بقدر كاف من العناية والدقة جاز أن تكون دليلاً لصاحبها [1] .

وليس في كل ما قدمناه إلا تطبيق للقواعد العامة لا حاجة فيه إلى نص . ولم يشتمل التقنين القديم ولا التقنين الجديد ولا قانون الإثبات [2] على نص في ذلك . فالأحكام في هذه المسألة واحدة في ظل هذه القوانين .

١٤٦ – الدفاتر والأوراق المنزلية قد تكون حجة على صاحبها : أما ان تكون الدفاتر والأوراق المنزلية حجة على صاحبها ، فهذا جائز من ناحيتين : ناحية تطبيق القواعد العامة وناحية وجود نص خاص يقضي بذلك .

ولكن قد نتساءل – قبل الدخول في هذه التفصيلات – كيف يتأتى أن يبرز الشخص دفاتر وأوراقاً منزلية تكون حجة عليه ، وهو لا يجبر أن يقدم دليلاً على نفسه ؟ يحدث ذلك ، بحكم القانون ، في الحالات التي يجوز فيها للخصم إلزام خصمه بتقديم أية ورقة منتجة في الدعوى تكون تحت يده . ويتحقق هذا في حالة ما إذا كانت الأوراق المنزلية مشتركة بين الخصمين كما هو الأمر في التركات والشركات ، وفي حالة ما إذا كان الخصم قد استند عليها في أية مرحلة من مراحل الدعوى (م ٢٠ من قانون الإثبات) [1] . ويحدث

= يقضي به القانون. ولم ير وجه لإيراد نص مماثل ، لأنه لا يعدو أن يكون مجرد تطبيق للقواعد العامة " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨٦) .

(١) أوبري ورو ١٢ ص ٢٦٩ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٩٢ ص ٩٤١ – استئناف مختلط ٢٧ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٤١ . ويجوز كذلك أن تكون حجة لصاحبها في المسائل التجارية وفي كل ما يمكن إثباته بالقرائن القضائية إذا رأى فيها القاضي قرائن مقنعة (بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٣٧ ص ٣٢٣ – ص ٣٢٤) .

(٢) وقد قدمنا أن المشروع التمهيدي كان يشتمل على نص حذف في لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليه . وقد اشتمل التقنين الفرنسي (م ١٣٣١ الفقرة الأولى) على نص تقدم ذكره .

(1) مفاد المواد من ٢٠ إلى ٢٤ من قانون الإثبات أن اليمين التي يحلفها الخصم – والذي سبق أن أمرته المحكمة بتقديم محرر في حوزته بناء على طلب خصمه بأن " المحرر لا وجود له ولا يعلم بوجوده ولا مكانه ، وإنه لم يخفه ، ولم يمهل البحث عنه ليحرم خصمه من الاستدلال به " محلها وسائر الإجراءات المنصوص عليها في هذه المواد هو وجود المحرر في حوزة الخصم ، وعدم وجوده فهي بهذه المثابة تتعلق بالدليل على التصرف ، لا التصرف ذاته ومرجع الأمر فيها إلى تقدير المحكمة للدليل ، فلا يمنعها أداء الخصم لليمن أ، يحكم لصالح الخصم الآخر ؛ إذا ترجح لديها أنه المحق ، وليس من شأن حلف الخصم بعدم وجود المحرر أن تحجب المحكمة نفسها عن بحث الأدلة الأخرى على قيام هذا التصرف متى طالعتها بها أوراق الدعوى وتمسك بها الخصوم .

(جلسة ١٩٩٩/٦/٣٠ الطعن رقم ١٥٢٣ لسنة ٦٢ ق) .

ذلك أيضاً ، بحكم الواقع ، في محضر حصر التركة ، إذ يدون في المحضر عادة ما ورد من بيانات في دفاتر المورث وأوراقه المنزلية عمّا له من حقوق وما عليه من ديون وعن بعض التفصيلات التي تتعلق بتركته . وفي غير ذلك لا يجوز إلزام الشخص بتقديم دفاتره وأوراقه المنزلية أو الأمر بالاطلاع عليها ، كما جاز في دفاتر التجار على ما رأينا [1] .

فإذا تقدمت الأوراق المنزلية إلى القضاء عن طريق من الطرق المتقدمة ، فإن القواعد العامة تقضي بأن ما ورد فيها من البيانات قد يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة ضد صاحبها إن كانت قد كتبت بخطه . وقد يعتبرها القضاء دليلاً كاملاً إذا كانت تحمل توقيع صاحبها وكانت لا تدع مجالاً للتشـــكك في صحتها . فالأمر متروك لتقدير القضاء [2] ، إذ قد لا يطمئن القاضي إلى حجية ورقة منزلية لم تعد للإثبات وقد وقعها صاحبها على عجل أو عن خطأ أو قبل أن يتم الأمر الذي ورد البيان في شأنه [2] . وفي كل هذا لا فرق ما بين التقنين الجديد والقديم [3] .

ولكن التقنين المدني ثم قانون الإثبات استحدث — فوق ما تقدم ذكره — نصاً يقضي بأن الدفاتر والأوراق المنزلية تكون حجة على من صدرت منه في حالتين : (١) إذا ذكر

---

(١) أوبري ورو ١٢ ص ٢٧٢ — ص ٢٧٣ والهامش رقم ١٦ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٩٤ ص ٩٤٣ — وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يمكن إجبار ديوان الأوقاف على تقديم دفاتره لكي يثبت المستأجر بمقتضاها أنه قد دفع الأجرة (١١ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٤)، وكذلك الأمر بالنسبة إلى الدوائر الزراعية (٢٥ أبريل سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٣١٠) ، وبالنسبة إلى دفاتر ناظر الوقت فلا يجبر على تقديمها ليثبت المستأجر من الوقف أنه وفى بالأجرة (١١ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٨٣) . وقضت محكمة مصر الكلية الأهلية في دائرتها الاستئنافية بأن الأوراق الخصوصية أو المنزلية هي ملك لصاحبها ، فلا يجوز إجباره على تقديمها والحكم عليه بذلك . وتدخل في عداد الأوراق الخصوصية دفاتر كل مصلحة من المصالح العمومية منها إذا كانت متعلقة بحسابها الخاص من مصرف وإيراد والتي تسجل فيها أعماله الخصوصية بصفتها شخصاً أدبياً ، وكذلك ما يكون بينها وبين فروعها من المخابرات والرسائل (٢ ديسمبر سنة ١٨٩٩ المجموعة الرسمية ١ ص ١٥٩) .

(2) الأصل في الدفاتر غير التجارية وسائر الأوراق المنزلية أن صدورها بخط أو توقيع صاحبها لا يجعل منها دليلاً ضده ، وإن جاز اعتبارها قرينة لا تقوم بذاتها بل تضم إلى غيرها في الأحوال التي تقبل الإثبات بالقرائن ، إلا أنه في الحالتين الاستثنائيتين الواردتين في المادة ١٨ إثبـــات تكون الورقة المنزليـــة دليلاً كاملاً ضد من أصدرها كافياً بذاته لإثبات ما تضمنته من إقرارات ، إلا أن حجيته في الإثبات ليست مطلقة ، وبالتالي يحق لمن صدرت منه الورقة وخلفائه إثبات عكس ما جاء بها بكافة طرق الإثبات كان يثبت أن ما دون بها صدر عن خطأ وتلاه من الوقائع ما غير أو عدل مضمونه أو أنه كان مجرد إعداد مسبق لمشروع تعامل لم يتم . (جلسة ١٩٨٦/٣/٦ الطعن رقم ٢١٣٨ لسنة ٥٢ ق) .

(٢) الموجز للمؤلف فقرة ٦٥٠ .

(٣) استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢١٢ .

فيها صراحة أنه استوفى ديناً (٢) وإذا ذكر صراحة أنه قصد بما دونه في هذه الأوراق أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقاً لمصلحته [١] .

والجديد في هذا أنه ليس من الضروري أن تكون الأوراق في هاتين الحالتين تحمل توقيع صاحبها ، وإلا جاز أن يكون ذلك دليلاً كاملاً بالتطبيق للقواعد العامة من غير حاجة إلى نص خاص . بل ليس من الضروري أن تكون هذه الأوراق مكتوبة بخط صاحبها ، ويكفي أن تكون مكتوبة بخط أمين سره أو كاتب عنده أو مدير لأعماله ،بل قد تكون مكتوبة بخط المدين الذي كتب البيان لصالحه إذا كان قد فعل ذلك تحت بصر الدائن وبموافقته . وبالرغم من أن الأوراق غير موقعة ولا مكتوبة بخط صاحبها ، فهي تصلح مع ذلك أن تكون دليلا كاملا ضده باستيفاء الدين أو بالمديونية . وهذا هو وجه الاستثناء من القواعد العامة ، ومن ثم قامت الحاجة إلى نص خاص ينشئ هذا الحكم .

ولا بد من تطبيق هذا الاستثناء من أن يذكر صاحب الأوراق صراحة أنه استوفى الدين إذا كان دائناً ، أو أنه قصد أن يعترف بدين عليه لا يوجد به سند في يد الدائن وأن تقوم الأوراق مقام هذا السند غير الموجود إذا كان مديناً . ولا يكفي أن يفهم ذلك ضمناً من البيان الذي يكتبه ولو كان موقعاً منه [٢] .

وإذا ذكر صراحة أنه استوفى الدين ، ثم محا ما كتبه أو شطبه بحيث أصبح غير مقروء ، فإن حجية البيان تزول . أما إذا بقي البيان المشطوب مقروءاً ، فإنه يستمر حافظاً لحجيته . وهذا بخلاف البيان الذي ذكر فيه صاحبه صراحة أنه يعترف بدين عليه وقد قصد أن تقوم الأوراق مقام السند ، فإن محو هذا البيان أو شطبه يزيل حجيته ، سواء أصبح البيان غير مقروء أو بقي مقروءاً . والفرق بين الحالتين أن الاعتراف بالدين أمر ذو خطر ، فأي محو أو شطب يلحقه يكفي لإزالة حجيته حتى لو بقي مقروءاً بعد المحو أو الشطب [٣] . وإذا كان البيان المكتوب تتعارض أجزاؤه وينقض بعضها بعضاً ، كان على القاضي أن يفسره بما يزيل هذا التعارض [٤] . ولا تجوز تجزئة البيان والأخذ بجزء منه دون جزء ، فإذا جاء في البيان أن

---

(١) أنظر المادة ١٣٣١ من التقنين المدني الفرنسي ، التي تقدم ذكرها ، ونص التقنين المصري مأخوذ منها — ويلاحظ أن الدائن إذا كتب مخالصة ، ولكن استبقاها عنده ، فلا يكون فيها دلالة الورقة المنزلية الخاصة التي يذكر فيها أن استوفى الدين ، إذ استبقاؤه للمخالصة مع أنها أعدت لتسليمها للمدين قرينة على أن الوفاء لم يتم (الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ١٥٩ ص ١٨٥) .

(٢) والأعمال التحضيرية للتقنين الفرنسي صريحة في هذا المعنى (بودري وبارد ٤ فقرة ٢٤٤٠) .

(٣) أوبري ورو ١٢ ص ٢٧٠ — ص ٢٧١ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٩٢ ص ٩٤٢ .

(٤) أوبري ورو ١٢ ص ٢٧٢ .

الدائن قد استوفى الدين مقاصة فلا يجوز أن يتمسك المدين بأن الدين قد استوفى نقداً ، بل يجب أن يستبعد البيان بجملته ويتقدم لإثبات أنه وفى الدين نقداً [1] .

على أن الحجية التي أضفاها القانون على البيان الوارد في الأوراق المنزلية ليست مطلقة . بل يجوز لصاحب هذه الأوراق أن يثبت أن البيان الوارد فيها غير صحيح ، وأنه إنما كتب خطأ أو قبل أن يتم الأمر الذي ورد البيان في شأنه أو نحو ذلك . ويجوز إثبات ذلك بجميع الطرق ، حتى بالبينة أو بالقرائن . ولا يقال هنا إنه لا يجوز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة، فإن البيان المكتوب ليس ورقة عرفية موقعة و لم يعد مقدماً للإثبات ، فيجوز إثبات عكسه بغير الكتابة . وسنعود إلى هذه المسألة بتفصيل أوفى [2] .

المبحث الرابع

التأشير ببراءة ذمة المدين

١٤٧ – النصوص القانونية : تنص المادة ١٩ من قانون الإثبات (تقابلها المادة ٣٩٩ من التقنين المدني الملغاة) على ما يأتي :

" التأشير على سند بما يستفاد منه براءة ذمة المدين حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس، ولو لم يكن التأشير موقعاً منه ، مادام السند لم يخرج قط من حيازته " .

---

(١) أوبري ورو ١٢ ص ٢٧١ – ص ٢٧٢ – هذا وسنرى في الإقرار أن هذا لو كان إقراراً لتجزأ .

(٢) أنظر في هذا المعنى أوبري ورو ١٢ ص ٢٧١ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٩٣ ص ٩٤٢ – ص ٩٤٣ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٢٣٥ – الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ١٥٩ ص ١٨٧ – وأنظر عكس ذلك الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ١٤٥ هامش رقم ٣ . وأنظر في حجية الأوراق المنشورة واختلاف الفقه الفرنسي في تقديرها بودري وبارد ٤ فقرة ٢٤٤٦ .

هذا وبعد أن بينا الاستثناء الذي استحدثه التقنين الجديد ، بقي أن نذكر أن ليس له من أثر رجعي . فهو لا يسري على البيان الذي يدون في ورقة منزلية في تاريخ سابق على يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ . فلو أن دائناً كتب في مذكراته الخاصة ، قبل هذا التاريخ ، أنه استوفى دينه ، لم يكن هذا البيان دليلاً كاملاً ضده ، بل هو لا يعتبر إلا مبدأ ثبوت بالكتابة إذا كتب بخطه . أما إذا كتب الدائن البيان في تاريخ غير سابق على ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، سرت أحكام التقنين الجديد وكان البيان دليلا كاملا ضده على النحو الذي بيناه فيما تقدم .

" وكذلك يكون الحكم إذا أثبت الدائن بخطه دون توقيع ما يستفاد منه براءة ذمة المدين في نسخة أصلية أخرى للسند أو في مخالصة ، وكان النسخة أو المخالصة في يد المدين " [1] .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٣٠/٢٩٥ [2] .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البيان السوري المادة ١٩ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٦٠ ، وفي تقنين أصول المحكمات المدنية اللبناني المادة ١٦٧، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٨٦ [3] - ويقابل في التقنين المدني الفرنسي المادة ١٣٣٢ [1] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٣٤ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " ١ - إذا كتب الدائن في ذيل سند أو على هامشه أو في ظهره ما يستفاد منه براءة ذمة المدين ، كانت هذه الكتابة حجة عليه إلى أن يثبت العكس ، ولو لم تكن الكتابة ممضاة منه ، مادام السند لم يخرج قط من حيازته . ٢ - وكذلك يكون الحكم إذا أثبت الدائن هذه الكتابة على الوجه المبين بالفقرة السابقة ، في نسخة أصلية أخرى للسند أو في مخالصة ، وكانت النسخة أو المخالصة في يد المدين". وفي لجنة المراجعة عدلت الفقرة الأولى تعديلاً يستفاد منه عدم ضرورة صدور الكتابة من يد الدائن نفسه ، وبهذا تكون العبرة بمجرد التأشير ، ويعتبر بقاء السند في حيازة الدائن قرينة على أنه هو الذي كتب التأشير أو الذي أمر بكتابته فهو على كلا التقديرين صادر منه . وأثيرت مسألة شطب التأشير سواء كان الدائن قد وقعه أو لم يوقعه ، وقد رؤى ترك الحكم للقواعد العامة . ثم عدلت الفقرة الثانية تعديلاً يجعل المعنى أوضح . وأصبح النص النهائي للمادة هو النص الذي استقر في التقنين الجديد ، وأصبح رقم المادة ٤١٢ في المشروع لافهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، ثم لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٣٩٩ ، ثم وافق مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨٧ - ص ٣٨٨ و ص ٣٩٠ - ٣٩١) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص ما يأتي : " ليس في هذه المادة من جديد إذا قورنت بما يقابلها في التقنينات الأجنبية . فلأحكامها نظير في المادة ١٣٣٢ من التقنين الفرنسي والمادة ١٣٣١ من التقنين الإيطالي والمادة ٢٤٣٨ من التقنين البرتغالي والمادة ١٩٢٠ من التقنين الهولندي والمادة ١٢٢٨ من التقنين الكندي . وقد نصت المادة ٢٣٠/٢٩٥ من التقنين المصري والمادة ٤٣٩ من التقنين المغربي على هذه الأحكام ذاتها ، مع تحفظ قوامه إباحة إقامة الدليل العكسي " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨٨) .

(٢) كانت المادة ٢٣٠/٢٩٥ من التقنين المدني السابق تجرى على الوجه الآتي : " التأشير على سند الدين بما يفيد براءة المدين يكون حجة على الدائن ولو لم يكن ممضى منه ، إلا إذا أثبت الدائن خلاف ذلك " .

(٣) نصوص التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السوري م ١٩ : ١ - التأشير على سند بما يستفاد منه براءة ذمة المدين حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس ، ولو لم يكن التأشير مؤرخاً أو موقعاً منه ، مادام السند لم يخرج قط من حيازته . ٢ - وكذلك يكون الحكم إذا كتب الدائن بخطه دون توقيع ما يستفاد منه براءة ذمة المدين في نسخة أصلية أخرى للسند أو في الوصل وكانت النسخة أو الوصل في يد المدين . (وهذا النص يتفق مع نص التقنين المصري) . =

١٤٨ – حالتان : ويستخلص من نص التقنين الجديد – وقد احتذى فيه نص التقنين المدني الفرنسي – أن التأشير على سند بما يفسر براءة ذمة المدين ، دون توقيع من الدائن ، يكون قرينة على الوفاء . وهي بعد قرينة قابلة لإثبات العكس . والذي يقف بالدائن عادة عن التوقيع هو أن يكون الوفاء جزئياً . فيدفع المدين الفوائد أو قسطاً من الدين، ومن ثم يكتفي الدائن بالتأشير بذلك إما في سند الدين الذي بيده ، وإما في نسخة أصلية أخرى للسند في يد المدين ، وإما في مخالصة يحتفظ بها المدين ليؤشر فيها الدائن تباعاً بما يقوم به المدين من دفعات متوالية [٢] . ولا يوقع الدائن هذا التأشير ببراءة ذمة المدين [٣]

= التقنين المدني العراقي م ٤٦٠ : الفقرة الأولى من هذه المادة مطابقة للفقرة الأولى من المادة ٣٩٩ من التقنين المدني المصري . وكذلك الفقرة الثانية في كل من التقنينين مطابقة للأخرى ، فيما عدا أن التقنين العراقي يغفل ذكر لفظ (المخالصة) .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ١٦٧ : إن ما يكتبه الدائن من العبارات التي تفيد براءة الذمة على سند بقى في حوزته ، أو على نسخة من هذا السند أو على سند إيصال في حوزة المديون ، يثبت الإيفاء، ما لم يقم البرهان على العكس . وليس من الضروري أن تكون تلك العبارات مؤرخة أو ممضاة (وهذا النص يتفق مع نص التقنين الفرنسي ويكاد يتفق مع نص التقنين المصري) .

(ملاحظة : أما المادة ١٦٨ من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني فتقابلها المادة ٣٤٩ من التقنين المدني المصري ، ولها مكان آخر) .

التقنين المدني الليبي م ٣٨٦ : مطابقة لنص التقنين المدني المصري .

(١) التقنين المدني الفرنسي م ١٣٣٢ : " إذا كتب الدائن في ذيل سند أو على هامشه أو في ظهره ما يستفاد منه براءة ذمة المدين ، كانت هذه الكتابة حجة عليه ، ولو كانت غير موقعة منه ولا مؤرخة ، مادام السند لم يخرج قط من حيازته . وكذلك يكون الحكم إذا أثبت الدائن هذه الكتابة في ظهر نسخة أصلية أخرى من السند أو في مخالصة أو على هامشها أو في ذيلها، مادامت هذه النسخة في يد المدين ".
وهذا هو الأصلي في نصه الفرنسي :

Art. 1332 : L'écriture mise par le créancier à la suite, en marge ou au dos d'un titre, qui est toujours resté en sa possession, fait foi, quoique non signée par lui, lorsqu'elle tend à établir la libération du débiteur. Il en est de même de l'écriture mise par le créancier, au dos, en marge ou à la suite du double d'un titre ou d'une quittance, pourvu que double soit entre mains du débiteur.

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : "وقد جرت العادة بأن يؤشر الدائن بالوفاء الجزئي أو الكلي على سند الدين ويستبقيه في حيازته (الفقرة الأولى) أو بأن يؤشر بذلك على نسخة أصلية أخرى من هذا السند أو على مخالصة تكون في يد المدين (الفقرة الثانية) " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨٨) .

(٣) ونطاق البحث هنا مقصور على تأشير الدائن ببراءة ذمة المدين . أما التأشير بأي أمر آخر ، من الدائن أو من المدين ، فخارج عن نطاق هذا البحث . غير أن الفقه الفرنسي يبحث عامة – مقتفياً في ذلك أثر فقهاء =

= القانون الفرنسي القديم مثل بواسو (Boiceau) وبوتييه (Pothier) – حالة تأشير المدين بالزيادة في التزامه أو باستحداث دين جديد في ذمته . ثم يبحث حالة تأشير الدائن باستحداث دين في ذمته هو . والمفروض طبعاً أن كل هذه التأشيرات مكتوبة في سند الدين، وأنها غير موقعة وإلا كانت دليلا كاملا لا محل لإفراده بالذكر .

أما حالة تأشير المدين بالزيادة في التزامه أو باستحداث دين جديد في ذمته ، فقد ميز في صددها بواسو، ومن بعده بوتييه ، بين فرضين : (أولاً) إذا كان الالتزام الجديد ليس إلا ملحقاً بالالتزام الأصلي الثابت في السند ، كأن كان إقراراً بفوائد للالتزام الأصلي أو تعهداً بدفع الالتزام الأصلي في ميعاد معين أو على أقساط محددة أو قبولا لشرط فاسخ أو لشرط جزائي أو اعترافاً بإضافة إلى الالتزام الأصلي حدث بعد نشوء هذا الالتزام أو نحو ذلك ، فعندئذ يكون تأشير المدين حجة عليه ، وينسحب التوقيع الذي يحمله الالتزام الأصلي على هذا الالتزام الملحق . (ثانياً) إذا كان الالتزام الجديد مستقلاً كل الاستقلال عن الالتزام الأصلي ولا علاقة له به ، فعندئذ يكون تأشير المدين بهذا الالتزام الجديد ليس بحجة عليه لأنه غير موقع منه ، ويحتمل أن يكون مشروعاً لم يتم ، ويصح على كل حال أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة مادام مكتوباً بخط المدين . وغني عن البيان أن التأشير ، في الفرضين المتقدمين ، إذا كان مكتوباً بخط الدائن لا بخط المدين ، لا يكون حجة على المدين إطلاقاً .

وأما حالة تأشير الدائن باستحداث دين في ذمته هو فلا تقاس على حالة تأشيرة براءة ذمة المدين ، لأن الحالة الأخيرة ورد في شأنها نص خاص استثنائي فلا يجوز القياس عليها . ومن ثم لا يكون التأشير في الحالة الأولى إلا مبدأ ثبوت بالكتابة ، مادام مكتوباً بخط الدائن، وليس في هذا إلا تطبيق للقواعد العامة.

وفي مصر تطبق القواعد العامة في هذه الحالات وغيرها مما لم يرد فيه نص خاص . ولا يجوز القياس على الحكم المنصوص عليه في المادة ٣٩٩ من التقنين المدني ، لأن هذه المادة نص استثنائي لا يجوز تطبيقه في غير الحالتين اللتين ورد فيهما . ومن ثم لا يكون التأشير غير الموقع حجة على من صدر منه هذا التأشير، ويصح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة إذا كان بخطه . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: " ثم إن هذه الحجية لا تتوافر إلا إذا قصد من التأشير إلى إثبات براءة ذمة المدين ، أما ما عدا ذلك مما يؤشر به على سند الدين فلا تكون له حجية في الإثبات إلا في حدود القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٩٠) .

(أنظر في هذه المسألة بودري وبارد ٤ فقرة ٢٤٥٧ – فقرة ٢٤٥٨ – بونييه فقرة ٧٥٤ – ديمولومب ٢٩ فقرة ٦٦٠ – لارومبيير ٦ م ١٣٣٢ فقرة ٢ – لوران ١٩ فقرة ٣٦٢ – الموجز للمؤلف فقرة ٦٤٥ – الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات فقرة ٢٧٠ – الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٠٢ – الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ١٦٦)

هذا وإذا أشر الدائن بما يفيد براءة ذمة المدين ، ولكنه أضاف إلى ذلك أن المدين شغل ذمته بدين آخر له ، كان التأشير حجة عليه بالنسبة إلى براءة ذمة المدين ، ولا يكون حجة له بالنسبة إلى شاغل ذمة المدين بدين آخر ، بل يجب على الدائن بالرغم من هذا التأشير أن يحمل عبء إثبات هذا الدين الجديد. وعلى هذا المعنى تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي حين تقول : " ويراعى أن التأشير تقتصر حجيته على الدائن وحده ، ولا يجوز أن ينهض دليلا لصالحه على وجه الإطلاق ، إذ من الممتنع أن يصطنع دليلاً لنفسه " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٨٩ – ص ٣٩٠) .

انتظاراً للوفاء ببقية الدين، فإذا تم الوفاء بالدين كله أعطي المدين مخالصة نهائية ، أو سلمه سند الدين [1] . على أن هذا لا يمنع من أن يكون التأشير ببراءة ذمة المدين من الدين كله .

وقد رأينا أن نص التقنين الجديد يميز بين حالتين : (١) التأشير على سند في يد الدائن. (٢) التأشير على سند أو مخالصة في يد المدين . فنبحث كلا منهما .

المطلب الأول

التأشير على سند في يد الدائن

١٤٩ – شرطان : يشترط ، حتى تتوافر الحجية التأشير على سند في يد الدائن، شرطان : (١) أن يكون هناك تأشير ببراءة ذمة المدين على سند الدين . (٢) أن يبقى السند دائماً في حيازة الدائن .

١٥٠ – الشرط الأول – تأشير ببراءة ذمة المدين على سند الدين : يجب أن يكون التأشير مكتوباً في سند الدين ذاته ، فإذا كتب في ورقة أخرى غير هذا السند، في صورة للسند أو في ورقة مستقلة عنه ، لم تقم قرينة الوفاء . ذلك أن أصل السند هو الذي يحتج به الدائن ، ويطالب المدين بمقتضاه . فالتأشير ببراءة ذمة المدين في هذا الأصل بالذات يمنع الدائن أن يبرز السند لمطالبة المدين به دون أن يكون التأشير ببراءة ذمة المدين ثابتاً في نفس السند الذي يطالب به . أما إذا كتب التأشير في صورة للسند أو في ورقة مستقلة عنه ، فإنه يسهل على الدائن إخفاء هذه أو تلك ، ثم يطالب المدين بمقتضى السند الأصلي وهو لا يحمل أي تأشير . ولهذا يحرص المدين على أن يكون التأشير في سند الدين ذاته . ومن هنا تقوم قرينة الوفاء .

ويكتب التأشير في أي مكان من السند ، في ذيله أو على هامشه أو في ظهره أو في أي مكان آخر [2] .

---

(١) وقد جعل التقنين المدني السابق فعلاً من تسليم سند الدين إلى المدين قرينة على الوفاء تقبل إثبات العكس (أنظر المادتين ٢١٩ – ٢٨٤/٣٢٠ – ٢٨٥ من هذا التقنين) . ولما كان تسليم سند الدين إلى المدين عملا مادياً لا يشتمل على ورقة مكتوبة ، فقد أغفلنا الكلام في هذه القرينة هنا ونحن في صدد بحث الأوراق المكتوبة ، وسنبحثها في موضعها عند الكلام في القرائن .

(٢) وكان المشروع التمهيدي – كما رأينا – ينص على أن التأشير يكون في الذيل أو على الهامش أو في الظهر، فحذفت هذه العبارة في المشروع النهائي ، وأصبح النص مطلقاً لا يتقيد بمكان دون آخر . هذا وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ما يأتي : " ويراعى أن المشروع لا يتطلب توافر أي شرط شكلي =

ويكون مضمون هذا التأشير هو براءة ذمة المدين . وأية عبارة تفيد هذا المعنى تكفى، فلا يشترط لفظ معين . فالتأشير بأن ذمة المدين قد برئت من الدين ، أو أبرئت، أو أن الدين قد انقضى ، أو أن المدين قد قام بالوفاء ، أو أنه قد تخالص ، أو أنه قام بوفاء مبلغ كذا ، أو بوفاء قسط معين ، أو نحو ذلك من العبارات التي تفيد براءة ذمة المدين براءة كلية أو جزئية ، كل هذا يصلح أن يكون تأشيراً بالمعنى المقصود .

ولا يكون التأشير موقعاً من الدائن كما قدمنا ، وإلا لصلح أن يكون دليلا كاملا دون الحاجة إلى نص ، وكونه غير موقع من الدائن هو الذي يكشف عن وجه الاستثناء في هذه المسألة ، إذ يكون القانون قد جعل من ورقة صادرة من شخص معين دليلا كاملا على هذا الشخص مع أن الورقة غير موقعة منه [1] .

بل ليس ضرورياً أن يكون التأشير مكتوباً بخط الدائن . وهذا هو أيضاً حكم التقنين المدني السابق (م ٢٣٠/٢٩٥) [1] . أما التقنين المدني الفرنسي (م ١٣٣٢ فقرة أولى) فقد اشترط أن يكون التأشير مكتوباً بخط الدائن [2] . ولم ير التقنين المدني المصري الجديد ثم

= في مثل هذا التأشير ، فهو لا يشترط بيان تاريخ التحرير أو وضع توقيع الدائن . وهو لا يشترط إيراده في مكان معين من السند أو النسخة الأصلية أو المخالصة ، فقد يرد في ذيل الورقة أو على هامشها أو في ظهرها (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨٩) .

(1) تنص المادة ٣٩٩ من القانون المدني (المقابلة للمادة ١/١٩ من قانون الإثبات) بأن التأشير على سند بما يستفاد من براءة ذمة المدين حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس ولو لم يكن التأشير موقعاً منه مادام لم يخرج قط من حيازته ، والتأشير المشطوب يبقى حافظاً لقوته في الإثبات وتقوم به قرينة الوفاء على الرغم من الشطب إلا إذا نقضها الدائن بإثبات عدم حصول الوفاء وأن الشطب كان بسبب مشروع .
(جلسة ١٩٦٥/٣/٢٥ الطعن رقم ٢٨٦ لسنة ٣٠ ق س ١٦ ص ٤٠٥) .

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٦٤٤ .

(٢) وهذا هو الرأي السائد في الفقه الفرنسي . وهناك من الفقهاء في فرنسا من يكتفي بأحد الشرطين ، كتابة التأشير بخط الدائن أو حيازة الدائن للسند ، فإذا كان الدائن حائزاً للسند ولم يكن التأشير بخطه ، أو كان التأشير بخطه ولم يكن حائزاً للسند ، فإن هذا يكفي لقيام قرينة الوفاء ، وهذا ما كان بوتييه (الالتزامات فقرة ٧٦١) يقول به (توليبه ٨ فقرة ٣٥٣ — ديرانتون ١٣ فقرة ٢١٣) . وينعى هذا الفريق من الفقهاء على نص التقنين المدني الفرنسي عدم الدقة وأنه إنما أراد أن ينقل رأي بوتييه فأخطأ التوفيق . بل هناك من يرى أحد الشرطين ضرورياً دون الآخر : إما أن حيازة الدائن للسند دون كتابة التأشير بخط الدائن هو الضروري (دلفنكور ٢ ص ٦١٧ — ص ٦١٨ وهو في هذا يتفق مع التقنين المصري) ، وإما أن الضروري هو كتابة التأشير بخط الدائن دون حيازة الدائن للسند (ماركاديه م ١٣٣٢ فقرة ١ — فقرة ٣) . والصحيح في الفقه الفرنسي أن كلا من حيازة الدائن للسند وكتابة التأشير بخط الدائن ضروري لقيام قرينة الوفاء ، كما هو صريح نص التقنين الفرنسي (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٨ ص ٢٧٤ هامش رقم ١٨ — لارومبيير ٦ م ١٣٣٢ فقرة ٣ — ديمولومب ٢٩ فقرة ٦٤٥ — فقرة ٦٤٧ — لوران ١٩ فقرة ٣٥٨ — فقرة ٣٥٩ — =

قانون الإثبات — أسوة بالتقنين المدني المصري القديم — أن يضع هذا الشرط ، وذلك لعدم انتشار الكتابة انتشاراً كافياً . ومن ثم يصح أن يكون التأشير مكتوباً بخط أجنبي ، بل بخط المدين نفسه ، مادام السند في حيازة الدائن كما سيأتي . ولكن إذا لم يكن من الضروري أن يكون التأشير مكتوباً بخط الدائن ، فإنه يجب على الأقل أن يكون مكتوباً بإملائه أو بموافقة منه حتى يكون صادراً عنه ويكون هناك محل لقيام القرينة على الوفاء . ويفرض دائماً أن التأشير قد كتب برضاء الدائن ، حتى يثبت هو أنه كتب بغير رضائه [1] .

وسواء كتب التأشير بخط الدائن أو كتب بخط غيره ، فقد يحدث أن هذا التأشير يمحى أو يشطب [1] . فهل تزول قوة التأشير في الإثبات بهذا المحو أو الشطب ، أو هي تبقى بالرغم من ذلك ؟ انقسم الفقه الفرنسي في هذه المسألة [2] . وقد أثيرت المسألة في لجنة

= هيك ٨ فقرة ٢٥٣ — بونييه فقرة ٧٤٩ — فقرة ٧٥٠ — بودري وبارد ٤ فقرة ٢٤٥٠ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٩٥ ص ٩٤٤ — بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٤١ ص ٣٢٧ هامش رقم ١) .

وقد رأينا أن المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد (م ٥٣٤) كان قد جارى التقنين المدني الفرنسي فاشترط كتابة الدائن للتأشير بخطه وحيازته للسند في وقت معاً ، ولكن لجنة المراجعة حذفت شرط كتابة الدائن للتأشير بخطه في المشروع النهائي واستبقت شرط حيازة الدائن للسند ، مراعية في ذلك أن شرط كتابة الدائن للتأشير بخطه إنما تتعين مراعاته إذا كان السند في حيازة المدين ، أما إذا كان السند في حيازة الدائن فتغنى هذه الحيازة من هذا الشرط ، لا سيما في بلد لا تزال الأمية فيه هي الغالبة . على أن هناك من الفقهاء في مصر من يرى ، من ناحية السياسة التشريعية ، أنه كان يجدر بالمشرع المصري ، بعد أن استكثر الجمع بين الشرطين ، أن يكتفي بأيهما ، إذ أن التأشير بخط الدائن أهم من حيازة الدائن للسند (الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ١٥٢ هامش رقم ١ — الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٣٠٣ — الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات ص ١٩٠ هامش رقم ١) .

(1) التأشير على سند الدين بخط المدين لا يكون حجة على الدائن وإنما الذي يكون حجة عليه هو التأشير الحاصل بخط هو أو بخط وكيله ، فإذا سلم الدائن سند الدين إلى الدائن ليؤشر على ظهره بسداد = = المبلغ الذي دفعه من مقدار الدين فإنه يكون قد وكله في إجراء هذا التأشير نيابة عنه ويكون تأشير المدين في هذه الحالة حجة على الدائن لأن كل ما يحرره المدين بطريق الوكالة عن الدائن يلتزم به الدائن نفسه باعتباره حاصلاً بإذنه .

(نقض جنائي ١٩٣٦/٥/١٨ طعن رقم ١٢٧٣ سنة ٦ ق مجموعة قواعد الدائرة الجنائية خلال ٢٥ عاماً ص ٣٦٢) .

(١) وعبء إثبات المحو أو الشطب ، وبخاصة المحو ، يكون على المدين لأنه هو الذي يدعى المحو أو الشطب لمنعه من الانتفاع بقرينة الوفاء .

(٢) ويذهب بوتييه (فقرة ٧٦١) إلى أن المحو أو الشطب لا يزيل قوة التأشير في الإثبات ، وإلا لكان من السهل على الدائن والسند في حيازته أن يمحو التأشير أو يُشطبه . وتبع بوتييه فريق من الفقهاء (ديرانتون ١٣ فقرة ٢٢١ — لاروميير ٦ م ١٣٣٢ فقرة ١٠ — لوران ١٩ فقرة ٣٦١) . ويذهب فريق آخر إلى أنه لما كانت العادة أن الدائن يكتب التأشير ببراءة ذمة المدين على السند قبل استيفاء الدين ، فشطب هذا التأشير بعد =

المراجعة فرؤى تركها للقواعد العامة . ويبدو أن التأشير الممحو أو المشطوب يجب أن يبقى حافظاً لقوته في الإثبات ، فتقوم قرينة الوفاء بالرغم من المحو أو الشطب . والدائن هو الذي يثبت أن القرينة في الحقيقة غير قائمة [1] ، بأن يثبت أن المحو أو الشطب كان بسبب مشروع ، كأن يكون قد كتب التأشير مقدماً متوقعاً الوفاء فلم يتم، فمحا التأشير تبعاً لذلك [1] . ولو قلنا بالرأي الآخر ، وبأن التأشير تزول قوته بالمحو أو الشطب ، لسهل على الدائن بعد التأشير ببراءة ذمة المدين في سند بيده وفي حيازته أن يمحو هذا التأشـــير أو يشطبه [2] .

١٥١ – الشرط الثاني – بقاء السند دائماً في حيازة الدائن : ويجب حتى تقوم قرينة الوفاء أن يكون سند الدين الذي يحمل التأشير باقيا في يد الدائن ، لم يخرج قط من حيازته . فإذا كان قد خرج من حيازته ولو لحظة واحدة ، منع ذلك من قيام قرينة الوفاء ، إذ يحتمل أن التأشير – وقد رأينا أنه لا يشترط فيه أن يكون بخط الدائن – قد كتب بخط أجنبي أو بخط المدين نفسه في هذه اللحظة بالذات التي خرج فيها السند من حيازة الدائن. فإذا ما استرد الدائن حيازة السند ، لم تبق له حيلة في التأشير إلا المحو أو الشطب ، وقد رأينا أنهما لا يزيلان قرينة الوفاء [3] .

= كتابته يجدر أن يفترض فيه أن الدائن بعد أن كتب التأشير لم يستوف الدين من المدين فمحا التأشير تبعاً لذلك ، وعلى المدين إذا ادعى العكس أن يثبته . وهذا بخلاف التأشير بالوفاء في ورقة منزلية ، فإن العادة ألا يحصل هذا التأشير إلا بعد تمام الوفاء ، فيفترض وقوع الوفاء بالرغم من محو التأشير أو شطبه (أوبري ورو ١٢ ص ٢٧٦ هامش رقم ٢١ – توليبه ٨ فقرة ٣٥٦ – بوتييه فقرة ٧٥٣ – دمولومب ٢٩ فقرة ٦٥١ – بودري وبارد ٤ فقرة ٢٤٥٥) .

(١) هو هنا لا يدحض القرينة بالدليل العكسي بعد قيامها ، بل هو يثبت أن القرينة لم تقم أصلاً لعدم توافر شرط من شروط قيامها .

(1) لما كانت المادة ١/٣٩٩ من القانون المدني (المقابلة للمادة ١/١٩ من قانون الإثبات) تقضي بأن التأشير على سند بما يستفاد منه براءة ذمة المدين حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس ولو لم يكن التأشير موقعاً منه مادام لم يخرج قط من حيازته ، والتأشير المشطوب يبقى حافظاً لقوته في الإثبات وتقوم به قرينة الوفاء على الرغم من الشطب إلا إذا نقضها الدائن بإثبات عدم حصول الوفاء وأن الشطب كان بسبب مشروع . (جلسة ١٩٦٥/٣/٢٥ الطعن ٢٨٦ سنة ٣٠ ق السنة ١٦ ص ٤٠٥) .

(٢) أنظر في هذا المعنى الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٠٢ مكررة – الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٣٠٧ – ويذهب الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة إلى أنه " ليس من الصواب القطع بدلالة الشطب في هذه الحالة ، فما دام أن المسألة يسيطر عليها اعتباران متعارضان ، لكل منهما ما يبرره ، فيجب أن يترك الأمر لتقدير القاضي " (الإثبات فقرة ١٦٤ ص ١٩٢) .

(٣) ولا يعتبر السند قد خرج من حيازة الدائن إذا هو انتقل إلى وكيل له أو إلى مودع عند أو إلى مدير لأعماله أو إلى دائن مرتهن أو إلى شخص عهد إليه في تحصيل قيمته أو في تقديمه إلى القضاء . أما إذا انتقـــل إلى –

وقد كان التقنين المدني السابق لا يشترط هذا الشرط ، وهو في الوقت ذاته لا يشترط — كما رأينا — أن يكون التأشير بخط الدائن . فقد كانت المادة ٢٣٠/٢٩٥ من هذا التقنين ، وسبق ذكرها ، تجرى على الوجه الآتي :

" التأشير على سند الدين بما يفيد براءة المدين منه يكون حجة على الدائن ولو لم يكن ممضى منه ، إلا إذا أثبت الدائن خلاف ذلك [1] " . ومن ثم كان الخطر كبيراً في صل هذا التقنين السابق من قيام قرينة الوفاء على غير أساس من الواقع . فكان لا يبقى أما الدائن إلا دحض القرينة بالدليل العكسي بعد قيامها . والظاهر أنه كان يكفيه في ذلك أن يثبت أن السند قد خرج من حيازته فترة من الزمن ، حتى ينتقل عبء الإثبات إلى المدين ليثبت أن التأشير لم يكتب في اللحظة التي خرج منها سند الدين من حيازة الدائن [2] . ولما كان التقنين الجديد قد استحدث شرط بقاء السند في حيازة الدائن ، فالعبرة بتاريخ خروج السند من حيازة الدائن لمعرفة القانون الذي يسرى . فإن كان السند قد خرج من حيازة الدائن

= المدين نفسه لسبب أو لآخر ، كأن سلم إليه ليكتب التأشير بنفسه قبل الوفاء فكتبه ولم يقم بالوفاء ، فإن حيازة السند في هذه الحالة تكون قد انقطعت ، ولكن الدائن هو الذي يقع عليه عبء إثبات ذلك كما سنرى (ديمولومب ٢٩ فقرة ٦٥٠ — لارمبيير ٦ م ١٣٣٢ ص ٢١٩ — ص ٢٢١ — بودري وبارد ٤ فقرة ٢٤٥١ — الأستاذ عبدالمنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ١٦٤ ص ١٩١) .

(١) ونرى من ذلك أن التقنين المدني الجديد ثم قانون الإثبات هو وسط ما بين التقنين المدني السابق والتقنين المدني الفرنسي . فالتقنين المدني السابق كان لا يشترط لا حيازة السند ولا خط الدائن . والتقنين المدني الفرنسي يشترط الاثنين معاً . والتقنين المدني الجديد يشترط حيازة السند دون خط الدائن .

(٢) وقد جاء في الموجز للمؤلف في هذا الصدد ما يأتي " " وهذان الشرطان (أي التأشير بخط الدائن وبقاء السند في حيازته) غير ضروريين في مصر . وقد يتوافر أحدهما دون الآخر ، فيكون التأشير بخط الدائن ولكن السند خرج من حيازته ، فمادام التأشير صادراً من الدائن فهو حجة عليه . وقد يكون التأشير بغير خط الدائن ولكن السند لم يخرج من حيازته ، وهنا أيضاً مادام التأشير صادراً من الدائن ولو لم يكن بخطه ، فهو حجة عليه لأن السند لم يخرج من حيازته ، فمفروض أن التأشير الصادر منه تم بموافقته . وقد لا يتوافر أي شرط من الشرطين المتقدمين ، فيكون التأشير بغير خط الدائن ويكون السند قد خرج من حيازته ، ولكن مادام التأشير صادراً منه ولو لم يكن بخطه ، فهو حجة عليه حتى في هذا الفرض . وله أن يدحض القرينة بإثبات العكس ، كما يملك هذا في الفروض الأخرى المتقدمة ، وإن كان دحض القرينة في الفرض الأخير أسهل " . ثم جاء في حاشية عن قرينة براءة ذمة المدين في الفرض الأخير ما يأتي : " وقرينة براءة المدين في هذا الفرض قائم على الوجه الآتي : المفروض أن الدائن يحتفظ بسند الدين في حيازته ، فما دام قد تركه يخرج من حيازته وسمح للغير أن يؤشر عليه بما يفيد براءة المدين ، فالمفهوم أن هذا كله قد تم بموافقته . وإذا قيل يحتمل أن التأشير قد تم بغير علمه من شخص أراد أن يفقد السند قيمته ، أمكن الرد على ذلك بأنه كان من الأيسر على هذا الشخص أن يمزق السند أو أن يخفيه . وإذا قيل يحتمل أن يكون السند قد خرج من حيازة الدائن دون رضاه ، فالرد أن مثل هذا الاحتمال هو الذي جعل القرينة قابلة لإثبات العكس " (الموجز فقرة ٦٤٤ ص ٦٧٠ وهامش رقم ١) .

قبل يوم ١٥ من أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فالتقنين القديم هو الذي يسرى ، ولا يمنع خروج السند من حيازة الدائن أن تقوم قرينة الوفاء وفقاً لهذا التقنين . وإن كان السند قد خرج من حيازة الدائن في تاريخ غير سابق على ١٥ من أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فالتقنين الجديد هو الذي يسرى، وتسقط قرينة الوفاء .

وفي جميع الأحوال التي يسرى فيها التقنين الجديد ، يفترض دائماً أن السند لم يخرج من حيازة الدائن . فإذا ادعى هذا أنه خرج من حيازته في أية لحظة ، فعليه عبء إثبات ذلك . وعلى هذا الوجه يتيسر إثبات واقعة مطلقة كالواقعة التي نحن بصددها [١]. وإذا تمكن الدائن من إثبات أن السند خرج من حيازته فإنه يكون بذلك قد أثبت عدم قيام قرينة الوفاء، و لم يقتصر على دحضها بالدليل العكسي بعد قيامها [٢] .

١٥٢ – حجة التأشير على السند إذا توافر الشرطان : أوردت الفقرة الأولى من المادة ١٩ من قانون الإثبات نصاً خاصاً يقرر حجية هذا التأشير . ولكن قبل أن نعرض لهذا النص الخاص ، نبادر إلى القول أن التأشير على سند الدين بما يفيد براءة ذمة المدين قد تكون له حجية معينة إذا طبقت القواعد العامة في الإثبات بقطع النظر عن هذا النص الخاص . فهو إذا كان مكتوباً بخط الدائن ، أمكن أن يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة ضده ، ولو لم يتوافر فيه الشرطان اللذان تقدم ذكرهما . مثل ذلك أن يكتب الدائن بخطه التأشير ببراءة ذمة المدين في ورقة مستقلة عن سند الدين أو في صورة لهذا السند ، أو أن يكتب هذا التأشير بخطه في سند الدين ذاته ولكن يخرج هذا السند من حيازته . ففي هذه الأحوال لا يكون التأشير دليلا كاملا ضد الدائن ، لأن الشرطين اللذين تطلبهما القانون في ذلك لم يتوافرا . ولكن هذا التأشير ، مادام أنه مكتوب بخط الدائن ، يصح اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة يستكمله المدين بالبينة أو بالقرائن ليثبت أنه قد وفى الدين [٣] .

أما إذا توافر الشرطان على النحو الذي تقدم ذكره ، فإن التأشير على سند الدين يكون حجة كاملة على الدائن ، ولا حاجة للمدين باستكمالها ليثبت أنه وفى الدين . ويقع

---

(١) بودري وبارد ٤ فقرة ٢٤٥١ – دي باج ٣ فقرة ٨٢٩ – الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ١٤٨ هامش رقم ١ .

(٢) وقد رأينا نظيراً لذلك فيما قدمناه في شأن محو التأشير أو شطبه .

(٣) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " على أن تخلف أحد الشرطين المتقدمين لا يجعل التأشير خلواً من كل فائدة . فللمدين مثلا أن ينتفع منه بوصفه مبدأ ثبوت بالكتابة متى كان محرراً بخط الدائن . و لم ير وجه للنص صراحة على هذا الحكم ، لأنه لا يعدو أن يكون تطبيقاً للقواعد العامة " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨٩) .

عبء الإثبات هنا على الدائن لا على المدين ، فهو الذي عليه أن يدحض قرينة الوفاء التي قامت باستيفاء التأشير لشرطيه ، فإذا لم يدحضها بالدليل العكسي فقد تم للمدين إثبات أنه قد قام بوفاء الدين .

وعندنا أن حجية التأشير تقوم على أساس ورقة عرفية غير موقعة ، هي هذا التأشير ذاته. ولا يمنع ذلك من القول بأن هذه الورقة العرفية يستخلص القانون منها قرينة وفاء الدين ، وهي قرينة قابلة لإثبات العكس . فإذا نحن قلنا إن القرينة هنا قرينة قانونية بسيطة ، وقلنا إنها في الوقت ذاته تقوم على ورقة عرفية غير موقعة ، فلا تعارض ما بين القولين . فجميع الأوراق العرفية غير الموقعة — دفاتر التجار والأوراق المنزلية وغيرها — هي في هذا الوضع : أوراق عرفية غير موقعة تستخلص منها قرائن قانونية بسيطة [1] .

فمتى وجد التأشير على سند الدين مستوفياً لشرطيه ، استخلصت منه قرينة قانونية بسيطة على وفاء المدين بالدين . وكان التأشير حجة على الدائن ، ولكنها حجة قابلة للدحض. ذلك أن علة الاعتداد بهذا التأشير هي أن الدائن يقر في سند الدين ذاته أنه استوفى حقه ، وهذا الإقرار هو بمثابة " إقرار غير قضائي لا يمكن استبعاده من السند الذي يتقدم به لاستيفاء حقه " [2] . ولكن يجوز مع ذلك أن يكون هذا الإقرار غير مطابق للواقع . وتورد المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي مثلا لذلك فيما " لو سلم الدائن السند لوكيل فوضه في استيفاء الدين ، فهو يؤشر على هذا السند بالتخالص قبل أن يسلمه لوكيله ، ويقوم هذا برده إليه بما سبق أن دون فيه من تأشيرات فيما إذا تخلف المدين عن الوفاء عند المطالبة [3] . فيرجع سند الدين في هذه الحالة وهو يحمل تأشير الدائن ببراءة ذمة المدين ، دون أن يكون الدائن قد استوفى الدين . ومن ذلك نرى أن القرينة هنا قد يقوم من الواقع دليل عكسها . ومن أجل ذلك عندما أقام القانون هذه القرينة ، جعل حجيتها قابلة للدحض [4] . فيجوز

---

(١) وهي بهذه المثابة دليل كامل ولو أنها غير موقعة . فهي إذن بمنزلة الأوراق الموقعة من حيث إنها ليست في حاجة إلى أن تستكمل . وهي أيضاً كالأوراق الموقعة يجوز إثبات عكسها . ولكنها تخالف الأوراق الموقعة في أنه يجوز إثبات عكسها بجميع الطرق دون أن تشترط الكتابة في هذا الإثبات وسنعود إلى هذه المسألة بعد قليل .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨٨ — ص ٣٨٩) .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨٩ .

(٤) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " وقد نهج المشروع في إباحة إقامة الدليل العكسي نهج التقنين الراهن (م ٢٣٠/٢٩٥) والتقنين المغربي (م ٤٣٩) مراعياً في ذلك أن تأشير الدائن لا يعتبر قرينة قاطعة على براءة الذمة ، بل يكون لهذا الدائن أن يثبت أن ما أشر به قد صدر عن غلط منه " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٩٠) .

للدائن ، بالرغم من التأشير ببراءة ذمة المدين ، أن يقيم الدليل على العكس ، أي على أن ذمة المدين لا تزال مشغولة بالدين .

وله أن يثبت ذلك بجميع الطرق ، حتى بالبينة أو بالقرائن . ولا يعترض عليه أنه يثبت ما يخالف الكتابة بغير الكتابة ، فإن التأشير الذي يثبت عكسه هنا هو ورقة عرفية غير موقعة يجوز إثبات عكسها بجميع الطرق [1] ، وسيأتي تفصيل ذلك .

= أما التقنين المدني الفرنسي (م ١٣٣٢) فلم يصرح بجواز إثبات العكس كما فعل التقنين المصري . لذلك يميز الفقه في فرنسا بين الحالة التي نحن بصددها – حالة التأشير على سند الدين وهو في حيازة الدائن – فيجيز إثبات عكس ما جاء في التأشير بجميع الطرق لأن التأشير ورقة عرفية غير موقعة (أوبري ورو ١٢ ص ٢٧٧ هامش رقم ٢٣ – لاروميير ٦ م ١٣٣٢ فقرة ٩ – ديمولومب ٢٩ فقرة ٦٥٧ – هيك ٨ فقرة ٢٦٤ – بودري وبارد ٤ فقرة ٢٤٥٦ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٩٥ – بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٤١ – دي باج ٣ فقرة ٨٧٥) – وحالة التأشير على نسخة أصلية لسند الدين أو على مخالصة وهي في حيازة المدين، فينقسم في شأنها : فريق يقول بجواز إثبات عكس ما جاء في التأشير بجميع الطرق كما في الحالة السابقة لأن التأشير لا يزال ورقة عرفية غير موقعة (ديمولومب ٢٩ فقرة ٦٥٧ – لاروميير ٦ م ١٣٣٢ فقرة ٩ – هيك ٨ فقرة ٢٦٤ – بودري وبارد ٤ فقرة ٢٤٥٦) ، وفريق آخر يذهب إلى أن التأشير في هذه الحالة ، بحكم أنه بخط الدائن وهو في الوقت ذاته في حيازة المدين ، يكسب طابعاً تعاقدياً ، إذ هو وضع اشترك في إقامته كل من الدائن والمدين ، الأول بخطه والثاني بحيازته ، فأضفيا عليه صيغة السند الموقع كما يقول أوبري ورو (revêt, en quelque sorte, le caractére d'un acte proprement dit) ، ومن ثم لا يجوز إثبات ما يخالفه إلا بالكتابة (أوبري ورو وبارتان ١٢ فقرة ٧٥٨ ص ٢٧٧ هامش رقم ٢٣ – بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٤٢ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٩٥ – دي باج ٣ فقرة ٨٧٥) .

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٦٤٤ ص ٦٧٥ – ويذهب الأستاذ سليمان مرقس ، في كتابة " أصول الإثبات " ص ١٤٨ هامش رقم ٢ ، " إلى أن النص الخاص بالتأشير على سند الدين لا يقتصر على إنشاء قرينة قانونية على البراءة ، وإنما هو يعطى هذه الكتابة غير الموقعة قيمة الكتابة الموقعة . وإذن تسرى على التأشير قواعد حجية الورقة العرفية الموقعة ، فيجوز إثبات عكس ما تضمنته ، على أن يكون ذلك بالكتابة أو بما يقوم مقامها أو بالبينة والقرائن في الأحوال التي يوجد بها ما يسوغ الإثبات بها استثناء " . أنظر أيضاً فقرة ٢٠٢ ص ٣٧٥ – ص ٣٨٦ من الكتاب ذاته .

ولا ضير من القول بأن المشروع رفع التأشير ببراءة ذمة المدين ، وهو تأشير غير موقع ، إلى منزلة الورقة الموقعة. ولكن يبقى التأشير مع هذا قابلا لإثبات العكس بجميع الطرق . ويرجع ذلك إلى تحديد ما هو المقصود بعبارة " الدليل الكتابي " الواردة في المادة ٦١ من قانون الإثبات ، عندما يقرر هذا النص أنه لا يجوز الإثبات بشهادة الشهود ، " فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي " . وفي رأينا أن المقصود بالدليل الكتابي هنا هو ورقة عرفية موقعة ، لا ورقة غير موقعة ولو ارتفعت إلى منزلة الورقة العرفية الموقعة . وهذا هو ما استقر عليه الفقه والقضاء في مصر وفي فرنسا . والسبب في إجماع الفقه والقضاء في فرنسا على هذا الرأي أن التقنين المدني الفرنسي (م ١٣٤١) قد أورد القاعدة التي تقضى بعدم جواز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة في نفس النص الذي أوجب الكتابة فيما يزيد على النصاب المعين . فالكتابة التي عناها =

المطلب الثاني

التأشير على سند أو مخالصة في يد المدين

١٥٣ – شـــرطان : يشترط هنا أيضاً ، حتى تتوافر الحجية للتأشير على سند أو مخالصة في يد المدين ، شرطان : (١) أن يكون هناك بخط الدائن تأشير ببراءة ذمة المدين على نسخة أصلية أخرى لسند الدين أو على مخالصة . (٢) أن تقع نسخة السند أو المخالصة في حيازة المدين .

١٥٤ – الشرط الأول – تأشير بخط الدائن على نسخة أصلية للسند أو على مخالصة ببراءة ذمة المدين : يجب أن يكون التأشير هنا مكتوباً إما في نسخة أصلية لسند الدين تكون بيد المدين وإما في مخالصة يحتفظ بها المدين . والنسخة الأصلية (double) لسند الدين ليست صورة (copie) للسند ، بل هي أصل (original) كسند الدين ذاته . ويفهم من ذلك أن سند الدين كتب من نسختين أصليتين إحداهما بيد الدائن والأخرى بيد المدين . وفي هذه النسخة الأصلية الأخرى التي بيد المدين يقع تأشير الدائن . وفي هذا المعنى تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : " ويراعى أن المشروع قد عنى في النص باستظهار ما يقصد بكلمة نسخة ، فليس يقصد بها مجرد صورة أخرى من سند الدين ، وإنما شفعت هذه الكلمة بنعت أصلية " تعييناً لدلالة المقصود " [1] . وغني عن البيان أن عبارة " النسخة الأصلية " قد تسربت إلى التقنين المصري من التقنين المدني الفرنسي ، إذ يشترط هذا التقنين الأخير أن يكون سند العقد الملزم للجانبين من نسخ أصلية متعددة كما رأينا . ففي عقد البيع توجد نسخة من العقد في يد البائع ونسخة أخرى في يد المشترى . فإذا دفع المشترى قسطاً من الثمن ، أشر البائع في نسخة المشترى ببراءة ذمة المدين من هذا القسط. وهذا ما يقع أيضاً في مصر بحكم الضرورة لا بمقتضى النص ؛ بل

= في الحالتين هي الكتابة الموقعة ، ما في ذلك من شك . فوضح من هذا أن الكتابة لا يسمح بإثبات ما يخالفها إلا بالكتابة إنما هي الكتابة الموقعة دون غيرها . ولم يرد المشرع المصري بتاتاً أن يحيد عن هذا المبدأ فهو عندما منع في المادة ٦١ من قانون الإثبات ، الإثبات بالبينة " فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي " قد قصد دون ريب "بالدليل الكتابي " الورقة العرفية الموقعة المطلوبة في إثبات ما تزيد قيمته على خمسمائة جنيه ، كما يستخلص ذلك ضمناً من نص المادة ٦٠ من قانون الإثبات ، ولا يمكن القول ، لمجرد تحوير لفظي محض ، أن المشرع المصري قصد مغايرة القواعد الجوهرية في الإثبات التي نقلها عن المشرع الفرنسي .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨٨ .

كان النص موجوداً كما رأينا في المشروع الأولي الذي سبق المشروع التمهيدي . ويصح أن يقع التأشير ، لا على النسخة الأخرى لسند الدين ، بل على مخالصة أعدت لتسجيل ما يقوم المدين بدفعه واحتفظ بها المدين إثباتاً لهذا الوفاء [1] .

ويتبين من ذلك أن التأشير إذا وقع على صورة للسند أو على ورقة أخرى مستقلة من نسخة السند ، وأمكن اعتبار هذه أو تلك بمثابة مخالصة أعدت لتسجيل ما يقوم المدين بدفعه، كان التأشير صحيحاً وقامت قرينة الوفاء [2] .

ويكتب التأشير في أي مكان من الورقة ، وبأية عبارة تفيد معنى براءة الذمة ، ولا يكون موقعاً عليه من الدائن ؛ وذلك كله على النحو الذي قدمناه في التأشير على سند في حيازة الدائن .

ولكن التأشير هنا يجب أن يكون بخط الدائن ، وهذا على خلاف ما قررناه في التأشير على سند في حيازة الدائن من جواز أن يكون هذا التأشير بخط غير خطه . وهذا هو أيضاً حكم التقنين المدني الفرنسي (م ١٣٣٢) ، بل إن هذا التقنين يشترط كما رأينا أن يكون التأشير دائماً بخط الدائن ، سواء وقع على سند في حيازة المدين أو وقع على سند في حيازة الدائن . أما التقنين المدني المصري السابق فالأرجح أنه لم يكن يدخل في حسابه ، عند ما أورد المادة ٢٣٠/٢٩٥ ، إلا التأشير على سند في حيازة الدائن ، وقد ترك التأشير بخط الدائن على سند في حيازة المدين تسرى عليه القواعد العامة ، وسنعود إلى هذه المسألة بعد قليل .

واشتراط أن التأشير على سند في حيازة المدين يكون بخط الدائن أمر واضح ، إذ لو سمح القانون أن يكون التأشير بخط غير الدائن ، لسهل على المدين والسند في حيازته، أن يستكتب أي شخص عبارة الإبراء ، فتقوم قرينة الوفاء على غير أساس من الواقع . فقوة القرينة إذن هي في أن التأشير بالإبراء قد كتب بيد الدائن واحتفظ به المدين .

---

(١) ويلاحظ هنا أن التقنين المدني العراقي (م ٤٦٠) يشترط أن يقع التأشير على النسخة الأصلية لسند الدين ، فلا يجوز أن يقع على مخالصة أو على أية ورقة أخرى . وفي هذا وحده ، كما قدمنا ، يختلف هذا التقنين عن التقنين المصري .

(٢) أما إذا أشر البائع ببراءة ذمة المشترى على نسخة أصلية لعقد البيع ليست في يده ولا في يد المشتري ، بأن تعدد المشترون وكان التأشير على نسخة ثالثة في يد مشتر آخر ، فإن التأشير في هذه الحالة لا يكون صحيحاً لوقوعه في سند ليس في حيازة الدائن ولا في حيازة المدين . ولكنه مادام مكتوباً بخط الدائن يصلح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة (أوبري ورو ١٢ ص ٢٧٥ هامش رقم ١٩) .

وإذا أنكر الدائن خطه ، وجب على المدين أن يلجأ إلى إجراءات تحقيق الخطوط لإثبات أن التأشير بخط الدائن [1] . فإذا ما ثبت ذلك ، جاز للدائن بعد هذا أن يسلك طريق الطعن بالتزوير [2] .

وإذا محي التأشير أو شطب زالت قوته في الإثبات . ذلك أن السند موجود في حيازة المدين ، فلا يمكن حمل المحو أو الشطب إلا على أن الوفاء لم يتم ، فمحا الدائن التأشير أو شطبه . وقبل منه المدين ذلك بأن احتفظ بالسند في يده والتأشير فيه ممحو أو مشطوب [3] . وهذا بخلاف ما رأيناه في المحو أو الشطب عندما يكون السند في حيازة الدائن ، فقد تقدم أن الفقه الفرنسي منقسم في هذه المسألة ، ورجحنا الرأي القائل بأن المحو أو الشطب لا يزيل قوة الإثبات التي للتأشير .

١٥٥ – الشرط الثاني – وقوع نسخة السند أو المخالصة في حيازة المدين : والأصل أن نسخة السند أو المخالصة التي أشر عليها الدائن بخطه تكون في حيازة المدين . ولكن لا يشترط هنا أن تكون باقية دائماً في حيازته ، بل يكفي أن تكون قد وقعت في حيازته ولو خرجت بعد ذلك من يده . ذلك أن التأشير يجب أن يكون بخط الدائن كما قدمنا ، فوقوع هذا التأشير بخط الدائن في حيازة المدين ولو لحظة واحدة يكفي لقيام قرينة الوفاء . ومتى قامت القرينة على هذا الوجه ، كان للدائن أن يدحضها كما سنرى .

والذي يقع عادة أن المدين يبرز الورقة التي تحمل تأشير الدائن بخطه ليحتج بها . فيكون بذلك قد أثبت أنها قد وقعت في حيازته . أما إذا لم تكن الورقة في يده ، واستطاع أن يحصل على أمر بتقديمها فقدمت ، فعليه أن يثبت أنها وقعت في حيازته وقتاً ما حتى تقوم قرينة الوفاء.

١٥٦ – حجية التأشير إذا توافر الشرطان : هنا أيضاً نبادر إلى القول إن هذا التأشير ، ولو لم يتوافر شرطاه ، له حجية معينة إذا طبقت القواعد العامة في الإثبات .

---

(١) ذلك أن إجراءات تحقيق الخطوط تقبل في جميع الأوراق العرفية ، موقعة كانت أو غير موقعة .

(٢) الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ١٤٧ هامش رقم ١ وص ١٥٣ .

(٣) ديرانتون ١٣ فقرة ٤٢٠ – بوتييه فقرة ٧٥٣ – أوبري ورو ١٢ ص ٢٧٦ – ديمولومب ٢٩ فقرة ٦٥٦ – بودري وبارد ٤ فقرة ٢٤٥٥ – دي باج ٣ فقرة ٨٢٩ – بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٤٢ – الموجز للمؤلف فقرة ٦٤٥ – الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٢٠ مكررة – الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٣٠٧ مكررة – الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ١٦٥ ص ١٩٤ .

بغض النظر عن نص المادة ١٩ من قانون الإثبات . فهو ما دام مكتوباً بخط الدائن يصح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة ، ولو لم يتوافر فيه ما قدمناه من الشروط الأخرى . مثل ذلك أن يكتب التأشير في نسخة أصلية ثالثة ليست في حيازة الدائن ولا في حيازة المدين ، أو أن يعجز المدين عن إثبات أن الورقة التي كتب فيها التأشير قد وقعت في حيازته ، أو نحو ذلك. ففي هذه الأحوال لا يصلح التأشير دليلا كاملا ، ولكن يصح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة يستكمل بالبينة أو بالقرائن .

أما إذا توافر الشرطان على النحو الذي تقدم ذكره ، فإن التأشير يكون دليلا كاملا ضد الدائن ، ولا حاجة للمدين باستكماله ليثبت أنه وفى الدين ، وذلك بمقتضى نص خاص هو نص المادة ١٩ إثبات . وحجية التأشير تقوم هنا أيضاً على أساس ورقة عرفية غير موقعة هي هذا التأشير ذاته ، على النحو الذي قدمناه في التأشير على سند في حيازة الدائن .

ثم إن علة الاعتداد بالتأشير هنا هي أن هذا التأشير قد كتب بخط الدائن نفسه ، وقد ترك الورقة التي تحمل التأشير في يد المدين ، فتركه إياها في يد من له مصلحة في الاحتجاج بها قرينة على أنه استوفى الدين . فالتأشير في هذه الحالة " يكون في الواقع بمثابة مخالصة تبقى في يد المدين " [١] . ولكن هذه القرينة ، هنا أيضاً ، قد يقوم من الواقع دليل على عكسها [٢] . فقد يتصور — كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي — " أن يكون الدائن قد سلم المخالصة لوكيل مفوض في استيفاء الدين ، ولما كان من واجب مثل هذا الوكيل أن يرد إلى الموكل المخالصة التي تسلمها إذا لم يتم له استيفاء الدين ، فالمفروض

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨٩) .

(٢) وقد كان المشروع الأولى الذي سبق المشروع التمهيدي يميز بين حالة التأشير على سند في حيازة الدائن فيجعل التأشير قابلا لإثبات العكس ، وحالة التأشير على سند في حيازة المدين فيجعل التأشير غير قابل لإثبات العكس (م ١٩ من هذا المشروع) . ولعل المشروع قد تأثر في ذلك بأن فريقاً من الفقهاء الفرنسيين لا يسمحون ، في إثبات عكس التأشير على سند في حيازة المدين ، بأن يكون الإثبات بجميع الطرق ، بل يشترطون أن يكون الإثبات بالكتابة على النحو الذي بيناه فيما تقدم . وواضح أن هذا أمر يختلف عن قابلية التأشير لإثبات العكس في ذاته ، سواء كان إثبات العكس بجميع الطرق أو كان بطرق معينة . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي (المذكرة الإيضاحية ٢ ص ٦٩٠) عبارة تردد هذا التمييز . وهي عبارة خاطئة ، لأن التقنين الجديد (وكذلك المشروع التمهيدي) لم يفرق بين حجية القرينة في حالة التأشير على سند في حيازة المدين وحجيتها في حالة التأشير على سند في حيازة الدائن ، فكلتا القرينتين قابلة لإثبات العكس . ومن أجل ذلك لم تنقل هذه العبارة إلى مجموعة الأعمال التحضيرية (أنظر في هذه المسألة الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ١٥٢ هامش رقم ٣ والأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات ص ١٩٤ هامش رقم ٢) .

أن الدائن يحتفظ بهذه المخالصة لأنه لم يستوف حقه من المدين " [1] . فإذا سلم الوكيل ، بالرغم من ذلك ، المخالصة للمدين و لم يستوف منه الدين ، وعجز عن استرداد المخالصة ، فإنها ، وهي تحمل تأشير الدائن ، تكون في يد المدين دون أن يكون هذا قد برئت ذمته . وفي هذا دليل من الواقع يدحض القرينة .

من أجل ذلك عندما أقام القانون هذه القرينة ، جعل حجيتها هنا أيضاً قابلة للدحض. فيجوز للدائن ، بالرغم من تأشيرة بخطه ببراءة ذمة المدين ، أن يقيم الدليل على العكس ، فيثبت أن ذمة المدين لا تزال مشغولة بالدين .

وله أن يثبت ذلك بجميع الطرق ، حتى بالبينة أو بالقرائن . ذلك أن التأشير الذي يثبت عكسه هو ورقة عرفية غير موقعة يجوز إثبات عكسها بجميع الطرق ، وقد تقدم بيان ذلك .

١٥٧ – التأشير على سند في حيازة المدين في التقنين المدني السابق:

قدمنا أن المادة ٢٩٥/٢٣٠ من التقنين المدني السابق كانت تنص على أن " التأشير على سند الدين بما يفيد براءة المدين منه يكون حجة على الدائن ولو لم يكن ممضى منه ، إلا إذا أثبت الدائن خلاف ذلك " . وكان بعض الفقهاء في مصر [2] يذهب إلى أن هذا النص يشمل الحالتين اللتين وردتا بعد ذلك في المادة ٣٩٩ من التقنين المدني الجديد ومن بعده المادة ١٩ إثبات : حالة التأشير على سند في حيازة الدائن وحالة التأشير عل سند في حيازة المدين . ولكن يصعب القول إن المقصود من عبارة " سند الدين " التي وردت في نص التقنين السابق هو سند آخر غير السند الذي يحتفظ الدائن به عادة في حيازته ، وأن هذه العبارة مقصود بها أيضاً " بنسخة أصلية أخرى للسند " . فالأرجح أن يكون المقصود هو النص في حالة واحدة من الحالتين ، هي حالة التأشير على سند الدين وهو في حيازة الدائن ، وأن الحالة الأخرى قد تركت للقواعد العامة تسرى عليها . ويزيد هذا الترجيح قوة أن نلاحظ أن نص التقنين المدني السابق لم يشترط أن يكون التأشير بخط الدائن ، مع أن قرينة الوفاء في التأشير على سند في حيازة المدين إنما تستمد من أن هذا التأشير يكون بخط الدائن . وهذا الرأي الذي نرجحه هو الرأي الذي سار عليه الفقه في مصر [3] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨٩ .

(٢) أنظر في هذا المعنى الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات الطبعة الرابعة فقرة ٢٦٦ والطبعة الخامسة فقرة ٣٠٦.

(٣) الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٠١ ص ١٥٢ هامش رقم ٢ – الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ١٦٥ ص ١٩٣ .

ومن ثم يكون التقنين المدني الجديد ثم قانون الإثبات قد استحدث حكماً لم يكون موجوداً في التقنين القديم ، بأن جعل للتأشير بخط الدائن على سند في حيازة المدين حجية كاملة ، ولم يقتصر على اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة كما تقضى بذلك القواعد العامة في الإثبات . فإذا أشر الدائن بخطه على سند في حيازة المدين ببراءة ذمته ، فإن كان التأشير قد كتب في تاريخ سابق على يوم ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ فإن التقنين القديم هو الذي يسرى ، ولا يكون هذا التأشير إلا مبدأ ثبوت بالكتابة . أما إذا كان التأشير قد كتب في تاريخ بعد ذلك ، فإن التقنين الجديد يسرى في هذه الحالة ، ويعتبر التأشير دليلا كاملا لا حاجة إلى استكماله بدليل آخر ، على النحو الذي بيناه فيما تقدم .

الباب الثاني

طرق الإثبات ذات القوة المحدودة

البينة والقرائن القضائية

١٥٨ – طرق الإثبات ذات القوة المحدودة – اليمين المتممة

(إحالة): قدمنا أن طرق الإثبات ذات القوة المحدودة هي البينة والقرائن القضائية واليمين المتممة .

ونبادر إلى القول إن اليمين المتممة ، لشدة اتصالها باليمين الحاسمة ، ستعالج معها في موضع آخر . ونستبقى هنا للبحث البينة والقرائن القضائية .

١٥٩ – تعادل البينة والقرائن القضائية من حيث قوة الإثبات : وقد جعل القانون البينة والقرائن القضائية طريقين متعادلين من حيث قوتهما القانونية في الإثبات. فما يمكن إثباته بأحد الطريقين يستطاع إثباته بالطريق الآخر . وكلا الطريقين أضعف من الكتابة ذات القوة المطلقة في الإثبات .

وقد رأينا أن البينة والقرائن القضائية لا تكون طرقاً أصلية في الإثبات إلا في نطاق محدود. وتكون ، غير ذلك ، طرقاً تكميلية عند وجود مبدأ ثبوت بالكتابة ، وطرقاً بديلة عند وجود مانع يحول دون الحصول على دليل كتابي أو يحول دون تقديمه بعد الحصول عليه.

ويتبين من ذلك أن البينة والقرائن ذات قوة محدودة في الإثبات . فنبحث أولاً ما هي البينة والقرائن . ثم نبين بعد ذلك قوتهما المحدودة .

الفصل الأول

البينة والقرائن القضائية

الفرع الأول

البينة

(أو الشهادة)

١٦٠ – معنيان للبينة : البينة لها معنيان : (١) معنى عام ، وهو الدليل أيا كان ، كتابة أو شهادة أو قرائن . فإذا قلنا : البينة على من ادعى واليمين على من أنكر ، فإنما نقصد هنا البينة بهذا المعنى العام . (٢) معنى خاص ، وهو شهادة الشهود دون غيرها من الأدلة . وقد كانت الشهادة في الماضي هي الدليل الغالب ، وكانت الأدلة الأخرى من الندرة إلى حد أنها لا تذكر إلى جانب الشهادة ، فانصرف لفظ " البينة " إلى الشهادة دون غيرها . ونقصد هذا المعنى الخاص عندما تقول : مالاً تزيد قيمته على خمسمائة جنيه يجوز إثباته بالبينة والقرائن .

وإذا قلنا البينة ، فإنما نقصد بمعناها الخاص ، ونقصرها على الشهادة . ونتكلم هنا: (أولاً) في أنواع لبينة . (ثانياً) في سلطة القاضي الواسعة في تقدير البينة . (ثالثاً) في القواعد التي تتبع في سماع البينة .

المبحث الأول

أنواع البينة

١٦١ - الشهادة (témoignage) **:** الأصل في الشهادة أن تكون شهادة مباشرة ، فيقول الشاهد ما وقع تحت بصره أو سمعه . فالذي يميز الشاهد إذن هو أنه يشهد على وقائع عرفها معرفة شخصية (ex propriis sensibus) . وهو يحصل معرفته الشخصية للواقعة ، إما لأنه رآها بعينه ، كما إذا كان قد شهد حادثاً من حوادث السيارات فجاء إلى مجلس القضاء يشهد بما رأى . وإما لأنه سمعها بأذنه ، كما إذا كان قد حضر

مجلس العقد وسمع البائع يتعاقد مع المشترى ، فجاء إلى مجلس القضاء يشهد بما سمع . وإما لأنه رأى وسمع، كما إذا سمع المقرض يتعاقد مع المقترض ورآه يعطيه مبلغ القرض [1] .

وتكون الشهادة عادة شفوية ، يدلى بها الشاهد في مجلس القضاء مستمداً إياها من ذاكرته . وقد نصت المادة ٩٠ من قانون الإثبات على أن " تؤدى الشهادة شفاهاً "، ولا تجوز الاستعانة بمفكرات مكتوبة إلا بإذن المحكمة أو القاضي المنتدب ، وحيث تسوغ ذلك طبيعة الدعوى " . ومع ذلك فقد نصت المادة ٨٣ من قانون الإثبات على أن " من لا قدرة له على الكلام يؤدى الشهادة ، إذا أمكن أن يبين مراده ، بالكتابة أو بالإشارة " .

ويدعى الشاهد عادة إلى مجلس القضاء ليقول ما رآه أو سمعه من الوقائع المتعلقة بالدعوى. ومع ذلك قد يكتفي ، في ظروف استثنائية ، بتلاوة شهادته المكتوبة أو بضم هذه الشهادة المكتوبة إلى ملف القضية للاعتداد بها [2] .

وإذا كانت الشهادة المباشرة هي الصورة الغالبة للشهادة ، فإنه يوجد مع ذلك إلى جانبها : (١) الشهادة السماعية (témoignage indirect) (٢) والشهادة بالتسامع (commune renommée) (٣) والشهادة بالشهرة العامة (acte de notoriété).

١٦٢ – الشهادة السماعية : أي الشهادة غير المباشرة، وتسمى أيضاً بالشهادة في الدرجة الثانية [3] (témoignage du second degré) . وتختلف عن الشهادة الأصلية أو الشهادة المباشرة أو الشهادة في الدرجة الأولى – وهي الشهادة التي سبق ذكرها – في أن الشاهد هنا يشهد بما سمع رواية عن غيره ، ومن ثم كانت الشهادة سماعية .

والشاهد ، سواء كانت شهادة أصلية أو سماعية ، يشهد عن واقعة معينة بالذات. ولكنه في الشهادة الأصلية يشهد أنه رأى هذه الواقعة بعينه إن كانت مما يرى ، أو سمعها بإذنه إن كانت مما يسمع . أما في الشهادة السماعية ، فهو يشهد أنه سمع الواقعة يرويها له شاهد يكون هو الذي رآها بعينه أو سمعها بإذنه . مثل ذلك أن يشهد شخص أمام القضاء

---

(١) والفرق بين الشهادة والإقرار أن الشهادة هي إخبار الإنسان بحق لغيره على غيره ، أما الإقرار فإخبار الإنسان بحق لغيره على نفسه . وتختلف الدعوى عنهما بأنها إخبار الإنسان بحق لنفسه على غيره (طرق القضاء في الشريعة الإسلامية للأستاذ أحمد إبراهيم ص ٢٨٢) .

(٢) ومن ذلك أن يضم تحقيق جنائي إلى ملف قضية مدنية ، ويعتد بما ورد مكتوباً في التحقيق الجنائي من شهادة الشهود (بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٢٤٦) . أما نقل الكلام بآلة مسجلة (dictaphone) فقد رفض القضاء المصري والفرنسي قبوله في مقام الشهادة (بيدان وبرز ٩ ص ٣٣١ هامش رقم ١ – انسيكلو بيدي داللوز ٤ لفظ preuve فقرة ٨٧١ – فقرة ٨٧٢) .

(٣) وتسمى في الفقه الإسلامي بالشهادة على الشهادة .

له سمع شخصاً آخر يروى له حادث السيارة وقد رآه بعينه ، أو سمع شخصاً آخر يروى له التعاقد على البيع أو على القرض وقد سمعه بإذنه . فالشهادة السماعية هي إذن شهادة على الشهادة [1] .

والشهادة السماعية جائزة حيث تجوز الشهادة الأصلية [2] . ويقدر القاضي قيمتها كما يقدر الشهادة الأصلية [أ] . وقد يراها تعدل الشهادة الأصلية في القيمة . ولكن الغالب أن تكون الشهادة السماعية دون الشهادة الأصلية من حيث اقتناع القاضي بها [3] [2] .

---

(١) أو هي شهادة أصلية بشهادة أصلية . ويصح أن تكون شهادة سماعية بشهادة أصلية ، فيقول الشاهد إنه سمع فلاناً يروى عن فلان واقعة معينة بالذات . واقتناع القاضي بمثل هذه الشهادة أشق بكثير من اقتناعه بشهادة أصلية على شهادة أصلية .

(٢) قارن الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٣٧٩ والأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٨٥ ص ٢٣٠ — والشهادة على الشهادة في الفقه الإسلامي لا تجوز إلا بالإنابة والتحميل. جاء في فتح القدير (جـز ٦ ص ١٨) : " فإذا سمع شاهداً يشهد بشيء لم يجز أن يشهد على شهادته ، إلا أن يشهده ذلك الشاهد على شهادة نفسه ، لأن الشهادة غير موجبة بنفسها بل بالنقل إلى مجلس القضاء ، فلا بد من الإنابة والتحميل . ولهذا لو سمعه يشهد شاهداً على شهادته ، لم يسمع السامع أن يشهد ، لأنه ما حمله وإنما حمل غيره . وهذا الإطلاق يقتضي أنه لو سمعه يشهد في مجلس القاضي ، حل له أن يشهد على شهادته لأنها حينئذ ملزمة " .

(أ) الشهادة السماعية جائزة حيث تجوز الشهادة الأصلية وهي مثلها تخضع لتقدير قاضي الموضوع ولا سلطان لأحد عليه في ذلك إلا أن يخرج بأقوال الشهود إلى ما لا يؤدي إليه مدلولها .
(جلسة ١٩٨٠/٣/٢٥ الطعن ٩٩٠ لسنة ٤٦ ق س ٣١ ص ٨٩٤) .
(جلسة ١٩٧٧/١٢/٢٦ الطعن ٨١٦ لسنة ٤٣ ق س ٢٨ ص ١٧٤٢) .
(جلسة ١٩٧٠/٤/٣٠ الطعن ٣٩٤ لسنة ٣٥ ق س ٢١ ص ٧٣٥) .

(٣) أنظر في هذا المعنى بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٠٩ ص ٩٥٩ . ويجب على كل حال التحدي بعدم قبول الشهادة السماعية ، إن كان لذلك وجه ، أمام محكمة الموضوع ، فلا يجوز التمسك بذلك أمام محكمة النقض لأول مرة . وقد قضت محكمة النقض بأن القول بأن شهادة شاهد سماعية فهي غير مقبولة رقم أخذ الحكم الابتدائي بها — هذا القول لا يصح التمسك به أمام محكمة النقض ما لم يسبق التحدي به لدى محكمة الموضوع (نقض مدني ٢٩ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٨٦ ص ٤٧١) .

(2) أ — القول بأن شهادة شاهد سماعية فهي غير مقبولة رغم أخذ الحكم الابتدائي بها ، هذا القول لا يصح التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض ما لم يسبق التحدي به لدى محكمة الموضوع .
(جلسة ١٩٥٢/٣/٢٩ مجموعة المكتب الفني السنة ٢ ص ٤٧١) .
ب — الشهادة السماعية جائزة — خضوعها لتقدير قاضي الدعوى — ترجيح شهادة شاهد على شهادة آخر من سلطة محكمة الموضوع .
(جلسة ١٩٩٠/١٢/٣٠ الطعن ٢٧٨٤ لسنة ٥٧ ق) .
(جلسة ١٩٨٧/٥/١٣ الطعن ٣٩٤ لسنة ٥٥ ق س ٣٨ ص ٧٠٨) .
(جلسة ١٩٧٧/١٢/٦ مجموعة المكتب الفني السنة ٢٨ ص ١٧٤٢) .

١٦٣ – الشهادة بالتسامع : والشهادة بالتسامع غير الشهادة السماعية . فهي شهادة بما تتسامعه الناس (oui-dire) ، لا تنصب على الواقعة المراد إثباتها بالذات، بل على الرأي الشائع في جماهير الناس عن هذه الواقعة . وقد رأينا الشهادة السماعية تنصب على الواقعة المراد إثباتها بالذات ، ولكن لا على أن الشاهد رآها بعينه أو سمعها بإذنه ، بل على أنه سمعها تروى له ممن رآها بعينه أو سمعها بإذنه . فالشهادة السماعية يمكن إذن تحرى مبلغ الصدق فيها، وصاحبها يحمل مسئولية شخصية فيما سمعه بنفسه عن غيره من الرواية عن واقعة معينة بالذات . أما الشهادة بالتسامع فصاحبها لا يروى عن شخص معين ولا عن الواقعة بالذات ، بل يشهد بما تتسامعه الناس عن هذه الواقعة وما شاع بين الجماهير في شأنها، فهي غير قابلة للتحرى ولا يحمل صاحبها مسئولية شخصية فيما شهد به [١]

ومن ثم كانت الشهادة بالتسامع غير مقبولة إلا فيما نص عليه القانون . وقد نص التقنين المدني الفرنسي على قبول الشهادة بالتسامع في حالتين : (١) حالة الزوجة ، بعد انتهاء النظام المشترك للأموال (communauté) بينها وبين زوجها ، وهي تريد تمييز مالها الخاص (patrimoine proper) عن المال المشترك (patrimoine commen) ، وذلك إذا لم يوجد محضر جرد (م ١٤١٥ و م ١٥٠٤ مدني فرنسي) . (٢) حال ورثة أي من الزوجين ، بعد موته ، يريدون تحديد المال المشترك (patrimoine commun) في مواجهة الزوج الآخر الذي ظل باقياً على قيد الحياة ، وذلك أيضاً إذا لم يوجد محضر جرد (م ١٤٤٢ مدني فرنسي) . ويذهب فريق من الفقهاء الفرنسيين إلى قصر قبول الشهادة بالتسامع على هاتين الحالتين دون غيرهما [٢] . ويرى بعض آخر أن يقيس عليهما كل حالة أخرى يراد فيها إثبات منقولات بأعيانها في مواجهة من كان مكلفاً بحصرها في محضر جرد وقصر في ذلك [٣] . أما في مصر فالقضاء المختلط كان بوجه عام لا يقبل الشهادة بالتسامع

---

(١) بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٤٩ – فمحل الشهادة بالتسامع ليس في الحقيقة الواقعة المراد إثباتها ، بل محلها رأي الناس في هذه الواقعة وما شاع بين الجماهير في شأنها . ورأي الناس قد يكون له أثر في موضوع الحق نفسه ، ومن ثم كان هو ذاته محلاً للإثبات لا طريقاً في الإثبات . فهناك إذن ضرب من التحويل (déplacement) في محل الإثبات ، ينقل الإثبات من محله الأصلي إلى محل بديل عنه (أنظر في هذا المعنى بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥١٤ ص ٩٦٤ – أنظر أيضاً أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦١ هامش رقم ١٤ – بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٤٨) .

(٢) بارتان على أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ هامش رقم ١٧ – لوران ٥ فقرة ١١ – بودري وبارد ٤ فقرة ٢٦٥١ مكررة ص ٤٠٢ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥١٤ ص ٩٦٤ – ص ٩٦٥ .

(٣) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣٠٣ – ص ٣٠٤ – توليبه ٢ فقرة ١١٩٧ – ماركاديه ٢ فقرة ٢٥٠ – بوتييه فقرة ٢٤٢ ديمولومب ٧ فقرة ٥٦٩ و ٣٠ فقرة ٢٢٥ – قارن بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٤٨ .

في المسائل المدنية [1] . أما في المسائل التجارية ، وكذلك في الأحوال التي يقبل فيها الإثبات بالبينة أو بالقرائن ، فتقبل الشهادة بالتسامع على سبيل الاستئناس وباعتبار أنها مجرد قرينة بسيطة لا يؤخذ بها إلا في كثير من الحذر والاحتياط [2] . وفي الفقه الإسلامي لا تقبل الشهادة بالتسامع إلا في مسائل معينة ، عدوا منها خمساً هي الشهادة بالنسب وبالموت وبالنكاح وبالدخول وبولاية القاضي ، ثم أضافوا إليها خمساً هي أصل الوقف وشرائطه والعتق والولاء والمهر [3] . ولا نرى ما يمنع من الأخذ بأحكام الفقه الإسلامي في هذه

---

(١) استئناف مختلط ٢١ أبريل سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٨١ — ٨ يونية سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٥٣ .

(٢) استئناف مختلط ١٧ يونية سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٩٤ — ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٦٥ — ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٥٦ — ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٢٣ .

(٣) وقد جاء في البدائع ـجزء ٦ ص ٢٦٦ — ص ٢٦٧) في صدد الشهادة بالتسامع ما يأتي : " الثالث (من شروط تحمل الشهادة) أن يكون التحمل بمعاينة المشهود به بنفسه لا بغيره ، إلا في أشياء مخصومة يصح التحمل فيها بالتسامع من الناس لقوله عليه الصلاة والسلام للشاهد إذا علمت مثل الشمس فاشهد وإلا فدع، ولا يعلم مثل الشمس إلا بالمعاينة بنفسه . فلا تطلق الشهادة بالتسامع إلا في أشياء مخصوصة . وهي النكاح والنسب والموت . فله تحمل الشهادة فيها بالتسامع من الناس وإن لم يعاين بنفسه ، لأن مبني هذه الأشياء على الاشتهار فقامت الشهرة فيها مقام المعاينة . وكذا إذا شهد العرس والزفاف يجوز له أن يشهد بالنكاح لأنه دليل النكاح . وكذا في الموت إذا شهد جنازة رجل أو دفنه حل له أن يشهد بموته . واختلفوا في تفسير التسامع ، فعند محمد رحمه الله هو أن يشهر ذلك ويستفيض وتتواتر به الأخبار عند من غير تواطؤ، لأن الثابت بالتواتر والمحسوس بحس البصر والسمع سواء ، فكانت الشهادة بالتسامع بشهادة من معاينة . فعلى هذا إذا أخبره بذلك رجلان أو رجل وامرأتان لا يحل له الشهادة ما لم يدخل في حد التواتر . وذكر أحمد بن عمرو بن مهران الخصاف أنه إذا أخبره رجلان عدلان أو رجل وامرأتان أن هذا ابن فلان أو امرأة فلان يحل له الشهادة بذلك ، استدلالا بحكم الحاكم وشهادته ، فإنه يحكم بشهادة شاهدين من غير معاينة منه بل يخبرهما ويجوز له أن يشهد بذلك بعد العزل ، كذا هذا . ولو اخبره رجل أو امرأة بموت إنسان حل للسامع أن يشهد بموته . فعلى هذا يحتاج إلى الفرق بين الموت وبين النكاح والنسب . ووجه الفرق أن مبني هذه الأشياء وإن كان على الاشتهار إلا أن الشهرة في الموت أسرع منه في النكاح والنسب . لذلك شرط العدد في النكاح والنسب لا في الموت . لكن ينبغي أن يشهد في كل ذلك على الثبات والقطع دون التفصيل والتقييد بأن يقول إني لم أعاين ذلك ولكن سمعت من فلان كذا وكذا ، حتى ولو شهد كذلك لا تقبل . وأما الولاء فالشهادة فيه بالتسامع غير مقبولة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وهو قول أبي يوسف رحمه الله الأول ثم رجع وقال تقبل..... وأما الشهادة بالتسامع في الوقف فلم يذكره في ظاهر الرواية ، إلا أن مشايخنا ألحقوه بالموت لأن مبني الوقف على الاشتهار أيضاً كالموت فكان ملحقاً به . وكذا يجوز الشهادة بالتسامع في القضاء والولاية ، إن هذا قاضي بلد كذا ووالي بلد كذا وإن لم يعاين المنشور ، لأن مبني القضاء والولاية على الشهرة فقامت الشهرة فيها مقام المعاينة "'.

وجاء في فتح القدير (جزء ٦ ص ٢٠ ص ٢١) : " ولا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه أي لم يقطع به من جهة المعاينة بالعين أو السماع إلا في النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي ، فإنه يسعه أن يشهد بهذه الأمور إذا أخبره بها من يثق به من رجلين عدلين أو رجل وامرأتين . ويشترط كون =

المسألة تطبيقاً للفقرة الثانية من المادة الأولى من التقنين المدني [1] ، وهي تقضي بأنه " إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد ، فمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية " .

= الإخبار بلفظ الشهادة ، وفي الموت إذا قلنا يكفي الواحد لا يشترط لفظ الشهادة بالاتفاق ، أو بتواتر الخبر بذلك .. وجه الاستحسان أن العادة جارية بذلك ، وذلك بسبب أنه لا طريق إلى معرفة هذه الأشياء سوى الخبر، إذ لم تجر العادة بحضور الناس الولادة وإنما يرون الولد مع أمه أو مرضعته وينسبونه إلى الزوج فيقولون هو ابن فلان ، وكذا عند الموت لا يحضره غالباً إلا الأقارب فإذا رأوا الجنـــازة والدفن حكمـــوا بموت فلان ، وكذا النكاح لا يحضره كل أحد وإنما يخبر بعضهم بعضاً أن فلاناً تزوج فلانة ، وكذا الدخول لا يعلم إلا بأمارات .. وكذا ولاية الســـلطان للقاضي لا يحضرها إلا الخواص وإنما يحضرون جلوسه وتصـــديه للأحكام ... وينبغي أن يطلق أداء الشهادة ، فيشهد أنه ابنه أو أمير أو قاض . أما إذا فسر للقاضي أنه شهد من تسامع بين الناس لم تقبل شهادته " . ويقول الأستاذ أحمد إبراهيم في " طرق القضاء في الشريعة الإسلامية " (ص ٣٠٦) : " أقول والظاهر أنه حيث أجيز للشاهد أن يشهد بالسماع في المواضع التي بينوها وجب أن يقضى بشهادته إذا فسر ، وإلا كان في المقام ما يشبه التناقض ، ولا معنى لبقاء القضاء في مثل هذا على القياس والأخذ في الشهادة بالاستحسان ، وكل ما في الأمر أنهم يريدون تحميل الشاهد عبء ما شهد به ولا يحملون القاضي ذلك، لكن ما أجازوه فيها كان ينبغي أن يجيزوه فيه منعاً للتدافع ، ولا معنى لهذا الهروب من أمر قرروه واعترفوا به " .

وأوصل ابن جزي في القوانين الفقهية (ص ٣١٣) المسائل التي يجوز فيها قبول الشهادة بالتسامع إلى عشرين، فقال : " تجوز الشهادة بالسماع الفاشي في أبواب مخصوصة ، وهي عشرون : النكاح ، والرضاع ، والحمل، والولادة ، والموت ، والنسب ، والولاء ، والحرية ، والأحباس ، والضرر ، وتولية القاضي ، وعزله، وترشيد السفيه واليتيم ، والوصية وأن فلاناً وصي ، والصدقات المتقادمة، والأشربة المتقادمة ، والقسامة ، والإسلام ، والعدالة ، والجرحه . ولا تجوز الشهادة بالسماع الفاشي في إثبات ملك لطالبه ، وإنما تجوز للذي هو يديه بشرط حوزه له سنين كثيرة الأربعين والخمسين) .

هذا ويعرف الفقه الإسلامي ، إلى جانب الشهادة بالتسامع ، شهادة التواتر . وهي " خبر جماعة يقع العلم بخبرهم ... لا يتصور اتفاقهم على الكذب . وليس للتواتر عدد معين على الصحيح ، وإنما الشرط أن يكون المخبرون جمعاً لا يجوز العقل اتفاقهم على الكذب . ولما كان التواتر يفيد علم اليقين ، فلا تقام بينة على خلافه ، لأن البينات ظنية يدخلها الشك بخلاف التواتر ، سواء أكان المستند إلى التواتر مدعياً أو مدعى عليه، وسواء أكان مثبتاً أم نافياً ، وسواء أكان في الأموال أم الحدود أم القصاص ، وسواء أكان قبل الحكم أم بعده ، ذلك لأن التواتر حجة في النفي والإثبات لإفادته القطع واليقين " (الأســـتاذ أحمد إبراهيم في طرق القضاة ص ٢٩) .

(1) أ – الأصل في الشهادة أنه لا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه بالعين أو بالسماع بنفسه ، واستثنى من الفقهاء من ذلك مسائل منها ما هو بإجماع كالنسب ومنها ما هو الصحيح أو على أرجح الأقوال أو على أحد قولين مصححين ... إذ أجازوا فيها الشهادة بالتسامع من الناس وإن لم يعاينها بنفسه وهي بعد ضرورة دعت إليها رعاية المصالح والحاجة الشديدة أو هي استحسان مرده والوجه فيه أنها أمور يختص بمعاينة أسبابها خواص من الناس لا يطلع عليها إلا هم ، وقد تتعلق بها أحكام تبقى على انقضـــاء القـــرون وأنها يقترن =

وإذا قبلت الشهادة بالتسامع ، فهي كالشهادة الأصلية والشهادة السماعية تخضع في سماعها للقواعد التي تخضع لها الشهادة بوجه عام [1] .

١٦٤ – الشهادة بالشهرة العامة : أما الشهادة بالشهرة العامة فليست بشهادة بالمعنى الصحيح . بل هي ورقة مكتوبة ، تحرر أمام جهة رسمية ، تدون فيها وقائع معينة ، تشهد بها شهود يعرفون هذه الوقائع عن طريق الشهرة العامة .

وفي مصر يمكن اعتبار إعلام الوراثة ومحضر حصر التركة وتقرير غيبة المفقود من قبيل هذه الأوراق . فهي تحرر أمام جهات رسمية ، محكمة الأحوال الشخصية أو مندوبها أو غير ذلك ، وتدون فيها أسماء الورثة أو أعيان التركة أو واقعة غياب المفقود ، وذلك بناء على شهادة طائفة من الناس يشهدون وفقاً لما عرفوه عن طريق الشهرة العامة .

وفي فرنسا ينص القانون على جواز استعمال مثل هذه الأوراق كأدلة . من ذلك أنه إذا تعذر على أحد الزوجين عند عقد زواجه أن يحصل على شهادة ميلاده ، كان له أن يقدم عوضاً عنها شهادة تحمل اسمه ولقبه وصناعته ومحل إقامته وتاريخ ميلاده بقدر الإمكان وغير ذلك من البيانات بناء على أقوال شهود ثلاثة يعفون ذلك عن طريق الشهرة العامة ويدلون بشهادتهم عنها أمام قاضي الصلح (أنظر م ٧١ من التقنين المدني الفرنسي) . ومن ذلك أيضاً إجراءات إعلان غيبة المفقود ، تتضمن تحقيقاً تأمر المحكمه بإجرائه في مواجهة النيابة العامة ، قد تسمع فيه شهود يدلون بما عرفوه من طريق الشهرة العامة عن ظروف اختفاء المفقود ، ثم يصدر بعد ذلك حكم بإعلان غيبته [2] . ويكشف العمل في فرنسا عن كثرة الأحوال التي يلتجأ فيها إلى الحصول على وثائق تقوم على أساس الشهادة بالشهرة العامة ، وذلك فوق الأحوال التي نص عليها القانون . مثل ذلك الإعلام بثبوت الوراثة

= بما في العادة من ستتهر به فـــزلت الشهرة في كل منها العيان والناس يعتمدون فيها على الخبر فكان الخبر مسوغاً للشهادة ولو لم تقبل أدى إلى الحرج وتعطيل الأحكام والحرج مدفوع شرعاً .
(جلسة ١٩٦٧/١/٤ أحوال مجموعة المكتب الفني السنة ١٨ ص ٥٤) .

ب – الشهادة بالتسامع في فقه الشريعة الإسلامية لا هي شهادة رأى ولا هي شهادة على شهادة ومن الدرجة الثانية وإنما شهادة أصلية ومتميزة بضوابطها ودواعيها لها قوتها في الإثبات ويحمل المشاهد فيها عبء ما شهد به وهي بذلك لا تدخل من باب شهادة السماع ولا من باب الشهادة بالشهرة العامة في فقه القانون الفرنسي ولا تجرى مجراها وبالتالي مما تستقل به محكمة الموضوع بما لا رقابة لمحكمة النقض عليها فيه ما لم تخرج إلى ما لا تؤدي إليه .
(جلسة ١٩٦٧/١/٤ أحوال مجموعة المكتب الفني السنة ١٨ ص ٥٤) .

(١) بلانيول وريبير وجبولد ٧ فقرة ١٥١٤ ص ٩٦٥ وهامش رقم ٢ .

(٢) أنظر المواد ١١٥– ١١٩ من التقنين المدني الفرنسي – وأنظر في مثل ثالث المادة ٥٠٧ من هذا التقنين.

يدون فيه عدد الورثة وصفاتهم إذا لم يوجد محضر جرد . ومثل ذلك أيضاً الشهادة التي تسجل أن الميت قد مات دون وارث له حق محفوظ في التركة (héritier à réserve) [1] .

فالشهادة بالشهرة العامة تفترض وجود موظف عام ، موثق أو قاض أو نحو ذلك، تدلي أمامه الشهود بمعلوماتهم عن الواقعة المراد إثباتها . ويجب أن يكون للشهود معرفة شخصية بهذه الواقعة ، ولكن لا عن طريق محدد، بل عن طريق الشهرة العامة [2] . فالمعرفة الشخصية بالواقعة، لا الشهرة العامة في ذاتها ، وهي التي تقوم عليها قوة الإثبات في هذه الشهادة . والشهرة العامة إنما تجعل منها شهادة جماعية (témoignage collectif) عن طريق تحقيق سريع أمام قاض أو موظف عام بإجراءات لا تختلف إلا من ناحية الشكل عن إجراءات التحقيق المعتاد [3] . وللشهادة بالشهرة العامة قوة في الإثبات يحددها القانون في كل حالة على حدة .

المبحث الثاني

البينة سلطة القاضي الواسعة في تقدير

١٦٥ – البينة أضعف من الكتابة : قدمنا أن الشهادة كانت في الماضي من أقوى الأدلة ، بل كانت هي الدليل الغالب في وقت لم تكن فيه الكتابة منتشرة ،وكانت الأمية متفشية ، وكان العلم بالرواية واللسان لا بالكتابة والقلم ، حتى كانت الشهادة هي التي تستأثر باسم " البينة " دلالة على أن لها المقام الأول في البينات [4] . فلما انتشرت الكتابة ، وتقلص ظل الأمية ، بدأت الكتابة تسود ، ثم أخذت المكان الأول في الإثبات ، ونزلت البينة إلى المكان الثاني لما تنطوي عليه من عيوب ظاهرة . فالبينة تقوم على أمانة الشهود ، والشهود حتى إذا هم لم يكذبوا معرضون للنسيان ، ثم إن الدقة تنقصهم . هذا إلى أنه إذا أفسح المجال للإثبات بالبينة ، وأصبح اعتماد القضاء عليها ، كثرت القضايا الكيدية لسهولة الحصول شهود زور يشهدون بالباطل . أما الكتابة فكفتها راجحة ، ومتى كانت

---

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥١٣ ص ٩٦٣ – ص ٩٦٤ – بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٥٠ .

(٢) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥١٣ ص ٩٦٣ – ص ٩٦٤ – بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٥٠ .

(٣) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥١٣ ص ٩٦٣ – ص ٩٦٤ – بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٥٠ .

(٤) ودرج المثل، في القانون الفرنسي القديم، أن الشهادة فوق الكتابة (témoins passent letter).

بعيدة عن التزوير ، فهي أدق أداء وأكثر ضبطا للوقائع . ثم هي لا يرد عليها النسيان ، فهي دليل هيئ مقدماً ليحيط بالواقعة المراد إثباتها إحاطة شاملة ، لأنها إنما أعدت لهذا الغرض [1].

من أجل ذلك أنزل القانون البينة دون منزلة الكتابة ، لا فحسب من ناحية أن جعل البينة ذات قوة محدودة في الإثبات ، بل أيضاً بأن جعل للقاضي بالنسبة إلى البينة سلطة تقدير واسعة ، هي أكبر بكثير من سلطته بالنسبة إلى الكتابة [2] . فالقاضي ينظر ، أولاً ، هل الإثبات بالبينة في الأحوال التي يجيزها القانون مستساغ ؟ فإذا كان مستساغاً نظر ، ثانياً ، هل الوقائع المراد إثباتها بالبينة متعلقة بالحق المدعى به ومنتجة في إثباته ؟ وهو في ذلك يتمتع بسلطة تقدير أوسع مما له في الإثبات بالكتابة . فإذا ما قدر بعد كل ذلك أن يسمع البينة ، كان له ، أخيراً سلطان واسع في تقدير ما إذا كانت البينة التي سمعها مقنعة في الإثبات .

١٦٦ – تقدير ما إذا كان الإثبات بالبينة مستساغاً: قد يكون الإثبات بالبينة جائزاً قانوناً ، ولكن يبقى بعد ذلك للقاضي سلطة تقديرية في السماح به [1] . فقد

---

(١) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦١ ص ٢٩٨ – على أن هناك اتجاهاً في العصر الحاضر من شأنه أن يرد للبينة اعتبارها. ففي التقنينات الجرمانية (تقنين المرافعات الألماني وتقنين المرافعات السويسري) وفي بعض التقنينات اللاتينية (التقنين المدني البرتغالي م ٢٥٠٦ – م ٢٥٠٨ والتقنين المدني الأسباني م ١٢٤٤ – ١٢٤٨ يجوز ، في المسائل المدنية على غرار المسائل التجارية ، الإثبات بالبينة حيث يجوّز الإثبات بالكتابة . ويذهب بعض كبار الفقهاء من أمثال تالير (الإفلاس في القانون المقارن ١ ص ١٦٠) إلى تحبيذ هذا الاتجاه (أنظر عكس ذلك كولان وكابيتان ومرانيير ٢ فقرة ٧٦٦ ص ٥١٢ هامش رقم ٢ – بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٥٢) . والقضاء الفرنسي ذاته ، في خلال القرن الأخير ، يساير هذه النزعة ، فيتوسع في قبول البينة عن طريق التوسع في تفسير معنى " مبدأ الثبوت بالكتابة " ومعنى "تعذر الحصول على الكتابة " (بيدان وبرو ٩ فقرة ١١٥٠ ص ٢١٨ وهامش رقم ٤) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا المعنى ما يأتي : " وتختلف حجية البينة اختلافاً جوهرياً عن حجية الكتابة ، فبينما يعتبر الدليل الكتابي ، تفريعاً على تهيئته ، حجة بذاته ، = = فيفرض سلطانه على القضاء ما لم يطعن فيه بالتزوير أو بنقش إثبات العكس ، تترك البينة على نقيض ذلك لتقدير القاضي ، ويكون له كامل السلطة في تقدير قيمتها ، أياً كان عدد الشهود وأياً كانت صفاتهم ، دون أن يخضع في تقديره هذا لرقابة محكمة النقض ، بيد أن سلطة القاضي في التقدير لا تتناول إلا تعلق البينة بالوقائع دون جواز قبول الإثبات بمقتضاها ، لأن تعيين حدود هذا الجواز من شأن القانون وحده " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٩٥ – ص ٣٩٦) .

وفي صدد خفض شأن البينة يقول فتحي زغلول : " أبغض طرق الإثبات عند الشارع شهادة الشهود (شرح القانون المدني ص ٤١٨) .

(أ) أ – إجراء التحقيق لإثبات وقائع يجوز إثباتها بالبينة هو ليس حقاً للخصوم تتحتم إجابتهم إليه في كل حالة ، بل هو أمر متروك لمحكمة الموضوع فلها أن ترفض الإجابة عليه متى رأت بما لها من سلطة التقدير ألا حاجة بها إليه أو أنه غير مجد بالنظر إلى ظروف الدعوى وما هو ثابت فيها من الأدلة والوقائع التي تكفي لتكوين عقيدتها وحسبها أن تبين في حكمها الأسباب التي استندت عليها في رفض هذا الطلب . =

يكون في القضية من القرائن والأدلة الأخرى ما يغني عن البينة [1] . وعلى النقيض من ذلك قد تكون الوقائع المراد إثباتها بعيدة الاحتمال بحيث لا يرى القاضي سبيلاً إلى الاقتناع بالبينة في إثباتها [1] . وقد تكون هذه الوقائع قد طال عليها العهد بحيث يتعذر إثباتها بالبينة في جميع هذه الأحوال ، يرى القاضي أن البينة غير مستساغة ، فلا يسمح بها بالرغم من أن القانون يجيزها في الإثبات [2]

= (جلسة ١٠/٤/١٩٨٨ الطعن رقم ٢٧٣٣ بسنة ٥١ ق س ٣٩ ص ٦٣٧) .
(جلسة ٢٨/٢/١٩٧٥ الطعن رقم ٦٤ لسنة ٢٣ ق س ٨ ص ١٧٦) .
(جلسة ٢٥/١٠/١٩٥٦ الطعن رقم ٦ لسنة ٢٣ ق س ٧ ص ٨٤٧) .

ب — قضاء الحكم المطعون فيه بسقوط حق الطاعن في الاستئناف من غير تناول أقوال الشهود ، ومؤداها مع أن المحكمة ما أحالت الدعوى للتحقيق إلا لعدم كفاية أوراق الدعوى بحالتها لتكوين عقيدتها في شأن دفاع الطاعن . قصور مبطل خطأ .
(جلسة ٤/٥/٢٠٠٠ الطعن رقم ١٨٠ لسنة ٦٣ ق) .

(1) لا مأخذ على محكمة الموضوع إن هي رفضت الإحالة إلى التحقيق مادام أنها قد رأت من ظروف الدعوى والأدلة التي استندت إليها ما يكفي لتكوين عقيدتها ، وحسبها أن تبين في حكمها الأسباب التي اعتمدت عليها في رفض هذا الطلب .
(جلسة ٢٢/١١/١٩٩٠ الطعن رقم ٢٢٣ لسنة ٥٧ ق) .
(جلسة ١٠/١٢/١٩٧٠ الطعن رقم ٢٣٩ لسنة ٣٦ ق س ٢٧ ص ١٢٢٧) .
(جلسة ١٥/١٠/١٩٥٩ الطعن رقم ٢٢٠ لسنة ٢٥ ق س ١٠ ص ٥٦٧) .
(جلسة ١٩/٦/١٩٥٨ الطعن رقم ١٥ لسنة ٢٧ ق س ٩ ص ٦١٧) .

(١) وفي الفقه الإسلامي من شروط الشهادة عدم تكذيب الحس لها ، لأن الحس يفيد علماً قطعياً والشهادة تفيد خبراً ظنياً ، الظني لا يعارض القطعي . فلا تقبل البينة التي أقيمت على خلاف المحسوس . كالبينة التي تقوم على موت شخص وحياته مشاهدة ، أو على خراب دار وهي قائمة يشهد العيان بعمارتها (الأستاذ أحمد إبراهيم في طرق القضاء في الشريعة الإسلامية ص ٣١٧) . ونصت المجلة في المادة ١٦٩٧ على أنه " لا تقبل البينة التي أقيمت على خلاف المحسوس ، مثلاً إذا أقيمت البينة على موت رجل وحياته مشاهدة ، أو على خراب دار وعمارتها مشاهدة ، فلا تقبل ولا تعتبر " . ويقول الأستاذ سليم باز في شرح هذا النص (ص ١٠٢١) : وكذا إذا أقيمت البينة بأن هذا المرعى مخصص منذ القدم لمنافع القرية الفلانية وكانت هذه القرية حديثة العهد ، وبذلك قرار محكمة التمييز مؤرخ في ٢٨ أيلول سنة ١٣٠٩ ج . م عدد ٨٢٨) .

(٢) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦١ ص ٣٠٢ — ص ٣٠٣ — وقد قضت محكمة النقض بأن لمحكمة الموضوع أن ترفض إجراء تحقيق يطلبه الخصوم متى رأت بما لها من سلطة التقدير أنه لا حاجة بها إليه أو أنه غير مجد بالنظر إلى ظروف الدعوى وما هو ثابت فيها من الأدلة والوقائع ، وإنما هي ملزمة إذا رفضت مثل هذا الطلب أن تبين في حكمها لماذا رفضته وأن تكون الأسباب التي بنت عليها اقتناعها من شأنها أن تؤدي إلى ما قضت به (نقض مدني ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٠١ ص ٢٦٥) . أنظر أيضاً : نقض مدني ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٢٣ ص ٣٣٤ (تمسك خصم بعقد ، ثم عدل وتمسك بالتحقيق لإثبات التقادم وتقلب في دفاعه ، فرفضت المحكمة التحقيق) — ٢٤ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٠١ ص ٧٤٢ (قضت المحكمة بالقرائن مكتفية بها ، من غير حاجة إلى البينة). أنظر كذلك =

ومن ثم نرى أنه لا يكفي أن يجيز القانون الإثبات بالبينة في بعض الأحوال ، بل يجب أيضاً أن يكون الإثبات بالبينة مستساغاً حسب تقدير القاضي . ولا يخضع القاضي في تقديره هذا لرقابة محكمة النقض (١) (1) .

١٦٧ – تقدير ما إذا كانت الوقائع متعلقة بالحق ومنتجة في الإثبات: هنا أيضاً يتمتع القاضي بسلطة تقدير واسعة لا يتمتع بما في الإثبات بالكتابة.

ذلك أن الكتابة المعدة للإثبات تشتمل عادة على الوقائع المتعلقة بالحق المدعى به والتي تكون منتجة في الإثبات ، لأنها إنما أعدت للوفاء بهذه الأغراض . فلا يكون هناك للقاضي مجال واسع في تقدير ذلك . أما في الإثبات بالبينة فيتسع المجال للقاضي في تقدير ما إذا كانت الوقائع التي استدعيت الشهود من أجلها متعلقة بالدعوى ومنتجة في الإثبات . فإن الغالب أن تكون الشهود لم تعد للشهادة من قبل ، فإذا توخوا الأمانة في شهادتهم فهم لا يشهدون إلا على الوقائع التي تفق أن يكونوا قد رأوها أو سمعوها ، وهذه الوقائع قد

= نقض مدني ١٠ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ١٧ ص ٢٩ — ١٠ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رق ٧٠ ص ١٤٠ — ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٧٢ ص ١٤٢ — ٦ يونية سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٨٣ ص ٨٦٣ — ١٦ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٥٠ ص ١٠٩٦ — ٢٢ يونية سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٩٤ ص ٦٠٧ — ١٤ نوفمبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٧٥ ص ٢٧٢ — ١٨ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٣٨ ص ٣٨٢ — ١٩ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٥٤ ص ١٨٩ — ٣٠مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٩٦ ص ٣٨٥ .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يسوغ أن يثبت بالبينة أنه منذ عهد بعيد وفي أيام معينة تعذر إنزال البضاعة بسبب رداءة الجو (أول مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٢٩) ، أو العبارات التي استعملت في حديث جرى منذ عهد بعيد (٢٨ مايو سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٣١٦) ، أو وقائع حدثت منذ تسع سنوات (١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٦٣) . ويجوز للقاضي أن يرفض الإحالة إلى التحقيق إذا وجد في القضية عناصر كافية للإثبات تجعل البينة تزيدا لا فائدة منه (استئناف مختلط ٢٩ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٧٨) أو يرفض سماع شهود آخرين متى كون عقيدته بعد سماع من سمعهم (استئناف مختلط ٢٩ يونية سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٥٧) .

(١) ولكن يجب أن تكون هناك أسباب كافية لتبرير هذا التقدير ، ويكون التسبيب قاصراً إذا لم يواجه دفاع الخصم و لم يحققه مع حاجته إلى التحقيق (نقض مدني ٢٨ يناير سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٣٢ ص ٨٣) . ولا يجوز أن يكون مجرد التخوف من فساد ذمة الشهود سبباً في حرمان مدعى الحق من إثبات دعواه بالبينة (استئناف مصر ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ رقم ١٦٩ ص ٤٥٥) .

(1) طلب إحالة الدعوى إلى التحقيق من سلطة محكمة الموضوع المنازعة في ذلك جدل موضوعي عدم جواز إثارته أمام محكمة النقض .
(جلسة ١٩٩٠/١٢/٣٠ الطعن رقم ٢٧٨٤ لسنة ٥٧ ق) .

تكون متعلقة بالحق المدعى به ، وقد لا تكون متعلقة به . وإذا كانت متعلقة ، فقد تكون منتجة في الإثبات أو لا تكون [1] . كل هذا متروك لتقدير القاضي، وهو في هذا التقدير يتمتع بسلطة واسعة لا يخضع فيها لرقابة محكمة النقض [1] ، كما قدمنا عند الكلام في الشروط الواجب توافرها في الواقعة التي تكون محلاً للإثبات .

١٦٨ – تقدير ما إذا كانت البينة كافية : ثم إن القاضي ، إذا رأى الإثبات بالبينة مستساغاً ، وقدر أن الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالحق المدعى به ومنتجة في الإثبات ، وسمع الشهود في هذه الوقائع ، فإن له بعد ذلك كله سلطة واسعة في تقدير ما إذا كانت شهادة هؤلاء الشهود كافية في إثبات هذه الوقائع .

وهو في ذلك لا يتقيد بعدد الشهود ، ولا بجنسهم ، ولا بسنهم . فقد يقنعه شاهد واحد، ولا يقنعه شاهدان أو أكثر . وقد يصدق المرأة ، ولا يصدق الرجل . وقد تكون شهادة صبي صغيراً أبلغ في إقناعه من شهادة رجل كبير [2] .

وقد كان للشهادة في القديم نصاب محدد : رجلان ، أو رجل وامرأتان ، أو شهود أربعة، أو نحو ذلك [3] . فزال هذا النصاب ، لا في المسائل الجنائية فحسب ، بل أيضاً في

---

(1) المحكمة غير ملزمة بالاستجابة إلى طلب الإحالة إلى التحقيق ، إذا ما استبان لها أن إجابة الطالب إليه غير منتجة وأن لديها من الاعتبارات ما يكفي للفصل في الدعوى حتى مع التسليم بصحة الوقائع المطلوب إثباتها.
(جلسة ١٩٥٦/١٠/٢٥ مجموعة المكتب الفني السنة ٧ ص ٨٤٧) .
(جلسة ١٩٨٥/٦/٩ الطعن رقم ٦٩٨ س ٥٢ ق) .

(١) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦١ ص ٣٠١ – ص ٣٠٢ .

(٢) ولم يكن الأمر على هذا النحو في القانون الفرنسي القديم . فقد كانت شهادة الواحد لا تكفي ، ويقول لوازيل Loisel في هذا المعنى :
Testis unus, testis nullus – Voix d'un, voix de nun (Institutes coutumiéres, liv. V; tit. V;régl. 10).
(أنظر أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦١ هامش رقم ٨) .

(٣) ونرى ذلك واضحاً في الفقه الإسلامي . قال ابن جزي في القوانين الفقهية في مراتب الشهادات والشهود : " أما الشهادة فهي على ست مراتب : (الأولى) شهادة أربعة رجال وذلك في الشهادة على الرؤيا في الزنا بإجماع . (والثانية) شهادة رجلين وذلك في جميع الأمور سوى الزنا . (والثالثة) شهادة رجل وامرأتين وذلك في الأموال خاصة دون حقوق الأبدان والنكاح والعتق والدماء والجراح وما يتصل بذلك كله . واختلف في الوكالة على المال ، وأجازها أبو حنيفة في النكاح والطلاق والعتق ، وأجازها الظاهرية مطلقاً . (والرابعة) شهادة امرأتين دون رجل وذلك فيما لا يطلع عليه الرجال كالحمل والولادة والاستهلال وزوال البكارة وعيوب النساء ، وقيل إنما يعمل بها بشرط أن يفشو ما شهدتا به عند الجيران وينتشر ، وقال الشافعي لا بد من أربع نسوة ، وأجاز أبو حنيفة شهادة امرأة واحدة . (والخامسة) رجل مع يمين وذلك في الأموال خاصة. (والسادسة) امرأتان مع يمين وذلك في الأموال أيضاً . فتلخص أن شهادة رجل وامرأتين أو رجل ويمين أو =

المسائل المدنية والتجارية . وكذلك زالت ضرورة تزكية الشهود ، فلم يعد الشاهد يزكيه شاهد آخر ، بل الذي يزكيه هو مبلغ ما يبعثه في نفس القاضي من الاطمئنان إلى دقته ، والثقة في أمانته (١) (1) .

والقاضي يقدر ما إذا كانت البينة كافية . وله في ذلك سلطان كامل ، لا يخضع هنا أيضاً لرقابة محكمة النقض (٢) (1)

= امرأتين ويمين مختصة بالأموال . وأما مراتب الشهود فهي أيضاً ست : (الأولى) العدل المبرز في العدالة فتقبل شهادته في كل شيء ولا يقبل فيه التجريح إلا بالعداوة . (والثانية) العدل غير المبرز فتقبل شهادته في كل شيء ويقبل فيه التجريح بالعداوة وغيرها . (والثالثة) الذي تتوسم فيه العدالة. (والرابعة) الذي لا تتوسم فيه العدالة ولا الجرحة . (والخامسة) التي تتوسم فيه الجرحة . فلا تقبل شهادة هؤلاء الشهود دون تزكية . (والسادسة) المعروف بالجرحة فلا تقبل شهادته حتى يزكى ، وإنما يزكيه من علم توبته ورجوعه عما جـــرح به (القوانين الفقهية لابن جزي ص ٣٠٩ — ص ٣١٠) .

(١) أنظر نقض مدني ٢ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٧٦ ص ٢٨٩ (الاطمئنان إلى صدق الشاهد مرده إلى وجدان القاضي) — ١٠ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦٤ — = ص ٣٧٩ (تقدير أقوال الشهود مرهون بوجدان القاضي ، إلا أن يخرج بهذه الأقوال إلى ما لا يؤدي إليه مدلولها) — ١٩ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٧٣ ص ٥٠٠ (تستطيع محكمة ثاني درجة أن تستخلص من أقوال الشهود ما يغاير ما استخلصته منها محكمة الدرجة الأولى) — ٢٣ أبريل سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٣٦ ص ٩١٦ (ترجيح شاهد هو من إطلاقات قاضي الموضوع) .

(1) أ — استقلال قاضي الموضوع بتقدير أقوال الشهود ، اطمئنانه إلى صدق أقوال شاهد رده إلى وجدانه وشعوره .

(جلسة ١٩٩٣/٥/١١ الطعن رقم ٢٨٤ لسنة ٥٥ ق) .

(جلسة ١٩٩٢/١٢/١٠ الطعن رقم ٢٠٠١ لسنة ٥٧ ق) .

ب — لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة في تقدير أقوال الشهود ، إلا أن ذلك ، مشروط بألا يكون هذا التقدير مبنيا على سبب مخالف للثابت في أوراق الدعوى .

(جلسة ١٩٥٤/٦/٢٤ السنة ٥ ص ٩٨٠) .

(٢) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦١ ص ٣٠٢ — بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٨٨ — وقد قضت محكمة الـــنقض بـــأن للمحكمة كامل الحرية في تقدير الدليل ، ومتى قررت المحكمة إحالة الدعوى إلى التحقيق كان لها أن تعتمد في استجلاء الحقيقة على أية قرينة تطرح أمامها ، على أن تورد من الأسباب ما من شأنه أن يؤدي إلى مـــا قضت به (نقض مدني ١٤ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦٩ ص ٤٧٨) — أنظر أيضاً : نقض مدني ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٧٢ ص ١٤٢ (جواز الاعتماد علـــى تحقيـــق إداري في دعوى إجازة بين الحكومة والأفراد) — ١٦ مارس سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١١٢ ص ٢٠٠ (جواز الاعتماد على تحقيق أمام المحكمة الابتدائية بعد إلغاء حكمها استئنافياً) — ٢٩ يناير سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٣٨ ص ٤٠٩ (قصور في استكمال التحقيق) — ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٩ ص ٤٤٥ (قصور في التسبيب) — ٨ فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠٥ ص ٥٦٤ (قصـــور في التسبيب : معاينة أجريت ولم تتكلم المحكمة عن نتيجتها) — ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقـــم =

ويتبين مما تقدم أن البينة حجة ليست مقيدة فحسب [2] ، بل هي أيضاً غير ملزمة وغير قاطعة . ولكنها حجة متعدية ، أي أن الوقائع التي تثبت بطريقها تعتبر ثابتة ، لا على من أقيمت في مواجهته فحسب ، بل أيضاً بالنسبة إلى جميع من يتأثر بالحكم الذي صدر في الدعوى .

المبحث الثالث
القواعد التي تتبع في سماع البينة

١٦٩ – من مباحث قانون المرافعات : أما القواعد التي تتبع في سماع الشهود فقد كانت من مباحث قانون المرافعات ، والآن هي جزء من قانون الإثبات . ونجتزئ هنا ببيان كيف تحال القضية إلى التحقيق لسماع الشهود ، وكيف تسمع الشهود ، متوخين الإيجاز .

١٧٠ – كيف تحال القضية إلى التحقيق لسماع الشهود : في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالبينة ، ويرى القاضي أن هذا الإثبات مستساغ على

= ٧٥ ص ١٧١ (قصور التسبيب في إثبات مرض الموت) – ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣ ص ٧ (الأخذ بشهادة شاهد في طريقة للعمل ولو لم تكن له علاقة بالحادث) – ٢٣ فبراير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٧١ ص ٢٦٩ – ٢٧ فبراير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٣ ص ١٠٨ (الأخذ بأقوال شهود سمعهم الخبير دون حلف يمين) .

على أن القول بأن لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة في تقدير أقوال الشهود مشروط بألا يكون هذا التقدير مبنياً على سبب مخالف للثابت في أوراق الدعوى . وإذن فمتى كانت المحكمة ، إذ قضت برد وبطلان العقد المطعون فيه بالتزوير ، قد صرحت بأن سبب عدم اطمئنانها إلى أقوال شهود المدعى عليها في دعوى التزوير هو أن هذه الأخيرة قد سكتت عن الرد على ما جرحت به شهادتهم واستنتجت المحكمة من هذا السكوت صحة هذا التجريح، وكان الثابت أن الطاعنة لم تسكت في الرد على تجريح شهودها ، فإن الحكم يكون مبنياً على سبب لا سند له في الأوراق ، مما يبطله ويستوجب نقضه في هذا الخصوص (نقض مدني ٢٤ يونية سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٥١ ص ٩٨٠) .

(1) المقرر أن لمحكمة الموضوع مطلق السلطة في تقدير الأدلة التي تأخذ بها أو نفيها ، وفي تقدير أقوال الشهود ، واستخلاص الواقع منها ، ولا معقب عليها في تكوين عقيدتها ، مما يملي به شهود الطرفين مادامت لم تخرج بذلك عما تحمله أقوالهم .

(جلسة ١٩٨٧/٢/٢٥ الطعن رقم ١٢٥٦ لسنة ٥٣ ق س ٣٨ ص ٣١٨) .

(2) لا يصح الاستناد إلى شهادة الشهود أمام الخبير ، كدليل قانوني كامل ، لأن الخبير يسمعها دون حلف يمين.

(جلسة ١٩٨٤/١٢/٣٠ الطعن رقم ١٤٤٤ لسنة ٥١ ق السنة ٣٥ ص ٢٣١١)

(جلسة ١٩٨٥/٣/٧ الطعن رقم ١٣٨٧ لسنة ٥١ ق) .

النحو الذي بيناه ، يجوز للمحكمة ، من تلقاء نفسها متى رأت في ذلك فائدة للحقيقة أو بناء على طلب الخصم ، أن تأمر بالإثبات بالبينة [1] . والحكم الذي يصدر باحالة القضية إلى التحقيق لسماع الشهود يجب أن يبين في منطوقه كل واقعة من الوقائع المأمور بإثباتها ، واليوم الذي يبدأ فيه التحقيق ، والميعاد الذي يجب أن يتم فيه (م ٦٨ — ٧١ من قانون الإثبات) . وهذا هو ما يسمى بالتحقيق الفرعي (enquête incidente).

١٧١ — كيف نسمع الشهود : يكون التحقيق — سماع الشهود — أمام المحكمة. ويجوز لها، إذا خيف التعطيل، أن تندب أحد قضائها لإجـرائه (م ٧٢ إثبات) [1].

والإذن لأحد الخصوم في إثبات واقعة بشهادة الشهود يقتضي دائماً أن يكون للخصم الآخر الحق في نفيها بهذا الطريق (م ٦٩ إثبات) . وفي هذا ضمان كبير اتخذ ضد تحيز الشهود أو ضعف ذاكرتهم أو عدم دقتهم عن طريق إيجاد ضرب من التوازن بين شهود الإثبات وشهود النفي [2] [1] . وتقضي المادة ٧٣ من قانون الإثبات بأن التحقيق يستمر

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن للقاضي أن يقضي من تلقاء نفسه بإحالة القضية إلى التحقيـق للإثبات بالبينة إذا رأى وجها لذلك وكان الإثبات بالبينة جائزاً قانوناً . وعليه في هذه الحالة أن يبين في دقة الوقائع المراد إثباتها ، والخصوم هم الذين يحضرون شهودهم ، إثباتاً ونفياً (١٤ مايو سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٣٠٠) — وقضت أيضاً بأنه يجوز قبول طلب الخصم إحالة الدعوى إلى التحقيق دون أن يبين الوقائع المـراد إثباتها ، مادامت المحكمة تستطيع من تلقاء نفسها أن تفعل ذلك إذا رأت وجه المصلحة فيه (١٨ يناير سـنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٧١ — ٣١ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٧٤) .

(1) أ — أوجب المشرع في المادة ٩٣ إثبات أن يكون محضر التحقيق الذي يباشر من القاضي موقعاً منه وإلا كان باطلاً . لأن هذا المحضر باعتباره وثيقة رسمية لا يعدو أن يكون من محاضر جلسات المحكمة وبهذه المثابة لا تكتمل له صفة الرسمية إلا بتوقيع القاضي ، ويترتب على ذلك ، أن الحكم الذي يصدر استناداً إلى محضر تحقيق لم يوقع من القاضي الذي باشره يكون مبنياً على أجراء باطل وهو بطلان من النظام العام يجوز التمسك به في أية حالة تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة النقض ، بل إن لهذه المحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها.

(جلسة ١٩٨٥/١/٣٠ الطعن رقم ١٦٣٧ سنة ٥٤ ق السنة ٣٦ ص ١٧٦) .

ب — إذا حرر محضر التحقيق على أوراق منفصلة ، اشتملت الأخيرة منها على جزء من التحقيق واتصل بها القرار الصادر بإحالة الدعوى إلى المرافعة ، ثم وقع عليها القاضي المنتدب والكاتب ، فإن التوقيع على هذه الورقة يعتبر توقيعاً على محضر التحقيق ، والقرار مما يتحقق به غرض الشارع فيما استوجبه من توقيع القاضي المنتدب للتحقيق والكاتب على محضر التحقيق ، ولا يكون هذا المحضر باطلاً .

(جلسة ١٩٨٥/١١/٢٠ الطعن رقم ٤٩٥ لسنة ٥٢ ق السنة ٣٦ ص ١٠٢٢) .

(٢) نقض مدني ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٧٥ ص ١٧١ : أن التحقيق ، وقد كان في خصوص مرض الموت ، لم تتح فيه للمتمسكين بالتصرف فرصة نفي يد المدعى ، والمقرر في الإثبات بالبينة أن يمكن الخصم من نفي الدليل الذي يقدمه خصمه نزولاً على حكم المادة ١٨١ من قانون المرافعات (م ٧١ إثبات).

إلى أن يتم سماع جميع شهود الإثبات والنفي في الميعاد ، ويجرى سماع شهود النفي في الجلسة التي سمعت فيها شهود الإثبات إلا إذا حال دون ذلك مانع [2] . ويلاحظ أن قانون الإثبات أوجب أن يكو للتحقيق ميعاد لا يجوز مده أكثر من مرة واحدة (م ٧٤ إثبات) ، و لم يجز سماع شهود بناء على طلب الخصوم بعد انقضاء ميعاد التحقيق ، وإن جاز ذلك بأمر المحكمة (م ٧٥ إثبات) [1] [3] .

ولا يكون أهلاً للشهادة من لم تبلغ سنه خمسة عشرة سنة (م ٦٤ إثبات) وكان قانون المرافعات الملغي يُنص على ألا يقل سن الشاهد عن أربع عشرة سنة [4] ، على أنه يجوز سماع شهادة من لم يبلغ هذا السن بغير يمين على سبيل الاستدلال . ولابد من تحليف الشاهد اليمين قبل أداء الشهادة ، وإلا كان التحقيق باطلاً ، ويكون الحلف حسب

---

(1) أ — صلة القرابة لا تحول دون سماع شهادة الشاهد .
(جلسة ١٩٧٥/٤/٣٠ الطعن رقم ٢٢ لسنة ٣٩ ق السنة ٢٦ ص ٨٦٠) .
ب — لا يجوز قبول شهادة النائب أو الوكيل .
(جلسة ١٩٨٣/١/١١ الطعن رقم ٧٤٣ ق السنة ٤٩ ق س ٣٤ ص ١٦٦) .
ج — حق الخصم في نفي ما يثبته الخصم الآخر قعوده عن الاستشهاد بشهود النفي أو تخلفه عن الحضور لا يمنع المحكمة من المضي في نظر الدعوى .
(جلسة ١٩٩٣/٥/١٩ الطعن رقم ٤٠٣ لسنة ٥٧ ق) .

(2) مفاد نص الفقرة الأولى من المادة ٧٣ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ أنه وإن كان الأصل سماع شهود النفي في نفس الجلسة التي سمع فيها شهود الإثبات، إلا أن هذا ليس أمراً حتمياً يترتب على مخالفته البطلان ، بل ترك المشرع تنظيمه للمحكمة التي تتولى إجراء التحقيق ، فلها أن ترجئ سماع شهود النفي إلى جلسة أخرى غير التي سمعت فيها شهود الإثبات ، إذا حال دون سماعهم في نفس الجلسة مانع ، وتقدير المانع يدخل في نطاق سلطة المحكمة الموضوعية بلا معقب عليها .
(جلسة ١٩٧٦/٢/٢٥ مجموعة المكتب الفني السنة ٢٧ ص ٥٠٧) .
(جلسة ١٩٧٥/١٢/١٣ مجموعة المكتب الفني السنة ٢٣ ص ١٣٧٧) .

(١) وقد أورد التقنين المدني العراقي سلسلة من النصوص في القواعد التي تتبع في سماع البينة ، تضاف إلى الأحكام التي قررها قانون أصول المحاكمات الحقوقية . وقد أريد بنصوص التقنين المدني تقريب الشقة ما بين النظرية الغربية في الشهادة ونظرية الفقه الإسلامي (أنظر المواد ٤٩٢ — ٥٠١ من هذا التقنين) .

(3) أنه إذا كانت المادة ٢٠ من قانون المرافعات لا ترتب البطلان بغير نص صريح إلا إذا شاب الإجراء عيب لم تتحقق بسببه الغاية منه ، وكان النص في المادة ٧٥ من قانون الإثبات على أنه لا يجوز بعد انقضاء ميعاد التحقيق سماع شهود بناء على طلب الخصوم هو نص تنظيمي لا يترتب البطلان على مخالفته ، يعتد بالتحقيق الذي يتم بعد انتهاء الميعاد طالما سمع شهود الطرفين وتحققت الغاية من الإجراء.
(جلسة ١٩٧٦/٣/١٠ مجموعة المكتب الفني السنة ٢٧ ص ٥٩٢) .

(4) العبرة بسن الشاهد وقت الإدلاء بشهادته لا وقت حصول الواقعة التي يشهد بها .
(جلسة ١٩٧٦/٣/٩ مجموعة المكتب الفني السنة ١٨ ص ٥٩٩) .

الأوضاع الخاصة بديانته إن طلب ذلك (م ٨٦ إثبات) [١] . وإذا رفض الشاهد الحضور أو امتنع بغير مبرر قانوني عن أداء اليمين أو عن الإجابة ، حكم عليه بغرامة ، ويجوز للمحكمة إصدار أمر بإحضاره (المادتان ٧٨ ، ٨٠ من قانون الإثبات) .

ولا يجوز رد الشاهد ولو كان قريباً أو صهراً لأحد الخصوم [1] ، إلا أن يكون غير قادر على التمييز بسبب حداثة أو هرم أو مرض أو لأي سبب آخر (م ٨٢ إثبات) .

وتثبت إجابات الشهود في المحضر ، ولا يجوز للشاهد أن يفشي سر وظيفته أو سر مهنته إلا بإذن خاص [2] . ولا لأحد الزوجين أن يفشي سر الزوجية ولو بعد انقضائها بغير رضاء الزوج الآخر (م ٦٥ — ٦٧ إثبات) [3] .

وبمجرد انتهاء التحقيق والفراغ من سماع الشهود تحدد أقرب جلسة لنظر الدعـــوى (م ٩٥ إثبات) [٢]

---

(١) استئناف مختلط ١٠ مايو سنة١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٧٥ .

(1) مفاد المادة ٨٢ من قانون الإثبات أن القانون لم يجعل القرابة أو المصاهرة بين الخصم وشاهده سبباً لرد الشاهد أو عدم سماع شهادته .
(جلسة ١٩٧٧/٣/٢٣ مجموعة المكتب الفني السنة ٢٨ ص ٧٦٨) .

(2) توجب المادة ٢٠٨ من قانون المرافعات (يقابلها المادة ٦٦ من قانون الإثبات) على المحامين والوكلاء والأطباء أو غيرهم أن يؤدوا الشهادة عن الوقائع التي علموا بها عن طريق مهنتهم أو صنعتهم متى طلب منهم ذلك من أسرها لهم ، وإذ تنص المادة ٣٤ من القانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ بالمحاماة أمام المحاكم بأن على المحامي أن يمتنع عن أداء مثل هذه الشهادة وأنه لا يجوز تكليفه أداءها في نزاع وكل أو استشير فيه ، فإن مؤدى هاتين المادتين أن المشروع وإن كان قد حظر على الخصوم تكليف المحامي أداء الشهادة في نزاع وكل أو أستشير فيه، إلا أنه لم يمنعه بطريق اللزوم من أدائها فله أن يؤديها متى طلب منه موكله ذلك .
(جلسة ١٩٦٥/١١/٩ الطعن رقم ٢١ لسنة ٣١ ق س ١٦ ص ١٠٠٢) .

(3) مؤدى نص المادة ٦٧ من قانون الإثبات رقم ٦٨/٢٥ أن يمنع أحد الزوجين من أن ينفي بغير رضاء الطرف الآخر ما عساه يكون أبلغه إليه أثناء قيام الزوجية ولو بعد انفصالهما إلا في حالة رفع دعوى من أحدهما بسبب جناية أو جنحة وقعت منه على الآخر ، وإذا كان الثابت ما أورده الحكم المطعون فيه أن ما شهد به زوج الطاعنة لم يبلغ إليه من زوجته بل شهد بما وقع عليه بصره واتصل بسمعه فإن شهادته تكون بمنأى عن البطلان ويصح في القانون استناد الحكم إلى أقواله .
(جلسة ١٩٨٥/٤/١٨ الطعن رقم ٢١٢ لسنة ٥٢ ق) .

(٢) أنظر في إجراءات التحقيق بصفة أصلية (enquête principale) المواد ٢٢٢ — ٢٢٤ من تقنين المرافعات .

الفرع الثاني

القرائن القضائية

١٧٢ — النصوص القانونية : تنص المادة ١٠٠ من قانون الإثبات (تقابلها المادة ٤٠٧ من التقنين المدني الملغاة) على ما يأتي :

"يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون . ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بشهادة الشهود [١] " .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق . ولكن المادة ٢٨٠/٢١٥ من هذا التقنين كانت تبيح الإثبات بالبينة وبالقرائن فيما زادت قيمته على عشرة جنيهات . وكذلك كانت المادة ١٢٨٢/٢١٧ تبيح الإثبات بالبينة وبالقرائن فيما زادت قيمته على عشرة جنيهات ، إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة . فدل ذلك على أن البينة والقرائن متلازمان ، فما يجوز إثباته بالأولى يجوز إثباته بالثانية ، وهذا بالرغم من أن بعض النصوص كانت تكتفي بذكر البينة دون القرائن (م ٢٢٠ — ٢٨٥/٢٢١ — ٢٨٦) .

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البينات السوري م ٩٢، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٥٠٥ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني مادة ٣١٠، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٩٥ [٢] . ويقابل في التقنين المدني الفرنسي المادة ١٣٥٣ [١] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٤٥ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٢٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فلجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٠٧ ، فمجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٢٨ — ص ٤٣٠) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص ما يأتي : " استلهم المشروع في هذه المادة أحكام التقنين الفرنسي (م ١٣٥٣) والتقنين الإيطالي (م ١٣٥٤) والتقنين الهولندي (م ١٩٥٩) والتقنين الكندي (م ١٢٤٢) والتقنين التونسي المغربي (م ٤٤٤/ م ٤٠٠) والتقنين الأسباني (م ١٢٥٣) والمشروع الفرنسي الإيطالي (م ٣٠٥) وبوجه خاص أحكام المادة ٢٥١٩ من التقنين البرتغالي. ويقوم الإثبات بالقرائن غير المقررة في القانون على تفسير القاضي لما هو معلوم من الأمارات والوقائع تفسيراً عقلياً لتكوين اعتقاده ، من طريق استخلاص الواقعة المجهولة التي يراد إقامة الدليل عليها من مقدمات هذا المعلوم " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٢٨ — ص ٤٥٩) .

(٢) نصوص التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السوري م ٩٢ : ١ — القرائن القضائية هي القرائن التي لم ينص عليها القانون ، وأمكن القاضي أن يستخلصها من ظروف الدعوى وأن يقتنع بأن لها =

١٧٣ – تعريف القرينة – نوعان من القرائن : عرفت المادة ١٣٤٩ من التقنين المدني الفرنسي القرائن بوجه عام بأنها هي " النتائج التي يستخلصها القانون أو القاضي من واقعة معلومة لمعرفة واقعة مجهولة " .

"Les présumptions sont des consequences que la loi ou le magistrat d'un fait connu à un fait inconnu".

فهي إذن أدلة غير مباشرة ، إذ لا يقع الإثبات فيها على الواقعة ذاتها مصدر الحق، بل على واقعة أخرى إذا ثبتت أمكن أن يستخلص منها الواقعة المراد إثباتها . وهذا ضرب من تحويل الإثبات (déplacement de preuve) من محل إلى آخر ، وسنعود إلى ذلك فيما بعد. مثل ذلك أن تكون الزوجية قرينة على الصورية ، فالواقعة المعلومة هي قيام الزوجية بين المتعاقدين، ويستدل القاضي من هذه الواقعة الثابتة على الواقعة المراد إثباتها ، وهي صورية العقد المبرم ما بين الزوجين . ومثل ذلك أيضاً أن يكون وجود سند الدين في يد المدين قرينة على الوفاء ، فالواقعة المعلومة هي وجود سند الدين في يد المدين . ويستدل

= دلالة معينة ، ويترك لتقدير القاضي استنباط هذه القرائن . ٢ – لا يجوز الإثبات بالقرائن القضائية إلا في الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بالشهادة . (ولا خلاف في الحكم ما بين التقنين المصري وقانون البينات السوري) .

التقنين المدني العراقي م ٥٠٥ : ١ – يجوز الإثبات بالقرائن القضائية ، وهي القرائن التي لم ينص عليها القانون وأمكن للمحكمة أن تستخلصها من ظروف الدعوى ، وأن تقتنع بأن لها دلالة معينة . ويترك لتقدير المحكمة استنباط هذه القرائن . ٢ – ولكن لا يجوز الإثبات بالقرائن القضائية إلا في الأحوال التي يجوز الإثبات فيها بالشهادة " . (فحكم التقنين المدني العراقي لا يختلف عن حكم التقنين المدني المصري) .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٣١٠ : إن القرائن التي لم يقرها القانون تترك لبصيرة القاضي ولحكمته . فيجب عليه ألا يقبل منها إلا القرائن الهامة الصريحة المتوافقة ، ولا يسعه قبولها إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون البينة الشخصية ، ما لم يكن سبب الطعن في العقد الاحتيال أو الخداع ، أو تكن القرينة مستندة إلى وقائع يمكن أن تعد تنفيذاً اختياراً كلياً أو جزئياً للموجب المدعى به . (وهذا النص يوافق نص التقنين الفرنسي الذي سيأتي ذكره ، ولا خلاف في الحكم بينه وبين نص التقنين المصري . ويزيد التقنين اللبناني أن التنفيذ الاختياري قرينة على وجود الالتزام) .

التقنين المدني الليبي م ٣٩٥ : (مطابق لنص التقنين المدني المصري) .

(١) التقنين المدني الفرنسي م ١٣٥٣ : القرائن التي لم ينص عليها القانون تترك لنظر القاضي وتقديره . ولا يجوز أن يأخذ إلا بقرائن قوية الدلالة ، دقيقة التحديد ، ظاهرة التوافق ، ولا يأخذ بها إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالبينة ، ما لم يطعن في التصرف بالغش أو التدليس .

Art. 1353 : Les présomptions qui ne sont point établies par la loi, sont abandonnées aux lumiéres et à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes, à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol.

القاضي من هذه الواقعة على واقعة الوفاء . ومثل ذلك أخيراً أن يكون التصرف في مرض الموت قرينة على أن التصرف وصية ، فالواقعة المعلومة هي إبرام التصرف في مرض الموت ، ويستدل القاضي منها على أن هذا التصرف وصية .

والقرائن ، كما قدمنا ، إما قرائن قانونية أو قرائن قضائية . فالقرائن القانونية (présomptions légales, présomptions de droit) هي التي ينص عليها القانون . وهي ليست طريقاً للإثبات ، بل هي طريق يعفى من الإثبات ، فسنبحثها إذن مع الإقرار واليمين . والقرائن القضائية (préomptions judiciqires, présomptions du fait de l'homme, presumptions simples) هي التي تترك لتقدير القاضي يستخلصها من ظروف القضية وملابساتها ، وهي وحدها موضوع هذا البحث .

ونبحث : (أولاً) عناصر القرينة القضائية وسلطة القاضي في تقديرها . (ثانياً) تكييف القرائن بوجه عام ونحولها من قرائن قضائية إلى قرائن قانونية .

المبحث الأول

عناصر القرينة القضائية وسلطة القاضي في تقديرها

١٧٤ – عنصران للقرينة القضائية : للقرينة القضائية عنصران : (١) واقعة ثابتة يختارها القاضي من بين وقائع الدعوى ، وتسمى هذه الواقعة بالدلائل أو الأمارات (indices) . وهذا هو العنصر المادي للقرينة . (٢) عملية استنباط يقوم بها القاضي ، ليصل من هذه الواقعة الثابتة إلى الواقعة المراد إثباتها . وهذا هو العنصر المعنوي للقرينة .

١٧٥ – واقعة ثابتة يختارها القاضي : قد يستخلص القاضي الدليل – إذا لم يوجد إقرار أو يمين أو قرينة قانونية – لا من ورقة مكتوبة ، ولا من بينة تسمع ، ولكن من ظروف القضية وملابساتها [1] ، أو كما يقول التقنين المدني العراقي (م ٥٠٥) من قرائن يستخلصها من ظروف الدعوى بعد أن يقتنع بأن لها دلالة معينة . وسبيله إلى ذلك أن يختار بعض الوقائع الثابتة أمامه في الدعوى . قد يختارها من الوقائع التي كانت محل مناقشة بين

---

(1) القرينة هي استنباط أمر مجهول من واقعة ثابتة معلومة بحيث إذا كانت هذه الواقعة محتملة وغير ثابتة بيقين فإنها لا تصلح مصدراً للاستنباط .
(جلسة ١٩٦١/٤/٢٧ الطعن رقم ٤٩٦ لسنة ٢٥ ق س ٢١ ص ٣٩٩) .
(جلسة ١٩٥٨/٦/٢٤ الطعن رقم ١٢٨ لسنة ٢٤ ق س ٩ ص ٦٢) .

الخصوم . وقد يختارها من ملف الدعوى [1] ، ولو من تحقيقات باطلة . بل قد يختارها من أوراق خارج الدعوى ، كتحقيق إداري أو محاضر إجراءات جنائية ولو كانت هذه المحاضر قد انتهت بالحفظ [1] [2] .

وقد تكون الواقعة التي اختارها القاضي ثابتة بالبينة [2] [3] أو بورقة مكتوبة [1] [1]، أو بيمين نكل الخصم عن حلفها [2] ، أو بإقرار من الخصم [3] ، أو بقرينة أخرى دلت على الواقعة التي تستنبط منها القرينة [4] ، أو بجملة من هذه الطرق مجتمعة [5] [1] .

---

(1) لا تثريب على المحكمة إذا اتخذت من أقوال الشهود الذين سمعهم الخبير دون حلف يمين دليلاً مضافاً إلى أدلة أخرى على أن التقصير وقع من جانب الطاعن لا من جانب المطعون عليه .
(جلسة ١٩٥٤/٤/١٨ الطعن رقم ٣٩ لسنة ٢١ ق) .
(جلسة ١٩٥٣/١٠/٢٩ الطعن رقم ١٥٩ لسنة ٢١ ق) .

(١) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٦ ص ٣٨٦ — ص ٣٨٨ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٥٧ ص ١٠٠٨ — ص ١٠٠٩ — وبذلك يخفف الأخذ بالقرائن القضائية من حدة التنظيم القانوني للإثبات . وإذا أعوز القاضي الدليل من ناحية الشكل لنقص في شرعيته ، تلمسه من ناحية الموضوع فاعتبره قرينة (بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٩٧ — فقرة ١٢٩٩) .

(2) لمحكمة الموضوع السلطة التامة في استنباط القرائن ويحق لها الاستناد إلى ما قضي به في دعوى أخرى – ولو كانت من الدعاوى المستعجلة — دارت بين الخصوم أنفسهم إذا كان ذلك لمجرد تدعيم الأدلة التي سردتها فيه لأن ذلك لا يعدو وأن يكون استنباطاً لقرينة رأت فيها المحكمة ما يؤيد وجهة نظرها ، وطالما أن الحكم الصادر في تلك الدعوى ، قد أودع ملف الدعوى وأصبح من ضمن مستنداتها وعنصراً من عناصر الإثبات فيها ، يتناضل الخصوم في دلالته .
(جلسة ١٩٨٢/٥/٧ الطعن رقم ٧٢٨ لسنة ٤٦ ق) .
(جلسة ١٩٨٤/٥/٢٤ الطعن رقم ١٠٨٨ لسنة ٤٨ ق) .
(جلسة ١٩٨٥/١/١٧ الطعن رقم ١٦٥٥ لسنة ٥١ ق) .
(جلسة ١٩٩٣/٧/٢٨ الطعن رقم ٥٧٣ لسنة ٥٩ ق) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن للمحكمة أن تستمد من واقع الدعوى ما تراه من القرائن القضائية المؤدية فعلاً إلى النتيجة التي تنتهي إليها ، فإذا كانت المحكمة قد حصلت من شهادة شهود المدعى عليه بأنهم لا يعرفون أن مدين للمدعى إحدى القرائن على صورية الدين المدعى به ، فذلك في حدود حقها الذي لا رقابة عليه لمحكمة النقض (نقض مدني ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٣٢ ص ٤٨٥) . وقضت أيضاً بأن لا تثريب على المحكمة في تكوين عقيدتها من أقوال شهود سمعوا في قضية أخرى إن هي أخذت بهذه الأقوال كقرينة وكان الإثبات في الدعوى مما يجوز فيه قبول القرائن (نقض مدني ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠٧ ص ٦١٢) . وقضت كذلك بأن للقاضي أن يستنبط القرينة التي يعتمد عليها من أن تحقيق قضائي أو إداري من شهادة شاهد لم يؤد اليمين أمام النيابة في التحقيق الذي أجرته ، فلا تثريب على المحكمة إن هي اتخذت من تجهيل المتمسك بالورقة شخصية محررها قرينة تضيفها إلى ما استندت إليه في قضائها بتزوير هذه الورقة (نقض مدني ٢ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٧٨ ص ٢٩٧).

(3) استنباط القرائن القضائية في الدعوى وتقدير أقوال الشهود من المسائل الموضوعية التي يستقل بها قاضي الموضوع ويعتمد عليها في تكوين عقيدته، ولا رقابة عليه في ذلك من محكمة النقض متى كان ما استخلصه=

- منها من شأنه أن يؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها . فإذا كانت محكمة الاستئناف إذ قضت برد وبطلان بعض عبارات الورقة المطعون فيها قد استندت إلى اعتبارات سائغة اعتمدت فيها على ما استخلصته من أقوال الشهود الذين سمعتهم محكمة الدرجة الأولى ومن القرائن القضائية التي من شأنها أن تؤدي إلى ما انتهت إليه فإنها تكون قد مارست سلطتها الموضوعية في تقدير الأدلة المقدمة في الدعوى .

(جلسة ١٩٦٥/٥/٢٠ الطعن رقم ٣٠٠ لسنة ٣٠ ق س ١٦ ص ٥٩٥) .

(جلسة ١٩٦٩/١/٢٣ الطعن رقم ٢٨٥ لسنة ٣٤ ق س ٢٠ ص ١٤٤) .

(جلسة ١٩٦١/٣/٩ الطعن رقم ٣٦ لسنة ٢٦ ق س ١٢ ص ٢١٢) .

(جلسة ١٩٥٧/٢/٢٨ الطعن رقم ٦٤ لسنة ٢٣ ق س ٨ ص ١٧٦) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا أشار الحكم إلى كشوف التكليف وأوراد المال وإلى انتقال تكليف جزء من الأطيان لاسم مورثة المطعون عليهم وقت أن كان مورث الطاعنين عمدّة البلدة الواقعة فيها الأطيان موضوع النزاع باعتبارها قرائن تعزز وضع يد المطعون عليهم بنية التملك ، فليس في هذا ما يخالف القانون (نقض مدني ١٩ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٩ ص ٧٥٠) . وقضت أيضاً بأنه متى كانت المخالصة التي اعتمد عليها البائعان في إثبات الوفاء بالتزامهما ليست إلا أمراً صادراً إليهما من المشترى بتسليم البضاعة إلى أمين النقل ، فإن الحكم المطعون فيه إذ قرر أن هذه المخالصة ، فليس فيما قرره ما يخالف قواعد الإثبات (نقض مدني ١٨ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٣٣ ص ٢٠٧) .

(1) لا تثريب على محكمة الموضوع إن هي اعتمدت على البيانات الواردة بشهادة الميلاد أو الوفاة ، في ثبوت صفة البنوة أو الأبوة باعتبارها قرينة غير قاطعة ، طالما لم يقدم الخصم دليلاً على خلاف هذا الظاهر .

(جلسة ١٩٨٥/١/١٧ الطعن رقم ١٦٥٥ لسنة ٥١ ق) .

(جلسة ١٩٨١/٥/٧ الطعن رقم ٧٢٨ لسنة ٤٦ ق) .

(جلسة ١٩٦٧/٢/١٦ الطعن رقم ١٧١ لسنة ٣٣ ق س ١٨ ص ٤٠٦) .

(جلسة ١٩٥٧/١٠/١٧ الطعن رقم ٦٩ لسنة ٢٣ ق س ٨ ص ٧١٩) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بألا تثريب على محكمة الموضوع إن هي استخلصت من نكول الطاعن من اليمين لدى المحكم بألا حق للمطعون عليه في القناة موضوع النزاع ، قرينة على عدم أحقية الطاعن في طلب منع تعرض المطعـون عليه ، ومن ثم فإن الطعن على الحكم استناداً إلى أنه أخطأ في تطبيق القانون ، إذ اعتبر أن نكول الطاعن عن هذه اليمين موجب للحكم عليه في حين أنه لم توجه إليه يمين قضائية بالمعنى القانوني — هذا الطعن يكون على غير أساس (نقض مدني ٤ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٢ ص ٢١٩) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بألا تثريب على محكمة الموضوع إن هي اتخذت من تراخي الطاعن في تسجيل عقد البيع الصادر له من مورثه قرينة ضمن قرائن أخرى على أن العقد صدر في فترة مرض موت البائع وأن تاريخه قدم لستر هذه الحقيقة ، إذ هي لم تجاوز سلطتها في تقدير الأدلة وفهم الواقع في الدعوى (نقض مدني ٣ مايو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٢٧ ص ٧٩٥) . وظاهر أن تراخي الطاعن في تسجيل العقد أمر معترف به .

(٤) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه يمكن اتخاذ القرائن القوية دليلا على حصول المصالحة بين الخصوم حتى بعد صدور الأحكام النهائية لمصلحة فريق منهم ، كما لو قام في تنفيذ تلك الأحكام إشكاليات معرقلة للتنفيذ أولاً ، ثم مر على تلك الأحكام مدة طويلة دون أن يتخذ المحكوم له الإجراءات القانونية لتنفيذها ، -

يقف القاضي إذن عند واقعة يختارها تثبت عنده ، ولتكن واقعة قرض تثبتت بورقة مكتوبة أو ببينة أو بقرينة أو بغير ذلك . والقاضي حر في اختيار الواقعة التي يقف عندها ، إذ يراها أكثر مواتاة للدليل وأيسر في استنباط القرينة .

١٧٦ – استنباط الواقعة المراد إثباتها من الواقعة الثابتة : ويبدأ بعد ذلك أشق مجهود يبذله القاضي في استخلاص الدليل . إذ عليه أن يستنبط من هذه الواقعة

= مما لا يتصور معه سكوته هذه المدة دون أن يكون هناك صلح (١٥ يونية سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ٢٩٧) . فهنا استنبطت المحكمة ، أولاً ، من قيام الإشكاليات ومرور مدة طويلة دون أن يتخذ المحكوم له إجراءات التنفيذ ، أنه تنازل عن تنفيذ الحكم الصادر لمصلحته . فتكون هذه الواقعة – التنازل عن تنفيذ الحكم – قد ثبتت عند المحكمة عن طريق قرائن قضائية . ثم اتخذت المحكمة بعد ذلك واقعة التنازل عن تنفيذ الحكم قرينة على وقوع صلح بين المحكوم له والمحكوم عليه – كذلك قد يثبت عقد القرض عن طريق قرينة قضائية هي دفع الفوائد ، ثم يتخذ عقد القرض ذاته قرينة قضائية على أن البيع الذي دفع بمقتضاه المقترض الثمن إلى المقرض – وسنرى هذا المثل فيما يلي – إنما هو صوري .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن قاضي الموضوع حر في استنباط القرائن التي يأخذ بها من وقائع الدعوى والأوراق المقدمة فيها . وإذن فمتى كان الحكم إذ استند إلى شهادة الشهود الذين سمعهم خبير الدعوى إنما استند عليها كقرينة مضافة إلى قرائن أخرى فصلها وهي في مجموعها تؤدي إلى ما انتهى إليه ، فلا تثريب عليه إذا هو استمد إحدى القرائن من شهادة الشهود الذين سمعهم خبير الدعوى دون أن يؤدوا اليمين القانونية . وإذا كان الحكم مقاماً على جملة قرائن فصلها ، يكمل بعضها بعضاً ، وتؤدي في مجموعها إلى النتيجة التي انتهى إليها ، فإنه لا تجوز مناقشة كل قرينة على حدة لإثبات عدم كفايتها في ذاتها (نقض مدني ٢١ فبراير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٩٣ ص ٥٤٨) . وقضت أيضاً بأنه متى كان الحكم قد أقام قضاءه على عدة قرائن مجتمعة ، بحيث لا يعرف أيها كان أساساً جوهرياً له ، ثم تبين فساد بعضها ، فإنه يكون باطلاً بطلاناً جوهرياً (نقض مدني ٢ يونية سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٢٧ ص ٧٨٦ – وأنظر أيضاً : ٢٠ أبريل سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١١٦ ص ٤٥٨ – أول يونية سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٤٢ ص ٥٧٢ – ٢٨ مايو سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٧٢ ص ١٠٩٥) . وكذلك الحال فيما إذا قام الحكم على أدلة معتمدة دون أن يبين قيمة كل دليل منها ، فإذا تبين فساد أحد هذه الأدلة فسد معه الحكم (نقض مدني ١٥ مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٠١ ص ٤٣٧) . أما إذا صرح الحكم بقيمة كل دليل ، فإن فساد دليل لا يعيب من الحكم إلا ما استند إلى هذا الدليل (نقض مدني ٣ يونية سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٢٠ ص ٦٣٤) . أنظر في تعدد الأدلة وأثر فساد بعضها في صحة الحكم الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ٢٢٢ .

(1) تقدير القرائن القضائية هو مما يستقل به قاضي الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليه في تقديره لقرينة، من شأنها أن تؤدي إلى الدلالة التي استخلصها هو منها ، وإذا كانت محكمة الموضوع قد استندت في قضائها إلى جملة قرائن يكمل بعضها بعضاً وتؤدي في مجموعها إلى النتيجة التي انتهت إليها فإنه لا يقبل من الطاعن أن يناقش كل قرينة على حدة لإثبات عدم كفايتها في ذاتها .
(جلسة ١٩٦٧/١١/٢ الطعن رقم ٢٤٥ لسنة ٣٤ ق س ١٨ ص ١٥٩٩) .
(جلسة ١٩٦٧/٣/١٦ الطعن رقم ٢٣٢ لسنة ٣٣ ق س ١٨ ص ٦٧٢) .

الثابتة الدليل على الواقعة التي يراد إثباتها ، فيتخذ من الواقعة المعلومة قرينة على الواقعة المجهولة . ففي المثل المتقدم لا يكون القاضي متعنتاً إذا هو استخلص من واقعة القرض التي اختارها أن المقترض كان في حاجة إلى المال عندما عقد القرض ، فإذا ادعى أنه اشترى ، بعد القرض بأيام قليلة وقبل أن يفي بالقرض ، داراً من المقرض بثمن يزيد كثيراً على مبلغ القرض ، ودفع له الثمن في الحال ، كانت هذه الوقائع متعارضة مع دلالة الواقعة الثابتة . فإذا طعن شخص في عقد البيع الصادر من المقرض إلى المقترض بأنه بيع صوري ، أو دفع بصورية دفع الثمن ، كان للقاضي أن يستخلص من واقعة القرض وحاجة المقترض إلى المال وتعارض هذه الحاجة مع دفعه ثمناً كبيراً يزيد كثيراً على مبلغ المقرض ، فتكون هذه القرينة القضائية دليلاً على الصورية .

١٧٧ – سلطة القاضي واسعة في التقدير : وقد رأينا فيما تقدم أن للقاضي سلطة واسعة في استنباط القرائن القانونية . فهو حر في اختيار واقعة ثابتة ، من بين الوقائع المتعددة التي يراها أمامه ، لاستنباط القرينة منها ، ثم هو واسع السلطان في تقدير ما تحمله هذه الواقعة من الدلالة، وهذا هو الاستنباط. وفيه تختلف الأنظار ، وتتفاوت المدارك. فمن القضاة من يكون استنباطه سليماً فيستقيم له الدليل ، ومنهم من يتجافى استنباطه مع منطق الواقع . ومن ثم كانت القرينة القضائية من أسلم الأدلة من حيث الواقعة الثابت التي تستنبط منها القرينة ، ومن أخطرها من حيث صحة الاستنباط واستقامته [١] .

والقاضي، فيما له من سلطان واسع في التقدير، قد تقنعه قرينة واحدة قوية الدلالة [1] ، ولا تقنعه قرائن متعددة إذا كانت هذه القرائن ضعيفة متهافتة [٢]. وأما ما يذكره التقنين المدني الفرنسي (م ١٣٥٣) من وجوب اجتماع قرائن قوية الدلالة دقيقة

---

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٤٥ ص ١٠٠٧ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٢٥١ .

(1) تقدير القرائن القضائية هو مما يدخل في سلطة قاضي الموضوع ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليه في تقديره لقرينة متى كان من شأنها أن تؤدي إلى الدلالة التي استخلصها هو منها ، ومتى كانت القرائن التي استند إليها الحكم سائغة ومن شأنها أن تؤدي في مجموعها إلى ما انتهى إليه ، فإنه لا يجوز للخصم مناقشة كل قرينة على حدة لإثبات عدم كفايتها في ذاتها .

(جلسة ١٩٧١/٣/٩ الطعن رقم ٣١٨ لسنة ٣٦ ق س ٢٢ص ٢٦٦) .

(جلسة ١٩٧٢/٢/١٧ الطعن رقم ٤٤٣ لسنة ٣٧ ق س ٢٣ ص ٢٦٠) .

(جلسة ١٩٧٣/١٢/٢٧ الطعن رقم ٢١٠ لسنة ٣٨ ق س ٢٤ ص ١٣٦٣) .

(٢) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٦ ص ٣٨٦ وهامش رقم ٦ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٤٧ ص ١٠٠٨ – ص ١٠١٠ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٢٥٢ – كولا وكابيتان وموانديير ٢ فقرة ٧٨١ .

التحديد ظاهرة التوافق ، فليس إلا من قبيل توجيه القاضي [1] . ويبقى حق التقدير النهائي في ذلك له . ولا تعقب عليه محكمة النقض في هذا التقدير [2] ، مادامت القرينة التي اعتبرها دليلاً على ثبوت الواقعة تؤدي عقلاً إلى ثبوتها [3] .

١٧٨ – لا يجوز أن يثبت بالقرائن القضائية إلا ما يجوز إثباته بالبينة:

ونرى مما تقدم أن الإثبات بالقرائن القضائية لا يخلو من الخطر . فالقاضي ، كما رأينا ، يتمتع في استنباط القرينة القضائية بحرية واسعة ، في ميدان تتفاوت فيه الأفهام ، وتتباين الأنظار . فليس ثمة من استقرار كاف في وزن الدليل ، وما يراه قاضي قرينة منتجة في الإثبات لا يرى قاضي آخر فيه شيئاً .

---

(١) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٦ ص ٣٨٥ – ٣٨٦ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٤٧ ص ١٠٠٨ – ص ١٠١٠ . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " وللقاضي كل السلطة في تقدير حجية القرائن . على أن إجماع الفقه قد انعقد على أن القاضي لا يتقيد بعدد القرائن ولا بتطابقها . فقد تجزئ قرينة واحدة ، متى توافرت على قوة الإقناع . ولذلك لم ينقل المشروع من التقنين الفرنسي والمشروع الفرنسي الإيطالي ما نصا عليه من إلزام القاضي " بألا يقبل إلا قرائن قوية محددة متطابقة" . فالفقه والقضاء على أن هذا النص ليس إلا مجرد توجيه ، مع أن ظاهره قد يوحي خطأ بأن يقيم شرطاً لقبول الإثبات بالقرائن " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٢٩ – ص ٤٣٠) – أنظر أيضاً بودري وبارد ٤ فقرة ٢٦٩٨ – بيدان وبرو ٩ فقرة ١٣٠٢ – ديكوتيني فقرة ١١٣ – الموجز للمؤلف ص ٧٣٠ .

(٢) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٦ ص ٣٨٥ – ص ٣٨٦ .

(٣) نقض مدني ١٢ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٩٨ ص ٦٤٦ – وقد جاء في هذا الحكم ما يأتي : " لما كان يبين من الحكم المطعون فيه أن محكمة الموضوع أسست قضاءها بثبوت الربا الفاحش على أن القروض قد عقدت في ظروف أليمة ، خلال مدة الحرب ، في بلد يحتله العدو ، على أن تسدد بالعملة المصرية، ودونت في مستندات غير مؤرخة ولم يبين فيها مكان تحريرها ، وعلى أن = = ظروف الاستدانة تدل على المقترضين كانوا في حالة ضيق شديد أثناء وجودهم بفرنسا إذ سببت لهم الحرب إقتطاع سبل معاشهم فاضطروا للجوء إلى الطاعن الثاني وغيره للاقتراض منهم ، وكانت هذه الظروف التي اعتبرها الحكم دليلا على ثبوت الربا الفاحش لا تؤدي عقلا إلى ثبوته – فليست هذه الضرورة في حد ذاتها دليلاً على ثبوت الربا الفاحش ، وكذلك لا يؤدي إلى إثباته خلو سندات الدين من بيان تاريخ ومكان تحريرها . وكان للمحـ " متى رجح لديها من قرائن الحال في الدعوى احتمال مظنة الربا الفاحش أن تحيل الدعوى على التحقيق ليثبت المدينون بمقتضى السندات دفاعهم بأنهم لم يستلموا في مقابلها سوى المبالغ التي أقروا بها. ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد نقل عبء الإثبات عن عاتق المدينين بمقتضى السندات موضوع الدعوى إلى عاتق الدائن استناداً إلى قرائن غير مؤدية لإثبات الربا الفاحش ، فإنه يكون قد خالف قواعد الإثبات ، فضلاً عن قصوره في التسبيب مما يستوجب نقضه " (نقض مدني ١٢ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٩٨ ص ٦٤٦) . أنظر أيضاً في هذا المعنى محكمة النقض الفرنسية ٩ مايو سنة ١٩٥١ داللوز ١٩٥١ ص ٤٧٣ – بيدان وبرو ٩ فقرة ١٣٠٢ ص ٣٩٨ .

من أجل ذلك كانت القرينة القضائية ، كدليل إثبات ، دون مرتبة الكتابة ، فهي تتساوى في مرتبتها مع البينة [1] . ولا يجوز الإثبات بقرينة قضائية ألا حيث يجوز الإثبات بالبينة [2] [أ] (م ١٠٠ إثبات) [3] .

---

(١) بيدان وبرو ٩ فقرة ١٣٠٠ — الموجز للمؤلف ص ٧٢٥ .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه لما كان الإثبات بالقرائن جائزاً في جميع الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بالبينة لاتحاد الحكم في الحالتين ، جاز للمحكمة أن تستند في إثبات صحة التوقيع على نفس الأوراق التي رفضت المضاهاة عليها ، إن لم يكن باعتبارها أوراقاً للمضاهاة فللقرائن التي قد تستنبطها المحكمة من هذه الأوراق (٢٧ يناير سنة ١٩٢٠ المحاماة ١ رقم ٨٦ ص ٤٤٩) . وقضت كذلك بأن عدم قبول الإثبات بشهادة الشهود ينبني عليه أيضاً عدم جواز الأخذ فيها بالقرائن (٢٥ مارس سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ٩٠ ص ١٣٤) . أنظر أيضاً في هذا المعنى : استئناف مختلط ١٠ يناير سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٣٦١ — ١٧ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٦٠ — ١٣ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٤٧ — ١١ فبراير سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٢٢٨ — ٩ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٥٣ — ١٣ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٥٤ — ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٥٦ — ٢ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٤٤ — ٦ يونية سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٦٣ — ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٢٨ — ٨ يونية سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٦٦ — ١٨ يونية سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٧٣ .

وقد جاء في الموجز للمؤلف : " وتقبل القرائن القضائية أيان تقبل البينة . وقد رأينا أن البينة والقرائن أمران متلازمان ، فما يمكن إثباته بالبينة يمكن إثباته بالقرائن ، والعكس صحيح . وهذا بخلاف القرائن القانونية ، فإنها لا تقبل إلا في الفروض التي نص عليها المشرع (الموجز ص ٧٣٠) — هذا لو جاز أن يثبت بالقرائن القضائية ما لا يجوز إثباته بالبينة ، لأمكن دائماً الاحتيال على النصوص التي لا تجيز الإثبات بالبينة ، فحيث يجوز الإثبات بالقرائن القضائية ولا يجوز الإثبات بالبينة ، يمكن من ذلك سماع البينة على اعتبار أنها ليست إلا قرائن قضائية (أنسيكلو بيدي داللوز ٤ لفظ Présomption فقرة ٦١) .

(1) أ — ما يجوز إثباته بالبينة يجوز أيضاً إثباته بالقرائن ولمحكمة الموضوع حرية اختيار طريق الإثبات الذي تراه موصلاً للكشف عن الحقيقة مادام الإثبات جائزاً بجميع الطرق .
(جلسة ١٩٦٩/١/٢٣ الطعن رقم ٢٨٥ لسنة ٣٤ ق س ٢٠ ص ١٤٤) .
(جلسة ١٩٦٥/١/١٤ الطعن رقم ١١٥ لسنة ٣٠ ق س ١٦ ص ٥٧) .

ب — بأنه وإن كان الأصل في القرائن أنها من أطلاقات محكمة الموضوع إلا أنه يشترط أن يكون استنباطها سائغاً ، وأن يكون استدلال الحكم له سنده من الأوراق ومؤديا إلى النتيجة التي بني عليها قضاءه .
(جلسة ١٩٧٩/١/٢٤ الطعن رقم ٨٠ السنة ٤٨ ق) .

(٣) وقد قررت المادة ١٣٥٣ من التقنين المدني الفرنسي هذا الحكم أيضاً ، ولكنها استثنت التصرفات التي يطعن فيها بالغش أو بالتدليس ، فيجوز إثباتها بالقرائن القضائية . وظاهر أن إيراد الحكم على هذا النحو منتقد ، فإن التصرفات التي يطعن فيها بالغش يجوز إثباتها بالبينة بقدر ما يجوز ذلك بالقرائن القضائية . وإنما يرد الاستثناء المتعلق بالغش على الإثبات بالكتابة لا على الإثبات بالبينة (بوتييه فقرة ١٨٥ — ديمولومب ٣٠ فقرة ١٨٥ — لوران ١٩ فقرة ٦٣٣ — فقرة ٦٣٤ — بودري وبارد ٤ فقرة ٢٦٩٧ — بيدان وبرو ٩ فقرة ١٣٠٠ ص ٣٩٦ .
=

ولا يفوتنا هنا أن نشير إلى ما سبق أن ذكرناه في عبء الإثبات من أن هذا العبء ينتقل في الواقع من خصم إلى خصم وفقاً للقرائن القضائية التي يستخلصها القاضي من ظروف الدعوى . فالقاضي يأخذ بالقرائن القضائية ، لا للإثبات الكامل فحسب ، بل أيضاً لنقل عبء الإثبات من جانب إلى جانب ، ثم لرده إلى الجانب الأول [1] .

والقرينة القضائية كالبينة حجة متعدية غير ملزمة ، وهي أيضاً كالبينة غير قاطعة، إذ هي دائماً تقبل إثبات العكس [1] . إما بالكتابة أو بالبينة أو بقرينة مثلها أو بغير ذلك، فهي من هذه الناحية كالقرينة القانونية غير القاطعة .

– وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " ويرد الإثبات بالقرائن مع الإثبات بالبينة في المرتبة الثانية . ولذلك نص على أنه " لا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالبينة " . ويتفرع على ذلك أن جميع القواعد الخاصة بقبول الإثبات بالبينة تسرى على القرائن دون أي استثناء . وقد أخطأ التقنين الفرنسي (م ١٣٥٣) والتقنين الهولندي (م ١٩٥٩) والمشروع الفرنسي الإيطالي (م ٣٠٣) في النص على عدم جواز الإثبات بالقرائن غير المقررة في القانون إلا في الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بالبينة ما لم يطعن في الورقة بسبب غش أو تدليس . ذلك أن سياق هذا الاستثناء قد يوحي بأن وقائع الغش والتدليس لا يجوز إثباتها بالبينة ، مع أنها من قبيل الوقائع القانونية التي يمتنع تحصيل دليل كتابي مهيأ بشأنها . ومن المحقق إثبات هذه الوقائع بالبينة جائز ، وهو جائز بالقرائن تفريعاً على ذلك . ولهذا يكون الاستدراك الذي تقدمت الإشارة إليه خلواً من معنى الاستثناء ، ويكون إغفاله أكفل بدفع الشبه والتلبيس " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٢٩) .

(١) فعلاقة الزوجية أو القرابة قرينة على صورية العقد إلى أن يثبت العكس ، ووجود أثاث بمنزل الزوجية لزوجين مسلمين قرينة على أن الأثاث ملك الزوجة إلى أن يثبت العكس (الموجز للمؤلف ص ٧٣٠) . أنظر أيضاً : استئناف مصر ٧ يونية سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٧٩ ص ٥٣٨ (كشف المكلفة قرينة على الملكية إلى أن يثبت العكس) – استئناف مصر ١٨ يناير سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ١٦٣ ص ٣٧٥ (عدم دفع أمانة الخبير الذي طلبه المستأنف قرينة على عدم وثوق المستأنف من صحة دفاعه) .

(1) ملكية العلامة التجارية حسبما تقضي به المادة الثالثة من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٩ ولما استقر عليه قضاء محكمة النقض لا تستند إلى مجرد التسجيل ، بل إن التسجيل لا ينشئ بذاته حقاً في ملكية العلامة ، إذ أن هذا الحق وليد استعمال العلامة ولا يقوم التسجيل إلا قرينة على هذا الحق ، يجوز دحضها لمن يدعى أسبقيته في استعمال العلامة إلا أن تكون قد استعملت بصفة مستمرة خمس سنوات على الأقل من تاريخ التسجيل دون أن ترفع بشأنها دعوى حكم بصحتها .
(جلسة ١٩٦٤/٤/٩ الطعن رقم ٤١٣ لسنة ٢٩ ق س ١٥ ص ٥٣٦) .

المبحث الثاني

تكييف القرائن بوجه عام وتحولها من قرائن قضائية إلى قرائن قانونية

١٧٩ – تكييف القرائن بوجه عام : القرينة ليست إلا نقل الإثبات من الواقعة المراد إثباتها بالذات إلى واقعة قريبة منها ، إذا ثبتت أعتبر ثبوتها دليلا على صحة الواقعة الأولى .

ويقول بارتان في هذا المعنى : " تقضي طبيعة الأمور أن نستبدل بإثبات الواقعة مصدر الحق المدعى به ، وهي واقعة يتعذر إثباتها ، إثبات واقعة أخرى قريبة منها (voisin) ومتصلة بها (connexe) . ويطلب الخصم من القاضي أن يستخلص من صحة الواقعة الثانية ، عن طريق استنباط يطول أو يقصر ، صحة الواقعة الأولى التي لا يتمكن من إثباتها بطريق مباشر، فيتحول محل الإثبات على نحو ما . وهذا ما اقترح تسميته بتحول الإثبات (déplacement de preuve) ، وهو من الخصائص الجوهرية للإثبات القضائي " [١] .

ففي القرينة القضائية القاضي هو الذي يختار هذه الواقعة المتصلة بالواقعة المراد إثباتها. أما في القرينة القانونية فالقانون هو الذي يتولى هذا الاختيار [٢] .

وهذه الواقعة القريبة المتصلة – وهي الأمارة (indice) – لا تعطى للقاضي إلا علماً ظنياً . وبالاستنباط ينتقل القاضي من العلم الظني إلى العلم اليقيني (de la vraisemblance à la certitude) ، ومن الراجح إلى المحقق (de la probabilité au réel) [٣] .

١٨٠ – تحول القرائن القضائية إلى قرائن قانونية : يقول بارتان هنا أيضاً: " إن القرينة القانونية ليست في الواقع من الأمر إلا قرينة قضائية قام القانون بتعميمها وبتنظيمها " (La présomption légale n'est, au fond, qu'une présomption de fait généralisée et systématisée par la loi) وهذا صحيح من حيث التكييف والتأصيل . فالقرينة القانونية ليست في الأصل إلا قرينة قضائية تواترت واطرد وقوعها ، فاستقر عليها القضاء . ومن ثم لم تصبح هذه القرينة متغيرة الدلالة من قضية إلى أخرى ،

---

(١) بارتان على أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٤٩ هامش رقم ١٠ مكرر .

(٢) بارتان على أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٤٩ هامش رقم ٢٦ مكرر وفقرة ٧٥٠ هامش رقم ١ مكرر .

(٣) بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٨٩ .

فرأي المشرع في إضطرادها واستقرارها ما يجعلها جديرة بأن ينص على توحيد دلالتها ، فتصبح بذلك قرينة قانونية [1] .

والأمثلة على ذلك كثيرة ، نذكر بعضها :

يشترط في نجاح الدعوة البوليصية في المعاوضات أن يكون المدين معسراً ، وأن يكون هناك تواطؤ بين المدين ومن تصرف له . فكان إعسار المدين تقوم عليه ، في ظل التقنين المدني السابق ، قرينة قضائية ، تحولت في التقنين المدني الجديد إلى قرينة قانونية ، إذ تنص المادة ٢٣٩ من هذا التقنين على أنه " إذا ادعى الدائن إعسار المدين ، فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما في ذمته من ديون ، وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له مالاً يساوى قيمة الديون أو يزيد عليها".

وكانت هناك ، في ظل التقنين السابق ، سلسلة من القرائن القضائية تقوم دليلا على غش المدين وتواطئه مع من تصرف له بعوض . وقد تحولت هذه القرائن القضائية إلى قرائن قانونية في التقنين المدني الحالي ، إذ تنص المادة ٢٣٨ من هذا التقنين على أنه " إذا كان تصرف المدين بعوض ، اشترط لعدم نفاذه في حق الدائن أن يكون منطوياً على غش المدين، وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش . ويكفى لاعتبار التصرف منطوياً على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم أنه معسر ، كما يعتبر من صدر له التصرف عالماً بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين معسر " .

وجرى القضاء ، في ظل التقنين المدني السابق ، على اعتبار الوفاء بقسط من الأجرة قرينة قضائية على الوفاء بالأقساط السابقة [2] . واطرد هذا القضاء واستقر ، فارتفعت هذه القرينة القضائية في التقنين المدني الجديد إلى منزلة القرينة القانونية ، إذ نصت المادة ٥٨٧ من هذا التقنين على أن " الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة على هذا القسط، حتى يقوم الدليل على عكس ذلك " .

---

(١) بل يمكن دون نص قانوني – على ما يقول بعض الفقهاء – أن يكون القضاء عرفاً ثابتاً يعتبر مصدراً منشئاً لقرينة قانونية ، فالقرينة يكون مصدرها القانون والقانون هنا يكون مصدره العرف (أنظر ديكوتينيس Decottignies في القرائن في القانون الخاص رسالة من باريس سنة ١٩٥٠ ص ٢٩٧). مثل ذلك مسئولية حارس البناء في ظل التقنين المدني السابق ، فقد كانت مسئوليته في هذا التقنين قائمة على قرينة مبنية على وجود عيب في البناء أو نقص في صيانته ، ولكنها قرينة لم يكن التقنين السابق ينص عليها ، ومع ذلك تواترت حتى ذهب بعض الأحكام إلى اعتبارها قرينة قانونية . وتحولت فعلا إلى قرينة قانونية في التقنين المدني الجديد (م ١٧٧) (الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٢٥٧) – أنظر أيضاً بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٢٥٠ .

(٢) استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣٦٠ – ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٩٠ .

وقد يقع ، على النقيض من ذلك ، أن قرينة قانونية تنزل إلى قرينة قضائية ، كما وقع في القرينة المستفادة من وجود سند الدين في يد المدين . فقد كان التقنين المدني السابق (م ٢١٩/٢٨٤) يجعله قرينة قانونية على الوفاء ، إلى أن يقيم الدائن الدليل على العكس (م ٢٢٠/٢٨٥) . ولم يستبق التقنين المدني الجديد هذا النص ، فنزلت هذه القرينة القانونية إلى مرتبة القرينة القضائية .

وبالرغم من أن القرينة القضائية والقرينة القانونية من طبيعة واحدة من حيث التكييف والتأصيل ، إلا أنهما تختلفان من حيث مهمة كل منهما . فالقرينة القضائية طريق إيجابي من طرق الإثبات . أما القرينة القانونية فهي ، كما قدمنا ، إعفاء من الإثبات ، مؤقت أو دائم وفقاً لما إذا كانت القرينة تقبل إثبات العكس أو لا تقبل ذلك [1] (1) .

---

(١) ونستطيع الآن أن نستخلص أهم الفروق ما بين القرائن القضائية والقرائن القانونية فيما يأتي : (أ) القرائن القضائية أدلة إيجابية ، أما القرائن القانونية فأدلة سلبية أي أنها تعفى من تقديم الدليل . (ب) لما كانت القرائن القضائية يستنبطها القاضي والقرائن القانونية يستنبطها المشرع ، فإنه يترتب على ذلك أن القرائن القضائية لا يمكن حصرها لأنها تستنبط من ظروف كل قضية ، أما القرائن القانونية فمذكورة على سبيل الحصر في نصوص التشريع . (ج) القرائن القضائية كلها غير قاطعة ، فهي قابلة دائماً لإثبات العكس ، ويجوز دحضها بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن ، أما القرائن القانونية فبعضها يجوز نقضه بإثبات العكس وبعضها قاطع لا يقبل الدليل العكسي . (أنظر الموجز للمؤلف فقرة ٧٠٤ — وأنظر في مقارنة شاملة ما بين القرائن القضائية والقرائن القانونية ديكوتينيس فقرة ١١٤ — فقرة ١١٥) .

وأنظر في القرائن القضائية في الفقه الإسلامي ، الأستاذ أحمد إبراهيم في كتاب " طرق القضاء في الشريعة الإسلامية " ص ٤٣٠ — ص ٤٣٣ ، وفي القرينة القضائية القاطعة ص ٤٢ — ص ٦١ من الكتاب ذاته .

(1) القرائن القانونية أنواع :

١ — قرائن قانونية قاطعة :

وهي التي لا يجوز قبول أي دليل عكسي بشأنها ولو كان هذا الدليل إقراراً أو يميناً ، ومن قبيل هذه القرائن حجية الشيء المقضي به (م ١٠١ من قانون الإثبات) .

٢ — قرائن قانونية بسيطة غير قاطعة :

وهي التي يجوز نقض دلالتها بكافة طرق الإثبات ، ومن أمثلة ذلك ما ورد بالمادة ٩١٧ من القانون المدني من أن التصرف للوارث مع الاحتفاظ بحيازة العين وبحق الانتفاع بها مدى الحياة قرينة قانونية على أن التصرف وصيه .

(نقض جلسة ١٩٨٤/٥/١٦ طعن رقم ١٠٢٧ لسنة ٥٢ ق س ٣٥ ص ١٣٣٠) .

والنص في المادة ٥٨٧ مدني على اعتبار الوفاء بقسط من الأجرة في عقد الإيجار قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة على هذا القسط .

وقرينة مشروعية السبب في المادتين ١٣٦ ، ١٣٧ مدني وبمقتضاها يفترض أن للعقد سبب مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب ، فإن ذكر في العقد فإنه يعتبر السبب الحقيقي الذي قبل المدين أن يلتزم من أجله ، وإن =

الفصل الثاني

قوة البينة والقرائن في الإثبات

١٨١ – قوة مطلقة وقوة محدودة : تقضي المادة ٦٠ من قانون الإثبات (تقابلها المادة ٤٠٠ من التقنين المدني الملغاة) ، معدلة بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ بأن التصرف القانوني ، في غير المواد التجارية ، لا يجوز إثباته بالبينة إذا زادت قيمته على خمسمائة جنيه أو كان غير محدد القيمة .

فالقوة المحدودة في الإثبات للبينة والقرائن إنما هي في ميدان التصرفات القانونية المدنية. ويستخلص من ذلك أن للبينة والقرائن قوة مطلقة في الإثبات خارج هذا الميدان. فتكون لها هذه القوة المطلقة في الوقائع القانونية المادية (faits juridiques matériels) وفي التصرفات القانونية التجارية (actes juridiques commevciaux) .

– ادعى المدين صورية السبب المذكور في العقد كان عليه أن يقدم الدليل القانوني على هذه الصورية ومن ثم ينتقل عبء إثبات أن للعقد سبباً آخر مشروعاً على عاتق المتمسك به .

(نقض جلسة ١٩٦٢/١٢/٢٧ الطعن رقم ٨٦ س ٢٦ ق مجموعة المكتب الفني س ١٣ ص ١٢١٤) .

– متى أثبت المضرور الخطأ والضرر ومن شأن ذلك الخطأ أن يحدث عادة هذا الضرر ، فإن القرينة على توافر علاقة السببية بينهما تقوم لصالح المضرور ولا تنتفي هذه القرينة إلا إذا أثبت مرتكب الخطأ أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه .

(جلسة ١٩٦٩/١١/٢٨ مجموعة المكتب الفني السنة ١٩ ص ١٤٤٨) .

مفاد نص المادة ١/٢٣٨ من القانون المدني أن المشروع أقام قرينة قانونية على علم المتصرف إليه بقسمة المدين إذا كان يعلم أن المتصرف بسبب إعسار المدين أو يزيد في إعساره ، واستخلاص توفر هذا العلم من ظروف الدعوى ، هو من الأمور الموضوعية التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع .

(جلسة ١٩٧٥/١٢/٨ الطعن رقم ١٣٧ لسنة ٤١ ق س ٢٦ ص ١٥٨٠) .

تنص المادة ٩١٧ من القانون المدني على قرينة قانونية قوامها اجتماع شرطين :

أولهما : احتفاظ المتصرف بحيازة العين المتصرف فيها .

ثانيهما : احتفاظه بحق الانتفاع على أن يكون الاحتفاظ بالأمرين مدى الحياة ، ومؤدى هذه القرينة – على ما هو ظاهر من نص المادة – اعتبار التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت ، فتسري عليه أحكام الوصية ما لم يقم دليل يخالف ذلك .

(جلسة ١٩٧٨/٣/١٤ الطعن رقم ٣٩٤ لسنة ٤٤ ق س ٢٩ ص ٧٣٥) .

الفرع الأول

قوة الإثبات المطلقة للبينة والقرائن

المبحث الأول

الوقائع القانونية المادية

١٨٢ – طبيعة الوقائع المادية تستعصي على فرض الكتابة للإثبات:

هناك فرق واضح بين التصرف القانوني والواقعة المادية .

فالتصرف القانوني إرادة تتجه إلى إحداث أثر قانوني معين فيرتب القانون عليها هذا الأثر. ولما كانت هذه الإرادة لها مظهر خارجي هو التعبير ، فإن القانون اقتضى ألا يكون إثبات هذا التعبير ، كقاعدة عامة ، إلا عن طريق الكتابة ، وذلك لاعتبارين أساسيين : (١) لأن التعبير عن إرادة تتجه لإحداث أثر قانوني أمر دقيق ، قد يغم على الشهود فلا يدركون معناه ، ولا يؤدون الشهادة فيه بالدقة الواجبة ، وسنعود إلى هذا الاعتبار عند الكلام في إثبات التصرف القانوني . (٢) والتصرف القانوني ، فوق ذلك ، هو الذي تستطاع تهيئة الدليل الكتابي (preuve préconstituée) عليه وقت وقوعه ، ومن ثم كان اشتراط الكتابة لإثباته أمراً ميسوراً .

أما الواقعة المادية فلا يقوم في شأنها أي من الاعتبارين المتقدمين . فهي تحدث ، ويراها الناس ، فلا تختلف أفهامهم كثيراً في روايتها كما وقعت ، إذ هي ليست من الدقة والتعقيد بالمنزلة التي رأيناها للتصرف القانوني . وهب أن واقعة مادية كانت من الدقة بحيث تختلف أفهام الناس في إدراكها ، فهل يكون ميسوراً تسجيلها بالكتابة عند وقوعها ؟ قليل من الوقائع هو الذي يتيسر فيه ذلك . وقد عمد المشرع إلى الخطير من هذه الوقائع ، كالميلاد والموت ، فأوجب تسجيله بالكتابة على نحو خاص [1] . أما الكثرة الغالبة من

---

(١) وضع القانون نظاماً خاصاً لإثبات المواليد والوفيات يقيدها في سجلات خاصة يجوز الحصول على مستخرجات منها (القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٩٤ في شأن الأحوال المدنية) . وكذلك نصت لائحة المحاكم الشرعية (قبل إلغائها) على طرق معينة تثبت بها الوفاة والوراثة أمام تلك المحاكم (م ٣٥٥ – ٣٦١) .
وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يمكن إثبات الوفاة إلا بمستخرج من سجل الوفيات (١٥ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٧٢) . ونصت المادة ٣٠ من التقنين المدني على أنه : " ١ – تثبت الولادة والوفاة بالسجلات الرسمية المعدة لذلك . ٢ – فإذا لم يوجد هذا الدليل ، أو تبين عدم صحة ما أدرج بالسجلات ، جاز الإثبات بأية طريقة أخرى " .

الوقائع المادية التي تحدث آثاراً قانونية فلا يتيسر إثباتها بالكتابة . فيكفى إذن إثباتها بالبينة وبالقرائن . بل في إثباتها جميع أبواب الإثبات ، وبخاصة باب المعاينة فهو من أرحب الأبواب للوقوف عليها [1] .

١٨٣- أنواع الوقائع المادية : والوقائع المادية التي تحدث آثارا قانونية كثيرة متنوعة .

منها ما يكون مصدراً للالتزام ، كالعمل غير المشروع [2] ، والبناء والغراس في الإثراء على حساب الغير ، والقيام بأعمال مادية في الفضالة ، والجوار والقرابة في الالتزامات القانونية.

ومنها من يكون سبباً لكسب الحقوق العينية ، كالموت والميلاد والميراث (وهذان يراعى في إثباتهما أوضاع خاصة كما قدمنا) ، الحيازة ، والاستيلاء ، والبناء والغراس في الالتصاق ، ومضي الزمن في التقادم ، والجوار في الشفعة .

ومنها ما يحدث آثاراً قانونية أخرى ، كانتزاع الحيازة في قطع التقادم ، واستعمال حقوق الارتفاق بعد تركها ، وتنفيذ الالتزامات عن طريق أعمال مادية [3] ، والعلم

---

(١) استئناف مختلط ٢٣ فبراير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٣٣ (خدمات أديت هي السبب في الالتزام) — ٢٥ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٣٩ — ٩ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٢٤ — ١٥ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٩٨ — والمعاينة لها صور متنوعة ، فقد تكون ثابتة في محضر انتقال المحكمة للمعاينة ، أو في تقرير الخبير الذي انتدبته المحكمة في دعوى إثبات الحالة ، أو في محضر تحقيق جنائي أو إداري ، أو غير ذلك .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن اختلاس الورثة بعض أعيان التركة يثبت بجميع الطرق (١٦ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٠٠) . وقضت أيضاً بأنه يمكن إثبات العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب بجميع الطرق (٤ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٦٥ — ٥ يناير سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ١٦١ — ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٣٧) .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن يجوز إثبات التصرف القانوني بالقرائن إذا كان قد بدئ في تنفيذه بعمل مادي ، وذلك دون نظر لقيمة ما تم من أعمال التنفيذ المادية (١٠ فبراير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٥٨) — وقضت محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية بأن البدء في التنفيذ إذا كان مادياً ، كالبدء في البناء ، جاز إثباته بجميع الطرق ، وإن كان تصرفاً قانونياً كالوفاء فلا يثبت بالبينة إذا زاد على عشرة جنيهات (٧ مارس سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ١٨ ص ٣٤) .

ويقرب من ذلك أن يكون مظهر التعبير عن الإرادة ، لا عملاً تنفيذياً مادياً ، بل وضعاً مادياً يستخلص منه الرضاء . ويبدو أنه يجب التمييز ، في هذا الوضع المادي ، بين التعبير عن الإرادة في ذاته ويكفى فيه الوضع المادي ، وبين إثبات هذا التعبير ولا يجوز إلا بالكتابة إذا زادت قيمة التصرف على خمسمائة جنيه (قارن الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٣٩٥ — ٣٩٦ والأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ١٧٠ وفقرة ١٩٠) . فالقسمة مثلاً عقد لا يجوز إثباته إلا بالكتابة فيما جاوز النصاب (استئناف =

بالإعسار أو بالسفه [1] أو بالعيوب الخفية أو بالبيع في الشفعة [2] أو بغير ذلك من الوقائع [3] ، والتواطؤ ، والغلط والتدليس [4] والإكراه والاستغلال ، والعرف إذا كان ملحوظاً في العقد .

فالقاعدة العامة في هذه الوقائع المادية ، التي أوردنا بعض أمثلة منها ، أنه يجوز إثباتها بجميع الطرق ، ومنها البينة والقرائن ؟ فللبينة والقرائن إذن ، في ميدان الوقائع المادية ، قوة مطلقة في الإثبات ، تستوي في ذلك مع الكتابة ، بل قد تزيد عليها من ناحية الحاجة إليها .

١٨٤ – وقائع مادية تستوقف النظر : وهناك حالات للوقائع المادية تحتاج إلى إمعان في النظر .

فهناك وقائع مختلطة (faits mixtes) ، يقوم فيها العمل المادي إلى جانب التصرف القانوني ، وذلك كالوفاء بإقرار ، فهذه حكمها في الإثبات حكم التصرفات القانونية ، لا

= مختلط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٥٦) ، حتى لو استخلصت القسمة ضمناً من أعمال مادية تدل عليها ، ما لم تكن هذه الأعمال المادية هي تنفيذ فعلي للقسمة (قارن محكمة الاستئناف المختلطة في ١٠ يونية سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٤٦ – ٢٠ مايو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٢١) – وأنظر أيضاً التحديد الضمني للإيجار ، إذ البقاء في العين المؤجرة يعتبر عملا مادياً تنفيذياً للإيجار الجديد .

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن العلم بقيام حالة السفه والإقدام على التعامل مع السفيه وقت قيامه للاستفادة منها والرغبة في الهروب من أحكام القانون ، كل هؤلاء من الوقائع التي يصح إثباتها بكافة الطرق القانونية ومنها البينة والقرائن (٧ نوفمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٢٤٤ ص ٤٦١) .

(٢) استئناف مختلط أول مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٧٥ – ٦ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٨٢ – ٥ مارس سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٧٤ .

(٣) وقد قضت محكمة مصر الكلية الوطنية بأنه يجوز إثبات واقعة انتشار الاختراع بكافة الطرق القانونية لأنها من الوقائع المادية ، والأدوات المطبوعة والكتالوجات يجوز أن يستنتج منها القرائن التي تشير إلى انتشار الاختراع (١٥ يناير سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٥ رقم ٢/٣٢٩ ص ٣٩٦) .

(٤) ويجوز إثبات التدليس بجميع الطرق حتى فيما بين المتعاقدين (نقض مدني ١٨ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٥٢ ص ٧٠٨ – ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٣ ص ١٩٩ – ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٤ ص ٢٠٠ – استئناف مختلط ٤ فبراير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٧٢ – ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٦٤ – ٤ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٦٨ – ١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٩ – محكمة أسيوط الكلية ١٢ يونية سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ١٣٢ ص ٢٦١) – ومما يدخل في إثبات التدليس إثبات الفوائد الربوية ، فيجوز إثباتها بجميع الطرق بشرط أن تكون هناك قرائن قوية على وجودها (استئناف أهلي ٢٩ مارس سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٦٩ – استئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٨٩٧ م ١٠ ص ٤٨ – أول فبراير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١١١ – ٨ فبراير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٠٨ – ٢٩ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٨٣ – ١٣ أبريل سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٠٧ – ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٦٩ – ٢٥ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٣٨) .

تثبت فيما زاد على النصاب إلا بالكتابة . أما الاستيلاء فواقعة مختلطة ، ولكن يغلب فيها طابع العمل المادي ، ومن ثم تثبت بالبينة والقرائن [1] .

وهناك وقائع مركبة (faits complexes) ، كالشفعة . وهذه تجتمع فيها جملة من الوقائع : الجوار وهو واقعة مادية تثبت بجميع الطرق ، وبيع العين المشفوع فيها وهو بالنسبة إلى الشفيع واقعة مادية أيضاً تثبت بجميع الطرق [2] ، وإرادة الأخذ بالشفعة وهذا تصرف قانوني لا يثبت إلا بالكتابة بل لابد من طريق خاص في التعبير عن الإرادة هنا بينة القانون .

والحيازة واقعة مادية [1] [1] ، ولكن قد يداخلها تصرف قانوني . فإذا أراد المالك أن يثبت أن الحائز للعين هو مستأجر منه ، وجب عليه أن يثبت عقد الإيجار بالكتابة إذا زاد

---

(1) متى كان المستأجر ادعى أنه سلم المنقولات المؤجرة كاملة للمؤجر بعد انتهاء عقد الإيجار ومرتب على ذلك طلب رفض دعوى المؤجر ، فإنه يكون قد استند لا إلى تصرف قانوني ، بل إلى واقعة مادية هي استرداد المؤجر للمنقولات ، فإذا كانت هذه الواقعة المادية ليس فيها ما يخالف الثابت بعقد الإيجار كتابة أو يجاوزه ، فإن الاعتداد بالبينة كدليل في الإثبات في هذا الخصوص يكون صحيحاً باعتبار هذه الواقعة منفصلة عن العقد .

(جلسة ١٩٦٧/٢/٢١ مجموعة المكتب الفني السنة ١٨ ص ٤٣٢) .

(2) أ – يعتبر الشفيع بحكم كونه صاحب حق في أخذ العقار بالشفعة – يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفي عقد البيع سبب الشفعة – فيجوز له إثبات صورية ذلك العقد بجميع الطرق ومن بينها البينة والقرائن أخذاً بأن الصورية بالنسبة للغير تعتبر واقعة مادية لا تصرفاً قانونياً سواء وصف ذلك العقد بأن بيع أو هبة .

(جلسة ١٩٧٠/٤/١٤ مجموعة المكتب الفني السنة ٢١ ص ٦١٨) .

(جلسة ١٩٦٥/١٢/٣٠ الطعن رقم ٢٤٤ لسنة ٣١ س ١٦ ص ١٣٨٥) .

(جلسة ١٩٦٣/١٢/٥ الطعن رقم ٢٧ لسنة ٢٩ ق س ١٤ ص ١١٣١)

ب – الغير لا يتقيد بشرط الكتابة في إثبات ما يخالف العقد المكتوب .

(جلسة ١٩٦٦/١٢/٦ مجموعة المكتب الفني السنة ١٧ ص ١٧٧٠) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن وضع اليد واقعة مادية العبرة فيه بما يثبت قيامه فعلا . فإذا كان الواقع يخالف ما هو ثابت من الأوراق ، فيجب الأخذ بهذا الواقع وإطراح ما هو غير حاصل . وإذن فلا على المحكمة إذا هي أحالت دعوى منع التعرض على التحقيق ، وكلفت المدعى فيها إثبات وضع يده الذي ينكره عليه خصمه ، ولو كان بيده محضر تسليم رسمي في تاريخ سابق (نقض مدني ١٥ يونية سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٥٢ ص ٦١١) – وقضت أيضاً بأنه لما كان وضع اليد واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات ، وكان القانون لا يشترط مصدراً معيناً يستقى منه القاضي الدليل ، فإنه لا حرج على المحكمة إذا هي أقامت قضاءها في هذا الخصوص على ما استخلصته من أوراق أو مستندات تمليك أو حتى من أقوال وردت في شكوى إدارية (نقض مدني ١٩ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٧٣ ص ٥٠٠) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن تملك حق إرتفاق مستمر ظاهر بالتقادم يجوز إثباته بجميع الطرق (١٥ مايو سنة ١٩٣٩ م ٤٢ ص ٥٠٠) ، وقضت أيضاً بأن البقاء في العين المؤجرة أو إخلائها واقعة مادية تثبت بجميع الطرق (٢٣ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٤٩) .

على النصاب. أما إذا أراد إثبات أن الحائز لا يقوم بأعمال الحيازة حسابه الشخصي بل باعتباره مستأجراً فلا يستطيع التملك بالتقادم ، كأن كل من الحيازة والإيجار واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق [1]

والغير في التصرف القانوني يجوز له إثبات هذا التصرف بجميع الطـــرق لأنه ليس طرفاً فيه [1] ، فهو بالنسبة إليه واقعة مادية [1] . وحتى فيما بين المتعاقدين قد يقع لبس فيما

---

(1) أ – وضع اليد واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات ومن ثم لا تتقيد في إثباتها بطريق معين من طرق الإثبات .

(جلسة ١٩٦٦/٤/٢٨ مجموعة المكتب الفني السنة ١٧ ص ٩٣٨) .

ب – الأصل خلوص المكان لمالكه – فيكفي الشركة أن المطعون ضدها إثباتاً لواقعة الغصب التي تقيم عليها دعواها أن تقيم الدليل على وجود الطاعن في العين محل النزاع المملوكة لها لينتقل بذلك عبء إثبات العكس على عاتق الطاعن " المغتصب " بوصفه مدعياً خلاف الأصل . ويثبت أن وجوده بالعين يستند إلى سبب قانوني يبرر ذلك .

(جلسة ١٩٨٩/١٢/١٤ الطعن رقم ١٣٣ لسنة ٥٥ ق) .

(جلسة ١٩٨٥/٢/١٤ الطعن رقم ١٩٣٣ لسنة ٤٩ ق) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت المحكمة بعد أن نفت صفة الظهور عن وضع يد المدعى ، وبعد أن قررت أن شهوده لم يبينوا صفة وضع يده ، فأثبتت بذلك عجزه عن إثبات ظهوره مظهر المالك ، قد استطردت فقالت إن المدعى عليه يقول إن المدعى إنما وضع يده بصفته مستأجراً وإن ظروف الدعوى وملابساتها وأوراقها تدل على صدق قوله ، فذلك من المحكمة ليس حكماً بقيام عقد الإيجار بين طرفي الدعوى حتى كان يصح النعي عليها أنها خالفت فيه قواعد إثبات عقد الإيجار ، بل هو استكمال لما ساقته نفياً لما ادعاه المدعى من أنه في وضع يده على المنزل كان ظاهراً بمظهر المالك (نقض مدني ١٦ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٤٠ ص ٣٠٣) . ولكن إذا أريد إثبات الحيازة ذاتها عن طريق تصرفات قانونية لا عن طريق أعمال مادية ، كما إذا تمسك الخصم لإثبات حيازته بعقد مقايضة وقع الأرض المتنازع عليها ، فإنه لا يجوز إثبات عقد المقايضة إلا بالكتابة (استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣١٩) . أنظر في هذه المسألة أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣١٢ والهامش رقم ٩ – هيك ٨ فقرة ٢٨٠ – لوران ١٩ فقرة ٤٣٢ – ديمولومب ٣٠ فقرة ٢٠ – بودري وبارد فقرة ٢٥٢١ .

(1) أ – اعتبار المشترى من الغير بالنسبة للتصرف الصادر من البائع إلى مشترى آخر . مؤداه إثبات صورية هذا التصرف بكافة طرق الإثبات .

(جلسة ٢٠٠١/٥/٢٢ الطعن رقم ٩٧٩٦ لسنة ٦٤ ق) .

(جلسة ١٩٩١/٣/٥ الطعن رقم ٣٤٦ لسنة ٥٨ ق) .

ب – الدائن العادي باعتباره من الغير أن يطعن على تصرف مدينه بالصورية طبقاً لنص المادة ١/٢٤٤ من القانون المدني ، إلا أن ذلك منوط بأن يكون حق الدائن حالياً من النزاع .

(جلسة ١٩٧٨/٣/٣٠ الطعن رقم ٩١٥ لسنة ٤٤ ق السنة ٢٩ ص ٩٣٢) .

ج – لدائن المتعاقد أن يتمسك بالعقد الظاهر متى كان حسن النية والمفروض أن الدائن حسن النية لا علم له بالعقد المستتر وعلى من يدعى عكس ذلك أن يثبت ما يدعيه .

(جلسة ١٩٧٨/٥/١١ الطعن رقم ٢٨٦ لسنة ٤٣ ق س ٢٩ ص ١٢٢٣) . =

إذا كان المطلوب إثباته تصرفا قانونيا فلا يثبت إلا بالكتابة ، أو واقعة مادية فتثبت بجميع الطرق [٢] .

= د — الواقعة المادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات بغير قيد النصاب الذي حدده القانون في شأن إثبات التصرفات القانونية ، وإذ كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعن طلب إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات أن المطعون ضده الأول وقع بالبصمة المطموسة الموجودة على العقد لإثبات التصرف القانوني ذاته ، فإنه يكون منه طلباً لإثبات واقعة مادية يجوز إثبات حصولها بجميع طرق الإثبات ومنها شهادة الشهود .

(جلسة ١٩٧٥/٢/١٧ مجموعة المكتب الفني السنة ٢٦ ص ٤٠٦) .

هـ — عدم قيام المقاول بتنفيذ البناء طبقاً لما التزم به في عقد المقاول هو واقعة مادية يجوز إثباتها بالبينة والقرائن ولا مخالفة في ذلك لما هو ثابت في العقد إذ لم ينص فيه على وفاء المقاول بالتزاماته الواردة فيه.

(جلسة ١٩٦٧/١١/١٦ مجموعة المكتب الفني السنة ١٨ ص ١٧٠٧) .

(١) وفي رأينا أن هذه القاعدة ليست تطبيقاً للقاعدة التي تقضي بأنه يجوز الإثبات بجميع الطرق عند قيام مانع من الحصول على الكتابة . فالمانع من الحصول على الكتابة الذي يبرر الإثبات بغيرها يجب أن يكون كما سنرى مانعاً ذاتياً ، أي في قضية بذاتها ، لا مانعاً موضوعياً عاماً يتحقق في جميع القضايا . وهذا المانع موضوعي عام لا ذاتي خاص ، إذ أن كل " غير " ليس طرفاً في العقد يتعذر عليه الحصول على دليل كتابي . ومن ثم تكون هذه القاعدة مستقلة عن قاعدة قيام المانع ، وتتلخص في أن " الغير " يجوز له إثبات التصرف القانوني بجميع الطر إذا كان هذا التصرف يعتبر بالنسبة إليه واقعة مادية (قارن استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٨٩٠ م ص ٣٨٦ — ١٦ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٠٧ — ٨ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٠٦) . ويترتب على ذلك أنه يجوز للشفيع — وبيع العقار المشفوع فيه يعتبر بالنسبة إليه واقعة مادية — أن يثبت بالبينة أن من الوارد في هذا العقد أعلى من الثمن الحقيقي بقصد منعه من استعمال حقه في الأخذ بالشفعة ، وللمحكمة أن تقضي عليه بدفع الثمن الذي ثبت من شهادة الشهود ومن تقدير الخبراء أنه هو الثمن الحقيقي (استئناف أهلي ٢٣ فبراير سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٨٧) . ويترتب على ذلك أيضاً أن المنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير — وعقد الاشتراط يعتبر بالنسبة إليه تصرفاً قانونياً لا واقعة مادية — لا يجوز له أن يثبت هذا العقد إذا زادت قيمته على خمسمائة جنيه إلا بالكتابة . وكذلك يفعل الدائن إذا كان المدين قد التزم نحوه بإرادته المنفردة ، لأن هذه الإرادة تعتبر تصرفاً قانونياً بالنسبة إلى الدائن ، وسيأتي بيان ذلك .

(٢) وعلى القاضي أن يتبين ما إذا كان المطلوب إثباته تصرفاً قانونياً أو واقعة مادية ، ثم يجري بعد ذلك حكم القانون . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم الابتدائي قد قضي بإلزام المدعى عليه بمبلغ معين على أنه ثمن بضاعة ، مقيماً هذا القضاء على ثبوت حصول اتفاق شفوي بين المدعي والمدعى عليه لا حق للعقد المكتوب بينهما في شأن توريد هذه البضاعة ، وأن المدعى عليه قد تخلف عن تسلمها برغم دعوته إلى ذلك بإنذار وجهه إليه المدعي ، ثم جاءت محكمة الاستئناف فاستظهرت من صحيفة الدعوى وأوراقها ودفاع طرفيها أنها مؤسسة على هذا الاتفاق المدعى لا على العقد المكتوب بين طرفيها ، وقضت برفضها بناء على أن المدعي قد عجز عن إثبات حصول هذا الاتفاق ، فإنها لا تكون قد أخطأت . ولا يقبل من المدعي أن ينعى عليها أنها قد مسخت دعواه إذ اعتبرتها مؤسسة على الاتفاق المذكور في حين أنها دعوى بتعويض عن عدم تنفيذ العقد المكتوب ، مادام المبلغ الذي طلبه إنما كان بناء على الاتفاق الخاص الذي زعم أنه تم بينه =

= وبين المدعى عليه بعد العقد المكتوب بينهما ، لا على أساس هذا العقد (نقض مدني ١٦ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٣٧ ص ٢٩٨) .

وقضت محكمة النقض أيضاً بأن ما يخلفه مورث ما لورثته مما كان في حيازته مادياً من عقار أو منقول أو نقد، وكذلك استيلاء وارث ما على شيء من مال التركة ، عقاراً كان أو منقولاً أو نقداً — كل ذلك من قبيل الوقائع التي لا سبيل لإثباتها إلا بالبينة . وإنما الذي يطلب فيه الدليل الكتابي هو العمل القانوني التعاقدي الذي يراد أن يكون حجة على شخص ليس عليه أو على من هو مسئول قانوناً عنهم دليل قانوني يدل عليه. وإذن فلا يصح الطعن في الحكم بمقولة أنه أخطأ في قبول شهادة الشهود على وجود المبلغ المتروك وتحديده مع أنه ليس في الدعوى دليل يفيد أن المورث ترك مالاً نقداً أو يفيد أن المبلغ المتروك عن هذا الوارث هو كذا غير إقرار الطاعن نفسه (نقض مدني ٢٣ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٦٧ ص ٧٩٢) .

وقضت أيضاً بأنه إذا كان من أدلة تزوير العقد أن المنسوب إليها صدوره منها كانت قد تصرفت في بعض الأطيان التي وردت في العقد ، فإنه يجوز إثبات هذا التصرف بالبينة والقرائن مهما كانت قيمته ، لأنه يعتبر — بالنسبة إلى أدلة التزوير — واقعة مادية (نقض مدني ٣١ ديسمبر سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥ ص ٣٦) .

وقضت أيضاً بأن القانون لم يحرم على المحكمة إثبات صحة الختم الموقع به على الورقة بشهادة الشهود ؛ وإنما هو حرم عليها إثبات المشارطة المتعلقة بها الورقة بهذه الوسيلة . فمن حق المحكمة أن تستنتج صحة الختم في ذاته متى ثبت لديها أن صاحبه قد وقع به الورقة المطعون فيها بشخصه (نقض مدني ٨ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١٩ ص ٥٨٤) . ولكن توقيع صاحب الختم بختمه على الورقة ينطوي على تصرف قانوني يثبت بالكتابة (نقض فرنسي ١٨ يوليو سنة ١٩٠٦ سيريه ١٩٠٦ — ١ — ٤٨٨ — بودري وبارد ٤ فقرة ٢٥٢٢ ص ٢١٩) .

وقضت أيضاً بأنه إذا قضت المحكمة لبعض الملاك المشتاعين بملكية بعض الأعيان المشتركة مفرزة ، وبنت حكمها على أن كلا منهم قد استقل بوضع يده على جزء معين من الملك الشائع حتى تملكه بمضي المدة م مستدلة على ذلك بالبينة والقرائن ، فهذا الحكم لا يعتبر مؤسساً على التقرير بوقوع تعاقد على قسمة بين الشركاء ؛ ولذلك لا يصح النعي عليه أنه قد خالف القانون إذ هو لم يستند إلى دليل كتابي على القسمة (نقض مدني ٤ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٥٩ ص ١٤٧) .

وقضت أيضاً بأن الدعوى المرفوعة على سيد وخادمه بطلب الحكم عليهما متضامنين بتعويض عن سرقة الخادم لحلي استودعت السيد هي دعويان : دعوى الجريمة المنسوبة إلى الخادم وإثباتها جائز بكل طرق الإثبات إذ هي واقعة مادية وغير متوقفة على عقد الوديعة ، ودعوى موجهة إلى السيد بمسئوليته عن الخادم إذ هو تابع له وهذه ليس مطلوباً فيها إثبات عقد الوديعة على السيد ، ومن ثم يجوز إثبات محتويات العلبة بالبينة والقرائن (نقض مدني أول مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٩٨ ص ٤٣٢).

أما الوعد بالزواج (promesse de marriage) فرأي يذهب فيه إلى أنه واقعة مختلطة يمتزج فيها العمل المادي بالتصرف القانوني . ورأي آخر يذهب إلى أنه لما كان الوعد بالزواج غير ملزم فهو لا يعدو أن يكون واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق (أنظر في هذه المسألة Juris-classeur ١٥١ — م ١٣٤١ — ١٣٤٤ فقرة ٣٦ — فقرة ٤٢) .

وفي الإخلال بالتزام عقدي ، يجوز إثبات العمل المادي الذي كون واقعة الإخلال بجميع الطرق لأنه واقعة مادية [1] . أما العقد الذي أخل به فهو تصرف قانوني ، لا يجوز إثباته فيما زاد على النصاب إلا بالكتابة .

وفي التبديد وغيره من الجرائم التي تستند إلى عقود مدنية ، لا يجوز إثبات هذه العقود فيما زاد على النصاب إلا بالكتابة . ومن ثم نرى أن الإخلال بالتصرف القانوني قد يكون واقعة مادية ، وأن الجريمة قد تنطوي على تصرف قانوني [2] .

وقطع التقادم إذا تم بواقعة مادية ، كالعودة إلى استعمال حق الارتفاق ، يثبت بجميع الطرق . وإذا تم بتصرف قانوني ، كالاعتراف بحق الارتفاق أو دفع الفوائد والأقساط ، فلا يجوز الإثبات فيما زاد على النصاب إلا بالكتابة [3] .

والشركة الفعلية (société de fait) واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق [4] .

---

(١) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣١٣ – ص ٣١٤ – ديمولومب ٣٠ فقرة ١٧ – لوران ١٩ فقرة ٤٣٣ – هيك ٨ فقرة ٤٨٠ – بودري وبارد ٤ فقرة ٢٥٢١ – كذلك يمكن إثبات مدى الضرر الذي ترتب على الإخلال بالالتزام بجميع الطرق لأنه واقعة مادية . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن إثبات الأشياء الضائعة وقيمتها في حادث سكة حديدية جائز بجميع الطرق (١١ مارس سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٩٦) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الدليل لا ارتباط له بالمسئولية في حد ذاتها . وإنما يتعلق بذات الأمر المطلوب إثباته . فقد تكون المسئولية تعاقدية ومع ذلك يكون الإثبات فيها بالبينة والقرائن في حالة التعهد بعدم فعل شيء عندما يرغب المتعهد له إثبات مخالفة المتعهد لتعهده ، وقد تكون المسئولية جنائية أو تقصيرية ومع ذلك يكون الإثبات فيها بالكتابة حتماً بالنسبة للعقد المرتبط بها إذا كانت قيمته تزيد على ألف قرش في غير المواد التجارية والأحوال الأخرى المستثناة كما هي الحال في جريمة خيانة الأمانة (نقض مدني ٢٩ فبراير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٣٤ ص ٧٥) . أنظر أيضاً : استئناف أهلي أول مارس سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ٢ رقم ٤٧ – استئناف مختلط ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٥٠ .

وقد قضت محكمة النقض (الدائرة الجنائية) بأن المحاكم وهي تفصل في الدعاوى الجنائية لا تتقيد بقواعد الإثبات الواردة في القانون المدني إلا إذا كان قضاؤها في الواقعة الجنائية يتوقف على وجوب الفصل في مسألة مدنية تكون عنصراً من عناصر الجريمة المطلوب منها الفصل فيها . فإذا هي في واقعة سرقة عقد عولت في إدانة المتهم على شهادة الشهود بأنه هو الذي باع المسروق لمن ضبط عنده ، فلا تثريب عليها في ذلك ولو كانت قيمة المبيع تزيد على العشرة الجنيهات ، وذلك لأن سماعها الشهود لم يكن في مقام إثبات تعاقد المتهم مع المشترى ، وإنما كان في خصوص واقعة مادية بحتة جائز إثباتها بالبينة والقرائن وغير ذلك من طرق الإثبات المختلفة ، وهي مجرد اتصال المتهم بالأشياء المسروقة قبل انتقالها من يده إلى يد من ضبطت عنده بغض النظر عن حقيقة سند هذا الانتقال الذي لم يكن يدور حوله الإثبات ، لأنه مهما كان لا يؤثر في الدعوى (نقض جنائي ٢٧ يناير سنة ١٩٤١ المحاماة ٢١ رقم ٣٦٢ ص ٧٥٩) .

(٣) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣١٤ وهامش رقم ١١ وهامش رقم ١٢ .

(٤) استئناف مختلط ١٤ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٩٧ .

ودفع غير المستحق تصرف قانوني يجب إثباته بالكتابة فيما زاد على النصاب [1] .

وأعمال الفضالة بالنسبة إلى رب العمل وقائع مادية يجوز لهذا إثباتها بجميع الطرق، حتى لو كان من بين هذه الأعمال تصرف قانوني قام به الفضولي . ولا يجوز إثبات هذا التصرف القانوني، فيما بين الفضولي ومن تعاقد معه، إلا بالكتابة فيما زاد على النصاب [2].

المبحث الثاني

التصرفات القانونية التجارية

١٨٥ – جواز الإثبات بالبينة وبالقرائن في التصرفات القانونية التجارية

التجارية : رأينا أن المادة ٦٠ من قانون الإثبات المعدلة بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ تستثنى المواد التجارية من وجوب الإثبات بالكتابة إذا زادت قيمة التصرف على خمسمائة جنيه . فالتصرف القانوني التجاري إذن يجوز إثباته بالبينة وبالقرائن ، حتى لو كانت قيمته تزيد على خمسمائة جنيه أو كان غير محدد القيمة .

وقد كانت المادة ٢٣٤/٢٩٩ من التقنين المدني السابق تنص على هذا الحكم فتقول: " عقود البيع والشراء وغيرها من العقود في المواد التجارية يجوز إثباتها ، بالنسبة للمتعاقدين وغيرهم ، بكافة طرق الثبوت ، بما فيها الإثبات بالبينة وبقرائن الأحوال " . واكتفى التقنين المدني الجديد باستبعاد المواد التجارية في المادة ٤٠٠ ثم قانون الإثبات في المادة ٦٠ من وجوب الإثبات بالكتابة على النحو الذي قدمناه ، فلم يورد نصاً يقابل المادة ٢٣٤/٢٩٩ من التقنين المدني السابق تجنباً للتكرار .

والسبب في إباحة الإثبات بالبينة وبالقرائن في المسائل التجارية ، أياً كانت قيمة التصرف القانوني ، هو ما يقتضيه التعامل التجاري من السرعة وما يستلزمه من البساطة . وما يستغرقه من وقت قصير في تنفيذه [3] . على أن هناك من المسائل التجارية ما لا يستقيم إلا بالكتابة . مثل ذلك الأوراق التجارية ، لم يقتصر القانون فيها على اشتراط الكتابة ، بل

---

(١) فإذا أعدم الدائن الذي قبض غير المستحق سند الدين وهو حسن النية ، فلمن دفع غير المستحق أن يرجع على المدين الحقيقي بدعوى الإثراء (م ١٨٤ مدني) وفي هذه الحالة يعتبر انشغال ذمة المدين الحقيقي بالدين واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق (الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٩٢ ص ٢٣٩) .

(٢) أنظر الجزء الأول من هذا الوسيط فقرة ٨٦١ – فقرة ٨٦٢ .

(٣) أما المعاملات المدنية فتستغرق عادة وقتاً طويلاً في التنفيذ ، ومن ثم الحاجة إلى الكتابة (بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٦٩) .

اشترط في الكتابة أن تستوفى شروطاً معينة . كذلك فعل في المسائل التجارية التي تستغرق وقتاً طويلا وتنطوي على أهمية خاصة ، كما هو الأمر في عقود الشركات التجارية (م ٤٠ — ٤٦ تجاري) ، وفي عقود بيع السفن (م ١١ بحري ق ٨ لسنة ١٩٩٠) ، وفي إيجارها (م ١٥٣ بحري) ، وفي التأمين عليها أو على البضائع (م ٣٤١ بحري) .

على أن الإثبات بالبينة وبالقرائن في المسائل التجارية أمر جوازي للقاضي ، كما هو شأن الإثبات بالبينة وبالقرائن في أية مسألة أخرى . فقد رأينا أن القاضي يقدر ما إذا كان الإثبات بالبينة وبالقرائن مستساغاً ، ثم يقدر بعد ذلك ما إذا كانت البينة أو القرائن المقدمة للإثبات كافية لإقناعه بصحة الواقعة المراد إثباتها أو غير كافية . فله إذن في المسائل التجارية أن يرفض الإثبات بالبينة وبالقرائن إذا رأى أن الإثبات بهما غير مستساغ [1] ، وله أن يقدر هذا الإثبات لا بد من تعزيزه بالكتابة ، وبخاصة بما هو مدون في الدفاتر التجارية ، لا سيما إذا كانت التصرفات المراد إثباتها ذات قيمة كبيرة أو كانت مما يصعب ضبطه بغير الكتابة . وله سلطة واسعة في تقدير ما إذا كانت البينة أو القرائن المقدمة للإثبات كافية لإقناعه بصحة الواقعة المدعى بها [1] . ويجوز لأصحاب الشأن ، على كل حال ، أن يتفقوا على أن

---

(1) أ — يجوز الإثبات بجميع طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن في التصرفات القانونية التجارية أياً كانت قيمتها، كما يجوز فيها الإثبات بالبينة فيما يخالف أو يجاوز الكتابة .
(جلسة ١٩٧٠/٤/٣٢ الطعن رقم ٧٠ لسنة ٣٦ ق السنة ٢١ ص ٦٩٣) .

ب — إنه استثناء المواد التجارية من وجوب الإثبات بالكتابة إذا زادت قيمة التصرف القانوني (زادت إلى خمسمائة جنيه طبقاً للمادة ٦٠ إثبات معدلة بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩) لا يوجب على المحكمة إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثباتها بالبينة طالما رأت من ظروف الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدتها .
(جلسة ١٩٦٩/٥/٦ الطعن رقم ٢٣٦ لسنة ٣٥ ق السنة ٢٠ص ٧٣٢) .

ج — إن الإثبات بالبينة والقرائن في المسائل التجارية أمر جوازي للقاضي فله أن يرفض الإثبات بالبينة إذا رأى أن الإثبات بها غير مستساغ .
(جلسة ١٩٦٩/٥/٦ الطعن رقم ٢٣٦ لسنة ٣٥ ق السنة ٢٠ ص ٧٣٢) .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه يجوز للمحكمة رفض الإثبات بالبينة في دعوى تجارية تزيد قيمتها على عشرة جنيهات (استئناف أهلي ٢١ فبراير سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ٥١) — وقضت محكمة الزقازيق الوطنية بأن إباحة الإثبات بجميع الطرق في المسائل التجارية أمر جوازي ، ولا يقبل إلا إذا أدلى بوقائع من شأنها التدليل على احتمال انعقاد عقد تجاري (٢ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٤١٩ ص ٦٦٨) — وقضت محكمة الاستئناف المختلطة إبان إباحة الإثبات بجميع الطرق في المسائل التجارية أمر جوازي (استئناف مختلط ٢٩ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٦٠ — ٥ نوفمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ١٧ — ٨ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٨٤) ، وبأنه يجب وجود قرائن قوية لإثبات الفوائد الربوية بالبينة حتى في المسائل التجارية (استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٣٤) .

يكون الإثبات فيما بينهم في المسائل التجارية بالكتابة ، فتكون الكتابة عندئذ واجبة لأن إباحة الإثبات بالبينة وبالقرائن في التصرفات التجارية ليست قاعدة من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على ما يخالفها ، وسنعود إلى هذه المسألة [1] .

١٨٦ – العبرة بنوع التعامل وصفة الخصوم لا بالمحكمة المختصة:

والقانون التجاري هو الذي يبين متى يعتبر التصرف القانوني تجارياً ، فيجوز إثباته بالبينة أو بالقرائن أياً كانت قيمته [1] [2] .

وقد يقع التصرف القانوني بين شخصين ويعتبر بالنسبة إلى كل منهما تصرفاً مدنياً . كالمزارع يبيع جزءاً من محصوله إلى المستهلك . فالإثبات هنا لا يجوز أن يكون بالبينة أو بالقرائن إلا فيما لا يجاوز النصاب .

وقد يقع التصرف بين شخصين ويعتبر بالنسبة إلى كل منهما تصرفاً تجارياً ، كصاحب المصنع يبيع سلعته من التاجر . فالإثبات يجوز أن يكون هنا بالبينة أو بالقرائن، أياً كانت قيمة التصرف .

= وقضت محكمة النقض بأنه إذا لم تأخذ المحكمة في نزاع بين تاجر ومصلحة الضرائب بالبيانات الواردة في دفاتره ، محتجة بأنه لم يثبت فيها جميع مشترياته ، فإنها بذلك لا تكون قد خالفت القانون بتحتيم إثبات العقود التجارية بالكتابة ، ولا يصح من الممول طعنه في الحكم محتجاً بالمادتين ٢١٥ و ٢٣٤ من القانون المدني (م ١/٦٠ من قانون الإثبات) اللتين يجيزان إثبات العقود التجارية بجميع الطرق القانونية ، سواء بالنسبة إلى المتعاقدين أو غيرهم ، فإن محل الاحتجاج بهما أن يكون التاجر قد طلب إلى المحكمة الترخيص له في أن يثبت بالبينة صحة البيانات الواردة بدفتره فقضت بعدم جواز هذا الإثبات (نقض مدني ١٦ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٣ ص ٦٨٤) . وأنظر في هذه المسألة بودري وبارد ٤ فقرة ٢٥٧٩ .

(1) من المقرر أن قاعدة عدم جواز الإثبات بالبينة في الأحوال التي يجب فيها الإثبات بالكتابة ليست من النظام العام، فيجوز الاتفاق على مخالفتها صراحة ، أو ضمناً، كما يجوز لصاحب الحق أن يتنازل عن التمسك بها، فإذا طلب أحد الخصوم إثبات حقه بالبينة ، وسكت الخصم الآخر عن التمسك بعدم جواز الإثبات بهذا الطريق ولم يعارض فيه عند تنفيذ الحكم الصادر بالإحالة للتحقيق عد ذلك قبولا منه لجواز الإثبات بالبينة .
(جلسة ١٩٩٣/٥/٢٧ الطعن رقم ١٢١٤ لسنة ٥٩ ق) .
(جلسة ١٩٨٦/٥/٦ الطعن رقم ٢١٨٧ لسنة ٥٢ ق) .
(جلسة ١٩٨٥/٢/١٢ الطعن رقم ٢٦١٦ لسنة ٥٠ ق) .

(١) الأستاذ محسن شفيق في القانون التجاري المصري فقرة ١٥٣ – فقرة ١٥٨ .

(2) استثنى المشروع وجود الديون التجارية أو انقضاؤها من القيود التي وضعها في المواد ٦١ إلى ٦٣ من قانون الإثبات ، ومن ثم يجوز الإثبات في المواد التجارية – إلا ما استثنى بنص خاص – بكافة طرق الإثبات القانونية حتى لو انصرف الإثبات إلى ما يخالف ما هو ثابت بالكتابة .
(جلسة ١٩٧٠/٤/٢٣ الطعن رقم ٧٠ لسنة ٣٦ ق السنة ٢١ ص ٦٩٣) .
(جلسة ١٩٦٢/٥/٣١ مجموعة المكتب الفني السنة ١٣ ص ٧٥٤) .

وقد يقع التصرف بين شخصين فيكون بالنسبة إلى أحدهما تصرفاً مدنياً وبالنسبة إلى الآخر تصرفاً تجارياً [1] ، كالمزارع يبيع محصوله من التاجر ، وكالمستهلك يشترى من تاجر التجزئة ، وكعقد النشر بين المؤلف والناشر ، وكعقد النقل بين المسافر أو صاحب البضاعة وأمين النقل ، وكعمليات المصارف بين العمل والمصرف . وهذا ما يسمى بالتصرف المختلط. ففي هذه الحالة تسرى القواعد المدنية في الإثبات على من كان التصرف مدنياً بالنسبة إليه ، فلا يجوز بالبينة أو بالقرائن إثبات تسليم الثمن إلى المزارع ولا تسليم السلعة إلى من اشترى من تاجر التجزئة ولا تسلم الأرباح إلى المؤلف ولا تسليم البضاعة إلى صاحبها من أمين النقل ولا العمليات المصرفية ضد العميل إلا فيما لا يجاوز النصاب . وتسرى القواعد التجارية في الإثبات على من كان التصرف تجارياً بالنسبة إليه [2] ، فيمكن إثبات تسليم المحصول للتاجر ، وتسليم الثمن لتاجر التجزئة ، ومقدار أرباح المؤلف ضد الناشر ، وتسليم البضاعة لأمين النقل، والعمليات المصرفية ضد المصرف ، بالبينة أو بالقرائن، أياً كانت قيمة الالتزام [1] .

---

(1) إذا كان التصرف حاصلاً بين شخصين وكان بالنسبة لأحدهما مدنياً وبالنسبة للآخر تصرفاً تجارياً ، فإن قواعد الإثبات في المواد المدنية هي التي تتبع على من كان التصرف مدنياً بالنسبة إليه ، فلا يجوز إثبات دفاعه المدين إلا طبقاً لقواعد الإثبات المدنية إذا كان التصرف بالنسبة للدائن تصرفان فيما لو كان بالنسبة للمدين تصرفاً تجارياً .
(جلسة ١٩٦٩/١١/١١ مجموعة المكتب الفني السنة ٢٠ص ١١٨٠) .

(2) متى كان التعاقد بين تاجرين ولأعمال تجارية اتبعت في إثباته وسائل الإثبات التجارية ، وإن كان بين تاجر وغير تاجر أو بين تاجرين ولكنه لأعمال لا تتصل بالتجارة أو مدنية بطبيعتها ، اتبعت في إثباته وسائل الإثبات التجارية بالنسبة للتاجر ، ووسائل الإثبات بالنسبة لغير التاجر أو بالنسبة للتاجر الذي يعتبر العمل مدنياً من ناحيته .
(جلسة ١٩٦٠/١٢/٨ مجموعة المكتب الفني السنة ١١ ص ٦٣٥) .

(١) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٣ ص ٣٤١ — الموجز للمؤلف ص ٧٠٨ — أنظر مع ذلك بلانيول وريبير وجابولد وتعليقه على القضاء الفرنسي ٧ فقرة ١٥١٩ ص ٩٧٤ — وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا كان المدعى عليه تاجراً ، فالقواعد التجارية تتبع في دعواه ، خصوصاً فيما يتعلق بقبول الإثبات بالبينة (استئناف أهلي ١٣ يناير سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٧٣) . وقضت محكمة الإسكندرية الوطنية بأنه إذا كان العقد مدنياً بالنسبة إلى أحد المتعاقدين وتجارياً بالنسبة إلى ثانيهما ، جاز للأول أن يثبت براءة ذمته من المدين بطرق الإثبات المقبولة في المواد التجارية (١١ أبريل سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٨ رقم ٧٨) . وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا كانت المعاملة تجارية لأحد المتعاملين ومدنية بالنسبة إلى الآخر ، فلا يجوز الإثبات في حق الآخر إلا طبقاً لأحكام القانون المدني ، فلا يقبل الإثبات بالبينة إذا زادت قيمة المدعى به على ألف قرش . فإذا ادعى تاجر شراء قطن رجل من ذوي الأملاك ، وقدم دليلا على دعواه "علم القباني" الذي يبين وزن القطن المبيع، فإن هذه الورقة لا تصلح مبدأ ثبوت بالكتابة على البائع =

والعبرة بنوع التعامل لا بالمحكمة المختصة . فقد يطرح نزاع تجاري أمام محكمة مدنية، فنتبع قواعد الإثبات التجارية . وقد يطرح نزاع مدني أمام محكمة تجارية ، فنتبع قواعد الإثبات المدنية [1] .

= لأنها ليست صادرة منه ، ومن ثم ترفض دعوى التاجر (استئناف مصر ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٠ المحاماة ٢ رقم ٥٤ ص ١٧٩ — أنظر أيضاً استئناف مصر ٢٧ مارس سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ رقم ٦ ص ١٨) .

وصفة التاجر أمر يصح إثباته بالبينة لأنه واقعة مادية (طنطا ٢٥ يوليو سنة ١٩٠٤ المجموعة الرسمية ٦ رقم ٢/٤٧) . ويعتبر مدنياً التزام الوكيل بالعمولة إذ لم يعلم اسم موكله (استئناف مختلط ١٠ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٨٠) . ولا يجوز طلب الإحالة على التحقيق لإثبات وساطة السمسار في الصفقة إذا كانت المعاملة بالنسبة إلى المدعى عليه بالأجر مدنية ويزيد فيها المبلغ المطلوب إثباته على النصاب الجائز إثباته بالبينة (استئناف مصر ٦ فبراير سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ١٧٠ ص ٣٨٦ — أنظر أيضاً في هذا المعنى محكمة السنبلاوين ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٢٤٢ ص ٥٩٥ ، وأنظر عكس ذلك محكمة الإسكندرية الوطنية ٣ أبريل سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ١١٦ فقد قضت بأن أعمال السمسرة تعتبر في نظر القانون أعمالا تجارية ، سواء كان القائم بها محترفاً السمسرة أولاً ، وسواء كان الغرض منها إبرام عقد تجاري أو مدني ، وعلى ذلك يجوز لمن كان وسيطاً في عقد بيع وليست لديه كتابة مثبتة لحقه في السمسرة أن يلجأ إلى الإثبات بالبينة ولو تجاوزت السمسرة عشرة جنيهات) .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة — بأن إثبات الالتزام المدني يكون بالكتابة ، حتى لو كان هذا الالتزام مرتبطاً بالتزام تجاري ، فإن هذا الارتباط لا يرفع عن كل من العمليتين صفتها المتميزة ، ولا يستوجب استثناء من أحكام القانون المتعلقة بطرق الإثبات (استئناف مختلط ٦ يونية سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٦٣) .

وقضت محكمة النقض بأنه متى كان طرفا النزاع تاجرين ، فلا جناح على المحكمة إن هي أحالت الدعوى على التحقيق ليثبت المدعى صدور بيع منه إلى المدعى عليه وقيمة الأشياء المبيعة ، لأن الإثبات في المواد التجارية جائز بكافة طرق الإثبات . وقد اعتبر القانون التجاري في الفقرة التاسعة من المادة الثانية منه عملا تجارياً جميع العقود والتعهدات الحاصلة بين التجار والمتسببين والسماسرة والصيارفة ما لم تكن العقود والتعهدات المذكورة مدنية بحسب نوعها أو بناء على نص العقد . ولا يخرج تصرف التاجر عن هذا الاعتبار إنكاره للتصرف أو ادعاؤه أنه لا يتجر في البضاعة المدعى بشرائها ، إذ ليس من شأن هذا الادعاء لو صح أن يجعل التصرف مدنياً (نقض مدني ٢٨ يناير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٦٨ ص ٤٥٨) .

(١) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٣ مكررة ص ٣٤٠ — ص ٣٤١ وهامش رقم ٦ مكرر — الموجز للمؤلف ص ٧٠٩ — وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان النزاع من اختصاص المحاكم التجارية وكان الالتزام غير تجاري من جانب المدين ، فلا يجوز الإثبات ضده بالبينة والقرائن (استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٤٦ — أنظر أيضاً : استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٤٢ — ١٨ يونية سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٤٧) .

والقاعدة في الاختصاص — بالنسبة إلى التصرف القانوني المختلط — أن التصرف إذا كان تجارياً بالنسبة إلى المدعى عليه ، جاز رفع الدعوى أمام المحكمة التجارية أو المحكمة المدنية . أما إذا كان التصرف بالنسبة إلى المدعى عليه مدنياً ، فلا يجوز رفع الدعوى إلا أمام المحكمة المدنية .

١٨٧ – جميع المسائل التجارية يجوز إثباتها بالبينة وبالقرائن ، حتى فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها : ومتى ثبت للتصرف الصفة التجارية على الوجه الذي قدمناه ، جاز إثباته، كما سبق القول، بالبينة وبالقرائن، أياً كانت قيمة التصرف [1]، حتى لو كان الأمر يتعلق بجريمة تنطوي على عقد مدني كجريمة التبديد ، فيجوز إثبات عقد الوديعة مثلا بجميع الطرق أياً كان قيمة الشيء المودع [1].

ومن باب أولى يجوز إثبات الوقائع المادية في المسائل التجارية بجميع طرق الإثبات. مثل ذلك أن يصاب عامل في مصنع ، فلهذا العامل أن يثبت مسئولية صاحب المصنع بجميع الطرق.

بل يجوز أيضاً إذا كان التصرف القانوني التجاري ثابتاً بالكتابة ، إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها بالبينة وبالقرائن [2] . وسنعود إلى هذه المسألة في موضع آخر .

---

(1) أ – لمحكمة الموضوع السلطة في تقدير دفاتر الممول أخذا أو أطراحها كلها أو بعضها حسبما يتبين لها من التحقيقات التي تجريها .
(جلسة ١٩٦٤/٣/١١ الطعن رقم ١٣٢ لسنة ٢٩ ق س ١٥ ص ٣١٩) .
ب – إذا كان البين من الأوراق أن الطاعنة قصرت دفاعها على مجرد القول بأنها تمسك دفاتر تجارية منتظمة تركن إليها في تصفية حسابها دون أن تقدمها إلى الخبير أو أمام المحكمة ، فلا تثريب على المحكمة إن هي التفت عن دفاع الطاعنة العاري عن الدليل .
(جلسة ١٩٨١/١/٢٦ الطعن رقم ١٦٠ لسنة ٤٧ ق السنة ٣٢ ص ٣٢١) .
ج – الاستدلال على التاجر بدفاتره جوازي للمحكمة .
(جلسة ١٩٩٢/٩/٢٨ الطعن رقم ٣٨٥ لسنة ٥٦ ق) .

(١) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٣ مكررة ص ٣٣٧ – ص ٣٣٨ .

(٢) فيجوز إثبات أن سبب الالتزام المكتوب غير صحيح ، أو أن هناك تعديلا شفوياً أجرى فيه ، أو أنه قد انقضى، وذلك كله بالبينة أو بالقرائن (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٣ مكررة ص ٣٣٨ – ص ٣٣٩) بودري وبارد ٤ فقرة ٢٥٧٦ – بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٧٠ لكن إذا كانت الكتابة رسمية ، ويراد إثبات ما يخالف جزءاً منها لا يجوز إنكاره إلا عن طريق الطعن بالتزوير ، فإنه يجب الالتجاء إلى إجراءات هذا الطعن (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٣ مكررة هامش رقم ٢) .
وقد كان القضاء المختلط يجري في العهد الأول على تحتيم الكتابة لإثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها في المسائل التجارية : استئناف مختلط ١٨ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١١١ – ٧ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٨٠ – ٣ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٢٣ – ٢١ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٦٥ – ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢١١ – ١٦ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٥٤ – ١٥ أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٨٢ . ثم عدل هذا الخطأ ، ورجع إلى المبدأ الصحيح ، فأجاز إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها في المسائل التجارية بالبينة وبالقرائن : استئناف مختلط ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٥٦ – ٢ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٨١ ٢٥ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٦٨ – ٧ أبريل سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٣٠. =

الفرع الثاني

قوة الإثبات المحدودة للبينة والقرائن

١٨٨ – القاعدة العامة والاستثناءات : رأينا فيما تقدم أن للبينة والقرائن قوة مطلقة في إثبات الوقائع المادية والتصرفات القانونية التجارية . وتبقى، بعد ذلك ، التصرفات القانونية المدنية . وهذه ليست للبينة والقرائن فيها إلا قوة إثبات محدودة . وقد وضع القانون في ذلك قاعدة عامة، ثم أورد عليها استثناءات معينة .

أما القاعدة العامة فهي ذات شقين : (أولاً) لا يجوز إثبات التصرفات القانونية المدنية، إذا زادت قيمتها على خمسمائة جنيه ، إلا بالكتابة . (ثانياً) وحتى إذا كان التصرف القانوني المدني لا تزيد قيمته علي خمسمائة جنيه ، فإنه إذا كان ثابتاً بالكتابة ، لم يجز إثبات ما يخالف هذه الكتابة أو ما يجاوزها إلا بالكتابة . ونرى من ذلك أن هذه القاعدة العامة تضيق من نطاق الإثبات بالبينة والقرائن ، وتجعل قوة هذه الطريقين في الإثبات محدودة . فلا يجوز أن تثبت بهما التصرفات المدنية التي قيمتها تزيد على خمسمائة جنيه ، بل وتلك التي لا تزيد قيمتها على هذا المقدار إذا كانت مكتوبة ويراد إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها . وغني عن البيان أن هذا الميدان الذي استبعد فيه الإثبات بالبينة وبالقرائن ذو نطاق واسع ، فهو يستغرق الكثرة الغالبة من التصرفات المدنية التي تكون عادة محلا للتقاضي . ومن ثم كانت البينة والقرائن ذات قوة في الإثبات جد محدودة في ميدان التصرفات القانونية المدنية .

على أن هذين الطريقين تعود لهما قوتهما المطلقة في الإثبات في الاستثناء الذي أورده القانون على القاعدة العامة التي أسلفناها . وهو استثناء له أيضاً شقان : (أولاً) يجوز مع ذلك الإثبات بالبينة وبالقرائن فيما زاد على خمسمائة جنيه أو فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها إذا كان هناك مبدأ ثبوت بالكتابة . (ثانياً) ويجوز أيضاً الإثبات بالبينة وبالقرائن فيما زاد

= وغني عن البيان أن إثبات المواد التجارية بالبينة وبالقرائن ليس فحسب جائزاً فيما بين المتعاقدين ، بل هو أيضاً جائز بالنسبة إلى الغير . وقد قضي ، تطبيقاً لذلك ، بأن عقد الإيجار الذي يتم بين تاجر السيارات وأحد عملائه ، وبمقتضاه يؤجر التاجر للعميل سيارة تصبح ملك العميل بعد الوفاء بالأقساط ، يجوز لتاجر السيارات أن يثبته بالبينة في مواجهة الغير (استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٥٩) . أنظر في هذه المسألة الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٢١٦ ص ٤٠٢ .

أما إذا اتفق تاجران على أن يكون الإثبات بينهما بالكتابة ، فإنه لا يجوز لأي منهما أن يثبت ما يخالف هذه الكتابة أو يجاوزها إلا بالكتابة (أنظر الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ١٩٤ ص ٢٤٢ والأحكام التي أشار إليها) .

على خمسمائة جنيه أو فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها إذا وجد مانع من الحصول على الكتابة أو من تقديمها بعد الحصول عليها . ونرى من ذلك أن البينة والقرائن ، وقد كانت قوتهما محدودة في القاعدة العامة ، انطلقنا في الاستثناء ، وأصبح من الجائز إثبات جميع التصرفات المدنية بهما عند وجود مبدأ ثبوت بالكتابة أو عند قيام المانع [1] .

ونبحث الآن القاعدة العامة ثم الاستثناءات .

المبحث الأول

القاعدة العامة

١٨٩ – الأصل التاريخي لهذه القاعدة : نبتت هذه القاعدة في القانون الفرنسي القديم . وقد كان هذا القانون كغيره من القوانين القديمة [2] ، يجعل البينة هي الأصل في الإثبات ، فيجوز إثبات أي التزام بها أياً كانت قيمته [3] .

---

(١) والقاعدة بشقيها والاستثناء بشقيه تعتبر جميعاً من مسائل القانون ، فيخضع تطبيقها لرقابة محكمة النقض (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٦ ص ٣٨٥ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٤٦ ص ٥٥٨ – دي باج ٣ فقرة ٩٣٢) . على أنه لا تجوز إثارة هذه المسائل لأول مرة أمام محكمة النقض ، لأنها ليست من مسائل النظام العام كما سنرى .

(٢) فالفقه الإسلامي لا يعتد بالكتابة اعتداده بالشهادة . فالشهادة عنده هي البينة التي لها المقام الأول في الإثبات. أما الكتابة فيحذر منها كل الحذر ، لأن الخطوط – كما يقول الفقهاء – قابلة للمشابهة والمحاكاة . والواقع من الأمر أن الكتابة لم تكن في العصور الأولى التي ترعرع فيها الفقه الإسلامي منتشرة بين الناس ، و لم يكن فن الخط قد تقدم تقدمه في العصور التي تلت ، فكان من الصعب الاعتماد على الكتابة في الإثبات (أنظر في هذا المعنى موران Morand : دراسات في الفقه الإسلامي الجزائري ص ٣١٣ – ص ٣١٨) .
وقد أتى القرآن الكريم في آية المداينة بأرق مبادئ الإثبات في العصر الحديث . قال الله تعالى : " **يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه ، وليكتب بينكم كاتب بالعدل ، ولا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله ، فليكتب ، وليملل الذي عليه الحق وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيئاً** " . فالأولوية في الإثبات إذن للكتابة . ولكن لما كانت حضارة العصر تقصر دون ذلك ، وتقف عن مجاراة هذا التقدم ، لم يستطع الفقهاء إلا أن يسايروا حضارة عصرهم ، فإذا بالفقه الإسلامي يرتفع بالشهادة إلى مقام تنزل عنه الكتابة نزولا بيناً . ومن العجيب أن عصر التقليد في الفقه الإسلامي لم يدرك العوامل التي كانت وراء تقديم الشهادة على الكتابة ، فظل يردد ما قاله الفقهاء الأولون في تقديم الشهادة ، وذلك بالرغم من أنهم كانوا يستطيعون أن يقبلوا الوضع فيقدموا الكتابة ، يؤازرهم في ذلك انتشار الكتابة ، وتظاهرهم آيات القرآن الكريم .

(٣) وقد رأينا أن المثل كان قد درج في القانون الفرنسي القديم على أن " الشهادة فوق الكتابة " أو كما يقول لوازيل Loisel :
Témoins passent letters (Institutes Coutumiéres, liv. V, tit V, régl. 5).

وبقيت هذه الحال سائدة إلى أن انتشرت الكتابة ، وبدأ الناس يألفون تدوين عقودهم ومعاملاتهم . فصدر قانون في فبراير سنة ١٥٦٦ ، سمي " أمر مولان " (Ordonnance Moulins) ، تقضي المادة ٥٦ منه بوجوب تدوين المعاملات التي تزيد قيمتها على مائة جنيه فرنسي في ورقة رسمية أمام موثق العقود ، وذلك نظراً للشكوى التي ترددت من عيوب الإثبات بالشهادة . وهذه الورقة هي وحدها التي تكون دليلا للإثبات ، دون أن تقبل البينة فيما يجاوز هذا الدليل الكتابي ، أو فيما يدعى أنه اتفق عليه قبل كتابة الدليل أو في أثناء كتابته أو بعد الكتابة (avant icelui, lors et depuis) . ولا يخل هذا الحكم بجواز إثبات التعامل في ورقة عرفية . وبعد مائة عام من صدور هذا الأمر صدر أمر آخر يؤكده في سنة ١٦٦٧ ، وهو قانون لويس الرابع عشر في الإصلاح القضائي ، ويقضي بوجوب تدوين المعاملات التي تزيد قيمتها على مائة جنيه ، ولو كانت ودائع اختيارية ، في أوراق رسمية أو عرفية . ولا يقبل الإثبات بالبينة لما يخالف ما اشتملت عليه هذه الأوراق أو يجاوزه ، ولا لما يدعى أنه اتفق عليه قبل الكتابة أو في أثنائها أو بعدها ، ولو لم تجاوز القيمة مائة جنيه ، دون أن يخل ذلك بما قد جرى العمل عليه أمام القضاء والقناصل في المسائل التجارية [١] .

وبقي هذا النص معمولا به في القانون الفرنسي القديم . ثم نقله التقنين المدني الفرنسي نقلا يكاد يكون حرفياً ، فنصت المادة ١٣٤١ من هذا التقنين على أنه " يجب إعداد ورقة رسمية أو عرفية لإثبات الأشياء التي تزيد قيمتها على مائة وخمسين فرنكاً ، ولو كانت ودائع اختيارية. ولا تقبل البينة فيما يخالف أو يجاوز مشتملات هذه الأوراق، أو فيما يدعى أنه وقع قبل كتابتها أو في أثناء الكتابة أو بعدها ، ولو كانت القيمة تقل عن مائة وخمسين فرنكاً. وهذا كله دون إخلال بأحكام قوانين التجارة [٢] " .

---

١) ونثبت هنا الأصل الفرنسي لهذا النص الهام ، فهو المصدر التاريخي المباشرة لقاعدة من أهم قواعد الإثبات ، وهو في الوقت ذاته يقرب كثيراً من نص المادة ١٣٤١ من التقنين المدني الفرنسي :

Seront passés actes par devant notaries ou sous signature privée, de toutes choses excédant la somme ou valeur de cent livres, même pour dépots volontaires, et ne sera reçu aucune preuve par témoins contre et outré le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors, ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de cent livres, sans toutefois rien innover pour ce regard, en ce qui s'observe en la justice des juges et consuls marchands.

(Art. 2. Titre XX, Ordonnance de 1667) .

(٢) وهذا هو الأصل الفرنسي لنص المادة ١٣٤١ ، لمقارنته بمصدره التاريخي المتقدم الذكر :

Art. 1341 : Il doit être passé acte devant notaire ou sous signatures privées de toutes choses excédant la somme ou la valeur de =

وقد جعل قانون نابليون نصاب البينة مائة وخمسين فرنكاً ، وكانت في القانون الفرنسي القديم مائة جنيه وقيمتها كانت تبلغ نحوا من ألفين من الفرنكات . وقد نزل نصاب البينة إلى هذا المقدار نظراً لزيادة انتشار الكتـــابة كما قال جوبير (Jaubert) في تقريره عن هـــذا النص [1] ، ثم نقصت قيمة الفرنك فصدر قانون أول أبريل سنة ١٩٢٨ برفع نصاب البينة إلى خمسمائة فرنك . ثم هبطت قيمة الفرنك بعد ذلك هبوطاً جسيماً ، فصدر قانون ٢١ فبراير سنة ١٩٤٨ يرفع النصاب مرة أخرى إلى خمسة آلاف من الفرنكات . وفي مصر قرر نصاب البينة منذ التقنين المدني السابق بعشرة جنيهات . ولم يتغير هذا النصاب في التقنين الجديد ، وإن كانت قيمة العملة قد نزلت نزولا كبيراً ، للمعادلة ما بين هذا النزول الكبير وزيادة انتشار الكتابة . ثم زاد هذا النصاب إلى عشرين جنيها ، ثم ارتفع إلى مائة جنيه ، وصدر القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ برفع النصاب مرة أخرى إلى خمسمائة جنيه .

ونرى مما تقدم أن " أمر مولان " كان هو نقطة التحول عن البينة إلى الكتابة . وقد ذكر الأمر لهذا التحول سببين : (أولهما) ما تنطوي عليه الشهادة من خطر ، ليس فحسب من حيث فساد ذمة الشهود ، بل أيضاً من حيث ضعف ذاكرتهم واحتمال تطرق السهو والنسيان إليها . (والثاني) ما يستتبع السماع بالبينة في الإثبات من كثرة القضايا التي ترفعها الناس اعتماداً على سهولة اصطياد الشهود وشرائهم عند الضرورة ، وما يترتب على ذلك من ازدحام المحاكم بالقضايا وتراكم هذه القضايا وتعقدها وطول إجراءاتها . ويضيف " بارتان " سبباً ثالثاً، هو ما ينطوي عليه التصرف القانوني من دقة تضيق بها الشهادة . فالشهود قد يستطيعون رواية واقعة مادية ، أما أن يرددوا عبارات تم بها التصرف القانوني ترديداً صادقاً أميناً فهذا ما ينوء به كاهل الكثرة الغالبة من الشهود [2] .

= cent cinquante francs, même pour dépôts volontaires, et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outré le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de cent cinquante francs. Le tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce.

أنظر في هذا المسألة أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦١ هامش رقم ١ .

(١) فينيه (Fenet) ١٣ ص ٣٩٦ – لوكريه (locré) ١٢ ص ٥٢٧ .

(٢) بارتان على أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ هامش رقم ٣ مكرر . يضاف إلى هذه السباب الثلاثة أن التصرف القانوني هو الذي تستطاع تهيئة الدليل الكتابي له عند وقوعه ، فهو وحده الواقعة القانونية التي تقبل عـــادة الدليل المهيأ (preuve préconstituée) . هذا إلى أن الإرادة في القديم كانت الشـــكلية تحوطهـــا فتجعلها بمنجاة من الغلط والسهو والتدليس والإكراه وغير ذلك من الشوائب . فلما زالت الشـــكلية في =

١٩٠ – هل تعتبر هذه القاعدة العامة بشقيها من النظام العام : بقي، قبل الدخول في تفصيلات هذه القاعدة العامة ، أن نبين هل هي تعتبر من النظام العام . فإنها إذا اعتبرت كذلك ، لم يجز الاتفاق على أن يكون الإثبات بالكتابة فيما لا تزيد قيمته على خمسمائة جنيه ، ولا أن يكون الإثبات بالبينة فيما تزيد قيمته على خمسمائة جنيه أو فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها . ثم يكون للمحكمة أن تقضي بهذه الأحكام من تلقاء نفسها ، ولا تعتد بنزول الخصوم عنها ، ويجوز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض . ونبحث هذه المسألة الهامة في القانون الفرنسي ، ثم في القانون المصري .

القانون الفرنسي : الفقه والقضاء في فرنسا مختلفان فيما إذا كانت هذه القاعدة تعتبر من النظام العام. فالفقه الفرنسي يذهب إلى وجوب اعتبارها من النظام العام [1] ، كما

= انعقاد التصرف القانوني ، حلت الكتابة محلها في إثباته . وما الكتابة إلا ضرب من ضروب الشكلية ، أكثر مرونة وأقل تعقيداً وأيسر كلفة .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " ويرجح ما أصاب قيمة حجية البينة من تطور إلى عدم التيقن من سلامتها . وقديماً كان الإثبات بالبينة جائزاً في الشرائع اللاتينية دون قيد ، بسبب شكلية التصرفات القانونية بوجه خاص . وكانت القاعدة السائدة إذ ذاك تقديم البينة على الكتابة . وقد أبقى تقنينا المرافعات الألماني والنمساوي على هذه القاعدة . ولكن سلطانها تزعزع في فرنسا من جراء التطور الذي بدأ بصدور أمر مولان في سنة ١٥١٦ . وقد عرض واضعو المشروع الفرنسي الإيطالي لمسألة الإثبات بالبينة ، وجعلوا منها محلا لنقاشهم (أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع الفرنسي الإيطالي) ، وانتهوا من ذلك إلى أن العدول عن نظام تقييد الإثبات ، وعن إيثار الدليل الكتابي بالصدارة ، إن هو إلا نكوص عن المضي في سبيل التقدم . وليس يقتصر الأمر في توجيه تقييد الإثبات بالبينة على خطر إغراء الشهود والإدلاء بالشهادة زوراً ، بل هو يجاوز ذلك بوجه خاص إلى ما يقع من أخطاء الشهود بسبب ما قد يعوزهم من دقة الملاحظة ، أو قوة الذاكرة ، فضلا عن ندرة احتمال وجودهم إذا كان العهد قد تقادم على الوقائع . والواقع أن تحريف الشهادة أو تلفيقها لا يعتبر أهم خطر يعض بشأن الإثبات بالبينة . وإنما يتمثل هذا الخطر في انتفاء ضمانات فعلية لا حيلة للقانون فيها. فقد أسفرت أحدث الدراسات النفسية ، كما أسفرت تجارب القضاء ، عن تناقض أقوال من يسمعون من الشهود في يوم وقوع الحادث ، مع القطع بتوافر حسن النية فيهم . فأي ضمان يكفل صحة الشهادة ودقتها إذا سمع الشهود بعد ذلك بعشر سنوات أو أكثر ، وأني لذي الشأن ببقاء الشهود على قيد الحياة وإلمامه بمصائرهم إذا قدر إجراء التحقيق بعد زمن طويل ؟ والحق إن ما يعد ذوو الشأن من المحررات عند إنشاء التصرف القانوني كفيل بتحامي هذه الأخطار جميعاً . فإذا قرن ذلك بشيوع انعقاد التصرفات بالكتابة ، وتأصل الاطمئنان إليها في تقاليد العمل والتشريع، ظهر وجه الإبقاء على قاعدة تقييد الإثبات بالبينة وإيثار الكتابة " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٩٤ – ص ٣٩٥) .

(١) توليه ٩ فقرة ٣٦ – فقرة ٤١ – ماركاديه م ١٣٤٨ فقرة ٨ – لاروميير ٥ م ١٣٤٧ فقرة ١ – فقرة ٢ – ديمولومب ٣٠ فقرة ٢١٣ – لوران ١٩ فقرة ٣٩٧ – أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦١ ص ٢٩٩ وهامش رقم ٥ – بودري وبارد ٤ فقرة ٢٥١٧ – بيدان وبرو ٩ فقرة ١١٥٤ وقارن فقرة ١٢٨٧ – كولان =

يبدو من الأسباب التي ذكرت في أمر مولان (Moulins) وهو أول سند تشريعي لهذه القاعدة. والفقه، وهو يأخذ في شبه إجماع [1] بهذا الرأي ، يستند إلى الحجتين الآتيتين : (أولاً) أن القانون في تنظيمه طرق الإثبات إنما يبغي الوصول إلى خير الحلول لحسم النزاع ما بين الأفراد، ومن ثم فهو يمس تنظيم القضاء نفسه، وتنظيم القضاء يعتبر من النظام العام [2] . (ثانياً) أن الاعتبار الأساسي الذي استند إليه المشروع في تحريم البينة إلا في حدود ضيقة هو أن السماح بها يفسح المجال للإكثار من رفع القضايا وازدحام المحاكم بها اعتماداً على تصيد الشهود وشرائهم عند الاقتضاء، وهذا الاعتبار يتصل أوثق الاتصال بالنظام العام [3]. ويرتب الفقه الفرنسي على أن القاعدة تعتبر من ا لنظام العام أنه لا يجوز الاتفاق على الإثبات بالبينة أو بالقرائن فيما تزيد قيمته على النصاب ، أو فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها ولو لم تزد قيمته على النصاب . كذلك لا يجوز الاتفاق على الإثبات بالكتابة فيما لا تزيد قيمته على النصاب [4] . ويستوي في ذلك أن يكون الاتفاق ما بين الخصوم على ما يخالف القاعدة

= وكابيتان ومواندبير ٢ فقرة ٧٧٣ — جوسران ٢ فقرة ٢٠٣ — ليبال (Le Balle) في الاتفاقات الخاصة بطرق الإثبات في القانون المدني رسالة من باريس سنة ١٩٢٣ — سيسيوريانو (Sescioreano) في الاتفاقات الخاصة بإثبات براءة ذمة المدين رسالة من باريس سنة ١٩٢٠ — قارن بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٢٨.

(١) ذلك أن هناك من الفقهاء الفرنسيين من يذهب مع القضاء الفرنسي إلى أن هذه القاعدة لا تعتبر من النظام العام : ديرانتون ١٣ فقرة ٣٠٨ وفقرة ٣٢٩ — بونييه ١ فقرة ١٧٧ — هيك ٨ فقرة ٢٩٠ — بارتان على أبوري رور ١٢ فقرة ٧٦٢ هامش ٣ مكرر — هيمار ٢ فقرة ١٨٠٨ .

(٢) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٢٨ — ويقول بيدان وبرو في هذا المعنى إن القضاء ، بعد أن كان في القديم ذا صبغة تعاقدية فيما بين الخصوم ، أصبح الآن من شئون الدولة . ومنذ رأى المشرع من المناسب أن يتدخل ليحد من تحكم القاضي وليمنعه من أن يكل نفسه إلى محض اقتناعه ، فقد قدر أن حسن تنظيم القضاء يجب حتما أن يعلو على المصالح الخاصة للخصوم ، مهما كانت هذه المصالح مشروعة ، وإلا كان من الأيسر أن تترك للقاضي حريته كاملة في الإثبات (بيدان وبرو ٩ فقرة ١١٥٤) .

(٣) وجاء في الموجز للمؤلف ، في هذا الصدد ما يأتي : " عندما يتطلب القانون دليلا كتابياً ، يبرر الفقهاء ذلك عادة باعتبارات ثلاثة : (أولها) حرص القانون على التقليل من المنازعات والخصومات ، لأن الدائن إذا علم أن الدليل الكتابي واجب حرص على الوصول إليه ، فلا يصير للمدين مجال كبير لإنكار الدين ومنازعة الدائن . وكذلك الأمر من جهة الدائن الذي يصل إلى الدليل الكتابي المطلوب ، فإن أمله في كسب الدعوى يكون ضعيفاً فيبعد عن التفكير في الالتجاء إلى التقاضي . (ثانياً) عدم الطمأنينة إلى شهادة الشهود ، فإن الذاكرة البشرية يتطرق إليها من عوامل الضعف ما لا يعتري الورق المكتوب ، ولا يمكن الاحتراز من السهو والنسيان. (ثالثاً) عدم الثقة بالشهادة في جميع الأحوال ، فاحتمال شراء الشهود أو التأثير فيهم ليقرروا غير الواقع احتمال يتحقق كل يوم . والاعتباران الأولان من شأنهما أن يجعلا القاعدة التي تتطلب الدليل الكتابي من النظام العام ، بعكس الاعتبار الثالث (الموجز ص ٧٠٠ هامش رقم ٧) .

(٤) وهناك من يذهب إلى التمييز بين الاتفاق على الإثبات بالبينة حيث يجب الإثبات بالكتابة — وهذا لا يجوز لأن الأصل في إثبات التصرفات المدنية هي الكتابة فلا يجوز الاتفاق على الإثبات بغيرها — وبين الاتفاق =

واقعاً قبل رفع النزاع إلى المحكمة أو بعد رفعه ، ففي الحالتين يكون الاتفاق باطلا لمخالفته للنظام العام [1] . وللقاضي أن يحكم من تلقاء نفسه ، دون طلب من الخصوم بل بالرغم من تنازلهم أو من اتفاقهم على العكس ، بوجوب تطبيق الأحكام التي تقضي بها هذه القاعدة . وللخصوم أن يتمسكوا بهذه الأحكام ، ولو لأول مرة ، أمام محكمة النقض .

أما القضاء الفرنسي فيذهب ، في شبه إجماع كذلك ، إلى أن القاعدة وإن كانت تتعلق بالمصلحة العامة إلا أنها ليست من النظام العام [2] ، وذلك للاعتبارين الآتيين : (أولاً) أن الإثبات إنما يتناول حقوقاً فردية للخصوم ، وللخصم أن يتزل عن حقه ، فيملك من باب أولى أن يتفق مع خصمه على طريق إثباته [3] . (ثانياً) أن موقف القاضي في الإثبات هو

= على الإثبات بالكتابة حيث يجوز الإثبات بالبينة ، وهذا يجوز لأن الإثبات بالبينة في التصرفات المدنية استثناء فالاتفاق على الرجوع إلى الأصل جائز .
(Juris-classeur ١٥١ م ١٣٤١ — ١٣٤٤ فقرة ٩ — فقرة ١٧) .

(١) ويميز بعض بين الاتفاق مقدماً على طريق للإثبات غير الذي عينه القانون ، كتابة أو بينة — وهذا لا يجوز ، لأن النزاع لم يتحدد ، فلا يجوز تقييد الخصم مقدماً ، قبل معرفة حدود النزاع ، بطريق للإثبات لم يعينه القانون — وبين الاتفاق على طريق للإثبات بعد قيام النزاع ومعرفة حدوده ومداه ، ولو كان هذا الاتفاق ضمنياً بعدم اعتراض الخصم على طريق الإثبات الذي سلكه خصمه — وهذا جائز لأن النزاع قد تحدد والخصم قد قبل هذا الطريق للإثبات وهو عالم بمدى النزاع وأهميته فلا غرر في ذلك (juris-classeur ١٥١ م ١٣٤١ فقرة ٩ — فقرة ١٧) . بل هناك من يميز بين سكوت الخصم وعدم اعتراضه على طريق الإثبات الذي سلكه خصمه — وهذا السكوت لا يعتد به ويتحتم القاضي أن يكون طريق الإثبات هو الطريق الذي عينه القانون — وبين رضاء الخصم بطريق الإثبات الذي سلكه خصمه رضاء صريحاً — وهذا الرضاء الصريح يعتد به فيقر القاضي طريق الإثبات الذي ارتضاه الخصم . ولا مبرر للتفريق ما بين الرضاء الصريح والرضاء الضمني، فإذا جاز الرضاء الصريح وجب أن يجوز الرضاء الضمني ، وإذا لم يجز الرضاء الضمني وجب ألا يجوز الرضاء الصريح (انظر في هذه المسألة أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦١ هامش رقم ٥) .

(٢) ويقول القضاء الفرنسي في هذا المعنى :
L'art. 1341 est bien d'intérêt général, mais non d'ordre public.
(نقض فرنسي ٢٤ أغسطس سنة ١٨٨٠ داللوز ٨٠ — ١ — ٤٧٧ — ٢١ أبريل سنة ١٨٨٦ داللوز ٨٦-١-٣٩٣ — ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٠ داللوز ١٩٠٣-١-٧٦ — أول أغسطس سنة ١٩٠٦ داللوز ١٩٠٩ — ١ — ٣٩٨) — وهكذا من يحسب أن القاعدة قد استلهمت في المكان الأول اعتبار تقليل المنازعات ، بعدم الالتجاء إلى الشهادة بقدر الإمكان ، يعتبرها من النظام العام . ومن يحسبها قد استلهمت كأساس لها عدم الثقة في أمانة الشهود ، لإمكان التأثير فيهم ، لا يعتبرها من النظام العام (Juris-classeur ١٥١ م ١٣٤١ فقرة ٩ — فقرة ١٧ — أنظر أيضاً الموجز للمؤلف ص ٧٠٠ هامش رقم ٧) .

(٣) ويقال في هذا المعنى إن الاتفاق على طريق للإثبات يمكن أن يكون عند تحليله بمثابة نزول عن الحق ، إما نزولا غير مقيد أو نزولا معلقا على شرط . فالاتفاق على إثبات حق هو اتفاق على الحق ذاته . فإذا كان صاحب الحق يمكنه أن يتصرف في حقه ، فإنه يستطيع كذلك أن ينظم بالاتفاق طرقاً لمنحه أو منعه ، ومن ثم : تطيع أن يخضعه لطريق معين للإثبات (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٢٨) .

موقف الحياد التام ، والخصوم وحدهم هم الذين يقومون بالنشاط الإيجابي في الإثبات . فلهم، إذا شاءوا ، أن يعينوا بالاتفاق فيما بينهم الطرق التي يثبتون بها حقوقهم دون تدخل من القاضي . ولا يتدخل المشرع ، فيرسم طرق الإثبات ، إلا إذا لم يتفق الخصوم ، صراحة أو ضمناً ، على شيء من ذلك [١] .

ويرتب القضاء الفرنسي على أن القاعدة لا تعتبر من النظام العام عكس النتائج التي يرتبها الفقه الفرنسي على أن القاعدة تعتبر من النظام العام . فيجوز الاتفاق على الإثبات بالبينة أو بالقرائن فيما تزيد قيمته على النصاب ، أو فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها ولو لم تزد قيمته على النصاب [٢] . ويجوز الاتفاق كذلك على الإثبات بالكتابة فيما لا تزيد قيمته على النصاب [٣] ويستوي في هذا الجواز أن يكون الاتفاق واقعاً قبل رفع النزاع إلى المحكمـــة أو بعده [٤] . وليس للقاضي أن يحكم من تلقاء نفسه بوجوب تطبيق الأحكام التي تقضي بها هذه القاعدة إذا نزل الخصوم عن التمسك بها صراحة أو ضمناً ، أو حتى إذا اقتصر الخصم على عدم الاعتراض على خصمه وهو يخالفها في إثبات ما يدعيه [٥] . وليس للخصوم أن يتمسكوا بهذه الأحكام لأول مرة أمام محكمة النقض [٦] .

---

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٢٨ .

(٢) محكمة رن الاستئنافية ٢٥ فبراير سنة ١٨٤١ سيريه ٤١ — ٢ — ٤٢٧ — قارن : نقض فرنسي ٦ يناير سنة ١٩٣٦ داللوز الأسبوعي ١٩٣٦ — ١١٦ — ٢٤ مارس سنة ١٩٤٢ داللوز ١٩٤٢ — ٦٤ — ٣ أغسطس سنة ١٩٤٩ جازيت دي باليه ١٩٤٩ — ٢ — ١٠٦) — بل ويجوز الاتفاق على إعطاء القاضي حرية كاملة في الحكم بمقتضى اقتناعه الشخصي (نقض فرنسي ١٣ ديسمبر سنة ١٩١١ داللوز ١٩١٢ — ١ — ١٥٨).

(٣) بل يجوز الاتفاق على أن يقصر الإثبات على طريق محدد في طبيعته وفي شكله (نقض فرنسي ٨ أغسطس سنة ١٩٠١ سيريه ١٩٠٤ — ١ — ٤٨ مع تعليق شوفجران (Chauvegrin) — ١٠ مارس سنة ١٨٧٦ — سيريه ٧٧ — ١ — ٣٣٨ — ٢٣ نوفمبر سنة ١٨٩١ سيريه ٩٥ — ١ — ٤٠٢ — ٣٠ يوليو سنة ١٨٨٤ داللوز ٨٥ — ١ — ٤٣٩ — ٦ أغسطس سنة ١٩٠١ داللوز ١٩٠١ — ١ —٤٧٢) .

(٤) Juris-classeur ١٥١ م ١٣٤١ — ١٣٤٤ فقرة ٩ — فقرة ١٧ .

(٥) نقض فرنسي أول أغسطس سنة ١٩٠٦ داللوز ١٩٠٩ — ١ — ٣٩٨ — ٦ يناير سنة ١٩٣٦ جازيت دي باليه ١٩٣٦ — ١ — ٥٧٦ (يعتبر الخصم متنازلا عن حقه في التمسك بالإثبات بالكتابة إذا اشترك في التحقيق التي أمرت به المحكمة أو طلب إجراء تحقيق مضاد لنفي التحقيق الأول) — نقض فرنسي ٥ مايو سنة ١٩٤١ سيريه ١٩٤١ - ١ - ١٧٤ (وكذلك إذا حضر أمام الخبير) — محكمة كولمار ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٢ جازيت دي باليه ١٩٣٣ — ١ — ٢٣٢ (بل إذا هو لم يعارض في إجراء التحقيق) .

(٦) نقض فرنسي ٢٦ يونية سنة ١٨٨٢ داللوز — ١٨٣ — ٧٨ — ٨ يونية سنة ١٨٩٦ داللوز ١٨٩٧ — ١ — ٤٦٤ — ١٥ ديسمبر سنة ١٩٠٣ سيريه ١٩٠٧ — ١ — ٣٩٦ — ٢٢ فبراير سنة ١٩١١ داللوز ١٩١٣ — ١ — ٣٦٠ — ٢٦ مارس سنة ١٩٣٥ سيريه ١٩٣٦ — ١ — ١٨١ — ٦ يناير سنة ١٩٣٦ داللوز الأسبوعي ١٩٣٦ — ١١٥ — ١٢ مايو سنة ١٩٣٦ داللوز الأســبوعي ١٩٣٦ — ٤١٠ — ٢٤ مارس =

القانون المصري : أما في مصر ، وفي عهد التقنين المدني السابق ، فقد كان الفقه والقضاء متفقين على أن القواعد المتعلقة بطرق الإثبات ، إذا كانت تجيز البينة ، لا تعتبر من النـــظام العام . فيجوز للطرفين أن يتفقا على أن الإثبات لا يكون إلا بالكتابة حتى لو لم تزد قيمته الالتزام على خمسمائة جنيه [1] .

أما إذا كانت قواعد الإثبات تتطلب الكتابة : فقد كان هناك رأي يعتبر هذه القواعد من النظام العام ، فلا يجوز الاتفاق مقدماً على الإثبات بالبينة ، بل لا يجوز نزول أحد الطرفين عن حقه في الإثبات بالكتابة أثناء رفع الدعوى ، وللقاضي من تلقاء نفسه أن يرفض

= سنة ١٩٤٢ داللوز ١٩٤٢ — ٦٤ — ١٩ يونية سنة ١٩٤٧ جازيت دي باليه ١٩٤٧ — ٢ — ٨٤ ، محكمة النقض البلجيكية ٣٠ يناير سنة ١٩٤٧ باسيكريزي ١٩٤٧ — ١ — ٢٩ .
أنظر في أحكام القضاء الفرنسي في هذه المسائل بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٢٠ — بيدان وبرو ٩ فقرة ١١٥٥) .

(١) والتون ١ ص ٣١٩ — الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٩٣ — وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه يجوز الاتفاق على الإثبات بالكتابة فيما لا يزيد على عشرة جنيهات ، كما إذا اتفق على إلا يعتبر السداد إلا بإيصال أو استلام سند الدين مؤشراً عليه بالسداد (استئناف مصر ١٦ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١٣٣ ص ١٨٠ — أنظر أيضاً : استئناف أهلي ١٦ فبراير سنة ١٩٠٤ المجموعة الرسمية ٦ رقم ٧ ص ١٣ — ٢٥ فبراير سنة ١٩٠٦ الاستقلال ٥ ص ١٧٠ — ١٨ يناير سنة ١٩٠٩ الحقوق ٢٤ ص ٢٦٧ — الأقصر ١٤ أبريل سنة ١٩٢٠ المحاماة ١ رقم ٣٤ ص ٢٠٧) . وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه متى نص في عقد ولو في مسائل التجارة على أن براءة الذمة لا تثبت إلا بتسليم السند أو بمخالصة بالكتابة ، فالإثبات لا يمكن حصوله بالبينة (استئناف أهلي ١٦ فبراير سنة ١٩٠٤ المجموعة الرسمية ٦ رقم ٧) . وقضت محكمة جرجا بأن اشتراط المدين على نفسه في سند دين قيمته أربعمائة قرش عدم الإدعاء ببراءة ذمته إلا باستلام السند نفسه أو مخالصة ممضاة من الدائن ، وألا عبرة بالإثبات بالبينة ، هو شرط يجب اعتباره صحيحاً ، فإن الشارع وضع حداً للشهادة الشفوية تخوفاً منها واحترازاً ، وإنما أجازها القانون في الأحوال التي أجازها لفائدة المتعاقدين الذين لهم التنازل عنها (جرجا ١٣ أكتوبر سنة ١٩٠٢ المجموعة الرسمية ٦ رقم ١٠) . وقضت محكمة الأقصر بأن الشرط الذي يذكر في سند دين بخمسمائة قرش على أن الدفع لا يثبت إلا بالكتابة ، وأن الإثبات بالبينة لا يقبل ، هو شرط صحيح لأنه لا يخالف النظام العام (الأقصر ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٦ رقم ١١) . وقضت محكمة عابدين بأنه إذا نص في السند على أنه لا تبرأ ذمة المدين من المبلغ المبين به إلا باستلامه مؤشراً عليه بالسداد ، وأنه لا تجوز الشهادة في ذلك ، كأن طلب المدين الإحالة على التحقيق لإثبات براءة ذمته من جزء من المبلغ غير مقبول (عابدين ١٤ يونية سنة ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ رقم ٥١٥ ص ١٢٤٠) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الاتفاق في سند الدين على أن الوفاء يجب إثباته بالكتابة ، ولا يجوز إثباته بالبينة حتى فيما يجوز قانوناً إثباته بالبينة ، هو اتفاق صحيح ويجب إعماله (استئناف مختلط ١٩ يناير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١١٥ — أنظر أيضاً : استئناف مختلط ٢٣ يناير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٩٦ — ٥ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٣٤ — ٣١ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٤٠) .

الإثبات بالبينة حتى لو قبلها الخصمان [1] . وكان هناك رأي ثان يميز بين الحالتين ، فلا يجيز الاتفاق مقدماً على جواز الإثبات بالبينة ، ولكنه يجيز تراضي الخصمين أثناء رفع الدعوى على قبول البينة في الإثبات إذ يكون قد تبين لهما مدى النزاع وأهميته [2] . وكان هناك رأي

---

(١) الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٩٢ — وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن الإثبات بالكتابة فيما زاد على ألف قرش هو أمر من النظام العـــام ، وبأن للمحكمة أن تحكم بعدم جـــواز الإثبات بالبينة في هذه الأحوال حتى لو قبل الخصوم الإثبات ، كما أن لها أن تحكم بذلك في أية حالة كانت عليها الدعوى (استئناف مصر ١٩ يناير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٣٥ ص ١٠٥٣) . وقضت محكمة بني سويف الكلية بأنه لا يجوز للخصوم الاتفاق على ما يخالف القاعدة المقررة في المادة ٢١٥ مدني (م ٤٠٠ جديد) التي تقضي بعدم جواز الإثبات بالبينة فيما يزيد على عشرة جنيهات ، إذ أن الشارع في تقريره هذه القاعدة لم يتوخ إلا مصلحة النظام العام (بني سويف الكلية ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٤رقم ٨٨).

(٢) والتون ١ ص ٣١٨ — ص ٣١٩ — وهذا هو الرأي الذي كان القضاء يسير عليه في الكثرة الغالبة من أحكامه. والأحكام التي نذكرها فيما يلي تشير إلى جواز تراضي الخصمين أثناء الدعوى على قبول البينة في الإثبات ، و لم يعرض أي من هذه الأحكام إلى جواز الاتفاق مقدماً على جواز الإثبات بالبينة :
قضت محكمة النقض بأن الإثبات بالبينة في الأحوال التي لا يجوز فيها ذلك ليس من النظام العام . فإذا طلب شخص بمبلغ يزيد على الحد الجائز فيه الإثبات بالبينة والقرائن ، مستنداً في ذلك إلى عقد رهن قال إنه سُرق منه في حادثة جنائية ، وطلب الإثبات بالبينة ، و لم يدفع المدعى عليه بعدم جواز ذلك ، كما أنه لم يبد اعتراضاً منذ تنفيذ الحكم الصادر بإحالة الدعوى إلى التحقيق ، فهذا يعتبر قبولا منه للإثبات بالبينة يمتنع معه على المحكمة الاستئنافية أن تتعرض من تلقاء نفسها لهذا الأمر (نقض مدني ٧ أبريل سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٠٧ ص ٣١٦) . وقضت محكمة النقض في دائرتها الجنائية بأن السكوت على التمسك بالدفع بعدم جواز الإثبات بالبينة قبل البدء في سماع الشهادة مسقط له ، إذ الأصل أن الذي يدعى عليه بحق كما يملك الإعتراف به لصاحبه ، فيعفيه من إقامة الحجة عليه به ، يملك التنازل صراحة أو دلالة عن حقه في مطالبة المدعى بالإثبات بطريق خاص قانعاً منه بغيره ، لأن مراعاة قواعد الإثبات لا تتعلق بالنظام العام (نقض جنائي ٨ نوفمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١ ص ١٠) . وقضت أيضاً بأن الدفع بأن المحكمة أخطأت إذ أخذت بشهادة الشهود في إثبات ما تزيد قيمته على ألف قرش ليس من النظام العام ، فلا يجوز التمسك به لأول مرة لدى محكمة النقض (نقض جنائي ٢ ديسمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ١٩٤ ص ٦٧٨) . وقضت أيضاً بأن سكوت المتهم بالتبديد عن التمسك قبل البدء في سماع شهادة الشهود بعدم جواز إثبات تسلمه المال المدعى تبديده بالبينة سقط لحقه في الدفع بذلك . إذ الأصل أن المدعى عليه بحق مادام له أن يعترف بالحق المدعى به فيعفي المدعى من أن يقدم أي دليل عليه ، فإنه يكون له أن يتنازل ولو ضمناً عن حقه في مطالبة المدعى بالإثبات بالطريق المعين في القانون اكتفاء بغيره ، ومراعاة قواعد الإثبات في المواد المدنية لا شأن لها بالنظام العام . وإذن فإذا كان المتهم لم يوجه أي اعتراض على سماع شهادة الشهود قبل البدء في إدلائهم بالشهادة ، حتى ولا بعد الانتهاء من سماعهم ، فإن ذلك منه يعد تنازلا عن حقه في مطالبة المجني عليه بالإثبات بالكتابة إذا كان الحق المطالب به مما يجب إثباته بالكتابة ، ويمنعه أن يتمسك بهذا الدفع أمام المحكمة الاستئنافية فيما بعد (نقض جنائي ٥ يناير سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٢ رقم ٢١٥ ص ٦٣٨). وقضت أيضاً بأن القيود التي جاء بها القانون المدني في مواد الإثبات لم توضع للمصلحة العامة وإنما وضعت لمصلحة الأفراد ، فالدفع بعدم جواز إثبات الحق المدعى به بالبينة يجب على من يريد لتمسك به أن يتقدم =

ثالث لا يعتبر هذه القواعد من النظام العام ، دون تمييز بين حالة وحالة ، فيجيز تراضي الخصمين على قبول البينة أثناء رفع الدعوى ، بل ويجيز الاتفاق مقدماً على الإثبات بالبينة ، فعنده أن جميع القواعد المتعلقة بطرق الإثبات، سواء كانت تحتم الكتابة في الإثبات أو تجيز الإثبات بالبينة ، ليست من النظام العام [1] .

= به إلى محكمة الموضوع . فإذا هو لم يثر شيئاً من ذلك ، بل ناقش أقوال الشهود الذين سمعوا في مواجهته ، فإنه يعتبر متنازلا عن حقه في الإثبات بالطريق الذي رسمه القانون ، ولا يكون له من كبعد أن يتمسك بهذا الدفع أمام محكمة النقض (نقض جنائي ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٣ رقم ١٦٠ص ٣٧٥) . وقضت أيضاً بأن قواعد الإثبات في المواد المدنية ليست متعلقة بالنظام العام ، فيجب على من يدعى عدم جواز إثبات الحق المدعى عليه به بالبينة ن يدفع بذلك لدى محكمة الموضوع قبل سماع الشهود . فإذا هو لم يتقدم بهذا الدفع إلا بعد سماع الشهود ، فلا يكون له أن يرجع عما سبق أن قبله ضمناً من جواز الإثبات بالبينة (نقض جنائي ٣ نوفمبر سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٢ رقم ١٥٠ ص ٤٥٦) . أنظر أيضاً في هذا المعنى : نقض جنائي ٢٧ أبريل سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٣ رقم ٨١ ص ١٩٧ — ١٩ أبريل سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٥ رقم ١٠١ ص ٥٣٤ — ٥ فبراير سنة ١٩٤٥ المحاماة ٢٧ رقم ١٢٨ ص ٣١٢ — ١٨ ديسمبر سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣٢ رقم ٤٦٥ ص ١٤٢٣ — ٢٢ يناير سنة ١٩٥١ المحاماة ٣٣ رقم ٨١ ص ١٧٧ — ٤ فبراير سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٤ رقم ٤٨١ ص ١١٥٤) .

ويجوز للخصوم ، بعد أن تراضوا على أن يشهدوا شخصاً معيناً ، أن يشهدوا شاهداً غيره (نقض مدني ٤ نوفمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٣٥ ص ٦٥٧) . ولا يعتبر الاتفاق على إثبات الحالة بمعرفة خبير معين مانعاً من رفع دعوى إثبات الحالة بخبير يعينه قاضي الأمور المستعجلة (مصر الكلية مستعجل ١٠ أغسطس سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٣٧٢ ص ٧٥٥) .

(١) وكان هذا هو رأينا في عهد التقنين المدني السابق . وكتبنا في الموجز في هذا المعنى ما يأتي : " ويمكن القول بشيء من التعميم أن عدم اعتبار قواعد الإثبات من النظام العام هو الرأي الذي يذهب إليه القضاء في فرنسا، ويقول به الفقه في مصر ، ويجنح إليه القضاء المصري في بعض تطبيقاته ... ولا يخالفه إلا الفقه الفرنسي دون أن تصل هذه المخالفة إلى حد الإجماع . ونحن نؤيد هذا الرأي ، لأن قواعد الإثبات إذا كانت في الأصل موضوعة لضمان حسن سير العدالة والتقاضي ، إلا أن هذا لا يمنع الخصوم إذا رأوا ، فيما يتعلق بمصالحهم الشخصية ، ألا بأس عليهم من اتباع قاعدة دون أخرى ، أن يتفقوا على ذلك . فهم أحرار في تقدير ما يرونه صالحاً ، مادام الحق المتنازع عليه لا يمس النظام العام . وهم قادرون على التنازل عن هذا الحق ، فيستطيعون ، من باب أولى ، رسم طريق خاص لإثباته . سيما أن القادة الأساسية في النظام القضائي هي حياد القاضي ، وتركه الخصوم يديرون دفة الدعوى كما يريدون في الحدود المشروعة . ومن رأينا أنه يجوز الاتفاق على الإثبات بالكتابة حيث يجوز الإثبات بالبنية ، ويجوز الاتفاق على الإثبات بالبينة حيث يجب الإثبات بالكتابة ، سواء كان هذا الاتفاق وقت رفع الدعوى ، أو من طريق تنازل أحد الخصوم عن حقه في الاستمساك بالإثبات بالكتابة، أو كان الاتفاق مقدماً قبل قيام النزاع . ولا نستثني إلا فرضاً واحداً : حيث يكون الحق المتنازع عليه معتبراً من النظام العام ، كما إذا وقع نزاع على الزوجية أو البنوة أو نحو ذلك ، وكان = = القانون يتطلب طريقاً معيناً للإثبات ، فلا يجوز للخصوم أن يتفقوا على طريق آخر ، لأن الحق المدني الذي يراد إثباته من النظام العام ، فيمتنع على الخصوم أن يحيدوا عن الطريق الذي رسمه المشرع لإثبات هذا الحق ، مراعاة للاعتبارات التي لوحظت في جعل الحق من النظام العام . فالعبرة إذن ليست بقاعدة الإثبات نفسها ، بل بالحق الذي يراد إثباته " (الموجز فقرة ٦٧٠ ص ٧٠٠ — ص ٧٠١) .

أما التقنين المدني الجديد فقد حسم ، فيما نرى ، هذا الخلاف . فقد قضت الفقرة الأولى من المادة ٤٠٠ من هذا التقنين بعدم جواز الإثبات بالبينة إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على عشرة جنيها أو كان غير محدد القيمة ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك . فأجاز التقنين الجديد صراحة الاتفاق على جواز الإثبات بالبينة في تصرف قانوني تزيد قيمته على عشرة جنيهات [1] ، وقد أخذ قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ المعدل بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ بنفس القاعدة في المادة ٦٠ منه وأصبح نصاب الإثبات بالبينة خمسمائة جنيه . ومن ثم يجوز الاتفاق على وجوب الإثبات بالكتابة في تصرف قانوني لا تزيد قيمته على خمسمائة جنيه [2] . كما يجوز الاتفاق على الإثبات بالبينة فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها [1] . ومادام الاتفاق مقدماً على كل ذلك جائزاً ، فمن الجائز أيضاً ، من باب أولى ، أن يتم الاتفاق على كل ذلك بعد رفع النزاع . وقد يفهم مثل هذه الاتفاق دلالة من عدم اعتراض الخصم على طريق الإثبات الذي لجأ إليه خصمه ، ومن مساهمته في هذا الطريق بمناقشة للشهود في التحقيق أو بطلبه استدعاء شهود للنفي أو بأي عمل آخر . ولا يجوز للقاضي من تلقاء نفسه رفض الإثبات بالبينة حيث يوجب القانون الإثبات بالكتابة ، من غير طلب من الخصوم. كما لا يجوز أن تثار المخالفة للقواعد المتعلقة

---

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذه المسألة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٩٧ — ص ٣٩٩) — وأخص ما ورد في هذه المذكرة صريحاً في المعنى الذي نقول به ، من أن التقنين الجديد يجيز الاتفاق على الإثبات بالبينة فيما كان يجب إثباته بالكتابة ، هو ما يأتي : " وقد كان المشروع بين أن يرفع قيمة نصاب البينة وبين أن يجيز الاتفاق على مخالفة وجوب الإثبات بالكتابة ، ولا سيما بعد أن قضت محكمة النقض بجواز الاتفاق (نقض مدني ٧ أبريل سنة ١٩٣٨ المجموعة الرسمية ٣٩ ص ٤٨١ رقم ١٨٨ — ومجموعة أحكام النقض ٢ ص ٣١٦ رقم ١٠٧) . وقد رؤى التمشي مع مذهب هذا القضاء . على أن أمر الخيار في هذا الشأن لا يزال موكولا للاستحسان ، فليس ثمة ما يحول دون العدول عن هذا المذهب والنص على رفع نصاب الشهادة ، مع حظر الاتفاق على خلاف القواعد المتعلقة بالإثبات " . وظاهر أن التقنين الجديد اختار الرأي الأول ، فلم يرفع نصاب الشهادة وأباح الاتفاق على خلاف القواعد المتعلقة بالإثبات .

(٢) وتقع هذه التعديلات الاتفاقية في طرق الإثبات أكثر ما تقع في العقود مع الملتزمين بالمرافق العامة ، من ماء ونور ونقل وتأمين وغير ذلك . ويلاحظ عند ذلك أنها تقع في الغالب في عقود إذعان ، فيكون تفسيرها لمصلحة المذعن ، ويجوز أن تكون تعسفية فيبطلها القاضي أو ينتقص منها .

(1) إن قاعدة عدم جواز الإثبات بالبينة في الأحوال التي يجب فيها الإثبات بالكتابة ليست من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على مخالفتها صراحة أو ضمناً ، كما يجوز لصاحب الحق أن يتنازل عن التمسك بها ، فإذا طلب أحد الخصوم ، إثبات حقه بالبينة ، وسكت الخصم الآخر عن التمسك بعدم جواز الإثبات بهذا الطريق و لم يعارض فيه عند تنفيذ الحكم الصادر بالإحالة للتحقيق عُد ذلك قبولاً منه لجواز الإثبات بالبينة .
(جلسة ١٩٩٣/٥/٢٧ الطعن رقم ١٢١٤ لسنة ٥٩ ق) .
(جلسة ١٩٨٦/٣/١٢ الطعن رقم ١٦٨٢ لسنة ٤٩ ق س ٣٧ ص ٣١٩) .
(جلسة ١٩٨٥/٢/١٢ الطعن رقم ١٦١٦ س ٥٠ ق) .

بطرق الإثبات لأول مرة أمام محكمة النقض [1] ، إذا لم تكن أثيرت قبل ذلك أمام محكمة الموضوع . ويجوز ، أخيراً ، الاتفاق على الإثبات بالبينة دون القرائن ، أو على الإثبات بالقرائن دون البينة ، وذلك فيما تزيد قيمته على خمسمائة جنيه أو فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها [1] .

---

(1) قاعدة عدم جواز الإثبات بالبينة فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي ليست من النظام العام، ولما كان الثابت من الأوراق ، أن محكمة الاستئناف إذا أجابت المطعون ضده إلى طلب إحالة الدعوى إلى التحقيق، لإثبات صورية العقد ، موضوع النزاع ، بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة ، وكانت الطاعنة لم تتمسك أمامها بعدم جواز إثبات الصورية بغير الكتابة ، فإنه لا يقبل منها التحدي بذلك لأول مرة أمام محكمة النقض .
(جلسة ١٩٨٦/٢/٤ الطعن رقم ١٢٦٢ سنة ٥٢ ق) .
(جلسة ١٩٨٦/٥/٢٨ الطعن رقم ٩٦٠ سنة ٤٧ ق س ٣٧ ص ٦١٥) .
(جلسة ١٩٨١/٤/٧ الطعن رقم ١٠٠٥ سنة ٤٥ ق) .
(جلسة ١٩٨٠/٤/٢١ الطعنان رقما ١٢٣٧ و ١٢٣٩ سنة ٤٧ ق) .
(جلسة ١٩٧١/٣/١١ الطعن رقم ٣٦٩ سنة ٣٦ ق س ٢٢ ص ٢٨٩) .

(١) ويقول بهذا الرأي الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات ص ٢٠ — ص ٢٢ — أنظر أيضاً من هذا الرأي الأستاذ حسين المؤمن في نظرية الإثبات جزء ٢ في الشهادة ص ٦٧٤ — ويذهب الأستاذ سليمان مرقس إلى أن المقصود بإمكان الاتفاق على جواز الإثبات بالبينة وفقاً لنص الفقرة الأولى من المادة ٤٠٠ هو أن يكون هذا الاتفاق بعد قيام النزاع ، حيث يكون الخصم في موقف يسمح له بتقدير ما يتعرض له بقبول الإثبات بالبينة ، أما الاتفاق سلفاً على التحلل من وجوب الإثبات بالكتابة فإن فيه نوعاً من المضاربة ، هذا إلى أنه من الصعب تصوره ، وإلى أن التقنين الجديد أشار إلى حكم لمحكمة النقض لم يعرض إلا للاتفاق بعد قيام النزاع (أصول الإثبات ص ٣٧٠ — ص ٣٧٣ . أنظر أيضاً الأستاذ عبد الباسط جميعي في نظام الإثبات ص ١٥٨ — ص ١٦٠) . ونأخذ على هذا الرأي أنه يواجه في التقنين الجديد نصاً مطلقاً لا يميز بين اتفاق تم بعد قيام النزاع واتفاق تم قبل ذلك ، فكلاهما جائز بصريح النص . أما الغرر الذي يحتج به في حالة الاتفاق قبل قيام النزاع فلم يبلغ من الشأن ما يعيب الاتفاق إلى حد أن يجعله باطلا ، وما أيسر على الخصم أن يتجنبه إذا حشية بأن ينبذ أي اتفاق من هذا القبيل . وليس من الصعب تصور اتفاق على جواز الإثبات بالبينة قبل قيام النزاع ، ويكفي لتصوره أن نفرض سند الدين مكتوباً وق نص فيه على جواز الإثبات بالبينة قبل قيام النزاع، وإذا كانت المذكرة الإيضاحية قد استشهدت بحكم ورد في حالة الاتفاق بعد قيام النزاع ، فذلك لأن واضع هذه المذكرة لم يكن أمامه حكم ورد في الحالة الأخرى ، فلم يسعه إلا الاستشهاد بذلك الحكم. على أن محكمة النقض ، كما رأيناها تطلق القول في أن قواعد الإثبات ليست من النظام العام ، ولا تقصر قولها هذا على حالة دون حالة .
ويرى الأستاذ أحمد نشأت أن المادة ٤٠٠ من التقنين الجديد جاءت مطلقة ، فسوت بين الاتفاق السابق على رفع الدعوى والاتفاق اللاحق ، وكلاهما جائز . ولكنه يرى أنه " كان يحسن بالشارع في القانون المدني الجديد أن يفرق بين حالة الرضا صراحة أو دلالة أثناء سير الدعوى وبين حالة الاتفاق مقدماً عند التعاقد أو قبل رفع أي دعوى حيث يخشى أن يقصد المتعاقدان المضاربة بالشهود " (الإثبات ١ ص ٩٩ — ص ١٠٠) . واحتمال المضاربة بالشهود أضعف من أن يقوم مبرراً للخروج على أصل ثابت في القانون ، هو أن صاحب الحق إذا استطاع التصرف فيه ، فأولى به أن يستطيع تنظيم طريق لإثباته .

وننتقل الآن إلى القاعدة العامة في كل من شقيها .

المطلب الأول

لا تقبل البينة أو القرائن في تصرفات قانونية تزيد قيمتها على خمسمائة جنيه

١٩١ – النصوص القانونية : تنص المادة ٦٠ من قانون الإثبات (تقابلها المادة ٤٠٠ من التقنين المدني الملغاة) والمعدلة بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ على ما يأتي :

" في غير المواد التجارية ، إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على خمسمائة جنيه ، أو كان غير محدد القيمة ، فلا تجوز البينة في إثبات وجوده أو انقضائه ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك " .

"ويقدر الالتزام باعتبار قيمته وقت صدور التصرف . ويجوز الإثبات بالبينة إذا كانت زيادة الالتزام على خمسمائة جنيه لم تأت إلا من ضم الفوائد والملحقات إلى الأصل " .

" وإذا اشتملت الدعوى على طلبات متعددة ناشئة عن مصادر متعددة جاز الإثبات بالبينة في كل طلب لا تزيد قيمته على خمسمائة جنيه ، ولو كانت هذه الطلبات في مجموعها تزيد على هذه القيمة، ولو كان منشؤها علاقات بين الخصوم أنفسهم أو تصرفات من طبيعة واحدة . وتكون العبرة في الوفاء إذا كان جزئياً بقيمة الالتزام الأصلي " [1] .

---

(١) تاريخ النص : ورد نص المادة ٤٠٠ من التقنين المدني الجديد في المادة ٥٣٨ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " ١ – إذا كان الالتزام التعاقدي ، في غير المواد التجارية ، تزيد قيمته على عشرة جنيهات ، أو كان غير محدد القيمة ، فلا تجوز البينة في إثبات وجود الالتزام أو التخلص منه ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك . ٢ – ويقدر الالتزام باعتبار قيمته وقت تمام العقد . ويجوز الإثبات بالبينة إذا كانت زيادة الالتزام على عشرة جنيهات لم تأت إلا من ضم الفوائد والملحقات إلى الأصل . ٣ – وإذا اشتملت الدعوى على طلبات متعددة ، لم يقم على أيها دليل كتابي ، جاز الإثبات بالبينة في كل طلب لا تزيد قيمته على عشرة جنيهات ، حتى لو كانت هذه الطلبات في مجموعها تزيد على هذه القيمة ، وحتى لو كان منشؤها علاقات بين نفس الخصوم أو عقوداً من طبيعة واحدة . وكذلك الحكم في كل وفاء لا تزيد قيمته على عشرة جنيهات" . وفي لجنة المراجعة غيرت عبارة " الالتزام التعاقدي " بعبارة " التصرف القانوني " في الفقرة الأولى ليكون الحكم أكثر دقة ، فلا يتناول العقود فحسب ، بل ينسحب على سائر التصرفات القانونية ، ولا يخرج من نطاقه إلا الوقائع المادية والتصرفات التجارية . وأضيفت عبارة " ناشئة عن مصادر متعددة " بعد عبارة " طلبات متعددة " في الفقرة الثالثة لتزيد الحكم الوارد فيها وضوحاً ، كما أدخلت بعض تعديلات لفظية أخرى ومنها حذف عبارة "لم يقم على أيها دليل كتابي" لعدم الحاجة إليها، فأصبح –

وتنص المادة ٦١ إثبات على ما يأتي :

" لا يجوز الإثبات بشهادة الشهود ولو لم تزد القيمة على خمسمائة جنيه " :

" أ) ..... " .

" ب) إذا كان المطلوب هو الباقي أو هو جزء من حق لا يجوز إثباته إلا بالكتابة".

" ج) إذا طالب أحد الخصوم في الدعوى بما تزيد قيمته على خمسمائة جنيه ، ثم عدل عن طلبه إلى مالا يزيد على هذه القيمة [1] " .

وتقابل هذه النصوص المادتين ٢١٥ — ٢٨٠/٢١٦ — ٢٨١ من التقنين المدني السابق [2] .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البينات السوري المواد ٥٢ إلى ٥٥ ، وفي التقنين المدني العراقي المواد ٤٨٦ إلى ٤٨٩ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المواد ٢٤١ إلى ٢٤٦ ، وفي التقنين الليبي المادتين ٣٨٧ — ٣٨٨ [3] . وتقابل في التقنين المدني الفرنسي المواد ١٣٤١ — ١٣٤٦ [1] .

= نص المادة مطابقاً تقريباً لما استقر عليه النص في التقنين الجديد ، واصبح رقمها ٤١٣ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص بعد استبدال كلمة " انقضائه " بعبارة " التخلص منه " الواردة في الفقرة الأولى . ووافقت لجنة مجلس الشيوخ على المادة دون تعديل ، وأصبح رقمها ٤٠٠ . ووافق عليها مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٩٣ و ص ٤٠٠ — ص ٤٠١) .

(١) تاريخ النص : ورد نص المادة ٤٠١ من التقنين المدني الجديد في المادة ٥٣٩ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق تقريباً . وأضافت لجنة المراجعة عبارة " ولو لم تزد القيمة على عشرة جنيهات " في صدر المادة، فأصبحت مطابقة لما استقر عليه النص ، وأصبح رقم المادة ٤١٤ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، ثم لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٠١ ، ثم مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٠٢ و ص ٤٠٤) .

(٢) وكانت المادة ٢٨٠/٢١٥ من التقنين المدني السابق تنص على ما يأتي : " في جميع المواد ، ما عدا التجارية ، إذا كان المدعى به عبارة عن نقود أو أوراق تزيد قيمتها عن ألف قرش ديواني أو غير مقدرة، فالأخصام الذين لم يكن لهم مانع منعهم من الاستحصال على كتابة مثبتة للدين أو للبراءة لا يقبل منهم الإثبات بالبينة ولا بقرائن الأحوال " .

وكانت المادة ٢٨١/٢١٦ تنص على ما يأتي : " إنما لهم استجواب الخصم على حسب القواعد المقررة في قانون المرافعات للاستحصال على إقراره أو تكليفه باليمين " .

ولا فرق في الأحكام ما بين نصوص التقنين الجديد ونصوص التقنين القديم ، غير أن النصوص الأولى أدق صياغة وأكثر تفصيلا ، لا سيما في تحديد أن المراد هو التصرف القانوني دون الواقعة المادية ، وفي عدم قصر محل التصرف على النقود والأوراق ، وفي كيفية تقدير قيمة التصرف القانوني في الصور المختلفة التي يغلب وقوعها في العمل على وجه يخالف في بعض هذه الصور التقنين المدني الفرنسي كما سنرى .

(٣) نصوص التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السوري م ٥٢ : يجوز الإثبات بالشهادة في الالتزامات غير التعاقدية . م ٥٣ : في الالتزامات التعاقدية يراعى في جواز الإثبات بالشهادة وعدم جوازه =

- الأحكام الآتية . م ٥٤ : ١ - إذا كان الالتزام التعاقدي في غير المواد التجارية تزيد قيمته على مائة ليرة أو كان غير محدد القيمة ، فلا تجوز الشهادة في إثبات وجود الالتزام أو البراءة منه ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك . أما في الالتزامات التجارية إطلاقاً وفي الالتزامات المدنية التي لا تزيد قيمتها على مائة ليرة فيجوز الإثبات بالشهادة . والباقي من النص يطابق تقريباً الفقرتين ٢ و ٣ من المادة ٤٠٠ من التقنين المدني المصري . م ٥٥ : تطابق تقريباً نص المادة ٤٠١ من التقنين المدني المصري . ونرى من ذلك ألا خلاف في الأحكام ما بين القانون السوري والتقنين المصري ، حتى في نصاب البينة ، فهو مائة ليرة في القانون السوري، ويعادل تقريباً عشرة جنيهات مصرية .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٢٤١ : إن العقود وغيرها من الأعمال القانونية التي يقصد بها إنشاء موجبات وحقوق أو انتقالها لا يجوز إثباتها بالبينة الشخصية إذا كانت قيمتها تتجاوز خمساً وخمسين ليرة لبنانية سورية ، بل يجب أن ينشأ لها سند لدى مكتب العدل أو سند ذو توقيع خاص . م ٢٤٢ : تقبل البينة الشخصية : (١) في المواد التجارية . (٢) إذا كان ما يراد إثباته ليس عملاً قانونياً بل مجرد فعل مادي كالجرم أو شبه الجرم أو شبه العقد . وليس العمل القانوني الذي يعقد بين شخصين أو عدة أشخاص إلا فعلا مادياً بالنظر إلى الأشخاص الآخرين الذين لا علاقة لهم به ، فيجوز لهؤلاء أن يثبتوه على هذا الوجه. (٣) م ٢٤٣: في الدعاوى التي تزيد قيمتها عن خمس وخمسين ليرة لبنانية سورية ، تبقى البينة الشخصية غير مقبولة فيها وإن تكن قيمة المطلوب تقل عن هذا المبلغ . وعليه فإن طلب مبلغ يقل عن خمس وخمسين ليرة لبنانية سورية لا يجوز إثباته بالبينة الشخصية إذا كان هذا المبلغ بقية أو جزءاً من دين تزيد قيمته على خمس وخمسين ليرة لبنانية سورية ولم يثبت بسند خطي . م ٢٤٤ : يجب أن تقدر قيمة الدعوى بالنظر إلى الزمان والمكان اللذين تم فيهما العمل القانوني . م ٢٤٥ : إذا كانت القيمة المتنازع عليها تزيد على خمس وخمسين ليرة لبنانية سورية ، فلا يجوز للمدعى أن يجزئ طلبه ، ولا أن يتنازل عن قسم من دينه ، ليجعل قيمته أقل من خمس وخمسين ليرة لبنانية سورية ، إذ أن العبرة لقيمة الحق المتنازع عليه لا لقيم الطلب . م ٢٤٦ : إذا كان للمدعى على المدعى عليه عدة حقوق متميزة أصلا وسبباً ، وكانت قيمة كل منها تنقص عن خمس وخمسين ليرة لبنانية سورية مع أن قيمة المجموع تزيد على هذا المبلغ ، فإن البينة الشخصية تقبل من المدعى ولو أقام دعوى واحدة للمطالبة بحقوقه المتعددة . (وأحكام التقنين اللبناني تتفق مع أحكام التقنين المصري ، بالرغم مما بينهما من اختلاف في الصياغة والأسلوب والألفاظ . غير أن نصاب البينة في التقنين اللبناني هو خمس وخمسون ليرة لبنانية سورية ، وقيمتها أقل من عشرة جنيهات مصرية) .

التقنين المدني العراقي : المواد ٤٨٦ إلى ٤٩٦ : تطابق تقريباً نصوص قانون البينات السوري وتقرب كثيراً من نصوص التقنين المدني المصري . ولا تختلف أحكام هذه المواد عن أحكام التقنين المصري ، حتى في نصاب البينة ، فهو عشرة دنانير في التقنين العراقي ، وهي قيمة تساوي تقريباً عشرة جنيهات مصرية .

التقنين المدني الليبي م ٣٨٧ : مطابقة للمادة ٤٠٠ من التقنين المدني المصري - م ٣٨٨ : مطابقة للمادة ٤٠١ من التقنين المدني المصري . فالأحكام في التقنينين إذن واحدة . ونصاب البينة هو عشرة جنيهات ليبية وتساوي تقريباً عشرة جنيهات مصرية .

(١) التقنين المدني الفرنسي : م ١٣٤١ سبق إيرادها - م ١٣٤٢ : تسرى القاعدة المتقدمة (ضرورة الإثبات بالكتابة) في حالة ما إذا اشتملت الدعوى ، فوق المطالبة بالأصل ، على المطالبة بالفوائد ، وكان الأصل مضموناً إليه الفوائد يزيد على خمسة آلاف فرنك (يخالف هذا الحكم حكم الفقرة ٢ من المادة ٤٠٠ من التقنين المدني المصري) - م ١٣٤٣ : إذ طالب شخص بما يزيد على خمسة آلاف فرنك ، فلا يجوز له -

ويخلص من نصوص التقنين المدني المصري أن التصرف القانوني لا يجوز إثباته بالبينة أو بالقرائن إلا إذا كانت قيمة الالتزام الناشئ عن هذا التصرف لا تزيد على خمسمائة جنيه. فإن كانت القيمة تزيد على خمسمائة جنيه ، فلا يجوز الإثبات إلا بالكتابة ، إلا إذا وجد اتفاق أو نص في القانون يجيز الإثبات بالبينة أو بالقرائن . أما الاتفاق ، فقد قدمنا أن القاعدة ليست من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على أن يكون الإثبات بالبينة أو بالقرائن فيما يزيد على خمسمائة جنيه ، كما يجوز الاتفاق على أن يكون الإثبات بالكتابة فيما لا يجاوز خمسمائة جنيه [1] . وأما النص ، فهناك نصوص قانونية تجيز الإثبات بالبينة وبالقرائن فيما يزيد على خمسمائة جنيه ، كما إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة أو وجد مانع من الحصول على الكتابة أو من تقديمها بعد الحصول عليها وسنرى تفصيل ذلك كما توجد نصوص توجب الإثبات بالكتابة فيما لا يجاوز خمسمائة جنيه ، من ذلك عقد الصلح (م ٥٥٢ مدني) وعقد الكفالة (م ٧٧٣) وعقد إنشاء ملكية الأسرة (م ٨٥١ مدني) واتفاق التحكيم (م ٨٢١ مرافعات) والشركات التجارية (م ٤٠ و ٤٦ تجاري) وشروط استخدام قبودان السفينة وضباطها وملاحيها (م ١١٥ بحري جديد) وعقد إيجار السفينة (م ١٥٣ بحري جديد) وعقد التأمين البحري (م ١/٣٤١ بحري جديد) [1] . فإذا لم يوجد اتفاق أو نص، فالقاعدة هي ما قدمناه [2] . ويقتضي الأمر إذن أن نبحث مسألتين : (أ) كيف نحدد

= الإثبات بالبينة حتى لو أنقص طلبه الأصلي (يوافق هذا الحكم حرف (ج) من المادة ٤٠١ من التقنين المدني المصري) — م ١٣٤٤ : لا يجوز الإثبات بالبينة في طلب ولو قل عن خمسة آلاف قرنك ، إذا ظهر أن هذا الطلب هو الباقي أو هو جزء من حق أكبر لم يثبت بالكتابة (يوافق هذا الحكم حرف (ب) من المادة ٤٠١ من التقنين المدني المصري) — م ١٣٤٥ : إذا اشتملت الدعوى على طلبات متعددة ، لم يقم على أيها دليل كتابي ، وكان مجموع هذه الطلبات يزيد على خمسة آلاف قرنك ، فلا يجوز الإثبات بالبينة ، حتى لو قرر المدعي أن هذه الطلبات تولدت من مصادر متنوعة ونشأت في أوقات مختلفة ، إلا أن تكون حقوقاً انتقلت إليه بطريق الميراث أو الهبة أو غير ذلك من أشخاص متعددين (يخالف هذا الحكم حكم الفقرة ٣ من المادة ٤٠٠ من القنين المدني المصري) — م ١٣٤٦ : جميع الطلبات التي ليس عليها دليل كتابي كامل ، أياً كان مصدرها ، يجب ضمها في دعوى واحدة . ولا يقبل بعد ذلك أي طلب لا يكون عليه دليل كتابي (يخالف هذا الحكم أحكام القانون المصري) .

(1) الأصل أن اشتراط الكتابة في العقود الرضائية إنما يكون لمجرد إثباتها ، إلا أنه ليس ثمة ما يمنع الطرفين من اشتراط تعليق انعقاد العقد على التوقيع على المحرر المثبت له ، إذ ليس في هذا الاتفاق ما يخالف النظام العام . (جلسة ١٩٦٥/١٠/٢٦ مجموعة المكتب الفني السنة ١٦ ص ٩٢٥) .

(١) وكان التقنين المدني السابق (م ٤٤٦/٣٦٣) يوجب أن يكون إثبات عقد الإيجار بالكتابة ولو لم تجاوز قيمته عشرة جنيهات . هذا أما الهبة والرهن الرسمي والوقف وبيع السفينة فتصرفات شكلية ، الكتابة فيها لانعقاد التصرف لا لمجرد إثباته .

(٢) وغني عن البيان أن التصرف القانوني ، إذا كانت الكتابة واجبة في إثباته ، يثبت أيضاً في هذه الحالة بالإقرار وباليمين (استئناف مختلط ٦ يونية سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٦٨ — ١٣ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٣١ =

التصرفات القانونية المدنية التي تسرى عليها هذه القاعدة . (ب) كيف نحدد قيمة الالتزامات الناشئة عن هذه التصرفات لنرى هل تزيد على خمسمائة جنيه أو لا تزيد عليها .

§ ١ – تحديد التصرف القانوني

١٩٢ – الاتفاقات والعقود : تسرى القاعدة المتقدم ذكرها على جميع التصرفات القانونية المدنية . فهي إذن لا تسرى على الوقائع المادية ولا على التصرفات القانونية التجارية كما تقدم القول [١] .

ويدخل في التصرفات القانونية المدنية جميع الاتفاقات والعقود ، أياً كان الأثر الذي يترتب عليها .

فتدخل العقود والاتفاقات التي تنشئ الالتزام أو تنقل الحق العيني كالبيع والقرض والإيجار والمقاولة والوكالة والعارية والوديعة [٢] والوعد بالبيع أو بالشراء وغير ذلك من العقود والاتفاقات الملزمة للجانبين أو الملزمة لجانب واحد .

كما تدخل العقود والاتفاقات التي تحدث أي أثر قانوني آخر ، كالاتفاق على تأجيل الدين ، أو إضافة شرط له ، أو إلغاء شرط فيه ، أو النزول عن جزء منه ، أو الاتفاق على فوائد للدين أو إنقاصها أو زيادتها أو إلغائها ، أو الاتفاق على إعطاء تأمين بالدين كرهن أو كفالة ، أو الحلول الاتفاقي .

= – ٧ يناير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٠٦ – ٢ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٦٧ – ٦ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢١٥ – أول أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٥٥ – ١٩ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ١١١ – ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١٠٩ – ٢٧ مايو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣٨٧ – ٨ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٨٥ – ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٤٧ .

(١) أما التصرف المدني ، ولو كان بين تاجرين ، فيدخل في القاعدة (استئناف مختلط ١٣ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٩٣ – ٢٤ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢١٢) .

(٢) أما الوديعة الاضطرارية فتثبت بجميع الطرق لوجود المانع من الكتابة ، وسيأتي بيان ذلك . وفي خصوص الوديعة الاختيارية ، يلاحظ أن المادة ١٣٤١ من التقنين المدني الفرنسي ذكرتها صراحة . والسبب في ذلك أن أمر مولان (Moulin) الذي سبقت الإشارة إليه كان عاماً يشمل الوديعة وغيرها من التصرفات ، ولكن لما كان المودع عنده شخصاً منفصلا يتبرع عادة بحفظ الوديعة ، فيتحرج المودع أن يطالبه بوثيقة مكتوبة لإثبات الوديعة ، فقد قيل في ذلك الوقت إن الوديعة لا يلزم في إثباتها الكتابة ، فجاء أمر سنة ١٦٦٧ يذكرها صراحة على أنها داخلة في القاعدة وأن الكتابة لإثباتها واجبة ، حتى يزيل هذا اللبس . وانتقل هذا النص الصريح إلى المادة ١٣٤١ (بوتييه في الالتزامات فقرة ٧٨٧ – بودري وبارد ٤ فقرة ٢٥٢٣) .

وقد قدمنا أن القانون يتطلب ، في بعض الأحوال ، فوق الكتابة ، شكلا خاصاً كالرسمية ، ويكون هذا الشكل ضرورياً ، لا لإثبات العقد فحسب ، بل أيضاً لانعقاده ، وذلك كالهبة والرهن الرسمي . وقد يكون مجرد الكتابة ، ولو عرفية ، ضرورية لانعقاد العقد لا لإثباته فحسب ، وذلك كعقد الشركة (م ٥٠٧) [1] . وقد تكون الكتابة لازمة لإثبات العقد أياً كانت قيمته ، وليست لازمة لانعقاده ، وذلك كالصلح والتحكيم . ومن ذلك نرى أن العقد قد يشترط لانعقاده كتابة رسمية ، أو كتابة عرفية ، وقد تكون الكتابة لازمة لإثبات العقد لا لانعقاده ، تارة في جميع الأحوال ، وطوراً فيما يجاوز خمسمائة جنيه [1] .

١٩٣ – التصرفات القانونية الصادرة عن إرادة منفردة : ولا يقتصر سريان القاعدة على العقود والاتفاقات التي تتم بإراديتين متوافقتين ، ملزمة للجانبين أو ملزمة لجانب واحد ، بل تسرى القاعدة أيضاً على كل تصرف قانوني ولو كان صادراً عن إرادة منفردة . ويرجع ذلك إلى أن كل تصرف قانوني – إرادة كان أو أكثر – يمكن إعداد الدليل عليه مقدماً ، فهو قابل للدليل المهيأ (preuve préconstituée) ، ومن ثم اشترط القانون في إثباته الكتابة إذا زادت قيمته على خمسمائة جنيه [2] .

---

(1) أوجب القانون المدني في المادة ٥٠٧ منه أن يكون عقد الشركة مكتوباً وإلا كان باطلا ، وأصبح بذلك عقداً شكلياً ، فإنه لا يقبل في إثباته بين طرفيه غير الكتابة ولا يجوز لهما الاتفاق على إثباته بغير هذا الطريق. (جلسة ١٩٦٦/١/٢٧ مجموعة المكتب الفني السنة ١٧ ص ١٨٢) .

(١) وقد قدمنا أنه إذا كان التعبير عن الإرادة في العقد يستخلص من وضع مادي ، وجب التمييز بين التعبير عن الإرادة في ذاته ، ويكفى فيه هذا الوضع المادي ، وبين إثبات هذا التعبير ، ولا يجوز إلا بالكتابة فيما يجاوز النصاب . ومن ذلك القسمة ، والهبة اليدوية والوكالة الضمنية (بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٥٩ ص ٣٤٠ – ص ٣٤١ وأحكام القضاء الفرنسي التي أشير إليها في هذا المرجع – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥١٧) .

(٢) لاروميير ٦ م ١٣٤١ فقرة ٦ – ديمولومب ٣٠ فقرة ١٤ – لوران ١٩ فقرة ٤٠٦ – هيك ٨ فقرة ٢٨ – أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ هامش رقم ١ – بودري وبارد ٤ فقرة ٢٥٢٢ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥١٧ – بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٥٩ ص ٣٤٠ – وقد ورد عكس ذلك خطأ في الموجز ص ٦٩٨ . هذا وقد قدمنا، في تاريخ نص المادة ٤٠٠ ، أن المشروع التمهيدي كان يتضمن عابرة " الالتزام التعاقدي "، فغيرت هذه العبارة في لجنة المراجعة بعبارة " التصرف القانوني " حتى يتناول الحكم ، لا العقود فحسب ، بل ينسحب أيضاً على سائر التصرفات القانونية ، ولا يخرج من نطاقه إلا الوقائع المادية والتصرفات التجارية. وكان المشروع الأول للإثبات (م ٢٣) يذكر عبارة " التصرف القانوني "، التي عدل عنها إلى عبارة " الالتزام التعاقدي " في المشروع التمهيدي ، ثم صححت العبارة في المشروع النهائي كما تقدم القول (أنظر في هذه المسألة الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٣٥٢ هامش رقم ٢) .
وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " ويشترط لتطبيق الحكم الوارد في المادة ٥٣٨ من المشروع توافر شرطين : يتعلق أولهما بطبيعة التصرف الذي يجرى إثباته، ويتصل الثاني –

فتسرى القاعدة إذن على الإيجاب الملزم ، والقبول ، والوعد بجائزة ، والإجازة (confirmation) ، والإقرار (ratification) ، والاعتراف بدين طبيعي ، والإقرار بالدين، والإبراء في التقنين المدني الجديد ، وقبول المنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير ، وقبول الغير في التعهد عن الغير ، وفسخ العقد ، وإلغائه إذا كان غير محدد المدة كما في الإيجار والوكالة والعارية والوديعة ، واستعمال حق الخيار في الالتزامات التخييرية ، والرجوع في الهبة ، والنزول عن حق عيني كحق الانتفاع وحق الارتفاق وحق الرهن ، والنزول عن الشفعة ، واعتماد الحساب ، والتنبيه بالإخلاء .

على أن هناك تصرفات قانونية بإرادة منفردة يتطلب القانون فيها شكلا خاصاً لانعقادها ، لا لإثباتها فحسب ، وذلك كالأعذار (م ٢١٩ مدني) ، وعرض الدين على الدائن (م ٣٣٤ — ٣٤٠ مدني) [١] ، وتطهير العقار (م ١٠٦٥ — ١٠٦٦ مدني) ، والأخذ بالشفعة (م ٩٤٢) [٢] .

= بقيمة هذا التصرف . ويراعى بالنسبة للشرط الأول ، وهو الخاص بطبيعة التصرف ، إن التقنين الفرنسي (م ١٣٤١) قد استعمل في معرض بيان هذه الطبيعة عبارة " كل شيء " وأن التقنين المصري (السابق) قد جعل من اصطلاح " جميع المواد " بديلا من هذه العبارة ، في حين اقتصر المشروع الفرنسي الإيطالي على ذكر " العقود " . وقد آثر المشروع الإفصاح عن مراده ، فصرف النص إلى " جميع الالتزامات التعاقدية " (ثم عدلت بعد ذلك في لجنة المراجعة فصارت " التصرف القانوني ") . على أن الفقه والقضاء في مصر متفقان على أن عبارة النص لا تتناول العقود فحسب ، بل ينسحب حكمها على سائر التصرفات القانونية، فلا يخرج من نطاقها إلا الوقائع القانونية . وغني عن البيان أن التصرف القانوني ينصرف إلى كل تعبير عن الإرادة يقصد منه إلى ترتيب أثر قانوني . وهو بهذه المثابة لا يقتصر على العقود فحسب ، بل يشمل الإرادة المنفردة كالإيجاب والقبول والتنازل عن حق الوفاء والإجازة . وبديهي أن صاحب الحق لا يعني بتهيئة الدليل وقت انعقاد التصرف القانوني ما لم يكن قد قصد منه إلى ترتيب آثار قانونية لصالحه . أما الوقائع القانونية ، وهي التي يستقل القانون بترتيب آثارها ويلتزم محدثها دون أن يسعى إلى ذلك، فمن المستحيل في الأصل أن يهيأ دليل كتابي بشأنها . ولذلك أبيح إثبات هذه الوقائع بالبينة ، سواء أكانت منشئة لأشياء عقود أو جنح أو أشـــياء جنح . وتستخلص من ذلك نتيجتان : " (أ) (أولاهما) أن الوقائع المادية لا ينبغي أن تذكر بين الاستثناءات التي ترد على الحكم المتقدم ذكره ، لأن هذا الحكم لا يسرى بشأنها . وقد حاد التقنين الفرنسي والتقنين الإيطالي (م ١٣٨٤) عن جادة المنطق بازاء الالتزامات الناشئة عن أشباه العقود والجنح وأشباه الجنح ، بوصفها أمثلة لهذه الاستثناءات . (ب) (والثانية) يدخل في الاستثناء التصرفات القانونية غير المعينة القيمة (أنظر المادة ٢١٥/٢٨٠ من التقنين المصري) والتصرفات القانونية التي أوجب القانون بالنص إثباتها بالكتابة " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٩٦ — ٣٩٧) .

(١) محكمة أسيوط الكلية (دائرة استئنافية) ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٨ — محكمة ملوى ٦ فبراير سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ١١٩ .

(٢) ويميز القضاء الفرنسي بين التصرف القانوني في ذاته وبين مشتملاته . فمتى ثبت التصرف القانوني بالدليل الواجب قانوناً ، أمكن إثبات مشتملاته بالبينة وبالقرائن . ويقول بيدان وبرون (٩ فقرة ١٢٦٤ أن الأمر =

§ ٢ – تحديد قيمة الالتزام

١٩٤ – نصاب البينة خمسمائة جنيه : حتى يجوز إثبات التصرف القانوني بالبينة أو بالقرائن ، يجب ألا تزيد قيمة الالتزام على خمسمائة جنيه مصري وفقاً لقانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ المعدل بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩وكان التقنين المدني السابق قد حددها بمبلغ عشرة جنيهات ، ولم يزدها التقنين الجديد عند صدوره بالرغم من أن قيمة العملة قد نقصت كثيراً عن ذي قبل . وكان التفكير قد اتجه ، في لجنة المراجعة ، إلى رفع هذا النصاب إلى عشرين جنيهاً . ولكن عدل عن ذلك واستبقى النصاب كما هو ، عشرة جنيهات . ومعنى ذلك أن النصاب قد نزل ، في الحقيقة ، بانخفاض قيمة العملة ، إلى أقل من الربع ، وقد رأينا أن استبقاء نصاب البينة في هذا المستوى المنخفض حمل المشرع على أن يبيح الاتفاق على الإثبات بالبينة حيث تكون الكتابة لازمة ، وسنرى كذلك ، ولنفس السبب ، أن تقدير قيمة الالتزام في التقنين الجديد ينظر فيه إلى أصل الالتزام دون ضم الفوائد والملحقات، وأن الدعوى إذا اشتملت على طلبات متعددة ناشئة عن مصادر متعددة فلا تضم هذه الطلبات بعضها إلى بعض بل تبقى البينة جائزة في كل طلب لا تزيد قيمته على خمسمائة جنيه .

وقد التزمت التقنينات المدنية العربية الأخرى نصاباً مماثلا لنصاب القانون المدني . فالنصاب في التقنين المدني العراقي عشرة دنانير ، وفي التقنين المدني الليبي عشرة جنيهات، وفي قانون البينات السوري مائة ليرة ، وهذه قيم تتقارب كثيراً مع قيمة النصاب في التقنين المدني المصري . أما في تقنين أصول المحكمات المدنية اللبناني فالنصاب أقل كثيراً ، إذ هو خمس وخمسون ليرة .

وكان النصاب في القانون الفرنسي القديم مائة جنيه . ثم نقص في تقنين نابليون إلى مائة وخمسين فرنكاً بسبب انتشار الكتابة . ولما نزلت قيمة العملة ، رفع النصاب إلى

– واضح إذا ثبت التصرف بإقرار المدين أو إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة فإنه يمكن حينئذ تكملة الدليل – بإثبات المشتملات – بالبينة وبالقرائن . أما إذا ثبت التصرف بالدليل الكتابي الكامل ، فكيف يمكن إثبات المشتملات بالبينة وبالقرائن فيما يخالف الكتابة أو جاوزها ؟ هنا يمكن القول بالتمييز بين المشتملات المادية (contenu matériel) للورقة المكتوبة ، وهذه لا يجوز إثبات ما يخالفها أو يجاوزها إلا بالكتابة ، والمشتملات المعنوية (contenu intellectuel) أي تفسير المشتملات المادية وتحديد مداها ، فهذه يمكن إجراؤها بالبينة وبالقرائن (بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٦٤ ص ٣٤٧) .

خمسمائة فرنك بقانون صدر في أول أبريل سنة ١٩٢٨ ، ثم إلى خمسة آلاف من الفرنكات بقانون صدر في ٢١ من فبراير سنة ١٩٤٨ ، وقد تقدم ذكر ذلك [١] .

وقد يكون محل الالتزام مبلغاً من النقود، فيسهل عندئذ تحديد قيمته . وإذا كان النقد أجنبياً حول إلى نقد مصري بسعره وقت صدور التصرف القانوني لا وقت المطالبة.

وإذا كان محل الالتزام شيئاً غير النقود ، قدر القاضي قيمته وقت صدور التصرف لا وقت المطالبة ، دون أن يتقيد في ذلك بتقدير المدعي ، وله عند الحاجة أن يستعين بخبير . فإذا طالب المدعي بأمتعة أو أثاث مثلا أودعها عند المدعى عليه ، وقدرها خمسمائة جنيه أو أقل ، ومن ثم طلب إثبات الوديعة بالبينة ، وعارض المدعى عليه متمسكاً بأن الأثاث المدعى به هو ملكه وأنه لو صحت الوديعة فإن قيمة الأثاث تبلغ أكثر من خمسمائة جنيه فلا يجوز إثبات الوديعة بالبينة ، فللقاضي في هذه الحالة أن يعين خبيراً لتقدير قيمة الأثاث وقت إبرام عقد الوديعة لا وقت رفع الدعوى [٢] . ومتى عينت القيمة وقت إبرام العقد ، فلا عبرة بما يطرأ عليها بعد ذلك من نقص أو زيادة [١]

---

(١) ورفع النصاب أيضاً ، بقانون ٢٣ فبراير سنة ١٩٤٩ ، إلى عشرة آلاف من الفرنكات فيما يتعلق بالمدفوعات التي تقوم بها الدولة والأشخاص المعنوية العامة . هذا وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ، استعراضاً للقيم المتفاوتة للنصاب في التشريعات المختلفة ، ما يأتي : " أما الشرط الثاني فهو يتعلق بالقيمة التي تعتبر نصاباً للشهادة . وقد حدد التقنين الفرنسي والتقنين البلجيكي هذه القيمة بمائة وخمسين فرنكاً ، وحددها التقنين الإيطالي بخمسمائة ليرة . ثم زيدت إلى خمسمائة فرنك بمقتضى القانون الصادر في سنة ١٩٢٨ في فرنسا ، وإلى ألفين من الفرنكات بمقتضى القانون الصادر في سنة ١٩٣٨ في بلجيكا ، وإلى ألفي ليرة بمقتضى المرسوم الصادر في ٢٠ سبتمبر سنة ١٩٢٢ في إيطاليا . وجعلها المشروع الفرنسي الإيطالي (م ٢٩٣) ألفي ليرة أو فرنك . والواقع أن هبوط قيمة النقد أفضى في الدول التي حددت نصاب الشهادة بمبلغ مائة وخمسين فرنكاً إلى الحيلولة دون تطبيق الأحكام المتعلقة بالإثبات بالبينة عملا . ولم يبلغ ما طرأ على قيمة النقد المصري من التغيير مبلغ ما أصاب النقد في أوروبا ، ولهذا لم ير المشروع وجهاً لرفع نصاب الإثبات بالبينة " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٩٧) . وقد رأينا أن لجنة المراجعة، بالرغم مما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ، قد فكرت فعلا في رفع نصاب البينة إلى عشرين جنيها، ولكنها عدلت عن ذلك للاعتبارات التي قدمناها .

(٢) كذلك إذا تمسك أحد المتعاقدين بفسخ العقد مطالباً بتعويض لا يجاوز النصاب وطلب الإثبات بالبينة ، جاز للمتعاقد الآخر أن يعارض في تقدير التعويض ، وأن يتمسك بأنه حتى لو ثبت وجود العقد ، فإن التعويض يجاوز النصاب فلا يجوز إثباته إلا بالكتابة . أما إذا طلب المدعى بقيمة شرط جزائي يقول إنه لا يجاوز النصاب، فلا يجوز للمدعى عليه أن يعارض في صحة هذه القيمة ، وإلا كان مسلماً بوجود العقد . فلا مناص إذن من التسليم مؤقتاً بقول المدعي وإحالة الدعوى على التحقيق لإثبات قيمة الشرط الجزائي ، فإن تبين من التحقيق أن القيمة تزيد على النصاب لم تقبل البينة في إثباته (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ وهامش رقم ٣٣) .

أما إذا كان الالتزام غير محدد القيمة كدعوى تقديم حساب لا يعرف بعد رصيده [٢] ، فإنه لا يجوز الإثبات هنا بالبينة أو بالقرائن ، ويعتبر الالتزام غير محدد القيمة كالالتزام الذي تزيد قيمته على خمسمائة جنيه فلا يجوز إثباته إلا بالكتابة .

١٩٥ – العبرة بقيمة الالتزام وقت صدور التصرف لا وقت المطالبة:

وقد رأينا فيما تقدم أن العبرة بقيمة الالتزام وقت صدور التصرف لا وقت المطالبة . وهذا هو الحكم الذي يتفق مع طبائع الأشياء . ذلك أن الدليل الكتابي المطلوب فيما تزيد قيمته على خمسمائة جنيه هو دليل مهيأ يجب إعداده مقدماً عند صدور التصرف . فلا يستطيع الدائن إلا أن يقف عند هذا الوقت لمعرفة ما إذا كان واجباً عليه إعداد الدليل [٣] .

وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ٦٠ إثبات ، فقد رأينا أنها تقضي بأن " يقدر الالتزام وقت صدور التصرف " [٤] . ومن ثم فالعبرة ليست بما يطلبه المدعي وقت رفع الدعوى أو بعد رفعها ، بل بقيمة الالتزام وقت صدور التصرف .

= والعبرة بقيمة ما يبقى في ذمة المتعهد وقت التزامه . فإذا تم البيع بثمن قدره ألف جنيه دفع نصفه فوراً ، فالعبرة بالنصف الذي يبقى في ذمة المشترى وقت العقد لا بكل الثمن ، لأن هذا النصف فقط هو الذي كان يخشى إنكاره وكان ينبغي الاحتياط لإعداد الدليل عليه (بودري وبارد ٤ فقرة ٢٥٣٢ – الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٣٥٥) .

وفي إثبات عقد الرهن تكون العبرة بقيمة الشيء المرهون لا بقيمة القرض (جنح مصر المختلطة ٢ أغسطس سنة ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ رقم ١٤٨ ص ٣٩٧ – الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة ص ٢٠٤ هامش رقم ١ – عكس ذلك : محكمة الإسكندرية الوطنية ٢٦ يونية سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٩٦ ص ١٨٦) .

وفي إثبات عقد الكفالة تكون العبرة بالمبلغ المكفول . وقد قضت محكمة تمييز العراق بأن الكفالة تتبع في أمر إثباتها أصل المبلغ المكفول به ، فإن كان مما تجوز الشهادة فيه قبلت ، وإلا فلا (القرار المرقم ١٠١٠/ص/١٩٤٨ مجلة القضاء ٦ عدد ١ و ٢ ص ١٠٥ – الأستاذ حسن المؤمن في نظرية الإثبات جزء ٢ في الشهادة ص ٣٩٩) .

(١) الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٣٥٥ – ص ٣٥٦ .

(٢) ومثل ذلك أيضاً إيداع مستندات غير محددة القيمة ، كشهادة طبية أو دبلومات علمية (الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٣٥٤ وهامش رقم ٣ – قارن استئناف أهلي ٢٧ يناير سنة ١٩١٤ الشرائع ١ رقم ١٨٥ ص ٣٣٢) . ومثل ذلك أخيراً حق الشخص في البناء على أرض ، فهو غير محدد القيمة ، ولو كانت الأرض لا تزيد قيمتها على عشرة جنيهات (قارن بودري وبارد ٤ فقرة ٢٥٢٦ ص ٢٢١ هامش رقم ٤) .

(٣) أنظر في الدفاع عن هذا المبدأ في القانون الفرنسي أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣١٩ هامش رقم ٢٤ .

(٤) وكانت المادة ٢١٥/٢٨٠ من التقنين المدني السابق تنص على أنه " إذا كان المدعى به " وهذه العبارة توهم أن العبرة بالقيمة وقت المطالبة . ولكن النص كان يفسر ، مع ذلك ، بأن العبرة بالقيمة وقت صدور =

ويترتب على ذلك نتيجتان أساسيتين : (الأولى) أن المدعى إذا طالب بمبلغ أكبر من خمسمائة جنيه على أساس تصرف قانوني قيمته وقدت صدوره لا تزيد على هذا المبلغ ، جاز الإثبات بالبينة وبالقرائن . (والثانية) أن المدعى إذا طالب بمبلغ لا يزيد على خمسمائة جنيه على أساس تصرف قانوني تزيد قيمته وقت صدوره على هذا المبلغ ، لم يجز الإثبات بالبينة أو بالقرائن بل وجب تقديم دليل كتابي .

١٩٦ – النتيجة الأولى – المطالبة بأكثر من خمسمائة جنيه على أساس تصرف قيمته لا تزيد على هذا المبلغ : رأينا أن الإثبات هنا يجوز أن يكون بالبينة وبالقرائن ، لأن العبرة بالقيمة وقت صدور التصرف لا وقت المطالبة . ويتفرع على ذلك المسائل الآتية :

(١) تقضي الفقرة الثانية من المادة ٦٠ من قانون الإثبات بأنه : " يجوز الإثبات بشهادة الشهود (وبالقرائن) إذا كانت زيادة الالتزام على خمسمائة جنيه لم تأت إلا من ضم الفوائد والملحقات إلى الأصل ". فهنا لا تزيد قيمة الالتزام وقت صدور التصرف على خمسمائة جنيه. ومن ثم يكون من حق الدائن الإثبات بالبينة وبالقرائن ، ولو طالب المدين بأزيد من خمسمائة جنيه إذا كانت هذه الزيادة إنما أتت من ضم مصروفات الدين وفوائده إلى أصله . إذ العبرة بقيمة الالتزام في أصله وقت صدور التصرف ، وهذه القيمة لا تزيد على خمسمائة جنيه ، ولا يحسب ما يضاف إلى هذا الأصل من ملحقات وفوائد [1] . ولو قلنا بغير ذلك لكان في هذا القول بعض الحرج على الدائن .ويكفي أن نفرض أن الدائن أقرض المدين ٤٥٠ جنيها بفائدة ٧ % لمدة سنة واحدة . فمن حق هذا الدائن أن يعتمد في إثبات حقه على البينة والقرائن ، وليس عليه أن يحصل على دليل كتابي ، فإن أصل الدين ٤٥٠ جنيها ، بل إن أصل الدين وفوائده لمدة السنة لا تزيد كلها على خمسمائة جنيه . فإذا استمهل المدين الدائن في سداد الدين سنة أخرى وقبل الدائن ، كان مجموع الدين وفوائده في نهاية السنتين أكثر من خمسمائة جنيه . فإذا نحن لم نقتصر على أصل الدين في حساب نصاب البينة ، بل ضممنا إلى الأصل الفوائد ، لما جاز الإثبات بالبينة في هذه الحالة .

= التصرف . وقد تجنب النص الفرنسي لهذه المادة اللبس الذي وقع فيه النص العربي ، فقد كان يجرى على الوجه الآتي :

Quand il s'agira de sommes ou valeurs supérieures à 1000 P. T .....

(١) قارن الموجز للمؤلف ص ٦٩٩ . ولم يكن في التقنين المدني السابق نص يماثل الفقرة الثانية من المادة ٤٠٠ من التقنين المدني الجديد ، فكان الفقه يميل إلى الأخذ بحكم القانون الفرنسي ، وسنرى أن هذا الحكم يقضي بضم الملحقات والفوائد لحساب نصاب البينة . فإذا اعتبرنا أن التقنين الجديد قد استحدث الحكم القاضي بعدم الضم ، فإن هذا الحكم الجديد لا يسرى إلا على التصرفات التي نشأت منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ تاريخ سريان التقنين الجديد .

ويذهب التقنين المدني الفرنسي (م ١٣٤٢) في هذه المسالة مذهباً آخر . فهو ، إمعاناً منه في كراهية الإثبات بالبينة ، يقضي بضم الملحقات والفوائد إلى الأصل في حساب نصاب البينة . ففي المثل المتقدم مادام القرض وفوائده لمدة السنة — ومجموع ذلك كان معلوما للدائن منذ صدور عقد القرض — لا يزيد على نصاب البينة ، فلا عليه أن يغفل كتابة سند بالدين إذ له أن يعتمد في إثبات حقه على البينة . أما إذا رضي بتأجيل الدين سنة أخرى ، فأصبح مجموع الأصل والفوائد يزيد في نهاية السنتين على نصاب البينة ، فقد كان عليه وقت أن رضي بالتأجيل أن يشترط لذلك كتابة سند بالدين وفوائده لأنه لم يعد يستطيع الإثبات بالبينة بعد التأجيل . وأما الفوائد التي لا تستحق إلا بعد رفع الدعوى فهذه لا تضم إلى الأصل في حساب النصاب ، لأنها لم تكن معروفة ولا تمكن معرفتها وقت صدور التصرف [1] .

والحكم الذي أورده التقنين المدني المصري الجديد ثم قانون الإثبات في عدم ضم الفوائد والملحقات إلى الأصل ، وخالف به حكم التقنين المدني الفرنسي ، منقول عن المشروع الفرنسي الإيطالي ، وهو أيسر في حساب النصاب وأقرب إلى المنطق ويوازن في الوقت ذاته مستوى النصاب المنخفض كما تقدم القول [2] .

---

(١) ديرانتون ٨ فقرة ٣١٩ — لاروميير ٥ م ١٣٤٢ فقرة ١ — أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣٢١ وهامش رقم ٢٧ — بودري وبارد ٤ فقرة ٢٥٤٣ .
وفي القانون المدني الفرنسي ، إذا كان هناك شرط جزائي عن التأخير ، ضم إلى الأصل في حساب النصاب لأنه كان معروفاً منذ صدور التصرف . أما التعويض عن التأخير الذي يقدره القاضي فلا يضم إلى الأصل ، لأنه لا يكون معروفاً وقت صدور التصرف (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣٢٢ هامش رقم ٣٠ — بودري وبارد ٤ فقرة ٢٥٤٤) .

(٢) قارن الأستاذ أحمد نشأت ١ فقرة ٥٩ — وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " وتعرض الفقرة الثانية لتقدير قيمة الالتزام عند الإثبات . ويراعى أن التقنين الفرنسي (المواد ١٣٤٢ — ١٣٤٥) والتقنين الإيطالي (المواد ١٣٤٢ — ١٣٤٦) والمشروع الفرنسي الإيطالي تناولت جميعا بيان الأحكام التي تتبع في تقدير قيمة الالتزام الذي يراد إقامة الدليل بشأنه . بيد أن التقنين الفرنسي والتقنين الإيطالي والتقنين الهولندي تقرر جميعا إضافة الفوائد إلى أصل الدين عند تقدير قيمة النزاع ، بينما ينص المشروع الفرنسي الإيطالي على جواز الإثبات بالبينة حيث لا تجاوز هذه القيمة نصاب الشهادة إلا من جراء إضافة الفوائد إلى أصل الدين . وغني عن البيان أن النص الوارد في هذا المشروع يعتبر أدنى إلى العقل والمنطق، لأن تقدير وجوب الحصول على دليل كتابي مهيأ ينبغي أن يناط بقيمة التصرف عند انعقاده . ولذلك نصت الفقرة الثانية من المادة ٥٣٨ من المشروع على قاعدة وجوب الرجوع إلى قيمة الالتزام وقت تمام التعاقد ، فجعلت بذلك أصل الدين دون الملحقات مناطاً للتقدير . ويلاحظ أن هذه الفقرة تتمشى مع نصوص المادة ٢٨/٣٠ من تقنين المرافعات المصري الخاصة بتقدير قيم الدعاوى لتعيين الاختصاص النوعي " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٩٩) . هذا ويلاحظ أن المادة ٣٠ من تقنين المرافعات الجديد تقضي =

(٢) لو أن شركة محاصة – وتخضع في الإثبات للقواعد العامة – كان رأس مالها لا يزيد على خمسمائة جنيه ، وكان ربح أحد الشركاء من هذه الشركة أكثر من خمسمائة جنيه، وطالب الشريك بهذا الربح وكان عليه أن يثبت وجود الشركة ، جاز له أن يثبت وجودها بالبينة وبالقرائن ، ولو أن المبلغ الذي يطالب به أكثر من خمسمائة جنيه . ذلك أن يؤسس مطالبته على عقد شركة لا تزيد قيمته على خمسمائة جنيه ، والعبرة بالقيمة وقت صدور التصرف ، لا بالمبلغ المطالب به وقت رفع الدعوى [1] .

– بأنه " في الأحوال التي يبين فيها القانون اختصاص المحكمة على أساس قيمة موضوع الدعوى ، تقدر هذه القيمة باعتبارها يوم رفع الدعوى ، ويدخل في التقدير ما يكون مستحقاً يومئذ من الفوائد والتضمينات والمصاريف وغيرها من الملحقات المقدرة القيمة " . وضم الملحقات إلى الأصل في تقدير قيمة الدعوى يوم رفعها أمر معقول مادامت الملحقات مقدرة القيمة ، ففي يوم رفع الدعوى يقدر المدعى قيمة ما يدعيه . أما في الإثبات ، فالدائن يقدر قيمة ما يدعيه يوم صدور التصرف القانوني لا يوم رفع الدعوى ، فينبغي الوقوف عند التاريخ الأول دون الثاني في معرفة ما إذا كان الدليل الكتابي لازماً أو غير لازم .

هذا ولا يعيب القاعدة التي رسمها التقنين المدني الفرنسي من ضم الملحقات إلى الأصل في حساب النصاب أنها عسيرة التطبيق ، فتطبيقها غير عسير ، كما رأينا ، مادامت الملحقات التي تضم إلى الأصل معلومة المقدار وقت صدور التصرف . ولكن الأيسر عدم الضم ، فتتقى صعوبات من نحو حساب الشرط الجزائي وعدم حساب التعويض القضائي في النصاب . ثم إن قاعدة عدم الضم ، كما بينا ، تعالج بعض الشيء انخفاض المستوى في نصاب البينة (أنظر في هذه المسألة الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٣٥٩ هامش رقم ١ – وقارن الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات فقرة ٥٩ ص ٥٩) .

(١) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣١٩ – ص ٣٢٠ . أما إذا كانت الشركة غير متنازع في وجودها، فالعبرة بالمبلغ المطلوب . وقد قضت محكمة بني سويف الجزئية بأنه إذا طالب الشريك شريكه بمبلغ لا يزيد على ألف قرش باق من حساب شركة ، جاز له إثباته بالبينة ، ولو كان رأس مالها يزيد على ذلك، متى كانت الشركة غير متنازع في وجودها ، لأن الإثبات بالبينة في هذه الحالة تنحصر فائدته في مبلغ لا يزيد على الألف قرش (١٧ أبريل سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ١ ص ٢٩٦) .

ويقع أن يشترك عدد من الأشخاص في شراء " أوراق النصيب " ، والثمن لا يجاوز النصاب عادة ، ولكن الربح المأمول من الورقة يزيد كثيراً على النصاب . فهل العبرة في إثبات الشركة بثمن الورقة فيجوز الإثبات بالبينة وبالقرائن ، أو بالربح المأمول فلا يجوز الإثبات إلا بالكتابة ؟ يذهب الأستاذ بلانيول (٢ فقرة ١١٢٧) إلى أن العبرة بثمن الورقة . وأنظر في هذا المعنى : نقض فرنسي جنائي ٢ أغسطس سنة ١٩٣٧ سيريه ١٩٤١ – ١ – ١٦١ – مونبلييه ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٧ داللوز الأسبوعي ١٩٣٧ – ٤١٤ – محكمة سيدان الابتدائية ١٠ يوليو سنة ١٩٣٤ سيريه ١٩٤٥ – ٢ – ٢٤ – بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٦٢ – والصحيح في رأينا أن ثمن الورقة ليس هو محل الشركة ، بل محل الشركة هو الربح المأمول ، فالعبرة به في الإثبات ، ولا يجوز إذن إثبات الشركة في ورقة النصيب إلا بالكتابة . وقد قضت محكمة استئناف مصر بجواز إثبات الشركة بالبينة وجعلت العبرة بثمن الورقة – في قضية الشركة في ورقة النصيب التي ربحت عمارة المواساة المشهورة – ولكن محكمة النقض نقضت هذا الحكم ، وقضت بأن العبرة تكون بالربح المأمول لا بثمن الورقة ، فإثبات الشركة في الورقة يكون بالكتابة . وجاء في أسباب حكمها ما يأتي : –

(٣) لو أن عقداً لا تزيد قيمته على خمسمائة جنيه أخل به المدين ، فرجع الدائن بتعويض يزيد على خمسمائة جنيه بسبب هذا الإخلال ، جاز له أن يثبت وجود العقد بالبينة وبالقرائن ، ولو أن يطالب مبلغ يزيد على خمسمائة جنيه ، لأنه يؤسس طلبه على عقد لا تزيد قيمته على نصاب البينة [1] .

١٩٧ – النتيجة الثانية – المطالبة بما لا يزيد على خمسمائة جنيه على أساس تصرف يزيد على هذا المبلغ : العبرة هنا أيضاً ، كما قدمنا ، بقيمة التصرف القانوني لا بالمبلغ المطالب به ، ومن ثم لا يجوز في هذه الحالة الإثبات بالبينة

– " إذا كان المتعاقدون قد رأوا باتفاقهم إلى غرض معين وتحقق لهم هذا الغرض بالفعل ، ثم تنازعوا بعد ذلك على الاتفاق ذاته من حيث وجوده ، فإن العبرة في تقدير قيمة النـــزاع في صدد تطبيق قواعد الإثبات تكون بقيمة ذلك الغرض ولو كانت قيمة ما ساهم فيه المتعاقدون جميعهم مما يجوز الإثبات فيه بالبينة . ولما كان الغرض من أوراق النصيب التي تصدرها الجمعيات الخيرية هو استفادة هذه الجمعيات بجزء من المبالغ التي تجمع لتنفقها في الوجوه النافعة . ثم فوز مشترى تلك الأوراق بالجوائز المسماة فيها ، كان كل من يشترى ورقة مساهماً في الأعمال الخيرية وفي الجوائز التي تربحها الأوراق المسحوبة بنسبة ما دفعه من ثمن . وهذا تعتبر الجائزة مساهمة من صاحب الورقة ببعض ما دفعه ومن المشترين ببعض ما دفعوه ، وهم جميعاً راضون من بادئ الأمر بأن يجعلوا هذه المساهمة عرضة للتضحية مقابل الأمل في الربح . وهذا يترتب عليه أن الورقة الرابحة بمجرد إعلان نتيجة السحب تنقلب صكاً بالجائزة التي ربحتها . ويكون من حق حاملها أن يطالب بالجائزة نقوداً كانت أو عيناً معينة . وإذن فالجائزة في الواقع هي موضوع التعاقد والغرض الملحوظ فيه عند مشترى الورقة وعند الهيئة التي أصدرت ورقة النصيب على السواء . أما الورقة الرابحة فهي سند الجائزة ومظهرها الوحيد ، فلا تكون الجائزة مستحقة إلا بها . والقيمة المدفوعة ثمناً لها لا يكون لها عندئذ وجود ، إذ هي قد صارت مستهلكة في الجوائز وفي الأغراض التي من أجلها أصدرت أوراق النصيب . ولما كانت العبرة في ملكية السندات التي من هذا النوع هي الحيازة ، فإن صاحب الحق في المطالبة بالجائزة هو من تكون بيده الورقة الرابحة. فإذا ما ادعى غيره استحقاق الجائزة كلها أو بعضها فأنه ، في غير حالتي السرقة والضياع ، يتعين اعتبار القيمة المطلوبة ، لا بالنسبة للمحكمة المختصة فقد ، بل بالنسبة إلى قواعد الإثبات أيضاً ، بحيث إذا كانت قيمة المدعى به تزيد على ألف قرش كان الإثبات بالكتابة عملا بالمادة ٢١٥ مدني (م ٤٠٠ جديد) (نقض مدني ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣٠٣ ص ٩٥٤) . أنظر في هذه القضية الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٦١ – والأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٣٥٩ هامش رقم ١ . وأنظر عكس الرأي الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة ص ٢٠٦ هامش رقم ١) .

(١) ديمولومب ٣٠ فقرة ٣٥ – لوران ١٩ فقرة ٤٥٢ – أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣٢٠ – بودري وبارد ٤ فقرة ٢٥٣١ . وإذا وقع دائن المستخدم حجزاً على ما يستحقه المستخدم من الأجر تحت يد رب العمل ، جاز إثبات أجر المستخدم اليومي بالبينة مادام لا يجاوز نصابها ، ومادام عقد الاستخدام ذاته غير متنازع فيه ، حتى لو كان المبلغ المحجوز عليه يزيد على نصاب البينة (بارتان على أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣٢٠) .

وبالقرائن ، بل يجب تقديم دليل كتابي ، لأن قيمة التصرف تزيد على خمسمائة جنيه . ويتفرع على ذلك المسائل الآتية :

(١) تقضى المادة ٦١ بند (ب) من قانون الإثبات بأنه لا يجوز الإثبات بالبينة (ولا بالقرائن) ، ولو لم تزد القيمة المطالب بها على خمسمائة جنيه ، " إذا كان المطلوب هو الباقي أو هو جزء من حق لا يجوز إثباته إلا بالكتابة " . فلو اقترض شخص ١٠٠٠ جنيه ، وكان الوفاء بالقرض مقسطاً على أربعة أقساط متساوية مقدار كل قسط منها ٢٥٠ جنيها ، وطالب الدائن المدين بأحد هذه الأقساط وكان عليه أن يثبت عقد القرض، فلا يجوز أن يثبته بالبينة أو بالقرائن ، ولو أنه لا يطالب إلا بـــ ٢٥٠ جنيها ، لأنه يؤسس طلبه على تصرف قانوني قيمته وقت صدوره يزيد على خمسمائة جنيه ، فكان عليه أن يعد دليلا كتابياً لإثباته . وهذا أيضاً صحيح ولو كان القسط المطالب به هو القسط الأخير ، فالاعتبارات التي بني عليها الحكم في الحالة الأولى متحققة في هذه الحالة ، فيكون الحكم واحداً في الحالتين [١] .

---

(١) وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المدني الفرنسي في المادة ١٣٤٤ — وكان الفقه الفرنسي يجيز الإثبات بالبينة إذا كان الجزء من الحق هو الباقي من هذا الحق ، وكان لا يجاوز نصاب البينة ، لأن الدائن لم يعتمد على البينة في أكثر من هذا النصاب (بودري وبارد ٤ فقرة ٢٥٣٢ — أنظر أيضاً الموجز للمؤلف ص ٦٩٩) — ولو كان مبلغ القرض عشرين جنيها ، ومات المقترض عن أربعة من الورثة ، فانقسم الدين عليهم (في القانون الفرنسي) وصار نصيب كل منهم فيه لا يزيد على نصاب البينة ، فإن الإثبات في هذه الحالة لا يجوز أن يكون بالبينة أو بالقرائن (ديمولومب ٣٠ فقرة ٤٦ — لوران ١٩ فقرة ٤٤٥ — هيك ٨ فقرة ٢٨٤ — أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣١٧ هامش رقم ١٧ — بودري وبارد ٤ فقرة ٢٥٣٣) . ولو أن قرضاً مقداره عشرون جنيهاً ، سدد المقترض منه عشرة ، ثم تعهد تعهداً جديداً بدفع العشرة الباقية ، فإن هذا التعهد الجديد — ولا تزيد قيمته على عشرة جنيهات — يجوز إثباته بالبينة وبالقرائن (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣١٧ هامش رقم ١٩) .

هذا وتقضي المادة ٤٠ من تقنين المرافعات الجديد بأنه " إذا كان المطلوب جزءاً من حق ، قدرت الدعوى بقيمة هذا الجزء ، إلا إذا كان الحق كله متنازعاً فيه و لم يكن الجزء المطلوب باقياً منه فيكون التقدير باعتبار قيمة الحق بأكمله " . وغني عن البيان أن طريقة تقدير قيمة الدعوى بالنسبة إلى الاختصاص النوعي تختلف عن طريقة تقديرها بالنسبة إلى الإثبات ، إذ أن الغاية من كل من التقديرين مختلفة . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : "أما الحالتان الأخريان اللتان تكفل النص بهما فيقتضيان شيئاً من التفصيل : فالتقنين الفرنسي (م ١٣٤٢ — ١٣٤٥) والمشروع الفرنسي الإيطالي (م ٢٩٤ — ٢٩٧) عيناً طريقة تقدير الالتزام ، حتى تتيسر مراعاة النصاب الذي يجوز قبول الإثبات بالبينة في حدوده. و لم ينص التقنين المدني المصري على هذه الطريقة، ولكن تقنين المرافعات (م ٤٠) عين طريقة تقدير الدعاوى بالنسبة للاختصاص . وليس يجوز الاعتماد على تلك الطريقة في هذا الصدد لأن الغاية من التقدير مختلفة ، ولا أدل على ذلك من مقارنة أحكام التقدير الخاصة بالإثبات بنظيرها فيما يتعلق بالاختصاص : (أ) فأحكام الإثبات تختلف عن أحكام الاختصاص فيما يتعلق بالاحتزاء . فإذا احتزأ المدعى من دعـــواه بالمطالبـــــة =

(٢) تقضي المادة ٦١ بند (ج) من قانون الإثبات بأنه لا يجوز الإثبات بالبينة (ولا بالقرائن) " إذا طلب أحد الخصوم في الدعوى بما يزيد قيمته على خمسمائة جنيه ، ثم عدل عن طلبه إلى ما يزيد على هذه القيمة " . فهنا قد أسس المدعى دعواه على تصرف قانوني تزيد قيمته على خمسمائة جنيه وطالب بهذه القيمة ، فلا يجوز له الإثبات بالبينة أو بالقرائن حتى لو أنقض بعد ذلك ما يطالب به إلى ما لا يزيد على نصاب البينة. إذ أن العبرة ليست بما يطالب به ، بل بقيمة التصرف القانوني الذي يؤسس عليه دعواه [١] . وغني عن البيان أن المدعى إذا كان قد أخطأ عند رفع الدعوى في تقدير قيمة التصرف القانوني بأكثر من خمسمائة جنيه ، وأدرك خطأه بعد ذلك فصحح دعواه وجعل قيمة ما يطالب به لا يزيد على خمسمائة جنيه وهو قيمة التصرف القانوني بعد التصحيح ، فإن الإثبات بالبينة وبالقرائن جائز في هـــذه الحالة [٢] .

(٣) لو أن النزاع انحصر في مبلغ لا يزيد على خمسمائة جنيه ، ولكنه يقوم على تصرف قانوني تزيد قيمته على هذا المبلغ ، فالإثبات بالبينة أو بالقرائن غير جائز ، إذ العبرة ليست بالمبلغ المتنازع عليه بل بقيمة التصرف القانوني المتخذ أساساً لهذا النزاع . ويأتي

= بخمسمائة جنيه امتنع الإثبات بالبينة ، وثبت الاختصاص للقاضي الجزئي . على أن هذا الاختصاص لا يجعل الإثبات بالبينة جائزاً أمام القاضي الجزئي ، لأن مناط التقدير في الإثبات هو قيمة الالتزام بأكمله وقت نشوئه . (ب) ثم إن أحكام الإثبات تختلف عن أحكام الاختصاص فيما يتعلق بالبقية الباقية . فالأصل ، سواء فيما يتعلق بالاختصاص أو فيما يتعلق بالإثبات ، أن تقدير الطلب يناط بقيمة الالتزام بأسره دون تجزئة أو تبعيض. ولكن الاختصاص يثبت للقاضي الجزئي إذا كان المطالب به هو البقية الباقية من دين متى كانت هذه البقية داخلة في حدود اختصاصه ، رغم أن الدين بتمامه يجاوز هذه الحدود — أما الإثبات بالبينة فلا يجوز على نقيض ذلك ، ولو كانت البقية الباقية من الدين أقل من خمسمائة جنيه ، متى كان أصل الدين بأسره يجاوز هذا القدر" (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٠٣ — ص ٤٠٤) .

(١) ولو أن جملة الفوائد المستحقة عن مبلغ مقترض تزيد على خمسمائة جنيه ، ولم يطالب المقترض إلا بجزء من هذه الفوائد لا يزيد على خمسمائة جنيه ، لم يجز له في القانون الفرنسي الإثبات بالبينة أو بالقرائن ، لأنه يستند في طلبه إلى تصرف تزيد قيمته على خمسمائة جنيه ، وذلك حتى لو لم يطالب بأصل المبلغ المقترض ، مادام مجموع الفوائد يزيد على نصاب الشهادة (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ هامش رقم ٢٢) . أما في القانون المصري فالعبرة بأصل المبلغ المقترض . دون أن تصم إليه الفوائد كما قدمنا .

(٢) وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المدني الفرنسي في المادة ١٣٤٣ (دمولومب ٣٠ فقرة ٤٥ — لوران ١٩ فقرة ٤٥١ — أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣١٧ — ص ٣١٨ وهامش رقم ٢٠ — بودري وبارد ٤ فقرة ٢٥٣٦ — فقرة ٢٥٣٩ — بيدان وبر و ٩ فقرة ١٢٦٣ ص ٣٤٤ — ص ٣٤٥) — وإذا كان المدعى ، بدلا من إنقاصه المبلغ الذي يطالب به ، نزل عن دعواه أصلا ، ورفع دعوى جديدة على أساس نفس التصرف ، وقدره بمبلغ لا يزيد على عشرة جنيهات ، جاز له الإثبات بالبينة وبالقرائن (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ هامش رقم ٢١) .

الفقيهان أوبري ورو بمثل لذلك : طالب المشترى البائع بتسليم حصان قال إنه اشتراه منه بمبلغ ثلاثمائة فرنك (لنقل ثلاثين جنيهاً) . وسلم البائع بصدور البيع منه . ولكنه قال إن الثمن الذي اتفق عليه كان أربعمائة فرنك (لنقل أربعين جنيهاً) . فهذا لا يجوز للمشترى إثبات أن الثمن كان ثلاثين جنيهاً بالبينة أو بالقرائن ، ولو أن النزاع بينه وبين المشترى قد انحصر في مبلغ عشرة جنيهات هو الفرق بين الثمن الذي يدعيه والثمن الذي يدعيه البائع [1] .

١٩٨ – اشتمال الدعوى على طلبات متعددة : رأينا أن الفقرة الثالثة من المادة ٦٠ من قانون الإثبات تنص على أنه " إذا اشتملت الدعوى على طلبات متعددة ناشئة عن مصادر متعددة ، جاز الإثبات بشهادة الشهود في كل طلب لا تزيد قيمته على خمسمائة جنيه ، ولو كانت هذه الطلبات في مجموعها تزيد على هذه القيمة ، ولو كان منشؤها علاقات بين الخصوم أنفسهم أو تصرفات من طبيعة واحدة . وتكون العبرة في الوفاء إذ كان جزئياً بقيمة الالتزام الأصلي " .

وليس في هذا الحكم من جديد . فالمفروض أن هناك بين شخصين ديوناً متعددة نشأت عن مصادر متعددة ، ولو كانت طبيعة هذه المصادر واحدة كأن كانت كلها عقود قرض ولكن كل عقد منها متميز على العقد الآخر . ففي هذه الحالة يستقل كل دين بطريقة إثباته ، مادام متميزاً عن الديون الأخرى في قيمته وفي مصدره . فإذا كانت قيمته لا تزيد على خمسمائة جنيه جاز الإثبات بالبينة وبالقرائن ، وإلا فلا يجوز إلا الدليل الكتابي . ولا يحول دون سريان هذا الحكم أن يكون الدائن قد جمع هذه الديون وطالب بها كلها في دعوى واحدة ، فزادت قيمة المجموع على خمسمائة جنيه . فلا يزال كل دين منها متميزاً عن الديون الأخرى كما قدمنا ، وكان الدائن يستطيع أن يرفع بكل دين دعوى مستقلة ، فيجوز له فيها الإثبات بالبينة وبالقرائن فيما لا يزيد على خمسمائة جنيه . فلا يتغير الحكم إذا هو جمع الديون في دعوى واحدة اختصاراً في الإجراءات . كذلك يحول دون سريان الحكم أن يكون كل دين من هذه الديون مصدره تصرف قانوني من طبيعة واحدة ، مادام كل تصرف منها متميزاً عن التصرف الآخر ، وذلك كبيع أو إيجار فيما إذا طالب الدائن المدين بأثمان مبيعات أو بأجور أعيان مؤجرة . ففي هذه الحالة أيضاً يبقى كل دين متميزاً عن الديون الأخرى، فيجوز إثباته بالبينة وبالقرائن إذا لم تزد قيمته على خمسمائة جنيه [2] .

---

(١) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣١٨ وهامش رقم ٢٣ .

(٢) فإذا اشترى شخص من متجر ساعة بثمانية جنيهات وسلسلة بثلاثة ، فإن كانت الصفقة واحدة وجب الإثبات بالكتابة ، وإن كانتا صفقتين متفرقتين جازت البينة في كل منهما . أما إذا كان الطلب مكوناً من =

كذلك إذا كان الدين ١٠٠٠ جنيه مثلاً ، ووفى المدين جزءاً منه لا يزيد على خمسمائة جنيه ، سواء كان ما وفاه هو بعض الدين أو هو الجزء الباقي من الدين ، فإن المدين يستطيع إثبات هذا الوفاء الجزئي بالبينة وبالقرائن . ذلك أن الوفاء هو ذاته تصرف قانوني متميز عن مصدر الدين الموفى به ، فتسرى في إثباته القواعد التي تسرى في إثبات مصدر الدين . فإن كانت القيمة الموفى بها ، ولو كان هذا الوفاء جزئياً ، لا تزيد على خمسمائة جنيه ، جاز الإثبات بالبينة وبالقرائن . وكل وفاء جزئي آخر تصرف قانوني مستقل عن السابق وعن اللاحق . فإذا أريد إثبات جملة من الوفاءات الجزئية ، كل منها لا تزيد قيمته على خمسمائة جنيه ، وإن كان مجموعها يزيد على هذه القيمة ، جاز إثبات أي منها بالبينة وبالقرائن ، كما جاز ذلك في إثبات الطلبات المتعددة الناشئة عن مصادر متعددة ولو كان منشئوها تصرفات من طبيعة واحدة بين الخصوم أنفسهم كما سبق القول . ومن ثم يتميز إثبات الدين عن إثبات وفائه . فالدين لا تجوز تجزئته لإثبات كل جزء من لا يزيد على خمسمائة جنيه بالبينة وبالقرائن ، مادام الدين في مجموعه يزيد على هذه القيمة . أما الوفاء فالعبرة فيه ، لا بأصل الدين ، بل بالقدر الموفى به ، فتجوز تجزئة الدين في الوفاء به إلى أجزاء كل منها لا يزيد على خمسمائة جنيه ، وإثبات كل وفاء جزئي بالبينة وبالقرائن [1] .

= عدة أجزاء ، كل جزء منها أقل من عشرة جنيهات ، ولكن المجموع يزيد على هذه القيمة ، لم تجز البينة (محكمة المنصورة ١٨ يناير سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٦٢١ ص ٧٥٧ — استئناف مختلط ٣٠ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٤٠ — ١٣ يونية سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣١٩) .

(١) وقد كان القضاء المصري في عهد التقنين المدني السابق وهو لا يشتمل على نص صريح في جواز إثبات الوفاء الجزئي بالبينة إذا كان لا يزيد على عشرة جنيهات ، غير مستقر في هذه المسألة . فقضت محكمة مصر الكلية الوطنية بأنه يجوز لناظر الوقف أن يثبت بالبينة أنه دفع شهرياً ما يستحقه المستحق مادام هذا الدفع لا يزيد على عشرة جنيهات ، ولو كان المبلغ المدعى به مبلغاً متجمداً عن عدة شهور ويزيد على عشرة جنيهات (٢٣ يوليو سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ٣٢٧) . ولكن قضي بعد ذلك بأنه إذا كان الدين الذي تزيد قيمته على عشرة جنيهات ثابتاً بالكتابة ، فلا يسوغ للمدين أن يثبت بالبينة براءة ذمته من جزء منه لا يزيد على عشرة جنيهات إلا إذا بني ذلك على حالة استثنائية تعفيه من الكتابة كضياع سند البراءة بحادث قهري (منيا القمح ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٨ رقم ٢٢) . وقضي أيضاً بأنه يجب فيما يتعلق بإثبات الديون وإثبات التخلص منها أن يكون أساس جواز الإثبات بالبينة مبلغ الدين الأصل لا ما يدعى أنه باق منه أو ما يدعى حصول تسديده ، وإلا لو أبيح جواز الإثبات بالبينة في ذلك لأمكن كل مدين ودائن ليس بيده كتابة أن يتخلص من أحكام المادة ٢١٥ مدني بواسطة تجزئته للدين (أشمون الجزئية ١٤ يونية سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٦٩ — استئناف أهلي ٤ أبريل سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٥٢٨) — لذلك أحسن التقنين الجديد صنعاً بالنص صراحة على جواز إثبات الوفاء الجزئي فيما لا يزيد على عشرة جنيهات بالبينة (قارن الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٩٨) ، فإن القضاء المصري في عهد التقنين السابق كان يميل كما نرى إلى الأخذ بعكس هذه القاعدة ، بل إن الحكم الذي أصدرته محكمة مصر بالسماح لناظر الوقف أن يثبت بالبينة الوفاء بالاستحقاق الشهري للمستحق إذا لم =

وكان حكم القانوني المدني في شأن الوفاء الجزئي ، كان محل نقد ، لأنه يمكن من يتمسك بالوفاء من إدعاء الوفاء على دفعات متعددة لا تجاوز قيمة كل منهما النصاب الجائز إثباته بشهادة الشهود ، فتمكنه بذلك الإثبات بشهادة الشهود ، ولو جاوزت قيمة التزامه نصابها ، ويتخلص بذلك من التزام الإثبات بالدليل الكتابي ، ولذلك استحدثت الفقرة الأخيرة من المادة ٦٠ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ حكماً جديداً مختلفاً في شأن الوفاء بأن نصت على أنه " وتكون العبرة في الوفاء إذا كان جزئياً بقيمة الالتزام الأصلي " .

هذا هو ما قرره قانون الإثبات ومن قبله التقنين المدني بنص صريح ، فأجاز كما رأينا إثبات الطلبات المتعددة الناشئة عن مصادر متعددة بالبينة في كل طلب لا تزيد قيمته على خمسمائة جنيه ولو كانت هذه الطلبات في مجموعها تزيد على هذه القيمة . وقد كان هذا هو الحكم أيضاً في عهد التقنين المدني السابق ، وهو على كل حال لا يعدو أن يكون تطبيقاً للقواعد العامة [1] .

= يزد على عشرة جنيهات ، وهو الحكم المشار إليه فيما تقدم ، قد لا يستطاع القول بأنه يخالف الأحكام الأخرى التي تقدم ذكرها ، إذ يمكن أن يقال إنه هو أيضاً أخذ بقيمة الدين الأصلي ، والدين الأصلي هنا هو الاستحقاق الشهري الذي لا يزيد على عشرة جنيهات ، وإن كانت الاستحقاقات قد تجمدت فزاد مجموعها على هذه القيمة .

ويترتب على جواز إثبات الوفاء الجزئي بالبينة إذا كان لا يزيد على خمسمائة جنيه أنه إذا كانت جملة الفوائد المستحقة عن مبلغ مقترض لا يزيد على خمسمائة جنيه ، وقام المقترض بسدادها ، فإنه يجوز له أن يثبت هذا الوفاء بالبينة وبالقرائن . ولكن إذا كان الدائن هو الذي يريد أن يثبت هذا الوفاء ، أو أي وفاء جزئي آخر للدين لا يزيد على خمسمائة جنيه ، حتى يتخذ من ذلك ذريعة لقطع التقادم أو لإجازة عقد الدين القابل للإبطال وذلك بالنسبة إلى أصل الدين الذي يزيد على خمسمائة جنيه ، لم يجز للدائن في هذه الحالة إثبات الوفاء الجزئي بالبينة أو بالقرائن ولو أن الوفاء ينصب على مبلغ لا يزيد على خمسمائة جنيه . ذلك أن هذا الوفاء لا تقدر قيمته بالمبلغ الموفى به ، بل بقيمة عقد القرض الذي يراد قطع التقادم فيه أو إجازته ، وعقد القرض تزيد قيمته كما قدمنا على خمسمائة جنيه . وقد قضت محكمة استئناف مصر في هذا المعنى بأنه إذا أراد الدائن قطع التقادم بإثبات دفع المدين لمبلغ في خلال مدة التقادم ، فإن العبرة في تعيين طريقة الإثبات تكون بقيمة ذلك الدين بصرف النظر عن قيمة المبلغ المدفوع ، لأن أثر قيمة المبلغ المدفوع يتعداه إلى الإقرار بقيمة الدين كله (استئناف مصر ١٩ يناير سنة ١٩٣٨ المجموعة الرسمية ٣٩ رقم ٣ ص ٦٧ — المحاماة ١٨ رقم ٧ ٣ ص ٦٢٨ — أنظر أيضاً : إيتاي البارود ١٢ يونية سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ١٩٤ ص ٤٣٧ — الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٩٨ ص ٣٦٧) . وأنظر أيضاً في هذه المسألة في الفقه الفرنسي : ديمولومب ٣٠ فقرة ١٩ — لوران ١٩ فقرة ٤٥٧ — هيك ٨ فقرة ٢٨٣ — أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ هامش رقم ١٣ — بودري وبارد ٤ فقرة ٢٥٤٥ — بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٦٤ ص ٣٤٤ .

(١) وقد جاء في الموجز للمؤلف ،شرحاً للتقنين المدني السابق ، ما يأتي : " وإذا تعددت الالتزامات التعاقدية ما بين شخصين ، وكان كل منها مستقلا عن الآخر ولا تزيد قيمته على عشرة جنيهات، جاز إثبات العقود فيها جميعاً بالبينة أو بالقرائن ، حتى لو زاد مجموعها على عشرة جنيهات " . ثم جاء في الهامش رقم ٧ من =

ولكن مع وضوح هذا الحكم لم يأخذ التقنين المدني الفرنسي به ، بل ذهب مذهباً آخر، إمعاناً منه في كراهية الإثبات بالبينة وتضييقاً للخناق على من يحاول التهرب من الإثبات الكتابي . فقضي في المادة ١٣٤٥ بأنه إذا اشتملت الدعوى على طلبات متعددة ، لم يقم على أي منها دليل كتابي [١] ، وكان مجموع هذه الطلبات يزيد على خمسة آلاف فرنك ، فلا يجوز الإثبات بالبينة ، حتى لو قرر المدعي أن هذه الطلبات تولدت من مصادر متنوعة ونشأت في أوقات مختلفة ، إلا أن تكون حقوقاً انتقلت إليه بطريق الميراث أو الهبة أو غير ذلك من أشخاص متعددين . ويبرر الفقهاء في فرنسا هذا النص بأن أريد به أن يسد الطريق على الدائن الذي يطالب مدينه بمبلغ يزيد على خمسة آلاف فرنك ، ولكي يستطيع الإثبات بالبينة وبالقرائن يجزئ مطالبته إلى مبالغ متعددة ، كل مبلغ منها لا يزيد على خمسة آلاف فرنك ، ويزعم أنها ديون قد تولدت من مصادر متنوعة ونشأت في أوقات مختلفة ، ويتقدم لإثبات ذلك بشهادة الشهود أو بدلالة القرائن . فيمنعه القانون من ذلك ، ويلزمه في هذه الحالة بتقديم دليل كتابي ، مفترضاً أن الدين واحد ، وهو يزيد على نصاب البينة . ولا ضير بعد ذلك على الدائن ، حتى لو لم يكن الدين واحداً . ويكفيه في الاحتياط أن يطلب من مدينه دليلا كتابياً كلما تجمعت ديون في ذمة هذا المدين يزيد في مجموعها على نصاب البينة [٢] . ولما كان التقنين الفرنسي حذراً إلى هذا الحد ، فقد قاده حذره أن ينتقل من هذه الخطوة إلى خطوة أخرى أبعد منها ، فأوجب في المادة ١٣٤٦ على الدائن أن يجمع كل طلباته التي لم يقم عليها دليل كتابي كامل ، أياً كان مصدرها ، فيرفع بها دعوى واحدة ، فإذا هو أغفل ديناً منها كان مستحقاً وقت رفع الدعوى ، لم تقبل منه ، بعد ذلك ، الدعوى بهذا الدين [٣] .

- نفس الصفحة : " ومع ذلك أنظر المادة ١٣٤٥ من القانون الفرنسي ، ولا يوجد نص مقابل لها في القانون المصري " . (الموجز ص ٦٩٩) — قارن في هذه المسألة الأستاذ أحمد نشأت ١ فقرة ٧١ .

(١) أما إذا قام على دين منها دليل كتابي ، ولو مبدأ ثبوت بالكتابة ، أو قام مانع من الحصول على الكتابة أو من تقديمها ، فإنه لا يحسب في مجموع الديون (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣٢٤ — ص ٣٢٥ وهامش رقم ٣٦ ورقم ٣٧) .

(٢) أنظر في هذا المعنى أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣٢٤ هامش رقم ٣٤ .

(٣) ويقر الفقهاء في فرنسا أن المادة ١٣٤٦ لا تقوم على أساس عدم الثقة بشهادة الشهود ، بل تقوم عل أساس آخر هو منع تعدد القضايا الصغيرة التي يجوز الإثبات فيها بالبينة ، وازدحام المحاكم بها وما يستتبع ذلك من تعقيد في الإجراءات وإطالة فيها بسبب الإحالة على التحقيق، فاقتضى المشرع من المدعى أن يجمع كل قضاياه التي من هذا القبيل في قضية واحدة للحد من كثرة مثل هذه القضايا الصغيرة (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣٢٥ وهامش رقم ٣٩ — بودري وبارد ٤ فقرة ٢٥٤٨ وفقرة ٢٥٥٣) .

ولم ير التقنين المدني المصري الجديد ثم قانون الإثبات ومن قبلهما التقنين المدني المصري القديم ، ما يدعو إلى كل هذا الحذر الذي استتبع كل هذا التعقيد . فسكت التقنين القديم ولم يورد نصاً مماثلا للنص الذي رأيناه في التقنين المدني الفرنسي . ونص التقنين المدني ثم قانون الإثبات صراحة على الرجوع إلى القواعد العامة في هذه المسألة حتى لا يقع أي لبس فيها [1] . وإذا حاول الدائن أن يتهرب من الدليل الكتابي بتجزئة الدين الواحد ، وهو

= هذا وتسرى المادة ١٣٤٦ فرنسي سواء كانت الطلبات التي لم يقم على أيها دليل كتابي كامل يزيد مجموعها على نصاب البينة أو لا يزيد ، وسواء كان الدين معفى من الدليل الكتابي الكامل لوجود مبدأ ثبوت بالكتابة أو لوجود مانع من الحصول على الدليل الكتابي أو من تقديمه ، أو كان الدين غير معفى لسبب من هذه الأسباب . ولكنها لا تسرى على الديون التي لم تنشأ إلا بعد رفع الدعوى . وجزاء المادة ١٣٤٦ ليس رفض الإثبات بالبينة ، بل هو عدم قبول الدعوى أصلا ، وللقاضي أن يحكم بعدم قبول الدعوى من تلقاء نفسه (أنظر في كل هذا وفي شرح المادة ١٣٤٦ بالتفصيل أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣٢٥ ص ٣٢٩ وهامش رقم ٤٠ إلى رقم ٤٨ — بودري وبارد ٤ فقرة ٢٢٢٢ — فقرة ٢٥٦٢ — بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٦٣ ص ٣٤٥ — ص ٣٤٦) .

وقد جاء في المادة ٨١ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية العراقي أن قاعدة عدم جواز الإثبات بالبينة فيما يجاوز عشرة دنانير " تكون جارية ومرعية إذا كانت المبالغ المدعى بها في الأصل مكونة من عدة أقلام يبلغ مجموعها القدر المذكور " . وظاهر أن هذا النص منقول — منذ عهد التشريعات العثمانية — من نص المادة ١٣٤٥ من التقنين الفرنسي . ولما كان التقنين المدني العراقي الجديد قد نص صراحة في الفقرة الثانية من المادة ١٣٨١ على إلغاء المادة ٨١ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية من بين المواد التي ألغاها في هذا القانون ، فإنه يجب الرجوع في هذه المسألة إلى الفقرة الثالثة من المادة ٤٨٨ من التقنين المدني العراقي ، وهي تقرر نفس الحكم الذي يقرره نص التقنين المصري . فيجوز إذن الإثبات بالبينة ، في التقنين المدني العراقي ، في كل طلب لا تزيد قيمته على عشرة دنانير ، حتى لو اشتملت الدعوى على طلبات متعددة ناشئة عن مصادر متعددة وزادت هذه الطلبات في مجموعها على هذه القيمة (انظر في هذا الموضوع الأستاذ حسين المؤمن في نظرية الإثبات الجزء الثاني في الشهادة ص ٤١٥ — ص ٤٢٢) .

(١) وكان المشروع الأولى الذي سبق المشروع التمهيدي يورد نصاً مماثلا لنص المادة ١٣٤٥ من التقنين المدني الفرنسي . غير أنه عدل في المشروع التمهيدي عن هذا النص ، واستبدل به نص يقرر تطبيق القواعد العامة كما رأينا ، وذلك توسعة في الإثبات بالبينة في مقابل ترك نصاب البينة في مستواه المنخفض ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك (أنظر الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٣٦٣ — وأنظر أثر اشتمال المشروع الأولى على النص المماثل لنص المادة ١٣٤٥ في أصل المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي جزء ٢ ص ٧٠٤ ، حيث جاء ما يأتي : " بيد أن الإفلات من قواعد الإثبات بالبينة يصبح حد يسير عند ما يرد النزاع على التزامات ترتبت بين الخصوم أنفسهم في وقت واحد ، أو التزامات ناشئة عن سبب واحد ، وقد عمدت التقنينات التي تقدت الإشارة إليها إلى استثناء أحوال تعدد الالتزامات بين الخصوم أنفسهم ،أو نشوئها عن سبب واحد عند انتفاء الدليل الكتابي ، أفلا يكون من الأنسب إقرار هذا الاستثناء كفالة لاحترام القاعدة نفسها " .

ما أراد التقنين الفرنسي أن يتوقاه ، فإن الباب مفتوح أمام المدين لإثبات هذا التحايل بجميع الطرق [1] .

المطلب الثاني

لا تقبل البينة أو القرائن فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها

١٩٩ – النصوص القانونية : تنص المادة ٦١ (بند ١) من قانون الإثبات (تقابلها المادة ٤٠١ (بند ١) الملغاة) على ما يأتي :

" لا يجوز الإثبات بشهادة الشهود ولو لم تزد القيمة على خمسمائة جنيه : (١) فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي [2] " .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق، ولكن الحكم كان مطبقاً دون نص[3].

---

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للتقنين المدني في هذا الصدد ما يأتي : " أما الفقرة الثالثة من هذه المادة فأحكامها تخالف أحكام المواد ١٣٤٥ من التقنين الفرنسي والتقنين الإيطالي و ١٢٣٧ من التقنين الكندي و ٢٩٧ من المشروع الفرنسي الإيطالي و ٢٨/٣٠ فقرة ٣ من تقنين المرافعات المصري . وليس شك في أن حكم هذه الفقرة يتفق مع قاعدة تقدير الالتزام باعتبار قيمته وقت تمام انعقاده ، كلما اتحد الخصوم وكان النزاع متعلقاً بالتزامات من طبيعة واحدة تمت في أوقات مختلفة لا في وقت واحد ، على حد تعبير التقنين الفرنسي . فكل التزام من هذه الالتزامات يجوز إثباته بالبينة متى كانت قيمته لا تجاوز عشرة جنيهات . وقد أخذ المشروع تمشياً مع جواز تفريق الطلبات المتعددة ، بجواز تفريق إثبات وفاء الدين دفعاً متعددة ، فأجاز إثبات كل وفاء لا تجاوز قيمته عشرة جنيهات بالبينة ولو كان أصل الدين يجاوز هذه القيمة " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٩٩ – ص ٤٠٠) .

هذا ويلاحظ أن المادة ٢٨/٣٠ فقرة ٣ من تقنين المرافعات القديم ، التي أشير إليها في المذكرة الإيضاحية ، قد عدلت في تقنين المرافعات السابق بما يتمشى مع نص التقنين المدني الجديد . فنصت المادة ٤١ من تقنين المرافعات الصادر سنة ١٩٤٩ على ما يأتي : " إذا تضمنت الدعوى طلبات متعددة ناشئة عن أسباب قانونية مختلفة كان التقدير باعتبار قيمة كل منها على حدة ، وقد أورد قانون المرافعات الجديد هذا النص في المادة ٣٨ " .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٣٥٩ (بند ١) من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " لا يجوز الإثبات بالبينة (١) فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي حتى لو لم تزد القيمة على عشرة جنيهات " . وفي لجنة المراجعة حور النص تحويراً لفظياً ، فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في النهاية، وأصبح رقم المادة ٤١٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فلجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٠١ . فمجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٠٢ وص ٤٠٤) .

(٣) وقد جاء في الموجز للمؤلف في هذا الصدد ما يأتي : " ولم يرد في القانون المصري نص يقابل هذا النص (أي نص المادة ١٣٤١ فرنسي) ، ولكن القضاء والفقه في مصر يأخذان بالقاعدة دون نص ، إذ هي تتفق مع –

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البينات السوري المادة ٥٥، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٨٩ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المادة ١٥٣، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٨٨ [١] . ويقابل في التقنين المدني الفرنسي المادة ١٣٤١ [٢] .

= الحكمة التي اقتضت جعل الكتابة مقدمة على البينة ، فإذا كان الالتزام ثابتاً بالكتابة، فقد أراد المتعاقدان بذلك أن يستبعدا البينة حتى فيما لا يزيد على عشرة جنيهات ، وإلا انتقض عليهما ما قصدا إليه من غرض، وأمكن عدم الكتابة بالبينة ، أي هدم الدليل الأقوى بالدليل الأضعف ، وهذا لا يجوز " (الموجز ص ٧٠٢ — ص ٧٠٣) . ومهما يكن من أمر فقد أحسن التقنين المدني الجديد صنعاً بإيراده نصاً صريحاً في هذا الحكم. وقد كان القضاء يطبقه في اطراد : استئناف أهلي ٢ أبريل سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٨٩ — ٢٠ يناير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ١١٩ — ٢٥ مارس سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٨٥ — استئناف مصر ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٢٨٦ ص ٦٩٠ — استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٤٦ — ١٥ أبريل سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٠٧ — ١٥ أبريل سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٨٣ — ٢٧ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٦٤ — ٣ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٧٩ — ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٧٩ — ٤ يونية سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٦٨ — ١٠ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٧٩ (يجوز الإثبات بالبينة إذا خولفت قاعدة من النظام العام) — ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٥١ — ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٣٦ .

(١) نصوص التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السوري م ٥٥ : مطابق تقريباً لنص التقنين المصري .

التقنين المدني العراقي م ٤٨٩ : مطابق تقريباً لنص التقنين المصري .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ١٥٣ : لا تقبل بينة الشهود ولا القرائن على ما يتجاوز أو يناقض مضمون السند ذي التوقيع الخاص ، ولا على ما يزعم حصوله قبل هذا السند أو بعده أو في أثناء إنشائه (وهذا النص يتفق في حكمه مع نص التقنين المصري ، وفي عبارته مع نص التقنين الفرنسي) .

التقنين المدني الليبي م ٣٨٨ : مطابق لنص التقنين المصري .

ويتبين من استعراض هذه النصوص أنها جميعاً تتفق في الحكم مع نص التقنين المصري .

(٢) التقنين المدني الفرنسي م ١٣٤١ : ... لا تقبل البينة فيما يخالف الكتابة أو فيما تجاوزها . ولا فيما يدعى صدوره من قول قبل الكتابة أو في أثنائها أو بعد الفراغ منها ، حتى لو كانت القيمة أقل من خمسة آلاف فرنك ، كل هذا دون إخلال بما تقرره القوانين المتعلقة بالتجارة .

.... Et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de cinq mille francs. Le tout sans préjudice de ce qui est prescript dans les lois relatives au commerce.

ويقول الفقيهان أوبري ورو : إن النص الفرنسي ينهي عن أمرين متميزين لا يختلط أحدهما بالآخر. فهو من جهة ينهي عن قبول البينة في إثبات ما يدعى من عدم الصحة (inexactitudes) أو الإغفال (omissions) فيما تضمنته الكتابة ، سواء كان ذلك عن غير قصد ، أو عن قصد من أحد الطرفين. =

٢٠٠ – تاريخ القاعدة وشروطها : وتحريم إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها إلا بالكتابة قاعدة قديمة تمتد جذورها إلى القانون الروماني . ثم تغلبت البينة في العصور الوسطى على ما قدمنا . ثم عادت كفة الكتابة إلى الرجحان ، فرفعها أمر مولان (Moulins) في سنة ١٥٦٦ إلى الصدارة بين طرق الإثبات على النحو الذي قدمناه . ولكن هذا الأمر لم يحرم إلا إثبات ما يجاوز الكتابة بغير الكتابة ، وفيما يزيد على مائة جنيه وهو نصاب البينة إذ ذاك . ثم أتي أمر سنة ١٦٦٧ فوسع الحكم ، وحرم إثبات ما يجاوز الكتابة أو ما يخالفها بغير الكتابة حتى فيما لا يزيد على نصاب البينة . وبذلك رجحت كفة الكتابة رجحاناً كبيراً ، فهي مطلوبة فيما يزيد على نصاب البينة ، وحتى في حدود هذا النصاب إذا تعارضت مع البينة وجب الأخذ بها ونبذ البينة . فانقلب الوضع بذلك ، وبعد أن كانت البينة فوق الكتابة (témoins passent letters) أصبحت الكتابة فوق البينة (letters passent témoins) ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك [١] .

وقد قدمنا أن القاعدة التي نحن بصددها ليست إلا الشق الثاني من قاعدة أعم ، وهي القاعدة التي تقضي بوجوب الإثبات بالكتابة فيما يزيد على نصاب البينة وفيما يخالف الكتابة أو يجاوزها . ويمكن حصر شروط تطبيق هذا الشق الثاني من القاعدة في أربعة : (١) أن تكون هناك كتابة أعدت للإثبات (٢) أن يراد إثبات ما يخالف هذه الكتابة أو يجاوزها (٣) أن يكون الإثبات مقصوراً على العلاقة فيما بين المتعاقدين إلى الغير (٤) ألا يكون هناك احتيال على القانون (fraude à la loi) .

٢٠١ – الشرط الأول – وجود كتابة أعدت للإثبات : يجب أن تكون هناك كتابة قد أعدت للإثبات . والكتابة المعدة للإثبات هي الكتابة التي وقع عليها المدين ، رسمية كانت أو عرفية .

أما الأوراق التي لم تعد للإثبات ، كالدفاتر التجارية والأوراق المنزلية ، فيجوز إثبات ما يخالفها أو ما يجاوزها بالبينة أو بالقرائن . ولكن إذا كانت هذه الأوراق موقعاً عليها

– أو عن تواطؤ بينهما – وهذا هو ما يخالف الكتابة أو يجاوزها . وهو من جهة أخرى ينهى عن قبول البينة في إثبات التعديلات الشفوية التي يدعى أحد الطرفين أنها تم الاتفاق عليها قبل الكتابة أو في أثنائها أو بعد الفراغ منها . ويقيم الفقيهان هذه الأحكام على اعتبارين : أولهما أن الكتابة لا تؤدي الغرض المقصود منها إذا أحيز هدمها عن طريق البينة . والثاني أن التعديلات الشفوية التي سبقت الكتابة أو عاصرتها أو تلتها، مادامت لم تدمج في الكتابة ذاتها ، فذلك لأنها بقيت مشروعاً وقف عند مرحلة التفاوض ، ولم يصل إلى مرحلة الاتفاق النهائي (أوبري ١٢ فقرة ٧٦٣ ص ٣٢٢ هامش رقم ٢) .

(١) أنظر في هذا المعنى بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٢٧ وفقرة ١٥٢٨ ص ٩٨٢ – وأنظر تفصيلا لهذه المسألة في بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٦٦ .

وأريد بها الإثبات ، كما هو الغالب في المراسلات ، فإنها تعتبر في حكم الكتابة المعدة للإثبات ، ولا يجوز إثبات ما يخالفها أو ما يجاوزها إلا بالكتابة [1] .

كذلك يجوز إثبات ما يخالف مبدأ الثبوت بالكتابة أو ما يجاوزه بالبينة أو بالقرائن، لأن مبدأ الثبوت بالكتابة لا يكون عادة موقعاً عليه وإلا كان دليلا كتابياً كاملا ، والمطلوب في القاعدة التي نحن بصددها ألا يهدم الدليل الكتابي الكامل بالبينة أو بالقرائن [2] .

ثم يجب أخيراً أن يكون الثابت بالكتابة التزاماً غير تجاري . ذلك أن الالتزامات التجارية يجوز إثباتها ، كما رأينا ، بالبينة وبالقرائن، أياً كانت قيمتها، ولو زادت على خمسمائة جنيه . فكذلك يجوز إثبات ما يخالف الكتابة أو ما يجاوزها في المسائل التجارية بالبينة وبالقرائن ، أياً كانت قيمة الالتزام [3] [1] . وقد تقدم ذكر ذلك .

---

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٢٨ ص ٩٨٢ . وأنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٠٢ . ويقول الأستاذ حسين المؤمن في كتابة في نظرية الإثبات في هذا الصدد ما يأتي : " ولذلك فلا يكفي أن تكون هناك دفاتر تجارية أو أوراق معولية أو مذكرات أو أوراق خاصة أو غيرها من المحررات التي لا تحمل توقيعاً للمدين ولا تدل على ارتباط قانوني ، إذا أن أوراقاً كهذه بدون توقيع لا تعتبر دليلا للإثبات . وهي وإن كانت تعتبر حجة ضد صاحبها ، إلا أن له إثبات ما يخالفها بالشهادة والقرينة .... كذلك سندات الطابو المنظمة بطريقتي المجدد والتفتيش (اليوقلمة) يجوز استماع الشهادة ضدها. وهذا ما استقر عليه قضاء محكمة التمييز : محكمة التمييز رقم ٢٤/س/١٩٣٧ وتاريخ ١٩٣٧/١١/٢٥ (القضاء س ٣ ع ٣ ص ٣٠٩) ورقم ٢٩٣/ب/١٩٤٥ وتاريخ ١٩٤٦/٣/١٦ (المجموعة الرسمية س ١ ع ٢ ص ٣٦ رقم ٤٣) ورقم ٢٤/س/١٩٤٦ وتاريخ ١٩٤٦/٣/١٢ (المجموعة الرسمية س ١ ع ٣ ص ٣٢ رقم ٥٠) (جزء ٢ في الشهادة ص ٤٤٥) — قارن الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٢٠٢ ص ٣٧٥ هامش رقم ٢٣ وهو يعتبر التأشير على السند بما يفيد براءة ذمة المدين دليلا كتابياً كاملا لا يجوز إثبات ما يخالفه إلا بالكتابة . وقد قدمنا أن هذا التأشير قرينة على الوفاء يجوز دحضها بالدليل العكسي بجميع الطرق لأن الدليل الكتابي هنا ليس دليلا كتابياً كاملا .

(٢) الأستاذ حسين المؤمن في نظرية الإثبات جزء ٢ في الشهادة ص ٤٤٦ .

(٣) وإذا كانت المادة ٦١ إثبات ، وهي تمنع الإثبات بالبينة فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي ولو لم تزد القيمة على خمسمائة جنيه ، لم تستثن صراحة المواد التجارية كما فعلت المادة ٦٠ وهي تمنع البينة في إثبات وجود التصرف القانوني الذي تزيد قيمته على خمسمائة جنيه ، فذلك لأن المادة ٦١ جاءت عقب المادة ٦٠ لتكملة أحكامها . فهي عندما تقول : لا يجوز الإثبات بالبينة ولو لم تزد القيمة على خمسمائة جنيه ، إنما تتمم ما أوردته المادة ٦٠ من أن التصرف القانوني في غير المواد التجارية لا يجوز إثباته بالبينة إذا زادت قيمته على خمسمائة جنيه . فتقول المادة ٦١ عقب ذلك أن هذا التصرف القانوني ذاته — أي في غير المواد التجارية — إذا كان مكتوباً لا يجوز إثبات ما يخالفه أو يجاوزه ولو لم تزد القيمة على خمسمائة جنيه (قارن الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات ص ٢١٦) .

وتستخلص الأساتذة بلانيول وريبير وجابولد من جواز إثبات عكس المكتوب في التصرفات التجارية بالبينة أن الكتابة في مسائل التجارة إنما تنقل عبء الإثبات عن عاتق صاحبها إلى خصمه ، والقاضي حر بعد =

فمتى كانت هناك كتابة معدة للإثبات ، وكانت دليلاً كتابياً كاملا ، في غير التزام تجاري ، فقد توافر الشرط الأول ، أياً كانت قيمة الالتزام الثابت بهذا الدليل الكتابي الكامل، ولو كانت هذه القيمة لا تزيد على خمسمائة جنيه . ومن ثم لا يجوز إثبات ما يخالف ورقة مكتوبة لا تزيد قيمتها على خمسمائة جنيه، ولا إثبات ما يجاوزها، بالبينة أو بالقرائن ، ولو أن هذا الدليل كان جائزاً ابتداء لإثبات وجود التصرف لو لم توجد ورقة مكتوبة [1] . بل إن القاعدة التي نحن بصددها لا تظهر فائدتها إلا إذا كانت قيمة الالتزام لا تزيد على خمسمائة جنيه ، فتمتنع البينة والقرائن حيث كانت تجوز لولا هذه القاعدة . أما إذا كانت قيمة الالتزام تزيد على خمسمائة جنيه فالقاعدة لا تقول جديداً ، لأن الإثبات بالبينة أو بالقرائن في هذه الحالة ممنوع من الأصل ، سواء في ذلك لا توجد كتابة أصلاً أو توجد ويراد إثبات ما يخالفها أو يجاوزها [2] .

وإذا أريد إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها ، فلا بد من أن يكون الإثبات بالكتابة كما قررنا . ولكن يجوز أن يحل محل الكتابة مبدأ ثبوت بالكتابة معزز بالبينة أو بالقرائن ، فإن هذا النوع من الإثبات يرد استثناء من قاعدة الدليل الكتابي بشقيها كما سنرى .

٢٠٢ – الشرط الثاني – إثبات ما يخالف الكتابة أو ما يجاوزها :

ونتكلم : (أولاً) فيما يخالف الكتابة (ثانياً) فيما يجاوز الكتابة (ثالثاً) فيما لا يعتبر مخالفاً للكتابة أو مجاوزاً لها .

أولاً – ما يخالف الكتابة لا يجوز إثباته إلا بالكتابة : إذا أريد إثبات ما يخالف ورقة رسمية ، فيما يقرر الموظف العام أنه وقع تحت بصره أو سمعه ، فقد رأينا أنه لابد في ذلك من الطعن بالتزوير . أما إذا أريد إثبات ما يخالف الورقة الرسمية في غير ذلك ، أو

= ذلك في تكوين اعتقاده طبقاً لما بين يديه من مستندات وما يرى سماعه من بينة (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٢٩ ص ٩٨٤) – أنظر أيضاً الأستاذ حسين المؤمن في نظرية الإثبات جزء ٢ في الشهادة ص ٦٤٦ – ص ٦٦٢ – وقارن الأستاذ عبد السلام ذهني في الأدلة جزء أول ص ٤٣٠ .

(1) يجوز الإثبات بجميع طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن في التصرفات القانونية التجارية أياً كانت قيمتها ، كما يجوز فيها الإثبات بالبينة فيما يخالف أو يجاوز الكتابة .
(جلسة ١٩٧٠/٤/٢٣ الطعن رقم ٧٠ لسنة ٣٦ ق السنة ٢١ ص ٦٩٣) .
(جلسة ١٩٥٧/٥/١٦ الطعن رقم ٢٣١ بسنة ٢٣ ق السنة ٨ ص ٤٧٩) .

(١) قارن استئناف مختلط ١٢ يونية سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٢٥٣ – ١٠ ديسمبر سنة ١٨٩١ م ٤ ص ٤٨ .

(٢) الموجز للمؤلف فقرة ٦٧٣ ص ٧٠٣ – ٧٠٤ – وأنظر أيضا المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٠٢ .

إثبات ما يخالف مشتملات الورقة العرفية أياً كانت . فهذا جائز ، على أن يكون الدليل على ما يخالف الكتابة هو أيضاً دليل كتابي ، ولو كان ذلك مبدأ ثبوت بالكتابة معززاً بالبينة أو بالقرائن كما قدمنا . ومثل إثبات ما يخالف الكتابة أن يتقدم الخصم لإثبات أن ما ورد في الورقة من أن الثمن المدفوع هو مبلغ كذا بيان غير صحيح، والصحيح أن المبلغ المذكور في الورقة هو مبلغ أكبر — لمنع الشفعة مثلا — أو هو مبلغ أقل — لتخفيض رسوم التسجيل مثلا ، فإذا كان الخصم هو أحد طرفي العقد لم يجز له إثبات ذلك إلا بالكتابة . ومثل ذلك أيضاً أن يريد البائع إثبات أن البيع المكتوب بيع صوري، فلا يستطيع ذلك إلا بالكتابة ، وهي هنا ورقة الضد (contre-lettre) . ومثل ذلك أخيراً أن يوجد سند مكتوب يثبت أن في ذمة المدين التزاماً قيمته ألف جنيه مثلا ، فلا يستطيع المدين أن يثبت بالبينة أو بالقرائن أن حقيقة الالتزام خمسمائة جنيه لا ألف ، وكذلك الأمر لو أن الثابت في السند التزام قيمته خمسمائة جنيه وأراد المدين أن يثبت بالبينة أو بالقرائن أن حقيقة الالتزام أقل من ذلك المبلغ فلا يستطيع (١) (1) .

ثانياً — ما يجاوز الكتابة لا يجوز إثباته إلا بالكتابة : ولا يجوز للخصم أن يثبت ما يجاوز الكتابة إلا بالكتابة . مثل ذلك أن يتقدم المدين لإثبات أن الالتزام المكتوب ، وهو منجز ، علق بعد ذلك على شرط أو اقترن بأجل . أما إذا كان الالتزام قد كتب معلقاً على شرط أو مقترناً بأجل وأراد الدائن أن يثبت أنه التزام منجز ، فهذا يكون إثباتاً لما يخالف الكتابة ، ولا يكون هو أيضاً إلا بالكتابة كما رأينا . ومثل ذلك أيضاً أن يكون القرض المكتوب لم يذكر فيه أن قرض بالفائدة ، وأراد الدائن أن يثبت أن هناك فائدة متفقاً عليها ، فلا يجوز إثبات ذلك إلا بالكتابة ، حتى لو كانت الفائدة وأصل الدين معها لا تزيد على خمسمائة جنيه ، لأن هذا إثبات لما يجاوز الكتابة . أما إذا ذكر في القرض المكتوب سعر الفائدة ، وأراد الدائن أن يثبت أن السعر المتفق عليه هو أكبر مما ذكر ، أو أراد المدين أن يثبت أن هذا السعر أقل ، فهذا إثبات لما يخالف الكتابة، ولا يكون هو أيضاً إلا بالكتابة كما قدمنا. كذلك لا يجوز إثبات تجديد التزام (novation) ثابت في ورقة مكتوبة إلا

---

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٦٧٤ .

(1) طلب الطاعن إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات ما يخالف ما اشتمل عليه دليل كتابي يكون غير جائز لمخالفته لحكم المادة ٦١ من قانون الإثبات . وإذ كان بين الحكم المطعون فيه أن المطعون عليهم تمسكوا بعدم جواز الإثبات بالبينة ، فإن الحكم المطعون فيه إذا رفض ، طلب الطاعنين إحالة الدعوى إلى التحقيق ، لا يكون قد خالفت القانون .
(جلسة ١٩٧٨/١/١٤ السنة ٢٩ ص ٢٧٩) .

بالكتابة ، ولو كانت قيمة الالتزام الجديد ، أو كانت قيمة كل من الالتزامين الجديد والقديم، لا تزيد على خمسمائة جنيه ، لأن هذا إثبات لما يجاوز الالتزام المكتوب . وبوجه عام لا يجوز إثبات اتفاق إضافي فوق ما هو ثابت بالكتابة إلا بالكتابة ، سواء ادعى أن هذا الاتفاق الإضافي قد تم قبل الكتابة أو تم في أثنائها أو تم بعدها ، على حد تعبير التقنين المدني الفرنسي (م ١٣٤١) [1] .

ثالثاً – ما لا يعتبر مخالفاً للكتابة أو مجاوزاً لها لا يتحتم إثباته بالكتابة :

أما إذا أريد إثبات شيء متعلق بما هو ثابت بالكتابة ، ولكنه لا يخالفها ولا يجاوزها ، فإن إثبات ذلك يكون وفقاً للقواعد العامة ولا تتحتم الكتابة . فيجوز إثبات الوقائع المادية ، وكذلك إثبات التصرفات القانونية إذا لم تزد قيمتها على خمسمائة جنيه، بالبينة وبالقرائن . مثل ذلك إثبات انقضاء الالتزام الثابت بالكتابة ، فهذه واقعة لا تخالف الكتابة ولا تجاوزها ، بل هي تؤكدها ، إذ انقضاء الالتزام ينطوي دلالة على وجوده . فإذا كان انقضاء الالتزام قد تم بتنفيذ أعمال مادية ، كبناء منزل أو نقل بضاعة أو القيام بخدمة معينة ، فإن هذه الأعمال تثبت بالبينة وبالقرائن ولو كانت قيمة الالتزام تزيد على خمسمائة جنيه . أما إذا كان انقضاء الالتزام قد تم بتصرف قانوني ، كوفاء مبلغ من النقود ، فإن هذا الوفاء يثبت بالبينة أو بالقرائن إذا لم يزد المبلغ الموفى به على خمسمائة جنيه حتى لو كان مجموع الدين أكثر من ذلك أو كان الدين ثابتاً بالكتابة [2] . وكالوفاء الإبراء ، فهو تصرف قانوني يقضي الدين ،

---

(١) أنظر ما قدمناه عن أوبري ورو من أن التعديلات الشفوية التي سبقت الكتابة أو عاصرتها أو تلتها ، مادامت لم تدمج في الكتابة ذاتها ، فذلك لأنها بقيت مشروعاً وقف عند مرحلة التفاوض ، ولم يصل إلى مرحلة الاتفاق النهائي (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٣ ص ٣٢٢ هامش رقم ٢) . وأنظر أيضاً بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٢٨ ص ٩٨٢ – ص ٩٨٣ .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " ويقصد بالدليل الكتابي المحررات الرسمية والعرفية والرسائل . فهذه المحررات وحدها هي التي لا يقبل الإثبات بالبينة لنقض الثابت فيها أو الإضافة عليها . وقد يكون قوام الإضافة الادعاء بصدور تعديلات شفوية قبل انعقاد الالتزام ، أو بعده ، أو في وقت معاصر له . ومهما يكن من أمر هذه الإضافة ، فلا يجوز إثباتها بالبينة أياً كانت صورتها. فمن ذلك الادعاء بإضافة وصف من الأوصاف المعدلة لحكم الالتزام ، كشرط أو أجل ، أو اشتراط خاص بأداء فوائد أو بالتحديد (الاستبدال) . ولا يجوز كذلك نقض الثابت بالكتابة من طريق البينة ، فلا يجوز الادعاء مثلاً بعدم مطابقة شرط من شروط المحرر للحقيقة وإقامة الدليل على ذلك بالبينة ، كما لو أريد إثبات أن حقيقة المبلغ المقترض ليست مائة جنيه على ما هو ثابت بالكتابة بل أكثر " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٠٢ ص ٤٠٣) .

(٢) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ هامش رقم ٨ – قارن الموجز للمؤلف ص ٧٠٤ – ص ٧٠٥ . وقد قدمنا، في وفاء دين قيمته تزيد على خمسمائة جنيه ، أنه يجوز إثبات أي وفاء جزئي لا تزيد قيمته على خمسمائة جنيه بالبينة وبالقرائن .

ويثبت بالبينة وبالقرائن إذا لم تزد قيمته على خمسمائة جنيه . كذلك في المقاصة ، يجوز للمدين إثبات الحق الذي له في ذمة دائنه ، ليوقع المقاصة بمقداره ، بالبينة وبالقرائن ، إذا كانت قيمة هذا الحق لا تزيد على خمسمائة جنيه ، حتى لو كان الدين الذي تقع فيه المقاصة ثابتاً بسند مكتوب . أما تجديد الدين المكتوب فقد رأينا أنه يعتبر مجاوزاً لما هو ثابت بالكتابة، فلا يجوز إثباته إلا بالكتابة [1] .

= وقد جاء في كتاب نظرية الإثبات للأستاذ حسين المؤمن ما يأتي : " أما في العراق فالإجماع حاصل... على أنه لا يجوز إثبات الوفاء مهما كان مقداره بشهادة الشهود مادام أصل الالتزام موثقاً بسند . بل إن محكمة التمييز قد تطرفت في هذا الباب إلى حد بعيد ، فقد اشترطت الدليل الكتابي على ادعاء الوكيل بتسليمه لموكله المبالغ التي قبضها من مديني الموكل حسب التفويض المعطى للوكيل في صك الوكالة ، بداعي أن التفويض بالقبض قد جرى بالكتابة فلا يثبت دفع المبلغ إلى الموكل إلا بالكتابة أيضاً : القرار المرقم ١٩٢٩/٥٥ والمؤرخ ١٩٢٩/٤/٢ (القضاء سنة ١٩٣٤ س ١ القسم الرسمي ص ١٦٦ – حسين جميل بند ١٧٠ ص ١٢٢). ومما جاء فيه : إن قول المحكمة أن المدعى أمين مصدق بيمينه في براءة ذمته ، ولا حاجة إلى سند تحريري ، غير وارد ، إذ أن التفويض بقبض المبلغ قد جرى بسند فيجب أن يكون الإيصال بسند أيضاً . وهذا تخريج غريب لهذه النظرية لا نقر محكمة التمييز عليه ، ذلك أن التفويض المعطى للوكيل في صك الوكالة لا يتضمن معنى القبض ، وإنما هو ترخيص به . هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن الدليل الكتابي على استلام الوكيل المبالغ المقبوضة لم يكن بين الوكيل والموكل ، وإنما بين الوكيل ومدين الموكل... يضاف إلى ذلك أن هذا الذهاب تجاوز على قاعدة الأمين المصدق بيمينه في براءة ذمته المقررة في المادة ١١٧٤ من المجلة " (الأستاذ حسين المؤمن في نظرية الإثبات جزء ٢ في الشهادة ص ٤٥٤ – ص ٤٥٥) . وظاهر أن تفويض الوكيل بقبض الدين يجعله ملتزماً بتقديم حساب للموكل عما قبضه ، وفي تسليم الوكيل للموكل ما قبضه من الدين تنفيذ لهذا التفويض ، أي تنفيذ لعقد الوكالة . وإثبات تنفيذ الوكالة مستقل عن إثبات وجودها . فإذا كان وجود الوكالة ثابتاً بالكتابة، فإن ذلك لا يستلزم حتما أن يثبت تنفيذها بالكتابة. ويلاحظ أن التقنين المدني العراقي الجديد قد حسم الخلاف فيما يتعلق بالوفاء ، فجعله مستقلا عن أصل الالتزام من حيث الإثبات .

(١) الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات ص ٢٢١ – وقد قضت محكمة الإسكندرية الوطنية بأنه يجوز إثبات جميع الوقائع اللاحقة لعقد مكتوب بجميع طرق الإثبات القانونية إذا كانت قيمتها عشرة جنيهات أو أقل ، مثل الإبراء أو الوفاء أو التخالص أو الاستبدال أو الصلح (٢٦ يناير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٤٦٣ ص ١٠٥٨) . قارن في الصلح الأستاذ حسين المؤمن في نظرية الإثبات جزء ٢ في الشهادة ص ٤٤٩ (وهو يذهب إلى أن الصلح لا يجوز إثباته بالبينة إذا كان العقد محل الصلح ثابتاً بالكتابة ، ويشير إلى قرار لمحكمة تمييز الإستانة جاء فيه أن دعوى الصلح المقامة ضد سند يجب إثباتها بالبينة الخطية : ١٣٠٨/١٠/٢٠ سليم باز المرافعات ص ٢٨٩) . ويلاحظ أن الصلح في التقنين المدني المصري الجديد يجب إثباته بالكتابة (م ٥٥٢ مدني)، وكذلك الأمر في التقنين المدني العراقي الجديد (م ٧١١) .

كذلك يجوز إثبات وقائع مادية يكون من شأنها تفسير العبارات الغامضة ، أو التوفيق فيما بينها إذا كانت متعارضة [1]، أو تحديد ما ورد مطلقاً في الورقة المكتوبة ، وذلك بالبينة وبالقرائن ، فليس في هذا إثبات لما يخالف الكتابة أو يجاوزها [2] . وكذلك الأمر في إثبات الظروف والملابسات المادية التي أحاطت بكتابة العقد [3] .

ويجوز أيضاً إثبات عيب من عيوب الإرادة ، كالغلط والتدليس والإكراه ، في سند مكتوب ، بالبينة وبالقرائن ، فليس في ذلك إثبات لما يخالف الكتابة ، لأن الكتابة ليست دليلا على صحة التصرف حتى يعتبر الطعن في صحته مخالفاً لها وقد قدمنا أن عيوب الإرادة إنما هي وقائع مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق [4] .

ويجوز أخيراً إثبات التاريخ الذي كتبت فيه الورقة ، فيما بين الطرفين ، بالبينة وبالقرائن، إذا لم يكن مكتوباً ، حتى لو كانت قيمة الالتزام تزيد على خمسمائة جنيه أو كان التزاماً مكتوباً ، فليس في هذا إثبات لما يخالف الكتابة أو يجاوزها ، بل هو إثبات لواقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق . أما إذا كان تاريخ الورقة مكتوباً هو أيضاً ، فلا يجوز إثبات عدم صحته إلا بالكتابة . وأما بالنسبة إلى الغير فلابد من التاريخ الثابت على الوجه الذي تقدم ذكره [5] .

---

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٢٨ ص ٩٨٤ — نقض فرنسي ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٣٨ جازيت دي باليه ١٩٣٩ — ١ — ٨٥ .

(٢) فيجوز إثبات ما يحصر أجزاء العقار المبيع أو المؤجر بالبينة وبالقرائن ، إذا كان هذا العقار قد ذكر في عقد البيع أو الإيجار المكتوب بطريقة مجملة دون تفصيل لأجزائه (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٣ ص ٣٣٥ — ص ٣٣٦ — قارن بودري وبارد ٤ فقرة ٢٥٧٠) — وقارن استئناف مختلط ٣٠ يناير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٠٦ — أما إذا رفع المشترى دعوى استحقاق على بائع العقار ، بسبب وجود عقد إيجار صادر من البائع بالنسبة إلى العقار المبيع دون أن يرد ذكره في عقد البيع المكتوب، فلا يجوز للبائع أن يثبت علم المشترى بهذا الإيجار ، ورضاءه به في مقابل خصم جزء من الثمن ، بالبينة أو بالقرائن (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٣ ص ٣٣٦) .

(٣) فيجوز إثبات أن الذي حرر عقد التأمين هو عامل شركة التأمين ، بالبينة وبالقرائن (بارتان على أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٣ ص ٣٣٤ وهامش رقم ٥ مكرر) . أما الغلط المادي والغلط في الحساب ، فإن كان ظاهراً أمكن القاضي تصحيحه من تلقاء نفسه . لكن إذا ادعى الخصم أن هناك غلطاً مادياً أو غلطاً في الحساب ، ولم يكن هذا الغلط ظاهراً بحيث يمكن القاضي تصحيحه من تلقاء نفسه ، فلا يجوز إثباته بالبينة أو بالقرائن (نقض مدني ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢٧٥ ص ٥٨٠ . بودري وبارد ٤ فقرة ٢٥٧١ — قارن الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ١٨٦ ص ٢١٨ — ص ٢١٩) .

(٤) دي باج ٣ فقرة ٨٧٠ مكرر — الأستاذ عبد السلام ذهني في الأدلة ١ ص ٣٩٢ — الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٣٨٠ .

(٥) الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٣٨٠ — ص ٣٨١ — الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات ص ٢١٩ — ص ٢٢٠ — الأستاذ حسين المؤمن في نظرية الإثبات جزء في الشهادة ص ٤٥٧ — =

٢٠٣ – الشرط الثالث – الإثبات مقصور على العلاقة فيما بين المتعاقدين

المتعاقدين : وكل ما قدمناه من وجوب الإثبات بالكتابة فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها إنما يكون في العلاقة ما بين المتعاقدين ، إذ هما اللذان كانا يستطيعان الحصول على الكتابة منذ البداية . وكالمتعاقدين الخلف العام .

أما الغير فيجوز له الإثبات بالبينة وبالقرائن فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها ، كما أن له إثبات وجود التصرف نفسه بالبينة وبالقرائن ولو زادت قيمته على خمسمائة جنيه كما سبق القول ، ففي الحالتين يعتبر التصرف بالنسبة إليه وهو من الغير واقعة مادية يجوز إثباتها أو إثبات ما يخالفها أو يجاوزها بجميع الطرق [1]

فإذا باع شخص عقاراً من آخر ، وكتب في عقد البيع أن الثمن ألف جنيه مثلا، وأراد الشفيع الأخذ بالشفعة ، فإن له أن يثبت أن حقيقة الثمن ثمانمائة لا ألف – أي يثبت ما يخالف الكتابة – بالبينة وبالقرائن ، لأنه من الغير في عقد البيع الذي يعتبر بالنسبة إليه واقعة مادية [2] .

وفي العقد الصوري الثابت بالكتابة ، تثبت الصورية فيما بين المتعاقدين بالكتابة حتى لو كانت قيمة العقد لا تزيد على خمسمائة جنيه . أما الغير – وهو هنا الدائن والخلف الخاص – فله أن يثبت الصورية بالبينة وبالقرائن ، حتى لو كان العقد الصوري مكتوباً وحتى لو كانت قيمته تزيد على خمسمائة جنيه [1] [1] .

= قارن الأستاذ عبد السلام ذهني في الأدلة ١ ص ١٩٨ – ص ١٩٩ و ص ٣٩٤ – ص ٣٩٥ – أنظر أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٣ ص ٣٣٦ – ص ٣٣٧ وهامش رقم ١٢ وهامش رقم ١٣ .

ويذهب بعض الفقهاء إلى أن تاريخ التصرف القانوني يعتبر من محدداته ، فهو جزء منه ، فلا يجوز إثباته ، إذا لم يكن مكتوباً ، بالبينة أو بالقرائن في تصرف لا يجوز إثباته إلا بالكتابة – لوران ١٩ فقرة ٤٧٧ – فقرة ٤٧٨ – بودري وبارد ٤ فقرة ٢٥٧٢ – دي باج ٣ فقرة ٨٦٨) .

(1) إن الأعمال والتصرفات القانونية بالنسبة لغير عاقديها تعد وقائع مادية ، يجوز للغير إثباتها بالبينة، فيجوز إثبات واقعة التأجير من الباطن بالبينة .

(جلسة ١٩٨٢/١٢/٣٠ الطعن رقم ٧٠٤ لسنة ٤٢ ق السنة ٣٣ ص ١٢٦٤) .

(جلسة ١٩٦٦/١/٢٧ الطعن رقم ٢١٩ لسنة ٣٣ ق السنة ١٧ ص ١٨٢) .

(2) للشفيع أن يطعن في الثمن الذي حصل الاتفاق عليه بين البائع والمشترى وانعقد به البيع بالصورية، وبأنه يزيد على الثمن الحقيقي وعندئذ يقع عليه عبء إثبات هذه الصورية ، وله أن يثبتها بطرق الإثبات القانونية كافة ، وإن عجز عن إثباتها اعتبر أنه قد تخلف عن الإيداع المفروض عليه قانوناً ، إن كان المبلغ الذي أودعه يقل عن الثمن المسمى في العقد .

(جلسة ١٩٦٣/١٢/٥ الطعن رقم ٢٧ لسنة ٢٩ ق س ١٤ ص ١١٣١) .

(١) ونجتزئ هنا بذكر بعض أحكام القضاء المصري في هذه المسألة . سرجئين تفصيل ما نحمله منها إلى الكلام في دعوى الصورية في المكان الخاص بآثار الالتزام : =

= لا تثبت الصورية فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الخلف العام إلا بالكتابة : استئناف مصر ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المحاماة ٥ رقم ٣٥٨ ص ٤١٥ — ٢٥ مارس سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ٩٠ ص ١٣٤ — ٢٩ مارس سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٣٤٤ ص ٤١١ — ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٣ — المحاماة ٤ رقم ١٨١ ص ٢٥١ — ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣١٠ ص ٤٧٧ — ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٤٦٢ ص ٧٦١ — ٢٥ أبريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٢٥٤ ص ٥٦٤ — نقض جنائي ٤ يناير سنة ١٩٢٤ المحاماة ٧ رقم ١٤٢ ص ٢٠٠ — استئناف مختلط ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٨٠ — ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٢٨ — ٦ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٧٥ — ١١ يناير ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٩٠ — ٩ نوفمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٧ — ٧ فبراير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٤٠ — وقد قضت محكمة النقض بأن عقد القرض يجوز إثبات صورية سببه بالأوراق الصادرة من المتمسك به ، فإذا ذكر في سندات الدين أن قيمتها دفعت نقداً ، ثم اتضح من فحوى الرسائل الصادرة من الدائنة إلى مدينها في أوقات مختلفة — بعضها سابق على تاريخ السندات وبعضها معاصر له أو لاحق به — أنها كانت تستحديه وتشكر له إحسانه عليها ، جاز اعتبار هذه الرسائل دليلا كتابياً كافياً في نفي وجود قرض حقيقي (نقض مدني ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٣٤ رقم ١ ص ١٢) — وقضت أيضاً بأنه إذا كان المستأجر يطعن في عقد الإيجار بالصورية ، والمؤجر يدفع بعدم جواز الإثبات ، فلا يجوز للمحكمة مادام الإيجار ثابتاً بالكتابة ولا يوجد لدى المستأجر دليل كتابي على دعواه — أن تقضي بصورية العقد بناء على مجرد القرائن . وإلا كان قضاؤها باطلا (نقض مدني ١٨ يونية سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٧٧ ص ٤٨٥) — وقضت أيضاً بأن الحكم الذي يقرر أنه لا يجوز لوارث الراهن أن يثبت بكل طرق الإثبات ، في مواجهة المرتهن ، صورية عقد الرهن ، بحجة أن الصورية لا تثبت بين العاقدين إلا بالكتابة ، لا يكون مخطئاً في تطبيق القانون (نقض مدني ٢٤ مارس سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٩٩ ص ٧٤٠) — وقضت أيضاً بأنه متى كان الواقع هو أن المطعون عليهم رفعوا الدعوى يطلبون الحكم بتثبيت ملكيتهم إلى حصتهم الشرعية في تركة مورثهم ، فتمسك الطاعن بأنه اشترى من والده المورث جزءاً من الأطيان ، فطعن بعض الورثة في عقد البيع بالصورية استناداً إلى أن الطاعن كان قد استصدر من والده لمناسبة مصاهرته أسرة طلبت إليه أن يقدم الدليل على كفايته المالية ، وطلبوا إحالة الدعوى على التحقيق لإثبات ذلك بأي طريق من طرق الإثبات بما فيها البينة ، فنازع الطاعن في جواز الإثبات بهذا الطريق ، وكان الحكم إذ قضي بإحالة الدعوى على التحقيق لإثبات ما نعاه المطعون عليهم على العقد بأي طريق من طرق الإثبات قد أقام قضاءه على أنهم يعتبرون من الأغيار أيا كان الطعن الذي يأخذونه على التصرف الصادر من مورثهم للطاعن ، فإن الحكم ، إذ أطلق المطعون عليهم حق إثبات مطاعنهم على هذا التصرف في حين أن علة الصورية إنما كانت إعطاء الطاعن مظاهر الثراء لتيسر زواجه بإحدى العقيلات ، يكون قد خالف قواعد الإثبات (نقض مدني ٢١ ديسمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقـــض ٢ رقم ٣٨ ص ١٩٥) .

ومع ذلك يجوز إثبات الصورية فيما بين المتعاقدين بالبينة وبالقرائن إذا كان هناك غش أو تحايل على القانون: استئناف أهلي أول مارس سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ٢ ص ٤٧ — ٩ يونية سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ٢٦٢ — نقض مدني ٢٠ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٤ ص ٦٦٥ . وأنظر أيضاً الأحكام التي سنوردها عند الكلام في التحايل على القانون (fraude à la loi) ، والتحايل على القانون هو نفس الحالة التي نحن بصددها .

وسنعود على هذه المسألة تفصيلا عند الكلام في دعوى الصورية .

= ويجوز للغير إثبات الصورية بجميع الطرق ، ومنها البينة والقرائن : استئناف مصر أول يناير سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٨ ص ٢١٣ — ١٠ أبريل سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ ص ١٠٢ — ٢٠ يناير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ ص ٢٤٠ — ٢٩ مارس سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ ص ٤١١ — ١٢ يناير سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٢٨٩ ص ٣٢٥ — ١٧ مارس سنة ١٩٢٦ المحاماة ٨ رقم ٤٦١ ص ٧٥٩ — أول مايو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٢٣ ص ٢١٦ — ٢٤ يناير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٢٠٩ ص ٣٧٧ — ١٨ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٩١ ص ٦٢٧ — ٢١ مايو سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ١٢٧ ص ٣٠٠ — ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٢٢٠ ص ٥٠٤ — نقض جنائي ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٢٧٥ ص ٦٦٩ — نقض مدني ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٩ ص ١٣٣ — استئناف مختلط أول أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٨ — ١٠فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٠ — ٨ يونية سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٦٠ — ٢٦ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٨١ — ٢ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١١٩ — ٦ يناير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٣٢ — هذا ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض بأن الخلف الخاص لا يعتبر من الغير ، فلا يجوز له إثبات الصورية إلا بالكتابة ، فإذا كان بائع العقار قد صدر منه عقد بيع ثان لمشتر آخر ، فإنه لا يصح والمشترى الثاني خلف للبائع أن تستدل المحكمة بشهادة الشهود والقرائن على صورية عقد البيع الصادر من سلفه إلى المشترى الأول قبل البيع الصادر منه إليه هو (نقض مدني ٢٧ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٧٩ ص ٣٨٧ — وتعليق الأستاذ محمد حامد فهمي هامش ص ٣٨٨ — ٣٨٩) . ولكنها رجعت بعد ذلك عن هذا الخطأ ، وقضت بأن المشترى يعتبر من الغير في أحكام الصورية بالنسبة لمشتر آخر من نفس البائع له يزاحمه في الملكية ، فإذا أقام الحكم قضاءه بصورية عقد المشترى الآخر على القرائن وحدها ، فإنه لا يكون قد خالف قواعد الإثبات (نقض مدني ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤ ص ٢٦) — أنظر أيضاً : استئناف مختلط ١٥ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٧٩ — ٤ يونية سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٦٨ .

واعتبرت محكمة الاستئناف المختلطة الشفيع من الغير ، خطأ ، في عقد بيع صوري طلب الأخذ فيه بالشفعة. فقضت بأنه لا يجوز الاحتجاج على الشفيع بورقة ضد مؤداها أن البيع لم يقع إلا لضمان دين للمشترى على البائع وأنه يفسخ بمجرد وفاء هذا الدين (استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٣٢) . وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام في دعوى الصورية .

(1) الدائن الشخصي للمتصرف يعتبر من الغير في الصورية ، ويجوز له إثباتها بطرق الإثبات كافة، ولا يشترط لقبول الطعن بالصورية من الدائن أن يكون حقه سابقاً على التصرف الصوري ، بل يصح أن يكون حقه تالياً لهذا التصرف ، إذ أن التصرف الصوري الصادر من المدين ، يبقى صورياً بالنسبة إلى الدائنين الذين استجدوا بعد هذا التصرف ، ويظل الشيء محل التصرف داخلا في النطاق العام للدائنين جميعاً ، سواء منهم من كان حقه سابقاً على التصرف الصوري أو لاحقاً له .
(جلسة ١٩٦٥/١٢/٩ الطعن رقم ١٥٨ لسنة ٣١ ق س ١٦ ص ١٢٢٣) .

٢٠٤ – الشرط الرابع – ألا يكون هناك احتيال على القانون [١] :

وحتى فيما بين المتعاقدين ، يشترط في تطبيق القاعدة التي تقضي بوجوب الإثبات بالكتابة فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها ألا يكون هناك احتيال على القانون (fraude à la loi) . والسبب في ذلك أنه متى وجد احتيال على القانون ، فيجب تيسير كشفه وإباحة إثباته بجميع الطرق ، حتى يلقى جزاءه الحق . ويستوي في هذا أن يكون من يريد إثبات الاحتيال من الغير أو يكون أحد المتعاقدين ممن اشترك في الاحتيال بنفسه ويريد الآن الكشف عنه .

---

(١) كان المشروع التمهيدي (م ٥٤١) يتضمن نصاً لو بقي لأصبح الآن البند (جـ) في المادة ٤٠٣ ، ونصه كالآتي : " يجوز أيضاً الإثبات بالبينة فيما كان يجب إثباته بالكتابة ... (جـ) إذا طعن في العقد بأن له سبباً غير مشروع " . وقد ورد في شأنه في المذكرة الإيضاحية ما يأتي : " أما الاستثناء الثالث فقد نص عليه المشروع الفرنسي الإيطالي ، وهو يفترض توافر ضرب من ضروب الغش ، ومن المعلوم أن الغش يجوز إثباته على وجه الدوام بالبينة . وإزاء ذلك قد يكون إفراد هذا الاستثناء بحكم خاص محلا للنظر " . وفي لجنة المراجعة نقل هذا البند إلى المادة ١٩٢ في السبب غير المشروع. وكان يقصد به إباحة الإثبات بالبينة وبالقرائن إذا كان هناك احتيال على القانون (fraude à la loi) ، فيقابل العبارة الأخيرة من المادة ١٣٥٣ من التقنين الفرنسي التي لم تبح الإثبات بالقرائن إلا في الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بالبينة ، ما لم يكن العقد مطعوناً فيه بسبب الغش أو التدليس ، وقد مرت الإشارة إلى هذا النص وإلى ما وجه إليه من انتقاد . وقد ستبقى المشروع الفرنسي الإيطالي مقابلا للنص الفرنسي في المادة ٣٠٥ منه ، ونص أيضاً في المادة ٢٩٩ على استثناء الطعن بعدم مشروعية من وجوب الإثبات بالكتابة . والذي يعنينا هنا هو تقرير الحكم في ذاته ، فيجوز دائماً الإثبات بالبينة وبالقرائن إذا كان هناك احتيال على القانون . وقد وضع المشروع الفرنسي الإيطالي هذا الحكم في مكان الاستثناء من قاعدة وجوب الدليل الكتابي بشقيها ، وهو الاستثناء الثالث ويأتي بعد الاستثناء الخاص بمبدأ الثبوت بالكتابة والاستثناء الخاص بالمانع من الحصول على الكتابة أو من تقديمها . وساير المشروع الفرنسي الإيطالي في ذلك المشروع التمهيدي للتقنين المصري الجديد ، ثم عدل المشروع النهائي عن هذه المسايرة. وفي رأينا أن جعل هذا الحكم استثناء من قاعدة وجوب الدليل الكتابي بشقيها محل النظر . لأن الحكم إنما يرد في الكثرة الغالبة من الأحوال استثناء من الشق الثاني وحده ذلك أن المحل الغالب لتطبيقه هو أن يواجه الخصم خصمه بدليل على تصرف قانوني صادر منه ، فيطعن هذا في التصرف بأن فيه احتيالا على القانون ويريد إثبات هذا الاحتيال بجميع الطرق . فإن كان الدليل الذي ووجه به دليلا غير مكتوب ، فهو في حل من أن يعارضه بدليل غير مكتوب دون حاجة إلى التذرع بهذا الحكم . أما إذا كان الدليل الذي ووجه به دليلا مكتوباً، ففي هذه الحالة وحدها – حيث تقضي القاعدة بعدم جواز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة – يحتاج الخصم إلى هذا الحكم ليتمكن من إثبات الاحتيال على القانون بالبينة وبالقرائن معارضاً بذلك دليلا مكتوبا . ومن اجل ذلك آثرنا ، من الناحية العملية ، أن نعالج هذه المسألة في صدد القاعدة التي تقضي بعدم جواز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة ، على أن نعالجها بإيجاز من ناحية الإثبات فحسب ، وإلا فهي قاعدة شاملة تتناول جميع نواحي القانون (قارن الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٤٤٦ – ص ٤٥١ – الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات ص ٢١٧) .

ففي الحالتين يقضي النظام العام بضرورة فضح هذا الاحتيال ، ومن ثم أبيح ، حتى للمتعاقد نفسه بعد أن اشترك فيه ، أن يثبته بجميع الطرق ولو بالبينة أو بالقرائن [1] (1) .

ولما كان الاحتيال على القانون ليس إلا تواطؤاً ما بين المتعاقدين على مخالفة قاعدة قانونية تعتبر من النظام العام وإخفاء هذه المخالفة تحت ستار تصرف مشروع ، فقد وضح من ذلك أن من الطبيعي أن يتخذ هذا الاحتيال مظهر الصورية . فيكون هناك تصرف غير مشروع هو التصرف الحقيقي الذي وقع الاتفاق عليه ، يستره تصرف مشروع هو التصرف الظاهر الذي يقع الطعن فيه . والجديد هنا أن الطاعن في التصرف الظاهر — أي التصرف الصوري — ليس هو الغير ، وإلا كان من حقه أن يثبت الصورية بجميع الطرق دون حاجة إلى التذرع بالاحتيال على القانون . ولكن الطاعن هو المتعاقد نفسه ، ويريد أن يثبت صورية العقد المكتوب بالبينة وبالقرائن ، وكان الأصل ألا يستطيع إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة، لولا أنه يتذرع بأن هناك احتيالا على القانون [2] (1) .

---

(١) وهناك رأي يذهب إلى أن الاحتيال على القانون كالتدليس واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق (بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢١٦٦ وهامش رقم ٢ — ديكوتيني في القرائن في القانون الخاص فقرة ١٠٩ ص ٢٧٢ و ص ٢٧٣ — الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ٢١٧ ص ٢٨١ — ص ٢٨٢ — ولكن قارن كولان وكابيتان وموراندير ٢ فقرة ٧٧٨ — الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٤٤٧ هامش رقم ١) . ويبدو أن هناك فرقاً بين أعمال التدليس والاحتيال على القانون . فأعمال التدليس الواقعة على أحد المتعاقدين وقائع مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق . أما الاحتيال على القانون فتواطؤ ما بين المتعاقدين ، وتوافق ما بين إرادتيهما ، على مخالفة قاعدة قانونية من النظام العام ثم إخفاء هذه المخالفة تحت ستار تصرف مشروع . فهو إذن عنصر من عناصر التصرف القانوني — يتعلق بالمحل أو بالسبب — كان الواجب في الأصل أن يثبت بنفس الطريقة التي يثبت بها التصرف القانوني ، لولا أن فيه خروجاً على النظام العام ، فوجب تيسير كشفه كما قدمنا .

(1) إن الاحتيال على القانون والغش ، لا يعدو أن يكون واقعة مادية يجوز إثباتها بالبينة وبالقرائن.
(جلسة ١٩٨٥/١٢/٢٦ الطعن رقم ٦٤٨ لسنة ٥٢ ق السنة ٣٦ ص ١٢٠٩) .

(٢) ومن المفيد في هذه المناسبة أن نشير إلى أنه يجوز إثبات التصرف القانوني ، ولو زاد على النصاب ، بجميع الطرق في حالتين : (أولاً) عند ما يكون التصرف القانوني معتبراً واقعة مادية . ويكون ذلك: ١ — إذا كان من يريد إثبات التصرف هو من الغير ، كالشفيع يريد إثبات البيع الذي يأخذ فيه بالشفعة فيجوز له إثباته بجميع الطرق . ٢ — إذا كان العقد صورياً ويريد الغير إثبات هذه الصورية، فيجوز له إثباتها بجميع الطرق . ويلاحظ أننا لا نحتاج هنا إلى القول ، في تبرير إباحة جميع الطرق في الإثبات ، أن الغير كان لا يستطيع الحصول على الكتابة — إذ أن المانع من الحصول على الكتابة يجب ن يكون مانعاً قد قام في حالة بالذات كما سنرى — بل يكفي أن نقول إن التصرف القانوني يعتبر واقعة مادية بالنسبة إلى من يريد إثباته بجميع الطرق ، أي بالنسبة إلى الشفيع في الصورة الأولى وبالنسبة إلى الغير في الصورية في الصورة الثانية ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك . (ثانياً) عندما يكون التصرف القانوني قد داخله احتيال على القانون . ويكون ذلك إذا كان العقد صورياً ويريد المتعاقد نفسه أن يثبت هذه الصورية بجميع الطرق ، مع أن العقد بالنسبة إليه يعتبر تصرفاً قانونياً لا واقعة مادية، ولكنه يتذرع بأن هناك احتيالا على القانون (fraude à la loi). وهذه هي الحالة التي نحن الآن بصددها . وسنعود إلى هذه المسألة في موضع آخر .

ولم يرد في التقنين المدني نص على هذا الحكم [1] . غير أن القضاء أجمع على الأخذ به في اطراد مستقر ، وطبقه في حالات كثيرة .

من ذلك أن يكون سبب الدين قماراً ، ويكتب المتعاقدان أن قرض ، فيجوز للمدين في هذه الحالة أن يثبت ما يخالف المكتوب بالبينة وبالقرائن ، ليدل على أن السبب الحقيقي للدين هو القمار لا القرض [2] (1) .

ومن ذلك أن يخفي العقد رباً فاحشاً ، ويكتب المتعاقدان سبباً غير ذلك ، فيجوز للمدين أن يثبت الربا الفاحش — وهو يخالف المكتوب — بالبينة وبالقرائن [3] .

---

(1) يجوز إثبات العقد المستتر فيما بين عاقديه في حالة الاحتيال على القانون .
(جلسة ١٣/١٢/١٩٧٦ السنة ٢٧ ص ١٧٣٨) .

(١) أنظر الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٢٤٣ ص ٤٤٨ — ويشير الأستاذ مع ذلك إلى نص المادة ٧٣٩ من التقنين المدني ، وهي تقرير بطلان كل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان ، ولمن خسر أن يسترد ما دفعه ، وله أن يثبت ما أداه بجميع الطرق .

(٢) استئناف مختلط ٢٥ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٩٤ — ١٣ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٣٤ — ٢٢ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٣٦ .
وقد قضت محكمة النقض ، بوجه عام ، أن الصورية التدليسية لا يقتضي لتحقيقها وجود تبوت بالكتابة ، وإنما هي تثبت بالقرائن في حق كل من مسه هذا التدليس ، سواء أكان طرفاً في العقد أم لم يكن (نقض مدني ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٢٣٨ ص ٤٥٣ — وأنظر أيضاً الموجز للمؤلف فقرة ٦٧٦ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٢٨ ص ٩٨٤ — ومحكمة النقض الفرنسية ٦ مارس سنة ١٩٥٠ حازيت دي باليه ١٩٥٠ — ١ — ٣٠٧) .

(1) إذا كان المراد إثباته إتفاقاً يخالف النظام العام أو الآداب ، جاز الإثبات بالبينة ، فيجوز إثبات عدم مشروعية المحل أو السبب بالبينة .
(جلسة ٢١/١٢/١٩٦٧ السنة ١٨ ص ١٧٣٦) .

(٣) نقض مدني ٢٥ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٤٢ ص ٣٩٠ — والقضاء مضطرد في هذا المعنى . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا ثبت أن عقدين حررا في صورتي عقد بيع ، وكان الغرض من تحريرهما هو إخفاء قرض بربا فاحش ، فلا محل للقول بأنه لا يجوز الطعن في العقدين ولا إثبات ما يخالفهما بالبينة ، لأن جعل عملية تشتمل على ربا فاحش في صورة عقد بيع فيه مخالفة للنظام العام ، ويجوز إثباتها بالبينة حتى فيما بين المتعاقدين (١٢ مارس سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ ص ٣٢٤) . وقضت أيضاً بأن دعاوى الربا الفاحش ليست من الدعاوى التي يلزمها الدليل الكتابي على قيامها . (بل تكفى فيها القراتن ، كما أنها ليست مقيدة بنصاب معين لقبول التحقيق فيها أو عدم قبوله (٣١ مارس سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ ص ٧٠) . وقضت محكمة طنطا أنه لما كان الربا الفاحش مخالفاً للنظام العام ، جاز أن يثبت بكافة الطرق أن مبالغ متفقاً عليها في عقد إيجار هي في الحقيقة ربا فاحش ، ولو كان هذا الإثبات مؤدياً إلى ما يخالف مضمون العقد أو متناولا مبلغاً تزيد قيمته على الألف قرش (٢٦ فبراير سنة ١٩٠٣ الحقوق ١٨ ص ٢٣١) .

وقضت محكمة النقض بأن الوارث الذي يطعن في تصرف صادر من مورثه في صورة بيع منجز بأن حقيقته وصية ، وأنه قصد به الاحتيال على قواعد الإرث المقررة شرعاً إضراراً بحقه فيه ، يجوز له إثبات هذا الاحتيال بأي طريق من الطرق القانونية ، فلا على المحكمة فيما تقضي به من إحالة الدعوى إلى التحقيق لتمكين الطاعنين في التصرف من إثبات حقيقة الواقع فيه بشهادة الشهود [1] [أ] .

كذلك يجوز إثبات ما يخالف الكتابة بالبينة وبالقرائن إذا كان السبب الحقيقي الذي تخفيه الكتابة هو صدور العقد أثناء الحجر على المدين [2] ، أو قيام علاقة غير شرعية بين المدين والدائن [3] ، أو تخفيض ثمن المبيع هرباً من بعض رسوم التسجيل [4] ، أو التحايل على إخفاء الرهن في صورة البيع هرباً من قانون الخمسة الأفدنة [5] ، أو هرباً من ضرورة اتخاذ إجراءات التنفيذ [6] ، أو تمييز بعض الورثة على بعض آخر [7] ، أو غير ذلك من الأسباب غير المشروعة المخالفة للنظام العام [8] .

---

(١) نقض مدني ١١ مايو سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٢٤ ص ٤٩٤ – أنظر أيضاً حكماً آخر في هذا المعنى لمحكمة النقض في دائرتها المدنية في ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٤٦ ص ٢٩٧) .

(أ) أ – الوارث لا يعتبر في حكم الغير بالنسبة للتصرف الصادر من المورث ، إلا إذا كان يستمد حقه في الطعن عليه من القانون مباشرة ، بأن يكون التصرف صادراً بقصد الإضرار بحقه كوارث وتحايلا على قواعد الإرث، كما إذا كان في ظاهره بيعاً منجزاً وهو في حقيقته مضافاً إلى ما بعد الموت ، ويخفي وصية ، أو إذا صدر في مرض المورث فيعتبر إذ ذاك في حكم الوصية ، لأنه في هاتين الصورتين يستمد الوارث حقه من القانون مباشرة، حماية له من تصرف مورثه ، التي قصد بها الاحتيال على قواعد الإرث، التي تعتبر من النظام العام .
(جلسة ١٩٨٣/٦/٧ الطعن رقم ١٤ لسنة ٥٠ ق) .
(جلسة ١٩٨٣/٢/٢٠ الطعن رقم ٤١٣ لسنة ٤٩ ق) .
(جلسة ١٩٨٤/٥/١٦ الطعن رقم ١٠٢٧ لسنة ٥٠ ق س ٣٥ ص ١٣٣٠) .
ب – يقع على المستأجر عبء إثبات صورة القرش على خلاف الثابت بعقد الإيجار . ولمحكمة الموضوع تقدير جدية القرش أو صوريته على ضوء ظروف الدعوى وملابساتها وما تستنبطه من قرائن .
(جلسة ١٩٨٦/٤/٢٨ الطعن رقم ٨٨٦ لسنة ٥٠ق) .

(٢) محكمة استئناف الإسكندرية ٢٨ يناير سنة ١٩٤٧ المحاماة ٢٨ رقم ٤٢٧ ص ١٠٤٧ .

(٣) محكمة استئناف مصر ٢٣ يناير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٤ ص ٦٩ .

(٤) الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٤١٤ مكرر ص ٣٩٠ .

(٥) استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣١٤ .

(٦) الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٢٤٢ ص ٤٥١ .

(٧) استئناف أهلي ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المحاماة ٥ رقم ٣٥٨ ص ٤١٥ .

(٨) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١٠٣ (الاتفاق على أن شخصاً لا يزايد على الأخر) – استئناف مختلط ١٠ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٧٩ (اشتراط مقابل مبالغ فيه من المدين المنزوعة ملكيته في نظير التدخل في المزايدة)– الزقازيق الكلية ٢٢ مايو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٢٣٤ ص٤١٢ =

على أنه يجب أن يعزز الادعاء بوجود تحايل على القانون قيام قرائن قوية تجعل وقوعه محتملا ، حتى يمكن الترخيص بعد ذلك في إثبات هذا التحايل بالبينة وبالقرائن على وجه حاسم [1] .

وننتهي من معالجة هذه المسألة بملاحظتين :

الملاحظة الأولى أنه لا يكفي الترخيص في إثبات ما يخالف الكتابة بالبينة وبالقرائن أن يدعى المتعاقد صورية العقد أياً كان سبب هذه الصورية ، بل يجب أن يكون هذا السبب غير مشروع لمخالفته للنظام العام . أما إذا كان السبب مشروعاً فلا يجوز للمتعاقد أن يثبت صورية العقد المكتوب إلا بالكتابة [2] ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك .

والملاحظة الثانية أن الحكم الذي نحن بصدده — جواز الإثبات بالبينة وبالقرائن لوجود تحايل على القانون — وإن كانت تطبيقاته في الكثرة الغالبة منها ترد كما رأينا في نطاق إثبات ما يخالف الكتابة ، وقد عالجناه في هذا المكان لهذا السبب ، إلا أن ذلك لا يمنع من ورود تطبيقات له في نطاق إثبات وجود التصرف القانوني نفسه ، فيكون استثناء واردا على الشق الأول من قاعدة وجوب الدليل الكتابي . ويقع ذلك عند إثبات الوفاء ، فمن وفى بدين غير مشروع ، وأراد استرداد ما وفى به ، جاز له أن يثبت الوفاء — وهو تصرف قانوني — بالبينة وبالقرائن ، ولو زادت قيمته على خمسمائة جنيه ، لوجود تحايل على القانون [3] .

= (الحصول على اعتراف بالزوجية) — جرجا الجزئية ١٤ يونية سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٤٩ ص ٨٧ (إخفاء معاملة تجارية تحت صورة وديعة لإمكان اتخاذ الإجراءات الجنائية) .

(١) استئناف أهلي ١٢ مايو سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ١٦٢ — ٢ أبريل سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ ص ١٧٢ — ٢٤ مارس سنة ١٩١٤ الشرائع ١ ص ١٤٧ — ٢٠ أكتوبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ ص ٤٦ — ٢٧ يناير سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ ص ١٧٩ — ٢٩ مارس سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٨ ص ١١٩ — استئناف مختلط ٧ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٩٦ — ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢١٤ .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه لا يجوز إثبات الصورية بالقرائن إلا إذا كان العقد يخفي سبباً غير مشروع ، أما الادعاء بأن عقد البيع حرر لتكملة النصاب المقرر للعمدية أو للمشيخة فليس من هذا القبيل ، والصورية المدعى بها يجب إثباتها بالكتابة (٢١ مايو سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ٩ ص ١٧٠) — وأنظر أيضاً حكم محكمة النقض (دائرة مدنية) في ٢١ ديسمبر سنة ١٩٥٠ (مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٣٨ ص ١٩٥) وهو الحكم الذي سبقت الإشارة إليه ويقضي بعدم جواز إثبات الصورية بالبينة أو بالقرائن إذا كان سببها هو إعطاء الشخص مظاهر الثراء ليتيسر زواجه بإحدى العقيلات .

(٣) مثل ذلك ما قضت به المادة ٧٣٩ من التقنين المدني من جواز استرداد من خسر في المقامرة ما أداه للكاسب، وله أن يثبت ما أدى بجميع الطرق . ومثل ذلك أيضاً ما قضت به دائرة النقض من أنه يجوز بوجه عام إثبات ما داخله الغش بالبينة مهما كانت قيمة الالتزام ، فيجوز الإثبات بالبينة فيما يشبه النصب وفيما قام على الغش، كحالة ما إذا حصل شخص على نقود يزيد مقدارها عما تجوز البينة فيه من امرأة في سبيل إحضار زوجها الغائب غيبة مريبة (٨ مارس سنة ١٩٢٩ المحامـــاة ٩ ص ٨٢٠) .

المبحث الثاني

الاستثناءات

٢٠٥ – نوعان من الاستثناءات : قدمنا أن هناك أحوالا استثنائية يجوز فيها الإثبات بالبينة وبالقرائن ، حتى لو زادت قيمة الالتزام على خمسمائة جنيه ، وحتى لو كان المراد إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها . فتكون هذه الأحوال إذن استثناء من قاعدة وجوب الدليل الكتابي بشقيها .

وهذه الاستثناءات ، كما أسلفنا القول ، نوعان :

(النوع الأول) أحوال يقوم فيها دليل كتابي غير كامل يجعل وجود التصرف القانوني المدعى به قريب الاحتمال ، وهذا الدليل الكتابي غير الكامل يسمى بمبدأ الثبوت بالكتابة (commencement de preuve par écrit) .

(والنوع الثاني) أحوال يقوم فيها مانع ، إما من الحصول على دليل كتابي ، وإما من تقديم هذا الدليل بعد الحصول عليه لفقده بسبب أجنبي [1] .

---

(١) وكل نوع من هذين النوعين من الاستثناءات مستقل عن الآخر . فقد يوجدان معاً ، ويختار الخصم عندئذ التمسك بأيهما . مثل ذلك أن يكون الخصم قد اجتمع عنده دليل كتابي كامل، ثم فقده بسبب أجنبي ، وفي الوقت ذاته عثر على مبدأ ثبوت بالكتابة . فله إما أن يتمسك بمبدأ الثبوت بالكتابة ويعززه بالبينة أو بالقرائن، وإما أن يتقدم لإثبات دعواه بالبينة أو بالقرائن دون أن يقدم مبدأ الثبوت بالكتابة وذلك بعد أن يثبت فقده الدليل الكتابي الكامل بسبب أجنبي . وقد يوجد أحد الاستثنائين دون الآخر، فيتمسك به الخصم. ويتحقق ذلك في المثل المتقدم إذا ضاع الدليل الكتابي الكامل بإهمال من الخصم ، فليس أمامه في هذه الحالة إلا أن يتمسك بمبدأ الثبوت بالكتابة يعززه بالبينة أو بالقرائن (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٣ مكرر ص ٣٤٢ – بارتان على أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ هامش رقم ١ مكرر ٣ – بودري وبارد ٤ فقرة ٢٦١٦ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٤٣ ص ١٠٠٤) .

هذا ويلاحظ أن البينة والقرائن في حالة فقد الدليل الكتابي الكامل تكون دليلا بدلياً ، وليست دليلا أصليا كما هي في حالة إثبات التصرف الذي لا تزيد قيمته على خمسمائة جنيه . وهي في حالة مبدأ الثبوت بالكتابة دليل تكميلي ، وليست دليلا أصلياً ولا دليلا بدلياً . وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٠ ص ٩٨٥) .

المطلب الأول

مبدأ الثبوت بالكتابة [1]

٢٠٦ – النصوص القانونية : تنص المادة ٦٢ من قانون الإثبات (تقابلها المادة ٤٠٢ من التقنين المدني الملغاة) على ما يأتي :

" يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة " .

" وكل كتابة تصدر من الخصم ، ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال ، تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة [2] " .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٨٢/٢١٧ [3] .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البينات السوري المادة ٥٦، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٩٠ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المادة ٢٤٢ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٨٩ [4] .

---

(١) أنظر في هذا الموضوع : هنري مازو (H. Mazeaud) في الفكرة القانونية من مبدأ الثبوت بالكتابة المنصوص عليه في المادة ١٣٤٧ من التقنين المدني الفرنسي ، رسالة من ليون سنة ١٩٢١ – مانويل (Manuel) في مبدأ الثبوت بالكتابة، رسالة من جرينوبل سنة ١٩٣٧ – روجيه برو (Roger Perrot) في مبدأ الثبوت بالكتابة في موسوعة داللوز في القانون المدني ١ ص ٦٩٧ (Encyclopédie Dalloz, Droit Civil) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٤٠ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " ١ – يجوز الإثبات بالبينة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة . ٢ – وكل كتابة تصدر من الخصم ، ويكون من شأنها أن تجعل وجود العقد المدعى به قريب الاحتمال ، تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة " . وفي لجنة المراجعة أضيفت عبارة : " فيما كان يجب إثباته بالكتابة " في الفقرة الأولى ليكون المعنى أدق ، وأصبح رقم المادة ٤١٥ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب بعد استبدال كلمة " التصرف " بكلمة " العقد " في الفقرة الثانية منها . ووافقت عليها لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٠٢ ، ثم مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٠٥ و ص ٤٠٨ – ص ٤٠٩) .

(٣) وكانت المادة ٢٨٢/٢١٧ من التقنين المدني السابق تجرى على الوجه الآتي : " ومع ذلك فالإثبات بالبينة أو بقرائن الأحوال يجوز قبوله إذا كان الدين أو التخلص منه صار قريب الاحتمال بورقة صادرة من الخصم المطلوب الإثبات عليه " . ونرى من ذلك إلا فرق في الحكم ما بين التقنين المدني الجديد والتقنين المدني القديم في هذا الموضوع ، رغم الاختلاف في العبارة .

(٤) نصوص التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السوري م ٥٦ : ١ – يجوز الإثبات بالشهادة في الالتزامات القانونية حتى لو كان المطلوب تزيد قيمته على مائة ليرة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة . ٢ =

ويقابل في التقنين المدني الفرنسي المادة ١٣٤٧ [١] .

٢٠٧ – نطاق مبدأ الثبوت بالكتابة : ويتبين من نص قانون الإثبات أنه إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة – بالشروط التي سنفصلها – جاز إثبات التصرف القانوني بالبينة أو بالقرائن أو بهما معاً ، أي أن البينة والقرائن تأتي معززة لدليل كتابي ناقص فتكمله [٢] .

– – ومبدأ الثبوت بالكتابة هو كل كتابة تصدر عن الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود العقد المدعى به قريب الاحتمال . (ويلاحظ أن الفقرة الأولى من هذا النص قاصرة ، حيث تقول : حتى لو كان المطلوب تزيد قيمته على مائة ليرة ، وكان الأولى أن يقال بدلا من ذلك: فيما كان يجب إثباته بالكتابة ، حتى يرد الاستثناء على قاعدة وجوب الدليل الكتابي بشقيها، فيشمل ما إذا كان المطلوب تزيد قيمته على مائة ليرة وما إذا كان المراد إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها . كذلك كان الأفضل استعمال عبارة " التصرف القانوني " بدلا من عبارة " الالتزامات التعاقدية " ، إذ العبارة الأولى أعم من العبارة الثانية . وفيما عدا ذلك يتفق التقنين السوري مع نص التقنين المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٤٩٠ : تطابق نص المادة ٥٦ من قانون البينات السوري ، ويرد عليها نفس الاعتراضات .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٢٤٢ : تقبل البينة الشخصية ..... ٣) إذا وجدت بداءة بينة خطية ، أي مخطوطة ولو خالية من التوقيع ، صادرة من المدعى عليه أو عمن يمثله ، يجعل الواقعة المزعومة قابلة للتصديق . (وهذا النص يتفق في حكمه مع نص التقنين المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣٨٩ : تطابق المادة ٤٠٢ من التقنين المدني المصري .

(١) التقنين المدني الفرنسي م ١٣٤٧ : ١ – ويستثنى من القواعد المتقدم ذكرها (أي من وجوب الدليل الكتابي في إثبات تصرف تزيد قيمته على ٥٠٠٠ فرنك وفي إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها) الأحوال التي يوجد فيها مبدأ ثبوت بالكتابة . ٢ – ويقصد بمبدأ الثبوت بالكتابة كل ورقة مكتوبة صادرة من الخصم الموجه إليه الطلب أو من شخص يمثله هذا الخصم ، ويكون من شأنها أن تجعل الورقة المدعى بها قريبة الاحتمال . (هذا ومبدأ الثبوت بالكتابة عرف في القانون الفرنسي القديم عقب صدور أمر مولان عن طريق القضاء ، واستقر في نصوص الأمر الصادر في سنة ١٦٦٧ ، وانتقل إلى بوتييه ، ومنه إلى التقنين المدني الفرنسي على الوجه الذي نراه : بودري وبارد ٤ فقرة ٢٥٨٠ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣١ – بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٧٢) .

Art. 1347 : Les régles ci-dessus reçoivent exception lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit. On appelle ainsi tout acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué.

(٢) ذلك أن البينة والقرائن تستند في هذه الحالة إلى ورقة مكتوبة ، فيمكن أن يضفي عليها من الثقة ما يعوزها لو لم تستند إلى الورقة المكتوبة (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣١) . وقد قدمنا أن البينة والقرائن تعتبر في هذه الحالة دليلا تكميلياً لا دليلا أصلياً ، ولكنها دليل ضروري وبغيره يكون الإثبات ناقصاً (استئناف مختلط ٩ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٤٣) وسنرى أنه يجوز أن يكون الدليل التكميلي لمبدأ الثبوت بالكتابة هي اليمين المتممة ، لا البينة ولا القرائن .

ومبدأ الثبوت بالكتابة [1] ، معززاً بالبينة أو بالقرائن يكون دليلا كاملا في كل ما كان يجب إثباته بالكتابة . فيكون دليلا كاملا على : (١) تصرف قانوني تزيد قيمته على خمسمائة جنيه (٢) ما يخالف الكتابة أو يجاوزها (٣) تصرف قانوني اشترط القانون بنص خاص أن يكون إثباته بالكتابة كالصلح والكفالة . ولكنه لا يصلح دليلا على تصرف شكلي كالهبة والرهن الرسمي، إذ هو لا يحل محل الشكل ، فإن الشكل ذاته ركن في التصرف [1] .

= وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا المعنى ما يأتي : " وينبغي التنويه بما لتعيين السمة الخاصة التي يمتاز بها هذا الاستثناء مع بالغ الأهمية ، ذلك أنه يجعل الإثبات بالبينة جائزاً إذا جاوزت القيمة مبلغ عشرة جنيهات من ناحية ، ويجعله جائزاً كذلك لنقص الثابت كتابة وإقامة الدليل على الإضافة إليه من ناحية أخرى . فمتى وجد مبدأ ثبوت بالكتابة بشأن الالتزام المدعى به جاز الإثبات بالبينة ، فهي بهذا الوصف تكمل ما يعتور الدليل المستخلص من هذا المبدأ من نقص وقصور . وينهض لتوجيه هذا الحكم ما هو ملحوظ من أن مبدأ الثبوت بالكتابة يجعل الواقعة المدعى بها قرينة الاحتمال . ويعتبر هذا الوجه ضماناً كافياً للحد من الأخطار التي تكتنف الإثبات بالبينة . ثم إن البينة لا تكون في هذه الحالة إلا دليلا مكملا أو متمماً " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٠٦) — هذا ويفسر عادة مبدأ الثبوت بالكتابة في كثير من التوسع حتى تنكسر حدة التنظيم القانوني للإثبات . فتقبل البينة والقرائن في مواضع تقضي العدالة بقبولها فيها ، وما كانت لتقبل لولا فكرة مبدأ الثبوت بالكتابة . فهذه الفكرة إذن تتدارك كثيراً مما تفوته الصرامة التي تنطوي عليها دقة تنظيم الإثبات ، وهي صمام الأمان الذي يكفل لقواعد الإثبات أن تسرى في رفق ويسر (بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٧٢) .

(1) مبدأ الثبوت بالكتابة له ما للكتابة من قوة في الإثبات متى أكمله الخصوم بشهادة الشهود أو بالقرائن .
(جلسة ١٩٩٣/٥/١٢ الطعن رقم ١٣٧١ لسنة ٥٨ ق) .
(جلسة ١٩٩١/١/١٦ الطعن رقم ١٠٥٧ لسنة ٥٤ ق) .
(جلسة ١٩٨٧/١/١٤ الطعن رقم ٦٣٥ لسنة ٥٢ ق السنة ٣٨ ص ١٠٩) .

(١) ومع ذلك تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذه المسألة ما يأتي : " أما فيما يتعلق بنطاق تطبيق هذا النص فليس شك في أنه لا يسرى حيث تكون الكتابة شرطاً من شروط صحة الالتزام يترتب البطلان على تخلفه ولو كانت القيمة أقل من عشرة جنيهات ، كما هو الشأن في المحررات الرسمية . ذلك أن الكتابة أو الأوضاع الشكلية لا تكون في هذه الحالة مجرد دليل فحسب، بل تعتبر ركناً أو شرطاً من شروط الصحة الموضوعية . على أن الخلاف قد أثير في الفقه بصدد الالتزامات التي يشترط فيها القانون الكتابة دون أن ينص على البطلان ، ولا سيما بالنسبة للإيجار (وكان التقنين المدني السابق يشترط في إثباته الكتابة) . والرأي أن الالتزام يترتب صحيحاً في هذه الحالة ، ولكن لا يمكن إثباته إلا بالإقرار أو اليمين ، لأن البينة قد استبعدت صراحة بالنص ، فليس يجوز العود إليها من طريق غير مباشرة بالالتجاء إلى مبدأ الثبوت بالكتابة " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٠٦) . هذا وكانت المادة ٤٤٦/٣٦٣ من التقنين المدني السابق تنص على أن " عقد الإيجار الخاص بغير كتابة لا يجوز إثباته إلا بإقرار المدعى عليه أو امتناعه عن اليمين إذا لم يبدأ في تنفيذ العقد المذكور " . وكان القضاء في ظل التقنين السابق (قبل أن يخضع التقنين الجديد عقد الإيجار لقواعد الإثبات العامة) يقضي بأنه لا يجوز إثبات عقد الإيجار بمبدأ ثبوت بالكتابة ولو عززته البينة والقرائن . وقد دافع الفقيهان أوبري ورو بإسهاب عن جواز إثبات عقد الإيجار في القانون الفرنسي بمبدأ ثبوت =

٢٠٨ – أركان مبدأ الثبوت بالكتابة : وحتى يكون هناك مبدأ ثبوت بالكتابة يجب ، وفقا للنص الذي قدمناه ، أن تتوافر أركان ثلاثة : (١) أن تكون هناك ورقة مكتوبة . (٢) وأن تكون هذه الورقة صادرة من الخصم الذي يحتج بها عليه أو ممن يمثله . (٣) وأن يكون من شأن هذه الورقة أن تجعل وجود التصرف القانوني قريب الاحتمال [١] .

§ ١ – وجود ورقة مكتوبة

٢٠٩ – الأعمال المادية لا تكون مبدأ ثبوت بالكتابة : لابد لتوافر الركن الأول من وجود ورقة مكتوبة . أما مجرد الأعمال المادية ، إيجابية كانت أو سلبية، ولو كانت ثابتة بالبينة أو بالقرائن ، فلا تكفي . ويترتب على ذلك أن تنفيذ الالتزام ، إذا انطوى على أعمال مادية محضة كبناء منزل أو نقل بضاعة ، وثبت بغير الكتابة كما هو الشأن في هذه الأعمال إذ تثبت عادة بالبينة أو بالقرائن أو بالمعاينة ، فإنه لا يصلح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة . أما إذا كان تنفيذ الالتزام ينطوي على تصرف قانوني كالوفاء بمبلغ من النقود ، فلابد من إثبات هذا التنفيذ وهو تصرف قانوني بورقة مكتوبة إذا زادت القيمة على خمسمائة جنيه . وهذه الورقة – سواء كانت دليلا كتابياً كاملا على التنفيذ أو لم تكن إلا

= بالكتابة معززاً بالبينة أو بالقرائن (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٣ مكرر ٣ هامش رقم ٥ – وأنظر أيضاً في هذا المعنى بودري وبارد ٤ فقرة ٢٦١٧ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٤٣ ص ١٠٠٥) . ويبدو أن محكمة النقض في مصر تظاهر هذا الرأي فيما يتعلق بعقد شركة التضامن . فقد قضت بأن عقد شركة التضامن ليس من العقود الشكلية حتى يبطل إذا لم تحرر به كتابة ، بل حكمه حكم سائر التعهدات التي يشترط فيها الإثبات بالكتابة ، إذا أن المادة ٤٦ من قانون التجارة لم تنص على وجوب الكتابة إلا لبيان نوع الدليل الذي يقبل في إثبات شركة التضامن ، كما نصت المادة ٢١٥ مدني على وجوب الإثبات بالكتابة إذا زادت قيمة المتعهد على ألف قرش . ولما كان مبدأ الثبوت بالكتابة يقوم في التعهدات المدنية مقام الإثبات بالكتابة إذا أيدته الشهود والقرائن ، فمن باب أولى في مسألة تجارية ، لأن القاعدة في المواد التجارية أنه يجوز الإثبات بغير الكتابة طبقاً للمادة ١١٥ المذكورة (نقض مدني ٢٨ أبريل سنة ١٩٤٤ المحاماة ٢٦ رقم ٢٩٧ ص ٨٦٩) . والأولوية التي تشير إليها محكمة النقض للمسائل التجارية في الإثبات بغير الكتابة ليس من شأنها أن تمنع قيام مبدأ الثبوت بالكتابة معززاً بالبينة أو بالقرائن مقام الدليل الكتابي الكامل في التصرفات التجارية والتصرفات المدنية على السواء .

(١) ويقول الأساتذة بلانيول وريبير وجابولد أن القضاء الفرنسي يتوسع في تفسير الركن الأول من مبدأ الثبوت بالكتابة المتعلق بمادته (substance) ، ويضيق من تفسير الركن الثاني المتعلق بمصدره (origine) ، ويستبقى لقاضي الموضوع سلطانه في تقدير الركن الثالث المتعلق بدلالته (pertinence) (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣١ ص ٩٨٦) .

مبدأ ثبوت بالكتابة — تكون في الوقت ذاته مبدأ ثبوت بالكتابة بالنسبة إلى إثبات وجود الالتزام . فإذا كان الوفاء منصباً على مبلغ لا يزيد على خمسمائة جنيه وكان هذا هو كل الدين ، فإثبات الوفاء يجوز بالبينة وبالقرائن ، ولكننا في هذه نكون في غير حاجة إلى مبدأ ثبوت بالكتابة لإثبات الالتزام ذاته ، إذ يجوز إثباته هو أيضاً بالبينة وبالقرائن .

وقد يكون مبدأ الثبوت بالكتابة أعمالا مادية تسجل بعد ذلك في ورقة مكتوبة ، فعند ذلك تكون هذه الورقة المكتوبة — لا الأعمال المادية — هي مبدأ الثبوت بالكتابة [1] .

٢١٠ — الشروع في الوفاء : وقد كان التقنين المدني السابق ينص في المادة ٢٨٦/٢٢١ منه على أن " الشروع في الوفاء يصح أن يكون عند الاقتضاء سبباً للقاضي في أن يأذن بالإثبات بالبينة " . ولم يستبق التقنين الجديد هذا النص ، وقد كانت هناك فائدة في استبقائه ، إذ يتميز في بعض صوره عن مبدأ الثبوت بالكتابة . ذلك أن الشروع في الوفاء قد يكون عملا مادياً محضاً ، فيثبت بغير ورقة مكتوبة . وكان في هذه الحالة ، وفقاً لنص المادة ٢٨٦/٢٢١ من التقنين المدني السابق ، يصلح سبباً للقاضي في أن يأذن في الإثبات بالبينة . أما بعد أن أغفل التقنين المدني الجديد إيراد هذا النص ، فلم يعد الشروع في الوفاء يصلح في هذه الحالة أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة يجيز الإثبات بالبينة [2] .

وإذا كان الشروع في الوفاء تصرفاً قانونياً كالوفاء بمبلغ من النقود أو دفع الفوائد، فإن كان المبلغ الموفى به أكثر من خمسمائة جنيه فلابد في إثبات الوفاء من ورقة مكتوبة . وعندئذ تصلح هذه الورقة مبدأ ثبوت بالكتابة لإثبات الالتزام ذاته ، دون حاجة إلى استبقاء

---

(١) بل لقد بلغ الأمر حد الاستغناء عن إبراز الورقة المكتوبة ذاتها ، إذ ثبت وجودها وكذلك مشتملاتها عن طريق الإقرار أو اليمين ، لا عن طريق البينة أو القرائن (بودري وبارد ٤ فقرة ٢٥٨٥ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٢ ص ٩٨٩ — دي باج ٣ فقرة ٨٩٣ — الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٢٢٣ ص ٤٠٧ . ويجب أن يذكر الإقرار ما هي الورقة المكتوبة وما الذي تشتمل عليه من بيانات (نقض مدني ٢٧ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٧٩ ص ٣٨٧ . ويتبين من ذلك أن الورقة لم تعد هي ذاتها مبدأ الثبوت بالكتابة ، بل هي ليست إلا مجرد دليل عليه ، وهي دليل يمكن الاستغناء عنه بالإقرار وباليمين (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٢ ص ٩٨٩ — بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٧٤ ص ٣٥٧) .

(٢) فإذا كان الشروع في التنفيذ المادي قد ثبت ، ولو بالبينة أو بالقرائن ، أنه وقع قبل ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، جاز أن يكون سبباً لإثبات الالتزام الذي تزيد قيمته على عشرة جنيهات بالبينة أو بالقرائن وفقاً لأحكام التقنين المدني السابق . أما منذ ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ فلم يعد هذا المشروع المادي صالحاً إلا أن يكون مجرد قرينة قضائية ، لا يجوز قبولها إذا زادت قيمة الالتزام على خمسمائة جنيه أو كان المراد إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها .

نص المادة ٢٨٦/٢٢١ من التقنين السابق . أما إذا كان الالتزام يزيد على خمسمائة جنيه ، فلا يجوز إثبات الوفاء الجزئي بشهادة الشهود والقرائن ، ولو كان المبلغ الموفى به لا يزيد عن خمسمائة جنيه ، بل يتعين أن يكون الوفاء ثابت بورقة مكتوبة، وهنا أيضاً تصلح هذه الورقة مبدأ ثبوت بالكتابة لإثبات الالتزام ذاته دون حاجة إلى استبقاء نص المادة ٢٨٦/٢٢١ [١] من التقنين المدني السابق .

ويخلص من ذلك أن المادة ٢٨٦/٢٢١ من التقنين المدني السابق ، إذا كان يستطاع الاستغناء عنها في حالةٍ ما إذا كان الشروع في الوفاء ينطوي على تصرف قانوني ، إلا أنه كانت هناك فائدة في استبقائها في حالة ما إذا كان الشروع في الوفاء ينطوي على عمل مادي [٢] . وأصبحت الفائدة في استبقائها محققة بعد العمل بأحكام قانون الإثبات الذي جعل العبرة في الوفاء الجزئي يعتمد الالتزام الأصلي محل الوفاء (م ٤/٦٠ إثبات) .

٢١١ – أية كتابة تصلح مبدأ ثبوت بالكتابة : وكل كتابة تصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة ، أياً كان شكلها وأياً كان الغرض منها .

فسند غير موقع – إذ السند الموقع يكون دليلا كتابياً كاملا – ودفاتر تجارية ، وسجلات وأوراق منزلية ، ومراسلات موقعة كانت أو غير موقعة ، ومؤرخة أو غير مؤرخة، وموجهة إلى من يحتج بها أو موجهة إلى الغير مادام يمكن تقديمها إلى القضاء ،

---

(١) وعند ذلك فقط – أي في حالة الشروع في الوفاء إذا انطوي على تصرف قانوني لا في حالة الشروع في الوفاء المادي – يصدق ما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد على الوجه الآتي : " ومن أمثلة الأوراق التي تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة المحررات المثبتة لبدء التنفيذ أو للوفاء بالفوائد أو الإيرادات، وقد أفرد لها التقنين المصر (السابق) المادتين ٢٢١ – ٢٨٦/٣٢٢ – ٢٨٧ . ولما كان الملحوظ في أحكام هاتين المادتين أنها ليست سوى تطبيق للقاعدة العامة، لذلك لم تر ضرورة للنص عليها ، إذ في تعريف مبدأ الثبوت بالكتابة ما يغني عنها ، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٠٧) .

وقد كان التقنين المدني السابق يشتمل على نص آخر ، لم يستبقه التقنين المدني الجديد ، هو المادة ٢٨٧/٢٢٢ ، وكان هذا النص يقضي بأن " دفع الفوائد يكون سبباً لجواز إثبات أصل الدين بغير الكتابة ". ولما كان دفع الفوائد ليس إلا شروعاً في الوفاء بالدين عن طريق تصرف قانوني لا عن طريق عمل مادي ، فإن مبدأ الثبوت بالكتابة يغني عن استبقاء المادة ٢٨٧/٢٢٢ ، كما بينا فيما قدمناه . (أنظر في هذه المسألة الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٢٣٠ – الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة ص ٢٠٧) .

(٢) وهذا ما جعل التقنين المدني الإيطالي السابق الصادر في سنة ١٨٦٥ يورد هذا النص في المادة ١٣٥٤ منه . وقد نقل عنه التقنين المدني المصري السابق نص المادة ٢٨٦/٢٢١ . واستبقى المشروع الفرنسي الإيطالي نص التقنين الإيطالي في المادة ٣٠٥ منه . وكان من الخير استبقاء نص المادة ٢٨٦/٢٢١ فإنه يسد فراغاً ، ولا يمكن أن يستغني عنه في جميع صوره بمبدأ الثبوت بالكتابة كما رأينا (أنظر في هذه المسألة الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٢٢٩) .

وتأشيرات على سند الدين ، كل هذه تصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة ، هذا إذا لم تكن دليلا كاملا في الحالات التي نص القانون فيها على ذلك وقد تقدم بيانها [1] .

كذلك يصلح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة محاضر الجرد ، ودفاتر الحساب ، والإيصالات [1] ، والمخالصات [2] ، والتأشيرات المدونة في هامش الأوراق والسندات أو في ظهرها، والمذكرات الشخصية ولو كانت مدونة في أوراق منثورة ، وصور الأوراق الرسمية، وصور الأوراق العرفية كصورة العقد المسجل [2] [1] .

---

(1) من المقرر أن عدم تجزئة الإقرار الموصوف أو المركب – المتخذ كدليل في الدعوى – محله ألا يكون فيها دليل غيره ، أما إذا وجد دليل آخر كالبينة ، أو أريد اتخاذ الإقرار كمقدمة دليل كتابي ، فإنه يكون من الجائز تجزئته والأخذ ببعضه دون البعض الآخر ، واعتبار ما اجتزء منه مبدأ ثبوت بالكتابة .
(جلسة ١٩٨٢/١٢/٢٨ الطعن رقم ٥٩٩ لسنة ٤٧ ق) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الإيصال المعطى من البائع لمن استرد منه عقد البيع الذي كان قد أودعه إياه يجوز للمشترى أن يعتمد عليه في إثبات حصول البيع له ، متى كان قد حصل عليه برضا المودع لديه (نقض مدني ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٧٨ ص ٢٧٩) . وقضت دائرة النقض الجنائية بأنه إذا أخذ أحد ضباط القرعة قيمة البدل العسكري من والد أحد المقترعين وبددها ، وزور شهادة معافاة باسم المقترح المذكور ، فإن هذه الشهادة المزورة تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة بالنسبة إلى تسلم المبلغ (٧ يناير سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٣ ص ٤) . وقضت محكمة استئناف مصر بأن الإيصال المحرر من أحد شخصين بقبض مبلغ من الآخر على ذمة المزايدة يعد مبدأ ثبوت بالكتابة (٢١ فبراير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٢٠٩ ص ٢٧٦). وقضت محكمة جرجا بأنه إذا قدم المدين ورقة تفيد بأنه بعد تاريخ استحقاق الدين داين هو الدائن بدين آخر ، اعتبرت هذه الورقة مبدأ ثبوت بالكتابة على المخالصة من الدين الأول (٢٧ فبراير سنة ١٩٢٦ المحاماة ٨ رقم ٣٨٢ ص٥٨٥) .

(2) إذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتمد في استخلصه من المخالصات والمستندات ، على المعنى الظاهر لها وبين الاعتبارات المقبولة المؤدية لما ذهب إليه ، وكان لا مانع من اعتبار الورقة دليلا كاملا على إثبات تصرف معين وفي ذات الوقت مبدأ ثبوت بالكتابة بالنسبة لتصرف آخر ، وتقدير ما إذا كانت الورقة المتمسك بها من الخصم تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة هو من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع .

(٢) وقد تقدم بيان أن الصورة الفوتوغرافية للعقد المسجل تعتبر على الأقل مبدأ ثبوت بالكتابة . كذلك الشهادة التي تستخرج من دفتر التصديقات على الإمضاءات والأختام الموقع بها على المحررات العرفية هي صورة رسمية لما يدون في هذا الدفتر من ملخص للمحرر ، وليست صورة للورقة العرفية، ولذلك فإنه يجوز الاستناد إليها كمبدأ ثبوت بالكتابة في إثبات هذا العقد (نقض مدني ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٧٨ ص ٢٧٩) . ولكن محكمة النقض قضت ، لإثبات صورية العقد ، بأنه إذا كان الحكم لم يعتمد في صورية عقد البيع على شهادة من واقع دفتر التصديق على التوقيعات ، بل اطلعت المحكمة على كتابة مدونة في الدفتر المذكور بها إمضاء للمقر وقع به أمام الكاتب المختص ، فإنه يكون قد اعتمد على سند كتابي صالح للاحتجاج به على الموقع وعلى خلفائه لا على صورة لمحرر عرفي مجرد من أية قيمة في الإثبات (نقض مدني أول ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٣ ص ٤٨) . ويبدو أن المحكمة اعتبرت الشهادة التي تستخرج من دفتر التصديقات مبدأ ثبوت بالكتابة ، أما الكتابة المدونة في دفتر التصديقات فاعتبرتها دليلا كتابيا كاملا .

وتصلح الأوراق القضائية ونحوها من الأوراق أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة ، حتى لو كانت أوراقاً في قضية أخرى ، وذلك كالبيانات المدونة في أسباب الحكم [1] ، وما ورد في محاضر الجلسات ومحاضر التحقيق [2] ، والإقرارات التي تدون في مذكرات الخصوم ولو أمضاها الوكلاء عنهم [3] ، والبيانات التي تقدم لمصلحة الشهر العقاري أو لمصلحة البريد أو للمصالح الحكومية الأخرى وتدون في أوراق رسمية [4] .

ويجوز أن يستخلص مبدأ الثبوت بالكتابة من مجموع أوراق متفرقة لا من ورقة واحدة ، كما إذا كانت الورقة الصادرة من الخصم تشير إلى ورقة أو أوراق أخرى غير صادرة منه ولكنها هي ، دون الأوراق الأخرى ، التي تجعل وجود التصرف القانوني قريب الاحتمال [5] (1) .

---

(1) متى كان الحكم الابتدائي قد قضي بإلزام الطاعن بمبلغ مقابل ثمن أطيان كلف ببيعها من مورث المطعون عليهم ، وكان الطاعن قد تمسك في دفاعه لدى محكمة الاستئناف بأنه أوفى ثمن هذه الأطيان للمورث المذكور مستنداً إلى محضري صلح موقعا عليهما من المورث باعتبارهما ورقتين صادرتين من خصمه في تاريخ لاحق لتاريخ بيع الأطيان ، لم ينص فيهما على مديونيته للمورث بأي التزام لا بصفته الشخصية ولا بصفته وكيلا عنه ، وأنهما يصلحان لأن يكونا مبدأ ثبوت بالكتابة يجعلان دفاعه بعدم مديونيته في ثمن الأطيان قريب الاحتمال وطلب إحالة الدعوى على التحقيق لإثبات هذا الدفاع ، فإن الحكم المطعون فيه إذ أغفل الرد على هذا الطلب يكون قد شابه قصور ، مبطل له بما يستوجبه نقضه في هذا الخصوص .
(جلسة ١٩٥٣/٤/٩ الطعن رقم ٣١٤ لسنة ٢٠ ق) .

(١) استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٦٧ .

(٢) وقد قضت دائرة النقض الجنائية بأن أقوال المتهم في أثناء التحقيق يمكن أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة إذا احتوت على تناقض أو تبيان يدل على سوء نية ، ولم تكن هذه الأقوال ظاهرة بحيث تكون اعترافاً صريحاً (١٥ نوفمبر سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٢٨ — استئناف مصر ٧ أبريل سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ١ ص ٢٢ — الإسكندرية ١٧ فبراير سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ٩ رقم ١٠٥) — وقضت محكمة استئناف مصر أيضاً بأن المحضر الذي يحرره قمص بدار البطريركية بأن زوجة المورث اشترت من مال زوجها المنزل موضوع النزاع رغم إنكارها بصمتها على هذا المحضر يعد مبدأ ثبوت بالكتابة (٢٢ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٣٢ ص ٩٨٧) .

(٣) استئناف مصر ٨ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٧ رقم ١٠ ص ١٧ .

(٤) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : " فالشرط الأول هو وجود كتابة أو محرر عام الدلالة — فلفظ الكتابة يصرف إلى أوسع معانيه — فهو يشمل كل ما يحرر دون اشتراط شكل ما أو وجود توقيع. وذلك استعمل النص عبارة " فكل كتابة " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٠٧) .

(٥) بارتان على أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ ص ٣٤٧ و ص ٣٤٨ وهامش رقم ٦ مكرر ٣ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ٢٠٠٠ ص ٩٨٨ — ومن باب أولى إذا قدمت في الدعوى قصاصات ورق مجموعة بعضها إلى بعض بطريق اللصق ، فاستدلت المحكمة منها على أنها أجزاء لأصل واحد ، واعتبرتها ، لا ورقة ضد كاملة ، بل مبدأ ثبوت بالكتابة ، فذلك ليس فيه خطأ في تطبيق القانون (نقض مدني ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٧ ص ٨٧) .

٢١٢ – السندات الباطلة : والسند الرسمي إذا كان باطلا – أياً كان سبب بطلانه – وكان موقعاً من ذي الشأن ، تكون له قيمة الورقة العرفية كما سبق القول . فمن باب أولى يصلح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة إذا لم يكن صالحاً لأن يكون دليلا كتابيا كاملا.

أما إذا كان السند الرسمي الباطل غير موقع من ذوي الشأن ، وكان عدم التوقيع راجعاً إلى جهل ذي الشأن الكتابة أو عدم استطاعته إياها أو رفضه للتوقيع . فإنه يصلح كذلك أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة [1] . وقد رأينا أن الورقة الرسمية الباطلة ، إذا كانت غير موقعة من المدين ، لا تكون لها قيمة الورقة العرفية ، حتى لو كان الموثق قد ذكر فيها عجز المدين عن التوقيع ، ولكنها في هذه الحالة تصلح ، كما قدمنا ، أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة . أما إذا كان السند الرسمي الباطل غير موقع عليه ، لا لجهل بالكتابة أو عدم استطاعة لها أو رفض للتوقيع ، فإنه يكون مجرد مشروع لم يتم ، ولا تكون له قيمة الورقة العرفية ، ولا يصلح كذلك أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة . وإذا كان السند الرسمي الباطل صادراً من عدة مدينين متضامنين ولم يوقعه إلا بعض هؤلاء ، فلا تكون له قيمة الورقة العرفية ، وكذلك لا يصلح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة ، لا بالنسبة إلى من لم يوقع لعدم

---

(1) – إذا قدمت في الدعوى قصاصات ورق مجموعة بعضها إلى بعض بطريق اللصق على أنها تضمنت شروط استرداد العين المبيعة فاستدلت المحكمة منها ومن ترتيب العبارة الواردة بها وخصوصا ما يتعلق بالعين ومقدارها وحق استردادها ، مع اتحاد الخط والحبر والورقة ووجود توقيع بصمة ختم المشترى على إحداها ، استدلت من ذلك على أن هذه البقايا هي أجزاء لأصل واحد ، فاعتبرتها – لا ورقة ضد كاملة – بل مبدأ ثبوت بالكتابة أكملته بما استخلصته من شهادة الشهود والقرائن التي أوردتها ، وبناء على ذلك قضت بأن العقد وإن كتب في صورة عقد بيع بات هو في حقيقته يخفي رهنا فذلك ليس فيه خطأ في تطبيق القانون .
(جلسة ١٩٥١/١١/٢٢ الطعن رقم ١٩٧ لسنة ١٩ ق) .

– متى كان الواقع هو أن الطاعن أقام الدعوى على المطعون عليهم وطلب الحكم بإلزامهم بمبلغ معين بموجب سند ذكر فيه أن هذا المبلغ سلم لهم على سبيل القرض ، فدفع المطعون عليهم الدعوى بأن المبلغ المطالب به ليس قرضاً وإنما هو ثمن حصة في ماكينة اشتروها من الطاعن بموجب عقد بيع محرر في تاريخ تحرير السند وكان الحكم المطعون فيه إذا اعتبر عقد البيع مبدأ ثبوت بالكتابة يجيز للمطعون عليهم تكملة إثبات دفاعهم بالبينة قد قرر أن هذا العقد هو ورقة صادرة من الطاعن ومحرره مع السند موضوع الدعوى في مجلس واحد ، علاوة على اتحادهما في خط الكاتب لها والشهود الموقعين عليها والمداد المحررين به ، كما أنه يستبعد أن يشترى المطعون عليهم حصة الطاعن في الماكينة وأن يدفعوا إليه الثمن ويقترضوا في نفس مجلس العقد المبلغ المحرر به السند ، إذ قرر الحكم ذلك فإنه يكون قد استند إلى أدلة مسوغة تؤدي إلى النتيجة التي رتبها عليها ، وليس فيما قرره مخالفة للقانون .
(جلسة ١٩٥٣/٣/٥ الطعن رقم ٢٣٦ لسنة ٢٠ ق) .

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٢ ص ٩٨٧ .

التوقيع ، ولا بالنسبة إلى من وقع لأنه لم يوقع إلا كمدين متضامن مع آخرين فلو صلحت مستنداً ضده لفقد حق الرجوع على من لم يوقع من هـؤلاء المدينين [1] .

والسند العرفي ، إذا كان باطلا لعدم التوقيع عليه ، يصلح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة إذا كان مكتوباً بخط المدين أو كان صادراً منه أو ممن يمثله [2] . وكذلك السند العرفي الموقع عليه أو الصادر من المدين ، دون ذكر لمقدار الدين ، يصلح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة ، فيجوز إثبات الدين بالبينة أو بالقرائن ، ولا يعد هذا إثباتاً لما يجاوز الكتابة لأن الكتابة هنا ليست دليلا كتابياً كاملا بل مبدأ ثبوت بالكتابة .

٢١٣ – البيانات السلبية – تخلف الخصم عن الحضور للاستجواب أو امتناعه عن الإجابة : وفي بعض الحالات قد يكون مجرد بيان سلبي ، أي مجرد إغفال ذكر بيان في ورقة مكتوبة ، صالحاً لأن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة . وقد قضت محكمة استئناف أسيوط بأن السكوت ، إذا كان ذا دلالة على الوفاء ، ومرتبطاً بورقة متعلقة بالدين ، يصلح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة [3] . وقضت محكمة استئناف مصر بأن مبدأ الثبوت بالكتابة قد ينتج من عدم ذكر أمر في ورقة تحتويه عادة ، كما إذا لم يذكر الورثة في محضر جرد أموال مورثهم ديناً من الديون، فإن هذا يصح اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة في التخلص من هذا الدين [4] . وقضت محكمة النقض الفرنسية بأن عدم ذكر دين متنازع عليه في محضر جرد قد يكون مبدأ ثبوت بالكتابة، على أساس أن محضر الجرد الحالي من ذكر الدين هو الورقة المكتوبة [5] .

وتفريعاً على هذا المبدأ نصت المادة ١١٣ من قانون الإثبات على أنه " إذا تخلف الخصم عن الحضور للاستجواب بغير عذر مقبول ، أو امتنع عن الإجابة بغير مبرر قانوني، جاز للمحكمة أن تقبل الإثبات بشهادة الشهود والقرائن في الأحوال التي ما كان يجوز

---

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٢ ص ٩٨٧ .

(٢) أما في فرنسا فالسند العرفي قد يكون باطلا أيضاً لعدم تعدد النسخ في العقود الملزمة للجانبين، أو لعدم ذكر عبارة الاعتماد في العقود الملزمة لجانب واحد ، والسند العرفي الباطل لسبب من هذين يصلح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة (محكمة النقض الفرنسية ٢٥ يناير سنة ١٩٤٦ سيريه ١٩٤٦ – ١ – ٢٩ بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٢ ص ٩٨٨) .

(٣) استئناف أسيوط ١٧ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٧٨ ص ١٥٦ .

(٤) استئناف مصر ٨ يونية سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ١٢٠ ص ٢٢٨ .

(٥) نقض فرنسي ١٩ يناير سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٤ – ١ – ٢٩٥ .

فيها ذلك [1] " . والورقة المكتوبة في هذه الحالة هي المحضر الرسمي الذي دون فيه تخلف الخصم عن الحضور أو امتناعه عن الإجابة [1] . فكأن الواقعة التي يتكون منها مبدأ الثبوت هي واقعة مستقلة عن الكتابة، وليست الكتابة إلا لإثباتها [2] .

---

(1) مؤدى المادة ١١٣ من قانون الإثبات أنه إذا تخلف الخصم عن الحضور للاستجواب بغير عذر مقبول أو امتنع عن الإجابة بغير مبرر قانوني ، جاز للمحكمة أن تقضي في الدعوى دون ما حاجة أن يطلب الخصم العدول عن حكم الاستجواب ، وأن تقبل الإثبات بشهادة الشهود والقرائن في غير الأحوال الجائزة .
(جلسة ١٩٧٩/٢/١٢ الطعن رقم ١١١١ لسنة ٤٨ ق س ٣٠ ص ٥٢٧) .
(جلسة ١٩٦٩/١/٢٣ الطعن رقم ١ لسنة ٣٥ ق س ٢٠ ص ١٧٠) .

(١) وكان تقنين المرافعات السابق (م ١٦١ — ١٦٢/١٨١ — ١٨٢) يجرى على الوجه الآتي : " إذا قررت المحكمة استجواب شخص عن وقائع متعلقة بالدعوى وجائزة القبول ، وامتنع عن الإجابة أو لم يحضر في اليوم المحدد لذلك ، فإن للمحكمة النظر فيما يحتمله ذلك . ويسوغ لها أن تحكم بأن هذا الامتناع مما يؤذن بإثبات الوقائع المبنية عليها الأسئلة بالبينة، ولو كانت الحالة مما لا تجيز القوانين الإثبات فيها بذلك " . ويبدو أن سلطة القاضي ، في تقنين المرافعات السابق ، كانت أوسع منها في التقنين الجديد ، فقد كان القاضي يستطيع ، لما له من حق النظر فيما يحتمله امتناع الخصم عن الحضور أو الإجابة ، أن يعتبر هذا الامتناع إقراراً كاملا، كما أنه له أن يعتبره مبدأ ثبوت بالكتابة ، أو قرينة قضائية بسيطة تنقل عبء الإثبات إلى الخصم الممتنع عن الحضور أو عن الإجابة. أما في تقنين المرافعات الجديد، فأوسع سلطة للقاضي هي أن يعتبر الامتناع عن الحضور أو عن الإجابة مبدأ ثبوت بالكتابة .
وقد قضت محكمة النقض ، في عهد تقنين المرافعات السابق ، بأنه إذا كانت المحكمة قد استجوبت طرفي الخصوم فيما تقدم به المدين من القرائن للتدليل على كذب الإيصال الصادر منه ، فإن محضر هذا الاستجواب لا يمكن اعتباره لذاته مبدأ ثبوت بالكتابة ، لأنه يجب لاعتباره كذلك أن يكون قد تضمن قولا صادرا عمن يراد الإثبات ضده يجعل الحق المراد إثباته بالبينة قريب الاحتمال . فإذا كان الثابت في المحضر أن كلا من الطرفين قد أصر إصراراً تاماً على وجهة نظره : الدائن ينكر إنكاراً مطلقاً كل ما يدعيه المدين والمدين مصر على دعواه ، فإنه لا يمكن اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة (نقض مدني ٣ فبراير سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ٩٩ ص ٢٥٦) . أما إذا تضمن محضر الاستجواب ما يجعل الواقعة المدعاة قريبة الاحتمال ، صح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة (استئناف مصر ٧ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٤٠ ص ٦١ — استئناف مختلط ٢٧ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٩٤) . ولا يترتب على امتناع المدعى المدين عن المجاوبة على الأسئلة الموجهة إليه من النيابة أثناء التحقيق جواز قبول الإثبات بالبينة في غير الأحوال التي أجاز فيها القانون بهذه الطريقة ، فإن امتناعه في هذه الحالة لا يمكن أن يقاس بامتناع أحد الخصوم في دعوى مدنية عن المجاوبة على الأسئلة التي وجهت إليه أثناء استجوابه عن وقائع معينة (استئناف أهلي أول مارس سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ٢ ص ٤٧) . هذا وقد جاء في قرار لمحكمة تمييز لبنان " إن تناقض المدعى عليه في أقواله يعد مبدأ ثبوت بالكتابة ، مما يجوز معه الإثبات بالشهادة والقرينة " (محكمة التمييز اللبنانية رقم ٩٠٠ تاريخ ١٩٤٠/٤/٢٥ مجلة المحامي سنة ١٩٤١ قسم ٤ ص ٧ — أنظر الأستاذ حسين المؤمن في نظرية الإثبات جزء ٢ في الشهادة ص ٦١٦) .

(٢) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٢ ص ٩٨٩ .

٢١٤ – التاريخ الثابت لمبدأ الثبوت بالكتابة : يميز الفقه في فرنسا بين ورقة عرفية موقع عليها وقد أعدت للإثبات ولكنها لا تصلح إلا مبدأ ثبوت بالكتابة – وذلك كالورقة العرفية التي تم تتعدد نسخها أو لم تتحمل عبارة الاعتماد المعروفة – وبين ورقة عرفية لم يوقع عليها و لم تعد للإثبات وتصلح مع ذلك أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة – وذلك كدفاتر التجار والسجلات والأوراق المنزلية والمذكرات الشخصية . ففي الحالة الأولى لا يكون تاريخ الورقة حجة على الغير إلا إذا كان ثابتاً وفقاً للطرق التي سبق بيانها في ثبوت التاريخ ، وذلك بالرغم من أن الورقة ليست إلا مجرد مبدأ ثبوت بالكتابة . وفي الحالة الثانية يكون تاريخ الورقة حجة على الغير دون حاجة إلى أن يكون تاريخاً ثابتاً ، وللغير أن يثبت أن هذا التاريخ غير صحيح بجميع الطرق لأنه ليس طرفاً في الورقة [١] .

ولما كانت الحالة الأولى لا تتحقق في مصر ، إذ هي ترجع إلى أحكام في التقنين الفرنسي أغفلها التقنين المصري – تعدد النسخ وعبارة الاعتماد – فإنه يمكن القول أن مبدأ الثبوت بالكتابة في القانون المصري يكون تاريخه حجة على الغير دون حاجة إلى أن يكون ثابتاً . والغير الذي ينازع في صحة هذا التاريخ يستطيع أن يثبت عدم صحته بجميع الطرق ، حتى بالبينة أو بالقرائن ، لأنه من الغير وليس طرفاً في الورقة التي يحتج بها عليه كمبدأ ثبوت بالكتابة كما سبق القول .

٢١٥ – ما لا يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة : ويتبين مما قدمناه أنه لا يكون هناك مبدأ ثبوت بالكتابة إذا لم تكن هناك ورقة مكتوبة يستند إليها في الإثبات ، ولو كانت ورقة أغفل فيها ذكر الواقعة المراد إثباتها حيث كان يجب ذكرها وهو ما سميناه بالبيان السلبي فيما تقدم . فأي عمل مادي ، إيجابي أو سلبي ، وأي قول لا ينتهي إلى بيانات مدونة – أو مغفلة حيث كان يجب تدوينها – في ورقة مكتوبة ، لا يكون مبدأ ثبوت بالكتابة . ومن ثم لا تكفي الأقوال الشفوية إذا كان لا يمكن إثباتها بالكتابة ، وإن كان يمكن إثباتها بالبينة أو بالقرائن [٢] .

---

(١) بارتان على أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ ص ٢٢١ – ص ٢٢٣ وهامش رقم ١٠١ مكرر ٣ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٨٦ ص ٩٣٠ .

(٢) الموجز للمؤلف فقرة ٦٨٢ – وقد قضي بأن الإمضاء الموقع بها على سند ما يجب أن تشمل اسم الملتزم، ولا تغني عنها علامة يضعها المدين ؛ كما لا يصح اعتبار هذه العلامة مبدأ ثبوت بالكتابة إذ لا قيمة لها قانوناً ، ويسري هذا الحكم أيضاً على الختم المطموس الذي لا يقرأ (دمياط ٢٤ مايو سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢٩ ص ٦٢ – محكمة النقض الفرنسية ١٥ مايو سنة ١٩٣٤ داللوز ١٩٣٤ – ١ – ١١٣ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٢ ص ٩٨٨) ومع ذلك فقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع =

وإذا كان المراد هو إثبات ما يخالف الكتابة أو ما يجاوزها عن طريق مبدأ ثبوت بالكتابة معززاً بالبينة أو بالقرائن ، فلا يصح أن تكون الورقة ذاتها التي يراد إثبات ما يخالفها أو يجاوزها هي مبدأ الثبوت بالكتابة ، بل يجب أن يكون مبدأ الثبوت بالكتابة ورقة أخرى صادرة في تاريخ تال لهذه الورقة التي يراد إثبات ما يخالفها أو يجاوزها [1] .

٢١٦ – رقابة محكمة النقض : وكون هذا الركن الأول – وجود ورقة مكتوبة – قد توافر في مبدأ الثبوت بالكتابة أو لم يتوافر مسألة من مسائل القانون تخضع لرقابة محكمة النقض [2] .

§ ٢ – صادرة من الخصم أو ممن يمثله

٢١٧ – الورقة صادرة من الخصم : حتى تصلح الورقة مبدأ ثبوت بالكتابة ، يجب أن تكون صادرة من الخصم الذي يحتج عليه بها [1] ، مدعيا كان في

= التمهيدي : " وقد تكون هذا الكتابة سنداً أو مذكرة شخصية أو مجرد علامة ترمز للاسم أو توقيعاً أو غير ذلك" (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٠٧) – والورقة التي تشير إلى ورقة أخرى هي التي تجعل الواقعة المراد إثباتها قريبة الاحتمال تعتبر هي والورقة الأخرى معا مبدأ ثبوت بالكتابة ، مادامت الورقة الأخرى موجودة ، كما سبق القول . أما إذا لم يوجد أثر لهذه الورقة الأخرى ، فالورقة الأولى وحدها لا تكفي لتكون مبدأ ثبوت بالكتابة (حكم محكمة باريس الاستئنافية ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٠ حازيت دي تريبينو ٢٩ أبريل سنة ١٩٣١ ويشير إليه بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٢ ص ٩٨٨ – ص ٩٨٩) . ومع ذلك فقد قضت محكمة طنطا بأن بقاء أصل عقد البيع الموقع عليه من المتعاقدين تحت يد البائع يصح التمسك بها ليثبت البائع بالبينةأن العقد صوري ولو لم توخذ على المشترى ورقة ضد (٢١ فبراير سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ رقم ١١٧ ص ١٦٧) . وكان من الممكن أن يقال إن بقاء أصل عقد البيع تحت يد البائع قرينة على أن العقد لا يزال مشروعا لم يتم لا على أنه عقد صوري ، لولا أن هذا يعتبر إثباتاً بالقرائن لما يخالف عقد بيع مكتوب .

ويعتبر وضع توقيع على ظهر " شيك " مبدأ ثبوت بالكتابة في ذاته (ج ٣ فقرة ٨٩٢ ص ٨٣٢ وهامش رقم ٨ – الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٢٢٣) .

(١) بارتان على أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ ص ٣٤٨ – ديرانتون ١٣ فقرة ٣٣١ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٢ ص ٩٨٦ وص ٩٨٨ – نقض فرنسي ١٣ يونية سنة ١٨٨٣ داللوز ٨٤ – ١ – ٣٨ – ١٠ مارس ١٨٩٦ داللوز ٩٦ – ١ – ٢٠١ . ولكن الورقة التي أسئ توقيعها على بياض تصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة لإثبات إساءة هذا التوقيع (بارتان على أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ ص ٣٤٨ هامش رقم ٣ مكرر ٣) .

(٢) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٥ ص ٣٦٤ وهامش رقم ٨ والمراجع والأحكام المشار إليها في هذا الهامش .

الدعوى التي رفعها أو مدعى عليه في الدفع الذي تقدم به [1] . وصدور الورقة من الخصم إما أن يكون صدوراً مادياً (materiel) أو صدوراً معنوياً (intellectuel) .

فالصدور المادي يتحقق بأن تكون الورقة بتوقيع الخصم أو بخطه — وأي الشيئين يكفى : التوقيع أو الخط . والورقة التي وقعها الخصم تكون في الغالب دليلا كتابياً كاملا إذا أعدت أصلا لإثبات المدعى به . ولكنها قد لا تكون أعدت لذلك ، واقتصرت على بيانات تجعل المدعى به قريب الاحتمال ، وعندئذ يكفى لاعتبارها صادرة من الخصم أن تكون بتوقيعه دون أن تكون بخطه [2] . ولكن يجب أن يكون التوقيع هو التوقيع الصحيح للخصم، فلا يكفى أن يكون مجرد تأشيرة (paraphe) أو علامة (marque) أو توقيع هامشي (signature marginale) [3] . وقد تكون الورقة غير موقع عليها من الخصم ، ولكنها مكتوبة بخطه . وهذا يكفى لاعتبار الورقة صادرة منه ، ولا حاجة إلى التوقيع [4] . وسواء

---

(1) 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 قرضاً ومن ثم فالإيصال الصادر من البنك بإيداع مبلغ لحساب شخص آخر — دون تحديد للمودع — لا يمكن اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة يجوز تكملته بالبينة 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 الإيصال المذكور .
(جلسة ١٩٦٥/١١/٤ الطعن رقم ٣٧٢ لسنة ٣٠ ق س ١٦ ص ٩٧٣) .
(جلسة ١٩٨١/٥/١٤ الطعن رقم ٤٥ لسنة ٤٨ ق) .
(جلسة ١٩٩٢/١٠/٢٩ الطعن رقم ٤٩٠١ لسنة ٦١ ق) .
(جلسة ١٩٩٢/١٢/٢٧ الطعن رقم ١٥٠٣ لسنة ٥٧ ق) .

(١) استئناف مختلط ٢٣ يناير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٩٦ — ٣ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٤٩ — ٢٦ يناير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٧٩ .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا وقع شخص بإمضائه التزاماً عقده الغير لحسابه، دون أن يبين ما إذا كان قد أراد بإمضائه الالتزام أن يقره أو أن يكون مجرد شاهد في الورقة ، فإن هذا السند لا يكون دليلا كاملا على التزامه ، ولا يصلح إلا مبدأ ثبوت بالكتابة يرخص في تقديم البينة لإثبات أنه إنما وقع بإمضائه كطرف في الالتزام لا كمجرد شاهد (استئناف مختلط ١٤ يونية سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣٤٧) .

(٣) ويتساءل أوبري ورو عما إذا كان يكفى التوقيع الذي بدأه الخصم فأدركه الموت قبل أن يتممه ، ويجيب أن محكمة باريس الاستئنافية (٢٧ مارس سنة ١٨٤١ سيريه ٤٢— ٢— ١٠) قد قضت بأنه يكفى (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ هامش رقم ١٥) .

(٤) وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأن الورقة الصادرة من الخصم المطلوب الإثبات ضده يجوز قبولها كمبدأ ثبوت بالكتابة ولو لم تكن ممضاة منه (٣ مارس سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٦٠) . وقضت محكمة استئناف مصر بأن مبدأ الثبوت بالكتابة لا يشترط فيه أن تكون الورقة مكتوبة وموقعاً =

كانت الورقة موقعة من الخصم أو مكتوبة بخطه ، فالواجب في الحالتين أن يكون الخصم غير منكر لتوقيعه أو لخطه. أما إذا أنكر ، فلا بد من الالتجاء إلى إجراءات تحقيق الخطوط على النحو الذي بيناه فيما تقدم ، فإن ظهر من التحقيق أن التوقيع أو الخط هو له اعتبرت الورقة صادره منه ، وهذا ما لم يطعن فيها بالتزوير وينجح في هذا الطعن [1] .

والصدور المعنوي يتحقق بأن الخصم – هو لم يوقع الورقة ولم يكتبها بخطه – يعتبرها كما لو كانت صادرة منه . فقد يكون الخصم أمياً فتكتب الورقة بإملائه [2] ، وتعتبر في هذه الحالة صادرة منه دون أن يكون قد وقعها أو كتبها بخطه [3] . وقد تكون الورقة لم تكتب بإملائه ، ولكنه تمسك بها مقراً بما ورد فيها ، كمخالصة صادرة من الخصم الآخر تمسك بها ، فتعتبر كأنها صادرة منه دون أن تكون بتوقيعه أو بخطه [4] . ويلاحظ أن

– عليها من الخصم ، لأنها في هذه الحالة تكون دليلا تاماً ، وإنما يكفي أن تكون الورقة مكتوبة بخط الخصم وإن كان موقعاً عليها من غيره ، كما يجوز أن يكون كتبها غيره وهو وقع عليها (١٠ أبريل سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٩٨) . بل إن الإقرار يمكن اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة باعتباره صادراً من الخصم ، وقد قضت محكمة النقض بأنه يمكن أن يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة الإقرار المركب إذا أريدت تجزئته والأخذ ببعضه دون البعض الآخر ، لأن عدم تجزئة الإقرار محله ألا يكون في الدعوة دليل آخر غيره . أما إذا وجدت بينة ، فتمكن تجزئة الإقرار ، على أن يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة تكملة للبينة (نقض مدني ٢١ يونية سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٦ رقم ٧٦ ص ٢١٠ ، وحكم – – آخر في نفس التاريخ المحاماة ٢٦ رقم ٨٣ ص ٢٢٠) . وقضت محكمة منوف بأن إقرار البائع المدون في مذكرات مقدمة منه في دعاوى سابقة بشأن البيع الصادر منه المشترى يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة (١٨ فبراير سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٦ رقم ١/٧٩) .

أما المنشور المطبوع غير الممضي فلا يمكن اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة لأنه يتعذر التحقق من مصدره (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٣ ص ٩٩٢ – ص ٩٩٣) .

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٣ ص ٩٩٣ .

(٢) نقض فرنسي ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٣ داللوز ١٩٣٥ – ١ – ٦١ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن محاضر الحجوز الإدارية التي توقع بناء على طلب المؤجر على زراعة المستأجر تعتبر قانوناً أنها صادرة من المؤجر ، وهي بذلك تصلح للاحتجاج بها عليه كمبدأ ثبوت بالكتابة في شأن بيع الأشياء المحجوزة بالقدر وبالثمن الوارد بها ، فإذا استكملتها محكمة الموضوع مما تذكره في حكمها من القرائن ، واستنتجت منها وجوب خصم قيمة الحاصلات حسبما جاء بمحاضر الحجز ، فهذا الاستخلاص مما يدخل في حاصل فهم الواقع في الدعوى ، ولا رقابه فيه لمحكمة النقض على محكمة الموضوع (نقض مدني ١٩ مارس سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٣٩ ص ١٠٧٦) . وقضت محكمة النقض الفرنسية بأن ما يكتبه المستخدم في البنك بإملاء مدير البنك ، وما يكتبه الكاتب بإملاء موثق العقود ، يعتبر صادراً من مدير البنك ومن الموثق (نقض فرنسي ١١ يونية سنة ١٨٧٢ سيريه ٧٢ – ١ – ٢٦١ – أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ هامش رقم ٣٣) .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قدم شخص ضمن مستنداته مستنداً صادراً له من آخر يقرر فيه أنه كانت بيده ورقة ضد صادرة له من هذا الشخص خاصة ببيع قدر من الأرض وأنه وقد أصبح هذا البيع نهائياً –

ارتضاء الخصم للورقة التي لا تحمل توقيعه أو خطه ، واعتبارها صادرة منه ، واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن [1] . والورقة الرسمية غير الموقع عليها من الخصم قد تعتبر صادرة منه صدوراً معنوياً ، وصفة الموظف العام الذي كتب هذه الورقة قد تكفي وحدها في ذلك . فالإقرارات والبيانات التي ترد في أسباب الحكم [2] ، وتلك التي ترد في محضر الاستجواب [3] ، أو في محضر المعاينة ، كل هذه تعتبر صادرة من الخصم صدوراً معنوياً ، فهي لا تحمل توقيع الخصم أو خطه ، ولكنها مدونة في أوراق رسمية منسوبة إلى الخصم ، بواسطة موظفين عامين فوق مستوى الشبهات [4] . وهذا بخلاف

= فإن ورقة الضد التي ضاعت منه تعتبر لاغية ولا يعمل بها إذا ظهرت ، فأجازت المحكمة لهذا الآخر أن يثبت ما احتوته هذه الورقة بقرائن الأحوال ، فإنها لا تكون خالفت القانون ، إذ أن تمسك ذلك الشخص بالمستند الذي قدمه يفيد تسلمه بسبق وجود ورقة الضد وضياعها وبأن موضوعها خاص بالبيع الذي هو محل الدعوى (نقـــض = = مدني ٥ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٤٧ ص ١٦٢) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان الطاعن قد قدم إلى المحكمة ضمن مستنداته خطاباً مرسلا له من المطعون عليه ، فإنها لا تكون قد أخطأت إذا استخلصت من هذا الخطاب دليلا قبل الطاعن (مبدأ ثبوت بالكتابة) ،ذلك أن تقديم الطاعن مستنداً له في الدعوى يفيد تمسكه بما ورد فيه ، فيصح الاحتجاج عليه بمضمونه (نقض مدني ١٦ أبريل سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٣٤ ص ٩٠٤) .

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٣ ص ٩٩٣ .

(٢) نقض فرنسي ١٧ يوليه سنة ١٩٣٤ داللوز الأسبوعي ١٩٣٤ — ٤٧٥ .

(٣) نقض فرنسي ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٨ جازيت دي باليه ١٩٣٩ — ١ — ٣٤٧ .

(٤) بل إن البيانات التي يذكرها عامل مصلحة البريد في حوالة بريدية تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة (نقض فرنسي أول مارس سنة ١٩٢٦ سيريه ١٩٢٦ — ١ — ١٠٥ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٣ ص ٩٩٤). وقضت محكمة النقض بأن تمسك الصادر له الورقة المطعون فيها بالتزوير بهذه الورقة وثبوت تزويره لتاريخها ، أي أن أصل تاريخها الصحيح هو ما يقرره مدعي التزوير ، ذلك يعتبر حتماً مبدأ ثبوت بالكتابة (نقض مدني ١٦ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٦٠ ص ٧٥١) — أنظر أيضاً : استئناف مصر ١٠ أبريل سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ ص ١٧٣ — ٨ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ ص ١٨٥ — ٧ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ ص ٦١ — استئناف أسيوط ١٧ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ ص ١٥٦ .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " على أن الفقه والقضاء في فرنسا وبلجيكا ومصر استقرا على أن إقرارات الخصوم التي يدلون بها وتدون تحت إشراف موظف مختص أو قاضي يأمر بإثباتها يكون حكمها حكم المحررات الصادرة منهم ولو لم تكن مدونة بخطهم أو موقعاً عليها منهم . ويتعين بداهة في هذه الحالة أن يكون الموظف العام مختصاً يتلقى مثل هذه الإقرارات، وأن يكون للقاضي ولاية الأمر بإثباتها . وغني عن البيان أن ما يصدر من الخصوم من إقرارات على هذا الوجه يكون بمنزلة مبدأ ثبوت بالكتابة ، إذا كان من شأنه أن يجعل الالتزام المدعى به قريب الاحتمال . وقد حفلت أحكام القضاء بكثير من التطبيقات في هذا الصدد . فمن ذلك مثلا الإقرارات التي يدلى بها في محضر جرد أو حصر تركة أو مناقصة أو قسمة (استئناف مختلط ٩ يناير سنة ١٨٩٧ مج ر م ٤ ص ٩١) ، والبيانات التي تدون في ورقة من أوراق المحضرين (اســتئناف مختلط ٥ يناير سنة ١٨٧٩ مج ر م ٤ ص ٣٨٨) ، =

الورقة الرسمية الموثقة ، فإنها إذا لم تكون موقعة من الخصم ، و لم يكن عدم التوقيع راجعا إلى الجهل بالكتابة أو عدم استطاعتها أو رفض التوقيع ، فلا تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة ، لأنها تعتبر في هذه الحالة مجرد مشروع لم يتم ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك [1] .

٢١٨ – الورقة صادرة ممن يمثل الخصم : ويصح أن تكون الورقة صادرة، لا من الخصم نفسه ، بل ممن يمثل الخصم وقت تحرير الورقة. والأدق أن يقال : ممن يمثله الخصم أو ممن يمثل الخصم [2]

= والإقرارات التي تصدر في استجواب عن وقائع (استئناف مختلط ٢٧ فبراير سنة ١٨٩٠ ب ٢ ص ٣٩٤ – ٢١ فبراير سنة ١٩١٨ ب ٣٠ ص ٢٤٣)، والإقرارات أو الشهادة التي يدلى بها ذوو الشأن أمام قاضي التحقيق أو القاضي المدني أو الجنائي (استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٠٨ ب ٢٠ ص ١٦٧) ، وما يثبت من أقوال أو إقرارات في حكم من الأحكام (استئناف مختلط ٢٦ أبريل سنة ١٨٧٧ مج ر م ٢ ص ٣٠٩) وقد أشارت المادة ٤٤٥ فقرة ٣ من التقنين المغربي إلى هذه التطبيقات في بعض إيراد الأحكام الخاصة بمبدأ الثبوت بالكتابة ، فنصت على أن الإقرارات التي يتلقاها أحد الموظفين العموميين المختصين أو القضاة في حدود ولايته تعتبر صادرة من الخصم (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٠٨) .

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٣ ص ٩٩٤ – أما صور الأوراق الرسمية وصور الأوراق العرفية ، فقد بينا فيما تقدم متى تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة . أنظر أيضاً في هذه المسألة الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٤٠٩ – ص ٤١١ .

(٢) محكمة باريس الاستئنافية ٢٦ يناير سنة ١٩٥٢ حازيت دي باليه ١٢ – ١٤ مارس سنة ١٩٥٢ – وهذا ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، ولذلك لم ينص عليه صراحة التقنين المدني الجديد . أما التقنين المدني الفرنسي (م ١٣٤٧) فقد ذكر : " كل ورقة مكتوبة صادرة من الخصم الموجه إليه الطلب أو من شخص يمثله هذا الخصم " .

"tout acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée ou de celui qu'il représente".

وقد أخذ على هذا النص : (أ) أنه يقتصر ، في عبارته الأولى ، على المدعى (الخصم الموجه إليه الطلب) ، والواجب إطلاق العبارة حتى تشمل المدعى عليه في الدفع إذ يصبح عند ذلك مدعياً ، وكان الأولى أن يقال: " الخصم الذي يحتج عليه به " ، ليشمل المدعى في الدعوى والمدعى عليه في الدفع . (ب) أنه يقتصر ، في عبارته الثانية ، على ذكر من يكون الخصم ممثلا له (celui qu'il représente) كالمورث ، و لم يذكر من يكون ممثلا للخصم كالوكيل (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ هامش ٧ وهامش ٨) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري في هذا الصدد ما يأتي: "والشرط الثاني هو صدور المحرر من الخصم الذي يحتج عليه به، لا من أحد الأغيار . بيد أن المحرر يعتبر صادراً من مثل هذا الخصم ولو كان صادراً من غيره ، متى كان هذا الغير مستخلفاً تسرى التزاماته على ما يخلفونه خلافة عامة (كالورثة) وفقاً للقواعد العامة ، أو نائباً قانونيا أو إتفاقياً يعمل في حدود نيابته لأن كتابة الموكل تكون حجة على الوكيل وبالعكس . ولذلك استعمل النص عبارة " الخصم أو نائبه " وفقاً لما جرى عليه القضاء المصري (استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٠٨ ب ٢٠ ص ١٦٧) (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٠٧) – ويلاحظ أن المشروع التمهيدي لم يرد فيه إلا لفظ " الخصم " دون " نائبه " ، وإنما وردت عبارة " الخصم أو نائبه " في المشروع الأولى للإثبات الذي سبقت الإشارة إليه .

فمثل من يمثله الخصم المورث . فالورقة الصادرة من المورث تعتبر كأنها صادرة من الوارث ، وتصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة يحتج بها على الوارث كما كان يحتج بها على المورث ، ومثل من يمثله الخصم أيضاً المدين إذا استعمل الدائن حقوقه . فالورقة الصادرة من المدين تصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة يحتج بها على الدائن [1] .

ومثل من يمثل الخصم وكيله . فالورقة التي تصدر من الوكيل في حدود وكالته تعتبر كأنها صادرة من الموكل ، ويحتج بها عليه كمبدأ ثبوت بالكتابة [2] [أ] . على أنه يجب إثبات عقد الوكالة وفقاً للقواعد العامة .

---

(١) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ ص ٣٥٥ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا رفعت دعوى بموجب سند أقر فيه المدعى عليه بقبضه مبلغاً على سبيل الأمانة ، ورفع المدعى عليه الدعوى بصورية هذا السند قائلا أن قيمته هي مجموع مبالغ دفعتها له المدعية عن استحقاقه في وقف هي ناظرة عليه ، وأن زوج المدعية ووكيلها طلب إليه أن يحرر ذلك السند لمصلحة زوجته في دعوى مرفوعة عليها من بعض أخواتها ، وأنه في نظير هذا يرد له إيصالات المبالغ المذكورة ، واستند المدعى عليه في دفعه هذا إلى تلك الإيصالات المعترف بها من المدعية والمؤشر عليها من زوجها وكيلها بما يفيد سبق وجودها لديها واستردادها منها ، واعتبرت المحكمة هذه الإيصالات مبدأ ثبوت بالكتابة يجيز تكملة الدليل على الصورية بالبينة والقرائن فيما بين العاقدين ، فهذا صحيح لا مخالفه فيه للقانون ، لأن هذه الإيصالات وإن كانت صادرة من المدعى عليه ، إلا أنها معترف بها من المدعية ومؤشر عليها من وكيلها بما جعل ثبوت المدعى به قريب الاحتمال في نظر المحكمة (نقض مدني ٢٨ مارس سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤١ ص ٦٦٠) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المخالصة الصادرة من صراف مالك الأرض والمذكرة بتحديد الأرض الصادرة من مهندس المالك ، هذان يعتبران مبدأ ثبوت بالكتابة لإثبات بيع الأرض (استئناف مختلط ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٢١ ص ٢٨) وقضت كذلك بأن ناظر الزراعة لا يعتبر وكيلا عن المالك ، فالورقة الصادرة منه لا تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة ضد المالك (استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ٥٢٩ ص ١٠٤١) أنظر أيضاً : استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٦٧ — ٧ فبراير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٤٠ . وقضت محكمة النقض الفرنسية بأن علاقة التبعية القائمة بين رب العمل والمستخدم تجعل الورقة الصادرة من الثاني مبدأ ثبوت بالكتابة بالنسبة إلى الأول (نقض فرنسي ١٣ يونية سنة ١٩٣٦ داللوز الأسبوعي ١٩٣٦ — ٣٩٣) . والورقة الصادرة من الفضولي تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة ضد رب العمل إذا أقر هذا أعمال الفضالة صراحة أو دلالة (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٣ ص ٩٩١ — ص ٩٩٢) — والخطاب الصادر من المهندس المعماري لصاحب الأرض إلى مهندس الجار ، في شأن تعدى الجار على هذه الأرض ، يعد مبدأ ثبوت بالكتابة ضد صاحب الأرض (نقض فرنسي ١٩ ديسمبر سنة ١٩٠٤ سيريه ١٩٠٧ — ١ — ٢١) كذلك دفاتر المصرف أو موثق العقود تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة ضد موكليهما (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ ص ٣٥٦) .

وقضت أخيراً محكمة النقض في مصر بأنه يجب ، لكي يعتبر المحرر الصادر ممن ينوب عن الخصم المطلوب الإثبات عليه ، كوكيل أو ولي أو وصي ، مبدأ ثبوت بالكتابة ، أن يكون قد صدر منه في حدود نيابته ، فإذا كان الحكم قد اقتصر في اعتباره الإقرار السالف الذكر مبدأ ثبوت بالكتابة مع كونه صادراً من حد —

والمحامي يعتبر وكيلا عن الخصم الذي يترافع عنه . فالإقرارات والبيانات التي يكتبها في مذكراته منسوبة إلى موكله تعتبر صادرة من الموكل ، وتصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة يحتج بها عليه . وهذا هو أيضاً شأن ما يدلى به في مرافعته منسوباً إلى موكله ، ويدون في محضر الجلسة ، أو في محضر التحقيق .

كذلك المحضر يعد وكيلا . فكل إعلان يقوم به المحضر على لسان الخصم يعتبر كأنه صادر من الخصم، كصحيفة الدعوى والمعارضة في التنبيه وغير ذلك من أوراق المحضرين [1] .

ويمثل الولي والوصي والقيم القاصر والمحجور عليه ، في حدود ولاية كل منهم ، فالورقة الصادرة من أحد هؤلاء ؛ في هذه الحدود ، تعتبر كأنها صادرة من القاصر أو المحجور عليه .

٢١٩ – ما لا يعتبر صادراً من الخصم ولا ممن يمثله : ويتبين مما تقدم ان الورقة ما لم تكن صادرة من الخصم ، أو ممن يمثله الخصم أو ممن يمثل الخصم ، لا تكون مبدأ ثبوت بالكتابة ، ولا يحتج بها على الخصم .

فالورقة الصادرة من الخصم الآخر لا تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة يحتج بها على الخصم الأول [2] ، للسبب المتقدم ، ولأن الشخص لا يستطيع أن يصطنع الدليل لنفسه [1] .

– القصر والوكيل عن الوصية ، دون أن يبين ما إذا كان هذا الإقرار قد صدر في حدود وكالة الجد عن الوصية من ناحية – وفي حدود سلطتها كوصية على القصر من ناحية أخرى، فإنه يكون قاصر البيان قصوراً يستوجب نقضه (نقض مدني أول ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٧ ص ٦٢) .

(1) تعتبر الورقة كأنها صادرة من المدعي عليه ، إذا كانت صادرة ممن ينوب عنه كالوصي والقيم في حدود نيابته والوكيل في حدود وكالته .
(جلسة ١٩٦٧/١٠/٣٠ الطعن رقم ١٩٥ لسنة ٣٤ ق السنة ١٨ ص ١٧٩٠) .

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٣ ص ٩٩١ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم المطعون فيه قد استند في قضائه برفض الدعوى المقامة من الطاعن ضد مجلس محلي الجيزة بالمطالبة بمبلغ تعويضاً عما لحقه من خسارة بسبب امتناع المجلس عن تنفيذ ما التزم به له مقابل استيلائه على جزء من ملكه وملك الوقف للانتفاع به في عمل شارعين أو مقابل ما ضاع عليه من الكسب بسبب تصرف المجلس معه – إذا كان استند في قضائه بذلك إلى أن الطاعن كان ، بعد أن قرر المجلس – تنفيذاً لما ارتأته الوزارة – أن يكون التنازل بلا شرط ، قد سكت زمناً ولم يطالب بأي تعويض ، بل هو بعد ذلك تنازل للمجلس عن أرض شارع آخر بدون تعويض رغبة منه في تصقيع أرض الوقف ، ثم إنه قبض ثمن النخيل الذي وافقت الوزارة علي دفعه له بكتابها الذي قالت فيه إن التنازل عن أرض الشارعين لا يكون معلقاً على شرط ، فإن كل هذا الذي استند إليه الحكم لا يخرج عن كونه قرائن أحوال لا تصلح قانوناً لإثبات التنازل المذكور عن أرض الشارعين التي تزيد قيمتها على عشرة جنيهات –

والورقة الصادرة من الزوج لا يحتج بها على زوجته ، ولا يحتج بالورقة الصادرة من الزوجة على زوجها ، هذا ما لم يكن أحدهما وكيل الآخر وفي حدود هذه الوكالة [٢] .

كذلك لا يحتج بالورقة الصادرة من الابن على أبيه ، ولا من الأب على أبنه [٣] .

ولا يحتج بالورقة الصادرة من أحد الشركاء في الشيوع على باقي الشركاء ، ولا من أحد المتهمين في جريمة على شركائه أو الفاعلين الأصليين الآخرين ، ولا من أحد الخصوم في الدعوى على المنضمين معه في الخصومة، ولا من مصفي الشركة على أحد الشركاء [٤] .

كذلك لا يحتج على الخصم بما يصدر عن الغير من إقرارات وبيانات عند استجوابه. ومن ثم لا يجوز استجواب ولا الأمر باستصدار غير الخصم [٥] .

٢٢٠ – رقابة محكمة النقض : وكون الورقة صادرة من الخصم ، أو ممن له صفة في تمثيل الخصم أو في تمثيله للخصم ، هو الركن الجوهري في مبدأ الثبوت بالكتابة ، إذ هو الذي يصل الورقة بالخصم ويجعلها حجة عليه . وهذه مسألة من مسائل القانون ، ومن ثم كان البت فيها خاضعاً لرقابة محكمة النقض ، مثلها في ذلك مثل الركن الأول [٦] .

= (نقض مدني ٨ يونية سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٤٦ ص ٣٩٨) . ولم تعتبر محكمة النقض الكتابة الصادرة من مجلس محل الجيزة بتنازل المدعى عن أرض الشارعين مبدأ ثبوت بالكتابة ضد المدعى ، لأنها كتابة صادرة من الخصم الآخر .

(١) استئناف مختلط ١٠ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م ٢٣ ص ١١ .

(٢) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ هامش ٣٤ و ص .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الثابت أن المشترية لم توقع الورقة المتضمنة إقرارها أن عقد شرائها صوري ، بل كان الذي وقعها هو والدها الذي لم يكن نائباً عنها ، فإنه لا يصح أن تتخذ المحكمة من تلك الورقة دليلا كاملا على صورية ذلك العقد في حالة ما يكون إثبات الصورية غير جائز إلا بالدليل الكتابي (نقض مدني ٢٧ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٧٩ ص ٣٨٧) . ولم تصرح المحكمة بعدم جواز اتخاذ الورقة مبدأ ثبوت بالكتابة ، بل اقتصرت على ذكر أنه لا يصح اتخاذها دليلا كاملا .

(٤) نقض فرنسي ٢٢ ايو سنة ١٩٣٥ سيريه ١٩٣٥ – ١ – ٣٠٧ .

(٥) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ ص ٣٥٠ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٣ ص ٩٩٠ – وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا صدر حكم ابتدائي بناء على طلب أحد الدائنين بصورية عقد أبرمه مدينه، ثم قضت محكمة الاستئناف بإلغائه وعدم قبول دعوى المدعى ، فهذا الحكم لا يصلح مبدأ ثبوت بالكتابة في دعوى صورية العقد التي يرفعها المدين فيما بعد على من أصدر له الحكم . (نقض مدني ٢٤ مارس سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٩٩ ص ٧٤٠) .

(٦) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ ص ٣٦٤ وهامش رقم ٥٨ – بودري وبارد ٤ فقرة ٢٦١٤ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٤ ص ٩٩٤ – ٩٩٥ .

§ ٣ – تجعل المدعى به قريب الاحتمال

٢٢١ – معنى قرب الاحتمال : لا يكفى أن تكون الورقة المقدمة كمبدأ ثبوت بالكتابة من شأنها أن تجعل الواقعة المراد إثباتها محتملة ، بل يجب أن تجعل هذه الواقعة مرجحة الحصول ، لا ممكنة الحصول فحسب [1] [1] .

فإذا توافر ركن قرب الاحتمال على هذا النحو ، فإن مبدأ الثبوت بالكتابة ، هو وحده أيضاً ، لا يكفى دليلا كاملا على صحة الواقعة المراد إثباتها ، كما تقدم القول . بل تجب تكملته بالبينة ، أو بالقرائن ، أو بهما معاً [2] .

وليس القاضي مجبراً ، عند وجود مبدأ ثبوت بالكتابة ، أن يحيل الدعوى إلى التحقيق لتكملة الدليل . فقد يرى في ظروف القضية وملابساتها وفيما يحوطها من القرائن القضائية ما يقنعه بصحة الواقعة المدعى بها ، وتكون القرائن في هذه الحالة هي التي أكملت مبدأ الثبوت بالكتابة . وقد يقوم من ظروف القضية وملابساتها ما يقنعه بعكس ذلك ، فلا يحتاج أيضاً في هذه الحالة إلى أن يحيل الدعوى إلى التحقيق ، ويزول ما كان لمبدأ الثبوت بالكتابة من أثر كدليل .

---

(١) قارن دي باج ٣ فقرة ٨٩٥ – ويتبين من ذلك أن الورقة المثبتة لوجود اتفاق لا تصلح مبدأ ثبوت بالكتابة على تنفيذ هذا الاتفاق . ومن ثم لا تصلح الورقة المثبتة للدين مبدأ ثبوت بالكتابة لمصلحة الدائن لإثبات قطع التقادم عن طريق دفع الأقساط المستحقة والفوائد (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦١ وهامش رقم ٤٧) .

(1) إن القانون لا يتطلب بيانات معينة في الورقة لاعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة ويكفى أن تكون صادرة من الخصم الذي يحتج عليه بها وأن تجعل التصرف المدعى به قريب الاحتمال وأن تقدير ما إذا كانت الورقة التي يراد اعتبارها كذلك من شأنها أن تجعل الأمر المراد إثباته قريب الاحتمال ، هو اجتهاد في فهم الواقع يستقل به قاضي الموضوع ولا رقابة عليه في ذلك من محكمة النقض متى كان استخلاصه سائغاً .

(جلسة ١٢/٥/١٩٩٣ الطعن رقم ١٣٧١ لسنة ٨٥ ق) .

(جلسة ١٦/١/١٩٩١ الطعن رقم ١٠٥٧ لسنة ٥٤ ق) .

(جلسة ١٤/١/١٩٨٧ الطعن رقم ٦٣٥ لسنة ٥٢ ق السنة ٣٨ ص ١٠٩) .

(جلسة ٢٨/١٢/١٩٨٢ الطعن رقم ٥٩٩ لسنة ٤٧ ق) .

(جلسة ٢٧/١١/١٩٧٩ الطعن رقم ٤٢٣ لسنة ٤٧ ق س ٣٠ ص ٨٠) .

(2) مبدأ الثبوت بالكتابة يجوز تكملته بشهادة الشهود كما يجوز تكملته بالقرائن القضائية حتى يكون له ما للكتابة من قوة الإثبات .

(جلسة ٢٢/٥/١٩٧٣ الطعن رقم ٢١١ لسنة ٣٨ ق س ٢٤ ص ٧٩٥) .

(جلسة ٥/٣/١٩٧٩ الطعن رقم ٢٤ لسنة ٤٤ ق س ٣٠ ص ٧١٣) .

وقد يرى القاضي أن يحيل الدعوى إلى التحقيق لاستكمال مبدأ الثبوت بالكتابة بالبينة أو بالقرائن . وهنا أيضاً يستبقى القاضي سلطته الكاملة في التقدير . فيسمع الشهود ، وقد يقتنع فتصح عنده الواقعة المدعى بها ، وقد لا يقتنع فيعتبر أن هذه الواقعة لم يقم عليها الدليل [1] .

٢٢٢ – قرب الاحتمال مسألة موضوعية لا تخضع لرقابة محكمة النقض

: وتقدير ما إذا كان مبدأ الثبوت بالكتابة يجعل الواقعة المدعى بها قريبة الاحتمال مسألة واقع . ومحكمة الموضوع في تقديرها لهذه المسألة لا تخضع لرقابة محكمة النقض ، فلا يجوز الطعن في تقديرها أمام هذه المحكمة . وهذا هو الذي انعقد عليه الإجماع ، فقهاً وقضاء، في مصر وفي فرنسا [2] [1] .

---

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٤ ص ٩٩٥ – على أن القاضي لا يكون مخطئاً إذا هو لم يحل الدعوى إلى التحقيق لاستكمال الدليل بالبينة ما دام الخصم لم يطلب منه ذلك . وقد قضت محكمة النقض بأن حكم محكمة الموضوع يكون على صواب إذا اعتبر أن الإيصالات ليست دليلا كاملا على التعاقد وأنها لا تعدو أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة . وإذ قضى برفض دعوى الطاعن بناء على أنه لم يطلب إحالة الدعوى على التحقيق استكمالا للإثبات (نقض مدني ١٦ يناير سنة ١٩٤٧ المحاماة ٢٨ رقم ٢٠ ص ٢٦) .

(٢) توليه ٩ فقرة ١٣٣ – ديرانتون ١٣ فقرة ٣٤٤ – بونييه ١ فقرة ١٧٠ – لاروميير ٥ م ١٣٤٧ فقرة ٢٧ – أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ ص ٣٦٤ – ص ٣٦٥ – بودري وبارد ٤ ص ٢٩٢ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٤ ص ٩٩٤ – ص ٩٩٥ – نقض فرنسي ٢٠ يونية سنة ١٩٠٠ داللوز ١٩٠٠ – ١ – ٤٥١ – ٢٤ أبريل سنة ١٩٠١ سيريه ١٩٠٤ – ١ – ٢٢٩ – ٢١ ديسمبر سنة ١٩٠٣ داللوز ١٩٠٤ – ١ – ٩٤ – ١٤ مارس سنة ١٩٠٦ سيريه ١٩٠٦ – ١ – ٣١٧ – دي هلتس ٣ الإثبات (Preuve) فقرة ٦٧ – الأستاذ عبد السلام ذهني ١ ص ٤٦٧ – ص ٤٦٨ – الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٤٥٤ – الموجز للمؤلف ص ٧١١ وص ٧١٣ هامش رقم ١ – الأستاذان حامد فهمي ومحمد حامد فهمي في النقض في المواد المدنية والتجارية ص ٢١٣ – ص ٢١٥ – وقد جاء فيه ما يأتي : " وإذا قلنا إن قاضي الدعوى حر في تقدير الورقة التي يراد اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة من ناحية كونها تجعل الأمر المطلوب إثباته قريب الاحتمال والتصديق ، فإننا نوجب عليه أن يورد في أسباب حكمه الواقعة المراد إثباتها ونص جزء الورقة الذي يراد الاعتماد عليه في القول بأنها صارت قريبة الاحتمال والتصديق ، ثم يبين كيف أفادت هذا المعنى أو لم تفده ، فإن أتى في ذلك بما يكون معقولا مقبولا حمل التكييف على الصحة ، وإلا صار ما ادعى إفادته من الورقة كأنه منتزع من غير دليل قائم " .

نقض مدني ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ ص ٢٨٤ – ١٣ فبراير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٩٩ ص ٣١٧ – ٢٢ مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٠٦ ص ٤٤٥ – ١٨ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٨٨ ص ٥٦٦ – ٩ يونية سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٣٣ ص ٧٩٧ – ٣٠ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٩٦ ص ٣٨٥ – ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٤٦ ص ٢٩٧ – استئناف مصر ٨ يونية سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ١٢٠ ص ٢٢٨ .

أنظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٠٧ .

فمن الأركان الثلاثة لمبدأ الثبوت بالكتابة ، يكون الركنان الأولان — وجود ورقة وكونها صادرة من الخصم — من مسائل القانون [2] ، فهما يخضعان لرقابة محكمة النقض. والركن الثالث — قرب الاحتمال — من مسائل الواقع ، لقاضي الموضوع فيها سلطان لا معقب عليه من المحكمة العليا .

٢٢٣ — ضوابط ثلاثة في تقدير قرب الاحتمال : ومن يستقرئ الفقه والقضاء يستطيع أن يستخلص ضوابط يستأنس بها في تقدير ما إذا كان مبدأ الثبوت بالكتابة من شأنه أن يجعل الواقعة المراد إثباتها قريبة الاحتمال . وهي ضوابط يستأنس بها قاضي الموضوع ، ولكنه غير مقيد بها قانوناً . وسواء اتبعها أو لم يتبعها ، فتقديره كما قدمنا غير خاضع لرقابة محكمة النقض [1] .

ذلك أن الورقة التي تقدم على اعتبار أنها مبدأ ثبوت بالكتابة يمكن أن ترد إلى أحد أنواع ثلاثة :

(١) ورقة كان من الممكن أن تكون دليلا كتابياً كاملا على الواقعة المراد إثباتها .

(٢) ورقة لم يكن ممكنا أن تكون دليلا كتابياً كاملا على الواقعة المراد إثباتها ، ولكنها تشير إلى هذه الواقعة .

---

(1) تقدير ما إذا كانت الورقة التي يراد اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة من شأنها تجعل التصرف المراد إثباته قريب الاحتمال هو مما تستقل به محكمة الموضوع طالما أقامت قضاءها على أسباب سائغة .
(جلسة ١٩٨٤/٥/١٦ الطعن رقم ١٩٩٥ لسنة ٥٠ ق) .
(جلسة ١٩٩١/١/٣١ الطعنان رقما ٤٠٠ ، ٤٢٨ لسنة ٥٧ ق) .

(2) لا تتطلب المادة ٤٠٢ من القانون المدني (تقابلها المادة ٦٢ من قانون الإثبات) في مبدأ الثبوت بالكتابة سوى أن يجعل وجود التصرف المدعي به قريب الاحتمال فإذا كان الحكم المطعون فيه قد استند أساساً في عدم اعتبار الإيصال الموقع عليه من المطعون ضده مبدأ ثبوت بالكتابة إلا خلو هذا الإيصال من بيان الخصم دافع المبلغ وسبب تحريره وأوصاف البيع وطريقة أداء الثمن ومدة الضمان وتاريخ التسليم ورتب الحكم على خلو الإيصال من البيانات المتذكورة ، أن ذلك الإيصال لا يجعل التصرف المدعى به قريب الاحتمال وهي بيانات لو توافرت في الإيصال المذكور لكونت منه دليلا كتابياً كاملا ، فإن الحكم يكون قد أقام قضاءه على أساس خاطئ لمفهوم مبدأ الثبوت بالكتابة ، فجاء بذلك مخالفاً للقانون .
(جلسة ١٩٦٦/٦/١٦ الطعن رقم ٢٣٤ لسنة ٣٢ ق س ١٧ ص ١٤٠٩) .
(جلسة ١٩٧٥/١/٢٨ الطعن رقم ١٤٩ لسنة ٣٩ ق س ٢٦ ص ٢٦٨) .

(١) حتى لو كان القانون هو الذي نص على جواز اعتبار ورقة معينة مبدأ ثبوت بالكتابة ، ففي هذه الحالة أيضاً يكون لقاضي الموضوع سلطة تقديرية ، لا معقب عليها من محكمة النقض ، في اعتبار الورقة أو في عدم اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ ص ٣٦٥) .

(٣) ورقة لم يكن ممكنا أن تكون دليلا كتابياً كاملا على الواقعة المراد إثباتها ، ثم هي لا تشير إلى هذه الواقعة .

٢٢٤ – ورقة كان من الممكن أن تكون دليلا كتابياً كاملا على الواقعة المراد إثباتها : وذلك كالأوراق الرسمية والأوراق العرفية وغيرها من الأوراق التي جعل لها القانون قوة معينة في الإثبات كدفاتر التجار والسجلات والأوراق المنزلية والرسائل.

وهذه أوراق في الأصل تكون دليلا كتابياً كاملا . فإذا نقصها شرط من الشروط التي يتطلبها القانون لم تعد تصلح أن تكون دليلا كاملا ، وانقلبت إلى مبدأ ثبوت بالكتابة ، إذ هي تذكر الواقعة المراد إثباتها ذكر الدليل الكامل ، فلا يكون هناك شك في أنها تجعل هذه الواقعة قريبة الاحتمال . وإذا فاتها أن تكون دليلا كتابياً كاملا لما اعتوارها من النقص، فإنها تصلح في القليل أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة [1] .

فالورقة الرسمية إذا شابها عيب في الشكل ، ولم تصلح أن تكون ورقة عرفية ، فإنها تصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة . مثل ذلك السند الرسمي الباطل غير الموقع عليه من ذي الشأن ، إذا كان عدم التوقيع راجعاً إلى جهل ذي الشأن الكتابة أو عدم استطاعته إياها أو رفضه التوقيع ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك [1] .

وصور الأوراق الرسمية التي لا تصلح دليلا كاملا طبقاً لأحكام القانون ، كالصورة الرسمية الأصلية إذا لم يكن مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل ، وصورة الصورة الأصلية إذا كانت الصور الأصلية غير موجودة على رأي أشرنا إليه فيما تقدم ، تصلح في الغالب أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة على النحو الذي أسلفنا الإشارة إليه .

والورقة العرفية بخط المدين إذا لم تكون موقعة ، وثبت أن عدم التوقيع لا يرجع إلى رفض المدين لتوقيعها مما يجعلها في منزلة مشروع لم يتم ، تكون مبدأ ثبوت بالكتابة .

---

(1) مجرد تمسك الخصم بورقة مكتوبة صادرة من خصمه باعتبار أنها لم تكون مبدأ ثبوت بالكتابة لا يقوم مقام الدليل الكامل فيما يجب إثباته بل على صاحب المصلحة طلب استكماله بشهادة الشهود أو بالقرائن أو بهما معاً حتى تنظر المحكمة في طلب إحالة الدعوى إلى التحقيق ، وإذا كان الثابت أن الطاعنين لم يطلبا الإحالة إلى التحقيق لاستكمال هذا الدليل الناقص ، فلا تثريب على الحكم المطعون فيه إن هو التفت عنه .
(جلسة ١٩٧٩/٤/١١ الطعن رقم ١٢٠٥ لسنة ٤٨ ق س ٣٠ ص ١٠٧٠) .
(جلسة ١٩٧٣/١٢/٢٧ الطعن رقم ٣٤٠ لسنة ٣٨ ق س ٢٤ ص ١٣٧١ .
(جلسة ١٩٦٩/٣/١٣ الطعن رقم ١٠٥ لسنة ٣٥ ق س ٢٠ ص ٤٢٥) .

(١) قارن أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ ص ٣٦٠ وهامش رقم ٤٥ .

وصور العقود المسجلة تكون مبدأ ثبوت بالكتابة على الوجه الذي ذكرناه فيما تقدم .

ودفاتر التجار ، حين تكون حجة على غير التجار فيما قام التجار بتوريده مع توجيه اليمين المتممة (م ١٧ من قانون الإثبات) تكون مبدأ ثبوت بالكتابة ، أكمل هنا، لا بالبينة ولا بالقرائن ، بل باليمين المتممة . هذا وضع خاص نص عليه القانون .

والأوراق والسجلات المنزلية ، إذا كانت مكتوبة بخط صاحبها دون توقيعه ، وفي غير الحالتين اللتين نص فيهما القانون على أن تكون دليلا كاملا (م ١٨ من قانون الإثبات)، إذا ذكر أنه استوفى ديناً ، أو أن الورقة تقوم مقام السند ، تكون مبدأ ثبوت بالكتابة على النحو الذي قدمناه .

والرسائل إذا كانت غير موقعة ، وكذلك الأصل غير الموقع من البرقيات ، تصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة على التفصيل الذي أسلفنا ذكره [1] .

٢٢٥ – ورقة لم يكن ممكناً أن تكون دليلا كتابياً كاملا على الواقعة المراد إثباتها ولكنها تشير إلى هذه الواقعة : وهذه الإشارة قد تكون إيجابية أو سلبية .

والأمثلة كثيرة على الإشارة الإيجابية . منها كتاب يرسله شخص إلى آخر ، يتكلم فيه عن بيع أو قرض أو أي عقد آخر ، فيكون هذا الكتاب مبدأ ثبوت بالكتابة ضد صاحبه على وقوع هذا العقد . وكتاب يرسله المدين، يذكر فيه الدين الثابت في ذمته دون أن يذكر مقداره وشروطه ، فيكون مبدأ ثبوت بالكتابة على هذا الدين [2] . وكتاب يكتبه الدائن إلى ورثة مدينه ، يسألهم إذا كان في أوراق مورثهم شيء يفيد براءة ذمته ، فإذا ما استوثق أن شيئاً من ذلك لا يوجب رفع الدعوى يطالب بالدين ، فيعتبر هذا الكتاب الذي أرسله الدائن إلى الورثة وأشار فيه إلى براءة ذمة المدين مبدأ ثبوت بالكتابة على هذه البراءة [3] .

---

(١) أنظر في القانون الفرنسي أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ ص ٣٦٠ .

(٢) الموجز للمؤلف ص ٧١٢ .

(٣) - وقد قضت محكمة النقض بأن الشهادة الرسمية المستخرجة من قلم العقود بالمحكمة المختلطة الدالة دلالة صريحة على أن هناك عقد بيع صدر من زيد لعمرو وأن البيع هو بثمن قدره كذا وأن زيداً الصادر منه البيع هو الذي قدم العقد بنفسه لإثبات تاريخه فأثبت بتاريخ كذا تحت رقم كذا وأن زيداً هذا هو بنفسه الذي تسلمه من قلم الكتاب بتاريخ كذا – هذه الشهادة مفادها أن بقلم العقود إيصالا موقعاً عليه من زيد يفيد تسلمه لذلك العقد وأن هذا العقد صادر منه بالبيع لعمرو بمبلغ كذا . ولا شك في أن ذلك الإيصال المستفاد حتما من عبارة الشهادة الرسمية التي هو في ذاتها حجة لم يطعن فيها بأي مطعن ، هو ورقة صادرة من =

= زيد دالة على ما كان منه من البيع لعمرو بالثمن المذكور . وهذا الإيصال و بمبلغ كذا . ولاشك في أن ذلك الإيصال المستفاد حتما من عبارة الشهادة الرسمية التي هو في ذاتها حجة لم يطعن فيها بأي مطعن، هو ورقة صادرة من زيد دالة على ما كان منه من البيع لعمرو بالثمن المذكور . وهذا الإيصال وإن كان لا يفيد قطعاً أن الثمن الوارد بعقد البيع الذي تسلمه زيد قد دفعه عمرو له فعلا أو أنه كان ثمناً مؤجلا ، إلا أن جريان العادة الغالبة بأن المشترى يدفع الثمن ، ذلك يقرب الاحتمال بأن هذا الثمن دفع فعلاً . وإذن فهذا الإيصال المدلول عليه حتما بتلك الشهادة الرسمية هو مبدأ ثبوت بالكتابة يقرب احتمال صحة تسلم زيد لمبلغ الثمن ، ويجيز بحسب القانون تكميل الاستدلال بالبينة والقرائن (نقض مدني ٢٨ مارس سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤٠ ص ٦٥٣ — قارن استئناف مختلط ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢١٧) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه لا محل للنعي على المحكمة أنها خالفت القانون في تكييف العقد ، وأثبتت الصورية بين المتعاقدين بالقرائن، إذ هي في تكييفه قد اعتمدت على عقد التنازل عن حق المنفعة والتعهد بعدم التصرف في العين طول حياة البائعة ، مما مفاده أنها اعتمدت على مبدأ ثبوت بالكتابة استكملته بالقرائن التي ساقتها والتي من شأنها أن تؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها (نقض مدني ٣ فبراير سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٥ ص ١٧) . وقضت أيضاً بأنه إذا قدرت نفقة زوجة على زوجها بمبلغ معين (عشرين جنيها) بمقتضى محضر صلح حرر بينهما ، ثم استظهرت المحكمة من وقائع الدعوى المرفوعة من الزوجة في شأن هذه النفقة أن الزوجة قبلت أن تقبض من زوجها مبلغ ستة جنيهات شهرياً ، وأنها كانت تقبض هذا المبلغ كل شهر حوالي خمس سنوات بمقتضى شيكات محولة لأمرها وإذنها ، وأنها لم تعترض بأي اعتراض خلال هذه المدة ، وإنما كان اعتراضها بعد وفاة الزوج ، وبناء على ذلك قضت المحكمة برفض طلب ما تجمد من النفقة ، فإنها لا تكون اعتمدت على القرائن فحسب بل أيضاً على الشيكات التي وقعتها الزوجة حين قبضت قيمتها ، مما مفاده أن المحكمة اعتمدت على مبدأ ثبوت بالكتابة استكملته بتلك القرائن (نقض مدني ٢١ فبراير سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٦ ص ٢١) .وقضت أيضاً بأنه متى كان الحكم التمهيدي لم يفصل إلا في جواز إثبات الشركة التي كان الطاعن يدعى وجودها استناداً إلى أن الإنذارات المتبادلة بينه وبين المطعون عليه تدل على وجود علاقة بينهما اعتبرتها المحكمة مبدأ ثبوت بالكتابة يجيز سماع البينة المتممة له ، ولم تقطع في ماهية هذه العلاقة ، وكان الحكم القطعي قد فصل في أمرها بعد سماع شهادة الشهود وتقديرها ، إذ نفى ما يدعيه الطاعن من وجود الشركة المزعومة بينه وبين المطعون عليه فإن الطعن في هذا الحكم الأخير استناداً إلى وجود تناقض بين أسبابه ومنطوقه فضلا عن مخالفته لقضاء الحكم التمهيدي — هذا الطعن يكون غير صحيح (نقض مدني ٨ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض رقم ٦٤ ص ٣٣٦) — وقضت كذلك بأنه لا تثريب على المحكمة إن هي اتخذت من الخطابات الصادرة من مورثة الخصم إلى مستأجر أطيان الروكية التي كانت تقوم بإدارتها ، لا سيما الخطاب الذي تطالب فيه المستأجر المذكور بمبلغ سبق أن طالبته به في خطاب سابق لحاجتها الشديدة إليه في العمارة — لا تثريب على المحكمة إن هي اتخذت منها مبدأ ثبوت بالكتابة يقرب احتمال أن المال الذي أنفق في شراء الأرض وبناء العمارة التي يدعى الطاعن أنها كانت مملوكة لمورثة إنما كان من مال الروكية وحسابها . ومتى كانت المحكمة قد استكملت مبدأ الثبوت هذا بقرائن عديدة ساقتها ومن شأنها أن تؤدي إلى ما استخلصته منها ، فإن حكمها يكون مطابقاً للقانون (نقض مدني ١٥ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٦٦ ص ٣٤٦) .

= وقضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا أقر وكيل الخصوم في مذكرة تقدمت إثناء نظر الدعوى بوجود علاقة خطبة بين موكله وبين كريمة خصمه وأنه دفع لها مهراً ، فإن هذا الإقرار الذي تضمنته المذكرة التي

أما أن تشير الورقة إلى الواقعة المراد إثباتها إشارة سلبية فذلك يتحقق على أحد وجهين :

أ – إما بأن تثبت الورقة واقعة هي عكس الواقعة المراد إثباتها تماماً ، ثم يتبين بعد ذلك تزوير الورقة ، فتنتفي هذه الواقعة العكسية وتصبح الواقعة المراد إثباتها قريبة الاحتمال. مثل ذلك أن يطالب الدائن مدينه بالدين وليس مع الدائن سند مكتوب ، فيبرز المدين مخالصة مزورة ، فتكون هذه المخالصة بعد أن ثبت تزويرها مبدأ ثبوت بالكتابة لإثبات الدين [1] . ومثل ذلك أيضاً أن يثبت أن تاريخ الورقة مزور وأن التاريخ الصحيح هو ما قرره من ادعى التزوير ، فإن ذلك يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة لإثبات صحة ما يذهب إليه مدعى التزوير ، إذ أن عكسه قد ثبت تزويره ، فأصبح ما يذهب إليه قريب الاحتمال [2] .

تعتبر قانوناً كأنها صادرة منه ، وإن لم يثبت دعوى الخصم بملكيته للجهاز موضوع النزاع ، إلا أنه يتم عن صحة الادعاء ويجعله قريب الاحتمال ، فتكون المذكرة بمثابة مبدأ ثبوت بالكتابة يسمح بتكملة الإثبات بالبينة وقرائن الأحوال (استئناف مصر ٨ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ١١٥) – وقضت أيضاً بأنه إذا رفع أخ ضد أخيه دعوى بمطالبته بمصروفات دعوى كانت مرفوعة منه لصالحهما معاً وبناء على عقد اتفاق محرر بينهما ، فأبرز المدعى عليه جملة خطابات صادرة من أخيه المدعي يفيد بعضها قيامه بدفع بعض هذه المصروفات والبعض الآخر بمطالبته بتكملة رسوم استئناف وخلافه ، اعتبرت هذه الأوراق مبدأ ثبوت بالكتابة للتخلص من الدين (استئناف مصر ٢٥ مايو سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ١١٩ ص ٢٢٧) .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الإيصال الذي يصدر من البائع يبين فيه اتفاق الطرفين على موقع العقار وعلى الثمن ، دون أن يذكر حدود العقار ومساحته ، يصلح مبدأ ثبوت بالكتابة على حصول البيع ، ويجوز إثبات الحدود والمساحة بالبينة والقرائن (استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٨٩) . وقضت أيضاً بأن الكتاب المرسل من المؤجر إلى المستأجر يجعل له فيه حق شراء العين المؤجرة ، بشرط الاتفاق على شروط البيع في ميعاد معين ، يصلح مبدأ ثبوت بالكتابة على وقوع البيع شفويا في هذا الميعاد بثمن يدفع عند توقيع العقد (استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٠٩) . وقضت أيضاً بأن الورقة التي تثبت بيعاً يختلف كل الاختلاف عن البيع المدعى به لا تصلح مبدأ ثبوت بالكتابة على هذا البيع. لا سيما أنه لا يمكن إثبات ما يخالف البيع المكتوب بالبينة أو بالقرائن (استئناف مختلط ١١ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١٨) .

أنظر أيضاً : الموجز للمؤلف ص ٧١٢ هامش رقم ١ في الأحكام المشار إليها – بوردي وبارد ٤ ص ٢٨٨ – أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ ص ٣٦٢ – ص ٣٦٣ .

(١) الأستاذ عبد السلام ذهني في الأدلة ١ ص ٤٧٣ .

(٢) نقض مدني ١٦ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٦٠ ص ٧٥١ – كذلك قيام تعارض بين ورقة عرفية وورقة رسمية يصلح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة (استئناف مختلط ٤ فبراير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٧٣) .

ب — وإما أن تكون الورقة المراد اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة من شأنها في الأصل أن تثبت واقعة متنازعاً عليها ، فإذا هي لم تثبتها كان في ذلك إشارة سلبية إلى أن هذه الواقعة غير صحيحة . مثل ذلك أن تجرد تركة المدين الميت بحضور دائنه و لم يذكر الدين في محضر الجرد ، فخلو المحضر ممن ذكر هذا الدين مع حضور الدائن وقت الجرد قد يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة على الوفاء ، إذ لو كان الدين لا يزال في ذمة المدين لما خلا منه محضر الجرد [1] . ومثل ذلك أيضاً أن يتمسك المدين بأن الدائن أبرأه من الدين ، ويحتج بأن ورثة الدائن بعد موته ، وهم يعلمون بالدين وحقيقة الإبراء منه ، قد اقتسموا التركة و لم يذكروا شيئاً في عقد القسمة عن هذا الدين ، فيعتبر عدم التنويه عنه في عقد القسمة مبدأ ثبوت بالكتابة على صحة الإبراء [2] .

وسواء كانت الإشارة إيجابية أو سلبية ، فقد قدمنا أنه يجب لاعتبار الورقة مبدأ ثبوت بالكتابة أن يكون من شأنها جعل الواقعة المراد إثباتها مرجحة الحصول ، لا محتملة فحسب . فالاتفاق المكتوب ما بين شخصين على جواز إثبات العقود المبرمة بينهما بالبينة لا يصلح مبدأ ثبوت بالكتابة لإثبات عقد أبرم بعد هذا الاتفاق ، إذ أن هذا الاتفاق المكتوب ليس من شأنه أن يجعل العقد المدعى به مرجح الحصول، ولا يزيد على أن يجعله محتملا [3] .

---

(١) الموجز للمؤلف ص ٧١٣ .

(٢) نقض فرنسي ١٨ يناير سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٤ — ١ — ٢٩٥ — أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ ص ٣٦٤ — الأستاذ عبد السلام ذهني في الأدلة ١ ص ٤٧٢ — الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٤٥٦ .
وقد قضت محكمة النقض في مصر بأنه متى كان الحكم الابتدائي قد قضي بإلزام الطاعن بمبلغ مقابل ثمن أطيان كلف ببيعها من مورث المطعون عليهم ، وكان الطاعن قد تمسك في دفاعه لدى محكمة الاستئناف بأنه أوفى ثمن هذه الأطيان للمورث المذكور ، مستنداً إلى محضري صلح موقع عليهما من المورث باعتبارهما ورقتين صادرتين من خصمه في تاريخ لاحق لتاريخ بيع الأطيان لم ينص فيهما على مديونيته للمورث بأي التزام ، لا بصفته الشخصية ولا بصفته وكيلا عنه ، وأنهما يصلحان لأن يكونا مبدأ ثبوت بالكتابة يجعلان دفاعه بعدم مديونيته في ثمن الأطيان قريب الاحتمال ، وطلب إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات هذا الدفاع، فإن الحكم المطعون فيه إذ أغفل الرد على هذا الطلب يكون قد عاره قصور مبطل له بما يستوجب نقضه في هذا الخصوص (نقض مدني ٩ أبريل سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٢١ ص ٨٤٨) — وقضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا لم تذكر الورثة في محضر جرد أموال مورثهم ديناً من الديون ، فإن هذا يصح اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة للتخلص من هذا الدين (استئناف مصر ٨ يونية سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ٩ ص ١٩٥) .

(٣) محكمة كان الاستئنافية (فرنسا) ٣٠ أبريل سنة ١٨٦٠ داللوز ٦١ — ٢ — ٣٦ — داللوز براتيك ٩ لفظ إثبات (Preuve) فقرة ١٢١٠ — وقد قضت محكمة النقض بمصر بأنه ليس لمن يدعى صورية الشركة التي بين شخص وآخرين أن يتخذ هذه الصورية مبدأ ثبوت بالكتابة يجيز له أن يثبت بالبينة والقرائن الشركة التي يدعى قيامها بينه هو وبين هذا الشخص ، لأن تلك الصورية ليس من شأنها — حتى لو صحت — أن تجعل الشركة التي يدعيها قريبة الاحتمال (نقض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٣١ ص ٦١٤).

٢٢٦ – ورقة لم يكن ممكناً أن تكون دليلا كتابياً كاملا على الواقعة المراد إثباتها ثم هي لا تشير إلى هذه الواقعة : ويبدو لأول وهلة أن مثل هذه الورقة لا تكون مبدأ ثبوت بالكتابة ، لأنه يبعد أن يكون من شأنها أن تجعل واقعة لا تشير إليها بتاتاً – لا إيجاباً ولا سلباً – مرجحة الوقوع . ولكن يقع مع ذلك ، في بعض الأحيان الاستثنائية، أن مثل هذه الورقة تثبت واقعة أخرى لها ارتباط بالواقعة المراد إثباتها ، ويكون ثبوت هذه الواقعة الأخرى من شأنه أن يجعل الواقعة المراد إثباتها قريبة الاحتمال . فينتقل الإثبات بذلك من محل إلى آخر ، وهذا ما عرفناه بتبدل محل الإثبات أو تحوله (déplacement de preuve) . ويتحقق ذلك في الأمثلة الآتية :

(١) رفع شخص على آخر دعوى الدين ، فقدم المدعى عليه ورقة تفيد أن المدعي مدين له بعد تاريخ استحقاق الدين المدعى به . فهذه الورقة تصلح مبدأ ثبوت بالكتابة على وفاء الدين المدعى به . ذلك أن المدين لا يبدأ في العادة أن يكون دائناً لدائنه إلا بعد أن يوفيه الدين الذي عليه. فالورقة تثبت واقعة مديونية الدائن للمدين . والواقعة المراد إثباتها هي وفاء المدين الدين لدائنه. وثبوت الواقعة الأولى يجعل الواقعة المراد إثباتها قريبة الاحتمال [1] .

(٢) إذا قرر الدائن المرتهن شطب الرهن ، فإن هذا التقرير يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة على وفاء الدين المضمون بالرهن . ذلك أن الدائن المرتهن لا يرضى عادة بشطب الرهن قبل أن يستوفى حقه . وتقرير الدائن لشطب الرهن ورقة تثبت رضاء الدائن بهذا الشطب . والواقعة المراد إثباتها هي وفاء الدين المضمون بالرهن . وثبوت الواقعة الأولى يجعل الواقعة المراد إثباتها قريبة الاحتمال .

(٣) قضت دائرة النقض الجنائية [2] بأنه إذا أخذ أحد ضباط القرعة قيمة البدل العسكري من والد أحد المقترعين وبددها ، وزور شهادة معافاة باسم المقترع المذكور ، فإن

---

(١) جرجا ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٦ المحاماة ٨ رقم ٣٨٢ ص ٥٨٥ . وقد رأينا أن محكمة النقض قد قضت بأن الرسائل الصادرة من الدائنة إلى مدينها تستجديه فيها وتشكر له إحسانه عليها دليل كتابي كاف في نفي وجود قرض حقيقي (نقض مدني ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٣٤ رقم ١ ص ١٢) .
ويقرب من هذا ، قبل التقنين المدني الجديد ، الإيصال بالقسط الأخير من الإيجار ، فقد كان يمكن اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة على دفع الأقساط السابقة ، لأن المؤجر لا يعطى عادة مخالصة عن القسط الأخير إلا بعد أن يكون قد استوفى الأقساط السابقة ، فواقعة دفع القسط الأخير التي يثبتها الإيصال تجعل واقعة دفع الأقساط السابقة قريبة الاحتمال (نقض مدني ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٥٤ ص ٧٢١). ولكن التقنين الجديد (م ٥٨٧) جعل الوفاء بالقسط الأخير قرينة قانونية على الوفاء بالأقساط السابقة ، وهي قرينة تقبل إثبات العكس .

(٢) ٧ يناير سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٣ ص ٤ .

هذه الشهادة المزورة تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة بالنسبة إلى تسلم المبلغ . ذلك أن شهادة المعافاة المزورة تثبت أن قيمة البدل العسكري لم يسدد لخزانة الحكومة . وهذه الواقعة تجعل واقعة تسلم الضابط للبدل وتبديده إياه قريبة الاحتمال [1] .

---

(١) أراد المتهم أن يخفي اختلاسه لمبلغ عشرين جنيهاً سلمه إليه أحد المقترعين قيمة البدل العسكري ، فزور شهادة معافاة من الخدمة العسكرية لهذا المقترع . وقد قضت المحكمة بأنه يجوز إثبات دفع المبلغ للمتهم بالبينة ، لأن شهادة المعافاة المزورة تصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة ضده .

وقضت محكمة النقض بأنه متى كان الواقع هو أن الطاعن أقام الدعوى على المطعون عليهم ، وطلب الحكم بإلزامهم بمبلغ معين بموجب سند ذكر فيه أن هذا المبلغ سلم لهم على سبيل القرض ، فدفع المطعون عليهم الدعوى بأن المبلغ المطالب به ليس قرضاً ، وإنما هو ثمن حصة في (ماكينة) اشتروها من الطاعن بموجب عقد بيع محرر في تاريخ تحرير السند ، وكان الحكم المطعون فيه إذ اعتبر عقد البيع مبدأ ثبوت بالكتابة يجيز للمطعون عليهم تكملة إثبات دفاعهم بالبينة قد قرر أن هذا العقد هو ورقة صادرة من الطاعن ومحررة مع السند موضوع الدعوى في مجلس واحد ، علاوة على اتحادهما في خط الكاتب لهما والشهود الموقعين عليهما والمداد المحررين به ، كما أنه يستبعد أن يشترى المطعون عليهم حصة الطاعن في الماكينة وأن يدفعوا إليه الثمن ويقترضوا في نفس مجلس العقد المبلغ المحرر به السند ، إذ قرر الحكم ذلك فإنه لا يخالف القانون (نقض مدني ٥ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٨٧ ص ٥٧٠) — وقضت محكمة الاستئناف الأهلية بأنه إذا ذكر في عقد بيع عقار أن البائع يملكه بناء على عقد آخر تاريخه كذا صادر من زيد من الناس ، وكان على العقار حقوق ارتفاق أو قيود للملك مبينة في هذا العقد ، عد هذا الذكر مبدأ ثبوت بالكتابة لإثبات علم المشترى بوجود حقق الارتفاق المذكورة في عقد شراء بائعه ، وحينئذ يسوغ للمحكمة قبول الإثبات بالقرائن ، ويمكنها بما لها من السلطة المطلقة في هذه الحالة أن توجه اليمين المتممة للمشترى بأنه لم يطلع على عقد شراء بائعه المذكور في عقده ولا علم له بحقوق الارتفاق والقيود الموجودة في العقد الأول (استئناف أهلي ٨ ديسمبر سنة ١٩٠٩ الحقوق ٢٤ ص ٢٣٧ — قارن : استئناف أهلي ٨ مارس سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١٢ ص ٦) — وقضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا رفعت امرأة دعوى ضد شخص تطالب بمبالغ بدعوى أنه اقترضها منها ، وظهر من مجموعة المراسلات المتبادلة بينهما وبينه في وقت معاصر لتاريخ تحرير السندات أو لاحق أن هناك ما يحمل على الظن بوجود علاقات غير شريفة بينهما حررت من أجلها السندات ، وبأن الدائنة كانت تعيش هي وابنتها في كنف المدين الذي كان يعطيهما من وقت لآخر ما تجود به نفسه ، حتى أنهما كانا يستجديانه جنيهاً واحداً في بعض الأحوال ، مما يدل على أنها كانت في حالة فقر لا تسمح لها بأن تقرضه نحو ثلاثمائة جنيه ، كان هذا قاطعاً في نفي وجود علاقة قرض حقيقي، وتكون السندات خالية من السبب القانوني وباطلة (استئناف مصر ٢٣ يناير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٤ ص ٦٩) .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كفل شخص مفلساً في الصلح الذي عقده مع دائنيه ، ثم فتح له حساباً جارياً كما تفتح الحسابات الجارية ما بين بيتين من بيوت التجارة مستقلين تمام الاستقلال كل منهما عن الآخر ، فإن فتح هذا الحساب يصلح مبدأ ثبوت بالكتابة ، يجوز استكماله بالبينة والقرائن ، على أنه — خلافاً لما جاء في شروط الصلح من أن المفلس قد نزل لكفيله عما له من الحقوق — قد تم اتفاق بينهما على أن يترك المفلس على رأس عمله يباشر تجارته (استئناف مختلط ٢٢ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٦٣) .

المطلب الثاني
قيام المانع من الحصول على الكتابة أو من تقديمها

٢٢٧ – النصوص القانونية : تنص المادة ٦٣ من قانون الإثبات (تقابلها المادة ٤٠٣ من التقنين المدني الملغاة) على ما يأتي :

" يجوز أيضاً الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة : "

أ – " إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي " .

ب – " إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي لا يد له فيه " [١] .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادتين ٢١٥/٢٨٠ و٢١٨/٢٨٣ [٢].

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البينات السوري المادة ٥٧، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٩١ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المادة ٢٤٢ ، وفي التقنين الليبي المادة ٣٩١ [٣] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٤١ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " ويجوز أيضاً الإثبات بالبينة : (أ) إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي (ب) إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي لا يد له فيه (ج) إذا طعن في العقد بأن له سبباً غير مشروع " . وفي لجنة المراجعة أضيفت عبارة " فيما كان يجب إثباته بالكتابة " في صدر المادة لتجعل المعنى أدق ، ونقل البند (ج): " إذا طعن في العقد بأن له سبباً غير مشروع " إلى مكان آخر (السبب غير المشروع ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك) . وأصبح النص هو المادة ٤١٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فلجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٠٣ ، فمجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤١٠ و ص ٤١٤ – ص ٤١٥) .

(٢) كانت المادة ٢١٥/٢٨٠ من التقنين المدني السابق تجرى على الوجه الآتي : " في جميع المواد ما عدا التجارية إذا كان المدعى به عبارة عن نقود أو أوراق تزيد قيمتها عن ألف قرش ديواني أو غير مقدرة ، فالأخصام الذين لم يكن لهم مانع من الاستحصال على كتابة مثبتة للدين أو للبراءة لا يقبل منهم الإثبات بالبينة ولا بقرائن الأحوال " . وكانت المادة ٢١٨/٢٨٣ تنص على ما يأتي : " وكذلك يجوز الإثبات بما ذكر إذا وجد دليل قطعي على ضياع السند بسبب قهري " . ونرى من ذلك أن الحكم واحد في المسألتين في التقنينين الجديد والقديم .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السوري م ٥٧ : يجوز الإثبات بالشهادة في الالتزامات التعاقدية حتى لو كان المطلوب تزيد قيمته على مائة ليرة : (أ) إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي – يعتبر مانعاً مادياً ألا يوجد من يستطيع كتابة السند أو أن يكون طالب الإثبات شخصاً ثالثاً لم يكن طرفاً في العقد . يعتبر مانعاً أدبياً القرابة بين الزوجين أو ما بين الأصول والفروع أو ما بين الحواشي إلى الدرجة الثالثة أو ما بين أحد الزوجين وأبوي الزوج الآخر . (ب) إذا فقد الدائن سنده المكتوب لسبب لا يد له فيه. (ج) إذا طعن في العقد بأنه ممنوع بالقانون أو مخالف للنظام العام أو الآداب.–

تقنين المدني الفرنسي المادة ١٣٤٨ [١] .

ويتبين من نص التقنين المدني المصري أنه جمع بين حالتين تتميز إحداهما عن الأخرى، وإن كانتا تشتركان من ناحية قيام المانع في كل منهما :

= (وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المصري ، غير أن قانون البينات السوري حدد بعض أحوال المانع المادي والمانع الأدبي ، وأضاف النص على جواز الإثبات بالبينة وبالقرائن في حالة الاحتيال على القانون ، وقد تقدم بيان حكمها) .

التقنين المدني العراقي م ٤٩١ : يجوز أيضاً الإثبات بالشهادة فيما كان يجب إثباته بالكتابة : (أ) إذا وجد مانع مادي يحول دون الحصول على دليل كتابي . ويعتبر مانعاً مادياً ألا يوجد من لا يستطيع كتابة السند . (ب) إذا كان العقد مبرماً ما بين الزوجين أو ما بين الأصول والفروع أو ما بين الحواشي إلى الدرجة الرابعة أو ما بين أحد الزوجين وأبوي الزوج الآخر . (ج) إذا فقد الدائن مستنده الكتابي لسبب أجنبي لا يد له فيه. (والأحكام تكاد تكون واحدة في التقنين العراقي والتقنين المصري ، غير أن التقنين العراقي حدد أحد الموانع المادية ، وحصر الموانع الأدبية في الزوجية والقرابة) .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٢٤٢ : تقبل البينة الشخصية ... (٤) إذا استحال على الدائن الحصول على بينة خطية . ويكتفي بمجرد الاستحالة المعنوية ، وهي تنشأ خصوصاً عن العرف المتبع في بعض المهن ، أو علاقات القربى بين الأصول والفروع أو عن الروابط الزوجية (٥) إذا أثبت الدائن فقدان السند بطارئ ما . (والأحكام واحدة في التقنينين المصري واللبناني ، إلا أن التقنين اللبناني حدد أهم أحوال المانع الأدبي) .

التقنين المدني الليبي م ٣٩١ : مطابق لنص التقنين المدني المصري .

(١) التقنين المدني الفرنسي م ١٣٤٨ : ويستثنى من القاعدتين (ضرورة الدليل الكتابي) أيضاً جميع الحالات التي لم يكن الدائن يستطيع فيها الحصول على دليل كتابي للالتزام المعقود له . وهذا الاستثناء الثاني يسري : (١) على الالتزامات التي تنشأ من شبه عقد أو من جريمة أو من شبه جريمة . (٢) على الودائع الاضطرارية التي تقع في حالات الحريق والتهدم والاضطرابات والغرق ، وفي الودائع الاضطرارية للنزلاء في الفنادق الذين ينزلون فيها ، وهذا كله وفقاً لصفة الشخص ولظروف الواقع . (٣) في الالتزامات المعقودة عند نزول أحداث غير منظورة لم يكن يستطاع معها كتابة ورقة . (٤) في حالة ما إذا فقد الدائن السند الذي كان يستخدمه دليلا كتابياً بسبب حادث فجائي لم يكن منظوراً وترتب على قوة قاهرة .

Art. 1348 : Elles reçoivent encore exception toutes les fois qu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale de l'obglgation qui a été contractée envers lui. Cette seconde exception s'applique : 1° Aux obligations qui naissent des quasi – contrats et des délits ou quasidélits- 2° Aux dépôts nécessaires faits en cas d'incendie, ruine, tumulte ou naufrage, et à ceux faits par les voyageurs en logeant dans une hôtellerie, le tout suivant la qualité des personnes et les logeant dans une fait. - 3° Aux obligations contractées en cas d'accidents imprévus, où l'on ne pourrait pas avoir fait des actes par écrit. - 4° Au cas où le créancier a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale, par suite d'un cas fortuit, impréve et résultant d'une force majeure.

(١) حالة قيام المانع من الحصول على الكتابة .

(٢) حالة قيام المانع من تقديم الكتابة بعد الحصول عليها ، وذلك لفقدها بسبب أجنبي .

§ ١ – قيام المانع في الحصول على الكتابة

٢٢٨ – المانع المادي والمانع الأدبي : إذا وجد مانع من الحصول على الكتابة لإثبات تصرف قانوني كان الواجب إثباته بالدليل الكتابي ، فلا مناص من النزول عند حكم الضرورة ، والسماح بالبينة والقرائن تحل محل الكتابة في إثبات هذا التصرف. والمانع ، وفقاً لنص المادة ٦٣ (بند ١) إثبات إما أن يكون مانعاً مادياً أو مانعاً أدبياً .

وفي الحالتين – قيام المانع المادي أو قيام المانع الأدبي – يجوز الإثبات بالبينة والقرائن: (١) فيما تزيد قيمته على خمسمائة جنيه . (٢) فيما يخالف الكتابة أو يجاوزهـــا . (٣) في كل عقد يتطلب القانون أن يكون إثباته بالكتابة ولو لم تزد قيمته على خمسمائة جنيه ، كالصلح والكفالة . أما العقد الشكلي الذي لا ينعقد إلا بورقة رسمية ، كالهبة والرهن الرسمي ، فلا يثبت ، بل لا يوجد ، بغير هذه الورقة الرسمية . وقد مر بيان ذلك عند الكلام في مبدأ الثبوت بالكتابة . والبينة والقرائن ، في الصور الثلاث المتقدم ذكرها، لا تكمل الدليل الكتابي – كما كان الأمر في مبدأ الثبوت بالكتابة – بل تحل محل هذا الدليل لقيام الضرورة [١] .

والمانع ، مادياً كان أو أدبياً ، واقعة مادية يكلف بإثباتها الخصم الذي يدعيها ، وله أن يثبتها بالبينة والقرائن . فيجب إذن على الخصم أن يثبت أولا قيام المانع ، ثم يثبت بعد ذلك التصرف القانوني المدعى ، ويثبت هذا وذاك بجميع الطرق [٢] .

---

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني في هذا الصدد ما يأتي : " والبينة في هذه الأحوال لا تكمل الدليل الكتابي ، بل تحل محله بعد أن فقد واستحال تحصيله . والواقع أن وجوب الإثبات بالكتابة يفترض إمكان الحصول على الدليل الكتابي ، فإذا حالت ظروف خاصة دون ذلك تحتم الاستثناء إذ لا قبل لأحد بالمستحيل . ويراعى من ناحية أخرى أن هذا النص يرمي إلى استبدال البينة بالدليل الكتابي ، فهو والحال هذه لا يطبق حيث تكون الكتابة شرطاً يترتب على تخلفه بطلان التصرف، بل يطبق في الأحوال الخاصة التي يتطلب فيها القانون الدليل الكتابي للإثبات ولو كانت القيمة أقل من عشرة جنيهات " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤١١) .

(٢) استئناف مختلط ٢ أبريل سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٨٠ – ١٢ يناير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٩٣ – ١٣ ينـــاير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٢٦ .

وأياً كان المانع ، مادياً أو أدبياً ، فإن تقديره موكول إلى قاضي الموضوع [1] . وهو لا يخضع في ذلك إلى رقابة محكمة النقض [2] ، مادام يورد في أسباب حكمه الواقعة التي اعتبرها مانعاً ، ويبين لماذا أضفي عليها هذا الاعتبار . فإن آتي في ذلك بما هو مستساغ معقول ، حمل تكييفه على الصحة ، وإلا صار ما اعتبره من ذلك كأنه منتـــزع من غير دليل [1] [3] .

ونستعرض الآن كلا من المانعين : المانع المادي والمانع الأدبي .

---

(1) تقدير قيام المانع من الحصول على كتابة من المسائل التي يستقل بها قاضي الموضوع ، دون أن تخضع في هذه لرقابة محكمة النقض بشرط أن يسبب القاضي تقديره تسبيباً سائغاً .
(جلسة ١٩٦٨/١٢/١٢ الطعن رقم ٤٥١ لسنة ٣٤ ق السنة ١٩ ص ١٥١٧) .
(جلسة ١٩٦٩/١/٢ السنة ٢٠ ص ١٤) .

(2) تقدير قيام المانع المادي أو الأدبي من الحصول على دليل كتابي في الأحوال التي يتطلب فيه القانون هذا الدليل هو من الأمور التي يستقل فيها قاضي الموضوع متى كان قد بين في حكمه الظروف التي اعتبرها مانعة وكان هذا الاعتبار معقولا ومتى انتهى الحكم صحيحا إلى قيام مانع مادي حال دون الحصول على دليل كتابي على انقضاء الدين فإن إثبات هذا الانقضاء بالبينة والقرائن يكون جائزاً قانوناً .
(جلسة ١٩٦٦/١/٦ الطعن رقم ٢٠٨ لسنة ٣١ ق س ١٧ ص ٥٥) .
(جلسة ١٩٧٠/١/٨ الطعن رقم ٤٥٦ لسنة ٣٥ ق س ٢١ ص ٣٥) .
(جلسة ١٩٨٦/٥/٧ الطعن رقم ٢٤٩٩ لسنة ٥٢ ق) .
(جلسة ١٩٩٣/٢/٢٥ الطعن رقم ٥٩ لسنة ٥٨ ق) .

(١) نقض مدني ٢٥ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١٩٦ ص ٥٥٠ — ٦ يناير سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٦٤ ص ٦٩٧ — استئناف مصر ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٧٦. وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " وإذا كان القاضي هو المرجع في تقدير الظروف المانعة ، إلا أن من واجبه أن يبين هذه الظروف عند تسبيب الاستحالة المادية. أما الاستحالة المعنوية التي تحول دون الحصول على كتابة فلا ترجع إلى ظروف مادية ، بل ترجع إلى ظروف نفسية ، وهي تعقد بعلاقات الخصوم وقت انعقاد التصرف . ومرجع الأمر في تقدير هذه الاستحالة ، مع ما ينطوي في هذا التقدير من دقة ، هو القاضي ، ولكن يتعين عليه أن يسبب تقديره (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤١٣) .

(3) قيام المانع الأدبي من المطالبة بالحق والذي يعتبر سبباً لوقف التقادم طبقاً للفقرة الأولى من المادة ٣٨٢ من القانون المدني وإن كان من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع إلا أنه إذا أورد القاضي أسباباً لإثبات قيام هذا المانع أو نفيه فإن هذه الأسباب تمتد إليها رقابة محكمة النقض .
(جلسة ١٩٨٤/١/٢٦ الطعن رقم ٩٦٣ لسنة ٥٠ ق) .

أ – المانع المادي

٢٢٩ – أمثلة على المانع المادي : لم يورد التقنين المدني الجديد ثم قانون الإثبات ، ولا التقنين المدني السابق ، أمثلة على المانع ، مادياً كان أو أدبياً ، كما فعلت بعض التقنينات الأخرى . ونورد هنا بعض ما أوردته هذه التقنينات ، وما أخذ به القضاء والفقه من حالات المانع المادي .

فقد نص التقنين المدني الفرنسي (م ١٣٤٨) على بعض هذه الحالات على سبيل التمثيل . فذكر : (١) الالتزامات التي تنشأ من شبه العقد أو الجريمة أو شبه الجريمة. (٢) الوديعة الاضطرارية التي تقع في حالات الحريق والتهدم والاضطرابات والغرق ، وكذلك وديعة النزيل في الفندق ، وذلك كله وفقاً لصفة الشخص ولظروف الواقع . (٣) الالتزامات المعقودة عند نزول أحداث غير منظورة لم يكن يستطاع معها كتابة ورقة .

ونص قانون البينات السوري (م ٥٧) على حالتين : (١) ألا يوجد من يستطيع كتابة السند . (٢) أن يكون طالب الإثبات شخصاً ثالثاً لم يكن طرفاً في العقد .

ونص التقنين المدني العراقي (م ٤٩١) على حالة واحدة هي ألا يوجد من يستطيع كتابة السند .

ويضيف الفقه والقضاء حالات أخرى . منها عيوب الإرادة من غلط وتدليس وإكراه واستغلال . ومنها الاحتيال على القانون ، والسبب غير المشروع . ومنها الصورية بالنسبة إلى الغير وفيما بين المتعاقدين . ومنها ما جرت العادة أن يعتبر الحصول على دليل كتابي فيه متعذراً .

وننبه بادئ ذي بدء إلى أن هذا كله لم يذكر على سبيل الحصر ، بل على سبيل التمثيل . فيجوز أن توجد إلى جانب هذه الحالات حالات أخرى يقوم فيها المانع المادي من الحصول على دليل كتابي ، بل قد تجد حالات لم تكن موجودة من قبل .

ونقتصر هنا على تنسيق الأمثلة التي قدمناها وترتيبها ، حتى تتحدد من وراء ذلك فكرة المانع المادي .

ويمكن تقسيم ما قدمناه من الحالات إلى طرائف ست : (١) الالتزامات التي تنشأ من مصدر غير عقدي ، وعيوب الإرادة . والذي يجمع بين هذه الحالات أنها جميعها في الواقع من الأمر ليست تصرفات قانونية ، بل هي وقائع مادية ، فهي ليست استثناء من قاعدة وجوب الدليل الكتابي . (٢) أن يكون طالب الإثبات غير طرف في التصرف القانوني

وما يتصل بذلك من الصورية . (٣) الاحتيال على القانون والسبب غير المشروع . (٤) الودائع الاضطرارية ، ويلحق بها ، بالنسبة إلى البلاد التي لم تنتشر فيها الكتابة انتشاراً كافياً، ألا يوجد من يستطيع كتابة السند . (٥) الأحداث غير المتظورة بوجه عام . (٦) ما جرت به العادة .

٢٣٠ – الالتزامات غير العقدية وعيوب الإرادة : يذكر التقنين المدني الفرنسي (م١٣٤٨) بين حالات المانع المادي مصادر الالتزامات غير العقدية ، ويعددها على الوجه الذي اختاره في ترتيب هذه المصادر : شبه العقد والجريمة وشبه الجريمة . ونلاحظ في هذا الصدد أمرين : (أولاً) لو فرضنا جدلا أن مصادر الالتزام غير العقدي تصرفات قانونية ، فإن المانع هنا من الكتابة ليس مانعاً خاصاً في حالة بالذات ، بل هو مانع عام في جميع هذه الحالات دون تمييز ما بين حالة وحالة . وعندنا أن المقصود بقيام المانع أن يكون هذا المانع ذاتياً يقوم في حالة بالذات ، لا أن يكون مانعاً موضوعياً يقوم بالنسبة إلى طائفة من الحالات في جميع أفرادها [1] . (ثانياً) وقبل ذلك ، يجب أن يلاحظ أن المصادر غير التقليدية للالتزام ليست تصرفات قانونية إطلاقاً بل هي وقائع مادية . وقد رأينا أن الدليل الكتابي إنما وضع للتصرفات القانونية دون الوقائع المادية ، أما هذه فالأصل فيها أن يكون إثباتها بجميع الطرق، ويدخل في ذلك البينة والقرائن والمعاينة كما قدمنا . فلم يكن التقنين المدني الفرنسي في أية حاجة إلى استثناء المصادر غير العقدية من قاعدة وجوب الإثبات بالدليل الكتابي ، فهي في

---

(١) قارن أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٥ ص ٣٦٦ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٩ ص ٩٩٨ – ومما يؤيد النظر الذي نذهب إليه ما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : " أما فيما يتعلق بخصائص الاستحالة ، فيراعى أن الاستثناء يرد على قاعدة حظر الإثبات بالبينة . وهذه القاعدة تطبق بشأن التصرفات القانونية دون الوقائع القانونية . ويستخلص من ذلك أن هذا الاستثناء لا يطبق على التصرفات القانونية ، وهي التي تنفرد بوجوب استعمال الكتابة في إثباتها . ويتفرع على هـذا ما يأتي : (أ) أن استحالة الحصول على دليل كتابي في هذه الحالة ليست مطلقة ، بل هي نسبية عارضة . (ب) أن الاستحالة لا ترجع إلى طبيعة الواقع خلافاً لما نصت عليه المادة ١٤٠٠ من التقنين المدني الهولندي ، بل ترجع على وجه الأفراد إلى الظروف الخاصة التي أنعقد فيها التصرف . (ج) أن الاستثناء لا يتعلق بالوقائع القانونية التي يمتنع فيها على وجه الإطلاق الحصول على دليل كتابي . وقد أخطأ التقنين الفرنسي والتقنين الإيطالي (م ١٣٤٨) في إيراد " الالتزامات الناشئة عن أشباه العقود والجنح وأشباه الجنح " في معرض التمثيل للاستحالة النسبية التي تحول دون الحصول على دليل كتابي . لأن أشباه العقود والجنح وأشباه الجنح تدخل في عداد الوقائع القانونية التي لا يسرى بشأنها تقييد الإثبات بالبينة ، بل البينة بالنسبة لها جائزة على وجه الدوام ، شأنها من هذا الوجه شأن وقائع التدليس والغش والصورية والربا .. وقد أحسن التقنين المصري (م ٢١٥/٢٨٠) والمشروع الفرنسي الإيطالي بإغفال الأمثلة التي تضمنتها التقنينات المختلفة في هذا الشأن (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤١١ – ص ٤١٢) – أنظر أيضاً الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢١١ .

الأصل لم تدخل في هذه القاعدة حتى تستثنى منها . وقد أخطأ التقنين الفرنسي في إيراد هذا الاستثناء الظاهري ، وأحسن التقنين المصري في تجنب متابعته في هذا الخطأ [1] .

وإذا رتبنا مصادر الالتزام غير العقدية الترتيب الحديث ، وقلنا إنها العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون، وجدنا أن العمل غير المشروع يكون دائماً عملا مادياً له أركان ثلاثة ، هي الخطأ والضرر وعلاقة السببية ، وكل ركن من هذه يعتبر واقعة مادية يجوز إثباتها بالبينة والقرائن . على أن هناك أعمالا غير مشروعة تقوم على أساس عقود مدنية ، كجريمة التبديد فهذه يجب في إثباتها إثبات العقد المدني الذي تقوم عليه ، ولا بد في إثبات العقد المدني من مراعاة قواعد الإثبات المتعلقة بالتصرفات القانونية . فلا يجوز إثبات ما تزيد قيمته على خمسمائة جنيه بالبينة أو القرائن ، سواء في ذلك كانت المحكمة محكمة مدنية أو محكمة جنائية ، وقد مر ذكر ذلك [2] .

أما فيما يتعلق بالإثراء بلا سبب ، فالوفاء بغير المستحق يكون عادة تصرفاً قانونياً، لا يجوز إثباته بالبينة أو القرائن إذا زاد المبلغ الموفى به على خمسمائة جنيه [3] . والفضالة، بالنسبة إلى رب العمل ، هي واقعة مادية يجوز إثباتها بالبينة والقرائن . ولكن الفضولي قد يبرم ، فيما يأتيه من أعمال الفضالة ، تصرفاً قانونياً مع الغير ، ففيما بينه وبين هذا الغير لا يثبت هذا التصرف ، إلا وفقاً لقواعد الإثبات في التصرفات القانونية . وهذا التصرف نفسه يعتبر ، بالنسبة إلى رب العمل ، واقعة مادية يجوز له إثباتها بجميع الطرق. وأعمال الإثراء بلا سبب الأخرى تكون غالباً أعمالا مادية يجوز إثباتها بالبينة والقرائن ، كالبناء والغراس ، ولكن يقع في بعض الأحوال أن تكون تصرفات قانونية كمن يوفى دين غيره ويرجع على المدين ، ففي هذا الرجوع تراعى قواعد الإثبات في التصرفات القانونية [4] .

أما الوقائع المادية التي ينص القانون على أنها تنشئ التزامات ، فإن إثباتها جائز بجميع الطرق . على أنه يلاحظ أن القرابة لها في الغالب طرق إثبات خاصة ، وأن الجوار يثبت عادة بالمعاينة .

---

(١) وتقول الأستاذة بلانيول وريبير وجابولد في هذا المعنى : " تذكر المادة ١٣٤٨ من التقنين المدني ، كأول تطبيق ، الالتزامات التي تنشأ من شبه العقد والجريمة وشبه الجريمة . ولكن لا يوجد هنا إلا وقائع لا تسرى في شأنها القواعد الخاصة بتقييد الإثبات بالبينة ، إذ المطلوب إثباته إنما هو واقعة مادية . فالاستثناء إذن ليس إلا استثناء ظاهرياً محضاً . وهو خطأ حقيقي في الصياغة " (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٥ ص ٩٩٦) — قارن أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٥ ص ٣٦٧ — ص ٣٧٠) .

(٢) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٥ ص ٣٦٨ — ص ٣٧٠ .

(٣) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٥ ص ٣٦٧ .

(٤) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٥ ص ٣٦٨ وهامش رقم ٦ .

ثم يذكر الفقه ، فيما يجوز إثباته بالبينة والقرائن لقيام المانع المادي ، عيوب الإرادة من غلط وتدليس وإكراه واستغلال . ولكن هذه أيضاً وقائع مادية ، لا معنى لاستثنائها من قاعدة لا تسرى إلا على التصرفات القانونية . صحيح أن هذه العيوب تلتصق بالإرادة ، أي بالتصرف القانوني ، ولكن التصرف القانوني في ذاته يثبت وفقاً للقواعد العامة ، ومن يدعى وجوده عليه أن يثبته ، فإذا ثبت وجوده كان على من يدعى أن التصرف شابه عيب من هذه العيوب أن يثبت ذلك ، ويجوز له أن يثبت هذا العيب بالبينة والقرائن لأنه واقعة مادية كما قدمنا [1] .

٢٣١ – طالب الإثبات ليس طرفاً في التصرف القانوني: فإذا استبعدنا ما قدمناه من الوقائع المادية ، واقتصرنا على التصرفات القانونية ، وجب أن نقصر دائرة تطبيق الدليل الكتابي على العلاقة فيما بين طرفي التصرف . فالدليل الكتابي غير مطلوب إلا في هذا النطاق . أما الغير الذي لم يكن طرفاً في التصرف ، فله أن يثبته، إذا دعته مصلحة مشروعة إلى هذا الإثبات ، بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن . وليس ذلك راجعاً ، في نظرنا ، إلى قيام مانع مادي حال دون حصول الغير على الكتابة المثبتة للتصرف . لاشك في أن هذا المانع المادي موجود ، ولكنه مانع عام يوجد في كل حالة يكون طالب الإثبات فيها من الغير بالنسبة إلى التصرف القانوني ، وقد قدمنا أن المانع يجب أن يكون خاصاً يوجد في حالة بالذات . والعلة ، في نظرنا ، في أن نبيح للغير أن يثبت تصرفاً قانونياً ليس طرفاً فيه بجميع الطرق ، هي أن هذا التصرف بالنسبة إليه يعتبر واقعة مادية ، والواقعة المادية يجوز إثباتها بجميع الطرق .

وقد رأينا أن الشفيع يستطيع إثبات البيع الذي يأخذ فيه بالشفعة بجميع الطرق ، لأنه من الغير ، فيعتبر البيع بالنسبة إليه واقعة مادية . ورأينا في الفضالة أن الفضولي في أعمال فضالته قد يبرم تصرفاً قانونياً مع الغير ، فلرب العمل ، إذا اقتضى الأمر ، أن يثبت هذا التصرف بجميع الطرق ، لأنه لم يكن طرفاً في هذا التصرف ، فيعتبر التصرف بالنسبة إليه واقعة مادية . وقد يتعاقد صاحب المصنع مع أحد الفنيين ، فيأتي مصنع منافس ويستخدم هذا الفني قبل انتهاء خدمته في المصنع الأول ، فإذا رجع صاحب المصنع الأول على صاحب المصنع الآخر بتعويض ، وطولب أن يثبت عقد استخدام المصنع الآخر لهذا الفني ، كان له أن يثبت هذا العقد بجميع الطرق ، لأنه ليس طرفاً فيه، فيعتبر بالنسبة إليه واقعة مادية . والحاجز على مال مدينه قد يضطر إلى إثبات ملكية المدين للمال المحجوز عليه بمقتضى

---

(١) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٥ ص ٣٧٢ – ص ٣٧٣ ؛ هامش رقم ١٨ وهامش رقم ١٩ .

تصرف قانوني لم يكن طرفاً فيه ، فيثبت هذا التصرف بجميع الطرق ، إذ هو بالنسبة إليه واقعة مادية . ويمكن القول إذن بوجه عام أن كل شخص لم يكن طرفاً في تصرف قانوني ، وكانت له مصلحة في إثبات هذا التصرف ، يجوز له الإثبات بجميع الطرق ، لأن التصرف يعتبر بالنسبة إليه واقعة مادية [1] .

كذلك يستطيع الغير ، في تصرف قانوني مكتوب ، أن يثبت بجميع الطرق ما يخالف الكتابة أو يجاوزها ، لأن التصرف يعتبر بالنسبة إليه واقعة مادية . والمثل البارز لذلك هو الصورية . فالعقد الصوري ، فيما بين المتعاقدين ، تصرف قانوني لا يجوز إثبات ما يخالفه — أي إثبات الصورية — إذا كان العقد مكتوباً ، إلا بالكتابة [2] . أما بالنسبة إلى الغير ، فيجوز له هذا الإثبات بجميع الطرق ، لأن العقد الصوري بالتسبة إليه يعتبر واقعة مادية ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك .

٢٣٢ — الاحتيال على القانون والسبب غير المشروع : فإذا اقتصرنا على العلاقة فيما بين طرفي التصرف القانوني ، أمكن أيضاً أن نتصور جواز أن يثبت أحد الطرفين التصرف القانوني بجميع الطرق ، لا لأن التصرف يعتبر بالنسبة إليه واقعة مادية فهو تصرف قانوني بالنسبة إلى كل من الطرفين ، بل لأن هناك سبباً غير مشروع ، كربا فاحش أو مقامرة ، يراد إخفاؤه احتيالا على القانون . وقد قدمنا أن الاحتيال على القانون يبيح الإثبات بجميع الطرق ، فهو مبدأ عام يضاهي في عمومة مبدأ قيام المانع ، ولا يتفرع عنه . ولذلك يجب ألا تخلط ما بين المبدأين . وقد سبق أن عالجنا مبدأ الاحتيال على القانون وكيف يجيز الإثبات بالبينة والقرائن .

٢٣٣ — الودائع الاضطرارية وما يلحق بها : وننتقل الآن إلى النطاق الحقيقي لقيام المانع . فهو دائرة العلاقة بين طرفي التصرف القانوني فيما ليس فيه احتيال على القانون ، وذلك بعد أن استبعدنا من هذا النطاق الواقعة المادية فهي ليست بتصرف قانوني ، واستبعدنا الغير الذي يعتبر التصرف القانوني بالنسبة إليه واقعة مادية ، واستبعدنا الاحتيال على القانون وهو يبيح كمبدأ عام مستقل الإثبات بجميع الطرق . وننظر ، في حدود هذا النطاق الحقيقي ، كيف يحول المانع المادي دون الحصول على الدليل الكتابي .

ونواجه أول ما نواجه الوديعة الاضطرارية (dépôt nécessaire) وما يلحق بهـــا . فهنا يقوم مانع مادي يتعذر معه الحصول على الكتابة لإثبات التصرف . فمن فوجئ بخطر

---

(١) أنظر أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٥ ص ٣٧٣ — ص ٣٧٥ .

(٢) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٨ ص ٩٩٨ .

الحريق أو النهب أو الاضطرابات أو التهدم أو الغرق أو نحو ذلك ، فبادر إلى إنقاذ متاعه من هذه الأخطار بإيداعه عند الغير ، لا يجد من الوقت ولا من الظروف التي أحاطت به متسعاً للحصول من المودع عنده على دليل كتابي بالوديعة إذا زادت قيمتها على خمسمائة جنيه . وبحسبه أن وجد من يستودعه متاعه في هذه الظروف الحرجة . فإذا زال الخطر وأراد استرداد متاعه ، وأنكر المودع عنده الوديعة ، كان على المودع أن يثبت أولا قيام المانع من الحصول على الدليل الكتابي ، أي الخطر الذي كان يتهدده . وهذه واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق . ثم يجوز له بعد ذلك أن يثبت بالبينة والقرائن عقد الوديعة ذاته .

ويلحق بالوديعة الاضطرارية وديعة النزيل في الفندق لأمتعته . فقد شبه التقنين المدني الفرنسي (م ١٣٤٨ و م ١٣٥٢) هذه الوديعة بالوديعة الاضطرارية ، من حيث قيام المانع المادي من الحصول على دليل كتابي . أما التقنين المدني المصري فقد سكت عن ذلك ، وترك المسألة للقواعد العامة . وقد نصت المادة ٧٢٧ من التقنين المدني على أن " (١) يكون أصحاب الفنادق والخانات وما ماثلها ، فيما يجب عليهم من عناية بحفظ الأشياء التي يأتي 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 جنيهاً ، ما لم يكونوا قد أخذوا على عاتقهم حفظ هذه الأشياء وهم يعرفون قيمتها ، أو يكونوا قد رفضوا دون مسوغ أن يتسلموها عهدة في ذمتهم ، أو يكونوا قد تسببوا في وقوع الضرر بخطأ جسيم منهم أو من أحد تابعيهم " . وظاهر من هذا النص أن مسئولية صاحب الفندق العقدية ، بمقتضى عقد الوديعة ، تختلف عن مسئوليته التقصيرية . فهو مسئول مسئولية عقدية ، بمقتضى عقد الوديعة ، عن المحافظة على الأمتعة التي يأتي بها النزيل . وإثبات عقد الوديعة في هذه الحالة يكون بجميع الطرق ، لقيام مانع مادي من الحصول على الكتابة . ونلاحظ منذ الآن أن المانع المادي أخذ هنا يتخفف من حدته ، فلم يعد مانعاً مادياً يجعل الحصول على الدليل الكتابي متعذراً كما كان الأمر في الوديعة الاضطرارية ، بل هو مانع مادي يجعل الحصول على الدليل الكتابي غير مألوف ويتعارض مع ظروف الإيداع . وبقدر ما يتخفف المانع المادي هنا من حدته ، بقدر ما يفقد من صبغة الخصوص فيه ، ويقرب من أن يكون مانعاً عاماً لا يختص بحالة دون حالة ، لولا أن وديعة نزيل الفندق هي ذاتها حالة متخصصة بين الودائع بوجه عام . وهنا أيضاً تتسع الثغرة في قاعدة الدليل الكتابي لتترك مجالا غير ضيق للإثبات بالبينة . أما فيما يختص بالنقود والأوراق المالية والأشياء الثمينة فمسئولية صاحب الفندق العقدية ، بمقتضى عقد الوديعة الذي يثبت بالبينة والقرائن ، لا تجاوز خمسين جنيهاً مصرياً . فإن جاوز الضرر هذا المبلغ ، تحولت

مسئولية صاحب الفندق إلى مسئولية تقصيرية ، أو بقيت عقدية على حسب الأحوال . وعلى التزيل أن يثبت أحد أمور ثلاثة : (١) عقد وديعة خاصة ، يتعهد بمقتضاه صاحب الفندق بالمحافظة على النقود والأوراق المالية والأشياء الثمينة وهو عارف قيمتها . وهذا العقد لا يجوز في إثباته البينة أو القرائن لأن قيمته تزيد على خمسمائة جنيه . (٢) خطأ من صاحب الفندق ، هو أن رفض دون مسوغ أن يتسلم النقود أو الأوراق المالية أو الأشياء الثمينة عهدة في ذمته . وهذا الخطأ واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق . (٣) خطأ جسيما من صاحب الفندق أو من أحد تابعيه ، أياً كان هذا الخطأ ، ولكن لا يكفى أن يكون خطأ عادياً بل يجب أن يكون جسيماً . وهذا الخطأ أيضاً واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق [1] .

وينص كل من قانون البينات السوري (م ٥٧) والتقنين المدني العراقي (م ٤٩١) صراحة على أنه " يعتبر مانعاً مادياً ألا يوجد من يستطيع كتابة السند " [2] . وهنا أيضاً يزداد المانع المادي تخففاً من حدته . فيصبح للعرف والبيئة دخل في تقديره . ففي البلاد التي لم تنتشر فيها الكتابة انتشاراً كافياً قد يتعذر في بعض الأحوال العثور على شخص يستطيع كتابة السند الذي يراد إعداده كدليل كتابي على التصرف القانوني المعقود . فيقدر القاضي ظروف البيئة في كل مسألة بالذات ، ليرى إذا كان حقاً قد تعذر العثور على من يكتب السند ، فيقضى بقيام المانع المادي ويرخص في الإثبات بالبينة . وطالب الإثبات بالبينة هو الذي يحمل عبء إثبات تعذر العثور على من يكتب السند في الظروف التي انعقد فيها التصرف القانوني ، ويستطيع إثبات ذلك بالبينة والقرائن لأنه إنما يثبت واقعة مادية . ونلاحظ أن المانع المادي هنا هو مانع خاص ذاتي ، لا مانع عام موضوع . ولا يعتد به إلا في القوانين التي تنص عليه . ففي التقنين المصري ، حيث لا نص ، لا يكون هذا مانعاً يسوغ الإثبات بالبينة والقرائن .

٢٣٤ – الأحداث غير المنظورة بوجه عام : وقد أضاف التقنين المدني الفرنسي (م ١٣٤٨ بند ٣) عبارة عمم بها ظروف الودائع الاضطرارية ، فأجاز الإثبات بالبينة " عند نزول أحداث غير منظورة لم يكن يستطاع معها كتابة ورقة " . ويجب أن تكون النازلة غير منظورة ، وأن تكون جسيمة بحيث تجعل التعاقد على الالتزام أمراً بلغ حداً

---

(١) أما إيداع الأمتعة عند عامل النقل لنقلها من مكان إلى آخر فلا يعد وديعة اضطرارية ، ويجب لإثباتها الكتابة فيما يزيد على النصاب إلا إذا كان عقد النقل تجارياً فيثبت بجميع الطرق (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٥ ص ٣٧١ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٦) .

(٢) أنظر الأستاذ حسين المؤمن جزء ٢ ص ٥٤٩ – ص ٥٥٠ .

من الاستعجال لا يتسع معه الوقت للحصول على سند كتابي . فالقرض الذي يعطي لإسعاف أحد الجنود في جيش يتقهقر منهزماً [1] ، وإقراض شخص مالا طرأت الحاجة إليه وهو على وشك السفر ، أو وهو مصاب في حادث لم يكن يتوقعه ، وإيداع السيارة في مكان عام حيث لا يوجد من الحراس عدد كاف لتسلم جميع السيارات المودعة [2] ، وإصابة المودع بشلل فجائي اضطر معه للانتقال إلى المستشفى قبل الحصول على سند كتابي [3] ، وإيداع صندوق بداخله نقود أثناء قيام الشرطة بالتفتيش [4] ، كل هذه حالات يجوز فيها الإثبات بالبينة والقرائن لقيام المانع المادي الذي يحول دون الحصول على سند كتابي . ويقدر القاضي كل حالة على حدتها ، ليرى هل هناك مانع مادي ، فالمانع إذن خاص ذاتي ، لا عام موضوعي .

٢٣٥ – ما جرت به العادة : وهنا يتخفف المانع المادي من حدته إلى حد أقصى ، ويزداد اتساع الثغرة في قاعدة الدليل الكتابي . إذ لا يكون المانع المادي راجعاً إلى التعذر أصلا ، بل إلى مجرد ما جرت به العادة وألفته الناس في التعامل . وفي هذا خرق واسع تحدثه البينة في نطاق الدليل الكتابي . ويزيد في خطورة الأمر أن المانع يبدأ في التحول من مانع ذاتي إلى مانع موضوعي ، لولا بقية من الذاتية هي التي تركت لتقدير القاضي لينظر في كل حالة على حدة هل جرت العادة في مثلها ألا يؤخذ سند كتابي .

وقد جرت العادة ألا يأخذ السيد من خادمه دليلا كتابيا على ما يعهد إليه به من مال أو متاع . وجرت عادة أصحاب الفنادق والمطاعم والمقاهي ألا يأخذوا دليلا كتابيا على ما يقدمون إلى عملائهم من خدمة ومأكل ومشرب . وجرت عادة التجار ألا يأخذوا دليلا كتابيا على ما يرسلون إلى المنازل من سلع . وجرت العادة في الأسواق أن تجرى المبايعات بالشروط المألوفة دون كتابة ، فإذا خرجت الشروط عن نطاق المألوف دونت في ورقة مكتوبة [5] .

---

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٧ .

(٢) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٩ ص ١٠٠١ .

(٣) دائرة النقض الجنائية ٦ يونية سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٩٣ .

(٤) أسيوط الكلية ١٠ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٢٠ .

(٥) الموجز للمؤلف فقرة ٦٩٤ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٤٠ ص ١٠٠٢ – الأستاذ حسين المؤمن ٢ ص ٥٦٦ – ص ٥٧٥ – وفي التبايع بالمواشي في الأسواق والمواسم أنظر الأستاذ عبد السلام ذهني في الأدلة ١ ص ٤٠٨ – ص ٤٠٩ .
أنظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤١٣ .

ويختلط المانع المادي هنا بالمانع الأدبي الذي سنراه في عرف بعض المهن . ومن الفقهاء من يميز بين عادة عامة تجرى بين فريق كبير من الناس بحيث تعتبر قاعدة قانونية مصدرها العرف ، وهذا هو المانع المادي ، وبين عادة خاصة جرى عليها شخصان في التعامل فيما بينهما ، مما يمكن اعتباره دليلا على وجود صلة متينة بين المتعاملين تمنع من الحصول على سند مكتوب ، وهذا هو المانع الأدبي [1] . وفي رأينا أن المانع المادي والمانع الأدبي يتلاقيان عند العادة ، ويصعب هنا الفصل فيما بينهما فصلا دقيقاً . فالعادة من حيث أنها تضع قاعدة مألوفة للسلوك المتبع يتعذر معها الحصول على دليل كتابي تكون مانعاً مادياً، ومن حيث إنها تتغلغل في النفوس إلى حد يحجم معه المتعاملون من طلب دليل كتابي تكون مانعاً أدبياً .

ب – المانع الأدبي

٢٣٦ – تقدير المانع الأدبي موكول لقاضي الموضوع – اتساع الثغرة في الدليل الكتابي : وقد يكون المانع أدبيا غير مادي . وتقدير ذلك – كما هو الأمر في المانع المادي – موكول للقاضي. وتقديره موضوع لا معقب عليه لمحكمة النقض [2] كما تقدم القول ويميل القضاء إلى التوسع في الموانع الأدبية [1] ، فتتسع بذلك إلى حد بعيد الثغرة في قاعدة الدليل الكتابي . ويساعد على ذلك أن القضاء لا يميل إلى تحديد ما هو المانع الأدبي ، فيترك القاضي حراً في تقدير كل حالة على حدتها ، فيحد من صرامة وجوب الحصول على سند مكتوب بعد هبوط قيمة العملة وصعود مستوى الأسعار [3] .

---

(١) أنظر الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٢٣٦ ص ٤٣٨ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن مسألة قيام المانع الأدبي ممن أخذ الكتابة عند لزومها هي مسألة لقاضي الموضوع الفصل فيها (نقض مدني ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣٠٣ ص ٩٥٤) . وقضت أيضاً بأنه متى كانت المحكمة ، إذ قررت أنه لا يجوز لأحد المتعاقدين إثبات صورية العقد الثابتة كتابة إلا بالكتابة ، قد استخلصت في حدود سلطتها الموضوعية بالأدلة السائغة التي أوردتها انتفاء المانع الأدبي ، فإن الذي قررته هو صحيح في القانون (نقض مدني ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٤٨ ص ٣١٤) .

(1) الموانع الأدبية التي تحول دون الحصول على الكتابة متعددة ، على أن هذه الأسباب لا تعد في حد ذاتها موانع أدبية ، بل يجب أن تبين المحكمة في حكمها الظروف والملابسات التي كان من شأنها أن تجعل من المستحيل أدبياً الحصول على دليل كتابي .
(جلسة ١١٩٧٦/١٢/٢١ الطعن رقم ٣٦٩ لسنة ٤٣ ق السنة ٢٧ ص ١٨٠١) .
(جلسة ١١٩٦٢/٤/١٢ مجموعة المكتب الفني السنة ١٣ ص ٤٥٥) .

(٣) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٩ ص ٩٩٨ هامش رقم ٧ .

وأكثر ما ترجع الموانع الأدبية – وفقاً لأحكام القضاء – إلى أمور ثلاثة : (١) الزوجية والقرابة (٢) علاقة الخدمة (٣) العرف المتبع في بعض المهن .

٢٣٧ – الزوجية والقرابة : كثيراً ما تقوم علاقة الزوجية أو القرابة [1] مانعاً أدبياً يحول دون الحصول على الدليل الكتابي الذي يتطلبه القانون . فإذا أثبت الخصم هذه العلاقة [١] ، وقرر القاضي ، وفقاً لظروف كل حالة وملابساتها – ومن ثم يكون المانع الأدبي خاصاً ذاتياً لا عاماً موضوعياً – أنها علاقة كافية لتقوم مانعاً أدبياً يحول دون الحصول على الدليل الكتابي ، أباح للخصم الإثبات بالبينة والقرائن بدلا من الكتابة .

فعلاقة الزوجية قد تحول – وفقاً لظروف كل حالة – دون الحصول على دليل كتابي لإثبات قرض ما بين الزوجين ،.أو لإثبات الوفاء بالدين ، أو لإثبات أي تصرف قانوني آخر [٢] [2] . وكعلاقة الزوجية علاقة المصاهرة ، وقضت محكمة استئناف مصر بأن الموانع الأدبية التي تسمح بالإثبات بالبينة والقرائن تخضع لظروف الدعوى أيضاً لا لشدة القرابة وحدها ، فإذا زوجت سيدة ابن خالتها من ابنتها بغير مهر ، وجهزت هي ابنتها ، وأقامت الابنة وزوجها عندها ليسرها ، هذه الظروف كلها تمنع الزوج أدبياً منعاً قوياً من مطالبة أم

---

(1) صلة القرابة أو المصاهرة مهما كانت درجتها لا تعتبر في ذاتها مانعاً أدبياً يحول دون الحصول على سند كتابي بل المرجع في ذلك إلى ظروف الحال التي تقدرها محكمة الموضوع بغير معقب عليها .
(جلسة ١٩٧٦/١٢/٢١ الطعن رقم ٣٦٩ لسنة ٤٣ ق س ٢٧ ص ١٨٠١) .
(جلسة ١٩٧٨/٤/١٧ الطعن رقم ٤١٦ لسنة ٤٥ ق س ٢٩ ص ١٠٣٥) .
(جلسة ١٩٨١/١١/٢٥ الطعن رقم ١٨ لسنة ٤٨ ق) .
(جلسة ١٩٩٣/٢/٢٥ الطعن رقم ٥٩ لسنة ٥٨ ق) .

(١) وتثبت وفقاً لقواعدها الخاصة : الزوجية بعقد الزواج والقرابة بشهادة الميلاد . ولكن الغالب أن هذه العلاقة يكون معترفاً بها ، فتثبت بالإقرار .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن مسألة اعتبار الزوجية مانعة أو غير مانعة من الحصول على دليل كتابي بين الزوجين هي مسألة موضوعية ، لمحكمة الموضوع وحدها السلطة في تقديرها (نقض مدني ١٩ مايو سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٨ ص ١٠٧) – وقضت محكمة الاستئناف الأهلية بأن رابطة الزوجية عائق أدبي (استئناف أهلي ١١ مارس سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ٩٩) .

(2) إن صلة الزوجية لا تعتبر بذاتها مانعاً أدبياً يحول دون الحصول على سند كتابي يتعين أن يرجع في ذلك إلى كل حالة على حدة طبقاً لظروف الحالة التي تقدرها محكمة الموضوع بغير معقب عليها في ذلك متى كان تقديرها قائماً على أسباب سائغة .
(جلسة ١٩٨٣/٢/١٧ الطعن رقم ١٢٢٣ لسنة ٤٩ ق) .
(جلسة ١٩٨٤/١/٢٦ الطعن رقم ٩٦٣ لسنة ٥٠ ق) .

زوجته بكتابة إذا أودعها مالا ما أثناء إقامته وزوجته عندها [1] . وعلاقة الخطبة وحدها قد تكفي في بعض الأحوال لقيام المانع الأدبي [1] ، وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن العرف جرى بين المصريين ، وخصوصاً المسلمين منهم ، على أنه بعد الاتفاق على الخطبة ودفع المهر وقبل إتمام الزفاف ، يشترى الجهاز ، فإذا سلم للخاطب ، ولم يتم الزواج ، وطولب به جاز إثبات الدعوى بالبينة ، إذ يوجد في هذه الظروف مانع أدبي يحول دون الحصول على سند كتابي من الخاطب [2] .

والعلاقة ما بين الولد وأبويه كثيراً ما تحول دون الحصول على الدليل الكتابي ، وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن صلة الأبوة هي من الموانع الأدبية [3] . وكذلك علاقة الأخوة ، وقد قضت محكمة النقض بأنه مما لا نزاع فيه أن المانع كما يكون مادياً يجوز أن يكون أدبياً ، والتقدير في ذلك على كل حال لمحكمة ا لموضوع ، فإذا رأت في قضية ما ، لعلاقة الأخوة بين الطرفين ، ولاعتبارات شتى أوردتها في حكمها ، توفر هذا المانع الأدبي المسوغ للإثبات بالبينة ، فلا معقب على ما رأته في هذا الشأن [4] . كذلك صلة القرابة بين المتهم وخالته تعتبر مانعاً أدبياً من الحصول على الكتابة [5] . ودرجة القرابة التي تربط المتهم بعمته ، وقد سلمته سنداً مثبتاً لدين لها على ابنها ، تعتبر مانعاً أدبياً ، لأن الإيداع يدل في ذاته على أن للمتهم عند عمته منزلة خاصة ، فتكليفها بأخذ إيصال عليه بهذا الإيداع

---

(١) استئناف مصر ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٤٦ المحاماة ٢٢ رقم ١٢٧ ص ٣٧١ — ولكنها قضت في دعوى أخرى بأن كون الخصم زوجة عم خصمها وكانت تعتبره كابنها الوحيد وتقيم معه في دار عمه لا يكفي في قيام المانع الأدبي (استئناف مصر ١٥ ينايرسنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٧١ ص ١٢٦) .

(1) فترة الخطوبة ، تعد بذاتها مانعاً أدبياً يحول دون الحصول على دليل كتابي في شأن أداء المهر أو تقديم الشبكة وما في حكمها من الهدايا المتعارف عليها ويجوز الإثبات بالبينة .
(جلسة ١٠/٦/١٩٩٣ الطعن رقم ١٠٦٩ لسنة ٥٦ ق) .

(٢) استئناف مصر ٨ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ١١٥ — المحاماة ٧ رقم ١٠ ص ١٧ — أنظر أيضاً : استئناف مصر ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة رقم ٦٢١ ص ٧٥٧ — ١٧ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٣٣ ص ٥٣ . ولكن محكمة استئناف مصر قضت كذلك بأن مجرد خطبة أحد المتقاضين لابنة الآخر ليست بالعلاقة التي تمنع من حصول كل منهما على الدليل الكتابي قبل الآخر (استئناف مصر ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ رقم ١١٤ ص ٣٠٦) .

(٣) استئناف مصر ٧ يونية سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ٩٤ ص ١٩٧ . أنظر أيضاً : ملوى ٢٩ مايو سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٧ رقم ٣٢ .

(٤) نقض جنائي ٣ يونية سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٦١ ص ١٣٧ . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن علاقة البنوة والأخوة يجوز معها أن يثبت بالبينة أن بعض الخصوم إذن لبعض في إجراء عقد بدل مع آخرين (استئناف مصر ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ رقم ٤١ ص ٩٣) .

(٥) نقض جنائي ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ٢ ص ٢٠٨ .

تكليف يتنافر مع هذا الائتمان [1] . وسواء كانت القرابة قريبة أو بعيدة، فمحكمة الموضوع هي التي تقدر ، في كل حالة بالذات ، متى تعتبر هذه القرابة مانعاً أدبياً . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن حال الصلات العائلية في ذاتها من حيث تعيين درجة القرابة بالدقة ليست هي التي يترتب عليها بطريقة مطردة المانع الأدبي الذي يحول دون الحصول على كتابة مثبتة للدين أو للتخالص منه ، بل قد يوجد في ذلك المانع ولو كانت القرابة بعيدة في الظاهر ، تبعاً لطبيعة الصلات العادية بين الخصوم من محبة وإخلاص [2] . وقضت محكمة النقض بأن اعتبار صلة القرابة بين أطراف الخصومة من الموانع الأدبية التي تحول دون الحصول على دليل كتابي هو من الأمور الواقعية التي تستقل بتقديرها محكمة الموضوع بلا معقب عليها من محكمة النقض [3] .

وقد تقوم صلات أخرى — غير صلات الزوجية والقربى — تكون مانعاً أدبياً من الحصول على الكتابة . من ذلك صلة الجوار [4] ، وصلة الوكالة غير المأجورة [5] . بل إن

---

(١) طنطا الابتدائية أول ديسمبر سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ٦ ص ٩٨ .

(٢) استئناف مصر ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٧٦ .

(٣) نقض مدني ١١ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٧ ص ٢٤٠ ، أنظر أيضاً : نقض مدني ٣ يناير سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢١٩ ص ٥٣٦ — أول يونية سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٤٤ ص ٣٩٦ — وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا اعتمدت محكمة الاستئناف الحكم الابتدائي الذي قرر بأن المبلغ المسلم للمدعى عليه هو أمانة اختلسها ، وأن سكوت المدعية على المدعى عليه وعدم إدراجها المبلغ بمحضر حصر التركة عند الحجر على المورث أو وفاته هو لأسباب برر بها هذا السكوت ، وأنها أسباب تجوز على مثل المدعية لبساطتها ولصلة قرابتها بالمدعى عليه الذي كان قيماً على مورثها ، فقول المحكمة الابتدائية هذا الذي اعتمدته محكمة الاستئناف يفيد أنه كانت هناك أسباب شخصية وأدبية مانعة للمدعية من أخذ كتابة عليه باستلامه المبلغ ومن إدراجها إياه في محضري الجرد اللذين حصل أحدهما بعد الحجر وثانيهما بعد الوفاة . ومسألة قيام المانع الأدبي من أخذ الكتابة عند لزومها هي مسألة لقاضي الموضوع القول الفصل فيها (نقض مدني ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣٠٣ ص ٩٥٤ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) .

(٤) وقد قضت محكمة أسيوط الجزئية بأن العادات المبنية على كرم الطبع ، كإعارة الأواني والحلي بين الجيران وإعارة المواشي وآلات الزراعة والدواب في القرى ، موانع أدبية (١٦ فبراير سنة ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٧١٩ ص ٩٤١) .

(٥) وقد قضت دائرة النقض الجنائية بأنه إذا بدد الوكيل بلا أجر أشياء سلمها إليه الموكل ، وكانت قيمتها أزيد من عشرة جنيهات ، جاز للموكل أن يثبت تسليمها إليه بالبينة ، لأن مجانية الوكالة قد تكون مانعاً أدبياً يحول دون الحصول على دليل كتابي (نقض جنائي ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ١٥).

مجرد العادة [1] ، أو مركز الشخص الاجتماعي [2] ، قد يكون مانعاً أدبياً يحول دون الحصول على سند مكتوب .

هذا وقد اختارت بعض التقنينات العربية أن تحدد متى تعتبر صلة القرابة والزوجية مانعاً أدبياً ، فحولت بذلك هذه الصلة من مانع خاص ذاتي إلى مانع عام موضوعي . من ذلك أن نص قانون البينات السوري (م ٥٧) على أنه " تعتبر مانعاً أدبياً القرابة ما بين الزوجين ، أو ما بين الأصول والفروع أو ما بين الحواشي إلى الدرجة الثالثة ، أو ما بين أحد الزوجين وأبوي الزوج الآخر " . ونص أيضاً تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني (م ٢٤٢) على أنه " يكتفي بمجرد الاستحالة المعنوية ، وهي تنشأ خصوصاً عن العرف المتبع في بعض المهن ، أو علاقات القربى ما بين الأصول والفروع أو عن الروابط الزوجية " . ونص أخيراً التقنين المدني العراقي (م ٤٩١) على جواز الإثبات بالشهادة فيما كان يجب إثباته بالكتابة " إذا كان العقد مبرماً ما بين الزوجين ، أو ما بين الأصول والفروع ، أو ما بين الحواشي إلى الدرجة الرابعة ، أو ما بين أحد الزوجين وأبوي الزوج الآخر " [3] .

٢٣٨ – علاقة الخدمة : والعلاقة ما بين المخدوم والخادم قد لا تسمح ، تبعاً للظروف ، بالحصول على الدليل الكتابي [1] . فخدمة المنازل لا يستطيعون عادة تقديم دليل كتابي على مقدار أجورهم وشروط خدمتهم [4] ، ولا على ما قدموه لحساب المخدوم من مبالغ صرفوها في الشئون المنزلية [5] . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن صلة الخادم بسيده وطول خدمته عنده يعتبر من الموانع الأدبية [6] .

---

(١) وقد قضت محكمة المنصورة بأن الاعتياد على توريد أشياء منزلية يعتبر مانعاً أدبياً (١٨ يناير سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٦٢١ ص ٧٥٧) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن مركز الشخص الاجتماعي قد يكون مانعاً أدبياً لمحل صنع أثاث منزلي من الحصول على سند مكتوب (استئناف مختلط ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٤٤) .

(٣) أنظر في هذه المسألة الأستاذ حسين المؤمن في الإثبات جزء ٢ في الشهادة ص ٥٥٥ وما بعدها .

(1) متى كان الطاعن (المشترى) قد تمسك أما محكمة الاستئناف بقيام مانع أدبي بينه وبين البائعة – وهو أنه كان يعمل لديها وأن هذه العلاقة تحول بينه وبين الحصول على كتابة بما أوفاه من الثمن وكان الحكم المطعون فيه قد أغفل بحث هذا الدفاع الجوهري والرد عليه ، فإن الحكم يكون مشوبا بالقصور بما يستوجب نقضه . (جلسة ١٩٦٥/١١/٤ الطعن رقم ٣٧٢ لسنة ٠ ق س ١٦ ص ٩٧٥) .

(٤) نقض فرنسي ١٧ مارس سنة ١٩٣٨ سيريه ١٩٣٨ – ١ – ١١٥ ، وإذا ثبت مقدار أجر الخادم ، فلهذا أن يطالب بمجموع أجوره منذ دخوله في خدمة سيده ، وللسيد أن يثبت بجميع الطرق أنه وفى له هذه الأجور – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٩ ص ١٠٠٠) .

(٥) محكمة باريس الاستئنافية ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٤ داللوز ١٩٢٥ – ٦٢ .

(٦) استئناف مصر ١٥ فبراير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٢٧ ص ٤٨ .

وكذلك العلاقة ما بين رب العمل والعامل قد لا تسمح هي أيضاً ، تبعاً للظروف، بأن يكون هناك دليل كتابي . مثل ذلك العلاقة ما بين صاحب المصنع وعامله [١] ، والعلاقة ما بين رب العمل وكاتبه [٢] ، والعلاقة ما بين والد التلميذ والمعلم [٣] ، والعلاقة ما بين خادم الفندق ومخدومه [٤] .

٢٣٩ – عرف بعض المهن : وتقضي الظروف في بعض المهن ألا يكون هناك دليل كتابي على التعامل . ويتحقق ذلك بنوع خاص في مهنة الطب ، فإن الطبيب في أكثر الظروف لا يحصل على دليل كتابي من المريض بما اتفقا عليه من أجر للعلاج . بل قد لا يتفقان أصلا على الأجر ، ويطلب الطبيب أجره بعد ذلك وفقاً للعرف الجاري، دون أن يطلب منه تقديم دليل كتابي فيما يزيد على خمسمائة جنيه [٥] .

وحائك الملابس لا يأخذ عادة ورقة مكتوبة من عميلة ، فيجوز له إثبات حقه في ذمة العميل بالبينة والقرائن ، حتى لو زادت القيمة على خمسمائة جنيه وله أن يستعين في ذلك بدفاتره التجارية وفقاً لقواعد الإثبات الخاصة بهذه الدفاتر [٦] .

وقد أشرنا فيما قدمناه كيف يلتقي المانع المادي والمانع الأدبي فيما يقضي به العرف في كثير من الأحوال من جواز الإثبات بالبينة والقرائن .

§ ٢ – قيام المانع من تقديم الكتابة لفقدها بسبب أجنبي

٢٤٠ – نطاق تطبيق القاعدة : رأينا ، فيما قدمناه ، قيام مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي ، فجاز الإثبات بالبينة والقرائن نزولا عند حكم الضرورة . أما هنا ، فقد حصل الدائن على الدليل الكتابي الذي يقضي به القانون، ولكنه

---

(١) نقض فرنسي ١٧ مارس سنة ١٩٣٨ داللوز ١٩٣٨ – ١ – ١١٥ .

(٢) محكمة كان الفرنسية ٢٣ مارس سنة ١٩١٤ مجلة القانون المدني الفصلية ١٩١٥ ص ٥١٤ .

(٣) نقض فرنسي ٢٦ يونية سنة ١٩٢٩ داللوز الأسبوعي ١٩٢٩ ص ٤٦٠ .

(٤) نقض فرنسي ٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ جازيت دي باليه أو فبراير سنة ١٩٣٢ .

(٥) استئناف مختلط ٢٨ مارس سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٢٦ – ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٩٩ – نقض فرنسي ١٣ أبريل سنة ١٩١٠ سيريه ١٩١١ – ١ – ٥٠١ – ٣١ مايو سنة ١٩٣٢ سيريه ١٩٣٣ – ١ – ١٣٤ – بل إن الطبيب ليس في حاجة إلى كتابة مذكرات منتظمة (carrent de visites réguliérement tenu) بزياراته لمرضاه (محكمة باريس الاستئنافية ٥ مارس سنة ١٩٠٣ سيريه ١٩٠٤ – ٢ – ٣٢)

(٦) استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ١٣٨ .

بعد حصوله على هذا الدليل فقده لسبب أجنبي لا يد له فيه . فمكان الضرورة في هذه الحالة أكثر وضوحاً ، لأن الدليل الكتابي قد وجد فعلا ولكنه ضاع بغير تقصير من الدائن . لذلك يجوز عندئذ أن تحل البينة والقرائن محل الدليل الكتابي لإثبات :

(١) ما تزيد قيمته على خمسمائة جنيه .

(٢) ما يخالف الكتابة أو يجاوزها .

(٣) أي عقد يشترط القانون أن يكون إثباته بالكتابة ولو لم تجاوز قيمته خمسمائة جنيه كالصلح والكفالة .

(٤) أي عقد شكلي، كالهبة والرهن الرسمي، على التفصيل الذي سنورده فيما يلي . وفي هذا تختلف هذه القاعدة عن القاعدة السابقة ، فقد رأينا أن قيام المانع لا يجيز إثبات العقد الشكلي بالبينة والقرائن [1] .

٢٤١ – أمور ثلاثة يجب إثباتها : ومن يدعى أنه حصل على سند مكتوب ثم فقده بسبب أجنبي ، عليه أن يثبت أموراً ثلاثة :

(١) أنه كان قد حصل فعلا على سند مكتوب . ويجوز أن يثبت ذلك بجميع الطرق، لأنه إنما يثبت واقعة مادية [2] [أ] .

---

(١) ويجب أن يثبت المدعى أن السند المكتوب ، الذي كان موجوداً ثم فقد بسبب أجنبي ، هو سند كتابي كامل، لا مجرد مبدأ ثبوت بالكتابة . فإذا كان مجرد مبدأ ثبوت بالكتابة ، فلا يسمح للمدعى أن يثبت سبق وجوده بالبينة أو بالقرائن . لكن إذا أقر الخصم بسبق وجوده كان للقاضي حرية التقدير لتعرف ما إذا كان السند المفقود تتوافر فيه أركان مبدأ الثبوت بالكتابة حتى يمكن تعزيزه بالبينة أو بالقرائن (الموجز للمؤلف ص ٧٢٤) .

(٢) وليس من الضروري أن تكون الشهود قد رأت السند المكتوب وقرأته . ولكن لا يكفي من جهة أخرى أن تشهد الشهود بقيام التصرف القانوني المدعى به ، بل يجب أن تشهد بسبق وجود سند مكتوب صحيح يثبت هذا التصرف (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٥ هامش رقم ٣٥) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني في هذا الصدد ما يأتي : " أما فيما يتعلق بالدليل على الفقد فيقع عبء إقامته على المدعى مبدئياً . فمن واجبه ، فضلا عن إثبات الحادث الجبري أو القوة القاهرة ، أن يقيم الدليل على سبق وجود المحرر ومضمونه وعلى مراعاة شروط الصحة التي يتطلب القانون توافرها فيه إن كان هذا المحرر من قبيل المحررات الشكلية . فإذا تم ذلك للمدعى ، كان له أن يثبت ما يدعى بالبينة " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤١٤) .

ويطلب من المدعى ، كما قدمنا ، أن يثبت بجميع الطرق سبق وجود سند مكتوب ، وأن هذا السند كان مستوفياً لجميع الشروط القانونية ، وأنه كان يحمل توقيع الخصم . فلو اعترف الخصم بسبق وجود السند ، ولكنه أنكر توقيعه عليه ، سمح للمدعى أن يثبت صحة التوقيع بجميع الطرق (الموجز للمؤلف ص ٧٢٤) =

(٢) وأن هذا السند قد فقد . وهذه أيضاً واقعة مادية يجوز إثباتها بالبينة وبالقرائن[1] .

(٣) وأن فقد السند كان بسبب أجنبي لا يد له فيه ، كسرقة أو حريق أو نحو ذلك من الحوادث التي لم يكن يتوقعها [٢] . وهذه أيضاً واقعة مادية يجوز له إثباتها بالبينة والقرائن [٣] [2] . ويلاحظ هنا أمران (أولهما) أن السبب الأجنبي لا يتشدد فيه التشدد

= — ويجب أن يكون السند المفقود دليلا كتابياً كاملا . فإذا كان مجرد مبدأ ثبوت بالكتابة ، فلا يجوز إثبات فقده بالبينة أو بالقرائن ، ولكن يجوز إثبات ذلك بالإقرار أو اليمين كما مر القول (أنظر الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢١٥) .

(1) للمدعى أن يثبت سبق وجود سند بكل طرق الإثبات بما فيها البينة ، لأن سبق وجود السند يعتبر واقعة مادية .

(جلسة ١٩٨٥/٣/٢٧ الطعن رقم ١٢١٢ لسنة ٥١ ق السنة ٣٦ ص ٥١٦) .

(١) وإذا ادعى المدعى أن السند كان مودعاً عند شخص آخر ، وجب عليه إثبات الوديعة ، إذا كانت قيمة السند تزيد على خمسمائة جنيه ، بدليل كتابي (الموجز للمؤلف ص ٧٢٤) — أنظر أيضاً : أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٥ ص ٣٨٢ — ص ٣٨٤ .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه وإن كان القانون لم يشر في المادة ٢١٨ مدني (٤٠٣ جديد) إلا إلى حالة ضياع السند بسبب قهري كحصول حريق أو إتلاف ، إلا أنه مما يجب أن يعتبر في حكم السبب القهري حصول سرقة السند أو تبديده (استئناف مصر ٢١ أبريل سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢/٢٦٣ ص ٥٥٦) . وقد يكون السند المكتوب قد ضاع من ملف القضية المرفوعة بهذا السند ، دون أن يكون ذلك بتقصير من صاحبه (محكمة باريس ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٣٨ داللوز الأسبوعي ١٩٣٩ ص ١١) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت المحكمة قد اقتنعت من التحقيقات الحاصلة عن الحادث ، وعلى الأخص مما أدلى به المدعى عليه نفسه فيها ، أن السند كان موجوداً وسرق ، وأن ذمة المدعى عليه ما زالت مشغولة بالدين ، فذلك من شأنها وحدها . ولا يصح أن ينعى عليها أنها لم تأخذ فيما انتهت إليه بدليل بعينه ، إذ الإثبات في هذه الحالة يجوز بجميع الطرق (نقض مدني ١٨ يونية سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٧٦ ص ٤٨٥) . وقضت أيضاً بأنه إذا رفضت المحكمة طلب الإحالة على التحقيق لإثبات وجود سند كتابي ضاع بسبب قهري ، مقيمة قضاءها بذلك على عدم جدية هذا الادعاء لما أوردته من أسباب مبررة لوجهة نظرها ، فلا مخالفة في ذلك لحكم المادة ٢١٨ من القانون المدني (٤٠٣ جديد) (نقض مدني ٢٤ مارس سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٩٩ ص ٧٤٠) .

أنظر أيضاً : نجم حمادي ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٧ رقم ٣٤ — ملوى ٩ يونية سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٧ رقم ١١٦ .

(2) يشترط للإثبات في حالة فقد الدائن سنده الكتابي أن يكون هذا الفقد راجعاً إلى سبب أجنبي لا يد للمدعى فيه ، ومؤدى هذا أن يكون هذا الفقد قد نشأ من جراء حادث جبري أو قوة قاهرة وترد علة هذا الشرط إلى الرغبة في استبعاد صور الفقد بسبب يتصل بفعل مدعي الدليل لقطع السبيل على التواطؤ مع الشهود .

(جلسة ١٩٩٣/٢/١٨ الطعن رقم ٩٤٨ لسنة ٥٧ ق) .

(جلسة ١٩٨٥/٣/٢٧ الطعن رقم ١٢١٢ لسنة ٥١ ق) .

(جلسة ١٩٨١/١٢/١٠ الطعن رقم ٨٩٩ لسنة ٤٣ ق) .

(جلسة ١٩٧٦/٦/٢٧ الطعن رقم ٥٠٢ لسنة ٤٢ ق) .

الذي رأيناه في المسئولية ، فيكفى أن يثبت صاحب السند أنه لم يقصر في المحافظة عليه حتى يعتبر أنه فقد السند بسبب أجنبي [1] . و(الثاني) أن إثبات السبب الأجنبي قد يتضمن في الوقت ذاته إثبات فقد السند . فإذا أثبت شخص مثلا أن حريقاً لا يد له فيه التهم منزله ، و لم يستطع انتشال أوراقه ومستنداته فاحترقت جميعها ، كان في هذا إثبات للسبب الأجنبي وإثبات لفقد السند المكتوب مادام قد أثبت أن أوراقه قد احترقت جميعها [2] .

فإذا استطاع الخصم إثبات هذه الأمور الثلاثة — وكلها يمكن إثباتها بجميع الطرق لأنها وقائع مادية كما رأينا — كان له بعد ذلك أن يثبت الحق الذي يدعيه بالبينة والقرائن [1] ، حتى لو زادت قيمته على خمسمائة جنيه ، وحتى لو خالف هذا الإثبات أو جاوز ما هو ثابت بالكتابة [3] .

٢٤٢ — التوسع في القاعدة والتضييق منها : وقاعدة فقد السند بسبب أجنبي يوسع فيها تارة ، ويضيق فيها تارة أخرى .

يوسع فيها ، فيجوز إثبات تصرف قانوني شكلي ، هبة أو رهن رسمي مثلا ، بالبينة والقرائن إذا ثبت أن هذا التصرف كان في سند ثم فقد السند بسبب أجنبي . ولكن يجب هنا، عند إثبات سبق وجود السند ، أن يثبت صاحب الشأن أيضاً أن هذا السند كان

---

(١) وقد جاء في الموجز للمؤلف ما يأتي : " ويكفى في وجود القوة القاهرة ألا يكون الحادث الذي ضاع فيه السند منسوباً إلى إهمال المدعى ، ولو كان هذا الحادث قد وقع بإهمال الغير ، لا قضاء وقدراً . أما إذا ضاع السند بإهمال المدعى ، بأن كان قد مزقه خطأ أو أهمل في حفظه حتى ضاع أو سرق أو نحو ذلك مما يعتبر خطأ منسوباً إليه ، فلا يكون في هذه الحالة معذوراً ، ولا يسمح له أن يثبت دعواه بالبينة أو بالقرائن (الموجز فقرة ٦٩٧ ص ٧٢٥) . أنظر أيضاً : استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٠٧ — والمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤١٣ — ص ٤١٤ .

(٢) استئناف مختلط ٢٢ مارس سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢١٤ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٤١ ص ١٠٠٣ وهامش رقم ١ .

(1) أ — لجواز إثبات العقد بالبينة في حالة فقده ، يشترط قيام الدليل على سبق وجود المحرر ومضمونه ، وإن فقده كان بسبب أجنبي لا يتصل بفعل مدعى الدليل .

(جلسة ١٩٧٦/٦/٢٨ مجموعة المكتب الفني السنة٢٧ ص ١٤٤٤) .

ب — إذا كان فقد السند يرجع إلى فعل المدعى حتى ولو كان هذا الفعل مجرد خطأ أو إهمال ، كما إذا تركه في محل معرض للسرقة ، أو في حراسة خادم صغير ، أو أهمل في المحافظة عليه ، فإنه لا يجوز له أن يثبت ادعاءه بشهادة الشهود ، لأن خطأه يستبعد فكرة السبب الأجنبي .

(جلسة ١٩٧٩/٤/٧ الطعن رقم ٦١٨ لسنة ٤٥ ق السنة ٣٠ ص ٤٠) .

(جلسة ١٩٧٦/٦/٢٨ الطعن رقم ٥٠٢ لسنة ٤٢ ق السنة ٢٧ ص ١٤٤٤) .

(٣) استئناف مختلط ٢٦ مارس سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ١٩٩ — ٢٠ مايو سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣٤٣ — ٢٢ مارس سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ١٧١ — ٢٤ مايو سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢٥١ — ١٧ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٧٥ .

مستوفياً للشكل الذي يتطلبه القانون [1] . وتختلف هذه القاعدة ، كما قدمنا ، عن قاعدة قيام المانع وقاعدة مبدأ الثبوت بالكتابة في هذا الصدد . فقد رأينا أن العقد الشكلي لا يجوز إثباته بالبينة والقرائن ، حتى عند قيام مانع حال دون الحصول على الكتابة ، وحتى مع وجود مبدأ ثبوت بالكتابة . أما هنا — عند فقد السند بسبب أجنبي — فيجوز إثبات العقد الشكلي بالبينة والقرائن ، لأن السند مفرغاً في الشكل الذي يتطلبه القانون قد وجد فعلا ، فاستكمل التصرف أركانه وقام صحيحاً ، ثم فقد السند بعد ذلك بسبب أجنبي ليس من شأنه أن يؤثر في قيام التصرف . ومتى كانت الدعوى أن التصرف القانوني قد وجد فعلا مستوفياً لشكله القانوني ، فلا يوجد ما يمنع حينئذ من إثبات سبق هذا الوجود بالبينة والقرائن [2] .

ويضيق في القاعدة من ناحية أخرى . فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه يجوز الاتفاق على عكسها ، مثلها في ذلك مثل سائر قواعد الإثبات ، وأنه إذا اشترط رب العمل أن العامل لا يجوز له أن ينضم إلى صندوق المعاش إلا إذا أثبت أنه قضى مدة معينة في خدمة رب العمل ، وأن هذا الإثبات لا يجوز أن يكون إلا من واقع دفتر العامل (livret de l'ouvrier) ، أو بمستخرج من سجلات رب العمل (extrait des livres du patron) ، فلا يسمح للعامل أن يثبت أنه قضى المدة المعينة في الخدمة بطريق آخر غير هذين الطريقين ، حتى لو كان رب العمل لم يحتفظ بسجلاته وكان العامل قد فقد دفتره [3] .

---

(١) وبفرض أن السند قد استوفى الشكل الذي يتطلبه القانون إذا كان المدين هو الذي أتلفه (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٥ ص ٣٨٤ — ص ٣٨٥) — هذا والسند في حالة التصرف الشكلي لا بد أن يكون سنداً رسمياً . فإذا فقد ، فإن الصور الرسمية قد تقوم مقامه ، أو تكون مبدأ ثبوت بالكتابة على النحو الذي قدمناه عند الكلام في حجية الصور الرسمية للسند الرسمي ، وفي هذه الحالة لا نكون في حاجة إلى القاعدة التي نحن بصددها ، فإن قبول البينة والقرائن جائز بدونها . أما إذا لم توجد صور رسمية أصلا ، أو وجدت ولكنها لا تصلح أن تكون على الأقل مبدأ ثبوت بالكتابة ، فعندئذ يكون للخصم فائدة من التمسك بقاعدة فقد السند المكتوب بسبب أجنبي ليتمكن من إثبات التصرف بالبينة والقرائن (أنظر في هذه المسألة الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٢٣٢ ص ٤٢٧ هامش رقم ٢ — وفقرة ٢٤١) .

(٢) أنظر بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٤١ ص ١٠٠٤ — وأنظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤١٤ .

(٣) نقض فرنسي ٣٠ يوليه سنة ١٨٨٤ داللوز ٨٥ — ١ — ٤٣٩ — سيريه ٨٥ — ١ — ٣٧٤ . بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٤٢ — ويتحفظ بارتان في التسليم بصحة هذا الحكم (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٥ هامش رقم ٣٣ مكرر) .

وقد قضت محكمة النقض البلجيكية ، هي أيضاً ، بأن قواعد الإثبات ليست من النظام العام ، وأنه يجوز الاتفاق على ما يخالف قاعدة فقد السند المكتوب بسبب أجنبي ، كما لا يجوز التمسك بهذه القاعدة وغيرها من قواعد الإثبات لأول مرة أمام محكمة النقض (٢٨ ديسمبر سنة ١٩٤٤ باسيكريزي ١١٤٥ — ١ — ٧٦ — ٣٠ يناير سنة ١٩٤٧ باسيكريزي ١٩٤٧ — ١ — ٢٩) .

الباب الثالث

الطرق المعفية من الإثبات

الإقرار واليمين والقرائن القانونية

٢٤٣ – قوة مطلقة – حجية قاصرة وحجية متعددة : قدمنا [١] أن الإقرار واليمين والقرائن القانونية تصلح للإعفاء من إثبات أية واقعة مادية أو أي تصرف قانوني مهما بلغت قيمته . فهي من هذه الناحية كالكتابة قوتها مطلقة .

وقدمنا أيضاً [٢] أن الإعفاء من الإثبات في الإقرار وفي اليمن مقصور على الخصمين، فحجية الإقرار واليمين غير متعدية إلى الغير ، ومن ثم تكون حجية قاصرة . أما حجية القرائن القانونية فغير مقصورة على الخصمين ، فهي حجية متعدية .

ونعالج هذه الطرق الثلاثة – الإقرار واليمين والقرائن القانونية – متعاقبات في فصول ثلاثة .

الفصل الأول

الإقـــرار

٢٤٤ – تعريف الإقرار بوجه عام : الإقرار هو اعتراف شخص بحق عليه لآخر [١] ، سواء قصد ترتيب هذا الحق في ذمته أو لم يقصد [٣] .

فلا يكون إقراراً إنشاء الشخص الحق في ذمته بتصرف قانوني أو بواقعة قانونية ، كالمشترى يلتزم بدفع الثمن وكمن يرتكب عملا غير مشروع يلتزم بالتعويض ، ذلك أن

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٦٥ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٦١ .

(1) يشترط في الإقرار أن يكون صادراً من المقر عن قصد الاعتراف بالحق المدعى به في صيغة تفيد ثبوت الحق المقر به على سبيل الجزم واليقين وأن يكون تعبير المقر تعبيراً عن إرادة جدية حقيقية ، فلا تعد من قبيل الإقرار الملزم ما يصدر عن الشخص من عبارات بقصد التودد أو المجاملة طالما أنه لم يقصد من الإدلاء بها أن يتخذها من وجهت إليها دليلا عليه .

(جلسة ١٩٧٨/٤/٥ الطعن رقم ١٠٦٢ لسنة ٤٧ ق س ٢٩ ص ٩٤٩) .

(جلسة ١٩٦٥/٦/٣٠ الطعن رقم ٨ لسنة ٣٣ ق س ١٦ ص ٨٤٩) .

(٣) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٣١ – ص ٤٣٢.

إنشاء الحق غير الاعتراف به . ولما كان إنشاء الحق بتصرف قانوني يحتاج في إثباته إلى ورقة مكتوبة إذا كانت قيمة هذا الحق تزيد على خمسمائة جنيه ، فهذه الورقة تكون دليل إثبات لا إقراراً ، لأنها أعدت من مبدأ الأمر لتثبت التصرف القانوني ، وتكون في الغالب معاصرة لنشوئه أو بعد ذلك بوقت قليل . أما إذا كتب المدين إقراراً عل نفسه بذات الحق ، فإنه لا ينشئ بذلك حقاً في ذمته ، ولكنه يقر بوجود هذا الحـــق بعد أن نشأ [1] [1] . ويكتب المقر إقراره عادة بعد نشوء الحق الذي يقر به بوقت غير قصير [2] ، مدفوعاً إلى ذلك باعتبارات متنوعة . فقد يكتب الإقرار بعد نزاع ينتهي في تسويته إلى هذا الإقرار ، وقد يكتبه بعد تصفية حساب قديم ، وقد يكتبه حتى يمكن صاحب الحق من ورثته أن يتقاضى حقه قبل قسمة التركة ، وقد يكتبه عندما يحس أن منيته قد دنت ليترك لصاحب الحق إقراراً بحقه فيبرئ ذمته سواء كتب الإقرار في مرض الموت أو قبل ذلك . أما إذا كان السند المثبت للحق قد ضاع أو قدم عليه العهد ، فكتب المدين سنداً مؤيداً للسند الأصلي ، فهذا ليس إقراراً بل هو السند المؤيد الذي بسطنا أحكامه فيما تقدم . فالورقة المكتوبة إذن قد تكون سنداً أصلياً ، أو سنداً مؤيداً للسند الأصلي ، أو إقراراً مكتوباً بالدين .

ولا يكون إقراراً ما يسلم به الخصم اضطراراً على سبيل الاحتياط من طلبـــات خصمه [3] . فإذا قرر في مذكرة قدمها استعداده لدفع مبلغ من النقود أقل من المبلغ المدعى

---

(١) أنظر بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٦٣ – دي باج ٣ ص ١٠٢٥ – ص ١٠٢٨ – وأنظر : استئناف مختلط ١٤ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٨٦ .

(1) الإقرار بالملكية في ورقة عرفية لا تنتقل به الملكية ولا يصلح سنداً لرفع دعوى تثبيت هذه الملكية . علة ذلك، عدم انتقالها في العقار إلا بالتسجيل وانطواء طلب الحكم بصحة ونفاذ الإقرار على التسليم بثبوت الملكية المنازعة فيما أقر به . مخالفة الحكم المطعون فيه هذا النظر ، واتبع قضاءه بصحة ونفاذ الإقرار موضوع النزاع باعتباره سنداً للملكية صالحاً للتسجيل والشهر ، فإنه يكون قد خالف القانون ، وأخطأ في تطبيقه .
(جلسة ٢٠٠١/٢/٢٠ الطعن رقم ٣٣٧٠ لسنة ٦١ ق) .
(جلسة ١٩٧٧/٢/٢٣ السنة ٢٧ ص ٥١١) .

(2) الإقرار هو اعتراف شخص بحق عليه لآخر بحيث لا يكون القصد هو إنشاء الحق في ذمته .
(جلسة ١٩٧٧/٢/٢٣ الطعن رقم ٤٨٢ لسنة ٣٩ ق س ٢٨ ص ٥١١) .

(3) أ – إذا كان المدعى عليه لم يمانع في اعتبار المدعى من الورثة إذا ثبت للمحكمة ذلك فإن البادي من هـــذه العبارة تعليق عدم الممانعة في الحق على ثبوت هذا الحق قضائياً ، فهي عبارة جدلية لا تتضـــمن التســـليم بطلبات الخصم ولا الإقرار له بالحق المدعى به .
(جلسة ١٩٥٨/٦/١٩ الطعن رقم ٢٩ لسنة ٢٦ أحوال شخصية س ٩ ص ٦٠٣) .
ب – لا يعتبر إقراراً ما يسلم به الخصم ، اضطراراً واحتياطاً لما عسى أن تتجه إليه المحكمة من إجابة الخصم إلى بعض طلباته لأن هذا التسليم لا يعتبر اعترافاً خالصاً بوجود الحق الذي سلم به تسليماً جدلياً في ذمته ، ومن ثم فإذا كان المطعون عليه بعد أن طلب في الاستئناف سابقة أصلية إلغـــاء الحكم الابتـــدائي ورفض =

به بعد أن أنكر وجود الحق في ذمته أصلاً ، ولكنه يعرض هذا المبلغ على خصمه حسم للنزاع واحتياطاً لما عسى أن تتجه إليه المحكمة من إجابة الخصم إلى بعض طلباته، فإن هذا لا يكون إقراراً ، لأنه ليس اعترافاً خالصاً بوجود هذا المبلغ في ذمته ، بل هو تسليم جدلي ببعض المدعى به لحسم النزاع . فهو أقرب إلى أن يكون مشروع صلح يعرضه على الخصم ، حتى إذا قبله هذا أنحسم النزاع بينهما [1] .

ولا يكون إقراراً شهادة الشاهد على المدين بوجود الدين في ذمته ، فإن الشاهد يقر بوجود الحق لا في ذمته هو بل في ذمة شخص آخر [2] .

ولا يكون إقراراً إبداء الخصم رأيه في الحكم القانوني الذي ينطبق على النزاع [1] ، كأن يقرر أن قانوناً أجنبياً معيناً هو الواجب التطبيق . فهو هنا لا يقر بحق ، ولكنه يدلي برأيه في حكم قانوني ، وللمحكمة أن تأخذ برأيه أو لا تأخذ [3] .

= دعوى الطاعن قبله برمتها ، طلب من باب الاحتياط تخفيض مبلغ التعويض المحكوم به ابتدائياً ، فإن هذا الطلب الاحتياطي لا يعد بمثابة إقرار من المطعون عليه بصحة دعوى خصمه .
(جلسة ١٩٧٢/٥/٣ الطعن رقم ٣٢٨ لسنة ٢٦ ق س ١٣ ص ٥٧١) .

ج – لا يعتبر إقرار ما يسلم به الخصم اضطراراً لما عسى أن تتجه إليه المحكمة من إجابة خصمه إلى بعض طلباته ، فإذا كان المطعون ضدهم قد انتهوا في مذكرتهم إلى طلب رفض الدعوى على أساس أن العقد مزور، فإن ثبتت صحته ، فعلى أساس أنه وصية باطلة لصدوره في اللحظات الأخيرة من حياة مورثهم ، فإن القول بالأساس الثاني لا يعتبر بمثابة إقراراً من المطعون ضدهم بصحة العقد ، كما أن هذا التسليم لا ينطوي على نزول من جانب صاحبه عن حقه في مطالبة خصمه بإثبات ما يدعيه .
(جلسة ١٩٦٥/٦/٣ الطعن رقم ٢٥٥ لسنة ٣٠ ق السنة ١٦ ص ٦٧٨) .
(جلسة ١٩٩٠/٥/٩ مجموعة المكتب الفني س ٤١ ص ٨٦) .
(جلسة ٢٠٠٠/٣/١ الطعن رقم ٢٩٧٢ لسنة ٦٩ ق) .

(١) أوبري ورو ١٢ ص ١٠٨ .

(٢) أوبري ورو ١٢ ص ١٠٧ – ص ١٠٨ .

(1) لكي ينتج الإقرار أثره القانوني يجب أن يكون متعلقاً بواقعة لا بالتطبيق القانوني ، لأن تفسير القانون وتطبيقه على واقعة الدعوى هو من شأن المحكمة وحدها لا من شأن الخصوم ، وإذن فإن إقرار المطعون عليهما بانطباق المادة ٣٧ من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ على الوصية موضوع النزاع لا يقيد المحكمة بشيء .
(جلسة ١٩٥٣/١٠/٢٢ مجموعة المكتب الفني السنة ٥ ص ٦٢) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه لكي ينتج الإقرار أثره القانوني يجب أن يكون متعلقاً بواقعة لا بالتطبيق القانوني ، لأن تفسير القانون وتطبيقه على واقعة الدعوى هو من شأن المحكمة وحدها لا من شأن الخصوم ، وإذن فإن إقرار المطعون عليهما بانطباق المادة ٣٧ من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ على الوصية موضوع النزاع لا يقيد المحكمة بشيء (نقض مدني ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٥ ص ٦٢) – وأنظر أيضاً أوبري ورو ١٢ ص ١٠٨ وهامش رقم ٤ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٦١ ص ١٠٣٤ – بودري وبارد ٤ فقرة ٢٧٠١ ص ٣٧٦ – بيدان وبرو ٩ فقرة ١٣٠٩ .

وقد يقع الإقرار على الحق في ذاته ، فيعترف المدين أن في ذمته لآخر مبلغاً معيناً من المال . أو يقع على المصدر الذي أنشأ هذا الحق ، كأن يعترف بوجود عقد قرض ألزمه بهذا المبلغ من المال . بل قد يقع الإقرار على ادعاء (allégation) أياً كان ، فيعترف المشترى مثلا بما يدعيه عليه دائن البائع من أنه يعرف إعسار البائع في الدعوى البوليصية التي يرفعها الدائن على كل من البائع والمشترى . ولذلك يكون من الأدق تعريف الإقرار بأنه اعتراف شخص بادعاء يوجهه إليه شخص آخر [1] (1) .

ولكن لا يكون هناك إقرار إذا كانت الواقعة المسلم بها ليست محل ادعاء من جانب الخصم ولا محل إنكار من جانب المقر . فإذا بلغ رب العمل عن وقوع حادث لأحد عماله وفقاً لأحكام قانون إصابات العمل ، فلا يعد هذا إقراراً من جانب رب العمل بمسئوليته عن هذا الحادث [2] .

وإذا كان يغلب في الإقرار أن يقصد المقر أن يؤخذ بإقراره وأن تترتب في ذمته نتائجه القانونية ، إلا أن وجود هذا القصد عنده لا يشترط لقيام الإقرار . فقد يصدر الإقرار من شخص لمجرد تقرير الواقع دون أن يقصد ، وحتى دون أن يعرف ، النتائج القانونية التي تترتب على هذا الإقرار . بل إن نية الإقرار ذاتها لا تشترط ، فقد يقر الشخص بوقائع لم يكن معترفاً بها وهو في صدد الدفاع عن حقه [2] ، أو وهو في صدد استجواب المحكمة أو

---

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٦١ ص ١٠٣٤ .

(1) متى كانت عبارات الإقرار صريحة وقاطعة في الدلالة على أن التنازل الذي تضمنه هو تنازل نهائي عن الأجرة المطالب بها في الدعوى وليس مقصوراً على الحق في السير فيها ، فإن مقتضى هذا التنازل سقوط حق المقر نهائياً في المطالبة بتلك الأجرة بأي طريق ، وبالتالي فكل دعوى يرفعها بالمطالبة بهذه الأجرة تكون خليقة بالرفض إذ لا يجوز له أن يعود فيما أسقط حقه فيه .
(جلسة ١٩٦٥/١٢/١٦ الطعن رقم ٤١٣ لسنة ٣٠ ق س ١٦ ص ١٢٧٩) .

(٢) نقض فرنسي ٢٣ يوليه سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٣ — ١ — ٢٧٤ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٦١ ص ١٠٣٤ — ولا يعد إقراراً بالمسئولية ما يقوم به رب العمل من إسعاف العامل بدافع الشفقة والإحسان (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٦١ ص ١٠٣٤ هامش رقم ٣) .

(2) أ — لا يتعبر إقراراً ما يذكره الخصم في ساحة القضاء يتصل بآخر في الدعوى لما كان ذلك ، وكان البين من مذكرة المطعون ضده الأول التي قدمها لمحكمة أول درجة أنها تضمنت قوله بأن الطاعنة غادرت البلاد ، تنازلت عن الشقة محل النزاع للمشترى المطعون ضدها الثانية ، ومن ثم فإن المطعون ضده الأول لم يقر على نفسه هو ، ومن ثم فلا تثريب على الحكم المطعون فيه إن هو أهدر هذا القول واعتبره مجرد دفاع لا يرتب الإقرار القضائي ، ولم يعول عليه في قضائه .
(جلسة ٩/٤/١٩٩٢ الطعن رقم ١٧٣ لسنة ٥٧ ق) .

الخصم له ، دون أن يشعر أنه قد أدلى بأي إقرار . والمهم أن يكون الإقرار قد صدر عن اختيار لا عن إجبار [1] .

٢٤٥ – صور الإقرار وشكله : وليس للإقرار شكل خاص ، بل إن له صوراً متعددة . فهو قد يكون صريحاً أو ضمنياً . والصريح قد يكون مكتوباً أو شفوياً . وفي جميع الأحوال يكون الإقرار قضائياً أو غير قضائي .

والغالب أن يكون الإقرار صريحاً . فيكون تقريراً (declaration) يصدر من المقر بوقائع يعترف بصحتها . وقد يكون هذا التقرير مكتوباً ، ولا يشترط شكل خاص في هذه الكتابة . فيجوز أن يكون الإقرار وارداً في كتاب أو في برقية أو في أية رسالة أخرى يوجهها المقر إلى الطرف الآخر . ويجوز أن يكون في ورقة مستقلة تعطى للمقر له يتخذها سنداً . ويجوز أن يكون وارداً في صحيفة الدعوى ، أو في مذكرة يقدمها الخصم المقر للمحكمة ، أو في طلبات مكتوبة يوجهها الخصم المقر للخصم الآخر . كذلك قد يكون الإقرار شفوياً . فإن كان خارج القضاء ، أمكن الاستشهاد على صدوره بشهود فيما يمكن سماع الشهادة

– ب – يجب ، لكي تعتبر الأقوال الصادرة من أحد الخصوم أمام الخبير المنتدب في الدعوى ، بمثابة إقرار خاضع لتقدير قاضي الموضع أن تتضمن اعترافاً خالصاً بوجود الحق ، فإذا هي صدرت للمجاملة في الحق ومناقشتها فإنها لا تكون قد تضمنت الإخبار الصادق عن وجود الحق ولا تعد إقراراً به .

(جلسة ١٩٦٧/٦/٦ الطعن رقم ١٥ لسنة ٣٤ ق س ١٨ ص ١٢٠٣) .

ج – عدم منازعة الدين في دعوى الحراسة ووضع أمواله تحت يد الحارس ، والترخيص له في اقتضاء حق الدائن من ريعها ، لا ينطوي على إقرار ضمني بالحق ، ذلك أن المدين لا يترك أموال بإرادته تحت يد الحارس حتى ينسب إليه ما يتضمن هذا الإقرار ، وإنما هو يلتزم بذلك تنفيذاً لحكم الحراسة ، كما أن مطالبة الحارس بتقديم كشف الحساب ، لا يمكن اعتبارها بالتالي ونتيجة لما تقدم إقراراً ضمنياً بالحق قاطعاً للتقادم .

(جلسة ١٩٥٨/٤/٣ الطعن رقم ٩١ لسنة ٣٤ ق س ٩ ص ٣٣٠) .

(١) نقض مدني ١٩ مايو سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٨ ص ١٠٧ – نقض فرنسي ١٥ أبريل سنة ١٨٩٩ داللوز ٩٩ – ١ – ٥٢١ – ١٢ يونية سنة ١٨٩٩ سيريه ١٩٠٠ – ١ – ١٣٦ بارتان على أوبري ورو ١٢ ص ١٠٧ – دي باج ٣ ص ١٠٢٨ – ص ١٠٣٢ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٦١ ص ١٠٣٤ – ص ١٠٣٥ – بيدان وبرو ٩ فقرة ١٣٠٤ – قارن (عكس ذلك) : ديمولومب ٣٠ فقرة ٤٥٠ – هيك ٨ فقرة ٣٤٦ – لوران ٢٠ فقرة ١٥٩ – بودري وبارد ٤ فقرة ٢٧٠١ – الموجز للمؤلف فقرة ٦٥٤ – الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٤٨٩ – المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٣٢ – ص ٤٣٣ – نقض مدني ٣٠ مارس سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١١٧ ص ٢٠٣ . والمسألة على كل حال محل للنظر . وسنرى أن الإقرار القضائي ينطوي على نزول من جانب المقر عن حقه في مطالبة خصمه بالإثبات ، والنزول يتضمن القصد ، لذلك كان الأولى اشتراط القصد في الإقرار القضائي على الأقل .

فيه . وإن كان إقراراً قضائياً ، صح أن يكون في أثناء تحقيق أو استجواب أو في الجلسة ذاتها، وفي هذه الأحوال يدون الإقرار في محضر التحقيق أو محضر الاستجواب أو محضر الجلسة ، فيسهل بذلك التثبت من صدوره ومن مضمونه [1] .

ويندر أن يكون الإقرار ضمنياً أو مستخلصاً من مجرد السكوت . فلا يستخلص من تخلف الخصم عن الحضور للاستجواب ولا من امتناعه عن الإجابة عند استجوابه من المحكمة أو من الخصم ، فهذا لا يكون إلا بمثابة مبدأ ثبوت بالكتابة يستكمل بالبينة والقرائن [1] . وقد نصت المادة ١٠٥ من قانون الإثبات ، كما رأينا ، على أن " للمحكمة أن تستجوب من يكون حاضراً من الخصوم ، ولكل منهم أن يطلب استجواب خصمه الآخر " . ونصت المادة ١٠٦ إثبات من هذا التقنين على أن " للمحكمة كذلك أن تأمر بحضور الخصم لاستجوابه ، سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب خصمه ، وعلى من تقرر استجوابه أن يحضر بنفسه الجلسة التي حددها القرار " . ثم نصت المادة ١١٣ إثبات على أنه " إذا تخلف الخصم عن الحضور للاستجواب بغير عذر مقبول ، أو امتنع عن الإجابة بغير مبرر قانوني ، جاز للمحكمة أن تقبل الإثبات بشهادة الشهود والقرائن في الأحوال التي ما كان يجوز فيها ذلك " [2] . أما نكول الخصم عن حلف اليمين أو ردها ، ونكول من

---

(1) أ – متى كان البين من الصورة الرسمية لمحضر جلسة دعوى الطرد المقامة من الطاعن قبل المطعون عليه ، أن ما صدر من هذا الأخير لم يكن إقراراً عن واقعة متنازع عليها بل كان قبولا منه لإيجاب من الطاعن ، انعقد به الاتفاق فعلا بين الطرفين على تحديد إيجار الفدان بمبلغ معين في السنة الزراعية فترك الطاعن دعوى الطرد والتزم بمصاريفها تنفيذاً للاتفاق الذي انعقد بينهما ، وكانت المحكمة إذ لم تعمل أثر هذا الاتفاق في دعوى المطالبة بالأجرة ، أقامت قضاءها على أنه إقرار صادر في دعوى أخرى ، ولا يصح التمسك في الدعوى الحالية ، فإنها تكون قد خالفت القانون .

(جلسة ١٩٥٣/١١/٢١ الطعن رقم ٣٠٢ لسنة ٢١ ق) .

ب – متى كان المشترى الثاني سجل عقد شرائه وطعن المشتري السابق ، الذي لم يسجل عقده بصدور العقد الثاني المسجل بطريق التواطؤ رغبة من البائع في الرجوع عن البيع تأسيساً على أن المشترى الثاني كان قد وقع كشاهد على عقده هو ، فأغفل الحكم الرد على هذا الدفاع الذي لا يتغير به وجه الرأي في الدعوى ، فإن ذلك لا يعيب الحكم بالقصور ، ذلك لأن توقيع المشترى كشاهد على العقد الذي لم يسجل، لا يعتبر إقراراً منه بانتقال ملكية المبيع إلى من صدر له ذلك العقد ، وإن صح هذا التوقيع دليلا على علم صاحبه بسبق التصرف إلى الغير ، فإنه لا يحول دون كسب ملكية المبيع بعد ذلك بمقتضى عقده الذي بادر إلى تسجيله ، فصح سنداً لنقل الملكية إليه ، ولو كان في ذلك متواطئاً مع بائعه .

(جلسة ١٩٥٨/٤/٣ الطعن رقم ٩١ لسنة ٢٤ ق س ٩ ص ٣٣٠) .

(١) استئناف مختلط ٢١ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٤٣ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه وإن كان من حق الخصم أن يطلب استجواب خصمه ، إلا أن المحكمة ليست ملزمة بإجابة هذا المطلب ، بل الأمر متروك لسلطتها المطلقة في التقدير ، فإذا رفض الحكم إجابة هذا =

ردت عليه اليمين عن حلفها ، فإن ذلك يكون بمثابة الإقرار وفي الحقوق التي تتقادم بسنة واحدة ، كحقوق التجار والصناع والعمال والخدم ، يقوم التقادم على افتراض الوفاء ، ومن ثم يجب على المدين أن يتمسك بالتقادم وأن يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلا (م ٣٧٨ مدني) . فالامتناع عن التمسك بالتقادم يكون بمثابة إقرار ضمني بعدم الوفاء [١] . كذلك دفع دعوى الدائن بأن الدين قد انقضي لسبب غير الوفاء ، كالمقاصة أو الإبراء ، يكون بمثابة إقرار ضمني بأن الدين لم يوف ، ومن ثم إذا تبين أن الدفع بالمقاصة أو الإبراء غير صحيح لم يجز للمدين أن يلجأ بعد ذلك إلى الدفع بالوفاء [٢] .

ثم إن الإقرار ، في جميع الصور المتقدمة ، قد يكون خارج القضاء ويسمى إقراراً غير قضائي (aveu extrajudiciaire) ، أو يكون أما القضاء ويسمى إقراراً قضائياً (aveu judiciaire) .

٢٤٦ – الإقرار غير القضائي : لم يعرض التقنين المدني الجديد ومن بعده قانون الإثبات ولا التقنين المدني السابق للإقرار غير القضائي . ومعنى ذلك أن الأمر فيه متروك للقواعد العامة . أما التقنين المدني الفرنسي فقد ذكر في المادة ١٣٥٤ أن الإقرار الذي يحتج به على الخصم إما أن يكون خارج القضاء أو أمام القضاء . ثم نص في المادة

= الطلب لعدم تعلق الوقائع المطلوب الاستجواب عنها بالدعوى ، كان تسبيبه كافياً ولا تجوز إثارة الجدل بشأنه (نقض مدني ٣ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٥٠ ص ٦٦٨) – وأنظر المادة ١٦٨ من تقنين المرافعات الأسبق (تقابلها المادة ١٠٨ من قانون الإثبات) ، وهي تقضي بأنه إذا رأت المحكمة أن الدعوى ليست في حاجة إلى استجواب رفضت طلب الاستجواب . وأنظر : نقض مدني ١١ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٢٩ ص ١٨٣ . وكان تقنين المرافعات السابق يجيز اعتبار تخلف الخصم عن الحضور أو امتناعه عن الإجابة بمثابة إقرار ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (أنظر في هذا المعنى أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٣٤) – أنظر : بيدان وبرو ٩ فقرة ١٣٠٥ .

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٦٣ – وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن من يواجه بواقعتين ، فينكر إحداهما إنكاراً صريحاً ويسكت عن الثانية ، يعتبر سكوته إقراراً بالواقعة التي سكت عن إنكارها (نقض فرنسي ١٤ مايو سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٢ – ١ – ٢٢٤ – بودري وبارد ٤ ص ٣٧٦ هامش رقم ١) .

(٢) أنظر في أن تنفيذ العقد يعتبر بمثابة إقرار ضمني بوجوده : دي باج ٣ ص ١٠٥٩ – ص ١٠٦١) – وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني في صدد الإقرار الضمني ما يأتي : " وليس شك في أن الأصل في الإقرار أن يكون صريحاً ، وأن الاقتضاء فيه استثناء من حكم هذا الأصل ، فلا يجوز قبول الإقرار الضمني ، والحالة هذه ، ما لم يقم دليل يقيني على وجوده ومرماه . وهذا هو المعنى الذي استظهره تقنين المرافعات البلجيكي في المادة ٣٣٠ إذ فرع على توافر هذه العناصر جواز اعتبار الوقائع ثابتة" (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٣٣) .

١٣٥٥ على أن " الادعاء بصدور إقرار شفوي محض خارج القضاء لا يجدي في جميع الأحوال التي لا يجوز فيها إثبات الدعوى بالبينة " [١] . ثم عرض في المادة ١٣٥٦ للإقرار أمام القضاء وبين أحكامه ، فذكر أنه حجة كاملة على المقر ، وأنه لا تصح تجزئته ، ولا الرجوع فيه إلا لغلط في الواقع [٢] . ويستخلص الفقه الفرنسي من أن المادة ١٣٥٦ من التقنين المدني الفرنسي بينت أحكام الإقرار القضائي وسكتت عن أحكام الإقرار غير القضائي أن أحكام النوع الأول من الإقرار لا تسرى على النوع الثاني . فالإقرار غير القضائي ليس حجة قاطعة ، ولا هو غير قابل لتجزئة ، ولا غير قابل للرجوع فيه حتى دون إثبات غلط وقع فيه المقر . بل هو موكول إلى القاضي ، يقدر ، وفقاً لظروف الدعوى وملابساتها ، قوته في الإثبات . فله أن يجعله حجة قاطعة أو أن يجرده من هذه الحجية ، وله أن يرفض تجزئته أو أن يجزئه ، وله ألا يقبل الرجوع فيه أو أن يجيز فيه الرجوع ، ولا يخضع في شيء من ذلك لرقابة محكمة النقض [٣] .

وفي القانون المصري أيضاً يخضع الإقرار غير القضائي للقواعد العامة كما قدمنا . ومن ثم يحسن التمييز بين إثبات قيامه وبين حجيته في الإثبات .

فالإقرار غير القضائي يقوم بصدوره من المقر شفوياً أو في ورقة مكتوبة . فإن كان شفوياً ، وأنكره من نسب إليه، وجب على من يحتج به أن يثبت أولا صدوره من خصمه . ويخضع في ذلك للقواعد العامة في الإثبات . وقد نصت المادة ٢٢٢ من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني على أن " الإقرار غير القضائي ، أي الإقرار في غير مجلس القاضي ، يجب إثباته وفقاً للقواعد العامة المختصة بالإثبات " . فإن كانت قيمة الدعوى لا تزيد على

---

(١) وهذا هو النص في أصله الفرنسي :

L'allégation d'un aveu extrajudiciaire purement verbal est inutile toutes les fois qu'il a'agit d'une demande dont la preuve testimoniale ne serait point admissible.

(٢) وستتحدد دائرة الإقرار غير القضائي ضمناً عندما نحدد منطقة الإقرار القضائي فيما يلي ، فما يخرج عن هذه المنطقة يكون إقراراً غير قضائي . وبحسبنا الآن أن نذكر أن الإقرار غير القضائي يصدر خارج القضاء أو أمامه ولكن في غير إجراءات الدعوى التي رفعت بالواقعة المقر بها . وقد نصت المادة ٩٥ من قانون البينات السوري على أن " الإقرار غير القضائي هو الذي يقع في غير مجلس الحكم أو يقع في مجلس الحكم في غير الدعوى التي أقيمت بالواقعة المقر بها " .

(٣) أوبري ورو ١٢ ص ١٣٢ — ص ١٣٣ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٦٨ ص ١٤٠٣ — وأنظر في أن الإقرار غير القضائي ليس كما يعتبره الفقه التقليدي صورة غير كاملة من الإقرار القضائي ، بل هو الأصل الذي نسج على منواله الإقرار القضائي : بارتان في تعليقاته على أوبري ورو ١٢ ص ١٣٢ هامش رقم ٤٠ مكرر ٤ . وقارن بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٢٨٣ .

خمسمائة جنيه ، جاز له إثبات صدور الإقرار من خصمه بالبينة والقرائن . وإن زادت قيمة الدعوى على هذا المقدار ، لم يجز إثبات صدور الإقرار إلا بالكتابة وفقاً للقواعد المقررة في هذا الشأن [1] . على أن يصح أن المقر يعترف أمام القضاء بالإقرار الشفوي الصادر منه خارج القضاء ، فيصبح الإقرار غير القضائي ثابتاً بإقرار قضائي . ولكنه يبقى مع ذلك إقراراً غير قضائي ، لأن الإقرار هنا ليس إقراراً بالدعوى ذاتها ، بل هو ليس إلا إقراراً بالإقرار الصادر خارج القضاء ، فيكون أثره محصوراً في هذا النطاق [2] . ومن ثم يكون أمام القاضي لإثبات الدعوى إقرار غير قضائي ثبت وجوده ، فيقدر قوته في الإثبات على النحو الذي يقدر به قوة أي إقرار آخر غير قضائي . أما إذا كان الإقرار غير القضائي في ورقة مكتوبة ، كان هذا الإقرار هو الطريق لإثبات الدعوى ذاتها بعد أن ثبت قيامه بهذه الورقة [3] .

فإذا ما ثبت قيام الإقرار غير القضائي على النحو الذي قدمناه ، كانت له حجية في الإثبات تتبع إلى حد كبير الصورة التي قامت به [4] [1] . فإن قامت به صورة إقرار

---

(١) بورسعيد ٥ سبتمبر ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٢٦ ص ٤٥٣ .

(٢) ومن ثم يكون هناك إقراران " إقرار قضائي ثبت به الإقرار غير القضائي وتراعى فيه أحكام الإقرارات القضائية ، وإقرار غير قضائي هو الذي ثبت بالإقرار القضائي وتراعي فيه أحكام الإقرارات غير القضائية . وهذا بخلاف ما إذا كان هناك إقرار غير قضائي ، ثم يجدده المقر أمام القضاء ، ولا يكتفي بمجرد الإقرار بصدوره منه خارج القضاء . فكلا الإقرارين هنا — القضائي وغير القضائي — ينصب على واقعة واحدة ، ويؤخذ بالإقرار القضائي في هذه الحالة كطريق لإثبات الدعوى ذاتها لا لمجرد إثبات الإقرار غير القضائي . (أوبري ورو ١٢ ص ١١٣ — بيدان وبرو ٩ فقرة ١٣٠٦ ص ٤٠٣ ، قارن بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٦٨ ص ١٠٤٣) . أنظر : طنطا الكلية أو مايو سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٤٣٩ ص ٩٤٨ .

(٣) استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٤٩ — قارن : استئناف مختلط ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٣٧ .

والظاهر في الفقه الإسلامي أن العبرة في الإقرار المكتوب بالإشهاد عليه ، فإن لم يستشهد المقر على كتابة بشهود فالكتاب لا يصلح إقراراً . جاء في الفتاوى الهندية : " رجل كتب على نفسه صكاً عند قوم ، ثم قال اختموا عليه و لم يقل اشهدوا عليه ، لم يكن ذلك إقراراً ، ولا يحل لهم أن يشهدوا عليه بذلك المال ، وكذا لو قال الشهود أنشهد عليك بهذا فقال اختموا عليه . ولو قالوا أتختم هذا الصك ، فقال اشهدوا عليه ، كان إقراراً وحل لهم أن يشهدوا عليه ، كذا في فتاوى قاضيخان . ولو قال للصكاك اكتب لفلان خط إقرار بألف درهم علي ، يكون إقراراً ويحل للصكاك أن يشهد بالمال . وكذا لو قال للصكاك اكتب له خط بيع هذه الدار بكذا ، وكتب الصكاك أو لم يكتب ، فهو إقرار بالبيع ... رجل قرأ على رجل صكاً بمال ، وقال له الآخر أشهد عليك بهذا المال الذي في الصك ، فقال نعم ، كان ذلك إقرارا وحل له أن يشهد عليه ، كذا في فتاوى قاضيخان . ومنها كتاب حسابه ، وهو ما يكتبه التجار في صحائفهم ودفاتر حسابهم ، كذا في المحيط . لو كتب في صحيفة حسابه أن لفلان علي ألف درهم وشهد شاهدان حضرا ذلك أو أقر هو عند الحاكم به ، لم يلزمه إلا أن يقول اشهدوا علي به ، كذا في المبسوط " . (الفتاوى الهندية ٤ ص ١٦٧) .

(٤) قارن بودري وبارد ٤ فقرة ٢٧٢٥ — الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١١٩ .

مكتوب، فله قوة الكتابة التي تضمنته ، رسمية كانت أو عرفية ، على التفصيل الذي قدمناه في الكتابة [1] . ومن ثم يكون الإقرار غير القضائي الوارد في ورقة رسمية له حجية الورقة الرسمية . فهو ، من حيث صدوره من المقر ، له حجية كاملة إلى حد الطعن بالتزوير . ومن حيث صحة الإقرار في ذاته ، له حجية على المقر ولكن للمقر إثبات عكس ما جاء في إقراره وأنه لم يكن إلا إقراراً صورياً أو إقراراً متواضعاً عليه بينه وبين خصمه أو نحو ذلك ، على ألا يثبت ذلك إلا بالكتابة لأنه يثبت عكس ما جاء في ورقة مكتوبة . ومن حيث أثره القانوني ، يخضع الإقرار غير القضائي للقواعد العامة إذ لم يرد في شأنه نص خاص ، فهو حجة على المقر ما لم يثبت عدم صحته على النحو الذي قدمناه ، وهو قابل للتجزئة ، وهو كذلك قابل للرجوع فيه في الحدود التي تسمح بها القواعد العامة . والمهم في شأنه أنه لما كان إقراراً صادراً خارج القضاء فإن للقاضي سلطة واسعة في تقدير قوته في الإثبات [2]، ذلك أن صاحبه يكون عادة أقل حيطة في أمره ، وأقصر تمعناً في عواقبه ، مما لو كان إقراراً صادراً أمام القضاء [3] . فتجزئته تكون أصعب من تجزئة الإقرار القضائي ، ولا تتقيد بالنص

---

(1) الإقرار غير القضائي الذي يصدر من المقر في نزاع آخر أو في غير مجلس القضاء ، فهو يخضع طبقاً للقواعد العامة في الإثبات لتقدير محكمة الموضوع التي يكون لها بعد بحث الظروف والملابسات التي صدر فيها أن تأخذ به كدليل في الدعوى أو كقرينة أو لا تأخذ به أصلا دون معقب ، عليها في ذلك متى كان تقديرها سائغاً .

(جلسة ١٩٨٨/٢/٨ الطعن رقم ٢٢٩٦ لسنة ٥١ ق س ٣٩ ص ٢١٨) .

(جلسة ١٩٨٧/٦/٢٥ الطعن رقم ١٨٦٧ لسنة ٥٣ ق) .

(جلسة ١٩٨٦/٥/٢٧ الطعن رقم ٦٠ لسنة ٥٥ ق س ٣٧ ص ٥٩٥) .

(جلسة ١٩٨٥/٣/٢٦ الطعن رقم ٢٢٥ لسنة ٥١ ق) .

(جلسة ١٩٩٨/٢/١٧ الطعن رقم ٢٥٨٨ لسنة ٥٩ ق) .

(جلسة ٢٠٠٠/١٠/٢٤ الطعن رقم ٢٧٥ لسنة ٧٠ ق) .

(١) الموجز للمؤلف ص ٦٦١ — استئناف مصر ٢٤ يناير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٢٠٩ ص ٣٧٧ — ملوى ٣ سبتمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٤ رقم ٢/٢٣١ ص ٤٤٦ .

(2) الإقرار غير القضائي — وهو ما يصدر عن الخصم في غير مجلس القضاء ، يخضع لتقدير قاضي الموضوع الذي يجوز له تجزئته والأخذ ببعضه دون البعض الآخر ، كما أن له مع تقدير الظروف التي صدر فيها أن يعتبره دليلا كاملا أو مبدأ ثبوت بالكتابة أو مجرد قرينة أو لا يأخذ به أصلا .

(جلسة ١٩٩٣/٤/٢١ الطعن رقم ٦٢٩ لسنة ٥٦ ق) .

(جلسة ١٩٨٢/٤/٢٥ الطعن رقم ١٠٩٢ لسنة ٤٨ ق) .

(جلسة ١٩٨٠/٥/٢٦ الطعن رقم ٧٦٣ لسنة ٤٣ ق) .

(جلسة ١٩٧٥/٢/٤ الطعن رقم ٢٧ لسنة ٤٠ ق س ٢٦ ص ٣٢٣) .

(٢) وقد نصت المادة ١٠٢ من قانون البينات السوري على أن " الإقرار غير القضائي واقعة يعود تقديرها للقاضي، ويجب إثباتها وفقاً للقواعد العامة المختصة بالإثبات " — وقضت محكمة النقض بأن الإقرار الوارد =

الذي ورد في هذه المسألة في شأن الإقرار القضائي ، وذلك حتى يعامل المقر إقراراً غير قضائي في يسر ، فقد يقر بالدين وبانقضائه عن طريق المقاصة ثم لا يتجزأ إقراره إذا رأى القاضي عدم التجزئة (١) (1) . والرجوع فيه لغلط أو تدليس أو إكراه أو نقص في الأهلية جائز كما هو جائز في الإقرار القضائي ، بل يصبح الرجوع فيه لغلط في القانون (٢) .

= في صحيفة دعوى غير دعوى النزاع ، وإن كان لا يعد إقراراً قضائياً ملزماً حتما ، هو إقرار مكتوب صدر في مجلس القضاء . ومثل هذا الإقرار يترك تقديره لمحكمة الموضوع . فلها مع تقدير الظروف التي صدر فيها والأغراض التي حصل من أجلها أن تعتبره دليلا مكتوباً أو مبدأ ثبوت بالكتابة أو مجرد قرينة ، كما لها ألا تأخذ به أصلا . فإذا هي اعتبرته دليلا كتابياً ، كان ذلك في حدود سلطتها التقديرية التي لا معقب عليها من محكمة النقض (نقض مدني ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ١٤ ص ٣٠ — ٨ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠٠ ص ٦٠٠) . أنظر أيضاً : الزقازيق استئنافي ١٩ مايو سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٢/١٠ — ملوى ١٥ أكتوبر سنة ١٩١٦ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٣٧ — منوف ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٤٩٦ ص ٩٠٤ — المنيا الكلية ٢٠ يناير سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ٢ ص ٢٩ — قنا استئنافي ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ١ ص ١٩٧ — ديرانتون ١٣ فقرة ٥٤٠ — ديمولومب ٣٠ فقرة ٥٤٤ بيدان وبرو ٩ فقرة ١٣٠٦ وفقرة ١٣١٣ .

(١) فهناك أحكام كثيرة لا تجزئ الإقرار غير القضائي : استئناف مختلط ٣١ أكتوبر سنة ١٨٨٨ م ١ ص ٣٧٢ — ٣ أبريل سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٤٠٠ — ٢٣ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٩٢ — ١٥ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٣٧ — وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الإقرارات التي تصدر من الشخص في تحقيق البوليس لا تعتبر إقراراً واحداً لا يتجزأ ، بل هي جملة من الإقرارات مستقلة بعضها عن بعض ، ويجوز الأخذ ببعضها دون البعض الآخر ، فإذا أخذ بإقرار منها فلا يجوز تجزئته (٢١ فبراير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٧٦) . على أن الإقرار غير القضائي قابل للتجزئة إذا رأى القاضي ذلك ، وقد قضت محكمة النقض بأن الأقوال الصادرة من أحد الخصوم أمام الخبير المنتدب في دعوى غير الدعوى المنظورة هي من قبيل الإقرار غير القضائي ، فتجوز تجزئتها والأخذ ببعضها دون بعض (نقض مدني ١٥ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠١ ص ٦٠١) — أنظر أيضاً في معنى جواز التجزئة : استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣٠٩ — منوف ١٨ فبراير سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٦ رقم ٢/٧٩ — توليه ١٠ فقرة ٣٤٠ — ديمولومب ٣٠ فقرة ٥٥٤ . عكس ذلك بودري وبارد ٤ فقرة ٢٧٢٥ .

(1) الإقرار غير القضائي يخضع لتقدير القاضي الذي يجوز له تجزئته والأخذ ببعضه دون البعض الآخر .
(جلسة ١٩٦٨/١١/٢٨ الطعن رقم ٥٤٦ لسنة ٣٤ ق س ١٩ ص ١٤٣٢) .
(جلسة ١٩٨٦/٥/١٧ الطعن رقم ٦٠ لسنة ٥٥ ق س ٣٧ ص ٥٩٥) .
(جلسة ٢٠٠١/٦/٥ الطعن رقم ٣١٠١ لسنة ٧٠ ق) .

(٢) وسنرى أن الإقرار القضائي نفسه يتأثر بالغلط في القانون — ويجوز ، تبعاً للظروف وحسب تقدير القاضي ، الرجوع في الإقرار غير القضائي حتى لو لم يوجد غلط أو تدليس أو إكراه (لاروميير ٧ م ١٣٥٦ فقرة ٣١ — ديمولومب ٣٠ فقرة ٥٥٥ — عكس ذلك بودري وبارد ٤ فقرة ٢٧٢٥) . ولا رقابة لمحكمة النقض على تقدير قاضي الموضوع في كل ذلك (أنظر في هذا المعنى بيدان وبرو ٩ فقرة ١٣١٨ — فقرة ١٣١٩ — وأنظر عكس ذلك بودري وبارد ٤ فقرة ٢٧٢٥) .

وإذا كان الإقرار غير القضائي مكتوباً في ورقة عرفية ، كانت له حجية هذه الورقة. فهو ، من حيث صدوره من المقر ، له حجية كاملة ولكن إلى حد الإنكار لا إلى حد الطعن بالتزوير . ومن حيث صحة الإقرار في ذاته ومن حيث أثره القانوني [1] ، لا فرق في ذلك بين الورقة العرفية والورقة الرسمية ، وما قلناه هناك يقال هنا .

وإن قامت بالإقرار غير القضائي صورة إقرار شفوي ، فأمر إثباته كما قدمنا موكول إلى القواعد العامة . ولكن متى اعتبر القاضي أنه قد ثبت وجب أن تكون حجيته في الإثبات هي نفس حجية الإقرار المكتوب ، ففي الحالتين قد ثبت أن هناك إقراراً غير قضائي قائماً ، فوجب ألا تتغير حجيته في حالة عما هي في الحالة الأخرى . ومن ثم يكون لهذا الإقرار حجية كاملة من حيث صدوره من المقر ، ولا محل هنا لا للطعن بالتزوير ولا للإنكار ، فإن هذين الوجهين لا يصلحان إلا بالنسبة إلى الورقة المكتوبة . ويكون لهذا الإقرار حجية كاملة من حيث صحته في ذاته إلى أن يثبت من نسب إليه الإقرار عدم صحته ، وله الإثبات بجميع الطرق إذا كان الإقرار ذاته قد ثبت بالبينة والقرائن . ويكون لهذا الإقرار أخيراً أثره القانوني وفقاً للقواعد العامة ، فيخضع في تجزئته وفي جواز الرجوع فيه للقواعد ذاتها التي يخضع لها الإقرار المكتوب [1] .

---

(1) لا يشترط في الإقرار غير القضائي أن يكون صادراً للمقر له ، بل يجوز استخلاصه من أي دليل أو ورقة من مستندات الدعوى ، فإنه لا على الحكم وإن هو انتهى في استخلاص سائغ إلى أن ما يثبت على لسان الطاعن في محضر جمع الاستدلالات من أن الأجرة المتعاقد عليها مؤقتة .
(جلسة ١٩٧٨/٥/٢٤ الطعن رقم ٥٥٤ لسنة ٤٤ ق س ٢٩ ص ١٣١٥) .
(جلسة ١٩٧٣/٤/١٢ الطعن رقم ١١٤ لسنة ٣٨ ق س ٢٤ ص ٥٩٦) .

(١) يميز التقنين المدني الليبي . في الإقرار خارج مجلس القضاء ، بين الإقرار الذي يفضي به المقر مباشرة لخصمه أو نائب عنه ، وهذا يجعل له حجية الإقرار القضائي لأن الخصم في العادة لا يقر لخصمه مباشرة بحق عليه إلا إذا كان هذا الحق في ذمته ، وبين الإقرار الذي يفضي به المقر لشخص ثالث ، والإقرار الموجود في وصية للمقر . فالإقرار لشخص ثالث — دون الخصم مباشرة — لا تلابسه الحيطة التي تلابس الإقرار للخصم . والإقرار في وصية تدخله مظنة أن يكون الإقرار جزءاً من هذه الوصية أضفي عليه الموصي صورة الإقرار . ومن ثم ترك التقنين الليبي للقاضي سلطة البت في تقدير حجية الإقرار في هاتين الحالتين . وهذا هو نص المادة ٣٩٨ من التقنين المدني الليبي الذي وردت فيه هذه الأحكام : " الإقرار الذي يفضي به للخصم أو لمن يمثله خارج مجلس القضاء يعد إقراراً قضائياً في نفس الدرجة والمفعول . وإذا أفضي بالإقرار لشخص ثالث ، أو وجد الإقرار في وصية ، فتترك حرية البت فيه لتقدير القاضي . ولا يجوز إثبات الإقرار المدلى به خارج مجلس القضاء عن طريق شهود إذا كان منصباً على موضوع لا يسمح القانون إثباته بشهود " .

٢٤٧ – الإقرار القضائي : وننتقل الآن إلى الإقرار القضائي ، وهو الذي فرده التقنين المدني بالذكر ، وعناه وحده بلفظ " الإقرار " ، وخصه بقواعد تميزه عن الإقرار غير القضائي [١] .

ونبحث الإقرار القضائي – ونطلق عليه لفظ " الإقرار " دون نعت كما فعل التقنين المدني – ونتناول في البحث : أولا) أركانه ، و (ثانيا) حجيته في الإثبات .

الفرع الأول

أركان الإقرار

٢٤٨ – النصوص القانونية : تنص المادة ١٠٣ من قانون الإثبات (تقابلها المادة ٤٠٨ من التقنين المدني الملغاة) على ما يأتي :

" الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه ، وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة [٢] " .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البينات السوري المادتين ٩٣ و ٩٤ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٦١ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٢١٠ ، وفي التقنين المدني الليبي م ٣٩٦ [١] .

---

(١) ويحسن التمييز بين مسائل ثلاث : (أ) العبارة المنسوب صدورها إلى الخصم ، وهل صدرت منه فعلا: وهي مسألة موضوعية . (ب) وبفرض ثبوت صدورها ، هل يمكن تفسيرها على أنها إقرار : وهذه أيضاً مسألة موضوعية . (ج) وبفرض أنها إقرار ، فهل هذا الإقرار قضائي أو غير قضائي : وهذه مسألة قانون (أنظر أنسيكلوبيدي داللوز في القانون المدني preuve فقرة ٩٣٤) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٤٦ من المشروع التمهيدي للقانون المدني على الوجه الآتي : "الإقرار هو اعتراف الخصم أو من ينوب عنه نيابة خاصة بواقعة قانونية مدعى بها عليه . ويكون صدوره أما القضاء أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة " . وفي لجنة المراجعة حور النص تحويراً لفظياً طفيفاً وحذفت عبارة " أو من ينوب عنه نيابة خاصة " لأن محلها باب الوكالة (م ٧٠٢ فقرة ١ مدني) ، فأصبح النص هو ما استقر عليه في التقنين الجديد ، وأصبح رقم المادة ٤٢١ في المشروع النهائي . ووافق على النص مجلس النواب ، فلجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٠٨ ، فمجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٣١ – ص ٤٣٤) .

ويقابل في التقنين المدني الفرنسي المادة ١٣٥٤ والفقرة الأولى من المادة ١٣٥٦[٢] .

ويتبين من نص التقنين المدني المصري ومن بعده قانون الإثبات أن للإقرار أركاناً أربعة : (١) اعتراف الخصم (٢) بواقعة قانونية مدعى عليها بها (٣) أمام القضاء (٤) أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة[٣] .

٢٤٩ – الركن الأول – اعتراف الخصم : الإقرار اعتراف يصدر من المقر . والاعتراف تقرير (déclaration) لواقعة معينة على اعتبار أنها حصلت . ولا شك في أن التقرير على هذا النحو هو عمل مادي ، كالشهادة والكتابة والتوثيق والحلف . فالإقرار

---

(١) نصوص التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السوري م ٩٣ : الإقرار هو إخبار الخصم أمام المحكمة بحق عليه لآخر . م ٩٤ : الإقرار القضائي هو اعتراف الخصم أو من ينوب عنه نيابة خاصة بواقعة قانونية مدعى بها عليه ، وذلك أمام القضاء ، أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة . (والحكم واحد في القانون السوري والتقنين المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٤٦١ : الإقرار هو إخبار الخصم أمام المحكمة بحق عليه لآخر . (والحكم واحد في التقنين العراقي والمصري) .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٢١٠ : الإقرار هو اعتراف فريق بأمر ادعى به عليه . والإقرار يكون قضائيا وغير قضائي . (ولا يوجد في التقنين اللبناني تعريف خاص بالإقرار القضائي ، ولكن يفهم من مجموع نصوصه أن حدود الإقرار القضائي هي نفس الحدود المقررة في التقنين المصري).

التقنين المدني الليبي م ٣٩٦ : مطابقة لنص التقنين المصري .

(٢) التقنين المدني الفرنسي م ١٣٥٤ : الإقرار الذي يحتج به على الخصم يكون إما إقراراً غير قضائي وإما إقرارا قضائيا – م ١٣٥٦ فقرة أولى : الإقرار القضائي هو اعتراف الخصم أمام القضاء بنفسه أو بمن فوضه في ذلك تفويضاً خاصاً .

Art. 1354 : L'aveu qui est opposé à une partie, est ou extrajudiciaire ou judiciaire.

Art. 1356 al. 1. : L'aveu judiciaire est la déclaration que fait en justice la partie ou son fondé de pouvoir spécial.

(٣) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٣٢ – ص ٤٣٣ – وكون الأقوال المنسوبة إلى الخصم تعتبر إقراراً منه لتوافر هذه الأركان الأربعة ، أو لا تعتبر لعدم توافرها ، مسألة من مسائل القانون . وقد قضت محكمة النقض بأن الإقرار القضائي هو اعتراف خصم بالحق المدعى به في مجلس القضاء قاصداً بذلك إعفاءه من إقامة الدليل عليه ، وكون الأقوال المنسوبة إلى الخصم تعتبر إقراراً منه أو لا تعتبر مسألة قانونية تدخل تحت رقابة محكمة النقض (نقض مدني ٣٠ مارس سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١١٧ ص ٢٠٣) – أما ثبوت وقوع هذه الأركان مادياً فهي مسألة موضوعية متروك تقديرها لمحكمة الموضوع ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فيها (نقض مدني ١٩ مايو سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٨ ص ١٠٧ – ٢٣ مايو سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ٣٦ رقم ١٠ ص ٢٣٤) .

إذن في أصله عمل مادي ، أي واقعة قانونيـــة (fait juridique) ، وليس بتصـــرف قانوني [1] (أ) .

ولكن الإقرار من جهة أخرى ، ينطوي على نزول من جانب المقر عن حقه في مطالبة خصمه بإثبات ما يدعيه ، كما سنبين فيما يلي . والنزول (renonciation) تصرف قانوني من جانب واحد (acte juridique unilatéral) . فيكون التكييف الصحيح للإقرار إذن هو أنه واقعة مادية تنطوي على تصرف قانوني [2] . فهو واقعة مختلطة (fait mixte) ، مثله في ذلك مثل الوفاء (paiement) والاستيلاء (occupation) ، فكلاهما واقعة مادية تنطوي على تصرف قانوني : الوفاء ينطوي على إرادتين متطابقتين في إنهاء الدين ، والاستيلاء ينطوي على إرادة تملك المال مـــحل الاستيلاء [3] .

ولما كان الإقرار واقعة مادية تنطوي على تصرف قانوني ، أي واقعة مختلطة كما قدمنا ، كان لكل من هاتين الناحتين فيه — الواقعة المادية والتصرف القانوني — نتائجه القانونية .

فالإقرار من حيث أنه واقعة مادية لا حاجة في تمامه إلى قبول من الخصم الذي صدر الإقرار لصالحه . وسواء صدر الإقرار أثناء استجواب أو في الجلسة أو ضمن مذكرات القضية وأوراقها ، فإن مجرد صدوره من صاحبه يجعله قائماً لا يتوقف في قيامه على قبول من الخصم الآخر . وإذا كان هذا الخصم الآخر يطلب عادة إثبات الإقرار في المحضر ، فهو يفعل

---

(١) قارن بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٢٨٨ ص ٧٢١ هامش رقم ١ .

(أ) الإقرار وفقاً لنص المادة ٤٠٣ من قانون الإثبات هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها وذلك أثناء سير الدعوى ، وتحصيل توافر الأركان اللازمة لاعتبار الإقرار الصادر من أحد الخصوم إقراراً قضائياً ملزما له من الأمور التي يخالطها واقع مما يترك أمر تقديره لمحكمة الموضوع ، وإن كان الثابت أن الطاعنة لم تتمسك أمامها بهذا الدفاع ، فإنه لا يقبل منها التحدي به لأول مرة أمام محكمة النقض .
(جلسة ١٩٧٨/٥/٣١ الطعن رقم ٤٩١ لسنة ٤٤ ق س ٢٩ ص ١٣٦٧) .
(جلسة ١٩٨٣/٤/٢٠ الطعن رقم ١٥٩٩ لسنة ٤٩ ق) .
(جلسة ١٩٨٥/٤/٢٨ الطعن رقم ١٦٩٤ لسنة ٤٩ ق) .

(٢) قارن أوبري ورو ١٢ ص ١١٣ — ص ١١٤ — دي باج ٣ ص ١٠٢٨ — ص ١٠٣٢ — وقارن الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٠٤ — فقرة ١٠٥ — وفي الفقه الإسلامي الإقرار إخبار الإنسان عن ثبوت حق لغيره على نفسه ، وهو إخبار لا إنشاء ، ولذلك لا يحتمل التعليق بالشرط ولا اشتراط الخيار ، لا يتوقف على القبول وما فيه تمليك مال من وجه يرتد بالرد وإلا فلا كإبطال شفعة وطلاق وعتاق (الأستاذ أحمد إبراهيم في طرق القضاء في الشريعة الإسلامية ص ١١٨ ص ١٣٠) .

(٣) وسنرى أن كلا من توجيه اليمين الحاسمة وردها تصرف قانوني . أما الحلف نفسه فواقعة مادية . والنكول عن اليمين ، كالإقرار ، واقعة مادية تنطوي على تصرف قانوني .

ذلك لا لإظهار قبوله إياه ، بل لتسجيله كما صدر حتى يتيسر الرجوع إليه دون أن يقع اختلاف في مضمونه [1] . ويترتب على ذلك أن الإقرار إذا صدر لا يجوز للمقر الرجوع فيه بحجة أن الخصم المقر له لم يظهر بعد قبوله إياه ، إذ الإقرار تام نافذ بمجرد صدوره دون حاجة إلى قبول [2] .

والإقرار من حيث أنه يطوي على تصرف قانوني من جانب واحد لا يحتاج أيضاً إلى قبول . ثم أنه يجب لصحته نفس الشروط الواجب توافرها لصحة هذا التصرف القانوني . فالمقر ، كما قدمنا ، إنما يتزل عن حقه في مطالبة خصمه بإثبات الواقعة التي يدعيها ، وهذا التزول يجعل هذه الواقعة في غير حاجة إلى الإثبات ، فتصبح مصدراً لالتزام المقر . ومن ثم يشترط لصحة هذا التزول — أي لصحة الإقرار — ما يشترط لصحة التزام المقر بالواقعة التي أقر بها . فيجب إذن أن يكون المقر أهلا للالتزام بهذه الواقعة ، وأن تكون إرادته غير مشوبة بعيب من عيوب الإرادة : غلط أو تدليس أو إكراه . فإذا كان المقر يقر بواقعة قرض مثلا ، وجب أن يكون قد بلغ سن الرشد وألا يكون محجوراً ، حتى يكون أهلا للالتزام بالقرض الذي أقر به [3] . ويجب ألا يكون قد وقع في غلط جوهري لا في الواقع ولا في القانون [4].

---

(١) أوبري ورو ١٢ ص ١١٧ .

(٢) أوبري ورو ١٢ ص ١١٧ هامش رقم ١٩ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٦٦ — استئناف مختلط ٢ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢١٤ — ومن ثم يجوز الإقرار للصبي غير المميز وللمجنون (نقض مدني ٢٣ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٦٩ ص ٧٩٨ — وأنظر م ٤٦٣ فقرة ٢ مدني عراقي) .
قارن المادة ٤٦٦ من التقنين المدني العراقي ونصها : "(١) لا يتوقف الإقرار على قبول المقر له ، ولكن يرتد برده . (٢) وإذا رد المقر له مقداراً من المقر به ، فلا يبقى حكم الإقرار في المقدار المردود ، ويصبح الإقرار في المقدار الباقي " . والمادة ٤٦٨ من نفس التقنين : (١) يلزم المرء بإقراره إلا إذا كذب بحكم . (٢) ولا يصح الرجوع عن الإقرار " . وأنظر أيضاً المادتين ٩٨ و ٩٩ من قانون البينات السوري ، وقد نقلنا عن المادتين ٤٦٦ و ٤٦٨ من التقنين المدني العراقي . وأنظر في تكذيب الحاكم للإقرار المادة ١٥٨٧ من المجلة وشرح سليم باز ص ٨٧٥ — ص ٨٧٦ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن الأهلية التي تشترط لصحة التقارير هي أهلية المقر للتصرف فيما أقر به ، أما المقر له فلا يشترط فيه أهلية ما بل يجوز الإقرار للصبي غير المميز والمجنون (نقض مدني ٢٣ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٦٩ ص ٧٩٨ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) .

(٤) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه وأن كان القانون المصري (القديم — وكذلك الجديد) لم يأت بنص صريح كالذي جاء في الفقرة الأخيرة من المادة ١٣٥٦ مدني فرنسي التي تقر أنه لا يجوز الرجوع في الإقرار إلا إذا ثبت أنه ناشئ عن خطأ في الأمر الواقع ، إلا أن القواعد القانونية العامة توجب العمل بهذا المبدأ ، فهي لا تسمح لأي إنسان بأن يثرى على حساب غيره بدون وجه حق ، وتسمح فضلا عن ذلك بتصحيح الأخطاء المادية في الحساب الناشئة عن السهو والنسيان (٣ فبراير سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٥ رقم ٢/٣٢٣ ص ٣٨٤) . وقضت محكمة دمياط بأنه إذا بني الإقرار على غلط في الواقع كأن يقر بدين على مورثه ثم يعثر =

كما لا يجوز أن يكون قد اندفع إلى إقراره بتدليس أو إكراه [1] . وهو الذي يحمل عبئ إثبات ذلك إذا ادعاه [2] . فإن أثبت أنه لم يكن أهلا أو أن إقراره قد شابه غلط جوهري أو تدليس أو إكراه ، كان الإقرار باطلا ، وكان له الرجوع فيه [3] [أ] .

= بعد ذلك على مخالصة بين أوراق المورث ، ففي هذه الحالة يجوز للمقر العدول لأن اعترافه بأمر لم يكن موجوداً في الواقع (٢٣ أكتوبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٢ رقم ٤٤٧ ص ٩٠١).

هذا ويلاحظ أن التقنين المدني الفرنسي (م ١٣٥٦) لا يجعل الإقرار معيباً إلا إذا كان الغلط في الواقع ، أما الغلط في القانون فلا يعتد به (أنظر أيضاً المادة ٢٢٥ من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني) . ولكن المقصود بالغلط في القانون الذي لا يعتد به هو الغلط في النتائج القانونية التي تترتب على الإقرار (أوبري ورو ١٢ ص ١١٩ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ ص ٩١٠ — كولان وكابيتان وموارنديير ٢ فقرة ٨١٢ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٢٨٩ — وأنظر أيضاً المادة ٢٢٤ من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني ، وتقضي بأنه لا يجوز للمقر الرجوع عن إقراره بحجة أنه لم يفقه نتائجه القانونية) . وعلى هذا المعنى يمكن القول أيضاً بأن الغلط في القانون لا يؤثر في الإقرار في القانون المصري ، فإقرار الوارث بوصية صدرت لوارث آخر لا يعيبه أن يكون الوارث المقر قد صدر منه الإقرار وهو يعتقد خطأ أن الوصية لوارث لا تزال غير جائزة ، فإذا تمسك المقر بهذا الغلط في القانون لا يجاب إلى طلبه في الرجوع عن إقراره (قارن الموجز للمؤلف ص ٦٨٥ هامش رقم ٢ — والمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٤٠ — وقارن أيضاً الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٤٩٨ — الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١١٤) . أما الغلط في القانون الذي يعتد به في الإقرار في القانون المصري — وكذلك في القانون الفرنسي إذا أخذنا بالتفسير الذي سبقت الإشارة إليه — فهو الغلط الذي يقع ، لا في النتائج القانونية للإقرار ، بل في العناصر القانونية التي يقوم عليها ، وذلك كالغلط في حكم من أحكام القانون أنبني عليه صدور الإقرار. فإذا أقر وارث بملكية الموصي له للعين الموصى بها وهي تزيد على ثلث التركة ، وكان يعتقد وقت صدور الإقرار أن الوصية تجوز حتى لو جاوز الموصى به ثلث التركة ، فإن له الرجوع في إقراره إذا أثبت هذا الغلط في القانون الذي وقع فيه .

(١) وقد جاء في الموجز للمؤلف في هذا الصدد ما يأتي : " لكن يجوز الطعن في الإقرار لغلط أو تدليس أو إكراه، وهذه هي عيوب الرضاء ، فإذا كان المقر قد صدر منه الإقرار على أساس غلط وقع فيه ، كما إذا أقر وارث بدين في ذمة مورثه وهو يجهل أن هناك مخالصة بالدين ، فله أن يطعن في هذا الإقرار بالغلط إذا ما علم بعد ذلك بأمر هذه المخالصة . وإذا كان الإقرار قد صدر على أثر تدليس ، ولو من غير الخصم المقر له ، أو كان نتيجة إكراه ، فللمقر أن يطعن فيه كذلك " . (الموجز ص ٦٨٥) . هذا والتدليس والإكراه يمكن تصورهما في الإقرار إذا وقعا خارج المحكمة (قارن دي باج ٣ ص ١٠٢٨ — ص ١٠٣٢) .

(٢) استئناف مختلط ٢٣ يناير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٩٦ — ٧ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٤٠ — ٢٤ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٠٩ — ١٧ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٧٤ .

(٣) وفي الفقه الإسلامي يبطل الإقرار بعد وجوده بتكذيب المقر له للمقر في حقوق العباد ، وبرجوع المقر عن الإقرار في حقوق الله تعالى . جاء في البدائع : " الإقرار بعد وجوده يبطل بشيئين . أحدهما تكذيب المقر له في أحد نوعي الإقرار ، وهو الإقرار بحقوق العباد ، لأن إقرار المقر دليل لزوم المقر به ، وتكذيب المقر له دليل عدم اللزوم ، واللزوم لم يعرف ثبوته ، فلا يثبت مع الشك . والثاني رجوع المقر عن إقراره فيما يحتمل الرجوع في أحد نوعي الإقرار بحقوق الله تبارك وتعالى خالصاً كحد الزنا ، لأنه يحتمل أن يكون صادقاً =

كذلك مادام الإقرار ينطوي على تصرف قانوني ، ومادام هذا التصرف هو النزول عن حق ، فإن الإقرار يكون في حكم عمل من أعمال التصرف (acte de disposition) ، ويجب للتوكيل فيه أن تصدر وكالة خاصة ، فلا تكفي الوكالة العامة [1] . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٧٠٢ على هذا الحكم صراحة إذ تقول "لابد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة ، وبوجه خاص في البيع والرهن والتبرعات والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء [2] ". ومن ثم لا يصح الإقرار من وكيل عام . ولا يصح الإقرار الصادر من محام [3] ، ما لم يكن التوكيل الصادر إلى هذا المحامي منصوصاً فيه على تفويضه في الإقرار [4] [1] . ولا يشترط تعيين محل الإقرار على

= في الإنكار ، فيكون كاذباً في الإقرار ضرورة ، فيورث شبهة في وجوب الحد " (البدائع ٧ ص ٢٣٢ – ص ٢٣٣) . ولا يسمع من المقر أنه كاذب في إقراره . ولكن للمقر أن يرجع في إقراره للإكراه لا للغلط : جاء في الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ١٣٧ و ١٤٠) " إقرار المكره باطل " ... وفي كافي الحاكم من باب الإقرار في المضاربة : " لو أقر المضارب بربح ألف درهم في المال ، ثم قال غلطت إنما خمسمائة ، لم يصدق وهو ضامن لما أقر به " .

(1) الإقرار – قضائياً أو غير قضائي – يتضمن نزول المقر عن حقه في مطالبة خصمه بإثبات ما يدعيه ، وهو بهذه المثابة ينطوي على تصرف قانوني من جانب واحد ، فيشترط لصحته ، ما يشترط لصحة سائر التصرفات ، فيجب أن يكون صادراً عن إرادة غير مشوبة بأية عيب من عيوب الإرادة بأن شابت الإرادة غلط أو تدليس كان قابلا للإبطال وحق للمقر الرجوع فيه .
(جلسة ٢٠٠١/٦/٥ الطعن رقم ٣٠٠ لسنة ٧٠ ق) .
(جلسة ١٩٦٩/٣/١١ الطعن رقم ٧٢ لسنة ٣٥ ق السنة ٢٠ ص ٤٠٤) .
(جلسة ١٩٦٧/١/١٩ الطعن رقم ٢٧ لسنة ٣٣ ق السنة ١٨ ص ١٥٦) .
(جلسة ١٩٦٦/٥/٥ الطعن رقم ٢٠٢ لسنة ٣٢ ق السنة ١٧ ص ١٠١٩) .

(١) ما لم يكن الإقرار منصباً على عمل شخصي للوكيل يدخل في حدود وكالته العامة (انسيكلوبيدي داللوز في القانوني المدني Preuve فقرة ٩٥٩) .

(٢) وقد رأينا عند استعراض تاريخ نص المادة ٤٠٨ أن المشروع التمهيدي لهذا النص (م ٥٤٦) كان يقضي بأن " الإقرار هو اعتراف الخصم أو من ينوب عنه نيابة خاصة بواقعة قانونية ... " ، وأن لجنة المراجعة حذفت عبارة " أو من ينوب عنه نيابة خاصة " لأن محلها باب الوكالة (م ٧٠٢ فقرة ١ مدني) .

(٣) فإذا صدر منه إقرار مبتدر (spontanté) ، فإن هذا لا يكون حجة على الموكل : استئناف مختلط ٢٨ يناير سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٦٧ .

(٤) فإذا فوض المحامي في الإقرار ، وصدر من إقرار في مذكرة قدمها للمحكمة ولم يسحبها الخصم ، أو أخذ بهذا الإقرار (استئناف مختلط سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٥٠) . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " ويجب أن يصدر الإقرار من الخصم أو ممن يفوض في ذلك بتوكيل خاص . فلا يجوز للوكيل أن يقر عن الموكل ، إلا أن يكون قد خول ولاية خاصة ، لأن الإقرار في حقيقته عمل تصرف لا عمل إدارة، فهو يخرج بذلك عن نطاق الوكالة العامة. ولهذه العلة يشترط توقيع الموكلين =

وجه التخصيص (م ٧٠٢ فقرة ٢ مدني) . أما الولي والوصي والقيم فيصح إقرارهم عن الأصيل في الحدود التي يجوز لهم فيها القيام بأعمال التصرف ، فيشترط إذن في كثير من الأحوال لصحة هذا الإقرار الحصول على إذن من دائرة الأحوال الشخصية ولاية على المال [1] . أما الإقرار بواقعة قانونية فحجته مقصورة عليهم ، إلا إذا كانت الواقعة عملا من أعمال الإدارة المخولة لهم بحكم القانون [1] .

= أنفسهم على المذكرات التي تقدم من محاميهم إذا كانت تتضمن إقراراً ، إلا أن يكون المحامون مفوضين في الإقرار بتوكيل خاص (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٣٣) .

وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم المطعون فيه إذ نفي صدور إقرار من البائعتين قد استند إلى أن الإقرار الصادر من وكيليهما والمثبت بمحضر انتقال القاضي المنتدب للمعاينة لا يصلح للاحتجاج به على الموكلتين لأنه لم يصدر بتوكيل خاص أو ضمن توكيل عام يبيح الإقرار بالملكية ، فإن هذا القول لا مخالفة فيه للقانون (نقض مدني ١٤ فبراير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٨١ ص ٤٧٤) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا بد من توكيل خاص في الإقرار : استئناف مختلط ٣٠ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٦٧ — ٤ يونية سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٣٢٤ — ٩ يونية سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٣٢٢) .

(1) مقتضى ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة ٧٠٢ مدني أنه إذا كان الإقرار الصادر من الوكيل أمام القضاء منطويا على تصرف قانوني ، وهو النزول عن حق ، فإنه يعد عملا من أعمال التصرف التي يتعين أن يصدر بها توكيل خاص أو أن يرد ضمن توكيل عام ينص فيه صراحة على هذا التفويض .

(جلسة ١٩٦٦/١١/١٥ الطعن رقم ١٨٥ لسنة ٣٢ ق س ١٧ ص ١٦٩٤) .

(جلسة ١٩٨٦/١١/١٣ الطعن رقم ٢٣٧٢ لسنة ٥٤ ق) .

(جلسة ١٩٨٦/٥/٢٧ الطعن رقم ٦٠ لسنة ٥٥ ق س ٣٧ ص ٥٩٥) .

(١) وقد نصت المادة ٣٩ من قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ على تصرفات معينة لا يجوز للوصي مباشرتها إلا بإذن من المحكمة ، فالإقرار بأي تصرف منها باسم القاصر لا بد فيه من إذن من المحكمة، وهذا هو نص المادة ٣٩ المشار إليها " لا يجوز للوصي مباشرة التصرفات الآتية إلا بإذن من المحكمة : —

(أولا) جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من الحقوق المذكورة . (ثانيا) التصرفات في المنقولات أو الحقوق الشخصية أو الأوراق المالية فيما عدا ما يدخل في أعمال الإدارة . (ثالثا) الصلح والتحكيم إلا فيما قل عن مائة جنيه وما يتصل بأعمال الإدارة . (رابعا) حوالة الحقوق والديون وقبول الحوالة . (خامسا) استثمار الأموال وتصفيتها . (سادسا) اقتراض المال وإقراضه . (سابعاً) إيجار عقار القاصر أكثر من ثلاث سنوات في الأراضي الزراعية ولمدة أكثر من سنة في المباني . (ثامنا) إيجار عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد لأكثر من سنة . (تاسعا) قبول التبرعات المقترنة بشرط أو رفضها . (عاشرا) الإنفاق من مال القاصر على من يجب عليه نفقتهم إلا إذا كانت النفقة مقضيا بها بحكم واجب النفاذ . (حادي عشر) الوفاء الاختياري بالالتزامات التي تكون على التركة أو على القاصر . (ثاني عشر) رفع الدعاوى إلا ما يكون في تأخير رفعه ضرر بالقاصر أو ضاع حق له (ثالث عشر) التنازل عن الحقوق والدعاوى وقبول الأحكام القابلة للطعون العادية والتنازل عن هذه الطعون بعد رفعها ورفع الطعون غير العادية في =

وأخيراً مادام الإقرار ينطوي على تصرف قانوني ، فإنه يرد عليه ما يرد على التصرفات القانونية من احتمال الصورية والتواطؤ [٢] . فقد يكون الإقرار صورياً تواطأ عليه المقر والمقر له إضراراً بحقوق الغير كالدائنين والخلف ، ويجوز لهؤلاء إثبات الصورية بجميع الطرق ولو بالبينة والقرائن ، فإذا أثبتوها لم ينفذ الإقرار في حقهم [٣] . والإقرار الصادر في مرض الموت يعتبر في حكم الوصية ، فلا ينفذ إلا من ثلث التركة [٤] . على أن الإقرار يصح

= الأحكام . (رابع عشر) التنازل عن التأمينات وإضعافها. (خامس عشر) إيجار الوصي أموال القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأحد أقاربهما إلى الدرجة الرابعة أو لمن يكون الوصي نائباً عنه . (سادس عشر) ما يصرف في تزويج القاصر . (سابع عشر) تعليم القاصر إذا احتاج للنفقة والإنفاق اللازم لمباشرة القاصر مهنة معينة .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن إقرار الوصي لا يسري في حق القاصر عن وقائع سابقة على الوصاية (٣٠ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٦٧) . وقضي المجلس الحسبي العالي بأن الوصي لا يملك الإقرار بالدين ، فلا يجوز له أن يسدد ديوناً على القاصر لم تكن ثابتة (٢٧ يونية سنة ١٩١٦ المحاماة ١ رقم ٤٠ ص ٢٤٩) . وقضت محكمة استئناف مصر بأنه لا يجوز للواقف أن يقر بدين على الوقف بعد إنشائه (٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٧٢ ص ٧٥٦) . هذا وتنص المادة ٤٦٢ من التقنين المدني العراقي على أنه " يشترط أن يكون المقر عاقلا بالغاً غير محجور عليه ، فلا يصح إقرار الصغير والمجنون والمعتوه والسفيه . ولا يصح على هؤلاء إقرار أوليائهم وأوصيائهم والقوام عليهم ، ولكن الصغير المأذون يكون لإقراره حكم إقرار البالغ في الأمور المأذون فيها " . وتنص الفقرة الثانية من المادة ٤٦٣ من هذا التقنين على أنه " لا يشترط أن يكون المقر له عاقلا ، فلو أقر أحد بمال للصغير غير المميز صح إقراره " — أنظر أيضاً المادة ٩٦ من قانون البينات السوري ، وهي منقولة عن المادة ٤٦٢ من التقنين المدني العراقي . وقد نصت المادة ٢٢٣ من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني على أن " يكون الإقرار باطلا إذا لم يكن المقر حائزاً للأهلية أو الصلاحية الكافية " .

(١) أنظر في هذا المعنى أوبري ورو ١٢ ص ١١٥ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٦٥ ص ١٠٤٠ — والإقرار الصادر من ممثلي الشخص المعنوي (شركة أو جمعية أو نحو ذلك) يعتبر إقراراً صادراً من الشخص المعنوي نفسه (بلانيول وريبير وبولانجيه : فقرة ٢٢٨٥) .

(٢) استئناف مختلط ١٤ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٨٦ — وقد جاء في الموجز للمؤلف في هذا الصدد ما يأتي: " وكما يجوز الطعن في الإقرار بعيب من عيوب الرضاء ، يجوز الطعن فيه أيضاً بالتواطؤ فيما بين المقر والمقر له ، غير أن الطعن في الحالة الأولى يكون من المقر نفسه ، وفي الحالة الثانية يكون من الغير الذي أضر به هذا التواطؤ . فقد يتواطأ شخص مع آخر على أن يقر له بحق إضرارا بدائنه ، فيجوز للدائن أن يطعن في الإقرار بالدعوى البوليصية أو بالصورية على حسب الأحوال " (الموجز ص ٦٨٥ والأحكام المشار إليها في الهامش) .

(٣) أوبري ورو ١٢ ص ١١٠ .

(٤) أنظر في إقرار المريض مرض الموت في الفقه الإسلامي : " طرق القضاء في الشريعة الإسلامية " للأستاذ أحمد إبراهيم ص ١٨٥ — ص ٢٢٥ — البدائع ٧ ص ٢٢٤ — ص ٢٢٨ — الفتاوى الهندية ٤ ص ١٧٦ — ص ١٨٥ . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن إقرار الإنسان في مرض موته بدين لأحد ورثتـــه يكون =

ولو كان خالياً من ذكر سببه السابق عليه ، لأنه ليس منشئا للحق بل هو مظهر له ، ومن ثم كان حكمه هو ظهور ما أقر به المقر لا ثبوته ابتداء [1] .

= موقوفاً على إجازة باقيهم ،فإن أجازوه كان معتبراً ، وإلا فلا (٢٩ أكتوبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٥٣٤ ص ٨٥٦ — على أنه بعد إباحة الوصية للوارث في ثلث التركة يكون الإقرار لوارثة نافذاً في هذا القدر ولو من غير إجازة باقي الورثة) . أما إذا صدر الإقرار في حال الصحة فإنه يكون نافذاً دون تقييد بثلث التركة ، وقد قضت محكمة استئناف مصر الإقرار بالدين يكون صحيحا ولو ستر تبرعاً متى كان منجزاً وصادراً في حال الصحة ، سواء كان لوارث أو لغير وارث (١٩ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٩٥ ص ٦٣١) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الإقرار يعتبر دليلا تقدم الاستحقاق عليه في زمن سابق ، فيكون صحيحاً ولو كان خاليا من ذكر سببه السابق عليه . فإذا أقر المشترى على نفسه بأن الأرض التي اشتراها والمكلفة باسمه هي ملك لوالده ، واعتبرت محكمة الاستئناف أن عقود شراء تلك الأطيان جدية ، كما اعتبرت في الوقت ذاته أن الإقرار اللاحق لها صحيح وحجة على المقر ولو لم يذكر سببه ، فلا محل للطعن في حكمها بالتناقض، لأنه يبين من هذا أن المحكمة لم تعتبر الإقرار المذكور سبباً من الأسباب الناقلة للملك ، بل اعتبرته — كما ينبغي أن يعتبر قانوناً — دليلا تقدم الاستحقاق عليه في زمن سابق ، وهذا حق ، لأن الإقرار ليس سبباً لمدلوله ، ولذا كان حكمه ظهور ما أقر به المقر لا ثبوته ابتداء (نقض مدني ٦ فبراير سنة ١٩٣٦ المجموعة الرسمية ٣٧ رقم ٧ ص ١٥٨) . وتميز محكمة النقض بين سبب الإقرار بالدين وعلة الاستدانة ، فقد يقر المدين بالدين ويذكر أن السبب هو استيلاؤه على ريع أموال الدائن ، ثم يذكر أن علة هذه الاستدانة هي إنفاق المال في وجه معين ، فسواء صدقت العلة أو لم تصدق ، فالإقرار صحيح مادام سببه صحيحا (نقض مدني ١٩ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٣ ص ٦٩٣) .

وفي الفقه الإسلامي الإقرار كاشف لا منشئ . جاء في الفتاوى الهندية : " الإقرار إخبار عن ثبوت الحق للغير على نفسه ، كذا في الكافي . وأما ركنه فقوله لفلان علي كذا أو ما يشبهه ، لأنه يقوم به ظهور الحق وانكشافه ، حتى لا يصح شرط الخيار فيه ، بأن أقر بدين أو بعين على أنه بالخيار ثلاثة أيام ، فالخيار باطل وإن صدقه المقر له والمال لازم ، كذا في محيط السرخسي" (الفتاوى الهندية ٤ ص ١٥٦). وفي الدر المختار الإقرار إخبار من وجه وإنشاء من وجه ، وقد جاء فيه ما يأتي : " فالوجه الأول هو الإخبار : صح إقراره بمال مملوك للغير ، ومتى أقر بملك الغير يلزمه تسليمه إلى المقر له إذا ملكه برهة من الزمن لنفاذه على نفسه ، ولو كان إنشاء لما صح لعدم وجود الملك ... ولا يصح إقراره بطلاق وعتاق مكرها ، ولو كان إنشاء لصح لعدم التخلف . وصح إقرار العبد المأذون بعين في يده والمسلم بخمر وبنصف دار مشاعاً والمرأة بالزوجية من غير شهود ، ولو كان إنشاء لما صح .. والوجه الثاني وهو الإنشاء : لو رد المقر له إقراره ثم قبل لا يصح ، ول كان إخباراً لصح ... والملك الثابت بالإقرار لا يظهر في حق الزوائد المستهلكة فلا يملكها المقر له ، ولو أخباراً لملكها " . (تكملة ابن عابدين ٢ ص ٧٨ — ص ٨٢) .

وجاء في " طرق القضاء " : " أما الإقرار فان الحق يثبت به بدون حكم ، وإنما يأمره القاضي بدفع ما لزمه بإقراره ، وليس لزوم الحق بالقضاء ، فجعل الإقرار من طرق القضاء إنما هو بحسب الظاهر ، وإلا فالحق يثبت به لا بالقضاء — والبينة طريق للقضاء بالإجماع ، والمدعى لا يثبت بها حتى يتصل بها القضاء ، واليمين ليست طريقاً للقضاء ، لأن المنكر إذا حلف وعجز المدعي عن البينة يترك المدعي في يده لعدم قدرة المدعى على إثباته لا قضاء له بيمينه ... والنكول طريق للقضاء عند أصحابنا ، والفرق بينه وبين الإقرار أن الإقرار موجب الحق بنفسه ، وأما النكول فلا يوجب الحق إلا إذا اتصل به القضاء (طرق القضاء في الشريعة الإسلامية للأستاذ أحمد إبراهيم ص ٧ — ص ٨) .

٢٥٠ – الركن الثاني – واقعة قانونية مدعى بها : ويجب أن ينصب الإقرار على واقعة قانونية مدعى بها على المقر . ولا يلزم أن تكون هذه الواقعة تصرفاً قانونياً، بل يصح أن تكون واقعة مادية . ولا يلزم كذلك أن تكون الواقعة مصدراً لحق من الحقوق ، بل أية واقعة يمكن الادعاء بها يجوز فيها الإقرار . وقد رأينا أنه يمكن الادعاء بأية واقعة يترتب عليها أثر قانوني ، كما إذا ادعى الدائن على المشترى بإعسار المدين البائع في الدعوى البوليصية ، فهذه واقعة يمكن أيضاً أن ينصب عليها الإقرار .

ومادام الإقرار ينطوي على تصرف قانوني كما قدمنا ، وهو ضرب من التصرف في الشيء المقر به من جانب المقر ، لذلك يجب أن يكون محل الإقرار معيناً تعييناً كافياً مانعاً من الجهالة الفاحشة . وقد ورد في التقنين المدني العراقي نص صريح في هذا المعنى ، إذ تقضي الفقرة الأولى من المادة ٤٦٣ من هذا التقنين بأنه " يشترط ألا يكون المقر به مجهولا جهالة فاحشة ، أما الجهالة اليسيرة فلا تكون مانعاً من صحة الإقرار " (١) .

ويجب بداهة أن يكون محل الإقرار لا يكذبه ظاهر الحال ، وإلا كان إقراراً صورياً لا قيمة له . وقد ورد في التقنين المدني العراقي أيضاً نص على هذا الحكم ، إذ تقضي المادة ٤٦٥ من هذا التقنين بأنه " يشترط ألا يكذب ظاهر الحال الإقرار ، فلو أقر شخص بنوة آخر أكبر منه في السن لا يصح إقراره " (٢)

ويجب أخيراً أن يكون محل الإقرار مما يجوز التعامل فيه . فالإقرار بشيء مخالف القانون أو للنظام العام أو للآداب غير صحيح . ويترتب على ذلك أنه لا يصح الإقرار بدين مراهنة أو قمار ، ولا الإقرار بالتعامل في المخدرات ، ولا الإقرار بفوائد تزيد على الحد المسموح به قانوناً ، ولا الإقرار بإيجار مترل للدعارة ، ولا الإقرار باتفاق على ارتكاب جريمة. وهذا لا يمنع من قبول هذه الإقرارات في المسئولية الجنائية (٣) .

---

(١) وتنص المادة ٤٦٤ من التقنين المدني العراقي على ما يأتي : " (١) كما يصح الإقرار بالمعلوم يصح الإقرار بالمجهول ، إلا في العقود التي لا تصح مع الجهالة . (٢) فلو أقر أحد بأمانة أو سرقة أو غصب صح إقراره ، ويطلب منه تعيين الأمانة المجهولة أو المال المسروق أو المغصوب . أما إذا أقر ببيع أو استئجار شيء غير معلوم ، فلا يصح إقراره " .

(٢) أنظر أيضاً المادة ٩٧ من قانون البينات السوري ، وهي منقولة عن المادة ٤٦٥ من التقنين المدني العراقي. وأنظر المادة ١٥٧٧ من المجلة وشرح سليم باز ص ٨٦٣ – ص ٨٦٤ .

(٣) الموجز للمؤلف ص ٦٨٥ – وقد قضت محكمة طنطا الكلية بأن الشريعة الإسلامية اشترطت لصحة الإقرار فيما يتعلق بالمقر به ألا يكون محالا شرعيا أي لا يعده الشرع باطلا ، فإن كان باطلا شرعاً لم يعامل المقر بمقتضاه ، والإقرار به يكون باطلا غير معتبر شرعاً ، حتى إذا أخذ المقر له من المقر المال المقر به كان للمقر أن يسترده منه ثانية لأنه أخذه منه بغير وجه شرعي . ومثال الإقرار بالمحال الشرعي أن يقر إنسان بقـــدر –

ويصح الإقرار في التصرف أياً كانت قيمته ، ولو زادت على نصاب البينة فالإقرار كما قدمنا حجيته مطلقة [1] .

٢٥١ – الركن الثالث – أمام القضاء : وهذا الركن هو الذي يميز الإقرار القضائي عن الإقرار غير القضائي ، ويكمله الركن الرابع وهو أن يكون صادراً أثناء السير في الدعوى .

فالإقرار الذي لا يصدر أمام القضاء لا يعد إقراراً قضائياً [1] . ويعتبر قضاءً كل جهة نظمها القانون من جهات القضاء ، فلا يقتصر ذلك على القضاء المدني وحده . ويعتد

= من السهام لوارث أكثر مما هو مقدر له شرعاً ، ومثل هذا الإقرار باطل في نظر الشرع، وإقرار المورث لأحد الورثة بدين إيثاراً له على بقية الورثة ولو كتبت به وثيقة لأنه إقرار بشيء محال شرعاً ، ومن قبيلة إقرار الرجل لزوجته بمهرها بعد أن تبرئه منه أو بعد أن تهبه له أو إقراره لها بنفقة مدة ماضية هي فيها ناشز من غير سبق قضاء أو رضاء مع اعترافها بذلك . فهذه الإقرارات جميعها باطلة شرعاً لأنها إقرارات بأشياء يحكم الشرع ببطلانها بطلاناً كلياً (٣ يوليه سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٧ رقم ٢٠٧ ص ٤٤٣) .

هذا وقد قدمنا أن الإقرار لا يرد إلا على مسألة من مسائل الواقع ، فلا يرد على مسألة من مسائل القانون . فالإقرار الصادر من أحد المتعاقدين بوصف عقد بأنه بيع وفاء لا رهن لا يعتبر حجة على المقر لأنه ليس إقراراً بذمة ، وإنما هو إقرار بوصف عقد من الوجهة القانونية ، وهذا الوصف لم يغير شيئا من حقيقته ، ولا يقيد المحكمة مادام أنه غير مطابق للأركان التي اشترط القانون وجوب توافرها (استئناف مصر ٣٠ أبريل سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢/١٥٠ ص ٣١٤ – وأنظر أيضاً : استئناف مصر ٢٨ يونيه سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢/١٣٢ ص ٢٤٨) .

ويورد دي باج المسائل التي لا يصح فيها الإقرار على النحو الآتي : (١) لا يصح الإقرار فيما يحرم القانون الإقرار به لاعتبارات ترجع إلى الخشية من الاحتيال والتواطؤ ، وذلك كما في فصل الأموال (séparation de biens) والطلاق ونحو ذلك . (٢) لا يصح الإقرار بعكس ما تقضي به قرينة قانونية قاطعة تعتبر من النظام العام . (٣) لا يصح الإقرار فيما يجب لإنكار صحته من الطعن بالتزوير . (٤) لا يصح الإقرار لإثبات وجود عقد شكلي . (٥) لا يصح الإقرار في مسائل الحالة المدنية (état) والنسب. (دي باج ٣ فقرة ١٠١٥ ص ١٠٣٨ – ص ١٠٣١) . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا المعنى ما يأتي : " ويقبل الإقرار ، كقاعدة عامة ، في جميع المواد ولو كانت قيمة المدعى به تجاوز عشرة جنيهات ، ما لم يقض القانون بغير ذلك ، كما لو كان الإثبات متعلقاً بالبيانات التي يلحق بها وصف الرسمية في محرر رسمي ، أو بالتصرفات التي يشترط لانعقادها شكل خاص ، أو بالمسائل المتصلة بالنظام العام" (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٣٢) .

(١) هيك ٨ فقرة ٣٤٩ – بودري وبارد ٤ فقرة ٢٧٠٢ .

(1) يشترط في الإقرار القضائي أن يكون صادراً من الخصم أثناء السير في الدعوى المتعلقة بالواقعة المدعى بها عليه ، فيصح أن يكون في الصحيفة ذاتها أو في المذكرات أو في محاضر الجلسات ، ولا يعتبر إقرارا قضائياً الإقرار الذي يصدر في دعوى أخرى ولو بين ذات الخصوم .

(جلسة ١٩٩٠/٥/٩ الطعن رقم ٩٠٥ لسنة ٥٥ ق) .

(جلسة ١٩٨٦/٥/٢٧ الطعن رقم ٦٠ لسنة ٥٥ ق السنة ٣٧ ص ٥٩٥) .

(جلسة ١٩٧٧/١/٢٤ الطعن رقم ٣٠٥ لسنة ٣٢ ق السنة ١٨ ص ٢٧٦) .

بالإقرار الصادر أمام القضاء التجاري ، والقضاء الإداري ، وقضاء الأحوال الشخصية ، والقضاء الملي . كذلك يعتد بالإقرار الصادر في دعوى مسئولية مدنية مرفوعة أمام القضاء الجنائي، وبالإقرار الصادر أمام قاضي التحضير ، وأمام القاضي المنتدب لوضع التقرير في محكمة القضاء الإداري والقاضي المنتدب للتحقيق أو للاستجواب . بل إن الإقرار يصدر عادة أثناء الاستجواب ، فوجب أن يكون صحيحاً إذا صدر أمام القاضي المنتدب لهذا الغرض .

ويجب أن يصدر الإقرار أمام محكمة مختصة اختصاصاً موضوعياً على الأقل [1] .

ويجوز أن يصدر الإقرار أمام المحكمين (arbitres) [2] .

ولكن الإقرار الصادر أمام النيابة العامة أو نيابة الأحوال الشخصية أو الخبير المحقق الإداري لا يعتبر إقراراً قضائياً ، لأن هذه الجهات ليست بجهات قضاء [3] (أ) .

٢٥٢ – الركن الرابع – أثناء سير الدعوى : ولا يكفي أن يصدر الإقرار أمام القضاء ، بل يجب أن يصدر أيضاً في خلال إجراءات الدعوى التي يكون الإقرار

---

(١) استئناف مختلط أول أبريل سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ٩٩ .

(٢) نقض فرنسي ٢٠ مارس سنة ١٨٦٠ سيريه ٦١ – ١ – ٦١ – أوبري ورو ١٢ ص ١١٣ – بودري وبارد ٤ فقرة ٢٧٠٤ ص ٣٨٠ – بيدان وبرو ٩ فقرة ٣٠٦ .

(٣) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه لكي يكون الإقرار قانونياً ودليلاً قاطعاً يجب أن يصدر في أثناء سير الدعوى ، وأمام المحكمة التي تنظر النزاع ، فلا يكفي صدوره أثناء التحقيقات الجنائية التي تجريها النيابة مادام المقر لم يصر على إقراره ويردده أمام المحكمة ، خصوصاً إذا سحبه بصريح العبارة مدعياً أنه صدر منه بسبب الاضطراب الذي كان واقعاً فيه وقت القامه جنائياً – والاعتراف الذي يصدر في المسائل الجنائية لا يعتبر فيها إثباتاً تاماً ما لم تعززه ظروف أخرى ، فلا يمكن أن تكون له أمام المحكمة المدنية أهمية أكثر من اعتباره مجرد قرينة تتعلق بالوقائع (استئناف مصر ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٠ المحاماة ٣ رقم ٢٥٥ ص ٢٣٧) .

(1) أ – لا يعتبر إقراراً قضائياً الإقرار الذي يصدر أمام النيابة العامة أو النيابة الإدارية أو الجهات الإدارية أو حتى أمام الخبير المعين من قبل المحكمة .

(جلسة ١٩٧٦/٦/٦ الطعن رقم ١٥ لسنة ٣٤ ق السنة ١٨ ص ١٢٠٣) .

(جلسة ١٩٧٨/٥/٢٤ الطعن رقم ٥٥٤ لسنة ٤٤ س ٢٩ ص ١٣١٥) .

(جلسة ١٩٨٥/١١/٢٠ الطعن رقم ١٩٣٦ لسنة ٥١ ق) .

(جلسة ١٩٨٧/١١/٢٥ الطعن رقم ٧٤ لسنة ٥٢ ق) .

ب – الإنذار الرسمي لا يعد قضائيا لأنه لم يصدر في مجلس القضاء ، والإقرار الذي يصدر في غير مجلس القضاء لا يكون ملزماً .

(جلسة ١٩٧٦/١/٢٧ الطعن رقم ٥١١ لسنة ٤١ ق س ٢٧ ص ٣٠٧) .

فيها دليل الإثبات . فيصح أن يكون في صحيفة الدعوى [1] . ويصح أن يكون أمام القاضي المنتدب للتحقيق . وأكثر ما يكون ، كما قدمنا ، في خلال استجواب تقرره المحكمة . ويجوز أن يصدر أمام المحكمة نفسها في جلسة من جلسات المرافعة ، كما يجوز أن يصدر عند إبداء الطلبات الختامية وقبل إقفال باب المرافعة . بل يجوز أن يلي إقفال باب المرافعة في مذكرات تقدم من الخصوم يرد فيها بعضهم على بعض ، فيصدر من أحد الخصوم إقرار في مذكرته ، وهكذا يجوز أن يصدر الإقرار إلى وقت النطق بالحكم [1] .

ولكن الإقرار الذي يصدر في إحدى الدعاوى ، فيكون فيها إقراراً قضائياً ، لا يكون في دعوى أخرى [2] ، ولو بين الخصمين وفي نفس الواقعة ، له قوة الإقرار القضائي ، ذلك أن الإقرار القضائي مقصور قوته على الدعوى التي صدر فيها ، فإذا تمسك به الخصم المقر له أو الغير في دعوى أخرى تالية ، كان الإقرار بالنسبة إلى هذه الدعوى التالية إقراراً غير قضائي . فلو أن خصماً أقر لخصمه أنه اشترى من الغير الأرض التي ينازعه فيها ، وكان هذا في دعوى من دعاوى الحيازة ، فإن إقراره هذا يعد إقراراً قضائياً في دعوى الحيازة التي صدر

---

(1) الإقرار القضائي يمكن أن يكون شفوياً يبديه الخصم من نفسه أمام القضاء ، أو يكون كتابة في مذكرة مقدمة منه أثناء سير الدعوى ، وهو بهذه المثابه يعتبر حجة قاطعة على المقر .
(جلسة ١٩٩٠/٥/٩ الطعن رقم ٩٠٥ لسنة ٥٥ ق) .
(جلسة ١٩٩٢/٤/٩ الطعن رقم ١٧٣ لسنة ٥٧ ق) .

(١) أما الأقوال التي يبديها الخصم تأييداً لطلباته ، والعبارات التي تصدر منه تعزيزاً لدفاعه فإنها لا تعتبر إقراراً قضائياً (بني سويف ١٤ أكتوبر سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٥ ص ٢٧) . وقد قضت محكمة مصر الكلية بأن مجرد المناقشات التي تأتي على لسان الخصم في المرافعة لتأييد الوسائل التي يبنى عليها دفاعه لا تعتبر إقراراً قضائياً (قضاء مستعجل ٢١ أكتوبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢/١٦٦ ص ٣٦٥) .

(2) أ - الإقرار الذي صدر في دعوى أخرى لا تتعلق بموضوع الإقرار لا يعتبر إقراراً قضائياً ، ويخضع لتقدير القاضي الذي يجوز له تجزئته .
(جلسة ١٩٨٦/٥/٢٧ الطعن رقم ٦٠ لسنة ٥٥ ق س ٣٧ ص ٥٩٥) .
(جلسة ١٩٦٢/٦/٢٨ الطعن رقم ١٩ لسنة ٢٧ ق س ١٣ ص ٨٦٤) .
(جلسة ١٩٦٣/١٢/١٩ الطعن رقم ١٩٩ لسنة ٢٩ ق س ١٤ ص ١١٨٧) .
ب - الإنذار الرسمي لا يعد قضائياً لأنه لم يصدر في مجلس القضاء ، والإقرار الذي يصدر في غير مجلس القضاء لا يكون ملزما حتما ، بل يخضع لتقدير قاضي الموضوع الذي يجوز له مع تقدير الظروف التي صدر فيها، أن يعتبره دليلا كاملا أو مبدأ ثبوت بالكتابة ، أو مجرد قرينة ، كما يجوز ألا يأخذ به أصلا.
ج - الإقرار الوارد بأحد الشكاوي الإدارية يعد إقرار غير قضائي .
(جلسة ١٩٧٨/٥/٢٤ الطعن رقم ٥٥٤ لسنة ٤٤ ق س ٢٩ ص ١٣١٥) .
(جلسة ١٩٨٥/٢/٢٧ الطعن رقم ٣٤ لسنة ٥١ ق) .
(جلسة ١٩٨٧/١١/٢٥ الطعن رقم ٧٤ لسنة ٥٢ ق) .

فيها الإقرار . ولو أراد الخصم الذي صدر الإقرار له أن يتمسك بهذا الإقرار في دعوى الملكية، وهي غير دعوى الحيازة ، كان له أن يفعل ذلك ولكن على أنه إقرار غير قضائي[1]. ويستقيم هذا الحكم مع تأصيل الإقرار من أنه نزول من المقر عن حقه في مطالبة خصمه بالإثبات ، فقد نزل المقر في دعوى الحيازة عن مطالبة خصمه بإثبات شرائه للأرض من الغير، وإذا كان قد نزل عن هذه المطالبة في دعوى الحيازة فلا يستخلص من هذا نزوله عن المطالبة بهذا الإثبات في دعوى الملكية. فهو قد نزل عن المطالبة بالإثبات في دعوى معينة دون غيرها من الدعاوى ، فأثر النزول يجب أن يكون مقصوراً على هذه الدعوى [2] .

---

(١) أوبري ورو ١٢ ص ١١٢ — بودري وبارد ٤ فقرة ٢٧٠٥ — أنظر عكس ذلك وأن الإقرار القضائي في دعوى يعد إقراراً قضائياً أيضاً في دعوى أخرى ، ماركاديه م ١٣٥٦ فقرة ٢ وبونييه ١ فقرة ٣٥٠ ، وأنظر في مناقشة هذا الرأي وتفنيده أوبري ورو ١٢ ص ١١١ هامش رقم ٧ : والإقرار القضائي الصادر في الدعوى المستعجلة لا يصلح إلا إقراراً غير قضائي في دعوى الموضوع (نقض فرنسي ١١ مارس سنة ١٩٥٠ البلتان المدنية ١٩٥٠ — ١ — ٥٢ فقرة ٧١ — انسكلوبيدي داللوز في القانون المدني Preuve فقرة ٩٢٨) .

(٢) قارن بارتان في تعليقه على أوبري ورو ١٢ ص ١١١ هامش رقم ٧ — أنظر الموجز للمؤلف ص ٦٨٤ هامش رقم ٣ والأحكام المشار إليها في هذا الهامش — وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن إقرار خصم في قضية وضع اليد لا يعتبر إقراراً قضائياً في قضية الملك (٧ يونيه سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٧٩ ص ٥٣٨) — وقضت محكمة قنا الكلية بأنه إذا أقر شخص بأمر في دعوى تعزيراً لحجته فلا يصح التمسك بإقراره في دعوى أخرى متعلقة بذلك الأمر ، ولا يمكن اعتبار إقراره أكثر من قرينة غير قاطعة تقبل إثبات ما ينقضها (١٧ نوفمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٣ رقم ٨٨ ص ٢٠٠) . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا احتج في الدعوى بإقرار صدر في دعوى أخر من أحد الخصمين في خصوص الحق المدعى به فلم تأخذ المحكمة به ، فلا يصح أن ينعى عليها أنها لم تعتبره إقراراً قضائياً مادام هو — فضلا عن صدوره في دعوى أخر — قد صدر من طرف واحد ولم يصادف قبولا (كذا) من الطرف الآخر (نقض مدني ٥ نوفمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨١ ص ٢٢١) . وقد رأينا أن القبول — خلافاً لما ذهبت إليه محكمة النقض — ليس ضرورياً لقيام الإقرار . وقد قضت محكمة المنيا الكلية بأن مجرد إعلان المذكرة من الخصم لآخر يكسب هذا الآخر حقاً ، والقول بأن هذا الخصم لا يتمسك بالاعتراف الوارد بها مردود بأنه لا يشترط قبول الخصم للاعتراف حتى تكون له قوة قانونية إذ له قوة في الإثبات بمجرد حصوله (المنيا الكلية ٢٠ يناير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٧١ ص ٧٤٧) — أما إذا كان الإقرار الصادر في إحدى الدعاوى هو في حقيقته قول لإيجاب ، فإن هذا القبول يسري في أية دعوى أخرى . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه متى كان يبين من الصور الرسمية لمحضر جلسة دعوى الطرد المقامة من الطاعن قبل المطعون عليه أن ما صدر من هذا الأخير لم يكن إقراراً عن واقعة متنازع فيها ، بل كان قبولا منه لإيجاب من الطاعن العقد به الاتفاق فعلا بين الطرفين على تحديد إيجار الفدان بمبلغ معين فنزل الطاعن عن دعوى الطرد ، وكانت المحكمة إذ لم تعمل أثر هذا الاتفاق في دعوى المطالبة بالأجرة أقامت قضاءها على أنه إقرار صادر في دعوى أخرى ولا يصح التمسك به في الدعوى الحالية ، فإنها تكون قد خالفت القانون (نقض مدني ٢١ نوفمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٢٢ ص ١٧٠) .

كذلك الإقرار أمام محكمة غير مختصة من ناحية الولاية أو من ناحية الاختصاص الموضوعي لا يعد إقراراً قضائياً ، بخلاف الإقرار أمام محكمة غير مختصة من ناحية المكان، ذلك أن أحكام الاختصاص من ناحية الولاية ومن ناحية الموضوع تعد من النظام العام ، أما أحكام الاختصاص من ناحية المكان فليست كذلك [1] . فالإقرار أمام محكمة شرعية (قبل إلغاء المحاكم الشرعية) في قضية المختص بها هي المحكمة الوطنية لا يكون أمام هذه المحكمة الأخيرة إقراراً قضائياً ، بل هو إقرار غير قضائي . والإقرار أمام المحكمة الجزئية في قضية المختص فيها هي المحكمة الكلية يكون إقراراً غير قضائي بالنسبة إلى هذه المحكمة الأخيرة .

والإقرار خارج إجراءات الدعوى ولو في الوقت الذي تنظر فيه الدعوى لا يكون إقراراً قضائياً . فلو أن خصماً أرسل كتاباً لخصمه ، أثناء نظر الدعوى القائمة بينهما ، يتضمن إقراراً ، وتمسك الخصم المقر له بهذا الكتاب أمام المحكمة ، فإن الإقرار في هذه الحالة يعد إقراراً غير قضائي [1] . كذلك يعد إقراراً غير قضائي ما يذكر في تظلم مرفوع إلى الجهة الإدارية ولو كان هذا التظلم متعلقاً بدعوى كانت مرفوعة وقت تقديم التظلم أمام محكمة مدنية [2] .

الفرع الثاني
حجية الإقرار

٢٥٣ – النصوص القانونية : تنص المادة ١٠٤ من قانون الإثبات (تقابلها المادة ٤٠٩ من التقنين المدني الملغاة) على ما يأتي :

(١) " الإقرار حجة قاطعة على المقر " .

(٢) " ولا يتجزأ الإقرار على صاحبه ، إلا إذا انصب على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتما وجود الوقائع الأخرى [3] "

---

(١) وقد أصبحت قواعد الاختصاص النوعي في تقنين المرافعات الجديد (م ٤٢ وما بعدها) من النظام العام ، وقد كانت كذلك في تقنين المرافعات المختلط ولم تكن من النظام العام في تقنين المرافعات الأهلي السابق (أنظر الموجز للمؤلف ص ٦٨٤) .

(1) الإقرار الوارد في خطاب ، إقرار غير قضائي ، وهو بهذه المثابه يخضع لتقدير القاضي الذي يجوز له تجزئته والأخذ ببعضه دون البعض الآخر .
(جلسة ١٩٦٨/١١/٢٨ الطعن رقم ٥٤٦ لسنة ٣٤ ق س ١٩ ص ١٤٣٢) .

(٢) أوبري ورو ١٢ ص ١١٢ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٤٧ من المشروع التمهيدي للقانون المدني على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد ،عدا الفقرة الأولى فقد كانت في المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : =

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٩٨/٢٣٣ [١] .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البينات السوري المادتين ١٠٠ — ١٠١ ، وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٤٦٩ — ٤٧٠ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المادتين ٢٢٦ — ٢٢٧ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٩٧ [٢] .

ويقابل في التقنين المدني الفرنسي المادة ١٣٥٦ [٣] .

= " الإقرار حجة قاطعة على مصدر منه " ، فحورت في لجنة المراجعة تحويراً لفظياً وأصبحت : " الإقرار حجة قاطعة على المقر " . وأصبح رقم المادة ٤٢٢ من المشروع النهائي . وأقرها مجلس النواب ، ثم لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٠٩ ، ثم مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٣٥ و ص ٤٤١) .

(١) كانت المادة ٢٩٨/٢٣٣ من التقنين المدني السابق تجرى على الوجه الآتي : " لا يتجزأ الإقرار الحاصل من الخصم بالمحكمة ، سواء كان من تلقاء نفسه أو بعد استجوابه ، بمعنى أنه لا يؤخذ الضار منه بالمقر ويترك الصالح له " . والتقنين الجديد ، كما نرى ، أدق صياغة وأشمل حكماً . ولكن لا فرق في الأحكام ما بين التقنين الجديد والقديم .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السوري م ١٠٠ : الإقرار حجة قاصرة على المقر — م ١٠١ : مطابقة للفقرة الثالثة من المادة ٤٠٩ من التقنين المصري . (وقد عرض القانون السوري في حجية الإقرار إلى قصورها على المقر لا إلى قطيعتها ، وكل من القصور والقطيعة من خصائص الإقرار).

التقنين المدني العراقي م ٤٦٩ : الإقرار حجة قاصرة على المقر — م ٤٧٠ : مطابقة للفقرة الثانية من المادة ٤٠٩ من التقنين المصري . (والتقنين العراقي مطابق لقانون البينات السوري) .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٢٢٦ : يسمى الإقرار موصوفاً عندما يقتصر على الفعل الذي صرح به الفريق الآخر إلا أنه يفسد نتائجه القانونية بما يشتمل عليه من البيانات الإضافية . وهذا الإقرار يفيد الثبوت التام فيما يختص بالفعل الأصلي ، أما البيانات الإضافية فتعد ثابتة إلى أن يثبت عكسها — م ٢٢٧ : يسمى الإقرار مركباً عند ما يكون واقعاً على الفعل الأصلي وعلى فعل آخر معا ، ويكون غير قابل للتجزئة في حالة واحدة وهي إذا كان الفعل الجديد يقدر معه وجود الفعل الأصلي كأن يعترف المديون الذي أقيمت عليه دعوى الإيفاء بأنه اقترض المبلغ المدعى به ولكنه يزيد على اعترافه أنه أوفاه فيما بعد ، فالقاضي يعد فعل الاقتراض ثابتا على وجه نهائي ، أما الإيفاء فيعد ثابتا إلى أن يثبت عكسه . (وهذه الأحكام تتفق مع أحكام القانون المصري ، وإن كانت أكثر تفصيلا ولها صبغة فقهية واضحة) .

التقنين المدني الليبي م ٣٩٧ : (١) الإقرار حجة قاطعة على المقر . (٢) وإذا اقترن الإقرار الصادر من أحد الطرفين عن وقائع ليست لصالحه بالتصريح بوقائع أخرى أو بظروف يراد منها الحد من أثر الواقعة المقر بها أو تغييرها أو إزالة آثارها ، فلكامل الإقرار وما اقترن به قوة البينة الكاملة إذا لم يطعن الطرف الآخر في صحة ما أضيف من وقائع أو ظروف . ويترك للقاضي عند الاختلاف ، تقدير قوة الإقرار كبينة . (ومن ذلك نرى أن التقنين الليبي ترك للقاضي تقدير ما إذا كان الإقرار يتجزأ على صاحبه أو لا يتجزأ ، ولم يضع لذلك معياراً تشريعياً كما فعل التقنين المصري) .

(٣) التقنين المدني الفرنسي م ١٣٥٦ : وهو (الإقرار) حجة قاطعة على من صدر منه . ولا يجزأ عليه . ولا يجوز له الرجوع فيه إلا إذا ثبت أنه صدر عن غلط في الواقع ، أما الغلط في القانون فلا يصلح حجة للرجوع . =

٢٥٤ – مسائل ثلاث : ويتبين من نص التقنين المدني السالف الذكر أن الإقرار حجة قاطعة على المقر ، وهو أيضاً حجة قاصرة عليه . ثم إن الإقرار في الأصل لا يتجزأ على صاحبه ، ومع ذلك يتجزأ الإقرار إذا انصب على وقائع متعددة دون أن يستلزم وجود واقعة منها وجود الوقائع الأخرى .

فعندنا إذن مسائل ثلاث : (١) الإقرار حجة قاطعة على المقر . (٢) الإقرار حجة قاصرة على المقر . (٣) تجزئة الإقرار .

المبحث الأول

الإقرار حجة قاطعة على المقر

٢٥٥ – الإقرار حجة قاطعة على المقر لا يقبل إثبات العكس ، وهو ذو أثر كاشف : إذا توافر للإقرار أركانه على الوجه الذي بيناه ، صار إقراراً قضائياً ، وكان حجة قاطعة على المقر . ومعنى ذلك أن الواقعة التي أقر بها الخصم تصبح في غير حاجة إلى الإثبات ، ويأخذ بها القاضي واقعة ثابتة بالنسبة إلى الخصم الذي أقر بها [1] . والإقرار لا يكون حجة للمقر لأن الشخص لا يصطنع الدليل لنفسه ، ولا يكون إلا حجة عليه .

والحجة هنا قاطعة ، لا يجوز إثبات عكسها . ولكن هذا لا يمنع من أن يطعن المقر في إقراره بأنه صوري تواطأ عليه مع خصمه ، أو أنه وقع نتيجة غلط أو تدليس أو إكراه، أو

= Art. 1356 el. 2 et 3 : Il fait pleine foi contre celue qui l'a fait. Ilne peut être divisé contre lui. Il ne peut être révoqué, à moins qu'on ne prouve qu'il a êté la suite d'une erreur de fait. Il ne pourrait être révoqué sous prétexte d'une erreur de droit.

(١) والقاضي قد يأخذ بالإقرار فيما يكون من غير اختصاصه . وقد قضت محكمة النقض بأنه وإن كان القاضي المدني ممنوعاً من أن يضع نفسه موضع القاضي الشرعي في تحقيق الوفاة والوراثة بطريق التحريات وسماع الشهود واستدعاء الورثة لسماع أقوالهم ثم التقرير بالوراثة بناء على ما يثبت له – أنه وإن كان ممنوعاً مسن ذلك ، له ، بتغاء التحقيق من صفة الخصوم في الدعوى المطروحة أمامه ، أن يأخذ في إثبات الوراثة بإقرار أحد الخصمين في مجلس القضاء ، سواء أكان ذلك الإقرار حصل أمامه أم أمام غيره ودون في ورقة رسمية ، وذلك دون أن يرسل أولئك الخصوم أمام المحكمة الشرعية للفصل في أمر الوراثة . وأخذه بهذا الإقسرار لا افتيات فيه على اختصاص القاضي الشرعي لدخوله فيما له من الحق في تقدير الدليل المقدم في الدعوى التي تحت نظره (نقض مدني ٢٦ مايو سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٩ ص ١٠٨) .

أنه صدر منه وهو ناقص الأهلية . فإذا أثبت ذلك بالطرق الجائزة قانوناً بطل الإقرار ، ولا يكون هذا رجوعاً في إقرار موجود ، بل هو إلغاء لإقرار ظهر بطلانه . أما الإقرار القائم الصحيح فلا يجوز الرجوع فيه ، ولا يجوز إثبات عكسه ، فهو إذن حجة قاطعة على المقر (١) (1) .

وأثر الإقرار كاشف لا منشئ . وقد قضت محكمة النقض بأن الإقرار لا يكون سبباً لمدلوله ، وإنما هو دليل تقدم الاستحقاق عليه في زمن سابق . فحكمه ظهور ما أقر به المقر، لا ثبوته ابتداء (٢) (2) .

---

(١) أنظر الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١١٣ .

(1) أ – الإقرار حجة قاصرة على المقر وورثته من بعده ، فلا يجوز إعمال أثره على من عداهم .
(جلسة ١٩٥٣/١/١٣ الطعن رقم ١٢٥ لسنة ١٩ و ٣٧ سنة ٢٠ ق) .
(جلسة ١٩٥٠/٤/٢٠ الطعن رقم ١٢١ لسنة ١٨ ق) .
(جلسة ١٩٦٧/٣/١٥ الطعن رقم ٢٣ لسنة ٣٥ ق) .

ب – إقرار ناظر الوقف بما لا يملك إنشاؤه أو بما يضر بمصلحة الوقف ، لا يعتبر ملزماً للوقف .
(جلسة ١٩٧١/٤/٨ الطعن رقم ٤٤٢ لسنة ٣٦ ق س ٢٢ ص ٤٦٧) .

ج – الوارث لا يعتبر من الغير بالنسبة إلى الإقرارات الصادرة من المورث ، ومن ثم فإنها تسري عليه ، غير أن له أن يثبت بأي طريق من طرق الإثبات أن حقيقتها وصية قصد بها إيثار أحد الورثة إضراراً به.
(جلسة ١٩٨٤/٤/١٨ الطعن رقم ١٥٢٠ لسنة ٤٩ ق) .

– الأصل في إقرارات المورث أنها تعتبر صحيحة وملزمة لورثته حتى يقيموا الدليل على عدم صحتها ، وإذا كان القانون قد أعفى من يضار من الورثة بهذه الإقرارات من الدليل الكتابي في حالة ما إذا طعنوا فيها بأنها في حقيقتها وصية ، وأنه قصد بها الاحتيال على أحكام الإرث ، فليس معنى هذا أن مجرد طعنهم فيها يكفي لإهدار حجية هذه الإقرارات ، بل يجب لذلك ، أن يقيموا الدليل على عدم صحتها بأي طريق من طرق الإثبات ، فإن عجزوا بقيت لهذه الإقرارات حجتها عليهم ، فإذا كان الحكم قد نفى قيام القرينة الواردة في المادة ٩١٧ مدني ، وسجل على الورثة الطاعنين إخفاقهم في إثبات طعنهم في التصرفات بأنها تخفي وصايا ، فإنه لا تثريب عليه إذا هو استدل بعد ذلك فيما استدل به عند تكييف هذه العقود بما تضمنته من تقريرات.
(جلسة ١٩٦٣/٤/٢٥ الطعنان رقما ٤٥٩ ، ٤٧١ لسنة ٢٦ ق س ١٤ ص ٥٧٩) .
(جلسة ١٩٥١/١/١٨ الطعن رقم ٣٤ لسنة ١٩ ق) .

(٢) نقض مدني ٦ فبراير سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٢٣ ص ١٠٤٦ – وقضت أيضاً بأنه متى أثبتت محكمة الموضوع في حكمها أن الإقرار المسند للمقر هو إخبار صادق عن حقيقة واقعية لا شبهة فيها ولا شك ، فلا يضير هذا الإخبار الصحيح أن يكون قد أعطى شكل عقد بيع (نقض مدني ٢٣ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٦٩ ص ٧٩٨) .

(2) إذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر الإقرار تصرفاً مقرراً للملكية وليس منشئاً لها ، أي أنه إخبار بملكية سابقة ليس هو سندها بل دليلها، فإن هذا التصرف الإقراري يكون حجة على المقر دون حاجة إلى =

٢٥٦ – تأصيل الحجية القاطعة للإكراه – إعفاء الخصم من الإثبات ونزول عن مطالبته به : واختلف النظر في تأجيل الحجية القاطعة للإقرار فالفقيهان أوبري ورو ومعهما أكثر الفقهاء – يذهبان إلى أن الإقرار هو قلب لعبء الإثبات (renversement de la charge de preuve) ، وبعد أن كان من يدعى واقعة يطالب بإثباتها ، فإن إقرار خصمه بهذه الواقعة ينقل عبء الإثبات منه إلى المقر. والمقر بعد إقراره هو الذي يحمل إثبات أن إقراره غير صحيح ، وذلك بالطعن في الإقرار بوجه من الوجوه التي تقدم ذكرها . ولما كانت هذه الوجوه يندر تحقيقها ، فقل أن يكون الإقرار صورياً وقد أن يشوبه عيب أو نقص في الأهلية ، فإن الإقرار يصبح إذن ، في الكثرة الغالبة من الأحوال، ليس قلباً لعبء الإثبات فحسب ، بل إعفاء من الإثبات (dispense de preuve) . ذلك أن الخصم إذا ادعى واقعة وجب عليه إثباتها . فإذا أقر خصمه بهذه الواقعة ، كان هذا معناه أن يعفيه من هذا الإثبات . فتصبح الواقعة ثابتة ، لا لأن دليلا أثبتها، بل لأنها في غير حاجة إلى الإثبات [١] .

ويضيف بارتان [٢] إلى ذلك أن التأصيل على النحو المتقدم يتضمن حتماً أن المقر، وهو يعفى خصمه من إثبات ما يدعيه ، يترل في الوقت ذاته عن حقه في مطالبة خصمه بهذا الإثبات . وهذا هو التأصيل الذي وقفنا عنده ، عندما قررنا أن الإقرار واقعة قانونية تتضمن تصرفاً قانونياً هو نزول المقر عن حقه في مطالبة خصمه بالإثبات [٣] .

= تسجيل وفقا لحكم المادة العاشرة من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بالشهر العقاري ، وهو ذات حكم قانون التسجيل رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ .

(جلسة ١٩٧٩/١/١١ الطعن رقم ٦٥١ لسنة ٤٢ قس ٣٠ ص ١٨٣) .

(جلسة ١٩٥٦/٢/٢ الطعن رقم ٢٤٥ لسنة ٢٢ ق س ٧ ص ١٤٨) .

(جلسة ١٩٨٢/٦/١٥ الطعن رقم ١٥٣٢ لسنة ٤٨ ق) .

(١) ويبدو أن محكمة النقض تذهب هذا المذهب ، فقد قضت بأن القانون يكلف المدعى إقامة الدليل على دعواه، إلا إذا سلم له خصمه بها أو ببعضها ، فإنه يعفيه من إقامة الدليل على ما اعترف به . فإذا اعترف شخص بأن الأرض موضوع النزاع أصلها من أملاك الحكومة الخاصة ولكنه تملكها بالتقادم ، ثم بحثت المحكمة مع ذلك مستندات ملكية الحكومة لها وقضت بعدم كفايتها لإثبات الملكية ، فإنها تكون قد خالفت القانون باقتضائها دليلا على أمر معترف به (نقض مدني ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٤٣ ص ٢٦٠) .

(٢) بارتان في تعليقاته على أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥١ ص ١١٦ هامش رقم ١٨ مكرر .

(٣) غير أن بارتان لا يكتفي بهذا التأصيل حتى مع هذه الإضافة ، فإن الإقرار إذا اعتبر نزولا عن حق المطالبة بالإثبات يكون عندئذ دليلا سلبياً . ويقول بارتان (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥١ ص ١١٦ هامش رقم ١٨ مكرر) : ولكن الواقع هو أن الإثبات دليل إيجابي ، فإن المقر لا يقتصر على النـــزول عن حقه في مطالبة =

٢٥٧ – قد يكون الإقرار مبدأ ثبوت بالكتابة : وإذا كان الإقرار حجة قاطعة بالواقعة التي تضمنها بالذات ، فإنه يصلح أيضاً أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة لواقعة متصلة بالواقعة التي تضمنها بالذات . وقد سبق إيراد هذه القاعدة وأمثلتها . ويسوق أوبري ورو لها مثلا إقرار الزوج بتوكيل زوجته بقبض الفوائد ، فهذا الإقرار حجة قاطعة بالنسبة إلى واقعة التوكيل بقبض الفوائد ، ومبدأ ثبوت بالكتابة بالنسبة إلى واقعة التوكيل بقبض رأس المال [١] . وسنرى أيضاً فيما يلي أن الإقرار غير القابل للتجزئة – الإقرار الموصوف وبعض صور الإقرار المركب – إذا كانت تجزئته غير ممكنة ، فإن هذا لا يحول دون اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة [٢] .

المبحث الثاني

الإقرار حجة قاصرة على المقر

٢٥٨ – الإقرار حجة على المقر والخلف العام ولا يتعدى إلى غيرهما : ولما كان الإقرار هو إعفاء من الإثبات ونزول عن المطالبة بهذا الحق ، فهو من

= المدعى بالإثبات ، بل هو أيضاً يقدم دليلا إيجابياً على صحة الواقعة المدعى بها ، وذلك عن طريق الإقرار – إذ الإقرار يتضمن واقعتين : واقعة الإقرار ذاتها (le fait de l'aveu) ، والواقعة المعترف بها (le fait avoué) . فواقعة الإقرار ذاتها هي الثابتة بقول المقر . ولا يمكن تعليلها بأفضل من أنها مطابقة للواقعة المعترف بها ، وإلا لما اعترف بها المقر وهي ضد مصلحته . ومن ثم تكون واقعة الإقرار (le fait de l'aveu) قرينة قانونية قاطعة على صحة الواقعة المعترف بها (le fait avoué) . (أنظر أيضاً في هذا المعنى بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٦٢ ص ١٠٣٥ – ص ١٠٣٦ دي پاج ٣ ص ١٠٣٧ – ص ١٠٣٨) . ولهذا عد التقنين المدني الفرنسي في المادة ١٣٥٠ الإقرار ضمن القرائن القانونية .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني في هذه المسألة ما يأتي : " والأصل وجوب إقامة الدليل على كل واقعة قانونية إذا نوزعت أو أنكرت . ولما كان الإقرار إعترافاً بواقعة قانونية ، فهذه الواقعة لا يجب بعد ذلك إثباتها ، لأنها ليست متنازعة أو مجحودة ، بل هي مسلمة معترف بها . فالإقرار ليس دليلا بمعنى الكلمة ، بل هو سبيلة تقلل من الالتجاء إلى طرق الإثبات التي شرعها القانون " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٣٢) .

(١) أوبري ورو ١٢ ص ١٢٨ هامش رقم ٣٥ .

(٢) نقض مدني ٩ يونية سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٣٣ ص ٧٩٧ – أوبري ورو ١٢ ص ١٢٨ .

هذه الناحية تصرف قانوني يقتصر أثره على المقر [1] . ويتعدى أثر الإقرار إلى ورثة المقر بصفتهم خلفاً عاماً له ، فيصح الاحتجاج عليهم بما حواه إقراره [2] (1) .

ولا يتعدى أثر الإقرار إلى غير المقر وورثته [3] . فلا يتعدى إلى الدائن [4] (2) . أو الشريك أو الورثة فيما بينهم . فلو أقر أحد الشركاء في الشيوع بتصرف الشركاء في الملك الشائع ، كان إقراره بهذا التصرف حجة عليه وحده ، ولا يكون حجة على الشركاء الآخرين الذين لم يصدر منهم إقرار . ولو أقر أحد الورثة بحق على التركة ، فإن إقراره

---

(١) وقد نصت المادة ٤٦٩ من التقنين المدني العراقي على أن " الإقرار حجة قاصرة على المقر " (أنظر أيضاً المادة ١٠٠ من قانون البينات السوري) وقد قدمنا أن كلا من الإقرار واليمين حجيته قاصرة ، أما الكتابة والبينة والقرائن فحجيتها متعدية .

(٢) نقض مدني ٢٠ أبريل سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١١٣ ص ٤٤٠ — على أن الوارث يستطيع أن يثبت عدم صحة إقرار مورثه بجميع الطرق إذا كان في هذا الإقرار احتيال على القانون ، كما إذا قصد المورث بإقراره إيثار بعض الورثة على بعض بأكثر من النصاب الذي يجوز فيه الإيصاء . وقد قضت محكمة النقض بأن الأصل في إقرارات المورث أنها تعتبر صحيحة وملزمة لورثته حتى يقيموا الدليل على عدم صحتها ، فإذا كان القانون قد أعفى من يضار من الورثة بهذه الإقرارات من الإثبات الكتابي في حالة ما إذا طعنوا فيها بأنها في حقيقتها وصية قصد بها إيثار بعض الورثة ، فليس معنى هذا أن مجرد طعنهم فيها يكفي لإهدار حجية هذه الإقرارات ، بل يجب لذلك أن يقيموا الدليل على عدم صحتها بأي طريق من الإثبات (نقض مدني ١٨ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٩ ص ٢٤٩) . وقضت أيضاً بأن الوارث لا يعتبر من طبقة الغير بالنسبة إلى الإقرارات الصادرة من المورث ، ومن ثم فإنها تسرى عليه ، غير أن له أن يثبت بأي طريق من طرق الإثبات أن حقيقتها وصية قصد بها إيثار أحد الورثة إضراراً به (نقض مدني ١٩ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٣ ص ٦٩٣) .

(1) إقرار الوارث حجة قاصرة على المقر ، ومن ثم فلا تثريب عليه قطع التقادم بالنسبة للورثة الآخرين .
(جلسة ١٩٦٤/١١/١٩ الطعن رقم ٤٥٩ لسنة ٢٩ ق س ١٥ ص ١٠٥٠) .
(جلسة ١٩٦٢/٦/٧ الطعن رقم ٤٩٥ لسنة ٢٦ ق س ١٣ ص ٧٧٤) .
(جلسة ١٩٦٧/٣/١٥ الطعن رقم ٢٣ لسنة ٣٥ ق س ١٨ ص ٦٥٥) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن الإقرار حجة قاصرة على المقر وورثته من بعده ، فلا يجوز أعمال أثره على من عداهم (نقض مدني ٣ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٥٥ ص ٣١٧) .

(٤) فللدائن أن يثبت بجميع الطرق صورية الإقرار الصادر من المدين إضراراً بحقه . أما إذا لم يثبت الدائن عدم صحة إقرار المدين ، فإن الإقرار يسرى في حقه كما يسرى في حق الورثة (استئناف مختلط ٨ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣١٣) .

(2) حجية الإقرار وفقاً للمادة ١٠٤ من قانون الإثبات قاصرة على المقر فلا تتعداه إلا إلى ورثته بصفتهم خلفاً عاماً له ، ولا يحتج به على دائنيه وخلفه الخاص .
(جلسة ١٩٧٨/١٢/٢٧ الطعن رقم ١٧٢ لسنة ٤٥ ق س ٢٩ ص ٢٠٤٦) .
(جلسة ١٩٩٣/٢/١١ الطعن رقم ٣٨١ لسنة ٥٨ ق) .
(جلسة ١٩٨٤/٢/١٩ الطعن رقم ٣٩٤ لسنة ٤٨ ق) .

يكون حجة عليه دون سائر الورثة [1] . ولو أقر أحد المدينين المتضامنين بالدين، فلا يسرى هذا الإقرار في حق الباقين (م ٢٩٥ فقرة أولى مدني) ، ويكون الإقرار حجة قاصرة على المدين الذي صدر منه الإقرار .

والدائن والخلف الخاص ، بخلاف الورثة ، لا يتعدى إليهما أثر الإقرار كما قدمنا. فإذا أقر المدعى عليه في دعوى استحقاق دار بملكية الدار للمدعى ، لم يكن هذا الإقرار حجة على دائنه ، ويجوز للدائن أن يتدخل في الدعوى ويثبت بجميع الطرق أن الإقرار غير صحيح ، حتى تبقى الدار لمدينة فيستطيع أن ينفذ عليها بالدين . كذلك إذا كان المدعى عليه في المثل المتقدم قد باع الدار لآخر ، ثم رفعت عليه دعوى الاستحقاق وأقر بملكية الدار للمدعى ، فإن هذا الإقرار يكون حجة قاصرة عليه دون المشترى ، ويستطيع هذا أن يتدخل في الدعوى ليثبت أن الإقرار لا صحة له حتى تخلص له ملكية الدار . وفي الحالتين المتقدمتين إذا حكم في الدعوى بمقتضى إقرار المدعى عليه قبل أن يتدخل الدائن أو المشترى ، فلهذين كان لهما الاعتراض على الحكم اعتراض الخارج عن الخصومة وفقاً لأحكام المواد ٤٥٠ إلى ٤٥٦ من تقنين المرافعات السابق (وقد الغي قانون المرافعات الحالي اعتراض الخارج عن الخصومة) ، لإثبات عدم صحة الإقرار الصادر من المدعى عليه إذ هو حجة قاصرة عليه لا تتعدى إليهما ، ذلك أن الدائن أو المشترى كان وقت صدور الحكم ممن يتعدى إليهم الحكم ويعتبر حجة عليهم ، ومن ثم يثبت له حق الاعتراض .

أما الورثة ، فلو مات المدعى عليه بعد الإقرار وقبل الحكم في الدعوى ، فإن الإقرار لا يكون حجة عليهم ، ولم أن يثبتوا عدم صحته بجميع الطرق حتى ترتمي الدار في التركة . ولكن إذا صدر الحكم قبل موت المورث وفي مواجهته ، فإنه يسرى على الورثة ولا يثبت لهم حق الاعتراض . ذلك أنهم وقت صدور الحكم ضد مورثهم كان الحكم يسرى في حقهم باعتبارهم خلفاً عاماً ، فيبقى الحكم سارياً في حقهم حتى بعد موت المورث وقيام حقهم في الإرث .

٢٥٩ – الإقرار لا يكون حجة على المقر لصالحه : ويبقى الإقرار حجة قاصرة على المقر حتى بالنسبة إلى المقر لصالحه . ذلك أن الإقرار إذا كان حجة للمقر لصالحه ، فإنه لا يكون حجة عليه . فلو أن المدين أقر لدائنه بالدين ، وقال إنه وفاه أو أن

---

(١) الموجز للمؤلف ص ٦٨٥ والأحكام المشار إليها في هامش رقم ٣ من الصفحة ذاتها .

الدين سقط بعد ذلك بالمقاصة ، فلا يكون قوله إنه وفاه أو أن الدين سقط بالمقاصة حجة على الدائن [1] . وهذا ما يعرف بالتجزئة في الإقرار ، وننتقل الآن إليه .

المبحث الثالث

التجزئة في الإقرار

٢٦٠ – الإقرار البسيط : إذا اقتصر الإقرار على تصديق المدعى للمدعى عليه في جميع ما ادعاه ، فإن الإقرار يكون في هذه الحالة إقراراً بسيطاً محضاً (aveu pur et simple) ، ولا محل إذن للنظر فيما إذا كان يتجزأ أو لا يتجزأ . فلو أن المدعى قال في دعواه إنه أقرض المدعى عليه مائة ، فأقر المدعى عليه بأنه اقترض من المدعى المائة و لم يزد على ذلك شيئاً ، كان هذا إقراراً بسيطاً ، وكان حجة قاطعة على المدعى عليه . كذلك إذا قال المدعى إنه أقرض المدعى عليه مائة وفي منها خمسين فأقر المدعى عليه بأنه اقترض من المدعى المائة ووفى منها الخمسين ، أو مقال المدعى إنه أقرض المدعى عليه مائة مؤجلة إلى سنتين فأقر المدعى عليه أنه اقترض المائة مؤجلة إلى السنتين ، كان الإقرار في هاتين الحالتين بسيطاً وكان حجة قاطعة على المدعى عليه . ولا محل هنا للنظر في تجزئة الإقرار ، فإن الوقائع المدعاة قد أقر المدعى عليه بها جميعاً و لم يضف إليها شيئاً ، ففيم إذن تكون التجزئة ا

---

(١) وفي الفقه الإسلامي الإقرار حجة قاصرة على المقر . جاء في البدائع : " ... لأن إقرار الإنسان حجة على نفسه لا على غيره لأنه على غيره شهادة أو دعوى " (البدائع ٧ ص ٢٢٨) . ولذلك أجاز الفقهاء سماع البينة بعد الإقرار ، لأن الإقرار قاصر والبينة متعدية . جاء في كتاب طرق القضاء للأستاذ أحمد إبراهيم في هذا الصدد : " ومن أمثلة ذلك : (أ) إذا أقر أحد الورثة بالدين على الميت ، فأراد الدائن إقامة البينة ليتعدى الحكم إلى بقية الورثة ، كان له ذلك . وكذا إذ أقر جميع الورثة بالدين على الميت ، تقبل أيضاً بينة للدائن ، لأنه كما يحتاج إلى إثبات الدين في حقهم يحتاج أيضاً إلى إثباته في حق دائن آخر . (ب) إذا ادعى أنه وكيل فلان بقبض دينه من فلان ، فصدقه المدين ، ثم أراد الوكيل إقامة البينة على الوكالة ، كان له ذلك، إذ لو دفع المدين الدين إلى الوكيل بلا بينة على الوكالة يتضرر لأنه لا تبرأ ذمته إذا أنكر الموكل الوكالة ، أي لا تبرأ ذمة المدين . فالفائدة من البينة عائدة على المدين ، وكذا على الوكيل أيضاً لأنها تثبت أن يده يد أمانة على ما قبضه حتى إذا هلك كان هلاكه هلاك الأمانة . (ج) في الاستحقاق لا يتمكن من الرجوع بالثمن على البائع ، لكن لو أقيمت عليه البينة أمكنه ذلك لأنها حجة متعدية . (د) لو أقر الوارث للموصى له تسمع عليه البينة مع إقراره ، كي يتعدى الحكم إلى غيره . (هـ) لو أقر المدين المحجور عليه بدين لإنسان آخر لا ينفذ إقراره ، لكن لو أقام الدائن المقر له بينة على دينه سمعت . (و) إذا ادعى عقاراً في يد غيره ملكاً مطلقاً وذو اليد مقر بوضع يده ، فإنه مع هذا يجب على المدعى أن يقيم البينة على وضع يد المدعى عليه على ذلك العقار ، منعاً للتواطؤ والاحتيال على أخذ أموال الناس بالباطل " (طرق القضاء في الشريعة الإسلامية للاستاذ أحمد إبراهيم ص ٢٢٤ – ص ٢٢٥) .

٢٦١ – الإقرار الموصوف : لكن إذا أقر المدعى عليه ببعض ما ادعاه المدعى دون بعض أو أضاف شيئاً ، فهنا تقوم الحاجة إلى النظر في التجزئة . ذلك أن المدعى قد يقول في دعواه إنه أقرض المدعى عليه مائة مؤجلة إلى سنتين كما قدمنا ، وقد حل الأجل فاستحق الدفع . ويقر المدعى عليه بأنه اقترض المائة ولكن مؤجلة إلى ثلاث سنوات لا إلى سنتين ، فلم يحل الأجل و لم يستحق الدفع . فالإقرار هنا لا يكون إقراراً بسيطاً ، بل يكون إقراراً موصوفاً (aveu qualifié) . ذلك أن المدعى عليه لم يقر بالدين على الوجه الذي ذكره المدعى ، وهو دين مؤجل إلى سنتين وقد حل أجله فأصبح مستحقاً ، بل أقر بالدين معدلا أي موصوفاً ، فقال إنه دين مؤجل إلى ثلاث سنوات و لم يحل الأجل فلم يصبح مستحقاً . والوصف هنا هو عدم حلول أجل الدين أيضاً بدين منجز ، ويقر المدين بدين معلق على شرط . فكل من الأجل والشرط يعتبر وصفاً للدين ، فهو وصف في الإقرار ، ولذلك سمي الإقرار موصوفاً .

والذي تجب مراعاته في الوصف هو أن يكون مقترناً بالدين وقت نشوئه ، لا أن يكون حادثاً بعد بعده . والأجل والشرط وصفان يقترنان بالدين وقت نشوئه ، لا يحدان بعده ، ومن ثم يكون الإقرار المتضمن لهما إقراراً موصوفاً (١) (1) .

وحكم الإقرار الموصوف أنه لا يتجزأ على صاحبه (2) . فقد أقر المدين بالدين مؤجلا أو معلقاً على شرط ، فإما أن يأخذ الدائن الإقرار كله موصوفاً كما هو ، وإما أن

---

(١) بيدان وبرو ٩ فقرة ١٣١٥ – كذلك إذا أقر المدين بالدين دون فوائد ودعوى الدائن أن الدين بفائدة ، فهذا أيضاً إقرار موصوف (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٧٠) .

(1) إقرار المستفيد بأنه لم يتسلم قيمة الشيكات ليكون مدينا بها أو لينفقها على شئون نفسه وإنما استعملها لينفق منها أعمال والده – الساحب – يجعله من قبيل الإقرار الموصوف ، وبفرض اعتباره إقراراً مركباً، فإنه لا يقبل التجزئة لتوافر الارتباط بين الواقعة الأصلية وهي قبض الشيكات والواقعة المصاحبة لها وهي القصد من القبض ، وهذا الارتباط يؤثر على كيان الواقعة الأولى ووجودها القانوني .
(جلسة ١٩٦٣/٦/١٩ الطعن رقم ٢٣ لسنة ٣١ ق س ١٤ ص ٨٦٠) .

(2) أ – إذا أقر الدائن بعدم صحة السبب الوارد في سند المدين ، وذكر سبباً آخر مشروع على أنه السبب الحقيقي ، كان إقراره هذا غير قابل للتجزئة ، ويبقى الالتزام قائماً وصحيحاً ما لم يثبت المدين أن هذا السبب الآخر غير صحيح .
(جلسة ١٩٨٦/٢/٥ الطعن رقم ١٥٤٠ لسنة ٥٢ ق س ٣٧ ص ١٧٥) .
ب – مناط تطبيق قاعدة عدم تجزئة الإقرار وأعمالها في شأن ما يرد بدفاتر التاجر من قيود وبيانات بحيث لا يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلا لنفسه أن يجزئ ما ورد فيها ويستبعد ما كان مناقضاً لدعواه هو أن تكون هذه الدفاتر منتظمة ومؤيدة بالمستندات الدالة على صحة القيود والبيانات الواردة فيها وأمانتها .
(جلسة ١٩٦٣/٥/٢٢ الطعن رقم ٢٤٨ لسنة ٢٨ ق س ١٤ ص ٨٩٣) .

يدعه كله . وليس له أن يجزئه ، فيقتصر على إقرار المدين بالدين ويدع الوصف الذي دخل على الدين من أجل أو شرط . ويمتنع عليه إذن أن يقول إن المدين أقر بالقرض فهو ثابت في ذمته بإقراره ، وعليه الآن أن يثبت أن القرض موصوف بأجل أو شرط . وإنما للدائن إما أن يأخذ بالإقرار كله ، فيعتبر الثابت هو الدين موصوفاً بالأجل أو الشرط ، وإما أن يطرحه كله ، فلا يعتبر الدين ثابتاً أصلا بالإقرار . وعليه إذا أطرح الإقرار أن يحمل عبئ إثبات ما ادعاه ، فيعود إلى سيرته الأولى إذ هو مدع يحمل عبء الإثبات ، وقد كان بالإقرار الذي أطرحه معفي من هذا العبء . وفي هذه الحالة يتعين على الدائن أن يثبت الدين ، وعلى المدين أن يثبت الأجل أو الشرط [1] . ويجوز أيضاً أن يتخذ الدائن من الإقرار طريقاً لإثبات القرض في ذاته ، ثم يثبت هو — لا المدين — أن القرض قد حل أجله أو أنه غير معلق على شرط . وهذا كله مقصود من القول بعدم تجزئة الإقرار . فالدائن بالخيار ، إذا لم يرد الأخذ بالإقرار كله ، بين أن يطرحه كله ويحمل عبء إثبات دعواه كما لو لم يكن هناك أي إقرار ، وبين أن يستبقى من الإقرار ما هو في صالحه ويدحض بدليل يقدمه هو ما ليس في صالحه من الإقرار . والممتنع هو أن يستبقى ما هو في صالحه ويلقى على المقر عبء إثبات ما ليس في صالحه ، فإن هذا يعتبر تجزئة للإقرار، ولا تصح التجزئة في الإقرار الموصوف .

---

(١) أوبري ورو ١٢ ص ١٣١ . وقد قضى بأنه لا يجوز التمسك بعدم تجزئة الإقرار إذا قام على الواقعة المراد إثباتها دليل آخر : استئناف مختلط ٣٠ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٦١ — ١٦ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٩ — ٣٠ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٧٣ — ٢٩ يونية سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤٤٤ — ١٧ نوفمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ١٦ — ١٨ يونية سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٧٣ — أول فبراير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٥٠ — ٢٦ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٨١ — ٣١ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٠٢ — استئناف مصر ٢٤ مايو سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٣ . وقضت أيضاً محكمة النقض بأنه لا يصح الاعتراض بمخالفة قاعدة عدم جواز تجزئة الإقرار إذا كانت الدعوى قد ثبتت من طريق آخر غير الإقرار (نقض مدني ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٧٨ ص ٢٧٩) . كذلك قضت محكمة النقض بأنه إذا كان مفهوم الإقرار الصادر من المدعى عليه (صاحب البناء) أنه اشترط عدم دفع الأجر عن الرسوم التي يقوم بها المدعى (مهندس) إلا أذا قبلها هو وأجرى البناء على أساسها ، فإنه يكون من الإقرارات الموصوفة التي لا تقبل التجزئة ، متعيناً الأخذ به كله أو تركه كله . فإذا كان المدعى لا يسلم بالقيد الوارد في الإقرار، فلا يقبل منه أن يستند إلى الإقرار فيما عدا هذا القيد ، بل يكون عليه أن يثبت دعواه من طريق آخر ، فإن تجزئة الإقرار والأخذ بشق منه وإلزام المدعى عليه بدفع الأجر مع اطراح القيد الوارد فيه ، ذلك مخالف لقواعد الإثبات (نقض مدني ٣٠ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٦٤ ص ٢٢٧) . وأنظر أيضاً : نقض مدني ١٥ أبريل سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٥٢ ص ١٥٠) .

ويلاحظ أن الدائن إذا اطرح الإقرار كله ، وأراد أن يثبت الدين بطريق آخر ، فإن له أن يتخذ الإقرار المطرح مبدأ ثبوت بالكتابة ، كما له أن يفعل ذلك عند اطراح الإقرار المركب غير قابل للتجزئة على ما سنرى .

٢٦٢ – الإقرار المركب : وإذا قال المدعى في دعواه أن أقرض المدعى عليه مائة ، وأقر المدعى عليه بأنه اقترض المائة ولكنه وفاها أو وفى جزءاً منها ، فإن الإقرار هنا يكون إقراراً مركباً (aveu complexe) . والفرق بين الإقرار المركب والإقرار الموصوف – وكل منهما يشتمل على واقعة أصلية وواقعة مرتبطة بها – أن في الإقرار الموصوف تقترن الواقعة المرتبطة بالواقعة الأصلية من وقت نشوء الواقعة الأصلية كما قدمنا ، فالأجل أو الشرط قد اقترن بالدين من وقت نشوئه ، أما في الإقرار المركب فالواقعة المرتبطة لا تقترن بالواقعة الأصلية من وقت نشوئها بل تجد بعدها ، فالإقرار بالدين مع الوفاء إقرار مركب يتكون من واقعة المديونية وهي الواقعة الأصلية وواقعة الوفاء به إقرار مركب يتكون من واقعة المديونية وهي الواقعة الأصلية وواقعة الوفاء وهي الواقعة المرتبطة بها ، ولكن واقعة الوفاء لم تقترن بواقعة المديونية من وقت نشوئها ، بل جدت بعدها إذ حصل الوفاء بعد أن وجدت المديونية [١] .

والأصل في الإقرار المركب أنه هو أيضاً لا يتجزأ على صاحبه [٢] [1] . فإذا أقر المدين أنه اقترض المائة ولكنه وفاها ، فلا يجوز للدائن إلا أن يأخذ بالإقرار كله أو يطرحه كله [٣] . فإذا أخذ بالإقرار كله برئت ذمة المدين من الدين وخسر الدائن دعواه، إذ يكون قد ثبت أن الدين كان موجوداً ولكن المدين وفاه .وإذا اطرح الدائن الإقرار كله ، اعتبر الإقرار كأن لم يكن ، وكان على الدائن أن يثبت الدين وعلى المدين أن يثبت الوفاء . ويجوز أيضاً للدائن – كما قدمنا في الإقرار الموصوف – أن يستبقى الإقرار بالقرض ، ويحمل هو عبء إثبات أن المدين لم يقم بوفائه . والممتنع هو أن يستبقى الإقرار بالقرض ويلقى عبء إثبات الوفاء على المدين ، فإن هذا يعتبر تجزئة للإقرار حيث لا تصح التجزئة .

---

(١) أوبري ورو ١٢ ص ١٢١ هامش رقم ٢٥ مكرر ٣ و ص ١٢٥ .

(٢) ذلك أن الأصل في الإقرار بوجه عام عدم التجزئة : استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٨٦ – ٢٧ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٩٤ – ١٤ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٦٥ – ١٠ ديسمبر سنة ١٨٩١ م ٤ ص ٤٨ – ٩ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ١١ – ١٤ يناير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١١٩ – ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٥٩ – ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ١٠٦ – ١٨ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٧١ – ٩ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٨٠ – ٥ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٨٢ .

(1) الأصل في الإقرار المركب أنه لا تجوز تجزئته ، إلا أنه يجب أن تكون الواقعة الأخرى المرتبطة مع الواقعة الأصلية المعترف بها ثابتة لا يدل ظاهر الحال على عدم صحتها .
(جلسة ١٩٩٤/٤/٧ الطعن رقم ٣٧٤٠ لسنة ٥٢ ق ١٥٧٠ لسنة ٦٠ ق) .

(٣) استئناف مختلط أول يونية سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٦٣ .

وكذلك يكون الحكم فيما إذا أقر المدين بأنه اقترض المائة ولكن الدين انقضى بالتجديد [1] أو انقضى بالإبراء . ففي هاتين الحالتين لا يتجزأ الإقرار على صاحبه . ولا يجوز للدائن أن يستبقي من الإقرار ما هو في صالحه ، ويلقى عبء إثبات أما ليس في صالحه على المدين ، فيستبقي ثبوت القرض بالإقرار ويطلب من المدين إثبات التجديد أو الإبراء ؛ وعليه أن يأخذ بالإقرار كله فتكون ذمة المدين قد برئت من الدين ، أو يطرحه كله فعليه هو أن يثبت القرض وعلى المدين أن يثبت التجديد أو الإبراء ، أو يستبقي القرض ثابتاً بالإقرار وعليه هو أن يثبت أن التجديد أو الإبراء الذي يدعيه المدين لا صحة له [2] ، فإذا أطرح الإقرار كله وأراد أن يثبت القرض ، كان له أن يعتبر الإقرار المطرح مبدأ ثبوت بالكتابة للقرض يعززه بالبينة والقرائن [3] . أما إذا استبقى القرض ثابتاً بالإقرار ، وأراد أن يثبت أن التجديد أو الإبراء لا صحة له ، فلا يجوز فيما يزيد على خمسمائة جنيه أن يثبت ذلك إلا بالكتابة [4] .

في هذه الأحوال الثلاثة — الإقرار بالمديونية مع وفاء الدين والإقرار بها مع التجديد والإقرار بها مع الإبراء — يوجد إقرار مركب من واقعة أصلية وواقعة مرتبطة بها ، وحكم هذا الإقرار أنه لا يتجزأ على صاحبه كما رأينا . والمشترك في هذه الأحوال الثلاثة أن الواقعة المرتبطة تستلزم حتما وجود الواقعة الأصلية . فالوفاء بالدين يستلزم حتما وجود الدين قبل ذلك ، وكذلك تجديد الدين والإبراء منه كل منهما يستلزم حتما سبق وجود دين حصل فيه التجديد أو وقع فيه الإبراء . ومن ثم لا يمكن للواقعتين ، الواقعة الأصلية والواقعة المرتبطة بها ، أن تنفك إحداهما عن الأخرى ، فهما متلازمتان ولا تصح فيهما التجزئة [1] .

---

(١) أنظر عكس ذلك الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ١٧٩ .

(٢) استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٦٠ — ٤ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٠٠ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه عدم تجزئة الإقرار لا تحول دون اعتباره مقدمة إثبات بالكتابة (نقض مدني ٩ يونية سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٣٣ ص ٧٩٧) .

(٤) ويمثل الفقيهان أوبري ورو لعدم جواز إثبات الواقعة المرتبطة إلا بالكتابة أو ما يقوم مقامها بالوديعة الاختيارية فيما تزيد قيمته على نصاب البينة ، فإذا أقر حافظ الوديعة بأنه تسلم الوديعة ولكنه ردها ، لم يجز للمودع أن يثبت عدم الرد إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها . فإذا كانت الوديعة اضطرارية ، وأقر حافظ الوديعة بأنه تسلمها ولكنه سلمها للشخص الذي عينه المودع ، جاز للمودع أن يثبت بجميع الطرق أن حافظ الوديعة لم يسلمها إلى هذا الشخص (أوبري ورو ١٢ ص ١٣٠ هامش رقم ٣٨ — وأنظر أيضاً تعليق بارتان في انطباق هذه الأحكام على التفسير الذي يقول به من أن الإقرار قرينة قانونية على صحة المقر به في ص ١٢٩ هامش رقم ٣٦) .

(1) النص في المادة ١٠٤ من قانون الإثبات على أن " الإقرار حجة قاطعة ولا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا انصب على وقائع متعددة ، وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتما وجود الوقائع الأخرى " يدل على =

أما إذا كانت الواقعة المرتبطة لا تستلزم حتما وجود الواقعة الأصلية ، فلا تلازم ما بين الواقعتين ، ويمكن تصور وقوع إحداهما دون وقوع الأخرى، ومن ثم كانت التجزئة فيهما جائزة . والمثل المألوف لهذه الحالة هو الإقرار بالقرض مع وقوع المقاصة فيه بدين آخر [1] . فالمدين هنا قد أقر بالواقعة الأصلية وهي واقعة القرض ، وأضاف إليها واقعة مرتبطة بها وهي وجود دين له على الدائن أوقع المقاصة بين الدينين . وظاهر أنه لا تلازم ما بين الواقعة الأصلية والواقعة المرتبطة ، ومديونية المدين للدائن لا تستلزم حتما مديونية الدائن للمدين ، كما أن مديونية الدائن للمدين لا تفترض حتما مديونية المدين للدائن ، ووجود أحدهما لا يستلزم وجود الآخر . ومن ثم كان الفصل بينهما ممكناً ، وصحت التجزئة في الإقرار . فإذا أقر المدين بالقرض ، ولكنه قال إنه سقط بالمقاصة ، كان للدائن في هذه الحالة أن يجزئ الإقرار على المدين . فيعتبر الإقرار قائماً فيما هو في صالحه فقط ، وبذلك يكون القرض ثابتاً بالإقرار ، ولا يكلف الدائن عبء إثباته . أما بقية الإقرار فلا يؤخذ به ، ولا ينتقل عبء الإثبات فيه إلى الدائن ، بل المدين هو الذي يكلف بإثباته إذا أصر عليه . ويكون إذن على المدين أن يثبت أن له ديناً في ذمة الدائن كان سبباً في وقوع المقاصة . فإن عجز عن إثبات ذلك بقي الإقرار قائماً في إثبات القرض . ويكون الإقرار قد تجزأ على هذا النحو ، أخذ منه الدائن ما هو في صالحه ، وألقى عبء إثبات ما ليس في صالحه على المدين [2] .

= أن الإقرار القضائي ، وهو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه أثناء السير في تلك الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة بما ينبغي عليه إقالة الخصم من إقامة الدليل على تلك الواقعة وقد يضاف إلى الإقرار شق آخر يكمل الاعتراف بالواقعة أو يشمل دلالة هذا الاعتراف ويكون غير منفك عنه في صدوره وهو بالإقرار المركب ، ويعتبر الشق المضاف غير منفك عن جملة الإقرار بحيث يعتبر حجة بأسره لا جزء منه فحسب .

(جلسة ١٩٨١/٢/٩ الطعن رقم ٢٧٧ لسنة ٤٩ ق) .

(١) استئناف مختلط ٢٩ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٧٠ – منوف ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٤٩٦ ص ٩٠٤ .

(٢) ومثل ذلك أيضاً أن يقر المدعى عليه بالعمل غير المشروع الذي صدر منه ، ولكنه يقول أنه صدر دفاعاً عن النفس . فيتجزأ إقراره ، وعليه أن يثبت هو أنه كان في حالة دفاع شرعي تعفيه من المسئولية المدنية.

هذا ويجوز للقاضي تفسير الإقرار الغامض ، ولا يعد هذا تجزئة له (أوبري ورو ١٢ ص ١٣٠ – ص ١٣١ – بودري وبارد ٤ فقرة ٢٧٢١) – كذلك تصح تجزئة الإقرار إذا كانت الواقعة المرتبطة غير محتملة التصديق أو كانت متعارضة مع الواقعة الأصلية (استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٢٣ – بودري وبارد ٤ فقرة ٢٧٢٠ – بيدان وبرو ٩ فقرة ١٣١٦ ص ٤١٢ – قارن أوبري ورو ١٢ ص ١٢٨ – وقارن أيضاً دي باج ٣ ص ١٠٤٧ – ص ١٠٥٧) .

ويلاحظ أن ما قدمناه من الأحكام في تجزئة الإقرار إنما يكون في المسائل المدنية . أما في المسائل الجنائية فالإقرار تجوز تجزئته دائماً ، ويأخذ منه القاضي ما يقتنع بصدقه ويطرح ما لا يرى صحته . وهذا ما لم =

والمعيار الذي اتخذناه هنا لمعرفة ما إذا كان الإقرار المركب لا يتجزأ على صاحبه أو يتجزأ هو معيار تشريعي ذكره التقنين المدني الجديد كما رأينا في الفقرة الثانية من المادة ١٠٤ إثبات حيث يقول : " ولا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا انصب على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتما وجود الوقائع الأخرى [1] [أ] " . ولا تزال هذه

= تكن الجريمة قائمة على أساس عقد مدني – كالتبديد – فإثبات هذا العقد عن طريق الإقرار يخضع للقواعد المدنية في تجزئة الإقرار على النحو الذي قدمناه (أوبري ورو ١٢ ص ١٢٢ هامش رقم ٢٥ مكرر ٤ – نقض جنائي ٢٣ أبريل سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٢/٩٠ – ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ٥٩ – ٤ مايو سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٦٩ – استئناف مختلط ١٤ يناير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٦٩ – ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٣٢) .

(١) ولم يكن المشروع الأولى للإثبات الذي سبق المشروع التمهيدي يفسح مجالا لتجزئة الإقرار ، بل كان يقضي بأن الإقرار لا يتجزأ . فكانت المادة ٣٨ من هذا المشروع تنص على أن " الإقرار لا يتجزأ على صاحبه " . وكانت المادة ٣٩ من المشروع تنص على أنه " لا محل لعدم التجزئة : (١) إذا ثبتت الواقعة المتنازع فيها عن طريق آخر مستقل عن الإقرار . (٢) إذا كان هناك إقراران متميزان ينصبان على واقعتين مختلفتين . (٣) إذا تقدم ، وفقاً للقواعد العامة ، دليل لإثبات عكس أحد العناصر التي يتكون منها الإقرار " . لذلك جاءت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي وهي تشرح في الواقع المشروع الأولى ، درن نظر إلى ما أدخل على هذا المشروع من تعديل . فورد فيها ما يأتي : " وتعرض مسألة عدم التجزئة بالنسبة للإقرار المركب ، أي مسألة معرفة ما إذا كان يجوز لمن وجه الإقرار إليه أن يأخذ منه ما يرى في مصلحة له وأن يهمل الشق المضاف . إلا أن من المقرر أن الشق المضاف يعتبر غير منفك عن جملة الإقرار ، موصوفاً كان الإقرار أو غير موصوف ، إذ لولاه لما صدر الاعتراف . ثم إن الإقرار بأسره هو الذي يعتبر حجة ، لا جزء منه فحسب . ويترتب على ذلك أن الإقرار المركب لا يتجزأ ، موصوفاً كان أو غير موصوف ، بل يتعين على من يتمسك به بصفته هذه أن يعتد به بأسره . وقد نصت بعض التقنينات على استثناءات من حكم القاعدة العامة في عدم تجزئة الإقرار . بيد أن إمعان النظر في هذه الاستثناءات يكشف عن خلوها عن معنى الشذوذ عن حكم الأصل لأنها لا تتعلق بإقرارات مركبة ، ومسألة التجزئة لا تعرض إلا عند التراكب . فقاعدة عدم تجزئة الإقرار قاعدة عامة لا يرد على إطلاقها قيد أو حد " . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٣٧ – ص ٤٣٨) . وواضح أن هذا إنما يصلح تقريراً لأحكام المشروع الأولى قبل أن يعدل في المشروع التمهيدي بإدخال التعديل الخاص بجواز تجزئة الإقرار إذا انصب على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتما وجود الوقائع الأخرى (أنظر الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ١٧٩ هامش رقم ١) . أما ما أوردته المادة ٣٩ من المشروع الأولى من أحكام ، فهي نفس الأحكام التي أوردناها في خصوص عدم تجزئة الإقرار ، لا في خصوص تجزئته . فإن الإقرار يبقى غير قابل للتجزئة حتى إذا ثبتت الواقعة المتنازع فيها عن طريق آخر غير الإقرار ، وحتى لو ثبت عكس أحد العناصر الذي يتكون منها الإقرار . أما إذا كان هناك إقراران متميزان ينصبان على واقعتين مختلفتين ، فالأخذ بإقرار دون آخر ليس تجزئة لإقرار واحد ، بل هو فصل ما بين إقرارين متميزين .

(1) أ – إقرار حائز البضاعة المضبوطة بحيازته لها وبأنه وصلت إليه من طريق معين غير التهريب ، هو من الإقرارات المركبة التي يجوز تجزئتها والأخذ بإقراره بحيازة هذه البضاعة ونبذ ما يدعيه في الشطر الآخر =

المسألة محل خلاف في الفقه الفرنسي [1] . وكان القضاء المصري في عهد التقنين المدني السابق يطبق هذا المعيار [1] . ومهما يكن من أمر فقد أحسن المشرع المصري صنعاً إذ حسم الخلاف بنص قاطع [2] .

= من إقراره عن وصولها إليه عن غير طريق التهريب ، مادام الدليل قد أقيم على عدم صحة ما ادعاه المقر في هذا الصدد .

(جلسة ١٩٥٦/١٢/٦ الطعن رقم ٦٦ لسنة ٣٣ ق س ٧ ص ٩١٤) .

ب — إن قاعدة عدم تجزئة الإقرار لا تمنع المقر له من إثبات عدم صحة الواقعة الأخرى المرتبطة مع الواقعة الأصلية المعترف بها ، وإذن فمتى كان شريك في شركة قد أقر باستلامه خاتماً وادعى التخالص بشأنه ، فإن الحكم لا يكون قد أخطأ في القانون ، إذ أجاز إثبات عدم صحة واقعة التخالص بالبينة متى كان يجوز إثبات واقعة تسليم الخاتم . وهي الواقعة الأصلية .

(جلسة ١٩٥٦/١/١٩ مجموعة المكتب الفني السنة ٧ ص ١٠١) .

ج — إذا كانت المحكمة قد استخلصت من مناقشة المستأجر بالجلسة من أنه دفع للمؤجر مبلغاً من إيجار السنة التالية ، بالإضافة إلى القرائن الأخرى التي أوردتها أن تحت يد المستأجر وصولاً بهذا المبلغ وأن في امتناعه عن تقديمه يجعل واقعة تجديد عقد الإيجار المدعى بها قريبة الاحتمال بما يجوز معه إثباتها بكافة الطرق القانونية ، فإن هذا الذي ذهبت إليه المحكمة وأقامت عليه قضاءها ، لا يعتبر تجزئة للاعتراف، ومن ثم لا تكون قد أخطأت في القانون .

(جلسة ١٩٥٤/١٢/٢١ الطعن رقم ٧٨٥ لسنة ٢١ ق) .

د — إنه وأن كان الأصل في الإقرار المركب لا تجوز تجزئته ، إلا أن الإقرار بالدين مع التمسك مع نوع المقاصة فيه ينطوي على واقعتين لا ارتباط بينهما ، ولا تستلزم إحداهما وجود الأخرى ، ومن ثم فإن للدائن في هذه الحالة أن يجزئ الإقرار على الدين ، فيعتبر الإقرار قائماً فيما هو في صالحه فقط ، وبذلك يكون الدين ثابتا بالإقرار ، ولا يكلف الدائن عبء إثباته ، أما بقية الإقرار فلا يلزم الأخذ به .

(جلسة ١٩٦٣/٥/٢ الطعن رقم ٩ لسنة ٢٨ ق س ١٤ ص ٦٢٥) .

هـ — إذا كان تفسير الإقرارات أمر تستقل به محكمة الموضوع طالما أنها لم تخرج في تفسيرها لها عن المعنى الظاهر لعباراتها ، فلا يجوز لها تحت ستار التفسير الانحراف عن مؤداه الراضح إلى معنى آخر ، ولئن كان المقصود بالوضوح هو وضوح الإرادة لا اللفظ ، إلا أن المفروض في الأصل أن اللفظ يعبر بصدق عما تقصده الإرادة ، وعلى القاضي إذا أراد حمل العبارة على معنى آخر مغاير لظاهرها أن يبين في حكمه الأسباب المعقولة التي تبرر هذا المسلك .

(جلسة ١٩٨٣/٣/٣١ الطعن رقم ٦٤٥ لسنة ٥٠ ق) .

(جلسة ١٩٨٤/٤/١٨ الطعن رقم ١٥٢٠ لسنة ٤٩ ق) .

(١) والكثرة من الفقهاء الفرنسيين يذهبون إلى أنه إذا كانت الواقعة المرتبطة ليست إلا النتيجة العادية (ordinaire) أو العرضية (accidentel) للواقعة الأصلية ، بحيث يكون حصول الواقعة المرتبطة يستلزم حتماً (suppose nécessairement) سبق حصول الواقعة الأصلية ، كان الإقرار غير قابل للتجزئة ، وذلك كما إذا أقر المدين بالدين ولكنه قال إنه انقضى بالوفاء أو بالتجديد أو بالإبراء . فإذا كانت الواقعة المرتبطة مستقلة كل الاستقلال عن الواقعة الأصلية ، فإن الإقرار يتجزأ ، كما إذا أقر المدين بالدين ولكنه قال إنه سقط بالمقاصة . وهذا هو المعيار الذي أخذ به التقنين المدني المصري الجديد كما —

= رأينا (أنظر في هذا المعنى أوبري ورو ١٢ ص ١٢٣ — ص ١٢٥ — توليه ٥ فقرة ٣٣٩ — لاروميير م ١٣٥٦ فقرة ١٥ — ديمولومب ٣٠ فقرة ٥١١ وفقرة ٥١٣ — لوران ٢٠ فقرة ١٩٣ — ماركاديه م ١٣٥٤ و م ١٣٥٦/٢ — بودري وبارد ٤ فقرة ٢٧١٦ — بيدان وبرو ٩ فقرة ١٣١٦) .

وهناك فريق من الفقهاء يذهبون إلى أن الإقرار إنما يكون غير قابل للتجزئة إذا كانت الواقعة المرتبطة تقابل تماماً (correspond exactement) الواقعة الأصلية ، كالوفاء يقابل وجود الدين . فإذا لم يكن هناك تقابل تام ما بين الواقعتين ، تجزأ الإقرار ، فيتجزأ إذن ، ليس فحسب في حالة ما إذا كانت الواقعة المرتبطة هي المقاصة ، بل أيضاً إذا كانت هي التجديد أو الإبراء . أما في حالة الوفاء فلا يتجزأ الإقرار لأن التقابل تام ما بين الواقعة الأصلية والواقعة المرتبطة (تعليقات بارتان على أوبري ورو ١٢ ص ١٢٤ هامش رقم ٢٦ مكرر ، بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٧٥ — ص ١٠٤٦ — قارن بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٢٩١ . ويشير بارتان إلى أن نظرية أوبري ورو في تجزئة الإقرار هي أكثر اتفاقاً مع ما ذهب إليه من أن الإقرار قرينة قانونية على صحة المقر به : أوبري ورو ١٢ ص ١٢٠ هامش رقم ٢٥ مكرر) .

ويذهب دي باج إلى العكس من ذلك فيجعل الإقرار غير قابل للتجزئة ، لا في حالات الوفاء والتجديد والإبراء فحسب ، بل أيضاً في حالة المقاصة ذاتها . فعنده أن الإقرار ، بسيطاً كان أو موصوفاً أو مركباً ، لا يتجزأ ، دون أي استثناء (دي باج ٣ ص ١٠٤٧ — ص ١٠٥٧) وهذا هو الرأي الذي كان المشروع الأولى للإثبات قد أخذ به كما قدمنا ، والظاهر أنه كان منقولا عن دي باج .

(١) الموجز للمؤلف فقرة ١٥٩ . وقد قضت محكمة مصر الكلية بأن الإقرار إما أن يكون بسيطاً أو تاماً ، وإما أن يكون موصوفاً أو معدلا ، وإما أن يكون مركباً . فالبسيط هو الاعتراف بالحق كاملا . والإقرار الموصوف هو عدم الاعتراف بالأمر المدعى به كما هو ، كما إذا ادعى شخص على آخر بدين فاعترف به الأخير ، إنما قال أنه دين قمار ، ومثل هذا الإقرار غير قابلة للتجزئة — أما الإقرار المركب فهو الإقرار بالواقعة الأصلية غير معدلة ولا موصوفة ، وإنما هي مصحوبة بواقعة أخرى منفصلة عنها يصح أن تعتبر نفياً لها ، فإذا كانت الواقعة الأخرى غير مرتبطة بالواقعة الأصلية ، بحيث أن حصولها لا يتحتم معه وجود الأولى، فليس هناك ما يمنع من تجزئة الاعتراف ، كما إذا ادعى شخص على آخر ديناً فاعترف الآخر به ، وإنما ادعى بالمقاصة فيه ، فإنه في هذه الحالة يلزم المقر بإثبات الدين الذي له بالطرق المعتادة (مصر الكلية ٧ يناير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٦ رقم ٤٣٣ ص ٩٣٧) . وقضت محكمة ملوى بأن تجزئة الإقرار جائزة في أحوال معينة منها : (أولا) إذا كانت الواقعة الأخرى غير مرتبطة بالواقعة الأصلية بحيث أن حصولها لا يؤثر على كيان الأولى ووجودها لاختلاف موضوعهما أو طبيعتهما أو الأشخاص الذين تعلقت بهم كل واقعة . فإقرار أحد الورثة باستلام مبلغ مخلف عن المورث ضمن التركة الموروثة ، وادعاؤه في وجه الورثة الذين لهم نصيب فيه بأنه دفعه في ديون كانت على المورث هو إقرار مركب قابل للتجزئة ، لأن ادعاء السداد لدائني التركة هي واقعة غير مرتبطة بالواقعة الأصلية ارتباطاً لا يقبل التجزئة لاختلاف موضوع كل واقعة من الواقعتين لتباين الأشخاص في كليهما ، ولما تستلزمه الواقعة التي أردف بها الإقرار من تحقيق ديون الدائنين وسببها ومقدارها وترتبها في الذمة . (ثانيا) وقوع تناقض في أقوال المقر ، أو إذا كانت الواقعة التي أضافها لإقراره ظاهرها الغش أو الكذب (٣ سبتمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٤ رقم ٢٣١/٢ ص ٤٤٦) . وقضت محكمة طنطا الكلية بأنه من المقرر قانوناً أن الإقرار إذا كان جنائياً ، فإنه يقبل التجزئة . والعلة التي أجاز المشرع من أجلها تجزئة الإقرار الجنائي هي أنه ليس حجة في ذاته ، بل هو خاضع لتقدير القاضي واقتناعه ، فله أن يفحص كافة أجزائه ولا يأخذ منها إلا بما يقنعه ، وله أن يرفضه بأكمله أو يرفض بعضه فقط ويقتنع بالبعض الآخر . ومع ذلك يكون الاعتراف الجنائي غير قابل للتجزئة إذا كان موضوعه عقداً من العقود =

٢٦٣ – رقابة محكمة النقض : ومن الواضح أن مسألة تجزئة الإقرار أو عدم تجزئته مسألة من مسائل القانون تخضع لرقابة محكمة النقض . فإذا جزأت محكمة الموضوع إقراراً لا تصح تجزئته ، أو رفضت تجزئة إقرار تصح تجزئته ، كان حكمها غير سليم ريتعين نقضه . ولكن يجب أن تثار مسألة التجزئة أمام محكمة الموضوع ، فلا يصح أن تثار لأول مرة أمام محكمة النقض [٢] .

= المدنية وتتوقف عليه = = الجريمة وكان الاعتراف هو الطريق الوحيد لإثباتها طبقاً لأحكام القانون المدني . وإنما أجاز المشرع تجزئة الإقرار الجنائي لكي يترك للقاضي الجنائي الحرية في تكوين عقيدته للحكم في الدعوى الجنائية وفي سبيل الحكم فيها ، ولا يمكن أن يؤخذ بهذه التجزئة للفصل في دعوى مدنية تكون مرتبطة بها (أول مايو سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٤٣٩ ص ٩٤٨) .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الإقرار المركب لا يتجزأ إذا كانت الواقعة المرتبطة هي النتيجة العادية (ordinaire) أو العرضية (accidentel) للواقعة الأصلية . أما إذا كانت الواقعتان مستقلتين كل منهما عن الأخرى بحيث لا يستلزم وجود إحدى الواقعتين وجود الواقعة الثانية ، فإن الإقرار تصح تجزئته : استئناف مختلط ٢٣ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٩٢ – أول مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٦٧ – ٢٠ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٧٥ – ٢٢ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٠٩ – ٥ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٤٢ – وأنظر في عدم تجزئة الإقرار الموصوف : استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٦٠ – ١٧ يونية سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤١٢ .

(١) أنظر في أن الإقرار يتجزأ في الفقه الإسلامي : طرق القضاء في الشريعة الإسلامية للأستاذ أحمد إبراهيم ص ١٣٥ – ص ١٣٧ .

(٢) أوبري ورو ١٢ ص ١٣١ – بلانيول وريبير وباج ٣ ص ١٠٥٨ – ص ١٠٥٩ – بيدان وبرو ٩ فقرة ١٣١٤ ص ٤١٣ – نقض فرنسي ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠٣ – ١ – ٧٩ – ٤ يوليو سنة ١٩٠٥ سيريه ١٩٠٦ – ١ – ٨٨ .

الفصل الثاني

اليمين

٢٦٤ – اليمين بوجه عام : اليمين قول يتخذ فيه الحالف الله شاهداً على صدق ما يقول أو على إنجاز ما يعد ، ويستنـــزل عقابه إذا ما حنث . ويستخلص من هذا التعريف أمران :

(١) لا تعتبر اليمين عملا مدنيا فحسب ، بل هو أيضاً عمل ديني . فالحالف إنما يستشهد الله ، ويستنـــزل عقابه . ولا يكفي أن يؤكد الإنسان صدق قوله أو وعده ليكون حالفاً ، مادام لم يستشهد الله على ذلك ، وتكون تأدية اليمين بأن يقول الحالف: " أحلف " (م ١٢٧ من قانون الإثبات) . ولكن إذا كانت هناك أوضاع مقررة في دين من يحلف اليمين ، جاز له أن يطلب تأدية اليمين وفقاً لهذه الأوضاع (م ١٢٨ من قانون الإثبات) . وعلى العكس من ذلك إذا كان دين من يحلف يفرض عليه ألا يقسم باسم الله ، بل يقتصر على مجرد التأكيد ، جاز له أن يكتفي بذلك مادام هذا التأكيد يعتبر يمينا في دينه .

(٢) تكون اليمين إما لتوكيد قول (probatoire,affirmatif) أو لتوكيد وعد (promissoire) . فاليمين لتوكيد قول هي اليمين التي تؤدي لتوكيد صدق الحالف فيما يقرره . واليمين لتوكيد وعد هي اليمين التي تؤدي لتوكيد إنجاز وعد أخذه الحالف على نفسه ، مثل ذلك اليمين التي يحلفها القضاة ورجال النيابة والخبراء والشهود وبعض الموظفين (كموظفي السلك الدبلوماسي والقنصلي) على أن يؤدوا أعمالهم بالأمانة والصدق أو أن يقرروا الحق فيما به يشهدون [١] .

٢٦٥ – اليمين القضائية واليمين غير القضائية : والذي يعنينا هنا هي اليمن لتوكيد قول ، لأنها هي اليمين التي تدخل في منطقة الإثبات . وهي إما أن تكون يمينا قضائية (serment judiciaire) تؤدي أمام القضاء [1] ، أو غير قضائية (serment extrajudiciaire) تؤدي أو يتفق على تأديتها في غير مجلس القضاء .

---

(١) أنظر في اليمين على الماضي أو على الحال أو على الآتي في الفقه الإسلامي : طرق القضاء في الشريعة الإسلامية للأستاذ أحمد إبراهيم ص ٢٢٩ – ص ٢٣٠ .

(1) اليمين هي استشهاد الله عز وجل على قول الحق ، وقد تكون قضائية تؤدي في مجلس القضاء باتفاق الطرفين، ومن ثم تعتبر الأخيرة نوعاً من التعاقد ، يخضع في إثباته للقواعد العامة ، أما حلفها فهي واقعة مادية تثبت بالبينة والقرائن ، إذ هي تؤدي شفوياً أمام المتفق على الحلف أمامهم ، ومن ثم حلفها من أهل لها ، ترتبت عليها آثار اليمين القضائية من حسم النزاع ومنها حجيتها في مواجهة من وجهها إلى خصمه . (جلسة ١٩٩٠/٤/٩ الطعن رقم ١٥٢ لسنة ٤ ق) .

واليمين غير القضائية ليست لها أحكام خاصة ، بل تتبع في شأنها القواعد العامة . فإذا اتفق شخصان على أن أحدهما يحلف اليمين على حق مدعى به ، فهذا الاتفاق لا يجوز إثباته بالبينة أو القرائن إلا في الأحوال التي يجوز فيها ذلك . أما حلف اليمين غير القضائية هي النتائج التي اتفق عليها الطرفان ، ولا يجوز ردها إلا إذا كان هناك اتفاق على ذلك . ويندر أن يلجأ الخصوم إلى الاتفاق على يمين غير قضائية [1] .

٢٦٦ – اليمين الحاسمة واليمين المتممة : وإذا وقفنا عند اليمين القضائية، وهي اليمين الغالبة ، وجدناها نوعين : (١) اليمين الحاسمة ((serment litis-décisoire وهي يمين يوجهها الخصم إلى خصمه يحتكم بها إلى ضميره لحسم النزاع . (٢) اليمين المتممة ((serment supplétoire, supplétif ، وهي يمين يوجهها القاضي إلى أي من الخصمين ليستكمل بها الأدلة التي قدمها هذا الخصم .

واليمين الحاسمة ، دون اليمين المتممة ، هي التي كان ينبغي أن تدخل وحدها في هذا الباب ، لأنها هي التي تعفى من الإثبات . أما اليمين المتممة فهي طريق تكميلي للإثبات ، ولا تعفى منه . ولكن اشتراك اليمينين في كثير من الأحكام يجعل من المناسب جمعها في فصل واحد . فنتكلم في كل منهما .

الفرع الأول

اليمين الحاسمة

٢٦٧ – تكييف اليمين الحاسمة : عندما يعوز الخصم الدليل الذي يسمح به القانون لإثبات دعواه ، ولا يقر له خصمه بصحة ما يدعيه ، لا يبقى أمامه إلا طريق واحد يلجأ إليه ، هو أن يحتكم إلى ضمير هذا الخصم . فيوجه إليه اليمين الحاسمة يطلب إليها حلفها لحسم النزاع ، ولا يملك من وجهت إليه اليمين إلا أن يقبل هذا الاحتكام . وهذا هو الإسعاف الذي يتقدم به القانون إلى الخصم الذي يعوزه الدليل القانوني ، بل هذه هي الكفارة التي يكفر بها القانون عن تشدده في اقتضاء أدلة قضائية معينة لا يغنى عنها بديل . فالقانون ، إذ يتشدد في اقتضاء أدلة معينة ، لا يصل إلا إلى الحقيقة القضائية، وهي بعد حقيقة نسبية ، وذلك سعياً وراء الاستقرار . ولكنه ، بعد أن يقضي واجب الاستقرار ،

---

(١) أنظر في اليمين غير القضائية بودري وبارد ٤ فقرة ٢٧٢٨ – فقرة ٢٧٢٨ مكررة – الأستاذ عبد السلام ذهني في الأدلة ٢ ص ٦٧ – ص ٧٣ .

يرضى جانب العدل ، بتمكين من يعوزه الدليل القضائي من أن يحتكم إلى ضمير خصمه الذي أنكر عليه ما يدعيه من حق ، فيوجه إليه اليمين الحاسمة. فإن حلفها الخصم ، فقد أثبت بذلك أن ضميره راض بإنكار صحة الادعاء ، ولما كان هذا الادعاء لا دليل عليه ، لم يبق بد من الحكم برفضه . وأن نكل ، كان في هذا النكول إقرار ضمني بصحة الادعاء ، فوجب الحكم عليه بمقتضى هذا الإقرار [1] .

ويتبين من ذلك أن توجيه اليمين الحاسمة هو تصرف قانوني (acte juridique) ، إذ هو إرادة الخصم الذي يوجه اليمين في أن يحتكم إلى ضمير خصمه بما يترتب على ذلك من نتائج قانونية . والاحتكام على هذا النحو يعتبر تصرفاً قانونياً يتم بإرادة منفردة (acte juridque unilatéral) ، إذ هو ينتج أثره بمجرد توجيه اليمين . وسنرى أن توجيه اليمين يجوز الرجوع فيه إلى أن يقبل الخصم الذي وجهت إليه اليمين أن يحلف ، ولكن هذا ليس قبولا لإيجاب ، إذ أن الخصم الذي وجهت إليه اليمين لا يملك إلا أن يقبل الحلف أو أن يرد اليمين على من وجهها ، أي أنه لا يملك إلا قبول الاحتكام إلى ضميره أو أن يحكم هو ضمير الخصم الذي وجه اليمين . ومن ثم لا يكون توجيه اليمين تصرفاً يحتاج إلى قبول ، بل القبول هنا هو لجعل حق الخصم في أن يحلف اليمين أو يردها حقاً غير قابل للنقض ، كحق المنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير عند ما يقبل ما اشترط لمصلحته . هذا إلى أن توجيه اليمين تصرف شرطي (acte-condition) ، لأن الخصم إنما يعلن إرادته في أن ينتفع بنظام استقل القانون بتقرير أحكامه ، ولا يستطيع الخصم لهذه الأحكام تبديلا [2] .

---

(١) على أنه يجوز الاتفاق مقدماً بين الطرفين على عدم جواز توجيه اليمين الحاسمة من أحدهما إلى الآخر في خصومة معينة . فليس في هذا الاتفاق ما يخالف النظام العام أو الآداب ، ويسوغه أن بعض الناس تمنعه عقيدته الدينية من الحلف ، أو هو يرى في الحلف إحراجاً له وإيذاء لضميره ، هذا إلى أن طرق الإثبات كما قدمنا يجوز الاتفاق على تعديلها والاقتصار على طريق منها دون طريق (أنظر في هذا المعنى: أسيوط الكلية ١٤ أبريل سنة ١٩٤١ المحاماة ٢١ رقم ٤٣٧ ص ١٠٤٢ — بني مزار ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٣٥٩ ص ٨٨٢ — الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ٢ فقرة ٥٨٥ — الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٣٤) . ولكن محكمة الاستئناف المختلطة قضت بأن الاتفاق قبل قيام الخصومة على عدم جواز توجيه اليمين الحاسمة اتفاق باطل لا ينتج أثره ، لأن الطرفين لا يستطيعان ، والخصومة لما تقم ، أن يدركا مدى ما تعهدا به (استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٦٦) . وهذا قريب مما كان يجرى عليه القضاء ، قبل صدور التقنين المدني الجديد ، من التمييز ، في الاتفاق على طرق الإثبات ، ما بين اتفاق يعقد قبل قيام الخصومة فيكون باطلا ، واتفاق يتم بعد قيام الخصومة فيكون صحيحاً .

(٢) أنظر الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ١٩٧ هامش رقم ١ .

وسنرى أن هذا التكييف لليمين الحاسمة تترتب عليه آثار قانونية هامة . وهو التكييف الذي نقف عنده . والفقه يتردد في تكييف اليمين الحاسمة بين أنها تحكيم أو صلح [1] . والذي يقطع في أنها ليست بصلح أن الصلح يقتضي نزول كل من المتصالحين عن جنب من ادعائه ، ومن يوجه اليمين لا يتزل عن شيء دون شيء ، فهو إما أن يخسر كل دعواه أو يقضى له بها كلها ., فإذا ما خسر دعواه أو كسبها فليس ذلك مترتباً على إرادته ، بل هي النتيجة المحتمة لاحتكامه إلى ضمير خصمه . وضمير الخصم هو الذي حكم : إما بخسارة الدعوى إذا حلف الخصم ، أو يكسبها إذا نكل . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني ما يؤيد هذا التكييف [2] .

---

(١) وقد جاء في الموجز للمؤلف في هذا المعنى ما يأتي : " فاليمين الحاسمة نوع من الصلح أو التحكيم يقصد به حسم النزاع . والخصم الذي يوجهها يصطلح مع خصمه أو يتحاكم إلى ذمته ، والخصم الذي توجه إليه بالخيار بين الحلف والرد . فإذا رد كان هذا صلحاً جديداً او تحاكماً إلى ذمة الخصم الأول " (الموجز فقرة ٦٦٣) . وأنظر في أن توجيه اليمين ضرب من الصلح أوبري ورو ١٢ ص ١٣٧ — هيك ٨ فقرة ٣٥٧ — ديمولومب ٣٠ فقرة ٥٨٠ — بودري وبارد ٤ فقرة ٢٧٣٠ — بيدان وبرو ٩ فقرة ١٣٢٣ ، وفي أنه مبدأ اتفاق أو مبدأ صلح على الإثبات (commencement d'une convetion, d'une transaction sur la prevue) لا ينطوي على تضحية من الجانبين: بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٧٣ — ص ١٠٤٩ — ويؤخذ على هذا الرأي أن توجيه اليمين ليس باتفاق بل هو تصرف بإرادة منفردة كما قدمنا ، وأن الصلح لا يمكن إلا أن ينطوي على تضحية من الجانبين . ويقول دي باج أن توجيه اليمين اتفاق من نوع خاص يقوم على أساس من العدالة (دي باج ٣ ص ١٠٧٣ — ص ١٠٧٧) — ويقول الأستاذ أحمد نشأت في كتابة في الإثبات الجزء الثاني أن اليمين الحاسمة قريبة من عقد التحكيم (فقرة ٥٣٧)، وأن توجيهها تنازل عن الحق المدعى به معلق على شرط تأديتها (فقرة ٥٣٨) ، وأنها نوع من الصلح بين الطرفين (فقرة ٥٣٩) ، وأنها نوع خاص من التصرفات (فقرة ٥٤١) — ويذهب الأستاذ سليمان مرقس إلى أن توجيه اليمين تصرف قانوني من التصرفات التي يسميها ديجيه بالتصرفات الشرطية (actes-condition) وهذا رأي صحيح . (أصول الإثبات ص ١٩٧ هامش رقم ١) .

(٢) وهذا ما جاء فيها : " أما فيما يتعلق بطبيعة اليمين الحاسمة ، فالرأي في الفقه على أن اليمين تعاقد ، أو صلح بعبارة أخرى . وقد جرى القضاء المصري على هذا الرأي (استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣١٩ — و ١٩ مايو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٥١) . بيد أن مذهب الفقه والقضاء في هذا الشأن قد استهدف لنقد فريق من الفقهاء . وقد ذكر هذا الفريق أن الأعمال التحضيرية للقانون الفرنسي قد جاء بها ما يؤخذ منه أن اليمين ليست سوى احتكام إلى الذمة . ويراعى أولا أن كل تعاقد يفترض إيجاباً وقبولا ، والملحوظ في القبول هو ثبوت الخيار لا التسليم على سبيل الإلزام ، فإن انتفى هذا الخيار فليس ثمة تراض أو تعاقد . بيد أن من توجه اليمين إليه لا يستطيع أن يرفض مشيئته من وجهها ، وأن يطلب إقامة الدليل على الدعوى أو الدفع بطرق الإثبات الأخرى ، بل يتعين عليه بحكم القانون أن يعمل الرخصة التي يثبتها له على وجه من وجوهها الثلاثة : فإما أن يؤدي اليمين ، وإما أن ينكل عنها ، وإما أن يردها . ومؤدى هذا أن اليمين ليست تعاقداً ، وهي ليست كذلك من الصلح في شيء لأن الصلح يفترض تنازل كل من المتعاقدين عن جانب من مزاعمه . أما من يوجه اليمين فهو لا يملك طريقا من طرق الإثبات بل هو يوقن ابتـــداء

ثم إن الحلف ذاته هو دون شك واقعة قانونية ، لأنه عمل مادي يترتب عليه أثر قانوني هو الحكم برفض دعوى من وجه اليمين . ورد اليمين تصرف قانوني كتوجيه اليمين، إذ هو أيضاً احتكام إلى ذمة الخصم . والنكول عن اليمين عمل مادي سلبي ، ولكنه ينطوي على تصرف قانوني ، إذ النكول يتضمن إقرار بدعوى من وجه اليمين أو ردها ، فالنكول والإقرار سواء في التكييف القانوني . أما اليمين المتممة ، توجيهاً وحلفاً ونكولا ، فواقعة قانونية ، إذ هي عمل مادي محض ، وهي طريق من طرق الإثبات التكميلية .

٢٦٨ — مبحثان : وبعد أن كيفنا اليمين الحاسمة على الوجه السالف الذكر ، نتناول هذه اليمين في مبحثين : (١) توجيه اليمين الحاسمة . (٢) الآثار التي تترتب على توجيهها .

المبحث الأول
توجيه اليمين الحاسمة

٢٦٩ — مسائل خمس : نبحث ، في توجيه اليمين الحاسمة ، المسائل الآتية . (١) من يوجه اليمين الحاسمة (٢) لمن توجه (٣) متى توجه (٤) موضوعها (٥) عدم جواز الرجوع فيها .

= بخسارة دعواه ، وهو بالالتجاء إلى اليمين لا يتنازل عن شيء ما ، لأن توجيه هذه اليمين يتمحض لمنفعته. والواقع أن اليمين ليست إلا تأكيد واقعة أما القاضي ، في ظل ضمانة من الذمة أو العقيدة الدينية . وهي بهذا الوصف ليست إلا علاجاً يحد من مساوئ نظام تقييد الدليل ، باعتبار هذا النظام ضرورة لا معدي عنها لتأمين استقرار المعاملات ، وإن كان تطبيقه في نطاق العمل قد يسفر عن نتائج تناقض العدالة . فادعاء من فاته تحصيل الدليل المقرر من جراء إهمال أو إسراف في الثقة قد يكون صحيحاً ، رغم انتفاء هذا الدليل . ولو التزمت الأحكام العامة في القانون لترتب عليها إخفاقه ، لكن العدالة تقتضي الترخيص له بالاحتكام إلى ذمة خصمه ... والواقع أن حق الخصم في الاحتكام يقابله التزام الخصم الآخر بالاستجابة لتلك الدعوة ، وإلا أصبح هذا الحق مجرداً من الأثر والجدوى . فالخصم يلتزم بحكم القانون بالتخلي عن التقيد بقواعد القانون والاحتكام إلى العدالة . بيد أن حق الاحتكام إلى الذمة قد أثبته القانون للخصم الآخر أيضاً ، واحتفظ له به ، إذ جعل له أن يرد اليمين ويحتكم بذلك إلى ذمة من وجهها إليه ... ثم إن القول بأن فكرة التصرف المنعقد بإرادة واحدة هي أساس النتيجة التي تسفر عنها اليمين ، وأن اليمين تكون حجة قاطعة لأن من يوجهها يلتزم بإرادته المنفردة بالاحتكام إلى ذمة خصمه ، يجافي المنطق كذلك . والواقع أن القانون هو الذي يخول من يعوزه الدليل حق الاحتكام إلى ذمة خصمه ، ولكنه عندما يمنحه هذا الحق يعين آثاره ، وهي تنحصر في قبول الطلب أو الدفع أو رفضه ، بحسب ما إذا كانت اليمين التي توجه أو ترد تؤدي أو ينكل عنها (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٤٥ — ص ٤٤٧) .

المطلب الأول

من يوجه اليمين الحاسمة

٢٧٠ – النصوص القانونية : تنص الفقرة الأولى من المادة ١١٤ من قانون الإثبات (تقابلها الفقرة الأولى من المادة ٤١٠ من التقنين المدني الملغاة) على ما يأتي :

" يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر ، على أنه يجوز للقاضي أن يمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفاً في توجيهها [١] " .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٨٩/٢٢٤ [٢] .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البينات السوري المادتين ١١٢ و ١١٣ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٧١ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المادتين ٢٢٨ و ٢٩٩ فقرة أولى ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٩٩ فقرة ١ [٣] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في الفقرة الأولى من المادة ٥٤٨ من المشروع التمهيدي للقانون المدني على الوجه الآتي : " يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر ، ولكن لا يكون ذلك إلا بإذن من القاضي " . وأقرت لجنة المراجعة الفقرة كما هي ، وأصبحت الفقرة الأولى من المادة ٤٢٣ في المشروع النهائي . وفي اللجنة التشريعية لمجلس النواب استبدلت بعبارة " ولكن لا يكون ذلك إلا بإذن من القاضي " عبارة " على أنه يجوز للقاضي أن يمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفاً في توجيهها " ، لأن العبارة الواردة في النص الأصلي تفيد أن توجيه اليمين الحاسمة معلق دائماً على إذن القاضي . ولما كان ما قصده واضعوا المشروع هو أن يستبقوا للمتقاضين الحرية في توجيه اليمين الحاسمة ، على أن يكون للقاضي حق منع توجيهها إذا رأى أنها كيدية وأن الخصم متعسف في توجيهها ، لذلك كان التعديل الذي أدخلته اللجنة على المادة أكفل بأداء هذا المعنى . وقد وافق مجلس النواب على الفقرة كما عدلتها لجنته التشريعية ، وأقرت لجنة مجلس الشيوخ الفقرة على الوجه الذي عدلت به وأصبحت الفقرة الأولى من المادة ٤١٠ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٤٢ – ص ٤٤٣ و ص ٤٤٧ – ص ٤٤٨) .

(٢) كانت المادة ٢٨٩/٢٢٤ من التقنين المدني السابق تجرى على الوجه الآتي : " يجوز لكل من الخصمين أن يكلف الآخر باليمين الحاسمة للنزاع . وفي هذه الحالة يجوز للمطلوب منه اليمين أن يردها على الطالب " . ولم يتضمن هذا النص العبارة التي تقضي بأنه يجوز للقاضي أن يمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفاً في توجيهها . ولكن القضاء كان يطبق هذا الحكم دون نص كما سنرى . ومن ذلك يتبين أن الحكم واحد في التقنينين الجديد والقديم فيما يتعلق بالفقرة الأولى من المادة ٤١٠ من التقنين المدني الجديد .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى – قانون البينات السوري م ١١٢ : اليمين الحاسمة هي التي يوجهها أحد المتداعين لخصمه ليحسم بها النزاع – م ١١٣ " يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر . ولكن لا يكون ذلك إلا بإذن من المحكمة . (يلاحظ أن ضرورة استئذان المحكمة هي لمنع التعسف في توجيه اليمين . فالحكم إذن واحد في التقنينين المصري والسوري) .

ويقابل في التقنين المدني الفرنسي المادتين ١٣٥٧ و ١٣٥٨ [١] .

٢٧١ – أي من الخصمين يستطيع توجيه اليمين : والذي يوجه اليمين الحاسمة هو أي من الخصمين يكون عليه عبء إثبات واقعة قانونية [١] . فالمدعى وعليه عبء

= التقنين المدني العراقي م ٤٧١ : يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر . ولكن لا يجوز ذلك إلا بإذن المحكمة (ويلاحظ هنا أيضاً أن ضرورة استئذان المحكمة هي لمنع التعسف في توجيه اليمين . فالحكم إذن واحد في التقنينين المصري والعراقي) .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٢٢٨ : اليمين القضائية نوعان : (أولا) اليمين الحاسمة وهي التي يكلف أحد المتداعين خصمه أن يحلفها ليجعل الحكم في القضية موقوفاً عليها – (ثانيا) اليمين التكميلية وهي التي يكلف القاضي من تلقاء نفسه أحد المتداعين أن يحلفها – م ٢٢٩ فقرة ١ : لا يجوز طلب اليمين الحاسمة إلا بإذن من القاضي . (ونلاحظ فيما يتعلق بإذن القاضي ما سبق أن لاحظناه في القانون السوري والتقنين العراقي) .

التقنين المدني الليبي م ٣٩٩ فقرة ١ : لا يجوز توجيه اليمين ولا ردها لحسم قضية تتعلق بحقوق ليس للخصوم حق التصرف فيها ، ولا بواقعة غير مشروعة ، ولا بعقد يتطلب القانون إثبات صحته كتابة ، ولا بإنكار واقعة يتبين من ورقة رسمية أنها جرت بحضور موظف عمومي حرر الورقة نفسها . (ويلاحظ أن يستفاد من مفهوم المخالفة أنه يجوز توجيه اليمين وردها فيما دعا ذلك . ولم ينص التقنين الليبي على جواز منع القاضي توجيه اليمين إذا كان في توجيهها تعسف) .

(١) التقنين المدني الفرنسي م ١٣٥٧ : اليمين القضائية نوعان ، يمين يوجهها الخصم إلى خصم ليجعل الحكم في القضية موقوفاً عليها وهذه هي اليمين الحاسمة ، ويمين يوجهها القاضي من تلقاء نفسه إلى أي من الخصمين – م ١٣٥٨ : توجه اليمين الحاسمة في كل خصومة ، أياً كان نوعها .

Art. 1357 : Le serment judiciaire est de deux espéces ; 1° Celui qu'une partie défére à l'autre pour en faire dépendre le jugement de la cause ; il est appelé decisoire ; 2° Celui qui est déféré d'office par le juge à l'une ou à l'autre des parties.

Art. 1358 : Le serment décisoire peut être déféré sur quelque espéce de contestation que ce soit.

(1) من المقرر – في قضاء محكمة النقض – أن طلب توجيه اليمين الحاسمة هو احتكام لضمير الخصم لحسم النـــزاع كله أو في شق منه ، عندما يعوز من وجهه الدليل لإثبات دعواه ، فإن حلفها من وجهت إليه فقد أثبت إنكاره لصحة الادعاء ، ويتعين رفضه ، وإن نكل ، كان ذلك بمثابة إقرار ضمنة بصحة الادعاء ، ووجب الحكم عليه بمقتضى هذا الإقرار ، ولا يغير من ذلك أن يكون طلب توجيه اليمين الحاسمة من باب الاحتياط ، بعد العمل بقانون المرافعات الحالي وقانون الإثبات ، اللذين أقرا ضمناً الرأي الراجح في الفقه والقضاء بجواز توجيهها على سبيل الاحتياط إذ يتعذر على الخصم أن يتعرف على رأي المحكمة في الأدلة التي ساقها – خاصة إذا كان النـــزاع مطروحاً على محكمة الاستئناف أو أمام محكمة أول درجة في الأنزعة التي تفصل فيها بصفة انتهائية – إلا بعد الحكم في النـــزاع – فيصبح الباب موصداً دونه لإبداء طلبه توجيه اليمن الحاسمة إذا ما رفضت المحكمة الأدلة الأخرى التي تمسك بها ، بصدور حكم نهائي في النـــزاع ، ومن ثم فلا مفر إلا أن يتمسك الخصم باليمين الحاسمة على سبيل الاحتياط أثناء نظر الدعوى ، قبل كل دفاع =

إثبات الدعوى ، والمدعى عليه وهو الذي يثبت الدفع ، يستطيع أي منهما أن يوجه اليمين الحاسمة إلى خصمه فيما يجب عليه هو أن يثبته ، فيستبدل بعبء الإثبات الاحتكام إلى ضمير الخصم ..

٢٧٢ – ما يترتب على أن توجيه اليمين تصرف قانوني – الأهلية وعيوب الإرادة والوكالة الخاصة والصورية : ولما كان توجيه اليمين الحاسمة هو كما قدمنا تصرف قانوني ، إذ هو تحكيم لضمير الخصم ، فإنه يجب لصحته ما يجب لصحة التحكيم . وقد نصت المادة ٥٠١ من تقنين المرافعات على أنه " لا يصح التحكيم إلا ممن له التصرف في حقوقه " . هذا من ناحية الأهلية . ومن ناحية الإرادة يجب أن يكون توجيه اليمين الحاسمة غير مشوب بغلط أو تدليس أو إكراه . ومن ناحية التوكيل في توجيه اليمين يجب أن تكون هناك وكالة خاصة كما في التحكيم [1] . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٧٠٢ من التقنين المدني على أنه " لابد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة، وبوجه خاص في البيع والرهن والتبرعات والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء " . ولما كان توجيه اليمين تصرفاً قانونياً كما قدمنا ، فإنه ترد عليه الصورية كما ترد على الإقرار . ومن ثم نرى أن توجيه اليمين ، كالإقرار ، تشترط فيه الأهلية الكاملة [2] . ويجب أن يكون خالياً من عيوب الإرادة ولابد فيه من وكالة خاصة ، وترد عليه الصورية .

فيشترط إذن في الخصم الذي يوجه اليمين أن يكون كامل أهلية التصرف [1] [أ]، أي أن يكون قد بلغ سن الرشد وألا يكون محجوراً . فالصبي الذي لم يبلغ سن الرشد ،

= أو بعده ، وهو ما يتعين معه على المحكمة أن تقول كلمتها في الأدلة التي يستند إليها الخصم المتمسك بتوجيه اليمين أولا ، فإذا ما انتهت إلى أنها غير كافية لتكوين عقيدتها بأسباب سائغة ، إجابته إلى طلبه بتوجيه اليمين ، باعتبار أن توجهه – في هذه الحالة – معلق على شرط هو عدم اعتناق المحكمة بما ساقه من أدله والقول بغير هذا فيه إهدار للعلة من إباحة المشرع طلب توجيه اليمين الحاسمة على سبيل الاحتياط .
(جلسة ٢٠٠٢/٦/١٢ الطعن رقم ١٩٧٩ لسنة ٧١ ق) .

(1) حضور الخصم وعدم اعتراضه على طلب محاميه أثناء نظر القضية بالجلسة ، توجيه اليمين الحاسمة لخصمه اعتبار الطلب صادراً من الخصم ولو كان المحامي حاضرا عنه بغير وكالة خاصة .
(جلسة ١٩٩٦/١٠/٢٢ الطعن رقم ٦٦١١ لسنة ٦٥ ق) .
(جلسة ١٩٩٦/٦/٢٥ الطعنان رقما ١٢٨ و ٥٤٩ لسنة ٦٥ ق) .

(2) يجب توافر الأهلية أو الولاية وقت توجيه اليمين الحاسمة ووقت الحلف .
(جلسة ١٩٦٧/١٢/٧ الطعن رقم ٢٨٤ لسنة ٣٤ ق س ١٨ ص ١٨٥١) .

(أ) أنظر الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٢٧ ص ١٩٨ هامش رقم ١ – ومن الفقهاء من يشترط أهلية التبرع : الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ٢ فقرة ٥٤٤ . وقد كنا ممن يشترطون أهلية التبرع =

والمحجور عليه لجنون أو عته أو غفلة أو سفه ، لا يجوز لأي منهما أن يوجه اليمين إلا بنائب عنه يملك ذلك . والنائب قد يكون الولي ، وهو يملك توجيه اليمين لأنه يملك التصرف ، والوصي والقيم ، وهذان لا يجوز لهما توجيه اليمين إلا في الأعمال التي يملكانها وهي أعمال الإدارة ، أما في أعمال التصرف فلا بد من توجيه اليمين من إذن دائرة الأحوال الشخصية الولاية على المال [1] [2] .

= (أنظر الموجز ص ٦٩٠) ، ولكن يؤخذ على ذلك أن التحكيم في الحق تصرف فيه لا تبرع به . والذي يكل حقه إلى التحكيم – حتى لو كان الحكم هو الخصم كما في توجيه اليمين – لا يزال يطالع في نفسه بقية من الأمل في يقظة ضمير الخصم وتحرجه من أن يحلف حانثاً ، فمن يوجه اليمين لا يتبرع بحقه تبرعاً محضاً . ولو اشترطنا أهلية التبرع لما جاز للولي والوصي والقيم توجيه اليمن ولو بإذن المحكمة الحسبية ، لأن أحداً منهم ولو مع هذا الإذن لا يملك أهلية التبرع .

ويترتب على ذلك أن القاصر الذي بلغ الثماني عشرة سنة يستطيع توجيه اليمين فيما يملكه من أعمال الإدارة كالتأجير مدة سنة واحدة (أنظر الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٢٧ ص ١٩٨ هامش رقم ١) .

(1) يجب أن يتوافر فيمن يوجه إليه اليمين الحاسمة أهلية التصرف في الحق موضوع اليمين وقت أدائها ، وأنه يجوز الطعن في الحكم الصادر بالتحليف بكل ما يتصل باليمين ذاتها من حيث صحة توجيهها أو صحة الحلف أو بغيرها ، ذلك أن مناط عدم جواز الطعن في الأحكام الصادرة بناء على اليمين الحاسمة أن يكون توجيهها أو حلفها أو النكول عنها مطابقاً للقانون .

(جلسة ١٩٩٢/٦/٢٢ الطعن رقم ٢٢٨٩ لسنة ٥٤ ق) .

(جلسة ١٩٨٩/٣/٢٦ الطعن رقم ١٤٩٢ لسنة ٥٥ ق) .

(جلسة ١٩٨٨/١/٢٤ الطعن رقم ٢٣٧٥ لسنة ٥٥ ق) .

(١) وقد قضت محكمة استئناف أسيوط بأن اليمين الحاسمة نوع من أنواع الصلح (١) إذ يترك طالبها أمر الفصل في حقه إلى ذمة خصمه ، وعلى ذلك فالوصي أو القيم لا يملك توجيهها ، لأن الصلح من التصرفات الممنوعة عنهما إلا بإذن من المجلس الحسبي (استئناف أسيوط ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ١٤٤) – أنظر أيضاً : استئناف مختلط ٦ يونية سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٩٧ – ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٤٩ .

ولا يجوز لأمين التفليسة توجيه اليمين إلا بالقيود المنصوص عليها في قانون التجارة (الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ٢ فقرة ٥٤٧ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٧٥ ص ١٠٥٠ – ص ١٠٥١) .

(2) أ – لا يجوز إعمال أثر اليمين الحاسمة التي يحلفها الوصي في حق القاصر ، إذ أن أداء اليمين الحاسمة عمل من أعمال التصرف التي لا يجوز له مباشرتها . (المادة ٣٩ من قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢) .

(جلسة ١٩٦٢/٤/١٢ الطعن رقم ٤٢٣ لسنة ٢٦ ق س ١٣ ص ٤٥٥) .

ب – لا توجه اليمين الحاسمة إلا إلى الخصم الآخر الذي له حق المطالبة بالإثبات ، ويجب أن تتوافر في هذا الخصم أهلية التصرف في الحق الذي توجه إليه فيه اليمين وأن يملك التصرف في هذا الحق وقت حلف اليمين، ذلك أن كل خصم توجه إليه اليمين ، يجب أن يكون قادراً على الخيار بين الحلف والرد والنكول ، ورد اليمين كتوجيهها ، تشترط أهلية التصرف ، والنكول كالإقرار لا يملكه إلا من ملك التصرف في الحق.

(جلسة ١٩٦٧/١٢/٧ الطعن رقم ٢٨٤ لسنة ٣٤ ق س ١٨ ص ١٨٥١) .

ويشترط أيضاً أن يكون توجيه اليمين غير مشوب بغلط أو تدليس أو إكراه . ويكون توجيه اليمين مشوباً بغلط في الواقع إذا أخفي الخصم الذي وجهت إليه اليمين عن الخصم الذي وجه اليمين مستنداً صالحاً لإثبات دعوى الخصم الثاني ، فيعتقد هذا ، عن غلط ، ألا سبيل أمامه إلا توجيه اليمين . وقد يكون الغلط في القانون ، كما إذا اعتقد الخصم الذي وجه اليمين أن البينة ممنوعة قانوناً ، وليست معه كتابة تثبت ما يدعيه ، فوجه اليمين إلى خصمه ، ثم تبين بعد توجيه اليمين أن القانون يجيز البينة . وقد يكون الخصم الذي وجه اليمين إنما وجهها بسبب تدليس وقع عليه من خصمه ، بأن أوهمه هذا مثلا أن القانون لا يجيز له الإثبات بالبينة فليس أمامه من سبيل غير توجيه اليمين . وقد يكون توجيه اليمين عن إكراه وقع على الخصم خارج مجلس القضاء ، فلم ير بداً من توجيه اليمن إلى خصمه ، ولا يعد إكراها أن يجد الخصم نفسه مجرداً من أي دليل على حقه فيضطر إلى توجيه اليمين ثم يستجد بعد ذلك دليل يحصل عليه . وفي جميع الأحوال التي يكون فيها توجيه اليمين مشوباً بغلط أو تدليس أو إكراه ، يعتبر توجيه اليمين غير صحيح بصفته تصرفاً قانونياً ، ويجوز لمن وجه اليمين أن يبطله ، حتى بعد أن يقبل الخصم الآخر الحلف ، وحتى بعد أن يحلف .

ويشترط كذلك فيمن يوكل لتوجيه اليمين أن تصدر له وكالة خاصة في ذلك ، ولا تكفي الوكالة العامة . ومن ثم لا يصح توجيه اليمين من وكيل عام ، ولا يصح من محام ما لم يكن التوكيل الصادر إليه منصوصاً فيه على تفويضه في توجيه اليمين . ولكن لا يشترط تعيين محل توجيه اليمين على التخصيص ، فيصح التوكيل في توجيه اليمين في خصومه معينة دون تحديد ادعاء معين بالذات [1] .

ويجوز أخيراً أن ترد الصورية على توجيه اليمين . ويكون ذلك نتيجة لتواطؤ الخصمين إضراراً بحقوق الغير كالدائنين والشركاء والخلف . فيخفي الخصم الأدلة التي يملكها لإثبات حقه ، ويقتصر على توجيه اليمين الحاسمة إلى خصمه ، فيحلفها هذا ، فيخسر المدعي دعواه ، ويضر بذلك دائنيه وشركاءه والخلف وغيرهم من لهم مصلحة . ويجوز لهؤلاء التدخل في الدعوى قبل صدور الحكم لمنع الإضرار بحقوقهم . وإذا صدر الحكم ، جاز لهم أن يعارضوا فيه لإثبات التواطؤ . وسنعود إلى هذه المسألة عند بحث حجية اليمين .

---

(١) استئناف مختلط ١٩ مارس سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٧٩ (إقرار الموكل لتوجيه اليمين بعد توجيهها من الوكيل) .

٣٧٣ – رقابة القاضي : وإذا كان لأي الخصمين ممن يحمل عبء الإثبات توجيه اليمين الحاسمة إلى خصمه ، فإن للقاضي رقابة عليه في توجيه هذه اليمين . وقد كان القضاء يجعل هذه الرقابة ثابتة للقاضي في عهد التقنين المدني السابق ، فيجوز للقاضي تعديل صيغة اليمين تبعاً لوقائع القضية إذا كان ذلك بموافقة الخصم الذي وجهها [١] ، ويجوز له أيضاً أن يرفض توجيهها إذا رأى أن الدعوى يكذبها ظاهر الحال وأن في توجيه اليمين تعسفاً، أو أنها ثابتة بغير يمين ، أو أن اليمين بالصيغة التي وجهت بها غير منتجة [٢] . وقد

---

(١) استئناف مختلط ٢٩ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٨٤ – ٣ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٠٨ – أول أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٥٨ – ٢١ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٨٢ – ٢٢ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣١٦ – ٢ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٣٥ – ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٨٨ – ١٥ يونية سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٨٤ – ١٢ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٥٢ – أنظر في تعديل صيغة اليمين أنسيلكو بيدي داللوز في القانون المدني Preuve فقرة ١١٦٠ – فقرة ١١٦٨ .

(٢) استئناف أهلي أول مايو سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ٢ ص ١١٨ – ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ٢٩ – ٨ أبريل سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ٥٢ – استئناف مصر ١١ أبريل سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ رقم ٧ ص ١٩ – ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٣٤٥ ص ٥١١ – ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٢٨ ص ٦٨٤ – ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٣٤ – ١١ مارس سنة ١٩٤٧ المحاماة ٢٨ رقم ٣٦ ص ٥٧ – ١١ مارس سنة ١٩٤٧ المحاماة رقم ٢٨ رقم ١٧٦ ص ٥٧١ – استئناف أسيوط ١٣ فبراير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٢٢٣ ص ٣٩٧ – ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٧٥ ص ٥٥٥ – وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن تشدد نساء الهوارة في الحجاب يمنعهن من حلف اليمين ، فلا يصح أن يتخذ من هذه المبالغة سلاح للحكم عليهن (١٧ يناير سنة ١٩٢١ المحاماة ٢ رقم ١٠ ص ٢٠) . وقضت محكمة قنا الكلية بأنه إذا تبين للمحكمة أن المدعى لم يطلب توجيه اليمين الحاسمة إلى خصمه إلا لعلمه بأنها لن تحلفها لتمسكها الشديد بعادة من عادات عشيرتها تحول دون إسماعها صوتها لأي غريب ، كان توجيه اليمين في هذه الحالة طلباً كيدياً (١٧ أبريل سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٩٧ – وقد أيد الحكم محكمة استئناف مصر في الحكم السابق) .

وأنظر في القضاء المختلط : استئناف مختلط ١٤ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٣٨ – ٢٢ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٨٧ – ١٩ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٢١ – ٢٣ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٥٠ – ١٨ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٩٤ – ٢٧ أبريل سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٥٦ – ٢٩ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٣٧ – ١٠ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٩٤ – ١٦ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٦٩ – ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٧٧ – ١٨ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٩١ – ٩ يونية سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٨٦ – ٦ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٥٩ – ١٤ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٧٩ – ١٩ يونية سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٦١ – ٢٦ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٥٠ – ٤ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٠٦ – ١١ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٧٥ – ٨ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٨٨ – ١٥ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٠٦ – ٣ يونية سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٠٣ – ٦ يونية سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٨٦ – ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٦٩ – ٢٩ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٦٧ – ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٧ – ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٦٢ – ١٩ فبراير سنة ١٩٣٠ =

جاء في الموجز [1] ، وهو يبسط الفقه في عهد التقنين المدني السابق ، في هذا المعنى ما يأتي : " اليمين الحاسمة يوجهها الخصم لا القاضي ... ولكن للقاضي أن يرفض توجيه اليمين إذا كانت الواقعة المراد الحلف عليها غير محتملة الصدق أو كذبتها مستندات الدعوى ، أو كانت الواقعة ثابتة دون حاجة إلى الحلف ، فيكون توجيه اليمين في هذه الأحوال إنما يقصد به الكيد للخصم . كذلك للقاضي أن يرفض توجيه اليمين إذا كان المقصود منها استغلال ورع الخصم الذي توجه إليه وشده تدينه . على أنه إذا رأي القاضي توجيه اليمين إلى شخص شديد التدين ، فلا يجوز لهذا الخصم الامتناع عن الحلف بحجة أن دينه يمنعه من ذلك [2] " .

ولم يستحدث التقنين المدني الجديد شيئاً ، إلا أنه نص صراحة على الحكم المتقدم، وكان غير منصوص عليه في التقنين المدني القديم ، فذكر في آخر الفقرة الأولى من المادة ١١٤ إثبات ما يأتي : " على أنه يجوز للقاضي أن يمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفاً في توجيهها " [3] . وكان النص في المشروع التمهيدي للمادة ٤١٠ مدني على أن توجيه

= م ٤٢ ص ٣٠٢ — ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٠ — أو مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٨٥ — ٩ يونية سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٣٠٦ — ٧ أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٨٠ — ٣ ديسمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ٢٠ — ٢٩ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٩٦ — ٢٩ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٣٧ — ١٢ يونية سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٧٩ — وقارن: استئناف مختلط ١٢ مارس سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٢٠ — ١٧ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٧٥ — ١٦ نوفمبر سنة ١٩٠٤ م ١٧ ص ٨ — ٦ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١١ — ٢ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٥٢ — ١٩ مايو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٥١ — ١٧ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٠٨ — ١٦ مايو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٦٢ .

وجاء في طرق القضاء في الشريعة الإسلامية للأستاذ أحمد إبراهيم (ص ٢٣٦) : واشترط المالكية لتوجيه اليمين أن يكون بين المدعى والمدعى عليه اختلاط في المعاملة ، لئلا يبتذل أهل السفه أهل الفضل بتحليفهم مراراً (أنظر تبصرة بن فرحون والطرق الحكمية) . وقريب من مذهب مالك قول الأصطخري من الشافعية. أن قرائن الحال إذا شهدت بكذب المدعى لم يلتفت إليه .

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٦٦٤ ص ٦٩٠ — وقارن مع ذلك الأستاذ عبد السلام ذهني في الأدلة ٢ ص ٢٧ — ص ٣٢ والأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ٢ فقرة ٥٨٢ — فقرة ٥٧٤ .

(٢) أنظر : استئناف مختلط ١٤ مايو سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٣٠٠ .

(٣) على أنه يلاحظ أن قضاء محكمة النقض كان لا يتوسع كثيراً في تفسير التعسف في توجيه اليمين في عهد التقنين المدني السابق . وهذه بعض أمثلة من هذا القضاء : (١) إذا كان الحكم قد رفض في توجيه اليمين بمقولة إن المعاملة بين الطرفين بالكتابة وطالب اليمين رجل قانوني يقدر المستندات في مسائل الحساب ، فإنه يكون قد خالف القانون ، إذ هذا الذي قاله ليس فيه ما يفيد أن طالب اليمين كان متعسفاً في طلب توجيهها (نقض مدني ٧ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٥ ص ١٢٢). (٢) جرى قضاء محكمة النقض على أن اليمين الحاسمة ملك للخصم لا للقاضي ، وأن على القاضي أن يجيب طلب توجيهها متى توافرت شروطها ، إلا إذا بان له أن طالبها يتعسف في هذا الطلب. ومحكمة الموضوع وإن كان لها كامل =

اليمين الحاسمة لا يكون إلا بإذن القاضي . ولكن اللجنة التشريعية لمجلس النواب خشيت أن يكون النص على هذا الوجه معناه أن توجيه اليمين الحاسمة يكون دائماً معلقاً على إذن القاضي ، وأرادت اللجنة أن تستبقى للمتقاضين الحق في توجيه اليمين الحاسمة على أن يكون للقاضي منع توجيهها إذا رأى أنها كيدية وأن الخصم متعسف في توجيهها ، فعدلت النص على النحو الذي رأيناه [1] .

ويلاحظ أنه إذا كانت الواقعة المراد التحليف عليها غير محتملة الصدق ، أو كذبتها مستندات الدعوى ، أو كانت غير منتجة [2] [1] ، أو كانت خالية من الدليل ولكن المدعى وجه اليمين مستغلا في ذلك ورع خصمه وتحرجه من الحلف ، كان مدعى هذه الواقعة وهو

---

١ = السلطة في استخلاص كيدية اليمين ، فإنه يتعين عليها أن تقيم استخلاصها على اعتبارات من شأنها أن تؤدي إليه . فإذا أقامت المحكمة حكمها بكيدية اليمين على مجرد أن الوقائع المراد إثباتها منتفية بمحررات صادرة من طالب توجيه اليمين ، فهذا منها قصور في التسبيب ، فإن كون الواقعة المراد إثباتها باليمين تتعارض مع الكتابة لا يفيد بذاته أن اليمين كيدية (نقض مدني ٣٠ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٨٨ ص ١٨٦) . (٣) الحكم الذي يؤسس قضاءه برفض طلب توجيه اليمين على أن الطرفين اعتادا التعامل بالكتابة ، وأن طالب توجيهها قال إن خصمه أخذ المبالغ المراد الحلف عليها في غضون سنين طوال مما يجعل طلب اليمين غير جدي ، ويكون مخالفاً للقانون لتأسيسه قضاءه على غير العسف في طلبها (نقض مدني ١٠ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩٦ ص ١٩٢) . (٤) اليمين الحاسمة ملك الخصم ، له أن يوجهها متى توافرت شروطها مهما كانت قيمة النزاع ، ولو كان الغرض منها إثبات ما يخالف عقداً مكتوباً ولو رسمياً إلا فيما لا يجوز الطعن فيه من العقد الرسمي إلا بالتزوير . ومن ثم يكون متعيناً على القاضي أن يجيب طلب توجيهها إلا إذا بان له أن طالبها متعسف في طلبه . والقول بأن طلب توجيه اليمين غير جدي لتناقض طالبه في دفاعه ليس من شأنه أن يفيد أنه كان متعسفاً في توجيهها ، ومن ثم لا يصح أن يكون ذلك سبباً للحكم برفض توجيه اليمين (نقض مدني ٧ أبريل سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٠٥ ص ٧٥٠) .

(١) أنظر ما قدمناه في تاريخ النص — وعلى هذا النحو ينبغي أن يفهم نص المادة ٤٧١ من التقنين المدني العراقي الذي سبق إيراده وكذلك النصوص٢ المماثلة في التقنينات العربية الأخرى ، إلا أن التعسف يكون من القاضي في منع توجيه اليمون ، لا من الخصم في توجيهها (قارن الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٢١٠ هامش رقم ١) .

(٢) ولا تكون اليمين منتجة في دعوى مرفوعة على ناظر الوقف ، إذا كانت الواقعة المراد التحليف عليها إنما تحقق — إذا صحت — مسئوليته الشخصية لا مسئوليته كناظر للوقف (نقض مدني ٢٤ أبريل سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٤٥ ص ٩٨٢) .

(1) يجب التمسك أمام محكمة أول درجة بأن اليمين المطلوب توجيهها غير منتجة في النزاع بسبب سقوط الحق بالتقادم ، فإذا لم يتمسك بذلك فلا يقبل إثارة ذلك أمام محكمة الاستئناف ، لأن حكم محكمة أول درجة باعتبار الطاعن ناكلا عن اليمين هو حكم نهائي ، لا يجوز الطعن فيه بالإثبات .
(جلسة ١٩٧٦/٤/٦ مجموعة المكتب الفني السنة ٢٧ ص ٨٧١) .

يوجه اليمين إلى خصمه متعسفاً في توجيهها ، فيمنعه القاضي (1) . أما إذا كانت الواقعة ثابتة دون حاجة إلى الحلف ، فالذي يتعسف في توجيه اليمين هو الخصم الآخر ، يوجه اليمين إلى المدعى في الواقعة الثابتة ليحلف أن له الحق الذي يدعيه ، فلا يقبل القاضي

---

(١) لكن إذا كان عند المدعى – على العكس مما تقدم – دليل على دعواه ، ولم يتمكن من تقديمه فامتنع بتوجيه اليمين إلى المدعى عليه ، جاز له ذلك . ويعتبر في هذه الحالة متنازلا عن دليله ، مجتزئا بالاحتكام إلى ذمة خصمه .

وفي هذه المسألة خلاف في الفقه الإسلامي بين أبي حنيفة وصاحبيه . فعند أبي حنيفة لا يجوز للمدعى توجيه اليمين إلى المدعى عليه إذا كانت عنده بينة حاضرة ، وعند الصاحبين يجوز . جاء في البدائع : "وأما شرائط الوجوب (أي وجوب توجيه اليمين) فأنواع . منها الإنكار ... ومنها الطلب من المدعى لأنها وجبت على المدعى عليه حقاً للمدعى ، وحق الإنسان قبل غيره واجب الإيفاء عند طلبه . ومنها عدم البينة الحاضرة عند أبي حنيفة ، وعندهما ليس بشرط ، حتى لو قال المدعى لي بينة حاضرة ، ثم أراد أن يحلف المدعى عليه ، ليس له ذلك عنده . وعندهما له ذلك . وجه قولهما أن اليمين حجة المدعى كالبينة ، ولهذا لا تجب إلا عند طلبه ، فكان له ولاية استيفاء أيهما شاء . ولأبي حنيفة أن البينة في كونها حجة المدعى كالأصل لكونها كلام غير الخصم ، واليمين كالخلف عليها لكونها كلام الخصم ، فلهذا لو أقام البينة ثم أراد استحلاف المدعى عليه ليس له ذلك، والقدرة على الأصل تمنع المصير إلى الخلف " (البدائع ٦ ص ٢٢٥ – ص ٢٢٦).

والظاهر من نصوص الفقه الإسلامي أن اليمين هي ملك المدعى ، يوجهها إن أراد إلى المدعى عليه المنكر ، ولا يجوز للقاضي منعه من ذلك . ويقول مارسل موران (Marcel Morand) أن اليمين – وصيغتها الدينية بارزة – من أهم طرق الإثبات في الفقه الإسلامي ، لاتصاله بالدين اتصالا وثيقاً (مارسل موران : دراسات في الفقه الإسلامي بالجزائر – الجزائر سنة ١٩١٠ ص ٣٢٥ – ص ٣٢٧) .

(1) أ – إن كانت اليمين الحاسمة ملك للخصم إلا أن على القاضي أن يمتنع عن توجيهها إذا كان الخصم متعسفاً في توجيهها وعن صور التعسف ما أوردته المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني تعليقاً على نص المادة ١١٠ منه المقابل لنص المادة ١١٤ من قانون الإثبات على أنه " والواقع أن من المروءات والذمم والعقائد الدينية فاقد يتيح لسيئ النية استغلال حرص خصمه على قضاء واجب أخلاقي أو ديني " ولذلك رؤى تضمين النص حكما يعين على تحامي مثل هذا الاستغلال .

(جلسة ٢٠٠٢/٥/٢٧ الطعن رقم ٨٢٢ لسنة ٧١ ق) .

ب – اليمين الحاسمة ملك الخصم لا للقاضي ، ويجوز له طلب توجيهها في أية حال كانت عليها الدعوى، وعلى القاضي أن يجيب طلب توجيهها متى توافرت شروطها ، إلا إذا بان أن الدعوى يكذبها ظاهر الحال أو أنها ثابتة بغير يمين ، وأن اليمين بالصيغة التي وجهت بها غير منتجة ، أو أن القصد من توجيه اليمين استغلال ورع الخصم وتدينه .

(جلسة ٢٠٠٠/١١/٢٠ الطعن رقم ٣٦٩٨ لسنة ٦٣ ق) .

(جلسة ١٩٩٣/٦/١٩ الطعن رقم ٤٠٣ لسنة ٥٩ ق) .

(جلسة ١٩٨٥/٥/٢١ الطعن رقم ١٨٤٥ لسنة ٥١ ق) .

(جلسة ١٩٨٤/١٢/٦ الطعن رقم ٤٨١ لسنة ٥١ ق س ٣٥ ص ١٩٨٧)

في هذه الحالة توجيه هذه اليمين ، لأنه يستطيع الحكم بثبوت الحق المدعى بمقتضى الأدلة المقدمة دون حاجة إلى تحليف المدعى أية يمين [1] .

ورقابة القاضي لمنع التعسف في توجيه اليمين على النحو الذي بسطناه تعتبر خطوة طيبة نحو إيجابية موقف القاضي من الإثبات [2] [أ] .

---

(١) أنظر في هذه المسألة في الفقه الفرنسي أوبري ورو ١٢ ص ١٤٧ — ص ١٤٨ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٧٩ ص ١٠٥٣ — بيدان وبرو ٩ فقرة ١٣٢٥ ص ٤٢٣ — انسكلوبيدي داللوز في القانون المدني Preuve فقرة ١١٣٨ . على أن أوبري ورو يذهبان إلى أن بسط رقابة القاضي على الخصم في توجيه اليمين إلى خصمه يتعارض ، من الناحية النظرية ، مع ما للخصم من حق استمده من القانون مباشرة في توجيه اليمين (أوبري ورو ١٢ ص ١٤٧ هامش رقم ٣٤) . وأنظر عكس ذلك ، وفي أن توجيه اليمين من حق الخصم وحده دون رقابة عليه من القاضي : بودري وبارد ٣ فقرة ٢٧٤٧ — فقرة ٢٧٤٧ مكررة .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي (وقد كانت الفقرة الأولى من المادة ٥٤٨ من هذا المشروع تقضي بأن توجيه اليمين يكون بإذن القاضي كما رأينا) في هذا الصدد ما يأتي : " ويكاد ينعقد إجماع القضاء في فرنسا وبلجيكا على أن للقاضي أن يقدر : (أ) ملاءمة توجيه اليمين وأن يرفض توجيهها إذا قصد منها الكيد . (ب) وأن له أن يقدر ضرورة توجيه اليمين وأن يرفض توجيهها إذا كانت الوقائع التي توجه بشأنها غير قريبة الاحتمال ، أو سبق أن قام الدليل عليها بطرق أخرى من طرق الإثبات ... والواقع أن من المروءات والذمم والعقائد الدينية ما قد يتيح لسيء النية استغلال حرص خصمه على قضاء واجب أخلاقي أو ديني ، ولذلك رؤى تضمين النص حكماً يعين على تحامي مثل هذا الاستغلال . ويراعى من ناحية أخرى أن اليمين قد تقررت بوصفها طريقاً من طرق الإثبات لإسعاف المدعي بالدليل عند تخلفه، لا لنقض دليل تم تحصيله بطريق من سائر الطرق . ولهذا يجب أن يتاح للقاضي أن يرفض توجيه اليمين إذا لم تكن مجدية . ويقع ذلك حيث يقام الدليل على الواقعة التي يراد الاستحلاف عليها بطريق آخر ... ولذلك اقتفى المشروع أثر المشروع الفرنسي الإيطالي وأثبت للقاضي حق الترخيص ، كتدبير وقائي ، ولو أنه حرمه من كل سلطة في الرقابة متى حلفت اليمين الحاسمة ، حتى تكون حجة قاطعة في الإثبات . فللقاضي أن يقدر ما إذا كان ثمة محل للترخيص بتوجيه اليمين ، وفقاً للأحوال من ناحية ، ووفقاً لصفات الأشخاص من ناحية أخرى . وهذا الترخيص مستقل عن التثبت من توافر شرط قبول توجيه اليمين " . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٤٤ — ص ٤٤٥) .

(1) القضاء برد وبطلان العقد لا يمتد أثره للتصرف المثبت به فلا يفيد بذاته كيدية اليمين الحاسمة بشأن التصرف. علة ذلك . رد الورقة منبت الصلة عن صحة هذا التصرف — مؤداه — رفض الحكم توجيه اليمين الحاسمة للمطعون ضدها بخصوص علمها بواقعة البيع الصادر من مورثها وقبضه الثمن تأسيساً على كيدية اليمين لتعارضها مع قضائه برد وبطلان عقد البيع . خطأ وفساد في الاستدلال .
(جلسة ١٩٩٧/١١/٤ الطعن رقم ٤٥٣١ لسنة ٦١ ق) .

المطلب الثاني

لمن توجه اليمين الحاسمة

٢٧٤ – توجه اليمين إلى الخصم الذي له حق المطالبة بالإثبات : وتوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر الذي له حق المطالبة بالإثبات . وتوجيه اليمين إليه تقلب موقفه . فبعد أن كان غير مكلف بشيء وما عليه إلا أن ينتظر من خصمه تقديم الدليل على دعواه فإن لم يقدم هذا الدليل خسر الدعوى وخرج الخصم من القضية منتصراً دون أن يقوم بعمل ، إذا به بعد أن وجهت إليه اليمين يرى نفسه مضطراً إلى قبول احتكام خصمه إلى ضميره ، إذا لم يختر هو بدوره أن يحتكم إلى ضمير خصمه برد اليمين عليه . فهو إنما يكسب الدعوى إذا حلف اليمين ، فأصبح إذن مكلفاً بشيء يقوم به حتى يكسب الدعوى ، وقد كان قبل توجيه اليمين إليه غير مكلف بشيء . وإذا نكل عن حلف اليمين ، كان في هذا معنى الإقرار بحق خصمه ، وقد رأينا أن الإقرار ينطوي على نزول عن حق المطالبة بالإثبات ، وهو الحق الذي كان له قبل توجيه اليمين إليه [1] .

٢٧٥ – لا توجه اليمين إلا إلى خصم أصلي في الدعوى : ولا يجوز توجيه اليمين إلا إلى خصم أصلي في الدعوى . فإذا رفع الدائن باسم مدينه دعوى الدين على مدين مدينه ، فلا يجوز للمدعى عليه في هذه الدعوى أن يوجه اليمين الحاسمة إلى دائن الدائن لأنه ليس إلا نائباً عن الدائن وليس خصماً أصلياً في الدعوى . فيجب إذن أن يكون توجيه اليمين إلى الدائن ، وهو الخصم الأصلي ، بعد إدخاله في الدعوى وفقاً للمادة ٢٣٥ فقرة ٢ من التقنين المدني [1] . ولا توجه اليمين ، في دعوى تقام ضد إحدى الشركات ، إلى شريك انسحب منها فلم يعد خصماً [2] ، ولا إلى شخص ليس خصما في الدعوى و لم يعد موظفاً في الشركة [3] ، ولا إلى جملة من الشركاء كل شريط يحلف على وقائع لا تخصه هو

---

(1) المستفاد من توجيه اليمين الحاسمة ، أن الخصم يترك بتوجيه اليمين ماعداها من طرق الإثبات ، ولا يجوز له بعد أدائها أن يطلب الإثبات بدليل آخر .
(جلسة ١٩٨٤/١١/٢١ الطعن رقم ١٤٤٥ لسنة ٥٠ ق السنة ٣٥ ص ١٨٦٨) .

(١) أوبري ورو ١٢ ص ١٣٧ (ويقرران كذلك أن اليمين لا توجه ، في القانون الفرنسي ، إلى الزوج الذي لم يدخل في الدعوى إلا ليأذن لزوجته في الخصومة) .

(٢) استئناف مختلط ٧ أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٨٠ .

(٣) استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ١٦ .

بل تخص الشركاء الآخرين [1] . ولا توجه اليمين إلى أحد مديري مصرف إذا كان هذا المدير لا يملك التصرف إلا بالاشتراك مع سائر المديرين[2] ، ولا إلى الوكيل إذا كانت الواقعة المراد إثباتها منسوبة إلى الأصيل [3] ، ولا إلى الغير مع إدخاله خصيصاً في الخصومة لحلف اليمين [4] . وإذا كان الخصم شخصاً معنوياً ، وجهت اليمين إلى من يمثله [5] [1] .

٢٧٦ – توافر أهلية التصرف فيمن يوجه إليه اليمين : ويجب فيمن توجه إليه اليمين أن تتوافر فيه أهلية التصرف في الحق الذي توجه إليه فيه اليمين [6] [1] ،

---

(١) استئناف مختلط ٢٩ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٩٦ .

(٢) استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٧٤ .

(٣) استئناف مختلط ٤ ديسمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٥٢ – ٢٧ يناير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٥٣ .

(٤) استئناف مختلط ١٧ مارس سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٨٠ – ١١ يونية سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٩٨ – ومن باب أولى لا توجه إلى غير خصم في الدعوى دون إدخاله (استئناف مختلط ٩ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٢٦) . ولا توجه اليمين إلى أحد الورثة مع حفظ الحق بالنسبة إلى الباقي (استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ١٥) ، وإذا وجهت إلى جميع الورثة وحلف بعض دون بعض ، فلا يفيد حلف البعض أمام نكول الآخرين (استئناف مختلط أول ديسمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٢٤) . وإذا ادعى المشترى أن الشفيع إنما يستعمل الشفعة لرد العين المبيعة إلى البائع ، فاليمين توجه إلى الشفيع لا إلى البائع ، لأن الحكم لن يقضى للبائع ولن يقضى إلا للمشترى أو للشفيع (استئناف مختلط ٣١ يناير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٠٣) . وإذا ادعى الشفيع صورية اليمن ، فلا يجوز له توجيه اليمين الحاسمة في ذلك إلى البائع والمشترى معاً ، بل يجب أن يوجهها أولا إلى المشترى ، فإن حلفها كان هذا كافياً لرفض الادعاء بالصورية دون حاجة إلى حلف البائع ، وإذا نكل المشترى وجب توجيهها للبائع ، فإن نكل هذا تثبت للصورية كاملة ، أما إذا حلف البائع وحده فلا تثبت الصورية لأنها لم تثبت من الجانبين (جرجا ١٢ يناير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٢٥٦ ص ٤٤٩ – أنظر الأستاذ عبد السلام ذهني في الأدلة ٢ ص ٤٩ – ص ٥٠ – وقارن الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ٢ فقرة ٥٤٣) . ولا يجوز بداهة أن يتقدم الخصم بنفسه ليعرض أن يحلف اليمين (استئناف مختلط ٦ يونية سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣٢٦) .

(٥) استئناف مختلط ٣ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٠٨ .

(1) متى كان الثابت أن الشركة (الدائنة الأصلية) قد اندمجت قبل رفع الدعوى في الشركة المطعون ضدها اندماجاً كلياً ، وكان يترتب على هذا الاندماج انقضاء الشركة المندمجة وزوال شخصيتها ، وبالتالي انتهاء سلطة مديرها وزوال كل حقه له في تمثيلها وفي التصرف في حقوقها ، فإن توجيه اليمين الحاسمة إليه عن واقعة الوفاء بالدين الذي لها في ذمة الطاعن " المدين " بعد أن زالت صفته في تمثيلها ، وأصبح لا يملك التصرف في حقوقها ومن بينها الحق المطالب به ، ولم يعد له المطالبة بإثبات الوفاء المدعى به من الطاعن ، يكون غير جائز قانوناً ، وبالتالي يكون الحكم المطعون فيه على حق إذ رفض توجيه اليمين .
(جلسة ١٩٦٧/١٢/٧ الطعن رقم ٢٨٤ لسنة ٣٤ ق س ١٨ ص ١٨٥١) .

(٦) استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣١٩ – أول يونية سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٤٥ – ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٢٧ ص ٢٤٩ – قارن الموجز للمؤلف وقد ورد فيه اشتراط أهلية التبرع (الموجز ص ٦٩٠) .

ذلك أن كل خصم توجه إليه اليمين يجب أن يكون قادراً على الخيار ما بين الحلف والرد والنكول ، ورد اليمين كتوجيهها تشترط فيه أهلية التصرف ، والنكول كالإقرار لا يملكه إلا من ملك التصرف في الحق . ومن ثم لا يجوز توجيه اليمين إلى صبي لم يبلغ سن الرشد إلا فيما يملك من أعمال الإدارة ، ولا إلى محجور عليه لجنون أو عته أو غفلة أو سفه . ولا يجوز توجيهها إلى النائب عن هؤلاء ، كموصى أو قيم ، إلا عن أعمال صدرت منه شخصيا [1] أو عن أعمال الإدارة التي يملكها [2] [2] . أما الولي فيملك التصرف في مال الصغير ، فيجوز توجيه اليمين إليه .

ويجب أن تتوافر أهلية التصرف فيمن توجه إليه اليمين وقت الحلف ، لا وقت توجيه اليمين . فإذا كان أهلا وقت توجيه اليمين ، ثم حجر عليه قبل الحلف [3] ، فلا يجوز له أن يحلف بعد توقيع الحجر عليه [4] .

وسنرى أنه إذا جاز التوكيل في توجيه اليمين بمقتضى وكالة خاصة ، فإنه لا يجوز التوكيل أصلا في حلف اليمين ، ذلك أن النيابة تجرى في الاستحلاف ولا تجرى في الحلف .

---

(1) يجب أن يتوافر فيمن يوجه اليمين الحاسمة أهلية التصرف في الحق موضوع اليمين وقت أدائها .
(جلسة ١٩٩٠/٦/٢٢ الطعن رقم ٢٢٨٩ لسنة ٥٤ ق) .
(جلسة ١٩٨٩/١/١٥ الطعن رقم ٢٣٢٣ لسنة ٥٥ ق السنة ٤٠ ص ١٥٢) .
(جلسة ١٩٨٨/١/٢٤ الطعن رقم ٢٣٧٥ لسنة ٥٥ ق) .

(١) كما إذا وجهت إليه اليمين في قبض الدين الذي لمحجوره ، وكان قد أدخل في الدعوى بصفته الشخصية أيضاً ، فإن حلف كسب الدعوى ، وإن نكل لم يضر نكوله بالمحجور ، ويصبح ملتزماً نحوه بالدين (أوبري ورو ١٢ ص ١٣٩) .

(٢) استئناف مصر ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٧٩ ص ١٥٨ — استئناف أسيوط ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٧٥ ص ٥٥٥ — المحكمة العليا الشرعية ٥ سبتمبر سنة ١٩١٨ المحاماة ٨ رقم ٢٠١ ص ٢٤٧ .

(2) لا يجوز إعمال أثر اليمين الحاسمة التي يحلفها الوصي في حق القاصر ، إذ أن أداء اليمين الحاسمة عمل من أعمال التصرف التي لا يجوز له مباشرتها .
(جلسة ١٩٦٢/٤/١٢ الطعن رقم ٤٢٣ لسنة ٢٦ ق س ١٣ ص ٤٥٥) .

(٣) أو أفلس : استئناف مختلط ٩ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٥٦ .

(٤) أوبري ورو ١٢ ص ١٤٠ .

المطلب الثالث

متى توجه اليمين الحاسمة

٢٧٧ – النصوص القانونية : تنص الفقرة الأخيرة من المادة ١١٥ من قانون الإثبات (تقابلها الفقرة الثانية من المادة ٤٠١ من التقنين المدني الملغاة) على ما يأتي:

" ويجوز أن توجه اليمين الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى " [١]

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص [٢] .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البينات السوري المادة ١١٤ فقرة ٢ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٧٢ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المادة ٢٣١ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٠٠ فقرة ٢ [٣] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في الفقرة الثانية من المادة ٥٤٩ من المشروع التمهيدي للقانون المدني على الوجه الآتي : " ويجوز أن توجه اليمين الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى ، وفي كل نزاع مدني ، إلا أنه لا يجوز توجيهها في واقعة مخالفة للنظام العام (وعن هذا النص في المشروع التمهيدي نقلت المادة ٤٧٢ من التقنين المدني العراقي) . وفي لجنة المراجعة نقلت العبارة الأخيرة من هذه الفقرة " لا يجوز توجيهها في واقعة مخالفة للنظام العام " مع تحويرها إلى صدر الفقرة الأولى من المادة لتكون أدق في الأدلة على الحكم المقصود ، وحذفت عبارة " في كل نزاع مدني " لعدم الحاجة إليها ، وأصبح رقم المادة ٤٢٤ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فلجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٤١١ ، فمجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٤٩ و ص ٤٥٢) .

(٢) الموجز للمؤلف ص ٦٩١ .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السوري م ١١٤ فقرة ٢ : يجوز أن توجه اليمين الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى في كل نزاع ، إلا أنه لا يجوز توجيهها في واقعة ممنوعة بالقانون أو مخالفة للنظام العام وللآداب . (ولا فرق في الحكم بين القانون السوري والتقنين المصري ، والنص السوري يتفق مع نص المشروع التمهيدي للتقنين المصري وقد تقدم ذكره) .

التقنين المدني العراقي م ٤٧٢ : يجوز أن توجه اليمين الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى وفي كل نزاع مدني . إلا أنه لا يجوز توجيهها في واقعة مخالفة للنظام العام أو الآداب . (فالحكم واحد في التقنينين المصري والعراقي ، والنص يتفق مع نص قانون البينات السوري) .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٢٣١ : يجوز الاستحلاف في أي حال من أحوال الدعوى ، وإن لم يكن هناك بداءة إثبات للطلب أو للدفع المستحلف عليه . (والحكم واحد في التقنين اللبناني والتقنين المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٤٠٠ فقرة ٢ : مطابقة لنص التقنين المصري .

ويقابل في التقنين المدني الفرنسي المادة ١٣٦٠ [١] .

٢٧٨ – توجيه اليمين الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى :

ويتبين من نص التقنين المدني المصري المتقدم الذكر أنه يمكن توجيه اليمين الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى ، إلى أن يصدر حكم نهائي [٢] . ذلك أن اليمن الحاسمة طريق من طرق الإثبات ، فيمكن الالتجاء إليه بعد تقديم أوجه إثبات أخرى [٣] . بل يجوز بعد إقفال باب المرافعة طلب إعادة فتحها وتوجيه اليمين الحاسمة [٤] . ولكن لا يجوز للخصم توجيهها بعد أن يكون قد قبل من خصمه الإثبات بالبينة [٥] .

ويجوز توجيه اليمين الحاسمة لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية ، في أية حالة كانت عليها الدعوى ، على الوجه المتقدم الذكر [٦] [أ] .

ولكن لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة لأول مرة أمام محكمة النقض [٧] .

---

(١) التقنين المدني الفرنسي م ١٣٦٠ : يجوز توجيه اليمين الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو لم يوجد أي مبدأ ثبوت للطلب أو للدفع المطلوب التحليف عليه .

Art. 1360 : Il Peut être déféré en tout état de cause, et encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve de la demande ou de l'exception sur laquelle il est provoqué.

(٢) استئناف مختلط ٢٧ ديسمبر سنة ١٨٨٨ م ١ ص ٢٢٩ – ١٨ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٤٤ – ٢٢ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٨٧ – ٢٥ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٩٨ – ٢٧ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٣٠ .

(٣) أوبري ورو ١٢ ص ١٤٥ وهامش رقم ٣٠ .

(٤) الموجز للمؤلف ص ٦٩١ – الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ٢ فقرة ٥٧٩ . قارن بودري وبارد ٤ فقرة ٢٧٤٦ .

(٥) استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٧٨ .

(٦) وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأن اليمين الحاسمة هي من أوجه الدفاع التي يجوز طلبها في أية حالة كانت عليها الدعوى ، سواء كانت في الدرجة الأولى أو في الدرجة الثانية ، وسواء طلبت اليمين قبل كل دفاع أو بعده (١٣ ديسمبر سنة ١٨٩٤ الحقوق ١٠ ص ١) – أنظر أيضاً : استئناف مختلط ٢٨ فبراير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٣٣ – ٣١ يناير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٠٣ – ١٢ ديسمبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ١٦ – وأنظر أوبري ورو ١٢ ص ١٤٥ .

(أ) إذا كانت محكمة أول درجة لم تقل كلمتها في طلب توجيه اليمين الحاسمة ، وإنما ندبت خبيراً في الدعوى فمتى لو اعتبر ذلك رفضاً ضمنياً لطلب توجيه اليمين ، فإن ذلك لا يمنع التمسك به أمام محكمة الاستئناف عملا بالمادة ٤١٠ مرافعات (المقابلة للمادة ١١٤ من قانون الإثبات) .
(جلسة ١٩٦٢/٤/١٢ الطعن رقم ٤٢٣ لسنة ٢٦ ق س ١٣ ص ٤٥٥) .

(٧) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥٠ – ص ٤٥١ . أنسكلوبيدي داللوز في القانون المدني ٤ Preuve فقرة ١١٤١ .

٢٧٩ – يجوز توجيه اليمين الحاسمة على سبيل الاحتياط : يحسن هنا أن نميز بين فروض ثلاثة حتى لا يقع لبس فيما بينها ، ولا يختلط بعضها ببعض :

الفرض الأول أن يقدم الخصم أدلة على ادعائه ، فيفحصها القاضي ولا يقتنع بها . وإذ عرف الخصم منه ذلك ، يترل عما قدم من أدلة ، ويقتصر على توجيه اليمين الحاسمة إلى خصمه . وهذا دون شك جائز . وقد قدمنا أنه يجوز للخصم أن يلتجئ إلى اليمين الحاسمة بعد أوجه إثبات أخرى ، وأمام محكمة الاستئناف ، بل يجوز طلب إعادة القضية إلى المرافعة لتوجيه اليمين الحاسمة [١] .

والفرض الثاني أن يوجه الخصم اليمين الحاسمة إلى خصمه ، ويقول إنه يوجهها ابتداء حتى إذا حلفها الخصم فإنه يحتفظ لنفسه بالحق في تقديم أدلة أخرى . وهذا دون شك غير جائز [٢] . فإنه متى حلف الخصم اليمين ، خسر من وجهها إليه دعواه ، ولا يسمح له بالرجوع إلى هذه الدعوى على أية صورة كانت كما سنرى . بل إن مجرد قبول الخصم لحلف اليمين الموجهة إليه تمنع من وجه اليمين من الرجوع في توجيهها ، ومن ثم تمنعه من التقدم بأدلة أخرى .

والفرض الثالث أن يقدم الخصم أدلة على ادعائه ، ويقول إنه على سبيل الاحتياط، في حالة ما إذا لم يقتنع القاضي بهذه الأدلة ، يوجه اليمين الحاسمة إلى خصمه. وهذا هو

---

(١) الموجز للمؤلف ص ٦٩١ – وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يجوز بعد أن يقضى للخصم بالإثبات بالبينة أن يترل عن هذا الحكم ويوجه اليمين الحاسمة (٧ يناير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٠٨) – أنظر أيضاً : استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٠٦ – ٢١ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣١١ – ١١ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٤٣ – ٩ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١٩٥ – ١٢ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٢٧ – ٦ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٠٢ – ٢١ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٩٥ – ١٧ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٣٣ – ٩ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٢٩ – ١٢ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٢٢ .

(٢) فالخصم بعد توجيه اليمين إلى خصمه لا يجوز له أن يعود ويطلب الإثبات بالبينة (استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٤٥) . وإذا حلف خصمه ، فلا يجوز له أن يعود ويطعن في الالتزام بأنه يتضمن فوائد ربوية (استئناف مختلط ٤ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٩٨) ، أو يعود بعد حلف اليمين في محكمة أول درجة إلى طرق إثبات أخرى لنفس الواقعة أمام محكمة الاستئناف (استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٢٤ – ١٨ مايو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٤٨) ، ولكن يصح أن ينازع في واقعة أخرى غير الواقعة التي حلف خصمه فيها اليمين ، كما إذا حلف الشفيع على عدم العلم فيعود المشترى إلى مناقشة أوجه أخرى لسقوط حق الشفعة (استئناف مختلط ٤ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٨٧) . أنظر أيضاً في عدم جواز تقديم أدلة أخرى بعد توجيه اليمين : استئناف مختلط ٩ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٤٢ – ٢٦ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٩٣ – ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٦٦ .

توجيه اليمين الحاسمة على سبيل الاحتياط ، وهو الفرض الدقيق الذي نقف قليلا عنده . ونذكر بادئ ذي بدء أن الخصم قد يجد نفسه في حاجة إلى هذا الاحتياط . فقد يكون الحكم الذي يوشك أن يصدر في دعواه حكماً نهائياً ، بأن كانت الدعوى أمام المحكمة الاستئنافية أو كانت مما لا يجوز الاستئناف فيه — وقد قدم ما وسعته الطاقة أن يقدمه من الأدلة وهو في شك من مبلغ اقتناع القاضي بها . فيخشى ، إن هو ترك القاضي يفصل في الدعوى بحالتها هذه ، أن يصدر حكم نهائي برفضها ، فلا يستطيع بعد ذلك أن يوجه اليمين الحاسمة إلى خصمه . لذلك لا يرى له بداً من الاحتياط : يطلب ، في حالة ما إذا لم يقتنع القاضي بالأدلة المقدمة ، أن تعاد القضية إلى المرافعة ليس طلباً منجزاً كما هي الحال في الفرض الأول ، بل هو طلب معلق على شرط عدم اقتناع القاضي بالأدلة المقدمة . وقد كان تقنين المرافعات الأسبق يقضي في المادة ١٨٧/١٦٦ بأنه لا يجوز التكليف من باب الاحتياط باليمين الحاسمة لأن التكليف بتلك اليمين يفيد ترك ما عداها من أوجه الثبوت للمادة المراد الاستحلاف عليها (أنظر أيضاً المادة ٢٩٠/٢٢٥ من التقنين المدني السابق) . وكان يمكن حمل هذا النص على الفرض الثاني دون الفرض الثالث ، فلا يجوز للخصم أن يوجه اليمين الحاسمة إلى خصمه ابتداء ، مع الاحتفاظ لنفسه ، على سبيل الاحتياط في حالة حلف الخصم لليمين ، بالحق في تقديم أدلة أخرى ، ذلك أن التكليف باليمين الحاسمة يفيد ترك ماعداها من أوجه الثبوت الأخرى. ولكن القضاء حمل النص على الفرضين معاً، وحرم على الخصم أن يوجه اليمين الحاسمة على سبيل الاحتياط في أية صورة من الصورتين [1] .

---

(١) استئناف أهلي ٢٥ فبراير سنة ١٩٠٢ الاستقلال ٥ ص ١٧٠ — استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٧٨ — ١٨ فبراير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٩٧ — أول ديسمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٤٣ — ٦ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٣٤ — ١٦ ديسمبر سنة ١٨٩٧ م ١٠ ص ٥٢ — ١٦ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٦٥ — ٢١ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢١٩ — ١٦ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٩٠ .

وهناك من الأحكام ما قضي بأنه إذا وجه الخصم اليمين الحاسمة على سبيل الاحتياط مع أدلة أخرى ، فإن توجيه اليمين الحاسمة لا يقبل ، ولا يعتد إلا بالأدلة الأخرى المقدمة : استئناف مختلط ٩ فبراير سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١٣٩ — ٢٠ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٣٨ .

وهناك أحكام قضت ، على العكس من ذلك ، بأنه لا يعتد بالأدلة الأخرى ، وتقبل اليمين الحاسمة دون غيرها : استئناف مختلط أول أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٢٥ — أنظر أيضاً : استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١١٣ و ١٨ فبراير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٩٧ — ١٠ يناير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٩٦ — من وجه اليمين الحاسمة فقد نزل عما سواها من طرق الإثبات إلا الدفع بعدم الاختصاص الموضوعي : استئناف مختلط ١٩ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٥٠ .

وهناك أحكام قضت بقبول توجيه اليمين الحاسمة فيما يتعلق بنشوء الدين مع جواز تقديم الدليل على انقضاء الدين بالتقادم فيما إذا ثبت نشوءه بحلف اليمين ، لأن انقضاء الدين بالتقادم لا يتعارض مع نشوئه ، بل يؤكده : استئناف مختلط ٤ مارس سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢١٨ — أول مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٣٦ .

ويقابل في التقنين المدني الفرنسي المادة ١٣٥٩ [1] .

وتنص المادة ١٢٢ من قانون الإثبات على أنه " يجب على من يوجه لخصمه اليمين أن يبين بالدقة الوقائع التي يريد استحلافه عليها ، ويذكر صيغة اليمين بعبارة واضحة جلية " . وتنص المادة ١٢٣ من هذا القانون على أن " للمحكمة أن تعدل صيغة اليمين التي يعرضها الخصم بحيث توجه بوضوح ودقة على الواقعة المطلوب الحلف عليها [2] " .

٢٨١ – لا توجه اليمين الحاسمة لمسألة من مسائل القانون : ونذكر منذ البداية أن اليمين الحاسمة لا يجوز أن توجه إلا في واقعة قانونية ، أي في مسألة من مسائل الواقع ، لا في مسألة من مسائل القانون [1] . ذلك أن استخلاص حكم القانون من شأن

= التقنين المدني العراقي م ٤٧٢ : يجوز أن توجه اليمين الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى وفي كل نزاع مدني . إلا أنه لا يجوز توجيهها في واقعة مخالفة للنظام العام أو الآداب – م ٤٧٩ : (١) إذا حلف شخص على فعله يحلف على البتات ، وإذا حلف على فعل غيره يحلف على عدم العلم . (٢) واليمين أما بالسبب فيما لا يرتفع سببه ، أو بالحاصل فيما يرتفع سببه – (ويلاحظ أن الحكم واحد في التقنينين المصري والعراقي ، ولو أن بعض نصوص التقنين العراقي مستمد من الفقه الإسلامي .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٢٢٩ فقرة ٢ : ولا يجوز الاستحلاف على فعل جرمي أو مناف للنظام العام ، ولا على عقد يوجب القانون لصحته سنداً خطياً ، ولا على إنكار واقعة يفيد صك رسمي حصولها بحضور المأمور الرسمي الذي قبل العقد – م ٢٣٠ : لا يجوز الاستحلاف إلا على واقعة شخصية مختصة بالفريق الذي يكلف اليمين ، أو علمه بأية واقعة أخرى . (والحكم واحد في التقنين اللبناني والتقنين المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٤٠٠ فقرة أولى : مطابقة لنص التقنين المصري .

(١) التقنين المدني الفرنسي م ١٣٥٩ : ولا يجوز توجيهها (اليمين الحاسمة) إلا على واقعة تتعلق بشخص من وجهت إليه اليمين .

Art. 1359 : 1I ne peut être déféré que sur un fait personnel à la personne à laquelle on le déféré.

(٢) وقد أورد قانون البينات السوري في المادة ١١٨ منه نص هاتين المادتين من تقنين المرافعات المصري .

(1) أ – أنه وإن كانت اليمين الحاسمة ملكا للخصوم وأن على القاضي أن يجيب طلب توجيهها متى توافرت شروطها ، إلا أنه لا يجوز أن توجه إلا في واقعة قانونية ، وذلك أن استخلاص حكم القانون من شأن القاضي وحده لا من شأن الخصوم ، وإذا كان الثابت في الدعوى أن صيغة اليمين الحاسمة التي طلب الطاعن توجيهها إلى المطعون عليه هي :

أحلف بالله العظيم أن المستأنف لا يستحق تعديل الحكم المستأنف إلى قبول جميع طلباته بقيمتها الواردة في ختام صحيفة الاستئناف ، وهي أمور تتعلق بطبيعة الشيك القانونية وما إذا كان ثمة فوائد مستحقة ومقدارها وتاريخ استحقاقها وكلها من مسائل القانون ، فإن الحكم المطعون فيه إذا رفض توجيه اليمين يكون قد التزم صحيح القانون .

(جلسة ١٩٨٩/٣/٨ الطعن رقم ١٩١٣ لسنة ٥٦ ق) .

القاضي وحده لا من شأن الخصوم ، وقد قدمنا أن هؤلاء لا يكلفون بإثبات مسائل القانون. واليمين الحاسمة في هذه الناحية كالإقرار [1] .

٢٨٢ – توجيه اليمين الحاسمة في واقعة قانونية محددة أياً كانت قيمتها : فلا توجه اليمين الحاسمة إذن إلا لمسألة من مسائل الواقع : واقعة قانونية محددة واضحة . ويجب على من يوجه اليمين أن يضع صيغتها ، بحيث يبين بعبارة واضحة دقيقة الواقعة التي يريد استحلاف خصمه عليها . فإذا رأى القاضي أن الصيغة يعوزها الوضوح أو الدقة ، كان له أن يعدل فيها حتى تتحدد الواقعة المطلوب الحلف عليهـــا (م ١٢٣ من قانون الإثبات) . وفي هذه الحالة لا توجه اليمين إلا بعد أن يوافق الخصم الذي وضع الصيغة الأولى على التعديل الذي أدخل فيها ، فقد يكون هذا التعديل من شأنه أن يحور الصيغة تحويراً يجعلها تنصرف إلى معنى غير الذي أراده ، فلا يرضى بتوجيه اليمـــين على هـــذا النحو [2] ، وقد قدمنا أن توجيه اليمين تحكيم من جانب الخصم لا من جانب القاضي [3] .

ويصح توجيه اليمين الحاسمة في أية واقعة قانونية ، أياً كانت قيمتها ، حتى لو جاوزت هذه القيمة نصاب البينة وليس عند المدعى كتابة تثبت مدعاة . فيستطيع ، وقد عجز عن تقديم الدليل الكتابي الذي يتطلبه القانون ، أن يوجه إلى خصمه اليمين الحاسمة، وهي آخر ملجأ له في هذه الحالة . أما إذا كان عنده مبدأ ثبوت بالكتابة ، فهو لا يوجه اليمين الحاسمة إلا إذا عجز عن استكمال دليله بالبينة أو القرائن . فإن استطاع ذلك ، أو استطاع إقناع القاضي باستكمال الدليل عن طريق توجيه اليمين المتممة إليه هو ، فإنه حينئذ لا يلجأ إلى توجيه اليمين الحاسمة إلى خصمه بعد أن توافر لديه الدليل على حقه [4] .

= ب – اليمين الحاسمة جواز توجيهها في واقعة قانونية دون مسألة قانونية – علة ذلك – توجيه اليمين بصيغة تتعلق بأحقية المستأنف في تعديل الحكم المستأنف إلى قبول جميع طلباته بقيمتها الواردة بصحيفة الاستئناف من مسائل القانون .

(جلسة ١٩٩٣/١/٢٠ الطعن رقم ٤٠٠ لسنة ٥٦ ق) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " يتعين أن ترد اليمين على واقعة قانونية ، لا على مسألة من مسائل القانون . فحكمها من هذا الوجه حكم الإقرار . ذلك أن استخلاص الآثار القانونية التي تترتب على الواقع من شأن القاضي " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٤٩) .

(٢) الموجز للمؤلف ص ٦٩٠ .

(٣) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٣ ص ١٤٩ .

(٤) والقضاء مستفيض في هذا الموضوع : والمبدأ الأساسي هو أن اليمين توجه في أية واقعة منتجة جائزة الإثبات (استئناف مختلط ٢٦ يونية سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٢٧٢ – ١٢ مارس ســـنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٢٠) – =

٢٨٤ – يجب أن تكون الواقعة حاسمة في الدعوى : ولا توجه اليمين الحاسمة إلا في واقعة حاسمة في الدعوى [1] . ذلك أن مهمة هذه اليمين – كما هو ظاهر من اسمها – هي حسم النزاع . وهي بمجرد توجيهها إلى الخصم تقرر مصير الدعوى . فإذا حلفها خسر المدعى دعواه ، وإذا نكل أجيب المدعى إلى طلباته ، وإذا ردها وحلف المدعى كسب الدعوى ، أو ردها ونكل المدعى خسر الدعوى . فعلى أي وجه من الوجوه تنتهي اليمين الحاسمة ، فإن النزاع لا بد أن ينحسم بها [1] . ومن ثم لا يجوز توجيهها إلا في الواقعة التي ينحسم بها النزاع . فلا يجوز توجيهها بالنسبة إلى الطلبات الأصلية مع احتفاظ المدعى

– اليمين الحاسمة لإثبات الربا الفاحش (أي واقعة فردية) لأن ذلك وإن كان يؤدي إلى إثبات ركن من أركان جريمة الربا الفاحش إلا أنه لا يمس النظام العام في شيء (١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٠ المحاماة ٢ رقم ٨٨ ص ٢٧٩ ، قارن الأقصر ١٤ فبراير سنة ١٩٢٠ المحاماة ١ ص ٢٥٩) . أما إذا كانت الواقعة المراد التحليف عليها تكون عادة الإقراض بالربا الفاحش ، فلا يجوز توجيه اليمين الحاسمة فيها ، لأنه لا يجوز التحليف على واقعة لو صحت كانت جريمة كما قدمنا (أنظر الحاشية السابقة) . ومع ذلك فقد جاء في حكم لمحكمة أسيوط الكلية : اختلاف الفقهاء في جواز تحليف اليمين على واقعة معاقب عليها جنائياً ، فقال البعض بجوازه استناداً إلى أن المطلوب تحليفه إذا كان بريئاً حلف اليمين ، وإلا فهو ليس أهلا للرعاية ، وقال البعض الآخر إنه لا يجوز إحراج مركز الخصم وتحليفه مدنياً على ما لا يجوز التحليف عليه جنائياً . غير أنه يجمع على جواز التحليف على واقعة ولو كانت ماسة بالشرف، وكذا على واقعة واحدة لربا فاحش إذ هي وحدها لا تكون جريمة الاعتياد على الربا الفاحش (٢ مايو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٣٣٨ ص ٥٥٦) .

ونرى مما قدمناه من القضاء المصري أن الرأي الراجح هو جواز التحليف على واقعة ماسة بالشرف وعدم جواز التحليف على واقعة تكون جريمة جنائية . ومع ذلك فقد أورد الأستاذ عبد السلام ذهني خلافاً في هاتين المسألتين (أنظر الأدلة ٢ ص ١٨ – ص ٢٠) .

أنظر في الفقه الفرنسي : أوبري ورو ١٢ ص ١٤٤ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٧٦ ص ١٠٥١ وفقرة ١٥٧٩ ص ١٠٥٣ – ص ١٠٥٤ .

(١) استئناف مصر ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٧٤ ص ١٥٣ – ٤ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٢١ ص ٣٩ – استئناف مختلط أول أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٥٨ – ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ١٢ – أو أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٢٥ – ٢ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٤٧ – ٢ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٥١ – ١٧ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٦٨ – ٨ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٧ ص ١٨٨ – ١٧ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٧٣ – ٢٦ يونية سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٥١٥ – ٦ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٧٥ – ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٤١ – ٢٠ يونية سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٨٣ .

(1) الغاية من اليمين الحاسمة هي حسم النزاع ، فإنه يتعين أن تكون الواقعة محل الحلف قاطعة في النزاع بحيث يترتب على أدائها تحديد مصير الدعوى قبولا أو رفضا .
(جلسة ١٩٨٥/٥/١٤ الطعن رقم ٢١٥ لسنة ٥٢ ق) .
(جلسة ١٩٨٤/١/٢٥ الطعن رقم ١٧٧٨ لسنة ٥٠ ق) .
(جلسة ١٩٨٢/٣/٩ الطعن رقم ٥١٩ لسنة ٤٢ ق) .

بالحق، إذا حلف المدعى عليه، في تقديم طلبات احتياطية [1]. ولا يجوز توجيهها من المقترض إلى المقرض في أن القرض لا يشتمل على فوائد ربوية إذا كان المقترض يطلب الحكم برفض الدعوى أصلا لأن القرض لم يتم [2].

وغني عن البيان أن الواقعة الحاسمة في الدعوى يجب أن تكون الواقعة الأساسية فيها، فلا يصح توجيه اليمين في واقعة لا تدخل في نطاق الدعوى. مثل ذلك أن ينكر المدعى عليه أنه اقترض المبلغ الذي يطالبه به المدعى، فلا يجوز توجيه اليمين من المدعى إلى المدعى عليه أنه وفى بهذا المبلغ، مادام المدعى عليه يقول إنه غير مدين أصلا، فلم تدخل واقعة الوفاء في نطاق ما يدفع به دعوى المدعى. ولا يصح توجيه اليمين في موضوع الدعوى أمام القضاء المستعجل لأن هذا القضاء لا شأن له بالبت في الموضوع، ولكن إذا وجهت اليمين في واقعة تدخل في اختصاص القضاء المستعجل أمام هذا القضاء صح ذلك [3].

وتكون الواقعة التي توجه فيها اليمين داخلة في الدعوة وحاسمة فيها مسألة واقع لا مسألة قانون، ومن ثم لا رقابة لمحكمة النقض عليها [4].

٢٠٥ — تعلق الواقعة بشخص من وجهت إليه اليمين — يمين عدم العلم : ويجب أخيراً أن تكون الواقعة متعلقة بشخص من توجه إليه اليمين [5]. فلا يجوز

---

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٧٨.

(٢) ولا يجوز توجيهها مع حفظ الحق، في حالة الحلف، في رفع دعوى مستقلة (استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٨١) — ولا في وقوع اتفاق مع محام على الأتعاب التي يتقاضاها، مادام هذا الاتفاق، بفرض وقوعه، يجوز للقاضي تعديله (استئناف مختلط ٣١ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٣٠٠) — ولا يجوز توجيهها إلى مدير مصرف في تعليمات يقول أحد العملاء إنه أعطاها لأحد الموظفين في غياب المدير، مادامت هذه التعليمات، بفرض صحة صدورها من العميل، لا ترتب مسئولية المدير (استئناف مختلط ٤ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٩٦). ولكن يجوز توجيهها في واقعة حاسمة، حتى لو اضطر القاضي، بعد حلفها، إلى عمل حساب ليتبين المبلغ الذي يقضى به على وجه الدقة (استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٦٢).

(٣) جارسونيه وسيزار بري في المرافعات ٨ فقرة ٢٠٨ ص ٢٨ — سيزار بري وهيرو في القضاء المستعجل ١ فقرة ٥٥ ص ١١٣ — أنسكلوبيدي دالوز في القانون المدني (Preuve) فقرة ١١٤.

(٤) أوبري ورو ١٢ ص ١٤٢ — وأنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٤٩.

(٥) استئناف مصر ٢٩ يناير سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٦٢ رقم ٣٢ — استئناف مختلط ٢٥ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٩٨ — ١٠ أبريل سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٣٧ — ٢ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٣٥ — ١٩ يونية سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٦٤ — ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٥٤.

المطلب الخامس

عدم جواز الرجوع في اليمين الحاسمة

٢٨٦ – النصوص القانونية : تنص المادة ١١٦ من قانون الإثبات (تقابلها المادة ٤١٢ من التقنين المدني الملغاة) على ما يأتي :

" لا يجوز لمن وجه اليمين أو ردها أن يرجع في ذلك متى قبل خصمه أن يحلف " [١].

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص [٢].

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البينات السوري م ١١٦ فقرة ٢ – وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٧٦ – وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المادة ٢٣٥ – وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٠١ [٣] . ويقابل في التقنين المدني الفرنسي المادة ١٣٦٤ [٤]

= لأنه لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة للقصر لعدم أهليتهم ، ولا يملك وصيهم الحلف عنهم . واليمين الحاسمة التي يوجهها الخصم إلى خصمه في الدعوى إنما يوجهها عند عجزه عن الإثبات، فإذا كان من وجهت إليه اليمين قاصراً بقيت حالة العجز عن الإثبات كما هي ، فلا يصح أن يلزم القاصر بشيء إذ لا يمكن اعتباره ناكلا (١٦ مايو سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ٣٦ رقم ٩ ص ٢١٥).

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٥٠ من المشروع التمهيدي على الوجه الذي استقر عليه في التقنين الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٢٥ ، ثم مجلس النواب ، ثم لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٤١٠ ، ثم مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥٣ – ص ٤٥٤) .

(٢) الموجز للمؤلف ص ٦٩٠ – ص ٦٩١ .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السوري م ١١٦ فقرة ٢ : مطابقة لنص التقنين المصري .

التقنين المدني العراقي م ٤٧٦ : مطابقة لنص التقنين المصري .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٢٣٥ : إن الفريق الذي كلف خصمه حلف اليمين أو ردها عليه لا يجوز له الرجوع إذا صرح الخصم باستعداده لحلف اليمين . (وهذا النص يطابق في الحكم نص التقنين المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٤٠١ : مطابقة لنص التقنين المصري .

(٤) التقنين المدني الفرنسي م ١٣٦٤ : الخصم الذي وجه اليمين أو ردها لا يجوز له أن يرجع في ذلك متى أعلن خصمه أنه مستعد لحلف هذه اليمين .

Art, 1364 : La partie qui a déféré ou référé le serment, ne peut plus se rétracter lorsque l'adversaire a déclaré qu'il est prêt à faire ce serment.

وتنص المادة ١٢٤ من قانون الإثبات على أنه " إذا لم ينازع من وجهت إليه اليمين لا في جوازها ولا في تعلقها بالدعوى ، وجب عليه إن كان حاضراً بنفسه أن يحلفها فوراً أو يردها على خصمه ، وإلا اعتبر ناكلا . ويجوز للمحكمة أن تعطيه ميعاداً للحلف إذا رأت لذلك وجهاً . فإن لم يكن حاضراً وجب تكليفه على يد محضر بالحضور لحلفها بالصيغة التي أقرتها المحكمة وفي اليوم الذي حددته ، فإن حضر وامتنع دون أن ينازع أو تحلف بغير عذر اعتبر ناكلا كذلك " . وتنص المادة ١٢٥ من قانون الإثبات أيضاً على أنه " إذا نازع من وجهت إليه اليمين في جوازها أو في تعلقها بالدعوى ، ورفضت المحكمة منازعته وحكمت بتحليفه ، بينت في منطوق حكمها صيغة اليمين ، ويعلن هذا المنطوق للخصم إن لم يكن حاضراً بنفسه ، ويتبع ما نص عليه في المادة السابقة " .

٢٨٧ – متى يجوز الرجوع في توجيه اليمين الحاسمة وفي ردها :

ويتبين من نصوص تقنين المرافعات السابق وقانون الإثبات الحالي أن اليمين الحاسمة متى وجهت إلى الخصم ، فله أن ينازع في جواز توجيهها أو في تعلقها بالدعوى . فإن لم ينازع ، أو نازع ورفضت المحكمة منازعته ، حكمت بتحليفه ، وبينت في منطوق حكمها صيغة اليمين المطلوب من الخصم أن يحلفها .

وقد كان من المعقول وقد صدر الحكم بالتحليف – وانقطعت معارضة الخصم فيه فأصبح ملزماً بالحلف أو بالرد وإلا عد ناكلا – أن يصبح ممتنعاً على الخصم الذي وجه هذه اليمين أن يرجع في توجيهها . وهذا هو منطق الوضع الذي صار إليه طالب اليمين: وجه اليمين إلى خصمه ، فصدر حكم بتوجيهها ، وأصبح خصمه ملزماً إما بالحلف وإما بالرد دون أن يتوقف شيء من ذلك على قبوله ، فكان المنطق يقضى بأن الوقت الذي يعلم فيه الخصم الذي وجهت إليه اليمين بصدور الحكم بتحليفه هو الوقت الذي لا يستطيع فيه الخصم الذي وجه اليمين أن يرجع عن هذا المطلب . أما قبل ذلك فيكون له الرجوع [1] ، ويلجأ في إثبات الدعوى إلى طرق أخرى غير اليمين ، أو ينـــزل عن دعواه حتى يتيسر له الحصول على أدلة الإثبات فيرفع الدعوى ثانية إذا كان حقه لم يتقادم .

ولكن نصاً صريحاً في قانون الإثبات ومن قبل في التقنين المدني يقضى ، كما رأينا، بأنه " لا يجوز لمن وجه اليمين أو ردها أن يرجع في ذلك متى قبل خصمه أن يحلف " . وهذا النص مصدره المادة ١٣٦٤ من التقنين المدني الفرنسي ، وتقضى بأن " الخصم الذي

---

(1) الرجوع في توجيه حلف اليمين – يجب أن يكون صريحاً وجازماً .
(جلسة ١٩٩٠/١٢/٣٠ الطعن رقم ٢١٨٤ لسنة ٥٥ ق) .

أخرى لإثبات دعواه فلم يفلح ، جاز له أن يعود ثانية إلى توجيه اليمين ، ما لم يكن قد نزل نهائياً عن توجيهها وقبل منه خصمه هذا النزول [1] .

أما إذا رجع من رد اليمين على خصمه في هذا الرد ، اعتبر رده لليمين كأن لم يكن، وعادت اليمين موجهة إليه هو ، وتعين عليه أن يحلف وإلا عد ناكلا [2] .

المبحث الثاني

الآثار التي تترتب على توجيه اليمين الحاسمة

٢٨٩ – مسائل أربع : إذا وجهت اليمين الحاسمة إلى الخصم وفقاً للأحكام التي قدمناها ، لم يسع هذا الخصم إلا أحد أمرين : إما أن يحلف اليمين ، وإما أن يردها على من وجهها . فإذا لم يحلف اليمين أو يردها ، عد ناكلا وخسر الدعوى [3] . فتوجيه اليمين الحاسمة إلى الخصم يترتب عليه حتما من جانب هذا الخصم أحد مواقف ثلاثة : (١) إما أن يحلف اليمين . (٢) وإما أن يردها على خصمه . (٣) وإما أن يمتنع عن الحلف والرد فيعد ناكلا . ثم إن لحلف اليمين أو النكول عنها حجية حددها القانون .

فهذه مسائل أربع نتكلم فيها على التعاقب : (١) حلف اليمين الحاسمة (٢) ردها (٣) النكول عنها (٤) حجيتها .

المطلب الأول

حلف الخصم لليمين الحاسمة

٢٩٠ – كيفية الحلف : يجب على الخصم الذي وجهت إليه اليمين الحاسمة، ولم يردها على خصمه ، أن يؤدى اليمين بنفسه ، لأن خصمه قد احتكم إلى ضميره ، فلا

---

(١) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٣ ص ١٤٩ – ص ١٥٠ وهامش رقم ٤٠ – الموجز للمؤلف ص ٦٩١ – عكس ذلك ديرانتون ١٣ فقرة ٥٩٧ – لاروميير م ١٣٦٤ فقرة ٣ .

(٢) ويبدو أنه لا يوجد ما يمنع الخصم ، بعد أن رجع في رد اليمين ، أن يعود ثانية إلى ردها ، وذلك قياسا على أن من يرجع في توجيه اليمين يستطيع أن يعود ثانية إلى توجيهها . هذا ما لم يكن قد فهم ضمنا من رجوعه في رد اليمين أنه عدل نهائياً عن ردها ، فعندئذ يتعين عليه أن يحلف وإلا عد ناكلا .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الحكم الذي يوجه اليمين يجب أن يقضي بقبول أو رفض الدعوى في حالة الحلف أو عدم الحلف ، فهو حكم معلق على شرط في كل من الشقين (١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٩٠ – ٦ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١١٣) .

يصح أن يوكل غيره في الحلف . وقد نصت المادة ١٨٣ من تقنين المرافعات السابق على هذا الحكم صراحة فقالت : " لا يجوز التوكيل في تأدية اليمين " . وإذا صح التوكيل في تحليف اليمين ، فإن التوكيل في حلفها لا يجوز ، كما قدمنا . وفي هذا المعنى تقول المادة ٤٧٣ من التقنين المدني العراقي : " تجرى النيابة في التحليف ، ولكن لا تجرى في اليمين " . (أنظر أيضاً المادة ١٣٢ من قانون البينات السوري) .

وتأدية اليمين تكون بأن يقول الخصم : " أحلف " [١] ، ثم يذكر صيغة اليمين التي أقرتها المحكمة . فإذا كان دين الخصم يفرض أوضاعاً مقررة في الحلف ، جاز للخصم أن يطلب تأدية اليمين وفقاً لهذه الأوضاع [٢] . وقد وردت هذه الأحكام صراحة في قانون

---

(١) ولا يجوز التحليف بصيغة الطلاق ، فإن الحلف بهذه الصيغة يتعدى أثره إلى الزوجة والأولاد . وقد قضت محكمة طنطا الكلية بأن توجيه اليمين بصيغة الطلاق يخالف القانون ، وذلك لأن قانون المرافعات لم يسمح للخصم الذي يكلف خصمه باليمين إلا أن يقدم صيغة الواقعة التي يريد الاستحلاف عليها ، وقد جرى العرف في القضاء الأهلي بأن تكون اليمين بصيغة " أقسم أو أحلف بالله العظيم " ، وحكمة هذا هو الشعور بجلال المحلوف به وبرهبته وخشية العقاب . واليمين بصيغة الطلاق ليس فيها شيء من حكمة اليمين، ويتعدى أثرها إلى الغير (الزوجة والأولاد) ، فهي أضعف من اليمين بالله قوة، وهي تضر الغير إذا كان الحالف حانثاً (١٠ سبتمبر سنة ١٩١٩ المحاماة ١ رقم ٣١ ص ١٩٦) .

(٢) كذلك يجوز للخصم الذي وجه اليمين أن يطلب من خصمه أن يضع يده على ما يعتبر في دينه الكتاب المقدس ، إمعاناً في إشعاره بجلالة الموقف وبخطر اليمين . وقد قضت محكمة بني سويف الجزئية بأنه لا مانع يمنع الخصم عند توجيه اليمين الحاسمة لخصمه من أن يطلب منه أن يضع يده على المصحف أو الإنجيل أو التوراة وقت الحلف ، فإذا قبل الخصم حلف اليمين ورفض وضع يده على الكتاب عد ناكلا عن اليمين (٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٠ المحاماة ١ رقم ١٠٠ ص ٤٩٠) . ومع ذلك فقد قضت محكمة الإسكندرية الكلية بأن وضع اليد على المصحف الشريف ليس من الشرع في شيء ، وبأن باب أولى وضع اليد على مصحف خاص معروف بالبتوكية ، وعليه فمن يرفض حلف اليمين على هذه الصورة لا يعد ناكلا عن اليمين (١٤ يونية سنة ١٩٢١ المحاماة ٢ رقم ٧١ ص ٢٢٧ — قارن محكمة النقض الفرنسية في قضايا الحالف فيها مسلم من الجزائر : ٦ نوفمبر سنة ١٩٣٤ داللوز الأسبوعي ١٩٣٤ — ٥٨٥ — ٤ مايو سنة ١٩٣٦ داللوز الأسبوعي ١٩٣٦ — ٣٣٢ — ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٤٠ سيريه فهرست ١٩٤٠ لفظ الجزائر Algérie فقرة ٣ — أنسيكلوبيدي داللوز في القانون المدني ٤ Preuve فقرة ١٠٦١) .

وكان تقنين المرافعات المختلط (م ١٩٠) يوجب رفع اليد اليمنى عند القسم . أما التقنين الوطني فلم يكن يوجب ذلك ، وجرى العمل في المحاكم الوطنية على أن يقسم الحالف " بالله العظيم " .

وقد رأينا أنه إذا كان دين من يحلف يفرض عليه ألا يقسم باسم الله ، بل يقتصر على التأكيد باسم الذمة والضمير ، جاز له أن يكتفي بذلك مادام مثل هذا التأكيد يعتبر يميناً في دينه . ولكن لا يلزم الخصم باتباع أوضاع دينه في الحلف إذا عرض أن يحلف وفقاً للأوضاع المدنية . (أنظر أنسيكلوبيدي داللوز في القانون المدني ٤ لفظ Preuve فقرة ١٠٦٢ وفقرة ١٠٦٥) .

أما كيفية الحلف في الفقه الإسلامي فقد جاء في شأنه في البدائع ما يأتي : " وقال مشايخنا ينظر إلى حال الحالف ، إن كان ممن لا يخاف منه الاجتراء على الله تعالى باليمين الكاذبة ، يكتفي فيه بالله عز وجل من =

لإثبات . فنصت المادة ١٢٧ من قانون الإثبات على أن " تكون تأدية اليمين بأن يقول الحالف أحلف ويذكر الصيغة التي أقرتها المحكمة " . ونصت المادة ١٢٨ إثبات على أنه " لمن يكلف حلف اليمين أن يؤديها وفقاً للأوضاع المقررة في ديانته إذا طلب ذلك " . (أنظر أيضاً المادتين ١٢٩ و ١٣٠ من قانون البينات السوري) .

ويعتبر في حلف الأخرس ونكوله إشارته المعهودة أن كان لا يعرف الكتابة ، فإن كان يعرفها فحلفه ونكوله بها (م ١٢٩ إثبات) . وقد نصت المادة ٤٧٨ من التقنين المدني العراقي على أنه " تعتبر يمين الأخرس ونكوله عن اليمين بإشارته المعهودة " [1] . (أنظر أيضاً المادة ١٣١ من قانون البينات السوري) .

= غير تغليظ . وإن كان ممن يخاف منه ذلك تغلظ ، لأن من العوام من لا يبالي عن الحلف بالله عز وجل كاذباً فإذا غلظ عليه اليمين يمتنع . وقال بعضهم إن كان المال المدعى يسيراً يكتفي فيه بالله عز وجل ، وإن كان كثيراً يغلظ . وصفة التغليظ أن يقول : والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ، ونحو ذلك مما يعد تغليظاً في اليمين . وإن كان الحالف كافراً ، فإنه يحلف بالله عز وجل أيضاً ، ذمياً كان أو مشركاً ، لأن المشركين لا ينكرون الصانع ، قال الله تبارك وتعالى جل شأنه : ولئن سألتهم من خلق السماوات والأرض ليقولن الله ، فيعظمون اسم الله تعالى عز شأنه ويعتقدون حرمة الإله ... وإن رأى القاضي ما يكون تغليظاً في دينه فعل ، لما روينا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم غلظ على ابن صوريا ، دل أن كل ذلك سائغ ، فيغلظ اليهودي بالله تعالى عز وجل الذي أنزل التوراة على سيدنا موسى عليه الصلاة والسلام ، وعلى النصراني بالله الذي أنزل الإنجيل على سيدنا عيسى عليه الصلاة والسلام ، وعلى المجوسي بالله الذي خلق النار ... وكذلك لا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان عندنا . وقال الشافعي رحمه الله : إن كان بالمدينة يحلف عند المنبر ، وإن كان بمكة يحلف عند الميزاب ، ويحلف بعد العصر . والصحيح قولنا ، لما روينا من الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام : البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه ، مطلقاً عن الزمان والمكان . وروي أنه اختصم زيد بن ثابت وابن مطيع في دار إلى مروان بن الحكم ، فقضى على زيد بن ثابت باليمين عند المنبر ، فقال له زيد أحلف له مكاني ، فقال له مروان لا والله إلا عند مقاطع الحقوق ، فجعل زيد يحلف إن حقه لحق وأبى أن يحلف عند المنبر، فجعل مروان يعجب من ذلك ، ولو كان ذلك لازماً لما احتمل أن يأباه زيد بن ثابت . ولأن تخصيص التحليف بمكان وزمان تعظيم غير اسم الله تبارك وتعالى ، وفيه معنى الإشراك في التعظيم " . (البدائع ٦ ص ٢٢٧ — ص ٢٢٨) . وجاء في البحر الرائق في صدد التحليف بالطلاق ما يأتي : " وفي الخانية وإن أراد المدعي تحليفه بالطلاق والعتاق في ظاهر الرواية لا يجيبه القاضي إلى ذلك ، لأن التحليف بالطلاق والعتاق حرام ، ومنهم من جوزه في زماننا ، والصحيح ما في ظاهر الرواية أ هـ . وفي كتاب الحظر والإباحة من التتار خانية والفتوى على عدم التحليف بالطلاق والعتاق أ هـ . وفي منية المفتي لم يجزه أكثر مشايخنا ، وإن مست إليه الضرورة يفتى أن الرأي فيه للقاضي اتباعاً للبعض أ هـ . وفي خزانة المفتين كما في منية المفتي ، وزاد فلو حلفه القاضي بالطلاق فنكل ، وقضى بالمال ، لا ينفذ قضاؤه على قول الأكثر " . (البحر الرائق ٧ ص ٢١٣) .

(١) ونصت المادة ٤٧٤ من التقنين المدني العراقي على أنه " إذا اجتمعت طلبات مختلفة في دعوى واحدة ، يكفى فيها يمين واحدة ، ولا يلزم التحليف لكل منها على حدة " (أنظر أيضاً المادة ١١٥ من قانون البينات —

وإذا كان لمن وجهت إليه اليمين عذر يمنعه من الحضور ، انتقلت المحكمة أو ندبت أحد قضاتها لتحليفه (م ١٢٦ من قانون الإثبات) .

ويحرر محضر بحلف اليمين ، يوقعه الحالف ورئيس المحكمة أو القاضي المنتدب والكاتب (م ١٣٠ من قانون الإثبات) [١] .

٢٩١ – ما يترتب على حلف اليمين الحاسمة – النصوص القانونية :

تنص المادة ١١٧ من قانون الإثبات (تقابلها المادة ٤١٣ من التقنين المدني الملغاة) على ما يأتي :

" لا يجوز للخصم أن يثبت كذب اليمين بعد أن يؤديها الخصم الذي وجهت إليه أو ردت عليه . على أنه إذا ثبت كذب اليمين بحكم جنائي ، فإن للخصم الذي أصابه ضرر منها أن يطالب بالتعويض ، دون إخلال بما قد يكون له من حق في الطعن على الحكم الذي صدر ضده " [٢] .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٩٠/٢٢٥ [٣] .

= السوري) . ونصت المادة ٤٧٧ من هذا التقنين على أنه " لا تكون اليمين إلا أمام المحكمة ، ولا اعتبار بالنكول عن اليمين خارجها " (أنظر أيضاً المادة ١١٧ من قانون البينات السوري) . وهذه أحكام تسري في القانون المصري دون نص ، لأنها تتفق مع القواعد العامة .

(١) ويجب أداء اليمين بنفس الصيغة التي طلبت بها ، وكل تعديل في هذه الصيغة يمكن اعتباره نكولا ، وعلى ذلك إذا طلب من الخصم اليمين على أنه دفع مائة وعشرين ، ولكنه عند أدائها حلف بأنه دفع خمسة وسبعين فقط ، اعتبر هذا التعديل نكولا عن اليمين (الأقصر ٢٥ مارس سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٨ رقم ٧١) . كذلك لا يجوز التحفظ في الحلف ، كأن يضيف الحالف عبارة تفيد أنه يقرر الواقع بقدر ما تعيه ذاكرته أو بقدر ما يعلم (استئناف مختلط ١٦ يونية سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤٠٥ – أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٣ ص ١٥١ وهامش رقم ٤٤) . ولا يجوز الامتناع عن الحلف حتى لو دفع من وجهت إليه اليمين بعدم اختصاص المحكمة ، فما عليه إلا أن يستأنف حكم الاختصاص حتى لا يعتبر حلفه بعد ذلك رضاء ضمنياً باختصاص المحكمة (استئناف مختلط ٦ يونية سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٨٥) . ولا يمنع حلف اليمين حالفها من أن يستأنف الحكم بتوجيهها (استئناف مختلط ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣١٨) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٥١ من المشروع التمهيدي على الوجه الذي استقر عليه في التقنين الجديد ، فيما عدا تحويراً لفظياً طفيفاً . وزال كل فرق لفظي في لجنة المراجعة ، وأصبح رقم المادة ٤٢٦ من المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فلجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٤١٣ ، فمجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥٥ و ص ٤٥٧) .

(٣) وكانت المادة ٢٩٠/٢٢٥ من التقنين المدني السابق تجرى على الوجه الآتي : " التكليف باليمين يؤخذ منه أن طالبها ترك حقه فيما عداها من جميع أوجه الثبوت " .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البينات السوري المادة ١٢٠ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٨١ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المادة ٢٣٤ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٠٢ [١] .

ويقابل في التقنين المدني الفرنسي المادة ١٣٦٣ [٢] .

ويؤخذ من نص قانون الإثبات ومن قبله التقنين المدني أن الخصم إذا حلف اليمين الحاسمة ، انحسم النزاع نهائيا [1] ، وخسر الخصم الذي وجه اليمين دعواه . ولا يجوز لهذا

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السوري م ١٢٠ : " (١) توجيه اليمين يتضمن التنازل عما عداها من البينات بالنسبة إلى الواقعة التي ترد عليها ، فلا يجوز للخصم أن يثبت كذب اليمين بعد أن يؤديها الخصم الذي وجهت إليه أو ردت عليه . (٢) على أنه إذا ثبت كذب اليمين بحكم جزائي ، فإن للخصم الذي أصابه ضرر منها أن يطالب بالتعويض ، دون إخلال بما قد يكون له من حق في الطعن على الحكم الذي صدر ضده بسبب اليمين الكاذبة " . وهذا النص يتفق في أحكامه مع التقنين المصري .

التقنين المدني العراقي م ٤٨١ : تكاد تكون مطابقة لنص التقنين المصري ، وهي مطابقة في الحكم .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٢٣٤ : إذا حلف الفريق الذي كلف اليمين أو الذي ردت عليه ، فلا تقبل من خصمه إقامة البرهان على كذب يمينه . على أنه إذا ثبت كذب اليمين بمقتضى قرار جزائي ، حق للفريق المتضرر أن يطالب ببدل العطل والضرر ، وهذا لا يحول دون الطعن في الحكم بطرق المراجعة القانونية الممكنة . (وهذا النص يطابق في حكمه نص التقنين المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٤٠٢ : مطابقة لنص التقنين المصري .

(٢) التقنين المدني الفرنسي م ١٣٦٣ : إذا أديت اليمين الموجهة أو المردودة ، فلا يقبل من الخصم الآخر أن يثبت كذب هذه اليمين .

Art. 1363 : Lorsque le serment déféré ou référé a été fait, l'adversaire n'est point recevable à en prouver la fausseté.

(1) أ – حلف اليمين الحاسمة . أثره . حسم النزاع فيما انصبت عليه اعتبار مضمونها حجة ملزمة للقاضي سقوط حق من وجهها في أي دليل آخر . ورود اليمين على جزء من النزاع أو على مسألة فرعية . أثره عدم حسمها له إلا فيما ورد عليه الحلف – لازمة – وجوب الالتزام بحجيتها فيما انصبت عليه وحسمته . مؤداها . الجزء الذي لم ترد عليه يبقى دون حسم تسرى عليه القواعد العامة في الإثبات .

(جلسة ٢٠٠٠/١١/٢٦ الطعن رقم ٢٣٥١ لسنة ٦٣ ق) .

ب – اعتبار الحكم المطعون فيه مجرد حلف أحد البائعين اليمين بالصيغة الواردة بالمادة ١٢٣ إثبات دليلا على عدم وقوع البيع ذاته رغم انتفاء التلازم بينهما . حجبه ذلك عن بحث باقي الأدلة على انعقاد البيع . خطأ وقصور .

(جلسة ١٩٩٩/٦/٣٠ الطعن رقم ١٥٢٣ لسنة ٦٢ ق) .

ج – حلف الطاعنات اليمين الحاسمة الموجهة إليهن من المطعون عليه على أن العقد المنسوب لوالديهن مزور عليه بعد طعنهن عليه بالتزوير أمام محكمة أول درجة التي لم تعرض لدلالة اليمين لقضائها بعدم قبول الدعوى تأسيساً على أن عقد البيع مضافاً إلى أجل لم يحل بعد . استئناف المطعون عليه لذلك الحكم يعيد طرح اليمين على محكمة الاستئناف . إغفالها هذا الدفاع الجوهري وقضاؤها بأن عقد البيع استوفى شروط صحته ولم يطعن عليه . خطأ وقصور في التسبيب .

(جلسة ١١٩٩٨/٢/١٥ الطعن رقم ١٣٤١ لسنة ٦٢ ق) .

الخصم أن يعود إلى مخاصمة من حلف اليمين مرة أخرى في نفس موضوع الحق ليثبت كذب اليمين [1] كما لا يجوز له أن يقدم أي وجه آخر للإثبات [2] [1] . ولا يحق له الطعن في الحكم الصادر بناء على اليمين الحاسمة [2] .

---

(١) ولكن هذا لا يمنع من الطعن في الحكم الذي صدر بالتحليف بوجوه تتعلق بصحة توجيه اليمين وبصحة الحلف وبغير ذلك مما يتعلق باليمين ذاتها وما يسرى عليها من أحكام . مثل ذلك أن يتمسك بنقص أهليته وقت حلف اليمين أو بعيب من عيوب الإرادة . وفي هذه الأحوال يلغى الحكم بتوجيه اليمين ، ويترتب على ذلك بطلان الحلف (الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٢٢٠ هامش رقم ١) .

(٢) وفي الفقه الإسلامي لا تجوز البينة بعد حلف اليمين إلا لعذر على قول خليل في المذهب المالكي . جاء في الشرح الكبير للدردير على مختصر خليل : " وإن أنكر المدعى عليه أي أجاب بالإنكار ، قال القاضي للمدعى ألك بينة ، فإن قال نعم أمره بإحضارها وأعذر للمدعى عليه فيها كما يأتي . فإن نفاها بأن قال لا بينة لي ، واستحلفه أي طلب المدعى تحليفه ، وحلف ، فلا بينة تقبل للمدعى بعد ذلك ، إلا لعذر كنسيان حين تحليفه خصمه وحلف أنه نسيها ، وأدخلت الكاف عدم علمه بها ثم علم. كذا إذا ظن أنها لا تشهد له، أو أنها ماتت ، فله القيام بها إن حلف على ذلك . فلو شرط المدعى عليه على المدعى عدم القيام ببينة يدعى نسيانها أو عدم علمه بها وفى له بشرطه " . (حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤ ص ١٤٦) . ولكن جمهور الفقهاء على أن البينة تجوز بعد حلف اليمين ، وقد جاء في البدائع في هذا المعنى : " وأما حكم أدائه فهو انقطاع الخصومة للحال لا مطلقاً ، بل مؤقتاً إلى غاية إحضار البينة عند عامة العلماء . وقال بعضهم حكمة انقطاع الخصومة على الإطلاق ، حتى لو أقام المدعي البينة بعد يمين المدعى عليه قبلت بينته عند العامة ، وعند بعضهم لا تقبل لأنه لو أقام البينة لا تبقى له ولاية الاستحلاف فكذا إذا استحلف لا يبقى له ولاية إقامة البينة والجامع أن حقه في أحدهما فلا يملك الجمع بينهما . والصحيح قول العامة ، لأن البينة هي الأصل في الحجة لأنها كلام الأجنبي ، فأما اليمين فكالخلف عن البينة لأنها كلام الخصم صير إليها للضرورة، فإذا جاء الأصل انتهى حكم الخلف فكأنه لم يوجد أصلا " . (البدائع ٦ ص ٢٢٩) .

ويستخلص من ذلك ، كما يقول الأستاذ أحمد إبراهيم ، أن اليمين في الفقه الإسلامي كالإقرار " ليست طريقاً للقضاء ، لأن المنكر إذا حلف وعجز المدعى عن البينة ، يترك للمدعى في يده لعدم قدرة المدعى على إثباته ، لا قضاء بيمينه . ولذا لو جاء المدعى بعد ذلك بالبينة يقضى له بها ولو كان ترك المال في يده قضاء له به لم ينقض " . (طرق القضاء في الشريعة الإسلامية ص ٧) .

(1) المستفاد من توجيه اليمين الحاسمة أن الخصم يترك بتوجيه اليمين ما عداها من طرق الإثبات ولا يجوز له بعد أدائها أن يطلب الإثبات بدليل آخر .

(جلسة ١٩٨٤/١١/٢١ الطعن رقم ١٤٤٥ لسنة ٥٠ ق س ٣٥ ص ١٨٦٨) .

(2) أ – اليمين الحاسمة تحسم النزاع بحيث لا يجوز العودة إليه أو الطعن على الحكم الصادر فيه ، وأن مناط عدم جواز الطعن في الأحكام الصادرة بناء على اليمين الحاسمة أن يكون توجيهها أو حلفها أو النكول عنها مطابقاً للقانون ، وكانت اليمين التي يوجهها الخصم للوارث عن التصرف الصادر من المورث تنصب على عدم علمه بهذا التصرف ونفي صدوره من المورث ، وتعد يمينا حاسمة تختلف في مفهومها ومداها عن اليمين التي يحلفها الوارث بعدم العلم بأن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة الواردة على المحرر العرفي لمورثه والتي يقتصر نطاقها على دفعه بالجهالة لهذا الإمضاء أو الختم أو البصمة دون أن يمتد أثره للتصرف ذاته الصادر منه.

(جلسة ١٩٨٥/٥/٢٨ الطعن رقم ٦٣٩ لسنة ٥٢ ق) .

وقد كانت المادة ٢٩٠/٢٢٥ من التقنين المدني السابق تنص على أن " التكليف باليمين يؤخذ منه أن طالبها ترك حقه فيما عداها من جميع أوجه الثبوت [1] " . وكان الفقه والقضاء في مصر ، في ظل هذا النص من التقنين السابق ، لا يجيزان للمدعى ، إذا ثبت أن خصمه حلف كذباً ، أن يطالبه بالتعويض . ويثبت الحلف كذباً عادة في دعوى جنائية تقام على الحالف . ذلك أن المادة ٣٠١ من قانون العقوبات تنص على أن " من ألزم باليمين أو ردت عليه في مواد مدنية ، وحلف كذباً ، يحكم عليه بالحبس ، ويجوز أن تزاد عليه غرامة لا تتجاوز مائة جنيه مصري " . وكان كل ما يستطيع الخصم الذي وجه اليمين إلى خصمه، فحلف كذباً ، الانتفاع به من هذا النص ، في عهد التقنين المدني السابق ، هو أن يبلغ ، كأي فرد عادي ، النيابة العامة عن وقوع جريمة حلف يمين كاذبة ، وأن يقدم للنيابة أدلة الإثبات على كذب اليمين بعد أن يكون قد عثر عليها ، بشرط ألا تكون هذه الأدلة هي البينة أو القرائن إذا كانت قيمة المحلوف عليه تزيد على خمسمائة جنيه . والنيابة العامة هي التي ترفع الدعوى الجنائية إذا رأت وجهاً لذلك . أما الخصم الذي وجه اليمين فلا يجوز له أن يرفع دعوى الجنحة المباشرة ، بل ولا أن يدخل مدعياً مدنياً في الدعوى الجنائية التي ترفعها النيابة العامة . وحتى إذا صدر الحكم الجنائي بالإدانة في الدعوى التي رفعتها النيابة العامة ، فلم يكن يجوز للخصم الذي وجه اليمين أن يستند إلى هذا الحكم ليطعن في الحكم المدني الذي صدر ضده بعد الحلف ، أو أن يرفع دعوى جديدة بحقه بعد أن ثبت كذب اليمين التي حلفها خصمه . بل لم يكن له أن يرفع دعوى تعويض مدنية عن هذه اليمين

= ب – الحكم الصادر بناء على اليمين الحاسمة له قوة الشيء المقضي فيه ، ولا يقبل الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن في الأحكام ما لم يكن الطعن مبنيا على بطلان في الإجراءات الخاصة بتوجيه اليمين أو حلفها .

(جلسة ١٩٨٤/١١/٢١ الطعن رقم ١٤٤٥ لسنة ٥٠ ق س ٣٥ ص ١٩٨٤) .

(جلسة ١٩٨٤/١٢/٦ الطعن رقم ٤٨١ لسنة ٥١ ق س ٣٥ ص ١٩٨٧) .

(جلسة ١٩٨٣/٢/٢٤ الطعن رقم ٨٦٧ لسنة ٥٢ ق س ٣٤ ص ٥٤٧) .

ج – مؤدى ما نصت عليه المادة ١١٧ من قانون الإثبات الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ أن حلف من وجهت إليه اليمين الحاسمة يحسم النزاع فيما انصبت عليه ويقوم مضمونها حجة ملزمة للقاضي ، فإن تضمن الحلف إقراراً بدعوى المدعى حكم له بموجبه ، وإن تضمن إنكاراً حكم برفض الدعوى لعدم قيام دليل عليهما بعد أن سقط بحلف تلك اليمين حق من وجهها في أي دليل آخر .

(جلسة ١٩٨٥/١٢/٢٥ الطعن رقم ٢٠٠٣ لسنة ٥١ ق س ٣٦ ص ١٢٠٠) .

(١) وقد قدمنا أن المادة ١٨٧/١٦٦ من تقنين المرافعات القديم كانت أيضاً تنص على أنه : " لا يكون التحليف من باب الاحتياط باليمين الحاسمة ، لأن التكليف بتلك اليمين يفيد ترك ماعداها من أوجه الثبوت للمادة المراد الاستحلاف عليها " .

الكاذبة ، بالرغم من أن دعوى التعويض هذه هي غير دعواه الأولى التي خسرها [1] ، وكان ينبغي ألا يصطدم قبول سماعها بحجية الأمر المقضي لاختلاف السبب والمحل ، ولا أن ترد باتفاق موهوم قبل باستخلاصه من توجيه اليمين على أساس أنه توجيه اليمين صلح وهو ليس بصلح كما قدمنا ، أو على أساس أنه اتفاق على الإعفاء من المسئولية التقصيرية والإعفاء الإتفاقي من المسئولية التقصيرية باطل كما هو معروف .

وقد جاء التقنين المدني الجديد ومن بعده قانون الإثبات في اتجاه آخر ، ويصلح من تطرف هذا الرأي . فهو إذا كان يقضي بأنه لا يجوز للخصم أن يثبت كذب اليمين بعد أن

---

(١) وقد كان هذا هو الرأي السائد في الفقه والقضاء في عهد التقنين المدني السابق : الأستاذ عبد السلام ذهني في الأدلة ٢ ص ٤١ — ص ٤٣ — الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات جزء ٢ فقرة ٥٥٧ — دي هلتس ٤ ص ١٧٨ فقرة ٤٣ — الأستاذ أحمد أمين في شرح قانون العقوبات ص ٥١٥ . وقد قضت دائرة النقض الجنائية بأن الخصم الذي يوجه إلى خصمه اليمين الحاسمة في دعوى مدنية يعتبر أنه تنازل عن كل حقوقه إذا حلف خصمه اليمين ، سواء أكان كاذباً أم صادقاً ، ولا يجوز حينئذ لمن وجه اليمين أن يرفع مباشرة دعوى اليمين الكاذبة على خصمه ، والنيابة التي لها وحدها الحق في رفع الدعوى في هذه الحالة لا يمكنها أن تبدي طلبات البته في الدعوى المرفوعة مباشرة بغير حق ، وإنما لها فقط أن ترفع دعوى خاصة (١٣ أبريل سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ٦٩) . وقضت أيضاً بأنه إذا وجه أحد الخصوم اليمين الحاسمة إلى خصمه فحلفها حانثاً فيها ، ثم رفعت النيابة الدعوى العمومية على الحالف ، فليس لمن وجه اليمين أن يعيد دعواه المدنية بأي حال من الأحوال ، ولو من طريق المطالبة بتعويض كمدع بحق مدني (٦ نوفمبر سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٢٦) — أنظر أيضاً : نقض جنائي ٣ مايو سنة ١٩٤٩ المحاماة ٣٠ رقم ١١٤ ص ١١٥ — استئناف أهلي ٢ مايو سنة ١٩٠٣ الحقوق ٢٨ ص ٢١٢ — أسيوط استئنافي ٢٨ يوليو سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٥٤ — ملوى ٣٠ مايو سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ١٠٦ — الأقصر ٦ مارس سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٩ — ١٦ مارس سنة ١٩١٦ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ١١ — قنا الجزئية ٦ يوليو سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ٣٥ — ٥ يوليو سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ ص ١٥٥ — استئناف مختلط ٣٠ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٢١ — ٨ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٢٥ — أنظر أيضاً في الفقه الفرنسي : أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٣ ص ١٥٣ — ص ١٥٤ ورده على ديرانتون (وهو يقول برأي عكسي : ديرانتون ١٣ فقرة ٦٠٠) في فقرة ٧٥٣ هامش رقم ٤٥ .

وقد كنا ، في عهد التقنين المدني السابق ، من المعترضين على هذا الرأي ، وكتبنا في الموجز في هذا الصدد ما يأتي : " على أنه من السهل أن يؤخذ على هذا الرأي أنه يخلط بين حق المدعى الأصلي الذي تنازل عنه فلا يجوز أن يعود إلى المطالبة به ، وبين حق المدعى في التعويض عن جريمة ارتكبها خصمه بحلفه كذباً ، وهذا حق له مصدر مستقل عن مصدر الحق الأصلي و لم يتنازل عنه المدعى حتى يمنع من المطالبة به " (الموجز فقرة ٦٦٥ ص ٦٩٣) . وقال أيضاً فتحي زغلول في شرح القانون المدني (ص ٤٢١) : " وعلى ذلك يجوز الطعن على الحالف بأنه حلف كذباً ، فإذا ثبت عليه كذبه ، عوقب ، ولزمه الحق الذي حلف على إنكاره على سبيل التعويض " . وقضي بهذا الرأي حكم صدر من محكمة أسيوط الكلية يقرر أنه يجوز لمن وجه اليمين الحاسمة لخصمه أن يثبت كذبها بدخوله مدعياً بحق مدني في دعوى اليمين الكاذبة التي تقيمها النيابة العامة على من أداها (٢٨ يونية سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٨٧) .

يؤديها الخصم الذي وجهت إليه أو ردت عليه [1] ، فإنه من جهة أخرى ينص صراحة على جواز أن يحصل الخصم الذي وجه اليمين على تعويض إذا ثبت على من حلف اليمين بحكم جنائي أنه حلف كذباً . فيجوز إذن للخصم الذي وجه اليمين أن يبلغ النيابة العامة أن خصمه حلف اليمين كذباً ، كما كان يستطيع ذلك في الماضي . ويجوز له فوق ذلك — وهذا ما لم يكن يستطيعه في الماضي — إذا ثبت كذب اليمين بحكم جنائي ، أن يرفع دعوى مدنية مبتدأه بالتعويض أمام المحاكم المدنية بعد صدور الحكم الجنائي . ولكن يبدو من ظاهر النص أنه لا يستطيع ، قبل ثبوت كذب اليمين بحكم جنائي ، أن يدعى مدنياً في الدعوى الجنائية التي ترفعها النيابة العامة ، ولا يستطيع كذلك من باب أولى أن يرفع دعوى الجنحة المباشرة . وعليه أن يتربص حتى يصدر حكم جنائي نهائي بكذب اليمين ، ثم يرفع بعد ذلك دعوى التعويض أمام المحاكم المدنية [2] .

ولا يفتح له صدور الحكم الجنائي بكذب اليمين باباً جديداً للطعن في الحكم المدني الذي صدر ضده بعد حلف هذه اليمين . ولكن إذا كشف الحكم الجنائي عن وجه من وجوه التماس إعادة النظر في هذا الحكم المدني ، كأن أثبت أن الخصم الذي حلف اليمين الكاذبة قد وقع منه غش كان من شأنه التأثير في الحكم المدني (م ٢٤١ أولا مرافعات) ، أو كان سبباً في الحصول على أوراق قاطعة في الدعوى كان الخصم الذي حلف اليمين الكاذبة

---

(١) " وهذا الحكم — كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني — ليس إلا نتيجة لازمة لضرورة الترخيص بتوجيه اليمين من القاضي . وليس الإثبات باليمين من طرق الإثبات العادية ، بل هو طريق اضطراري تملى العدالة وجوب الركون إليه ، ويخول من يعوزه الدليل المقرر وسيلة لإثبات ادعائه . والواقع أن اليمين تنصب على ادعاء الخصم ، وهو إنكار ادعاء من يوجه اليمين ، وذلك بسبب صيغتها الشخصية . ولإثبات كذب اليمين يتعين على من وجهها أن يقيم الدليل بالطرق المقررة على ادعائه ، والمفروض أنها لا تقبل إلا عند انتفاء كل دليل مقرر " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥٥ — ص ٤٥٦) .

(٢) أنظر في هذا المعنى الأستاذ على زكي العرابي في الإجراءات الجنائية جزء أول فقرة ٢٤٣ (وأن كان يورد قضاء صدر في عهد التقنين المدني السابق) — وأنظر محكمة الزقازيق ١٠ نوفمبر سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٤ رقم ٤٤٠ ص ٥٦ . على أن عبارة المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني قد يفهم منها عكس هذا الرأي ، وأنها تؤيد جواز " المطالبة بالتعويض في خلال دعوى جنائية بشأن كذب اليمين " ، وكذلك " جواز ادعاء المضرور مدنياً في حالية اليمين الكاذبة " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥٦ — وأنظر النص الفرنسي للمذكرة الإيضاحية جزء ٢ ص ٧٢٢) . ويمكن القول ، لتوجيه هذا الرأي ، أن النص يجيز للخصم أن يطالب بالتعويض عند ثبوت كذب اليمين بحكم جنائي : فعلى أية صورة تكون المطالبة بالتعويض — دعوى مدنية مستقلة أو ادعاء مدني في خلال دعوى جنائية أو دعوى جنحة مباشرة — تكون الدعوى مقبولة بشرط أن يثبت كذب اليمين بحكم جنائي ، ولا يحكم بالتعويض فيه إلا عند تحقيق هذا الثبوت .

قد حال دون تقديمها (م ٢٤١ رابعاً مرافعات) ، فإنه يجوز للخصم الذي وجه اليمين أن يلتمس إعادة النظر في الحكم المدني إذا كان ميعاد الالتماس لم ينقض ، بل له كذلك أن يستأنف الحكم المدني إذا كان حكماً ابتدائياً و لم ينقض ميعاد الاستئناف . وهذا ما نصت عليه صراحة العبارة الأخيرة من المادة ١١٧ من قانون الإثبات ، إذ وهي تجعل للخصم الذي وجه اليمين الحق في أن يطالب بالتعويض ، تجعل له هذا الحق " دون إخلال بما قد يكون له من حق في الطعن على الحكم الذي صدر ضده [(١)] " . وهذا الحق في الطعن على الحكم المدني لم يكن موجوداً في عهد التقنين المدني السابق ، وقد استحدثه التقنين المدني الجديد هو ومن بعده قانون الإثبات الحق في المطالبة بالتعويض بدعوى مبتدأة . لذلك لا تكون لهذه الأحكام المستحدثة أثر رجعي ، ولا تسرى إلا على يمين حاسمة صدر حكم بتوجيهها في تاريخ غير سابق على ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ ميعاد نفاذ التقنين المدني الجديد ،

---

(١) والشق الثاني من المادة ٤١٣ من التقنين المدني – وهو القاضي بأنه إذا ثبت كذب اليمين بحكم جنائي فإن للخصم الذي أصابه ضرر منها أن يطالبه بالتعويض دون إخلال بما قد يكون له من حق في الطعن على الحكم الذي صدر ضده – مأخوذ من المشروع الفرنسي الإيطالي (م ٣١٦ – وأنظر أيضاً التقنين المدني البرتغالي م ٢٥٢٧ فقرة ٢) . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في خصوص هذا الشق الثاني ما يأتي : " أما الشق الثاني فهو نتيجة لطبيعة اليمين ، لأنها ليست تعاقداً أو صلحاً ، بل نظاماً من نظم العدالة . وقد استقر الفقه والقضاء على اعتبار اليمين الحاسمة صلحاً ، وفرّعا على ذلك عدم جواز شل الآثار التي تترتب على توجيهها وأدائها من طرق الادعاء مدنياً والمطالبة بتعويض في خلال دعوى جنائية بشأن كذب اليمين ، أو من طريق الطعن في الحكم بالطرق المقررة لهذا الغرض . ولما كانت اليمين ليست من التعاقد أو الصلح في شيء فيجب عدم إقرار النتائج التي تقدمت الإشارة إليها . ولذلك نص في الشق الثاني.. وهو مطابق للمادة ٣١٦ من المشروع الفرنسي الإيطالي ، على جواز ادعاء المضرور مدنياً في حالية اليمين الكاذبة دون إخلال بما قد يكون من حق في الطعن في الحكم. ويراعى أن الضرر الحادث من جراء رفض الدعوى ليس سببه توجيه اليمين ، كما ذهب إلى ذلك بعض البارزين من الفقهاء (باتان على أوبري ورو) مادام أن من وجه اليمين قد استعمل حقاً أثبته له القانون . بيد أنه لا يجوز لمن وجه اليمين طبقاً للشق الأول أن يقيم نفسه مدعياً بالحق المدني وأن يطالب بالتعويضات من حلف أو أن يستعمل طرق الطعن في الحكم المدني إذا ثبت كذب اليمين بمقتضى حكم جنائي إلا في حالة ما إذا ثبت كذب اليمين بكشف أوراق أو ضبط مستندات كانت في حيازة المتهم وحده أي في حيازة من أدى اليمين . أما فيما يتعلق بطرق الطعن في الحكم ، فإثبات كذب اليمين التي ثبت بمقتضاها ادعاء من وجهها أو ردها ميسور له مادامت المواعيد المقررة لم تنقض، فله أن يطعن بالاستئناف أو بطريق الالتماس عند الاقتضاء" (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥٦). والظاهر من عبارة المذكرة الإيضاحية أنه لا توجد إلا حالة واحدة يستطيع فيها من وجه اليمين أن يطالب بتعويض وأن يطعن في الوقت ذاته في الحكم المدني ، وتلك الحالة هي حالة كشف أوراق أو ضبط مستندات كانت في حيازة الخصم الذي أدى اليمين كذباً . ولكن هذا يتعارض مع إطلاق النص وعدم تقييده بهذه الحالة وحدها (أنظر الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ٢ فقرة ٥٥٨ ص ٢٠) – قارن في هذه المسألة الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٤٠ ص ٢٢٢ – ص ٢٢٤ .. وأنظر بيدان وبرو ٩ فقرة ١٣٢٨ .

فإن كان الحكم بتوجيه اليمين قد صدر قبل هذا التاريخ فالتقنين المدني السابق هو الذي يسري بأحكامه التي تقدم ذكرها .

المطلب الثاني

رد الخصم لليمين الحاسمة على خصمه

٢٩٢ – النصوص القانوني : تنص الفقرة الثانية من المادة ١١٤ من قانون الإثبات (تقابلها الفقرة الثانية من المادة ٤١٠ من التقنين المدني الملغاة) على ما يأتي :

" ولمن وجهت إليه اليمين أن يردها على خصمه . على أنه لا يجوز الرد إذا انصبت اليمين على واقعة لا يشترك فيها الخصمان ، بل يستقل بها شخص من وجهت إليه اليمين [١] " .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٨٩/٢٢٤ [٢] .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البينات السوري المادة ١١٦ فقرة أولى ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٧٥ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المادة ٢٣٣ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٩٩ فقرة ٢ [٣] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في الفقرة الثانية من المادة ٥٤٨ من المشروع التمهيدي للقانون المدني على الوجه الذي استقر به في التقنين المدني الجديد بتحوير لفظي طفيف . وفي لجنة المراجعة أصبح النص مطابقاً لنص التقنين الجديد ، وأصبح رقم المادة ٤٢٣ في المشروع النهائي . وأقره مجلس النواب ، فلجنة الشيوخ تحت رقم ٤١٠ ، فمجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٤٣ – ص ٤٤٧ – ص ٤٤٨) .

(٢) كانت المادة ١٨٩/٢٢٤ من التقنين المدني السابق تجرى على الوجه الآتي : " يجوز لكل من الأخصام أن يكلف الآخر باليمين الحاسمة للنزاع ، وفي هذه الحالة يجوز للمطلوب منه اليمين أن يردها على الطالب " . ولا فرق في الحكم بين النصين الجديد والقديم .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السوري م ١١٦ فقرة أولى : يجوز لمن وجهت إليه اليمين أن يردها على خصمه . على أنه لا يجوز الرد إذا انصبت اليمين على واقعة لا يشترك فيها الخصمان ، بل يستقل بها شخص من وجهت له اليمين . (والحكم واحد في القانون السوري والتقنين المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٤٧٥ : مطابقة للنص المصري .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٢٣٣ : لا يجوز رد اليمين على الخصم إذا كانت الواقعة المستحلف عليها لا تختص بالفريقين ، بل هي شخصية محضة للفريق الذي طلبت منه اليمين . (والحكم واحد في التقنين اللبناني والتقنين المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣٩٩ فقرة ٢ : مطابقة للنص المصري .

ويقابل في التقنين المدني الفرنسي المادة ١٣٦٢ [١] .

٢٩٣ – متى يجوز رد اليمين : ويتبين من النص المتقدم الذكر أن اليمين يجوز ردها من الخصم متى وجهت إليه ، وذلك إذا لم يرد الحلف . فمن وجهت إليه اليمين يلتزم إذن التزاماً أصلياً بحلفها ، والتزاماً بدلياً بردها على خصمه . ويترتب على أن الالتزام بالرد هو التزام بدلي لا التزام تخييري [٢] أنه إذا وجهت اليمين إلى خصم فأصبح ملتزما بالحلف أصلا وبالرد بدلا ، ثم استحال عليه تنفيذ الالتزام الأصلي وهو الحلف ، بأن مات أو أفلس أو حجر عليه ، فلا يصار إلى الالتزام البدلي وهو رد اليمين، بل يسقط الالتزامان معاً – الحلف والرد – وتعود الحالة بين من وجه اليمين وورثة من وجهت إليهم إلى ما كانت عليه قبل توجيه اليمين [٣] . ولو كان الالتزام بالرد التزاماً تخييرياً ، واستحال تنفيذ الالتزام الأصلي وهو الحلف ، لوجب تنفيذ الالتزام التخييري ، ولاعتبرت اليمين مردودة على الخصم الذي وجهها [٤] .

٢٩٤ – شروط رد اليمين : ويشترط في رد اليمين ما يشترط في توجيهها، إذ رد اليمين كتوجيهها تصرف قانوني بإرادة منفردة . فيشترط في الرد إذن كمال أهلية التصرف ، والخلو من عيوب الإرادة من غلط وتدليس وإكراه ، والخلو من التواطؤ والصورية ، وصدور توكيل خاص إذا فوض الخصم غيره في الرد . وقد سبق تفصيل ذلك

---

(١) التقنين المدني الفرنسي م ١٣٦٢ : لا يجوز رد اليمين إذا كانت الواقعة المستحلف عليها لا تتعلق بالخصمين معاً ، بل كانت لا تتعلق إلا بشخص من وجهت إليه اليمين .

Art. 1362 : Le serment ne peut être référé quand le fait qui en est l'objet n'est point celui des deux parties, mais est purment personnel à celui auquel le serment avait été déféré.

(٢) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥٤) خطأ أن الالتزام تخييري .

(٣) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٣ ص ١٥١ .

(٤) الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ٢ فقرة ٤٦٣ – الأستاذ سليمان مرقص في أصول الإثبات ص ٢١٨ هامش رقم ٤ – استئناف مختلط ٩ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٥٦ – ويقال أيضاً في تكييف هذا الوضع أن الطالب في عرضه اليمين لا يعتبر أنه تنازل فحسب عن جميع أوجه الإثبات الأخرى التي كان يمكنه أن يدلي بها ، بل تنازل أيضاً عن مدعاة إذا حلف خصمه . وتنازله هذا معلق على شرط . وعلى ذلك إذا مات المطلوب تحليفه قبل الحلف تخلف الشرط ، وعاد حق طالب اليمين إليه ، أي تنظر الدعوى بالحالة التي هي عليها . وما على طالب اليمين إلا أن يقدم أدلة الإثبات الأخرى التي يكون قد تنازل عنها عند توجيه اليمين (بيدان وبرو ٩ فقرة ١٣٢٣ – بودري وبارد ٤ فقرة ٢٧٣١ مكررة – الأستاذ عبد السلام ذهني في الأدلة جزء ٢ ص ٨) .

عند الكلام في توجيه اليمين . ويصبح الرد غير قابل للرجوع فيه بمجرد قبول الخصم الذي ردت عليه اليمين أن يحلف ، وذلك كما في توجيه اليمين .

ويشترط أيضاً أن يكون الرد واقعاً على نفس اليمين التي وجهت ، فيجب إذن أن يكون في واقعة قانونية محددة غير مخالفة للقانون أو النظام العام أو الآداب وحاسمة في الدعوى . ويشترط ، فوق ذلك ، أن يكون الرد في واقعة يشترك فيها الخصمان ، فلا يجوز في واقعة يستقل بها شخص من وجهت إليه اليمين . فإذا وهب رجل لابنه منزلا واشترط عليه أن يتزوج في خلال سنة وإلا فسخت الهبة ، ثم رفع دعوى على ابنه بالفسخ ووجه إليه اليمين الحاسمة على أنه تزوج في خلال السنة ، فليس للابن إلا أن يحلف اليمين فيكسب الدعوى ، أو ينكل فيخسر . ولا يجوز له أن يرد اليمين على أبيه، ويطلب منه أن يحلف هو على أن الابن لم يتزوج في خلال السنة ، وذلك لأن واقعة الزواج هذه واقعة لا يشترك فيها الخصمان بل يستقل بها الابن وحده ، فلا يجوز رد اليمين فيها على الأب [1] . وقد قضت إحدى المحاكم بأنه إذا وجه الشفيع اليمين للمشترى في خصوص مقدار ثمن المبيع ، فلا يجوز للمشترى أن يرد اليمين على الشفيع ، لأن هذا أجنبي عن الاتفاق الخاص بالثمن ، فلا يمكنه التأكد من حقيقة مقداره [2] .

---

(١) هذا إلا إذا حلف الأب على مجرد عدم العلم بأن أبنه تزوج . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني في هذه المسألة ما يأتي : " والواقع أن اليمين التي توجه من أحد الخصوم تنصب على ادعاء الخصم الآخر ، ويقضي المنطق بعدم جواز الاستحلاف على صحة واقعة إلا إذا كانت متعلقة بشخص الحالف . فإذا لم يكن الخصمان مشتركين في الواقعة ، بل كانت يستقل بها من وجهت إليه اليمين فحسب ، فلا يجوز لهذا الأخير أن يرد هذه اليمين على خصمه . ذلك أن اليمين تكون غير جائزة القبول في هذه الحالة ، لتعلقها بواقعة ليست خاصة بشخص من يطلب استحلافه " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٤٥) .

(٢) محكمة جرجا في ١٢ يناير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٢٥٦ ص ٤٤٩ .
وفي الفقه الإسلامي خلاف في جواز رد اليمين : الحنفية لا يجيزون الرد ، والمالكية والشافعية يوجبونه إذا نكل المدعى ، وابن تيمية لا يجيز الرد إلا فيما يقع تحت علم المدعى (طرق القضاء للأستاذ أحمد إبراهيم ص ٢٦٣ — ص ٢٦٩) . وجاء في البدائع ، في الخلاف ما بين الحنفية والشافعية في هذه المسألة ، ما يأتي : " فإن نكل عن اليمين بعد العرض عليه ثلاثاً فإن القاضي يقضي عليه عندنا ، وعند الشافعي رحمه الله بقول النبي عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ، جعل البينة حجة المدعى واليمين حجة المدعى عليه و لم يذكر عليه الصلاة والسلام النكول ، فلو كان حجة المدعى لذكره . والمعقول أنه يحتمل أنه نكل لكونه كاذباً في الإنكار فاحترز عن اليمين الكاذبة ، ويحتمل أنه نكل مع كونه صادقاً في الإنكار تورعاً عن اليمين الصادقة ، فلا يكون حجة القضاء مع الشك والاحتمال ، لكن يرد اليمين إلى المدعى ليحلف فيقضى له ، لأنه ترجح جنبه الصدق في دعواه بيمينه ..... ولنا ... أنه ظهر صدق المدعى في دعواه عند نكول المدعى عليه ، وقد عارضه النكول .. فزال المانع للتعارض ، فظهر صدقه في دعواه . —

٢٩٥ – أثر رد اليمين : ومتى ردت اليمين ، أصبحت موجهة إلى من كان قد وجهها أول مرة . فينقلب الموقف ، ويصبح هذا هو الملتزم بالحلف ، ثم لا يجوز له رد اليمين ثانية على من ردها عليه ، وإلا لدرنا في حلقة مفرغة وأجزنا الرد إلى ما لا نهاية . فإن حلف كسب الدعوى ، وإن لم يحلف عد ناكلا وخسر دعواه . ويجرى في كيفية الحلف وفيما يترتب من الأثر على الحلف والنكول ، في حالة الرد ، ما يجرى في حالة توجيه اليمين .

على أن كل هذا مشروط بأن يكون الرد واقعاً على نفس اليمين التي وجهت أولا كما قدمنا . فإذا عدلت اليمين المردودة ، كان الرد توجيهاً ليمين جديدة يجوز ردها ثانية . مثل ذلك أن يوجه المدعى اليمين إلى المدعى عليه على أنه ليس في ذمته الدين المدعى به ، فيرد المدعى عليه باليمين معدلا ، وبدلا من أن يطلب من المدعى أن يحلف هو على أن الدين في ذمة المدعى عليه ، يطلب منه الحلف على أنه لم تقع مقاصة بين الدين المدعى به وحق يقابله في ذمة المدعى . فإن رد المدعى عليه اليمين معدلة على هذا النحو ، يكون قد اعترف بأن الدين قد قام ابتداء في ذمته ولكنه انقضى بعد ذلك بالمقاصة . ولما كان هو المطالب بتقديم الدليل على وقوع المقاصة ، ولا دليل عنده على ذلك ، فهو يوجه يميناً أخرى جديدة إلى المدعى في خصوص وقوعها . ويجوز عندئذ للمدعى أن يرد اليمين الجديدة على المدعى عليه ليحلف أن له حقاً تقع به المقاصة [1] .

المطلب الثالث

النكول عن اليمين الحاسمة

٢٩٦ – النصوص القانونية : تنص المادة ١١٨ من قانون الإثبات (تقابلها المادة ٤١٤ من التقنين المدني الملغاة) على ما يأتي :

= وقوله يحتمل أنه نكل تورعاً عن اليمين الصادقة ، قلنا هذا احتمال نادر ، لأن اليمين الصادقة مشروعة ، فالظاهر أن الإنسان لا يرضى بفوات حقه تحرزاً عن مباشرة أمر مشروع ، ومثل هذا الاحتمال ساقط الاعتبار شرعاً . ألا ترى أن البينة حجة القضاء بالإجماع وإن كانت محتملة في الجملة ، لأنها خبر من ليس بمعصوم عن الكذب ، لكن لما كان الظاهر هو الصدق سقط اعتبار احتمال الكذب ، كذا هذا " . (الدائع ٦ ص ٢٣٠) . وظاهر من هذا النص أن الرد في الفقه الإسلامي لا يكون بناء على طلب من وجهت إليه اليمين ، بل إن هذا ليس أمامه إلا أن يحلف أو ينكل ، فإن نكل وجب على القاضي – عند غير الحنفية – أن يرد اليمين على المدعى .

(١) الموجز للمؤلف ص ٦٩٣ – ص ٦٩٤ .

" كل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون أن يردها على خصمه ، وكل من ردت عليه اليمين فنكل عنها ، خسر دعواه [1] " .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البينات السوري المادة ١١٩ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٨٠ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المادة ٢٣٢ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٠٣ [2] .

ويقابل في التقنين المدني الفرنسي المادة ١٣٦١ [3] .

٢٩٧ – ممن يقع النكول : ويتبين من نص التقنين المدني المصري ومن بعده قانون الإثبات أن النكول إما أن يقع ممن وجهت إليه اليمين ابتداء ، فلا يردها على خصمه ولا يحلف فيعتبر ناكلا . وإما أن يقع ممن ردت عليه اليمين ، وقد رأينا أنه لا يستطيع ردها ، فإذا لم يحلفها اعتبر ناكلا .

٢٩٨ – كيف يقع النكول : ويقع النكول بعدم الحلف حين يجب الحلف . فالنكول إذن موقف سلبي . وقد نظمه قانون الإثبات في المادتين ١٢٤ ، ١٢٥ [1] . فميز

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٥٢ من المشروع التمهيدي للقانون المدني على الوجه الذي استقر به في المادة ٤١٤ من التقنين المدني . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٤٢٧ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فلجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٤١٤ ، فمجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥٨ – ص ٤٥٩) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السوري مادة ١١٩ : مطابقة لنص التقنين المصري.

التقنين المدني العراقي م ٤٨٠ : تكاد تكون مطابقة لنص التقنين المصري ، وهي مطابقة في الحكم .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٢٣٢ : من كلف حلف اليمين وتمنع عنها أو عن ردها على خصمه ، أو ردت عليه اليمين وتمنع عنها ، كان خاسراً في طلبه أو في دفعه . (والحكم واحد في التقنينين اللبناني والمصري) .

التقنين المدني الليبي م ٤٠٣ : مطابقة لنص التقنين المصري .

(٣) التقنين المدني الفرنسي م ١٣٦١ : من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون أن يرضى بردها على خصمه ، ومن ردت عليه اليمين فنكل عنها ، خسر دعواه أو دفعه .

Art. 1361 : Celui auquel le serment est déféré, qui le refuse ou ne consent pas à le referrer à son adversaire, ou l'adversaire à qui il a été référé et qui le refuse, doit succomber dans sa demande ou dans son exception.

بين ما إذا كان الحكم بالتحليف قد صدر في حضور الخصم المكلف بالحلف ، أو صدر وهو غائب .

فإن صدر الحكم وهو حاضر — سواء أكان قد نازع في جواز اليمين أو في تعلقها بالدعوى ورفضت المحكمة منازعته أم لم ينازع في ذلك [1] — فإن صيغة اليمين تكون مبينة في منطوق الحكم ، ويجب على الخصم أن يحلفها فوراً أو يردها على خصمه ، فإن سكت عن الحلف والرد اعتبر ناكلا [2] . ويجوز مع ذلك أن تعين المحكمة في حكمها يوماً معيناً للحلف ، ويعتبر نطقها بالحكم إعلاناً للخصوم على شرط أن يكون ثابتاً بمحضر الجلسة أو الحكم أن المكلف باليمين حاضر شخصياً وقت النطق بالحكم . ويراعى في تحديد جلسة الحلف ميعاد التكليف بالحضور ، ما لم يقبل المكلف بالحلف ميعاداً أقصر ويكون قبوله هذا مدوناً بمحضر الجلسة [1] . وحضور الوكيل يغني عن حضور المكلف باليمين ، إذا كان هذا الوكيل ممن يصح إعلان الأصيل في مواجهته [1] .

---

(١) المادة ١٢٤ إثبات : إذا لم ينازع من وجهت إليه اليمين لا في جوازها ولا في تعلقها بالدعوى ، وجب عليه إن كان حاضراً بنفسه أن يحلفها فوراً أو يردها على خصمه ، وإلا اعتبر ناكلا . ويجوز للمحكمة أن تعطيه ميعاداً للحلف إذا رأت لذلك وجهاً . فإن لم يكن حاضراً وجب تكليفه على يد محضر بالحضور لحلفها بالصيغة التي أقرتها المحكمة وفي اليوم الذي حددته ، فإن حضر وامتنع دون أن ينازع ، أو تخلف بغير عذر ، اعتبر ناكلا كذلك .

المادة ١٢٥ إثبات : إذا نازع من وجه إليه اليمين في جوازها أو في تعلقها بالدعوى ، ورفضت المحكمة منازعته وحكمت بتحليفه ، بينت في منطوق حكمها صيغة اليمين ، ويعلن هذا المنطوق للخصم إن لم يكن حاضراً بنفسه ، ويتبع ما نص عليه المادة السابقة .

(1) إذا نازع الخصم في اليمين الموجهة إليه بأن الواقعة المنطبق عليها اليمين لا تتعلق بشخصه فإنه يتعين على المحكمة أن تفصل في منازعته وأن توجه إليه اليمين على مقتضى ما تنتهي إليه وإن تحدد له جلسة لحلفها إن رأت توجيهها إليه ، ولا يجوز اعتباره ناكلا قبل الفصل في هذه المنازعة .
(جلسة ١٩٦١/١١/٩ الطعن رقم ١٤١ لسنة ٢٦ ق س ١٢ ص ٦٥٨) .

(2) متى كان الطاعن لم يتمسك أمام محكمة أول درجة بأن اليمين غير منتجة في النزاع بسبب سقوط حق المطعون عليها بالتقادم وإنما أثار هذا النزاع أما محكمة الاستئناف ، وكان حكم محكمة أول درجة باعتبار الطاعن ناكلا عن اليمين هو حكم نهائي لا يجوز الطعن فيه بالاستئناف ، فإن النعي في غير محله .
(جلسة ١٩٧٦/٤/٦ الطعن رقم ٥٧٤ لسنة ٤٢ ق س ٢٧ ص ٨٧١) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض — في عهد تقنين المرافعات السابق — بأن المادة ١٧٠ مرافعات (١٧٧ جديد) تنص على أن " من يطلب التعجيل من الأخصام يعلن حكم اليمين لخصمه ، ويكلفه بالحضور لأدائه ، مع مراعاة الأصول والمواعيد المقررة للطلب أمام المحكمة " . وفي مجيء المادة بهذا ما يدل على أصل مراد الشارع بالمادة ٦٩ ، التي قبلها (١٧٨ جديد) هو أن المحكمة إذ حكمت بتحليف اليمين فهي تقتصر على مجرد الحكم بذلك مع بيان صيغة السؤال المراد التحليف عليه، ثم تترك لمن يهمه من الأخصام أن يسعى في تنفيذ هذا الحكم بإعلانه لخصمه وتحديد الجلسة لذلك . إما أن تحدد المحكمة من تلقاء نفسها ميعاداً لحلف =

وإن صدر الحكم بالتحليف في غيبة المكلف بالحلف ، وجب تكليفه بالحضور على يد محضر لحلف اليمين بالصيغة التي أقرتها المحكمة وفي اليوم الذي حددته [1] . فإن حضر وامتنع عن الحلف والرد دون أن ينازع ، اعتبر ناكلا وإن تغيب ، تنظر المحكمة في سبب غيابه [2] ، فإن اعتبرته عذراً شرعياً جاز لها أن تحدد جلسة أخرى لحلف اليمين ، وإلا اعتبرت غيابه دون عذر شرعي نكولا [1].

= اليمين أمامها ، أو أن تعتبر نطقها بالحكم إعلاناً للخصوم بالجلسة التي تحددها للحلف ، فهذا خارج عما هو مفهوم من مجموع المادتين ومن نظام الإجراءات التي يريد الشارع بحسب الأصل اتباعه في مسألة اليمين وفي تنفيذ هذا الحكم . على أن ذلك ليس معناه أن المحكمة ممنوعة من أن تحدد من تلقاء نفسها جلسة لحلف اليمين ، أو أن تعتبر النطق بحكمها إعلاناً للخصوم ، وبحيث يمكنها عند عدم حضور من عليه اليمين في الميعاد المحدد أن تعتبره ناكلا . كلا ، بل إن لها أن تحدد جلسة للحلف، ولكن على شرط أن تكون بعيدة بعداً يسمح بإعلان حكمها للخصم في محل إقامته الأصلي مع مراعاة مواعيد التكليف بالحضور ومواعيد المسافة ، وأن تتأكد المحكمة في اليوم المحدد للحلف أن الإعلان قد حصل صحيحاً وروعيت فيه تلك المواعيد، كما لها عند تحديد الجلسة أن تعتبر حكمها إعلانا للخصوم ، وذلك في صورة ما إذا كان ثابتاً بمحضر الجلسة أو بالحكم أن المكلف باليمين حاضر شخصياً وقت النطق به . وفي هذه الحالة تكون الجلسة التي تحددها وتعلنها إليه في حكمها مستوفية لميعاد التكليف بالحضور ، ما لم يقبل المكلف الحلف في ميعاد أقصر ، ويكون قوله هذا مدوناً بمحضر الجلسة . وإذن فإذا كانت المحكمة قد حكمت بالتحليف ، وحددت لذلك جلسة لميعاد أقصر من الميعاد القانوني المعتاد ، ثم هي من جهة أخرى اعتبرت النطق بالحكم إعلاناً للخصوم ، و لم يثبت بمحضر الجلسة ولا بالحكم أن المكلف باليمين كان حاضراً ولا أنه قبل تقصير الميعاد ، فقضاؤها بعد في موضوع الدعوى على اعتبار أن الطاعن ممتنع عن اليمين وناكل عنه لمجرد عدم حضوره في اليوم التالي هو قضاء مؤسس على إجراء مخالف للقانون ، ويتعين نقضه (نقض مدني ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٣٣ ص ٦٢٢) .

أنظر أيضاً : استئناف مختلط ١٣ أبريل سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٤٧ — ٢٧ أبريل سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٦١ (انتداب قاضي التحليف اليمين لا يكون إلا عند وجود عذر دائم ، وللقاضي المنتدب سلطات المحكمة المنتدبة في كل ما يتعلق بتحليف اليمين) — ١٣ نوفمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٨ (تحليف الوصية على واقعة شخصية) — ٢١ فبراير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٢٥ (إعلان صيغة اليمين) — ٢٦ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٩٢ (طلب تعديل صيغة اليمين لا يعتبر نكولا) .

(١) الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ٢ فقرة ٥٦٥ .

(1) أنه إذا صدر الحكم بتوجيه اليمين الحاسمة في غيبة المكلف بالحلف وجب وفقاً للمادتين ١٧٧ ، ١٧٨ مرافعات (إقابلة للمادتين ١٢٤ ، ١٢٥ إثبات) تكليفه بالحضور على يد محضر لحلف اليمين بالصيغة التي أقرتها المحكمة وفي اليوم الذي حددته بحيث إذا حضر وامتنع عن حلف اليمين و لم يردها و لم ينازع أو تغيب بغير عذر عن حضور الجلسة المحددة للحلف اعتبر ناكلا .

(جلسة ١٩٦١/١١/٩ الطعن رقم ١٤١ لسنة ٢٦ ق س ١٢ ص ٦٥٨) .

(2) لما كان الحكم الصادر بناء على النكول عن اليمين له قوة الشيء المقضي فيه نهائياً ، ولا يقبل الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن في الأحكام ما لم يكن الطعن مبنياً على بطلان في الإجـــراءات بتوجيه اليمين أو =

٢٩٩ – أثر النكول : والنكول يكون بمثابة إقرار ، كما قدمنا ، وتكيفه هو تكييف الإقرار . فإذا نكل الخصم على الوجه المتقدم ذكره ، لم يجز له بعد ذلك أن يطلب السماح له بالحلف من جديد ، بل يحكم عليه عقب نكوله . فإن كان من نكل هو من وجهت إليه اليمين ، كسب من وجه اليمين دعواه . وإن كانت اليمين قد ردت على الخصم الذي وجهها ونكل هذا ، خسر دعواه . فالدعوى التي يحلف عليها يكسبها المدعى بنكول خصمه ، ويخسرها برد اليمين عليه ونكوله [٢] .

ويكون الحكم على من نكل مانعاً للمحكوم عليه بعد ذلك أن يثبت صحة الواقعة التي نكل فيها عن الحلف [٣] و [١] .

= حلفها وكان الحكم المطعون فيه قد خلص إلى أن الطاعن نكل عن اليمين لتخلفه عن الحضور بغير عذر، وأن إجراءات توجيه اليمين وحلفها تمت طبقاً للقانون ، فما كان للحكم أن يعرض لبحث الدفع بعدم الاختصاص المحلي أو الدفع ببطلان صحيفة الدعوى للتجهيل بالطلبات اللذين تمسك بهما الطاعن أمام محكمة الاستئناف ، وإذا انتهى الحكم إلى القضاء بعدم جواز الإثبات فإنه يكون قد التزم صحيح القانون . (جلسة ١٩٧٤/٤/٦ الطعن رقم ٥٧٤ لسنة ٤٢ ق س ٢٧ ص ٨٧١) .

(١) فإذا صدر على الخصم حكم غيابي بالنكول ، جاز له أن يعارض فيه ، وأن يبدي في المعارضة العذر الشرعي الذي منعه من الحضور . فإن قبلت المحكمة العذر ، ألغت الحكم المعارض فيه ، وحلفت المعارض .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥٨ – ص ٤٥٩) .

(٣) استئناف مختلط ١٩ مايو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٢١ – وقد ينكل الخصم في بعض الوقائع المطلوب تحليفه عليها ويحلف على بعض ، فما نكل عنه يكون قد اعترف به ، وما حلف عليه ينحسم النزاع فيه (استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٧٢) – ويعتبر نكولا تأخير الخصم المكلف بالحلف أداء اليمين من يوم إلى يوم بتأجيلات متعاقبة حتى تشطب الدعوى ، ثم يأتي بعد ثماني سنوات يعرض أن يؤدي اليمين (استئناف مختلط ٤ يونية سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٣٠) . والخصم الذي امتنع في محكمة أول درجة عن حليف اليمين الحاسمة للنزاع ، مع عدم المعارضة في تعلق الواقعة المقصود الاستحلاف عليها بأصل الدعوى، ولا في جواز قبولها ، ولم يردها على خصمه ، لا يقبل منه في محكمة الاستئناف العدول عن ذلك الامتناع (قنا استئناف ٤ فبراير سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٩٢) .

هذا وقد ينكل الخصم عن الحلف ، ولكنه يضيف إلى هذا النكول واقعة من شأنها أن تعطل من أثر هذا النكول . مثل ذلك أن يوجه الخصم إلى خصمه اليمين أنه ما اقترض منه المبلغ المدعى به ، فينكل من وجهت إليه اليمين ، ولكنه يضيف أن دين القرض هذا قد انقضي بالتجديد . فهنا يعتبر النكول إقراراً بواقعة القرض ، ولكنه إقرار مركب ، إذ أضيفت إليه واقعة أخرى لاصقة وهي واقعة التجديد . ويكون حكم النكول في هذه الحالة هو حكم الإقرار المركب ، وهو هنا إقرار غير قابل للتجزئة كما رأينا فيما قدمناه عن عدم تجزئة الإقرار . ويترتب على ذلك أن الخصم الذي وجه اليمين إما أن يطرح النكول بشقيه ويقوم بإثبات القرض بطريق آخر غير اليمين ، فعلى خصمه عندئذ يقع عبء إثبات وقوع التجديد ، وإما أن يستبقي الشق الأول من النكول وهو الإقرار بالقرض على أن يثبت هو عدم وقوع التجديد (أنظر في هذه المسألة بيدان وبرو ٩ فقرة ١٣٢٦ ص ٤٢٤) .

المطلب الرابع

حجية اليمين الحاسمة

٣٠٠ – حجية اليمين الحاسمة من حيث الحلف : اليمين الحاسمة ، كالإقرار ، حجيتها قاصرة ، كما قدمنا ، سواء في ذلك عند الحلف أو عند النكول [1].

أما من حيث الحلف ، فمن وجه اليمين واحتكم بذلك إلى ذمة خصمه ، كان أثر هذا الاحتكام قاصراً عليه هو وورثته بصفتهم خلفاً عاماً له .

ولا يتعدى هذا الأثر إلى غير الخصم وورثته . فلا يتعدى إلى الشريك أو الورثة فيما ينهم أو المدين المتضامن . فلو وجه أحد الشركاء في الشيوع اليمين إلى مدعى استحقاق الملك الشائع ، وحلف هذا ، كانت اليمين حجة على الشريك الذي وجه اليمين دون غيره من الشركاء . ولو وجه أحد الورثة اليمين إلى دائن التركة وحلف ، كانت اليمين حجة على الوارث الذي وجه اليمين دون غيره من الورثة . ولو وجه أحد المدينين المتضامنين اليمين إلى الدائن وحلف ، كانت اليمين حجة على المدين الذي وجه اليمين دون غيره من المدينين (م ٢٩٥ فقر ٢ مدني) .

---

(١) أعتبر أبو حنيفة النكول بذلا – أي تركاً للمنازعة – وعند الصاحبين النكول إقرار . جاء في تكملة فتح القدير : " لهما – أي لأبي يوسف ومحمد رحمهما الله – أن النكول إقرار ، لأنه يدل على كونه كاذباً في الإنكار ... إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين إقامة للواجب ودفعاً للضرر عن نفسه ، وفيها تحصيل الثواب بإجراء اسم الله تعالى على لسانه تعظيماً له ، ودفع قحمة الكذب عن نفسه ، وإبقاء ماله على ملكه . فلولا هو كاذب في يمينه لما ترك هذه الفوائد الثلاث ، كذا في العناية وغيرها . فكان – أي النكول – إقراراً أو بدلا عنه ، بفتح الدال ، أي خلفاً عن الإقرار ، يعني أنه قائم مقام الإقرار ... ولأبي حنيفة أنه – أي النكول – بذل . وتفسير البذل عنده ترك المنازعة والإعراض عنها ، لا الهبة والتمليك... وأما العلة المرجحة لكونه بذلا على كونه إقراراً ... لو حملناه على الإقرار لكذبناه في إنكاره السابق ، ولو جعلناه بذلا لقطعنا الخصومة بلا تكذيب ، فكان هذا أولى ، صيانة للمسلم عن أن يظن به الكذب ... وقيل عليه إن الحكم واجب على الحاكم بالنكول ، والبذل لا يجب به الحكم عليه، فلم يكن النكول بذلا . وأجيب عنه بأن الحكم لا يجب بالبذل الصريح ، وأما ما كان بذلا بحكم الشرع كالنكول فلا نسلم أنه لا يجب به ، بل هو موجب له قطعاً للمنازعة " . (تكملة فتح القدير ٦ ص ١٦٣ – ص ١٦٥) .

(1) حجية اليمين الحاسمة قاصرة على من وجهها ومن وجهت إليه ، ولا يتعدى أثرها غيرهما من الخصوم وينبني على ذلك أنه إذا شاب اليمين الموجهة إلى أحد الخصوم بطلان فلا يمتد أثر هذا البطلان إلى غيره ممن وجهت إليه اليمين صحيحة ، كما أنه ليس لغير من وجهت اليمين الحاسمة إليه أن ينازع فيها أو يعترض على توجيهها وكل ما للغير هو ألا يحاج بأثر هذه اليمين .
(جلسة ١٩٦٢/٤/١٢ الطعن رقم ٤٢٣ لسنة ٢٦ ق س ١٣ ص ٤٥٥) .

وإذا ادعى شخص ديناً على آخر ، فوجه المدعي عليه اليمين إلى المدعى فحلف ، كانت اليمين حجة على من وجهها ، ولا تكون حجة على دائنيه إذا طعنوا في اليمين بالتواطؤ . وإذا تنازع شخصان على عقار ، وباع أحدهما هذا العقار ، ثم وجه اليمين للمتنازع معه فحلف ، كانت اليمين حجة على من وجهها دون المشترى منه . أما إذا كان حلف اليمين قبل البيع ، كانت اليمين حجة على المشترى [1] .

٣٠١ – حجية اليمين الحاسمة من حيث النكول : وإما من حيث النكول فحجية اليمين قاصرة قصورها من حيث الحلف . فمن نكل من الشركاء في الشيوع، كان نكوله حجة عليه دون سائر الشركاء . ومن نكل من الورثة ، كان نكوله حجة عليه دون سائر الورثة . ومن نكل من المدينين المتضامنين ، كان نكوله حجة عليه دون سائر المدينين ، م ٢٩٥ فقر ٢ مدني) .

٣٠٢ – تعارض قصور حجية اليمين مع قواعد أخرى : ولكن قد تتعارض القاعدة التي تقضي بقصور حجية اليمين مع قواعد أخرى ، فتتعدى عند ذلك حجية اليمين . ومن ذلك أثر القاعدة التي تقضي بأن عمل أحد المدينين المتضامنين يفيد الباقين . وقد قضت الفقرة الثالثة من المادة ٢٩٥ مدني بأنه " إذا اقتصر الدائن على توجيه اليمين إلى أحد المدينين المتضامنين فحلف ، فإن المدينين الآخرين يستفيدون من ذلك " . فهنا تعدت حجية اليمين إلى سائر المدينين المتضامنين [2] . ومن ذلك القاعدة التي تقضي بارتباط التزام الكفيل بالتزام الأصيل . فاليمين التي توجه إلى المدين الأصلي فيحلفها تبرئ ذمة الكفيل ، وكذلك اليمين التي توجه إلى الكفيل في اصل الدين لا في الكفالة فيحلفها تبرئ ذمة الأصيل [3] .

---

(١) الأستاذ عبد السلام ذهني في الأدلة ٢ ص ٤٤ – ص ٤٥ – ويستطيع الخصم أن يوجه اليمين إلى خصمه حتى لو انتقل الحق المدعى به من هذا الأخير إلى خلف له ، وبذلك يتيسر توجيه اليمين في واقعة شخصية لمن توجه إليه ، وإذا نكل هذا ، وكان نكوله بعد انتقال الحق إلى الخلف ، لم يسر النكول في حق الخلف (أنسيكلو بيدي داللوز في القانوني المدني ٤ Preuve فقرة ١١٢٥) .

(٢) أما القاعدة التي تقضي بأنه لا يجوز لأحد الدائنين المتضامنين أن يأتي عملا من شأنه الإضرار بالدائنين الآخرين (م ٢٨٢ فقرة ٢ مدني) فتتمشى مع قصور حجية اليمين ولا تعطلها فيما إذا وجه أحد الدائنين المتضامنين اليمين إلى المدين فحلفها ، فإن ذمة المدين لا تبرأ إلا بالنسبة إلى الدائن الذي وجه اليمين دون غيره من الدائنين . وبذلك تكون حجية اليمين قاصرة على هذا الدائن وحده .

(٣) وقد نصت المادة ١٣٦٥ من التقنين المدني الفرنسي ، تطبيقاً لهذه القواعد ، على ما يأتي : " اليمين لا تكون إلا حجة لمن وجهها أو حجة عليه ، هو وورثته وخلفائه . ومع ذلك إذا وجه أحد الدائنين المتضامنين اليمين إلى المدين ، لم تبرئ اليمين ذمة المدين إلا بمقدار حصة هذا الدائن . واليمين الموجهة إلى المدين الأصلي =

الفرع الثاني

اليمين المتممة

٣٠٣ – ما هي اليمين المتممة : اليمين المتممة هي يمين يوجهها القاضي من تلقاء نفسه لأي من الخصمين ، عندما يرى أن هذا الخصم قدم دليلا غير كاف على دعواه، ليتمم الدليل باليمين [1] . وقد جعل القانون للقاضي هنا – على خلاف العادة – دوراً إيجابياً في الإثبات [1] . فأباح له ، إذا لم يقدم أي من الخصمين دليلا كافياً على ما يدعيه ،

= تبرئ ذمة الكفيل . واليمين الموجهة إلى أحد المدينين المتضامنين تفيد الباقين . واليمين الموجهة إلى الكفيل تفيد المدين الأصلي . وفي الحالتين الأخيرتين لا تفيد اليمين الموجهة إلى المدين المتضامن أو إلى الكفيل سائر المدينين المتضامنين أو المدين الأصلي إلا إذا انصبت على أصل الدين لا على واقعة التضامن أو الكفالة " (قارن كولان وكابيتان وموراندييز ٢ فقرة ٨١٨ فيما يتعلق باليمين الموجهة إلى الكفيل) . ونصت المادة ٢٣٦ من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني على " أن حلف اليمين لا يصلح حجة إلا تجاه طالب التحليف وورثته وخلفائه في الحقوق إما لهم وإما عليهم " .

وهذا هو الأصل الفرنسي لنص المادة ١٣٦٥ :

Le serment fait forme preuve qu'au profit de celui qui l'a déféré ou contre lui, et au profit de ses héritiers et ayants cause ou contre eux. Néanmoins le serment déféré par l'un des créanciers solidaires au débiteur ne libére celui-ci que pour la part de ce créancier. Le serment déféré au débiteur principal libére également les cautions. Celui déféré à l'un des débiteurs solidaires profite aux codébiteurs. Et celui déféré à la caution profite au débiteur principal. Dans ces deux derniers cas, le serment du codébiteur solidaire ou de la caution ne profite aux autres codèbiteus ou au débiteur principal que lorsqu'il a été déféré sur la dette, et non sur le fait de la solidarité ou du cautionnement.

(1) اليمين المتممة هي يمين يوجهها القاضي من تلقاء نفسه إلى أحد الخصمين ، ليستكمل به أدلة هذا الخصم ، أو لاستجلاء الحقيقة عندما تكون الأدلة التي يتمسك بها الخصم غير كافية لإثبات دعواه .

(جلسة ١٩٧٣/٢/٢٧ الطعن رقم ٧ لسنة ٣٨ ق السنة ٢٤ ص ٣٤٢) .

(١) ويذهب الفقيهان أوبري ورو إلى أنه كان الأولى بواضعي التقنين المدني الفرنسي عدم الاحتفاظ باليمين المتممة ، ويقولان في هذا الصدد ما يأتي : " قد يكون من الخطأ أن واضعي التقنين المدني استبقوا اليمين المتممة . فإن فيها عيباً خطيراً ، إذ هي تجعل للقاضي سلطة في أن ينقل من تلقاء نفسه ، وبإرادته وحده، البت في الدعوى من منطقة القانون إلى منطقة الضمير (conscience) " . (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٧ هامش رقم ١) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني ، في صدد الدفاع عن استبقاء اليمين المتممة ، ما يأتي : " نص التقنين الفرنسي (م ١٣٦٦) على اليمين المتممة ، وتبعه في ذلك التقنين الإيطالي (م ١٣٧٤) والتقنين الهولندي (م ١٩٧٧) والتقنين المصري (م ٢٨٨/٢٢٣) والتقنين البرتغالي =

أن يختار منهما من يرجح عنده صدق قوله ، فيوجه إليه يميناً يتمم بها أدلته غير الكافية . ومن ثم سميت اليمين باليمين المتممة (serment supplétif, supplétoire) .

ونذكر منذ البداية أن اليمين المتممة تختلف اختلافاً جوهرياً عن اليمين الحاسمة ، في أن اليمين الأولى يوجهها القاضي لا الخصم ، ولا يوجهها إذا كانت الدعوى خالية من أي دليل ، ولا يتحتم عليه أن يأخذ بما تؤدى إليه من حلف أو نكول فقد يرفض طلب من حليف ويجب طلب من نكل . ثم إن مهمة اليمين المتممة غير مهمة اليمين الحاسمة ، فاليمين المتممة إنما توجه لاستكمال أدلة ناقصة ، أما اليمين الحاسمة فتقوم وحدها دليلا يستبعد أي دليل آخر [1] . وسنعود إلى هذه الفروق بعد أن نفصل أحكام اليمين المتممة .

٣٠٤ – تكييف اليمين المتممة : وهناك فرق جوهري آخر بين اليمين المتممة واليمين الحاسمة . فقد رأينا فيما قدمناه أن توجيه اليمين الحاسمة من الخصم إلى خصمه هو تصرف قانوني بإرادة منفردة . أما توجيه اليمين المتممة من القاضي فهو ليس إلا

= (م ٢٥٣٣) : ثم أبقى واضعو المشروع الفرنسي الإيطالي (م ٣١٩) على هذه اليمين رغم ما وجه إليها من نقد – وقد أشار بعض الفقهاء بوجوب حذف اليمين المتممة لأن المروءة متى توافرت ، فلا حاجة لليمين لصد الخصم عن المطالبة بغير المستحق ، وهي إذا انتفت لم يستشعر الخصم حرجاً من الحنث فيها . ثم إن القاضي لا يحتاج إلى اليمين لتمكين الاطمئنان من نفسه ، لأن من يخفق في إثبات دعواه يبوء بالخسارة، ولا يستشعر القاضي حرجاً في القضاء لخصمه عليه ، لأنه يترل في ذلك على حكم القانون – بيد أن هذا النظر يغفل خصائص اليمين بوصفها طريقاً للإثبات وطبيعة هذه اليمين والغاية منها . لأن اليمين طريق اضطرارية ، فمن المعقول أن يمكن القاضي من الالتجاء إليها في ظل الضمانات التي يقررها القانون ، أي حيث لا يكون الطلب أو الدفع مجرداً من كل دليل وحيث يكون هذا الدليل غير كاف في ذاته . ويراعى أن اليمين نظام تقتضيه العدالة ، فهي والحال هذه عامل يعين على سير العدالة ، فضلا عن أن القانون يترك للقاضي حرية التقدير بشأن ضرورة توجيهها وتعيين من توجه إليه من الخصوم . وغني عن البيان أن هذا التقدير ينبغي أن يناط بوجه خاص بما يتوافر في الخصم من بواعث الثقة ، ولهذا لم ير وجه للتنويه بعدم جواز توجيه اليمين المتممة إذا كان من توجه إليه غير أهل لأي ثقة كما يفهم ذلك من عبارة المادة ٢٥٣٣ فقرة ٣ من التقنين البرتغالي. ويلاحظ أن اليمين شرعت لعلاج مساوئ نظام تقييد الدليل ونظام حيدة القاضي إزاء دعاوى الخصوم ، فيجب والحال هذه أن تؤدى وظيفتها كاملة . هذا ويلاحظ من الناحية العملية أن القاضي لا يلجأ إلى اليمين المتممة إلا في كثير من الحيطة والاعتدال ، بعد تقدير جدوى هذه اليمين تقديراً يعتد فيه بشخصية الخصم . إزاء كل أولئك رؤى الإبقاء على اليمين المتممة في نصوص المشروع " . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٦٠ – ص ٤٦١) .

ولعل خير دفاع عن اليمين المتممة هي أنها وسيلة للتخفف من حدة التنظيم القانوني للإثبات ، فهي توسع أمام القاضي بمرونتها ما ضاق بسبب جمود هذا التنظيم .

(١) استئناف مختلط ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣١٨ – أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٧ ص ٩٣١ .

واقعة مادية ، يلجأ إليها القاضي لاستكمال الأدلة [1] . فتتمخض اليمين المتممة إذن طريقاً من طرق الإثبات ذات القوة المحدودة وذات الأثر التكميلي ، ولا تنطوي على أي تصرف قانوني .

ونتكلم في اليمين المتممة ، كما فعلنا في اليمين الحاسمة ، في توجيه اليمين وفي الآثار التي تترتب على توجيهها . ونعقب ذلك بالكلام في صور خاصة لليمين المتممة : يمين الاستيثاق ويمين الاستظهار ويمين التقويم .

§ ١ – توجيه اليمين المتممة

٣٠٥ – النصوص القانونية : تنص المادة ١١٩ من قانون الإثبات (تقابلها المادة ٤١٥ من التقنين المدني الملغاة) على ما يأتي :

" للقاضي أن يوجه اليمين من تلقاء نفسه إلى أي من الخصمين ليبنى على ذلك حكمه في موضوع الدعوى أو في قيمة ما يحكم به " .

" ويشترط في توجيه هذه اليمين ألا يكون في الدعوى دليل كامل ، وألا تكون الدعوى خالية من أي دليل [1] " .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٢٨/٢٢٣ [2] .

---

(1) اليمين المتممة . إجراء من إجراءات التحقيق تيسر للقاضي تحصيل دليل خاص تقتضيه العدالة اعتبارها دليلا تكميليا إضافيا ، وليست حجة قاطعة ملزمة ، عدم نقلها مصير النزاع إلى نطاق الذمة على وجه التخصص والإفراد وبقائه محصوراً في حدود أحكام القانون مع مجاوزته هذه الحدود إلى ذلك النطاق استكمالا للدليل . (جلسة ١٩٩٨/٣/١٩ الطعن رقم ٢٩٠ لسنة ٦٧ ق) . /

(جلسة ١٩٧٣/٢/٢٧ مجموعة المكتب الفني السنة ٢٤ ص ٣٤٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٥٣ من المشروع التمهيدي للقانون المدني على وجه مطابق . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٤٢٨ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فلجنة مجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٤١٥ ، فمجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٦٠ و ص ٤٦٢ – ص ٤٦٣) .

(٢) وكانت المادة ٢٨٨/٢٢٣ من التقنين المدني السابق تجرى على الوجه الآتي : " إذا تبين أن الأوراق المقدمة للإثبات غير كافية له ، فللقاضي أن يكلف الدائن باليمين لتأييد دينه ، أو يكلف المدين بها لإثبات براءة ذمته من الدين " . ونص التقنين المدني الجديد أدق من حيث إنه لا يشترط ، لتوجيه اليمين المتممة ، وجود أوراق للإثبات غير كافية . فقد تكون الدعوى تجارية أو لا تزيد على نصاب البينة ، فيكفي في هذه الحالة أن يقدم الخصم بينة أو قرائن – لا أوراقاً – تستكمل بعد ذلك باليمين المتممة . ومهما يكن من أمر ، فالحكم واحد في التقنينين الجديد والقديم ، رغماً عن الخلاف في النص .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البينات السوري المادة ١٢١ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٨٢ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المادتين ٢٣٧ و ٢٣٨ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٠٤ [١] .

ويقابل في التقنين المدني الفرنسي المادتين ١٣٦٦ و ١٣٦٧ [٢] .

ونبحث هنا أيضاً ، كما بحثنا في اليمين الحاسمة ، المسائل الآتية : (١) من يوجه اليمين المتممة (٢) لمن توجه (٣) متى توجه (٤) موضوعها (٥) جواز الرجوع فيها .

٣٠٦ — من يوجه اليمين المتممة : يوجهها القاضي من تلقاء نفسه [١] ، لا الخصم . ولا يتقيد القاضي في ذلك بطلب الخصوم ، فلو طلبها خصم فللقاضي أن يقدر

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السوري م ١٢١ : مطابقة تقريباً لنص التقنين المصري ومتفقة معه في الحكم .

التقنين المدني العراقي م ٤٨٢ : مطابقة لنص التقنين المصري .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٢٣٧ : يحق للقاضي أن يكلف أحد الفريقين حلف اليمين ، إما لجعل الحكم موقوفاً عليها ، وإما لتعيين المبلغ الذي سيحكم به — م ٢٣٨ : لا يجوز للقاضي أن يطلب من تلقاء نفسه تحليف اليمين على الطلب ولا على الدفع الذي يقابله إلا إذا توافر الشرطان الآتيان : (أولا) يجب ألا يكون الطلب أو الدفع ثابتين كل الثبوت . (ثانيا) يجب ألا يكونا مجردين تماماً عن الإثبات . وفيما عدا هاتين الحالتين يجب على القاضي أن يكتفي بقبول الطلب أو برده . (والحكم واحد في التقنينين اللبناني والمصري) .

(٢) التقنين المدني الفرنسي م ١٣٦٦ : يجوز للقاضي أن يوجه اليمين لأي من الخصمين ، إما ليجعل الحكم في القضية موقوفاً عليها ، وإما ليعين المبلغ الذي يحكم به . م ١٣٦٧ : لا يجوز للقاضي أن يوجه اليمين من تلقاء نفسه ، سواء في الدعوى أو في الدفع المقابل لها ، إلا بالشرطين الآتيين : (أولا) يجب ألا يكون هناك دليل كامل على الدعوى أو الدفع . (ثانيا) يجب ألا يكونا خاليين من أي دليل — وفيما عدا هاتين الحالتين يجب على القاضي أن يكتفي بقبول الدعوى أو برفضها .

Art. 1366 : Le juge peut déférer à l'une des parties le serment, ou pour en faire dépendre la décision de la cause, ou seulment pour déterminer le montant de la condamnation,.

Art. 1367 : Le juge ne peut déférer d'office le serment, soit sur la demande soit sur l'exception qui y est opposée, que sous les, deux conditions suivantes : il faut, 1° Que la demande ou l'exception ne soit pas pleinement justifiée; 2° Qu'elle ne soit pas totalement dénuée de preuves. Hors ces deux cas, le juge doit ou adjuger ou rejeter purement et simplement la demande.

(1) إن اليمين المتممة ملك للقاضي يوجهها من تلقاء نفسه ، وله أن يعدل عنها إذا ظهر له قبل الحلف من الأدلة ما يكفي لتكون عقيدته .

(جلسة ١٩٧٧/١١/١٥ الطعن رقم ١٠٢ لسنة ٤٤ ق س ٢٨ ص ١٦٧٣) .

هذا الطلب ، فيوجهها أو لا يوجهها . وله أن يوجهها ، كما قدمنا ، حتى لو لم يطلب الخصم توجيهها [1] .

٣٠٧ – لمن توجه اليمين المتممة : وتوجه لأي من الخصمين بحسب تقدير القاضي [1] . فإن رأى القاضي أن أحد الخصمين – المدعى أو المدعى عليه – قدم أدلة على ادعاءه في الدعوى أو في الدفع [2] أرجح من أدلة الخصم الآخر وإن كانت في ذاتها غير كافية ، ورأى إلى جانب ذلك أن هذا الخصم ذا الدليل الراجح أولى بالثقة فيه والاطمئنان إليه ، وجه إليه هو ، دون الخصم الآخر ، اليمين المتممة ليستكمل أدلته بها . وإن رأى الخصمين متكافئين في كل ما تقدم ، فالظاهر أنه يوجه اليمين المتممة إلى المطلوب من الخصمين لا الطالب ، لأن الأصل براءة الذمة [3] . على أن القاضي في كل هذا إنما يسير بحسب اقتناعه وبمقدار ما يطمئن إلى أي من الخصمين ، دون أن يتقيد بقاعدة معينة ، فمن من الخصمين رآه أجدر بالثقة حلفه اليمين [4] .

ولا تشترط أهلية خاصة في الخصم الذي توجه إليه اليمين . بل تكفى فيه أهلية التقاضي ، لأن اليمين المتممة ليست تصرفاً قانونياً ، بل هي وسيلة من وسائل التحقيق والإثبات كما قدمنا . وسنرى أنه لا يصح التوكيل في حلف اليمين المتممة .

---

(١) استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٢٠ .

(1) يشترط لتوجيه اليمين المتممة ألا تكون الدعوى خالية من أي دليل وأن يكون بها مبدأ ثبوت يجعل الإدعاء قريب الاحتمال ، وإن كان لا يكفي بمفرده لتكوين دليل كامل فيستكمله القاضي باليمين المتممة ، وللقاضي الموضوع الحرية في تعيين من يوجه إليه هذه اليمين من الخصوم وهو يراعى في ذلك من كانت أدلته أرجح ومن كان أجدر بالثقة فيه والاطمئنان إليه .
(جلسة ١٩٦٨/١٠/٢٩ الطعن رقم ٢٢٠ لسنة ٣٣ ق س ١٩ ص ١٢٧٦) .

(٢) استئناف مختلط ٢٢ يونية سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٤٣ .

(٣) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن القاضي بالخيار في توجيه اليمين المتممة لأحد الخصمين الذي يرى كفته أرجح في الأدلة . وإذا تساوت الأدلة ، على الأقل في نظره ، فلا مانع من أن يوجهها للمدعى عليه ، لأن الأصل فيه عدم تعهده (٢٤ نوفمبر سنة ١٩٤٩ المحاماة ٣٠ رقم ٤٦٠ ص ١٠٢٦ – أنظر مع ذلك أوبري ورو ١٢ ص ٣٩٠ – وأنظر في هذا المعنى : ديمولومب ٣٠ فقرة ٧٠٩ – بودري وبارد ٤ فقرة ٢٧٧٢ . ولا يجوز للقاضي أن يوجه اليمين المتممة لكلا الخصمين ، على أن ينظر فيما بعد لمن يحكم له منهما . حلفا أو نكلا أو حلف أحدهما ونكل الآخر : أنسيكلو بيدي داللوز في القانون المدني ٤ لفظ Preuve فقرة ١٢٢٤) .

(٤) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٧ هامش رقم ١٠ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٨٣ ص ١٠٥٧ – ص ١٠٥٨ – الموجز للمؤلف ص ٦٩٥ .

ولا يجوز توجيه اليمين المتممة إلى غير خصم أصلي في الدعوى . فلا توجه إلى الدائن الذي يرفع الدعوى باسم مدينه ، بل توجه إلى هذا المدين بعد إدخاله في الدعوى [1].

٣٠٨ – متى توجه اليمين المتممة : توجه في أية حالة كانت عليها الدعوى، إلى أن يصدر حكم نهائي حائز لقوة الشيء المقضي . ويجوز توجيهها بعد إقفال باب المرافعة، فيعيد القاضي القضية إلى المرافعة إذا رأى محلا لذلك . كما يجوز توجيهها لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية ، في أية حالة كانت عليها الدعوى على الوجه المتقدم الذكر .

ولكنها لا توجه إلى خصم إلا لاستكمال أدلته . فيجب إذن – كما يقول النص – ألا يكون في الدعوى دليل كامل ، وألا تكون الدعوى خالية من أي دليل . أي يجب أن يكون في الدعوى مبدأ ثبوت (commencement de preuve) بالكتابة أو بغير الكتابة على حسب الأحوال [2] . ذلك أنه إذا كان في الدعوى دليل كامل ، لم تصبح هناك حاجة لليمين المتممة ، وقضي لمصلحة صاحب هذا الدليل [3] . وإذا كانت الدعوى خالية من أي دليل ، لم يصح توجيه اليمين المتممة لأي من الخصمين . لأن هذه اليمين لا توجه إلا لاستكمال أدلة ناقصة [1] . فلا تحل مكان أدلة غير موجودة كما هو شأن اليمين الحاسمة. وإنما يقضى في هذه الحالة على الخصم الذي خلت دعواه من أدنى دليل .

---

(١) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٧ هامش رقم ٨ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن شرط توجيه اليمين المتممة هو أن يكون لدى كل من الطرفين مبدأ ثبوت لا يرقى إلى مرتبة الدليل الكامل . فإذا ما وجهت المحكمة اليمين إلى أحد الخصمين وحلفها ، وقدرت من ذلك أن الدليل الكامل قد توافر على صحة ما يدعيه ، فليس في ذلك ما يناقض ما سبق أن قررته في حكمها الصادر بتوجيه اليمين من أن كلا من الطرفين يستند في دعواه إلى دليل له قيمته (نقض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٠٣ ص ٦٢٢) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن اليمين المتممة لا يجوز توجيهها إذا كانت الدعوى خالية من أي دليل (٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٠٦) . وقضت أيضاً بأنه لا يجوز توجيه اليمين المتممة إذا كان هناك دليل كامل أو لم يكن هناك أي دليل (٢٢ يونية سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٤٣) .

(٣) على أنه إذا وجه القاضي إليه اليمين المتممة بالرغم من تقديمه دليلا كاملا ، فحلفها ، لم يكن هذا موجبا لبطلان الحكم (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٨٢ – بيدان وبرو ٩ فقرة ١٣٣١) – وإذا نكل عنها ، فالقاضي يقضي بالرغم من ذلك لمصلحته إذ قدم دليلا كاملا على صحة ادعائه . فإن قضي ضده بسبب النكول ، كان هذا خطأ في القانون يخضع لرقابة محكمة النقض .

(1) لا يشترط في الدليل الناقص الذي يكمل باليمين المتممة أن يكون كتابة أو مبدأ ثبوت بالكتابة ، بل يصح أن يكون بينة أو قرائن يرى فيها القاضي مجرد مبدأ ثبوت عادة وإن كان يجعل الادعاء قريب الاحتمال إلا أنه غير كاف بمجرده لتكوين دليل كامل يقنعه فيستكمله باليمين المتممة . ومن ثم فلا تثريب على محكمة الاستئناف إذا هي عمدت إلى تكملة القرائن التي تجمعت لديها باليمين المتممة ، وإذا هي رأت بعد حلف هذه اليمين أن الدليل قد اكتمل على انتفاء الدين .
(جنسة ١٩٦٦/١/٦ الطعن رقم ٢٠٨ سنة ٣١ ق س ١٧ ص ٥٥) .

والدليل الناقص الذي تكمله اليمين المتممة يختلف باختلاف ما إذا كان الادعاء يجوز إثباته بالبينة والقرائن أو لابد من الكتابة في إثباته . فإذا كان الإثبات جائزاً بالبينة والقرائن ، فالدليل الناقص يصح أن يكون بينة أو قرائن ليست كافية لإقناع القاضي فيستكملها باليمين المتممة، ويكون ذلك في ادعاء لا تجاوز قيمته خمسمائة جنيه وكذلك في جميع المـــواد التجارية [1] . أما إذا كان الإثبات بالكتابة واجباً ، فالدليل الناقص يجب أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة . لا مجرد بينة أو قرائن ، إلا في الحالات التي تجوز فيها البينة والقرائن بدلا من الكتابة لمسوغ قانوني ، كما إذا كان هناك مانع من الحصول على الكتابة أو فقدت الكتابة بسبب أجنبي بعد الحصول عليها [2] و [3] .

---

(١) وقد رأينا أن نص التقنين المدني السابق (م ٢٢٣/٢٨٨) معيب من هذه الناحية ، فهو يشترط لتوجيه اليمين المتممة أن تكون في الدعوى أوراق مكتوبة . ولم يأخذ القضاء بظاهر النص ، بل مال إلى عدم اشتراط أن يكون مبدأ الثبوت حاصلا بالكتابة في الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بالبينة والقرائن . فقضت محكمة استئناف مصر بأنه لا يشترط أن يكون مبدأ الثبوت حاصلا بالكتابة (١٦ ديسمبر سنة ١٩٤٥ المحاماة ٣٠ رقم ١٥٥ ص ١٦٢) . وذكرت في حكم آخر بأن القضاء اختلف في توجيه اليمين المتممة في الأحوال التي تثبت بشهادة الشهود اعتماداً على أن المادة ٢٢٣ مدني تنص على أنه إذا تبين أن الأوراق المقدمة للإثبات غير كافية ... والراجح أنه يجوز توجيهها حتى في الحالات التي تثبت بشهادة الشهود بصفة عامة وفي المسائل التجارية وهي منها ... والقاضي بالخيار يوجهها في طلب أصلي في الدعوى أو دفع متفرع عنها لأحد الخصمين الذي يرى كفته أرجح في الأدلة ، وإذا تساوت على الأقل في نظره فلا مانع من أن يوجهها للمدعى عليه لأن الأصل فيه عدم تعهده — وعلى كل فالقاضي له أن يعدل بعد توجيهها إذا وجد ما يغنيه عن ذلك ، بل له ألا يأخذ بها بعد تأديتها ، وإذا رفضها من وجهت له فليس من المحتم أن يحكم عليه (٢٤ نوفمبر سنة ١٩٤٩ المحاماة ٣٠ رقم ٤٦٠ ص ١٠٢٦) .

(٢) استئناف مختلط ١٣ أبريل سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٩٢ — ٣ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٤٩ — ٥ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٦٤ — ١٤ أبريل سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٧٠ — ١٧ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٢٢ — ٦ يونية سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٦٣ — ١٧ نوفمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ١٦ .
وأنظر أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٧ ص ٣٨٨ — ص ٣٨٩ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٨٢ ص ١٠٥٦ — ص ١٠٥٧ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٢٩٣ ص ٧٢٣ .

(٣) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " وقد عرضت هذه الفقرة لشروط جواز قبول اليمين المتممة وحجيتها . فهي تختلف عن اليمين الحاسمة في أنها لا تكون جائزة القبول إلا حيث لا يكون الدليل كاملا وحيث لا تكون الدعوى خالية من كل دليل . فإعمال هذه اليمين يفترض أن الادعاء قريب الاحتمال ، فينبغي أن يكون ثمة مبدأ ثبوت ، لا يكفي بمجردة لتكوين دليل كامل ، وإن انطوى فيه معنى تعزيز هذا الاحتمال . فإذا توافر في الدعوى دليل كامل انتفت جدوى اليمين المتممة وامتنع قبولها ، لأن القاضي يلزم بالتقيد بهذا الدليل والقضاء للمدعى على أساسه. وينبغي ذلك ألا تكون الدعوى خالية من كل دليل ، لأنها تكون في هذه الحالة غير قريبة الاحتمال لأن توافر مبدأ الثبوت القانوني هو الذي أسبغ عليها هذا الوصف — ويعتبر مبدأ ثبوت في رأي الفقه والقضاء : (أ) الإقرار الجزئي . (ب) والبينة والقرائن إذا كانت القيمة أقل من عشرة جنيهات أصبحت الآن (خمسمائة جنيه)، لأن هذا أو تلك قـــد =

٣٠٩ – موضوع اليمين المتممة : ولما كانت اليمين المتممة هي لتكملة دليل ناقص ، فالواقعة التي يحلف عليها الخصم هي تلك التي تكمل دليله ليثبت ادعاؤه ، دعوى كان أو دفعاً . فهي إذن لا بد أن تكون واقعة غير مخالفة للقانون ولا للنظام العام ولا للآداب ، ويجب أن يكون من شأنها أن تكمل الدليل الناقص في تقدير القاضي [١] .

ويغلب أن تكون الوافعة التي يحلف عليها الخصم اليمين المتممة هي واقعة الادعاء بأجمعها ، كأن يحلف الدائن أن له في ذمة المدين مبلغ كذا بسبب القرض ، فيستكمل بهذه اليمين مبدأ ثبوت بالكتابة قدمه لإثبات عقد القرض . ولكن لا شيء يمنع من أن تكون الواقعة مجرد قرينة من شأنها ، إذا ثبتت ، أن تضاف إلى أدلة أخرى موجودة فيثبت المدعى به بمجموع هذه الأدلة [٢] . مثل ذلك أن يحلف المدين يميناً متممة على أنه أقرض الدائن ، بعد حلول الدين المدعى به ، مبلغاً من المال ، ليستخلص من واقعة القرض قرينة تضاف إلى مبدأ ثبوت بالكتابة لإثبات براءة ذمته من الدين المدعى به .

كذلك يغلب أن تكون الواقعة التي يحلف عليها الخصم اليمين المتممة واقعة شخصية. فإن لم تكن شخصية كان الحلف على عدم العلم [٣] . ذلك أن اليمين المتممة، كاليمين الحاسمة ، قد تكون يميناً على عدم العلم . مثل ذلك أن يوجه القاضي اليمين المتممة إلى ورثة المدعى عليه يحلفون أنهم لا يعلمون أن مورثهم قد تسلم الوديعة بها من المدعى . وليست يمين عدم العلم هذه يمين استيثاق ضرورة ، شأنها في ذلك شأن يمين عدم العلم الحاسمة ،

= تعتبر غير كافية في ذاتها . (ج) ومبدأ الثبوت بالكتابة إذا زادت القيمة على عشرة جنيهات (خمسمائة جنيه حالياً) أو كان الإثبات بالبينة عسيراً أو مستحيلا . (د) ودفاتر التجار بشأن ما يوردون متى كانت منتظمة " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٦١ – ص ٤٦٢) .

(١) أنظر في اليمين المتممة لتكملة دليل ناقص : استئناف مختلط ٣١ أكتوبر سنة ١٨٨٨ م ١ ص ٣٧٢ – ١١ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٨٤ – ١٣ أبريل سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٩٢ – ٢١ أبريل سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٥٥ – مصر الكلية ١٢ يونية سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٣٦٧ ص ٧٤٤ . هذا وقد رأينا عند الكلام في دفاتر التجار أن البيانات المثبتة فيها لما ورده التجار لغير التجار تصلح أساساً يجيز للقاضي أن يوجه اليمين المتممة إلى أي من الطرفين وذلك فيما يجوز إثباته بالبينة (م ٣٩٧ فقرة أولى مدني) .
ويقرر الأستاذ عبد السلام ذهني أن اليمين المتممة لا يمكن توجيهها إلى المتهم في الدعوى المدنية المرتبطة بالدعوى الجنائية ، شأنها في ذلك شأن اليمين الحاسمة (الأدلة ٢ ص ٥٣ – ص ٦٠ – أنظر أيضاً في هذا المعنى بودري وبارد ٤ فقرة ٢٧٧٧) .

(٢) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٧ ص ٣٩١ وهامش رقم ١٤ – بيدان وبرو ٩ فقرة ١٣٣٣ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٨٤ ص ١٠٥٨ .

(٣) استئناف مختلط ١٥ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٦٥ – أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٧ ص ٣٩٠ – ص ٣٩١ – بيدان وبرو ٩ فقرة ١٣٣٣ – قارن بودري وبارد ٤ فقرة ٢٧٧٥ .

ولكن يمين الاستيثاق هي التي قد تكون في بعض صورها يميناً بعدم العلم . وسيأتي تفصيل ذلك عند الكلام في يمين الاستيثاق .

٣١٠ – جواز الرجوع في اليمين المتممة : واليمين المتممة يجوز الرجوع فيها دائماً . وقد رأينا أن القاضي هو الذي يوجهها . فإذا وجهها إلى أحد الخصمين ، ثم بدا له بعد ذلك أن يرجع ، بأن كشف عن أدلة جديدة أكملت الأدلة الناقصة أو نقضتها فلم يعد هناك مسوغ لتوجيه اليمين المتممة ، جاز له الرجوع [1] . بل يجوز له الرجوع لمجرد أن يكون قد غير رأيه دون حاجة إلى الكشف عن أدلة جديدة، فقد يعيد النظر في تقدير الأدلة الموجودة فيراها كاملة وكان يظنها قبل توجيه اليمين ناقصة ، أو لا يرى فيها دليلا بعد أن كان يظنها أدلة ناقصة ، فيرجع عندئذ عن توجيه اليمين المتممة بعد أن يكون قد وجهها .

وسنرى فيما يلي أنه حتى بعد أن يحلف الخصم اليمين المتممة لا يكون القاضي مقيداً أن يحكم بموجبها ، فقد يرى بعد النظر أن يحكم ضد الخصم بعد أن حلف اليمين، أو يحكم لمصلحته بعد أن نكل .

§ ٢ – الآثار التي تترتب على توجيه اليمين المتممة

٣١١ – النصوص القانونية : تنص المادة ١٢٠ من قانون الإثبات (تقابلها المادة ٤١٦ من التقنين المدني الملغاة) على ما يأتي :

" ولا يجوز للخصم الذي وجه إليه القاضي اليمين المتممة أن يردها على الخصم الآخر [1] " .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق . ولكن الحكم كان معمولا به دون نص .

---

(1) اليمين المتممة ملك للقاضي ، وله أن يعدل عنها إذا ظهر له قبل الحلف من الأدلة ما يكفي لتكوين عقيدته . (جلسة ١٩٧٧/١١/١٥ الطعن رقم ١٠٢ لسنة ٤٤ ق س ٢٨ ص ١٦٧٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٥٤ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٢٩ في المشروع النهائي ، فمجلس النواب ، فلجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٤١٦، فمجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٦٣ – ص ٣٦٤) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البينات السوري المادة ١٢٤ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٨٥ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المادة ٢٣٩ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٠٥ [١] .

ويقابل في التقنين المدني الفرنسي المادة ١٣٦٨ [٢] .

٣١٢ – لا خيار لمن وجهت إليه اليمين المتممة فإما الحلف أو النكول : ويتبين من نص التقنين المدني المصري ألا خيار لمن وجهت إليه اليمين المتممة، فهو إما أن يحلف أو ينكل ، ولا يستطيع أن يرد اليمين على الخصم الآخر . ذلك لأن اليمين موجهة إليه من القاضي لا من الخصم الآخر ، ولأنها وسيلة تكميلية لاقتناع القاضي وليست احتكاماً إلى ضمير الخصم حتى يجوز لهذا ردها ليحتكم هو إلى ضمير خصمه [٣] .

فالخصم الذي وجه إليه القاضي اليمين المتممة لا مناص له إذن من أحد موقفين : الحلف أو النكول [٤] . ونرى الآن ماذا يترتب من الأثر على كل من هذه الموقفين .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السوري م ١٢٤ : مطابقة للتقنين المصري .
التقنين المدني العراقي م ٤٨٥ : مطابقة للتقنين المصري .
تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٢٣٩ : إن اليمين التي يطلبها القاضي مباشرة من أحد الفريقين لا يمكن ردها على الخصم . (والحكم واحد في التقنينين اللبناني والمصري) .
التقنين المدني الليبي م ٤٠٥ : مطابقة للتقنين المصري .

(٢) التقنين المدني الفرنسي م ١٣٦٨ : اليمين التي يوجهها القاضي من تلقاء نفسه إلى أحد الخصمين لا يجوز ردها من هذا الخصم على الخصم الآخر .

Art. 1368 : Le serment déféré d'office par le juge à l'une des parties, ne peut être par elle référé à l'autre.

(٣) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني في هذا الصدد ما يأتي : " اقتفى المشروع أثر التقنين الفرنسي (م ١٣٦٨) والتقنين الإيطالي (م ١٣٧٦) والتقنين الهولندي (م ١٩٨٠) والتقنين البرتغالي (م ٢٥٣٤) والمشروع الفرنسي الإيطالي (م ٣٢١) في استظهار هذا الفرق الجوهري بين اليمين المتممة واليمين الحاسمة . ويراعى أن التفريق بين اليمينين من هذا الوجه حتم تقتضيه طبيعة اليمين المتممة ، لأن إعمالها من شأن القاضي فهو الذي يرجع إليه أمر توجيهها ، وهو الذي يعين من توجه إليه من الخصمين " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٦٣ – ص ٣٦٤) .

(٤) وإذا مات من وجه إليه القاضي اليمين المتممة قبل أن يحلفها ، اعتبر الحكم بتوجيهها كأن لم يكن . وللقاضي أن يفصل في النزاع دون يمين متممة ، أو أن يوجه هذه اليمين إلى الخصم الآخر ، أو أن يوجه يميناً متممة بعدم العلم إلى ورثة الخصم الذي مات (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٧ ص ٣٩٤ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٨٣) .

وقد رأينا إذا مات من وجهت إليه اليمين الحاسمة قبل أن يحلفها ، لم تعتبر اليمين مردودة على الخصم الآخر لأن رد اليمين ليس بالتزام تخييري بل هو التزام بدلي ، ومن ثم يرجع الأمر إلى ما كان عليه قبل توجيـــه =

٣١٣ – حلف الخصم لليمين المتممة : يحلف الخصم اليمين المتممة بنفسه، ولا يجوز له أن يوكل أحداً غيره في الحلف ، شأن اليمين المتممة في هذا شأن اليمين الحاسمة. ذلك أن المقصود من الحلف ، في الحالتين ، هو تأكيد الخصم لما يدعيه مع تعزيز التأكيد بالإيمان . وهو بعد لو ثبت حنثه في يمينه ، كان معرضاً للعقوبة الجنائية المنصوص عليها في المادة ٣٠١ من قانون العقوبات وقد تقدم ذكرها . ونص هذه المادة غير مقصور على اليمين الحاسمة ، بل يشمل كل يمين يلزم بها الخصم في المواد المدنية فيحلفها كذباً . ومن ثم يتناول النص ، فوق اليمين الحاسمة ، اليمين المتممة ويمين الاستيثاق وغيرها من الإيمان التي يلزم به الخصم في المواد المدنية .

وكل ما ذكرناه في كيفية حلف اليمين الحاسمة يسرى بالنسبة إلى حلف اليمين المتممة .

والغالب أن الخصم إذا حلف اليمين المتممة قضى لصالحه ، إذ يكون بهذا الحلف قد استكمل الأدلة التي كانت ناقصة ، وأقنع القاضي بصحة ادعائه . ولكن إذا ثبت بحكم جنائي كذب اليمين ، جاز للخصم الآخر أن يطالب بتعويض مدني ، وهذا دون إخلال بالطعن في الحكم الذي صدر تأسيساً على اليمين المتممة بطريق الاستئناف أو بطريق التماس النظر . وقد رأينا أن هذا كله جائز في اليمين الحاسمة ، فهو جائز من باب أولى في اليمين المتممة . بل ويجوز ، في اليمين المتممة ، أن يدعى الخصم طالب التعويض مدنياً في الدعوى الجنائية التي ترفعها النيابة العامة ، كما يجوز له أن يرفع دعوى الجنحة المباشرة [1] .

= اليمين . فيتفق الحكم إذن في أن اليمين لا تعتبر مردودة إلى الخصم الآخر ، في كل من اليمين الحاسمة واليمين المتممة ، ولمن لسببين مختلفين : في اليمين الحاسمة الالتزام برد اليمين ليس إلا التزاماً بدلياً ، وفي اليمين المتممة الالتزام برد اليمين لا وجود له أصلا .

(١) أنظر في هذا المعنى حق في عهد التقنين المدني السابق : (ملوي ٣٠ مايو سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ١٠٦ – وأنظر عكس ذلك وعدم قبول دعوى التعويض أمام محكمة الجنح أو أمام المحكمة المدنية ، أسوة باليمين الحاسمة ، وذلك في عهد التقنين المدني السابق : أسوان ١٤ يوليو سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٩٧) – وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " ومع ذلك فاليمين المتممة طريق من طرق الإثبات ، فيجوز نقض دلالتها بإثبات العكس ، ويجوز للمضرور في هذه الحالة أن يدعى مدنياً للمطالبة بالتعويضات أمام المحاكم الجنائية ، ويجوز له أيضاً أن يطعن في الحكم بالطرق المقررة " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٦٢) .

أما في الفقه الفرنسي ، فقد ذهب الفقيهان أوبري ورو (١٢ فقرة ٧٦٧ ص ٣٩٣) إلى أن التعويض ، ومن ثم الادعاء مدنياً في الدعوى الجنائية ورفع الجنحة المباشرة ، غير جائز في اليمين المتممة ، شأن هذه اليمين في ذلك شأن اليمين الحاسمة . ويوافقهما في هذا الرأي : لارمبير ٥ م ١٣٦٧ – ١٣٦٨ فقرة ٢٥ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٨٥ – جارسون في القانون الجنائي م ٣٦٦ فقرة ١٧ . ويذهب إلى عكس =

على أنه ليس حتما على القاضي ، بعد أن يحلف الخصم اليمين المتممة ، أن يقضى لصالحه [1] . فقد يقع ، كما قدمنا ، أن القاضي ، بعد حلف اليمين وقبل النطق بالحكم، يقف على أدلة جديدة تقنعه بأن ادعاء الخصم الذي حلف اليمين يقوم على غير أساس ، فيحكم ضده . بل ليس من الضروري أن يكشف القاضي أدلة جديدة ، فقد يعيد النظر كما أسلفنا في القضية ، بعد الحلف وقبل الحكم ، فيقتنع بغير ما كان مقتنعاً به عند توجيه اليمين المتممة ، فيقضى ضد من حلف [1] .

بل إن القاضي ليقضى لمصلحة من حلف ، ثم يستأنف الحكم ، فترى محكمة الاستئناف رأياً آخر ، إذ هي لا تتقيد بتوجيه اليمين ولا بحلفها في المحكمة الابتدائية . فقد ترى ألا محل لتوجيه اليمين المتممة ، لأن الأدلة قد أصبحت كافية ، أو كانت كافية من قبل، أو أن الأدلة معدومة بحيث لا يجوز توجيه هذه اليمين . وحتى إذا رأت أن توجيه

= هذا الرأي : ماركاديه م ١٣٦٨ فقرة ٣ – بودري وبارد ٤ فقرة ٢٧٧٩ . ولم يحسم القضاء الفرنسي هذا الخلاف (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٨٥) .

(1) اليمين المتممة ليست إلا إجراء يتخذه القاضي من تلقاء نفسه رغبه منه في تحرى الحقيقة ثم يكون له من بعد اتخاذه سلطة مطلقة في تقدير نتيجته ، فهي ليست حجة ملزمة للقاضي بل له أن يأخذ بها بعد أن يؤديها الخصم أو لا يأخذ بها ، ولا تتقيد محكمة الاستئناف بما رتبته عليها محكمة أول درجة لأنها لا تحسم النزاع ولا تحول دون استئناف الحكم المؤسس عليها ، ومن ثم فلا يعيب الحكم عدم رده على الدفع بعدم قبول الاستئناف المؤسس عليها ، ومن ثم فلا يعيب الحكم عدم رده على الدفع بعدم قبول الاستئناف المؤسس على أن اليمين المتممة قد حسمت النزاع إذ هو دفع غير منتج لا يتغير بإغفاله وجه الحكم في الدعوى .
(جلسة ١٩٥٥/١/١٣ الطعن رقم ٢٤٢ لسنة ٢١ ق) .
(جلسة ١٩٦٢/٥/٣ الطعن رقم ٣٢٨ لسنة ٢٦ ق س ١٣ ص ٥٧١) .
(جلسة ١٩٧٣/٣/٢٢ الطعن رقم ٤٢٩ لسنة ٣٧ ق س ٢٤ ص ٤٦٣) .
(جلسة ١٩٧٧/١١/١٥ الطعن رقم ١٠٢ لسنة ٤٤ ق س ٢٨ ص ١٦٧٣) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني في هذا الصدد ما يأتي : " وتعتبر اليمين المتممة دليلا تكميلياً إضافياً كما هو ظاهر من اسمها . ويجوز أن يرتب عليها الفصل في النزاع ولكن قد لا يكون توجيهها ضرورياً لهذا الفصل . وتعتبر هذه اليمين إجراء من إجراءات التحقيق التي تيسر للقاضي تحصيل دليل خاص تقتضيه العدالة ويكون له ما لغيره من قوة الإلزام ، لأنها تفترض توافر عناصر إثبات لها مكانتها وإن كانت أدنى من مرتبة الدليل . وهي تختلف كذلك عن اليمين الحاسمة ، لأنها لا تنقل مصير النزاع إلى نطاق الذمة على وجه التخصيص والإفراد ، بل يظل النزاع محصوراً في حدود أحكام القانون ، وإن جاوز هذه الحدود إلى ذلك النطاق استكمالا للدليل . ولهذه العلة لا تعتبر اليمين المتممة حجة قاطعة ملزمة ، بل يكون للقاضي مطلق الخيار في الاعتداد بها أو التجاوز عنها . فله أن يقضى على أساس اليمين التي أديت ، أو على أساس عناصر إثبات أخرى ، اجتمعت له قبل أداء هذه اليمين أو بعد أدائها " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٦٢) .
قارن مع ذلك : استئناف مصر ٢٤ يونية سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ١٤١ .

اليمين المتممة كان مستساغاً ، فقد ترى أن الخصم الذي كان يجب أن توجه إليه هذه اليمين هو الخصم الآخر ، فتوجهها له لأول مرة في الاستئناف ، وتغفل اليمين الأخرى التي كانت المحكمة الابتدائية قد وجهتها . بل قد لا تعدل محكمة الاستئناف عن توجيه اليمين المتممة إلى الخصم الذي وجهتها إليه المحكمة الابتدائية ، ولكنها لا تتقيد بموجبها ولا تقتنع بما اقتنعت به المحكمة الابتدائية ، فلا تقضي لمصلحة من حلف اليمين [1] .

٣١٤ – نكول الخصم عن اليمين المتممة : أما إذا نكل الخصم الذي وجهت إليه اليمين المتممة ، فإن الأدلة الناقصة التي كان قد قدمها لإثبات ادعائه تبقى ناقصة كما كانت ، بل إن الريبة لتزداد في صحة ادعائه بعد أن نكل . من أجل ذلك يغلب أن يقضي ضده [2] .

ولكن ليس من المحتم هنا أيضاً أن يقضي ضده . فقد تظهر بعد نكوله أدلة جديدة تكمل أدلته الناقصة ، فيقضي لصالحه بالرغم من النكول . بل قد لا تظهر أدلة جديدة ، ولكن القاضي يعيد النظر في الأدلة التي كان يحسبها ناقصة ، فيرجع عن رأيه ويقدر أنها أدلة كافية ، فيقضي هنا أيضاً لصالحه .

وإذا حكم القاضي ضد الخصم الذي نكل – كما هو الغالب – فقد يستأنف الخصم هذا الحكم . وعند ذلك يكون لمحكمة الاستئناف من الحرية في التقدير ما كان للمحكمة الابتدائية . فقد تقضي لصالحه بالرغم من نكوله . وقد توجه إليه اليمين المتممة مرة أخرى ، فيحلفها أو ينكل . وفي الحالتين لها حق التقدير على النحو الذي قدمناه . وقد ترى محكمة الاستئناف أن توجه اليمين المتممة إلى الخصم الآخر ، ثم تقضي له أو عليه ، حلف أو نكل ، وفقاً لما تراه .

---

(١) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٧ ص ٣٩٢ – ص ٣٩٣ – ومن باب أولى يجوز للخصم الآخر أن يثبت أمام محكمة الاستئناف كذب اليمين المتممة التي حلفها خصمه أمام المحكمة الابتدائية . ويذهب الفقيهان أوبري ورو إلى أنه لا يجوز للخصم الآخر إثبات ذلك إذا كان قد وافق في المحكمة الابتدائية على توجيه هذه اليمين المتممة إلى خصمه ، ويعتبر أنه قد وافق على توجيهها إذا حضر في جلسة الحلف (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٧ ص ٣٩٢ – ص ٣٩٣ – وأنظر أيضاً بيدان وبرو ٩ فقرة ١٣٣٤ ص ٤٣١) . هذا في القانون الفرنسي ، أما في القانون المصري فيبدو أن يجوز للخصم الآخر إثبات كذب اليمين المتممة التي حلفها خصمه ، حتى لو كان قد وافق على تحليفه ، فليس لليمين المتممة عندنا من الأثر الحاسم ما يمنع من ذلك .

(٢) ونرى أنه يجوز للقاضي ، بعد أن نكل الخصم الذي وجه إليه اليمين المتممة ، أن يوجه هذه اليمين إلى الخصم الآخر ، لا سيما بعد أن تعززت أدلة هذا الخصم الآخر بنكول خصمه .

ونرى من ذلك أن النكول عن اليمين المتممة كحلفها لا يقيد القاضي . فليست اليمين المتممة تحكيما كاليمين الحاسمة ، بل هي إجراء من إجراءات التحقيق ودليل إثبات تكميلي ذو قوة محدودة .

٣١٥ – الفروق الجوهرية بين اليمين الحاسمة واليمين المتممة : وقد آن أن نلخص الفروق الجوهرية بين اليمين الحاسمة واليمين المتممة . ومردها جميعاً يرجع إلى أن اليمين الحاسمة تحكيم يتقيد به الخصوم والقاضي ، أما اليمين المتممة فوسيلة من وسائل التحقيق والإثبات لا يتقيد بها أحد . ويترتب على هذا الأصل الفروق الجوهرية الآتية بين اليمينين :

(أولا) اليمين الحاسمة يوجهها الخصم تحت رقابة القاضي . أما اليمين المتممة فيوجهها القاضي وحده .

(ثانياً) لا يجوز للخصم الرجوع في اليمين الحاسمة بعد أن يقبلها الخصم الآخر . وللقاضي أن يرجع عن توجيه اليمين المتممة في أي وقت بعد توجيهها .

(ثالثاً) اليمين الحاسمة نتائجها محتمة : يكسب من يحلفها ، ويخسر من ينكل عنها. أما اليمين المتممة فليست لها نتائج محتمة، ولا يتقيد القاضي بموجبها حلفها الخصم أو نكل.

(رابعاً) اليمين الحاسمة يجوز ردها على الخصم الآخر . أما اليمين المتممة فلا ترد [1] .

§ ٣ – صور خاصة من اليمين المتممة

(يمين الاستيثاق ويمين الاستظهار ويمين التقويم)

٣١٦ – تقسيم لليمين المتممة : كل الذي قدمناه من الأحكام إنما هو عن اليمين المتممة الأصلية . ذلك أن لليمين المتممة صوراً أخرى خاصة ، يدخل فيها على الأحكام التي قدمناها كثير من التحوير .

ويمكن – للإيضاح – تقسيم اليمين المتممة إلى يمين متممة أصلية (serment supplétif, supplétoire) ويمين استيثاق ويمين استظهار (serment libératoire) ويمين تقويم (serment en plaids, ad litem, estimatoire) .

---

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٨٥ ص ١٠٥٨ – ص ١٠٥٩ – الموجز للمؤلف ص ٦٩٦ .

فاليمين المتممة الأصلية ، كاليمين الحاسمة ، تكون إما على واقعة شخصية وإما على عدم العلم . فإذا كانت على عدم العلم سميت يمين عدم العلم (serment de crédulité, de crédibilité) .

وكل من يمين الاستيثاق ويمين الاستظهار يمين توجه في أحوال معينة ، على النحو الذي سنبينه ، على أن أحكام اليمين المتممة الأصلية لا تسرى على أي من هاتين اليمينين إلا بعد تحوير كبير . فتوجيه اليمين هنا إجباري على القاضي ، وهو جوازي في اليمين المتممة الأصلية . والذي توجه إليه اليمين هنا هو أحد الخصمين بالذات يعينه القانون ، واليمين المتممة الأصلية توجه لأي من الخصمين . ولا يملك القاضي هنا إلا أن يقضى لمصلحة من حلف اليمين ، وهو لا يتقيد بذلك في اليمين المتممة الأصلية . وهذه الفروق تقرب يمين الاستيثاق ويمين الاستظهار من اليمين الحاسمة ، وتبعدهما عن اليمين المتممة [1] . ولكن مهمة كل من هاتين اليمينين هي التي تلحقها باليمين المتممة ، إذ هي إتمام دليل يراه القانون ناقصاً فيريد أن يستكمله بهذه اليمين .

ويمين التقويم يمين خاصة لا توجه إلا في تقويم شيء معين عندما يستعصي تقويمه عن طريق آخر . وهي أيضاً تنحرف في أحكامها عن أحكام اليمين المتممة الأصلية في أنها لا توجه إلا إلى المدعى ، وفي أن موضوعها لا يكون إلا التقويم .

ونستعرض الآن هذه الصور الخاصة من اليمين المتممة : يمين الاستيثاق ويمين الاستظهار ويمين التقويم [2] .

٣١٧ – يمين الاستيثاق : هذه اليمين توجه في أحوال ثلاثة نص عليها القانون، وفي بعضها تكون يميناً على عدم العلم :

(أولا) نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٧٨ من التقنين المدني على أنه " يجب على من يتمسك بأن الحق قد تقادم بسنة [1] أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلا . وهذه

---

(١) ويعتبر الأستاذ سليمان مرقس يمين الإستيثاق يميناً حاسمة (أصول الإثبات فقرة ١٤٤) .

(٢) وهناك في الفقه الإسلامي يمين متممة أخرى هي يمين المدعى إذا لم يكن عنده إلا شاهد واحد ، فيقضي له بشاهدة ويمينه ، فتكون اليمين متممة للشهادة . وهذا ما ذهب إليه مالك والشافعي وأحمد ، لما روي أنه عليه السلام قضي بشاهد ويمين . وخالف أبو حنيفة فلم يجز القضاء بشاهد ويمين (أنظر في هذه المسألة البدائع ٦ ص ٢٢٥) . واليمين ، عند القائلين بالجواز ، تكمل شهادة الشاهد ، والقضاء إنما يكون بالشاهد واليمين معاً . وقد جاء في هذا المعنى في حاشية الشرقاوي على شرح التحرير : " وهل القضاء بالشاهد واليمين معاً ، أو بالشاهد فقط واليمين مؤكدة ، أو بالعكس : أقوال أصحها أولها. وتظهر فائدة الخلاف فيما لو رجع الشاهد : فعلى الأول يغرم النصف ، وعلى الثاني الكل ، وعلى الثالث لا شيء " . (حاشية الشرقاوي على شرح التحرير ٢ ص ٥٠٦) .

اليمين يوجهها القاضي من تلقاء نفسه . وتوجه إلى ورثة المدين أو أوصيائهم ، إن كانوا قصراً ، بأنهم لا يعلمون بوجود الدين أو يعلمون بحصول الوفاء [٢] " .

فالقانون هنا ، بعد أن جعل بعض الحقوق تتقادم بمدة قصيرة جداً هي سنة فقط ، وجعل من هذا التقادم قرينة على الوفاء ، أراد أن يعزز هذه القرينة — وقد اعتبرها دليلا غير كامل — بيمين متممة يحلفها المدين على واقعة شخصية له ، هي أداؤها الدين فعلا. فإذا كان قد مات ، حلفت الورثة ، أو أوصيائهم إن كانت الورثة قصراً ، يمين عدم العلم بأنهم لا يعلمون بوجود الدين ، أو يمين العلم بأنهم يعلمون بحصول الوفاء ، ونرى من ذلك أن يمين الاستيثاق تكون في بعض صورها يميناً على واقعة شخصية ، وفي صور أخرى يميناً على عدم العلم ، وتبقى في الحالتين يمين استيثاق . وقد رأينا كذلك فيما تقدم أن يمين عدم العلم، وتبقى في الحالتين يمين استيثاق . وقد رأينا كذلك فيما تقدم أن يمين عدم العلم لا تختص بيمين الاستيثاق ، بل هي قد تكون أيضاً في اليمين الحاسمة وفي اليمين المتممة الأصلية . فلا يجوز إذن الخلط ما بين يمين عدم العلم ويمين الاستيثاق، وقد سبق أن نبهنا إلى ذلك .

وخصائص يمين الاستيثاق في الحالة التي نحن بصددها أنها يمين إجبارية ، لابد للقاضي من أن يوجهها إلى المدين أو إلى ورثته . وتوجه إلى هؤلاء دون الدائن . وإذا حلفها من وجهت إليه كسب الدعوى حتما . على أنها تبقى بعد كل ذلك في نظرنا يميناً متممة لا يميناً حاسمة . فهي تختلف اختلافاً جوهرياً عن اليمين الحاسمة في أنها ليست هي الدليل الوحيد في الدعوى ، بل هي دليل تكميلي يعزز الدليل الأصلي وهو قرينة الوفاء المستخلصة من انقضاء سنة على وجود الدين . على أن هناك رأيا يذهب إلى أن اليمين هنا يمين حاسمة إجبارية يوجهها القاضي من تلقاء نفسه في حق تقادم بمدة قصيرة. والتقادم يقوم على أساس قرينة الوفاء ، فهي قرينة قانونية قاطعة لا يجوز دحضها إلا بالإقرار أو بالنكول عن هذه اليمين . وسنعود إلى هذا الرأي عند الكلام في القرائن القانونية القاطعة .

---

(١) والحقوق التي تتقادم بسنة هي التي ذكرت في الفقرة الأولى من المادة ٣٧٨ ، وهذا نصها : " تتقادم بسنة واحدة الحقوق الآتية : (أ) حقوق التجار والصناع من أشياء وردوها لأشخاص لا يتجرون في هذه الأشياء . وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الإقامة وثمن الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم. (ب) حقوق العمال والخدم والأجراء عن أجور يومية وغير يومية ومن ثمن ما قاموا به من توريدات " .

(٢) ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادتين ٢١٢ — ٢١٣/٢٧٦ — ٢٧٧ . وتنص المادة الأولى منهما (٢١٢/٢٧٦) على أنه : " في حالة ما إذا كانت المدة المقررة لسقوط الحق ٣٦٠ يوماً فأقل ، لا تبرأ ذمة من يدعى التخلص بمضي المدة إلا بعد حلفه اليمين على أنه أدى حقيقة ما كان في ذمته " . وتنص المادة الثانية (٢١٣/٢٧٧) على ما يأتي : " وإما الأرامل والورثة والأوصياء فيتخلصون بحلفهم أنهم لا يعلمون أن المدعى به مستحق " .

(ثانياً) كانت المادة ٢٠١/١٩٤ من التقنين التجاري الملغي تنص على أن "الأوراق المحررة لأعمال تجارية يسقط الحق في إقامة الدعوى بها بمضي خمس سنوات . وإنما على المدعى عليهم تأييد براءة ذمتهم بحلفهم اليمين على أنه لم يكن في ذمتهم شيء من الدين إذا دعوا للحلف . وعلى من يقوم مقامهم أو ورثتهم أن يحلفوا يميناً على أنهم معتقدون حقيقة أنه لم يبق شيء مستحق من الدين " .

فهذا النص في قانون التجارة السابق كان يجعل بعض الحقوق التجارية تتقادم بمدة قصيرة هي خمس سنوات . وقد جعل القانون من هذا التقادم قرينة على الوفاء . ولكنه اعتبر هذه القرينة دليلا غير كامل ، فرأى أن يعززها ، إذا طلب الدائن ذلك ، بيمين متممة يحلفها المدين على أن ليس في ذمته شيء من الدين ، أو يحلفها ورثته ، وهنا يحلفون على أكثر من عدم العلم ، إذ يحلفون على أنهم معتقدون حقيقة أنه لم يبق شيء مستحق من الدين .

ويمين الاستيثاق هذه ليست بإجبارية ، ولكن طلبها موكول إلى الدائن لا إلى القاضي. وتوجه إلى المدين أو ورثته دون الدائن . وإذا حلفها من وجهت إليه كسب الدعوى حتماً [١] . ولكنها مع ذلك يمين متممة ، لأنها دليل تكميلي يعزز دليلا أصليا في الدعوى ، هو قرينة الوفاء المستخلصة من انقضاء خمس سنوات على وجود الدين [٢] .

---

(١) فالدائن وحده هو الذي يطلب توجيهها إذا اراد ذلك ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ولا تملك المحكمة أن توجهها من تلقاء نفسها ، فإذا نكل المدين عنها خسر دعواه حتماً ، وإذا حلفها تعين قبول دعواه . ومن ثم ورد في كثير من الأحكام أنها يمين حاسمة . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن اليمين المبينة في المادة ١٩٤ من القانون التجاري (السابق) هي يمين حاسمة يجب أن توجه من الخصم إلى الدائن لتأييد القرينة القانونية وهي حصول الوفاء المستمد من مضي خمس سنين على اليوم التالي لحلول ميعاد دفع الأوراق التجارية الموضحة بها ، فإذا نكل المدين عن الحلف سقطت هذه القرينة ، إذ معنى النكول في هذه الحالة عدم قيام المدين بالوفاء (٤ فبراير سنة ١٩٣ المحاماة ١٠ رقم ٣٣٨ ص ٦٧٦) . وقضت أيضاً بأنه إذا تمسك المدين بالتقادم ، فللدائن أن يوجه له يمين الاستيثاق ليحلف أنه لم يكن في ذمته شيء من الدين ، ولو كان ذلك أمام محكمة الاستئناف لأول مرة ، وليس على المحكمة أن تنبه الدائن إلى ذلك بحال من الأحوال (٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٦٧) . وقضت محكمة مصر الكلية الوطنية بأن ليس للمحكمة أن تكلف المدين من تلقاء نفسها حلف يمين الاستيثاق المشار إليها في المادة ١٩٤ من القانون التجاري ، بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب الدائن ، لأن هذه اليمين يمين حاسمة (١٥ أبريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٥٠ ص ٧٦ . أنظر أيضاً : أطسا ٧ أبريل سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٥٢ ص ٧٤٨) .

(٢) قارن حكماً لمحكمة النقض ذكر أن هذه اليمين إنما شرعت لتكملة القرينة القانونية على حصول الوفاء، ولكنه أضفى عليها بعد ذلك خصائص اليمين الحاسمة . وهذا ما قرره الحكم المشار إليه : إن حلف اليمين بالتخالص تطبيقاً للمادة ١٩٤ من القانون التجاري إنما شرع لمصلحة الدائن في الورقة لتكملة القرينة القانونية على حصول الوفاء المستمدة من مضي خمس سنوات على اليوم التالي لحلول ميعاد دفع الأوراق -

وقد ألغي قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ حكم هذه المواد و لم يأخذ باليمين المتممة في تقادم بعض الحقوق التجارية ، وعالج مسألة التقادم في المواد من ٤٦٥ إلى ٤٧٦ ووضع مددا له تختلف باختلاف الملتزمين خلافا للقانون السابق ، فقضت الفقرة الأولى من المادة ٤٦٥ بتقادم الدعاوى المقامة قبل المسحوب عليه القابل سواء أكانت الدعوى مرفوعة من الحامل أو من أي موقع على الورقة بثلاث سنوات من تاريخ الاستحقاق ، أما الدعاوى المقامة من الحامل على أحد المظهرين أو الساحب ، فقد قضت الفقرة الثانية بتقصير مدة التقادم في شأنها ، فنص على تقادمها بمضي سنة من تاريخ الاحتجاج أو من تاريخ الاستحقاق إذا اشتملت الورقة على شرط الرجوع بلا مصاريف ، وخفض القانون مدة التقادم المتعلقة برجوع الضامنين بعضهم على البعض الآخر إلى ستة أشهر من اليوم الذي أوقى فيه المظهر الكمبيالة أو من يوم إقامة الدعوى عليه .

(ثالثاً) نصت المادة ٣٩٤ من التقنين المدني على أن " تعتبر الورقة العرفية صادرة ممن وقعها ، ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة. أما الوارث أو الخلف فلا يطلب منه الإنكار ، ويكفى أن يحلف يميناً بأنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة هي لمن تلقى عنه الحق " .

وهذا النص يختلف عن سابقيه . فهو يتكلم عن يمين تتمخض في أنها يمين على عدم العلم . ثم إنها لا تعزز دليلا أصلياً في الإثبات ، بل هي تساعد الورثة على اتخاذ موقف المنكر للورقة العرفية . فهي لا تثبت شيئاً ، ولكنها تنشئ موقفاً . بيد أنها على كل حال يمين متممة من نوع خاص ، إذ يستكمل بها من حلفها الشروط القانونية اللازمة لدفع حجية الورقة العرفية في الإثبات . ومن هذه الناحية وحدها يمكن اعتبارها، في كثير من التجاوز ، يمين استيثاق [1] .

= التجارية . فإذا نكل المدين عن الحلف ، سقطت هذه القرينة . وإذن فالدائن هو الذي يوجه هذه اليمين أو لا يوجهها حسب مشيئته ، وليس للمحكمة من تلقاء نفسها أن توجهها . فإذا وجهها وركن بذلك إلى ذمة مدينه ، فقبل هذا العرض وحلف ، فإن المحكمة تكون ملزمة بأن تقضى في الدعوى على مقتضى الحلف. ولا يجوز للدائن بعد ذلك أن يجدد النزاع ارتكاناً على أدلة أخرى لإثبات حقه أو لإثبات كذب اليمين ، لأن سلوكه هذا الطريق الذي اختاره من طرق الإثبات وقبول خصمه ما عرضه عليه إنما هو بمثابة صلح انعقد بين الطرفين على أن تكون دعوى الدائن معلقاً مصيرها على اليمين المعروضة على المدين وذلك في مقابل تنازله عن كل دليل آخر يكون لديه . ومن ثم فلا يقبل من الدائن دعواه التي يرفعها سواء لإثبات كذب اليمين أو للمطالبة بتعويض عن الحنث فيها ، ولو كانت الدعوى العمومية لا ترفع من المدعى المدني إلا إذا كانت دعواه المدنية مقبولة فإن الدعوى المباشرة التي يرفعها الدائن للمطالبة بتعويض عن الكذب في اليمين المذكورة لا تكون مقبولة (نقض جنائي ١٧ نوفمبر سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ١٦١ ص ٤٧٦) .

(١) قارن الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٤٤ ص ٢٣٣ – ص ٢٣٤ .

٣١٨ – يمين الاستظهار : هذه اليمين لا وجود لها في التقنين المدني المصري، ومن ثم لا تطبق أحكامها عندنا . وهي موجودة في التقنين المدني العراقي ، أخذها عن الفقه الإسلامي [1] . فقد نصت المادة ٤٨٤ من هذا التقنين على ما يأتي :

" تحلف المحكمة من تلقاء نفسها في الأحوال الآتية : (أ) إذا ادعى أحد في التركة حقاً وأثبته ، فتحلفه المحكمة يمين الاستظهار على أنه لم يستوف هذا الحق بنفسه ولا بغيره من الميت بوجه ، ولا أبرأه ، ولا أحاله على غيره ، ولا استوفى دينه من الغير ، وليس للميت في مقابلة هذا الحق رهن . (ب) إذا استحق أحد المال وأثبت دعواه ، حلفته المحكمة على أنه لم يبع هذا المال ، ولم يهبه لأحد ، ولم يخرجه من ملكه بوجه من الوجوه . (ج) إذا أراد المشترى رد المبيع لعيب ، حلفته المحكمة على أنه لم يرض بالعيب صراحة أو دلالة " . ثم نقل قانون البينات السوري (م ١٢٣) هذا النص وأضاف إليه حالة رابعة هي : " إذا طالب الشفيع بالشفعة حلفته المحكمة بأنه لم يسقط حق شفعته بوجه من الوجوه " .

---

(١) جاء في شرح التحرير لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري عن يمين الاستظهار ما يأتي : " واليمين مع الشاهدين، وتقع في الرد أي دعوى رد المشترى للمبيع بعيب ، ودعوى الزوجة العنة على الزوج ، ودعوى الجراحة في عضو باطن ادعى الجارح أنه غير سليم ، ودعوى الإعسار أي إعسار نفسه إذا عهد له مال ، والدعوى على الغائب ، وعلى الميت ونحوهما ، وفيما إذا قال لزوجته أنت طالق أمس ثم قال أردت أنها طالق من غيري . فيقيم في هذه الصور البينة بما ادعاه ، ويحلف معها طلباً للاستظهار . والمراد بالمحلوف عليه في الأولى قدم العيب ، وفي الثانية عدم الوطء ، وفي الثالثة السلامة ، وفي الأخيرة إرادة طلاق غيره " . (حاشية الشرقاوي على شرح التحرير ٢ ص ٤٧٥ – ص ٤٧٦) .

ونصت المادة ١٧٤٦ من المجلة على يمين الاستظهار على الوجه الآتي : " لا يحلف إلا بطلب الخصم . ولكن يحلف من قبل الحاكم في أربعة مواضع بلا طلب . الأول إذا ادعى واحد على التركة حقاً وأثبته، فيحلفه الحاكم بأنه لم يستوف هذا الحق بنفسه ولا بغيره من الميت بوجه من الوجود ولا أبرأه منه ولا أحاله به على غيره ولا أوفاه أحد وليس للميت بهذا الحق رهن ، ويقال لهذا يمين الاستظهار . الثاني إذا استحق رجل مالا وأثبت دعواه ، حلفه الحاكم بأنه لم يبع هذا المال ولم يهبه لأحد ولم يخرجه من ملكه بوجه من الوجود . الثالث إذا أراد المشترى رد المبيع لعيبه ، حلفه الحاكم بأنه بعد اطلاعه على العيب لم يرض به قولا أو دلالة كتصرفه تصرف الملاك على ما ذكر في مادة ٣٤٤ . الرابع تحليف الحاكم الشفيع عند الحكم بالشفعة بأنه لم يبطل شفعته ، يعني لم يسقط حق شفعته بوجه من الوجوه " . ويضيف الأستاذ سليم باز في شرحه لهذه المادة ما يأتي : " ويستحلف أيضاً بلا طلب الخصم في مسألة خامسة ، وهي إذا طلبت المرأة فرض النفقة على زوجها الغائب ، تستحلف أنه لم يطلقها ولم يترك لها شيئاً ولا أعطاها النفقة ، وهذا على قول أبي يوسف المفتي به (تكملة عن البحر) " (شرح المجلة لسليم باز ص ١٠٩٩ – ص ١١٠١) .

ويقول فرانسوا مارنير (François Marneur) ، في رسالته " نظرية الإثبات في الشريعة الإسلامية " باريس سنة ١٩١٠ ص ٢٥٥ – ص ٢٥٦ ، أن المدعي ، في الحالات المتقدمة الذكر ، قد أثبت حقه بالبينة. ولما كانت هناك شبهة في أن هذا الحق قد وفاه المدين ، فإن المدعي ينقلب مدعى عليه في هذا الدفع بالوفاء. وليست هناك بينة على صحة الدفع ، فوجب أن يحلف المدعى عليه في الدفع – وكان مدعياً في دعوى الحق – اليمين على أن ذمة المدين لم تبرأ . فاليمين إنما يحلفه، هنا أيضاً، المدعى عليه، وإن كان مدعياً في الظاهر .

وهذه الحقوق المذكورة في النص تجتمع في أنها تنطوي على شيء من الخفاء فمن يدعي في التركة حقاً ، ومعه الدليل الذي يثبت هذا الحق ، لا يواجه خصمه الحقيقي ، وهو الميت ، ليبدى هذا ما عنده من دفوع لهذا الحق . والورثة قد يجهلون هذه الدفوع أو يجهلون بعضها . لذلك عندما يقيم المدعي الدليل على حقه في التركة ، يعتبر القانون هذا الدليل غير كامل ، ويوجب تعزيزه بيمين متممة ، هي يمين الاستظهار ، على أن المدعي لم يستوف حقه بأية صورة من الصور . والمستحق للمال إنما قدم دليلا نسبياً على الملك . فيبقى أن يعزز هذا الدليل بيمين متممة ، هي يمين الاستظهار ، على أن المال لم يخرج من ملكه بوجه من الوجوه . والمشترى الذي يرد المبيع لعيب ، ويقدم الدليل على هذا العيب ، يحتمل أن يكون قد رضي به . فعليه أن يعزز دليله بيمين متممة، هي يمين الاستظهار ، على أنه لم يرض بالعيب صراحة أو دلالة . والشفيع عندما يطالب بالشفعة يحتمل أن يكون قد أسقط شفعته فعليه أن يعزز مطالبته بيمين متممة ، هي يمين الاستظهار ، على أنه لم يسقط حق شفعته بحال من الأحوال .

فيمين الاستظهار في الأحوال المنصوص عليها إنما هي ، كما نراها ، يمين متممة . ولكنها يمين متممة لها خصائص يمين الاستيثاق : فهي يمين إجبارية ، يوجهها القاضي إلى خصم بالذات يعينه القانون ، وإذا حلفها الخصم كسب حتما دعواه .

٣١٩ – يمين التقويم – النصوص القانونية : تنص المادة ١٢١ من قانون الإثبات (تقابلها المادة ٤١٧ من التقنين المدني الملغاة) على ما يأتي :

" لا يجوز للقاضي أن يوجه إلى المدعى اليمين المتممة لتحديد قيمة المدعى به إلا إذا استحال تحديد هذه القيمة بطريقة أخرى " .

" ويحدد القاضي ، حتى في هذه الحالة ، حداً أقصى للقيمة التي يصدق فيها المدعى بيمينه [1] " .

وهذا نص استحدثه التقنين المدني الجديد . ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى: في قانون البينات السوري المادة ١٢٢ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٥٥ من المشروع التمهيدي للقانون المدني على الوجه الآتي : " (١) لا يجوز للقاضي أن يوجه إلى المدعى اليمين المتممة لتحديد قيمة المدعى به إلا إذا تعذر تحديد هذه القيمة بطريقة أخرى . (٢) ويحدد القاضي ، حتى في هذه الحالة ، حداً أقصى للقيمة التي يحلف عليها المدعى " . وفي لجنة المراجعة حور النص تحويراً لفظياً ، فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين الجديد ، وصار رقمه ٤٣٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فلجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٤١٧ ، فمجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٦٥ – ص ٤٦٦) .

٤٨٣، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المادة ٢٤٠ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٠٦ [١] . ويقابل في التقنين المدني الفرنسي المادة ١٣٦٩ [٢] .

وموضوع يمين التقويم هو ، كما نرى من النص ، تقدير قيمة شيء واجب الرد وتعذر رده ، فيقضى بقيمته . مثل ذلك وديعة أو عارية هلكت بتعد ، فيقضى بقيمتها للمودع أو المعير . ومثل ذلك أيضاً بيع أو إيجار فسخ ، وتعذر رد المبيع أو العين المؤجرة بتقصير من المشترى أو المستأجر ، فيقضى بالقيمة للبائع أو المؤجر [٣] . ولكن هذه القيمة استحال تقديرها بأي طريق — ولو بطريق الخبراء على أساس تعيينها بالوصف — فلم يعد مناص من الرجوع في قيمتها إلى المدعى ، فيوجه إليه القاضي يمين التقويم . ومن هنا نرى أن الخصم الذي توجه إليه هذه اليمين المتممة هو دائماً المدعى الذي يطالب باسترداد الشيء [٤] ، دون المدعى عليه المطلوب منه رده ، على ألا يجاوز هذا المبلغ حداً أقصى يعينه القاضي بحسب تقديره وفقاً لما يستخلصه من ظروف الدعوى [٥] . وفي هاتين الخاصيتين تختلف أحكام يمين التقويم عن أحكام اليمين المتممة الأصلية .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السوري م ١٢٢ : مطابقة لنص التقنين المصري .

التقنين المدني العراقي م ٤٨٣ : مطابقة لنص التقنين المصري .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٢٤٠ : لا يجوز للقاضي أن يستحلف المدعى مباشرة على قيمة الشيء المطلوب إلا إذا استحال إثباتها بطريقة أخرى . ويجب على القاضي أيضاً في هذه الحالة أن يعين الحد الأقصى للمبلغ الذي يصدق عليه المدعي بيمينه . (والحكم واحد في التقنينين اللبناني والمصري).

التقنين المدني الليبي م ٤٠٦ : مطابقة لنص التقنين المصري .

(٢) التقنين المدني الفرنسي م ١٣٦٩ : لا يوجه القاضي اليمين إلى المدعى على قيمة الشيء المطلوب إلا إذا استحال تقديرها بطريق آخر . وحتى في هذه الحالة يعين القاضي حداً أقصى للمبلغ الذي يصدق فيه المدعى بيمينه .

Art. 1369 : Le serment sur la valeur de la chose demandée, ne peut être déféré par le juge au demandeur que lorsqu'il est d'ailleurs impossible de constater autrement cette valeur. Le juge doit même, en ce cas, déterminer la somme jusqu' à concurrence de laquelle le demandeur en sera cru sur son serment.

(٣) ويأتي كولان وكابيتان بمثل لذلك : يفقد شخص حقيبته أثناء نقلها بالسكة الحديدية بخطأ من الشركة، فيحلف يمين التقويم على قيمة ما كانت هذه الحقيبة تشتمل عليه من متاع (كولان وكابيتان وموانديير ٢ فقرة ٨٢١) .

(٤) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٨٦ ص ١٠٦٠ — بودري وبارد ٤ فقرة ٢٧٨٢ — بيدان وبرو ٩ فقرة ١٣٣٥ ص ٤٣٢ — ويجوز توجيه اليمين إلى نائب المدعى أو وارثه إذا كان عالما بقيمة الشيء المدعى به (أنسكلوبيدي داللوز في القانون المدني ٤ لفظ Preuve فقرة ١٢٤١ — فقرة ١٢٤٢) .

(٥) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني في هذا الصدد ما يأتي : " وتنصب يمين التقويم على تحديد قيمة الشيء المدعي به . فهي تفترض أن الوفاء بالشيء عينا قد استحال وإلا كان =

ولكن أحكام هذه اليمين تتفق مع أحكام اليمين المتممة الأصلية في أنها لا يجوز ردها على الخصم الآخر ، وفي أن القاضي لا يتقيد بموجبها . فللقاضي أن يحكم بأقل من المبلغ الذي حلف عليه الخصم أو بأكثر ، لا سيما إذا قدم أحد الخصمين بعد الحلف عناصر جديدة يستطيع القاضي أن يستهدى بها في تقدير قيمة الشيء . كذلك للمحكمة الاستئنافية أن تنقص أو تزيد في المبلغ الذي قضت به المحكمة الابتدائية [1] .

ولما كان النص مستحدثاً كما قدمنا ، فلا يكون له أثر رجعي ، وهو لا يسرى بما له من خصائص يختلف فيها عن اليمين المتممة الأصلية ، إلا من ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، عن التزامات بالرد نشأت منذ هذا التاريخ .

الفصل الثالث

القرائن القانونية وحجية الأمر المقضي

٣٠٢٠ — موضوعان للبحث : عرض الفصل الثالث في الإثبات ، من التقنين المدني ، للقرائن . فتناول القرائن القانونية ، وذكر من بينها حجية الأمر المقضي وارتباط القاضي المدني بالحكم الجنائي . ثم تناول القرائن القضائية .

= التقويم عديم الجدوى ، ولذلك لا توجه هذه اليمين إلا للمدعى . وقد تكفل النص بتعيين الشروط الواجب توافرها لقبول يمين التقويم ، فاشترط أولا أن يكون تحديد القيمة بطريقة أخرى متعذراً ، واشترط كذلك أن يعين القاضي حداً أقصى للقيمة التي يحلف عليها المدعى . وعلة هذا التقييد أن القاضي يركن إلى ذمة المدعى لتقدير قيمة مصالحه الذاتية " . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٦٥ — ص ٤٦٦) .

ويقرر الفقيهان أوبري ورو أن القاضي لا يعتبر إلا قيمة الشيء الحقيقية لا قيمته الذاتية بالنسبة إلى المدعى ، ويدخل في هذا الاعتبار ما أصاب المدعى من ضرر من جراء تفويت الفرصة عليه في استرداد الشيء عنيا (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٨ ص ٣٩٥) . ويجوز للقاضي ، في تقدير الحد الأقصى الذي يعينه للمدعى للحلف عليه ، أن يلجأ إلى الشهادة بالتسامع (commune renommée) (بودري وبارد ٤ فقرة ٢٧٨٠ مكررة — ديمولومب ٣٠ فقرة ٧٢٨ — لوران ٢٠ فقرة ٣٠٢) .

(١) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٨ ص ٣٩٥ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٨٦ ص ١٠٦٠ — بودري وبارد ٤ فقرة ٢٧٨١ .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني في هذا الصدد ما يأتي : " أما فيما يتعلق بالحجية فيمين التقويم واليمين المتممة بمنزلة سواء . فيمين التقويم لا تقيد القاضي ، فله أن يقضى بمبلغ أقل من المبلغ المحلوف عليه إذا آنس مبالغة في تقدير هذا المبلغ " . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٦٦) .

ولما كنا قد فرغنا من الكلام في القرائن القضائية فيما تقدم ، وتناولنا موضوع ارتباط القاضي المدني بالحكم الجنائي في الجزء الأول من هذا الكتاب [1] ، فلا يبقى للبحث إلا موضوعان :

(١) القرائن القانونية .

(٢) حجية الأمر المقضي ، وهي قرينة من أبرز القرائن القانونية ..

ونتناول كلا من هذين الموضوعين .

الفرع الأول

القرائن القانونية

٣٢١ – النصوص القانونية : تنص المادة ٩٩ من قانون الإثبات (تقابلها المادة ٤٠٤ من التقنين المدني الملغاة) على ما يأتي :

" القرينة القانونية تعفى من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات. على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك [2] " .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق . على أن الأحكام تكاد تكون واحدة في القانونين القديم والجديد ، إلا أن التقنين الجديد حسم الأمر في خصوص القرينة القاطعة أو المطلقة ، فقرر ، كما نرى ، أن القرينة لا تكون قاطعة إلا بنص القانون ، أي إلا إذا نص القانون على أنها لا تقبل النقض .

ويقابل النص في التقنينات العربية الأخرى : في قانون البينات السوري المادة ٨٩ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٥٠٢ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المادتين ٣٠٣ و ٣٠٦ ، وفي التقنين الليبي المادة ٣٩٢ [3] .

---

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٦٣١ – فقرة ٦٣٤ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٤٢ من المشروع التمهيدي للقانون المدني على وجه مطابق . وأقرته لجنة المراجعة فأصبح المادة ٤١٧ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فلجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٠٤ ، فمجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤١٦ و ص ٤١٩) .

(أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤١٦ – ص ٤١٧).

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السوري م ٨٩ : مطابقة لنص التقنين المصري .

التقنين المدني العراقي م ٥٠٢ : مطابقة لنص التقنين المصري .

ويقابل في التقنين المدني الفرنسي المادتين ١٣٥٠ و ١٣٥٢ [١] .

ونتكلم في مسألتين : (١) ركن القرينة القانونية والمهمة التي تقوم بها هذه القرينة (٢) حجية القرينة القانونية في الإثبات .

= تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٣٠٣ : يراد بالقرينة القانونية القرينة التي يعلقها القانون على بعض الأعمال والوقائع : (أولا) الأعمال التي يصرح القانون ببطلانها بتقدير أنها أجريت خلافاً لأحكامه وبالنظر إلى صفتها فقط . (ثانيا) الأعمال التي يصرح القانون في شأنها بأن حق الملكية وإبراء الذمة ناتج عن بعض ظروف معينة . (ثالثاً) القوة التي يمنحها القانون للقضية المحكمة — م ٣٠٦ : إن القرينة القانونية تغني من تقوم في مصلحته عن كل بينة . لا تقبل أية بينه ضد القرينة القانونية عندما يستند القانون إلى هذه القرينة في إبطال بعض الأعمال أو منع التقاضي ، إلا إذا كان القانون قد احتفظ بقبول البينة على العكس أو إذا نتجت هذه البينة عن إقرار أو يمين قضائيين في جميع الأحوال التي لا تختص بالنظام العام .

(والتقنين اللبناني يكاد يطابق في نصوصه في هذه المسألة التقنين الفرنسي كما سنرى . ويقرب على كل حال من أحكام التقنين المصري . ويلاحظ أن التقنين اللبناني أورد في المواد التالية — م ٣٠٧ — ٣٠٩ — القاعدة التي تقضي بأن الحيازة في المنقول سند الملكية على أساس أن الحيازة هنا قرينة قانونية قاطعة).

التقنين المدني الليبي م ٣٩٢ : مطابقة لنص التقنين المصري .

(١) التقنين المدني الفرنسي م ١٣٥٠ : القرينة القانونية هي التي يجعلها نص القانون تتعلق بتصرفات أو وقائع معينة . من ذلك : (١) التصرفات التي يقرر القانون أنها باطلة ، مفترضاً أنها أبرمت للاحتيال على أحكامه ، وذلك نظراً لصفتها وحدها . (٢) الأحوال التي يقرر فيها القانون أن كسب الملكية أو براءة الذمة تنتج عن بعض ظروف معينة . (٣) الحجية التي يرتبها القانون على الأمر المقضي . (٤) القوة التي يجعلها القانون لإقرار الخصم أو ليمينه — م ١٣٥٢ : القرينة القانونية تغني من تقررت لمصلحته عن أي دليل . ولا يجوز إثبات ما ينقض القرينة القانونية إذا كان القانون يبني على أساسها بعض التصرفات أو يجعل الدعوى غير مقبولة . هذا ما لم يحفظ القانون الحق في إقامة الدليل العكسي ، وذلك مع عدم الإخلال بما سيتقرر في خصوص اليمين والإقرار القضائيين .

Art . 1350 : La présomption légale est celle qui est attachée par une loi spéciale à certains actes ou à certains faits ; tels sont : 1° Les actes que la loi déclare nuls, comme présumés faits en fraude de ses dispositions, d'aprés leur seule qualité. 2° Les cas dans lesquels la loi déclare la propriété ou la libération résulter de certaines circonstances déterminées. 3° L'autorité que la loi attribue à la chose jugée. 4° La force que la loi attaché à l'aveu de la partie à son serment.

Art. 1352 : La présomption légale dispense de toute preuve celui au profit duquel elle existe. Nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi, lorsque sur le fondement de cette présomption, elle annule certains actes ou dénie l'action en justice, à moins qu'elle n'ait réservé la preuve contaire, et sauf ce qui sera dit sur le serment et l'aveu judiciaries.

المبحث الأول

ركن القرينة القانونية والمهمة التي تقوم بها هذه القرينة

٣٢٢ – ركن القرينة القانونية هو نص القانون – القرينة القانونية والقرينة القضائية

القرينة القضائية : قدمنا ، عند الكلام في القرائن القضائية ، أن للقرينة القضائية عنصرين : (١) واقعة ثابتة يختارها القاضي وتسمى علامة أو أمارة (indice) . (٢) وعملية استنباط يقوم بها القاضي ليصل من هذه الواقعة الثابتة إلى الواقعة المراد إثباتها. وقلنا إن هذين العنصرين هما من عمل القاضي : الواقعة الثابتة هو الذي يختارها ، وعملية الاستنباط هو الذي يجريها . وللقاضي سلطة واسعة في كل ذلك .

أما القرينة القانونية فعلى العكس من ذلك لا عمل فيها للقاضي ، بل إن العمل كله للقانون . فركن القرينة لقانونية هو نص القانون وحده . فهو الذي يختار العنصر الأول ، أي الواقعة الثابتة . وهو الذي يجرى عملية الاستنباط فيقول : مادامت هذه الواقعة قد ثبتت، فإن واقعة أخرى معينة تثبت بثبوتها . مثل ذلك ما تنص عليه المادة ٩١ من التقنين المدني من أن وصول التعبير عن الإرادة إلى من وجه إليه هذا التعبير قرينة على علمه به . فالواقعة التي تثبت هي وصول التعبير عن الإرادة . ويستنبط منها القانون واقعة أخرى ، هي العلم بهذا التعبير ، يعتبرها القانون هي أيضاً ثابتة . وقس على ذلك القرائن القانونية التي أقامها التقنين المدني في المادتين ٢٣٨ و ٢٣٩ وغيرهما من النصوص .

فعنصر القرينة القانونية إذن هو نص القانون ، ولا شيء غير ذلك . ولا يمكن أن تقوم قرينة قانونية بغير نص من القانون . وإذا وجد النص ، فقامت القرينة القانونية ، فإنه لا يمكن أن يقاس عليها قرينة قانونية أخرى بغير نص ، اعتماداً على المماثلة أو الأولوية . بل لا بد من نص خاص أو مجموع من النصوص لكل قرينة قانونية [1] .

---

(١) بوتييه فقرة ٨٣٧ – دمولومب ٣٠ فقرة ٢٥٢ – بودري وبارد ٤ فقرة ٢٦٥٣ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٤٨ ص ١٠١١ وهامش رقم ٣ – على أن القضاء ، في فرنسا وفي مصر ، لا يتقيد بحرفية هذه القاعدة . فقد يستعير قرينة قانونية ، وضعت في مكان معين ، لمكان آخر ، وقد فعل ذلك عندما افترض قيام حسن النية دائماً مع أن المشرع لم يفترض حسن النية إلا في مواضع معينة . ويفترض القضاء ، في بعض الأحيان ، وجود بعض العناصر التي تقوم عليها القرينة القانونية . فعل القضاء الفرنسي ذلك في قرينة تسليم السند إلى المدين ، فافترض أن هذا التسليم اختياري . وفعل كل من القضاء الفرنسي والمصري ذلك في قرينة المسئولية عن فعل الحيوان والأشياء ، فافترض أن الضرر قد حدث بفعل الحيوان أو الشيء (أنظر بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٩٢) . ويقول جني في هذا الصدد أن القرائن القانونية في أصلها قد نبتت في تربة العرف –

ولا سلطة للقاضي في القرينة القانونية كما قدمنا . ويغلب أن تكون القرينة القانونية في الأصل قرينة قضائية ، انتزعها القانون لحسابه ، فنص عليها ، وحدد مداها ، ونظم حجيتها ، ولم يدع للقاضي فيها عملا [1] . فالحقيقة القضائية هنا هي من عمل القانون وحده ، يفرضها على القاضي وعلى الخصوم . وذلك على خلاف الحقيقة القضائية المستمدة من القرينة القضائية ، فهي من عمل القاضي [2] .

ومن هنا تتبين خطورة القرائن القانونية . فهي ، وإن كانت تقام على فكرة ما هو راجح الوقوع (idée de probabilité) ، يقيمها القانون مقدماً ، ويعممها ، دون أن تكون أمامه الحالة بالذات التي تطبق فيها كما هو الأمر في القرائن القضائية . ومن ثم تتخلف حالات — تتفاوت قلة وكثرة — لا تستقيم فيها القرينة القانونية [3] .

= والقضاء ، وتحولت لتكون قرائن قانونية . فلا عجب إذا هي بقيت تستمد غذاءها من تربتها الأصلية ، وهي تربة قرية خصبة (جني في العلم والصياغة في القانون الخاص ٣ فقرة ٢٣٥) .

هذا ويعثر الباحث في نصوص الفقه الإسلامي على طائفة من القرائن الشرعية تعدل القرائن القانونية، وهي منتشرة في كتب الفقه . وقد جمع منها الأستاذ أحمد إبراهيم في كتابه " طرق القضاء في الشريعة الإسلامية ص ٤٢٧ - ص ٤٣٠ " جملة صالحة ، منها :

١) ثبوت نسب الولد من أبيه وهو الزوج شرعاً ، فالولد للفراش ، وقيام الزوجية قرينة على أن الولد من الزوج . وهذه القرينة تقبل إثبات العكس ، ولكن بطريق خاص هو طريق اللعان .

٢) الحكم بموت المفقود إذا مات أقرانه ، واتخاذ ذلك قرينة على موته .

٣) التصرف في مرض الموت قرينة على أن التصرف وصية .

٤) تصرفات المفلس الضارة بالدائنين مردودة لقيام القرينة على سوء قصد .

٥) وجود سند الدين تحت يد المدين قرينة ظاهرة على إيفاء المدين . وقد نص على ذلك ابن فرحون في باب القرائن ، وحكى خلافاً في المسألة .

(١) وقد قدمنا أن القرينة القانونية لم تكن في الأصل إلا قرينة قضائية ، عممها القانون بعد أن نظمها (بارتان على أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٠ هامش رقم ١ مكرر) ، بل هناك من القرائن القانونية ما نزل عن مرتبته وعاد إلى ما كان عليه قرينة قضائية .

(٢) ويرتب بارتان على ذلك نتيجة هامة في قواعد الإسناد وتنازع القوانين . فالقرينة القانونية تتصل بموضوع الحق اتصالا وثيقاً ، ومن ثم تخضع لقانون الموضوع . أما القرينة القضائية فهي من عمل القاضي كما قدمنا ، ولذلك تخضع لقانون القاضي (بارتان على أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٠ هامش رقم ١ مكرر) . كذلك إذا أنشأ القانون قرينة قانونية جديدة ، فلا يكون لها أثر رجعي ، إذ هي تتصل بموضوع الحق اتصالا وثيقاً ، فهي ككل القواعد الموضوعية لا يجوز أن يكون لها أثر رجعي إلا بنص خاص يقضي بذلك (جني : العلم والصياغة في القانون الخاص ٣ ص ٣٣٢ — ص ٣٣٤) .

(٣) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٤٨ ص ١٠١٠ .

ويعقد جني مقارنة شيقة بين القرينة القانونية والحيلة في القانون (fiction) . فالقرينة القانونية قاعدة من قواعد الإثبات تقبل في العادة إثبات العكس . ويجعلها القانون في بعض الأحوال لا تقبل إثبات العكس ، بل يقبلها في أحوال أخرى من قاعدة إثبات إلى قاعدة موضوعية فتصبح هي أيضاً غير قابلة لإثبات العكس . =

٣٢٣ – مهمة القرينة القانونية هي الإعفاء من الإثبات : وتختلف القرينة القضائية عن القرينة القانونية في أن الأولى تعتبر دليلا إيجابياً في الإثبات ، وإن كانت دليلا غير مباشر . هي أولا دليل إيجابي : لأن الخصم يتوسل بها إلى إثبات دعواه، وعليه هو أن يستجمع عناصرها ويلم شتاتها ويتقدم إلى القاضي باستنباط الواقعة المراد استخلاصها منها ، والقاضي يعد حر في مسايرة الخصم ، فقد يسلم بثبوت الواقعة التي هي أساس القرينة وقد لا يسلم ، وقد يقر استنباط الخصم وقد لا يقر ، ولكنه على كل حال ليس ملزماً أن يستجمع هو بنفسه القرائن وأن يستخلص منها دلالتها ، بل على الخصم يقع عبء تقديم القرينة ، وإن كان للقاضي أن يأخذ من تلقاء نفسه بقرينة في الدعوى لم يتقدم بها الخصم . والقرينة القضائية ثانياً دليل غير مباشر : لأن الواقعة الثابتة ليست هي نفس الواقعة المراد إثباتها ، بل واقعة أخرى قريبة منها ومتعلقة بها ، بحيث أن ثبوت الواقعة الأولى على هذا النحو المباشر يعتبر إثباتاً للواقعة الثانية على نحو غير مباشر .

أما القرينة القانونية فهي ليست دليلا للإثبات ، بل هي إعفاء منه (dispense de preuve) . فالخصم الذي تقوم لمصلحته قرينة قانونية يسقط عن كاهله عبء الإثبات ، إذ القانون هو الذي تكفل باعتبار الواقعة المراد إثباتها ثابتة بقيام القرينة ، وأعفي الخصم من تقديم الدليل عليها . وتستوي في ذلك القرينة القانونية القاطعة والقرينة القانونية البسيطة ، فسنرى أن القرينة القانونية البسيطة هي أيضاً إعفاء من الإثبات ، وأن جواز إقامة الدليل على عكسها ليس إلا نزولا على أصل من أصول الإثبات يقضي بجواز نقض الدليل بالدليل.

والقرينة القانونية تعفي من الإثبات في الدائرة التي رسمها لها القانون ، ولو في تصرف قانوني تزيد قيمته على خمسمائة جنيه ، أي في دائرة لا تقبل فيها القرينة القضائية .

- ولكنها في كل هذه الأحوال تبقى قائمة على فكرة الراجح الغالب الوقوع (idée de probabilité) . أما الحيلة فتختلف عن القرينة في أنها لا أساس لها من الواقع ، بل هي من خلق المشرع، فرضها فرضاً حتمياً ، فاستعصت طبيعتها بداهة على قبول إثبات العكس . فهي أقوى من القرينة القانونية ، ولكنها أشد خطراً . ومن ثم لا يلجأ إليها المشرع إلا حيث تضيق القرينة القانونية. ويأتي جني بأمثلة على ما قدمه : حجية الأمر المقضي قامت على قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس ، بل هي في الواقع قد تحولت إلى قاعدة موضوعية ، ولكنها بقيت قائمة على فكرة الراجح الغالب الوقوع . كذلك مسئولية رب العمل عن سلامة العمال ، وهي قائمة على تحمل التبعة ، خرجت عن أن تكون قرينة إلى أن تكون قاعدة موضوعية ، ولكنها هي أيضاً بقيت قائمة على فكرة الراجح الغالب الوقوع . أما القاعدة التي تقضي بأنه لا يفترض الجهل بالقانون (nul n'est censé ignorer la loi) ، فهي قاعدة لا تقوم على الراجح الغالب الوقوع ، بل تقوم على الحيلة (fiction) ، إذ يفرض المشرع فرضاً حتمياً أن الشخص عالم بأحكام القانون ، لا يقبل في ذلك عذراً ، حتى تستقيم أمور نظمها بقاعدة تقوم على الحيلة ، وتضيق بها القرينة . (جني في العلم والصياغة في القانون الخاص ٣ فقرة ٢٤٣ ص ٣٨٩ – ص ٣٩٠) .

٣٢٤ – ولكن يجب على الخصم إثبات الواقعة التي تقوم عليها القرينة القانونية : على أن القرينة القانونية إذا كانت إعفاء من إثبات الواقعة المراد إثباتها، فهي ليست إعفاء من إثبات الواقعة التي تقوم عليها القرينة ، والتي يعتبر القانون أن إثباتها هو إثبات للواقعة الأولى .

مثل ذلك أن التقنين المدني ، في المادة ٥٨٧ ، يقضي بأن الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة على هذا القسط . فالقانون هنا أقام قرينة قانونية على واقعة الوفاء بقسط سابق من الأجرة ، وأقامها على واقعة الوفاء بقسط لاحق . فواقعة الوفاء بقسط سابق هي الواقعة المراد إثباتها ، بل يجب على هذا أن يثبتها وفقاً للقواعد العامة [1] . فإن كان القسط اللاحق لا يزيد على خمسمائة جنيه كان للمستأجر أن يثبت الوفاء به بجميع الطرق ، وإن زاد على هذا المبلغ لم يجز إثبات الوفاء به إلا بالكتابة .

٣٢٥ – فالقرينة القانونية هي نقل الإثبات من محل إلى آخر : ونرى من ذلك أن القرينة القانونية ليست في الواقع إلا نقلا للإثبات من محله الأصلي إلى محل آخر (déplacement de preuve) . فالواقعة المراد إثباتها – وهي المحل الأصلي – يزحزح القانون عنها الإثبات ، ويحوله إلى واقعة أخرى قريبة منها . فإذا ثبتت هذه الواقعة الأخرى، اعتبرت الواقعة الأولى ثابتة بحكم القانون .

٣٢٦ – الحكمة في القرائن القانونية : وترجع الحكمة في النص على القرائن القانونية إلى أمور ، منها ما يتعلق بالمصلحة العامة ، ومنها ما يتعلق بمصالح الأفراد .

أما ما يتعلق بالمصلحة العامة ، فقد يكون ذلك :

(١) لتحقيق هذه المصلحة ، كما هو الأمر في حجية الأمر المقضي . فقد وضع الشارع قرينة قانونية تقضي بأن الحكم صحيح فيما قضي به ، فلا تجوز العودة إلى مناقشته إلا بطريق من طرق الطعن المقررة . ولو لم يفعل الشارع ذلك لأصبحت الأحكام القضائية مقلقلة مزعزعة ، ولما أطمئن المحكوم له إلى حقه الثابت بالحكم ، فوجب وضع هذه القرينة القانونية تحقيقاً لمصلحة عامة ، هي احترام الأحكام ووضع حد للخصومة والنزاع .

---

(١) وفي هذا المعنى تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : " ولا يعدو موقف من يتمسك بقرينة عن مجرد الاستناد إلى واقعة قانونية ، يفترض القانون قيامها ، ويقبل بذلك من تحمل عبء إقامة الدليل عليها . بيد أن هذه الإقالة لا تتناول إلا تلك الواقعة ممثلة في القرينة القانونية ذاتها ، بمعنى أن من واجب من يتمسك بقرينة من القرائن أن يقيم الدليل على اجتماع الشروط التي يتطلبها القانون لقيامها (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤١٧) . أنظر أيضاً بودري وبارد ٤ فقرة ٢٦٥٩ .

(٢) لتضييق السبل على من يحاول الاحتيال على القانون . ذلك أن القانون قد يضع أحكاماً يعتبرها من النظام العام ، ويحتاط حتى لا تخالفها الناس في تعاملها ولو بطريق غير مباشر ، فيضع قرائن قانونية تبطل ضروباً من التعامل تراد بها مخالفة هذه الأحكام . مثل ذلك القاعدة التي تقضي بأن الوصية لا يجوز أن تزيد على ثلث التركة ، قد تحتال الناس على مخالفتها بتسمية الوصية بيعاً أو هبة أو أي تصرف قانوني آخر . فوضع الشارع قرينة قانونية ، في المادة ٩١٦ من التقنين المدني ، تقضي بأن " كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ، ويكون مقصوداً به التبرع ، يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت ، وتسري عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف " . فجعل صدور التبرع في مرض الموت قرينة على أن التبرع وصية [(١)] .

وأما ما يتعلق بمصالح الأفراد ، فقد يكون ذلك :

(١) لتعذر الإثبات في بعض الأحوال تعذراً قد يصل إلى درجة الاستحالة ، فيعمد الشارع إلى وضع قرينة تعفي من هذا العبء . مثل ذلك مسئولية المتبوع عن تابعه ، فهي — كما يقال — مبنية على خطأ مفترض : علاقة التبعية وكون خطأ التابع قد وقع في حال تأدية وظيفته أو بسببها قد جعلهما الشارع قرينة قانونية على الخطأ الصادر من المتبوع في الرقابة على أعمال تابعه ، لتعذر إثبات هذا الخطأ في أكثر الأحوال . ومثل ذلك أيضاً القاعدة التي تقضي بأن الولد للفراش ، فابن المرأة المتزوجة هو ابن زوجها ، والزوجية قرينة قانونية على بنوة الابن لأبيه ، لتعذر إثبات البنوة من الأب [(٢)] .

(٢) للأخذ بالمألوف المتعارف بين الناس . فإذا جعل الشارع المخالصة بالأجرة عن قسط لاحق قرينة على الوفاء بالقسط السابق ، فذلك لأن المألوف بين الناس في التعامل هو أن المؤجر لا يعطي المستأجر مخالصة عن قسط لاحق إلا بعد أن يكون قد استوفى جميع الأقساط السابقة [(٣)] .

---

(١) وسنرى فيما يلي أن الأمر هنا إنما يتعلق بقاعدة موضوعية ، لا بقرينة قانونية .

(٢) وهنا أيضاً نساير بعض الآراء الذائعة في الفقه ، وإلا فإن مسئولية المتبوع عن التابع إنما هي مسئولية عن الغير، وليست تقوم على خطأ مفترض . وهي والقاعدة التي تقضي بأن الولد للفراش من القواعد الموضوعية، لا من قواعد الإثبات . وسنرى ذلك فيما يلي .

(٣) الموجز للمؤلف فقرة ٧٠٠ — قارن جني (Gény) في العلم والصياغة في القانون الخاص جزء ٣ فقرة ٢٣٣ .

المبحث الثاني

حجية القرينة القانونية في الإثبات

٣٢٧ – القرينة القانونية القاطعة والقرينة القانونية غير القاطعة :

قدمنا أن القرينة القانونية هي إعفاء من الإثبات . فالخصم الذي تقوم القرينة القانونية لصالحه معفي من إثبات الواقعة التي يستخلصها القانون من هذه القرينة . ولكن لما كان الأصل هو أن كل دليل يقبل إثبات العكس ، فالدليل الكتابي يقبل إثبات العكس بدليل كتابي مثله ، والبينة تقبل إثبات العكس ببينة مثلها أو بدليل كتابي ، والقرائن القضائية تقبل إثبات العكس بقرائن مثلها أو ببينة أو بدليل كتابي ، وذلك كله وفقاً لمبدأ أساسي في الإثبات هو حرية الدفاع ، (liberté de défense) ، فإن هذا يؤدي بنا إلى النتيجة الآتية : كل قرينة قانونية – وقد أثبتت واقعة معينة – تقبل في الأصل إثبات عكس هذه الواقعة [1] وإذا كان الدليل الكتابي والبينة – وهما يثبتان الواقعة بطريق مباشر – يقبلان إثبات العكس ، فأولى بالقرينة القانونية – وهي تقتصر على الإعفاء من الإثبات – أن تقبل هيّ الأخرى إثبات العكس [2] .

---

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني في هذا الصدد ما يأتي : " والأصل أن كل قرينة قانونية يجوز نقض دلالتها بإثبات العكس . وقد حرص المشروع على إبراز هذا الأصل ، ولو أن نصوص التقنينات الأجنبية لا تجزم به في عبارة صريحة . بل إن التزام ظاهر هذه النصوص يوحي على نقيض ذلك أن الأصل ، في منطقتها ، أن تكون القرائن قاطعة ، وأن البساطة فيها ليست سوى مجرد استثناء . بيد أن أمثال تلك النصوص ونظيرها في المشروع الفرنسي الإيطالي (المادة ٣٠٤) لا تواجه إلا طائفة خاصة من القرائن القانونية ، وهي التي يرتب القانون على قيامها بطلان بعض التصرفات أو نفي حق التقاضي . وقد يكون في حظر نقض دلالة هذه الطائفة الخاصة من القرائن القانونية من طريق إقامة الدليل العكسي ما يفيد أن الأصل ، فيما عدا هذا الحظر الذي خص بالنص ، أن تكون القرائن بسيطة، وأن يباح إقامة الدليل على خلاف دلالتها . ثم إن المشاهد أن القرائن البسيطة بوجه عام أكثر عدداً من القرائن القاطعة ، وإزاء ذلك تكون بساطة القرينة هي القاعدة . على أن القواعد العامة في الإثبات تنهض لتوجيه هذا الأصل . ذلك أن الدليل الكتابي يجوز نقضه إما بطريق الطعن بالتزوير وإما بإقامة الدليل العكسي ، والقرينة القانونية ليست إلا حجة يقيمها الشارع ، فإذا لم يقم الدليل بوجه عام على صحة هذه الحجة ، فهي لا تعدو أن تكون احتمالا يصح فيه الخطأ في بعض الأحوال . ولذلك يكون الأصل هو جواز إقامة الدليل العكسي لنفي القرينة ، فيما عدا الأحوال التي ينص فيها القانون صراحة على عدم جواز ذلك والأحوال التي تؤسس فيها القرينة على النظام العام " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤١٧ – ص ٤١٨) .

(٢) ومعنى إثبات العكس هنا هو إثباته في الحالة الخاصة التي يكون الخصم بصددها . وإلا فإنه لا يجوز إثبات عكس القرينة في عمومها ، وبوصفها قاعدة تشريعية ، فإن هذا الإثبات معناه إلغاء التشريع ذاته الذي أقام القرينة القانونية ، ولا يلغي التشريع إلا بتشريع مثله (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٠ هامش رقم ٧) .

ويتبين من ذلك أن الأصل في القرينة القانونية أن تكون غير قاطعة ، أي أنها تقبل إثبات العكس . فإذا هي لم تقبل إثبات العكس ، فذلك هو الاستثناء [1] .

فمتى إذن نعتبر استثناء أن القرينة قاطعة ؟ يقودنا هذا إلى الكلام في القرينة القاطعة ثم في القرينة غير القاطعة .

المطلب الأول

القرينة القانونية القاطعة أو المطلقة

(Présomption irréfragable, absolue, juris et de juré)

٣٢٨ – التقنين المدني الفرنسي : حاول التقنين المدني الفرنسي أن يضع معياراً للقرينة القانونية القاطعة ، فنص في الفقرة الثانية من المادة ١٣٥٢ على أنه " لا يجوز إثبات ما ينقض القرينة القانونية إذا كان القانون يبطل على أساسها بعض التصرفات أو يجعل الدعوى غير مقبولة ، هذا ما لم يحفظ القانون الحق في إقامة الدليل العكسي ، وذلك مع عدم الإخلال بما سيتقرر في خصوص اليمين والإقرار القضائيين " .

ويمثل الفقهاء الفرنسيون للقرينة القانونية التي يبطل القانون على أساسها تصرفاً قانونياً بالمادة ٩١١ من التقنين المدني الفرنسي ، وتنص على أن " كل تبرع صادر لعديم الأهلية يكون باطلا ، سواء ستر في صورة عقد معاوضة أو صدر لشخص مسخر (presonne interposée) . ويعتبر شخصا مسخراً لعديم الأهلية أبوه وأمه وأولاده وفروعه وزوجه " . فهنا يبطل القانون تصرفاً قانونياً على أساس قرينة قانونية . إذ الهبة تكون باطلة إذا صدرت لعديم الأهلية . ويقيم القانون قرينة قانونية ، إذا صدرت الهبة لأحد من أقارب عديم الأهلية المذكورين في النص ، على أن الصادر له الهبة هو شخص مسخر لعديم الأهلية، وتكون الهبة قد صدرت في الواقع من الأمر لعديم الأهلية نفسه ، ومن ثم تكون باطلة . فالقرينة القانونية التي نص عليها القانون قد أبطل على أساسها تصرفاً قانونياً هو عقد الهبة . ولذلك تكون هذه القرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس ، فلا يجوز للشخص المسخر (الاسم المستعار) الذي تلقى الهبة أن يثبت أنه ليس شخصاً مسخراً لعديم الأهلية وأنه هو المقصود

---

(١) في هذا المعنى حتى في عهد التقنين المدني السابق الذي لم يشتمل على نص صريح في المسألة : الأستاذ قس في أصول الإثبات ص ٢٧٢ – ص ٢٧٤ – قارن الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ٢ فقرة

حقيقة باطلة [1] . ويمثلون أيضاً بالمادة ٤٧٢ من التقنين المدني الفرنسي ، وتنص على أن " كل تعامل بين الوصي والقاصر بعد بلوغه سن الرشد يكون باطلا إذا لم يسبقه تقديم حساب مفصل مصحوب بالسندات المؤيدة له ، ويكون كل هذا ثابتاً بإيصال من ذي الشأن قبل التعامل بعشرة أيام على الأقل " . فالقانون هنا أبطل تصرفاً قانونياً ، هو التعامل ما بين الوصي والقاصر بعد بلوغه سن الرشد ، على أساس قرينة قانونية ، هي العلاقة القائمة ما بين الوصي ومحجوره السابق دون أن يقدم له الوصي حساباً مفصلا عن إدارته لأمواله ، وفي هذا مظنة استغلال الوصي لمحجوره السابق في التعامل الذي جرى بينهما قبل تقديم الحساب . فتكون القرينة القانونية قاطعة لا تقبل إثبات العكس ، ولا يجوز للوصي أن يثبت أن التعامل الذي تم كان تعاملا جدياً لا استغلال فيه .

ويمثل الفقهاء الفرنسيون للقرينة القانونية التي يجعل القانون على أساسها الدعوى غير مقبولة بحجية الأمر المقضي وبالتقادم وبتسليم سند الدين للمدين . فحجية الأمر المقضي تقوم على قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس ، لأن الدعوى التي تدفع فهذه الحجية لا يجوز سماعها . والتقادم يقوم على قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس ، لأن الدعوى تكون غير مقبولة إذا دفعت بالتقادم . وتسليم الدائن باختياره سند الدين للمدين قرينة على براءة ذمة المدين ، والقرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس ، لأن الدائن إذا رفع دعوى على مدينه بعد أن سلمه سند الدين ، ودفع المدين بهذه القرينة ، تكون الدعوى غير مقبولة . ومن ثم لا يجوز للمحكوم عليه ، في حجية الأمر المقضي ، أن يثبت أن الحكم الذي يحتج عليه به غير صحيح . ولا يجوز للدائن ، في التقادم ، أن يثبت أن الدين موجود بالرغم من تقادمه . ولا يجوز للدائن ، في تسليم سند الدين ، أن يثبت عدم براءة ذمة المدين بالرغم من تسلمه للسند .

ويخلص مما تقدم أن القانون إذا أبطل تصرفاً قانونياً أو جعل الدعوى غير مقبولة على أساس قرينة قانونية ، كانت هذه القرينة غير قابلة لإثبات العكس [2] .

---

(١) أنظر أيضاً المادة ١١٠٠ من التقنين المدني الفرنسي في تسخير أشخاص معينين في الهبة ما بين الزوجين . وأنظر في هذه المسألة ديكوتينيس (Decottignies) في القرائن في القانون الخاص ، باريس سنة ١٩٥٠ ص ١٠١ — ص ١٠٣ .

(٢) وقد استدركت المادة ١٣٥٢ من التقنين الفرنسي بأن استثنت حالة ما إذا كان القانون قد حفظ الحق في إقامة الدليل العكسي . ويمثل الفقيهان أوبري ورو على هذه الحالة المستثناة بالمادة ١٢٨٣ من التقنين الفرنسي ، وتنص على أن " تسليم الصورة التنفيذية للسند تسليماً اختيارياً يفيد الإبراء أو الوفاء ، ما لم يقم الدليل على العكس " . فهنا يجعل القانون الدعوى غير مقبولة على أساس قرينة قانونية ، فكان ينبغي ألا تكون هذه القرينة غير قابلة لإثبات العكس ، ولكن القانون نص صراحة على جواز ذلك . ولا يوجد ، في التقنين الفرنسي ، مثل لقرينة قانونية يبطل القانون على أساسها تصرفاً قانونياً وينص القانون مع ذلك على أنها قابلة لإثبات العكس (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٠ هامش رقم ١٠) .

٣٢٩ – انتقاد التقنين الفرنسي : وهذا المعيار الذي اختاره التقنين المدني الفرنسي للقرينة القانونية القاطعة كان محل انتقاد شديد من فقهاء الفرنسيين ، وبخاصة من جيني (Gény) في كتابة المعروف : العلم والصياغة في القانون الخاص [١] .

فيقول عن الشق الأول من المعيار – إبطال التصرف القانوني على أساس القرينة القانونية – أنه لا يعبر بأمانة عن الغرض الحقيقي للمشرع . فقد أراد هذا أن يجعل القرينة قاطعة ليسد بها السبيل على ضروب التحايل للخروج على نواهي القانون المبنية على النظام العام [٢] . وهناك صلة وثيقة بين ما ورد عن إبطال التصرف في المادة ١٣٥٠ وما ورد عن ذلك في المادة ١٣٥٢ . فقد ذكرت المادة ١٣٥٠ صراحة في هذا الصدد التصرفات التي يقرر القانون أنها باطلة مفترضاً أنها أبرمت للاحتيال على أحكامه ، وهذا هو عين ما قصد إليه بذكره إبطال التصرف في المادة ١٣٥٢ .

وأما عن الشق الثاني من المعيار – جعل الدعوى غير مقبولة على أساس القرينة القانونية – فيقول جيني أن المقصود بهذا المعيار أن يكون هناك دفع يمنع من الدخول في موضوع الدعوى فترفض على هذا الأساس ، لا ألا ترفع الدعوى أصلا فإن أية دعوى ترفع يجب نظرها وإلا كان هذا إنكاراً لأداء العدالة . ولما كان الدفع بأية قرينة قانونية – قاطعة كانت أو غير قاطعة – يؤدي إلى عدم الدخول في الموضوع والوقوف عند هذه القرينة ، كان هذا المعيار إن فهم على المعنى الأول يتناول كل القرائن القانونية القاطعة وغير القاطعة دون تمييز فيما بينها ، وإن فهم على المعنى الثاني فإنه لا يتناول شيئاً منها على الإطلاق [٣] .

٣٣٠ – الرأي الصحيح : والرأي الذي يبدو صحيحاً ، ويتجه إليه الفقه الفرنسي المعاصر ، في معيار القرائن القانونية القاطعة يمكن بسطه على النحو الآتي :

الأصل أن تكون القرينة القانونية غير قاطعة ، فتقبل إثبات العكس ، وهذا شأن كل دليل ينظمه القانون . ولكن هناك قرائن أقامها المشرع لاعتبارات هامة خطيرة ، يحرص كل الحرص على عدم الإخلال بها ، ومن ثم يجعل هذه القرائن غير قابلة لإثبات العكس حتى يستقيم له غرضه . ولا يرجع ذلك ضرورة إلى أن القرينة القانونية القاطعة هي أكثر انطباقاً على الواقع من غيرها ، بل يرجع لاعتبارات يستقل بتقديرها المشرع ، فهو وحده الذي

---

(١) أنظر بنوع خاص في هذا الموضوع : جيني في العلم والصياغة في القانون الخاص الجزء الثالث في القرائن. ديكوتينيس في القرائن في القانون الخاص .

(٢) جيني في العلم والصياغة ٣ ص ٣٠٦ .

(٣) جيني في العلم والصياغة ٣ ص ٣٠٧ – ص ٣٩٩ – بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٩٤ ص ٣٨٢ – ص ٣٨٣ .

وضع القرينة القانونية ، وهو وحده الذي يقدر ما إذا كان يجعلها غير قابلة لإثبات العكس . ومن ثم كان واجباً على المشرع عندما يقيم قرينة قانونية ، ويريد أن يحكم تشريعه ، أن ينظر ما إذا كانت الاعتبارات التي اقتضت النص على هذه القرينة هي من الأهمية والخطورة بحيث تستوجب أن تبقى القرينة قائمة في جميع الأحوال ، فعند ذلك ينص على عدم جواز إثبات العكس . فإن سكت عن ذلك ، كانت القرينة القانونية قابلة لإثبات العكس رجوعاً إلى الأصل [1] .

٣٣١ – التقنين المدني المصري وقانون الإثبات : وهذا هو عين ما فعله المشرع المصري في التقنين المدني . إذ نص ، في المادة ٤٠٤ على أنه " يجوز نقض هذه القرينة (أي القرينة القانونية) بالدليل العكس ، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك "، وقد حلت محل هذه المادة نص المادة ٩٩ من قانون الإثبات المطابقة لها .

والسياسة التشريعية التي جرى عليها المشرع المصري في التقنين المدني هي أنه عندما يقف عند قرينة قانونية يريد جعلها قاطعة لا تقبل إثبات العكس بنص على ذلك ، وإن كان النص يأتي بطريق غير مباشر . فعل ذلك في القرائن القانونية على الخطأ التي تقوم عليها المسئولية عن الحيوان والمسئولية عن الأشياء والمسئولية العقدية ومسئولية المستأجر عن الحريق.

فقد نصت المادة ١٧٦ على أن " حارس الحيوان ، ولو لم يكن مالكاً له ، مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر ، ولو ضل الحيوان أو تسرب ، ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبي لا يد له فيه " : فأقام المشروع مسئولية حارس الحيوان على قرينة

---

(١) ويقول جني في هذا المعنى أن المشرع الحكيم عندما يقيم قرينة قانونية ينبغي في الأصل أن يجعلها قابلة لإثبات العكس . فالقرينة القانونية دليل يقوم على الراجح الغالب الوقوع لا على التأكيد المطلق ، فيجب إفساح المجال لمن قامت ضده القرينة أن يثبت أن حالته لا تندرج تحت هذا الراجح الغالب الوقوع ، فإذا ما أراد المشروع أن يجعل القرينة غير قابلة لإثبات العكس ، فلا بد أن يكون عنده من الأسباب الجوهرية ما يدعوه إلى إقفال الباب دون نقض القرينة ، وقلب الراجح الغالب الوقوع إلى التأكيد المطلق ، حتى يجعل القرينة تسيطر في كل حالة دون أن يمكن دحضها . ثم ينبغي إلى جانب ذلك أن ينص المشرع على أن القرينة لا تقبل إثبات العكس ، كما فعل المشروع الألماني في المادة ٢٩٢ من تقنين المرافعات . وينعى جني على المشروع الفرنسي إنه لم يحتط هذه الحطة . بل لجأ إلى معيارين ينطويان على درجة كبيرة من الإبهام والغموض . ثم يقول إن هذا الغموض قد أفسح المجال للقضاء والفقه في تفسير النصوص بما يتفق مع القواعد الصحيحة ، فتكون القرينة قاطعة أو غير قاطعة تبعاً للاعتبارات التي حملت المشروع على إقامتها (جني في العلم والصياغة في القانون الخاص جزء ٣ ص ٢٩٨ – ص ٣٠١ و ص ٣٠٩ – ص ٣١٢ – وأنظر أيضاً في هذا المعنى بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٤٩ ص ١٠٢١) .

قانونية تفيد خطأ الحارس ، و لم يسمح للحارس أن يزحزح المسئولية عن عاتقه إلا بإثبات السبب الأجنبي . ومقتضى هذا أن الحارس — وقوام مسئوليته الخطأ والضرر وعلاقة السببية فيما بينهما — يستطيع أن ينفي علاقة السببية بإثبات عكسها وهو السبب الأجنبي ، ولا يستطيع أن ينفي الخطأ لأن قرينته القانونية غير قابلة لإثبات العكس [1] . وعلى هذا المنوال جرى في المسئولية عن الأشياء (م ١٧٨) ، وفي المسئولية العقدية (م ٢١٥) ، وفي مسئولية المستأجر عن الحريق (م ٥٨٤) [1] .

بل إن التقنين المصري كثيراً ما ينص على أن قرينة قانونية معينة قابلة لإثبات العكس، في غير ضرورة ، إذ هي قابلة لإثبات العكس ولو لم ينص على ذلك ، رجوعاً إلى الأصل كما قدمنا . ولكنه يفعل ذلك منعاً للبس . نص في الفقرة الثالثة من المادة ١٧٣ على أن " يستطيع المكلف بالرقابة أن يخلص من المسئولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة ، أو أثبت أن الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية ". فأقام مسئولية المكلف بالرقابة على قرينة قانونية تفيد الخطأ ، ولكنه نص على جواز نفي الخطأ بإثبات عكس هذه القرينة ويكفي لذلك أن يثبت المكلف بالرقابة أنه قام بواجبه في هذا الصدد . ونص في الفقرة الأولى من المادة ١٣٧ على أن " كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً ، ما لم يقم الدليل على غير ذلك " [2] . ونص في المادة ٩١ على أن " ينتج

---

(1) المسئولية المقررة في المادة ١٧٨ من القانون المدني تقوم على أساس خطأ مفترض وقوعه من حارس الشيء افتراضاً لا يقبل إثبات العكس ، ومن ثم فإن هذه المسئولية لا تدرأ عن هذا الحارس بإثبات أنه لم يرتكب خطأ وأنه قام بما ينبغي من العناية والحيطة حتى لا يقع الضرر من الشيء الذي في حراسته ، وإنما ترتفع هذه المسئولية فقط إذا أثبت الحارس أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه ، وهذا السبب لا يكون إلا قوة قاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ الغير .
(جلسة ١٩٦٣/١٢/١٢ مجموعة المكتب الفني السنة ١٤ ص ١١٥٦) .

(١) وسنرى فيما يلي أن كثيراً مما يوصف بأنه قرينة قانونية قاطعة كحجية الأمر المقضي والتقادم ، ليس في الواقع إلا قواعد موضوعية . ويبقى معدوداً في القرائن القانونية القاطعة هذه القرائن الأربع . وهي كلها مسئوليات يقيمها القانون على قرينة الخطأ . ويمكن التساؤل عما إذا كان من الجائز ، عندما يفرض المشروع الخطأ في جانب المسئول ، أن يقفل في وجهه الباب فلا يستطيع أن يثبت أنه لم يخطئ . وهذا ما دعا طائفة من الفقهاء أن يعدلوا عن فكرة الخطأ المفروض إلى فكرة الخطأ الثابت . فالمسئولية عن الحيوان وعن الأشياء وعن حريق العين المؤجرة ، في حالة الالتزام العقدي بتحقيق غاية وهي الحالة التي تعنينا ، عن خطأ ثابت ، إذ أن عدم تحقيق الغاية المتعاقد عليها هي هذا الخطأ نفسه ، أياً كانت الأسباب التي أدت إلى عدم تحقيق هذه الغاية (أنظر الوسيط الجزء الأول فقرة ٤٢٨ وفقرة ٧٠٨ وفقرة ٧٣٥ — وقارن ديكوتينيس في القرائن في القانون الخاص فقرة ٥٩ وفقرة ٦١) .

(2) مؤدى نص المادتين ١٣٦ ، ١٣٧ من القانون المدني أن المشرع قد وضع هما قرينة قانونية يفترض بمقتضاها أن للعقد سبباً مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب ، فإن ذكر في العقد ، فإنه يعتبر السبب الحقيقي الذي =

التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك". وهو بعد أن نص على أن وصول التعبير قرينة على العلم وأن هذه القرينة القانونية قابلة لإثبات العكس ، لم ير حاجة في أن يعود إلى النص على جواز إثبات العكس ، بعد أن زال كل لبس في ذلك ، عندما عرض للتعاقد ما بين الغائبين في المادة ٩٧ ، فنص في الفقرة الثانية من هذه المادة على أن " يفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول " [١] .

وإذا وقفنا عند مسئولية المتبوع عن تابعه ، فرأينا الفقرة الأولى من المادة ١٧٤ تنص على أن " يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع ، متى كان واقعاً منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها " ، ولم نر المشرع ينص على عدم جواز إثبات العكس ، فلا نتوهم أننا أمام قرينة قانونية لم ينص المشرع على عدم جواز إثبات عكسها ، فتكون قابلة لإثبات العكس . فسنرى أن مسئولية المتبوع عن التابع إنما هي قاعدة موضوعية، وليست قائمة على قرينة قانونية ، والأصل في القواعد الموضوعية أنها لا تقبل إثبات العكس . كذلك التقادم ، مكسباً كان أو مسقطاً ، لا حاجة فيه إلى النص على عدم جواز إثبات العكس ، لأن الأمر فيه أمر قاعدة موضوعية لا أمر قرينة قانونية [٢] . وسنعود إلى هذه المسألة ببيان أوفى .

= قبل المدين أن يلتزم متى تجمله ، وإن ادعى المدين صورية السبب المذكور في العقد كان عليه أن يقم الدليل القانوني على هذه الصورية .

(جلسة ١٩٧٠/٤/٢٨ الطعن رقم ١٠١ لسنة ٣٦ ق السنة ٢١ ص ٧١٤) .

(١) ومن النصوص التي تقيم قرائن قانونية غير قاطعة وتذكر مع ذلك جواز إثبات العكس : المادة ١٧٧ التي تنص على مسئولية حارس البناء ، والمادة ٢٣٨ التي تقيم قرائن قانونية غير قاطعة في الدعوى البوليصية ، والمادة ٢٣٩ التي تقيم قرينة قانونية غير قاطعة على إعسار المدين ، والمادة ٨١٧ التي تجعل من كون الحائط فاصلا ما بين بنائين قرينة قانونية غير قاطعة على أن الحائط مشترك ، والفقرة الثالثة من المادة ٩١٦ التي تجعل من صدور التصرف في مرض الموت قرينة قانونية غير قاطعة على أن المقصود به التبرع، والمادة ٩١٧ التي تجعل الاحتفاظ في التصرف لأحد الورثة بحيازة العين وبالحق في الانتفاع قرينة غير قاطعة على أن التصرف مضاف إلى ما بعد الموت ، والمادة ٩٦٣ التي تجعل الحيازة المادية قرينة غير قاطعة على الحيازة القانونية ، والمادة ٩٦٤ التي تجعل الحيازة القانونية قرينة غير قاطعة على الملكية ، والمادة ٩٦٥ التي تقيم قرينة غير قاطعة على حسن النية في الحيازة ، والمادة ٩٦٧ التي تقيم قرينة غير قاطعة على احتفاظ الحيازة بالصفة التي بدأت بها .

(٢) وسنرى ، على العكس من ذلك ، أن التقادم المسقط بسنة واحدة في حقوق عينتها المادة ٣٧٨ إنما يقوم على قرينة قانونية قاطعة ، لا على قاعدة موضوعية .

٣٣٢ – القرينة القانونية القاطعة يجوز دحضها بالإقرار واليمين :

وإذا قلنا أن القرينة القانونية القاطعة لا تقبل إثبات العكس ، فليس معنى ذلك أنها لا تدحض أبداً . ذلك أن عدم القابلية للدحض لا يكون إلا للقواعد الموضوعية على ما سنرى [1] . أما القرائن القانونية ، ولو كانت قاطعة ، فهي قواعد إثبات . وأياً كانت المرتبة التي أرادها المشروع لها في القطع والحسم ، فهي لا تستعصي على أن تدحض بالإقرار واليمين ، مادام المشرع قد شاء أن يبقيها في حظيرة قواعد الإثبات ، ولم يرق بها إلى منزلة القواعد الموضوعية . وقد نص على ذلك صراحة التقنين المدني الفرنسي في المادة ١٣٥٢ ، إذ قضي بعدم جواز إثبات ما ينقض القرينة القانونية القاطعة " مع عدم الإخلال بما سيتقرر في خصوص اليمين والإقرار القضائيين " . وجمهرة الفقهاء في فرنسا يفسرون هذا النص بأن إثبات عكس القرينة القانونية القاطعة لا يجوز إلا عن طريق الإقرار أو اليمين [1] . وهذا

---

(1) ومن أمثلة القرائن القانونية القاطعة :

أ – مؤدى نص المادة ١٨ من قانون التأمينات الاجتماعية الصادر بالقانون رقم ٩٣ لسنة ١٩٦٤ ، أن المقاول وحده هو الملزم بأداء الاشتراكات بالنسبة للعمال الذين استخدمهم لتنفيذ العمل باعتباره رب العمل الحقيقي دون صاحب البناء الطرف الآخر في عقد المقاولة ، وفي حالة عدم قيام الأخير بإخطار الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية باسم المقاول وعنوانه في الميعاد المقرر يكون للهيئة مطالبته إن كان له مقتضى ، فلا تقيم واقعة عدم الإخطار هذه قرينة قانونية على أنه هو الذي أقام البناء بعمال تابعين له ، مادامت المادة ١٨ المشار إليها قد افتقدت الدعامة اللازمة لقيامها ، ذلك أن القرينة القانونية لا تقوم بغير نص في القانون ، وإذا انتهى الحكم المطعون فيه إلى تأييد حكم محكمة أول درجة ببراءة ذمة مورثه المطعون ضده من المبلغ موضوع التداعي ابتناء على أنها ليست صاحبة العمل بالنسبة للبناء الذي إقامته وأن عدم إخطارها الهيئة الطاعنة باسم المقاول الذي تولى البناء لا يعني إقامته بعمال تحت إشرافها ورقابتها ، فإنه يكون قد خلص إلى نتيجة سديدة في القانون .

(جلسة ١٩٧٨/٣/١١ الطعن رقم ٤٨٦ لسنة ٤٤ ق س ٢٩ ص ٧١٣)

(جلسة ١٩٧٨/١٢/٢٣ الطعن رقم ٧٠٤ لسنة ٤٥ ق س ٢٩ ص ٢٠٠٨)

ب – إذا كانت المادة ١١ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ تحظر على الواقف الرجوع أو التغيير في وقفه قبل العمل بهذا القانون وجعل استحقاقه لغيره في حالتين :

الأولى : إذا كان قد حرم نفسه وذريته من هذا الاستحقاق ومن الشروط العشرة بالنسبة له ، والثانية : إذا ثبت أن هذا الاستحقاق كان بعوض مال أو لضمان حقوق ثابتة قبل الواقف ، فقد دل ذلك وهو يبين من المذكرة التفسيرية للقانون المذكور – على أن حرمان الواقف نفسه وذريته من الاستحقاق ومن الشروط العشرة يعتبر قرينة قاطعة على أن هذا التصرف كان بمقابل يمنعه من الرجوع دون حاجة إلى تحقيق أو إثبات، بل يكفي وجود هذا المظهر في كتاب الواقف أو إشهاد التغيير ، أما الحالة الثانية فإن إثبات تلقى الواقف العوض ممن له الاستحقاق في الوقف يكون بكافة الطرق القانونية في الإثبات بما في ذلك القرائن .

(جلسة ١٩٦٣/٢/١١ الطعن رقم ٢٦٦ لسنة ٢٧ ق س ١٤ ص ٢٧١) .

(١) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٠ ص ١٠٤ وهامش رقم ١١ – لوران ١٩ فقرة ٦٢١ – بونييه فقرة ٧٤٤ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢١٨٣ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٥١ ص ١٠١٣ – بيدان =

الحكم يسرى أيضاً في القانون المصري دون نص صريح ، وقد انعقد عليه الإجماع [1] . ذلك أن القرينة القانونية القاطعة لا تزال دليلا من أدلة الإثبات ، بل هي لا تعدو أن تكون دليلا سلبياً إذ تقتصر على الإعفاء من الإثبات كما قدمنا . فإذا نقضها من تقررت لمصلحته بإقراره أو يمينه ، فقد دحضها ، و لم يعد هناك محل لإعفائه من إثبات لم يقبل هو أن يعفى نفسه منه .

وينبني على ذلك أن المسئول مسئولية قائمة على قرينة قانونية قاطعة — كما في المسئولية عن الحيوان وعن الأشياء والمسئولية العقدية ومسئولية المستأجر عن الحريق — لا يستطيع أن يثبت عكس هذه القرينة كما قدمنا ، ولكنه يستطيع دحضها بإقرار يصدر من خصمه أو بيمين يوجهها إلى هذا الخصم فينكل [2] .

وقد نصت المادة ٣٧٨ فقرة أولى من التقنين المدني على حقوق تتقادم بسنة واحدة، ثم أضافت الفقرة الثانية من هذه المادة أنه " يجب على من يتمسك بأن الحق قد تقادم بسنة أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلا ... " . وهذا يدل على أن المشرع قد جعل هذا التقادم القصير قائماً على قرينة قانونية قاطعة تفيد الوفاء بالحق ، ومن ثم أجاز دحض هذه القرينة بالنكول عن اليمين ، فيجـــوز من باب أولى دحضهـــا بالإقرار [3] .

٣٣٣ – ما لا يجوز دحضه بالإقرار أو اليمين ليس من القرائن القانونية بل هو من القواعد الموضوعية

: على أن الفقه الفرنسي يذهب إلى أن القرينة القانونية القاطعة إذا كانت قائمة على اعتبارات روعيت فيها المصلحة العامة ، كحجية الأمر المقضي والتقادم ، فإنه لا يجوز دحضها ، حتى بالإقرار أو اليمين ، لأن هذين

= وبرو ٩ فقرة ١٢٩٥ — جني في العلم والصياغة ٣ ص ٢١٢ — ص ٢١٣ — ديكوتينيس في القرائن في القانون الخاص فقرة ٥٣ — فقرة ٥٥ .

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٧٠١ — الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ٢ فقرة ٦٢٣ — الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٦٣ — الأستاذ عبد الباسط جميعي في الإثبات فقرة ١٠٢ ص ١٠٦ — ص ١٠٧ .

(٢) وهذا أمر لا يقع في العمل . ومن ثم يرجح ما قدمناه من أن المسئولية عن الحيوان وعن الأشياء وعن الحريق لا تقوم على خطأ مفروض فرضاً لا يقبل إثبات العكس ، بل على خطأ ثابت هو الخطأ في الحراسة . كذلك المسئولية العقدية تقوم على خطأ ثابت هو عدم تحقيق الغاية التي التزم المتعاقد بتحقيقها .

(٣) وذلك سواء اعتبرنا اليمين حاسمة أو متممة ، فالنكول عنها في كلا الاعتبارين يكون دحضاً للقرينة . قارن ديكوتينيس في القرائن في القانون الخاص فقرة ٥٥ ص ١٣١ — ص ١٣٤ . أما غير ذلك من ضروب التقادم المسقط ، وكذلك التقادم المكسب ، فيقوم على قواعد موضوعية لا على قرائن قانونية كما سنرى .

لصريقين لا يجوز قبولهما فيما هو معتبر من النظام العام كما قدمنا [1] . فيبقى الحكم قرينة قاطعة على ما قضي به، حتى لو أقر من صدر الحكم لمصلحته بأنه حكم خاطئ . ويبقى الحق مقضياً أو مكسوباً بالتقادم ، حتى لو أقر من تم التقادم لمصلحته بأن الحق لم يقض أو لم يكسب ، وذلك فيما عدا التقادم المسقط بسنة واحدة الذي تقدم ذكره عند من يراه قائماً على قرينة قانونية [2] .

والصحيح أن القرينة القانونية القاطعة يجوز دائماً دحضها بالإقرار أو اليمين . أما الذي لا يدحض بالإقرار أو اليمين ، كحجية الأمر المقضي والتقادم ، فليس بقرينة قانونية ، بل هو قاعدة موضوعية ، تقوم ، هي أيضاً كالقرينة القانونية ، على فكرة الراجح الغالب الوقوع (idée de probabilité) .

٣٣٤ – القاعدة الموضوعية والقرينة القانونية : ذلك أنه يجب التمييز في كثير من العناية بين القاعدة الموضوعية (règle de fond) والقرينة القانونية [3] . إذ توجد قواعد موضوعية يبينها المشرع على الكثرة الغالبة من الأحوال فيقلبها إلى حقائق ثابتة (probabilités transférées en certitudes) ، مثلها في ذلك مثل القرائن القانونية [4] . فبلوغ الرشد تتفاوت فيه الناس ، ولا تكون سن الرشد واحدة للجميع ، ولكن المشرع لا

---

(١) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٠ ص ١٠٤ – ديمولومب ٣٠ فقرة ٢٧٧ – لوران ١٩ فقرة ٦٢١ – بودري وبارد ٤ فقرة ٢٦٦٤ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٥١ ص ١٠١٣ – بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٩٥ ص ٣٨٤ – ص ٣٨٥ .

وأنظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤١٨ .

(٢) وإذا سلمنا جدلا بأن هناك قرائن قانونية قاطعة لا تقبل الدحض حتى بالإقرار أو اليمين ، وهي القرائن المتعلقة بالنظام العام ، فإنه يبقى مع ذلك ممكناً نفي هذه القرائن . ولا يكون ذلك بطبيعة الحال عن طريق إثبات العكس ، فإن هذا ممنوع حتى عن طريق الإقرار واليمين . ولكن يكون ذلك عن طريق إثبات أن الواقعة التي تقوم عليها القرينة لم توجد أو لم تتوافر شروطها . فينفي من يحتج عليه بالأمر المقضي أن هناك حكماً حاز هذه الحجية ، أو يثبت أن هذا الحكم لم تتوافر فيه الشروط اللازمة . وينفي من يحتج عليه بالتقادم أن التقادم قد اكتمل ، أو يثبت أن شروطه لم تتوافر . فإذا نجح من يدعى ذلك في إثبات ما يدعيه – وله الإثبات بجميع الطرق لأنه يثبت واقعة مادية – لم يكن بذلك قد أثبت عكس القرينة ، بل يكون قد أثبت أن القرينة ذاتها غير موجودة ، والفرق واضح بين الأمرين .

(٣) ويرجع الفضل في جلاء هذا التمييز إلى حجي في كتابة العلم والصياغة في القانون الخاص الجزء الثالث في القرائن ، ثم إلى ديكوتينيس في رسالته المعروفة في القرائن في القانون الخاص وهي الرسالة التي تكررت الإشارة إليها. وتبعهما بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٩٠ .

أنظر أيضاً في هذا التمييز الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٥٩ مكرر – الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ٢٢٧ – الأستاذ عبد الباسط جميعي في الإثبات فقرة ١٠١ .

(٤) قارن بودري وبارد ٤ فقرة ٢٦٥٧ مكررة .

يسعه أن يكل تحديد هذه السن — وأهميتها في التعامل معروفة — إلى الظروف الذاتية لكل إنسان . فوجب أن يجعل بلوغ سن الرشد لجميع الناس عند سن معينة — الحادية والعشرين مثلا — مراعياً في ذلك الكثرة الغالبة في الأحوال ، متجاوزاً عن التفاوت ما بين إنسان وآخر، حتى ينضبط التعامل ويستقر [1] . وهذا مثل للقاعدة الموضوعية التي يبينها المشرع على فكرة الراجح الغالب الوقوع .

أما القرينة القانونية فقد قدمنا أنها قاعدة إثبات لا قاعدة موضوعية . خذ مثلا القرينة القانونية التي تقضي بأن الوفاء بقسط الأجرة اللاحق دليل على الوفاء بالقسط السابق . هذه قاعدة وضعها المشرع ، لا في موضوع الحق وهو الوفاء بالأجرة وما يتصل به من أحكام ، بل في إثباته أي كيف يثبت المستأجر أنه قام بوفاء الأجرة . وقد راعى المشرع في وضعها — هنا أيضاً — الكثرة الغالبة من الأحوال ، إذ وجد أن المؤجر لا يعطي عادة مخالصة عن قسط لاحق إلا بعد أن يستوفي الأقساط السابقة ، فجعل من الوفاء بقسط لاحق قرينة قانونية على الوفاء بقسط سابق [1] .

---

(١) حجي في العلم والصياغة في القانون الخاص جزء ٣ ص ٢٣٦ — ص ٢٣٩ .

(1) ومن أمثلة القرائن القانونية غير القاطعة :

أ — مؤدى نص المادة ٥٨٣ من التقنين المدني أن المستأجر يلتزم بحفظ العين ورعايتها باذلا في ذلك عناية الرجل المعتاد ، فإن قصر في أداء التزامه ونتج عن تقصيره تلف العين أو هلاكها كان مسئولا ، ولئن أقام المشرع قرينة قانونية تفترض أن ما أصاب العين المؤجرة رده إلى خطأ المستأجر إلا أن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس ، بمعنى ألا يسأل إلا عما يحدث فعلا بسبب تقصيره هو أو تقصير من يسأل عنهم ، وإذا أثبت أن التلف أو الهلاك منشأة عن سبب أجنبي لا يد له فيه كالقوة القاهرة أو خطأ المؤجر أو عيب العين المؤجرة ، انتفت مسئولية المستأجر .

(جلسة ١٩٧٨/١١/٢٢ الطعن رقم ٧٩٠ لسنة ٤٦ ق س ٢٩ ص ١٧٥٠) .

ب — مفاد المادة ٩١٧ من القانون المدني أن المشروع أقام في حالة احتفاظ المتصرف لنفسه بحيازة العين المتصرف فيها وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته قرينة قانونية على أن التصرف في حقيقته وصية ، وهذه القرينة وأن كان من شأنها إعفاء الطاعن من إثبات التصرف مضاف إلى ما بعد الموت إلا أنها قابلة بدورها لإثبات العكس بحيث يجوز للمتصرف إليه نفيها بإثبات جدية هذا التصرف وتنجيزه .

(جلسة ١٩٨٣/١/٢٥ الطعن رقم ٩٨٤ لسنة ٤٩ ق) .

(جلسة ١٩٨٥/٤/٢ الطعن رقم ٩٠١ لسنة ٥١ ق) .

(جلسة ١٩٨٧/٣/٢٤ الطعن رقم ١٢٥٨ لسنة ٥٣ ق س ٣٨ ص ٤٣٣) .

ج — تقضي المادتان ٣٣٨ ، ٣٣٩ من القانون المدني القديم المعدلتان بالقانون رقم ٤٩ لسنة ٢٣ ببطلان عقد البيع الوفائي المقصود به إخفاء رهن سواء بصفته بيعاً أو رهناً وبأن العقد يعتبر مقصوداً به إخفاء الرهن إذا اشترط فيه رد الثمن مع الفوائد أو إذا بقيت العين المبيعة في حيازة البائع بأية صفة من الصفات ، وهاتان القرينتان من قبيل القرائن القانونية القاطعة بحيث إذا توافرت إحداهما كان ذلك قاطع في الدلالة على أن القصد من العقد هو إخفاء رهن ومانعاً من إثبات العكس .

(جلسة ١٩٦٣/١/٣ الطعن رقم ٣٤١ لسنة ٢٧ ق س ١٤ ص ٧٥) .

(جلسة ١٩٦٤/١٢/٢ الطعن رقم ٢٠ لسنة ٣٠ ق س ١٥ ص ١٠٩٣)

٣٣٥ – كيف يكون التمييز بين القاعدة الموضوعية والقرينة القانونية

القانونية : والذي يقارب ما بين القاعدة الموضوعية والقرينة القانونية هو – كما قدمنا – أن كلا منهما يقوم على الكثرة الغالبة من الأحوال أو على الراجح الغالب الوقوع . ولذلك يقع اللبس بينهما كثيراً . ولكنهما يختلفان في أمرين جوهريين :

(الأمر الأول) أن عامل الراجح الغالب الوقوع يختفي وراء القاعدة القانونية فتستغرقه، ويكون منها بمثابة العلة (motif) من المعلول ، فمتى تقررت القاعدة توارت العلة خلفها ، ولم يعد لها بعد ذلك مجال للظهور [1] . أما هذا العامل في القرينة القانونية فهو نفسه موضوع (objet) القرينة ، وإنما قامت القرينة لتقريره ، فيبقى دائماً بارزاً لا يختفي وراءها [2] .

فإذا قلنا إن الإنسان يبلغ رشده في الحادية والعشرين ، فقد دفع المشرع إلى تقرير هذه القاعدة الموضوعية أن هذا هو الذي يقع في العادة . ولكن هذا الدافع ، أو هذه العلة ، تختفي وراء القاعدة ، وسواء وقع هذا فعلا أو لم يقع ، فالإنسان يبلغ رشده – قانوناً – في الحادية والعشرين ، ولو بلغ – طبيعة – قبل ذلك أو بعد ذلك .

وإذا قلنا إن الوفاء بقسط لاحق دليل على الوفاء بقسط سابق ، فقد راعى المشرع في ذلك أيضاً أن هذا هو الذي يقع في العادة ، ولكن هذه العلة لا تختفي وراء القرينة ، بل تبقى بارزة تعمل عملها كما سيأتي .

فالقانون لا يتقدم بالقرينة القانونية إلا مسببة (causée) ، أما القاعدة الموضوعية فيتقدم بها مجردة (abstraite) .

(والأمر الثاني) يترتب على الأمر الأول . ذلك أن القاعدة الموضوعية لا تجوز معارضتها بالعلة في تقريرها ، فقد اختفت هذه العلة واستغرقتها القاعدة . فإذا برز إنسان في التاسعة عشرة من عمره ، ودل بتفوقه في الذكاء والعلم أنه أرشد ممن بلغ الحادية والعشرين، فلا يزال هذا الإنسان قاصراً في نظر القانون ، مهما بلغت منزلته من المتفوق . وإذا وجد ، على العكس من ذلك ، إنسان في الحادية والعشرين ، وقد بدت عليه علامات القصور العقلي ، فإنه يعتبر بالرغم من ذلك بالغاً سن الرشد ، إلا إذا كان القصور العقلي قد وصل به إلى حد الغفلة أو العته ، فعندئذ يحجر عليه . فالقاعدة الموضوعية قد استغرقت علتها ، ولم يعد للعلة مجال للعمل .

---

(١) جني في العلم والصياغة في القانون الخاص المرجع السابق – ديكوتينيس في القرائن في القانون الخاص ص ٤٤ .

(٢) ديكوتينيس في القرائن في القانون الخاص ص ٤٥ و ص ٥٢ .

أما القرينة القانونية فتجوز معارضتها بعلتها ، فإن العلة لم تستغرقها القرينه ، بل بقيت إلى جانبها بارزة . فإذا تقدم المؤجر بدليل يثبت أنه ، بالرغم من استيفائه للقسط اللاحق ، لم يستوف القسط السابق ، سمع منه ذلك ، وانهارت قرينة الوفاء بالقسط السابق. ذلك أن القرينة يتقدم بها المشرع مسببة بعلتها كما تقدم القول ، وكون الوفاء بالقسط اللاحق يكون ، في الكثرة الغالبة من الأحوال ، بعد الوفاء بالقسط السابق لا يمنع ، في القلة النادرة من الأحوال ، أن يستوفي المؤجر القسط اللاحق دون أن يستوفي القسط السابق . وقد أثبت المؤجر أن حالته هذه تندرج في القلة من الأحوال لا في الكثرة ، ففي خصوص هذه الحالة تخلفت القرينة لتخلف علتها ، فلا يعمل بها بعد أن دحضها المؤجر [1] .

على أنه لا يجوز أن يفهم من ذلك أن كل قاعدة موضوعية هي قاعدة إجبارية يتحتم تطبيقها ولا يجوز استبعادها ، وأن كل قرينة قانونية تقبل الاستبعاد بالدليل العكسي . فإن في القواعد الموضوعية ما لا يفرضه المشرع فرضاً حتمياً في كل الأحوال، بل يترل فيه أولا عند إرادة أصحاب الشأن . فإذا قرر المشرع — في المادة ٤٦٢ من التقنين المدني — أن نفقات عقد البيع تكون على المشترى ، فهو قد قرر بذلك قاعدة موضوعية استغرقت علتها. ولكنه لم يرد إعمال هذه القاعدة إلا عندما لا يكون للمتعاقدين أية إرادة في هذه المسألة . فإذا لم يكن بينهما اتفاق صريح أو ضمني أو عرف على أن المصروفات يدفعها غير المشترى، فالمشترى هو الذي يدفعها ، ما من ذلك بد ، ولا يجوز له أن يرفض دفعها بدعوى أن القاعدة الموضوعية التي تلزمه بها قد تخلفت علتها ، وأن حالته تندرج في القلة من الأحوال التي لا يدفع فيها المشترى المصروفات ، مادام لم يتفق مع البائع على ذلك . وهنا نرى أن القاعدة إنما هي قاعدة موضوعية قد استغرقت علتها [2] . لكن إذا اتفق المشترى مع البائع اتفاقاً صريحاً أو ضمنياً ، أو قام عرف ، على أن البائع هو الذي يدفع المصروفات ، فالمشرع لا يفرض قاعدته على إرادة المتعاقدين ، وتخلى القاعدة مكانها للاتفاق أو العرف . وهنا نرى أن هذه القاعدة الموضوعية ليست قاعدة إجبارية (régle impérative) ، بل هي قاعدة تكميلية (régle supplétive) ، لا تهدر الإرادة لتحل محلها ، بل تملأ الفراغ الذي تتركه [3] .

---

(١) ديكوتينيس في القرائن في القانون الخاص ص ٤٤ .

(٢) ديكوتينيس في القرائن في القانون الخاص ص ٥١ .

(٣) ومن القواعد الموضوعية التكميلية (supplétives) أيضاً ما نصت عليه المواد ١٠٣ (دفع العربون يفيد جواز العدول عن العقد) و ٣٠٩ (ضمان المحيل ليسار المدين) و ٣١٩ (ضمان المدين الأصلي ليسار المحال عليه) و ٣٢٢ (عدم انتقال الدين المضمون بالرهن مع العقار المرهون إلى ذمة المشترى) و ٣٤٥ (كيفية احتساب خصم الديون عند تعددها imputation des paiements) و ٣٤٦ — ٣٤٨ (زمان ومكان ونفقات الوفاء بالدين) .

كذلك ليس صحيحاً أن كل قرينة قانونية تقبل الاستبعاد بالدليل العكسي . فمن القرائن القانونية ما جعله المشرع قاطعاً لا يجوز أن يستبعد ، حتى يستقيم له غرضه من استقرار التعامل . مثل ذلك ما فعله عندما اتخذ من التقادم بسنة واحدة قرينة قاطعة على الوفاء بحقوق ذكرها في المادة ٣٧٨ من التقنين المدني . فهنا اتخذ التقادم قرينة على الوفاء بحقوق معينة ، كما اتخذ الوفاء بالقسط اللاحق قرينة على الوفاء بالقسط السابق . إلا أنه جعل القرينة الأولى قاطعة ، ولم يجز إثبات عكسها . وجعل القرينة الثانية ، كما رأينا ، قرينة غير قاطعة ، وأجاز إثبات عكسها . ولكن تبقى القرينة الأولى ، ولو كانت قاطعة ، قاعدة للإثبات ، فتوافق في ذلك القرائن غير القاطعة ، وتفارق القواعد الموضوعية . فالتقادم بسنة قرينة قاطعة على الوفاء بحق معين ، ولكن هذه القرينة لا تعدو أن تكون طريقاً للإثبات، أو إعفاء منه على الأصح . ويترتب على ذلك أن الخصم الذي تقررت القرينة القاطعة لمصلحته إذا نزل عنها ، وقال إن الدين باق في ذمته ، أو نكل عن اليمين التي توجه إليه في ذلك ، فإن إقراره هذا — الصريح أو الضمني — يجعل القرينة تنهار ، بالرغم من أنها قاطعة . ومن ثم تكون كل القرائن القاطعة قابلة للدحض بالإقرار أو اليمين كما قدمنا [1] .

٣٣٦ — الانتقال من القاعدة الموضوعية إلى القرينة القانونية ومن القرينة القانونية إلى القاعدة الموضوعية رهن بإرادة المشرع : والانتقال من القاعدة الموضوعية إلى القرينة القانونية ، أو من القرينة القانونية إلى القاعدة الموضوعية ، أمر موكول إلى المشرع . فكل من القاعدة الموضوعية والقرينة القانونية من صنعه . فهو إن شاء جعل ما يقرره من ذلك قاعدة موضوعية ، وإن شاء جعله قرينة قانونية ، وفقاً لما يقدر من الاعتبارات التي تتفاوت في القوة والضعف فتحمله على المسلك الأول أو على المسلك الثاني. وله كذلك ، إن شاء ، أن يهبط بقاعدة موضوعية إلى قرينة قانونية ، وأن يرتفع بقرينة قانونية إلى قاعدة موضوعية .

---

(١) وقد سبق أن أشرنا إلى المقارنة التي عقدها جني ما بين القرينة القانونية والحيلة (fiction) . ويمكن الآن تعميم المقارنة وجعلها تنتظم القرينة القانونية والقاعدة الموضوعية والحيلة . فكل من القرينة القانونية والقاعدة الموضوعية تقوم على الراجح الغالب الوقوع ، ولكن هذا العامل يبقى بارزاً إلى جانب القرينة القانونية ، بينما هو يختفي وراء القاعدة القانونية . أما الحيلة فلا شأن لها بالراجح الغالب الوقوع ، بل هي لا أساس لها من الواقع ، إذ تقوم على فرض خلقه المشرع دون أن يلقى بالا هل هذا الفرض يتفق مع الواقع أو ينحرف عنه . فافتراض العلم بالقانون لا أساس له من الواقع ، وكذلك افتراض العلم بالأوراق التي أعلنت لجهة الإدارة أو لجهة النيابة العامة فيما يجيزه القانون من ذلك . وأشد هذه الثلاثة خطراً هي الحيلة لأنها لا تقوم على الواقع ، ثم القاعدة الموضوعية لأنها وهي تقوم على الواقع يختفي الواقع وراءها ، وأقلها خطراً القرينة القانونية فهي تقوم على الواقع ويبقى الواقع بارزاً إلى جانبها .

وقد هبط المشرع المصري فعلا بالتقادم ، وهو في الأصل قاعدة موضوعية ، إلى أن جعله قرينة قانونية في حالة من حالاته . فعل ذلك كما قدمنا في التقادم المسقط لحقوق معينة بسنة واحدة ، إذ أجاز دحض القرينة بالإقرار أو اليمين . ولو استبقى التقادم هنا قاعدة موضوعية ، كما هو شأن سائر حالات التقادم المسقط وكل حالات التقادم المكسب، لما أجاز ذلك .

وارتفع المشرع المصري بقرينة قانونية إلى منزلة القاعدة الموضوعية ، عندما قرر ، في المادة ٩٤٨ من التقنين المدني ، أن الحق في الأخذ بالشفعة يسقط بانقضاء أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع . فقد كان في وسع المشرع أن يقتصر على جعل انقضاء هذه المدة قرينة قانونية قاطعة على أن الشفيع قد علم بالبيع و لم يأخذ بالشفعة فسقط حقه . ولكنه لو جعل القاعدة قرينة قانونية على هذا النحو ، لاقتضى ذلك أن يجيز للشفيع دحض هذه القرينة بإقرار المشترى أو يمينه . فإذا أقر المشترى أن الشفيع لا يعلم بالبيع بالرغم من انقضاء أربعة أشهر على تسجيله ، أو نكل عن اليمين التي توجه إليه في ذلك، فإن القرينة القانونية القاطعة تنهار ، إذ يدحضها الإقرار أو اليمين ، ويستبقى الشفيع حقه في الأخذ بالشفعة . من أجل ذلك لم ير المشرع أن يختار هذا الطريق ، بل ارتفع بهذه القرينة إلى منزلة القاعدة الموضوعية ، فاستعصت بذلك على النقض ، ولم يجز دحضها حتى بالإقرار أو اليمين . وبمجرد أن ينقضي على تسجيل البيع أربعة أشهر دون أن يأخذ الشفيع بالشفعة فقد سقط حقه ، حتى لو أقر المشترى — صراحة ، أو ضمناً بأن نكل عن اليمين — أن الشفيع لم يعلم بالبيع .

والذي يحمل المشرع على الانتقال بالقاعدة من مرتبة إلى مرتبة أخرى اعتبارات يراها هو ، وتترك إلى محض تقديره كما قدمنا ، فقد رأى ، في التقادم بسنة واحدة ، نظراً لاحتمال أن المدين لم يكن تدبر بالدين في هذه المدة القصيرة ، أن يحكم في ذلك ضميره . فنزل بالقاعدة إلى مرتبة القرينة القانونية القاطعة ، ليجيز دحضها بالإقرار واليمين . وكان يستطيع أن ينزل بها إلى مرتبة أدنى ، فيجعلها قرينة قانونية غير قاطعة يجوز دحضها ، لا بالإقرار واليمين فحسب ، بل أيضاً بجميع الطرق التي قررها القانون [1] ورأى ، في سقوط الشفعة بأربعة أشهر ، أن الشفعة حق غير مرغوب فيه ، رأراد أن يحسم النزاع في شأنه ، وأن يجعل سقوطه بهذه المدة أمراً لا يحتمل الجدل . فارتفع بالقاعدة إلى أن تكون قاعدة موضوعية ، وجعلها بذلك لا تقبل الدحض حتى بالإقرار أو اليمين .

---

(١) قارن ديكوتينيس ص ١٢١ — ص ١٢٢ .

٣٣٧ – قواعد موضوعة تكيف خطأ بأنها قرائن قانونية : ويتبين من كل ذلك وجوب التمييز ما بين القواعد الموضوعية والقرائن القانونية . فكثيراً ما يقع الخلط بينها : تخلط القاعدة الموضوعية الإجبارية بالقرينة القانونية القاطعة ، وتخلط القاعدة الموضوعية التكميلية بالقرينة القانونية غير القاطعة [1] .

وقد أسيء فهم بعض القواعد الموضوعية ، فكيفت خطأ بأنها قرائن قانونية . وجعلت قرائن قاطعة لا يجوز إثبات عكسها . ولما كانت هذه القواعد قواعد إجبارية لا يجوز دحضها حتى بالإقرار واليمين ، مع أن القرائن القاطعة يجوز دائماً دحضها بهذين الطريقين كما قدمنا ، فقد قيل في تبرير عدم قابليتها للدحض أنها قرائن قانونية قاطعة تتعلق بالنظام العام ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . والصحيح أنها قواعد موضوعية إجبارية ، لا قرائن قانونية قاطعة ، وهذا وحده هو الذي يبرر أنها لا تدحض حتى بالإقرار واليمين . ومن هذه القواعد – عدا حجية الأمر المقضي والتقادم اللذين تقدم ذكرهما – الحيازة في المنقول ، والتصرف في مرض الموت ، ومسـئولية المتبوع عن التابع [2] .

فالحيازة في المنقول قاعدة موضوعية إجبارية ، لا قرينة قانونية قاطعة . فقد رأى المشرع أن يحمي حائز المنقول حسن النية بسلاح أقوى من سلاح القرينة القانونية ولو كانت قاطعة . ومن ثم أصبح من يحوز المنقول وهو حسن النية ، بفضل هذه القاعدة الموضوعية ، مالكاً له . وأصبحت ملكيته ثابتة مستقرة ، لا يزعزعها حتى الإقرار أو اليمين. أراد المشرع أن يستقر التعامل في المنقول ، وتلك اعتبارات عليا يستقل بتقديرها، ويملك زمامها ، فيضع من القواعد ما يراه مناسباً لحماية الأوضاع القانونية المختلفة . تارة يكتفي بقرينة قانونية غير قاطعة . وطوراً يجعل القرينة القانونية قاطعة . وأخرى يرتفع عن نطاق القرائن وقواعد الإثبات ، ويرى أن الحماية المناسبة هي قاعدة موضوعية لا تقبل النقض بحال من الأحوال . هذا هو التدرج في الحماية ، درجة فوق درجة ، يؤتيها المشرع من يشاء كما يشاء ، وهو في كل ذلك يتوخى أن يكون لكل وضع قانوني الحماية التي تناسبه . وندرك من ذلك الصلة ما بين القرائن القانونية والقواعد الموضوعية ، فليس بينها من حجاب كثيف، ولكنها مراحل متدرجة في الحماية : القرينة القانونية غير القاطعة في المرتبة الدنيا ، ثم القرينة القانونية القاطعة في مرتبة أعلى ، ثم القاعدة الموضوعية في القمة من مدارج الحماية .

---

(١) ديكوتينيس ص ٤٥ – ص ٤٦ .

(٢) ونذكر منها أيضاً القواعد التي نصت عليها المواد ٤٤ إلى ٤٦ و ١١٢ إلى ١١٦ (الصبي المميز والمحجور والبالغ سن الرشد) و ٢٢٨ (وجود ضرر تعوض عنه الفوائد) و ٢٣٦ (نيابة الدائن عن مدينه في الدعوى غير المباشرة) و ٩٣٦ (الأخذ بالشفعة لدفع أذى الجوار) .

وكذلك قل عن التصرف الصادر في مرض الموت إذا قصد به التبرع . وضع له المشرع ، في الفقرة الأولى من المادة ٩١٦ من التقنين المدني ، قاعدة موضوعية تجعله تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت . وهي قاعدة لا تقبل النقض ، ولو كان عن طريق الإقرار أو اليمين . والمشرع ليس في حاجة هنا إلى التصريح بعدم جواز إثبات العكس ، لأنه في صدد قاعدة موضوعية إجبارية ، لا في صدد قرينة قانونية قاطعة . أما مجرد صدور التصرف في مرض الموت ، فقد جعل منه المشرع ، في الفقرة الثالثة من المادة ٩١٦ ، قرينة قانونية غير قاطعة تفيد أن التصرف قصد به التبرع ، ما لم يثبت من صدر له التبرع أن التصرف معاوضة .

ومسئولية المتبوع عن التابع لا تقوم على قرينة قانونية قاطعة بالخطأ كما يذهب الكثيرون ، بل هي مبنية على قاعدة موضوعية [1] . وهذه القاعدة تقضي بأن المتبوع مسئول عن التابع على أساس الضمان أو النيابة أو الحلول . فهي مسئولية عن الغير ، بل لعلها هي الحالة الوحيدة في المسئولية عن الغير [1] . ولم يجد المشرع حاجة ، وهو في صدد قاعدة موضوعية إجبارية لا قرينة قانونية قاطعة ، أن ينص على عدم جواز إثبات العكس كما فعل عندما واجه القرائن القانونية القاطعة في مسئولية حارس الحيوان (م ١٧٦ مدني) وفي مسئولية حارس الأشياء (م ١٧٨ مدني) .

والتقادم ، مكسباً كان أو مسقطاً ، عدا التقادم المسقط بسنة واحدة وقد تقدم ذكره، قاعدة قانونية إجبارية ، لا قرينة قانونية قاطعة . ومن ثم لا يقبل أن يدحض ، حتى بالإقرار واليمين .

وحجية الأمر المقضي لا تستند إلى قرينة قانونية قاطعة . بل هي قاعدة موضوعية ، لا تقبل النقض ، ولو بالإقرار أو اليمين . وقد وضعها التقنين المدني المصري — الجديد والقديم — خطأ بين القرائن القانونية ، ونص على عدم جواز نقضها بالدليل العكسي ، فجاري في ذلك أكثر التقنينات ، ولم يتحرر من هذا الخطأ الشائع [2] .

---

(١) المشرع أقام في المادة ١٧٤ من القانون المدني مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه على خطأ مفترض في جانب المتبوع فرضاً لا يقبل إثبات العكس ، مرجعه سوء اختياره لتابعه وتقصيره في رقابته .
(جلسة ١٩٧٩/٥/٣١ السنة ٣٠ ص ٤٩٦) .

(١) أنظر الوسيط الجزء الأول فقرة ٦٩١ — وأنظر أيضاً حجي في العلم والصياغة في القانون الخاص جزء ٣ ص ٣١٠ — ص ٣١١ — ديكوتينيس في القرائن في القانون الخاص فقرة ٦٠ ص ١٤٥ — ص ١٤٧ .

(٢) قارن الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٥٩ مكررة ص ٢٦٦ وفقرة ١٦٨ .

المطلب الثاني

القرينة القانونية غير القاطعة أو النسبية أو البسيطة

(présomption relative, simple, juris vel juris tantum)

٣٣٨ – القرينة القانونية غير القاطعة تعفى من الإثبات كالقرينة القانونية القاطعة

القانونية القاطعة : القرينة القانونية غير القاطعة تعفى من تقررت القرينة لمصلحته من الإثبات : تعفيه إعفاء تاماً ولا تقتصر على نقل عبء الإثبات إلى خصمه ، شأنها في ذلك شأن القرينة القانونية القاطعة [1] .

مثل ذلك : تنص الفقرة الأولى من المادة ١٣٧ من التقنين المدني على أن " كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً ، ما لم يقم الدليل على غير ذلك " . فهنا أعفى القانون الدائن من إثبات أن للالتزام الذي يطالب به المدين سبباً مشروعاً ، مع أن السبب المشروع ركن في الالتزام ، وكان ينبغي أن يقوم الدائن بإثباته. وليس الأمر هنا هو نقل عبء الإثبات إلى عاتق المدين ، بل إن الدائن – وقد أعفى من الإثبات – يعتبر أنه قدم إثباتاً كاملا على وجود السبب المشروع . وإذا كان النص يقول : " ما لم يقم دليل على غير ذلك " فليس ذلك إلا جرياً على الأصل من أن كل دليل تمكن معارضته بدليل ينقضه . فالخصم إذا قدم دليلا كتابياً أو بينة على ما يدعيه فإنه يكون قد قدم دليلا كاملا ، ولكن هذا لا يمنع خصمه من أن يقدم دليلا ينقض دليله . فالدليل العكسي في القرينة غير القاطعة ليس نتيجة لنقل عبء الإثبات إلى الخصم الآخر ، بل هو تطبيق لأصل من أصول الإثبات يقضي بمقارعة الدليل بالدليل . ومن ثم يكون جواز إثبات العكس في القرينة غير القاطعة هو

---

(١) ديكوتينيس في القرائن في القانون الخاص فقرة ٩٣ ص ٢٣٠ – ص ٢٣٣ .
وقد قسم ديكوتينيس القرائن القانونية غير القاطعة إلى (أ) قرائن تقوم على افتراض أولي (à priori) يضعه المشرع ليصل منه إلى تطبيق قاعدة قانونية فييسر من إعمال هذه القاعدة ، كافتراض أن الأصل في الملك ألا يكون مثقلا بحق للغير ، وأن الأصل في المتهم البراءة ، وأن الولد للفراش ، وأن أعمال التاجر تعد في الأصل أعمالا تجارية ، وأن حسن النية مفروض في الحيازة . (ب) وقرائن مستقلة عن تطبيق قاعدة قانونية تقوم على فكرة الراجح الغالب الوقوع ، وقد ارتفع بها المشرع من مرتبة القرينة القضائية إلى مرتبة القرينة القانونية حتى يلزم بها القاضي والخصوم ، فيجعلها بمنأى عن النزاع والجدل ، ويقتصد فيما يبذل من جهد في الإثبات (économie de preuve) : وذلك كافتراض العلم بالتعبير عن الإرادة بمجرد وصول التعبير إلى من وجه إليه ، وافتراض الوفاء بقسط الأجرة السابق إذا أثبت المستأجر أنه دفع القسط اللاحق (ديكوتينيس في القرائن في القانون الخاص ص ١٨٦ – ص ٢١١) .

استصحاب للأصل ، وعدم جواز ذلك في القرينة القاطعة هو خروج على الأصل فاقتضى نصاً خاصاً كما قدمنا .

ثم تنص الفقرة الثانية من نفس المادة على أن " يعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك ، فإذا قام الدليل على صورية السبب، فعلى من يدعى أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه " . فهنا أيضاً يعفى القانون الدائن من إثبات أن السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي ، وتقوم قرينة قانونية على أن السبب الحقيقي هو السبب المذكور في العقد . ولما كانت القرينة غير قاطعة ، وجب التزام الأصل ، والترخيص للخصم الآخر أن ينقض الدليل المستفاد من هذه القرينة . وقد بين المشرع طريقاً خاصاً لنقض هذا الدليل ، هو أن يثبت المدين أن السبب المذكور في العقد إنما هو سبب صوري لا حقيقة له . عند ذلك ينهار الدليل المستفاد من القرينة القانونية المتقدمة الذكر ، ولا يصبح السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي ، ويبقى السبب الحقيقي غير ثابت ، وعلى الدائن ، وهو الذي يدعى الدين في ذمة مدينه ، أن يثبت أحد أركان هذا الدين وهو وجود السبب المشروع [1] . وقس على ذلك سائر القرائن القانونية غير القاطعة التي نص عليها المشرع [2] .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا ذكر في سند الدين أن القيمة دفعت نقداً ونفى المدين سبب الدين بالطريق القانوني ، كان على الدائن أن يقيم الدليل على ما قد يدعى أنه السبب الحقيقي للتعهد وعلى أنه سبب صحيح جائز قانوناً (نقض مدني ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٣٤ رقم ١ ص ١٢). وقضت أيضاً بأنه متى كان الطاعنان لم يقدما الدليل على صورية السبب المدون في السندات موضوع الدعوى ، وكانت المحكمة قد رأت في حدود سلطتها الموضوعية أن القرائن التي ساقها الطاعنان ليستدلا بها على عدم مشروعية سبب الدين غير جدية وغير كافية لإثبات الدليل الذي قدمه المطعون ضده وهو إثبات قرضه بسندات أذنيه ثابت بما أن قيمتها دفعت للمفلس أو لضامنه ، وأن هذه القرائن لا تبرر إجابة الطاعنين إلى طلب إحالة الدعوى على التحقيق ، فإنها لا تكون قد خالفت مقتضى المادة ١٣٧ من القانون المدني (نقض مدني ٢ أبريل سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٢٠ ص ٨٤٢) .

(٢) وقد سبقت الإشارة إلى كثير من القرائن القانونية غير القاطعة في التقنين المدني المصري (أنظر المواد ٩١ و ٩٧ فقرة ٢ و ١٧٣ و ١٧٧ فقرة ١ و ٢٣٨ فقرة ١ و ٢٣٩ و ٨١٧ و ٩١٦ فقرة ٣ و ٩١٧ و ٩٦٣ و ٩٦٤ و ٩٦٥ فقرة ٣ و ٩٦٧ و ٩٦٨ و ٩٦٩ و ٩٧٠ و ٩٧١ و ٩٧٦ و ٩٧٨) .
وقد كان التقنين المدني السابق (م ٢١٩/٢٨٤) يجعل من تسليم سند الدين أو صورته التنفيذية إلى المدين قرينة قانونية على براءة ذمة المدين . وهذه القرينة التي كانت قرينة قانونية غير قاطعة في التقنين السابق أغفلها التقنين الجديد فنزلت إلى مرتبة القرائن القضائية . أما في التقنين المدني الفرنسي فقد ارتفعت إلى قرينة قانونية قاطعة في شق منها (م ١٢٨٢ مدني فرنسي فيما يتعلق بتسليم سند الدين) وإلى قرينة قانونية غير قاطعة في الشق الآخر (م ١٢٨٣ فيما يتعلق بتسليم الصورة التنفيذية) .

٣٣٩ – كيف يكون إثبات العكس في القرائن القانونية غير القاطعة:

لا شك في أن القرينة القانونية غير القاطعة يمكن إثبات عكسها بدليل ذي قوة مطلقة . فيمكن إثبات العكس بإقرار من تقررت القرينة لمصلحته أو بنكوله عن اليمين ، وإذا كانت القرينة القانونية القاطعة يمكن دحضها بهذين الطريقين كما قدمنا ، فأولى بالقرينة القانونية غير القاطعة أن تدحض بهما . كذلك يمكن إثبات عكس القرينة غير القاطعة – وفي هذا تختلف عن القرينة القاطعة – بالكتابة أو بمبدأ ثبوت بالكتابة معزز بالبينة أو القرائن القضائية ، وإذا استحال الحصول على الكتابة أو استحال تقديمها بعد الحصول عليها جاز الإثبات بالبينة أو بالقرائن القضائية .

ولا شك أيضاً في أن القرينة القانونية غير القاطعة إذا استخدمت في إثبات واقعة مادية أو تصرف قانوني لا تزيد قيمته على خمسمائة جنيه ، فإنه يمكن إثبات عكسها بالبينة أو بالقرائن القضائية ، إلى جانب الطرق المتقدمة، وذلك وفقاً للقواعد العامة في الإثبات [1].

ويقتصر الشك على ما إذا كانت القرينة القانونية غير القاطعة قد استخدمت في إثبات تصرف قانوني تزيد قيمته على خمسمائة جنيه ، فهل يجوز إثبات العكس بالبينة أو بالقرائن القضائية على خلاف ما تقضي به القواعد العامة في الإثبات ، أو أنه يجب التزام هذه القواعد فلا يجوز إثبات العكس إلا بالكتابة أو الإقرار أو اليمين ؟ يرى بعض الفقهاء جواز إثبات العكس في هذه الحالة بالبينة أو القرائن القضائية ، لأن القرينة القانونية لا تعدو أن تكون قرينة كسائر القرائن ، والقرينة تنقض بقرينة مثلها ولو كانت قرينة قضائية ، ومتى

---

(١) ولما كان حسن النية واقعة مادية ، فإنه يجوز إثبات العكس ، أي سوء النية ، بجميع طرق الإثبات (استئناف مختلط ١٢ أبريل سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٢٢) . وإذا كانت القرينة القانونية مستفادة من ورقة مكتوبة ، كالمخالصة بقسط الأجرة اللاحق وهي قرينة على الوفاء بالقسط السابق ، واستخدمت في إثبات تصرف قانوني لا تزيد قيمته على خمسمائة جنيه ، فإنه يمكن إثبات عكس القرينة بالبينة ، وليس في هذا إثبات لعكس المكتوب ، بل هو إثبات لعكس القرينة القانونية المستفادة من المكتوب .

وهناك قلة من الفقهاء الفرنسيين يذهبون إلى أنه لا يجوز إثبات عكس القرينة القانونية غير القاطعة بقرينة قضائية (توليه ١٠ فقرة ٦٣ – زاخاريه فقرة ٧٦٦) ، ولكن الكثرة الغالبة من الفقهاء يجيزون ذلك ، عندما تكون القرينة القانونية قد استخدمت في إثبات ما يجوز إثباته بالبينة أو بالقرائن القضائية (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٠ ص ١٠٢ وهامش رقم ٦ – ديرانتون ١٣ فقرة ٤١٢ – بونييه ٢ فقرة ٨٤١ – لاروميير ٧ م ١٣٥٢ فقرة ٨ – ديمولومب ٣٠ فقرة ٢٦٨ – لوران ١٩ فقرة ٦١٦ – بودري وبارد ٤ فقرة ٢٢٦١ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٥٠ ص ١٠١٢ – ص ١٠١٣ – بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٩٦ ص ٣٨٥) .

أمكن إثبات العكس بالقرينة القضائية جاز الإثبات أيضاً بالبينة [1] . وكنا ممن يقول بهذا الرأي [2] . ولكن متى تقرر أن القرينة القانونية تعفى من الإثبات ، ولو كانت غير قاطعة ، وترتب على ذلك أن من تقررت لمصلحته هذه القرينة يعتبر أنه قدم إثباتاً كاملا على ما يدعيه ، كما قدمنا ، كانت النتيجة اللازمة أن الخصم الآخر أصبح هو المكلف بالإثبات ، فعليه أن يعارض الدليل بالدليل ، وعليه أن يفعل ذلك وفقاً للقواعد العامة في الإثبات لأن القانون لم ينص على شيء يخالف هذه القواعد في هذه المسألة . ومن ثم إذا كانت القرينة القانونية غير القاطعة قد استخدمت في إثبات تصرف قانوني تزيد قيمته على خمسمائة جنيه، لم يجز إثبات عكسها إلا بالكتابة أو الإقرار أو اليمين [3] . فلو أن المستأجر قدم إثباتاً للوفاء بقسط سابق من الأجرة يزيد على خمسمائة جنيه القرينة القانونية المستفادة من وفائه بالقسط اللاحق ، فإنه يجوز للمؤجر أن يثبت أن المستأجر ، بالرغم من أنه وفى بالقسط اللاحق ، لم يقم بوفاء القسط السابق. ولكن لما كان هذا القسط السابق يزيد على خمسمائة جنيه ، و لم يكن من الممكن إثبات وفائه بالبينة أو بالقرائن ، كذلك لا يجوز إثبات عدم وفائه إلا بالطرق التي يجوز بها إثبات الوفاء [4] .

٣٤٠ – بعض القرائن القانونية غير القاطعة لا يجوز إثبات عكسها إلا على نحو خاص : ويوجد في التقنين المدني الفرنسي قرائن قانونية غير قاطعة يجوز إثبات عكسها ، ولكن المشرع نص على أن يكون هذا الإثبات على نحو خاص . ويذكر الفقهاء الفرنسيون عادة مثلا لتلك القرينة التي تقضى بأن الولد للفراش ، وهي القرينة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة ٣١٢ من التقنين المدني الفرنسي . فهذه القرينة لا يجوز

---

(١) أنظر في هذا المعنى الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٦٤ – الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ٢ فقرة ٧٤٥ . الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٢٩ .

وكانت المادة ٢٨٤/٢١٩ من التقنين المدني السابق قد أقامت كما قدمنا قرينة قانونية غير قاطعة تجعل تسليم سند الدين للمدين دليلا على براءة ذمته ، ثم أجازت المادة ٢٨٥/٢٢٠ من هذا التقنين إثبات عكس هذه القرينة بالبينة في جميع الأحوال (استئناف مختلط ٢٥ أبريل سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢٧٤ – ١٣ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١١٧ – ١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٠٨ – الموجز للمؤلف فقرة ٦٨٩) .

(٢) الموجز فقرة ٧٠٢ .

(٣) أنظر في هذا المعنى أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٠ ص ١٠٢ وهامش رقم ٦ – بودري وبارد ٤ فقرة ٢٦٦١ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٥٠ ص ١٠١٢ – ص ١٠١٣ – وقارن بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٩٦ ص ٣٨٥ .

(٤) أما إذا أريد إثبات عكس قرينة قانونية مستفادة من ورقة مكتوبة ، وكان الذي يراد إثباته سبباً غير مشروع، فيجوز إثبات ذلك بالبينة ، وفقاً للقواعد العامة (أنظر نقض مدني ٢ أبريل سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٢٠ ص ٨٤٢ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) .

إثبات عكسها إلا على النحو الذي قررته المادتان ٣١٢ و ٣١٣ من التقنين المدني الفرنسي [١] . ويذكرون أيضاً القرينة التي تقضى بأن الحائط الذي يفصل ما بين بنائين يعد مشتركاً ، وهي القرينة المنصوص عليها في المادة ٦٥٣ من التقنين المدني الفرنسي . وهي أيضاً لا يجوز إثبات عكسها إلا بطرق معينة ذكرتها المواد ٦٥٣ و ٦٦٦ و ٦٧٠ من هذا التقنين [٢] .

ويمكن أن نجد في التقنين المدني المصري نظائر لهذه القرائن . نذكر من ذلك : (١) ما نصت عليه المادة ٢٣٩ من أنه " إذا ادعى الدائن إعسار المدين فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما في ذمته من ديون ، وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له مالاً يساوى قيمة الديون أو يزيد عليها " . ويتبين من هذا النص أن الدائن إذا أثبت أي مقدار من الديون في ذمة مدينه، قامت قرينة قانونية على أن هذا المدين معسر ، ولكنها قرينة غير قاطعة أجاز النص إثبات عكسها على نحو خاص ، بأن يثبت المدين أن عنده مالاً يساوى قيمة هذه الديون أو يزيد عليها [1] . (٢) ما نصت عليه المادة ٩٦٣ من أنه " إذا تنازع أشخاص متعددون على حيازة حق واحد اعتبر بصفة مؤقتة أن حائزه هو من له الحيازة المادية ، إلا إذا ظهر أنه قد حصل على هذه الحيازة بطريقة معيبة " . وهذا نص يجعل الحيازة المادية قرينة على الحيازة القانونية ، وهي قرينة غير قاطعة ، جعل القانون الطريق لنقضها هو إثبات عيب في الحصول على الحيازة المادية . (٣) ما نص عليه التقنين المدني في مواطن كثيرة (مثلا المادة ١٧٦ والمادة ١٧٨ والمادة ٢١٥) من أن علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر — وتقوم على قرينة غير قاطعة — تنقض بإثبات السبب الأجنبي . (٤) ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٥٨٤ من أنه " إذا تعدد المستأجرون لعقار واحد ، كان كل منهم مسئولا عن الحريق بنسبة الجزء الذي يشغله ، ويتناول ذلك المؤجر إن كان مقيما في العقار ، هذا ما لم يثبت أن النار ابتدأ شبوبها في الجزء الذي يشغله أحد المستأجرين فيكون وحده مسئولا عن الحريق " .

---

(١) وفي الفقه الإسلامي توجد أيضاً قاعدة شرعية تقضى بأن الولد للفراش ، واللعان هو الطريق المقرر لنقض هذه القرينة .

(٢) أما في التقنين المدني المصري (م ٨١٧) فلم يعين المشرع طرقاً معينة لإثبات العكس . أنظر في هذه القرائن في التقنين المدني الفرنسي أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٠ ص ١٠٦ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٥٠ ص ١٠١٣ وهامش رقم ١ — بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٩٦ — ويجعل أوبري ورو هذه القرائن في مرتبة وسطى ما بين القرائن القانونية القاطعة والقرائن القانونية غير القاطعة (أنظر المرجع المتقدم) . ودعوها ديكوتينيس بالقرائن النسبية (relatives) (ديكوتينيس في القرائن في القانون الخاص ص ١٣٥ — ص ١٨٢) .

(1) إذا ادعى الدائن إعسار المدين فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما في ذمة مدينه من ديون وحينئذ يكون على المدين نفسه أن يثبت أنه له مالا يساوي قيمة الديون أو يزيد عليها .
(جلسة ١٩٨٤/٥/٨ الطعن رقم ٢١٣٦ لسنة ٥٠ ق س ٣٥ ص ١٢١٣) .

فالمستأجر مسئول عن حريق العين المؤجرة مسئولية قائمة على خطأ عقدي مفروض ، يجوز نفيه بإثبات أن النار ابتدأ شبوبها في جزء يشغله أحد المستأجرين الآخرين [1] .

الفرع الثاني
حجية الأمر المقضي
(L'autorité de la chose jugée)
تمهيـــد

٣٤١ – مكان هذا الموضوع هو قانون المرافعات : سنرى أن حجية الأمر المقضي تكون غالباً في صورة دفع بعدم جواز سماع الدعوى ، أو بعدم قبولها ، لسبق الفصل فيها . وكان هذا التكييف يقتضي أن يدرس الموضوع في مباحث قانون المرافعات مع سائر أوجه الدفع بعدم قبول الدعوى [2] . والدفع بعدم جواز سماع الدعوى لسبق الفصل فيها أساسه على كل حال قاعدة موضوعية ، لا قرينة قانونية .

ولكن التقنين المدني ثم قانون الإثبات سايرا التقنين المدني السابق والتقنين المدني الفرنسي والتقنينات المدنية الحديثة – خرج بحجية الأمر المقضي عن أن تكون قاعدة موضوعية [3] (régle de fond) إلى جعلها قرينة قانونية [1] (presumption légale)

---

(١) ويمكن في هذه المناسبة عقد مقارنة بين الورقة كدليل كتابي والقرينة القانونية من حيث جواز إثبات العكس. فالورقة العرفية يمكن إثبات عكسها بالكتابة والإقرار واليمين ، والقرينة القانونية – ما لم تكن قاطعة – يجوز أيضاً إثبات عكسها بالكتابة والإقرار واليمين بل وبالبينة والقرائن القضائية إذا استخدمت في إثبات غير التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها على خمسمائة جنيه كما قدمنا . والورقة الرسمية تشتمل على أجزاء لا يجوز إثبات عكسها إلا بطريق معين هو طريق الطعن بالتزوير ، ومن القرائن القانونية ما لا يجوز إثبات عكسه إلا بطريق معين كذلك (قارن الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٢٧٠ هامش رقم ١) .
وغني عن البيان أن تعيين القرائن القانونية ، وتحديد ما هو قاطع منها وما هو غير قاطع ، وكيف يجوز إثبات العكس ، كل هذه مسائل قانون تخضع لرقابة محكمة النقض .

(٢) أنظر جارسونيه وسيزار بريه ٣ فقرة ٧٠٣ وما بعدها – جلاسون وتيسييه وموريل ٣ فقرة ٧٧٤ وما بعدها – بلانيول وريبير وجابولد ٧ ص ١٠١٤ هامش رقم ٣ .

(٣) ويقول بلانيول وريبير وجابولد أن هذه القرينة القانونية تستر في الحقيقة قاعدة موضوعية ، ولا تقوم الحجية النسبية للحكم على أساس قرينة تفيد أن الحكم هو عنوان الحقيقة ، وإلا لكان عنوان الحقيقة بالنسبة إلى الجميع . ولكن الحجية النسبية تقوم على الاعتبار الآتي : لما كان القاضي محايداً وكان الخصوم هم الذين =

(fond) . وهي قرينة قانونية قاطعة ، فقد نص صراحة على عدم جواز قبول دليل ينقض هذه القرينة .

ولما كان المشرع ، كما قدمنا ، هو الذي يمسك في يده زمام القواعد الموضوعية والقرائن القانونية ، فيرتفع إن شاء بالقرينة القانونية إلى منزلة القاعدة الموضوعية ، ويهبط إن شاء بالقاعدة الموضوعية إلى مرتبة القرينة القانونية ، فلا بد إذن من بحث حجية الأمر المقضي متصلة بالقرائن القانونية ، نزولا على حكم القانون [٢] .

٣٤٢ – حجية الأمر المقضي وقوة الأمر المقضي : ولما كانت التعبيرات الفنية في هذا الموضوع مضطربة ، وقد أدى اضطرابها إلى وقوع كثير من اللبس، وجب البدء في تحرير هذه التعبيرات ، وتنقية الموضوع مما يحوطه من إبهام واضطراب .

فيجب التمييز بين حجية الأمر المقضي (autorité de la chose jugée) وقوة الأمر المقضي (force de la chose jugée) .

فحجية الأمر المقضي معناه أن للحكم حجية فيما بين الخصوم وبالنسبة إلى ذات الحق محلا وسبباً . فيكون الحكم حجة في هذه الحدود ، حجة لا تقبل الدحض ولا تتزحزح إلا بطريق من طرق الطعن في الحكم . وتثبت هذه الحجية لكل حكم قطعي ، أي لكل

= يقدمون الأدلة ، فالحقيقة القضائية مرهونة بما يقدمون من ذلك ، ومن أجل هذا كان الحكم حجة عليهم دون غيرهم (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٥٦ ص ١٠٢٣) . أنظر أيضاً بيدان وبرو ٩ فقرة ١٣٣٧ – فقرة ١٣٣٨ .

(١) وتفيد هذه القرينة أن الحكم هو عنوان الحقيقة : Resjudicata pro veritate habetur .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني تبريراً لوضع حجية الأمر المقضي في التقنين المدني ما يأتي: " تتصل حجية الشيء المقضي به بآثار الأحكام ، ويدخل تنظيمها من هذا الوجه في قانون المرافعات . بيد أن تقنين المرافعات المصري قد أغفل هذا التنظيم ، في حين عرض له التقنين المدني المصري في المادة ٢٩٧/٢٣٢ . ولم تقتصر هذه المادة على إقامة قرينة الحجية دون جواز قبول أي دليل لنقضها ، بل تناولت أيضاً موضوع هذه الحجية وشروطها . وهذا هو منحى التقنين الفرنسي ، والتقنين الإيطالي (م ١٣٥١) ، والتقنين الهولندي (م ١٩٥٤) والتقنين الإسباني (م ١٢٥٢) والتقنين الكندي (م ١٢٤١) والتقنين المغربي (م ٤٥١) والمشروع الفرنسي الإيطالي (م ٣٠٢) . على أن التقنين البرتغالي لا يدرج حجية الشيء المقضي به في عداد القرائن (م ٢٥٠٢ – ٢٥٠٥) بل يدخلها في نطاق الأدلة الكتابية . والواقع أن حجية الشيء المقضي به تنطوي على معنى الدليل ، وإن كانت قاعدة من قواعد نظام القضاء ، ولذلك رؤى إبقاء النص الخاص بها في مشروع التقنين المدني بين النصوص الخاصة بالقرائن القانونية على غرار ما هو متبع في أكثر التقنينات " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٢٠ – ص ٤٢١) .

حكم موضوعي بفصل في خصومة، سواء كان هذا الحكم نهائيا أو ابتدائياً [1] ، حضورياً أو غيابياً . وتبقى للحكم حجيته إلى أن يزول ، فإن كان غيابياً حتى يزول بإلغائه في المعارضة، وإن كان ابتدائياً حتى يزول بإلغائه في الاستئناف ، وإن كان نهائياً حتى يزول بنقضه أو بقبول التماس إعادة النظر فيه [1] .

وقوة الأمر المقضي مرتبة يصل إليها الحكم إذا أصبح نهائياً غير قابل لا للمعارضة ولا للاستئناف ، أي غير قابل للطعن فيه بطريق من طرق الطعن الاعتيادية ، وإن ظل قابلا للطعن فيه بطريق غير اعتيادي .

ويجب التمييز في كثير من العناية بين حجية الأمر المقضي وقوة الأمر المقض [2] ، فكثيراً ما يقع الخلط بينهما في الفقه والقضاء والتشريع [٢] ، وكثيراً ما تستعمل إحدى

---

(1) حجية الحكم الابتدائي مؤقتة ، وتقف بمجرد رفع الاستئناف عنه ، وتظل موقوفة إلى أن يقضي في الاستئناف ، فإذا تأيد الحكم عادت إليه حجيته ، وإذا ألغي زالت عنه هذه الحجية .
(جلسة ١٩٨٤/٥/١٠ الطعن رقم ١٢٥٤ لسنة ٥١ ق) .
(جلسة ١٩٧٨/١/٢٥ مجموعة المكتب الفني السنة ٢٩ ص ٣٢٢) .

(١) والحجية الأمر المقضي معنى آخر في القانون الفرنسي : قابلية الحكم للتنفيذ إلى أن يطعن فيه . ذلك أن الأحكام في القانون الفرنسي تكون قابلة للتنفيذ إلى أن يطعن فيها ، فالذي يقف تنفيذها ليس هو ميعاد الطعن بل هو الطعن ذاته (دي باج ٣ فقرة ٩٤٠ ص ٩٣٧ — ص ٩٣٨) . ويقول دي باج في موضع آخر (جزء ثالث فقرة ٩٤٠ ص ٩٤٢) إن الحكم القابل للطعن فيه تكون له حجية الأمر المقضي بالمعنيين ، فهو حجة على الخصوم وقابل للتنفيذ . فإذا ما طعن فيه فعلا ، زال المعنى الثاني = القابلية للتنفيذ — وبقي المعنى الأول ، إذ يكون حجة على الخصوم إلا أن يؤدي الطعن إلى إلغائه (أنظر أيضاً في هذا المعنى أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٥١ وهامش رقم ١١١ مكرر) .

(2) أ — قوة الأمر المقضي صفة تثبت للحكم النهائي ، ولا يمنع من ثبوت هذه الصفة أن يكون الحكم مما يجوز الطعن فيه بطريق النقض وأنه طعن فيه بالفعل .
(جلسة ١٩٧٨/٣/٣٠ الطعن رقم ٩١٥ لسنة ٤٤ ق س ٢٩ ص ٩٣٢) .

ب — قصرت المادة ٢٤٨ من قانون المرافعات الطعن بالنقض أصلا على الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف في الأحوال التي بينتها ، وما قررت المادة ٢٤٩ من ذات القانون من إجازة الطعن بالنقض استثناء في أي حكم انتهائي — أياً كانت المحكمة التي أصدرته — فصل في نزاع خلافاً لحكم آخر سابق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضي ، يندرج ضمن مخالفة القانون باعتباره مخالفة للقاعدة القانونية المنصوص عليها في المادة ١٠١ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ ، ويقصد بها الأحكام الحائزة قوة الأمر المقضي وهي مرتبة يصل إليها الحكم إذا أصبح أثره الملزم نهائياً غير قابل للطعن فيه بطريق من طرق الطعن الاعتيادية ، وإن ظل قابلا للطعن فيه بطريق غير عادي .
(جلسة ١٩٧٧/٢/٢ الطعن رقم ٧٧٠ لسنة ٤٤ ق س ٢٨ ص ٣٥٩) .

(٢) ومن أسباب هذا الخلط ما يرجع إلى لغة القانون الفرنسي . فالحكم القطعي (définitif) يحوز الحجية (autorité)، والحكم النهائي (définitif) يحوز القوة (force) ، فوقع الخلط من استعمال لفظ =

العبارتين ويكون المقصود بها العبارة الأخرى . والتقنين المدني الجديد نفسه قد وقع في هذا الخلط حين قال في الفقرة الأولى من المادة ٤٠٥ ثم في الفقرة الأولى من المادة ١٠١ من قانون الإثبات " الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي " وهو يقصد " حجية الأمر المقضي[1] " . فالحكم القطعي ، نهائياً كان أو ابتدائياً ، حضورياً أو غيابياً ، تثبت له حجية الأمر المقضي كما قدمنا ، لأنه حكم قضائي فصل في خصومة . ولكن هذا الحكم لا يحوز قوة الأمر المقضي إلا إذا أصبح نهائياً غير قابل لا للمعارضة ولا للاستئناف ، بأن كان في ذاته غير قابل للطعن ، أو كان يقبل الطعن وانقضت مواعيده، أو طعن فيه ورفض الطعن . ففي جميع هذه الأحوال يكون الحكم نهائياً حائزاً لقوة الأمر المقضي ، ولو كان قابلا للطعن بطريق غير اعتيادي كما أسلفنا . أما إذا كان الحكم قابلا للمعارضة أو للاستئناف فإنه لا يحوز قوة الأمر المقضي ، ولكن تكون له حجية الأمر المقضي ، وتبقى هذه الحجية قائمة مادام الحكم قائماً ، حتى لو طعن فيه بالمعارضة أو الاستئناف [2] . فإذا ألغي نتيجة للطعن ، زال وزالت معه حجيته [1] . أما إذا تأيد ، ولم يعد قابلا لا للمعارضة ولا للاستئناف ؛ بقيت له حجية الأمر المقضي يكون حتما حائزاً لحجية الأمر المقضي ، والعكس غير صحيح. ويتبين كذلك أن الحكم القطعي في أدنى مراتبه — وهي مرتبة الحكم الابتدائي

= (définitif) بمعنى القطعي والنهائي في وقت واحد . أما في لغتنا العربية فيسهل التمييز بين الحكم القطعي ويحوز الحجية دون القوة ، والحكم النهائي ويحوز الحجية والقوة معاً .

(١) وكثيرا ما توهم لغة الأحكام القضائية أن الحكم لا يحوز حجية الأمر المقضي إلا إذا أصبح نهائياً حائزاً لقوة الأمر المقضي : أنظر استئناف مختلط ١٢ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١١٣ — ٢٦ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٩٥ — ١٤ يونية سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٢٧ — ٢٢ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥١٤ — ٢٦ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٥٧ — ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٣٣ — ٣١ مارس سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٥٦ .

(٢) ومع ذلك أنظر استئناف مختلط ٣٠ أكتوبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٣ (وهو يوقف حجية الحكم بمجرد الطعن فيه ، فإذا ما قبل الطعن زالت الحجية نهائياً) .

(1) لكل حكم قضائي قطعي حجية الشيء المحكوم فيه من يوم صدوره ولو كان قابلا للطعن فيه ، وهذه الحجية تمنع الخصوم من رفع دعوى جديدة بادعاءات تناقض ما قضي به هذا الحكم ، ولا يجوز معها للمحكمة التي أصدرته ولا لمحكمة غيرها أن تعيد النظر فيما قضي به إذا تمسك الخصم الآخر بحجيته إلا إذا كانت هي المحكمة التي يحصل التظلم إليها منه بإحدى طرق الطعن القانونية ، إلا أن هذه الحجية مؤقتة وتقف بمجرد رفع استئناف عن هذا الحكم ، وتظل موقوفة إلى أن يقضي في الاستئناف ، فإذا تأيد الحكم عادت إليه حجيته ، وإذا ألغي زالت منه هذه الحجية ، ويترتب على وقف حجية الحكم نتيجة لرفع الاستئناف عنه أن المحكمة التي يرفع إليها نزاع فصل فيه هذا الحكم ، لا تتقيد بهذه الحجية طالما لم يقصد برفع هذا الاستئناف قبل أن تصدر حكمها في الدعوى .

(جلسة ١٨/٤/١٩٦٨ مجموعة المكتب الفني السنة ١٩ ص ٧٩٥) .

الغيابي — يكون : (أولا) له حجية الأمر المقضي ، ولا تزول هذه الحجية إلا بإلغاء الحكم عن طريق الطعن فيه . (ثانياً) ليست له قوة الأمر المقضي ، إلى أن يصبح نهائياً (passé en force de chose jugée) ، فيحوز هذه لقوة بالإضافة إلى الحجية . (ثالثاً) على أن الحكم، حتى إذا وصل إلى هذه المرتبة من القوة ، يبقى ، بالرغم من حيازته لحجية الأمر المقضي ولقوة الأمر المقضي ، معرضاً للإلغاء عن طريق طعن غير اعتيادي . فإذا لم يلغ ، أو فات الميعاد دون أن يطعن فيه ، أو كان منذ البداية غير قابل للطعن فيه بطريق غير اعتيادي ، استقرت له الحجية والقوة على وجه غير قابل للزوال [1] و [2] .

---

(١) ويذهب رأي إلى أن الحكم ، حتى في هذه المرتبة القصوى من الحجية والقوة ، يجوز إلغاؤه بدعوى بطلان (action en nullité) إذا ثبت أن الخصم قد حصل عليه بطريق الغش ، وذلك تطبيقاً للقاعدة التي تقضي بأن الغش يفسد العمل (fraus omnia corrumpit) (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٥٤ ص ١٠١٧ هامش رقم ٢ ، وقد أشير إلى حكمين من محكمة النقض الفرنسية: ٦ ديسمبر سنة ١٨٥٩ داللوز ٦٠ — ١ — ١٧ — ١٦ فبراير سنة ١٩٢١ سيريه ١٩٢١ — ١ — ٣٦٤ ، وإلى حكم من محكمة الاستئناف المختلطة : ١٩ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٨١) . أنظر أيضاً الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٢٨٧ هامش رقم ٣ — أما القضاء المختلط الذي أشار إليه بلانيول وريبير وجابولد فيما قدمنا ، فبعض أحكامه تجيز إلغاء الحكم المشوب بالغش عن طريق دعوى بطلان أصلية : استئناف مختلط ٢٧ أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٩٥ — ٢٥ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٧٥ — ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٦٦ — ٢٢ مايو سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٣١٢ — ١٩ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٨١ وهو الحكم الذي أشير إليه — ٧ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٩٤ — ٢٠ أبريل سنة ١٩٣٧.م ٤٩ ص ١٩٩ . وأحكام أخرى لا تجيز الطعن في الحكم عن طريق دعوى بطلان أصلية حتى لو كان هذا الحكم مشوباً بالغش ، فلا يطعن في الحكم إلا بطرق الطعن التي قررها القانون لا بدعوى البطلان ، وإذا كانت طرق الطعن هذه قد استنفدت جميعها ، لم يبق للخصم إلا أن يرفع دعوى تعويض مبتدأة عن الضرر الذي لحق به بسبب الغش : استئناف مختلط ١٣ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٨٨ — ٨ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٢٧ — ١٦ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٥٣ — ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٧٩ — ٩ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٧٣ — ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٧٤ — ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٩٠ — ٦ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٠١ — ١٩ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٢٨ .

(٢) وإلى جانب حجية الأمر المقضي (autorité de la chose jugée) وقوة الأمر المقضي (force de la chose jugée) يوجد قوة الحكم في الإثبات (force probante du jugement) : فالحكم بما يشتمل عليه من وقائع (qualitiés) وأسباب (motifs) ومنطوق (dispositif) وثيقة رسمية لا تقل في قوة الإثبات عن الأوراق الرسمية الأخرى . وهو في هذا المعنى حجة على الكافة ، لا على الخصوم فحسب . فما دونه القاضي من الوقائع على أنه وقع تحت سمعه أو بصره لا يجوز إثبات عكسه إلا عن طريق الطعن بالتزوير . وما دونه رواية عن الغير يعتبر صحيحاً إلى أن يثبت عكسه ، ويجوز الإثبات هنا بجميع الطرق ، لأن صاحب الشأن لم يشترك في تحرير الحكم فهو من الغير . وأسباب الحكم بعضها يتصل اتصالا وثيقاً بالمنطوق على ما سنرى فيعتبر جزءاً منه ، وبعضها يبقى منفصلا عن المنطوق ويعتبر من بين أدلة الإثبات التي يقدر القاضي دلالتها وقوتها كما يقدر أي دليل آخر . أما منطـوق الحكم فهو أيضـاً =

٣٤٣ – الدفع بحجية الأمر المقضي والتمسك بحجية الأمر المقضي :

والذي نقف عنده هو حجية الأمر المقضي، فهو وحده الذي يعنينا هنا [١] .

فللحكم حجية على الخصوم تمنع من طرح النـــزاع بينهم من جديد . ومتى صدر حكم، ولو كان حكماً ابتدائياً غيابياً ، وجب على الخصوم احترامه ، فلا يجوز لأحد منهم أن يجدد النـــزاع بدعوى مبتدأة . ولو رفعت هذه الدعوى لم يجز قبولها ، بل تدفع بحجية الأمر المقضي ، ويطلب الحكم بعدم جواز سماعها لسبق الفصل فيها . ولكن حجية الأمر المقضي لا تمنع من الطعن في الحكم بالطرق المقررة ، سواء كانت طرقاً عادية أو طرقاً غير عادية . وعند ذلك يطرح النـــزاع من جديد أمام القضاء ، المحكمة ذاتها التي أصدرت الحكم أو محكمة أعلى ، فتؤيد الحكم أو تلغيه . ولكنها في الحالتين لا تكون قد أصدرت حكماً قائماً إلى جانب الحكم الأول ، فهي إذا أيدته بقي الحكم واحداً ، وإذا ألغته زال الحكم الأول وبقي الحكم الثاني وحده . فالذي لا يجوز ، بمقتضى حجية الأمر المقضي ، هو رفع دعوى مبتدأة بالخصومة ذاتها ، أو رفع دعوى ببطلان الحكم الذي ثبتت له الحجية [٢] .

= حجة على الكافة ، لا على الخصوم فحسب . ولكن لغير الخصوم ، ممن يسرى في حقهم الحكم ، دحض هذه الحجية بإثبات عكسها ، إما عن طريق دعوى مبتدأه ، وإما عن طريق اعتراض الخارج عن الخصومة (tierce-opposition) .

ويتبين مما تقدم أنه يجوز لمحكمة الاستئناف ، وهي تؤيد الحكم الابتدائي ، أن تحيل على ما جاء فيه ، وأن تتخذ أسبابه أسباباً لحكمها باعتبار أن هذه الأسباب أدلة إثبات اقتنعت بها محكمة الاستئناف (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٥٣ ص ١٠١٦ هامش رقم ٣ – وقد أشير إلى حكم لمحكمة النقض الفرنسية في هذا المعنى : ١٤ يونية سنة ١٩٥٠ داللوز ١٩٥٠ – ٣٣٠) . وقضت محكمة النقض في مصر بأن لمحكمة الاستئناف ، إذ هي تؤيد الحكم الابتدائي ، أن تحيل على ما جاء فيه ، سواء في بيان وقائع الدعوة أو في الأسباب التي أقيم عليها متى كانت تكفي لحمله . وإذن فمتى كان الحكم الاستئنافي ، إذ أيد الحكم الابتدائي فيما قضي به من رفض دعوى الطاعنين وأحال على أسباب هذا الحكم الأخير ، قد استند إلى أن الطاعنين لم يثيروا في استئنافهما جديداً يسوغ العدول عن الحكم الابتدائي ، وكانت هذه الأسباب قد تضمنت بياناً كافياً لوقائع الدعوى ، وكان من شأن هذه الأسباب أن تؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها الحكم ، وكان دفاع الطاعنين أمام المحكمة الاستئنافية لا يخرج في جوهره عنه أمام المحكمة الابتدائية ، وكانوا لم يقدموا صورة رسمية من صحيفة استئنافهما لتأييد ما يدعون من أنهم استندوا إلى أسباب جديدة لم يسبق عرضها على محكمة الدرجة الأولى ، مما يعتبر معه حجة غير منقوضة ما قالت محكمة الاستئناف من أنهم لم يثيروا جديداً في استئنافهما ، فإن الطعن في الحكم الاستئنافي لقصوره يكون على غير أساس (نقض مدني ١٨ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٥١ ص ٢٦٤) .

(١) وبالمعنى الأول ، أي أن يكون الحكم حجة على الخصوم ، لا بالمعنى الثاني وهو قابلية الحكم للتنفيذ .

(٢) أما إذا كان الحكم قد شابه الغش فهناك قول بجواز رفع دعوى البطلان ، وقد سبق أن أشرنا إلى اختلاف أحكام القضاء المختلط في هذه المسألة .

بل إنه لا يجوز ، بعد أن تدفع الدعوى الجديدة بحجية الأمر المقضي ، أن يطلب المدعي استجواب خصمه للحصول منه على إقرار بأن الحكم الذي صدر في الدعوى الأولى غير صحيح ، أو أن يوجه إليه اليمين الحاسمة ليحلف على أن هذا الحكم صحيح فيما يعلم ، فالحكم عنوان الحقيقة ، ولا تدحض حجيته حتى بالإقرار أو اليمين [1] .

وقد أخذ الفقه أخيراً يميز ، في حجية الأمر المقضي ، بين الدفع بهذه الحجية وبين التمسك بها . فهذان شيئان منفصلان . الأول هو ، كما رأينا ، دفع موضوعي يهدف إلى عدم قبول الدعوى الجديدة ، والمدعى عليه هو الذي يدفع به هذه الدعوى . أما الثاني فليس بدفع ، بل هي حجية الأمر المقضي ذاتها يتمسك بها المدعى في دعوى يقيمها هو . فمن يكون مجنياً عليه في جريمة وصدر حكم جنائي بإدانة المتهم ، فيتمسك في دعوى التعويض المدنية التي يرفعها ضد المحكوم عليه بحجية الحكم الجنائي فيما يتعلق بالوقائع التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضروريا (م ١٠٢ من قانون الإثبات) . وقد يستصدر حكماً من دائرة الأحوال الشخصية بثبوت نسبه من المورث في مواجهة الورثة ، ثم يرفع على هؤلاء الورثة دعوى استحقاق لنصيبه في الإرث ، يتمسك فيها بحجية الحكم الصادر من دائرة الأحوال الشخصية . ففي الحالتين يتمسك بحجية الأمر المقضي كمدع — ولا يدفع بها كمدعى عليه — أمام المحكمة المدنية . غير أنه في الحالة الأولى يتمسك بحجية الأمر المقضي في حكم صدر من محكمة جنائية ، وفي الحالة الثانية يتمسك بهذه الحجية في حكم صدر من دائرة الأحوال الشخصية . ويجوز أن يتمسك بهذه الحجية أمام المحكمة المدنية في حكم صدر من محكمة مدنية أخرى . ويتحقق ذلك في الفرض الآتي : يحصل المستأجر على حكم بصحة عقد الإيجار في مواجهة المؤجر ، وقبل أن يتسلم العين المؤجرة يبيعها المؤجر من آخر ، فيرفع المستأجر دعوى على المشترى يطالبه فيها بتسليمه العين ، ويتمسك في هذه الدعوى بحجية الحكم الصادر بصحة عقد الإيجار في الدعوى السابقة [2] .

وقد قيل ، إمعاناً في التمييز بين التمسك بحجية الأمر المقضي والدفع بهذه الحجية ، أن لكل منهما شروطاً تتميز عن شروط الآخر . فالشروط الواجب توافرها في الحكم لتثبت له الحجية ، وسنذكرها فيما يلي ، هي شروط التمسك بحجية الأمر المقضي . أما شروط

---

(١) ويقول دي باج إنه لا يصح الغلو في إبراز أهمية عدم جواز دحض حجية الأمر المقضي بالإقرار واليمين، فالأمر في ذلك لا يعدو أن يكون مألوفاً ، إذ اليمين هنا لا يجوز توجيهها لمن صدر الحكم لمصلحته ، فإنه لا يستطيع أن يحلف على صحة الحكم وهو أمر لا يتعلق بشخصه بل يتعلق بالقاضي ، أما بالنسبة إلى الإقرار فيصعب أن نتصور المحكوم له يقر بعدم صحة الحكم الصادر لمصلحته (دي باج ٣ فقرة ٩٤٢ ص ٩٤٦) .

(٢) أنظر بيدان وبرو ٩ فقرة ١٣٣٦ : ويقولان أن الدفع بحجية الأمر المقضي سبق في الظهور التمسك بحجية الأمر المقضي .

الدفع فهي الشروط الواجب توافرها في الخصوم والمحل والسبب ، التي سيرد ذكرها تفصيلا. وقيل أيضاً أن هناك أحكاما يمكن فيها التمسك بالحجية دون الدفع ، وهي الأحكام التي يقتصر فيها القاضي على أن يقرر ثبوت بعض الوقائع أو نفيها دون إصدار أمر إلى الخصوم ، كالحكم بصحة التوقيع والحكم بصحة التعاقد . وعلى العكس من ذلك هناك أحكام يمكن فيها استعمال الدفع دون التمسك بالحجية ، وهي الأحكام التي يقتصر فيها القاضي على إصدار أمر للخصوم دون أن يقرر شيئاً من حيث ثبوت الوقائع المتنازع عليها أو نفيها ، كالحكم بتعيين خبير أو بالإحالة على التحقيق أو بفرض نفقة مؤقتة [1] .

على أننا لا نرى الإغراق في التمييز ما بين الدفع بحجية الأمر المقضي والتمسك بهذه الحجية . فهما وجهان متقابلان لشيء واحد . وحجية الأمر المقضي قد يتمسك بها المدعى كما رأينا في الأمثلة المتقدمة ، وقد يتمسك بها المدعى عليه كدفع يطلب فيه عدم جواز سماع الدعوى لسبق الفصل فيها وهذا ما يقع في الغالب . وفي الحالتين تبقى حجية الأمر المقضي شيئاً واحداً ، له شروط واحدة دفعاً كان أو غير دفع [2] .

٣٤٤- الأساس الذي تقوم عليه حجية الأمر المقضي : تقوم حجية الأمر المقضي ، دفعاً كان أو غير دفع ، كما صورها المشرع في التقنين المدني ثم قانون الإثبات ، على أساس قرينة قانونية قاطعة ، ما في ذلك من شك . فقد جاء نص المشرع صريحاً في هذا المعنى ، إذ يقرر أن " الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق ، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه القرينة " . فالمشروع يفرض فرضاً غير قابل لإثبات العكس أن الحكم هو عنوان الحقيقة ، وأن الحقيقة القضائية قرينة قاطعة على الحقيقة الواقعة (Res judicata pro veritate habetur) . قد تنحرف الحقيقة القضائية ، في القلة النادرة من الأحوال ، عن الحقيقة الواقعة ، ولكنها في الكثرة الغالبة من الأحوال تطابقها . فتقوم القرينة إذن — ككل قرينة قانونية أخرى — على الراجح الغالب الوقوع . ووجب أن تكون هذه القرينة قاطعة لا يجوز دحضها [1] ، بصريح النص ، لاعتبارين أساسيين :

---

(١) أنظر في هذا المعنى الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٦٦ ص ٢٧٩ وفقرة ١٧٣ ص ٢٩٥ .

(٢) أنظر بيدان وبرو ٩ فقرة ١٣٣٦ — وقارن التمييز بين حجية الأحكام أو قوتها في الإثبات بوجه عام وبين أثر الأحكام الملزم أو الدفع بسبق الفصل عند الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٦٦ — فقرة ١٧٢ .

(1) أ — نص المادة ١٠١ من قانون الإثبات ونص المادة ١١٦ من قانون المرافعات يدلان على أن — المشروع قد استحدث — وعلى ما جاء في المذكرة الإيضاحية للمادة الأخيرة حكماً جديداً مغايراً لما كانت تنص =

(الاعتبار الأول) أن الحكم متى فصل في خصومة كان لا بد من الوقوف عنده ، لوضع حد لتجدد الخصومات والمنازعات [1] . فلا يجوز للخصم المحكوم عليه أن يعيد طرح النـــزاع على القضاء بدعوى مبتدأة . ولو سمح القانون بذلك لما أمكن أن يقف عند حد . إذ يصبح لكل من الخصمين أن يجدد النـــزاع مرة بعد أخرى : هذا يحصل على حكم لمصلحته ، ثم يعيد خصمه طرح النـــزاع بدعوى جديدة وقد يحصل هو الآخر على حكم لمصلحته ، ثم يعود الخصم الأول إلى تجديد النـــزاع فيحصل على حكم ثالث ، وهكذا . فتتأبد الخصومات والمنازعات وليس هذا من مصلحة الناس في شيء .

= عليه الفقرة الثانية من المادة ٤٠٥ من القانون المدني قبل إلغائها بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ بإصدار قانون الإثبات ، إذا اعتبر الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها من النظام العام ، تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها ، وعلة ذلك احترام حجية الحكم السابق صدوره في نفس الدعوى وهذه الحجية أجدر بالاحترام وأكثر اتصالا بالنظام العام من أي أمر آخر لما يترتب على إهدارها من تأبيد المنازعات وعدم استقرار الحقوق لأصحابها .

(جلسة ١٩٧٤/٤/٢٩ الطعن رقم ٨٥ لسنة ٣٩ ق س ٢٥ ص ٧٥٢) .

(جلسة ١٩٧٥/٥/٢١ الطعن رقم ٣٢٠ لسنة٤١ ق س ٢٦ ص ١٠٦٢) .

ب – قوة الأمر المقضي التي اكتسبها الحكم تعلو على اعتبارات النظام العام .

(جلسة ١٩٩٢/٤/١٦ الطعن رقم ٩٣٣ لسنة ٥٧ ق) .

(جلسة ١٩٦٤/٥/٢١ الطعن رقم ٤٥٩ لسنة ٢٩ ق س ١٥ ص ٧١٧) .

(جلسة ١٩٩٢/٧/١٦ الطعن رقم ٢٠٦٧ لسنة ٥٧ ق) .

ج – إذا حاز الحكم برفض الدعوى بعدم قبول الطعن في قرار اللجنة شكلا قوة الأمر المقضي بعدم استئنافه، فلا يحق للطاعن العودة للتمسك بالدفع أمام محكمة النقض ولو كان متعلقاً بالنظام العام .

(جلسة ١٩٥٨/٢/١١ الطعن رقم ٢٦٦ لسنة ٢٤ ق س ٩ ص ٧٦٥) .

د – إذا تعارضت قوة الأمر المقضي مع قاعدة من قواعد النظام العام كانت هي الأولى بالرعاية والاعتبار، وعلى ذلك فمتى اتفق في عقد البيع على الوفاء بالثمن بما يعادل الليرة العثمانية الذهب من النقد السوري أو الجنيهات المصرية وانتهى الحكم إلى أن هذا الاتفاق لا ينطوي على شرط الدفع ، وحاز الحكم قوة الأمر المقضي في هذا الخصوص ، فإنه لا يجوز المجادلة فيه بعد ذلك بحجة تعلق ببطلان هذا الشرط بالنظام العام .

(جلسة ١٩٥٨/١/٩ الطعن رقم ٣٤٣ لسنة ٢٣ ق س ٩ ص ٦٢) .

(1) أ – المقرر في قضاء محكمة النقض بأن قضاء محكمة الموضوع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها لا يتبعّ ولا يجوز معه العودة لمناقشة موضوع هذه الدعوى وما عساه أن يتصل بهذا الموضوع من دفاع.

(جلسة ١٩٨٦/٩/٢٥ الطعن رقم ٢٠٥٦ لسنة ٥٢ ق) .

ب – حجية الحكم أجدر بالاحترام وأكثر اتصالا بالنظام العام من أي أمر آخر لما يترتب على إهدارها من تأبيد المنازعات وعدم استقرار الحقوق لأصحابها .

(جلسة ١٩٧٤/٤/٢٩ الطعن رقم ٨٥ لسنة ٣٩ ق س ٢٥ ص ٧٥٢) .

(الاعتبار الثاني) أنه إذا سمح القانون بتجديد النـــزاع بدعاوى مبتدأة ، لجاز لكل من الخصمين أن يحصل على حكم يتعارض مع الحكم الذي حصل عليه الخصم الآخر . فتقوم أحكام متعارضة في ذات النـــزاع وبين نفس الخصوم . ولا شك في أن هذا التعارض يجعل من المتعذر تنفيذ الأحكام القضائية ، إذ لا يعرف على وجه اليقين من من الخصمين صاحب الحق ، فكل منهما قد قضى لصالحه . هذا إلى أن التعارض ما بين الأحكام من شأنه أن يغض من كرامة القضاء ، وأن يفقده احترامه في النفوس [1] .

والصحيح أن حجية الأمر المقضي ، كما قدمنا ، قاعدة موضوعية (régle de fond) العلة فيها قد اختفت ، ولم تعد بارزة كما تبرز العلة إلى جانب القرينة القانونية. وهي ، ككل قاعدة موضوعية أخرى، قد استغرقت علتها، ولم يعد للعلة محل للعمل معها . فالمشرع ، عندما يقرر حجية الأمر المقضي ، يقرر — كما يقرر في أية قاعدة موضوعية — أن الحقيقة التي قررها الحكم هي الحقيقة الواقعة، ما في ذلك من معدي ولا من مناص ، كما

---

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني في هذا الصدد ما يأتي : " وقوام حجية الشيء المقضي به هو ما يفرضه القانون من صحة مطلقة في حكومة القاضي ، فهذه الحجية تفترض نزاعاً بين الخصوم يستتبع الترافع إلى القضاء ، وليس شك في أن صحة الحكومة لا تعتبر حتماً تقتضيه طبيعة الأشياء. ذلك أن القضاة تعوزهم العصمة ، شأنهم في هذه الناحية شأن البشر كافة . بيد أن المشرع أطلق قرينة الصحة في حكومة القاضي رعاية لحسن سير العدالة واتقاء لتأبيد الخصومات . فأساس هذه القرينة هو النص المقرر لحجية الشيء المقضي به ، وقد نصت المادة ٢٩٧/٢٣٢ من التقنين المدني (السابق) صراحة على أن " الأحكام التي صارت انتهائية تكون حجة بالحقوق الثابتة بها ، ولا يجوز قبول إثبات ما يخالفها " . ويرمي الشارع من وراء تقرير حجية الشيء المقضي به إلى كفالة حسن سير العدالة وضمان الاستقرار من الناحيتين الاقتصادية والاجتماعية . فحكومة القضاء يجب أن تضع حداً لكل نزاع مادامت طرق الطعن المقررة قد استنفدت بإزائها ، ويجب كذلك أن تكون بمأمن من التعارض مع حكومة لاحقة ، وهو أمر يصبح يسير الوقوع لو أبيح عود الخصوم أنفسهم إلى عين الدعوى التي قضي فيها نهائياً . وينحصر أثر القرينة القانونية الخاصة بحجية الشيء المقضي به في تخويل الخصوم حق " الدفع بسبق الفصل " وتخويل المحاكم حق إثارته من تلقاء نفسها (وهذا عكس ما تقرر في المشروع التمهيدي) . ويراعى أن هذا الدفع يعتبر دفعاً قطعياً بعدم القبول ، يترتب عليه امتناع التقاضي بالنسبة لكل طلب أو ادعاء جديد بين الخصوم أنفسهم متى اتحد مع ما سبق الفصل فيه سبباً وموضوعاً . وعلى هذا النحو يمتنع على الخصوم الترافع إلى القضاء لإعادة طرح نزاع سبق الفصل فيه " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٢١ — ص ٤٢٢) .

هذا ويلاحظ أن المشروع الأولي للإثبات — الذي تكررت الإشارة إليه — كان يتضمن نصاً (المادة ٢٩ من هذا المشروع) يقضي بأن حجية الأمر المقضي من النظام العام . وقد برز أثر هذا النص في المذكرة الإيضاحية حيث تقول : " وتخويل المحاكم حق أثارته من تلقاء نفسها " . ولكن المشروع التمهيدي أخذ بوجهة النظر العكسية ، وقرر أنه " لا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة من تلقاء نفسها " . وبالرغم من ذلك لم تعدل المذكرة الإيضاحية التعديل الذي يساير ما أخذ به المشروع التمهيدي (أنظر الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٢٩٣ هامش رقم ١ و ص ٢٩٩ هامش رقم ٢) .

يقرر أن حائز المنقول مالك له ، وأن من حاز عقاراً مدة معينة يكون هو المالك ، وما إلى ذلك من القواعد الموضوعية التي سبقت الإشارة إليها . والذي يقطع في أن حجية الأمر المقضي ينبغي أن تكون قاعدة موضوعية لا قرينة قانونية ، أن هذه الحجية لا تدحض ، كما رأينا ، لا بالإقرار ولا باليمين [1] . وهذه علامة حاسمة على أنها قاعدة موضوعية ، فالقرائن القانونية ولو كانت قاطعة تدحض دائماً ، كما قدمنا ، بالإقرار واليمين [2] .

ومهما يكن من أمر ، فالمشرع هو الذي يمسك بزمام القواعد الموضوعية والقرائن القانونية ، كما سبق القول ، وقد رأى أن يجعل من حجية الأمر المقضي قرينة قانونية ، فلا بد من التسليم بهذا التكييف ، وقد مضت الإشارة إلى ذلك [3] .

---

(١) وحتى لو سايرنا الرأي الذي يذهب إلى أن القرينة القانونية القاطعة لا يجوز دحضها بالإقرار واليمين إذا كانت متعلقة بالنظام العام ، فإن حجية الأمر المقضي لا تعتبر من النظام العام ، كما هو مقتضى نص الفقرة الثانية من المادة ٤٠٥ ، فكان الواجب إذن جواز دحضها بالإقرار واليمين لو أنها كانت قرينة قانونية . وسنرى فيما يلي أن حجية الأمر المقضي ليست من النظام العام في المسائل المدنية .

(٢) بيدان وبرو ٩ فقرة ١٣٣٧ – أنسيكلوبيدي داللوز ١ لفظ Chose jugée فقرة ٢ – ديكوتينيس في القرائن في القانون الخاص فقرة ٤٩ ص ١١٠ – ص ١١٦ (ويبحث بنوع خاص أهمية القول بأن حجية الأمر المقضي قاعدة موضوعية لا قرينة قانونية من ناحية تنفيذ الأحكام الأجنبية) .

(٣) هذا ولا يجهل الفقه الإسلامي مبدأ حجية الأمر المقضي . جاء في الأشباه والنظائر (ص ١٢٦ – ص ١٢٧): " لا يصح رجوع القاضي عن قضائه ، فلو قال رجعت عن قضائي ، أو وقعت في تلبيس الشهود ، أو أبطلت حكمي ، لم يصح ، والقضاء ماض ، كما في الخانية . وقيده في الخلاصة بما إذا كان مع شرائط الصحة ، وفي الكنز بما إذا كان بعد دعوى صحيحة وشهادة مستقيمة " . وجاء أيضاً في الأشباه والنظائر في مكان آخر (ص ١١٩) : " المقضي عليه في حادثة لا تسمع دعواه ولا بينته ، إلا إذا ادعى تلقى الملك من المدعي أو النتائج أو برهن على إبطال القضاء ، كما ذكره العمادي ، والدفع بعد القضاء بواحد مما ذكر صحيح وينقض القضاء . فكما يسمع الدفع قبله يسمع بعده ، لكن بهذه الثلاث " . وأنظر في قضاء القاضي لا ينقض برجوع الشاهد عن شهادته بعد القضاء ، حتى قبل الإمضاء (أي تنفيذ الحكم) ، إلا في القصاص والحدود لأنها تدرأ بالشبهات ، إلى الأستاذ أحمد إبراهيم في طرق القضاء في الشريعة الإسلامية ص ٤٠٤ – ص ٤٠٧) .

ولكن يرد على مبدأ حجية الأمر المقضي في الفقه الإسلامي استثناءات بلغت من الكثرة حداً جعل الفكرة السائدة أن الفقه الإسلامي لا يقر المبدأ ذاته . ويذكر الأستاذ موران (Morand) في كتابه " دراسات في الفقه الإسلامي الجزائري ص ٣٣٧ – ص ٣٥٧) أن الفقه الإسلامي يقر مبدأ حجية الأمر المقضي ، وأن القول بغير ذلك سببه كثرة الاستثناءات التي ترد على هذا المبدأ ، وأن المبدأ ذاته ليس من النظام العام كما هو الأمر في الفقه الحديث على ما سنرى . فلو صدر حكم في قضية ، وعاد المحكوم عليه إلى رفعها من جديد ، ولم يتمسك المحكوم له بحجية الأمر المقضي ، أعاد القاضي النظر في القضية لأنه لا يستطيع أن يثير هذا الدفع من تلقاء نفسه . أما إذا تمسك المحكوم له بحجية الأمر المقضي، فإنه يجب على القاضي أن يجيبه إلى طلبه : ويقول الأستاذ موران بحق أن الاستثناءات الكثيرة التي ترد على المبدأ ليست في الواقع إلا وجوها للطعن في الحكم تقابل وجوه الطعن المعترف بها في القوانين الحديثة (أنظر أيضاً في هذه المسألة رسالة مارنير (Marneur) في نظرية الإثبات في الفقه الإسلامي ص ٣١١ – ص ٣٢٣) .

٣٤٥ – حجية الأمر المقضي ليست من النظام العام في المسائل المدنية

المدنية : قد يبدو لأول وهلة ، بعد أن استعرضنا الاعتبارين الأساسيين اللذين تقوم عليهما حجية الأمر المقضي ، أن هذه الحجية هي من النظام العام ، فوضع حد لتجدد الخصومات ، وعدم جواز قيام أحكام متعارضة مما يغض من كرامة القضاء ، كل هذه اعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة .

ولو قلنا إن حجية الأمر المقضي هي من النظام العام لترتب على ذلك أن الخصوم لا يملكون النزول عن التمسك بها ، وأنه يجوز للقاضي إثارة هذه الحجية من تلقاء نفسه دون أن يتمسك بها الخصوم ، بل ويجوز للخصوم أن يتمسكوا بها لأول مرة أمام محكمة النقض . أما إذا لم تتعلق حجية الأمر المقضي بالنظام العام ، فإن عكس هذه النتائج هو الذي يترتب: فيجوز للخصوم النزول عنها ، ولا يجوز للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه إذا لم تتمسك بها الخصوم ، ولا يجوز للخصوم أن يتمسكوا بها لأول مرة أمام محكمة النقض .

هناك مسالة انعقد عليها الإجماع ، هي أن حجية الأمر المقضي تعتبر من النظام العام في المسائل الجنائية [١] ، أي في حكم يصدر من محكمة جنائية ويحتج به أمام محكمة جنائية . والعلة في ذلك ظاهره . فإن الحكم الذي يصدر في جريمة بالإدانة أو بالبراءة يعني النظام العام في المقام الأول ، ولا يجوز أن يترك أمر هذا الحكم للخصوم يتصرفون فيه كما يشاءون . بل متى صدر الحكم الجنائي وجب أن تكون له حجية مطلقة ، لا بالنسبة إلى الخصوم فحسب، بل أيضاً في حق الكافة (erga omnes) . ذلك أن المتهم إنما يدان أو يبرأ باسم المجتمع ولمصلحة المجتمع العليا ، فالمجتمع ممثل دائما في المحاكم الجنائية . ولهذه المحاكم سلطة واسعة في تحرى الحقائق ، فما تكشفه منها يكون أقرب إلى الصدق ، وهو حجة على المحاكم المدنية والجنائية ، بل هو حجة على الناس جميعاً [٢] . ومن ثم كان للقاضي في الدعوى الجنائية أن يثير من تلقاء نفسه حجية الأمر المقضي ولو لم تتمسك بها الخصوم ، ويجوز للخصوم التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض [٣] ، ولا يجوز لهم النزول عنها .

أما في الدعوى المدنية ، ولو كانت تنظر أمام المحاكم الجنائية ، فيكاد الإجماع ينعقد على أن حجية الأمر المقضي ليس من النظام العام قبل العمل بأحكام قانون الإثبات رقم ٢٥

---

(١) استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٠٨ .

(٢) دي باج ٣ فقرة ٩٤٢ ص ٩٤٤ .

(٣) استئناف مختلط ٦ نوفمبر سنة ١٦٣٣ م ٤٦ ص ١٣ .

لسنة ١٩٦٨ [1] . بل هي لا تعدو أن تكون دليلا على الحق ، والخصم يملك الحق نفسه ، ويملك النزول عنه [1] ، ويستطيع أن يتفق مع خصمه على الطرق التي تتبع لإثباته كما

---

(١) قلنا يكاد ، لأن هناك رأياً مرجوحاً يعتبر حجية الأمر المقضي من النظام العام في الدعاوى المدنية ، فيجوز للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه ، ويجوز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض ، ولا يجوز النزول عنها . (استئناف أهلي ٢٨ فبراير سنة ١٩١٤ الشرائع ١ ص ٢٩٤ — ١٥ فبراير سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ ص ١٨٣ — محكمة الزقازيق الجزئية ٢٠ مايو سنة ١٩٤٤ المحاماة ٢٤ رقم ١٣٣ ص ٤٠٩ — استئناف مختلط ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٢٢) .

على أن التسليم بأن حجية الأمر المقضي قرينة لا يجوز نقضها لا بالإقرار و ' باليمين لا يجعل القول بأن هذه القرينة ليست من النظام العام مستقيماً من الناحية الفقهية . فالقرائن التي لا يجوز نقضها لا بالإقرار ولا باليمين لا بد أن تكون من النظام العام . ومن ثم اضطرب الأمر وتضاربت الآراء في تعليل هذا التعارض .

فرأي يذهب إلى أن حجية الأمر المقضي ، بالرغم من أنها شرعت لمصلحة عامة من الناحية الاجتماعية (intérêt général d'ordre social) ، إلا أنها لا تتعلق بالنظام العام (ordre public) إلا من ناحية عدم جواز دحضها بالإقرار واليمين (دي باج ٣ فقرة ٩٤٢ ص ٩٤٤ — ص ٩٤٦ — أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٥٧ — ص ٤٥٨ — لوران ٢٠ فقرة ١٣٥ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٥٢ ص ١٠١٥ — ص ١٠١٦ — جارسونيه وسيزار بري ٣ فقرة ٧٠٣ وهامش رقم ٥ — الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٧٤) .

ورأي آخر يذهب إلى أن حجية الأمر المقضي من حيث إنها قرينة قانونية تعتبر من النظام العام فلا تدحض حتى بالإقرار أو اليمين، ومن حيث إنها دفع لا تعتبر من النظام العام فلا يجوز للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه ولا يجوز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض ويجوز للخصوم النزول عنها . وكنا من القائلين بهذا الرأي في الموجز (ص ٧٣١ هامش رقم ٢ — ويذهب الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ٢ فقرة ٧٣١ — فقرة ٧٣٢ إلى أن حق الدفع بقوة الشيء المحكوم فيه مبني على النظام العام ، إلا أن الدفع ذاته ليس من النظام العام) . ويؤخذ على هذا الرأي أنه مادام الدفع مترتباً على القرينة ، ومادامت القرينة من النظام العام ، فكان الواجب أن يكون الدفع هو أيضاً من النظام العام .

والذي يزيل التعارض في نظرنا هو أن حجية الأمر المقضي ، كما مضى القول ، قاعدة موضوعية (règle de fond) . لا قرينة قانونية من قواعد الإثبات (règle de preuve) . وهي في الوقت ذاته قاعدة ليست من النظام العام ، لأنها إنما تعني بمصالح الأفراد الخاصة ولا تتعلق بمصلحة المجتمع العليا . فهي كقاعدة موضوعية لا تدحض بالإقرار أو اليمين ، وهي كقاعدة ليست من النظام العام لا يجوز للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه ولا يجوز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض ويجوز للخصوم النزول عنها . ثم هي دفع موضوعي لا دفع شكلي ، ومن ثم جاز إبداء هذا الدفع في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف (لا أمام محكمة النقض) ، ولو كان الدفع شكلياً لسقط حق التمسك به إذا لم يبد قبل الدخول في الموضوع (استئناف مختلط ٨ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٥٧) .

(1) لئن كانت حجية الأمر المقضي قد أصبحت متعلقة بالنظام العام وفقاً لنص المادة ١٠١ من قانون الإثبات ، إلا أنه مازال للمحكوم له الحق في النزول عن الحكم الصادر لصالحه ، وقد نصت المادة ١٤٥ من قانون المرافعات على أن النزول عن الحكم يستتبع النزول عن الحق الثابت به كما جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون الإثبات ، تعليقاً على نص المادة ١٠١ منه أنه يجوز للخصم أن يتنازل عن الحكم الصادر لمصلحته، =

قدمنا. فيجوز إذن للخصم أن يتزل عن حجية الأمر المقضي [1] ، ولا يجوز للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه إذا لم يتمسك بها الخصم [2] ، ولا يجوز للخصم التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض [3] [1] ، وإن كان يجوز له التمسك بها في أية حالة كانت عليها الدعوى

= إذا تنازل عن الحق الثابت بهذا الحكم وانتهى بالتنازل عن النـــزاع الذي تناوله الحكم . وإذا كان الثابت أن الطاعن وباقي ملاك الأراضي التي نزعت ملكيتها قد تقدموا بطلبات إلى محافظ البحيرة المطعون ضده الثاني لإعادة النظر في التقديرات السابقة لقيمة الأراضي المنزوعة ملكيتها ، فأحال تلك الطلبات إلى مجلس مدينة دمنهور المطعون ضده الأول الذي شكل لجنة لفحص الموضوع ، انتهت في تقريرها إلى اقتراح رفع التقدير إلى مبلغ (١ جنيه ، ٧٥٠ مليما) للمتر المربع الواحد ، وقد وافق المطعون ضده الأول على هذا الاقتراح ، وأصدر قرارا برفع التقدير إلى السعر الذي اقترحته اللجنة ، كما أصدر المطعون ضده الثاني القرار رقم ٦ لسنة ١٩٧١ أقر فيه التقدير الجديد ، فإن مفاد ذلك نزول المطعون ضدها عن التقدير السابق فيزول معه القرار الصادر من لجنة الاعتراضات في شأنه .

(جلسة ١٩٧٧/٥/٤ الطعن رقم ٧٨ لسنة ٤٤ ق س ٢٨ ص ١٤٦) .

(١) صراحة أو ضمناً ، ومتى نزل الخصم عنها فلا يجوز له الرجوع فيما نزل . وقد قضت محكمة النقض بأن التنازل البات عن الدفع بقوة الشيء المحكوم فيه لا يجوز الرجوع فيه ، إذ أن هذا الدفع ليس من النظام العام، ولا هو وسيلة من وسائل الدفاع يتركها صاحبها بمشيئته ، بل هو حق من الحقوق الخاصة أن شاء صاحبه استمسك به أو شاء عدل عنه . وليس للقاضي أن يقضي به من تلقاء نفسه . فإذا ما تنازل عنه صاحبه فلا سبيل له للرجوع إليه ، لأن التنازل عن الحق هو عمل فردي ملزم لصاحبه بدون حاجة إلى قبول يصدر من الآخر . وإذا استنبطت محكمة الموضوع تنازل أحد الخصوم عن الدفع بقوة الشيء المحكوم فيه من عبارة صدرت منه صالحة لإفادة هذا التنازل ، فلا رقابة لمحكمة النقض عليها في ذلك (نقض مدني ٥ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩٠ ص ١٦٢) . أنظر أيضاً محكمة الفشن ٢٤ فبراير سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٦ رقم ٦٠) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن حجية الأحكام يجب لاعتبارها أن يتمسك بها ذوو الشأن . فإذا كان الثابت بالحكم أن النـــزاع في صحة عقد الإيجار قد أثير أمام المحكمة ، فكان ردها في خصوصه رداً موضوعياً مبنياً على أن العقد صحيح ملزم ، دون أية إشارة إلى حصول تمسك من الخصوم بحجية حكم سابق قضي بصحة هذا العقد ، فإن استناد المطعون عليه إلى هذا الحكم السابق في طلب إبرام الحكم المطعون فيه لا يكون له محل (نقض مدني ٢٠ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٥٨ ص ٣٥٤ مع تعليق الأستاذ محمد حامد فهمي في هامش ص ٣٥٦) . أنظر أيضاً : استئناف أهلي ٢٨ فبراير سنة ١٩١٤ الشرائع ١ ص ٢٩٤ — ١٥ فبراير سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ ص ١٨٣ — طنطا ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٨ ص ١٢ — استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٨٧ — ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٢٢ .

(٣) نقض جنائي ١٦ ديسمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٣٠٢ ص ٦٩٠ . نقض مدني ٢٠ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٥٨ ص ٣٥٤ (وهو الحكم الذي سبقت الإشارة إليه) — أنظر أيضاً بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٥٢ ص ١٠١٦ هامش رقم ٢ .

هذا ويلاحظ أن المادة ٤٠٦ من تقنين المرافعات تنص على أن " للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض في أي حكم انتهائي — أياً كانت المحكمة التي أصدرته — فصل في نزاع خلافاً لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الشيء المحكوم به (passé en force de chose jugée)، سواء دفع =

أمام محكمة الموضوع في الدرجة الابتدائية وفي الدرجة الاستئنافية [1] . وتأييداً لهذا الحكم كانت الفقرة الثانية من المادة ٤٠٥ من التقنين المدني الملغاة ، تنص على : أنه لا يجوز للمحكمة أن تأخذ بحجية الأمر المقضي من تلقاء نفسها [2] .

= بهذا الدفع أم لم يدفع " — وليس هذا معناه أنه يجوز التمسك بالدفع لأول مرة أمام محكمة النقض فيما يأتي : (أ) للتمسك بهذا الوجه يجب صدور حكم سابق حائز لقوة الشيء المحكوم فيه ، أي حكم نهائي . ولو كان هذا دفعاً يبدى لأول مرة أمام محكمة النقض ، لكان يكفي أن يكون هناك حكم قطعي حائز لحجية الأمر المقضي ولو لم يكن حكماً نهائياً . (ب) في الحكم النهائي المطعون فيه أمام محكمة النقض بهذا الوجه الخاص لم يكن يجوز لا لمحكمة أول درجة ولا لمحكمة الاستئناف أن تثير الدفع من تلقاء نفسها ، ولو كان هذا دفعاً يبدي لأول مرة أمام محكمة النقض لكان من النظام العام ، ولجاز لمحكمتي الموضوع أن تثيراه ولو لم يتمسك به الخصوم . أنظر في هذا الوجه الخاص من الطعن : نقض مدني ٢ يونيه ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٥٦ ص ١٢٦ — ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٣٨ ص ٢٥٢ — ٢ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٥٨ ص ٧٤٩ — ١٦ يناير سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣١٧ ص ١٠٤٢ — ٢١ يناير سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٣٠ ص ٧٦ — ١١ نوفمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧١ ص ١٩٣ — ٢٥ يناير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٢٥ ص ٥٦ — ٢٥ أبريل سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٣ ص ١٧٨ — ١٧ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٥٣ ص ٦٧٥ — ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٤ ص ٩١ — ٢٤ أبريل سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٩٢ ص ٤٢١ — ١٨ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٥١ ص ٢٦٤ — ١٩ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٢ ص ٦٧٤ — ٢٤ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦٧ ص ٣٩٦ .

ويلاحظ أن هذا الوجه الخاص من وجود النقض يقابله في فرنسا وجه مماثل ، ولكنه يفتح باب التماس إعادة النظر لا باب النقض ، بشرط أن يكون الحكمان المتعارضان قد صدرا من محكمة واحدة (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٥٩) .

(1) إنه وإن كان يجوز للمطعون عليه ، كما يجوز للنيابة العامة ولمحكمة النقض أن يثير في الطعن ما يتعلق بالنظام العام ، إلا أن ذلك مشروط بأن يكون وارداً على ما رفع عنه الطعن في الحكم المطعون وكان تقرير الطعن لم يحو إلا نعيا على ما قضي به الحكم في موضوع الاستئناف ، فلا يجوز للمطعون عليه أن يتمسك في دفاعه أمام محكمة النقض ببطلان الاستئناف بناء على تعلقه بالنظام العام ، ذلك لأن ما قضي به من قبول الاستئناف شكلا هو قضاء قطعي لم يكن محلا للطعن فحاز قوة الأمر المقضي ، وهي تسمو على قواعد النظام العام .

(جلسة ١٩٧٢/٦/٢١ الطعن رقم ٤١١ لسنة ٣٤ ق س ٢٣ ص ١١٤٢) .

(جلسة ١٩٥٨/٥/٨ الطعن رقم ١٢٦ لسنة ٢٤ ق س ٩ ص ٤٣١) .

(جلسة ١٩٥٦/١٢/٦ الطعن رقم ٤٠٢ لسنة ٢٣ ق س ٧ ص ٩٦) .

(١) استئناف أهلي ٢٨ فبراير سنة ١٩١٤ الشرائع ١ ص ٢٩٤ — ١٥ فبراير سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ ص ١٨٣ (وقد سبقت الإشارة إلى هذين الحكمين ، ويلاحظ أنهما يزيدان أن الدفع يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض كما قدمنا ، وهذا خطأ لأن الدفع ليس من النظام العام) — جرجا ٧ مارس سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٤ رقم ١٠٩ — طنطا الجزئية ١٦ أبريل سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٥ رقم ٦٩ — =

٣٤٦ – حجية الأمر المقضي لا تمنع من تفسير الحكم ولا من تصحيحه : ولا تمنع حجية الأمر المقضي من تفسير الحكم الذي ثبتت له هذه الحجية، وفقاً للأوضاع المقررة في تقنين المرافعات (م ١٩٢) ؛ ولا من الفصل فيما عسى أن تكون المحكمة قد أغفلت الفصل فيه من بعض الطلبات الموضوعية (م ١٩٣ مرافعات) ، ولا من تصحيح ما عسى أن يكون قد وقع في الحكم من أخطاء مادية بحتة ، كتابية كانت أو حسابية (م ١٩١ مرافعات) ، بشرط ألا يتخذ التصحيح ذريعة لإعادة النظر في موضوع الحكم [٢] .

٣٤٧ – الصور المختلفة لحجية الأمر المقضي : ولحجية الأمر المقضي صور مختلفة . فقد يحتج بحكم نهائي أمام محكمة جنائية ، وهذا لا شأن لنا به وهو من مباحث القانون الجنائي . والذي يعنينا هو أن يحتج بالحكم أمام محكمة مدنية ، سواء صدر هذا الحكم من محكمة مدنية [٣] أو من محكمة جنائية .

= استئناف مختلط ٦ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٥٢ – ٢١ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٠٨ – أنظر أيضاً : نقض فرنسي ١٤ يونية سنة ١٩٥٠ داللوز ١٩٥٠ – ٥٣٤ – وقارن حكم محكمة القضاء الإداري ٢٢ مارس سنة ١٩٤٩ المحاماة ٣٢ رقم ٤٢ ص ١٥٩ .

(١) وقد قدمنا أن المشروع الأولى للإثبات كان يقضي في المادة ٢٩ منه بأن حجية الأمر المقضي من النظام العام، وأن هذا كان له أثره في المذكرة الإيضاحية (أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٢٢ – ص ٤٢٣) حيث تذكر في أكثر من موضع أن هذه الحجية من النظام العام . ولم تعدل المذكرة لتساير النص بعد تعديله ، وقد سبق التنبيه إلى ذلك .

(٢) استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٥٣ – ١٩ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٤٧ – أول أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٤٨ – ١١ يونية سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٤٨ – ١٨ يونية سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٥٠ – ٢٦ يناير سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٥٢ – ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١٢٠ – ٥ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٧١ – ٢٧ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤١٥ – ٧ يونية سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٥٨ – ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٦٧ – ٩ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٢٩ – ٣ يونية سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٤٨ – ١٤ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٣٦ – ١٩ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٤٥ – ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٦٣ – ١٢ أبريل سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٢٤ .

ولما كانت حجية الأمر المقضي تغني عن الدخول في موضوع الدعوى ، لذلك يجب البت في هذا الدفع قبل البت في الموضوع ذاته (استئناف مختلط ١٥ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٥٠) . وإذا كان هناك شك فيما إذا كانت هذه الحجية قائمة ، وجب تفسير الشك لمصلحة من وجه الدفع ضده (استئناف مختلط ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٨) .

(٣) والمقصود بالمحكمة المدنية هنا هو المعنى الواسع ، أي ألا تكون المحكمة محكمة جنائية . فقد تكون محكمة مدنية أو تجارية أو إدارية أو شرعية أو ملية أو غير ذلك .

أما الاحتجاج بالحكم الصادر من محكمة جنائية أمام محكمة مدنية — وهو ما عرضت له المادة ١٠٢ من قانون الإثبات إذ تنص على أنه " لا يرتبط القاضي المدني بالحكم الجنائي إلا في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضرورياً " — فقد مضى القول فيه في الجزء الأول من الوسيط [١] .

فلا يبقى إلا الاحتجاج بحكم صادر من محكمة مدنية أمام محكمة مدنية . وهذا الذي نقتصر عليه في بحثنا هنا .

٣٤٨ — النصوص القانونية : وفي هذا الصدد تنص المادة ١٠١ من قانون الإثبات (تقابلها المادة ٤٠٥ من التقنين المدني الملغاة فيما عدا الفقرة الثانية المختلفة) على ما يأتي :

" الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق ، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجية . ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم ، دون أن تتغير صفاتهم ، وتعلق بذات الحق محلا وسبباً " .

" وتقضي المحكمة بهذه الحجية من تلقاء نفسها " [٢] .

وكانت الفقرة الثانية من المادة ٤٠٥ من التقنين المدني الملغاة تقضي بأنه لا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة من تلقاء نفسها .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٣٢/٢٩٧ [٣] .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البينات السوري المادة ٩٠، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٥٠٣ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المادة ٣٠٤ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٩٣ [١] .

---

(١) الوسيط الجزء الأول فقرة ٦٣١ — فقرة ٦٣٤ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٤٣ من المشروع التمهيدي للقانون المدني على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد إلا في بعض فروق لفظية طفيفة . وفي لجنة المراجعة زالت هذه الفروق ، وأصبح النص هو المادة ٤١٨ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٠٥ ، ثم مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٢٠ و ص ٤٢٣ — ٤٢٤) .

(٣) وكانت المادة ٢٣٢/٢٩٧ من التقنين المدني السابق تجرى على الوجه الآتي : " الأحكام التي صارت انتهائية تكون حجة بالحقوق الثابتة بها ، ولا يجوز قبول إثبات على ما يخالفها إذا لم يكن اختلاف في الحقوق المدعى بها ولا في الموضوع ولا في السبب ولا في الصفة المتصف بها الأخصام " . وإذا كان نص التقنين المدني الجديد أكثر دقة وأوسع إحاطة من هذا النص ، فإنه مع ذلك لم يستحدث من الأحكام جديداً . فالتقنينان الجديد والقديم سواء من حيث الأحكام في هذا الموضوع .

ويقابل في التقنين المدني الفرنسي المادة ١٣٥١ [٢] .

٣٤٩ – شروط قيام حجية الأمر المقضي : ويتبين من نص التقنين المدني المصري وقانون الإثبات المتقدم ذكرهما أن هناك شروطاً يجب أن تتوافر لقيام حجية الأمر المقضي .

وهذه الشروط قسمان : قسم يتعلق بالحكم ، وآخر يتعلق بالحق المدعى به [٣] .

المبحث الأول
الشروط الواجب توافرها في الحكم

٣٥٠ – شروط ثلاثة : لا تقوم حجية الأمر المقضي إلا إذا توافر في الحكم شروط ثلاثة :

(أولا) أن يكون حكماً قضائياً .

(ثانياً) أن يكون حكماً قطعياً .

(ثالثاً) أن يكون التمسك بالحجية في منطوق الحكم لا في أسبابه .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السوري م ٩٠ : مطابق لنص التقنين المدني المصري .
التقنين المدني العراقي م ٥٠٣ : مطابق لنص التقنين المدني المصري .
تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٣٠٤ : " لا قوة للقضية المحكمة إلا فيما يختص بالشيء الذي كان موضوعاً للحكم ، فيجب أن يكون الشيء المطلوب هو ذاته ، وأن يكون الطلب مبنياً على السبب نفسه ، وأن تكون الدعوى بين المتداعين أنفسهم ، وأن تكون مقامة منهم أو عليهم بالصفة نفسها " . ولا يختلف هذا النص في حكمه عن نص التقنين المدني المصري .
التقنين المدني الليبي م ٣٩٣ : مطابق لنص التقنين المدني المصري .

(٢) التقنين المدني الفرنسي م ١٣٥١ : " لا تقوم حجية الأمر المقضي إلا بالنسبة الى موضوع الدعوى . ويجب أن يكون الشيء المطلوب واحدا ، وأن يكون الطلب مبنياً على السبب نفسه ، وقائماً بين الخصوم أنفسهم ومقاما منهم أو عليهم بالصفة نفسها " .

Art. 1351 : L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même; que la demande soit fondée sur la même cause; que la demande soit entre les mêmes parties,et formée par elles et contre elles en la même qualité.

(٣) ويجعل الأستاذ سليمان مرقس الشروط المتعلقة بالحكم شروطاً لحجية الأمر المقضي (أصول الإثبات فقرة ١٧٥) ، والشروط المتعلقة بالحق المدعى به شروطاً للدفع بحجية الأمر المقضي (أصول الإثبات فقرة ١٨٠) .

المطلب الأول
حكم قضائي

٣٥١ – حكم صادر من جهة قضائية : يجب للتمسك بحجية الأمر المقضي أن يكون هناك حكم صادر من جهة قضائية [1] .

فالفتوى – أياً كانت جهة الإفتاء – لا حجية لها [1] .

والقرار الإداري ، وهو صادر من جهة إدارية لا من جهة قضائية ، لا تكون له حجية الأمر المقضي . فيجوز للجهة الإدارية التي أصدرته ، أو جهة إدارية أعلى منها ، أن تسحبه . ولكن هناك جهات إدارية ذات اختصاص قضائي ، كلجان مخالفات الري ولجان الشياخة ولجان الإيجارات ، فهذه تكون القرارات الصادرة منها حائزة لحجية الأمر المقضي مادامت قد صدرت في حدود اختصاص الجهة التي أصدرتها [2] . ولا حجية لهذه القرارات فيما جاوز هذه الحدود . فمجالس التأديب جهات إدارية ذات اختصاص قضائي ، ولكن اختصاصها مقصور على المحاكمة التأديبية ، فلا تحول القرارات الصادرة من الهيئات التأديبية إذن دون المحاكمة أمام المحاكم الجنائية بالنسبة إلى العقوبة الجنائية ، ولا دون المحاكمة أمام المحاكم المدنية بالنسبة إلى التعويض [3] .

---

(1) أنه يتعين أن يكون الحكم صادراً من محكمة لها ولاية إصداره ، فالحكم الصادر خارج الولاية لا تثبت له الحجية أمام محاكم الجهات القضائية الأخرى .
(جلسة ١٩٩٣/٤/٢٩ الطعن رقم ٣٠٦ لسنة ٥٩ ق) .

(١) لا حجية للفتوى الشرعية . وإن كان من الجائز الاستئناس بها (استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٩١) .

(٢) استئناف مصر ٢٢ مايو سنة ١٩٢٢ المحاماة ٤ رقم ٤٣٩ ص ٤٥٢ – ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٤ ص ٨٨ – ١٦ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٦٤ ص ٣١٠ – مصر الكلية ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٤٦ ص ٧٣٣ .

(٣) استئناف مجلس تأديب المحامين ٦ مارس سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢١ ص ١٩٠ – وقد قضت دائرة النقض الجنائية بأن الأحكام أو القرارات الصادرة من الهيئات التأديبية لا تحول دون المحاكمة أمام المحاكم النظامية (٣٠ أغسطس سنة ١٩٢٠ المحاماة ١ رقم ٥١ ص ٢٩٥) .

ولا يكون لقرارات الحفظ الصادرة من النيابة العامة أو قاضي التحقيق أو غرفة الاتهام حجية الأمر المقضي [1] (١) .

فلا بد أن يصدر الحكم من جهة قضائية . ويستوي في ذلك أن تكون جهة القضاء مدنية أو تجارية أو شرعية [2] أو ملية [3] أو إدارية (٢) .

---

(١) نقض مدني ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣ ص ٧ – استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٣٧ – ٢ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٥٢ – بني سويف الكلية ١٢ ديسمبر سنة ١٨٩٩ المجموعة الرسمية ١ ص ١٦٩ – محكمة اللبان ٢١ فبراير سنة ١٩٢٤ المحامـــاة ٤ ص ٦٦٨ .

(1) قرار الحفظ الصادر من النيابة العامة أياً كان سببه أو مضمونه لا يكتسب أية حجية أمام القضاء المدني ، لأن القرارات الصادرة بواسطة سلطة التحقيق لا تفصل في موضوع الدعوى بالبراءة أو الإدانة وإنما تفصل في توافر أو عدم توافر الظروف لإحالتها إلى المحكمة للفصل في موضوعها .
(جلسة ١٩٧٨/٤/٢٢ مجموعة المكتب الفني السنة ٢٩ ص ١٠٦٨) .

(2) أ – الأحكام الصادرة من المحاكم الشرعية في حدود ولايتها تحوز قوة الامر المقضي أمام المحكمة المدنية، وإذا كانت المحاكم الشرعية مختصة بالفصل في دعاوى الاستحقاق في الوقف ، فإن قضاءها النهائي في هذه الدعاوى تكون له قوة الشيء المحكوم فيه أمام المحكمة المدنية .
(جلسة ١٩٦٤/١٢/١٧ مجموعة المكتب الفني السنة ١٥ ص ١١٦١) .

ب – ما كانت تصدره المحاكم القضائية الشرعية من تفسير لشروط الواقفين في الدعاوى التي ترفع إليها بطلب هذا التفسير يعتبر أحكاماً لها حجية على من كان ممثلا فيها .
(جلسة ١٩٦٤/١٢/١٧ الطعن رقم ٤٩٣ لسنة ٢٩ ق س ١٥ ص ١١٦٤) .

ج – الأحكام الصادرة من المحاكم الشرعية في حدود ولايتها تحوز قوة الأمر المقضي أمام المحاكم الشرعية المختصة بالفصل في دعاوى الاستحقاق في الوقف طبقاً للمادة الثانية من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، فإن قضاءها النهائي في هذه الدعاوى تكون له قوة الشيء المحكوم فيه أمام المحاكم المدنية .
(جلسة ١٩٦٤/١٢/١٧ الطعن رقم ٣٠٠ لسنة ٢٩ ق س ١٥ ص ١١٦٤)

(3) أ – متى كان الثابت من حكم المجلس الملي الإنجيلي الصادر في دعوى بطلب اعتماد وصية أن المدعى عليها لم تقبل الاحتكام إلى المجلس ودفعت بعدم اختصاصه بنظر الدعوى ، إلا أنه رفض الدفع وحكم باعتماد الوصية ، فإن قضاءه هذا يكون قد صدر من جهة ليس لها ولاية الفصل في النـــزاع ، وبالتالي لا تكون له قوة الشيء المحكوم فيه ، ولا يصح الاحتجاج به لدى المحكمة ذات الولاية العامة وهي المحكمة الوطنية منذ إلغاء المحاكم الشرعية ابتداء من أول يناير ١٩٥٦ بالقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ .
(جلسة ١٩٦٨/٢/٢٩ الطعن رقم ٣٣٠ لسنة ٣٤ ق س ١٩ ص ٤٧٥) .

ب – متى كان الحكم الصادر بالتطليق من المجلس الملي الابتدائي لطائفة الأرمن الأرثوذكس ، قد قضي بعدم قبول استئنافه شكلا ، فإنه يصبح حكماً نهائياً ولا يغير من ذلك القول بأنه لم يشهر ولم يصدق عليه من الرئيس الديني لطائفة الأرمن الأرثوذكس – إذ لا يشترط لتنفيذ حكم الطلاق تصديق الرئيس الديني عليه بل يكتفي بالتأشير به في سجل الزواج بعد صدوره .
(جلسة ١٩٥٦/٢/٢٦ الطعن رقم ١ لسنة ٢٥ تنازع اختصاص س ٧ ص ٤٧٧) .

(٢) بالنسبة إلى الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري أنظر : استئناف مختلط ١٧ فبراير سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ١ .

كما يستوي أن تكون جهة القضاء عادية أو جهة قضاء استثنائية ، فتثبت حجية الأمر المقضي للأحكام الصادرة من المحاكم العسكرية [1] ، وذلك بشرط ألا تجاوز الجهات الاستثنائية حدود اختصاصها [2] [1] . كذلك تثبت حجية الأمر المقضي لجهة قضاء كانت موجودة ثم ألغيت ، كمجلس الأحكام في الماضي [3] وكالمحاكم المختلطة .

ويكون للحكم الصادر من المحكمين حجية الأمر المقضي ، إذ التحكيم جهة قضاء نظمها القانون [4] [2] .

---

(١) قارن استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٩٢ — وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن القرارات التي تصدر من لجان مخصوصة عهد إليها بالفصل في مسائل معينة لا تكون لها حجية الأمر المقضي إذا هي جاوزت حدود اختصاصها (٣١ يناير سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ ص ٩٢ — محكمة استئناف مصر في دوائرها المجتمعة ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٦ ص ١٢٧) .

(٢) وقد تكون هذه الجهات الاستثنائية لجانا إدارية لها اختصاص قضائي ، وقد بينا فيما تقدم أن للقرارات الصادرة من هذه الجهات حجية الأمر المقضي ، مادامت قد صدرت في حدود اختصاصها .

(1) وقد تكون هذه الجهات الاستثنائية لجانا إدارية لها اختصاص قضائي ، وتكون للقرارات الصادرة منها في حدود اختصاصها حجية الأمر المقضي .
وقضت محكمة النقض أنه متى أصدرت اللجنة الجمركية في حدود ولايتها قرارها في الموضوع وأصبح قرارها نهائياً بعدم المعارضة فيه في الميعاد فلا يقبل الطعن فيه في هذه الحالة بأي وجه من الوجوه ، طبقاً للفقرة السادسة من المادة ٣٣ من اللائحة الجمركية ، ويكون الحكم قد خالف القانون إذا قضي بقبول دعوى بطلان قرار اللجنة الجمركية المرفوعة بصفة أصلية .
(جلسة ١٨/١٠/١٩٥٦ الطعن رقم ٧٥ لسنة ٢٣ ق س ٧ ص ٨٢٥) .
(جلسة ١٩٧٨/٢/٢٨ الطعن رقم ٥٤٢ لسنة ٤٥ ق س ٢٩ ص ٦٣٦) .
(جلسة ١٩٧٩/٣/١٤ الطعن رقم ٣٤ لسنة ٤٣ ق س ٣٠ ص ٧٩٢) .
(جلسة ١٩٨٥/٤/١٠ الطعن رقم ١٢٥٤ لسنة ٥١ ق) .

(٣) استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٧٢ .

(٤) استئناف مختلط ٢ يونية سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٨١ — ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١١٧ . ويشترط في فرنسا ، حتى يكون لحكم المحكمين حجية الأمر المقضي ، أن يوضع عليه أمر التنفيذ (ديرانتون ١٣ فقرة ٤٦٠ — أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٣٩٨ — لوران ٢٠ فقرة ٦ — بودري وبارد ٤ فقرة ٢٦٦٨ — نقض فرنسي ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٦ داللوز الأسبوعي ١٩٣٦ — ٥٦٩) . وينتقد الفقه الفرنسي المعاصر هذا المبدأ ، لأنه لا يميز بين صلاحية حكم المحكمين للتنفيذ ، إذ يجب فيه الحصول على الأمر التنفيذي ، وبين حجية الحكم ولا شأن لها بالصلاحية فلا يشترط لقيامها الحصول على هذا الأمر (جلاسون وموريل وتيسييه ٥ فقرة ١٨٤٠ — بيدان وبرو ٩ فقرة ٤٣٩ هامش رقم ٤). وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بعدم اشتراط الحصول على أمر التنفيذ ليكون لحكم المحكمين حجية الأمر المقضي ، وبأن هذا الأمر ليس ضرورياً إلا لجعل الحكم صالحا للتنفيذ (استئناف مختلط ٤ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٧٩) .

(2) متى كان الثابت أن طرف الخصومة قد لجأ إلى التحكيم فيما كان ناشباً بينهما من منازعات متعددة بشأن زراعة الأطيان المملوكة لهما وكان حكم المحكمين قد فصل بصفة نهائية في هذه المنازعات وقضي =

أما الحكم الصادر من محكمة أجنبية ، ففي فرنسا يحوز حجية الأمر المقضي إذا ذيل بالصيغة التنفيذية [1] (exequatur)، وفي مصر يميل القضاء إلى تطبيق مبدأ المعاملة بالمثل [2].

ويحوز الحكم حجية الأمر المقضي حتى لو كان مشوبا بعيب في الشكل ، أو صادرا ضد خصم غير أهل للتقاضي ، أو اشتمل على خطأ في تطبيق القانون [3] ، وحتى لو كان

= - لأحدهما بأحقيته في استلام أطيان معينة مما عليها من الزراعة ، وكانت هذه الزراعة قائمة في تلك الأرض فعلا وقت صدور حكم المحكمين ، فإن أحقية المحكوم له للزراعة المذكورة تكون أمر مقضياً له به بموجب حكم المحكمين ضد الخصم الآخر ، وتكون دعوى هذا الأخير بطلب أحقيته لهذه الزراعة مردودة بما لهذا الحكم من قوة الأمر المقضي ومن حجيته قبله .
(جلسة ١٤/٣/١٩٥٧ مجموعة المكتب الفني السنة ٨ ص ٢٢٩) .

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ ص ١٠١٧ .

(٢) ومع ذلك فقد قضت محكمة مصر الكلية بأن الحكم الصادر من محكمة أجنبية لا يحوز حجية الأمر المقضي ، وكل ما يترتب عليه من أثر هو أن يعتبر مجرد أداة للإثبات يصح إقامة الدليل على عكسها (٢٦ مايو سنة ١٩٤٩ مجلة التشريع والقضاء ٢ رقم ٦٠ ص ١١١ — الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٧٦ ص ٣٠٢ وأنظر أيضاً الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ٢ فقرة ٦٣٣ ص ٩٠) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يجوز الاحتجاج بحكم أجنبي يتعارض مع حكم صادر من جهة قضاء مصرية (استئناف مختلط ٢١ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٨٩) ، وبأنه يتعين على القضاء المصري أن يعيد النظر في موضوع الحكم الأجنبي قبل أن يجعله نافذاً في مصر (استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٩٠) . ولكن محكمة الاستئناف المختلطة قضت بعد ذلك بوجوب تطبيق مبدأ المعاملة بالمثل (réciprocité) في جعل الأحكام الأجنبية نافذة في مصر ، وبأنه مادام القانون الألماني يجعل الأحكام الأجنبية نافذة دون إعادة بحث في موضوعها ، إذا كانت المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم مختصة بإصداره وكان المدعى عليه قد أعلن إعلاناً صحيحاً للحضور أمامها ، فيتعين تطبيق مبدأ المعاملة بالمثل ، ويجعل الحكم الأجنبي الصادر في ألمانيا نافذاً في مصر بأمر من رئيس المحكمة إذا توافر فيه الشرطان المتقدم الذكر ، ومن ثم يكون لهذا الحكم حجية الأمر المقضي (استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٩٤) — ويستخلص مما تقدم أن الحكم الأجنبي متى صار قابلا للتنفيذ في مصر فإنه يحوز حجية الأمر المقضي . ذلك أنه إذا جاز أن يكون للحكم غير القابل للتنفيذ حجية الأمر المقضي ، فلا يجوز أن يكون الحكم القابل للتنفيذ مجرداً من هذه الحجية .

(٣) استئناف مختلط ٢٨ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٦٢ — ٢٢ مايو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٢٥ — أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٠١ وهامش رقم ١٤ — وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأن الأحكام القطعية الصادرة من هيئة لها ولاية الفصل في الخصومات تكون حائزة لحجية الأمر المقضي مهما كانت أوجه البطلان اللاحقة بهذه الأحكام (٢٢ فبراير سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ٢ رقم ١/٨٦) . وقضت محكمة النقض بأن الحكم الصادر من محكمة شرعية مختصة يحوز حجية الأمر المقضي حتى لو خالف فيما قضي به المنهج الشرعي ، إذ قضي ببطلان وصية لعته الموصى مع أن الموصى له جهة بر لا جهة أهلية (نقض مدني ١٦ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٨ ص ٤٣) .

البطلان بسبب مخالفة النظام العام ، ما لم يكن الحكم مشوباً بالغش أو كان نتيجة تواطؤ بين الخصمين [1] .

٣٥٢ – وجهة قضائية لها الولاية في الحكم الذي أصدرته : ويجب أن تكون جهة القضاء التي أصدرت الحكم لها الولاية (juridiction) في الحكم الذي أصدرته . فإذا لم تكن للمحكمة ولاية ، لم يكن لحكمها حجية الأمر المقضي . ومن ثم لا تثبت حجية الأمر المقضي لحكم صدر من محكمة مدنية أو مجلس ملي في مسألة تدخل في ولاية المحاكم الشرعية ، ولا لحكم صدر من محكمة شرعية أو مجلس ملي في مسألة تدخل في ولاية القضاء الإداري . على أنه إذا صدر الحكم من محكمة لا ولاية لها، كانت له مع ذلك حجية الأمر المقضي بالنسبة إلى هذه المحكمة أو إلى غيرها من محاكم الجهة ذاتها، ولكن لا حجية للحكم بالنسبة إلى الجهات القضائية الأخرى [2] [1] .

---

(١) استئناف مختلط ٢٧ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٨٣ – نقض فرنسي ٦ ديسمبر سنة ١٨٥٩ داللوز ٦٠ – ١ – ١٧ – ١٩ فبراير سنة ١٩٢١ سيريه ١٩٢١ – ١ – ٣٦٤ – ٢٤ يونيه سنة ١٩٤١ سيريه ١٩٤٢ – ١ – ١٤١ – الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٧٧ ص ٣٠٦ .

(٢) وهذا محل إجماع فيما إذا كان الحكم قد صدر من جهة قضاء غير عادية كالمجالس الملية . أما إذا صدر الحكم من جهة قضاء عادية كالمحاكم الوطنية ، فهناك رأي يذهب إلى أن الحكم يحوز حجية الأمر المقضي حتى بالنسبة إلى الجهات القضائية الأخرى غير العادية . فالحكم الصادر من مجلس ملي في غير حدود ولايته لا يكون حجة أمام المحكمة الوطنية ، أما الحكم الصادر من محكمة وطنية فيكون حجة أمام المجلس الملي حتى لو رأى هذا المجلس أن المحكمة الوطنية لا ولاية لها في إصدار الحكم . ويرجع ذلك إلى أن القضاء العادي هو الأصل في ولاية القضاء ، أما القضاء غير العادي فهو استثناء من الأصل فيجب ألا يخرج عن الدائرة التي رسمت له (نقض مدني ٥ مارس سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٤٥ ص ٤١٥ – الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٧٧ ص ٣٠٥ هامش رقم ١) .

ولكن جرى قضاء المحاكم المختلطة ، عندما كانت هذه المحاكم قائمة ، بأنه إذا صدر حكم من محكمة وطنية في نزاع يدخل في ولاية المحاكم المختلطة ، فليس لهذا الحكم أمام المحاكم المختلطة حجية الأمر المقضي : استئناف مختلط ٢٦ مارس سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٦٠ – ٤ و ١١ يونية سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ١٨٥ – ١٠ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٦٠ – ٨ أبريل سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٩٨ – ١٦ مايو سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢٤٧ – ٢٨ فبراير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ١٧٢ – ٣٠ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٦٦ – ١٣ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٣٩ – ١٧ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣١١ – ٢٢ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٨٤ – ١٨ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٩٩ – ١٨ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١١٤ – ٢٢ مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٣٠ – ٢ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٧٥ – ٦ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٣٦ – ٣ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١١٤ – ولو أن هذا الحكم يصلح لاستئناس المحكمة المختلطة به (استئناف مختلط ١٢ أبريل سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ١٨٦ – ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣٨ – ٨ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٦٨) – لا سيما إذا صدر هذا الحكم بين وطنيين وأقره الأجنبي (استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٧١) – أو كان الحكم مبنيا على سندات لم تعارضها سندات ضدها =

= (استئناف مختلط ٨ فبراير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ١٦٧) — ويكون حجة على الأجنبي إذا كان بخطأه قد ترك المحكمة الوطنية تفصل في قضية وهي غير مختصة (استئناف مختلط ١٩ مارس ١ م ٥٨ ص ٦١) .

ولكن الحكم الذي صدر من محكمة مختلطة بين وطنيين تكون له حجية الأمر المقضي أمام المحاكم المختلطة لأن ولايتها تتناول الأجانب والوطنيين (استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢٩٤ — ٢٠ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٣٥) ، وكذلك أمام المحاكم الوطنية (استئناف أهلي ١٥ يونية سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ رقم ١٣) .

أما الحكم الصادر بين وطنيين من محكمة وطنية فيكون حجة أمام المحاكم المختلطة (استئناف مختلط ١٤ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٨٨ — ٢٥ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٤٤ — ٨ يونية سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣٠١ — ١٨ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٠٠ — ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٠٦ م ١٩ ص ١٩ — ١٠ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١٩٥ — ١٦ يونية سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٦٧ — ٢٣ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٧٢ — ٢٥ يناير سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٤٧ — ٢٥ مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٤ ص ٢٤٦ — ١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١٧ — ٥ يونية سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢ — ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٦٧ — ١١ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٧٨ .

كذلك إذا صدر حكم من المحكمة المختلطة في حدود ولايتها كان حجة أمام المحاكم الوطنية (نقض مدني ٢١ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥١ ص ١٦١) . أما إذا صدر الحكم من المحكمة المختلطة في غير حدود ولايتها فلا حجية له (نقض مدني ٢٢ يونية سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٥٤ ص ٦١٩) . وإذا صدر حكم من القضاء المختلط على خلاف حكم سابق صدر من القضاء الوطني ، فلا يجوز لمن كان خصماً محكوماً عليه في الدعوى الوطنية ولم يختصم أمام المحكمة المختلطة أن يتمسك بالحكم المختلط أمام القضاء الوطني في نزاع متفرع عن أصل النزاع الذي كسب الحكم الوطني السابق صدوره فيه حجية الشيء المحكوم به بالنسبة لذلك الخصم (نقض مدني ٢٢ يونية سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٣٤ ص ٢٤٠) .

وإذا صدر حكم من محكمة شرعية في حدود ولايتها كانت له الحجية أمام المحاكم المدنية (نقض مدني ٢ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٥ ص ١٨٩ — ١٧ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٥٢ ص ٦٧٥ — ٢٠ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٥٨ ص ٣٥٤ — استئناف مصر ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٤٢٩ ص ٨٧١ — استئناف مختلط ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٨١) ، وبالقدر الذي تكون المحكمة الشرعية قد فصلت فيه (نقض مدني ١١ مارس سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٤٣ ص ١١١) ، حتى لو كنت المحكمة الشرعية قد أخطأت في قضائها — مادامت هي المختصة أصلا — بأن لم تطبق أحكام معاهدة الإقامة بين مصر وتركيا (نقض مدني ١٩ مايو سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٢١ ص ٧٧٠) ، ولو كان اختصاص المحكمة الشرعية قائماً على تراضي الخصوم مادام أن هذا لا يتجافى مع طبيعة ولايتها (نقض مدني ٥ مارس سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٤٥ ص ٤١٥) ، ولا تلتزم المحكمة المدنية إلا بما قضت فيه المحكمة الشرعية وفصلت فيه فصلا حقيقياً (نقض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٣٢ ص ٦١٤ — ٢٣ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٨٦ ص ١٨٠) — أما إذا صدر الحكم من محكمة شرعية أو مجلس ملي في غير حدود الولاية فلا يكون الحكم حجة أمام المحكمة المدنية (نقض مدني ٢١ يونية سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ٢٠٠ ص ٤٥٤ — ٢٤ يناير سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٢٤ ص ٥٦٧ — ١٠ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٣ ص ٤٢ =

ويكون للحكم حجية الأمر المقضي إذا صدر من محكمة لها الولاية في إصداره ، حتى لو كانت هذه المحكمة غير مختصة [2] ، سواء رجع عدم الاختصاص إلى الموضوع أو رجع

= — ٢٨ فبراير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٤١ ص ١٠٨ — استئناف أهلي ٢٢ أبريل سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٩١ .

وإذا فصلت المحكمة المختلطة في ملكية قطعة أرض يتنازعها شخصان ، كان حكمها مانعاً للمحكمة الشرعية من سماع الدعوى مرة أخرى أمامها (المحكمة العليا الشرعية ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٤ المحاماة ٥ رقم ٢٣٧ ص ٢٨٣) .

والأحكام التي تصدر من جهات قضائية استثنائية كالبطرخانات لا حجية لها إلا فيما يتعلق بولايتها ، وذلك على الأقل بالنسبة إلى الجهات القضائية الأخرى (استئناف مختلط ١٧ مارس سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٣٧ — طهطا ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ١٠ رقم ٣٨٥ ص ٧٧٣) ، وهذا راجع إلى أن هذه الهيئات لا تملك في الأصل ولاية القضاء ، فإذا ما جاوزت حدود الاختصاص المرسومة لها فقدت كل أهلية للقضاء (إسكندرية الوطنية ٣١ يوليه سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٤ رقم ٢/٦٤ ص ١٣١) .

والقرارات الصادرة من لجان الإيجارات المشكلة بقانوني رقم ١٤ سنة ١٩٢١ و ١٦ سنة ١٩٢٢ لا تحوز حجية الأمر المقضي إذا تعدت الحدود الموضوعة لها في قانون إنشائها ، بل إن مثل هذه القرارات لا تكون مجرد أحكام باطلة صادرة من جهات غير مختصة ، وإنما تعتبر معدومة لصدورها من جهة لا ولاية قضائية لها فيما قضت به ، وتكون اللجان المذكورة بإصدارها تلك القرارات تعدت سلطة الشارع الذي أنشأها ، فهي معدومة بانعدام صفة القاضي وصفة الحكم (استئناف مصر دوائر مجتمعة ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٧٤ — استئناف مصر ٣١ يناير سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٥٤ — أسيوط الكلية ٣ مايو سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ٣٢) — وإذا فصلت لجنة مخالفات الري في أمر غير داخل في اختصاصها فلا يكون لحكمها حجية الأمر المقضي ، ويكون للمحاكم أن تفصل في الأمر من جديد إذا طرح النـــزاع عليها (مصر الكلية ٢ يناير سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ١١٢) .

(1) أنه وإن كان الاختصاص الولائي متعلق بالنظام العام ، وصدور حكم حائز لقوة الأمر المقضي من جهة قضائية غير مختصة ولائياً ، لا يجوز الحجية أمام محاكم الجهة القضائية الأخرى المختصة ، إلا أن ذلك الحكم يظل محتفظا بحجيته أمام جميع محاكم الجهة القضائية التي أصدرته إحدى محاكمها ، فلا يجوز المجادلة فيه أمامها ، بل يجب عليها أن تتقيد به ، لأن قوة الأمر المقضي تسمو على النظام العام .
(جلسة ١٩٨٠/١/٢٨ الطعن رقم ١٠٩ لسنة ٤٣ ق س ٣١ ص ٣١٢) .

(2) أ — إن للمحكمة المرفوعة إليها الدعوى متى كانت مختصة بنظرها إن تقدر دليل هذه الدعوى ، ولو كان هذا الدليل حكماً صادراً من محكمة أخرى ، فإذا تبين لها أن هذا الحكم قد صدر في حدود ولاية المحكمة التي أصدرته أثبتت له حجيته وأخذت به ، وإذا استبان لها أنه صدر من جهة لا ولاية لها في إصداره ، التفتت عنه وأهدرته إذ يعد معدوم الحجية أمام الجهة صاحبة الولاية .
(جلسة ١٩٧٤/١١/٢٦ الطعن رقم ١٨٩ لسنة ٣٩ ق س ٢٥ ص ١٢٨٦) .

ب — الحكم الصادر في الدعوى باعتبارها دعوى ملكية ومما تدخل في اختصاص المحاكم المدنية أياً كان سببها في حين أنها في جوهرها دعوى استحقاق في وقف يدور النـــزاع فيها حول معرفة من انحل عليه الوقف من أطراف الخصوم ، وهل كان بغير عوض ، فيصبح ما انتهى فيه الوقف ملكاً للواقف أم كان بعوض فيؤول إلى مستحقيه الحاليين ، وهي بهذا الوصف ما كانت تختص المحاكم الشـــرعية — قبل ألغـــائها

إلى المكان . فالحكم الصادر من محكمة مدنية تكون له حجية الأمر المقضي ولو كان المختص هو القضاء التجاري . كذلك الحكم الصادر من محكمة جزئية تكون له هذه الحجية ولو كان المختص هو المحكمة الكلية . ومن باب أولى يحوز حجية الأمر المقضي الحكم الصادر من محكمة كلية وهو من اختصاص محكمة كلية أخرى ، أو محكمة جزئية وهو من اختصاص محكمة جزئية أخرى [1] .

٣٥٣ – وبموجب سلطتها القضائية لا سلطتها الولائية : ثم إن المحكمة ذات الولاية يجب أن تكون قد أصدرت الحكم بموجب سلطتها القضائية (juridiction contentieuse) لا بموجب سلطتها الولائية (juridiction gracieuse).

ومعرفة ما إذا كان الحكم صادراً بموجب السلطة القضائية للمحكمة من مباحث قانون المرافعات . ولكن يمكن القول بوجه عام أن العبرة بطبيعة الموضوع الذي يصدر فيه أمر القاضي وطبيعة ما يجريه القاضي في إصداره ، فإن كان الأمر يتعلق بخصومة فيه بين طرفين فصل فيها فهو قضاء [1] ، وإلا فهو أمر ولائي [1] .

– = = بالنظر فيه طبقاً للمادة الثامنة من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والفقرة الأخيرة من المادة الثامنة من القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بعد تعديله بالقانون رقم ٣٩٩ لسنة ١٩٥٣ – هذا الحكم لا يحوز قوة الشيء المحكوم فيه لصدوره من محكمة لا ولاية لها . وإذا اعتد الحكم المطعون فيه بهذا الحكم ورتب عليه عدم جواز نظر الدعوى المرفوعة بالاستحقاق في الوقت لسابقة الفصل فيها ، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه .

(جلسة ١٩٦٤/٥/٢٧ أحوال شخصية الطعن رقم ٦ لسنة ٣٢ ق س ١٥ ص ٧٢١) .

ج – متى كان الحكم صادراً من محكمة خارج حدود ولايتها ، فإن قبوله أو تنفيذه ليس من شأن أيهما أن يسبغ عليه قوة الأمر المقضي ، بل إن هذا الحكم يعتبر كأنه لم يكن بحيث يكون للمحكمة ذات الولاية إذا ما رفع إليها النـــزاع أن تنظر فيه كأنه لم يسبق عرضه على القضاء .

(جلسة ١٩٥٠/٢/٢٢ الطعن رقم ١٤٢ و ١٣٨ لسنة ١٦ ق) .

(١) الحكم الصادر من محكمة ذات ولاية ، ولكن غير ذات اختصاص محلي أو موضوعي ، يحوز حجية الأمر المقضي : استئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٦٣ – ٢٢ يناير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٤٣ – ٢ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٥ – ٦ أبريل سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٢٨ – ٢٢ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٤٩ – ٢ يونية سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٨٠ – ٩ فبراير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢١٩ – ٢٥ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٠٩ – ١٤ يونية سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٢٧ – ٢١ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٨٢ . قارن الأستاذ أحمد نشأت ٢ فقرة ٦٣٣ ص ٩٠ وأنظر الأستاذ سليمان مرقس فقرة ١٧٧ ص ٣٠٥ – ص ٣٠٦ .

(1) أمر الأداء النهائي بإلزام المشترى بباقي الثمن هو بمثابة حكم حاز قوة الأمر المقضي مانع من العودة إلى مناقشة مسألة أحقية البائع لباقي الثمن الذي أصبح حال الأداء بأية دعوى تالية بأدلة قانونية أو واقعية لم تسبق إثارتها قبل صدوره انتهائيا أو أثيرت ولم تبحث فعلا لعدم انفتاح بحثها .

(جلسة ١٩٧٤/٢/١١ مجموعة المكتب الفني السنة ٢٥ ص ٣٢٧) .

فالتصديق على الصلح [٢] [1] ، وإجراء القسمة قضائيا ، والتصديق على القسمة إذا كان بين الشركاء غائب أو كان بينهم من لم تتوافر فيه الأهلية (م ٨٤٠ مدني) [٣] ، وتصديق المحكمة على الحساب الذي يقدمه الأوصياء والقوام [٤] ، كل هذا أوامر تصدر من

---

(١) الأستاذ محمد حامد فهمي في المرافعات فقرة ٢٤ — ويذهب الأستاذ عبد الحميد أبو هيف (المرافعات فقرة ٩٥) إلى أن الأمر الولائي هو ما تصدره المحكمة بناء على طلب طرف دون أن تستدعي الطرف الآخر لسماع أقواله .

(٢) استئناف ٦ يناير سنة ١٩٢٠ المحاماة ١ رقم ٩٣ ص ٤٧٠ — وقارن استئناف مختلط ٢٢ مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٣٩ — أنظر الأستاذ عبد السلام ذهني في الأدلة جزء ٢ ص ١٥٧ — ص ١٦١ .

(1) القاضي وهو يصدق على محضر الصلح لا يكون قائما بوظيفة الفصل في خصومة لأن مهمته تقتصر على إثبات ما حصل أمامه من اتفاق ، ولا يعدو هذا الاتفاق أن يكون عقداً ليس له حجية الشيء المحكوم فيه ، إلا أن المادة ٥٥٣ من القانون المدني نصت على أن تنحسم بالصلح المنازعات التي يتناولها ويترتب عليها انقضاء الحقوق والادعاءات التي نزل عنها أي من المتعاقدين نزولا نهائياً ، مما مؤداه أنه إذا انحسم النـــزاع بالصلح ، لا يجوز لأي من المتصالحين أن يجدد هذا النـــزاع لا بإقامة دعوى به ولا بالمضي في الدعوى التي كانت مرفوعة،مما حسمه الطرفان صلحاً .
(جلسة ١٩٧٩/٤/٥ الطعن رقم ١١٣ لسنة ٤٦ ق س ٣٠ العدد الثاني قاعدة ١٩١) .
(جلسة ١٩٨٤/٥/٩ الطعنان رقما ١٨١٠ لسنة ٥٠ ق ، ٣٩٣ لسنة ٥٢ ق) .
(جلسة ١٩٨٥/٤/٢٨ الطعن رقم ١٦٩٤ لسنة ٤٩ ق) .

(٣) بني سويف استئنافي ١٢ فبراير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٦٤ . ولكن الحكم بإنهاء الشيوع عن طريق القسمة يحوز حجية الأمر المقضي (اســـتئناف مختلط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١١٢) .

(٤) وقد قضت دائرة النقض الجنائية بأن تصديق المجلس الحسبي على الحساب الذي يقدمه إليه الوصي لا يعد حكماً حائزاً لحجية الأمر المقضي ، ولا يمنع ذوي الشأن من الطعن في صحة هذا الحساب أمام المحاكم الأهلية (نقض جنائي ١١ مايو سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ٢/٨٨ — أنظر أيضاً : استئناف مصر ٢ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٥٣ ص ٧١١) — وقضت محكمة النقض بأن ما يثار عادة من أن قرارات المجالس الحسبية في مسائل الحساب تحوز حجية الأمر المقضي أو لا تحوز إنما هي إثارة بحث لا محل له . ذلك بأن المجالس الحسبية لا تصدر أحكاماً بالمنازعة حتى تكون لها حجية الأمر المقضي أو لا تكون ، وإنما هي عقب فحصها للحساب ، إذا ما قررت اعتماده ، فإن اعتمادها يكون تتميماً لاتفاق رسمي بين عديم الأهلية الحالة هي محله بقوة القانون من جهة وبين وليه من جهة أخرى . وهذا الاتفاق هو وحده الذي يحتج به كل طرف من طرفيه على الآخر ككل العقود والاتفاقات . أما نتيجة هذا الاتفاق ، إذا كانت موجبة لدين على عديم الأهلية أو على وليه ، فإن هذا الدين إذا لم يسدد ودياً من أحدهما للآخر ، فالمحاكم العادية هي التي تحكم به تنفيذاً لذلك الاتفاق (نقض مدني ٥ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣٠٦ ص ٩٥٧) . ولكن متى اعتمدت المحكمة الحسبية الحساب ، فقد تم الاتفاق الرسمي بين ناقص الأهلية ونائبه ، ولا يجوز للمحكمة الحسبية أن ترجع في اعتمادها إلا إذا ظهرت أسباب جديدة تسوغ هذا الرجوع. وقد قضت محكمة النقض بأن ليس للمجلس الحسبي ، بعد أن ينظر عمل الوصي ويجيزه ، أو يفحص الحساب ويعتمده ، أن يرجع عما قرره ، ما لم تظهر أسباب جديدة تسوغ ذلك (نقض مدني ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٨٥ ص ٢٩٣) .

المحكمة بموجب سلطتها الولائية فلا تحوز حجية الأمر المقضي [1] ، وذلك ما لم تفصل في خصومة بين طرفين [2] . فإذا فصلت المحكمة في المنازعات التي قد تعترض دعوى القسمة (م ٨٣٨ مدني) ، فهذا فصل في خصومة يحوز حجية الأمر المقضي . أما التصديق على الصلح مع المفلس (concordat) فقد كانت محكمة الاستئناف المختلطة تميل إلى اعتباره منطويا على فصل في خصومة ، فيحوز حجية الأمر المقضي [3] .

والحكم بتعيين وصي أو قيم في غير خصومة [4] ، وإقامة ناظر الوقف في غير خصومة كذلك ، كل هذه أوامر ولائية لا تحوز حجية الأمر المقضي . أما الحكم بتوقيع الحجز فهو قطعي يحوز حجية الأمر المقضي [5] .

---

(1) القرار الصادر بحفظ مادة الحساب المعروضة على المحكمة لعدم وجود قصر — لبلوغهم سن الرشد — لا يعد قضاءاً فاصلا في الحساب المقدم من الطاعن عن مدة وصايته على القصر ، يمنع من العودة إلى الفصل في تلك المادة ، بل هو قرار ولائي لا يمسه الحساب الذي بقي معلقاً لم يقض فيه، وهو بهذه المثابة يجوز العدول عنه. (جلسة ١٩٦٨/٢/١٤ مجموعة المكتب الفني السنة ١٩ ص ٢٩٧) .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الأحكام التي تصدر بالتصديق على اتفاقات الخصوم (jugement d'expédient) نوعان . نوع تقتصر المحكمة فيه على إثبات الاتفاق الذي تم بين الخصمين . ونوع تستند فيه المحكمة إلى هذا الاتفاق للفصل في الخصومة المطروحة أمامها ، فتتبنى اتفاق الخصمين ، ومن ثم يجوز الاتفاق حجية الأمر المقضي . أما النوع الأول الذي تقتصر فيه المحكمة على إثبات الاتفاق ، فكل ما ينطوي عليه أن الخصمين اتفقا على صلح يحسم الخصومة ، فأضفت المحكمة على هذا الصلح صفة الرسمية ، وأكسبته القوة التنفيذية ، شأنها في ذلك شأن الموثق ، فلم تفصل المحكمة في خصومة ، وإنما أثبتت اتفاقاً تم ، فلا يقبل مثل هذا الحكم استئنافاً (استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٨٢) . قارن مع ذلك بودري وبارد ٤.فقرة ٢٦٦٩ حيث لا يميزان بين حكم فصل في خصومة وحكم اقتصر على إثبات الاتفاق ، فكلا الحكمين يحوز حجية الأمر المقضي . وأنظر بيدان وبرو ٩ فقرة ١٣٤١ ص ٩٣٨ — ص ٩٣٩ حيث يميزان بين الأحكام المصدقة على اتفاقات الخصوم والتي تفصل في الخصومة (jugements d'expédient) وبين العقود القضائية (contrats judiciaries) التي تقتصر فيها المحكمة على إثبات اتفاقات الخصوم .

(٢) استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٦٨ — ١٨ يونية سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٧٤ .

(٣) وقد قضت محكمة استئناف أسيوط بأن الحكم بتعيين قيم ليس حكماً صادراً من المحكمة باعتبارها سلطة قضائية قاطعة في خصومة معينة ، بل هو صادر منها بما لها من حق الولاية العامة في حدود سلطتها الإدارية ، ومثل هذه الأحكام لا تحوز حجية الأمر المقضي ولا تستأنف (١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ٢٠ ص ٢٦) . وأنظر في حجية قرارات المجالس الحسبية : المجلس الحسبي العالي ٤ فبراير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٢١٠ ص ٢٧٨ — ٢٥ مايو سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ١٦ ص ٢٣ — ٣١ يناير سنة ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٣٣٨ ص ٥٠٠ — استئناف مصر ١١ فبراير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٣١ ص ٨٣ .

(٤) استئناف مختلط ١٢ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١١٠ .

والإذن للأوصياء والقوام في مباشرة التصرفات [١] ، والإذن في استبدال الوقف [٢] ، لا يعتبر أي منهما حكماً قضائياً ، بل هو أمر ولائي لا يحوز حجية الأمر المقضي ، إذ هو لا يفصل في خصومة بل يمكن من إجراء تصرف معين . وكذلك الحكم برسى المزاد ليس إلا إجراء تصرف في العين التي رسا فيها المزاد، فهو أمر ولائي لا يحوز حجية الأمر المقضي [٣].

والأمر الصادر من رئيس المحكمة بإعطاء الدائن حق اختصاص بعقارات مدنية ، وقائمة التوزيع بين الدائنين في غير ما يفصل فيه من مناقضات ومعارضات [٤] ، كل هذه أوامر ولائية لا تحوز حجية الأمر المقضي .

كذلك تعتبر أوامر ولائية لا تحوز حجية الأمر المقضي قرارات لجان المعافاة من الرسوم القضائية [٥] ، وأوامر رئيس محكمة القضاء الإداري بتقصير المواعيد . أما حكم محكمة القضاء الإداري بوقف تنفيذ أمر إداري [1] ، وكذلك حكم محكمة النقض بوقف تنفيذ حكم نهائي ، فهذا فصل في خصومة يحوز حجية الأمر المقضي .

المطلب الثاني

حكم قطعي

٣٥٤ – الحكم القطعي والحكم النهائي : لا تكون حجية الأمر المقضي إلا لحكم قطعي [٦] [1] (jugement definitif)، وهو الحكم الصادر في الموضوع بالبت

---

(١) وقد تقدم أنه لا يجوز للمحكمة الحسبية بعد أن تنظر في عمل الوصي وتجيزه أن ترجع فيما قررته ما لم تظهر أسباب جديدة تسوغ ذلك (نقض مدني ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٨٥ ص ٢٩٣).

(٢) ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن إذن المحكمة الشرعية في استبدال الوقف له حجية الأمر المقضي (استئناف مختلط ٤ يونية سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣٣٧) ، وهي تقصد بذلك أن هذا الإذن لا يجوز الرجوع فيه ، كما لا يجوز الرجوع في العقد لا في الحكم .

(٣) استئناف أسيوط ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ ص ٦١ – قارن استئناف مختلط ١٧ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٢٣ .

(٤) أوبر ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ هامش رقم ٧ .

(٥) طنطا استئنافي ٢٦ يونية سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٩٨ ص ١٠٩٨ .

(1) المقرر وفقا لنص المادة ٥٠ من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ أن حكم محكمة القضاء الإداري قابل للتنفيذ رغم الطعن عليه ، وأن الأحكام الصادرة بالإلغاء وفقاً للمادة ٥٢ من ذات القانون المشار إليه حجة على الكافة .
(جلسة ١٩٩١/٧/١٠ الطعن رقم ١٢٩ لسنة ٥٥ ق) .

(٦) استئناف مصر ٢٤ فبراير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٤٣٠ ص ٨٥٦ .

فيه ، ولو كان حكماً ابتدائياً غيابياً قابلا للطعن فيه بالمعارضة وبالاستئناف . ولا ضرورة ، حتى تكون للحكم حجية الأمر المقضي ، أن يصبح الحكم القطعي حكماً نهائياً (jugement passé en force de chose jugée) ، باستنفاده لطرق الطعن العادية من معارضة واستئناف . فالحجية تثبت للحكم الغيابي ثبوتها للحكم الحضوري ، وللحكم الابتدائي ثبوتها للحكم النهائي [1] [2] ، وتثبت للحكم النهائي حتى لو طعن فيه بالنقض أو بالتماس إعادة النظر . وقد سبق أن أشرنا إلى وجوب التمييز بين حجية الحكم (autorité) ونهائيته (irrévocabilité) ، فالنهائية لا شأن لها بالحجية ، بل هي تتصل بقابلية الحكم للتنفيذ [2] .

---

(1) أ - الأحكام القطعية – موضوعية أو فرعية – ولو كانت باطلة أو مبنية على إجراء باطل . عدم جواز العدول عنها من ذات المحكمة التي أصدرتها .
(جلسة ١٩٩٢/٣/٤ الطعن رقم ٢٢٧٥ لسنة ٥٦ ق) .
ب - من المقرر أنه بصدور الحكم يمتنع على المحكمة التي أصدرته العدول عما قضت به ، ويعمل بهذه القاعدة بالنسبة لسائر الأحكام القطعية – موضوعية كانت أو فرعية – أنهت الخصومة أو لم تنهيها – حتى يخرج النزاع من ولاية المحكمة يتعين أن تكون قد فصلت فيه صراحة أو ضمناً ، ويستوي أن يكون حكمها صحيحاً أو باطلا أو مبنياً على إجراء باطل ، ذلك لأن القاضي نفسه لا يسلط على قضائه ولا يملك تعديله أو إلغاؤه إلا إذا نص القانون على ذلك صراحة ، ولا يغير من هذا النظر ما تقضي به المادة ١٩٥ من قانون المرافعات التي استند إليها الحكم المطعون فيه تبريراً لقضائه ، لأن مؤدى هذا النص ، أنه يجوز للقاضي أن يصدر أمر على عريضة مخالفاً لأمر سابق ، على أن يذكر الأسباب التي اقتضت إصدار لأمر جديد وحكمها بذلك يكون مقصوراً على الأوامر تحلى عرائض .
(جلسة ١٩٧٨/١١/٢٨ الطعن رقم ١٧٧ لسنة ٤١ ق س ٢٩ ص ١٧٩٨) .

(١) قارن استئناف مختلط ٢٦ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٩٥ (حيث ينكر على الحكم حجية الأمر المقضي إذا كان قابلا للاستئناف) و ١٣ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١١٣ – ١٤ يونية سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٢٧ .

(2) إذا كانت محكمة الدرجة الأولى قد عرضت في أسباب حكمها بندب خبير في الدعوى للخلاف الذي قام بين الطرفين على أسس وقواعد تصفية الحساب بينهما ، وقطعت في أن مركز الطرفين قد تحدد وتصفى في تاريخ عينته ، ولم يطعن الخصوم على حكمها بالاستئناف في هذا فإنه ليس لهذه المحكمة بعد ذلك أن تعيد بحث هذه المسألة لاستنفاد ولايتها بالفصل فيها ، ويتعين لذلك على محكمة الاستئناف أن تتقيد بهذا القضاء بغير حاجة إلى الدفع أمامها بقوة الأمر المقضي بعد أن أصبح هذا القضاء نهائياً بعدم استئنافه .
(جلسة ١٩٧٢/٥/٣٠ الطعن رقم ٣٩١ لسنة ٣٧ ق س ٢٣ ص ١٠٤٢) .
(جلسة ١٩٦٧/٤/٢٧ الطعن رقم ٥٨ لسنة ٣٤ ق س ١٨ ص ٩١٨) .

(٢) ومع ذلك فقد كانت المادة ٢٩٧/٢٣٢ من التقنين المدني السابق تخلط بين الشيئين . أنظر أيضاً المادة ٤٠٥ من التقنين المدني حيث ورد فيها " قوة الأمر المقضي " بدلا من " حجية الأمر المقضي " ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

٣٥٥ – متى يثبت للحكم القطعي حجية الأمر المقضي : وكل حكم قطعي بت في الخصومة يحوز حجية الأمر المقضي . فالحكم القطعي الصادر في الموضوع بالبت فيه ، كله أو بعضه [١] ، تكون له هذه الحجية . كذلك تثبت الحجية للحكم القطعي الذي يبت في الدفع ، سواء كان الدفع موضوعياً أو شكلياً ، كالحكم بعدم الاختصاص وبعدم قبول الدعوى وبعدم جواز نظر الدعوى وببطلان صحيفة الدعوى . وتثبت الحجية كذلك للحكم القطعي الذي يبت في نزاع يتصل بإجراءات الدعوى ، كالحكم بسقوط الخصومة وبانقضائها بمضي المدة وبتركها وباعتبار الدعوى كأن لم تكن [٢] [1]

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قضي الحكم للمدعى ببعض طلباته ، فطعن في قضائه برفض البعض الآخر، وقبل المدعى عليه الحكم و لم يطعن فيه ، ثم قضي بقبول الطعن ونقض الحكم ، فإن هذا النقض هو نقض جزئي لا يتناول ما كان قضي الحكم بإجابته من طلبات الطاعن ، ولذلك لا يجوز لمحكمة الإحالة أن تعيد النظر في هذا البعض من الطلبات (نقض مدني ٨ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٩٧ ص ٥٨٨) . أنظر أيضاً : نقض مدني ٢٠ يونية سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٨٨ ص ٨٧٤ — ٨ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥٤ ص ٥١٥ وتعليق الأستاذ محمد حامد فهمي ص ٥١٦ .

كذلك يعتبر بتاً في بعض الدعوى القضاء بقيام المسئولية وإحالة الدعوة إلى التحقيق أو إلى خبير لتقدير قيمة الضرر ، فيكون للحكم حجية فيما يتعلق بثبوت المسئولية . وإذا قضي الحكم بأحقية المدعى للنفقة ، وأحلت القضية لتحديد قيمة النفقة في جلسة أخرى ، حاز الحكم حجية الأمر المقضي فيما يتعلق بأحقية المدعى للنفقة (استئناف مختلط ٢٦ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٥٧) .

(٢) ويقول الأستاذ محمد حامد فهمي في كتابة المرافعات (فقرة ٦١٤) : " الحكم القطعي هو الذي يفصل في جملة النـــزاع أو في جزء منه أو في مسألة متفرعة عنه فصلا حاسماً لا رجوع فيه من جانب المحكمة التي أصدرته ، كالحكم للمدعى بطلباته أو الحكم عليه برفضها ، والحكم في الدفع بعدم الاختصاص أو الدفع بانقضاء الحق بالتقادم أو بسقوط الدعوى أو بعدم جواز الإثبات بالبينة والحكم في طلب رد القضاة أو طلب دخول خصم ثالث أو طلب وقف الدعوى انتظاراً للفصل في مسألة أولية من محكمة أخرى والحكم في دعوى التزوير الفرعية . ذلك بأن كلا من هذه الأحكام (وأمثالها) يحسم النـــزاع في موضوع الدعوى أو في بعض منه ، أو يقطع — في مسألة فرعية — نزاعاً يعتبر في هذا الصدد مستقلا وقائماً بذاته " .

ويعتبر الحكم بتوجيه اليمين الحاسمة قطعياً يحوز حجية الأمر المقضي (استئناف مختلط ٣ يونية سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٨٦) — ويعد حكماً قطعياً حائزاً لحجية الأمر المقضي الحكم في المعارضات في تنبيه نزع الملكية وفي قوائم التوزيع (استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٠٤ — ١٨ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٤٦ — ١٨ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٦٢ — ١٨ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٣٤ — ١٣ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٤٨ — ٢٦ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٨١) .

(1) أ – القضاء القطعي الوارد في أسباب الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع والمرتبطة بمنطوقه يحوز قوة الأمر المقضي ويكون من المتعين نقض الحكم الصادر من نفس المحكمة في الموضوع على خلاف ذلك القضاء السابق .

(جلسة ١٩٥٦/٣/٢٩ الطعن رقم ٣٧٨ لسنة ٢٢ ق س ٧ ص ٤٣٠) .

ولكن هناك أحكاماً قطعية لا تبت في الخصومة على وجه حاسم ، فهذه لا تحوز حجية الأمر المقضي . مثل ذلك الأحكام التهديديه (jugements comminatoires) ، فالحكم بغرامة تهديديه (astreintes) لا يحوز حجية الأمر المقضي ، إذ أن الغرامة التهديديه تجوز إعادة النظر فيها بالزيادة أو الإنقاص أو الإلغـــاء (م ٢١٣ و ٢١٤ مدني) [١] . ومثل ذلك أيضاً الحكم برفض الدعوى بالحالة التي هي عليها ، فإنه لا يحوز الحجية إذ هو لم ينه النـــزاع على وجه حاسم ، وإن كانت له حجية فهي حجية مقصورة على الحالة التي كانت عليها الدعوى حين رفعها أول مرة [١] ، فيجوز رفع الدعوى من جديد بعد تصحيح هذه الحالة أو تغيرها [٢] . كذلك الحكم بإخراج خصم من الدعوى، أو بعدم قبول تدخله ،

= ب – إذا قضت المحكمة بعدم اختصاصها نوعيا وبإحالة النـــزاع على محكمة أخرى ترى أنها مختصة بنظره و لم يطعن في هذا الحكم ممن يرى خلاف هذا النظر بل قبله بتنفيذه وإبداء دفاعه الموضوعي أمام محكمة الإحالة ، فإن هذا الحكم الصادر في الاختصاص يحوز حجية الشيء المقضي فيه ، بحيث يمتنع إثارة عدم اختصاص المحكمة المحال عليها النـــزاع لأن محل ذلك إنما كان عن طريق استئناف الحكم الصادر بعدم الاختصاص والإحالة .

(جلسة ١٩٥٦/٣/٢٢ مجموعة المكتب الفني السنة ٧ ص ٣٨٢) .

ج – متى كان الحكم بإحالة الدعوى إلى التحقيق ، قد أجاز إثبات الصورية المطلقة بالبينة وحسم النـــزاع بين طرفي الخصومة على وسيلة الإثبات بعد أن تجادلا بشأنها ، فقد حاز هذا القضاء حجية الأمر المقضي في خصوص جواز إثبات تلك الصورية مما لا يدع مجالا للعدول عن الحكم في هذا الشق القطعي منه ، ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذا طرح الحكم الصادر بالإحالة إلى التحقيق ، يكون قد خالف القانون بمخالفته حجية الأمر المقضي بما يستوجب نقضه .

(جلسة ١٩٦٢/٢/٢٥ الطعن رقم ٣٥٤ لسنة ٢٦ ق س ١٣ ص ٢٧٩) .

(١) استئناف مصر ٦ مارس سنة ١٩٢٤ المحاماة ٤ ص ٦٤٦ – الإسكندرية الكلية الوطنية ١٦ يناير سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٦ ص ١٤٧ – اســـتئناف مختلـــط ١٨ أبريل ســـنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٦٦ .

(1) الحكم برفض الدعوى بالحالة التي هي عليها يكون له حجية موقوتة تقتصر على الحالة التي كانت عليها الدعوى حين رفعها أول مرة وتحول دون معاودة طرح النـــزاع من جديد متى كانت الحالة التي انتهت بالحكم السابق هي بعينها لم تتغير ، ولما كان الثابت أن المطعون عليه الأول أقام الدعوى الماثلة على مورث الطاعنين بذات الطلبات في الدعوى السابقة ، والتي قضي فيها بعدم قبولها بحالتها – دون أن يطرأ تغييراً على ظروف الدعوى وكان الحكم المطعون فيه قد رفض الدفع بعدم جواز نظر الدعوى تأسيساً على مجرد القول بأن الحكم السابق ليست له حجية في الدعوى الحالية لأنه لم يفصل في موضوعها ، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون .

(جلسة ١٩٧٧/٤/٥ الطعن رقم ٣٦ لسنة ٤٣ ق س ٢٨ ص ٨٩٧) .

(٢) استئناف مصر ٢٤ فبراير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ ص ٨٥٦ – مصر الكلية الوطنية ٢٠ يوليه سنة ١٩٣٠ المجلة القضائية ٣٢ ص ١٠ – بني سويف الجزئية ٨ فبراير سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٩ ص =

هذه الحالة أو تغيرها [1] . كذلك الحكم بإخراج خصم من الدعوى، أو بعدم قبول تدخله ، لا يحوز حجية الأمر المقضي في موضوع الدعوى ، لأنه لم يبت في هذا الموضوع أصلا ، بل اقتصر على البت في رفض اشتراك شخص معين في خصومة قائمة ، والحكم بذلك لا يمنع هذا الشخص من رفع دعوى مستقلة بطلباته دون أن يدخل في الخصومة التي حكم برفض اشتراكه فيها [2] .

بأن الحكم السابق ليست له حجية في الدعوى الحالية لأنه لم يفصل في موضوعها ، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون .

(جلسة ١٩٧٧/٤/٥ الطعن رقم ٣٦ لسنة ٤٣ ق س ٢٨ ص ٨٩٧) .

(١) استئناف مصر ٢٤ فبراير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ ص ٨٥٦ — مصر الكلية الوطنية ٢١ يوليه سنة ١٩٣٠ المجلة القضائية ٣٢ ص ١٠ — بني سويف الجزئية ٨ فبراير سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٩ ص = = ٢٢٥ — استئناف مختلط ١٤ نوفمبر سنة ١٨٩٤ م ٧ ص ١٧ — ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٤٥ . ولكن قارن أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٠٠ وهامش رقم ١٣ .

ومن أمثلة رفض الدعوى بالحالة التي هي عليها أن ترفع الدعوى من غير ذي صفة ، فيحكم بعدم قبولها، وتقبل بعد ذلك إذا رفعت من ذي الصفة . كذلك قد ترفع الدعوى من شخص لم تحصل على الأذن اللازم من محكمة أحوال شخصية ولاية على المال مثلا ، فترفض الدعوى في الحالة التي هي عليها حتى يحصل المدعي على الإذن. وقد ترفع الدعوة أمام محكمة القضاء الإداري بإلغاء قرار إداري لم يصدر بعد ، فترفض الدعوى لرفعها قبل الأوان .

(٢) استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٠٠ — هذا وإذا لم تفصل المحكمة في أحد الطلبات، وكان الحكم خالياً من التعرض لهذا الطلب بالرفض أو القبول ، سواء في أسبابه أو في منطوقه، جاز أن ترفع به دعوى جديدة ، ولا محل للتمسك بحجية الأمر المقضي (استئناف أسيوط ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٧) — وقضت محكمة النقض بأن ما لم تنظر فيه المحكمة بالفعل لا يمكن أن يكون موضوعاً لحكم يحوز حجية الأمر المقضي . فإذا كانت المحكمة التي نظرت في دعوى إثبات البدل في أرض قد قالت في أسباب حكمها إن ما أثاره أحد المتبادلين من نزاع في ملكية المتبادل الآخر لما بادل به ليس محله دعوى إثبات التعاقد ، ثم قضت بإثبات البدل بناء على تسليم طرفيه بوقوعه ، فإن حكمها هذا لا يحول دون النظر في ذلك النـزاع نفسه بدعوى أخرى تقام بفسخ عقد البدل . وكذلك تفريعاً على هذا الأصل إذا كانت المحكمة في دعوى الضمان الفرعية قد قالت في أسباب حكمها إن الدعوى المذكورة ليست صالحة للنظر فيها ، وحكمت في منطوقه برفضها بحالتها ، فأن حكمها هذا — وهو ليس إلا حكماً مؤقتاً — لا يمكن أن يحول دون النظر فيما أثير في الدعوى من وجوه النـزاع (نقض مدني ٢٦ فبراير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٧٣ ص ٥٤٧) — وقت أيضاً بأنه إذا طلب المدعى عليه احتياطياً الحكم بالمبلغ المطالب به هو على شخص بصفته ضامنا له ، فقضت المحكمة برفض هذا الطلب لعدم توجيه دعوى الضمان توجيهاً صحيحاً ، فقضاؤها بذلك لا يمكن أن يحوز حجية الأمر المقضي بالنسبة إلى موضوع الطلب ، إذ الحكم لم يتعرض الفصل فيه (نقض مدني ٩ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٧٣ ص ١٥٩) .

٣٥٧ – الأحكام التحضيرية : وهي أحكام تسبق الحكم في الموضوع تحضيراً لهذا الحكم ، دون أن تبين رأي المحكمة في نقطة النـــزاع . وذلك كالحكم بتعيين خبير لمعاينة محل النـــزاع [1] ، أو الحكم بانتقال المحكمة إلى محل النـــزاع ، أو الحكم بالإحالة على التحقيق [2] . مثل هذه الأحكام لا تكون لها حجية الأمر المقضي ، بل يجوز للمحكمة العدول عنها بعد إصدارها وقبل تنفيذها ، وإذا هي نفذتها لم تتقيد بالنتيجة التي أدت إليها .

٣٥٨ – الأحكام التمهيدية : وهي أحكام تسبق الحكم في الموضع تمهيداً لهذا الحكم ، وتبين رأي المحكمة في نقطة النـــزاع . وذلك كالحكم بتعيين خبير لتقدير الضرر

---

(1) أ – متى كانت المحكمة قد قصدت بندب الخبير مجرد استظهار وجه المصلحة في إقامة الدعوى بعد أن دفع المطعون ضده بانتفاء هذه المصلحة ، ولم تفصل على وجه قطعي في حكمها القاضي بندب هذا الخبير في أي نقطة من نقط النـــزاع ، فلا تكون لهذا الحكم حجية في خصوص تقرير مسئولية المطعون ضده عن التعويض المطالب به – تأسيساً على غصبه قطعة الأرض موضوع النـــزاع وانفراده بالتبرع بها – تلتزم بها المحكمة بعد تنفيذه .

(جلسة ١٩٦٥/١/١٤ الطعن رقم ١١٥ لسنة ٣٠ ق س ١٦ ص ٥٨) .

ب – إذا كان الحكم الصادر بندب مكتب الخبراء قد وقف عند حد إيراد القاعدة القانونية التي تقضي بالنسبة لفسخ عقود التأمين عامة وعند تأخر المؤمن له في سداد أقساط التأمين رجوب قيام المؤمن بإعذاره، وأضاف الحكم بأنه توصلا لاستجلاء الحقيقة تناضل فيه طرفا الدعوى حول قيام عقد التأمين أو انتهائه بانقضاء مدته ، ندبت المحكمة مكتب الخبراء ، وإذ لا يتضمن هذا القضاء فصلا في الموضوع أو في شق منه ، وكان قد استبان للمحكمة – عند الفصل في الموضوع – من التقرير الذي قدمه الخبير الذي أخذت به أن العقد قد انتهى بانقضاء مدته وأنه لا محل بالتالي لتطبيق القاعدة القانونية سالفة الذكر ، فإنه لا يصح القول بأن المحكمة في قضائها برفض الدعوى قد خالفت حجية حكم سابق .

(جلسة ١٩٧٠/٤/٢٨ الطعن رقم ٥٥ لسنة ٣٦ ق س ٢١ ص ٧٠٩) .

ج – الحكم الصادر بإحالة الدعوى إلى التحقيق وقضي مما تنازع عليه الخصوم حول صحة الإعلان وبطلانه ، فإنه لا تثبت لهذا الحكم حجية .

(جلسة ١٩٥٨/٥/١ مجموعة المكتب الفني السنة ٩ ص ٣٨٢) .

(2) أ – المقرر في قضاء محكمة النقض أن حكم الإثبات لا يجوز قوة الأمر المقضي طالما أنه لم يفصل بوجه قطعي في مسألة ما ، ويجوز للمحكمة أن تعدل عنه ، كما يجوز بعد تنفيذه ألا تأخذ بما انتهى إليه .

(جلسة ١٩٦٥/٦/٣ الطعن رقم ٢٦٥ لسنة ٣٠ ق س ١٦ ص ٦٨٠) .

(جلسة ١٩٦٩/٦/٢٦ الطعن رقم ٣٥٣ لسنة ٣٥ ق س ٢٠ ص ١٠٩٠) .

(جلسة ١٩٨٤/٢/٢١ الطعن رقم ١٠١٨ لسنة ٥٠ ق) .

ب – إذا صدر حكم بوقف السير في الدعوى مع تكليف الورثة برفع النـــزاع إلى القضاء الشرعي المختص في خلال أجل معين ، فإن هذا الحكم في شقه الأخير لا يعدو أن يكون حكماً تحضيرياً لا يحوز بطبيعته قوة الأمر المقضي ولا يكسب الخصم حقاً يصح التمسك به ، فيجوز العدول من المحكمة التي أصدرته .

(جلسة ١٩٥٩/٢/٥ الطعن رقم ٧٩ لسنة ٢٤ ق س ١٠ ص ١١٩) .

الذي أصاب المدعى ، أو بإحالة القضية على التحقيق لإثبات وقوع الفعل الموجب للمسئولية ، فإن المحكمة إذا قضت بذلك قبل أن تقضي في قيام المسئولية ذاتها تكون ، دون أن تقطع في قيام المسئولية ، قد كشفت عن ميلها للقضاء بذلك ، ومن أجل هذا عينت خبيراً لتقدير الضرر أو أحالت القضية على التحقيق لإثبات وقوع الفعل الموجب للمسئولية [1] .

وكان الأمر في تقنين المرافعات السابق أن الحكم التمهيدي ، إذا أصدرته المحكمة من تلقاء نفسها دون طلب أحد من الخصوم ، فلا تكون له حجية الأمر المقضي ، ويجوز للمحكمة العدول عن تنفيذه . أما إذا كان صادراً بناء على طلب أحد الخصوم ، فإنه يعتبر قد فصل في أمر متنازع فيه، وتثبت له الحجية ، فلا يجوز للمحكمة العدول عن تنفيذه [1]. على أنه إذا نفذ في الحالتين لم يقيد المحكمة بالنتيجة التي أدى إليها [1] .

---

(1) أ – إذا صدر حكم بندب خبير في دعوى تعويض عن زيادة الاستهلاك في عين مؤجرة ، ثم حكم في الموضوع برفض الدعوى ، فاستأنف المؤجر هذا الحكم ، فإنه بذلك يغني المستأجر عن استئنافه ويبقى حقه في الدفع بعدم مسئوليته عن التعويض قائما طبقا للمادة ٤٠٤ مرافعات ، ويكون الحكم المطعون فيه غير صحيح في القانون إذ قرر أن الحكم القاضي بندب الخبير حاز قوة الأمر المقضي من حيث المسئولية تأسيساً عن أن المستأجر لم يرفع عنه استئنافا وذلك متى كان هذا الحكم غير منه للخصومة في خصوص المسئولية .
(جلسة ١٩٥٦/٦/١٢ الطعن رقم ٢٠٥ لسنة ٢٢ ق س ٧ ص ٦٨) .

ب – الحكم الذي يجيز الإثبات بطريق معين من طرق الإثبات ، لا يحوز حجية الأمر المقضي في خصوص جواز الإثبات بهذا الطريق إلا إذا كان قد حسم النـــزاع بين الخصوم على وسيلة الإثبات بعد أن تجادلوا في جوازها أو عدم جوازها .
(جلسة ١٩٧٢/٣/٩ مجموعة المكتب الفني السنة ٢٣ ص ٣٤٩) .

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٧٠٨ – وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا قضت المحكمة بضم ملف الأوراق وتبين أن هذا الملف قد أعدم لانقضاء الوقت القانوني ، فإن لها أن تعدل عن تكملة الدليل بالملف إلى تكملته بأي طريق آخر ، كالإقرار أو القرائن ، لأن حكمها الأول تمهيدي ولها العدول عنه، فمن باب أولى إذا كان سبب العدول تنفيذ الحكم التمهيدي (استئناف مختلط ٢١ يونية سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥٢١).

وكان هناك رأي – في عهد تقنين المرافعات السابق – يذهب إلى عدم جواز العدول عن تنفيذ الحكم التمهيدي بعد صدوره ، حتى لو كانت المحكمة قد أصدرته من تلقاء نفسها . وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأن المحكمة مقيدة بحكمها التمهيدي ، ولا يكون لها أن تنصر في الموضوع قبل تنفيذه، ما لم يصبح التنفيذ غير ممكن أو لا محل له ، ولكن يجوز للمحكمة أن تأمر ، عند النظر في تعيين خلف لأحد أعضائها المنتدب للتحقيق ، أن يجرى التحقيق أمامها هي (٧ يناير سنة ١٩٠٢ المجموعة الرسمية ٣ رقم ٨١ – أنظر أيضاً نقض مدني ٢٠ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٧٣ ص ٣٨٢ – الأستاذ محمد حامد فهمي في المرافعات ص ٦٤٠ – أنظر في حجية الحكم التمهيدي : نقض مدني ٨ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٩٧ ص ٥٨٨ (وتعليق الأستاذ محمد حامد فهمي في هامش ص ٥٨٩) – استئناف مختلط ٢١ –

ولكن قانون الإثبات نص في المادة ٩ منه على أن " للمحكمة أن تعدل عما أمرت به من إجراءات الإثبات ، بشرط أن تبين أسباب العدول بالمحضر . ويجوز لها ألا تأخذ بنتيجة الإجراء ، بشرط أن تبين أسباب ذلك في حكمها " . فألحق الحكم التمهيدي بالحكم التحضيري ، وأنزل الحكمان منـــزلة سواء في جواز عدول المحكمة عن تنفيذ الحكم بعد إصداره ، ولو كان حكماً تمهيدياً صدر بناء على طلب أحد الخصوم . وقد نبذ تقنين المرافعات الجديد تقسيم الأحكام إلى تحضيرية وتمهيدية بعد أن سوى بينها في الحكم . فلا يجوز الحكم التمهيدي حجية الأمر المقضي ، سواء أصدرته المحكمة من تلقاء نفسها أو صدر بناء على طلب أحد الخصوم ، فقي الحالتين يجوز للمحكمة العدول عن تنفيذه ، وإذا هي نفذته لم تتقيد بالنتيجة التي أدى إليها كما سبق القول .

غير أنه يجوز أن يتضمن الحكم التمهيدي – أو الحكم التحضيري – حكماً قطعياً يفصل في مسألة من مسائل النـــزاع ، فيحوز هذا الحكم القطعي في هذه الحالة حجية الأمر المقضي [1] . وذلك كالحكم الصادر بإحالة القضية على التحقيق ، قد تصرح فيه المحكمة

= ديسمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٧١ – ٧ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٧٠ – ٢٠ ديسمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٥٤ – ٢٤ يونية سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤٣٨ – ١٥ يونية سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٩٦ – ١٩ مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٠٣ – ١٧ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٥٨ – ٦ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٢٦ – ١٠ أبريل سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١١٤ .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الحكم التمهيدي لا تكون له حجية الأمر المقضي ، وليس القاضي الذي أصدره ملزماً حتماً بالاعتماد على نتيجة التحقيق الذي يحصل تنفيذاً له (نقض مدني ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٢٠ ص ٢٠٦) . وقضت أيضاً بأن المحكمة ، وإن كانت ملزمة بتنفيذ حكمها التمهيدي وممنوعة من الرجوع فيه ، لها كامل الحرية في تقدير أهمية الوقائع التي أمرت بتحقيقها، ثم تقضي في موضوع الدعوى بما تراه حقاً وعدلا مهما تكن النتيجة التي أسفر عنها التحقيق. فلها ، حتى مع ثبوت الوقائع المأمور بتحقيقها ، أن تقضي في الموضوع على خلاف ما يشعر به حكمها التمهيدي ، معتمدة في ذلك على عناصر أخرى من عناصر الإثبات في الدعوى ، كما لها أن تعتبر الوقائع التي كانت تراها فاصلة ليست كذلك . وإذن فالحكم التمهيدي في دعوى الملكية بالإحالة إلى التحقيق لإثبات وضع اليد على العين المتنازع عليها لا يحول دون القضاء في موضوع الدعوى على أساس صورية عقد البيع الذي يتمسك به أحد الخصوم في إثبات ملكيته . وكذلك لا تثريب على المحكمة إذا هي اعتمدت في القول بالصورية على شهادة شهود سمعوا تنفيذاً للحكم التمهيدي الذي أمر بتحقيق واقعة وضع اليد ، إذ أن لها – بعد تنفيذ الحكم التمهيدي – أن تستند في قضائها في الموضوع إلى جميع عناصر الإثبات الموجودة في الدعوى ، ومنها شهادة أولئك الشهود (نقض مدني ٢٠ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقك ١٧٣ ص ٣٨٢) .

أنظر أيضاً : استئناف مصر ٢ مارس سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ ص ١٢٣٨ – استئناف مختلط ١٧ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٥٨ – ٦ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٢٦ .

(1) أ – متى كان الحكم الابتدائي قد انتهى في أسبابه إلى تقرير جواز رجوع الكفيل على المدين المفلس بما أداه من ديون لدائنيه ، وقضى في منطوقة بندب خبير لبيان المبلغ الذي استفادة المدين مما أداه كفيله عنه، فإن =

بجواز إثبات الحق المتنازع فيه بالبينة ، أو بتحميل أحد الخصمين عبء الإثبات ، أو برفض الدفع بعدم قبول الدعوى ، أو بغير ذلك من الأحكام القطعية [1] .

٣٥٩ – الأحكام الوقتية : وهي أحكام تسبق الحكم في الموضوع للفصل في مسائل وقتية لا تمس جوهر النـــزاع . وذلك كالحكم في دعاوى إثبات الحالة [2] ، والحكم بالحراسة [3] ، والحكم بنفقة وقتية للمصاب حتى يفصل في دعوى التعويض ، والحكم بإلزام ناظر الوقف أن يدفع لأحد المستحقين نفقة شهرية إلى أن يفصل في دعوى الحساب [4] .

= الحكم بذلك يكون قد قضي قضاؤه قطعياً في أصل الحق المتنازع عليه ، وهو حق الرجوع ، وأنهى النـــزاع بين الطرفين في هذا الخصوص ، وحصر الخصومة بعد ذلك في بيان المبلغ الذي استفاده المدين المكفول مما أداه عنه الكفيل ، وهذا الحكم القطعي ، يجوز الطعن فيه على استقلال وفقاً لنص المادة ٣٧٨ مرافعات ، فإذا لم يستأنف المحكوم عليه ومضي ميعاد استئنافه اكتسب قوة الشيء المحكوم فيه .
(جلسة ١٩٥٨/٢/٦ الطعن رقم ٢١٨ لسنة ٢٣ ق س ٩ ص ١٢٠) .

ب – إذا كان الحكم قد فصل قاطعاً في أسبابه التي قام عليها والمرتبطة بمنطوقة ارتباطاً وثيقاً في جوهر النـــزاع بين فصل طرفي الخصومة – قاضياً بعدم خضوع أتعاب المحاماة المطالب بها لتدابير الحراسة . فإنه يكون قد بت في جزء من الخصومة هو الأساس الذي بنيت عليه ، ويكون الطعن عليه جائزاً على استقلال عملا بنص المادة ٣٧٨ من قانون المرافعات السابق ، ولما كان الحارس العام لم يطعن في هذا الحكم بطريق الاستئناف في الميعاد القانوني ، فإنه يصبح نهائياً حائزاً قوة الأمر المقضي .
(جلسة ١٩٧٤/٢/٥ الطعن رقم ٢٠١ لسنة ٣٨ ق س ٢٥ ص ٢٨٥) .

(١) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٣٩٩ – ص ٤٠٠ وهامش رقم ١٠ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٥٤ ص ١٠١٩ – ص ١٠٢٠ – الأستاذ محمد حامد فهمي في المرافعات فقرة ٦٤٠ – وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن القاضي لا يكون ملزماً بإعطاء الدعوى في حكمه النهائي الحل الذي كان يرمى إليه بإصدار حكمه التمهيدي ، فإذا أمرت المحكمة بإحالة الدعوى على التحقيق لإثبات التخلص من الدين بالبينة ، جاز لها بعد إتمام التحقيق أن تصرف النظر عن مسألة التخالص ، وتحكم بسقوط الحق بمضي المدة . ولكن إذا لم يكن هناك محل لإعطاء القضية حلا آخر ، فليس للمحكمة أن تعود وتقرر في نفس الموضوع عدم جواز إثبات التخالص بالبينة خلافاً لما حكمت به أولا ، لأن هذا يعد تناقضاً منها وإخلالا بحجية الشيء المقضي (٢ مارس سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ ص ١٢٣٨) .

(٢) أسيوط ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٦ ص ٨٦ .

(٣) طنطا ١٩ مارس سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ٩ رقم ٧٩ – مصر الأهلية ١٥ أغسطس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ ص ٢١٨ – وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الحكم في دعوى حراسة مرفوعة من المدين المحجوز عليه قبل مرسى المزاد لا يمنع المدين من رفع دعوى حراسة أخرى بعد مرسى المزاد لتغير الظروف (استئناف مختلط ٢١ نوفمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٣٨) .

(٤) استئناف أهلي ٢٩ مارس سنة ١٩١٧ الشرائع ٤ ص ٤٢٧ – والحكم الذي يعين من أي وقت يكون بدء الحساب حكم وقتي لا يحوز حجية الأمر المقضي (استئناف مختلط ٢٥ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٨٩) – والحكم بوقف السير في الدعوى هو كذلك حكم وقتي لا يحوز الحجية (استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٦٨) – وقضت محكمة النقض بأنه إذا ادعى شخص بحق مدني أمام محكمة الجنح ، =

ويعتبر الحكم الصادر من قاضي الأمور المستعجلة أو في المسائل المستعجلة حكماً وقتياً لا يحوز حجية الأمر المقضي (١) (أ) .

= وطلب القضاء له بمبلغ بصفة تعويض مؤقت عما أصابه من ضرر بفعل المتهم ، فالحكم الذي يصدر في صالحه لا يمنعه من المطالبة بتكملة التعويض بعد ما تبين مدى الضرر الذي لحقه (نقض مدني ٢٦ مارس سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٠ ص ٤٢٢) — وقضت أيضاً بأن الحكم الصادر في التظلم بتأييد أمر الحجز التحفظي الموقع على ما للمدين لدى الغير هو حكم وقتي غير ملزم للمحكمة إذا ما تراءى لها عند الفصل في الموضوع أن الحجز لم يكن في محله (نقض مدني ٢٠ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٤ ص ٦٦٥) .

(١) والحكم الصادر من القضاء المستعجل ليس حجة على قضاء الموضوع (استئناف مختلط ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٢١ — ٢٠ مايو سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٣٠٤ — ١٨ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٩٤ — ٢٠ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٠٠) — وليس حجة على القضاء المستعجل ذاته إذا تغيرت الظروف (استئناف مختلط أول فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٥٠ — ١٣ ديسمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٤٩ — ٥ يونية سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٩٠ — ١٢ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٢٨ — ٦ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٨٧ — ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٣٤ — ١٠ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ١٢ — ١٦ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢١٨ — ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١٢٨ — ١٣ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١١٣ — ١٨ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٣٠ — ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٥٥ — ١٩ يونية سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٨٤ — ٢٠ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٠٠) .

وقد قضت محكمة النقض بأن الأحكام التي تصدر من قاضي الأمور المستعجلة هي أحكام وقتية بطبيعتها ، ولا تكون لها حجية متى تغيرت ظروف الطلب . وإذن فمتى كان موضوع طلب المساهم هو في الدعويين تكليف الخبير بحضور انعقاد الجمعية العمومية للشركة لإثبات ما يدور فيها من مناقشات ، وكان الحكم في الدعوى الأولى ، وأن قضي بعدم اختصاص قاضي الأمور المستعجلة بنظر هذا الطلب ، إلا أنه كان خاصاً بانعقاد سابق للجمعية العمومية ، فإنه لا يكون له حجية الأمر المقضي في أية دعوى تالية خاصة بحضور الخبير أي انعقاد آخر للجمعية بعد أن تفاقم النـــزاع بين مجلس إدارة الشركة والمساهم وقامت الخصومة الموضوعية بينهما (نقض مدني ١١ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٠٠ ص ٦١٥) . وقضت أيضاً بأن القضاء بإجراء أمر وقتي لا يحوز حجية الأمر المقضي في أصل موضوع النـــزاع ، فهو بطبيعته هذه لا يمكن أن يقع تناقض بينه وبين حكم آخر يصدر في موضوع النـــزاع المقضي باتخاذ ذلك الإجراء فيه . فإذا صدر نهائياً من القضاء المستعجل حكم بإيقاف تنفيذ حكم نهائي لحين البت في مسألة موضوعية ، فالحكم النهائي الذي تصدره محكمة الموضوع من بعد قاضياً باعتبار ذلك الحكم الموقف تنفيذه واجب التنفيذ لا يصح الطعن فيه بدعوى أنه خالف الحكم السابق صدوره من القضاء المستعجل (نقض مدني ١٦ فبراير سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٠٣ ص ١٨٩) . أنظر أيضاً : استئناف مختلط ٢٦ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢١٨ — أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ هامش رقم ١١ — وفي عدم جواز الطعن بالبطلان في حكم مستعجل بدعوى مستقلة: استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٠١.

(1) أ — الأحكام التي تصدر من قاضي الأمور المستعجلة هي أحكام وقتية بطبيعتها ، ولا يكون لها حجية متى تغيرت ظروف الطلب ، وكان تقدير الظروف التي تنتفي معه حجية الحكم الوقتي هو ما تستقل به محكمة الموضوع بتقديره حسبما تتبينه من ظروف الدعوى . =

على أنه يلاحظ ألا محل للمساس بحكم وقتي إذا بقي سببه قائما ، ولا يجوز العدول عنه إلا إذا تغيرت الظروف التي أدت إلى إصداره . فالحكم الوقتي تكون له إذن حجية مؤقتة ، وتبقى هذه الحجية مادام سببه المؤقت قائماً ، فإذا زال السبب زالت الحجية [1] (1) .

= (جلسة ١٩٩٢/٢/٢٦ الطعن رقم ٢٠٨٤ لسنة ٦١ ق) .
(جلسة ١٩٩٢/١/٥ الطعن رقم ١٠٧٨ لسنة ٥٤ ق) .
(جلسة ١٩٨٥/٥/١٢ الطعن رقم ١٨٣ لسنة ٥٢ ق) .

ب - الحكم المستعجل الصادر بوقف تنفيذ قرار فصل العامل ، هو حكم يصدره قاضي الأمور المستعجلة بإجراء وقتي وفقا لنص المادة ٧٥ من قانون العمل لا يمس أصل الحق ولا يعتبر فاصلا فيه ، وهو لا يجاوز في تقديره نطاق الدعوى المستعجلة ، فلا يقيد محكمة الموضع عند النظر في دعوى التعويض عن الفصل بغير مبرر .
(جلسة ١٩٧٠/٢/٤ الطعن رقم ٥٩٢ لسنة ٣٤ ق س ٢١ ص ٢٥٠) .

ج - الأحكام التي تصدر من قاضي الأمور المستعجلة هي أحكام وقتية بطبيعتها ، ولا يكون لها حجية متى تغيرت ظروف الطلب ، وإذن فمتى كان موضوع طلب المساهم هو في الدعويين تكليف الخبير بحضور انعقاد الجمعية العمومية للشركة لإثبات ما يدور فيها من مناقشات ، وكان الحكم في الدعوى الأولى ، وإن قضي بعدم اختصاص قاضي الأمور المستعجلة بنظر هذا الطلب ، إلا أنه كان خاصاً بانعقاد سابق للجمعية العمومية ، فإنه لا يكون له حجية الأمر المقضي في أية دعوى تالية خاصة بحضور الخبير ، أي انعقاد آخر للجمعية بعد أن تفاقم النـــزاع بين مجلس إدارة الشركة والمساهم ، وقامت الخصومة الموضوعية بينهما .
(جلسة ١٩٥٤/٣/١١ الطعن رقم ٥٥ لسنة ٢٢ ق) .

د - الحكم الصادر في دعوى الإشكال لا يمس موضع الحق ، ولا يعتبر فاصلا فيه ، وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه قد قضي بتثبيت ملكية المطعون عليهم للأطيان موضوع النـــزاع ، وكانت المطعون عليها الأولى سبق أن رفعت دعوى على الطاعن الثاني طالبا منع تعرضه لها في هذه الأطيان ، فقضي لها بذلك ، ولما شرعت في التنفيذ استشكل الطاعن الأول استناداً إلى أن الأطيان في وضع يده وتدخل ضمن عقد بيع صادر له من والده ، فقضي له بوقف تنفيذ الحكم ، فإنه يكون في غير محله التحدى بأن الحكم الصادر بتثبيت ملكية المطعون عليهم لهذه الأطيان قد صدر على خلاف الحكم الصادر في دعوى الإشكال .
(جلسة٥/٦/١٩٥٢ الطعن رقم ١٢٩ لسنة ٢٠ ق) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الحكم الصادر بتقرير نفقة مؤقتة يدور مع علته وجوداً وعدماً . فمتى كان الواقع أنه قضي للطاعنة في دعوى حساب على المطعون عليه وآخر بصفتهما ناظري وقف بأن يدفعا إليها نفقة شهرية من ريع الوقت حتى يفصل نهائياً في دعوى الحساب المرفوعة منها ، وكان الحكم قد بني وقت صدوره على نزع ناظري الوقف أطيانا كانت الطاعنة تضع اليد عليها ، ثم زال مبرره بوضع يدها على هذه الأطيان وباستمرار حيازتها لها قبل رفع الدعوى بانتهاء النفقة ، فإنه يكون في غير محله تمسكها بما جاء في منطوق حكم النفقة من توقيته بانتهاء دعوى الحساب ونعيها على الحكم القاضي بانتهاء النفقة إهداره حجية الحكم الصادر بتقريرها (نقض مدني ٣١ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٧٥ ص ٤٣٨) .

وقضي بأنه وإن كان الأصل في الأحكام الصادرة في الأمور المستعجلة أنها لا تحوز حجية الأمر المقضي باعتبارها وقتية ولا تؤثر في أصل الموضوع ، إلا أنه ليس معنى هذا جواز إثارة النـــزاع الذي فصـــل فيه -

المطلب الثالث

التمسك بالحجية في منطوق الحكم لا في أسبابه

٣٦٠ – منطوق الحكم : لا تثبت الحجية في الأصل إلا لمنطوق الحكم (dispositif) دون أسبابه (motifs) ، والمنطوق هو الجزء من الحكم الذي يفصل في نقط النـــزاع [١]

وقد يفصل المنطوق في بعض نقط النـــزاع ، لا على وجه صريح ، بل بطريق ضمني (irnplicitement) ، فتثبت الحجية لهذا المنطوق الضمني مادام هو النتيجة الحتمية للمنطوق الصريح [٢] (suite nécessaire d'une disposition expresse) . فالحكم الذي يقضي بصحة الإجراءات التي اتخذت لتنفيذ سند تكون له حجية الأمر المقضي في صحة هذا السند ونفاذه ، لأنه مادام قد حكم بصحة الإجراءات التي اتخذت لتنفيذ سند فإن هذا يقتضي

= قاضي الأمور المستعجلة من جديد متى كان مركز الخصوم هو والظروف التي انتهت بالحكم هي بعينها ولم يطرأ عليها أي تغيير ، إذ هنا يضع الحكم المستعجل طرفي الخصومة في وضع مادي يجب احترامه بمقتضى حجية الأمر المقضي بالنسبة لنفس الظروف التي أوجبته ولذات الموضوع الذي كان محل بحث الحكم المستعجل السابق صدوره ، طالما لم يحصل تغيير مادي أو قانوني في مركز الطرفين يسوغ إجراء مؤقتاً للحالة الجديدة الطارئة (مصر الكلية قضاء مستعجل ٢٨ أغسطس سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٩٤ ص ٢٦٦) .

أنظر أيضاً بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٢٩ هامش رقم ١ .

(1) الأصل في الأحكام الصادرة بالنفقة أنها ذات حجية مؤقتة لأنها مما يقبل التغيير والتبديل وترد عليها الزيادة والنقصان بسبب تغير الظروف ، كما يرد عليها الإسقاط بسبب تغير دواعيها – إلا أن هذه الحجية المؤقتة تظل باقية طالما أن دواعي النفقة وظروف الحكم بها لم تتغير ، فالحكم الذي ينكر هذه الحجية يكون قد خالف القانون .

(جلسة ١٩٦٠/١٠/٢٧ أحوال شخصية الطعن رقم ٢١ لسنة ٢٨ ق س ١١ ص ٥٤٠) .

(١) استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٣٣ – ٢٤ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٢٢ – ٣٠ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٢٨ – ١٧ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٣٦ – ٢٦ مايو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٨٧ – ٨ يونية سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣٠٤ – ١٥ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٥٠ – ١٠ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٤٧ – ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٧٣ – ١١ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٨٠ .

أما ما يذكره الحكم من أنه صدر حضورياً أو غيابياً فلا يحوز حجية الأمر المقضي ، والمحكمة هي التي تتبين، بتطبيق القواعد القانونية ، ما إذا كان الحكم حضورياً أو غيابياً (استئناف مختلط ٩ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٧٣) .

(٢) استئناف مختلط ٢٤ يونية سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤٣٨ – ١٨ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٧٠ – ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ١٤ – ١٢ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٣٣ .

ضرورة صحة هذا السند وقابليته للتنفيذ [1] . أما الحكم الذي يصدر برفض دعوى الاستحقاق لعجز المدعى عن إثبات ملكيته للعين فلا تثبت له حجية الأمر المقضي ، إذا أتيح للمدعى أن يصبح هو الحائز ، فأقام الخصم الآخر دعوى الاستحقاق بدوره وأراد أن يستند إلى الحكم الأول لإثبات ملكيته ، لأن هذا الحكم إنما قضي بأن خصمه غير مالك والحكم بذلك لا يستتبع حتما أن يكون هو المالك . لكن إذا كان هذا الخصم الآخر قد تمسك في الدعوى الأولى بملكيته للعين ، وأمكنه إثبات سبب الملكية ، ورفضت دعوى المدعي على هذا الأساس ، كان لهذا الحكم الأول حجية الأمر المقضي في الدعوى الثانية [2] .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا لم تكتف المحكمة بتدوين إقرارات الخصوم ، بل بحثتها وحددت حقيقة معناها ، ثم عرضت لها مرة أخرى لتبين المسئول عن مصروفات الدعوى ، ثم حكمت في الدعوى بعد استعراض ظروفها وأدلتها ومن بينها إقرارات الخصوم ، كان ذلك قضاء حاسما للنزاع يحوز حجية الأمر المقضي لا مجرد توثيق وإثبات لتلك الإقرارات (نقض مدني ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٠٢ ص ٢٦٦) .

(٢) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٠٥ وهامش رقم ٢٤ — ونستعرض بعضاً من قضاء محكمة النقض في المنطوق الضمني الذي تثبت له الحجية .

فهناك أحكام قضت بوجود منطوق ضمني تثبت له الحجية . من ذلك ما قضت به محكمة النقض من أنه إذا طلب الدائن الحكم ببطلان الرهن الصادر من مدينه إلى دائن آخر بمقولة إن هذا الرهن عمل تواطؤاً للهروب من الوفاء بدينه ، وكان الطلب مقصوداً به القضاء ضمناً ببطلان القرض أيضاً ، وقضي برفض الدعوى بناء على انعدام الدليل على علم الدائن المرتهن بالدين السابق أو تواطئه مع المدين ، كان هذا قضاء ضمنياً بصحة القرض المضمون بالرهن ، فإذا عاد المدعى إلى طلب الحكم ببطلان عقد القرض نفسه ، كان الحكم بعدم جواز نظر هذه الدعوى لسبق الفصل فيها نهائياً بين الخصوم أنفسهم سليما قانوناً (نقض مدني ١٨ فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦ ص ٥٧) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان عقد الإيجار متفقاً فيه على التجاوز عن بعض الأجرة في حالة دفعها في مواعيدها ، فإن هذا التجاوز يكون متعلقاً بذات الحق المطالب به ومرتبطاً بشروط الوفاء به . فإذا قضت المحكمة لمؤجر بباقي الأجرة المستحقة على المستأجر بعد تحققها من انشغال ذمته ، فإنما تكون قد قضت في ذات الوقت ضمناً بعدم استحقاق هذا المستأجر للتجاوز المشترط ، وتكون دعوى المستأجر بعد ذلك ببراءة ذمته منه عوداً إلى موضوع سبق الفصل فيه (نقض مدني أول أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٤٠ ص ٩٦) . وقضت أيضاً بأنه إذا رفع المشترى دعواه على البائع بطلب تثبيت ملكيته للعين المبيعة وتسليمها إليه بما عليها من مبان ، وقضت له المحكمة بطلباته ، وأقامت قضاءها بذلك على أن البائع الذي يمتنع عن تسليم العقار المبيع ، ويبني فيه قبل تسجيل عقد البيع مع مطالبة المشترى له بنقل الملكية، يعتبر كالباني في ملك غيره ، ولا يحق له لسوء نيته حبس البناء لاستيفاء مصاريفه ، ثم رفع البائع على المشترى دعواه بطلب قيمة تكاليف البناء كاملة ، فقضت له المحكمة بطلبه ، وأقامت قضاءها بذلك على أن البائع إذ بنى قبل تسجيل عقد البيع كان حسن النية في هذا البناء لاعتقاده أن يبني في أرض مملوكة له وأن هذا الاعتقاد يرفع عنه سوء النية الخاص الذي يشترطه القانون ، فإن هذا الحكم يقع مخالفاً للحكم السابق الحائز حجية الأمر المقضي (نقض مدني ٢٩ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٢٨ ص ٦٠١) . وقضت كذلك بأنه إذا صدر بناء على طلب بعض الورثة في مواجهة الباقين =

= حكم نهائي باعتبار الفدان المتنازع في شأنه تركة يتقاسمونها جميعاً ، وذلك بناء على اعتبار العقد الصادر به من الوالدة لأحدهم وصية لوارث لم يجزها باقي الورثة ، وكان مما بحثته المحكمة في حكمها هذا ، واستندت إليه في اعتبار ذلك التصرف وصية ، عقد محرر أثناء حيازة الوالدة بين الابن الذي صدر له التصرف وبين أخوته الذكور الثلاثة نص فيه ، فيما نص عليه به ، على أن هذا الفدان يكون بعد حياة الوالدة لهؤلاء الأربعة ، ثم رفع بعد ذلك اثنان من الأربعة دعواهما على الاثنين الآخرين (ومنهما الصادر له التصرف) بطلب تثبيت ملكيتهما إلى النصف في هذا الفدان الذي هو موضوع التصرف ، وحكم في هذه الدعوى باعتبار الفدان المذكور مملوكاً لهؤلاء الأخوة الأربعة دون باقي الورثة ، وذلك طبقاً للعقد المحرر بينهم السابق ذكره ، فهذا الحكم في صورته هذه يكون قد جاء على خلاف الحكم السابق الصادر بين الخصوم أنفسهم والحائز لحجية الأمر المقضي ، ويكون متعيناً نقضه (نقض مدني ٢٦ أبريل سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٤٤ ص ٦٤١) .

وهناك أحكام نفت وجود منطوق ضمني تثبت له الحجية . من ذلك ما قضت به محكمة النقض من أنه إذا قضي الحكم للمدعى بتقديم الحساب عن غلة عين يملكها دون أن يرد في منطوقه ولا في أسبابه ذكر لتكاليف ما أنشأه المدعى عليه في العين من المباني أثناء وضع يده ، فهذا الحكم لا يمنع المدعى عليه المذكور من مطالبة المدعى فيما بعد بتكاليف هذا الذي أنشأه من ماله الخاص ، مادامت الملكية شيئاً وتكاليف البناء شيئاً آخر ، ومادام الحكم لا يؤخذ منه حتما وبطريق اللزوم العقلي أنه قضى في شأن هذه التكاليف (نقض مدني ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ١ رقم ٢١٢ ص ٥٠٩) .وقضت أيضاً بأنه إذا دار النزاع في دعوى قسمة حول سبق وقوع القسمة بالتراضي ، ثم أصدرت المحكمة حكمها بندب خبير لإجراء القسمة ، فإن حجية هذا الحكم تقف عند حد نفي القسمة التي كانت وحدها موضع الجدل والتدافع بين طرفي الخصومة . والاحترام الواجب لهذا الحكم في حدود هذه الحجية ليس من شأنه أن يمنع المدعى عليهم في دعوى القسمة ، وهم من صدر الحكم عليهم ، من أن يدعوا ملكية بعض الأعيان التي قالوا بقسمتها تأسيساً على أنهم وضعوا يدهم على هذه الأعيان مفرزة بنية تملكها بالمدة الطويلة المكتسبة للملكية . فإذا قضي لهم بالملكية على هذا الأساس ، فلا يكون هذا القضاء مخالفاً لما قصي به من قبل من نفي وقوع القسمة . فإن نفي القسمة لا يقتضي حتما قيام الشيوع إلى اليوم الذي صدر فيه الحكم الذي نفي القسمة ، إذ لا تلازم بين انتفاء القسمة وقيام الشيوع ، لأن واحداً من الملاك المشاعين أو بعضهم قد يستقل بوضع يده على جزء من الملك الشائع بنية تملكه لنفسه . وقد يتم له هذا التملك بانقضاء المدة الطويلة المكتسبة للملك ، وفي هذه الصورة لا يوجد شيوع، على أن قسمة لم تقع (نقض مدني ٤ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٧٨ ص ١٤٧) . وقضت أيضاً بأنه إذا طعن في عقد بالتزوير ثم أخفق الطاعن ، فذلك لا يمنعه من أن يطعن في ذات العقد بأنه وصية ، لأن الطعن في العقد بأنه وصية لا ينافي صدوره ممن أسند إليه (نقض مدني ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٧٨ ص ١٧٤) . وقضت كذلك بأنه إذا صدر حكم بإجراء القسمة على أساس حكم بتقسيم الميراث صدر من المحكمة الشرعية في حق بعض الورثة وحكم من محكمة الاستئناف المدنية بالتعويل في حق وارث آخر على حكم المحكمة الشرعية ، فإن صيرورة حكم القسمة نهائياً حائزاً قوة الأمر المقضي لا يحول دون الطعن بالنقض في حكم محكمة الاستئناف ، لأن مصير هذا الحكم إذ يكون معلقاً بنتيجة الفصل في الطعن فيه فإن حكم التهسمة يتعلق بهذا المصير نفسه (نقض مدني ١٩ مايو سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٢١ ص ٧٧٠ مع تعليق الأستاذ محمد حامد فهمي بهامش صفحة ٧٧١) .

كذلك يشمل المنطوق الذي تثبت له الحجية ما قضي به في الدعوى الأصلية وفي الدعاوى والدفوع التبعية . فإذا دفع المدعى عليه الدعوى بدفع ، أو أقام دعوى عارضة [1] (demande reconventionnelle) ، أو أثيرت مسألة أولية (question préjudicielle) من أي الخصمين ، فقضي الحكم في كل هذا ، فإن المنطوق الصادر في جميع هذه المسائل الفرعية تكون له حجية الأمر المقضي كالمنطوق الصادر في الدعوى الأصلية [2] .

على أن المنطوق لا تكون له حجية الأمر المقضي إلا حيث يفصل في مسألة واقع لا في مسألة قانون [3] . ويجب أن يفصل في نزاع كان محل مناقشة بين الخصمين ، وتقدم فيه

---

(١) نقض مدني ٢٢ يونية سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٥٥ ص ٦٣٢ .

(٢) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٠٤ — ولكن الحكم بإجابة الطلب الأصلي لا يكون حجة في رفض الطلب الاحتياطي . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان المدعى قد تقدم إلى المحكمة بطلبين أحدهما أصلي والآخر احتياطي ، فإنه إذا ما أجيب الطلب الأصلي سقط الطلب الاحتياطي من تلقاء نفسه واندفع عن الدعوى فأصبح غير ماثل في الخصومة ، إذ المدعى لا يريد أن يتصل القاضي بالطلب الاحتياطي إلا إذا لم يقض له بالطلب الأصلي . وإذا كانت المحكمة حين قضت للمدعى بالطلب الأصلي قد أسست ذلك على سبب واحد هو قولها : " إن الدعوى صحيحة من المستندات المقدمة من المدعى وعدم تقديم ما ينفيها " ، ثم ختمت منطوق الحكم بعبارة " ورفض ما عدا ذلك من الطلبات "، ولم يكن فيما أوردت في حكمها ما يفيد أنها أرادت أن تبت في موضوع تلك الطلبات الاحتياطية ، فإن غاية ما تحمل عليه هذه العبارة أنها من قبيل مجرد التحرز الذي جرى القضاة على اختتام أحكامهم به ، إذ أنه لا محل للطلبات الاحتياطية بعد قبول الطلبات الأصلية . وإذن فلا يعتبر الطلب الاحتياطي مقضياً برفضه ، ولا يمتنع تجديد المطالبة به في دعوى ثانية . وعلى ذلك فإذا رفع الدائن على مدينيه دعوى طالباً إلزامهم أصلياً بتسليم مقدار من المحصولات لبيعه واستيفاء دينه من ثمنه بطريق الامتياز تنفيذاً لعقد المديونية ، واحتياطياً إلزامهم بدفع مبلغ الدين متضامنين ، وقضت المحكمة له بطلبه الأصلي ، ثم لما لم يستوف بتنفيذ الحكم كل دينه رفع دعوى ثانية بطلب إلزام المدينين بدفع باقي الدين متضامنين ، فإن موضوع الدعوى الثانية يكون مختلفاً عن الموضوع المقضي فيه في الدعوى الأولى . فإذا حكم في الدعوى الثانية بعدم جواز نظرها بمقولة إنه بالحكم الصادر في الدعوى الأولى قد سبق الفصل برفض طلب التضامن في المديونية ، فهذا الحكم يكون مخطئاً في تطبيق القانون (نقض مدني ٤ نوفمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٣٢ ص ٦٥٤) — وكذلك رفض الدفع بحجية الأمر المقضي لا يعتبر فصلا في سائر الدفوع التي لم يكن قد فصل فيها . وقد قضت محكمة النقض بأن قرار محكمة الاستئناف برفع الدفع بحجية الأمر المقضي وبإحالة القضية على محكمة الدرجة الأولى لنظر الموضوع ، ليس معناه رفض ما عسى يكون قدم فيها من دفوع أخرى لم يكن فصل فيها ؛ بل معناه نظر القضية من جديد من حيث الشكل ومن حيث الموضوع ، فلكل خصم أن يبدي ما يشاء من الدفوع بشرط ألا تتعارض مع ما قضت به محكمة الاستئناف في حكمها المطعون فيه (نقض مدني ٥ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩٠ ص ١٦٢) .

(٣) استئناف مختلط ١٢ مارس سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ١١٨ — ويكون للحكم حجية الأمر المقضي ولو اشتمل على خطأ في القانون (استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٢٥) ، ولو قضى بما لم يطلبه الخصوم ولم يطعن فيه بالالتماس (بني سويف الكلية ١٩ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٦٠٠ ص ١١٠٠)، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

كل منهما بدفاعه وطلباته[1] . أما ما عسى أن يرد في المنطوق من عبارات عارضة لم تكن محل مناقشة ، فليست لها حجية الأمر المقضي [2] [أ] . مثل ذلك أن يقضى الحكم على المدين بدفع فوائد الدين دون أن يناقش مقدار هذا الدين بين الخصمين في الدعوى ، فالمنطوق الذي يرد فيه ذكر مقدار الدين على نحو عارض لا تكون له حجية الأمر المقضي بالنسبة إلى هذه المسألة [3] .

٣٦١ – أسباب الحكم : أما أسباب الحكم فلا تكون لها حجية الأمر المقضي فيما عرضت له من المسائل ، أياً كانت هذه المسائل ، مهما بلغ من صراحة الأسباب ، ما لم تكن هذه المسائل قد ذكرت في منطوق الحكم قبولا أو رفضاً على النحو الذي بيناه فيما تقدم [4] [أ] .

---

(١) استئناف مختلط ١٢ مارس سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٣١ .

(٢) استئناف مختلط ٢٥ يوليه سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٨٦ .

(1) من المقرر أن حجية الحكم تثبت لمنطوقة ولما ارتبط به من الأسباب ارتباطاً وثيقاً . النص في منطوق الحكم على أن المحكمة رفضت ماعدا ذلك من الطلبات لا يعتبر قضاء منها في الطلب الذي أغفلته لأن عبارة " ورفضت ما عدا ذلك من الطلبات " لا تنصرف إلا إلى الطلبات التي كانت محلا لبحث هذا الحكم ولا تمتد إلى ما لم تكن المحكمة قد تعرضت له بالفصل لا صراحة ولا ضمناً في الأسباب المرتبطة بالمنطوق .
(جلسة ١٩٩٣/١٢/١٦ الطعن رقم ٢٩٠٢ لسنة ٥٩ ق) .

(٣) ولا حجية لحكم ذكر الورثة ولم يفصل في نصيب كل منهم (استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٣٨) ، أو وصف دائناً للشركة بأنه دائن غير مباشرة ثم أضاف أن هذه المسألة ليست محل بحث (استئناف مختلط ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٥٠) ، أو وصف الخصم بأنه نائب نيابة قانونية دون أن تكون هذه الصفة محل مناقشة بين الخصوم (استئناف مختلط ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ١٠٠) ، أو قضي بالنفقة دون أن يناقش قرابة المحكوم عليه للمحكوم له فلا حجية للحكم بالنسبة إلى هذه القرابة (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٠٣ – ص ٤٠٤) ، أو ذكر عرضاً أن المدعي عجز عن إثبات حقه في الميراث دون أن يطرح موضوع الميراث على بساط البحث بين الخصمين ودون أن يستلزم طرحه الدفاع في الدعوى (سوهاج الكلية ٣١ مارس سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٥٠٤ ص ١١٩٦) .
أنظر أيضاً في هذا المسألة : نقض مدني ٤ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٧٨ ص ٥٥٢ – ٢٦ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٠٧ ص ٧٢٠ – بني سويف ٢٩ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ ص ١١٠٠ – شبين الكوم ١١ مارس سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٢٩ ص ٦٤٦. استئناف مختلط ١٠ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٧١ – ٢٧ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٨٠ – ٨ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٣٢ .

(٤) استئناف مختلط ٧ أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٦٥ – ١١ نوفمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٢٠ – ٣ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٣٨ – ١٠ أبريل سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٤٤ – ٢ مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٠٧ – ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٢١ – ومن ثم لا يجوز استئناف أسباب الحكم وحدها دون المنطوق ، إذ المنطوق هو الذي يحوز حجية الأمر المقضي (استئناف مختلط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٦٧) .

على أن هناك من الأسباب ما تكون له الحجية . وهي الأسباب التي ترتبط ارتباطاً وثيقاً بمنطوق الحكم ، تحدد معناه أو تكمله، بحيث لا يقوم المنطوق بدون هذه الأسباب [2]، وبحيث إذا عزل عنها صار مبهماً أو ناقصاً . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان منطوق الحكم مرتبطاً ارتباطاً وثيقاً بأسبابه ونتيجة لازمة لها ، فإن هذه الأسباب تحوز حجية الأمر المقضي ، فإذا كان مدار النـــزاع في الدعوى هو ما إذا كانت ملكية المدعى للأرض خالصة له وحده أو أن له شركاء على الشيوع فيها ، وقد قضت المحكمة للمدعى بطلباته أخذاً بما انتهى إليه الخبير من أن الأرض موضوع النـــزاع هي ضمن مساحة مملوكة كلها للمدعى ومحدودة وغير شائعة في أطيان أخرى وكان هذا الحكم نتيجة لازمة لما قدمته المحكمة في أسباب حكمها المشار إليه من أن قسمة نهائية واقعية حصلت بين المدعى وشركائه في الملك الشائع اختص بموجبها المدعى بأطيانه مفرزة ، فإن هذا الحكم يكون حائزاً في خصوص مسألة القسمة حجية الأمر المقضي ، مانعاً من العود إلي المناقشة فيها في أي دعوى تالية يثار فيها هذا النـــزاع [1] . وقضت أيضاً بأنه لا مانع من أن بعض المقضي به يكون في السباب، فإذا قضت المحكمة ببطلان عقد بيع بعد أن استعرضت في أسباب حكمها الأوجه التي دار النـــزاع حولها طلباً ودفعاً، وبحثت هذه الأوجه ، وفصلت فيها فصلا قاطعاً ، وخلصت من بحثها إلى النتيجة التي حكمت بها ، فمعنى ذلك أنها بعد أن قضت في هذه المسائل وضعت

---

(1) حجية الأمر المقضي التي تمنع من معاودة النظر في ذات المسألة إنما تكون إذا ما استقرت الحقيقة بشأن هذه المسألة بالفصل فيها من منطوق الحكم السابق ، أو في أسبابه المرتبطة به ارتباطاً وثيقاً بالمنطوق اللازم للنتيجة التي انتهى إليها ، وتكون مع منطوقة وحدة لا تقبل التجزئة ، أما ما يكون الحكم قد تزيد فيه من أسباب غير لازمة لقضائه ، فلا تحوز الحجية طالما كانت لمنطوق الحكم قائمة بدونها .

(جلسة ١٩٨٣/٥/٢٢ الطعن رقم ١٦٥٢ لسنة ٤٨ ق) .

(جلسة ١٩٨٢/١٢/١٢ الطعن رقم ٢٨٣ لسنة ٤٩ ق) .

(جلسة ١٩٧٦/٤/١٤ الطعن رقم ١٨ لسنة ٤٤ ق س ٢٧ ص ٩٤٩) .

(جلسة ١٩٧٤/٣/٢٣ الطعن رقم ٤٩٦ لسنة ٢٥ ص ٥٣١) .

(2) قوة الأمر المقضي ترد على منطوق الحكم وعلى ما يكون مرتبطاً بهذا المنطوق من أسباب ارتباطاً وثيقاً بحيث لا تقوم للمنطوق قائمة بدونه .

قضاء المحكمة الجزئية بعدم الاختصاص والإحالة إلى المحكمة الابتدائية لخضوع العين المؤجره لقوانين إيجار الأماكن . اكتساب الحكم قوة الأمر المقضي . أثره ، عدم جواز العودة إلى مناقشة هذه المسألة .

(جلسة ١٩٩١/١١/١٣ الطعن رقم ٥٣٧ لسنة ٥٣ ق) .

(جلسة ١٩٨٨/٢/٢٥ الطعن رقم ١٩٧٨ لسنة ٥٣ ق س ٣٩ ص ٣٢٠) .

(جلسة ١٩٨٦/٤/٣ الطعن رقم ١٣٤٦ لسنة ٥١ ق) .

(جلسة ١٩٧٧/١١/٢٩ الطعن رقم ٥٩٢ لسنة ٤٤ ق س ٢٨ ص ١٧١٤) .

(١) نقض مدني ٨ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٤٢ ص ٢٩٣ .

قضاءها فيها في أسباب الحكم ، ثم وضعت بالمنطوق الحكم ببطلان البيع ، وهو نتيجة ما وضعته في الأسباب ، فأصبح الحكم فاصلا في جميع نقط النـــزاع المتقدمة الذكر طلبـــاً ودفعاً [1] . أما إذا كان المحكمة قد عرضت ، تزيداً في بعض أسبابها ، إلى مسألة خارجة عن

---

(١) نقض مدني ١٤ يونية سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٩٦ ص ٤٢٨ — وقضت أيضاً بأنه متى كان يبين من الحكم أنه فصل في أسبابه فصلا قاطعاً (أولا) في أن الأرض الفضاء لا تدخل ضمن عقد إيجار المنـــزل و(ثانياً) في وجوب الأخذ بأجر المثل في تحديد أجرة المنـــزل و (ثالثاً) في اعتبار عقد الإيجار منتهياً ، فإن المحكمة لا تكون قد أخطأت إذ قضت بعدم قبول استئناف هذا الحكم لفوات ميعاده فيما يختص بهذه المسائل (نقض مدني ١٢ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٧٠ ص ٤٨٢) . وقضت بأن الأسباب المرتبطة بالمنطوق ارتباطاً وثيقاً بحيث لا تقوم له قائمة إلا بها تكون معه وحدة لا تتجزأ (نقض مدني ١٨ مارس سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٤٥ ص ١٣٨) . وقضت أيضاً بأنه إذا قرر المجلس الحسبي الموافقة على صلح عقد بين أخ وجميع ورثة أخيه ومنه قصر ، ولم توافق وزارة العدل على هذا الصلح ، ورفع الأمر إلى القضاء ، وتمسك ورثة الأخ الأول بأن الصلح صحيح بالنسبة للبالغين ، فحكمت المحكمة في الدعوى على هذا الأساس برفض دعوى البلغ وتأييد ندب خبير لتصفية حساب القصر وحدهم ، فهذا الحكم وإن كان منطوقة لم يرد به ذكر للصلح ، إلا أنه ، مادام قد عرض في أسبابه للصلح وفصل فيه فصلا قاطعا ورتب قضاءه على ذلك ، يحوز حجية الأمر المقضي فيما يختص بالصلح ، لارتباط تلك الأسباب بالمنطوق ارتباطاً وثيقاً ، وإذن فلا يصح فيما بعد التمسك بهذا الصلح في مواجهة القصر ، قولا بأن قرار المجلس الحسبي بالتصديق على الصلح هو قرار نافذ مادامت وزارة العدل لم تطعن في هذا القرار بالاستئناف ، وهو الطريقة الوحيدة لإبطال أثره (نقض مدني ١٨ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر رقم ١٣٨ ص ٣٨٢) . وقضت أيضاً بأنه إذا صرحت المحكمة في أسباب حكمها بأن عقود الإيجار التي تمسك بها الدائن المرتهن في تقدير الريع هي عقود صورية ، فإن هذا القضاء القطعي في صورية هذه العقود وفي عدم الاعتداد بها يحوز حجية الأمر المقضي لوروده في أسباب الحكم المرتبطة بمنطوقة ، وعلى ذلك فإذا أخذت المحكمة عند تصفية الحساب فيما بعد بالأجرة الواردة في عقود الإيجار ، كان حكمها مخالفاً القضاء السابق متعيناً نقضه (نقض مدني ١١ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٣٤ ص ٣٠٢) .

أنظر أيضاً : نقض مدني ٢٢ يونية سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٣٣ ص ٢٣٩ — ٢٢ مارس سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٧٣ ص ٣٤٤ — ٣٠ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٩٨ ص ٣١٦ — ١١ ديسمبر سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٢٩ ص ٣٩٢ — ٨ يناير سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٤ رقم ٦٤٥ ص ١٣٥٩ — استئناف مصر ٧ يونية سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ٥٣٨ — ١٠ يونية سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٣٥٢ ص ٦٧٩ — ٢٧ مايو سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ١٤٢ ص ٢٩٦ — استئناف أسيوط ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٤٣ ص ٢٤٠ — ١١ فبراير سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ ص ٦٣١ — ١٢ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٣٦١ ص ٧٢٩ —استئناف مختلط ١٠ أبريل سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٠٦ — ٢٥ مايو سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٨٢ — ١٤ نوفمبر سنة ١٨٩٤ م ٧ ص ١٧ — ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٦١ — ٣ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٦٧ — ١٧ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٣٦ — ٦ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢١٦ — ١٠ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٤٧ — ٢٥ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٧١ — ٢٧ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٨٢ — ٨ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٣٢ — ١٢ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ١٣ — ٢١ مايو سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٣١٠ — =

حدود النـــزاع المطروح عليها ، أو لم تكن بها حاجة إليها للفصل في الدعوى ، فإن ما عرضت له من ذلك في أسباب حكمها لا تكون له حجية الأمر المقضي [1] [أ] .

أنظر أيضاً : نقض مدني ٢٢ يونية سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٣٣ ص ٢٣٩ — ٢٢ مارس سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٧٣ ص ٣٤٤ — ٣٠ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٩٨ ص ٣١٦ — ١١ ديسمبر سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٢٩ ص ٣٩٢ — ٨ يناير سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٤ رقم ٦٤٥ ص ١٣٥٩ — استئناف مصر ٧ يونية سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ٥٣٨ — ١٠ يونية سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٣٥٢ ص ٦٧٩ — ٢٧ مايو سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ١٤٢ ص ٢٩٦ — استئناف أسيوط ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٤٣ ص ٢٤٠ — ١١ فبراير سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ ص ٦٣١ — ١٢ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٣٦١ ص ٧٢٩ —استئناف مختلط ١٠ أبريل سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٠٦ — ٢٥ مايو سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٨٢ — ١٤ نوفمبر سنة ١٨٩٤ م ٧ ص ١٧ — ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٦١ — ٣ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٦٧ — ١٧ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٣٦ — ٦ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢١٦ — ١٠ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٤٧ — ٢٥ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٧١ — ٢٧ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٨٢ — ٨ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٣٢ — ١٢ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ١٣ — ٢١ مايو سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٣١٠ — = = ٢١ أبريل سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٨٠ — ٤ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٨١ — ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٩ — ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٦٧ — ١١ يونية سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٣١٧ — ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٥٨ — ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٥٧ — ٢٥ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٢٣ — ٢٠ مايو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٦٥ — ١٧ فبراير سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ١ — ٢١ ديسمبر ســـنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٦٣ .

(١) نقض مدني ١٦ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٢ ص ٢٩٣ — وقضت أيضاً بأنه لا يهم عند القضاء في دعوى الملكية أن يكون المشترى استرد ما دفعه أو لم يسترده مادام طلب رد الثمن لم يكن معروضاً على القاضي . ولا يهم كذلك أن يكون البائع قد رد إلى المشترى ما قبضه من ثمن المبيع رداً مبرئاً لذمته أو أن يكون هذا الرد مشوباً بعيب يجعله غير مبرئ للذمة . وإذن فإذا تعرض القاضي في أسباب حكمه إلى ما لا تتأثر به دعوى الملكية من ذلك ، فإن ما يعرض له يكون ، لعدم تعلقه بالطلب المرفوعة به الدعوى ولعدم اتصاله بالمنطوق ، عديم الأثر ، زائداً على حاجة الدعوى ، وهو على هذا الاعتبار لا يحوز كالمنطوق حجية الأمر المقضي (نقض مدني ١٨ مارس سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٤٥ ص ١٣٨) — وقضت أيضاً بأنه إذا كان المدعون قد طلبوا بمبلغ ما على اعتبار أنه استحقاقهم في ريع وقف عن مدة معينة، فقضي لهم بهذا المبلغ ، وجاء في الحكم القاضي بذلك إشارة في أسبابه إلى أنه كان يحق لهم أن يطالبوا بمبلغ أكبر عينه الحكم ، وصار هذا الحكم نهائياً ، فطالبوا بالفرق بين ما حكم لهم به وبين هذا المبلغ الذي عينه الحكم ، فرفضت المحكمة دعواهم على أساس ما أوردته في حكمها من أسباب ، منها أن تلك الإشارة في أسباب الحكم الأول لا حجية لها لخروجها عن نطاق الدعوى وعدم لزومها للفصل فيها ، وإنما إنما كانت دليلا للقضاء بموجبه لهم بالمبلغ الذي طالبوه على أنه كل ما يستحقون لا جزء من استحقاقهم ، فلا تثريب في ذلك على المحكمة (نقض مدني ١٥ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٠ ص ٥٤ — أنظر أيضاً : نقض مدني ١١ ديسمبر سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٢٩ ص ٣٩٢).

٣٦٢ – وقائع الدعوى : أما وقائع الدعوى فهي في الأصل لا حجية لها في دعوى أخرى . وإنما هي حجة بما جاء فيها في نفس الدعوى إذا طعن في الحكم بالنقض، فتتقيد محكمة النقض بما أثبتته محكمة الموضوع من الوقائع ولا تستطيع أن تحيد عنها . ولا تبسط رقابتها إلا في مسائل القانون .

ولكن قد تكمل بعض وقائع الدعوى منطوق الحكم بحيث يكون المنطوق ناقصاً بدونها ، فتكون للوقائع عندئذ حجية الأمر المقضي فيما تكمل فيه المنطوق . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا لم يوضح في منطوق الحكم مقدار الشيء المحكوم به ، وكان هذا المقدار مبنياً في عريضة افتتاح الدعوى وفي وقائع الحكم ، ولم ينازع فيه الخصم ، ولم تمس المحكمة من جهتها المقدار المذكور بأي نقصان ، فإنه في هذا الحالة الخاصة يتعين أعتبار وقائع الحكم ومنطوقة مكونين في هذه النقطة لمجموع واحد لا يتجزأ، بحيث يكون للحكم فيما يختص بذلك المقدار حجية الأمر المقضي (١) .

المبحث الثاني

الشروط الواجب توافرها في الحق المدعى به

٣٦٣ – شروط ثلاثة : لا يكون للحكم حجية الأمر المقضي إلا إذا توافر أيضاً في الحق المدعى به شروط ثلاثة :

(أولا) اتحاد الخصوم (identité de personnes) .

(ثانياً) اتحاد المحل (identité d'objet) .

(ثالثاً) اتحاد السبب (identitéde cause) .

وهذا هو ما نصت عليه المادة ١٠١ من قانون الإثبات (تقابلها المادة ٤٠٥ من التقنين المدني الملغاة) فيما قدمناه إذ تقول " ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم ، وتعلق بذات الحق محلا وسبباً (٢) " .

---

(١) استئناف مصر ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ١٠٤ ص ١٦٣ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن القواعد الخاصة بحجية الأمر المقضي هي من القواعد الضيقة التفسير التي يجب الاحتراس من توسيع مدى شمولها ، منعاً للأضرار التي قد تترتب على هذا التوسيع . وإذن فكلما اختل أي شرط من شروط تلك القاعدة ، كالسبب أو الموضوع أو الأخصام ، بأن اختلف أيها في الدعوى الثانية عما كان عليه في الدعوى الأولى ، وجب التقرير بألا حجية للحكم الأول تمنع الدعوى الثانية (نقـض مدني –

المطلب الأول

اتحاد الخصوم

٣٦٤ – الحكم حجة على الخصوم أنفسهم : لا يكون للحكم حجية إلا بالنسبة إلى الخصوم أنفسهم [1] . فالحكم كالعقد لا يسرى أثره إلا في حق من كان طرفاً فيه ، ولا يمتد هذا الأثر إلى الغير . فإذا حصل المستأجر على حكم ضد المؤجر بتسليمه العين المؤجرة . فإن هذا الحكم لا يكون حجة إلا على من كان خصما في الدعوى ، أي على المؤجر والمستأجر . أما غير هذين ، كالمشترى للعين المؤجرة ، فلا يكون الحكم حجة عليه، وله بالرغم من هذا الحكم أن يرفع دعوى على المستأجر يطالبه فيها بالعين إذا لم يكن لعقد الإيجار تاريخ ثابت سابق على البيع . أما المؤجر ، وهو أحد الخصوم في الحكم ، فلا يستطيع أن يرفع الدعوى من جديد على المستأجر ليطرح نفس النـــزاع الذي سبق أن فصل فيه الحكم [1]

= ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤٦ ص ٦٧٤ – ٣ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٩ ص ٣٧) – أنظر أيضاً : استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢١٢ – ١٥ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٥٨ – ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٩١ م ٤ ص ٢١ – ٢٣ مايو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣٠٦ – ٢٤ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٤٤ – ٣٠ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٦٧ – ٢ يونية سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٣٠٦ – ١٨ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٥٧ – ٣٠ يناير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٧٦ – ٢٣ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٠٦ – ٢٧ أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٩٥ .

ومن ثم فدعوى البنوة المرفوعة أما المحكمة الشرعية ودعوى شهادة الزور المرفوعة أمام محكمة الجنح بطلب عقاب الشهود الذين شهدوا في دعوى البنوة هما دعويان مختلفان طلباً وسبباً وخصوماً ، والبحث في أقوال الشهود أمام محكمة الجنح لا يعتبر تجديداً للنـــزاع في البنوة التي ثبتت نهائياً بالحكم الشرعي ، لأن وحدة المسألة المبحوث فيها في الدعويين وفي استنكار أو اعتبار شهادة الشهود لا تغير شيئا من اختلاف الدعويين في موضوعهما ، لا سيما أن الفقه الإسلامي إنما يوجب الضمان فقط على شهادة الزور ولكن لا يفسخ الحكم القائم على شهادتهم (دائرة النقض الجنائية ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٥) .

(1) الحكم الصادر ضد مورث الطاعنين بالريع المستحق في ذمته للمطعون ضده عن حصة الأخير المقضي بملكيته لها ، لا يعتبر حجة على ذلك المورث بالنسبة للريع المستحق لشركاء المطعون ضده في الملكية ، مادام أنهم لم يكونوا مختصين في دعوى الريع التي حكم فيها للمطعون ضده و لم يطلبوا الحكم لهم بشيء فيها أو توجه إليهم طلبات فيها .

(جلسة ١٩٦٣/٦/٢٠ مجموعة المكتب الفني السنة ١٤ ص ٨٧٨) .

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٧١١ ص ٧٣٧ .

ويرجع اشتراط اتحاد الخصوم في حجية الأمر المقضي إلى مبدأ حياد القاضي الذي أسلفنا الإشارة إليه ، لا إلى الخشية من تعارض الأحكام . فقد كان يكفى لمنع تعارض الأحكام أن نشترط اتحاد المحل واتحاد السبب ، فيكون الحكم في مسألة معينة حجة في نفس المسألة متى اتحد المحل والسبب ، ويمتنع بذلك صدور حكم متعارض مع الحكم الأول . ولكننا اشترطنا أيضاً اتحاد الخصوم [1] ، حتى إذا ما اختلف الخصوم لا يكون الحكم حجة ولو مع اتحاد المحل والسبب . ذلك بأن الخصوم في الحكم الأول هم الذين تقدموا بإثبات ادعاءاتهم ودفوعهم بالطرق التي ارتأوها والتي كانت في أيديهم ، والقاضي محايد في كل ذلك ، يترك الخصوم إلى أنفسهم يقوم كل بما يستطيع القيام به لإثبات ما يدعيه . فلا يجوز أن يكون الحكم الذي يصدره في هذا الجو المحايد حجة على خصوم آخرين لم يدخلوا في الدعوى الأولى ، ولم يتمكنوا من تقدير ما بأيديهم من وسائل لإثبات ما يدعون . والحقيقة القضائية ليست حقيقة مطلقة ، بل هي حقيقة نسبية كما سبق القول .

٣٦٥ – وعلى الخصوم بنفس صفاتهم : والمراد باتحاد الخصوم هو اتحادهم قانوناً لا طبيعة . فإذا كان لأحد الخصوم نائب مثله في الدعوى – وكيل أو وصي أو قيم أو أمين تفليسة أو غير ذلك [1] – فالحكم حجة على الأصيل لا على النائب [2] . ولا تمنع هذه الحجية النائب من أن يعود إلى رفع الدعوى من جديد، بصفته أصيلا لا نائباً. فإذا طالب أب بحق ادعاه لابنه بصفته ولياً عليه ، فرفضت دعواه ، فإن هذا الحكم لا يمنع الأب من أن يعود إلى المطالبة بهذا الحق لنفسه هو بصفته أصيلا [2] . والحكم على أمين تفليسة بهذه

---

(1) لا يكون للحكم حجية إلا بالنسبة إلى الخصوم الأصليين الذين كانوا أطرافا في الدعوى .
(جلسة ١٩٨٨/١/٢٦ الطعون أرقام ٢٠ ، ٢٢ ، ٢٣ لسنة ٥٤ ق س ٣٩ ص ١٥٢) .
(جلسة ١٩٨٤/١٠/٢٨ الطعن رقم ٧ لسنة ٥٠ ق، س ٣٥ ص ١٧٦٧) .
(جلسة ١٩٥٧/٤/١١ مجموعة المكتب الفني السنة ٨ ص ٤١٣) .
(جلسة ١٩٥٢/١٠/١٦ الطعن رقم ٢٨٧ لسنة ٢٠ ق) .

(١) وقد يكون هذا الممثل هو الوارث الظاهر . فالحكم الصادر في مواجهة الوارث الظاهر ، له أو عليه ، يكون حجة للوارث الحقيقي أو حجة عليه ، وذلك وفقاً لنظرية الوارث الظاهر (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤١٥) .

(2) العبرة باتحاد الخصوم بصفاتهم لا بأشخاصهم ، فالحكم الصادر في وجه خصم بصفته وكيلا أو نائباً لا يكون له حجية قبل هذا الخصم بصفته الشخصية .
(جلسة ١٩٦٤/١٢/١٧ مجموعة المكتب الفني السنة ١٥ ص ١١٦١) .

(٢) الموجز للمؤلف فقرة ٧١١ ص ٧٣٨ – ولكن الحكم يكون حجة على الابن ، فلا يستطيع بعد بلوغه سن الرشد أن يعود إلى رفع الدعوى من جديد . ويشترط ذلك أن يكون الأب قد سار في الدعوى في حدود نيابته ولم يجاوز سلطته الشرعية . وقد قضت محكمة النقض بأن الأحكام الانتهائية الصادرة في مواجهة =

الصفة ليس حجة عليه بصفته الشخصية [1] . والحكم على مستحق في الوقف ليس حجة على الوقف ذاته ، ولا مقاصة بين حق للوقف ودين على أحد المستحقين [2] . والحكم على خصم بصفته صاحب الحق المدعى به لا يكون حجة عليه إذا رفع الدعوى من جديد باعتباره متنازلا له عن هذا الحق من صاحبه [3] .

= ممثل الخصم لا تسرى على نفس الخصم إلا في حدود نيابة الممثل والسلطة المخولة له . وإذن فالقيم إذا عقد اتفاقاً عن محجوره واشترط فيه التقاضي في كل نزاع بشأنه أمام محكمة جزئية بعينها تفصل فيه نهائياً ، فإنه يكون متجاوزاً في ذلك حدود سلطته بتنازله عن حق محجوزه في نظر النـــزاع أمام المحكمة المختصة بالفصل فيه ، جزئية كانت أو كلية حسب القانون ، وفي نظره أمام جميع درجات التقاضي ، ذلك التنازل الذي لا يملكه القيم إلا بإذن من المجلس الحسبي لما فيه من الأضرار بالمحجور عليه ، قياساً على الصلح الذي أوجب القانون صراحة الإذن به وما ذلك إلا لما فيه من التنازل عن بعض الحقوق . وإذن فالحكم الذي يبني على هذا الاتفاق لا يلتزم به المحجور عليه ، بل يعتبر أنه صدر على شخص القيم مجرداً عن صفته ، وإعلانه إلى القيم الجديد لا يترتب عليه أي أثر على الإطلاق ، فهو لا يمنعه من أن يخاصم باسم محجوره بدعوى أخرى (نقض مدني ١٦ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٦١ ص ٢٠٩) .

(١) استئناف مختلط ١٠ نوفمبر سنة ١٨٩٧ م ١٠ ص ٦ — ٨ يونية سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣١٧ — ولكن الحكم على السنديك بهذه الصفة حجة على جميع الدائنين ، إلا إذا وجد لأحد منهم صالح خاص (استئناف مختلط ١٥ يونية سنة ١٩٢١ م ٢٣ ص ٣٩٤) .

(٢) استئناف مختلط ٢٨ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٩٦ — وقد قضت محكمة النقض بأن العبرة في اتحاد الخصوم فيما يتعلق بحجية الأمر المقضي إنما هي بالخصوم من حيث صفاتهم لا من حيث أشخاصهم ، وإذن فالحكم الصادر في وجه خصم بصفته الشخصية لا تكون له حجية قبل هذا الخصم باعتباره ناظراً على وقف، فإن صفة النظار للخصم قد تتعارض مع صفته الشخصية (نقض مدني ٧ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٣٩ ص ١١٤) . وقضت أيضاً بأن الحكم الصادر قبل ناظر الوقف بصفته الشخصية لا يؤثر على وضع يد الوقف ولا يحوز حجية الأمر المقضي بالنسبة إليه (نقض مدني ١٠ مارس سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٠٣ ص ٧٩٦) .

(٣) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٢٨ — ص ٤٢٩ — وقضت محكمة النقض بأن الحكم الذي يصدر في دعوى الاستحقاق الفرعية في إجراءات التنفيذ على العقار يكون حجة على المدين المنـــزوعة ملكيته المختصم فيها ، لأنه خصم حقيقي فيها ولا تنعقد الخصومة بدونه ، إذ أوجبت المادة ٥٩٥ مرافعـــات (٥ ٧ جديد) إقامة الدعوى عليه (نقض مدني ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٣٠ ص ٦٤٩) . وقضت أيضاً بأن الحكم الصادر في دعوى الاسترداد غيابياً بالنسبة إلى بعض الخصوم يصبح نهائياً بالنسبة إلى هذا البعض إذا لم يستأنفوه في خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدوره ، ومتى أصبح نهائياً فلا يجوز إهدار حجيته بمقولة إنه صدر بالتواطؤ بين من صدر له وأحد الخصوم (نقض مدني ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٩ ص ٩٨) — وقضت أيضاً بأنه إذا رفع دائن دعواه على مدينه المؤجر وعلى المستأجر منه طالباً إلغاء عقد الإيجار المبرم بينهما لصوريته ، ورفع المستأجر دعوى فرعية طلب فيها الحكم بصحة العقد وإلزام الدائن والحارس المعين بناء على طلبه بتعويض ، فقضي بصورية العقد وبرفض الدعوى الفرعية ، ثم رفع المستأجر دعوى على المؤجر طلب فيها الحكم عليه بمبلغ عينه ، هو ما عجله له من أجرة الأرض وما تكلفه من المصاريف وما قدره لنفسه من التعويض ، فدفع المؤجر بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها ، فقضي برفض هذا الدفع على أساس ما هو ثابت من أنه في الدعـــوى =

٣٦٦ – وهو حجة على خلف الخصوم: وليس الحكم حجة على الخصوم وحدهم ، بل هو حجة أيضاً على خلف الخصم ، سواء كان الخلف عاماً أو خاصاً [1] .

فهو حجة على الخلف العام . وتكون له حجية الأمر المقضي بالنسبة إلى ورثة كل من الخصمين ، والموصى لهم بجزء من مجموع التركة . فهؤلاء يكونون محكوماً لهم أو محكوماً عليهم تبعاً لما إذا كان السلف هو الخصم الذي كسب الدعوى أو الخصم الذي خسرها . ولكنهم لا يكونون خلفاً عاماً إلا باعتبار أنهم يتلقون هذا الحق من مورثهم . فلو أن المورث باع عيناً واحتفظ بحيازتها وبحق الانتفاع فيها ، ثم رفع عليه المشترى دعوى يطلب الحكم فيها بصحة البيع ، فحكم له بذلك ، فإن هذا الحكم لا يكون حجة على الورثة الذين يتمسكون بأن البيع حقيقته وصية تزيد على الثلث ، مستندين في ذلك إلى المادة ٩١٧ من التقنين المدني . ذلك بأن الورثة ، وهم يطعنون في البيع ، يستعملون حقاً خاصاً بهم لا حقاً تلقوه عن مورثهم ، فلا يكون الحكم الصادر في مواجهة مورثهم حجة عليهم [1] [1] .

= الأولى لم يوجه المستأجر إلى المؤجر أي طلب وأن الحارس لا يمثل المؤجر فيما وجهه إليه المستأجر من طلبات ، فهذا الحكم لا يكون مخلا بحجية الأمر المقضي ، إذ الخصمان في الدعوى التي صدر فيها لم يكن أحدهما خصما للآخر في الدعوى السابق الفصل فيها (نقض مدني ١٣ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٧١ ص ٣٨١ مع تعليق الأستاذ محمد حامد فهمي بهامش ص ٣٨١ – ص ٣٨٢) – وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الحكم على شركة بالتضامن حجة على جميع الشركاء بأشخاصهم ، ويجوز تنفيذه على كل منهم بمفرده دون حاجة إلى حكم آخر عليه (٤ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٨٠) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان تظهير الكمبيالة لا يعد إلا توكيلا ، فالحكم على حامل الكمبيالة (الوكيل) حجة على المظهر (الموكل) . (استئناف مختلط ١٣ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٩٤) – وقضت محكمة الإسكندرية الكلية بأن اختلاف الحاضرين في دعوى استرداد يخل بشرط اتحاد الخصوم إخلالا جوهرياً ، حتى لو كان المدين المحجوز عليه والمسترد فيهما واحداً ، وذلك لأن الحاجز في دعوى الاسترداد هو الخصم المهاجم وهو صاحب المصلحة الحقيقية (٧ ديسمبر سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ ص ٨٩٥) .

(1) يكون للحكم حجية بالنسبة للخلف العام للخصم الأصلي .
(جلسة ١٩٨٦/١/٢٣ الطعن رقم ٢٤٧٩ لسنة ٥٢ ق) .
(جلسة ١٩٨٥/٦/٤ الطعن رقم ١٨٧٢ لسنة ٥١ ق) .

(١) وعند ما كان الوقف الأهلي قائماً ، كانت ورثة المستحق في الوقف الذي يلونه في الاستحقاق لا يتلقون حقهم في الاستحقاق عن مورثهم ، بل عن الواقف رأساً . وقد قضت محكمة مصر الأهلية بأن الأحكام الصادرة في مواجهة مستحق في الوقف لا تسرى على ورثته ، لأن الصفة في الدعوى غير متعدية (٢٩ مايو سنة ١٨٩٨ الحقوق ١٣ ص ٣١٩) – وقضت محكمة النقض بأن الحكم الصادر في وجه إنسان لا يكون حجة على من يخلفه من وارث أو مشتر أو متلق عنه إذا استند هذا الخلف في إثبات ملكيته إلى سبب آخر غير التلقي ، مستغنياً بهذا السبب الأخير عن التلقي (نقض مدني ٢٤ مايو سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٨٤ ص ٤٠٣) .

وهو حجة على الخلف الخاص [2] . ويشترط في ذلك أن يكون الحكم متعلقا بالعين التي انتقلت إلى الخلف الخاص ، وأن تكون الدعوى التي صدر فيها الحكم قد رفعت وسجلت صحيفتها قبل انتقال العين إلى الخلف الخاص [1] . مثل ذلك أن يصدر حكم على مالك أرض بوجود حق ارتفاق على هذه الأرض ، وبعد رفع الدعوى وتسجيل صحيفتها ، يبيع المالك الأرض ، فيكون الحكم في هذه الحالة حجة على المشترى لأنه الخلف الخاص للبائع [2] . أما إذا كان تسجيل البيع سابقاً على تسجيل صحيفة الدعوى التي صدر فيها

---

(1) الوارث لا يعتبر في حكم الغير بالنسبة للتصرف الصادر من المورث إلى وارث آخر إلا إذا كان طعنه على هذا التصرف هو أنه وإن كان في ظاهره بيعاً منجزاً إلا أنه في حقيقته يخفي وصية إضراراً بحقه في الميراث أو أنه صدر في مرض موت المورث ، فيعتبر إذ ذاك في حكم الوصية لأنه في هاتين الصورتين يستمد الوارث حقه في القانون مباشرة حماية له من تصرفات مورثه التي قصد بها الاحتيال على قواعد الإرث التي تعتبر من النظام العام .

(جلسة ١٩٨٤/٥/١٦ الطعن رقم ١٠٢٧ لسنة ٥٠ ق س ٣٥ ص ١٣٣٠) .

(2) يكون للحكم حجية على الخلف الخاص شريطة أن يكون الحكم قد صدر قبل انتقال الحق إلى الخلف واكتسابه الحق عليه .

(جلسة ١٩٨٤/٣/٧ الطعن رقم ٢٥٥٥ لسنة ٥٢ ق) .

(جلسة ١٩٨٣/٦/٩ الطعن رقم ٢٧٦ لسنة ٤٣ ق) .

(جلسة ١٩٧٩/٦/٢٠ مجموعة المكتب الفني السنة ٣٠ ص ٦٨١) .

(١) استئناف مختلط ١٣ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٩٠ — ١٤ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٩٨ — ٧ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ١٣ — ٩ يونية سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٣٣ — ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٩٨ — ٧ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٦٨ .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الحكم الصادر في مواجهة البائع حجة على المشترى إذا كان البيع تالياً لصدور الحكم ، ولو كان هذا الحكم غير نهائي (٥ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٦٥) — ولو كان هذا الحكم صادراً من محكمة أهلية بين وطنيين وكان الخلف الخاص أجنبياً (٣ يونية سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣٥٠ — ٢٣ مايو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣٠٦ — ٢٨ نوفمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٢٠ — ١١ نوفمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٨) — ولو لم يسجل المحكوم له الحكم الصادر لصالحه (استئناف مختلط ٧ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٤٨ — ٢٩ يونية سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٩٠ — ٧ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص.٦ — ٢٣ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٤٣ — ٢٠ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٤٩) .

والحكم الصادر لدائن التركة على الوارث حجة على المشترى من الوارث (استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٨٠) — والحكم على المستأجر الممنوع من الإيجار من الباطن بالإخلاء حجة على المستأجر من الباطن ولو لم يدخل في الدعوى (استئناف مختلط ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٦٠ — ١٥ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٤٥) — والحكم بالشفعة على مشتر حجة على المشترى من هذا المشترى (استئناف مختلط ١٧ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٥٤) .

الحكم ، فلا يكون المشترى خلفاً خاصاً ، ولا يكون الحكم حجة عليه [1] . وقد قضت محكمة النقض بأن الحكم الصادر في نزاع على ملكية عقار لا يكون نافذاً على من اشتروا وسجلوا عقدهم قبل رفع الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم ، لأن من اشتروا قد أصبحوا بعد البيع ذوي حق خاص ، ولم يبق للبائع صفة في المخاصمة بالنيابة عنهم بشأن هذا الحق ، وعلى ذلك فلا يكون للحكم الصادر في دعوى تثبيت الملكية ضد البائع حجية الأمر المقضي بالنسبة إلى المشترى [2] . وعلى العكس من ذلك ، إذا رفع شخص دعوى استحقاق على

---

(١) استئناف مختلط أول يونية سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٥١ — ١٢ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١١٤ — ١٠ يناير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٤٨ — أما إذا كان تسجيل البيع في أثناء رفع الدعوى وبعد تسجيل صحيفتها فالحكم حجة (استئناف مختلط ٦ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٣٠ — ٧ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٧٤ — ١٣ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢١٤ — ١٢ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥١٤) .

(٢) نقض مدني ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٤ ص ١٣ — أنظر أيضاً : نقض مدني ٢ نوفمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ٢ ص ١٠ — ٢ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٨٧ ص ٢٩٤ — ٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٩٨ ص ٥٩٢ .

وقضت محكمة النقض أيضاً بأن الدعوى المقامة من الدائن المرتهن حيازياً على المدين الراهن بمطالبته بالدين وحبس العين المرهونة لا يكون للحكم الصادر فيها بطلبات المدعى حجية قبل من اشترى الأرض بعقد مسجل قبل الرهن . فإذا باع هذا المشترى الأرض المذكورة إلى آخر بعقد غير مسجل ، وأقام المشترى الثاني دعوى على البائع له وعلى المرتهن طالباً الحكم له بصحة العقد العرفي الصادر له ونفاذه وشطب التسجيلات الموقعة على الأرض ومحوها ، بانياً دعواه على أن عقد الرهن صدر من غير مالك بعد عقد الشراء المسجل الصادر لبائعه ، فحكم في هذه الدعوى بطلباته ، فهذا الحكم لا يعتبر مخالفاً للحكم السابق صدوره بإلزام المدين بالدين وحبس العين (نقض مدني ١٦ مارس سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٩٥ ص ٧٣٣) .

وقضت أيضاً بأن الشريك في ملك شائع الذي يتصرف في حصته الشائعة بعد رفع دعوى القسمة لا يعتبر ممثلا للمشترى منه متى سجل هذا الأخير عقد شرائه وانتقلت إليه بذلك ملكية الحصة المبيعة قبل انتهاء إجراءات القسمة . وإذن فمتى كان أحد الشركاء في ملك شائع رفع دعوى بفرز وتجنيب نصيبه في هذا الملك ، وأثناء سير الدعوى اشترى المطعون عليهما الأولان الحصة الشائعة لأحد الشركاء ، وأراد التدخل في دعوى القسمة فرفضت المحكمة تدخلهما بناء على اعتراض أحد الشركاء ، وسارت إجراءات القسمة في غير مواجهتهما ، فلا يكون الحكم الصادر في دعوى القسمة المشار إليها بتخصيص كل من طالبي القسمة بنصيب مفرز حجة عليهما (نقض مدني ٢٢ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ ص ٣٧٠) .

أنظر أيضاً : محكمة الاستئناف الأهلية ١٧ مارس سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٩٦ — ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ ص ١٥١ — استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٢٩ — ١٢ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١١٤ — ١٠ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٤٨ — ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٩٨ — ٢ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٥٤ — وقارن : استئناف أهلي ١٠ أبريل سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ١١٣ .

والحكم الصادر بانقضاء الدين يكون حجة على المتنازل له عن هذا الدين إذا كان إعلان هذا التنازل إلى المدين لاحقاً لصحيفة الدعوى بانقضاء الدين (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٠٨) .

وأنظر في هذا الموضوع الأستاذ عبد السلام ذهني في الأدلة جزء ٢ ص ٢٤٦ — ص ٢٧٦ .

المشترى دون إدخال البائع خصماً في الدعوى ، وحكم للمدعي بالاستحقاق ، فإن هذا الحكم لا يكون حجة على البائع [1] .

٣٦٧ – كما هو حجة على الدائنين : ويكون الحكم حجة أيضاً على دائني الخصم . فإذا صدر حكم على شخص باستحقاق العين التي وضع يده عليها ، فإن هذا الحكم يكون حجة على دائني هذا الشخص ، ومن ثم لا تعتبر العين مملوكة لمدينهم، ولا يستطيعون التنفيذ عليها . ويستوي في ذلك أن تكون حقوق الدائنين تالية لرفع دعوى الاستحقاق أو سابقة عليها [2] . كذلك إذا صدر الحكم في دعوى الاستحقاق لصالح المدين وقضي برفض دعوى المستحق ، فإن هذا الحكم يكون حجة للدائنين . وإذا كان المدين يمثل دائنه في الأحكام التي تصدر عليه أو له، فإن الدائن على العكس من ذلك لا يمثل المدين [3]. ويترتب على ذلك أنه إذا رفع الدائن دعوى باسم مدينه ، مستعملا حق المدين وفقاً للمادة ٢٣٥ من التقنين المدني ، فإن الحكم الذي يصدر في هذه الدعوى لا يكون حجة على المدين ما لم يكن قد أدخل في الدعوى ، وبذلك قضت المادة ٢٣٥ سالفة الذكر إذ نصت على أنه " لا يشترط أعذار المدين لاستعماله حقه ، ولكن يجب إدخاله خصما في الدعوى". ولا يكون الحكم كذلك حجة على الدائنين الآخرين إلا إذا أدخلهم المدعى عليه في الدعوى [4] .

على أن تمثيل المدين لدائنه ، في الأحكام التي تصدر عليه ، لا يستقيم في جميع الأحوال . فهناك أحوال ثلاثة يكون الدائن فيها من الغير بالنسبة إلى الحكم الذي يصدر ضد المدين ، ولا يسري هذا الحكم في حقه :

(الحالة الأولى) إذا تواطأ المدين مع خصمه في الدعوى التي صدر فيها الحكم ضده، أو تعمد خسارة الدعوى إضراراً بدائنه ، أو أهمل إهمالا جسيما في الدفاع عن حقه . ففي هذه الحالة يحق للدائن أن يطلب اعتباره من الغير ، فلا يسري الحكم في حقه. وهذا ما يفعله

---

(١) نقض مدني ١٢ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٩٧ ص ٦٣٥ – استئناف أهلي ١٠ مايو سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ١٣٣ – مصر الأهلية ٢٣ يناير سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢/١٧ ص ٣٧ – استئناف مختلط ٢٩ ديسمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٧٤ .

(٢) استئناف مختلط ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٩١ م ٤ ص ٢٥ (ولو كان الحكم ، وقت قيام المحاكم المختلطة ، صادراً من محكمة وطنية بين وطنيين وكان الدائن أجنبياً) .

(٣) على أن الدائن يمثل الدائنين الآخرين عند مباشرته لإجراءات نزع الملكية في كل ما يفيد هؤلاء (استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥١٤) .

(٤) استئناف مختلط ٥ يونية سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢ – وهذا ما لم تدفع الدعوى بعدم قبولها لعدم ادخال المدين خصما فيها .

الدائن أيضاً في الدعوى البوليصية عندما يطعن في التصرف الصادر من مدينه إضراراً بحقه . وهو إذا كان يلجأ في اعتبار التصرف غير سار في حقه إلى الدعوى البوليصية ، فإنه يلجأ في اعتبار الحكم غير سار في حقه إلى اعتراض الخارج عن الخصومة (tierce-opposition) . وكانت الفقرة أولى من المادة ٤٥٠ من تقنين المرافعات السابق تنص على أنه " يجوز لمن يعتبر الحكم الصادر في الدعوى حجة عليه ، ولم يكن قد أدخل أو تدخل فيها ، أن يعترض على هذا الحكم بشرط إثبات غش من كان يمثله أو تواطئه أو إهماله الجسيم " [1] . وسنرى فيما يلي أن الغير الذي لا يسرى الحكم في حقه ، كالدائن المتضامن والمدين المتضامن ، يستطيع أيضاً أن يلجأ إلى اعتراض الخارج عن الخصومة [2] . ولكن هناك فرقاً جوهرياً بين الدائن والغير . فالحكم الصادر ضد المدين يسرى في حق الدائن ، إلى أن يتمكن هذا من إلغائه عن طريق اعتراض الخارج عن الخصومة ، وهو الطريق الوحيد المفتوح أمامه لتحقيق هذا الغرض . أما الغير — والحكم لا يسرى في حقه — يستطيع أن يتجاهل هذا الحكم دون أن يلجأ إلى اعتراض الخارج عن الخصومة ، ويستطيع أن يرفع دعوى مبتدأة دون أن يحتج عليه بالحكم فهو غير سار في حقه كما قدمنا [3] .

ويلاحظ أن الدائن ، عندما يطعن في الحكم الصادر ضد المدين باعتراض الخارج عن الخصومة ، إنما يستعمل حقاً خاصاً به جعله القانون لحمايته ، لا حقاً مستمداً من المدين [4] . وهذا هو أيضاً ما يفعل في الدعوى البوليصية ، فهو يستعمل حقاً خاصاً به ، لا حقاً مستمداً من المدين ، عندما يطعن في التصرف الصادر من هذا المدين .

وقد استبعد قانون المرافعات الجديد من مواده الطعن في الأحكام بطريق اعتراض الخارج عن الخصومة والتي كان ينص عليها قانون المرافعات السابق في المواد من ٤٥٠ — ٤٥٦ .

---

(١) وتنص المادة ٤٥٣ من تقنين المرافعات على أنه " يبقى للخارج عن الخصومة الحق في الاعتراض على الحكم ما لم يسقط حقه بمضي المدة " . وتنص المادة ٤٥٥ على أنه " يترتب على الاعتراض على الحكم إعادة طرح الخصومة على المحكمة من جديد ، ولا يستفيد من الحكم الصادر فيه غير من رفعه ، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك " .

(٢) ولا يشترط إثبات التواطؤ أو الغش أو الإهمال الجسيم كما سنرى .

(٣) أنظر في هذه المسألة جان ماري أوسل (Aussel) في رسالته عن الغير في القانون المدني الفرنسي مونبلييه سنة ١٩٥٢ ص ٢٣٤ — ص ٢٤١ — دي باج جزء ٣ ص ١٠١٢ — ص ١٠١٤ — الأستاذ عبد السلام ذهني في الأدلة ٢ ص ٤١٥ — ص ٤٢٤ — الأستاذ عبد المنعم الشرقاوي في المرافعات فقرة ٤٣٢ ص ٥٩٩ — الأستاذ أحمد أبو الوفا في المرافعات ص ٦٥١ .

(٤) استئناف مختلط ١٢ يونية سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣٤٦ — ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م ١٧ ص ١٣

(الحالة الثانية) إذا صدر حكم فيما بين المدين وأحد دائنيه بأن للدائن حق امتياز أو حق أولوية من أي نوع كان . فإن هذا الحكم لا يكون حجة على بقية الدائنين . ذلك أن التفاضل ما بين الدائنين أمر يخص هؤلاء الدائنين وحدهم ، ولا يمثلهم فيه المدين. فالدائن الذي لا يدخل خصما في الدعوى لا يكون الحكم بتأخره عن دائن آخر حجة عليه [1] . بل إن الحكم بصحة الدين الصادر في مواجهة المدين لا يمنع دائناً آخر لنفس المدين من أن يطعن في هذا الدين بالصورية [2] . والدائن ، وهو يتمسك بصحة الدين أو بحق الأولوية ، إنما يستعمل هنا أيضاً حقاً خاصاً به ، لاحقاً مستمداً من المدين [3] .

(الحالة الثالثة) الدائن المرتهن لا يمثله المدين ، بالنسبة إلى العين المرهونة ، إذا كان حق الرهن قد أصبح نافذا في حق الغير قبل رفع الدعوى ، فإذا رفعت على المدين دعوى باستحقاق العين المرهونة ، وكسب المدعي دعواه ، فإن الحكم الصادر باستحقاق العين لا يكون حجة على الدائن المرتهن الذي قيد رهنه قبل تسجيل صحيفة دعوى الاستحقاق ، ما لم يكن هذا الدائن قد أدخل خصما في هذه الدعوى . ونرى من ذلك أن الدائن المرتهن يعامل ، بالنسبة إلى العين المرهونة ، معاملة الخلف الخاص [4] .

---

(١) استئناف مختلط ٨ يونية سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣١٧ .

(٢) استئناف مختلط ٢٠ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٤٥ — ٢٦ يونية سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤١٦ — ١٤ يناير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٧١ . وقارن : نقض مدني ٥ فبراير سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٤١ ص ٤١٢ .

(٣) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٠٩ وهامش رقم ٣٧ .

(٤) وهذا ما يذهب إليه الفقه الفرنسي (ديرانتون ١٣ فقرة ٥٠٧ — ماركاديه م ١٣٥١ فقرة ١٢ — أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤١١ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٥٧ ص ١٠٢٤ — عكس ذلك: لاروميير ٥ م ١٣٥١ فقرة ١١٧) . أما القضاء الفرنسي فيعتبر الدائن المرتهن كالدائن العادي من حيث سريان الحكم الصادر ضد المدين في حقه (نقض فرنسي ٢٥ أكتوبر سنة ١٨٩٣ داللوز ٩٤ — ١ — ٣٤ — محكمة باريس الاستئنافية ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٣ داللوز ١٩٢٤ — ٢ — ١٥٤) .

وكان القضاء المختلط في مصر يذهب ، في أكثر أحكامه ، إلى أن الدائن المرتهن لا يسري في حقه ، بالنسبة إلى العين المرهونة ، الحكم الصادر ضد المدين ، شأنه في ذلك شأن الخلف الخاص : استئناف مختلط ٢٧ أبريل سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢٣٠ — ٣ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٨٣ — ٣٠ يناير سنة ١٩١٩ م ١٣ ص ١٤٣ — ٢٠ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٨٢ — ٤ يناير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٣٥ — ٤ فبراير سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٩٠ . أنظر عكس ذلك : استئناف مختلط ٦ نوفمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٣ — ٩ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٢٤ — ٩ يونية سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٩٦ — وعلى كل حال يجوز للدائن المرتهن أن يطعن باعتراض الخارج عن الخصومة في الحكم الصادر ضد المدين ، عن طريق التواطؤ أو الغش أو الإهمال الجسيم ، حتى يجعل هذا الحكم لا يسري في حقه . وهذا ما يملكه حتى الدائن العادي ، فأولى أن يملكه الدائن المرتهن (استئناف مختلط ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ٧٩ — ٤ يونية سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٢٨) .

٣٦٨ – ولكنه ليس حجة على الغير : أما غير الخلف العام والخلف الخاص والدائن العادي ، فلا يكون الحكم حجة عليه (Res inter alios judicata) [١] فالغيرية في الحكم لا تختلف في جوهرها عن الغيرية في العقد [٢] .

ومن الأمثلة على الغير ، الذي لا يسرى في حقه الحكم الصادر ضد المدين ، المالك في الشيوع ، والمدين المتضامن ، والدائن المتضامن ، والكفيل ، والوارث بالنسبة إلى سائر الورثة .

فلو صدر حكم ضد أحد الملاك في الشيوع ، فإنه لا يكون حجة على بقية الملاك في الشيوع الآخرين ماداموا لم يختصموا في الدعوى [٣] .

أما المدينون المتضامنون أو الدائنون المتضامنون، والكفلاء ولو كانوا متضامنين [٤]، فإن الحكم الصادر لمصلحة أحد منهم يفيد الباقي ، ولكن الحكم الصادر ضد أحد لا يكون حجة على الباقين . وقد طبقت المادة ٢٩٦ من التقنين المدني هذا المبدأ على المدينين المتضامنين ، فنصت على ما يأتي : "(١) إذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين ، فلا يحتج بهذا الحكم على الباقين . (٢) أما إذا صدر الحكم لصالح أحدهم ، فيستفيد منه الباقون، إلا إذا كان الحكم مبنياً على سبب خاص بالمدين الذي صدر الحكم لصالحه " . والأصل في ذلك أن التضامن فيه معنى النيابة فيما ينفع لا فيما يضر [٥] . وكالتضامن عدم قابلية الالتزام للتجزئة .

---

(١) وذلك لا يمنع من أن يواجه الغير بالحكم كدليل من أدلة الإثبات يقدره القاضي ، وللغير أن ينقضه بدليل عكسي (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٣٠) .

(٢) قارن جان ماري أوبسل (Aubsel) في رسالته عن الغير في القانون المدني الفرنسي فقرة ٢٢٢ ص ٢٣٧ – ص ٢٣٨ .

(٣) استئناف أهلي ١٨ أبريل سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ١/١٠٢ – قارن استئناف مختلط ٢٩ ديسمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ١٠٣ .

(٤) ويذهب القضاء وغالبية الفقه في فرنسا إلى أن الكفيل يسرى في حقه الحكم الصادر ضد المدين ، ويجوز للكفيل أن يطعن في هذا الحكم باعتراض الخارج عن الخصومة (توليه ١٠ فقرة ٢١١ – بونييه ٢ فقرة ٨٨٦ – لاروميير ٥ م ١٣٥١ فقرة ١٠٠ – وأنظر عكس ذلك أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ هامش رقم ٥٠ وهما يفندان بالتفصيل حجج القائلين بسريان الحكم في حق الكفيل) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الحكم الذي يعين مبلغ الدين القائم في ذمة المدين يكون حجة على الكفيل (استئناف مختلط ٢٠ مارس سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٩٦ – ٢٦ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٩٧) .

(٥) استئناف مختلط أول مارس سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٨٨ . ولكن إذا كان كل المدينين المتضامنين قد دخلوا في الدعوى ، فحكم لبعضهم ، فلا يفيد هذا الحكم من لم يحكم له منهم (بني سويف ٢٩ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ ص ١٠٠) .

أما الورثة فلا يمثل بعضهم بعضاً ، ولا يسرى الحكم الصادر في مواجهة أحدهم في حق الباقي ، إلا إذا ثبت أن الوارث قد كان خصما في الدعوى باعتباره ممثلا للتركة. وقد قضت محكمة النقض بأن القاعدة الشرعية التي تقضي بأن الوارث ينتصب خصما عن باقي الورثة في الدعاوى التي ترفع من التركة أو عليها قد تكون صحيحة ممكناً الأخذ بها لو أن الوارث الواحد كان قد خاصم أو خوصم في الدعوى طالباً الحكم للتركة نفسها بكل حقها أو مطلوباً في مواجهته الحكم على التركة نفسها كل ما عليها ، أما إذا كانت دعوى الوارث لم يكن مقصودة الأول منها سوى تبرئة ذمته من نصيبه في الدين، ذلك النصيب المحدد المطلوب منه في الدعوى ؛ فإن الواضح أنه يعمل لنفسه فقط في حدود هذا النصيب المطلوب منه ولمصلحته الشخصية فقط في تلك الحدود ، لا لمصلحة عموم التركة كنائب شرعي عنها وقائم في الخصومة مقامها ومقام باقي الورثة [1] .

---

(١) نقض مدني ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤٦ ص ٦٧٤ — وقضت محكمة النقض بأن الوارث الذي لم يظهر في الخصومة يعتبر ممثلا فيها عن طريق نيابة الوارث الآخر ، أو بعبارة أدق عن طريق المورث الذي يتلقى الحق عنه ، إلا أنه مع ذلك لا يعتبر محكوماً عليه مباشرة بل يكون من الغير الذي له حق الطعن بالتعدي فلا يجوز الحكم قبله حجية ما . فالحكم الذي يعتبر حكما شرعيا متعديا إلى أحد الورثة ، وأنه يجوز قبله حجية الأمر المقضي أسوة بأخويه المحكوم عليهما في نفس الحكم ، يكون مخطئا (نقض مدني ١٩ مايو سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٢١ ص ٧٧٠) ، وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه إذا رفع أحد الدائنين دعواه على مدينه وعلى من تصرف له المدين من أولاده بطلب إبطال هذا التصرف ، فإن الخصوم في هذه الدعوى يعتبرون مختلفين عن الخصوم في دعوى المنازعة في صحة التصرف التي تقوم فيما بعد بين بعض ورثة المدين وبين من صدر إليهم التصرف . فإذا كان قد حكم في الدعوى الأولى ببطلان التصرف ، ثم حكم في الدعوى الثانية بصحته ونفاذه ، فلا يعد الحكم الثاني مخلا بحجية الحكم الأول ، ولذلك يكون القضاء بإهدار الحكم الثاني بمقولة مخالفته لحجية الأمر المقضي مخطئا في تطبيق القانون (نقض مدني ٩ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٧١ ص ١٥٨) .

أما المالك تحت شرط فاسخ فيمثل من يكون مالكاً إذا تحقق الشرط ، وذلك في الأحكام التي تصدر لصالحه لا في الأحكام التي تصدر ضده (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ هامش رقم ٥٥ ، ص ٤٢٢) .

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه في التأمين على المسئولية يكون الحكم الصادر بتحقق مسئولية المؤمن له ساريا في حق شركة التأمين (نقض فرنسي ١١ مايو سنة ١٩٤٧ داللوز ١٩٤٧ — ٢٦٥ — سيريه ١٩٤٧ — ١ — ١٣١) .

وقضت محكمة النقض في مصر بأن حكم مرسى المزاد لا يسرى إلا في حق من كان ممثلا فيه ، وبأن القانون يحمي وضع اليد من كل تعرض له ، يستوي في ذلك أن يكون التعرض اعتداء محضا من المتعرض أو بناء على حكم مرسى مزاد لم يكن واضع اليد خصما فيه ، إذ الأحكام لا حجية لها إلا على الخصوم ، ولا يضار بها من لم يكن طرفا فيها ، لا فرق في ذلك بين حكم مرسى المزاد وغيره من الأحكام (نقض مدني ١٧ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٦ ص ٥٩ مع تعليق الأستاذ محمد حامد فهمي هامش ص ٦٠) .

وأنظر في هذا الموضوع الأستاذ عبد السلام ذهني في الأدلة ٢ ص ٤٣٢ — ص ٤٥٨ .

وقد قدمنا أن الغير لا يجبر على الطعن في الحكم الصادر ضد المدين بالتماس إعادة النظر ، لأن هذا الحكم ليس حجة عليه ولا يسرى في حقه ، فهو في غير حاجة إلى مهاجمته. ولكنه مع ذلك يستطيع أن يستبق الحوادث وأن يهاجم هذا الحكم ، فيطعن فيه بالتماس إعادة النظر ، ويؤكد عن طريق القضاء أنه من الغير بالنسبة إليه فلا يجوز أن يسرى في حقه . ولا يشترط لنجاح هذا الطعن إثبات التواطؤ أو الغش أو الإهمال الجسيم كما يشترط ذلك في نجاح طعن الدائن . وقد نصت المادة ٢٤١ من قانون المرافعات في فقرتيها ٧ ، ٨ على أنه يجوز للخصوم أن يلتمسوا إعادة النظر في الأحكام الصادرة بصفة انتهائية إذا صدر الحكم على شخص طبيعي أو اعتباري لم يكن ممثلا تمثيلا صحيحا في الدعوى وذلك فيما عدا حالة النيابة الاتفاقية ولمن يعتبر الحكم الصادر في الدعوى حجة عليه ولم يكن قد أدخل أو تدخل فيها بشرط إثبات غش من كان يمثله أو تواطئه أو إهماله الجسيم [1] .

ويلاحظ أن هناك أحكاماً لا تثبت لها الحجية حتى بالنسبة إلى أشخاص دخلوا في الدعوى ، وهناك على العكس من ذلك أحكام تثبت لها الحجية حتى بالنسبة إلى أشخاص لم يدخلوا . مثل الحالة الأولى أن يكون الشخص الذي دخل في الدعوى ليس خصماً حقيقياً فيها [2] . ومثل الحالة الثانية أن يكون الحكم منشئاً لحالة مدنية (étate civil) ، كالحكم

---

(١) ويبدو أن قصر الاعتراض على حالتي التضامن وعدم القابلية للتجزئة إما أن يكون راجعاً إلى أن نصوص تقنين المرافعات السابق في هذا الموضوع لم تتسق مع نصوص التقنين المدني الجديد ، وهذه تقضي بأن المدين المتضامن لا يسرى في حقه الحكم الصادر على مدين متضامن معه ، فلم يكن المدين المتضامن ومن ألحق به في حاجة ، كالدائن ، إلى حق الاعتراض ليعتبر من الغير ، وإما أن يكون راجعاً إلى أن الغير في هاتين الحالتين أقرب إلى الشبهة في أن يسرى الحكم في حقه ، ففتح له باب الاعتراض حتى يدرأ عن نفسه بطريق جديد نظمه القانون ما عسى أن يمسه من آثار حكم لا يسرى في حقه . وغني عن البيان أن باب اعتراض الخارج عن الخصومة لا يقفل أمام الغير الأبواب الأخرى التي يفتحها له القانون لدفع الاحتجاج عليه بحكم لا يسرى في حقه . وقد صرحت بذلك المذكرة الإيضاحية لمشروع تقنين المرافعات السابق إذ تقول : " لم ير المشروع حاجة إلى النص على أن من يكون له طريق الاعتراض ولا يسلكه لا يحرم بذلك من حقه في الالتجاء إلى الوسائل الأخرى التي يسمح له القانون بها لدفع الاحتجاج عليه بالحكم ، لم ير المشروع حاجة إلى هذا النص لأنه لا يعدو أن يكون تقريرا لقاعدة مقررة يكاد ينعقد الإجماع عليها " . (قارن الأستاذ عبد المنعم الشرقاوي في المرافعات فقرة ٤٣٣ ص ٦٠١ — وانظر الأستاذ أحمد أبو الوفا في المرافعات فقرة ٥٣٩ ص ٦٥٣) . هذا واعتراض الخارج عن الخصومة ، كما كان في تقنين المرافعات المختلط وكما هو في لائحة المحاكم الشرعية وفي تقنين المرافعات الفرنسي ، أوسع نطاقاً من اعتراض الخارج عن الخصومة في تقنين المرافعات الجديد ، إذ هو لا يقتصر على طائفة محدودة من الغير .

(٢) وقد قضت محكمة مصر الأهلية بأنه إذا حصل نزاع بين بعض الملاك في الشيوع بالنسبة إلى ملكية بعد حصص ، ورفع أحد المتنازعين أمر هذا النزاع إلى القضاء ، وأعلن بدعواه من ينازعه في ملكية حد من لا ينازعه من الملاك على الشيوع ، كان ذلك الحكم حجة بينه وبين من ينازعه فقط دون الباقين .

الصادر بتوقيع الحجز فإنه يكون حجة على الناس كافة [1] ، من دخل الدعوى ومن لم يدخل ، وسيأتي تفصيل ذلك .

المطلب الثاني

اتحاد المحل

٣٦٩ – العبرة بما طلبه الخصم لا بما لم يطلبه أو بما احتفظ به : ولا يكون للحكم حجية الأمر المقضي إلا بالنسبة إلى المحل ذاته الذي سبق طلبه في الدعوى التي صدر فيها الحكم . فإذا رفعت دعوى جديدة بهذا المحل ذاته ، أمكن دفعها بحجية الأمر المقضي [2] . ويترتب على ذلك أن الحكم بتعويض عن ضرر يمنع من تجديد المطالبة

= بحيث إذا نشأ نزاع جديد عن ملكية تلك الحصة بين رافع القضية الأولى وبين الشائعين الذي كانوا سلموا له بملكيته حقه في تلك القضية ، فليس لهؤلاء أن يحتجوا عليه بالحكم السابق (١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ ص ٣٥٦) – وقضت محكمة النقض بأنه لا يجوز الحكم حجية الأمر المقضي إلا بالنسبة إلى الخصوم الحقيقيين في الدعوى الذين كان النـــزاع قائماً بينهم وفصلت فيه المحكمة لمصلحة أيهم . ومن ثم لا يصح اعتبار الحكم حائزاً لحجية الأمر المقضي بالنسبة إلى خصم أدخل في الدعوى ولم توجه إليه طلبات . ولا يقال إنه كان في إمكانه أن يبدي في الدعوى ما يشاء ، فإن كان قد أهمل فهو الملوم – هذا القول لا وزن له قانوناً ، فإن كل شخص حر في اختيار الوقت والظروف التي يقاضى فيها خصمه ، وليس لأحد أن يجبره على أن يفعل ذلك في وقت أو ظرف معين أو أن يسائله على أساس أنه لم يفعل (نقض مدني ٢٢ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٢٢ ص ٥٩٣) .

وقضت محكمة النقض من جهة أخرى بأنه إذا كان يبين من الحكم الصادر للطاعن في دعوى صحة التعاقد أنه أقام تلك الدعوى على البائع له وباقي أخوته من الورثة الذين كانت الأطيان المبيعة له مكلفة باسم مورثهم ، واستند في دعواه إلى عقد البيع الصادر له وإلى أن البائع له اختص بالأطيان المبيعة بموجب قسمة حصلت بينه وبين أخوته ، فلم ينازعه سوى واحد من هؤلاء الأخوة ، ولم يكن ثمة ما يمنع أياً منهم من منازعته لو كان له وجه ، فإحجامهم عن منازعته لا ينفي أنهم كانوا خصوماً حقيقيين (نقض مدني ٥ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٦٤ ص ٤٤٩) .

(1) القرار الصادر بتوقيع الحجز للمدعي ، له حجية مطلقة تسري في حق الناس جميعاً ، وإذا التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر ، واعتد بحجية ذلك القرار ، فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون .

(جلسة ١٩٧٤/١/٢١ الطعنان رقما ٥٣ ، ٥٧ لسنة ٣٨ ق مجموعة المكتب الفني السنة ٢٥ ص ٩٢) .

(2) محل الدعوى أو موضوعها ، هو الحق الذي يطلبه الخصم أو المصلحة التي يرمي إلى تحقيقها ، سواء تعلق ذلك الحق أو تلك المصلحة بشيء مادي أم لا .

ويشترط للدفع بحجية الأمر المقضي أن يكون محل الدعوى الجديدة هو نفس محل الدعوى التي فصل فيها الحكم السابق .

(جلسة ١٩٦٩/١٢/٢٥ الطعن رقم ٤٠٧ لسنة ٣٥ ق س ٢٠ ص ١٣٤٤) .

بالتعويض عن نفس الضرر ، ولكنه لا يمنع من الحكم بتعويض آخر عن ضرر استجد من نفس العمل الضار [1] . وإذا صدر حكم يقضي بصحة عقد إيجار ، فلا يجوز بعد ذلك للمؤجر أو للمستأجر أن يرفع الدعوى من جديد يناقش في حجة هذا العقد . أما إذا صدر حكم للمؤجر باستحقاق الأجرة عن مدة معينة ، فإن هذا الحكم لا يحوز حجية الأمر المقضي بالنسبة إلى استحقاق الأجرة عن مدة أخرى ، إذ محل الدعوى هنا يختلف عن المحل في الدعوى الأولى [2] . وإذا قضي في حساب الدين عن مدة مضت ، فلا يجوز الرجوع إلى حساب الدين مرة أخرى وإعادة تقدير ريع الأرض المرهونة والموازنة بين هذا الريع والفائدة عن المدة التي قضى في حسابها [3] .

ووحدة المحل تبقى قائمة ، أياً كانت التغيرات التي تصيب هذا المحل بعد ذلك من نقص أو زيادة أو تعديل [4] .

والقاعدة في معرفة ما إذا كان محل الدعويين متحداً أن يتحقق القاضي من أن قضاءه في الدعوى الجديدة لا يعدو أن يكون مجرد تكرار للحكم السابق فلا تكون هناك فائدة منه، أو أن يكون مناقضاً للحكم السابق سواء بإقرار حق أنكره أو بإنكار حق أقره فيكون هناك حكمان متناقضان [5] [أ] .

---

(١) استئناف مختلط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٦٣ .

(٢) محكمة اللبان ١٠ يونية سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ ص ٤٦ — ولكن لا يجوز أن يدفع استحقاق الأجرة عن المدة الأخرى بنفس الدفع الذي رفض في استحقاق الأجرة عن المدة الأولى ، كأن يدفع مثلا في الدعويين بعدم صحة عقد الإيجار . وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يمنع من وحدة الموضوع في الدعوين الصادر فيهما الحكمان اللذان جاءا على خلاف اختلاف المدة المطالب بريعها ، فالموضوع في الدعويين هو مقابل الانتفاع ويد المنتفعين مستمرة على الأرض ، ولا يمنع من وحدة الخصوم إدخال ضمان في الدعوى الثانية لم يكونوا خصوما في الدعوى الأولى (نقض مدني ٢٥ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١٩٩ ص ٥٥٣).

(٣) استئناف مصر ٤ مايو سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ ص ٧٤٦ .

(٤) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٣٦ . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يلزم بأن يحتفظ الشيء بذاتيته على وجه مطلق (٢٠ مايو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٩٥) . ولا تعتبر العين الموقوفة قد تغيرت بإجراء الاستبدال فيها (استئناف مختلط ٢٩ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٨٧) .

(٥) استئناف مختلط ١٤ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٨٤ — ١٩ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٤٥ — سمانوط ٨ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ ص ٢٧٩ — وتطبيقاً لهذا المبدأ قضت محكمة استئناف مصر بأنه لا يكون للحكم الصادر بعدم قبول دعوى تثبيت الملكية المبنية على عقد غير مسجل لرفعها قبل الأوان تأثير في دعوى المطالبة بالريع ، سواء أكانت هذه الدعوى الأخيرة مرفوعة تبعا للدعوى الملكية أم مستقلة عنها . ويتعين الحكم للمشتري بالريع متى كان البائع غير منازع في صحة عقد البيع نزاعا جديا (٤ فبراير سنة ١٩٣٣ المجموعة الرسمية ٣٤ رقم ٦ ص ١٤٠) — وقضت أيضا بأنه إذا كان حكم القاضي بالدين لم يتناول إلا البحث في وجود الدين ، ولم يتعرض للبحث في سداده أو عدم سداده ، فالحكم الصادر بالدين لا =

والعبرة بطلبات الخصوم التي فصل فيها الحكم . فإذا لم يطلب الخصم الحكم على المدين وكفيله المتضامن بالتضامن ، فإن الحكم الصادر باعتبار الكفيل غير متضامن لا يمنع من العودة إلى المطالبة بالتضامن ، فإن هذا طلب جديد لم يكن موضوعاً للخصومة الأولى [1] .

= يمكن أن يكسب حجة الأمر المقضي بالنسبة إلى سداد الدين لأنه لم يفصل فيه (٣٠ أبريل سنة ١٩٣٣ المجموعة الرسمية ٣٥ رقم ١ ص ١٩) — وقضت محكمة أسيوط الكلية بأن الحكم الصادر في دعوى الريع ليس حجة في الملكية (٢٨ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣٦٠ ص ٥٤٨) — وقضت محكمة سوهاج الكلية بأنه إذا كان الموضوع في الدعوى الأولى جزءاً مفرزاً في عقار، وكان في الثانية نصيباً شائعاً فيه ، فلا يمكن القول بوحدة الموضوع (٣١ مارس سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٥٠٤ ص ١١٩٦) . والحكم برفض تثبيت الملكية شائعة لعدم قيام الشيوع لا يمنع من المطالبة بعد ذلك بتثبيت الملكية مفرزة (نقض مدني ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨ ص ٤٥) . وقضت محكمة النقض بأنه إذا قام النزاع على كون قطعة أرض داخلة مادياً وواقعياً ضمن حدود أرض كان متنازعاً عليها ومقضياً فيها بين الطرفين في دعوى سابقة أو غير داخلة ضمنها ، فقضت محكمة الاستئناف بعدم دخولها محصلة فهمها من عناصر الواقع، فإن حكمها هذا لا مساس فيه بحجية الحكم الصادر في الدعوى السابقة (نقض مدني ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤٥ ص ٦٧٣ — ١٥ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٠ ص ٥٤) .

(1) أ — لمعرفة ما إذا كان محل الدعويين متحداً ، على القاضي أن يتحقق من أن قضاءه في الدعوى الجديدة لا يعدو وأن يكون مجرد تكرار للحكم السابق ، فلا تكون هناك فائدة منه ، أو أن يكون مناقضاً للحكم السابق فيكون هناك حكمان متناقضان .

(جلسة ١٩٨٤/١/٣١ الطعن رقم ١٠٩٧ لسنة ٥٠ ق) .

(جلسة ١٩٨٢/١٢/١٢ الطعن رقم ٦٩٧ لسنة ٤٩ ق) .

ب — متى حكم بصحة ونفاذ العقد ، وأصبح الحكم نهائياً ، فإنه يحوز الأمر المقضي في شأن صحة هذا العقد ، ويمنع الخصوم أنفسهم أو خلفهم من التنازع في هذه المسألة في دعوى أخرى بطلب بطلانه ، ولا يغير من ذلك اختلاف الطلبات في الدعويين ، ذلك أن طلب صحة العقد وطلب بطلانه ، وجهان متقابلان لشيء واحد ، والقضاء بصحة العقد يتضمن حتماً بأنه غير باطل .

(جلسة ١٩٦٦/٤/٢١ مجموعة المكتب الفني السنة ١٧ ص ٨٩٩) .

(١) محكمة الاستئناف الأهلية ١١ نوفمبر سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ ص ٥٨ — والحكم بإلزام الكفيل بهذه الصفة أن يدفع الدين لا يمنعه من التمسك وقت التنفيذ بحق التجريد وبحق التقسيم (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٣٥) — والحكم بصحة التوقيع لا يمنع من رفع دعوى بصورية العقد (نقض مدني ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠٥ ص ٦١٠) — والحكم برفض تدخل الدائن لا يمنعه من رفع الدعوى بصحة دينه (استئناف مختلط ٧ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٦٩) — والحكم برفض دعوى الإبطال لا يمنع من رفع دعوى الفسخ (استئناف مختلط ١١ يونية سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٢٣) . والحكم برفض إلغاء قرار إداري لا يمنع من المطالبة بالتعويض أو تسوية الحالة (محكمة القضاء الإداري ٢٣ يونية سنة ١٩٤٩ المحاماة ٣٣ رقم ٤٩ ص ٦٤) . =

كذلك إذا حفظ المدعى لنفسه الحق في بعض الطلبات ، فالحكم فيما قدمه من الطلبات لا يمنعه من رفع دعوى جديدة للمطالبة بما احتفظ به من قبل . وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأنه إذا طلب المدعى الحكم برد العين المغصوبة ، وحفظ لنفسه الحق في طلب الريع بدعوى على حدتها ، وحكمت المحكمة له بالعين ولم تذكر شيئاً من الريع ، وختمت الحكم بقولها " ورفضت باقي الطلبات " ، فلا يعتبر هذا الرفض سارياً على طلب " حفظ الحق " وما منا من طلب الريع في المستقبل ، لأن هذا الحق محفوظ للمدعى دون أن تحكم له المحكمة بحفظه ، وتكون عبارة " ورفضت باقي الطلبات " عبارة زائدة مكتوبة حسب العادة الجارية ولا تأثير لها [1] . وإذا حفظ الحكم الصادر في دعوى التملك لأحد الخصوم الحق في رفع دعوى الريع أو بالتعويض ، فذلك لا يعتبر فصلا في المسئولية عن الريع أو التعويض [2] .

٣٧٠ – الحكم في شيء حكم فيما يتفرع عنه : والحكم في شيء يعتبر حكماً فيه وفيما يتفرع عنه . فلا يجوز رفع الدعوى من جديد للمطالبة بما يتفرع عن شيء حكم برفضه [أ] .

ويترتب على ذلك أنه إذا صدر حكم برفض الإدعاء بملكية عين أو برفض الإدعاء بالدين ، فلا يجوز بعد ذلك رفع الدعوى من جديد للمطالبة بريع العين أو بفوائد الدين. وإذا صدر حكم ببطلان سند الدين ، فلا تجوز المطالبة بعد ذلك بقسط جديد غير القسط الذي صدر فيه الحكم السابق . وقد قضت محكمة النقض بأن المسألة الواحدة بعينها إذا

= وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن العبرة في حجية الأمر المقضي ليست بطلبات الخصوم في ذاتها ، ولكن بما فصلت فيه المحكمة من هذه الطلبات . فإذا كانت المحكمة فصلت فقط في طلب تأجيل دفع الإيجار، ولم يتعرض الحكم لا في منطوقه ولا في أسبابه إلى طلب التخفيض المبني على قانون تخفيض إيجارات الأراضي الزراعية والذي نص صريحاً أنه في حالة التنفيذ بحكم أو سند أو عقد رسمي لا يجوز التنفيذ بأكثر من المبلغ المصرح به في القانون ، فإن الحكم لا يحوز حجية الأمر المقضي (١٢ يناير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٣١٣ ص ٦٤٨) .

(١) محكمة الاستئناف الأهلية ٣ يونية سنة ١٨٩٣ الحقوق ١٢ ص ٢٦٥ .

(٢) نقض مدني ١٠ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٦٩ ص ١٣٩ .

(أ) الحكم في شيء حكم فيما يتفرع عنه ، فيعتبر الحكم في الكل حكماً في الجزء ، فإذا صدر حكم برفض دعوى تثبيت ملكية عقار معين ، فلا يجوز بعد ذلك رفع دعوى من جديد للمطالبة بريع هذا العقار استنادا إلى الملكية ، وإذا قضي برفض دعوى مطالبة بدين فلا يجوز رفع دعوى تالية للمطالبة بفوائد هذا الدين .
ويعتبر الحكم في شيء حكما فيه وفي ملحقاته ، والحكم في الملحقات حكماً في الأصل .
(جلسة ١٩٨١/١٢/٢ الطعن رقم ٨٩٣ لسنة ٥٠ ق س ٣٢ ص ٢١٩٠) .

كانت كلية شاملة ، وكان ثبوتها أو عدم ثبوتها هو الذي ترتب عليه القضاء بثبوت الحق الجزئي المطلوب في الدعوى أو بانتفائه ، فإن هذا القضاء يحوز حجية الأمر المقضي في تلك المسألة الكلية الشاملة بين الخصوم أنفسهم ، ويمنع الخصوم أنفسهم من التنازع بطريق الدعوى أو بطريق الدفع في شأن حق جزئي آخر متوقف ثبوته أو انتفاؤه على ثبوت تلك المسألة الكلية السابق الفصل فيها بين الخصوم أنفسهم أو على انتفائها [1] [أ] .

٣٧١ الحكم في الكل والحكم في الجزء : كذلك إذا كان الكل متكوناً من أجزاء تعتبر ، بطبيعتها أو بطريق العادة ، غير متجزئة ، فالحكم في الكل حكم في الجزء ، والحكم في الجزء حكم في الكل [2] .

---

(١) نقض مدني ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤٦ ص ٦٧٤ — محكمة الاستئناف الأهلية ٢ مايو سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٢ ص ٢٩٣ — محكمة استئناف مصر ١٥ فبراير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٢٠٧ ص ٢٧٥ — أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٣٥ — ص ٤٣٦ .

(1) أ — متى كان القضاء في مسألة كلية شاملة ، قد حاز قوة الأمر المقضي في تلك المسألة بين الخصوم أنفسهم ، فقد امتنع عليهم التنازع في شأن حق جزئي آخر يتوقف ثبوته أو انتفاؤه على ثبوت تلك المسألة الكلية التي سبق الفصل فيها أو على انتفائها .

(جلسة ١٩٦٢/٤/٢٦ الطعن رقم ٢٥٦ لسنة ٢٦ ق س ١٣ ص ٥٠٩) .

(جلسة ١١٩٧٧/١٢/٢٧ الطعن رقم ٢١ لسنة ٤٥ ق س ١٨ ص ١٨٩٦) .

(جلسة ١٩٨٥/٣/٥ الطعن رقم ١٩٣٣ لسنة ٥١ ق) .

ب — لا يعتبر الحكم في الملحقات حكماً في الأصل ، ولا الحكم في الجزء حكماً في الكل ، إلا إذا كان الحكم قد بحث في الأصل أو في الحق كله ، وكان بحثه فيه أمراً لازماً وضرورياً للفصل في شأن الجزء المطروح عليه أمره ، أما ما يعرض له القاضي في أسبابه للأصل أو الكل حال نظر النزاع المطروح عليه في الدعوى السابقة دون أن يكون لازماً للفصل في النزاع المطروح عليه ، فلا يحوز حجية في هذا الصدد .

(جلسة ١٩٦٨/٥/٣٠ الطعن رقم ٤٢٨ ق السنة ١٩ ص ١٠٥٧) .

(2) أ — إن المسألة الواحدة بعينها إذا كانت كلية شاملة ، وكان ثبوتها أو عدم ثبوتها هو الذي ترتب عليه القضاء بثبوت الحق الجزئي المطلوب في الدعوى أو بانتفائه ، فإن هذا القضاء يحوز حجية الأمر المقضي في تلك المسألة الكلية الشاملة بين الخصوم أنفسهم ، ويمنع هؤلاء الخصوم من التنازع بطريق الدعوى أو بطريق الدفع في شأن حق جزئي متوقف ثبوته أو انتفاؤه على تلك المسألة الكلية السابق الفصل فيها بينهم أو على انتفائه .

(جلسة ١٩٨٤/١/٢٤ الطعن رقم ٣٦١ لسنة ٥٠ ق) .

(جلسة ١٩٨٧/١٢/٣٠ الطعن رقم ١٥٧٨ لسنة ٥١ السنة ٣٨ س ١٢٠٣) .

(جلسة ١٩٨٨/٣/٣ الطعن رقم ١٦٠٦ لسنة ٥٠ ق السنة ٣٩ س ٥٦٥) .

ب — وإذا كان البين أن الطاعنين أقاموا الدعوى ... بطلب الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع المؤرخ ١٩٥٨/١٢/٣ عن مساحة ٧ قراريط من ضمن واحد فدان وسبعة قراريط واردة بالعقد المذكور ، وقد تدخلت المطعون ضدها في تلك الدعوى طالبة رفضها على سند من أنه سبق أن اشترت الأطيان البالغ =

= مساحتها واحد فدان وسبعة قراريط المباعة للطاعنين من ذات البائع بموجب عقد بيع قد تم شهره ، وإذا كانت تلك الدعوى تنسع لبحث كل أسباب بطلان عقد المطعون ضدها المسجل ومنها صوريته صورية مطلقة . فإنه وقد قضت المحكمة في تلك الدعوى برفضها ، وقطع الحكم المذكور في أسبابه المرتبطة ارتباطاً وثيقاً بأن ملكية الأطيان المباعة للطرفين قد آلت للمطعون ضدهما بعد أن سبقت إلى تسجيل العقد الصادر إليها ، فإن القضاء يتضمن حتماً أن عقد المطعون ضدها برمته صحيح وغير صوري ، وأنها هي المالكة لمساحة السبعة قراريط التي كانت مثار النـــزاع في تلك الدعوى بما يمتنع على الخصوم في الدعوى التي صدر فيها هذا القضاء من العودة إلى المناقشة في تلك المسألة ولو بأدلة قانونية أو واقعية لم يسبق إثارتها في الدعوى الأولى .

(جلسة ١٩٨٤/١/٢٤ الطعن رقم ٣٦١ لسنة ٥٠ ق) .

ج - وإذا كان الحكم الصادر في الدعوى السابقة — الذي قضي بالتعويض — قد حسم النـــزاع بين الخصوم أنفسهم في خصوص فصل الطاعن من عمله وقضي بأنه تعسفي وقد أصبح هذا الحكم نهائياً ، فإنه يحوز قوة الشيء المحكوم فيه في تلك المسألة ، وإذا كانت هذه المسألة هي بذاتها الأساس فيما يدعيه الطاعن من حقوق — طلب المكافأة — بالدعوى الثانية التي صدر فيها الحكم المطعون فيه ، وقد استقرت حقيقتها بين الخصوم بالحكم الأول استقراراً جامعاً مانعاً ، فإن الحكم الذي صدر فيه وقد خالف هذا الأساس ، وآتى قضاءه في الدعوى على أن الطاعن أخل بالتزاماته الجوهرية المترتبة على عقد العمل ، ورتب على ذلك جواز فصله دون مكافأة أو تعويض ، يكون قد فصل في النـــزاع على خلاف حكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الشيء المحكوم فيه .

(جلسة ١٩٧١/٥/٢٦ الطعن رقم ٤٨٥ لسنة ٣٥ ق س ٢٢ ص ٦٩١) .

(جلسة ١٩٧٠/٣/٢٦ س ٢١ ص ٥١٩) .

د - القضاء بالتعويض المؤقت — على سبيل التضامن — والذي أصبح باتا — هو حكم قطعي حسم الخصومة في هذه الأمور ، ويحوز حجية في هذا الخصوص يمنع الخصوم أنفسهم من التنازع في أية دعوى تالية تكون فيها هذه المسألة الأساس فيما يدعيه أي من الطرفين قبل الآخر من حقوق ، على أن ذلك لا يحول بين المحكوم لهم وبين المطالبة بتكملة التعويض أمام المحكمة المدنية لأنهم لا يكونوا قد استنفذوا كل ما لهم من حق أمام المحكمة الجنائية ، ذلك أن موضوع الدعوى أمام المحكمة المدنية ليس هو ذات موضوع الدعوى الأولى بل هو تكملة له .

(جلسة ١٩٨٧/٦/١١ الطعن رقم ٤٥٣ لسنة ٥٣ ق س ٣٨ ص ٨٠٩) .

هـ - الحكم الصادر نهائياً بطرد المطعون ضده من منزل التداعي تأسيساً على أن سبب شغله له كان علاقة العمل بينه وبين الطاعن التي ثبت للمحكمة انتهاؤها دون أن تعول على ما أثاره المطعون ضده فيها من أنه يشغل المنزل المذكور تبعا لاستئجاره لأرض مملوكة للطاعن ، يكون قد حسم النـــزاع بين الطرفين في شأن سبب شغل هذا المنزل وحاز قوة الأمر المقضي في هذه المسألة بما يمنع الخصوم من التنازع فيها بالدعوى الحالية ، إذ أنه متى حاز الحكم قوة الأمر المقضي فإنه يمنع الخصوم في الدعوى التي صدر فيها من العودة إلى المناقشة في المسألة التي فصل فيها بأي دعوى تالية يثار فيها هذا النـــزاع ولو بأدلة قانونية أو واقعية لم يسبق إثارتها في الدعوى الأولى أو أثيرت و لم يبحثها الحكم الصادر فيها .

(جلسة ١٩٨٧/٥/٧ الطعن رقم ٦٨٨ لسنة ٥٥ ق س ٣٨ ص ٦٧٩) .

فإذا حكم برفض دعوى الملك في أرض زراعية بما يتبعها من أبنية وآلات ومواسير ونحو ذلك ، فلا تجوز المطالبة بعد ذلك بملكية شيء من هذه الأشياء التابعة . والحكم بالدين حكم بكل قسط من أقساطه [1] والحكم بصحة بيع متجر حجة في بيع كل عنصر من عناصره [2] .

والحكم في جزء من التركة حجة في جميع أجزائها [3] . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا كان المحكوم به جزءاً من كل ، وكان النـــزاع في ملك هذه الجزء مبنياً على اعتبار أنه بعض من هذا الكل وعلى اعتبار أن هذا الكل مملوك للمدعي ، وكان الفصل في ملكية هذا الجزء يقتضي البحث في هذا الكل ، وفصلت المحكمة في منطوق حكمها في هذا الجزء فقط باعتبار أنه جزء من كل متنازع عليه بحثت فيه في أسباب حكمها ، فإن الحكم يتصل بالكل ويكسب بالنسبة إليه حجية الأمر المقضي ، بشرط أن يكون الخصوم قد تنازعوا في ذلك تنازعاً جدياً وتبادلوا بحثه بحثاً دقيقاً حقيقياً مقصوداً من جميع نواحيه حتى يكون الحكم الصادر حجة عليهم فيما جعلوا تبادل بحثهم دائراً عليه . فالحكم الصادر في النـــزاع في ملكية جزء من منـــزل، إذا تناول بحث النـــزاع الخاص بملكية المنـــزل جميعه بالشرط المتقدم، يحوز حجية الأمر المقضي بالنسبة إلى ملكية المنـــزل جميعه [4] .

---

(١) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٣٦ — ٤٣٨ — وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الحكم بصحة الدين في قسطين منه حجة بصحته في القسط الثالث (استئناف مختلط ١٥ فبراير سنة ١٨٩١ م ٦ ص ١٣٨).

(٢) استئناف مختلط ٢ فبراير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٥٦ — استئناف مصر ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٩٥ ص ٢١٠ .

(٣) استئناف مختلط ١٤ يناير سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٧٧ .

(٤) استئناف مصر ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢/٣٢٠ ص ٦١٣ — وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم قد صدر بتأجيل الفصل في التعويض الذي يطلبه البائع من المشترى وبأحقية المشترى في استلام القمح المودع بمخازن البنك على ذمته من البائع ، على أساس أن عقد البيع قائم ونافذ بين الطرفين ، وأن المشترى عرض الثمن على البنك مقابل تسليمه القمح فرفض بناء على تعليمات البائع ، ثم صار هذا الحكم نهائياً بعدم استئنافه ، فإنه يجب على المحكمة ، وهي تفصل في طلب التعويض ، أن تعتبر ذلك الحكم محدداً نهائياً للعلاقات القانونية بين الطرفين ، لا فيما يتعلق بعقد البيع ذاته فقط ، بل أيضاً في كل ما كان مؤسساً على هذا العقد . فإذا هي خالفت مقتضاه ، قائلة أن المشترى تأخر عن دفع ثمن القمح وعن تسلم الغلال ، وأن العقد يعتبر بذلك مفسوخاً من نفسه ، فإنها تكون قد خالفت القانون بعدم مراعاتها الأساس الذي بني عليه الحكم الأول باعتباره قد فصل في مسألة كلية لم تكن دعوى التعويض إلا جزءاً متفرعاً عنها، مما كان يستوجب منها أن تتقيد به في قضائها بين الخصوم أنفسهم في دعوى التعويض التي فصلت فيها بعد صدوره (نقض مدني ٢٥ يونية سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٧٩ ص ٤٨٦) .

ومع ذلك فإن الحكم في الكل لا يتضمن حتماً الحكم في الجزء . فإذا صدر حكم برفض ادعاء الملكية في أرض ، لم يمنع ذلك من ادعاء الملكية في جزء شائع في الأرض [1] . ما لم يكن الحكم السابق قد بت في أن المدعى لا يملك الأرض ولا أي جزء منها [2] . والحكم برفض ادعاء الملكية لا يمنع من ادعاء حق ارتفاق أو حق انتفاع [3] .

كذلك الحكم في الجزء لا يتضمن حتماً الحكم في الكل . فالحكم برفض ادعاء حق ارتفاق أو حق انتفاع لا يمنع من ادعاء الملكية كاملة . والحكم برفض الفوائد لا يمنع من المطالبة برأس المال [4] .

٣٧٢ – الحكم في صفة عارضة : وإذا قضي الحكم في طلب ، وكان قضاؤه هذا يستلزم الفصل في صفة عارضة (qualité simplement accidentelle) للخصم فلا يكون الحكم حجة في دعوى أخرى تثار فيها هذه الصفة من جديد . مثل ذلك أن تقضي المحكمة التجارية باختصاصها بنظر نزاع بين شخصين ، على أساس أن المدعى عليه تاجر. فصفة التاجر التي خلعها الحكم على المدعى عليه – وهي صفة عارضة ، لا تحوز حجية الأمر المقضي في دعوى أخرى يطلب فيها نفس المدعى شهر إفلاس نفس المدعى عليه . وللمحكمة في الدعوى الثانية أن ترفض شهر الإفلاس ، على أساس أن المدعى عليه ليس بتاجر [5] .

٣٧٣ – الحكم في الحالة المدنية : والحكم الذي يقر لأحد الخصوم حالة مدنية (état civil) يخضع هو أيضاً لحجية الأمر المقضي وما تصطبغ به هذه الحجية من

---

(١) استئناف مختلط ٣٠ مارس سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٧٣ – أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٣٣ .

(٢) الموجز للمؤلف فقرة ٧١٢ ص ٧٤١ .

(٣) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٣٣ – ص ٤٣٥ .

(٤) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٣٣ – ص ٤٣٥ – وإذا أغفل المدعى طلبا تحكم فيه المحكمة من تلقاء نفسها ، كطلب الحكم بمصروفات الدعوى على الخصم ، ولم تقض به المحكمة في حكمها ، فإن هذا الحكم يمنع من المطالبة به في دعوى جديدة (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ هامش رقم ١٢١) .

(٥) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٣٩ – بودري وبارد ٤ فقرة ٢٦٧٨ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٥٩ ص ١٠٢٩ – ص ١٠٣٠ – ويذهب الفقه الفرنسي أيضاً إلى أنه إذا قضي الحكم – في دعوى الدائن على الوارث – بصفة عارضة للوارث ، كأن قرر له صفة الوراثة المطلقة (héritier pur et simple) لا صفة الوراثة بشرط التجريد (sous bénéfice d'inventaire) فإن هذا الحكم لا يحوز حجية الأمر المقضي ، بالنسبة إلى هذه الصفة ، في دعوى أخرى يرفعها دائن آخر على نفس الوارث (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٢٣ – ٤٢٤) .

النسبية (caractére relatif) . فلا يكون لهذا الحكم حجية إلا فيما بين الخصوم ، ولا تتعدى حجيته إلى الغير .

وقد كان القضاء الفرنسي إلى عهد قريب يذهب إلى أن هذا الحكم تكون له حجية مطلقة (erga omnes) ، فيسرى في حق الناس كافة ، خصوماً كانوا أو غير خصوم . فإذا خلع الحكم على شخص صفة الأب أو الابن أو الزوج أو المحجور أو الوصي أو غير ذلك من الصفات التي تتعلق بالحالة المدنية ، كان الحكم حجة على جميع الناس في هذه الصفة . ذلك بأن الحالة المدنية لا تقبل التجزئة (indivisible) ولا يجوز أن تبقى قلقة مضطربة يحتج بها على بعض دون بعض [1] . ولكن القضاء الفرنسي عدل أخيراً عن هذا الرأي في حكم له مشهور [2] ، وقرر أن الحكم في الحالة المدنية حجيته هو أيضاً نسبية فيما بين الخصوم ، ولا تتعدى هذه الحجية إلى الغير [3] .

على أن هناك نوعاً من الأحكام تأبى طبيعته إلا أن تكون له حجية مطلقة . وهذه هي الأحكام التي تنشئ الحالة المدنية (jugements constitutifs d'état) ولا تقتصر على الكشف عنها . فالحكم بالطلاق ، والحكم بإبطال الزواج ، والحكم بالحجر [1] ، والحكم بتعيين وصي أو قيم ، كل هذه أحكام تنشئ حالة مدنية جديدة ، وهي بطبيعتها تسرى في حق الناس كافة ، ولذلك يهيئ لها القانون عادة أوضاعاً معينة تكفل لها العلانية [4] .

---

(١) وكان الفقه الفرنسي يجارى القضاء في مذهبه ، ويعتمد في ذلك على نظرية لفقيه قديم (D'Argentré) تتلخص في أن الخصم يعتبر ممثلا في الدعوى لجميع الناس (contradicteur légitime) : توليه ١٠ فقرة ٢١٦ وما بعدها — بونييه فقرة ٨٨٩ .

(٢) نقض فرنسي ٢٣ أبريل سنة ١٩٢٥ داللوز ١٩٢٥ — ١ — ٢٠١ مع تعليق سافاتييه — سيريه ١٩٢٧ — ١ — ٩٧ مع تعليق أوديني .

(٣) وجارى الفقه الفرنسي المعاصر القضاء الفرنسي في مذهبه الجديد : بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٤٦٤ — كولان وكابيتان وموراندييز ١ فقرة ٥٦٧ — ديمترسكو ص ٤٥٦ وما بعدها .

(1) القرار الصادر بتوقيع الحجز للغته — بوصفه منشئاً لحالة مدنية — له حجية مطلقة تسرى في حق الناس جميعاً ، وإذا التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر ، واعتد بحجية ذلك القرار ، فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون .

(جلسة ١٩٧٤/١/١ الطعنان رقما ٥٣ ، ٥٧ لسنة ٣٨ ق س ٢٥ ص ٩٢) .

(٤) كذلك تستثنى حالة ما إذا كان القانون لا يسمح إلا لشخص معين في إثارة النزاع ، كما في دعوى إنكار البنوة (désaveu) فهي لا يسمح بها إلا للزوج ، فيكون الحكم من ناحية الواقع حجة على الجميع (بيدان وبرو ٩ فقرة ١٣٥٠ ص ٤٥٣ — ص ٤٥٤) . والأحكام الصادرة في المنازعات المتعلقة بالاسم (en matiére de nom) هي أيضاً بطبيعتها حجة على الجميع (جان ماري أوسل : الغير في القانون المدني الفرنسي فقرة ٢٣٣ ص ٢٤٥ — ص ٢٤٦) — أنظر في هذه المسألة : أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٢٤ — ص ٤٢٨ وهامش رقم ١١٣ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٥٨ ص ١٠٢٧ — ص ١٠٢٨ — بيدان وبرو ٩ فقرة ١٣٤٨ — فقرة ١٣٥٠ — جان ماري أوسل فقرة ٢٢٨ — فقرة ٢٤٣ — دي باج ٣ ص ١٠٠٨ — ص ١٠١٢ .

وقد ذهب القضاء في مصر أيضاً إلى أن الأحكام التي تنشئ الحالة المدنية تكون حجة على الناس كافة [1] [1] .

---

(١) استئناف مختلط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٧٨ — ٢٤ يونية سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٣٢٨ — وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة أيضاً بأن الحكم بتعيين وصي يكون حجة على الناس كافة (استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٦٨) ، وكذلك الإعلام الشرعي بالوراثة (استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٩٥) . وإذا كانت الحالة المدنية من شأنها أن تتغير ، فإن الحكم القاضي بها تزول حجيته متى زالت أسبابه . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم المطعون فيه ، إذ قضي برفع الحجر عن المطعون عليه الأول ، قد قرر أنه ليس بأوراق القضية ما يتم عن وجود غفلة أو سفه تمكن نسبتهما للمحجور عليه ، وإن وجدت أسبابهما وقت توقيع الحجر فقد زالت هذه الأسباب ... " ، فإنه ليس في هذا الذي قرره الحكم ما يخالف حجية الأمر المقضي للحكم النهائي الصادر بتوقيع الحجر ، لاختلاف السبب والموضوع في الدعويين ، ولأن الحالات التي تستوجب الحجر هي بطبيعتها قابلة للتغير والزوال ، وإلا لما أجاز الشارع طلب رفع الحجر (نقض مدني ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٤١ ص ٢٦٠ — أنظر المجلس الحسبي العالي ٤ فبراير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٢١٠ ص ٢٧٨) — أما الحكم في الجنسية كمسألة عارضة فلا يحوز حجية الأمر المقضي : استئناف مختلط ٤ يونية سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣٤٠ — ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٦٥ — ٢١ يناير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٦٢ — ٢٧ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٥٩ — ١١ يونية سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٤٣ — ٢٠ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٣٨ — ٢٦ مايو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٨٠ — قارن : ١٥ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٥٠ — ٨ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣١١ — ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١١٦ .

(1) أ - لا يسوغ القول بأن الأحكام في الحالة المدنية تزول حجيتها متى زالت أسبابها ، ذلك أن محكمة الاستئناف قد استنفدت ولايتها بحكمها الأول في الفصل في الردة بأسانيدها السابقة واللاحقة على ميلاد المطعون عليه الأول ، وإذا التزم الحكم المطعون فيه الثاني بهذا القضاء ، فإن النص عليه بالخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبيب والفساد في الاستدلال يكون في غير محله .

(جلسة ١٩٧٤/٤/١٠ الطعن رقم ١٧ لسنة ٣٩ ق س ٢٥ ص ٦٦٧) .

ب - الحقيقة القضائية قرينة قاطعة على الحقيقة الواقعية وينحصر أثر هذه القرينة في تخويل الخصوم حق التمسك بها والمحاكم حق إثارتها من تلقاء نفسها ، كما يتوقف مداها — من حيث كونها مطلقة أو نسبية — على طبيعة نوع وموضوع المسألة التي قامت عليها تلك الحقيقة ومدى تعلقها بالنظام العام وبمصلحة المجتمع العامة أو بمصالح الأفراد الخاصة ، فإن كانت متعلقة بمصلحة عامة أو كان من شأنها تقرير مراكز قانونية في المجتمع وكانت سلطة المحكمة في شأنها غير مقيدة بإرادة الخصوم ولا مرهونة بما يقدمونه من أدلة ، فإن حجيتها تكون مطلقة وقبل الناس كافة أما إذا كانت متعلقة بمصلحة الأفراد الخاصة أو حقوقهم الذاتية ومرهونة بالتالي بإرادة الخصوم وبما يقدمونه من أدلة فأن حجيتها تكون نسبية وقاصرة على أطراف دون سواهم .

(جلسة ١٩٨٣/٦/٣٠ الطعن رقم ٢٠٥١ لسنة ٥١ ق) .

ج - الحجية المطلقة للأحكام الصادرة في مسائل الأحوال الشخصية لا تكون إلا للأحكام التي تنشئ الحالة المدنية لا الأحكام التي تقررها فهذه تكون حجيتها نسبية قاصرة على أطرافها ولا تتعداهم إلى الغير .

(جلسة ١٩٦٨/٢/٧ مجموعة المكتب الفني السنة ١٩ ص ٢١٤) .

المطلب الثالث

اتحاد السبب

٣٧٤ – تحديد معنى السبب : ويجب أخيراً ، حتى يكون للحكم حجية الأمر المقضي ، أن يتحد السبب . والسبب هو المصدر القانوني للحق المدعى به أو المنفعة القانونية المدعاة . وهو لا يعدو أن يكون الواقعة المراد إثباتها ، واقعة مادية ، أو تصرفاً قانونياً ، وقد سبق بيان ذلك .

فالمستأجر حين يطالب المؤجر بتسليم العين المؤجرة يكون السبب في دعواه هو عقد الإيجار . فإذا رفضت دعواه على هذا الأساس ، لم يجز له أن يعدو إلى رفعها من جديد مستنداً إلى عقد الإيجار مرة أخرى ، أي إلى نفس السبب الذي استند إليه في الدعوى السابقة ، وإلا دفعت دعواه بحجة الأمر المقضي . أما إذا رفع دعوى جديدة بتسليم العين ، ولكن استند في طلبه إلى سبب جديد ، كعقد بيع مثلا ، فإن الدعوى الجديدة لا يجوز دفعها بحجية الأمر المقضي لاختلاف السبب ، فقد كان في الدعوى الأولى إيجاراً وهو في الدعوى الثانية بيع . كذلك إذا طالب شخص بتسليم عين بسبب الميراث ورفضت دعواه ، فإن هذا لا يمنعه من العودة إلى المطالبة بها بسبب الوصية . وإذا رفضت الدعوى بملكية عين بسبب الشراء ، فلا مانع من المطالبة بها ثانية بسبب التقادم المكسب . بل لا يوجد ما يمنع من المطالبة بملكية العين ذاتها بسبب عقد بيع آخر غير عقد البيع الذي رفضت الدعوى الأولى على أساسه ، فإن المماثلة بين السببين لا تمنع من ازدواجهما ، وحجية الأمر المقضي تقتضي أن يكون السبب التالي هو عين السبب الأول فلا يكفي أن يكون مماثلا له [1] .

---

(١) ومن قضاء محكمة النقض في وجوب اتحاد السبب لقيام حجية الأمر المقضي : قضت بأنه إذا أبطلت محكمة الاستئناف تنازلا عن مبلغ ما صادراً من والد إلى ولده بكتابة منه في ٣١ يونيه سنة ١٩٢٣ باعتبار هذا التنازل حاصلا في مرض موت الوالد ، مع أنها بحكم سابق في دعوى أخرى كانت مرددة بين الطرفين قررت أن مرض موت هذا الوالد إنما بدأ في ١٠ أغسطس سنة ١٩٢٣ مما قد يفهم منه أن ذلك التنازل قد حصل من المورث في وقت صحته ، ثم تبين أن هذا الاعتراض قد على المحكمة ، فتناولته في حكمها . وبينت ما حاصله أن موضوع الدعوى الأولى كان خاصاً بتصرفات وقعت من المورث في أكتوبر ونوفمبر سنة ١٩٢٣ طعن الورثة ببطلانها حصولها في مرض موته ، فلم يكن يهم المحكمة إذ ذاك سوى معرفة ما إذا كان الشهران المذكوران هما من فترة المرض أم لا ، ولم يكن يعنيها أن تقرر مبدأ مرض المورث لأنها لم تكن محتاجة إلى تقريره ، ثم استنتجت من الظروف والمستندات التي أشير إليها في الحكم الأول أن مرض موت الوالد قد ابتدأ فعلا قبل أول أغسطس سنة ١٩٢٣ ، وأن ورقة ٣١ يونيه قد حررها المورث فعلا في هذا المرض . فهذا الذي قررته محكمة الموضوع – هو خصوص لموقع مما تختص به هي وحدها بلا مراقبة عليها من

د. النقض (نقض مدني ٦ يونية سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٧٨ ص ٨٤٠) — وقضت أيضاً بأنه إذا رفعت دعوى من الدائن بإبطال البيع الصادر من مدينه ، فقضي ببطلان البيع ، ثم صدر بعد ذلك إقرار من البائع بأن هذا البيع لم يكن صورياً وأن ثمنه كان ديناً في ذمته للمشتري وتعهد بدفع دين الدائن الذي قضي له بإبطال التصرف حتى يزول أثر هذا الحكم ، ثم رفعت دعوى من بعض أولاد البائع ببطلان ذلك الإقرار ، فقضي ببطلانه لتلدوره إجازة لعقد سبق الحكم ببطلانه بطلاناً مطلقاً لا تلحقه الإجازة ، ثم رفع المشتري دعوى بمطالبة ورثة البائع بالدين الذي يدعيه في ذمة مورثهم ، فسبب هذه الدعوى ، وهو قيام الدين الذي يدعيه المشتري في ذمة البائع ، يكون مغايراً السبب في الدعويين السابقتين ، وهو انعقاد البيع في الدعوى الأولى وإجازته في الثانية ، وفي هذه الحالة يجب رفض الدفع بعدم جواز سماع الدعوى المذكورة بمقولة سبق الفصل فيها (نقض مدني ٣ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٩ ص ٣٧) — وقضت أيضاً بأنه لما كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن الطاعن رفع دعوى الحراسة الأولى باعتبارها إجراء موقوتاً بالبت في الإشكال الذي رفعه المطعونُ عليه الأول في تنفيذ العقد الرسمي الذي اشترى الطاعن بموجبه الأطيان موضوع النزاع من المطعون عليه الثاني ، وكانت المحكمة قد قضت برفضها دون أن تبحث توافر شروطها تأسيساً على أنها صارت غير ذات موضوع بعد الفصل في الإشكال ، وكانت الدعوى الثانية التي رفعها الطاعن بطلب وضع الأطيان تحت الحراسة قد استند فيها إلى منازعة المطعون عليه الأول في ملكيتها ووقتها بالفصل في هذه الملكية فصلاً نهائياً ، وكان يبين من ذلك أن السبب الذي بني عليه طلب الحراسة في كل من الدعويين مختلف ، عن الآخر فضلاً عن أن المحكمة لم تتعرض في الدعوى الأولى لبحث مسوغات الحراسة لتقول فيها كلمتها ، لما كان ذلك يكون الحكم المطعون فيه ، إذ قضى بعدم جواز نظر دعوى الحراسة الثانية لسبق الفصل فيها ، قد أخطأ في تأويل الحكم الصادر في الدعوى الأولى خطأ ترتب عليه خطأه في تطبيق المادة ٤٠٥ من القانون المدني (نقض مدني ١٠ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٣٨ ص ٢٥١) — وقضت أيضاً بأنه لما كان الحكم إذ رفض الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها استند إلى أن المدعيين قد طلبا في الدعوى السابقة الإخلاء هدم المنزل وإقامة طابقين جديدين مكان الطابقين المزمع هدمهما ، وقد رفضت المحكمة الدعوى لأن إعادة البناء كما كان وعلى نفس المساحة وبذات الارتفاع لا يتحقق معه قصد الشارع من إجازة الإخلاء للهدم وإعادة البناء ، وطلبا في هذه الدعوى الإخلاء للهدم وإعادة البناء بحيث يحتوي أكثر من دورين ، فقد اختلف السبب في الدعويين لتحقق غرض الشارع في هذه الدعوى بحصول التوسعة بالفعل ، وكان هذا الذي جاء بأسباب الحكم مسوغاً لاختلاف السبب في الدعويين ، فإن النعي عليه بمخالفة القانون يكون على غير أساس (نقض مدني ٢٦ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١١٥ ص ٧٨١) .

ومن قضاء محكمة الاستئناف المختلطة : قضت بأنه حتى تكون للحكم حجية الأمر المقضي يجب اتحاد السبب (٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٤ م ٧ ص ٥٨) . ويتغير السبب إذا استند الخصم إلى عقد بيع آخر غير البيع الذي صدر في شأنه الحكم الأول (٢٠ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٥٢ — ومع ذلك أنظر : ١٢ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٩٧) ، ذلك ألا شيء يجبر الخصم على أن يتمسك بجميع أسانيده مرة واحدة ، فيستطيع إذن أن يتمسك بسند لم يسبق له أن استند إليه ولو كان هذا السند موجوداً وقت صدور الحكم الأول (٢٥ مايو سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢٨٢) . ويتغير السبب لو استند الخصم إلى دفع غير المستحق بعد أن كان قد استند إلى العقد (٣ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٣٨) . أو رفع الدعوى غير المباشرة بعد إخفاق في دعوى الحوالة (٢١ يونية سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥١٨) . وإذا حكم في دعوى القسمة بثبوت الشياع في الملكية في نصيب ، كان الحكم حجة في دعوى استحقاق رفعت بعد ذلك أحد الشركاء على هذا

وإذا كان تعدد السبب يمنع من التمسك بحجية الأمر المقضي ، فمن باب أولى يكون تعدد كل من السبب والمحل مانعاً من التمسك بهذه الحجية . ويترتب على ذلك أن الحكم الصادر في دعوى من دعاوى وضع اليد (actions possessoires) لا يكون حجة في دعوى الملكية (actions pétitoire) ؛ ففي الدعوى الأولى المحل هو الحيازة والسبب هو وضع اليد مدة محدودة ، وفي الدعوى الثانية المحل هو الملكية والسبب هو وضع اليد مدة أطول أو سبب آخر غير وضع اليد [1] .

= الشريك (٢٠ مايو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٦٥) . ورفض طلب التعويض من القاضاة الكيدية في دعوى قضي فيها باستحقاق الأعيان المتنازع عليها لا يكون حجة في دعوى تعويض أخرى عن الضرر الناشئ من حبس هذه الأعيان (٢٢ أبريل سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٨١) . ويجوز للدائن بعد إقفال قائمة التوزيع ، إذا كشف عشاً ارتكبه دائن آخر أدرج في هذه القائمة ، أن يرفع دعوى استرداد غير المستحق على هذا الدائن دون أن يواجه بحجية الأمر المقضي (١٢ مايو سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ١٢٢) — أنظر أيضاً : استئناف مختلط ١١ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٦٨ — ١٧ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٧٣ — ٣٠ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ٣٠١ — ٦ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٥٧ — ١٢ نوفمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ١٩ — ٢٥ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٧٥ — ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٩٠ — ٧ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٦٨ — ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٦٨ — ٢ فبراير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٥٦ — ٨ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٢٠ — ١٩ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٤٥ .

(1) لا يجوز الحكم حجية الأمر المقضي إلا إذا اتحد الموضوع والخصوم والسبب في الدعوى التي سبق الفصل فيها والدعوى المطروحة بحيث إذا تخلف أحد هذه العناصر كان الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها غير متوافر الأركان .

(جلسة ١٩٦٢/١/٣ الطعن رقم ١٣٥ لسنة ٢٦ ق س ١٣ ص ١٣) .

(جلسة ١٩٦١/٤/٢٠ الطعن رقم ٣٢ ق س ١٢ ص ٣٩٦) .

(جلسة ١٩٦٦/٢/١ مجموعة المكتب الفني السنة ١٧ ص ٢٢١) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بألا حجية في دعوى الملكية للحكم الصادر في دعوى وضع اليد (نقض مدني ٢٢ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٢٢ ص ٥٩٣) — أنظر أيضاً : استئناف مختلط ١٢ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٨٣ — ١٠ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٨٥ — ٣٠ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٢٨ — ٢٢ مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٣٩ — وأنظر أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٤٥ وهامش رقم ١٠٠ .

كذلك الحكم في الحيازة في دعوى من دعاوى وضع اليد لا يكون حجة في دعوى إيجار بتسليم العين المؤجرة . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم ، إذ قضى برفض الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها ، قرر أن الدعوى الأولى التي دعوى استرداد حيازة أساسها وضع اليد وما يستوجب القانون من حماية واضع اليد على العقار متى توافرت في وضع يده الشروط المقررة لذلك قانوناً ، في حين أن الدعوى الثانية تتضمن في موضوعها طلب الحكم بتسليم العين المؤجرة باعتبار هذا التسليم حق من حقوق المستأجر والتزاماً من التزامات المؤجر ، وأن السبب الذي يستند إليه المستأجر في رفعها هو عقد الإيجار الذي يطالب بتنفيذه وليس مجرد وضع يده كما هو الحال في الدعوى الأولى ، وأن هذا الاختلاف =

٣٧٥ – وجوب الإبقاء على شرط اتحاد السبب مع عدم التوسع

فيه : واتحاد السبب كشرط في حجية الأمر المقضي من شأنه أن يضيق من هذه الحجية، وأن يجعل العود إلى التقاضي ممكناً في ذات الموضوع وبين نفس الخصوم بدعوى أن السبب مختلف . هذا إلى ما ينطوي عليه تحديد معنى السبب ، في كثير من الحالات ، من دقة وخفاء سنرى أمثلة منها فيما يلي . وقد نزع بعض الفقهاء إلى القول بإمكان حذف هذا الشرط من شروط حجية الأمر المقضي ، دون أن يختل الأساس الذي تقوم عليه هذه الحجية [1] . وقال آخرون بإدماج المحل والسبب في شرط واحد ، فيكون هذا الشرط هو وحده المسائل

= في الموضوع والسبب يمنع من التمسك بحجية الحكم السابق .. إذ قرر الحكم ذلك فإنه يكون قد بين وجوه الخلاف بين الدعويين بياناً وافياً لا قصور فيه (نقض مدني ٢ أبريل سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١١١ ص ٨٢٤) .

هذا وإذا خسر المدعي عليه الدعوى ، وكان لديه دفع يستطيع أن يدفعها به ، فالحكم ضده في الدعوى لا يمنعه من رفع دعوى جديدة يثير فيها الدفع الذي أغفله . فإذا رفع المدعي دعوى استحقاق على الحائز ، وأثبت سبباً للملكية ، ولم يدفع الحائز بأنه كسب الملكية بالتقادم ، فالحكم بملكية المدعي لا يمنع الحائز من رفع دعوى جديدة بملكيته التي تستند إلى التقادم (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ هامش رقم ٨٥) .

(1) أ – الحكم الصادر من محكمة النقض والذي يقضي بنقض حكم صادر في دعوى استرداد الحيازة التي أقامها المستأجر على مشترى العين المؤجرة مستندا فيها إلى حيازته للعين ، وأن هذه الحيازة قد سلبت بالقوة، لا تكون له حجية في الدعوى الموضوعية التي أقامها المستأجر على المشترى مطالبا إياه بالتعويض عن إخلاله بالتزامه بتمكينه من الانتفاع بالعين المؤجرة وبعدم التصرف له فيها وهو الالتزام الذي يفرضه عليه عقد الإيجار الذي خلف المؤجر الأصلي فيه ، وذلك لاختلاف الدعويين موضوعاً وسبباً ، ولأن الحكم الصادر في دعوى الحيازة لا يمس أصل الحق ولا يبنى على أساس ثبوته أو نفيه وإنما على أساس توافر الحيازة بشروطها القانونية وعدم توافرها .

(جلسة ١٩٦٨/٣/٢٨ الطعن رقم ٣٦٨ لسنة ٣٤ ق س ١٩ ص ٦٥٥) .

(جلسة ١٩٦٨/٦/١١ الطعن رقم ٣٢٦ لسنة ٣٤ ق س ١٩ ص ١١٤١) .

(جلسة ١٩٦٧/٦/١٥ الطعن رقم ٤٩ لسنة ٣٤ ق س ١٨ ص ١٢٦٩) .

(جلسة ١٩٦٦/٤/٢٨ الطعن رقم ٣٥٠ لسنة ٣٢ ق س ١٧ ص ٩٦٢) .

ب – الأحكام التي تصدر في دعاوى الحيازة لا تحوز أية حجية في دعوى المطالبة بالحق لاختلاف الموضوع والسبب في الدعويين .

(جلسة ١٩٨٩/٦/٢٨ الطعن رقم ١٧٦٨ لسنة ٥٣ ق) .

(جلسة ١٩٨٨/١٢/١٨ الطعن رقم ١٤١٦ لسنة ٥١ ق) .

(جلسة ١١٩٨٧/٥/٢٦ الطعن رقم ٤١٨ لسنة ٥١ ق) .

(جلسة ١٩٨٤/٥/٣١ الطعن رقم ٢٠٧ لسنة ٥١ ق) .

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٦٠ ص ١٠٣١ .

المتنازع فيها (questions religieuses) [1] . والصحيح في نظرنا أن هناك اعتبارين متعارضين لا بد من التوفيق بينهما . فمن ناحية ؛ تقضي نسبية الحقائق القضائية أن نعتد بسبب الحق المدعى به ، فالحكم الذي يرفض الملكية بسبب الميراث لا يمكن أن يعتبر عنوان الحقيقة في رفض الملكية بسبب الوصية ومن ناحية أخرى ، يقضي أحد الاعتبارات الجوهرية التي تقوم عليها حجية الأمر المقضي — وهو عدم تأبيد المنازعات — ألا نتوسع كثيراً في فكرة السبب ، وأن نجمع ما بين الأسباب المتقاربة التي يستدعي بعضها بعضاً فلا يفكر الخصم في أحدها دون أن يفكر في الآخر ، فندمجها جميعاً في سبب واحد ، ولا نجعل من تنوعها ما يخل بوحدة السبب . وسنشير إلى هذه الخطة ، ونتبين أهميتها بوجه خاص عند الكلام في وحدة عيوب الرضاء كسبب للمطالبة ببطلان العقد ، وعند الكلام في وحدة أنواع المسئولية كسبب للمطالبة بالتعويض .

فلا بد إذن من الإبقاء على شرط اتحاد السبب ، مع عدم التوسع فيه [1] . فإذا تعدد السبب لم يجز التمسك بحجية الأمر المقضي ، حتى لو اتحد المحل . لكن إذا اتحد السبب — مع اتحاد المحل والخصوم — جاز التمسك بحجية الأمر المقضي ، حتى لو تعددت أدلة الإثبات على هذا السبب الواحد ، أو تعددت الدعـــاوى التي تنشأ من هذا السبب الواحد [2] .

---

(١) جلاسون وتيسييه ٢ فقرة ١٠١٣ ص ١٠١ — قارن بيدان وبرو ٩ فقرة ١٣٥٣ ص ٥٠٨ .

(1) لمحكمة النقض أن تعمل رقابتها للتحقق مما إذا كان سبب الدعوى هو سبب حقيقي تتحقق به المغايرة في سبب الدعوى أو أنه مجرد سبب ظاهري أريد به الحيلولة دون الدفع بحجية الأمر المقضي ، فلا تقوم به هذه المغايرة .

(جلسة ١٩٦٤/١٢/١٧ الطعن رقم ٤٩٣ لسنة ٢٩ ق س ١٥ ص ١١٦٤) .

(٢) ومن الأمثلة على تعدد الدعاوى التي تنشأ من سبب واحد ما قضت به محكمة النقض من أنه إذا بدأ النـــزاع بين الراهن والمرتهن ، بأن رفع الراهن دعوى طلب فيها بطلان العقد المدني الذي وصف بأنه بيع وحقيقته رهن وبراءة ذمته من الدين لاستهلاكه مقابل ما حصله المرتهن من الريع ، ورفع الدائن دعوى فرعية بإلزام مدينه بالدين كاملا وحبس العين المرهونة ، وانتهى هذا النـــزاع بحكم قضي بإلزام الراهن بأن يدفع للمرتهن مبلغاً معيناً باعتباره الباقي له من الدين لغاية سنة ١٩٣٣ بعد خصم قيمة الريع الذي استولى عليه من فوائد الدين واصله . ثم تجدد النـــزاع ثانية بدعوى رفعها المدين طلب فيها براءة ذمته من المبلغ المحكوم به عليه ، وقضت المحكمة بتعديل هذا المبلغ واعتبار رصيد الدين لغاية سنة ١٩٤٠ مبلغاً معيناً . ثم أراد المدين أن يبرئ ذمته من الدين ، فعرض على الدائن المبلغ المحكوم به نهائياً وملحقاته . فرفع الدائن بدوره دعوى أخرى ضد المدين بمبلغ عينه طالبه به على أنه مقابل ريع الأرض المرهونة من سنة ١٩٢٣ (تاريخ العقد) إلى سنة ١٩٤٢ ، مدعياً أنه لم يحصل شيئاً من الريع لبقاء الأرض في يد المدين طوال هذه المدة . فإن هذه الدعوى لا تكون مقبولة بالنسبة إلى المطالبة بالريع لغاية سنة ١٩٤٠ لسبق الفصل فيها . إذ السبب فيها ، كما في جميع الدعاوى السابقة ، هو عقد المديونية الذي أنشأ الرابطة القانونية بين الراهن والمرتهن ، فإن الدائن إذ يطالب بالريع إنما يعتمد في طلبه على الحق الذي استمده من العقد بصفته مرتهناً -

فيجب إذن مواجهة الحالات الآتية : (١) وحدة المحل مع تعدد السبب . وهنا لا يجوز التمسك بحجية الأمر المقضي . (٢) وحدة السبب مع تعدد الأدلة ، وهذا لا يمنع من قيام حجية الأمر المقضي . (٣) وحدة السبب مع تعدد الدعاوى ، وهذا أيضاً لا يمنع من قيام حجية الأمر المقضي .

٣٧٦ – وحدة المحل مع تعدد السبب : قد يتحد المحل في الدعويين ويتعدد السبب [1] . وعند ذلك لا يكون للحكم الصادر في الدعوى الأولى حجية الأمر المقضي في

= حيازياً ، والمدين حينما يطلب براءة ذمته إنما يتخذ من انقضاء الدين لسبب من أسباب الانقضاء أساساً لطلبه ، وهذا الأساس يرد إلى عقد الرهن . وغير صحيح القول بأن سبب دعوة المرتهن الأخيرة هو وضع يد المدين على العين المرهونة ، فإن استحقاق الدائن لهذا الريع لا سبب له قانوناً إلا العقد المذكور الذي يخوله حق الاستيلاء على ريع العين المرهونة سواء ظلت في حيازته أو انتقلت إلى حيازة الغير بطريق الإجازة أو غيرها . والموضوع أيضاً واحد في جميع هذه الدعاوى ، وهو بقاء الدين أو انقضاؤه . وغير صحيح كذلك القول بأن موضوع القضايا السابقة كان مقصوراً على بطلان العقد وموضوع الدعوى الأخيرة هو المطالبة بريع العين . فإن بطلان العقد لم يكن إلا توطئة للطلب الأساسي وهو براءة ذمة الراهن لاستهلاك الدين في الريع على أساس أن المعاملة قرض مكفول برهن وأن ما حصله المرتهن من غلة العين المرهونة وفى الدين وفوائده ، والمحكمة في صدد بحث هذا الطلب في القضايا السابقة سمعت دفاع المرتهن في مقدار الغلة وفي ادعائه عدم الحصول عليها ، ثم قررت ما حصله منها والفائدة التي يستحقها وقامت بعملية الاستهلاك (نقض مدني ٨ فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠٦ ص ٥٦٥) .

(1) أ – متى كان النـــزاع في الدعوى الأولى يدور حول صحة صدور العقود من المورث وقد اقتصر الحكم الصادر في تلك الدعوى على بحث هذا النـــزاع وفصل فيه برفض الادعاء بتزوير تلك العقود تأسيساً على ما ثبت له من صحة نسبتها إلى المورث ، ولم يفصل الحكم في منطوقة أو في أسبابه المرتبطة بهذا المنطوق في صحة انعقاد هذه العقود ، كما أنه لم يتعرض لمسألة استيفاء المورث الثمن أو لوضع يد الطاعن على العين المتصرف فيها بعد صدور التصرفات إليه ، وكان النـــزاع في الدعوى الثانية منصباً على أن التصرفات التي تناولها العقود المحكوم بصحة نسبتها إلى المورث في الدعوى الأولى ساترة لوصايا وما يترتب على ذلك من عدم نفاذها ، فإن السبب في الدعوى الأولى يكون مغايراً للسبب في الدعوى الثانية وبالتالي فلا يكون للحكم الأول حجية الأمر المقضي في الدعوى الثانية .

(جلسة ١٩٦٣/١٠/٢٤ الطعن رقم ٣٥٥ لسنة ٢٨ ق س ١٤ ص ١٩٨١) .

ب – دعوى النفقة تختلف في موضوعها وسببها عن دعوى التطليق للفرقة في شريعة الأقباط الأرثوذكس – لاختلاف المناط في كل منهما ، فبينما تقوم الأولى على سند من احتباس الزوجة لزوجها وقصرها عليه لحقه ومنفعته بحيث لا يحق لها أن تنشز عن طاعته إلا بحق . إذ بالثانية تؤسس على ادعاء الإساءة واستحكام النفور والفرقة بين الزوجين .

(جلسة ١٩٧٦/٤/٢٨ الطعن رقم ٢ لسنة ٤٥ ق س ٢٧ ص ١٠٢٨) .

ج – دعوى الطاعة تختلف في موضوعها وسببها عن دعوى التطليق للضرر ، إذ تقوم الأولى على الهجر وإخلال الزوجة بواجب الإقامة المشتركة والقرار في منزل الزوجية ، بينما تقوم الثانية على ادعاء الزوجة إضرار الزوج بما لا يستطاع معه دوام العشرة ، وأن النشوز ليس بمانع يفرض حصوله من نظر دعـــوى =

الدعوى الثانية كما قدمنا ، إذ أنه بالرغم من توافر شرط اتحاد المحل قد اختل شرط اتحاد السبب . وأكثر ما يتحد المحل ويتعدد السبب في العمل يقع في أحوال أربع : (١) يكون المحل المتحد هو بطلان العقد وتتعدد أسباب البطلان . (٢) يكون المحل المتحد هو انقضاء الالتزام وتتعدد أسباب الانقضاء . (٣) يكون المحل المتحد هو حق الملكية وتتعدد أسباب كسبها . (٤) يكون المحل المتحد هو قيام التزام وتتعدد مصادره .

فقد يطالب شخص ببطلان عقد ، ويجعل سبب البطلان عيباً في الشكل أو عيباً في الرضاء أو نقصاً في الأهلية أو خللا في المحل أو خللا في السبب . فهذه جملة من الأسباب الرئيسية للبطلان ، إذا تمسك بسبب منها ورفضت دعواه ، لم يمنعه ذلك من رفع دعوى جديدة يتمسك فيها بسبب آخر . فإذا تمسك بعيب في الشكل وقضي بصحة الشكل ، جاز أن يتمسك بعيب في الرضاء . وإذا تمسك بخلل في المحل ، لم يمنعه الحكم برفض دعواه من رفع دعوى جديدة يتمسك فيها بخلل في السبب . على أنه لا تجوز المبالغة ، كما قدمنا ، في تنويع السبب الرئيسي الواحد من أسباب البطلان ، وإلا فقدت حجية الأمر المقضي قيمتها ولم تمنع من تأييد الخصومات . فالعيب في الشكل لا يتعدد سببه ، مهما تعدد صور هذا العيب [1] . والعيب في الرضاء لا يتعدد ، أياً كان هذا العيب غلطاً أو تدليساً أو إكراهاً [2] .

= التطليق والفصل فيها ، لما كان ذلك فإنه لا تثريب على محكمة الموضوع إذ هي رفضت الاستجابة لطلب الطاعن — تقديم حكم الطاعة وأبت التعويل على دلالتها لاختلاف المناط في كل منهما .
(جلسة ١٩٧٦/١١/٢٤ الطعن رقم ٤ لسنة ٤٥ ق س ٢٧ ص ١٦٣٦) .

د — لا يجوز الحكم السابق قوة الأمر المقضي بالنسبة للدعوى اللاحقة إلا إذا اتحد الموضوع في كل من الدعويين واتحد السبب المباشر الذي تولدت عنه كل منهما ، هذا فضلا عن وحدة الخصوم ، وإذا كان الثابت من الأوراق أن الطاعن رفع الدعوى السابقة ضدها بطلب الحكم له بالعمولة التي يستحقها عن فترة كان يعمل خلالها بقسم البيع ، وكانت طلبات الطاعن في الدعوى الحالية هي الحكم له بتلك العمولة عن فترة لاحقة لانتقاله إلى عمل آخر لا يباشر فيه أعمال البيع ، فإن الدعويين تكونان مختلفتين سبباً ، لأن عمولة التوزيع ، لا يستحقها العامل إلا إذا تحقق سببها وهو التوزيع الفعلي ، وبنقل الطاعن من قسم البيع أصبح لا يباشر عملية التوزيع ، وينتفي لذلك سبب استحقاقه للعمولة ، ولذلك يكون الحكم المطعون فيه بمخالفته الحكم السابق فإنه في غير محله .
(جلسة ١٩٧٧/٦/١٢ الطعن رقم ٧٧٨ لسنة ٤٣ ق س ٢٨ ص ١٤٣٢) .

(١) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ هامش رقم ٨٩ .

(٢) وقد انقسم الفقهاء في فرنسا في هذه المسألة . ففريق يذهب إلى أن عيوب الرضاء — الغلط والتدليس والإكراه — عيوب مستقلة كل عيب منها عن الآخر ، ولا تندمج في سبب واحد ، بل يتعدد السبب بتعدد العيب ، وكذلك شأن عيوب الشكل وعيوب نقص الأهلية وعيوب المحل وعيوب السبب ، ديمولومب ٣٠ فقرة ٣٣٤ — لوران ٢٠ فقرة ٧٢ — هيك ٨ فقرة ٣٢٩ — فقرة ٣٣٠ — بودري وبارد ٤ فقرة ٢٦٨١ — وأنظر في هذا المعنى في الفقه المصري الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات جزء ٢ فقرة ٦٧٣ — الأستاذ =

ونقص الأهلية لا يتعدد ، أياً كان السبب الذي يرجع إليه نقص الأهلية قصراً أو سفهاً أو غفلة أو عتهاً . وهكذا قل عن سائر الأسباب الرئيسية للبطلان. فإذا طعن شخص ببطلان عقد للتدليس ورفضت دعواه ، لم يجز له أن يعود في دعوى جديدة يطعن في العقد بالإكراه. والضابط لوحدة السبب في البطلان هو ، فيما نرى ، أن يكون هناك سبب رئيسي واحد ، إذا انقسم إلى أسباب فرعية فإن كل سبب منها يستدعى السبب الآخر ، بحيث ترتسم كل هذه الأسباب الفرعية في مخيلة الخصم مندمجة في هذا السبب الرئيسي ، فلا يفكر في واحد منها دون أن يفكر في الباقي ، فتتحقق وحدة السبب في هذا السبب الرئيسي. وهو يستغرق كل الأسباب الفرعية التي تندمج فيه ، فلا يتعدد السبب بتعددها ، ويكون الحكم في أي سبب منها حكماً في الباقي . ومن ثم إذا طعن الخصم في العقد بالغلط دون غيره من عيوب الرضاء ، فالحكم برفض دعواه للغلط حكم برفض الدعوى للتدليس وللإكراه ، ذلك بأنه عندما طعن في العقد بالغلط لا بد أن يكون قد استعرض بطريق التداعي التدليس والإكراه فاستبعدهما واقتصر على الغلط . إذ الطعن في العقد بالغلط ينفي الطعن فيه بالتدليس ، فالتدليس غلط وقع فيه الخصم بسبب طرق احتيالية استعملت ضده ، ومادام لا يطعن في العقد إلا بالغلط فهو ينفي ضمناً أن هناك طرقاً احتيالية أوقعته في هذا الغلط . كذلك الطعن في العقد بالغلط ينفي الطعن فيه بالإكراه ، لأن دعوى الغلط تفترض وقوع الخصم في وهم من غير علم بالواقع ، فهي لا تتفق مع دعوى الإكراه التي تفترض خضوع الخصم للتعاقد على علم بالواقع . ونرى من ذلك كيف أن الغلط والتدليس والإكراه عيوب فرعية ، يستدعى كل عيب منها العيب الآخر ، وترتسم جميعاً في مخيلة

= سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٨٢ ص ٣٢٧ — ص ٣٢٨ — وقد كنا ممن يقول بهذا الرأي — الموجز فقرة ٧١٣ ص ٧٤٤ — ولكن الخطة التي سرنا عليها في هذا البحث هي ، كما قدمنا ، إدماج الأسباب الفرعية في السبب الرئيسي ، حتى لا يتعدد السبب الواحد ، فتأييد المنازعات) . وفريق آخر يذهب، على العكس من ذلك ، إلى إدماج جميع أسباب البطلان — عيوب الشكل والرضا والأهلية والمحل والسبب — في سبب واحد ، فيحوز الحكم في أي عيب منها حجية الأمر المقضي بالنسبة إلى العيوب الأخرى (بونييه فقرة ٨٧٦ — جريولييه ص ١٠٩) ، وظاهر أن هذا الرأي المتطرف يقوم على الخلط ما بين المحل والسبب ، فالبطلان هو المحل لا السبب ، أما سبب البطلان فليس واحداً بل يتعدد ، ومنه ما يرجع إلى الشكل ومنه ما يرجع إلى الرضاء ومنه ما يرجع إلى الأهلية . وفريق ثالث يقسم أسباب البطلان إلى أسباب رئيسية ، ويدمج في كل سبب رئيسي ما يتفرع عن من أسباب ، ويقف في تعدد السبب عند السبب الرئيسي لا السبب الفرعي (توليييه ١٠ فقرة ١٠٠ — فقرة ١٦٦ — ماركاديه ٤ م ١٣٥١ — لاروميير ٧ م ١٣٥١ فقرة ٨١ — فقرة ٨٣ — أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ هامش رقم ٨٩ وهامش رقم ٩٠ [illegible] هو الرأي الذي سرنا عليه ، ويبدو أنه هو [illegible] المعاصر (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٦٠ ص ١٠١٢ — ص ١٠٢٣ — بيدان وبرز ٩ فقرة ١٣٥٤ ص ٤٦٦ — ص ٤٦٢) .

الخصم مندمجة في، سبب رئيسي واحد . فإذا اقتصر الخصم على عيب منها ، فإنه بذلك يكون قد استبعد العيبين الآخرين . على أنه قد يحدث أن يطعن الخصم في العقد بالغلط ، جاهلا وقت الطعن أنه إنما وقع في هذا الغلط بسبب طرق احتيالية نصبها له خصمه . فإذا كشف ، بعد صدور الحكم برفض دعواه للغلط ، عن هذه الطرق الاحتيالية ، جاز له أن يرفع دعوى جديدة بالتدليس ، على أن يثبت أنه لم يكشف عن هذا التدليس إلا بعد صدور الحكم في دعوى الغلط . كذلك يجوز أن يكون قد أكره على جانب من العقد وغلط في جانب آخر ، فرفع دعوى الإكراه قبل أن يكشف عن غلطه . فإذا صدر حكم في دعوى الإكراه ، فإن هذا لا يمنعه من أن يرفع دعوى الغلط ، على أن يثبت أنه لم يكشف عن هذا الغلط إلا بعد صدور الحكم في دعوى الإكراه [1] .

وقد يطالب شخص بانقضاء التزام ، ويجعل سبب الانقضاء الوفاء أو المقاصة والإبراء أو التقادم أو غير ذلك من أسباب انقضاء الالتزام . فإذا تمسك بالوفاء جاز له أن يتمسك بعد ذلك بالمقاصة ، أو تمسك بالإبراء جاز له أن يتمسك بعد ذلك بالتقادم، وهكذا . فلا يوجد ترتيب خاص للتمسك بأسباب الانقضاء أو بأسباب البطلان ، إلا ما يقتضيه حسن الدفاع من الناحية الواقعية لا من الناحية القانونية . فيجوز التمسك بسبب من أسباب البطلان قبل التمسك بسبب من أسباب الانقضاء . كما يجوز التمسك بسبب من أسباب الانقضاء قبل التمسك بسبب من أسباب البطلان . كما يجوز أخيراً التمسك بأي سبب من أسباب البطلان أو الانقضاء قبل التمسك بسب آخر منها . ويترتب على ذلك أنه يجوز التمسك بالغلط ثم بالمقاصة ، أو التمسك بالمقاصة ثم بالغلط ، أو التمسك بالتدليس ثم بعدم مشروعية السبب ، أو التمسك بالتجديد ثم باتحاد الذمة. ولا يوجد مانع قانوني من التمسك

---

(١) قارب بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٦٠ ص ١٠٣١ — ص ١٠٣٢ — نقض فرنسي ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٧ سيريه ١٩٤٨ — ١ — ٦٢ — ١٥ نوفمبر سنة ١٩٤٨ مجلة النقض ص ٩٧٧ .

وغني عن البيان أن من يطعن في العقد بالبطلان يستطيع أن يعود إلى المطالبة بفسخ العقد (بودري وبارد ٤ فقرة ٢٦٨٣) أو إلى الطعن في العقد بالدعوى البوليصية ، والطعن في العقد بالدعوى البوليصية لا يمنع من العودة إلى الطعن في العقد بدعوى الصورية (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٦٠) ، فهذه كلها أسباب مختلفة . ورفض الطعن في البيع بوقوعه في مرض الموت لا يمنع من الطعن فيه باعتباره هبة في غير ورقة رسمية (محكمة الإسكندرية الأهلية ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٨ رقم ١/٥٧ ص ١٢٢ — منيا القمح في ٢ مايو سنة ١٩٠٦ الحقوق ٢٢ ص ٨٦) . والحكم بصحة عقد باعتباره صادراً من المورث بعد إنكار التوقيع عليه من بعض الورثة لا يمنع الورثة المذكورين من الطعن في العقد بعد ذلك لاعتباره صادراً في مرض الموت (استئناف مصر ١٥ مايو سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ١٠٤ ص ١٧٦ — عكس ذلك : بني سويف الكلية ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢١ المحاماة ٢ رقم ٧٤ ص ٢٣٧ . وهو حكم منتقد : الموجز للمؤلف فقرة ٧١٢ ص ٧٤٤ هامش رقم ١) .

مثلا بالوفاء ثم بالإبراء ، إلا أن مركز من يتمسك بالوفاء أولا ثم يتمسك بالإبراء بعد ذلك يكون ضعيفاً من الناحية الواقعية لما بين الدعويين من تعارض [1] .

وقد يطالب شخص بملكية عين ، ويجعل سبب الملكية هو العقد أو الوصية أو الشفعة أو التقادم أو غير ذلك من أسباب كسب الملكية . فإذا تمسك بالعقد ، جاز له أن يتمسك بعد ذلك بالوصية . وإذا تمسك بالتقادم ، جاز له أن يتمسك بعد ذلك بالشفعة [2] .

وقد يطالب شخص آخر بالتزام قام في ذمته ، ويجعل مصدر هذا الالتزام العقد أو العمل غير المشروع أو الإثراء بلا سبب أو غير ذلك من مصادر الالتزام. فإذا تمسك بالعقد، جاز له أن يتمسك بعد ذلك بالعمل غير المشروع . وإذا تمسك بالإثراء بلا سبب ، جاز له أن يتمسك بعد ذلك بالعقد . وإذا تمسك بالعمل غير المشروع ، جاز له أن يتمسك بعد ذلك بالإثراء بلا سبب . ونرى، جريا على الخطة التي نسير عليها ، أن العمل غير المشروع، بل المسئولية في مجموعها ، سبب رئيسي واحد لا يتعدد بتعدد أنواع المسئولية . فرفض دعوى المسئولية عن عمل معين يمنع من رفع دعوى جديدة بالمسئولية عن نفس العمل ، ولو

---

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٧١٣ ص ٧٤٤ — ص ٧٤٥ — ومع ذلك فقد قضت محكمة مصر الأهلية بأنه إذا دفع المدعى عليه دعوى المدعي الذي يطالبه بدين بمقتضى سند بأنه قام بسداد الدين وأن دفعه يبرئه، وإذا حكمت المحكمة المدنية برفض هذا الدفع ، فلا مانع يمنع المدعى عليه من الادعاء مدنياً أمام المحكمة الجنائية مطالباً بتعويض عن تزوير سند الدين ، لأن الموضوع مختلف عن موضوع القضية المدنية . فالموضوع الأول هو براءة الذمة ، والموضوع الثاني هو التعويض عن فعل الجنحة . ثم إن السبب أيضاً مختلف اختلافا جوهرياً، لأن الدفع الذي رفض أولا أمام المحكمة المدنية كان قائماً على براءة الذمة من الالتزام ، ولكن السبب القانوني الذي يرتكن عليه المدعى المدني هو المسئولية الناشئة عن الجنحة ، وهذا أمر مختلف عن الأول (١٠ مارس ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ٥٦٠) .

(٢) استئناف مختلط ٢٠ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٥٢ — ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٦٣ — الزقازيق الكلية ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٦١ ص ٢٥٨ — أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ هامش رقم ١٠٧ .

وقضت محكمة الزقازيق بأنه إذا رفعت دعوى بالمطالبة بملكية عقار ارتكاناً على سبب قانوني وهو الميراث ، وفصل في تلك الدعوى ، فليس هناك ما يمنع المدعى الذي صدر الحكم ضده في هذه الدعوى من أن يرفع دعوى أخرى مرتكناً على عقد البيع الصادر إليه من بعض الورثة عن جزء من العقار نفسه، حتى لو ثبت أن ذلك البيع قد انعقد في تاريخ سابق على الدعوى الأولى وذلك لاختلاف السبب في الدعويين (٢٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ ص ٢٥٨) .

هذا وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأن من رفضت دعواه في الشفعة بصفته شريكاً له أن يرفعها بصفته جاراً ، ولا يقبل الدفع بحجية الأمر المقضي لأن السبب في الدعوى ليس واحدا في الحالتين (١٧ مارس سنة ١٩٠٤ المجموعة الرسمية ٦ رقم ١/١٤ ص ٢٨) . ولسنا نرى في تعدد أسباب الأخذ بالشفعة إلا أسباباً فرعية ترجع إلى سبب رئيسي واحد ، والقضاء في سبب منها قضاء في سائر الأسباب.

كيفت المسئولية في الدعوى الأولى بأنها مسئولية عقدية وفي الدعوى الثانية بأنها مسئولية تقصيرية ، ومن باب أولى لو كيفت في الدعوى الأولى بأنها مسئولية تقصيرية قائمة على خطأ ثابت في الدعوى الثانية بأنها مسئولية تقصيرية قائمة على خطأ مفروض . ففي كل هذه الأحوال ، السبب الرئيسي الذي يجب الوقوف عنده هو العمل الذي نشأت عنه المسئولية ، عقدية كانت أو تقصيرية ، وهذا العمل هو هو لم يتغير في جميع الصور المتقدمة [1] .

---

(١) وهذا هو ما جرى عليه قضاء محكمة النقض في دائرتها المدنية . فقد قضت بأن الراجح في باب قوة الشيء المحكوم به هو اعتبار كل ما تولد به للمضرور حق في التعويض عن شخصه أو عن ماله قبل من أحدث ضرر أو تسبب فيه — كل ذلك هو السبب المباشر المولد للدعوى بالتعويض مهما تنوعت أو تعددت علل التعويض أو أسبابه ، لأن ذلك جميعاً من وسائل الدفاع أو طرقه (moyens) ، فمهما كانت طبيعة المسئولية التي بحثها القاضي في حكمه الصادر برفض دعوى التعويض ، ومهما كان النص القانوني الذي استند إليه المدعى في طلباته أو النص الذي اعتمد عليه القاضي في حكمه ، فإن هذا الحكم يمنع المضرور من إقامة دعوى تعويض أخرى على من حكم قبله برفض دعواه ، لأنه يعتبر دالا بالإقتضاء على انتفاء مسئولية المدعى عليه قبل المدعي عما ادعاه عليه أياً كانت المسئولية التي أسس عليها طلبه ، عقدية أو غير عقدية أو تقصيرية ، على معنى أن كل ذلك كان من طرق الدفاع ووسائله في دعوى التعويض ، وإن لم يتناوله البحث بالفعل فيها ، ولم يكن ليبرر الحكم للمدعي على خصمه بتعويض ما (نقض مدني ٥ يناير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٥٤ ص ٤٥٢) . وقضت محكمة النقض أيضاً في دائرتها المدنية بأن المراد في وحدة الدعويين في صدد قوة الشيء المحكوم فيه هو على ماهية الموضوع في كل دعوى والسبب المباشر الذي تولدت عنه كل منهما ، فإذا كان موضوع الدعوى الأولى بين الخصوم هو المطالبة بتعويض وسببها حفر مسقي ، وموضوع الدعوى الثانية المطالبة بتعويض أيضاً وسببها هي الأخرى حفر المسقي نفسها ، فلا يؤثر في وحدتهما اختلاف علة السبب المطلوب التعويض من أجله ولا قيمة التعويض المطالب به (نقض مدني ١٥ أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٤٦ ص ١١٥) — أما الدائرة الجنائية لمحكمة النقض فتجرى على غير ذلك ، ذاهبة إلى أنه إذا رفضت الدعوى على أساس نوع معين من المسئولية لم يحز الحكم حجية الأمر المقضي بالنسبة إلى الأنواع الأخرى ، فالسبب في دعوى المسئولية هو نوع الخطأ الذي قامت عليه — فيتميز الخطأ العقدي عن الخطأ التقصيري كما يتميز الخطأ الثابت عن الخطأ المفروض — لا قيام المسئولية في ذاتها . ومما قضت به في هذا المعنى أنه مادامت الدعوى قد رفعت على أساس المسئولية في ذاتها . ومما قضت به في هذا المعنى أنه مادامت الدعوى قد رفعت على أساس المسئولية التقصيرية ، والمدعى لم يطلب أن يقضى له فيها بالتعويض على أساس المسئولية التعاقدية — إن صح أن يطلب ذلك أمام المحكمة الجنائية — فليس للمحكمة أن تتبرع من عندها فتبنى الدعوى على سبب غير الذي رفعها صاحبها به ، فإنها إذ تفعل تكون قد حكمت بما لم يطلبه منها الخصوم ، وهذا غير جائز في القانون (نقض جنائي ٨ مارس سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٥ رقم ٤٥ ص ١٣٢) — وقضت كذلك بأنه مادامت الدعوى المدنية قد رفعت أمام المحكمة الجنائية ، فإن هذه المحكمة إذا انتهت إلى أن أحد المتهمين هو وحده الذي قارف الجريمة المطلوب التعويض عنها ، وأن المتهمين الآخرين أحدهما لم يقع منه سوى تقصير في الواجبات التي يفرضها عليه العقد المبرم بينه (وهو مستخدم ببنك التسليف) وبين المدعي بالحقوق المدنية (وهو بنك التسليف) والآخر لم يثبت وقوع أي تقصير منه — إذا انتهت المحكمة إلى ذلك ، يكون متعيناً عليها ألا تقضى بالتعويض إلا على من =

٣٧٧ – وحدة السبب مع تعدد الأدلة : وقد يتحد السبب وتتعدد عليه الأدلة . فيكون السبب في هذه الحالة واحداً ، مهما تعددت أدلته ، واقعية كانت هذه الأدلة أو قانونية [1] . وعند ذلك يكون للحكم الصادر في الدعوى الأولى حجية الأمر المقضي في

= تثبت عليه الجريمة ، وأن تقضي برفض الدعوى بالنسبة للمتهمين الآخرين ، لأن حكمها على المتهم الذي خالف شروط العقد لا يكون إلا على أساس المسئولية التعاقدية وهو غير السبب المرفوعة به الدعوى أمامها، وهذا لا يجوز في القانون ، ولأن حكمها بالتعويض على المتهم الآخر ليس له ما يبرره مادام لم يثبت وقوع أي خطا منه . أما القول بأن المحكمة كان عليها في هذه الحالة أن تحكم بعدم الاختصاص في الدعوى المدنية بالنسبة لهذين المتهمين ، أحدهما أو كليهما ، لا برفضها ، فمردود بأنه مادامت الدعوى قد رفضت على أساس انعدام المسئولية التقصيرية ، فإن ذلك لا يمنع المدعي بالحقوق المدنية ، وليس من شأنه أن يمنعه ، من رفعها أمام المحاكم المدنية بناء على سبب آخر هو المسئولية التعاقدية (نقض جنائي ٣١ مايو سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٦ رقم ٣٧ ص ٨١) . وأنظر أيضاً في هذا المعنى : نقض جنائي أول فبراير سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ رقم ١٦١ ص ٤٨٠ – أول مارس سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٥ رقم ٢٦ ص ٤٩ – ١٧ ديسمبر سنة ١٩٤٥ المحاماة ٢٧ رقم ٣٩٤ ص ١٠٠٦ – ١٨ مارس سنة ١٩٤٦ المحاماة ٢٧ ملحق جنائي ٩٩ – ٥٨ استئناف مختلط ٨ نوفمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ١٩ – أما القضاء في فرنسا فقد جرى على نحو ما تجرى عليه الدائرة الجنائية لمحكمة النقض عندنا ، فهو يذهب إلى أن السبب في دعوى المسئولية هو نوع الخطأ الذي تقوم عليه المسئولية ، فلا يجوز للمدعي أن يترك الخطأ التقصيري إلى الخطأ العقدي ، أو يترك الخطأ الثابت إلى الخطأ المفروض ، وإلا كان ذلك طلباً جديداً لا يجوز له أن يتقدم به لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ، ولا يجوز هذا أيضاً للقاضي ، وإلا كان ذلك قضاء في شيء لم تطبه الخصوم ، وإذا رفضت دعوى المسئولية على أساس نوع معين من الخطأ فإن الحكم لا يحوز حجية الأمر المقضي بالنسبة إلى الأنواع الأخرى (أنظر في القضاء الفرنسي وفي نقده مازو ٣ فقرة ٢٠٩٧ – فقرة ٢١٠١) . وأنظر في هذه المسألة الوسيط جزء أول فقرة ٦٢٢ – الأستاذ سليمان مرقس : مجلة القانون والاقتصاد ١٥ ص ٢١٩ – ص ٢٣٨ – و ١٧ العدد الثاني – أصول الإثبات فقرة ١٨٢ ص ٣٣٠ – ص ٣٣١ – هذا وقد قضت الفقرة الأخيرة من المادة ٤١١ من تقنين المرافعات بما يأتي : " وكذلك يجوز مع بقاء موضوع الطلب الأصلي على حاله تغيير سببه والإضافة إليه " . وهذا الحكم يسمح لمن رفع دعوى المسئولية العقدية في محكمة أول درجة أن يستند إلى المسئولية التقصيرية في محكمة الاستئناف أو بالعكس . وكذلك يجوز لمن استند الى نوع من المسئولية التقصيرية في محكمة أول درجة أن يستند إلى نوع آخر من هذه المسئولية في محكمة الاستئناف .

(1) السبب في معنى المادة ١٠١ من قانون الإثبات هو الواقعة التي يستمد منها المدعي الحق في الطلب وهو لا يتغير بتغير الأدلة الواقعية والحجج القانونية التي يستند إليها الخصوم ، وكان الثابت من واقع الدعوى الذي سجله الحكم المطعون فيه أنه أخذ بحجية الحكم السابق صدوره لصالح المطعون ضده في صدد استحقاق العمولة والمكافأة عن المدة من ١٩٦٧/٧/١ وحتى ١٩٧٠/٦/٣٠ وهي لاحقة على نفاذ أحكام القرار الجمهوري رقم ٣٣٠٩ لسنة ١٩٦٦ وبعد إصدار لائحة موحدة للعاملين بالشركات التابعة لها ومن بينها الطاعنة ، ومن ثم لا يحق للطاعنة معاودة طرح هذه المنازعة والمجادلة بشأنها .
(جلسة ١٩٨٧/٤/٢٦ الطعن رقم ٩٠٦ لسنة ٥٢ ق س ٣٨ ص ٦٠١) .

دعوى أخرى ، عاد فيها الخصم إلى نفس السبب ، ولكن ليقيم عليه دليلا آخر ، فلا يقبل منه ذلك [1] .

وقد رأينا فيما قدمناه عن دعوى المسئولية تطبيقاً لهذه القاعدة . فالسبب في هذه الدعوى هو — كما قدمنا — العمل الذي نشأت عنه المسئولية ، وهو واحد لا يتعدد ، وإنما تتعدد أدلته (moyens) ، فتارة تستند المسئولية إلى العقد ، وطوراً إلى الخطأ الثابت، وثالثة إلى الخطأ المفروض ، وليست هذه كلها إلا أدلة متعددة لسبب واحد هو قيام المسئولية . ففي دعوى المسئولية إذن السبب هو قيام المسئولية ، والمحل هو التعويض .

ومن ادعى التخلص من دين بالوفاء ، وأراد أن يقدم على ذلك بينة حكم بعدم جواز سماعها ، وقضي عليها بالدين ، لا يجوز له بعد ذلك أن يرفع دعوى جديدة متمسكاً بالسبب نفسه وهو الوفاء ، وإن قدم عليه هذه المرة دليلا مكتوباً كمخالصة بالدين . ذلك أن السبب هنا — وهو الوفاء — لم يتغير ، وأن تغير الدليل عليه من بينة إلى ورقة مكتوبة . على أنه إذا رفع الدائن دعوى بالدين ، ولم يدفع المدين بالوفاء فقضي بالدين ، ولم يتنازل الحكم إلا البحث في وجوده ولم يعرض للوفاء به ، فإن هذا الحكم لا يحوز حجية الأمر المقضي بالنسبة إلى الوفاء . ومن ثم يجوز للمدين ، إذا عثر بعد ذلك على مخالصة بالدين ، أن يرفع دعوى جديدة يطالب فيها الدائن برد ما دفع إليه دون حق [2] . أما إذا دفع المدين بالوفاء ، وعرض الحكم لهذا الدفع وقضي برفضه ، فإن هذا الحكم يحوز حجية الأمر المقضي

---

(١) وهذه الأدلة أو الوسائل أو الحجج (moyens, arguments) تدعى بالأسباب البعيدة (causae remotae) — أما السبب (cause) فيدعى بالسبب القريب (cause proxima) (أنظر آوبري ورور ١٢ فقرة ٧٦٩ هامش رقم ٨٧ و ٨٨) .

(٢) قارن الموجز للمؤلف فقرة ٧١٣ ص ٧٤٥ — ص٧٤٦ — وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه من المقرر استرداد ما أخذ دون حق لا يمنعه سبق صدور حكم في خصومة لم يعرض فيها على المحكمة حصول تسديد مبلغ وتقديم سندات مثبتة للسداد (٢٩ يونية سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢/١٣٣ ص ٢٤٩) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان الحكم القاضي بالدين لم يتناول إلا البحث في وجود الدين ، ولم يتعرض للبحث في سداده ، فالحكم الصادر بالدين لا يمكن أن يكسب حجية الأمر المقضي بالنسبة لأداء الدين لأنه لم يفصل فيه ، وعلى ذلك يصح رفع دعوى ببراءة الذمة عن الدين المحكوم به . أما إذا كان الحكم قد بحث في الأداء، فإنه يكسب حجية الأمر المقضي لأنه فصل فيه ، ولا يصح حينئذ رفع الدعوة من جديد ببراءة الذمة مما حكم به (٣ أبريل سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢/٤٢ ص ٨٢) — أنظر أيضاً : استئناف أهلي ٢٧ نوفمبر سنة ١٨٩٤ القضاء ٢ ص ٢٦ — بني سويف الجزئية ١٥ نوفمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٤ رقم ٢/٢٢٨ ص ٤٤٢ — استئناف مختلط ٢٩ ديسمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٧٤ — ٢٣ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٩٨ — ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٢١ — ١٣ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٧٨ .

بالنسبة إلى الوفاء أيضاً ، ولا يجوز للمدين إذا عثر بعد ذلك على مخالصة بالدين رفع دعوى جديدة باسترداد ما دفع دون حق [1] .

وإذا ادعى شخص ملكية عين بسبب الشراء مستنداً إلى ورقة مكتوبة لإثبات عقد البيع له ، فرفضت دعواه ، لم يجز أن يرفع دعوى جديدة ليثبت صحة البيع بورقة أخرى أو بالبينة ولو كانت قيمة العين تجيزها، وذلك بأن سبب الملكية — وهو عقد البيع — لم يختلف، بل الاختلاف هو في أدلة الإثبات ، وهذا لا يجيز تجديد المنازعة [2] .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا ادعى مدين أنه سدد الدين المطلوب الحكم به عليه ، ثم حكم بإلزامه بهذا الدين ، وتناول هذا ما كان يدعيه من التخالص من الدين بالوفاء قائلا أنه غير ثابت لعدم تقديم أية مخالصة ، فليس لهذا المدين بعد ذلك أن يدعى براءة ذمته بدعوى جديدة بناء على مخالصة يجدها بعد ذلك (نقض مدني ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ٧ ص ١٦) — وقضت محكمة الاستئناف الأهلية بأنه لا يجوز لمن قضي عليه نهائياً بدين ، ثم دفعه بناء على هذا الحكم ، أن يطالب بعد ذلك برد ما دفعه ارتكاناً على مخالصة سابقة لتاريخ الحكم نظرت أثناء الدعوة و لم تأخذ بها المحكمة، لأن قوة الشيء المحكوم فيه تحول دون ذلك (١٤ فبراير سنة ١٩٢١ المحاماة ١ رقم ١١٣ ص ٥٢٧) . أنظر أيضاً: بني سويف استئنافي ٢٦ يناير سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ٦٥ ص ١٠٢ — مصر الأهلية ٣١ مايو سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ١٣١ ص ٢٦٠ — نجع حمادي ١٤ يونية سنة ١٩٣٨ المجموعة الرسمية ٤٠ رقم ٢ ص ٤١ — وقارن بني سويف استئنافي ٢٩ سبتمبر سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٢٣ ص ٤٠ .
وأنظر في هذه المسألة الأستاذ عبد السلام ذهني في الأدلة ٢ ص ٢١٤ — ص ٢٢١ .

(٢) محكمة الجيزة ١١ مايو سنة ١٨٩٨ الحقوق ١٣ ص ٣١٢ — أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٥٠ — الموجز للمؤلف فقرة ٧١٣ ص ٧٤٥ — ص ٧٤٦ .
هذا وقضت محكمة النقض بأنه إذا قضي للمدعي بتثبيت حقه في القرار على الأرض المتنازع عليها ، وكان المدعى عليه مختصما في هذه الدعوى بصفته متلقياً حق الملكية في هذه الأرض من شخص آخر باعها له ، ثم أنشأ المدعى عليه مباني على تلك الأرض ، فرفع المحكوم له بحق القرار عليها دعوى طلب فيها الحكم بإزالة هذه المباني ، فقضي له بذلك ، وكان المدعي عليه مختصما في الدعوى الثانية بصفته مشترياً لحق الرقبة من وزارة الأوقاف ، فإن السبب القانوني في الدعويين واحد ، وهو حق القرار على الأرض . أما اختصام المدعى عليه في الدعوى الأولى بصفة واختصامه في الدعوى الثانية بصفة أخرى فلا يعد سبباً في كل دعوى من الدعويين اللتين اختصم فيهما باعتباره مدعى عليه ، وإنما هو تدليل لما يدعيه من حقوق على الأرض المتنازع عليها لا تأثير له في وحدة السبب في الدعويين ، وغاية ما في الأمر أنه كان في الدعوى الأولى يستند إلى تلقي حقه من شخص وفي الدعوى الثانية إلى تلقيه من شخص آخر (نقض مدني ٧ مايو سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ١ رقم ٣٥٤ ص ١١٠١) .
وقضت أيضاً بأنه إذا كان موضوع الدعوى هو طلب الشفعة في جميع الأطيان المبيعة ، وكان من أسبابها الشيوع الكلي في عموم الأطيان الموروثة التي منها الأطيان المبيعة أو الشيوع الجزئي في تلك الأطيان ذاتها ، واستبعدت المحكمة هذين السببين من الدعوى لحصول القسمة بين الورثة ، وصار هذا الحكم نهائياً ، ثم تمسك الشفيع — عند النظر في سبب الجوار — باستحقاقه للشفعة في جزء من الأرض المبيعة ، قولا منه بأن هذا الجزء استصلحه المورث من قطعة هو شريك فيها على الشيوع لم تتناولها القسمة وأدخـــل في قطعة =

٣٧٨ – وحدة السبب مع تعدد الدعاوى : وقد ينشأ عن السبب الواحد دعويان لصاحب الشأن الحق في اختيار إحداهما ، فإذا اختار واحدة ورفض طلبه فيها كان للحكم بالرفض حجية الأمر المقضي بالنسبة إلى الدعوى الأخرى ، فتكون هذه غير مقبولة إذا رفعت [1] .

مثل ذلك الاستغلال . فقد قضت المادة ١٢٩ من التقنين المدني بأن المتعاقد المغبون الذي استغله المتعاقد للقاضي له أن يطلب إبطال العقد أو إنقاص التزاماته . فإذا اختار إبطال

= أخرى هي القطعة المبيعة فصار منها مع بقائه شائعاً ، فهذا منه تحديد للنـزاع الذي سبق الفصل فيه ، وهو غير جائز له ، إذ ليس هذا القول سبباً جديداً للشفعة ، وإنما هو دليل جديد على الشيوع الذي سبق القضاء بنفيه (نقض مدني ١٣ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٥٥ ص ٣٥١) .

وقضت أيضاً بأنه إذا كان المدعى عليه قد طلب أصلياً رفض طلب الريع الذي طالبت به أخته ، واحتياطياً إحالة الدعوى إلى التحقيق ليثبت أن المدعية استولت منه على هذا الريع إذ كانت تقيم معه وهي مريضة وصرف عليها طوال مدة مرضها مبالغ تزيد على مالها ، فقضت المحكمة بإلزامه بقيمة الريع استناداً إلى أنه كان ينكر على المدعية وراثتها لوالده ، مما يدل على أنه لم يعطها شيئاً من الريع ، فعاد فرفع الدعوى على الأخت يطالبها فيها بمصروفات العلاج المشار إليها ، فقضت المحكمة بعدم جواز نظر هذه الدعوى لسبق الفصل فيها ، فإنها لا تكون قد أخطأت ، لأن الموضوع في الدعويين بينه وبين أخته واحد وهو التخلص من الريع ، لا يغير من وحدته كون التخلص حصل بالوفاء به نقداً أو بالصرف في العلاج (نقض مدني ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥٣ ص ٤٢٩ – والحكم محل للنظر ، فقد تمسك المدعى عليه في الدعوى الأولى ، كطلب احتياطي ، بالمقاصة بين الريع ومصروفات العلاج . ويبدو أن المحكمة لم تبحث هذا الطلب الاحتياطي ، واقتصرت على استخلاص قرينة على عدم الوفاء بالريع من إنكار المدعى عليه لوارثة أخته ، فلا شيء يمنع في هذه الحالة ، وبعد الحكم بالريع ، من تحديد النـزاع في شأن مصروفات العلاج التي لم يفصل فيها الحكم الأول . ولعل المحكمة قد تأثرت بإنكار المدعى عليه لوارثة أخته ، وهو إنكار ينطوي على تعنت في الدفاع) .

وفي تعدد الدليل ، قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن تغيير جهة الوراثة هو تغيير في الدليل لا في السبب (استئناف مختلط ١٩ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٤٥) .

وفي وحدة السبب وتعدده قضت هذه المحكمة بأنه إذا صدر حكم بصحة عقد ، فلا يجوز بعد ذلك الطعن في دعوى جديدة بصورية هذا العقد وإبراز ورقة الضد (١٠ يونية سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣٨٧). ولكن إذا رفعت دعوى بصحة عقد ، ودفع فيها بنقص الأهلية للقصر ، فالحكم في هذا الدفع لا يكون حجة في دعوى أخرى بصحة عقد آخر (استئناف مختلط ٢ مارس سنة ١٨٩٢ م ٦ ص ١٢٦) . وقضت محكمة إسنا بأن للمستأجر الذي حكم عليه نهائياً بدفع الأجرة ، فدفعها إذعاناً للحكم ، أن يطالب المؤجر برد ما تسلمه إذا نزع العقار من يد المستأجر بعد ذلك بناء على حكم صدر لمصلحة شخص ثالث في دعوى أخرى رفعت بعد الدعوى الأولى وكان المؤجر طرفاً فيها ، وليس لهذا الأخير أن يدفع مطالبة المستأجر بالرد بحجية الأمر المقضي (٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٨٠) .

(١) أنظر في الأمثلة على ذلك : نقض مدني ٨ فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠٦ ص ٥٦٥ ، وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم .

العقد ، وحكم برفض دعواه ، فإن هذا الحكم يحوز حجية الأمر المقضي في دعوى جديدة يرفعها المتعاقد ويطلب فيها إنقاص التزاماته . ذلك بأن الحكم بالرفض قد استنفد السبب المشترك للدعويين معاً ، وهو الاستغلال [1] . والعكس صحيح ، فإذا رفضت دعوى إنقاص التزاماته ، لم يجز سماع دعوى الإبطال .

ومثل ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة ٤٣٨ من التقنين المدني من أنه " إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه ، جاز للمشترى إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع ، وإما أن يبقى البيـــع من إنقاص الثمن " . فهنا أيضاً إذا خسر المشترى دعواه في إنقاص الثمن ، كان الحكم حجة تمنع من قبول دعوى الفسخ . أما إذا خسر دعوى الفسخ لعدم وصول النقص في المبيع إلى الحد المطلوب من المسألة ، فإن ذلك لا يمنع من رفع دعوى إنقاص الثمن [2] .

كذلك إذا خسر مدعي الاستحقاق دعواه في استحقاق نصيب شائع ، كان الحكم حجة تمنعه من أن يرفع دعوى القسمة في نفس العين الشائعة ، إذ أن سبب الاستحقاق هو نفس سبب القسمة — وهو ملكية النصيب الشائع — فإذا استنفد هذا السبب في دعوى الاستحقاق ، فقد استنفده أيضاً في دعوى القسمة [3] .

ويلاحظ في الأمثلة المتقدمة أن المحل في الدعويين مختلف . ففي الاستغلال ، محل الدعوى الأولى هو إبطال العقد ، بينما المحل في الدعوى الأخرى هو إنقاص الثمن . وفي التلف الجزئي للمبيع ، محل الدعوى الأولى هو فسخ العقد ، ومحل الدعوى الأخرى هو إنقاص الثمن . وفي ملكية النصيب الشائع ، محل الدعوى الأولى هو استحقاق هذا النصيب ، ومحل الدعوى الأخرى هو قسمة العين الشائعة . ومع أن المحل مختلف ، فإن الحكم في الدعوى الأولى حجة في الدعوى الأخرى كما رأينا . ويمكن تعليل ذلك بأن الحكم الذي رفض الدعوى الأولى تضمن رفض الدعوى الأخرى ، إذ استنفد السبب المشترك للدعويين

---

(١) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ هامش رقم ١٠١ .

(٢) أنظر أيضاً المادتين ٤٣٣ و ٤٣٤ من التقنين المدني (حق المشترى في طلب إنقاص الثمن أو فسخ العقد إذا وجد عجز في المبيع) .

(٣) أنظر في أمثلة أخرى أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٤٦ — ص ٤٤٧ — وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بقيام حجية الأمر المقضي ، حتى لو رفعت الدعوى الأولى في صورة معارضة في تنبيه نزع الملكية مبنية على ملكية المعارض للأعيان المتنازع فيها ، ورفعت الدعوى الثانية في صورة دعوى استحقاق لهذه الأعيان (٢٣ فبراير سنة ١٩١١ م ١٣ ص ١٩٨) .

كما سبق القول [1] ، فيكون للحكم حجية ، لا باعتباره قد فصل صراحة في الدعوى الأولى ، بل باعتباره قد فصل ضمناً في الدعوى الأخرى .

٣٧٩ – خاتمة - فكرتان رئيسيتان في حجية الأمر المقضي: وبعد فإن هناك فكرتين رئيسيتين تنظمان كل ما قدمناه من شروط في حجية الأمر المقضي [1] .

الفكرة الأولى هي ضرورة حسم النـــزاع ووضع حد تنتهي عنده الخصومات . فمادام قد صدر في النـــزاع حكم قضائي قطعي ، فإنه يحوز حجية الأمر المقضي في منطوقة لا في أسبابه ، وذلك حتى نقف بالتقاضي عند حد معقول ، فلا يتكرر النـــزاع مرة بعد أخرى دون أن يحسم . وهذه الفكرة الرئيسية الأولى هي التي تنتظم الشروط الواجب توافرها في الحكم .

والفكرة الثانية هي الحيلولة دون التناقض في الأحكام مع مراعاة النسبية في الحقيقة القضائية . فمادام الحكم قد صدر ما بين نفس الخصوم ، وفي ذات المحل ، ولعين السبب، فالتقاضي مرة أخرى يؤدي إلى حكم ، إن اتفق مع الحكم الأول فلا حاجة لنا به ، وإن خالفه وقعنا فيما نخشاه من التناقض . وهذه الفكرة الرئيسية الثانية هي التي تنتظم الشروط الواجب توافرها في الحق المدعى به .

---

(1) أ – لئن كان الأصل في الدعوى بطلب نفقة للصغير أن يكون موضوع النسب قائماً فيها باعتباره سبب الالتزام بالنفقة لا تتجه إلى المدعى عليه إلا به فيكون قائما فيها وملازما لها وتتبعه وجوداً وعدماً أخذاً بأن سبب وجوب نفقة الأولاد ، هو الجزئية التابعة من كون الفرع من صلب الأصل ، إلا أنه يتعين للقول بحجية حكم النفقة في موضوع النسب أن يعرض لهذه المسألة الأساسية ويمحصها باعتبارها سبب الإلزام بها، لما كان ذلك ، وكان البين من الاطلاع على حكم النفقة أنه صدر في غيبة المدعى عليه – المطعون عليه الأول – وبني قضاءه بنفقة الصغيرة على أساس القدرة المالية للمدعى عليه فيها مبيناً القاعدة العامة وشرائطها في نفقة الفروع على الأصول وفقاً للقانون الواجب التطبيق دون أن يبحث انعقاد الزوجية التي تدعيها الطاعنة ، ومدى ثبوت نسب الصغيرة بالفراش ، وكان لا حجية لحكم قضي بالنفقة دون أن يناقش فعلا واقعاً وليس ضمناً أو قانوناً – قرابة المحكوم له في صدر القرابة والنسب ، فإن الدفع يسبق الفصل في صورة الدعوى المعروضة – دعوى إنكار النسب – يقع على غير محل ، وإذ التزم المطعون فيه هذا النظر فإن النعي عليه في هذا الخصوص يكون على غير أساس .

(جلسة ١٩٧٥/٢/٢٦ أحوال شخصية الطعن رقم ٢٩ لسنة ٣٩ ق س ٢٦ ص ٤٨٣) .

ب – بأنه في الدعوى بطلب نفقة للصغير يكون موضوع النسب قائماً باعتباره سبب الالتزام بالنفقة لا تتجه إلى المدعى عليه إلا به ، فيكون قائما فيها وملازما لها وتتبعه وجوداً وعدماً ، وعلى ذلك فمتى كان الحكم المطعون فيه قد قضي برفض الدفع بعدم جواز نظر دعوى نسب الصغير استناداً إلى أن موضوعها يختلف عن موضوع دعوى النفقة ، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه .

(جلسة ١٩٦٥/١/٢٠ مجموعة المكتب الفني السنة ١٦ ص ٦٨) .

(١) الموجز للمؤلف ص ٧١٤ .

القسم الثاني

آثار الالتزام

تمهيـــــد *

(١)

تنفيذ الالتزام

٣٨٠ – أثر الالتزام وأثر العقد : أثر العقد هو إنشاء الالتزام ، إذ العقد مصدر من مصادر الالتزام .

أما أثر الالتزام فهو وجوب تنفيذه . وقد خلط التقنين المدني الفرنسي خلطاً ظاهراً بين أثر العقد وأثر الالتزام ، فعالج الأثرين معاً مختلطين في باب واحد ، وكان ينبغي التمييز بينهما تمييزاً دقيقاً [١] . أما التقنين المدني المصري السابق فقد فصل ما بين الأثرين، وتجنب الخلط الذي وقع فيه التقنين المدني الفرنسي ، ولكنه كان مقتضباً كل الاقتضاب في بسط الأحكام المتعلقة بآثار الالتزام ، فأغفل " طائفة من أمهات المسائل التي تعرضت لها التقنينات الحديثة " [٢] . واستدرك هذا النقص التقنين المدني المصري الجديد ، فتناول آثار الالتزام في

---

* مراجع : نذكر هنا المراجع العامة التي يعتمد عليها في هذا القسم ، تاركين المراجع الخاصة بكل موضوع نذكرها عند الكلام في هذا الموضوع . وقد بينا أمام كل مرجع الطبعة التي رجعنا إليها ، فعند الإشارة إلى المرجع تنصرف الإشارة إلى هذه الطبعة .

الفقه الفرنسي : أوبري ورو وبارتان جزء ٤ طبعة سادسة – بودري وبارد الجزآن الأول والثاني طبعة ثالثة – ديموج الجزآن السادس والسابع – بلانيول وريبير وردوان جزء سابع طبعة ثانية – بيدان ولاجارد الجزآن الثامن والتاسع طبعة ثانية – دي باج الجزآن الثاني والثالث طبعة ثانية (في شرح القانون البلجيكي) – بلانيول وريبير وبولانجيه الجزء الثاني طبعة ثالثة – كولان وكابيتان وجولودي لاموراندييه الجزء الثاني طبعة عاشرة – جوسران الجزء الثاني طبعة ثانية – دالللور انسلكوبيدي .

الفقه المصري : دي هلتس – هالتون – والتون – الأستاذ عبد السلام ذهني في نظرية الالتزامات – نظرية العقد للمؤلف – الموجز للمؤلف – الأستاذ حلمي بهجت بدوي في نظرية العقد – الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت في نظرية الالتزام (سنة ١٩٤٥) – الأستاذ عبد الحي حجازي في النظرية العامة للالتزام الجزء الثالث – الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام .

(١) بودري وبارد ١ فقرة ٣٢٨ – فقرة ٣٢٩ – دي باج ٣ فقرة ٦٤ وفقرة ٦٦ .

(٢) وإلى هذا تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ، فتقول : " قتر التقنين الحالي (القديم) في النصوص الخاصة بآثار الالتزام تقتيراً أغفل معه طائفة من أمهات المسائل التي تعرضت لها التقنينات الحديثة . وإذا كان قد أغفل الالتزامات الطبيعية وهي بعد مغموطة الحق في أغلب التقنينات ، فثمة مسائل أخرى تتصل بآثار الالتزام يكاد يكون نصيبها من الإغفال كاملا . وأهم هذه المسائل : التنفيذ العيني وما يقتضيه من تنظيم بالنسبة لأقسام الالتزام الثلاثة ، والتنفيذ بالغرامات التهديدية ، والتنفيذ بمقابل وبوجه خاص تبعه المـــدين =

باب رتب ترتيباً تتسلسل الأحكام فيه ، وتتعاقب النصوص على وجه قل أن تجد له نظيراً في التقنينات الحديثة [1] .

. وتنفيذ الالتزام إما أن يكون تنفيذاً عينياً (exécution en nature) أو تنفيذاً بمقابل (exécution par équivalent) عن طريق التعويض (dommages-intérêts) كذلك قد يكون تنفيذ الالتزام تنفيذاً اختيارياً (exécution volontaire) أو تنفيذا جبرياً (exécution obligatoire) .

٣٨١ – التنفيذ العيني والتنفيذ عن طريق التعويض : والأصل في تنفيذ الالتزام أن يكون تنفيذاً عينياً ، فيقوم المدين بأداء عين ما التزم به ؛ وذلك إذا توافرت شروط معينة سيأتي ذكرها . أما إذا اختل أحد هذه الشروط فإن التنفيذ يكون بمقابل ، فيقوم المدين بدفع تعويض للدائن يشمل ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب بسبب عدم تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً . وقد يكون التعويض هو ذاته تعويضاً عينياً (réparation en nature) . فإذا التزم جار بألا يقيم حائطاً في أرضه يحجب النور عن جاره ، فإن التنفيذ العيني لهذا الالتزام هو ألا يقيم الجار الحائط ، والتعويض العيني هو هدم الحائط بعد أن يكون الجار قد أقامه . ولكن التعويض العيني نادر في العمل ، وأكثر ما يكون التعويض مبلغ من النقود .

= والإعفاء منها ، وإجراءات التنفيذ وإجراءات التحفظ . ثم إن من المسائل ما بالغ هذا التقنين في إجمال الأحكام الخاصة به مبالغة لا تخلو من الإخلال أحياناً ، كما هو الشأن في الأعذار والشرط الجزائي والفوائد والدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية ودعوى الصورية " . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٤).

(١) الوسيط جزء أول ص ٣٠ – ص ٣١ – وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " وقد استدرك المشروع أوجه النقص المتقدمة جميعاً ، وجهد في علاج أهم وجه منها، فعمد إلى تنظيم الإعسار دون أن يكون أمامه مثال كامل يطمئن إلى احتذائه كلما دعت الحاجة لذلك. ويكفي أن يشار بوجه عام إلى ما تضمن هذا الباب من مسائل . فقد استهل بأحكام تمهيدية أفردت في سياقها بعض نصوص للالتزامات الطبيعية ، ثم عرض بعد ذلك للالتزامات المدنية فعقد لها فصولا ثلاثة: تناول في أولها التنفيذ العيني وما يتبعه من تنفيذ بالغرامات التهديدية . وخص الثاني بالنصوص المتعلقة بالتنفيذ بمقابل وما يتصل به من أحكام الأعذار ، وتقدير التعويض تقديراً قضائياً أو اتفاقياً أو قانونياً . ووقف ثالثها على ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل التنفيذ ووسائل الضمان . ويراعى أن وسائل التنفيذ أو الاستخلاص تنتظم دعاوى ثلاثاً تتفرع جميعاً على اعتبار الذمة ضماناً عاماً للدائنين : وهي الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية ودعوى الصورية .. أما وسائل الضمان فيمثلها حق الحبس ، وقد بسطت أحكامه بسطاً يسمو به إلى مرتبة الأصول العامة . وأخيراً اختتمت نصوص هذا الفصل بالأحكام الخاصة بتنظيم الإعسار . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٤ – ص ٤٩٥) .

٣٨٢ – التنفيذ الاختياري والتنفيذ الجبري : وسواء كان التنفيذ عينيا أو كان عن طريق التعويض ، فإن المدين يدعى إلى تنفيذه اختياراً . والتنفيذ الاختياري هو الذي يقابل عنصر المديونية (schuld) في الالتزام ، ويدعى عادة بالوفاء (paiement) ، وموضع الكلام فيه عند أسباب انقضاء الالتزام فهو أول هذه الأسباب وأهمها . وإذا امتنع المدين عن التنفيذ اختياراً – ولم يكن الالتزام التزاماً طبيعياً على النحو الذي سنبينه فيما يلي – أجبر على التنفيذ العيني أو التنفيذ بطريق التعويض على حسب الأحوال . والتنفيذ الجبري هو الذي يقابل عنصر المسئولية (haftung) في الالتزام .

ولا يصح الخلط بين التنفيذ الجبري والتنفيذ العيني واعتبارهما شيئاً واحداً ، ذلك أن التنفيذ الجبري كما قد يوجه إلى تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً ، كذلك قد يوجه – بل إن هذا هو الذي يقع كثيراً – إلى تنفيذ الالتزام بطريق التعويض [1] .

٣٨٣ – الضمان العام للدائنين : وجميع أموال المدين ضامنة لالتزاماته ، وهذا يسمى بالضمان العام (gage commun) للدائنين . والدائنون متساوون قانوناً في هذا الضمان ، لا يتقدم أحد منهم على الآخرين إلا من خوله القانون ذلك بمقتضى حق خاص ؛ كرهن أو امتياز ، على مال معين للمدين ، وعندئذ لا يتقدم على سائر الدائنين إلا بالنسبة على هذا المال وحده .

والمساواة ما بين الدائنين في التنفيذ على أموال المدين إنما هي مساواة قانونية ، لا مساواة فعلية . فالقانون يجعل لكل دائن الحق في التنفيذ على أموال مدينه ، فإذا بادر أحدهم إلى التنفيذ على مال للمدين ، كان لسائر الدائنين الحق في مشاركته في هذا التنفيذ ومقاسمته ما ينتج منه مقاسمة الغرماء . ولكن إذا كانت هذه المشاركة جائزة قانوناً ، فقد تكون غير متيسرة فعلا . ويرجع ذلك إلى أسباب كثيرة : فقد يكون الدائنون الآخرون غير عالمين بما يتخذ الدائن من إجراءات التنفيذ ، وإذا علموا فقد تكون إجراءات التنفيذ قد وصلت إلى مرحلة لا تسمح لهم بالمشاركة الفعلية ، وإذا كانت إجراءات التنفيذ لم تصل إلى هذه المرحلة فقد يعوزهم سند قابل للتنفيذ يستطيعون بمقتضاه المشاركة الفعلية ، إذ قد تكون حقوقهم غير خالية من النـــزاع ، أو هي خالية من النـــزاع ولكنها غير مستحقة الأداء ، أو هي مستحقة الأداء ولكنها غير مقترنة بسند رسمي أو حكم قابل للتنفيذ . تلك هي بعض وجوه انعدام المساواة بين الدائنين من الناحية الفعلية ، وإن كانوا جميعاً متساوين من الناحية القانونية كما قدمنا .

---

(١) دي باج ٣ فقرة ٦٧ .

والدائن ، قبل أن يتخذ الإجراءات التنفيذية توجد مرحلة وسطى من الإجراءات ، هي فوق الأولى ودون الثانية ، يمهد بها الدائن إلى التنفيذ ولا يقتصر على مجرد المحافظة على أموال المدين . هذه الإجراءات التمهيدية هي الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية ودعوى الصورية وحبس مال المدين وشهر إعساره . وفي شهر إعسار المدين — كما سنرى — ضمان أقوى للمساواة ما بين الدائنين ، وإن كان ذلك لا يبلغ مبلغ شهر الإفلاس ، فلا تزال إجراءات التنفيذ بعد شهر الإعسار إجراءات فردية لا جماعية .

٣٨٤ — الموضوعات التي يتناولها هذا القسم من الكتاب : هذه هي الموضوعات التي يتناولها هذا القسم من الكتاب في آثار الالتزام : التنفيذ العيني ، ثم التنفيذ بطريق التعويض ، ثم القاعدة التي تقضي بأن أموال المدين تكفل تنفيذ التزاماته وما تتضمنه هذه القاعدة من الإجراءات التمهيدية وهي الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية ودعوى الصورية والحق في الحبس والإعسار .

وقبل ذلك — وفي هذا التمهيد — نتكلم في الالتزام الطبيعي والالتزام المدني ، وهما يفترقان من حيث الجبر في التنفيذ ، فالالتزام الطبيعي لا جبر في تنفيذه وينفذ الالتزام المدني جبراً على المدين .

(٢)

الالتزام الطبيعي والالتزام المدني

٣٨٥ – النصوص القانوني : تنص المادة ١٩٩ من التقنين المدني على ما يأتي:

" ١ – ينفذ الالتزام جبراً على المدين " .

" ٢ – ومع ذلك إذا كان الالتزام طبيعياً فلا جبر في تنفيذه [١] "

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق [٢] ، ولكن حكمه كان مطبقاً من غير نص .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المادة ٢٠٠، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٠٢ وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢ [٣] . ولم يرد في التقنين المدني العراقي نص مقابل ، ولكن ذلك لا يفيد ضرورة أن القانون المدني العراقي لا يعترف بالالتزام الطبيعي ، ففي المبادئ العامة وفي مبادئ الفقه الإسلامي [٤] . ما قد يستعاض به عن النص للاعتراف بالالتزام الطبيعي في هذا القانون [٥] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٧٤ والفقرة الأولى من المادة ٢٧٥ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " م ٢٧٤ – يجبر المدين على تنفيذ التزامه . م ٢٧٥ فقرة أولى – ومع ذلك إذا كان الالتزام طبيعياً ، فإن المدين لا ينفذه إلا باختياره " . وفي لجنة المراجعة أدمج النصان في نص واحد، هو المادة ٢٠٥ من المشروع النهائي ، على الوجه الآتي : " ١ – ينفذ الالتزام جبراً على المدين . ٢ – ومع ذلك إذا كان الالتزام طبيعياً فلا جبر في تنفيذه " . ووافق مجلس النواب على النص كما هو، ثم وافق مجلس الشيوخ تحت رقم ١٩٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٦ – ص ٤٩٧) .

(٢) أنظر مع ذلك المادة ٢٠٨/١٤٧ من التقنين المدني السابق ، وسيأتي ذكرها .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٠٠ : (مطابقة لنص المادة ١٩٩ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٢٠٢ : (مطابقة لنص المادة ١٩٩ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢ : الموجب المدني هو الذي يستطيع الدائن أن يوجب تنفيذه على المديون ، والموجب الطبيعي هو واجب قانوني لا يمكن تطلب تنفيذه ، على أن تنفيذه الاختياري يكون له من الشأن والمفاعيل ما يكون لتنفيذ الموجب المدني .

(٤) ومبادئ الفقه الإسلامي مصدر من مصادر القانون المدني العراقي (أنظر المادة الأولى من التقنين المدني العراقي) .

(٥) وقد بحث الدكتور حسن علي الذنون في كتابة " أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي " بغداد سنة ١٩٥٤ (ص ١١٧ – ص ١٢٤) موضوع الالتزام الطبيعي على النحو المعروف في كتب الفقه الغربي ، =

٣٨٦ – مكان الالتزام الطبيعي وتمييزه عن الالتزام المدني : ويتبين من النص المتقدم أن التقنين المدني الجديد ، وهو في مستهل الكلام في آثار الالتزام ، عمد إلى إبراز التمييز ما بين الالتزام الطبيعي والالتزام المدني ، فالأول لا جبر في تنفيذه [١] ، أما الثاني فيجبر المدين فيه على التنفيذ . وهذا التمييز يرجع إلى أثر الالتزام من حيث جواز إجبار المدين على تنفيذ التزامه ، ومن ثم استطاع التقنين الجديد أن يجد مكاناً صالحاً للالتزام الطبيعي يبين فيه حالاته ويبسط أحكامه .

ولم يذكر التقنين المدني السابق الالتزام الطبيعي إلا عرضاً ، وفي موطن ليس مظنة لوجوده فيه . فهو يشير إليه في مناسبة دفع غير المستحق، ويقول في المادة ٢٠٨/١٤٧ : " إنما من أعطى باختياره شيئاً لآخر ، وفاء لدين يعتقد ملزوميته به ولو لم يوجبه القانون، لا يكون له استرداده " . وقد قصد بالدين الذي لا يوجبه القانون ولكن المدين يعتقد ملزوميته به الالتزام الطبيعي ، وبين حكم الوفاء بهذا الالتزام .

وكذلك فعل التقنين المدني الفرنسي ، فقد ذكر الالتزام الطبيعي استطراداً في المادة ١٢٣٥ في صدر الكلام في الوفاء (paiement) على الوجه الآتي : " ١ – كل وفاء يفترض وجود دين ، وما دفع دون استحقاق يجوز استرداده . ٢ – على أنه لا يجوز الاسترداد في الالتزامات الطبيعية إذا كان الوفاء بها قد تم اختياراً " [٢] .

وقل في التقنينات ، حتى الحديثة منها ، ما يعرض للالتزام الطبيعي في أكثر من نص أو نصين [٣] .

أما التقنين المدني الجديد فقد أولى الالتزام الطبيعي ، في مناسبة التمييز بينه وبين الالتزام المدني ، شيئاً من العناية، فعرض في نصوص أربعة إلى بيان حالاته وبسط أحكامه[٤].

– ولم يبين مبلغ جواز الأخذ في القانون المدني العراقي بالأحكام التي بسطها في ذلك ، بعد أن أغفل التقنين المدني العراقي الإشارة إلى الالتزام الطبيعي .

(١) استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٣٧ .

(٢) وهذا هو الأصل في نصه الفرنسي :

Art. 1235 : Tout paiement suppose une dette : ce qui a été payé sans être dû, est sujet à répétition. La répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées.

(٣) انظر التقنين المدني الألماني المادة ٨١٤ – وتقنين الالتزامات السويسري م ٧٢ فقرة ٢ – والتقنين الأرجنتيني م ٥١٦ – ٥١٨ . والتقنين الشيلي م ١٤٧٠ و ١٤٧٢ و ١٦٣٠ . وكذلك فصل تقنين الموجبات والعقود اللبناني أحكام الالتزام الطبيعي في المواد من ٢ إلى ٨ .

(٤) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " اختص المشروع الالتزامات الطبيعية بمواد أربع . ويراعى أن هذه الالتزامات تمتاز عن غيرها ، بوجه خاص ، بما يكون لها من آثار . =

وبدأ ، كما قدمنا ، بالتمييز بين الالتزام الطبيعي والالتزام المدني ، فقابل فيما بينهما من ناحية الجبر على التنفيذ [1] . ونحن نتابعه في ذلك ، ونتناول بالكلام من هذه الناحية الالتزام الطبيعي ثم الالتزام المدني .

§ الالتزام الطبيعي *
(Obligation naturelle)

٣٨٧ – الالتزام الطبيعي وسط في المرتبة بين الالتزام المدني والواجب الأدبي

الالتزام الطبيعي واجب أدبي يدخل في منطقة القانون ، فيعترف به القانون إلى مدى معين . وهذا المدى الذي يقف عنده القانون في الاعتراف بالالتزام الطبيعي هو التنفيذ الاختياري : لا يجبر المدين في الالتزام الطبيعي على التنفيذ القهري ، ولكن التنفيذ

= قسمة الالتزام الطبيعي هي اجتماع مكنة ترتيب الأثر القانوني وفكرة انتفاء الجزاء ، ولهذا كان الباب المعقود لآثار الالتزام خير موضع لأحكامها . ومهما يكن من أمر هذا الوضع ، فليس شك في أنه يفضل وضعها في التقنين الحالي (السابق) ، حيث أجملت كل الإجمال ، في معرض القواعد الخاصة بدفع غير المستحق : أنظر المادة ٢٠٨/١٤٧ من التقنين المصري (السابق) . وإذا كان من غير الميسور بيان صور الالتزام الطبيعي على سبيل الحصر ، فليس ثمة بد من أن يترك أمرها لتقدير القضاء ، ليقرر في أي الأحوال وبأي الشروط يعتبر الواجب الأدبي واجباً يعترف به القانون . وليس يحد من سلطان القضاء في هذا الشأن إلا وجوب مراعاة النظام العام والآداب ، فلا يجوز له إقرار الالتزام الطبيعي بأي حال متى كان مخالفاً لهما : أنظر المادة ٢٠٦ فقرة ٢ من المشروع . ويختلف عن ذلك شأن ما يترتب على الالتزام الطبيعي من آثار ، فمن الميسور تحديدها تحديداً تقريبياً ، ولا سيما أنها عدد قليلة . ومن المأثور أن الالتزام الطبيعي في القانون الحديث يفترض عن صوره عند الرومان بأنه أكثر صوراً في نطاق التطبيق ، وأقل إنتاجاً في نطاق الآثار ، وهو بهذا يعوض في ناحية ما يفوته في الناحية الأخرى . وتنحصر هذه الآثار في أمر لا أكثر : أولهما أن أداء اليمين اختياراً لما يجب عليه بمقتضى التزام طبيعي يكون له حكم الوفاء ولا يعتبر تبرعاً : المادة ٢٠٧ من المشروع . والثاني أن هذا الالتزام يصلح سبباً لالتزام مدني . وفيما عدا هذين الأثرين لا يرتب الالتزام الطبيعي أي أثر آخر ، فلا يجوز على وجه الخصوص أن يقاص في التزام مدني أو أن يكفل كفالة شخصية أو عينية (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٥ – ص ٤٩٦) .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٧) .

* مراجع : بنكاز ملحق بودري جزء خامس – ديموج جزء أول – ريبير في القاعدة الخلقية فقرة ١٨٦ وما بعدها – بلانيول (مقال في المجلة الانتقادية سنة ١٩١٣) – بيرو (Perreau) (مقال له في مجلة القانون المدني الفصلية سنة ١٩١٣) – بارو (Barraud) رسالة من باريس سنة ١٩٠٨ . أيونسكو (Ionesco) رسالة من باريس سنة ١٩١٢ – سيفير (Sieffert) رسالة من باريس سنة ١٩١٥ – برو (Barreau) رسالة من كان سنة ١٩١٥ – سافاتييه (Savatier) رسالة من بواتييه سنة ١٩١٦ – سندرييه (Cendrier) رسالة من باريس سنة ١٩٣٢ .

الاختياري معتبر . فإذا قام المدين بتنفيذ التزامه طوعاً وهو على بينة من أمره ، أي إذا كان يعلم أن القانون لا يجبره على التنفيذ ولكنه مع ذلك يؤدي إلى الدائن ما يحس أن ضميره يلزمه بأدائه ، فإنه لا يستطيع أن يسترد ما دفعه تنفيذاً لهذا الالتزام الطبيعي ، إذ أن ما دفعه ليس هبة (libéralité) يجوز له الرجوع فيها ، بل هو وفاء (paiement) لالتزام في ذمته . وهذا كله بخلاف الالتزام المدني ، فإن هذا الالتزام لا يقتصر الأمر فيه على أن المدين إذا وفاه لا يستطيع أن يسترده ، بل أيضاً إذا هو لم يوفه أجبر على الوفاء .

وإذا رجعنا إلى ما قدمناه في الجزء الأول من هذا الكتاب [1] من أن الالتزام المدني يشتمل على عنصرين ، عنصر المديونية (devoir, schuld) ، وعنصر المسئولية (engagement, Haftung) ، رأينا أن الالتزام الطبيعي لا يحتوي من هذين العنصرين إلا على العنصر الأول وحده ، وهو عنصر المديونية . فالمدين بالتزام طبيعي مدين ، لا في حكم الضمير فحسب ، بل أيضاً في حكم القانون ، ومن هنا إذا وفى الدين لم يستطع استرداده ، فهذا هو عنصر المديونية قد توافر فيه . ولكن المدين لا يجبر على الوفاء إذا لم يرد ذلك عن بينة واختيار ، فهذا هو عنصر المسئولية قد انفصل عنه .

ونرى من ذلك أن الالتزام الطبيعي هو واجب أدبي ارتفعت منزلته في نظر القانون حتى قارب أن يكون التزاماً مدنياً . فهو وسط ما بين المرتبتين : مما عن أن يكون مجرد التزام أدبي (devoir moral) ، ولم يبلغ أن يصير التزاماً مدنياً (obligation civile) . فهو التزام طبيعي (obligation naturelle) ، يعترف به القانون فيرتفع به عن الواجب الأدبي ، ولا يترتب عليه إلا بعض الآثار فيترل به دون الالتزام المدني .

ومن ثم يقف الالتزام الطبيعي في الحد الفاصل ما بين الأخلاق والقانون . والتسليم بوجوده اعتراف من القانون ببعض الواجبات التي تمليها الأخلاق والآداب . وإذا كان النظام العام باباً تدخل منه العوامل الاجتماعية والاقتصادية والأدبية فتؤثر في القانون وروابطه ، فهذا هو الالتزام الطبيعي باب آخر تدخل منه العوامل الاجتماعية والاقتصادية والأدبية إلى القانون . والقاضي هو الذي يحدد الالتزامات الطبيعية ، كما هو الذي يحدد النظام لعام ، مسترشداً في ذلك بآداب الجيل من ناحية المجموع ، وبواجب الضمير من ناحية الفرد . فإذا وقف أمام واجب أدبي لم يبلغ أن يكون التزاماً مدنياً ، ولكنه قدر أنه التزام تحتمه أخلاق البيئة ويقضي به ضمير الفرد ، أقره التزاماً طبيعياً ، ورتب عليه أثره. فلو أن فقيراً أنقذ مثرياً من الغرق ، التزم المثري نحو الفقير : (أولا) بما تجشمه الفقير من خسارة في إنقاذه وذلك بدعوى الفضالة ، وهذا هو التزام مدني — (ثانياً) وبإجازة الفقير على إنقاذه ، وهذا هو

---

(١) الوسيط الجزء الأول فقرة ٩ .

التزام طبيعي – (ثالثاً) وبالإحسان إلى هذا الفقير من حيث هو فقير ، وذلك حتى لو لم يكن هو الذي أنقذه ، وهذا هو اجب أدبي [1] .

ونتكلم الآن في الحالات التي يقوم فيها الالتزام الطبيعي وفي الآثار التي تترتب عليه.

أ – الحالات التي يقوم فيها الالتزام الطبيعي

٣٨٨ – النصوص القانونية : تنص المادة ٢٠٠ من التقنين المدني على ما يأتي:

" يقدر القاضي ، عند عدم النص ، ما إذا كان هناك التزام طبيعي . وفي كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعي يخالف النظام العام " [2] .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن حكمه كان مطبقاً من غير نص .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المادة ٢٠١، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٠٣ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣ [3] . ولا مقابل للنص في التقنين المدني العراقي .

---

(١) أنظر في هذا الموجز للمؤلف فقرة ٤٥٧ – وأنظر أيضاً : استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٣٧ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في الفقرة الثانية من المادة ٢٧٥ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي: " ويقرر القاضي ، عند عدم النص ، متى يعتبر الواجب الأدبي التزاماً طبيعياً . وفي كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعي يخالف النظام العام " . وفي لجنة المراجعة جعلت هذه الفقرة مادة مستقلة مع تحوير في اللفظ جعلها مطابقة لما استقرت عليه في التقنين الجديد ، وأصبح رقمها ٢٠٦ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٠٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٨ – ص ٤٩٩) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٠١ : (مطابقة لنص المادة ٢٠٠ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٢٠٣ : يقدر القاضي ، عند عدم النص ، ما إذا كان هناك التزام طبيعي يقوم على أساس واجب أدبي أو اجتماعي . وفي كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعي يخالف النظام العام . (ولا فرق في الحكم ما بين هذا النص ونص التقنين المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣ : للقاضي ، عند انتفاء النص ، أن يفصل فيما إذا كان الواجب المعنوي يتكون منه موجب طبيعي أو لا . ولا يمكن أن يكون الموجب الطبيعي مخالفاً لقاعدة من قواعد الحق العام (ولا فرق في الحكم ما بين هذا النص ونص التقنين المصري) .

٣٨٩ – سلطة التقدير للقاضي – رقابة محكمة النقض : ويتبين من هذا النص أن البت فيما إذا كان واجب أدبي قد ارتقى إلى منزلة الالتزام الطبيعي أمر متروك تقديره إلى القاضي ، هذا ما لم يوجد نص تشريعي يقضى في حالة معينة أن هناك التزاماً طبيعياً ، فيجب إعمال النص [١] . مثل ذلك ما ورد في الفقرة الأولى من المادة ٣٨٦ من أنه " يترتب على التقادم وانقضاء الالتزام ، ومع ذلك يتخلف في ذمة المدين التزام طبيعي " .

والقاضي ، وهو يحدد الالتزامات الطبيعية في الحالات التي تعرض له ، يبت في مسألة قانون يخضع فيها لرقابة محكمة النقض ، ومسألة واقع لا يخضع فيها لهذه الرقابة .

أما مسألة القانون فهي تحديد العناصر التي يتكون منها الالتزام الطبيعي ، وتكييف الوقائع الثابتة عنده تكييفاً قانونياً ، ومطابقة ما يجب توافره من العناصر على ما ثبت عنده من الوقائع مكيفة التكييف القانوني الصحيح . وهو في تحديده لعناصر الالتزام الطبيعي أقرب إلى المشرع منه إلى القاضي ، إذ قد فوض له المشرع أن يقدر ، عند عدم النص ، ما إذا كان هناك التزام طبيعي . ويستأنس في عمله بما استقر في القضاء والفقه ، مستمداً تقديره من روح التشريع والعرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، لا باعتبارها مصادر مباشرة يجب الرجوع إليها عند انعدام النص ، بل باعتبارها المصادر الطبيعية التي يسترشد بها القاضي مع وجود النص الذي يكل إليه أمر التقدير . ومن ثم فلا يرتبط في شأنها بترتيب خاص كما كان يرتبط لو أن هذه كانت هي المصادر المباشرة التي يستخلص منها الحلول القانونية وفقاً للمادة الأولى من التقنين المدني .

أما مسألة الواقع التي يبت فيها القاضي دون تعقيب عليه من محكمة النقض فهي تحصيل الوقائع الثابتة مما يقدم له من الأوراق والمستندات وغير ذلك من الأدلة [٢] .

وننظر الآن كيف يستطيع القاضي أن يحدد العناصر التي يتكون منها الالتزام الطبيعي، ممهدين لبيان ذلك بالصعود إلى الأصل التاريخي لهذا النوع من الالتزام ، ومستعرضين النظريتين التقليدية والحديثة في هذا الشأن ، ثم معقبين بذكر بعض الحالات المعروفة للالتزام الطبيعي بعد أن نكون قد حددنا العناصر التي يتكون منها .

٣٩٠ – الأصل التاريخي للالتزام الطبيعي : يصعد الالتزام الطبيعي في أصله إلى القانون الروماني . وكان الرومان يعترفون بعدد كبير من الالتزامات الطبيعية ،

---

(١) فالقاضي يأتي وراء المشرع في تحديد الالتزامات الطبيعية ، فإذا ما وقف المشرع قام القاضي بدوره (أنظر جوسران ٢ فقرة ٧١٨) .

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٨٤ – قران دي باج ٣ فقرة ٦٢ ص ٧٣ .

ويجعلون للالتزام الطبيعي آثاراً بعيدة المدى . اما القانون الحديث فهو يعترف أيضاً بعدد كبير من الالتزامات الطبيعية [1] ، ولكن يترتب على الالتزام الطبيعي آثاراً أقل مما كان يرتبه القانون الروماني [2] .

والالتزام الطبيعي في القانون الروماني كان نتيجة مباشرة لما يحتويه هذا القانون من أوضاع ورسوم وأشكال ومن نظم خاصة كنظام الرق ونظام السلطة الأبوية . فكان هناك التزام طبيعي حيث يختل الشكل المطلوب ، وحيث توجد علاقة تبعية بين الدائن والمدين بأن يكون هذا أبناً لذاك أو عبداً له ، وحيث يكون المدين ناقص الأهلية . ففي هذه الحالات وغيرها تأبى الأوضاع الرومانية أن يقوم التزام مدني ، فيقوم بدلا منه التزام طبيعي تترتب عليه بعض آثار الالتزام المدني ، وهي آثار ابعد مدى مما يقره القانون الحديث . فكانت فكرة الالتزام الطبيعي من بين الوسائل التي تخفف بها القانون الروماني من الشكلية المغرقة التي كانت تحيط به ، ومن الأبواب التي انفتحت لإدخال بعض عناصر المرونة فيما جمد من قواعد هذا القانون .

وفي القانون الفرنسي القديم توسع القانون الكنسي توسعاً كبيراً في الالتزامات الطبيعية ، فجعلها تمتد إلى كل التزام يوجبه الضمير ، وكادت منطقة الالتزام الطبيعي تكون هي عين منطقة الواجب الأدبي . ولكن دوما (Domat) تلقى فكرة الالتزام الطبيعي من القانون الروماني ، فجعله محصوراً في التزام المدين ناقص الأهلية بعد أن زالت الأشكال والأوضاع الرومانية . أما بوتييه (Pothier) فعلى النقيض من دوما نقل فكرة القانون الكنسي ، وعارض بها فكرة القانون الروماني [3] . فعنده أن الالتزام الطبيعي هو ما يلتزم به الإنسان أمام الضمير (qui oblige dans le for de la conscience) ، أما الالتزام المدني فهو ما يلتزم به أمام العالم الخارجي (qui oblige dans le for extérieur) . على أن بوتييه كان يميز تمييزاً واضحاً بين الالتزام الطبيعي والواجب الأدبي [4] .

---

(١) وليس هذا العدد بأقل مما كان في القانون الروماني ، بل لعله أكبر . ذلك أنه إذا كان كثير من الالتزامات التي كان القانون الروماني يعتبرها التزامات طبيعية عن طريق اختلال الشكل أو عن طريق النظم الرومانية الخاصة كنظام الرق ونظام السلطة الأبوية ، قد أصبحت الآن التزامات مدنية ، فقد نبتت من جهة أخرى التزامات طبيعية كثيرة استجدت في القانون الحديث عن طريق تسرب العوامل الخلقية والأدبية والاجتماعية إلى منطقة القانون .

(٢) كولان وكابيتان وموراندبير ٢ فقرة ٤٦٠ .

(٣) بوتييه في الالتزامات فقرة ١٩١ .

(٤) بودري وبارد ٢ فقرة ١٦٥٤ ص ٧٤٣ .

٣٩١ـ – النظرية التقليدية في الالتزام الطبيعي – الالتزام المدني المتحلل

المتحلل : قامت النظرية التقليدية في الالتزام الطبيعي في القانون الحديث على الفكرة الرومانية الضيقة ، لا على فكرة القانون الكنسي الواسعة . فالالتزام الطبيعي يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالالتزام المدني ، ويبتعد كثيراً عن الواجب الأدبي . فهو في الأصل التزام مدني عاقه مانع قانوني عن أن يرتب آثاره . وهذا المانع قد يوجد منذ البداية عند نشأة الالتزام ، كأن يكون العقد قابلا للأبطال لنقص الأهلية . وقد يكون المانع جد بعد نشأة الالتزام وبعد أن تولدت آثاره ، كما يقع ذلك في التقادم أو في الصلح مع المفلس (concordat) ، فينقضي الالتزام المدني ويتخلف عنه التزام طبيعي .

وهذه النظرية التقليدية ، كما نرى ، تجعل الالتزام الطبيعي نوعاً من الالتزام المدني، فهو التزام مدني متحلل (obligation civile dégénerée) ، عاقة مانع قانوني عن أن يولد آثاره كاملة .

والذي وجه النظرية التقليدية هذا التوجيه عاملان : (١) تقاليد القانون الروماني التي سبق ذكرها ، وقد نقلت عن دوما كما أسلفنا القول . (٢) الرغبة في فصل منطقة القانون عن منطقة الآداب والأخلاق ، فلا يكون الالتزام الطبيعي واجباً أدبياً اعترف به القانون ولو إلى مدى محدود ، ولا يكون جسراً يصل ما بين منطقتي القانون والآداب ، بل يكون التزاماً مدنياً منذ الأصل لم يبرح منطقتي القانون والآداب ، بل يكون التزاماً مدنياً منذ الأصل لم يبرح منطقة الالتزامات المدنية ، فتبقى هذه المنطقة منفصلة انفصالا تاماً عن منطقة الآداب والأخلاق . وظن أنصار النظرية التقليدية أن هذا الوضع من شأنه أن يضبط حالات الالتزام الطبيعي ضبطاً دقيقاً ، فلا يكون هناك مجال للتحكم ، مادام الالتزام الطبيعي لا يعدو أن يكون التزاماً مدنياً أصابه هذا التحلل بسبب مانع قانوني .

وعيب هذه النظرية التقليدية واضح . فهي تحاول محاولة فاشلة أن تفصل ما بين منطقتي القانون والآداب فصلا تاما ، فتغفل في سبيل هذا الفصل المميز الأول للالتزام الطبيعي . ذلك أن الالتزام الطبيعي ليس إلا مظهراً لاعتراف القانون بالواجبات الأدبية ، فيرقى بها في بعض الحالات إلى حد أن يرتب عليها أثراً قانونياً ، فيدخلها بذلك في حظيرة القانون . فالالتزام الطبيعي إذن هو اجب أدبي اعترف به القانون ، قبل أن يكون التزاماً مدنياً متحللا . بل قد لا يكون بتاتاً التزاماً مدنياً متحللا ، وينشأ منذ البداية واجباً أدبياً يعترف به القانون ويدخله في منطقته . وهذا ما تكفلت ببيانه النظرية الحديثة ، فننتقل الآن إليها .

٣٩٢ – النظرية الحديثة في الالتزام الطبيعي – الواجب الأدبي :

تركت النظرية الحديثة النظرة الرومانية الضيقة للالتزام الطبيعي باعتباره التزاماً مدنياً متحللا، إلى النظرة الواسعة التي اعتنقها القانون الكنسي وقال بها بوتييه . فاعتبرت الالتزام الطبيعي واجباً أدبياً (devoir moral) ارتقى به القانون ، فاعترف له ببعض الآثار ، سواء كان واجباً أدبياً منذ بدايته ، ونشأ التزاماً مدنياً ثم عاقه مانع قانوني عن أن يولد جميع آثاره .

فلا تلازم إذن بين الالتزام الطبيعي والالتزام المدني كما تزعم النظرية التقليدية . بل إن الالتزام الطبيعي هو الذي يصل ما بين منطقتي القانون والآداب ، إذ هو النقطة المشتركة في المنطقتين ، فهو في منطقة الآداب من حيث هو واجب أدبي ، وهو في منطقة القانون من حيث أنه يولد بعض الآثار القانونية . وما دام في مرتبة وسطى بين الالتزام المدني والواجب الأدبي ، فهو إما أن يكون التزاماً مدنياً نزل عن مرتبته بزوال عنصر المسئولية مع بقاء عنصر المديونية ، وإما أن يكون واجباً أدبياً ارتفع عن مرتبته بقيام عنصر المديونية فيه دون عنصر المسئولية . وفي الحالتين يكون الالتزام الطبيعي مشتملا على عنصر المديونية دون عنصر المسئولية .

ويخلص من ذلك أن النظرية الحديثة تنظر إلى الالتزام الطبيعي باعتبار أنه واجب أدبي تفرضه الأخلاق أولا ، ثم يتدخل فيه القانون بقدر محدود ، فيعترف به مديونية لا مسئولية ، ويسلم فيه بالتنفيذ الاختياري دون التنفيذ الجبري . وهذا الاعتبار يصدق سواء كان الالتزام الطبيعي واجباً أدبياً منذ البداية ، أو نشأ التزاماً مدنياً ولم تترتب آثاره لمانع قانوني فاستحال واجباً أدبياً يرتب عليه القانون بعض الآثار [1] .

---

(١) وإلى هذه النظرية الحديثة يشير الحكم الآتي من محكمة الاستئناف المختلطة : قصدت المادة ٢٠٨ ، بإحلالها لفظ " الواجب " محل عبارة " الالتزام الطبيعي " الواردة في المادة ١٢٣٥ من التقنين المدني الفرنسي ، أن تتوسع في فكرة الالتزام الطبيعي ، فتجعلها أكثر اتساقاً مع حالة من الحضارة التزمت مستوى عالياً في فهم قوانين الشرف (honneur) ودقة السلوك (délicatesse) . فيوجد الالتزام الطبيعي في جميع الأحوال التي يلتزم فيها شخص نحو آخر ، مدفوعاً في ذلك ، لا فحسب بوازع من الضمير (conscience) أو بوازع من الشرف (honneur) ، بل أيضاً بوازع من دقة السلوك (délicatesse) (استئناف مختلط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١١١) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " تعرض الفقرة الثانية من هذه المادة لصور الالتزام الطبيعي ، فتكل أمر الفصل فيها إلى تقدير القاضي، لتعذر الإجابة بها على سبيل الحصر. والحق أن أحكام القضاء حافلة بضروب من الواجبات الأدبية أنزلت منزلة الالتزامات الطبيعية . على أن الفقه يقسم تطبيقات الالتزام الطبيعي تقسيماً سهل المأخذ ، فيردها إلى طائفتين : تنظم أولاهما ما يكون أثراً تخلف عن التزام مدني تناسخ حكمه ، كما هو شأن الديون التي تسقط بالتقادم أو تنقضي بتصالح المفلس مع دائنيه أو يقضي ببطلانها لعدم توافر الأهلية . ويدخل في الثانية ما ينشأ واجباً أدبياً من الأصل، كالتبرعات =

٣٩٣ – عناصر الالتزام الطبيعي : ويمكن القول ، استخلاصاً من النظرية الحديثة على النحو الذي قدمناه ، ومن الرجوع إلى نص التقنين المدني الذي سبق إيراده، إن للالتزام الطبيعي عناصر ثلاثة :

(العنصر الأول) واجب أدبي يتميز في نطاق محدد بحيث يكون قابلا للتنفيذ . فيخرج بذلك من دائرة الإبهام والغموض التي تغمر عادة منطقة الواجبات الأدبية إلى دائرة التحديد والوضوح التي تميز منطقة الالتزامات المدنية . وهذا الواجب الأدبي إما أن يكون في أصله

= التي لا تستوفي فيها شروط الشكل (الصحيح أن تنفيذ هذه التبرعات إنما هو إجازة لها وليس تنفيذاً لالتزام طبيعي كما سنرى) ، والتزام الشخص بالإنفاق على ذوي القربى ممن لا تلزمه نفقتهم قانوناً ، والالتزام بإجازة شخص على خدمة أداها " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٨ – ص ٤٩٩) .

هذا ويذهب دي باج إلى أن الالتزام الطبيعي لا وجود له . فهو قبل تنفيذه أو الاعتراف به سبباً لالتزام مدني، لا يمكن أن يكون له أثر قانوني ، فليس له وجود . وهو بعد تنفيذه أو الاعتراف به سبباً لالتزام مدني، يكون قد حل محله التزام مدني ، فلم يعد له وجود . فلا يوجد إذن التزام طبيعي بهذا الوصف في أية مرحلة من المرحلتين (دي باج ٣ ص ٦٤ – ص ٦٦) . وهذا النظر يغفل أن من الواجبات الأدبية ما يمكن أن يصبح التزاماً مدنياً بتنفيذه أو بالاعتراف به سبباً لالتزام مدني ، ومنها ما لا يصلح لذلك . فالأولى ، دون الثانية ، هي التي تسمى بالالتزامات الطبيعية . والواقع من الأمر أن الالتزام الطبيعي قبل تنفيذه أو الاعتراف به سبباً لالتزام مدني له وجود قانوني محقق ، إذ هو في هذه المرحلة الأولى التزام قابل للتنفيذ الاختياري وقابل لأن يكون سبباً لالتزام مدني ، وهذا كاف في ثبوت وجود القانوني .

ويذهب بودري وبارد (جزء ٢ فقرة ١٦٦٨ وما بعدها) مذهباً ضيقاً في الالتزام الطبيعي ، فيحصره في حالات قليلة هي أقرب إلى النظرية التقليدية .

ويتحفظ بارتان (في تعليقاته على أوبري ورو) ويرى الوقوف موقفاً معتدلا ما بين النظرية التقليدية التي تضيق في حالات الالتزام الطبيعي تضييقاً شديداً والنظرية الحديثة التي توسع في هذه الحالات توسيعاً مفرطاً ، وهو عين الموقف المعتدل الذي وقفه أوبري ورو من هذه المسألة (أوبري ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١٧ وهامش رقم ٢٦ مكرر) . على أنه يبدو أن أوبري ورو وسعا في حالات الالتزام الطبيعي دون أن يصرحا بوجود التزام طبيعي قائم ، واكتفيا بالقول إن الاسترداد لا يجوز في هذه الحالات ، وأن ما لا يسترد الوفاء به ليس من الضروري أن يكون التزاماً مدنياً أو التزاماً طبيعياً (أوبري ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١٨ – ص ٢١ وهامش رقم ٢٨) .

أما بلانيول (أنظر مقاله في المجلة الانتقادية سنة ١٩١٣ ص ١٥٧ وما بعدها) فيرى أن هناك تقارباً مستمراً ما بين الالتزام الطبيعي والواجب الأدبي ، فيتوسع في نظرته إلى الالتزام الطبيعي ، وهو من مؤسسي النظرية الحديثة . كذلك يعد كولان وكابيتان (جزء ٢ فقرة ٤٦٧) وريبير (القاعدة الأدبية في الالتزامات المدنية فقرة ١٨٦ وما بعدها) وبلانيول وريبير وبولانجيه (جزء ٢ فقرة ١٣٣٤) وجوسران (جزء ٢ فقرة ٧١٧) من أقوى أنصار النظرية الحديثة .

ويلاحظ أن قواعد الآداب والأخلاق تتسرب إلى القانون من جملة أبواب : أحدها فكرة النظام العام والآداب ، والثاني فكرة التعسف في استعمال الحق ، والثالث فكرة الالتزام الطبيعي .

التزاماً مدنياً ثم انقلب التزاماً طبيعياً لسبب قانوني منع من أن يترتب عليه كل آثاره ، أو أن يكون منذ البداية واجباً أدبياً أصبح التزاماً طبيعياً لتوفره على العناصر الثلاثة لهذا الالتزام .

وهذا العنصر الأول هو العنصر المادي . وفيه يسترشد القاضي بآداب الجيل من ناحية القابلية للتنفيذ في العمل .

(العنصر الثاني) إحساس المدين أن في ذمته التزاماً طبيعياً . وليس من الضروري أن يكون هذا الإحساس قائماً فعلا عند المدين بالذات ، بل يكفى أن يكون من الواجب أن يقوم ، وأن يدخل في الاعتبار المألوف عند الناس أن مثل هذا الواجب مما ينبغي أمام الضمير أن يؤدى . ونرى من ذلك أن المعيار في العنصر الثاني موضوعي لا ذاتي ، والعبرة فيه ليست بما يحس المدين فعلا ، بل بما ينبغي أن يحس ، بوعي الجماعة أو وعي الفرد المجرد ، لا بوعي المدين بالذات . وفي هذا ضبط للالتزام الطبيعي يستقر عنده التعامل .

وهذا العنصر الثاني هو العنصر المعنوي . وفيه يسترشد القاضي بواجب الضمير من ناحية وعي الجماعة .

(العنصر الثالث) عدم التعارض مع النظام العام . وتقول العبارة الأخيرة من المادة ٢٠٠ من التقنين المدني في هذا الصدد أنه " في كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعي يخالف النظام العام " [1] . ونأتي بأمثلة على ذلك :

(١) إذا اتفق المتعاقدان على سعر للفوائد يزيد على ٧% ، ودفع المدين للدائن هذه الفوائد وهو يحس أنه يقوم بتعهده ، فإن ما دفعه من الفوائد زائداً على ٧% لا يجوز مع ذلك أن يكون التزاماً طبيعياً ، إذ هو يتعارض مع النظام العام ، ويكون للمدين الحق في استرداد ما دفع من ذلك . وهذا ما قضت به الفقرة الأولى من المادة ٢٢٧ من التقنين المدني إذ تقول في العبارة الأخيرة منها : " فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى ٧% ، ويتعين رد ما دفع زائداً على هذا القدر [1] " .

---

(1) يشترط لاعتبار الدين بعد سقوطه التزاماً طبيعياً أن لا يكون مخالفا للنظام العام ، ولما كان التقادم في المسائل الجنائية يعتبر من النظام العام فإنه إذا تكاملت مدته لا يتخلف عنه أي التزام طبيعي ، وإذن فمتى كان الحكم قد قرر أن دفع الغرامة من المحكوم عليه بعد سقوطها بالتقادم يعتبر بمثابة وفاء لدين طبيعي لا يصح استرداده، فإن هذا الحكم يكون قد خالف القانون .

(جلسة ١٩٥٥/٣/٢٤ الطعن رقم ٦ لسنة ٢٢ ق س ٦ ص ٨٦١) .

(١) وهذا هو أيضاً حكم القانون الفرنسي (أوبري ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١٦ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٨٥ — كولان وكابيتان وموراندييز ٢ فقرة ٤٦٤ ص ٣٣٩) . أما إذا دفع المدين فوائد لا تزيد على السعر الذي يفرضه القانون ، ولكن دون سابق اتفاق على دفع هذه الفوائد ، فإن المادة ١٩٠٦ من التقنين المدني الفرنسي تنص صراحة على أن المدين لا يستطيع أن يسترد ما دفعه من الفوائد، فيكون دفع الفوائد في هذه الحالة وفاء لالتزام طبيعي. أنظر أيضاً في هذا المعنى : استئناف مختلط ١٧ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٦٠.

(٢) إذا خسر المدين في مقامرة أو رهان ، ووفى ما خسره محساً أنه إنما يوفى ديناً واجباً في ذمته ، فإن هذه الخسارة لا يجوز أن تكون التزاماً طبيعياً ، إذ أن دين القمار أو الرهان يتعارض مع النظام العام ، وإذا وفاه المدين جاز له استرداده . وهذا ما قضت به الفقرة الثانية من المادة ٧٣٩ من التقنين المدني إذ تقول : " ولمن خسر في مقامرة أو رهان أن يسترد ما دفعه خلال ثلاث سنوات من الوقت الذي أدى فيه ما خسره ، ولو كان هناك اتفاق يقضي بغير ذلك . وله أن يثبت ما أداه بجميع الطرق [١] " .

(٣) إذا عقد شخص مع آخر اتفاقاً مخالفاً للنظام العام أو للآداب ، كما لو اتفقا على رشوة ، ودفعها المدين للدائن وهو يحس أنه يقوم بتعهده ، فإن هذا لا يكون التزاماً طبيعياً لتعارضه مع النظام العام. وفي رأينا أنه يجوز للراشي أن يسترد الرشوة من المرشو . وقد سبق أن فصلنا هذه المسألة في الجزء الأول من هذا الكتاب [٢] .

---

(١) أما التقنين المدني الفرنسي (م ١٩٦٧) فيقضي ، على النقيض من ذلك ، بأن من خسر في القمار ، ودفع ما خسره عن طواعية واختيار ، لا يستطيع أن يسترد ما دفعه . ويقول الفقهاء الفرنسيون إن هذا النص لا يجعل من القمار التزاماً طبيعياً ، فإن هذا الدين لا يصلح سبباً لالتزام مدني . وإذا كان لا يجوز استرداده بعد دفعه ، فذلك لأن القانون أراد — إشعاراً بمقته للقمار وإمعاناً في كراهيته — أن يتجاهله بتاتاً ، فلا يسمح بدفعه ، ولا يسمح باسترداده إذا دفع ، تطبيقاً للقاعدة المعروفة : لا يجوز لأحد أن يحتج بغش صدر من جانبه (Nemo auditur turpitudimum suam allegans) (بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣٣٥ — جوسران ٢ فقرة ٧١٤ ص ٣٨٩) . ويعقب بعض الفقهاء على هذا التعليل الغريب بأن المشرع زاد دين القمار قوة من حيث أراد أن يزيده ضعفاً ، فانعكس عليه الغرض (بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٨٦) . قارن مع ذلك أوبري ورو ويعتبران دين القمار مشروعاً في ذاته ، ولكن رفض المشرع أن يجعل تنفيذه جبراً عن طريق الدعوى لأسباب اجتماعية (جزء رابع فقرة ٢٩٧ ص ١٠ — ص ١١) ، ويذهبان إلى أن عدم إمكان تحويل دين القمار إلى دين مدني إنما هو استثناء من قاعدة إمكان تحويل الالتزام الطبيعي إلى التزام مدني (ص ١٤) . أنظر أيضاً في أن دين القمار التزام طبيعي : كولان وكابيتان وموراندييز ٢ فقرة ٤٦٤ ص ٣٣٨ — ص ٣٣٩ وفي مصر — قبل التقنين المدني الجديد الذي اشتمل على نص صريح في جواز استرداد دين القمار على ما رأينا — كان العمل جارياً في الغالب على حكم القانون الفرنسي الذي قدمناه ، فكان دين القمار لا يسترد باعتبار أنه من ديون الشرف (dettes d'honneur) (استئناف مختلط ٦ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٧٩ — أول أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٢٠ — الموسكي ٢٦ فبراير سنة ١٩٣١ مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى ١٢٥ ص ١٤) . وقد قضت محكمة المنشية بجواز الاسترداد لعدم المشروعية (١٤ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ ص ٧٩٣) . أنظر أيضاً : والتون ١ ص ٢٨ — ص ٣٢ — الموجز للمؤلف فقرة ٤٦٠ ص ٤٦٦ — ص ٤٦٧ .

وفي لبنان " يعد دين القمار أو المراهنة التزاماً طبيعياً ، لأنه وإن كان لا يخول الرابح حق المدعاة بشأنه ، لكنه لا يجيز للخاسر استرداد ما دفعه اختياراً " (الدكتور صبحي المحمصاني في آثار الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٧٥) .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٣٣٨ .

وهذا العنصر الثالث هو عنصر المشروعية . وفيه يسترشد القاضي بالأحكام القانونية المتعلقة بالنظام العام [1] .

٣٩٤ – بعض حالات الالتزام الطبيعي : بعد أن استعرضنا النظريتين التقليدية والحديثة في الالتزام ، وحددنا عناصر هذا الالتزام ، نورد تطبيقاً لما قدمناه جملة من الحالات الكثيرة الوقوع التي يقوم فيها الالتزام الطبيعي .

ونقسم هذه الحالات إلى طائفتين : (١) التزامات بدأت مدنية ثم انقلبت طبيعية ، وهي وحدها الالتزامات الطبيعية التي تقرها النظرية التقليدية . (٢) التزامات بدأت أدبية ثم أصبحت طبيعية ، وهذه الطائفة تضيفها النظرية الحديثة إلى الطائفة الأولى التي تقرها النظرية التقليدية .

٣٩٥– التزامات بدأت مدنية ثم انقلبت طبيعية : هذه التزامات نشأت في الأصل التزامات مدنية ، وعاقها مانع قانوني عن أن ترتب آثارها كما قدمنا ، فتخلفت عنها التزامات طبيعية [2] . ومن هذه ما قام المانع القانوني فيه منذ نشأته . ومنها ما نشأ التزاماً مدنياً صحيحاً وولد آثاره ، ثم قام المانع القانوني بعد ذلك ، فانقضى التزاماً مدنياً ليصبح التزاماً طبيعياً .

ومن أمثلة النوع الأول العقد القابل للإبطال لنقص في الأهلية [3] . فإذا تعاقد القاصر ولم يلحق العقد الإجازة ، كان له أن يطلب إبطال العقد فينقلب التزامه المدني التزاماً طبيعياً،

---

(١) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ، في خصوص العناصر الثلاثة للالتزام الطبيعي ، ما يأتي: " ويتعين على القاضي عند الفصل في أمر الالتزامات الطبيعية أن يتحقق أولا من قيام واجب أدبي، وأن يتثبت بعد ذلك من أن هذا الواجب يرقى في وعي الفرد أو في وعي الجماعة إلى مرتبة الالتزام الطبيعي ، وأن يستوثق في النهاية من أن إقراره على هذا الوجه لا يتعارض مع النظام العام . هذا وقد تشير بعض النصوص إلى تطبيقات من تطبيقات الالتزام الطبيعي ، ومن ذلك ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٥٢٣ من المشروع إذ قضت بأن الدين الذي ينقضي بالتقادم يتخلف عنه التزام طبيعي" (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٩) .

(٢) ويلاحظ أن هذه الطائفة من الالتزامات تقوم هي أيضاً على اعتبارات أدبية ، ولا تقل في هذه الناحية عن الطائفة الثانية .

(٣) أما العقد القابل للإبطال لعيب من عيوب الإرادة – غلط أو تدليس أو إكراه – فلا يتخلف عن إبطاله التزام طبيعي ، لما لحق الإرادة من انحراف لا يتفق مع فكرة الالتزام الطبيعي (أوبري ورو ٤ فقـــرة ٢٩٧ ص ١٠ هامش رقم ٥) .

إذا أداه عالماً مختاراً لم يستطع أن يسترده [1] . ويذكر عادة ، كمثل آخر للنوع الأول عقد الهبة الباطل لعدم استيفاء الشكل ، فقد نصت المادة ٤٨٩ من التقنين المدني على أنه " إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب في الشكل ، فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه " . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي أن هذا النص إنما هو تطبق لالتزام طبيعي تخلف عن الهبة الباطلة [2] . ولو صح هذا ، لصلح هذا الالتزام الطبيعي الذي تخلف عن الهبة الباطلة سبباً لالتزام مدني ، ولأمكن التحايل على الشكل في الهبة عن طريق كتابتها في ورقة عرفية ثم اتخاذها سبباً لالتزام مدني صحيح في ورقة عرفية أخرى . وهذا ما لا يجوز التسليم به . والصحيح في رأينا أن التنفيذ الاختياري للهبة الباطلة في الشكل ، سواء من جهة الواهب أو من جهة ورثته ، إنما هو إجازة لعقد الهبة ، إذ البطلان المترتب على عيب في الشكل قد تلحقه الإجازة إذا نص القانون على ذلك [3] .

---

(١) استئناف أهلي ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٤ الحقوق ٣٠ ص ٣٣١ – أنظر بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٨٣ – وقارن دي باج ٣ ص ٧٠ .

وهذا غير التزام القاصر بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفي نقص أهليته (م ١١٩ مدني) ، فهذا التزام مدني مصدره العمل غير المشروع ، أما الآخر فالتزام طبيعي تخلف عن التزام مدني مصدره العقد .

ويقال عادة إن كفالة ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته (م ٧٧٧ مدني) دليل على أن التزام ناقص الأهلية بعد إبطال العقد قد انقلب التزاماً طبيعياً تكون كفالته صحيحة . والصحيح في رأينا أن الكفالة في هذه الحالة ليست التزاما تبعياً ، بل هي التزام أصلي عقده الكفيل معلقاً على شرط واقف هو أن يتمسك ناقص الأهلية بإبطال العقد ، فيكون الكفيل عندئذ ملزماً بتنفيذ العقد الذي لم ينفذه القاصر . وسنعود إلى هذه المسألة .

(٢) أنظر الأعمال التحضيرية جزء ٢ ص ٤٩٩ وجزء ٤ ص ٢٥٢ و ص ٢٥٤ . وأنظر أيضاً محكمة الإسكندرية الكلية ١٣ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣٢٤ .

(٣) وهذا ما قررناه في الجزء الأول من الوسيط . وقد جاء فيه ما يأتي : " ..... الشكل من صنع القانون ، وهو الذي يعين له الجزاء الكافي في حالة الإخلال به . فقد يجعل العقد الذي لم يستوف الشكل المطلوب باطلا لا ترد عليه الإجازة ، وقد يسمح بإجازته كما في الهبة الباطلة شكلا (م ٤٨٩ جديد) ، وقد يجعل الشكل من المرونة بحيث يقبل أن يستكمل ، وأن يحتج به في فرض دون فرض كما في شركات التضامن والتوصية (الوسيط جزء أول ص ٢٥٥ في الهامش وأنظر أيضاً فقـــرة ٣٠١ ص ٤٩٢) . أنظر أيضاً من هذا الرأي الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٥٥ . وقارن : الموجز للمؤلف ص ٤٦٧ هامش رقم ٢ – والتون ١ ص ٢٧ .

وفي التقنين المدني الفرنسي تقصر المادة ١٣٤٠ إمكان التنفيذ الاختياري للهبة الباطلة في الشكل على ورثة الواهب دون الواهب نفسه ويذهب بعض الفقهاء الفرنسيين إلى القول بتخلف التزام طبيعي من الهبة الباطلة في الشكل في جانب ورثة الواهب (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٩٠ – بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٨٣ ص ٤٩٨) – قارن بودري وبارد (جزء ٢ فقرة ١٦٧١ – فقرة ١٦٧٢) ، ومن رأيهما أن الهبة تكون باطلة بطلانا مطلقاً لانعدام الشكل ، حتى إذا مات الواهب كانت الهبة ذاتها بالنسبة إلى الورثة قابلة للإبطال ا ويصعب التسليم بأن البطلان المطلب ينقلب إلى بطلان نسبي بموت الواهب .

ومن أمثلة النوع الثاني الالتزام المدني إذا تقادم . فقد نشأ التزاماً مدنياً ، وأنتج جميع آثاره . ثم قام بعد ذلك مانع قانوني من بقائه التزاماً مدنياً ، وهو التقادم الذي تمسك به المدين [1] ، فانقلب التزاماً طبيعياً ، إذا أداه المدين مختاراً لم يستطع استرداده [1] . وقد ورد في هذا الحكم نص تشريعي صريح في التقنين المدني الجديد ، هو الفقرة الأولى من المادة ٣٨٦ ، وتقضي بأنه " يترتب على التقادم انقضاء الالتزام ، ومع ذلك يتخلف في ذمة المدين التزام طبيعي " [2] . ومن أمثلة النوع الثاني أيضاً الالتزام المدني الذي لا يثبت في ذمة مدين وجهت إليه اليمين الحاسمة فحلفها ، فإن الالتزام المدني في هذه الحالة لا يقضى به ولا يجبر المدين على تنفيذه ، ولكن إذا كانت ذمة المدين مشغولة به فعلا بالرغم من حلفه اليمين الحاسمة ، فإنه ينقلب إلى التزام طبيعي ، إذا أداه المدين مختاراً لم يستطع استرداده . وكذلك الحال في الالتزام المدني الذي صدر برفض الدعوى فيه حكم حاز حجية الأمر المقضي ، فإنه إذا كانت ذمة المدين مشغولة به بالرغم من هذا الحكم انقلب التزاماً طبيعياً [3] . والصلح مع المدين المفلس (concordat) ، الذي يتفق بمقتضاه المدين مع دائنيه على قضاء بعض الديون المدنية في نظير انقضاء الباقي ، يجعل هذا الباقي للذي انقضى بالصلح ينقلب التزاماً طبيعياً ، إذا أداء الدائن مختاراً بعد ذلك لم يستطع استرداده [4] . ولا حجة في الصلح لإباحة الاسترداد [1] .

---

(١) أما قبل التمسك بالتقادم فالالتزام يبقى مدنياً (أنظر المادة ٣٨٧ مدني — وقارن بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٨٣ ص ٤٩٧) .

(1) الالتزام لا ينقضي بمجرد اكتمال مدة التقادم بل يظل التزاماً مدنياً واجب الوفاء إلى أن يدفع بتقادمه ، فإذا انقضى الالتزام المدني بالتقادم تخلف عنه التزام طبيعي في ذمة المدين ، ولما كان الثابت أن الطاعنين نزلوا عن التقادم بعد أن اكتملت مدته وقبل أن يرفعوا دعواهم التي تمسكوا فيها بانقضاء الدين بالتقادم، فإن مؤدى ذلك أن يبقى الالتزام مدنياً ويلزم الطاعنين بأداء الدين ولا يتخلف عنه التزام طبيعي .
(جلسة ١٩٧٥/٢/١٨ الطعن رقم ٣٤٩ لسنة ٣٩ ق س ٢٦ ص ٤٢٩) .

(٢) استئناف أهلي ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٤ الحقوق ٣٠ ص ٣٣١ — ٩ مارس سنة ١٩١٥ الحقوق ٣٠ ص ٣٣٢ — محكمة مصر الكلية ٢٧ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٤٣٤ ص ٨٨٠ — وقارن الأستاذ عبد المنعم البدراوي رسالته في التقادم فقرة ٢٠٨ ص ١٩٩ — ص ٢٠٠ .

(٣) بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٨٣ ص ٤٩٧ — ص ٤٩٨ .

(٤) أوبري ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١٣ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٨٣ ص ٤٩٧ — أما إذا تعهد المفلس أن يدفع الباقي من ديونه إذا تحسنت حالته (s'il revient à meilleure fortune) ، فقد يفسر هذا التعهد بأنه التزام مدني أو بأنه مجرد تقرير للالتزام الطبيعي ، حسبما يتبين من نية المدين ، وتستخلص هذه النية من الظروف والملابسات وعبارة التعهد . وسنعود إلى هذه المسألة فيما يلي (أنظر فقرة ٤٠١) . ويشبه بارتان بالمدين المفلس الذي يصطلح مع دائنيه مدنياً تعهد أن يدفع بسعر الذهب أو بسعر عملة أجنبية. فإذا كان هذا التعهد — باعتباره تعهداً مدنياً — باطلا ، ولكن المدين مع ذلك دفع بسعر الذهب =

٣٩٦ – التزامات بدأت أدبية ثم أصبحت طبيعية : وهذه التزامات بدأت واجبات أدبية ثم ارتفعت منزلتها فأصبحت التزامات طبيعية ، على النقيض من الطائفة الأولى التي وصلت إلى مرتبة الالتزامات المدنية وانحدرت بعد ذلك إلى مرتبة الالتزامات الطبيعية [٢] .

ومن الأمثلة على هذه الطائفة الثانية من الالتزامات التزام شخصي بتعويض شخص آخر عن الضرر غير المباشر الذي ألحقه به من جراء خطأ ارتكبه ، أما التزامه بالتعويض عن الضرر المباشر هذا التزام مدني مصدره العمل غير المشروع . كذلك الالتزام بالتعويض عن إغواء غير مصحوب بالغش أو عن معاشرة غير شرعية بعد انتهاء هذه المعاشرة يكون التزاماً طبيعياً . أما إذا صحب الإغواء غش فالالتزام بالتعويض يصبح التزاماً مدنياً . وإذا لم يكن الغرض من الالتزام التعويض عن المعاشرة بعد انتهائها ، بل الإغراء على المعاشرة ، فإن الالتزام لا يكون التزاماً طبيعياً ، بل يكون التزاماً مخالفاً للآداب لا يتخلف عن بطلانه التزام طبيعي .

ومن الأمثلة على هذه الطائفة الثانية أيضاً التزام شخص بإجازة شخص آخر على خدمة أداها له (donnation rémunératrice) إذا لم يكن هناك التزام مدني بالإجازة ، وذلك كإجازة خادم أخلص في الخدمة أو وكيل أحسن أداء الوكالة أو طبيب أنقذ حياة المريض [٣] . فإن هذا الالتزام يبدأ واجباً أدبياً ، ولكن وجوب الاعتراف بالجميل في هذه الظروف الخاصة يرقى به إلى مرتبة الالتزام الطبيعي [٤] . كذلك إذا أثرى شخص على

= أو بسعر العملة الأجنبية المتفق عليها ، فإنه لا يستطيع أن يسترد ما دفعه زائداً عن سعر العملة الورقية ذات السعر الإلزامي ، لأنه إنما وفى التزاماً طبيعياً (أوبري ورور ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١٢ هامش رقم ١٣) . ولا يتفق هذا الرأي ، إذا اعتبرنا شرط الذهب باطلا لمخالفته للنظام العام ، مع المبدأ الذي قدمناه من أن الالتزام الطبيعي لا يجوز أن يقوم مخالفاً للنظام العام .

(١) أما إذا كان الالتزام المدني لا يجوز إثباته إلا بالكتابة ، ولم توجد كتابة للإثبات ، ولم يصدر حكم حاز حجية الأمر المقضي برفض الدعوى بهذا الالتزام ، فإنه يبقى التزاماً مدنياً ولا ينقلب التزاماً طبيعياً . لكنه يكون التزاماً غير ثابت، ويجوز أن يثبت بعد ذلك بالإقرار أو باليمين . وإذا دفعه المدين لم يستطع استرداده، لا لأنه يدفع التزاماً طبيعياً لا يسترد ، بل لأنه يدفع التزاماً مدنياً أقر به بمقتضى دفعه إياه . ومن ثم يكون الدفع صحيحاً ، ولا يجوز الاسترداد ، حتى لو كان المدين وهو يدفع الدين يعتقد عن غلط أن إثباته يجوز أن يكون بالبينة وألا مناص من دفعه (قارن الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت في نظرية الالتزام فقرة ٦٦٤) .

(٢) بودري وبارد ٢ فقرة ١٦٦٦ وما بعدها .

(٣) أوبري ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١١ .

(٤) قارن بودري وبارد ٢ فقرة ١٦٧٠ : ويشترطان أن تكون الخدمة مما يمكن تقديره بمال وألا تكون الجائزة أكبر بكثير من الأجر المعتاد على مثل هذه الخدمة .

حساب غيره دون أن تتوافر شروط دعوى الإثراء ، لم يكن هناك التزام مدني برد قيمة الإثراء لعدم توافر الشروط ، ولكن يقوم التزام طبيعي بهذا الرد مبني على فكرة العدالة .

ومن الأمثلة على هذه الطائفة الثانية أخيراً التزام شخص بالنفقة على أقارب لا تلزمه النفقة عليهم قانوناً ، فإن الالتزام هنا يبدأ واجباً أدبياً ، ولكن واجب التضامن بين أفراد الأسرة في هذه الحالة الخاصة يرتفع به إلى مرتبة الالتزام الطبيعي [1] . كذلك التزام الأب بتجهيز ابنته أو بتقديم المعونة لابنه لتنظيم عمل يرتزق منه يكون التزاماً طبيعياً في ذمة الأب، بسبب توثق أواصر العلاقة الأبوية فيما بين الأب وأولاده [2] .

٣٩٧ – تأصيل لحالات الالتزام الطبيعي – الالتزام الطبيعي يتاخم الالتزام المدني

: ونظرة إلى ما قدمناه من حالات الالتزام الطبيعي تدل على أن هذا الالتزام مكانه في دائرة القانون أوسع مما يظن لأول وهلة . بل إن الالتزام الطبيعي يتاخم الالتزام المدني ، ويتعقبه خطوة بخطوة . وقد علمنا أن مصادر الالتزام المدني هي العقد والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون . وها نحن نرى أن الالتزام الطبيعي يساير الالتزام المدني في هذه المصادر .

فالالتزام الطبيعي الذي بدأ التزاماً مدنياً ثم انقلب التزاماً طبيعياً يكون مصدره في العادة العقد ، فهو يتاخم الالتزام المدني العقدي . وقد لحقت العقد علة قانونية لا ترجع إلى الرضاء في ذاته الذي هو قوام العقد ، بل ترجع إلى مقتضيات الصنعة القانونية ، فمنعت العقد من توليد آثاره المدنية ، ولكن لم تمنعه من توليد آثاره الطبيعية لأن الرضاء سليم غير مشوب بعيب . ومن ثم نرى أن العقد القابل للإبطال بسبب نقص الأهلية ، والالتزام الذي سقط بالتقادم ، أو اعترضته يمين حاسمة ، أو حكم حاز حجية الأمر المقضي ، كل هذه حالات يقوم فيها الالتزام الطبيعي ، لأن المانع القانوني الذي حال دون توليد الآثار المدنية ترجع إلى الصنعة القانونية لا إلى طبائع الأشياء ، فلم ينعدم الالتزام بتاتاً ، بل انقلب التزاماً طبيعياً على النحو الذي قدمناه [3] .

---

(١) قارن بودري وبارد ٢ فقرة ١٦٦٩ .

(٢) أوبري ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١١ – الموجز للمؤلف فقرة ٤٦٠ – قارن بودري وبارد ٢ فقرة ١٦٦٨ ص ٧٦٥ وفقرة ١٦٦٩ مكررة – والتون ١ ص ٣٣ – ص ٣٤ .

ويعد التزاماً طبيعياً التزام المطلق بالنفقة على مطلقته بعد أن عاش معها مدة طويلة ، ثم طلقها في وقت لا تستطيع فيه أن تبدأ حياة جديدة ودون أن تكون هناك أسباب خطيرة تدعو إلى الطلاق (استئناف مختلط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١١١) .

(٣) وهذا صحيح فيما إذا كان الالتزام مصدره العقد . أما إذا كان له مصدر آخر ، فيبقى التزاماً طبيعياً ، دون أن يرجع ذلك إلى الرضاء ، بل إلى سبق وجود التزام مدني عاقه مانع – يرجع إلى الصنعة القانونية لا إلى طبائع الأشياء – من أن يولد آثاره كالتزام مدني .

والالتزام الطبيعي بتعويض الضرر غير المباشر ، أو بالتعويض عن الإغواء غير المصحوب بالغش ، أو بالتعويض عن المعاشرة غير المشروعة ، مصدره العمل غير المشروع ، فهو يتاخم الالتزام المدني التقصيري . وقد منع هذا الالتزام أن يكون التزاماً مدنياً فقد شرط من الشروط التي ترجع إلى الصنعة القانونية لا إلى طبائع الأشياء ، فقد نقص الالتزام شرط أن يكون الضرر مباشراً ، أو شرط أن يكون هناك خطأ بالمعنى الذي عرفناه في المسئولية التقصيرية إذ أن الإغواء غير المصحوب بالغش أو مجرد المعاشرة غير المشروعة لا يعتبر خطأ تقصيريا وأن اعتبر خطأ أدبياً يقوم على أساسه التزام طبيعي .

والالتزام الطبيعي بإجازة خدمة أديت أو برد إثراء على حساب الغير يتاخم الالتزام المدني المتولد من الإثراء بلا سبب . وقد منع هذا الالتزام أن يكون التزاماً مدنياً فقد شرط من شروط قاعدة الإثراء بلا سبب يرجع إلى الصنعة القانونية . أما الشروط التي ترجع إلى طبائع الأشياء — وتتلخص في أن شخصاً أثرى على حساب غيره — فمتوافرة ، ومن ثم قام الالتزام الطبيعي .

والالتزام الطبيعي بالنفقة على الأقارب أو بتجهيز البنت أو بتقديم المعونة للابن مصدره القانون ، فهو يتاخم الالتزام المدني الذي يتولد مباشرة من القانون . وقد رأينا ، عند الكلام في القانون كمصدر مباشر للالتزام ، أن هناك التزامات إيجابية ترجع إلى التضامن الاجتماعي ، أبرزها القانون دون أن يرسم لها قاعدة عامة ، فجعلها بنص منه التزامات مدنية [1] . فإذا لم يبلغ الواجب الأدبي هذه الدرجة العليا من الوضوح والتحديد والقابلية للانضباط ، فإن القانون لا يصل به إلى مرتبة الالتزام المدني . ولكنه مع ذلك يرقى به إلى مرتبة الالتزام الطبيعي ، على أن تتوافر له العناصر الثلاثة : قدر من التحديد والانضباط وهو العنصر المادي ، وإحساس بالقوة الملزمة وهذا هو العنصر المعنوي ، وانتفاء التعارض مع النظام العام وهذا هو عنصر المشروعية [2] .

فالالتزام الطبيعي إذن هو توأم الالتزام المدني ، يسير إلى جانبه ، ولكنه يسير على هامش القانون كظل للالتزام المدني . وإذا كان الالتزام المدني هو وليد الصنعة القانونية ، فإن الالتزام الطبيعي هو بمثابة رد الفعل لهذه الصنعة . ذلك بأن للصنعة القانونية مقتضيات لا

---

(١) الوسيط الجزء الأول فقرة ٩٠٥ .

(٢) وعندما يجاوز القانون المنطقة السلبية إلى المنطقة الإيجابية — يجاوز النهي عن الإضرار بالغير والإثراء على حساب الغير إلى الأمر بالتعاون والتضامن والمساعدة (أنظر الوسيط الجزء الأول فقرة ٩٠٤ — فقرة ٩٠٥) — يكون تدخله في المنطقة الإيجابية في أناة وحذر ، ويسبق الالتزام الطبيعي الالتزام المدني ، فهو طليعته ، يتحسس له الطريق ، ثم يعبده .

تتواءم في كثير من الحالات مع طبائع الأشياء . فحيث تقوم هذه المقتضيات متعارضة مع طبائع الأشياء ، فإن الالتزام المدني لا يقوم خضوعاً لمقتضيات الصنعة ، ويقوم الالتزام الطبيعي مطاوعة لطبائع الأشياء .

ب – الآثار التي تترتب على الالتزام الطبيعي

٣٩٨ – النصوص القانونية: تنص المادة ٢٠١ من التقنين المدني على ما يأتي:

" لا يسترد المدين ما أداه باختياره ، قاصداً أن يوفي التزاماً طبيعياً " .

وتنص المادة ٢٠٢ على ما يأتي :

" الالتزام الطبيعي يصلح سبباً لالتزام مدني " [1] .

وتقابل المادة ٢٠١ من التقنين المدني الجديد المادة ٢٠٨/١٤٧ من التقنين المدني السابق [1] . أما المادة ٢٠٢ فلا مقابل لها في التقنين السابق، ولكن الحكم كان معمولا به .

---

(١) تاريخ النص : م ٢٠١ – ورد هذا النص في المادة ٢٧٦ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " لا يسترد المدين ما أداه باختياره وفاء لالتزام طبيعي " . وفي لجنة المراجعة حور النص تحويراً جعله أدق في الدلالة على المعنى ، فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين الجديد ، وأصبح رقم المادة ٢٠٧ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٠١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٠ – ص ٥٠١) .

م ٢٠٢ : ورد هذا النص في المادة ٢٧٧ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " يصلح الالتزام الطبيعي ، إذا اعترف المدين به ، سبباً لالتزام مدني " . وفي لجنة المراجعة حور النص على الوجه الآتي : " الالتزام الطبيعي إذا اعترف المدين به يصلح سبباً لالتزام مدني " ، وأصبح رقم المادة ٢٠٨ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على هذا النص . وفي لجنة مجلس الشيوخ أثارت عبارة " إذا اعترف المدين به" شبهة ، فقد يظن أن المقصود منها أن مجرد الاعتراف بالالتزام الطبيعي ينقله إلى التزام مدني . فذكر في دفع هذه الشبهة أن هذه المادة قد حسمت خلافاً قائماً بين الفقهاء . فالبعض يقول إن الاعتراف بالالتزام الطبيعي يعتبر تجديداً له ، وهذا القول مردود بأن التجديد يكون في هذه الحالة قائماً على غير سبب . والبعض الآخر يقول إن الاعتراف بالالتزام الطبيعي يصلح أن يكون سبباً للالتزام المدني . وقد أخذ المشروع بهذا الرأي الأخير ، فالمقصود من النص هو أن الاعتراف بالالتزام الطبيعي يصلح أن يكون سبباً لالتزام مدني، لا أن يكون سبباً لتحويل الالتزام الطبيعي إلى التزام مدني . وبعد مناقشة استقر رأي اللجنة على حذف عبارة " إذا اعترف المدين به " دفعاً للشبهات , وعلى أن يثبت في المحضر أن مجرد الاعتراف لا يصلح أن يكون وحده سبباً كافياً لتحويل الالتزام من طبيعي إلى مدني . وبذلك أصبح نص المادة على الوجه الذي استقر عليه في التقنين الجديد ، وأصبح رقمها ٢٠٢ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٢ – ص ٥٠٥) .

ويقابل النصان في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ٢٠٢ — ٢٠٣ ، وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٢٠٤ — ٢٠٥ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٤ و ٦ و ٨ [٢] . ولا مقابل لهما في التقنين المدني العراقي .

٣٩٩ — المبدأ العام : قدمنا أن الالتزام إذا كان طبيعياً لم يجبر المدين على تنفيذه ، لانتفاء عنصر المسئولية من الالتزام . ولكن لما كان عنصر المديونية موجوداً كما قدمنا ، فكل عمل اختياري يقوم به المدين ، قاصداً به الوفاء في الحال أو في المستقبل بالالتزام الطبيعي ، يكون عملا معتبراً ولا يجوز الرجوع فيه .

ويترتب على هذا المبدأ العام ما يأتي :

(أولا) الوفاء الاختياري بالالتزام الطبيعي يجوز ، ويعتبر وفاء لا يجوز استرداده ، لا تبرعاً يجوز الرجوع فيه , وهذا هو الوفاء بالالتزام الطبيعي في الحال .

(ثانياً) الالتزام الطبيعي يصلح سبباً لإنشاء التزام مدني . وهذا هو الوفاء بالالتزام الطبيعي في الاستقبال ، عن طريق تحويله إلى التزام مدني .

---

(١) م ٢٠٨/١٤٧ من التقنين المدني السابق : " إنما من أعطى باختياره شيئاً لآخر ، وفاء لدين يعتقد ملزوميته به ولو لم يوجبه القانون ، لا يكون له استرداده " . وهذا النص يتفق في الحكم مع نص التقنين الجديد . ولم يستحدث هذا التقنين حكماً جديداً في موضوع الالتزام الطبيعي ، ولكنه جعل النصوص أكثر جلاء ووضوحاً مما كانت عليه في التقنين السابق .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٠٢ — ٢٠٣ : (مطابقتان للمادتين ٢٠١ — ٢٠٢ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٢٠٤ — ٢٠٥ : (مطابقتان للمادتين ٢٠١ — ٢٠٢ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٤ : إن ما يفعله المرء عن علم لتنفيذ موجب طبيعي لا يصح استرداده ولا يعد تبرعاً ، بل يكون له شأن الإيفاء — م ٦ : الاعتراف بموجب طبيعي ، ولو صريحاً ، لا يكون من شأنه أن يحوله إلى موجب مدني . ومثل هذا التحويل لا يمكن أن ينشأ إلا عن تجديد (novation) التعاقد — م ٨ : إن العهود المقطوعة لضمان تنفيذ موجب طبيعي (les engagements pris pour assurer l'exécution d'une obligation naturelle) تخضع من حيث الشكل والأساس لأحكام العقود ذات العوض . (وهذه النصوص لا تختلف في جملة أحكامها عن نظائرها في التقنين المصري : أنظر الدكتور صبحي المحمصاني في أحكام الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٧٦ — إلا أن التصوير الفني في التقنين اللبناني لتحويل الالتزام الطبيعي إلى التزام مدني هو طريق التجديد (novation) ، وهذا التصوير هو الذي كان سائداً ، ثم عدل عنه إلى التصوير الذي أخذ به التقنين المصري الجديد وهو جعل الالتزام الطبيعي سبباً لإنشاء التزام مدني . ثم إن التقنين المدني اللبناني في المادة ٨ منه أكد فكرة أن الوفاء بالالتزام الطبيعي أو الاعتراف به بمقتضى عهد مقطوع لضمان تنفيذه لا يعد تبرعاً ، ومن ثم لا يخضع ، من حيث الشكل والموضوع لأحكام التبرعات ، بل يخضع لأحكام المعاوضات) .

(ثالثاً) لا يجوز أن يقاس الالتزام الطبيعي بدين آخر ، لأن المقاصة ضرب من الوفاء الجبري ، فإذا أجزنا المقاصة في الالتزام الطبيعي كان هذا إجباراً للمدين على الوفاء بطريق غير مباشر .

(رابعاً) كذلك لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعي ، وإلا كان في هذا تنفيذ جبري للالتزام الطبيعي عن طريق تنفيذه على الكفيل [1] .

ونفصل الآن ما أجملناه :

٤٠٠ – الوفاء الاختياري بالالتزام الطبيعي جائز : يشترط في الوفاء بالالتزام الطبيعي ، كما قدمنا ، أن يكون الوفاء عن بينة واختيار ، فلا يجوز إجبار المدين على الوفاء ولو عن طريق القضاء . والوفاء يكون عن بينة إذا لم يشبه غلط أو تدليس ، وعن اختيار إذا لم يشبه إكراه . فإذا اعتقد المدين خطأ ، وهو يؤدى التزاماً طبيعياً ، أنه مجبر على الوفاء لأن التزامه مدني ، أو ظن أن الالتزام الطبيعي يجوز الجبر على تنفيذه ، سواء كان خطأه هذا نتيجة غلط وقع فيه أو تدليس جاز عليه ، كان له أن يسترد ما وفاه بدعوى استرداد غير المستحق . كذلك إذا أكره المدين في الالتزام الطبيعي على الوفاء به ، جاز له الاسترداد [2] .

---

(١) وقد قدمنا عند الكلام في الدفع بعدم تنفيذ العقد أنه لا يجوز للمدين أن يدفع بعدم تنفيذ التزام طبيعي ليمتنع عن تنفيذ التزام مدني ، وإلا كان في هذا تنفيذ جبري للالتزام الطبيعي بطريق غير مباشر (الوسيط جزء أول فقرة ٤٠٥) . وسنرى أن هذا يصدق أيضاً في الحق للحبس الذي يعتبر الدفع بعدم تنفيذ العقد صورة من صوره (بودري وبارد ٢ فقرة ١٦٨٢ – عكس ذلك هيك ٧ فقرة ١٦٩ ص ٢٣٦ – ص ٢٣٧ ، وقد تأثر هيك بالقانون الروماني ، ولكنه غفل عن أن هذا القانون كان يجيز أيضاً المقاصة فلا تعارض فيه ، أما القانون الحديث فلا يجيز المقاصة لأنها وفاء إجباري ، ووجب أيضاً لنفس السبب ألا يجيز الحبس) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " ويشترط لصحة هذا الوفاء أن يقوم به المدين من تلقاء نفسه دون إجبار ، وأن يكون حاصلا عن بينة منه أي وهو يدرك أنه يستجيب لمقتضى التزام طبيعي لا يكفل له القانون جزاء " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٠) . وقد كان هذا هو أيضاً حكم التقنين المدني السابق : (استئناف مختلط ١٥ أبريل سنة ١٨٨٠ بوريللي م ٢٠٨ رقم ١ – ٢ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٤٦ – ١٠ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٥٢ – استئناف مصر ٢٨ مارس سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٤١٢ ص ٨٩٨ – دي هلتس (Exécution - paiement) فقرة ١٥٧ .

وكان القانون الروماني لا يجيز استرداد ما دفع وفاء لالتزام طبيعي حتى لو كان المدين اعتقد وقت الوفاء أن التزامه مدني . وفي هذا الحكم – وغيره من الأحكام كما سنرى – يبين أن القانون الروماني كان يرتب على الالتزام الطبيعي آثاراً أبعد مدى مما يرتب القانون الحديث . وسار القانون الإيطالي وكذلك المشروع الفرنسي الإيطالي (م ٦٦) على هذا النهج ، فاكتفيا بأن يكون الدفع تلقائياً (spontané)، فيجوز =

ولا يكفى أن يكون الوفاء عن بينة واختيار ، بل يجب أيضاً أن يكون المدين قاصداً أن يوفى التزاماً طبيعياً (م ٢٠١ مدني) . وقد قدمنا ، عند الكلام في قيام الالتزام الطبيعي ، أن هذا الالتزام يجب أن يرتفع في وعي الجماعة إلى هذه المنزلة . وهنا ، ونحن نتكلم في تنفيذ الالتزام الطبيعي ، يشترط أن يقع في وعي المدين بالذات أنه ينفذ التزاماً طبيعياً . وهذا هو الذي يجمع في الالتزام الطبيعي بين وعي الجماعية ومعياره موضوعي ، وبين وعي المدين بالذات ومعياره ذاتي : الأول مطلوب لقيام الالتزام الطبيعي ، والثاني مطلوب لتنفيذه [1] .

فإذا نفذ المدين الالتزام الطبيعي عن بينة واختيار قاصداً أن يوفى بالتزام طبيعي ، كان هذا التنفيذ وفاء (paiement) لا تبرعاً (libralité) كما سبق القول [2] . ويترتب على ذلك النتائج الآتية :

(١) لا يشترط في الوفاء بالالتزام الطبيعي شكل خاص ، كما يشترط ذلك عادة في الهبات [3] .

(٢) لا يجوز للمدين ، كما قدمنا ، أن يسترد ما وفاه . ولو كان الوفاء هبة لجاز الاسترداد حيث يجوز الرجوع في الهبة . ولما كان الوفاء بالالتزام الطبيعي لا يقلبه إلى التزام مدني ، فإنه يترتب على ذلك أن المدين إذا وفى بالتزامه الطبيعي وفاء جزئياً لم يستطع أن

= الاسترداد إذا كان الوفاء نتيجة تدليس أو إكراه لأن الوفاء لا يكون في هاتين الحالتين تلقائياً ، ولا يجوز الاسترداد إذا كان الوفاء نتيجة غلط لأن الغلط لا يمنع من تلقائية الوفاء (كولان وكابيتان ودوراندير ٢ فقرة ٤٦٨ ص ٣٤٢ – وفي هذا المعنى الأستاذ عبد السلام ذهني فقرة ٣٧٩) .

ولكن الرأي الراجح في الفقه – وهو الرأي الذي سار عليه التقنين المصري – هو أن يكون وفاء الالتزام الطبيعي عن بينة واختيار ، فلا يشوبه غلط أو تدليس أو إكراه . ويبسط الأستاذان بودري وبارد هذا الرأي في العبارات الآتية : " وعلى ذلك لا يكفي في عدم جواز الاسترداد أن يكون الوفاء قد تم عن اختيار (librement) بل ولا أن يكون قد تم تلقائياً (spontanément) ، وإنما يستوجب القانون أن يكون الوفاء قد تم عن علم (sciemment) ، أي عن بينة من الأمر " (بودري وبارد ٢ فقرة ١٦٧٤) .

Ainsi, pour que le paiement échappe à la répétition, il ne suffit pas qu'il ait eu lieu librement, ni même spontanément, la loi veut qu'il ait été fait sciemment, c'est à dire en connaissance de cause.

هذا ويخضع الوفاء بالالتزام الطبيعي في إثباته للقواعد العامة في الإثبات (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٩٣ ص ٢٣٢ – ص ٢٣٣) .

(١) الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٥٩ ص ٢٣٠ – ص ٢٣١ .

(٢) ونرى من ذلك أن الالتزام الطبيعي إنما يتأكد وجوده وقت انقضائه (أنظر في هذا المعنى جوسران ٢ فقرة ٧١٩) .

(٣) وقد نص تقنين الموجبات والعقود اللبناني (م ٨) على ذلك صراحة كما سبق القول .

يسترد الجزء الذي وفاه ، ولكن لا يستطيع الدائن أن يجبره على الوفاء بالباقي [1] . ويترتب على ذلك أيضاً أن ما دفعه المدين وفاء لالتزامه الطبيعي لو استحق للغير لا يضمنه المدين .

(٣) لا يشترط في الوفاء بالتزام طبيعي أهلية التبرع . ولو كان الوفاء هبة لاشترطت هذه الأهلية .

(٤) إذا وفى المريض مرض الموت بالتزام طبيعي ، لم يعتبر هذا الوفاء مقصوداً به التبرع في حكم المادة ٩١٦ من التقنين المدني ، فلا تسرى عليه أحكام الوصية . إلا أنه يلاحظ أن هناك قرينة قانونية تقضى بأن كل تصرف صدر في مرض الموت يعتبر صادراً على سبيل التبرع (م ٩١٦ فقرة ٣) ، ومن ثم يفرض في هذا الوفاء أنه تبرع حتى يثبت الدائن أنه وفاء لا التزام طبيعي .

(٥) أما فيما بين المدين الذي وفى بالالتزام الطبيعي ودائنيه بدين مدني ، فقد ذهب كثير إلى أن الوفاء بالالتزام الطبيعي يبقى وفاء لا تبرعاً ، فلو طعن دائن في هذا الوفاء بالدعوى البوليصية كان عليه أن يثبت غش المدين الذي وفى بالالتزام الطبيعي وغش الدائن الذي استوفى هذا الالتزام ، كما هو الشأن في الدعوى البوليصية بالنسبة إلى المعاوضات [2]. وقد كنا ممن يذهب إلى هذا الرأي في عهد التقنين السابق [3] . ولكن التقنين الجديد ، وقد عد الوفاء بدين مدني مؤجل في حكم التبرع بالنسبة إلى الدعوى البوليصية (أنظر المادة ٢٤٢ فقرة ثانية) ، لا شك في أنه يجعل من باب أولى هذا الحكم للوفاء بالتزام طبيعي . فالمدين المعسر ، إذا وفى بالتزام طبيعي كان في استطاعته ألا يوفى به يجعل لدائنيه وجهاً للاعتراض على هذا التصرف ، ويكون من حقهم أن يعتبروا هذا الوفاء تبرعاً لا معاوضة ، فيكون غير نافذ بالنسبة إليهم حتى لو كان كل من المدين الذي وفى بالالتزام الطبيعي والدائن الذي تلقى هذا الوفاء حسن النية [4] . ويغلب أن يتحقق ذلك عملا في تجهيز الأب المعسر لابنته ،

---

(١) هيك ٨ فقرة ٥ — دمولو ٧ فقرة ٤٩ — أوبري ورور ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١٥ — بودري وبارد ٢ فقرة ١٦٧٤ مكررة — بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٩٢ ص ٣٢٩ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٨٩ ص ٥٠٣ هامش رقم ١ .

(٢) أنظر في هذا المعنى بيرو ص ١٠٧ ، الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت في نظرية الالتزام فقرة ٦٦٦ ص ٤٩٩ — المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٢ ص ٥٠١ .

(٣) أنظر الموجز فقرة ٤٦٢ ص ٤٦٨ هامش رقم ٢ .

(٤) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٩٢ ص ٣٢٨ — ص ٣٢٩ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٩٢ — كولان وكابيتان وموراندير ٢ فقرة ٤٦٨ ص ٣٤٣ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٦١ .

فإن التجهيز التزام طبيعي إذا وفى به المدين المعسر جاز لدائنيه الطعن بالدعوى البوليصية في هذا الوفاء باعتباره تبرعاً لا معاوضة [1] .

٤٠١ – الالتزام الطبيعي يصلح سبباً لإنشاء التزام مدني : وكما يجوز الوفاء الاختياري بالالتزام الطبيعي ، يجوز كذلك الوعد بالوفـاء به (promesse d'exécution) ، مادام هذا الوعد قد صدر عن بينة واختيار . فإذا كان المدين في التزام طبيعي ، بدلا من أن يفي بهذا الالتزام وفاء فعلياً ، وعد أن يفي به ، فإن هذا الوعد يصبح ملزماً له [2] . ويكون الالتزام في هذه الحالة التزاماً مدنياً يجبر المدين على الوفاء به. فكأن المدين قد وفى الالتزام الطبيعي بالتزام مدني [3] .

ويجب أيضاً – كما في الوفاء الاختياري – أن يكون المدين قد قصد أن يلتزم بالوفاء التزاماً مدنياً [4] ، فلا يكفي مجرد الاعتراف بوجود التزام طبيعي في ذمته [1] . ذلك أن

---

(١) وقد أوردت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي هذه النتائج ، التي تترتب على أن الوفاء بالالتزام الطبيعي إنما هو وفاء لا تبرع ، على الوجه الآتي : " فإذا تحقق هذا الشرط (حصول الوفاء عن بينة واختيار) كان لأداء المدين حكم الوفاء لا حكم التبرع . ويتفرع على ذلك نتائج أربع : أولها امتناع المطالبة برد ما دفع ، فهو لم يؤد وفاء لدين غير مستحق أو تبرعاً يجوز الرجوع فيه ، وإنما أدى وفاء لما هو واجب دون أن تحدو نية للتبرع عليه . والثانية عدم اشتراط شكل خاص للوفاء بالالتزام الطبيعي ، على خلاف التبرعات فيغلب فيها اشتراط ذلك . والثالثة الاكتفاء في تنفيذ الالتزام الطبيعي بأهلية الوفاء بوجه عام ، دون اشتراط أهلية التبرع . والرابعة اعتبار أداء المدين وفاء لا تبرعاً ، وبوجه خاص فيما يتعلق بتطبيق أحكام الدعوى البوليصية (وقد خالفنا هذا الرأي فيما قدمناه) وتصرفات المريض مرض الموت " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٠ – ص ٥٠١) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن من عاشر امرأة معاشرة الأزواج التزم التزاماً طبيعياً بالنفقة عليها هي وولدها منه ، وينقلب هذا الالتزام الطبيعي إلى التزام مدني إذا هو أرسل إليها النفقة مرات عدة وتعهد تعهداً صريحاً في مكاتباته بالاستمرار على ذلك (استئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٧٩) . وكذلك يتحول الالتزام الطبيعي إلى التزام مدني إذا كان المخدوم قد تعهد خادمه القديم بعد أصبح عاجزاً بالعون والمساعدة ، ثم تعهد بعد ذلك بأن يدفع له مبلغاً معيناً (استئناف مختلط ١٧ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٨) . أنظر أيضاً : استئناف مختلط ١٧ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٦٢ – ٢٦ مايو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٣٧ – ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١١٧ – ٢٠ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٣٤ .

(٣) قارن بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٩٣ ص ٢٣١ .

(٤) استئناف مختلط ٢٥ يونية سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٩٨ – ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١١١ – أنظر أيضاً في الالتزام نحو أشخاص يعتبرهم الملتزم أبناءه الطبيعيين : استئناف مختلط ١٠ مارس سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٩١ ، وفي التزام رب العمل نحو عامل مدة تجنيده : استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٣٧ – لكن لا يعتد بالتزام الشخص نحو بنت زوجته إذا كان قد آواها في منزله ، ثم خرجت إلى كنف أحد أقاربها، فلا يعتبر ملتزما بالنفقة عليها (استئناف مختلط ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٧٥). وإذا صرفت شركة لأرملة موظف قديم ، مات ضحية حادث من حوادث العمل ، ولأولاده القصر نفقة =

اعتراف المدين بوجود التزام طبيعي لا يدل ضرورة على قصد الوفاء به ، ذلك القصد الذي رأيناه في الوفاء الاختياري — كما هو هنا في الوعد بالوفاء — يجمع إلى وعي الجماعة بالالتزام الطبيعي وعي المدين ذاته بهذا الالتزام . وقد قدمنا أن وعي الجماعة ضروري في قيام الالتزام الطبيعي ، ووعي المدين بالذات ضروري في تنفيذه . ووجوب أن يقصد المدين الوفاء بالالتزام الطبيعي مسألة من مسائل القانون تخضع لرقابة محكمة النقض ، أما استخلاص هذا القصد من وقائع الدعوى فمسألة واقع لا تخضع لهذه الرقابة [٢] . وعلى ذلك إذا عقد المفلس صلحاً (concordat) مع دائنيه ، ووفاهم جزءاً من الديون ، ووعدهم في الوقت ذاته بوفاء الباقي إذا إنصلحت حالته (s'il revient à meilleure fortune) ، ترك لقاضي الموضوع أن يستخلص نية المدين من وقائع الدعوى : هل قصد المدين بهذا الوعد أن يلتزم مدنياً بوفاء الباقي من ديونه فيكون هناك التزام مدني في ذمته معلق على شرط واقف هو إنصلاح حاله ويكون الصلح ذاته معلقاً أيضاً على شرط فاسخ هو الوفاء بهذا الالتزام المدني، أم قصد مجرد الاعتراف بوجود التزام طبيعي في ذمته هو الوفاء بباقي ديونه متى تمكن من ذلك وفي هذه الحالة لا يجبر على الوفاء ويبقى الصلح قائماً حتى لو لم يوف بالباقي من ديونه مع قدرته على الوفاء [٣] ؟ فإذا قام شك على قصد المدين بالوعد أن يلتزم مدنياً أم قصد مجرد الاعتراف بوجود التزام طبيعي ، فالشك يفسر في مصلحته ، ويكون قد قصد مجرد الاعتراف بوجود التزام طبيعي [٤] .

= شهرية مدة طويلة ، لم يتحول هذا الالتزام الطبيعي إلى التزام مدني (استئناف مختلط ١٩ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٩١) .

(١) ومن أجل ذلك حذفت لجنة مجلس الشيوخ عبارة " إذا اعترف المدين به " التي كانت واردة في المشروع النهائي للتقنين الجديد حتى لا يكون مجرد الاعتراف بالالتزام الطبيعي كافيا لتحويله إلى التزام مدني (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٢ ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك عند إيراد تاريخ نص المادة ٢٠٢ : أنظر فقرة ٣٩٨ في الهامش) .

(٢) الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٥٩ ص ٢٣٠ — ص ٢٣١ .

(٣) قارن استئناف مختلط ١٢ يونية سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٣٠٨ — وقد يستخلص المدين من عبارة التعهد (دي پاج ٣ ص ٦٣) ، ومن تفسير نية الدائنين أنفسهم وهل كانوا لا يعقدون الصلح لولا هذا التعهد فيكون التزاماً مدنياً (استئناف مختلط ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٣٩ — ومع ذلك أنظر في أن التعهد يبقى التزاماً طبيعياً إذا أكره المفلس وقت الصلح على أن يوقع كمبيالة لصالح دائن ليحمله على إقرار الصلح : محكمة إسكندرية الوطنية ١٩ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٣٣ ص ٢٤٨) .

(٤) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٩٣ ص ٢٣١ — ص ٢٣٢ — بودري وبارد ٢ فقرة ١٦٧٣ مكررة — كولان وكاپيتان وموراندير ٢ فقرة ٤٦٩ — تالير موجز القانون التجاري طبعة ثامنة فقرة ٢٠٩٧ .

وقد اختلف الرأي في التكييف القانوني للوعد بالوفاء . ذهب رأي قديم إلى أن هذا الوعد يعتبر تجديداً (novation) للالتزام الطبيعي . فيكون المدين والدائن قد اتفقا على استبدال دين مدين بالدين الطبيعي ، فيصبح الالتزام الطبيعي التزاماً مدنياً عن طريق التجديد بتغيير الدين (novation par changement de dette) [1] وعيب هذا الرأي أنه يتعارض مع قواعد التجديد المعروفة ، إذ التجديد يفترض تعديلا في الالتزام الأصلي ، إما بتغيير محل الدين أو بتغيير سببه أو بتغيير أوصافه أو بتغيير الدائن أو بتغيير المدين . والوعد بوفاء التزام طبيعي لا يتضمن تغييراً في شيء من ذلك ، بل هو يقلب الالتزام ذاته — محلا وسببا وأوصافا وأطرافا — من التزام طبيعي إلى التزام مدني . ومن ثم اختار التقنين المدني الجديد الرأي الحديث في الفقه ، واعتبر الوعد بوفاء التزام طبيعي إنشاء لالتزام مدني سببه هو الالتزام الطبيعي ذاته . وبذلك يكون من آثار الالتزام الطبيعي أنه يصلح سبباً (cause) لإنشاء التزام مدني [2] . فإذا وعد المدين في التزام طبيعي دائنه بوفاء الالتزام ، كان هذا الوعد ملزماً للمدين [3] ، وأجبر هذا على تنفيذ التزامه إذ يصبح التزاماً مدنياً توافرت فيه كل أركانه من رضاء ومحل وسبب .

---

(١) أنظر في جواز أن يكون الالتزام الطبيعي محلا للتجديد : أوبري ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١٤ — بودري وبارد ٢ — فقرة ١٦٧٨ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٨٩ ص ٥٠٢ — ص ٥٠٣ —جوسران ٢ فقرة ٩١٦ — والتون ١ ص ٣٦ — ص ٣٨ — وأنظر أيضاً في هذا المعنى : استئناف مصر ٢٨ مارس سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٤١٢ ص ٨٩٨ — استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٦٧ — ٢٢ يناير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٥١ . ومن ثم نرى أن القضاء المصري ، في عهد التقنين السابق ، كان يسير على هذا الرأي . وأنظر أيضاً المادة ٦ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني ، وهي تصرح بأن تحويل الالتزام الطبيعي إلى التزام مدني لا يمكن أن ينشأ إلا عن تجديد التعاقد .

(٢) كولان وكابيتان وموراندير ٢ فقرة ٤٦٩ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٩٣ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣٣٧ — دي باج ٣ فقرة ٦٣ — وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " وقد انقسم الفقه بشأن ماهية هذا الاعتراف ، فلم يكن بد من أن يقطع المشروع برأي في هذا الخلاف . والحق أن الاعتراف لا ينطوي على تجديد ينقلب من جرائه الالتزام الطبيعي التزاما مدنياً ، بل هو إنشاء لالتزام مدني يقوم الالتزام الطبيعي منه مقام السبب " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٣) .

(٣) والرأي الراجح في الفقه أن هذا الوعد يتم بإرادة المدين منفردة دون حاجة إلى قبول الدائن ، ومن ثم يجوز لدائن هذا الدائن أن يوقعوا حجزاً تحت يد المدين بمجرد أن يصدر منه الوعد دون انتظار لقبول الدائن (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٩٤ — دي باج ٣ فقرة ٤٣) .

ولما كان الوعد بوفاء التزام طبيعي ، كالوفاء الاختياري بهذا الالتزام ، لا يعتبر تبرعاً، فهو لا يخضع لأحكام التبرع ، بل لأحكام المعاوضات ، من حيث الشكل ومن حيث الموضوع ، شأنه في ذلك شأن الوفاء الاختياري فيما قدمناه [1] .

٤٠٢ – لا يقاص التزام طبيعي في التزام مدني : تقتصر آثار الالتزام الطبيعي على جواز الوفاء الاختياري به وعلى جواز الوعد بالوفاء ، وذلك على النحو الذي قدمناه . ففي هاتين الصورتين لم يجبر المدين على الوفاء بالالتزام الطبيعي ، بل أداه مختاراً وهو على بينة من أمره .

أما إجبار المدين على الوفاء فلا يجوز في الالتزام الطبيعي ، ولو كان ذلك بطريق غير مباشر . ولما كانت المقاصة القانونية تتضمن وفاء إجبارياً للدين ، لأن المدين يجد نفسه بمقتضى هذه المقاصة قد أدى ما عليه من الدين بما ثبت له من حق في ذمة دائنه دون أن يكون مختاراً في ذلك ، فإن المدين في التزام طبيعي إذا كان له في الوقت ذاته حق مدني في ذمة دائنه ، فحقه هذا لا ينقضي بالمقاصة القانونية في مقابلة التزامه الطبيعي ، وإلا كان في هذا إجبار له على الوفاء بالتزامه الطبيعي ، وهذا لا يجوز [2] .

على أن قواعد المقاصة القانونية ذاتها تقضي بذلك ، فمن شروطها أن يتساوى الدينان المتقاصان قوة وضعفاً ، فلا يقاص التزام طبيعي في التزام مدني [3] . ولكن يجوز بداهة أن يتمسك الدائن ، إذا كان الحق الذي له حقاً مدنياً ، بالمقاصة بين حقه هذا والتزام طبيعي في ذمته لمدينه ، إذ هو في هذه الصورة إنما يوفى بالتزامه الطبيعي اختياراً لا إجباراً [4].

---

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٢ ص ٥٠٣ – الموجز للمؤلف فقرة ٤٦٢ – ومن ثم لا يشترط شكل خاص في الوعد بالوفاء كما مشترط ذلك في الهبة . كذلك لا تطلب أهلية التبرع ، ويكتفي بأهلية التصرف (بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٨٩ ص ٥٠٢ هامش رقم ٣) . ويجبر المدين قضاء ، بعد صدور الوعد بالوفاء ، على تنفيذ هذا الوعد , وإذا صدر الوعد في مرض الموت لا يعتبر تبرعاً إذا أثبت الدائن أنه وعد قصد به الوفاء بالتزام طبيعي . أما بالنسبة إلى الدعوى البوليصية ، فيعتبر الوعد بالوفاء تبرعاً ، شأنه في ذلك شأن الوفاء الاختياري .

(٢) وقد كان القانون الروماني يجيز المقاصة ما بين التزام طبيعي والتزام مدني . وهنا أيضاً نرى هذا القانون يتوسع في آثار الالتزام الطبيعي ، كما فعل عندما منع استرداد الوفاء بالتزام طبيعي ولو كان الوفاء عن غلط.

(٣) أما المقاصة القضائية – وهي وفاء اختياري – فتجوز بين التزام طبيعي والتزام مدني (بودري وبارد ٢ فقرة ١٦٨١ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٩٧) .

(٤) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٢ ص ٥٠٢ هامش رقم ١ – وهل تجوز المقاصة القانونية بين التزامين طبيعيين ؟ لا نرى جواز ذلك ، لأن المقاصة القانونية لا تزال تتضمن هنا وفاء إجبارياً ، وقد يكون أحد المدينين أو كلاهما لا يريد الوفاء مختاراً بالتزامه الطبيعي للآخر . ويترتب على ذلك النتيجتان الآتيتان : (أولا) إذا لم يوف أي من المدينين بالتزامه الطبيعي مختاراً لم يجبر =

وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد يتضمن نصاً صريحاً في عدم جواز مقاصة الالتزام الطبيعي بالتزام مدني . فكانت الفقرة الأولى من المادة ٢٧٨ من هذا المشروع تنص على أنه " لا يقاص التزام طبيعي في التزام مدني [١] " . وقد حذفت هذه الفقرة في لجنة المراجعة " لإمكان استخلاص حكمها من النصوص الواردة في المقاصة [٢] " .

٤٠٣ – لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعي : كذلك لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعي إذا كان يقصد بالكفالة أن يترتب في ذمة الكفيل التزام مدني يضمن الدين الطبيعي المكفول [٣] . ذلك أن الكفالة على هذا النحو تفتح سبيلا لإجبار المدين على الوفاء بالتزامه الطبيعي عن طريق غير مباشر ، إذ يجبر الدائن الكفيل على الوفاء ، ثم يرجع الكفيل على المدين الأصلي ، فيكون المدين بالتزام طبيعي قد أجبر في النهاية عن طريق غير مباشر على الوفاء بالتزامه ، وهذا لا يجوز [٤] .

= على ذلك ، ولا يختلف هذا الوضع عن الوضع الذي تقع فيه المقاصة إلا في أن حالة المقاصة تسقط الدينين أما في الوضع الأول فيبقى الدينان قائمين وإن كان لا يجبر أحد من المدينين على الوفاء به . (ثانياً) إذا وفى أحد المدينين للآخر بالتزامه الطبيعي مختاراً ولم يرد الآخر أن يوفى هو أيضاً بالتزامه الطبيعي نحو الأول ، لم يستطع الأول أن يسترد ما وفاه بدعوى أنه وفى بالتزام طبيعي سقط بالمقاصة .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " لا يجوز أن يقاص التزام طبيعي في التزام مدني ، لأن المقاصة ضرب من ضروب الوفاء القهري . بيد أن للدائن أن يتمسك بوقوع المقاصة بين دينه المدني ودين طبيعي يلزمه أداؤه ، إذ القصاص في هذه الصورة يكون بمنزلة الوفاء اختياراً " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٢ هامش رقم ١) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٢ هامش رقم ١ .

(٣) وكما لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعي كفالة شخصية ، كذلك لا تجوز كفالة هذا الالتزام كفالة عينية ، ولا يجوز ترتيب رهن رسمي أو رهن حيازي لضمانه ، وذلك لنفس الأسباب التي لا تجوز من أجلها الكفالة الشخصية (هيك ٧ فقرة ٢٣٦ – بودري وبارد ٢ فقرة ١٦٧٧ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٩٦ الموجز للمؤلف ص ٤٦٩ هامش رقم ١ – قارن جيللوار في الكفالة فقرة ٥٤ – بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٨٩ ص ٥٠٣ – ص ٥٠٤) .

(٤) لوران ١٧ فقرة ٢٨ – أوبري ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١٥ – جوسران ٢ فقرة ٧١٥ – قارن بودري وبارد ٢ فقرة ١٦٧٦ – بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٨٩ ص ٥٠٣ – ص ٥٠٤ ، وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بجواز كفالة الالتزام الطبيعي كفالة يترتب بموجبها في ذمة الكفيل التزام مدني (استئناف مختلط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٤٢) .

وقد كان القانون الروماني ، هنا أيضاً ، يجيز كفالة الالتزام الطبيعي بالتزام مدني . وهذا وجه ثالث لتوسع القانون الروماني في آثار الالتزام الطبيعي ، وقد رأينا الوجهين الأولين في منع الاسترداد ولو كان الوفاء عن غلط وفي مقاصة الالتزام الطبيعي بالتزام مدني .

أما الشبهة التي تقوم في شأن كفالة ناقص الأهلية فمنعدمة . ذلك أن المادة ٧٧٧ من التقنين المدني نصت على أن " من كفل التزام ناقص الأهلية ، وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية ، كان ملزما بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول " . فهذا النص قد أجاز أن يلتزم شخص بتنفيذ التزام ناقص الأهلية إذا تمسك هذا بنقص أهليته . وليست هذه كفالة تبعية بالمعنى المألوف ، بل هي التزام أصلي أخذه على نفسه من تسمى بالكفيل ، وعلقه على شرط واقف هو أن يتمسك ناقص الأهلية بنقص أهليته ليتخلص من تنفيذ التزامه [1] .

على أنه يجوز أن يكفل الكفيل التزاماً طبيعياً وتكون كفالته تبعية لا التزاماً أصلياً ، ولكن التزام الكفيل في هذه الحالة يكون هو أيضاً التزاماً طبيعياً كالالتزام المكفول ، إذ لا يجوز أن تكون الكفالة بشروط أشد من شروط الدين المكفول (م ٧٨٠ مدني) . ويتحقق هذا الفرض فيما إذا كفل الكفيل ناقص الأهلية دون أن يكون عالماً بنقص أهليته ، فعند ذلك يجوز للكفيل أن يتمسك بالدفوع التي يتمسك بها المدين الأصلي (م ٧٨٢ فقرة أولى مدني) ، ومنها الدفع بنقص الأهلية [2] ، فينقلب كل من التزام المكفول ناقص الأهلية والتزام الكفيل التزاماً طبيعياً . ولا يجبر أحد منهما على الوفاء بالتزامه ، لكن إذا وفاه مختاراً لم يجز له استرداده . فإن كان الذي وفى التزامه مختاراً هو المكفول ناقص الأهلية فقد قضى التزامه والتزام الكفيل معاً ، لأن التزام الكفيل الطبيعي تبع لالتزام المكفول . وإن كان الذي وفى التزامه مختاراً هو الكفيل ، فقد قضى التزامه هو ولا يستطيع أن يسترده ، كما لا يستطيع الرجوع على المكفول ناقص الأهلية بما وفى ، لأن التزام المكفول التزام طبيعي كما قدمنا لا يجبر على وفائه ولو بطريق غير مباشر [3] .

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٩٥ في الهامش .

(٢) وقد قضت الفقرة الثانية من المادة ٧٨٢ من التقنين المدني بأنه " إذا كان الوجه الذي يحتج به المدين هو نقص أهليته ، وكان الكفيل عالماً بذلك وقت التعاقد ، فليس له أن يحتج بهذا الوجه " . ويستخلص ، بطريق العكس ، من هذا النص أن الكفيل إذا لم يكن عالماً بنقص أهلية المدين وقت التعاقد كان له أن يحتج بهذا الوجه . أما إذا كان عالماً بنقص الأهلية — وهذا هو الفرض الذي ورد فيه النص — فإنه يكون عندئذ قد كفل التزام ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته (م ٧٧٧ مدني) ، ويكون التزامه التزاماً أصلياً على النحو الذي قدمناه (قارب بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣٣٩ — كولان وكابيتان وموراندير ٢ فقرة ٤٧٠ — وقارن أوبري ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١٥ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٩٥) .

(٣) أما إذا انقلب الالتزام الطبيعي التزاماً مدنياً عن طريق الوعد بالوفاء به على النحو الذي قدمناه ، فإنه تجوز كفالته بالتزام مدني ، شأنه في ذلك شأن أي التزام مدني آخر (قارب بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٩٥ ص ٣٣٥) — ويعد وعداً ضمنياً بوفاء التزام طبيعي أن يقدم المدين بهذا الالتزام كفالة شخصية أو رهناً أو كفالة عينية (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٩٥ وفقرة ٩٩٦ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٦٠ ص ٢٣٢ — وقارب بودري وبارد ٢ فقرة ١٦٧٥) .

وقد كان المشروع التمهيدي يتضمن نصاً صريحاً في عدم جواز كفالة الالتزام الطبيعي ، هو الفقرة الثانية من المادة ٢٧٨ من هذا المشـــروع ، إذ كانت تنـــص على أنه " لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعي كفالة شخصية أو عينية مادام التزاماً طبيعياً " [١] . وقد حذفت هذه الفقرة في لجنة المراجعة " لإمكان استخلاص حكمها من النصوص الواردة في الكفالة " [٢] .

§ (٢) – الالتزام المدني
(Obligation civile)

٤٠٤ – التنفيذ جبراً على المدين : بعد أن فرغنا من الكلام في الالتزام الطبيعي ، لم يعد أمامنا إلا أن نواجه الالتزام المدني ، وهذه هي الصورة المألوفة للالتزام . وإذا ذكرنا منذ الآن الالتزام دون تحديد ، فإننا لا نقصد به الالتزام المدني .

ولا يمكن حصر حالات الالتزام ، وإنما يحصر الالتزام بمصادره ، فهي العقد والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون ، وقد تقدم بيانها تفصيلا في الجزء الأول من هذا الكتاب .

والذي يميز الالتزام المدني عن الالتزام الطبيعي هو ، كما قدمنا، أن الالتزام المدني ينفذ جبراً على المدين (م ١٩٩ فقرة أولى مدني) . ذلك أن هذا الالتزام يجتمع فيه ، كما سبق

---

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " وكذلك لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعي كفالة عينية أو شخصية – أنظر عكس ذلك المادة ٥٥٢ من التقنين الأرجنتيني – ما بقي في نطاق الواجبات الأدبية . ذلك أن الكفالة التزام تابع فلا يجوز ، والحال هذه ، أن تكون أفعل أثراً من الالتزام الأصيل . ولا وجه للقياس في هذا الشأن على كفالة التزام ناقص الأهلية ، فهذه الكفالة يكون لها حكم الصحة باعتبارها التزاماً أصيلا لا تابعاً . وصفوة القول إن كفالة الالتزام الطبيعي لا تصح إلا إذا اعترف به وألحق تفريعاً على ذلك بالالتزامات المدنية (م ٢٧٧ من المشروع) . ومما هو جدير بالذكر أن القانون الروماني يجيز كفالة الالتزام الطبيعي كما يجيز القصاص فيه ، على خلاف ما هو متبع في القانون الحديث " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٢ هامش رقم ١) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٢ هامش رقم ١ – هذا ولا يجوز نقل التزام طبيعي من ذمة إلى ذمة ، ولا ينتقل الالتزام الطبيعي من ذمة المورث إلى ذمة الوارث حتى في القانون الفرنسي الذي تنتقل فيه الديون بالميراث . وعند القائلين بأن الهبة الباطلة لعيب في الشكل يتخلف عنها التزام طبيعي في ذمة ورثة الواهب ، يكون هذا الالتزام الطبيعي أصيلا في ذمة الورثة فهو قد نشأ ابتداء في ذمتهم و لم ينتقل إليهم من المورث . أنظر في ذلك : بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣٤٠ – وقارن : جوسران ٢ فقرة ٧١٦ .

القول ، عنصرا المديونية والمسئولية ، فالمديونية تجيز الوفاء به كما في الالتزام الطبيعي ، والمسئولية تجبر على الوفاء به خلافاً للالتزام الطبيعي .

وقد رأينا فيما تقدم أن تنفيذ الالتزام إما أن يكون تنفيذاً عينياً ، وإما أن يكون تنفيذاً بمقابل عن طريق التعويض . ورأينا أن القاعدة الجوهرية في هذا الموضوع أن أموال المدين جميعاً تكفل تنفيذ التزاماته .

فنعالج إذن – استعراضاً لآثار الالتزام – هذه الموضوعات الثلاثة في أبواب ثلاثة :

الباب الأول : التنفيذ العيني .

الباب الثاني : التنفيذ بطريق التعويض .

الباب الثالث : القاعدة التي تقضي بأن أموال المدين تكفل تنفيذ التزاماته ، وما يكفل حقوق الدائنين من وسائل تنفيذ ووسائل ضمان .

الباب الأول

التنفيذ العيني

(Execution en nature - Exécution directe)

٤٠٥ – متى يكون التنفيذ العيني وكيف يكون : نبدأ ببيان متى يكون التنفيذ العيني للالتزام ، ثم نذكر كيف يكون هذا التنفيذ .

الفصل الأول
متى يكون التنفيذ العيني

٤٠٦ – النصوص القانونية: تنص المادة ٢٠٣ من التقنين المدني على ما يأتي:

" ١ – يجبر المدين ، بعد أعذاره طبقاً للمادتين ٢١٩ و ٢٢٠ على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً ، متى كان ذلك ممكناً " .

" ٢ – على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين ، جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي ، إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيما [١] " .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق . ولكن حكم الفقرة الأولى كان معمولا به دون نص، أما حكم الفقرة الثانية فمستحدث وهو منقول عن التقنين الألماني [٢].

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٧٩ من المشروع التمهيدي على الوجه الذي استقر عليه في التقنين الجديد ، فيما عدا بعض تحويرات لفظية طفيفة أزالتها لجنة المراجعة ، وأصبح رقم النص المادة ٢٠٩ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ ذكر أن الفقرة الثانية تتضمن فكرة جديدة هي استثناء من القاعدة العامة في وجوب الوفاء من طريق التنفيذ العيني . وهذا الاستثناء يعرض عند إقامة المالك بناء خلافاً لما يفرضه على التزام سابق أو ارتفاق بعدم البناء ، وهذا أمر كثير الوقوع في مصر . فمن واجب القاضي في هذا المقام عند المطالبة بالتنفيذ العيني أن يوازن بين مصالح ذوي الشأن ، وأن يتفادى تحميل المدين تضحيات جساما درءاً لضرر طفيف . وذكر أيضاً إن إدارة القضايا في كثير من مخالفات التنظيم كانت تطبق هذا الحكم ، وتقضي بعدم تنفيذ حكم المخالفة للمصلحة العامة ، ولا يفهم من هذا أن النص يجيز للقاضي الجنائي الحكم بالغرامة دون الإزالة لأن الإزالة عقوبة ، فنطاق تطبيق النص هو المعاملات المدنية . وقد أزال هذا القول الشبهة التي قامت من أن القاضي الجنائي قد يحكم بالغرامة دون الإزالة بسبب المصلحة العامة . واقترح أن يوصف الإرهاق المذكور في الفقرة الثانية ، فأجيب بأن المراد بالإرهاق العنت الشديد ولا لزوم للوصف لأن الأمر متروك لتقدير القاضي . ثم أعيد الاعتراض على الفقرة الثانية ، فأجيب بأن حكمها مأخوذ مما استقر عليه القضاء فإنه بالرغم من عدم وجود هذا النص قد أخذ به وسار عليه وفي سبيل ذلك خرج على نصوص التشريع ، فالمشروع لم يأت بجديد بل قنن ما سار عليه القضاء . وانتهت اللجنة بالموافقة على المادة وأصبح رقمها ٢٠٣ . ووافق مجلس الشيوخ عليها كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٩ – ص ٥١٣) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " الأصل أن للدائن المطالبة بتنفيذ الالتزام عيناً وللمدين عرض القيام بذلك ما بقي هذا التنفيذ ممكناً . ولم يستثن المشروع من هذه القاعدة إلا حالة واحدة ، استمد حكمها من التقنين الألماني ، فإذا لم يكن التنفيذ العيني ميسوراً إلا ببذل نفقات لا تتناسب مع ما ينجم من ضرر من جراء التخلف عن الوفاء عيناً ، اقتصر حق الدائن استثناء على اقتضاء التعويض " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٦) . =

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى ، في التقنين المدني السوري المادة ٢٠٤ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢٤٦ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٠٦ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٤٩ [1] .

٤٠٧ – شروط أربعة : ويستخلص من النص المتقدم أن هناك شروطاً أربعة لاقتضاء التنفيذ العيني :

(أولا) أن يكون التنفيذ العيني ممكناً .

(ثانياً) أن يطلبه الدائن أو يتقدم به المدين .

(ثالثاً) ألا يكون فيه إرهاق للمدين، أو يكون فيه إرهاق ولكن العدول عنه يلحق بالدائن ضرراً جسيماً .

(رابعاً) أن يعذر المدين .

٤٠٨ – الشرط الأول – أن يكون التنفيذ العيني ممكناً : فإذا أصبح هذا التنفيذ مستحيلا، سواء رجعت الاستحالة إلى سبب أجنبي أو كانت بخطأ المدين، لم تعد هناك جدوى من المطالبة بالتنفيذ العيني ، ورجع الدائن بالتعويض إذا كانت الاستحالة بخطأ المدين ، أن انقضى الالتزام دون تعويض إذا رجعت الاستحالة إلى سبب أجنبي . مثل ذلك هلاك الشيء محل الالتزام ، أو صيرورة العمل الذي التزم به المدين مستحيلا .

= على أن هذا النص المستحدث ليس في الواقع إلا تقنيناً لما جرى عليه القضاء المصري ، كما سبق القول . ولذلك يكون له ، باعتباره نصاً مفسراً ، أثر رجعي ، فيسرى على الحوادث التي تمت قبل نفاذ التقنين المدني الجديد .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٠٤ : (مطابقة لنص المادة ٢٠٣ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٢٤٦ : (مطابقة لنص المادة ٢٠٣ من التقنين المدني المصري ، فيما عدا أنها لا تنص على الأعذار) .

التقنين المدني الليبي م ٢٠٦ : (مطابقة لنص المادة ٢٠٣ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٤٩ : يجب على قدر المستطاع أن توفى الموجبات عيناً ، إذ أن للدائن حقا مكتسبا في استيفاء موضوع الموجب بالذات . (والحكم يتفق مع حكم التقنين المصري ؛ حتى فيما يتعلق بجواز التعويض إذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين مادام نص التقنين اللبناني يتضمن عبارة " على قدر المستطاع " ، ويمكن تفسيرها في شيء من التوسع ، ومع ذلك قارن الدكتور صبحي المحمصاني في آثار الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٣ – ص ٤) .

ويعتبر التنفيذ العيني غير ممكن إذا كان إجراؤه يقتضي تدخل المدين الشخصي ويأبى المدين أن يقوم بتنفيذ التزامه ، ويتحقق ذلك على وجه خاص في عمل الرسام والممثل والفنان بوجه عام وفي كل عمل فني كعمل الطبيب وعمل المهندس . فإذا لم يلجأ القاضي إلى طريق التهديد المالي ، أو لجأ إليه ولم ينتج ، لم يبق إلا اعتبار التنفيذ العيني غير ممكن ، ولا مناص إذن من مجاوزته والالتجاء إلى طريق التعويض .

أما في الالتزام بنقل حق عيني (م ٢٠٤ مدني) ، وفي الالتزام بعمل تسمح طبيعته أن يقوم حكم القاضي فيه مقام التنفيذ كتنفيذ وعد بالبيع (م ٢١٠ مدني) ، فالتنفيذ العيني ممكن بحكم القانون أو بحكم القاضي [1] . وفي الالتزام بالامتناع عن عمل ، إذا أخل به المدين وأقدم على العمل ، أصبح التنفيذ العيني مستحيلا ، ولكن التعويض العيني — بإزالة ما وقع مخالفاً للالتزام (م ٢١٢ مدني) — قد يكون ممكناً ، وقد يضاف إليه تعويض نقدي عن الضرر الذي حدث بفعل المدين .

فإمكان التنفيذ العيني يرجع إذن إلى طبيعة الالتزام ومداه والوسائل المادية اللازمة لهذا التنفيذ [1] .

وكثيراً ما ترجع الاستحالة إلى ميعاد تنفيذ الالتزام . ذلك أن الالتزام قد لا يكون في تنفيذه جدوى إذا جاوز التنفيذ ميعاداً معيناً ، كممثل تخلف عن التمثيل في الميعاد المحدد ، وكإدارة معرض لم تقدم لأحد العارضين مكاناً للعرض التزمت بتقديمه حتى انقضت أيام العرض . فإذا فات الميعاد الذي يجرى فيه تنفيذ الالتزام ، أصبح التنفيذ العيني غير ممكن حكماً ، ولا مناص إذن من الاقتصار على طلب التعويض . وفي غير الحالة المتقدمة ، قد لا يحدد ميعاد للتنفيذ ، فيستطيع الدائن حينئذ أن يحدد للمدين ميعاداً مناسباً وينذره في الوقت ذاته أن لن يقبل الوفاء إذا جاوز هذا الميعاد ، فيمتنع التنفيذ العيني بعد هذا الميعاد إلا إذا أثبت المدين ألا ضرر منه على الدائن [2] .

---

(1) الغرض من دعوى صحة التعاقد هو إجبار البائع على تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع تنفيذاً عينياً ، فإذا كان هذا التنفيذ قد أصبح غير ممكن لوروده على شيء غير قابل للتعامل فيه ، فإن طلب صحة ونفاذ عقد البيع يكون متعين الرفض .
(جلسة ١٩٦٨/٢/٢١ مجموعة المكتب الفني السنة ١٩ ص ١٣٩٨) .

(١) بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٤٤١ .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " بقي بعد ذلك تحديد فكرة إمكان التنفيذ ، فمتى يسوغ القول بأن تنفيذ الالتزام عيناً يدخل في حدود الإمكان ، ولا سيما فيما يتعلق بميعاد التنفيذ ؟ إذا لم يحدد ميعاد للتنفيذ جاز الوفاء عيناً مادامت الظروف تسمح به ، دون أن يخل ذلك بداهة بحق الدائن فيما يجب له من تعويض عن التأخير . وبهيئ التقنين الألماني للدائن وسيلة لقطع الشك =

٤٠٩ – الشرط الثاني – أن يطلب الدائن التنفيذ العيني أو يتقدم به

المدين : إذا طلب الدائن التنفيذ العيني ، وكان ممكنا ، فليس للمدين أن يمتنع عن ذلك مقتصراً على التقدم بتعويض ، بل يجبر على التنفيذ العيني أي على أداء عين ما التزم به (in specie, ad rem ipsam) [1] . وكذلك إذا تقدم المدين بالتنفيذ العيني – ويكون في هذه الحالة ممكناً بطبيعة الحال – فليس للدائن أن يرفضه ويطلب التعويض مكانه [1] ، بل تبرأ ذمة المدين بالتنفيذ العيني الكامل ، رضي به الدائن أو أباه [2] .

= باليقين في مثل هذه الحالة . فيبيح له أن يحدد للمدين ميعاداً مناسباً للوفاء عيناً ، وأن يشفع هذا التحديد بإبلاغه أنه لن يقبل منه وفاءه بعد انقضاء هذا الميعاد (أنظر المادة ٢٥٠ من التقنين الألماني) . وليس ثمة ما يمنع القضاء من العمل بهذا الحكم دون حاجة إلى الاستناد إلى نص تشريعي خاص . أما إذا حدد ميعاد للتنفيذ فالمفروض أن الوفاء العيني يمتنع بعد انقضاء هذا الميعاد ، إلا أن يقيم ذو الشأن الدليل على عكس ذلك " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٠) .

(١) استئناف مختلط ١٥ نوفمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ١٠ – ٢٦ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٢٩ – ١٧ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٦٣ – ٥ يونية سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٥٨ .

(1) مؤدى النص في المادتين ٢٠٣ و ٢١٥ من القانون المدني – وعلى ما يبين من المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد – أن الأصل هو تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً ولا يُصار إلى عوض أي التنفيذ بطريق التعويض إلا إذا استحال التنفيذ العيني ، فإذا لجأ الدائن إلى طلب التعويض وعرض المدين القيام بتنفيذ التزامه عينا – متى كان ذلك ممكناً – فلا يجوز للدائن أن يرفض هذا العرض لأن التعويض ليس التزاماً تخييريا أو التزاماً بدلياً بجانب التنفيذ العيني .

(جلسة ١٩٧٩/٦/٢٠ الطعن رقم ٣٦٤ لسنة ٤٦ ق س ٣٠ ص ٧٠٣) .

(جلسة ١٩٨١/٦/٤ الطعن رقم ١٧٠٠ لسنة ٥٠ ق س ٣٢ ص ١٧٢١) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم المطعون فيه قد قرر "أن من حق المستأنفة استرداد منقولاتها، فلها أن تستردها وأن تطالب بقيمتها إذا لم توجد ، ولكنها لم تفعل هذا ، بل طلبت من أول الأمر الحكم لها بقيمتها دون أن تثبت ضياعها أو تعذر الحصول عليها ، مع أنه كان ينبغي أن تطلب الحكم لها بتسليمها إليها عيناً ، فإذا تعذر ذلك حق لها المطالبة بقيمتها . وهذا لا يمنعها من المطالبة من جديد بهذه المنقولات عيناً إذا شاءت " ، فإن هذا الذي قرره الحكم لا عيب فيه ، ذلك بأن ما جاء بصحيفة دعوى الطاعنة من تكليفها المطعون عليه بتسليمها هذه المنقولات لا يعدو أن يكون إنذاراً منها له بذلك لم يقترن بطلب الحكم بتسليمها عيناً (نقض مدني ١٢ يونية سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٨٧ ص ١١٨٧) .

وكالتنفيذ العيني التعويض العيني ، وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن التعويض العيني عن الفعل الضار هو الأصل ، ولا يصار إلى عوضه أي التعويض النقدي إلا إذا استحال التعويض عيناً . فإذا رفع المضرور دعواه مطالباً بتعويض نقدي ، وعرض عليه المدعى عليه التعويض عيناً – كرد الشيء المغتصب – وجب قبول ما عرضه ، بل لا تكون المحكمة متجاوزة سلطتها إذا هي أعملت موجب هذا العرض ولو لم يطلب المدعي ذلك أو أصر على ما يطلبه من تعويض نقدي . وعلى ذلك فإذا استولت جهة الإدارة على عقار دون اتخاذ إجراءات نزع الملكية ، فقاضاها المالك مطالباً بقيمة العقار ، وأبدت الإدارة أثناء سير الدعوى استعدادها أن ترد الأرض المغتصبة ، وقضت المحكمة للمدعي بقيمة الأرض دون أن تعتبر باستعداد المدعى عليه للرد ودون أن تنفي استحالة الرد أو جدية الاستعداد له ، فإن حكمها يكون قد خالف القانون (نقض مدني ١٦ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٢ ص ٦٨٢) .

فإذا لم يطلب الدائن التنفيذ العيني — حتى إذا كان ممكناً — واقتصر على طلب التعويض ، ولم يعرض المدين من جهته أن يقوم بتنفيذ التزامه عيناً ، فإنه يستعاض عن التنفيذ العيني بالتعويض . ويقوم هذا على أساس اتفاق ضمني بين الدائن والمدين ، فما دام الدائن لم يطلب التنفيذ العيني وطلب التعويض فكأنه ارتضى هذا مكان ذلك ، ومادام المدين لم يعرض التنفيذ العيني فكأنه قبل أن يدفع التعويض مكانه ، فيقع الاتفاق بين الجانبين على التعويض عوضاً عن التنفيذ العيني [1] .

ونرى من ذلك أن التعويض ليس التزاماً تخييرياً أو التزاماً بدلياً بجانب التنفيذ العيني. فليس للالتزام إلا محل واحد ، هو عين ما التزم به المدين أي التنفيذ العيني . ولا يملك الدائن وحده أو المدين وحده أن يختار التعويض دون التنفيذ العيني [1] . فالتعويض إذن ليس بالتزام تخييري . ولا يملك المدين وحده أن يتقدم بالتعويض بدلا من التنفيذ العيني ، فالتعويض إذن ليس بالتزام بدلي [2] . ولكن يجوز أن يستبدل بالتنفيذ العيني التعويض النقدي ، لا بإرادة

---

(١) هذا وإذا طلب الدائن التعويض ، فله قبل الحكم أن يعدل عنه إلى طلب التنفيذ العيني إذا كان هذا التنفيذ ممكناً ، وكذلك إذا طلب التنفيذ العيني ، فالمقرر أنه طلب ضمناً التعويض إذا تعذر التنفيذ العيني، فإذا قضى له في هذه الحالة بالتعويض فلا يعد هذا قضاء بما لم يطلبه الخصم (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٣ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٤٣٩ ص ٣١٩) .

(1) أ — النص في المادة ١/٢٠٣ من القانون المدني على أن " يجبر المدين بعد أعذاره على تنفيذ التزامه عينا متى كان ذلك ممكنا ... " وفي المادة ٢١٥ منه على أنه " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه " يدل على أن الأصل هو تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكنا ولا يُصار إلى التنفيذ بطريق التعويض إلا إذا استحال التنفيذ العيني لخطأ المدين أو كان هذا التنفيذ مرهقا له دون أن يكون العدول عنه ضارا بالدائن ضرراً جسيماً ، فإذا لجأ الدائن إلى طلب التعويض وعرض المدين القيام بتنفيذ التزامه عيناً — وكان ذلك ممكنا وجادا — انتفى منذ هذا التاريخ موجب التعويض عن عدم التنفيذ سواء قبل الدائن قبل التنفيذ أو لم يقبله وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر في قضائه . إذ البين من الأوراق أن الجهتين المطعون ضدهما عرضتا بمذكرتها المقدمة أن تقوما بتنفيذ التزامهما عينا وهو ما لا يعد طلبا جديداً في الاستئناف وقد خلت الأوراق مما يدل على عدم جدية هذا العرض ، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أن التنفيذ العيني ممكن وهو ما لا يتغير أثره برفض الطاعن هذا التنفيذ .

(جلسة ١٩٩٠/١/٢٣ الطعن رقم ١٧٨٠ لسنة ٥٣ ق) .

(جلسة ١٩٨٧/١٢/٢٠ الطعن رقم ٢٦٠ لسنة ٥٣ ق) .

(جلسة ١٩٨٧/٢/١٧ الطعن رقم ٧٢١ لسنة ٥٣ ق) .

(جلسة ١٩٥٢/٦/١٢ الطعن رقم ١٠٢ لسنة ١٩ ق مجموعة الربع قرن جـ ١ ص ٢٥٩ قاعدة ٢) .

ب — تنفيذ الالتزام إما أن يكون عيناً فيقوم المدين بأداء دين ما التزم به أو تنفيذه عن طريق التعويض ، والتعويض قد يكون نقديا أو عينيا بإزالة المخالفة التي وقعت إخلالا بالالتزام .

(جلسة ١٩٧٧/٥/١٠ الطعن رقم ٧٣٤ لسنة ٤٢ ق س ٢٨ ص ١١٥٨) .

(٢) وقد رأينا أن العربون التزام بدلي ، أما الشرط الجزائي — وهو تعويض قدره الطرفان — فليس بالتزام بدلي ولا التزام تخييري ، شأنه في ذلك شأن التعويض (الوسيط جزء أول فقرة ١٤٢ ص ٢٦٤ هامش رقم ١) .

الدائن وحده ، ولا بإرادة المدين وحده ، ولكن باتفاقهما معاً إذا بقي التنفيذ العيني ممكناً ، أو بحكم القانون إذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلا بخطأ المدين . وفي هاتين الحالتين لا يكون التعويض النقدي إلا بديلا عن التنفيذ العيني ، فالالتزام هو هو لم يتغير ، وإنما استبدل بمحله محل آخر باتفاق الطرفين أو بحكم القانون [1] . أما إذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلا بغير خطأ المدين ، فقد انقضى الالتزام، لأن محله أصبح مستحيلا باستحالة التنفيذ العيني ، ولأنه لا محل للتعويض النقدي لانتفاء المسئولية .

٤١٠ — الشرط الثالث — ألا يكون في التنفيذ العيني إرهاق للمدين ، أو يكون فيه إرهاق ولكن العدول عنه يلحق بالدائن ضرراً جسيماً : وقد يكون التنفيذ العيني ممكناً ، ومع ذلك يعدل عن المدين بإرادته وحده ، ويقتصر على دفع تعويض نقدي ، على أن يتوافر لذلك شرطان :

---

(١) ويترتب على ذلك أن الضمانات التي تكفل الالتزام في تنفيذه العيني تبقى تكفل التعويض النقدي عندما يحل محل التنفيذ العيني (بودري وبارد ١ فقرة ٤٤١ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ٨٢١ ص ١٤٧ وفقرة ٨٧٣ — دي باج ٣ فقرة ٩٨ — الدكتور حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٣١ — وقارن مازو في المسئولية ١ فقرة ١٠٠ . وأنظر الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٥٩ ص ٧٩ هامش رقم ١) .

وقد جاء في الموجز للمؤلف في هذا المعنى ما يأتي : " إن محل الالتزام هو التنفيذ العيني لا التعويض . وهو ما يجب أن يطالب به الدائن بصفة أصلية . وهو ما يجب أيضاً أن يعرض المدين على الدائن إذا أراد براءة ذمته من الدين . فما دام التنفيذ العيني ممكناً فإن التعويض لا يكون التزاماً تخييرياً ولا التزاماً بدلياً — فإذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلا ، وأصبح المدين مسئولا عن التعويض ، فليس معنى ذلك أن الالتزام بالتنفيذ العيني قد انقضى وحل محله التزام جديد بالتعويض . بل إن التزام المدين واحد لم يتغير ، والذي تغير هو محل الالتزام ، فبعد أن كان تنفيذاً عينياً أصبح تعويضاً ، فتبقى الضمانات التي كانت تكفل التنفيذ العيني كافلة للتعويض (الموجز فقرة ٤٤٢ ص ٤٣٩) .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " إذا كان تنفيذ الالتزام يدخل في حدود الإمكان ، فمن حق الدائن أن يستأديه ، ومن حق المدين أن يعرض القيام به . وليس يجوز العدول عن هذا التنفيذ إلى طريق التعويض إلا بتراضي المتعاقدين . ذلك أن التعويض لا يترل من التنفيذ العيني منزلة التزام تخييري أو التزام بدلي . فهو ليس موكولا للتخيير ، لأن رخصة العدول عن الوفاء عيناً إلى الوفاء بمقابل غير ثابتة لأي من المتعاقدين ، سواء في ذلك الدائن أو المدين . فمن واجب الأول أن يعرض الوفاء عيناً ، ومن واجب الثاني قبول هذا الوفاء . وهو ليس بالبديل ، لأن المدين لا يملك عرض العوض النقدي ما بقي الوفاء العيني ممكناً " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٠) .

(أولا) أن يكون في التنفيذ العيني إرهاق للمدين . والإرهاق ينطوي على معنى العنت الشديد [1] ، ولا يكفي فيه مجرد العسر والكلفة والضيق ، بل يجب أن يكون التنفيذ العيني من شأنه أن يلحق بالمدين خسارة جسيمة فادحة، ويترك التقدير في ذلك للقاضي [1]. وشرط الإرهاق هذا تطبيق من تطبيقات نظرية الضرورة ، وقد رأينا تطبيقات مماثلة في عقود الإذعان وفي الظروف الطارئة وفي مواطن أخرى كثيرة [2] .

(ثانياً) ألا يلحق الدائن من جراء العـــدول عن التنفيذ العيني إلى التعويض ضرر جسيم . فلا يكفي إذن أن يكون في التنفيذ العيني إرهاق للمدين ، بل يجب أيضاً ألا يصاب الدائن بضرر جسيم من جراء عدم التنفيذ العيني والاقتصار على التعويض . والتوازن هنا مطلوب بين المصالح المتعارضة ، مصالح المدين ومصالح الدائن [2] ، فإذا أمكن تفادى إرهاق

---

(1) الأصل تنفيذ الالتزام عينياً فيقوم المدين بأداء عين ما التزم به وإذا كان التنفيذ مرهقا له — دون أن يكون العدول عنه ضاراً بالدائن ضرراً جسيماً — حل محله التنفيذ بطريق التعويض عما لحق الدائن من ضرر بسبب عدم تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً ، ومن ثم لا يكون له الجمع بين التنفيذ العيني والتنفيذ بطريق التعويض ، إلا أنه إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه عينا ، فإن ذلك الأصل لا يخل بداهة بحق الدائن فيما يجب له من تعويض عما يلحقه من أضرار بسبب هذا التأخير — فضلا عن التنفيذ العيني — إذ لا يكون عندئذ قد جمع بين تنفيذ الالتزام عينا وتنفيذه بطريق التعويض عن فترة التأخير ، لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر ، فقضي برفض طلب التعويض عن الأضرار التي لحقت الطاعن من جراء التأخير في التنفيذ العيني تأسيساً على مجرد القول سبق حصوله على قضاء نهائي بهذا التنفيذ ، فإنه يكون قد خالف القانون .
(جلسة ١٩٨٩/٣/٦ الطعن رقم ٣٠٩٢ لسنة ٥٧ ق) .
(جلسة ١٩٨٨/١/٥ الطعن رقم ١٣٩٩ لسنة ٥٤ ق) .

(١) وقد رأينا في تاريخ نص المادة ٢٠٣ (أنظر آنفاً فقرة ٤٠٦ في الهامش) ، وفي المناقشات التي دارت في لجنة مجلس الشيوخ ، أن " المراد بالإرهاق العنت الشديد ، ولا لزوم للوصف لأن الأمر متروك للقاضي " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٢) .

(٢) وفي فرنسا يذهب القضاء إلى جواز الحكم بالتعويض حتى لو كان التنفيذ العيني ممكناً ، إذا تبين من الظروف أن التنفيذ العيني يكون مرهقا للمدين أو للغير وأن الدائن ينال ترضية كافية بالتعويض (نقض فرنسي ٢٥ يوليو سنة ١٩٢٢ سيريه ٢٣ — ١ — ١١١ — أنظر في هذا المعنى بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٣ — وقارن بودري وبارد ١ فقرة ٤٣٨) .

ويمكن إرجاع ذلك إلى نظرية التعسف في استعمال الحق ، فمن حق الدائن أن يطالب بالتنفيذ العيني مادام ممكناً ، ولكنه يكون متعسفاً في هذا الطلب ، فلا يجاب إليه ، إذا تبين من الظروف أن التنفيذ العيني مرهق للمدين أو للغير دون أن تكون هناك فائدة منه تعود على الدائن (الموجز ص ٤٣٩ هامش رقم ١) .

(2) التنفيذ العيني للالتزام هو الأصل والعدول عنه إلى التعويض النقدي هو رخصة لقاضي الموضوع الأخذ بها كلما رأي في التنفيذ العيني إرهاقاً للمدين وعلى ألا يلحق ذلك بالدائن ضرراً جسيماً ، ومتى كانت محكمة الموضوع قد رأت أن قيمة الإصلاحات التي أجراها الطاعن " المستأجر " إذ أنها توازي أجرة العين المؤجرة لمدة تقرب من ثماني سنوات وانتهت إلى قسمتها بينهما فلا تثريب عليها .

المدين ، ولو بضرر يسير يصيب الدائن ، جاز أن يحل التعويض النقدي محل التنفيذ العيني . أما إذا كان التنفيذ العيني لا يترتب عليه إرهاق شديد للمدين، أو ترتب عليه هذا الإرهاق ولكن العدول عنه إلى التعويض يلحق بالدائن ضرراً جسيماً ، وجب الرجوع إلى الأصل ، وهو وجوب التنفيذ العيني دون التعويض ، وذلك حتى ينال الدائن حقه كاملا ، مادام المدين لا يرهق من جراء ذلك ، أو حتى يندفع عن الدائن الضرر الجسيم الذي يصيبه من جراء عدم التنفيذ العيني . وإذا كان لا بد من إرهاق المدين أو تحميل الدائن ضرراً جسيماً ، فالأولى بالرعاية هو الدائن ، لأنه إنما يطالب بحقه في غير تعسف .

ومن التطبيقات الظاهرة للقاعدة التي نحن بصددها ما ورد في المادة ١٠١٨ من التقنين المدني ، وتنص على ما يأتي : " (١) إذا فرضت قيود معينة تحد من حق مالك العقار في البناء عليه كيف شاء ، كأن يمنع من تجاوز حد معين في الارتفاع بالبناء أو في مساحة رقعته ، فإن هذه القيود تكون حقوق ارتفاق على هذا العقار لفائدة العقارات التي فرضت لمصلحتها هذه القيود، هذا ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بغيره . (٢) وكل مخالفة لهذه القيود تجوز المطالبة بإصلاحها عيناً ، ومع ذلك يجوز الاقتصار على الحكم بالتعويض إذا رأت المحكمة ما يبرر ذلك " . فهنا يقضي النص بالاقتصار على التعويض دون التنفيذ العيني – والتنفيذ العيني هو هدم البناء [1] – إذا رأى القاضي ما يبرر ذلك . والقاضي يرى مبرراً لذلك إذا كان الهدم يرهق المدين في الوقت الذي لا يلحق فيه إبقاء البناء ضرراً جسيماً بالدائن [2] . وقد كان القضاء المصري ، في عند التقنين السابق ، يسير على هذه القاعدة دون نص، لاتفاقها مع قواعد العدالة [1] .

– (جلسة ١٩٨١/١٢/٢ الطعن رقم ١٧٩ لسنة ٤٣ ق س ٣٢ ص ٢٢٠١) .
(جلسة ١٩٨٦/٦/٣ الطعن رقم ٢٠٥ سنة ٥٣ ق) .
(جلسة ١٩٨٦/٦/٥ الطعن رقم ١٣١٣ سنه ٥٤ ق) .

(١) سنرى عند الكلام في الالتزام بالامتناع عن عمل أن تنفيذ هذه الالتزام تنفيذاً عينياً بعد وقوع الإخلال به إنما هو في الحقيقة تعويض عيني لا تنفيذ عيني . ولكن التعويض العيني ، فيما نحن بصدده من قاعدة ، لا يختلف عن التنفيذ العيني .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " وقد استثنى المشروع حالة واحدة من حكم قاعدة عدم جواز العدول إلى طريق التعويض ما بقي التنفيذ العيني ممكناً ، مقتدياً في ذلك بالتقنين الألماني . فأباح للمدين أن يعمد إلى التعويض النقدي إذا كان يصيبه من وراء التنفيذ العيني ضرر فادح لا يتناسب مع ما يحيق بالدائن من جراء التخلف عن الوفاء عينا . وفي هذه الحالة لا يسوغ للدائن أن يطالب بالتنفيذ العيني ، بل يقتصر حقه على المطالبة بأداء التعويض الواجب له . وقد تقدمت الإشارة إلى تطبيق هام من تطبيقات هذا الاستثناء ، يعرض عند إقامة المالك بناء خلافاً لما يفرضه عليه التزام أو ارتفاق بعدم البناء ، وهو أمر كثير الوقوع في مصر . فمن واجب القاضي في هذا المقام أن يوازن بين مصالح –

ويستخلص مما تقدم أن التعويض يحل محل التنفيذ العيني إذا كان هذا مستحيلا ، أو كان ممكناً واتفق الطرفان على التعويض ، أو لم يتفقا وكان التنفيذ العيني مرهقاً للمدين ولا يلحق العدول عنه ضرراً جسيما بالدائن [1] .

= ذوي الشأن وأن يتحامى تحميل المدين تضحيات جساماً درءاً لضرر طفيف " مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٠ – ص ٥١١) .

(١) استئناف مختلط ٣ يونية سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٣١٣ – وقارب : نقض مدني ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٥١ ص ١٣٧ . وقد جاء في مناقشات لجنة الشيوخ – أنظر تاريخ نص المادة ٢٠٣ فقرة ٤٠٦ في الهامش – أن الحكم " مأخوذ مما استقر عليه القضاء ، فإنه بالرغم من عدم وجود هذا النص قد أخذ به وسار عليه ، وفي سبيل ذلك خرج على نصوص التشريع ، فالمشروع لم يأت بجديد ، بل قنن ما سار عليه القضاء (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٢ – ص ٥١٣) .

وأنظر أيضاً نصين تشريعين قريبين لأن يكونا تطبيقاً لنفس المبدأ ، هما المادتان ٩٢٥ و ٩٢٨ . فقد نصت المادة ٩٢٥ على ما يأتي : " ١ – إذا كان من أقام المنشآت المشار إليها في المادة السابقة يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامتها ، فلا يكون لصاحب الأرض أن يطالب الإزالة ، وإنما يخير بين أن يدفع قيمة المواد وأجر العمل أو أن يدفع مبلغاً يساوى ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت ، هذا ما لم يطلب صاحب المنشآت نزعها . ٢ – إلا أنه إذا كانت المنشآت قد بلغت حداً من الجسامة يرهق صاحب الأرض أن يؤدى ما هو مستحق عنها ، كان له أن يطلب تملك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل " . ونصت المادة ٩٢٨ على ما يأتي : " إذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناء قد جار بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة ، جاز للمحكمة إذا رأت محلا لذلك أن تجبر صاحب هذه الأرض على أن ينزل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء وذلك نظير تعويض عادل " .

(1) أ – توافر الإرهاق الذي يهدد بخسارة فادحة أو عدم توافره معيار موضوعي بالنسبة للصفقة المعقودة ذاتها، من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع دون رقابة عليه في ذلك من محكمة النقض مادام استخلاصه سائغا ومستمد من أصله الثابت بالأوراق .

(جلسة ١١٩٨٥/١٢/٢٤ الطعن رقم ٥٨٥ سنة ٥٢ ق) .

ب – لئن كان الأصل أن للدائن المطالبة بتنفيذ التزام مدينه عيناً إلا أنه يرد على هذا الأصل استثناء تقضي به المادة ٢/٢٠٣ من القانون المدني ، أساسه ألا يكون هذا التنفيذ مرهقاً للمدين إذ يجوز في هذه الحالة أن يقتصر على دفع تعويض نقدي إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً ، فإذا كان الحكم قد أقام قضاءه على أن تنفيذه المؤجرة التزامها بتركيب المصعد ليس من شأنه إرهاقها لأنه سوف يعود عليها بالفائدة بإضافته إلى ملكها والانتفاع بأجرته الشهرية المتفق عليها وكان هذا القول من الحكم لا يؤدي إلى إنتفاء الإرهاق عن المؤجرة (الطاعنة) إذ يشترط لذلك ألا يكون من شأن تنفيذ هذا الالتزام على حساب الطاعنة بذل نفقات باهظة لا تتناسب مع ما ينجم من ضرر للمطعون عليه (المستأجر) من جراء التخلف عن تنفيذه، وإذا لم يحدد الحكم نوع المصعد المناسب للمبنى والثمن الذي سيتكلفه وما سيتبع ذلك من تحديد نفقات تركيبه وما إذا كان هذا الثمن يتناسب مع قيمة المبنى ، فقد حجب نفسه عن بحث مدى الإرهاق الذي يصيب الطاعنة بتركيب المصعد لمقارنته بالضرر الذي يلحق المطعون عليه من عدم تركيبه مما يعيب الحكم مخالفة القانون والقصور في التسبيب .

(جلسة ١٩٦٦/٢/١ الطعن رقم ٣٠٧ لسنة ٣١ ق س ١٧ ص ٢٢١) .

٤١١ – الشرط الرابع – إعذار المدين : وإعذار المدين واجب في التنفيذ العيني إذا كان المقصود أن يكون هذا التنفيذ قهرياً بطريق الإجبار [1] (م ٢٠٣ فقرة أولى

---

(1) أ – إعذار المدين هو وضعه قانوناً في حالة المتأخر في تنفيذ التزامه ، والأصل في هذا الإعذار أن يكون بورقة رسمية من أوراق المحضرين يبين الدائن فيها أنه يطلب من المدين تنفيذ الالتزام ، ومن ثم فلا يعد إعذاراً – إعلانه بصحيفة دعوى التعويض لإخلال المدين بتنفيذ التزام من التزاماته إلا إذا اشتملت صحيفتها على تكليفه بالوفاء بهذا الالتزام ، ويقدير اشتمال هذه الصحيفة على هذا التكليف من المسائل الموضوعية التي تخضع لسلطة قاضي الموضوع في أن يأخذ بالتفسير الذي يراه مقصوداً من العبارات الواردة بالصحيفة دون رقابة من محكمة النقض متى أقام قضاءه على أسباب سائغة تكفي لحمله .

(جلسة ١٩٨٩/١/٢٦ الطعن ٥٩٢ لسنة ٥٥ ق) .

(جلسة ١٩٦٦/٤/٢٨ الطعن ٣٠٦ لسنة ٢٣ ق س ١٧ ص ٩٥٥) .

ب – مفاد نص المادتين ٢١٨ و ١/٢٢٠ من القانون المدني أنه ولئن كان التعويض لا يستحق إلا بعد إعذار المدين ما لم ينص على غير ذلك ، إلا أنه لا ضرورة لهذا الإعذار إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين ، لما كان ذلك وكان الثابت من عقد تركيب واستعمال التليفون المبرم بين الطرفين أن الهيئة الطاعنة التزمت بتركيب وصيانة الخط التليفوني ، وكانت طبيعة هذا الالتزام تقتضي أن تتخذ الهيئة الطاعنة ما يلزم من الأعمال الفنية لإصلاح هذا الخط في الوقت المناسب وفور اخطار المشترك بالعطل حتى تمكنه من استعماله بما يحقق له الغرض الذي هدف إليه من التعاقد ، ومن ثم فإن تأخير الهيئة الطاعنة في تحقيق الاتصال التليفوني في الوقت المناسب من شأنه أن يرتب مسئوليتها عن إخلالها بهذا الالتزام ولا يكون إعذارها واجباً بعد فوات هذا الوقت ، إذ لا ضرورة للإعذار لنص المادة ٢٢٠ من القانوني المدني في هذه الحالة ، وكان الحكم المطعون فيه قد استند إلى الثابت من تقرير الخبير أن التليفون تعطل عدة مرات ولفترات طويلة في المدة ..... وحتى ..... بسبب قطع الكابل الأرضي ، وإذ لم تقم الهيئة بإصلاح هذه الأعطال وفات الوقت ووقع الضرر فإنه لا ضرورة للإعذار ، فلا على الحكم المطعون فيه إن التفت عن دفاع الطاعنة بشأن هذا الإعذار ، ولم يرد عليه .

(جلسة ١٩٨٩/١٢/١٢ الطعن رقم ٣٨٨ لسنة ٥٧ ق) .

(جلسة ١٩٦٦/٤/٥ الطعن رقم ٤٣١ لسنة ٣١ ق س ١٧ ص ٧٩٧) .

ج – لئن كانت المادة ١/٢٠٣ من القانون المدني أوجبت حصول الإعذار عند المطالبة بالتنفيذ العيني إلا أن الإعذار ليس شرطاً لقبول الدعوى ، وإنما هو شرط للحكم بالتنفيذ العيني ، والإعذار هو وضع المدين في حالة المتأخر في تنفيذ التزامه ويكون ذلك بإنذاره بورقة رسمية من أوراق المحضرين أو ما يقوم مقامه وتعتبر المطالب القضائية ذاتها إعذاراً .

(جلسة ١٩٩١/٢/٣ الطعن رقم ١٤١٤ لسنة ٥٣ ق) .

(جلسة ١٩٨٩/١/٢٦ الطعن رقم ٥٩٢ لسنة ٥٥ ق) .

د – المادة ٢٢٠ من القانوني المدني لا تتطلب إعذار المدين في حالات معينة منها تصريح المدين كتابة بأنه لا يريد القيام بتنفيذ التزامه .

(جلسة ١٩٩١/٤/١ الطعن رقم ٢٣٢٨ لسنة ٥٧ ق) .

هـ – لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين ما لم ينص على غير ذلك (مادة ٢١٨ مدني) فإذا كان الثابت أن المشترية لم تعذر البائع بالوفاء عند حلول الأجل المحدد لتوريد القطن ، وكان العقد المبرم بين الطرفين قد خلا من النص على الإعفاء من الإعذار وهو إجراء واجب لاستحقاق التعويض المتفق عليه فيه ، فإن المشترية لا تكون على حق في المطالبة بهذا التعويض .

(جلسة ١٩٦٢/٥/٢ مجموعة المكتب الفني السنة ١٣ ص ٥٨٣) .

مدني) . أما إذا كان التنفيذ العيني يتحقق بحكم القانون ، أو قام به المدين مختاراً غير مجبر ، فظاهر أنه لا حاجة إلى الإعذار في هاتين الحالتين .

وأكثر ما يكون الإعذار في المطالبة بالتعويض النقدي . ولكنه يكون أيضاً واجباً حتى لو كان المطلوب هو التنفيذ العيني [1] . فإذا لم يقم الدائن بإعذار المدين قبل مطالبته قضائياً بالتنفيذ العيني ، جاز للمدين ، حتى بعد المطالبة القضائية ، أن يتقدم للدائن بالتنفيذ العيني ، فيخسر الدائن في هذه الحالة مصروفات التقاضي ، ولا يصح كذلك أن يطالب الدائن المدين بتعويض عن تأخره في تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً ، لأنه لم يعذره قبل المطالبة القضائية . على أن المطالبة القضائية ذاتها تعتبر إعذاراً ، فيجب على المدين أن يبادر إلى تنفيذ التزامه بمجرد أن توجه له المطالبة القضائية ، وإلا كان مسئولا عن تأخره .

ولما كان الإعذار إنما يكثر وقوعه عند المطالبة بالتعويض النقدي ، فنرجئ الكلام في كيفيته وفي الآثار التي تترتب عليه إلى المكان الذي نتكلم فيه عن التنفيذ بطريق التعويض .

---

(١) أنظر في ضرورة الإعذار في عهد التقنين المدني السابق : استئناف مختلط ٢٠ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢١١ — ٢٨ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٢٣ — وأنظر في عدم ضرورة الإعذار في ذلك العهد أيضاً : استئناف مختلط ٣٠ يناير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٠١ — ١٩ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٩٧ — ١٢ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٣٠ — ونرى من ذلك أن القضاء كان منقسما في هذه المسألة في عهد التقنين المدني السابق ، أما التقنين المدني الجديد فقد حسم الخلاف بنص صريح إذ أوجب الإعذار عند المطالبة بالتنفيذ العيني (م ٢٠٣ فقرة أولى) ، ومن ثم لا يلتفت إلى ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي مناقضاً لذلك ، فقد جاء في هذه المذكرة ما يأتي : " لا ضرورة للإعذار إذا كان الدائن يطالب بالوفاء عيناً لا بالوفاء بمقابل " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦٠) .

وأنظر في ضرورة الإعذار في جميع الأحوال ، سواء كان الدائن يطالب بالتنفيذ العيني أو بالتعويض عن التأخير أو بالتعويض عن عدم التنفيذ : دي باج ٣ فقرة ٧٣ — فقرة ٧٤ — على أننا سنعود إلى الإعذار عند المطالبة بالتعويض عن عدم التنفيذ ، فإن الرأي منقسم في ضرورة الإعذار في هذا الحالة .

الفصل الثاني

كيف يكون التنفيذ العيني

٤١٢ — مسألتان : نتكلم هنا في مسألتين :

(أولاً) موضوع التنفيذ العيني (المديونية) .

(ثانياً) وسائل التنفيذ العيني (المسئولية) .

الفرع الأول

موضوع التنفيذ العيني

٤١٣ — تقسم الالتزام بالنسبة إلى محله : موضوع التنفيذ العيني هو عين محل الالتزام . وقد رأينا أن الالتزام ينقسم ، بالنسبة إلى محله ، إلى أنواع ثلاثة :

(١) الالتزام بنقل ملكية أو حق عيني آخر .

(٢) الالتزام بعمل .

(٣) الالتزام بالامتناع عن عمل .

المبحث الأول

الالتزام بنقل ملكية أو حق عيني آخر

Obligation de donner

٤١٤ — حالتان : يجب التمييز هنا بين حالتين :

(الحالة الأولى) أن يكون محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم .

(الحالة الثانية) أن يكون محل الالتزام شيئاً لم يعين إلا بنوعه .

المطلب الأول

محل الالتزام شيء معين بالذات بملكية الملتزم

٤١٥ – النصوص القانونية: تنص المادة ٢٠٤ من التقنين المدني على ما يأتي:

" الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل [١] " .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المواد ١٤٥/٩١ و١٤٦/٩٢ و١٧٥/١١٨ [٢] .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٠٥ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢٤٧ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٠٧، ولا مقابل له في تقنين الموجبات والعقود اللبناني [٣] .

٤١٦ – نقل الملكية يسبقه التزام بنقلها – التمييز بين المنقول والعقار : ويتبين من هذا النص أن الالتزام بنقل حق عيني (obligation de donner) –

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٨٠ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢١٠ من المشروع النهائي . ثم وافق مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢٠٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٤ – ص ٥١٦) .

(٢) وهذه هي نصوص التقنين المدني السابق :
م ١٤٥/٩١ : التعهد بإعطاء شيء ينقل ملكيته بمجرد وجود التعهد إذا كان الشيء معيناً ومملوكاً للمتعهد – م ١٤٦/٩٢ : التعهد بإعطاء حق عيني على عقار أو منقول ينقل ذلك الحق بشرط عدم الإخلال بحق الامتياز والرهن العقاري والحبس – م ١٧٥/١١٨ : إذا كان الدين عيناً معينة ، جاز للدائن أن يتحصل على وضع يده عليها متى كانت مملوكة للمدين وقت التعهد أو حدث ملكه لها بعده ولم يكن لأحد حق عيني فيها . (وأحكام التقنين المدني الجديد لا تختلف عن هذه الأحكام) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٠٥ : (مطابقة لنص المادة ٢٠٤ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني العراقي م ٢٤٧ : (مطابقة لنص المادة ٢٠٤ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني الليبي م ٢٠٧ : (مطابقة لنص المادة ٢٠٤ من التقنين المدني المصري) .
تقنين الموجبات والعقود اللبناني : لا مقابل للنص – ولكن أنظر في عقد البيع المواد ٣٩٣ إلى ٣٩٥ – ولا خلاف في الأحكام ما بين هذا التقنين والتقنين المدني المصري .

سواء كان الحق العيني حق ملكية أو أي حق عيني آخر كحق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن — يتم تنفيذه من تلقاء نفسه ، فينتقل الحق العيني إلى الدائن بحكم القانون (de plein droit) ، إذا كان الشيء الذي يقع عليه الالتزم شيئاً معيناً بالذات (corps certain) يملكه المدين .

ويلاحظ أن التقنين الجديد سار على النظرية التقليدية من أن نقل الملكية يسبقه التزام بنقلها ، وهذا الالتزام يتم تنفيذه من تلقاء نفسه فتنتقل الملكية إلى الدائن بحكم القانون ، وينقضي الالتزام بنقل الملكية بمجرد نشوئه . وهذا الوضع بقية تخلفت عن تقاليد القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم ، حيث كانت الملكية لا تنتقل بالعقد [1] .

ويجب في هذا الصدد التمييز بين المنقول والعقار .

٤١٧ — الشيء الذي يقع عليه الالتزام منقول : فإذا كان الشيء الذي يقع عليه الالتزام منقولا وكان عيناً معينة مملوكة للمدين ، كسيارة معينة بالذات أو مجوهرات تم اختيارها بأعيانها ، فإن الالتزام بنقل حق عيني على هذا المنقول يتم تنفيذه بمجرد نشوئه . فإذا باع شخص سيارة معينة بالذات من آخر أو رهنها حيازياً لضمان دين في ذمته ، كان ملتزماً بنقل ملكية السيارة إلى المشترى أو بترتيب حق رهن حيازي عليها لمصلحة الدائن المرتهن ، ومتى نشأ هذا الالتزام في ذمة المدين تم تنفيذه بمجرد نشوئه ، فتنتقل ملكية السيارة فعلا إلى المشترى أو يترتب حق الرهن فعلا لمصلحة الدائن المرتهن ، وذلك دون حاجة إلى أي إجراء آخر من تسليم أو نحوه [1] .

---

(١) ويذهب بنكاز (Bonnecase) إلى أنه لا يوجد اليوم ما يمنع من القول بأن العقد ذاته ينقل الملكية دون افتراض التزام موهوم يسبق نقل الملكية ، وينقضي بمجرد أن ينشأ . ويكفي للوصول إلى هذه النتيجة القول بأن العقد حرك القانون فجعله ينقل الملكية ، وبذلك يكون القانون لا العقد هو الذي رتب الأثر (أنظر : التصرف القانوني والواقعة القانونية دروس لقسم الدكتوراه للمؤلف ص ٧٧) . على أنه في بلد تتبع نظام السجل العقاري (Livre Foncier) يبرز التمييز بين الالتزام بنقل الملكية ونقل الملكية بالفعل : فالعقد لا ينقل الملكية بنفسه بل يقتصر على إنشاء التزام بنقلها ، أما نقل الملكية بالفعل فلا يتم إلا بتسجيل العقد في السجل العقاري . وفي فترة الانتقال التي تجتازها مصر اليوم إلى نظام السجل العقاري يبرز أيضاً هذا الفرق بين الالتزام بنقل الملكية ونقل الملكية بالفعل : فالعقد ينشئ التزاماً بنقل الملكية ، ولا تنتقل الملكية إلا بالتسجيل .

(1) إذا كان البائع قد باع كل القطن الذي في مخزنه والناتج من زراعاته المعينة في العقد ، وقد عاينه المشترى في المخزن المودع به كان التكييف الصحيح لهذا البيع أنه بيع جزافي لا بيع شيء معين بنوعه ومتى كان المبيع جزافاً فإن الملكية فيه تنتقل إلى المشترى بمجرد تمام العقد .
(جلسة ١٩٦٨/٣/٢٨ مجموعة المكتب الفني السنة ١٩ ص ٦٢٢) .
(جلسة ١٩٥١/١٢/٦ الطعن رقم ١٧ لسنة ١٩) .

فلو أن صاحب السيارة باعها من (أ) ، ثم باعها مرة أخرى من (ب) ، و لم يسلمها لأي منهما ، انتقلت الملكية إلى (أ) المشترى الأول دون (ب) المشترى الثاني . فإذا سلمها إلى (أ) ، فإنه يكون قد سلمها إلى مالكها . أما إذا سلمها إلى (ب) ، فإن هذا يصبح مالكاً للسيارة بشرط أن يكون حسن النية، ولكنه لا يملكها بسبب البيع بل بسبب آخر هو الحيازة . وليس يمنع هذا من أن تكون ملكية السيارة قد انتقلت أولا إلى (أ) بحكم البيع ، ثم انتقلت بعد ذلك إلى (ب) بحكم الحيازة . يدل على ذلك أن (ب) يتلقى الملكية في هذه الحالة لا من صاحب السيارة الأصلي الذي تجرد عن الملكية بالبيع الأول ، كما قدمنا ، بل من (أ) المشترى الأول الذي انتقلت إليه الملكية دون أن يتسلم السيارة [1] .

٤١٨ – الشيء الذي يقع عليه الالتزام عقار : أما إذا كان الشيء الذي يقع عليه الالتزام عقاراً معيناً بالذات ومملوكاً للمدين ، كدار أو أرض محددة ، فإن الالتزام بنقل حق عيني على هذا العقار لا يتم تنفيذه بمجرد نشوئه ، بل تجب مراعاة قواعد التسجيل بالنسبة إلى الحقوق العينية الأصلية كالملكية والارتفاق والانتفاع ، وقواعد القيد بالنسبة إلى الحقوق العينية التبعية كالرهن الرسمي والاختصاص ورهن الحيازة . على أن عدم التسجيل لا يمنع من نشوء الالتزام بنقل الملكية أو الحق العيني ، لأن هذا الالتزام إنما ينشأ من العقد والتسجيل إنما ينفذ الالتزام لا ينشئه [2] .

---

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " يتفرع على وجوب التنفيذ العيني وجوباً نافياً للتخيير أن الالتزام بنقل حق عيني يترتب عليه انتقال هذا الحق بحكم القانون ، متى كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات . ومؤدى هذا أن الالتزام بنقل حق عيني ينفذ بمجرد نشوئه ، وأن القانون نفسه هو الذي يتكفل له بترتيب هذا الأثر . ويجرى هذا الحكم فيما يتعلق بالمنقولات ، دون أن يرد على إطلاقه أي تحفظ أو قيد . فإذا صدر التصرف في منقول معين بالذات من مالكه ، انتقل حق المالك فيه إلى المتصرف فور الوقت ، بل ولا تحول دون ذلك قاعدة (إنزال الحيازة في المنقول منزلة السند المثبت للملكية) بالنسبة لأول خلف يدلى إليه المالك بحقه . وقد يقع أن يدخل المنقول في يد خلف ثان حسن النية ، تنتقل إليه الحيازة على أثر تصرف ثان يصدر من المالك نفسه بعد أن زالت عنه الملكية بمقتضى التصرف الأول . وقد تخلص الملكية لهذا الخلف الثاني ، ولكن الملكية لا تؤول إليه بمقتضى التزام بنقل حق عيني ، بل بطريق آخر من طرق كسب الحقوق العينية هو طريق الحيازة . ومن الجائز أن يقال إن ملكية المنقول قد انتقلت أولا إلى الخلف الأول بمقتضى التزام المالك بنقل حق عيني ، ثم آلت منه إلى الخلف الثاني من طريق الحيازة " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٤ – ص ٥١٥) .

(٢) نقض مدني ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٧٣ ص ١٤٣ – ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨٣ ص ١٥٤ – ٥ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩١ ص ١٦٣ – ٤ يونية سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧٤ ص ١١٥٠ .

فإذا باع صاحب الدار داره من آخر ، لم تنتقل ملكية هذه الدار إلى المشترى ، سواء كان ذلك بالنسبة إلى الغير أو فيما بين المتعاقدين ، إلا بتسجيل عقد البيع . وإذا رهنها في دين عليه ، لم ينشأ حق الرهن لمصلحة الدائن ، بالنسبة إلى الغير ، إلا بقيد الرهن . وقبل تسجيل البيع يبقى الالتزام بنقل الملكية ديناً في ذمة البائع ، يتراخى تنفيذه إلى وقت التسجيل. ويكون البائع في الوقت ذاته ملتزماً بأن يقوم بالأعمال اللازمة لتسجيل البيع ، وأخصها التصديق على الإمضاء ، فإذا لم يقم بهذا الالتزام استطاع المشترى أن يحصل على حكم من القاضي بثبوت البيع أو بصحته ، وقام الحكم مقام العقد المصدق عليه [1] ، فإذا سجله المشترى انتقلت إليه الملكية (أنظر م ٢١٠ مدني) . أما الالتزام بإنشاء رهن على العقار فلا يخضع للتسجيل . ومتى تم عقد الرهن ، ونشأ بموجبه التزام الراهن بترتيب حق الرهن على العقار ، فإن هذا الالتزام يتم تنفيذه بمجرد نشوئه وفقاً للقاعدة العامة ، ولكن ذلك يقتصر على العلاقة فيما بين الراهن والمرتهن ، ويكون القيد ضرورياً في سريان الرهن في حق الغير [1] .

---

(1) إذا كان المقصود بدعوى صحة ونفاذ البيع – المعروفة بدعوى صحة التعاقد – هو تنفيذ التزامات البائع التي من شأنها نقل الملكية إلى المشترى تنفيذاً عينياً والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيله العقد في نقل الملكية ، فإن المشترى لا يجاب إلى طلبه إلا إذا كان انتقال الملكية إليه وتسجيل الحكم الذي يصدر له في الدعوى ممكنين .

(جلسة ١٩٦٦/٥/١٩ الطعن رقم ٢٩٠ لسنة ٣٢ ق س ١٧ ص ١١٩٦) .

(جلسة ١٩٨١/٤/١٤ الطعن رقم ١٠ لسنة ٤٦ ق س ٣٢ ص ١١٢٢) .

(جلسة ١٩٨٤/١٢/٢٠ الطعن رقم ١١٢٩ لسنة ٥١ ق س ٣٥ ص ٢١٨٢) .

(جلسة ١٩٨٦/١/١٢ الطعن رقم ١٦٨٤ لسنة ٥١ ق) .

(١) يذهب الأستاذ شفيق شحاته في كتابة " النظرية العامة للتأمين العيني سنة ١٩٥٢ ص ٤١ – ص ٤٣ " إلى : " أن التأمين العيني باعتباره كذلك ليس مصدره العقد ولا أمر القاضي ، ولا يكون مصدره المباشر نص القانون إلا في بعض الأحوال الخاصة . أما المصدر الحقيقي للرهن الرسمي فهو واقعة القيد ، وكذلك الأمر بالنسبة إلى حق الاختصاص والرهن الحيازي العقاري وحقوق الامتياز العقارية الخاصة . والمصدر المباشر لرهن المنقول هو واقعة التسليم ... أما العقد فلا يمكن أن يتولد عنه التأمين العيني بما يستوجبه من حق التقدم وحق التتبع ، ذلك أن العقد يقتصر أثره في الأصل على المتعاقدين ولا يتعداهما، في حين أن التأمين العيني يظهر أثره ابتداء في حق الغير . ولذلك فهو لا ينشأ إلا عن تلك الواقعة القانونية التي جعلها القانون مصدراً للتأمين العيني . وليس صحيحاً ما يقال من أن عقد الرهن ينشئ حق الرهن فيما بين المتعاقدين وأن القيد يجعل هذا الحق نافذاً على الغير . فالواقع أن حق الرهن لا وجود له فيما بين المتعاقدين ولا ينشأ عن عقد الرهن . وهو إذا نشأ كان حتما نافذاً في حق الغير ، وإلا لما كانت هناك فائدة في وجوده . ولذلك نقول إن الرهن مصدره القيد أو التسليم بحسب الأحوال، لا العقد أو الأمر . على أن العقد أو الأمر أو نص القانون يعتبر السبب القانوني للقيد أو للتسليم ، ولا يكون القيد أو التسليم منتجا لأثره إلا أن كان مستنداً إلى عقد صحيح أو أمر صادر من القاضي أو نص وارد في القانون " .

ونلاحظ على القول ما يأتي : =

على أن الحق العيني العقاري – ملكية كان أو حقاً آخر – الذي ينتقل للدائن يكون خاضعا للحقوق العينية العقارية الأخرى التي تكون قد حفظت من قبل بالتسجيل أو بالقيد. فالمشترى للعقار تنتقل إليه ملكيته بتسجيل عقد البيع ؛ ولكنها تنتقل مثقلة بحق رهن قيد أو حق ارتفاق سجل قبل تسجيل عقد البيع [1] . والكلام في أحكام التسجيل والقيد له مكان آخر .

= (أولا) يذهب الأستاذ شفيق شحاته إلى أن الرهن حق عيني – لا كعقد – لا يمكن أن يكون له أثر إلا في حق الغير . وعندنا أن حق الرهن بهذا الوصف ينتج آثاراً فيما بين المتعاقدين الراهن والمرتهن ، تتلخص فيما نصت عليه المادة ١٠٤٧ من التقنين المدني من أنه " يلتزم الراهن بضمان سلامة الرهن . وللدائن المرتهن أن يعترض على كل عمل أو تقصير يكون من شأنه إنقاص ضمانه إنقاصاً كبيراً ، وله في حالة الاستعجال أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية وأن يرجع على الراهن بما ينفق في ذلك " . هذا إلى ما يقيد حق الرهن من سلطة الراهن في إيجار العين المرهونة وفي قبض أجرتها مقدماً (م ١٠٤٥ – ١٠٤٦ مدني) . وكذلك الأمر في رهن الحيازة ، فإن الراهن يضمن سلامة الرهن ونفاذه ، وليس له أن يأتي عملا ينقص من قيمة الشيء المرهون أو يحول دون استعمال الدائن لحقوقه المستمدة من العقد ، وللدائن المرتهن في حالة الاستعجال أن يتخذ على نفقة الراهن كل الوسائل التي تلزم للمحافظة على الشيء المرهون (م ١١٠١ مدني) . بل إن أثر رهن الحيازة – كحق لا عقد – بالنسبة إلى الدائن المرتهن أوسع مدى ، إذ تنص المادة ١١٠٣ من التقنين المدني على أنه " إذا تسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون، فعليه أن يبذل في حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد ، وهو مسئول عن هلاك الشيء أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبي لا يد له فيه " . وليس هذا الالتزام إلا حلقة في سلسلة من الالتزامات يفرضها القانون على الدائن المرتهن في استثمار الشيء المرهون وفي إدارته وفي رده بعد استيفاء الحق المضمون بالرهن (أنظر المواد ١١٠٤ – ١١٠٧ من التقنين المدني) . ولا يجوز القول إن هذه الآثار فيما بين المتعاقدين إنما تترتب على الرهن كعقد لا كحق ، فإن نصوص التقنين المدني صريحة في أن للرهن آثاراً يرتبها تارة فيما بين المتعاقدين وأخرى بالنسبة إلى الغير ، ولفظ " الرهن " مستعمل بمعنى الحق لا بمعنى العقد في الحالتين .

(ثانياً) ومادام أن حق الرهن ينتج آثاراً فيما بين المتعاقدين ، وذلك قبل القيد ، فهذا معناه أن حق الرهن قد نشأ قبل إجراء القيد . فلا يمكن أن يكون القيد هو مصدره ، بل يتعين أن يكون هذا المصدر هو العقد . وإذا كان الإجماع قد انعقد على أن سبب الملكية إنما هو العقد لا التسجيل ، فأولى أن يقال أن الرهن ينشأ عن العقد لا عن القيد ، إذ الرهن يوجد فيما بين المتعاقدين قبل القيد كما قدمنا أما الملكية فلا تنتقل فيما بين المتعاقدين إلا بالتسجيل .

(ثالثاً) أما القول بأن القيد وحده هو الذي ينشئ حق الرهن ، فيستتبع حتما القول بأن التسجيل وحده هو الذي ينقل الملكية . ومن الواضح أن نظام الشهر في مصر – ولم يتم حتى اليوم إدخال السجل العقاري في هذا النظام – لا يسمح بهذا القول . فالملكية عندنا ، إلى أن يدخل نظام السجل العقاري ، تنتقل بالعقد المسجل لا بالتسجيل في ذاته .

(أنظر في ذلك : التصرف القانوني والواقعة القانونية ، دروس في قسم الدكتوراه للمؤلف ص ١٢٧ – ص ١٢٩) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " أما العقارات فتحول قواعد التسجيل دون تنفيذ الالتزام بنقل الحق العيني فيها فور الوقت ، ويشفع الالتزام بنقل الحق العيني في هـــذه –

المطلب الثاني

محل الالتزام شيء لم يعين إلا بنوعه

٤١٩ – النصوص القانونية: تنص المادة ٢٠٥ من التقنين المدني على ما يأتي:

" ١ – إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه ، فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء " .

" ٢ – فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ، جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين ، بعد استئذان القاضي أو دون استئذانه في حالة الاستعجال، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء، من غير إخلال في الحالتين بحقه في التعويض [1] " .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٠٦ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢٤٨ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٠٨ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٠٥ فقرة أولى وفقرة ثانية [2] .

= الحالة بالتزام يعمل ، قوامه وجوب اشتراك مالك العقار في تيسير إجراء التسجيل ، ولا سيما من طريق التصديق على إمضائه . وعلى هذا النحو يظل تنفيذ الالتزام بنقل الحق العيني على التراضي فترة من الزمن ، وهذه هي علة التفريق في هذا المقام بين مجرد الالتزام بنقل الملكية وبين انتقالها فعلا " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٥) – أنظر أيضاً المذكرة الإيضاحية في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٦ .

" ويتفرع على ما تقدم – كما تقول المذكرة الإيضاحية – أن للدائن أن يتسلم الشيء المعين بذاته الذي التزم المدين أن يدلي به إليه ، منقولا كان أو عقاراً ، بتوافر شرطين : أولهما أن يكون هذا الشيء مملوكاً للمدين وقت إنشاء الالتزام ، أو أن تكون ملكيته قد آلت إليه بعد ذلك . والثاني ألا يكون قد ترتب على المعقود عليه حق عيني لأحد من الأغيار ، كخلف ثان يحوز منقولا بحسن نية أو مشتر آخر آل إليه عقار بمقتضى عقد سبق تسجيله . وقد نص على هذا الحكم في المادة ١٧٥/١١٨ من التقين الحالي (السابق) . ولم ير المشروع محلا للتنويه به ، باعتبار أنه يستخلص من دلالة ما تقدم من القواعد العامة " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٥) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٨١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢١١ من المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٠٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٧ – ص ٥١٨) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٠٦ : (مطابقة لنص المادة ٢٠٥ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٢٤٨ : (مطابقة لنص المادة ٢٠٥ من التقنين المدني المصري) . =

٤٢٠ – الفرق بين الشيء المعين بالذات والشيء الذي لم يعين إلا بنوعه

: ويتبين من هذا النص أن الالتزام بنقل حق عيني على شيء غير معين بالذات لا يتم تنفيذه من تلقاء نفسه ، ولا ينتقل الحق العيني إلى الدائن بحكم القانون على خلاف ما رأينا في الشيء المعين بالذات . والسبب واضح : ذلك أن الشيء قبل تعيينه غير معروف ، فهناك إذن استحالة طبيعية في أن تنتقل ملكيته أو أي حق عيني آخر يتعلق به إلى الدائن قبل هذا التعيين .

٤٢١ – الشيء غير المعين نقود : فإذا كان الشيء الذي لم يعين إلا بنوعه نقوداً، فقد رأينا عند الكلام في محل العقد أن المدين يلتزم بقدر عددها المذكور في العقد [١]، دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي أثر (م ١٣٤ مدني) . ورأينا أن السعر الإجباري (cours forcé) للورق النقدي ، مهما انخفض هذا السعر من جراء التضخم ، لا يتغير شيئاً في حكم هذه القاعدة ، وأن الاتفاق على الدفع بسعر الذهب (clause or) باطل لمخالفته للنظام العام ، سواء كان ذلك في التعامل الداخلي أو في التعامل الدولي [٢] .

فإذا كان على المدين أن يدفع للدائن قدراً معيناً من النقود ، وجب أن يدفع له هذا القدر العددي دون زيادة أو نقص ، ولا تنتقل ملكيته من المدين إلى الدائن إلا عند القبض . والسبب في ذلك أن من خصائص النقود أن أي مقدار منها لا يتعين إلا بقبضه، ولا يكفي فيه الإفراز . فلو أن المدين أفرز من ماله خمسين جنيهاً هو القدر الواجب دفعه للدائن ، لم تنتقل ملكية هذا المقدار إلى الدائن بمجرد الإفراز ، بل تبقى النقود على ملك المدين ، وله أن يعدل عن دفع ما أفرزه وأن يفرز مقداراً آخر بدلا منه، ولا تنتقل ملكية النقود إلى الدائن إلا عند قبضها .

والتنفيذ العيني بدين من النقود ممكن دائماً ، طوعاً أو جبراً ، ويكون جبراً بطريق التنفيذ على مال المدين وبيعه وإستقضاء الدين نقداً من الثمن .

= التقنين المدني الليبي م ٢٠٨ : (مطابقة لنص المادة ٢٠٥ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٥٠ : ولا ترعى هذه القاعدة (الوفاء عينا) في موجبات الأداء فقط ، بل في موجبات الفعل وموجبات الامتناع أيضاً . ويحق للدائن أن يطلب من المحكمة الترخيص له في أن ينفذ بنفسه موجب الفعل على حساب المديون . (والحكم لا يختلف في التقنين اللبناني عنه في التقنين المصري) .

(١) أو المقدر في الحكم في حالة التعويض عن المسئولية التقصيرية أو الإثراء بلا سبب أو الالتزامات القانونية.

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٤ – فقرة ٢٢٦ – قارن : نقض مدني ٩ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٣١ ص ٢٤٤ .

٤٢٢ – الشيء غير المعين ليس نقوداً : أما إذا كان الشيء الذي لم يعين إلا بنوعه ليس نقوداً ، فإن انتقال ملكية هذا الشيء ، أو أي حق عيني آخر يتعلق به إلى الدائن يكون بالإفراز ولو قبل التسليم . فلو أن شخصاً باع من آخر مائة قنطار من القطن أو خمسين إردباً من القمح ، لم تنتقل الملكية إلى المشترى بمجرد البيع ، لأن القطن أو القمح لم يتعين ، فلا يتصور انتقال الملكية . فإذا ما تم التعيين ، ويكون ذلك بإفراز كمية من القطن أو القمح معادلة للمقدار المحدد بقصد تسليمها للمشترى ، أصبح المبيع شيئاً معيناً بالذات ، وانتقلت ملكيته إلى المشترى بهذا الإفراز دون حاجة في هذا إلى التسليم . ويترتب على ذلك أن البائع لو أفرز المقدار المبيع بقصد تسليمه إلى المشترى، ووضعه في مكان معين – شونة أو مخزن – ثم دعا المشترى لتسلمه بطريق الإعذار ، فتخلف هذا بغير عذر ، ثم احترقت الشونة أو المخزن بغير خطأ من البائع ، هلك المبيع على المشترى لأنه ملكه وانتقلت في الوقت ذاته تبعة الهلاك إليه بالرغم من أنه لم يكن قد تسلمه .

على أن المألوف في التعامل هو أن يكون إفراز الشيء عند تسليمه إلى المشترى ، فيتم الإفراز والتسليم في وقت واحد . ومن ثم يقال في بعض الأحيان إن الملكية تنتقل بالتسليم على اعتبار أن الإفراز لم يتم إلا عند التسليم ، لا على اعتبار أن التسليم هو الذي ينقل الملكية .

ويلاحظ من جهة أخرى أن الشيء الذي لم يعين إلا بنوعه إذا كان عقاراً – كما إذا باعت إحدى شركات أراضي البناء كذا متراً من الأرض دون تعيين – فإن ملكية الأرض المبيعة لا تنتقل إلى المشترى بالتعيين ، بل ولا بالتسليم ، وإنما تنتقل بالتسجيل الذي لا يتم طبعاً إلا بعد التعيين ، ويصبح المشترى مالكاً للأرض المبيعة بتسجيل عقد البيع ولو قبل التسليم .

٤٢٣ – كيف يكون التنفيذ إذا امتنع المدين عن الإفراز : وإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه من إفراز الشيء على النحو المتقدم وتسليمه للدائن ، جاز لهذا أن يطالب بالتنفيذ عيناً أو تعويضاً .

والتنفيذ العيني يكون بحصول الدائن على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين . ويقوم الدائن نفسه بشرائه ، ويرجع بالثمن والمصروفات على المدين ، بل ويرجع أيضاً بالتعويض عما قد يكون أصابه من خسارة بسبب تأخر المدين في تنفيذ التزامه . والأصل أن الدائن يستأذن القاضيَ في ذلك ، ويكون الاستئذان عن طريق الدعوى والحصول على حكم بشراء الشيء والرجوع على المدين بما تقدم بيانه . فإذا كانت الظروف لا تحتمل الإبطاء ،

وكان الانتظار طول الوقت الذي يستغرقه استصدار الحكم يحدث ضرراً بليغاً بالدائن ، كان له دون حكم — ويحسن أن يكون ذلك بعد إعذار المدين — أن يقوم بالشراء ، ثم يرجع بالثمن والمصروفات والتعويض على المدين عن طريق الدعوى ، وهنا يتمكن القاضي من بسط رقابته على تصرف الدائن ، والتثبت من أن الظروف كانت تبرر هذا التصرف الاستثنائي فيحكم له بما طلب ، أو أنه كان متسرعاً فيخفض المبلغ المطلوب بمقدار ما عاد على المدين من الخسارة بسبب هذا التسرع [1] .

أما التنفيذ بطريق التعويض فيكون بمطالبة المدين بقيمة الشيء نقداً مع التعويض عن التأخر في التنفيذ . وتجرى هذه المطالبة وفقاً للقواعد العامة التي سيأتي ذكرها عند الكلام في التنفيذ بطريق التعويض [2] .

المبحث الثاني

الالتزام بعمل

(obligation de faire)

٤٢٤ — أقسام الالتزام بعمل : رأينا أن الالتزام العقدي ينقسم إلى التزام بتحقيق غاية (obligation de résultat) والتزام ببذل عناية (obligation de moyen) . ويمكن القول إن كل التزام — عقدياً كان أو غير عقدي — يكون إما التزاماً بغاية أو التزاماً بعناية [3] . فالالتزام بنقل حق عيني هو دائما التزام بغاية . وكذلك هو شأن الالتزام

---

(١) أنظر قريباً من هذا المعنى ديموج ٦ فقرة ٩ .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " إذا كان محل الالتزام بنقل حق عيني شيئاً معيناً بنوعه ، فلا يتيسر التنفيذ عيناً إلا بفرز المعقود عليه . وللدائن أن يطالب بالتنفيذ على هذا الوجه ولو امتنع المدين عن ذلك ، ويكون من واجب الدائن أن يعذر المدين في هذه الحالة ليثبت عليه امتناعه ، ثم يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين ، بعد استئذان القاضي أو دون استئذانه عند الاستعجال . وللدائن كذلك أن يتخذ من الامتناع عن التنفيذ عيناً ذريعة للمطالبة بتعويض نقدي يعادل قيمة الشيء . ولا يكون أساس هذه المطالبة استحالة التنفيذ ، وإنما يكون أساسها استيفاء الدائن للتعويض دون ممانعة من المدين ، ذلك أن من حق المدين أن يؤدي عين المعقود عليه لا قيمته . وللدائن في كلتا الحالتين ، حالة الوفاء عيناً وحالة الوفاء بمقابل ، أن يقتضي فوق ذلك ما يجب له من تعويض عن التأخر في التنفيذ " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٧) . وأنظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٦) .

(٣) الوسيط جزء أول ص ٦٥٩ هامش رقم ١ .

بالامتناع عن عمل [1] . أما الالتزام بعمل فيكون في بعض صوره التزاماً بعناية ، ويكون في صور أخرى التزاماً بغاية . فإذا كان التزاماً بغاية ، فهو لا يعدو أن يكون التزاماً بتسليم شيء أو التزاماً بإنجاز عمل معين .

ومن ثم ينقسم الالتزام بعمل أقساماً ثلاثة : (١) التزاماً ببذل عناية . (٢) التزاماً بتسليم شيء . (٣) التزاماً بإنجاز عمل معين .

ونستعرض كلا من هذه الأقسام .

المطلب الأول

الالتزام ببذل عناية

٤٢٥ — النصوص القانونية: تنص المادة ٢١١ من التقنين المدني على ما يأتي:

" ١ — في الالتزام بعمل ، إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء ، أو أن يقوم بإدارته ، أو أن يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه ، فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود . هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك " .

"٢ — وفي كل حال يبقى المدين مسئولا عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم [2] ".

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢١٢ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢٥١ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢١٤ [3] . ولا مقابل له في تقنين الموجبات والعقود اللبناني [1] .

---

(١) ولا يقال إن الالتزام بعدم الإضرار بالغير التزام بالامتناع عن عمل وهو في الوقت ذاته التزام ببذل عناية وليس التزاماً بتحقيق غاية ، فالصحيح أن هذا الالتزام ليس التزاماً بالامتناع عن الإضرار بالغير ، بل هو التزام باتخاذ الحيطة الواجبة لعدم الإضرار بالغير . فهو التزام بعمل ، وليس التزاماً بالامتناع عن عمل ، ومن ثم صح أن يكون التزاماً ببذل عناية .

(٢) تاريخ النص : سبق أن استعرضنا تاريخ هذا النص (أنظر الوسيط الجزء الأول ص ٦٥٨ هامش رقم ١) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢١٢ : (مطابقة لنص المادة ٢١١ من التقنين المدني المصري) .

وتنص المادة ٢٠٦ من التقنين المدني على ما يأتي :

" الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم [٢] " .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٠٧ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٠٩ [٣] . ولا مقابل له في كل من التقنين المدني العراقي وتقنين الموجبات والعقود اللبناني [٤] .

٤٢٦ — الالتزام ببذل عناية يتعلق بشيء أو بعمل : وقد أوردت المادة ٢١١ مدني ضروب الالتزام ببذل عناية . فهذا الالتزام إما أن يكون متعلقا بشيء أو متعلقا بعمل .

فإذا كان متعلقاً بشيء ، فهو إما أن يكون : (١) المحافظة على هذا الشيء ، كالتزام المودع عنده بالمحافظة على الشيء المودع (م ٧٢٠ مدني) ، والتزام المستعير أو المستأجر بالمحافظة على الشيء المعار أو العين المؤجرة (م ٦٤١ وم ٥٨٣ مدني) ويدخل في ذلك أيضاً الالتزام بالمحافظة على الشيء الذي يتضمنه الالتزام بنقل الحق العيني ، فقد رأينا المادة ٢٠٦

= التقنين المدني العراقي م ٢٥١ : (تتفق في الحكم مع المادة ٢١١ من التقنين المدني المصري ، وإن اختلفت اختلافاً طفيفاً في الصيغة) .

التقنين المدني الليبي م ٢١٤ : (مطابقة لنص المادة ٢١١ من التقنين المدني المصري) .

(١) إذا كان لا يوجد مقابل لهذا النص في تقنين الموجبات والعقود اللبناني ، فلسنا نرى مانعاً ، والتقنين اللبناني يستقى مبادئه العامة من نفس المصادر التي يستقى منها التقنين المصري ، من سريان هذا الحكم كمبدأ عام من مبادئ التقنين اللبناني (أنظر في تطبيقات خاصة لهذا المبدأ م ٥٦٨ لبناني في عقد الإيجار — م ٦٩٦ في عقد الوديعة — م ٧٢٢ في الحراسة — م ٧٤٦ — ٧٤٨ في عقد العارية — م ٧٨٥ — ٧٨٦ في عقد الوكالة) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٨٢ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢١٢ من المشروع النهائي ، ثم مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٠٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٩ — ص ٥٢٠) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٠٧ : (مطابقة للمادة ٢٠٦ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٢٠٩ : (مطابقة للمادة ٢٠٦ من التقنين المدني المصري) .

(٤) ولكن يعمل بهذا الحكم في كل من التقنينين العراقي واللبناني ، تطبيقاً للمبادئ العامة .

تقضي بأن الالتزام بنقل حق عيني يتضمن التزاماً بعمل في قسمين من الأقسام الثلاثة للالتزام بعمل ، فيلتزم المدين بأن يحافظ على الشيء وهذا التزام ببذل عناية ، وأن يسلمه للدائن وهذا التزام بالتسليم . مثل ذلك التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشترى ، فهو يتضمن التزاماً بتسليم المبيع إلى المشترى والتزاماً بالمحافظة عليه حتى وقت التسليم (أنظر المواد ٤٣١ و ٤٣٧ — ٤٣٨ مدني) . (٢) أو يكون إدارة هذا الشيء ، ويتضمن هذا بطبيعة الحال المحافظة عليه ، وذلك كالتزام المرتهن رهن حيازة بإدارة العين المرهونة لاستثمارها استثماراً كاملا (م ١١٠٤ فقرة ثانية مدني) ، وكالتزام الوكيل في الإدارة بإدارة العين الموكول إليه إدارتها (م ٧٠١ مدني) . وقد تكون إدارة الشيء لمصلحة الدائن كما في الوكيل بالإدارة ، أو لمصلحة المدين كما في المستأجر عند ما ينتفع بالعين ، أو لمصلحتهما معاً كما في الدائن المرتهن رهن حيازة عند ما يستثمر العين المرهونة .

وإذا كان الالتزام ببذل عناية متعلقاً بعمل ، كالطبيب يلتزم بعلاج المريض والمحامي يلتزم بالدفاع عن مصالح موكله أمام القضاء (وهذا غير النيابة عنه) ، كان العمل المطلوب من المدين هو توخي الحيطة في القيام بالعمل الموكول إليه . فالطبيب عليه أن يتوخى أصول صناعة الطب المعروفة في العلاج ولا عليه أن يشفي المريض [1] ، والمحامي عليه أن يبذل العناية المألوفة في الدفاع عن مصالح موكله ولا عليه أن يكسب القضية .

---

(1) أ – التزام الطبيب ليس التزاماً بتحقيق نتيجة هي شفاء المريض ، وإنما هي التزام ببذل عناية ، إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضي أن يبذل لمريضه جهوداً صادقة يقظة تتفق في غير الظروف الاستثنائية مع الأصول المستقرة في علم الطب ، فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسئول ، كما يسأل عن خطأه العادي أياً كانت درجة جسامته .

(جلسة ١٩٧١/١٢/٢١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٢ ص ١٠٦٢) .

ب – مسئولية الطبيب الذي اختاره المريض أو نائبه لعلاجه هي مسئولية عقدية ، والطبيب وإن كان لا يلتزم بمقتضى العقد الذي ينعقد بينه وبين مريضه شفائه أو بنجاح العملية التي يجريها له ، لأن التزام الطبيب ليس التزاما بتحقيق نتيجة وإنما هو التزام ببذل عناية ، إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضي أن يبذل لمريضه جهوداً صادقة يقظة تتفق — في غير الظروف الاستثنائية — مع الأصول المستقرة في علم الطب ، فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسئول ، وجراح التجميل وإن كان كغيره من الأطباء لا يضمن نجاح العملية التي يجريها ، إلا أن العناية لا يقصد منها شفاء المريض من علة في جسمه وإنما إصلاح تشويه لا يعرض حياته لأي خطر .

(جلسة ١٩٦٩/٦/٢٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ ص ١٠٧٥) .

٤٢٧ – العناية المطلوبة في الالتزام ببذل عناية : ويعتبر المدين ، في جميع هذه الأحوال ، أنه قد وفى بالتزامه ، إذا هو – كما يقول النص – بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ، ولو لم يتحقق الغرض المقصود ، فأخفق العمل ، أو هلك الشيء المحفوظ ، أو انتهت إدارته بالخسارة .

وقد يوجب القانون أو الاتفاق عناية أكثر أو أقل من عناية الشخص العادي . ففي العارية أوجب القانون عناية أكبر (م ٦٤١ مدني) . وفي الوديعة أوجب عناية أقل (م ٧٢٠ مدني) . وإذا اتفق المدين والدائن على عناية أقل أو أكثر ، جاز ذلك . على أنه لا يجوز الاتفاق على التخفف من العناية إلى الحد الذي لا يكون المدين فيه مسئولا عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم [١] .

٤٢٨ – إحالة : وقد سبق بيان ذلك تفصيلا عند الكلام في المسئولية العقدية، فنكتفي هنا بالإحالة إليها [٢] .

المطلب الثاني

الالتزام بالتسليم

٤٢٩ – النصوص القانونية: تنص المادة ٢٠٧ من التقنين المدني على ما يأتي:

" ١ – إذا التزم المدين أن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل ، وتضمن التزامه أن يسلم شيئاً ولم يقم بتسليمه بعد أن أعذر ، فإن هلاك الشيء يكون عليه ولو كان الهلاك قبل الإعذار على الدائن " .

" ٢ – ومع ذلك لا يكون الهلاك على المدين ولو أعذر ، إذا أثبت أن الشيء كان يهلك كذلك عند الدائن لو أنه سلم إليه ، ما لم يكن المدين قد قبل أن يتحمل تبعة الحوادث المفاجئة " .

" ٣ – على أن الشيء المسروق إذا هلك أو ضاع بأية صورة كانت ، فإن تبعة الهلاك تكون على السارق [٣] " .

---

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٧ – ص ٥٠٨ .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٤٢٨ – فقرة ٤٢٩ وفقرة ٤٤٠ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٨٤ من المشروع التمهيدي على وجه يكاد يكون مطابقاً لما استقر عليه في التقنين الجديد . وفي لجنة المراجعة أدخلت بعض تعديلات لفظية ، وأصبح رقم المادة ٢١٣ =

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص .

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٠٨ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢١٠ [1] ، أما التقنين المدني العراقي فقد اشتمل في هذه المسألة على سلسلة من النصوص (م ٤٢٦ إلى ٤٢٨) سيأتي ذكرها عند الكلام في استحالة التنفيذ كسبب من أسباب انقضاء الالتزام . ولا مقابل للنص في تقنين الموجبات والعقود اللبناني ، ولكن يبدو أن المبادئ العامة لهذا التقنين لا تمنع من تطبيق هذه الأحكام .

٤٣٠ – الالتزام بالتسليم قد يكون التزاماً مستقلا وقد يكون التزاماً تبعياً

التزاماً تبعياً : قد يكون الالتزام بالتسليم التزاماً مستقلا ، فيكون منذ البداية التزاماً بعمل. مثل ذلك التزام المستأجر برد العين المؤجرة ، والتزام المستعير برد العين المعارة ، والتزام المودع عنه برد الشيء المودع ، والتزام المرتهن حيازة برد العين المرهونة .

وقد يكون الالتزام بالتسليم التزاماً تبعياً يتضمنه الالتزام بنقل حق عيني على النحو الوارد في المادة ٢٠٦ وقد تقدم ذكرها. مثل ذلك التزام البائع بتسليم المبيع إلى المشترى [1]، والتزام الشريك بتسليم حصته إلى الشركة ، وكلا الالتزامين قد تضمنه التزام بنقل حق عيني إما إلى المشترى وإما إلى الشركة [2] .

= في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ أدخلت بعض تعديلات لفظية أخرى ، وذكر أن المقصود بالهلاك والضياع المشار إليهما في الفقرة الثالثة " الهلاك الكلي أو الجزئي وضياع نفس مادة الشيء أو عدم صلاحيته للغرض المطلوب ولو كان يصلح لغرض آخر " . وأصبح النص مطابقا وصار رقمه ٢٠٧ . ووافق عليه مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٢٣ – ص ٥٢٤) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٠٨ : (مطابقة لنص المادة ٢٠٧ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٢١٠ : (مطابقة لنص المادة ٢٠٧ من التقنين المدني المصري) .

(1) الالتزام بتسليم المبيع من الالتزامات الأصلية التي تقع على عاتق البائع ولو لم ينص عليه في العقد ، وهو واجب النفاذ بمجرد تمام العقد ، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك .

(جلسة ١٩٨٤/٣/٢٦ الطعن رقم ٦١٠ لسنة ٤٩ ق س ٣٥ ص ٨٢٤) .

(جلسة ١٩٧٦/٢/١٧ الطعن رقم ١٩ لسنة ٤٢ ق س ٢٧ ص ٤٥٣) .

(جلسة ١٩٧١/٤/٨ الطعن رقم ٢٤٠ لسنة ٣٦ ق س ٢٢ ص ٤٤٣) .

(٢) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٦ .

وسواء كان الالتزام بالتسليم التزاماً مستقلا أو التزاماً تبعياً ، فإن تنفيذه يكون بتسليم المدين الشيء إلى الدائن [1] ، وفقاً لأحكام القواعد العامة في التسليم . فإذا لم ينفذ المدين التزامه طوعاً، أجبر على التنفيذ عيناً أو عن طريق التعويض بحسب الأحوال .

٤٣١ – تبعة هلاك الشيء قبل التسليم : ويستوقف النظر في هذا الالتزام بحث تبعة هلاك الشيء إذا هلك قبل التسليم . فإذا فرض أن الشيء هلك قضاء وقدراً ، فعلى من تقع تبعة الهلاك ؟ هنا يجب التمييز بين أن يكون الالتزام بالتسليم التزاماً تبعياً أو التزاماً أصلياً .

فإذا كان الالتزام بالتسليم التزاماً تبعياً يتضمنه التزام بنقل حق عيني ، فالأصل أن الهلاك يكون على المدين بالتسليم ، ولو أنه أصبح غير مالك إذ انتقلت الملكية إلى الدائن تنفيذاً للالتزام الأصلي بنقل الملكية . ويبرر هذه القاعدة أن الالتزام بالتسليم في هذه الحالة ليس في حقيقته إلا التزاماً مكملا للالتزام بنقل الملكية ، إذ لا تخلص الملكية فعلا للدائن إلا بالتسليم . ومن ثم كان الهلاك على المدين ، وهو مدين بنقل الملكية وبالتسليم معاً . وقد طبق التقنين المدني الجديد هذه القاعدة في كل من البيع والقسمة . فنصت المادة ٤٣٧ على أنه " إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه ، انفسخ العقد واسترد المشترى الثمن ، إلا إذا كان الهلاك بعد إعذار المشترى لتسلم المبيع " [1] [1] . ونصت الفقرة الأولى

---

(1) أ – يشترط في وضع المبيع تحت تصرف المشترى – ليتحقق به التسليم المنصوص عليه في المادة ٤٣٥ من القانون المدني أن يكون بحيث يتمكن المشترى من حيازة المبيع والانتفاع به . التسليم المعنوي أو الحكمي يقوم مقام التسليم الفعلي .

(جلسة ١٩٨٥/٢/٢١ الطعن رقم ٦٣٢ س ٥١ ق) .

(جلسة ١٩٨٨/١١/١٩ الطعن رقم ١٤٢٥ س ٥٦ ق) .

(جلسة ١٩٩٠/٦/١٩ الطعن رقم ٣٥٣٩ س ٥٨ ق) .

(جلسة ١٩٩١/١/٢٠ الطعن ١٧٤٧ س ٥٨ ق) .

ب – لئن كانت ملكية العقار المبيع لا تنتقل إلى المشترى قبل تسجيل عقد البيع ، إلا أن البائع يلتزم بتسليم المبيع إلى المشترى ولو لم يسجل العقد ، وبذلك تكون للمشترى ثمرة المبيع من تاريخ إبرام البيع ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك .

(جلسة ١٩٦٩/١/٢٣ الطعن رقم ٥٣٢ لسنة ٣٤ ق س ٢٠ ص ١٥٠) .

(١) أما في التقنين الفرنسي (م ١١٣٨ و م ١٦٢٤) ، فالهلاك على المشترى حتى قبل التسليم ، إذ أن الهلاك على المالك (res perit domino) ، سواء كان الالتزام بالتسليم مستقلا أو تبعياً ، وقد أصبح المشترى بالبيع مالكا ، فيجعل تبعة الهلاك حتى قبل أن يتسلم المبيع ، أنظر في أن الهلاك في القانون الفرنسي لا يكون على المشترى قبل التسليم إلا باعتباره مالكا ، فإذا تراخى نقل الملكية إلى ما بعد التسليم فإن الهلاك لا يكون عليه بل يكون على البائع : بودري وبارد ١ فقرة ٤٢٣ – فقرة ٤٢٤ .

من المادة ٥١١ على أنه " إذا كانت حصة الشريك حق ملكية أو حق منفعة أو أي حق عيني آخر ، فإن أحكام البيع هي التي تسرى في ضمان الحصة إذا هلكت ... [1] " .

أما إذا كان الالتزام بالتسليم التزاما مستقلا ، فالهلاك يكون على المالك . ويغلب أن يكون هو الدائن بالتسليم ، كما رأينا ذلك في الالتزام بالرد نحو المؤجر والمعير والمودع والراهن حيازة . ولكن قد يكون المالك هو المدين بالتسليم ، كما في التزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة للمستأجر [2] ، وذلك أن الأصل في الهلاك أن يكون على المالك (res perit domino) ، فهو الذي يكسب الغنم وهو الذي يتحمل الغرم . ولم يزحزح هذه التبعة عن المالك إلى المدين بالتسليم في الالتزام التبعي إلا اعتبار أن الالتزام التبعي بالتسليم مكمل للالتزام بنقل الملكية كما قدمنا . أما هنا فالالتزام مستقل ، ومن ثم رجعنا إلى الأصل ، فكان الهلاك على المالك . وقد أورد التقنين المدني تطبيقات كثيرة لهذا المبدأ ، نذكر منها ما ورد في عقود الإيجار والعارية والوديعة ورهن الحيازة . فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٥٦٩ على أنه " إذا هلكت العين المؤجرة أثناء الإيجار هلاكا كليا انفسخ العقد من تلقاء نفسه " . فتبعة الهلاك هنا على المالك وهو المؤجر ، لا على المدين بالرد وهو المستأجر [1] .

---

(1) قاعدة الهلاك على المالك إنما تقوم إذا حصل الهلاك بقوة قاهرة ، أما إذا نسب إلى البائع تقصير فإنه يكون مسئولا عن نتيجة تقصيره .
(جلسة ١٩٥٦/٦/٢٨ الطعنان رقما ٣٧٩ ، ٣٨٢ لسنة ٢٢ ق س ٧ ص ٧٦٧) .

(١) وكان التقنين المدني السابق يجعل تبعة هلاك الحصة ، إذا كانت عيناً معينة ، على الشركة حتى قبل التسليم ، فقد كانت المادة ٥١٦/٤٢٤ من هذا التقنين تنص على أنه " إذا كانت حصة الشريك في رأس المال حق ملكية في عين معينة أو حق انتفاع فيها ، انتقل الحق في ذلك بمجرد عقد الشركة لجميع الشركاء ، وكان عليهم تلفه " . وكان هذا الحكم في التقنين المدني السابق مخالفاً لمبدئه العام الذي كان يجعل الهلاك على المدين بالتسليم لا على المالك كما رأينا في البيع . وقد أزال التقنين المدني الجديد هذا التعارض ، وجعل الهلاك على المدين بالتسليم دائماً مادام الالتزام بالتسليم التزاماً تبعياً يتضمنه التزام بنقل الملكية ، يستوي في ذلك البيع والشركة كما رأينا .

(2) مؤدى نصوص المواد ٥٦٤ ، ٥٦٦ ، ١/٤٣٥ من القانون المدني أن تسليم العين المؤجرة يحصل بوضعها تحت تصرف المستأجر بحيث يتمكن من حيازتها والانتفاع بها دون عائق ، ولو لم يضع يده عليها بالفعل مادام المؤجر قد أعلمه بذلك ، بمعنى أنه ليس يكفى مجرد تخلى المؤجر عن العين المؤجرة والترخيص للمستأجر بالانتفاع بها إذا وجد عائق يحول دونه ولا يتم التسليم بغير إزالته ، يستوى أن يكون العائق وليد تعرض مادي أو نتيجة تعرض قانوني ناشئاً عن فعل المؤجر أو أحد أتباعه ، أم راجعاً إلى فعل الغير أياً كان ، طالما حصل قبل حصول التسليم .
(جلسة ١٩٧٨/١/١٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ ص ٢٢٩) .

(٢) كذلك إذا هلكت العين المؤجرة قبل تسليمها للمستأجر ، فإن الهلاك يكون على المؤجر ، وهو هنا المدين بالتسليم ، ولكنه هو المالك للعين فيحمل تبعة الهلاك كما قدمنا (قارب م ٥٦٤ — ٥٦٥ مدني) .

ونصت الفقرة الأولى من المادة ٥٨٤ على أن " المستأجر مسئول عن حريق العين المؤجرة إلا إذا أثبت أن الحريق نشأ عن سبب لا يد له فيه ". وهذا تطبيق خاص بالهلاك بسبب الحريق، فإذا نشأ الحريق بسبب أجنبي — وعبء الإثبات على المستأجر — كان الهلاك على المالك أي على المؤجر . ونصت الفقرة الأولى من المادة ٥٩١ على ما يأتي : " على المستأجر أن يرد العين المؤجرة بالحالة التي تسلمها عليها، إلا ما يكون قد أصاب العين من هلاك أو تلف لسبب لا يد له فيه". وهنا أيضاً ترديد للمبدأ ذاته في حالة قيام المستأجر بتنفيذ التزامه بالرد، فهلاك العين بسبب أجنبي في هذا الحالة لا يكون عليه بل على المالك وهو المؤجر الدائن بالرد . ونصت الفقرة الثانية من المادة ٦٤١ على أن المستعير يكون في كل حال " ضامنا لهلاك الشيء إذا نشأ الهلاك عن حادث مفاجئ أو قوة قاهرة وكان في وسعه أن يتحاشاها باستعمال شيء من ملكه الخاص أو كان بين أن ينقذ شيئاً مملوكا له أو الشيء المعار فاختار أن ينقذ ما يملكه " . وهنا جعلت تبعة هلاك الشيء المعار بسبب أجنبي في الأصل على المالك وهو المعير ، طبقاً للمبدأ العام الذي قدمناه . وإنما اختار المشرع فرضين ، فيهما يهلك الشيء بسبب أجنبي ولكن المستعير كان يستطيع إنقاذه بتضحية ماله الخاص، فجعل الهلاك في هذين الفرضين لا على المعير وهو المالك والدائن بالرد ، بل على المستعير وهو المدين بالرد لأنه كان ينتفع بالشيء دون مقابل . وفي الوديعة يلتزم المودع عنده برد الشيء المودع كما تقضي بذلك المادة ٧٢٢ ، إلا أنه إذا هلك الشيء بسبب أجنبي ، كان الهلاك على المالك وهو المودع ، تطبيقاً للمبدأ العام . وفي رهن الحيازة نصت الفقرة الأولى من المادة ١١٠٢ على أن " يضمن الراهن هلاك الشيء المرهون أو تلفه إذا كان الهلاك أو التلف راجعاً لخطأه أو ناشئاً عن قوة قاهرة " . ونصت المادة ١١٠٣ على أنه " إذا تسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون ، فعليه أن يبذل في حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد، وهو مسئول عن هلاك الشيء أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبي لا يد له فيه " . فهلاك العين المرهونة بسبب أجنبي على المالك وهو الراهن الدائن بالرد ، لا على المرتهن وهو المدين بالرد .

٤٣٢ — أثر الإعذار في تحمل تبعة الهلاك : ويتبين مما تقدم أن تبعة الهلاك في الالتزام بالتسليم تكون على المدين بهذا الالتزام إذا كان التزاماً تبعياً ، وتكون على المالك إذا كان التزاما مستقلا . غير أن الإعذار ينقل تبعة الهلاك من طرف إلى الطرف الآخر في كلتا الحالتين .

فإذا كانت تبعة الهلاك على المدين كما في البيع قبل التسليم ، وأعذر البائع المشترى طالبا إليه أن يتسلم المبيع ، وهلك المبيع بعد الإعذار وقبل التسليم ، فإن تبعة الهلاك تنتقل

من المدين إلى الدائن ، أي من البائع إلى المشترى . وتقرر المادة ٣٣٥ من التقنين المدني هذه القاعدة ، إذ تنص على أنه " إذا تم إعذار الدائن ، تحمل تبعة هلاك الشيء أو تلفه ... " وفي هذه الحالة — حالة انتقال تبعة الهلاك من المدين إلى الدائن — يلتزم المدين أن يترل للدائن عما قد يكون له من حق أو دعوى في التعويض عن الشيء الذي هلك ، كما لو كان الشيء مؤمناً عليه فاستحق المدين مبلغ التأمين ، أو كان هلاك الشيء بفعل أجنبي فاستحق المدين التعويض [1] .

وإذا كانت تبعة الهلاك على المالك ، كما في عقد الإيجار قبل تنفيذ المستأجر التزامه برد العين المؤجرة ، وأعذر المؤجر المستأجر طالبا إليه تسليم العين ، وهلكت العين بعد الإعذار وقبل التسليم ، فإن تبعة الهلاك تنتقل من المؤجر إلى المستأجر . والمدين بالرد هو المستأجر ، وكان الهلاك على المؤجر وهو الدائن بالرد ، فأعذر المؤجر المستأجر مطالباً إياه بالرد ، ثم هلكت العين المؤجرة بعد الإعذار ، فترتب على الإعذار أن انتقلت تبعة الهلاك إلى المدين ولو أن الهلاك كان قبل الإعذار على الدائن ، كما تقول المادة ٢٠٧ سالفة الذكر . " ذلك أن الإعذار — وهذا ما تقوله المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي [2] — يلزم المدين، أي المستأجر ، دليل التخلف ، ويثبت عليه بذلك خطأ يرتب مسئوليته متى كان هلاك الشيء من جراء الحادث الفجائي راجعاً إلى هذا التخلف. والواقع أن المدين في مثل هذه الحالة يكون متسبباً في الهلاك بفعله . أما إذا أثبت المدين أن الشيء كان يهلك في يد الدائن أيضاً لو أنه سلم إليه ، (فإنه) بهذا يقيم الدليل على أن الهلاك لا يرجع إلى تخلفه ، بل يرجع حقيقة إلى حادث فجائي ، وبذلك تندفع عنه التبعة ، وينقضي التزامه . بيد أن يتحمل هذه التبعة كاملة إذا كان الشيء مسروقاً متى كان هو السارق ، ذلك أن خطأه في ارتكاب جريمة السرقة لا يسقط عنه ولو بإقامة الدليل على أن الهلاك يرجع في الحقيقة إلى حادث فجائي " .

والعبارة الأخيرة من المذكرة الإيضاحية تشير إلى فرض استثنائي ، هو أن يكون المدين برد الشيء لصاً سرق هذا الشيء ، وقد التزم بالرد بسبب السرقة . فتبعة الهلاك في

---

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٢٢ — وقد كان المشروع التمهيدي يتضمن نصاً (م ٢٨٣ من المشروع) يقضي بهذا الحكم على الوجه الآتي : " في الالتزام بنقل حق عيني ، إذا هلك الشيء أو ضاع أو خرج عن التعامل لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه ، التزم المدين أن يتنازل للدائن عما قد يكون له من حق أو دعوى في التعويض عن هذا الشيء " وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة ، لأن الحكم الوارد فيه حكم تفصيلي يكفي فيه تطبيق القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٩ هامش رقم ١) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٢٢ .

هذه الحالة لا تكون على الدائن — مالك الشيء المسروق — كما كان المبدأ العام يقضي بذلك ، بل تكون على المدين وهو السابق ، لأن مصدر الدين هنا جريمة السرقة . وهذه الجريمة تبرر الخروج على المبدأ العام ، بل تبرر الخروج أيضاً على القاعدة التي تقضى بأن الهلاك يكون على الدائن ولو أعذر المدين إذا أثبت هذا أن الشيء كان يهلك كذلك عند الدائن لو أنه سلم إليه . فالسارق ، إذا هلك المسروق عنده قبل رده إلى مالكه ، يتحمل تبعة هلاكه دائماً ، أعذره المالك أو لم يعذره ، أثبت السارق أو لم يثبت أن المسروق كان يهلك كذلك عند المالك لو أنه رد إليه [1] .

المطلب الثالث

الالتزام بإنجاز عمل معين

٤٣٣ — النصوص القانونية: تنص المادة ٢٠٨ من التقنين المدني على ما يأتي:

" في الالتزام بعمل ، إذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه ، جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين " .

وتنص المادة ٢٠٩ على ما يأتي :

" ١ — في الالتزام بعمل ، إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ، جاز للدائن أن يطلب ترخيصا من القضاء في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكنا " .

" ٢ — ويجوز في حالة الاستعجال أن ينفذ الدائن الالتزام على نفقة المدين دون ترخيص من القضاء " .

وتنص المادة ٢١٠ على ما يأتي :

" في الالتزام بعمل يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ إذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام " [2] .

---

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٧ .

(٢) تاريخ النص :

م ٢٠٨ : ورد هذا النص في المادة ٢٨٥ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، وأصبح رقمه ٢١٤ في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٠٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٢٥ — ص ٥٢٦) =

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ٢٢٢/١٥٩ والفقرة الثانية من المادة ١٧٤/١١٧ [١] . ولا تختلف أحكام التقنين السابق عن أحكام التقنين الجديد رغم اختلاف العبارة في النصوص .

وتقابل هذه النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المواد ٢٠٩ — ٢١١ ، وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٢٤٩ — ٢٥٠ ، وفي التقنين المدني الليبي المواد ٢١١ — ٢١٣ ، وفي تنقين الموجبات والعقود اللبناني الفقرتين ١ و ٢ من المادة ٢٥٠ [٢] .

= م ٢٠٩ : ورد هذا النص في المادة ٢٨٦ من المشروع التمهيدي بزيادة عبارة " ولم يكن ضرورياً أن ينفذه بنفسه " في الفقرة الأولى . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، وأصبح رقمه ٢١٥ في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة " ولم يكن ضرورياً أن ينفذه بنفسه" من الفقرة الأولى ، لأن الدائن هو صاحب المصلحة فيجب أن يترك له التقدير فيما إذا كان المدين يجب عليه أن ينفذ الالتزام بنفسه أم لا ، وأصبح رقم المادة ٢٠٩ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٢٧ — ص ٥٢٨) .

م ٢١٠ : ورد هذا النص في المادة ٢٨٧ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي: " ١ — في الالتزام بعمل، يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ إذا سمحت طبيعة الالتزام بذلك . ٢ — ويكون الأمر كذلك بوجه خاص إذا كان المدين ملزماً أن يقوم بإجراء يقتضيه تنفيذ التصرف " . وفي لجنة المراجعة أدخل تعديل لفظي طفيف ، وأصبح رقم المادة ٢١٦ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت الفقرة الثانية لأنها تتضمن حكماً تطبيقياً لا حاجة إلى إفراد نص خاص به، وأصبح رقم المادة ٢١٠، ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٢٩ — ص ٥٣١) .

(١) وقد كانت المادة ٢٢٢/١٥٩ من التقنين المدني السابق تجرى على الوجه الآتي : " لا يجوز الوفاء إلا من المتعهد مادام يظهر من كيفية التعهد أن مصلحة المتعهد له تستدعي ذلك " . وكانت الفقرة الثانية من المادة ١٧٤/١١٧ تجرى على الوجه الآتي : " ومع ذلك يجوز للدائن أن يتحصل على الإذن من المحكمة بعمل ما تعهد به المدين أو بإزالة ما فعله مخالفاً لتعهده مع إلزامه بالمصاريف ، وهذا وذاك مع مراعاة الإمكان بحسب الأحوال " .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٠٩ — ٢١١ : (مطابقة المواد ٢٠٨ — ٢١٠ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٢٤٩ : (مطابقة للمادة ٢٠٨ من التقنين المدني المصري) — م ٢٥٠ (مطابقة للمادة ٢٠٩ من التقنين المدني المصري) . ولا مقابل للمادة ٢١٠ من التقنين المدني المصري ، ولكن حكمها جائز التطبيق في القانون العراقي .

التقنين المدني الليبي م ٢١١ — ٢١٣ : (مطابقة للمواد ٢٠٨ — ٢١٠ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٥٠ : ١ — ولا تراعى هذه القاعدة (الوفاء عيناً) في موجبات الأداء فقط ، بل في موجبات الفعل وموجبات الامتناع أيضاً . ٢ — ويحق للدائن أن يطلب من المحكمة الترخيص له في أن ينفذ بنفسه موجب العمل على حساب المديون . وتتفق أحكام التقنين اللبناني مع أحكام التقنين المصري رغم اختلاف العبارة .

٤٣٤ – أنواع ثلاثة للالتزام بإنجاز عمل معين : ونرى من النصوص المتقدمة أن الالتزام بإنجاز عمل معين ، من حيث تدخل المدين الشخصي في تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً، أنواع ثلاثة : (١) أن يكون الالتزام ممكن التنفيذ عينا دون تدخل شخصي من المدين في هذا التنفيذ ، وهذا هو الأصل ، وتنص عليه المادة ٢٠٩ . (٢) أن يكون الالتزام غير ممكن التنفيذ عيناً دون تدخل شخصي من المدين ، وهذا استثناء يرد على الأصل من إحدى ناحيتيه ، ناحية تعذر الالتزام ، وتنص على المادة ٢٠٨ . (٣) أن تكون طبيعة الالتزام تسمح بأن يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ العيني ، وهذا استثناء يرد على الأصل من الناحية الأخرى ، ناحية إمكان تنفيذ الالتزام ، وتنص عليه المادة ٢١٠ .

٤٣٥ – الالتزام بإنجاز عمل معين ممكن التنفيذ عيناً دون تدخل المدين : والأمثلة على ذلك كثيرة . بل هذا هو الأصل ، كما قدمنا . فإذا تعهد مقاول ببناء دار ، وامتنع من تنفيذ تعهده ، أمكن التنفيذ عيناً دون تدخله الشخصي . وإذا تعهد صانع بصنع شيء معين يمكن لصناع غيره أن يصنعوه ، أمكن كذلك التنفيذ عيناً دون تدخل المدين الشخصي . وإذا تعهد أمين النقل بنقل أشخاص أو أشياء ، أمكن تنفيذ التزامه عيناً دون تدخله ، وهكذا .

والبت فيما إذا كان التنفيذ العيني للالتزام ممكناً دون تدخل المدين الشخصي موكول إلى الدائن ، فهو الذي يرى ما إذا كان يكتفي بتنفيذ الالتزام على نفقة المدين دون تدخله . وقد كان المشروع التمهيدي للمادة ٢٠٩ في فقرتها الأولى يجرى على الوجه الآتي : في الالتزام بعمل إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ، ولم يكن ضرورياً أن ينفذه ، جاز للدائن أن يطلب ترخيصاً من القضاء في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين ، إذا كان هذا التنفيذ ممكناً " . فحذفت عبارة " ولم يكن ضرورياً أن ينفذه بنفسه " ، " لأن الدائن هو صاحب المصلحة ، فيجب أن يترك له التقدير فيما إذا كان المدين يجب عليه أن ينفذ الالتزام بنفسه أم لا [1] " .

فإذا قدر الدائن أن طبيعة الالتزام تسمح بأن يكون التنفيذ كافياً حتى لو قام به غير المدين ، وامتنع المدين من التنفيذ ، استطاع الدائن أن يلجأ إلى القضاء ليطلب ترخيصاً في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين . ويكون الالتجاء إلى القضاء في صورة دعوى يطلب فيها الدائن الحكم بالتنفيذ العيني على نفقة المدين . فإذا قرر القاضي أن التنفيذ العيني ممكن بوساطة الغير ، حكم به وبأن يكون على نفقة المدين . فيستطيع المستأجر مثلا أن يطلب الحكم بإجراء إصلاحات عاجلة في العين المؤجرة على نفقة المؤجر ، وقد يكون ذلك بطريق

---

(١) وقد سبقت الإشارة إلى ذلك في تاريخ نص المادة ٢٠٩ (أنظر آنفاً فقرة ٤٣٣ في الهامش) .

الاستعجال إذا وجد مقتضى لذلك ، ومتى صدر الحكم نفذه المستأجر بأن يتعاقد مع من يقوم بهذه الإصلاحات ويرجع بنفقاتها على المؤجر . وكذلك الأمر في تعهد المقاول ببناء الدار ، فإنه يجوز للدائن أن يتعاقد مع مقاول آخر — وذلك بعد الحصول على حكم بالتنفيذ العيني على نفقة المدين — فتبنى الدار ويرجع الدائن بنفقات البناء على المقاول الأول . وتطبق هذه القاعدة في كل التزام بإنجاز عمل يمكن لغير المدين تنفيذه تنفيذاً عينياً دون تدخل شخصي من المدين ، فيستصدر الدائن حكماً بتنفيذ هذا الالتزام على نفقة المدين [1] .

فإذا كان التنفيذ العيني لا يحتمل الإبطاء إلى أن يستصدر الحكم ، كما هي الحال في بعض صور الإصلاحات العاجلة بالعين المؤجرة ، جاز للمستأجر دون أن يستصدر حكماً أن يعهد إلى مقاول يقوم بهذه الإصلاحات العاجلة — ويحسن أن يكون ذلك بعد إعذار المؤجر — ثم يرجع بنفقة هذه الإصلاحات على المؤجر بدعوى يرفعها عليه يطالبه فيها بذلك، وهنا يبسط القاضي رقابته ليتثبت من أن الظروف كانت تبرر هذا التصرف الاستثنائي [2] ، ومن أن المصروفات التي أنفقت في إجراء هذه الإصلاحات العاجلة كانت في حدود معقولة فيحكم بها كلها على المؤجر ، أو أن فيها إسرافاً فيقضي بخفضها إلى الحد المعقول [1] .

---

(1) القضاء بتنفيذ العقد تنفيذاً عينياً على نفقة المقاول عملا بالمادة ٢٠٩ من القانون المدني مؤداه عدم استحالة تنفيذ العقد وبقاؤه نافذ الأثر بين طرفيه ، فيتحمل المقاول تبعته ويحاسب على نتيجته لا بالنسبة لما أتمه من أعمال فحسب ، بل بالإضافة إلى ما قد يكون رب العمل قد قام به من أعمال تكملة للأعمال المتفق عليها في العقد ، ذلك أن الأوضاع لا تستقر بين طرفي العقد إلا بعد المحاسبة على الأعمال التي قام بها المقاول وما عسى أن يكون رب العمل قد أتمه على أساس التنفيذ العيني للعقد .
(جلسة ١٩٦٣/٤/٢٥ الطعن رقم ٤٥ لسنة ٢٨ ق س ١٤ ص ٦١١) .

(2) ليس للدائن القيام بالتنفيذ العيني على نفقته بغير ترخيص من القضاء ، وما أجازته المادة ٢٠٩ من القانون المدني للدائن في حالة الاستعجال من القيام بهذا التنفيذ على نفقة المدين دون ترخيص من القضاء إن هي إلا رخصة منحها المشرع للدائن ملحوظاً فيها مصلحته ولا يمكن مؤاخذته على استعمالها ، فإذا كان المطعون فيه قد اتخذ من عدم قيام المستأجر بالتنفيذ العيني — بإزالة أعمال التعرض من المؤجر على نفقته أو على نفقة المؤجر بغير ترخيص من القضاء دليلا على إساءة المستأجر استعمال الدفع بعدم التنفيذ — بالامتناع عن الوفاء بالأجرة — فإنه قد أخذه على عدم قيامه بعمل لا يجيزه القانون أو لا يستلزمه ويكون هذا التحليل من الحكم فاسداً ومنطويا على مخالفة القانون .
(جلسة ١٩٦٥/١١/١١ الطعن رقم ٣٥٠ لسنة ٣٠ ق س ١٦ ص ١٠١٨) .

(١) ذلك أن الدائن عليه أن يتوخى أيسر الطرق كلفة وأقلها نفقة في تنفيذ التزام المدين . بل عليه أن يتعاون مع المدين عند نشوء الالتزام إلى أن ينقضي . يتعاون مع المدين عند نشوء الالتزام ، وبخاصة إذا كان المعقود عليه يقتضي خبرة فنية توافرت عند الدائن دون المدين ، كعقود التأمين التي تبرم بين شركات التأمين ، وهي شركات فنية ، وعملائها ، وكثير منهم تنقصه الخبرة اللازمة ، فلا يكفي أن يمتنع الدائن في مثل هـــذه -

وكل ما قدمناه منصوص عليه في المادة ٢٠٩ ، وقد سبق ذكرها .

٤٣٦ – الالتزام بإنجاز عمل معين غير ممكن التنفيذ عيناً دون تدخل المدين

: وخلافاً للأصل المتقدم ، قد يكون التنفيذ العيني للالتزام غير ممكن دون تدخل المدين الشخصي في هذا التنفيذ . ويرجع ذلك إما إلى الاتفاق فيشترط الدائن على المدين أن يقوم بتنفيذ الالتزام بنفسه ، وإما إلى طبيعة الالتزام ذاتها فهناك من الالتزامات ما تقتضي طبيعته أن يكون تنفيذه العيني على يد المدين شخصياً . مثل هذه الالتزامات الأخيرة أن يتعهد مغن أو ممثل بالغناء أو بالتمثيل في حفلة فتنفيذ التزامه يقتضي أن يغني أو يمثل هو بنفسه ، أو أن يتعهد رسام برسم لوحة فنية . أو نحات بصنع تمثال ، أو جراح معروف بإجراء عملية جراحية .

فإذا كان التنفيذ العيني للالتزام يقتضي تدخل المدين الشخصي على النحو المتقدم ، جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين نفسه ، كما نصت على ذلك المادة ٢٠٨ . فإذا

– الأحوال عن تضليل المدين ، بل يجب عليه أيضاً أن يرشده ويبصره بما هو مقدم عليه من شؤون التعاقد . ويتعاون الدائن مع المدين عند تنفيذ الالتزام . فعلى المستأجر مثلا أن يبادر إلى إخطار المؤجر بكل أمر يستوجب تدخله ، أن تحتاج العين إلى ترميمات مستعجلة ، أو ينكشف عيب بها ، أو يقع اغتصاب عليها ، أو يحدث أجنبي بالتعرض لها ، أو بإحداث ضرر بها (م ٥٨٥ مدني) . وإذا لم يخطر المشترى البائع بدعوى الاستحقاق المرفوعة عليه في الوقت الملائم ، وصدر عليه حكم حاز قوة الأمر المقضي ، فقد حقه في الرجوع بالضمان إذا أثبت البائع أن تدخله في الدعوى كان يؤدى إلى رفض دعوى الاستحقاق (م ٤٤٠ فقرة ٣ مدني) . وإذا ثبت أثناء سير العمل أن المقاول يقوم به على وجه معيب أو مناف للعقد ، أنذره رب العمل بأن يعدل عن طريقة التنفيذ خلال أجل معقول يعينه له (م ٦٥٠ فقرة أولى مدني) . وفي حالة انتهاء الوكالة بموت الوكيل يجب على ورثته ، إذا توافرت فيهم الأهلية وكانوا علم بالوكالة ، أن يبادروا إلى إخطار الموكل بموت مورثهم وأن يتخذوا من التدبيرات ما تقتضيه الحال لصالح الموكل (م ٧١٧ فقرة ٢ مدني) . وإذا تعاقد المؤلف مع الناشر ، وجب على المؤلف أن ييسر للناشر تنفيذ التزاماته بأن يسلمه الأصول في الوقت المناسب وأن يقوم بتصحيح التجارب (البروفات) دون إبطاء . وكما يجب على الدائن معاونة المدين ليسر له تنفيذ التزاماته ، كذلك يجب على المدين أن يخضع لرقابة الدائن حتى يستوثق هذا من دقة تنفيذ الالتزام ، كذلك يجب على المدين أن يخضع لرقابة الدائن حتى يستوثق هذا من دقة تنفيذ الالتزام . فإذا نص في العقد مثلا على أن يكون للعامل فوق الأجر المتفق عليه أو بدلا منه حق في جزء من أرباح رب العمل ، أو في نسبة مئوية من جملة الإيراد أو من مقدار الإنتاج أو من قيمة ما يتحقق من وفر أو ما شاكل ذلك ، وجب على رب العمل أن يقدم إلى العامل بعد كل جرد بياناً بما يستحقه من ذلك . ويجب على رب العمل فوق هذا أن يقدم إلى العامل ، أو إلى شخص موثوق به يعينه ذوو الشأن أو يعينه القاضي ، المعلومات الضرورية للتحقق من صحة هذا البيان ، وأن يأذن له في ذلك بالاطلاع على دفاتره (م ٦٩١ مدني) . (أنظر في مبدأ التعاون بين الدائن والمدين وتطبيقات هذا المبدأ وفي رقابة الدائن على المدين دعوج ٦ فقرة ١٢ – فقرة ٣٠ .

امتنع المدين من أن يقوم بنفسه بتنفيذ التزامه ، كان للدائن أحد طريقين : (أولهما) أن يلجأ إلى طريق التهديد المالي (astreintes) ، وسنبسط أحكام هذه الطريق تفصيلا فيما يلي . (والثاني) أن يطالب المدين بالتعويض النقدي لتعذر التنفيذ العيني . وقد يكون هناك شرط جزائي متفق عليه بينهما ، فيطالب الدائن بتنفيذه طبقاً لأحكام الشرط الجزائي التي سنبسطها في مكان آخر [1] .

٤٣٧ – الالتزام بإنجاز عمل معين يقوم حكم القاضي مقام تنفيذه:

وهناك نوع من الالتزامات بإنجاز عمل معين تسمح طبيعته أن يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ العيني . وقد نصت المادة ٢١٠ على هذا النوع من الالتزامات ، فجعلت حكم القاضي فيه هو التنفيذ العيني . وأكثر الأمثلة شيوعاً في ذلك هو التزام البائع بالتصديق على إمضائه في عقد البيع تمهيداً لتسجيل العقد . فإن امتنع البائع عن تنفيذ التزامه ، جاز للمشترى أن يطلب الحكم بإثبات صحة التوقيع [1] ، فيكون الحكم الصادر بذلك بمثابة تصديق على الإمضاء يمكن بعده تسجيل عقد البيع . وإذا وقع نزاع في صحة البيع نفسه ، جاز الحكم بثبوت صحة البيع ، ويكون هذا الحكم بمثابة عقد مصدق فيه على الإمضاء فيسجل .

كذلك في الوعد بالتعاقد ، إذا أظهر الموعود له رغبته في أن يتم التعاقد ، وامتنع الواعد من إمضاء العقد ، كان للموعود له أن يستصدر حكماً بإثبات التعاقد ، ويقوم هذا الحكم مقام الموعود بإبرامه [2] .

كذلك في التزام الدائن المرتهن بشطب الرهن بعد سداد الدين ، إذا امتنع الدائن من التقدم إلى قلم كتاب المحكمة لإجراء هذا الشطب ، جاز للمدين أن يستصدر حكماً يقوم مقام التنفيذ العيني ويشطب بمقتضاه الرهن .

---

(١) وفي هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : " إذا كان الالتزام الواجب تنفيذه التزاماً بعمل، فينبغي التفريق بين حالة ضرورة قيام المدين نفسه بالوفاء وحالة انتفاء هذه الضرورة . ففي الحالة الأولى يتعين على المدين أن يتولى أداء ما التزم به شخصياً كما إذا كان ممثلا أو مغنياً أو مصوراً ، فإن امتنع عن ذلك كان للدائن أن يلجأ للغرامات التهديدية أو التعويض النقدي عند عدم اشتراط جزاء " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٢٧) .

(1) دعوى صحة التوقيع هي دعوى تحفظية الغرض منها إثبات أن التوقيع الموضوع على المحرر هو توقيع صحيح صادر من يد صاحبه ، ويكفي لقبول الدعوى وفقا لما تقضي به المادة الثالثة من قانون المرافعات أن يكون لرفعها مصلحة قائمة يقرها القانون .
(جلسة ١٩٧٤/١١/١٩ الطعن رقم ٢٥٧ لسنة ٣٩ ق س ٢٥ ص ١٢٥٠) .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ١٣٩ .

وإذا أفرغ الوعد بإجراء رهن رسمي في الشكل الرسمي الواجب ، وفقاً للفقرة الثانية من المادة ١٠١ ، وامتنع الواعد بعد ذلك من تنفيذ وعده بإجراء الرهن ، جاز للدائن أن يستصدر حكماً يقوم مقام التنفيذ العيني ، ويقيد هذا الحكم فيكون لقيده جميع آثار الرهن . وهذا بخلاف ما إذا كان الوعد بإجراء الرهن الرسمي لم يفرغ في الشكل الرسمي الواجب ، فإن تنفيذه في هذه الحالة لا يكون إلا عن طريق التعويض [1] .

المبحث الثالث

الالتزام بالامتناع عن عمل
(obligation de ne pas faire)

٤٣٨ – النصوص القانونية: تنص المادة ٢١٢ من التقنين المدني على ما يأتي:

" إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل وأخل بهذا الالتزام ، جاز للدائن أن يطلب إزالة ما وقع مخالفاً للالتزام . وله أن يطلب من القضاء ترخيصاً في أن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين " [2] .

---

(١) الوسيط جزء أول فقرة ١٣٥ – وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ العيني أحيانا ، رغم ضرورة وفاء المدين نفسه بما التزم به . فإذا امتنع البائع مثلا عن التصديق على إمضائه في عقد البيع ، فلم يتيسر التسجيل ، جاز للمشترى أن يستصدر حكماً بصحة التعاقد ، فيكون هذا الحكم بمنزلة العقد ، وتنتقل ملكية العقار المبيع بمقتضاه عند تسجيله. وكذلك إذا وعد شخص بإبرام عقد وامتنع عن الوفاء بوعده ، جاز للمحكمة أن تحدد له ميعاداً للتنفيذ ، فإذ لم يقم بالوفاء في خلاف هذا الميعاد ، حل حكم القضاء محل العقد المقصود إبرامه . ففي كل من هذين التطبيقين يقوم الحكم مقام التنفيذ العيني ويغني عنه (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٢٩ – ص ٥٣٠) . أنظر أيضا المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٧ .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا وعد شخص بضمان المقترض وامتنع عن تنفيذ وعده ، جاز للمقرض أن يستصدر حكماً ضد الواعد يقوم مقام الضمان (١٥ نوفمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ١٠)، وقضت أيضاً بأنه إذا امتنع البائع عن إمضاء عقد البيع النهائي ، فالحكم يقوم مقام العقد النهائي ويسجل فتنتقل الملكية (٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٨٦) – وأنظر أيضاً : استئناف مختلط ١١ يناير سنة ١٩١٧ جازيت ٧ رقم ٥٧ ص ١٦٧ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٨٩ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل ، وأخل بهذا الالتزام ، جاز للدائن أن يطلب إزالة ما وقع مخالفاً للالتزام . وله أن يطلب من القضاء ترخيصاً في أن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين ، وفي حالة الاستعجال يكون له أن يزيل المخالفة دون ترخيص ". وفي لجنة المراجعة حذفت العبارة الأخيرة " وفي حالة الاستعجال ..." لأن هذا =

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق الفقرة الثانية من المادة ١١٧/١٧٤ [1] . ولا فرق في الحكم بين التقنينين الجديد والقديم .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢١٣ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢٥٢ ، وفي التقنين المدني الليبـــى المادة ٢١٥ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٥٠ فقرة ٣ [2] .

٤٣٩ – أمثلة للالتزام بالامتناع عن عمل : والالتزام بالامتناع عن عمل له أمثلة كثيرة . فبائع المتجر قد يلتزم بعدم منافسة المشترى في المتجر الذي باعه منه، فيكون التزامه بعدم المنافسة التزاماً بالامتناع عن عمل . وإذا استخدم مهندس في مصنع ، وتعهد المهندس ألا يعمل في مصنع منافس ، فهذا أيضاً التزام بالامتناع عن عمل. ومقدم العمال إذا التزم ألا يقدم عمالا غير منتمين لنقابتهم يكون قد التزم بالامتناع عن عمل . والممثل أو المغني إذا تعهد ألا يمثل أو ألا يغني في غير مسرح معين يكون قد التزم بالامتناع عن عمل . كذلك البائع والمؤجر يتعهد كل منهما بعدم التعرض للمشترى أو للمستأجر ، فهذا التزام بالامتناع عن عمل . وفي كل هذه الأمثلة نرى الالتزام بالامتناع عن عمل مصدره العقد .

وقد يكون مصدر هذا الالتزام هو القانون. فالجار ملتزم ألا يضر بجاره ضرراً فاحشاً، فهذا الالتزام قانوني بالامتناع عن عمل . والطبيب والمحامي ملتزمان بعدم إفشاء سر المهنة ، والتزامهما مصدره القانون . والالتزام بعدم الإثراء على حساب الغير التزام قانوني بالامتناع عن عمل ، يترتب على الإخلال به مسئولية الإثراء بلا سبب .

= الحكم قد يوقع في اضطراب يحسن تجنبه ، وأصبح رقم المادة ٢١٨ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢١٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٣٤ – ص ٥٣٦) .

(١) كانت الفقرة الثانية من المادة ١١٧/١٧٤ من التقنين المدني السابق – كما رأينا – تجرى على الوجه الآتي : " ومع ذلك يجوز للدائن أن يتحصل على الإذن من المحكمة بعمل ما تعهد به المدين أو بإزالة ما فعله مخالفاً لتعهده مع إلزامه بالمصاريف ، وهذا وذاك مع مراعاة الإمكان بحسب الأحوال " .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢١٣ : (مطابقة للمادة ٢١٢ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٢٥٢ : إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل ، وأخل بهذا الالتزام ، جاز للدائن أن يطلب إزالة ما وقع مخالفاً للالتزام مع التعويض إذا كان له محل . (ولم يرد في نص التقنين العراقي أن طلب الدائن من القضاء ترخيصاً في أن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين ، ولكن ليس في المبادئ العامة لتقنين العراقي ما يمنع من هذا الطلب) .

التقنين المدني الليبـــى م ٢١٥ : (مطابقة للمادة ٢١٢ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٥٠ فقرة ٣ : كما يحق له أن يطلب إزالة ما أجري خلافاً لواجب الامتناع ، وذلك على حساب المديون . (ولا فرق في الحكم بين التقنينين اللبناني والمصري) .

والالتزام بالامتناع عن عمل ، كالالتزام بنقل حق عيني ، هو التزام بتحقيق غاية . ومن ثم يكون الالتزام بعدم الإضرار بالغير عن خطأ ، وهو التزام ببذل غاية ، ليس التزاماً بالامتناع عن عمل ، إذ هو في حقيقته التزام باتخاذ الحيطة الواجبة لعدم الإضرار بالغير ، فهو التزام بعمل [1] .

٤٤٠ – الإخلال بالالتزام بالامتناع عن عمل : ومادام المدين ممتنعاً عن العمل الذي التزم بالامتناع عنه ، فهو قائم بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً . ويتغير الموقف إذا أخل بهذا الالتزام ، وأتى العمل الممنوع . عند ذلك لا يكون هناك مجال إلا للتعويض. أما التنفيذ العيني نفسه فقد أصبح مستحيلا بمجرد الإخلال بالالتزام [2] .

وقد لا يمكن إلا التعويض النقدي . مثل ذلك إذا أفشى المحامي أو الطبيب سر المهنة. في مثل هذه الحالة لا يكون أمام الدائن إلا أن يطالب بتعويض نقدي .

وقد يكون التعويض عينياً لا نقدياً ، ويتم ذلك بإزالة المخالفة التي وقعت إخلالا بالالتزام . والفرق بين التنفيذ العيني والتعويض العيني أن الأول يكون قبل وقوع الإخلال بالالتزام فيكون هناك تنفيذ عيني للالتزام عن طريق عدم الإخلال به ، والثاني يكون بعد وقوع الإخلال بالالتزام فإزالة المخالفة تكون هي التعويض العيني . مثل ذلك أن يضر الجار بجاره ضرراً فاحشاً بإقامة حائط يسد عليه منافذ النور والهواء ، عند ذلك يجوز الدائن أن يطلب التعويض العيني بإزالة هذا الحائط ، فإذا امتنع المدين عن الإزالة ، جاز للدائن أن يطلب من القضاء إزالة الحائط على نفقة المدين [3] . وهذا ما تنص عليه المادة ٢١٢ وقد تقدم ذكرها . ويلاحظ هنا أن الدائن لا يحق له ، حتى في حالة الاستعجال ، أن يقوم بالإزالة دون استصدار حكم على أن يرجع إلى القضاء بعد ذلك ، خلافاً لما رأيناه في الالتزام بنقل حق عيني وفي الالتزام بعمل حيث يكون له هذا الحق . ذلك أن إزالة ما وقع مخالفاً للالتزام بالامتناع عن عمل أمر لا يخلو من العنف ، فلا يصح للدائن أن يتولاه بنفسه دون استصدار حكم بذلك ، وهنا نرى المبدأ القاضي ألا يستأدى الدائن حقه (se faire justice) يطبق تطبيقاً دقيقاً . وقد كان المشروع التمهيدي يتضمن نصاً يبيح للدائن أن

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٢٤ في الهامش .

(٢) هذا إذا كان العمل الممنوع عملا واحداً لا يتكرر . أما إذا كان عملا يتكرر ، فللقاضي أن يأمر باتخاذ الاحتياطات اللازمة لمنع تكرار الإخلال بالالتزام ، إذا كان هذا ممكناً . وفي هذه الحالة يكون المنع تنفيذاً عينياً للالتزام عن المستقبل (دعموج ٦ فقرة ١٤٥ ص ١٥٢) .

(٣) وليس من الضروري أن يجيب القاضي الدائن إلى طلبه ، بل للقاضي سلطة التقدير ، وقد يرى من المناسب الاقتصار على الحكم بتعويض نقدي (أنظر في هذا المعنى دعموج ٦ فقرة ١٤٦ ص ١٥٥) .

يزيل ما وقع مخالفاً للالتزام دون استصدار حكم بذلك على أن يرجع إلى القضاء بعد إزالة المخالفة ، ولكن هذا النص حذف في لجنة المراجعة للاعتبارات المتقدمة الذكر [1] .

وكثيراً ما يكون هذا التعويض العيني غير كاف لتعويض الضرر تعويضاً كاملاً ، فيضاف إليه تعويض نقدي . ففي مثل الحائط الذي أقامه الجار إضراراً بجاره وأزيل على نفقته بحكم من القضاء ، يلاحظ أن الإزالة وحدها قد لا تكفي إذ يغلب أن يكون الجار قد أصابه ضرر من قيام الحائط المدة التي كان فيها قائماً ، وهذا الضرر لا علاج له إلا بالتعويض النقدي ، فيحكم القاضي بإزالة الحائط وبتعويض نقدي عما حدث من الضرر للجار إذا كان هناك مقتضى لذلك .

ويلاحظ أخيراً أن التعويض العيني ، حتى إذا كان ممكنا ، قد يكون مرهقا للمدين ولا ينجم عن الاقتصار على التعويض النقدي ضرر جسيم يلحق الدائن . مثل ذلك أن يقيم الجار بناء فيجور بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة ، فللمحكمة في هذه الحالة ، بدلا من أن تأمر بإزالة البناء ، أن تقتصر على تعويض صاحب الأرض الملاصقة تعويضاً نقدياً ، بأن يتزل هذا عن ملكية الجزء المشغول بالبناء في نظير تعويض عادل (م ٩٢٨ مدني) وقد سبق تفصيل ذلك [2] .

ويصح أيضاً الالتجاء إلى طريق التهديد المالي إذا تكرر الإخلال بالالتزام ، أو كان هذا الإخلال مستمراً ، وذلك إلى أن يزيله المدين بنفسه .

---

(١) أنظر آنفاً، في تاريخ نص المادة ٢١٢ ، فقرة ٤٣٨ في الهامش .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل ، فمجرد إخلاله بالتزامه يترتب مسئوليته ، ويكون بذلك ملزماً بأداء تعويض نقدي . وقد يكون الوفاء العيني (أقرأ التعويض العيني) ممكناً من طريق إزالة ما استحدث إخلال بالالتزام . وفي هذه الحالة يكون للدائن أن يستصدر إذناً من القضاء بأن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين . وأخيراً تحسن الإشارة إلى أمرين: أولهما جواز الجمع بين التنفيذ (التعويض) العيني والتعويض النقدي عند أول إخلال يقع من المدين . والثاني جواز العدول عن التنفيذ (التعويض) العيني ولو كان ممكناً والاكتفاء بالتعويض النقدي وفقاً لأحكام الفقرة الثانية من المادة ٢٧٩ (م ٢٠٣ فقرة ٢ مدني) إذا كان يصيب المدين من جراء التنفيذ على هذا الوجه ضرر فادح " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٣٥) . أنظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٨ .

الفرع الثاني
وسائل التنفيذ العيني

٤٤١ – كيف يكون التنفيذ العيني : رأينا فيما تقدم أن التنفيذ العيني قد يكون اختياراً يقوم به المدين طوعاً ، وهذا هو الوفاء (paiement) ، وسنبسط أحكامه عند الكلام في انقضاء الالتزام في الجزء الثالث من هذا الكتاب .

وقد يكون التنفيذ العيني جبراً على المدين . وهنا تختلف وسائله :

(١) فأكثر ما يكون بالتنفيذ القهري ، فتقوم السلطة العامة بإجبار المدين على تنفيذ التزامه . والسلطة العامة لها أعوان تزودهم بالسلطة اللازمة لهذا الإجبار ، وأهم هؤلاء الأعوان هم المحضرون . فإذا كان لدى المدين سند تنفيذي بحقه ، وامتنع المدين عن أداء هذا الحق طوعاً ، استطاع الدائن أن يكلف أحد المحضرين بإجبار المدين على التنفيذ قهراً (manu militari) ، كأن يجبره على تسليم الأرض التي التزم بتسليمها للدائن . والغالب أن يكون التنفيذ القهري عن طريق الحجز على أموال المدين .

(٢) وقد يقوم الدائن نفسه بتنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان تدخل المدين الشخصي غير ضروري في هذا التنفيذ ، ويرجع الدائن بعد ذلك إلى القضاء على النحو الذي فصلناه فيما تقدم .

(٣) وقد يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ العيني إذا سمحت طبيعة الالتزام بذلك ، كما رأينا في الالتزام بالتصديق على الإمضاء ونحوه مما سبق بيانه .

(٤) وقد يتكفل القانون نفسه بإجراء التنفيذ العيني فتنتقل ملكية العين المعينة إلى الدائن بحكم القانون في الالتزام بنقل الملكية ، كما رأينا فيما مر .

وهناك وسيلتان أخريان للتنفيذ العيني لم يسبق لنا تفصيلهما ، فنفردهما الآن بالبحث، وهما : (أولا) الإكراه البدني (ثانياً) التهديد المالي .

المبحث الأول

الإكراه البدني

(Contrainte par corps)

٤٤٢ – التنفيذ عن طريق الإكراه البدني وتطوره – القانون الروماني والقانون الفرنسي

: كان المدين في العصور القديمة يلتزم بالدين في جسمه لا في ماله . فكان القانون الروماني القديم يبيح للدائن أن يتملك المدين الذي لا يفي بدينه ، فيسترقه ، بل ويقتله . ثم تطور القانون الروماني ، فلم يصبح للدائن إلا حق حبس المدين وإجباره على العمل لمصلحته . ثم تحول الالتزام من الجسم إلى المال ، فلم يصبح للدائن إلا حق التنفيذ على أموال المدين .

على أن حبس المدين في الدين ، كإجراء تهديدي للضغط عليه وإجباره على الوفاء بدينه إذا كان قادراً على ذلك ، بقي مدة طويلة ، وانتقل إلى التقنين المدني الفرنسي نفسه ، فنصت المواد ٢٠٥٩ إلى ٢٠٧٠ من هذا التقنين على التنفيذ بطريق الإكراه البدني ، وفي أي الديون يكون ذلك [١] . ونصت المواد ١٢٦٥ إلى ١٢٧٠ من التقنين المدني الفرنسي على طريقة يتفادى بها المدين الإكراه البدني ، وهي النزول عن جميع أمواله (cession de biens) يستولي الدائنون على ريعها ويبيعونها لاستيفاء حقوقهم ، ولا تبرأ ذمة المدين إلا بقدر ما استوفى الدائنون من هذه الحقوق .

وبقي الأمر على هذه الحال في القانون الفرنسي حتى ألغي التنفيذ بطريق الإكراه البدني في المواد المدنية والتجارية بقانون ٢٢ يوليو سنة ١٨٦٧ ، ولم يبق له تطبيق إلا في المواد الجنائية [٢] .

---

(١) كان الحبس يجوز في بعض الديون المدنية التي تتسم بطابع الغش ، وفي جميع الديون التجارية إذا بلغ الدين مائتين من الفرنكات (قانون ١٥ جرمينال السنة السادسة للثورة وقانون ١٧ أبريل سنة ١٨٣٢)، وفي المواد الجنائية . وكان أهم غرض يتوخى من الإكراه البدني هو الضغط على المدين القادر على الوفاء بدينه حتى يخرج ما أخفى من ماله ، أو على كل حال حتى يعاونه أهله على الوفاء بدينه .

(٢) وذلك في الغرامة (amende) والرد (restitution) والتعويضات (dommages-intérêts) والمصروفات (frais) . فكل تعويض عن جريمة يجوز حبس المدين للوفاء به ، حتى لو كانت المحكمة التي قضت بالتعويض هي محكمة مدنية ، بشرط أن يصدر حكم بإدانة المدين من محكمة جنائية (كولان وكابيتان وموراندير ٢ فقرة ٣٠٧) .

٤٤٣ – التنفيذ عن طريق الإكراه البدني في القانون المصري : أما في القانون المصري فالإكراه البدني ، سواء في التقنين السابق أو التقنين الجديد ، غير جائز . ذلك أن فكرة الإكراه البدني – حتى باعتبارها وسيلة للضغط على المدين القادر على الوفاء – تخالف المبادئ المدنية الحديثة فالمدين يلتزم في ماله لا في شخصه ، وجزاء الالتزام تعويض لا عقوبة . فحبس المدين في الدين رجوع بفكرة الالتزام إلى عهدها الأول ، حيث كان المدين يلتزم في شخصه ، وحيث كان القانون الجنائي يختلط بالقانون المدني فيتلاقى معنى العقوبة مع معنى التعويض في الجزاء الواحد [1] .

على أن الإكراه البدني في القانون المصري – ولو أنه غير جائز في المواد المدنية والمواد التجارية – جائز في بعض المواد الشرعية وفي المواد الجنائية .

٤٤٤ – الإكراه البدني في دين النفقة والحضانة والرضاع والمسكن: نصت المادة ٧٦ مكرر من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ والمضافة بالقانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٠ (تقابلها المادة ٣٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الملغاة) على أنه " إذا امتنع المحكوم عليه عن تنفيذ الحكم النهائي الصادر في دعاوى النفقات والأجور وما في حكمها ، جاز للمحكوم له أن يرفع الأمر إلى المحكمة التي أصدرت الحكم أو التي يجرى التنفيذ بدائرتها ، ومتى ثبت لديها أن المحكوم عليه قادر على القيام بأداء ما حكم به وأمرته بالإدلاء و لم يمتثل ، حكمت بحبسه مدة لا تزيد على ثلاثين يوماً " .

فإذا أدى المحكوم عليه ما حكم به أو أحضر كفيلا يقبله الصادر لصالحه الحكم فإنه يخلى سبيله وذلك كله دون إخلال بحق المحكوم له في التنفيذ بالطرق العادية .

ولا يجوز في الأحوال التي تطبق فيها هذه المادة السير في الإجراءات المنصوص عليها في المادة (٢٩٣) من قانون العقوبات ما لم يكن المحكوم له قد استنفد الإجراءات المشار إليها في الفقرة الأولى .

وإذا نفذ بالإكراه البدني على شخص وفقاً لحكم هذه المادة ، ثم حكمت عليه بسبب الواقعة ذاتها بعقوبة الحبس طبقاً للمادة (٢٩٣) من قانون العقوبات. استنـــزلت مدة الإكراه

---

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٤٣٦ – أما في الفقه الإسلامي – في المذهب الحنفي – فيرى أبو حنيفة عدم جواز بيع مال المدين عليه وفاء لديونه ، لأن في البيع الجبري إهداراً لآدميته ، ولكن يحبس المدين في الدين على سبيل التعزير . ويرى الصاحبان بيع مال المدين عليه ، وقولهما هو المفتي به في المذهب . راجع في حبس المدين في الدين في القانون اللبناني الدكتور صبحي المحمصاني في آثار الالتزام في القانون اللبناني ص ٥٣ – ص ٥٤ .

البدني الأولى من مدة الحبس المحكوم بها . فإذا حكم عليه بغرامة خفضت عند التنفيذ بمقدار خمسة جنيهات عن كل يوم من أيام الإكراه البدني الذي سبق إنفاذه عليه .

ويستخلص من هذا النص أن حبس المدين في الدين جائز بالشروط الآتية :

(١) أن يكون الحكم المراد تنفيذه صادراً في نفقة أو في أجرة حضانة أو رضاع أو مسكن .

(٢) أن يكون المحكوم عليه قادراً على القيام بما حكم به ، وقد أمرته المحكمة بذلك فلم يمتثل . ويؤخذ من هذا الشرط أن الحبس ليس إلا وسيلة للضغط على المدين القادر على الوفاء بديونه ، وإنما يمتنع عن الوفاء تعنتً ، فالحبس يراد به التغلب على هذا التعنت من جانب المدين .

(٣) أن يصدر حكم بحبس المدين من المحكمة الجزئية التي بدائرتها محل التنفيذ أو المحكمة التي أصدرت الحكم .

(٤) ألا تزيد مدة الحبس على ثلاثين يوماً ، يخلى سبيله بعد انتهائها ، أو قبل انتهائها إذا أثمر الضغط على المدين فأدى ما حكم به أو أحضر كفيلا .

ويلاحظ أن حبس المدين في هذه الحالة لا يعفيه من تنفيذ الحكم عليه بطريق الحجز على ماله . فالحبس إذن ليس إلا إكراهاً بدنياً غير مبرئ للذمة .

٤٤٥ – الإكراه البدني في المسائل الجنائية : نصت المادة ٥١١ من تقنين الإجراءات الجنائية معدلة بالقانون رقم ١٧٤ لسنة ١٩٩٨ على أنه " يجوز الإكراه البدني لتحصيل المبالغ الناشئة عن الجريمة المقضي بها للحكومة ضد مرتكب الجريمة ، ويكون هذا الإكراه بالحبس البسيط ، وتقدر مدته باعتبار يوم واحد عن كل خمسة جنيهات أو أقل .

والمبالغ الناشئة عن الجريمة المقضي بها للحكومة ضد مرتكب الجريمة هي : (١) الغرامة . (٢) المصاريف والرد والتعويضات للحكومة . ولابد أن تكون هذه المبالغ ناشئة عن الجريمة ، ولو كانت المحكمة التي أصدرت الحكم الجنائي لجنة إدارية لها اختصاص قضائي. فإذا قضي ببراءة المتهم مع الحكم بالتعويض ، أو حكم بتعويض مدني من محكمة مدنية دون حكم جنائي بالعقوبة من محكمة جنائية ، أو نال المحكوم عليه عفواً أو إعادة اعتبار ، أو سقطت العقوبة بمضي المدة (م ٥٣٤ إجراءات جنائية) ، فلا تكون المبالغ في هذه الحالات ناشئة عن الجريمة ولا يجوز فيها الإكراه البدني . كذلك لا يحكم بالإكراه البدني على من تقل سنه عن خمس عشرة سنة وقت ارتكاب الجريمة ولا على من حكم لمصلحته بوقف التنفيذ (م ٥١٢ إجراءات جنائية). أما التعويضات الواجبة لمدعي مدني غير الحكومة،

فيجوز لاستيفائها صدور حكم من محكمة الجنح التي بدائرتها محل المحكوم عليه بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة شهور ، إذا ثبت للمحكمة قدرة المدين على الوفاء وأمرته فلم يمتثل ، وهذا بخلاف المبالغ المقضي بها للحكومة فلا يشترط فيها لا اليسار ولا صدور حكم .

والإكراه البدني في الغرامة يبرئ ذمة المدين : خمسة جنيهات عن كل يوم ، فالإكراه البدني هنا هو إحلال عقوبة الحبس محل عقوبة الغرامة . أما الإكراه البدني في المصروفات والرد والتعويضات ، سواء للحكومة أو لغيرها ، فإنه لا يبرئ ذمة المدين ، وإنما هو مجرد ضغط عليه لإجباره على الوفاء . ومن ثم يجوز التنفيذ على ماله بعد الإكراه البدني .

ويجوز إبدال الحبس بعمل يدوي أو صناعي (م ٥٢٠ إجراءات جنائية) ، فيستنزل من المبالغ المستحقة للحكومة من الغرامة والمصاريف والرد والتعويضات ما يقابل شغل المحكوم عليه باعتبار مبلغ خمسة جنيهات عن كل يوم (م ٥٢٣ إجراءات جنائية) . ونرى من ذلك أن الحبس إذا كان لا يبرئ الذمة في المصروفات والرد والتعويضات المستحقة للحكومة ، فإنه إذا استبدل به عمل يدوي أو صناعي كان هذا العمل مبرئاً للذمة على النحو المتقدم [1] .

المبحث الثاني

التهديد المالي *

(Les astreintes)

٤٤٦ – النصوص القانونية: تنص المادة ٢١٣ من التقنين المدني على ما يأتي:

" ١ – إذا كان تنفيذ الالتزام عيناً غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه، جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية إن امتنع عن ذلك " .

---

(١) أنظر في الإكراه البدني في المواد الجنائية الأستاذ على زكي العرابي في المبادئ الأساسية للإجراءات الجنائية جز ٢ فقرة ٩٣٨ – فقرة ٩٧٤ .

* مراجع : ماسان (Massin) في التنفيذ الجبري للالتزام بعمل والالتزام بالامتناع عن عمل رسالة من باريس سنة ١٨٩٣ – كرواسان (Croissant) في التهديد المالي رسالة من باريس سنة ١٨٩٨ – تيرلان (Turlan) في التهديد المالي رسالة من تولوز سنة ١٩٢٥ – جليز (Gleizes) في التهدي المالي رسالة من مونبلييه سنة ١٩٣٥ – كينيو (Cunéo) في التهدي المالي رسالة من باريس سنة ١٩٥٠ – كايزر (Kayser) مقال في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٥٣ ص ٢٠٩ وما بعدها.

" ٢ — وإذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافياً لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ ، جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعياً للزيادة " .

وتنص المادة ٢١٤ على ما يأتي :

" إذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ ، حدد القاضي مقدار التعويض الذي يلزم به المدين ، مراعيا في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدا من المدين " [1] .

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق ، ولكن أحكام لتهديد المالي كما هي مبسوطة في التقنين المدني الجديد كان معمولا بها قضاء في عهد التقنين السابق ، وليست نصوص التقنين الجديد إلا تقنيناً لأحكام هذا القضاء [2] .

---

(١) تاريخ النص :

م ٢١٣ : ورد هذا النص في المادتين ٢٩٠ و ٢٩١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . ووافقت عليهما لجنة المراجعة تحت رقمي ٢١٩ و ٢٢٠ من المشروع النهائي . ووافق عليهما مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ أدمجت المادتان في مادة واحدة وأصبح رقمها ٢١٣ ، وفسرت عبارة " غير ملائم " بالممثل الذي التزم بعدم التمثيل على مسرح آخر ثم أخل بالتزامه، فالتنفيذ العيني هنا ممكن ولكنه غير ملائم . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٣٦ — ص ٥٣٨) .

م ٢١٤ : ورد هذا النص في المادة ٢٩٢ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد فيما عدا أن المشروع التمهيدي اشتمل على لفظ " نهائياً " بعد عبارة " حدد القاضي " ، واستعمل لفظ " التعنت " بدلا من لفظ " العنت " . وأقرت لجنة المراجعة المشروع التمهيدي بعد حذف لفظ "نهائياً". وقد تساءل أحد الأعضاء في اللجنة هل الحكم بالغرامة التهديدية يكون قابلا للتنفيذ إذا كان صادراً من محكمة آخر درجة أو كان الحكم الأصلي مشمولا بالنفاذ المعجل ؟ وبعد المناقشة استقر رأي اللجنة على أن الحكم بالغرامة التهديدية بالنسبة إلى الحكم بالتعويض العادي تنحصر في أن التحديد النهائي للتعويض في حالة الغرامة التهديدية يلحظ فيه التعنت الذي يبدو من المدين ، هذا إلى أنه إذا أصر المدين على رفض التنفيذ كان هذا كافياً ليحدد القاضي نهائياً مقدار التعويض . وأصبح رقم المادة (هو ٢٢١ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، وكذلك لجنة مجلس الشيوخ بعد استبدال لفظ " العنت " بلفظ "التعنت" ، واصبح رقم المادة هو ٢١٤ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٣٩ — ص ٥٤١) .

(٢) وكان القضاء المصري في عهد التقنين السابق — كالقضاء الفرنسي حتى الآن — يجرى أحكام التهديد المالي دون نص تشريعي . وعانى القضاء المصري ، كما عانى القضاء الفرنسي ، في سبيل التماس سند تشريعي لم يكن موجوداً . فقنن التقنين المدني الجديد هذا القضاء في النصوص التي تقدم ذكرها ، فارتكز نظام التهديد المالي في التقنين الجديد على أساس تشريعي واضح . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " من المعلوم أن القضاء المصري كثيراً ما عانى في سبيل التماس سند من التشريع لنظام الغرامات التهديدية . وإزاء ذلك عمد المشروع إلى إقرار هذا النظام إقراراً تشريعياً، فاختصه بمواد ثلاث ، =

وتقابل هذه النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ٢١٤ — ٢١٥ ، وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٢٥٣ — ٢٥٤ ، وفي التقنين المدني الليبـــى المادتين ٢١٦ — ٢١٧ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٥١ [١]

- ليست في حقيقتها إلا تقنيناً لما انتهى إليه القضاء في هذا الشأن . ويقصد من أعمال نظام الغرامات التهديدية إلى حمل المدين على الوفاء عيناً بالتزام يمتنع تنفيذه بغير تدخله شخصياً ، فإذا امتنع المدين عن الوفاء بمثل هذا الالتزام ، حكم القاضي عليه بغرامة تهديدية ليثنيه عن عناده ، وعلى أن يعيد النظر في حكمه عندما يستبين ما استقر عليه رأي المدين . ويعتبر القاضي في تقدير التعويض النهائي بما يكون من أمر ممانعة المدين في التنفيذ تعنتاً وعناداً من غير مقتض " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٨) .

وتقول المذكرة الإيضاحية أيضاً في موضع آخر : " لعل أهم ما عيب على نظام الغرامات التهديدية ، في وضعه الراهن ، أنه لا يستند إلى نص من نصوص التشريع ، بل هو وليد اجتهاد القضاء . وقد قصد المشروع إلى تدارك هذا العيب ، فأورد هذه المواد الثلاث باعتبارها سنداً تشريعياً يركن إليه عند التطبيق ، وهي بعد ليست إلا تقنيناً لما جرى عليه القضاء من قبل " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٣٩) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢١٤ — ٢١٥ : (مطابقتان لنص المادتين ٢١٣ و ٢١٤ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٢٥٣ : مطابقة في الحكم للمادة ٢١٣ من التقنين المصري ، إلا أن المادة ٢٥٣ من التقنين العراقي لم تورد الفقرة الثانية من المادة ٢١٣ من التقنين المصري التي تجيز للقاضي أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعياً للزيادة — ولكن لا يوجد ما يمنع القاضي العراقي من زيادة الغرامة التهديدية إن رأى داعياً لذلك ، فإن هذه هي طبيعة الغرامة التهديدية بالرغم من عدم ورود نص في هذا الشأن : أنظر الدكتور حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٢٨ ص ٢٤ — ويذهب الدكتور الذنون إلى أن وسيلة التهديد المالي لا تنسجم مع روح القانون ولا مع قواعـــد العدالة أنظر ص ٢٥) .

م ٢٥٤ : (مطابقة في الحكم للمادة ٢١٤ من التقنين المصري ، وتكاد تكون مطابقة لها في اللفظ أيضاً) .

التقنين المدني الليبـــى م ٢١٦ — ٢١٧ : مطابقتان للمادتين ٢١٣ — ٢١٤ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٥١ : غير أنه لا يمكن تطبيق هذه المعاملة (التنفيذ العيني) على الموجبات التي يستلزم إيفاؤها عينا قيام المدين نفسه بالعمل . فيحق للدائن حينئذ أن يطلب الحكم على المديون بغرامة عن كل يوم أو كل أسبوع أو كل شهر يتأخر فيه أو كل نكول يرتكبه ، رغبة في إكراه المديون المتمرد وإخراجه من الجمود . وبعد تنفيذ الموجب عيناً يحق للمحكمة أن تعفي من الغرامة أو أن تبقي منها ما يعوض الدائن من الضرر الذي لحقه بسبب الامتناع غير المشروع الذي بدا من المديون. (والحكم واحد في التقنين اللبناني والتقنين المصري رغم اختلاف العبارة — ويقول الأستاذ صبحي المحمصاني في كتابة آثار الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٧ أن الفقرة الثانية من المادة ٢١٣ مصري " زيادة الغرامة التهديدية إذا وجد داع للزيادة " وإن لم ترد صراحة في القانون اللبناني ، إلا أنها تدخل دلالة في معنى الغرامة التهديدية التي هي بطبعها حكم موقوت تتوقف نتيجته على موقف المدين النهائي إزاء التنفيذ العيني المطلوب ، لذلك كانت الغرامة قابلة للتعديل بحسب ما يراه القاضي ضرورياً لتنفيذ الغاية المقصودة ، وهي إكراه المدين على التنفيذ العيني في التزام العمل) .

ونتكلم في مسألتين : (أولا) شروط الحكم بالتهديد المالي ومميزاته وطبيعته وسنده القانوني . (٢) أثر الحكم بالتهديد المالي .

المطلب الأول

شروط الحكم بالتهديد المالي ومميزاته وطبيعته وسنده القانوني

٤٤٧ – معنى التهديد المالي : تتلخص وسيلة التهديد المالي ، وفقاً للنصوص التي تقدم ذكرها ، في أن القضاء يلزم المدين بتنفيذ التزامه عيناً في خلال مدة معينة ، فإذا تأخر في التنفيذ كان ملزما بدفع غرامة تهديدية عن هذا التأخر ، مبلغا معينا عن كل يوم أو كل أسبوع أو كل شهر أو أية وحدة أخرى من الزمن ، أو عن كل مرة يأتي عملا يخل بالتزامه ، وذلك إلى أن يقوم بالتنفيذ العيني أو إلى أن يمتنع نهائياً عن الإخلال بالالتزام . ثم يرجع إلى القضاء فيما تراكم على المدين من الغرامات التهديدية . ويجوز للقاضي أن يخفض هذه الغرامات أو أن يمحوها بتاتاً [1] .

ومما تقدم نستطيع أن نستخلص : (١) شروط الحكم بالتهديد المالي (٢) ومميزات هذا الحكم (٣) وطبيعته (٤) والسند القانوني الذي يقوم عليه .

٤٤٨ – شروط الحكم بالتهديد المالي : يشترط في الالتجاء إلى وسيلة التهديد المالي والحكم بغرامة تهديدية الشروط الآتية : (أولا) أن يكون هناك التزام امتنع

---

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٤٣٨ – وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : " وتسرى قواعد الغرامات التهديدية على كل التزام بعمل أو بامتناع عن عمل ، أياً كان مصدره ، متى كان الوفاء به عيناً لا يزال في حدود الإمكان ، وكان هذا الوفاء يقتضي تدخل المدين نفسه . والغرامة التهديدية هي مبلغ من المال يقضى بإلزام المدين بأدائه عن كل يوم أو أسبوع أو شهر أو أي فترة معينة من الزمن ، أو عن كل إخلال يرد على الالتزام . ويقصد من هذه الغرامة إلى التغلب على ممانعة المدين المتخلف ، ولهذا أجيز للقاضي أن يزيد فيها إزاء تلك الممانعة كلما آنس أن ذلك أكفل بتحقيق الغرض المقصود (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٠) .

ويلاحظ أن التهديد المالي يرمى إلى حمل المدين على التنفيذ العيني إذا كان التزامه التزاماً بعمل ، وإلى حمله على التعويض العيني إذا كان التزامه التزاماً بالامتناع عن عمل وأخل بهذا الالتزام . ويستوي في هذا الصدد، من الناحية العملية ، التنفيذ العيني والتعويض العيني ، ومن ثم لا نرى بأساً من إطلاق عبارة " التنفيذ العيني " على كل من التنفيذ العيني والتعويض العيني .

المدين عن تنفيذه مع أن تنفيذه العيني لا يزال ممكناً [1] . (ثانياً) أن يكون التنفيذ العيني لهذا الالتزام يقتضي تدخل المدين الشخصي ، وإلا كان التنفيذ غير ممكن أو غير ملائم . (ثالثاً) أن يلجأ الدائن إلى المطالبة بتوقيع غرامة تهديدية على المدين كوسيلة غير مباشرة للتنفيذ العيني .

٤٤٩ – الشرط الأول – التزام امتنع المدين عن تنفيذه مع أن تنفيذه العيني لا يزال ممكناً : لابد أن يكون هناك التزام امتنع الدائن عن تنفيذه . فإذا لم يوجد التزام فلا محل للتهديد المالي . ومن ثم لا يجوز الالتجاء إلى التهديد المالي لإجبار المدعى عليه على الحضور إلى المحكمة ، فإنه غير ملزم بالحضور ، وقد نظم تقنين المرافعات ما يترتب على غيابه من نتائج [2] . ثم لا بد من أن يكون المدين ممتنعاً عن تنفيذ التزامه ، بأن تطلب إليه المحكمة هذا التنفيذ فلا يمتثل . أما إذا امتثل فلا محل للحكم عليه بتهديد مالي، وكذلك إذا حكم عليه فبادر إلى تنفيذ التزامه في الميعاد الذي حددته المحكمة فلا يسرى عليه هذا الحكم لأن سريانه مشروط بعدم التنفيذ .

ولابد أن يكون الالتزام لا يزال ممكناً تنفيذه عيناً . أما إذا أصبح تنفيذه العيني مستحيلا ، كأن هلك الشيء المطلوب تسليمه أو أتى المدين العمل الذي التزم بالامتناع عنه ولم يعد في الاستطاعة الرجوع في ذلك ، فلا محل للالتجاء إلى التهديد المالي ، فإن الالتجاء إلى هذا الطريق إنما هو تهديد للمدين حتى يقوم بالتنفيذ ، وقد أصبح هذا التنفيذ مستحيلا ، ومن ثم أصبح التهديد المالي غير ذي موضوع [3] .

---

(١) فإذا كان الالتزام التزاماً بالامتناع عن عمل وأخل به المدين ، فيشترط أن يكون التعويض العيني عن الإخلال بالالتزام لا يزال ممكناً . وقد تقدم أن التعويض العيني يعدل التنفيذ العيني في هذا الصدد ، وأن عبارة " التنفيذ العيني " قد يقصد بها التعويض العيني .

(٢) ديموج ٦ فقرة ٥٠٩ ص ٥٤٥ – ص ٥٤٦ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٨ ص ١٠٠ – كذلك لا يحكم بغرامة تهديدية على متهم لإجباره على أن يذكر أسماء شركائه ، إذ لا يوجد عليه التزام قانوني بذلك (كايزر في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٥٣ ص ٢٢٠ – الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٥٤ ص ٧٢ – ومع ذلك أنظر بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٨ ص ٩٩) – هذا ويجوز أن يكون المدين الذي يحكم عليه بغرامة تهديدية هو الدولة ذاتها كمصلحة التليفونات ، أو شخص من أشخاص القانون العام كإحدى الجامعات أو أحد المجالس البلدية . (أنظر فريجافيل (Zréjaville) في أنسيكلو بيدي داللوز ١ لفظ Astreinte فقرة ٣٤) .

(٣) فإذا كان هناك التزام بتقديم مستندات مثلا ، وثبت أن هذه المستندات قد أعدمت ، فلا محل للحكم بغرامة تهديدية ، وإنما يقضي بالتعويض إذا توافرت شروطه . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا محل للحكم بتهديد مالي إذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلا ببيع العين المرفوع بشأنها دعوى الاستحقاق (١٩ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٠٤) .

٤٥٠ – الشرط الثاني – تدخل المدين ضروري وإلا كان التنفيذ غير ممكن أو غير ملائم : ويشترط ثانياً أن يكون تدخل المدين الشخصي ضرورياً لتنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً ، بحيث إن هذا التنفيذ يصبح من غير تدخل المدين غير ممكن أو غير ملائم [١] . ونستعرض من هذه الناحية الالتزام بنقل الملكية والالتزام بالعمل والالتزام بالامتناع عن العمل .

ففي الالتزام بنقل الملكية إذا كان محل الالتزام عيناً معينة ، انتقلت ملكيتها بحكم القانون إلى الدائن كما رأينا ، فأصبح الالتزام منفذاً ولا حاجة للتهديد المالي . كذلك إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود فلا حاجة في تنفيذ هذا الالتزام إلى تهديد مالي ، لأن تنفيذه عيناً دون تدخل المدين ممكن عن طريق الحجز على أموال المدين [٢] . بقي الالتزام بنقل ملكية شيء معين لم يعين إلا بنوعه ، وفي أغلب أحواله يمكن التنفيذ العيني دون تدخل المدين بأن يحصل الدائن على حكم بالتنفيذ على نفقة المدين كما رأينا ، وفي الحالات النادرة التي لا بد فيها من تدخل المدين ليكون التنفيذ العيني ممكناً أو ملائما يجوز للدائن أن يلجأ إلى وسيلة التهديد المالي [٣] .

والالتزام بعمل هو الميدان الذي يتسع عادة للتهديد المالي [٤] . ففي نطاق المعاملات المدنية حيث يكون التنفيذ العيني للالتزام دون تدخل المدين غير ممكن أو غير ملائم ، يجوز

---

(١) فإن أمكن التنفيذ العيني دون تدخل المدين الشخصي ، فلا محل للالتجاء إلى التهديد المالي : استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٣٠ – ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٨٥ – ٢١ مارس سنة ١٩١٨ جازيت ٨ رقم ٢٣٠ ص ٢٥٥ – ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ١٠٩ – أول مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢١٦ .

(٢) قارن بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٨ ص ٨٩٨ – وأنظر ديموج ٦ فقرة ٥٠٩ ص ٥٤٦ .

(٣) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٨ ص ٩٨ – مثل ذلك أن يكون الشيء الذي لم يعين إلا بنوعه وتعهد المدين بنقل ملكيته نادر الوجود ، ويكون من اليسير نسبياً على المدين أن يعثر عليه ، فيحكم عليه بغرامة تهديدية إذا لم يقم بتنفيذ التزامه عيناً (فريجافيل : أنسيكلو بيدي داللوز ١ astreinte فقرة ٢٣) .

ويفسر القضاء الفرنسي فكرة عدم الملاءمة تفسيراً واسعاً ، فيكفي أن يكون التهديد المالي من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام عيناً أبسط في الإجراءات من التنفيذ القهري حتى يلجأ إليه القضاء ، ذاهباً إلى أن التنفيذ القهري في هذه الحالة يكون غير ملائم ، والواقع أن التنفيذ القهري ملائم ولكن التهديد المالي أكثر ملاءمة (نقض فرنسي ١٤ مارس سنة ١٩٢٧ داللوز الأسبوعي ١٩٢٧ – ٢٧٤ – ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٠ داللوز الأسبوعي ١٩٣٠ – ٦٠٥ – أنظر في هذا المعنى فريجافيل : أنسيكلو بيدي داللوز ١٠ astreintes فقرة ٢٤) .

(٤) استئناف مختلط ٣ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٨٧ .

الالتجاء إلى التهديد المالي ، كما هو الأمر في الالتزام بتقديم حساب [1] ، وفي الالتزام بتقديم مستندات ، وفي الالتزام بالقيام بعمل فني كغنـــاء أو تمثيـــل أو تصوير [2] ، وفي التزام شركات الاحتكار بتقديم خدماتها للمستهلكين كإعادة المواصلة التليفونية وتوصيل التيار الكهربائي ، وفي الالتزام بإخلاء عين مؤجرة أو تسليمها . وبعض هذه الالتزامات غير ممكن التنفيذ عيناً دون تدخل المدين ، وبعضها تنفيذه غير ملائم دون هذا التدخل ، ويكون في إكراه المدين على التدخل حجر على الحرية الشخصية . وفي نطاق الأحوال الشخصية يجوز الالتجاء إلى التهديد المالي في الالتزام بتسليم الأولاد إلى من له حق حضانتهم [3] ، وفي التزام الزوجة أن تذهب إلى محل الطاعة، وهذان التزامان يمكن تنفيذهما جبراً على المدين — وينفذان فعلا على هذا النحو في كثير من الأحوال في المحاكم الشرعية — ولكن التنفيذ القهري يكون عادة غير ملائم، فيصح الالتجاء إلى التهديد المالي [4] .

وفي الالتزام بالامتناع عن عمل قد يكون الإخلال بالالتزام من شأنه أن يجعل التعويض العيني مستحيلا ، فلا يكون هناك محل للتهديد المالي . مثل ذلك أن يفشي الطبيب أو المحامي سر المهنة ، فيتعين في هذه الحالة الاقتصار على الحكم بالتعويض . أما إذا كان التعويض العيني ممكناً ولكن عن طريق تدخل المدين الشخصي كوسيلة ضرورية أو ملائمة ، جاز الالتجاء إلى التهديد المالي . مثل ذلك التزام الممثل بألا يمثل في مسرح معين [5] ، والتزام المهندس بألا يعمل في مصنع منافس ، والتزام بائع المتجر بالامتناع عن منافسة المشترى ، فإنه يجوز الحكم في هذه الحالات على المدين بغرامة تهديدية عن كل مرة يأتي فيها بالأمر الممنوع أو حتى يكف بتاتاً عن هذا الأمر . ويلاحظ هنا أن الغرامة التهديدية تلتبس بالتعويض ، فقد تكون هذه الغرامة تعويضاً عن الضرر الذي يصيب المدين من جراء إخلال المدين بالتزامه في كل مرة . ويمكن مع ذلك تمييز الغرامة التهديدية عن التعويض بمقدار المبلغ المحكوم به ، فإذا تبين أن يقارب التعويض عن الضرر الناجم عن الإخلال بالالتزام بعد أن يذكر القاضي عناصر هذا الضرر في أسباب حكمه، كان هذا المبلغ تعويضاً ، وإلا فهو غرامة تهديدية [6] .

---

(١) استئناف مختلط ٢٤ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٠٢ .

(٢) استئناف مصر ١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٦ المحاماة ٤ ص ٤٥٢ .

(٣) وقد أصبح الإخلال بهذا الالتزام جريمة جنائية في فرنسا بقانون ٦ ديسمبر سنة ١٩٠١ .

(٤) أنظر في تنفيذ هذين الالتزامين في فرنسا عن طريق التهديد المالي – بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٤٤٧ .

(٥) أنظر تاريخ نص المادة ٢١٣ آنفاً فقرة ٤٤٦ في الهامش — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٤٤٧ .

(٦) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٨ ص ١٠١ — دعوج ٦ فقرة ٥١٣ — وقد يكون تدخل المدين ضرورياً في تنفيذ الالتزام ، ومع ذلك لا يجوز إجبار المدين على التدخل، فلا يصح الالتجاء في هذه الحالة –

٤٥١ – الشرط الثالث – التجاء الدائن إلى المطالبة بالتهديد المالي :

والرأي الراجح أنه يجب أن يطالب الدائن بالتهديد المالي ، فلا يجوز أن تقضي المحكمة من تلقاء نفسها بغرامة تهديدية على المدين إذا لم يطلب الدائن منها ذلك [١] . على أن هناك رأياً يذهب إلى جواز أن تقضي المحكمة من تلقاء نفسها بالغرامة التهديدية إذا وجدت أن شروطها متوافرة [٢] .

ومهما يكن من أمر ، فللدائن أن يطلب الحكم بالغرامة التهديدية في أية حالة كانت عليها الدعوى . بل ويجوز له أن يطلب ذلك لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ، ولا يعتبر هذا الطلب جديداً [٣] .

وللمحكمة ، إذا طلب الدائن منها الحكم بغرامة تهديدية ، سلطة التقدير في أن تجيبه إلى هذا الطلب أو ألا تجيبه إليه ، وهذا على فرض أن شروط التهـــديد المالي متوافرة [٤] . ولا تخضع المحكمة في استعمال سلطة التقدير هذه لرقابة محكمة النقض ، إذ هي تقضي في مسألة موضوعية . أما أن للتهديد المالي شروطاً يجب توافرها حتى يجوز الحكم بغرامة تهديدية، فهذه مسألة قانون تخضع محكمة الموضوع فيها لرقابة محكمة النقض .

ويجوز لأية جهة مختصة الحكم بالغرامة التهديدية : محكمة مدنية ، أو محكمة تجارية ، أو محكمة جنائية تقضي في التزام مدني [٥] . ويجوز لقاضي الأمور المستعجلة أن يحكم بغرامة تهديدية لتنفيذ حكم في الموضوع تنفيذاً عينياً ، ومن باب أولى يجوز أن يقضي بغرامة تهديدية لتنفيذ الحكم المؤقت الذي يصدره هو . ولكن تحويل الغرامة التهديدية الوقتية إلى تعويض ،

= إلى التهديد المالي . مثل ذلك أن يكون الأمر متعلقاً بحق المؤلف الأدبي ، كما إذا تعهد مؤلف لناشر أن يضع كتاباً يقوم الناشر بنشره ، ثم قرر المؤلف أن العمل الذي أنتجه غير جديد بالعرض على الجمهور كعمل صادر منه ، فلا يجوز للناشر إجباره على هذا العرض عن طرق التهديد المالي . ولكن إذا كان المؤلف قد اتفق مع ناشر آخر ، مخلا بالتزامه مع الناشر الأول ، فإنه يجوز إجباره على التنفيذ العيني عن هذا الطريق (الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٥٦) .

(١) أنظر في هذا المعنى كولان وكابيتان وموراندير ٢ فقرة ١٧٧ ص ١٣٤ – ص ١٣٥ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٩ ص ١٠٢ – مازو فقرة ٢٥٠٧ رقم ١٠ .

(٢) أنظر في هذا المعنى كينيو فقرة ٤٧٠ – الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٥٦ ص ٧٤ – ص ٧٥ – وقارب ديموج ٦ فقرة ٥١٠ – فقرة ٥١١ – فريجافيل في أنسيكلو بيدي داللوز ١ (astreintes) فقرة ٢١ .

(٣) ديموج ٦ فقرة ٥١٠ ص ٥٤٧

(٤) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٩ ص ١٠٢ .

(٥) ولا يجوز لمجلس الدولة في فرنسا أن يقضي على الحكومة بغرامة تهديدية ، لأنه لا يستطيع أن يصدر لها أمراً (فريجافيل : أنسيكلو بيدي داللوز ١ astreintes فقرة ٣٨) .

على النحو الذي سنبسطه ، ليس من اختصاص قاضي الأمور المستعجلة ، بل هو من اختصاص قاضي الموضوع [1] .

٤٥٢ – مميزات الحكم بالتهديد المالي : ويمكن الآن أن نستخلص مميزات الحكم بالتهديد المالي ، فهي ثلاثة :

(أولا) يقدر التهديد المالي عن كل وحدة من الزمن يتأخر فيها المدين عن تنفيذ التزامه، أو عن كل مرة يخل فيها بالتزامه ، ولا يقدر مبلغاً مجمداً دفعة واحدة [2] . وذلك حتى يتحقق معنى التهديد ، فإن المدين يحس أنه كلما طال وقت تأخره عن التنفيذ كلما زاد مبلغ الغرامة التهديدية المحكوم بها [3] .

(ثانياً) التهديد المالي تحكمي (arbitraire) ، لا مقياس له إلا القدر الذي يرى القاضي أنه منتج في تحقيق غايته ، وهي إخضاع المدين وحمله على أن يقوم بتنفيذ التزامه عيناً . فلا يشترط فيه أن يكون مقارباً للضرر الذي يصيب الدائن من جراء عدم تنفيذ الالتزام، بل إنه لا يشترط للحكم به وجود ضرر أصلا . فليست غايته التعويض عن الضرر، بل الضغط على المدين وتهديده حتى يقوم بتنفيذه التزامه . فينظر القاضي إذن، لا إلى الضرر، بل إلى موارد المدين المالية وقدرته على المماطلة والمضي في عدم تنفيذ التزامه ، فيقدر مبلغاً يكون من شأنه أن يؤدى في النهاية بالمدين إلى الرضوخ والإذعان ، ويكون عادة أكبر من الضرر بكثير [4] . ومن ثم نصت الفقرة الثانية من المادة ٢١٣ على أنه " إذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافياً لإكراه المدين الممتنع من التنفيذ، جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعياً للزيادة " . فللقاضي إذن إذا قدر في البداية مبلغاً ، ثم رآه غير كاف للتغلب على

---

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٩٠ – ولا نرى مانعاً من أن تحكم محكمة شرعية أو مجلس ملي بغرامة تهديدية في مسائل الحضانة والطاعة بدلا من الحكم بالتنفيذ القهري (manu militari) . ويجوز من باب أولى ، بعد إلغاء هذه المحاكم وتوحيد القضاء ، أن يصدر حكم بذلك من دوائر الأحوال الشخصية التي ستستحدث في المحاكم الموحدة .

(٢) وكان في بداية الأمر في فرنسا يقدر مبلغاً مجمداً (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٧ ص ٩٧ – ديموج ٦ فقرة ٥٠٧ ص٥٤٢) .

(٣) الموجز للمؤلف فقرة ٤٣٩ ص ٤٣٣ .

(٤) أنظر مع ذلك استئناف مختلط ١٦ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢١٩ – ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤١٦ (حيث يعتبر التهديد المالي حكماً بتعويض مقدر سلفاً عن المستقبل "ad futurum" ، وسنعود للإشارة إلى ذلك) .

عناد المدين ، أن يزيد في هذا المبلغ إلى القدر الذي يراه كافيا . ولا يمنع من ذلك حجية الأمر المقضي ، فإن الحكم بالتهديد المالي لا يحوز هذه الحجية كما سنرى [1] .

(ثالثاً) التهديد المالي حكم وقتي وتهديدي (provisoire et comminatoire) . ويترتب على ذلك ما يأتي :

(١) الحكم بالتهديد المالي لا يكون نهائياً واجب التنفيذ ، حتى لو صدر من محكمة آخر درجة ، أو كان الحكم الأصلي مشمولا بالنفاذ المعجل ، بل يبقى الحكم معلقاً على رأس المدين ، مهدداً له ليحمله على تنفيذ التزامه ، ولا يجوز تنفيذه إلا إذا تحول إلى تعويض نهائي كما سيأتي [2] [1] .

(٢) مادام المدين لم يخط خطوته الحاسمة في تنفيذ الالتزام أو في الإصرار على عدم تنفيذه ، فإن مصير الحكم بالتهديد المالي يبقى غير مبتوت فيه ، فلا يطلب من المدين مثلا أن يدمج الغرامة التهديدية في عرض حقيقي للدين المترتب في ذمته [3] ، ولا تدخل هذه الغرامة ضمن الطلب الأصلي لتقدير قيمة الدعوى من حيث النصاب الجائز استئنافه [4] .

(٣) لا يجوز الحكم بالتهديد المالي حجية الأمر المقضي [5] ، لأنه حكم وقتي تهديدي كما قدمنا . فيجوز أولا أن يزيد فيه القاضي إذا رآه غير كاف كما سبق القول. ويجوز

---

(١) وفي إحدى القضايا في فرنسا (نقض فرنسي أول ديسمبر سنة ١٨٩٧ داللوز ٩٨ — ١ — ٢٨٩) زيدت الغرامة التهديدية من مائة فرنك في اليوم إلى عشرة آلاف من الفرنكات (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٩١ ص ١٠٥) .

(٢) أنظر آنفاً تاريخ نص المادة ٢١٤ فقرة ٤٤٦ في الهامش — ديموج ٦ فقرة ٥١٤ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٩٥ مكرر ثالثاً — الموجز للمؤلف فقرة ٤٣٩ ص ٤٣٤ — استئناف مختلط ٢٦ يونية سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣٥٥ — ٧ يونية سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣٢٠ — ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ٦١ — إسكندرية الكلية الوطنية ١٦ يناير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٢ ص ١٠٢٥ . بل ولا يجوز حجز ما للمدين لدى الغير بمقتضى غرامة تهديدية (الأستاذ عبد الحي حجازي في النظرية العامة للالتزام ٣ ص ١٩٠ — ص ١٩٢) .

(1) حكم الإلزام بدفع الغرامة التهديدية — وهي لا تعدو بدورها وبحسب طبيعتها أن تكون حكمها تهديدياً بتعويض مؤقت قابل للتغيير والتقدير طبقا للمادة ٢١٣ من القانون المدني ، ومن ثم فلا يجوز التنفيذ به جبراً عن المدين .
(جلسة ١٩٩١/٦/٥ الطعن رقم ٢٣٢٩ لسنة ٥٤ ق) .
(جلسة ١٩٨٣/١/٢٥ الطعن رقم ١٠ لسنة ٤٣ ق) .

(٣) الموجز للمؤلف فقرة ٤٣٩ ص ٤٣٤ .

(٤) مصر الكلية الوطنية ٢٤ مارس سنة ١٩٠٨ الحقوق ٢٤ ص ٨٤ .

(٥) استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٣٩ .

ثانياً، عند تحويله إلى تعويض نهائي ، أن ينقص منه أو يلغيه كله ، مراعيا في ذلك الضرر الذي لحق بالدائن كما سنرى .

(٤) الحكم بالتهديد المالي لا يكون قابلا للطعن فيه بطريق النقض ، حتى لو صدر من محكمة آخر درجة . وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يقبل الطعن بطريق النقض في الحكم الصادر بعدم جواز استئناف حكم ابتدائي قضي بإلزام مصلحة الضرائب بتقديم الملف الفردي مع إلزامها بغرامة تهديدية في حالة عدم التنفيذ ، بحجة أنه حكم قطعي ، ذلك لأن الحكم المستأنف لم ينه الخصومة الأصلية أو جزءاً منها ، وإنما قضي بإجراء فيها، أما احتواؤه على الغرامة التهديدية فليس من شأنه أن يجعله هو أو الحكم الاستئنافي المطعون فيه حكما وقتيا في معنى المادة ٣٧٨ من تقنين المرافعات [١] .

٤٥٣ – طبيعة الحكم بالتهديد المالي : تبين مما قدمناه أن الغرامة التهديدية ليست تعويضاً فهي لا تقاس بمقياس الضرر ولا تتوقف عليه إطلاقاً ، وإذا حكم القاضي بغرامة تهديدية لا يسبب حكمه بخلاف الحكم بالتعويض فإنه واجب التسبيب ، وقد كان القضاء الفرنسي في بداية الأمر يخلط ما بين التهديد المالي والتعويض عمداً حتى يجد سنداً قانونياً للتهديد المالي ، ثم ما لبث أن ميز تمييزاً واضحـــاً ما بين الاثنين [٢] .

والغرامة التهديدية ليست عقوبة خاصة (peine privée)، وإن كانت تشبه العقوبة. والفرق بينهما أن العقوبة نهائية يجب تنفيذها كما نطق بها ، أما الغرامة التهديدية فهي شيء وقتي كما قدمنا ، ولا تنفذ إلا عندما تتحول إلى تعويض نهائي ، وهي في هذا التحول قد تنتقص أو تلغى ، فالذي ينفذ في الواقع من الأمر ليس هو الغرامة التهديدية الوقتية بل هو التعويض النهائي [٣] .

وإنما الغرامة التهديدية وسيلة للضغط على المدين والتغلب على عناده حتى يحمل على تنفيذ التزامه [٤] . فهي إذن وسيلة من وسائل التنفيذ العيني الجبري . وهي وســـيلة غير

---

(١) نقض مدني ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٥١ المحاماة ٣٢ رقم ٢٣٤ ص ٩٤٢ .

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٩٢ – وقد وصل هذا التمييز إلى حد أن تقضى المحكمة في حكم واحد بتعويض نهائي عن الضرر الذي وقع في الماضي وبغرامة تهديدية لحمل المدين على تنفيذ التزامه في المستقبل (نقض فرنسي ٧ فبراير سنة ١٩٢٢ جازيت دي تريبينو ١٩٢٢ – ١ – ٢١٤ – ديموج ٦ فقرة ٥١٢ ص ٥٤٩) .

(٣) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٩٣ – وقارن الموجز للمؤلف فقرة ٤٤١ .

(٤) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : " ويتضح مما تقدم أن الغرامة التهديدية ليست ضرباً من ضروب التعويض ، وإنما هي طريق من طرق التنفيذ رسمها القانون ، وقصر نطاق تطبيقها على الالتزامات التي يقتضي الوفاء بها تدخل المدين نفسه " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٠) . وجاء –

مباشرة [1] ، تتفق في هذا مع الإكراه البدني الذي هو أيضاً وسيلة غير مباشرة ، وتختلف عن التنفيذ القهري وهو وسيلة مباشرة . ولما كانت الغرامة التهديدية وسيلة غير مباشرة، فهي قد تنجح وقد لا تنجح تبعاً لما انتهى إليه المدين من تنفيذ التزامه أو الإصرار على عدم التنفيذ [2] .

٤٥٤ – السند القانوني للتهديد المالي : لا يوجد في التقنين المدني الفرنسي ولا في التقنين المدني المصري السابق نص يصلح أن يكون سنداً تشريعياً للحكم بالغرامة التهديدية .

= في الموجز للمؤلف : " وسنرى أن المدين لا يحكم عليه في آخر الأمر إلا بتعويض مناسب لما أصاب الدائن من الضرر . ومع ذلك يبقى التهديد المالي وسيلة لإجبار المدين على التنفيذ ، لأن الحكم عليه بتهديد مالي من شأنه أن يلقى في نفسه القلق والانزعاج ، إذ لا يعرف على وجه الدقة المبلغ الذي سيحكم به القاضي نهائياً على سبيل التعويض . ثم هو من جهة أخرى يعلم أن مبادرته إلى تنفيذ التزامه تجعل القاضي أكثر استعداداً لرفع التهديد المالي عنه أو لتخفيفه إلى درجة كبيرة ، وأن إصراره على عدم التنفيذ من شأنه أن يجعل القاضي متشدداً في تقدير التعويض ، ويزيد التعويض كلما كان الإصرار لا مبرر له ، وقد ينتهي الأمر بالحكم عليه نهائياً بكل المبلغ الذي حكم عليه به مبدئياً على سبيل التهديد . كل هذه الاعتبارات من شأنها أن تجعل التهديد المالي وسيلة ناجحة لإجبار المدين على القيام بتنفيذ التزامه ، دون أن يكون هناك حجر على حريته الشخصية " (الموجز ص ٤٣٣ هامش رقم ١) .

(١) استئناف مختلط ٣ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٨٧ – أول مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢١٦ .

(٢) ديموج ٦ فقرة ٥١١ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٩٤ – وقد رتب القضاء الفرنسي على أن الغرامة التهديدية إنما هي وسيلة غير مباشرة للتنفيذ وليست تنفيذاً مباشراً أنها تسري من وقت صدور الحكم الابتدائي بها ، حتى لو كان هذا الحكم غير قابل للتنفيذ واستؤنف فصدر حكم استئنافي يؤيده . أما القضاء المصري فيجعلها تسري من وقت صدور الحكم الاستئنافي لا من وقت صدور الحكم الابتدائي ، فهي أمر من المحكمة لا يبدأ سريانه إلا من وقت صيرورته نهائياً . وقد جاء في الموجز للمؤلف في هذا المعنى : " وقد كان من مقتضى ذلك – أي من مقتضى أن التهديد المالي أمر – ألا يبدأ سريان الحكم بالتهديد المالي إلا من وقت صيرورة هذا الأمر نهائياً ، فإذا استؤنف حكم بتهديد مالي ، وجب انتظار الفصل النهائي من محكمة الاستئناف ، حتى يعلم المدين أن الأمر بالتنفيذ قد تأيد نهائياً ولا مناص من الطاعة . مثل ذلك أن يصدر حكم بإلزام المدين بالتنفيذ العيني في مدة شهر وإلا دفع مبلغاً معيناً عن كل يوم يتأخر فيه عن التنفيذ ، ثم يستأنف هذا الحكم ، ويستغرق نظره في الاستئناف مدة أربعة أشهر ، ثم تؤيد محكمة الاستئناف الحكم الابتدائي . في مثل هذه الحالة يجب إعطاء المدين مهلة شهر للتنفيذ العيني ، وتسري هذه المهلة من وقت صدور حكم الاستئناف لا من وقت صدور الحكم الابتدائي . وهذا تقضي المحاكم المصرية (استئناف أهلي ٢٢ يناير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٢ ص ١٢٢٥ – استئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٨٩٧ المجموعة الرسمية المختلطة ٤ ص ٩٧ – ٢١ مايو سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٩٦) . ولكن محكمة النقض الفرنسية تجعل المهلة تسري من وقت صدور الحكم الابتدائي (٢٥ نوفمبر سنة ١٨٨١ داللوز ٨٢ – ١ – ١٣٤) مخالفة في ذلك أحكام المحاكم الاستئنافية والابتدائية الفرنسية (باريس الاستئنافية ١٢ فبراير سنة ١٩٠٨ داللوز ١٩٠٩ – ٢ – ١١٣ – أنسي الابتدائية ١٤ يوليو سنة ١٩٠٩ داللوز ١٩١١ – ٢ – ٣٠٣) " (الموجز ص ٤٣٦ هامش رقم ٢) .

وقد استند القضاء الفرنسي ، بطريق غير مباشر ، إلى المادة ١٠٣٦ من تقنين المرافعات الفرنسي ، وهي تقضي بأنه " يجوز للمحاكم ، في القضايا التي تعرض عليها ، وتمشيا مع ما توحيه الظروف من الخطورة ، أن تصدر أوامر (injonctions) ، ولو من تلقاء نفسها ، وأن تعدم أوراقا مكتوبة تعلن أنها قد تضمنت قذفا ، وأن تأمر بطبع أحكامها ونشر هذه الأحكام " . فالحكم الصادر بالغرامة التهديدية هو أمر (injonction) يصدر من المحكمة ، بما لها من سلطة الأمر (imperium, judicia ordinatoria) ، لا بما لها من ولاية الحكم (jurisdictio, judicia decisoria) ، للمدين المتعنت الممتنع عن تنفيذ التزامه بتنفيذ هذا الالتزام ، فإن لم يفعل فجزاؤه على العصيان غرامة تهديدية [١] . ولا شك في أن النص الذي استند إليه القضاء الفرنسي إنما قصد به بسط سلطة القاضي في إدارة الجلسة ، والتهديد المالي حكم موضوعي لا علاقة له بإدارة الجلسة . ولا شك في أن القضاء الفرنسي قضاء اجتهادي لا سند له من النصوص التشريعية ، وأن نظرية التهديد المالي نظرية خلقها القضاء لا المشرع [٢] .

---

(١) أسمان في مقال له في المجلة الفصلية للقانـــون المدني سنة ١٩٠٣ ص ٥ – ص ٥٢ – بودري وبارد ١ فقرة ٤٧٩ مكررة .

(٢) وكثير من الفقهاء الفرنسيين يذهبون إلى عدم مشروعية التهديد المالي ، وإلى أن القضاء لا يستند في ذلك إلى أي أساس قانوني (ديمولومب ٢٤ فقرة ٤٩٦ – فقرة ٤٩٧ – لوران ١٦ فقرة ٣٠١ – هيك ٧ فقرة ١٣٦ – أوبري ورو ٤ فقرة ٢٩٩ ص ٦١ – ص ٦٨ – بودري وبارد ١ فقرة ٤٧٩ – ديموج ٦ فقرة ٥٢٤ – فقرة ٥٢٧ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٩٥ – بيدان ولاحارد ٨ فقرة ٤٤٨ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٦٥٣ – كولان وكاپيتان وموراندييه ٢ فقرة ١٧٧ – چوسران ٢ فقرة ٦٠٠) .

على أن المشرع الفرنسي أصدر قانوناً في ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٢ ، خاصاً بالمساكن الصغيرة ، وقد ورد في الفقرة الثالثة من المادة السادسة من هذا القانون نص يرتب التزاماً قضائياً ، وأجاز للقضاء أن يصدر حكماً تهديدياً عن كل يوم يتأخر فيه الملتزم عن تنفيذ هذا الالتزام (à peine d'une astreinte pour chaque jour de retard) ، وفي هذا إقرار تشريعي لنظرية التهديد المالي في مسألة معينة (الموجز للمؤلف ص ٤٣٧ هامش رقم ١) . أنظر أيضاً قانون ١٨ يوليو سنة ١٩٣٧ ، وقانون ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٤٦ ، وقارن ٢١ يوليو سنة ١٩٤٩ (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٩٥ مكررة ثانياً ص ١١٢ هامش رقم ٢ وفقرة ٧٩٥ مكررة رابعاً ص ١١٦ – ص ١١٧) .

وأنظر في القضاء البلجيكي لا يسلم بنظرية التهديد المالي دي پاج ٣ فقرة ١٦١ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٩٥ مكررة ثانياً ص ١١٢ هامش رقم ١ . ولكن هذا القضاء يقر مشروعية التعويض عن المستقبل (ad futurum) يقدر سلفاً إذا طلب الدائن ذلك مع اصطناع الحيطة في هذا الطلب (دي پاج ٣ فقرة ١٦٢ – فقرة ١٦٤) . وأنظر في عدم التسليم بنظرية التهديد المالي في أسبانيا والبرتغال وهولندا والأرجنتين والبرازيل وسويسرا وألمانيا : ديموج ٦ فقرة ٥٢٩ .

وفي عهد التقنين المدني السابق سار القضاء المصري على أثر القضاء الفرنسي في اجتهاده في الحكم بالتهديد المالي ، وفي اعتباره حكماً وقتياً تهديدياً للقاضي تخفيضه أو إلغاؤه [1] .

أما في التقنين المدني المصري الجديد فقد وجد السند التشريعي لنظرية التهديد المالي في النصوص التي تقدم ذكرها ، ولم نعد في حاجة إلى سند قانوني آخر . على أن هذه النصوص ذاتها ليست كما قدمنا إلا تقنينا للقضاء المصري في عهد التقنين المدني السابق .

المطلب الثاني

أثر الحكم بالتهديد المالي

٤٥٥ – موقف المدين من التهديد المالي : إذا حكم على المدين بغرامة تهديدية ، فإنما يقصد بذلك كما قدمنا إلى الضغط عليه والتغلب على عناده حتى يذعن فيقوم بتنفيذ التزامه .

وهو في النهاية يقف أحد موقفين : إما أن يحدث التهديد المالي فيه أثره فيقلع عن عناده ويعمد إلى تنفيذ التزامه [2] ، وإما أن يصر على موقفه ويصمم على ألا يقوم بتنفيذ الالتزام .

وفي الحالتين يكون الموقف قد تكشف نهائياً ، عن التنفيذ أو عدم التنفيذ ، فلم تعد هناك جدوى من استبقاء التهديد المالي بعد أن استنفد أغراضه . ومن ثم وجب النظر في مصير الغرامة المالية وتحويلها إلى تعويض نهائي .

---

(١) استئناف مختلط ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٩ – ٢٤ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٩-٣٠ – والتون ٢ ص ٢٤٩ – ص ٢٥١ – الموجز فقرة ٤٤١ – على أن محكمة الاستئناف المختلطة قضت في بعض أحكامها بأن القضاء المختلط لا يعترف بالتهديد المالي على أساس أنه حكم وقتي تهديدي (astreinte comminatoire) ، بل يقره على أساس أنه حكم بتعويض مقدر سلفاً عن المستقبل (astreinte compensatoire) : استئناف مختلط ١٦ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢١٩ – ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤١٦ (وأنظر جيريل بسطوروس في تعليقاته على التقنين المدني المختلط جزء ٢ ص ٢٤٨ هامش رقم ٣) .

(٢) هذا وقد يقوم المدين بتنفيذ الالتزام خشية تراكم الغرامة التهديدية ، لا لأنه راض بالحكم ، ولا يمنعه تنفيذ الالتزام في هذه الحالة من استئناف الحكم ولا يحتج عليه بأنه رضي به بسبب هذا التنفيذ (دموج ٦ فقرة ٥١٦) .

٤٥٦ – تحويل الغرامة التهديدية إلى تعويض نهائي : وقد نصت المادة ٢١٤ كما رأينا على أنه " إذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ ، حدد القاضي مقدار التعويض الذي يلزم به المدين ، مراعيا في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدا من المدين " . ويستخلص من هذا النص أنه لما كانت الغرامة التهديدية قد استنفدت أغراضها ، لم يعد بد من تحويلها إلى تعويض نهائي . فيجب إذن أن يلجأ الدائن إلى محكمة الموضوع طالبا تصفية الغرامة التهديدية والحكم على المدين بتعويض نهائي يستطيع أن ينفذ به على أمواله ، فقد رأينا أن الغرامة التهديدية لا يستطيع أن ينفذ بها .

هذا وليس ثمة ما يمنع الدائن من أن يطلب التنفيذ الجبري للالتزام بعد أن يتبين أن التهديد المالي لم يثمر في التغلب على عناد المدين . ويتحقق ذلك إذا كان التنفيذ القهري دون تدخل المدين ممكنا وإنما التجأ الدائن إلى التهديد المالي لأن هذا التنفيذ غير ملائم ، فلما أصر المدين على عدم التنفيذ وكان التنفيذ القهري لا يزال ممكنا ، جاز للقاضي أن يحكم به مع التعويض عن الضرر الذي أصاب الدائن من جراء التأخير في هذا التنفيذ [1].

٤٥٧ – عنصر التعويض : على أن القاضي في الكثرة الغالبة من الأحوال لا يقضي بالتنفيذ القهري ، وإلا كان قضى به منذ البداية بدلا من أن يقضي بالتهديد المالي . وإنما تقتصر مهمة القاضي في الغالب على تحويل الغرامة التهديدية إلى تعويض نهائي كما قدمنا .

وعناصر التعويض النهائي هي نفس عناصر التعويض العادي : ما أصاب الدائن من ضرر وما فاته من نفع من جراء عدم التنفيذ إذا كان المدين قد أصر على عدم التنفيذ أو من جراء التأخر في التنفيذ إذا كان المدين قد رجع عن عناده وقام بتنفيذ التزامه .

على أن هناك عنصراً جديداً – وهو العنصر البارز في التعويض الذي يعقب التهديد المالي ، بل هو العنصر الذي يخرج التعويض عن معناه المألوف إلى المعنى الذي يتفق مع فكرة التهديد المالي – يجب أن يدخله القاضي في حسابه عند تقدير التعويض النهائي . هذا العنصر هو العنت الذي بدا من المدين ، فيستطيع القاضي أن يزيد في التعويض في مقابل الضرر الأدبي الذي أصاب الدائن من جراء عناد المدين وتعنته وإصراره على عدم تنفيذ التزامه أو تأخره المتعمد في هذا التنفيذ .

---

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٩ ص ١٠٢ – بل ويجوز أن يكون الالتزام مما يمكن للدائن نفسه أن ينفذه دون تدخل المدين ، ولكن الدائن لجأ إلى التهديد المالي لكونه أكثر ملاءمة ، فلما لم يجد قام الدائن بتنفيذ الالتزام على نفقة المدين . فمتى تم التنفيذ على هذا الوجه يكون الموقف هنا أيضاً قد تكشف ، ويجب النظر في تحويل الغرامة التهديدية إلى تعويض نهائي (ديموج ٦ فقرة ٥١٥) .

ويلاحظ أن تعويض الدائن عن العنت الذي بدا من المدين يمكن أن يتحقق ، حتى لو كان المدين انتهى بعد تباطؤ إلى القيام بتنفيذ التزامه ، فلا يزال هناك عنت من المدين أصاب الدائن بضرر أدبي ، فيجب تعويضه عنه . ولكن عنصر العنت إنما تبرز أهميته في حالة ما إذا كان المدين قد أصر على عدم التنفيذ ، إذ يكون العنت في هذه الحالة أكثر وضوحاً وأبلغ ضرراً . هذا ولا يخفى ما للتعويض عن عنت المدين من أهمية بالغة ، فهو الذي يجعل للتهديد المالي مزية ليست له في القانون الفرنسي حيث يقتصر القاضي على تقدير التعويض بقدر الضرر الذي أصاب الدائن دون أن يزيد شيئاً ، فيعلم المدين مقدماً أنه لن يحكم عليه بتعويض يزيد على الضرر ، ويفقد التهديد المالي مزيته ولا يصلح أداة للضغط على المدين والتغلب على عناده [1] . وقد أمكن في التقنين المصري الجديد إضافة عنصر العنت إلى التعويض بفضل النص على ذلك صراحة في المادة ٢١٤ كما رأينا [2] . أما في فرنسا فلا يوجد نص يسمح للقاضي بإضافة هذا العنصر ، فلا يستطيع إلا أن يلتزم القواعد العامة في تقدير التعويض .

---

(١) ومن أجل ذلك يشكو الفقه الفرنسي من أن التهديد المالي ، في الوضع الذي اقره القضاء ، ليس له تأثير كبير في التغلب على عناد المدين . وقد ذهبت بعض المحاكم في فرنسا ، حتى يكون للتهديد المالي التأثير المطلوب ، إلى أن تقضي بغرامة نهائية لا تكون قابلة للتخفيض ، ولكن محكمة النقض الفرنسية (نقض فرنسي ١٣ أبريل سنة ١٩٥١ جازيت دي باليه ١٩٥١ — ١ — ٢٢) أبت أن تقر هذا الموقف (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٩٥ مكررة) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ما يأتي : " بيد أن الحكم الصادر بالغرامة التهديدية حكم موقوت ، تنتفي علة قيامه متى اتخذ المدين موقفاً نهائياً منه ، إما بوفائه بالالتزام وإما بإصراره على التخلف . فإذا استبان هذا الموقف ، وجب على القاضي أن يعيد النظر في حكمه ليفصل في موضوع الخصومة . فإن كان المدين قد أوفى بالتزامه حط عنه الغرامة إزاء استجابته لما أمر به ، وألزمه بتعويض عن التأخير لا أكثر . وإن أصر المدين على عناده نهائياً ، قدر التعويض الواجب عن الضرر الناشئ عن عدم الوفاء ، ولكن ينبغي أن يراعى في هذا التقدير ما يكون من أمر ممانعة المدين تعنتاً باعتبار هذه الممانعة عنصراً أدبياً من عناصر احتساب التعويض . وفي هذا النطاق يتمثل لب نظام الغرامات المالية ومعقل القوة فيه " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٠) . ولا يؤخذ مما تقدم أن عنصر العنت لا يحسب حسابه إذا أوفى المدين بالتزامه ، كما يبدو من ظاهر العبارة الواردة في المذكرة الإيضاحية من أن الغرامة في هذه الحالة تحط عن المدين ويلزم بتعويض عن التأخير لا أكثر . فإنه إذا كان هذا هو الغالب، إلا أن ذلك لا يمنع من إدخال عنصر العنت في الحساب ، حتى لو أوفى المدين بالتزامه ولكن بعد تباطؤ ملحوظ ،وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

ويترتب على أن عنصر العنت الذي بدا من المدين منصوص عليه في التقنين أن القاضي إذا أغفل هذا العنصر في تقدير التعويض ، خضع لرقابة محكمة النقض ، إذ القانون يلزمه بمراعاة هذا العنصر ، فإذا هو لم يراعه كان هذا إخلال منه بمسألة قانونية (أنظر الأستاذ عبد الحي حجازي في النظرية العامة للالتزام جزء ٣ ص ١٨٨ — ص ١٨٩ — وأنظر في تقدير نظام التهديد المالي الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٥٨).

ومتى تم للقاضي تقدير التعويض النهائي على النحو الذي بسطناه ، قضي به على المدين ، واستطاع الدائن عندئذ أن ينفذ به على أموال المدين ، لا على أنه تهديد مالي ، بل على أنه تعويض نهائي . والغالب أن يكون هذا التعويض أقل من التهديد المالي [1] ، بل قد لا يرى القاضي في بعض الحالات وجهاً للحكم بتعويض ما لانعدام الضرر وعدم إمعان المدين في العنت ، فيلغي الغرامة المالية دون أن يحل مكانها أي تعويض [2] . على أن التعويض قد يكون في بعض الحالات معادلا للغرامة المالية ، لا سيما إذا أمعن المدين في العنت والإصرار على تنفيذ التزامه ، فيستبقي القاضي التهديد المالي كما هو دون أن ينقصه، ولكن التهديد المالي تتغير مع ذلك طبيعته فينقلب من تهديد مالي إلى تعويض نهائي [3] . ويجب على القاضي في جميع الأحوال، عند تحويل التهديد المالي إلى تعويض نهائي، أن يسبب حكمه وأن يبين في الأسباب أن التعويض قد قيس بمقياس الضرر الذي أصاب الدائن ، وقد كان الحكم القاضي على المدين بدفع غرامة تهديدية غير مسبب كما سبق القول [4] .

---

(١) والحكم القاضي بتخفيض الغرامة المالية لا يلغي التنبيه (commandement) ، ولكن يقصر أثره على المبلغ المخفض (استئناف مختلط ١٨ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٦٦) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأنه يجوز للمحكمة أن تلغي الغرامة التهديدية التي قررت إلزام خصم بها ، متى اتضح أن الخصم المذكور نفذ أمر المحكمة بعد الميعاد الذي حددته له بمدة قصيرة ، وأن هذا التأخر ناشئ عن عذر مقبول ، ولكن في هذه الحالة تلزمه بمصروفات الدعوى التي رفعها بطلب إعفائه من الغرامة (٣ فبراير سنة ١٩١٤ الشرائع ١ ص ٢٨٠) .

(٣) استئناف أهلي ١١ يونية سنة ١٩١٧ الشرائع ٥ ص ٤٧ — بني سويف الكلية ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المحاماة ٤ ص ١٧٠ — المنيا الجزئية ٣١ مايو سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ ص ٨٥ — استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٣٩ — ١٨ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٦٦ .

(٤) نقض فرنسي ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجلة الأسبوع القانوني سنة ١٩٥١ ص ٦٠٨٩ — الأستاذ عبد الحي حجازي في النظرية العامة للالتزام جزء ٣ ص ١٨٧ وهامش رقم ١ .

الباب الثاني

التنفيذ بطريق التعويض

(Exécution par équivalent - Dommages -intérêts)

٤٥٨ – متى يكون التنفيذ بطريق التعويض : رأينا فيما تقدم متى يكون التنفيذ العيني للالتزام . ويمكن أن يستخلص من ذلك متى يكون تنفيذ الالتزام بطريق التعويض [(١)] .

فإذا أصبح التنفيذ العيني للالتزام مستحيلا بخطأ المدين ، لم يبق إلا التنفيذ بطريق التعويض [(1)] . ويعتبر التنفيذ العيني مستحيلا إذا كان هذا التنفيذ يقتضي تدخل المدين الشخصي ، وامتنع هذا عن التنفيذ ولم يجد التهديد المالي في التغلب على عناده . وقد مر القول في ذلك .

وحتى إذا كان التنفيذ العيني ممكنا دون تدخل المدين ، ولكن لم يطلبه الدائن ولم يتقدم المدين به ، فإن التنفيذ بطريق التعويض يحل محل التنفيذ العيني كما رأينا .

وحتى إذا طلب الدائن التنفيذ العيني ، ولكن هذا التنفيذ كان مرهقاً للمدين ، وكان عدم القيام به لا يعود بضرر جسيم على الدائن ، فإن القاضي يقتصر على الحكم بتعويض ، وقد سبق تفصيل ذلك .

ثم إنه يجب للتنفيذ بطريق التعويض ، كما يجب للتنفيذ العيني ، إعذار المدين ، وسنتكلم تفصيلا في الإعذار عند الكلام في تقدير التعويض عن طريق القاضي .

٤٥٩ – التنفيذ بطريق التعويض يتناول كل التزام أياً كان مصدره: وكل التزام ، أياً كان مصدره يجوز تنفيذه عن طريق التعويض . فالالتزام العقدي ، سواء كان التزاماً بنقل ملكية أو التزاماً بعمل أو التزاماً بالامتناع عن عمل ، يكون تنفيذه بطريق

---

(١) وقد سبق أن رأينا أن التعويض ليس التزاما تخييرياً أو التزاماً بدلياً ، وأن الالتزام سواء نفذ تنفيذاً عينياً أو نفذ بطريق التعويض ، هو هو واحد لم يتغير ، والذي تغير هو محل الالتزام فبعد أن كان تنفيذاً عينياً أصبح تعويضاً ، فتبقى الضمانات التي كانت تكفل التنفيذ العيني كافلة للتعويض (أنظر آنفاً فقرة ٤٠٩ والهوامش).

(1) من المقرر أن الأصل وفقا لما تقضي به المادتان ١/٢٠٣ ، ٢١٥ من القانون المدني هو تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً ولا يصار إلى عرضه أو التنفيذ بطريق التعويض إلا إذا استحال التنفيذ العيني ، وأن تقدير تحقق تلك الاستحالة مما يستقل به قاضي الموضوع متى أقام قضاءه على أسباب سائغة .
(جلسة ١٩٩١/٥/١٦ الطعنان ٢٤٦٩ ، ٢٥١٧ لسنة ٥٧ ق) .

التعويض في الحالات التي تقدم ذكرها في الفقرة السابقة ، وبخاصة إذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلا بخطأ المدين . ويصبح التنفيذ العيني مستحيلا في الالتزام بنقل ملكية شيء معين إذا هلك هذا الشيء أو انتقلت ملكيته إلى الغير [1] ، وفي الالتزام يعمل إذا إنعدمت الوسائل اللازمة للقيام بهذا العمل أو كان ينبغي أن يتم القيام به في مدة معينة وانقضت هذه المدة ، وفي الالتزام بالامتناع عن عمل إذا أتي المدين الأمر الممنوع . وقد مر بيان ذلك تفصيلا فيما تقدم .

والالتزامات التي لا يكون مصدرها العقد يغلب أن يكون تنفيذها بطريق التعويض. فالالتزام التقصيري ليس إلا نتيجة للإخلال بالتزام قانوني هو أن يتخذ الشخص الحيطة الواجبة لعدم الإضرار بغيره ، وجزاء هذا الإخلال هو التعويض ، وهذه هي المسئولية التقصيرية . والالتزام الناشئ من الإثراء بلا سبب ليس إلا نتيجة للإخلال بالتزام قانوني آخر، هو ألا يثرى الشخص على حساب غيره دون سبب ، وجزاء هذا الإخلال هو التعويض . وكثير من الالتزامات القانونية الأخرى وكون تنفيذها بطريق التعويض ، كالتزام الجار إلا يضر بجاره ضرراً فاحشاً والالتزام بعدم إفشاء سر المهنة . وهناك من الالتزامات القانونية ما يمكن تنفيذه عينا ، كالالتزام بالنفقة والتزامات الأولياء والأوصياء والقوام ، ومع ذلك يجوز عند الإخلال ببعض هذه الالتزامات أن يكون التنفيذ بطريق التعويض .

٤٦٠ – وسائل تنفيذ التعويض : ووسائل تنفيذ التعويض ، كوسائل التنفيذ العيني ، هي التنفيذ الاختياري والتنفيذ الجبري . فإذا حكم على المدين بدفع تعويض للدائن، ولم يدفع المدين هذا التعويض اختياراً – وهذا هو الوفاء (paiement) – جاز للدائن إجباره على الدفع بطريق التنفيذ القهري . ولما كان التعويض عادة هو مبلغ من النقود ، فإنه يمكن

---

(١) أما إذا كان الالتزام بنقل الملكية هو التزام بدفع مبلغ من النقود ، فالتنفيذ العيني والتعويض فيه يستويان، لأن التعويض لا يكون إلا في دفع المبلغ محل الالتزام فيتلاقى مع التنفيذ العيني ، إذ أن النقود لا تتعين بالتعيين .

فالالتزام بدفع مبلغ من النقود يكون إذن قابلا للتنفيذ العيني في جميع الأحوال . ولا يمكن أن يقال هنا إن التنفيذ العيني يتحول إلى تعويض ، فكلاهما شيء واحد ، والأولى أن نسمى هذا الشيء تنفيذاً عينياً لا تعويضاً لأن الأصل هو التنفيذ العيني . ولا يكون هناك تعويض عن الالتزام بدفع مبلغ من النقود . إلا إذا كان تعويضاً عن التأخر في التنفيذ ، لا تعويضاً عن عدم التنفيذ .

ولا يصح القول إن الالتزام بدفع مبلغ من النقود يصبح تنفيذه العيني مستحيلا إذا كان المدين معسراً ، فإن استحالة التنفيذ العيني ليس معناها صعوبة استيفاء الدين لإعسار قد يعقبه يسار ، بل الاستحالة معناها عدم إمكان التنفيذ مطلقاً في أي حال من الأحوال . ويترتب على ذلك أن الإعسار ، ولو كان بقوة قاهرة ، ليس سبباً في انقضاء الالتزام ، لأنه لا يجعل تنفيذه مستحيلا (الموجز للمؤلف فقرة ٤٤٢ ص ٤٣٧ هامش رقم ٣ – أنظر بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٢٣) .

دائماً تنفيذه بطريق الحجز على أموال المدين . ولكن قد يكون التعويض عينياً في بعض الحالات ، فيجوز الالتجاء إلى التهديد المالي للوصول إلى هذا التعويض العيني بطريق غير مباشر . ويصلح الإكراه البدني وسيلة غير مباشرة لتنفيذ التعويض ، على الوجه الذي بسطناه فيما تقدم .

٤٦١ – كيفية تقدير التعويض : والمهم في التنفيذ بطريق التعويض أن نستعرض الطرق المختلفة لتقدير التعويض .

فتارة – وهذا هو الأصل – يقوم القاضي بتقدير التعويض ، وهذا هو التعويض القضائي .

وطوراً يكون تقديره مقدماً باتفاق الطرفين ، وهذا هو التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي .

وثالثة يكون التقدير عن طريق القانون ، كما وقع ذلك في تحديد سعر الفائدة ، وهذا هو التعويض القانوني [1] .

فنستعرض هذه الطرق المختلفة في فصول ثلاثة :

الفصل الأول

التعويض القضائي

٤٦٢ – الإعذار وتقدير القاضي للتعويض : يجب إعذار المدين ومطالبته بتنفيذ التزامه . وقد رأينا أن هذا واجب في التنفيذ العيني ، وهو واجب أيضاً في التنفيذ بطريق التعويض . بل إن الإعذار في التنفيذ بطريق التعويض ، وبخاصة في التعويض عن تأخر المدين في التنفيذ ، له أهمية بالغة كما سنرى .

وأكثر ما يبرز الإعذار في التعويض القضائي ، وإن كان واجباً أيضاً في التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي) كما سيأتي . فآثرنا أن نبحث الإعذار في هذا المكان ، متوخين في ذلك الناحية العملية .

---

(١) وقد نصت المادة ٢٥٩ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على " أن تعيين قيمة بدل الضرر يكون في الأساس بواسطة القاضي ، وقد يكون بنص قانوني أو باتفاق بين المتعاقدين .

وبعد أن يعذر الدائن المدين ، يقيم عليه الدعوى يطالبه بتنفيذ التزامه . ونحن هنا في صدد التنفيذ بطريق التعويض ، فيطلب الدائن إلى القاضي تقدير التعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه ومن جراء تأخره في هذا التنفيذ .

فنتكلم إذن في مسألتين : (أولا) الإعذار (ثانياً) تقدير القاضي للتعويض .

الفرع الأول

الإعـــذار

(La mise en demeure)

٤٦٣ – النصوص القانونية: تنص المادة ٢١٨ من التقنين المدني على ما يأتي:

" لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين ، ما لم ينص على غير ذلك " .

وتنص المادة ٢١٩ على ما يأتي :

" يكون إعذار المدين بإنذاره أو بما يقوم مقام الإنذار ، ويجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في قانون المرافعات . كما يجوز أن يكون مترتباً على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء آخر "

وتنص المادة ٢٢٠ على ما يأتي :

" لا ضرورة لإعذار المدين في الحالات الآتية : (أ) إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين (ب) إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع (ج) إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك (د) إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه [1] " .

---

(١) تاريخ النص :

م ٢١٨ : ورد هذا النص في المادة ٢٩٦ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢٢٥ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢١٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٥٥ – ص ٥٥٦) .

م ٢١٩ : ورد هذا النص في المادة ٢٩٧ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " يكون إعذار المدين بإنذاره أو بما يقوم مقام الإنذار ، ويجوز أن يتم الإعذار بأي طلب كتابي آخر ، كما يجوز أن يكون مترتبا على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى إنذاره " . وفي لجنة المراجعة حلت عبارة " أي إجراء آخر " محل كلمة " إنذار " الواردة في آخر المادة ، لأن الإعذار بالاتفـــاق عليه –

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ١٧٨/١٢٠ [١] . ولا فرق ما بين التقنينين الجديد والقديم في الإعذار وأحكامه ، وإن كانت نصوص التقنين الجديد أكثر تفصيلا ، على أنها ليست إلا تقنيناً لأحكام القضاء في عهد التقنين السابق [٢] .

وتقابل هذه النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المواد ٢١٩ — ٢٢١ ، وفي التقنين المدني العراقي المواد ٢٥٦ — ٢٥٨ ، وفي التقنين المدني

= مقدماً يعتبر إعذاراً تم بإجراء معين ، ولا يدخل في الحالات التي لا ضرورة للإعذار فيها وهي الحالات المنصوص عليها في المادة التالية . وأصبح رقم المادة ٢٢٦ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص . وفي لجنة مجلس الشيوخ سئل عما إذا كان الإعذار بكتاب عادي يكفي ، فأجيب بأنه يكفي لأن المراد بالإعذار هو تنبيه المدين إلى أن الدائن غير متهاون في حقه في التنفيذ فلم تأخذ اللجنة بهذا الرأي ، وجعلت الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في قانون المرافعات ، جائزاً بدلا من جواز الإعذار بطريق الكتاب العادي ، وعدل النص على الوجه الذي استقر عليه في التقنين الجديد ، وأصبح رقم المادة ٢١٩ ، ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٥٦ — ص ٥٥٨) .

م ٢٢٠ : ورد هذا النص في المادة ٢٩٨ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " لا ضرورة ، في إعذار المدين ، لأي إجراء في الحالات الآتية : (أ) إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن بفعل المدين ، وعلى الأخص إذا كان محل الالتزام نقل حق عيني أو القيام بعمل وكان لا بد أن يتم التنفيذ في وقت معين وانقضى هذا الوقت دون أن يتم ، أو كان الالتزام امتناعاً عن عمل وأخل به المدين . (ب) إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع . (ج) إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك . (د) إذا أعلن المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه " . وفي لجنة المراجعة وضعت كلمة " صرح " بدلا من كلمة " أعلن " في البند (د) ، وأصبح رقم المادة ٢٢٧ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ عدلت الفقرة الأولى فأصبحت تجرى على الوجه الآتي : " لا ضرورة لإعذار المدين في الحالات الآتية "، وحذفت من البند (أ) عبارة " وعلى الأخص إذا كان محل الالتزام ... الخ " لأنها تورد تطبيقات يجزئ عن إيرادها عموم العبارة ، وأضافت بعد عبارة " غير ممكن " في البند (أ) عبارة " غير مجد " حتى يكون النص شاملا لجميع الصور . وأصبح رقم المادة ٢٢٠ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٥٩ — ص ٥٦٢) .

(١) وقد كانت المادة ١٧٨/١٢٠ من التقنين المدني السابق تجرى على الوجه الآتي : " لا تستحق التضمينات المذكورة إلا بعد تكليف المتعهد بالوفاء تكليفاً رسمياً " .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " اقتصر المشروع في شأن الإعذار بوجه عام على ضبط حدود بعض الأحكام ضبطاً قصد به إلى علاج ما يعتور من نصوص التقنين الحالي (السابق) من اقتضاب مخل . ويراعى بادئ ذي بدء أنه لم يأت على وجه الإطلاق بجديد فيما يتعلق بقاعدة وجوب الإعذار وما يرد عليها من استثناءات . على أن ذلك لم يصرفه عن استحداث أحكام أخرى ،قد يكون أهمها ما يتصل بإصلاح الإجراءات المتبعة في إعذار المدين ، فقد قضي المشروع بجواز الاكتفاء بمجرد طلب كتابي في المواد المدنية . وهو بهذا يخالف ما جرى عليه القضاء المصري دفعاً لحرج الغلو في التثبت بشكلية الإجراءات " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٤) . وقد رأينا أن هذا التحديد الذي كان يقضي بالاكتفاء في الإعذار بطلب كتابي قد حذفته لجنة مجلس الشيوخ .

الليبـــى المواد ٢٢١ — ٢٢٣ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٢٥٣ و ٢٥٧ و٢٥٨ [1] .

ويتبين مما قدمناه من نصوص التقنين المدني المصري أن التعويض لا يستحق إلا بعد إعذار المدين، وأن الإعذار يتم بإجراءات معينة، وأن هناك حالات لا ضرورة فيها للإعذار . وإذا تم الإعذار ترتبت عليه نتائج قانونية معينة .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢١٩ — ٢٢١ : (مطابقة للمواد ٢١٨ — ٢٢٠ من التقنين المدني المصري ، مع ملاحظة أن الإنذار في التقنين السوري يكون بواسطة الكاتب العدل وأنه يجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في القوانين الخاصة : م ٢٢٠ سوري)
التقنين المدني العراقي م ٢٥٦ : (مطابقة للمادة ٢١٨ من التقنين المدني المصري) .
م ٢٥٧ : يكون إعذار المدين بإنذاره . ويجوز أن يتم الإعذار بأي طلب كتابي آخر ، كما يجوز أن يكون مترتباً على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى إنذار . (وهذا النص — كالمشروع التمهيدي للتقنين المصري — يجيز الإعذار بطلب كتابي غير رسمي) .
م ٢٥٨ : (مطابقة للمشروع التمهيدي لنص المادة ٢٢٠ من التقنين المصري ، ولا تختلف في الحكم عن التقنين المصري) .
التقنين المدني الليبي م ٢٢١ — ٢٢٣ : (مطابقة للمواد ٢١٨ — ٢٢٠ من التقنين المدني المصري) .
تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٥٣ : يجب لاستحقاق بدل العطل والضرر : أولا — أن يكون قد وقع ضرر . ثانيا — أن يكون الضرر معزوا إلى المديون . ثالثا — أن يكون قد أنذر المديون لتأخره فيما خلا الأحوال الاستثنائية . (وتتفق هذه الأحكام مع أحكام التقنين المصري) .
م ٢٥٧ : إن تأخر المديون الذي بدونه لا يستهدف لأداء بدل العطل والضرر ينتج في الأساس عن إنذار يرسله إليه الدائن بطريقة ما . وإنما يجب أن يكون خطياً (ككتاب مضمون أو برقية أو إخطار أو إقامة الدعوى عليه أمام المحكمة وإن لم تكن ذات صلاحية) . وإن هذا الإنذار لواجب مع قطع النظر عن ماهية الموجب وعن أصله أو أصل بدل الضرر . (وهذا النص يجيز الإعذار بكتاب مسجل أو برقية أو إخطار مكتوب ، فهو كالمشروع التمهيدي للتقنين المصري وكالتقنين العراقي : أنظر الدكتور صبحي المحمصاني في آثار الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ١٦) .
م ٢٥٨ : لا يبقى الإنذار واجباً : (١) عندما يصبح التنفيذ مستحيلا . (٢) عندما يكون الموجب ذا أجل حال موضوع لمصلحة المديون ولو بوجه جزئي على الأقل . (٣) عندما يكون موضوع الموجب المطلوب أداؤه رد شيء يعلم المديون أنه مسروق أو كان المديون قد أحرزه عن علم بوجه غير مشروع. ففي الحالات الثلاث المتقدم بيانها يكون المديون حتما في حالة التأخر بدون أي تدخل من قبل الدائن . (وهذا النص يختلف عن التقنين المصري في أمرين: (١) يجعل حلول الأجل في دين مؤجل لمصلحة المدين ولو جزئياً كافيا ولا حاجة لإعذار المدين في هذه الحالة ، وهذا الحكم اقرب إلى التقنينات الجرمانية وبعض التقنينات اللاتينية كما سنرى . (٢) لا يجعل من حالات عدم ضرورة الإعذار حالة ما إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه . ويذهب الدكتور صبحي المحمصاني — في كتابة آثار الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ١٧ — إلى أن عدم ضرورة الإعذار في حالة تصريح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه ، بالرغم من إغفال النص عليه ، مقبول في لبنان " وفاقا للقياس وللمبادئ العامة ، فالإنذار لا يلزم لعدم الفائدة منه ولثبوت خطأ المدين بإقراره ") .

فنتكلم إذن فيما يأتي : (١) معنى الإعذار (٢) كيف يتم الإعذار (٣) الحالات التي لا ضرورة فيها للإعذار (٤) النتائج القانونية التي تترتب على الإعذار .

٤٦٤ — معنى الإعذار : إعذار المدين هو وضعه قانوناً في حالة المتأخر في تنفيذ التزامه (mise en demeure, mora, retard) . ذلك أن مجرد حلول أجل الالتزام لا يكفي في جعل المدين في الوضع القانوني (dies non interpellat pro homine) ، بل لا بد من إعذاره [١] . فقد يحل أجل الالتزام ، ومع ذلك يسكت الدائن عن أن يتقاضى التنفيذ من المدين ، فيحمل ذلك منه محمل التسامح وأنه لم يصبه ضرر من تأخر المدين في تنفيذ التزامه ، وقد رضي ضمناً بمد الأجل مادام يستطيع الانتظار دون ضرر يصيبه من ذلك . أما إذا كان الدائن يريد من المدين أن ينفذ التزامه الذي حل أجله ، فعليه أن يشعره بذلك عن طريق إعذاره بالطرق التي رسمها القانون [٢] . وعند ذلك يصبح المدين ملزماً بتنفيذ التزامه فوراً ، وكل تأخر في التنفيذ يستوجب التعويض [٣] .

وفكرة الإعذار هذه من تقاليد القانون الفرنسي [٤] ، نقلها عنه التقنين المدني المصري السابق ، واستبقاها التقنين المدني المصري الجديد . وقد عدلت عنها القوانين الجرمانية وبعض القوانين اللاتينية ، واعتبرت أن مجرد حلول أجل الالتزام كاف لإشعار المدين

---

(١) أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٨ ص ١٣٧ وهامش رقم ٤ .

(٢) ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان الالتزام واجب التنفيذ في محل إقامة الدائن، ولم يحضر المدين للتنفيذ يوم حلول الأجل ، اعتبر معذراً دون حاجة إلى أي إجراء (٢٨ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٢٣) ، وإذا كان الدين يدفع على أقساط في مدد قصيرة ، وأعذر المدين لأحد هذه الأقساط ، فلا يمكن أن يعتبر في حاجة إلى الإعذار في كل قسط لاحق يحل بعد مدة قصيرة (١٤ يونية ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٦٣ — أنظر أيضاً ديموج ٦ فقرة ٢٣٨) .

(٣) استئناف مختلط ٣١ مارس سنة ١٨٩٨ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٢٣ ص ٢٢٣ — ويكون الإعذار عند حلول أجل الدين أو بعده ، ولكن لا يكون قبله (استئناف مختلط ٧ يناير سنة ١٨٨٦ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ١١ ص ٢٨) . ويصح أن يمنح الدائن للمدين في الإعذار أجلا لتنفيذ الالتزام دون أن يؤثر الأجل في قوة الإعذار ، فمتى حل الأجل الممنوح أصبح المدين معذراً (استئناف مختلط ٢٣ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٦٨) . وإذا شطب الدائن دعواه بعد أن استوفى جزءاً من دينه، حمل هذا على تنازل الدائن عن أثر الدعوى في إعذار المدين (استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٦٣) .

ويقابل إعذار المدين إعذار الدائن ، فقد يعذر المدين الدائن إذا رفض هذا قبول الوفاء دون مبرر ، بأن يعرض عليه الدين عرضاً حقيقياً وفقاً للإجراءات التي نص عليها القانون (م ٣٣٤ — ٣٤٠ مدني — أنظر دي باج ٣ فقرة ٨٦ — فقرة ٨٧) .

(٤) وكان القانون الروماني يستوجب الإعذار ، أما القانون الفرنسي القديم فكان لا يستوجبه في القرنين السادس عشر والسابع عشر ، وفي القرن الثامن عشر عاد بوتييه إلى تقاليد القانون الروماني فاستوجب الإعذار (كولان وكابيتان وموراندييه ٢ فقرة ١٥١) .

بوجوب التنفيذ دون حاجة لإعذار ، وأن تاخر المدين عن تنفيذ التزامه بعد حلول الأجل يجعله مسئولا عن التعويض [1] .

٤٦٥ – كيف يتم الإعذار : الأصل في إعذار المدين أن يكون بإنذاره ، والإنذار (sommation) ورقة رسمية من أوراق المحضرين يبين فيها الدائن في وضوح أنه يطلب من المدين تنفيذ التزامه . وهذا هو الطريق المعتاد لإعذار المدين ، حتى صح أن يقال : " قد أعذر من أنذر [2] " .

وقد بين تقنين المرافعات (م ٦ – ١٣) كيف يعلن المحضر الإنذار : يسلم صورة الإنذار إلى المدين نفسه في موطنه ، فإن لم يجده سلمها إلى وكيله أو خادمه أو من يكون ساكناً معه ، وإلا سلمها إلى جهة الإدارة على الوجه المبين في تقنين المرافعات في النصوص المشار إليها . ولما كانت المادة ٢١٩ مدني تقضي بأنه يجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في تقنين المرافعات ، وجب الرجوع إلى هذا التقنين أيضاً في ذلك . وكان قانون المرافعات السابق يجيز " الإعلان على يد المحضر بطريق البريد في الأحوال بينها القانون، وكذلك كان يجيز الإعلان بهذا الطريق إذا اختاره الطالب كتابة على أصل الورقة في الأحوال التي يكون فيها الإعلان في قلم الكتاب أو في الموطن المختار بشرط أن يكون هذا الموطن مكتب أحد المحامين" . وقد أصدر المشروع القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٣ وتضمن إلغاء المواد من ١٥ – ١٩ من قانون المرافعات المنظمة للإعلان بطريق البريد . ولم يأخذ أيضاً قانون المرافعات الحالي بنظام الإعلان بطريق البريد .

وليس الإنذار هو الطريق الوحيد لإنذار المدين . فهناك ما يقوم مقام الإنذار [3] . وأية ورقة رسمية تظهر منها بجلاء رغبة الدائن في أن ينفذ المدين التزامه تقوم مقام الإنذار [1].

---

(١) أنظر التقنين المدني الألماني (م ٢٨٤) ، وتقنين الالتزامات السويسري (م ١٠٢) ، والتقنين المدني النمساوي (م ١٣٣٤) ، وتقنين الالتزامات البولوني (م ٢٤٣) ، والتقنين المدني البرازيلي (م ٩٦٠) ، والتقنين المدني البرتغالي (م ٧١١) ، والتقنين المدني الصيني (م ٢٢٩) ، والتقنين المدني الياباني (م ٤١٢) ، وتقنين الالتزامات التونسي والمراكشي (م ١٢١٩) فيستوجبان الإعذار ، ولكن يكفى فيه كتاب غير رسمي . أنظر في هذه المسألة والتون ٢ ص ٢٢٤ – ص ٢٢٥ .

(٢) فالإعذار هو إذن إرادة منفردة تصدر من الدائن ، ويعلن بها المدين (déclaration réceptive)، وتفرغ في شكل خاص (ديموج ٦ فقرة ٢٣٣ ص ٢٥٤) . ومن ثم يجوز صدور الإعذار من الدائن أو نائبه أو من فضولي (وتكون مطالبة الدائن بالتعويض إجازة منه) ، ويشترط فيمن يصدر عنه الإعذار أهلية الإدارة دون أهلية التصرف (ديموج ٦ فقرة ٢٣٧) .

(٣) ولا يقوم مقام الإنذار إقرار المدين في دعوى أخرى أن الدائن قد أنذره ، بل يجب على الدائن تقديم أصل الإنذار حتى تتبين المحكمة استيفاءه للشروط الواجبة . وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يكفى لترتيب =

من ذلك التنبيه الرسمي (commandement) الذي يسبق التنفيذ . ومن ذلك أيضاً صحيفة الدعوى (citation en justice) : ولو رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة . ومن ذلك محضر الحجز ، وهو من أعمال التنفيذ [1] . وكثيراً ما يقع أن ينذر الدائن المدين في نفس صحيفة الدعوى ، فتكون هذه الصحيفة إنذاراً ومطالبة قضائية في وقت واحد ، ولكن إذا بادر المدين في هذه الحالة إلى التنفيذ بمجرد أن تعلن إليه صحيفة الدعوى كانت مصروفات الدعوى على الدائن . لأن المدين يكون قد نفذ التزامه بمجرد إعذاره [2] .

أما إذا كانت الورقة غير رسمية ، ككتاب ولو كان مسجلا أو برقية ، فلا تكفي للإعذار في المسائل المدنية [3] ، إلا إذا كان هناك اتفاق بين الدائن والمدين على أنها تكفي . ذلك أنه يجوز الاتفاق على أن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي

= الأثر القانوني للإنذار أن يكون المشترى قد قال في دعوى أخرى أن البائع أنذره ، مادام ذلك القول قد صدر في وقت لم يكن النزاع على العقد المتنازع فيه مطروحاً ، بل يجب تقديم الإنذار حتى يمكن للمحكمة أن تتبين إن كان يترتب عليه الفسخ أم لا ، وذلك بالرجوع إلى تاريخه وما تضمنه ، لأنه قد يكون حاصلا قبل الميعاد المعين للوفاء أو قبل قيام البائع بتعهداته التي توقفت عليها تعهدات المشترى (نقض مدني ١٦ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٢ ص ٢٩٣) .

(1) الأصل في الإعذار أن يكون بإنذار المدين على يد محضر بالوفاء بالتزامه الذي يخلف عن تنفيذه ، ويقوم مقام الإنذار كل ورقة رسمية يدعو فيها الدائن المدين إلى الوفاء بالتزامه ويسجل عليه التأخير في تنفيذه ولا يتطلب القانون أن تتضمن الورقة فوق ذلك تهديد المدين بطلب فسخ العقد في حال عدم وفائه بالتزامه ، ذلك لأن الفسخ والتعويض كليهما جزاء يرتبه القانون على تخلف المدين عن الوفاء بالتزامه في العقود الملزمة للجانبين وليس بلازم أن ينبه المدين إليها قبل رفع الدعوى بطلبه أيهما وإذا كان بروتستو عدم الدفع ورقة رسمية يقوم بإعلانها المحضر إلى المدين في السند لإثبات امتناعه عن الدفع ، وقد نصت المادة ١٧٤ من قانون التجارة (السابق) على أن يعمل هذا البروتستو على حسب الأحوال المقررة فيما يتعلق بأوراق المحضرين ، كما تتطلب المادة ١٧٥ من هذا القانون أن تشمل ورقة البروتستو على التنبيه الرسمي على المدين بدفع قيمة السند، فإن البروتستو يعتبر إعذار للمدين بالمعنى الذي يتطلبه القانون في الإعذار .
(جلسة ١٩٨٤/٢/٦ الطعن ١١١٠ لسنة ٤٩ ق س ٣٥ ص ٣٩٨) .
(جلسة ١٩٨٤/٣/١٢ الطعن رقم ١١٦٤ لسنة ٤٨ ق س ٣٥ ص ٦٤٥) .
(جلسة ١٩٦٤/١١/١٢ الطعنان رقم ٥٢٣ ، ٥٢٤ لسنة ٢٩ ق س ١٥ ص ١٠٢٨) .

(١) استئناف مختلط ٣١ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٠٤ — ٢٧ يونية سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٥١٩ — ١٧ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٩٣ .

(٢) ولا يكفي في الإعذار الطلب الذي قدم للجنة المعافاة القضائية (ديموج ٦ فقرة ٢٣٣ ص ٢٥٤) .

(٣) استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٥٩ (إخطار شفوي لا يكفي) — ١٦ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٣٣ — ومع ذلك أنظر : استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٨٨٠ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٦ ص ١٧٤ — ٣١ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢١٨ — استئناف مصر ٢٠ فبراير سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ١١٩ ص ٣٧٩ . وقارن ديموج ٦ فقرة ٢٣٥ .

إجراء ، فمن باب أولى يجوز الاتفاق على أن الإعذار تكفى فيه ورقة غير رسمية أو إخطار شفوي [1] .

وأما في المسائل التجارية فيكفى في الإعذار أن يكون بورقة غير رسمية وفقاً للعرف التجاري ، بل إن مجرد الإخطار الشفوي يكفى إذا كان العرف التجاري يقضي بذلك . والمهم أن يقدم الدائن ما يثبت أن الإعذار قد تم على هذا الوجه [2] .

٤٦٦ – الحالات التي لا ضرورة فيها للإعذار : هناك حالات لا ضرورة فيها للإعذار ، ويعتبر مجرد حلول الدين إشعاراً كافياً للمدين بوجوب تنفيذ التزامه وإلا كان مسئولا عن التعويض . وهذه الحالات ترجع إما إلى الاتفاق ، وإما إلى حكم القانون ، وإما إلى طبيعة الأشياء ، وقد نص عليها جميعاً في المادتين ٢١٩ و ٢٢٠ من التقنين المدني .

فقد يتفق الطرفان مقدماً على أن المدين يكون معذراً بمجرد حلول أجل الالتزام دون حاجة إلى أي إجراء [1] . ويكون هذا الاتفاق صريحاً أو ضمنياً [1] . ومثل الاتفاق

---

(١) ويجب على الدائن إثبات حصول الإخطار الشفوي وفقاً للقواعد العامة في الإثبات . هذا وقد كان المشروع التمهيدي ينص على جواز أن يتم الإعذار بطلب كتابي ولو غير رسمي ، ولكن حذف هذا النص في لجنة مجلس الشيوخ (أنظر آنفاً تاريخ نص المادة ٢١٩ : فقرة ٤٦٣ في الهامش) . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي أنه " يجوز الإعذار بالكتابة أياً كانت صورتها ، ولو كانت من قبيل الخطابات أو البرقيات " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦١) ، وذلك قبل التعديل الذي أدخلته لجنة مجلس الشيوخ.

ويميل القضاء في فرنسا إلى عدم التشبث بشكلية الإعذار ، ويجعل لقاضي الموضوع سلطاناً لا يخضع لرقابة محكمة النقض في تقدير ما إذا كانت الورقة المرسلة إلى المدين تقطع فيما اشتملت عليه من العبارات برغبة الدائن في أن يقوم المدين بتنفيذ التزامه ، فتعبير مضمون الورقة أهمية أكبر مما تعبر الشكل (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٧٢ ص ٨٤ – ديموج ٦ فقرة ٢٣٤) . وفي بلجيكا يكتفى في الإعذار بكتاب غير رسمي أو ببرقية مادام إثبات ذلك ممكناً ، وإذا أقر المدين بورود الكتاب أو البرقية كان في هذا الإقرار إثبات كامل، ويعتبر المدين في هذه الحالة معذراً (دي ياج ٣ فقرة ٨٠) ويعتبر حصول إعذار المدين مسألة واقع لا مسألة قانون ، فلا يخضع لرقابة محكمة النقض (دي ياج ٣ فقرة ٨١) .

وقد رأينا أن كلا من التقنين المدني العراقي (م ٢٥٧) وتقنين الموجبات والعقود اللبناني (م ٢٥٧ كذلك) يكتفى في الإعذار بكتاب غير رسمي (أنظر آنفاً فقرة ٤٦٣ في الهامش) .

(٢) استئناف مختلط ١٣ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٤٠ – ١٣ يناير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١١٤ – ٢١ ديسمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٥٩ – ١٢ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٧٠ – ٢١ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٦٥ – ٢٥ فبراير سنة ١٩٢٦ جازيت ٢٨ رقم ٧٤ ص ٨٤ – ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٧٣ – أنظر أيضاً في فرنسا بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٧٢ ص ٨٣ .

الضمني أن يوجب رب العمل على المقاول إتمام البناء في تاريخ معين ، وأن يشترط الدائن في عقد التوريد وجوب التسليم فوراً (librable de sirite) [٢] .

ويجب أن يكون الاتفاق الضمني غير محل للشك ، فوضع شرط جزائي في العقد لا يفهم منه الإعفاء من الإعذار [٣] ، واشتراط حلول جميع الأقساط عند تأخر المدين في دفع قسط منها لا يمنع من وجوب الإعذار إلا إذا كان هناك اتفاق واضح على العكس [٤] . وقد

---

(١) وقد ورد في تاريخ نص المادة ٢١٩ (أنظر آنفاً فقرة ٤٦٣ في الهامش) أن لجنة المراجعة ذهبت إلى أن الإعذار بالاتفاق عليه مقدماً يعتبر إعذاراً تم بإجراء معين هو هذا الاتفاق ، فلا يدخل في الحالات التي لا ضرورة للإعذار فيها . و لم نجار اللجنة في هذا الرأي ، بل أدمجنا حالة الاتفاق مقدماً ضمن الحالات الأخرى التي لا ضرورة فيها بالإعذار ، ففي هذه الحالات جميعاً يعتبر المدين معذراً بمجرد حلول الدين دون حاجة إلى أي إجراء . ولا يمكن اعتبار الاتفاق مقدما إجراء لإعذار المدين ، بل هو اتفاق على ألا يكون هناك إجراء لهذا الإعذار .

(1) أ – إن التكليف الرسمي المنصوص عليه في المادة ١٢٠ من القانون المدني (قديم المقابلة للمادة ٢١٨ مدني جديد) ليس لازماً في جميع الأحوال فقد يتفق المتعاقدان على الإعفاء منه وقد لا يكون له محل بحكم طبيعة التعهد ذاته .

(جلسة ١٩٤٥/١٠/٢٩ الطعن رقم ١٢٤ لسنة ١٤ ق) .

ب – الإعذار قد شرع لمصلحة المدين وله أن يتنازل عنه إذا لم يتمسك أمام محكمة الموضوع بأن الدائن لم يعذره قبل رفع الدعوى ، فلا يقبل منه إثارة هذا الدفاع لأول مرة أمام محكمة النقض ، وإذ خلت الأوراق مما يدل على سبق تمسك الطاعنة بعدم إعذارها قانوناً قبل رفع الدعوى ومن ثم يعد دفاعها هذا سبباً جديداً وبالتالي غير مقبول .

(جلسة ١٩٩١/٤/٢٢ الطعن رقم ١٤٣٢ لسنة ٥٩ ق) .

ج – القانون وإن نص على أن التضمينات المترتبة على عدم الوفاء بكل المتعهد به أو بجزء منه ، أو المترتبة على تأخير الوفاء ، لا تستحق إلا بعد تكليف المتعهد تكليفاً رسمياً بالوفاء ، إلا أنه متى كان ثابت أن الوفاء أصبح متعذراً ، أو كان المتعهد قد أعلن إصراره على عدم الوفاء ، ففي هذه الأحوال وأمثالها لا يكون للتنبيه من مقتضى ، وإذن فإذا أثبت الحكم أن المتعهد قد بدا منه عدم الوفاء بما تعهد به ، وأظهر للدائن رغبته في ذلك ، فإنه إذا قضي للدائن بالتعويض الذي طلبه من غير أن يكون قد نبه على المدين بالوفاء تنبيها رسمياً ، لا يكون قد خالف القانون في شيء .

(جلسة ١٩٤١/٥/٢٢ الطعن رقم ١٣ لسنة ١١ ق) .

(٢) پرو : أنسيكلوبيدي داللوز ٣ (Mise en demeure) فقرة ٧ .

(٣) دافيد : مقال في الإعذار منشور في المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٩ ص ١٠٩ .

(٤) كفر الشيخ ٢٨ مايو سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢٠رقم ١٠ – والتون ٢ ص ١٢٢ – قارن مع ذلك استئناف مختلط ٣٠ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٢٥ . وبمجرد أن يشترط في عقد البيع أن يكون مفسوخاً من تلقاء نفسه عند عدم دفع الثمن لا يعفي من الإعذار ، وإذن فباطل زعم المشترى أن الإنذار الموجه إليه من البائع بوفاء التزاماته في مدى أسبوع وإلا عد العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه يجب اعتباره تنازلا من البائع عن خيار الفسخ ، فإن ذلك الإنذار واجب قانوناً لاستعمال الشرط الفاسخ الصريح (نقض مدني ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٦ ص ٦٨٨) .

يوجد اتفاق على عدم الحاجة إلى الإعذار ، ولكن الدائن ينسخ هذا الاتفاق بتصرفه ، كما إذا اشترطت شركة التأمين على المؤمن عليه عدم الحاجة إلى الإعذار في اقتضاء أقساط التأمين ثم تتعود بعد ذلك أن تعذره كلما تأخر أو أن ترسل إليه عامل التحصيل ليتسلم الأقساط المستحقة [1] .

وقد يقضي القانون بعدم الحاجة إلى الإعذار . وقد نص فعلا في المادة ٢٢٠ على ألا ضرورة للإعذار في حالات معينة ، بعضها كان في حاجة إلى هذا النص ، وبعضها يرجع إلى طبيعة الأشياء .

فأما ما كان في حاجة إلى النص فالحالة التي يكون فيها محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق ، أو رد شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك . ففي هذه الحالة يكون المدين سيئ النية ، ويكون واجباً عليه أن يرد الشيء إلى الدائن ، وليس الدائن — بمقتضى النص — في حاجة إلى إعذاره . ومن ثم يجب على المدين أن يبادر فوراً إلى رد الشيء للدائن، دون إعذار ، وإلا كان مسئولا عن التأخر في الرد [2] . وهناك حالات أخرى متفرقة في نواحي القانون ، نص فيها على وجوب تنفيذ المدين لالتزامه دون حاجة إلى إعذار . منها ما قضت به الفقرة الثانية من المادة ٧٠٦ مدني من أن الوكيل ملزم بفوائد المبالغ التي استخدمها لصالحه من وقت استخدامها ، وكانت القاعدة العامة تقضي بأن الفوائد تستحق ، لا من يوم الإعذار فحسب ، بل من يوم المطالبة القضائية كما سنرى ، وهنا استحقت الفوائد دون مطالبة قضائية بل دون إعذار من يوم استخدام الوكيل المبالغ لصالحه . ومنها ما قضت به المادة ٧١٠ مدني من أن الموكل يلتزم بأن يرد للوكيل ما أنفقه في تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الاتفاق ، وهنا أيضاً تستحق الفوائد لا من وقت المطالبة القضائية ولا من وقت الإعذار بل من وقت الإنفاق [3] .

---

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٤٢٦ ص ٤٢١ هامش رقم ٢ .

(٢) وقد كان هذا هو أيضاً الحكم في عهد التقنين المدني السابق ، دون أن يكون هناك نص صريح يقضي بذلك (الموجز للمؤلف فقرة ٤٢٦ ص ٤٢١ — ص ٤٢٢ — استئناف مختلط ١٩ نوفمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ١٨ — إسكندرية الكلية المختلطة ١٥ مايو سنة ١٩١٥ جازيت ٥ رقم ١٣٩ ص ٣٤٥ — أنظر مع ذلك استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٦٥) .

(٣) أنظر أيضاً المادة ١٩٥ مدني وتنص على أن " يكون رب العمل ملزماً بأن ينفذ التعهدات التي عقدها الفضولي لحسابه ، وأن يعوضه عن التعهدات التي التزم بها ، وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التي سوغتها الظروف مضافاً إليها فوائدها من يوم دفعها ... " .

والمادة ٤٥٨ فقرة أولى مدني وتنص على أنه " لا حق للبائع في الفوائد القانونية عن الثمن إلا إذا أعذر المشترى أو إذا سلم الشيء المبيع وكان هذا الشيء قابلا أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره " . والمادة ٥١٠ مدني وتنص على أنه " إذا تعهد الشريك بأن يقدم حصته =

وأما ما يرجع إلى طبيعة الأشياء وورد مع ذلك فيه النص فثلاث حالات :

(أولا) إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين [1] . فلا معنى إذن لإعذار المدين ، وهذا ما تقضي به طبائع الأشياء ، لأن الإعذار هو دعوة المدين إلى تنفيذ التزامه وقد أصبح هذا التنفيذ غير ممكن أو غير مجد بفعله ، فاستحق عليه التعويض دون حاجة إلى إعذار . ولو كانت استحالة التنفيذ نشأت بغير فعل المدين لانقضى الالتزام ، ولما كان المدين مسئولا حتى عن التعويض . وتتحقق الحالة التي نحن في صددها في فروض مختلفة. منها أن يكون تنفيذ الالتزام غير مجد إلا في وقت معين فيفوت هذا الوقت دون أن ينفذ المدين التزامه ، كأن يلتزم مقاول ببناء مكان في معرض لأحد العارضين وينتهي العرض قبل أن ينفذ المقاول التزامه ، وكأن يلتزم محام برفع استئناف عن حكم وينتهي ميعاد الاستئناف قبل أن يرفعه [2] . ومنها أن يكون الالتزام بالامتناع عن عمل ثم يخل المدين بالتزامه ويأتي العمل الممنوع ، فلا فائدة من الإعذار في هذا الفرض إذ أصبح التنفيذ العيني غير ممكن [3] . ومنها أن يبيع شخص من آخر عقاراً ، ثم يبيعه من ثان ويسجل هذا عقده قبل أن يسجل الأول ، فيصبح تنفيذ التزام البائع نحو المشترى الأول غير ممكن ، ومن ثم لا ضرورة للإعذار . ومنها التزام المؤجر بإجراء إصلاحات في العين المؤجرة ، فما فات من الوقت دون إجراء هذه الإصلاحات مع حاجة العين إليها لا يلزم فيه إعذار ، على أن يخطر المستأجر المؤجر بحاجة العين إلى الإصلاحات مجرد إخطار ليس من الضروري أن يكون في شكل الإعذار ، بل لو أخطره شفوياً — وله أن يثبت الإخطار بجميع الطرق لأنه يعتبر هنا واقعة مادية — فإن هذا يكفى [4] . وفي العقود الزمنية أو المستمرة (successifs) لا ضرورة

= في الشركة مبلغاً من النقود ، ولم يقدم هذا المبلغ ، لزمته فوائده من يوم استحقاقه من غير حاجة إلى مطالبة قضائية أو إعذار ، وذلك دون إخلال بما قد يستحق من تعويض تكميلي عند الاقتضاء " . والمادة ٥٢٢ مدني تنص على أنه " (١) إذا أخذ الشريك أو احتجز مبلغاً من مال الشركة ، لزمته فوائد هذا المبلغ من يوم أخذه أو احتجازه ، بغير حاجة إلى مطالبة قضائية أو إعذار ، وذلك دون إخلال بما قد يستحق للشركة من تعويض تكميلي عند الاقتضاء . (٢) وإذا أمد الشريك الشركة من ماله ، أو أنفق في مصلحتها شيئاً من المصروفات النافعة عن حسن نية وتبصر ، وجبت له على الشركة فوائد هذا المبلغ من يوم دفعها ". والمادة ٨٠٠ فقرة ٣ مدني وتنص على أن " يكون للكفيل الحق في الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ابتداء من يوم الدفع " .

(١) قارن استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٦٥ .

(٢) استئناف مصر ٢٠ فبراير سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ ص ٣٧٩ .

(٣) استئناف مصر ٣ أبريل سنة ١٩٠٦ الحقوق ٢١ ص ٢٣٥ — استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩١١ جازيت ٢ رقم ١٥٩ — ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٨٢ .

(٤) كولان وكابيتان وموراندير ٢ فقرة ٨٥٣ ص ١١٤ — بارو : أنسيكلو بيدي داللوز ٣ (Mise en demeure) فقرة ٢٥ .

للإعذار إذا تأخر المدين عن تنفيذ التزامه الزمني ، لأن ما تأخر فيه لا يمكن تداركه لفوات الزمن ، فالتزام شركات المياه والنور والغاز بتوريد ما تقوم عليه من مرافق للمستهلكين ، والتزام المتعهد بتوريد الغذاء لمستشفى أو لمدرسة ، والتزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة ، كل هذه التزامات زمنية إذا أخل بها المدين استحق عليه التعويض ولو قبل الإعذار [1] .

(ثانياً) إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع . ذلك أن العمل غير المشروع إنما هو إخلال بالتزام الشخص أن يتخذ الحيطة الواجبة لعدم الإضرار بالغير، ومتى أخل الشخص بهذا الالتزام فأضر بالغير ، لم يعد التنفيذ العيني للالتزام ممكناً، فلا جدوى إذن في الإعذار [2] . ويمكن القول أن كل التزام ببذل عناية — ومن ذلك الالتزام باتخاذ الحيطة الواجبة لعدم الإضرار بالغير — يكون الإخلال به غير ممكن تداركه، ومن ثم لا يلزم الإعذار لاستحقاق التعويض عن هذا الإخلال . ويرد ذلك إلى القاعدة التي بسطناها في الحالة الأولى ، إذ أنه متى أخل المدين بالتزام في ذمته ببذل عناية فقد أصبح التنفيذ العيني لهذا الالتزام غير ممكن ، فلا ضرورة إذن للإعذار . ونرى من ذلك أن هذه الحالة الثانية ليست في الواقع إلا تطبيقاً من تطبيقات الحالة الأولى [3] .

---

(١) الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام ص ٦٠ — هذا وقد رأينا في تاريخ نص المادة ٢٢٠ (أنظر آنفاً فقرة ٤٦٣ في الهامش) أن المشروع التمهيدي لهذه المادة كان يتضمن العبارة الآتية : " إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن بفعل المدين ، وعلى الأخص إذا كان محل الالتزام نقل حق عيني أو القيام بعمل ، وكان لا بد أن يتم التنفيذ في وقت معين وانقضى هذا الوقت دون أن يتم ، أو كان الالتزام امتناعاً عن عمل وأخل المدين ". وقد حذفت لجنة مجلس الشيوخ هذه العبارة من أول كلمة " وعلى الأخص "، لأنها تورد تطبيقات يجزئ عن إيرادها عموم العبارة ، ثم أضافت بعد عبارة " غير ممكن " عبارة " أو غير مجد " حتى يكون النص شاملا لجميع الصور .

(٢) استئناف مختلط ٢٧ يناير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٩٦ — ٥ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٠٣ .

(٣) وقد قدمنا أن الصحيح أن يقال إن العمل غير المشروع هو إخلال بالتزام اتخاذ الحيطة الواجبة لعدم الإضرار بالغير ، فهو إخلال بالتزام بعمل ، لا إخلال بالتزام بالامتناع عن عمل هو عدم الإضرار بالغير . ويذهب الأستاذ إسماعيل غانم (أحكام الالتزام فقرة ١٤ ص ٢٦ وفقرة ٤٢ ص ٥٧) إلى أن الالتزام بعدم الإضرار بالغير — أو باتخاذ الحيطة الواجبة لعدم الإضرار بالغير على الوجه الذي ذهبنا إليه — ليس التزاما بالمعنى الدقيق ، بل هو واجب قانوني عام " باحترام الحدود التي رسمها القانون لكي يستطيع كل عضو في المجتمع أن يزاول نشاطه دون جور على غيره " ، ولذلك لم يتحدد في شخص الدائن ، ولا يتضمن معنى العبء إذ يتساوى فيه الجميع . وإنما الالتزام بالمعنى الفني الدقيق هو الالتزام بالتعويض عن الضرر الناتج عن الخطأ ، وبالنسبة إلى هذا الالتزام من المتصور أن يدعو الدائن المدين إلى القيام به عن طريق الإعذار ، ولكن لما كان المدين مقصراً من يوم نشوء التزامه ، فقد رأى القانون في ذلك سبباً كافياً لإعفاء الدائن من الإعذار .

(ثالثاً) إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه . فبعد هذا التصريح الثابت بالكتابة لا جدوى في إعذاره ، فهو قد رد سلفاً أنه لا يريد القيام بالتزامه [1] . ولا يكفى التصريح أمام شهود ، فالقانون قد اشترط الكتابة . على أن الظاهر أن الكتابة هنا للإثبات ، فلو أقر المدين أن صرح بعدم إرادته القيام بالتزامه ، أو نكل عن اليمين التي وجهت إليه في ذلك ، لكان ذلك كافياً في إثبات التصريح المطلوب للإعذار [2] .

ولما كانت هذه الحالات الثلاث [3] إنما تقضى بها طبائع الأشياء كما قدمنا ، فقد كان معمولا بها في عهد التقنين المدني السابق ، دون أن يشتمل هذا التقنين على نص يقابل نص التقنين المدني الجديد الذي سبق أن أوردناه [4] .

---

(١) استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٦٧ — ٢٣ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٦٨ — أول يونية سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٥٥ — أنظر أيضاً أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٨ ص ١٣٩ — ديموج ٦ فقرة ٢٣٦ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٧٣ ص ٨٥ — قارن دي باج ٣ فقرة ٧٦ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض ، في عهد التقنين المدني السابق ، بأن القانون لا يتطلب إعذار الملتزم متى كان قد أعلن إصراره على عدم الوفاء ، واستخلاص هذا الإصرار من الدليل المقدم لإثبات حصوله هو مسألة موضوعية لا سلطان فيها لمحكمة النقض على محكمة الموضوع (نقض مدني ١٥ مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٠٠ ص ٤٣٥) . فيكون التقنين الجديد قد استحدث أن يكون الدليل بالكتابة — هذا وإذا أقر المدين بتقصيره في القيام بالتزامه ، قام هذا الإقرار مقام الإعذار (إسكندرية الأهلية ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٨ ص ٢٢٣) .

(٣) أنظر في هذه الحالات الثلاث المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦٠ — ص ٥٦١ — ويلاحظ أنه في الحالات التي لا تكون فيها حاجة للإعذار ، ويكون المدين مطلوباً (quérable) لا محمولا (portable) ، لا يعفي عدم الحاجة إلى الإعذار الدائن من أن يسعى لتقاضي الدين في موطن المدين (كولان وكابيتان وموراندييز ٢ فقرة ١٥٣ ص ١١٤ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٤٠) .

(٤) الموجز للمؤلف فقرة ٤٢٦ ص ٤٢٢ — ص ٤٢٣ — وأحكام القضاء في عهد التقنين المدني السابق في هذا المعنى . من ذلك ما قضت به محكمة النقض من أن الإعذار ليس لازماً في جميع الأحوال ، فقد يتفق المتعاقدان على الإعفاء منه ، وقد لا يكون له محل بحكم طبيعة التعهد ذاته (نقض مدني ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٧٢ ص ٧٤٦) . وقضت بأنه متى كان ثابتاً أن الوفاء أصبح متعذراً، أو كان المتعهد قد أعلن إصراره على عدم الوفاء ، ففي هذه الأحوال وأمثالها لا يكون للتنبيه من مقتض (نقض مدني ٢٢ مايو سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١١٩ ص ٣٧٣ — ١٥ مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٠٠ ص ٤٣٥) . وقضت بعدم ضرورة الإعذار في حالة المسئولية التقصيرية وفي حالة المسئولية العقدية عند الإخلال بالتزام سلبي (أول يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥١ ص ٥١٣ — ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٢٩ ص ٩٨) أنظر أيضاً : استئناف مختلط ٣٠ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٢٥ — ١١ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٨٨ — ١٨ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٠٠ — ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٨٢ — ٥ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٠٣ — ٢٠ نوفمبر سنة ١٩١٨ جازيت ٩ رقم ٢٨ ص ٣٩ .

٤٦٧ – النتائج القانونية التي تترتب على الإعذار : يترتب على إعذار المدين نتيجتان رئيسيتان :

(النتيجة الأولى) يصبح المدين مسئولا عن التعويض لتأخره في تنفيذ الالتزام ، وذلك من وقت الإعذار . أما في الفترة التي سبقت الإعذار ، فلا يعوض المدين الدائن عن التأخر في التنفيذ ، فالمفروض كما قدمنا أن الدائن قد رضي بهذا التأخر و لم يصبه منه ضرر مادام أنه لم يعذر المدين [1] . والنص صريح في هذا المعنى ، فقد قضت المادة ٢١٨ مدني بأنه " لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين [2] . ويلاحظ أنه إذا كان محل الالتزام مبلغاً من

---

(١) نقض مدني ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٥٦ ص ٢٩٢ – استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٦٥ . ويعدل عدم الإعذار الرجوع في الإعذار ، فقد يعذر الدائن المدين مرة أولى ، ثم يرجع في إعذاره الأول بإعذار ثان يمنح فيه المدين مهلة للوفاء ، فالعبرة بالإعذار الثاني لا بالإعذار الأول . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم قد اعتد في تعيين تاريخ التقصير بإعذار صادر في تاريخ معين دون الإعذار الصادر بعده المشتمل على منح مهلة للوفاء ، وذلك من غير أن يوضح علة إطراحه الإعذار الأخير ،فإنه يكون قاصراً (نقض مدني ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠٩ ص ٦١٤) .

كذلك لا يستحق تعويض ، إذا قام المدين بوفاء جزئي ثم توقف بعد ذلك عن الوفاء ، إلا من وقت إعذار المدين بعد توقفه . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا سلم البائع جزءاً من المبيع متأخراً عن الميعاد المتفق عليه، ثم توقف عن تسليم الباقي حتى أعذره المشترى ، و لم يثبت من وقائع الدعوى ما يدل على ظهور عجز البائع عن الوفاء من اليوم الذي حصل فيه تسليم هذا الجزء ، بل كانت تلك الوقائع دالة على أن ميعاد التوريد المتفق عليه في العقد قد عدل عنه برضاء الطرفين ، فإن التضمينات لا تكون مستحقة إلا من الوقت الذي امتنع فيه البائع عن الوفاء بعد تكليفه به رسمياً . وإذا تمسك البائع بسبب ارتفاع الأسعار باستحقاق التضمينات من تاريخ التسليم الجزئي باعتبار أنه هو التاريخ الذي ظهر فيه عجزه عن الوفاء بالباقي ، وقضت المحكمة بذلك ، كان حكمها مخطئاً في تطبيق القانون (نقض مدني ٢٥ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١٩٨ ص ٥٥٢) .

(٢) نقض مدني ١٦ مارس سنة ١٩٣٣ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ١٠٣ – ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٣ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٤ ص ٤٥ – استئناف أهلي ٧ مارس سنة ١٨٩٢ الحقوق ٨ ص ٥٨ – ٢ مايو سنة ١٨٩٣ الحقوق ٨ ص ١٤٥ – ٢٩ أبريل سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ٢٠٧ – استئناف مختلط ٢٧ يناير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٩٦ – ٢ يونية سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٩٨ – ١٥ أبريل سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٠٧ – ٢١ ديسمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٥٩ – ١٦ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٣٣ – ١٨ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٧٠ – ١٢ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٦٥ – ١٣ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٣٠ – ١٧ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٩٣ .

والإعذار – وهو إرادة منفردة كما قدمنا – ضروري ، لا فحسب للمطالبة بالتعويض عن التأخر في التنفيذ، بل أيضاً لاستحقاق الدائن لهذا التعويض (أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٨ ص ١٣٧ هامش رقم ٢ – بودري وبارد ١ فقرة ٤٦٨ مكررة) . ومن ثم يستحق الدائن التعويض عن التأخر في التنفيذ بسبب واقعة قانونية مركبة ، تتكون من عنصرين : عنصر التأخر في التنفيذ وهي واقعة مادية ، وعنصر الإعذار وهذا تصرف قانوني . وعنصر الواقعة المادية هو العنصر المتغلب .

النقود ، فالتعويض عن التأخر — أي الفوائد - لا يكون مستحقاً بمجرد إنذار المدين ، بل لا بد من رفع الدعوى ، ولا تسرى الفوائد إلا من وقت إعلان صحيفة الدعوى وسيأتي تفصيل ذلك .

(النتيجة الثانية) ينتقل تحمل التبعة (risque) من طرف إلى آخر . وقد قدمنا أن تبعة الهلاك في الالتزام بالتسليم تكون على المدين بهذا الالتزام إذا كان التزاماً تبعياً ، وتكون على المالك إذا كان التزاماً مستقلا . ورأينا أن الإعذار ينقل تبعة الهلاك من طرف إلى آخر في كلتا الحالتين على التفصيل الذي قدمناه .

ورأينا أيضا أن المدين المعذر إذا أثبت أن الشيء كان يهلك في يد الدائن لو أنه سلم إليه ، اندفعت عنه تبعة الهلاك بالرغم من إعذاره ، وانقضي التزامه .

ورأينا أخيراً أن يتحمل مع ذلك التبعة إذا كان الشيء مسروقاً متى كان هو السارق، ولو أثبت أن المسروق كان يهلك عند المالك لو أنه رد إليه .

ويلاحظ أن كل هذه الأحكام كان معمولا بها في عهد التقنين المدني السابق [1] .

الفرع الثاني

تقدير القاضي للتعويض

٤٦٨ — نوعا التعويض : والتعويض الواجب على المدين ، إذا لم يقم بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً ، نوعان : (١) تعويض عن عدم التنفيذ (dommages-intérêts compensatoires) (٢) تعويض عن التأخر في التنفيذ (dommages-intérêts moratoires) [2] .

والتعويض عن عدم التنفيذ يحل ، كما رأينا ، محل التنفيذ العيني ، ولا يجتمع معه [3] . أما التعويض عن التأخر في التنفيذ فإنه تارة يجتمع مع التنفيذ العيني إذ نفذ المدين التزامه

---

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٤٢٧ .

(٢) أنظر المادة ٢٥٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني .

(٣) إلا إذا كان هناك تنفيذ جزئي ، فيجتمع التنفيذ العيني الجزئي مع تعويض عن عدم تنفيذ بقية الالتزام (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧٣ ص ٢٠٦) . وإذا سلم المدين العين ، ولكن بعد أن أخل بالتزامه في المحافظة عليها فأصابها تلف ، فإنه يدفع تعويضاً عن التلف إلى جانب تسليم العين . وليس في هذا جمع بين التنفيذ العيني والتعويض عن التنفيذ ، بل هو تنفيذ عيني لالتزام (وهو التزام التسليم) وتعويض عن عدم تنفيذ الالتزام الآخر (وهو الالتزام بالمحافظة) (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقـــرة ٨٧٣ ص ٢٠٧) .

متأخراً فيجتمع عليه إلى جانب هذا التنفيذ العيني التعويض عن التأخر فيه ، وطوراً يجتمع مع التعويض عن عدم التنفيذ إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً فيجتمع عليه تعويضان : تعويض عن عدم التنفيذ وتعويض عن التأخر في التنفيذ [1] (1) .

والإجماع منعقد على أن الإعذار واجب في التعويض عن التأخر في التنفيذ ، وقد رأينا فيما قدمناه أن هذا التعويض لا يستحق إلا بعد إعذار المدين . أما التعويض عن عدم التنفيذ فقد اختلف الرأي فيه . هناك رأي يذهب إلى وجوب الإعذار أيضاً لإطلاق النص ، إذ " لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين " ، دون تمييز بين تعويض عن التأخر في التنفيذ وتعويض عن عدم التنفيذ [2] . وهناك رأي آخر يذهب إلى عدم وجوب الإعذار ، لأن التعويض عن عدم التنفيذ مستحق عن واقعة لا شأن للإعذار بها ، فلا جدوى في الإعذار [3]. ونحن نميل إلى التمييز ما بين فرضين في حالة ما إذا طالب الدائن المدين بالتعويض عن عدم التنفيذ : فإما أن يكون التنفيذ العيني لا يزال ممكناً ، وإما أن يكون هذا التنفيذ قد أصبح غير ممكن . ففي الفرض الأول يجب الإعذار لاستحقاق التعويض ، لأن التنفيذ العيني لا يزال ممكناً ، والإعذار دعوة للمدين أن يقوم بهذا التنفيذ وإلا دفع تعويضاً ، فيكون للإعذار معنى إذ يحتمل أن يقوم المدين بالتنفيذ العيني عقب إعذاره . وفي الفرض الثاني ، إذا أصبح التنفيذ العيني غير ممكن ، لم تعد هناك جدوى في الإعذار ، إذ نكون في إحدى الحالات الاستثنائية التي لا حاجة للإعذار فيها [4] . وهذا الرأي الذي نقول به يؤدى إلى أن الإعذار واجب لاستحقاق التعويض عن عدم التنفيذ وجوبه لاستحقاق التعويض عن

---

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧٤ — دي باج ٣ فقرة ١٢٨ — فقرة ١٣٤ .

(1) طلب التنفيذ العيني بطريق التعويض قسيمان يتقاسمان تنفيذ التزام المدين ويتكافأن قدرا بحيث يجوز الجمع بينهما إذا تم التنفيذ العيني متأخراً ، فإذا كانت الدعوى قد رفعت أمام محكمة أول درجة بطلب رد أسهم أو قيمتها فإن الطلب على هذه الصورة ينطوي على طلب التنفيذ العيني والتنفيذ بطريق التعويض، ومن ثم فليس هناك ما يمنع المدعي حينما يتراخى التنفيذ العيني بحيث يصيبه بالضرر من أن يطلب تعويضاً عن هذا الضرر ، وعلى ذلك فلا يكون طلب هذا التعويض عن هبوط قيمة الأسهم طلباً جديداً في الاستئناف لاندراجه في عموم الطلبات التي كانت مطروحة أمام محكمة أول درجة .
(جلسة ١٩٦٣/٣/٢٨ الطعن رقم ١٠٦ لسنة ٢٨ ق س ١٤ ص ٤١٣) .

(٢) كولميه دي سانتير ٥ فقرة ٦٢ مكررة — ديموج ٦ فقرة ٢٤٢ — چوسران ٢ فقرة ٦٢١ — دي باج ٣ فقرة ٧٣ — فقرة ٧٤ .

(٣) بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٥٧٦ — كولان وكابيتان وموراندير ٢ فقرة ١٥٤ — مازو ٣ فقرة ٢٢٧٦ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٧١ — أنظر أيضاً الموجز للمؤلف ص ٤٣٩ هامش رقم ٢ .

(٤) أنظر في هذا المعنى : بودري وبارد ١ فقرة ٤٧٣ ص ٥٠١ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٢٨ ص ١٥٧ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٥١٨ .

التأخر في التنفيذ، وذلك فيما خلا الحالات الاستثنائية التي يصبح فيها الإعذار غير ضروري، سواء للتعويض عن عدم التنفيذ أو للتعويض عن التأخر في التنفيذ .

وسواء كان التعويض عن عدم التنفيذ أو عن التأخر في التنفيذ ، فإن القواعد التي تتبع في تقديره واحدة لا تختلف .

٤٦٩ — عناصر التعويض : والذي يقوم بتقدير التعويض عادة هو القاضي كما قدمنا . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٢١ من التقنين المدني على أنه " إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون ، فالقاضي هو الذي يقدره . ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به ، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول [١] " .

ونرى من هذا النص أن للتعويض عنصرين : ما أصاب الدائن من الخسارة (damnum emergens) ، وما ضاع عليه من الكسب (lucrum cessans) [٢] ، ومن هنا جاءت التسمية : (dommages - intérêts) . فالقاضي إذن في تقديره للتعويض — سواء التعويض عن عدم التنفيذ أو التعويض عن التأخر في التنفيذ — يدخل في حسابه هذين العنصرين . فيقدر أولا ما أصاب الدائن من ضرر بسبب عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو بسبب تأخره في هذا التنفيذ . ثم يقدر بعد ذلك ما فات الدائن من كسب . ومجموع هذين هو التعويض [٣] [أ] .

فالمدين الذي لا يقوم بتنفيذ التزامه عن تسليم بضاعة تعهد بتسليمها للدائن يدفع تعويضاً عما أصاب الدائن من خسارة بسبب اضطراره لشراء هذه البضاعة بثمن أعلى .

---

(١) أنظر تاريخ هذا النص في الوسيط جزء أول ص ٩١١ هامش رقم ١ .

(٢) وتنص المادة ٢٦٠ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على أنه " يجب أن يكون بدل العطل والضرر معادلا تماماً للضرر الواقع أو الربح الفائت " .

(٣) نقض مدني ١٩ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٨ ص ٧٤٤ — استئناف مختلط ١٨ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٧١ — ٣ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٣٨ — وقد لا يوجد إلا عنصر واحد فيقتصر التعويض عليه : استئناف مختلط ١٣ أبريل سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٥٧ .

(1) المقرر — في قضاء محكمة النقض — أن طلب التنفيذ العيني وطلب التنفيذ بطريق التعويض قسيمان متكافئان قدرا ومتحدان موضوعاً يندرج كل فيهما فإذا كان الدائن قد طلب رد المال عيناً وثبت للقاضي أن ذلك غير ممكن أو فيه إرهاق للمدين ، فلا عليه إن حكم بتعويض يراعى في مقداره قيمة المال وقت الحكم وما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب دون أن يعد ذلك منه قضاء بما لم يطلبه الخصوم .
(جلسة ٢٠٠١/٦/٢٤ الطعن ٣٠٠ م ١٢٢٨ لسنة ٦٧ ق هيئة عامة) .

، وعما ضاع عليه من ربح بسبب فوات صفقة رابحة ثبت أنه كان يعقدها لو قام المدين بتنفيذ التزامه وسلمه البضاعة في الميعاد المتفق عليه [1] . والممثل الذي لا يقوم بتنفيذ التزامه من إحياء ليلية تمثيلية يدفع تعويضاً للدائن عما أصابه من خسارة بسبب ما أنفقه في تنظيم هذه الليلة ، وعما ضاع عليه من ربح كان يجنيه لو أن الممثل قام بالتزامه . وهكذا [1] .

وغني عن البيان أنه لا يكون هناك محل للتعويض إذا لم يصب الدائن ضرر و لم يفته كسب من جراء عدم قيام المدين بالتزامه أو من جراء تأخره في ذلك [2] . وكثيراً ما يتحقق هذا الأمر في حالة مجرد تأخر المدين في تنفيذ التزامه . وقد يتحقق أيضاً في حالة عدم التنفيذ، كما إذا لم يقم محام بالتزامه نحو موكله من التقدم باسمه في قائمة توزيع أو من قيد رهن لمصلحته ، ويتبين أن تخلف المحامي عن القيام بالتزامه لم يلحق بالموكل ضرراً و لم يفوت عليه نفعاً ، إذ أنه لو كان تقدم باسمه في قائمة التوزيع لما أصاب الموكل شيء من المبلغ الموزع ، ولو أنه كان قيد الرهن لمصلحته لما كان هذا القيد منتجاً لأن العقار مثقل برهون سابقة تستغرقه .

والدائن هو الذي يقع عليه عبء الإثبات ، فيثبت مقدار ما أصابه من ضرر ومقدار ما فاته من كسب [1] .

---

(1) مسئولية الناقل تتمثل في أن يسلم البضاعة إلى المرسل إليه في ميناء الوصول طبقاً للبيان الوارد بشأنها في سند الشحن ، وأن يلزم بتعويض المرسل إليه عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب طبقاً لما يتوقعه الشخص العادي .
(جلسة ١٩٧٠/٣/٣١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ ص ٥٣٨) .

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٤٤٥ ص ٤٤٠ — ص ٤٤١ .

(2) إذا كان الثابت في الحكم المطعون فيه أن الضرر الذي يشكو منه طالب التعويض ويدعى لحوقه به من جراء تنفيذ مشروع للري (مشروع الري الصيفي لأطيان مركز أدفو) كان مؤقتا ثم زال سببه ، وأن المدعى سيستفيد من المشروع المذكور في المستقبل فائدة عظمى تعوض عليه الضرر حتما في زمن وجيز، ثم تبقى له على مر الزمان ، وبناء ما استخلصته المحكمة من ذلك قضت بأنه ليس هناك محل للتعويض ، فإنها لا تكون قد أخطأت .
(جلسة ١٩٤٤/٥/٤ الطعن رقم ١٠١ لسنة ١٣ ق) .

(٢) استئناف مختلط ٩ يونية سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٣٨ — قارن استئناف مختلط ٣ يونية سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٣١ . وأنظر في كل هذا الموجز للمؤلف فقرة ٤٤٥ ص ٤٤١ .
وتقدير التعويض من سلطة قاضي الموضوع . وقد قضت محكمة النقض بأن تقدير التعويض متى قامت أسبابه و لم يكن في القانون نص ملزم باتباع معايير معينة في خصوصه هو من سلطة قاضي الموضوع . فإذا كان الحكم ، في تقديره التعويض الذي قضي به لمؤجر على مستأجر استمر في وضع يده على الأرض المؤجرة دون رضاء المؤجر ، قد استهدى بفئات الإيجار السنوية المقررة بمرسوم بقانون معلوم لكافة الناس لنشره في الجريدة الرسمية ، وبالعلم العام بارتفاع أجور الأطيان للحالة الاقتصادية السائدة في السنوات =

٤٧٠ – الضرر المباشر والضرر المتوقع الحصول : وقد سبق أن بينا [١] أن الضرر غير المباشر (indirect) يعوض عنه أصلا ، لا في المسئولية العقدية ولا في المسئولية التقصيرية [٢] . فلا يعوض إذن في المسئوليتين إلا عن الضرر المباشر (direct) . والضرر المباشرة هو – كما تقول المادة ٢٢١ سالفة الذكر – ما يكون " نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به ، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول " [٣] .

ولكن في المسئولية التقصيرية يعوض عن كل ضرر مباشر ، متوقعاً (prévisible) كان أو غير متوقع (imprévisible) . أما في المسئولية العقدية فلا يعوض إلا عن الضرر المباشر المتوقع في غير حالتي الغش والخطأ الجسيم . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٢١ من التقنين المدني صراحة على هذا الحكم إذ تقول : " ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد ، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد " [٤] . وقد سبق أن بينا تفصيلا ما هو الضرر المباشر ، وما هو الضرر المباشر المتوقع ، وما الذي يبرر قصر التعويض في المسئولية العقدية على الضرر المباشر المتوقع [1] ، وتحديد الضرر المتوقع من حيث توقع سبب الضرر ومقداره [١] .

= المعاصرة واللاحقة لعقد المستأجر ، وبقبول المستأجر لفئة الإيجار بواقع كذا جنيهاً للفدان إذا ما استمر وضع يده على العين برضاء المؤجر ، فلا يصح أن ينعى عليه أنه أخل بحق المستأجر في الدفاع إذ اعتبر ضمن ما اعتبر به في تقدير التعويض بفئات الإيجار السنوي الواردة بذلك المرسوم بقانون الذي لم يكن بين أوراق الدعوى و لم يتمسك به أحد من الخصوم (نقض مدني ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٢٩ ص ٩٨) . ولكن يجب بيان عناصر الضرر في الحكم ، والحكم الذي يقضي بمبلغ معين على سبيل التعويض ، إذا لم يبين عناصر الضرر الذي قضي من أجله بهذا المبلغ ، فإنه يكون قاصراً قصوراً يستوجب نقضه (نقض مدني ٢٧ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٩ ص ٦٩٣) .

وأنظر في مقياس التعويض عن الضرر المباشر وفي الظروف الملابسة التي من شأنها أن تؤثر في تقدير التعويض عن المسئولية التقصيرية والضرر المتغير والوقت الذي يقدر فيه : الوسيط الجزء الأول فقرة ٦٤٧ – فقرة ٦٤٩ .

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٤٥١ .

(٢) قارن المادة ٢٦١ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني ، وتنص على " إن الأضرار غير المباشرة ينظر إليها بين الاعتبار كالأضرار المباشرة ، ولكن بشرط أن تثبت كل الثبوت صلتها بعدم تنفيذ الموجب " .

(٣) وقد سبق أن بسطنا ذلك تفصيلا في الوسيط جزء أول فقرة ٦١٠ .

(٤) أنظر تاريخ هذا النص في الوسيط جزء أول ص ٦٨٤ هامش رقم ١ – وتنص المادة ٢٦٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على " أن التعويض ، في حالة التعاقد ، لا يشمل سوى الأضرار التي كان يمكن توقعها عند إنشاء العقد ، ما لم يكن المديون قد ارتكب خداعاً " .

(1) طبقاً لنص المادة ٢٢١ من القانون المدني يقتصر التعويض في المسئولية العقدية على الضرر المباشر متوقع الحصول ، أما في المسئولية التقصيرية فيكون التعويض عن أي ضرر مباشر سواء كان متوقعاً أو غير متوقع . (جلسة ١٩٦٥/١١/١١ مجموعة أحكام النقض السنة ١٦ ص ١٠٠٩) .

٤٧١ – تقدير التعويض بمبلغ من النقود : والقاضي يقدر التعويض عادة بمبلغ من النقود ، سواء في ذلك المسئولية العقدية أو المسئولية التقصيرية أو أي التزام منشؤه مصدر آخر . ومع ذلك قد يكون التعويض غير نقدي في بعض الحالات . ففي دعاوى السب والقذف يجوز للقاضي أن يأمر على سبيل التعويض بنشر الحكم القاضي بإدانة المدعى عليه في الصحف ، وهذا النشر يعتبر تعويضاً غير نقدي عن الضرر الأدبي الذي أصاب المدعى عليه . بل قد يكون التعويض تعويضاً عينياً ، فيجوز للقاضي أن يحكم بهدم حائط أقامها المالك تعسفاً لحجب النور والهواء عن جاره ، ويجوز له أيضاً في حالة ما إذا هدم صاحب السفل سفله دون حق وامتنع من أن يعيد بناءه أن يأمر ببيع السفل لمن يتعهد ببنائه (م ٨٦٠ فقرة ١ مدني) [٢] .

٤٧٢ – شروط استحقاق التعويض – النصوص القانونية : وقد نصت المادة ٢١٥ من التقنين المدني على أنه " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه. ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه [٣] "

---

(١) أنظر في كل ذلك الوسيط الجزء الأول فقرة ٤٥١ – فقرة ٤٥٣ . وأنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٤ .

(٢) أنظر في التعويض النقدي والتعويض غير النقدي في المسئولية التقصيرية ديموج ٦ فقرة ٢٩٦ – فقرة ٣٠٠ مكررة – الوسيط الجزء الأول فقرة ٦٤٤ – فقرة ٦٤٥ . وأنظر في التعويض عن عدم التنفيذ أو التأخر في التنفيذ – إذا أتلف عامل النقل البضاعة أو تأخر في تسليمها ، أو أساء الصانع صنع أثاث عهد إليه في صنعه، ونحو ذلك – عن طريق ترك الشيء التالف للمدين المقصر (laissé pour compte) وتقاضى قيمة الصحيح كاملة منه : بودري وبارد ١ فقرة ٤٤٩ – ديموج ٦ فقرة ٢٩٢ – فقرة ٢٩٥ وفقرة ٢٩٨ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٢٢ – بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٥٧١ ص ٤١٢ – جوسران ٢ فقرة ٦٠٥ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٩٣ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٢٢٢ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢١٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٦ – ص ٥٤٨) . وأنظر المذكرة الإيضاحية لهذا النص في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٧ . ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادتين ١١٩/١٧٧ و ١٧٨/٢٤١ :

م ١١٩/١١٧ – التضمينات المترتبة على عدم الوفاء بكل المتعهد به أو بجزئه أو المترتبة على تأخير الوفاء لا تكون مستحقة زيادة على رد ما أخذه المتعهد إلا إذا كان عدم الوفاء أو التأخير منسوباً لتقصير المتعهد المذكور . م ١٧٨/٢٤١ : إذا صار الوفاء غير ممكن بتقصير المدين أو حدث عدم الإمكان بعد تكليفه بالوفاء تكليفاً رسمياً ألزم بالتضمينات . (ولا تختلف أحكام التقنين المدني الجديد عن هذه الأحكام .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : =

وقد بينا في الجزء الأول من الوسيط [1] أن هذا نص جوهري في كل من المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية، وقد وضع من أجل ذلك في الباب المعقود لآثار الالتزام [2] . ويتضح منه أن شروط التعويض هي نفس أركان المسئولية، عقدية كانت أو تقصيرية. وهذه الأركان هي : (١) الخطأ (٢) والضرر وعلاقة السببية ما بين الخطأ والضرر .

٤٧٣ – الخطأ (إحالة) : والخطأ إما أن يكون عقدياً أو تقصيرياً . وقد بينا في الجزء الأول من الوسيط [3] ما هو الخطأ العقدي في الالتزام بتحقيق غاية وفي الالتزام ببذل عناية ، وتكلمنا في المسئولية العقدية عن الغير وعن الأشياء . وبينا أيضاً [4] ما هو الخطأ التقصيري بركنيه المادي والمعنوي [1] ، وتكلمنا في المسئولية التقصيرية عن عمل الغير والمسئولية التقصيرية الناشئة عن الأشياء . فلا نعود هنا إلى ذلك ، ونقتصر على هـــذه الإحالة [5] .

= التقنين المدني السوري م ٢١٦ : (مطابقة لنص المادة ٢١٥ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ١٦٨ : (مطابقة لنص المادة ٢١٥ من التقنين المدني المصري ، غير أنها مقصورة على المسئولية العقدية – وأنظر الدكتور حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة٣٦ – فقرة ٣٨) .

التقنين المدني الليبي م ٢١٨ : (مطابقة لنص المادة ٢١٥ من التقنين المدني المصري).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٥٤ : في حالة التعاقد يكون المديون مسئولا عن عدم تنفيذ الموجب إلا إذا أثبت أن التنفيذ أصبح مستحيلا في الأحوال المبينة في المادة ٣٤١ – م ٣٥٠ : في بعض العقود وعلى وجه الاستثناء لا يكون المديون مسئولا لمجرد عدم تنفيذه العقد ، بل يكون إلحاق التبعة به موقوفاً على ارتكابه خطأ يجب على الدائن إثباته ، ويعين القانون درجة أهميته – م ٢٥٦ : إن شروط نسبة الضرر ، في حالة عدم التعاقد ، معينة في المادة ١٢٢ وما يليها . (وجملة هذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المدني المصري) .

(١) فقرة ٤٢٤ ص ٦٥٤ .

(٢) وقد عالجنا شروط استحقاق التعويض عند الكلام في المسئولية العقدية وفي المسئولية التقصيرية ، فنكتفي بالإحالة إليها هنا حيث نقتصر على افتراض الالتزام بالتعويض قائماً بعد أن استوفى شروطه ، دون نظر إلى مصدره هل هو عقد أو غير عقد (أنظر في هذا المعنى دي باج ٣ فقرة ٩٨) .

(٣) فقرة ٤٢٧ – فقرة ٤٣٥ .

(٤) الوسيط جزء أول فقرة ٥٢٦ – فقرة ٥٤٣ وفقرة ٦٦٢ – فقرة ٧٣٦ .

(1) انفراد الدائن بالخطأ واستغراق خطئه خطأ المدين بحيث كان هو السبب المنتج للضرر . أثره سقوط حق الدائن في التعويض فلا يكون مستحقاً أصلا . اسهام الدائن بخطئه في وقوع الضرر وتقصيره هو الآخر في تنفيذ التزامه . أثره . عدم أحقيته في اقتضاء تعويض كامل .
(جلسة ٢٠٠١/٦/١٢ الطعون أرقام ١٨٥٩ ، ٢٤٤٤ ، ٢٤٤٧ لسنة ٧٠ ق) .

(٥) أنظر أيضا المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٢ – ص ٥٤٤.

٤٧٤ – الضرر (إحالة) : كذلك بينا في الجزء الأول من الوسيط [١] ما هو الضرر في المسئولية العقدية ، وعلى من يقع عبء إثباته ، وكيف يتحقق كل من الضرر المادي والضرر الأدبي في هذه المسئولية ، وكيف يجب التعويض عن كل منهما . وبينا الضرر في المسئولية التقصيرية [٢] [1] ، وكيف يتحقق بنوعيه من ضرر مادي وضرر أدبي ، وكيف تكفلت المادة ٢٢٢ من التقنين المدني [٣] بالنص على وجوب تعويض الضرر الأدبي سواء كان ذلك في المسئولية التقصيرية أو في المسئولية العقدية [٤] .

٤٧٥ – علاقة السببية (إحالة) : وكذلك في علاقة السببية في كل من المسئوليتين العقدية والتقصيرية تكلمنا في السبب الأجنبي وفي السبب المنتج وفي السبب المباشرة ، فنكتفي هنا بالإحالة [٥] . وعند الكلام في السبب الأجنبي عرضنا للخطأ المشترك [٦] ، وكيف يجوز فيه للقاضي أن ينقص من مقدار التعويض أو ألا يحكم بتعويض ما [٧] .

---

(١) فقرة ٤٤٢ – ٤٤٩ .

(٢) الوسيط الجزء الأول فقرة ٥٦٨ – فقرة ٥٨٠ .

(1) لا تشترط الأدلة الكتابية ليثبت الأفراد سبق اعتقالهم ، ولا تشترط الإصابة لإثبات وقوع التعذيب وليست الكتابة شرطاً لإثبات الإصابة .
(جلسة ١٥/١١/٢٠٠٠ الطعن رقم ٢٢٢٠ لسنة ٦٣ ق) .

(٣) أنظر النص وتاريخه في الوسيط الجزء الأول ص ٨٦٨ وهامش رقم ١ .

(٤) أنظر أيضاً الموجز للمؤلف ص ٤٤٢ هامش رقم ١ – وقد نصت المادة ٢٦٣ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على أنه " يعتد بالأضرار الأدبية كما يعتد بالأضرار المادية بشرط أن يكون تقدير قيمتها بالنقود ممكناً على وجه معقول " . ونصت المادة ٢٦٤ من نفس التقنين على أنه " يمكن الاعتداد بالأضرار المستقبلة على الشروط وعلى القياس المنصوص عليها للتعويض المختص بالإحرام في المادة ١٣٤ فقرتها السادسة " . وقضت المادة ٢٠٥ من التقنين المدني العراقي بأن حق التعويض يتناول الضرر الأدبي . وهذا النص قد ورد بين النصوص المتعلقة بالمسئولية التقصيرية ، ولا نص على الضرر الأدبي في المسئولية العقدية . ومن ثم ذهب الدكتور حسن الذنون (أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة٥٤) إلى أن حق التعويض يتناول الضرر الأدبي في المسئولية التقصيرية دون المسئولية العقدية ، ويلاحظ على هذا الرأي أن الفقه الحديث قد أصبح مجمعاً على جواز التعويض عن الضرر الأدبي في المسئوليتين التقصيرية والعقدية ، وأن نص المادة ٢٠٥ مدني عراقي ، وإن كان قد ورد في المسئولية التقصيرية إذ هي الميدان الأكثر اتساعاً للضرر الأدبي ، ليس إلا تطبيقاً لقاعدة عامة هي جواز التعويض عن الضرر الأدبي بوجه عام .

(٥) الوسيط الجزء الأول فقرة ٤٥٤ – فقرة ٤٥٥ وفقرة ٥٨١ – فقرة ٦١٠ .

(٦) أنظر نص المادة ٢١٦ مدني وتاريخ النص في الجزء الأول من الوسيط ص ٨٨٩ وهامش رقم ٢ .

(٧) الوسيط الجزء الأول فقرة ٥٩٦ .

٤٧٦ – التعديل الاتفاقي لقواعد المسئولية (إحالة) : وقد نصت المادة ٢١٧ من التقنين المدني على ما يأتي :

" ١ – يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة ".

" ٢ – وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم ، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه " .

" ٣ – ويقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسئولية المترتبة على العمل غير المشروع [١] " .

وقد سبق أن بينا في المسئولية العقدية كيف يجوز الاتفاق على تعديل قواعدها ، فيجوز التشديد فيها كما يجوز التخفيف ، بل ويجوز الإعفاء منها في حدود بينها النص [٢] . وبينا كذلك في المسئولية التقصيرية كيف لا يجوز الاتفاق على الإعفاء منها أو التخفيف ، وكيف يجوز الاتفاق على التشديد ، فنكتفي هنا أيضاً بالإحالة [٣] .

---

(١) أنظر في تاريخ النص الوسيط الجزء الأول ص ٦٧٢ هامش رقم ١ .

(٢) أنظر الوسيط الجزء الأول فقرة ٤٣٧ – فقرة ٤٤١ .

(٣) أنظر الوسيط الجزء الأول فقرة ٦٥٢ – فقرة ٦٥٤ – وأنظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٣ .

الفصل الثاني

التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي

(La clause pénale)

٤٧٧ – ما هو الشرط الجزائي : يحدث كثيراً أن الدائن والمدين لا يتركان تقدير التعويض إلى القاضي كما هو الأصل ، بل يعمدان إلى الاتفاق مقدماً على تقدير هذا التعويض . فيتفقان على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم يقم المدين بالتزامه وهذا هو التعويض عن عدم التنفيذ ، أو على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه وهذا هو التعويض عن التأخير . هذا الاتفاق مقدماً على التعويض يسمى بالشرط الجزائي .

وسمي بالشرط الجزائي لأنه يوضع عادة كشرط ضمن شروط العقد الأصلي الذي يستحق التعويض على أساسه . ولكن لا شيء يمنع من أن يكون في اتفاق لاحق لهـذا العقد [١] (م ٢٢٣ مدني) ، بل لا شيء يمنع من أن يكون اتفاقاً على تقدير التعويض المستحق من مصدر غير العقد كالعمل غير المشروع [٢] وإن كان هذا يقع نادراً [٣] .

والأمثلة على الشرط الجزائي كثيرة متنوعة . فشروط المقاولة (cahier des charges) قد تتضمن شرطاً جزائياً يلزم المقاول بدفع مبلغ معين عن كل يوم أو عن كل أسبوع أو عن كل مدة أخرى من الزمن يتأخر فيها المقاول عن تسليم العمل المعهود إليه إنجازه . ولائحة المصنع (réglement d'atelier) قد تتضمن شروطاً جزائية تقضي بخصم مبالغ معينة من أجرة العامل جزاء له على الإخلال بالتزاماته المختلفة . وتعريفة مصلحة

---

(١) ولكن قبل وقوع الضرر الذي يقدرُ الشرط الجزائي التعويض عنه ، وذلك حتى لا يلتبس بالصلح أو بالتحديد (دي پاج ٣ فقرة ١٢٠) .

(٢) ومن الأمثلة على شرط جزائي يقدر التعويض عن عمل غير مشروع الشرط الجزائي الذي يتفق عليه في حالة الإخلال بوعد بالزواج ، إذ الإخلال بهذا الوعد تترتب عليه مسئولية تقصيرية لا عقدية (قارن أوبري ورور ٤ فقرة ٣٠٩ ص ١٧٢) . كذلك الشرط الجزائي الذي يتفق عليه في حالة إبطال بيع ملك الغير تقدير التعويض عن مسئولية تقصيرية . وإذا حدد المتعاقدان مبلغ التعويض في حالة فسخ العقد ، فالمسئولية التي تتخلف عن فسخ العقد إنما هي مسئولية تقصيرية حدد المتعاقدان بشرط جزائي مبلغ التعويض عنها (قارب دي پاج ٣ فقرة ١٢١ مكررة ثالثاً وفقرة ١٢٣) . وإذا كان الإخلال بالعقد جريمة جنائية – كجريمة التبديد – واتفق المتعاقدان على شرط جزائي ، فإن هذا يكون اتفاقاً مقدماً على التعويض عن جريمة أي عن عمل غير مشروع (دي پاج ٣ فقرة ١١٧) .

(٣) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٣ .

السكك الحديدية أو مصلحة البريد قد تتضمن تحديد مبلغ معين هو الذي تدفعه المصلحة للمتعاقد معها في حالة فقد " طرد " أو فقد رسالة . واشتراط حلول جميع أقساط الدين إذا تأخر المدين في دفع قسط منها هو أيضاً شرط جزائي ولكن من نوع مختلف ، إذ هو هنا ليس مقداراً معيناً من النقود قدر به التعويض ، بل هو تعجيل أقساط مؤجلة . ومثل ذلك ما قضت به محكمة استئناف مصر من أنه إذا اتفق المؤجر والمستأجر على أن يسلم المستأجر عند انتهاء إجارته الأطيان المؤجرة إليه خالية من الزراعة ، وشرط في العقد تعويض المؤجر عن الإخلال بهذا الاتفاق بأن الزراعة التي عسى أن تكون قائمة عند انتهاء الإيجار تكون ملكاً للمؤجر ، كان الاتفاق الأصلي صحيحاً وكان الشرط الجزائي صحيحاً معه [1] .

---

(١) ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ ص ٢١٤ — ويقول ديموج في هذا الصدد أن الشرط الجزائي يصح أن يكون مبلغا من النقود ، كما يصح أن يكون شيئاً أو عملا أو امتناعاً أو تقصير ميعاد في استعمال الحق أو تشديداً في شروط استعماله أو اشتراط ترخيص أو تغيير مكان تنفيذ الالتزام (ديموج ٦ فقرة ٤٥٣ ص ٤٨٨) — أنظر أيضاً : نقض مدني ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ ص ٣٠ — محكمة مصر الوطنية ٢٥ مايو سنة ١٩٠١ الحقوق ١٧ ص ٩ — ١٥ فبراير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ ص ٣٤٩ — طنطا الكلية الوطنية ١٧ يناير سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ ص ٨٢ — مصر الوطنية الاستئنافية ١٦ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٢ ص ٢٤٥ — وأنظر الموجز للمؤلف فقرة ٤٤٨ .

هذا والأصل في الشرط الجزائي هو أن يكون تقديراً مقدماً للتعويض كما أسلفنا القول . ولكن قد يستعمله المتعاقدان لأغراض أخرى . من ذلك أن يتفقا على مبلغ كبير يزيد كثيراً على الضرر الذي يتوقعانه ، فيكون الشرط الجزائي بمثابة تهديد مالي . وقد يتفقان على مبلغ صغير يقل كثيراً عن الضرر المتوقع ، فيكون الشرط الجزائي بمثابة إعفاء أو تخفيف من المسئولية . فإذا ستر الشرط الجزائي غرضاً غير مشروع ، كأن أخفى إعفاء غير مشروع من المسئولية ، كان الشرط باطلا (أنظر بلانيول وريبير ورودان ٧ فقرة ٨٦٧ — دي باج ٣ فقرة ١١٩ — وقارن أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٩ ص ١٧٢ — بودري وبارد ٢ فقرة ١٣٤٥) — وقد يكون الغرض من الشرط الجزائي تأكيد التزام المتعهد عن الغير ، بتحديد مبلغ التعويض الذي يكون مسئولا عنه إذ لم يقم بحمل الغير على التعهد . وقد قضت محكمة النقض بأن الشرط الجزائي متى تعلق بالتزام معين وجب التقيد به وإعماله في حالة الإخلال بهذا الالتزام، أياً كان الوصف الصحيح للعقد الذي تضمنه ، بيعاً كان أو تعهداً من جانب الملتزم بالسعي لدى الغير لإقرار البيع ، وإذن فإذا كان الحكم ، مع إثباته إخلال الملتزم بما تعهد به بموجب العقد من السعي لدى من ادعى الوكالة عنهم لإتمام بيع منزل في حين أنه التزم بصفته ضامناً متضامناً معهم بتنفيذ جميع شروط العقد ، لم يعمل الشرط الجزائي المنصوص عليه في ذلك العقد قولا بأن العقد في حقيقته لا يعدو أن يكون تعهداً شخصياً بعمل معين من جانب المتعهد ، فإنه يكون قد أخطأ (نقض مدني ١٢ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٥٢ ص ١٨٠) . وقد يوضع شرط جزائي في الاشتراط لمصلحة الغير لتقدير التعويض المستحق للمشترط في حالة إخلال المتعهد بالتزامه نحو المنتفع ، فيمثل الشرط الجزائي في هذه الحالة المصلحة المادية للمشترط في اشتراطه لمصلحة الغير ، وكان وضع الشرط الجزائي (stipulatio poenae) على هذا النحو في القانون الروماني سبيلا لتصحيح الاشتراط لمصلحة الغير ذاته (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٦٧ — دي باج ٣ فقرة ١١٩) .

وبعد أن عرفنا بالشرط الجزائي على هذا النحو ، نتكلم في : (١) شروط استحقاقه وتكييفه القانوني (٢) ما يترتب عليه من الأثر .

الفرع الأول

شروط استحقاق الشرط الجزائي وتكييفه القانوني

٤٧٨ – النصوص القانونية: تنص المادة ٢٢٣ من التقنين المدني على ما يأتي:

" يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق ، ويراعى في هذه الحالة أحكام المواد من ٢١٥ إلى ٢٢٠ [(١)] " .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ١٥٢/٩٨، وهي بالرغم مما اشتملت عليه من عيوب ملحوظة في الصياغة لا تختلف في الحكم عن نص التقنين المدني الجديد [(٢)] .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٢٤ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ١٧٠ فقرة أولى ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٢٦ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٦٦ فقرة أولى [(٣)] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٣٠١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد ، وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢٣٠ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٢٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦٩ – ص ٥٧٠) .

(٢) وكانت المادة ١٥٢/٩٨ من التقنين المدني السابق تجرى على الوجه الآتي : " إذا كان التعهد بشيء معين مقرر حكمه في القانون أو متفق عليه بين المتعاقدين بأن يكون جزاء للمتعهد عند عدم وفائه بشيء متعهد به في الأصل ، كان الخيار للمتعهد إليه في طلب وفاء التعهد الأصلي أو التعهد الجزائي بعد تكليف المتعهد بالوفاء تكليفاً رسمياً " . وهذا النص يوهم أن الشرط الجزائي التزام تخييري ، للدائن أن يطالب به أو أن يطالب بالالتزام الأصلي . وهذا خطأ تشريعي (قارن مصر الكلية ٢٠ نوفمبر سنة ١٨٩٤ القضاء ٢ رقم ١٣) . أما التقنين المختلط (م ١٥٢) فقد أضاف العبارة الآتية : " إنما يجوز دائما للمتعهد منع هذا الخيار بقيامه بوفاء التعهد الأصلي بتمامه ، ما لم يكن التعهد الجزائي منصوصاً على وجوبه لمجرد التأخر " . وبهذه الإضافة يكون التقنين المختلط أكثر دقة من التقنين الوطني (أنظر والتون ٢ ص ٣٩٥ – ص ٣٩٦ – الموجز للمؤلف ص ٤٤٥ هامش رقم ١) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٢٤ : (مطابقة لنص المادة ٢٢٣ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ١٧٠ فقرة أولى : (مطابقة لنص المادة ٢٢٣ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٢٢٦ : (مطابقة لنص المادة ٢٢٣ من التقنين المدني المصري) .

٤٧٩ – المميز للشرط الجزائي : ويتبين من النص السالف الذكر أن الشرط الجزائي ليس هو السبب في استحقاق التعويض ، فلا يتولد عنه التزام أصلي بالتعويض ، ولكن يتولد عنه التزام تبعي بتقدير التعويض بمبلغ معين ، وشروط استحقاق هذا الالتزام هي نفس شروط الالتزام الأصلي ، وتكييفه القانوني هو أنه التزام تابع لا التزام أصيل [(١)] [(1)] .

المبحث الأول

شروط استحقاق الشرط الجزائي

٤٨٠ – سبب استحقاق التعويض : قدمنا أن الشرط الجزائي ليس هو السبب في استحقاق التعويض ، وإنما نشأ التعويض من مصدر آخر ، يغلب أن يكون عقداً كما مر القول . وعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه الناشئ من هذا العقد هو السبب في

= تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٢٦ فقرة أولى : للمتعاقدين أن يعينوا مقدماً في العقد أو في صك لاحق ، قيمة بدل العطل والضرر في حالة تخلف المديون عن تنفيذ الموجب كله أو بعضه (والحكم واحد في التقنينين اللبناني والمصري) .

(١) ومن أجل ذلك لا يجتمع الشرط الجزائي عن عدم التنفيذ مع التنفيذ العيني ، ولكن يجتمع مع التنفيذ العيني الشرط الجزائي عن التأخر في التنفيذ (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧٥) .

(1) إنه ولئن كان المقرر أن الشرط الجزائي – باعتباره تعويضاً اتفاقيا – هو التزام تابع لا التزام أصلي في العقد والقضاء بفسخه يرتب سقوط الالتزامات الأصلية فيسقط الالتزام التابع بسقوطها ويزول أثره ولا يصح الاستناد إلى المسئولية العقدية لفسخ العقد وزواله ، ويكون الاستناد – إن كان لذلك محل – إلى أحكام المسئولية التقصيرية طبقاً للقواعد العامة ، بيد أن ذلك محله أن يكون الشرط الجزائي متعلقا بالالتزامات التي ينشئها العقد قبل عاقديه باعتباره جزاء الإخلال بما مع بقاء العقد قائما ، فإذا كان هذا الشرط مستقلا بذاته غير متعلق بأي من تلك الالتزامات فلا يكون ثمة تأثير على وجوده من زوال العقد مادام الأمر فيه يتضمن اتفاقاً مستقلا بين العاقدين ، ولو أثبت بذات العقد – لما كان ذلك وكان الثابت بالأوراق أن عقد البيع العرفي المؤرخ ١٩٥٥/٦/١٩ قد نص في بنده التاسع على أنه إذا تخلف المشترى – عن سداد أي قسط من الأقساط يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار فضلا عن ضياع ما يكون قد دفعه وصيرورته حقاً مكتسباً للشركة ، وما تضمنه هذا النص هو اتفاق الطرفين على الجزاء في حالة حصول الفسخ ، ومن ثم تتحقق لهذا الشرط ذاتيته واستقلاله عما تضمنه العقد الذي فسخ من التزامات مما لا يعتبر معه هذا الاتفاق التزاماً تابعاً لالتزام أصلي في العقد يسقطه بسقوطه ، وإذا خالف الحكم المطعون هذا النظر يكون مجانباً لصحيح القانون ويستوجب نقضه .

(جلسة ١٩٨٧/٥/١٧ الطعن رقم ١٨٥٧ لسنة ٥١ ق) .

(جلسة ١٩٨٨/٤/٤ الطعن رقم ٥٣٣ لسنة ٥٣ ق) .

(جلسة ١٩٩١/٤/١ الطعن رقم ٢٣٢٨ لسنة ٥٧ ق) .

استحقاق التعويض عن عدم التنفيذ [1] ، وكذلك تأخر المدين في تنفيذ التزامه العقدي هو السبب في استحقق التعويض عن التأخير [1] . والشرط الجزائي إنما هو تقدير المتعاقدين مقدماً لكل من التعويضيين .

٤٨١ – شروط استحقاق الشرط الجزائي : فشروط استحقاق الشرط الجزائي هي نفس شروط استحقاق التعويض . وقد قدمنا أن شروط استحقاق التعويض هي وجود خطأ من المدين ، وضرر يصيب الدائن ، وعلاقة سببية ما بين الخطأ والضرر، وإعذار المدين . فهذه هي أيضاً شروط استحقاق الشرط الجزائي ، وقد أشارت إلى ذلك المادة ٢٢٣ حيث أحالت على المواد ٢١٥ – ٢٢٠ . وهذه المواد بعضها – م ٢١٥ – ٢١٧ – يتناول الشروط الثلاثة الأولى ويدخل في ذلك التعديل الاتفاقي لقواعد المسئولية ، وبعضها – م ٢١٨ – ٢٢٠ – يتناول شرط الإعذار [2] .

٤٨٢ – شرط الخطأ : فلا يستحق الشرط الجزائي إذن إلا إذا كان هناك خطأ من المدين [3] . والغالب أن يكون هذا الخطأ خطأ عقدياً كما أسلفنا القول . فإذا لم يكن هناك خطأ من المدين [4] . فلا مسئولية في جانبه، ولا يكون التعويض مستحقاً . ومن ثم لا

---

(1) الشرط الجزائي متى تعلق بالتزام معين وجب التقيد به وإعماله في حالة الإخلال بهذا الالتزام أي كان الوصف الصحيح للعقد الذي تضمنه بيعاً كان أو تعهداً من جانب الملتزم بالسعي لدى الغير لإقرار البيع، وإذن فإذا كان الحكم مع إثباته إخلال الملتزم بما تعهد به ضامناً متضامناً معهم بتنفيذ جميع شروط العقد لم يعمل الشرط الجزائي المنصوص عليه في ذلك العقد قولا بأن العقد في حقيقته لا يعد وأن يكون تعهدا شخصياً بعمل معين من جانب المتعهد فإنه يكون قد أخطأ . .
(جلسة ١٩٥٠/١/١٢ الطعن رقم ٨٧ لسنة ١٨ ق) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : " ليس الشرط الجزائي في جوهره إلا مجرد تقدير اتفاقي للتعويض الواجب أداؤه . فلا يعتبر بذاته مصدراً لوجوب هذا التعويض ، بل للوجوب مصدر آخر قد يكون التعاقد في بعض الصور ، وقد يكون العمل غير المشروع في صور أخرى . فلا بد لاستحقاق الجزاء المشروط إذن من اجتماع الشروط الواجب توافرها للحكم بالتعويض، وهي الخطأ والضرر والإعذار " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٣) .

(٢) وكان هذا هو الحكم أيضاً في عهد التقنين المدني السابق : استئناف مصر (الدوائر المجتمعة) ٢ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٧ ص ١٥٣ – المحاماة ٧ ص ٣٣١ – استئناف مصر ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٢ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ٧ ص ١٦٥ – استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٦٤ – ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٩١ – ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٣٨ .

(٣) استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٦٤ .

(٤) ووقوع خطأ من المدين يترك إلى تقدير محكمة الموضوع بعد استيفاء الشروط القانونية للخطأ . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا نص في العقد على شرط جزاء عند عدم قيام المتعهد بما التزم به ، فلمحكمة =

محل لإعمال الشرط الجزائي [1] ، فما هو إلا تقدير لتعويض قد استحق ، ولم يستحق التعويض كما قدمنا .

٤٨٣ – شرط الضرر : ولا يستحق الشرط الجزائي كذلك إذا لم يكن هناك ضرر أصاب الدائن . ذلك أن الضرر من أركان استحقاق التعويض ، فإذا لم يوجد ضرر لم يكن التعويض مستحقاً ، ولا محل لإعمال الشرط الجزائي في هذه الحالة [1] [2] .

ومع وضوح هذا الحكم فإنه غير مسلم به في القانون الفرنسي ، وكان محلا للتردد في عهد التقنين المدني السابق .

أما في القانون الفرنسي ، فقد المادة ١١٥٢ من التقنين المدني الفرنسي على أنه " إذا ذكر في الاتفاق أن الطرف الذي يقصر في تنفيذه يدفع مبلغاً معيناً من النقود على سبيل التعويض ، فلا يجوز أن يعطى لتعويض الطرف الآخر مبلغ أكثر أو أقل [٢] " . فذهب القضاء الفرنسي إلى أن الشرط الجزائي يستحق حتى لو لم يثبت الدائن أن هناك ضرراً أصابه، فإن اتفاق الطرفين على شرط جزائي ، وتقديرهما مقدماً للتعويض المستحق ، معناه أنهما مسلمان بأن إخلال المدين بالتزامه يحدث ضرراً اتفقا على المقدار اللازم لتعويضه [٣] .

= الموضوع السلطة المطلقة في اعتباره مقصراً أو غير مقصر حسبما يتراءى لها من الأدلة المقدمة، ولا سلطة لمحكمة النقض عليها في هذا التقدير (نقض مدني ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ١٨ ص ٣٠) . والدائن بالشرط الجزائي هو الذي يقع عليه عبء إثبات خطأ المدين (استئناف مختلط ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٣٨) .

(1) لما كان قد نفذ بعض الأعمال التي التزم بها وتخلف عن تنفيذ بعضها الآخر ، فيعتبر تقصيره في هذه الحالة تقصيراً جزئياً يجيز للمحكمة أن تخفض التعويض المستحق عليه إلى الحد الذي يتناسب مع مقدار الضرر الحقيقي الذي لحق بالدائن .
(جلسة ١٩٥٥/٢/١٧ الطعن رقم ١٩٥ لسنة ٢١ ق) .
(جلسة ١٩٥٥/٢/١٧ الطعن رقم ٣٢٣ لسنة ٢١ ق) .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٤ .

(2) لا يكفي لاستحقاق التعويض الاتفاقي مجرد توافر ركن الخطأ في جانب المدين بالالتزام ، وإنما يشترط أيضاً توافر ركن الضرر في جانب الدائن فإذا أثبت المدين انتفاء الضرر سقط الجزاء المشروط .
(جلسة ١٩٦٧/١١/١٤ الطعن رقم ١٠٢ لسنة ٣٤ ق س ١٨ ص ١٦٦٨)
(جلسة ١٩٥٥/٤/١٤ الطعن رقم ٣٦١ لسنة ٢١ ق) .

(٢) وهذا هو الأصل في نصه الفرنسي :

Art. 1152 : Lorsque la conevention porte que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommage – intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre.

(٣) ويكون الغرض من الشرط الجزائي منع أي جدل يدور حول وقوع الضرر ومقدار تعويضه (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٦٨) .

أما في مصر في عهد التقنين المدني السابق ، فقد كانت المادة ١٨١/١٢٣ من هذا التقنين تجرى على الوجه الآتي : " إذا كان مقدار التضمين في حالة عدم الوفاء مصرحاً به في العقد أو في القانون ، فلا يجوز الحكم بأقل منه ولا بأكثر " . ومع أنه كان واضحاً أن هذا النص مأخوذ من المادة ١١٥٢ من التقنين المدني الفرنسي سالفة الذكر ، فإن القضاء المصري ظل متردداً ، تقضى بعض أحكامه بعدم اشتراط إثبات الدائن لوقوع ضرر أصابه على غرار القضاء الفرنسي ، وتقضى أحكام أخرى بوجوب إثبات وقوع الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي تطبيقاً للقواعد العامة في المسئولية . ثم انحسم الخلاف ، واستقر القضاء المصري على الرأي الثاني وهو المتفق مع القواعد العامة، وقضت الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف في كل من القضاءين الوطني والمختلط بأنه يشترط لاستحقاق الشرط الجزائي أن يكون هناك ضرر أصاب المدين [1] .

---

(١) كان القضاء الوطني متردداً في أول الأمر . فبعض الأحكام كانت تقضى بوجوب وقوع الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي : استئناف أهلي ٢٩ نوفمبر سنة ١٩١٠ الحقوق ٢٦ ص ٨٥ — ٢٤ فبراير سنة ١٩١٤ الحقوق ٣١ ص ٤٦ — ١٠ نوفمبر سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٢٩ ص ٤٤ — ٣٠ يناير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ ص ٢٠٩ — ١٤ مايو سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ ص ٣٣ — ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ ص ١٣ . وكانت أحكام أخرى لا تشترط إثبات وقوع الضرر : استئناف أهلي ١٣ فبراير سنة ١٩٠٦ الاستقلال ٥ ص ٢٥٨ — ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٩ الحقوق ٢٥ ص ٦١ — ٢٠ فبراير سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٦٩ ص ١٢٨ — ٨ ديسمبر سنة ١٩١٣ الحقوق ٢٩ ص ٢٣٨ — ٢ ديسمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ ص ١١٧ . ثم حسمت محكمة الاستئناف الوطنية في دوائرها المجتمعة هذا الخلاف ، وقضت بوجوب وقوع الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي (٢ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٧ ص ١٥٣ — المحاماة ٧ ص ٣٣١) . غير أن محكمة استئناف مصر قضت في حكم لها ، بعد صدور حكم الدوائر المجتمعة ، بأن وقوع الضرر لا يشترط : ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ١/٤٢٥ ص ٨٦٠. وكان القضاء المختلط متردداً كذلك . فمن الأحكام ما قضت بوجوب وقوع الضرر : استئناف مختلط أول مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٤٥ — ٩ فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١١٢ — ١٢ نوفمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٩ — ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٨٢ — ٦ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٠٨ — ١٣ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٧١ — ومن الأحكام ما قضت بعكس ذلك ولم تشترط وقوع الضرر : استئناف مختلط ٢٨ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٣٩ — ١٠ فبراير ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٧٠ — ٤ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٠١ . ثم حسمت محكمة الاستئناف المختلطة في دوائرها المجتمعة هذا الخلاف ، وقضت بوجوب وقوع الضر كما فعلت بعد ذلك محكمة الاستئناف الوطنية (استئناف مختلط دوائر مجتمعة ٩ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٥٥ — أنظر أيضاً في هذا المعنى : استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٦٢ — ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٢ م ٥٥ ص ٢١ — ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ١٧) . وبقي الخلاف هل مع وجود الشرط الجزائي يقع عبء إثبات الضرر على الدائن (استئناف مختلط أول مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢١٤ — ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٣٨ — ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٢ م ٥٥ ص ٢١) أو ينتقل عبء الإثبات على المدين فيكلف بنفي وقوع الضرر (استئناف مختلط ١٣ مايو سنة ١٩٢٤=

وجاء التقنين المدني الجديد فنص صراحة على وجوب وقوع الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي ، فتمشى بذلك مع القواعد العامة ، وقنن القضاء المصري الوطني والمختلط على الوجّه الذي قدمناه . وهذا هو ما جرت به الفقرة الأولى من المادة ٢٢٤ من هذا التقنين : " لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر " . ويلاحظ من هذا النص أن الشرط الجزائي ، بالنسبة إلى وقوع الضرر ، لا يخلو من فائدة . فوجود هذا الشرط يجعل الضرر واقعاً في تقدير المتعاقدين ، ولذلك يفترض وقوع الضرر ، ولا يكلف الدائن إثباته . وعلى المدين إذا ادعى أن الدائن لم يلحقه أي ضرر ، أن يثبت ذلك . فعبء إثبات الضرر إذن — خلافاً للقواعد العامة — ينتقل من الدائن إلى المدين بفضل وجود الشرط الجزائي [1] (1) .

٤٨٤ — شرط علاقة السببية : ولا يستحق الشرط الجزائي إلا إذا قامت علاقة سببية بين الخطأ والضرر . أما إذا انتفت هذه العلاقة بثبوت السبب الأجنبي ، أو

= م ٣٦ ص ٣٦٧ — ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٩١ — ٢٥ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٨١ — ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ١٧ : يعتبر سكوت الدائن مدة طويلة قرينة على انتفاء الضرر) . وينص التقنين الجديد — كما سنرى — أن عبء الإثبات ينتقل إلى المدين ، وهو الذي عليه أن يثبت أن الدائن لم يلحقه ضرراً (أنظر في القضاء المصري في عهد التقنين المدني السابق ، الموجز للمؤلف ص ٤٤٤ هامش رقم ١) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الطاعن اتفق مع المطعون عليه على أن يحصل من ابنه على إجازة العقد الخاص بإشراكه في إدارة عمل رسا على ابن الطاعن ، كما اتفقا على أنه إذا أخل الطاعن بهذا الالتزام فيدفع للمطعون عليه مبلغاً معيناً بصفة تعويض ، وكان مقتضى هذا الشرط الجزائي أن يكون على الطاعن الذي أخل بالتزامه — فحق عليه التعويض — عبء إثبات أن ابنه قد خسر في الصفقة وأنه بذلك لا يكون قد أصاب المطعون عليه ضرر نتيجة عدم إشراكه في العمل المذكور ، وكان يبين من الأوراق أن الطاعن قصر دفاعه على مجرد القول بأنه ابنه خسر في الصفقة دون تقديم ما يؤيد ذلك ، فيكون فيما جاء بالحكم ، بناء على الأسباب التي أوردها ، من عدم التعويل على دفاع الطاعن بأنه لم يلحق المطعون عليه ضرر ، الرد الكافي على ما ينعى به الطاعن من أن الحكم لم يتحدث عن الضرر (نقض مدني ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٠ ص ٩٤) .

(1) مقتضى تقدير التعويض الاتفاقي في العقد ، أن إخلال الطاعنة (المدينة) بالتزامها يجعل الضرر واقعاً في تقدير المتعاقدين ، فلا تكلف المطعون عليها وهي الدائنة بإثباته ويتعين على المدينة إذا ادعت أن الدائنة لم يلحقها أي ضرر أو أن التقدير مبالغ فيه أن تثبت ادعاءها إعمالا لأحكام الشرط الجزائي .
(جلسة ١٩٦٧/١١/١٤ الطعن رقم ١٢٩ لسنة ٣٤ ق س ١٨ ص ١٦٧٦) .
(جلسة ١٩٧٣/٤/٢١ الطعن رقم ١١٠ لسنة ٣٧ ق س ٢٤ ص ٦٤٩) .
(جلسة ١٩٨٠/٢/١٣ الطعن رقم ٤١٥ لسنة ٤٦ ق س ٣١ ص ٥٠٨) .
(جلسة ١٩٨٣/١/١١ الطعن رقم ٧٤٣ لسنة ٤٩ ق س ٣٤ ص ١٦٦) .

انتفت بأن كان الضرر غير مباشر أو كان في المسئولية العقدية مباشراً ولكنه غير متوقع ، فعند ذلك لا تتحقق المسئولية ، ولا يستحق التعويض ، فلا محل إذن لإعمال الشـــرط الجزائي [1] .

٤٨٥ – شرط الإعذار : والإعذار شرط لاستحقاق الشرط الجزائي ، في جميع الأحوال التي يجب فيها إعذار المدين . أما في الأحوال التي لا ضرورة فيها للإعذار، فإنه لا يشترط . وقد تقدم ذكر كل ذلك تفصيلا . ومادام التعويض لا يستحق إلا بالإعذار في الأحوال التي يجب فيها ، فإنه إذا لم يقم الدائن بإعذار المدين في هذه الأحوال لم يكن التعويض مستحقاً [1] ، ولا يكون ثمة هناك محل لإعمال الشرط الجزائي [2] . وقد أشارت المادة ٢٢٣ مدني في استحقاق الشرط الجزائي إلى وجوب تطبيق النصوص المتعلقة بالإعذار (م ٢١٨ – ٢٢٠ مدني) [3] . وقدمنا أن مجرد وجود شرط جزائي لا يعفي من الإعذار ، ولا يعتبر وجود هذا الشرط اتفاقاً صريحاً أو ضمنياً على إعفاء الدائن من إعذار المدين [4] .

---

(١) ومع ذلك يجوز الاتفاق على مخالفة هذا الحكم ، ويكون هذا بمثابة اتفاق على التشديد من المسئولية وتحميل المدين تبعة الحادث الفجائي . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : " فيشترط أولا توافر الخطأ . ويتفرع على ذلك أن الجزاء المشروط لا يجوز استيفاؤه متى أصبح الوفاء بالالتزام مستحيلا من جراء سبب أجنبي لا يد للمدين فيه (م ١٦٣ فقرة ٢ من تقنين الالتزامات السويسري و م ٦٧٧ من التقنين البرتغالي) . بيد أن الاتفاق على مخالفة هذا الحكم يقع صحيحاً بوصفه اشتراطاً من اشتراطات التشديد في المسئولية ، يقصد منه إلى تحميل المدين تبعة الحادث الفجائي (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٣ – ص ٥٧٤) .

(1) إذا كان الطاعن لم يتمسك أمام محكمة الموضوع بعدم استحقاق التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي) لتخلف شرط الإعذار فلا يجوز له التمسك لأول مرة أم محكمة النقض لهذا السبب الذي لم يسبق عرضه على محكمة الموضوع .

(جلسة ١٩٦٨/١٢/٥ الطعن رقم ٥٦٣ لسنة ٣٤ ق س ١٩ ص ١٤٩٠) .

(جلسة ١٩٨٤/٣/١٢ الطعن رقم ١١٦٤ لسنة ٤٨ ق س ٣٥ ص ٦٤٥) .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي لمجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٤ ص ٥٧٥ . وكان هذا هو أيضاً الحكم في عهد التقنين المدني السابق (م ٩٨ مدني أهلي) : استئناف أهلي ٢ مايو سنة ١٨٩٣ الحقوق ٨ ص ١٤٥ – ٢١ يونية سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ ص ٤٩ – استئناف مصر ٢٤ يناير سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٤٤ ص ٦٧ – مصر الكلية الوطنية ١٩ أغسطس سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٥٣٥ – استئناف مختلط ١١ يونية سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٠٧ – ١٧ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٠٤ – ٣٠ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٩٦ – ٢٨ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٣٩ – ٣١ أكتوبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٩ .

(٣) أنظر أيضاً المادة ١٢٣٠ من التقنين المدني الفرنسي .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٤٦٦ .

المبحث الثاني

التكييف القانوني للشرط الجزائي

٤٨٦ – الالتزام بالشرط الجزائي تابع للالتزام الأصلي : قدمنا أن الالتزام بالشرط الجزائي هو التزام تابع لا التزام أصيل . أما الالتزام الأصيل الذي يتبعه الالتزام بالشرط الجزائي فهو ما التزم به المدين أصلا بالعقد أو بغيره من مصادر الالتزام ، فقد يلتزم بنقل ملكية أو بعمل أو بالامتناع عن عمل ، ثم يتفق مع الدائن على مبلغ معين يقدران به التعويض فيما إذا أخل المدين بالتزامه .

ويترتب على أن الالتزام بالشرط الجزائي التزام تابع أمران : (أولا) أن العبرة هي بالالتزام الأصلي لا بالشرط الجزائي . (ثانياً) بطلان الالتزام الأصلي يستتبع بطلان الشرط الجزائي ، أما بطلان الشرط الجزائي فلا يستتبع بطلان الالتزام الأصلي .

٤٨٧ – العبرة بالالتزام الأصيل لا بالشرط الجزائي : لا يستطيع الدائن أن يطالب المدين إلا بالالتزام الأصلي مادام تنفيذه ممكناً . كذلك لا يجوز للمدين أن يعرض على الدائن إلا الالتزام الأصلي [1] . وإنما يستطيع الدائن أن يطالب بالشرط الجزائي، ويستطيع المدين أن يعرضه على الدائن ، إذا أصبح تنفيذ الالتزام الأصلي مستحيلا بخطأ المدين . أما إذا أصبح تنفيذ الالتزام الأصلي مستحيلا بسبب أجنبي ، فقد انقضي هذا الالتزام ، ولا يجوز عندئذ للدائن المطالبة بالشرط الجزائي ، لأن الشرط الجزائي ليس إلا تقديراً لتعويض مستحق ، وهنا لا يستحق الدائن تعويضاً ما .

وينبني على ما تقدم أن الشرط الجزائي – كالتعويض – لا يعتبر التزاماً تخييرياً ولا التزاماً بدلياً . فهو ليس بالتزام تخييري ، لأن الدائن لا يستطيع أن يختار بين الالتزام الأصلي والشرط الجزائي فيطلب تنفيذ أيهما ، بل هو لا يستطيع أن يطلب إلا تنفيذ الالتزام الأصلي مادام هذا ممكناً [2] . ولأن المدين هو أيضاً لا يملك هذا الخيار ، بل هو لا يستطيع إلا أن

---

(١) استئناف مختلط ١٩ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٧٩ – ٣٠ نوفمبر سنة ١٩١١ جازيت ٢ ص ٣٤.

(٢) ومن ذلك نتبين عدم دقة المادة ٩٨ من التقنين المدني الوطني السابق والمادة ١٢٢٨ من التقنين المدني الفرنسي. فالمادة ٩٨ من التقنين المدني الوطني السابق كانت توهم أن الشرط الجزائي التزام تخييري الخيار فيه للدائن ، وهذا خطأ تشريعي سبقت الإشارة إليه . وقد أصلحت المادة ١٥٢ من التقنين المدني المختلط هذا الخطأ بأن أضافت : " إنما يجوز دائماً للمتعهد منع هذا الخيار بقيامه بوفاء التعهد الأصلي بتمامه ، ما لم يكن التعهد الجزائي منصوصاً على وجوبه لمجرد التأخر " . وقد مر ذكر ذلك (أنظر آنفاً ص ٨٥٤ هامش رقم ١) . =

يعرض تنفيذ الالتزام الأصلي ما أمكنه ذلك . والشرط الجزائي ليس بالتزام بدلي ، لأن المدين لا يملك أن يعدل عن تنفيذ الالتزام الأصلي إذا كان ممكناً إلى تنفيذ الشرط الجزائي كبديل عن الالتزام الأصلي [1] .

وإنما الالتزام بالشرط الجزائي هو التزام تابع للالتزام الأصلي ، يبقى ببقائه وينقضي بانقضائه ، فإذا ما أصبح تنفيذ الالتزام الأصلي مستحيلا بخطأ المدين ، تغير محل الالتزام الأصلي وأصبح تعويضاً تكفل الشرط الجزائي بتقديره .

٤٨٨ – بطلان الالتزام الأصلي يستتبع بطلان الشرط الجزائي ولا عكس : وإذا كان الالتزام الأصلي باطلا ، كان الشرط الجزائي وهو التزام تابع باطلا كذلك . فإذا عقد الالتزام الأصلي غير ذي أهلية أو غير ذي صفة ، أو تعهد شخص بارتكاب جريمة وإلا دفع مبلغاً معيناً كشرط جزائي ، كان كل من الالتزام الأصلي والشرط الجزائي باطلا [2] .

= أما المادة ١٢٢٨ من التقنين المدني الفرنسي فتنص على أنه " يجوز للدائن ، بدلا من مطالبة المدين المعذر بالشرط الجزائي ، أن يطلب بتنفيذ الالتزام الأصلي " . وهذا النص يوهم أيضاً أن الشرط الجزائي التزام تخييري الخيار فيه للدائن . ولكنه يفسر في فرنسا على الوجه الصحيح ، فلا يجوز للدائن أن يطالب بالشرط الجزائي إذا عرض المدين تنفيذ الالتزام الأصلي ، ولا يجوز للمدين أن يعرض الشرط الجزائي إذا طالب المدين بتنفيذ الالتزام الأصلي وكان هذا التنفيذ ممكناً ، وكل ما يعنيه النص هو أن وجود الشرط الجزائي لا يمنع الدائن من المطالبة بتنفيذ الالتزام الأصلي (كولان وكابيتان وموراندير ٢ فقرة ١٦٥) .

(١) أوبري وور ٤ فقرة ٣٠٩ ص ١٧١ هامش رقم ١ – بودري وبارد ٢ فقرة ١٣٦٠ فقرة ١٣٦١ – ديموج ٦ فقرة ٤٤٥ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧٢ – دي باج ٣ فقرة ١٢٣ .

كذلك لا يمكن اعتبار الالتزام الأصلي التزاماً معلقاً على شرط ، بل هو التزام بسيط . والالتزام المعلق على شرط هو الالتزام بالشرط الجزائي ، فإنه لا يستحق إلا أذا أصبح تنفيذ الالتزام الأصلي مستحيلا بخطأ المدين (لاروميير ٤ المادة ١٢٢٨ فقرة ٥ – لوران فقرة ٤٣١ – هيك ٧ فقرة ٣٧٠ – ديمولومب ٢٦ فقرة ٦٤٨ – أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٩ ص ١٧١ هامش رقم ١ – بودري وبارد ٢ فقرة ١٣٦٢ – ديموج ٦ فقرة ٤٤٥ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧٢ – دي باج ٣ فقرة ١٢٦) . وأنظر في تكييف الشرط الجزائي مقالا للأستاذ سيرانو فاشيو (Seirano Facio) في الطبيعة القانونية للشرط الجزائي في القانون الفرنسي وفي القوانين اللاتينية الأمريكية (المجلة الدولية للقانون المقارن سنة ١٩٤٩ ص ٣١٥) .

(٢) استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٦٤ – وقد يقترن بيع ملك الغير بشرط جزائي ، ولا يجيز المالك الحقيقي العقد فيبطل المشترى البيع ويتقاضى الشرط الجزائي . والسبب في ذلك أن الشرط الجزائي هنا ليس تابعاً لالتزام باطل نشأ عن بيع ملك الغير ، وإلا كان الشرط الجزائي ذاته باطلا أيضاً ، وإنما هو تابع لالتزام نشأ عن مسئولية البائع لملك غيره، وهي مسئولية تقصيرية قائمة ، فيقوم معها الشرط الجزائي (أنظر آنفاً فقرة ٤٧٧ في الهامش . وقارن أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٩ ص ١٧٢ وهامش رقم ٤ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧٢ ص ٢٠٦) . وهذا بخلاف ما إذا اقترن عقد صحيح بشرط جزائي، =

"ولكن إذا كان الشرط الجزائي باطلا ، فلا يستتبع ذلك أن يكون الالتزام الأصلي باطلا ، لأن الشرط الجزائي التزام تابع ، فلا يتعلق به مصير الالتزام الأصلي . مثل ذلك أن يشترط الدائن المرتهن ، كشرط جزائي إذا لم يستوف الدين عند حلوله ، أن يبيع العين المرهونة دون اتباع الإجراءات الواجبة قانوناً أو أن يتملك العين ، ففي هذه الحالة يكون الشرط الجزائي باطلا دون أن يبطل الالتزام الأصلي [1] .

ويترتب على تبعية الشرط الجزائي أيضاً أن الدائن إذا اختار ، عند إخلال المدين بالتزامه الأصلي ، فسخ العقد بدلا من المطالبة بتنفيذ الشرط الجزائي ، سقط الالتزام الأصلي

= فيكون الشرط الجزائي تابعاً للالتزام الناشئ من العقد الصحيح ، فإذا فسخ العقد سقط بفسخه الشرط الجزائي ، وسيأتي بيان ذلك .

(١) وقد نصت المادة ١٢٢٧ من التقنين المدني الفرنسي على أن " بطلان الالتزام الأصلي يستتبع بطلان الشرط الجزائي ، أما بطلان الشرط الجزائي فلا يستتبع بطلان الالتزام الأصلي " . وأنظر هيك ٧ فقرة ٣٦٨ — لوران ١٧ فقرة ٤٢٨ — أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٩ ص ١٧٢ — بودري وبارد ٢ فقرة ١٣٥٧ — ديموج ٦ فقرة ٤٦١ — فقرة ٤٦٢ .

وجاء في الموجز للمؤلف في هذا الصدد : " إذا كان الالتزام الأصلي باطلا ، كان الشرط الجزائي وهو التزام تبعي باطلا مثله . مثل ذلك أن يتعهد شخص بألا يطلق زوجته حتى لو خانت الأمانة الزوجية ، وإلا دفع لها مبلغاً معيناً على سبيل التعويض . هذا الشرط الجزائي باطل ، لأنه تابع لتعهد باطل لمخالفته للنظام العام وللآداب (أنظر استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٦٤) . ولكن للزوجة شرعاً أن تشترط على زوجها تطليق ضرتها ، كما لها أن تشترط عليه ألا يتزوج عليها ، وإلا طلقت منه واستحقت تعويضاً ، وليس للمحكمة أن تمتنع عن التصديق على التعويض المقدر إلا إذا ثبت أن جائر وغير مقبول وغي متناسب بالمرة مع الضرر الذي سببه الطلاق (شبين الكوم ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ ص ٥٤٠) . ولكن إذا كان الشرط الجزائي باطلا ، فلا يستتبع ذلك أن يكون الالتزام الأصلي باطلا ، لأن الشرط الجزائي التزام تابع ، فلا يتعلق به مصير الالتزام الأصلي . مثل ذلك أن يتعهد ممثل بألا يظهر على مسرح معين ، وإلا التزم بأن يعيش في مكان مقفل طول حياته . الشرط الجزائي في هذا الغرض باطل لمخالفته للنظام العام إذ هو قيد خطير على الحرية الشخصية ، ولكن الالتزام الأصلي صحيح ، فيبقى الممثل ملتزما بالأ يظهر على هذا المسرح المعين ، فإن فعل كان مسئولا عن التعويض ، وتولى القاضي تقديره . ويمكن في هذه المناسبة أن نميز بين الشرط الجزائي والالتزام الشرطي . فلو حورنا المثل المتقدم وجعلناه التزاماً شرطياً ، بأن يتعهد الممثل في الأصل أن يعيش في مكان مقفل طول حياته إذا ظهر على مسرح معين ، فإن الالتزام الأصلي هنا يكون إقامة الممثل في مكان مقفل طول حياته ، وهذا الالتزام معلق على شرط ظهوره على مسرح معين . ولما كان الالتزام الأصلي باطلا ، فالشرط باطل كذلك ، ويكون الممثل غير ملزم ، في هذا الفرض المحور وهو فرض الالتزام الشرطي ، بالامتناع عن الظهور على مسرح معين . وهم ملزم بهذا الامتناع في الفرض الآخر وهو فرض الشرط الجزائي . على أننا نرى أن تكييف الالتزام بأنه التزام شرطي أو بأنه شرط جزائي ينظر فيه إلى نية المتعاقدين ، ولا شيء يمنع القاضي ، حتى بعد التحوير المتقدم ، من تكييف الالتزام بأنه شرط جزائي " (الموجز للمؤلف فقرة ٤٤٩ ص ٤٤٥ — ص ٤٤٦) قارب أيضاً دي باج ٣ فقرة ١٢٦ ، وقارن بودري وبارد ٢ فقرة ١٣٦٢ .

بمجرد فسخ العقد ، وسقط معه الشرط الجزائي لأنه تابع له ، ويطالب الدائن في هذه الحالة بالتعويضات التي يقدرها القاضي وفقاً للقواعد العامة التي تقدم ذكرها ، ولا يطالب بالتعويض المقدر في الشرط الجزائي [1] (1) .

٤٨٩ – تمييز الشرط الجزائي عما يشتبه به من أوضاع : ويتبين من تكييف الشرط الجزائي على النحو الذي قدمناه أن هذا الشرط قد يشتبه بأوضاع قانونية أخرى ، وبخاصة يشتبه بالعربون وبالتهديد المالي ، فيجب تمييزه عما يشتبه به .

٤٩٠ – تمييز الشرط الجزائي عن العربون : إذا كانت دلالة العربون هي جواز العدول عن العقد ، فإنه يجوز لكل من المتعاقدين أن يرجع في العقد بعد إبرامه لقاء دفع مبلغ العربون ، فيشتبه العربون بالشرط الجزائي ، وقد يحمل على أنه شرط جزائي لتقدير التعويض في حالة العدول عن العقد [2] .

ولكن الفرق كبير بين العربون والشرط الجزائي ، ويظهر هذا الفرق من الوجوه الآتية :

(١) العربون هو المقابل لحق العدول عن العقد ، فمن أراد من المتعاقدين أن يعدل عن العقد كان له ذلك في مقابل دفع العربون ، أما الشرط الجزائي فتقدير لتعويض عن ضرر قد وقع . ويترتب على ذلك أن الالتزام بدفع العربون قائم حتى لو لم يترتب على العدول عن العقد أي ضرر ، أما الشرط الجزائي فلا يستحق إلا إذا وقع ضرر للدائن كما قدمنا [3].

---

(١) كذلك جميع الأوصاف التي تلحق الالتزام الأصلي ، من شرط وأجل وتضامن ونحو ذلك ، تلحق بالتبعية للشرط الجزائي ، فيصير هذا الشرط موصوفاً وصف الالتزام الأصلي – لوران ١٧ فقرة ٤٤٦ – هيك ٧ فقرة ٣٧٢ – بودري وبارد ٢ فقرة ١٣٤٨ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧٢ ص ٢٠٦ – دي باج ٣ فقرة ١٢١ مكررة ثالثاً – قارن ديموج ٦ فقرة ٤٧١) .

(1) الشرط الجزائي الذي يتضمن تقديرا اتفاقيا للتعويض ، التزام تابع للالتزام الأصلي إذ هو اتفاق على جزاء الإخلال به ، فإذا سقط الالتزام الأصلي بفسخ العقد سقط معه الشرط الجزائي ، ولا يعتد بالتعويض المقرر بمقتضاه ، فإذا استحق تعويض للدائن تولى القاضي تقديره وفقا للقواعد العامة التي تحمل الدائن عبء إثبات الضرر وتحققه ومقداره .

(جلسة ١٩٨٨/٤/٤ الطعن رقم ٥٣٣ لسنة ٥٣ ق) .

(جلسة ١٩٩١/٤/١ الطعن رقم ٢٣٢٨ لسنة ٥٧ ق) .

(٢) أنظر ديموج ٦ فقرة ٤٥٠ – وقد قضت محكمة النقض بأن اشتراط جزاء عند عدم قيام المتعهد بما التزام به جائز في كل مشارطه ، سواء أكانت بيعاً أم معاوضة أم إجارة أم أي عقد آخر ، والعربون بهذا المعنى ليس خاصاً بعقود البيع وحدها (نقض مدني ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ ص ٣٠) .

(٣) استئناف مختلط ١٦ نوفمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٢٢ – أول فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٤٢ .

(٢) العربون لا يجوز تخفيضه ، سواء كان الضرر الذي أصاب المتعاقد الآخر من جراء العدول عن العقد مناسباً للعربون أو غير مناسب ، بل إنه يجب دفع مبلغ العربون كما هو حتى لو لم يلحق هذا الطرف الآخر أي ضرر من العدول عن العقد كما قدمنا . أما الشرط الجزائي فيجوز تخفيضه حتى يتناسب مع الضرر ، وسيأتي القول في ذلك .

(٣) يمكن تكييف العربون بأنه البدل في التزام بدلي . ففي البيع مع العربون مثلا، يلتزم المشترى التزاماً أصلياً بدفع الثمن في مقابل أخذ المبيع ، وله إذا شاء أن يعدل عن هذا المحل الأصلي — دفع الثمن في مقابل أخذ المبيع — إلى محل بدلي هو دفع مبلغ العربون في غير مقابل . أما الشرط الجزائي فتكييفه القانوني في تكييف التعويض كما قدمنا : لا هو بالتزام تخييري ولا هو بالتزام بدلي . ومن ثم لا يكون المدين حراً — بخلاف المشترى في المثل المتقدم — في العدول عن تنفيذ التزامه الأصلي إذا كان هذا التنفيذ ممكناً إلى تنفيذ الشرط الجزائي ، بل يتعين عليه أن يقوم بتنفيذ التزامه الأصلي إذا طلب إليه الدائن ذلك [1] .

وينبغي — كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي — " الرجوع إلى نية المتعاقدين لمعرفة ما إذا كانا قد أرادا بالعربون تحديد قيمة جزافية لا يجوز الانتقاص منها، أو تقدير تعويض اتفاقي يجوز إنقاصه ، لا سيما إذا كان الجزاء المشروط فادحاً [2] " .

٤٩١ — تمييز الشرط الجزائي عن التهديد المالي : ونستطيع مما قدمناه عن كل من التهديد المالي والشرط الجزائي أن نميز بينهما من الوجوه الآتية :

(١) فالتهديد المالي يحكم به القاضي ، أما الشرط الجزائي فيتفق عليه الدائن والمدين.

(٢) والتهديد المالي تحكمي لا يقاس بمقياس الضرر ، وإنما يقصد به التغلب على عناد المدين ، فينظر إلى موارده المالية وقدرته على مقاومة الضغط . أما الشرط الجزائي فالأصل فيه أن يقاس بمقياس الضرر .

---

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٤ — وأنظر في الفروق ما بين العربون والشرط الجزائي الوسيط الجزء الأول فقرة ١٤٢ ص ٢٦٣ — ص ٢٦٤ و ص ٢٦٤ هامش رقم ١ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٥ — وقد قضت محكمة النقض بأن استظهار نية المتعاقدين من ظروف الدعوى ووقائعها مما يدخل في سلطة قاضي الموضوع ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليه فيه . فله أن يستخلص من نص عقد البيع ومن ظروف الدعوى وأحوالها أن المتعاقدين قصدا به أن يكون البيع بيعاً تاماً منجزاً بشرط جزائي ، ولم يقصد أن يكون بيعاً بعربون أو بيعاً معلقاً على شرط فاسخ (نقض مدني ٥ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩١ ص ١٦٣) .

(٣) والتهديد المالي حكم وقتي تهديدي ، فهو لا يقبل التنفيذ إلا إذا حول من غرامة تهديدية إلى تعويض نهائي كما سبق القول . أما الشرط الجزائي فليس بوقتي ولا تهديدي ، وإنما هو اتفاق نهائي قابل للتنفيذ على حاله . وإذا جاز تخفيض الشرط الجزائي للمبالغة في التقدير كما سنرى ، فالأصل فيه عدم التخفيض . أما التهديد المالي فالأصل فيه التخفيض ، لأنه يكون عادة أزيد بكثير من الضرر الحقيقي ، فيغلب تخفيضه عند تحويله إلى تعويض نهائي .

(٤) وليس التهديد المالي إلا وسيلة غير مباشرة للتنفيذ العيني ، أما الشرط الجزائي فعلى العكس من ذلك يتصل بالتعويض لا بالتنفيذ العيني .

(٥) والتهديد المالي يقدر عن كل وحدة من الزمن أو عن كل مرة يخل فيها المدين بالتزامه . أما الشرط الجزائي فلا يقدر على هذا النحو إلا إذا كان تعويضاً عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه ، فإذا كان تعويضاً عن عدم التنفيذ فإنه يقدر عادة مبلغاً مقطوعاً (forfaitaire) .

على أن الشبهة تزيد إذا كان الشرط الجزائي يقدر التعويض عن التأخر في التنفيذ [1] فقد يدق التمييز بينه وبين التهديد المالي إذا ما حكم القاضي على مقاول تأخر في تسليم العمل بغرامة تهديدية عن كل يوم يتأخر فيه ، أو اتفق المتعاقدان مقدماً على أن يدفع المقاول مبلغاً كبيراً — يقرب من الغرامة التهديدية — عن كل يوم يتأخر فيه المقاول عن تسليم العمل . ففي الحالتين يبدو أن المبلغ المقدر إنما وضع للتهديد أكثر مما وضع للتعويض عن ضرر . وفي الحالتين يخفض القاضي هذا المبلغ المقدر : في الغرامة التهديدية عندما يحولها إلى تعويض نهائي ، وفي الشرط الجزائي عندما يرى أن تقدير الطرفين كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة كما سنرى . ولكن الذي يميز بين الوضعين في مثل هذه الأحوال أن الغرامة التهديدية حكم يصدر من القاضي ، أما الشرط الجزائي فاتفاق يتم مقدماً بين الطرفين [1] .

---

(1) متى كانت المحكمة اعتبرت في حدود سلطتها الموضوعية وبالأدلة السائغة التي أوردتها أن الشرط الوارد في العقد هو شرط تهديدي ، فإن مقتضى ذلك أن يكون لها أن لا تعمل هذا الشرط وأن تقدر قيمة التعويض طبقاً للقواعد العامة .

(جلسة ١٩٥٥/٢/١٧ الطعنان رقما ١٩٥ ، ٣٢٣ لسنة ٢١ ق) .

(١) وهناك أوضاع أخرى تلتبس بالشرط الجزائي :

من ذلك الشرط الذي يضع حداً أقصى لمقدار المسئولية (clause de maximum) ، فقد يتفق الطرفان على حد أقصى لمقدار مسئولية المدين لا تصح مجاوزته ، فتشترط مصلحة السكك الحديدية أو مصلحة البريد مثلا ألا تجاوز مسئوليتها مبلغاً معيناً في ضياع " طرد " أو رسالة ، فإذا زاد الضرر على هذا المبلغ المعين لم تدفع المصلحة إلا هذا المبلغ ، وإن قل عنه نزل التعويض إلى مقدار الضرر الفعلي . أما في =

الفرع الثاني

ما يترتب على الشرط الجزائي من الأثر

٤٩٢ – النصوص القانونية: تنص المادة ٢٢٤ من التقنين المدني على ما يأتي:

" ١ – لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر " .

" ٢ – ويجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه " .

" ٣ – ويقع باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين " .

وتنص المادة ٢٢٥ على ما يأتي :

= الشرط الجزائي ، فلا يترل التعويض عن المبلغ المقدر ، حتى لو كان الضرر أقل ، إلا إذا تبين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة (أنظر في هذه المسألة ديموج ٦ فقرة ٤٤٧ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧١ – بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٥٩٠) .

ومن ذلك ما يتفق عليه المتعاقدان من شروط لتحديد الثمن أو الأجرة أو المقابل بوجه عام . فإذا اتفق المقاول مع رب العمل على ميعاد معين إذا سلم العمل قبله زيد في أجرة بنسبة معينة ، أو سلم العمل بعده نقص أجرة بنسبة معينة ، كان هذا الاتفاق تحديداً للأجر لا شرطاً جزائياً (ديموج ٦ فقرة ٤٤٦) . وإذا اشترط في عقد إيجار الأطيان أنه " في حالة زراعة القطن مكرراً يزاد الإيجار المستحق بما يوازي الإيجار الأصلي عن القدر الذي يزرع قطناً مكرراً " ، ورأت المحكمة أن هذا الشرط ليس شرطاً جزائياً يستلزم القضاء به التحقق من أن المؤجر قد لحقه ضرر بسبب مخالفته عقد الإيجار ، وإنما هو اتفاق على مضاعفة الأجر في حالة معينة ، وهي تكرار زراعة القطن في الجزء الواحد من الأرض المؤجرة سنتين متواليتين ، ثم أعطته على هذا لاعتبار حكمه ، وهو القضاء بالأجرة المضاعفة طبقاً لعقد الإيجار ، فلا تقبل المناقشة في ذلك لدى محكمة النقض مادام التفسير الذي أخذت به المحكمة متفقاً تمام الاتفاق مع مدلول عبارة العقد (نقض مدني ١٨ فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٨ ص ٥٨) . وإذا رضي الدائن أن يترل عن جزء من الدين إذا واظب المدين على دفع الأقساط في مواعيدها المعينة ، فإن اتفاقه مع المدين على ذلك لا يتضمن اتفاقاً على شرط جزائي (استئناف مختلط ٢٠ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٧٩) .

وقد يلتبس الشرط الجزائي بالصلح وبالتحديد ، وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : " وليس يبقى بعد ذلك سوى أمر التفريق بين الشرط الجزائي وبين ما قد يشتبه به من أوضاع. فهو يقوم على تحديد مقدار التعويض الواجب أداؤه مقدماً قبل استحقاقه ، سواء أدرج في صلب العقد أو ذكر في اتفاق لاحق . وهو بهذا يفترق عن الصلح أو التحديد ، إذ ينعقد كلاهما بعد أن يصبح التعويض مستحقاً، إما لحسم نزاع بشأن تقدير هذا التعويض ، وإما للاستعاضة عنه بدين جديد " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٥) .

" إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي ، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا ثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً " [1] .

ويقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ١٨١/١٢٣ [2] .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ٢٢٥ — ٢٢٦ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ١٧٠ الفقرتين الثانية والثالثة ، وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٢٢٧ — ٢٢٨ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٦٦ (فقرة ٢ و ٣) و ٢٦٧ [3] .

---

(١) تاريخ النص :

م ٢٢٤ : ورد هذا النص في المادة ٣٠٢ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد ، فيما عدا عبارة " أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة " الواردة في الفقرة الثانية ، فقد كانت في المشروع التمهيدي : " أن التقدير كان فادحاً " . وأقرت لجنة المراجعة نص المشروع التمهيدي وأصبح رقم المادة ٢٣١ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة " أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة " بعبارة "أن التقدير كان فادحاً "، لأن كلمة " فادحاً " تفيد أن التقدير غير ممكن تحمله مع أن المقصود هو أن التقدير غير متناسب ، فتكون العبارة الأولى أقرب إلى الإفصاح عن المقصود ، وأصبح رقم المادة ٢٢٤ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧١ — ص ٥٧٢) .

م ٢٢٥ : ورد هذا النص في المادة ٣٠٣ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٢٣٢ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٢٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٣ و ص ٥٧٥) .

(٢) وقد كانت المادة ١٨١/١٢٣ من التقنين المدني السابق تجرى على الوجه الآتي : " إذا كان مقدار التضمين في حالة عدم الوفاء مصرحاً به في العقد أو في القانون ، فلا يجوز الحكم بأقل منه ولا بأكثر" . (هذا والتضمين المصرح به في القانون — كما ورد في النص — هو فوائد التأخر عن الوفاء بمبلغ من النقود ، وهو لا يدخل في الشرط الجزائي) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٢٥ — ٢٢٦ : (مطابقتان لنص المادتين ٢٢٤ — ٢٢٥ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ١٧٠ (فقرة ٢ و ٣) : (مطابقة لنص المادتين ٢٢٤ — ٢٢٥ من التقنين المدني المصري فيما عدا كلمة " فادحاً " بدلا من عبارة " مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة) .

التقنين المدني الليبي م ٢٢٧ — ٢٢٨ : (مطابقتان لنص المادتين ٢٢٤ — ٢٢٥ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٦٦ (فقرة ٢ و ٣) : ولقد وضع البند الجزائي لتعويض الدائن من الأضرار التي تلحق به من عدم تنفيذ الموجب . فلا يحق له أن يطالب بالأصل والغرامة معاً ، إلا إذا كان البند الجزائي قد وضع لمجرد التأخير أو على سبيل إكراه المديون على الإيفاء . ويحق للقاضي أن يخفض غرامة الإكراه إذا وجدها فاحشة . وللقاضي أن ينقص البدل المعين في البند الجزائي إذا كان قد نفذ قسم من الموجب الأصلي . (وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

ونرى من نصوص التقنين المدني المصري سالفة الذكر أنه متى وجد الشرط الجزائي على النحو الذي بسطناه ، وأصبح مستحقاً ، لم يبق إلا القضاء به على المدين ، فإنه تعويض مقدر ارتضاه مقدماً ، فالحكم عليه به حكم بما ارتضاه على نفسه . ولكن الشرط الجزائي لا يستحق إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر ، وقد مر القول في ذلك . يبقى بعد هذا أن الشرط الجزائي — كما تقول المادتان ٢٢٤ — ٢٢٥ من التقنين المدني — قابل للتخفيض وقابل للزيادة . فنبحث متى يجوز تخفيضه ، ومتى تجوز زيادته .

المبحث الأول

متى يجوز تخفيض الشرط الجزائي

٤٩٣ — حالتان : يتبين من نص الفقرة الثانية للمادة ٢٢٤ أنه يجوز للقاضي أن يخفض الشرط الجزائي في حالتين : (أولاهما) إذا نفذ المدين الالتزام الأصلي في جزء منه . (والثانية) إذا أثبت المدين أن تقدير التعويض في الشرط الجزائي كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة .

٤٩٤ — تنفيذ الالتزام الأصلي في جزء منه : يوضع الشرط الجزائي عادة لحالة عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه أصلا ، فإذا كان المدين قد قام بتنفيذ جزء من التزامه ،

= م ٢٦٧ : إن البند الجزائي صحيح معمول به وإن كان موازياً في الواقع لبند ناف للتبعة . وإنما تستثنى حالة الخداع الذي يرتكبه المدينون . (وهذا الحكم معمول به دون نص في التقنين المدني المصري) .

ويلاحظ أن التقنين اللبناني لم يعرض لمبدأ اشتراط الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي ، مع أنه نص على تخفيض الشرط الجزائي (في صورة غرامة الإكراه) إذا وجده القاضي فاحشاً . ويقول الدكتور صبحي المحمصاني في هذا الصدد ما يأتي : " أما بخصوص الضرر ، فإن قانون الموجبات اللبناني لم يذكر شيئاً عنه ، ولكن اجتهاد القضاء (قرار محكمة الاستئناف الخاصة بتوحيد الاجتهاد الصادر في ١٢ تشرين الأول سنة ١٩٤٥ عدد ١٦ وقرار الغرفة الأولى من محكمة استئناف بيروت الصادر في ١٩ أيار سنة ١٩٥٣ عدد ٦٧٢ النشرة القضائية اللبنانية ١٩٥٣ ص ٥٣٧) سار وفاقاً للاجتهاد الفرنسي على إعفاء الدائن من إثبات حقيقة الضرر ومقداره ، على اعتبار أن الغاية من تعيين التعويض مقدماً هي تحديد التعويض بوجه مقطوع قاطع للنزاع ، ومانع مبدئياً من سماع الدعوى بالزيادة أو النقصان " . هذا ويصعب التوفيق ، في تقنين كالتقنين اللبناني يبيح للقاضي تخفيض الشرط الجزائي (ولو في صورة غرامة الإكراه) إذا وجده فاحشاً ، بين هذا المبدأ ومبدأ عدم اشتراط الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي ، فإنه إذا جاز تخفيض الشرط الجزائي حتى يجعل متناسباً مع الضرر ، فأولى ألا يستحق أصلا إذا كان الضرر غير موجود . والقضاء الفرنسي لا يقع في هذا التعارض ، فهو لا يشترط إثبات الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي ، ولكنه في الوقت ذاته لا يجيز تخفيض هذا الشرط ليكون متناسباً مع الضرر .

فإن القاضي يكون قد احترم المتعاقدين إذا خفض الشرط الجزائي بنسبة ما نفذ المدين من التزامه [1] . ويعتبر الأساس هو المبلغ المقدر في الشرط الجزائي ، فيخفض هذا المبلغ إلى النسبة التي تتفق مع الجزء الباقي دون تنفيذ الالتزام الأصلي [2] . ويقع عبء إثبات التنفيذ الجزئي على المدين [1] .

وقد يتفق الطرفان على استحقاق الشرط الجزائي إذا لم ينفذ المدين الالتزام الأصلي تنفيذاً سليماً ، سواء كان ذلك بأن لم ينفذه أصلا أو نفذه تنفيذاً معيباً . وفي هذه الحالة يستحق الشرط الجزائي كله إذا كان هناك عيب في التنفيذ ، نزولا على اتفاق الطرفين [3] . ولكن إذا كان هذا العيب غير جسيم بحيث يكون الشرط الجزائي ، كتعويض عنه ، مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، جاز للقاضي تخفيض الشرط الجزائي إلى الحد المناسب ، كما سنرى [4] .

---

(١) استئناف أهلي ٤ ديسمبر سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ١٨ ص ٣٣ — استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٨٢ — ٢٦ يونية سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٦٤ — ٢٤ يونية سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٧٧ — أول مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٥٠ — والتون ٢ ص ٤٠٦ — ص ٤٠٨ .
ويتفق في هذا الحكم كل من التقنين المدني الجديد بنص صريح ، والتقنين المدني السابق بالتطبيق للقواعد العامة ، والتقنين المدني الفرنسي إذ نصت المادة ١٢٣١ من هذا التقنين على أن " الشرط الجزائي يجوز للقاضي تعديله إذا نفذ الالتزام الأصلي في جزء منه " . وأنظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٤ . ثم أنظر : نقض مدني ١٧ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٩١ ص ٦٨٦ .

(٢) ويطبق القضاء المصري هذا الحكم على الشرط الجزائي القاضي ، عند تأخر المدين في دفع الأقساط المستحقة، بفسخ العقد وباعتبار ما سبق دفعه من الأقساط حقاً للدائن ، فيعتبر أن هناك تنفيذاً جزئياً للعقد يستوجب تخفيض الشرط الجزائي (استئناف مختلط ٢٦ يونية سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٦٤ — ١٩ مارس سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٠٧ — أول مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٥٠) . ويؤخذ على هذا التطبيق أن الشرط الجزائي إنما اشترط هنا لعدم التنفيذ الجزئي لا لعدم التنفيذ الكلي ، وأن التخفيض إنما يجوز في هذه الحالة إذا كان الشرط الجزائي يصبح مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة بالنسبة إلى ما لم يتم تنفيذه من الالتزام .

(1) إذا كان المدين قد نفذ بعض الأعمال التي التزام بها وتخلف عن تنفيذ بعضها الآخر ، فيعتبر تقصيره في هذه الحالة تقصيراً جزئياً يجيز للمحكمة أن تخفض التعويض المتفق عليه إلى الحد الذي يتناسب مع مقدار الضرر الحقيقي الذي لحق الدائن .
(جلسة ١٩٥٥/٢/١٧ الطعن رقم ٣٢٣ لسنة ٢١ ق) .
(جلسة ١٩٦٢/١٢/٢٧ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ ص ١٢٣٨) .

(٣) قارب استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢١٩ — ولكن إذا وضع الشرط الجزائي لتأخر المدين في التنفيذ ، فإنه يصبح غير ذي موضوع إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه أصلا (استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٦٢) .

(٤) أما في القانون الفرنسي فلا يجوز التخفيض حتى في هذه الحالة (قارب بودري وبارد ٢ فقرة ١٣٥١ — ديموج ٦ فقرة ٤٨٩ ص ٥٢٣ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧٠) .

٤٩٥ – تقدير التعويض في الشرط الجزائي مبالغ فيه إلى درجة كبيرة

كبيرة : وهنا نفرض أن المدين لم يقم بتنفيذه التزامه أصلا ، أو تأخر في التنفيذ مدة استحق من أجلها التعويض المقدر في الشرط الجزائي ، فلا يوجد إذن سبب خارجي لتخفيض الشرط الجزائي كما كان الأمر في حالة التنفيذ الجزئي التي سبق ذكرها . فهل يجوز مع ذلك الخروج على الاتفاق وتخفيض الشرط الجزائي ؟

رأينا في التقنين المدني الفرنسي (م ١١٥٢) يقضي بأنه " إذا ذكر في الاتفاق أن الطرف الذي يقصر في تنفيذه يدفع مبلغاً معيناً من النقود على سبيل التعويض ، فلا يجوز أن يعطى لتعويض الطرف الآخر مبلغ أكثر أو أقل " . وقد طبق القضاء الفرنسي هذا النص تطبيقاً دقيقاً ، فهو لا يجيز تخفيض الشرط الجزائي أياً كان تقدير التعويض ولو ثبت أنه مبالغ فيه إلى درجة كبيرة . ويبرر القضاء الفرنسي هذا الموقف بأن الفائدة المتوخاة من الشرط الجزائي إنما هي قطع السبيل على المدين في المحاجة والجدل في مقدار التعويض المستحق ، فقد اتفق مقدماً مع الدائن على تقديره ، فلا محل لإعادة النظر فيما تم الاتفاق عليه . وقد قدمنا أن القضاء الفرنسي يذهب إلى أبعد من ذلك ، فلا يشترط في استحقاق الشرط الجزائي إثبات ضرر يلحق الدائن ، فوجود الشرط الجزائي يفترض أن هذا الضرر قد وقع فعلا ، ولا يجوز إثبات عكس ذلك [١] . وغني عن البيان أن الالتزام الأصلي إذا كان مبلغاً من النقود ، وكان الشرط الجزائي خاصاً بالتعويض عن تأخر المدين في الوفاء بهذا الالتزام ، واتفق المتعاقدان على فوائد أكثر من الحد الأقصى الذي يسمح به القانون ، فإنه يجب في هذه الحالة تخفيض الشرط الجزائي وإنزال الفوائد إلى الحد المسموح به [٢] .

وفي عهد التقنين المدني المصري السابق كان القضاء المختلط يذهب هو أيضاً ، كالقضاء الفرنسي ، إلى عدم جواز تخفيض الشرط الجزائي ولو بدا أن التقدير المتفق عليه في هذا الشرط مبالغ فيه إلى درجة كبيرة [٣] ، وقد كان نص التقنين السابق صريحاً في هذا

---

(١) وقد كان القانون الفرنسي القديم يجيز تخفيض الشرط الجزائي (بوتييه في الالتزامات فقرة ٣٤٥) ، ولكن التقنين المدني الفرنسي عدل ، بعد تردد أثناء مناقشة مشروع هذا التقنين في مجلس الدولة ، عن تقاليد القانون الفرنسي القديم ، ولم يجز التخفيض حتى يجعل الشرط الجزائي يحقق الغرض المتوخى منه (بودري وبارد ١ فقرة ٤٩٠ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٦٩ ص ٢٠٢ – ص ٢٠٣) .

(٢) وهذا الحكم واجب التطبيق في مصر وفي فرنسا على حد سواء (استئناف مختلط ٢٨ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٨٤ – أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٩ ص ١٧٤ – بودري وبارد ٢ فقرة ١٣٥٢ – ديموج ٦ فقرة ٤٥٦ ص ٤٩٢ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٨٢ – بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٥٩٣ – جوسران ٢ فقرة ٦٤٢) .

(٣) استئناف مختلط ٦ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٠٨ – ٥ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٠٦ – ١٩ مارس سنة ١٩١٣ حازيت ٣ رقم ١٣٥ ص ٢٨٧ – ومع ذلك أنظر العكس : استئناف مختلط ٦ يونية سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٧٥ .

المعنى كنص التقنين الفرنسي ، فقد رأينا أن المادة ١٨١/١٢٣ كانت تقضى بأنه " إذا كان مقدار التضمين في حالة عدم الوفاء مصرحاً به في العقد أو في القانون ، فلا يجوز الحكم بأقل منه ولا بأكثر " . وقد استقر القضاء المختلط على هذا الرأي منذ قضت به محكمة الاستئناف المختلطة في دوائرها المجتمعة [١] . أما القضاء الوطني فإنه ، بعد تردد وتضارب في الأحكام ، استقر على جواز تخفيض الشرط الجزائي إذا اتضح أن تقدير التعويض في هذا الشرط كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، وذلك بالرغم من صراحة نص المادة ١٢٣ من التقنين المدني الوطني [٢] .

---

(١) استئناف مختلط (الدوائر المجتمعة) ٩ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٥٥ — استئناف مختلط ٢٩ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٦٧ — ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٧٥ — ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٦ م ٤٢ ص ٥٣ — ٢٥ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٨١ — ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٣ م ٥٦ ص ٢٣ — ٣١ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٧٩ .

(٢) وقد كانت بعض أحكام القضاء الوطني تقضى بأن المادة ١٢٣ صريحة في وجوب القضاء بالشرط الجزائي على وجه الإطلاق ، فليس للمحاكم أن تحكم بأقل منه أو أكثر (استئناف أهلي ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٩ الحقوق ٢٥ ص ٦١ — ٨ ديسمبر سنة ١٩١٣ الحقوق ٢٩ ص ٢٣٨ — ٢٩ مارس سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ٩٥ ص ١٤٩ — ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٧ ص ١٣) — وتقضى أحكام أخرى بأنه إذا تبين للمحكمة أن الشرط الجزائي المنصوص عنه في العقد مبالغ فيه ، فلها أن تعتبره شرطاً تهديدياً لا يلتفت إليه ، وأن ترجع في تقدير الضرر ، إن وجد ، إلى القواعد العامة (استئناف أهلي ٤ ديسمبر سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ١٨ ص ٣٣ — ١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٥٣ ص ٩١) . ثم حسمت محكمة الاستئناف في دوائرها المجتمعة هذا الخلاف ، فقضت بأنه إذا ثبت لدى القاضي أن مقدار الشرط الجزائي جائر وغير مقبول وغير متناسب مع الضرر الذي حصل فعلا للمتعهد إليه ، وبعبارة أخرى إذا تبين له أن الشرط الجزائي إنما هو في الواقع ونفس الأمر شرط تهديدي ليس إلا — وهذا أمر واقعي محض وخاص بكل قضية على حدتها — فإن له في مثل هذه إحالة فقط أن يمتنع عن التصديق على هذا التعويض الجائر ، وأن يقدره هو حسب ما يظهر له من ظروف وقائع الدعوى (٢ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٧ ص ١٥٣ المحاماة ٧ ص ٣٣١ — أنظر أيضاً : استئناف مصر ٨ يناير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ ص ١١١٨) . وبالرغم من حكم الدوائر المجتمعة صدر حكمان بعد ذلك من محكمة استئناف مصر في يوم واحد عدلت فيهما عن هذا المبدأ ، فقضت بأن القانون أباح الشرط الجزائي لفائدتين : الأولى إقفال باب المنازعة في أهمية الضرر ، والثانية إعفاء الدائن مع إثبات تحقق الضرر . فاتفاق الطرفين على التعويض ومقداره عند وقوع مخالفة يتضمن إقراراً بالضرر ، ويجب الأخذ بما تدون في الاتفاق لأنه ارتباط قانوني له قوته ، وهو شريعة المتعاقدين يقوم مقام القانون في بيان حقوق كل منهما وواجباته (٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ٣٠٥) ، وبأن الاتفاق على تحديد مقدار التعويض في العقد في حالة عدم تنفيذ المتعهد معناه التسليم فعلا من المتعاقدين بأنهما يعتقدان أن عدم التنفيذ يترتب عليه ضرر حتماً ، وأن هذا الضرر يقدر بالمبلغ المتفق عليه ، لأنه لا يمكن الانتقال للتكلم عن مقدار التعويض إلا بعد الفراغ من مسألة استحقاقه واعتبارها مقطوعاً بها ، فلا يقبل بعد ذلك من المدين مطالبة الدائن بإثبات حصول الضرر ولا قيامه هو بإثبات عدم حصوله ، كما لا تقبل منه المناقشة في مقدار التعويض (٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ٨٦٠ — وأنظر أيضاً الموجز للمؤلف ص ٤٤٨ هامش رقم ٣) . ولكن محكمـــة =

وقد جاء التقنين المدني الجديد مقنناً للقضاء الوطني في هذه المسألة ، فعدل من نص المادة ١٨١/١٢٣ من التقنين المدني السابق بأن نص في الفقرة الثانية من المادة ٢٢٤ ، كما رأينا ، على أنه " يجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة " [1] . والتقنين المدني الجديد ، في هذا الحكم الذي أورده من جواز تخفيض الشرط الجزائي إذا كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة [أ] ، لا يقنن القضاء الوطني فحسب ، بل هو أيضاً يجارى نزعات التقنينات الحديثة ، فإن التقنين المدني الألماني (م ٣٤٠ و ٣٤٣) وتقنين الالتزامات السويسري (م ١٦١ و ١٦٣) والتقنين المدني الإيطالي الحديث (م ١٣٨٤) تجيز كلها تعديل الشرط الجزائي نقصاً أو زيادة . وقد بررت محكمة الاستئناف الوطنية في دوائرها المجتمعة هذا الحكم بأن الشرط الجزائي ، إذا كان مبالغاً فيه ، يكون المتعاقدان على علم بهذه المبالغة ، بل يكونان قد قصدا إليها وجعلا الشرط الجزائي شرطاً تهديدياً لحمل المدين على عدم الإخلال بالتزامه. ومؤدى ذلك أن الشرط الجزائي المبالغ فيه ينطوي في الواقع من الأمر على عقوبة فرضها الدائن على المدين ، فيكون باطلا ، ويعمد القاضي عند ذلك إلى تقدير التعويض وفقاً للقواعد العامة في تقدير التعويض بواسطة

= النقض أيدت قضاء الدوائر المجتمعة في حكم لها صدر بعد نفاذ التقنين الجديد ، ولكن عن وقائع حدثت قبله ، إذ قضت بأنه متى كان يبين من الحكم أن المحكمة لم تأخذ بشرط التعويض الجزائي المتفق عليه بالعقد، وقدرت التعويض الذي طلبت المطعون عليها عدم الحكم به على الطاعنين بمبلغ معين بناء على الأعتبارات التي استمدتها من واقع الأوراق المقدمة في الدعوى ، ورأت معها أنه تعويض مناسب للضرر الذي لحق المطعون عليها ، فإن هذا الذي أخذت به المحكمة لا عيب فيه لدخوله في سلطتها الموضوعية واستقلالها بتقديره (نقض مدني ٢٧ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٦ ص ٦٧٦. وأنظر أيضاً : نقض مدني ١٧ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٩١ ص ٦٨٦) .

ونرى مما تقدم أن هناك تدرجاً في موقف كل من القضاء الفرنسي والقضاء المختلط والقضاء الوطني : فالقضاء الفرنسي لا يجيز تخفيض الشرط الجزائي بل ولا يشترط وقوع الضرر ، والقضاء المختلط لا يجيز تخفيض الشرط الجزائي ولكن يشترط وقوع الضرر ، والقضاء الوطني يشترط وقوع الضرر ويجيز تخفيض الشرط الجزائي في وقت واحد (الموجز للمؤلف فقرة ٤٥٠ ص ٤٤٩) .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٤ .

(أ) إذ كانت المادة ٢٢٤ من القانون المدني قد أجازت للقاضي أن يخفض مقدار التعويض الاتفاقي إذا أثبت المدين أنه كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، وكانت الطاعنة قد تمسكت في مذكرتها المقدمة لمحكمة الاستئناف بأن مقدار التعويض الاتفاقي مبالغ فيه إلى درجة كبيرة ، وطلبت إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات ذلك ، فإن الحكم إذا قضي بالتعويض الاتفاقي دون أن يعرض لهذا الدفاع رغم أنه جوهري قد يتغير به وجه الرأي في الدعوى ، فإنه يكون مشوباً بالقصور .

(جلسة ١٠/٣/١٩٨٣ الطعن رقم ٩٢٨ لسنة ٥٢ ق س ٣٤ ص ٦٦٩) .

(جلسة ٥/١٢/١٩٦٨ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ ق ص ١٤٩٠) .

القاضي [1] . ويمكن أن يضاف إلى هذا التبرير أن الشرط الجزائي لا يعرض إلا لتقدير التعويض المستحق ، فهو ليس سبباً في استحقاق التعويض ، بل يقتصر على مجرد تقديره مقدماً وفقاً لما قام أمام الطرفين وقت الاتفاق من اعتبارات وظروف . فإذا اتضح بعد ذلك أن الضرر الذي وقع لم يكن بالمقدار الذي ظنه الطرفان قبل وقوعه ، وأن تقديرهما للتعويض عن هذا الضرر كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، فإن الأمر لا يخلو عندئذ من غلط في التقدير وقع فيه المتعاقدان أو ضغط وقع على المدين فقبل شرطاً يعلم مقدماً أنه مجحف به [2] ، وفي الحالتين يكون الواجب تخفيض الشرط الجزائي إلى الحد الذي يتناسب مع الضرر .

على أنه يلاحظ أن الشرط الجزائي ، بالرغم من عدم الحكم به عند انعدام وقوع الضرر أو تخفيضه إذا كان غير متناسب مع الضرر الذي وقع ، لا تزال فائدته محققة للدائن من وجوه ثلاثة .

(أولا) إن وجود الشرط الجزائي يجعل ، كما قدمنا ، وقوع الضرر مفروضاً لا يكلف الدائن بإثباته . فإذا ادعى المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر ، فعليه هو لا على الدائن عبء الإثبات .

(ثانياً) إن وجود الشرط الجزائي يجعل من المفروض أن تقدير التعويض الوارد في هذا الشرط هو تقدير صحيح للضرر الذي وقع . فإذا ادعى المدين أنه تقدير مبالغ فيه إلى درجة كبيرة ، فعليه هو لا على الدائن عبء الإثبات [3] .

(ثالثاً) ولا يكفي أن يثبت المدين أن التقدير الوارد في الشرط الجزائي يزيد على مقدار الضرر الذي وقع فعلا . فما لم يثبت أن التقدير مبالغ فيه إلى درجة كبيرة ، فإن القاضي لا يخفض الشرط الجزائي حتى لو زاد التقدير الوارد فيه على الضرر زيادة غير

---

(١) نقض مدني ١٧ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٩١ ص ٦٨٦ ، وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم .

(٢) ويكون الشرط الجزائي في هذه الحالة شرطاً تهديدياً قبله المدين ، إما تحت تأثير الضغط وإما لاعتقاده أنه سيقوم حتما بتنفيذ التزامه فلن يتعرض لتوقيع الشرط الجزائي عليه ، فقبوله للشرط الجزائي يكون إذن عن إكراه أو عن اندفاع وتسرع .

(٣) ويترك الأمر لتقدير قاضي الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض . وقد قضت محكمة النقض بأن إثبات حصول الضرر أو نفيه من الأمور الواقعية التي تقدرها محكمة الموضوع ، فإذا رأت محكمة الاستئناف أن ما وقع من المتعهد بتوريد الأغذية لأحد الملاجئ " هو أمر خطير فيه تعويض لصحة اللاجئات للخطر ، فضلا عما فيه من إفساد للمستخدمين الموكول إليهم حمايتهن والمحافظة على سلامتهن " ، ثم رأت أن التعويض المشروط في عقد التوريد عن هذا الفعل متناسب وغير جائر ، فحكمت بإلزام المتعهد به ، فلا معقب على حكمها لمحكمة النقض (نقض مدني ٧ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٤١ ص ١٢٣) .

كبيرة. وحتى إذا أثبت المدين أن التقدير مبالغ فيه إلى درجة كبيرة وخفض القاضي الشرط الجزائي ، فإن التخفيض يكون إلى حد يتناسب مع الضرر ولا يتحتم أن يكون مساوياً للضرر [1] [1] ، ومن ثم إذا وجد القاضي أمامه شرطاً جزائياً سخياً في التقدير ، كان هذا من شأنه أن يجعل سلطة القاضي التقديرية في حساب التعويض تسخو لمصلحة الدائن ، فيبقى غالباً في التعويض بعد تخفيضه سعة ينتفع هذا بها .

٤٩٦ – هذه الأحكام تعتبر من النظام العام : والأحكام التي قدمناها – وقوع ضرر لاستحقاق الشرط الجزائي وجواز تخفيض هذا الشرط للتنفيذ الجزئي أو للمبالغة في التقدير – تعتبر من النظام العام ، فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها . وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٢٢٤ من التقنين المدني صراحة على ذلك إذ تقول : " ويقع باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين " .

ومن ثم لا يجوز للطرفين أن يضيفا إلى الشرط الجزائي أنه واجب الدفع على كل حال ، حتى لو لم يقع ضرر أن قام المدين بتنفيذ الالتزام تنفيذاً جزئياً أو تبين أن التقدير مبالغ فيه إلى درجة كبيرة . ولو تم الاتفاق على ذلك ، كان هذا الاتفاق باطلا لمخالفته للنظام العام ، وجاز للقاضي بالرغم من وجوده ألا يحكم بأي تعويض إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر ، وأن يخفض الشرط الجزائي إذا أثبت المدين أنه قام بتنفيذ الالتزام تنفيذاً جزئياً أو أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة . فالقانون هنا يحمي المدين ، ويعتبر أن رضاءه بمثل هذا الاتفاق أقرب إلى الإذعان منه إلى القبول .

---

(١) وقد رأينا في تاريخ نص المادة ٢٢٤ أن المشروع التمهيدي لهذه المادة كان يتضمن العبارة الآتية : " إذا أثبت المدين أن التقدير كان فادحاً " ، فعدلت هذه العبارة في لجنة مجلس الشيوخ إلى العبارة التي استقرت في التقنين الجديد : " إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة " (أنظر آنفاً فقرة ٤٩٢ في الهامش) . ولا يستفاد من هذا التعديل أنه يكفي أن يكون التقدير أزيد من الضرر الحقيقي ، بل يجب أن يكون أزيد بكثير من هذا الضرر ، وإن لم يكن من الضروري أن يصل إلى درجة الفداحة والإرهاق .

(1) أ – تقدير التعويض عن الضرر من المسائل الواقعية التي يستقل بها قاضي الموضوع ، إلا أن تعيين عناصر الضرر التي يجب أن تدخل في حساب التعويض هو من المسائل القانونية التي يخضع فيها لرقابة محكمة النقض.

(جلسة ١٩٧١/٢/٤ السنة ١٤ ص ١٧٢) .

ب – لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر ، ويجوز للقاضي أن يخفض هذه التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه .

(جلسة ١٩٧٥/١٢/٣١ السنة ٢٦ ص ١٧٥٧) .

المبحث الثاني

متى تجوز زيادة الشرط الجزائي

٤٩٧ – حالتان : رأينا أن المادة ٢٢٥ تقضي بجواز زيادة الشرط الجزائي إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المقدر وأثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيما. كذلك لا يجوز – تطبيقاً للقواعد العامة – أن يجعل المدين من الشرط الجزائي تكئة للتحايل على قواعد التعديل الاتفاقي للمسئولية ، فبعض هذه القواعد يعتبر من النظام العام ولا تجوز مخالفته حتى تحت ستار الشرط الجزائي [١] .

ونستعرض كلا من هاتين الحالتين :

٤٩٨ – زيادة الضرر على التعويض المقدر وقد ارتكب المدين غشاً أو خطأ جسيما : إذا تبين ، على العكس مما تقدم ، أن التعويض المقدر ليس مبالغاً فيه بل هو أقل من الضرر الواقع ، فإن القاضي مع ذلك لا يزيده ليكون مساوياً للضرر ، بل يحكم به كما هو . ويكون الشرط الجزائي في هذه الحالة بمثابة تخفيف لمسئولية المدين ، والاتفاق على التخفيف من المسئولية أو الإعفاء منها جائز ، فقد قضت الفقرة الثانية من المادة ٢١٧ بجواز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذه التزامه التعاقدي إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم [٢] .

ومعنى ذلك أنه إذا زاد الضرر على التعويض المقدر ، ولكن الدائن أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيما ، فإن الشرط الجزائي الذي جاز أن يخفف من مسئولية المدين في حالة الخطأ العادي لا يستطاع أن يخفف من مسئوليته في حالتي الغش والخطأ الجسيم . وينبني على ذلك أن القاضي يزيد في مقدار التعويض حتى يصبح معادلا للضرر الذي وقع ،

---

(١) وإذا اشترط الدائن ، إلى جانب الشرط الجزائي ، تعويضاً من نوع آخر ، بأن اشترط على المدين إذا لم يسلم له كذا قنطاراً من القطن مثلا وجب أن يدفع الفرق بين ثمن القطن وقت التنفيذ والثمن الذي اشترى به الدائن هذا القطن مع حساب المدين ، وهذا بالإضافة إلى شرط جزائي مقدر ، لم يجز للدائن أن يجمع بين التعويضين ، ولكن له أن يختار أحدهما (استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٩٤ – ٣١ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٦٤ – ١١ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٣١ – أول مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢١٤) . على أنه يجوز الجمع بين التعويضين إذا كان كل تعويض يؤسس على ضرر غير الضرر الذي يؤسس عليه التعويض الآخر (استئناف مختلط ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ رقم ٩٢ ص ١٠٠ – ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٩٢) .

(٢) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٤ .

ولا يمنعه من ذلك أن التعويض مقدر في الشرط الجزائي ، فإن الدائن في اتفاقه مع المدين على تقدير التعويض لم يدخل في حسابه غش المدين أو خطأه الجسيم ، ولا ينبغي أن يحسب هذا الحساب [1] .

على أن الفقرة الثانية من المادة ٢١٧ تضيف إلى ما تقدم أنه يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه. وينبني على ذلك أنه يجوز الاتفاق على شرط جزائي يقدر التعويض الذي يستحق من جراء تحقق مسئولية الأشخاص الذين يستخدمهم المدين في تنفيذ التزامه ، ولا يجوز للقاضي زيادة هذا التعويض حتى لو جاوز الضرر المبلغ المقدر ووقع غش أو خطأ جسيم من الأشخاص الذين استخدمهم المدين في تنفيذ التزامه . ذلك أن الشرط الجزائي في هذه الحالة يعتبر اتفاقاً على تخفيف المسئولية عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من تابعي المدين ، ومثل هذا الاتفاق جائز كما قدمنا .

٤٩٩ – الشرط الجزائي كمايل للإعفاء من المسئولية إعفاء يتعارض مع النظام العام : وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٢١٧ على أنه " يقع باطلا كل شرط يقضي بالإعفاء من المسئولية المترتبة على العمل غير المشروع " . ويتبين من ذلك أنه لا يجوز أن يتفق الطرفان على إعفاء المدين من مسئوليته التقصيرية ويكون هذا الاتفاق باطلا لو تم لتعارضه مع النظام العام .

---

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه متى ثبت أن الإخلال بالتعهد كان عن سوء قصد ، وجب تعويض الضرر دون التقيد بالشرط الجزائي ، لأن الملحوظ بين المتعاقدين عند تقديرهما التعويض بنفسهما تبادل حسن القصد بينهما ، فإذا انتفى ذلك وتبدلت النية ، وجب الرجوع إلى القاعدة العامة، وهي التعويض عن الضرر مهما بلغت قيمته (٣٠ يناير سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ ص ٦٥) . أنظر أيضاً بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٦٩ ص ٢٠٢ . وقد نصت المادة ٢٦٧ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على " أن البند الجزائي صحيح معمول به ، وإن كان موازياً في الواقع لبند ناف للتبعة ، وإنما تستثنى حالة الخداع الذي يرتكبه المديون " .

هذا ويلاحظ أن الشرط الجزائي يكون تطبيقه على الحالة التي نظر إليها المتعاقدان ، فالشرط الجزائي المتفق عليه في حالة التأخر لا يسرى على حالة عدم التنفيذ ، فإن لم ينفذ المتعهد التزامه تقدر التعويضات طبقاً لمبادئ القانون العام (استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٥٩ – ٢٣ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢١٥ – المنصورة الجزئية الأهلية ١٧ نوفمبر سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢١ ص ٩٦) .

وغني عن البيان أن الطرفين لا يستطيعان أن يضيفا إلى الشرط الجزائي أنه غير قابل للزيادة حتى في حالة غش المدين أو خطئه الجسيم ، فإن هذا الاتفاق يعتبر مخالفاً للنظام العام ، ولا حاجة إلى نص خاص بهذه الحالة كالنص الذي سبق ذكره في أحوال تخفيض الشرط الجزائي (م ٢٢٤ فقرة ٣) ، فإن نص المادة ٢١٧ فقرة ٢ كاف في ذلك .

وكما لا يستطيع الطرفان أن يبرما هذا الاتفاق بطريق مباشر ، كذلك لا يستطيعان إبرامه بطريق غير مباشر ، بأن يتفقا على شرط جزائي يكون من التفاهة بحيث يكون المقصود به أن يصل المدين إلى اشتراط إعفائه من مسئوليته التقصيرية [1] . ففي هذه الحالية يكون الشرط الجزائي باطلا ، وللقاضي أن يحكم بتعويض أزيد بكثير من التقدير التافه الذي ورد في الشرط الجزائي ، متوخياً في ذلك تطبيق القواعد العامة في التقدير القضـــائي للتعويض [2] .

الفصل الثالث

التعويض القانوني أو الفوائد
(Les intérêts)

٥٠٠ – قد يتكفل القانون بتحديد مقدار التعويض : قدمنا أن الأصل هو أن يقوم القاضي بتقدير التعويض وفقاً للقواعد التي بسطناها فيما تقدم . وقد يتفق المتعاقدان على تقدير التعويض مقدماً في شرط جزائي على النحو الذي سبق بيانه .

أما أن المشرع هو الذي يتكفل في نصوص تشريعية بتحديد مقدار التعويض ، فهذا أمر ينبغي عدم الإقدام عليه إلا في حالات نادرة يقوم فيها مبرر قوى لمثل هذا الإجراء ، ويكون في هذا المبرر القوي ما يكافئ الضرر الذي ينجم عن انطواء نصوص تشريعية جامدة على مقادير معينة من التعويض ، في حالات متنوعة قد تختلف ظروفها، وقد يتفاوت الضرر الذي يقع في كل حالة منها ، ومع ذلك يبقى مقدار التعويض عن هذا الضرر المتفاوت جامداً في النص لا يتغير .

ومن هذه الحالات النادرة التعويضات المقدرة التي حددها القانون في شأن إصابات العمل . فقد قضي قانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ [3] (بإصدار قانون التأمين الاجتماعي) بأن

---

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٤ .

(٢) استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٦٧ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٦٩ ص ٢٠٢.

(٣) وفي فرنسا توجد تشريعات خاصة سبقت التشريعات المصرية ، من ذلك قانون ٩ أبريل سنة ١٨٩٨ الذي يقرر مقادير مقطوعة من التعويضات عن إصابات العمل ، تقوم على أساس أجر العامل ، وتتفاوت بتفاوت جسامة الإصابة (أنظر جوسران ٢ فقرة ٦٣٧) .
وفي مصر صدر القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ بإصدار قانون التأمينات الاجتماعية ، ثم الغي بالقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ بإصدار قانون التأمين الاجتماعي ، وقد حلت الهيئة العامة للتأمين والمعاشات أو الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية بحسب الأحوال محل صاحب العمل في تعويض العامل المصاب إذا حدثت الإصابة أثناء العمل وبسببه .

لكل عامل أصيب بسبب العمل ، وفي أثناء تأديته ، الحق في الحصول من الجهة المختصة على تعويض مقدر في هذا القانون بحسب جسامة الإصابة ، ولا يستحق التعويض إذا ثبت أن العامل قد تعمد إصابة نفسه أو أن الإصابة قد حدثت بسبب سلوك فاحش ومقصود من جانب العامل [1] . أو كان المصاب تحت تأثير الخمر أو المخدرات أو خالف مخالفة صريحة لتعليمات الوقاية المعلقة في أمكنة ظاهرة في محل العمل. ومن هذه الحالات كذلك القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٤٤ بشأن تعويض أفراد طاقم السفن التجارية ضد أخطار الحرب ، ويقضي على مالك السفينة ومجهزها ومستأجرها متضامنين بتعويض مقدر لمن يصاب بسبب أخطار الحرب من أفراد طاقم السفينة (الربان وضباط الملاحة والمهندسين البحريين والبحارة وغيرهم ممن يقوم بأي عمل في السفينة) . ويلاحظ أن المبرر القوي في هذه الحالات هو أن المشرع اختار أن يقيم المسئولية فيها على فكرة تحمل التبعة (risqe) ، والمسئولية على هذا الوجه أمر خطير لم ير المشرع أن يسير في طريقه إلى النهاية ، وآثر أن يتولى تحديد التعويض بمقادير معينة ضمنها نصوصا تشريعية، وأغفل فيها أن يكون مقدار التعويض مساويا للضرر، بل جعلها مقادير مقطوعة تعوض عن بعض الضرر لا عن كله ، وذلك حتى لا يثقل عبء المسئولية كاهل من يحملها وهو إنما يسائل عن أحداث لا يد له فيها وحمله القانون مع ذلك تبعتها [2] .

---

(١) وبالمثل إذا أثبت العامل خطأ جسيماً في جانب رب العمل ، كان له أن يرجع عليه بتعويض كامل عن الضرر الذي أصابه ، ولو زاد على المقدار المقطوع المقرر في القانون ، إذ لا يجوز إعفاء رب العمل إعفاء كلياً أو جزئياً من مسئوليته عن الخطأ الجسيم . ويستوي في تطبيق قانون إصابات العمل أن تنشأ الإصابة عن آلات العمل وأدواته أو تنشأ عن شيء آخر ، مادام العامل قد أصيب بسبب العمل وفي أثناء تأديته . وقد قضت محكمة النقض بأن المادة الثالثة من قانون إصابات العمل ، إذ نصت على أن لكل عامل أصيب بسبب العمل وفي أثناء تأديته الحق في الحصول من صاحب العمل على تعويض عن إصابته ، قد جاء نصها عاما شاملا لأي من الحوادث يقع فيصيب العامل بسبب العمل وأثناء تأديته . وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه قد قرر أن تطبيق هذه المادة والقضاء بالتعويض للعامل بموجبها مقصور على الحوادث التي تنشأ عن آلات العمل وأدواته ، فإن هذا الذي قرره غير صحيح في القانون . وإذا كان خطأ رب العمل الذي نشأ عنه الحادث فاحشاً ، فإنه يجوز للعامل المضرور التذرع بالقواعد العامة للمسئولية التقصيرية ، دون تقيد باللجوء إلى قانون إصابات العمل ، وذلك عملا بالمادة الرابعة منه . وإذن فإن الحكم ، وإن كان قد أخطأ في فهم قانون إصابات العمل بما قرره من وجوب أن يكون الحادث قد نشأ من آلات العمل وأدواته ، إلا أن النعي عليه بهذا الفهم الخاطئ يكون غير منتج ، متى كان قد أقام قضاءه على دعامة يستقيم بها ، وهي وقوع خطأ فاحش من جانب رب العمل يسوغ للعامل طلب تطبيق القواعد العامة للمسئولية التقصيرية (نقض مدني ٩ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٣٢ ص ٢٤٩) .

(٢) أنظر أيضاً التعويضات المقدرة في قانون العمل الفردي .

٥٠١ – التعويض القانوني عن الالتزام بدفع مبلغ من النقود : وأهم حالة عمد فيها المشرع إلى التدخل وتكفل بتحديد مقدار التعويض في نصوص تشريعية هي حالة الالتزام بدفع مبلغ من النقود ، فإن التعويض الذي يجوز أن يرتبه القانون على هذا الالتزام – سواء كان تعويضاً عن التأخر في دفعه أو كان تعويضاً عن الانتفاع برأس المال [١] – تحدده النصوص التشريعية في صورة فوائد (intérêts) ، ويتكفل القانون بتحديد مقدار هذه الفوائد . والسبب في ذلك كراهية تقليدية للربا ، لا في مصر فحسب ، ولا في البلاد الإسلامية وحدها ، بل في أكثر تشريعات العالم ، فالربا مكروه في كل البلاد وفي جميع العصور . ومن ثم لجأ المشرع إلى تحديده للتحفف من رزاياه ، وهذا هو المبرر القوي الذي حمل القانون في هذه الحالة على التدخل ، وتحديد التعويض تحديداً قانونياً في نصوص تشريعية [٢] .

وسنرى فيما يلي كيف كره المشرع المصري الربا ، فحدد لفوائد رؤوس الأموال، تأخيرية كانت أو تعويضية ، سعراً قانونياً وسعراً اتفاقياً ، وكيف تشدد في مبدأ سريان هذه الفوائد فجعله عند عدم الاتفاق لا من وقت الإعذار بل من وقت المطالبة القضائية، وكيف أجاز استرداد ما يدفع زائداً على السعر المقرر ، وكيف أعفى المدين في حالات معينة من دفع الفوائد حتى في الحدود التي قررها ، وكيف منع تقاضي فوائد على متجمد الفوائد، وكيف وقف بمجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن عن أن تجاوز رأس المال [٣] . في هذه وغيرها آيات على كراهية المشرع للربا ، وعلى الرغبة في التضييق منه حتى لا يستفحل فيرهق المدين ، وقد يؤذنه بالإفلاس والخراب .

ولعلاج هذا الموضوع نستعرض : (أولا) شروط استحقاق الفوائد . (ثانياً) مقدار الفوائد كما حددها القانون .

---

(١) أما التعويض عن عدم التنفيذ فلا يتصور في الالتزام بدفع مبلغ من النقود ، فإن التنفيذ العيني يكون دائماً مستطاعاً ، وقد مر القول في ذلك (أنظر آنفاً فقرة ٤٢١ وفقرة ٤٥٩ في الهامش) .

(٢) ثم إن النقود يمكن عادة استغلالها بسعر ليس فيه كثير من التفاوت ، ومن ثم تيسر للمشرع أن يقرر سعراً للفائدة القانونية وحداً أقصى للفائدة الاتفاقية (أنظر فقرة ٥٠٨ فيما يلي) .

(٣) وقد زاد التقنين الجديد على التقنين القديم في كراهية الربا : فنزل بسعر الفوائد وكانت مرتفعة في التقنين القديم ، ومنع تقاضي فوائد متجمد الفوائد وكان ذلك جائزاً ، وحدد مجموع الفوائد بما لا يزيد على رأس المال وكان هذا التحديد غير موجود ، وأعفى المدين في بعض حالات من دفع الفوائد حتى في الحدود التي قررها ولم يعرف التقنين القديم هذا الإعفاء .

الفرع الأول

شروط استحقاق الفوائد

٥٠٢ – النصوص القانونية: تنص المادة ٢٢٦ من التقنين المدني على ما يأتي:

" إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود ، وكان معلوم المقدار وقت الطلب ، وتأخر المدين في الوفاء به ، كان ملزماً بأن يدفع للدائن ، على سبيل التعويض عن التأخر، فوائد قدرها أربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية. وتسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها . وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره " .

وتنص المادة ٢٢٧ على ما يأتي :

" ١ – يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد، سواء أكان ذلك في مقابل تأخير الوفاء أم في أية حالة أخرى تشترط فيها الفوائد ، على ألا يزيد هذا السعر على سبعة في المائة . فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى سبعة في المائة ، وتعين رد ما دفع زائداً على هذا القدر " .

" ٢ – وكل عمولة أو منفعة ، أياً كان نوعها ، اشترطها الدائن ، إذا زادت هي والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى المتقدم ذكره ، تعتبر فائدة مستترة ، وتكون قابلة للتخفيض ، إذا ما ثبت أن هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها ولا منفعة مشروعة " .

وتنص المادة ٢٢٨ على ما يأتي :

" لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير ، قانونية كانت أو اتفاقية ، أن يثبت الدائن ضرراً لحقه من هذا التأخر " [1] .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٢٦ : ورد هذا النص في المادة ٣٠٤ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد ، فيما عدا عبارة " وكان مُعلوم المقدار وقت الطلب " فقد ورد بدلا منها في المشروع التمهيدي عبارة " وكان معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام " . وقد أقرت لجنة المراجعة نص المشروع التمهيدي ، وأصبح رقم المادة ٢٣٣ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ تناقش الأعضاء في تخفيض سعر الفائدة ، ثم استبقى السعر كما ورد في المشروع . واقترح حذف عبارة " كان معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام " حتى تستحق الفوائد على المبالغ التي تتم المطالبة بها أمام القضاء ولو لم يكن مقدارها معلوماً وقت رفع الدعوى كالتعويض عن عمل غير مشـــروع مثلا (!) . ويستند الاقتراح =

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق (المعدل بالمرسوم بقانون الصادر في ١٩ مارس سنة ١٩٣٨) المواد ١٢٤ — ١٨٢/١٢٥ — ١٨٥ [1] .

= إلى أن القيد يناقض قاعدة أن الأحكام مقررة للحق ... وفيه حماية للمماطلة وانتقاص لحق الدائن ... ولا يوجد له نظير في التشريع المقارن المشار إليه في المذكرة الإيضاحية . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح ، لأن المقصود من اشتراط كون الالتزام معلوم المقدار منع سريان الفوائد على المبالغ التي يطالب الدائن بها على سبيل التعويض عن عمل غير مشروع . والاستناد إلى قاعدة اعتبار الأحكام مقررة غير وارد ، إذ يدخل التعويض القانوني عن التأخير في تقدير التعويض القضائي فلا يتأثر مركز الدائن من هذه الناحية . وقد يكون تقدير التعويض بطبيعته غير ميسور إلا بعد إجراءات طويلة ، فلا يكون للمدين يد في هذا التأخير ، وقد استقر القضاء على هذا الحكم دون نص . ولكن اللجنة رأت من جهة أخرى تعديل العبارة على النحو الآتي: " وكان معلوم المقدار وقت الطلب " ، لأن العبرة في تعيين المقدار بوقت المطالبة لا بوقت نشوء الالتزام . وأصبحت المادة رقمها ٢٢٦ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٦ و ص ٥٧٨ — ص ٥٨٠) .

م ٢٢٧ : ورد هذا النص في المادة ٣٠٥ من المشروع التمهيدي مقتصراً على الفقرة الأولى منه دون الفقرة الثانية . وفي لجنة المراجعة أضيفت الفقرة الثانية وأصبح رقم المادة ٢٣٤ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة " إذا ما ثبت أن " الواردة في الفقرة الثانية بعبارة " إذا ما أثبت المدين أن " ، وبذلك يكون تعيين من يحمل عبء الإثبات خاضعاً للقواعد العامة . وأصبحت المادة رقمها ٢٢٧ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٢ و ص ٥٨٤ — ص ٥٨٦) .

م ٢٢٨ : ورد هذا النص في المادة ٣٠٦ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢٣٥ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٢٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٧) .

(١) كانت المادة ١٨٢/١٢٤ - ١٨٤ من التقنين المدني السابق تجرى على الوجه الآتي : " إذا كان المتعهد به عبارة عن مبلغ من الدراهم ، فتكون فوائدة مستحقة من يوم المطالبة الرسمية فقط إذا لم يقض العقد أو الاصطلاح التجاري أو القانون في أحوال مخصوصة بغير ذلك . وتكون الفوائد باعتبار خمسة في المائة سنوياً في المواد المدنية وستة في المائة في المواد التجارية ما لم يحصل الاتفاق على غير ذلك " . وكانت المادة ١٨٢/١٢٥ من نفس التقنين تجرى على الوجه الآتي : " لا يجوز مطلقاً أن يحصل الاتفاق بين المتعاقدين على فوائد تزيد على ثمانية في المائة سنوياً . ويجوز تخفيض هذا الحد إلى سبعة في المائة بمرسوم، وفي هذه الحالة لا يطبق سعر الفائدة الجديد إلا بعد مضي ستة أشهر من تاريخ نشر المرسوم . ويجوز رد الحد المخفض إلى أصله بنفس الشروط والأوضاع المذكورة . وكل اتفاق نص فيه على فائدة تزيد على هذا الحد تخفض بحكم القانون إلى الحد الأقصى للفائدة التي يجوز الاتفاق عليها . وكل عمولة أو منفعة أياً كان نوعها اشترطها المقرض ، إذا زادت هي والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى المتقدم ذكره ، تعتبر فائدة مستترة وتكون قابلة للتخفيض إذا ما أثبت المقترض أن هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون المقرض قد أداها ولا نفقة مشروعة " .

وكان التقنين المدني السابق في مبدأ الأمر يجعل سعر الفائدة القانونية ٧ % في المواد المدنية و ٩% في المواد التجارية . ثم عدل هذا السعر إلى ٥% و ٧% بالأمر العالي الصادر في ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٢ . وبقي =

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المواد ٢٢٧ — ٢٢٩ ، وفي التقنين المدني العراقي المواد ١٧١ — ١٧٣ فقرة أولى و ١٧٦ ، وفي التقنين المدني الليبـــى المواد ٢٢٩ — ٢٣١ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادتين ٢٦٥ فقرة أولى و ٧٦٧ [1] .

= هذا الأمر العالي معمولا به إلى أن صدر مرسوم بقانون في ١٩ مارس سنة ١٩٣٨ يجعل السعر ٥% و٦% . ثم نزل السعر في التقنين الجديد ، كما رأينا إلى ٤% و ٥% .

وكان سعر الفائدة الاتفاقية في مبدأ الأمر ، في التقنين المدني السابق ، ١٢% . ثم عدل بالأمر العالي الصادر في ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٢ إلى ٩% ، دون أن يلاحظ في هذا التعديل أن يعدل تبعاً لذلك نص المادة ٥٨٢/٤٧٨ ، فبقيت هذه المادة تنص على أن الفائدة الاتفاقية في عارية الاستهلاك لا يجوز أن تزيد على ١٢% . ثم صدر المرسوم بقانون في ١٩ مارس سنة ١٩٣٨ يجعل السعر الاتفاقي للفائـــدة ٨% ويجوز تخفيضه بمرسوم إلى ٧% . وعدلت المادة ٥٨٢/٤٧٨ في هذه المناسبة ، فأصبحت متمشية مع المادة ١٨٥/١٢٥ . وأضاف المرسوم بقانون المذكور النص الآتي : " لا يسرى حد الفائدة التي يجوز الاتفاق عليها المقرر بهذا المرسوم بقانون أو بمقتضى أحكامه على الاتفاقات المعقودة قبل تاريخ العمل به أو قبل تاريخ العمل بالمرسوم المشار إليه في المادة ١٨٥/١٢٥ " : أي المرسوم الذي يصدر مخفضاً الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية من ٨% إلى ٧% ثم يصد بعد ذلك معيداً له إلى ٨% . ثم خفض التقنين الجديد الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية إلى ٧% كما رأينا .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٢٧ — ٢٢٩ : (مطابقة لنص المواد ٢٢٦ — ٢٢٨ من التقنين المصري ، فيما عدا أن الحد الأقصى للسعر الاتفاقي في التقنين الســـوري هو ٩%) .

التقنين المدني العراقي م ١٧١ — ١٧٣ فقرة أولى : (مطابقة لنص المواد ٢٢٦ — ٢٢٨ من التقنين المدني المصري ، فيما عدا أن المادة ١٧١ عراقي تجعل معلومية المقدار وقت نشوء الالتزام ، وأن المادة ١٧٢ فقرة أولى عراقي أسقطت عبارة : " سواء أكان ذلك في مقابل تأخير الوفاء أم في أية حالة أخرى تشترط فيها الفوائد ") .

م ١٧٦ : في حساب الفوائد يكون التقويم الشمسي هو المعتمد . (وهذا يطابق الحكم في القانون المصري ، ويؤكد المادة ٩ في التقنين المدني العراقي : أنظر في عدم ضرورتها للدكتور حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٧٢ ص ٦٧) .

التقنين المدني الليبـــى م ٢٢٩ — ٢٣١ : (مطابقة لنص المواد ٢٢٦ — ٢٢٨ من التقنين المدني المصري ، فيما عدا أن الحد الأقصى للسعر الاتفاقي في التقنين الليبـــى هو ١٠%) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٦٥ فقرة أولى : إذا كان موضوع الموجب مبلغاً من النقود ، فإن عوض التأخير يكون بأداء فائدة المبلغ المستحق محسوبة على المعدل القانوني / ما لم يكن ثمة نص مخالف في العقد أو في القانون . (ملاحظة : جعل قانون المرابحة العثماني الصادر في ٩ رجب سنة ١٣٠٤ — ٢٢ مارس سنة ١٨٨٧ — وهو المعمول به في لبنان ، سعر الفائدة القانونية في المسائل المدنية ٩% . وجعل قانون التجارة اللبناني هذا السعر في المسائل التجارية ٩% أيضاً .

ويؤخذ من هذه النصوص أن هناك نوعين من الفوائد : (١) فوائد تأخيرية للتعويض عن التأخر في الوفاء بمبلغ من النقود . (٢) وفوائد تعويضية للتعويض عن الانتفاع برؤوس الأموال . ولكل من هذين النوعين من الفوائد شروط استحقاق خاصة به . ثم إن هناك شروطاً عامة تحدد المنطقة التي تستحق في دائرتها الفوائد ، سواء كانت تأخيرية أو تعويضية. فنبدأ بهذه الشروط ، ثم نستعرض شروط استحقاق الفوائد التأخيرية ، فشروط استحقاق الفوائد التعويضية .

§ ١ – الشروط التي تحدد منطقة استحقاق الفوائد

٥٠٣ – تحديد هذه المنطقة : يمكن تحديدها بأنها المنطقة التي تتسع لكل التزام بدفع مبلغ من النقود معلوم المقدار وقت الطلب ، وهذا ما نص عليه التقنين المدني في صدر المادة ٢٢٦ كما رأينا .

فيجب إذن أن يكون هناك : (١) التزام بدفع مبلغ من النقود (٢) وهذا المبلغ معلوم المقدار وقت الطلب .

٥٠٤ – التزام بدفع مبلغ من النقود : أي التزام بدفع مبلغ من النقود يدخل في منطقة استحقاق الفوائد . فالعبرة إذن بمحل الالتزام ، وما دام هذا المحل هو دفع مبلغ من النقود فمن الجائز أن تكون هناك فوائد مستحقة .

ولا عبرة بمصدر الالتزام ، فقد يكون هذا المصدر عقداً ، وهو الغالب . مثل ذلك التزام المقترض برد النقود التي اقترضها ، والتزام المشترى بدفع الثمن ، والتزام المستأجر بدفع الأجرة إذا كانت نقوداً ، والتزام الشريك بتقديم حصته في الشركة إذا كانت هذه الحصة مبلغاً من النقود [1] . وقد يكون مصدر الالتزام غير العقد ، كالالتزام برد غير المستحق إذا

= م ٧٦٧ : إذا اشترط الفريقان أداء فائدة ولم يعينا معدلها ، وجب على المقترض أن يدفع الفائدة القانونية . وفي المواد المدنية يجب أن يعين خطاً معدل الفائدة المتفق عليها حينما يكون زائداً على الفائدة القانونية . وإذا لم يعين خطاً فلا تجب الفائدة إلا على المعدل القانوني .

(ملاحظة – يظهر من نص المادة ٧٦٧ من التقنين اللبناني أن هذا التقنين لا يشترط حداً أقصى للسعر الاتفاقي ، ولكن أنظر في القيود التي ترد على الفائدة الاتفاقية في لبنان الدكتور صبحي المحمصاني في آثار الالتزام في القانون اللبناني ص ٢٩ – ص ٣٠ – وفي لبنان يكفي الإنذار الخطي لسريان الفوائد : الدكتور صبحي المحمصاني في آثار الالتزام في القانون اللبناني ص ٣٤) .

(1) المقصود بكون المبلغ محل الالتزام معلوم المقدار وقت الطلب كشرط سريان فوائد التأخير من تاريخ المطالبة القضائية وفقاً لنص المادة ٢٢٦ من القانون المدني هو ألا يكون المبلغ المطالب به تعويضاً خاضعاً في =

كان ما دفع دون حق نقوداً ، والالتزام بدفع النفقة إذا قدرت مبلغاً من النقود كما هي العادة [1] .

٥٠٥ – معلوم المقدار عند الطلب : والالتزام بدفع مبلغ من النقود إما أن يكون معلوم المقدار وقت نشوئه ، وإما ألا يكون معلوم المقدر إلا وقت المطالبة به ، وقد كان المشروع التمهيدي للمادة ٢٢٦ يشترط أن يكون الالتزام معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام ، فكان هذا الشرط يخرج من منطقة استحقاق الفوائد الالتزام بالتعويض إذا كان ناشئاً عن عمل غير مشروع ، واقترح في لجنة مجلس الشيوخ حذف هذا الشرط، " ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح لأن المقصود من اشتراط كون الالتزام معلوم المقدار منع سريان الفوائد على المبالغ التي يطالب الدائن بها على سبيل التعويض عن عمل غير مشروع " . ولكن اللجنة مع ذلك عدلت الشرط ، فأصبح الواجب أن يكون الالتزام " معلوم المقدار

= تحديده لمطلق تقدير القضاء ، أما حيث يكون التعويض مستنداً إلى أسس ثابتة باتفاق، الطرفين بحيث لا يكون للقضاء سلطة رحبة في التقدير ، فإنه يكون معلوم المقدار وقت الطلب ولو نازع المدين في مقداره ، إذ ليس من شأن منازعة المدين إطلاق يد القضاء في التقدير بل تظل سلطته التقديرية محددة النطاق ومقصورة على حسم النـــزاع في حدود الأسس المتفق عليها .

(جلسة ١٩٧٦/٦/١٤ الطعنان ١٨٨ ، ١٩٣ لسنة ٤٢ ق س ٢٧ ص ١٣٥٢) .

(جلسة ١٩٧٤/٢/٥ الطعن رقم ٢٠١ لسنة ٣٨ ق، س ٢٥ ص ٢٨٥) .

(جلسة ١٩٧٠/٤/٣٠ الطعن رقم ٧١ لسنة ٣٦ ق س ٢١ ص ٧٦٧) .

(جلسة ١٩٦٩/١١/٢٥ الطعن رقم ١١٢ لسنة ٣٥ ق س ٢٠ ص ١٣٢٢) .

(١) قارن دي باج ٣ فقرة ١٣٩ ، حيث يذهب إلى وجوب أن يكون محل الالتزام ابتداء (initialement) هو مبلغ من النقود ، وهذا صحيح . ولكنه يخرج بهذا القيد الالتزام بالتعويض عن عمل غير مشروع ، باعتبار أن التعويض هنا – وهو مبلغ من ا لنقود – ليس إلا تنفيذاً بمقابل (exécution par équivalent) لالتزام أصل هو الالتزام باتخاذ الحيطة الواجبة لعدم الإضرار بالغير ، وليس تنفيذاً عينياً لهذا لالتزام . فالنقود إذن ليس محل الالتزام ابتداء (أنظر أيضاً ديموج ٦ فقرة ٣٧١ ص ٤١٥) . وإذا كان صحيحاً أن النقود ، في التعويض عن عمل غير مشروع ، ليس إلا تنفيذاً بمقابل لالتزام أصلي ، إلا أن هناك التزاماً آخر أنشأه القانون جزاء لهذا الالتزام الأصلي ، هو الالتزام بالتعويض عن العمل غير المشروع . وهذا الالتزام ، إذ قدر التعويض بمبلغ من النقود كما هو الغالب ، يكون محله ابتداء هو النقود . فهناك إذن التزامان : (١) التزام باتخاذ الحيطة الواجبة لعدم الإضرار بالغير، ومحله ابتداء هو اتخاذ هذه الحيطة الواجبة ، فهو التزام بعمل ، والنقود بالنسبة إلى هذا الالتزام ليست إلا تنفيذاً بمقابل . (٢) التزام بالتعويض عن عمل غير مشروع أنشئ جزاء للالتزام الأول ، ومحل هذا الالتزام الثاني ابتداء هو دفع مبلغ من النقود . أما من وجهة نظر دي باج فيبدو أنه لا يوجد إلا التزام واحد ، هو الالتزام باتخاذ الحيطة الواجبة لعدم الإضرار بالغير ، والمحل الأصلي لهذا الالتزام هو اتخاذ الحيطة ، فإذا ما أخل المدين بالتزامه تبدل المحل وأصبح تعويضاً أي مبلغاً من النقود ، فيعتبر محل الالتزام دون أن يتغير الالتزام ذاته . وسنعود إلى الالتزام بالتعويض عن عمل غير مشروع فيما يلي .

وقت الطلب " [1] . وهذا التعديل يفقد الشرط أهميته ، فكل التزام بدفع مبلغ من النقود يكون معلوم المقدار وقت أن يطالب به الدائن ولو كان غير خال من النـــزاع [1] . ذلك أن الدائن يقدر حتما عند المطالبة المبلغ الذي يطالب به ، سواء في ذلك الالتزام برد القرض أو الالتزام بالتعويض عن عمل غير مشروع ، ويخضع تقديره في جميع الأحوال لحكم القاضي . لذلك لم يعد لاشتراط " معلومية المقدار عند الطلب " أهمية عملية ، مادام كل التزام بدفع مبلغ من النقود يعتبر مستوياً لهذا الشرط ، ومادام الالتزام بالتعويض عن عمل غير مشروع ، الذي أريد بوضع الشرط إخراجه ، هو أيضـــاً التزام " معلوم المقدار عند الطلب " .

ثم إنه لا ضير من إدخال الالتزام بالتعويض عن عمل غير مشروع في منطقة استحقاق الفوائد [2] . لأن الذي يقع هو " أن القاضي يقدر مبلغاً من النقود تـويضاً عن

---

(١) أنظر آنفاً – في تاريخ نص المادة ٢٢٦ – فقرة ٥٠٢ في الهامش . وأنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٩ – ص ٥٨٠ .

(1) أ – المقصود بكون المبلغ محل الالتزام معلوم المقدار وقت الطلب كشرط لسريان فوائد التأخير من تاريخ المطالبة القضائية وفقاً لنص المادة ٢٢٦ من القانون المدني هو ألا يكون المبلغ المطالب به تعويضاً خاضعاً في تحديده لمطلق تقدير القضاء ، أما حيث يكون التعويض مستنداً إلى أسس ثابتة بحيث لا يكون للقضاء سلطة رحبة في التقدير ، فإنه يكون معلوم المقدار وقت الطلب ولو نازع المدين في مقداره ، إذ ليس من شأن منازعة المدين إطلاق يد القضاء في التقدير بل تظل سلطته التقديرية محدودة النطاق ومقصورة على حسم النـــزاع في حدود الأسس المتفق عليها .

(جلسة ١٩٨٦/٢/٢٤ الطعن رقم ١١٦٢ لسنة ٤٩ ق) .

(جلسة ١٩٨١/١٢/٨ الطعن رقم ٤٣٦ لسنة ٤٨ ق س ٣٢ ص ٢٢٤٦) .

(جلسة ١٩٧٨/٦/٧ الطعن رقم ٥٢١ لسنة ٤٠ ق س ٢٩ ص ١٤١١) .

(جلسة ١٩٦١/١/٢٦ الطعن رقم ٤١ لسنة ٢٥ ق س ١٢ ص ٧٢) .

ب – إذ اشترطت المادة ٢٢٦ من القانون المدني لاستحقاق الفوائد التأخيرية أن يكون محل الالتزام مبلغاً من النقود معلوم المقدار وقت الطلب ، فإن المبالغ المحكوم بها وهي مرتب شهر والمكافأة السنوية ومقابل إجازة السنة الأخيرة ومكافأة نهاية الخدمة مما يدخل في هذا النطاق ، إذ هي محدودة بمقتضى قانون عقد العمل وليس للقاضي سلطة تقديرية في تحديدها .

(جلسة ١٩٦٨/٣/٢٠ الطعن رقم ١١٥ لسنة ٣٤ ق س ١٩ ص ٥٥٠) .

(جلسة ١٩٦٤/١/٨ الطعن رقم ٤٣٨ لسنة ٣٠ ق س ١٥ ص ٣٨) .

(جلسة ١٩٦٢/٦/٢٣ الطعن رقم ٥٣٦ لسنة ٢٦ ق س ١٣ ص ٨٣٧) .

(2) أحكام محكمة النقض مستقرة بأن تاريخ الحكم النهائي بالتعويض عن العمل غير المشروع هو الوقت الذي يصبح فيه محل الالتزام معلوم المقدار والذي يبتدئ منه بالتالي استحقاق الفوائد .

فقد قضت أن مفاد نص المادة ٢٢٦ من القانون المدني والأعمال التحضيرية لهذه المادة عدم سريان الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية على المبالغ التي لا تكون معلومة المقدار وقت رفع الدعوى ، كالتعويض عن العمل غير المشروع ، والمقصود بكون محل الالتزام معلوم المقدار أن يكون تحديد مقداره قائماً على أسس ثابتة لا يكون معها للقضاء سلطة رحبة في التقدير ، وعدم جواز القضاء بالفوائد من تاريخ المطالبة الرسمية =

الضرر ، ويدخل في تقديره النوعان من الضرر : الضرر الأصلي الناشئ عن خطأ المسئول ، والضرر الناشئ عن التأخير إلى يوم النطق بالحكم ، فيجمع التعويضين في مبلغ واحد ... ويبقى بعد ذلك التعويض عن التأخير منذ صدور الحكم ، ويحق للمضرور أن يطالب به بدعوى جديدة ، فيقضى له بالسعر القانوني للفوائد من وقت رفع الدعوى الجديدة وفقاً للقواعد العامة [1] . وقد يطلب المضرور في الدعوى الأصلية الحكم بفوائد مع مبلغ التعويض الأصلي ، فيقضى له بالسعر القانوني للفوائد من وقت صدور الحكم في الدعوى الأصلية ، ومن ثم لا يحتاج إلى رفع دعوى جديدة بفوائد التأخير [2] .

= بالنسبة للتعويض عن العمل غير المشروع يقتضي تطبيق الحكم ذاته على التعويض المستحق عن عدم تنفيذ الالتزام بمعناه الدقيق أياً كان مصدره ، فلما كان تقدير هذا التعويض خاضعاً لمطلق تقدير القاضي ، وإذا كان التعويض المستحق للطاعن عن نزع ملكية أرضه للمنفعة العامة هو مما يخضع لسلطة القاضي التقديرية البحتة ، فإن تحديد الطاعن لما يطلبه في صحيفة دعواه لا يجعله معلوم المقدار وقت الطلب بالمعنى الذي قصده القانون ، وإنما يصدق عليه هذا الوصف بصدور الحكم النهائي في الدعوى باعتبار أنه التاريخ الذي يصبح فيه محل الالتزام معلوم المقدار .

(جلسة ١٩٦٣/٤/١٨ الطعن رقم ٥٨ لسنة ٢٨ ق س ١٤ ص ٥٥٤) .

(جلسة ١٩٦٤/١٢/١٤ الطعن رقم ٢٤٥ لسنة ٣٠ ق س ٣٤١٥ ص ١٢٥٠) .

(جلسة ١٩٧٦/١٢/٣ الطعنان ٤٧٥ ، ٤٨٧ لسنة ٣٩ ق س ٢٧ ص ١٨٥٧) .

(جلسة ١٩٧٩/٤/١٦ الطعن رقم ٣٩ لسنة ٤٥ ق س ٣٠ ص ١١٨) .

(١) قارن الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٨٩ ، حيث يذهب ، في الالتزام بالتعويض عن عمل غير مشروع ، إلى أنه " إذا صدر حكم القاضي بتحديد المبلغ الذي على المدين أداؤه ، فإن الدائن يستحق فوائد التأخير بمجرد صدور حكم القاضي دون حاجة إلى مطالبة قضائية جديدة أو إنذار ، تطبيقاً للمادة ٢٢٠/ب " .

(٢) الوسيط الجزء الأول فقرة ٦٣٨ — أنظر أيضاً في استحقاق الفوائد التأخيرية عن مبلغ التعويض عن عمل غير مشروع منذ المطالبة القضائية : استئناف مختلط ١٠ مارس سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٤٦ — ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٣١ — ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٨١ ، وفي جواز أن يضيف القاضي إلى التعويض الأصلي تعويضاً تكميلياً عن التأخير : استئناف مختلط ٢ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٣٥ — ١٨ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٨٠ — ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٣١ . ومع ذلك أنظر في أن التعويض عن حادث (عمل غير مشروع) تستحق عليه الفوائد من وقت وقوع هذا الحادث إذا رأى القاضي أن هذا ما يقتضيه التعويض الكامل عن الضرر : استئناف مختلط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٨١ ، وفي أن القاضي يقدر في بعض الحالات تعويضاً كافياً لتغطية الضرر من وقت وقوع الحادث إلى وقت الحكم: استئناف مختلط ٢٨ أبريل سنة ١٩٠٧ م ٣٩ ص ٤١٦ — ٧ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٩١ — ١٠ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٣٦ — ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٤٢ — ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٤٥ .

وجملة القول إنه لا حاجة لقيد " معلومية المقدار وقت الطلب " ، فهو إما قيد صوري ، وإما قيد غير ضروري . وتصبح منطقة استحقاق الفوائد تتسع لكل التزام بدفع مبلغ من النقود ، أياً كان مصدر هذا الالتزام [1] .

---

(١) وفي قضية عرضت على محكمة النقض ، قامت الحكومة بتقوية جسر النيل وأخذت أتربة لهذا الغرض من أرض المطعون عليها ، فرفعت هذه القضية على الحكومة وطالبتها بتعويض قدرته بمبلغ معين وأضافت المطالبة بفوائد عن هذا المبلغ بسعر ٥% . فحكم لها بذلك ، ابتدائياً واستئنافياً . فطعنت الحكومة بالنقض . وقالت محكمة النقض في أسباب حكمها : " ومن حيث إن الطعن مبني على سبب واحد ، يتحصل في أن الحكم المطعون فيه إذ قضي بفوائد عن المبلغ المحكوم به قد خالف القانون ... وذلك أنه بمقتضى المادة ٢٢٦ مدني أن كل دين لا يكون معلوم المقدار عند الطلب لا يكون محلا للقضاء بالفوائد عنه على سبيل التعويض عن التأخير في الوفاء به ، ولا يكون كذلك إلا من تاريخ الحكم باعتبار أن الحكم وحده هو الذي يحدد الالتزام . وواضح من وقائع الدعوى أن الوزارة كانت تنازع المطعون عليها في أحقيتها للمبلغ المطالب به كما نازعتها في مقداره إن كان ثمة موجب للقضاء عليها بشيء ، ولم تكن الطاعنة تعلم إلى أن صدر الحكم النهائي مبلغ ما يتعين عليها دفعه ، والحكم هنا منشئ لا مقرر ، ومن ثم كان القضاء بالفوائد على خلاف ما يقضي به القانون ... ومن حيث إن سبب الطعن مردود بأن الحكم المطعون فيه إذ قضي بالفوائد القانونية عن المبلغ المحكوم به ابتداء من تاريخ المطالبة الرسمية عملا بالمادة ١٢٤ مدني (قديم) المنطبقة على واقعة الدعوى أسس قضاءه على أن المبلغ المطالب به عبارة عن مبلغ من المال مستحق في ذمة المدعي عليها (الطاعنة) وإن اختلف في تقديره، إلا أن هذا الحكم قد حسم الخلاف بتقدير مبلغ معين تكون ذمة المدعى عليها مشغولة به منذ مطالبتها رسمياً ، لأن الأحكام مقررة للحقوق وليست منشئة لها . وهذا الذي قرره الحكم لا خطأ فيه . ولا محل للتحدي بنص المادة ٢٢٦ مدني جديد لأنه تشريع مستحدث ليس أثر رجعي فلا يسرى على واقعة الدعوى ، ومن ثم يتعين رفض الطعن " (نقض مدني ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٦ ص ٧٢) . وقد كان يكفي لمحكمة النقض — في رأينا — أن تقف بأسباب حكمها عند القول بأن الحكم المطعون فيه لم يخطئ . إذ هو لم يخطئ فعلا لا على مقتضى التقنين القديم ولا على مقتضى التقنين الجديد . ومادامت المدعية قد حددت التعويض الذي تطالب به مبلغاً معيناً من النقود ، فقد صار الالتزام الذي تطالب به التزاماً بدفع مبلغ من النقود " معلوم المقدار عند الطلب " ، على مقتضى التقنين الجديد ، وكان من حقها أن تطالب بفوائد تأخيرية عن هذا المبلغ تسرى من وقت المطالبة القضائية بها . وهذا ما فعلته ، فقضي لها به ابتدائياً واستئنافياً .

على أن محكمة النقض أخذت بالرأي الذي يذهب إليه ، في الالتزام بدفع مبلغ من النقود إذا كان مصدره ليس هو العمل غير المشروع ، بل أخذ غير المستحق . فقضت بأن الاحتجاج بأن المبالغ المحكوم على مصلحة الضرائب بردها لا تعتبر معلومة المقدار إلا من تاريخ الحكم النهائي بردها ، فيكون حكمها حكم التعويض المقضي به عن عمل غير مشروع (الذي لا يجوز الحكم بفوائد عنه من تاريخ المطالبة الرسمية عملا بالمادة ٢٢٦ مدني) — هذا الاحتجاج مردود بأنه قياس مع الفارق . ذلك بأن سلطة محكمة الموضوع في تقدير التعويض تخولها أن تدخل في حسابها جميع عناصر الضرر ومنها طول أمد التقاضي ، بما يغني المدعى عن طلب فوائد التأخر عن دفع مبلغ التعويض ... ولكن هذا الاعتبار لا ينطبق على طلب الممول ، رد ما أخذ منه بغير حق ، ذلك أن المطعون عليه قد حدد في عريضة دعواه منذ البداية المبلغ الذي طالب مصلحة ا لضرائب برده على أساس أنها أخذته منه بغير حق ، وليس من شأن المنازعة في استحقاق هذا المبلغ كله =

والفوائد التي تستحق عن الالتزام بدفع مبلغ من النقود هي ، كما قدمنا ، إما فوائد تأخيرية وإما فوائد تعويضية. فننتقل الآن إلى بيان شروط الاستحقاق في كل نوع من هذين.

§ ٢ – شروط استحقاق الفوائد التأخيرية

٥٠٦ – شروط المسئولية عن التأخير في دفع مبلغ من النقود –

كيف حورت : حتى تتحقق مسئولية المدين بوجه عام ، وفقاً للقواعد العامة ، يجب أن يكون هناك خطأ في جانب المدين وضرر يلحق الدائن وعلاقة سببية تقوم بين الخطأ والضرر . يضاف إلى هذه الشروط الثلاثة ، ووفقاً للقواعد العامة أيضاً ، إعذار المدين . ونستعرض هذه الشروط الأربعة بالنسبة إلى مسئولية المدين عن التأخر في الوفاء بمبلغ من النقود ، وسنراها تتطور عما كانت عليه في الأصل .

أما خطأ المدين في التأخر عن الوفاء بالمبلغ فهو عبارة عن التأخر في ذاته . ذلك أن التزام الوفاء بمبلغ من النقود في ميعاد معين هو التزام بتحقيق غاية ، لأنه التزام بنقل ملكية (obligation de donner) . فمجرد التأخر في الوفاء بالمبلغ عن الميعاد المعين هو الخطأ ، والخطأ هنا لا شيء غير ذلك . ومن ثم نستبدل بشرط الخطأ شرط التأخر في الوفاء [(١)] .

أما عن الضرر وعلاقة السببية ، فقد رأينا أن المادة ٢٢٨ مدني تنص على أنه " لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير ، قانونية كانت أو اتفاقية ، أن يثبت الدائن ضرراً لحقه من هذا التأخير " . فالقانون يفرض فرضاً غير قابل لإثبات العكس أن مجرد تأخر المدين عن الوفاء بالمبلغ من النقود الذي في ذمته يحدث ضرراً للدائن . فلا الدائن في حاجة إلى إثبات هذا الضرر ، ولا المدين يستطيع أن ينفي وقوعه . ويفرض القانون كذلك ، فرضاً غير قابل

= أو بعضه ما يصح معه القول بأنه غير معلوم المقدار وقت الطلب (نقض مدني ٢٥ يونية سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٩٢ ص ١٢٠١ – ٢٥ يونية سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٩٧ ص ١٢٣٦ – ١١ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٨ ص ٦٠٣) . ونلاحظ أن محكمة النقض تستطيع أن تتحدث عن الالتزام بدفع مبلغ من النقود الناشئ عن عمل غير مشروع ، من حيث معلومية المقدار وقت الطلب ، على النحو الذي تحدثت به عن الالتزام بدفع مبلغ من النقود الناشئ عن أخذ غير المستحق . ففي كليهما يحدد المدعى في عريضة دعواه منذ البداية المبلغ الذي يطالب به المدعى عليه ، " وليس من شأن المنازعة في استحقاق هذا المبلغ كله أو بعضه ما يصح معه القول بأنه غير معلوم المقدار وقت الطلب " .

(١) قارن كولان وكابيتان وموراندير ٢ فقرة ١٦٨ حيث يبدو أن الخطأ يختلط بعلاقة السببية ، وحيث لا يتبين أن الالتزام بدفع مبلغ من النقود هو التزام بتحقيق غاية مجرد التأخر في تنفيذه يكون خطأ .

لإثبات العكس ، أن هذا الضرر هو النتيجة المباشرة لخطأ المدين وهو تأخره في الوفاء . فعلاقة السببية ما بين الخطأ والضرر هي أيضاً — كالضرر — مفروضة فرضاً غير قابل لإثبات العكس [1] . والسبب في افتراض الضرر وعلاقة السببية معقول . فالدائن الذي لم يستوف المبلغ من النقود الذي له في ذمة مدينه في الميعاد الواجب يكون حتما في أحد موقفين . فإما أن يكون في حاجة إلى هذه النقود ، فهو إذن مضطر أن يقترضها متربصاً في سداد القرض وفاء مدينه بالتزامه ، وعندئذ يكون قد أصابته خسارة من جراء تأخر المدين هي الفوائد التي يدفعها عادة لاقتراض المبلغ ، ومن ثم كان له أن يسترد هذه الفوائد من المدين على سبيل التعويض ، وإما أن يكون في حاجة إلى النقود ، ولكن النقود يمكن عادة استغلالها ، فلو أن المدين وفى بالتزامه في الميعاد لكان في مكنه الدائن أن يستغل نقوده ، وعندئذ يكون قد فاته ربح من جراء تأخر المدين ، فقد كان يربح الفوائد التي يتقاضاها عادة في استغلال المبلغ ، ومن ثم كان له هنا أيضاً أن يسترد هذه الفوائد من المدين على سبيل التعويض . ويتبين من ذلك أنه لا حاجة إلى استبقاء هذين الشرطين — الضرر وعلاقة السببية — ضمن شروط مسئولية المدين عن التأخر في الوفاء بالمبلغ من النقود ، مادام القانون يفترض تحققهما افتراضا لا يقبل فيه إثبات العكس .

إما إعذار المدين ، وهو الشرط الرابع ، فيتحور هنا أيضاً ، بل يتشدد القانون فيه فيستبدل به ، كقاعدة عامة ، المطالبة القضائية .

ونرى من ذلك أن الشروط الأربعة قد تحورت فيما يتعلق بالمسئولية عن التأخر في دفع مبلغ من النقود ، وأصبحت تنحصر في شرطين اثنين لا بد من توافرهما لاستحقاق الفوائد التأخيرية : (١) تأخر المدين في الوفاء بالتزامه (٢) مطالبة الدائن بهذه الفوائد مطالبة قضائية . ونستعرض الآن كلا من هذين الشرطين .

٥٠٧ — تأخر المدين في الوفاء بالتزامه : يكفى أن يتأخر المدين في الوفاء بالتزامه بدفع مبلغ من النقود عن ميعاد الاستحقاق ، حتى تستحق الفوائد التأخيرية بالسعر الذي يقرره القانون . وهذا السعر قد يكون متفقاً عليه من قبل ما بين الدائن والمدين ، وله حد أقصى بينه القانون ويأتي ذكره . ويغلب أن يقع هذا الاتفاق عندما يكون مصدر الالتزام هو العقد ، فيكون الاتفاق على سعر الفوائد التأخيرية ضمن شروط هذا العقد .

---

(١) وقد كان هذا هو الحكم أيضاً في عهد التقنين المدني السابق دون أن يشتمل هذا التقنين على نص صريح في هذا المعنى (الموجز للمؤلف فقرة ٤٥٢ ص ٤٥٠ — استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٨٨٠ بوريللي م ١٨٢ فقرة ٩ — ٢٦ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٠٠) . وهذا هو أيضاً حكم التقنين المدني الفرنسي (م ١١٥٣ فقرة ٢ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٢٨٧٧ .

ويسمى سعر الفائدة في هذه الحالة بالسعر الاتفاقي (taux conventionnel d'intérêts) . ولا مانع من أن يتم الاتفاق على سعر الفوائد الاتفاقية في غير العقد الذي أنشأ الالتزام بدفع المبلغ من النقود ، بل في خصوص التزام بدفع مبلغ من النقود لا يكون مصدر العقد . فإذا لم يكن هناك سعر للفوائد التأخيرية متفق عليه ما بين الدائن والمدين ، فإن السعر الذي يسرى في هذه الحالة هو السعر القانوني (taux légal d'intérêts) ، وهو سعر حدده القانون برقم ثابت سيأتي ذكره . ومن ذلك نرى أن فوائد التأخر في الوفاء بمبلغ من النقود إما أن تكون فوائد اتفاقية أو فوائد قانونية ، وهي في الحالتين فوائد تأخيرية (intérêts moratoires) .

وهذه الفوائد التأخيرية إنما هي " على سبيل التعويض عن التأخر " كما تقول المادة ٢٢٦ ، فهي تعوض الضرر الذي يفرض القانون وقوعه كنتيجة مباشرة لتأخر المدين عن الوفاء بالتزامه . أما إذا أثبت الدائن أن هناك ضرراً لحق به بسبب خطأ آخر للمدين مستقل عن تأخره ، كان للدائن حق المطالبة بتعويض تكميلي بالشروط التي سنبينها فيما بعد (م ٢٣١ مدني) .

وقد يلحق الدائن ضرر -كنتيجة مباشرة لتأخر المدين عن الوفاء بدفع مبلغ من النقد الأجنبي نزل سعره ما بين يوم الاستحقاق ويوم الدفع الفعلي . ويقضى المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ بأن " تبطل شروط الدفع ذهباً في العقود التي يكون الالتزام بالوفاء فيها ذا صبغة دولية والتي تكون قد قومت بالجنيهات المصرية أو الإسترلينية أو بنقد أجنبي آخر كان متداولا قانوناً في مصر (الفرنك والجنيه التركي) ، ولا يترتب عليها أي أثر " . وكان محكمة الاستئناف المختلطة قد قضت بأنه مادام شرط الذهب المتفق عليه في عقد قرض باطلا ، فإنه لا يجوز للدائن أن يطالب على أساس المسئولية التقصيرية وبدعوى الغش بمبلغ يساوى ما خسره من جراء نزول الجنية المصري، فإن ذلك يكون تحايلا منه للحصول بطريق غير مباشر على ما لم يستطع الحصول عليه بطريق مباشر بمقتضى شرط الذهب [1] . ولكنها قضت في أحكام أخرى بأنه إذا اشترط أن يكون الدفع بعملة أجنبية صح الشرط ، ووجب الدفع بهذه العملة [2] . فإذا صح شرط الدفع بعملة أجنبية ، وتأخر المدين عن الوفاء بالتزامه مدة من الزمن نزلت في خلالها قيمة هذه العملة الأجنبية ، فإن الضرر الذي أصاب الدائن من هذا النزول لا يعتبر ضرراً راجعاً إلى سبب مستقل عن التأخر في الوفاء ، ومن ثم يدخل تعويضه ضمن الفوائد التأخيرية بالسعر القانوني أو بالسعر الاتفاقي ، ولا يستطيع الدائن أن يطالب

---

(١) ٣١ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٠٣ .

(٢) ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٤٢ — ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٣ — أنظر في هذه المسألة الوسيط الجزء الأول فقرة ٢٢٦ ص ٣٩٦ وهامش رقم ١ .

عنه بتعويض تكميلي إلا إذا أثبت أنه ضرر تسبب فيه المدين بسوء نية [1] ، وذلك وفقاً لحكم المادة ٢٣١ مدني التي سيأتي ذكرها [1] .

على أن القانون قد ينص في حالات خاصة على دفع تعويض تكميلي بالإضافة إلى الفوائد التأخيرية . مثل ذلك ما نصت عليه المادة ٥١٠ مدني من أنه " إذا تعهد الشريك بأن يقدم حصته في الشركة مبلغاً من النقود ، ولم يقدم هذا المبلغ ، لزمته فوائده من وقت استحقاقه من غير حاجة إلى مطالبة قضائية أو إعذار ، وذلك دون إخلال بما قد يستحق من تعويض تكميلي عند الاقتضاء [2] " .

---

(1) تأخير المدين في الوفاء بالدين لا يستوجب أكثر من إلزامه بالفائدة القانونية ما لم يثبت أن هذا التأخير كان بسوء نية المدين وترتب عليه إلحاق ضرر استثنائي بالدائن وذلك وفقاً للمادة ٢٣١ من القانون المدني التي جاءت تطبيقاً للقواعد العامة وتقنينا لما جرى عليه القضاء في ظل القانون الملغي ، وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه ألزم الطاعنة بالدين على أساس سعر الدولار يوم الاستحقاق وبالفرق بين السعرين وصدور الحكم الابتدائي علاوة على فوائد التأخير بمثابة تعويض عن التأخير في الوفاء دون أن يستظهر سوء نية الطاعن فإنه يكون مشوباً بالقصور .
(جلسة ١٩٦١/٦/٢٢ الطعن رقم ١٠٥ لسنة ٢٦ ق س ١٢ ص ٥٦١) .

(١) وذلك إلا إذا قيل أن الدائن يستوفي حقه بقيمة العملة الأجنبية وقت حلول الدين لا وقت الوفاء الفعلي — أنظر في هذه المسألة في القانون الفرنسي بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٨٠ ، وفي القانون البلجيكي دي باج ٣ فقرة ١٤١ مكررة .

(٢) أنظر في هذا المعنى المادة ٥١٨/٤٢٦ — ٥١٩ من التقنين المدني السابق والمادة ١٨٤٦ من التقنين المدني الفرنسي . وأنظر استئناف مختلط ١٩ أبريل سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٩٠ — ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ١٥ . وأنظر أيضاً المادة ١٨٠ من التقنين التجاري (المواد ١٦٣ — ١٦٥ تجاري فرنسي) في كمبيالة الرجوع ، وهي كمبيالة جديدة يسحبها حامل الكمبيالة الأصلية على ساحبها أو أحد المحيلين ليحصل بها على قيمة تلك الكمبيالة الأصلية المعمول عنها البروتستو والفوائد وذلك المصاريف . وأنظر في التعويضات عن فسخ البيع بسبب استحقاق المبيع وعدم التقيد بالفوائد القانونية في هذه الحالة نقض مدني ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٣٢ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٥٤ . وقد قضت المادة ٢٠٢٨ من التقنين المدني الفرنسي برجوع الكفيل على المدين بفوائد ما دفعه للدائن وبتعويض فوق ذلك (بودري وبارد ١ فقرة ٤٩٩ — فقرة ٥٠٢ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٨١ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٥٨٩) ، أما المادة ٨٠٠ فقرة ٣ من التقنين المدني المصري فتقضي بأن يكون للكفيل الحق في الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ابتداء من يوم الدفع (أنظر في التقنين المدني السابق والتون ٢ ص ٢٥٥ — ص ٢٥٦) .
هذا ويلاحظ أن القضاء الفرنسي لا يحكم بفوائد تأخيرية على خزانة الدولة ولا لها . فلو تأخر ممول في الوفاء بالضريبة دفعها دون أن يدفع فوائد تأخيرية ، وكذلك لو دفع مبلغاً أكبر من الضريبة المستحقة استرد ما دفعه زائداً دون فوائد تأخيرية . والسبب في ذلك أن الدولة في حساباتها وميزانيتها تخضع لنظم غير النظم التي تخضع لها الأفراد (أنظر في هذه المسألة بودري وبارد ١ فقرة ٥٠٩ — فقرة ٥١٠ — ديموج ٦ فقرة ٣٧٣) .

٥٠٨ – مطالبة الدائن بالفوائد التأخيرية مطالبة قضائية : والشرط الثاني لاستحقاق الفوائد التأخيرية هو أن يطالب الدائن المدين بهذه الفوائد مطالبة قضائية [١] (demande, citation en justice) . فلا يكفي مجرد إعذار المدين كما كان ذلك يكفي في التعويض عن التأخير في غير الفوائد التأخيرية [٢] [1] . وهذا ما يقضي به صريح نص المادة ٢٢٦ إذ تقول : " وتسري هذه الفوائد (الفوائد التأخيرية) من تاريخ المطالبة القضائية

= أما في مصر فقد صدر القانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٥٠ ، وهو يقضي بعدم جواز مطالبة مصلحة الضرائب بالفوائد عن المبالغ التي يحكم عليها بردها للممولين . وقد أخذت محكمة النقض بعكس هذا الحكم فيما يتعلق بالفوائد المستحقة عن المدة السابقة على تاريخ العمل بهذا القانون ، إذ قضت بأنه ما لم يوجد نص صريح يعفي مصلحة الضرائب من الفوائد القانونية المطلوبة منها عن المبالغ المحكوم عليها بردها لتحصيلها من الممولين بغير حق ، لا يجوز رفض طلب هذه الفوائد بحجة أن المصلحة المذكورة في تحصيلها الضرائب من الممولين إنما تباشر سلطة عامة مقررة لها بمقتضى القانون ، وتطبق نصوصاً من مقتضاها أن يكون تحصيل الضرائب بموجب أوراد واجبة التنفيذ ، وأنه لا يترتب على رفع الدعوى بها من المصلحة أو من الممول إيقاف استحقاقها إلا إذا صدر فيها حكم من المحكمة ، ومن ثم لا تسري عليها أحكام القانون المدني ، بل تنطبق عليها أحكام القانون العام وهي لا تجيز مطالبة مصلحة الضرائب بالفوائد القانونية – ذلك بأن هذه الحجة مردودة بأن النصوص المشار إليها لا تعفي مصلحة الضرائب من الحكم عليها بالفوائد القانونية من تاريخ المطالبة عن كل مبلغ يقضى عليها برده للممول تعويضاً له عن حرمانه من الانتفاع بما أخذ منه بغير حق من تاريخ رفع دعواه حتى يوفى له حقه كاملا. ولا عبرة في هذا الخصوص بحسن نية المصلحة عند جباية الضريبة متى كان قد ثبت للمحكمة أنها حصلت من الممول أكثر من استحقاقها ، وبذلك أصبح مركزها في هذا الشأن لا يختلف عن أي مدين ... أما التحدي بالقانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٥٠ المعدل للمادة ١٠١ التي تنص بعد تعديلها على عدم جواز مطالبة المصلحة بفوائد عن المبالغ التي يحكم عليها بردها للممولين فمردود بأنه تشريع مستحدث ليس له أثر رجعي ، فلا يسري على الفوائد القانونية المستحقة عن مدة سابقة على تاريخ العمل به ، بل يسري فقط على الفوائد المطلوبة عن مدة تالية لنفاذه ، ومن ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ إلى تاريخ العمل بهذا التشريع تكون الفوائد القانونية المستحقة على مصلحة الضرائب هي ٤% لا ٥% (نقض مدني ٢٥ يونية سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٩٢ ص ١٢٠١ – ٢٥ يونية سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٩٧ ص ١٢٣٦ – ١١ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٨ ص ٦٠٣ – ٢٠ يناير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٦٧ ص ٥٣٢) .

(١) استئناف مختلط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٣٣ – ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٣٨ .

(٢) استئناف مختلط ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١١٠ – ١١ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٤٥ .

(1) إنه وإن كان الأصل طبقاً للمادة ٢٢٦ من القانون المدني هو سريان الفوائد القانونية من تاريخ المطالبة القضائية بها ما لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها أو نص القانون على غير ذلك ، وكان من المقرر أن التنبيه بالوفاء السابق على طلب أمر الأداء لا يعد من قبيل المطالبة القضائية ، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد خالف القانون باحتسابه الفوائد من تاريخ ذلك التنبيه .
(جلسة ١٩٨٢/١٢/٢٠ الطعن رقم ٦٧٦ لسنة ٤٨ ق س ٣٣ ص ١٢١٠) .

بها ، إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخا آخر لسريانها . وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره [1] " .

ولا يكفى أن يطالب الدائن المدين بالدين وحده مطالبة قضائية حتى تسرى الفوائد التأخيرية من وقت هذه المطالبة . فالنص صريح في وجوب المطالبة بالفوائد التأخيرية ذاتها بالإضافة إلى الدين ذاته . وقد كانت هذه المسألة مختلفاً فيها في عهد التقنين المدني السابق

---

(١) وقد كان هذا هو الحكم أيضاً في عهد التقنين المدني السابق بنص صريح (م ١٨٢/١٢٤ — ١٨٤) : استئناف أهلي ١١ مارس سنة ١٨٩٧ القضاء ٤ ص ٣٢٩ — ٢٢ أبريل سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ١٦٧ — وقارن : ١١ مارس سنة ١٩٢٤ المحاماة ٤٤ ص ٧٤٣ — استئناف مختلط ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ١٥ . وتعتبر مطالبة قضائية الطلبات الإضافية ودعاوى المدعى عليه والتدخل في الدعوى وإدخال خصم ثالث فيها (استئناف مختلط ١٠ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٨٣) . وإذا كانت صحيفة الدعوى باطلة ، فإن الفوائد التأخيرية لا تسرى (استئناف مختلط ١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٣٤ — المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٤) . كذلك إذا سقطت الخصومة أو تركت (استئناف مختلط ١٧ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٣٠ — وتبقى الفوائد سارية مادامت صحيفة الدعوى قائمة : استئناف مختلط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٣٣) . وإذا رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة فالغالب عند القضاء المصري أن الفوائد لا تسرى (استئناف مختلط ٢ ديسمبر سنة ١٨٨٥ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ١١ ص ١٢ — ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٢٨ — ٣٠ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٦٧ — ١٠ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٨٣ — أول أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٥٢) ، ولكن قضي مع ذلك بأن رفع الدعوى إلى محكمة غير مختصة ، كما يقطع التقادم ، يجعل الفوائد تسرى (استئناف مختلط ١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٣٤) . والقضاء الفرنسي كان مستقراً على عدم سريان الفوائد عند رفع الدعوى إلى محكمة غير مختصة وذلك عندما كان التقنين المدني الفرنسي (م ١١٥٣) يشترط كالتقنين المصري المطالبة القضائية لسريان الفوائد ، ولكن بعد أن عدل التقنين الفرنسي في هذه المسألة بقانون ٧ أبريل سنة ١٩٠٠ فأصبح الإعذار كافياً لسريان الفوائد ، أصبح طبيعياً أن يذهب القضاء الفرنسي إلى أن صحيفة الدعوى المرفوعة إلى محكمة غير مختصة تعدل الإعذار وتجعل الفوائد تسرى (بودري وبارد ١ فقرة ٥١١ — فقرة ٥١٥ — ديموج ٦ فقرة ٣٨٣ — فقرة ٣٩٤ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٨٣ — فقرة ٨٨٦) .

ولا يكفى لسريان الفوائد التأخيرية التنبيه (commandement) : استئناف مختلط ٩ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٣٨ — ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٧٤ — ١٣ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٠٧ — ١٩ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٧٦ ، ولا حجز ما للمدين لدى الغير إذا لم يعقبه طلب صحة الحجز (استئناف مختلط ٩ مارس سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٦٥) ، ولا طلب تقدير الأتعاب ، أو إعلان أمر التقدير مع التنبيه بدفع الأصل مع الفوائد (استئناف مختلط ٦ يونية سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٤٢ — ١٦ يونية سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٧٢ — إسكندرية الكلية المختلطة ٢٢ مايو سنة ١٩١٥ جازيت ٥ رقم ١٦١ ص ٤١١) . ولكن تستحق الفوائد منذ طلب الدخول في التوزيع أو في التفليسة (استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ١٢٥ — ٢٩ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٨٥ — ١٤ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٦٥) .

لعدم ورود نص صريح في ذلك [1] ، وقد ورد هذا النص في التقنين المدني الجديد فحسم الخلاف في ذلك [2] .

وقد تشدد القانون في تحديد مبدأ سريان الفوائد التأخيرية ، فجعلها من وقت المطالبة القضائية لا من وقت الإعذار ، واشترط أن تتضمنها هذه المطالبة [1] ، وذلك تنكراً منه للربا كما سبق القول .

على أن هذا الحكم ليس من النظام العام . فيجوز للطرفين أن يتفقا على خلافه ، وعلى أن تسرى الفوائد التأخيرية من وقت الإعذار مثلا ، أو حتى من حلول أجل الدين دون حاجة إلى مطالبة قضائية أو إلى إعذار [3] . وهذا هو ما يقع عادة عندما يتفق الطرفان على سعر اتفاقي للفوائد التأخيرية ، فإن الدائن يشترط على المدين أن تسرى هذه الفوائد بالسعر الاتفاقي من وقت حلول الدين دون حاجة إلى أي إجراء . ولذلك يكاد يكون شرط المطالبة القضائية بالفوائد التأخيرية مقصوراً على الفوائد التأخيرية بالسعر القانوني ، حيث لا يوجد اتفاق ما بين الدائن والمدين على سعر هذه الفوائد ، فيجب لسريانها في الأصل أن يطالب بها الدائن مطالبة قضائية .

---

(١) فمن الأحكام ما كان يكتفي بالمطالبة القضائية برأس المال فتسرى الفوائد التأخيرية من وقت هذه المطالبة ولو لم تتضمن ذكر هذه الفوائد (استئناف مصر ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ٨٧٨ — أول يونية سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٩ رقم ٥٢٩ ص ١٤١٢ — إسنا ٢١ مايو سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ ص ٥٨٧ — طنطا الكلية ١٣ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٨ رقم ١٢٧ ص ٢٤١ — محكمة مصر المختلطة ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٩ جورنال دي تريبينو ٩ رقم ١١١٤ — قارن استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٥٣ — ١٢ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٠٥) . ومنها ما كان يذهب إلى وجوب المطالبة القضائية بالفوائد التأخيرية ذاتها ولا تكفى المطالبة برأس المال (استئناف أهلي ٣١ أكتوبر سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ٣٠٤ — استئناف أسيوط ٩ يونية سنة ١٩٤٩ المجموعة الرسمية ٥٠ ص ٢١١ — بني سويف ٣ فبراير سنة ١٩٢١ المحاماة ١ ص ٤٨٢ — جرجا ٢٣ فبراير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ ص ٩٠٦ — استئناف مختلط ٢٥ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٨٩ — ١٤ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٢٢ — ١١ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣١٨) .

(٢) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٤ .

(1) لا يجوز للبائع أن يجمع بين ثمرات المبيع وفوائد الثمن .
(جلسة ١٩٦٦/٦/٣٠ السنة ١٧ ص ١٤٩٠) .

(٣) استئناف أهلي ٣٠ أكتوبر سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٧ ص ١٢ — استئناف مصر ٢٨ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ ص ٥٧ — ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٤ رقم ٧٨ ص ١٩٧ — وقارن استئناف مصر ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ١٠٠٣ .

كذلك قد يحدد العرف التجاري ميعاداً آخر غير وقت المطالبة القضائية لسريان الفوائد التأخيرية . مثل ذلك الحساب الجاري ، فسنرى أن الفوائد تسرى فيه من وقت الخصم أو الإضافة ، دون حاجة إلى مطالبة قضائية أو إعذار [1] .

وقد ينص القانون في حالات خاصة على أن الفوائد التأخيرية تسرى من وقت آخر غير وقت المطالبة القضائية ، فتسرى مثلا من وقت إعذار المدين ، أو من وقت حلول أجل الدين ، أو من وقت القيام بعمل معين . من ذلك ما قضت به الفقرة الأولى من المادة ٤٥٨ مدني من أنه " لا حق للبائع في الفوائد القانونية عن الثمن إلا إذا أعذر المشترى ، أو إذا سلم الشيء المبيع وكان هذا الشيء قابلا أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره " [1] . فهنا تسرى الفوائد التأخيرية من وقت إعذار المشترى أو من وقت تسليم المبيع إذا كان ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى [2] . ومن ذلك ما قضت به المادة ٥١٠ مدني من أنه " إذا تعهد الشريك بأن يقدم حصته في الشركة مبلغاً من النقود ولم يقدم هذا المبلغ ، لزمته فوائده من وقت استحقاقه ، من غير حاجة إلى مطالبة قضائية أو إعذار ، وذلك دون إخلال بما قد يستحق من تعويض تكميلي عند الاقتضاء " . فهنا أيضاً تسرى الفوائد التأخيرية من وقت استحقاق الدين . ومن ذلك ما قضت به المادة ٥٢٢ مدني من أنه " ١ — إذا أخذ الشريك أو احتجز مبلغاً من مال الشركة ، لزمته فوائد هذا المبلغ من يوم احتجازه ، بغير حاجة إلى مطالبة قضائية أو إعذار ، وذلك دون إخلال بما قد يستحق للشركة من تعويض تكميلي عند الاقتضاء . ٢ — وإذا أمد الشريك الشركة من ماله ، أو

---

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٤ .

(1) من شروط استحقاق فوائد التأخير القانونية المطالبة القضائية بها ، وهذه الفوائد على ما تقضى به المادة ٢٢٦ من القانون المدني لا تسرى إلا من تاريخ هذه المطالبة ما لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها ولا يغنى عن المطالبة القضائية بهذه الفوائد رفع الدائن الدعوى بطلب أصل الدين إذا لم تتضمن صحيفة الدعوى طلب الفوائد لأنها لا تستحق إلا من وقت المطالبة القضائية بها بالذات .
(جلسة ١٩٨٣/٦/١٦ الطعن رقم ١٨٦٣ لسنة ٥٢ ق) .
(جلسة ١٩٦٨/٦/٦ الطعن رقم ٣٩٢ لسنة ٣٤ ق س ١٩ ص ١١٢٠) .
(جلسة ١٩٦٦/٢/٢٣ الطعن رقم ٢٢ لسنة ٣٢ ق س ١٧ ص ٣٩٣) .
(جلسة ١٩٦٤/١٢/٣١ س ١٥ ص ١٢٣٧) .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن المادة ٣٣٠ مدني (٤٥٨ جديد) تجعل للبائع الذي سلم العين ولم يتسلم الثمن الحق في الفوائد إذا كانت العين المبيعة تنتج ثمرات ، والحكمة في ذلك هو اجتماع المثلين في يد أحد المتعاقدين ، وهذه الحكمة نفسها متوافرة في حالة ما إذا كان المشترى دفع الثمن ولم يتسلم العين فيكون له الحق في الفوائد ، وذلك بطريق التفسير العكسي للمادة (١٠ يونية سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢/٣٥٢ ص ٦٧٩) .

أنفق في مصلحتها شيئاً من المصروفات النافعة عن حسن نية وتبصر ، وجبت له على الشركة فوائد هذه المبالغ من يوم دفعها " . فهنا تسرى الفوائد التأخيرية لمصلحة الشركة من يوم أخذ الشريك مال الشركة أو احتجازه ، ولمصلحة الشريك من يوم مده الشركة بالمال أو إنفاق المصروفات النافعة . ومن ذلك ما قضت به المادة ٧٠٦ مدني من أنه " ١ — ليس للوكيل أن يستعمل مال الموكل لصالح نفسه . ٢ — وعليه فوائد المبالغ التي استخدمها لصالحه من وقت استخدامها ، وعليه أيضاً فوائد ما تبقى في ذمته من حساب الوكالة من وقت أن يعذر " . فهنا تسرى الفوائد التأخيرية في إحدى حالتين من الوقت الذي استخدم فيه الوكيل مال الموكل لصالحه ، وفي حالة أخرى من وقت الإعذار . ومن ذلك ما قضت به المادة ٧١٠ من أنه " على الموكل أن يرد للوكيل ما أنفقه في تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الاتفاق ... " . فهنا تسرى الفوائد التأخيرية من وقت أنفاق الوكيل ماله في تنفيذ الوكالة . وكالوكالة الفضالة ، فيكـــون " رب العمل ملزماً بأن ينفذ التعهدات التي عقدها الفضولي لحسابه ، وأن يعوضه عن التعهدات التي التزم بها ، وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التي سوغتها الظروف مضافاً إليها فوائدها من يوم دفعها " (م ١٩٥ مدني) . ومن ذلك أخيراً ما قضت به الفقرة الثالثة من المادة ٨٠٠ من أنه يكون " للكفيل الحق في الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه من يوم الدفع " [1] .

§ ٣ — شروط استحقاق الفوائد التعويضية

٥٠٩ — منطقة الفوائد التعويضية : تختلف الفوائد التعويضية عن الفوائد التأخيرية ، كما قدمنا ، في أن الأولى يلتزم بها المدين في مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود يكون في ذمته للدائن ، أما الفوائد التأخيرية فهي ليست إلا تعويضاً عن التأخير في الوفاء بدين هو مبلغ من النقود كما مر القول .

وأكثر ما تكون الفوائد التعويضية في التزام بدفع مبلغ من النقود يكون مصدره العقد. والمثل المألوف في ذلك هو عقد القرض . فالمقترض ينتفع بمبلغ القرض عادة في مقابل فائدة يدفعها للمقرض . وقد تجب الفوائد التعويضية في عقد البيع ، بأن يتفق المشترى مع

---

(١) وهذه النصوص سبق أن أوردنا كثيراً منها عند الكلام في الإعذار أمثلة على حالات لا يقتضي فيها القانون الإعذار لاستحقاق التعويض عن التأخير ، وليست الفوائد التأخيرية إلا صورة من صور التعويض عن التأخير (أنظر آنفاً فقرة ٤٦٦ وفي الهامش) . وأنظر في نصوص التقنين المدني السابق التي كانت تقضي بسريان الفوائد التأخيرية من وقت آخر غير وقت المطالبة القضائية (الموجز للمؤلف فقرة ٤٥٢ ص ٤٥١ — ص ٤٥٢) .

البائع على تأجيل الثمن إلى ميعاد معين في مقابل أن يدفع المشترى فوائد عن هذا الثمن ، فتكون الفوائد هنا في تأجيل الثمن وليست فوائد تأخيرية . فإذا حل ميعاد دفع الثمن وتأخر المشترى في الوفاء ، بقيت الفوائد سارية طوال مدة التأخير ، ولكنها تنقلب في هذه الحالة إلى فوائد تأخيرية ، وإن كانت بنفس السعر الاتفاقي . وقد تجب الفوائد التعويضية في وديعة المصرف ، فمن أودع مصرفا مبلغا من النقود واشترط أن يتقاضى على الوديعة فوائد ، فهذه الفوائد تكون فوائد تعويضية . والفوائد التي يتقاضاها حامل السند هي أيضاً فوائد تعويضية عن مبلغ من النقود أقرضه صاحب الدخل للمدين به ، ومن ثم قضت الفقرة الثانية من المادة ٥٤٥ بأنه إذا " كان ترتيب الدخل بعقد من عقود المعاوضة ، اتبع في شأنه من حيث سعر الفائدة القواعد التي تسرى على القرض ذي الفائدة " .

والذي يميز الفوائد التعويضية أنها تكون فوائد عن مبلغ من النقود لم يحل ميعاد استحقاقه ، فهو دين في ذمة المدين طوال الأجل ، ويدفع المدين في مقابل هذا الأجل — أي مقابل بقاء هذا المبلغ في ذمته والانتفاع به — الفوائد التعويضية التي يتفق عليها مع الدائن . أما إذا حل أجل استحقاق الدين ، و لم يوفه المدين ، فإن الفوائد التي تظل تسرى بعد حلول الأجل إلى أن يتم الوفاء ، تنقلب إلى فوائد تأخيرية ، لأنها تعتبر عندئذ بمثابة تعويض عن تأخر المدين في الوفاء بالتزامه [1] . ومن ثم يندر أن توجد حالة تستحق فيها فوائد تعويضية عن مبلغ من النقود لا يكون مصدره العقد ، فإن الدين الذي يكون مصدره غير العقد ينشئه القانون منجزاً من وقت أن ينشأ ، فما عسى أن يستحق عليه من الفوائد بعد حلوله إنما تكون فوائد تأخيرية . والعقد — أو التصرف القانوني بوجه عام — هو الذي ينشئ الدين إلى أجل ، ويرتب عليه فوائد تعويضية طوال مدة هذا الأجل [2] .

---

(١) وقد اختلف الفقهاء في فرنسا في هذه المسألة . فمنهم من يرى أن الفوائد الاتفاقية تبقى سارية بعد حلول أجل الدين إلى يوم الوفاء ، وهذا هو الرأي الذي نأخذ به (لوران ٢٦ فقرة ٥١٦ — بودري وبارد ١ فقرة ٥٠٦) ، ومنهم من يرى أن الفوائد الاتفاقية ينتهي سريانها بحلول أجل الدين ، ولا تستحق الفوائد التأخيرية إلا من يوم الإعذار (المطالبة القضائية في مصر) (بلانيول وريبير ١١ فقرة ١١٦٣ — فقرة ١١٦٤ — دي باج ٣ فقرة ١٤٣) . على أنه يلاحظ ، من الناحية العملية ، أن هذا الخلاف لا محل له . ذلك أن المقرض إذا اشترط سعراً للفائدة ، فهو في الوقت ذاته قد اشترط — ما لم يظهر عكس ذلك في وضوح — أن يكون هذا السعر الاتفاقي هو أيضاً سعر الفوائد التأخيرية وأنه يسرى من وقت حلول أجل القرض لا من وقت المطالبة القضائية ولا من وقت الإعذار .

(٢) على أنه يمكن ، في شيء من التحوير ، أن نتصور فوائد تعويضية عن مبلغ من النقود لا يكون مصدر العقد في الفرض الآتي : يلتزم المالك بأن يرد للحائز ما أنفقه من المصروفات طبقاً لقواعد قررتها المادتان ٩٨٠ — ٩٨١ مدني ، وهذا الالتزام مصدره غير العقد . ثم تنص المادة ٩٨٢ على أنه " يجوز للقاضي ، بناء على طلب المالك ، أن يقرر ما يراه مناسباً للوفاء بالمصروفات المنصوص عليها في المادتين السابقتين. وله أن =

٥١٠ – شرط استحقاق الفوائد التعويضية – الاتفاق مع المدين:

والفوائد التعويضية ، على النحو الذي قدمناه ، لا تستحق إلا باتفاق يتم بين الدائن والمدين . فالمقترض لا يدفع فوائد تعويضية عن مبلغ القرض إلا إذا اتفق على ذلك مع الدائن ، وقد نصت المادة ٥٤٢ مدني على ما يأتي : " على المقترض أن يدفع الفوائد المتفق عليها عند حلول مواعيد استحقاقها ، فإذا لم يكن هناك اتفاق على فوائد اعتبر القرض بغير أجر " والمشترى لا يدفع فوائد تعويضية عن الثمن المؤجل إلا إذا اتفق على ذلك مع البائع [1] .

فاتفاق الدائن مع المدين هو الشرط في استحقاق الفوائد التعويضية . وهذا الاتفاق ذاته يحدد أيضاً سعر هذه الفوائد ، على ألا تجاوز الحد الأقصى الذي قرره القانون والذي سيأتي بيانه . ونرى من ذلك أن الفوائد التعويضية لا يمكن أن تكون إلا بسعر اتفاقي ، وليس لها سعر قانوني . أما الفوائد التأخيرية فقد رأينا أن سعرها قد يكون سعراً قانونياً وقد يكون سعراً اتفاقياً [2] .

= يقضي بأن يكون الوفاء على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة . وللمالك أن يتحلل من هذا الالتزام إذا هو عجل مبلغاً يوازي قيمة هذه الأقساط مخصوماً منها فوائدها بالسعر القانوني لغاية مواعيد استحقاقها " . وهذا النص ، إذا فسر على أنه تأجيل لاستحقاق الدين حكم به القاضي ، فإن القاضي يكون قد لاحظ في ذلك أن يضيف للمصروفات فوائد تعويضية – بالسعر القانوني – حتى إذا رأى المالك أن يعجل الدفع خصم هذه الفوائد كما يقضي النص بذلك . فهنا استحقت فوائد تعويضية عن مبلغ من النقود مصدره غير العقد .

وهناك فرض آخر نصت عليه المادة ١٨٣ مدني . فقد قضت بأنه " ١ – يصح كذلك استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لالتزام لم يحل أجله وكان الموفى جاهلا قيام الأجل . ٢ – على أن يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاد بسبب الوفاء المعجل في حدود ما لحق المدين من ضرر . فإذا كان الالتزام الذي لم يحل أجله نقوداً ، التزم الدائن أن يرصد للمدين فائدتها بسعرها القانوني أو الاتفاق عن المدة الباقية لحلول الأجل " . فهنا التزم الدائن الذي عجل له الوفاء بحقه أن يدفع لمدين الذي عجل الوفاء فوائد تعويضية عن المبلغ الذي عجل الوفاء به ، والمصدر الذي التزم به الدائن ليس هو العقد .

ولا شك أن فيما قدمناه تحويراً للفوائد التعويضية يدل على مبلغ الصعوبة في تحقيق فرض تستحق فيه هذه الفوائد عن مبلغ من النقود لا يكون مصدره العقد . ويلاحظ أنه إذا استقام هذا الفرض ، أمكن أن يكون للفوائد التعويضية سعر قانوني، مع أن هذه الفوائد لا تكون إلا بالسعر الاتفاقي كما سنرى .

(١) أما ما قررته المادة ٤٥٨ مدني من أن للبائع الحق في الفوائد القانونية عن الثمن إذا أعذر المشترى أو إذا سلم الشيء المبيع وكان هذا الشيء قابلا أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ، فيقصد به حق البائع في استيفاء فوائد تأخيرية عن ثمن حل ميعاد الوفاء به .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ما يأتي : " كان من أثر الإشفاق من معاطب الربا أن عمد التشريع في أكثر الدول ، لا إلى تحديد سعر الفوائد التي تستحق عن التأخير في الوفاء فحسب ، بل وكذلك إلى تحديد هذا السعر بالنسبة لسائر ضروب الفوائد . فالأولى ، اتفاقية كانت أو قانونية ، تفترض حلول أجل الوفاء بالدين ، وترصد على تعويض الضرر الناشئ عن التأخر في هذا الوفـــاء . أما الثانيـــة =

الفرع الثاني

مقدار الفوائد كما حددها القانون

٥١١ – سعر الفائدة وجواز التخفيض والزيادة : يتدخل القانون ، كما مر القول ، فيحدد الفائدة : السعر القانوني والحد الأقصى للسعر الاتفاقي .

وقد أجاز التقنين المدني الجديد – كراهية منه في الربا – النزول عن الحدود المقررة في حالات معينة ، ولكنه أجاز من ناحية أخرى ، وفي حالات معينة أيضاً ، الزيادة على هذه الحدود .

فنستعرض : (أولا) سعر الفائدة (ثانياً) جواز النزول عن الحدود المقررة وجواز الزيادة عليها .

المبحث الأول

سعر الفائدة

٥١٢ – سعر الفوائد التأخيرية : رأينا أن سعر الفوائد القانونية إما أن يكون سعراً قانونياً وإما أن يكون سعر اتفاقياً .

فالسعر القانوني في المسائل المدنية هو ٤% ، وفي المسائل التجارية هو ٥% ، وبهذا قضت المادة ٢٢٦ مدني على عامر . وقد كان السعر القانوني في عهد التقنين المدني السابق، طبقاً للمرسوم بقانون ا لصادر في ١٩ من شهر مارس سنة ١٩٣٨ ، هو ٥% في المسائل المدنية و ٦% في المسائل التجارية . فخفض التقنين المدني الجديد السعر القانوني ، في الحالتين ، بمقدار ١% [1] ، ويبرر ذلك " ما أسفرت عنه الظروف الاقتصادية " من وجوب

= فنفترض أن الدين لم يحل ، وأن الفوائد وهي اتفاقية دائماً قد اشترطت كمقابل في معاوضة من المعاوضات . فليس لفائدة رأس المال إلا سعر واحد هو سعر الاتفاقي ، في حين أن فوائد التأخر لها سعران : أحدهما اتفاقي والآخر قانوني (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٢ – ص ٥٨٣) .

(١) وقد تقدم أن السعر القانوني في التقنين المدني السابق كان في مبدأ الأمر ٧% في المسائل المدنية و ٩% في المسائل التجارية . ثم خفض السعر المرتفع إلى ٥% و٧% بالأمر العالي الصادر في ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٢ . ثم خفض السعر في المسائل التجارية إلى ٦% بالمرسوم بقانون الصادر في ١٩ من شهر مارس سنة ١٩٣٨ (أنظر آنفاً فقرة ٥٠٢ في الهامش) . =

تخفيض كل من السعر القانوني والسعر الاتفاقي ، كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي [1] . والعبرة بالمدين في التمييز بين المسائل المدنية التي يكون سعرها ٤% والمسائل التجارية التي يكون سعرها ٥% . فإذا كان المدين غير تاجر ، فالفائدة تحسب بالسعر القانوني في المسائل المدنية — ٤% — حتى لو كان الدائن تاجراً والعملية تجارية [2] . ويلاحظ أن السعر القانوني الجديد ، أي من يوم ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ . فالفوائد القانونية المستحقة ابتداء من هذا التاريخ على مبالغ من النقود تحسب بسعر ٤% في المسائل المدنية و ٥% في المسائل التجارية ، حتى لو نشأت الديون عن عقود أبرمت أو وقائع حدثت قبل هذا التاريخ [3] .

أما السعر الاتفاقي للفوائد التأخيرية فيجب أ لا يزيد على ٧% ، وقد يكون أقل من ذلك [1] ، بل قد يكون أقل من السعر القانوني ، حسب الاتفاق الذي يتم بين الدائن والمدين . وهذا الحد الأقصى للسعر الاتفاقي قررته المادة ٢٢٧ الفقرة الأولى على ما رأينا ،

= أما في فرنسا ، فقد جعل قانون ٣ سبتمبر سنة ١٨٠٧ السعر القانوني ٥% في المسائل المدنية و ٦% في المسائل التجارية ، ثم خفض هذا السعر إلى ٤% و ٥% بمرسوم بقانون في ٨ أغسطس سنة ١٩٣٥ . والسعر القانوني في الجزائر هو ٥% في كل من المسائل المدنية والمسائل التجارية (أنظر بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧ ص ٢٠٩ — ويرى هؤلاء الفقهاء أن الأولى هو أن يجعل السعر القانوني تابعاً لسعر الخصم taux de l'escompte في بنك فرنسا : جزء ٧ فقرة ٨٧٨ ص ٢١٠) .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٣ . وقد جاء فيها : " وقد كان في الوسع ترك أمر تحديد سعر الفوائد لتشريع خاص ، على غرار ما فعلت بعض التقنينات الأجنبية . بيد أنه رؤى من الأنسب أن يبقى المشروع على تقاليد البلاد التشريعية ، وقد استقرت من عهد غير قرب على إيكال هذا التحديد إلى نصوص التقنين المدني ذاته . وعل هذا الوضع أدنى إلى تيسير التعجيل بإجراء التخفيض الذي تقدمت إليه الإشارة ، ولا سيما بعد أن ألحت على البلاد دواعيه " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٣ — ص ٥٨٤) .

(٢) استئناف مصر ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ رقم ١٠٨ ص ٢٩٩ .

(٣) وهذا هو نفس ما قررته المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون الصادر في ١٩ مارس سنة ١٩٣٨ عندما خفض هذا المرسوم بقانون السعر القانوني في المسائل التجارية من ٧% إلى ٦% – أنظر أيضاً بودري وبارد ١ فقرة ٩٩٦ مكررة — روبييه في تنازع القوانين بالنسبة إلى الزمان جزء ٢ سنة ١٩٣٣ فقرة ٧٨ وفقرة ٨٧ .

(1) تقضي المادة ٢٢٧ من القانون المدني الجديد بتخفيض الفوائد الاتفاقية إلى ٧% ولم يستثن هذا النص من تطبيقه الاتفاقات السابقة على صدوره كما فعل القانون ٢٠ لسنة ١٩٣٨ ، ولما كان تعيين الحد الأقصى للفائدة التي يجوز الاتفاق عليها هو مما يتصل بالنظام العام ، فإن حكم هذه المادة ينطبق بأثر فوري من تاريخ العمل بالقانون الجديد في ١٩٤٩/١٠/١٥ ويسرى السعر المخفض من هذا التاريخ حتى على الاتفاقات السابقة عليه وذلك بالنسبة للفوائد التي تستحق منذ نفاذ ذلك القانون .
(جلسة ١٩٦٣/٦/٢٧ الطعن رقم ١١٥ لسنة ٢٨ ق س ١٤ ص ٩٣٧) .
جلسة ١٩٥٣/٥/٢١ الطعن رقم ١٩٠ لسنة ٢٠ ق) .

وتستوى فيه المسائل المدنية والمسائل التجارية . وقد كان السعر الاتفاقي في عهد التقنين المدني السابق ، بمقتضى المرسوم بقانون الصادر في ١٩ من شهر مارس سنة ١٩٣٨ ، هو ٨% يجوز تخفيضه بمرسوم إلى ٧% ، ولكنه لم يخفض حتى صدر التقنين المدني الجديد فتولى هذا التخفيض [١] . ويلاحظ أن السعر الاتفاقي الجديد ، وهو السعر المخفض ، يسرى هنو أيضاً من وقت سريان التقنين المدني الجديد ، حتى بالنسبة إلى العقود التي أبرمت قبل هذا الوقت ؛ لأن سعر الفائدة يعتبر من النظام العام [1] . فإذا اتفق الدائن والمدين ، قبل يوم ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، على أن تكون سعر الفوائد التأخيرية هي ٨% وفقاً للمرسوم بقانون الصادر في ١٩ مارس سنة ١٩٣٨ ، وبقيت هذه الفوائد التأخيرية سارية إلى ما بعد نفاذ التقنين الجديد ، فإنها تحسب بسعر ٨% إلى يوم ١٤ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، ثم تحسب ابتداء من يوم ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ بسعر ٧% وفقاً لأحكام التقنين الجديد [٢] .

---

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : " وقد جعل المرسوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٣٨ ، المعدل لأحكام المادتين ١٢٤ — ١٨٢/١٢٥ — ١٨٥ من التقنين الحالي (السابق) ، الحد الأقصى لسعر الفوائد الاتفاقية ٨% مع جواز تخفيضه إلى ٧% بمقتضى مرسوم . على أن المشروع آثر أن يحقق هذا التخفيض فور الوقت إزاء ما أسفرت عنه الظروف الاقتصادية ، فجعل الحد الأقصى للسعر ٧% " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٣) . وقد قدمنا أن السعر الاتفاقي في التقنين المدني السابق كان في مبدأ الأمر ١٢% ، ثم خفض إلى ٩% بالأمر العالي الصادر في ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٢ ، ثم إلى ٨% يجوز تخفيضها إلى ٧% بالمرسوم بقانون الصادر في ١٩ مارس سنة ١٩٣٨ .

أما في فرنسا ، فقد جعل قانون ٣ سبتمبر سنة ١٨٠٧ السعر الاتفاقي كالسعر القانوني ٥% في المسائل المدنية و ٦% في المسائل التجارية . وقد ألغي قانون ١٢ يناير سنة ١٨٨٦ الحد الأقصى للسعر الاتفاقي في المسائل التجارية . ثم ألغي قانون ١٨ أبريل سنة ١٩١٨ الحد الأقصى للسعر الاتفاقي في المسائل المدنية إلغاء مؤقتاً ، مع جواز العودة إلى حد أقصى بمقتضى مرسوم . على أن المرسومين بقانون الصادرين في ٨ أغسطس و ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٣٥ وضعا عقوبة جنائية على الإقراض بالربا الفاحش ، ويكون الربا فاحشاً إذا زادت الفوائد على المعتاد تقاضيه ، في المعاملات المماثلة في مخاطرها (mêmes risques) ، بأكثر من النصف ، وفي هذه الحالة تخفض الفوائد إلى السعر المعتاد تقاضيه، ويخصم ما دفع زائداً من الفوائد بالسعر المعتاد ثم من رأس المال ، فإذا كان الدين قد انقضي مع فوائده ، رد إلى المدين ما دفعه زائداً بعد ذلك مع فوائده من يوم الدفع (أنظر بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٥٨٨ ص ٤٢٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٨٢) .

(1) إذا كان الحكم المطالب بالفوائد عنه تعويض اتفاقي نص في العقد على استحقاقه عن تأخير البائع في تسليم أي كمية من الأقطان المبيعة وبعد أن يحدد الاتفاق سعر معيناً للفائدة عنه او يبدأ سريانها فإن الحكم المطعون فيه إذ قضي بالفائدة القانونية عن هذا المبلغ بسعر ٤% من تاريخ المطالبة القضائية يكون قد أعمل نص المادة ٢٢٦ مدني و لم يخالف القانون .
(جلسة ١٩٦٢/١٢/٢٧ السنة ١٣ ص ١٢٤٦) .

(٢) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٤ . وسنعود إليها فيما يلي : وأنظر عكس ذلك ريبيه في تنازع القوانين بالنسبة إلى الزمان جزء ٢ سنة ١٩٣٣ فقرة ٧٨ =

٥١٣ – سعر الفوائد التعويضية : ليس للفوائد التعويضية إلا سعر واحد هو السعر الاتفاقي ، كما قدمنا . والحد الأقصى للسعر الاتفاقي للفوائد التعويضية هو نفس الحد الأقصى للسعر الاتفاقي للفوائد التأخيرية . وبهذا تقضي ، كما رأينا ، الفقرة الأولى من المادة ١٢٧ إذ تقول : " يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد ، سواء أكان ذلك في مقابل تأخير الوفاء أم في أية حالة أخرى تشترط فيها الفوائد ، على ألا يزيد هذا السعر على ٧% " . والحالة الأخرى ، غير حالة تأخير الوفاء ، التي تشترط فيها الفوائد هي حالة الفوائد التعويضية ، كما سبق القول . وقد كان الحد الأقصى للسعر الاتفاقي للفوائد التعويضية في عهد التقنين المدني السابق ، وفقاً للمرسوم بقانون الصادر في ١٩ من شهر مارس سنة ١٩٣٨ ، هو ٨% ، أي نفس الحد الأقصى للسعر الاتفاقي للفوائد التأخيرية ، وقد خفض إلى ٧% لنفس الأسباب . ويسرى السعر الاتفاقي الجديد، وهو السعر المخفض، من وقت سريان التقنين المدني الجديد ، حتى بالنسبة إلى العقود التي أبرمت قبل هذا الوقت . فإذا اقترض شخص قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ مبلغاً من النقود بسعر ٨% ، وكان ميعاد حلول أجل القرض بعد يوم ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فإنه يؤدي الفوائد بسعر ٨% إلى يوم ١٤ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩، ثم بسعر ٧% ابتداء من يوم ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ [(١)].

= وفقرة ٨٧ . وأنظر بنوع خاص انتقاده لفكرة أن التشريع الذي يعتبر من النظام العام يكون له أثر رجعي أو أثر فوري بالنسبة إلى العقود القائمة وقت نفاذه إذا كانت هذه العقود قد أبرمت قبل ذلك (فقرة ٨٧) . وأغلب الفقه الحديث في فرنسا من رأي الأستاذ روبييه . على أنه حتى بفرض التسليم بأن التشريع الذي يعتبر من النظام العام ليس له أثر رجعي أو أثر فوري ، فإنه يبقى أن الأستاذ روبييه نفسه يميز بين تشريع يتصل بالمراكز التعاقدية (régime du contrat) وتشريع يتصل بالمراكز القانونية (statut légal)، ويجعل للتشريع الذي يتصل بالمركز القانونية أثراً فورياً . ثم هو يفرق بين السعر القانوني للفائدة والسعر الاتفاقي ، فيجعل الأول متصلا بمركز قانوني ويجعل الثاني متصلا بمركز تعاقدي (أنظر جزء ٢ فقرة ٨٧ ص ١٢٠) . ولا نرى مبرراً لهذه التفرقة ، فكل من السعر القانوني والسعر الاتفاقي يتصل اتصالا مباشراً بمركز قانون هو نظام الديون (régime des créances) . ذلك أن القانون في الأصل لا يجعل الدين منتجاً لفوائد ، إلا إذا طالب بها الدائن أو اتفق عليها مع المدين ، وفي الحالتين يضع القانون حدوداً لسعر هذه الفائدة ، وسواء كان هذا السعر قانوناً أو كان اتفاقياً فإنه يتصل بمركز قانوني نظمه القانون ، ومن ثم يجب أن يكون لأي تشريع يتصل بهذا المركز القانوني أثر فوري . فإذا قامت اعتبارات تحول دون هذا الأثر الفوري ، وجب أن ينص المشرع على أن التشريع الجديد لا يسرى على العقود القائمة وقت نفاذه ، ولا يسرى إلا على العقود التي تبرم بعد ذلك ، وهذا ما فعله المرسوم بقانون الصادر في ١٩ مارس سنة ١٩٣٨.

(١) وقد كان المرسوم بقانون الصادر في ١٩ مارس سنة ١٩٣٨ يتضمن حكماً مخالفاً لهذه القواعد العامة ، يقضي بعدم سريان السعر المخفض أو السعر المرفوع على العقود المبرمة قبل تخفيض السعر أو رفعه ، حتى لو كانت هذه العقود تبقى سارية إلى ما بعد التخفيض أو الرفع (أنظر آنفاً فقرة ٥٠٢ في الهامش)، ومن ثم =

= قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن تخفيض الفوائد إلى ٨% ليس له أثر رجعي (١٣ يونية سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٢٠) .

وقد طبقت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقواعد العامة تطبيقاً صحيحاً إذ تقول : " وبديهي أن أثر هذا التخفيض لا يستند إلى الماضي ، فسيظل السعر المقرر بمقتضى النصوص الحالية (السابقة) قائماً إلى تاريخ العمل بأحكام التقنين الجديد . أما بعد هذا التاريخ فتطبق الأحكام الخاصة بالسعر الجديد ، حتى بالنسبة للعقود التي تمت من قبل ، اتفاقية كانت الفوائد أو قانونية (قارن المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٣٨) " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٤) .

وأخذت محكمة النقض بهذا الحكم ، إذ قضت بأن الدفع بأن سعر الفائدة المقضي بها يجب إلا يزيد على ٧% بعد العمل بالقانون المدني الجديد وفقاً للمادة ٢٢٧ منه متعلق بالنظام العام ، ومن ثم يجوز إبداؤه لأول مرة أمام محكمة النقض . والحد الأقصى للفائدة التي يجوز الاتفاق عليها قانوناً هو من قواعد النظام العام ، فيسرى السعر المخفض من تاريخ العمل بالقانون المدني الجديد القاضي بتخفيضه ، أي ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، حتى على الاتفاقات السابقة على هذا التاريخ . يؤيد هذا النظر ما ورد في هذا الخصوص في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي المشار إليه . وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه قد قضى للمطعون عليها بعد العمل بالقانون المدني الجديد بفائدة سعرها ٨% ابتداء من أول سبتمبر سنة ١٩٤٦ لحين الوفاء ، فإن هذا الحكم يكون قد خالف المادة ٢٢٧ من القانون المذكور في خصوص المدة اللاحقة للعمل به ، ويتعين نقضه ، وتخفيض سعر الفائدة إلى ٧% ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ حتى تمام الوفاء (نقض مدني ٢١ مايو سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٦١ ص ١٢٠٨) . أنظر عكس ذلك أصول القانون للأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت والمؤلف سنة ١٩٤١ ص ١٩٥ ، وقد ميز (ص ١٩٨ — ١٩٩) بين النصوص التي يقصد بها حماية مصلحة عامة كالقانون الذي يعطى للأوراق المصرفية سعراً جبرياً ، والنصوص المعتبرة من ا لنظام العام ولكنها تحمى مصالح خاصة كالقانون الذي يخفض الحد الأقصى للفائدة فلا تؤثر في العقود التي تمت قبل صدورها .

ويذهب الأستاذ سليمان مرقس (موجز المدخل للعلوم القانونية سنة ١٩٥٣ ص ١٢٤ — ص ١٢٥ — المدخل للعلوم القانونية سنة ١٩٥٢ ص ١٦٥ — ص ١٦٦) إلى أن العبرة في سريان النص القاضي بتخفيض السعر بتاريخ الاتفاق ، " لأن الحكمة — كما يقول — من أصل وضع هذه ا لمادة وما كان يقابلها في التقنين الملغي إنما هي منع استغلال الدائن حاجة المدين وضعفه وقت التعاقد ، لا التخفيف عن عاتق المدينين الذين سبق أن التزموا بفوائد . ويظهر ذلك جلياً من عبارة هذه المادة حيث تقول أنه: يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد ... على ألا يزيد هذا السعر على ٧% ، فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى ٧% وتعين رد ما دفع زائداً على هذا المقدار — ولو قصد ا لشارع غير ذلك ، لعبر عنه كما عبر في المادة ٢٣٢ بقوله " لا يجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ، ولا يجوز في أية حال أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكـــثر من رأس المال ... وإذن فالذي يتعلق بالنظام العام في هذا النص هو منع حصول الاتفاق على فوائد أزيد من السعر المقرر ، فلا يسرى ذلك إلا على العقود التي يحصل الاتفاق عليها بعد صدور تلك القوانين " . ولا نحسب أن المشرع قصد المغايرة في الحكم بين عدم جواز الاتفاق على سعر يزيد على ٧% وعدم جواز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ، لمجرد أنه استعمل تعبيرين مختلفين ، فقال في الحـــالة الأولى " فإذا اتفقا ... " وقال في الحالة الثانية " لا يجوز تقاضى ... " . ففي الحالتين أراد المشرع ألا يجيز تقاضى فوائد بسعر يزيد على ٧% وألا يجيز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد. والنصان — بهذا المعنى — حكمها واحد من حيث اتصالهما بالنظام العام .

وقد قضت الفقرة الثانية من المادة ٢٢٧ ، كما رأينا ، على أن " كل عمولة أو منفعة ، أياً كان نوعها ، اشترطها الدائن ،إذا زادت هي والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى المتقدم ذكره ، تعتبر فائدة مستترة ، وتكون قابلة للتخفيض ، إذا ما ثبت أن هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها ولا منفعـــة مشروعة " . وهذا النص مأخوذ من المرسوم بقانون الصادر في ١٩ من شهر مارس سنة ١٩٣٨ ، وقد أضافته لجنة المراجعة فقرة ثانية للمادة ٢٢٧ . ولا يختلف النص الجديد عن أصله إلا في أمرين : (١) وقع تحريف لفظي في النقل عن الأصل ، فقد ورد في آخر النص الجديد عبارة " ولا منفعة مشروعة " ، وصحتها : " ولا نفقة مشروعة " . كما ورد في الأصل ، وبذلك يستقيم المعنى . (٢) عين المرسوم بقانون من يحمل عبء إثبات أن العمولة أو المنفعة هي فائدة مستترة فجعله المدين ، أما في التقنين المدني الجديد فقد استبدلت عبارة " إذا ما ثبت أن ... " بعبارة " إذا ما أثبت المدين أن ... " ، وبذلك يكون تعيين من يحمل عبء الإثبات خاضعاً للقواعد العامة [١] . ويبدو أن القواعد العامة لا تختلف عما كان المرسوم بقانون يقضي به ، فعبء الإثبات يحمله المدين وعليه أن يثبت أن العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها ولا نفقة مشروعة يكون الدائن قد صرفها ، لأن المدين إنما يطعن بالصورية فيما اتفق عليه مع الدائن ، ويتمسك بأن حقيقة العمولة أو المنفعة هي فوائد ربوية ، فهو الذي يحمل عبء الإثبات [٢] ، ولكن له أن يثبت ذلك بجميع الطرق ، ولو بالبينة والقرائن ، وفقاً للقواعد العامة في الإثبات [٣] .

---

(١) انظر تاريخ نص المادة ٢٢٧ آنفاً فقرة ٥٠٢ في الهامش — وانظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٦ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان مؤدى الحكم المطعون فيه هو أن العمولة والمصاريف التي اقتضتها الشركة المطعون عليها من الطاعن كانت مقابل خدمات حقيقية ومشروعة قامت بها تنفيذاً لعقود الاتفاق المبرمة بينهما ، ولم تكن فوائد ربوية مستترة ، فإنه يكون في غير محله النعي على هذا الحكم بأنه أجاز الاتفاق على فوائد ربوية مخالفة للقانون (نقض مدني ٢١ مايو سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٦٢ ص ١٠٣٧) . وليس الحكم صريحاً في تحميل المدين أو الدائن عب الإثبات .

(٣) هذا وقد صدر مرسوم بقانون آخر (رقم ٢٢) في ١٩ مارس سنة ١٩٣٨ ، لا يزال معمولا به حتى اليوم ، بشأن سير البيوتات المالية المشتغلة بتسليف النقود على رهونات . وهو يقضي بأنه " لا يجوز أن يزيد مقدار الفائدة السنوية على الحد المقرر للفائدة التي يجوز الاتفاق عليها والمبين بالمادة ١٨٥ من القانون المدني المختلط والمادة ١٢٠ من القانون المدني الأهلي . ويجوز فضلا عن ذلك تحصيل عوائد تشمين وقياس وتخزين ، ولا يجوز أن يزيد مقدار هذه العوائد على ٤% إذا كانت السلعة أقل من ٢٥٠ قرشاً ولا على ٣,٥% إذا زادت على ذلك ، ويكون تحصيل هذه الرسوم باعتبار سنة كاملة مهما كانت مدة السلفة . ولا تسرى أحكام هذا المرسوم بقانون على القروض المعقودة قبل تاريخ العمل به — وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الخصوص ما يأتي : " ويلاحظ أن نص المشروع في هذا الشأن لا يمس أحكام المرسوم بقانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٣٨ المعدل للأمر العالي الصادر في ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٠٠ بشأن سير —

٥١٤ — جزاء مجاوزة سعر الفائدة : وقد قضت العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٢٢٧ مدني بأنه إذا اتفق الدائن والمدين على فوائد تأخيرية أو تعويضية تزيد على الحد الأقصى للسعر الاتفاقي ، فإنه يجب تخفيضها إلى ٧% ، ويتعين رد ما دفع زائداً على هذا القدر . وللمدين الذي يريد أن يسترد الزيادة أن يقيم الدليل على الربا الفاحش بجميع طرق الإثبات [1] .

= البيوتات المالية المشتغلة بتسليف النقود على رهونات ، فيما يتعلق بتخويل هذه البيوتات، حق اقتضاء فائدة إضافية في مقابل نفقات التثمين والقياس والتخزين " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٣) .

وقد تجتمع عمليتان في عقد واحد ، فيزيد مجموع ما اشترط فيهما على السعر المسموح به قانوناً ، ومع ذلك يكون كل من العمليتين صحيحاً لاستقلال كل عملية عن الأخرى ، ولدعم مخالفة القانون في أي منهما . وقد قضت محكمة استئناف مصر في هذا المعنى بأن عمليتي القرض والتعهد بعمل شيء وهو توريد أقطان بشروط معينة هما عمليتان مستقلتان إحداهما عن الأخرى ، جائزتان قانوناً ، ولا يضيرهما حصولهما بعقد واحد . ولا محل للقول بأنه إذا أضيفت الغرامة المشتركة في حالة عدم القيام بالوفاء بالتعهد بالتوريد إلى فائدة عملية القرض الأولى جاوزت الفائدة المقدار المسموح به قانوناً ، لأن التعويض المتفق عليه بعقد التوريد هو نظير ما يفوت المتعهد له (البنك) من المنفعة العامة بسبب عدم توريد الأقطان ، لأنها إذا وردت نشأت عنها عملية أخرى هي اعتماد بحساب جار بتأمين هذه الأقطان يلتزم به البنك قبل العميل أن يقرضه قرضاً جديداً ، والبنك أمام هذا الالتزام يرصد من أمواله مبلغاً موازياً بنسبة معينة من قيمة البضائع انتظاراً للقيام بهذا التعهد ، فإحلال العملاء بالتوريد يفوت على البنك الانتفاع باستخدام ماله واستغلال شونه (استئناف مصر ٢٠ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ٥٢٥ ص ١٠٣٥) .

(١) وقد قضي بأنه لما كان الربا الفاحش مخالفاً النظام العام ، جاز أن يثبت بكل طرق الإثبات ، بما في ذلك البينة والقرائن (استئناف مختلط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٧٨ — طنطا الجزئية ٢٦ فبراير سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٤ ص ٢١٥) ، ومتى ثبت أن هناك ربا فاحشاً ، انتقل عبء الإثبات إلى الدائن، وعليه أن يثبت المقدار الحقيقي للقرض (استئناف مختلط ٣١ مارس سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٨٥) . وتبحث المحاكم فيما إذا كانت العقود تشتمل على ربا فاحش ، وذلك كيفما كانت ماهية هذه العقود وشكلها (استئناف أهلي ٢١ أبريل سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ١٥٤) . فإذا اتضح لها أن عقد قرض بفوائد فاحشة سمي بيعاً بقصد إخفاء الربا ، وجب عليها اعتبار العقد بحسب حقيقته وتنزيل الفوائد الزائدة المضافة إليه (رشيد ١٥ يناير سنة ١٩١٨ الشرائع ٤ ص ٢٧٨) . وإذا قبض المؤجر من المستأجر مبلغاً من المال وقت تحرير عقد الإجارة على أن يؤجر الأطيان بأجرة هي دون القيمة ، وثبت للمحكمة أن عقد الإيجار ما هو في الحقيقة إلا عقد تأمين على قرض ، وأن الفرق بين الأجرة المتفق عليها وما تساويه العين المؤجرة ودفع أجرها تقدرها عن مدة وضع يده عليها ، وتقضي على المؤجر برد المبلغ الذي تسلمه عند تحرير العقد مع فوائد بواقع ٩% (استئناف أهلي ٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٨ المحاماة ٦ ص ٨٥٧) . أنظر أيضاً ربا فاحشاً في صورة عمولة (استئناف أهلي أول ديسمبر سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ ص ٢٢٤) ، وفي صورة رهن (استئناف أهلي ٢٣ مايو سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ ص ٢٢٤) ، وفي صورة غاروقة (أسيوط ٧ مارس سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ ص ١٦٣) . أنظر أمثلة أخرى لعقود تخفي ربا فاحشاً في القضاء المختلط: استئناف مختلط ٢ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٨٧ — ١٥ أبريل سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٣٣٧ =

والتخفيض إلى الحد المقرر في القانون لا يقتصر على السعر الاتفاقي ، بل يتناول أيضاً على سبيل القياس السعر القانوني [1] . فإذا دفع المدين للدائن فوائد قانونية بسعر يزيد على

= — ٢٢ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٠٤) . وأنظر في وجوب عدم الاقتصار على احتمال مظنة الربا الفاحش ، بل يجب في هذه الحالة أن تحيل المحكمة الدعوى على التحقيق ليثبت المدين أن هناك ربا فاحشاً : نقض مدني ١٢ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٩٨ ص ٦٤٦ ، وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم في قسم الإثبات .

(1) أ — وإن كان الترخيص المشار إليه قد صدر لمجلس إدارة البنك المركزي في إطار المادتين الأولى والسابعة من القانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٧٥ اللتين تمنحان للبنك المركزي سلطة تنظيم السياسة النقدية والائتمانية والمصرفية والإشراف على تنفيذها وفقاً للخطة العامة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية طبقاً للسياسة العامة للدولة إلا أن ذلك لا يعني أن القرارات التي يصدرها مجلس إدارة البنك المركزي استناداً إلى الفقرة (د) من المادة السابعة المشار إليها ، وتتضمن رفعاً لسعر الفائدة التي يجوز للبنوك التعاقد عليه في عملياتها المصرفية ، تعتبر من قبيل القواعد المتعلقة بالنظام العام التي تسرى بأثر مباشر على ما يستحق في ظلها من فوائد العقود السابقة على العمل بها ، ذلك أن الأصل في استحقاق الفوائد الاتفاقية هو اتفاق الدائن مع المدين ، فإذا اتفق الطرفان على سعر معين فلا يجوز للدائن أن يستقل برفعه ، ويبين من النص المشار إليه أن الشارع التزم هذا الأصل ، إذ تدل صياغته على أن الشارع قصد سريان الأسعار الجديدة على العقود التي تبرمها البنوك بعد العمل بهذه الأسعار ، مما مؤداه أن تظل العقود السابقة محكومة بالأسعار المتفق عليها فيها وخاضعة للقوانين التي نشأت في ظلها وهو ما التزمت به القرارات الصادرة من مجلس إدارة البنك المركزي في هذا الشأن ، حيث نصت القاعدة الثامنة من القواعد العامة التي تصدرت كتاب البنك المركزي الصادر في أول يوليو سنة ١٩٧٩ بأسعار الخدمات المصرفية الموحدة على أن تسرى هذه الأسعار على العقود والعمليات التي أبرمت في ظلها ، أما بالنسبة للعمليات القائمة التي أبرمت قبل صدورها فإن العبرة بما تم عليه التعاقد أي أن العقود تظل محكومة بالأسعار التي كانت سارية وقت التعاقد ، كما تضمنت قرارات البنك المركزي الأخرى التي صدرت استناداً إلى الفقرة (د) المشار إليها بنداً يقضى بسريان الأسعار الواردة بها على العقود الجديدة والعقود المجددة والعقود القائمة في حالة سماحها بذلك . وهو ما يؤكد أن قصد الشارع لم ينصرف إلى سريان الأسعار المرتفعة الجديدة تلقائيا على ما يستحق في ظلها من فوائد العقود السابقة على العمل بها ، لما كان ذلك وكانت العلاقة بين البنوك وعملائها تخضع بحسب الأصل لمبدأ سلطات الإرادة ، فإن قرارات البنك المركزي المشار إليها لا تعتبر على إطلاقها ، من قبيل القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام ، ولا يترتب البطلان في مخالفتها فيما تعقده البنوك مع عملائها من عقود مصرفية إلا إذا جاوز سعر الفائدة المتفق عليها بها الحد الأقصى الذي تحدده تلك القرارات ، إذ يجرى عليها في هذه الحالة ذات الحكم المقرر بالنسبة لتجاوز الحد الأقصى للفوائد المنصوص عليها في المادة ٢٢٧ من القانون المدني، اعتباراً بأن الحد الأقصى المقرر للفائدة التي يجوز الاتفاق عليها قانوناً هو — وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة — مما يتصل بقواعد النظام العام .

(جلسة ١٩٨٣/٦/٢٧ الطعن رقم ١٦٠٧ لسنة ٤٨ ق س ٣٤ ص ١٤٨٠) .

(جلسة ١٩٥٨/١٢/٢٥ الطعن رقم ٢٠٧ لسنة ٢٤ ق س ٩ ص ٨٣٩) .

(جلسة ١٩٥٧/١١/٢٨ الطعن رقم ٢٤٤ لسنة ٢٣ ق س ٨ ص ٨٣٤) .

ب — مفاد الفقرة الثانية من المادة ٢٢٧ من القانون المدني أن القانون لا يحظر على الدائن أن يجمع بين تقاضي العمولة والفائدة المتفق عليها ولو زاد مجموعهم عن الحد الأقصى المقرر قانوناً للفائدة إلا إذا كانت العمولة المشتركة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها .

(جلسة ١٩٧٦/٦/١٤ السنة ٢٧ ص ١٣٤٥) .

٤ أو ٥% ، فإن الفوائد تخفض إلى هذا السعر ، ويسترد المدين ما دفعه زائداً. ويندر أن تقع الزيادة في السعر القانوني ، والغالب أنها تقع في السعر الاتفاقي ، ولذلك ورد النص في هذا السعر الأخير .

وقد كان تخفيض السعر إلى الحد المقرر قانوناً هو أيضاً جزاء مجاوزة سعر الفائدة في عهد التقنين المدني السابق . إما رد ما دفع زائداً فقد كان مختلفاً فيه [1] ، فحسم التقنين المدني الجديد هذا الخلاف إذ نص صراحة على وجوب الرد. ونرى أن نص التقنين المدني في هذه المسألة هو نص تفسيري ، ومن ثم يطبق على ما دفع من الفوائد زائداً على الحد المقرر حتى لو كان ذلك قبل يوم ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فيجب على الدائن رده .

ويتقادم الالتزام بالرد بمضي ثلاث أو خمس عشرة سنة وفقاً لأحكام المادة ١٨٧ مدني ، لأن هذا الالتزام مصدره دفع غير المستحق .

المبحث الثاني

جواز النزول عن الحدود المقررة وجواز الزيادة عليها

٥١٥ – فرضان : قرر القانون سعر الفائدة ، القانوني والاتفاقي ، في الفوائد التأخيرية وفي الفوائد التعويضية ، على النحو الذي بسطناه . ولكن هناك أحوالا ، نص عليها القانون ، يجوز النزول فيها عن هذه الحدود المقررة كما أن هناك أحوالا ، على النقيض من ذلك ، تجوز فيها الزيادة على هذا الحدود .

ونتناول بالبحث كلا من هذين الفرضين .

---

(١) فمن الأحكام ما كان يقضي بعدم جواز استرداد ما دفع زائداً عن اختيار : استئناف أهلي ١٦ فبراير سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٦ رقم ٦٦ ص ١١١ – استئناف مختلط ١٤ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٨٨ – ١٢ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٤٣ – ٥ مارس سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٥١) .

ومن الأحكام ما كان يقضي بجواز استرداد ما دفع زائداً ولو كان الدفع عن اختيار : استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٧٨ – مصر استئنافي ٩ مارس سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ ص ٢١٧ – طنطا ٢٠ أكتوبر سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ ص ١٠٧ . أنظر أيضاً في عدم جواز الاسترداد الفقرة الثانية من المادة ٧٦٦ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني .

المطلب الأول

جواز النزول عن الحدود المقررة

٥١٦ – النصوص القانونية: تنص المادة ٢٢٩ من التقنين المدني على ما يأتي:

" إذا تسبب الدائن ، بسوء نية ، وهو يطالب بحقه ، في إطالة أمد النـــزاع ، فللقاضي أن يخفض الفوائد ، قانونية كانت أو اتفاقية ، أو لا يقضي بها إطلاقا ، عن المدة التي طال فيها النـــزاع بلا مبرر " .

وتنص المادة ٢٣٠ على ما يأتي :

" عند توزيع ثمن الشيء الذي بيع جبراً لا يكون الدائنون المقبولون في التوزيع مستحقين بعد رسو المزاد لفوائد تأخير عن الأنصبة التي تقررت لهم في هذا التوزيع إلا إذا كان الراسي عليه المزاد ملزماً بدفع فوائد الثمن ، أو كانت خزانة المحكمة ملزمة بهذه الفوائد بسبب إيداع الثمن فيها ، على ألا يتجاوز ما يتقاضاه الدائنون من فوائد في هذه الحالة ما هو مستحق منها قبل الراسي عليه المزاد أو خزانة المحكمة . وهذه الفوائد تقسم بين الدائنين جميعاً قسمة غرماء " .

وتنص المادة ٢٣٢ على ما يأتي :

" لا يجوز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد ، ولا يجوز في أية حال أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال ، وذلك دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية " [1] .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٢٩ : ورد هذا النص في المادة ٣٠٧ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " إذا تسبب الدائن، وهو يطالب بحقه ، في إطالة أمد النـــزاع بخطئه ، فللقاضي أن تخفض الفوائد ، قانونية كانت أو اتفاقية ، أو لا يقضي بها إطلاقاً ، عن المدة التي طال فيها النـــزاع بلا مبرر " . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٢٣٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ ذكر أن هذه المادة تعالج حالة الدائن سيئ النية الذي يتعمد إطالة أمد النـــزاع كي تستمر الفوائد في سريانها ، وقد أثبت العمل أنه كثيراً ما يلجأ الدائن إلى إنكار الإمضاء أو إلى الدفوع أو رد القاضي . ورأت اللجنة أن تدخل عبارة " بسوء نية " بدلا من كلمة " بخطئه " لأن فكرة الخطأ قد تتسع لفروض لا يحسن فيها توقيع هذا الجزاء ، ولهذا آثرت اللجنة أن يكون الجزاء قاصراً على حالة سوء النية وحدها ، وأصبحت المادة رقمها ٢٢٩ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٨ – ص ٥٨٩) .

م ٢٣٠ : ورد هذا النص في المادة ٣٠٨ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد ، فيما عدا عبارة " دون تمييز بين دائن مضمون حقه ودائن لا ضمان له " الواردة في آخر نـــص =

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ١٨٦/١٢٦ [١] .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى . في التقنين المدني السوري المواد ٢٣٠ — ٢٣١ و ٢٣٣ ، وفي التقنين المدني العراقي المادتين ١٧٣ فقرة ٣ و ١٧٤ ، وفي التقنين المدني الليبي المواد ٢٣٢ — ٢٣٣ و ٢٣٥ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٧٦٨ [٢] .

= المشروع التمهيدي . وأقرت لجنة المراجعة النص ، وأصبح رقمه ٢٣٧ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة " دون تمييز ... الخ " لأن قسمة الفوائد بين الدائنين جميعاً قسمة غرماء تفيد معنى هذه العبارة ، وأصبح رقم النص ٢٣٠ . ووافق مجلس الشيوخ عليه كما علته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٠ — ص ٥٩٢) .

م ٢٣٢ : ورد هذا النص في المادة ٣١٠ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " ١ — الفوائد على متجمد الفوائد لا تكون مستحقة إلا إذا طولب بها قضائياً أو تم الاتفاق عليها بعد استحقاق الفوائد المتجمدة ، على أن يبلغ المتجمد في الحالتين فوائد سنة على الأقل ، وهذا دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية . ٢ — أما الاستحقاقات الدورية غير الفوائد فتعتبر رؤوس أموال من حيث استحقاق الفوائد عنها " . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٢٣٩ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدل بالمادة بفقرتيها النص الذي استقر في التقنين الجديد ، وقد راعت اللجنة في ذلك ألا تتكرر الفوائد بتقاضي فوائد على متجمد الفوائد ، وأن من المصلحة أن يحال بين الدائن وبين استغلال المدين باقتضاء فوائد تجاوز مقدار الدين نفسه ، وبحسب الدائن أن يكون قد اقتضى فوائد تعادل رأس ماله ، وقد أخذت بهذا الحكم دول أخرى منها سورية والعراق . وأصبحت المادة رقمها ٢٣٢ . ووافق مجلس الشيوخ عليها كما وضعتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٦ — ص ٥٩٧) .

(١) وقد كانت المادة ١٨٦/١٢٦ من التقنين المدني السابق تجرى على الوجه الآتي : " لا يجوز أخذ ولا طلب فوائد على متجمد الفوائد إلا إذا كان مستحقاً عن سنة كاملة " .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٣٠ — ٢٣١ و ٢٣٣ : (مطابقة للمواد ٢٢٩ — ٢٣٠ و ٢٣٢ من التقنين المدني المصري ، فيما عدا أن المادة ٢٣١ من التقنين المدني السوري لا تذكر ما إذا كانت خزانة المحكمة ملزمة بالفوائد بسبب إيداع الثمن فيها) .

التقنين المدني العراقي م ١٧٣ فقرة ٣ و ١٧٤ : (مطابقتان للمادتين ٢٢٩ و ٢٣٢ من التقنين المدني المصري فيما عدا أن المادة ١٧٣ فقرة ٣ عراقي تكتفي بخطأ المدين ولا تشترط سوء نيته . ولا مقابل في التقنين العراقي للمادة ٢٣٠ من التقنين المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٢٣٢ — ٢٣٣ و ٢٣٥ : (مطابقة للمواد ٢٢٩ — ٢٣٠ و ٢٣٢ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٧٦٨ : يجوز أن تؤخذ فائدة عن فوائد رأس المال إما بإقامة دعوى ، وإما بمقتضى عقد خاص منشأ بعد الاستحقاق . وفي كلا الحالين يشترط أن تكون الفوائد المستحقة عائدة إلى مدة لا تقل عن ستة أشهر ، ذلك مع الاحتفاظ بالقواعد والعادات المختصة بالتجارة . (وحكم الربح المركب هنا كحكمه في التقنين المدني المصري السابق وفي التقنين المدني الفرنسي ، فيما عدا أن المدة التي تتجمد فيها الفوائد هي هنا ستة أشهر بدلا من سنة هناك : أنظر الدكتور صبحي المحمصاني في آثار الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٣٣) .

ويتبين من هذه النصوص أن هناك حالات أربع يجوز فيها النزول عن الحدود المقررة: (١) تسبب الدائن بسوء نية في إطالة أمد النـــزاع (٢) الفوائد التأخيرية بعد رسو المزاد (٣)زيادة مجموع الفوائد على رأس المال (٤) الفوائد على متجمد الفوائد ، أي الربح المركب (anatocisme) . ونتناول على التعاقب كلا من هذه الحالات .

٥١٧ – تسبب الدائن بسوء نية في إطالة أمد النـــزاع : لم يستحدث التقنين الجديد هذا الحكم استحداثاً تاماً ،-فقد كان القضاء ا لمصري يسير على مقتضاه. وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " وقديما فطنت محكمة الاستئناف الأهلية إلى هذا التطبيق ... فهو من هذه الوجهة ليس بالجديد كل الجدة بالنسبة للقضاء المصري [١] " .

والمبدأ الذي يقوم عليه هذا الحكم لا تمكن المنازعة فيه ، فهو مبدأ التعسف في استعمال الحق . والدائن إذا تسبب بسوء نية في إطالة أمد النـــزاع ، فهو إنما يتعسف في المطالبة بحقه وفي استعمل الإجراءات التي وُضعها القانون تحت تصرفه للوصول إلى هذا الحق. فبدلا من أن يقصد الوصول إلى حقه ، يعمد إلى إطالة أمد النـــزاع حتى تتراكم الفوائد على المدين ، فيكون هو الرابح من جراء هذا التعسف . فأراد المشرع أن يرد عليه قصده بحرمانه من هذه الفوائد ، كلها أو بعضها، عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر .

ونرى من ذلك أن تطبيق هذا الحكم يقتضي توافر شرطين :

(الشرط الأول) إطالة الدائن أمد النـــزاع بلا مبرر . مثل ذلك أن يلجأ الدائن ، بغرض إطالة أمد النـــزاع ، إلى إنكار إمضائه الموضوع على مخالصة صدرت منه بجزء من حقه ، أو إلى الطعن في هذه المخالصة بالتزوير ، أو إلى الإكثار من الدفوع الكيدية ، أو إلى رد القضاء وما إلى ذلك [٢] . وليس من الضروري أن يرفع الدائن خصومة إلى القضاء، بل يكفي ن يلجأ في المطالبة بحقه إلى إجراءات لا مبرر لها لإطالة أمد النـــزاع [٣]. مثل ذلك أن يكون سريان الفوائد يكفي فيه إعذار المدين ، فيعذره الدائن حتى تسرى الفوائد ، ثم يقف

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٤ – وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأنه يجوز للمحكمة أن ترفض إعطاء الدائن الفوائد القانونية إذا رأت أنه أجرى إجراءات غير لازمة للدعوى ، واتبع طرقاً أوجبت الإطالة بلا فائدة (١٠ مارس سنة ١٨٩٦ والحقوق ١١ ص ١٧٥) . ومن ثم يجوز اعتبار نص المادة ٢٢٩ نصاً مفسراً إذ هو يقنن أحكام القضاء المصري ويجرى على مقتضى القواعد العامة ، فيكون له إذن أثر رجعي .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٩ .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٤ .

عند ذلك ، ويرفض قبول الدين دون سبب مشروع عندما يعرضه المدين ، فيضطر المدين إلى العرض الحقيقي ، فيعمد الدائن إلى إطالة إجراءات هذا العرض ، وهكذا .

(الشرط الثاني) سوء نية الدائن . وقد كان المشروع التمهيدي للمادة ٢٢٩ مدني لا يتطلب سوء النية ، ويكتفي بالخطأ ، فكان صدر المادة يجرى على الوجه الآتي: " إذا تسبب الدائن ، وهو يطالب بحقه ، في إطالة أمد النـــزاع بخطئه ... " . فلوحظ في لجنة مجلس الشيوخ أن هذا النص لا مقابل له في التشريعات الأجنبية ، وأضافت اللجنة شرط سوء النية لأن الاقتصار على مجرد الخطأ يجعل النص يتسع لفروض لا يحسن فيها توقيع هذا الجزاء [1] . فلا يكفي إذن أن يكون الدائن قد أخطأ في إطالة أمد النـــزاع خطأ عادياً، بل يجب أن يكون قد تعمد إطالة أمد النـــزاع حتى تتراكم الفوائد على المدين . فيكون النص إذن تطبيقاً واضحاً لنظرية التعسف في استعمال الحق . وقد رؤى اشتراط سوء النية لأن النتائج التي يرتبها القانون على عمل الدائن نتائج خطيرة [1] ، إذ يسقط حقه في الفوائد ، فلم يجعل هذه النتائج مرهونة بخطأ بسيط من الدائن ، يسهل على المدين دائماً أن ينسبه إلى الدائن بمجرد أن يطول أمد النـــزاع . ولا نميل إلى القول بأن الخطأ الجسيم هنا يلحق بسوء النية ، لأن النص لا يذكر إلا سوء النية ، وأراد من وراء ذلك أن يتشدد حتى لا يهدر حق الدائن في الفوائد إلا جزاء وفاقاً لسوء نيته ، ومن ثم لا يكفي إثبات الخطأ الجسيم .

هذا والمدين هو الذي يحمل عبء إثبات الشرطين معاً : إطالة أمد النـــزاع بلا مبرر وسوء نية الدائن . ومتى تم له إثبات ذلك ، كان للقاضي أن يخفض الفوائد إلى حد معقول، بل كان له ألا يقضي بها إطلاقاً ، وذلك عه المدة التي طال فيها النـــزاع بلا مبرر، ولا ينسحب أثر التخفيض أو الإسقاط إلا عن هذه المدة [2] . فهناك خطأ مشترك (erreur

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٩ . وأنظر آنفاً فقرة ٥١٦ في الهامش . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : " على أن انتفاع المدين بحكم هذه المادة مشروط بإقامة الدليل على وقوع خطأ من الدائن ... " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٤) . وواضح أن هذا يتمشى مع نص المشروع التمهيدي الذي كان يقتصر على اشتراط الخطأ ، لا مع النص النهائي الذي يشترط سوء النية .

(1) لا يكفي لإعمال الجزاء المنصوص عليه في المادة ٢٢٩ من القانون المدني وقوع خطأ من الدائن في مسلكه في الدفاع في الخصومة ولو كان هذا الخطأ جسيماً ، بل لابد من ثبوت سوء نيته وتعمده الإضرار بالمدين حتى تتراكم عليه الفوائد ومن ثم فإن مجرد إبداء الدائن دفاعاً يخفق في إثباته لا يدل بذاته على أنه كان سيئ النية في إطالة أمد التقاضي ، بل لابد لذلك من أن يثبت أن هذا الدفاع كيدي وأن القصد من تقديمه إطالة أمد التقاضي إضراراً بالمدين .

(جلسة ١٩٦٩/٧/٣ الطعن رقم ٣٣١ لسنة ٣٥ ق س ٢٠ ص ١١٠١) .

(جلسة ١٩٦٤/١٠/٢٢ الطعن رقم ٣٧٢ لسنة ٢٩ ق س ١٥ ص ٩٨٨) .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٤ .

(commune : المدين تأخر في الوفاء بالتزامه ، والدائن أطال هذا التأخر بإطالته أمد النـــزاع [1] (1) . والخطأ المشترك من شأنه أن يخفف المسئولية ومظهر التخفيف هو التخفيض من الفوائد ، أو يعدمها إذا وصل خطأ الدائن من جراء سوء نيته إلى حد استغراق خطأ المدين ومظهر انعدام المسئولية هو إسقاط الفوائد .

والفوائد التي يخفضها القاضي أو لا يقضي بها إطلاقاً ، عن المدة التي طال فيها النـــزاع بلا مبرر ، قد تكون فوائد قانونية أو فوائد اتفاقية ، وهي دائماً فوائد تأخيرية لأن المفروض أن الدين قد حل ويطيل الدائن أمد النـــزاع فيه حتى تتراكم الفوائد ، فلا يمكن أن تكون هذه الفوائد إلا فوائد تأخيرية [2] .

٥١٨ – الفوائد التأخيرية بعد رسو المزاد : هذا الحكم استحدثه التقنين الجديد في ضوء تجارب الماضي [3] . فقد كان المدين ، في عهد التقنين المدني السابق ، بعد رسو المزاد وطوال إجراءات التوزيع ، يبقى ملتزماً بدفع الفوائد التأخيرية عن الديون التي تدرج في قائمة التوزيع . وتطول إجراءات التوزيع عادة ، وقد تستغرق سنوات ، والفوائد التأخيرية تتراكم على المدين وهو لا يد له في ذلك ولا يملك دفع هذا الأذى عن نفسه . ومن ثم جاء التقنين المدني الجديد بهذا الحكم المستحدث لدفع الضرة عن المدين .

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٤ .

(1) تقرير الحكم المطعون فيه أنه يترتب على تراضي الدائن في تنفيذ الحكم الصادر لصالحه عدم استحقاقه لفوائد التأخير غير صحيح في القانون ، ذلك أن التراضي في التنفيذ لا يكون له أثر في المدة السابقة على صدور الحكم الابتدائي ، ولا يمنع من استحقاق الفوائد إذا كان على المدين أن يوفي بالدين أو أن يتمسك بأي سبب من أسباب انقضائه .
(جلسة ١٩٤٦/٦/١١ السنة ١٥ ص ٨٢٨) .

(٢) ويذهب الدكتور المحمصاني في كتابة آثار الالتزام في القانون المدني اللبناني (ص ٣٦) إلى أنه يجوز أن يطبق في لبنان حكم تخفيض الفوائد أو إسقاطها لإطالة أمد النـــزاع بسوء نية ، دون حاجة إلى نص في ذلك ، إذ يقول : " ونحن نرى أن ذلك جائز أيضاً في لبنان ، وفاقاً للمبادئ العامة ، لا سيما وفاقاً لمبدأ سوء استعمال الحقوق المنصوص عليه في المادة ١٢٤ من قانون الموجبات ، ووفاقاً لتطبيقات هذه المبدأ العديدة في قانون أصول المحاكمات المدنية التي توجب الحكم بتعويض على من يقدم ، عن نية سيئة ، على إقامة دعوى أو على المعارضة في أي طلب ظهرت صحته (م ٣١) " .

(٣) نذكر للتاريخ أن صاحب الفكرة في هذا النص هو القاضي استنويت (Stenuit) ، وكان يعمل في لجنة تنقيح التقنين المدني على ما مر . وقد أفضى إلينا أن خبرته كقاضي في المحاكم المختلطة دلته على أن الفلاح المدين يحمل غرماً فادحاً من جراء بطء إجراءات التوزيع ، فقد تطول هذه الإجراءات زمناً طويلا ، ولا ذنب له في ذلك ، فتتراكم عليه فوائد الديون طوال المدة التي تسير فيها إجراءات التوزيع . فصيغ هذا النص دفعاً لهذا العبء الثقيل عن عاتق المدين .

وتقضي المادة ٢٣٠ — وقد مر ذكرها — بأن الفوائد التأخيرية لا تسرى بسعرها المقرر ، سواء كان السعر القانوني أو السعر الاتفاقي ، إلا إلى وقت رسو مزاد المال الذي يباشر الدائن إجراءات التنفيذ عليه لاستيفاء حقه . ثم تقف هذه الفوائد التأخيرية بالسعر المقرر . ولا تنتج الديون التي ينفذ بها على أموال المدين فوائد تأخيرية بعد رسو المزاد ، إلا إذا كان الراسي عليه المزاد ، أو كانت خزانة المحكمة بسبب إيداع الثمن فيها ، يلتزم أحد منهما بدفع فوائد على هذا الثمن ، ولا تتقاضى فوائد التأخير إلا في حدود المستحق من هذه الفوائد في ذمة الراسي عليه المزاد أو في ذمة خزانة المحكمة . وبهذا تخفض فوائد التأخير متى كان سعر الفائدة المستحقة قبل الراسي عليه المزاد أو قبل خزانة المحكمة أقل من سعر الفائدة الواجبة على المدين ، وهذا ما يقع في الكثرة الغالبة من الأحوال . وتوزع هذه الفوائد التأخيرية — في الحدود المتقدمة الذكر — بين الدائنين جميعاً قسمة غرماء ، دون تمييز بين دائن مرتهن أو ذي حق امتياز ودائن عادي .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في ختام عبارتها في هذا الصدد : "وغني عن البيان أن هذا الحكم يعدل كل العدل بحقوق المدين ، ويكفل له من الحماية ما يؤمنه من بطء إجراءات التنفيذ . ثم إنه يحمي الدائنين بعضهم من البعض الآخر ، من طريق تحقق المساواة بينهم في توزيع الفوائد المستحقة قبل الراسي عليه المزاد وقبل الخزانة، إذ تقسم بينهم جميعاً قسمة غرماء، دون تمييز بين دائن مضمون حقه ودائن لا ضمان له " [1] .

٥١٩ — زيادة مجموع الفوائد على رأس المال : رأينا أن المادة ٢٣٢ مدني تقضي بأنه لا يجوز في أية حال أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال [1] ، وذلك دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية . وفي هذا النص إمعان من

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩١ — ولما كان هذا الحكم مستحدثاً ولكنه يعتبر من النظام العام لأنه يتعلق بنظام الفوائد ، فإنه يسرى من وقت نفاذ التقنين المدني الجديد ، أي ابتداء من ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، على الديون التي لم تقفل فيها قوائم التوزيع ، وتسرى الفوائد الأصلية عن المدة السابقة على هذا التاريخ .

ويذكر الدكتور صبحي المحمصاني أن هذا الحكم معمول به في لبنان دون نص ، فهو يقول : " وعلى الرغم من أن القانون اللبناني لم ينص على مثل هذا المبدأ صراحة ، فإن العمل في دوائر الإجراء ، لا سيما في بيروت ، جرى موافق له ، إذ أن الفائدة ترصد حتى تاريخ الإحالة القطعية في البيع الجبري تمهيداً لإجراء معاملة التوزيع بين الدائنين " (آثار الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٣٢) .

(1) استحدث المشرع في القانون المدني الجديد قاعدة أوردها في المادة ٢٣١ التي تنص على أنه " لا يجوز في أية حال أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال وذلك دون إخلال بالقواعد والعادات الجارية " ومقتضى ما تقدم أن يكون للدائن لغاية يوم ١٤ من شهر أكتوبر ١٩٤٩ حق اقتضاء =

جانب التقنين المدني الجديد في كراهية الربا ، إذ هو يستحدث قيداً جديداً على الفوائد لم يكن في التقنين المدني السابق ، وليس له نظير في التقنينات الغربية . والواقع من الأمر أن المشروع التمهيدي كان خالياً من هذا النص ، وسار المشروع في اللجان والهيئات المختلفة حتى وصل إلى لجنة مجلس الشيوخ . وفي هذه اللجنة أضيف النص قيداً جديداً على الربا [1]، واستحدثت اللجنة في النص ذاته تحريم تقاضي فوائد على متجمد الفوائد قيداً آخر [1] ، وجاوزت في القيدين أحكام التقنين السابق وأحكام كثير من التقنينات الغربية .

فالقاعدة إذن أن مجموع الفوائد التي يتقاضاه الدائن من مدينه لا يصح في حال أن يزيد على رأس المال . وقد جاء في تقرير لجنة مجلس الشيوخ في هذا الصدد أن اللجنة قد راعت " أن من المصلحة أن يحال بين الدائن وبين استغلال الدين باقتضاء فوائد تجاوز مقدار الدين نفسه . وبحسب الدائن أن يكون قد اقتضى فوائد تعادل رأس ماله . وقد أخذت بهذا الحكم دول أخرى منها سورية والعراق [2] " .

= الفائدة السارية ولو زادت على رأس المال ، وأن لا يكون له بعد هذا التاريخ ، حق اقتضاء فوائد متى كانت الفائدة المستحقة له قد بلغت ما يعادل رأس المال .

(جلسة ٣/١٠/١٩٥٠ الطعن رقم ٦٦٠ لسنة ٢٥ ق س ١١ ص ٥٤١) .

(جلسة ٢٧/١/١٩٦٠ الطعن رقم ١١٥ لسنة ٢٨ ق س ١٤ ع ٢ . ص ٩٣٧) .

(جلسة ٥/٣/١٩٦٤ الطعن رقم ١٢١ لسنة ٢٩ ق س ١٥ ع ١ ص ٢٨١) .

(جلسة ٣٠/١٢/١٩٧٦ السنة ٢٧ ص ١٨٥٧) .

(١) ونذكر هنا أيضاً بالتاريخ أنه لما عرض على لجنة مجلس الشيوخ القيود الكثيرة المختلفة التي وضعها التقنين المدني الجديد على الربا ، أرادت اللجنة الاستزادة منها . فذكرت ما كنت أعلمه من أن العراق وسورية ورثتا من القوانين العثمانية قاعدة تقضي بأنه لا يجوز أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال ، فبادرت اللجنة إلى إدماج هذه القاعدة في نصوص التقنين الجديد هي وتحريم الفوائد المركبة ، وجعلت القاعدتين في نص واحد مستحدث .

(1) مفاد المادتين ٢٣٢ ، ٢٣٣ من القانون المدني أن المشرع قد حرم الفوائد المركبة واستثنى من ذلك ما تقضي به القواعد والعادات التجارية ، كما أقر ما جرى عليه العرف التجاري في تجميد الفوائد في الحساب الجاري وترك أمر تحديدها لما يقضي به العرف .

(جلسة ٣/١٢/١٩٦٤ الطعن رقم ٣٢ لسنة ٣٠ ق س ١٥ ع ٣ ص ١١٢٢) .

(جلسة ٢/٤/١٩٦٥ الطعن رقم ٣٥٨ لسنة ٢٩ ق س ١٥ ع ٢ ص ٤٩٩) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٧ — والأصل في هذا الحكم هو المادة ٤ من قانون المرابحة العثماني ، وتقضي بعدم جواز زيادة مجموع الفوائد على رأس المال . وطبقت القاعدة في العراق وسورية ولبنان لما كانت هذه البلاد جزءاً من الإمبراطورية العثمانية ثم لما استقلت أدخلت القاعدة في كل من التقنين المدني العراقي والتقنين المدني السوري عن طريق التقنين المدني المصري الذي استقى القاعدة هو نفسه من قانون المرابحة العثماني . ويذكر الدكتور صبحي المحمصاني (آثار الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٣١ — ص ٣٢) أن هذه القاعدة لا تزال سارية في لبنان بحكم قانون المرابحة العثماني .

ومجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن يتناول الفوائد بجميع أنواعها : الفوائد التعويضية والفوائد التأخيرية بالسعر الاتفاقي وبالسعر القانوني . فلو أن شخصاً اقترض من مصرف ألفاً من الجنيهات بسعر اتفاقي مقداره ٧% لمدة عشر سنوات ، ولم يسدد من دينه شيئاً طوال هذه المدة ، وحل أجل الدين فتأخر في الوفاء سبع سنوات أخرى ، فإن مجموع الفوائد التعويضية والتأخيرية التي تراكمت عليه بالسعر الاتفاقي هو ١١٩٠ جنيهاً ، وهذا المجموع يزيد على رأس المال بمقدار ١٩٠ جنيهاً ، فلا يجوز للدائن في هذه الحالة أن يتقاضى من مجموع الفوائد التي تراكمت أكثر من ألف من الجنيهات ، وهو ما يساوي رأس المال ، ويضيع عليه من الفوائد مائة وتسعون جنيهاً . وليس في هذا الحكم حماية للمدين فحسب ، بل هو ينطوي أيضاً على معنى العقوبة للدائن ، إذ أنه إما أن يكون قد أهمل في تقاضي حقه، أو تعمد ألا يتقاضاه حتى تتراكم الفوائـــــد على المدين [1] .

ويرد على هذا الحكم القيدان الآتيان :

(أولا) أن النص استثنى ما تقضي به القواعد والعادات التجارية . مثل ذلك الحساب الجاري ، وسيأتي أنه يجوز فيه تقاضي فوائد على متجمد الفوائد وأن سعر الفائدة التجارية فيه غير مقيد بحد معين . فيحتمل إذن أن يزيد مجموع الفوائد في نهاية الحساب على رأس المال ، ويكون ذلك جائزاً تمشياً مع القواعد والعادات التجارية [2] .

---

(١) وهذه القاعدة التي تقضي بأن مجموع الفوائد لا يجاوز رأس المال تعتبر من قواعد النظام العام ، ومن ثم يسري نص المادة ٢٣٢ من وقت نفاذ التقنين المدني الجديد . فإذا كانت هناك عقود أبرمت قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ تجعل للدائن حقاً في تقاضي مجموع من الفوائد يزيد على راس المال ، فما دفع من الفوائد قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ لا يرد ولو زاد على رأس المال . أما منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فلا يجوز أن يكون مجموع الفوائد التي تقاضاها الدائن في الماضي مع الفوائد التي يتقاضاها في المستقبل أكثر من رأس المال. فإذا فرض أن شخصاً اقترض مبلغاً مقداره ١٠٠٠ جنيه بسعر ٨% في يناير سنة ١٩٤٠ لمدة عشرين سنة ، وبقي يسدد الفوائد إلى ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، ثم استمر بعد ذلك يسددها بسعر ٧% ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، حتى وصلت جملة ما دفعه من الفوائد منذ بداية القرض ألفاً من الجنيهات ، فإنه لا تجب عليه بعد ذلك أية فوائد . ولو أن هذا الشخص اقترض هذه المبلغ (١٠٠٠ جنيه) بهذا السعر (٨%) في يناير سنة ١٩٣٥ لمدة عشرين سنة ، فإنه يكون قد دفع حتى ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ من الفوائد أكثر من ١٠٠٠ جنيه ، فينقطع منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ عن دفع أية فوائد ، ولكنه لا يسترد ما دفعه قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ زائداً على ١٠٠٠ جنيه .

(٢) وقد صدر من محكمة مصر الكلية ، في ٢٥ أبريل سنة ١٩٥٥ ، في القضية رقم ٥٨١٨ لسنة ١٩٥٣، حكم لم ينشر بعد يقضي بأن العادات التجارية في القروض طويلة الأجل ، تسمح بمجاوزة مجموع الفوائد لرأس المال . وقد جاء في أسباب هذا الحكم ما يأتي : " وحيث إن المشرع لاحظ في النص على عدم الإخلال بالقواعد والعادات التجارية أن للعرف السائد قوة القانون المسنون ، وأنه لا بد من عدم المساس بأحكام المعاملات التي جرى بها العرف من قديم الزمان ، ومنها القروض طويلة الأجل التي تعقدها المصـــــارف -

(ثانياً) زيادة مجموع الفوائد على رأس المال ممنوعة في الصفقة الواحدة ، لا في مجموع الصفقات إذا تعددت . فإذا اقترض شخص مبلغاً من النقود بفائدة ، وتراكمت الفوائد ، ثم قطع المدين حساب هذا القرض ، وعقد مع المقرض قرضاً آخر أدخل فيه رصيد القرض الأول ، كان لكل قرض حسابه ، ولا يجوز أن يزيد مجموع الفوائد على رأس المال في كل من القرضين ، ولكن تجوز زيادة مجموع الفوائد في القرضين معاً على رأس المال في أي قرض منهما . على أنه يجب ألا يكون في ذلك طريق للتحايل على حكم القانون ، فيعمد الطرفان إلى تجزئة القرض الواحد إلى قرضين تجزئة صورية الغرض منها أن يجاوز مجموع الفوائد رأس المال .

على أن الحكم الذي نحن بصدده — عدم مجاوزة مجموع الفوائد رأس المال — ليس بالقيد الخطير في الصفقات العادية . إذ يندر في هذه الصفقات أن يصل الدائن من الإهمال في تقاضي الفوائد إلى حد أن تتراكم فتجاوز رأس المال . ويسهل دائماً على الدائن أن يتفادى هذه النتيجة بتحديد مدة معقولة لحلول أجل الدين ، ثم إذا حل أجله لا يتراخى في المطالبة به إلى الحد الذي تتراكم فيه الفوائد فتزيد على رأس المال . وفي هذا مصلحة لكل من الدائن والمدين : الدائن يتفادى أن يضيع عليه شيء من الفوائد ، والمدين لا يترك له الحبل على الغارب فيستسلم إلى تهاونه ، بل تحفزه مطالبة الدائن إلى السعي في سداد دينه فلا تتراكم الفوائد عليه [1] .

— والشركات في نطاق نشاطها المألوف . ولا يمكن بحال أن يكون الشارع قد قصد القضاء على الائتمان الطويل ، بمحاربة القائمين به ، على ما يؤديه هذا الائتمان من خدمات جليلة للاقتصاد القومي ، ومع ما يتسم به من طابع التيسير على المدينين . ولكن الشارع قصد — فحسب — منع المرابين المحترفين من استغلال الضعفاء على صورة كريهة ممقوتة ، فعمل على حمايتهم في هذه الصورة وفي هذه الظلال . ولم يفته الاحتياط لأثر العادة التجارية ، بما يحفظ كيان الأوضاع الاقتصادية في البلاد " .

ولكن صدر قبل ذلك ، من محكمة مصر الكلية أيضاً ، حكمان يقضيان بعكس هذا الرأي : صدر الأول في ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٥١ في القضية رقم ١٤١٩ لسنة ١٩٥١ ، وصدر الثاني في نفس هذا التاريخ في القضية رقم ٢٥٣٠ لسنة ١٩٥١ ، وتأيد هذا الحكم الثاني من محكمة استئناف مصر في ٥ مارس سنة ١٩٥٣ في القضية رقم ٦٩/١٧ — وسنعرض في الحاشية التالية إلى القروض طويلة الأجل .

(١) غير أن هناك نوعاً من القروض قد تستعصي طبيعتها على هذا التدبير ، وهي قروض الإنتاج طويلة الأجل . وتتميز هذه القروض بخصيصتين : (١) ينتفع المقترض بالقرض للإنتاج لا للاستهلاك . فهو إما مزارع يريد إصلاح أرضه البور ، أو مالك أرض فضاء يريد البناء عليها ، أو نحو ذلك ، فيقترض مبلغاً كبيراً من المال لمشروعه الإنتاجي من مصارف للائتمان العقاري تخصصت لهذا الغرض . (٢) يكون القرض ذا أجل طويل، وينبغي أن يكون كذلك ، فإن المقترض إنما يقترض كما قدمنا للإنتاج لا للاستهلاك ، فيعتمد في سداد أقساط الدين على غلة ما أنتجه، مع استيفاء شيء من هذه الغلة لنفسه ليكون مورد عيشه، فلا بد إذن أن =

٥٢٠ – الفوائد على متجمد الفوائد أو الأرباح المركبة : تقضي المادة ٢٣٢ مدني ، كما رأينا ، بأنه لا يجوز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد ، وذلك دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية . ولم يكن هذا هو الحكم في المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد . بل كانت المادة ٣١٠ من هذا المشروع تقضي بأن الفوائد على متجمد الفوائد تكون مستحقة إذا طولب بها قضائياً أو تم الاتفاق عليها بعد استحقاق الفوائد المتجمدة ، على أن يبلغ المتجمد في الحالتين فوائد سنة على الأقل . فكانت الفوائد على متجمد الفوائد (anatocisme, capitalisation des intérêts) جائزة إذن في حالتين : (١) إذا تجمدت الفوائد ، قانونية كانت أو اتفاقية ، لمدة سنة على الأقل ، ثم طالب الدائن المدين قضائياً بفوائد على هذه الفوائد ، فتصبح الفوائد المتجمدة في هذه الحالة عن طريق المطالبة القضائية بمثابة رأس مال ينتج بدوره فوائد قانونية . (٢) إذا تجمدت الفوائد ، قانونية كانت أو اتفاقية ، لمدة سنة على الأقل ، ثم اتفق الدائن والمدين على جعل هذه الفوائد المتجمدة تنتج فوائد بسعر معين ، فتصبح الفوائد المتجمدة في هذه الحالة أيضاً ، عن طريق

= يكون القرض طويل الأجل . ويصل الأجل في كثير من الأحوال إلى عشرين سنة ، بل إلى ثلاثين وأربعين وخمسين في حالات غير قليلة .

وقد جرت عادة مصارف الائتمان العقاري أن تجعل المدين يسدد الدين على أقساط متساوية طوال مدة القرض، فيسدد في كل قسط الفوائد مع جزء من رأس المال يزيد تدرجاً كلما قل ما يجب دفعه من الفوائد. وقد يزيد مجموع ما يدفعه المدين من الفوائد في هذه القروض طويلة الأجل على رأس المال ، فلا بد إذن ، إذا أريد الإبقاء على هذه القروض الإنتاجية النافعة ، من استثنائها بتشريع خاص من حكم المادة ٢٣٢ من التقنين المدني ، وذلك إذا لم يستقر قضاؤنا على جعلها مستثناة من حكم هذه المادة تطبيقاً للعادات التجارية على ما رأينا . ويلاحظ فوق ذلك أن مصارف الائتمان العقاري تقترض هي نفسها – في صورة سندات تصدرها – نقوداً لآجال طويلة تدفع عنها فوائد قد يزيد مجموعها على رأس المال ، ثم تقرض هذه النقود لعملائها ، فهي تقوم في الواقع من الأمر بدور الوسيط بين المقرض والمقترض . ثم إن الحكومة والأشخاص المعنوية العامة (كالمحليات) قد تعقد قروضاً طويلة الأجل يزيد مجموع الفوائد فيها على رأس المال ، ويقع ذلك كثيراً في الإيرادات المؤيدة . وهناك ظروف تضطر فيها الحكومة إلى التقدم لمساعدة أصحاب الأراضي الزراعية بتسوية ديونهم العقارية إلى آجال طويلة يزيد فيها مجموع الفوائد على رأس المال ، كما وقع ذلك في قوانين التسويات العقارية سنة ١٩٣٣ وسنة ١٩٣٦ وسنة ١٩٤٢ – كل هذا من شأنه أن يجعل للقروض طويلة الأجل مركزاً خاصاً يبرر استصدار تشريع استثنائي بشأنها في المعنى المتقدم . وقد أعدت الحكومة بالفعل مشروعاً بقانون في هذا المعنى ، ولكنه لا يزال مشروعاً حتى كتابة هذه السطور .

وغني عن البيان أنه يجب أن تستبقى في التقنين المدني القاعدة الأصلية – وهي عدم جواز زيادة مجموع الفوائد على رأس المال – لمواجهة حالة المرابي المحترف الذي يمد لمدينه في أسباب تأجيل سداد الدين ليستمر في أخذ الفوائد ، فيصل من وراء ذلك إلى تقاضي رأس ماله أضعافاً مضاعفة . ويبقى التشريع الخاص بالقروض طويلة الأجل ، إذا صدر ، تشريعاً استثنائياً يعالج حالة الائتمان العقاري وحدها .

الاتفاق، بمثابة رأس مال ينتج بدوره فوائد اتفاقية [1] . وقد كان هذا هو أيضاً ، بوجه عام، حكم التقنين المدني السابق (أنظر م ١٨٦/١٢٦) [2] .

وسار المشروع التمهيدي في مراحله المختلفة ، حتى وصل إلى لجنة مجلس الشيوخ، فرأت هذه اللجنة تحريم الفوائد على متجمد الفوائد إطلاقاً ، مقتدية في ذلك ببعض

---

(١) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " لم يغب عن المشروع ما للفوائد المركبة من بالغ الأثر في زيادة أعباء المدين ، ولا سيما بعد أن عمدت بعض التقنينات الحديثة إلى تحريمها ... بيد أنه رأى إباحتها بشروط ثلاثة : فاشترط أن تكون واجبة الأداء ، وأن تكون مستحقة عن سنة على الأقل ، وأن يتم الاتفاق على التجميد أو يطالب به الدائن قضائياً بعد أن يصبح ما يردا تجميده منها مستحق الأداء — قارن المادة ١٨٦/١٢٦ من التقنين المصري (السابق) ويظهر أنها تبيح الاتفاق على التجميد قبل حلول الفائدة ، وقد جرى القضاءان المصري والفرنسي على ذلك خلافا لرأي الفقه في فرنسا — ولا يشترط في هذا الصدد حلول أجل الوفاء برأس المال المنتج لتلك الفوائد " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٨ — ص ٥٩٩) .

(٢) أنظر في فوائد الفوائد أو الربح المركب في التقنين المدني السابق الموجز للمؤلف فقرة ٤٥٣ — استئناف مصر ٣ يناير سنة ١٩٤٥ المجموعة الرسمية ٥/٤٧ و ٢/١٢١/٦ — مصر الكلية الوطنية ٨ يوليو سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ٣١٤ — استئناف مختلط ٢ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٥٤ — ٣ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٣٨ — ٧ يونية سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤١٣ — ١٣ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢١٦ — ٢ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٥٢ — ٧ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٤٧ . ولم يكن يشترط عدد كامل من السنين تتجمد فيه الفوائد ، فكسور السنة تتجمد فوائدها إن أضيفت إلى فوائد سنة أو سنتين أو أكثر (بور سعيد الوطنية ١٤ أغسطس سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ١٣٠٣) . على أن المدة التي تتجمد فيها الفوائد ليست بذات أثر كبير ، فقد حسب الأستاذان بودري وبارد (جزء أول فقرة ٥٣٤) أنه إذا جمدت الفوائد كل سنة ، بسعر ٥% ، تضاعف رأس المال في ١٤,٢١ سنة ، وإذا كان تجميدها كل شهر تضاعف رأس المال في ١٣,٩٣ سنة ، وإذا كان التجميد كل أسبوع تضاعف رأس المالي في ١٣,٧٨ سنة ، فالفرق في المدد التي يتضاعف فيها رأس المال ليس إذن بكبير .

وكان يشترط في عهد التقنين المدني السابق أن تكون المطالبة القضائية بعد تجمد الفوائد لا قبل التجمد (استئناف مختلط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٧٤ — ١٣ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢١٦ — مصر الكلية الوطنية ٨ يوليو سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ٣١٤) . أما بالنسبة إلى الاتفاق فكان يجوز أن يتم الاتفاق قبل تجمد الفوائد (استئناف أهلي ١٨ مايو سنة ١٩١٤ الشرائع ١ ص ٢٤٧ — استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٢٢ — أول يونية سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٥٣ — ٧ يونية سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤١٣) . وفي فرنسا يجيز القضاء الاتفاق مقدماً قبل تجمد الفوائد ، ولكن الفقه لا يجيز الاتفاق إلا بعد أن تتجمد الفوائد ، ويحتج بنص المادة ١١٥٤ من التقنين المدني الفرنسي وهي تقضي بعدم جواز الاتفاق على تجمد الفوائد إلا بعد استحقاقها (les intérêts échus de capitaux) (الموجز للمؤلف فقرة ٤٥٣ ص ٤٥٧ — وأنظر في الفوائد على متجمد الفوائد في القانون الفرنسي أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٨ ص ١٦٥ — ص ١٦٩ — بودري وبارد ١ فقرة ٥٢٤ — فقرة ٥٤١ — ديموج ٦ فقرة ٤٠٥ — فقرة ٤٢٠ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٨٧ — فقرة ٨٩٠ .

التقنينات الحديثة [1] ، وهذه هو الرأي الذي استقر في التقنين المدني الجديد [2] . والواقع أن تقاضي فوائد على متجمد الفوائد لا يخلو من الخطر ، فإن رأس المال إذا أقرض بسعر ٤% ، تضاعف إذا كان الربح بسيطاً في ٢٥ سنة ، وهو يتضاعف إذا كان الربح مركباً في ١٩ سنة فقط . وإذا قرض بسعر ٥% ، تضاعف في ٢٠ سنة إذا كان الربح بسيطاً ، وفي ١٤ سنة إذا كان الربح مركباً . وإذا أقرض بسعر ٧% تضاعف في ١٤ سنة في حالة الربح البسيط ، وفي ١٠ سنوات في حالة الربح المركب . فالفرق كبير إذن بين الربح المركب والربح البسيط . وقد أحسن التقنين المدني الجديد صنعاً في تحريم الأرباح المركبة [3] .

على أن هناك قيدين يردان على هذا التحريم :

(أولا) ما تقضى به القواعد والعادات التجارية من جواز الأرباح المركبة في بعض الحالات . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : " ويلاحظ أخيراً أن عرف التجارة قد يقضى بالخروج على النصوص الخاصة بتجميد الفوائد . ومن ذلك مثلا إجازة تجميد ما يستحق منها عن مدة تقل عن سنة في الحساب الجاري ، دون حاجة إلى اتفاق أو مطالبة قضائية [4] " .

(ثانياً) الاستحقاقات الدورية غير الفوائد، كالأجرة والإيرادات المرتبة مدى الحياة [5] والاستحقاق في الوقف ، لا تعتبر في حكم الفوائد ، فيجوز تقاضى فوائد عن المتجمد من

---

(١) أنظر في تقنين الالتزامات السويسري م ١٠٥ فقرة ٢ (ومع ذلك أنظر م ٣١٤ فقرة ٣) — التقنين المدني الألماني م ٢٨٩ فقرة أولى (ومع ذلك فقد أجاز التقنين المدني الألماني التعويض عن تأخر المدين في الوفاء بفوائد الدين) — التقنين الشيلي م ١٥٥٩ و ٢٢١٠ — وكان قانون جوستنيان والقانون الفرنسي القديم يحرمان تقاضى فوائد على متجمد الفوائد .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٧ — وأنظر تاريخ نص المادة ٢٣٢ آنفاً فقرة ٥١٦ في الهامش .

(٣) ولما كانت قاعدة تحريم الأرباح المركبة التي استحدثها التقنين المدني الجديد تعتبر من قواعد النظام العام ، فإنها تسرى منذ نفاذ هذا التقنين . ومن ثم فكل اتفاق على فوائد مركبة أبرم قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ينتج أثره إلى هذا التاريخ فقط ، وتستحق فوائد على ما تجمد من الفوائد إلى يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ بشرط أن تكون الفوائد قد تجمدت لمدة سنة على الأقل ، وما يتجمد من الفوائد بعد ذلك لا يتقاضى الدائن عنه أية فوائد طبقاً لقاعدة التحريم الجديدة . وإذا كان استحقاق فوائد الفوائد آتياً عن طريق المطالبة القضائية ، فإذا كانت هذه المطالبة قد تمت قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ حكم للدائن بفوائد على متجمد الفوائد ولو صدر الحكم بعد يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ لأن الأحكام تستند إلى يوم رفع الدعوى. أما إذا كانت المطالبة القضائية لم تتم قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فلا يحكم للدائن فوائد على متجمد الفوائد حتى لو كان الدين الأصلي قد عقد قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٩ .

(٥) أما الإيرادات الدائمة فهي تعتبر فوائد عن مبلغ من النقود ، ولا تستثنى من تحريم الأرباح المركبة أو من تقييدها إلا بنص صريح . وهذا النص لم يكن موجوداً في التقنين المدني السابق و لم يوجد في التقنين المدني =

هذه الاستحقاقات . فإذا اتفق المؤجر مع المستأجر مقدماً على أن تأخر المستأجر في دفع الأجرة عن مواعيدها يستوجب سريان فوائد تأخيرية بسعر معين على ما تأخر من الأجرة ، جاز هذا الاتفاق ، ولا يعترض عليه بأن الأجرة المتجمدة هي بمثابة الفوائد المتجمدة فلا يجوز أن يتقاضى فوائد عليها [1] .

والذي يميز الفوائد بمعناها الفني الدقيق عن هذه الاستحقاقات الدورية ، أن الفوائد هي ريع دوري عن مبلغ من النقود ، أما الاستحقاقات الدورية فهي إما أن تكون ريعاً دورياً عن رأس مال ليس مبلغاً من النقود [2] ، وإما أن تكون ناتجة عن مبلغ من النقود ولكنها ليست بريع دوري [3] .

= الجديد . وهو موجود في التقنين المدني الفرنسي في المادة ١١٥٥ من هذا التقنين . ويبررون في فرنسا استثناء الإيرادات الدائمة من قيود الأرباح المركبة باعتبارين : الاعتبار الأول أنه لا يخشى في الإيرادات المؤبدة أن تتراكم على المدين الفوائد مع رأس المال ، لأن المدين لا يلتزم برد رأس المال إلا في الوقت الذي يختاره هو . والاعتبار الثاني أن القيود الواردة على الأرباح المركبة إنما قصد بها المرابون دون غيرهم ، والمرابون لا يقرضون نقودهم في مقابل إيراد دائم ، بل يقرضونها لأجل (أنظر في ذلك بودري وبارد ١ فقرة ٥٤٢) .

(١) وقد كان المشروع التمهيدي يتضمن نصاً في هذا المعنى هو الفقرة الثانية من المادة ٣١٠ ، وكانت تجرى على الوجه الآتي : " أما الاستحقاقات الدورية غير الفوائد فتعتبر رؤوس أموال من حيث استحقاق الفوائد عنها ". فحذف هذا النص في لجنة مجلس الشيوخ (أنظر تاريخ نص المادة ٢٣٢ آنفاً فقرة ٥١٦ في الهامش). ولكن يكفي تطبيق القواعد العامة للوصول إلى هذا الحكم ، وقد ورد في هذا الصدد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي — وقد كان هذا المشروع يجيز الأرباح المركبة بشروط كما قدمنا — ما يأتي : " ويلاحظ أن ما يستحق من الالتزامات في مواعيد دورية كالأجرة والإيرادات الدائمة (كذا) أو المرتبة مدى الحياة لا يعتبر من قبيل الفوائد بمعناها الفني الدقيق . فيجوز تجميد الأجر والإيرادات وما إليها دون حاجة إلى توافر الشروط الثلاثة التي تقدم ذكرها . ذلك أن هذه الالتزامات لا تفترق عن سائر ضروب الالتزام بأداة مبلغ من النقود ، فهي تنتج ما يستحق عنها من الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية أو من التاريخ المتفق عليه ، ولو وقع الاتفاق قبل أن تصبح بذاتها واجبة الأداء . ولا يشترط فوق هذا أن يحل أجل الوفاء بها ، أو أن تكون مستحقة عن سنة على الأقل. وكذلك يكون الحكم في رد الثمرات والفوائد التي يتولى الغير أداءها للدائن وفاء لدين المدين — أنظر المادة ١١٥٥ من التقنين المدني الفرنسي والمادة ١٠٤ من المشروع الفرنسي الإيطالي " . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٩) — وأنظر في هذه المسألة في القانون الفرنسي : أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٨ ص ١٦٩ — ص ١٧١ — بودري وبارد ١ فقرة ٥٤١ — فقرة ٥٤٥ — ديموج ٦ فقرة ٤٢١ — فقرة ٤٢٦ مكررة — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٩١ .

(٢) وذلك كالأجرة والاستحقاق في الوقف (الخيري بعد إلغاء الوقف الأهلي) والثمرات التي يردها الحائز بسوء نية مع فوائدها .

(٣) وذلك كالإيرادات المرتبة مدى الحياة فإنها ليست مجرد ريع بل يدخل فيها جزء من رأس المال — وإذا وفى الغير الفوائد المستحقة على المدين ، فإنه يرجع عليه بما وفاه من هذه الفوائد ، وتعتبر رأس مال بالنسبة إلى الغير الذي وفاها ، ومن ثم كان له أن يتقاضى فوائد عليها وفقاً للقواعد العامة (بودري وبارد ١ فقرة ٥٤١) .

المطلب الثاني

جواز الزيادة على الحدود المقررة

٥٢١ – النصوص القانونية: تنص المادة ٣٢١ من التقنين المدني على ما يأتي:

" يجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلي يضاف إلى الفوائد إذا أثبت أن الضرر الذي يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بسوء نية " .

وتنص المادة ٢٣٣ على ما يأتي :

" الفوائد التجارية التي تسرى على الحساب الجاري يختلف سعرها القانوني باختلاف الجهات ، ويتبع في طريقة حساب الفوائد المركبة في الحساب الجاري ما يقضى به العرف التجاري " [١] .

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ١٨٧/١٢٧ [٢] .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ٢٣٢ و ٢٣٤ ، وفي التقنين المدني العراقي المادتين ١٧٣ فقرة ٢ و ١٧٥ ، وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٢٣٤ و ٢٣٦ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٦٥ فقرة ثانية [٣] .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٣١ : ورد هذا النص في المادة ٣٠٩ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " يجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلي يضاف إلى الفوائد ، إذا أثبت أن الضرر الذي يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بغش منه أو بخطأ جسيم " . وأقرت لجنة المراجعة النص تحت رقم ٢٣٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة " بسوء نية " بعبارة " بغش منه أو بخطأ جسيم " ، تمشياً مع التعديل الذي أجرى في المادة ٢٣٦ (٢٢٩ مدني) ، وأصبحت المادة رقمها ٢٣١ . ووافق مجلس الشيوخ عليها كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٣ – ص ٥٩٥) .

م ٢٣٣ : ورد هذا النص في المادة ٣١١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٢٤٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٣٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٨ – و ص ٦٠٠) .

(٢) كانت المادة ١٨٧/١٢٧ من التقنين المدني السابق تجرى على الوجه الآتي : " ومع ذلك يجوز أن يختلف قدر الفوائد التجارية في الحسابات الجارية على حسب اختلاف الجهات . وتنضم الفوائد المتجمدة للأصل في الحسابات الجارية بحسب العوائد التجارية " . ولا فرق في هذا الحكم بين التقنينين الجديد والقديم .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٣٢ و ٢٣٤ : (مطابقتان للمادتين ٢٣١ و ٢٣٣ من التقنين المدني المصري) .

ويستخلص من النصوص المتقدمة أن هناك حالتين يمكن فيهما أن يتقاضى الدائن فوائد تزيد على الحدود المقررة فيما تقدم : (١) تسبب المدين بسوء نية في إحداث ضرر يجاوز الفوائد (٢) الحساب الجاري .

ونستعرض كلا من هاتين الحالتين :

٥٢٢ – تسبب المدين بسوء نية في إحداث ضرر يجاوز الفوائد :

تقضي المادة ٢٣١ مدني ، كما رأينا ، بجواز أن يطالب الدائن بتعويض تكميلي يضاف إلى الفوائد إذا أثبت أن المدين قد تسبب بسوء نية في إحداث ضرر يجاوز الضرر الذي جعلت الفوائد تعويضاً له . ونلاحظ منذ الآن أنه قد مر نص مقابل لهذا النص ، هو المادة ٢٢٩ ، وتقضي بأنه " إذا تسبب الدائن ، بسوء نية ، وهو يطالب بحقه ، في إطالة أمد النـــزاع ، فللقاضي أن يخفض الفوائد ، قانونية كانت أو اتفاقية ، أو لا يقضي بها إطلاقاً ، عن المدة التي طال فيها النـــزاع بلا مبرر " . والتقابل بين النصين واضح : هناك تسبب الدائن بسوء نية في إلحاق ضرر استثنائي بالمدين ومن ثم جاز للقاضي تخفيض الفوائد ، وهنا تسبب المدين بسوء نية في إلحاق ضرر استثنائي بالدائن ومن ثم جاز للقاضي زيادة الفوائد . وقد كان المشروع التمهيدي للمادة ٢٣١ يوسع في النص فيقضي بالتعويض التكميلي في حالة ارتكاب المدين لغش أو لخطأ جسيم ، كما كان المشروع التمهيدي للمادة ٢٢٩ يكتفي بالخطأ من جانب الدائن فيما مر بنا . فعدلت لجنة مجلس الشيوخ النصين ، وقصرت الحكم في كل منهما على حالة صدور غش من جانب الدائن أو المدين .

على أن هناك نصاً مر بنا يماثل نص المادة ٢٣١ ، هو المادة ٢٢٥ وتقضي بأنه "إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي ، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيم ". والتماثل بين النصين هو أيضاً واضح: ففي الحالتين يجاوز الضرر قيمة التعويض المقرر ، وذلك بفعل المدين ، فيكون للدائن الحق في تعويض إضافي . ولا يفرق بين الحالتين إلا أن حالة منهما اتفق فيها المتعاقدان على مقدار التعويض في شرط جزائي ، وفي الحالة الثانية التعويض هو عن مبلغ من النقود سواء اتفق

= التقنين المدني العراقي م ١٧٣ فقرة ٢ و ١٧٥ : (مطابقتان للمادتين ٢٣١ و ٢٣٣ من التقنين المدني المصري ، فيما عدا أن المادة ١٧٣ فقرة ٢ عراقي تضيف إلى غش المدين خطأ جسيم) .

التقنين المدني الليبـــي م ٢٣٤ و ٢٣٦ : (مطابقتان للمادتين ٢٣١ و ٢٣٣ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٦٥ فقرة ٢ : غير أنه إذا كان المدين سيئ النية ، جاز أن يعطى عوض إضافي للدائن الذي أضر به امتناع غير مشروع . (وتوافق في الحكم حكم المادة ٢٣١ من التقنين المدني المصري : أنظر الدكتور صبحي المحمصاني في آثار الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٣٥ – ص ٣٦) .

عليه أو كان بالسعر القانوني . ومن أجل هذا التماثل عمد المشروع التمهيدي إلى المساواة في الشروط ما بين الحالتين ، فاشترط في كل منهما غش المدين أو خطأه الجسيم [1] . ولكن لجنة مجلس الشيوخ اعتدت بالتقابل ما بين المادتين ٢٣١ و ٢٢٩ ، دون التماثل ما بين المادتين ٢٣١ و ٢٢٥ ، فحذفت "الخطأ الجسيم"، واقتصرت على " غش المدين " كما مر القول .

والنص الذي نحن بصدده — المادة ٢٣١ — نص جديد لم يكن له مقابل في التقنين المدني السابق . ولكن يمكن القول إنه ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة . والمبدأ الذي يقوم عليه النص — كما هو الأمر في المادة ٢٢٩ — هو مبدأ التعسف في استعمال الحق ، والمدين إذا تسبب بسوء نيته في إحداث ضرر استثنائي بالدائن فهو إنما يتعسف في استعمال حقه في الدفاع ، كما يتعسف الدائن في استعمال حقه في المطالبة [2] [1] .

وتطبيق هذا الحكم يقتضي توافر شرطين :

---

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٣ — ص ٥٩٤.

(٢) بل إن القضاء المصري ، في عهد التقنين المدني السابق كان يقضي بأنه إذا كان للدائن لا حق له إلا في الفوائد القانونية أو الاتفاقية تعويضاً له عن تأخر المدين في وفاء ما عليه ، إلا أنه يجوز أن يكون له حق في تعويضات أخرى غير الفوائد إذا أثبت أنه قد لحقه ضرر خاص من تأخر المدين وبسبب إهماله (مصر الكلية الوطنية ٢٩ مارس سنة ١٩٠٤ المجموعة الرسمية ٥ ص ١٩٢ — الأقصر ٢١ أبريل سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ ص ١٣٠) ، فكان مجرد إهمال المدين يكفي للحكم عليه بتعويض تكميلي ، وليس من الضروري أن يكون سيئ النية .

وقد كان القضاء الفرنسي مستقراً هو أيضاً على هذا المعنى . وصدر في فرنسا قانون في ٧ أبريل سنة ١٩٠٠ يسجل هذا القضاء ، ولكنه يشترط سوء نية المدين ، فأصبحت الفقرة الأخيرة من المادة ١١٥٣ من التقنين المدني الفرنسي (المعدلة بهذا القانون) تقضي بأنه يجوز للدائن ، الذي ألحق به المدين المتأخر في الوفاء عن سوء نية ضرراً غير مجرد التأخير ، أن يحصل على تعويض آخر مستقل عن فوائد الدين (أنظر في القانون الفرنسي في هذه المسألة أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٨ ص ١٦٣ — ص ١٦٤ — بودري وبارد ١ فقرة ٥٠٧ — ديموج ٦ فقرة ٤٠٣ — فقرة ٤٠٤ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧٩ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٥٨٩ ص ٤٢٨ — ص ٤٢٩ — أنظر أيضاً المادة ١٠٦ من تقنين الالتزامات السويسري والمادة ٢٨٨ من التقنين المدني الألماني) . ويشترط هنا أن يكون الضرر غير مجرد التأخر ، أما في التقنين المدني المصري فقد يكون الضرر ناشئاً عن مجرد التأخر ولكن يجب أن يكون ضرراً استثنائياً غير مألوف (أنظر الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٩١ ص ١١٦) .

(1) تأخير المدين في الوفاء بالدين لا يستوجب أكثر من إلزامه بالفائدة القانونية ما لم يثبت أن هذا التأخير كان بسوء نية المدين وترتب عليه إلحاق ضرراً استثنائي بالدائن وذلك وفقاً للمادة ٢٣١ من القانون المدني التي جاءت تطبيقاً للقواعد العامة وتقنيناً لما جرى عليه القضاء في ظل القانون الملغي .
(جلسة ١٩٦١/٦/٢٢ السنة ١٢ ص ٥٦١) .

(الشرط الأول) إحداث ضرر استثنائي بالدائن ، لا يكون هو الضرر المألوف الذي ينجم عادة عن مجرد التأخر في وفاء المدين بالتزامه . مثل ذلك أن يكون المدين عالماً بأن الدائن ارتبط بالتزام يعتمد في الوفاء به على استيفائه لحقه من المدين فإن لم يستوف هذا الحق كان معرضاً لإجراءات شديدة من دائنيه قد تصل إلى حد شهر الإفلاس ، أو يكون المدين عالماً بأن أمام الدائن صفقة رابحة اعتمد في إبرامها على استيفاء حقه ففاتته الصفقة بسبب تأخر المدين في الوفاء بالتزامه . ففي الحالة الأولى أصاب الدائن خسارة فادحة ، وفي الحالة الثانية فاته ربح كبير [1] .

(الشرط الثاني) سوء نية المدين : فلا يكفي حدوث الضرر الاستثنائي على النحو المتقدم الذكر ، بل يجب أيضاً أن يكون المدين سيئ النية في عدم الوفاء بالتزامه . ومجرد علمه بالضرر الاستثنائي لا يكفي لثبوت سوء نيته ، بل يجب أيضاً أن يكون قد تعمد عدم الوفاء بالتزامه وهو عالم بما يحدث ذلك لدائنه من الضرر .

والدائن هو الذي يقع عليه عبء إثبات توافر الشرطين : ما لحق به من ضرر استثنائي وسوء نية المدين . ومتى أثبت ذلك ، كان له أن يتقاضى من المدين تعويضاً تكميلياً يضاف إلى الفوائد التأخيرية المستحقة في ذمة المدين لتأخره في الوفاء بالدين [2] . وهذا التعويض التكميلي هو التعويض عن الضرر الاستثنائي الذي ألحقه المدين بالدائن بسوء نيته ، فيجرى في شأنه قواعد التقدير القضائي للتعويض ، ويقاس بمقدار ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من ربح .

٥٢٣ – الحساب الجاري : وتقضي المادة ٢٣٣ مدني ، كما رأينا ، باستثناء الحساب الجاري من بعض القواعد التي تقررت في نظام الفوائد . وهناك قواعد أخرى استثنى منها الحساب الجاري ، وقد مر ذكرها ، فنحصر تلك الاستثناءات وهذه فيما يأتي :

(أولا) من ناحية المطالبة القضائية : لا يشترط في سريان الفوائد التأخيرية بالنسبة إلى الحساب الجاري المطالبة القضائية ، بل ولا الإعذار . فمجرد الخصم والإضافة في الحساب

---

(١) ويضرب أوبري ورو مثلا : شخص وعد آخر أن يقرضه مبلغاً من النقود حتى يتمكن من استعمال حق استرداد ، ثم لا يفي بوعده ، فيضيع على صاحب حق الاسترداد حقه . في هذه الحالة يرجع الموعود بالقرض على الواعد بتعويض يساوى الضرر الذي أصابه من جراء ضياع حقه في الاسترداد ، ولو زاد هذا التعويض على الفوائد التي يقررها القانون (أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٨ ص ١٦٣ وهامش رقم ٥٠ – أنظر أيضاً بودري وبارد ١ فقرة ٥٠٨) .

(٢) ويلاحظ أن الفوائد لا يمكن إلا أن تكون فوائد تأخيرية كما هو الأمر في صدد المادة ٢٢٩ ، سواء كانت هذه الفوائد التأخيرية بسعر اتفاقي أو بسعر قانوني .

الجاري يجعل الفوائد التأخيرية تسرى دون حاجة إلى أي إجراء آخر [1] . وقد تقدم ذكر ذلك .

(ثانياً) من ناحية السعر القانوني التجاري : وهذا ما تقضى به المادة ٢٣٣ مدني . فالسعر القانوني التجاري للفوائد التأخيرية هو ، كما قدمنا ، ٥% . ولكن في الحساب الجاري يختلف هذا السعر ، وفقاً للعرف التجاري ، بحسب اختلاف الجهات . فيقضى بسعر الجهة ، ولو زاد أو نقص عن ٥% . والحساب الجاري لا يستثنى في هذه الناحية إلا في السعر القانوني التجاري . فلا يستثنى في السعر القانوني المدني وهو ٤% ، بل ينطبق هذا السعر عليه . كذلك لا يستثنى في السعر الاتفاقي ، فيبقى الحد الأقصى لهذا السعر ، حتى بالنسبة إلى الحساب الجاري ، هو ٧% [2] .

(ثالثاً) من ناحية تجمد الفوائد وتقاضى فوائد على المتجمد منها : وهنا أيضاً يستثنى الحساب الجاري ، كما تقضى بذلك المادة ٢٣٣ مدني [3] . فقد رأينا أن الفوائد المركبة محرمة ، ولكن القانون استثنى الحساب الجاري من هذا التحريم . ويتبع في طريقة حساب الفوائد المركبة في الحساب الجاري ما يقضى به العرف التجاري [4] .

(رابعاً) من ناحية عدم جواز زيادة مجموع الفوائد على رأس المال : وقد بينا فيما تقدم أن الحساب الجاري يستثنى من هذا الحظر ، لأن هذا هو ما تقضى به القواعد والعادات التجارية [5] .

---

(١) استئناف مختلط ١٣ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٩٢ — ١٤ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٤٧ — ٢٨ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٧٠ — ٨ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٣٩ — ١٨ نوفمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ١٢ — فإذا ما أقفل الحساب الجاري صار رصيده ديناً تستحق عليه الفوائد من وقت إقفال الحساب الجاري (استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٣١٣ — ١٦ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣١٣ — ٢٩ يناير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٧٥ — ١١ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٨٩)، اتفاقية كانت أو قانونية.

(٢) استئناف مختلط ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٤٧ .

(٣) استئناف مختلط ١٤ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٤٧ — ١٨ نوفمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ١٢ .

(٤) ويؤسس بودري وبارد هذا الاستثناء على مبدأ عدم قابلية الحساب الجاري للتجزئة (indivisibitité du compte courant) ، فلا يصح أن يتجزأ رصيد الحساب الجاري فيعتبر بعض هذا الرصيد فوائد ، بل إن عناصر الحساب الجاري تفقد ذاتيتها وتندمج جميعاً ، بطريق التجديد ، في وحدة لا تتميز فيها الفوائد عن رأس المال (بودري وبارد ١ فقرة ٥٤٦) . وهذا التحليل يؤدى إلى استثناء الحساب الجاري من قاعدة تحريم الربح المركب ، حتى لو كان حساباً غير تجاري ، لأن طبيعة الحساب الجاري واحدة ، تجاريا كان الحساب أو مدنياً (بودري وبارد ١ فقرة ٥٤٩ — ديموج ٦ فقرة ٤٢٧ — فقرة ٤٢٩) .

(٥) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ، في صدد استثناءات الحساب الجاري ما يأتي : "ويراعى أن الحساب الجاري خرج من نطاق تطبيق القواعد الخاصة بالفوائد ، وأصبح العرف محكماً فيه . فقد تقدم أنه استثنى منها كذلك فيما يتعلق بسعر الفائدة القانونيـــة التجارية ، فلا يتحتم أن يكون هذا =

الباب الثالث

أموال المدين تكفل تنفيذ التزاماته
ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل تنفيذ ووسائل ضمان

٥٢٤ — أموال المدين ضامنه لالتزاماته — نصوص قانونية : تنص المادة ٢٣٤ من التقنين المدني على ما يأتي :

" ١ — أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه " .

" ٢ — وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان إلا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون " [١] .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادتين ٥٥٤ — ٦٧٨/٥٥٥ — ٦٧٩ [٢].

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المادة ٢٣٥، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢٦٠ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٣٧ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٢٦٨ — ٢٧١ و ٢٧٥ [٣] .

= السعر ٥% ، بل يجوز أن يختلف تبعاً لتفاوت الأسعار الجارية في الأسواق (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٩) .

وهذه الاستثناءات بالنسبة إلى الحساب الجاري كان معمولا بها في التقنين المدني السابق (أنظر الموجز للمؤلف فقرة ٤٥٣ ص ٤٥٨) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٣١٢ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٤١ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٣٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٠١ ، ص ٦٠٢) .

وأنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٠٢ — و ص ٦٠٣ .

(٢) التقنين المدني السابق م ٦٧٨/٥٥٤ : الدائنون على خمسة أنواع : الأول — الدائنون العاديون الذين يستوفون ديونهم من جميع أموال مدينهم بنسبة قدر دين كل واحد منهم ... م ٦٧٨٩/٥٥٥ : يجوز للدائنين العاديين أن يستوفوا ديونهم من جميع أموال مدينهم ، لكن مع مراعاة الإجراءات المقررة في القانون. ولا يوجد فرق ما بين التقنين الجديد والقديم في هذه المبادئ العامة .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٣٥ : (مطابقة للمادة ٢٣٤ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٢٦٠ : (مطابقة للمادة ٢٣٤ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٢٣٧ : (مطابقة للمادة ٢٣٤ من التقنين المدني المصري) . =

ويتبين من النص المتقدم أن الدائنين ينفذون بحقوقهم على أموال المدين .

وسواء كان التنفيذ عينياً أو كان بطريق التعويض ، فإن مال المدين هو الذي يكون محلا لهذا التنفيذ .

فأموال المدين هي إذن الضمان العام (gage commun) للدائنين . ولا يلتبس هذه الضمان العام بالتأمين الخاص الذي يقع على مال معين للمدين لمصلحة أحد دائنيه . فيقدمه على غيره من الدائنين . فالضمان العام يتساوى فيه كل الدائنين ، ولا يتقدم فيه دائن على آخر . وإنما يتقدم الدائن على غيره إذا كان له تأمين خاص كما قدمنا ، كرهن أو

= تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٦٨ : للدائن حق ارتهان عام على مملوك المديون لا على أفراد ممتلكاته . وهذا الحق ، الذي يكسب الدائن صفة الخلف العام للمديون ، لا يمنحه حق التتبع ولا حق الأفضلية . فالدائنون العاديون هم في الأساس متساوون ، لا تمييز بينهم بسبب التواريخ التي نشأت فيها حقوقهم ، إلا إذا كان هناك أسباب أفضلية مشروعة ناشئة عن القانون أو الاتفاق .

م ٢٦٩ : لحق ارتهان الدائن خصائص كل منها وسيلة موضوعة رهن تصرفه ليتمكن بها من الحصول على ما يحق له — وبعض تلك الوسائل احتياطي محض ، وبعضها يرمي مباشرة إلى التنفيذ الإجباري . وهناك فئة ثالثة من الوسائل متوسطة بين الفئتين السابقتين ، وضعت لتمهيد سبيل التنفيذ الإجباري وإعداد أسبابه .

م ٢٧٠ : إن الوسائل الاحتياطية ، كوضع الأختام وقيد الرهن وقطع مرور الزمن الجاري ، يحق لكل دائن أن يتذرع بها وإن كان حقه معلقاً على أجل أو على شرط .

م ٢٧١ : أما وسائل التنفيذ فهي بالعكس لا يجوز للدائن استعمالها إلا إذا كان حقه مستحق الأداء — وأخص تلك الوسائل الحجز التنفيذي ، ومنها أيضاً طريقة التغريم (م ٢٥١) وحق الحبس ، أي حق كل شخص دائن ومديون معاً في معاملة أو حالة واحدة بأن يمتنع عن التنفيذ مادام الفريق الآخر لم يعرض القيام بما يجب عليه .

م ٢٧٥ : إن الوسائل المتوسطة التي تمهد سبيل التنفيذ لحق ارتهان الدائن بدون أن يتم ذلك التنفيذ هي: الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليانية وحق التفريق بين مملوكين .

وهذه النصوص تتفق مع المبادئ العامة التي تراعى في التقنين المدني المصري والتقنينات المدنية العربية ، والتي سنوردها فيما يلي . ولكن يلاحظ ما يأتي : (١) صرح التقنين اللبناني أن الدائن خلف عام للمدين ، وهذه مسألة فقهية يحسن ألا يعرض لها المشرع . (٢) جعل التقنين اللبناني حق الحبس من وسائل التنفيذ ، وهو أقرب إلى الطرق المتوسطة لأنه يمهد للتنفيذ دون أن يحققه . (٣) ذكر التقنين اللبناني " حق التفريق بين مملوكين " (sépartion des patrimonies) بين الوسائل المتوسطة ، وفي هذا يقوم بعض الجدل (أنظر دي باج ٣ فقرة ١٧٦ ص ١٩٣) . وهو على كل حال متصل بالميراث في القانون الفرنسي ، وذكره على هذا الوصف بلانيول وريبير وردوان ، وكذلك جوسران ، وسار التقنين اللبناني على غرار جوسران . (٤) أغفل التقنين اللبناني دعوى الصورية ، كما أغفلها التقنين الفرنسي . ولكن هذه الدعوى معترف بها في لبنان ، تطبيقاً للقواعد العامة ولبعض نصوص تقنين أصول المحاكمات المدنية (م ١٦٠ — ١٦١) ، وأنظر أيضاً في الاسم المستعار (préte-nom) المادة ٧٩٩ من تقنين الموجبات والعقود (الدكتور صبحي المحمصاني في آثار الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٦٨ — ص ٧١) .

اختصاص أو امتياز ، وهذا ما عنته الفقرة الثانية من النص عند ما قالت : "إلا من كان لهم حق التقدم طبقاً للقانون" . ولكن هذا التقدم لا يستمده الدائن من الضمان العام ، وإنما يستمده من التأمين الخاص ، وبالنسبة إلى العين التي يقع عليها هذا التأمين وحدها .

ولا يكفل الضمان العام حق التتبع لأحد من الدائنين . فإذا باع المدين شيئاً من ماله، خرج هذا المال من الضمان العام ، ولا يستطيع الدائن العادي أن يتتبعه في يد المشترى كما كان يستطيع لو أن له تأميناً خاصاً على المال [1] . فعقد البيع الصادر من المدين يسرى إذن في حق الدائن . وقد حمل ذلك بعض الفقهاء إلى القول بأن الدائن يعتبر خلفاً للمدين ، مادام تصرف المدين ينقص أو يزيد في الضمان العام [2] . والصحيح أن الدائن العادي لا يعتبر خلفاً عاماً ولا خلفاً خاصاً للمدين . وإنما هو ممن يسرى في حقهم تصرف المدين ، باعتبار أن هذا التصرف واقعة مادية (fait materiel) أنقصت أو زادت في ضمانه العام ، لا باعتبار أنه تصرف قانوني (acte juridique) أنشأ حقاً أو التزاماً في جانبه [3] .

والضمان العام الذي للدائن يخول له أن يستأدى حقه من أموال مدينه كما قدمنا . وله أن يتخذ على هذه الأموال طرقاً تحفظية وطرقاً تنفيذية وطرقاً هي وسط ما بين الطرق التحفظية والطرق التنفيذية . وهذه الطرق جميعاً إنما تترتب على هذا الضمان العام ، وتقوم على أساسه ، والغرض منه هو تأكيده وتقويته [4] .

---

(١) وهذه هي إحدى نتائج نظرية الذمة المالية (patrimoine) ، إذ الذمة المالية هي مجموع الحقوق الموجودة أو التي قد توجد والالتزامات الموجودة أو التي قد توجد لشخص معين . فيستخلص من ذلك أن الذمة مجموع (universalité) من المال . ويترتب على أن الذمة مجموع من المال أن يكون للدائنين حق ضمان عام على هذا المجموع لا على مال معين بالذات . وهذا هو الذي يفسر أن الدائن يستطيع التنفيذ على مال للمدين لم يكن ملكا له وقت نشوء الدين ، فلما دخل في ملكه اندمج في المجموع وأصبح أحد عناصره . ويفسر كذلك أن الدائن لا يستطيع التنفيذ على مال كان ملك المدين وقت نشوء الدين وخرج من ملكه وقت التنفيذ ، لأن هذا المال قد انفصل عن المجموع فلم يعد محسوباً ضمن عناصره (أنظر مصادر الحق في الفقه الإسلامي للمؤلف ١ ص ١٧ هامش رقم ١ — وأنظر جوسران ٢ فقرة ٦٤٩ — ٦٥٠) — ثم أنظر في رفض نظرية الذمة المالية الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٩٥ وكذلك رسالته غير المطبوعة في نظرية الذمة المالية .

(٢) أنظر في هذا المعنى جوسران ٢ فقرة ٦٤٩ ، وتقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٦٨ — وأنظر عكس ذلك كولان وكابيتان وموراندير ٢ فقرة ٤٢٢ .

(٣) وإذا كان الخلف يسرى في حقه تصرف السلف ، فليس كل شخص يسرى تصرف الغير في حقه يعتبر خلفاً له . وإنما الخلف هو أحد الطوائف المتعددة التي يسرى تصرف الغير في حقها . وكما يسرى التصرف في حق الخلف ، يسرى في حق الأصيل وفي حق المنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير وفي حق الدائن ، وذلك دون أن يعتبر هؤلاء خلفاً .

(٤) أنظر المواد ٢٦٩ — ٢٧١ و ٢٧٥ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني وقد سبق ذكرها (أنظر آنفاً فقرة ٥٢٤ في الهامش) .

٥٢٥ – الطرق التحفظية والطرق التنفيذية : والأصل أن جميع أموال المدين يجوز التنفيذ عليها ، ومن ثم يجوز أن تتخذ في شأنها إجراءات تحفظية . على أن هناك بعضاً من هذه الأموال استثناه القانون [1] . من ذلك أموال نص القانون على عدم جواز التزول عنها للغير ، كحق الاستعمال وحق السكني (م ٩٩٧ مدني) ، فلا يجوز إن التنفيذ على هذه الأموال ولا الحجز عليها . ومن ذلك أموال لا يجوز التنفيذ عليها لأسباب إنسانية ترجع إلى الشفقة بالمدين . وقد نصت المادة ٣٠٥ من قانون المرافعات على أنه " لا يجوز الحجز على ما يلزم المدين وزوجه وأقاربه وأصهاره على عمود النسب المقيمين معه في معيشة واحدة من الفراش والثياب وكذلك ما يلزمهم من الغذاء لمدة شهر " . ونصت المادة ٣٠٦ من هذا التقنين على أنه " لا يجوز الحجز على الأشياء الآتية إلا لاقتضاء ثمنها أو مصاريف صيانتها ، أو نفقة مقررة : (١) ما يلزم المدين من كتب وأدوات ومهمات لمزاولة مهنته أو حرفته بنفسه . (٢) إناث الماشية اللازمة لانتفاع المدين في معيشته هو وأسرته وما يلزم لغذاء هذه الماشية لمدة شهر " . وقضت المادة ٣٠٧ على أنه " لا يجوز الحجز على ما يحكم به القضاء من المبالغ المقررة أو المرتبة مؤقتا للنفقة أو للصرف منها في غرض معين ولا على الأموال الموهوبة أو الموصى بها لتكون نفقة إلا بقدر الربع وفقاً لدين نفقة مقررة " . ونصت المادة ٣٠٩ على أنه " لا يجوز الحجز على الأجور والمرتبات إلا بمقدار الربع وعند التزاحم يخصص نصفه لوفاء دين النفقة المقررة والنصف الآخر لما عداه من الديون " . ومن ذلك أيضاً قانون الخمسة أفدنه (القانون رقم ٥١٣ لسنة ١٩٥٣ وقد حل محل القانون رقم ٣١ لسنة ١٩١٢) .

وفيما عدا ما تقدم ، يجوز للدائن ، بالنسبة إلى أموال مدينه ، أن يتخذ الطرق التحفظية والطرق التنفيذية .

---

(١) وقد كان المشروع التمهيدي يتضمن نصوصاً تضع قيوداً على حق الدائن في التنفيذ على أموال مدينه ، هي المواد ٣٢٦ – ٣٣٠ من هذا المشروع . وقد حذفت هذه المواد في لجنة مجلس الشيوخ ، اكتفاء بما جاء في تقنين المرافعات في هذا الشأن . ولكن تقنين المرافعات لم يشتمل على هذه المواد جميعاً ، بل أغفل منها المادتين الآتيتين : م ٣٢٧ من المشروع التمهيدي : إذا أثبت المدين أن صافي ما تغله أمواله من إيراد خالص في سنة واحدة يفي بسداد الدين من أصل وفوائد ومصروفات ، وعرض أن يفوض الدائن في استيفاء هذا الإيراد ، جاز إيقاف إجراءات التنفيذ ، على أن يعود إليها الدائن إذا حد ما يحول دون استيفائه لحقه . م ٣٢٩ من المشروع التمهيدي : ١ – إذا كان بعض مال المدين يفي بحق الدائن كاملا ، وجب قصر إجراءات التنفيذ على هذا المال . ٢ – ويبدأ الدائن بالمال الذي يكون بيعه أقل كلفة على المدين . (أنظر هذه النصوص ومذكراتها الإيضاحية وأعمالها التحضيرية في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣٩ – ص ٦٤٦ في الهوامش) .

والطرق التحفظية على نوعين : (١) طرق يتخذها الدائن بالنسبة إلى حقه الذي يريد التنفيذ به ، أي يتخذه في ماله . مثل ذلك أن يقطع التقادم بالنسبة إلى هذا الحق حتى يمنعه من السقوط ، أو أن يقوم بقيد رهن ضامن للحق ، أو بتجديد لقيد هذا الرهن ، أو يطلب تحقيق إمضاء مدينه على سند الدين ، أو نحو ذلك . (٢) وطرق يتخذها بالنسبة إلى أموال المدين حتى يحافظ عليها من الضياع ، وهي الضمان العام لحقه كما قدمنا . مثل ذلك أن يضع الأختام عليها عند موت المدين أو إفلاسه ، أو أن يحرر محضر جرد بها ، أو أن يتدخل في إجراءات قسمة المال الشائع المملوك لمدينه (م ٨٤٢ مدني) ، أو أن يتدخل خصماً ثالثاً في الدعاوى التي ترفع من مدينه أو عليه حتى يرقب سير الدعوى ويمنع تواطؤ المدين مع الخصم إضراراً بحقوقه [١] .

أما الطرق التنفيذية فقد تكفل ببيانها تقنين المرافعات . ولا يجوز التنفيذ إلا اقتضاء لحق محقق الوجود معين المقدار حال الأداء (م ٢٨٠ مرافعات) . ويجب أن يسبق التنفيذ حصول الدائن على سند تنفيذي (titre exécutoire) . والسندات التنفيذية هي الأحكام والأوامر والعقود الرسمية والأوراق الأخرى التي يعطيها القانون هذه الصفة . وقد مر بنا أن الصورة التنفيذية للأوراق الرسمية يجوز التنفيذ بها دون حاجة إلى الحصول على حكم . غير أن هناك فرقاً بين التنفيذ بحكم والتنفيذ بورقة رسمية . فالتنفيذ بالحكم لا يعترضه من الصعاب إلا إشكاليات التنفيذ المعروفة . أما إذا كان التنفيذ بورقة رسمية فيجوز للمدين ، عند المعارضة في التنبيه (commandement) الذي يسبق التنفيذ ، أن يطعن في هذه الورقة بالتزوير أو أن يقدم ضدها من الدفوع الشكلية والموضوعية ما يسمح به القانون ، فيرجع الأمر في النهاية إلى القضاء ، والحكم الذي يصدره القضاء هو الذي يصبح السند التنفيذي بعد ذلك [٢] .

---

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٩٣ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٤٥٨ — جوسران ٢ فقرة ٦٥٢ — فقرة ٦٥٣ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٤٦٤ — فقرة ١٤٨١ .

ويلاحظ أن الدائن يتخذ هذه الإجراءات التحفظية باسمه هو (proprio nominee) لا باسم المدين ، فهو يستعمل حقاً مباشراً له لا حقاً لمدينه . ولما كان الإجراء الذي يتخذه الدائن هو مجرد إجراء تحفظي ، فإنه يجوز له اتخاذه حتى لو كان حقه مقترناً بأجل أو معلقاً على شرط ، بل حتى لو كان حقه حقاً احتمالياً على خلاف في الرأي (جوسران ٢ فقرة ٦٥٤) .

(٢) هذا إلى أنه لا يمكن بالورقة الرسمية إلا تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً ، أما التنفيذ بطريق التعويض فيقتضي الحصول على حكم لتقدير التعويض إذا لم يكن مقدراً في شرط جزائي . والتنفيذ بالورقة الرسمية لا يمنع من جواز إعطاء المدين مهلة (délai de grâce) لتنفيذ التزامه . أنظر في كل ذلك دي باج ٣ فقرة ٩١ .

فإذا ما حصل الدائن على السند التنفيذي أمكنه التنفيذ به على أموال المدين [1] . والتنفيذ يكون عادة بالحجز على هذه الأموال وبيعها . وقد فصل تقنين المرافعات إجراءات التنفيذ على منقولات المدين (م ٣٥٣ — ٣٩٧ مرافعات) ، وحجز ما للمدين لدى الغير (م ٣٢٥ — ٣٥٢ مرافعات) ، والتنفيذ على عقارات المدين (م ٤٠١ — ٤٥٨ مرافعات) . ثم نظم هذا التقنين أيضاً إجراءات توزيع ما ينتج من حجز أموال المدين وبيعها على الدائنين ، سواء كان ذلك عن طريق التقسيم بالمحاصة أو عن طريق التوزيع بحسب درجات الدائنين (م ٤٦٦ — ٤٨٦ مرافعات) .

---

(١) ويوجد إلى جانب الحجوز التنفيذية ، حجوز تحفظية وهذه لا تقتضي الحصول على سند تنفيذي . ومن أهم الحجوز التحفظية حجز ما للمدين لدى الغير حجزاً تحفظياً . وتوجد حجوز تحفظية أخرى تكفل بيانها تقنين المرافعات . فقد نصت المادة ٣١٦ من هذا التقنين على أن " للدائن أن يوقع الحجز التحفظي على منقولات مدينه في الأحوال الآتية : (١) إذا كان حاملا لكمبيالة أو سند تحت الإذن وكان المدين تاجراً له توقيع على الكمبيالة أو السند يلزمه بالوفاء بحسب قانون التجارة . (٢) في كل حالة يخشى فيها فقد الدائن لضمان حقه .

وقضت المادة ٣١٧ بأن " لمؤجر العقار أن يوقع في مواجهة المستأجر أو المستأجر من الباطن الحجز التحفظي على المنقولات والثمرات والمحاصيل الموجودة بالعين المؤجرة وذلك ضماناً لحق الامتياز المقرر له قانوناً " . ويجوز له لذلك أيضاً إذا كانت تلك المنقولات والثمرات والمحاصيل قد نقلت بدون رضائه من العين المؤجرة ما لم يكن قد مضي على نقلها ثلاثون يوماً .

ونصت المادة ٣١٨ على أن " لمالك المنقول أن يوقع الحجز التحفظي عليه عند حائزة " .

ونصت المادة ٣١٩ بأنه " لا يوقع الحجز التحفظي في الأحوال المتقدمة إلا اقتضاء لحق محقق الوجود وحال الأداء " . وإذا لم يكن بيد الدائن سند تنفيذي أو حكم غير واجب النفاذ أو كان دينه غير معين المقدار ، فلا يوقع الحجز إلا بأمر من قاضي التنفيذ يأذن فيه بالحجز ويقدر دين الحاجز تقديراً مؤقتاً . ويطلب الأمر بعريضة مسببة . ويجب في الحالة المذكورة في المادة السابقة أن تشتمل العريضة على بيان واف للمنقولات المطلوب حجزها . وللقاضي قبل إصدار أمره أن يجري تحقيقاً مختصراً إذا لم تكفيه المستندات المؤيدة للطلب. ويجوز أن يكون أمره بتوقيع الحجز بعد مهلة لا تزيد على ثلاثة أيام من تاريخ هذا الأمر للمطلوب الحجز عليه إلا في الحالة المذكورة في المادة السابقة .

وإذا كانت الدعوى مرفوعة بالحق من قبل أمام المحكمة المختصة جاز طلب الإذن بالحجز من رئيس الهيئة التي تنظر الدعوى .

وتنص المادة ٣٢١ على أنه " إذا كانت الدعوى بالحق مرفوعة من قبل أمام محكمة أخرى قدمت دعوى صحة الحجز إلى نفس المحكمة لتنظر فيهما معاً " .

وتنص المادة ٣٢٢ بأنه " إذا حكم بصحة الحجز تتبع الإجراءات المقررة للبيع في الفصل الأول من الباب الثالث أو يجرى التنفيذ بتسليم المنقول في الحالة المشار إليها في المادة ٣١٨ " .

ونصت المادة ٣٢٤ على أنه " إذا حكم ببطلان الحجز التحفظي أو بإلغائه لانعدام أساسه جاز الحكم على الحاجز بغرامة لا تجاوز عشرين جنيها فضلا عن التعويضات للمحجوز عليه " .

٥٢٦ – طرق وسطى ما بين التحفظية والتنفيذية : قدمنا أن هناك طرقاً وسطاً ما بين التحفظية والتنفيذية . فلا هي مقصورة على مجرد التحفظ على أموال المدين كما هو الأمر في الطرق التحفظية ، ولا هي تؤدى مباشرة إلى استيفاء الدائن حقه كما هو الأمر في الطرق التنفيذية . بل هي بين بين . فهي أقوى من الطرق التحفظية إذ هي تمهيد للتنفيذ ، وهي أضعف من الطرق التنفيذية إذ أن التنفيذ يعقبها دون أن تستغرقه [1] .

وهذه الطرق ترد جميعها إلى أصل واحد ، هو المبدأ العام الذي تقدم ذكره من أن جميع أموال المدين ضامنة لالتزاماته . فهذا الضمان العام يخول للدائن أن يرقب أموال المدين ، ما دخل منها في ذمة المدين وما خرج ، حتى يأمن على ضمانه من أن ينتقصه غش المدين أو تقصيره . وهذه الطرق من مباحث القانون المدني لا من مباحث قانون المرافعات ، لأنها تتفرع مباشرة عن مبدأ الضمان العام للدائنين كما سبق القول .

وقد عدد التقنين المدني الجديد منها خمسة : دعاوى ثلاثاً وطريقين آخرين استحدثهما هذا التقنين .

أما الدعاوى الثلاث فهي الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية ودعوى الصورية. ففي الأولى يدفع الدائن عن نفسه نتائج تهاون المدين أو غشه إذا سكت هذا عن المطالبة بحقوقه لدى الغير ، فيباشر الدائن بنفسه حقوق مدينه نيابة عنه بالدعوى غير المباشرة ، وبذلك يحافظ على ضمانه العام تمهيداً للتنفيذ بحقه بعد ذلك . وفي الثانية – الدعوى البوليصية – يدفع الدائن عن نفسه نتائج غش المدين إذا عمد هذا إلى التصرف في ماله إضراراً بحق الدائن ، فيطعن الدائن في هذا التصرف ليجعله غير نافذ في حقه ، فيعود المال إلى الضمان العام تمهيداً للتنفيذ عليه . وفي الثالثة – دعوى الصورية – يدفع الدائن عن نفسه نتائج غش المدين أيضاً إذا عمد هذا التظاهر بالتصرف في ماله ليخرجه من الضمان العام بتصرف صوري ، فيطعن الدائن في هذا التصرف بالصورية حتى يكشف عن حقيقته ، ويستبقى بذلك مال المدين في ضمانه العام تمهيداً للتنفيذ عليه بحقه. فالدائن في هذه الدعاوى الثلاث إما أن يبقى في ضمانه العام ما كاد أن يخرج بالدعوى غير المباشرة ، وإما أن يعيد ما خرج بالدعوى البوليصية ، وإما أن يستبقى ما لم يخرج إلا ظاهراً بدعوى الصورية . ونرى من ذلك أن هذه الدعاوى الثلاث تتركز كلها في فكرة الضمان العام للدائنين [2] .

---

(١) بلانيول و ريبير وردوان ٧ فقرة ٨٩٣ ص ٢٢٧ – جوسران ٢ فقرة ٦٥٩ – دي باج ٣ فقرة ١٧٧ .

(٢) وكان المشروع التمهيدي يشتمل على نص ، هو المادة ٣١٣ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتي : " يجوز للدائن ، بما له من الحق في أموال مدينه ، أن يستعمل حقوق هذا المدين . وله أيضاً أن يطعن في تصرفاته إذا انطوت على الغش أو كانت صورية . وعليه أن يراعى في كل ذلك القواعد المنصوص

وهناك طريق رابع استحدث فيه التقنين المدني تحديداً ، هو حق الدائن في حبس مال المدين . وهذا أيضاً إجراء ما بين التحفظي والتنفيذي . فهو أقوى من التحفظي لأن الدائن إنما يتخذه تمهيداً للتنفيذ بحقه ، وهو أضعف من التنفيذي لأن الدائن لا يستطيع الوقوف عند حبس مال المدين ليستوفي حقه بل عليه بعد ذلك أن يتخذ إجراءات التنفيذ على المال المحبوس .

ويلاحظ أن هذه الطرق الأربعة — الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية ودعوى الصورية والحق في الحبس — كلها إجراءات فردية ، يتخذها كل دائن بمفرده ولحسابه الشخصي . ثم هي إجراءات ليس من شأنها أن تغل يد المدين عن ماله ، فلا يزال المدين يستطيع التصرف فيه ، ومباشرة جميع حقوقه عليه .

والطريق الخامس هو أيضاً إجراء فردي ، يتخذه أي دائن بمفرده ، ولكنه إجراء من شأنه أن يغل يد المدين عن ماله ، وذلك هو شهر إعسار المدين . فقد تكفل التقنين الجديد — على خلاف التقنين السابق وأكثر التقنينات اللاتينية — بتنظيم إجراءات هذا الإعسار ، حتى يستطيع الدائن من وراء ذلك أن يستوفي حقه من أموال مدينه دون أن يخشى غش المدين أو تهاونه . فإجراءات الإعسار هي أيضاً تقوم على فكرة الضمان العام للدائنين ، وهي إجراءات أقوى من الإجراءات التحفظية إذ هي تغل يد المدين عن التصرف في ماله ، وأضعف من الإجراءات التنفيذية إذ لا تكفي وحدها للوفاء بحق الدائن ، بل لا بد للدائن من اتخاذ إجراءات تنفيذية لاستيفاء هذا الحق من أموال المدين الذي شهر إعساره .

فنبحث إذن في فصول متعاقبة هذه الطرق الخمسة :

(١) الدعوى غير المباشرة (action oblique, indirecte) ونذيلها بالدعوى المباشرة (action directe) .

(٢) الدعوى البوليصية (action paulienne, révocatoire) .

= عليها في المواد الآتية " . وجاء في المذكرة الإيضاحية في صدد هذا النص : " يترتب على ضمان أموال المدين لحقوق دائنيه ، وفقاً للمبدأ الذي تقدمت الإشارة إليه ، أثر عمل بالغ الأهمية . وهذا الأثر بذاته يعتبر بمثابة الأصل والعلة من دعاوى ثلاث ، شرعت لتتيح لكل دائن من الدائنين أن يدرأ عن حقوقه ما قد ينالها من جراء إهمال المدين أو سوء نيته : وهي الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية ودعوى الصورية . فالدائن إذا استعمل حقوق مدينه ، أو طعن في تصرفاته المعقـــودة إضراراً به ، حقيقية كانت تلك التصرفات أو صورية ، لا ينتهي نشاطه إلا إلى المحافظة على أموال هذا المدين ، وهي قوام ما كفل له القانون من ضمان " .

وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص ، لأنه مجرد تعداد لما سيأتي (أنظر في كل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٠٧ هامش رقم ١) .

(٣) دعوى الصورية (action en simulation) .

(٤) الحق في الحبس (droit de rétention) .

(٥) الإعسار (déconfiture) .

الفصل الأول

الدعوى غير المباشرة * والدعوى المباشرة

(Action oblique, indirecte, subrogatoire - Action directe)

٥٢٧ – خطة البحث : نبحث : (أولا) شروط الدعوى غير المباشرة . (ثانياً) ما يترتب عليها من آثار . (ثالثاً) الدعوى المباشرة .

الفرع الأول

شروط الدعوى غير المباشرة

٥٢٨ – النصوص القانونية: تنص المادة ٢٣٥ من التقنين المدني على ما يأتي:

" ١ – لكل دائن ، ولو لم يكن حقه مستحق الأداء ، أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين ، إلا ما كان متصلا منها بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز ".

" ٢ – ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا ، إلا إذا أثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق ، وأن عدم استعماله لها من شأنه أن يسبب إعساره أو أن يزيد في هذا الإعسار . ولا يشترط إعذار المدين لاستعمال حقه ، ولكن يجب إدخاله خصماً في الدعوى [1] " .

---

* مراجع في الدعوى غير المباشرة : لابيه (Labbé) في استعمال الدائن لحقوق المدين (مقال في المجلة الانتقادية سنة ١٨٥٦ – بسك (Bosc) بحث في حق الدائنين في استعمال دعاوى مدينهم رسالة من أكس سنة ١٩٠٢ – دييه (Dubey) في الدعوى غير المباشرة رسالة من ديجون سنة ١٩٣٦ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٣١٤ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد ، فيما عدا عبارة " وأن عدم استعماله لها " الواردة في الفقرة الثانية فقد كانت في المشروع التمهيدي " وأن إهماله في ذلك " . وفي لجنة المراجعة استبدلت العبارة الأولى بالعبارة الثانية ، وأصبح رقم المادة ٢٤٢ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب . ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٣٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٠٧ و ص ٦٠٩ – ص ٦١٠) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ١٤١/٢٠٢ [١] .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المادة ٢٣٦، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢٦١ ، وفي التقنين المدني الليبـــى المادة ٢٣٨ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٧٦ الفقرات ١ و ٢ و ٣ [٢] .

---

(١) كانت المادة ١٤١/٢٠٢ من التقنين المدني السابق تجرى على الوجه الآتي : " لا تترتب على المشارطات منفعة لغير عاقديها ، إلا لمدايني العاقد ، فإنه يجوز لهم بمقتضى ما لهم من الحق على عموم أموال مدينهم أن يقيموا باسمه الدعاوى التي تنشأ عن مشارطاته أو عن أي نوع من أنواع التعهدات ما عدا الدعاوى الخاصة بشخصه " .

وشروط الدعوى غير المباشرة في التقنين المدني الجديد لم تتغير عما كانت عليه في التقنين المدني السابق . ولكن نص التقنين الجديد أشد دقة وأوسع تفصيلا من الوجوه الآتية : ١ — لم يجعل التقنين الجديد ، كما فعل التقنين السابق ، الدعوى غير المباشرة استثناء من قاعدة عدم سريان العقد في حق الغير . وجعلها استثناء من هذه القاعدة خطأ واضح ، وقع فيه التقنين السابق على غرار التقنين المدني الفرنسي. ٢ — قصر التقنين السابق حقوق المدين التي يستعملها الدائن على الدعاوى التي تنشأ عن المشارطات أو عن أي نوع من أنواع التعهدات ، والصحيح أن الدائن له أن يستعمل جميع حقوق المدين ، شخصية كانت أو عينية ، دعاوى أو حقوقاً أو مجرد إجراءات كما سنرى . ٣ — جاء التقنين الجديد أكثر تفصيلا لشروط الدعوى غير المباشرة ، فنص صراحة على وجوب أن يثبت الدائن أن المدين لم يستعمل حقوقه ، وأن عدم استعماله لها (وهذا كاف لإثبات الإهمال) من شأنه أن يسبب إعساره أو أن يزيد في هذا الإعسار . واستبعد بنص صريح من شروط الدعوى غير المباشرة إعذار المدين وأن يكون حق الدائن مستحق الأداء ، لكنه اشترط إدخال المدين خصما في الدعوى (أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٠٨ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٣) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٣٦ : (مطابقة للمادة ٢٣٥ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٢٦١ : مطابقة للمشروع لتمهيدي للمادة ٢٣٥ من التقنين المدني المصري — ولا فرق في الحكم) .

التقنين المدني الليبـــى م ٢٣٨ : (مطابقة للمادة ٢٣٥ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٧٦ فقرات ١ و ٢ و ٣ : يحق للدائنين أن يستعملوا باسم مديونهم جميع الحقوق وأن يقيموا جميع الدعاوى المختصة به ، ما خلا الحقوق والدعاوى المتعلقة بشخصه دون سواه، ولا سيما الحقوق والدعاوى التي يخرج موضوعها عن دائرة ارتهانهم — غير أنهم لا يستطيعون أن يتذرعوا بهذا الامتياز ليقوموا مقامه في إدارة مملوكة ، فهو يبقى متسلماً زمام إدارته بالرغم من سوء حالة أشغاله — ويجوز للدائنين أن يداعوا مباشرة عن مديونهم بدون أن يجروا مقدماً أية معاملة للحلول محله في الحقوق والدعاوى المختصة به ، وإن كانوا لا يملكون سنداً تنفيذياً ، ولكنهم لا يستطيعون الشروع في تلك المدعاة إلا إذا كان دينهم مستحق الأداء .

ولا فرق في الأحكام ما بين التقنينين اللبناني والمصري — رغم اختلاف العبارة والأسلوب — إلا في شيء واحد : صرح التقنين المصري أن الدائن يستعمل حقوق مدينه ولو لم يكن حقه هو مستحق الأداء ، وصرح التقنين اللبناني ، على النقيض من ذلك ، أن الدائن يجب أن يكون حقه مستحق الأداء حتى يستطيع أن يستعمل حقوق مدينه (أنظر في شرح التقنين اللبناني للدكتور صبحي المحمصاني في آثار الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٥٥ — ص ٦٠) .

٥٢٩ – الفكرة الأساسية في شروط الدعوى غير المباشرة هي وجود مصلحة مشروعة للدائن : ويبين النص المتقدم الشروط الواجب توافرها لاستعمال الدعوى غير المباشرة . والفكرة الأساسية التي ترد إليها هذه الشروط جميعاً هي وجود مصلحة مشروعة للدائن . ومصلحة الدائن المشروعة هي التي تبرر نيابته عن المدين ، وهذه هي الفكرة الأساسية الأخرى التي ترد إليها آثار الدعوى غير المباشرة ، فعلى هاتين الفكرتين الأساسيتين – وجود مصلحة مشروعة للدائن ونيابة الدائن عن المدين – تدور جميع القواعد المتعلقة بالدعوى غير المباشرة .

وشروط الدعوى غير المباشرة بعضها يرجع إلى الدائن ، وبعضها يرجع إلى المدين، وبعضها يرجع إلى الحق الذي يستعمله الدائن باسم المدين .

المبحث الأول

الشروط التي ترجع إلى الدائن

٥٣٠ – لا يشترط في الدائن إلا أن يكون له حق موجود : الشرط الوحيد في الدائن هو أن يكون له حق موجود (certain) ، وهذا هو أدنى المراتب في الدائن ، فلو كان حقه احتمالياً (éventual) كحق الوارث قبل موت المورث ، أو كان حقه غير خال من النـــزاع (litigieux) ، فإن دائنيته لا تكون محققة . ومن ثم لا يستطيع استعمال حقوق مدينه إلا إذا انقلب حقه المحتمل إلى حق موجود ، أو أصبح حقه المتنازع فيه خالياً من النـــزاع [1] .

ويلاحظ أن حق الدائن إذا كان مقروناً بأجل أو معلقاً على شرط – سواء كان الأجل أو الشرط فاسخاً أو واقفاً . فإنه يكون مع ذلك موجوداً ، فيجوز للدائن استعمال حقوق مدينه . أما الحق المقرون بالأجل فظاهر ، لأن الحق يكون موجوداً بالرغم من قيام الأجل ، والأجل إنما ينصب على استحقاق الأداء دون وجود الحق ذاته. وأما الحق المعلق على شرط ، ولو كان الشرط واقفاً ، فإنه ليس بالحق الاحتمالي ، بل هو حق له وجود قانوني يعتد به ، فيجوز لصاحبه أن يستعمل حقوق مدينه . والحق المؤجل أو المعلق على

---

(١) بأن سلم المدين أو الخصم المرفوع عليه الدعوى باسم المدين بحق الدائن ، أو نازعا فيه وفض القضاء هذا النـــزاع لمصلحة الدائن (قارب استئناف مختلط ١٥ يونية سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٧٦) .

شرط حق موجود ، وإن كان غير مستحق الأداء ، واستحقاق الأداء ليس بشرط كما سنرى [1] .

٥٣١ – فلا يشترط في حق الدائن أن يكون قابلا للتنفيذ أو مستحق الأداء أو معلوم المقدار : انعقد إجماع القضاء والفقه في فرنسا ، وكذلك في مصر في عهد التقنين المدني السابق ، على أنه يشترط في الدائن حتى يستعمل حقوق مدينه أن يكون حقه هو مستحق الأداء [2] . (exigible) . وقد كنا في عهد التقنين المدني

---

(١) وقد يقال أنه لا محل في الدعوى غير المباشرة للكلام في الحق المؤجل ، فإن هذا الحق بحكم إعسار المدين – والإعسار شرط في الدعوى غير المباشرة – يصبح مستحق الأداء ، إذ الإعسار يسقط الأجل . وهذا يكون صحيحاً لو أن الإعسار الذي يسقط الأجل هو نفس الإعسار المشروط في الدعوى غير المباشرة . ولكننا سنرى أن الأجل لا يسقط إلا بشهر إعسار المدين بشروط وإجراءات معينة وبمقتضى حكم يصدر بشهر الإعسار ، أما الإعسار في الدعوى غير المباشرة فيكفي لتحققه أن تزيد ديون المدين على حقوقه دون حاجة إلى صدور حكم بذلك .

(٢) وقد بسطنا هذا الرأي في كتابنا " نظرية العقد " على الوجه الآتي : " ولكن الرأي السائد في فرنسا وفي مصر (في عهد التقنين المدني السابق) غير ذلك كما قدمنا . وهو يقضي بأن يكون الحق مستحق الأداء أي أنه يكون حالياً من النـــزاع مقدراً حالا ، ولا يكفي خلوه من النـــزاع . وهذا الرأي يستخلصه الفقهاء عامة من مناقشة طبيعة الدعوى غير المباشرة ، وهل تدخل هذه الدعوى في الإجراءات التحفظية أو في الأعمال التنفيذية ؟ ويخلصون من هذه المناقشة إلى أنها ليست من الأعمال التنفيذية لأن الدائن وهو يستعملها لا ينفذ على أموال مدينه . وهي ليست كذلك من الإجراءات التحفظية ، لأن الدائن يتدخل في شؤون المدين ، ويزيد في ماله في بعض الفروض ، ولا يكتفي بالمحافظة على الموجود منه في الحالة التي هو عليها كما هو الأمر في الإجراءات التحفظية . فالدعوى غير المباشرة إذن هي بين بين ، فهي أقوى من إجراء تحفظي وأضعف من عمل تنفيذي . ولذلك لا يكفي في الدائن أن يكون حقه حالياً من النـــزاع كما يكفي ذلك في الإجراءات التحفظية ، ولا يشترط أن يكون حقه قابلا للتنفيذ كما يشترط ذلك في الأعمال التنفيذية . بل يجب أن يكون الحق مستحق الأداء ، حتى يرتفع عن مرتبة الإجراءات التحفظية دون أن يسمو إلى مرتبة الأعمال التنفيذية . والأهمية العملية لهذا الرأي أن هناك دائنين حقوقهم خالية من النـــزاع ولكنها غير مقدرة ، كدائن بتعويض لم يتم تقديره ، أو هي غير مستحقة الأداء ، كدائن حقه معلق على شرط موقف أو مقرون بأجل موقف ، يكونون طبقاً لما تقدم غير قادرين على استعمال حقوق مدينهم " (نظرية العقد فقرة ٧١٧ ص ٧٥٥) .

أنظر : ديمولومب ٢٥ فقرة ١٠٠ – فقرة ١٠١ – لوران ١٦ فقرة ٣٩٣ – فقرة ٣٩٥ – هيك ٧ فقرة ١٨٦ – أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٢ ص ١٨٢ – بوردي وبارد ١ فقرة ٦٢٩ – ديموج ٧ فقرة ٩٦٢ وفقرة ٩٨٦ ص ٣٦١ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٢ – بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٢٦ وقارن فقرة ٦٢٧ – جوسران ٢ فقرة ٦٦٩ – نقض فرنسي ٢٦ يوليو سنة ١٨٥٤ داللوز ٥٤ – ١ – ٣٣ – ٢٥ مارس سنة ١٩٢٤ سيريه ٢٤ – ١ – ٦٧ – دي هلتس ١ لفظ (créancier) فقرة ٩ – هالتون ١ ص ٣٤٠ – والتون ٢ ص ٩٨ – محمد صالح فقرة ٥٩ – فتحي زغلول ص ٣٧٣ . وأنظر أيضاً تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٧٦ فقرة ٣ ، وهي تشترط صراحة أن يكون حق الدائن مستحق الأداء وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك .

السابق لا نذهب إلى ما ذهب إليه الجمهور في هذه المسألة . وكنا نرى أنه لا يشترط في استعمال الدائن لحقوق مدينه أن يكون حقه مستحق الأداء أو معلوم المقدار [1] . ويقول بهذا الرأي في فرنسا — على خلاف الإجماع — الأستاذان كولان وكابيتان ، فهما يذهبان إلى أنه يكفي أن يكون حق الدائن خالياً من النـــزاع ، وهذا هو الشرط الوحيد الذي تقتضيه القواعد العامة . والدائن الذي يكون حقه غير معلوم المقدار — كالمضرور في عمل غير مشروع — أو يكون حقه غير مستحق الأداء — كالدائن لأجل أو بشرط — له مصلحة مشروعة في استعمال حقوق مدينه [2] .

ومهما يكن من شك في هذه المسألة في عهد التقنين المدني السابق ، فقد أزال التقنين المدني الجديد كل شك ، إذ ذكر صراحة في المادة ٢٣٥ أنه لا يشترط في الدائن أن يكون حقه مستحق الأداء [3] . ومادام لا يشترط في الحق أن يكون مستحق الأداء ، فلا يشترط فيه كذلك أن يكون معلوم المقدار ، ومن باب أولى لا يشترط فيه أن يكون ثابتاً في سند قابل للتنفيذ [4] .

٥٣٢ — أي دائن حقه موجود يستطيع استعمال حقوق مدينه :

يخلص مما تقدم أن الشرط الوحيد الواجب توافره في الدائن هو أن يكون حقه موجوداً . وأي دائن حقه موجود يستطيع استعمال حقوق مدينه .

لا فرق في ذلك بين دائن عادي أو دائن مرتهن أو دائن له حق امتياز [5] . ويلاحظ أن الدائن إذا كان له تأمين عيني — رهن أو امتياز أو نحو ذلك — فإنه يثبت له بذلك صفتان: (أولا) صفته باعتباره ذا تأمين عيني ، وهو من هذه الناحية يتركز حقه في العين محل التأمين فيكون له عليها حق تقدم وحق تتبع . (ثانياً) صفته باعتباره دائناً شخصياً ، وهو من

---

(١) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٧ ص ٧٥٥ — ص ٧٥٦ — أنظر أيضاً في هذا المعنى : عبد السلام ذهني فقرة ٣٣٠ — محمد صادق فهمي فقرة ٤٥٤ — أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٢٧ ص ٤٧٠ — استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٦٨ .

(٢) كولان وكابيتان وموراندييز ٢ فقرة ٤٣٥ ص ٣١٧ — ويذهب أوبري ورو إلى عدم اشتراط استحقاق الدين إذا كان الغرض الوحيد من رفع الدعوى غير المباشرة هو مجرد المحافظة على أموال المدين (أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٢ ص ١٨٠ — ص ١٨١ — وأنظر أيضاً بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٢٧ — وأنظر المادة ١٠٦ من المشروع الفرنسي الإيطالي وهي تخول للدائن المقترن حقه بأجل أن يستعمل الدعوى غير المباشرة) .

(٣) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٠٣ — ص ٦٠٤ و ص ٦٠٨ — ص ٦٠٩ .

(٤) استئناف مصر ٢٢ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٦ رقم ٤٢٠ ص ٩١١ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٠٣ ص ١٣٢ .

(٥) استئناف مختلط ٣٠ نوفمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٢٦ .

هذه الناحية ينطبق عليه ما ينطبق على سائر الدائنين الشخصيين . فالدائن المرتهن مثلا يتكون ضمانه من عنصرين : الشيء المرهون وهو ضمان خاص له ، وبقية أموال المدين وهي ضمان عام له ولسائر الدائنين ، فيتأثر بعقود مدينه التي تزيد في هذه الأموال أو تنقص منها، فله إذن أن يستعمل حقوق مدينه وأن يطعن في تصرفاته بالدعوى البوليصية ودعوى الصورية ، شأنه في ذلك شأن كل دائن شخصي [1] .

ولا فرق كذلك بين دائن حقه نقد ودائن حقه عين ودائن حقه عمل أو امتناع عن عمل ، فالكل سواء في استعمال حقوق المدين [2] .

ولا فرق أخيراً بين ما إذا كان مصدر هذا الحق تصرفاً قانونياً أو واقعة مادية ، فالبائع دائن بالثمن ، والمضرور دائن بالتعويض ، والمفتقر دائن للمثري بلا سبب ، وكل هؤلاء يجوز لهم أن يستعملوا حقوق مدينيهم [3] .

٥٣٣ – ولا يشترط أن يكون حق الدائن سابقاً على حق المدين :

وليس من الضروري أن يكون حق الدائن سابقاً على حق المدين الذي يستعمله الدائن ، وذلك بخلاف الدعوى البوليصية حيث تشترط أسبقية حق الدائن على تصرف المدين المطعون فيه . وذلك أنه في الدعوى البوليصية ، كما سنرى لا يكون تصرف المدين ضاراً بالدائن إلا إذا كان هذا التصرف قد صدر من المدين بعد ثبوت حق الدائن. أما في الدعوى غير المباشرة ، فإنه سواء كان حق المدين الذي يستعمله الدائن قد ثبت بعد ثبوت حق الدائن أو قبل ذلك ، فهو في الحالتين داخل في الضمان العام للدائن ، وله إذن أن يستعمله باسم المدين [4] .

---

(١) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٠٩ ص ٧٤٦ هامش رقم ٢ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه لما كان من يشترى عقاراً بعقد غير مسجل يعتبر دائناً للبائع في التزامه بنقل الملكية الناشئ عن عقد البيع غير المسجل ، كان له الحق قانوناً في أن يرفع باسم البائع له الدعوى على من اشترى منه هذه البائع الأطيان التي باعها بعقد هو أيضاً غير مسجل ، طالباً إليه تنفيذ التزامه بنقل الملكية ، أو بعبارة أخرى أن يطلب الحكم بصحة عقد البيع الصادر لهذا البائع توطئة للحكم بصحة عقده هو (نقض مدني ٦ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٩ ص ٣١٧ – ٢٠ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٢٢ ص ٣٣٠) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المشترى الذي يستحق المبيع في يده له أن يستعمل حق مدينه البائع في الرجوع بالضمان على بائع البائع (٩ يونية سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٤٠ – ٩ فبراير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٥٤) .

(٣) ديموج ٧ فقرة ٩٦ .

(٤) لوران ١٦ فقرة ٣٩٦ – ديمولومب ٢٥ فقرة ٩٩ – بودري وبارد ١ فقرة ٦٣٠ – ديموج ٧ فقرة ٩٦٠ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٤ – جوسران ٢ فقرة ٦٧٠ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٧ ص ٧٥٦ هامش رقم ٢ .

كذلك للدائن أن يطعن باسم المدين بالبطلان أو بالفسخ أو بنحو ذلك في عقود صدرت من المدين ، حتى لو كانت هذه العقود قد صدرت قبل ثبوت حق الدائن [١] .

وينبني على ما تقدم أنه لا يشترط أن يكون لحق الدائن تاريخ ثابت ، فسواء تقدم هذا التاريخ أو تأخر ، فإن هذا لا يمنعه من استعمال حقوق مدينه [٢] .

٥٣٤ – ولا يشترط ألا يكون للدائن طريق آخر سوى الدعوى غير المباشرة

غير المباشرة : وليست الدعوى غير المباشرة دعوى احتياطية (action subsidiaire) لا يجوز للدائن أن يلجأ إليها إلا إذا لم يكن أمامه طريق آخر [٣] . بل يصح أن يكون للدائن طرق شتى ، فيعدل عنها إلى الدعوى غير المباشرة .

قد يكون للدائن دعوى مباشرة يستطيع أن يستغني بها عن الدعوى غير المباشرة ، كالمشترى من المشترى يستطيع أن يرفع دعوى ضمان مباشرة على البائع باعتبار أن هذه الدعوى انتقلت إليه من سلفه من الشيء المبيع ، ولكن هذا لا يمنعه من رفع دعوى الضمان على البائع باسم المشترى مدينه [٤] .

كذلك للمؤجر أن يرفع دعوى مدينه المستأجر على المتنازل له عن الإيجار أو المستأجر من الباطن لاستيفاء الأجرة ، ولو أن له أن يرفع دعوى مباشرة على كل من هذين [٥] .

وقد يستعمل المحال له حق المحيل قبل المحال عليه مع أن له دعوى مباشرة [٦] .

ولا يشترط أيضاً في رفع الدعوى غير المباشرة أن يقوم الدائن بإجراءات كان على المدين أن يقوم بها لو باشر الدعوى بنفسه ، كما إذا كان المدين قاصراً ووجب عليه أخذ

---

(١) لوران ١٦ فقرة ٣٩٦ – ديمولومب ٢٥ فقرة ٩٩ – بودري وبارد ١ فقرة ٦٣٠ .

(٢) لوران ١٦ فقرة ٣٩٦ – ديمولومب ٢٥ فقرة ٩٩ – بودري وبارد ١ فقرة ٦٣٠ ص ٦٣٧ هامش رقم ١ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٧ ص ٧٥٦ هامش رقم ٢ .

(٣) كذلك لا يستطيع الخصم في الدعوى غير المباشرة أن يطلب من الدائن تجريد المدين قبل أن يستعمل باسمه حقه (ديموج ٧ فقرة ٩٦٩) .

(٤) استئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢٥ – ٩ يونية سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٤٠ .

(٥) أنظر المادة ٥٩٦ من التقنين المدني – كتاب الإيجار للمؤلف فقرة ٤٢٧ – محكمة مصر المختلطة الابتدائية ١٢ يناير سنة ١٩٢٨ جازيت ١٩ رقم ٢٦٤ ص ٢٦٥ – لوران ١٦ فقرة ٣٨٩ – بودري وبارد ١ فقرة ٦٣١ – ديموج ٧ فقرة ٩٦٩ – عكس ذلك بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١١ .

(٦) ولكن ذلك يكون في الغالب – وفي عهد التقنين المدني السابق – إذا لم تتم الحوالة بقبول المحال عليه في التقنين الأهلي ، فعند ذلك يلجأ المحال له إلى الدعوى غير المباشرة (استئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٢ رقم ٢٦١ ص ٢٢٧) .

إذن من محكمة الولاية على المال أو الحصول على إجازة الولي أو الوصي . فما دام الدائن كامل الأهلية ، فإنه يستطيع أن يرفع الدعوى دون القيام بشيء من هذه الإجراءات . ولكن لما كان لا بد من إدخال المدين في الدعوى كما سنرى ، فإنه يجب اتخاذ هذه الإجراءات عند إدخاله [1] .

٥٣٥ – ولا يشترط أن يحصل الدائن على إذن من القضاء بحلوله محل المدين

: كذلك لا يشترط أن يحصل الدائن من القضاء على إذن بحلوله محل المدين . ذلك أن نيابته عن المدين إنما يستمدها من القانون كما سنرى ، فهو في غير حاجة إلى أن يستمد نيابته من القضاء [2] . هذا إلى أن الإذن القضائي بالحلول لم يرد فيه نص [3] ، وطبيعة الدعوى لا تقتضيه [4] ، ومن ثم لا ضرورة لإذن قضائي بالحلول إذا أراد الدائن أن يوقع باسم مدينه حجزاً تحفظياً على ما لمدين مدينه لدى الغير [5] .

---

(١) ديمولومب ٢٥ فقرة ١٠٩ – هيك ٧ فقرة ٢٠٢ – بودري وبارد ١ فقرة ٦٣٦ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٣ – قارن دي باج ٣ فقرة ١٩٦ – عكس ذلك لوران ١٦ فقرة ٣٨٧ – هذا ولا شك في أن عدم قيام الدائن بالإجراءات التي كان على المدين أن يتخذها لو باشر الدعوى بنفسه يخالف مبدأ نيابة الدائن عن المدين ، فمن مقتضيات النيابة البحث عن الأهلية في شخص الأصيل وهو هنا المدين لا في شخص النائب وهو الدائن . ولكننا أمام نيابة قانونية من نوع خاص ، يميزها أنها نيابة في مصلحة النائب لا في مصلحة الأصيل ، وقد اقتضت هذه النيابة دخول الأصيل في الدعوى مع النائب وهذا أيضاً يخالف المبادئ المعروفة في النيابة (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٩ ص ٧٥٤ هامش رقم ٥) .

(٢) لوران ١٦ فقرة ٣٩٧ – ديمولومب ٢٥ فقرة ١٠٦ – بودري وبارد ١ فقرة ٦٣٤ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٤ – ديموج ٧ فقرة ٩٦٥ – چوسران ٢ فقرة ٦٧٠ – أنظر عكس ذلك كولمبه دي سانتير ٥ فقرة ٨١ مكررة – أوبري ورور ٤ فقرة ٣١٢ هامش رقم ٤ (ولكنهما – ص ١٨٠ و ص ١٨٢ – لا يشترطان الإذن بالحلول إذا كان الغرض الوحيد للدائن من الدعوى غير المباشرة مجرد المحافظة على أموال المدين) .

(٣) وذلك كالنص الذي ورد في المادة ٧٨٨ من التقنين المدني الفرنسي ، وهي تقضي بوجوب حصول الدائن على إذن قضائي للحلول محل مدينه في قبول ميراث لهذا المدين (أنظر بودري وبارد ١ فقرة ٦٣٤ ص ٦٤٠) .

(٤) وقد نصت المادة ٢٧٦ فقرة ٣ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني صراحة على عدم اشتراط حصول الدائن على إذن قضائي في الحلول محل المدين – على أن الإذن القضائي بالحلول لم يعد له مقتض مادام لا بد من إدخال المدين في الدعوى (أنظر بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٤ ص ٢٤٦) .

(٥) ولما كان من القواعد المقررة في حجز ما للمدين لدى الغير أنه لا يجوز للدائن أن يحجز ما لمدين مدينه لدى مدين من الدرجة الثالثة ، أي أنه لا يجوز أن يتوسط بين الدائن الحاجز والمدين المحجوز لديه إلا مدين واحد محجوز عليه ، كان من الممكن أن يشتبه الأمر في الدعوى غير المباشرة ، فلا تعطى لدائن يحجز باسم مدينه على ما لمدين هذا المدين لدى الغير ، حتى لا يكون هناك حجز لدى الغير يتوسط فيه بين الدائن الحاجز والمدين المحجوز لديه مدينان محجوز عليهما لا مدين واحد . إلا أن هذه الشبهة تزول إذا لاحظنا أن =

وقد خلص لنا مما تقدم أنه لا يشترط في الدائن إلا أن يكون حقه موجوداً . وغني عن البيان أن هذا الحق يجب أن يبقى موجوداً مادام الدائن يستعمل حقوق مدينه ، فإذا وفى الخصم في الدعوى غير المباشرة للدائن حقه ، فقد هذا صفته كدائن ولم تعد له مصلحة في الاستمرار في استعمال حقوق مدينه [1] .

المبحث الثاني

الشروط التي ترجع إلى المدين

٥٣٦ – شروط ثلاثة يجب توافرها في المدين : الأصل في استعمال الدائن لحقوق مدينه هو أن يكون له في ذلك مصلحة مشروعة عاجلة كما قدمنا ، وهذه المصلحة هي التي تبرر ثبوت النيابة القانونية للدائن ، فلو لم تكن هناك مصلحة مشروعة عاجلة لما كان هناك محل لتحتيم هذه النيابة على المدين [2] .

ولا توجد مصلحة مشروعة عاجلة للدائن إلا إذا توافر في المدين شرطان : (١) ألا يكون عنده أموال كافية لسداد حق الدائن إذا فات عليه الحق الذي يريد الدائن استعماله، أي أن يكون فوات هذا الحق على المدين سبباً في إعساره أو في زيادة إعساره. (٢) أن يكون مقصراً في عدم استعمال حقه بنفسه .

يضاف إلى هذين الشرطين شرط ثالث بصريح النص ، هو إدخال المدين خصماً في الدعوى [3] .

٥٣٧ – فوات الحق على المدين يكون سبباً في إعساره أو في زيادة إعساره : ذلك أنه لو كان عند المدين مال آخر يستوفى منه الدائن حقه ، لما جاز لهذا الدائن أن يستعمل حقاً للمدين لا مصلحة له في استعماله ، مادام يستطيع استيفاء حقه من غير هذا الطريق ، ومن ثم قضت الفقرة الثانية من المادة ٢٣٥ ، على ما رأينا ، بوجوب أن

= الدائن الذي يستعمل حق مدينه في توقيع الحجز تحت يد الغير إنما يستعمل هذا الحق باسم مدينه ، فهو ومدينه في هذا الحجز شخص واحد ، فلا يتوسط بينهما وبين المدين المحجوز لدين إلا مدين واحد محجوز عليه ، هو في هذه الحالة مدين المدين .

(١) دي پاج ٣ فقرة ٢٠١ .

(٢) استئناف مختلط ١٠ يونية سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٤٣ .

(٣) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٠٩ .

يثبت الدائن أن عدم استعمال المدين لحقه بسبب إعساره أو يزيد في هذا الإعسار . والمراد بالإعسار هنا هو الإعسار الفعلي ، بأن تزيد ديون المدين على حقوقه ، لا الإعسار القانوني الذي يستلزم حكماً بشهره بشروط وإجراءات معينة .

ونرى مما تقدم أن عبء الإثبات يقع على الدائن لا على المدين . وليس المدين ملزماً أن يثبت أن عدم استعماله لحقه لا يسبب إعساره أو لا يزيد في هذا الإعسار ، بل الدائن هو الذي عليه أن يثبت أن هذا الحق — ولنفرض أنه عين مملوكة للمدين في حيازة شخص آخر كاد أن يتملكها بالتقادم — لو ترك في يد الحائز فتملكه بالتقادم ، لما وجد الدائن مالا آخر للمدين يستطيع أن ينفذ عليه ، أو أن ما يجده من مال للمدين لا يكفي للوفاء بحقه . ويستوي أن تكون هذه العين كافية للوفاء بحق الدائن ، وهنا يكون فوات العين على المدين سبباً في إعساره ، أو أن تكون غير كافية إلا للوفاء ببعض الحق ، وهنا يكون فوات العين على المدين سبباً في زيادة إعساره ، ففي جميع هذه الأحوال يجوز للدائن أن يقطع التقادم باسم المدين ، وأن يرفع باسم المدين كذلك دعوى الاستحقاق ضد الحائز ، وذلك حتى لا تخرج العين من مال المدين فيستطيع الدائن أن يستوفى منها حقه أو بعض حقه . ولو لم يمكن القانوني الدائن من ذلك ، فملك الحائز للعين بالتقادم ، لكان هذا سبباً في وقوع الضرر بالدائن من جراء تقصير المدين في المحافظة على أمواله [1] .

٥٣٨ — تقصير المدين في عدم استعماله حقه بنفسه : ولا يكفي أن يكون عدم استعمال المدين لحقه سبباً في إعساره أو زيادة إعساره ، بل يجب أيضاً أن يكون المدين مقصراً في عدم استعمال حقه بنفسه . أما إذا نشط وأراد أن يباشر بنفسه استعمال حقه، حتى بعد أن يكون الدائن قد باشر استعمال الحق بالنيابة عنه ، فإنه يستطيع أن يفعل . ويجب في هذه الحالة على الدائن أن يمتنع عن المضي في الإجراءات التي بدأها ، وأن يترك إتمامها للمدين [2] . وكذلك الحال لو أن المدين ، عندما أدخل في الدعوى ، عمد إلى

---

(١) استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٧١ — ١٠ يونية سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٤٣ — ١٥ يونية سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٦٣ — هالتون ١ ص ٣٤٠ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٠ .

(٢) استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢١١ — ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٩٤ — ١١ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٦٨ — ٢١ يونية سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥١٨ — ٤ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٨٧ — ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٨ — ١٥ يونية سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٧٦ — مصر الكلية المختلطة ٥ فبراير سنة ١٩١٨ جازيت ٨ رقم ١٣٧ ص ٦٠ — ١٥ يناير سنة ١٩٢٣ جازيت ١٤ رقم ٤ ص ٧ — قارن استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٦٥ .

مباشرة حقه بنفسه واتخذ موقفاً إيجابياً في ذلك ، ولم يكتف بأن يكون موقفه سلبياً من الخصومة تاركاً للدائن عبء مباشرة الحق [١] .

وفي حالة ما إذا باشر المدين حقه بنفسه ، ولم يكن الدائن خصما في الدعوى وخاف تواطؤ المدين مع الخصم ، فله أن يدخل خصماً ثالثاً ليرقب بنفسه الإجراءات محافظة على حقوقه من تواطؤ المدين أو من تراخيه في الدفاع عن حقه [٢] . وله إلى جانب ذلك أن يستعمل الدعوى البوليصية إذا تواطـأ المدين فعلا مع الخصـم للإضرار به [٣] .

وعبء إثبات تقصير المدين في استعمال حقه يقع على الدائن . ولكن كل ما على الدائن أن يثبته هو أن المدين لم يستعمل حقه بنفسه وكان ينبغي أن يفعل إذ أن موقفه السلبي هذا يهدده بالإعسار أو بالزيادة فيه . فلو أن المدين ، إذا لم يستعمل حقه ، كان أمامه فسحة من الوقت لاستعماله ، فليس للدائن أن يستعمله مكانه . أما إذا تلكأ المدين في رفع الدعوى بحقه ، أو رفع الدعوى وتلكأ بعد ذلك في مباشرة الإجراءات [٤] ، وخيف من جراء هذا التلكؤ أن يعسر المدين أو أن يزيد إعساره ، فللدائن عندئذ أن يسـتعمل حق المدين [٥] .

---

(١) بل إن المدين يستطيع أن يوقف الدعوى غير المباشرة دون أن يدخل خصماً فيها ، بأن يتفق مع الخصم على إنهاء النـزاع صلحاً . وليس للدائن أن يعترض على ذلك ، فإن المدين لا يزال صاحب الحق ويجوز له التصرف فيه ، ما لم يكن قد قصد الإضرار بالدائن ، فلهذا أن يطعن في هذه الحالة بالدعوى البوليصية (بودري وبارد ١ فقرة ٦٢٨ ص ٦٣٥ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٨ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٨ ص ٧٥٩ هامش رقم ٣) .

(٢) استئناف مختلط ٢٢ يونية سنة ١٩١٠ جازيت ١ ص ٥ – ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١١٣ – ١٨ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٦٧ .

(٣) ديمولومب ٢٥ فقرة ٩٥ – لوران ١٦ فقرة ٣٩٠ – هيك ٧ فقرة ١٨٦ – أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٢ ص ١٨١ – بودري وبارد ١ فقرة ٦٢٨ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٨ – دي هلتس ١ لفظ (créancier) فقرة ٩ وفقرة ٢٦ – هالتون ١ ص ٣٤٠ – والتون ٢ ص ٩٨ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٨ ص ٧٥٩ .

(٤) أو رفع الدعوى ، ثم استأنف الحكم الابتدائي ، وعند نظر الاستئناف لم يباشر الإجراءات وغادر البلاد (استئناف مختلط ١٥ يونية سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٧٦) . ولا يعد المدين مهملا إذا أوعز إلى دائنه أن يتدخل في الدعوى حتى يكون من وراء تدخله أن تكون المحاكم المختلطة هي المختصة (استئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١١٧) .

(٥) استئناف مختلط ٢٢ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٣٤ – مصر الكلية المختلطة ٩ مايو سنة ١٩٢٢ جازيت ١٣ رقم ٨٩ ص ٥٢ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٨ .

وإثبات الدائن أن المدين لم يستعمل حقه يكفي ، وليس على الدائن أن يثبت تقصيراً معيناً في جانب المدين [1] . وقد كان المشروع التمهيدي للمادة ٢٣٥ يذكر أن الدائن عليه أن يثبت إهمال المدين ، فعدل النص في لجنة المراجعة ، واكتفي في التعديل أن يثبت الدائن عدم استعمال المدين لحقه [2] . وغني عن البيان أنه إذا أثبت الدائن أن المدين لم يستعمل حقه ، فللمدين أو للخصم في الدعوى أن يثبت أن الوقت لا يزال متسعاً أمام المدين لاستعمال حقه بنفسه ، وفي هذه الحالة لا يقبل من الدائن أن يستعمل الحق باسم المدين .

٥٣٩ – إدخال المدين خصماً في الدعوى – عدم ضرورة إعذاره:

لم ينص التقنين المدني السابق على ضرورة إدخال المدين خصماً في الدعوى ، ولذلك كان الرأي الغالب – كما هو الأمر في القانون الفرنسي – أن إدخال المدين خصماً في الدعوى ليس بشرط [3] . لكن إذا لم يدخل المدين خصماً في الدعوى ، فإن الحكم الذي يصدر فيها كان لا يسرى في حقه ، وهذا بخلاف الحكم الذي يصدر في مواجهة المدين فإنه يسرى في حق الدائن وفقاً للقواعد العامة المقررة في حجية الأمر المقضي [4] . وقد جرت العادة أن الدائن يدخل المدين خصماً في الدعوى، فإذا لم يدخله فإن الخصم هو الذي يدخله حتى يجعل الحكم يسرى في حقه [5] .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا أضاف المدعى إلى دفاعه تمسكه بحق مدين له قبل المدعى عليه واحتجاجه بأن المدين أهمل الدفاع عن حقه بقصد الكيد له ، وجب على المحكمة أن تفحص ذلك وترد عليه ، وإلا كان حكمها معيباً متعيناً نقضه ، ولا يصلح رداً على ذلك قول المحكمة إنه ليس للدائن إرغام مدينه على التمسك بحقوقه (نقض مدني ٣ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٤٩ ص ٦٦٤) .

(٢) أنظر تاريخ نص المادة ٢٣٥ آنفاً فقرة ٥٢٨ في الهامش .

(٣) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٤٧ – ٢٥ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٨٠ – ٥ يونية سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١ – ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢٥ – لوران ١٦ فقرة ٤٠٠ – بودري وبارد ١ فقرة ٦٣٥ – ديموج ٧ فقرة ٩٦٨ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٦ – والتون ٢ ص ٩٧ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٩ ص ٧٦٦ هامش رقم ١ – الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٢٨ – الأستاذ محمد صادق فهمي فقرة ٤٥١ – أنظر عكس ذلك : استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٦٨ – ١٩ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٥٩ – ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٢٧ ص ٦٥ – ٥ يونية سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢ – ٨ يونية سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٦٣ – ديمولومب ٢٥ فقرة ١٠٧ .

(٤) استئناف مختلط ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٩٤ – ٥ يونية سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١ – وفي فرنسا انقسم الفقه : فرأي يذهب إلى أن الحكم لا يسرى في حق المدين إذا لم يدخل في الدعوى (أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٢ هامش رقم ١٨) ، ورأي ثان يذهب إلى أن الحكم يسرى في حق المدين سواء كان في مصلحته أو ضده (كولميه دي سانتير ٥ فقرة ٨١ مكررة – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٤١٦) ، ورأي ثالث يذهب إلى أن الحكم يسرى في حق المدين إذا كان في مصلحته لا إذا كان ضده (لوران ١٦ فقرة ٤٠٨) .

(٥) استئناف مختلط ٢٥ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٨٠ – أوبري ورور ٤ فقرة ٣١٢ ص ١٨١ – ص ١٨٢ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٦ – الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٣٠ .

وللمدين كذلك أن يدخل من تلقاء نفسه خصماً في الدعوى ، بل له أن يتولاها بنفسه ويقف عمل الدائن كما قدمنا . وللقاضي من تلقاء نفسه أن يأمر بإدخال المدين خصماً إذا رأى فائدة من ذلك [1] .

وقد ذهب التقنين المدني الجديد في هذه المسألة مذهباً آخر ، فنص صراحة (م ٢٣٥ فقرة ٢) على وجوب إدخال المدين خصماً في الدعوى . فلا يجوز إذن للدائن أن يرفع الدعوى غير المباشرة دون أن يدخل المدين خصماً ثالثاً ، فإذا لم يدخله جاز للخصم أن يدفع بعدم قبول الدعوى ، إلا إذا دخل المدين من تلقاء نفسه أو أدخله الخصم نفسه . فالحكم الذي يصدر في الدعوى يسري إذن في حق المدين ، مادام قد أصبح طرفا في الدعوى [2] .

ولما كان لابد من إدخال المدين خصماً ، فقد استغنى بذلك عن إعذاره ، فإن إدخاله خصماً أقوى من الإعذار [3] . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٣٥ مدني صراحة على عدم ضرورة الإعذار . وكذلك كان الحكم في عهد التقنين المدني السابق دون نص صريح على ذلك ، إذ ليس في القواعد العامة ما يحتم الإعذار إلا نحو الخصم الذي يباشر الدائن في مواجهته حق المدين إذا كان الإعذار ضرورياً [4] . وبهذا الرأي أخذت جمهرة الفقهاء في فرنسا [5] ، وسار عليه الفقه في مصر [1] ، قبل أن يتضمنه نص في التقنين المدني الجديد .

---

(١) استئناف مختلط ١٩ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٥٩ — الأستاذ محمد صادق فهمي فقرة ٤٥١ — على ألا يكون إدخال المدين خصماً في محكمة الاستئناف حتى لا يضيع عليه درجة من درجات التقاضي (أنظر نقض فرنسي أول أغسطس سنة ١٨٥٩ داللوز ٥٩ — ١ — ٣٥٣ — ٢ أغسطس سنة ١٨٧٦ داللوز ٧٧ — ١ — ٢٢٤ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٦) — كذلك لا يشترط أن يصدر الدائن صحيفة الدعوى بما يقرر أنه يعمل باسم المدين ، مادام هذا الأمر يمكن فهمه من مجموع العبارات الواردة في صحيفة الدعوى (استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٧٨ — ٩ أبريل سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٤٠).

(٢) ولا يقال أنه مادام الدائن نائباً عن المدين ، فقد كان ينبغي أن تغني النيابة عن إدخال المدين خصماً في الدعوى ، ذلك أن النيابة هنا هي لصالح الدائن لا لصالح المدين كما سبق القول ، فكان لابد من إدخال المدين خصماً في الدعوى حتى يرقب إجراءاتها وحتى يستطيع حماية حقه بنفسه .

(٣) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٩ .

(٤) وذلك للحكم بتعويض عن التأخير أو بمصروفات الدعوى مثلا .

(٥) لوران ١٦ فقرة ٣٩٢ — لاروميير ٢ م ١١٦٦ فقرة ٢١ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٩ — ديموج ٧ فقرة ٩٦٦ — كولان وكابيتان وموراندييز ٢ فقرة ٤٣٥ ص ٣١٧ — جوسران ٢ فقرة ٦٧٠ — أنظر عكس ذلك : دمولومب ٢٥ فقرة ١٠٢ — فقرة ١٠٣ — ماركاديه ٤ فقرة ٤٩٣ .

وغني عن البيان أنه لا حاجة للدائن أن يدخل الدائنين الآخرين في الدعوى [٢] . ويسرى الحكم الصادر في الدعوى مع ذلك في حقهم ، لأن المدين — وقد رأينا أن من الواجب إدخاله في الدعوى — يمثل جميع الدائنين ، والحكم الذي يصدر في مواجهته يكون حجة عليهم جميعاً وفقاً للقواعد المقررة في حجية الأمر المقضي [٣] .

المبحث الثالث

الشروط التي ترجع إلى الحق الذي يستعمله الدائن باسم المدين

٥٤٠ — القاعدة واستثناءاتها : نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٣٥ على أن للدائن أن يستعمل باسم مدينه " جميع حقوق هذا المدين ، إلا ما كان منها متصلا بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز : . ويستخلص من ذلك أن القاعدة هي أن أي حق للمدين يجوز للدائن أن يستعمله . ويستثنى من ذلك : (أولا) أن يكون للمدين مجرد رخصة ، فلا يجوز للدائن أن يستعملها باسم المدين [٤] . (ثانياً) إلا يكون الحق للمدين نفسه ، بل هو حق يباشره عن غيره ، فلا يجوز للدائن أن يستعمل هذا الحق ، إذ هو ليس حقاً للمدين . (ثالثاً) أن يكون الحق للمدين ، ولكنه متصل بشخصه خاصة . (رابعاً) أن يكون الحق غير قابل للحجز عليه . (خامساً) أن يكون الحق مثقلا بحيث لا تكون هناك فائدة للدائن في استعماله [٥] .

ونستعرض القاعدة ثم الاستثناءات .

٥٤١ — يجوز للدائن استعمال أي حق للمدين : يجوز للدائن ، كقاعدة عامة ، أن يستعمل أي حق للمدين ، لا فرق بين حق وحق [1] .

---

(١) الأستاذ عبد السلام ذهني في الالتزامات فقرة ٣٣١ — الأستاذ محمد صادق فهمي فقرة ٤٥١ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٩ ص ٧٦٦ هامش رقم ١ — الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٢٨ — أنظر عكس ذلك والتون ٢ ص ٩٧ .

(٢) استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٥١ .

(٣) على أنه إذا كان المدين تاجراً مفلساً ، فالدائن لا يباشر الدعوى باسم المدين إلا في مواجهة أمين التفليسة ، والحكم يكون باسم أمين التفليسة .

(٤) والاستثناء هنا ظاهري ، لأن الرخصة غير الحق فلا تستثنى منه . والغرض من هذا الاستثناء الظاهري حصر مالا يستطيع الدائن أن يستعمله باسم المدين .

(٥) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٠٩ فقرة ٣ .

(1) إذا أجاز التقنين المدني في المادة ٢٣٥ مدني لكل دائن أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين إلا ما كان منها متصلا بشخصه أو غير قابل للحجز فقد أوجب على الدائن الذي يطالب بحق مدينه أن يقيم =

فقد يكون هذا الحق حقاً شخصياً ، محله نقد أو عين أو عمل أو امتناع عن عمل. وأكثر ما يستعمل الدائن من حقوق المدين الحق الشخصي الذي محله نقد ، فهو الحق الأكثر سهولة في الاستعمال . ومع ذلك فإن هناك إجراء أمام الدائن يفضل الدعوى غير المباشرة لتقاضي ما للمدين من نقود في ذمة مدينه ، وهذا هو حجز ما للمدين لدى الغير . ومن ثم كانت الدعوى غير المباشرة نادرة الوقوع في العمل . ففي حجز ما للمدين لدى الغير يعمد الدائن — بدلا من رفع الدعوى غير المباشرة — إلى الحجز تحت يد مدين المدين على ما للمدين من نقود في ذمة مدين المدين ، فإذا ما حكم بصحة الحجز انقلب الإجراء إجراء تنفيذياً ، وتمكن الدائن بإجراءات هذا الحجز وحدها من استيفاء حقه من مدين المدين [1] . وهذا بخلاف الدعوى غير المباشرة ، فإن الدائن بعد النجاح فيها لا يكتفي بذلك ، بل لابد له حتى يصل إلى حقه من أن يباشر إجراءات تنفيذية مستقلة عن الدعوى [2] .

وقد يكون حق المدين حقاً عينياً يستعمله الدائن باسمه ، كحق ملكية أو حق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن .

ويغلب أن يأخذ الحق — شخصياً كان أو عينياً — صورة الدعوى يرفعها الدائن على من عليه الحق للمدين [3] ، كدعوى الدين أو دعوى الاستحقاق [4] . ومن ثم أطلق على

= الدعوى باسم مدينه ليكون المحكوم به حقاً لهذا المدين ، ويدخل في عموم أمواله ضماناً لجميع دائنيه ويتقاسموه قسمة غرماء ، فإذا هو لم يرفعها بوصفه دائناً ، وإنما رفعها استعمالاً لحق مباشر له ، وطلب الحكم لمصلحته لا لمصلحة مدينه ، فإنما تكون دعوى مباشرة أقامها باسمه ولمصلحته .

(جلسة ١٩٨٨/٣/٢٤ الطعن رقم ٩٤٣ لسنة ٥١ ق) .

(جلسة ١٩٧٥/٤/٢٩ الطعن رقم ٤٧٦ لسنة ٣٩ ق س ٢٦ ص ٨٤٤) .

(جلسة ١٩٧٢/١/٢٠ الطعن رقم ١٣٩ لسنة ٣٧ ق س ٢٣ ص ١٠١) .

(١) استئناف مختلط ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٣٠ — ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٥٥ .

(٢) دي باج ٣ فقرة ١٨٢ — ويلاحظ أن حجز ما للمدين لدى الغير هو نفسه حق للمدين ، فيجوز إذن للدائن استعماله فيحجز باسم مدينه على ما لمدين مدينه لدى الغير ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . والفرق ظاهر بين أن يحجز الدائن باسمه على ما لمدينه لدى الغير ، وبين أن يحجز باسم مدينه على ما لمدين مدينه لدى الغير .

(٣) ولما كان الدائن لا يستطيع الحجز على دعاوى مدينه — باستثناء حجز ما للمدين لدى الغير ومع ذلك فلا يبقى من حكم بصحة الحجز — فلا يبقى إلا أن يستعمل الدائن هذه الدعاوى باسم مدينه ، حتى ينفذ بعد ذلك على ما تنتجه هذه الدعاوى من مال (بيموج ٧ فقرة ٩٢٠ ص ٢٩٩) .

(٤) ومن الدعاوى التي يستطيع الدائن أن يباشرها باسم المدين : دعوى المدين إذا كان مشترياً في الرجوع على بائعه بضمان الاستحقاق أو ضمان العيب (استئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢٥ — ٩ يونية سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٤٠ — بودري وبارد ١ فقرة ٦٠٨) أو في الرجوع على البائع بما دفعه وفاء لدين مضمون برهن على العقار المبيع (استئناف مختلط ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٤٦)، ودعوى =

استعمال الدائن لحقوق مدينه اسم " الدعوى غير المباشرة " ، أخذ بالغالب [1] . على أنه يجوز أن يستعمل الدائن باسم مدينه مجرد إجراءات ، دون أن يرفع دعوى أمام القضاء .

= المدين البائع في استيفاء ثمن المبيع (استئناف مختلط ١٣ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٢١ — ١٩ أبريل سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٤٠) ، ودعوى المدين المصاب في ماله في الرجوع بالتعويض على من ألحق به الضرر (لوران ١٦ فقرة ٤١٩ — هيك ٧ فقرة ٢٠٢ — لاروميير ٢ م ١١٦٦ فقرة ٢٠) ودعوى المدين القاصر في مطالبة الوصي بتقديم حساب عن الوصاية بعد انتهائها (بودري وبارد ١ فقرة ٦٠٨ — لوران ١٦ فقرة ٣٣٨) ، ودعوى المدين في رفع مناقضة (contredit) لإنزال بعض الديون المبالغ فيها إلى مقدارها الحقيقي (استئناف مختلط ٥ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٣٥) ، ودعوى المدين إذا كان شريكاً في شركة في الطعن ببطلان اتفاق على تعديل الشركة أو على حلها (استئناف مختلط ١٣ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٣٤) ، ودعوى المدين في المطالبة بسقوط إجراءات اتخذت لنزع ملكيته (استئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٦٣) ، ودعوى المدين في الطعن بالصورية في سند بدين في ذمته (استئناف مختلط ١٢ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٥٢) ، ودعوى المدين في أن يطعن في عقد صدر منه بالبطلان أو بالفسخ (استئناف مختلط ١٣ أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٧٢ — بودري وبارد ١ فقرة ٦١١ — فقرة ٦١٦ — دي باج ٣ فقرة ١٨٩ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣٩٤ — چوسران ٢ فقرة ٦٦٨ — ويغلب على القضاء الفرنسي ألا يعطى الدائن الحق في الطعن بإبطال العقد باسم المدين بحجة أن التمسك بإبطال عقد لعيب في الرضاء أو لنقص في الأهلية مسألة يرجع الشخص في تقديرها إلى اعتبارات أدبية : نقض فرنسي ٦ مارس سنة ١٨٧٨ داللوز ٧٨ — ١ — ٣١٦ — ١٨ أكتوبر سنة ١٩١٠ داللوز ١٩١٢ — ١ — ٢٣٣ ، ومع ذلك إنظر : نقض فرنسي ١٠ مارس سنة ١٨٥٣ داللوز ٥٣ — ١ — ١٦٠) ، ودعوى المشترى ضد البائع يباشرها المشترى من المشترى (استئناف مختلط ٢٧ فبراير سنة ١٩١٣ جازيت ٣ رقم ٢٠٨ ص ١٠٩ — ٩ يونية سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٤٠ — وقارن استئناف مختلط ١٠ يونية سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٤٣ — وأنظر : ديمولومب ٢٥ فقرة ٨٨ — لوران ١٦ فقرة ٤٢٢ — هيك ٧ فقرة ٢٠٢ — بوردي وبارد ١ فقرة ٦١٦ — هالتون ١ ص ٣٤ — دي هلتس ١ لفظ (créancier) فقرة ٣٠ — والتون ٢ ص ١٠٣ — ص ١٠٤ — فتحي زغلول ص ٣٧٤ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٩ ص ٧٦٤ هامش رقم ٢ — عكس ذلك : توليبه ٧ فقرة ٥٦٦) ، ودعوى المالك في استرداد الشيء المملوك له تحت يد الغير (دعوى الاستحقاق) ، ودعوى الوارث في المطالبة بنصيبه في الميراث ، ودعوى الموصي له في المطالبة بالوصية ، ونحو ذلك . وكذلك يجوز استعمال حق المدين في طلب القسمة (محكمة مصر المختلطة مستعجل ٢٦ يوليو سنة ١٩١٣ جازيت ٣ رقم ٤٧٠ ص ٢٢٥) ، وفي مطالبة شركة التأمين بمبلغ التأمين (محكمة إسكندرية المختلطة التجارية أول مارس سنة ١٩٢٨ جازيت ١٨ رقم ٢٨٧ ص ٢٢٩ — استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٨٩) ، وفي رجوع المسخر (الاسم المستعار) على الأصيل يباشره من تعاقد مع المسخر (استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٧١) . وللمستحق في وقف إذا أخذ أقل من استحقاقه أن يستعمل دعوى ناظر الوقف في الرجوع على مستحق أخذ أكثر من استحقاقه (استئناف مختلط ١٩ يونية سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٤١٢ — قارن استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٢٩ — ويلاحظ أنه يجب في هذا الرجوع أن يكون ناظر الوقف مسئولا شخصياً نحو المستحق الأول ودائناً شخصياً للمستحق الثاني) .

(1) لئن كان للدائن — إعمالا لصريح نص المادة ٢٣٥ من القانون المدني — أن يستعمل باسم مدينه حقوق هذا المدين إذا أهمل في استعمالها سواء في صورة دعوى تقاعس المدين عن إقامتها أو في صورة طعن في حكم =

وهذه الإجراءات إما أن تكون تصرفات قانونية أو إجراءات مادية [أ] . مثل التصرفات القانونية أن يقبل الدائن وصية عن المدين ، أو يسترد شيئاً للمدين حق استرداده ، أو يقبل اشتراطاً لمصلحة المدين . ومثل الإجراءات المادية أن يقيد رهناً لمصلحة المدين ، أو يجدد قيد الرهن ، أو يسجل عقداً لمدين حتى تنتقل إليه الملكية ، أو يقطع تقادماً سرى ضد المدين ، أو يطلب باسم المدين وضع أختام أو كتابة محاضر جرد [1] . وللدائن كذلك أن يطعن باسم مدينه في حكم صدر ضد المدين ، بجميع وجوه الطعن العادية وغير العادية ، من معارضة واستئناف ونقض والتماس إعادة نظر وغير ذلك . وله أن يقوم بإجراءات المرافعة ، وأن يتمسك بالدفوع عن المدين [2] .

= قعد المدين عن الطعن عليه ، إلا أن شرط ذلك أن يكون مباشر الإجراء — دعوى أو طعن — دائناً أي له حق موجود قائم قبل من يستعمله باسمه ، لما كان ذلك ، وكانت المحكمة قد انتهت في الرد على السبب الأول إلى أن الطاعنين مجرد مستأجرين من الباطن انقضت عقود إيجارها الصادرة من المطعون ضده الثالث بانتهاء عقد الإيجار الأصلي لصالح هذا الأخير ، فلا حق لهم قبله ، وبالتالي فلا سند لهم في استعمل ما قد يكون للمطعون ضده الثالث من حقوق قبل المطعون ضدهما الأولين ناشئة عن إقامة المباني .

(جلسة ١٩٨٢/٥/٢٧ الطعن رقم ٤٧٥ لسنة ٥١ ق س ٣٣ ص ٥٩٣) .

(جلسة ١٩٨٨/٣/٢٤ الطعن رقم ٩٤٣ لسنة ٥١ ق) .

(أ) لما كان الحكم المطعون فيه قد أورد بمدوناته أن الثابت من تقرير الخبير ومن التحقيقات التي أجرتها محكمة أول درجة أن البائع للمستأنف والمستأنف عليها الأخيرة وقد تقاعسا في مطالبة المستأنف عليهم من الأول للسادس في استرداد عين النـــزاع وأن البائع للمستأنف لا يملك سوى القدر المبيع مما تستدل منه المحكمة أن عدم مطالبة المستأنف عليها الأخيرة ومورثها من قبل بطرد باقي المستأنف عليهم من عين النـــزاع يترتب عليه إعسارها أو زيادة إعسارها وهو المتمثل في تعذر تنفيذ المستأنف عليها الأخيرة ومورثها من قبل تسليم الأطيان موضوع التداعي إلى المستأنف تنفيذاً لعقد البيع الصادر إليه ، ومن ثم تكون شروط الدعوى غير المباشرة متوافرة في واقعة التداعي وكان ما أورده الحكم سائغاً وله سند في أوراق الدعوى وكافيا لحمل قضائه ، فإن النعي عليه بهذا السبب لا يعدو أن يكون جدلا في تقدير محكمة الموضوع لأدلة الدعوى وهو ما لا يجوز إثارته أمام محكمة النقض .

(جلسة ١٩٩١/٥/٩ الطعن ١٧٨٠ لسنة ٥٥ ق) .

(١) ومثل الإجراءات المادية أيضاً اتخاذ الإجراءات التنفيذية (استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٦٧) ، وتوقيع الحجز التحفظي ، وحجز ما للمدين لدى الغير ، والتنبيه بإنهاء عقد الإيجار (إذا كان الدائن كفيلا للمستأجر وتأخر هذا في دفع الأجرة : نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٩ ص ٧٦٥ هامش رقم ٢) — ومن أجل مباشرة الدائن للإجراءات باسم المدين يذكر التقنين الفرنسي عبارة " الحقوق والدعاوى " فينصرف لفظ " الحقوق " إلى الإجراءات (ديموج ٧ فقرة ٩٢٨) .

(٢) استئناف مختلط ٢٩ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٣٢ — ٤ يونية سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٢٩ — ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٦٠ — استئناف مصر ٢٢ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٦ رقم ٤٢٠ ص ٩١١ — أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٢ ص ١٨١ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٢٤ — ديموج ٧ فقرة ٩٣٥ — دي باج =

٥٤٢ – لا يجوز للدائن أن يستعمل ما للمدين من رخصة : ليس للدائن أن يتدخل في شؤون مدينه إلى حد أن يقبل عنه صفقة لا يريدها هو ، حتى لو كانت هذه الصفقة رابحة ومن شأنها أن تزيد في ضمان الدائن ، ولا أن يلغي باسم مدينه عقد إيجار بدعوى أن الأجرة باهظة ومن شأنها أن تنتقص من ضمان الدائن . " فحق " قبول الإيجاب، " وحق " إلغاء عقد الإيجار ، " وحق " إدارة المدين لأمواله حسبما يرى حتى لو كانت هذه الإدارة سيئة [١] ، وليست حقوقاً يجوز للدائن أن يستعملها باسم مدينه ، بل هي مجرد رخص لا شأن للدائن في استعمالها [٢] .

ولكن إذا أصبحت الرخصة حقاً ، فللدائن أن يستعمل هذا الحق باسم مدينه مادام قد استوفى الشروط اللازمة . فحق الموصي له في قبول الوصية [٣] ، وحق المنتفع في قبول الاشتراط لمصلحته [٤] ، وحق الموعود بالبيع في الشراء ، وحق المشترى وفاء استرداد الشيء

= ٣ فقرة ١٨٦ ص ٢٠٢ – دي هلتس ١ لفظ (créancier) فقرة ٨ وفقرة ٢٧ – أنظر عكس ذلك: استئناف مختلط ١٧ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٩١ .

هذا ويصح أن يشترط المدين على دائنه ألا يستعمل حقاً له ولو لم يكن متصلا بشخصه (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٦ – دي باج ٣ فقرة ١٩٠) .

(١) أنظر تقنين الموجبات والعقود اللبناني (م ٢٧٦ فقرة ٢) : " غير أنهم (أي الدائنين) لا يستطيعون أن يتذرعوا بهذا الامتياز ليقوموا مقامه في إدارة مملوكة ، فهو يبقى متسلماً بزمام إدارته بالرغم من سوء حالة أشغاله " .

(٢) لوران ١٦ فقرة ٤٢٤ وما بعدها – هيك ٧ فقرة ١٩٤ – بارتان على أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٢ ص ١٧٩ – بودري وبارد ١ فقرة ٥٩٩ – ديموج ٧ فقرة ٩٢٦ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٠ – فقرة ٩٠١ – جوسران ٢ فقرة ٦٥٥ – دي هلتس ١ لفظ (créancier) فقرة ١٠ وفقرة ١٥ – والتون ٢ ص ١٠٤ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٩ ص ٧٦٠ هامش رقم ١ .

(٣) وهناك رأي يذهب إلى أنه لا يجوز للدائن أن يستعمل حق مدينه في قبول الوصية ، لا لأن القبول هنا مجرد رخصة ، بل لأنه حق متصل بشخص المدين (بودري وبارد ١ فقرة ٦٢٢ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٤) .

(٤) ويذهب بعض الفقهاء إلى أن قبول المنتفع للاشتراط لمصلحته مجرد رخصة لا يجوز للدائن استعمالها باسم المدين (دي باج ٣ فقرة ١٨٧ – بودري وبارد ١ فقرة ٦٢٣) . والصحيح أن حق المنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير حق ينشأ من العقد ، وقبول المنتفع ليس إلا لجعله حقاً غير قابل للنقض . فثم إذن حق يستطيع الدائنون بالنيابة عن مدينهم أن يجعلوه غير قابل للنقض ، إلا إذا تبين أن الأمر يتعلق لاعتبارات أدبية بمحض تقدير المنتفع ، فعندئذ لا يجوز للدائنين استعماله ، لا لأنه مجرد رخصة ، بل لأنه حق متصل بشخص المدين (ديموج ٧ فقرة ٨٢٣ وفقرة ٩٢٨ – الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت في نظرية الالتزام سنة ١٩٤٥ فقرة ٦٢٤ ص ٤٦٦ – الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٠٠ ص ١٢٩) .

وحق المشترط في نقض الاشتراط لمصلحة الغير ، وتحويله إلى منتفع آخر أو إلى نفسه ، يعتبر رخصة لا يجوز لدائني المشترط استعمالها ، وهو على كل حال موكول إلى محض التقدير الشخصي للمشترط (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٤ ص ٢٣٨ – قارن نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨١٨ ص ٩١٨ هامش رقم ٢).

المبيع عندما كان بيع الوفاء جائزاً [1] ، كل هذه حقوق يجوز للدائن استعمالها باسم المدين [2] .

أما التمسك بالتقادم ، فالرأي الراجح أنه رخصة لا حق ، وأن التقادم لا يتم إلا بالتمسك به [3] . وكان مقتضى هذا التكييف أن الدائن لا يستطيع استعمال هذه الرخصة نيابة عن مدينه ، ولكن الفقرة الأولى من المادة ٣٨٧ مدني نصت استثناء على جواز تمسك الدائن بالتقادم المسقط نيابة عن مدينه إذ تقول : " لا يجوز للمحكمة أن تقضي بالتقادم من تلقاء نفسها ، بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو بناء على طلب دائنيه أو أي شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين " ، وقضت المادة ٩٧٣ مدني بنفس الحكم بالنسبة إلى التقادم المكسب [4] .

---

(١) فحق الموعود بالبيع وحق المشترى وفاء كلاهما حق ذو قيمة مالية نشأ عن عقد الوعد أو عقد البيع وفاء ، مثلهما مثل حق المنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير نشأ عن عقد الاشتراط (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٩ ص ٧٦٠ هامش رقم ١) .

ويحسن في هذا الصدد أن نميز ما بين الحق الكامل كحق الموعود بالبيع وحق المشترى وفاء وحق المنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير ، ومجرد الرخصة كحق الشخص في أن يشترى دار غيره إذا رضي صاحب الدار وحق المالك في إدارة ملكه ، ومنزلة وسطى ما بين الحق والرخصة كحق الشخص في قبول الإيجاب الموجه له وحق الشفيع في الأخذ بالشفعة وحق الشريك في استرداد النصيب الشائع . فالحق الكامل هو وحده الذي يستطيع الدائن أن يستعمله باسم المدين ، أما مجرد الرخصة فلا يجوز للدائن استعمالها ، ويلحق بالرخصة في ذلك المنزلة الوسطى ما بين الحق والرخصة .

ويميز بودري وبارد ما بين حق لا يحتاج إلا إلى مجرد التثبيت (consolidation) وهذا يجوز للدائن استعماله باسم المدين ، ومجرد الرخصة في كسب الحق وهذه لا يجوز للدائن استعمالها (بودري وبارد ١ فقرة ٦٠١ ص ٦٠٠) .

(٢) ديرانتون ٦ فقرة ٥١٦ — فقرة ٥٢٠ — دمولومب ١٤ فقرة ٥٥٧ و ١٥ فقرة ٥٣ وفقرة ٧٦ — بودري وبارد ١ فقرة ٦٠٠ — فقرة ٦٠٢ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠١ — والتون ٢ ص ١٠٤ — ص ١٠٥ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٩ ص ٧٦٠ هامش رقم ١ — أنظر عكس ذلك : لوران ١٦ فقرة ٤٢٦ — فقرة ٤١٧ — هيك ٧ فقرة ١٩٥ .

(٣) فالتقادم المسقط إذن واقعة مركبة (fait complexe) ، تتكون من واقعة مادية هي مرور الزمن وتصرف قانوني هو إعلان المدين لإرادته في التمسك بالتقادم ، وكذلك التقادم المكسب ، غير أن الواقعة المادية في التقادم المكسب هي مرور الزمن من الحيازة معاً .

(٤) استئناف مختلط ١٧ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٧٤ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٩ ص ٧٦٠ هامش رقم ١ — أما النزول عن التقادم فيجوز للدائن أيضاً استثناء الطعن فيه بالدعوى البوليصية (م ٣٨٨ و ٩٧٣ مدني) على النحو الذي سنورده فيما بعد .

" وحق " الشفيع في الأخذ بالشفعة ، " وحق " الشريك في استرداد النصيب الشائع ، كلاهما رخصة لا يجوز للدائن استعمالها بالنيابة عن المدين ، مثلها مثل قبول الإيجاب الموجه إلى المدين [1] .

٥٤٣ – ولا يجوز للدائن أن يستعمل حقاً يباشره المدين عن غيره:

ثم إن الحق الذي يستعمله الدائن باسم المدين يجب أن يكون حق المدين نفسه ، لا حقاً يباشره المدين عن غيره . فلا يجوز للدائن ، إذا كان مدينه ولياً لقاصر ، أن يرفع دعاوى القاصر باسم مدينه ، لأن هذه الدعاوى إنما يباشرها المدين عن القاصر بصفته ولياً له . وكذلك الأمر لو كان المدين قيماً على محجور عليه أو ناظراً على وقف ، فلا يجوز للدائن أن يرفع باسم مدينه دعاوى المحجور عليه ولا دعاوى الوقف [2] .

كذلك إذا جاز للدائن أن يستعمل حق المدين قبل مدين المدين ، فلا يجوز له أن يستعمل حق مدين المدين قبل مدين مدين المدين [3] ، لأن حق مدين المدين إنما يستعمله المدين بالنيابة عن مدين المدين ، فلا يجوز للدائن أن يستعمل حقاً يباشره مدينه بالنيابة عن غيره [4] . وقد قدمنا أنه يجوز للدائن أن يستعمل حق المدين في إيقاع الحجز التحفظي على ما لمدين المدين لدى مدين مدين المدين دون مجاوزة لهذا الحد [5] .

٥٤٤ – ولا يجوز للدائن أن يستعمل حقاً متصلا بشخص المدين خاصة :

وهذا ما نصت عليه صراحة الفقرة الأولى من المادة ٢٣٥ كما رأينا . ذلك أن الدعوى غير المباشرة إنما تستند ، كما قدمنا ، إلى ما للدائن من حق الضمان العام على جميع

---

(١) لوران ١٦ فقرة ٤٢٨ – هيك ٩ فقرة ٢١ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠١ – دي باج ٣ فقرة ١٨٧ – عكس ذلك : أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٢ – بودري وبارد ١ فقرة ٦١٠ .

(٢) استئناف مختلط ٧ مايو سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٧٠ – والتون ٢ ص ١٠٢ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٩ ص ٧٦١ هامش رقم ١ .

(٣) قارن استئناف مختلط ١٧ يونية سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٤٣٩ – ٦ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٣٣ .

(٤) فلا يجوز لبائع العقار الذي لم يستوف الثمن كاملا ، وترك قيد كل من امتيازه وامتياز المشترى منه يسقط ، أن يجدد قيد امتياز المشترى من المشترى في الميعاد القانوني ، ليطالب من انتقلت له الملكية بعد ذلك بالباقي له من الثمن . فهو إذا كان يستطيع أن يجدد قيد امتيازه هو ، وأن يجدد باسم المشترى منه قيد امتياز هذا المشترى ، فإنه لا يستطيع أن يجدد قيد امتياز المشترى من المشترى ، لأن هذا التجديد إنما يجريه مدينه المشترى باسم مدين مدينه المشترى من المشترى ، فلا يجوز له أن يباشره هو باسم مدينه المشترى (محكمة بوردو الاستئنافية ٩ مارس سنة ١٩٣٦ سيريه ١٩٣٧ – ٢ – ١٢٩ – داللوز أنسيكلو بيدي ١ action oblique فقرة ٤٠) .

(٥) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٥ مكررة – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٩ ص ٧٦١ هامش رقم ١ .

أموال مدينه ، فالحق الذي يستطيع الدائن أن يستعمله يجب إذن أن يدخل ضمن الحقوق التي تعتبر ضامنة لحق الدائن .

ويترتب على ذلك أن الحقوق غير المالية المتعلقة بالأحوال الشخصية ، وهي حقوق متصلة بشخص المدين خاصة ولا تدخل في الضمان العام للدائنين، لا يجوز للدائن استعمالها. فلا يجوز استعمال حق الطلاق ، حتى لو كان استعمال هذا الحق من شأنه أن يخفف عبئاً مالياً عن المدين كانقطاع دين النفقة . ولا يجوز استعمال حق اللعان، ولو أن استعمال هذا الحق من شأنه ألا يثبت نسب ولد اللعان من المدين فلا يتحمل هذا نفقته . وليس للدائن أن يطلب باسم مدينه إنقاص نفقة قدرت لزوجة المدين أو لأحد من أقاربه [1] . كذلك لا يجوز للدائن أن يرفع باسم مدينه دعوى نسب ، حتى لو كانت هذه الدعوى تؤدى إلى أن يثبت للمدين ميراث أو وصية ، لأن دعوى النسب متعلقة بالأحوال الشخصية فيترك المدين حراً في تقدير مناسبة رفعها . ولكن لما كان يجوز للورثة أن يطالبوا بميراث مورثهم ولو اقتضى الأمر أن يثبتوا نسبه ، فلدائني الورثة أن يرفعوا هذه الدعـــوى باسم مدينهم ، لأن القضية تصبح قضية ميراث لا قضية نسب [2] .

ويترتب على ذلك أيضاً الحقوق المالية غير المتعلقة بالأحوال الشخصية ، إذا كانت متصلة بشخص المدين ، لا يجوز للدائن استعمالها . ويعتبر الحق المالي متصلا بشخص المدين إذا قام في أساسه على اعتبارات أدبية [3] ، وذلك كحق الواهب في الرجوع في الهبة [4] ،

---

(١) ديمولومب ٥ فقرة ١٣٧ – هيك ٧ فقرة ٢٠٠ – بوردي وبارد ١ فقرة ٥٩٣ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٢ .

(٢) ويشترط ديمولومب ألا يكون إثبات نسب المورث ضمن ما يطلب الحكم به ، فيكون هذا النسب طريقاً من طرق الدفاع لإثبات الميراث ، لا طلباً في الدعوى يراد الحكم به (ديمولومب ٥ فقرة ٢٨٤ – وأنظر أيضاً : أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٢ هامش رقم ٣٠ – لوران ٣ فقرة ٤٧٠ – بودري وبارد ١ فقرة ٥٩٣ ص ٥٩٥) .

(٣) بودري وبارد ١ قرة ٥٩١ – ديموج ٧ فقرة ٩٢٤ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٤ – كولان وكابيتان موراندير ٢ فقرة ٤٣١ – جوسران ٢ فقرة ٦٦٧ .

(٤) محكمة مصر المختلطة ١٢ مايو سنة ١٩٢٨ جازيت ١٩ رقم ١٥١ ص ١٧٩ ، ومع ذلك أنظر محكمة مصر المختلطة ١٢ يناير سنة ١٩٢٨ جازيت ١٩ رقم ٢٦٤ ص ٢٦٥ وقد قضت بأن حق الرجوع في وقفية ليس حقاً متصلا بشخص المدين – ديرانتون ١٠ فقرة ٥٤٠ – أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٢ ص ١٨٩ – ديمولومب ٢٠ فقرة ٦٩٢ – فقرة ٦٩٣ – لوران ١٢ فقرة ٢٨ – بودري وبارد ١ فقرة ٦١٣ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٤ .

وحق المصاب في التعويض عما أصابه من الضرر الأدبي [1] ، وحق المؤلف في نشر مؤلفه أو إعادة نشره [2] .

٥٤٥ – ولا يجوز للدائن أن يستعمل حقاً للمدين غير قابل للحجز: ولما كانت الدعوى غير المباشرة تستند إلى الضمان العام للدائنين كما تقدم القول، فحقوق المدين غير القابلة للحجز – وهي لا تدخل في هذا الضمان – لا يجوز للدائن استعمالها ، إذ لا يستطيع التنفيذ عليها ، فتصبح الدعوى غير المباشرة دون جدوى . وجميع الحقوق التي يقضي القانون بعدم جواز الحجز عليها ، سواء كانت غير قابلة للتنازل

---

(١) وهذا ما لم تظهر إرادة المصاب في المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي ، فإذا ظهرت هذه الإرادة قاطعة في صورة اتفاق المسئول أو بالمطالبة القضائية فقد أصبح حق التعويض حقاً مالياً كسائر الحقوق المالية يجوز للدائن استعماله (الوسيط ١ ص ٩١٩) . وكل تعويض عن عمل غير مشروع يجب أن نميز فيه بين التعويض عن الضرر المادي وهذا غير متصل بشخص المدين ويجوز للدائن استعمال الحق فيه ، والتعويض عن الضرر الأدبي وهذا متصل بشخص المدين على الوجه الذي أوضحناه ولا يجوز للدائن أن يطالب به نيابة عن المدين (محكمة مصر المختلطة ١٢ مايو سنة ١٩٢٨ جازيت ١٩ رقم ١٥١ ص ١٧٩ – ديرانتون ١٠ فقرة ٥٥٧ – لوران ١٦ فقرة ٤١٩ – ديمولومب ٣٥ فقرة ٨٢ – بودري وبارد ١ فقرة ٦٢٥ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٤ – فقرة ٩ – دي هلتس ١ لفظ créancier فقرة ٢٣ – فقرة ٢٥ – الأستاذ عبد السلام ذهني فقرة ٣٢٧ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٩ ص ٧٦٣ هامش رقم ١) . ويعتبر الضرر مادياً ولو وقع على جسم المدين لا على ماله ، مادام أنه ضرر مادي لا ضرر أدبي (بودري وبارد ١ فقرة ٦٢٥ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٤ ص ٢٣٨ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣٩٣ – كولان وكابيتان وموراندييه ٢ فقرة ٤٣٢ – جوسران ٢ فقرة ٦٦٨ – عكس ذلك : ديمولومب ٢٥ فقرة ٨٢ – أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٢ ص ١٨٩ ، بيدان ولاحارد ٨ فقرة ٦٣٦ ص ٦٥٩) . وقد جاء في كتاب أحكام الالتزام للدكتور صبحي المحمصاني (ص ٥٧) أن القضاء اللبناني يذهب إلى أن الدية هي تعويض مادي وأدبي للورثة عن فقد مورثهم ، وأنها بهذه الصفة تكون من حق الورثة مباشرة ، ولا يمكن أن تدخل في عداد أموال المدين التي يجوز توقيع الحجز عليها من دائنيه (قرار الحاكم المنفرد في جبيل الصادر في ٢١ تشرين الثاني سنة ١٩٥١ النشرة القضائية اللبنانية سنة ١٩٥٣ ص ٧٦) .

(٢) ديموج ٧ فقرة ٩٢٧ ص ٣٠٧ – ويعتبر حق الوالد في محاسبة ابنته على نفقات حفظ أمتعتها المودعة عنده حقاً متصلا بشخصه (مصر الكلية الأهلية ١٠ مايو سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ رقم ١١٨ ص ١٦٩). كذلك يعتبر حق المدين الراهن في نقل التكليف باسمه حقاً متصلا بشخصه (استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢١١) .

هذا ويجوز للمدين أن يتزل عن حقه في الاعتراض على مباشرة الدائن لدعوى متصلة بشخصه ، فقد تقرر الحظر لمصلحته ويستطيع أن يتزل عنه إذا شاء . كما يجوز ، على النقيض من ذلك ، كما سبق القول ، أن يشترط المدين على الدائن إلا يستعمل حقاً له ولو لم يكن هذا الحق متصلا بشخصه . فالدعوى غير المباشرة ليست من النظام العام ، وإنما وضعت قواعدها لمصلحة كل من الدائن والمدين (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٦ – دي باج ٣ فقرة ١٩٠) .

عنها كحق السكنى وحق الاستعمال ، أو كانت قابلة للتنازل كمرتبات الموظفين ومعاشاتهم وديون النفقة والملكية الزراعية الصغيرة التي لا تزيد على خمسة فدادين [1] ، كل هذه الحقوق لا يجوز للدائن استعمالها لانعدام المصلحة . وقد سبق أن عددنا تفصيلا أموال المدين التي لا يجوز الحجز عليها ، فنكتفي هنا بالإحالة إلى ما قدمناه من ذلك .

٥٤٦ – ولا يجوز للدائن أن يستعمل حقاً للمدين مثقلا إلى حد الاستغراق : وقد يكون الحق غير متصل بشخص المدين وقابلا للحجز عليه ، ولكن حق مثقل برهن أو نحوه بما يجعل استعماله غير ذي فائدة للدائن . فعند ذلك لا تكون هناك مصلحة للدائن في استعمال هذا الحق . مثل ذلك أن يسترد الدائن عيناً مملوكة للمدين من تحت يد الحائز ، وتكون العين مرهونة ضماناً للدين يستغرق قيمتها ، ففي هذه الحالة لا تكون للدائن مصلحة في استرداد العين مادام الدائن المرتهن يتقدم عليه ، فلا يبقى له شيء من ثمنها يستوفى منه حقه .

ويستطيع كل من الحائز والمدين والدائن المرتهن في المثل المتقدم أن يدفع الدعوى غير المباشرة بهذا الدفع [2] .

الفرع الثاني

الآثار التي تترتب على الدعوى غير المباشرة

٥٤٧ – النصوص القانونية: تنص المادة ٢٣٦ من التقنين المدني على ما يأتي:

" يعتبر الدائن في استعمال حقوق مدينه نائباً عن هذا المدين . وكل فائدة تنتج من استعمال هذه الحقوق تدخل في أموال المدين وتكون ضماناً لجميع دائنيه [3] " .

---

(١) استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٠٩ ص ٤٥٢ – ٢٧ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٦٩ – بودري وبارد ١ فقرة ٦٠٤ – فقرة ٦٠٧ – بلانيول وريبر وردوان ٧ فقرة ٦٠٣ .

(٢) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٨ ص ٧٨٥ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٣١٥ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . وأقرته لجنة المراجعة . وقد سئل في هذه اللجنة عما إذا كان يجوز للدائن باعتباره نائباً عن المدين أن يتصالح على الحق الذي يستعمله باسم المدين ، فأجيب بأنه لا يجوز ذلك لأن نيابة الدائن عن المدين مقصورة على استعمال الحق دون التصرف فيه والصلح ينطوي على تصرف . وأصبح رقم المادة ٢٤٣ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٣٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦١١ – ص ٦١٢) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم واحد في التقنينين.

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٣٧ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢٦٢ ، وفي التقنين المدني الليبـــى المادة ٢٣٩ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٧٦ فقرة ٤ [١] .

٥٤٨ – الفكرة الأساسية في آثار الدعوى غير المباشرة هي نيابة الدائن عن المدين:

والآثار التي تترتب على الدعوى غير المباشرة تتركز هنا نيابة قانونية، نص عليها التقنين المدني الجديد صراحة في صدر المادة ٢٣٦ كما رأينا . ويبرر هذه النيابة القانونية المصلحة المشروعة العاجلة التي للدائن في استعمال حقوق مدينه ، وقد قدمنا أن هذه المصلحة هي الفكرة الأساسية التي تقوم عليها شروط الدعوى غير المباشرة .

ويلاحظ أن هذه النيابة التي أثبتها القانون للدائن عن المدين نيابة تتميز بأنها لمصلحة النائب لا لمصلحة الأصيل [٢] ، وبأنها مقصورة على استعمال الحق دون التصرف فيه . ويترتب على ذلك النتائج الآتية :

(١) بالرغم من قيام هذه النيابة فإنه يجب إدخال المدين – وهو الأصيل – خصماً في الدعوى ، وكان مقتضى قواعد النيابة أن دخول الأصيل في الدعوى غير ضروري ، بل ويكون الحكم سارياً في حقه حتى لو لم يدخل .

(٢) أن المدين إذا كان قاصراً أو احتاج إلى إجراءات خاصة لمباشرة الدعوى بنفسه ، فإن هذا لا يكون ضرورياً بالنسبة إلى الدائن وهو يباشر الدعوى عن المدين ، وكان مقتضى قواعد النيابة أن يكون هذا ضرورياً ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك .

(٣) لا يجوز للدائن أن يصطلح على الحق الذي يستعمله باسم المدين ، فإن نيابته مقصورة على استعمال الحق دون التصرف فيه . وقد ذكر هذا الحكم صراحة في لجنة المراجعة [٣] .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٣٧ : (مطابقة للمادة ٢٣٦ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٢٦٢ : (مطابقة للمادة ٢٣٦ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٧٦ فقرة ٤ : " وتكون نتائج الدعوى مشتركة بين جميع الدائنين بدون أن يترتب للدائن الذي شرع في الدعوى امتياز ما على الآخرين " . (والحكم واحد في التقنينين اللبناني والمصري ، رغم اختلاف العبارة والأسلوب) .

(٢) بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣٨٦ .

(٣) أنظر تاريخ نص المادة ٢٣٦ آنفاً فقرة ٥٤٧ في الهامش .

(٤) لا تغني إجراءات الدعوى غير المباشرة عن إجراءات التنفيذ ، فالدائن إنما ينوب عن المدين في استعمال الحق وحده ، وهو بعد الانتهاء من الدعوى غير المباشرة في حاجة إلى اتخاذ إجراءات تنفيذ مستقلة على الحق الذي استعمله باسم المدين .

وهذه الفكرة الأساسية — أن الدائن ليس إلا نائباً عن المدين في استعمال حقه [١] — هي التي تحدد آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة إلى المدين الذي يستعمل الحق باسمه ، وبالنسبة إلى الخصم الذي يستعمل الحق ضده ، وبالنسبة إلى الدائن الذي يستعمل الحق باسم المدين . ونستعرض هذه الآثار متعاقبة .

المبحث الأول

آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة إلى المدين

٥٤٩ — بقاء المدين محتفظاً بحقه : يبقى المدين محتفظاً بحقه الذي يباشر الدائن استعماله باسمه ، ولا ترتفع عنه يده ، لأن الدائن ليس إلا نائباً عنه ، والقاعدة أن الأصيل يبقى حر التصرف فيما ناب عنه غيره فيه .

فيبقى المدين إذن محتفظاً بحرية التصرف في حقه حتى بعد أن يرفع الدائن الدعوى غير المباشرة . فإن كان هذا الحق عيناً ، فللمدين أن يبيعها أو يقايض عليها أو يهبها ، لأنه لا يزال هو المالك ، ولم تغل الدعوى غير المباشرة يده عن التصرف في ملكه . وكل ما يستطيع أن يفعل هو أن يطعن في تصرف المدين بالدعوى البوليصية إذا توافرت شروطها [٢] . وإذا كان الحق ديناً ، جاز للمدين أن يتصرف فيه حوالة ببيع أو برهن أو بغير ذلك ، ولا يستطيع الدائن إلا الطعن في التصرف بالدعوى البوليصية على النحو المتقدم . وفي هذا تتجلى أفضلية حجز ما للمدين لدى الغير على الدعوى غير المباشرة ، فإن الحجز يرفع يد

---

(١) وهذه النيابة هي أيضاً الفرق الأساسي بين الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية ، فالأولى يرفعها الدائن باسم المدين ، والأخرى يرفعها الدائن باسمه خاصة . وكالدعوى البوليصية الدعوى المباشرة ودعوى الصورية ، يرفعها الدائن باسمه خاصة .

(٢) اوقد قضت محكمة النقض بأنه وإن كان المدين الذي يرفع الدائن باسمه الدعوى غير المباشرة يبقى محتفظاً بحرية التصرف في الحق المطالب به فيها ، ومن ثم يكون هذا التصرف نافذاً في حق الدائن — شأنه فيه شأن المدين الذي صدر منه — ويكون للخصم المرفوعة عليه الدعوى (مدين المدين) حق التمسك به في مواجهة الدائن ، إلا أن ذلك مقيد بشرط عدم قيام الغش والتواطؤ بين الخصم والمدين للإضرار بحقوق الدائن ، ففي هذه الحالة يحق للدائن أن يطعن في تصرف المدين بالدعوى البوليصية (نقض مدني ٢ فبراير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٦١ ص ٢٢٠) .

المدين عن الدين إلى حد كبير . هذا إلى أنه في الدعوى غير المباشرة يستطيع مدين المدين أن يفي بالدين إلى المدين ، بخلاف ما إذا حجز تحت يده فلا يستطيع أن يفعل ذلك [1] . ومن ثم كان التجاء الدائنين إلى حجز ما للمدين لدى الغير أكثر بكثير من التجائهم إلى الدعوى غير المباشرة [2] ، وقد قدمنا أن هذا هو التفسير لندرة الدعوى غير المباشرة في العمل [3] .

وكما يستطيع المدين التصرف في حقه ، يستطيع كذلك أن يصطلح عليه ، بل يستطيع أن يتزل عنه عيناً كان أو ديناً ، سواء كان ذلك قبل الدعوى غير المباشرة أو بعد ذلك . وليس للدائن إلا الالتجاء إلى الدعوى البوليصية كما قدمنا [4] .

وللمدين كذلك أن يستقضي حقه بأي سبب من أسباب استقضائه. فله أن يستوفيه، وله أن يقضيه بالتجديد أو بالمقاصة [5] أو باتحاد الذمة أو بالإبراء ، سواء كان سبب الانقضاء حدث قبل رفع الدائن للدعوى أو بعد ذلك [6]. وله أن يحول بحقه إلى محال له [7]، كما سبق القول .

٥٥ – بل لابد من دخول المدين خصماً في الدعوى غير المباشرة:

ولا يقتصر الأمر على بقاء المدين محتفظاً بحقه ، بل يجب أيضاً كما رأينا أن يدخل خصماً في الدعوى غير المباشرة ، وإلا كانت الدعوى غير مقبولة . وقد كان مقتضى النيابة أن دخوله خصماً يكون غير ضروري ، لكن النيابة هنا لمصلحة الدائن كما قدمنا ، فوجب أن يدخل

---

(١) بودري وبارد ١ فقرة ٦٤٠ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٩ .

(٢) بل قد يكون الواجب هو أن يوقع الدائن حجز ما للمدين لدى الغير لا أن يرفع الدعوى غير المباشرة . وقد قضت محكمة النقض بأن الدائن الذي حكم له بدينه ، ويريد اقتضاءه من مدين مدينه ، لا يجوز له أن يرفع مثل هذه الدعوى ، بل له أن يحجز على ما يكون لمدينه من مال (نقد) تحت يد الغير حجزاً تنفيذياً . فإذا لم يقر المحجوز لديه الدين غشاً أو تدليساً ، فله أن يرفع عليه دعوى الإلزام ليحكم له بدينه تعويضاً طبقاً لما تقضي به أحكام المادة ٤٢٩ مرافعات (٥٦٦ جديد) (نقض مدني ١٦ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٤٩ ص ١٠٩٥) .

(٣) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٢١ ص ٧٦٩ وهامش رقم ١ .

(٤) لوران ١٦ فقرة ٤٠٢ – أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٢ ص ١٨١ – بودري وبارد ١ فقرة ٦٣٩ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٩ – والتون ٢ ص ١٠٠ – ص ١٠١ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٢١ ص ٧٦٩ .

(٥) لوران ١٦ فقرة ٤٠٤ – بودري وبارد ١ فقرة ٦٤٠ .

(٦) استئناف مختلط ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٩١ م ٤ ص ٢٥ .

(٧) استئناف مختلط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٥٥ .

المدين في الخصومة حتى يتمكن من الرقابة والدفاع عن حقه ، وقد سبقت الإشـــارة إلى ذلك [1] .

وقد قدمنا أن الدائن إذا لم يدخل المدين خصماً في الدعوى ، جاز للخصم المرفوع عليه الدعوى أن يدفع بعدم قبولها ، إلا إذا دخل المدين من تلقاء نفسه أو أدخله الخصم. ومن ثم فإن الحكم الذي يصدر في الدعوى — ودخول المدين في الخصومة ضروري كما رأينا — يكون سارياً في حق المدين ، وفي حق الدائن الذي رفع الدعوى غير المباشرة ، وفي حق سائر الدائنين من دخل منهم في الخصومة ومن لم يدخل .

أما في التقنين المدني السابق فلم يكن دخول المدين خصماً في الدعوى ضرورياً لقبولها، فكان من الجائز أن يرفع الدائن الدعوى غير المباشرة دون أن يدخل المدين خصما فيها . ولكن الحكم في هذه الحالة لا يكون سارياً في حق المدين ، ولا في حق الدائنين الذين لم يدخلوا في الخصومة [2] . فكان للمدين أن يقيم الدعوى من جديد على الخصم ، بل وكان لأي دائن لم يدخل في الدعوى أن يعيد رفعها باسم المدين [3] . ولما كانت هذه النتيجة غير مرغوب فيها ، فقد جرت العادة ، كما قدمنا ، أن الدائن يدخل المدين خصما في الدعوى ، وإلا أدخله الخصم أو القاضي ، أو أدخل هو من تلقاء نفسه [4] . وقد بسط التقنين الجديد هذه التعقيدات ، بل أوجب إدخال المدين خصما في الدعوى على النحو الذي بسطناه فيما تقدم [5] .

---

(١) يصرح بعض الفقهاء في فرنسا (أنظر بودري وبارد ١ فقرة ٦٣٧ وفقرة ٦٤٤ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٢٢ — دي هلتس ١ لفظ créancier فقرة ٣١ — فقرة ٣٢ وفقرة ٣٥) بخطأ القول بنيابة الدائن عن المدين ، ويستندون في ذلك إلى أن النيابة إنما تكون في صالح الأصيل لا في صالح النائب . وليست الحجة التي يستندون إليها بحجة مقنعة . فإنه إذا كانت النيابة كقاعدة عامة في صالح الأصيل دون النائب ، فليس في طبيعتها ما يمنع من أن تكون في صالح النائب دون الأصيل .

ومما يلاحظ في هذا الصدد أن الدعوى غير المباشرة ليست دعوى مستقلة في يد الدائن ، بل هي نفس دعوى المدين يباشرها الدائن باسمه . ولذلك قيل لا توجد دعوى واحدة غير مباشرة ، بل توجد دعاوى غير مباشرة بقدر ما للمدين من الدعاوى (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٩٥ — چوسران ٢ فقرة ٦٦٣) . وهذه الملاحظة من شأنها أن تؤيد فكرة النيابة التي أخذ بها صراحة التقنين المدني الجديد (أنظر نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٢١ ص ٧٧٠ هامش رقم ٣) .

(٢) استئناف مختلط ٥ يونية سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢ .

(٣) ويتبين من ذلك أنه إذا لم يدخل المدين خصما في الدعوى ، فإن الحكم الذي يصدر لصالحه يستفيد منه هو والدائنون الذين لم يدخلوا في الدعوى . أما إذا صدر الحكم ضده ، فلا يكون حجة عليه لا هو ولا دائنيه المذكورين (بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٣٠ ص ٤٥٣) .

(٤) أنظر في كل ذلك نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٢٢ ، والأحكام المشار إليها والمراجع . أنظر آنفاً فقرة ٥٣٩ .

(٥) أنظر آنفاً فقرة ٥٣٩ .

المبحث الثاني

آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة إلى الخصم

٥٥١ – علاقة الخصم بالدائن : والخصم في علاقته بالدائن يستطيع أن يدفع الدعوى بجميع الدفوع التي كان له أن يواجه بها المدين لو أنه هو الذي رفع الدعوى [١] . وهذا تطبيق آخر لأحكام النيابة [1] .

فإنه يتمسك بجميع أسباب انقضاء الدين . كالوفاء [٢] والتجديد واتحاد الذمة والمقاصة والإبراء والتقادم وغير ذلك . سواء كان سبب الانقضاء سابقاً على رفع الدعوى أو تالياً له. كما سبقت الإشارة إلى ذلك .

كذلك للخصم أن يطعن في العقد الذي يتمسك به الدائن باسم مدينه بجميع أوجه البطلان التي كان يتمسك بها في مواجهة المدين . وله كذلك أن يتمسك في مواجهة الدائن بإجازة المدين لعقد قابل للإبطال كما كان يستطيع ذلك في مواجهة المدين نفسه ، حتى لو كانت هذه الإجازة قد صدرت بعد رفع الدعوى ، دون إخلال بحق الدائن في الطعن في هذه الإجازة بالدعوى البولصية .

كذلك للخصم أن يتمسك قبل الدائن بأي اتفاق بينه وبين المدين في شأن موضوع النـــزاع ، كما إذا تمسك بالاتفاق مع المدين على البقاء في الشيوع لمدة لا تزيد على الحد القانوني في دعوى قسمة رفعها الدائن ، أو بصلح تم مع المدين على الحق الذي رفع به الدائن الدعوى ، أو بعقد مستتر بينه وبين المدين يناقض العقد الظاهر الذي رفع الدائن الدعوى غير المباشرة على أساسه [٣] ، أو بحجية الأمر المقضي [1] .

---

(١) توليه ٧ فقرة ٥٦٨ – ديمولومب ٢٥ فقرة ١١٦ – لوران ١٦ فقرة ٤٠١ – أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٢ ص ٨٣ – بودري وبارد ١ فقرة ٦٣٨ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٩ .

(1) وإن كان المدين الذي يرفع دائنه باسمه الدعوى غير المباشرة يبقى محتفظاً بحرية التصرف في الحق المطالب به فيها ، ومن ثم يكون هذا التصرف نافذاً في حق الدائن شأنه فيه شأن المدين الذي صدر منه ، ويكون للخصم المرفوعة عليه الدعوى (مدين المدين) حق التمسك به في مواجهة الدائن ، إلا ان ذلك مقيد بشرط عدم قيام الغش والتواطؤ بين الخصم والمدين للإضرار بحقوق الدائن ، ففي هذه الحالة يحق للدائن أن يطعن في تصرف المدين بالدعوى البولصية .

(جلسة ١٩٥٠/٢/٢ الطعن رقم ٧٧ لسنة ١٨ ق) .

(٢) ولا حاجة لأن تكون المخالصة الصادرة من المدين ثابتة التاريخ لتكون حجة على الدائن (استئناف مختلط ٣ يونية سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٦٣) .

(٣) دي هلتس ١ لفظ créancier فقرة ٣٣ .

وبوجه عام ليس للدائن الذي يقيم دعوى باسم مدينه حق أكثر مما للمدين نفسه [٢]. فلا يسوغ للدائن إذن أن يسلك طريقاً من طرق الإثبات ما كان للمدين أن يسلكه [٣]. وإذا كان الحق المرفوع به الدعوى غير المباشرة هو حق المشترى في أخذ المبيع ولم يكن الثمن قد دفع ، فدائن المشترى عندما يستعمل هذا الحق يجوز أن تجهه البائع بوجوب دفع الثمن [٤].

ولكن ليس للخصم أن يدفع دعوى الدائن بدفوع خاصة بشخص هذا الدائن ، كوقوع مقاصة بين الخصم والدائن شخصياً ، لأن الدائن إنما ينوب عن المدين فلا يتمسك قبله إلا بما يتمسك به قبل المدين [٥].

وللخصم — والمدين لا بد أن يكون قد أدخل خصماً في الدعوى كما تقدم القول — أن يقيم في مواجهة المدين دعوى من دعاوى المدعى عليه . فإن لا يستطيع ذلك في عهد التقنين المدني السابق لو أن المدين لم يدخل خصماً في الدعوى ، لأن الخصم كان عندئذ لا يجد أمامه إلا الدائن يقيم في مواجهته دعوى المدعى عليه ، والدائن إذا كان يستطيع أن يكون مدعياً باسم مدينه فهو لا يستطيع أن يكون مدعى عليه باسم هذا المدين [٦].

---

(١) استئناف مختلط ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٢ جازيت ١٣ رقم ٢٩٥ ص ١٧٣ — ٢٩ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٩٣ . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة ، في عهد التقنين المدني السابق ، بأنه ليس للخصم أن يحتج على الدائن بحوالة صدرت من المدين ولم تستوف شرائطها القانونية (١١ يونية سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٩١ : ولكن كان يمكن اعتبار تمسك الخصم بالحوالة بمثابة قبول لها) .

(٢) محكمة المنصورة المختلطة الجزئية ٤ فبراير سنة ١٩١٤ جازيت ٤ رقم ١٩٦ ص ٨٤ .

(٣) استئناف مختلط ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢١٧ — محكمة أسيوط الكلية استئنافي ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ رقم ٦٢ ص ١٤١ .

(٤) استئناف مختلط ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢١٧ .

(٥) ديمولومب ٢٥ فقرة ١١٧ — بودري وبارد ١ فقرة ٦٤٢ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٩ . ولكن يجوز للخصم أن يوفى الدائن الدين الذي له في ذمة المدين ، ويكون الوفاء صحيحاً في هذه الحالة، وبذلك ترتفع عن الدائن صفته ، ولا يستطيع أن يستمر في مباشرة الدعوى إذ لم تعد له مصلحة في ذلك (لوران ١٦ فقرة ٤٠٦ — لاروميير ٢ م ١١٦٦ فقرة ٣٣ — بودري وبارد ١ فقرة ٦٤٣ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٤٠٥) . ويفعل الخصم ذلك إذا كان الدين الثابت في ذمته أكبر من الدين الثابت في ذمة المدين للدائن (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٢١) . وإذا كان للخصم دين في ذمة الدائن يعادل الدين الذي للدائن في ذمة المدين ، فلا يستطيع الخصم إجراء المقاصة كما قدمنا لأن الحقين غير متقابلين ، ولكنه يستطيع الاتفاق مع الدائن على أن يتزل له عن الدين الذي له في ذمته وفاء للدين الذي في ذمة المدين للدائن، فيصبح الدائن بعد أن استوفى حقه لا مصلحة له في أن يستمر في مباشرة الدعوى على النحو الذي قدمناه . ثم يرجع الخصم على المدين بما وفاه من دينه ، وله عندئذ أن يجرى مقاصة بين ما وفاه من أجله وما هو في ذمته له .

(٦) لوران ١٦ فقرة ٤٠٤ — بودري وبارد ١ فقرة ٦١٤ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٢٠ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٢٣ هامش رقم ٣ .

٥٥٢ – علاقة الخصم بالمدين : أما علاقة الخصم بالمدين فتبقى هي العلاقة الأصلية ، علاقة مدين بدائن . وللخصم أن يفي دينه للمدين ويكون الوفاء صحيحاً كما قدمنا ، وله أن يصطلح عليه معه ، وأن يجدده ، وما إلى ذلك مما سبقت الإشارة إليه .

المبحث الثالث

آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة إلى الدائن

٥٥٣ – لا يستأثر الدائن وحده بنتيجة الدعوى : والدائن الذي يستعمل الحق باسم مدينه هو نائب عنه كما قدمنا . ويترتب على ذلك أن الحكم الذي يصدر في الدعوى ضد الخصم إنما يصدر لصالح المدين لا لصالح الدائن . والمدين وحده هو الذي يفيد مباشرة منه . ويترتب على ذلك أيضاً أن الدائن يطالب الخصم في الدعوى غير المباشرة بمقدار الحق الثابت في ذمة الخصم للمدين ، لا بمقدار الحق في ذمة المدين للدائن ، سواء كان المقدار الأول أقل من الثاني أو أكثر [١] . ويترتب على ذلك أخيراً أن ما حكم به للمدين يدخل في أموال المدين فيندرج ضمن الضمان العام للدائنين، فيفيد منه جميع الدائنين، سواء من دخل منهم خصماً في الدعوى ومن لم يدخل ، ولا يستأثر به الدائن الذي رفع الدعوى أو الدائنون الذي دخلوا في الخصومة . وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٢٣٦ إذ تقول : " وكل فائدة تنتج من استعمال هذه الحقوق تدخل في أموال المدين ، وتكون ضماناً لجميع دائنيه " [٢] .

٥٥٤ – تزاحم الدائنين : وينبني على أن الحق المحكوم به للمدين يكون ضماناً عاماً لكل الدائنين ، أن لهؤلاء أن ينفذوا عليه جميعاً فيقسموه فيما بينهم قسمة غرماء [٣] . بل إنه إذا كان لأحد من هؤلاء الدائنين – ولو لم يكن الدائن الذي رفع الدعوى – على

---

(١) على أن الخصم إذا رأى أن ما في ذمة المدين للدائن أقل مما في ذمته هو للمدين فإنه يستطيع أن يفي الدائن حقه ، فينهي الدعوى بذلك على النحو الذي قدمناه (لوران ١٦ فقرة ٤٠٦ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٢١ – والتون ٢ ص ١٠١) .

(٢) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٠٤ و ص ٦١٠ .

(٣) استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٨ – ٥ يونية سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١ – ١٥ يونية سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٧٦ – ١٥ يونية سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٦٣ – والتون ٢ ص ٩٩ ص ١٠٠ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٢٥ ص ٧٧٤ هامش رقم ٢ .

حق محكوم به ما يجعله يتقدم فيه على سائر الدائنين ، كما إذا كان له رهن أو امتياز ، فإنه يتقاضى حقه قبل الجميع [1] .

على أنه يلاحظ أن تزاحم الدائنين إنما يكون إذا تقدموا جميعا في الوقت المناسب . أما إذا لم يتقدم أحد منهم حتى حكم في الدعوى غير المباشرة ، وانتهي الدائن الذي رفع الدعوى من إجراءات التنفيذ بحقه، فإنه يستقل بما حصل عليه ولا يشترك الباقي معه فيه [2] . أما إذا مات المدين فتركته مسئولة عن ديونه جميعاً ، ولا يجوز لأحد من الدائنين ، إذا عين للتركة مصفٍ ، أن يسابق الباقي ويسبق إلى استيفاء حقه قبل الآخرين، حتى لو كان هو الدائن الذي رفع الدعوى غير المباشرة [3] .

لذلك كثيراً ما يحتاط الدائن عند رفع الدعوى باسم المدين ، فيتخذ إلى جانب إجراءات رفع الدعوى إجراءات أخرى تكفل له الاستيلاء على ما يحكم به ضد الخصم والتنفيذ عليه بحقه . وفي هذا يقوم الدائن بعملين متميزين أحدهما عن الآخر : رفع الدعوى غير المباشرة باسم مدينه وهذا لا يقتضي أكثر من أن يكون حقه خالياً من النـــزاع كما تقدم القول ، ثم اتخاذ إجراءات ضد المدين نفسه بعد أن يدخله في الدعوى . وهذه الإجراءات إما أن يريد بها المطالبة بحقه وفي هذه الحالة يكفي أن يكون هذا الحق مستحق الأداء ، وإما أن يريد بها التنفيذ وفي هذه الحالة يجب أن يكون الحق ثابتاً في سند قابل للتنفيذ. واتخاذ إجراءات التنفيذ في وقت رفع الدعوى غير المباشرة يكفل الدائن أن يستولي لنفسه على ما يحكم به ليستوفي حقه ، فيأمن بذلك إلى حد كبير مبادرة المدين إلى التصرف في حقه قبل أن ينفذ عليه الدائن . ولكن هذا لا يمنع بقية الدائنين من الدخول في الدعوى ، أو من الاشتراك في إجراءات التنفيذ ، فيقسم الحق بينهم جميعاً قسمة غرماء [4] .

---

(١) لوران ١٦ فقرة ٤٠٧ — بودري وبارد ١ فقرة ٦٤٤ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٢٣ .

(٢) استئناف مختلط ٢٥ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٨٠ — ١١ يونية سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٩١ — ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٦٦ — ٥ يونية سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١ — ١٥ يونية سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٧٦ — أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٢ ص ١٨٤ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٢٣ .

ذلك أن الدعوى غير المباشرة — كالدعوى البولصية ودعوى الصورية — لا تتخذ فيها إجراءات جماعية باسم جميع الدائنين كما هي الحال في الإفلاس التجاري . أما في القانون الروماني فقد كانت الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية يباشرهما نائب عن جميع الدائنين (magister, curator bonorum) ، وكانتا تدخلان ضمن الإجراءات التي تتبع لتصفية أموال المدين المفلس ، ولم يكن القانون الروماني يميز بين الإفلاس التجاري والإفلاس المدني (لابيه في المجلة الانتقادية سنة ١٨٥٦ المجلد التاسع ص ٢٠٨) .

(٣) استئناف مختلط ٥ يناير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٨٦ — ٦ يونية سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣٠١ .

(٤) دمولومب ٢٥ فقرة ٣٢ — بودري وبارد ١ فقرة ٦٤٥ مكررة — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٢٤ .

الفرع الثالث

الدعوى المباشرة *

(Action directe)

٥٥٥ – مكان الدعوى المباشرة : رأينا فيما قدمناه عن الدعوى غير المباشرة ندرة هذه الدعوى في العمل وقلة فائدتها للدائن الذي يباشرها . ويرجع ذلك بنوع خاص إلى تزاحم الدائنين مع الدائن الذي رفع الدعوى . ولهذا يعمد المشرع ، في بعض الحالات التي يرى فيها أن يولي الدائن حماية خاصة ، إلى أن يجعل لهذا الدائن – إلى جانب الدعوى غير المباشرة التي يشترك في فائدتها معه سائر الدائنين – دعوى مباشرة (action directe) قبل مدين المدين . ويستأثر الدائن ، بفضل هذه الدعوى المباشرة ، بالحق الذي لمدينه في ذمة مدين المدين [1] ، ويصبح بمثابة دائن له امتياز على هذا الحق يتقدم بمقتضاه على سائر الدائنين ليستوفي من حقه [1] . ونرى من ذلك ما بين الدعوى غير المباشرة

---

* مراجع : سرجان (Sèrgent) في الدعاوى المباشرة رسالة من باريس سنة ١٩٠٣ – سوليس (Solus) في الدعاوى المباشرة رسالة من باريس سنة ١٩١٤ – دبريه (Debray) حقوق الامتياز على الديون والدعاوى المباشرة رسالة من باريس سنة ١٩٢٨ – بينيه (Binay) الدعوى المباشرة رسالة من باريس سنة ١٩٣٤ – روبينو (Robino) في حقوق الامتياز وأسباب التقدم الأخرى على الديون رسالة من بوردو سنة ١٩٥٠ – ديموج ٧ فقرة ٩٨٩ – فقرة ١٠١٨ – فلاتيه (Flattet) في العقود لحساب الغير باريس سنة ١٩٥٠ فقرة ١٣٤ – فقرة ١٤٤ – بيدان وفوران (Beudant et Voirin) ١٣ فقرة ٢٥٢ – فقرة ٢٦٣ .

(1) الفرق بين الدعوى غير المباشرة والدعوى المباشرة ، أن الأولى يقيمها الدائن باسم مدينه يطالب فيها بحق هذا المدين وما يقضي به فيها يدخل في عموم أموال المدين ضمانا لحقوق جميع دائنيه يتقاسمونه فيما بينهم قسمة غرماء ، أما الدعوى المباشرة فيقيمها الدائن باسمه للمطالبة بحق مباشر له يطلب الحكم به لمصلحته لا لمصلحة مدينه ، ولهذا فهو يستأثر بما يقضي به في تلك الدعوى .
(جلسة ١٩٧٥/٤/٢٩ السنة ٢٦ ص ٨٤٤) .

(١) دي باج ٢ فقرة ٧١٦ – هذا وقد يتصور فرق بين حق الامتياز والدعوى المباشرة : فلو اجتمع دائنان ، أحدهما له دعوى مباشرة لا حق امتياز ، ورفع الثاني الدعوى غير المباشرة وحكم له على مدين المدين ووفى هذا للمدين بما في ذمته ، فإن صاحب الدعوى المباشرة لا يملك في هذه الحالة إلا أن يشترك مع الدائن الآخر فيقسما الحق بينهما قسمة غرماء ، وهذا بخلاف ما إذا كان للدائن حق امتياز بدلا من الدعوى المباشرة فإنه في هذه الحالة يتقدم على الدائن الآخر . والأفضل للدائن ، إذا لم تكن له إلا دعوى مباشرة ، ولم يكن له حق امتياز ، أن يدخل خصماً في الدعوى غير المباشرة التي رفعها الدائن الآخر ، ويطلب من مدين المدين أن يفي له بالدين مباشرة ، فيستقل به دون سائر الدائنين (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٢٦ ص ٧٧٥ هامش رقم ٢) .

والدعوى المباشرة من تقابل يحمل على معالجة الثانية عقب الأولى ، وهذا ما فعلناه في كتاب نظرية العقد [1] ، ونفعله الآن هنا ، وفعله قبلنا بعض الفقهاء [2] .

على أن الدعوى المباشرة تعتبر من ناحية أخرى ، وفي الصور التي يكون فيها حق المدين في ذمة مدين المدين ناشئاً عن عقد ، خروجاً على القواعد العامة التي تقضي بأن العقد لا يكون سارياً إلا في حق أطرافه ، فلا يتعدى أثره إلى الغير . ذلك أن العقد الذي أنشأ حقاً للمدين في ذمة مدين المدين يجعل لدائن المدين سبيلا مباشراً إلى هذا الحق دون أن يكون هذا الدائن طرفاً في العقد . مثل ذلك ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٥٩٦ مدني من أنه " يكون المستأجر من الباطن ملزما بأن يؤدى للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتاً في ذمته للمستأجر الأصلي وقت أن ينذره المؤجر " . فهذا عقد إيجار من الباطن أنشأ لأحد طرفيه ، وهو المستأجر الأصلي ، حقا في ذمة الطرف الآخر ، وهو المستأجر من الباطن . أما المؤجر فهو ليس طرفاً في عقد الإيجار من الباطن ، وكان ينبغي ألا يسرى هذا العقد في حقه. ومع ذلك فإن النص المتقدم الذكر يجعل للمؤجر دعوى مباشرة يطالب بمقتضاها المستأجر من الباطن بالحق الذي أنشأه في ذمته لمصلحة المستأجر الأصلي عقد لم يكن المؤجر طرفاً فيه وهو عقد الإيجار من الباطن . ومن ثم يعالج بعض الفقهاء [3] الدعوى المباشرة كاستثناء للقاعدة التي تقضى باقتصار أثر العقد على طرفيه، وهذا أيضاً وضع منطقي سليم .

ولما كانت الدعوى المباشرة إنما تتقرر ، كما سنرى ، بنص تشريعي خاص ، شأنها في ذلك شأن حق الامتياز ، فإن التقنين المدني المصري ، الجديد والقديم ، والتقنينات المدنية العربية الأخرى لم تعرض لهذه الدعوى بنص عام ، مقتصرة على الحالات التي قررتها فيها بنصوص خاصة ، وذلك فيما عدا تقنين الموجبات والعقود اللبناني فإنه أورد نصاً عاماً في الدعوى المباشرة عقب النص الذي أورده في الدعوى غير المباشرة ، هو المادة ٢٧٧ ويجرى على الوجه الآتي : " يكون الأمر على خلاف ما تقدم (أي لا تكون نتيجة الدعوى مشتركة بين جميع الدائنين) إذا كان القانون يمنح الدائنين على وجه استثنائي حق إقامة الدعوى المباشرة ، فإن نتائجها تعود إلى المدعى دون سواه، ولا يلزمه أن يقسم الربح بينه وبين سائر

---

(١) وإن كنا قد أوردنا الدعويين ، في كتاب نظرية العقد ، مع الدعوى البولصية ودعوى الصورية في صدد الكلام في أثر العقد بالنسبة إلى الأشخاص .

(٢) أنظر ديموج ٧ فقرة ٩٨٩ وما بعدها — جوسران ٢ فقرة ٦٧٣ .

(٣) أنظر دي باج ٢ فقرة ٧١٣ — الأستاذ حلمي بهجت بدوي في نظرية العقد فقرة ٢٦١ . ويرى الأستاذان إسماعيل غانم وشمس الدين الوكيل أن المكان الطبيعي لدراسة الدعوى المباشرة تفصيلا يكون عند دراسة التأمينات (الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام ص ١٣٥ هامش رقم ١) .

الدائنين . على أن هذه المعادلة لا يمكن إجراؤها إلا إذا كانت مقررة بنص صريح يفسر بمعناه المحصور [1] " .

وسنورد الحالات التي نص المشرع في التقنين المدني المصري الجديد على أن الدائن يكون له فيها دعوى مباشرة ضد مدين المدين ، ثم نبحث الأساس القانوني والتصوير الفني للدعوى المباشرة .

المبحث الأول

حالات الدعوى المباشرة في التقنين المدني المصري

٥٥٦ – المؤجر مع المستأجر من الباطن : تنص المادة ٥٩٦ من التقنين المدني المصري على ما يأتي :

" ١ – يكون المستأجر من الباطن ملزماً بأن يؤدى للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتاً في ذمته للمستأجر وقت أن ينذره المؤجر " .

" ٢ – ولا يجوز للمستأجر من الباطن أن يتمسك قبل المؤجر بما يكون قد عجله من الأجرة للمستأجر الأصلي ، ما لم يكن ذلك قد تم قبل الإنذار وفقاً للعرف أو لاتفاق ثابت تم وقت الإيجار من الباطن [2] " .

ويتبين من هذا النص أن للمؤجر دعوى مباشرة ضد المستأجر من الباطن [1] ، يستطيع بموجبها أن يطالبه بالأجرة وبغير ذلك من الالتزامات التي أنشأها عقد الإيجار من

---

(١) أنظر في ذلك الدكتور صبحي المحمصاني في أحكام الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٥٩ – ص ٦٠ .

(٢) ليس الغرض من إيراد النصوص التي تنشئ الدعاوى المباشرة شرح هذه النصوص ، فهذا الشرح مكانه في العقود التي تقررت فيها هذه الدعاوى . ونقتصر هنا على استخلاص المقومات الرئيسية للدعوى المباشرة كما وردت في هذه النصوص – هذا ويوجد في التقنينات المدنية العربية الأخرى نصوص ، كنص المادة ٥٩٦ مصري ، تجعل للمؤجر دعوى مباشرة ضد المستأجر من الباطن : في التقنين المدني السوري المادة ٥٦٣ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٧٧٦ فقرة ثانية ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٥٩٥ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادتان ٥٨٧ – ٥٨٨ .

(1) مفاد المادتين ٥٩٦ و ٥٩٧ من القانون المدني أنه في الإيجار من الباطن تبقى العلاقة بين المؤجر والمستأجر الأصلي خاضعة لأحكام عقد الإيجار الأصلي ، فيطالب كل منهما الآخر بحقوقه بمقتضى هذا العقد ، ويسرى على العلاقة بين المستأجر الأصلي والمستأجر من الباطن أحكام عقد الإيجار من الباطن ولا ينشئ هذا العقد علاقة مباشرة بين المستأجر من الباطن والمؤجر الأصلي إلا في شيء واحد هو الأجرة ، ومن وقت إنذار المؤجر له عن المدة التي تلي الإنذار على نحو ما فصلته المادة ٥١٧ من القانون المدني ، أما سائر =

الباطن في ذمة المستأجر من الباطن للمستأجر الأصلي ، كالتعويض عن الحريق وعن التلف ونحو ذلك . والمقدار الذي يطالب به المؤجر المستأجر من الباطن هو المقدار الذي في ذمة المستأجر من الباطن للمستأجر الأصلي وقت أن ينذر المؤجر المستأجر من الباطن أن يدفع له هذا المقدار [1] ، وليس المقدار الذي في ذمة المستأجر الأصلي للمؤجر ، إلا إذا كان هذا المقدار الثاني أقل من المقدار الأول فتكون العبرة بالمقدار الأقل .

ولولا هذا لنص لما جاز أن يكون للمؤجر هذه الدعوى المباشرة ضد المستأجر من الباطن ، ولما استطاع المؤجر أن يرجع على المستأجر من الباطن إلا بالدعوى غير المباشرة، ولزاحمه في نتيجة هذه الدعوى سائر دائني المستأجر الأصلي [2] . ويترتب على قيام دعوى مباشرة للمؤجر ضد المستأجر من الباطن أن للمؤجر أن يحجز بحقه حجز ما للمدين لدى الغير تحت يد مدين المستأجر من الباطن ، أي تحت يد مدين مدين مدينه ، ولم يكن ليستطيع ذلك لو لم تكن له دعوى مباشرة تجعل المستأجر من الباطن مديناً له مباشرة ؛ فيكون مدين المستأجر من الباطن مديناً لمدينه ، فيصح الحجز تحت يده [3] .

٥٥٧ – المقاول من الباطن والعمال مع رب العمل : وتنص المادة ٦٦٢ من التقنين المدني المصري على ما يأتي :

" ١ – يكون للمقاولين من الباطن وللعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يجاوز القدر الذي يكون مديناً به للمقاول

= الحقوق والالتزامات الأخرى الناشئة عن عقد الإيجار فتبقى العلاقة بالنسبة لها غير مباشرة بين المؤجر الأصلي والمستأجر من الباطن يتوسط بينهما المستأجر الأصلي ، ولا ينشئ عقد الإيجار من الباطن – ولو كان قد صرح للمستأجر في عقد الإيجار الأصلي بالتأجير من الباطن – إلا إذا قبل المؤجر الأصلي الإيجار من الباطن بعد تمامه دون تحفظ أو استوفى الأجرة من المستأجر من الباطن .
(جلسة ١٩٧٥/٤/٣٠ مجموعة المكتب الفني السنة ٢٦ ص ٨٩٦) .

(١) ولا يعتد – كما يقول النص – بالأجرة التي عجلها المستأجر من الباطن للمستأجر الأصلي عن مدة انتفاع مستقبلة ، إلا إذا كان تعجيل الأجرة قد تم قبل الإنذار وكان متفقا مع العرف أو مع اتفاق ثابت بين المستأجر الأصلي والمستأجر من الباطن تم وقت عقد الإيجار من الباطن . ويترتب على ذلك أنه إذا عجل المستأجر من الباطن الأجرة للمستأجر الأصلي بعد الإنذار ، فلا يكون هذا التعجيل نافذا في حق المؤجر حتى لو كان متفقا مع العرف أو مع اتفاق ثابت . أما إذا عجل الأجرة قبل الإنذار ، فإن هذا التعجيل يكون نافذاً في حق المؤجر بشرط أن يكون متفقاً مع العرف أو مع اتفاق ثابت .

(٢) وقد كان التقنين المدني السابق لا يحتوي على نص مقابل للمادة ٥٩٦ من التقنين المدني الجديد ، ومن ثم لم يكن للمؤجر ضد المستأجر من الباطن إلا الدعوى غير المباشرة (أنظر عقد الإيجار للمؤلف فقرة ٤٢٣ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٢٦ ص ٧٧٦) .

(٣) ديموج ٧ فقرة ٩٩٣ .

الأصلي وقت رفع الدعوى . ويكون لعمال المقاولين من الباطن مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الأصلي ورب العمل " .

" ٢ – ولهم في حالة توقيع الحجز من أحدهم تحت يد رب العمل أو المقاول الأصلي امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي 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 يتزل له المقاول عن دينه قبل رب العمل " [١] .

ويتبين من هذا النص أن العقد ما بين المقاول ورب العمل ينشئ دعوى مباشرة لعمال المقاول وللمقاولين من الباطن ضد رب العمل . يطالبون بموجبها رب العمل بما في ذمته للمقاول وقت رفع الدعوى المباشرة . إلا إذا كان ما لهم في ذمة المقاول أقل من هذا المقدار فيطالبون رب العمل بما لهم في ذمة المقاول فقط . ولما كانت الدعوى المباشرة هنا قد أعطيت لدائنين متعددين ، فإن كلا منهم يتقاضى من مدين مدينه ، وهو رب العمل ، بنسبة ما له من حق إذا لم يكن دين رب العمل للمقاول يتسع للوفاء بحقوقهم جميعاً كاملة .

كذلك لعمال المقاولين من الباطن دعوى مباشرة على النحو المتقدم ، ضد المقاول الأصلي وهو مدين مدينهم ، بل وضد رب العمل وهو مدين مدين مدينهم .

ولهؤلاء الدائنين جميعاً – عمال المقاول الأصلي وعمال المقاول من الباطن والمقاولين من الباطن – إلى جانب الدعوى المباشرة حق امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي أو للمقاول من الباطن وقت توقيع الحجز منهم تحت يد رب العمل أو تحت يد المقاول الأصلي ، كل منهم بنسبة حقه . ويتقدمون بفضل هذا الامتياز على جميع دائني المدين المحجوز عليه ، بل ويتقدمون بفضل هذا الامتياز أيضاً على من تنازل له المدين المحجوز عليه عن حقه قبل المحجوز لديه ولو كان هذا التنازل سابقاً على الحجز .

فهنا قد أنشأ النص دعوى مباشرة للدائن ضد مدين مدينه ، بل وضد مدين مدين مدينه في بعض الصور ، ودعم هذه الدعوى المباشرة بحق امتياز [٢] .

---

(١) وهذه الدعوى المباشرة وحق الامتياز هذا مقرران أيضاً في التقنين المدني السوري (م ٦٢٨) ، وفي التقنين المدني العراقي (م ٨٨٣) ، وفي التقنين الليبي (م ٦٦٠) ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني (م ٦٧٨) .

(٢) والمادة ٦٦٢ من التقنين المدني المصري أوسع نطاقاً من نظيرتها المادة ١٧٩٨ من التقنين المدني الفرنسي من وجوه عدة : (أ) الدعوى المباشرة في التقنين المصري أعطيت لا للعمال فحسب بل أيضاً للمقاولين من الباطن ، ولم تعط في التقنين الفرنسي إلا للعمال . (ب) يدعم حق الامتياز الدعوى المباشرة في التقنين المصري ، وليس هناك حق امتياز في التقنين الفرنسي . (ج) نص التقنين المصري على تقدم العمال =

٥٥٨ – الموكل مع نائب الوكيل : وتنص المادة ٧٠٨ من التقنين المدني على ما يأتي :

" ١ – إذا أناب الوكيل عنه غيره في تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصاً له في ذلك، كان مسئولا عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو ، ويكون الوكيل ونائبه في هذه الحالة متضامنين في المسئولية " .

" ٢ – أما إذا رخص للوكيل في إقامة نائب عنه دون أن يعين النائب ، فإن الوكيل لا يكون مسئولا إلا عن خطأه في اختيار نائبه أو عن خطأه فيما أصدر له من تعليمات " .

" ٣ – ويجوز في الحالتين السابقتين للموكل ولنائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر " [1] .

ويتبين من هذا النص أن عقد الوكالة من الباطن ما بين الوكيل ونائبه ينشئ دعوى مباشرة للموكل ضد نائب الوكيل ولنائب الوكيل ضد الموكل [1] .

وفي الصورة التي يرخص فيها الموكل للوكيل في إقامة نائب عنه يمكن القول أن نائب الوكيل ، بفضل قواعد الوكالة المستخلصة من هذا الترخيص ، يصبح مباشرة وكيلا للموكل ، فلا حاجة لنا هنا بنص ينشئ الدعوى المباشرة . على أنه حتى في هذه الصورة ، إذا أقام الوكيل نائباً عنه دون أن يخبره بعقد الوكالة الصادر له هو من موكله، فإن قواعد

= والمقاولين من الباطن على من تنازل له المدين عن حقه ، وفي التقنين الفرنسي يتقدم المتنازل له إذا كان هو الأسبق ويكون التنازل نافذا في حق العمال . (أنظر في المادة ١٧٩٨ من التقنين المدني الفرنسي ديموج ٧ فقرة ٩٩٥) .

(١) ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٦٧٤ وهي مطابقة . وفي التقنين المدني العراقي للمادة ٩٢٩ ، وتجرى على الوجه الآتي : " 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 " ، فالدعوى المباشرة هنا تقوم على قواعد الوكالة . وفي التقنين المدني الليبي المادة ٧٠٨ وهي مطابقة . وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٧٨٤ ، وتجرى على الوجه الآتي : " في جميع الأحوال يكون نائب الوكيل مسئولا لدى الموكل مباشرة كالوكيل نفسه ، وتكون له حقوق الوكيل نفسها " ، وهذه هي الدعوى المباشرة ما بين الموكل ونائب الوكيل .

(1) مفاد المادتين ٧٠٨ و ٧١٠ 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 شأن 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 مجموعة المكتب الفني السنة ١٩ ص ١٣٨٦ .

التسخير (الاسم المستعار prêt-nom) هي التي تسرى في هذه الحالة ، ولا تسمح هذه القواعد بقيام علاقة مباشرة ما بين الموكل ونائب الوكيل ، فيكون نص المادة ٧٠٨ ضرورياً لإيجاد هذه العلاقة المباشرة في صورة الدعوى المباشرة .

أما إذا لم يرخص الموكل للوكيل في إقامة نائب عنه ، ومع ذلك أقام الوكيل نائباً، فقواعد الوكالة وحدها لا تسمح بقيام علاقة مباشرة ما بين الموكل ونائب الوكيل لولا نص المادة ٧٠٨ .

لذلك يكون نص المادة ٧٠٨ قد أنشأ فعلا دعوى مباشرة في الحالتين اللتين عرض لهما ، وعلى النحو الذي بسطناه . ولولا هذا النص لما أمكن قيام الدعوى المباشرة ، ولما كانت قواعد الوكالة وحدها كافية في ذلك [1] .

والدعوى المباشرة تقوم ما بين الموكل ونائب الوكيل كما قدمنا . فيستطيع الموكل بفضلها أن يرجع مباشرة على نائب الوكيل بجميع حقوق الموكل ، بل ويكون الوكيل الأصلي متضامناً مع نائبه في المسئولية . وكذلك يستطيع نائب الوكيل أن يرجع مباشرة على الموكل بجميع حقوق الوكيل . ولا يكتفي أي منهما بالدعوى غير المباشرة التي كان يقتصر عليها — فيتحمل مزاحمة دائني مدينه — لو لم يوجد نص المادة ٧٠٨ .

٥٥٩ — المضرور مع شركة التأمين : وهناك أخيراً حالة للدعوى المباشرة تدرجت فيها التشريعات الخاصة ، وهي حالة رجوع المضرور في حادث بدعوى مباشرة على شركة التأمين التي أمنت المسئول عن هذا الحادث . فمن الواضح أن المضرور في الحادث يرجع على المسئول بالتعويض عن الضرر الذي أصابه ، ويرجع المسئول على شركة التأمين التي أمنت مسئوليته . أما أن يرجع المضرور بدعوى مباشرة على شركة التأمين فهذا ما لا بد فيه من نص .

وقد كفل في فرنسا قانون ١٩ فبراير سنة ١٨٨٩ لمالك العين المؤجرة وللجيران المستأجرين أن يستوفوا التعويض، عند احتراق العين المؤجرة ، من مبلغ التأمين على الحريق. ثم كفل قانون ٩ أبريل سنة ١٨٩٨ (ويكمله قانون ٣١ مارس سنة ١٩٠٥) للعامل المضرور في حادث من حوادث العمل أن يرجع بدعوى مباشرة على شركة التأمين التي أمنت مسئولية رب العمل . ثم أنشأ قانون ٢٨ مايو سنة ١٩١٣ حق امتياز للمضرور في أي حادث عل مبلغ التأمين الذي اشترطه المسئول في التأمين على مسئوليته. وانتهى الأمر في

---

(١) أنظر فلاتيه في العقود لحساب الغير فقرة ١٣٩ — وقارن الأستاذ حلمي بهجت بدوي في نظرية العقد فقرة ٢٦١ ص ٣٧٥ .

فرنسا إلى تعميم الدعوى المباشرة ، فقضت المادة ٥٣ من قانون ١٣ يوليو سنة ١٩٣٠ بإعطاء الدعوى المباشرة لكل مضرور في حادث ضد شركة التأمين التي أمنت المسئول .

أما في مصر فقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد ينص في المادة ٨٣٢ منه على أنه " لا يجوز للمؤمن أن يدفع لغير المصاب مبلغ التأمين المتفق عليه كله أو بعضه ، مادام المصاب لم يعوض بما لا يجاوز هذا المبلغ عن الأضرار التي نشأت عنها مسئولية المؤمن له " . فكان هذا النص يجعل للمضرور دعوى مباشرة قبل شركة التأمين ، فيتقاضى منها في حدود مبلغ التأمين التعويض المستحق له ، دون أن يزاحمه في ذلك دائنو المسئول. ولكن هذا النص قد حذف ، وترك الأمر فيه لتشريع خاص يصدر فيما بعد [1] . وقد أصدر المشرع القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجباري من المسئولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات ، وأصبح للمضرور في هذه الحوادث دعوى مباشرة قبل شركة التأمين لديها لاقتضاء التعويض عن الضرر الذي لحق به نتيجة حادث السيارة دون توقف على استصدار الحكم بتقرير مسئولية المؤمن له أو اختصاصه في الدعوى [1] .

ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المضرور في حادث يستطيع الرجوع مباشرة على شركة التأمين ، ولا تستطيع الشركة أن تدفع دعوى المضرور إلا فيما يجاوز مبلغ التأمين المتفق عليه ، طبقاً للحدود المرسومة لمسئوليتها [2] . والقول بأن للمضرور أن يرجع مباشرة على شركة التأمين دون نص تشريعي لا يمكن تخريجه، وفقاً للقواعد العامة،

---

(1) وقد أصدر المشرع القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجباري من المسئولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات ، وأصبح للمضرور في هذه الحوادث دعوى مباشرة قبل المؤمن طبقاً للمادة الخامسة من القانون المذكور ، ونص على أن تخضع هذه الدعوى للتقادم المنصوص عليه في المادة ٧٥٢ من القانون المدني والتقادم الثلاثي المقرر للدعاوى الناشئة عن عقد التأمين ، ولولا هذا النص لسرى على تلك الدعوى المباشرة التقادم العادي لأنها لا تعتبر من الدعاوى الناشئة عن عقد التأمين المنصوص عليها في المادة ٧٥٢ من القانوني المدني .

(جلسة ١٩٦٩/٣/٢٧ الطعن رقم ١٠٤ لسنة ٣٥ ق س ٢٠ ص ٥٠٠) .

(جلسة ١٩٧٧/٢/١٥ الطعن رقم ١٢٩ لسنة ٤٣ ق س ٢٨ ص ٤٦٣) .

(جلسة ١٩٧٩/٤/١٢ الطعن رقم ٣٦٢ لسنة ٤٧ ق س ٣٠ ص ١١١) .

(جلسة ١٩٨٣/٥/٥ الطعن رقم ١١٨١ لسنة ٤٩ ق س ٣٤ ص ١١٣٧) .

(١) أنظر الوسيط الجزء الأول فقرة ٦٥٧ .

(٢) استئناف مختلط ٨ مارس سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٨٧ — وأنظر أيضاً : استئناف مختلط ١٨ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٥٧ — ١٩ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٠٥ — عكس ذلك : استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٨٩ . وأنظر الأستاذ حلمي بهجت بدوي في نظرية العقد فقرة ٢٦٠ ص ٣٧٣ .

إلا عن طريق الاشتراط لمصلحة الغير ، فيقال إن المسئول عندما تعاقد مع شركة التأمين اشترط مبلغ التأمين لمصلحة المضرور ، فصار للمضرور حق مباشر — لا دعوى مباشرة [1] — قبل الشركة ويجب الرجوع في ذلك إلى وثيقة التأمين ، لينظر هل يمكن أن يستخلص من نصوصها هذا الاشتراط [2] .

على أن هناك حالة في مصر ورد فيها تشريع خاص ينشئ الدعوى المباشرة . فقد قضى قانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ بشأن التأمين الاجتماعي بأن لكل عامل أصيب بسبب العمل وفي أثناء تأديته الحق في الحصول من الهيئة المختصة على تعويض مقدر في القانون بحسب جسامة الإصابة ، وتلتزم الجهة المختصة " الهيئة العامة للتأمين والمعاشات أو الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية " بحسب الأحوال بأن تؤدي للعامل جميع الحقوق المقررة وفقاً لأحكام القانون حتى ولو كانت الإصابة تقتضي مسئولية شخص آخر خلاف صاحب العمل دون إخلال بما يكون للمؤمن عليه من حق قبل الشخص المسئول (م ٦٦ من القانون المذكور) .

٥٦٠ — حالات تلتبس خطأ بالدعوى المباشرة : وهناك حالات يقال فيها عادة أن للدائن دعوى مباشرة ، والصحيح أن هذه الدعوى ليست بالدعوى المباشرة التي نعنيها هنا، بل هي دعوى تقوم على أساس من القواعد العامة فلا تحتاج إلى نص خاص.

من ذلك انتقال دعوى السلف إلى الخلف الخاص كما في رجوع مشترى الأرض بضمان الاستحقاق مباشرة على البائع لبائعه ، وكما في رجوع مشترى البناء مباشرة على المهندس أو المقاول الذي تعاقد مع بائع البناء . ففي مثل هذه الأحوال يكون الرجوع لا بمقتضى دعوى مباشرة لم يرد في شأنها نص خاص ، بل إن دعوى السلف — بائع الأرض أو بائع البناء — قد انتقلت إلى الخلف — مشترى الأرض أو مشترى البناء — فرجع بها على مدين السلف . وآية ذلك أن هذه الدعوى ، بعد انتقالها إلى الخلف ، لم تعد في متناول السلف [3] . وذلك بخلاف الدعوى المباشرة ، فهي تكون للدائن قبل مدين المدين ، مع بقاء دعوى المدين قبل مدين المدين .

---

(١) وسنرى أن الحق المباشر للمنتفع في اشتراط لمصلحة الغير ليس هو الدعوى المباشرة .

(٢) استئناف مختلط ١٥ يونية سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٧٦ — الوسيط الجزء الأول فقرة ٦٥٧ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض ، تأييداً لهذا المعنى ، بأن المشترى من مشتر لم يسجل عقده لا يستطيع أن يكلف البائع الأصلي بالتوقيع له هو على عقد بيع صالح للتسجيل إذ هو لم يتعاقد معه ، بل كل ما له — حتى لو قيل بوجود حق مباشرة له قبله — هو أن يطلب منه التوقيع على عقد بيع صالح للتسجيل لمن اشترى منه (نقض مدني ١٦ أبريل سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٢٩ ص ٨٨٠) . فالدعوى التي للمشترى من المشترى قبل البائع هي نفس الدعوى التي كانت للمشترى قبل البائع ، وقد انتقلت من المشترى إلى خلفه الخاص أي إلى المشترى من المشترى .

كذلك إذا رجع من تعاقد النائب على الأصيل مباشرة، فلا يرجع بالدعوى المباشرة، ولكن بدعوى العقد ذاته الذي قام مع الأصيل مباشرة ، بعد أن اختفى شخص النائب وفقاً لقواعد النيابة المعروفة .

ويرجع المنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير على المتعهد بحق مباشر استمده من العقد، وليس رجوعه بالدعوى المباشرة ، ولكن بمقتضى هذا الحق المباشر الذي أنشأه عقد الاشتراط [1] .

. ويرجع المؤجر والمتنازل له عن الإيجار كل منهما على الآخر رجوعاً مباشراً ، وليس لهذا الرجوع بالدعوى المباشرة ، ولكن التنازل عن الإيجار جعل كلا من المؤجر والمتنازل له عن الإيجار مديناً مباشرة للآخر ، فأصبحت دعوى كل منهما ضد الآخر هي دعوى المدين ضد مدينه لا ضد مدين مدينه [1] .

المبحث الثاني

الأساس القانوني والتصوير الفني للدعوى المباشرة

٥٦١ – الدعوى المباشرة لا تزال في طريق التطور : ويتبين مما تقدم أننا في شأن الدعوى المباشرة لا نزال أمام حالات خاصة وردت فيها نصوص تشريعية متناثرة تنشئ هذه الدعوى . ويستخلص من ذلك أن الدعوى المباشرة ، كحق امتياز ، لا تتقرر إلا بنص خاص ، ولم توجد بعد قواعد عامة ترد إليها . ولا تزال النظرية العامة للدعوى المباشرة حتى اليوم في دور التكوين ، ولم تبلغ غايتها من التطور . وفي هذا المعنى يقول فلاتيه : " لا تزال من الدعوى المباشرة في مرحلة من التطور تتجمع فيها الاستثناءات تجمعاً لا يخلو من عدم التناسق . وفي القانوني الروماني يوجد أكثر من مثال لنظم قانونية

---

(1) مفاد نص المادة ١/١٥٤ من القانون المدني أنه في الاشتراط لمصلحة الغير يتعاقد المشترط مع المتعهد باسمه لمصلحة شخصية في تنفيذ المتعهد الالتزامات المتعاقد عليها نحو المنتفع دون أن يدخل المنتفع طرفاً في العقد وأن المنتفع إنما يكسب حقه مباشرة من العقد ذاته المبرم بين المشترط والمتعهد بأن تشترط الالتزامات لصالحه باعتباره منتفعاً فيه ويجرى تعيينه بشخصه أو بوصفه شخصاً مستقلا أو يكون مستطاعا تعيينه وقت أن ينتج العقد أثره .

(جلسة ١٩٦٩/٤/٢٤ مجموعة المكتب الفني السنة ٢٠ ص ٦٩٣) .

(جلسة ١٩٧٦/٥/١٩ مجموعة المكتب الفني السنة ٢٧ ص ٩٨١) .

(١) أنظر في بعض هذه الحالات المشتبه فيها الأستاذ حلمي بهجت بدوي في نظرية العقد فقرة ٢٦١ .

استخلصت مما قد تجمع من الاستثناءات . فنظرية النيابة ونظرية الاشتراط لمصلحة الغير ، كل منهما قد تم تكوينه على هذه الوتيرة . وقد كثر في الوقت الحاضر عدد الدعاوى المباشرة إلى حد يسمح بالقول إن هناك اتجاهاً بارزاً إلى جعل العقد ينتج آثاره في حق غير المتعاقدين . وقد سلم تسليما نهائياً بكل من نظرية النيابة ونظرية الاشتراط لمصلحة الغير . وتبقى الآن الدعاوى المباشرة مصدراً تنبع منه نظرية جديدة ، تأتي لتأخذ مكانها إلى جانب هاتين النظريتين [1] " .

٥٦٢ – الأساس القانوني للدعوى المباشرة : بدأ لابيه (Labbé) في مقاله المعروف في المجلة الانتقادية بإقامة الدعوى المباشرة على فكرة حق الامتياز . فالدائن الذي تثبت له دعوى مباشرة ضد مدين مدينه هو شخص قد أوجد لمدينه حقاً في ذمة مدين المدين ، بسبب منفعة قدمها أو بسبب خسارة تحملها ، فوجب إذن أن يكون له امتياز على هذا الحق الذي وجد بفعله . فالمؤجر قدم منفعة العين المؤجرة للمستأجر ، وبفضل هذه المنفعة أصبح المستأجر دائناً بالأجرة للمستأجر من الباطن ، ومن ثم يكون للمؤجر حق امتياز على هذه الأجرة ، إذ المنفعة التي قدمها كانت السبب في وجود هذا الحق . والمضرور في حادث تحمل خسارة كانت هي السبب في وجود حق المسئول قبل شركة التأمين ، فيكون للمضرور امتياز على هذا الحق الذي ما كان ليوجد لولا الخسارة التي تحملها .

وهذا الرأي على قوته يترل الدعوى المباشرة منزلة حق الامتياز ، ولما كان حق الامتياز لا ينشأ إلا بنص خاص ، فإن الدعوى المباشرة تبقى موكولة إلى نصوص خاصة، فلا ترد إلى أصل عام [2] .

وهناك من رد الدعوى المباشرة إلى فكرة الاشتراط لمصلحة الغير [3] ، فكأن المدين قد اشترط على مدينه رجوعاً مباشراً لمصلحة دائنه . وهذا محض افتراض ، لا ينهض به أساس من الواقع .

وهناك من ردها إلى فكرة النيابة [4] ، فكأن المدين قد ناب عن دائنه في التعاقد مع مدين المدين . وهذا أيضاً افتراض لا يقوم على أساس .

---

(١) فلانيه في العقود لحساب الغير فقرة ١٣٦ ، وأنظر أيضاً فقرة ١٤٣ ص ١٩١ – ص ١٩٢ .

(٢) مقال في الامتيازات الخاصة على الديون : المجلة الانتقادية سنة ١٨٧٦ ص ٥٧١ و ص ٦٦٥ .

(٣) ألكس وايل (Alex Weill) فقرة ٤٤٤ ص ٧٦٢ .

(٤) جيللوار في الإيجار ١ ص ٣٦٩ – جوسران ٢ فقرة ١٢٢٧ – أنظر أيضاً استعراضاً لبعض هذه النظريات في ديموج ٧ فقرة ١٠١٤ .

وهناك من رد الدعوى المباشرة إلى فكرة الإثراء بلا سبب [1] . فالدائن قد افتقر بمقدار المنفعة التي قدمها أو بمقدار الخسارة التي تحملها ، وهذا الافتقار كان سبباً في إثراء مدين المدين ، فيكون للدائن أن يتقاضى من مدين مدينه أقل القيمتين ، قيمة الافتقار أو قيمة الإثراء . ويلاحظ على هذا الرأي أن مدين المدين لم يثر بلا سبب ، بل إن هناك سبباً لإثرائه هو الدين الذي في ذمته للمدين . كما أن افتقار الدائن يقابله الدين الذي له في ذمة المدين . فكل من الدائن ومدين المدين يجد مقابلا لما افتقر به أو أثرى ، والذي يهمنا هو أن توجد علاقة مباشرة ما بين هذين المقابلين ، وهذا ما تعجز عن إيجاده نظرية الإثراء بلا سبب [2] .

والمجمع عليه في الوقت الحاضر ، وفي هذه المرحلة من مراحل تطور الدعوى المباشرة، أن هذه الدعوى لا تثبت إلا بنص تشريعي خاص [3] . وهذا يكفي للقول بأنه ليس هناك إلى اليوم أصل ترد إليه الدعوى المباشرة بحيث تقوم على هذا الأصل دون حاجة إلى نص .

ومادمنا لا نستطيع حتى اليوم أن نستقر على أصل يصلح أن يكون أساساً قانونياً للدعوى المباشرة ، فخير لنا أن نوجه العناية إلى التصوير الفني لهذه الدعوى لنستخلص خطوطه الرئيسية .

٥٦٣ – التصوير الفني للدعوى المباشرة – الفكرة الرئيسية : نتخذ التقسيم الذي قال به لابيه (Labbé) أساساً للدعوى المباشرة ، فهو خير الأسس التي قدمت لهذه الدعوى حتى الآن . فالدعوى المباشرة تقوم إما على منفعة قدمها الدائن، أو على خسارة تحملها . فالمنفعة التي قدمها المؤجر للمستأجر كانت سبباً في الدين الذي للمستأجر في ذمة المستأجر من الباطن ، والخسارة التي تحملها العامل المصاب في حادث من حوادث العمل كانت سببا في الدين الذي لرب العمل في ذمة شركة التأمين .

---

(١) سوليس (Solus) ص ٢٤٧ – ديموج ٧ فقرة ١٠١٥ – الأستاذ حلمي بهجت بدوي في نظرية العقد فقرة ٢٦٢ ص ٣٧٦ .

(٢) قارب الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٠٦ ص ١٣٨ . ويبني فلاتيه الدعوى المباشرة على أساس اقتصادي ، فعنده أن العقد ، بحكم الغاية الاقتصادية (économique destination) التي يقوم على تحقيقها ، ينشئ الدعوى المباشرة لمصلحة أجنبي عن هذا العقد (فلاتيه في العقود لحساب الغير فقرة ١٤٣ ص ١٩٢ وفقرة ١٤٤ ص ١٩٤) . أنظر في استعراض الأسس القانونية للدعوى المباشرة دي باج ٣ فقرة ٧٢٢ .

(٣) قارن دي باج ٢ فقرة ٧٢٣ – ويذكر مثلا على قيام الدعوى المباشرة دون نص خاص في رجوع المشترى على البائع لبائعه بضمان الاستحقاق ، وفي رجوع المشترى على المقاول الذي تعاقد مع البائع . وقد قدمنا أن هذا الرجوع لا يكون بالدعوى المباشرة ، ولكن بنفس الدعوى التي كانت للسلف وانتقلت إلى الخلف الخاص (أنظر آنفاً فقرة ٥٦٠ ، وأنظر أيضاً فلاتيه في العقود لحساب الغير فقرة ١٤٠) .

هذه السببية تبرر في نظر المشرع ، في حالات خاصة هو إلى اليوم الذي يمسك بزمامها وهو الذي يقوم بتعيينها في نصوص تشريعية ، أن يكون للدين محل الدعوى المباشرة صاحبان : صاحبه الأصلي وهو في المثلين المتقدمين المستأجر الأصلي أو رب العمل ، وصاحب مضاف إليه هو نفس الدائن الذي تسبب في إيجاد هذا الدين بالمنفعة التي قدمها أو بالخسارة التي تحملها وهو المؤجر أو العامل .

فيكون إذن للدين الذي في ذمة مدين المدين — وهو الدين محل الدعوى المباشرة — دائنان : المدين والدائن . ويكون للدائن تبعاً لذلك مدينان : المدين ومدين المدين . ولتوضيح ذلك نفرض أن الدين الذي في ذمة مدين المدين — أي الدين محل الدعوى المباشرة — هو الأجرة المستحقة في ذمة المستأجر من الباطن للمستأجر الأصلي . فهذا الدين له دائنان : المستأجر الأصلي والمؤجر . وللمؤجر مدينان : المستأجر الأصلي والمستأجر من الباطن . وتعدد الدائنين أو المدينين في الدين الواحد أمر مألوف في القانون، وهو وصف من أوصاف الالتزام . ويتميز هذا الوصف الخاص بما يأتي :

(أولا) مادام مدين المدين (المستأجر من الباطن مثلا) له دائنان (المستأجر الأصلي والمؤجر) ، فإنه متى وفى لأحدهما الدين برئت ذمته نحو الآخر ، ولكن الدائنين مع ذلك غير متضامنين .

(ثانياً) ومادام الدائن (المؤجر) له مدينان (المستأجر الأصلي والمستأجر من الباطن) ، فإنه متى استوفى الدين من أحدهما برئت ذمة الآخر ، ولكن المدينين مع ذلك غير متضامنين [1] .

وعلى أساس هذه الفكرة الرئيسية — تعدد الدائنين لمدين واحد وتعدد المدينين لدائن واحد وذلك في غير تضامن — نبحث في الدعوى المباشرة : (١) العلاقة ما بين الدائن ومدين المدين . (٢) العلاقة ما بين الدائن والمدين . (٣) العلاقة ما بين المدين ومدين المدين.

٥٦٤ — العلاقة ما بين الدائن ومدين المدين : الدائن هو صاحب الدين الذي في ذمة مدين المدين ، وهو دائن مضاف إلى الدائن الأصلي كما قدمنا . وتترتب على ذلك النتائج الآتية :

---

(١) وهذا ما يميز الدعوى المباشرة عن التضامن . وتتميز هذه الدعوى عن الحلول العيني في أن الدائن في الحلول العيني يستعمل دعوى مدينه بالذات لا دعوى أخرى مستقلة ، وتتميز عن حوالة الحق في أن الدائن في حوالة الحق يحل محل سلفه في نفس الدعوى فلا توجد إذن دعويان مستقلتان ؛ وتتميز عن اشتراط لمصلحة الغير في أنه لا يوجد في الاشتراط لمصلحة الغير إلا دعوى مباشرة واحدة هي التي للمنتفع في ذمة المتعهد (دي باج ٢ فقرة ٧١٩ — فقرة ٧١٢)

(١) يرفع الدائن ، بصفته صاحب الدين ، الدعوى المباشرة باسمه هو لا باسم المدين. وهذا بخلاف الدعوى غير المباشرة فإنه يرفعها باسم المدين كما رأينا [1] . ولا حاجة ، في رجوع الدائن على مدين المدين بالدعوى المباشرة ، إلى أن يكون المدين معسراً ، أو أن يكون الدائن قد رجع عليه أولا ، أو أن يطلب الدائن الحلول محله .

(٢) يستأثر الدائن وحده بفائدة الدعوى المباشرة دون مزاحمة من دائني المدين ، لأنه يرفع هذه الدعوى بصفته صاحب الدين ، لا بصفته دائناً لصاحب الدين ، وبذلك تقرب الدعوى المباشرة من حق الامتياز . ولكن لما كان الدائن يرجع على مدين المدين بصفته دائناً له مباشرة ، فإنه يتحمل مزاحمة دائني مدين المدين .

(٣) لمدين المدين أن يدفع دعوى الدائن — وهي الدعوى المباشرة — بجميع الدفوع الخاصة بالدائن ، وذلك إلى جانب الدفوع الخاص بالمدين . أما في الدعوى غير المباشرة فقد قدمنا أن مدين المدين إنما يحتج بالدفوع الخاص بالمدين دون الدفوع الخاصة بالدائن. فيجوز لمدين المدين في الدعوى المباشرة أن يحتج بأن حق الدائن قبل المدين قد انقضى بالوفاء أو بالقاصة أو بالإبراء أو بالتقادم أو بغير ذلك من أسباب انقضاء الالتزام ، أو بأن العقد ما بين الدائن والمدين باطل أو قابل للإبطال . ويجوز لمدين المدين كذلك ، في الدعوى المباشرة ، أن يحتج بأن حق المدين قبله هو قد انقضى وذلك قبل إنذار الدائن إياه بأن يوفى له الدين ، أو بأن العقد بين المدين ومدين المدين يشوبه وجه من وجوه البطلان .

---

(1) مفاد نص المادة ٢٣٥ من القانون المدني أن يجوز لكل دائن أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين إلا ما كان منها متصلا بشخصه أو غير قابل للحجز ، وعلى الدائن الذي يطالب بحق مدينه أن يقيم الدعوى باسم المدين ليكون المحكوم به حقاً لهذا المدين ويدخل في عموم أمواله ضماناً لحقوق دائنيه ويتقاسموه قسمة غرماء ، فإذا هو لم يرفعها بوصفه دائناً وإنما رفعها استعمالا لحق مباشر له وطلب الحكم لمصلحته لا لمصلحة مدينه فإنما تكون دعوى مباشرة أقامها باسمه ولمصلحته ، وإذا كان الثابت من الأوراق أن المطعون ضده الأول أقام الدعوى بطلب الحكم بإلزام الطاعن والمطعون ضدهم من الثاني إلى السادس — واضعي اليد — بتسليم الأطيان موضوع النـــزاع إلى المطعون ضدها السابقة باعتبارها خلفاً عاماً لمورثها البائع للمطعون ضده الأول وبإلزامها بتسليم ذات الأطيان إليه نفاذاً لعقد البيع الصادر إليه من مورثها . وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه فصل في الدعوى على أنها دعوى غير مباشرة استعمل فيها المطعون ضده الأول الدائن " حقوق مدينه ورثة البائع " فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون .
(جلسة ١٩٩١/٥/٩ الطعن رقم ١٧٨٠ لسنة ٥٥ ق) .
(جلسة ١٩٩٠/٣/٥ الطعن رقم ٢١٨٠ لسنة ٥٣ ق) .
(جلسة ١٩٨٨/٣/٢٤ الطعن رقم ٩٤٣ لسنة ٥١ ق) .
(جلسة ١٩٧٧/٥/٤ السنة ٢٨ ص ١١٣٥) .

(٤) يستطيع الدائن أن يستعمل دعوى مدين مدينه قبل مدين مدين المدين ، لأن مدين مدينه هو مدينه المباشر كما قدمنا . ويستطيع كذلك أن يحجز تحت يد مدين مدين المدين ، لأنه يعتبر مديناً لمدينه على الوجه المتقدم الذكر .

(٥) يجوز لمدين المدين أن يفي بالدين للدائن ، ويكون هذا الوفاء مبرئاً لذمته قبل المدين . كما يجوز له ، قبل أن ينذره الدائن بالوفاء ، أن يفي بالدين للمدين ، ويكون هذا الوفاء مبرئاً لذمته قبل الدائن . ولكن لا يجوز للدائن أن يستوفي الدين من مدين المدين إلا إذا كان الدين الذي له في ذمة المدين مستحق الأداء ، ولا يكفي أن يكون خالياً من النـــزاع كما في الدعوى غير المباشرة ، ولكن ليس من الضروري أن يكون في سند قابل للتنفيذ . ولا يجوز ، في كل حال ، أن يستوفي الدائن من مدين المدين مقداراً أكبر مما له في ذمة المدين ، فهو إنما يرجع على مدين المدين بأقل القيمتين ، قيمة الدين الذي له في ذمة المدين وقيمة الدين الذي للمدين في ذمة مدين المدين .

٥٦٥ — العلاقة ما بين الدائن والمدين : يبقى المدين مديناً لدائنه ، فيكون للدائن مدينان هما المدين ومدين المدين . وتترتب على ذلك النتائج الآتية :

(١) يستطيع الدائن أن يستوفي دينه من المدين ، فتبرأ ذمة المدين قبله .

(٢) وكذلك يستطيع المدين أن يوفي الدين للدائن ، فلا يرجع الدائن بشيء على مدين المدين .

(٣) إذا وفي مدين المدين للدائن الدين الذي في ذمته للمدين ، وكان هذا الدين أقل مما للدائن في ذمة المدين ، رجع الدائن على المدين بالباقي له من الدين .

(٤) ولو أن للدائن مدينين ، هما المدين ومدين المدين ، فليس هناك تضامن في المسئولية بين هذين المدينين . وإذا كان كل منهما مسئولا مباشرة قبل الدائن ، فلا يوجد سبب قانوني للتضامن فيما بينهما . فليست مسئوليتهما إذن مسئولية بالتضامن (solidarité) ، بل هي مسئولية مجتمعة (in solidum) [1] .

٥٦٦ — العلاقة ما بين المدين ومدين المدين : يبقى المدين دائناً لمدين المدين ، فيكون لمدين المدين دائنان هما المدين والدائن . وتترتب على ذلك النتائج الآتية:

(١) يستطيع المدين أن يستوفي الدين من مدين المدين ، وذلك إلى وقت إنذار الدائن لمدين المدين بالوفاء ، فتبرأ ذمة مدين المدين نحو الدائن .

---

(١) أنظر في هذا المعنى ديموج ٧ فقرة ١٠١٢ .

(٢) يستطيع مدين المدين إلى وقت إنذار الدائن له بالوفاء ، أن يوفي المدين الدين ، فتبرأ ذمته نحو الدائن . وتسرى في هذه الحالة المخالصة في حق الدائن ولو لم تكن ثابتة التاريخ [١] .

(٣) إذا انقضى الدين ما بين المدين ومدين المدين ، قبل إنذار الدائن لمدين المدين بالوفاء ، بأي سبب من أسباب انقضاء الالتزام ، كالمقاصة والإبراء والتقادم ، سرى ذلك في حق الدائن .

(٤) إذا حول المدين الدين الذي له في ذمة مدين المدين ، قبل إنذار الدائن لمدين المدين بالوفاء ، كانت الحوالة نافذة في حق الدائن .

(٥) إذا حجز دائن للمدين تحت يد مدين المدين ، قبل إنذار الدائن لمدين المدين بالوفاء ، نفذ الحجز في حق الدائن .

(٦) بعد أن ينذر الدائن مدين المدين بالوفاء ، لا يستطيع مدين المدين أن يوفي الدين للمدين ، بل يجب أن يكون الوفاء للدائن وحده [٢] . على أنه حتى في هذه الحالة يبقى المدين دائناً لمدين المدين ، دون أن يستطيع استيفاء الدين منه ، ويشبه مركزه في هذه الحالة مركز المدين المحجوز عليه في حجز ما للمدين لدى الغير . ويدل على أن المدين يبقى دائناً لمدين المدين أن مدين المدين متى وفى الدين للدائن ، اعتبر هذا الوفاء لحساب المدين من الدين له في ذمة مدين المدين ، وخصم ما وفى به من الدين في ذمة المدين للدائن [٣] .

(٧) ولو أن لمدين المدين دائنين ، هما المدين والدائن ، فليس هناك تضامن بينهما لانعدام السبب القانوني للتضامن [٤] .

---

(١) ديموج ٧ فقرة ١٠٠٣ .

(٢) حتى لو كان دين مدين المدين مقترناً بأجل أو معلقاً على شرط ، فيجب على مدين المدين في هذه الحالة أن يوفي الدين للدائن لا للمدين ، وذلك بعد أن يحل الأجل أو بعد أن يتحقق الشرط (ديموج ٧ فقرة ١٠٠٨).

(٣) قارن ديموج ٧ فقرة ١٠١٢ — فقرة ١٠١٣ . ويذهب إلى أن مدين المدين ، من وقت إنذار الدائن له بالوفاء ، يصبح مدينا للدائن وحده ، وتنتهي مديونيته للمدين .

(٤) ديموج ٧ فقرة ١٠١٢ .

الفصل الثاني

الدعوى البولصية *

أو دعوى عدم نفاذ تصرف المدين

(Action paulienne – Action révocatoire)

٥٦٧ – الأساس الذي بنيت عليه الدعوى البولصية – عدم الدقة في تسميتها دعوى إبطال التصرفات

: قدمنا أن الدائن ينفذ في حقه التصرفات الصادرة من مدينه ، فإذا زادت هذه التصرفات في أموال المدين قوي الضمان العام للدائن ، وإذا انتقصت منها ضعف هذا الضمان . والدائن في الحالتين يتحمل أثر ذلك ، فيقوي ضمانه أو يضعف ، لأن المفروض هو أن المدين حسن النية فيما يصدر عنه من التصرفات ، ومادام الدائن لم يحصل على ضمان خاص لحقه ، فهو متروك لهذا الضمان العام . لكن إذا لم يكن المدين حسن النية وكان القصد من تصرفه الإضرار بالدائن بإنقاص الضمان العام ، جاز للدائن أن يطعن في هذا التصرف حتى لا ينصرف إليه أثره . وهو يطعن فيه بالدعوى البولصية . والمعروف أن التسمية اشتقت من اسم البريطور (préteur) الروماني الذي كان أول من أدخلها في القانون الروماني ، وإن كانت صحة هذه التسمية وأنها كانت مستعملة في القانون الروماني أصبحت الآن محل شك كبير [1] .

---

* مراجع : جيللوار (Guillourd) بحث في الدعوى البولصية – أشير (Acher) مقال في مجلة القانون المدني الفصلية سنة ١٩٠٦ ص ٨٠ – جروبير (Grouber) في الدعوى البولصية في القانون المدني الفرنسي المعاصر رسالة من باريس سنة ١٩١٣ – فينيرون (Vigneron) في الغش في نقل الحقوق رسالة من باريس سنة ١٩٢٣ – باستيان (Bastian) بحث في إقامة نظرية عامة في عدم النفاذ رسالة من باريس سنة ١٩٢٩ – ديموج ٧ فقرة ١٠٣ وما بعدها – أنظر أيضاً مقالين للأستاذ عبد العظيم الشقنقيري في مجلة الشرائع السنة الخامسة ص ٣٢٨ – ص ٣٣٦ و ص ٤٢٣ – ص ٤٣٠ .

(١) ويبدو أن البريطور " بولص " هذا ليس إلا شخصاً خيالياً اخترعه بعض المحشين (glossateurs) . ولم تكن الدعوى البولصية في عهد القانون الروماني المدرسي دعوى واحدة ، بل كانت دعاوى متعددة أعطيت لحماية الدائنين في حالات مختلفة ، ولم تتوحد في دعوى واحدة إلا في عهد جوستنيان . وكان لهذه الدعاوى في إجراءات القانون الروماني الطابع الجماعي ((caractère collectif ، إذ كانت لا تعطي إلا ضد المدين المفلس لجماعة الدائنين في شخص ممثل لهم هو الذي كان يوكل إليه تصفية أموال المدين (curator bonorum vendendorum) ، فكانت فائدتها تعود على جماعة الدائنين ، لا تختص بواحد منهم دون الآخرين . وقد انقلبت الدعوى البولصية في القانون الحديث من دعوى جماعية (action collective) إلى دعوى فردية (action individuelle) (مقال الأستاذ أشير Acher في مجلة القانون المدني الفصلية سنة ١٩٠٦ ص ٨٥ – جيرار Girad ص ٤٣٥ – ص ٤٣٧ – أكارياس Accarias ٢ فقرة ٨٥٢ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٤١٣) . =

وكانت هذه الدعوى تسمى " بدعوى إبطال التصرفات " ، وقد استعمل التقنين المدني السابق (م ١٤٣/٢٠٤) لفظ " إبطال " في صددها ، وإن كان قد عدل في مكان آخر (م ٥٥٦/٦٨٠) إلى لفظ " الطعن " وهو أدق من لفظ الإبطال . والواقع من الأمر أن الدائن ، كما رأينا ، لا يبطل تصرف المدين ، بل هو يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه (أنظر المادة ٢٣٧ من التقنين المدني الجديد) . فإذا أجيب إلى طلبه ، لم يسر التصرف في حقه ، ولكنه يبقى قائماً بين المدين ومن صدر له التصرف . لذلك كان الأولى تسمة الدعوى البولصية بدعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن ، ويصح أن تختصر هذه التسمية فتكون " دعوى عدم نفاذ تصرف المدين (أنظر المادة ٢٤٣ من التقنين المدني الجديد) ، أو نستبقى للدعوى التسمية التقليدية وهي " الدعوى البولصية".

ونرى مما تقدم أن الأساس الذي بنيت عليه الدوى البولصية هو أن القانون أراد حماية الدائن من غش مدينه المعسر ، فهي والدعوى غير المباشرة يواجهان معاً مديناً معسراً. إلا أن الدعوى غير المباشرة تعالج موقفاً سلبياً للمدين المعسر هو سكوته عن استعمال حقوقه عمداً أو إهمالا ، أما الدعوى البولصية فتعالج من المدين المعسر موقفاً إيجابياً هو إقدامه على التصرف في حقوقه عن عمد لا عن مجرد إهمال بقصد الإضرار بدائنه . ولما كان كل موقف ينظم القانون له ما يقتضيه من الحماية ، كانت الحماية التي نظمها القانون ضد العمل الإيجابي أشد نشاطاً من الحماية التي نظمها ضد العمل السلبي . فالدعوى غير المباشرة يرفعها الدائن باسم المدين وأثرها ينصرف إلى المدين لا إلى الدائن ، أما الدعوى البولصية فيرفعها الدائن باسمه هو وأثرها ينصرف إليه لا إلى المدين .

ويتبين من ذلك أن الدعوى البولصية تختلف اختلافاً واضحاً عن الدعوى غير المباشرة . ويستطيع الدائن أن يستعمل الدعويين واحدة بعد الأخرى ، فيطعن في تصرف مدينه بالدعوى البولصية ، فإذا لم ينجح في هذا الطعن رفع الدعوى غير المباشرة يطالب بحقوق مدينه في هذا التصرف [1] . ولكنه لا يستطيع الجمع بينهما في إجراءات واحدة لأنهما

= وقد نبتت الدعوى البولصية على هذا النحو في ترب عملية ، ثم أقرها التقاليد ، فأصبح لأحكامها مميزان: (أ) فهي أولا أحكام تقليدية ، ولذلك تصطدم في بعض تفصيلاتها مع المنطق ، وقد ردها التقنين المدني المصري الجديد إلى المنطق في كثير من هذه التفصيلات . (ب) وهي ثانياً أحكام عملية ، فللإعسار معنى عملي في هذه الأحكام ، ولا يعتد بالثمن الذي يعطيه المشترى للمدين مادام يتعذر عملياً على الدائن أن ينفذ عليه (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٢٨ ص ٧٧٨ هامش رقم ٣) .

(١) ديمولومب ٢٥ فقرة ١٤٨ — بودري وبارد ١ فقرة ٦٤٧ — ديموج ٧ فقرة ١٠٣٠ .

دعويان مختلفتان كما قدمنا [1] ، فلا يستطيع مثلا أن يطعن بالدعوى البولصية في بيع صدر من مدينه وفي الوقت ذات يسعمل حق هذا لمدين في المطالبة بالثمن [1] .

والدعوى البولصية وإن كانت ترفع عادة في صوة دعوى مستقلة : إلا أنه يجوز رفعها كذلك دعوى فرعية [2] ، أو إثارتها مسألة أولية [2] .

---

(1) دعوى الصورية ودعوى عدم نفاذ تصرف المدين هما دعويان مختلفتان ، فيجوز للدائن إثبات أن العقد الذي صدر من المدين صوري بغية استبقاء المال الذي تصرف فيه في ملكه ، فإن أخفق جاز له الطعن في العقد الحقيقي بدعوى عدم نفاذ التصرف في حقه ، بغية إعادة المال إلى ملك المدين كما أنه للدائن كذلك في الدعوى الواحدة أن يطعن في تصرف مدينه بالدعويين معاً على سبيل الخيرة يحاول إثبات الصورية أولا فإن لم ينجح انتقل إلى الدعوى الأخرى .

(جلسة ١٩٧١/٢/٢٥ الطعن رقم ٢٥٤ لسنة ٣٦ ق س ٢٢ ص ٢٢٨) .

(جلسة ١٩٧٤/٤/٢٩ الطعن رقم ٢٧٥ لسنة ٣٩ ق س ٢٥ ص ٧٧٣) .

(جلسة ١٩٧٧/٥/٤ الطعن رقم ٥ لسنة ٤٣ ق س ٢٨ ص ١١٢٥) .

(جلسة ١٩٨٨/١/٦ الطعن رقم ٥٤ لسنة ٥٤ ق) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه وإن كانت الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية تختلفان كل منهما عن الأخرى في أساسها وشروطها وآثارها ، ومن ثم لا يجوز الجمع بينهما في آن ، إلا أنه يجوز للدائن أن يستعملها متعاقبتين إحداهما بعد الأخرى . وليس من الضروري أن ترفع الدعوى البولصية استقلالا، بل يصح رفعها كدعوى عارضة أو إثارتها كمسألة أولية ، ولو أثناء قيام الدعوى غير المباشرة ، متى كانت ظروف دفاع الدائن تستلزم ذلك . فإذا كان الدائن عندما وجه في دعواه غير المباشرة من ناظر الوقف بمصادقة مدينه على حساب الوقف قد دفع بأن هذه المصادقة باطلة لصدورها غشاً وتدليساً وبالتواطؤ بين المدين وبين ناظر الوقف ، فإنه لا يكون قد جمع بين الدعوى غير المباشرة وبين الدعوى البولصية في آن ، وإنما هو أثار الدعوى البولصية كمسألة أولية ، فهو بهذا قد استعمل الدعويين على التعاقب ، ويكون من المتعين الفصل في الدعوى البولصية ، وإذا كانت المحكمة قد قصرت بحثها على الدعوى غير المباشرة ، واعتبرت مصادقة المدين نافذة في حقه بمقولة أنه لم يرفع الدعوى البولصية ، فإنها تكون قد أغفلت الفصل في دفاعه ويكون حكمها قد أخطأ في تكييف هذا الدفاع ، وتعين نقضه (نقض مدني ٢ فبراير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٦١ ص ٢٢٠) .

(2) لما كانت الدعوى البولصية يقصد بها عدم نفاذ التصرف الصادر من المدين في حق دائنه كان من الجائز إثارتها كدفع للدعوى التي يرفعها المتصرف إليه بطلب نفاذ هذا التصرف ، ولا يلزم أن ترفع في صورة دعوى مستقلة ، ولا يغير من هذا شيئاً أن يكون التصرف مسجلا فإن تسجيله يحول دون أن يدفع دائنه في مواجهة المتصرف إليه الذي يطلب تثبيت ملكيته استناداً إلى عقده المسجل بالدعوى البولصية وليس من شأن تسجيل التصرف أن يغير من طريقة إعمال هذه الدعوى ولا الآثار المترتبة عليها .

(جلسة ١٩٥٠/٣/٣٠ الطعن رقم ١١٤ لسنة ١٨ ق) .

(جلسة ١٩٥٢/٢/١٤ الطعن رقم ٧٢ لسنة ٢٠ ق) .

(٢) أنظر حكم محكمة النقض المتقدم ويقول أنه ليس من الضروري أن ترفع الدعوى البولصية استقلالا ، بل يصح رفعها كدعوى عارضة أو إثارتها كمسألة أولية (نقض مدني ٢ فبراير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٦١ ص ٢٢٠) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه لما كانت الدعوى البولصية يقصد بها =

٥٦٨ – ما استحدثه التقنين المدني الجديد في الدعوى البولصية :

وقد استحدث التقنين المدني الجديد بعض التعديلات الهامة في الدعوى البولصية . وأهم تعديل أدخله هو أنه جعل نفع هذه الدعوى لا يقتصر على الدائن الذي رفعها ، بل يعم سائر الدائنين ممن تتوافر فيهم شروط استعمالها . ثم إن التقنين الجديد وسع في نطاق التصرفات التي يجوز للدائن الطعن فيها ، فشمل هذا النطاق ، ليس فحسب ، التصرفات التي تنقص حقوق المدين ، بل أيضاً تلك التي تزيد في التزاماته ، وكذلك الوفاء الحاصل من المدين المعسر وتقديمه أحد دائنيه على الآخرين دون حق . وعمد التقنين الجديد إلى الأخذ بأسباب التيسير في مسائل الإثبات ، فأقام قرائن قانونية على إعسار المدين وعلى غشه وعلى تواطؤ الخلف الأول والخلف الثاني في هذا الغش . وجعل التقنين الجديد للخلف سبيلا لتوقي أثر الدعوى ، إذا هو أودع الثمن خزانة المحكمة . وأنشأ تقادماً خاصاً للدعوى مدته ثلاث سنوات ، حتى لا يطول الوقت الذي يظل فيه مصير التصرف معلقاً .

على أن التقنين الجديد لم يكتف بتنظيم الدعوى البولصية على هذا النحو ، بل عمد إلى تنظم أعم واشمل لحالة إعسار المدين في جملتها كما سنرى [1] .

= عدم نفاذ التصرف الصادر من المدين في حق دائنه ، كان من الجائز إثارتها كدفع للدعوى التي يرفعها المتصرف إليه بطلب نفاذ التصرف ، ولا يلزم أن ترفع في صورة دعوى مستقلة . ولا يغير من هذا أن يكون التصرف مسجلا ، فإن تسجيله لا يحول دون أن يدفع الدائن في مواجهة المتصرف إليه الذي يطلب تثبيت ملكيته استناداً إلى عقده المسجل بالدعوى البولصية ، إذ ليس من شأن تسجيل التصرف أن يغير من طريقة إعمال هذه الدعوى ولا الآثار المترتبة عليها (نقض مدني ٣٠ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٩٧ ص ٣٨٨ – أنظر أيضاً : نقض مدني ١٤ فبراير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٨٤ ص ٤٩٦ – استئناف مصر ٢١ أبريل سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٧٦ ص ١٦٤) . وقضت محكمة بني سويف الكلية (حكم استئنافي) بأنه لا يوجد ما يمنع من رفع الدعوى البولصية بصفة دعوى فرعية ، فإذا رفعت دعوى استحقاق العقار أثناء نظر دعوى نزع الملكية، جاز للدائن الذي طلب نزع الملكية أن يطعن في دعوى فرعية في العقد الذي بنيت عليه دعوى الاستحقاق لأنه صدر من المدين إضراراً به (١٧ مارس سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١ رقم ٦ ص ١٢) .

(١) وهذا ما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : " أما الدعوى الثانية : وهي الدعوى البولصية ، فقد عدل المشروع أحكامها تعديلا جوهرياً من وجوه عدة فقد جعل منها إجراء جماعياً مشتركاً بين الدائنين (الصحيح أنها لا تزال إجراء فردياً يتخذه أي دائن مستقلا عن الدائنين الآخرين، ولكن فائدة الدعوى هي التي أصبحت جماعية مشتركة لا يستقل بها دائن دون آخر) بعد أن كانت إجراء فردياً في أحكام التقنين الحالي (السابق) ، فلا يقتصر نفعها في وضعها الجديد على من يرفعها من الدائنين ، بل يشمل سائر الدائنين الذين تتوافر فيهم شرائط استعمالها ... وقد بسط المشروع كذلك من نطاق فكرة التصرف المدخول الذي يجوز الطعن فيه باستعمال تلك الدعوى ، فلم يعد أمرها قاصراً على التصرف المفقر بمعناه الضيق الجامد كما استقر في التقاليد ، بل جاوز ذلك إلى ما يستتبع زيادة التزامات المدين أو إنقاص =

ونبحث الدعوى البولصية فنتكلم : (أولا) في شروط هذه الدعوى (ثانياً) وفي الآثار التي تترتب عليها .

الفرع الأول

شروط الدعوى البولصية

٥٦٩ – النصوص القانونية: تنص المادة ٢٣٧ من التقنين المدني على ما يأتي:

" لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء ، وصدر من مدينه تصرف ضار به ، أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه ، إذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته وترتب عليه إعسار المدين أو الزيادة في إعساره ، وذلك متى توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة التالية " .

وتنص المادة ٢٣٨ على ما يأتي :

" ١ – إذا كان تصرف المدين بعوض ، اشترط لعدم نفاذه في حق الدائن أن يكون منطوياً على غش من المدين ، وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش . ويكفي لاعتبار التصرف منطوياً على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم أنه معسر ، كما يعتبر من صدر له التصرف عالماً بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين معسر " .

" ٢ – أما إذا كان التصرف تبرعاً ، فإنه لا ينفذ في حق الدائن ، ولو كان من صدر له التبرع حسن النية ، ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشاً " .

= حقوقه من ضروب التصرفات ... وقد أجاز المشروع أيضاً أن يطعن من طريق الدعوى البولصية في الوفاء الحاصل من المدين المعسر وإيثاره أحد دائنيه بالأفضلية بغير حق ... ويلاحظ من ناحية أخرى أن المشروع عمد إلى الأخذ بأسباب التيسير والتبسيط في كل ما يتعلق بالإثبات ، فيسر أمر إقامة الدليل على إعسار المدين وغشه واشتراك الخلف الأول والخلف الثاني في هذا الغش ... ثم أنه هيأ مخرجاً للخلف ، فعصمه من آثار الدعوى إذ قام بالوفاء بحق الدائن أو قام بإيداع الثمن ... وأنشأ تقادماً مدته سنة (أصبح ثلاث سنوات بتعديل من لجنة مجلس الشيوخ) ، حتى لا يطول أمد الفترة التي يظل مصير التصرف فيها رهيناً بمباشرة الدعوى . ومهما يكن مبلغ ما أدخل على الدعوى البولصية من تعديل فهي لا تعدو أن تكون تنظيماً جزئياً لإعسار المدين بالنسبة لتصرف معين صدر منه ، وهي بوضعها هذا لا تغني عن تنظيم أعم وأشمل يتناول حالة الإعسار في جملتها " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٠٤ – ص ٦٠٥)

" ٣ – وإذا كان الخلف الذي انتقل إليه الشيء من المدين قد تصرف فيه بعوض إلى خلف آخر ، فلا يصح للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف إلا إذا كان الخلف الثاني يعلم غش المدين وعلم الخلف الأول بهذا الغش إن كان المدين قد تصرف بعوض ، أو كان هذا الخلف الثاني يعلم إعسار المدين وقت تصرفه للخلف الأول إن كان المدين قد تصرف له تبرعاً " .

وتنص المادة ٢٣٩ على ما يأتي :

" إذا ادعى الدائن إعسار المدين ، فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما في ذمته من ديون، وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له ما لا يساوي قيمة الديون أو يزيد عليها " .

وتنص المادة ٢٤٢ على ما يأتي :

" ١ – إذا لم يقصد بالغش إلا تفضيل دائن على آخر دون حق ، فلا يترتب عليه إلا حرمان الدائن من هذه الميزة " .

" ٢ – وإذا وفى المدين المعسر أحد دائنيه قبل انقضاء الأجل الذي عين أصلا للوفاء ، فلا يسرى هذا الوفاء في حق باقي الدائنين . وكذلك لا يسرى في حقهم الوفاء، ولو حصل بعد انقضاء هذا الأجل، إذا كان قد تم نتيجة تواطؤ بين المدين والدائن الذي استوفى حقه ".

وتنص المادة ٢٤٣ على ما يأتي :

" تسقط بالتقادم دعوى عدم نفاذ التصرف بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف . وتسقط في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذي صدر فيه التصرف المطعون فيه [1] " .

---

(١) تاريخ النص :

م ٢٣٧ : ورد هذا النص في المادة ٣١٦ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، وأصبح المادة ٢٤٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٣٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦١٢ – ص ٦١٤) .

م ٢٣٨ : ورد هذا النص في المادة ٣١٧ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . فيما عدا عبارة " أو كان ينبغي أن يعلم ذلك " وردت في المشروع التمهيدي في آخر الفقرة الأولى، وفيما عدا عبارة " فلا يصح الدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف إلا إذا كان الخلف الثاني يعلم غش المدين وعلم الخلف الأول بهذا الغش إن كان المدين قد تصرف بعوض " وهي الواردة في الفقرة الثالثة، فإنها وردت في المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " فلا يصح للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف إلا إذا كان الخلف الثاني يعلم غش المدين وقت تصرفه للخلف الأول إن كان المدين قد تصرف بعوض " . وقد أقرت لجنة المراجعة النص بعد أن حذفت عبارة " وكان ينبغي أن يعلم ذلك " من آخر الفقرة الأولى ، وأصبح رقم النص المادة ٢٤٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ = = استبدلت عبارة " فلا يصح للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف إلا إذا كان الخلف الثاني يعلم غش

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المواد ٢٠٤/١٤٣ و ٦٨٠/٥٥٦ و٧٦/٥٣ والمادة ٧٤ من التقنين المدني المختلط [1] .

المدين وعلم الخلف الأول بهذا الغش إن كان المدين قد تصرف بعوض " بالعبارة المقابلة التي وردت في المشروع التمهيدي ، وذلك حتى " لا يكون عقد الخلف الثاني معرضاً للطعن إلا إذا كان عالماً بعيب التصرف الأول من جهة المدين والخلف الأول " . وأصبح رقم المادة ٢٣٨ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦١٥ — ص ٦١٨) .

م ٢٣٩ : ورد هذا النص في المادة ٣١٨ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " إذا ادعى الدائن إعسار المدين ، وأثبت مقدار ما في ذمته من ديون ، كان على المدين أن يثبت أن له مالا يساوى قيمة الديون أو يزيد عليها " . وفي لجنة المراجعة حور النص تحويراً جعله مطابقاً لما استقر عليه في التقنين الجديد ، ليكون أدل على المعنى المقصود ، وأصبح رقم المادة ٢٤٦ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٣٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦١٩ — ص ٦٢٠) .

م ٢٤٢ : ورد هذا النص في المادة ٣٢٢ من المشروع التمهيدي على وجه يكاد يكون مطابقاً لما استقر عليه في التقنين الجديد . وأقرته لجنة المراجعة بعد إدخال بعض تعديلات لفظية . ووافق عليه مجلس النواب . ثم وافقت عليه لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٤٢ ، وقد اعترض في هذه اللجنة على ما جاء بالنص من بطلان الوفاء بحجة أن التقنين السابق يجعل الوفاء صحيحاً ، فأجيب أن قرينة الغش متوافرة قطعاً ، وهذا ما يبرر الحكم الوارد في النص. ثم أقره مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٢٨ — ص ٦٣٠).

م ٢٤٣ : ورد هذا النص في المادة ٣٢٣ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد ، فيما عدا إحدى مدتي التقادم التي حددت بثلاث سنوات فقد كانت سنة واحدة في المشروع التمهيدي ووافقت لجنة المراجعة على النص كما هو ، وأصبح رقمه المادة ٢٥٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ اقترح بعض حضرات مستشاري محكمة النقض أن تكون إحدى مدتي تقادم الدعوى البولصية ثلاث سنوات بدلا من سنة واحدة ، تبدأ من تاريخ علم الدائن بحصول التصرف أو من تاريخ شهره وليس من تاريخ علمه بسبب عدم نفاذ التصرف، فرأت اللجنة الأخذ بالاقتراح في شقه الأول وزادت مدة التقادم إلى ثلاث سنوات توخياً للتيسير ، ولم تأخذ بالشق الثاني منه لأن الدائن قد يعلم بصدور التصرف ولكن لا يعلم الأسباب التي تستتبع عدم نفاذه في حقه ، وأصبح رقم النص ٢٤٣ . ووافق عيه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣٠ — و ص ٦٣٤ — ص ٦٣٥) .

(١) نصوص التقنين المدني السابق :

م ٢٠٤/١٤٣ : " للدائنين في جميع الأحوال الحق في طلب إبطال الأفعال الصادرة من مدينهم بقصد ضررهم ، وفي طلب إبطال ما حصل منهم من التبرعات وترك الحقوق إضراراً بهم " .

م ٦٨٠/٥٥٦ : " لا يجوز الطعن من الدائنين في تصرف مدينهم في أموال بمقابل إلا إذا كان التصرف حاصلا للإضرار بحقوقهم " .

م ٧٦/٥٣ : " لا يجوز لأحد أن يوقف ما له إضراراً بمدايينه ، وإن وقف كان الوقف لاغياً.

م ٧٤ مختلط (لا مقابل لها في التقنين الأهلي : " لا يجوز لأحد أن يهب شيئاً إضراراً بمدايينه الموجودين وقت الهبة " .

وقد قدمنا ما استحدث التقنين المدني الجديد من تعديلات هامة في الدعوى البولصية . وأنظر في العيوب العديدة التي تشوب نصوص التقنين المدني السابق نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٢٨) .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المواد ٢٣٨ — ٢٤٠ و٢٤٣ — ٢٤٤ ، وفي التقنين المدني العراقي المواد ٢٦٣ — ٢٦٥ و٢٦٨ — ٢٦٩ ، وفي التقنين المدني الليبـــي المواد ٢٤٠ — ٢٤٢ و ٢٤٥ — ٢٤٦ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٧٨ [1] .

٥٧٠ — الفكرة الأساسية في شروط الدعوى البولصية : يمكن أن ترد شروط الدعوى البولصية جميعاً إلى فكرة أساسية واحدة هي أن المدين بغشه يقصد الإضرار بالدائن ، فهو يتصرف غشاً في ماله ، ويقصد من هذا التصرف أن ينتقص من الضمان العام لدائنيه [2] .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٣٨ — ٢٤٠ و ٢٤٣ — ٢٤٤ : (مطابق لنصوص التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٢٦٣ — ٢٦٥ — و ٢٦٨ — ٢٦٩ : (مطابقة لنصوص التقنين المدني المصري). وأنظر في شرح نصوص التقنين المدني العراقي الدكتور حسن علي الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي ص ٨١ — ص ٩٦ .

التقنين المدني الليبـــي م ٢٤٠ — ٢٤٢ و ٢٤٥ — ٢٤٦ : (مطابقة لنصوص التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٧٨ : يحق للدائنين الذين أصبح دينهم مستحق الأداء أن يطلبوا أسمائهم الخاصة فسخ العقود التي عقدها المدينون لهضم حقوقهم ، وكانت السبب في إحداث عجزه عن الإيفاء أو تفاقم هذا العجز . أما العقود التي لم يكن بها المدين إلا مهملا للكسب فلا تناله دعوى الفسخ . وهذه الدعوى المسماة " بالدعوى البوليانية " يجوز أن تتناول أشخاصاً عاقدهم المدين خدعة. غير أنه لا تصح إقامتها على الأشخاص الذين نالوا حقوقهم مقابل عوض إلا إذا ثبت اشتراكهم في التواطؤ مع المدين . ولا يستفيد من نتائج هذه الدعوى إلا الشخص أو الأشخاص الذين أقاموها ، وذلك على قدر ما يجب لصيانة حقوقهم . أما فيما زاد عنها فيبقى العقد قائماً ، ويستمر على إنتاج جميع مفاعيله . وتسقط هذه الدعوى بمرور الزمن بعد عشر سنوات .

(وتنظيم الدعوى البولصية في القانون اللبناني أقرب إلى التنظيم الذي أخذ به القانون الفرنسي ، ويختلف عن القانون المصري في بعض مسائل ، أهمها أن القانون اللبناني لا يجعل الدعوى تفيد إلا الدائن الذي رفعها دون غيره من الدائنين ، وأن مدة التقادم في هذا القانون هي عشر سنوات . ولم يبين تقنين الموجبات والعقود اللبناني ما إذا كان يجوز الطعن بالدعوى البولصية في التصرف الذي يزيد في التزامات المدين من أعمال الوفاء الدين — أنظر في الدعوى البولصية في القانون اللبناني الدكتور صبحي المحمصاني في آثار الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٦١ — ص ٦٧) .

(٢) وقد لخصت محكمة النقض شروط الدعوى البولصية على الوجه الآتي : إذا كانت محكمة الاستئناف قد استخلصت من وقائع الدعوى ما استدلت منه على إعسار المدين المتصرف وسوء نيته هو والمتصرف له وتواطئهما على الإضرار بالدائن ، ثم طابقت ما استخلصته من ذلك وبين المعاني القانونية لأركان الدعوى البولصية ، وهي كون دين رافع الدعوى سابقاً على التصرف المطلوب إبطاله وكون هذا التصرف أعسر المدين وكون المدين والمتصرف له سيئ النية متواطئين على الإضرار بالدائن ، ثم قضت بعد ذلك بإبطال =

ويتبين من النصوص التي قدمناها أن شروط الدعوى البولصية ، كشروط الدعوى غير المباشرة ، بعضها يرجع إلى الدائن ، وبعضها يرجع إلى التصرف الذي يطعن فيه الدائن، وبعضها يرجع إلى المدين . ثم إن التقنين المدني الجديد قد استحدث الدعوى البولصية ، كما رأينا ، تقادماً خاصاً تستكمل به شروط رفعها .

المبحث الأول
الشروط التي ترجع إلى الدائن

٥٧١ – يشترط في الدائن أن يكون حقه مستحق الأداء : حتى يجوز للدائن أن يطعن في تصرف المدين بالدعوى البولصية يجب أن يكون حقه مستحق الأداء [1] وفي هذا تختلف الدعوى البولصية عن الدعوى غير المباشرة ، فقد قدمنا أنه يكفي في الدعوى الأخيرة أن يكون حق الدائن خالياً من النـــزاع ولا يشترط أن يكون مستحق الأداء . ويبرر هذا الفرق بين الدعويين أن الدعوى البولصية أكبر خطراً من الدعوى غير المباشرة ، فالدائن فيها يتدخل في أعمال المدين تدخلا خطيراً إذ يطعن في تصرف صدر منه ، ويقيم الدائن الدعوى باسمه فهو يهاجم المدين بمقتضى حق ثابت له، ولا يكون ذلك إلا لأن الدائن قد اعتزم التنفيذ بحقه ، فوجب أن يكون حقه مستحق الأداء [1] . أما في

= التصرف ، فذلك حسبوا ليكون حكمها سديد مستوفي الأسباب (نقض مدني ١٦ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٤٨ ص ١٠٩٥ – أنظر أيضاً استئناف مصر ٢١ يونية سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣١ رقم ١٧١ ص ٥٧٣) .

(١) نقض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٢ ص ٦٧٤ (حيث وردت في الحكم عبارة " دين محقق الوجود " ويراد بها " دين مستحق الأداء ") – نقض مدني ١٤ فبراير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٨٤ ص ٤٩٦ (حيث يصرح الحكم بأن الدين يجب أن يكون مستحق الأداء) – ومن كان حقه صورياً لا يجوز له الطعن في تصرفات مدينه بالدعوى البولصية (استئناف مختلط ٧ مارس سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٠٨٥) وكذلك لا يستطيع استعمال الدعوى غير المباشرة .

(1) المقرر وفقا لما تقضي به المواد ٢٣٧ ، ٢٣٨ ، ٢٣٩ من القانون المدني أنه يشترط في حق الدائن الذي يستعمل دعوى نفاذ التصرف أن يكون دينه حال الأداء وسابقاً في نشوئه على صدور التصرف المطعون فيه والعبرة في ذلك بتاريخ نشوء حق الدائن لا بتاريخ استحقاقه ولا بتاريخ تعيين مقداره والفصل فيما يثار بشأنه من نزاع ، وأن يثبت للدائن التواطؤ بين المدين وبين المتصرف إليه على الإضرار بحقوقه ويكفي لاعتبار الغش متوافراً أن يثبت علم كل من المدين والمتصرف إليه بإعسار المدين وقت صدور التصرف المطعون فيه ، وإذا ادعى الدائن إعسار المدين فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما في ذمة مدينه من ديون وحينئذ يكون على المدين نفسه أن يثبت أن له مالا يساوى قيمة الديون أو يزيد عليها ويكون ذلك أيضاً للمتصرف إليهم لا دفعاً منهم بالتجريد بل إثباتاً لتخلف شروط الدعوى المذكورة .
(جلسة ١٩٨٤/٥/٨ الطعن رقم ٢١٣٦ لسنة ٥٠ ق س ٣٥ ص ١٢١٣) .

الدعوى غير المباشرة فالدائن يقتصر على استعمال حقوق مدينه نائباً عن هذا المدين ، فالدعوى أقرب إلى الأعمال التحفظية من الدعوى البولصية ، فلم يشترط القانون فيها أن يكون حق الدائن مستحق الأداء واكتفى بأن يكون خالياً من النـــزاع . وقد صرح التقنين المدني الجديد بهذا الفرق ما بين الدعويين ، فأعطى الدعوى البولصية " لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء " (م ٢٣٧) ، وأعطى الدعوى غير المباشرة " لكل دائن ولو لم يكن حقه مســـتحقه الأداء " (م ٢٣٥) [١] .

وبديهي أنه مادام يشترط في الدائن ، لرفع الدعوى البولصية ، أن يكون حقه مستحق الأداء ، فإن هذا الحق يجب أيضاً أن يكون خالياً من النـــزاع على النحو الذي بسطناه في الدعوى غير المباشرة [1] ، فإن استحقاق الأداء مترتبة في الحقوق أعلى من مرتبة الخلو من النـــزاع ، ومتى اشترطت المرتبة الأعلى فإن المرتبة الأدنى تكون ضمناً مشترطة .

ويترتب على ما قدمناه أن الدائن إذا كان حقه متنازعاً فيه لا يستطيع استعمال الدعوى البولصية [٢] . كذلك لا يستطيع استعمال الدعوى البولصية الدائن الذي يكون حقه معلقاً على شرط واقف [٣] أو مقترناً بأجل واقف [٤] ، لأن الحق حتى إذا كان خالياً

---

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣٢ .

(1) حق الدائن في طلب إبطال تصرفات مدينه الضارة به يثبت له متى أصبح دينه محقق الوجود ، وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه إذ قضي للمطعون عليه الثاني بإبطال كتاب الوقف قد أقام قضاءه على أنه وقد قضي بتثبيت ملكية المطعون عليه سالف الذكر إلى نصيب المطالب بريعه في الأطيان المتروكة عن مورثه والتي وقفتها زوجة هذا الأخير إضراراً بدائنيها فيكون بمتجمد هذا الريع قد أصبح ثابتاً في ذمة الواقفة من تاريخ وفاة مورثه ، ومن ثم يكون محقق الوجود قبل إنشاء الوقف المطلوب الحكم بإبطاله ، فإن هذا الذي قرره الحكم لا خطأ فيه .
(جلسة ١٩٨٤/٥/٨ الطعن رقم ٢١٣٦ لسنة ٥٠ ق س ٣٥ ص ١٢١٣) .

(٢) استئناف أهلي ٢٨ يناير سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ١٠٥ — استئناف مختلط ٢٠ يونية سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٣٥١ — ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٥١ — ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٨٤ — ويعتبر حق الكفيل في الرجوع على المدين المكفول خالياً من النـــزاع منذ يعلن الدائن الكفيل بوفاء الدين، وذلك يجوز للكفيل في هذا الوقت أن يطعن في تصرفات المدين بالدعوى البولصية (محكمة المنصورة المختلطة ٢٥ فبراير سنة ١٩١٣ جازيت ٣ رقم ٢٠٥ ص ١٠٩) — وإذا كان حق الدائن غير خال من النـــزاع ، ثم صدر حكم ابتدائي يحسم النـــزاع لصالحه ، واستأنف المدين الحكم ، فإن الدعوى البولصية توقف حتى يبت في الاستئناف الذي يتوقف عليه مصير الحق (استئناف مختلط ١٦ ديسمبر ســـنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٨٤) .

(٣) لوران ١٦ فقرة ٤٥٩ — هيك ٧ فقرة ٢١٩ — بودري وبارد ١ فقرة ٦٨٦ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٥٥ — دي هلتس ١ في الدعوى البولصية فقرة ٤٩ .

(٤) وسنرى أنه يشترط في المدين أن يكون معسراً . ولا تعارض بين إعسار المدين وبقاء أجل الدين في الدعوى البولصية لسببين : (١) الأجل لا يسقط بمجرد الإعسار ، بل يجب لســـقوطه أن يصدر به حكم كمـــا =

من النـــزاع يكون غير مستحق الأداء ، وقد قدمنا أن الدائن يستطيع في حالتي الشرط والأجل الواقفين أن يستعمل الدعوى غير المباشرة لأن الحق في استعمال هذه الدعوى لا يشترط فيه أن يكون مستحق الأداء . أما إذا كان الحق معلقاً على شرط فاسخ أو مقترناً بأجل فاسخ ، فإن الدائن يستطيع استعمال الدعوى البولصية ، لأن الشرط الفاسخ والأجل الفاسخ لا يمنعان الحق من أن يكون مستحق الأداء [1] .

٥٧٢ — أي دائن حقه مستحق الأداء يستطيع استعمال الدعوى البولصية : وأي دائن حقه خال من النـــزاع مستحق الأداء يستطيع استعمال الدعوى البولصية ، لا فرق في ذلك بين دائن شخصي ودائن مرتهن له حق امتياز على النحو الذي قدمناه في الدعوى غير المباشرة [2] .

= سنرى ، فجاز أن يكون المدين معسراً ، دون أن يسقط الأجل ، إذا لم يصدر حكم بالإعسار . (٢) وللإعسار في الدعوى البولصية ، فوق ذلك ، معنى عملي ينطوي على كثير من المرونة ، إذ يعتبر إعساراً في هذه الدعوى إلا يكون للمدين مال ظاهر يفي بجميع ديونه حتى لو كان له مال غير ظاهر يفي بجميع الديون ، أو مال ظاهر ولكن يتعذر التنفيذ عليه . كذلك يعتبر إعساراً أن يتصرف المدين في عين من أعيان تركة مستغرقة بالديون ، حتى لو كان عنده أموال شخصية تفي بديون التركة — ففي جميع هذه الأحوال لا يسقط الأجل وإن توافر شرط الإعسار لرفع الدعوى البولصية ، فلا يجوز عندئذ للدائن رفعها لأن حقه غير مستحق الأداء .

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٥٥ .

(٢) لا يجوز أن يكون الرهن أو الامتياز الذي أريد به تقوية حق الدائن سبباً في إضعاف هذا الحق ، وحرمان الدائن مما هو ثابت لسائر الدائنين (ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٢٨ — لوران ١٦ فقرة ٤٥٧ — هيك ٧ فقرة ٢١٩ — أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ١٩٣ — ص ١٩٤ وهامش رقم ٢ — بودري وبارد ١ فقرة ٦٨٣ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٥٤ — دي هلتس ١ في الدعوى البولصية فقرة ٤٧ — فتحي زغلول ص ٣٦٩) .

فإذا كان الشيء الذي تصرف فيه المدين هو غير الشيء الذي ثبت عليه حق الرهن أو حق الامتياز فالأمر ظاهر ، لأن الدائن ذا التأمين العيني يعتبر دائناً شخصاً بالنسبة إلى هذا الشيء . ولكن يشترط في هذه الحالة أن الشيء الذي ترتب عليه التأمين العيني يكون غير واف بالدين حتى يتحقق الضرر من التصرف المطعون فيه (استئناف مختلط ٢ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٢٩ — بودري وبارد ١ فقرة ٦٨٣ ص ٧٠٥) . أما إذا كان الشيء الذي تصرف فيه المدين هو الذي ترتب عليه التأمين العيني ، فللدائن صاحب هذا التأمين أن يطعن كذلك في التصرف حتى لا يكون مضطراً إلى تتبع الشيء في يد الغير فيعرضه ذلك إلى خطر التطهير (أنظر في مبررات أخرى استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٢٠ — بودري وبارد ١ فقرة ٦٨٣ ص ٧٠٤ هامش رقم ٥ — أنظر عكس ذلك : استئناف مختلط ٩ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٩٥ — ٨ مايو سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٩٢) . ويستطيع الدائن صاحب التأمين العيني الطعن في التصرف حتى بعد أن يمتنع عن زيادة العشر في إجراءات التطهير أو حتى بعد أن يزيد العشر ، وحتى بعد أن يبدأ في التنفيذ بحقه على ثمن العين (ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٢٨ — هيك ٧ فقرة ٢١٩ — لوران ١٦ فقرة ٤٥٧ — =

كذلك يجوز أن يكون حق الدائن غير مقدر مادام مستحق الأداء ، فيستطيع المضرور في العمل غير المشروع ، حتى قبل أن يقدر التعويض المستحق له ، أن يستعمل الدعوى البولصية ويطعن في تصرف صدر من مدينه المسئول عن العمل غير المشروع بقصد "تهريب" ماله حتى لا ينفذ عليه الدائن بالتعويض المستحق له [1] .

ولا يشترط كذلك أن يكون حق الدائن ثابتاً في سند قابل للتنفيذ ، فإن الدائن سيحصل على هذا السند عند رفع الدعوى البولصية ، ذلك أن القاضي في هذه الدعوى يبحث صفة المدعي فيثبت أمامه أنه دائن وأن حقه مستحق الأداء ، فحكمه بإجابة الدائن إلى الطعن بالدعوى البولصية حكم بحق الدائن ، فيصبح هذا الحق قابلا للتنفيذ .

ولا فرق كذلك ، في رفع الدعوى البولصية ، بين دائن حقه نقد ودائن حقه عين ودائن حقه عمل أو امتناع عن عمل ، فالكل سواء في استعمال هذه الدعوى ، على النحو الذي قدمناه في الدعوى غير المباشرة .

ولا فرق أخيراً بين ما إذا كان مصدر الحق تصرفاً قانونياً أو واقعة مادية ، ففي الحالتين يكون للدائن أن يستعمل الدعوى البولصية كما أن له أن يستعمل الدعوى غير المباشرة فيما قدمناه [2] .

ولكن يشترط ، خلافاً للدعوى غير المباشرة ، أن يكون حق الدائن سابقاً على التصرف المطعون فيه ، وسيأتي بيان ذلك فيما يلي .

= أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٧ هامش رقم ٢ – بودري وبارد ١ فقرة ٦٨٣ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٥٤) . ويتبين مما تقدم أن المدين إذا تصرف في الشيء المرهون ، فشرط الإعسار يأخذ معنى جديداً ، ويكفي لتوافر هذا الشرط أن يفوت الدائن التنفيذ على العين المرهونة ذاتها (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٠ هامش رقم ١) .

(١) وكذلك يجوز للدائن في حساب لم تنته تصفيته أن يطعن في تصرف صدر من مدينه بالدعوى البولصية .

(٢) وقد يكون الدائن الذي يطعن في تصرف المدين دائناً لشركة تضامن ويكون التصرف الذي يطعن فيه صادراً من شريك غير مدين له شخصياً (استئناف مختلط ٧ يونية سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣١٨) . ويجوز لحارس القضائي المعين بناء على طلب الدائنين أن ينضم للدائن في الدعوى البولصية (استئناف مختلط ٦ يونية سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٦٠ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٠ هامش رقم ١) .

المبحث الثاني

الشروط التي ترجع إلى التصرف المطعون فيه

٥٧٣ – شروط ثلاثة : يشترط فيما يطعن فيه الدائن من أعمال المدين أن يكون : (١) تصرفاً قانونياً (٢) مفقراً (٣) تالياً في الوجود لحق الدائن .

المطلب الأول

تصرف قانوني

٥٧٤ – لا طعن في الأعمال المادية : يجب أن يكون العمل الصادر عن المدين، ويطعن فيه الدائن ، تصرفاً قانونياً (acte juridique). فإذا كان عملا مادياً، لم يتصور الطعن فيه : فلو أن المدين تسبب عمداً أو إهمالا في الإضرار بالغير بعمل غير مشروع، فالتزم بالتعويض ، وجعله هذا الالتزام معسراً ، فلا سبيل للدائن إلى الطعن في العمل غير المشروع ، فإن هذا العمل بحكم أنه عمل مادي نافذ ضرورة في حق الدائن .

كذلك لو ترك المدين عيناً مملوكة له في يد الغير حتى ملكها الغير بالتقادم ، فإنه لا يتصور أن يطعن الدائن في هذا العمل المادي السلبي – وهو ترك المدين العين حتى تملكها الغير – ولكن يجوز ، قبل تمام التقادم ، أن يتدخل الدائن باسم المدين فيقطع التقادم ، أن يتدخل الدائن باسم المدين فيقطع التقادم ، ويسترد العين بالدعوى غير المباشرة .

أما إذا كان العمل المادي إثراء على حساب الغير ، فإن المدين لا يلتزم إلا بأدنى القيمتين ، قيمة ما أثري به هو وقيمة ما افتقر به دائنه . فلن يكون هذا الالتزام سبباً في إعسار المدين أو في زيادة إعساره ، ولذلك لا يكون الإثراء على حساب الغير قابلا للطعن فيه بالدعوى البولصية ، ليس فحسب لأنه عمل مادي ، بل أيضاً لأنه لا يؤدى إلى إعسار المدين [١] .

---

(١) كذلك إذا وفى المدين بدين غير مستحق عليه ، فإن الوفاء مع أنه تصرف قانوني يكون عادة مصحوباً بغلط، أي أن المدين يكون حسن النية ، فلا يجوز للدائن أن يطعن في هذا الوفاء بالدعوى البولصية لتخلف شط الغش . ولكن يجوز للدائن في هذه الحالة أن يستعمل ، بالدعوى غير المباشرة ، حق المدين في استرداد غير المستحق .

٥٧٥ – إنما يكون الطعن في تصرف قانوني : وأي تصرف قانوني يصدر من المدين يكون قابلا للطعن فيه بالدعوى البولصية إذا توافرت الشروط الأخرى لهذه الدعوى [1] ، سواء كان التصرف صادراً من جانب واحد أو كان صادراً من الجانبين، وسواء كان تبرعاً أو معاوضة .

مثل التصرفات القانونية الصادرة من جانب واحد نزول المدين عن حق عيني (كحق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن) ، ونزوله عن وصية صادرة له ، ونزوله عن اشتراط لمصلحته ، وإبراؤه مديناً له إذ الإبراء تصرف قانوني صادر من جانب واحد في التقنين المدني الجديد ، ووقفه عيناً مملوكة له وقفاً خيرياً (بعد إلغاء الوقف الأهلي) [1] ، والإجازة الصادرة من المدين لتصحيح عقد قابل للإبطال إذا كانت صحته تضر بالدائنين [2] .

ومثل التصرفات القانونية الصادرة من الجانبين ، تبرعاً أو معاوضة ، الهبة والبيع [3] والمقايضة والوفاء بمقابل والشركة والصلح [4] والاشتراط لمصلحة الغير [5] . وسنرى أنه يجوز أيضاً الطعن في إعطاء تأمين للدائن لتقديمه على غيره من الدائنين ، وفي الوفاء لأحد الدائنين قبل حلول الأجل بل وعند حلوله .

---

(1) أ – الحكم الصادر برسو المزاد ليس حكماً بالمعنى المفهوم للأحكام الفاصلة في الخصومات إنما هو عقد بيع ينعقد بين مالك العقار المنفذ عليه وبين المشترى الذي تم إيقاع البيع عليه ، ومن ثم فإنه يترتب على صدور حكم مرسى المزاد وتسجيله الآثار التي تترتب على عقد البيع الاختياري وتسجيله فهو لا يحمي المشترى من دعاوى الفسخ والإلغاء والإبطال وبالتالي يجوز للدائن طلب عدم نفاذها في حقه بالدعوى البولصية وفقاً للمادتين ٢٣٧ و ٢٣٨ من القانون المدني .

(جلسة ١٩٧٦/٣/٣ الطعن رقم ٦٧١ لسنة ٤١ ق س ٢٧ ص ٥٤١) .

ب – عدم النفاذ المنصوص عليه في المادة ٢٣٧ من القانون المدني يرد على التصرفات وليس على الأحكام الصادرة ضد المدين .

(جلسة ١٩٧٧/٤/١٣ مجموعة المكتب الفني السنة ٢٨ ص ٩٦٢) .

(١) وقد نص التقنين المدني السابق (م ٥٣/٧٦) صراحة على الوقف (استئناف أهلي ٥ يناير سنة ١٨٩٩ م ١٩ ص ١٩٢) .

(٢) بودري وبارد ١ فقرة ٦٩١ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٤٣ .

(٣) ويلاحظ أن الهبة والبيع في مرض الموت يأخذان حكم الوصية ، فلا يحتاج الدائن إلى الطعن فيهما ولا في الوصية ، فإنه يستوفي حقه من التركة قبل استيفاء الموصى له للوصية (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٣ ص ٧٩١ هامش رقم ٦) .

(٤) استئناف مختلط ١٧ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٢٠ – ويجوز الطعن في الصلح بالدعوى البولصية حتى بعد تصديق المحكمة عليه (استئناف مختلط ١٩ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٩١) .

(٥) كما إذا أمن المدين لمصلحة أحد الدائنين أو لمصلحة أولاده ، فللدائن إذا نجح في الدعوى البولصية أن ينفذ على أقساط التأمين التي خرجت من مال المدين ، لا على مبلغ التأمين الذي هو حق مباشر للمستفيد لهم .

٥٧٦ – صورتان للدعوى البولصية – التدخل في القسمة واعتراض الخارج عن الخصومة

: وهناك صورتان خاصتان للدعوى البولصية ، هما التدخل في القسمة والتماس إعادة النظر .

أما بالنسبة إلى التدخل في القسمة ، فقد نصت المادة ٨٤٢ من التقنين المدني على ما يأتي : " ١ – لدائني كل شريك أن يعاوضوا في أن تتم القسمة عيناً أو أن يباع المال بالمزاد بغير تدخلهم ، وتوجه المعارضة إلى كل الشركاء ، ويترتب عليها إلزامهم أن يدخلوا من عارض من الدائنين في جميع الإجراءات ، وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقهم . ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة . ٢ – أما إذا تمت القسمة ، فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا عليها إلا في حالة الغش " . وهنا نرى الدعوى البولصية يستعملها الدائن ، لا لإصلاح ما وقع من الضرر ، بل لمنع الضرر بل وقوعه ، فهو يتدخل في إجراءات القسمة حتى يراقب مدينه ويمنعه من الإضرار بحقه . على أنه إذا تمت القسمة دون تدخل الدائن في إجراءاتها ، وتبين أن المدين قد تعمد الإضرار بحقوق الدائن ، بأن أفرز مثلا لنفسه نصيباً أقل مما يستحقه إضراراً بضمان الدائن ، فإنه يجوز للدائن بعد تمام القسمة أن يطعن فيها بالدعوى البولصية ، في صورتها العادية المألوفة ، لإصلاح ما وقع من الضرر ، مادام قد فاته أن يمنع هذا الضرر قبل وقوعه [1] .

وأما عن التماس إعادة النظر فقد نصت الفقرة الثامنة من المادة ٢٤١ من تقنين المرافعات على أنه " لمن يعتبر الحكم الصادر في الدعوى بصفة انتهائية حجة عليه ، ولم يكن قد أدخل أو تدخل فيها ، أن يلتمس إعادة النظر في هذا الحكم بشرط إثبات غش من كان يمثله أو تواطئه أو إهماله الجسيم " . وهنا يطعن الدائن ، لا في تصرف قانوني صدر من مدينه ، بل في حكم صدر ضد مدينه نتيجة لتواطؤ هذا المدين مع خصمه حتى يصدر الحكم ضده إضراراً الدائن ، أو نتيجة لإهمال جسيم من المدين في دفاعه عن حقه. وغني عن البيان

---

(١) وقد قضت محكمة الإسكندرية الكلية الأهلية بأنه وإن كانت المادة ٤٦٠ مدني (٨٤٢ جديد) تجيز لأرباب الديون الشخصية التي على أحد الشركاء الدخول في دعوى القسمة القائمة بين الشركاء ، فإن القسمة التي تحصل بدون حضورهم لا تعتبر لاغية ، بل يجوز إلغاؤها بناء على طلبهم إذا ثبت أنها أضرت بحقوقهم (١٢ أكتوبر سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ١/١٨) . أنظر أيضاً في هذا المعنى: استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٣٢ – ١٥ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٤١ – ٤ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٠٠ – ٢٣ أكتوبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٥ – ٦ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٥٦ – ٢١ يونية سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٥٢ .

أن الحكم الصادر على هذا الوجه ضد المدين كان يسرى في حق الدائن فينتقص من ضمانه العام ، لولا أن أجاز تقنين المرافعات الجديد الطعن عن طريق التماس إعادة النظر وكان تقنين المرافعات الملغي وكذلك لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (م ٣٣٧ — ٣٣٨) وتقنين المرافعات المختلط (م ٤١٨) تنص على أن — للدائن الطعن في الحكم عن طريق اعتراض الخارج عن الخصومة [١] . وهذه الصورة من الطعن هي صورة خاصة للدعوى البولصية تتلاءم مع طبيعة الحكم . فإذا أثبت الدائن في الالتماس الذي يرفعه ضد المحكوم له غش المدين أو تواطؤه أو إهماله الجسيم ، لم يصح الحكم المطعون فيه حجة عليه ولم يسر في حقه. وتختلف هذه الصورة الخاصة عن الصورة المألوفة للدعوى البولصية في أمرين: (١) يكفى في هذه الصورة الخاصة أن يثبت الدائن إهمالا جسيماً من المدين دون أن يثبت غشه . (٢) لا يستفيد من الطعن في هذه الصورة الخاصة إلا الدائن الذي رفع التماس دون سائر الدائنين .

المطلب الثاني
تصرف مفقر

٥٧٧ — تصرف ينقص من حقوق المدين أو يزيد في التزاماته :

ويجب أن يكون التصرف القانوني الصادر من المدين تصرفاً ينقص من حقوقه [٢] أو يزيد في التزاماته ، وهذا هو المعنى المقصود بالتصرف المفقر (acte d'appauvrissement) .

على أن هذه العبارة — التصرف المفقر — كانت محدودة المعنى في عهد التقنين المدني السابق ، إذ جرت تقاليد الدعوى البولصية على أن يكون التصرف المفقر هو التصرف الذي ينقص من حقوق المدين دون التصرف الذي يزيد في التزاماته [٣] .

---

(١) استئناف مختلط ١٢ يوليه سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣٤٦ — ٢ يونية سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٨١ — ٤ يونية سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٢٨ — الأستاذ عبد الحميد أبو هيف في المرافعات فقرة ١٢٨٧ — الأستاذ عبد الحي حجازي ٣ ص ٢٠٣ — ديمولومب ٢٥ فقرة ١٥٧ — لوران ١٦ فقرة ٤٧٢ — هيك ٧ فقرة ٢٢٤ — بودي وبارد ١ فقرة ٦٩٣ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٤٤ .

(٢) وغني عن البيان أن التصرف هنا معناه التصرف القانوني دون العمل المادي ، فإذا نزع المدين من العقار المرهون رهنا رسميا بعض توابعه التي اعتبرت عقاراً بالتخصيص وشملها الرهن على هذا الأساس ، فإن هذا العمل المادي لا يطعن فيه بالدعوى البولصية ، ولكنه باعتباره عملا ينقص من ضمان الدائن قد يكون سببا في حلول أجل الدين أو في مطالبة الدائن المدين تأمين تكميلي ، كما تقضى بذلك الفقرة الأولى من المادة ١٠٤٨ مدني (قارن مع ذلك ديموج ٧ فقرة ١٠٦١ حيث يرى جواز الطعن بالدعوى البولصية في هذه الحالة) .

(٣) استئناف مختلط ٢٦ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٥٨ . أنظر في القانون الروماني جايوس ٢ فقرة ١٩٥ .

مثل أن ينقص المدين من حقوقه أن يهب عيناً مملوكة له أو يبرئ مديناً من حق له في ذمته ، فقد أنقص حقوقه إذ تبرع بحق عيني في حالة الهبة وبحق شخصي في حالة الإبراء [1] . كذلك رفض المدين لوصية يعد إنقاصاً لحقوقه ويجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية ، لأن الموصى له يملك الشيء الموصي به بموجب الوصية ، فإذا رفضها بعد ذلك كان رفضه بمثابة نزول عن شيء مملوك له . ويجوز للدائن ، بعد الطعن في رفض المدين للوصية، أن يقبلها باسمه، فإن القبول هنا ليس مجرد رخصة بل هو حق يجوز للدائن استعماله باسم المدين وقد تقدم ذكر ذلك [2] . كذلك إذا باع المدين عيناً أو حقاً شخصياً ، أما الثمن الذي قبضه فيجب أن نفرض أنه كان ثمناً بخساً أو أن استطاع أن يخفيه أو يبدده بحيث لا يتمكن الدائن من التنفيذ عليه بحقه ، حتى يمكن القول بأن هذا التصرف المفقر كان سبباً في إعسار المدين أو في زيادة إعساره ، وهو شرط لازم في الدعوى البولصية كما سنرى .

أما أن يزيد المدين في التزاماته فكان في عهد التقنين المدني السابق ، كما سبق القول، لا يعتبر تصرفاً مفقراً ، فكان لا يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية . فاستحدث التقنين المدني الجديد تعديلا هاماً في هذه المسألة ، إذ نص صراحة في المادة ٢٣٧ ، كما رأينا ، على جواز الطعن بالدعوى البولصية " إذا كان التصرف قد أنقص من حق المدين أو زاد في التزاماته " ، وبذلك عالج عيباً تقليدياً في الدعوى البولصية كان يستوقف النظر . فإن المدين الذي يقترض حتى يزيد في التزاماته فيعسر [3] ، يضر بدائنيه القدر الذي يضرهم به لو باع عيناً مملوكة له فأنقص من حقوقه وكان هذا الإنقاص سبباً في إعساره . فهو قد أضعف

---

(١) كذلك يجوز الطعن في قبول المدين لحكم صدر ضده (استئناف مختلط ١٧ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٩١) وفي إجازة المدين لتصرف كان قابلا للإبطال (استئناف مختلط ٣ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٧٤) .

(٢) بودري وبارد ١ فقرة ٦٥٦ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٤٢ — الأستاذ عبد السلام ذهني فقرة ٣٤٤ — قارن دي هلتس ١ في الدعوى البولصية فقرة ٤٤ — فقرة ٤٥ — دمولومب ٢٥ فقرة ١٦٦ ص ١٦١ — وأنظر عكس ذلك : مسينا ٣ فقرة ٧١٨ ص ٣٢٤ — استئناف مختلط ١٥ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٤٢ — ١٥ يونية سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣٣ .
أنظر في إمكان الطعن في رفض المدين لربح أصابه من رهان أو " يانصيب " ، وهو ربح أصبح ملكاً له فرفضه يكون إنقاصاً لحقوقه ، إلى دي هلتس ١ في الدعوى البولصية فقرة ٤٦ .

(٣) وغني عن البيان أننا نفترض أن المدين عندما اقترض أخفى ما اقترضه ، وإلا لما كان القرض سبباً في إعساره أو في زيادة إعساره متى وجد مبلغ القرض في ماله ، إذ يكون في هذه الحالة قد اغتنى بقدر ما افتقر ، فلا يكون للقرض أثر في إعساره . وعلى هذا النحو يعلل بعض الفقهاء في فرنسا كيف أن زيادة الالتزامات ليست عرضة للطعن فيها بالدعوى البولصية ، هذا ما لم يكن المدين قد شاطر الدائن ما اقترضه ، فيكون القرض في هذه الحالة سبباً في افتقاره (بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٤٢٤) .

ضمان الدائنين في الحالتين بعمل إيجابي ، ولا فرق بين أن يفعل ذلك بزيادة التزاماته أو إنقاص حقوقه ، فالنتيجة واحدة بالنسبة إلى الدائنين . فالمنطق إذن يقضي بجعل زيادة المدين لالتزاماته ، كإنقاصه لحقوقه ، تصرفاً مفقراً يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية. وقد سار فع على هذا الرأي بعض الفقهاء في فرنسا [1] . ولكن تقاليد هذه الدعوى تأبى إلا أن تميز بين الشيئين ، ولا تجعل التصرف المفقر إلا ذلك النقص المادي في الحقوق ، وهو النقص المباشر الذي يقع تحت الحس ، بخلاف زيادة الالتزامات فهي تنقص الحقوق إلا بطريق غير مباشر [2] . ويبنى على ذلك ، إذ نحن اتبعنا هذه التقاليد ، أن المدين بدلا من أن يبيع عيناً مملوكة له بثمن بخس إضراراً بدائنيه ،يشترى عيناً بثمن باهظ متواطئاً مع البائع حتى يصبح هذا دائناً له بالثمن أي بمبلغ جسيم يكون سبباً في إعساره ، فيصل من هذا الطريق إلى الإضرار بدائنيه حيث يعجز عن ذلك من الطريق الأول ، ويكون ما أعطاه القانون من الحماية للدائن باليمين قد سلبه منه بالشمال [3] . وهذه نتيجة لا يصح الوقوف عندها ، وكان الأولى عدم التقيد بتقاليد القانون الروماني إلى هذا الحد . وهذا ما فعله التقنين المدني الجديد ، عندما نص صراحة على جواز الطعن بالدعوى البولصية في تصرف المدين الذي يزيد في التزاماته [4] . ومن ثم يجوز للمدين الطعن في عقد القرض الذي يقترض المدين بموجبه مبلغاً من المال يزيد في التزاماته فيسبب إعساره أو يزيد في هذا الإعسار ، وفي عقد الشركة الذي يلتزم المدين بموجبه أن يدفع مبلغاً من المال كحصة له في الشركة ويكون هذا

---

(١) بودري وبارد ١ فقرة ٧٠٩ ص ٧٣٢ وفقرة ٦٧٠ — قارن أيضاً بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٠٨ . ثم إن القضاء والفقه في فرنسا يجيزان للدائن أن يطعن في قبول الوارث المدين لتركة معسرة أو في قبول الزوجة المدينة للروكيه المعسرة . واعتراض الدائن على عمل مدينه في هذا القبول إنما يقوم على أن المدين يزيد في التزاماته بأكثر مما يزيد في حقوقه ، بحيث أن زيادة الالتزامات على الحقوق يترتب عليها إعساره هو . فالعمل الذي يطعن فيه الدائن هو إذن زيادة المدين لالتزاماته (نقض فرنسي ٢٦ أبريل سنة ١٨٦٩ = داللوز ٦٩ — ١ — ٢٣٩ — ديمولومب ١٤ فقرة ٥٥٧ و ١٧ فقرة ١١٤ و ٢٥ فقرة ١٥٥ — لوران ٩ فقرة ٣٦٤ و ١٦ فقرة ٤٧٨ — بودري وقال في الميراث ٢ فقرة ١٦٨٠ — فقرة ١٦٨١ — بودري وبارد ١ فقرة ٦٩٢ ص ٧١٦ بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٤٥ — دي باج ٣ فقرة ٢١٩ ص ٢٢٢ — ص ٢٢٣) .

(٢) ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٢٤ — أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ٢١٠ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٤٥ — دي هلتس ١ في الدعوى البولصية فقرة ٢٤ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٤ .

(٣) نظرية العقد فقرة ٧٣٤ ص ٧٩٦ .

(٤) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣١ .

الالتزام سبباً في إعساره ، وفي عقد التأمين الذي يلتزم المدين بموجبه أن يدفع لشركة التأمين أقساطاً مرتفعة فيسبب هذا الالتزام إعساره [1] ، وهكذا .

٥٧٨ – تفضيل دائن على آخر دون حق الوفاء لبعض الدائنين دون بعض :

وهناك تصرفان قانونيان كانا محلا للجدل في عهد التقنين المدني السابق، فحسمهما التقنين المدني بنص حسم به الخلاف .

فقد يتفق المدين مع أحد الدائنين على إعطائه ضماناً خاصاً ، كرهن مثلا ، يتقدم به على سائر الدائنين دون حق ، أي أنه ما كان ليتقدم لولا هذا الضمان الخاص . فهل يعتبر هذا التصرف تصرفاً مفقراً يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية ؟ كان الحكم مختلفاً عليه في عهد التقنين المدني السابق . فكان هناك رأي يذهب إلى أنه لا يجوز الطعن في هذه الحالة ، حتى لو علم الدائن الذي حصل على هذا الضمان بغش المدين ، مادام هو يسعى للتأمين على حقه ، وهذا غرض مشروع [2] . فأورد التقنين المدني الجديد نصاً صريحاً في هذه المسألة ، إذ قضت الفقرة الأولى من المادة ٢٤٢ ، كما رأينا : بأنه " إذا لم يقصد بالغش إلا تفضيل دائن على آخر دون حق ، فلا يترتب عليه إلا حرمان الدائن من هذه الميزة " . ويخلص من هذا أن إعطاء المدين لأحد الدائنين ضماناً خاصاً يجعله يتقدم على سائر الدائنين دون حق ، أي أنه ما كان ليتقدم عليهم لولا هذا الضمان ، يعتبر تصرفاً مفقراً يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية . ويجب التميز في هذه الحالة بين فرضين ، فقد يكون الدائن حصل من المدين على هذا الضمان الخاص بغير مقابل ، وقد يكون أدى للمدين مقابلا له . ففي الفرض الأول يكون التصرف تبرعاً ، ولا يشترط في جواز الطعن فيه بالدعوى البولصية غش الدائن الذي حصل على الضمان الخاص ، بل ولا غش المدين الذي أعطى هـذا الضمان [3] . أما في الفرض الثاني ، إذا أدى الدائن مقابلا للضمان الذي حصل عليه ، كأن مد في أجل الدين أو أعطى المدين أجلا جديداً أو حط جزءاً من الدين ، فإن التصرف يكون معارضة . ويشترط إذن في جواز الطعن فيه بالدعوى البولصية ، كما سنرى ، إثبات

---

(١) بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٤٨ – والعبرة بتاريخ التصرف الذي زاد في التزامات المدين ، فإن كان هذا التصرف قد صدر قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ لم يجز الطعن فيه بالدعوى البولصية تطبيقاً لأحكام التقنين المدني السابق ، وإلا جاز الطعن فيه تطبيقاً لأحكام التقنين المدني الجديد .

(٢) استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٣٤٦ – ١٧ مارس سنة ١٩٢٠ جازيت ١٠ رقم ١٨٩ ص ١٤١ .

(٣) بودري وبارد ١ فقرة ٦٦٩ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٣٥ .

غش كل من المدين والدائن ، أي إثبات أنهما قصدا من هذا الضمان أن يتقدم الدائن دون حق على سائر الدائنين . وفي الفرضين، إذا نجح الطعن في التصرف ، اعتبر الضمان الخاص الذي حصل عليه الدائن غير نافذ في حق سائر الدائنين ، وفقد الدائن ميزة التقدم التي كان يسعى إليها من غير حق [1] .

وكان استيفاء أحد الدائنين حقه من المدين ، في عهد التقنين المدني السابق . لا يستخلص منه تواطؤ هذا الدائن مع المدين للإضرار بحقوق الدائنين الآخرين ، حتى لو علم الدائن الذي استوفى حقه بغش المدين ، فإن علمه بهذا الغش ليس بدليل على أنه متواطئ معه، إذ هو دائن يستوفي حقه ، فهو يسعى إلى غرض مشروع [2] . أما إذا كان الدين الذي وفاه المدين مؤجلا ، وعجل المدين الوفاء به متنازلا عن الأجل ، فكان يجوز الطعن بالدعوى البولصية في الوفاء إذا ثبت تواطؤ المدين مع الدائن الذي استوفى حقه قبل حلول الأجل [3]. وقد أورد التقنين المدني الجديد نصاً صريحاً في هذه المسألة عدل من هذه الأحكام . إذ قضت الفقرة الثانية من المادة ٢٤٢ ،كما رأينا ، بأن " إذا وفى المدين المعسر أحد دائنيه قبل انقضاء الأجل الذي عين أصلا للوفاء ، فلا يسرى هذا الوفاء في حق باقي الدائنين . وكذلك لا يسرى في حقهم الوفاء ، ولو حصل بعد انقضاء هذا الأجل ، إذا كان قد تم نتيجة تواطؤ

---

(١) الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١١٥ ص ١٥٤ — وقد يكون من أعطى الضمان كفيلا عينياً، فإذا كان الدائن قد أدى للمدين مقابلا لهذا الضمان ، بأن مد مثلا في أجل الدين أو منح المدين أجلا جديداً أو حط جزءاً من الدين ، فإن التصرف يعتبر معاوضة بالنسبة إلى الدائن وإن كان يعتبر تبرعاً بالنسبة إلى الكفيل العيني . والعبرة في الدعوى البولصية بمن حصل له التصرف ، فتكون العبرة هنا بالدائن الذي حصل على الضمان ، ويكون التصرف معاوضة . فيشترط إذن ، حتى يطعن دائنو الكفيل العيني في تصرفه بالدعوى البولصية ، أن يثبتوا غش الكفيل العيني وغش الدائن الذي حصل منه على الضمان (استئناف مختلط ٣١ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١١٧ — ٧ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٧٧ — ٣٠ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٠٢ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٣٥ ص ٢٦٦ — وقارن فقرة ٩٥٠ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٣ هامش رقم ١ — قارب أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ٢٠٩ .

(٢) دي هلتس ١ في الدعوى البولصية فقرة ٢٣ — هالتون ١ ص ٣٤٢ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٣ هامش رقم ١ — استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٧٣ — ١٣ مارس سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٩٦ — أنظر ايضاً : دمولومب ٢٥ فقرة ٢٢٥ — بودري وبارد ١ فقرة ٦٩٥ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٤٨ .

(٣) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٣ هامش رقم ١ — أنظر ايضاً بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٤٨ ، وقارن بودري وبارد ١ فقرة ٦٩٥ حيث يكتفيان بجعل الدائن الذي استوفى حقه قبل الأجل يرد الفوائد القانونية عن المدة التي كانت باقية من الأجل .

بين المدين والدائن الذي استوفى حقه " . ويخلص من هذا النص أن كل وفاء قبل حلول الأجل يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية، ويعتبر التصرف هذا تبرعاً ، فلا يشترط ، خلافاً لما كان عليه الأمر في عهد التقنين المدني السابق ، لا غش المدين الذي عجل الوفاء ولا تواطؤ الدائن الذي تعجله . أما الوفاء عند حلول الأجل فيعتبر معاوضة ، لأن الدائن إنما استوفى حقه عند حلول أجله فلم يتبرع له المدين بشيء . ويجوز الطعن في هذا الوفاء بالدعوى البولصية ، خلافاً لما كان عليه الأمر في عهد التقنين المدني السابق حيث كان هذا الطعن غير جائز . ولكن يشترط للطعن في الوفاء عند حلول الأجل ما يشترط في المعاوضات، فيجب إثبات غش المدين الذي وفى بدينه وتواطؤ الدائن الذي استوفى حقه [1].

ونلاحظ هنا أنه إذا جاز أن يقال أن تفضيل المدين لأحد دائنيه بترتيب رهن لمصلحته يتضمن معنى إنقاص حقوق المدين ، فإنه لا يمكن أن يقال أن الوفاء لأحد الدائنين قبل غيره فيه إنقاص لحقوق المدين أو زيادة في التزاماته . ولكنه تصرف يضر على كل حال بالدائنين

---

(١) أما الوفاء بمقابل (dation en paiement) فكان ، في عهد التقنين المدني السابق ، يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية إذا كان المقابل الذي أخذه الدائن يزيد كثيرا على حقه ، بحيث يستخلص من ذلك تواطؤ المدين مع الدائن للإضرار بالدائنين الآخرين (استئناف مختلط ١٥ يونية سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣٣ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٣ هامش رقم ١ — وأنظر : بودري وبارد ١ فقرة ٦٩٥ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٤٩) . أما إذا كان الدائن لم يأخذ مقابلا لحقه إلا قيمة تعادله ، فلا يجوز الطعن في الوفاء بمقابل (استئناف أهلي ١٧ مايو سنة ١٩١٦ الشرائع ٣ رقم ٢/١٩١ ص ٥٥٥ — ٢٧ = = مارس سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ١٩ ص ٨٤ — استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٧٩ — ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٨٧ — ٣٠ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٠٢ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٣ هامش رقم ١ . وأنظر : لوران ١٦ فقرة ٤٨١ — بودري وبارد ١ فقرة ٦٦٣) . وقد قضت محكمة النقض بأن القول بانتفاء التواطؤ المبطل لتصرف المدين في حق الدائن كلما كان التصرف صادراً إلى دائن توفيه لدينه غير صحيح على إطلاقه ، إذ هو ، إن صح في حالة تعادل مبلغ الدين وقيمة المبيع ، لا يصح في حالة تفاوتهما تفاوتاً من شأنه أن يفيد أن التصرف لم يكن مجرد توفيه دين فحسب (نقض مدني ٩ يونية سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٣٢ ص ٧٩٦ — قارن أول أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٤٢ ص ١٠٣) .

أما في عهد التقنين المدني الجديد فنرى أن الوفاء بمقابل يأخذ حكم الوفاء : فإن كان الوفاء بمقابل قد حصل قبل حلول الأجل ، فإنه يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية ، حتى لو كان المقابل يعادل مبلغ الدين ، وحتى لو لم يثبت الغش . وإن كان الوفاء بمقابل قد حصل عند حلول الأجل ، فإنه يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية إذا ثبت الغش ، حتى لو كان المقابل يعادل مبلغ الدين . والعبرة بوقت حصول الوفاء أو الوفاء بمقابل ، إن حصل قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ طبقت أحكام التقنين السابق ، وإلا طبقت أحكام التقنين الجديد .

الآخرين ، إذ ينقص نسبة ما يأخذونه من مدينهم المعسر وفاء لحقوقهم ، مادام أخذ الدائنين قد استوفى حقه كاملا . ومن ثم عني التقنين الجديد أن يورد نصاً خاصاً في هذه المسألة [1] .

٥٧٩ – امتناع المدين من زيادة حقوقه أو إنقاص التزاماته : أما إذا امتنع المدين من زيادة حقوقه أو من إنقاص التزاماته ، كما إذا رفض هبة أو أقر بدين في ذمته تقادم بسنة واحدة وفقاً للمادة ٣٧٨ مدني [2] . فظاهر أن هذا العمل ، وأن أضر بالدائن ، ليس بعمل مفقر ، وليس للدائن أن يشكو منه ، فإنه لم يجرد المدين من حق كان داخلا في ضمان الدائن و لم يثقل كاهله بدين جديد يضعف من هذا الضمان [3] .

---

(١) أنظر في تفضيل دائن على آخر وفي الوفاء لأحد الدائنين المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣١ – ص ٦٣٢ .

(٢) وتقضي هذه المادة بأنه يجب على من يتمسك بأن الحق قد تقادم بسنة أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلا ، فمضي السنة وحده لا يقضي الدين ، بل لا بد فوق ذلك من يمين المدين . فإذا رفض المدين حلف اليمين وأقر بالدين ، لم يكن بإقراره هذا قد زاد في التزاماته ، بل يكون قد امتنع من إنقاصها . ثم أن دائنيه، خلافاً لما تقضي به الفقرة الأولى من المادة ٣٨٧ مدني ، لا يجوز لهم باسمه أن يتمسكوا بالتقادم ، ولا أن يحلفوا اليمين مكانه ، فإن هذا أمر شخصي يتعلق بذمة المدين .

وإذا أبرأ دائن ذمة المدين من الدين ، فرد المدين الإبراء ، كان هذا الرد وفقاً للتقنين المدني الجديد تصرفاً مفقراً يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية ، لأن الإبراء في هذا التقنين تصرف يتم بإرادة الدائن وحده ، فبمجرد صدوره من الدائن يسقط الدين ، فإذا رد المدين الإبراء عاد الدين ، فيكون المدين برد الإبراء قد زاد في التزاماته . أما الإبراء في التقنين المدني السابق فكان لا يتم إلا بإيجاب من الدائن وقبول من المدين ، = = فرفض المدين للإبراء كان عندئذ يعد امتناعاً عن إنقاص التزاماته ، فلم يكن يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٤ ص ٧٩٤) .

والنزول عن الميراث في فرنسا امتناعاً عن زيادة الحقوق ، وبذلك قضت محكمة الاستئناف المختلطة بالنسبة إلى الأجانب (أول ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٤٨) . أما في الشريعة الإسلامية فنزول الوارث عن ميراثه يعتبر إنقاصاً لحقوقه .

(٣) بودري وبارد ١ فقرة ٦٥٦ ص ٦٦٢ – هالتون ١ ص ٣٤١ – دي هلتس ١ في الدعوى البولصية فقرة ١٣ – والتون ٢ ص ١١٣ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٤ ص ٧٩٤ – هذا إلى أنه لو فرض أن الدائن سمح له بالطعن في عدم قبول المدين للهبة أو في إقراره بالدين بعد تقادمه بسنة واحدة ، فإن هذا الطعن لا يعود بفائدة على الدائن ، لأنه بعد ذلك لا يستطيع أن يقبل الهبة أو أن يتمسك بالتقادم بسنة واحد ، إذ القبول والتمسك في هاتين الحالتين مجرد رخصة لا يجوز استعمالها باسم المدين ، وهما على كل حال متصلتان بشخص المدين (بودري وبارد ١ فقرة ٦٥٦ ص ٦٦٣ – ص ٦٦٤ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٣٩ فقرة ٩٤٠ – بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٤٧) .

وكان مقتضى ما قدمناه أن المدين إذا امتنع عن التمسك بالتقادم لكسب حق أو إسقاط التزام ، فليس للدائن أن يطعن في ذلك ، لأن المدين لا يكسب الحق ولا يسقط الالتزام إلا إذا تمسك بالتقادم ، فإذا رفض التمسك به فلا يكون قد أنقص حقوقه أو زاد في التزاماته ، بل يكون قد امتنع عن زيادة حقوقه أو عن إنقاص التزاماته . غير أن المادة ٣٨٨ فقرة ثانية من التقنين المدني [١] قضت بأن النـــزول عن التقادم المسقط لا ينفذ في حق الدائنين إذا صدر إضراراً بهم [٢] ، وبهذا الحكم أيضاً قضت المادة ٩٧٣ بالنسبة إلى التقادم المكسب ، وقد قدمنا أن للدائن ، فوق ذلك، أن يتمسك بالتقادم ، مسقطاً كان أو مكسباً، بالنيابة عن مدينه ، مع أن التمسك بالتقادم يعد رخصة لا حقاً (م ٣٨٧ و٩٨٣ مدني) . ويخلص من ذلك أنه بالرغم من أن التمسك بالتقادم رخصة لا حق ، إلا أن الدائن يستطيع استثناءً أن يستعمل هذه الرخصة نيابة عن مدينه بموجب النص الصريح ، وبالرغم من أن النـــزول عن التقادم ليس تصرفاً مفقراً بل هو عمل يمتنع به المدين عن زيادة حقوقه أو إنقاص التزاماته ، إلا أن الدائن يستطيع استثناءً أن يطعن فيه بالدعوى البولصية بموجب النص الصريح [٣] .

٥٨٠ – الحق الذي تصرف فيه المدين يجب أن يكون مفيداً للدائن:

وحتى يكون للدائن مصلحة في الطعن في تصرف المدين بالدعوى البولصية ، يجب أن يكون

---

(١) ويقابلها المادة ٢٢٢٥ من التقنين المدني الفرنسي .

(٢) ولما كان النـــزول عن التقادم بعد تمامه يعتبر تبرعاً ، إن المادة ٣٨٨ فقرة ٢ مدني لم تشترط غش المدين ، لأن الغش لا يشترط في التبرعات . أما في التقنين المدني السابق (م ٢٠٦/٢٧٠) فقد كان النص يشترط غش المدين (أنظر في تبرير ذلك نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٠ هامش رقم ٢ ، وأنظر مع ذلك استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٠٨ حيث لا يشترط الحكم الغش للطعن في النـــزول عن التقادم) .

(٣) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٤١ – كولان وكابيتان وموراندير ٢ فقرة ٤٤٧ – وقارن بودري وبارد ١ فقرة ٦٥٦ ص ٦٦٥ وفقرة ٦٩٤ وبودري وتيسييه فقرة ١١٦ – فقرة ١١٧ ، حيث يذهبون إلى أن التقادم في ذاته يكسب الحق أو يسقط الالتزام ، وعلى ذلك تكون المادة ٢٢٢٥ من التقنين المدني الفرنسي (وهي التي تقابل المادة ٣٨٨ من التقنين المدني المصري كما قدمنا) ليست استثناء لا من قواعد الدعوى غير المباشرة ولا من قواعد الدعوى البولصية ، إذ المدين يكون قد كسب حقاً يستعمله مدينه نيابة عنه ، وبالنـــزول عنه يكون قد أنقص من حقوقه أو زاد في التزاماته فيجوز الطعن بالدعوى البولصية ، وقد سبقت الإشارة إلى أن من رأي هؤلاء الفقهاء أن التصرف الذي يزيد به المدين من التزاماته يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية في القانون الفرنسي . وأنظر في هذه المسألة في التقنين المدني السابق نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٤ ص ٧٩٤ هامش رقم ١ .

الحق الذي تصرف فيه المدين يستطيع الدائن أن يستوفى منه حقه ، وإلا لم تكن له مصلحة في الطعن. فإذا كان هذا الحق مثقلا بحقوق عينية للغير تستغرقه ولا تدع منه شيئاً للدائن [1] ، أو كان الحق لا يجوز الحجز عليه كالمرتبات والنفقة والملكية الزراعية الصغيرة [2] ، فإن الدائن لا تكون له مصلحة في الطعن في تصرف المدين ، ومن ثم لا يجوز له أن يرفع الدعوى البولصية [3] .

على أن هناك من الأموال ما لا يجوز الحجز عليه، ولكنه ينتج غلة يجوز الحجز عليها. فالمستحق في وقف – عندما كان الوقف الأهلي جائزاً – حقه في الوقف غير قابل للتصرف فيه ولا للحجز عليه ، ولكن غلة هذا الوقف ، وهو نصيبه في الاستحقاق ، قابل لحجز . كذلك الملكية الزراعية الصغيرة التي لا تزيد على خمسة الأفدنة لا يجوز الحجز عيها ، ولكنها تنتج ريعاً يجوز للدائن أن ينفذ عليه بحقه . فإذا تصرف المستحق في الوقف في نصيبه في الغلة إضراراً بدائنه جاز للدائن أن يطعن في التصرف ، وإذا باع المدين خمسة الأفدنة جاز أيضاً للدائن الطعن في هذا التصرف فلا يسرى عليه بقدر ما له في ذلك من مصلحة أي بقدر غلة الأرض [4] .

كذلك لا يجوز الطعن ي تصرف المدين إذا م يؤد هذا الطعن إلا إلى ضرورة استعمال الدائن لحق متصل بشخص المدين ، وذلك كما إذا نزل الواهب عن حقه في الرجوع في الهبة ، فلا فائدة من اطعن في هذا النزول ، إذ بفرض أن الدائن قد نجح في طعنه وعاد للواهب حقه في الرجوع في الهبة ، فإن الدائن لا يستطيع أن يستعمل هذا الح باسم المدين لأنه متصل بشخصه [5] .

---

(١) استئناف مختلط ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٨ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٢٨ .

(٢) استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٤ م ١٧ ص ٤٧ – ١٠ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٥٢ – بني سويف الكلية ٢٣ مايو سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ٢ ص ٣١ – بني سويف الجزئية أول يوليه سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٥ رقم ٧٧ – شبين الكوم الجزئية ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٥ رقم ١٠٣ .

(٣) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٢ ص ٧٨٦ – ص ٧٨٧ .

(٤) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٢ ص ٧٨٦ هامش رقم ٢ . وأنظر : بودري وبارد ١ فقرة ٦٩٨ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٤٦ .

(٥) ديمولومب ٢٥ فقرة ١٦٩ – لوران ١٦ فقرة ٤٧٣ – بودري وارد ١ فقرة ٦٩٧ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٤٧ – على انه يجوز الطعن في تصرف صادر من المدين حتى لو كان هذا التصرف يتضمن استعمالا لحق متصل بشخصه ، كما إذا اعترف بنوة ولد ليس له حتى تجب عليه النفقة إضراراً بالدائن (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٣ ص ٧٩٢) .

المطلب الثالث

تصرف تال في الوجود لحق الدائن

٥٨١ – ارتباط هذا الشرط بشرط غش المدين : ويجب أخيراً أن يكون التصرف الصادر من المدين تالياً في الوجود لحق الدائن الذي يطعن في هذا التصرف [١]. وذلك لأن حق الدائن إذا لم يكن متقدماً على التصرف المطعون فيه ، لم يكن للدائن وجه للتظلم ، إذ لم يوجد حقه إلا بعد صدور التصرف من المدين وفي وقت لم يكن الحق الذي تصرف فيه المدين جزءاً من ضمانه حتى يقال إنه اعتمد على وجود هذا الحق . ولا يمكن أن نتصور وجود الغش في جانب المدين ، وأن أراد بتصرفه الإضرار بدائن لم يكن موجوداً وقت التصرف ، إلا في فرض واحد ، هو أن يكون المدين قد صدر منه التصرف متوقعاً أنه سيصبح مديناً في وقت قريب . فقصد بتصرفه الإضرار بالدائن المستقبل ، وذلك كأن يبيع ، في وقت يسعى فيه لعقد قرض ، عيناً مملوكة له ، ثم يقترض بعد ذلك وقد اطمأن إلى أن المقرض لا يستطيع التنفيذ على العين بعد أن باعها . في مثل هذا الفرض يجوز للدائن – رغماً من أن حقه تال لتصرف المدين – أن يطعن في هذا التصرف بالدعوى البولصية ، لأن الغش في جانب المدين قد توافر [٢] .

---

(١) استئناف أهلي ٢ يوليه سنة ١٨٩١ الحقوق ٦ ص ١٧ – استئناف مصر ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ١٨٧ ص ٢٣٣ – ١٤ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٤٣٥ ص ٨٦٤ – ١٩ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١٤٧ ص ٢٦٧ – استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٤٦ – ٢٠ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٩٢ – ٢٣ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ١٠٦ – ٥ يناير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ١١٣ – ١١ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٤٥ – ٣ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٧١ – ٧ يونية سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣١٨ – ٣ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٧٩ – ١٧ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٠٣ – ١٥ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٢٨ – ٢ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٢٩ – ١٠ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٤١ – ٤ يونية سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٥٩ – ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٥١ – ديرانتون ٢٠ فقرة ٥٧٣ – توليبه ٦ فقرة ٣٥١ – دمولومب ٢٥ فقرة ٢٣٢ – لوران ١٦ فقرة ٤٦٠ – هيك ٧ فقرة ٢١٩ – أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ١٩٨ – ص ١٩٩ – بودري وبارد ١ فقرة ٦٨٧ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٥٦ – والتون ٢ ص ١١٤ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٣ هامش رقم ١ .

(٢) استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٧٠ – ٥ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٠٤ – ٢٥ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٣٥ – لوران ١٦ فقرة ٤٦٢ – هيك ٧ فقرة ٢١٩ – بودري وبارد ١ فقرة ٦٨٩ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٥٦ – والتون ٢ ص ١١٤ – ص ١١٥ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٣ هامش رقم ٢ .
ومثل ذلك أيضاً أن يقف المدين عقاراً ثم يقترض (استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩٤٤ م ٥٤ ص ٥١) .

ونرى من ذلك أن اشتراط تأخر تصرف المدين على حق الدائن في الوجود ليس في الواقع إلا عنصراً من عناصر شرط الغش في جانب المدين ، إذ لا يمكن توافر هذا الشرط عادة إلا إذا كان تصرف المدين تالياً لحق الدائن ، فإذا أمكن توافر الغش دون هذا التأخر ، فالتأخر لا يشترط [1] .

٥٨٢ – مقارنة بالدعوى غير المباشرة : وقد رأينا في الدعوى غير المباشرة أن تاريخ وجود الحق الذي يستعمله الدائن لا أهمية له ، فقد يكون تالياً لحق الدائن وقد يكون سابقاً عليه ، لأن الحق الذي يستعمله الدائن باسم المدين موجود في أموال المدين حتى لو كان سابقاً على حق الدائن ، فهو إذن جزء من ضمان الدائن . وهذا بخلاف الدعوى البولصية لو كان المدين قد تصرف في الحق قبل ثبوت حق الدائن ، فإن حق المدين يكون قد خرج من ماله بل أن تثبت للدائن صفته، فهذا الحق لم يكن إذن جزءاً من ضمان الدائن [2].

٥٨٣ – العبرة بتاريخ وجود حق الدائن لا بتاريخ استحقاقه وبتاريخ صدور التصرف لا بتاريخ شهره : ولما كان الشرط هُو أن يتأخر تصرف المدين عن حق الدائن في الوجود ، فالعبرة في المقارنة بين التاريخيين بتاريخ حق الدائن في الوجود لا في الاستحقاق ، وتاريخ صدور التصرف لا بتاريخ شهره .

العبرة بتاريخ حق الدائن في الوجود لا في الاستحقاق ، فلو كان الحق موجوداً قبل صدور التصرف ، ولو كان غير مستحق الأداء أو كان غير خال من النـــزاع ، فللدائن رفع الدعوى البولصية ولكن بعد أن يصبح الحق مستحق الأداء خالياً من النـــزاع. فيستطيع الدائن المعلق حقه على شرط واقف أو المقترن بأجل واقف ، عند تحقق الشرط أو عند حلول الأجل ، أن يطعن بالدعوى البولصية في تصرف صدر من مدينه قبل تحقق الشرط أو قبل حلول الأجل ، أي في وقت كان حقه فيه غير مستحق الأداء ، مادام هذا الحق أصبح مستحق الأداء وقت رفع الدعوى البولصية . فالواجب هو أن يكون حق الدائن سابقاً في الوجود لا في الاستحقاق على تصرف المدين ، ولا شك في أن الحق المعلق على شرط أو

---

(١) جروبيه ٢ فقرة ٤٤ وما بعدها – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٥٦ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٣ – ص ٧٨٤ – أنظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣٢ – أما في التبرعات ، في القانون المصري ، حيث لا يشترط الغش ، فاشتراط تأخر تصرف المدين على حق الدائن إنما يكون عنصراً من عناصر الضرر .

(٢) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٤ .

المقترن بأجل يعتبر موجوداً قبل تحقق الشرط أو قبل حلول الأجل ، فيكون سابقاً في الوجود على تصرف المدين [1] . وإذا تصرف المدين في وقت كان الدائن قد رفع دعواه يطلب الحكم بحقه المتنازع فيه ، وكان الدافع للمدين على التصرف توقعه صدور الحكم عليه في دعوى الدائن، فللدائن ، بعد أن يصدر على حكم لمصلحته فيصبح حقه خالياً من النـــزاع، أن يطعن في تصرف المدين ، لأنه إذا كان هذا التصرف قد سبق الحكم ، فإن الحكم ليس منشئاً لحق الدائن بل هو مقرر له ، فالحق قبل صدور التصرف من المدين [2] .

والعبرة في التصرف الصادر من المدين بتاريخ صدوره ، لا بتاريخ شهره إن كان من التصرفات التي تستوجب الشهر . فإذا كان التصرف الصادر من المدين بيعاً مثلا ، وجب أن يكون صدور البيع تالياً لثبوت حق الدائن ، أما إذا كان سابقاً ، فليس للدائن أن يطعن في البيع حتى لو لم يسجل إلا بعد ثبوت حقه [3] .

٥٨٤ – كيفية إثبات أن تصرف المدين تال في التاريخ لحق الدائن:

بقي أن نعرفه كيف يمكن إثبات أن تصرف المدين تال في التاريخ لحق الدائن.

تقضي القواعد العامة بأن الدائن ، وهو الذي يطعن في تصرف المدين ، يحمل عبء إثبات أن حقه سابق في الوجود على صدور التصرف المطعون فيه ، لأن هذا شرط من شروط الدعوى البولصية ، والدائن الذي يستعمل الدعوى هو المكلف بإثبات توافر جميع شروطها .

---

(١) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٢ هامش رم ٣ .

(٢) استئناف مصر ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٢٢٠ ص ٤٤٢ – استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ١٠١ – ١٥ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٢٨ – ١٠ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٤١ – لوران ١٦ فقرة ٤٦١ – هيك ٧ فقرة ٢١٧ – بودري وبارد ١ فقرة ٦٨٨ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٥٧ – دي هلتس ١ في الدعوى البولصية فقرة ٥٣ – والتون ٢ ص ١١٤ – ص ١١٥ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٤ رقم ٢ .

ويلاحظ أن الحق الناتج من الحساب الجاري لا يعتبر وجوده من وقت افتتاح الحساب ، بل من وقت وجود الرصيد (استئناف مختلط ٤ يونية سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٥٩) .

(٣) استئناف مصر ١٣ مارس سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ ص ٨٩١ رقم ٥٣٦ – بودري وبارد ١ فقرة ٦٩٠ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٥٧ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٤ هامش رقم ٢ – قارن الأستاذ عبد السلام ذهني في الالتزامات ص ٣٤٩ .

فإن كان مصدر حق الدائن عملا مادياً ، فمن السهل إثبات تاريخ وجود هذا الحق بالرجوع إلى الوقت الذي تم فيه العمل المادي المنشئ للحق . ويكون تاريخ تصرف المدين ، ولو كان تاريخاً عرفياً غير ثابت ، حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس ، لأن الدائن لا يعتبر من الغير بالنسبة إلى هذا التاريخ قبل أن يثبت شروط الدعوى البولصية قد توافرت . فإذا كان تاريخ التصرف متأخراً على تاريخ العمل المادي ، فقد ثبت بذلك أن حق الدائن سابق في الوجود على تصرف المدين . أما إذا كان تاريخ التصرف متقدماً على تاريخ العمل المادي ، ولم يكن تاريخاً ثابتاً ، فللدائن أن يثبت بجميع الطرق أن هذا التاريخ قد قدم عملا ليكون سابقاً على حقه بقصد حرمانه من الدعوى البولصية [1] .

وإن كان مصدر حق الدائن عقداً ، وكان له تاريخ ثابت ، فهذا التاريخ الثابت يكون حجة على من حصل له التصرف. ولكن تاريخ التصرف، ولو كان تاريخاً غير ثابت، يكون أيضاً حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس لأنه ليس من الغير قبل أن يثبت توافر شروط الدعوى البولصية كما قدمنا . ومن ثم إذا كان التاريخ غير الثابت للتصرف متقدماً على التاريخ الثابت لحق الدائن ، كان للدائن أن يثبت بجميع الطرق أن التاريخ قدم عمداً بقصد حرمانه من الدعوى البولصية [2] . وغني عن البيان أن التصرف إذا كان له تاريخ ثابت ، فإن مقارنة هذا التاريخ بالتاريخ الثابت لحق الدائن تمكن من معرفة أي التاريخين هو الأسبق .

أما إذا كان العقد الذي أنشأ حق الدائن غير ثابت التاريخ ، فقد كان ينبغي ألا يكون هذا التاريخ حجة على من حصل له التصرف ، لأنه من الغير وقد قدمنا أن الغير لا يحتج عليه إلا بالتاريخ الثابت . ولكن لأسباب عملية أغفل التقنين المصري الجديد أن يشترط ثبوت تاريخ حق الدائن ، اقتداء بالمشروع الفرنسي الإيطالي ، لأن الدائن — كما تقول المذكرة الإيضاحية [3] — " يفاجأ في أغلب الأحيان بالتصرف الضار دون أن يكون قد

---

(١) قارن نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٤ هامش رقم ٢ .

(٢) قارن نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٤ هامش رقم ٢ .

(٣) وهذا ما تقوله المذكرة الإيضاحية : " وقد كان في الوسع أن يشترط ثبوت تاريخ الدين لإقامة الدليل على تقدمه على التصرف ، بيد أن المشروع آثر إغفال اشتراط ثبوت التاريخ اقتداء بالمشروع الفرنسي الإيطالي ، لا سيما أن القضاء المصري قد جرى على ذلك ... والواقع أن الدائن يفاجأ في أغلب الأحيان بالتصرف الضار دون أن يكون قد احتاط من قبل لإثبات تاريخ سند الدين . ولكن من المسلم أن عبء إقامة الدليل على تقدم الدين، بطرق الإثبات كافة ، يقع على عاتق الدائن" (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ص ٦٣٢).

احتاط من قبل لإثبات تاريخ سند الدين " . ومن ثم يكون التاريخ غير الثابت لحق الدائن حجة على من حصل له التصرف ، إلى أن يثبت هذا أن التاريخ قدم عمداً بالتواطؤ بين الدائنين والمدين حتى يستطيع الدائن الطعن في التصرف بالدعوى البولصية [1] . ويكون تاريخ التصرف حجة على الدائن كما قدمنا، فإن كان تاريخاً ثابتاً كانت حجيته مطلقة [2]، وإن كان تاريخاً غير ثابت كان حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس . ومن ثم إذا كان تاريخ التصرف غير ثابت ، وكان متقدماً على التاريخ غير الثابت لحق الدائن ، جاز للدائن أن يثبت بجميع الطرق أن تاريخ التصرف قد قدم عمداً بقصد حرمانه من الدعـــوى البولصية [3] .

= ويلاحظ أنه كان لا يكفي إغفال اشتراط ثبوت التاريخ ، بل كان يجب أن ينص المشرع صراحة على أن ثبوت التاريخ لا يشترط ليكون التاريخ حجة على المتصرف إليه ، كما فعل المشروع الفرنسي الإيطالي (م ١٠٧ فقرة أولى) . فإن لم يوجد نص صريح في هذا المعنى وجب تطبيق القواعد العامة ، وهذه تقضي بأن المتصرف إليه من الغير فلا يحتج عليه إلا بالتاريخ الثابت . على أنه يمكن القول أن المتصرف إليه يكون عادة سيئ النية في الدعوى البولصية ، ومتى أثبت الدائن سوء نيته جاز له أن يحتج عليه بالتاريخ غير الثابت ، لأن المتصرف إليه لا يستطيع أن يتمسك بوجوب أن يكون التاريخ ثابتاً إلا إذا كان حسن النية ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك (أنظر في هذا المعنى بودري وبارد ١ فقرة ٦٩١ ص ٧١٤ ، وقارب أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ١٩٩ وهامش رقم ١٥ – وأنظر عكس ذلك : لوران ١٦ فقرة ٤٦١ – بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٤٠) .

(١) والراجح في الفقه الفرنسي أن المتصرف له ، وهو معتبر من الغير ، لا يحتج عليه إلا بالتاريخ الثابت : بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٥٧ ص ٢٨٨ – بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٤٠ – كولان وكابيتان وموراندييز ٢ فقرة ٤٤٨ – جوسران ٢ فقرة ٦٩٦ – دالوز أنسيكلو بيدي ((action paulienne فقرة ٣٨ – فقرة ٣٩ – قارن أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ١٩٩ وهامش رقم ١٥ – بودري وبارد ١ فقرة ٦٩١ ص ٧١٤ – ديموج ٧ فقرة ١٠٥٧ .

وقد سار القضاء اللبناني على عدم ضرورة التاريخ الثابت لحق الدائن (قرار محكمة استئناف الغرفة الأولى ٢٠ كانون الأول سنة ١٩٤٨ رقم ٥٠٠ ، النشرة القضائية ١٩٤٩ ص ٤٦٣ – الدكتور صبحي المحمصاني في آثار الالتزام في القانون اللبناني ص ٦٣) . وفي القانون العراقي يرى الدكتور حسن الذنون وجوب ثبوت التاريخ لحق الدائن (أحكام الالتزام في القانون العراقي ص ٨٨ – ص ٨٩) .

أنظر في هذه المسألة في التقنين المدني المصري السابق : نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٤ – الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت في نظرية الالتزام فقرة ٦٤٣ ص ٤٨٢ – الأستاذ محمد صادق فهمي فقرة ٤٨٠ ، وفي التقنين المدني الجديد الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام ص ١٥٢ – ص ١٥٣ .

(٢) إلى حد الطعن بالتزوير بداهة .

(٣) أنظر في هذه المسألة آنفاً فقرة ١١٩ .

المبحث الثالث

الشروط التي ترجع إلى المدين

٥٨٥ – شرطان رئيسيان : أما الشروط التي ترجع إلى المدين فترد إلى شرطين رئيسيين : (أولا) الإعسار (ثانياً) الغش والتواطؤ [1] .

المطلب الأول

الإعسار

٥٨٦ – تصرف المدين يسبب إعساره أو يزيد في إعساره : يشترط في الدعوى البولصية أن يكون المدين معسراً ليست عنده أموال تكفي لوفاء حق الدائن [1].

والمدين إما أن يكون غير معسر قبل صدور التصرف المطعون فيه فيجب أن يكون هذا التصرف هو السبب في إعساره ، وإما أن يكون معسراً قبل صدور التصرف فيجب أن يزيد التصرف في إعساره [2] . وهذا ما تقضي به المادة ٢٣٧ من التقنين المدني ، وقد تقدم ذكرها .

---

(١) أما وارث المدين فلا يشترط فيه شيء من ذلك ، وهو لا يستطيع بيع عين من أعيان التركة إلا بعد سداد الديون ، ولا يجوز للمشترى من الوارث ، ولو سجل البيع ، أن يتطلب من دائن التركة توافر شروط الدعوى البولصية (استئناف مصر ٦ أبريل سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ٤٦ ص ٩٤) .

(1) متى كانت المحكمة قد استخلصت من وقائع الدعوى وملابساتها ما استدلت على إعسار المطعون عليهما الثانية والثالثة – المدينتين الراهنتين – وسوء نيتهما والطاعن – الدائن المرتهن – على الإضرار بالمطعون عليها الأولى واستندت في ذلك إلى اعتبارات سائغة ثم طابقت بين ما استخلصته وبين المعاني القانونية لأركان الدعوى البولصية ، وهو كون دين رافع الدعوى مستحق الأداء سابقاً على التصرف المطعون فيه وكون هذا التصرف أعسر الدين وكون المدين والمتصرف له سيئ النية متواطئين على الإضرار بالدائن ثم قضت بعدم نفاذ التصرف . فإن ذلك حسبها ليكون حكمها سديدا لا مخالفة فيه للقانون .
(جلسة ١٩٧٧/١/١١ الطعن رقم ٦٣٦ لسنة ٤٢ ق س ٢٨ ص ١٩٤) .

(٢) استئناف أهلي ٦ نوفمبر سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ١٩ ص ٣٥ – استئناف مصر ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ١٨٧ ص ٢٣٣ – ١٣ مارس سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٥٣٦ ص ٨٩١ – ١٤ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٤٣٥ ص ٨٦٤ – ١٩ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١٤٧ ص ٢٦٧ – ١٧ مايو سنة ١٩٣٤ المجموعة الرسمية ٣٥ رقم ٦ ص ١٤١ – استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة =

فلو أن التصرف المطعون فيه لم يكن هو السبب في الإعسار ، بل بقي المدين موسراً بعد هذا التصرف [1] ، ولكن طرأ بعد ذلك ما جعله معسراً ، فلا يجوز للدائن أن يطعن في التصرف . على أنه قد يتفق أن تصرف المدين لا يجعله معسراً ، ولكن يكون هذا التصرف حلقة في سلسلة متصلة من التصرفات مجموعها يؤدي إلى إعساره ، وقد قصد بذلك الإضرار بالدائن ، ففي هذه الحالة يجوز للدائن أن يطعن في هذه التصرفات كلها ولا يجتزئ بالتصرف الأخير الذي سبب مباشرة إعسار المدين [2] .

وإذا كان المدين معسراً من بادئ الأمر ، ثم تصرف تصرفاً بعوض كاف بحيث لم يكن هذا التصرف سبباً في زيادة إعساره ، فإن التصرف لا يكون قابلا للطعن فيه بالدعوى البولصية [3] .

٥٨٧ – إثبات الإعسار : وقد وضع التقنين المدني الجديد قرينة قانونية تيسر على الدائن إثبات إعسار المدين . فإذا ادعى الدائن إعسار المدين ، فليس عليه ، كما تقول المادة ٢٣٩ وقد تقدم ذكرها ، إلا أن يثبت ما في ذمته من ديون . وعند ذلك تقوم قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس على أن المدين معسر ، وينتقل عبء الإثبات بفضل هذه القرينة

= ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٩٢ – ٢ أبريل سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٢٧ – ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ١٠١ – ١٤ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٩٧ – ١٤ مارس سنة ١٩٠٧ م ٢٩ ص ١٧٨ – ١٧ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٠٣ – ١٠ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٧ – ٤ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٧٩ – ١٥ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٢٨ – ١٥ يونية سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣٣ – ١٠ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٤١ – ١٧ يونية سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٩٦ – ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٨ – ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٥١ – ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٥ .

ديرانتون ١٠ فقرة ٥٧٠ – ديمولومب ٢٥ فقرة ١٧٦ – لوران ١٦ فقرة ٤٣٤ – ماركاديه ٤ فقرة ٤٩٧ – أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ١٩٧ – ص ١٩٨ – بودري وبارد ١ فقرة ٦٥٠ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٢٨ – والتون ٢ ص ١٠٩ = نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٢ ص ٧٨٧ هامش رقم ٢ .

(١) أنظر : نقض مدني ٢٦ مايو سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٢٥ ص ٣٨٣ .

(٢) استئناف مختلط ٢٩ مايو سنة ١١٧ م ٢٩ ص ٤٥٤ – ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ جازيت ١٩ رقم ٢٦٣ ص ٢٦٥ – ديمولومب ٢٥ فقرة ١٧٨ – لوران ١٦ فقرة ٤٣٥ – بودري وبارد ١ فقرة ٦٥٠ – والتون ٢ ص ١٠٩ – ص ١١٠ .

(٣) قارب نقض مدني ١٣ يناير سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٦٧ ص ٦٩٩ .

إلى المدين ،وعليه هو أن يثبت أنه غير معسر ، ويكون ذلك بإثبات أنه له مالا يساوى قيمة الديون أو يزيد عليها ، فإن لم يستطع إثبات ذلك اعتبر معسراً [1] .

٥٨٨ – الإعسار في الدعوى البولصية وما ينطوي عليه من مرونة:

والإعسار في الدعوى البولصية ، كالإعسار في الدعوى غير المباشرة ، المقصود به هو الإعسار الفعلي :أن تزيد ديون المدين على حقوقه [1] [2] ، لا الإعسار القانوني الذي يستلزم حكماً بشهره بشروط وإجراءات معينة .

وللإعسار في الدعوى البولصية ، فوق ذلك ، معنى عملي ينطوي على كثير من المرونة .

---

(1) النص في المادة ٢٣٩ من القانون المدني على أنه " إذا ادعى الدائن إعسار المدين فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما في ذمته من ديون ، وعلى المدين نفسه أن يثبت أنه له مالا يساوى قيمة الديون أو يزيد عليها" يدل على أن المشرع قد وضع قرينة قانونية تيسر على الدائن إثبات إعسار المدين ، فليس عليه إلا أن يثبت ما في ذمته من ديون وعندئذ تقوم قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس على أن المدين معسر وينتقل عبء الإثبات بفضل هذه القرينة إلى المدين وعليه هو أن يثبت أنه غير معسر ، ويكون ذلك بإثبات أن له مالا يساوى قيمة الديون أو يزيد عليها ؛ فإن لم يستطع إثبات ذلك اعتبر معسراً ، وإذا طولب المدين بإثبات أن له مالا يساوى قيمة ديونه ، وجب عليه أن يدل على أموال ظاهرة لا يتعذر التنفيذ عليها وإلا أعتبر معسراً، وتقدير ما إذا كان التصرف هو الذي سبب إعسار المدين أو زاد في الإعسار مسألة موضوعية لا تخضع لرقابة محكمة النقض ، مادام استخلاص محكمة الموضوع لها سائغاً وله أصله الثابت في الأوراق .

(جلسة ١٩٨٢/٥/١٣ الطعن رقم ٦١ لسنة ٤٩ ق س ٣٣ ص ٥٠٨) .

(جلسة ١٩٨٣/٥/٢٣ الطعن رقم ١٢٧٣ لسنة ٤٩ ق س ٣٤ ص ١٢٧١) .

(جلسة ١٩٧٩/١٢/٦ الطعن رقم ٤١٣ لسنة ٤٦ ق س ٣٠ ع ٣ ص ١٧١) .

(١) قارن الأستاذ إسماعيل غانم فقرة ١١١ ، ويذهب إلى أن العبرة بالديون المستحقة الأداء كما في حالة شهر الإعسار .

(2) مفاد نص المادتين ٤١٧ ، ٢٣٧ من التقنين المدني أن المشرع قد فرق بين الإعسار القانوني الذي استلزم توافره لشهر إعسار المدين واشترط لقيامه أن تكون أمواله كافية لوفاء ديونه المستحقة الأداء ، وبين الإعسار الفعلي الذي استلزم توافره في دعوى عدم نفاذ التصرف واشترط لقيامه أن يؤدي التصرف الصادر من المدين إلى أن تصبح أمواله غير كافية للوفاء بجميع ديونه سواء ما كان منها مستحق الأداء أو مضافاً إلى أجل، ومؤدى ذلك أن الإعسار الفعلي أوسع نطاقاً من الإعسار القانوني فقد يتوافر الأول دون الثاني .

(جلسة ١٩٧٨/٥/٨ الطعن رقم ٤٦١ لسنة ٤٦ ق س ٢٩ ص ١١٨٥) .

فإذا طولب المدين بإثبات أنه له مالا يساوى قيمة ديونه ،وجب عليه أن يدل على أموال ظاهرة لا يتعذر التنفيذ عليها ، وإلا أعتبر معسراً [1] ، ومن هذا يتبين كيف أن التصرف الصادر من المدين قد يكون معاوضة ، ومع ذلك يسبب إعساره . ويكفى لتحقق ذلك أن يكون المدين قد باع عيناً مملوكة له بثمن بخس ، أو باعها بثمن معادل لقيمتها ولكنه أخفى النقود أو بددها بحيث يتعذر على الدائن التنفيذ عليه بحقه [2] .

وإذا فرض أن حق الدائن تركز في عين مملوكة للمدين ،كما إذا كان موعوداً ببيع أو كان دائناً في وعد برهن أو كان دائناً مرتهناً ، ثم باع المدين العين الموعود ببيعها أو الموعود برهنها إلى شخص آخر إضراراً بحق الدائن [3] ، أو باع العين المرهونة قبل أن يشهر الدائن الرهن بحيث لا يتمكن من تتبع العين أو بعد شهر الرهن ولكن الدائن لا يريد تتبع العين حتى لا يضطر إلى تحمل إجراءات التطهير ، ففي مثل هذه الأحوال يعتبر المدين في حالة إعسار بالمعنى المقصود في الدعوى البولصية مادام الدائن لا يستطيع أن يصل إلى العين ذاتها الذي تركز فيها حقه ، حتى لو كان عند المدين أموال كافية تفي بتعويض الدائن بعد فوات العين. ومن ثم يجوز للدائن الطعن بالدعوى البولصية في تصرف المدين في العين الموعود ببيعها أو برهنها أو تصرفه في العين المرهونة ، فيتمكن بذلك من رد العين إلى ملك المدين بالنسبة إلى حقه وينفذ بهذا الحق عليها [4] .

---

(١) استئناف مختلط ١٥ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٦ ص ٣٢٨ — ديمولومب ٢٥ فقرة ١٨٤ — بودري وبارد ١ فقرة ٦٥٥ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٢٨ .

(٢) استئناف مختلط ٩ فبراير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٠٤ .

(٣) ديموج ٧ فقرة ١١٢٦ .

(٤) لوران ٢٤ فقرة ١٦ — حروبييه فقرة ٢٦٣ وما بعدها — ريبير في القاعدة الخلقية في الالتزامات فقرة ١٧٠ — فقرة ١٧١ — ديموج ٧ فقرة ١٠٨٠ وما بعدها — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٣٧ — فقرة ٩٣٨ — داللوز أنسيكلو بيدي ١ لفظ (action paulienne) فقرة ١٥ — فقرة ١٧ — دي هلتس ١ في الدعوى البولصية فقرة ٤٨ .

ويترتب على ما تقدم أنه إذا باع شخص عقاراً ولم يسجل المشترى ، ثم باعه ثانية من مشتر آخر ، وبادر المشترى الثاني إلى التسجيل متواطئاً مع البائع على الإضرار بالمشترى الأول ، أمكن لهذا الأخير أن يطعن في البيع الثاني بالدعوى البولصية ، إذ أن حقه قد تركز في العقار المبيع . وقد قضت محكمة استئناف مصر في هذا المعنى بأنه إذا تبين أن البائع باع الصفقة مرة ثانية بطريق التدليس ، وكان المشترى الثاني على علم بذلك واشترك في التدليس ، بطل البيع الثاني ، وغير معقول القول بأن قانون التسجيل أبطل مفعول المادة ٢٧٠ مدني (قديم) ، إذ القول بذلك معناه أن قانون التسجيل أراد بنصوصه أن يهدم مبدأ أساسياً في التشريع وهو أن الحقوق يجب أن يكون مبناها حسن النية ، وهذا ما لا يمكن التسليم به (١٧ يونية سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢/٢٧١ ص ٥٩٦ . وأنظر أيضاً : استئناف أهلي ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ٢/٩٩ — استئناف مصر ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٥٠ ص ٧٥ — ٢٧ مارس سنة =

= ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٩٩ ص ٦٣٤ – ٢٨ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٩٥ ص ١٠٩٢ – ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ١٣٠ ص ٢٨٩ – ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ١٣٢ ص ٢٩٢ – ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ١٣٤ ص ٣٠٢ – استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٠٩ – ١٢ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٤ ص ١١٠) . ولكن محكمة النقض ذهبت إلى العكس من ذلك ، وقضت بأن التواطؤ لا يفسد التسجيل ، وبأنه ما لم يحصل التسجيل فإن الملكية تبقى في ذمة المتصرف حتى ينقلها التسجيل ذاته إلى المتصرف إليه ، ولا يكون للمتصرف إليه في الفترة التي تمضى من تاريخ التعاقد إلى وقت التسجيل سوى مجرد أمل في الملكية دون أي حق فيها . وفي تلك الفترة إذا تصرف المتصرف لشخص آخر ، فإنه يتصرف فيما يملكه ملكاً تاماً ، فإذا بادر هذا الشخص الآخر إلى تسجيل عقده قبل تسجيل عقد المتصرف إليه الأول ، فقد خلصت له – بمجرد تسجيله – تلك الملكية العينية التي لم يتعلق بها حق ما للأول ، حتى ولو كان المتصرف والمتصرف إليه الثاني سيئ النية متواطئين كل التواطؤ على حرمان المتصرف إليه من الصفقة . وإذن فلا يقبل من أي إنسان لم يكن عقده مسجلا ناقلا للملك فعلا إليه أن ينازع من آل إليه نفس العقار وسجل عقده من قبله ، مدعياً أن له حقاً عينياً على العقار يحتج به عليه ، كما أنه لا يقبل مطلقاً الاحتجاج على صاحب العقد المسجل الذي انتقلت إليه الملكية فعلا بتسجيله لا بسوء نية المتصرف ولا بالتواطؤ (نقض مدني ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣٠٨ ص ٩٧٥. وأنظر أيضاً في هذا المعنى : نقض مدني ٧ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٣ ص ١١٣ – ٢٧ يناير سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٧٦ ص ٧٠٧ – ٢٩ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٧٦ ص ١١٣٨ – ١١ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٢٨ ص ١٧٦ – ٤ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩١ ص ٥٧٢ – استئناف مصر ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ١٥٣ ص ٣٠٥ – ١٩ فبراير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١٤١ ص ٢٥٤ – ٢ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٥٤ ص ٧١٣ – استئناف أسيوط ٤ يناير سنة ١٩٤٩ المحاماة ٢٨ رقم ٤٢٩ ص ١٠٤٨ – وقارن نقض مدني ٧ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٥٨ ص ١١٠٣) .

على أنه يلاحظ ، لو فرضنا جدلا أنه لا يمكن تخريج مثل هذه الأحوال على حكم الدعوى البولصية ، إمكان الوصول إلى نفس النتيجة العملية بتطبيق قاعدة أعم هي القاعدة التي تقضى بأن الغش يفسد العقود (fraus omnia corrumpit) ، وما الدعوى البولصية ذاتها إلا تطبيق لهذه القاعدة العامة (ديموج ٧ فقرة ١١٢٧ – قارن بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٣٨) .

وقد قضت محكمة استئناف أسيوط بإمكان الطعن في العقد المسجل بالدعوى البولصية ، ولكن ليصل المشترى الأول إلى استرداد الثمن الذي دفعه والحصول على التعويضات التي يستحقها دون أن يسترد العقار ذاته ليسجل عليه حقه . فقررت هذه المحكمة أنه يجوز للمتصرف إليه الأول بعقد غير مسجل أن يرفع دعوى إبطال العقد الثاني المسجل ، إذا توافرت شرائط دعوى إبطال التصرفات ، على اعتبار أنه دائن عادي من حقه أن يبطل التصرف المغفر لمدينه ليستطيع استرداد الثمن الذي دفعه والحصول على التعويضات التي يستحقها ، على أنه يلاحظ أن الغرض من هذه الدعوى لا يمكن أن يكون بطلان التصرف الثاني ليحل محله التصرف الأول غير المسجل ، فإن الدعوى إذا كانت تهدف إلى هذا الغرض تعتبر تحايلا على مخالفة قانون التسجيل ، فضلا عن أن الدعوى البولصية في الواقع لا تهدف إلى بطلان التصرف ، وإنما تهدف إلى الحد من سريانه في حق الدائن الذي يتضرر من أثر التصرف في مال مدينه ، فإذا وجد في هذا المال ما يفي بدينه زالت الحكمة فيها وأصبحت غير مقبولة ، وهي ليست خاصة بدائن واحد بل يستطيع جميع الدائنين =

٥٨٩ – وجوب بقاء الإعسار إلى وقت رفع الدعوى – تجريد المدين

: ويجب أن يبقى المدين معسراً إلى وقت رفع الدعوى البولصية ، فلو أن تصرفه سبب إعساره أو زاد في إعساره ، ثم انقلب بعد ذلك موسراً لزيادة طرأت في ماله ، كما إذا كان قد تلقى ميراثاً أو وصية أو عقد صفقة رابحة ، فلا يجوز للدائن أن يطعن في تصرف المدين إذ لم تعد له مصلحة في ذلك [١] .

والدعوى البولصية دعوى تكميلية (subsidiaire) لا تعطي للدائن إلا بعد أن يجرد أموال المدين ، أي إلا بعد أن يثبت أن ليس للمدين مال ظاهر يمكن التنفيذ عليه غير الحق الذي تصرف فيه . ويجوز لمن تصرف له المدين أن يدفع بالتجريد [٢] . ولكن التجريد هنا غير التجريد في الكفالة . ففي الكفالة إذا لم يطلب الكفيل التجريد في أول الدعوى سقط حقه ، وإذا طلبه فعليه أن يدل الدائن على مال للمدين يستطيع الرجوع عليه فيه وأن يقدم المصروفات اللازمة لهذا الرجوع . أما في الدعوى البولصية فيجوز لمن تلقى الحق عن المدين أن يطلب تجريد المدين في أية حالة كانت عليها الدعوى ، ولا يطلب منه أن يدل الدائن

= العاديين أن يشتركوا فيها وأن يتقاسموا المال الذي يرجع إلى مدينهم (٣ يونية سنة ١٩٤٨ المجموعة الرسمية ٤٩ رقم ٢ ص ٤٧) .

ومهما يكن من أمر ، فإنه إذا طعن المشترى الأول الذي لم يسجل عقده في العقد المسجل للمشترى الثاني بالصورية – لا بالدعوى البولصية – فعند ذلك يقدم المشترى الأول وهو لم يسجل عقده على المشترى الثاني الذي سجل عقده (نقض مدني ٦ يونية سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩١ ص ١٨٨. وأنظر أيضاً: نقض مدني ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٣٥ ص ٤٠٥ – ٣ يونية سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٦٧ ص ١٨٣ مع تعليق الأستاذ محمد حامد فهمي في ص ١٩٤ – ص ١٩٥ – ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٠ ص ٢٢٠ – ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٨ ص ٢٣٤ – ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٩ ص ١٣٣ – استئناف مصر ١٢ فبراير سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٣/١٢٦) . وقد قضت محكمة النقض أخيراً بأنه لا تنتقل الملكية من البائع إلى المشترى إلا بتسجيل عقد شرائه ، ولا يحول دون نقل الملكية – على ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن يكون المشترى عالماً بأن البائع له أو مورثه سبق أن تصرف في المبيع ذاته لمشتر آخر لم يسجل عقده ، ما لم يثبت أن عقد المشترى الثاني المسجل هو عقد صوري ، ولا ينتج في إثبات هذه الصورية مجرد علم هذا المشترى وقت شرائه بالتصرف السابق غير المسجل الوارد على ذات المبيع (نقض مدني ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٥٤ ص ٣٥٢ – ١٣ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٢٨ ص ٨٥٦) .

(١) ديمولومب ٢٥ فقرة ١٧٧ – لاروميير ٢ م ١١٦٧ فقرة ١٨ – بودري وبارد ١ فقرة ٦٥١ .

(٢) استئناف مختلط ٦ أبريل سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٣١ – بني سويف ٢٩ سبتمبر سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٨٥ ص ١٤٠ .

على مال للمدين [1] ، ولا أن يقدم له مصروفات التجريد ، بل على الدائن أن يثبت إعسار المدين على الوجه الذي قدمناه [2] ، ومن ثم فالمدين هو الذي يدل على مال عنده يكفي لوفاء ديونه كما سبق القول .

وقاضي الموضوع هو الذي يقدر ما إذا كان تصرف المدين هو الذي سبب إعساره أو زاد في هذا الإعسار ، وما إذا كان الإعسار باقياً إلى وقت رفع الدعوى . ولا رقابة لمحكمة النقض في ذلك ، وإنما تكون لها الرقابة للتحقق من أن هذين الأمرين قد تثبتت منهما محكمة الموضوع كشرط في الدعوى البولصية ؛ والدائن هو المكلف بإثبات كل من الأمرين [3] .

المطلب الثاني

الغش والتواطؤ

(Concilium fraudis)

٥٩٠ – الغش بوجه عام: غش المدين هو أهم الشروط في الدعوى البولصية، بل هو العمود الفقري لهذه الدعوى التي تقوم على محاربة الغش . ويمكن تجميع شروط

---

(١) وقد كان المشروع التمهيدي يتضمن نصاً ، هو المادة ٣٢٠ من هذا المشروع ، يقضي بسقوط حق الدائن في الدعوى البولصية إذا أصبحت أموال المدين كافية للوفاء بما عليه أو أثبت من تصرف له المدين أن المدين عنده مال يكفي لهذا الوفاء . ومقتضى هذا النص أن من تصرف له المدين يطلب منه أن يدل الدائن على مال للمدين يفي بحقه . ولكن هذا النص قد حذف في لجنة المراجعة ، اكتفاء بتطبيق القواعد العامة ، كما سنرى . ومقتضى تطبيق القواعد العامة أن الدائن هو المكلف بإثبات إعسار المدين ، فعليه هو أن يثبت على الوجه الذي بيناه أن المدين ليس عنده مال يفي بحقه ، ولا يكلف من تصرف له المدين أن يدل على مال للمدين يفي بحق الدائن .

(٢) بودري وبارد ١ فقرة ٦٥٤ .

(٣) بودري وبارد ١ فقرة ٦٥١ ص ٦٦٠ وفقرة ٦٥٥ مكررة – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٢ ص ٧٩٠ هامش رقم ١ – هذا وقد قضت محكمة النقض بأن التقرير بأن التصرف المطعون فيه يترتب عليه ضرر بالدائن أو لا يترتب هو تقرير موضوعي . وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه ، إذ قضي بعدم نفاذ التصرف في موضوع الدعوى في حق المطعون عليهم الثلاثة الأولين ، أقام قضاءه على أن لهم فضلا عن الدين المتخذة إجراءات التنفيذ بسببه ديناً آخر مستحق الأداء وصدر به حكم ابتدائي مشمول بالنفاذ المؤقت ، وأن القدر الذي بقي للمدين بعد تصرفه للطاعنات لا يكفي لوفاء جميع ديونه ، إذ قرر الحكم ذلك واستخلص منه إعسار المدين ، فقد استند إلى أسباب مسوغة لقضائه ولم يخطئ في تطبيق القانون ، مادام قد تبين للمحكمة أن الدين الذي أدخلته في تقديرها لإعسار المدين هو دين حدي مستحق الأداء (نقض مدني ١٤ فبراير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٨٤ ص ٤٩٦) .

الدعوى البولصية كلها في شرط الغش ، فإن الغش لا يتوافر في جانب المدين إلا إذا تصرف تصرفاً مفقراً يؤدى إلى إعساره للإضرار بدائن حقه ثابت قبل هذا التصرف . فلا يكفي إذن أن يكون التصرف المطعون فيه د تسبب في إعسار المدين أو زاد في إعساره على النحو المتقدم ، بل يجب أيضاً أن يكون هذا التصرف قد صدر من المدين غشاً [1]. وشرط الغش هذا هو الذي يدخل العنصر النفسي في الدعوى البولصية، لأن الباعث هنا له الأثر الأكبر في نفاذ التصرف في حق الدائن أو عدم نفاذه .

والغش في الدعوى البولصية (fraude) غير التدليس (dol) الذي عرفناه عيباً في الرضاء . فالتدليس يدخله في الغالب طرق احتيالية ويراد به خديعة أحد المتعاقدين ، ولذلك يكون العقد قابلا للإبطال لمصلحة المتعاقد المخدوع . أما الغش في الدعوى البولصية فلا تصحبه طرق احتياليه ، ولا تراد به خديعة أحد المتعاقدين ، بل كثيراً ما يحدث أن يتواطأ المتعاقدان على الغش ، ولذلك يبقى العقد صحيحاً فيما بينهما ، وإنما يراد بالغش الإضرار بحقوق الدائن ، ولذلك يكون أثره عدم نفاذ العقد في حق الدائنين . والعبرة في الغش أن يكون موجوداً وقت صدور التصرف المطعون فيه [2] .

على أن الغش في الدعوى البولصية والتدليس كعيب في الرضاء إنما هما تطبيقان للنظرية العامة في الغش . والغش في العقد بنوع خاص ينطوي على صور مختلفة . فيقصد به تارة الإضرار بأحد المتعاقدين ، وهذا هو التدليس كما قدمنا . ويقصد به طوراً الإضرار بالغير ، فيحتفظ باسم الغش . والغير إما أن يكون غير دائن يريد المتعاقدان إلحاق الضرر به بمحاولتهما التملص من واجب عليهما نحوه ، كعقد بيع يذكر فيه ثمن أكثر من الحقيقة لمنع الشفيع من الأخذ بالشفعة ، أو اقل من الحقيقة للانتقاص من الرسوم المستحقة .

وجزاء الغش في غير العقد هو التعويض . وجزاؤه في العقد يكون تارة إبطال العقد كما في التدليس عند تكوين العقد ، وطوراً يكون تعويضاً كما في التدليس عند تنفيذ العقد، وثالثة يكون عدم نفاذ العقد في حق الغير كما في الدعوى البولصية ، ورابعة يكون رد الشيء إلى حقيقته كما في الصورية ، وهو على كل حال يوجب التعويض إذا أحدث ضرراً باعتباره في ذاته عملا غير مشروع [3] .

---

(١) استئناف مصر ١٤ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٤٣٥ ص ٨٦٤ — استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٩٢ — ١٧ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٠٣ — ١٥ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٢٨ — ١٠ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٤١ — ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٥١ .

(٢) استئناف مختلط ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٢٩ .

(٣) بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٣٤٦ — فقرة ٣٥١ — ديموج ٧ فقرة ١١٣٣ وما بعدها — ريبير في القاعدة الخلقية فقرة ١٥٧ وما بعدها — جوسران في الباعث فقرة ١٧١ وما بعدها .

٥٩١ – يشترط غش المدين وعلم من صدر له التصرف بالغش إذا كان التصرف معاوضة : وتنص الفقرة الأولى من المادة ٢٣٨ من التقنين المدني ، كما رأينا ، على أنه " إذا كان تصرف المدين بعوض ، اشترط لعدم نفاذه في حق الدائن أن يكون منطوياً على غش من المدين ، وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش . ويكفي لاعتبار التصرف منطوياً على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم أنه معسر ، كما يعتبر من صدر له التصرف عالماً بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين معسر " .

ويتبين من هذا النص أنه إذا كان التصرف الصادر من المدين معاوضة ، كبيع مثلا، وجب أن يكون منطوياً على غش من المدين . وقد توخى التقنين المدني الجديد إقامة قرائن قانونية لتيسير الإثبات الذي يحمل عبئه الدائن . فعلى الدائن أن يثبت أن المدين وقت أن صدر منه البيع كان يعلم أن هذا البيع يسبب إعساره أو يزيد في إعساره. ويستطيع الدائن أن يستخلص هذا العلم من بعض القرائن القضائية التي تقوم في الدعوى ، كما إذا كان المدين قد تصرف لولده أو لزوجته أو لأحد أقاربه الأقربين ولم يكن لمن تصرف له مال ظاهر يقوم معه احتمال جدي أن دفع الثمن .

فإذا أثبت الدائن علم المدين بإعساره ، كان هذا قرينة قانونية على غش المدين . ولكن القرينة غير قاطعة ، فهي قابلة لإثبات العكس . ويستطيع المدين أن ينقضها بأن يثبت من جانبه أنه بالرغم من علمه بإعساره إلا أنه لم يقصد إلحاق الضرر بالدائن ، بل كان الدافع له على الترف باعثاً آخر ، كتلبية لنداء واجب أدبي ، أو حصوله على ما يقوم بحاجات المعيشة مع وثوقه أن إعساره مؤقت لا يلبث أن يزول وإن أخلفت الأيام ظنه فبقي معسراً [١] . وقد يتعاقد المدين تعاقداً يؤدى إلى إعساره وهو عالم بذلك ، وإنما يقدم على التعاقد لا غشاً وإضراراً بحقوق الدائن ، بل اعتقاداً منه أن هذا التعاقد الذي أدى إلى إعساره سيكون سبباً في ترويج أعمال وعودته إلى اليسار . ففي مثل هذه الحالة ، إذا أثبت المدين ذلك ، لا يجوز للدائن الطعن في العقد لانعدام الغش [٢] .

ولا يكفي ، مادام التصرف في معاوضة ، أن يكون هذا التصرف منطوياً على غش من المدين على النحو المتقدم الذكر ، بل يجب أيضاً أن يكون من صدر له التصرف –

---

(١) استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ١٠١ – ١٨ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٢٧ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٣٠ – ريبير في القاعدة الخلقية فقرة ١٦٩ – جوسران ٢ فقرة ٦٨٩ – والتون ٢ ص ١١٢ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٧٩٨ – ص ٧٩٩ .

(٢) أنظر في هذا المعنى الأستاذ عبد السلام ذهني في الالتزامات فقرة ٣٤٦ .

المشترى مثلا – على علم بهذا الغش . وهنا أيضاً يقيم التقنين المدني الجديد قرينة قانونية أخرى ، فيكفي أن يثبت الدائن علم من صدر له التصرف أن هذا التصرف يسبب إعسار المدين أو يزيد في إعساره ، حتى يعتبر من صدر له التصرف أنه على علم بغش المدين [1] . وعلى من صدر له التصرف ، إذا أراد أن ينقض هذه القرينة ، أن يثبت أنه، بالرغم من هذا العلم ، كان يعتقد بحسن نية أن المدين لم يكن يقصد الإضرار بدائنيه، كأن يكون التصرف الصادر من المدين ليس إلا تصرفاً مألوفاً تقتضيه صيانة تجارته أو زراعته أو صناعته [1] .

ويتبين مما تقدم أن التصرف إذا كان معاوضة وطعن فيه الدائن بالدعوى البولصية، بدأ بإثبات أن المدين قد تصرف وهو عالم بأن هذا التصرف يؤدي إلى إعساره ، وأن من صدر له التصرف يعلم ذلك أيضاً [2] . فإذا تمكن من هذا الإثبات ، فرضنا الغش في جانب المدين وفي جانب من صدر له التصرف ، حتى يثبت أي منهما أنه لم تكن عنده نية الإضرار

---

(1) مفاد المادة ١/٢٣٨ من القانون المدني أن المشرع اشترط لعدم نفاذ التصرف بعوض أن يثبت الدائن التواطؤ بين المدين وبين المتصرف إليه على الإضرار بحقوق الدائن لأن الغش من الجانبين هو من الأركان الواجب قيام دعوى عدم نفاذ التصرف عليها ، ويكفي لاعتبار الغش متوافراً أن يثبت علم كل من المدين والمتصرف إليه بإعسار المدين وقت صدور التصرف المطعون فيه ، وتقدير الدليل على التواطؤ والعلم بإعسار المدين هو من المسائل الموضوعية التي تدخل في سلطة محكمة الموضوع وحسبها أن تقيم قضاءها على أسباب سائغة تكفي لحمله .

(جلسة ١٣/٣/١٩٨٥ الطعن رقم ١١٨٦ لسنة ٥٠ ق) .

(جلسة ٨/٥/١٩٨٤ الطعن رقم ٢١٣٦ لسنة ٥٠ ق س ٣٥ ص ١٢١٣) .

(جلسة ٨/٥/١٩٧٨ الطعن رقم ٤٩٢ لسنة ٤٦ ق س ٢٩ ص ١١٨٥) .

(جلسة ٢٧/٤/١٩٧١ الطعن رقم ٣٨٤ لسنة ٣٦ ق س ٢٢ ص ٥٦٥) .

(١) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد تيسير الإثبات في الدعوى البولصية ما يأتي : " ولعل أمر الإثبات من أشق ما يصادف الدائن في الدعوى البولصية ،سواء في ذلك إثبات إعسار المدين أم إثبات التواطؤ بينه وبين من يخلفه . وقد وضع المشروع قاعدتين لتيسير مهمة الدائن في هذا الصدد : (أ) فاجتزأ من الدائن في إثبات إعسار مدينه بإقامة الدليل على مقدار ما في ذمته من ديون . فمتى أقام هذا الدليل ، كان على المدين أن يثبت أن له مالا يعادل قيمة هذه الديون على الأقل. (ب) ثم إنه جعل من مجرد علم المدين بإعساره قرينة على توافر الغش من ناحية ، واعتبر من صدر له التصرف عالماً بهذا الغش إذا كان قد علم بذلك الإعسار ... من ناحية أخرى . ويراعى أن حسن النية يفترض فيما يعقد من التصرفات العادية التي تقتضيها صيانة تجارة المدين أو زراعته أو صناعته . فمثل هذه التصرفات تقع صحيحة ، وتكون بهذه المثابة بمأمن من الطعن : أنظر المادة ١١٢ من التقنين البرازيلي " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣٢ – ص ٦٣٣) .

أنظر في هذه المسائل في التقنين المدني السابق نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ .

(٢) استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٥١ – ٩ فبراير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٠٤ – ٢٥ يناير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٠٥ .

بالدائن [1] . والإثبات من جانب الثلاثة يكون بجميع الطرق، لأن المراد إثبات واقعة مادية ، ولأن الغش يجوز إثباته بجميع طرق الإثبات [1] .

---

(1) إذا كان الحكم قد قرر أن عقد المبيع موضوع النـــزاع هو عقد صحيح ، لم يشبه البطلان ، و لم يقصد منه الإضرار بالدائنين ، لعدم توافر شروط الدعوى البولصية إذ لم يثبت إعسار المدين ، ولأن نشوء الدين كان لاحقاً لعقد المبيع ، فإن هذا الذي أورده الحكم لا يقتصر على نفي شروط الدعوى البولصية ، بل يفيد كذلك نفي مظنة الصورية على وجه الإطلاق .
(جلسة ١٠/٦/١٩٥٤ الطعن رقم ١١٩ لسنة ٢١ ق) .
(جلسة ٢٢/٥/١٩٤٦ الطعن رقم ١٤٠ لسنة ١٥ ق) .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣٢ — وقد قدمنا أن إثبات علم من تصرف له المدين بإعسار المدين قد يكون بالقرائن القضائية ، كعلاقة الزوجية أو القرابة ، فإذا اقترنت هذه القرينة بقرائن أخرى تؤيدها كان هذا دليلا على العلم بإعسار المدين (استئناف مختلط ١٥ أبريل سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٠٥ - ١٧ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٦٠ — ١١ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٨٧ — ١٨ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٢٧ — ١٥ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٢٩ — ٢٢ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٤١ — ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٥١) . أنظر أيضاً : استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٢٥ (مدين باع أملاكه لأولاده وادعى أنه قبض الثمن من أمهم) — ٩ مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٦٤ (باع المدين الأرض لقريب له يعيش معه في بيت واحد واستمرا يستغلانها معاً) — ٢١ ديسمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٦٠ (باع المدين لزوجه عقاراً ولم يتمكن الزوج من أن يثبت من أين أتت له النقود التي دفع منها الثمن ، ولم يكن في حالة مالية تسمح باحتمال وقوع هذه الصفقة له — أنظر في هذا المعنى أيضاً : (استئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٨٧ — ٢٩ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٢٧) — إسكندرية الكلية الأهلية أول سبتمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ١/١٧٨ ص ١٥٧ (باع المدين لزوجته المقيمة معه في معاش واحد كافة ما يمتلكه ، ثم بقيت الأعيان المبيعة في حيازة المدين بعد البيع). ولكن مجرد قرابة المشترى والمشترى من باطنه للبائع دون قرائن أخرى لا يكفي لإثبات سوء النية (استئناف مصر ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ١٨٧ ص ٢٣٣) . ولا يكفي كذلك مجرد علاقة الزوجية دون قرينة أخرى (استئناف أهلي ٢٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٤ ص ٨ — استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٧ ص ٢٢٧ — ٣ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٩٩).

ومن القرائن على الغش تسجيل التصرف بعد صدور الحكم بالدين ، وسرعة التصرف من المدين لمنتر ومن هذا المشترى لمشتر آخر . ولذا يعد غير نافذ شراء شخص عقار مدين بعد صدور حكم أثبت أن في ذمته ديناً ، وبعد أخذ الدائن لحق اختصاص ، ولا يمكن المشترى الثاني الادعاء أنه حسن النية بمجرد عدم ظهور تسجيلات ضد المشترى الأول ، لأن من عادة المشترى الكشف أيضاً ضد البائع لبائعه (استئناف أهلي ١٢ يناير سنة ١٩١١ الحقوق ٢٧ ص ١) . وحكم على زوج بدين ، وبعد صدور هذا الحكم باع منزلا كان يملكه ، ثم بعد ذلك بأيام اشترت زوجته أرضاً فضاء وأنشأت فيها منزلاً ، فقضت المحكمة بأن هذه الظروف تكفي للحكم بأن الأرض الفضاء اشترتها الزوجة بمال المدين وأن البناء كذلك من ماله ، وإنما جعلا باسم الزوجة هروباً من الدين (استئناف أهلي ١٠ مارس سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ٢٣٠ ص ٢١٧) . وحصول الشراء في وقت مشتبه فيه ، وشراء الشخص لأطيان في جهة بعيدة عنه لا يملك فيها شيئاً ولا —

٥٩٢ – لا يشترط غش المدين ولا سوء نية من تصرف له المدين إذا كان التصرف تبرعاً : أما إذا كان التصرف الصادر من المدين تبرعاً ، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٣٨ من التقنين المدني ، كما رأينا ، على ما يأتي : " أما إذا كان التصرف تبرعاً ، فإنه لا ينفذ في حق الدائن ، ولو كان من صدر له التبرع حسن النية ، ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشاً " .

ويتبين من هذا النص أن المدين إذا صدر منه تبرع ، كهبة مثلا ، فليس من الضروري أن يثبت الدائن غش المدين المتبرع أي علمه بإعساره ، ومن باب أولى ليس من الضروري أن يثبت علم الموهوب له بإعسار المدين . بل يكفي للنجاح في الدعوى البولصية في حالة التبرع أن يثبت الدائن أن هذا التبرع قد سبب إعسار المدين أو زاد في إعساره ، سواء كان المدين يعلم بذلك أو لا يعلم ، وسواء كان الموهوب له يعلم هو أيضاً أو لا يعلم . ويبرر هذا الحكم أن الدائن يشكو من ضرر أصابه من جراء تبرع مدينه إذا بقي هذا التبرع قائماً ، أما الموهوب له فلا يشكو إلا من فوات نفع عليه إذا أجزنا للدائن الطعن في التبرع ،والفرق واضح بين من يتوقى ضرراً ومن يبتغي نفعاً ، فالأول أي الدائن هو الأجدر بالرعاية [1] .

أما في المعاوضات فالمفاضلة بين الدائن والمشترى غيرها بين الدائن والموهوب له . إذ المشترى إنما يتوقى ضرراً كالدائن ، فقد دفع مقابلا للمدين ، فإن كان حسن النية وجب أن

= مصلحة له فيها مع علمه بالظروف الحاصل فيها البيع ، كل ذلك يعد قرينة على الغش (استئناف مصر ١٩ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ ص ٢٦٧ رقم ١٤٧) . لكن مجرد علم الغير بأن المدين له دائنون ، وأنهم يطالبون بحقوقهم ، لا يكفي (والتون ٢ ص ١١٦) .

وإذا كان النائب سيئ النية وتعامل مع مدين معسر متواطئ معه ، فذلك كاف لاستعمال الدعوى البولصية حتى لو كان الأصيل حسن النية (والتون ٢ ص ١١٧ – الوسيط جزء أول فقرة ٨٦ ص ١٩٣) .

ويجب أن يبين طالب التحقيق في الدعوى البولصية الوقائع التي يريد إثباتها للتدليل على سوء نية المشترى ، لا أن يكتفي بإظهار استعداده لإثبات سوء النية دون أن يوضح وقائع معينة (استئناف أهلي ٩ ديسمبر سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٣/٣٢٧ ص ١٨٣) .

ووجود التواطؤ في الدعوى البولصية مسألة موضوعية لا رقابة لمحكمة النقض عليها (نقض مدني ١٩ يناير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٤١٩ ص ٨٥٠) .

(١) هالتون ١ ص ٣٤٣ – والتون ٢ ص ١١٧ – ص ١١٨ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٢ هامش رقم ١ .

ويلاحظ أن الموهوب له إذا كان حسن النية ، فلا يسترد منه الدائن إلا بمقدار ما اغتنى به من وراء هذا التبرع ، ويكسب الموهوب له ثمرات الشيء الموهوب مادام قد قبضها وهو حسن النية وفقاً للقواعد العامة (ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٥٨ – هيك ٧ فقرة ٢٢١ – بودري وبارد ١ فقرة ٦٦١ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٢ هامش رقم ١) .

يفضل على الدائن مادام هذا لم يحتط لنفسه فيحصل على ضمان خاص لاستيفاء حقه ، وإن كان المشترى سيئ النية فضل عليه الدائن [1] .

وقد كان هذا هو أيضاً الحكم في التقنين المدني السابق [2] .

أما في فرنسا فالغش في جانب المدين شرط في الدعوى البولصية ، سواء التصرف المطعون فيه معاوضة أو تبرعاً [3] . ولكن إذا كان التصرف معاوضة ، اشترط أيضاً الغش

---

(١) أنظر نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٢ هامش رقم ٢ وأحكام القضاء المصري والفرنسي المشار إليها في هذا المرجع .

(٢) أنظر مناقشة مواد التقنين المدني السابق ، في نصوصها العربية والفرنسية ، لاستخلاص التمييز بين المعاوضة حيث يشترط غش المدين والتبرع حيث لا يشترط هذا الغش ، وأخذ الفقه والقضاء بهذا التمييز في عهد التقنين المدني السابق : نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠١ هامش رقم ٢ . وأنظر في تأكيد هذا المعنى : نقض مدني ٢٧ مايو سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٥٩ ص ١٦٩ — ومع ذلك قارن : استئناف مختلط ١١ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢١٦ .

(٣) وقد كان هناك رأي في فرنسا يذهب إلى أن التبرع لا يشترط فيه الغش في جانب المدين ، لأن التبرع في ذاته قرينة على الغش (ديفر جييه على توليبه ٣ فقرة ٣٥٤ هامش رقم ١ — أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ٢٠٢) .

ويستند أصحاب هذا الرأي بوجه خاص إلى أن التقنين المدني الفرنسي ذكر ثلاث أحوال يتنازل فيها المدين عن حقه دون مقابل ، فيسمح للدائن بالطعن في هذا التنازل دون أن يشترط سوء نية المدين ، بل اقتصر النص على اشتراط وجود ضرر للدائن من هذا التنازل . وهذه الأحوال هي : (أ) المادة ٦٢٢ مدني فرنسي المتعلقة بتنازل المدين عن حق الانتفاع . (ب) المادة ٧٨٨ مدني فرنسي المتعلقة بتنازل الوارث عن الميراث . (ج) المادة ١٠٥٣ مدني فرنسي المتعلقة بتنازل الموهوب له عن الهبة لمن يحل بعده فيها . وقد استخلصوا من ذلك ، ومن أن مشروع التقنين المدني الفرنسي كان يتضمن نصاً يشترط الغش في هذه الأحوال ثم حذف ، إن تنازل المدين عن حقه دون مقابل يجوز فيه الطعن حتى لو لم يوجد هناك غش في جانب المدين ، مادام هذا التنازل ضاراً بحقوق الدائن . ثم عمموا هذه القاعدة فجعلوها تشمل جميع التبرعات ، سواء كانت في صورة تنازل أو في أية صورة أخرى . وهناك من الفقهاء من يقصر القاعدة على التنازل دون غيره من التبرعات (ديرانتون ١٠ فقرة ٥٧٨ — كولميه دي سانتير ٥ فقرة ٨٢ مكررة — فيجييه ٢ فقرة ١٢٥٠) .

ولكن هذا الرأي لم يسد لا في الفقه ولا في القضاء (ديمولومب ٢٥ فقرة ١٩٢ — لوران ١٦ فقرة ٤٤٣ — بوردي وبارد ١ فقرة ٦٥٨ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٣١ — ديموج ٨ فقرة ١٠٣٣ ص ٤٠٩ — نقض فرنسي ٢١ ديسمبر سنة ١٨٥٩ داللوز ٦١ — ١ — ٢١٥ — ١١ نوفمبر سنة ١٨٧٨ سيريه ٨٠ — ١ — ٢٨) . والرأي السائد هو اشتراط غش المدين حتى في التبرعات . ويرد أنصار هذا الرأي على أنصار الرأي الأول بأنه إذا كان المشرع الفرنسي قد أغفل شرط الغش في الأحوال الثلاث التي أشير إليها ، فحذفه بعد ذكره ، فلأنه لم يكن قد اتخذ لنفسه موقفاً في هذه المسألة . فإذا ما وصل إلى المادة ١١٦٧ — وهي النص الأساسي في الموضوع — نراه اتخذ موقفاً واضحاً إذ اشترط الغش بعبارة مطلقة ، ولم يميز بين المعاوضة والتبرع ، أو بين التنازل وغيره . ثم لما عرضت له حالة من أحوال التنازل بعد أن أورد المادة ١١٦٧ — وهي حالة تنازل الزوجة عن حقها في الروكية (م ١٤٦٤) — إذا به يشترط صراحة فيها الغش (بودري وبارد ١ فقرة ٦٥٩ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٣١) .

في جانب من صدر له التصرف . أما إذا كان التصرف تبرعاً ، لم يشترط الغش في جانب من صدر له التبرع ، ويكفي غش المدين .

٥٩٣ – خلف الخلف : وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٢٣٨ من التقنين المدني ، كما رأينا ، على أنه " إذا كان الخلف الذي انتقل إليه الشيء من المدين قد تصرف فيه بعوض إلى خلف آخر ، فلا يصح للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف إلا إذا كان الخلف الثاني يعلم غش المدين وعلم الخلف الأول بهذا الغش إن كان المدين قد تصرف بغرض ، أو كان هذا الخلف الثاني يعلم إعسار المدين وقت تصرفه للخلف الأول إن كان المدين قد تصرف له تبرعاً ".

ويستخلص من هذا النص أن هناك فرضين يجب التمييز بينهما :

(الفرض الأول) أن الخلف الذي انتقل إليه شيء من المدين قد تصرف فيه لخلف ثان تبرعاً . ففي هذا الفرض لا يشترط سوء نية الخلف الثاني ، لأنه إنما يبتغي نفعاً ولا يتوقى ضرراً كما قدمنا . فإذا كان الخلف الأول قد تلقى التصرف هو الآخر تبرعاً ، فلا تشترط سوء نيته ولا غش المدين كما سبق القول . أما إذا كان الخلف الأول قد تلقى التصرف معاوضة ، فيشترط إثبات غش كل من المدين وهذا الخلف الأول على النحو الذي قدمناه .

(الفرض الثاني) أن الخلف الذي انتقل إليه الشيء من المدين قد تصرف فيه لخلف ثان معاوضة ، وهذا هو الفرض الذي ورد فيه النص المتقدم الذكر .

فإن كان المدين قد تصرف معاوضة أيضاً للخلف الأول ، فلا يكفي أن يثبت الدائن غش كل من المدين والخلف الأول ، بل يجب أيضاً أن يثبت غش الخلف الثاني ، فيثبت أن الخلف الثاني علم أمرين : (١) غش المدين (٢) وعلم الخلف الأول بغش المدين [1] . وفي

---

(١) وذلك " حتى لا يكون عقد الخلف الثاني معرضاً للطعن فيه إلا إذا كان الخلف الثاني عالماً بعيب التصرف الأول من جهة المدين ومن جهة الخلف الأول " (أنظر تاريخ نص المادة ٢٣٨ آنفاً فقرة ٥٦٩ في الهامش) .
أنظر استئناف أهلي ١٤ أبريل سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ٢٥٧ ص ٢٤٤ – بني سويف الكلية ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٩ المجموعة الرسمية ١ ص ٣٣١ – مصر الكلية ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٠٤ المجموعة الرسمية ٦ رقم ٢١ ص ٤٣ – استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٤ .
ولكن إذا باع المشترى العين بعد أن رفعت عليه الدعوى البولصية وصدر الحكم فيها وسجل ، فلا ضرورة لإثبات سوء نية المشترى الثاني (استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٧٠ – ٢ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٧٥ – ٣ يونية سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٥٧) . ويلاحظ أنه قد يتواطأ المدين مع آخر، ولكن بدلا من أن يبيع له العين مباشرة ، يبيعها لشخص حسن النية ، وهذا الشخص يبيعها للمتواطئ مع المدين ، ففي هذه الحالة يكفي تواطؤ المدين مع المشترى من المشترى وإن كان المشترى الأول حسن النية (ديمولومب ٢٥ فقرة ١٩٩ – أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ٢٠٥ وهامش رقم ٢٣ – بودري وبارد ١ فقرة ٦٦٧ ص ٦٧٨ هامش رقم ٢) .

هذا الحكم تخرج الدعوى البولصية على القواعد العامة . فقد كان مقتضى تطبيق هذه القواعد أنه متى أمكن النجاح في الدعوى البولصية بالنسبة إلى الخلف الأول ، انتزع الشيء من يد الخلف الثاني دون حاجة إلى إثبات سوء نيته ، لأنه لم يكن في وسع الخلف الأول أن ينقل إلى الخلف الثاني أكثر مما له [1] . ولكن المبررات التي قامت لحماية الخلف الأول وتفضيله على الدائن إذا كان حسن النية تقوم هي نفسها لحماية الخلف الثاني وتفضيله على الدائن إذا كان هو — دون الخلف الأول — حسن النية [2] .

---

(١) فالقواعد العامة كانت تقضي إذن بالاقتصار على اشتراط الغش في جانب المدين والمشترى دون المشترى من المشترى ، وقد ذهب في فرنسا بعض الفقهاء والمحاكم إلى هذا الرأي (لوران ١٦ فقرة ٤٦٥ — فقرة ٤٦٦ — ديفرجييه على توليبه ٣ فقرة ٢٥٢ ص ٢٢٧ هامش رقم ١ — محكمة استئناف أميان ٢٦ مارس سنة ١٨٢٥ سيريه ٢٥ — ٢ — ٤١٧ — محكمة استئناف ليون ٢٣ يناير سنة ١٨٦٣ داللوز ٦٦ — ١ — ١٦٥) . ولكن جمهور الفقهاء والمحاكم نزلوا عند تقاليد الدعوى البولصية ، وكان القانون الروماني يشترط غش المشترى من المشترى (ديرانتون ١٠ فقرة ٥٨٢ — فقرة ٥٨٣ — دمولومب ٢٥ فقرة ٢٠٠ — هيك ٧ فقرة ٢٢٣ — ماركاديه ٤ فقرة ٤٩٩ مكررة — لاروميير ٢ م ١١٦٧ ص ٤٦ — أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ٢٠٥ — بودري وبارد ١ فقرة ٦٦٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٥٩ — نقض فرنسي ٢٤ مارس سنة ١٨٣٠ سيريه ٣٠ — ١ — ٢٥٢ — ٢ فبراير سنة ١٨٥٢ داللوز ٥٢ — ١ — ٤٩) .

وفي مصر نزل الفقه والقضاء على تقاليد الدعوى البولصية واشترط الغش في جانب المشترى من المشترى : دي هلتس ١ في الدعوى البولصية فقرة ٢٩ — هالتون ١ ص ٣٤٤ — ص ٣٤٥ — والتون ٢ ص ١٢١ — ص ١٢٢ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٧ — استئناف أهلي ١٤ أبريل سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ ص ٢٤٤ — بني سويف ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٩ المجموعة الرسمية ١ ص ٣٣١ — استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٧٠ .

أنظر عكس ذلك في عهد التقنين المدني السابق : استئناف مختلط ٦ نوفمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٣ — ١٣ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٩٢ ، وتعليق الأستاذ جبرييل بسطوروس في التعليقات على التقنين المدني المختلط م ٢٠٤ ص ٤٠٦ هامش رقم ١ . وأنظر دفاعاً طيباً عن القاعدة التقليدية في دي هلتس ١ الدعوى البولصية فقرة ٣٠ — هذا وقد نص التقنين المدني الجديد (م ٢٣٨) على القاعدة التقليدية صراحة كما رأينا، فأصبح لهذه القاعدة سند تشريعي ، و لم تعد بذلك محلا للخلاف (أنظر في كل ذلك نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٧ هامش رقم ١) .

(٢) وإذا فرض أن المدين باع عقاراً ، وأثبت الدائن الغش في جانبه وجانب المشترى معاً ، ولكن شفيعاً أخذ هذا العقار بالشفعة ، فهل يجب على الدائن أن يثبت غش الشفيع كذلك ؟ إذا اعتبرنا أن الشفيع تلقى الحق عن المشترى ، فإنه يجب إثباته غشه أيضاً . ولكن من القواعد المقررة في الشفعة أن الشفيع يتلقى الحق عن البائع مباشرة ولا يتلقاه عن المشترى ، فلمسنا إذن في صدد مشتر ثانٍ من المشترى الأول . لذلك لا نرى اشتراط غش الشفيع — وهو يكاد يكون مستحيلا عملا — ويكفي غش المشترى. والأولى أن يقال أن البيع الذي كان سبباً في الأخذ بالشفعة لا ينفذ أثره بالنسبة إلى الدائن ، فلا تنفذ الشفعة في حقه ، وتبقى قائمة ما بين البائع والمشترى والشفيع . ومن ثم ينفذ الدائنون بحقوقهم على العقار المشفوع فيه ، ويجوز للشفيع بعد ذلك أن يستبقي في يده ما عسى أن يبقى من العقار ويرجع بضمان الاستحقاق الجزئي على البائع (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٢ هامش رقم ٢) .

أما إذا كان المدين قد تصرف تبرعاً للخلف الأول ، فقد قدمنا أن الدائن ليس مكلفا بائبات سوء نية المدين ولا سوء نية الخلف الأول . ولكن مادام الخلف الأول قد تصرف معاوضة للخلف الثاني ، فإنه يجب على الدائن أن يثبت ، حتى ينجح في الدعوى البولصية قبله . علم هذا الخلف الثاني بإعسار المدين . فإذا كان الخلف الثاني حسن النية، فإن يفضل على الدائن ، لأنه دفع مقابلا فهو يتوقى ضرراً كالدائن كما تقدم القول [1] .

ويلاحظ أن الدائن ، في هذا الفرض الثاني وفي حالتيه ، قد ينجح في الدعوى البولصية في مواجهة الخلف الأول دون الخلف الثاني . وعند ذلك يعتبر تصرف المدين للخلف الأول غير نافذ في حق الدائن ، أما تصرف الخلف الأول للخلف الثاني فنافذ ، ومن ثم يستطيع الدائن التنفيذ بحقه على العوض الذي التزم به الخلف الثاني للخلف الأول ، وشاركه في ذلك — إلى جانب سائر دائني المدين — جميع دائني الخلف الأول مشاركة الغرماء [2] .

٥٩٤ — التمييز بين المعاوضات والتبرعات : ولما كان التمييز بين المعاوضات والتبرعات له أهمية كبرى في الدعوى البولصية لما قدمناه ، فإننا نستعرض هنا بعض حالا يدق فيها هذا التمييز :

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣٢ — ويلاحظ أن هذه الحالة من الفرض الثاني صعبة التصور عملا ، فما دام الموهوب له حسن النية ، فيبعد أن يكون المشترى من الموهوب له سيئ النية . ومع ذلك تتحقق هذه الحالة في فرنسا في المهر (dot) ، فقد يهب أب معسر لابنته مهراً وهي حسنة النية لا تعلم بإعسار أبيها ، وتعطى البنت المهر لزوجها وهو سيئ النية متواطئ مع الأب . ولا تتحقق هذه الحالة عملا في مصر إلا إذا كان كل من المدين والموهوب له سيئ النية ، فعندئذ إما أن يكون المشترى من الموهوب له حسن النية فلا يجوز للدائن رفع الدعوى البولصية، وإما أن يكون سيئ النية فيجوز للدائن ذلك (دي هلتس ١ في الدعوى البولصية فقرة ٣٨ — فقرة ٣٩) .

(٢) استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٤ — وقد قيل في الاعتراض على القاعدة التقليدية إنها تيسر سبيل التهرب من الدعوى البولصية ، ويكفي لذلك أن يبادر المشترى المتواطئ مع المدين إلى بيع العين لمشتر ثان حسن النية ، فيعجز الدائن عن رفع الدعوى البولصية على المشترى من المشترى (بودري وبارد ١ فقرة ٦٦٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٥٩) . وما قدمناه يصلح رداً على هذا الاعتراض ، فإن الدائن في هذه الحالة يستطيع رفع الدعوى البولصية على المدين والمشترى ، ويجب أن يرد المشترى الثمن الذي أخذه من المشترى الثاني — أو قيمة العين إن كانت أكبر من الثمن — لينفذ عليه الدائن بحقه . وكذلك الأمر لو وهب المدين العين ثم باعها الموهوب له لمشتر حسن النية ، فإن الدائن يرفع الدعوى البولصية على المدين والموهوب له ولو كان كل منهما حسن النية ، دون المشترى من الموهوب له إذ هو حسن النية ، وينفذ بحقه على الثمن الذي دفعه المشترى للموهوب له (استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٤ — وأنظر في القانون الفرنسي ، مع ملاحظة اشتراط سوء نية المدين دون الموهوب له ، بودري وبارد ١ فقرة ٦٦٨) .

(١) عقود المعاوضة إذا انطوت على غبن فاحش، كما لو باع المدين عيناً بربع ثمنها، قد تبدو أنها من قبيل التبرع . ولكن الصحيح أنها تبقى عقود معاوضة، ويشترط فيها الغش، ما لم يكن الثمن تافهاً غير جدي فيكون العقد تبرعاً لا يشترط فيه الغش . أما إذا كان الثمن جدياً ولكن انطوى على غبن فاحش ، فقد يقوم هذا الغبن الفاحش ذاته قرينة على الغش [١] .

(٢) يعتبر الإقراض دون فائدة تبرعاً ، أما الإقراض بفائدة فيعتبر معاوضة .

(٣) هناك عقود تكون تبرعاً من ناحية أحد المتعاقدين ، ومعاوضة من ناحية المتعاقد الآخر . مثل ذلك الكفالة ، شخصية كانت أو عينية ، فهي تبرع من جهة الكفيل إذا لم يأخذ عوضاً لا من المدين ولا من الدائن ، وهي معاوضة من جهة الدائن . والعبرة في هذه الحالة بجانب المعاوضة ، فإذا رفع دائن الكفيل الدعوى البولصية للطعن في عقد الكفالة — وهو عقد يزيد في التزامات الكفيل الشخصي وينتقص من حقوق الكفيل العيني — وجب عليه أن يثبت غش كل من الكفيل والدائن .

(٤) هناك عقود ليست تبرعات خالصة ، بل يدخل فيها عنصر المعاوضة . مثل ذلك هبة تصدر من شخص اعترافاً بجميل أسداه إليه الموهوب له (donation rémunératoire)، فهذه الهبة هي في حقيقتها معاوضة قل أن تدخلها نية الغش ، فلا يجوز الطعن فيها بالدعوى البولصية . على أننا لو فرضنا أن المدين كان مدفوعاً في هبته ، إلى جانب الاعتراف بالجميل، بنية الإضرار بدائنيه فبالغ في قيمة الهبة ، فإنه يجوز الطعن في التصرف بالدعوى البولصية ، ولكن يشترط هنا إثبات الغش . مثل ذلك أيضاً الهبة بعوض ، فإنه يجب اعتبار العقد معاوضة لا سيما إذا التزم الموهوب له بدفع العوض للغير، ومن ثم يجب لاستعمال الدعوى البولصية إثبات الغش [٢] . ومثل ذلك أخيراً عقد المهر في القانون الفرنسي ، فإن القضاء في فرنسا يعتبره عقد معاوضة فيستلزم إثبات الغش في جانب المدين الذي قدم المهر وفي جانب كل من الزوجين [٣] ، أما الفقه الفرنسي فيعتبره تبرعاً يكفي فيه — في القانون الفرنسي — إثبات غش المدين الذي قدم المهر [٤] . وفي الشريعة الإسلامية المهر مبلغ من المال يعطيه الزوج لزوجته ، وفيه معنى المقابل لحل الاستمتاع ، ولذلك يسقط نصف المهر بعدم الدخول . ومن هذا نرى اعتبار المهر معاوضة ، فيجب على دائن الزوج أن يثبت

---

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٣٦ .

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٣١ .

(٣) نقض فرنسي ١٦ نوفمبر سنة ١٩١٠ داللوز ١٩١١ — ١ — ٥٠٠ .

(٤) بودري وبارد ١ فقرة ٦٧١ — فقرة ٦٨٠ .

تواطؤ الزوج مع زوجته على الزيادة في مهرها زيادة فاحشة بقصد الإضرار بحقوق الدائن . أما الهدايا التي يقدمها الخطيب لخطيبته والزوج لزوجته فنرى اعتبارها من قبيل التبرعات ، فلا يشترط فيها إثبات الغش. وأما ما قد يقدمه والد الزوجة أو أحد أقاربها من المعونة المالية لتجهيزها فيمكن أن يعد وفاء لالتزام طبيعي ، لا يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية إلا إذا ثبت الغش بأن جاوزت المعونة الحد المألوف وزاد الجهاز على جهاز المثل [1] .

المبحث الرابع

التقادم في الدعوى البولصية

٥٩٥ – تقادم الدعوى البولصية في التقنين المدني السابق وفي التقنين المدني الفرنسي :

لم يكن هناك نص خاص في التقنين المدني السابق في صدد تقادم الدعوى البولصية . لذلك لم يكن هناك خلاف في تقادم هذه الدعوى بخمس عشر سنة، شأنها في ذلك شأن سائر الدعاوى التي لم يرد في أمر تقادمها نص خاص [2] . وكانت

---

(١) أنظر في ذلك نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٨ هامش رقم ١ – وأنظر في المهر من حيث إنه معاوضة أو تبرع في القانون الفرنسي ديموج ٧ فقرة ١٠٣٨ – فقرة ١٠٤٣ مكررة . وأنظر : استئناف مختلط ٣١ مارس سنة ١٩٣٠ م ٣٢ ص ٢٤٥ – ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٣٢ ص ٢٨٧ – وأنظر أيضاً المادة ٢٢٩ من التقنين التجاري .

الدعوى البولصية في القانون التجاري : والدعوى البولصية في القانون التجاري لها صورتان : (١) صورة مماثلة لصورتها في القانون المدني ، وتنص عليها المادتان ٢٢٩ – ٢٣٠ من التقنين التجاري (السابق) ، وهي نصوص تتفق في جوهرها مع نصوص التقنين المدني الجديد ، وتفوق في الدقة نصوص التقنين المدني السابق (أنظر : نقض مدني ١٠ أكتوبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٢ ص ٤٩ – استئناف مختلط ١٤ يونية سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٣٢٥) . (٢) وصورة أخرى مقصورة على تصرفات التاجر المفلس منذ شهر إفلاسه وقبل ذلك بقليل ، وتنص عليها المادتان ٢٢٧ – ٢٢٨ من التقنين التجاري . والذي يميز هذه الصورة الأخرى أن القانون فيها يفترض الغش في جانب المدين ، فلا يكلف الدائنين ولا السنديك بإثباته ، ولا يسمح للمدين بنفيه عنه ، مادام التصرف قد صدر من المدين في وقت غير سابق على تاريخ توقفه عن الدفع بأكثر من عشرة أيام (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٧٩٧ هامش رقم ١) .

(٢) استئناف أهلي ٢٥ يوليه سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ٣/١٦٢ ص ٤٨٣ (ويقرر الحكم أن الوقف له حق التمسك بسقوط الدعوى بالتقادم باعتباره شخصاً أدبياً ، وذلك في حالة الوقف إضراراً بالدائنين) – دي هلتس ١ في الدعوى البولصية فقرة ٥٤ – والتون ٢ ص ١٦٢ – الأستاذ عبد السلام ذهني في الالتزامات فقرة ٣٦٠ – مذكرات الأستاذ محمد صادق فهمي فقرة ٥١٨ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤٠) .

المدة تسرى من وقت صدور التصرف من المدين لا من وقت علم الدائن بالتصرف ، لأن سبب الدعوى قد وجد منذ صدور التصرف [1] .

ولا يوجد كذلك في التقنين المدني الفرنسي نص خاص بتقادم الدعوى البولصية . وجمهور الفقهاء في فرنسا ، سواء منهم من كيف الدعوى بأنها دعوى تعويض ومن كيفها بأنها دعوى بطلان ، يقولون بأن الدعوى البولصية تسقط كسائر الدعاوى بثلاثين سنة ، لا بعشر سنوات وهي المدة التي تسقط بانقضائها دعاوى البطلان في القانون الفرنسي [2] .

٥٩٦ – تقادم الدعوى البولصية في التقنين المدني الجديد : وقد رأينا أن التقنين المدني الجديد قد استحدث نصاً في تقادم الدعاوى البولصية ، فقضت المادة ٢٤٣ بأن " تسقط بالتقادم دعوى عدم نفاذ التصرف بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف ، وتسقط في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذي صدر فيه التصرف المطعون فيه " [1] .

---

(١) دي هلتس ١ في الدعوى البولصية فقرة ٥٥ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤٠ – وأنظر : ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٤٢ – بودري وبارد ١ فقرة ٧٣٠ .

(٢) لوران ١٦ فقرة ٤٦٧ – فقرة ٤٦٩ – ديمولومب ٢٥ فقرة ٣٤٠ – فقرة ٢٤٤ – هيك ٧ فقرة ٢٢٩ – أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ٢١٥ – ص ٢١٦ – بودري وبارد ١ فقرة ٧٢٩ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٦ – كولان وكابيتان وموراندييز ٢ فقرة ٤٥٤ – جوسران ٢ فقرة ٧٠٥ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٤٤٤ –جروبيه فقرة ٢٥٩ – ديموج ٧ فقرة ١١٠٩ – وقد ذكرنا أن الفقهاء الذين يذهبون إلى أن الدعوى البولصية دعوى بطلان يجعلونها مع ذلك تسقط بثلاثين سنة لا بعشر سنوات ، ويعلل الأستاذان بودري وبارد ذلك بأن سقوط دعوى البطلان بعشر سنوات مبني على إجازة ضمنية . والإجازة الضمنية لا تتصور في الدعوى البولصية (بودري وبارد ١ فقرة ٧٢٦ ص ٧٤٧ وهامش رقم ٢) . ولا نرى هذا التعليل وجيهاً ، فإن للدائن أن يتنازل عن الدعوى البولصية ، إذ ليست هذه الدعوى من النظام العام ، ولم تتقرر إلا لمصلحة الدائن ، ولا يخفى أن تنازل الدائن عن الدعوى إنما هو بمثابة إجازة ضمنية لتصرف المدين . والأدق أن يقال إن الدائن ، وهو من الغير ، يقر التصرف (ratifer) لا يجيزه (confirmer) (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤٠ ص ٨١٤ هامش رقم ١) .

على أن هناك من الفقهاء الفرنسيين من يتقيد بمنطق البطلان فيجعل الدعوى تسقط بعشر سنوات (ديرانتون ١٠ فقرة ٥٨٥) . وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني (الفقرة الأخيرة من المادة ٢٧٨) تسقط الدعوى البولصية بعشر سنوات .

(1) مفاد نص المادة ٢٤٣ من القانون المدني أن الدعوى البولصية تسقط بأقصر المدتين ، الأولى ثلاث سنوات تبدأ من تاريخ علم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف في حقه لأن الدائن قد يعلم بالتصرف ولا يعلم بما يسببه من إعسار للمدين أو بما ينطوي عليه من غش إذا كان من المعاوضات ، والثانية خمس عشرة سنة من الوقت الذي صدر فيه التصرف ومن ثم فإنه على من يتمسك بالتقادم الثلاثي المشار إليه أن يبين علم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف وتاريخ هذا العلم لتبدأ منه مدة ذلك التقادم . =

ونرى من ذلك أن التقنين المدني الجديد جعل مدة تقادم الدعوى البولصية معادلة لمدة تقادم دعاوى البطلان والدعاوى الناشئة عن العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب، وإن كانت الدعوى البولصية ليست بدعوى بطلان كما سيجيء . وقد نزل التقنين الجديد بمدة التقادم إلى ثلاث سنوات حتى لا يبقى مصير التصرف الصادر من المدين معلقاً مدة طويلة . وقد كان المشروع التمهيدي يجعل مدة التقادم سنة واحدة ، ولكن لجنة مجلس الشيوخ رفعت هذه المدة إلى ثلاث سنوات " توخياً للتيسير " [1] . وتسرى مدة الثلاث السنوات من وقت علم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف ، " لأن الدائن قد يعلم بصدور التصرف ، ولكن لا يعلم بالأسباب التي تستتبع عدم نفاذه في حقه " [2] . فيجب إذن ، لسريان هذه المدة القصيرة ، أن يعلم الدائن ، لا بصدور التصرف المطعون فيه من مدينه فحسب بل يعلم أيضاً بإعسار مدينه وبالغش الواقع من هذا المدين ومن خلفه إن كان هناك موجب لذلك ، وفقاً للقواعد التي سبق ذكرها [3] .

وقد لا يعلم الدائن بكل ذلك إلا بعد صدور التصرف بمدة طويلة . فإذا زادت هذه المدة على اثنتي عشرة سنة، ثم تركنا بعد ذلك للدائن ثلاث سنوات لرفع الدعوى ، فإن مدة التقادم على هذا الحساب تزيد على خمس عشرة سنة من وقت صدور التصرف . لذلك قضت المادة ٢٤٣ مدني ، كما رأينا ، أن الدعوى البولصية " تسقط في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذي صدر فيه التصرف المطعون فيه " . ففي الحالة المتقدمة الذكر ، وهي حالة ما إذا لم يعلم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف إلا بعد مدة تزيد على اثنتي عشرة سنة ، تتقادم الدعوى بانقضاء خمس عشر سنة من وقت صدور التصرف [4] .

= (جلسة ١٩٧٩/١٢/٦ الطعن رقم ٤١٣ لسنة ٤٦ ق س ٣٠ ع ٣ ص ١٧١) .
(جلسة ١٩٧٧/١/١١ الطعن رقم ٦٣٦ لسنة ٤٢ ق س ٢٨ ص ١٩٤) .
(جلسة ١٩٦٨/٢/٢٩ الطعن رقم ٣٢٢ لسنة ٣٤ ق س ١٩ ص ٤٦٠) .

(١) أنظر تاريخ نص المادة ٢٤٣ آنفاً فقرة ٥٦٩ في الهامش .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣٥ — وأنظر تاريخ نص المادة ٢٤٣ آنفاً فقرة ٥٦٩ في الهامش .

(٣) ويترتب على ذلك أنه إذا علم الدائنون بسبب عدم نفاذ التصرف في تواريخ مختلفة ، سرى بالنسبة إلى كل منهم تقادم مدته ثلاث سنوات من تاريخ علمه . غير أن الدعوى تتقادم في كل حال ، بالنسبة إليهم جميعاً، بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور التصرف المطعون فيه (أنظر الأستاذ محسن شفيق في الإفلاس فقرة ٦٨) .

(٤) وإذا كانت الدعوى البولصية تسقط بالتقادم المسقط ، فإن من تلقى الحق عن المدين لا يتصور فيه أن يكسب الحق بالتقادم المكسب . وذلك لأنه مالك بموجب التصرف الصادر من المدين ، وهذا التصرف يبقى قائماً فيما بينه وبين المدين بالرغم من نجاح الدعوى البولصية ، فلا حاجة إذن وقد كسب الحق بهذا =

٥٩٧ – تنازع التقنين الجديد مع التقنين السابق في الزمان : ويخلص مما قدمناه أن الدعوى البولصية كانت في التقنين المدني السابق تسقط بخمس عشرة سنة من وقت صدور التصرف ، وتسقط الآن في التقنين المدني الجديد بثلاث سنوات من وقت علم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف بحيث لا تزيد المدة في كل حال على خمس عشرة سنة . فتكون مدة التقادم في التقنين الجديد أقصر منها في التقنين القديم . وقد نصت المادة الثامنة من التقنين المدني الجديد في هذا الصدد على ما يأتي : " ١ – إذا قرر النص الجديد مدة للتقادم أقصر مما قرره النص القديم ، سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد، ولو كانت المدة القديمة بدأت قبل ذلك . ٢ – أما إذا كان الباقي من المدة التي نص عليها القانون القديم أقصر من المدة التي قررها النص الجديد، فإن التقادم يتم بانقضاء هذا الباقي ".

ويتبين من ذلك أنه إذا كان في يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ قد وجد ، وفقاً للتقنين السابق ، تقادم لم يكتمل بالنسبة إلى تصرف يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية، وجب أولا أن نحسب مدة التقادم وفقاً للتقنين الجديد . فإذا فرض أن هذا التصرف قد صدر من المدين في أول أكتوبر سنة ١٩٤٠ ، ولكن الدائن لم يعلم بسبب عدم نفاذه إلا في أول أكتوبر سنة ١٩٥٠ ، فإن التقادم يكتمل وفقاً للتقنين السابق في أول أكتوبر سنة ١٩٥٥ ، ويكتمل وفقاً للتقنين الجديد في أول أكتوبر سنة ١٩٥٣ ، فتكون العبرة بالتقادم الذي يتم وفقاً للتقنين الجديد لأنه يتم أولا .

أما إذا كان الدائن لم يعلم بسبب عدم نفاذ التصرف إلا في أول أكتوبر سنة ١٩٥٤، فإن التقادم يكتمل دائماً وفقاً للتقنين السابق في أول أكتوبر سنة ١٩٥٥ ، ولكنه

= التصرف أن يكسبه بالتقادم (أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٣ هامش رقم ٤٥ – بودري وبارد ١ فقرة ٧٢٧ – فقرة ٧٢٨) .

ويترتب على ذلك أن الدائن يستطيع أن يرفع الدعوى البولصية على خلف المدين ، ولو بقي هذا واضعاً يده على العين مدة التقادم المكسب ، مادامت الدعوى البولصية نفسها لم تسقط بالتقادم (استئناف مختلط ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٩٦ . الأستاذ عبد السلام ذهني في الالتزامات فقرة ٣٦٠) . ويمكن أن تتم مدة التقادم المكسب ، إذا كانت خمس سنوات فقط ، قبل أن تتم مدة التقادم المسقط للدعوى البولصية وهي تزيد في بعض الأحوال ، تبعاً لمبدأ سريانها ، على خمس سنوات (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤٠ ص ٨١٤ هامش رقم ٤) .

هذا وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ، في صدد تقادم الدعوى البولصية ، ما يأتي : " ويراعى أن للدائنين الأخر أن يتمسكوا بالتقادم الحولي (عدلت المدة إلى ثلاث سنوات) قبل الدائن الطاعن " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣٤) . والمقصود بالدائنين الأخر دائنو المتصرف إليه ، لأن لهم مصلحة في هذا التمسك حتى لا ينفذ الدائن الطاعن على العين التي انتقلت إلى المتصرف إليه فأصبحت في ضمانهم العام .

يكتمل وفقاً للتقنين الجديد في أول أكتوبر سنة ١٩٥٧ . فتكون العبرة هنا بالتقادم الذي يتم وفقاً للتقنين السابق لأنه هو الذي يتم أولا ، وتتقادم الدعوى البولصية في هذه الحالة في أول أكتوبر سنة ١٩٥٥ .

الفرع الثاني

الآثار التي تترتب على الدعوى البولصية

٥٩٨ – النصوص القانونية: تنص المادة ٢٤٠ من التقنين المدني على ما يأتي:

" متى تقرر عدم نفاذ التصرف استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف إضراراً بهم " .

وتنص المادة ٢٤١ على ما يأتي :

" إذا كان من تلقى حقاً من المدين المعسر لم يدفع ثمنه ، فإنه يتخلص من الدعوى متى كان هذا الثمن هو ثمن المثل وقام بإيداعه خزانة المحكمة " (١) .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٤٠ : ورد هذا النص في المادة ٣١٩ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . وقد وافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٤٧ من المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، وفي لجنة مجلس الشيوخ اعترض على النص بأنه يخالف حكم التقنين المدني السابق ، وكان حكماً أفضل إذ بمقتضاه لا يستفيد من عدم نفاذ التصرف إلا الدائن الذي حكم له ، وذلك لتشجيع الدائنين على مباشرة دعوى نفاذ التصرف . أما إذا كان الدائنون جميعاً يستفيدون من آثار هذه الدعوى ، فقلما ينشط دائن بالذات لمباشرتها . فرد على هذا الاعتراض بأن الأساس القانوني يتفق مع النص المقترح ، لأن الغرض من هذه الدعوى بقاء الأموال المتصرف فيها في الضمان العام للدائنين ، فلا معنى لأن يختص بفائدتها دائن دون آخر ، لأن في ذلك إعطاء حق امتياز لأحد الدائنين بغير نص أو حكم ، وعدم مباشرة هذه الدعوى من قبل بعض الدائنين قد يرجع إلى عدم علمهم بالتصرف أو بإعسار المدين ، والدائن مباشر الدعوى سيعوض عن جميع المصروفات التي صرفها في الدعوى وتكون له الأولوية في اقتضائها . وفي جلسة أخرى اقترح بعض حضرات مستشاري محكمة النقض حذف النص لتعارضه مع قاعدة نسبية الأحكام ، ولانعدام النيابة بين الدائنين ، ولأنه لا محل للقول بعدم التجزئة لمنافاته لطبيعة الدعوى إذ هي دعوى عدم نفاذ تصرف لا دعوى بطلان وإذا كان البطلان لا يتجزأ فعدم النفاذ قد يتجزأ ، ولأن النص يشترط لإفادة الدائنين الآخرين أن يكونوا ممن صدر التصرف إضراراً بهم وإثبات تحقق هذا الشرط مرجعه إلى القضاء ومن ثم فإن النص لا يغني أي دائن عن رفع الدعوى ، هذا إلى أن القضاء مستقر على ما يخالف حكم النص ... ولكن اللجنة لم تر الأخذ بهذا الاقتراح ، وأقرت النص كما هو تحت رقم المادة ٢٤٠ . ثم وافق مجلس الشيوخ على النص دون تعديل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٢٢ – ص ٦٢٤) .

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق ، ولكن أحكامها كان معمولا بها دون نص .

وتقابل النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ٢٤١ — ٢٤٢ ، وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٢٦٦ — ٢٦٧ ، وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٢٤٣ — ٢٤٤ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٧٨ فقرة ٣ [1] .

٥٩٩ — طبيعة الدعوى البولصية : ليست الدعوى البولصية إلا طريقاً يسلكه الدائن لينال من القضاء حكماً بأنه من الغير في تصرف صدر من مدينه المعسر

- م ٢٤١ : ورد هذا النص في المادة ٣٢١ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " إذا كان من تلقى حقاً من المدين المعسر لم يدفع ثمنه ، فإنه يتخلص من الدعوى متى كان هذا الثمن قريباً من ثمن المثل ، وقام بإيداعه خزانة المحكمة ، وأعلن كل ذي شأن بهذا الإيداع " . وفي لجنة المراجعة استبدلت عبارة " متى كان هذا الثمن هو ثمن المثل " بعبارة " متى كان هذا الثمن قريباً من ثمن المثل " ، وأصبح رقم المادة ٢٤٨ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة "وأعلن كل ذي شأن بهذا الإيداع " ، لأن ذوي الشأن لا يمكن تحديدهم على سبيل الجزم ، وأصبحت المادة رقمها ٢٤١ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٢٥ — ص ٦٢٧) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٤١ — ٢٤٢ : (مطابقتان لنصوص التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٢٦٦ : (مطابقة لنص المادة ٢٤٠ من التقنين المدني المصري) .

م ٢٦٧ : (١) إذا وفى المدين بالتزامه ، أو أصبحت أمواله كافية للوفاء بما عليه ، سقط حق الدائن في التمسك بعدم نفاذ التصرف الصادر من المدين . (٢) ويستطيع من استفاد من التصرف الصادر إضراراً بالدائنين أن يتخلص من الدعوى إذا كان من تلقى حقاً من المدين المعسر لم يدفع ثمنه ، فإنه يتخلص من الدعوى متى كان هذا الثمن قريباً من ثمن المثل وقام بإيداعه صندوق المحكمة . (والفقرتان الأوليان كانتا في المشروع التمهيدي للتقنين المصري وحذفتا اكتفاء بتطبيق القواعد العامة كما سيأتي . والفقرة الأخيرة تتفق في حكمها مع المادة ٢٤١ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٢٤٣ — ٢٤٤ : (مطابقتان لنصوص التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٧٨ فقرة ٣ : ولا يستفيد من نتائج هذه الدعوى إلا الشخص أو الأشخاص الذين أقاموها ، وذلك على قدر ما يجب لصيانة حقوقهم . أما فيما زاد عنها ، فيبقى العقد قائماً، ويستمر على إنتاج جميع مفاعيله . (وهذا النص يختلف في حكمه عن نص التقنين المدني المصري في أن الدعوى البولصية في التقنين اللبناني لا تفيد إلا الدائن الذي رفعها ، كما كان الأمر في التقنين المدني المصري السابق وكما هو الأمر الآن في القانون الفرنسي ، وبخلاف التقنين المدني المصري الجديد فإن الدعوى البولصية فيه تفيد جميع الدائنين الذين استوفوا شروطها — أنظر الدكتور صبحي المحمصاني في آثار الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٦٦ — ص ٦٧) .

إضراراً بحقوقه . إذ الأصل أن الدائن ينصرف إليه أثر العقد الصادر من المدين ، على أن يكون المدين حسن النية في هذا التصرف ، فإن كان سيئ النية فإن أثر العقد لا ينصرف إلى الدائن . ومن ثم تكون الدعوى البولصية هي دعوى بعدم نفاذ تصرف المدين المعسر في حق الدائن . وفي هذا تتركز آثار الدعوى البولصية ، بل ليس هذا إلا النتيجة الطبيعية لما قدمناه من شروط هذه الدعوى ، فقد رأينا أن هذه الشروط ترد إلى فكرة أساسية ، هي غش المدين بقصد الإضرار بالدائن، فأخذا للمدين بغشه، ودرءاً لهذا الضرر ، واستخلاصاً للجزاء من طبيعة العمل ، جعل القانون تصرف المدين غير نافذ في حق المدين، وبذلك يرتد الغش ويندفع الضرر .

ومما يترتب من النتائج على أن الدعوى البولصية هي دعوى بعدم نفاذ التصرف ما يأتي : -

(أولا) ليست الدعوى البولصية بدعوى بطلان ولا بدعوى تعويض . والفقه الفرنسي زاخر بالمناقشات المحتدمة في هذا الصدد ، وقد انقسم بين رأيين :

رأي يذهب إلى أن الدعوى البولصية هي دعوى بطلان . ويستند هذا الرأي إلى أن كلمة " البطلان " وردت في نصوص التقنين المدني الفرنسي في صدد تطبيقات للدعوى البولصية [1] ، وإلى تقاليد القانون الروماني ، وإلى تقاليد القانون الفرنسي القديم [2] . وسنرى أن الدائن لا يبطل التصرف الصادر من مدينه ، بل إن هذا التصرف يبقى قائماً ، وكل ما يطلبه الدائن هو ألا يسرى في حقه أثر هذا التصرف . وليس من الدقة أن يقال أن شخصاً يعتبر من الغير في عقد ثم يطلب إبطاله . لأن البطلان لا يكون إلا فيما بين المتعاقدين. أما الغير فليس له أن يطلب إلا عدم نفاذ العقد في حقه .

ورأي آخر يذهب إلى أن الدعوى البولصية هي دعوى تعويض [3] . ولو صح أن تصرف المدين كان ينفذ في حق الدائن ، فيضره فيعطى تعويضاً عن هذا الضرر ، لصح أن تكون الدعوى البولصية للتعويض . ولكن الواقع غير ذلك ، فإن تصرف المدين لا ينفذ في

---

(١) أنظر المواد ٢٤٣ و ٦٢٢ و ٧٨٨ من التقنين المدني الفرنسي . وأنظر أيضاً في التقنين المدني المصري السابق المادتين ٧٦/٥٣ و ٢٠٤/١٤٣ .

(٢) ديرانتون ١٠ فقرة ٥٨٥ – لوران ١٦ فقرة ٤٨٣ – فقرة ٤٨٥ – بودري وبارد ١ فقرة ٧٠٦ – جوسران ٢ فقرة ٧٠٤ .

(٣) دمولومب ٢٥ فقرة ٢٤٥ – فقرة ٢٤٧ – أوبر ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ١٩٥ – أشير Acher في مجلة القانون المدني الفصلية سنة ١٩٠٦ ص ٨٥ – ص ١١٨ – ديموج ٧ فقرة ١١١٢ .

حق الدائن ، فهو ليس في حاجة إلى تعويض إذ لم يلحقه ضرر بعد أن منع وقوعه [١] . وإذا صح أن يكون هذا تعويضاً ، فهو تعويض عيني [٢] . بل هو تنفيذ عيني لالتزام المدين ألا يضر بحقوق الدائن [٣] .

سبق أن قررنا كل ذلك في كتابنا " نظرية العقد " [٤] ، ونبهنا إلى التكييف الصحيح للدعوى البولصية [٥] ، وقد أصبح الفقه المصري بعد ذلك لا يختلف في الأمر [٦] .

وإذا نفينا عن الدعوى البولصية أنها دعوى بطلان . فقد نفينا عنها ما يذهب إليه رأي من أنها دعوى عينية [٧] ، أو رأي آخر من أنها دعوى مختلطة [٨] ، وذلك من أجل تعيين المحكمة بنظرها . فإن القول بأحد هذين الرأيين إنما كان مبنياً على أساس أنها دعوى

---

(١) وقد قدمنا أن الدائن لا يستطيع رفع الدعوى البولصية ضد الخلف الذي تلقى الحق بعوض وكان حسن النية، فتقتصر دعواه على المدين والخلف ، وينفذ بحقه على المقابل الذي حصل عليه هذا الأخير . وهنا تقرب الدعوى البولصية إلى أن تكون دعوى تعويض ولكنها . ليست كذلك ، لأن المقابل الذي ينفذ عليه الدائن بحقه قد حل محل الحق الذي كان ضماناً للدائن (قارن بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٧) .

(٢) الأستاذ عبد الحي حجازي ٣ ص ٢٠٢ — ص ٢٠٣ .

(٣) ومن الفقهاء من يسند الدعوى البولصية إلى نظرية التعسف في استعمال الحق ، فالمدين يسئ استعمال حق التصرف في ماله إذا صدر منه التصرف بقصد الإضرار بدائنه (جروبيه فقرة ٢ — چوسران ٢ فقرة ٦٨٧ — نفس المؤلف في روح الحقوق ونسبيتها ص ١٤٠) . ومنهم من يسندها إلى اعتبارات ترجع إلى النـــزاهة والعدالة (ريبير في القاعدة الخلقية فقرة ١٦٩) . ومنهم من يذهب إلى أنها دعوى من نوع خاص ، أقرتها التقاليد وأعطتها مميزاتها الخاصة (كولان وكاپيتان وموراندير ٢ فقرة ٤٥٠) . ويقيمها دي پاج على أساس أنها تعويض عيني عن عمل غير مشروع (دي پاج ٣ فقرة ٢٥٢) . وكل هذه الآراء لا اعتراض عليها ، ولكنها لا تصل في التحليل إلى غايته .

(٤) فقرة ٧٣٧ — فقرة ٧٣٩ .

(٥) وترى الأستاذة بلانيول وريبير وردوان أن الدعوى البولصية أقرب إلى أن تكون دعوى بطلان ، ولكنها دعوى بطلان من نوع خاص يميزه عن البطلان المعتاد فروق عدة ، أهمها أن هذا البطلان لا يكون إلا في حق الدائنين (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٧) ، ويؤخذ على هذا الرأي أن البطلان الذي لا يكون إلا في حق الغير إنما هو عدم نفاذ لا بطلان . على أنهم يرون أن الدعوى تنطوي أيضاً على معنى التعويض ، ولكنه تعويض من نوع خاص كذلك ، ويستخلصون من هذا أن الدعوى البولصية هي دعوى بطلان بغرض التعويض (action en nullité à but indemnitaire)، (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٧ ص ٣٠٠ — ص ٣٠١ — أنظر أيضاً چوسران ٢ فقرة ٧٠٤) . ويصرح الأستاذان بيدان ولاجارد أن التصرف المطعون فيه يكون غير نافذ (inopposable) في حق المدين (بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٥٦) ، وكذلك الأستاذة بلانيول وريبير وبولانجيه (٢ فقرة ١٤٤٨) .

(٦) الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٤٥ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام ص ١٥٨ — الأستاذ عبد الحي حجازي ٣ ص ٢١٠ — ص ٢١١ .

(٧) محكمة أميان الاستئنافية ١٦ مارس سنة ١٨٣٩ سيريه ٤٠ — ٢ — ١٠ .

(٨) نقض فرنسي ٢٧ ديسمبر سنة ١١٤٣ سيريه ٤٤ — ١ — ١٢٢ — لاروميير ٢ م ١١٦٧ فقرة ٤٥ .

بطلان ، وأن دعاوى البطلان هي دعاوى عينية لأنها ترجع العين إلى ملك المدين، أو هي دعاوى مختلطة لأنها تبدأ شخصية ثم تنقلب عينية . والآن بعد أن تبينا أن الدعوى البولصية ليست بدعوى بطلان ، لم يعد هناك محل للقول بأنها عينية أو مختلطة . وإنما هي دعوى شخصية [1] ، ولكن ليس ذلك لأنها دعوى تعويض فقد نفينا عنها هذا الوصف ، بل لأن الدائن عندما يطلب عدم نفاذ تصرف المدين في حقه يبنى هذا الطلب على التزام المدين بألا يتصرف في ماله إضراراً بدائنيه ، وهذا التزام شخصي مصدره القانون . يضاف إلى هذا أن الدائن في الدعوى البولصية لا يطالب بحق عيني ، بل ولا تؤول دعواه إلى انتقال حق عيني له أو لمدينه [2] ، وكل ما يطلبه هو عدم نفاذ تصرف المدين في حقه . ولا يترتب على إجابة طلبه أن العين التي تصرف فيها المدين ترجع إلى ملكية هذا ، فإن تصرف المدين يبقى قائماً . كما أن العين لا تؤول إلى ملكية الدائن ، بل ترجع إلى ضمانه العام ، وعليه أن يقوم بإجراءات تنفيذية متميزة عن إجراءات الدعوى البولصية لينفذ بها على العين التي رجعت إلى ضمانه .

(ثانياً) ولما كانت الدعوى البولصية هي دعوى يطلب فيها الدائن عدم نفاذ التصرف الصادر من المدين ، فمن الطبيعي أن يكون خصم الدائن في هذه الدعوى هو كل شخص اشترك في هذا التصرف . فيرفع الدائن الدعوى على المدين ومن تصرف له المدين ، وإذا كان المتصرف له قد تصرف بدوره إلى خلف ثان وجب إدخال هذا أيضاً في الدعوى، وهكذا [3] . فالمدين إذن لا بد أن يكون خصماً في الدعوى ، وهذا هو أيضاً ما قررناه في

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الدعوى البولصية هي دعوى شخصية يرفعها دائن لإبطال (!) تصرف مدينه الحاصل بطريق التواطؤ للإضرار به وحرمانه من إمكان التنفيذ على الملك المتصرف فيه ، والذي كان يعتمد عليه الدائن لضمان استرداده بحقوقه . وليس من نتائج هذه الدعوى تثبيت ملكية المدعي لما يطلب إبطال التصرف فيه (نقض مدني ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣٠٨ ص ٩٧٥) . وقضت أيضاً بأن الدعوى البولصية ليست في حقيقتها إلا دعوى بعدم نفاذ تصرف المدين الضار بدائنه في حق هذا الدائن وبالقدر الذي يكفي الوفاء بدينه (نقض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٢ ص ٦٧٤) .

(٢) بودري وبارد ١ فقرة ٧٠٧ ص ٧٣٠ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٦ وفقرة ٩٦٨ — ولا يجوز الجمع بين طلب فسخ البيع وتثبيت الملكية وطلب عدم نفاذ التصرف (نقض مدني ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٦ ص ٢٠٦) .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن يجب رفع الدعوى البولصية في جميع الأحوال على المدين والخلف وخلف الخلف (٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٤ — والتون ٢ ص ١٢٠ — دي باج ٣ فقرة ٢٤١ — ولخلف الخلف حق الخلف في التمسك بطلب تجريد المدين من أمواله (بني سويف الكلية ٢٩ سبتمبر سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٨٥) .

الدعوى غير المباشرة وفقاً لأحكام التقنين المدني الجديد وخلافاً لأحكام التقنين المدني السابق [1] ، وقد مر القول في ذلك .

(ثالثاً) ومادام الدائن لا يطلب إلا عدم نفاذ التصرف في حقه ، فإنه يترتب على ذلك أن تصرف المدين لا يبطل ، بل يبقى قائماً بالنسبة إلى المدين ومن تصرف له المدين [1] . بل إن الدائن نفسه يبقى متحملا أثر تصرف مدينه إلى أن يتقرر اعتباره من الغير ، بالتقاضي أو بالتراضي .

ويستطيع الدائن ألا يرفع الدعوى البولصية إلى أن تسقط هذه الدعوى بالتقادم ، فيتحمل نهائياً أثر التصرف . بل يستطيع قبل سقوط الدعوى بالتقادم أن يتنازل عنها ، فلا يجوز له عندئذ أن يعود إلى رفعها [2] . كما يستطيع ، دون أن يرفع الدعوى ، أن يتراضى مع المدين ومن تصرف له المدين على ألا يكون التصرف نافذاً في حقه .

ويخلص من ذلك أن أثر الدعوى البولصية بالنسبة إلى الدائن يختلف عن أثرها بالنسبة إلى المدين ومن تصرف له المدين . وهذا ما ننتقل الآن إلى بحثه .

المبحث الأول

أثر الدعوى البولصية بالنسبة إلى الدائن

٦٠٠ – عدم مضي الدائن في الدعوى إذا استوفى حقه : لا يرفع الدائن الدعوى البولصية إلا بصفته دائناً . فإذا توافرت فيه هذه الصفة وقت رفع الدعوى ،

---

(١) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤١ .

(1) الدعوى البولصية ليست في حقيقتها إلا دعوى بعدم نفاذ التصرف الصادر من المدين إضراراً بدائنه ولا يمس الحكم الصادر فيها صحة العقد الصادر من المدين بل يظل هذا العقد صحيحاً وقائماً بين عاقديه منتجاً كافة آثاره القانونية بينهما ، وليس من شأن الدعوى البولصية المفاضلة بين العقود ، بل هي دعوى شخصية لا يطالب فيها الدائن بحق عيني ، ولا يؤول بمقتضاه الحق العيني إليه أو إلى مدينه ، بل إنما تدخل ضمن ما يكفل به القانون حقوق الدائن ضمن وسائل الضمان ، دون أن يترتب على الحكم فيها لصالح الدائن أن تعود الملكية إلى المدين وإنما رجوع العين فقط إلى الضمان العام للدائن .
(جلسة ١٩٨٣/١١/٣٠ الطعن رقم ٧٣٤ لسنة ٤٩ ق س ٣٤ ص ١٧٥١) .
(جلسة ١٩٨٣/١٢/٢٩ الطعن رقم ٦١٥ لسنة ٥٠ ق س ٣٤ ص ١٩٧٢) .
(جلسة ١٩٨٢/٥/١٣ الطعن رقم ٦١ لسنة ٤٩ ق س ٣٣ ص ٥٠٨) .
(جلسة ١٩٧٢/٦/١٣ الطعن رقم ٣٩٢ لسنة ٣٧ ق س ٢٣ ص ١١٠٥) .

(٢) والتنازل قد يكون صراحة أو ضمناً ، ولكن نية الدائن في التنازل يجب أن تكون واضحة ، فمجرد توقيعه حجزاً على الثمن المستحق في ذمة المشترى للبائع مدينه لا يعتبر تنازلا عن الطعن بالدعوى البولصية في البيع (ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٣٨– لوران ١٦ فقرة ٤٦٣ – بودري وبارد ١ فقرة ٧٢٥).

ثم فقدها أثناء ذلك أو بعد صدور الحكم ، بأن استوفى حقه مثلا ، فإنه لا يستطيع الاستمرار في الدعوى أو في التنفيذ . هذا إلى أنه لم تعد له مصلحة في ذلك بعد أن استوفى حقه .

وقد يقوم المدين نفسه بوفاء الدين ، فينهى بذلك الدعوى أو يوقف التنفيذ . ومصلحته في هذا العمل أنه يفي بدين في ذمته ، ويتوقى رجوع من تصرف له لو استمر الدائن في الدعوى أو في التنفيذ .

ولكن الغالب أن المدين لا يستطيع وفاء الدائن لإعساره . فيصح أن يقوم بالوفاء من تصرف له المدين . ومصلحته في هذا العمل هي أن يوقف الدعوى أو تنفيذ الحكم على الحق الذي تلقاه [1] . ثم يرجع بما وفاه على المدين ، شأن كل شخص وفي دين غيره [2] .

---

(١) استئناف أهلي ٢٣ يناير سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ٢ ص ٩٠ — ٢٧ يناير سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٥ ص ٤٤ — لوران ١٦ فقرة ٤٩١ — أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ١٩٦ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٣ .

وقد ذهب بعض الفقهاء في فرنسا (فيجيه Vigié) ٣ فقرة ١٢٥٦ ص ٥٦٠) إلى أن الدعوى البولصية لا توقف بالوفاء للدائن ، لأنها دعوى بطلان ومتى توافر سبب البطلان وجب المضي في الدعوى والحكم به . وقد سبق أن بينا خطأ القول بأن الدعوى البولصية هي دعوى بطلان . على أنه حتى إذا فرضت صحة هذا التكييف ، فإن هذا لا يمنع من أن الدائن بعد أن يستوفى حقه يفقد الصفة اللازمة في طلب الإبطال ، ولا تبقى له مصلحة في ذلك ، والدعوى لا تقوم بغير الصفة وبغير المصلحة (لوران ١٦ فقرة ٤٩١ ص ٤٧٠ — بودري وبارد ١ فقرة ٧٢٤) . ويقيس الأستاذان بودري وبارد هذه الحالة على حالة الغبن في القسمة إذ تسقط الدعوى برد الغبن نقداً أو عيناً إلى المتقاسم المغبون كما تقضي بذلك المادة ٨٩١ مدني فرنسي ، وعلى حالة الغبن في البيع إذ تسقط الدعوى كذلك بتكملة الثمن إلى تسعة أعشار القيمة الحقيقية كما تقضي بذلك المادة ١٦٨١ مدني فرنسي . وقد اقتضى الأمر نصاً خاصاً في هاتين الحالتين حتى يجوز رد الغبن نقداً لا عيناً في الحالة الأولى ، وحتى تقتصر تكملة الثمن على تسعة أعشار القيمة في الحالة الثانية — كذلك من يقول بأن الدعوى البولصية هي دعوى تعويض يقر سقوطها إذا استوفى الدائن حقه ، فقد أصبح لا محل للتعويض بعد ذلك .

(٢) ولما كان المفروض أن المدين معسر ، فإن من وفى الدين عنه لا يستطيع الرجوع عليه بكل ما وفاه ، فينتظر يسره حتى يرجع بالباقي (بودري وبارد ١ فقرة ٧٢٤ مكررة) ، وقد يحتجز من الثمن الثابت في ذمته للمدين ما يوفى به الدين .

هذا وقد كان المشروع التمهيدي يتضمن نصاً — هو المادة ٣٢٠ من هذا المشروع — يجرى على الوجه الآتي : " ١ — إذا وفى المدين بالتزامه ، أو أصبحت أمواله كافية للوفاء بما عليه . سقط حق الدائن في التمسك بعدم نفاذ التصرف الصادر من المدين . ٢ — ويستطيع من استفاد من التصرف الصادر إضرارا بالدائنين أن يتخلص من الدعوى إذا هو قام بوفاء حقوقهم ، أو إذا هو أثبت أن المدين عنده مال يكفي لهذا الوفاء " . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة لكتفاء بتطبيق القواعد العامة (انظر آنفا فقرة ٥٨٩ في الهامش — مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦ في الهامش) . النص يتضمن مسألتين: (١) ما قدمناه =

بل إن من تلقى الحق بعوض من المدين ، كالمشترى مثلا ، ينفتح أمامه سبيل آخر للتخلص من الدعوى البولصية إذا كان الثمن الذي اشترى به هو ثمن المثل ، وذلك بألا يدفع الثمن إلى المدين ويقوم بإيداعه خزانة المحكمة على ذمة الدائن (أنظر المادة ٢٤١ مدني وقد تقدم ذكرها) . ويستطيع من تلقى الحق التخلص من الدعوى البولصية حتى لو اشترى بأقل من ثمن المثل ، مادام يودع خزانة المحكمة ثمن المثل ، فإن الدائن متى خلص له مقابل معادل للحق الذي خرج من ضمانه لم تعد له مصلحة في الاستمرار في الدعوى . ويكفي في جميع الأحوال أن يعلن من تلقى الحق الدائن بالإيداع ، وليس من الضروري أن يعلن سائر الدائنين ، فقد لا يستطيع أن يعرفهم جميعاً [1] . ولكن ذلك لا يمنع سائر الدائنين ، إذا هم علموا بإيداع الثمن خزانة المحكمة ، أن يبادروا إلى التنفيذ على الثمن بحقوقهم ، وهم يشاركون في ذلك الدائن الذي رفع الدعوى البولصية مشاركة الغرماء كما سنرى .

٦٠١ – عدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن : فإذا لم يستوف الدائن حقه، استمر في الدعوى حتى يحصل على حكم يقضى بعدم نفاذ تصرف المدين بالنسبة إليه، فلا يسرى في حقه أثر هذا التصرف ، إذ يعتبر فيه من الغير . ويترتب على ذلك أن الحق الذي تصرف فيه المدين يعتبر أنه لم يخرج من ضمان الدائن ، فينفذ هذا عليه [2] ، ويتخذ في

= من جواز وفاء المدين أو خلفه بالدين للدائن فتسقط الدعوى البولصية . (٢) حق خلف المدين في طلب تجريد المدين ، وقد تقدم تفصيل ذلك . إلا أننا ذكرنا هناك (أنظر آنفاً فقرة ٥٨٩ في الهامش) أن الخلف لا يطلب منه أن يدل الدائن على مال للمدين يكفى لوفاء الدين ، ولو بقي النص المحذوف لوجب عليه أن يدل على ذلك . أنظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣٣ – ص ٦٣٤ .

(١) أنظر تاريخ المادة ٢٤١ آنفاً فقرة ٥٩٨ في الهامش .

(٢) فإذا كان التصرف المطعون فيه هو ترتيب حق عيني على مال للمدين – كحق ارتفاق أو انتفاع أو رهن – سقط هذا الحق بالنسبة إلى الدائن ، ونفذ هذا على المال كأن لم يترتب عليه حق مما ذكر . وإذا كان التصرف إسقاط حق عيني – كالتنازل عن حق ارتفاق – رجع هذا الحق بالنسبة إلى الدائن ، ونفذ هذا على العين كما لو كان حق الارتفاق ثابتاً لها . وإذا كان التصرف إبراء المدين ذمة مدين له ، لم ينفذ هذا الإبراء في حق الدائن ، واعتبر الدين لا يزال موجوداً في ذمة مدين المدين ، وللدائن أن يحجز عليه حجز ما للمدين لدى الغير (بودري وبارد ١ فقرة ٧٠٩ ص ٧٣٢ – بلانيول وريبير وردوان ١ فقرة ٩٦١) .

على أنه يلاحظ أن من تصرف له المدين قد يكون دفع إلى المدين عوضاً عن هذا التصرف ، كما إذا كان التصرف بيعاً ، فإذا كان المشترى حسن النية فلا تنسزع العين من تحت يده كما قدمنا . أما إذا كان سيئ النية ، فللدائن أن ينتزع العين من تحت يد المشترى لينفذ عليها بحقه . ولكن إذا كان للدائن أن يمنع عن نفسه الضرر الذي يصيبه من جراء تصرف المدين ، فإنه لا يجوز له أن يستفيد من هذا التصرف ، فالثمن الذي قد يبقى ديناً في ذمة المشترى ، أو الذي قد يكون المشترى دفعه وسدد به المدين بعض ديونه ، قد استفاد منه الدائن ، إما على اعتبار أنه زاد في حقوق مدينه إذا بقى ديناً في ذمة المشترى فيستطيع أن ينفذ =

ذلك إجراءات تنفيذ متميزة عن إجراءات الدعوى البولصية وإن كانت تقترن بها [1] ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . ومن هنا نرى أن دخول الحق في ضمان الدائن يكون بأثر رجعي، إذ يعتبر أنه لم يخرج من هذا الضمان كما قدمنا [1] .

= عليه ، وإما على اعتبار أن بعض ديون مدينه قد وفيت فقل إعسار المدين بذلك . فيجب إذن أن تكون هذه الفائدة محل اعتبار ، وللمشترى أن يتمسك بها قبل الدائن ، ولا يجاب ينفذ على العين المبيعة إلا بقدر زيادة قيمة هذه العين على الفائدة التي عادت على الدائن (بيمولوس ٢٥ فقرة ٢٥٦ وفقرة ١٤٦ مكررة — بودري وبارد ١ فقرة ٧٢٠ وما بعدها — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٢ ص ٢٦٦) . فإذا لم تعد على الدائن فائدة أصلا ، بأن كان الثمن الذي قبضه المدين مالا غير ظاهر لا يستطيع الدائن التنفيذ عليه كما هو الغالب في الدعوى البولصية ، كان للدائن أن ينفذ بحقه على العين بكل قيمتها — ويلاحظ أن عدم نفاذ التصرف بالنسبة إلى الدائن إنما يكون بالقدر اللازم للوفاء بحقه . فإذا كان التصرف هبة نقود أو قرضاً مثلا ، فإن الذي لا ينفذ من هذه الهبة أو القرض بالنسبة إلى الدائن هو الجزء الكافي للوفاء بحقه ، أما ما عسى أن يبقى بعد ذلك فينفذ حق في حق الدائن (استئناف أهلي ٩ ديسمبر سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ١/٣٢٧ ص ١٨٣ — لوران ١٦ فقرة ٤٩٤ — جروربيه فقرة ٢٢٩ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٢ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤٦ ص ٨١٨) .

(١) قد يلاحظ أن هناك شبهاً بين الدائن الذي يرفع الدعوى البولصية فيسترد عيناً تصرف فيها مدينه ، وبين دائن أخذ رهناً — أو كان له حق اختصاص أو امتياز — على هذه العين ثم باعها المدين . فإن الدائن الذي رفع الدعوى البولصية ، كالدائن المرتهن ، يستوفي حقه من العين المبيعة ، ويتحمل المشترى للعين إجراءات الدعوى البولصية كما يتحمل إجراءات دعوى الرهن ، وإذا وفي الدائن حقه سقط كل من الدعويين ويرجع في الحالتين على المدين بما وفاه من دينه ، وإذا استمر الدائن في دعواه — الدعوى البولصية أو دعوى الرهن — ونفذ بحقه على العين فإن المشترى يرجع على المدين بالضمان في الحالتين . ويزيد هذا الشبه إذا رجعنا إلى عهد التقنين المدني السابق ، إذ كان الدائن الذي يرفع الدعوى البولصية، كما سنرى ، يستأثر بالفائدة وحده ، ويتقدم كالدائن المرتهن على سائر الدائنين .

وبالرغم من وجود الشبه هذه فإن هناك فروقاً جوهرية بين الدائن المرتهن والدائن الذي يرفع الدعوى البولصية ، نذكر منها ما يأتي :

(أولا) إذا رفع الدائن المرتهن دعوى الرهن على خلف المدين ، فهو في الواقع إنما يتتبع العين في يد هذا الخلف الذي يعتبر مالكا للعين، حتى بالنسبة إلى الدائن المرتهن . أما الدائن في الدعوى البولصية فلا يتبع العين في يد الخلف ، إذ ليس له حق عيني يخول له ذلك ، فهو مضطر أولا ، قبل التنفيذ على العين ، أن يطلب عدم نفاذ تصرف المدين في حقه ، فتعود العين إلى ضمانه ، وبعد ذلك يستطيع التنفيذ عليها . فالعين بالنسبة إليه تعتبر مملوكة للمدين ، وقد رأينا أنها بالنسبة إلى الدائن المرتهن تعتبر مملوكة لخلف المدين .

(ثانيا) وينبني على الفرق المتقدم أنه في حالة الدائن المرتهن يجوز لخلف المدين أن يلجأ إلى تطهير العين ، فإن العقار المرهون ملكه وله أن يطهره . أما في الدعوى البولصية ، فإن خلف المدين لا يستطيع التطهير ، لأن العقار غير مرهون وهو معتبر في ملك المدين بالنسبة إلى الدائن ، وليس أمام الخلف إلا أن يوفي الدائن حقه أو يودع الثمن خزانة المحكمة كما قدمنا . =

على أن الدائن قد يضطر إلى التنفيذ على الحق منقوصاً ، كما إذا كانت العين تحت يد موهوب له حسن النية ، فيملك هذا الثمرات بالقبض طبقاً للقواعد العامة [٢] . وقد يضطر إلى التنفيذ على حق آخر حل محل الحق الذي تصرف فيه المدين ، كما إذا كانت العين تحت يد مشتر ثان حسن النية ، فإن الدائن في هذه الحالة لا ينفذ إلا على الثمن المستحق في ذمة المشترى التالي للمشترى الأول . وهذا إذا كان الثمن مساوياً لقيمة العين أو أكبر من قيمتها ، أما إذا كان أقل فإن الدائن يرجع بقيمة العين على المشترى الأول سيئ

= ـ(ثالثاً) في حالة الدائن المرتهن ، إذا وفى الخلف الدائن حقه ، استطاع أن يرجع على المدين بدعوى الحلول . أما في الدعوى البولصية ، فالخلف لا يرجع على المدين ، بعد أن وفى دينه ، إلا بدعوى الإثراء بلا سبب أو بدعوى ضمان العقد الذي تم بينه وبين المدين .

(رابعاً) إن الدائن الذي يرفع الدعوى البولصية لا يستوفى حقه من العين التي تصرف فيها المدين إذا كان هذا التصرف معاوضة و لم يثبت الدائن غش كل من المدين وخلفه ، بل وخلف الخلف في المعاوضات كذلك . أما الدائن المرتهن فإنه يتتبع العين وينفذ عليها بحقه في يد خلف المدين وخلف الخلف ، ولو كان هؤلاء جميعاً حسني النية وكان التصرف معاوضة .

(خامساً) إن الدائن الذي يرفع الدعوى البولصية في عهد التقنين المدني الجديد لا يستأثر وحده بفائدة الدعوى ، بل يشاركه في هذه الفائدة سائر الدائنين ، أما الدائن المرتهن فله حق التقدم . وحتى في عهد التقنين المدني السابق — حيث كان الدائن الذي يرفع الدعوى البولصية يستأثر وحده بفائدة الدعوى — لم يكن هذا الدائن يستطيع أن يمنع الدائنين الآخرين من التدخل في الدعوى ، فيشاركوه في فائدتها . أما الدائن المرتهن فإنه يبقى متمتعاً بميزة التقدم مهما بدا من نشاط الدائنين الآخرين ، هذا إلى أنه لو تزاحم الدائن المرتهن مع الدائن الذي رفع الدعوى البولصية فإن الأول هو الذي يتقدم .

(أنظر في ذلك نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤٨) .

(١) ذلك أن التصرف الذي صدر من المدين ينعدم أثره ، ويعتبر كأنه لم يكن بالنسبة إلى الدائن . وكان يترتب على ذلك أن جميع التصرفات التي انبنت على تصرف المدين تزول أيضاً بفضل الأثر الرجعي . ولكن قواعد الدعوى البولصية تقضي كما رأينا بوجوب إثبات الغش في جانب من تلقى العين معاوضة من خلف المدين حتى يزول التصرف الثاني الذي انبنى على التصرف الأول . ويترتب على ذلك أن الدائن ينفذ بحقه على العين مرهونة أو مثقلة بحق ارتفاق أو حق انتفاع ، إذا لم يستطع إثبات الغش في جانب الدائن المرتهن أو صاحب حق الارتفاق أو حق الانتفاع وكان هؤلاء قد كسبوا حقوقهم معاوضة من المشترى من المدين .

وقد رأينا أن الأثر الرجعي للدعوى البولصية يظهر أثره فيما لو باع المدين عقاراً لمشتر وقصدا الإضرار بالدائن ، ثم أخذ شفيع حسن النية هذا العقار بالشفعة ، فإن العقار يعتبر كأنه لم يخرج من ملكية المدين بالنسبة إلى الدائن ، ويسقط أثر الأخذ بالشفعة تطبيقاً لهذا الأثر الرجعي ، لأن الشفيع لا يعتبر مشترياً من المشترى حتى يشترط فيه سوء النية، بل هو يحل محل المشترى بحالته، فإذا كان المشترى قد اشترى في ظروف من شأنها أن تجعله خاضعاً للدعوى البولصية ، وجب اعتبار الشفيع في نفس الحالة ولو لم يثبت الغش في جانبه (أنظر آنفاً فقرة ٥٩٣ في الهامش — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤٦ ص ٨١٩ هامش رقم ١) .

(٢) ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٥٨ — أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ٣١٢ — ص ٢١٣ — بودري وبارد ١ فقرة ٧١٩ ص ٧٤٢ —ص ٧٤٣ .

النية [1] . وإذا فرضنا موهوباً له حسن النية بدلا من المشترى الأول، وقد باع العين الموهوبة لمشتر حسن النية ، فإن الدائن لا يرجع على الموهوب له حسن النية إلا بقدر ما استفاد ، فإن كان قد باع العين بأقل من قيمتها رجع عليه الدائن بالثمن دون القيمة [2] .

٦٠٢ — استفادة جميع الدائنين الذين صدر التصرف إضراراً بهم :

القاعدة في القانون الفرنسي — وكانت القاعدة كذلك أيضاً في التقنين المدني المصري السابق. أن الدائن الذي يرفع الدعوى البولصية هو الذي يستأثر وحده بفائدتها دون سائر الدائنين ممن لم يدخلوا معه في الدعوى [3] . ويعلل الفقهاء في فرنسا ذلك عادة بنسبية الحكم ، فمادام الدائنون الآخرون لم يدخلوا في الدعوى فلا يستفيدون من الحكم [4] . ولكن يرد على ذلك بأن نسبية الحكم لم تمنع الدائنين الذين لم يدخلوا في الدعوى غير المباشرة من الاستفادة بالحكم الذي يصدر فيها . ويضيف بعض الفقهاء إلى نسبية الحكم أن الدائن في الدعوى البولصية يرفع الدعوى باسمه ، بينما هو يرفعها في الدعوى غير المباشرة باسم مدينه ، ومن ثم يستفيد هو وحده في الأولى، ويستفيد معه سائر الدائنين في الثانية [5]. ولكن يرد على ذلك أن الدائن في دعوى الصورية يرفع الدعوى باسمه ، ومع ذلك يستفيد من الحكم سائر الدائنين ولو لم يدخلوا في الدعوى . ويقول الأستاذان بودري وبارد [6] إن الدائن في الدعوى البولصية لا يمثل إلا نفسه ، بدليل أنه لو استوفى حقه سقطت الدعوى . ولكن هذه علة غير مقنعة ، فإن الدائن في الدعوى غير المباشرة لا يستطيع هو أيضاً المضي في الدعوى إذا استوفى حقه .

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٥٩٣ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٥٩٣ في الهامش — استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٤ وقد سبقت الإشارة إليه في هامش فقرة ٥٩٣ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٥٥ — بودري وبارد ١ فقرة ٧١٩ ص ٧٤٢ .

(٣) استئناف أهلي ٢٣ يناير سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٥ ص ٤٤ — ٩ ديسمبر سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ١/٣٢٧ ص ١٨٣ — ١٥ مارس سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٢ ص ٧٨ — استئناف مصر ٢٧ يونية سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٤١٦ ص ٩٠٤ — ٢٧ أبريل سنة ١٩٤٦ المجموعة الرسمية ٤٧ ص ٢٢٩ — استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٢٢ — نقض فرنسي ٤ ديسمبر سنة ١٩٢٣ سيريه ١٩٢٣ — ١ — ٢٥٤ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٦٦ — هيك ٧ فقرة ٢٢٦ — بودري وبارد ١ فقرة ٧١٥ — جوسران ٢ فقرة ٧٠٢ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤٦ ص ٨٢٠ — ص ٨٢١ .

(٤) بودري وبارد ١ فقرة ٧١٥ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٩٧ ص ٤٧٩ — دي باج ٣ فقرة ٢٤٥ (في القانون البلجيكي) .

(٥) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٥ .

(٦) جزء أول فقرة ٧١٨ .

ولذلك ذهب رأي إلى أن كل الدائنين يستفيدون من الدعوى البولصية ، حتى من لم يشترك منهم فيها ، وحتى من كان حقه لاحقاً للتصرف المطعون فيه [1] . وهناك رأي أكثر اعتدالا يذهب إلى أن الدائنين يستفيدون من الدعوى البولصية حتى لو لم يشتركوا فيها ، بشرط أن يكون حقهم سابقاً على التصرف المطعون فيه حتى يكونوا مستوفين لشروط الدعوى [2] .

وبهذا الرأي الأخير أخذ التقنين المدني المصري، إذ نصت المادة ٢٤٠ من هذا التقنين، كما رأينا ، على أنه " متى تقرر عدم نفاذ التصرف استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف إضراراً بهم " . فإذا ما رفع دائن مستوف لشروط الدعوى البولصية هذه الدعوى ، جاز لأي دائن آخر مستوف مثله لشروط الدعوى أن يتدخل فيها ، فيستفيد من الحكم بطبيعة الحال . وإذا لم يتدخل أحد ، ونجح الدائن الذي رفع الدعوى في دعواه ، فإن الحق الذي تصرف فيه المدين يعود إلى الضمان العام لجميع الدائنين ممن استوفوا شروط الدعوى البولصية وكانت حقوقهم سابقة على التصرف المطعون فيه [1] . فإذا عمد الدائن الذي حصل على الحكم إلى اتخاذ إجراءات تنفيذية على الحق الذي عاد إلى هذا الضمان العام على النحو الذي أسلفناه ، كان لكل دائن استوفى شروط الدعوى البولصية بالنسبة إلى هذا الحق أن يتدخل في إجراءات التنفيذ ، فيشارك الدائن الأول مشاركة الغرماء ، بل قد يتقدم عليه إذا كان له حق عيني يخوله هذا التقدم . وبذلك تتحقق المساواة ما بين الدائنين ، ولا يتقدم أحد على آخر لمجرد أنه بادر إلى رفع الدعوى البولصية قبله ، بل لا يكون التقدم إلا لسبب يوجبه قانوناً [3]

---

(١) ديرانتون ١٠ فقرة ٥٩٤ — لوران ١٦ فقرة ٤٨٨ — فقرة ٤٩٠ — ماركاديه ٤ فقرة ٥٠١ — كولميه دي سانتير ٥ فقرة ٨٢ مكررة ١٤ — دي هلتس ١ في الدعوى البولصية فقرة ٥٩ — استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٨٠ .

(٢) لاروميير ٢ م ١١٦٧ فقرة ٦٢ .

(1) الدعوى البولصية ليست دعوى بطلان بل هي في حقيقتها دعوى بعدم نفاذ التصرف الصادر من المدين المعسر إضراراً بدائنه ، وهي بذلك تتضمن إقراراً بجدية تصرف المدين فلا يسوغ أن يطلب فيها إلغاء هذا التصرف ولا يمس الحكم الصادر فيها صحته بل يظل هذا التصرف صحيحاً قائماً بين عاقديه منتجاً كافة آثاره ولا يترتب على الحكم فيها لصالح الدائن أن تعود ملكية العين المتصرف فيها إلى المدين ، وإنما ترجع فقط إلى الضمان العام للدائنين ، أما دعوى الصورية فتقوم على طلب بطلان التصرف لعدم جديته ويستهدف منها المدعي محو العقد الظاهر وإزالة كل أثر له وصولا إلى التقرير بأن العين محل التصرف لم تخرج من ملك المدين .
(جلسة ١٩٨١/٥/٢٠ الطعن رقم ٧٢٨ لسنة ٤٨ ق س ٣٢ ص ١٥٤٩) .
(جلسة ١٩٧٢/٦/١٣ الطعن رقم ٣٩٢ لسنة ٣٧ ق س ٢٣ ص ١١٠٥) .
(جلسة ١٩٧١/١٢/٢٥ الطعن رقم ٢٥٤ لسنة ٣٦ ق س ٢٢ ص ٢٢٨) .

(٣) قارن نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤٦ ص ٨٢٠ — ص ٨٢١ .

هذه القاعدة التي استحدثها التقنين الجديد كانت محل جدل شديد في لجنة مجلس الشيوخ . فقد قيل في هذه اللجنة أن استئثار الدائن الذي رفع الدعوى البولصية بفائدتها فيه تشجيع له على مباشرتها ، وإلا لم ينشط دائن بالذات إلى رفعها إذا وجد أن الدائنين الذين لم يشتركوا معه في رفعها يشتركون مع ذلك في فائدتها . وقيل أيضاً أن نسبية الأحكام تحول دون التسليم باشتراك الدائنين الذين لم يتدخلوا في الدعوى البولصية في فائدتها ، كما إنه لا يمكن القول بأن الدائن الذي رفع هذه الدعوى ينوب عن سائر الدائنين في رفعها . وقيل كذلك أن الدعوى البولصية إنما هي دعوى بعدم نفاذ التصرف لا بإبطاله : وإذا كان البطلان لا يتجزأ فإن عدم النفاذ قابل للتجزئة فيكون التصرف غير نافذ في حق أحد الدائنين دون الباقي . ولكن اللجنة لم تر الأخذ بهذا الرأي ، وأصرت على ضرورة المساواة بين الدائنين ، فمادام الحق قد دخل في ضمانهم العام فلا محل لتقديم أحدهم على الآخرين لمجرد أنه علم قبل غيره بصدور التصرف الضار ، وقد لا يعلم باقي الدائنين بهذا التصرف قبل أن يصدر الحكم في الدعوى البولصية، فيكون في هذا التقديم إخلال بالمساواة بينهم لا يتفق مع الاتجاه العام الذي توخاه التقنين الجديد عندما نظم الإعسار وضيق من حق الاختصاص [1] .

---

(١) وقد جاء تقرير لجنة الشيوخ ، رداً على الاعتراضات المتقدمة الذكر ، ما يأتي : " اقترح حذف المادة ٢٤٠ ... ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح ، بل اختارت إبقاء النص لأنه يعالج حالة استفاضت الشكوى منها في ظل نصوص التقنين الحالي (السابق) . وقد صدرت اللجنة في رأيها عن اعتبار جوهري ، هو أن فكرة المساواة بين الدائنين في موقفهم من الضمان العام لديونهم ، وهو أموال المدين قاطبة ، لا تتحقق إذا جعلت الأسبقية في اتخاذ الإجراء أساساً للأفضلية والاستئثار . فالنص الذي يتضمنه المشروع لا يقوم على فكرة نيابة الدائنين عن بعضهم ولا على طبيعة الدعوى ، وإنما هو يستند إلى ضرورة تحقيق المساواة في الانتفاع من الضمان العام . ولا ينبغي أن تحول دون ذلك نسبية الأحكام، لأن زمام هذه القاعدة بيد الشارع ، وهو يخرج عليها كلما اقتضت المصلحة ذلك . وهذا هو المسلك الذي انتهجه كثير من التشريعات الأجنبية وتابعة المشروع ، ولا سيما أنه يتفق في اتجاهاته العامة في تنظيم الإعسار والتضييق من حق الاختصاص " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٢٤) . هذا وقد استعادت الدعوى البولصية بذلك بعضاً من صبغتها الرومانية ، فقد رأينا أنها كانت في القانون الروماني دعوى جماعية يرفعها ممثل الدائنين وتعود فائدتها على الجميع ، أما هنا فلا تزال دعوى فردية ولكن فائدتها تعم جميع الدائنين . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ما يأتي : " على أن المشروع لا يستأثر بفضل السبق في استحداث هذا الحكم ، فقد قضي في التقنين البرتغالي في المادة ١٠٤٤ بأن الدعوى البولصية يكون من أثرها رد ما وقع التصرف فيه إلى ذمة المدين لمنفعة الدائنين . ونصت المادة ١١٣ من التقنين البرازيلي أيضاً على أن الفائدة التي تنتج عن استعمال هذه الدعوى تدخل في نطاق ما يقتسم به الدائنين قسمة غرماء " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٠٤) — أنظر أيضاً المذكرة الإيضاحية في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣٣ (وقد ورد فيها خطأ أن الدعوى البولصية أصبحت بوضعها هذا دعوى جماعية لا فردية ، والصحيح أنها لا تزال دعوى فردية ولكن فائدتها تعود على جميع ممن استوفوا شروطها) .

٦٠٣ – رجوع الدائن بالتعويض : وللدائن ، إذا أصابه ضرر خاص من التصرف الذي صدر من المدين ، أن يطالب ، إلى جانب عدم نفاذ التصرف في حقه على النحو الذي بسطناه ، بالتعويض عن هذا الضرر الخاص وفقاً للقواعد العامة . فإذا أثبت المقرض مثلا أن المقترض ، إذ بادر إلى التصرف في حقه ، قد حرمه من التنفيذ في الوقت المناسب ، فأصابه ضرر من ذلك يزيد على الفوائد القانونية أو الفوائد المشترطة ، جاز في هذه الحالة أن يحكم له بتعويض يزيد على هذه الفوائد ، ويتقاضاها ممن تسبب بغشه في هذا الضرر . ويتضامن في الالتزام بهذا التعويض المدين نفسه إذا كان سيئ النية ، ومن تصرف له المدين إذا كان متواطئاً معه ، وخلف هذا الأخير إذا تواطأ مع سلفه ، وهكذا . وكذلك الحكم إذا لم يكن هناك سوء نية ، كما في التبرعات ، ولكن وجد تقصير ، وذلك في غير الفوائد فقد رأينا أنه لا يجوز الحكم بفوائد تكميلية إلا في حالة سوء النية . ونحن في كل ذلك إنما نطبق القواعد العامة للمسئولية التقصيرية لا القواعد الخاص بالدعوى البولصية [1].

ويترتب على تطبيق هذه الواعد العامة أيضاً أن العين إذا هلكت في يد المشترى أو الموهوب له سيئ النية ، كان كل من هذين مسئولا عن هلاكها ، حتى لو كان الهلاك بسبب أجنبي إذا ثبت أن العين لم تكن تهلك لو بقيت في يد المدين . أما إذا هلكت في يد الموهوب له حسن النية ، لم يرجع الدائن بتعويض عليه حتى لو هلكت العين بخطئه ، لأن تقصير الموهوب له هنا متعلق بهلاك العين لا يمنع الدائن من التنفيذ عليها . وكالهلاك التلف الكلي أو الجزئي .

= هذا وإذا صدر الحكم في الدعوى البولصية لمصلحة الدائن الذي رفعها ، استفاد من الحكم كما قدمنا سائر الدائنين الذين تتوافر فيهم شروط الدعوى ، ويرجع الدائن بمصروفات الدعوى عليهم ، كل بقدر ما استفاد ، وذلك بدعوى الإثراء بلا سبب (أنظر الأستاذ محسن شفيق في الإفلاس فقرة ٦٦ ص ٩١). أما إذا صدر الحكم ضد الدائن ، فإنه لا يكون حجة على دائن آخر استوفى شروط الدعوى ، ويستطيع هذا الدائن الآخر أن يرفع الدعوى البولصية باسمه هو ، فإذا نجح استفاد من ذلك سائر الدائنين الذين استوفوا شروط الدعوى ، حتى الدائن الذي كان قد رفع الدعوى أولا ولم ينجح إذا هو أثبت أنه مستوف للشروط .

ويلاحظ أن القاعدة التي استحدثها التقنين الجديد ليس لها أثر رجعي . فلو أن التصرف المطعون فيه صدر قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فإن أحكام التقنين المدني السابق هي التي تطبق ، وإلا فأحكام التقنين المدني الجديد .

(١) ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٥٢ – بودري وبارد ١ فقرة ٧١٩ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٢ – وقد لا يكون هناك محل للمسئولية التقصيرية ، فلا يحكم بالتعويض بالرغم من وجود الضرر ، وعندئذ يكون الأمر مقصوراً على تطبيق قواعد الدعوى البولصية ، فيقضى بعدم نفاذ التصرف في حق الدائن دون تعويض. ويتحقق ذلك في فرض يكون فيه المدين ومن خلفه على حقه حسني النية ولا تقصير في جانبهم ، وهذا ممكن في القانون المصري إذا كان التصرف الذي صدر من المدين هبة وانتقلت العين الموهوبة بطريق الهبة أيضاً من سلف إلى خلف (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤٧ ص ٨٢١ هامش رقم ١) .

كذلك يرد المشترى أو الموهوب له سيئ النية الثمار ، قبضها أو لم يقبضها . أما الموهوب له حسن النية فلا يرد الثمار المقبوضة ، إذ يتملكها بالقبض [1] . وإذا بني حائز العين أو غرس أو أنفق مصروفات ضرورية أو نافعة أو كمالية ، طبقت الأحكام الخاص بذلك [2] .

المبحث الثاني

أثر الدعوى البولصية بالنسبة إلى المدين ومن تصرف له المدين

٦٠٤ – حكم التصرف المطعون فيه : قدمنا أن الدعوى البولصية ليست دعوى بطلان ، فليس من أثرها أن تبطل تصرف المدين ، وإنما تجعل هذا التصرف غير نافذ في حق الدائنين . أما في حق غيرهم فيبقى التصرف قائماً ينتج كل آثاره ، إلا ما تعارض منها مع عدم نفاذ العقد في حق الدائنين . ويترتب على ذلك :

(أولا) أن التصرف المطعون فيه يبقى قائماً فيما بين المتعاقدين ، بل يبقى منصرفاً أثره إلى من يمثله المتعاقدان من خلف عام وخلف خاص .

(ثانياً) عند تعارض المبدأ المتقدم مع مبدأ عام نفاذ التصرف في حق الدائن يعالج هذا التعارض بتطبيق القواعد العامة [3] .

٦٠٥ – بقاء التصرف المطعون فيه قائماً : يبقى التصرف قائما نافذ الأثر بين الطرفين [4] .

---

(١) ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٥٢ – فقرة ٢٥٥ – بودري وبارد ١ فقرة ٧١٩ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٢ – دي هلتس ١ في الدعوى البولصية فقرة ٦٢ وفقرة ٦٥ – فقرة ٦٦ – والتون ٢ ص ١١٧ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤٧ – وقد نصت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الدائن الذي يطالب بالثمار التي قبضها خلف المدين بعد أن ثبت سوء نيته لا يستعمل حقه بدعوى غير مباشرة ، بل بمقتضى دعوى مباشرة مستمدة من حق خاص ثابت لهذا الدائن الذي لحقه الضرر (٢٠ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣ ص ٩٤).

(٢) ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٥٣ – بودري وبارد فقرة ٧٢٣ – دي هلتس ١ في الدعوى البولصية فقرة ٦٣ – فقرة ٦٤ وفقرة ٦٨ فيما يتعلق بالحبس لاسترداد المصروفات – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤٧ ص ٨٢٢.

(٣) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤٩ .

(٤) لوران ١٦ فقرة ٤٩٤ – أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٣ هامش رقم ٣٨ – بودري وبارد ١ فقرة ٧١٠ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٤ – استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٢٢ – ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٩ جازيت ١٩ ص ٢٧١ – أنظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣٣ .

فإذا كان التصرف بيعاً مثلا ، بقي الشيء المبيع ملكا للمشترى ، وبقي المشترى ملتزماً بدفع الثمن، وأنتج البيع كل آثاره من التزامات في جانب كل من المتعاقدين [١] . فإذا نفذ الدائن على العين المبيعة واستوفى حقه منها ، فإن الباقي من ثمن العين بعد بيعها في المزاد يكون ملكاً للمشترى لا للبائع ، وهذا بالرغم من أن المشترى سيئ النية متواطئ مع البائع [٢]. كذلك لو ترتب على البيع أن أخذ العين شفيع ، ثم استوفى الدائن حقه من العين المشفوع فيها ، ورجع ما بقي من العين أو من ثمنها إلى الشفيع [٣] .

وإذا كان التصرف وقفاً خيرياً مثلا ، صدر إضراراً بالدائنين ، بقيت العين موقوفة بعد أن يستوفى منها الدائن حقه . فإذا بيعت لوفاء هذا الحق ، وبقي من ثمنها شيء بعد الوفاء ، كان الباقي من الثمن وقفاً ، واشتريت به عين أخرى تحل محل الأولى عن طريق الاستبدال دون حاجة إلى وقفها من جديد ، وبقيت الجهة الموقوفة عليها وشروط الوقف ونظارته لا تتغير [٤] .

وكما يبقى التصرف قائماً فيما بين الطرفين ، فإن أثره ينصرف أيضاً إلى من يمثله هذان الطرفان من خلف عام أو خلف خاص . فورثة المدين لا يرثون الباقي من العين التي تصرف فيها مورثهم بعد تنفيذ الدائن عليها ، ويرث ذلك ورثة المشترى . وإذا كان تصرف المدين في العين بالبيع ، فإن دعوى الضمان التي نشأت من عقد البيع تنتقل من العين إلى المشترى من المشترى ، بالرغم من أنه سيئ النية ، باعتباره خلفاً خاصاً للمشترى .

أما بالنسبة إلى دائني المدين — غير الدائن الذي رفع الدعوى البولصية — فقد قدمنا أن التصرف المطعون فيه يكون غير نافذ في حقهم إذا استوفوا شروط الدعوى البولصية ، ذلك أنهم يستفيدون من الحكم بعدم نفاذ التصرف كما يستفيد الدائن الذي رفع الدعوى البولصية وفقاً لأحكام التقنين المدني الجديد . ويستطيع هؤلاء الدائنون جميعاً أن ينفذوا على العين بحقوقهم ، ويقسمون ثمنها بينهم قسمة الغرماء على النحو الذي قدمناه . ولكن دائني من تصرف له المدين ينفذ أثر التصرف في حقهم نفاذه في حق مدينهم ، فلهم أن يعتبروا العين مملوكة له ، وأن ينفذوا عليها بعد أن يستوفى الدائن الذي رفع الدعوى البولصية ومن

---

(١) استئناف أهلي ٢٣ يناير سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ٢ ص ٩٠ — ٢٧ يناير سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٥ ص ٤٤ — ١٥ مارس سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ٤٤ ص ٧٨ .

(٢) استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٨٠ .

(٣) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٥٠ ص ٨٢٤ — ص ٨٢٥ .

(٤) استئناف مختلط ٢٥ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٨٢ — ٢٠ يناير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٢٢ — ٩ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٩٥ — محكمة مصر المختلطة ٢٥ مارس سنة ١٩١٢ جازيت ٢ ص ١٠٦ — منفلوط أول يناير سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ٩٢ ص ١٢٠ .

يشترك معه من الدائنين حقوقهم ، ولهم أن يستعملوا حق مدينهم في الرجوع على المدين الذي تصرف له [1] .

٦٠٦ – تعارض مبدأ قيام التصرف مع مبدأ عدم نفاذه في حق الدائن وتطبيق القواعد العامة : على أنه لا يمكن تفادي تعارض المبدأين اللذين قدمناهما : قيام التصرف فيما بين الطرفين من جهة ، وعدم نفاذ هذا التصرف في حق الدائن من جهة أخرى . فلو فرضنا التصرف بيعاً ، فإن من حق المشترى أن تخلص له ملكية العين المبيعة طبقاً لمبدأ قيام التصرف فيما بين الطرفين ، ولا تخلص له هذه الملكية إلا بعد أن يستوفى الدائن حقه من العين طبقاً لمبدأ عدم نفاذ التصرف في حق الدائن . فلا يبقى إذن إلا تطبيق القواعد العامة للتوفيق بين المبدأين .

وتطبيق هذه القواعد يؤدي إلى أن الدائن يستوفي حقه من العين المبيعة ، لأن البيع غير نافذ في حقه . ثم لما كان البيع لا يزال قائما فيما بين المشترى والمدين الذي باع له العين، فإن المشترى يرجع على المدين بضمان الاستحقاق [2] . وله أن يطلب فسخ البيع ، ويترتب على الفسخ أن يتحلل المشترى من جميع التزاماته التي نشأت من عقد البيع ، فيزول التزامه بدفع الثمن بالرغم من تواطؤه مع المدين وإذا كان قد دفع الثمن استرده وترقب في ذلك يسار المدين ، ويرد إلى المدين ما بقي من العين في يده بعد تنفيذ الدائن [3] .

وله كذلك أن يرجع على المدين بما استوفاه الدائن ، فقد حصل ذلك من ماله ، فيرجع بدعوى الإثراء بلا سبب ، شأن كل شخص وفى ديناً عن الغير .

ويتبين مما تقدم أن المشترى له دعويان : دعوى العقد ويرفعها ضد البائع له ، ودعوى الإثراء بلا سبب ويرفعها ضد المدين . فإذا كان البائع هو المدين ، فالمشترى بالخيار

---

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦١ – أنظر عكس ذلك : بلانيول في مقاله في المجلة الانتقادية سنة ١٨٨٢ ص ٤٩٢ – وقد قدمنا أن العين المبيعة إذا تحولت إلى مجرد دين في ذمة المشترى – كما إذا باع المشترى العين لمشتر آخر حسن النية – فإن الدائن الذي رفع الدعوى البولصية يتحمل مزاحمة دائني المشترى في الرجوع على المشترى . وسنرى في الصورية أن دائن المشترى الصوري يتقدم على دائن البائع ، خلافاً لما تقرره هنا في الدعوى البولصية .

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٤ – وإذا كان التصرف تبرعاً ، لم يرجع المرهون له على المدين بضمان الاستحقاق إلا إذا اشترط ذلك في عقد الهبة ، تطبيقاً للقواعد العامة (دمولومب ٢٥ فقرة ٢٧١ – لوران ١٦ فقرة ٤٩٥ – بودري وبارد ١ فقرة ٧١٢ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٥١ ص ٨٢٦ هامش رقم ١) . وكذلك الحكم إذا كان التبرع هبة مستترة ، أو هبة غير مباشرة كتنازل عن حق شخصي أو حق عيني (بودري وبارد ١ فقرة ٧١٣) .

(٣) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٥١ ص ٨٢٦ هامش رقم ٢ .

في الرجوع عليه بإحدى الدعويين . ولكن قد يكون البائع غير المدين ، كما إذا كان المدين قد تصرف في العين لآخر وهذا باعها للمشترى ، ففي هذه الحالة تتفرق الدعويان على شخصين مختلفين : دعوى الاستحقاق ترفع ضد البائع ، ودعوى الإثراء بلا سبب ترفع ضد المدين . وللمشترى أن يختار إحدى الدعويين [1] .

٦٠٧ – مقارنة بين الدعوى البولصية والدعوى غير المباشرة : تتفق الدعويان في أن الدائن يعالج بهما موقف مدين معسر يتعمد الإضرار بدائنه أو يهمل إهمالا من شأنه أن يضر بهذا الدائن ، فلا بد من إدخال المدين خصماً في كل من الدعويين . وتتفقان كذلك في أن الإجراءات فيهما فردية لا جماعية بخلاف إجراءات الإفلاس التجاري ، وفي أن سائر الدائنين مع ذلك يشاركون عند التنفيذ الدائن الذي رفع الدعوى ويقسمون معه ما حصل عليه قسمة الغرماء .

وتفترق الدعويان في أن الذي يعالجه الدائن في الدعوى غير المباشرة هو عمل سلبي من المدين وهو امتناعه عن استعمال حقوقه عمداً أو إهمالا ، وما يعالجه في الدعوى البولصية هو عمل إيجابي من المدين وهو تصرفه في حقوقه إضراراً بالدائن . لذلك كانت الحماية ضد العمل الإيجابي أشد نشاطاً من الحماية ضد العمل السلبي [2] . فالدعوى البولصية يرفعها الدائن باسمه لا باسم المدين ، ويعتبر نفسه فيها من الغير بالنسبة إلى التصرف الذي يطعن فيه

---

(١) جروبيه فقرة ٢٣٦ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٤ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٥١ ص ٨٢٦ وهامش رقم ٣ – وإذا كان التصرف المطعون فيه من شأنه أن يزيد في التزامات المدين ، كقرض مثلا ، فإن عدم نفاذ عقد القرض في حق الدائن السابق على هذا التصرف يجعل هذا الدائن يتقدم على المقرض فلا يزاحمه ولكن المقرض يزاحم الدائن اللاحق لعقد القرض ، إذ القرض نافذ في حق الدائن . وهنا يجب التمييز بين قرضين : (١) فإذا كان الدائن اللاحق قد أصبح دائناً بموجب تصرف قانوني متأخر على عقد القرض ، فهذا التصرف الذي عقد بعد إعسار المدين يكون هو الآخر غير نافذ في حق الدائن السابق . فلو أن شخصاً لا يملك إلا عيناً قيمتها ألف ، وله دائن بهذا المبلغ ، ثم اقترض بعد ذلك مائة من دائن ثان ، ثم مائة من دائن ثالث ، فإن القرض الأول كان سبباً في إعساره لا ينفذ في حق الدائن السابق على القرض ، وكذلك القرض الثاني لا ينفذ لنفس السبب . فإذا فرضنا أن قيمة العين زادت وقت التنفيذ إلى ألف ومائة ، فإن الدائن الأول يتقدم على الدائنين الثاني والثالث ، فيستوفي ألفاً كاملة ، ويتزاحم الدائنان الثاني والثالث في المائة الباقية كل منهما يصيبه خمسون . (٢) أما إذا كان الدائن اللاحق قد أصبح دائناً بموجب عمل مادي – كعمل غير مشروع – فأصبح للمدين دائنون ثلاثة ، دائن بألف ثم من أقرضه المائة ثم المضرور في العمل غير المشروع، فإن الدائن المقرض يكون عند ذلك وسطاً ما بين الدائن السابق والدائن اللاحق ، فهو يتأخر عن السابق ويزاحم اللاحق ، وفي الوقت ذاته يزاحم اللاحق السابق ، فينشأ من ذلك وضع شبيه بوضع الحوالة بين حجزين ، كما أشار إلى ذلك الأستاذ إسماعيل غانم (أحكام الالتزام ص ١٥٦ هامش رقم ٢) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٥٦٧ .

. أما الدعوى غير المباشرة فيرفعها الدائن باسم المدين ، ويعتبر نفسه نائباً عن المدين في الحق الذي يستعمله باسمه [1] .

أما من حيث الأحكام التفصيلية فهناك فروق كثيرة ما بين الدعويين، نذكر منها :

(١) في الدعوى البولصية يشترط في الدائن أن يكون حقه مستحق الأداء ، ويكفى في الدعوى غير المباشرة أن يكون حق الدائن محقق الوجود دون أن يكون مستحق الأداء .

(٢) في الدعوى البولصية يشترط أن يكون حق الدائن سابقاً على التصرف المطعون فيه ، ولا يشترط في الدعوى غير المباشرة أن يكون حق الدائن سابقاً على ثبوت حق المدين الذي يستعمله الدائن .

(٣) في الدعوى البولصية التصرف الذي يطعن فيه الدائن لا بد أن يكون تصرفاً قانونياً (acte juridique) توافرت فيه شروط معينة تقدم ذكرها ، أما في الدعوى غير المباشرة فقد يكون مصدر الحق الذي يستعمله الدائن باسم مدينه تصرفاً قانونياً أو واقعة مادية .

(٤) في الدعوى البولصية لا بد أن يكون المدين — فيما عدا التبرعات في القانون المصري — سيئ النية يريد بتصرفه الإضرار بحقوق دائنيه ، بل إن سوء نية المدين وحده لا يكفى إذا كان التصرف المطعون فيه معاوضة ، إذ يجب في هذه الحالة إثبات سوء نية الخلف وخلف الخلف . أما في الدعوى غير المباشرة فقد يكون المدين سيئ النية وقد يكون مهملا في استعمال حقه بنفسه ، فلا يشترط إذن في المدين سوء النية .

(٥) أثر الدعوى البولصية واحد دائما هو اعتبار الدائن من الغير في التصرف المطعون فيه ، ذلك أنه لا توجد إلا دعوى بوليصية واحدة يرفعها الدائن باسمه ، وهي دائماً دعوى شخصية . أما أثر الدعوى غير المباشرة فيختلف باختلاف الحق الذي يستعمله الدائن باسم المدين ، ذلك أنه لا توجد دعوى واحدة غير مباشرة ، بل توجد دعاوى متعددة بقدر ما للمدين من حقوق يستطيع الدائن أن يستعملها ، وهي تارة تكون شخصية وطوراً تكون عينية حسب طبيعة الحق الذي يستعمله الدائن [2] .

---

(١) وقد قدمنا أن الدائن يستطيع أن يستعمل كلا من الدعوى البولصية والدعوى غير المباشرة ، إذا أخفق في إحداهما لجأ إلى الأخرى . ولكنه لا يستطيع الجمع بينهما في إجراءات واحدة ، لأنهما دعويان مختلفان (أنظر آنفاً فقرة ٥٦٧ — وأنظر نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٦١) .

(٢) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٦١ — فقرة ٧٦٢ .

الفصل الثالث

دعوى الصورية *

(action en simulation)

٦٠٨ – مسائل ثلاث : نحدد أولا ما هي الصورية ، ثم نبين أحكامها ، ثم نعقد مقارنة بين دعوى الصورية وكل من الدعوى البولصية والدعوى غير المباشرة .

الفرع الأول

تحديد الصورية

٦٠٩ – معنى الصورية وأنوعها : يلجأ المتعاقدان عادة إلى الصورية عندما يريدان إخفاء حقيقة ما تعاقدا عليه لسبب قام عندهما . ومن هنا وجد : (١) العقد الظاهر (acte apparent) ، وهو العقد الصوري (acte simulé, fictif) . (٢) والعقد المستتر (acte secret)، وهو العقد الحقيقي (acte reel) وتسميه المحاكم المصرية عادة بورقة الضد (contre-lettre) .

والصورية قسمان : **صورية مطلقة** (simulation absolue) **وصورية نسبية** (simulation relative) [1] . والصورية النسبية إما أن تكون بطريق التستر (par voie de

---

* مراجع : بارتان (Bartin) رسالة من باريس سنة ١٨٨٥ – فوركاد (Fourcade) رسالة من نانسي سنة ١٨٨٧ – جلاسون (Glasson) رسالة من باريس سنة ١٨٩٧ – كازال (Cazal) رسالة من مونبيليه سنة ١٨٩٧ – ليريبور بيجونيير ((Lerebours Pigeonniére رسالة من كان سنة ١٨٩٨ – ديكار (Descart) رسالة من بوردو سنة ١٩٠٧ – دافيد (David) رسالة من بواتييه سنة ١٩٢١ – بواسلو (Boisselot) رسالة من باريس سنة ١٩٢٦ – فلافان (Flavin) رسالة من باريس سنة ١٩٢٩ – روسو (Rousseau) رسالة من باريس سنة ١٩٣٧ – ناوت (Naut) رسالة من باريس سنة ١٩٥١ (على الآلة الكاتبة) – مقال للأستاذ بلانيول في المجلة الانتقادية سنة ١٨٨٦ ص ٦٢٢ وما بعدها – ديموج ١ فقرة ١٥٩ وما بعدها .
مقال للأستاذ صليب سامي في مجلة المحاماة السنة الثانية – بحث في الصورية في التصرف القانوني للأستاذ أحمد رفعت خفاجي المحاماة السنة ٣٤ ص ١٤٦٥ وما بعدها .

déguisement) . وإما أن تكون بطريق المضادة (par voie de contre - lettre)، وإما أن تكون بطريق التسخير (par voie d'interposition de personnes) .

٦١٠ – الصورية المطلقة : وهي تتناول وجود العقد ذاته ، فيكون العقد الظاهر لا وجود له في الحقيقة ، ولا تتضمن الورقة المستترة عقداً آخر حقيقياً يختلف عن العقد الظاهر ، بل تقتصر هذه الورقة على تقرير أن العقد الظاهر إنما هو عقد صوري لا وجود له . مثل ذلك شخص يريد أن يتوقى من دائنيه أن ينفذوا على شيء يملكه ، فيبيع هذا الشيء بيعاً صورياً إلى شخص يتفق معه على ذلك ، ويكتبان بالبيع عقداً ظاهراً ، ويكتبان في الوقت ذاته سنداً مستتراً يذكران فيه أن البيع لا حقيقة له ، وهذا السند المستتر هو " ورقة الضد " . وفي هذه الصورة نرى اقتراب الصورية من الدعوى البولصية ، ففي كليهما يحاول المدين بغشه أن يضر بحقوق دائنيه ، وفي كليهما يعطى القانون سلاحاً للدائنين يحاربون به غش المدين .

على أنه قد يكون للصورية المطلقة أغراض أخرى غير الإضرار بحقوق الدائن . فقد يتفق شخص مع آخر ممن يلوذ به على أن يبيعه بيعاً صورياً بالنصاب المالي المطلوب لمركز يرشح نفسه له ، كمركز العضوية في مجلس نيابي أو مركز العمدية أو نحو ذلك ، أو يبيعه بيعاً صورياً مالا يظهر به في مظهر ذوي اليسار حتى يتسنى له الانخراط في جمعية أو شركة تتطلب هذا المظهر أو مصاهرة أسرة تقتضي هذا اليسار .

ويتبين من هذا – ومن الحالات الأخرى للصورية النسبية التي ستأتي – أن الصورية أوسع نطاقاً من الدعوى البولصية .

٦١١ – الصورية بطريق التستر : وتتناول نوع العقد لا وجوده ، وذلك كهبة في صورة بيع . العقد الظاهر هو البيع وهو عقد صوري ، والعقد المستتر هو الهبة وهو العقد الحقيقي . ويكون الغرض من الصورية عادة في مثل هذه الحالة الهرب من رسمية العقد فيما لو ظهرت الهبة في ثوبها الحقيقي [٢] . وقد يكون الغرض ستر السبب الحقيقي للتصرف،

---

(١) نقض مدني ١١ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٥ ص ٥٩٢ – الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٢٣ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا دفع بصورية عقد بيع مسجل صادر من والد إلى ولده الصورية المطلقة ، فأحالت المحكمة الدعوى إلى التحقيق ، ثم استخلصت استخلاصاً سائغاً من أقوال الشهود إثباتاً ونفياً – بعد أن أوردت مجمل هذه الأقوال في حكمها – أن الطاعن في العقد قد عجز عن إثبات دفعه بالصورية ، ثم خلصت إلى القول بأن العقد عقد تمليك قطعي منجز انتقلت الملكية بموجبه فوراً حال حياة البائع ، وأنه عقد صحيح سواء باعتباره بيعاً حقيقياً أو بيعاً يستر هبة ، وأنه حتى مع التسليم أن ثمناً لم يدفع فإنه لا مانـــع –

كأن يكتب شخص صكاً على نفسه بدين لآخر يقول عنه أنه ثمن لشيء اشتراه وهو في الحقيقة قرض بربا فاحش ، وكأن يصدر من شخص لأحد ورثته عقد بيع وهو في الحقيقة وصية .

٦١٢ – الصورية بطريق المضادة : ولا تتناول وجود العقد أو نوعه ، بل ركناً أو شرطاً فيه . مثل ذلك عقد بيع يذكر فيه ثمن أقل من الثمن الحقيقي تخففا من رسوم التسجيل ، أو ثمن أكبر من الثمن الحقيقي توقيا من الأخذ بالشفعة ، ويحتفظ المتعاقدان بسند مستتر ، هو ورقة الضد ، يذكر فيه الثمن على حقيقته .

٦١٣ – الصورية بطريق التسخير : وتتناول شخص أحد المتعاقدين ، كأن يهب شخص لآخر مالا ويكون الموهوب له المذكور في العقد ليس هو المقصود بالهبة ، بل المقصود شخص آخر يغلب أن تكون الهبة غير جائزة له ، فيوسط الواهب بينه وبين الموهوب له الحقيقي شخصاً مسخراً (personne interposée) ، تكون مهمته أن يتلقى الهبة من الواهب ثم ينقلها إلى الموهوب له . فيكون الغرض من الصورية بطريق التسخير عادة التغلب على مانع قانوني يحول دون تمام الصفقة لشخص معين [1] .

وقد أورد التقنين المدني صوراً مختلفة من الصورية بطريق التسخير ، نذكر منها :

(١) ما نصت عليه المادة ٤٧١ مدني من أنه " لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ولا للمحضرين أن يشتروا لا بأسمائهم ولا باسم مستعار الحق

= قانوناً من إفراغ الهبة المنجزة في صورة عقد بيع صحيح ، فحكمها بذلك صحيح ، ولا وجه للطعن فيه بأنه فيما فعل قد خلط بين الصورية النسبية والصورية المطلقة (نقض مدني ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٤٦ ص ٢٥٦ – أنظر أيضاً : نقض مدني ١١ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٥٢ ص ٥٩٢ وهو الحكم الذي سبقت الإشارة إليه) .

(١) وهناك تعاقد بطريق التسخير غير الصورية بطريق التسخير ، ويدعى المسخر فيه بالاسم المستعار (prête - nom) . ففي الصورية بطريق التسخير يتعاقد الشخص مع مسخر (personne interposée) يتواطأ معه على تسخيره لمصلحة شخص ثالث يكون هو أيضاً عالماً بهذا التسخير . أما في التعاقد بطريق التسخير فإن المسخر ((prête - nom) يتعاقد مع شخص يغلب ألا يكون عالماً بالتسخير. والمسخر هنا يبرم تصرفات ثلاثة كل منها تصرف جدي . الأول عقد وكالة يكون المسخر فيه وكيلا عن آخر في تصرف يعينانه في عقد الوكالة . والثاني يعقده المسخر مع الغير يبرم فيه هذا التصرف المعين لحساب الموكل ولكن باسمه هو فينصرف إليه أثر التصرف . والثالث يعقده مع الموكل مرة أخرى ينقل له فيه أثر هذا التصرف الذي سبق أن عقده لحسابه مع الغير (أنظر بلانيول وريبير وأسمان ٦ ص ٤٢٨ هامش رقم ٢) .

المتنازع فيه كل أو بعضه ، إذا كان النظر في النـــزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها ، وإلا كان البيع باطلا " .

(٢) ما نصت عليه المادة ٤٧٢ مدني من أنه " لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكليهم في الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها ، سواء أكان التعامل بأسمائهم أم باسم مستعار ، وإلا كان العقد باطلا " .

(٣) ما نصت عليه المادة ٤٧٩ مدني من أنه " 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 العلني ، ما أنيط به بيعه بموجب هذه النيابة ، ما لم يكن ذلك بإذن القضاء ، ومع عدم الإخلال بما يكون منصوصاً عليه في قوانين أخرى " .

(٤) ما نصت عليه المادة ٤٨٠ مدني من أنه " لا يجوز للسماسرة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم في بيعها أو في تقدير قيمتها ، سواء أكان الشراء بأسمائهم أم باسم مستعار [١] " .

٦١٤ – شروط تحقق الصورية : ويتبين مما قدمناه أن الصورية لا تتحقق إلا إذا توافرت الشروط الآتية :

(١) أن يوجد عقدان – أو موقفان – اتحد فيهما الطرفان والموضوع .

(٢) أن يختلف العقدان من حيث الماهية أو الأركان أو الشروط .

(٣) أن يكونا متعاصرين ، فيصدرا معاً في وقت واحد [٢] .

(٤) أن يكونا أحدهما ظاهراً علنياً وهو العقد الصوري ، ويكون الآخر مستتراً سرياً وهو العقد الحقيقي [١] .

---

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن الصورية تكون بإخفاء حقيقة العقد في شكل عقد آخر ، أو بإخفاء اسم أحد المتعاقدين تحت اسم شخص آخر مستعار . كما تكون بإظهار وجود عقد لا حقيقة له في الوجود (أول مايو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٢١٣ ص ٢١٦) .

(٢) ولا تشترط المعاصرة المادية ، بل تكفي المعاصرة الذهنية ، أي المعاصرة التي دارت في ذهن المتعاقدين وانعقدت عليها نيتهما وقت صدور التصرف الظاهر وإن صدر التصرف المستتر بعد ذلك . وقد قضت محكمة النقض بأن لمحكمة الموضوع ، بما لها من سلطة تفسير العقود وتقدير الوقائع ، أن تقرر أن العقد محل الدعوى ، وإن صدر في يوم تال لعقد آخر ، بينه وبين العقد الآخر معاصرة ذهنية ، وأن العقد الأخير ، وإن وصف بأنه تراد أو تفاسخ ، هو في حقيقته ، حسبما انعقدت عليه نية الطرفين ، ورقة ضد تفيد صورية العقد الأول (نقض مدني أول ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٣ ص ٤٨) . وقضت أيضاً بأنه يكفي في اعتبار الإقرار بمثابة ورقة ضد توافر المعاصرة الذهنية التي تربطه بالعقد ، وإن اختلف تاريخهما (نقض مدني ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٠ ص ١٠٢) .

٦١٥ – تمييز الصورية عن حالات مشابهة : وهناك حالات مشابهة للصورية يجب تمييز الصورية عنها . من ذلك :

(١) إن الصورية تختلف عن التدليس في أنها عمل يتفق عليه المتعاقدان متواطئين معاً ، فليس يغش أحدهما الآخر ، وإنما يريدان معاً غش الغير أو إخفاء أمر معين [٢] . أما التدليس فعمل يقوم به أحد المتعاقدين لتضليل المتعاقد الآخر [٣] .

وتختلف الصورية عن التزوير كذلك ، لأن كلا من المتعاقدين عالم بالصورية ومتواطئ عليها مع الآخر . فلا يجوز إذن الطعن في العقد الرسمي أو العرفي بالتزوير بسبب صوريته [٤] [١] .

(٢) تختلف الصورية أيضاً عن التحفظ الذهني (réserve mentale) في أن الأولى نتيجة تدبير واتفاق طرفين ، أما التحفظ الذهني ففيه يستقل أحد الطرفين – دون أن يتفق في ذلك مع الآخر – بإظهار إرادة وإبطان إرادة أخرى تختلف عن الأولى ، فإرادته الظاهرة غير جدية إذ تحفظ ذهنياً بإرادة باطنة تختلف عنها . فالتحفظ الذهني نوع من الصورية في الإرادة الظاهرة ، ولكنها صورية غير متفق عليها بين المتعاقدين .

---

(١) بني سويف الكلية ٣ يونية سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٣٠٩ ص ٤٤٥ – كفر الشيخ ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٧ المحاماة ١١ رقم ٥١ ص ٩٤ – أما الباعث على الصورية فليس ركنا فيها ، وقد قضت محكمة النقض بأن الباعث على الصورية ليس ركناً من أركان الدعوى بها ، فعدم صحة الباعث الذي أورده مدعي الصورية ليس من شأنه وحده رفض دعواه (نقض مدني أول ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٣ ص ٤٨) .

(٢) وقد لا يكونان سيئ النية . وقد قضت محكمة النقض بأن الحكم بصورية العقد لا يستلزم إثبات سوء نية الطرفين فيه ، ومع ذلك إذا كان الحكم قد استظهر هذا الأمر فلا يصح تعييبه به (نقض مدني ١١ مايو سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨١ ص ٥٥٣) . وقد تجتمع الصورية والتدليس ، كما إذا اتفق البائع والمشترى على صورية البيع ، ولكن المشترى أعطى البائع " ورقة ضد " بتوقيع مزور ، تدليساً منه على البائع (نقض مدني ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٣ ص ١٩٩) .

(٣) استئناف أهلي ٥ مايو سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ٢١٦ .

(٤) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٦٩ – ديموج ١ ص ١٦٠ – والتون ٢ ص ١٢٩ – ص ١٣٠ – ويجوز إثبات صورية عقد رسمي دون الطعن فيه بالتزوير ، مادام الخصم لا يدعى تزوير العقد ذاته ، بل يقتصر على الإدعاء بأنه عقد غير جدي (نقض فرنسي ٤ يوليه سنة ١٩٢٢ سيريه ١٩٢٤ – ١ – ٢٨٦ – بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٣٤٢) .

(1) تختلف الصورية عن التزوير لأن كلا المتعاقدين عالم بالصورية ومتواطئ عليها مع الآخر ، فلا يجوز الطعن في العقد الرسمي أو العرفي بالتزوير بسبب صوريته .
(جلسة ١٩٩٧/١/٣٠ الطعن رقم ٤٠١٤ لسنة ٦٦ ق) .
(جلسة ١٩٧٨/٥/٢٥ الطعن رقم ٣٧٧ لسنة ٤٦ ق س ٢٩ ص ١٣٣٧) .

(٣) ولا صورية في عقد جدي تم بين المتعاقدين ، ثم بدا لهما بعد ذلك أن يدخلا فيه تعديلا . فإذا اتفق الطرفان على عقد إيجار مثلا ، ثم عدلا العقد فيما يتعلق بالأجرة فخفضاها ، لم يكن هناك عقد صوري وعقد حقيقي ، بل هناك عقدان حقيقيان الأخير منهما يعدل الأول . وقد تقدم القول أن الصورية لا تتحقق إلا إذا كان العقدان متعاصرين[١] .

(٤) ولا صورية كذلك في عقد جدي يتم بين المتعاقدين ، حتى لو لم يكن ذلك العقد إلا وسيلة للوصول إلى غرض آخر ليس هو الغرض المباشر من العقد . فإذا تصرف المدين في ماله تصرفاً جدياً حتى يضيع على دائنه فرصة التنفيذ عليه ، فتصرف المدين في هذه الحالة تصرف جدي لا صوري، ويطعن فيه بالدعوى البولصية لا بدعوى الصورية [٢] [1] . وقد يحمل الزوج أحد أقاربه — كأحد والديه — على أن يرفع عليه دعوى نفقة ، حتى ينتقص بذلك من مقدار النفقة التي يحكم بها للزوجة ، ففي هذه الحالة لا تكون دعوى النفقة المرفوعة من غير الزوجة دعوى صورية ، بل هي دعوى حقيقية . وفي فرنسا قد يتبنى شخص آخر تبنياً حقيقياً بقصد أن ينتقص بذلك من حقوق الورثة ، وقد يتزوج الطبيب امرأة يعالجها وهي في مرض الموت حتى يجوز له أن يتلقى منها تبرعاً ممنوعاً عنه بموجب المادة ٩٠٩ من التقنين المدني الفرنسي لو لم يتزوجها [٣] .

(٥) ولا صورية في عقد ظاهر نوه فيه بالعقد المستتر ، كما في البيع مع التقرير بالشراء عن الغير (déclaration de command, életion d'ami) [٤] ، لأن شرط الصورية أن يكون هناك عقد مستتر لا يشار إليه في العقد الظاهر ، بل يبقى سراً بين الطرفين . ولذلك يصعب تحقق الصورية إذا كان العمل المستتر من شأنه ألا يكون نافذاً في

---

(١) ديموج ١ ص ٢٦٣ — الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٢٤٤ .

(٢) نقض مدني ٢٦ مارس سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٤٩ ص ٤٢١ — الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٢٤٤ مكررة — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٢٤ .

(1) دعوى الصورية ودعوى عدم نفاذ تصرف المدين هما دعويان مختلفتان ، فيجوز للدائن إثبات أن العقد الذي صدر من المدين صوري بغية استبقاء المال الذي تصرف فيه في ملكه ، فإن أحقق جاز له الطعن في العقد الحقيقي بدعوى عدم نفاذ التصرف في حقه ، بغية إعادة المال إلى ملك المدين ، كما أنه يجوز للدائن كذلك في الدعوى الواحدة أن يطعن في تصرف مدينه بالدعويين معاً على سبيل الخيرة .
(جلسة ١٩٧١/٢/٢٥ مجموعة المكتب الفني السنة ٢٢ ص ٢٢٨) .

(٣) ديموج ١ ص ٢٦٠ — بلانيول وريبير وأسمان ٦ ص ٤٦٠ هامش رقم ١ .

(٤) أنظر في تكييف العلاقة ما بين المشترى الظاهر الذي يحتفظ بحق اختيار الغير والمشترى المستتر بأنها وكالة إذا أعمل المشترى الظاهر حقه في اختيار الغير ، وليست بوكالة إذا لم يختر أو اختار بعد الميعاد : نقض مدني ٩ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٨١ ص ٣١٢ .

حق الغير إلا بطريقة من طرق الشهر ، كتسجيل أو قيد أو إعلان ، إذ في هذه الحالة يفقد العمل المستتر سريته فلا تتوافر شروط الصورية [1] .

٦١٦ – منطقة الصورية : وأكثر ما تكون الصورية في العقود . ولكن هذا لا يمنع من أن تكون في التصرف القانوني الصادر من جانب واحد [2] ، بشرط أن يكون هذا التصرف موجهاً إلى شخص معين ، لأن الصورية نتيجة اتفاق ولا يتصور الاتفاق إلا من شخصين يتعاملان معاً . فالتنازل عن حق عيني ، أو الإبراء من دين ، أو إنهاء علاقة قانونية قائمة [3] ، كل هذا يتم بتصرف قانوني من جانب واحد ، وقد يكون هذا التصرف صورياً إذا اتفق الطرفان على أن التنازل أو الإبراء أو إنهاء العلاقة القانونية لا يقع ، وأن الحق العيني أو الدين أو العلاقة القانونية كل هذا يبقى قائماً بالرغم من التصرف الصوري [4] .

وكما تكون الصورية في العقود والتصرفات يصح أيضاً أن تكون في الأحكام [1] ، وبخاصة أحكام رسو المزاد التي لا تتعدى مهمة القاضي فيها مجرد استيفاء الإجراءات الشكلية ثم إيقاع البيع لمن يظهر أن المزاد قد رسا عليه [5] .

---

(١) ديموج ١ ص ٢٦٨ . ولا صورية في عقد يمكن تصحيحه من دليل آخر في العقد ذاتـــه (intrinsèque) لا من دليل خارج عن العقد (ertrinséque) (بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٧٤) .

(٢) قارن دي باج ٢ فقرة ٦٢٤ ص ٥٩٠ .

(٣) الأستاذ عبد الحي حجازي ٣ ص ٢١٢ .

(٤) أما إذا كان التصرف غير موجه إلى شخص معين ، كوعد بجائزة موجه إلى الجمهور ، فإن الصورية لا تتصور فيه ، فإذا كان الواعد غير جاد في وعده ، لم تكن هناك صورية بل كان هذا اختلافاً بين الإرادة الظاهرة والإرادة الحقيقية قريباً من التحفظ الذهني (ديموج ١ فقرة ١٦٤ ص ٢٦٧) .

(1) الصورية كما ترد في العقد ترد على الأحكام وبخاصة أحكام رسو المزاد التي لا تتعدى مهمة القاضي فيها مجرد مراقبة استيفاء الإجراءات الشكلية ثم إيقاع البيع لمن يظهر أن المزاد رسا عليه ، فإن الحكم المطعون فيه إذ أقام قضاءه على ما خلص إليه من صورية دين النفقة وإجراءات التنفيذ به التي انتهت إلى إيقاع البيع على الطاعنة صورية قوامها تواطؤ الطاعنة مع المطعون عليه الثاني بقصد الإضرار بالمطعون عليه الأول ، فإنه يكون قد كشف عن بيان الصورية التي أقتنعت بها محكمة الموضوع ، ولا يكون قد خالف القانون إذا أعمل الأثر القانوني المترتب على هذه الصورية وهو إهدار حكم رسو المزاد والقضاء للمطعون عليها الأولى بصحة ونفاذ العقد .
(جلسة ١٩٧٨/١/١٧ الطعن رقم ٧٧٩ لسنة ٤٣ ق السنة ٢٩ ص ٢١٨) .

(٥) نقض مدني ١١ ديسمبر سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٢٨ ص ٣٩١ – الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٢٥١ – أنظر في عدم جواز الصورية في الزواج والإقرار بالبنوة وجوازها في الشركات: بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٧٥ – فقرة ٩٧٦ – وقارن دي باج فقرة ٦٢٤ ص ٥٩٠ .

الفرع الثاني
أحكام الصورية

٦١٧ – النصوص القانونية: تنص المادة ٢٤٤ من التقنين المدني على ما يأتي:

" ١ – إذا أبرم عقد صوري ، فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص ، متى كانوا حسني النية ، أن يتمسكوا بالعقد الصوري [1] ، كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضر بهم " .

" ٢ – وإذا تعارضت مصالح ذوي الشأن ، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر ، كان الأفضلية للأولين " .

---

(1) أ – المقرر في قضاء هذه المحكمة – أن تقدير أدلة الصورية مما يستقل به قاضي الموضوع لتعلقه بفهم الواقع في الدعوى ، ومفاد نص المادة ١/٢٤٤ من القانون المدني أنه يشترط في الخلف الخاص – وهو من كسب حقاً من المشترى – حتى يتمسك بالعقد الصوري أن يكون حسن النية أي لا يعلم وقت تعامله من المالك الظاهر أن العقد الظاهر إنما هو عقد صوري ، أما إذا كان سيئ النية أي يعلم وقت تعاملة بصورية العقد الظاهر ، فإن العقد الذي يسرى في حقه هو العقد الحقيقي شأنه في ذلك شأن المتعاقدين .

(جلسة ١٩٨٦/٥/٢٧ الطعن رقم ٧٥٦ لسنة ٥٣ ق) .

(جلسة ١٩٧٧/١/٣١ الطعن رقم ٤٦٦ لسنة ٤٣ ق س ٢٨ ص ٣٢٨) .

ب – يحق لدائن المتعاقد التمسك بالعقد الظاهر متى كان حسن النية لا يعلم بصورية عقد مدينه عند حصول التصرف والأصل أن الدائن حسن النية وعلى من يدعى سوء نيته إثبات ما يدعيه .

(جلسة ١٩٩٠/٥/٢ الطعن رقم ١٦ لسنة ٤٥ ق) .

(جلسة ١٩٩٠/٢/٢١ الطعن رقم ١١٥٩ لسنة ٥٩ ق) .

(جلسة ١٩٨٩/١١/٢٢ الطعن رقم ١٠٥٦ لسنة ٥٩ ق) .

ج – الغير بالمعنى الذي تقصده المادة ٢٤٤ من القانون المدني هو من يكسب حقاً بسبب يغاير التصرف الصوري – فيجوز لمن كسب من البائع حقاً على المبيع كمشترى ثان – أن يتمسك بصورية البيع الصادر من سلفه صورية مطلقة ليزيل جميع العوائق القائمة في سبيل تحقيق أثر عقده ولو كان العقد المطعون فيه مسجلا . فالتسجيل ليس من شأنه أن يجعل العقد الصوري عقداً جدياً كما أن التسجيل لا يكفي وحده لنقل الملكية بل يجب أن يرد على عقد جدي . فالمشترى بصفته دائناً للبائع في الالتزامات المترتبة على عقد البيع الصادر له يكون له أن يتمسك بالصورية أياً كان الباعث عليها ، وهذا المشترى يعتبر من الغير في أحكام الصورية بالنسبة إلى التصرف الصادر من البائع إلى مشتر آخر وله وفقاً لصريح نص المادة ٢٤٤ من القانون المدني أن يثبت صورية العقد الذي أضر به بطرق الإثبات كافة وذلك على ما جرى به قضاء النقض.

(جلسة ١٩٨١/١١/٢٩ الطعن رقم ٤٨٩ لسنة ٤٨ ق س ٢٣ ص ٢١٦٣) .

ونفس المبدأ (جلسة ١٩٧٨/١/١٧ الطعن رقم ٧٧٩ لسنة ٤٣ ق س ٢٩ ص ٢١٨) .

وتنص المادة ٢٤٥ من التقنين المدني على ما يأتي :

" إذا ستر المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر ، فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي [١] " .

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق ، ولكن أحكامها كانت مطبقة دون نص ، فقنن التقنين الجديد القضاء المصري في ذلك [٢] .

وتقابل هذه النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٢٤٥ — ٢٤٦ ، وفي التقنين المدني العراقي م ١٤٧ — ١٤٩ ، وفي التقنين المدني الليبي م ٢٤٧ — ٢٤٨ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ١٦٠ — ١٦١ [٣] .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٤٤ : ورد هذا النص في المادة ٣٢٤ من المشروع التمهيدي على نحو يكاد يكون مطابقاً لما استقر عليه في التقنين الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة بعد تعديلات لفظية طفيفة جعلته مطابقاً لما استقر عليه ، وأصبح رقمه ٢٥١ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٤٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٣٦ — ص ٦٣٨) .

م ٢٤٥ : ورد هذا النص في المادة ٣٢٥ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " ١ — يكون العقد المستتر هو النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام ، ولا أثر للعقد الظاهر فيما بينهم . ٢ — إذا ستر المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر ، فالعقد الحقيقي هو الصحيح مادام قد استوفى شروط صحته ". وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة الأولى ، واكتفي بالفقرة الثانية بعد تعديلها على وجه جعلها مطابقة لما استقر عليه النص في التقنين الجديد ، وأصبح رقم المادة ٢٥٢ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٤٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٣٩ و ص ٦٤٦ — ص ٦٤٧) .

(٢) على أن التقنين المدني السابق اشتمل على نص خاص بالهبة المستترة في صورة عقد آخر ، وهذا ضرب من ضروب الصورية كما قدمنا ، فنصت المادة ٧٠/٤٨ من هذا التقنين على أن " تنتقل الملكية في الأموال الموهوبة ، منقولة كانت أو ثابتة ، بمجرد الإيجاب من الواهب والقبول من الموهوب له ، إنما إذا كان العقد المشتمل على الهبة ليس موصوفاً بصفة عقد آخر ، فلا تصح الهبة ولا القبول إلا إذا كان حاصلين بعقد رسمي ، وإلا كانت الهبة لاغية " . وقد تضمنت الفقرة الأولى من المادة ٤٨٨ من التقنين المدني الجديد هذا الحكم على الوجه الآتي : " تكون الهبة بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة ، ما لم تتم تحت ستار عقد آخر " .

أنظر في اقتضاب التقنين المدني السابق في موضوع الصورية نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٥٢ .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٤٥ — ٢٤٦ : (مطابقتان لنصوص التقنين المصري) .

التقنين المدني العراقي م ١٤٧ — ١٤٨ : (مطابقتان لنص المشروع التمهيدي ، ولأحكام التقنين المصري) .

م ١٤٩ : لا يجوز الطعن بالصورية في التصرفات الواقعة على العقار بعد تسجيلها في دائرة الطابو . (والسبب في ذلك أن نظام التسجيل العراقي هو نظام السجل العقاري (Livre Foncier) ، وجهة التسجيل هناك تسمى الطابو عن اللغة التركية ، ومتى سجل العقد انتقل الحق العيني بقوة التسجيل ، فلم يعد هناك محل للطعن في العقد بالصورية) .

ويتبين من هذه لنصوص أن أحكام الصورية بالنسبة إلى المتعاقدين والخلف العام تختلف عن أحكامها بالنسبة إلى الغير أي الدائنين والخلف الخاص . فنبحث : (١) أحكام الصورية بالنسبة إلى المتعاقدين والخلف العام (٢) أحكام الصورية بالنسبة إلى الغير (٣) الصورية من حيث الدعوى وطرق الإثبات .

المبحث الأول

أحكام الصورية بالنسبة إلى المتعاقدين والخلف العام

٦١٨ – العقد الظاهر لا وجود له : رأينا أن المادة ٢٤٥ من التقنين المصري تقضي بأنه : " إذا ستر المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر ، فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي " . ويترتب على ذلك أن العقد الظاهر ، فيما بين المتعاقدين والخلف العام ، لا وجود له ، فلا يعمل به . وهذا ما يقتضيه مبدأ سلطان الإرادة، ذلك أن المتعاقدين إنما أرادا العقد المستتر لا العقد الظاهر ، فوجب أن يلتزما بما أراداه لا بما لم يريداه [1] .

ومن ثم إذا باع شخص عيناً من آخر بيعاً صورياً واحتفظ بورقة الضد ، ففيما بين البائع والمشترى لا وجود للبيع . ويبقى البائع مالكاً للعين ، وله حق التصرف فيها ،

– التقنين المدني الليبي م ٢٤٧ – ٢٤٨ : (مطابقتان لنصوص التقنين المصري) .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ١٦٠ : إن الأوراق السرية التي يراد بها تعديل سند رسمي أو سند ذي توقيع خاص لا يسرى مفعولها إلا بين المتعاقدين وخلفائهم العموميين .

م ١٦١ : إن دائني المتعاقدين وخلفائهم الخصوصيين الذي أنشئ السند الظاهري احتيالا للإضرار بهم ، يحق لهم أن يقيموا دعوى إعلان التواطؤ وأن يثبتوه بجميع طرق الإثبات .

(والأحكام لا تختلف عما هو عليه في التقنين المصري ، وإن اختلفت العبارة : أنظر الدكتور صبحي المحمصاني في آثار الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٦٨ ص ٧١) .

(١) استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٣٦ – ١٩ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٠٣ – أول فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٩٥ – ١٣ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٤٦ – شبين الكوم الكلية ١١ مارس سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٢٩ ص ٦٤٦ – وقد حاولت بعض محاكم فرنسا الاستئنافية أن تجعل العقد الظاهر هو الذي يسرى في العلاقة فيما بين المتعاقدين على أساس القاعدة التي تقضي بأنه لا يجوز للشخص أن يتمسك بالغش الصادر منه (Nemo auditur propriam turpitudinem allegans) ، ولكن هذا الرأي لم يسد ، وقد قدمنا أنا المتعاقدين في الصورية لا يغش أحدهما الآخر حتى لا يجوز له أن يتمسك بغشه ، بل الاثنان متواطئان معاً على الصورية .

أنظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٤٦ .

ويستطيع أن يبيعها بيعاً جدياً بعد ذلك إلى مشتر ثان والمشترى الثاني هو الذي تنتقل إليه الملكية ، وليس للمشترى الصوري الأول أن يحتج بعقد البيع الصوري على المشترى الثاني ولو سجل البيع الصوري قبل تسجيل البيع الجدي . كذلك إذا مات البائع ، فالعين الباقية في ملكه تنتقل بالميراث إلى وارثه الخلف العام ، إذ العبرة بالنسبة إلى الخلف العام بالعقد الحقيقي أيضاً لا بالعقد الصوري [1] [أ] .

وعلى النقيض من ذلك لا يكون المشترى الصوري مالكاً للعين [2] . وكذلك وارثه لا تنتقل إليه ملكية العين بالميراث ، إذا مات المشترى الصوري [3] .

---

(١) الأستاذ سليمان مرقس في الإثبات فقرة ٢٠٩ ص ٣٨٩ — استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٠٨ — ٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٣٢ — ١٣ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٨٤ .

(1) أ — الوارث لا يعتبر في حكم الغير بالنسبة للتصرف الصادر من المورث إلى وارث آخر إلا إذا كان طعنه على هذا التصرف هو أنه وإن كان ظاهره بيعاً منجزاً إلا أنه في حقيقته يخفي وصية إضراراً بحقه في الميراث أو أنه صدر في مرض موت المورث فيعتبر إذ ذاك في حكم الوصية لأنه في هاتين الصورتين يستمد الوارث حقه من القانون مباشرة حماية له من تصرفات مورثه التي قصد بها الاحتيال على قواعد الإرث التي تعتبر من النظام العام ، أما إذا كان مبنى الطعن في العقد أنه صوري صورية مطلقة وأن علة تلك الصورية ليست هي الاحتيال على قواعد الإرث ، فإن الوارث في الطعن في التصرف في هذه الحالة إنما يستمده من مورثه لا من القانون ، ومن ثم لا يجوز له إثبات طعنه إلا بما كان يجوز لمورثه من طرق الإثبات .

(جلسة ١٩٧٦/٦/٢٢ الطعن رقم ٧٢٩ لسنة ٤١ ق س ٢٧ ص ١٣٩١) .

ونفس المبدأ (جلسة ١٩٦٧/٢/٢٣ الطعن رقم ٧٥ لسنة ٣٣ ق س ١٨ ص ٤٧٨) .

(جلسة ١٩٨١/٥/١٤ الطعن رقم ٤٥ لسنة ٤٨ ق س ٣٢ ص ١٤٧٠) .

(جلسة ١٩٨٤/٥/١٦ الطعن رقم ١٠٢٧ لسنة ٥٠ ق س ٣٥ ص ١٣٣٠) .

ب — لا مجال لأعمال الأسبقية في تسجيل صحيفتي دعوى صحة التعاقد إذا كان أحد العقدين صورياً صورية مطلقة ، وإذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن عقد الطاعن صوري صورية مطلقة ، فإنه لا يكون ثمة محل للمفاضلة بينه وبين عقد المتدخلين استناداً إلى أسبقية تسجيل صحيفة دعوى صحة عقد الطاعن .

(جلسة ١٩٧٠/٥/٢١ الطعن رقم ١٥٢ لسنة ٣٦ ق س ٢١ ص ٨٨٦) .

(٢) ولكنه إذا تصرف فيها فانتقلت إلى خلف خاص ، كان الخلف الخاص من الغير واستطاع أن يحتج بالعقد الصوري كما سنرى . ومن ثم أمكن الأستاذ فلاتيه (Flattet) في كتابة " العقود لحساب الغير " أن يجعل البائع والمشترى الصوريين شريكين في حق واحد (cotitulaires du droit) (فلاتيه في العقود لحساب الغير فقرة ١٢٠ — فقرة ١٣٣) .

(٣) هذا ما لم يكن الوارث قد اشترى العين من مورثه قبل موته بعقد جدي وهو حسن النية ، فيصبح الوارث هنا من الغير وتنتقل إليه الملكية بالبيع لا بالميراث ، ولا يحتج عليه بالعقد المستتر مادام لا يعلم به (استئناف مصر ٩ مارس سنة ١٩٤٣ المجموعة الرسمية ٤٤ ص ١٣) . وإذا طعن الوارث بالصورية في تصرف صدر من مورثه إضراراً بحقوقه في الإرث ، فإنه لا يصبح غيراً ، ولكن له في هذه الحالة أن يثبت الصورية بجميع الطرق لوجود تحايل على القانون ، وسيأتي بيان ذلك .

ولكن إذا لم يكن للعقد الصوري وجود كتصرف قانوني فيما بين المتعاقدين والخلف العام ، فإن له مع ذلك وجوداً مادياً قد يترتب عليه أثر قانوني . فالتصرف الصوري الصادر من الموصى له في العين الموصى بها يعتبر قبولا ضمنياً للوصية ، وكذلك التصرف الصوري الصادر من الوارث في عين من أعيان التركة يعتبر قبولا للميراث في القانون الفرنسي [1] .

٦١٩ — والعبرة بالعقد الحقيقي : فالذي يعتد به إذن ، فيما بين المتعاقدين والخلف العام ، كما يقول صريح النص في المادة ٢٤٥ مدني ، إنما هو العقد الحقيقي . وقد رأينا في المثل السابق أننا اعتددنا بورقة الضد ، وهي التي تعبر عن الموقف الحقيقي ، فيما بين المتعاقدين والخلف العام . فالبائع الصوري يبقى مالكاً للعين وتنتقل منه الملكية إلى وارثه ، والمشترى الصوري لا تنتقل إليه ملكية العين ومن ثم لا تنتقل منه هذه الملكية إلى وارثه .

ولما كانت الصورية كثيرا ما تستعمل لخديعة الغير وللتحايل على القانون ، فقد كانت تختلط بالغش ، وكان كلا العقدين الظاهر والمستتر يعتبر باطلا . ولم يميز القضاء الفرنسي بين الغش والصورية إلا في النصف الثاني من القرن التاسع عشر [2] ، فاقتصر في الصورية على منع تحقيق الأغراض غير المشروعة التي يراد الوصول إليها من طريق الصورية ، واكتفى بذلك دون أن يجاوزه إلى إبطال العقد الحقيقي الذي قصد إليه المتعاقدان . وهذا هو ما تقضى به المادة ١٣٢١ من التقنين المدني الفرنسي ، إذ تنص على أن " العقود المستترة لا تنتج أثرها إلا فيما بين المتعاقدين ، ولا يكون لها أثر ضد الغير [3] " . وهو ما استقر عليه

---

(١) ديموج ١ ص ٢٦٢ — ص ٢٦٣ .

(٢) ديموج ١ ص ٢٥٩ هامش رقم ٣ .

(٣) هذا هو النص المقتضب الذي تضمنه التقنين المدني الفرنسي في الصورية ، وقد ورد في مكان غير مناسب هو باب إثبات الالتزام . وقد تضمنت التقنينات الحديثة نصوصاً عامة في الصورية . فقضت المادة ١١٧ من التقنين المدني الألماني بجعل العقد الحقيقي هو الذي يسرى دون العقد الظاهر ، حتى بالنسبة إلى الغير . أما تقنين الالتزامات السويسري (م ١٨ فقرة ٢) فقد قضى ، على العكس من ذلك، بسريان العقد الظاهر . وجاءت نصوص المشروع الفرنسي الإيطالي أحكم من نصوص التقنينين المتقدمين وأكثر استيعابا للموضوع، فنصت المادة ٤٩ من هذا المشروع على أنه " في حالة الصورية لا ينتج العقد الظاهر أثراً فيما بين المتعاقدين، وإذا قصد المتعاقدان ، باتخاذهما شكل عقد معين ، أن يبرما عقداً آخر ، فهذا العقد الأخير يكون صحيحاً إذا توافرت فيه كل الشروط الموضوعية اللازمة لصحته ، ويجوز لدائني المتعاقدين وللغير أن يتمسكوا بالعقد الظاهر إذا كانوا حسني النية ، ويجوز لهم أيضاً أن يثبتوا الصورية التي وقعت ضارة بهم ، ويجوز إثبات الصورية بكل الطرق حتى فيما بين المتعاقدين " . ونصت المادة ٥٠ على أن " العقود المستترة التي لم يقرر القانون بطلانها تنتج أثرها فيما بين المتعاقدين وخلفهما العام، ولا يجوز التمسك بها على من لم يكن طرفاً فيها، ولكن هؤلاء لهم أن يتمسكوا بها " . ويلاحظ أن المشروع الفرنسي الإيطالي لم يخرج على القواعد العامة في أحكام الصورية إلا في مسألة واحدة ، وهي إثبات الصورية فيما بين المتعاقدين ، فقد أجاز هذا الإثبات بجميع الطرق .

الفقه والقضاء في فرنسا [1] ، وما استقر عليه الفقه والقضاء في مصر [2] حتى في عهد التقنين المدني السابق الذي لم يشتمل على النصوص التي اشتمل عليها التقنين المدني الجديد ، وذلك لاتفاق هذه الأحكام مع القواعد العامة ، وقد قنن القضاء المصري كما قدمنا في المادتين ٢٤٤ و ٢٤٥ من التقنين المدني الجديد .

٦٢٠ – وجوب إثبات العقد الحقيقي والشروط الواجب توافرها فيه

: وأي من الطرفين يريد أن يتمسك بالعقد المستتر في مواجهة العقد الظاهر يجب عليه أن يثبت وجود العقد المستتر الذي يريد التمسك به ، وفقاً لقواعد الإثبات التي سنبنيها فيما يلي [1] . أما إذا لم يستطع أن يثبت أن هناك عقداً مستتراً ، فالعقد الظاهر هو الذي يعمل به ، ويعتبر عقداً جدياً لا صورياً [3] .

---

(١) ديمولومب ٢٤ فقرة ٣٧٠ – أوبري ورو ١ فقرة ٣٥ – بودري وبارد ٤ فقرة ٢٤٠٠ – ديموج ١ فقرة ١٦٠ و ٧ فقرة ١١٤٣ – بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٣٣٥ – نقض فرنسي ٦ مارس سنة ١٨٨٣ داللوز ٨٤ – ١ – ١١ – ٣٠ مايو سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠١ – ١ – ٢٧ – ٢ مارس سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٤ – ١ – ٦١٥ – ١٢ مارس سنة ١٩١٨ سيريه ١٩٢٠ – ١ – ٧١ .

(٢) دي هلتس ١ لفظ (acte) فقرة ١٠٢ – والتون ٢ ص ١٣٢ – ١٣٣ – الأستاذ محمد صالح في الالتزامات فقرة ٣١٥ – مذكرات الأستاذ محمد صادق فهمي فقرة ٥٤٢ ، وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن الدعوى بصورية عقد لا تكفي للحكم ببطلانه ، وإنما يجب بيان العلة التي من أجلها تحرر العقد الصوري ، لأن الصورية وحدها لا تقتضي بطلان العقد ، وإنما يبطل إذا كان الغرض من الصورية مخالفة القوانين (٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣١٠ ص ٤٧٧) . وقضت محكمة النقض بأن ورقة الضد غير المسجلة يجوز الاحتجاج بها على طرفيها ولو كانت في صيغة تفاسخ ، كما أنه يصح أن يواجه بها الغير ولو كانت غير مسجلة متى ثبت علمه بها (نقض مدني أول ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٣ ص ٤٨) . أنظر أيضاً : استئناف أهلي ٢٧ يناير سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٥ ص ٤٤ – استئناف مصر أول مايو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٢٣ ص ٢١٦ – استئناف مختلط ٥ يونية سنة ١٨٩٧ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٤ ص ٣٧٦ – ١٥ مارس سنة ١٨٨٨ بوريللي بك م ٢٩٣ رقم ٥ – ١١ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٠٨ – ١٨ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٤٣ – ١٢ يناير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٩٥ – ٤ أبريل سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٣٥ – ٥ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٣٦ – ٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٣٢ – ١٩ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٠٣ – أول فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٩٥ – ١٣ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٨٤ – ٢٢ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٦٣ – ٧ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٢٣ – ٢٥ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٨٥ – ٩ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٦٣ .

(1) متى كان الأساس الذي أقيم عليه الإدعاء ببطلان سند الدين لصدوره من المورث بقصد الاحتيال على أحكام الميراث هو أن الدين صوري لا حقيقة له ، فلا وجه للاعتراض على الحكم إذا هو انصرف إلى تحري وجه الحقيقة في شأن الصورية المدعى بها ، وإذا كان الحكم قد انتهى بعد هذا التحري إلى أن الدين حقيقي وليس صورياً ، فإنه بذلك يكون قد نفى أن السند إنما حرر بقصد الاحتيال على أحكام الميراث .
(جلسة ١٣/٥/١٩٤٨ الطعن رقم ٥٣ لسنة ١٧ ق) .

(٣) استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٧٥ – ١٢ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٨٢ .

فإذا ما ثبت وجود العقد المستتر ، وجب أن تتوافر في هذا العقد ، حتى يسرى فيما بين المتعاقدين ، جميع الشروط الموضوعية التي يتطلبها القانون [١] . فعقد الهبة المستتر في صورة البيع مثلا يجب أن يصدر من ذي أهلية للهبة ، وأن تتوافر فيه أركان الهبة الموضوعية وشروط صحتها [٢] . فإذا توافر كل ذلك ، أجريت على العقد أحكام الهبة لا أحكام البيع ، فيجوز الرجوع فيه إلا لمانع ، ويحسب من نصيب الموهوب له في الميراث في القانون الفرنسي [٣] ، ويعتبر تبرعاً لا معاوضة من حيث الدعوى البولصية [٤] .

---

(١) بلانيول وريبير وأسمان ٦ ص ٤٦٢ هامش رقم ١ – أوبري ورو طبعة سادسة ١ فقرة ٣٥ ص ٢٢٥ – كولان وكابيتان وموراندبير ٢ فقرة ١٩٠ – فقرة ١٩١ .

(٢) ويجب أن يكون العقد المستتر مباحاً ، فإن كان غير مباح كان باطلا ، حتى لو ستره عقد مباح . مثل ذلك ما تقضى به المادة ٩١١ من التقنين المدني الفرنسي من أن الهبة لشخص غير أهل لقبولها تكون باطلة ولو كانت مستترة . بل قد يبيح القانون العقد الظاهر في نفسه والعقد المستتر في نفسه ، ولكن لا يبيح أن يجتمع العقدان ليستر الأول منهما الثاني . مثل ذلك ما كانت المادة ٤٢٢/٣٣٩ من التقنين المدني السابق (المعدلة بالقانونين رقم ٤٩ و ٥٠ لسنة ١٩٢٣) تقضى له من أنه إذا كان الشرط الوفائي مقصوداً به إخفاء رهن عقاري ، فإن العقد يعتبر باطلا لا أثر به ، سواء بصفته بيعاً أو رهناً . ففي هذا الفرض كان البيع الوفائي مباحاً في ذاته ، فإذا وقع ذلك كان كل من رهن الحيازة والبيع الوفائي باطلا لاعتبارات ترجع إلى النظام العام . أنظر في بطلان العقد المستتر والعقد الصوري للسبب غير المشروع : بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٧٨ .. وفي قضية أخذت محكمة الاستئناف المختلطة المتعاقدين – لا الغير – بالعقد الصوري لا بالعقد الحقيقي جزاء لهما على الغش ، فقضت بأن المشترى لا يجوز له رفض ما يعرضه الشفيع من الثمن الوارد في العقد بدعوى أنه أقل من الثمن الحقيقي . إذا ثبت أن المشترى والبائع قد اتفقا على ذلك حتى ينقصا من قيمة الرسوم التي يجب دفعها للخزانة ، ومن جهة أخرى لا يجوز للبائع في هذه الحالة أن يرجع على المشترى بالفرق في الثمن (٢٢ فبراير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٧٠) . ويلاحظ في هذه القضية أن المحكمة قد أوقعت عقوبة على البائع جزاء غشه للخزانة دون نص يخول لها ذلك ، فالبائع قد اضطر إلى قبول ثمن أقل مما باع به مع أن العقد الحقيقي هو الذي يجب أن يسرى في علاقته بالشفيع ، إذ الشفيع لا يعتبر من الغير حتى يخير بين العقد الظاهر والعقد الحقيقي ، وإن كانت محكمة النقض اعتبرته من الغير قضية مماثلة . وسنعود إلى هذه المسألة (أنظر الفقرة التالية) .

(٣) كذلك يجب إنقاص الهبة (réduction) حتى تصل إلى الحد المسموح به ((quotité disponible بالنسبة إلى الورثة إذا كانت الهبة لوارث في القانون الفرنسي ، ويلاحظ أن هذه الأحكام – إنقاص الهبة وحسابها من نصيب الوارث – تسرى في علاقة الموهوب له بالورثة ، وهؤلاء يعتبرون من الغير في مثل هذه الحالة (نظرية العقد للمؤلف ص ٨٣٧ هامش رقم ٣) .

(٤) بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٧٣ – فلا يشترط في القانونين المصري والفرنسي أن يثبت دائن الشخص الذي صدرت منه هبة في صورة بيع سوء نية الموهوب له ، ولا يشترط في القانون المصري إثبات سوء نية الواهب نفسه .

أما من حيث الشكل ، فلا يشترط في العقد المستتر أن تتوافر فيه الشكلية التي قد يتطلبها القانون لو لم تكن هناك صورية . فالهبة — ولو كانت هبة منقول [1] — في صورة بيع لا تشترط فيها ورقة رسمية (أنظر المادة ٤٨٨ فقرة أولى مدني) ، ويكفى أن يكون العقد الظاهر بيعاً في شكله وفي موضوعه [2] . وإذا أفرغ العقد الظاهر في ورقة رسمية ، فإنه يجوز مع ذلك أن يحتوى العقد المستتر سند عرفي [3] .

المبحث الثاني

أحكام الصورية بالنسبة إلى الغير

٦٢١ — تحديد من هو الغير في الصورية : قدمنا أن يجب التمييز في الصورية بين المتعاقدين والغير . والغير في الصورية يحتاج إلى التحديد ، فقد رأينا أن الغيرية تختلف باختلاف الوضع القانوني الذي تواجهه ، فالغير في الصورية يختلف عن الغير في أثر العقد : وعن الغير في التسجيل ، وعن الغير في القيد ، وعن الغير في التاريخ الثابت ، وعن الغير في حجية الحكم .

---

(١) نقض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٩٦ فقرة ٥٧٣ .

(٢) بيدان ولاحارد ٩ فقرة ٩٧٣ — نقض مدني ٢٨ يناير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١ ص ٤٧ — فيجب إذن توافر الشروط الشكلية والموضوعية في العقد الظاهر . وعلى هذا الرأي سارت محكمة الاستئناف الأهلية في دوائرها المجتمعة فيما يتعلق بالهبة المستترة في صورة البيع ، فيشترط أن يكون البيع الصوري بيعاً كاملا في مظهره ومن حيث استكماله للشروط الموضوعية ، فإذا نص على هبة الثمن بطل العقد حتى فيما بين المتعاقدين (أول مايو سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ٤٢ ص ٦٨) . وقد كان القضاء المختلط يميل إلى جواز أن ينص على هبة الثمن (استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٩٧ — ١١ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٨٦ — ٢٢ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٥٥ — ٢٨ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣١٦) . قارن الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٢٤٦ . وهذه مسألة مختلف فيها في فرنسا ، فرأي يشترط توافر الشروط الموضوعية (نقض فرنسي ٢٠ أبريل سنة ١٨٩٣ سيريه ٩٣ — ١ — ٤١٣ — ٢٢ أبريل سنة ١٩١٣ داللوز ١٩١٤ — ١ — ١٩٣) ، ورأي لا يشترط (نقض فرنسي ٣ ديسمبر سنة ١٩١٢ سيريه ١٩١٤ — ١ — ٣٨٨) ، وأنظر في هذه المسألة دموج ١ فقرة ١٦٧ ص ٢٧٠ — ص ٢٧٢ .

وإذا أبرم وصي عقداً صوريا عن القاصر مما يجب فيه إذن محكمة الولاية على المال ، فالعقد الصوري لا يكون له أثر بالنسبة إلى الغير إلا إذا اشتمل على إذن محكمة الولاية على المال ، والعقد المستتر ذاته يجب الحصول فيه على الإذن ليكون صحيحاً فيما بين المتعاقدين ، ما لم يقتصر على تقرير صورية العقد الظاهر (أنظر في هذا المعنى بيدان ولاحارد ٩ فقرة ٩٧٤) .

(٣) استئناف مختلط ٢٩ يناير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٧٧ — دي باج ٢ فقرة ٦٢٨ .

والوضع القانوني في الصورية الذي يكون أساساً في تحديد معنى " الغير " يتلخص في وجوب حماية كل من اعتمد على العقد الصوري واطمأن إليه ، معتقداً بحسن نية أنه عقد حقيقي فبنى عليه تعامله [1] . فاستقرار التعامل يقضي في هذه الحالة – كما تقضي العدالة – أن يعتبر العقد الصوري بالنسبة إليه عقداً قائماً ينتج أثره إذا كانت له مصلحة في ذلك [2] [1] . وهذا الأساس في تحديد معنى " الغير " في الصورية يقتضي أن يكون " غيراً " الفريقان الآتيان :

(أولا) كل من كسب حقاً عينياً من أحد المتعاقدين على الشيء محل التصرف الصوري ، سواء كان هذا الحق سابقاً للتصرف الصوري أو تالياً له [3] .

فلو باع شخص داراً من آخر بيعاً صورياً ، فكل من كسب حقاً عينياً على هذه الدار ، قبل التصرف الصوري أو بعده ، من البائع أو المشترى ، يعتبر من الغير في البيع الصوري الذي تم . مثل من يكسب الحق العيني من البائع قبل التصرف الصوري دائن مرتهن يرهن له البائع الدار ثم يبيعها بعد ذلك بيعاً صورياً ، ومثل من يكسب الحق العيني من البائع بعد التصرف الصوري مشتر ثان يبيع منه الدار مرة أخرى بيعاً جدياً بعد أن باعها بيعاً صورياً . فكل من الدائن والمرتهن والمشترى بعقد جدي يعتبر غيراً بالنسبة إلى البيع الصوري، ومن حقه أن يطعن في هذا البيع بالصورية على النحو الذي سنبينه ، حتى يسلم له حقه

---

(١) استئناف مختلط ٢١ مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ١٨٨ .

(٢) قارن الأستاذ سليمان مرقس في الإثبات فقرة ٢٠٩ .

(1) مؤدى عموم نص المادة ٢٤٤ من القانون المدني أن المناط في جواز تمسك الغير بالعقد الظاهر الصوري هو حسن نيته ، ولا يعتد في ذلك بالباعث على الصورية – سواء أكان مشروعاً أو غير مشروع – وعلة ذلك أن إجازة التمسك بالعقد الظاهر استثناء وارد على خلاف الأصل الذي يقضي بسريان العقد الحقيقي الذي أراده المتعاقدان ، وقد شرع هذا الاستثناء لحماية الغير الذي كان يجهل وجود هذا العقد وانخدع بالعقد الظاهر فاطمأن إليه وبنى عليه تعامله على اعتقاد منه بأنه عقد حقيقي .
(جلسة ١٩٦٥/١٢/٣٠ الطعن رقم ٢٤٤ لسنة ٣١ ق س ١٦ ص ١٣٨٥) .
ونفس المبدأ (جلسة ١٩٧١/٤/٢٢ الطعن رقم ٤٨٥ لسنة ٣٦ ق س ٢٢ ص ٥٥٣) .
(جلسة ١٩٨٣/١١/١٠ الطعن رقم ٦٢٥ لسنة ٤٦ ق) .
(جلسة ١٩٨٤/٦/٧ الطعن رقم ١٤٤٧ لسنة ٥٠ ق س ٣٥ ص ١٥٦٤) .

(٣) استئناف مختلط ١٣ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٨٤ – قارن : نقض مدني ٢٧ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٧٩ ص ٣٨٧ مع تعليق الأستاذ محمد حامد فهمي ، ويشترط هذا الحكم خطأ أن يكون عقد الخلف الخاص سابقاً على التصرف الصوري (أنظر الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام ص ١٧٥ هامش رقم ٢) .

الذي كسبه من البائع [1] . ومثل من يكسب الحق العيني من المشترى بعد صدور التصرف الصوري له مشتر ثان يبيع منه المشترى الصوري الدار بيعاً جدياً بعد أن اشتراها بعقد صوري ، أو دائن مرتهن يرهن له المشترى الصوري الدار . فكل من المشترى بعقد جدي والدائن المرتهن يعتبر غيراً بالنسبة إلى البيع الصوري [1] ، ومن حقه أن يتمسك بهذا البيع على النحو الذي سنبينه ، حتى يسلم له حقه الذي كسبه من المشترى [2] . ويستوي أن يكون الشيء محل التصرف الصوري عيناً أو ديناً [3] .

---

(١) ويلاحظ أن الدائن الذي ارتهن الدار من البائع قبل صدور التصرف الصوري يندر أن تكون له مصلحة في الطعن بالصورية ، لأن حق رهنه محفوظ حتى لو كان البيع الصوري جدياً . ومع ذلك يتفق أن تكون له مصلحة ، كما إذا لم يكن قد قيد الرهن قبل التصرف الصوري ، فله مصلحة في إسقاط البيع الصوري حتى يستطيع أن يقيد رهنه . وحتى إذا كان قد قيد رهنه قبل صدور البيع الصوري ، فتبقى له مع ذلك مصلحة في التمسك بصورية البيع حتى لا يتتبع العقار في يد المشترى فيتحمل إجراءات التطهير. وفي بعض القضايا التي عرضت على محكمة الاستئناف المختلطة تبين أن الدائن المرتهن الذي قيد رهنه قبل التصرف الصوري الصادر من مدينه له مصلحة في الطعن بالصورية ، فإنه كان قد اتخذ إجراءات نزع ملكية العقار المرهون في مواجهة المدين وحده دون الحائز ، فطعن في تصرف المدين بالصورية حتى لا يحكم ببطلان هذه الإجراءات (٣ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٩٩ — أنظر أيضاً : استئناف مختلط ٣ فبراير سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٦٩ — ٣ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٩٧) .

(1) اعتبار المشترى من الغير بالنسبة للتصرف الصادر من البائع إلى مشتر آخر . مؤداه له إثبات صورية هذا التصرف بكافة طرق الإثبات .

(جلسة ٢٠٠١/٥/٢٢ الطعن رقم ٩٧٩٦ لسنة ٦٤ ق) .

ونفس المبدأ (جلسة ١٩٩١/٣/٥ الطعن رقم ٣٤٦ لسنة ٥٨ ق) .

(جلسة ١٩٨٦/٣/٣٠ الطعن رقم ٢١١٨ لسنة ٥٢ ق) .

(جلسة ١٩٨٦/٢/١٩ الطعن رقم ١٢٢٤ لسنة ٥٥ق) .

(٢) ويترتب على ذلك أن لا يجوز للبائع أن يتمسك على الدائن المرتهن للعقار المبيع ، إذا كان هذا الأخير كسب حق الرهن من المشترى ، بسند مستتر جاء فيه أن المشترى لم يدفع الثمن خلافاً لما ورد في عقد البيع (استئناف مختلط ٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٦٣) ، ولا يجوز أيضاً التمسك بذلك قبل المشترى من المشترى (استئناف مصر ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٣٩ ص ٣١٧) .

(٣) وقد يكون الشيء محل التصرف الصوري هو دين صوري عقده المدين ، فيعتبر من الغير في هذا الدين الصوري من كسب حقاً عينياً على هذا الدين . فإذا حول الدائن في هذا الدين الصوري الدين إلى محال له يجهل صوريته ، كان المحال له غيراً ، ولا يستطيع المدين في الدين الصوري أن يتمسك قبله بصورية الدين ، إذ للغير كما سنرى أن يتمسك بالعقد الصوري إذا كانت له مصلحة في ذلك (بني سويف ٦ أكتوبر سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ١٠٧ ص ١٧٢ — استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٠٨ — ٢٧ يناير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٣٥ — ٧ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٠٩ — ٢٦ فبراير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٥٩) . وقد يكون الدين حقيقياً غير صوري ، ويحوله الدائن حوالة صورية ، فيكون طرفا الصورية في هذه الحالة هما الدائن المحيل والمحال له . أما المدين المحال عليه فهو ليس بطرف في الحوالة الصورية، ولكنه لا يعتبر غيراً فيها ، إذ هو ليس بدائن ولا بخلف خاص لأي من طرفي الصورية (أنظر =

ويلاحظ أن هذا الفريق الأول ليس إلا الخلف الخاص لأحد المتعاقدين في البيع الصوري : خلفاً خاصاً للبائع أو خلفاً خاصاً للمشترى .

ويلاحظ أيضاً أن هذا الخلف الخاص قد كسب حقه من البائع أو من المشترى بسبب يغاير التصرف الصوري الصادر من البائع إلى المشترى . فالدائن المرتهن من البائع كسب حقه بعقد الرهن وهو غير البيع الصوري ، والمشترى بعقد جدي من البائع كسب حقه بعقد البيع الجدي وهو غير البيع الصوري ، وكذلك الحال بالنسبة إلى كل من المشترى بعقد جدي من المشترى والدائن الذي ارتهن من المشترى الدار . ويترتب على ذلك أنه لا يعتبر غيراً من كسب حقه على العين محل التصرف الصوري بموجب هذا التصرف الصوري نفسه. فلو باع شخص داراً من آخر بعقد ذكر فيه ثمن أقل من الثمن الحقيقي للتخفف من رسوم التسجيل ، فإن الشفيع في هذه الدار لا يعتبر غيراً بالنسبة إلى هذا البيع ، ولا يحق له أن يتمسك بالثمن المذكور في العقد للأخذ بالشفعة ، بل يجب أن يدفع الثمن الحقيقي إذا أثبته أي من البائع أو المشترى . ذلك أن الشفيع إنما كسب حقه بالشفعة ، والشفعة سبب يدخل فيه نفس البيع الذي ذكر فيه الثمن الصوري [1] ، فيكون قد كسب حقه بموجب العقد الصوري ، فلا يعتبر غيراً في هذا العقد. هذا إلى أنه من الواضح أن الشفيع قد حل محل المشترى في البيع ، فهو إذن ليس بخلف خاص للمشترى إذ لم يتلق منه الملكية ، وهو في الوقت ذاته بعد أن حل محل المشترى قد أصبح طرفاً من البائع في نفس العقد الصوري فلا يصح أن يكون خلفاً خاصاً للبائع [2] [1] .

= الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٢٤٩ وقارن الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٢٨). فإذا دفع الدين للمحال له معتقداً بحسن نية أن الحوالة جدية ، كان الدفع صحيحاً مبرئاً لذمته ، لا لأنه من الغير في الحوالة ومن حقه أن يتمسك بالعقد الصوري ، بل لأنه دفع الدين إلى الدائن الظاهر بحسن نية . وإذا كان الدين المحال به حوالة صورية ديناً متنازعاً فيه ، وأراد المدين أن يتخلص منه بدفعه الثمن والمصروفات ، وعارض المحيل أو المحال له في ذلك متمسكاً بأن الحوالة صورية ، فيبدو لنا أن المدين لا يحق له التخلص من الدين بدفعه الثمن والمصرفات لأنه ليس من الغير حتى يحق له التمسك بالعقد الصوري (قارن نظرية العقد ص ٨٣٣ هامش رقم ١ حيث أوردنا رأياً وأحكاماً بعكس ذلك) .

(١) وقد سبق أن بينا أن الشفعة واقعة مركبة (fait complexe) ، اقترن فيها بيع العين المشفوعة مع الشيوع أو الجوار ، وهذه واقعة مادية ، بإعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة ، وهذا تصرف قانوني (الوسيط الجزء الأول ص ١٣٢ هامش رقم ٢) . فيدخل إذن في تركيب الشفعة ، كسبب لكسب الملكية ، البيع الذي يأخذ فيه الشفيع بالشفعة ، ويعتبر هذا البيع بالنسبة إلى الشفيع واقعة مادية كما سبق القول .

(٢) ومع ذلك فقد جرى قضاء محكمة النقض على عكس هذا الرأي الذي نقول به . فقد قضت بأن الشفيع ، بحكم أنه صاحب حق في أخذ العقار بالشفعة ، يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفي عقد البيع سبب الشفعة ، ومن ثم لا يحتج عليه إلا بالعقد الظاهر . وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه إذ قضى للمطعون عليها الأولى بالشفعة مقابل الثمن الوارد بالعقد المسجل الصادر من الشركة البائعة إلى الطاعنين — ويقول الطاعنون إن =

= بيوعاً متعاقبة توسطت بينهم وبين الشركة بأثمان أعلى ولكن لما كانت هذه البيوع عقوداً عرضية لم تسجل فقد آثروا أن يصدر البيع رأساً من الشركة إليهم بثمن صوري هو الثمن الذي تقاضته الشركة في الحال — قد نفى بأدلة مسوغة علم المطعون عليها الأولى بأن الثمن الحقيقي يختلف عن الثمن الوارد بالعقد ، فإن النعي عليه بمخالفة القانون يكون على غير أساس (نقض مدني ٢٩ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥٩ ص ٤١١) . وقد رأينا أن محكمة الاستئناف المختلطة (أنظر آنفاً فقرة ٦٢٠ في الهامش) قد قضت بأن المشترى لا يجوز له رفض ما يعرضه الشفيع من الثمن الوارد في العقد بدعوى أنه أقل من الثمن الحقيقي إذا ثبت أن المشترى والبائع قد اتفقا على ذلك حتى ينقصا من قيمة الرسوم التي يجب دفعها للخزانة ، ومن جهة أخرى لا يجوز للبائع في هذه الحالة أن يرجع على المشترى بالفرق في الثمن (٢٢ فبراير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٧٠) . وقد أوردنا هذا الحكم في كتاب "نظرية العقد" (ص ٨٣٥ هامش رقم ٤)، وقلنا هناك إن المحكمة جعلت العقد الصوري هو الذي يسرى فيما بين المتعاقدين عقاباً لهما على الغش في حق الخزانة ، والعقوبة لا تكون إلا بنص (أنظر أيضاً آنفاً فقرة ٦٢٠ في الهامش) . ونقول هنا ، بالإضافة إلى ما تقدم ، إن الشفيع لا يعتبر من الغير حتى يجوز له أن يتمسك بالعقد الظاهر .

ويؤيد الأستاذ إسماعيل غانم المبدأ الذي أخذت به محكمة النقض ، ويعتبر الشفيع غيراً له أن يأخذ بالثمن الوارد في عقد البيع ولو كان أقل من الثمن الحقيقي ، ويقول إن القول بغير هذا " يؤدي إلى نتيجة غير عادلة وهي سقوط الحق في الأخذ بالشفعة إذا كان الشفيع قد أودع الثمن الظاهر وفات ميعاد الثلاثين يوماً دون أن يعلم بالثمن الحقيقي " (أحكام الالتزام فقرة ١٣٠ ص ١٧٧ وهامش رقم ١) . ولكن هذا الاعتراض يسهل دفعه ، فإن الشفيع لا يلزمه أن يودع الثمن الوارد في العقد مادام لا يعلم بالثمن الحقيقي ، فإذا ثبت أن الحقيقي أكبر من الثمن الوارد في العقد ، وجب عليه أن يبلغ ما أودعه إلى مقدار الثمن الحقيقي حتى بعد فوات ميعاد الثلاثين يوماً .

وللمبدأ الذي أخذت به محكمة النقض . ونقول بعكسه ، تطبيقات هامة أخرى . من ذلك أن الشفعة، وفقاً لهذا المبدأ ، تجوز في البيع الصوري وفي البيع الساتر لهبة ، إذ يأخذ الشفيع بالعقد الظاهر . وقد قضت محكمة النقض بأن الشفعة جائزة في الهبة المستترة في صورة البيع ، ذلك أن الشفيع ، بحكم أنه صاحب حق في أخذ العقار بالشفعة ، من طبقة الغير بالنسبة إلى الطرفين المتعاقدين ، البائع والمشترى ، فله أن يتمسك بالعقد الظاهر دون العقد المستتر ، ومن ثم لا يجوز أن يحتاج بالعقد المستتر إلا إذا كان هذا العقد مسجلا أو كان هو عالماً بصورية العقد الظاهر أو بوجود ورقة ضد (نقض مدني ١٥ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٦١ ص ١٠٦٣) — وقضت أيضاً بأن الشفيع من الغير ، فلا يحتج عليه بغير العقد الظاهر ، ومن ثم يكون له الأخذ بالشفعة اعتماداً على العقد الظاهر ، دون نظر إلى العقد المستتر (نقض مدني ٢٥ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٠٤ ص ٦٣٥) . وقضت بأن من المقرر قانوناً أن ورقة الضد لا يحتج بها إلا فيما بين العاقدين ، وأن للغير أن يتمسك بالعقد الظاهر ، وذلك سواء أكانت ورقة الضد ثابتة التاريخ أم كانت غير ثابتة مادامت هي لم تسجل . فمتى كان العقد صريحاً أنه بيع لا رهن ، فلا يجوز قانوناً التمسك قبل الشفيع — وهو من طبقة الغير بالنسبة إلى ذلك العقد — بأنه رهن لا بيع ، بناء على إقرار من البائع بذلك مقول أنه صار ثابت التاريخ بوفاة بعض الشهود الموقعين عليه (نقض مدني ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦١ ص ٤٥٢) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة ، في هذا المعنى أيضاً ، بأنه لا يجوز التمسك على الشفيع بسند مستتر جاء فيه أن البيع ليس إلا ضمانا للمشترى لحق له في ذمة البائع ، حتى إذا دفع البائع الدين فسخ البيع (٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٣٢) . =

= ولا نرى ، في كل ما تقدم من التطبيقات ، أن الشفيع يعتبر غيراً في الصورية ، فليس له أن يأخذ بالشفعة في البيع الصوري ، ولا في البيع الساتر لهبة ، ولا في أي بيع يستر عقداً لا يجيز الأخذ بالشفعة. والأحكام التي اعتبرته غيراً لا تتمشى ، في رأينا ، مع منطق الغيرية في الصورية على النحو الذي أوضحناه (أنظر من هذا الرأي الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات فقرة ٥١٤ مكررة ب ، عكس ذلك الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٣٠ ص ١٧٧ وهامش رقم ٣) .

والظاهر من التحليل الذي قدمناه أن هناك طائفة — غير المتعاقدين والخلف العام — لا تدخل مع ذلك في طبقة الغير . فهذه يسرى في حقها العقد الحقيقي ، لأن هذا هو مقتضى تطبيق القواعد العامة ، إذ سريان العقد الصوري إنما يكون استثناء على خلاف القواعد العامة وفي حق طبقة الغير دون غيرها . والشفيع يدخل في هذه الطائفة المشار إليها ، فيسرى في حقه العقد الحقيقي لا العقد الصوري . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الشفيع إذا أراد الأخذ بالشفعة من المشترى ، وباع المشترى العقار لمشتر ثان ، يستطيع أن يطعن في البيع الثاني بالصورية ، حتى يأخذ العقار من المشترى الأول بشروط البيع الأول، وقد تكون أصلح من شروط البيع الثاني (١٣ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢١٢، وأنظر أيضاً استئناف أهلي ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٦٩ — وقارب : استئناف مختلط ٣ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٨١) . وليس هذا معناه أن الشفيع ، إذ يطعن في البيع الثاني بالصورية ، يكون غيراً ، فهو ليس من طبقة الغير كما قدمنا ، بل يسرى في حقه دائماً العقد الحقيقي دون العقد الصوري . وهو يتمسك بالبيع الأول لأنه البيع الحقيقي ، ويطعن بالصورية في البيع الثاني حتى يستبعد سريانه في حقه . ولو كان الشفيع غيراً ، لجاز له أن يتمسك بالبيع الصوري إذا كانت شروط هذا البيع أفضل له من شروط البيع الحقيقي ، ولكنه لا يستطيع ذلك في رأينا ، ولا يجوز له أن يأخذ الشفعة إلا على أساس البيع الحقيقي .

وهناك ، غير الشفيع ، أشخاص آخرون يدخلون في هذه الطائفة التي لا تعتبر من طبقة الغير ، فلا يسرى في حقهم إلا العقد الحقيقي ، ولهم أن يتمسكوا بصورية العقد الظاهر . ومن ذلك ما قضت به محكمة النقض من أن الصورية في العقود يصح التمسك بها لكل ذي مصلحة ولو لم تكن بينه وبين العاقدين رابطة عقدية ، وعلى ذلك يجوز الطعن من مشترى العقار بصورية العقد الصادر ببيع العقار ذاته من بائع آخر إلى مشتر آخر (نقض مدني ٢٠ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٧٣ ص ٣٨٢ — أنظر أيضاً : استئناف مختلط ٤ يونية سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٢٢٤) . ومن ذلك أيضاً ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أن يجوز للحائز ، ولو لم يثبت أنه مالك ، أن يدفع دعوى الاستحقاق بصورية البيع الصادر إلى مدعي الاستحقاق (استئناف مختلط ٣ فبراير سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٥٦) . ومتى قامت قرائن قضائية تلقى الشك في جدية البيع ، ينتقل عبء الإثبات إلى من يتمسك بهذا البيع ، وعليه أن يثبت هو أن البيع غير صوري أو أن هذه القرائن القضائية لا دلالة لها (استئناف مختلط ٨ فبراير سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٥٦) وللخزانة العامة أن تتمسك بالصورية إذا تضمن العقد بياناً غير حقيقي للإضرار بها (استئناف مختلط ٣ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢١٣) — على أن يجب التمسك بصورية العقد الظاهر أن تكون هناك مصلحة شخصية مباشرة لمن يطعن بالصورية في هذا العقد ، فلا يجوز لناخب التمسك بصورية عقد يملك مرشح بموجبه النصاب القانوني (نقض فرنسي ١١ أبريل سنة ١٩١٠ سيريه ١٩١٢ — ١ — ٩٧ — ١٤ مارس سنة ١٩١١ سيريه ١٩١٢ — ١ — ٩٩ —ديموج ١ فقرة ٢٦٥) . ولكن يجوز لمرشح آخر ينافس المرشح الأول ، إذ أن لهذا المرشح الآخر مصلحة شخصية مباشرة في الطعن بالصورية . قارن في كل ذلك الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٢٨ .

ويترتب على ذلك أيضاً أنه إذا كان عقد الاشتراط لمصلحة الغير ما بين المشترط والمتعهد عقداً صورياً ، فإنه يجوز للمتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالصورية حتى لو كان المنتفع حسن النية لا يعلم بصورية العقد . ذلك أن المنتفع لا يعتبر غيراً في هذه الصورية حتى يستطيع التمسك بالعقد الظاهر ، فهو قد استمد حقه من هذا العقد ، وشرط الغير في الصورية كما قررنا ألا يكون حقه الذي تراد حمايته من الصورية مصدره العقد الصوري ذاته [1] .

(ثانياً) الدائنون الشخصيون (chirographaires) لكل من المتعاقدين طرفي الصورية [2] .

فدائن المشترى في البيع الصوري يعتبر من الغير ، إذ أنه قد اطمأن إلى أن الشيء محل التصرف الصوري قد انتقل إلى المشترى ، فدخل في ضمانه العام ، وله في هذه الحالة أن يتمسك بالعقد الصوري . وكذلك دائن البائع في البيع الصوري يعتبر من الغير، ولكن لسبب آخر هو أن الشيء محل التصرف الصوري لم يخرج في الحقيقة من ملك البائع ، أي لم يخرج من الضمان العام للدائن ، فللدائن في هذه الحالة أن يتمسك بالعقد الحقيقي [3] .

---

(1) أ - لئن كان الشفيع – بحكم كونه صاحب حق في أخذ العقار بالشفعة – يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفي عقد البيع سبب الشفعة ، وبالتالي يحق له أن يتمسك بالعقد الظاهر ، فلا يحتج عليه بالعقد المستتر ، إلا أن شرط ذلك أن يكون حسن النية بمعنى ألا يكون عالماً بصورية العقد الظاهر وقت إظهار رغبته في الأخذ بالشفعة ، فإذا انتفى عنه حسن النية بأن ثبت علمه بالعقد الحقيقي المستتر جاز للمتعاقدين الاحتجاج عليه بهذا العقد .

(جلسة ١٩٦٥/١٢/٣٠ الطعن رقم ٢٤٤ لسنة ٣١ ق س ١٦ ص ١٣٨٥) .

ب – الثمن الذي توجب المادة ٩٤٢ من القانون المدني على الشفيع إيداعه حتى لا يسقط حقه في الأخذ بالشفعة هو الثمن الذي حصل الاتفاق عليه بين البائع والمشترى وانعقد به البيع ، ولا يكون هذا الثمن دائماً هو الثمن المسمى في العقد ، إذ يحتمل أن يكون هذا الثمن غير حقيقي ، بقصد تعجيز الشفيع عن الأخذ بالشفعة ، وللشفيع أن يطعن في هذا الثمن بالصورية وبأنه يزيد على الثمن الحقيقي ، وعندئذ يقع عليه عبء إثبات هذه الصورية وله أن يثبتها بطرق الإثبات القانونية كافة بحيث إن عجز عن إثباتها أعتبر أنه قد تخلف عن الإيداع المفروض عليه قانونا إن كان المبلغ الذي أودعه يقل عن الثمن المسمى في العقد .

(جلسة ١٩٦٣/١٢/٥ الطعن رقم ٢٧ لسنة ٢٩ ق س ١٤ ص ١١٣١) .

(١) الوسيط الجزء الأول فقرة ٣٨١ .

(٢) استئناف أهلي ٢٨ مايو سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٧ ص ١٤ – ٢٧ ديسمبر سنة ١٩١٦ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٤٣ ص ٧٥ – استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٦٣ – ٢٥ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٨٥ . أنظر مع ذلك : استئناف مختلط ١٥ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٧٩ .

(٣) فإذا حكم بصورية بيع سقط دين الثمن في علاقة الدائن الصوري بسائر الدائنين المحكوم لهم بالصورية ، وامتنعت مزاحمة هذا الدائن لهم في تقاضي دينه الصوري من ملك المدين المبطل التصرف فيه ، إلى أن =

ويتبين من ذلك أن الدائنين الشخصيين تارة يعتبرون من الغير في بعض أوضاع قانونية ، وطوراً لا يعتبرون من الغير في أوضاع قانونية أخرى . فهم يعتبرون من الغير في الصورية والدعوى البولصية والقيد (inscription) ، حيث تجب حمايتهم من غش المدين أو حيث يحق لهم أن يطمئنوا إلى المركز الظاهر وأن يتعاملوا على مقتضاه . وهم لا يعتبرون من الغير فيما عدا ذلك من الأوضاع القانونية ، كنسبية أثر العقد وحجية الحكم وثبوت التاريخ والتسجيل (transcription) ، فيسرى في حقهم أثر العقد وحجية الأمر المقضي والتاريخ غير الثابت والعقد غير المسجل .

والدائن الشخصي يعتبر من الغير في الصورية سواء كان حقه مستحق الأداء أو غير مستحق الأداء ، مادام خالياً من النـــزاع ، ومركزه في ذلك كمركزه في الدعوى غير المباشرة ، بخلاف الدعوى البولصية فقد رأينا أن حقه يجب أن يكون مستحق الأداء .

ولا يشترط كذلك في الدائن الشخصي للبائع ، حتى يعتبر من الغير في الصورية ، أن يكون حقه سابقاً على التصرف الصوري ، بل يصح أن يكون تالياً لهذا التصرف [1] ، إذ

= يستوفوا هم دينهم منه ومن غلته بطريق الأولوية (نقض مدني ٢٢ مارس سنة ١٩٣٤ مجموعة عمـــر ١ رقم ١٧٣ ص ٣٤٤) . وإذا باع شخص عينا لآخر بيعاً صورياً ، فباعها المشترى الصوري هو أيضاً بيعـــاً صورياً لمشتر ثان ، فإن البائع الصوري الأول — وهو دائن للمشترى منه بموجب ورقة الضد — يعتبر مـــن الغير بالنسبة إلى العقد الصوري الصادر من المشترى الأول إلى المشترى الثاني ، فيجوز لـــه إثبـــات هـــذه الصورية بجميع طرق الإثبات (نقض مدني أول ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٣ ص ٤٨) .

(1) أ – الدائن الشخصي للمتصرف يعتبر من الغير في الصورية ، ويجوز له إثباتها بطرق الإثبات كافـــة ، ولا يشترط لقبول الطعن بالصورية من الدائن أن يكون حقه سابقاً على التصرف الصوري ، بل يصح أن يكون حقه تالياً لهذا التصرف ، إذ أن التصرف الصوري الصادر من المدين يبقى صورياً بالنسبة إلى الدائنين الذين استجدوا بعد هذا التصرف ، ويظل الشيء محل التصرف داخلا في الضمان العام للدائنين جميعاً ، سواء منهم من كان حقه سابقاً على التصرف الصوري أو لاحقاً له ، وسواء كان هذا الحق مســـتحق الأداء أو غـــير مستحق الأداء مادام خالياً من النـــزاع ، ذلك أنه متى كان التصرف صورياً ، فإنه لا يكون هو المقصـــود إضراره بالتصرف الصوري ، إذ من مصلحة أي دائن أن يثبت صورية هذا التصرف حتى يظل الشيء محـــل التصرف في الضمان العام للدائنين ، فيستطيع أن ينفذ عليه بدينه ، فإذا كان الحكم المطعون فيه قـــد أقـــام قضاءه برفض الدفع بالصورية الذي أبداه الطاعن على أن دينه لاحق للتصرف المدعي بصـــوريته ، وعلـــى انقطاع صلته بالدائن الذي قصد بهذا التصرف التهرب من دينه ، يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وتأويله . (جلسة ١٩٦٥/١٢/٩ الطعن رقم ١٥٨ لسنة ٣١ ق س ١٦ ص ١٢٢٣) .

ب – للدائن العادي ، باعتباره من الغير أن يطعن على تصرف مدينه بالصورية طبقاً لنـــص المادة ١/٢٤٤ من القانون المدني ، إلا أن ذلك منوط بأن يكون حق الدائن خالياً من النـــزاع .
(جلسة ١٩٧٨/٣/٣٠ الطعن رقم ٩١٥ لسنة ٤٤ ق س ٢٩ ص ٩٣٢) .

تصرف المدين الصوري يبقى صورياً حتى بالنسبة إلى الدائنين الذين استجدوا بعد هذا التصرف ، ولا يزال الشيء محل التصرف داخلا في الضمان العام للدائنين ، سواء من كان منهم سابقاً على التصرف الصوري ومن كان منهم لاحقاً له [1] . وما قلناه في الدائن الشخصي للبائع نقوله في الدائن الشخصي للمشترى ، فهو من الغير سواء كان حقه تالياً للتصرف الصوري أو سابقاً عليه ، ففي الحالتين دخل الشيء ظاهراً في الضمان العام للدائنين [2] . وفي هذه أيضاً يتفق مركز الدائن الشخصي في الصورية مع مركزه في الدعوى غير المباشرة ويختلف عن مركزه في الدعوى البولصية .

٦٢٢ – للغير أن يتمسك بالعقد المستتر : وقد رأينا المادة ٢٤٤ من التقنين المدني تحدد الغير في الصورية بأنهم هم دائنو المتعاقدين والخلف الخاص ، على النحو الذي بيناه فيما تقدم ، وتقضي بأن لهؤلاء أن يتمسكوا بالعقد المستتر .

والأصل هو أن العقد المستتر – وهو العقد الذي له وجود حقيقي والذي أراده المتعاقدان – هو الذي يسرى ، حتى بالنسبة إلى الغير . أما العقد الظاهر فلا وجود له ، فالأصل فيه أنه لا يسرى ، حتى بالنسبة إلى الغير ، إلا إذا كانت له مصلحة في ذلك كما سنرى .

فالعقد المستتر هو إذن الذي يسرى في الأصل في حق الغير [3] ، حتى لو كان الغير لا يعلم بوجود هذا العقد في مبدأ الأمر ، واعتقد أن العقد الظاهر هو عقد جدي [1] .

---

(١) نقض مدني ٢٥ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٦٧ ص ١٥٤ – استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٢٤ .

(٢) استئناف مصر أول مايو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ ص ٢١٦ – ١٧ مارس سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ١٧٤ – أسيوط الكلية ١١ أبريل سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١/٧٥ – استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٥٥ – ٦ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٧٥ – ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٢٨ – ويقول بلانيول وريبير وأسمان (جزء ٦ فقرة ٣٣٧ ص ٤٦٤ – ص ٤٦٥) إن الأمر إذن ليس مقصوراً على حماية الدائنين الذين كان لهم أن يطمئنوا إلى تصرف ظاهر وقت ثبوت حقهم ، فإن دائن المشترى الذي ثبت حقه قبل صدور البيع الصوري لا يمكن أن يكون قد اطمأن وقت ثبوت حقه إلى أن مدينه مالك للشيء المبيع صورياً ، لأن المدين لم يكن قد اشترى الشيء وقت ذلك ؛ ولا يستطيع من جهة أخرى أن يستند على عقد البيع الذي ملك المشترى بموجبه الشيء في الظاهر لأنه عقد صوري وليس له وجود قانوني. فهناك إذن فكرة إيقاع عقوبة على متعاقدين يظهران غير ما يبطنان ، فيؤخذان بما يظهر أنه إذا كان للغير مصلحة في ذلك .

(٣) ويتمسك به الغير طبعاً عند تحقق المصلحة له في ذلك : استئناف مصر ١٢ فبراير سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٣/١٢٦ – استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٣٢ – ٩ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٢٠ – ١٧ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٠١ – ١٩ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ =

ويترتب على ذلك أن لدائني البائع ، إذا كان البيع صورياً ، أن يتمسكوا بالعقد المستتر حتى يتمكنوا من التنفيذ على العين المبيعة على أساس أنها لم تخرج من ملك البائع [٢]. ولهم أيضاً أن يتمسكوا بأن البيع حقيقته هبة مستترة حتى يسهل عليهم الطعن فيها بالدعوى البولصية دون حاجة إلى إثبات الغش . وهذا كله حتى لو لم يثبت حقهم في ذمة البائع إلا بعد صدور البيع الصوري كما أسلفنا الإشارة . وإذا أثبت دائن البائع صورية البيع ، فإنه لا يستأثر وحده بالتنفيذ على العين المبيعة ، بل يشترك معه في التنفيذ سائر الدائنين ، ذلك لأن الدائن إنما حصل على حكم يقرر أمراً واقعاً هو أن العين لم تخرج من ملكية المدين . وبذلك تبقى في الضمان العام لكل الدائنين ، فلا ينفرد الدائن الذي رفع دعوى الصورية بالتنفيذ عليها وحده [٣] .

- ص ٢٠٣ — ٢٨ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٣٧ — ٣ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٩٩ — أنظر أيضا دي هلتس ١ لفظ acte فقرة ١٠٤ — الأستاذ عبد السلام ذهني في الإثبات ص ٣٢٦ وما بعدها .

(١) وحتى لو كان العقد الظاهر قد تأيد بحكم ، فلا يمنع هذا من الطعن فيه بالصورية والتمسك بالعقد المستتر (استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٤٥ — ٨ نوفمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ١٧ — ٢٦ يونية سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٦٦) . وكذلك الدعوى الصورية لا تضر الغير ، وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأن على المحاكم أن تحكم برد وبطلان كل دعوى يظهر لها أنها صورية ، ولو وافق المدعى عليه فيها ، متى تبين لها أنها لم ترفع إلا بقصد الإضرار بحقوق مكتسبة لآخر (٢١ فبراير سنة ١٩٠١ الحقوق ١٦ ص ١٠٥) . ويجوز للمشترى أن يتمسك بورقة ضد بين البائع والمستأجر للعين المبيعة ، فيطالب المستأجر بالأجرة المذكورة في ورقة الضد إذا كانت أعلى من الأجرة المذكورة في عقد الإيجار الظاهر ، أما إذا كانت الأجرة المذكورة في عقد الإيجار الظاهر هي الأعلى فللمشترى أن يتمسك بالعقد الظاهر لأن له مصلحة في ذلك ويطالب المستأجر بالأجرة الأعلى ، ويرجع المستأجر على البائع بالفرق بين الأجرة الظاهرة والأجرة المستترة (والتون ٢ ص ١٣٦) .

أما الشفيع يتمسك بالثمن الحقيقي لا بالثمن الأعلى الوارد في العقد ، فأن ذلك لا يرجع إلى أن الشفيع يعتبر غيراً في الصورية ، ولكن إلى أنه يسرى في حقه دائماً العقد الحقيقي لا العقد الصوري ، وقد تقدم بيان ذلك (أنظر عكس هذا الرأي الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٢٩ ص ١٧٦) .

(٢) وكانت محكمة الاستئناف المختلطة قد قضت بأن على دائن البائع أن يرفع دعوى الصورية مستقلة ليصل إلى تقرير أن عقد البيع صوري لا وجود له ، وبأن هذا من ناحية الإجراءات أدق من أن يطلب الحكم بالصورية في صورة دفع في دعوى استحقاق ترفع أثناء إجراءات التنفيذ (استئناف مختلط ٢٧ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٥٣) ، ولكنها رجعت عن هذا الرأي فقضت بأنه يجوز للدائن أن يدفع دعوى الاستحقاق في صورة دفع لا في صورة دعوى مستقلة (استئناف مختلط ١٧ مارس سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٨٩) .

(٣) لاروميير ٢ م ١١٦٧ فقرة ٦٣ — وأنظر أيضاً بودري وبارد ١ فقرة ٧٣٩ ، ولكنهما يعللان هذا الحكم تعليلا آخر ، فعندهما أن الدائنين إذا استفادوا كلهم من دعوى الصورية فذلك لأن الحكم بالصورية قد - ـد. في مواجهة المتعاقدين فيسرى في حق دائنيهم . ويتبين مما تقدم أن دعوى الصورية ليست بدعوى =

كذلك للخلف الخاص ، الذي كسب حقه من البائع على العين المبيعة صورياً، أن يتمسك بالعقد المستتر . ومصلحته في ذلك ظاهرة إذا كان قد كسب حقه بعد صدور البيع الصوري . حتى يكون كسبه لهذا الحق صحيحاً . وله مصلحة كذلك في التمسك بالعقد المستتر حتى لو كسب حقه قبل صدور البيع الصوري ، إذا كان هذا الحق لم يشهر على الوجه الذي يوجبه القانون قبل تسجيل البيع الصوري ، أو حتى إذا كان قد شهر ولكن الخلف الخاص يريد أن يتجنب إجراءات حق التتبع وألا يتحمل حق التطهير ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . مثل ما قدمنا أن يبيع الراهن العين المرهونة بيعاً صورياً ويكون الدائن المرتهن لم يقيد الرهن قبل تسجيل البيع الصوري ، أو يبيع المالك العين مرة ثانية بيعاً صورياً بعد أن يكون قد باعها بيعاً جدياً ويسجل المشترى الثاني عقده الصوري قبل أن يسجل المشترى الأول عقده الجدي ، فللدائن المرتهن في المثل الأول ، وللمشترى الأول في المثل الثاني . أن يتمسكا بالعقد المستتر ويطعنا في العقد الظاهر بالصورية [1] .

= بطلان ولا بدعوى فسخ ، وإنما هي دعوى يطلب فيها التقرير بأن العقد غير موجود (استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢١٤) .

ويلاحظ أن بعض الفقهاء يذهبون إلى أن دعوى الصورية لا تفيد إلا الدائن الذي رفعها ، ويستندون في ذلك إلى نسبية الحكم وإلى أن الدائن يرفع الدعوى باسمه (أوبري ورو ٤ طبعة خامسة فقرة ٣١٣ ص ٢٤٢ وهامش رقم ٥٢ — جروبيه فقرة ٣٣٩ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٧٤) . ويذهب القضاء اللبناني هذا المذهب ، فعنده أن الدائن وحده هو الذي يستفيد من دعوى الصورية ولا يشترك معه سائر الدائنين (قرار محكمة الاستئناف الغرفة الأولى رقم ٥٤ الصادر في ١٩٤١/١/٢٧ : أنظر الدكتور المحمصاني في آثار الالتزام في القانون اللبناني ص ٧١) . ولما كانت الاعتبارات التي يقوم عليها هذا الرأي — وهي نسبية الحكم ورفع الدائن الدعوى باسمه — تتفق مع الاعتبارات المتحققة في الدعوى البولصية ، وكان الدائن في الدعوى البولصية يستأثر بالتنفيذ على العين في القانون الفرنسي ، فقد استخلص أصحاب هذا الرأي أن الواجب أيضاً في دعوى الصورية أن يستأثر الدائن بالتنفيذ على العين. أما في التقنين المدني المصري الجديد ، فقد رأينا أن الدائن في الدعوى البولصية لا يستأثر بالتنفيذ على العين ، فوجب من باب أولى في دعوى الصورية أن يكون الأمر كذلك .

(١) وأحكام محكمة النقض مطردة ، كما رأينا عند الكلام في الدعوى البولصية (أنظر آنفاً فقرة ٥٨٨ في الهامش) ، في أن القانون لا يمنع المشترى الذي لم يسجل عقده من أن يتمسك بصورية عقد المشترى الآخر الذي سجل ، ليتوصل بذلك إلى محو هذا العقد من الوجود ، لكي يحكم له هو بصحة عقده ، ولكي يسجل هذا الحكم فتنتقل إليه ملكية العين المبيعة (نقض مدني ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٣٥ ص ٤٠٥ — أنظر أيضاً : نقض مدني ٣ يونية سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٦٧ ص ١٨٣ مع تعليق الأستاذ محمد حامد فهمي في ص ١٩٤ — ص ١٩٥ — ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٠ ص ٢٢٠ — ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٨ ص ٢٣٤ — ٦ يونية سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩١ ص ١٨٨ — ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٩ ص ١٣٣ — ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٥٤ ص ٣٥٢ — ١٣ مايو سنة ١٩٥٤ =

٦٢٣ – وللغير أيضاً أن يتمسك بالعقد الظاهر إذا كانت له مصلحة في ذلك : على أن الغير قد يضره التمسك بالعقد المستتر ، وتكون مصلحته في أن يتمسك بالعقد الظاهر [1] . وقد قضت المادة ٢٤٤ ، كما رأينا ، بأن الغير – دائني المتعاقدين والخلف الخاص – له أن يتمسك بالعقد الظاهر متى كان حسن النية [1] . وهنا تبرز أهم قاعدة في الصورية ، وهي القاعدة التي تميز الصورية عن غيرها من الأوضاع القانونية . فإلى هنا لم نزد على أن كنا نقرر القواعد العامة ، وليس في تمسك الغير بالعقد المستتر إلا تطبيق لهذه القواعد ، فإن العقد المستتر هو العقد الحقيقي ، فهو الذي يسرى كما سبق القول . أما أن يجوز للغير أن يتمسك بالعقد الظاهر – العقد الذي لا وجود له قانونا

= مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٢٨ ص ٨٥٦ – استئناف مصر ١٢ فبراير سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٣/١٢٦) . كذلك لا يحتج على المشترى الجدي بتسجيل المشترى الصوري ، حتى لو كان المشترى الجدي اشترى بعقد ابتدائي وفسخ هذا العقد ، لأن المشترى الجدي في هذه الحالة يصبح دائناً للبائع الصوري ، وله بهذه الصفة الطعن بالصورية في البيع الصوري المسجل . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الواقع هو أن الطاعن قد أقام الدعوى يطلب فيها الحكم أولا بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر له من المطعون عليه الثاني ، وثانياً ببطلان عقد البيع المسجل الصادر من هذا الأخير إلى المطعون عليه الأول واعتباره كأن لم يكن لصوريته ، وكان الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض دعوى الطاعن أقام قضاءه على أساس أن الحكم بفسخ العقد الابتدائي المبرم بين الطاعن والمطعون عليه الثاني يترتب عليه تبعاً رفض هذه الدعوى ، مع أن الحكم بفسخ العقد المذكور لا يستتبع رفض الدعوى المقامة من الطاعن بطلب إبطال العقد الصادر من المطعون عليه الثاني إلى المطعون عليه الأول للصورية ، ومن ثم فإن الحكم إذ قضي بذلك أخطأ في تطبيق القانون ، لأن من حق الطاعن بوصفه دائناً للمطعون عليه الثاني بما عجله له من الثمن أن يطعن في تصرفات مدينه الصورية ، وكان لزاماً على المحكمة أن تتناول بالبحث والتمحيص ما قدمه الطاعن من أدلة على الصورية وتفصل فيها (نقض مدني ١٣ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٠٩ ص ٦٣٥) .

وغني عن البيان أنه إذا تمسك الغير بالعقد المستتر ، فلابد من أن يستوفي هذا العقد الشهر الواجب قانوناً من تسجيل أو قيد (نقض فرنسي ١٧ يناير سنة ١٨٧٦ سيريه ٧٧ – ١ – ٢١) .

(1) للغير حسن النية أن يتمسك بالعقد الظاهر متى كان هذا العقد في مصلحته ولا يجوز له أن يحاج المشترى بورقة غير مسجلة تفيد صورية عقد البائع له متى كان لا يعلم بصورية هذا العقد .
(جلسة ١٩٧١/٤/٢٢ الطعن رقم ٤٨٥ لسنة ٣٦ ق س ٢٢ ص ٥٥٣) .

(١) نقض مدني ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٤٨ ص ٣١٤ – فالعقد المستتر لا يسرى ضد مصلحة الغير (contre les tiers) كما تقول المادة ١٣٢١ من التقنين المدني الفرنسي – أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٤٣ – ص ٦٤٥ – وأنظر : استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٠٨ – ١٨ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٤٣ – ٢٧ يناير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٣٥ – ١٢ يناير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٩٥ – ١٣ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٨٤ .

— فهذا هو الاستثناء . ولكنه استثناء يطغى في كثير من الأحوال على القاعدة ، ويصبح للغير أن يختار بين العقد المستتر أو العقد الظاهر حسب مصلحته. وهو إذا تمسك بالعقد المستتر ، فلأنه العقد الحقيقي الذي أراده المتعاقدان ، فيأخذهما بما أراداً . وإذا تمسك بالعقد الظاهر [1] ، فلأن هذا العقد قد خلق مظهراً انخدع به واطمأن إليه ، وليس للمتعاقدين أن يستفيدا من غشهما في علاقتهما بالغير . فالعقد المستتر يقتضيه مبدأ سلطان الإرادة ، والعقد الظاهر يقتضيه مبدأ استقرار التعامل . ومما يدل على أن الاستثناء يطغى في كثير من الأحوال على القاعدة ما سنرى من أنه إذا تعارض الاستثناء مع القاعدة ، وتمسك أحد الأغيار بالعقد الظاهر وتمسك " غير " آخر بالعقد المستتر ، فإن المتمسك بالعقد الظاهر — أي بالاستثناء — هو الذي ترجح كفته .

فللغير إذن أن يتمسك بالعقد الظاهر [1] إذا تحققت له مصلحة في ذلك [2] . ومن ثم يكون لدائن المشترى في البيع الصوري أن يتمسك بالعقد الظاهر ، حتى يتمكن من التنفيذ على العين التي اعتبرت بالنسبة إليه داخله في ملك المشترى بموجب العقد الظاهر، ولو كان

---

(1) إذا كان المشترون قد تمسكوا أمام محكمة الموضوع بأنهم كانوا حسني النية عندما اشتروا أطيان النزاع من مورثهم معتمدين على العقد الظاهر جاهلين ورقة الضد ، وكان المشترون يعتبرون من الغير بالنسبة لهذه الورقة بحكم أنهم اشتروا هذه الأطيان بعقدي بيع مشهرين ، فلهم أن يتمسكوا بالعقد الظاهر دون العقد المستتر ، ومن ثم لا يجوز أن يحاجوا بالعقد المستتر إلا إذا كان هذا العقد مشهراً أو كانوا هم عالمين بصورية العقد الظاهر أو بوجود ورقة ضد .
(جلسة ١٩٤٢/٢/٢٨ بمجموعة المكتب الفني السنة ٢٣ ص ١٢٨٥) .

(١) نقض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٥١ بمجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٧ ص ٧٣٤ — والدائن يتمسك بالعقد الظاهر إذا كان يعمل باسمه ، أما إذا كان يعمل باسم مدينه عن طريق الدعوى غير المباشرة ، فإنه لا يستطيع أن يتمسك إلا بالعقد المستتر كمدينه (نقض فرنسي ٢٣ مايو سنة ١٨٧٠ داللوز ٧١ — ١ — ١٠٩) .
وإذا فرض أن المدين التزم بالعقد المستتر أن يدفع مبلغاً أكبر مما هو مذكور في العقد الظاهر ، ودفع هذا المبلغ بالفعل ، فليس للدائن أن يسترد الفرق بين المبلغين بحجة أنه يتمسك بالعقد الظاهر (نقض فرنسي ٣ يوليه سنة ١٨٨٢ سيريه ٨٢ — ١ — ٤٥٩) .

(٢) استئناف مصر ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٣٧ ص ٣١٧ — إسكندرية الكلية الأهلية ١٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ١٩٦ ص ٢٥٢ — أسيوط الكلية ١١ أبريل سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٢/٧٥ — شبين الكوم ٢٢ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٥٠٤ ص ١٠٥ — أسيوط الكلية ٢٨ يونية سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٤٣٨ ص ٨٨٧ — استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٩٣ — ٢٥ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٨٥ — ٣ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢١٥ — أول ديسمبر سنة ١٩٣١ جازيت ٢٢ رقم ٨٢ ص ٨٤ — ٥ أبريل سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٧٨ .

حق هذا الدائن ثابتاً في ذمة المشترى قبل صدور البيع الصوري كما سبق القول [1] . ولا يستأثر دائن المشترى بالتنفيذ على العين، بل يشترك معه في ذلك سائر دائني المشترى ، لنفس الأسباب التي قدمناها في دائن البائع . كذلك للخلف الخاص الذي كسب حقه من المشترى أن يتمسك بالعقد الظاهر . مثل ذلك دائن مرتهن من المشترى [2] ، أو صاحب حق ارتفاق ، أو صاحب حق انتفاع ، أو مشتر ثان [3] ، كل هؤلاء لهم أن يتمسكوا بالعقد الظاهر ، فيعتبر الحق العيني قد انتقل إليهم من مالك [4] .

ولما كان أساس تمسك الغير بالعقد الظاهر هو كما قدمنا اطمئنانه إلى هذا العقد ، فمن البديهي إذن أنه يجب لتمسكه بالعقد الظاهر أن يكون حسن النية ، أي لا يعلم وقت تعامله مع المالك الظاهر أن العقد الظاهر إنما هو عقد صوري ، بل اعتقد أنه عقد جدي واطمأن إليه وبنى عليه تعامله . أما إذا كان عالماً وقت تعامله بصورية العقد الظاهر ، فليس ثمة مبرر لحمايته ، وكان العقد الذي يسرى في حقه هو العقد الحقيقي ، شأنه في ذلك شأن المتعاقدين [5] . فلا بد إذن أن يكون الغير جاهلا بصورية العقد الظاهر حتى يستطيع أن

---

(١) كذلك للدائن أن يطلب إخراج دائن آخر بعقد مستتر من مقاسمته مال المدين ، متمسكا بالظاهر وهو انعدام المديونية ، فلا يسرى عليه بذلك عقد الدين المستتر (نقض فرنسي ٨ مارس سنة ١٨٩٣ داللوز ٩٣ — ١ — ٢٤٣) .

(٢) استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٩٣ .

(٣) استئناف مختلط ٣ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢١٥ . وقد قضت محكمة أسيوط الكلية بأنه إذا كان البيع الأول صورياً ، وكان المشترى الثاني حسن النية ، فعقده صحيح ولو لم يضع يده خمس سنوات ، لأنه تعامل من المالك الظاهر ، ولأن العدالة تقضي باستقرار المعاملات وتأمينها (١١ أبريل سنة ١٩٤٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٢/٧٥ — والتون ٢ ص ١٣٦) .

(٤) حتى لو كان العقد المستتر قد شهر قبل شهر حقهم العيني ، ماداموا يثبتون أنهم كانوا يجهلون وجود العقد المستتر وقت تعاملهم مع المشترى الظاهر بالرغم من شهره ، وستأتي الإشارة إلى ذلك (بودري وبارد ٤ فقرة ٢٤١٢ — بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٦٥) . وإذا كان المبيع بيعاً صورياً منقولا ، وتصرف فيه المشترى الصوري إلى مشتر ثان حسن النية ، انتقلت الملكية إلى المشترى الثاني دون حاجة إلى أن يتسلم المبيع ، لأن الملكية إنما انتقلت إليه بحكم البيع الثاني وفقاً لقواعد الصورية ، فلا حاجة به إلى الحيازة (قارن الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٢٧٠) .

(٥) استئناف مصر ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٣٧ ص ٣١٧ — بني سويف الكلية ٦ أكتوبر سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ١٠٧ ص ١٧٢ — استئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٨٨ — ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٩٦ — ١٩ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٢٠ — ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٢٥ — أول ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٣٨ — ديمولومب ٢٩ فقرة ٣٤٧ — هيك ٨ فقرة ٢٣٢ — بودري وبارد ٤ فقرة ٢٤١١ — بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٣٣٧ — وشرط حسن نية الغير يقرب دعوى الصورية من الدعوى البولصية ، فكما يجوز أن يطعن الدائن بالدعوى البولصية في تصرف مدينه الصادر إلى الغير سيئ النية ومنه إلى خلف سيئ النية أيضاً ، كذلك يجوز لدائن البائع أن =

يتمسك به . ويكفى أن يجهل هذه الصورية وقت تعامله [1] ، حتى لو علم بها بعد ذلك . فإذا كان دائناً شخصياً للمشترى وكان التصرف الصوري سابقاً على حقه ، وجب أن يكون وقت أن أصبح دائناً للمشترى قد اعتقد أن التصرف الصوري الذي سبق حقه إنما هو تصرف جدي ، وقد اطمأن إليه على هذا الاعتبار . وكذلك الحال لو انتقل إليه حق عيني من المشترى بعد صدور التصرف الصوري ، فيجب وقت انتقال الحق العيني إليه أن يكون معتقداً جدية التصرف الصوري . وقد قدمنا أن الغير قد يكون حقه ، شخصياً كان أو عينياً، سابقا على التصرف الصوري ، ففي هذه الحالة يكون حسن النية المطلوب منه هو أن يكون قد اعتقد وقت علمه بصدور التصرف الصوري أن هذا التصرف جدي ، فاطمأن إليه على هذا الاعتبار .

والمفروض أن الغير حسن النية لا علم له بالعقد المستتر ، وعلى من يدعى عكس ذلك أن يثبت ما يدعيه [1] [2] . ولما كان العلم بالعقد المستتر واقعة مادية ، فإنه يجوز إثباتها بجميع الطرق ، بما في ذلك البينة والقرائن [2] .

= يطعن بالصورية في التصرف الصادر من البائع إلى المشترى ولو باع المشترى العين لمشتر ثان سيئ النية . (استئناف أهلي ٢١ ديسمبر سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٣٣) .

(1) النص في الفقرة الأولى من المادة ٢٤٤ من القانون المدني على أنه إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين والخلف الخاص ممن كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري ، يدل على أن العبرة في تحديد وقت ثبوت حسن النية هي بوقت التعامل ونشوء الالتزام وهو الوقت الذي انخدع فيه المتعاقد بالعقد الظاهر للمتعاقد معه وانبنى عليه تعامله ، فأعطاه القانون حق التمسك بهذا العقد الظاهري حماية لحسن النية الذي لازم التصرف ، الأمر الذي يقتضيه استقرار المعاملات .

(جلسة ١٩٧٥/١/٢٦ الطعن رقم ٢٢٠ لسنة ٣٩ ق س ٢٦ ص ٢٥٤) .

(١) الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٣٠ ص ١٧٨ وهامش رقم ٣ .

(2) لدائن المتعاقد أن يتمسك بالعقد الظاهر ممن كان حسن النية والمفروض أن الدائن حسن النية لا علم له بالعقد المستتر وعلى من يدعى عكس ذلك أن يثبت ما يدعيه .

(جلسة ١٩٧٨/٥/١١ الطعن رقم ٢٨٦ لسنة ٤٣ ق س ٢٩ ص ١٢٢٣) .

(٢) وشهر العقد المستتر قرينة على العلم به (نقض مدني ١٥ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٦٦ ص ١٠٦٣ — استئناف مختلط ١٣ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٨٤ — ٢٤ فبراير سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٨٨) . ولذلك يصعب تحقق الصورية في العقود الواجب شهرها ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك. على أن هذه القرينة ، في رأينا ، ليست قاطعة ، فيستطيع الغير أن يثبت أنه كان وقت تعامله لا يعلم بالعقد المستتر بالرغم من شهره (أنظر من هذا الرأي ديموج ١ فقرة ١٦١ ص ٢٦٤ — وقارن بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٨١ ص ٧٢ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٣٠ ص ١٧٨ وهامش رقم ٤ ويذهبون إلى أن الغير لا يستطيع إثبات عدم علمه بالعقد المستتر المسجل) ، هذا ويصح أن يواجه الغير بالعقد المستتر متى ثبت علمه به ، حتى لو كان هذا العقد غير مسجل (نقض مدني أول ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٣ ص ٤٨) . =

٦٢٤ – التعارض بين غير يتمسك العقد الظاهر وغير يتمسك بالعقد المستتر

: ولما كان الغير له أن يتمسك بالعقد الظاهر أو بالعقد المستتر وفقاً لمصلحته ، فإنه يقع كثيراً أن يقوم تنازع فيما بين الأغيار لتعارض المصلحة . ويكفي أن نفرض في بيع صوري أن يكون للبائع دائن وللمشترى دائن . فدائن البائع مصلحته أن يتمسك بالعقد المستتر ، ودائن المشترى مصلحته أن يتمسك بالعقد الظاهر . ولا يمكن أن نأخذ بالعقدين معا ، فلا بد إذن من تغليب إحدى المصلحتين . فإما أن نحرص على احترام الإرادة الحقيقية للمتعاقدين فنغلب مصلحة دائن البائع أو من كسب حقاً عينياً من البائع ونأخذ بالعقد المستتر ، وإما أن نعنى بثبات التعامل واستقراره فنغلب مصلحة دائن المشترى أو من كسب حقاً عينياً من المشترى ونأخذ بالعقد الظاهر . ولم يكن في التقنين المدني السابق نص في هذه المسألة ، فانقسمت الآراء ، بعض يأخذ بالعقد المستتر [1] . والغالبية تأخذ بالعقد الظاهر [2] .

= ولو اشترك شخص في تحرير العقد الظاهر ، لو بصفته شاهداً ، وتواطأ مع المتعاقدين على الصورية ، فإنه يكون بمنزلة المتعاقدين لا يستطيع إثبات صورية العقد المكتوب إلا بالكتابة . وقد قضت محكمة النقض بأنه ليس هناك ما يمنع من حرر عقد البيع بخطه ، ووقع عليه بصفته شاهداً ، من أن يطعن فيه بالصورية ، متى كان يستند في طعنه إلى دليل كتابي ، ومتى كان هذا الطلب موجه ضد طرفي العقد اللذين اشترك معه في الصورية لا ضد غيرهما ممن يمكن أن تضار مصالحهم بصورية يجهلونها (نقض مدني ١١ يناير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٢٢ ص ٥١) . هذا وقد خرجت محكمة الاستئناف المختلطة على المبادئ المتقدمة ، فقضت في حكم شاذ بأنه لا يجوز لطرفي العقد الصوري أن يثبتا بالبينة علم الغير بالصورية (١٨ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٤٣) .

(١) استئناف أهلي ٢٨ مايو سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٣ – استئناف مختلط ٣ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٠٢ – ٧ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٧٦ – ٦ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢١٤ – ٩ يونية سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٩٦ – نقض فرنسي ٢٥ يونية سنة ١٨٤٧ داللوز ٤٧ – ١ – ٣٤٢ – لوران ١٦ فقرة ٤٩٩ – والتون ٢ ص ١٣٩ .

(٢) فتحي زغلول ص ١٤٣ – ص ١٤٤ – محمد صالح في أصول التعهدات فقرة ٣١٥ ص ٢٧٤ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٥٧ ص ٨٤١ – الموجز للمؤلف فقرة ٢٣٥ ص ٢٦٠ – أحمد حشمت أبو ستيت في نظرية الالتزام فقرة ٦٥٢ – أسيوط الكلية ١١ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٢٥٠ ص ٤٣٧ – ٢٨ يونية سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٤٣٨ ص ٨٨٧ – استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢١٩ – ٢٠ يونية سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٨٢ – ٣٠ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٩٣ – ٣ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢١٥ – أنظر أيضاً في اشتراط حسن نية خلف المشترى الظاهر لتقديمه على خلف البائع: استئناف مختلط ٩ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٢٤ – ١٦ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢١٩ – ٢٠ يونية سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٨٢ – وهذا هو رأي محكمة النقض الفرنسية وجمهور الفقهاء الفرنسيين : نقض فرنسي ٢ فبراير سنة ١٨٥٢ داللوز ٥٢ – ١ – ٤٩ – ٢٠ يوليه سنة ١٩١٠ داللوز ١٩١٠ – ١ =

وقد حسم التقنين المدني الجديد هذا الخلاف ، فنصت الفقرة الثانية من المادة ٢٤٤ ، كما رأينا ، على أنه " إذا تعارضت مصالح ذوي الشأن ، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر ، كان الأفضلية للأولين " . وبذلك أيد التقنين الجديد الرأي الذي ذهب إليه الغالبية ، لاعتبارات تتعلق باستقرار التعامل [1] . ويترتب على ذلك أن دائن المشترى في البيع الصوري يفضل على دائن البائع ، فيقوم هو دون دائن البائع بالتنفيذ على العين المبيعة صورياً ، متمسكا بالعقد الظاهر إذ هو في مصلحته. ويمتنع على دائن البائع أن ينفذ على هذه العين وأن يتمسك بالعقد المستتر [2] . ويترتب على ذلك أيضاً أن من كسب حقاً عينياً من المشترى الظاهر يفضل على من كسب حقاً عينياً من البائع الظاهر . فلو أن البائع بعد أن صدر منه البيع الصوري باع مرة أخرى بيعاً جدياً لمشتر آخر وسجل هذا المشترى عقده ، ثم باع المشترى الظاهر بعد ذلك العقار بيعاً جدياً لمشتر ثان ، فإن المشترى من المشترى يفضل على المشترى من البائع بالرغم من أن هذا الأخير قد سجل أولا ، لأن كلا منهما لا يعتبر من الغير بالنسبة إلى التسجيل حتى يفضل السابق إليه ، إذ هما لم يتلقيا الحق من شخص واحد . وإنما نحن بصدد تنازع ما بين الإغيار بالنسبة إلى الصورية لا

= — ٣٩٢ — ١٣ نوفمبر سنة ١٩١٢ داللوز ١٩١٣ — ١ — ٤٣٣ — ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٩ داللوز ١٩٤٠ — ١ — ١٢ — هيك ٧ فقرة ٢٣٢ — بودري وبارد ١ فقرة ٧٤٠ ص ٧٦٦ — ديموج ١ فقرة ١٦٣ — بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٣٣٩ ص ٤٣٦ — ص ٤٣٧ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٦٠٧ — كولان وكابيتان وموانديير ٢ فقرة ١٩٤ ص ١٤٧ .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا المعنى ما يأتي : " ويناط الحكم عند تنازع ذوي المصالح المتعارضة على هذا الوجه بفكرة استقرار المعاملات . فإذا تمسك دائن البائع في العقد الظاهر بورقة الضد ، وتمسك دائن المشترى بهذا العقد ، كانت الأفضلية للأخير لاعتبارات تتعلق بتأمين ذلك الاستقرار " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٤٦) .

(٢) وهناك رأي في عهد التقنين المدني السابق يفضل دائن البائع في بيع صوري على الموهوب له من المشترى، لأن تفضيل الموهوب له يؤدي إلى اغتنائه على حساب الدائن (والتون ٢ ص ١٤٠ — الموجز للمؤلف فقرة ٢٣٥ ص ٢٦٠ هامش رقم ١) .

ويترتب على تغليب العقد الظاهر أن دائن المشترى الظاهر ، حتى لو كان حقه ثبت في ذمة المشترى قبل صدور البيع الصوري ، أي في وقت لم يكن يعتمد فيه على ملكية مدينه الصورية ، يفضل في استيفاء حقه من العين على دائن البائع . وهذه نتيجة يصعب تبريرها ، لا سيما إذا لوحظ أنه لو كان البيع الصوري بيعاً جدياً لأمكن لدائن البائع أن يطعن فيه بالدعوى البولصية فيفضل في استيفاء حقه من العين على دائن المشترى ، فكيف يكون حق دائن البائع على مال مدينه عند تصرف المدين في هذا المال تصرفاً صورياً أقل نفاذاً من حقه على هذا المال عند تصرف المدين فيه تصرفاً جدياً ! هذا الاعتراض يقوم وجيها من ناحية المبدأ ، ولكن سنرى من الناحية العملية أن لدائن البائع في هذه الحالة أن يتخلى عن الطعن بالصورية في العقد الظاهر ، ويعتبره عقداً جدياً ، فيستطيع الطعن فيه بالدعوى البولصية ، ولا يسرى في حقه تصرف صوري كان لا يسرى لو أنه كان جدياً .

بالنسبة إلى التسجيل ، فتأخذ بالعقد الظاهر ، وتفضل المشترى من المشترى على المشترى من البائع ، ولا عبرة بالأسبقية في التسجيل [1] . على أن المشترى لا تنتقل إليه الملكية إلا إذا سجل عقده ، وأن كان يفضل على المشترى من البائع ولو تأخر عن التسجيل [2] .

المبحث الثالث

الصورية من حيث الدعوى وطرق الإثبات

§ ١ – من حيث الدعوى

٦٢٥ – الخصوم في دعوى الصورية : قد ترفع دعوى الصورية من أحد طرفي العقد الصوري على الطرف الآخر يطعن في العقد بالصورية ، وفي هذه الحالة يجب إدخال من له مصلحة في التمسك بالعقد الصوري في الدعوى (1) ، كخلف المشترى الظاهر إذا كان سيئ النية [3] . وقد يكون الطعن بالصورية في صورة دفع دعوى يرفعها

---

(١) بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٣٣٩ ص ٤٣٦ – ص ٤٣٧ – بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٨٢ – قارن بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٧٥ ص ٣٠٩ – ص ٣١٠ .

(٢) وقد سبق أن أشرنا (أنظر آنفاً فقرة ٦١٨ في الهامش) إلى أن الأستاذ فلاتيه (Flattet) في كتابة "العقود لحساب الغير" يجعل من البائع والمشترى الصوريين شريكين في حق واحد (cotitulaires du droit). فهو يكيف الصورية على أساس أنها وسيلة للتعاقد لحساب الغير (pour le compte d'autrui) . ذلك أن المشترى الصوري يستطيع أن يتصرف في العين التي اشتراها صورياً للغير حسن النية ، فينفذ تصرفه في حق المالك الحقيقي ، وهو البائع الصوري . فكأن المشترى الصوري يتعاقد مع الغير لحساب المالك الحقيقي . وتصبح العين محل التصرف الصوري لها صاحبان (deux cotitulaires) : مالك حقيقي (وهو البائع الصوري) ومالك صوري (وهو المشترى الصوري) . ويستطيع المالك الصوري أن يتصرف في العين طبقاً لتعليمات يتلقاها من المالك الحقيقي ، أو من تلقاء نفسه دون تعليمات . ومن ثم يكون للمالك الصوري سلطة على العين أوسع بكثير من سلطة النائب (أنظر في هذه التحليلات الطريفة فلاتيه في التعاقد لحساب الغير فقرة ١٢٠ – فقرة ١٣٣) .

(1) القانون لا يوجب في دعوى الصورية اختصام أشخاص معينين ، ومن ثم فلا تأثير لعدم اختصام المؤجر في دعوى صورية عقد الإيجار على قبول الدعوى ، وإنما الأثر المترتب على ذلك ينحصر في أن الحكم الصادر فيها لا يكون حجة عليه .
(جلسة ١٩٧٧/٥/٤ الطعن رقم ٢٠٦ لسنة ٤٣ ق س ٢٨ ص ١١٣٥) .

(٣) استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٢١ – ١٨ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٨٤ – ٣ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٠٣ – ٢٢ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٧٢ – ٢٥ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٦٠ . على أنه إذا طعن ناظر الوقف في عقد إيجار بالصورية ومات في أثناء الدعوى ، فإن خلفه يستمر في الدعوى دون حاجة لإدخال ورقة الناظر السابق (استئناف مختلط ١٩ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٥٦) .

أحد طرفي العقد الصوري على الطرف الآخر بموجب العقد الظاهر ، ويجوز إبداء هذا الدفع في أية حالة كانت عليها الدعوى [1] .

وقد تكون الدعوى مرفوعة من الغير على الطرفين ، فيطعن الغير في العقد الظاهر بالصورية ويتمسك بالعقد المستتر ، لوجود مصلحة في ذلك ، ويجب في هذه الحالة إدخال كل من طرفي الصورية خصماً في الدعوى [2] .

وقد يرفع الدائن دعوى الصورية باسم مدينه ، وفي هذه الحالة لا يكون الدائن من الغير ولا يجوز له إثبات الصورية إلا بالطرق التي يستطيع بها المدين إثبات ذلك ، ويجوز للخصم أن يتمسك بالدفوع التي كان يتمسك بها قبل المدين [3] .

ومن يدعى الصورية هو الذي يتحمل عبء إثبات ذلك [4] [أ] ، على النحو الذي سنبينه فيما يلي :

---

(١) استئناف مختلط ٩ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٩١ — ١٠ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٠٩ — ولكن لا يجوز إبداء هذا الدفع لأول مرة أمام محكمة النقض ، بعد أن اعترف الخصم ضمنا بجدية العقد أمام محكمة الموضوع وذلك بعدم طعنه فيه بالصورية .وقد قضت محكمة النقض بأن من طلب إبطال عقد بيع بدعوى أنه هبة محررة في عقد عرفي لا يجوز له ، بعد أن سلم له خصمه بالبطلان متمسكا بوضع اليد المدة الطويلة ، وناقشه هو في ذلك ، أن يبني طعنه أمام محكمة النقض على صورية العقد ، لأن الصورية دفع جديد مغاير كل المغايرة لطلب البطلان بسبب شكل العقد ، فلا سبيل لطرحه لأول مرة أمام محكمة النقض (نقض مدني ٢ مارس سنة ١٩٣٣ مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٩٩) .

(٢) استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٢١ — ١٨ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٨٤ .

(٣) هيك ٧ فقرة ٢٣٠ ص ٣٠٩ — بودري وبارد ١ فقرة ٧٣٤ — أما إذا رفع الدائن الدعوى باسمه اعتبر من الغير ، ولا يتمسك قبله بالدفوع الجائزة قبل مدينه (استئناف مختلط ٧ يونية سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣١٦).

(٤) استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٧٥ — ١٩ يونية سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٦٠ — ١٢ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٨٢ . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه يتعين على المحاكم احترام العقود حسب نصوصها ، ما لم تقم قرائن قوية يستدل منها على أن المتعاقدين قصدا شيئا آخر خلاف المدون بالعقد (٢٦ فبراير سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٤٠) .

(1) أ — استخلاص الصورية من أدلتها ، مما تستقل به محكمة الموضوع لتعلقه بفهم الواقع في الدعوى ، مادام الاستخلاص سائغاً .

(جلسة ١٩٧٥/٦/١١ الطعن رقم ٧٥١ لسنة ٤١ ق س ٢٦ ص ١٢٠١) .

(جلسة ١٩٧٤/٤/٢٩ الطعن رقم ٢٧٥ لسنة ٣٩ ق س ٢٥ ص ٧٧٣) .

(جلسة ١٩٧٣/٥/٢٢ الطعن رقم ٢١١ لسنة ٣٨ ق س ٢٤ ص ٧٩٩) .

ب — كذب شهادة النفي لا يعني مدعي الصورية من إثباتها ولا يصح اتخاذه دليلا على ثبوتها .

(جلسة ٢٠٠١/٤/١٠ الطعن رقم ١٤٢٣ لسنة ٧٠ ق) .

٦٢٦ – أثر الحكم الصادر في دعوى الصورية : والحكم الذي يصدر في دعوى الصورية لا يسرى على الخصمين وحدهما ، بل يتعدى أثره إلى الدائنين . فإذا حكم بصورية عقد ، وكان الخصم في الدعوى دائناً لأحد طرفي العقد ، استفاد الدائنون الآخرون من هذا الحكم ، واستطاع كل منهم أن يتمسك به دون أن يدخل خصما في الدعوى . وكذلك لو كان الخصمان هما طرفا العقد ، فإن الدائنين يستطيعون التمسك بالحكم [١] .

والحكم في صورية العقد حكم في مسألة موضوعية، فلا رقابة فيها لمحكمة النقض [٢] .

٦٢٧ – عدم تقادم دعوى الصورية : ودعوى الصورية ذاتها لا تسقط بالتقادم ، سواء رفعت من أحد طرفي العقد الصوري أو من الغير ، لأن المطلوب إنما هو تقرير أن العقد الظاهر لا وجود له ، وهي حقيقة قائمة مستمرة لم تنقطع حتى يبدأ سريان التقادم بالنسبة إليها .

أما إذا كانت دعوى الصورية تتضمن دعوى أخرى ، كما إذا طعن الورثة في الهبة الصادرة من مورثهم بالبطلان وكانت مستترة في صورة عقد بيع ، فإن هناك دعويين : إحداهما متعلقة بصورية عقد البيع وهذه لا تسقط بالتقادم ، والأخرى متعلقة بالطعن في عقد الهبة (وهو العقد المستتر) بالبطلان وهذه تسقط بالتقادم شأنها في ذلك شأن سائر دعاوى البطلان [٣] .

---

(١) ويدلل لاروميير ذلك بأن الحكم بصورية العقد قد قرر أن العقد الظاهر غير موجود ، وأن العين الذي وقع عليها التصرف الصوري لم تخرج بتاتاً من ملك المدين ، فيستفيد من ذلك الدائنون مادامت هذه العين لم تنقطع عن أن تكون داخلة في الضمان العام لحقوقهم (لاروميير ٢ م ١١٦٧ فقرة ٦٣) . ولكن الأستاذين بودري وبارد لا يريان ، كما قدمنا (أنظر آنفاً فقرة ٦٢٢ في الهامش) ، أن هذا تعليل صحيح ، ويذهبان إلى أن الدائنين إنما يتمسكون بالحكم باعتبار أن الخصوم يمثلونهم في الدعوى (بودري وبارد ١ فقرة ٧٣٩) . وقد سبقت الإشارة (أنظر آنفاً فقرة ٦٢٢ في الهامش) إلى أن بعض الفقهاء يذهبون إلى أن دعوى الصورية إذا رفعها الدائن لا يستفيد منها باقي الدائنين ممن لم يدخلوا في الدعوى (أوبري ورو ٤ طبعة خامسة فقرة ٣١٣ ص ٢٤٢ وهامش رقم ٥٢ – جروبيه فقرة ٣٣٩ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٧٤) .

(٢) نقض مدني ١٤ يناير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٢ رقم ٤١٤ ص ٨٣٩ – ١١ مايو سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨١ ص ٥٥٣ – ٢٥ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٤١ ص ٣٨٩ – أول يونية سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٤١ ص ٥٦٩ – هذا ما لم يقرر القانون قرائن تعرف بها صورية العقد ، فيجب على محكمة الموضوع ، تحت رقابة محكمة النقض ، الأخذ بها إذا كانت قرائن قاطعة (ديموج ١ ص ٢٧٥ – بلانيول وريبير واسمان ٦ فقرة ٣٤٣) .

(٣) بلانيول وريبير واسمان ٦ فقرة ٣٤٥ .

§ ٢ – من حيث طرق الإثبات [١]

٦٢٨ – حالتان : تختلف طرق إثبات الصورية بحسب ما إذا كانت الدعوى مرفوعة من أحد الطرفين أو ممثل له (كالوارث والدائن الذي يرفع الدعوى باسم المدين)، أو كانت مرفوعة من الغير .

٦٢٩ – الحالة الأولى – الدعوى مرفوعة من أحد الطرفين أو ممثل له : يراد في هذه الحالة إثبات العقد المستتر فيما بين الطرفين والورثة [٢] . فلا يثبت إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها [٣] إذا زادت قيمة الالتزام في العقد المستتر على خمسمائة جنيه [٤] ، ما لم يكن هناك غش واحتيال على القانون فيجوز في هذه الحالة الإثبات بجميع الطرق [٥] [1] . أما إذا لم تزد قيمة الالتزام على خمسمائة جنيه ، فإنه يجوز إثبات العقد

---

(١) أنظر ما سبق أن قدمناه في قسم الإثبات في إثبات الصورية (فقرة ٢٠٣ – فقرة ٢٠٤ آنفاً) .

(٢) نقض مدني ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٤٦ ص ٢٩٧ .

(٣) نقض مدني ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٤٨ ص ٣١٤ .

(٤) استئناف مصر ١٦ نوفمبر سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ١٤٠ – ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المحاماة ٥ رقم ٣٥٨ ص ٤١٥ – ٢٥ مارس سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ٩٠ ص ١٣٤ – ٢٩ مارس سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٣٤٤ ص ٤١١ – ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ١٨١ ص ٢٥١ – ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣١٠ ص ٤٧٧ – ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٤٦٢ ص ٧٦١ – ٢١ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٧٢ ص ١٢٠ – ٢٥ أبريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٢٥٤ ص ٥٦٤ – نقض جنائي ٤ يناير سنة ١٩٢٤ المحاماة ٧ رقم ١٤٢ ص ٢٠٠ – استئناف مختلط ٢٤ يناير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢٤٢ – ٩ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٢٩٠ – ١٤ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٠٠ – ٢٦ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٠١ – ٢٢ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣١ ص ١٣٦ – ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٨٠ – ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٢٨ – ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٠ – ٦ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٧٥ – ١١ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٩٠ – ٩ نوفمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٧ – ٧ فبراير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٤٠. وقد سبقت الإشارة إلى أكثر هذه الأحكام في قسم الإثبات : أنظر آنفاً فقرة ٢٠٣ في الهامش . هذا ولا يجوز القول بأن الصورية غش فيجوز إثباته بجميع الطرق ، فقد قدمنا أن هناك فرقا بين الصورية والغش (استئناف أهلي ٥ مايو سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ٢١٦) .

(٥) استئناف أهلي أول مارس سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ٢ ص ٤٧ – ٩ يونية سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ٢٦٢ – استئناف مختلط ٢٤ يناير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢٤٢ – نقض مدني ٢٠ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٤ ص ٦٦٥ . وقد سبقت الإشارة إلى هذه الأحكام في قسم الإثبات =

= (أنظر آنفاً فقرة ٢٠٣ في الهامش) . وأنظر أيضاً الأحكام التي أوردناها في قسم الإثبات عند الكلام في الاحتيال على القانون (آنفاً فقرة ٢٠٤) .

وإذا تم التحايل على القانون لمصلحة أحد المتعاقدين ضد مصلحة المتعاقد الآخر ، جاز لهذا المتعاقد الآخر ولورثته من بعده أن يثبت العقد المستتر بجميع الطرق : فيثبت بجميع الطرق أن حقيقة البيع هبة دفع إليها باعث غير مشروع (استئناف مصر ٢٣ يناير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٤ ص ٦٩) ، أو أن الرهن وضع في صورة بيع للتحايل على قانون خمسة الأفدنة (استئناف مختلط ٣١ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣١٤) . أو أن المبلغ المذكور في السند يتضمن فوائد ربوية (نقض مدني ٢٥ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٤٢ ص ٣٩٠ — استئناف مصر ١٢ مارس سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ١٢٦ ص ٣٢٤ — ٣١ مارس سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ ص ٧٠) ، أو أن تاريخ العقد قد قدم ليكون سابقاً على تاريخ الحجر فيعصم العقد من الإبطال (نقض مدني ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٤٨ ص ٥٠٧ — استئناف مصر ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٩ رقم ٤٧ ص ٧٠ — ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٩ رقم ٤٨ ص ٧٢ — استئناف الإسكندرية ٢٨ يناير سنة ١٩٤٧ المحاماة ٢٨ رقم ٤٢٧ ص ١٠٤٧) ، أو أن دينا مدنيا محضاً كتب عنه أنه سلم للمدين بصفة أمانة حتى يهدد المدين بالمحاكمة الجنائية إذا تأخر من الدفع (جرجا ١٤ يونية سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٤٩ ص ٨٧) . أما إذا تم التحايل على القانون دون أن يكون هذا التحايل ضد مصلحة أحد المتعاقدين ، فلا يجوز لأي منهما أن يثبت العقد المستتر إلا وفقاً للقواعد العامة للإثبات ، إذ لا يوجد هنا ما يمنع المتعاقدين من كتابة ورقة ضد مادام التحايل لم يوجه ضد مصلحة أحد منهما . فلا يجوز للمشترى أن يثبت إلا بالكتابة أن الثمن المكتوب في عقد البيع أكبر من الثمن الحقيقي بقصد منع الشفيع من الأخذ بالشفعة ، أما الشفيع نفسه فيستطيع إثبات الثمن الحقيقي بجميع الطرق (استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٧٠) ، مع أنه ليس من الغير كما قدمنا ، وذلك لأنه هو الذي قصد بالتحايل الإضرار به ولأن البيع يعتبر بالنسبة إليه واقعة مادية كما سبق القول . ولا يجوز للبائع أن يثبت إلا بالكتابة أن الثمن المكتوب في عقد البيع أقل من الثمن الحقيقي تخففاً من رسوم التسجيل ، أما الخزانة فتستطيع إثبات الثمن الحقيقي بجميع الطرق ، مع أنها ليست من الغير كما أسلفنا الإشارة ، وذلك لأنها هي التي قصد بالتحايل الإضرار بها ولأن البيع يعتبر بالنسبة إليها واقعة مادية . ولا يجوز للمورث أن يثبت بغير الكتابة أن عقد البيع المكتوب الصادر منه لأحد الورثة حقيقته وصية ، أما الورثة الآخرون فيستطيعون إثبات ذلك بجميع الطرق ، مع أنهم ليسوا من الغير في الصورية ، لأن التصرف قد صدر إضراراً بحقوقهم في الإرث فيكون تحايلا على القانون (نقض مدني ١١ مايو سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٢٤ ص ٤٩٤ — ١٨ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٩ ص ٢٤٩ — استئناف مصر ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المحاماة ٥ رقم ٣٥٨ ص ٤١٥ — ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٤٦٢ ص ٧٦١ — أول مايو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٢٣ ص ٢١٦ — ٢٤ يناير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٢٠٩ ص ٣٧٧ — ١٨ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٩١ ص ٦٢٧ — ٢٠ يناير سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ٥٧ ص ١٣٢ — استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٢٨ — ١٦ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٤٧ — أما في التصرفات التي لا تضر بحقوقهم في الإرث فالورثة يحلون محل مورثهم ويتقيدون بطرق الإثبات التي يتقيد بها : استئناف مصر ٣١ يناير سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١١٣ — الزقازيق الكلية ٩ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٩١ ص ١٧٥) . وقد قدمنا أن الورثة يستطيعون أيضاً ، لنفس الأسباب السالفة الذكر ، أن يثبتوا بجميع الطرق أن تاريخ التصرف الصادر من مورثهم قد قدم لإخفاء أن هذا التصرف قد صدر في مرض الموت . =

المستتر بجميع الطرق ، إلا إذا كان العقد الظاهر مكتوباً فلا يجوز إثبات عكسه إلا بالكتابة [1] . وليس في كل ذلك إلا تطبيق للقواعد العامة في الإثبات [1] ، سبق أن بيناه عند بسط هذه القواعد في قسم الإثبات .

= وقد قضت محكمة النقض تطبيقاً للمبادئ المتقدمة بأنه إذا وكل شخص آخر في إيجار عين مملوكة له ، فتواطأ الوكيل مع مستأجر صوري غشاً للإضرار بحقوق الموكل ، جاز للموكل أن يثبت هذه الصورية التدليسية المبنية على الغش والتواطؤ بجميع طرق الإثبات ومنها القرائن (نقض مدني ٢٠ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٤ ص ٦٦٥) . وقضت أيضاً بأنه إذا تمسك المدين بأن الإيصال المحرر عليه بقبض ثمن المنقولات التي تعهد بصنعها هو والفاتورة الموقع عليها منه أيضاً ببيان مفردات تلك المنقولات إنما حررا خدمة للمدعية لتقديمها للمجلس الحسبي ليرخص لها في صرف المبلغ الوارد بالإيصال ، فاعتبرت المحكمة هذا دفعاً منه بالصورية ، ولم تأخذ به على أساس أن الصورية لا تثبت بين المتعاقدين إلا بالكتابة وهو لم يقدم كتابة ما ، فإنها لا تكون قد أخطأت في تطبيق القانون (نقض مدني ٣ فبراير سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ٩٦ ص ٢٥٦) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا اختلس أحد طرفي الصورية من الآخر الدليل الكتابي على الصورية ، جاز للآخر إثبات هذا الاختلاس ثم إثبات الصورية بجميع الطرق (استئناف مختلط ١٣ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٥٧) . وأنظر أيضاً : نقض مدني ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٣ ص ١٩٩ — ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٤ ص ٢٠٠ — ٢٧ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٧٩ ص ٣٨٧ — وقارن : ١٨ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٥٢ ص ٧٠٨ .

(أنظر في هذه المسألة الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٢٧ ص ١٧٠ — ص ١٧٣ ، وبخاصة ص ١٧٢ هامش رقم ١ حيث يورد ملاحظات وجيهة على بعض أحكام محكمة النقض) .

(1) الوارث لا يعتبر في حكم الغير بالنسبة للتصرف الصادر من المورث إلا إذا كان يستمد حقه في الطعن عليه من القانون مباشرة بأن يكون التصرف صادراً بقصد الإضرار بحقه كوارث وتحايلا على قواعد الإرث ، كما إذا كان في ظاهره بيعاً منجزاً وهو في حقيقته مضافاً إلى ما بعد الموت ويخفي وصية ، أو إذا صدر في مرض المورث فيعتبر إذ ذاك في حكم الوصية ، لأنه في هاتين الصورتين يستمد الوارث حقه من القانون مباشرة حماية له من تصرف مورثه التي قصد بها الاحتيال على قواعد الإرث التي تعتبر من النظام العام ، أما إذا كان مبنى الطعن غير ذلك كان حق الوارث في الطعن في التصرف في هذه الحالة إنما يستمد من مورثه باعتباره خلفاً عاماً له .

(جلسة ١٩٨٣/٦/٧ الطعن رقم ١٤ لسنة ٥٠ ق) .

(جلسة ١٩٨٣/٣/٢٤ الطعن رقم ١٦٣٦ لسنة ٤٩ ق) .

(جلسة ١٩٨٣/٢/٢٠ الطعن رقم ٤١٣ لسنة ٤٩ ق) .

(١) نقض مدني ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٣٤ رقم ١ ص ١٢ — ١٨ يونية سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٧٧ ص ٤٨٥ — ٢٤ مارس سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٩٩ ص ٧٤٠ — ٢١ ديسمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٣٨ ص ١٩٥ — استئناف أهلي أول يناير سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٨ رقم ٩٩ ص ٢١٣ — ١٤ ديسمبر سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٦٠ — ٢١ ديسمبر سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٣٣ — ١٨ يناير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٦٣ — ٢٠ يناير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ١١٩ ص ٢٤٠ — ١٦ نوفمبر سنة ١٩٢٠ المجموعة =

٦٣٠ — الحالة الثانية — الدعوى مرفوعة من الغير : أما في هذه الحالة فيريد الغير إثبات صورية العقد الظاهر في مواجهة الطرفين [٢] . وهو لا يتقيد بالكتابة حتى لو كانت قيمة الالتزام في العقد الظاهر تزيد على خمسمائة جنيه [٣] ، فيجوز له إثبات

= الرسمية ٢٢ رقم ١٤٠ — استئناف مصر ١٢ يناير سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٢٨٩ ص ٣٢٥ — ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣١٠ ص ٤٧٧ — استئناف مختلط ١٢ يناير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٩٥ — ٩ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٢٩٠ — ١٤ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٠٠ — ١٦ يونية سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٦٥ — ٢٢ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٥٥ — ٢٦ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٠١ — ٦ مارس سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٩٠ — أول أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٨ — ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٨٠ — ٩ نوفمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٧ — ٧ فبراير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٤٠ — وإذا استطاع الخصم إثبات عدم صحة ما ورد في العقد الظاهر ، كانت العلاقة القانونية بينه وبين خصمه هي العلاقة التي تكون بينهما لو لم يوجد هذا العقد الظاهر ، مادام لم يثبت أن هناك عقداً مستتراً يحدد هذه العلاقة (نقض فرنسي ٣٠ يناير سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠٤ — ١ — ٢٧٠) .

(١) بودري وبارد ١ فقرة ٧٣٧ — دي باج ٢ فقرة ٦٢٩ — بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٨٤ ص ٧٤ — كولان وكابيتان وموراندييز ٢ فقرة ١٩٥ — ومن التطبيق للقواعد العامة جواز الإثبات بغير الكتابة إذا وُجد مانع من الحصول عليها . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن علاقة الزوجية مانعة من الحصول على كتابة تثبت الصورية ، فللزوجة أن تثبت صورية عقد البيع الصادر منها إلى زوجها بشهادة الشهود وبالقرائن (٣٠ أبريل سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ١٨١ ص ٢٥١) . وكذلك يجوز الإثبات بغير الكتابة في المواد التجارية (استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٩٧) .

(٢) أما إذا أراد أحد طرفي العقد الصوري أن يثبت صورية العقد قبل الغير ، فلا يجوز له ذلك ، لأن للغير أن يتمسك بالعقد الظاهر إذا كانت له مصلحة في ذلك ، حتى لو ثبتت صوريته . هذا ما لم يثبت أن الغير كان يعلم بالصورية ، فيسري عليه العقد المستتر ، ويجوز عندئذ أن يثبت أحد طرفي العقد الصورية قبل الغير .

(٣) نقض مدني ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٩ ص ١٣٣ — ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤ ص ٢٦ — نقض جنائي ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٢٧٥ ص ٦٦٩ — استئناف أهلي أول يناير سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٨ ص ٢١٣ — ١٠ أبريل سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ ص ١٠٢ — ٢٠ يناير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ ص ٢٤٠ — استئناف مصر ١٢ يناير سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٢٨٩ ص ٣٢٥ — ١٧ مارس سنة ١٩٢٦ المحاماة ٨ رقم ٤٦١ ص ٧٥٩ — أول مايو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٢٣ ص ٢١٦ — ٢٤ يناير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٢٠٩ ص ٣٧٧ — ١٨ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٩١ ص ٦٢٧ — ٢١ مايو سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ١٢٧ ص ٣٠٠ — ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٢٢٠ ص ٥٠٤ — استئناف مختلط ٥ أبريل سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٧٥ — ١٨ مارس سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٥٢ — ١٥ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ١٥ — ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٧٢ — ٩ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٥ — ٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١١٠ — ٢٨ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٧ — ١٥ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٥٤ — ١٣ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٤٣ — ١٦ يونية سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٦٥ — ٧ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٤ — ٢٠ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٨٩ — ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ١٦ ص ١٠٨ — ٢٦ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٠١ — ٩ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٩١ — ٢١ فبراير =

صورية العقد الظاهر بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن [1] [أ] . ذلك أن الصورية ، بالنسبة إلى الغير ، تعتبر واقعة مادية لا تصرفاً قانونياً ، فيجوز إثباتها بجميع الطرق [1] .

= سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٤٣ — ٦ مارس سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٩٠ — أول أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٨ — ٥ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣١١ — ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٠ — ٨ يونية سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٦٠ — ٢٦ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٨١ — ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ١٣ — ٢٦ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١١٩ — ١٦ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٢٦ — ٦ يناير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٣١ .

ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض بأن الخلف الخاص لا يعتبر من الغير ، فلا يجوز له إثبات الصورية إلا بالكتابة (نقض مدني ٢٧ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٧٩ ص ٣٨٧ وتعليق الأستاذ محمد حامد فهمي هامش ص ٣٨٨ — ص ٣٨٩) .ولكنها رجعت بعد ذلك عن هذا الخطأ ، وقضت بأن المشترى يعتبر من الغير في أحكام الصورية بالنسبة إلى مشترٍ آخر من نفس البائع له يزاحمه في الملكية ، فإذا أقام الحكم قضاءه بصورية عقد المشترى الآخر على القرائن وحدها ، فإنه لا يكون قد خالف قواعد الإثبات (نقض مدني ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤ ص ٢٦).

(١) ويجب أن تكون القرائن مقنعة ، وإلا فلا يحكم بالصورية (استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٥٢ — ١٥ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ١٥ — ١٣ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٤٣)— ومن القرائن الصورية وجود علاقة زوجية أو قرابة ما بين المتعاقدين ، أو أن البائع بقي حائزاً للشيء المبيع ، أو أن المشترى لم يسجل عقد البيع (استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٧٥ — ١٣ مارس سنة ١٩٨٥ م ٧ ص ١٨٢ — ٨ مارس سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٥٠ — ٣١ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ١٩ — ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٩٢ — ٢٩ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٥٤ — ٨ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١١٧ — ٥ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٣١) . ولكن ليس من الضروري أن يكون العقد صورياً بقيام هذه القرائن ، إذ هي قرائن قابلة لإثبات العكس (استئناف أهلي ١٩ نوفمبر سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٢/٢٧ — استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٩٢ — ٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١١٠ — ٩ مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٦٤ — ١٥ يونية سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٦٩ — ٣١ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١١٧ — ٢٣ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٤٥ — ١٨ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٨٧ — ٨ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٣٧ — ٢٠ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٩٠ — ٢٦ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٠٠ — ١١ نوفمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٢١ — ٢٩ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٥٧ — ١١ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٦٠ — ٣ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٩٩ — ١٣ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٥٧) . ومن القرائن على الصورية أن يشترى أب باسم ابنه عيناً حارماً ابنيه الآخرين ولم يثبت أن للابن المشترى مالاً خاصاً (استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٥٥ — ١٤ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٧٩) ، وأن يبيع شخص دون ضمان (استئناف مختلط ٥ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٥) ، وأن يبيع الوارث بعد يومين من موت مورثه دون أن يحصل على إعلام شرعي ودون أن يطلب المشترى منه ما يدل على أنه وارث وما هو نصيبه من الميراث ودون أن يكون الوارث حائزاً للعين المبيعة (استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٣٤) ، وأن يصدر البيع عقب إعلان الدائن مدينه البائع ويتصرف المشترى بعد ذلك مباشرة في العين المبيعة (استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٦٥) ، وأن يصدر البيع بعد بضعة أيام من الحكم على البائع بالدين ويسجل بعد ذلك بمدة طويلة ويثبت أن البائع جعل نفسه معسراً بهذا البيع وأن المشترى عالم بذلك (استئناف =

= مختلط ٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٣٧) ، وأن يتنازل المستحق في وقف عن استحقاقه دون مقابل بشرط أن يعود إليه الاستحقاق فيما بعد وقد ثبت أن المستحق في الوقف كان مثقلا بالديون وقت تنازله (استئناف مختلط٩ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٢٠) ، وأن يتصرف المدين في ماله والدائن موشك أن يتخذ إجراءات قضائية قبله (استئناف مختلط ٤ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٨١) ، وأن يتصرف المدين لأقارب ليس عندهم من المال ما يدفعونه مقابلا لما تصرف فيه (استئناف مختلط ٧ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٧٧) ، وأن يقدم المشترى على الشراء بالرغم من إنذار دائن البائع له بأن البيع يقع إضراراً بحقوقه (استئناف مختلط ١١ نوفمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٢١) ، وأن يتقدم الدائن المطعون في سنده بالصورية بحكم غيابي على المدين وافق عليه هذا الأخير بالرغم من سقوطه (استئناف مختلط ٨ نوفمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ١٧) .

وعند تقدير القرائن ينظر إلى حالة المدين وقت التصرف لا بعده ، فإذا كان معسراً وقت تصرفه كان هذا قرينة على صورية هذا التصرف ، حتى لو أيسر بعد ذلك وقبل الطعن بالصورية (استئناف مختلط ١٥ يونية سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣٣) . ويجب أن ينظر إلى القرائن في مجموعها دون أن تفصل إحداها عن الأخرى (استئناف مختلط ٢١ مايو سنة ١٩١٨ جازيت ٨ رقم ٣٥٤ ص ٢٧٢) .

ولا يعتبر قرينة على الصورية أن يدفع المشترى جزءاً من الثمن مع وجود شرط في العقد يقضي بدفع الثمن جميعه فوراً (استئناف مختلط ٢٩ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٨٤) ، ولا أن يكون الثمن بخساً (استئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٨٨٤ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ١٠ ص ١٨) ، ولا أن يكون التصرف قريبا من الوقت الذي امتنع فيه التاجر عن وفاء ديونه (المنصورة التجارية المختلطة ٦ يونية سنة ١٩٢٧ جازيت ١٨ رقم ٥٦ ص ٥٣) ، ولا أن يعتبر المدين بعض منقولاته مقابلا لوفاء دينه (استئناف مختلط١٧ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٨٧) ، ولا أن يحل المشترى نفسه محل الدائنين المرتهنين في الرهون التي تثقل العقار المبيع فإن مثل هذا الاحتياط معقول (استئناف مختلط ١٢ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٨٣) ، ولا أن تسجل عقود البيع المتتالية بالرغم من إمكان الاقتصار على تسجيل العقد الأخير (استئناف مختلط أول مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٧٤) .

ومن قضاء محكمة النقض في القرائن على الصورية أنه إذا تنازع مشترى العقار الذي لم يسجل عقده مع مشتر ثاني سجل عقده ، وطعن المشترى الأول بصورية العقد الثاني ، وقضت المحكمة بصوريته بانية حكمها على وضع يد المشترى الأول على العين المبيعة ، وعلى تأشير المساحة على عقد المشترى الثاني بأنه قد رفعت عن هذه العين دعوى صحة تعاقد من المشترى الأول ، وعلى علاقة المصاهرة بين البائع والمشترى الثاني ، وعلى أنه ليس من المعقول أن يجازف هذا المشتري بدفع قيمة الثمن كله — كما ورد في عقده — في حين أنه لا يجهل أن على الأرض ديناً ممتازاً ، وعلى ما قرره الشهود في التحقيق من أنهم يعلمون أن عقد المشترى الثاني صوري وأنه فقير لا ملك له ، وما قرره شهود المشترى الثاني من أنهم — على خلاف ما ادعى — لم يحضروا بمجلس العقد ولم يشاهدوا دفعه الثمن إلى البائع — فهذه الأسباب من شأنها أن تؤدي إلى الصورية التي قالت بها المحكمة ، ولا يكون ثمة مجال للطعن على الحكم من هذه الناحية (نقض مدني ٦ يونية سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩١ ص ١٨٨) . وقضت مع ذلك بأنه إذا كان الحكم قد أقام قضاءه بصورية عقد على أن المشترى قد اشترى العين مع علمه بسبق تصرف بائعه في هذه العين لغيره ، وبوضع يد هذا الغير عليها من تاريخ شرائه ، وتوانيه هو في رفع دعواه بصحة التعاقد الحاصل معه إلى ما بعد مضي سنة من تاريخ عقده ، فهذا الحكم يكون قاصراً إذ هذه القرائن لا تؤدي إلى الصورية (نقض مدني ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٢٦ ص ٩٠) . وقضت بأنه يعتبر قرينة على صورية الرهن أن =

الفرع الثالث
مقارنة دعوى الصورية بكل من الدعوى البولصية والدعوى غير المباشرة

٦٣١ – الغرض من المقارنة : بعد أن فصلنا قواعد دعوى الصورية ، تقارن هذه الدعوى بكل من الدعوى البولصية والدعوى غير المباشرة ، كما قارنا الدعوى البولصية بالدعوى غير المباشرة ، حتى نتبين ذاتية كل دعوى إزاء الدعويين الأخريين [٢] .

= يكون الدين المضمون بهذا الرهن صورياً ، وعلى العكس من ذلك دعوى صورية الرهن لا تقوم مادام لم يطعن في القرض نفسه بأنه صوري ، إذ لا يتصور قيام رهن صوري ضامن لقرض حقيقي (نقض مدني ٢٧ مايو سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٥٩ ص ١٦٩) . وقضت بأنه لا تعارض بين أن يكون المشترى في حالة تمكنه من دفع الثمن وأن يكون الشراء الحاصل منه صورياً ، إذ لا تلازم بين حالة الإعسار وصورية العقد ، فإذا اقتنعت المحكمة بأن تصرفاً ما كان صورياً ، فليس هناك ما يحتم عليها أن تعرض بالبحث للمستندات المقدمة من المشترى إثباتاً ليسره ومقدرته على دفع الثمن ، فإن هذا لا يقدم ولا يؤخر (نقض مدني ٢ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٨٨ ص ٢٩٦) . وقضت بأن تقدير كفاية أدلة الصورية مما يستقل به قاضي الموضوع ، فإذا هو رفض الدفع بالصورية بناء على أن كلا من طرفي الدعوى قد طعن على عقد الآخر بأنه صوري ، وأن ما قدمه كل منهما في سبيل تأييد دفعه من قرائن ، منها صلة القرابة بين البائع والمشترى وبخس الثمن وعدم وضع اليد تنفيذاً للبيع ، لا تكفي وحدها دليلا على الصورية ، فلا يقبل الطعن في حكمه بالقصور (نقض مدني أول يونية سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٤١ ص ٥٦٩) . وقضت بأن لمحكمة الموضوع الحق دائماً في بحث جدية الورقة التي تقدم في الدعوى مادام ذلك لازماً للفصل فيها ، فإذا أريد التمسك بورقة ضد الغير ، كان للمحكمة ، ولو لم يطعن أحد فيها بالصورية ، أن تعرض لها فتستنتج عدم جديتها وصوريتها من قرائن الدعوى ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها في ذلك متى كان استخلاصها سليماً (نقض مدني ٢٥ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٤١ ص ٣٨٩) .

(1) الوارث – المشترى من مورثه – اعتباره من الغير في أحكام الصورية بالنسبة للمشترى الآخر من نفس المورث لذات المبيع .
(جلسة ١٩٩٦/٥/١٦ الطعن رقم ٤٤٤٦ لسنة ٦٥ ق) .
(جلسة ١٩٩٥/٤/٦ الطعن رقم ٤١٠٤ لسنة ٦٠ ق) .
(جلسة ١٩٩٣/١٢/٢ الطعنان رقما ٢٤٠٠ ، ٢٤٣٨ لسنة ٥٩ ق) .
(جلسة ١٩٩٠/٢/٧ الطعن رقم ٢١٤٦ لسنة ٥٥ ق س ٤١ ح ا ص ٤٧١) .

(١) ويجوز للغير الإثبات بجميع الطرق حتى لو لم يقصد أن يتوقى ضرراً من العقد الظاهر ، بل قصد أن ينبغي نفعاً من العقد المستتر (دي باج ٢ فقرة ٦٣٥ ص ٥٩٦ – عكس ذلك بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٨٤ ص ٧٥) .

(٢) أنظر في استقلال (antonomie) دعوى الصورية عن كل من الدعوى البولصية والدعوى غير المباشرة (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٧٧) .

ونقارن دعوى الصورية بالدعوى البولصية ، ثم بالدعوى غير المباشرة .

المبحث الأول

مقارنة دعوى الصورية بالدعوى البولصية

٦٣٢ – مقارنة إجمالية : يدعو إلى مقارنة الدعويين إحداهما بالأخرى شبه واضح فيما بينهما . ففي كلتيهما يحاول المدين أن يتوقى تنفيذ الدائن على ماله [١] ، فيتصرف في هذا المال تصرفاً جدياً أو تصرفاً صورياً [٢] . وفي كلتيهما لا ينفذ تصرف المدين في حق الدائن .

ولكن الفرق بين الدعويين واضح كذلك . ففي دعوى الصورية لا يتصرف المدين في ماله تصرفاً جدياً ، وليس للعقد الظاهر وجود قانوني ، ولا وجود إلا للعقد المستتر لأنه هو العقد الحقيقي ، ومن ثم لا ينتج العقد الصوري أثراً إلا بالنسبة إلى الغير حسن النية حتى يستقر التعامل . أما في الدعوى البولصية فالمدين يتصرف في ماله تصرفاً جدياً، ومن ثم ينتج هذا التصرف أثره إلا بالنسبة إلى الدائنين . هذا إلى أن الدائن في دعوى الصورية يرمى إلى استبقاء شيء في ملك المدين لم يخرج منه ، أما في الدعوى البولصية فيرمى إلى إدخال شيء خرج من ملك المدين [٣] [١] .

---

(١) ويلاحظ أن الصورية قد تتخذ سبيلا للوصول إلى أغراض أخرى غير الإضرار بحقوق الدائن كما سبق القول.

(٢) وفي الحالتين يكون التصرف تدليسياً . وقد قضت محكمة النقض بأن التصرف التدليسي هو أن يشارك المتصرف له المدين في إجراء تصرف صوري أو في إجراء تصرف حقيقي يجعله في حالة إعسار بإخراج جزء من أملاكه عن متناول دائنيه . فإذا كان التصرف بيعاً فسبيل إبطاله هو الطعن المبني على الصورية أو على الدعوى البولصية ، وفي هذه الحالة يجب التمسك بأن الثمن وهمي أو بخس أو بأنه حقيقي ولكن المتصرف له اشترك مع المدين في إخراج هذا الثمن كله أو بعضه من مجموعة أمواله حتى أصبح في حالة إعسار لا يفي ماله بمطلوب غرمائه . والعبء في إثبات إعسار المدين بالصفة المطعون فيها يقع على الدائن (نقض مدني ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ٧ ص ١٣) .

(٣) أنظر في هذا المعنى : نقض مدني ١٢ ديسمبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٨١ ص ٢٨٥ – استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٧٠ .

وكثيراً ما كان يخلط بين دعوى الصورية والدعوى البولصية ، ولكن التميز بينهما أصبح الآن واضحاً (استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٨٩٨ م ٢٢ ص ٢٨٩ – ٣ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٣ – ١٨ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٥٩ – ١٣ يونية سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣٣ – ٦ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٩٨ – أول أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٨ – نقض فرنسي ١٦ مارس سنة ١٨٨٧ سيريه ٩٠ – =

= ١ – ٣٠١ – ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٣٥ – فقرة ٢٣٦ – لوران ١٦ فقرة ٤٩٧ – فقرة ٤٩٩ – لاروميير ٢ م ١١٦٧ فقرة ٦٣ – هيك ٧ فقرة ٢٣٠ – فقرة ٢٣١ – والتون ٢ ص ١٤١).

ويجوز رفع الدعويين إحداهما بعد الأخرى لأنهما دعويان مختلفتان ، فترفع أولا دعوى الصورية ثم بعد ذلك الدعوى البولصية . بل يجوز رفع الدعويين معاً ، فيبدأ الدائن بإثبات أن العقد الذي صدر من المدين صوري، ثم يطعن بعد ذلك في العقد الحقيقي بالدعوى البولصية . مثل ذلك هبة في صورة بيع : يبدأ الدائن بإثبات صورية البيع وأن حقيقة العقد هبة ، ثم يطعن بعد ذلك في الهبة بالدعوى البولصية فلا يحتاج إلى إثبات سوء نية الموهوب له بل ولا إلى سوء نية الواهب في القانون المصري (استئناف مختلط ٢٢ يونية سنة ١٩١٥ جازيت ٥ ص ١٦٨ – ٢٩ مايو سنة ١٩١٨ م ٢٩ ص ٤٥٤ – ١٦ يونية سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٥٠ – ١٤ فبراير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٥٧ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٧٦ – كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٤٥٨ ص ٣٣٤ – دي هلتس ١ action Paulienne فقرة ٢١) .

ويجوز للدائن كذلك في الدعوى الواحدة أن يطعن في تصرف مدينه بالصورية وبالدعوى البولصية معاً على سبيل الخيرة ، فيحاول إثبات الصورية أولا ، فإن لم ينجح انتقل إلى الدعوى البولصية (استئناف مختلط ٣ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٣ – ٢٨ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٤٤ – ١٨ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٥٩ + ٦ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٩٨ – ١٠ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٤٦ – قارن: استئناف مختلط ١٣ يونية سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٢٧) . بل يجوز ، إذا هو أخفق في دعوى الصورية في محكمة أول درجة ، أن يطعن بالدعوى البولصية لأول مرة أمام محكمة الاستئناف (استئناف مصر ١٧ مارس سنة ١٩٣٤ المجموعة الرسمية ٣٥ رقم ٦ ص ١٤١ – عكس ذلك : استئناف مصر ٧ مارس سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٥٣٤ ص ٨٨٩) . ولكن لا يجوز أن يطعن بالدعوى البولصية أولا حتى إذا أخفق فيها طعن بالصورية، فإن الطعن بالدعوى البولصية يتضمن الإقرار بجدية التصرف ولا يتفق هذا مع الدفع بالصورية بعد ذلك (نقض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٧ ص ٧٣٤ – استئناف مصر ٢٤ أبريل سنة ١٩٤٩ المحاماة ٣١ رقم ٣٢٢ ص ١١٠٢ – مصر الكلية الأهلية أول ديسمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٢/٨٥ – استئناف مختلط ١٦ يونية سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٥٠) . ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يوجد ما يمنع الدائن من تحويل الدعوى البولصية إلى دعوى الصورية (٢٩ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٥٤) ، وقضت أيضاً بأنه يجوز للدائن ، إذا كان قد طعن في تصرف مدينه أمام محكمة أول درجة بالغش دون أن يبين ما إذا كان يعتبر التصرف صورياً أو جدياً ، أن يطعن في التصرف بالصورية لأول مرة أمام محكمة الاستئناف (٢٢ يونية سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٤١) .

هذا وإذا نجح الدائن في إثبات صورية العقد اكتفى بذلك ، ولا يصبح في حاجة إلى إثبات توافر شروط الدعوى البولصية (مصر الكلية الأهلية ٥ فبراير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ١٤٠ – استئناف مختلط ١٣ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٤٦) .

(1) وإن كان الطعن بالدعوى البولصية يتضمن الإقرار بجدية التصرف ، والطعن بالصورية يتضمن إنكار التصرف مما يقتضي البدء بالطعن بالصورية ، إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من إبداء الطعنين معا إذا كان الدائن يهدف بهما إلى عدم نفاذ تصرف المدين في حقه .

(جلسة ١٩٧٤/٤/٢٩ الطعن رقم ٢٧٥ لسنة ٣٩ ق س ٢٥ ص ٧٧٣) .

(جلسة ١٩٧١/٧/٢٥ الطعن رقم ٣٥٤ لسنة ٣٦ ق س ٢٢ ص ٣٢٨) .

(جلسة ١٩٥٤/٦/١٠ الطعن رقم ١١٩ لسنة ٢١ ق س

٦٣٣ – الفروق التفصيلية ما بين الدعويين : وتختلف الدعويان ، في أحكامهما التفصيلية ، من وجوه عدة ، نذكر منها :

(١) دعوى الصورية يرفعها الدائن والخلف الخاص وكل من له مصلحة مشروعة ولو كان أحد المتعاقدين ، أما الدعوى البولصية فلا يرفعها إلا الدائن [١] .

(٢) في دعوى الصورية يكفي أن يكون حق الدائن خالياً من النـــزاع [٢] ، فالدائن إلى أجل أو تحت شرط واقف يستطيع رفع هذه الدعوى [٣] . أما في الدعوى البولصية فلا يكفي خلو حق اللدائن من النـــزاع ، بل يجب أيضاً أن يكون هذا الحق مستحق الأداء .

(٣) في دعوى الصورية لا يشترط أن يكون حق الدائن سابقاً على التصرف الصوري ، أما في الدعوى البولصية فيشترط أن يكون حق الدائن سابقاً على التصرف المطعون فيه [٤] .

---

(١) استئناف مصر أول مايو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٢٣ ص ٢١٦ – استئناف مختلط ١٠ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٤٨ – ٣ مارس سنة ١٩٢١ م ٢٣ ص ١٩٩ – جوسران ٢ فقرة ٧٠٧ .

(٢) أما إذا كان حق الدائن غير خال من النـــزاع ، فليس للدائن أن يستمر في إجراءات دعوى الصورية حتى يخلو الحق من النـــزاع باتفاق أو بحكم (استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ١٢ ص ٥٠ – محكمة إسكندرية الكلية المختلطة ٢٠ ديسمبر سنة ١٩١٠ جازيت ١ ص ٣٢) .

(٣) هيك ٧ فقرة ٢٣٩ – أوبري ورو ٤ طبعة خامسة فقرة ٣١٣ هامش رقم ٨ مكرر ثالثاً – بودري وبارد ١ فقرة ٧٣٣ .

(٤) نقض مدني ١٢ ديسمبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٨١ ص ٢٨٥ – استئناف أهلي ١٣ مايو سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٤٥٣ – استئناف مصر أول مايو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٢٣ ص ٢١٦ – ١٧ مارس سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٢ رقم ٧٤ ص ١٧٤ – أسيوط الكلية ١١ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٢٥٠ ص ٤٣٧ – استئناف مختلط ٢٣ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ١٠٦ – ٦ نوفمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٣ – ١٢ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٧١ – ٨ مارس سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٥٠ – ٧ يونية سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣١٨ – ٩ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٢٠ – ٤ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٨١ – ١٢ يناير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٠٨ – ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٧٥ – ٦ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢١٤ – ١٥ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٨٣ – ١٣ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١١٩ – أول أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٨ – ١٥ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣١١ – ١٥ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٥٥ – ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٢٨ – ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٦٢ – ١٣ فبراير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٦٣ – ١٧ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢١٩ – ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٦١ – ٩ فبراير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٢٨ .

وقد كان القضاء يخلط كثيراً في هذه المسألة ما بين دعوى الصورية والدعوى البولصية ، فيشترط في الاثنتين أن يكون حق الدائن سابقاً على تصرف المدين – هذا وقد يكون التصرف الصوري سابقاً على تاريخ التوقف عن الدفع ، ولا يمنع ذلك من رفع دعوى الصورية (استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٠٧ – ١٣ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢١٢) .

(٤) في دعوى الصورية يجوز للدائن أن يرفع الدعوى حتى لو كان التصرف الصوري ، بفرض أنه جدي ، لا يسبب إعسار المدين أو يزيد في إعساره ، بل لا يشترط أن يكون المدين معسراً إطلاقاً ، لأن الدائن في هذه الدعوى يطلب تقرير أن التصرف غير موجود وهذه حقيقة لا يغير منها أن يكون المدين معسراً أو غير معسر . أما في الدعوى البولصية فيشترط أن يثبت الدائن أن التصرف المطعون فيه قد تسبب في إعسار المدين أو زاد في إعساره [١] .

(٥) في دعوى الصورية لا يشترط أن تكون الصورية قد قصد بها الإضرار بحقوق الدائن ، فقد يكون المقصود بها غرضاً آخر كما قدمنا ، ولا يمنع ذلك من أن يطعن الدائن في التصرف الصوري . أما في الدعوى البولصية فيشترط في المعاوضات قصد الإضرار بالدائن على النحو الذي سبق بيانه [٢] .

(٦) دعوى الصورية لا تسقط بالتقادم ، لأنها يراد بها تقرير أمر واقع ، وهذا الأمر يبقى واقعا مهما انقضى عليه من الزمن . أما الدعوى البولصية فتسقط بالتقادم ، وقد سبق بيان المدة التي تتقادم بها هذه الدعوى [٣] .

---

(١) استئناف مختلط ٢٣ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ١٠٦ — ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٧٥ — ٧ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٤ — ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٦٣ — ٢٩ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٥٤ — أول أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٨ — ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٢٨ — ٢٤ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٣٩ — ١٢ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١١٩ — ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٦١ — ١٦ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٢٤ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٣٦ — لوران ١٦ فقرة ٤٩٧ — لاروميير ٢ م ١١٦٧ فقرة ٦٣ — هيك ٧ فقرة ٢٣١ — بودري وبارد ١ فقرة ٧٣٣ ص ٧٥٦ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٧٢ — والتون ٢ ص ١٤٢ .

ونرى من ذلك أنه كما لا يشترط إعسار المدين ، كذلك لا يشترط فيما إذا كان المدين معسراً أن تكون هناك علاقة بين التصرف الصوري والإعسار . فيستطيع الدائن أن يطعن بالصورية في تصرف مدينه حتى لو كان موسراً (استئناف مختلط٢ ديسمبر سنة ١٩١٥ جازيت ٦ رقم ٥٧ ص ٣٢) ، كما يستطيع الطعن بالصورية إذا كان المدين معسراً ولو لم يكن التصرف المطعون فيه سبب الإعسار أو زاد فيه . على أن الواقع في العمل — كما تقول الأساتذة بلانيول وريبير وردوان — أن الدائن إذا وجد مالا كافيا لاستيفاء دينه عند المدين غير المال الذي تصرف فيه هذا صوريا لا يتعب نفسه في رفع دعوى الصورية ، فهو لا يلجأ إليها فعلا إلا عند إعسار المدين (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٧٢ ص ٣٠٧) .

(٢) استئناف مختلط٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٦٣ — أول أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٨ — ٩ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٣٦ — لوران ١٦ فقرة ٤٩٧ — هيك ٧ فقرة ٢٣١ — بودري وبارد ١ فقرة ٧٣٣ ص ٧٥٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٧٢ .

(٣) لاروميير ٢ م ١١٦٧ فقرة ٦٣ — جروبيه فقرة ٣٣٥ — كولان وكابيتان وموراندير فقرة ٤٥٨ ص ٣٣٤ — جوسران ٢ فقرة ٧٠٧ — الأستاذ عبد السلام ذهني في الالتزامات فقرة ٣٦٦ ص ٣٥٨ — عكس =

(٧) في دعوى الصورية يجوز للمدين أن يسترد العين التي باعها صورياً للمشترى ، أما في الدعوى البولصية فلا يستطيع المدين ذلك لأن البيع الذي صدر منه بيع جدي .

(٨) في دعوى الصورية إذا تنازع ، في بيع صوري ، دائن البائع مع دائن المشترى، قدم دائن المشترى إيثاراً للعقد الظاهر كما قدمنا [١] . أما في الدعوى البولصية فإنه إذا باع المدين عينا إضراراً بدائنه ، اعتبر البيع غير نافذ في حق الدائن ، وتقدم هذا الدائن في استيفاء حقه من العين على دائن المشترى [٢] .

= ذلك : بودري وبارد ١ فقرة ٧٤٢ — والتون ٢ ص ١٤٢ — ص ١٤٣ . أنظر كذلك بلانيول وريبير واسمان (جزء ٦ فقرة ٣٤٥) وهم يوفقان بين الرأيين ، فدعوى الصورية نفسها لا تسقط بالتقادم ، ولكن قد ينشأ عن العقد الصوري مركز فعلي يثبت بالتقادم (أنظر استئناف مختلط ١٧ يونية سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٦١ — ٩ نوفمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٧ — دي باج ٢ فقرة ٦٣٠) . وقد قدمنا أن دعوى الصورية قد تتضمن دعوى أخرى ، كدعوى بطلان الهبة المستترة في صورة بيع ، فدعوى صورية الهبة لا تسقط بالتقادم ، ولكن دعوى بطلان الهبة تتقادم كسائر دعاوى البطلان (أنظر آنفاً فقرة ٦٢٧) . ويميز بيدان ولاجارد بين دعوى الصورية والدفع بالصورية ، فالدعوى دون الدفع هي التي تسقط بالتقادم (بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٨٥) .

(١) أما لو تنازع دائن البائع مع مشتر حسن النية من المشترى ، فالمشترى هو الذي يفضل ، سواء كان العقد صورياً أو كان جدياً وقابلا للطعن فيه بالدعوى البولصية . وإذا تنازع دائن البائع مع موهوب له من المشترى ، ففي دعوى الصورية لا يقدم الدائن مادام الموهوب له حسن النية على خلاف في الرأي (أنظر آنفاً فقرة ٦٢٤ في الهامش) ، وفي الدعوى البولصية يقدم الدائن حتى لو كان الموهوب له حسن النية (أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٣ وهامش رقم ٥٣ — بوردي وبارد ١ فقرة ٧٤٠ — جروبيه فقرة ٣٤٠ — قارن بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٧٥ — الأستاذ عبد السلام ذهني في الالتزامات فقرة ٣٥٦ ص ٣٥٧) .

(٢) وقد قدمنا (أنظر آنفاً فقرة ٦٢٤ في الهامش) أن هذه النتيجة تبدو غريبة ، لأن دائن البائع لا يتحمل أثر تصرف جدي صدر من مدينه ، ويتحمل في الوقت ذاته أثر هذا التصرف لو كان صورياً ، وكان الأولى هو العكس .ولكن عند التأمل نجد أن المدين إذا صدر منه بيع صوري فلا تخلو الحال من أحد أمرين : (أ) إما أن يكون المدين متواطئاً مع المشترى بقصد الإضرار بالدائن ، وفي هذه الحالة يستطيع الدائن من الناحية العملية أن يتجنب الطعن في البيع بالصورية ، ويعتبر التصرف جدياً ، فيطعن فيه بالدعوى البولصية وقد توافرت شروطها ، فيقدم على دائن المشترى ولا يتحمل أثر تصرف صوري كان لا يتحمله لو كان التصرف جدياً . (ب) وإما أن يكون تواطؤ المدين مع المشترى على الصورية لم يقصد به الإضرار بالدائن ، وفي هذه الحالة لو كان العقد جدياً لما أمكن الطعن فيه بالدعوى البولصية لعدم توافر شروط الإضرار بالدائن، فلا يتحقق إذن أن يكون العقد الصوري أقوى نفاذاً من العقد الجدي (نظرية العقد للمؤلف ص ٨٥٥ هامش رقم ٣) .

هذا وقد كان يوجد في عهد التقنين المدني السابق بين الدعويين فرق هام آخر ، هو أن الدائن في دعوى الصورية يشاركه سائر الدائنين (استئناف مختلط ٢٣ يونية سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٣٢٧) ، أما في الدعوى البولصية فيستأثر وحده بفائدة الدعوى. وقد رأينا أن التقنين المدني الجديد قد محا هذا الفرق بجعله الدائن، =

المبحث الثاني

مقارنة دعوى الصورية بالدعوى غير المباشرة

٦٣٤ – وجوه الشبه : يتبين مما قدمناه في دعوى الصورية والدعوى غير المباشرة أن هناك شبهاً واضحاً بين الدعويين من حيث الشروط والأحكام . فقد رأينا أنه لا يشترط في دعوى الصورية أن يكون حق الدائن مستحق الأداء ولا أن يكون هذا الحق سابقاً على التصرف الصادر من المدين ، وهذا هو الأمر في الدعوى غير المباشرة . ورأينا كذلك أن دعوى الصورية تفيد جميع الدائنين على السواء ، من اشترك منهم في الدعوى ومن لم يشترك ، وهذا هو أيضاً حكم الدعوى غير المباشرة .

وحتى نضع دعوى الصورية إلى جانب الدعوى غير المباشرة في صورة واضحة ، نفرض أن مدينا باع عينا مملوكة له بيعاً صورياً . فدائن البائع يستطيع أن يطعن في العقد بالصورية ، ولا يشترط لذلك أن يكون حقه مستحق الأداء أو أن يكون سابقا على التصرف الصوري ، وإذا نجح في دعواه استفاد معه سائر الدائنين .ويستطيع الدائن أيضاً، بدلا من الطعن بالصورية ، أن يستعمل حق مدينه البائع في التمسك بالعقد المستتر ، فيصل إلى نفس النتيجة التي يصل إليها من وراء الطعن بالصورية ، وهو في ذلك أيضاً لا يشترط فيه أن يكون حقه مستحق الأداء ولا سابقا على التصرف الصوري ، كما أن التمسك بالعقد المستتر يفيد سائر الدائنين .

٦٣٥ – وجوه الخلاف : على أنه بين أن يطعن الدائن بالصورية في العقد الظاهر وأن يستعمل الدعوى غير المباشرة فيتمسك بالعقد المستتر نيابة عن المدين ، توجد الفروق الآتية :

– في دعوى الصورية والدعوى البولصية على السواء ، لا يستأثر وحده بالتنفيذ على العين، بل يشترك معه في ذلك سائر الدائنين .

أنظر في هذه المقارنة التفصيلية : بودري وبارد ١ فقرة ٧٣١ – فقرة ٧٣٣ – دعوج ٧ فقرة ١١٤٢ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٧١ – فقرة ٩٧٢ – بيدان ولاحارد ٩ فقرة ٩٨٦ – دي باج ٢ فقرة ٦٤٢ و ٣ فقرة ٢٥٩ – فقرة ٢٦٠ – الأستاذ أحمد حمشت أبو ستيت فقرة ٦٥٨ – فقرة ٦٥٩ – الأستاذ إسماعيل غانم فقرة ١٢١ .

(١) إذا طعن الدائن في العقد الظاهر بالصورية رفع الدعوى باسمه هو ، وإذا تمسك بالعقد المستتر نيابة عن المدين رفع الدعوى باسم هذا المدين . ويترتب على ذلك أنه في الحالة الأولى يستطيع إثبات الصورية بجميع الطرق لأنه من الغير . أما في الحالة الثانية وهو يعمل باسم المدين ، فلا يستطيع الإثبات إلا بالطرق التي يستطيعها المدين ، فيجب الإثبات بالكتابة فيما جاوزت قيمته خمسمائة جنيه ، أو فيما لا يجاوز هذه القيمة إذا كان العقد الظاهر مكتوباً [١] .

(٢) وإذا طعن الدائن بالصورية ، فليس في حاجة إلى إثبات إعسار المدين . أما إذا تمسك بالعقد المستتر نيابة عن مدينه ، وجب عليه أن يثبت أن المدين يصبح معسراً أو يزيد إعساره إذا لم يتمسك بهذا العقد .

(٣) إذا اختار الدائن دعوى الصورية ، لم يستطع المشترى أن يدفع هذه الدعوى بدفع خاص بالعقد المستتر . أما إذا تمسك بالعقد المستتر نيابة عن المدين ، كان للمشترى أن يدفع هذه الدعوى بكل الدفوع التي يستطيع أن يدفع بها دعوى البائع لو كان هذا هو الذي تمسك بالعقد المستتر [٢] .

(٤) ويتبين مما تقدم أن الدائن يفضل الطعن باسمه بالصورية في العقد الظاهر ، فهذا خير له من التمسك بالعقد المستتر نيابة عن المدين عن طريق الدعوى غير المباشرة ، وذلك من جميع الوجوه المتقدمة الذكر [٣] .

---

(١) ديمولومب ٣٠ فقرة ١٧٩ وفقرة ١٨١ وما بعدها وفقرة ٥٩٠ — لوران ١٩ فقرة ٦٠٣ — لاروميير ٦ م ١٣٤٨ فقرة ١٨ وفقرة ٢١ — بودري وبارد ١ فقرة ٧٣٤ وفقرة ٧٣٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٧٣ — كولان وكابيتان وموراندير ٢ فقرة ٤٥٧ — والتون ٢ ص ١٤٣ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٦٦ — الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٦١ .

ولكن يلاحظ أنه حتى فيما بين المتعاقدين يمكن إثبات الصورية بجميع الطرق إذا كان هناك تحايل على القانون كما سبق القول ، وكذلك الأمر فيما لو رفع الدائن دعوى الصورية باسم المدين عن طريق الدعوى غير المباشرة (ديمولومب ٣٠ فقرة ١٨٢ وفقرة ١٨٤ — فقرة ١٨٨ — لاروميير ٦ م ١٣٤٨ فقرة ١٨ — فقرة ١٩ — بودري وبارد ١ فقرة ٧٣٧ .

(٢) هيك ٧ فقرة ٢٣٠ — بودري وبارد ١ فقرة ٧٣٤ — فقرة ٧٣٥ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٧٦ ص ٣١١ — والتون ٢ ص ١٤٣ — دي باج ٣ فقرة ٢٥٨ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٦٦ .

هذا ، وفي غير المثل الذي نحن بصدده ، يلاحظ أيضاً أن دعوى الصورية لا تسقط بالتقادم ، وتسقط الدعوى غير المباشرة بالمدة التي يسقط بها الحق الذي يستعمله الدائن . أما في المثل الذي نحن بصدده ، فإن الحق الذي يستعمله الدائن هو بالذات دعوى الصورية التي يرفعها المدين ، وهذه أيضاً — كدعوى الصورية التي يرفعها الدائن — لا تسقط بالتقادم (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٦٦ ص ٨٥٧) .

(٣) أنظر في كل ذلك نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٦٥ — فقرة ٧٦٦ .

الفصل الرابع

الحق في الحبس *

(Droit de rétention)

تمهيد – تكييف الحق في الحبس

٦٣٦ – كيف نشأ الحق في الحبس : يرجع ذلك إلى عهد القانون الروماني. فقد كان الحائز لعين لا يملكها وهو يعتقد أنها ملكه، إذا أنفق مالاً في حفظها أو في تحسينها، وأراد المالك أن يسترد العين ، أعطى البريتور الروماني للحائز دفعاً بالغش (exceptio doli) يدفع به دعوى الاسترداد حتى يسترد ما صرفه في حفظ العين وفي تحسينها [1] . وكذلك

---

* مراجع : رينو (Raynaud) في الدفع المستمد من عدم التنفيذ رسالة من باريس سنة ١٩٠٦ – جونسكو (Jonesco) في حق الحبس رسالة من باريس سنة ١٩٠٨ – بينو (Pinot) بحث في إقامة نظرية في حق الحبس من الناحية التشريعية رسالة من باريس سنة ١٩٠٨ – بوجاناتو (Poganato) في حق الحبس رسالة من باريس سنة ١٩٠٩ – بوب (Bobes) تطبيقات في حق الحبس رسالة من باريس سنة ١٩١٣ – كاسان (Cassin) في الدفع المستمد من عدم التنفيذ في العلاقات التبادلية رسالة من باريس سنة ١٩١٤ – بودري ولوان (Loynes) جزء أول في حق الحبس فقرة ٢٢٠ وما بعدها – جيللوار (Guillouard) في رهن الحيازة وحق الحبس – بيدان وفواران (Voirin) جزء ١٣ فقرة ٢٦٩ وما بعدها – كابيتان في السبب فقرة ١٢١ وما بعدها – دريدا (Derrida) بحث في أساس حق الحبس رسالة من الجزائر سنة ١٩٤٠ – الدكتور صلاح الدين الناهي في الامتناع المشروع عن الوفاء رسالة من القاهرة سنة ١٩٤٥ – أنسيكلوبيدي داللوز ٤ لفظ (Rétention) ص ٧٠٣ وما بعدها (دريدا) – مقال لسالي (Saleilles) في الامتناع عن الوفاء لعدم تنفيذ العقد (حوليات القانون التجاري سنة ١٨٩٢ – ١٨٩٣) .

مراجع في القانون المصري : الأستاذ عبد السلام ذهني في التأمينات فقرة ٢٩١ وما بعدها . الأستاذ محمد كامل مرسي في التأمينات الشخصية والعينية طبعة ثالثة فقرة ٦٤٤ وما بعدها – الأستاذ سليمان بنـــزع في التأمينات فقرة ٤٠١ – فقرة ٤٢٧ – الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات الشخصية والعينية فقرة ١٥٨ – فقرة ١٧٢ – الأستاذ عبد الحي حجازي ٣ ص ٢١٧ – ص ٢٢١ – الإستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٣٢ – فقرة ١٤٨ – وأنظر في الدفع بعدم تنفيذ العقد : نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٦٦ – فقرة ٦٧٧ – الوسيط للمؤلف الجزء الأول فقرة ٤٩٢ – فقرة ٥٠٣ – الأستاذ حلمي بهجت بدوي في نظرية العقد فقرة ٣٥٣ – فقرة ٣٦٠ – الأستاذ أحمد حشمت أبوتسيت في نظرية الالتزام فقرة ٣٧٧ – فقرة ٣٧٩ .

(١) ذلك أن الحائز – حسب قواعد القانون المدني العتيق – لم يكن يحق له أن يسترد ما صرفه على العين، فهو لم يكن وقت الصرف وكيلا عن المالك ولا فضولياً إذ كان يعمل لمصلحة نفسه لا لمصلحة المالك. ولما كانت هذه نتيجة غير عادلة ، عمل البريتور على تفاديها ، حسب قواعد العدالة ، فضمن دعوى الاسترداد دفعاً بالغش ، بموجبه لا يكون الحائز ملزماً برد العين قبل أن يستوفي ما أنفق من المصروفات .

أعطى هذا الدفع بالغش في العقود الملزمة لجانب واحد كالوديعة ، إذا أنفق المودع عندع مالا على الوديعة وكان له الحق في استرداد ما أنفق . وكان هذا الدفع مفهوماً ضمناً في العقود الملزمة للجانبين — إذ هي كلها عقود تنطوي على حسن النية (contrats de bonne foi) — وبموجبه يستطيع كل من المتعاقدين أن يقف تنفيذ التزامه حتى يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ الالتزام المقابل ، وهذا ما سمي بعد ذلك في القانون الفرنسي القديم بالدفع بعدم تنفيذ العقد (exceptio non adimpleti contractus) .

فمنشأ الحق في الحبس والدفع بعدم تنفيذ العقد كان إذن واحداً في القانون الروماني ، كلاهما يقوم على دفع بالغش . ولكن العلاقة فيما بينهما انفصمت في عصور القانون الفرنسي القديم ، عندما اختفى الدفع بعدم التنفيذ وراء فسخ العقد ، والتصق الحق في الحبس بالأعيان المادية وأصبح يعتبر حقاً عينياً [1] . وهذه الصورة الأخيرة هي التي انتقلت إلى التقنين المدني الفرنسي .

٦٣٧ — الحق في الحبس في القانون المدني الفرنسي : لم يضع التقنين المدني الفرنسي نظرية عامة لا للحق في الحبس ولا للدفع بعدم تنفيذ العقد ، واقتصر — متأثراً في ذلك بالحالة التي كان عليها القانون الفرنسي القديم — على إيراد تطبيقات معينة ضمنها بعض نصوص متناثرة [2] . وبقي الفقه الفرنسي ، طوال القرن التاسع عشر ، يعالج الموضوع على أساس أن للحبس حالات معينة مذكورة على سبيل الحصر ، وليست له نظرية عامة . وفي مفتتح القرن العشرين نقل سالي عن التقنين المدني الألماني النظرية العامة للدفع بعدم التنفيذ ، فكان ذلك حافزاً للفقه الفرنسي أن يجعل من الحبس نظرية عامة .

---

(١) وكان رجال القانون الكنسي هم الذين استخلصوا مبدأ الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة الناشئة من علاقة قانونية واحدة (régle des corrélatifs) ، ورتبوا على هذا المبدأ أن أياً من الطرفين لا يجبر على القيام بالتزامه نحو الطرف الآخر إذا كان هذا الطرف الآخر لم يقم هو نفسه بما عليه من التزام. وجاء بعد ذلك الفقهاء اللاحقون لعهد التحشية (postglossateurs) وبنوا من النصوص الرومانية القائمة على هذا المعنى نظرية الدفع بعدم تنفيذ العقد ، وأعطوها هذا الاسم بعد أن نسبوها للقانون الروماني . ثم جاء الفقيه كيجاز Cujas ومدرسته فردوا النصوص الرومانية إلى أصلها ، وقصروا الدفع بعدم التنفيذ على الحالات المعينة التي وردت فيها هذه النصوص ، فضاعت وحدة النظرية، وتفككت تطبيقاتها ، بل وانطمس اسمها . وساعد على ذلك أن القضاء استعان — في ملء الفراغ الذي خلفه تفكيك النظرية — بنظرية الفسخ التي اختفى وراءها الدفع بعدم التنفيذ ، وبنظرية الحبس التي انفصلت عن نظرية الدفع بعدم التنفيذ بعد أن أصبح الحبس ملتصقاً بالأعيان المادية واعتبر حقاً عينياً ، وكان يقول بعينيه كل من دمولان وبوتييه (أسمان ٦ فقرة ٤٣٩ — بواري ولوان ١ فقرة ٢٢٨) .

(٢) أنظر مثلا لمواد ٥٤٥ و ٨٦٧ و ١٦١٢ و ١٦١٣ و ١٦٧٣ و ١٧٤٩ و ١٩٤٨ و ٢٢٨٠ من التقنين المدني الفرنسي .

وقام خلاف في فرنسا هل الحق في الحبس حق عيني ؟ فقال بعض الفقهاء بذلك [١] ، ولكن الغالبية – لا سيما في الفقه الفرنسي المعاصر – لم تر فيه حقاً عينياً [٢] ، إذ هو يفقد المقومات الأساسية للحقوق العينية ، فليس ينطوي على حق في التقدم ولا على حق في التتبع ولا هو خاضع لإجراءات الشهر [٣] .

ومنذ أنكر على الحق في الحبس أنه حق عيني ، كان الرأي الراجح في القانون الفرنسي أن هذا الحق ليس مقصوراً على الحالات التي نص عليها التشريع ، وليست هذه الحالات مذكورة على سبيل الحصر ، بل يجوز أن يمتد الحق في الحبس إلى حالات مماثلة عن طريق القياس ، بعد استخلاص قاعدة عامة ترد إليها جميع حقوق الحبس [٤] .

ولا يكفي بطبيعة الحال أن يكون هناك دينان ما بين شخصين ، أحدهما دائن للآخر ثم هو مدين له في الوقت ذاته ، فيحبس المدين الدين الذي عليه حتى يستوفي الحق الذي له . وهذا إنما يقع في المقاصة القانونية ، عندما يكون الدينان من نوع واحد وتوافرت فيهما سائر شروط المقاصة ، فعند ذلك ينقضي الدينان بالمقاصة ، ولا يقتصر الأمر على الحبس أو وقف التنفيذ [٥] .

وإنما يجب أن يكون هناك ارتباط (lien de connexité) ما بين الدينين ، وهذا الارتباط يتحقق في إحدى صورتين :

(١) إما أن يكون أحد الدينين قد نشأ بمناسبة الشيء الواجب الأداء (debitum cum re junctum) ، فيحبس المدين الشيء الذي يجب عليه أداؤه حتى يستوفي الدين الذي نشأ بمناسبة هذا الشيء ، وذلك كمصروفات الحفظ والصيانة والتحسينات التي ينفقها الحائز على العين التي في حيازته ، وكالتعويض عن الضرر الذي يحدثه الشيء للحائز ، ففي هاتين

---

(١) أنظر : كابري (Cabrye) في حق الحبس فقرة ٧٤ – جلاسون (Glasson) في حق الحبس ص ٣٥ وما بعدها – كاسان (Cassin) ص ٦٦٥ – سيرفي (Surville) ٢ فقرة ٥٤١ – بون (Pont) ١ فقرة ٢١ – فقرة ٢٢ – بيدان ١ فقرة ٢٥١ – فقرة ٢٥٧ .

(٢) أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٦ مكررة ص ١٦٣ هامش رقم ٢٠ – بودري ودي لوان ١ فقرة ٢٢٨ – لوران ٢٩ فقرة ٢٩٢ – بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٥٩ – كولان وكابيتان وموراندير ٢ فقرة ١٤٧٦ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٢٨٣ – جوسران ٢ فقرة ١٤٧٠ – فقرة ١٤٧١ – قارن في معنى الحق العيني : أنسيكلوبيدي داللوز ٤ لفظ Rétention فقرة ٩٢ – فقرة ٩٣ .

(٣) إما أنه لا ينطوي على حق تقدم ، فسنرى أن الحبس لا يكسب امتيازاً للدائن الحابس على غيره من الدائنين. وإما أنه لا ينطوي على حق تتبع ، فلأن الحابس إذا تخلى عن حيازة العين المحبوسة فقد حقه في الحبس ولا يستطيع استرداده . ولم ينظم القانون إجراءات خاصة لشهر حقوق الحبس .

(٤) بودري ولوان ١ فقرة ٢٣٠ – فقرة ٢٣٢ – بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٤٤ .

(٥) بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٤٤ ص ٥٩٧ وهامش رقم ٢ .

الحالتين يكون للحائز أن يحبس العين حتى يسترد هذه المصروفات أو يتقاضى هذا التعويض، فقد نشأ الدين بالمصروفات أو بالتعويض بمناسبة الشيء محل الحيازة .

(٢) وإما أن يكون الارتباط آتيا من أن كلا الدينين مصدره عقد واحد أو علاقة قانونية واحدة ، وذلك كالبائع يحبس المبيع حتى يستوفى الثمن ، وكالمشترى يحبس الثمن حتى يتسلم المبيع ، وكل من البائع والمشترى بعد فسخ البيع أو إبطاله يسترد ما سلمه إلى الآخر فلا يرد أحدهما ما أخذه إلا بعد أن يسترد ما أعطاه [١] .

٦٣٨ – حق الحبس في التقنين المدني المصري السابق : لم يكن هناك شك في أن حق الحبس في التقنين المدني المصري السابق كان حقاً عينياً [٢] ، فنصوص هذا التقنين كانت صريحة في هذا المعنى . كانت المادة ١٩/٥ من هذا التقنين تعدد الحقوق العينية التي يمكن أن تترتب على الأموال ، فتذكر على سبيل الحصر حق الملكية وحق الانتفاع وحق الارتفاق وحق الامتياز وحق الرهن وحق الاختصاص وحق الحبس. وكانت المادة ٦٧٨/٥٥٤ تعدد أنواع الدائنين ، فتذكر أولا الدائنين العاديين الذين لا يضمن ديونهم حق عيني ، ثم تعقب بالدائنين ذوي الحقوق العينية فتذكر الدائنين المرتهنين، فالدائنين الحاصلين على حق اختصاص ، فالدائنين الممتازين بسبب رهن حيازة أو حق من حقوق الامتياز ، فالدائنين " الذين لهم حق صالح للاحتجاج به على جميع الدائنين الأخرين في حبس ما تحت أيديهم من ملك مدينهم إلى حين استيفاء ديونهم " . وإذا عرضت مناسبة ، في نص من نصوص هذا التقنين ، لذكر الحقوق العينية ، كان حق الحبس يذكر صراحة بينها . فقد كانت المادة ١٤٦/٩٢ تنص على أن " التعهد بإعطاء حق عيني على عقار أو منقول ينقل ذلك الحق ، بشرط عدم الإخلال بحق الامتياز والرهن العقاري والحبس " . وكانت المادة ٢٥٣/١٨٩ ، وهي تفصل أحكام التجديد (الاستبدال) ، تذكر أنه يجوز الاتفاق على " أن التأمينات العينية كالامتيازات ورهن العقار وحبس العين تكون تأمينا على الدين الجديد " .

ومنذ جعل حق الحبس في هذا التقنين حقاً عينياً ، فصل بطبيعة الحال عن الدفع بعدم تنفيذ العقد ، وعددت حالاته على سبيل الحصر ، شأنه في ذلك شأن سائر الحقوق العينية . فكانت المادة ٧٣١/٦٠٥ من التقنين المدني السابق تجرى على الوجه الآتي : " يكون الحق في حبس العين في الأحوال الآتية، فضلا عن الأحوال المخصوصة المصرح بها في القانون [٣] :

---

(١) بلانيول وريبير واسمان ٦ فقرة ٤٤٥ .

(٢) أنظر مع ذلك : استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤١ .

(٣) هذه الأحوال المخصوصة التي كان مصرحاً بها في التقنين المدني السابق هي : (أ) حق البائع في حبس المبيع حتى يقبض الثمن (م ٣٥٠/٢٧٩) . أما حق المشترى من حبس الثمن إذا حصل تعرض له في وضع يده =

أولا — للدائن الذي له حق امتياز [1] . ثانياً — لمن أوجد تحسينا في العين، ويكون حقه من أجل ما صرفه أو ما ترتب على مصرفه من زيادة القيمة التي حصلت بسبب التحسين على حسب الأحوال [2] . ثالثاً — لمن صرف على العين مصاريف ضرورية أو مصاريف لصيانتها [3] " .

وكان يمكن على أساس هذه النصوص وضع نظرية عامة لحق الحبس في التقنين المدني السابق . فحق الحبس هو الحق العيني [4] الذي يثبت لغير المالك على الشيء الذي في حيازته

= على المبيع أو ظهر سبب يخشى منه نزع الملكية (م ٤١١/٣٣١) فيستعصي في التكييف أن يكون حقاً عينياً ، لأن الثمن دين في ذمة المشترى وليس بعين محبوسة ، وهو قبل دفعه ملك للمشتري والشخص لا يكون له حق عيني على ملكه ، وإنما يكون هذا الحق تطبيقاً من تطبيقات الدفع بعدم تنفيذ العقد . (ب) حق المستأجر في حبس العين المؤجرة عند بيعها بيعاً يكون سبباً في فسخ عقد الإيجار، حتى يستوفى من المؤجر أو من المشترى التعويض الواجب له (م ٣٩٠ فقرة ٤٧٧/٢) . (ج) حق حافظ الوديعة في حبس العين المودعة ، حتى يستوفى من المودع " المصاريف المنصرفة منه لحفظها ويعطيه بدل الخسارات التي نشأت له عنها " (م ٤٨٨ فقرة ٥٩٧/٢) .

وهناك نصوص أخرى ، في غير التقنين المدني ، تعطى للدائن حق الحبس : (أ) حق الوكيل بالعمولة في حبس البضائع التي تحت يده (م ٨٥ تجاري) . (ب) حق القبودان في حبس البضائع التي في السفينة (م ١٢٥ بحري) . (ج) حق المنزوع ملكيته للمنفعة العامة في حبس العقار ، حتى يستوفى من نازع الملكية التعويض المستحق له . أنظر في ذلك : الأستاذ صلاح الدين الناهي فقرة ١٧٥ ص ١٨٤ هامش رقم ١ ، وفي القانون الفرنسي : أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٦ مكررة ص ١٥٧ هامش رقم ٢ .

(١) ولو كان حق الامتياز هذا غير مبني على فكرة الرهن الضمني ، فمن أنفق على شيء لحفظه أو ترميمه كان له حق امتياز عليه ، وكان له أيضاً أن يحبسه . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يجوز للميكانيكي الذي أصلح سيارة أن يحبسها حتى يستوفى أجرة إصلاحها (١٣ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٧٠) .

(٢) استئناف مصر ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٦ ص ١٣٧ — استئناف مختلط ١٦ يونية سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٧٢ — ٧ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٢٧ — ٢٣ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٤٦ — ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٨٣ — ١٤ يونية سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٥٠٠ — ١٣ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢١٦ — ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢١ — قارن : استئناف مصر ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٩ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ٣ ص ٦٩ .

(٣) استئناف مختلط ١٣ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٧٠ — ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢١ .

(٤) على أن الفقهاء عند تعرضهم للآثار التي تترتب على حق الحبس لاحظوا أنه لا يخول للدائن حق تقدم أو حق تتبع بالمعنى المألوف ، فدفعهم ذلك إلى القول بأن حق الحبس حق عيني من نوع خاص (sui generis) (الأستاذ محمد كامل مرسي في التأمينات الشخصية والعينية سنة ١٩٣٨ فقرة ٦٤٦) . وذهبت محكمة الاستئناف المختلطة في أحد أحكامها إلى أن حق الحبس حق شخص لا حق عيني ، وأنه لا يخول صاحبه مزية التتبع ، فإذا رفعت يد الوكيل عن عقارات موكله عنوة ، ولم يطلب استردادها لاستعمال حق الحبس عليها من أجل المصروفات التي أنفقها ، كان دينه ديناً عادياً (استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤١ ، وهو الحكم الذي سبقت الإشارة إليه) . وأنظر في أن حق الحبس حق عيني : محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية ٢٩ يناير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٩١ ص ٩٧٨ .

إلى حين استيفاء دينه بتمامه . ومصدره نص في القانون ، فلا يجوز الاتفاق على خلق حق حبس غير ما نص عليه القانون ، وذلك فيما عدا رهن الحيازة حيث يثبت حق الحبس بالاتفاق . فأركان حق الحبس إذن ثلاثة : (١) نص في القانون ينشئه (٢) دين صحيح حال للحائز في ذمة المدين (٣) شيء مملوك للمدين تحت حيازة الدائن. ولا يقع الحبس على الأشياء المعنوية كحق الانتفاع ، ولا على ما لا يجوز بيعه كحق الاستعمال وحق السكنى وحق المستحق في الوقف . وقد يكون الشيء المحبوس مملوكاً لغير المدين كأمتعة المستأجر من الباطن . ويجب أن تتم الحيازة على وجه قانوني ، لا خلسة أو غشاً أو إكراهاً . ولما كان حق الحبس حقاً عينياً ، فإنه يتضمن حق تتبع على نحو خاص ، فيجوز لمن له حق الحبس أن يتمسك بحقه في مواجهة مالك العين ودائنيه والخلف العام والخلف الخاص ، ولكنه إذا تخلى عن الحيازة اختياراً لم يجز له أن يستردها وفقد حقه في الحبس . ويتضمن حق الحبس أيضاً حق تقدم ولكن بطريقة غير مباشرة ومن ناحية عملية ، فصاحب هذا الحق يستطيع أن يستبقي الشيء في حيازته حتى يستوفي الدين الذي له وبذلك يتقدم عمليا على غيره من الدائنين [1] . ولكن حق الحبس، بالرغم من عينيته ، لم يكن خاضعاً لإجراءات الشهر ، على خلاف في الرأي [2] .

وقد حاول الفقه المصري ، في عهد التقنين المدني السابق ، أن يشكك في عينية حق الحبس، وأن يضع إلى جانب هذه العينية فكرة أن الحق في الحبس ليس إلا دفعا بعدم التنفيذ، فهو ليس بحق عيني ولا بحق شخصي . ولكن صراحة النصوص في التقنين المدني السابق كانت قاطعة في أن هذا التقنين يعتبر حق الحبس حقاً عيناً . فلم تكن هذه المحاولات الفقهية

---

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن حق الحبس لا يعطى صاحبه لا حق التتبع ولا حق الأولوية ، وليس لصاحبه إلا رفض التسليم ، وإذا بيعت العين فلا يدخل في التوزيع إلا كدائن عادي . ولكن من جهة أخرى فإن دائني صاحب العين وخلفاءه لا يمكنهم رفع يد الحابس إلا بعد سداد المبالغ التي له ، وإذا بيعت العين لم يمكن المشترى تسلمها إلا إذا دفع الدين المطلوب عليها للحابس . فهو من هذه الجهة شبيه بالحق العيني ، ويمكن الاحتجاج به على صاحب العين أو من تلقى الملك عنه ، ولواضع اليد إلا يسلم الشيء إلا إذا دفع له قيمة ما صرفه (٩ فبراير سنة ١٩٣٧ المحامـــاة ١٧ رقم ٥٨٨ ص ١١٧٤) .

(٢) فقد قضت محكمة استئناف مصر بأن حق الحبس الذي قد يكون للمقاول بالنسبة إلى ما صرفه على العمارة لا يقتضي حق التتبع ، ولا يمكن الاحتجاج به قبل الغير ، إلا إذا كان ناشئا عن امتياز مسجل تسجيلا صحيحاً (١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٣٠٨ ص ٦٣٨) . وقضت محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية بأن حق الحبس يعتبر حقاً عينياً ، لأن ما يترتب عليه من الآثار الفعلية يعادل تماماً ما يترتب من الآثار القانونية على الحقوق العينية ، أي حق التتبع والامتياز ، وعلى ذلك فلا ينشأ هذا الحق إلا بتسجيله لا بمجرد التعاقد (٢٩ يناير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٩١ ص ٩٧٨ وهو الحكم الذي سبقت الإشارة إليه) .

إلا بمثابة إرهاصات تؤذن بما يكون عليه المستقبل ، وقد دفعت فعلا عند تنقيح التقنين المدني إلى الرجوع بالحق في الحبس إلى طبيعته الحقيقية من أنه دفع وليس بحق ، فسار على النهج التقنين المدني الجديد [1] .

٦٣٩ – الحق في الحبس في التقنين المصري الجديد : هجر التقنين المدني الجديد نظرية التقنين المدني السابق في أن الحق في الحبس حق عيني . وقد جارى التقنين الجديد بهذا النهج التطور الحديث في الفقه والتشريع [2] ، وجعل من الحق في الحبس نظرية عامة تنبسط على جميع نواحي القانون ، ولا تنحصر في حالات معينة تتناثر في ا لنصوص المتفرقة . ذلك أن الحق في الحبس يقوم في أساسه على مبدأ عام ، هو أن الدائن إذا كان مدينا في الوقت ذاته لمدينه ، فمن حقه بقدر الإمكان أن يستوفى الدين الذي له من الدين الذي عليه . وهذا المبدأ يقوم على اعتبارات تمليها بداهة المنطق ومقتضيات العدالة ، وتمتد في جذورها إلى أعماق التاريخ فقد كان القانون الروماني كما قدمنا يعالج الحالات التي تتجمع حول هذا المبدأ بعلاج واحد هو الدفع بالغش (exceptio doli) .

ونجد تطبيق هذا المبدأ كاملا في المقاصة القانونية . فحيث يكون الدائن مدينا لمدينه، وتوافر في الدينين صفات معينة بأن يكونا خاليين من النـــزاع وحالين ومن جنس واحد ، فكل دائن منهما يستوفى الدين الذي له من الدين الذي عليه ؛ فيقال أن الدينين قد انقضيا قصاصا بقدر الأقل منهما [3] .

---

(١) وكنا ممن ينتقد ، في عهد التقنين المدني السابق ، عينية الحق في الحبس التي اعتنقها هذا التقنين ، كاشفين عن حقيقته من أنه دفع لا حق (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٦٨ ص ٧١٣ هامش رقم ١) . ولا ضرر يعود على الغير من اعتبار الحق في الحبس دفعاً سارياً في حقه دون أن يشهر ، ذلك أن الدائن ، إذا حبس عن دينه ما عليه لهذا المدين حتى يستوفى حقه المرتبط بالدين المحبوس ، فإنه لا يثري على حساب مدينه ، بل يتجنب أن يثري المدين نفسه على حسابه هو (أنظر في هذا المعنى بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٥٩) .

(٢) أنظر التقنين المدني الألماني (م ٢٧٣ – ٢٧٤ و م ٣٢٠ – ٣٢٢) والتقنين المدني الأرجنتيني (م ٣٩٣٩ – ٣٩٤٦) . أما التقنين المدني السويسري (م ٨٩٥ – ٨٩٨) فيبدو أنه يعتبر حق الحبس حقاً عينياً (أنظر بنوع خاص م ٨٩٨) . وأنظر في حق الحبس وبوجه عام الامتناع المشروع عن الوفاء في الفقه الإسلامي الدكتور صلاح الدين الناهي في الامتناع المشروع عن الوفاء فقرة ٣٤٠ وما بعدها .

(٣) وتختلف المقاصة عن الحبس في أمرين : (أ) يشترط في المقاصة اتحاد جنس الدينين دون حاجة إلى قيام ارتباط فيما بينهما . وعلى النقيض من ذلك الحبس ، فيشترط فيه الارتباط دون اتحاد جنس الدينين . (ب) المقاصة بسبب لانقضاء الدينين بقدر الأقل منهما ، فهي وسيلة ضمان ووسيلة استيفاء . أما الحبس فيبقى الدينين قائمين وأحدهما ضامن للآخر ، فهو وسيلة ضمان دون أن يكون وسيلة استيفاء (بودري ودي لوان فقرة ٢٢٠ – جوسران ٢ فقرة ١٤٦٦ – الأستاذ سليمان ينـــزع في التأمينات ص ٦١٩ هامش رقم ٢ – الدكتور صلاح الدين الناهي في الامتناع المشروع عن الوفاء فقرة ١٩٢ – فقرة ١٩٨) .

ثم نجد تطبيق هذا المبدأ بعد ذلك في العقود الملزمة للجانبين . فلكل من المتعاقدين أن يقف الوفاء بالدين الذي عليه حتى يستوفى الدين الذي له ، وهذه قاعدة الدفع بعدم تنفيذ العقد ، وقد بسطناها تفصيلا في الجزء الأول من هذا الوسيط [1] .

ثم نجد تطبيق هذا المبدأ في العقود الملزمة لجانب واحد كالوديعة . فلحافظ الوديعة أن يقف تنفيذ التزامه من رد الوديعة إلى المودع ، حتى يستوفى ما في ذمة المودع من مصروفات أنفقت في حفظ الوديعة ومن تعويض عما عسى أن تكون الوديعة قد أحدثت من الضرر .

ثم نجد تطبيق هذا المبدأ حتى لو لم تقم علاقة تعاقدية بين الطرفين ، مادامت هناك رابطة تربط العين المحبوسة بالدين المحبوس من أجله (rapport de connexité entre la dette et la chose - debitum cum re junctum) كالحائز يحبس العين حتى يسترد من المالك المصروفات الضرورية ومصروفات التحسين .

بل إن هناك ميلا عند بعض الفقهاء [2] للذهاب إلى مدي أبعد من هذا وإعطاء الحق في الحبس للدائن مادام مديناً لمدينه ، حتى لو لم توجد أية رابطة ما بين الدينين ، فالتقابل ما بين الدينين ، لا الرابطة بينهما ، هو الذي نقف عنده لإعطاء الحق في الحبس . ويتحقق هذا الوضع الآن عملا ، لا من طريق الحق في الحبس ، بل من طريقين آخرين : (أولا) من طريق المقاصة القضائية ، فيدفع المدين دعوى دائنيه عن طريق دعوى فرعية (demande reconventionnelle) يرفعها على الدائن يطالبه فيها بدين له في ذمة دائنه، ولو لم يوجد أي ارتباط ما بين الدينين . (ثانياً) من طريق حجز الدائن تحت يد نفسه (saisie - arrêt sur soi - même) ، فللدائن إذا كان في الوقت ذاته مدينا لمدينه أن يحجز هذا الدين الذي عليه لمدينه تحت يد نفسه ، ولو لم يكن بين الدينين أي ارتباط، وإذا حكم القاضي بصحة الحجز أجرى المقاصة ما بين الدينين . فما يصل إليه الشخص الآن عن طريق المقاصة القضائية وعن طريق الحجز تحت يد نفسه ، يمكن إذا تطور الفكر القانوني أن يصل إليه عن طريق الحق في الحبس ، إذا بلغ هذا الحق في تطوره مداه الأخير ، وأصبح يثبت في أي دينين متقابلين من غير أن تقوم بينهما أية رابطة [3] .

---

(١) الوسيط للمؤلف الجزء الأول فقرة ٤٩٢ – فقرة ٥٠٣ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٦٦ – فقرة ٦٧٧ – وأنظر أيضاً الدكتور صلاح الدين الناهي في الامتناع المشروع عن الوفاء فقرة ١٢٤ وما بعدها – الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام ص ١٨١ هامش رقم ١ – وقارن في التمييز بين الحق في الحبس والدفع بعدم تنفيذ العقد :كابيتان في السبب فقرة ١٢٦ – دي باج ٢ فقرة ٨٧١ – أنسيكلوبيدي داللوز ٤ لفظ Rétention فقرة ٢ وفقرة ٢٧ – فقرة ٣١ – الأستاذ حلمي بهجت بدوي في نظرية العقد فقرة ٣٥٧ – فقرة ٣٦٠ – الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات فقرة ١٦٤ ص ٢٤٤ هامش رقم ١ .

(٢) أنظر بنوع خاص كولان وكابيتان وموراندير ٢ فقرة ١٤٨٢ ص ٩٣٦ هامش رقم ٣ .

(٣) أنظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٥١ .

ونتبين من هذا التحليل طبيعة الحق في الحبس في التقنين المدني الجديد . فليس هو بالحق العيني ، ولا بالحق الشخصي [1] . بل هو حق المدين في أن يقف الوفاء بدينه حتى يستوفى الدين الذي له في ذمة دائنه ، فهو دفع بعدم التنفيذ ، يدخل تحته الدفع بعدم تنفيذ العقد الذي يعتبر فرعاً عنه [2] . وهو بمثابة ضمان خاص أعطاه التقنين المدني الجديد لكل دائن يكون مديناً في الوقت ذاته لدائنه ، فيحبس الدين الذي عليه حتى يستوفى الدين الذي له . ومن ثم نقل الحق في الحبس من المكان الذي كان له في التقنين المدني السابق إلى المكان الذي له الآن في التقنين المدني الجديد . فأدرج ضمن ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل الضمان ، إذ هو إحدى وسائل الضمان في هذه الحالة الخاصة [3] ، وكما أن الدائن في الدعوى غير المباشرة يتوثق للتنفيذ بحقه حقاً أهمله المدين، وفي الدعوى البولصية حقاً نقله المدين للغير غشاً ، وفي دعوى الصورية حقاً تظاهر المدين بنقله للغير ، فالدائن في الحبس يتوثق للتنفيذ بحقه حقاً للمدين ترتب في ذمته هو .

وهناك أهمية عملية كبيرة في هذا التحوير الذي أتي به التقنين المدني الجديد ، وانتقل بمقتضاه الحق في الحبس من حق عيني إلى دفع بعدم التنفيذ . وتتبين هذه الأهمية من الوجوه الآتية :

(١) أصبح الحق في الحبس غير مذكور على سبيل الحصر ، بل هو يمتد إلى "أحوال لا تتناهى [4] " ، إذ هو دفع وليس بحق عيني أو حق شخصي .

(٢) تزول بالتكييف الجديد صعوبات كانت قائمة في عهد التقنين السابق ، فقد كان هذا التقنين يعتبر الحق في الحبس حقاً عينياً ، ومع ذلك فإن حق التقدم وحق التتبع المصاحبين دائماً للحقوق العينية لا يظهران في وضوح مصاحبين لهذا الحق العيني .

(٣) تنتهي بالتكييف الجديد مشكلة إجراءات الشهر ، فقد كان واجبا إذا كيف الحق في الحبس بأنه حق عيني أن يكون خاضعاً للشهر ، أما الآن فهو دفع لا حق عيني ، ومن ثم لا يخضع لهذه الإجراءات .

---

(١) أنظر في هذا المعنى الأستاذ سليمان ينـــزع في التأمينات فقرة ٤٢٦ – الأستاذ عبد الحي حجازي ٣ ص ٢١٧ – الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٤٨ – وقارن الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات الشخصية والعينية (فقرة ١٦٢ ص ٢٤٠) حيث يذهب إلى أن الحق في الحبس حق شخصي يترتب في ذمة المدين متعلقاً بالشيء المحبوس .

(٢) جوسران ٢ فقرة ١٤٧١ – أنسيكلوبيدي داللوز ٤ لفظ Rétention فقرة ٦ .

(٣) قارب في هذا المعنى الدكتور صلاح الدين الناهي في الامتناع المشروع عن الوفاء ص ٤٢١ – ص ٤٢٢ .

(٤) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٤٨ .

فالتكييف الصحيح للحق في الحبس في التقنين المدني الجديد إذن هو أنه دفع بعدم التنفيذ ، يخول للدائن الذي يكون في الوقت ذاته مدينا لمدينه أن يقف الوفاء بالدين الذي عليه حتى يستوفي الدين الذي له . ويقوم ذلك على اعتبارات ترجع إلى مقتضيات العدالة وبداهة المنطق القانوني [1] .

ونبحث الحق في الحبس في التقنين المدني الجديد ، وفقا للخطة التي سار عليها هذا التقنين ، من الوجوه الآتية : (أولا) من حيث نشوئه (م ٢٤٦ مدني) . (ثانياً) ومن حيث الآثار التي تترتب عليه (م ٢٤٧ مدني) . (ثالثاً) ومن حيث انقضائه (م ٢٤٨ مدني) .

الفرع الأول

نشوء الحق في الحبس

٦٤٠ – النصوص القانونية : تنص المادة ٢٤٦ من التقنين المدني على ما يأتي :

" ١ – لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به ، أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا " .

---

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : "صور المشروع حق الحبس تصويراً يكشف عن حقيقته ، فهو ليس من قبيل الحقوق العينية كما صور خطأ في ا لتقنين الحالي (السابق): أنظر المادة ١٩/٥ من التقنين المصري (السابق) ، بل هو مجرد دفع يعتصم به الدائن بوصفه وسيلة فعالة من وسائل الضمان . وقد كف بهذه المثابة عن أن يكون حق حبس ، وأصبح حقاً في الحبس . وعلى هذا النحو خرج المشروع بهذا الحق من نطاق التطبيقات الخاصة التي وردت في التقنين الحالي (السابق) على سبيل الحصر ، إلى حيز المبادئ العامة ، وبذلك كفل له عموم التطبيق في أحوال لا تتناهى . فلكل مدين أن يمتنع عن الوفاء بالتزامه استناداً إلى حقه في الحبس ، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام نشأ بسبب التزام هذا المدين وكان مرتبطاً به " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٤٨) .

وجاء أيضاً في المذكرة الإيضاحية ما يأتي : " صور المشروع حق الحبس تصويراً يكشف عن حقيقته ، فجعل منه مجرد دفع من الدفوع لا يختلط بالحقوق العينية ولا يشاركها في مقوماتها . ثم أنه استعاض عن بيان أحوال الحبس على سبيل الحصر بإيراد قاعدة عامة ، لها من السعة ما يؤهلها لأن تتناول جميع التطبيقات التي يملي العقل فيها وجوب تخويل هذا الحق ، فتحامي بذلك ما ينطوي في ذاك البيان من إسراف في الحرج والتضييق " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٥١) .

" ٢ — ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محرزه إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة ، فإن له يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفى ما هو مستحق له ، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع " [1] .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٧٣١/٦٠٥ . وقد سبق ذكرها ، وكذلك سبقت مقارنة التقنين المدني السابق بالتقنين المدني الجديد في هذا الموضوع .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٤٧ ، وفي التقنين المدني العراقي المواد ٢٨٠ — ٢٨٢، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٤٩، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادتين ٢٧١ — ٢٧٢ [2] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٣٣١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد فيما عدا بعض اختلاف لفظي . وفي لجنة المراجعة أدخلت بعض تعديلات لفظية فأصبح النص مطابقاً ، وصار رقمه ٢٥٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ اعترض بأن النص يقرر مبدأ جديداً ، لأنه يصور حق الحبس في أوسع نظرياته . ورد على هذا الاعتراض بأن النظرية التي اخذ بها النص ليست نظرية جديدة بل هي نظرية الدفع بعدم التنفيذ ، على أن حق الحبس لا يتوافر بمجرد أن يقع شيء للمدين صدفة في يد الدائن ، بل يجب أن تتوافر شروط معينة . وحكم النص ليس جديداً ، بل يوجد ما يماثله . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاعتراض ، وأقرت النص كما هو تحت رقم ٢٤٦ . ثم أقره مجلس الشيوخ دون تعديل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٥٠ و ص ٦٥١ — ص ٦٥٣) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٤٧ : مطابقة لنص التقنين المصري .

التقنين المدني العراقي م ٢٨٠ : ١ — للبائع أن يحبس المبيع إلى أن يؤدى المشترى جميع الثمن الحال . وللعامل أن يحبس الشيء الذي يعمل فيه إلى أن يستوفى الأجر المستحق ، سواء كان لعمله أثر في هذا الشيء أو لم يكن . وذلك كله وفقاً للأحكام التي قررها القانون . ٢ — وفي كل معاوضة مالية بوجه عام ، لكل واحد من المتعاقدين أن يحبس المعقود عليه وهو في يده ، حتى يقبض البدل المستحق .

م ٢٨١ : يجوز لمن أنفق على ملك غيره ، وهو في يده ، مصروفات ضرورية أو نافعة ، أو أنشأ فيه بناء أو غرس أشجاراً ، أن يمتنع عن رده حتى يستوفى ما هو مستحق له قانوناً ، لا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عم عمل غير مشروع .

م ٢٨٢ : ١ — لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به مادام الدائن لم يوف بالتزام في ذمته نشأ بسبب التزام المدين وكان مرتبطاً به . ٢ — فإذا قدم الدائن تأميناً كافياً للوفاء بالتزامه ، سقط حق المدين في الامتناع عن أداء ما التزم به .

(وهذه النصوص في جملتها تتفق في أحكامها مع أحكام التقنين المدني المصري ، وإن كان التقنين المدني العراقي توخى أن يساير الفقه الإسلامي في تطبيقاته المختلفة للحق في الحبس ، ثم انتهى إلى وضع قاعدة عامة هي القاعدة التي أتي بها التقنين المصري — أنظر في شرح هذه النصوص في التقنين المدني العراقي الدكتور حسن علي الذنون في أحكام الالتزام في التقنين المدني العراقي ص ١١٠ — ص ١١٣) .

التقنين المدني الليبي م ٢٤٩ : مطابقة لنص التقنين المدني المصري .

ويتبين من هذا النص أن للحق في الحبس شروطاً إذا توافرت نشأ هذا الدفع ، وأن له تطبيقات متنوعة لا يمكن ذكرها على سبيل الحصر . فنبسط هذه الشروط ، ثم نستعرض بعض التطبيقات سواء ما ورد فيه نص صريح أو ما لم يرد فيه نص .

المبحث الأول

الشروط الواجب توافرها لنشوء الحق في الحبس

٦٤١ – شرطان لنشوء الحق في الحبس : وضعت الفقرة الأولى من المادة ٢٤٦ قاعدة عامة يرد إليها جميع تطبيقات الحق في الحبس . وهذا هو الجديد الذي أتي به التقنين المدني الحالي ، فقد كان حق الحبس في التقنين المدني السابق ، كما رأينا ، يقتصر على حالات خاصة مذكورة على سبيل الحصر إذ كان يعتبر في هذا التقنين حقاً عينياً .

أما في التقنين الجديد فلا تحصر حالات الحق في الحبس ، ولكن تحصر الشروط التي إذا هي توافرت تنشئ الحق في الحبس . ويمكن من الرجوع إلى النص المشار إليه حصر هذه الشروط في شرطين اثنين :

= تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٧١ : أما وسائل التنفيذ هي بالعكس لا يجوز للدائن استعمالها إلا إذا كان حقه مستحق الأداء . وأخص تلك الوسائل الحجز التنفيذي ، ومنها أيضاً طريقة التغرم (المادة ٢٥١) وحق الحبس ، أي حق كل شخص دائن ومديون معا في معاملة أو حالة واحدة بأن يمتنع عن التنفيذ مادام الفريق الآخر لم يعرض القيام بما يجب عليه .

م ٢٧٢ : إن حق الحبس لا ينحصر في كل من كان دائناً ومديونا بموجب عقد متبادل ، بل يوجد أيضاً في كل حالة يكون فيها الدين متصلا بموضوعه ، أي حيث يكون التلازم موجودا بين الموجب المطلوب والدين المختص بمن يستعمل حق الحبس من أجل ذاك الموجب ، فهو أي حق الحبس يعود مثلا إلى واضع اليد أو المستثمر أو إلى محرز الشيء المرهون بدون أن يكون ثمة تمييز بين الأموال المنقولة وغير المنقولة ولا بين الحابس الحسن النية وسيئها . وإنما يحرم حق الحبس محرز الأشياء المفقودة أو المسروقة ومحرز الأشياء التي انتزعت بالعنف من صاحبها الحقيقي .

(وأحكام هذه النصوص تتفق في جملتها مع أحكام نصوص التقنين المصري ، فقد جعل التقنين اللبناني من الحق في الحبس نظرية عامة و لم يورد تطبيقاته على سبيل الحصر ، و لم يجعله حقاً عينياً ، وتناول به حالتي الدفع بعدم تنفيذ العقد والارتباط ما بين الشيء المحبوس والدين المحبوس من أجله ، وأوجب ألا يكون الالتزام سببه إحراز الأشياء المفقودة أو المسروقة وإحراز الأشياء التي انتزعت بالعنف من صاحبها الحقيقي . وأورد تطبيقات مختلفة للحق في الحبس نثرها في نواح متفرقة : م ٤٨٣ و ٥٧١ و ٥٨٢ و ٦٧٧ و ٦٨٦ و ٧١٨ و ٧٥١ و ٧٩٣ و ٧٩٨ الخ الخ . أنظر في كل ذلك الدكتور صبحي المحمصاني في آثار الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٤٦ ص ٤٩) .

(أولا) أن يكون هناك شخصان كل منهما دائن للآخر ومدين له ، ومن ثم يكون هناك دينان متقابلان : دين في ذمة الأول الثاني ، ودين مقابل له في ذمة الثاني للأول .

(ثانياً) أن يكون هناك ارتباط (lien de connexité) ما بين الدينين .

ونستعرض كلا من هذين الشرطين :

٦٤٢ – الشرط الأول – دينان متقابلان : يجب أولا أن يكون هناك شخص مدين لآخر ، وثانياً أن يكون هذا الآخر مديناً هو أيضاً للأول . فيقف الأول الوفاء بالدين الذي عليه حتى يستوفي الدين الذي له .

أما الدين الذي في ذمة الشخص الأول – وهو المحل الذي يقع عليه الحبس – فيصح أن يكون متعلقاً بعين معينة بالذات ، كدار باعها صاحبها فأصبح مديناً بتسليمها إلى المشترى ، فيقف تنفيذ التزامه بالتسليم حتى يستوفي الثمن [1] . ويصح أيضاً أن يكون الدين محل شيء غير معين بالذات ، نقود أو أشياء مثيلة ، كما لو اشترى شخص شيئاً فيقف دفع الثمن للبائع حتى يقوم البائع بتسليمه الشيء المبيع . بل يصح أن يكون محل الدين عملا أو امتناعاً عن عمل . فالمقاول يستطيع ألا يبدأ العمل حتى يستوفي ما أتفق مع رب العمل على أن يعجله له من الأجر . وصاحب الأرض الذي تعهد ألا يمنع جاره من المرور في أرضه ، مقابل جعل معين ، يستطيع أن يقف تنفيذ التزامه فيمنع الجار من المرور حتى يستوفي جعله [2] . على أن لا يضح أن يكون محل الدين ملكاً عاماً ، استأجره شخص مثلا وأنفق

---

(١) والغالب فيما يرد عليه الحبس أن يكون شيئاً مادياً ، منقولا أو عقاراً (استئناف مختلط ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢١) . ولا يرد الحبس على الأشخاص بأية حال ، فلا يجوز مثلا لصاحب المدرسة أن يحبس التلميذ عن ولي أمره لعدم دفعه المصروفات الدراسية ، ولا لمستشفى الولادة أن يحبس المولود عن ذويه حتى يستوفي أجره ، ولا لمتعهد الجنائز أن يمتنع عن تسليم جثة الميت إلى أهله حتى يستوفي منهم مصروفات الجنازة (بيدان وفواران فقرة ٢٧٣ – الأستاذ سليمان ينسزع في التأمينات فقرة ٤١٠).

ويغلب أن يكون الشيء المحبوس مملوكا للمدين ، ولكن ذلك ليس بشرط ، فقد يكون مملوكاً للدائن الحابس نفسه وعليه التزام بأدائه للمدين . فالمؤجر له أن يحبس العين المؤجرة – وهي ملكة ولكنه التزم بتسليمها للمستأجر – حتى يستوفي الأجرة (أنسيكلوبيدي داللوز ٤ لفظ Rétention فقرة ١٦ ص ٧٠٥ – الأستاذ سليمان ينسزع في التأمينات فقرة ٤١٠ ص ٥٩٦ – الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٦٥ ص ٢٦١ – الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٣٤ – قارن كولان وكابيتان وموراندير ٢ فقرة ١٤٧٣ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٢٧ – الدكتور منصور مصطفى منصور في نظرية الحلول العيني رسالة على الآلة الكاتبة من القاهرة سنة ١٩٥٣ ص ١٧٩ هامش رقم ٢) .

(٢) كاسان ص ٤٨٠ – هذا والمادة ٨١٢ من التقنين المدني تجعل لمالك الأرض المحبوسة حق المرور في الأرض المجاورة نظير تعويض عادل ، فإذا امتنع عن دفع هذا التعويض ، كان لمالك الأرض المجاورة أن يقف تنفيذ التزامه فيمنع مالك الأرض المحبوسة من المرور . =

عليه ويريد حبسه حتى يستوفى ما أنفق ، وذلك أن حبس المالك العام يفوت المصلحة العامة التي أعد لها هذا المالك [1] . كما لا يصح أن يكون محل الدين شيئاً غير قابل للحجز عليه في الدين المقابل . فلا يحبس هذا الشيء عن صاحبه إلا بقدر ما يكون قابلا للحجز عليه في هذا الدين . مثل ذلك ما نصت عليه المادة ٣٠٩ من تقنين المرافعات من أنه لا يجوز الحجز على الأجور والمرتبات إلا بمقدار الربع ، فلا يجوز لرب العمل ، بعد أن استحق العامل أجره ، أن يحبس أكثر من ربع هذا الأجر عنه حتى يستوفى من التزاماً ترتب في ذمته له . ومثل ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة ٣٠٦ من تقنين المرافعات من عدم جواز الحجز على أشياء معينة إلا لاقتضاء ثمنها أو مصاريف صيانتها أو نفقة مقررة ، فلا يجوز حبسها عن صاحبها إلا في دين من هذه الديون [2] .

ولا يشترط في الدين — محل الحبس — أن يكون مصدره عقداً ، فقد يكون مصدره عملا غير مشروع أو إثراء بلا سبب أو نصاً في القانون . فإذا تصادمت سيارتان ، وأصبح صاحب كل سيارة مديناً بالتعويض لصاحب السيارة الأخرى ، ولم تتوافر شروط المقاصة القانونية في الدينين بأن كان أحدهما غير مقدر مثلا ، جاز لمن كان الدين الذي عليه مقدراً أن يحبس هذا الدين حتى يستوفى حقه بعد أن يتم تقديره . فالدين المحبوس هنا مصدره العمل غير المشروع . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٩٢٤ مدني على أنه " إذا أقام شخص

= ونرى مما تقدم أن نطاق الحق في الحبس قد اتسع من حيث الالتزامات التي يجوز الامتناع عن تنفيذها ، ونص التقنين المدني الجديد يستجيب لهذا التوسع ، فهو يفترض أن الحابس ملتزم " بأداء شيء " (tenue à une prestation) . ولفظ " شيء " الذي أريد به المعنى المقصود من لفظ (prestation) ، يتسع لكل التزام أياً كان محله ، ولو كان المحل امتناعاً عن عمل . فليس من الضروري أن يحبس الدائن عيناً مادية ، بل يصح أن يحبس تنفيذ التزام بنقل حق عيني أو بعمل أو بامتناع عن عمل . وإذا كان التقنين المدني الألماني (م ٢٧٣) قد عرف الحق في الحبس تعريفاً واسعاً قصد به أن يتناول الحبس كل التزام أياً كان محله ، فلسنا نرى — خلافاً لما ذهب إليه الأستاذ إسماعيل غانم (أحكام الالتزام فقرة ١٤٣) — أن التقنين المدني المصري الجديد قد تخلف عن التقنين المدني الألماني في ذلك .

(١) أنسيكلوبيدي دالوز ٤ لفظ (Rétention) فقرة ١٧ — الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات فقرة ١٦٥ ص ٢٤٦ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٣٤ ص ١٨٤ .

(٢) الأستاذ سليمان ينـــزع في التأمينات فقرة ٤١٠ ص ٥٩٦ — الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات فقرة ١٦٥ ص ٢٤٦ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٣٤ ص ١٨٤ .

وقد اختلف في جواز حبس العين الموقوفة ، ولكن الراجح الجواز ، لأن الحبس حق مؤقت لا يؤدي إلى بيع العين المحبوسة ، فلا يتنافى مع طبيعة الوقف ، ولا يفوت معه الغرض من الوقف (استئناف أسيوط ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٢٢٤ ص ٣٩٩ — محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية ٢٦ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١٥٥ ص ٢٧٨ — محكمة قنا الكلية ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٧ المحاماة ٨ رقم ٣٥١ ص ٥٣٥).

بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضاء صاحب الأرض ، كان لهذا أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض إن كان له وجه ، وذلك في ميعاد سنة من اليوم الذي يعلم فيه بإقامة المنشآت ....." . ففي هذه الصورة يلتزم صاحب الأرض بتسليم المنشآت بعد إزالتها إلى صاحبها ، ومصدر التزامه الإثراء بلا سبب ، ويلتزم صاحب المنشآت أن يزيلها على نفقته وأن يدفع تعويضاً عن الضرر الذي أحدثه لصاحب الأرض ، ومصدر التزامه العمل غير المشروع . فيستطيع صاحب الأرض أن يحبس المنشآت بعد إزالتها ، حتى يستوفى من صاحبها نفقة الإزالة والتعويض المستحق . ونصت المادة ٩٢٨ مدني على أنه " إذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناء قد جار بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة ، جاز للمحكمة إذا رأت محلا لذلك أن تجبر صاحب هذه الأرض على أن ينـــزل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء ، وذلك في نظير تعويض عادل " . ففي هذه الصورة يلتزم صاحب الأرض بأن ينـــزل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء ، وهذا التزام مصدره نص في القانون ، وذلك في نظير تعويض عادل يلتزم بدفعه صاحب البناء لصاحب الأرض . ولصاحب الأرض أن يقف تنفيذ التزامه القانوني من اتخاذ الإجراءات اللازمة لنقل ملكية الجزء من الأرض المشغول بالبناء إلى صاحب البناء ، حتى يستوفى منه التعويض العادل .

على أن هناك استثناء واحداً من الأحكام التي قررناها ، وهو استثناء ورد في آخر الفقرة الثانية من المادة ٢٤٦ . فإن هذا النص يجعل لحائز الشيء حق حبسه حتى يسترد المصروفات الضرورية أو النافعة التي أنفقها على هذا الشيء " إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع " . فالتزام الحائز برد الشيء الذي حازه أو أحرزه قد يكون مصدره العقد ، فيجوز حبسه ، وذلك كالتزام المستأجر برد العين المؤجرة إلى صاحبها عند نهاية الإيجار فيحبس العين حتى يسترد ما أنفق عليها . وقد يكون مصدره رد غير المستحق ، فيجوز أيضاً حبسه ، وذلك كالتزام من تسلم بحسن نية عيناً من غير حق فيلتزم بردها إلى صاحبها وله أن يحبسها حتى يسترد ما أنفق عليها . وقد يكون مصدره العمل غير المشروع، وهنا لا يجوز حبسه ، وذلك كما إذا اغتصب الحائز العين من صاحبها أو سرقها منه أو وجدها ضائعة فاستولى عليها ، فإنه لا يجوز له أن يحبسها حتى يستوفى ما أنفق عليها مادام قد حازها بعمل غير مشروع . بل يجب عليه تسليمها فوراً إلى صاحبها ، ثم يرجع عليه بعد ذلك بما أنفق [1] . لكن إذا حاز الشخص عيناً مسروقة أو ضائعة دون أن يكون هو الذي

---

(١) ويحرم الحائز بعمل غير مشروع الحق في الحبس ، حتى لو مضى على حيازته غير المشروعة سنة أو أكثر. فإن مضى هذه المدة إنما ينقضي بها حق الحائز الأصلي في استرداد حيازته بدعوى من دعاوى الحيازة ، ولكن =

سرقها أو عثر عليها ، لم يكن التزامه برد العين إلى صاحبها مصدره عمل غير مشروع ، ومن ثم جاز له أن يقف تنفيذ الالتزام بالرد حتى يستوفى ما أنفق من المصروفات [1] .

أما الدين الآخر المقابل للدين الأول ، والذي يحبس من أجله الدين الأول حتى يستوفى هو ، فيجب أن يكون ديناً مدنياً حالا لم يتم تنفيذه . فإذا كان ديناً طبيعياً لم يجز الحبس من أجله ، وإلا كان في هذا جبر على تنفيذ الالتزام الطبيعي ، ولا جبر في تنفيذه كما قدمنا [2] . وإن كان غير حال، فلا معنى لحبس الدين الأول إلى حين استيفاء هذا الدين

= لا ينقضي بها حق الحائز الأصلي في استرداد حيازته بدعوى الملكية إذا كان مالكاً ، وفي هذه الحالة لا يجوز للحائز بعمل غير مشروع حبس العين ، فإن هذا يتعارض مع العدالة وحسن النية وهما الأساس الذي يقوم عليه الحق في الحبس (أنظر في هذا المعنى الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام ص ١٨٣ هامش رقم ٣ — وأنظر عكس ذلك الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات فقرة ١٦٥ ص ٢٤٧) .

(١) قارن تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٧٢ فقرة ثانية .

هذا ويشترط في الحائز ، حتى يحبس الشيء ، أن تكون حيازته ليست مجرد حفظ مادي للشيء بمقتضى واجبات وظيفته ، فلا يجوز للصراف في محل تجاري أن يحبس الخزانة المعهود بحفظها إليه حتى يستوفى أجره (أنظر في هذه المسألة بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٥١) .وليس من اللازم أن يجوز الحابس الشيء بنفسه، بل يصح أن يجوزه عنه عدل يتفق عليه الحابس والمالك (الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات فقرة ١٦٥ ص ٢٤٧) . ويشترط أن يبقى الشيء في يد الدائن (استئناف مصر ١٢ فبراير سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٥٥ ص ٩٤) ، فإذا خرج الشيء من يده بإرادته لم يستطع أن يسترده (محكمة المنصورة الكلية الوطنية ١٥ يناير سنة ١٩٣٤ المجموعة الرسمية ٣٥ رقم ٢٣ ص ٥٢) . وقد يكون الدائن الحابس حائزاً للشيء بمقتضى أن مالك له أو بمقتضى أنه يجوزه حيازة قانونية (possession) ، أو بمقتضى أنه يحرزه مجرد إحراز (détention) ، ويجب أن يكون الشيء المحبوس مستحق التسليم لمدين الحابس سواء كان هذا المدين يملكه أو كان هو صاحب الحق في حيازته القانونية أو في مجرد إحرازه للانتفاع به . فيجوز للمؤجر أن يحبس ملكه عن المستأجر ، ويجوز لحائز الشيء أن يحبسه عن مالكه ، ويجوز للمستأجر أن يحبس العين المؤجرة — وهي في حرزه لا في حيازته — عمن آلت إليه ملكيتها حتى يستوفى حقه في التعويض عند عدم نفاذ الإجارة في حق المالك الجديد (الأستاذ سليمان ينسزع في التأمينات فقرة ٤١٠ ص ٥٩٥ — ص ٥٩٦ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٣٤ ص ١٨٢) . وقد قضت محكمة استئناف مصر ، في عهد التقنين المدني السابق ، بأنه لا يصح اعتبار المستأجر حائزاً للعقار بسبب صحيح يجعله في حل من أن يصرف على العين ما يشاء لتحسينها وصيانتها ، إذ ليس للمستأجر غير الانتفاع بالعين المؤجرة بالحالة التي هي عليها وقت التأجير ، ولا يجوز أن يسمح للمستأجر بأن يخلق لنفسه بفعله الشخصي حقاً عينياً على العين المؤجرة بما يقوم بصرفه في شؤون إصلاحها وصيانتها ، إلا إذا كان المالك المؤجر قد اتفق معه على ذلك ، والقول بغير هذا معناه تمكين المستأجر من الإضرار بالمالك متى شاء . والقانون لم يوضع للإضرار بالناس (٨ ديسمبر سنة ١٩٣٦ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ٦٩ ص ١٦٩) .

(٢) بودري ودي لوان ١ فقرة ٢٤٤ مكررة ٢ — أنسيكلوبيدي داللوز ٤ لفظ (Rétention) فقرة ١٥ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٣٧ ص ١٨٨ .

الثاني مادام استيفاؤه وقت الحبس ليس بواجب [1] [أ] . ولكن الحق في الحبس يبقى قائما حتى لو نفذ الدين الثاني تنفيذاً جزئياً [2] أو تنفيذاً معيباً ، فما لم يكن التنفيذ كاملا سليماً

---

(١) فيشترط إذن أن يكون حق الدائن مستحق الأداء (أنظر في هذا المعنى وما يقوم عليه من مبررات الأستاذ سليمان ينـــزع في التأمينات فقرة ٤٠٩) . فإذا كان هذا الحق مؤجلا أو معلقا على شرط واقف ، فإنه لا يخول الحق في الحبس (الأستاذ سليمان ينـــزع في التأمينات فقرة ٤٠٩ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٣٧ ص ١٨٨) . ولكن لا يشترط أن يكون مقدراً (liquide) ، فيثبت الحق في الحبس إلى أن يتم تقديره والوفاء به ، وإذا كان ذلك مشترطا في المقاصة القانونية فلأن الدينين ينقضيان بقدر الأقل منهما فكان لا بد من أن يكونا مقدرين ، ولا حاجة إلى ذلك في الحبس فهو امتناع مؤقت عن التنفيذ لا تظهر فيه وجه الضرورة في أن يكون الدين مقدرا (استئناف مصر ٢٦ مايو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٠٩ ص ٤١٥ — ٩ فبراير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٥٨ ص ١١٧٤ . استئناف مختلط ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢١ — ١٩ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٥٢ — ١٥ فبراير سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٤٤٣ ص ١٠٣٨ — الأستاذ سليمان ينـــزع في التأمينات فقرة ٤٠٩ ص ٥٩٤ — ص ٥٩٥ — الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات فقرة ١٦٥ ص ٢٤٨ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٣٧ ص ١٨٨ — ص ١٨٩) . ويجوز للقاضي أن يحدد أجلا يقوم الدائن فيه بتقدير حقه حتى لا يطول أمد الحبس (الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٣٧ ص ١٨٩) ، كما يجوز للقاضي أن يقدر قيمة الحق مؤقتاً فينتهي الحبس إذا أودعت هذه القيمة المؤقتة خزانة المحكمة (استئناف مختلط ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢١ — ١٩ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٥٢ ، وهما الحكمان اللذان سبقت الإشارة إليهما) . ويلاحظ الأستاذ سليمان ينـــزع أنه " إذا كانت المادة ٥٨٩ المتعلقة بحق المؤجر في حبس المنقولات الموجودة في العين المؤجرة لا تشترط أن تكون الأجرة حالة ، فما ذلك إلا لأن حق الحبس في هذه الحالة متفرع عن حق امتياز للمؤجر ، ولأن هذا الامتياز يثبت للمؤجر بمجرد العقد ومن قبل حلول الأجرة ، ولأن استعمال المؤجر حقه في الحبس ضروري للمحافظة على امتيازه ، فلابد من ثبوت الحق في الحبس في هذه الحالة بمجرد ثبوت الامتياز ، أي من وقت العقد ، ولو كانت الأجرة غير مستحقة الأداء " (الأستاذ سليمان ينـــزع في التأمينات فقرة ٤٠٩ ص ٥٩٤) .

وغني عن البيان أنه يجب أيضاً أن يكون حق الدائن الحابس محقق الوجود ، فإذا وقع نزاع جدي في الحق الذي يدعيه ، لم يكن له الحق في الحبس . ومن ثم لا يجوز للمستأجر أن يحبس الأجرة حتى يستوفى من المؤجر تعويضاً يدعى أنه يستحقه ، إذا كانت دعوى التعويض لم يبت فيها القضاء (الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٣٧ ص ١٨٨ — أنسيكلوبيدي داللوز ٤ لفظ Rétention فقرة ١٥٥) .

(1) يشترط لجواز حبس الالتزام استناداً إلى الدفع بعدم التنفيذ أن يكون الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه التزاما مستحق الوفاء أي واجب التنفيذ حالا فإذا كان العقد يوجب على أحد المتعاقدين أن يبدأ بتنفيذ التزامه قبل المتعاقد الآخر فلا يحق للمتعاقد المكلف بالتنفيذ أولا أن يحبس التزامه استناداً إلى هذا الدفع .
(جلسة ١٩٦٦/١١/٢٩ الطعن رقم ٣٧٩ لسنة ٣٢ ق س ١٧ ص ٢٠٤٥) .
ونفس المبدأ (جلسة ١٩٨٣/١/٢ الطعن رقم ١٢٩٩ لسنة ٥١ ق) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الواقع في الدعوى هو أن المطعون عليه تعاقد مع الطاعنة على استغلال " فيلم " في الخارج لقاء مبلغ معين — ٧٥٠٠ جنيه — يدفعه المطعون عليه ، دفع منه وقت العقد جزءاً — ١٠٠٠ جنيه — وتعهد بدفع جزء آخر — ٣٠٠٠ جنيه — في مدى شهر من التوقيع على العقد ، =

جاز حبس الدين الأول . ولكن يجب أن يكون العيب في التنفيذ عيباً جدياً ، وأن يكون الجزء الباقي بغير تنفيذ جزءاً غير تافه ، وإلا لم يجز الحبس. والقضاء رقيب على كل ذلك ، فإذا ادعى الدائن الحابس أن تنفيذ الدين الذي له هو تنفيذ معيب أو تنفيذ جزئي ، ومن ثم فقد استبقى حقه في الحبس ، كان للقضاء تقدير العيب في التنفيذ أو تقدير ما بقي من الالتزام دون تنفيذ للبت فيما إذا كان هذا يبرر استبقاء الدائن لحقه في الحبس [1] .

وإذا كان الاتفاق أو العرف يقضي بأن يكون تنفيذ الالتزام الدين تالياً لتنفيذ الالتزام الأول ، لم يجز حبس الالتزام الأول إلى حين تنفيذ الالتزام الثاني . فإذا كان المستأجر ملتزما بدفع الأجرة مقدما قبل أن يتسلم العين المؤجرة ، لم يجز له أن يحبس الأجرة حتى يتسلم العين .وقد جرى العرف أن صاحب الفندق يقا م خدماته للنزيل قبل أن يستوفى الأجرة ، فلا يجوز له حبس هذه الخدمات حتى يستوفى أجره . ولكن لا يمنع الدائن من استعمل حقه في الحبس أن يكون المدين قد منح أجلا قضائيا (délai de grâce) لتنفيذ دينه ، فإن مثل هذا الأجل — وقد أعطى معونة للمدين — لا يصح أن يكون سببا في إسقاط حق دائنه في الحبس [1] .

= بحيث إذا تأخر عن دفع هذا الجزء في ميعاده يصبح المبلغ الذي دفع أولا حقاً للطاعنة بصفة تعويض ويعتبر العقد لاغيا ، وباقي المبلغ يدفع عند تسليم الفيلم في الخارج ، وتعهدت الطاعنة بأنه يتم إيصال الفيلم إلى الخارج في خلال أربعة شهور من تاريخ التعاقد — أي بعد وفاء المطعون عليه بالتزامه — وكان الثابت من أوراق الدعوى أن المطعون عليه لم يف بما تعهد به إذ لم يدفع سوى مبلغ ٢٠٠٠ جنيه بعد الميعاد المتفق عليه ، فإنه يكون للطاعنة — رغماً من قبولها الوفاء الجزئي على غير الوجه المتفق عليه — أن تحبس التزامها بالتسليم حتى يقوم المطعون عليه بالوفاء الكامل ، إذ ليس من شأن قبول الطاعنة للمبلغ الذي دفعه المطعون عليه بعد الميعاد المتفق عليه ما يسقط حقها في الحبس . بل كل ما عسى أن يكون له من شأن أنه — إذا أكمل المطعون عليه المبلغ إلى ٣٠٠٠ جنيه — يصلح دفعاً لدعوى الطاعنة إذا هي رفعتها طالبة الفسخ لعدم وفاء الطاعن بما تعهد به على الوجه المتفق عليه . أما حقها هي في حبس التزامها بالتسليم ، فلا يسقطه قبولها وفاء بعض المتعهد به بعد الميعاد المتفق عليه (نقض مدني ١٤ يونية سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥٥ ص ١٠٠٠) .

(1) لا يكفي للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ أن يكون العقد ملزماً للجانبين وأن يكون الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه واجب التنفيذ حالا ، بل يجب إلى جانب ذلك ألا يساء استعمال الدفع ، فلا يباح للمتعاقد أن يتمسك به ليمتنع عن تنفيذ التزامه إذا كان لم ينفذ من الالتزام المقابل ضئيلا لدرجة لا تبرر اتخاذ هذا الموقف الذي لا يكون متفقاً مع ما يجب توافره من حسن النية .

(جلسة ١٠/٥/١٩٩٦ مجموعة المكتب الفني السنة ١٧ ص ١٠٤٠) .

(١) وكذلك إذا كان الدائن هو الذي تبرع بالأجل ، فالمفروض أنه لم يرد بمنحه المدين أجلا أن ينـــزل عن حقه في الحبس (قارب المادة ٣٦٢ مدني في شأن المقاصة) فإذا ادعى المدين أن الدائن أراد بمنحه الأجل أن ينـــزل عن حقه في الحبس ، فعلى المدين يقع عبء إثبات ذلك ، ما لم يفترض المشرع هذه النية عند الدائن (أنظر مثلا المادة ٤٥٩ فقرة أولى مدني) ، فينتقل عندئذ عبء الإثبات إلى الدائن وعليه أن يثبت أنه لم يقصـــد =

والدين المقابل ، كالدين الأول ، يصح أن يكون محله عيناً أو ديناً أو عملا أو امتناعا عن عمل ، ويصح أن يكون مصدره عقداً أو عملا غير مشروع أو إثراء بلا سبب أو نصا في القانون . وقد مرت بنا أمثلة على بعض ذلك .

٦٤٣ – الشرط الثاني – قيام الارتباط ما بين الدينين : ولا يكفى أن يكون هناك دينان متقابلان على النحو الذي بسطناه ، بل يجب أيضا أن يقوم ارتباط ما بين هذين الدينين [١] .

والارتباط نوعان : ارتباط قانوني (connexité juridique) وارتباط مادي أو موضوعي (connexité matérielle, objective) [٢] .

فالارتباط القانوني هو الذي ينشأ عن علاقة قانونية تبادلية ما بين الدينين ، سواء كانت هذه العلاقة تعاقدية أو غير تعاقدية [٣] . ذلك أن الارتباط يوجد ، أول ما يوجد، ما بين التزامين متبادلين في عقد ملزم للجانبين . فكل التزام من هذين سبب للالتزام الآخر ، كما تقول النظرية التقليدية في السبب . وعدم تنفيذ أي التزام منهما قد يؤدي إلى فسخ العقد ، وهو على كل حال يبيح للمتعاقد الآخر أن يمتنع عن تنفيذ التزامه ، وهذا هو الحق

= بمنحه المدين أجلا أن ينـــزل عن حقه في الحبس (الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٣٧ ص ١٨٨ وهامش رقم ٤) .

ويجب أن يكون حق الدائن تالياً أو معاصراً لحيازته للشيء المحبوس ، ولا يصح أن يكن سابقاً على الحيازة ، لأن الحق في الحبس ضمان لا يتعلق بنية الطرفين ، بل يتوقف على سبق قيام الحيازة كواقعة مادية (أنسيكلوبيدي دالوز ٤ لفظ Rétention فقرة ١٨) .

(١) بلانيول وريبر وأسمان ٦ فقرة ٤٤٤ – وفقرة ٤٤٩ – بوردي ودي لوان ١ فقرة ٢٣٤ – ويذهب بودري ودي لوان مع أوبري ورو إلى أنه لا يكفى قيام الارتباط ما بين الدينين ، بل يجب أيضاً أن يكون بينهما أصل مشترك (أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٦ مكررة ص ١٥٨ – بودري ودي لوان ١ فقرة ٢٣٤) . ولكن الرأي الراجح هو الاكتفاء بقيام الارتباط ما بين الدينين (توليه ٣ فقرة ١٣٠ – ترولونج ١ فقرة ٢٥٨ وما بعدها – ديرانتون ٤ فقرة ٣٨٢ – جيللوار في حق الحبس فقرة ٥١ وما بعدها – بيدان وفواران ١ فقرة ٢٤٣ – فقرة ٢٥٠) .

(٢) أنظر في الارتباط القانوني أو المعنوي والارتباط الموضوعي أو المادي : كاسان تعليقه في سيريه ١٩٢١ – ١ – ٥ – بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٤٤ – بيدان وفواران ١ فقرة ٢٧٣ وما بعدها – أنسيكلوبيدي دالوز ٤ لفظ Rétention فقرة ٣٨ – فقرة ٤٢ (دريدا) – الأستاذ سليمان ينـــزع في التأمينات فقرة ٤١١ – الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٣٨ – فقرة ١٤٢ .

(٣) ولما كان الارتباط القانوني يتميز بهذه العلاقة التبادلية ، فقد كان الأفضل أن يطلق عليه " الارتباط التبادلي ".

في الحبس في صورة الدفع بعدم تنفيذ العقد [1] [أ] . ويبقى الارتباط قائما على أساس علاقة تبادلية ، حتى لو فسخ العقد أو أبطل ، وأصبح واجبا على كل من المتعاقدين أن يرد للآخر

---

(١) ومن ثم صار الدفع بعدم تنفيذ العقد صورة من صور الحبس. وقد حصر التقنين المدني الجديد (م ١٦١) دائرة الدفع بعدم تنفيذ العقد في العقود الملزمة للجانبين ، ووسع من نطاق الحق في الحبس فجعل الدفع بعدم تنفيذ العقد صورة من صوره كما قدمنا . وهناك اتجاه في الفقه الفرنسي يرمي ، على العكس من ذلك ، إلى التوسع في الدفع بعدم التنفيذ وجعله شاملا لجميع صور الارتباط القانوني فلا يقتصر على العقود الملزمة للجانبين ، والتضييق من حق الحبس ليكون مقصوراً على صور الارتباط الموضوعي أو المادي (بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٤٤) . والتصوير الذي اختاره التقنين المدني المصري الجديد قريب من تصوير التقنين المدني الألماني ، فالمادة ٣٢٠ من التقنين الألماني تقصر الدفع بعدم التنفيذ على العقود الملزمة للجانبين والمادة ٢٧٣ لا تقصر حق الحبس على صور الارتباط الموضوعي (الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٤٢) .

(1) أ - حق الحبس وفق المادة ٢٤٦ من القانون المدني يثبت للدائن الذي يكون ملتزما بتسليم شيء لمدينه فيمتنع عن تسليمه حتى يستوفى حقه قبل هذا المدين ، طالما أن التزامه بتسليم الشيء مرتبط بسبب الحق الذي يطلب الوفاء به ومترتب عليه ، ومادام أن حق الدائن حال ولو لم يكن بعد مقدرًا ، وحق الحبس بهذه المثابة يختلف عن المقاصة التي تكون سبباً لانقضاء الدينين بقدر الأقل منهما ، ذلك أن حق الحبس يظل معه الدينان قائمين ويعد وسيلة استيفاء .

(جلسة ١٩٧٠/٣/١٧ الطعن رقم ٣١ لسنة ٣٦ ق س ٢١ ص ٤٥٩) .

ونفس المبدأ (جلسة ١٩٧٣/١٢/١٨ الطعن رقم ٢٣٩ لسنة ٣٨ ق س ٢٤ ص ١٢٨٧) .

(جلسة ١٩٧٤/١١/٢٥ الطعن رقم ٣٩٠ لسنة ٣٩ ق س ٢٥ ص ١٢٧٨) .

(جلسة ١٩٧٩/٥/٣١ الطعن رقم ٦٩ لسنة ٤٦ ق س ٣٠ ع ٢ . ص ٤٨٨) .

ب - حق الحائز في حبس العقار – مقرر تنفيذاً للحق في الحبس الذي نصت عليه المادة ١/٢٤٦ من القانون المدني - من أن لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا . ومن ثم فإن للحائز أن يحتج بالحق في حبس العقار في مواجهة الغير ومن بينهم الخلف الخاص للبائع ، إلا أن هذه الحق لا يسرى على من يشهر حقه من أصحاب الحقوق العينية قبل أن يثبت الحائز الحق في حبس الغير ، لأن الحق في الحبس لا يختلط بالحقوق العينية ولا يشاركها في مقوماتها ولا يعطى لحائز الشيء الحق في التتبع والتقدم .

(جلسة ١٩٧٨/٣/٣٠ الطعن رقم ٩١٥ لسنة ٤٤ ق س ٢٩ ص ٩٣٢) .

(جلسة ١٩٨٥/١٢/٣١ الطعن رقم ٨٨٥ لسنة ٥٢ ق) .

ج - إذا كانت الطاعنة لم تتمسك أمام محكمة الموضوع بحقها في حبس التأمين – المدفوع لها من العامل بمقتضى عقد العمل – تبعا للرهن الحيازي المقرر لها عليه حتى تبرأ ذمة المطعون ضده العامل من المسحوبات، فإن هذا الدفاع يكون سبباً جديداً لا يجوز إبداؤه لأول مرة أمام محكمة النقض لما يخالطه من واقع كان يجب عرضه على محكمة الموضوع .

(جلسة ١٩٧٣/٣/٣ الطعن رقم ٤٦٩ لسنة ٣٧ ق س ٢٤ ص ٣٧٢) . =

ما أخذه منه ، فكل من هذين الالتزامين مرتبط بالالتزام الآخر ارتباطا تبادليا وأن لم تكون العلاقة بعد انحلال العقد علاقة تعاقدية . وينبني على ذلك أن كلا من الطرفين له أن يمتنع عن رد ما أخذه من الآخر ، حتى يسترد منه ما أعطاه [1] . وقد تقوم العلاقة التبادلية على غير عقد أصلا ، فيقوم الارتباط على أساس هذا التبادل غير التعاقدي . ففي الفضالة — وهي ليست بعقد — التزامات الفضولي والتزامات رب العمل هي التزامات متبادلة ، ومن ثم قام الارتباط فيما بينها ، ويجوز لكل من الطرفين أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته حتى يستوفي التزامات الطرف الآخر [2] . وقد تنشأ العلاقة التبادلية من عقد ملزم لجانب واحد ، فتكون علاقة تبادلية تعاقدية . ففي عقد الوديعة يلتزم حافظ الوديعة بردها إلى المودع ، وقد يترتب في ذمة المودع التزام برد ما أنفق حافظ الوديعة عليها من المصروفات أو بتعويض ما أصاب حافظ الوديعة من الضرر بسبب الوديعة . ففي هذه الحالة تكون هناك علاقة تبادلية تعاقدية نشأ عنها التزامان متقابلان : التزام برد الوديعة في ذمة حافظ الوديعة ، والتزام برد المصروفات أو بالتعويض عن الضرر في ذمة المودع . ومن ثم يستطيع حافظ الوديعة أن يحبس التزامه برد الوديعة ، حتى يسترد المصروفات أو يتقاضى التعويض من المودع . ويلاحظ هنا أمران : (أولهما) أن عقد الوديعة ليس مصدراً إلا لأحد الالتزامين المتقابلين وهو الالتزام بالرد في ذمة حافظ الوديعة ، أما الالتزام الآخر — وهو الالتزام برد المصروفات أو الالتزام بالتعويض — فمصدره الإثراء بلا سبب في حالة المصروفات والعمل غير المشروع في حالة التعويض . وهذا بخلاف العقد الملزم للجانبين ، فإنه مصدر كل من الالتزامين المتقابلين اللذين ينشآن عن هذا العقد . ومع ذلك فهناك تقابل واضح ، في حالة الوديعة، ما بين الالتزامين المشار إليهما ، مما حمل الفقهاء على القول بأن هناك علاقة تبادلية نشأ عنها

= د — التزام المشترى برد العقار المبيع بعد فسخ البيع إنما يقابل التزام البائع برد ما قبضه من الثمن ، وأن التزام المشترى برد ثمرات العين المبيعة مقابل التزام البائع برد فوائد ما قبضه من الثمن ، بما مؤداه أن من حق المشترى أن يحبس ما يستحقه البائع في ذمته من ثمار حتى يستوفى منه فوائد ما دفعه من الثمن .

(جلسة ١٩٧٢/٤/١٨ الطعن رقم ٣٢١ لسنة ٣٧ ق س ٢٣ ص ٧٢١) .

(١) وقد كانت المادة ٢٤٤ من المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد تنص صراحة على الحق في الحبس في هذه الحالة ، إذ كانت تجيز لكل من الطرفين " أن يحبس ما أخذه مادام المتعاقد الآخر لم يرد إليه ما تسلمه منه أو يقدم ضماناً لهذا الرد طبقاً للقواعد العامة المقررة في حق الحبس " . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليه ، إذ هو مجرد تطبيق للحق في الحبس (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣١) .

(٢) ومن العلاقات التبادلية التي لا تقوم على عقد أصلا علاقة الولي أو الوصي أو القيم بالمحجور بعد انتهاء الحجر ، فيكون على الولي أو الوصي أو القيم أن يرد للمحجور ما تحت يده من ماله على أن يسترد ما أنفق من مصروفات ، ومن ثم يجوز له حبس المال حتى يسترد المصروفات (بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٤٩ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٣٩ ص ١٩٣) .

الالتزامان المتقابلان ، فالارتباط فيما بينهما ارتباط قانوني [1] . (والأمر الثاني) أنه إذا كان الارتباط هنا ارتباطاً قانونياً ، فهو أيضاً ارتباط موضوعي إذ نشأ التزام المودع برد المصروفات أو بالتعويض بمناسبة الشيء المحبوس وهو الوديعة ، كما سنرى في الارتباط الموضوعي ، وننتقل الآن إليه [2] [1] .

فالارتباط الموضوعي أو المادي ينشأ لا عن علاقة تبادلية ما بين الدينين ، بل عن واقعة مادية هي أن الشيء المحبوس — والالتزام برده هو أحد الدينين — قد نشأ بمناسبته ومرتبطا به (à l'occasion et en connexité) [3] الدين الآخر . فالحائز ، إذا لم تكن بينه

---

(١) ويبدو أن العلاقة التبادلية ما بين الالتزامين في العقد الملزم لجانب واحد محل النظر ، فلكل التزام مصدر مستقل ، وكان من الممكن أن يوجد أي التزام منهما دون أن يوجد الالتزام الآخر . والظاهر في الارتباط هنا أن يكون ارتباطاً موضوعياً أو مادياً ، لا ارتباطاً قانونياً أو تبادلياً .

(٢) والارتباط الموضوعي هنا أكثر وضوحاً وبروزاً من الارتباط القانوني كما سبق القول . أنظر في الأحوال التي يتحقق فيها الارتباط القانوني والارتباط المادي معاً . الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٤٠ ص ١٩٤ ، وقد أورد ضمن هذه الأحوال حالتي الوكالة والمقاولة . ولكن يلاحظ أن كلا من هذين العقدين ملزم للجانبين ، وأن التزامات كل من الموكل والوكيل مصدرها عقد الوكالة ، كما أن التزامات كل من المقاول ورب العمل مصدرها عقد المقاولة ، فالعلاقة التبادلية بارزة في هاتين الحالتين ، ومن ثم يكون الارتباط القانوني أو التبادلي أكثر وضوحاً فيهما من الارتباط المادي أو الموضوعي .

(1) مفاد نص المادة ٢٤٦ من القانون المدني أن المشرع لا يكتفي في تقرير حق الحبس بوجود دينين متقابلين، وإنما يشترط أيضاً قيام ارتباط بينهما . وفي الوديعة لا يكون للمودع لديه أن يحبس الشيء المودع إلا مقابل استيفائه المصروفات الضرورية أو النافعة التي يكون قد أنفقها على ذات هذا الشيء ، أما المصروفات التي لا تنفق على ذات الشيء المودع فإن التزام المودع بها لا يكون مرتبطاً بالتزام المودع لديه برد الوديعة وبالتالي لا يسوغ للمودع لديه أن يمتنع عن رد الوديعة عند طلبها بحجة اقتضاء مثل هذه المصروفات ، فإذا كان الدين الذي اعتبر الحكم المطعون فيه أن للطاعن الحق في حبس السيارة حتى يستوفيه يتمثل في قيمة أجرة السائق التي قام المطعون عليه بدفعها عن المودع وبتكليف منه فإن هذه الأجرة لا تدخل في نطاق المصروفات التي تجيز للمودع لديه حق الحبس لاستيفائها .
(جلسة ١٩٦٣/٦/٢٧ الطعن رقم ٢٨٦ لسنة ٢٨ ق س ١٤ ص ٩٤٦) .

(٣) هذه العبارة الفرنسية أدق في أداء المعنى من العبارة التي وردت في النص العربي للمادة ٢٤٦ فقرة أولى من التقنين المدني الجديد وقد جاءت على الوجه الآتي : " ... مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به " . فالعبارة العربية توهم أن أحد الالتزامين هو سبب التزام الآخر ، والصحيح أن أحد الالتزامين قد نشأ بمناسبة الالتزام الآخر . وقد كانت العبارة الفرنسية المتقدمة الذكر هي المستعملة في المشروع التمهيدي في نصه الفرنسي ، وبقي النص العربي للمشروع التمهيدي بعبارته غير الدقيقة ، التي انتقلت منه إلى النص النهائي للتقنين الجديد . ثم ترجم هذا النص النهائي غير الدقيق إلى اللغة الفرنسية ، فاستبدلت بعبارة "à l'occasion" عبارة "ayant un rapport de causalité" ، وبذلك انتقل التحريف من النص العربي إلى النص الفرنسي ، وبعد أن كان النص العربي وحده هو المعيب ، شمل العيب كلا من النص العربي والنص الفرنسي (أنظر في هذا المعنى الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٣٨ ص ١٩٠ هامش رقم ٣) .

وبين المالك أية علاقة غير الحيازة ، ملزم برد الشيء الذي في حيازته إلى المالك . وقد يصبح دائناً للمالك — بمناسبة هذا الشيء وهذه واقعة مادية — بالمصروفات التي أنفقها على الشيء أو بالتعويض عن الضرر الذي أصابه من الشيء . ومن هنا وجد الارتباط المادي أو الموضوعي ما بين الدينين ، فحق الحائز قد نجم عن الشيء ذاته الذي يجب عليه رده (debitum cum re junctum) ، ومن ثم جاز له أن يحبس هذا الشيء حتى يسترد المصروفات أو يتقاضى التعويض [1] .

أما إذا لم يقم ما بين الدينين ارتباط قانوني أو ارتباط مادي ، فقد أختل الشرط الثاني للحق في الحبس ، ولم يجز للدائن استعمال هذا الحق . ومجرد وجود التزامين متقابلين بين شخصين ، كل منهما دائن للآخر ومدين له ، لا يكفي لوجود ارتباط ما بين هذين الالتزامين كما قدمنا ، وإن كان هنا ميل عند بعض الفقهاء للقول بأن هذا كاف [2] ، وأن

---

(١) وللتمييز بين الارتباط القانوني والارتباط المادي أهمية من وجهين : (١) في الارتباط المادي — في صورة استرداد المصروفات — يحتج بالحق في الحبس حتى على الغير الذي ثبت حقه قبل إنفاق المصروفات ، لأن المصروفات قد أفادت الشيء في ذاته فأفادت تبعاً لذلك كل من يطالب باسترداده . أما في الارتباط القانوني وفي الصور الأخرى للارتباط المادي فلا يحتج بالحق في الحبس على الغير الذي ثبت حقه قبل ثبوت هذا الحق . (٢) في الارتباط المادي يقتصر الحبس على الشيء ذاته الذي أنفقت عليه المصروفات أو نشأ منه الضرر . أما في الارتباط القانوني فيشمل الحبس جميع الالتزامات التي على الدائن مادامت مرتبطة بالتزامات المدين ، وقد أوردت المادة ٩٠٢ من المشروع التمهيدي — وهذا النص قد حذف في لجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة في الحبس — تطبيقاً لهذا الحكم في عقد المقاولة ، إذ نصت على أنه " إذا كان العمل متعلقاً بمنقول ولم يحدد أجل لدفع الأجر ، جاز للمقاول أن يحبس هذا المنقول وغيره من الأشياء التي يكون رب العمل قد سلمها إليه لإجراء العمل ، وذلك إلى أن يستوفى أجره " . وإذا اجتمع النوعان من الارتباط كما في الوديعة ، جاز للدائن أن يستند إلى كل منهما فيما يتفق مع مصلحته ، فيجوز لحافظ الوديعة أن يستند إلى الارتباط المادي ليحتج بحقه على الغير الذي ثبت حقه على الوديعة قبل إنفاق المصروفات ، وأن يستند إلى الارتباط القانوني ليحبس كل ما في يده للمودع ولو لم يرتبط ارتباطاً مادياً بحقه .
أنظر في ذلك : كاسان في تعليقه في سيريه ١٩٢٢ — ٢ — ٢٥ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٤١ .

(٢) ويقول بذلك الأساتذة كولان وكابيتان ودي لاموراندير . ويستندون إلى نص المادة ١٢٩٣ من التقنين المدني الفرنسي ، وهي تقضي بأنه لا يحتج بالمقاصة في استرداد المالك لملكه إذا كان هذا الملك قد اغتصب منه دون حق ، ولا في استرداد الوديعة أو العارية . ويقولون أن هذا النص إنما يستقيم إذا فهمت المقاصة على أنها الحق في الحبس ، فلا يصح الحبس من المغتصب لملك الغير ولا ممن أؤتمن على وديعة أو عارية ، بل يجب على كل من المغتصب وحافظ الوديعة والمستعير أن يرد للمالك ملكه فوراً ثم يطالبه بعد ذلك بما له من الحقوق عنده . ويستخلصون من ذلك أنه فيما عدا هذه الحالات — الغصب والوديعة والعارية — يجوز الحبس دون أن يكون هناك ارتباط فيما بين الدينين ، ويكفي أن يكون هناك دينان متقابلان ، الطرفان فيهما كل منهما دائن للآخر ومدين له ، حتى يقوم الحق في الحبس (كولان وكابيتان ودي لاموراندير ٢ فقرة ١٤٨٢ ص ٩٣٦ هامش رقم ٢ — قارن أنسيكلوبيدي داللوز ٤ لفظ Rétention فقرة ٣٦) .

التقابل ما بين الدينين لا الرابطة بينهما هو الذي نقف عنده لإعطاء الدائن الحق في الحبس [1] ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

على أنه إذا لم يقم بين الدينين ارتباط قانوني أو ارتباط مادي على النحو الذي بسطناه ، فقد يخلق الاتفاق بين الطرفين هذا الارتباط ، فيتفقان على أن الالتزامات المتقابلة فيما بينهما يجمعها كلها حساب جار غير قابل للتجزئة ، فترتبط التزامات كل منهما بالتزامات الآخر ، ويجوز عندئذ لأي منهما أن يحبس ما في ذمته من التزامات للآخر حتى يستوفى ما له من حقوق عنده . ولكن لما كان مثل هذا الاتفاق أثره مقصور على الطرفين ، فإنه لا يسري في حق الغير . وكما يخلق الاتفاق الارتباط ما بين الدينين، فقد يخلق هذا الارتباط أيضاً نص في القانون . وقد قضت المادة ٣٦٩ من التقنين التجاري الألماني والمادة ٨٩٥ فقرة ثانية من التقنين المدني السويسري بقيام ارتباط ما بين الالتزامات التجارية المتقابلة فيما بين التاجرين .

٦٤٤ – كيف يستعمل الدائن الحق في الحبس عند توافر شرطيه:

واستعمال الدائن الحق في الحبس ، عند توافر الشرطين اللذين تقدم ذكرهما ، لا يقتضي إعذاراً ولا الحصول على ترخيص من القضاء [2] . بل إن الدائن يقف تنفيذ التزامه نحو مدينه

---

(1) مفاد نص المادة ٢٤٦ من القانون المدني أن لحائز الشيء الذي أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة حق حبسه حتى يستوفى ما هو مستحق له ، يستوي في ذلك أن يكون الحائز حسن النية أو سيئها ، إذ أعطى القانون هذا النص الحق في الحبس للحائز مطلقاً ، وبذلك يثبت لمن أقام منشآت على أرض في حيازته الحق في حبسها حتى يستوفى التعويض المستحق له عن تلك المنشآت طبقاً للقانون .

(جلسة ١٩٧٣/١٢/١٨ الطعن رقم ٢٣٩ لسنة ٣٨ ق س ٢٤ ص ١٢٨٧) .

نفس المبدأ (جلسة ١٩٨٣/٥/٢٤ الطعون أرقام ٩٢٣ ، ١٠٤٩ ، ١٠٨٠ لسنة ٥١ ق س ٣٤ ص ١٢٩٢) .

(جلسة ١٩٩١/٥/٢٨ الطعن رقم ٣١٦٠ لسنة ٥٨ ق) .

(2) أ – استعمال الحق في الحبس لا يقتضي إعذاراً ولا الحصول على ترخيص من القضاء .

(جلسة ١٩٦٧/١/١٩ الطعن رقم ١٥ لسنة ٣٣ ق س ١٨ ص ١٤٣) .

ب – حق الحبس مما يجوز التنازل عنه صراحة أو ضمنا ، ومتى تم هذا التنازل ، فإنه لا يجوز العدول عنه بعد ذلك .

(جلسة ١٩٦٨/٥/١٦ الطعن رقم ٤٠٨ لسنة ٣٤ ق س ١٩ ص ٩٦٢) .

ج – إذا لم يتمسك الطاعن أمام محكمة الاستئناف بحقه في حبس أطيان التركة موضوع النزاع حتى تتم تصفية التركة أو حتى يستوفى ما دفعه عن المطعون ضده من الديون ، فإنه لا يقبل منه إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض .

(جلسة ١٩٦٩/١/٢٣ الطعن رقم ٥٨٠ لسنة ٣٤ ق س ٢٠ ص ١٥٥) .

فعلا ؛ وليس من الضروري أن يعرض على المدين تنفيذ هذا الالتزام عرضاً حقيقياً، وإنما يقتصر على وقف التنفيذ . فإذا قاضاه مدينه ، وضع الأمر كله تحت نظر القضاء ، ويغلب أن يحكم على الدائن بتنفيذ التزامه نحو المدين بشرط أن ينفذ المدين التزامه نحوه . وإذا تعذرت معرفة من هو البادئ في عدم التنفيذ جاز للقاضي أن يحكم على كل منهما بإيداع ما التزم به خزانة المحكمة أو عند أمين [1] .

على أنه لا يجوز للدائن أن يتعسف في استعمال حقه في الحبس [1] . فلا يصح أن يستعمله بدعوى أن حقه في ذمة مدينه لم ينفذ تنفيذاً كاملا أو نفذ تنفيذاً معيباً ، ثم يتبين أن الجزء الذي لم ينفذ تافه إلى حد لا يعتد به أو أن العيب في التنفيذ أمر غير ذي خطر [2] . ولا يصح كذلك للدائن أن يستعمل الحق في الحبس ، إذا كان هو المتسبب بغشه أو بإهماله في عدم تنفيذ المدين لالتزامه نحوه . كما لا يصح للدائن أن يستعمل الحق في الحبس إذا كان هو البادئ في عدم تنفيذ التزامه ، فحبس المدين من أجل ذلك ما في ذمته من التزام . كذلك لا يصح للدائن أن يحبس لمدينه ديناً خالياً من النـــزاع مستحق الأداء حتى يستوفى منه ديناً لا يزال محل نزاع بينهما ، فلا يجوز للمستأجر أن يحبس الأجرة حتى يقوم المؤجر بترميمات ينازع في أنها واجبة عليه ، ولا يجوز لشركة النور أن تقطع التيار عن المشترك حتى يقوم بدفع زيادة في الاشتراك هي محل تقاض بينهما و لم ينته القضاء من الفصل فيها [3] .

المبحث الثاني

تطبيقات على الحق في الحبس

٦٤٥ – تطبيقات منصوص عليها في القانون وتطبيقات غير منصوص عليها – ندرة التطبيقات الأولى : بعد أن وضع التقنين المدني الجديد

---

(١) بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٥٥ – فقرة ٤٥٦ .

(1) الحق في الحبس لا يقوم إلا إذا كان الالتزام المقابل المراد الحبس من أجله حالا ، وألا يكون الدائن الحابس متعسفاً في استعمال حقه بأن يكون هو البادئ بعدم تنفيذ التزامه الحالي .
(جلسة ١٩٦٨/١٢/٢٩ الطعن رقم ١٩٨١ لسنة ٥٠ ق) .
جلسة ١٩٦٦/٥/١٠ مجموعة المكتب الفني السنة ١٧ ص ١٠٤٠) .

(٢) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي الخاصة بالمادة ١٦١ مدني في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٣ . وأنظر آنفاً فقرة ٦٤٢ .

(٣) بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٥٤ ص ٦٠٩ وهامش رقم ٤ – نقض فرنسي ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٤ جازيت دي باليه ١٩٢٥ – ١ – ١٥٨ – وأنظر آنفاً فقرة ٦٤٢ في الهامش .

قاعدة عامة للحق في الحبس على النحو الذي بسطناه ، اجتزأ بهذه القاعدة عن التبسط في إيراد تطبيقات لهذا الدفع ، خلافاً للتقنين المدني السابق الذي أعتبر كما رأينا الحبس حقاً عينياً فأورد جميع حالاته على سبيل الحصر .

ومع ذلك فقد أورد التقنين المدني الجديد بعض تطبيقات في نصوص متفرقة ، نستعرضها هنا ، ثم ننتقل بعد ذلك إلى تطبيقات غير منصوص عليها بعد أن أصبح الحق في الحبس قاعدة عامة لا تحتاج تطبيقاته إلى نصوص خاصة .

وفي كل طائفة من هذه التطبيقات — المنصوص عليها وغير المنصوص — نميز بين تطبيقات تقوم على الارتباط القانوني أو التبادلي ، وأخرى تقوم على الارتباط المادي أو الموضوعي [1] .

المطلب الأول

تطبيقات منصوص عليها في القانون

§ ١ — تطبيقات تقوم على الارتباط القانوني أو التبادلي

٦٤٦ — مبدأ الدفع بعدم تنفيذ العقد : أهم النصوص التي تورد تطبيقاً للحق في الحبس هو النص الذي يقرر مبدأ الدفع بعدم تنفيذ العقد (exceptio non adimpleti contractus) ، فليس هذا المبدأ إلا تطبيقاً من تطبيقات الحق في الحبس كما سبق القول . وقد نصت المادة ١٦١ من التقنين المدني على أنه " في 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 " .

وقد سبق أن تبسطنا في شرح هذا المبدأ في الجزء الأول من هذا الوسيط ، فنكتفي بالإحالة إلى ذلك [2] ، وننتقل الآن إلى النصوص التي وردت في التقنين المدني كتطبيقات خاصة لهذا المبدأ .

---

(١) أنظر الدكتور صلاح الدين الناهي في الامتناع المشروع عن الوفاء فقرة ٢٤١ — فقرة ٣٢٣ (في التطبيقات التي تقوم على الارتباط القانوني أو التبادل) وفقرة ٣٢٤ — فقرة ٣٣٩ (في التطبيقات التي تقوم على الارتباط المادي أو الموضوعي) .

(٢) الوسيط الجزء الأول فقرة ٤٩٢ — فقرة ٥٠٣ — وأنظر : استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ١٥٨ — ١٦ نوفمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٤٣ — ١٨ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٧٠ — ٣ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٠٤ — ٥ يونية سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٥٨ .

٦٤٧ – حق البائع في حبس المبيع : نصت المادة ٤٥٩ من التقنين المدني على أنه " ١ – إذا كان الثمن كله أو بعضه يستحق الدفع في الحال ، للبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى ما هو مستحق له ولو قدم المشترى رهنا أو كفالة ، هذا ما لم يمنح البائع المشترى أجلا بعد البيع . ٢ – وكذلك يجوز للبائع أن يحبس المبيع ولو لم يحل الأجل المشترط لدفع الثمن إذا سقط حق المشترى في الأجل طبقاً لأحكام المادة ٢٧٣ ". ونصت المادة ٤٦٠ على أنه إذا هلك المبيع في يد البائع وهو حابس له ، كان الهلاك على المشترى ، ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع " . وفي هذه النصوص تطبيق هام للحق في الحبس متمثلا في الدفع بعدم تنفيذ العقد . فهناك دينان متقابلان تقابلا تبادليا ، دين البائع في تسليم المبيع للمشترى ودين المشترى في دفع الثمن للبائع . ودين المشترى دين حال – أو كان مؤجلا ثم سقط الأجل فأصبح حالا – فيكون للبائع حبس المبيع حتى يستوفى الثمن [1] . وهذا بخلاف ما إذا كان الثمن حالا ثم منح البائع المشترى أجلا بعد البيع ، فيفرض القانون أن البائع بمنحه المشترى هذا الأجل قد نزل عن حقه في الحبس ، فيسقط حقه في حبس المبيع، إلا إذا اشترط غير ذلك ، وعليه هو يقع عبء إثبات ما اشترط [1] .

وفي هذا التطبيق الخاص خرج المشرع على الأصل الذي سنراه يقرره في الحق في الحبس بوجه عام ، فلم يجز للمشترى أن يسقط حق البائع في حبس المبيع إذا هو قدم رهناً أو كفالة ، وذلك لاعتبارات خاصة بالبيع ، فإن المبيع نفسه مثقل بامتياز للبائع ، فليس البائع في حاجة إلى مزيد من الضمان ، وإنما هو في حاجة إلى استيفاء حقه .

ونرى أيضاً في هذا التطبيق الخاص أن المشرع قد أورد حكماً من أحكام الحق في الحبس هو الحكم المتعلق بهلاك الشيء المحبوس في يد الحابس ، فإن كان الهلاك بفعله كان مسئولا عن التعويض ، وإن كان بسبب أجنبي فهو على المالك ، والمالك هو المشترى [2] .

٦٤٨ – حق المشتري في حبس الثمن : نصت المادة ٤٥٧ من التقنين المدني على أنه " ١ – يكون الثمن مستحق الوفاء في الوقت الذي يسلم فيه المبيع ، ما لم

---

(1) إن محكمة الموضوع وقد سجلت على المشترى بحق أنه عجز عن إثبات وفائه بالثمن ، فإنه لا يجوز له أن يطلب إجبار البائع على تنفيذ التزاماته التي من شأنها نقل الملكية عن طريق الدعوى المعروفة بصحة التعاقد أو صحة نفاذ العقد ، لأن من حق البائع أن يحبس التزامه هذا حتى يقوم المشترى بتنفيذ ما حل من التزاماته . (جلسة ١٩٦٧/٣/٣٠ مجموعة المكتب الفني السنة ١٨ ص ٧٤٣) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٦٤٢ في الهامش .

(٢) ذلك أن الملكية قد انتقلت إلى المشترى بالبيع . فإن كان المبيع عقاراً ولم يسجل عقد البيع ، فالمشترى وإن لم تنتقل إليه الملكية يعتبر في حكم المالك ، ويكون الهلاك عليه .

يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك . ٢ – فإذا تعرض أحد للمشترى مستنداً إلى حق سابق على البيع أو آيل من البائع، أو إذا خيف على المبيع أن ينـــزع من يد المشترى، جاز له، ما لم يمنعه شرط في العقد ، أن يحبس الثمن حتى ينقطع التعرض أو يزول الخطر. ومع ذلك يجوز للبائع في هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلاً . ٣ – ويسرى حكم الفقرة السابقة في حالة ما إذا كشف المشتري عيباً في المبيع" وهذا تطبيق آخر للحق في الحبس متمثلا في الدفع بعدم تنفيذ العقد . ونرى فيه المشترى ، وهو مدين بالثمن والدين حال ، يتعرض له أجنبي مستنداً إلى حق سابق على البيع أو آيل من البائع ، أو يخشى هو على المبيع أن ينـــزع من يده لأسباب جدية ، أو يكشف عن عيب في المبيع . في كل هذه الأحوال يكون البائع ملزماً بالضمان ، فيجب عليه أن يمنع التعرض أو يزيل الخطر أو يعوض عن العيب . فهذا دين في ذمة البائع قد أصبح مستحق الأداء ، يقابله ويرتبط به ارتباطاً تبادلياً الدين الذي في ذمة المشترى بدفع الثمن . فيجوز إذن للمشترى أن يحبس الثمن حتى يستوفي حقه من البائع ، أي حتى ينقطع التعرض أو يزول الخطر أو يتقاضى المشترى تعويضاً عن العيب [1] .

---

(1) أ – أحقية البائع لاقتضاء باقي ثمن المبيع وحق المشترى في حبسه وجهان متقابلان لشيء واحد والقضاء بأحقية البائع لباقي الثمن وبإلزام المشترى بأدائه يندرج فيه حتما القضاء بأن المشترى لا يحق له أن يحبسه ، وتكون دعوى المشترى بأحقيته في حبسه بحثية استحقاق المبيع كله أو بعضه للغير عودة لا تجوز إلى ذات النـــزاع الذي حاز القضاء السابق فيه قوة الأمر المقضي ، وإلا انقلب دفعه بعدم تنفيذ التزامه إلى دفع بعدم تنفيذ الحكم الصادر ضده .

(جلسة ١٩٧٤/٢/١١ الطعن رقم ٣١٩ لسنة ٣٨ ق س ٢٥ ص ٣٢٧) .

ب – مفاد نص المادة ٢/٤٥٧ من القانون المدني أن المشرع أجاز للمشترى الحق في حبس الثمن ، إذا تبين له وجود سبب جدي يخشى معه نزع المبيع من تحت يده ، فمجرد قيام هذا السبب لدى المشترى يخول له الحق في أن يحبس ما لم يكن قد أداه من الثمن ولو كان مستحق الأداء حتى يزول الخطر الذي يتهدده ، وعلم المشترى وقت الشراء بالسبب الذي يخشى من نزع المبيع من تحت يده ، لا يكفي بذاته للدلالة على نزوله عن هذا الحق لأنه قد يكون محيطا بالخطر الذي يتهدده ، ويكون في نفس الوقت معتمدا على البائع لدفع هذا الخطر الذي يتهدده ، ويكون في نفس الوقت معتمدا على البائع لدفع هذا الخطر قبل استحقاق الباقي في ذمته من الثمن .

(جلسة ١٩٧٤/١١/٢٥ الطعن رقم ٣٩٠ لسنة ٣٩ ق س ٢٥ ص ١٢٧٨) .

ج – أجاز المشرع للمشترى إذا تبين له وجود سبب جدي يخشى معه نزع المبيع من تحت يده ، الحق في أن يحبس ما لم يكن قد أداه من الثمن ولو كان مستحق الأداء حتى يزول الخطر الذي يتهدده ولئن كان تقدير جدية هذا السبب هو مما يستقل به قاضي الموضوع ، إلا أنه يجب أن يقيم قضاءه في هذا الخصوص على أسباب سائغة تكفي لحمله .

(جلسة ١٩٧٩/٥/٣١ الطعن رقم ٦٩ سنة ٤٦ ق س ٣٠ ص ٤٨٨) .

د – يشترط لقصر حق المشترى في الحبس على جزء من الثمن يتناسب مع الخطر الذي يتهدده ، أن يكون عالما وقت استعمال حق الحبس بمقدار هذا الخطر .

(جلسة ١٩٧٩/٥/٣١ الطعن رقم ٦٩ لسنة ٤٦ ق س ٣٠ ص ٤٨٨) .

ويلاحظ هنا أن الشيء المحبوس ليس عينا معينة بالذات مملوكة للطرف الآخر ، بل هو دين في ذمة الحابس نفسه يمتنع عن أدائه [1] .

ويلاحظ أيضاً أن المشرع هنا رجع إلى تطبيق القواعد العامة في الحبس ، عندما أجاز للبائع أن يسقط حق المشترى في حبس الثمن إذا هو قدم كفيلا .

٦٤٩ — حق المستأجر في حبس العين المؤجرة في مواجهة كل من المؤجر والمشترى للعين : نصت المادة ٦٠٥ من التقنين المدني على أنه " ١ — لا يجوز لمن انتقلت إليه ملكية العين المؤجرة ولم يكن الإيجار نافذاً في حقه أن يجبر المستأجر على الإخلاء إلا بعد التنبيه عليه بذلك في المواعيد المبينة في المادة ٥٦٣ . ٢ — فإذا نبه على المستأجر بالإخلاء قبل انقضاء الإيجار ، فإن المؤجر يلتزم بأن يدفع للمستأجر تعويضاً ما لم يتفق على غير ذلك ، ولا يجبر المستأجر على الإخلاء إلا بعد أن يتقاضى التعويض من المؤجر أو ممن انتقلت إليه الملكية نيابة عن المؤجر أو بعد أن يحصل على تأمين كاف للوفاء بهذا التعويض " . وهذا تطبيق ثالث للحق في الحبس متمثلا أيضاً في الدفع بعدم تنفيذ العقد. ذلك أن المؤجر قد التزم بعقد الإيجار أن يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة طول مدة الإيجار ، وقد أخل بالتزامه بأن باع العين إلى مشتر لا ينفذ الإيجار في حقه ، فوجب عليه التعويض للمستأجر بموجب عقد الإيجار نفسه . فهنا إذن دينان متقابلان مرتبطان فيما بينهما لأنهما نشأ معاً من عقد الإيجار على وجه التبادل : دين المؤجر أن يدفع تعويضاً للمستأجر لإخلاله بالتزامه ، ودين المستأجر أن يرد العين المؤجرة إلى المؤجر أو خلفه المشترى . فيجوز إذن للمستأجر أن يحبس العين حتى يستوفى التعويض . وهذا الحق في الحبس ليس نافذاً فحسب في حق المؤجر ، بل هو نافذ أيضاً في حق الخلف الخاص للمؤجر وهو المشترى للعين المؤجرة [2] . فيجوز إذن للمستأجر أن يبقى حابساً للعين المؤجرة حتى

---

(١) استئناف مختلط ٢٢ مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢٤٧ — ٦ يونية سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٤٣ — ١١ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٦٧ .

(٢) ولكننا سنرى أن الحق في الحبس لا يحتج به على الخلف الخاص إذا كان هذا الخلف قد ثبت على العين قبل ثبوت الحق في الحبس . ولما كان المشترى للعين المؤجرة خلفاً خاصاً للمؤجر ثبت حقه على العين قبل ثبوت الحق في الحبس — لأن حق المستأجر في التعويض فالحبس لم يثبت إلا بعد فسخ الإيجار بالبيع، فحق المشترى على العين الثابت بعقد البيع سابق على حق المستأجر في الحبس — فقد كان الواجب ، طبقا للقواعد العامة، ألا يحتج المستأجر بحقه في الحبس على المشترى ، وإنما يحتج به على المؤجر وحده . ولكن نصاً خاصاً في القانون — المادة ٥٦٣ سالفة الذكر — هو الذي جعل الحق في الحبس هنا نفاذاً استثناء في حق المشترى . ويذهب جوسران (جزء ٢ فقرة ١٤٦٩) إلى أن الحق في الحبس يجوز الاحتجاج به على الخلف الخاص ولو كان حقه متقدماً على الحق في الحبس ، ومن ثم يجعل نفاذ حق المستأجر في حبس العين المؤجرة على المشترى مجرد تطبيق لهذه القاعدة ، لا استثناء منها تقرر بنص خاص .

في مواجهة المشترى ، إلى أن يستوفى التعويض إما من المؤجر ، وإما من المشترى نفسه نيابة عن المؤجر إذا أراد المشترى أن يتعجل تسلم العين التي اشتراها [1] .

وهنا أيضاً يطبق المشرع القواعد العامة في الحبس ، عندما يسقط حق المستأجر في حبس العين إذا هو حصل ، من المؤجر أو من المشترى ، على تأمين كاف للوفاء بالتعويض المستحق له .

٦٥٠ – حق المستأجر في حبس العين لاستيفاء ما يستحق من التعويض بسبب إنهاء الإيجار قبل انقضاء مدته : نصت المادة ٦٠٨ من التقنين المدني على أنه " ١ – إذا كان الإيجار معين المدة ، جاز لكل من المتعاقدين أن يطلب إنهاء العقد قبل انقضاء مدته إذا جدت ظروف خطيرة غير متوقعة من شأنها أن تجعل تنفيذ الإيجار من مبدأ الأمر أو في أثناء سريانه مرهقاً ، على أن يراعى من يطلب إنهاء العقد مواعيد التنبيه بالإخلاء المبينة بالمادة ٥٦٣ ، وعلى أن يعوض الطرف الآخر تعويضاً عادلا . ٢ – فإذا كان المؤجر هو الذي يطلب إنهاء العقد ، فلا يجبر المستأجر على رد العين المؤجرة حتى يستوفى التعويض أو تحصل على تعويض كاف " . وهذا هو أيضاً تطبيق تشريعي للحق في الحبس . والدينان المتقابلان القائمان على علاقة تبادلية هما: دين المؤجر في إعطاء تعويض للمستأجر لإنهاء عقد الإيجار قبل انقضاء مدته ، ودين المستأجر في رد العين إلى المؤجر . فللمستأجر إذن أن يحبس العين المؤجرة حتى يستوفى حقه في التعويض ، أو حتى يحصل على تأمين كاف للوفاء بهذا الحق .وليس هذا إلا مجرد تطبيق لأحكام الحبس [1] .

§ ٢ – تطبيقات تقوم على الارتباط المادي أو الموضوعي

٦٥١ – حق الحائز في حبس العين لاسترداد ما أنفقه عليها من المصروفات : نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٤٦ من التقنين المدني ، كما رأينا ، على ما يأتي : "ويكون ذلك (أي الامتناع عن الوفاء) بوجه خاص لحائز الشيء أو محرزه ، إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة ، فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفى ما

---

(١) ويرجع المشترى على المؤجر بما دفعه من تعويض للمستأجر ، إذا كان لهذا الرجوع مقتضى في العلاقة ما بين المشترى والمؤجر .

(1) الأجرة مقابل الانتفاع بالعين المؤجرة ، فإذا تعرض المؤجر للمستأجر وحال بذلك دون انتفاعه بهذه العين حق للمستأجر أن يحبس عنه الأجرة عن مدة التعرض .
(جلسة ١٩٦٧/١٠/٢٦ الطعن رقم ٢١١ لسنة ٣٤ ق س ١٨ ص ١٥٧٢) .

هو مستحق له ، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع " . وهذا هو التطبيق الرئيسي للحق في الحبس القائم على الارتباط المادي أو الموضوعي .

ويجب الرجوع ، في تحديد الدينين المتقابلين في هذا التطبيق ، إلى الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٩٨٠ ، فقد نصتا على ما يأتي : " ١ — على المالك الذي يرد إليه ملكه أن يؤدي إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات الضرورية . ٢ — أما المصروفات النافعة فيسرى في شأنها أحكام المادتين ٩٢٤ و ٩٢٥ " . وهاتان المادتان المشار إليهما في آخر الفقرة الثانية تميزان بين ما إذا كان الحائز الذي أنفق مصروفات نافعة على العين التي حازها كان حسن النية ، أي كان يعتقد عندما أنفق هذه المصروفات أن العين مملوكة له ، أو سيئ النية . فإذا كان حسن النية ، كان له أن ينـــزع ما أحدثه في العين أو يبقيه ، ويخير المالك في حالة الإبقاء بين أن يرد للحائز المصروفات التي أنفقها أو أن يدفع مبلغاً يساوى ما زاد في ثمن العين بسبب هذه المصروفات (م ٩٢٥ فقرة أولى مدني) . أما إذا كان سيئ النية ، فللمالك أن يطلب إزالة ما أحدثه الحائز في العين على نفقة الحائز مع التعويض إن كان له وجه ، أو أن يستبقيه ويخير في هذه الحالة بين دفع قيمته مستحق الإزالة أو دفع مبلغ يساوى ما زاد في ثمن العين بسبب هذه المصروفات (م ٩٢٤ فقرة أولى مدني) . ونرى من ذلك أن الحائز [1] ، إذا أنفق مصروفات ضرورية على العين ، كان له أن يستردها جميعاً من المالك ، سواء كان هو حسن النية أو سيئها . وإذا أنفق مصروفات نافعة ، فإن كان حسن النية ، كان على المالك أن يرد له أقل القيمتين : مقدار هذه المصروفات أو الزيادة في ثمن العين بسببها . وإن كان سيئ النية ، كان على المالك أن يرد له أقل القيمتين ، الزيادة في ثمن العين بسبب المصروفات أو قيمة ما استحدث في العين مستحق الإزالة . ففي جميع الأحوال يكون هناك دينان متقابلان : (١) دين على المالك للحائز هو رد قيمة من القيم سالفة الذكر في نظير ما أنفق الحائز من مصروفات على العين [2] . ومصدر هذا الدين هو الإثراء بلا سبب . (٢) دين على الحائز للمالك هو رد العين إليه ، ومصدر هذا الدين قد يكون

---

(١) والحائز يجب أن يفهم بمعنى واسع : فهو الحائز الذي يضع يده على العين كمالك (possessur) ، والمحرز الذي يحوز العين حيازة مادية (délenteur) دون أن يضع يده كمالك وذلك كالمستأجر والمستعير وحافظ الوديعة والدائن المرتهن رهن حيازة . وقد صرحت الفقرة الثانية من المادة ٢٤٦ بذلك حين قالت : " ... الحائز الشيء أو محرزه ... " .

(٢) هذا ما لم يكن الحائز حسن النية قد اختار نزع ما استحدثه (م ٩٢٥ فقرة أولى) ، أو اختار المالك تمليك العين للحائز حسن النية نظير تعويض عادل (م ٩٢٥ فقرة ٢) ، وما لم يكن المالك قد طلب من الحائز سيئ النية إزالة ما استحدثه (م ٩٢٤ فقرة أولى) ، أو طلب الحائز سيئ النية نزع ما استحدثه ولم يختر المالك استبقاءه (م ٩٢٤ فقرة ٢) .

الإثراء بلا سبب لأن الحائز يثرى على حساب المالك لو استبقى العين ، وقد يكون العقد كما في حيازة الدائن المرتهن للعين التي ارتهنها رهن حيازة فإنه يجب عليه ردها للمالك بموجب عقد الرهن ، وقد يكون العمل غير المشروع كما لو اغتصب الحائز العين من مالكها أو سرقها أو استولى عليها وهي ضائعة ، وقد يكون القانون كما في حيازة الوصي لأعيان القاصر فإنه يجب عليه ردها عند انتهاء الوصاية بحكم القانون . ففي هذه الأحوال — عدا حالة ما إذا كان التزام الحائز بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع كما سبق القول — تتوافر شروط نشوء الحق في الحبس ، إذ يوجد دينان متقابلان ، وهما مرتبطان أحدهما بالآخر ، فالدين برد المصروفات قد نشأ بمناسبة العين الواجبة الرد . فيجوز إذن للحائز أن يحبس العين حتى يسترد المصروفات على النحو الذي تقدم ذكره [1] .

وقد قام خلاف ، في عهد التقنين المدني السابق ، فيما إذا كان الحائز سيئ النية له الحق في حبس العين [2] . فحسم التقنين المدني الجديد هذا الخلاف ، إذ أعطى الحق في الحبس للحائز مطلقاً ، حسن النية كان أو سيئ النية ، وإن يكن التعويض المستحق للحائز سيئ النية أقل من التعويض المستحق للحائز حسن النية على الوجه الذي تقدم بيانه .

---

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٥١ .

(٢) وكان الرأي الراجح هو أن للحائز سيئ النية الحق في حبس العين (استئناف مصر ٢٦ مايو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٠٩ ص ٤١٥ — قنا الكلية ٢٣ أبريل سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣٥١ ص ٥٣٥ — الإسكندرية الكلية الوطنية ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣٢٣ ص ٦٤٩) . أنظر عكس ذلك رأن الحائز سيئ النية ليس له الحق في الحبس : استئناف أسيوط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٢٢٤ ص ٣٩٩ .

أما في فرنسا فالفقه منقسم : فمن الفقهاء من لا يجعل الحق في الحبس إلا للحائز حسن النية ، فينكر هذا الحق على الحائز سيئ النية ، مترسماً في ذلك أثر القانون الروماني وتقاليد القانون الفرنسي القديم (توليه ٣ فقرة ١٣٠ — ديرانتون ٤ فقرة ٣٨٢ — ترولونج ١ فقرة ٢٦٠ — جيلوار في حق الحبس فقرة ٧١) . ومن الفقهاء من يجعل الحق في الحبس للحائز حسن النية وللحائز سيئ النية على السواء (ديمولومب ١ فقرة ٦٨٢ — بيدان ١ فقرة ٢٥٠ — بلانيول ٢ فقرة ٢٥٢٤) . وعند الفقهاء الذين لا يكتفون بقيام الارتباط ما بين الدينين لإثبات الحق في الحبس ، بل يشترطون فوق ذلك أصلا مشتركا للدينين ، لا يجوز استعمال الحق في الحبس لا للحائز سيئ النية ولا للحائز حسن النية (أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٦ مكررة — نوران ٦ فقرة ١٨١ وما بعدها و ٢٩ فقرة ٢٩٨ — بودري وشوفو فقرة ٣٦٧). أما القضاء الفرنسي فينكر الحق في الحبس على الحائز سيئ النية ، ولا يجعل هذا الحق إلا للحائز حسن النية (نقض فرنسي ٢٥ مايو سنة ١٨٥٢ دالوز ٥٢ — ١ — ٢٧٩ — ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٧٣ دالوز ٧٤ — ١ — ٢٤١ — ١٣ يوليو سنة ١٩٠٣ سيريه ١٩٠٤ — ١ — ٢٢) . وينتقد جوسران هذا القضاء ، فيقول : إما ألا يعطى الحائز سيئ النية تعويضاً أصلا ، وإما أن يعطى تعويضاً فيكون له الحق في الحبس لضمان هذا التعويض ، وليس حتما أن يكون الحائز سيئ النية شخصاً فاسد الذمة ، فالمستأجر للعين والشريك في الشيوع كلاهما حائز سيئ النية ، وسواء كان الحائز حسن النية أو سيئها فالارتباط هو هو قائم ما بين الدينين (جوسران ٢ فقرة ١٤٧٥) .

هذا وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٩٨٠ من التقنين المدني على ما يأتي : " فإذا كانت المصروفات كمالية ، فليس للحائز أن يطالب بشيء منها ، ومع ذلك يجوز له أن ينـــزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى ، إلا إذا اختار المالك أن يستبقيها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة " . ونرى من ذلك النص أن الحائز ، سواء كان حسن النية أو سيئها ، إذا أنفق مصروفات كمالية ، فليس له أن يتقاضى عنها تعويضاً. وليس له إلا أن ينـــزع ما استحدثه من منشآت على نفقته ، على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى ، وإن تعذر ذلك فعليه أن يدفع تعويضاً عما أحدثه من الضرر . وللمالك أن يلزمه ينـــزع ما استحدثه على نفقته ، مع إعادة الشيء إلى حالته الأولى والتعويض إن كان له مقتض . وللمالك أيضاً أن يستبقى ما استحدثه الحائز ، وعند ذلك يلتزم بدفع قيمته مستحق الإزالة . ونرى — وأن كانت الفقرة الثانية من المادة ٢٤٦ لم يتناول نصها هذه الحالة — أن المالك إذا استبقى ما استحدثه الحائز في مقابل دفع قيمته مستحق الإزالة ، كان الارتباط المادي قائماً ما بين الدينين المتقابلين ، وجاز للحائز أن يحبس العين حتى يستوفى من المالك حقه . وليس هذا إلا تطبيقاً للقاعدة العامة الواردة في الفقرة الأولى من المادة ٢٤٦ ، وإذا كانت الفقرة الثانية من هذه المادة لم تتناول هذه الحالة ، فذلك لأنه يغلب في المصروفات الكمالية أن تنـــزع أو أن تترك دون تعويض ، فلم يعرض لها النص كما عرض للمصروفات الضرورية والمصروفات النافعة [1] .

ونصت المادة ٩٨٢ من التقنين المدني على أنه " يجوز للقاضي بناء على طلب المالك أن يقرر ما يراه مناسباً للوفاء بالمصروفات المنصوص عليها في المادتين السابقتين ، وله أن يقضي بأن يكون الوفاء على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة... ". فإذا قضت المحكمة بأن يكون الوفاء على أقساط دورية ، فقد أصبح الدين غير حال ، ويترتب على عدم حلول الدين أن يفقد الدائن حقه في حبس العين ، لأنه لا يجوز له الحبس إلا في دين حال كما قدمنا . ويفارق التقسيط الممنوح من القاضي الأجل الذي يمنحه القاضي في الحالات العادية (délai de grêce) — وهذا الأجل الأخير لا يمنع من الحبس كما رأينا — في أن الغرض المقصود بالتقسيط هو إلا يرهق المالك بدفع مبلغ جسيم من المال دفعة واحدة،

---

(١) وقد نصت المادة ٩٨١ من التقنين المدني على أنه " إذا تلقى شخص الحيازة من مالك أو حائز سابق ، وأثبت أنه أدى إلى سلفه ما أنفق من مصروفات ، فإن له أن يطالب بها المسترد " . ويفترض هذا النص أن الحائز الحالي ليس هو نفسه الذي أنفق المصروفات ، بل الذي أنفقها هو المالك الظاهر أو الحائز السابق الذي انتقلت منه إليه الحيازة ، فله أن يستردها — على النحو المبين فيما سلف — من المالك الحقيقي عندما يسترد هذا ملكه . وعندئذ يجوز للحائز الحالي أن يحبس العين حتى يستوفى حقه من المالك ، تطبيقاً للقاعدة العامة الواردة في الفقرة الأولى من المادة ٢٤٦ .

فقسط عليه التعويض تيسيراً له ، وليس من التيسير أن يحرم من ملكه ويبقى الحائز حابساً له حتى يستوفى القسط الأخير . على أن النص يقضى بأن هذا التقسيط الذي يمنحه القاضي مشروط بتقديم الضمانات اللازمة ، وقد رأينا أن القواعد العامة للحبس تسقط الحق فيه إذا قدمت هذه الضمانات . فللمالك إذن أن يسترد ملكه من الحائز ، إما لأن الدين الذي في ذمته غير حال ، وإما لأنه يكون قد قدم ضمانات كافية للوفاء بهذا الدين .

٦٥٢ – حق صاحب العلو في حبس السفل بعد أن يعيد بناءه : وهذه حالة تقوم على فكرة أن المصروفات التي أنفقت كانت ضرورية، لا في حفظ الشيء، بل فيما هو أبعد مدى من ذلك : في إنشاء الشيء مرة أخرى . فإذا كان هناك بناء ، له صاحب للعلو وصاحب للسفل ، وانهدم، وجب أن يبدأ صاحب السفل في إعادة بناء سفله، حتى يتمكن صاحب العلو من إعادة بناء علوه . فإذا امتنع صاحب السفل من إعادة بناء سفله ، وطلب صاحب العلو أن يعيد هو بناء السفل ، جاز له أن يفعل ذلك على نفقة صاحب السفل ، وله أن يحبس السفل حتى يستوفى حقه من صاحبه . وقد نصت المادة ٨٦٠ من التقنين المدني على هذا الحكم في العبـــارات الآتية: " ١ – إذا انهدم البناء وجب على صاحب السفل أن يعيد بناء سفله . فإذا امتنع ، جاز للقاضي أن يأمر ببيع السفل ، إلا إذا طلب صاحب العلو أن يعيد هو بناء السفل على نفقة صاحبه . ٢ – وفي الحالة الأخيرة يجوز لصاحب العلو أن يمنع صاحب السفل من السكنى والانتفاع حتى يؤدي ما في ذمته ، ويجوز له أيضاً أن يحصل على إذن في إيجار السفل أو سكناه استيفاء لحقه " .

ويلاحظ أن الحق في الحبس هنا قد يقترن ، بإذن من القاضي ، بأن ينتفع الحابس بالعين المحبوسة أو بأن يستغلها حتى يستوفى حقه من ثمرتها ، وهذا استثناء من القواعد العامة للحق في الحبس ، كما سنرى ، تبرره ظروف الحالة التي نحن بصددها .

المطلب الثاني

تطبيقات غير منصوص عليها في القانون

٦٥٣ – تطبيقات تذكر لا على سبيل الحصر : ولما كانت القاعدة العامة في الحبس الواردة في الفقرة الأولى من المادة ٢٤٦ قد أغنت المشرع في التقنين المدني الجديد عن الإكثار من إيراد التطبيقات ، فقد اقتصر هذا التقنين على التطبيقات التشريعية التي أسلفنا ذكرها ، وترك الباقي للقاعدة العامة . فنستعرض بعض تطبيقات لم يرد فيها نص

فيكتفي فيها بأعمال القاعدة العامة ، وغني عن البيان أن هذه التطبيقات لا نذكرها هنا على سبيل الحصر ، إذ توجد تطبيقات أخرى كثيرة غيرها لا يمكن حصرها، ويكفي فيها تطبيق القاعدة العامة في الحبس .

ونترك جانباً حق الحبس في رهن الحيازة ، فهذا قد نظمه القانون [1] . وهو يختلف عن الحبس الذي نحن بصدده في أنه يقترن بحق عيني هو حق الرهن ، ومكان دراسته في الرهن الحيازي . كذلك نترك جانباً حقوق الامتياز التي تقوم على فكرة الرهن ، فترتب حقاً في الحبس مصحوباً بحق امتياز ، وذلك كحق امتياز المؤجر [2] وحق امتياز صاحب الفندق [3] ، فهذه مكان دراستها في حقوق الامتياز .

ونميز هنا أيضاً ، كما فعلنا فيما تقدم ، بين تطبيقات تقوم على الارتباط القانوني أو التبادلي وتطبيقات تقوم على الارتباط المادي أو الموضوعي .

§ ١ – تطبيقات تقوم على الارتباط القانوني أو التبادلي

٦٥٤ – حق المؤجر في حبس العين المؤجرة وحق المستأجر في حبس الأجرة :

في عقد الإيجار ، وهو عقد ملزم للجانبين ، إذا لم يستوف المؤجر الأجرة الحالة كان له أن يحبس العين المؤجرة حتى يستوفيها [4] . وهذا تطبيق لمبدأ الدفع بعدم تنفيذ العقد، أي للحق في الحبس ، لم يرد فيه نص وليس في حاجة إليه .

والذي يقف النظر عنده في هذا التطبيق أن العين المحبوسة هي ملك للدائن الحابس، فالمؤجر يحبس العين التي أجرها وهي في الكثرة الغالبة من الأحوال ملكه . وقد كان هذا التطبيق ، باعتباره تطبيقاً للحق في الحبس ، يبدو غير مستقيم في عهد التقنين المدني السابق الذي كان يعد حق الحبس حقاً عينياً ، إذ المالك لا يكون له حق عيني على ملك نفسه غير حق الملكية [5] . أما في التقنين المدني الجديد ، حيث الحق في الحبس لا يعتبر حقاً عينياً بل هو مجرد دفع بعدم التنفيذ ، فالتطبيق مستساغ معقول .

---

(١) أنظر بنوع خاص المادة ١١١٠ من التقنين المدني .

(٢) أنظر المادتين ٥٨٩ و ١١٤٣ من التقنين المدني .

(٣) أنظر المادة ١١٤٤ من التقنين المدني .

(٤) استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٢٧ ص ٦٦ (في عهد التقنين المدني السابق كتطبيق لمبدأ الدفع بعدم تنفيذ العقد) .

(٥) إلا في حالات خاصة ، كالحائز للعين المرهونة (tiers détenteur) عندما يحل محل الدائن المرتهن في العين المرهونة ، فيكون له حق رهن على ملك نفسه .

كذلك للمستأجر ، لنفس الأسباب المتقدمة ، أن يحبس الأجرة حتى يتسلم العين المؤجرة ، إذا لم يكن مشترطاً تعجيل الأجرة قبل تسليم العين .

٦٥٥ — حق المستأجر في حبس العين المؤجرة للتحسينات التي استحدثها

استحدثها : نصت المادة ٥٩٢ من التقنين المدني على أنه " ١ — إذا أوجد المستأجر في العين المؤجرة بناء أو غراساً أو غير ذلك من التحسينات مما يزيد في قيمة العقار ، التزم المؤجر أن يرد للمستأجر عند انقضاء الإيجار ما أنفقه في هذه التحسينات أو ما زاد في قيمة العقار ، ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بغير ذلك . ٢ — فإذا كانت تلك التحسينات قد استحدثت دون علم المؤجر أو رغم معارضته ، كان له أيضاً أن يطلب من المستأجر إزالتها، وله أن يطلب فوق ذلك تعويضاً عن الضرر الذي يصيب العقار من هذه الإزالة إن كان للتعويض مقتض . ٣ — فإذا اختار المؤجر أن يحتفظ بهذه التحسينات في مقابل رد إحدى القيمتين المتقدم ذكرهما ، جاز للمحكمة أن تنظره إلى أجل للوفاء بها " . فهذا النص يميز بين ما إذا كان المستأجر قد استحدث التحسينات بعلم من المؤجر ومن غير معارضة منه ، دون أن يكون بينهما اتفاق ، أو استحدثها دون علم المؤجر أو رغم معارضته . ففي الحالة الأولى يخير المؤجر في أن يدفع للمستأجر أما ما أنفقه هذا في التحسينات وإما ما زاد في قيمة العقار بسببها ، وللمستأجر ، تطبيقاً لقاعدة الحق في الحبس ومن غير حاجة إلى نص خاص، أن يحبس العين المؤجرة حتى يستوفي من المؤجر إحدى القيمتين المشار إليهما . وفي الحالة الثانية يكون المؤجر بالخيار بين طلب إزالة التحسينات مع التعويض أن كان له مقتض ، وبين استبقاء هذه التحسينات في مقابل رد إحدى القيمتين إلى المستأجر ، كان لهذا ، تطبيقاً لقاعدة الحق في الحبس ومن غير حاجة إلى نص خاص ، أن يحبس العين المؤجرة حتى يستوفي ما له في ذمة المؤجر . فإذا نظر المؤجر إلى أجل ، تطبيقاً للفقرة الثالثة من المادة ٥٩٢ ، لم يعد للمستأجر الحق في حبس العين لأن الدين المقابل أصبح غير حال ، قياساً على ما قدمناه في حالة ما إذا قضت المحكمة بأن يكون الوفاء بالمصروفات للحائز على أقساط دورية وفقاً للمادة ٩٨٢ [1] .

٦٥٦ — حق المتقايض في حبس ما قايض به

: في عقد المقايضة يلتزم كل من المتقايضين أن يسلم للآخر الشيء الذي قايض به ، وتسرى على المقايضة أحكام البيع (م ٤٨٥ مدني) . فيجوز إذن لكل من المتقايضين ، تطبيقاً لقاعدة الحق في الحبس ، أن يحبس الشيء الذي قايض به حتى يقبض الشيء الذي قايض عليه . ولما كانت أحكام البيع

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٦٥١ .

تسرى على المقايضة ، فإن الأحكام المتعلقة بحبس البائع للمبيع ، وقد تقدم ذكرها ، تنطبق هنا [1] .

٦٥٧ – حق الواهب في حبس الهبة وحق الموهوب له في حبس العوض

العوض : نصت المادة ٤٩٧ من التقنين المدني على أن " يلتزم الموهوب له بأداء ما اشترط عليه من عوض ، سواء اشترط هذا العوض لمصلحة الواهب أم لمصلحة أجنبي أم للمصلحة العامة " . فهنا التزامان متقابلان مرتبطان أحدهما بالآخر ارتباطاً تبادلياً : التزام الواهب بتسليم العين الموهوبة ، والتزام الموهوب له بتسليم العوض . فيجوز إذن لكل من المتعاقدين، تطبيقاً لقاعدة الحق في الحبس ودون حاجة إلى نص خاص ، أن يحبس الالتزام الذي في ذمته حتى يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما في ذمته من التزام .

٦٥٨ – حق المقاول في حبس العمل وحق رب العمل في حبس الأجرة

الأجرة : نصت المادة ٦٥٦ من التقنين المدني على أنه " يستحق دفع الأجرة عند تسلم العمل ، إلا إذا قضى العرف أو الاتفاق بغير ذلك " . فهنا التزامان متقابلان يرتبط أحدهما بالآخر ارتباطاً تبادلياً : التزام المقاول بتسليم العمل والتزام رب العمل بدفع الأجرة . فيجوز إذن لكل من المتعاقدين ، تطبيقاً لقاعد الحق في الحبس دون حاجة إلى نص خاص [2] ، أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يستوفى حقه من المتعاقد الآخر [3] .

٦٥٩ – حق الموكل في حبس الأجرة والتعويض وحق الوكيل في حبس ما للموكل في ذمته

حبس ما للموكل في ذمته : نصت المادة ٧١٠ من التقنين المدني على ما يأتي : " على الموكل أن يرد للوكيل ما أنفقه في تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الإنفاق ،

---

(١) ويمكن القول بأنه حق المتقايض في حبس ما قايض به ورد فيه النص الخاص بحبس البائع للمبيع (م ٤٥٩ مدني)، إذ أن المادة ٤٨٥ مدني تنص على أنه "تسرى على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة، ويعتبر كل المتقايضين بائعاً للشيء الذي قايض به ومشترياً للشـــيء الذي قايض عليه".

(٢) وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد يشتمل على نص خاص سبقت الإشارة إليه ، وهو المادة ٩٠٢ من هذا المشروع ، وكانت تجرى ، كما رأينا ، على الوجه الآتي : " إذا كان العمل متعلقاً بمنقول و لم يحدد أجل لدفع الأجر ، جاز للمقاول أن يحبس هذا المنقول وغيره من الأشياء التي يكون رب العمل قد سلمها إليه لإجراء العمل ، وذلك إلى أن يستوفى أجره " . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة " اكتفاء بالقواعد العامة في حق الحبس " (مجموعة الأعمـــال التحضيرية ٥ ص ٤٧ هامش رقم ١) ، كما سبق القول (أنظر آنفاً فقرة ٦٤٣ في الهامش) .

(٣) أنظر في عهد التقنين المدني السابق ، وكتطبيق للدفع بعدم تنفيذ العقد : مصر الكلية الوطنية ٢١ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ١٨٠ ص ٤٧٠ .

وذلك مهما كان حظ الوكيل من النجاح في تنفيذ الوكالة " . ونصت المادة ٧١١ على أن " يكون الموكل مسئولا عما أصاب الوكيل من ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذاً معتاداً " . ونصت المادة ٧٠٦ على أنه " ١ — ليس للوكيل أن يستعمل مال الموكل لصالح نفسه . ٢ — وعليه فوائد المبالغ التي استخدمها لصالحه من وقت أن يعذر " . فهذه التزامات متقابلة مرتبطة بعضها ببعض ارتباطاً تبادلياً ومصدرها جميعاً عقد واحد ملزم للجانبين هو عقد الوكالة [١] . فيجوز إذن ، تطبيقاً لقاعدة الحق في الحبس ودون حاجة إلى نص خاص [٢] ، لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته حتى يستوفى حقوقه من المتعاقد الآخر [٣] .

٦٦٠ — حق المستعير في حبس العارية وحق المعير في حبس ما في ذمته للمستعير

: نصت المادة ٦٣٧ من التقنين المدني على أنه : " ١ — إذا اضطر المستعير إلى الإنفاق للمحافظة على شيء أثناء العارية ، التزم المعير أن يرد إليه ما أنفقه من المصروفات . ٢ — أما المصروفات النافعة فتتبع في شأنها الأحكام الخاصة بالمصروفات التي ينفقها من يحوز الشيء وهو سيئ النية ". ونصت الفقرة الثانية من المادة ٦٣٨ على ما يأتي: " ولا ضمان عليه (على المعير) كذلك في العيوب الخفية ، غير أنه إذا تعمد إخفاء العيب أو إذا ضمن سلامة الشيء منه ، لزمه تعويض المستعير عن كل ضرر يسببه ذلك " . ونصت الفقرة الأولى من المادة ٦٤٢ على أنه "متى انتهت العارية وجب على المستعير أ، يرد الشيء الذي تسلمه بالحالة التي يكون عيها ، وذلك دون إخلال بمسئوليته عن الهلاك أو التلف " . فهذه أيضاً التزامات متقابلة يرتبط بعضها ببعض ، فعلى المستعير أن يرد العارية عند انتهاء العقد ، وعلى المعير أن يعوض المستعير عن المصروفات وعن العيوب الخفية على النحو المبين في النص . فيجوز إذن لكل من المتعاقدين ، تطبيقاً لقاعدة الحبس دون حاجة إلى نص خاص [٤] ، أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته حتى يستوفى حقوقه ، وبوجه خاص يجوز للمستعير أن يحبس العارية حتى يستوفى ما في ذمة المعير بسبب المصروفات أو بسبب العيوب الخفية .

---

(١) قارن الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٢٩ ص ١٩٢ .

(٢) وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد يشتمل على نص خاص هو المادة ٩٨٧ من هذا المشروع، وكانت تجرى على الوجه الآتي : " للوكيل الحق في حبس الأشياء التي يملكها الموكل وتكون في يد الوكيل بحكم الوكالة ، وذلك ضماناً لتنفيذ الموكل لالتزاماته " . وقد حذفت هذه المادة في لجنة المراجعة " لأن حكمها مستفاد من قواعد الحبس " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢١٩ هامش رقم ١) .

(٣) أنظر في عهد التقنين المدني السابق وكتطبيق للدفع بعدم تنفيذ العقد : استئناف مختلط ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢١ .

(٤) وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد يشتمل على نص خاص هو المادة ٨٥٥ من هذا المشروع، وكانت تجرى على الوجه الآتي: " للمستعير أن يحبس الشيء تحت يده ، حتى يستوفى ما يستحقه بمقتضى =

٦٦١ – حق حافظ الوديعة في حبسها وحق المودع في حبس ما في ذمته لحافظ الوديعة

: نصت المادة ٧٢٥ من التقنين المدني على ما يأتي : " على المودع أن يرد إلى المودع عنده ما أنفقه في حفظ الشيء ، وعليه أن يعوضه كل ما لحقه من خسارة بسبب الوديعة " . ونصت المادة ٧٢٢ على أنه " 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 " . فهنا أيضاً التزامات متقابلة يرتبط بعضها ببعض ، فعلى حافظ الوديعة أن يرد الوديعة ، وعلى المودع أن يعوض حافظ الوديعة عن المصروفات وعما لحق هذا من خسارة بسبب الوديعة . فيجوز إذن لكل من المتعاقدين ، تطبيقاً لقاعدة الحبس ودون حاجة إلى نص خاص ، أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته حتى يستوفي حقوقه ، ومن ثم يجوز لحافظ الوديعة أن يحبس العين المودعة حتى يسترد المصروفات أو يتقاضى التعويض بحسب الأحوال [1] .

٦٦٢ – الحبس في حالة إبطال العقد أو فسخه

: نصت المادة ١٤٢ من التقنين المدني على أنه " ١ – في حالتي إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فإذا كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض عادل . ٢ – ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية إذا أبطل العقد لنقص أهليته ، أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد " . ونصت المادة ١٦٠ على أنه " إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بتعويض". ففي جميع هذه الأحوال تكون هناك التزامات متقابلة ارتبط بعضها ببعض ، وقد نشأت عن انحلال الرابطة التعاقدية إما بالإبطال أو بالفسخ ، فوجب على كل من الطرفين أن يرد للطرف الآخر ما أخذه منه بسبب تنفيذ العقد . ومن ثم يجوز لكل من الطرفين ، تطبيقاً لقاعدة الحبس ودون حاجة إلى

= المادتين السابقتين من مصروفات وتعويضات " . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة " اكتفاء بالقواعد العامة " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٧٣ هامش رقم ١) .

(1) لا يكون للمودع لديه أن يحبس الشيء المودع إلا مقابل استيفائه المصروفات الضرورية أو النافعة التي يكون قد أنفقها على ذات الشيء ، أما المصروفات التي لا تنفق على ذات الشيء المودع ، فإن التزام المودع بها لا يكون مرتبطاً بالتزام المودع لديه برد الوديعة ، وبالتالي لا يسوغ للمودع لديه أن يمتنع عن رد الوديعة عند طلبها ، بحجة اقتضاء مثل هذه المصروفات .
(جلسة ١٩٦٣/٦/٢٧ الطعن رقم ٢٨٦ لسنة ٢٨ ق س ١٤ ص ٩٤٦) .

نص خاص [1] ، أن يحبس ما في يده للطرف الآخر حتى يسترد ما له في يد هذا الطرف [2] [أ] .

وتطبيقاً لما تقدم نصت المادة ٤٦٨ من التقنين المدني ، في بيع ملك الغير ، على أنه " إذا حكم للمشترى بإبطال البيع وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع ، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية " فيجوز إذن للمشترى أن يحبس المبيع عن البائع حتى يستوفى هذا التعويض [3] . ونصت المادة ٥٠٣ ، في الهبة ، على أنه " ١ — يترتب على الرجوع في الهبة بالتراضي أو بالتقاضي أن تعتبر الهبة كأن لم تكن . ٢ — ولا يرد الموهوب له الثمرات إلا من وقت الاتفاق على الرجوع أو من وقت رفع الدعوى ، وله أن يرجع بجميع ما أنفقه من مصروفات ضرورية ، أما المصروفات النافعة فلا يجاوز في الرجوع بها القدر الذي زاد في قيمة الشيء الموهوب " . ويتبين من ذلك أن الموهوب له ، بعد الرجوع

---

(١) وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد يشتمل على نص خاص هو المادة ٢٢٤ من هذا المشروع، وكانت تجرى على الوجه الآتي : " إذا انحل العقد بسبب البطلان أو الفسخ أو بأي سبب آخر ، وتعين على كل من المتعاقدين أن يرد ما استولى عليه ، جاز لكل منهما أن يحبس ما أخذه مادام المتعاقد الآخر لم يرد إليه ما تسلمه منه أو يقدم ضماناً لهذا الرد ، وذلك طبقاً للقواعد المقرر في حق الحبس " . وقد حذفت هذه المادة في لجنة المراجعة "لأنها تطبيق للقاعدة العامة في حق الحبس " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣١ هامش رقم ١) . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (أنظر آنفاً فقرة ٦٤٣ في الهامش) .

(٢) أنظر في عهد التقنين المدني السابق كتوسع في حق البائع في حبس المبيع : مصر الكلية الوطنية ٤ مايو سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٣٢٢ ص ٦٧٥ .

(أ) للمشترى حق حبس العين المحكوم بفسخ عقد البيع الصادر له عنها حتى يوفيه البائع ما دفعه من الثمن تأسيساً على أن التزامه بتسليم العين بعد الحكم بالفسخ يقابله التزام البائع برد ما تسلمه من الثمن ، إلا أن حق المشترى في الحبس ينقضي بوفاء البائع بالتزامه .
(جلسة ١٩٦٨/٦/٢٧ السنة ١٩ ص ١٢٢٩) .

(٣) على أن الحبس في هذه الحالة يكون في مواجهة البائع لملك الغير ، لا في مواجهة المالك الحقيقي ، وكذلك إذا فسخ البيع فلا يكون الحبس لاسترداد الثمن إلا في مواجهة البائع ، وهذا يقتضي أن يكون الفسخ قد أعاد الملكية إلى البائع . وقد قضت محكمة مصر الكلية الوطنية بأن التسليم تجوزا للمشترى بحق حبس العقار المبيع إذا فسخ عقده حتى يستوفى ما قدمه من ثمن ، قياساً على حق البائع في الحبس ، يجب ألا يخرج عن الحالة التي يكون فسخ العقد فيها قد أعاد الملكية إلى البائع ، فبذلك لا يكون ثمة شذوذ في الأوضاع القانونية أو تناقض مع المنطق السليم ، بعكس ما إذا كان فسخ العقد بسبب وجود بيع سابق فلا يعيد الملكية إلى البائع، وإلا أدى القول بذلك إلى أن يبيع الشخص ملك غيره ، فينزعه المشترى من المالك الحقيقي ويحبسه حتى يستوفى ثمنه (٤ مايو سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٣٢٢ ص ٦٧٥ وهو الحكم الذي تقدمت الإشارة إليه في الهامش السابق) .

وسنرى فيما يلي (أنظر فقرة ٦٧٤ في الهامش) أن المالك للعين المحبوسة لا يحتج عليه بالحبس إذا لم يكن هو المدين للحابس .

في الهبه ، يلتزم برد الشيء الموهوب مع ثمراته ، ويلتزم الواهب برد المصروفات التي أنفقها الموهوب له ، وكل ذلك على الوجه المبين في النص . فيجوز لكل من الطرفين أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته حتى يتقاضى ما له من حقوق ، ويجوز بوجه خاص أن يحبس الموهوب له العين الموهوبة حتى يسترد ما أنفقه من المصروفات .

٦٦٣ – الحبس في حالة الفضالة : نصت المادة ١٩٣ من التقنين المدني على أن " يلتزم الفضولي بما يلتزم به الوكيل من رد ما استولى عليه بسبب الفضالة ، وتقديم حساب عما قام به " . ونصت المادة ١٩٥ على أنه " يعتبر الفضولي نائباً عن رب العمل ، متى كان قد بذل في إدارته عناية الشخص العادي ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة . وفي هذه الحالة يكون رب العمل ملزماً بأن ينفذ التعهدات التي عقدها الفضولي لحسابه ، وأن يعوضه عن التعهدات التي التزم بها ، وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التي سوغتها الظروف مضافاً إليها فوائدها من يوم دفعها ، وأن يعوضه عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل، ولا يستحق الفضولي أجراً على عمله إلا أن يكون من أعمال مهنته " . ويتبين من ذلك أن هناك التزامات متقابلة ما بين الفضولي ورب العمل قد ارتبط بعضها ببعض ، ونشأت كلها عن علاقة تبادلية غير تعاقدية . فالفضولي يلتزم برد ما استولى عليه بسبب الفضالة وبتقديم حساب عما قام به، ورب العمل يلتزم بتعويض الفضولي عن التعهدات التي التزم بها وعن النفقات التي سوغتها الظروف وعن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بأعمال الفضالة . ومن ثم يجوز لكل من الطرفين ، تطبيقاً لقاعدة الحبس ودون حاجة إلى نص خاص ، أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته حتى يستوفي حقوقه من الطرف الآخر [1] [1] .

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٦٤٣ – هذا يجوز للوكيل بالعمولة أن يحبس البضائع والأوراق التي اشتراها لحساب موكله ودفع ثمنها ، حتى يستوفي منه الثمن والعمولة (بودري ردي لوان ١ فقرة ٢٣٦) . كما يجوز للمحامي أن يحبس عن موكله أوراق القضية حتى يستوفي أتعابه ، بل ويجوز له ، وفقاً للقضاء الفرنسي، أن يحبس أيضاً عن الموكل المستندات والأوراق الأصلية (نقض فرنسي ١٠ لأغسطس سنة ١٨٧٠ داللوز ٧١ –١– ٤٠). وكانت المادة ٢٩ من قانون المحاماة (رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٤) لا تبيح للمحامي أن يحبس عن موكله ما عهد به إليه من مستندات وأوراق أصلية إلى أن يستوفي ما له من أتعاب . وهناك تطبيقات أخرى كثيرة غير التي ذكرناها يرجع فيها إلى القاعدة العامة في الحبس . فنكتفي بما قدمناه .

(1) لحائز الشيء الذي أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة حق حبسه حتى يستوفي ما هو مستحق له ، يستوي في ذلك أن يكون الحائز حسن النية أو سيئها ، إذا أعطى القانون بنص المادة ٢٤٦ مدني الحق في الحبس للحائز مطلقاً ، وبذلك يثبت لمن أقام منشآت على أرض في حيازته الحق في حبسها حتى يستوفي التعويض المستحق له عن تلك المنشآت طبقاً للقانون .
(جلسة ١٩٧٣/١٢/١٨ الطعن رقم ٢٣٩ لسنة ٣٨ ق س ٢٤ ص ١٢٨٧) .

§ ٢ – تطبيقات تقوم على الارتباط المادي أو الموضوعي

٦٦٤ – الحبس في حالات الالتصاق : سبق الكلام في حق الحائز في حبس العين لاسترداد ما أنفقه عليها من المصروفات [١] . فإذا كان هذا الحائز أقام على أرض الغير منشآت ، فقد تكفلت المواد ٩٢٤ إلى ٩٢٦ من التقنين المدني ببيان الحكم في ذلك ، مميزة بين ما إذا كان الحائز حسن النية أو سيئ النية .فإذا كان حسن النية ، خير صاحب الأرض بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل أو أن يدفع مبلغاً يساوى ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت . أو أن يستبقيها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة أو دفع مبلغ يساوى ما زاد في ثمن الأرض . ففي الحالات التي يستبقى فيها صاحب الأرض المنشآت مقابل دفع قيمة من القيم السالفة الذكر ، يكون هناك دينان متقابلان يرتبط كل منهما بالآخر ارتباطاً مادياً ، فعلى الحائز أن يرد الأرض لصاحبها ، وعلى صاحب الأرض أن يدفع للحائز القيمة التي اختار دفعها له . فيجوز إذن لكل من الطرفين ، تطبيقاً لقاعدة الحبس دون حاجة إلى نص خاص ، أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يتقاضى حقه ، وبخاصة يجوز للحائز أن يحبس الأرض عن صاحبها حتى يتقاضى منه التعويض المستحق .

٦٦٥ – حبس المشترى للعين المؤجرة : نصت المادة ٩٤٦ من التقنين المدني على أنه " ١ – إذا بنى المشترى في العقار المشفوع أو غرس فيه أشجاراً قبل إعلان الرغبة في الشفعة ، كان الشفيع ملزماً تبعاً لما يختاره المشترى أن يدفع له إما المبلغ الذي أنفقه أو مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس . ٢ – وأما إذا حصل البناء أو الغراس بعد إعلان الرغبة في الشفعة ، كان للشفيع أن يطلب الإزالة . فإذا اختار أن يستبقى البناء أو الغراس ، فلا يلزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس " . ويتبين من النص أنه يجب التمييز بين ما إذا كان المشترى بنى أو غرس قبل إعلان الرغبة في الشفعة ، أو بعد إعلان هذه الرغبة . ففي الحالة الأولى يكون المشترى حسن النية ، فله الخيار في أن يسترد من الشفيع إما المبلغ الذي أنفقه فعلا أو ما زاد في قيمة العقار . وفي الحالة الثانية يكون المشترى سيء النية ، ومن ثم يكون للشفيع طلب الإزالة وله استبقاء البناء أو الغراس مقابل دفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس . فهناك إذن التزامات متقابلة مترابطة ترابطاً مادياً ، فعلى المشترى أن يرد العين المشفوع فيها إلى الشفيع، وعلى الشفيع أن يرد إلى المشترى في مقابل البناء أو الغراس إحدى القيم السالفة الذكر .

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٦٥١ .

فيجوز إذن للمشترى ، طبقاً لقاعدة الحبس ودون حاجة إلى نص خاص ، أن يحبس العين المشفوع فيها حتى يستوفى القيمة المستحقة .

٦٦٦ – حق المشترى في حبس المنقول المسروق أو الضائع : نصت المادة ٩٧٧ من التقنين المدني على أنه " ١ – يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله، إذا فقده أو سرق منه ، أن يسترده ممن يكون حائزا له بحسن نية ، وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة . ٢ – فإذا كان من يوجد الشيء المسروق أو الضائع في حيازته قد اشتراه بحسن نية في سوق أو مزاد علني أو اشتراه ممن يتجر في مثله، فإن له أن يطلب ممن يسترد هذا الشيء أن يعجل له الثمن الذي دفعه " . ويتبين من هذا النص أن من يشترى بحسن نية شيئاً مسروقا أو ضائعا في سوق أو مزاد علني أو ممن يتجر في مثله لا يلزم برد الشيء إلى مالكه إلا إذا طلبه المالك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة ورد للمشترى الثمن الذي دفعه . وليس بين المشترى والمالك أية علاقة غير حيازة المشترى للشيء المسروق أو الضائع ، وقد أصبح المشترى دائناً باسترداد الثمن بمناسبة هذا الشيء الذي يجب عليه أن يرده للمالك . ومن ثم وجد ارتباط مادي أو موضوعي ما بين التزام المشترى برد الشيء إلى المالك والتزام المالك برد الثمن إلى المشترى ، فيجوز إذن للمشترى ، طبقاً لقاعدة الحبس ودون حاجة إلى نص خاص [(١)] ، أن يحبس الشيء عن المالك حتى يسترد منه الثمن [(٢)] .

٦٦٧ – حق المنتفع في حبس العين : نصت المادة ٩٨٩ من التقنين المدني على أن " ١ – المنتفع ملزم أثناء انتفاعه بكل ما يفرض على العين المنتفع بها من التكاليف المعتادة وبكل النفقات التي تقتضيها أعمال الصيانة . ٢ – أما التكاليف غير المعتادة والإصلاحات الجسيمة التي لم تنشأ عن خطأ المنتفع فإنها تكون على المالك ، ويلتزم المنتفع بأن يؤدي للمالك فوائد ما أنفقه في ذلك . فإن كان المنتفع هو الذي قام بالإنفاق ، كان له استرداد رأس المال عند انتهاء حق الانتفاع " . ويتبين من هذا النص أن التكاليف غير المعتادة والإصلاحات الجسيمة في العين المنتفع بها تكون على المالك لا على المنتفع ، فإذا قام المنتفع بها كان له استرداد رأس المال عند انتهاء حق الانتفاع . ومن ثم يوجد التزامان

---

(١) بل إن نص المادة ٩٧٧ يتضمن معنى الحبس ، فقد ورد فيه أن للمشترى أن يطلب من المالك " أن يعجل له الثمن الذي دفعه " . فتعجيل الثمن يفيد أن المشترى يؤخر تسليم الشيء حتى يستوفى الثمن (أنظر الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٤٠ ص ١٩٤ هامش رقم ١) .

(٢) أنظر في عهد التقنين المدني السابق : بني مزار ٢٢ فبراير سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٦ رقم ١٧ ص ١٢١ .

متقابلان مترابطان ترابطاً مادياً : التزام المنتفع برد العين المنتفع بها إلى المالك عند انتهاء حق الانتفاع ، والتزام المالك برد أصل ما أنفقه المنتفع في التكاليف غير المعتادة والإصلاحات الجسيمة . فيجوز إذن للمنتفع ، طبقاً لقاعدة الحبس ودون حاجة إلى نص خاص ، أن يحبس العين المنتفع بها حتى يستوفى حقه من المالك [1] .

الفرع الثاني

الآثار التي تترتب على الحق في الحبس

٦٦٨ – النصوص القانونية: تنص المادة ٢٤٧ من التقنين المدني على ما يأتي:

" ١ – مجرد الحق في حبس الشيء لا يثبت حق امتياز عليه " .

" ٢ – وعلى الحابس أن يحافظ على الشيء وفقا لأحكام رهن الحيازة ، وعليه أن يقدم حساباً عن غلته " .

---

(١) أنظر خلافاً في الرأي في فرنسا في بودري ودي لوان ١ فقرة ٢٤١ . والقضاء في فرنسا لا يسير في حق الحبس إلى مداه المنطقي . فقد رأيناه ينكر هذا الحق على الحائز سيئ النية (أنظر آنفاً فقرة ٦٥١ في الهامش). وهو ينكر أيضاً هذا الحق على الحائز للعقار المرهون ، إذا نزعت ملكيته ، ضماناً للمصروفات التي أنفقها ، وذلك لكيلا تتعطل دعوى الرهن (نقض فرنسي ١٤ نوفمبر سنة ١٨٨١ داللوز ٨٢ – ١ – ١٦٨ – محكمة بوردو الاستئنافية ١٢ أغسطس سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٦ – ٢ – ٤٠٩ – ترولون ٣ فقرة ٨٣٦ – ديرانتون ٢٠ فقرة ٢٧٢ – أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٦ مكررة – بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٥٨ ص ٦١٣ هامش رقم ١ – كولان وكابيتان وموراندير ٢ فقرة ١٤٨٢ – وأنظر عكس ذلك في أن لحائز العقار المرهون الحق في الحبس : ديمولومب ١ فقرة ٦٨٢ – بيدان ١ فقرة ٢٥٠) . أما في مصر فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ١٠٦٩ من التقنين المدني على ما يأتي : " ويلتزم الراسي عليه المزاد أن يرد إلى الحائز الذي نزعت ملكيته المصروفات التي أنفقها في سند ملكيته وفي تسجيل هذا السند وفيما قام به من الإعلانات ، وذلك إلى جانب التزاماته بالثمن الذي رسا به المزاد وبالمصروفات التي اقتضتها إجراءات التطهير " . ويبدو أن للحائز حبس العين حتى يستوفى هذه الحقوق ، تطبيقاً لقاعدة الحق في الحبس ودون حاجة إلى نص خاص (استئناف مصر ٢٦ مايو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٠٩ ص ٤١٥ – ومع ذلك أنظر : استئناف مختلط ١٨ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٦٢) . كذلك يوجد خلاف في فرنسا في حق الوارث الظاهر في أن يحبس ما في يده من أعيان التركة إذا كان قد دفع بعض ديون المورث ثم انتزع الوارث الحقيقي منه هذه الأعيان ، فللوارث الظاهر أن يرجع على الوارث الحقيقي بما دفعه من ديون التركة ، وله حق الحبس عند الفقهاء الذين يكتفون بقيام الارتباط ما بين الدينين ، وليس له هذا الحق عند الذين يشترطون فوق الارتباط الأصل المشترك (أنظر في هذه المسألة بودري ودي لوان ١ فقرة ٢٤٣) . أما في مصر فيبدو أن للوارث الظاهر الحق في الحبس ، دون حاجة إلى نص خاص ، لقيام الارتباط المادي ما بين الدينين .

" ١ — وإذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التلف ، فللحابس أن يحصل على إذن من القضاء في بيعه وفقاً للأحكام المنصوص عليها في المادة ١١١٩ ، وينتقل الحق في الحبس من الشيء إلى ثمنه " [1] .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن هذه الأحكام كان معمولا بها في جملتها دون نص ، إلا ما يتعلق بالفقرة الثالثة التي تنص على حالة من أحوال الحلول العيني ، كان من غير المتيسر الأخذ بها دون نص في عهد التقنين المدني السابق .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٤٨ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢٨٣ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٥٠ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٧٤ [2] .

والنص الذي نحن بصدده ، وكذلك النص التالي الذي يبين أسباب انقضاء الحق في الحبس ، إنما يعرضان للحالة التي تحبس فيها عين معينة بالذات في دين مرتبط بها ارتباطاً قانونياً أو ارتباطاً مادياً . أما إذا كان الشيء المحبوس ليس عيناً معينة بالذات ، فقواعد الدفع

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٣٣٢ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " ١ — ليس لمن حبس شيئا وفقا للمادة السابقة حق امتياز عليه . وعلى الحابس أن يحافظ على الشيء وأن يقدم حسابا عن غلته وفقاً للأحكام التي تسري في حقه الدائن المرتهن رهن الحيازة . ٢ — إذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التلف ، فللحابس أن يحصل على إذن من القضاء في بيعه وفقاً للإجراءات المرسومة لبيع الشيء المرهون حيازة ، وينتقل الحق في الحبس من الشيء إلى ثمنه " . وفي لجنة المراجعة لوحظ أن النص كما ورد في المشروع التمهيدي يلزم الحابس بواجب استغلال العين المحبوسة على النحو المقرر في حق الدائن المرتهن حيازة . وقد رؤى أنه يحسن عدم تقرير هذا الواجب ، ثم عدل النص إلى جانب ذلك تعديلا لفظياً جعله أدق في أداء المعنى ، فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وصار رقم المادة ٢٥٩ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢٤٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٥٣ — ص ٦٥٥) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٤٨ : (مطابقة لنص التقنين المدني المصري) . التقنين المدني العراقي م ٢٨٣ : (متفقة في الحكم مع نص التقنين المدني المصري ، ولا يوجد إلا بعض خلاف لفظي — وأنظر في شرح المادة الدكتور حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ١١٤) .

التقنين المدني الليبي م ٢٥٠ : (مطابقة لنص التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٧٤ : " إن حق الحبس ، مع مراعاة الحالة الخاصة المتقدم ذكرها (استرداد حيازة العين إذا نزعت خفية أو بالعنف) ، لا يمنح صاحبه حق التتبع ولا حق الأفضلية ، وإنما يمكن الاحتجاج به على الجميع ، بمعنى أن الحابس يحق له أن يرفض التخلي عن الشيء أية كانت شخصية المعارض " . (ويتفق التقنين اللبناني مع التقنين المصري في الحكم ، وإن اختلف في اللفظ — أنظر في هذا المعنى الدكتور صبحي المحمصاني في آثار الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٥١ — ص ٥٢) .

بعدم تنفيذ العقد هي التي تنطبق، وقد سبق لنا شرحها في الجزء الأول من هذا الوسيط [1]. ونقتصر هنا على الحالة التي يكون في الشيء المحبوس عيناً معينة بالذات . فالحابس للعين ، بمقتضى حبسه لها ، تتقرر له حقوق وتترتب عليه واجبات ، نتولى الآن بسطها .

المبحث الأول

حقوق الحابس للعين

٦٦٩ – علاقة الحابس بالمالك وعلاقته بالغير : نميز – في بسط حقوق الحابس للعين – بين علاقة الحابس بمالك العين وهو عادة المدين الذي تحبس العين في دينه ، وعلاقة الحابس بالغير .

المطلب الأول

علاقة حابس العين بمالكها

٦٧٠ – حبس العين عن مالكها : متى توافرت الشروط اللازمة لنشوء الحق في حبس العين ، أصبح للدائن الحق في حبس هذه العين عن مالكها [2] . فلا يستطيع هذا أن يطالب الحائز برد العين حتى يقوم بوفاء ما في ذمته من الدين للحائز .

---

(١) الوسيط الجزء الأول فقرة ٤٩٢ – فقرة ٥٠٣ .

(٢) وذلك دون حاجة إلى حكم أو حتى إلى إعذار كما سبق القول (أنظر آنفاً فقرة ٦٤٤ – استئناف مختلط ١٣ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٣٠) . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان العقد المحرر بين مدين ودائنه (بنك التسليف) ينص على أن المدين تعهد بأن يسدد إلى البنك مطلوبة على أقساط وبأن يقدم له عقاراً بصفة رهن تأميناً للسداد ، وعلى أن البنك تعهد من جانبه برفع الحجزين السابق توقيعهما منه على منقولات المدين وعقاراته متى تبين بعد حصول الرهن وقيده واستخراج الشهادات العقارية عدم وجود أي حق عيني مقدم عليه ، ثم فسرت المحكمة ذلك بأن قبول البنك تقسيط الدين متوقف على قيام المدين بتقديم التأمين العقاري بحيث إذا لم يقدم هذا التأمين بشروطه المنصوص عليها في العقد كان البنك في حل من قبول التقسيط ، وتعرفت نية المدين في عدم تقديم التأمين من خطاب صادر منه ، وبناء على ذلك قضت بعدم ارتباط البنك في التقسيط وبأحقيته في الاستمرار في التنفيذ بدينه على المنقولات والعقارات دون أن يكون ملزماً بتكليف المدين رسمياً بالوفاء ، فإن هذا الحكم لا يكون قد خالف القانون في شيء (نقض مدني ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ١٧ ص ٣٦) .

وتبقى العين محبوسة في يد الحائز حتى يستوفى هذا كل حقه [1] . فلو كان هذا الحق مصروفات ضرورية أو نافعة أنفقها الحائز على العين ، فللحائز أن يحبس العين حتى يستوفى من المالك جميع الحقوق التي قررها له القانون والتي سبق بيانها (م ٩٨٠ مدني) . ذلك أن الحق في حبس العين غير قابل للتجزئة (indivisible) [2] ، شأنه في ذلك شأن كل ضمان . فلو أن المالك وفى الحائز جزءاً من الدين ، فإن الحائز يبقى حابساً للعين كلها حتى يستوفى الباقي بأكمله [3] ، ولو أن الدين الذي في ذمة المالك انقسم على ورثته بعد موته — وهذا لا يقع في الفقه الإسلامي وإنما يقع في القانون الفرنسي — فإن الحائز يبقى حابساً للعين حتى يستوفي من كل وارث نصيبه في الدين . على أنه يجب على الحائز إلا يتعسف في استعمال حقه في الحبس ، فلو أن الباقي من الدين كان جزءاً قليلا تافهاً ، كان من التعسف كما قدمنا أن يبقى حابسا للعين كلها في هذا الجزء التافه، ووجب عليه أن يرد العين لمالكها مع مطالبته بالباقي من الدين [4] .

---

(١) أو يعرضه المدين عرضاً حقيقياً يقبله الحابس أو يحكم بصحته (الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات فقرة ١٦٨ ص ٢٥٤) . ولا يكفي أن يودع المدين المبلغ المستحق للدائن في خزانة المحكمة (استئناف مختلط ١٥ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٠٠) . على أنه إذا كان حق الدائن غير معلوم المقدار ، جاز للمدين أن يطلب من القاضي الإذن له في إيداع خزانة المحكمة مبلغاً كافياً ، يقدره القاضي ، على ذمة الدائن يفي بحقه عند تقديره ، ويكون للمدين بعد الإيداع إجبار الحابس على التسليم (استئناف مختلط ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢١ — ١٩ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٥٢ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٤٤ ص ٢٠٠ — وأنظر آنفاً فقرة ٦٤٢ في الهامش) .

(٢) بودري ودي لوان ١ فقرة ٢٤٤ .

(٣) نقض مدني ١٤ يونية سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥٨ ص ١٠٢٦ — ولو أن الصانع تسلم الخامات من رب العمل . وصنع بعضها وسلمه إليه قبل أن يتسلم أجره ، فإن له أن يحبس الباقي حتى يستوفي كل الأجرة ، ويدخل في ذلك الأجر عن الجزء الذي سبق له تسليمه (أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٦ مكررة ص ١٦٢ — ص ١٦٣ — بودري ودي لوان ١ فقرة ٢٤٤ ص ٢٣٣ — ص ٢٣٤ — بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٥٣ ص ٦٠٧) .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٦٤٤ — ويجوز لقاضي الأمور المستعجلة إذا كان واضحاً أن الباقي من الدين جزء تافه لا يستحق الحبس من أجله ، أو كان واضحاً أن الدين الذي حبست العين فيه ليس بمجدي ، أن يقضي برد العين إلى صاحبها (بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٥٧ ص ٦١١ هامش رقم ٤) . ويجوز أيضاً ، إذا تيسر ذلك ، أن يستبقي الحائز جزءاً من العين يتناسب مع الجزء الباقي من الدين محبوساً في يده . ويجب على كل حال التفريق بين الالتزامات الأساسية التي كانت سبباً حافزاً للتعاقد وهذه هي التي يجوز الحبس من أجلها ، وبين الالتزامات الثانوية وهذه لا محل للحبس فيها ، فإذا تعهد المؤجر بحرث الأرض ولم ينفذ تعهده ، لم يجز للمستأجر الامتناع عن سداد الإيجار (الفيوم الكلية ٧ أكتوبر سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٣ رقم ٤٨٤ ص ١١١٨) . وتقضي المحاكم في فرنسا بأن المهندس أو المحامي الذي يحبس مستندات لعميلة ، ويكون من الضروري تقديم هذه المستندات للدفاع عن مصالح العميل ، يلزم بتسليم هذه المستندات إلى أمين =

وما ذكرناه في حق المالك يسرى في حق ورثته ، فللحائز حبس العين في مواجهة ورثة المالك ، وهم خلفه العام ، حتى يستوفي كل حقه [1] . وكذلك ينتقل الحق في الحبس من الحائز إلى ورثته ، فلو مات الحائز كان لورثته حبس العين إلى أن يستوفوا حقهم الذي انتقل إليهم من مورثهم .

٦٧١ – لا يعطى الحبس بمجردة حق امتياز للحابس : على أن حبس العين على النحو المتقدم لا يجعل للحابس حق امتياز عليها ، وتقول الفقرة الأولى من المادة ٢٤٧ أن " مجرد الحق في حبس الشيء لا يثبت حق امتياز عليه [2] " . وهذا هو الجوهري في الحبس ، فهو ليس بحق عيني كما قدمنا . على أنه حتى لو كان حقاً عينياً – كما كان فعلا في التقنين المدني السابق – فإنه بمجردة لا يجعل للحابس حق امتياز [3] . ويترتب على ذلك أن الحابس إذا نفذ على العين المحبوسة بحقه ، فإنما ينفذ عليها كدائن عادي لا كدائن له حق امتياز ، فيزاحمه سائر الدائنين في الثمن ويقاسمونه فيه مقاسمة الغرماء . وهو متى أقدم على بيع العين جبراً في دينه . فقد نزل عن حقه في الحبس ، لأنه لا يستطيع – وهو الذي طلب البيع – أن يمتنع عن تسليم العين لم رسا عليه المزاد ، ولا يبقى أمامه إلا الثمن الذي رسا به المزاد يستوفي منه ، هو وسائر الدائنين كما قدمنا ، الحق الذي له [4] .

ولكن إذا بقي الحائز حابساً للعين ، و لم ينفذ عليها ، فإن حقه في الحبس يبقى قائما، حتى لو باع المالك العين من آخر أو نفذ أحد الدائنين الآخرين بحقه على العين فباعها جبراً لمن رسا عليه المزاد . ففي جميع هذه الأحوال يبقى حق الحائز في حبس العين قائما في

= يستخدمها لمصلحة العميل ، ثم يردها ثانية إلى من تسلمها منه (نقض فرنسي ١٩ يوليو سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٦ – ١ – ٩ – ٥ نوفمبر سنة ١٩٢٣ داللوز ١٩٢٤ – ١ – ٧٥ – بلانيول وريبير واسمان ٦ فقرة ٤٥٧ ص ٦١١ وهامش رقم ٥) .

(١) بودري ردي نوان ١ فقرة ٢٢٦ .

(٢) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٥٤ .

(٣) ولكن يلاحظ أنه من الجائز أن يكون الدين الذي حبست فيه العين له أيضاً حق امتياز بموجب القانون ، كما هي الحال في امتياز المبالغ التي صرفت في حفظ المنقول وفيما يلزم له من ترميم (م ١١٤٠ مدني) ، وكما هي الحال في امتياز المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين الذين عهد إليهم في تشييد أبنية أو منشآت أخرى أو في إعادة تشييدها أو ترميمها أو في صيانتها (م ١١٤٨ مدني) . ففي مثل هذه الأحوال يتقدم الحابس على سائر الدائنين ، ولكن لا بمقتضى حقه في حبس العين ، بل بمقتضى ما أثبته له القانون من حق الامتياز .

(٤) استئناف مصر ٩ فبراير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٨٨ ص ١١٧٤ الأستاذ سليمان ينسزع في التأمينات فقرة ٤١٥ .

مواجهة المشترى من المالك أو في مواجهة الراسي عليه المزاد [1] ، على تفصيل سيأتي بيانه عند الكلام في علاقة الحابس بالغير . ولا يبقى إلا توفيه الحابس حقه كاملا إذا لم يكن هو الذي نفذ على العين ، وينتهي الحق في الحبس في هذه الحالة إلى النتيجة الفعلية التي ينتهي إليها حق الامتياز [2] .

٦٧٢ – حبس الثمرات : وإذا كانت العين المحبوسة تنتج غلة أو ثمرات ، فليس للحائز إلا حبسها ، وليس له حق امتياز عليها ، شأنها في ذلك شأن العين نفسها [3] . وسنرى في واجبات الحابس أنه لا يلتزم باستغلال العين إلا إذا كانت بطبيعتها تنتج غلة . فإذا باع الحابس الغلة للتنفيذ عليها ، فقد حقه في حبسها ، كما رأيناه يفقد هذا الحق إذا ما نفذ على العين .

ولكن إذا كانت الغلة معرضة للتلف ، جاز للحائز استئذان القاضي في بيعها ويقوم ثمنها مقامها فيبقى حابساً له حتى يستوفى حقه [4] . ولكن لا يتقدم في هذا الثمن على سائر المدينين ، بل يقاسمونه فيه مقاسمة الغرماء إذا أراد التنفيذ عليه بحقه . ويتبين من ذلك أن هناك فرقاً بين أن يبيع الحابس الثمرات استيفاء لحقه وفي هذه الحالة يقاسمه الدائنون مقاسمة الغرماء، وبين أن يبيع الثمرات بإذن من القاضي لأنها معرضة للتلف وفي هذه الحالة يبقى

---

(١) استئناف مصر ٩ فبراير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٨٨ ص ١١٧٤ (وهو الحكم السابق الإشارة إليه) – وقارن : استئناف مصر ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٣٠٨ ص ٦٣٨ . وأنظر : الأستاذ سليمان ينـــزع في التأمينات فقرة ٤١٦ – الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٤٧ .

(٢) استئناف مصر ٩ فبراير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٨٨ ص ١١٧٤ (وهو الحكم السابق الإشارة إليه) – استئناف مختلط ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٣ – الأستاذ سليمان ينـــزع في التأمينات فقرة ٤١٥ – الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات فقرة ١٦٨ ص ٢٥٥ – الأستاذ عبد الحي حجازي ٣ ص ٢٢٠ – الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٤٧ – ص ٢٠٦ .

فالحبس إذن حالة مؤقتة تنتهي إما إلى إذعان المدين ودفعه الدين كاملا للحابس ، وإما إلى تخلي الحابس عن الحبس للتنفيذ على العين المحبوسة . وقد تنتهي إلى المطالبة بفسخ العقد ، وهذه هي حالة نهائية لا مؤقتة . وقد يتخلف عن الحبس أثر دائم كما في العقد الزمني أو المستمر (contrat successif) ، فإن شركة النور مثلاً إذا وقفت تنفيذ التزامها فقطعت النور عن المستهلك مدة من الزمن كان لهذا أثر دائم لا سبيل إلى الرجوع فيه (بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٥٧ ص ٦١٢) .

(٣) وتبقى الثمرات والغلة ملكاً لصاحب العين ، ولا يحرم هذا إلا من حق الاستعمال لأنه يتعارض مع الحق في الحبس . وتعتبر العين وغلتها داخلة في الضمان العام لدائني المالك ، فيجوز ، كما قدمنا ، لأي دائن التنفيذ بحقه عليها ، بشرط ألا يخل بالحق في الحبس (بيدان وفوارن فقرة ٢٨٢ – الأستاذ سليمان ينـــزع في التأمينات فقرة ٤١٢ ص ٥٩٩ – ص ٦٠٠) .

(٤) قياساً على بيع العين نفسها إذا تعرضت للتلف كما سيأتي (الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات فقرة ١٦٩) .

حابساً للثمن الذي يقوم مقام الثمرات ، فإذا ما نفذ على الثمن وهو محبوس في يده زاحمه الغرماء [1] .

المطلب الثاني

علاقة حابس العين بالغير

٦٧٣ – الدائنون العاديون : رأينا كما قدمنا أن ورثة المالك يحلون محله ولا يعتبرون من الغير ، فيسرى الحبس في حقهم كما كان يسرى في حق المالك مورثهم. أما الدائنون العاديون للمالك فهؤلاء يعتبرون من الغير ، ولكن مع ذلك يسرى الحبس في حقهم أيضاً كما يسرى في حق المالك . فلو أن دائناً عادياً للمالك – أياً كان تاريخ دينه وسواء كان متأخراً عن تاريخ ثبوت الحق في الحبس أو متقدما على هذا التاريخ [2] – أراد أن ينفذ بحقه على العين المحبوسة ، فباع العين جبراً فإن الحائز يستبقي حقه في الحبس في مواجهة هذا الدائن وفي مواجهة المشترى الراسي عليه المزاد – وهو أيضاً يعتبر من الغير – إلى أن يستوفى حقه كاملا [3] . ولو كان الحكم غير ذلك لفقد الحق في الحبس أهميته ، إذ كان أي دائن للمالك يستطيع أن يبيع العين جبراً فيفقد الحابس حقه في الحبس .

هذا هو مبلغ نفاذ الحق في الحبس في مواجهة الدائن العادي . وقد يؤدى ذلك من الناحية العملية ، كما قدمنا ، إلى أن يستوفى الحائز حقه كاملا قبل سائر الدائنين [4] ، ولكن ليس للحائز من الناحية القانونية ، كما سبق القول ، أي امتياز على العين المحبوسة.

---

(١) ويختلف المرتهن رهن حيازة ، بالنسبة إلى الثمرات ، عن الحابس . فالمرتهن يستثمر العين المرهونة استثمراً كاملا ، وما يحصل عليه من صافي الريع يخصم من الدين المضمون بالرهن ولو لم يكن قد حل أجله ، على أن يكون الخصم أولا من قيمة ما أنفقه في المحافظة على الشيء وفي الإصلاحات ، ثم من المصروفات والفوائد ، ثم من أصل الدين (م ١١٠٤ مدني) .

(٢) حتى لو شهر إفلاس المالك ومثل السنديك الدائنين ، فإن الحق في الحبس يكون نافذا في مواجهة الدائنين وأمين التفليسة الذي يمثلهم (انظر المادة ٤٥٩ فقرة ٢ مدني ، وهي تنص على حق البائع في حبس المبيع ، ولو لم يحل لأجل المشترط لدفع الثمن إذا سقط حق المشترى في الأجل بسبب شهر إفلاسه أو إعساره. فالبائع هنا يحبس المبيع عن دائني تفليسة المشترى : الأستاذ سليمان ينـــزع في التأمينات ص ٦٠١ هامش رقم ٢) .

(٣) استئناف مختلط ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٣ – أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٦ مكررة ص ١٦٣ – ص ١٦٤ .

(٤) قارن بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٥٨ ص ٥٠٦ .

٦٧٤ – الخلف الخاص : وهو كل من انتقلت إليه ملكية العين المحبوسة من المالك ، أو انتقل إليه منه حق عيني على العين المحبوسة . وذلك أن الحبس لا يعطل حق المالك في التصرف في ملكه فله أن يبيع العين وهي محبوسة في يد الحائز ، وله أن يرتب عليها حق رهن أو حق انتفاع أو حق ارتفاق أو غير ذلك من الحقوق العينية .

فإذا كانت العين المحبوسة عقاراً ، فإن المشترى من المالك والدائن المرتهن وصاحب حق الانتفاع أو حق الارتفاق أو غير ذلك من الحقوق العينية يجب عليهم أن يشهروا حقوقهم . فإن كانوا قد شهروا حقوقهم قبل أن يثبت للحائز الحق في حبس العين ، لم يسر هذا الحق في مواجهتهم ، فإن حقوقهم العينية على العين المحبوسة قد حفظت بالشهر قبل الحبس ، ولا يستطيع الحائز إذن أن يحبس عنهم العين . وأن كان قد شهروا حقوقهم بعد أن ثبت للحائز الحق في حبس العين [1] ، فأن هذه الحقوق العينية لا تنفذ في حق الحابس ، ويستطيع هذا أن يتمسك بحقه في الحبس في مواجهة المشترى أو الدائن أو أي صاحب حق عيني آخر [1] . ولو قلنا بغير ذلك وبأن الحبس لا يسرى في حق هؤلاء في هذه الحالة ، لسهل على المالك أن يتهرب من الحبس ببيعه العين أو بترتيب حق عيني عليها ، فيسقط الحبس في حق من تصرف له المالك .

أما إذا كانت العين المحبوسة منقولا ، فإن الحق في الحبس يسرى في حق من ترتبت لهم حقوق عينية بعد الحبس . ويسرى كذلك في حق من ترتبت لهم حقوق عينية قبل الحبس إذا كان الحابس حسن النية أي لا علم له بهذه الحقوق ، لأن الحبس يتضمن الحيازة والحيازة بحسن نية في المنقول لها هذا الأثر كما هو معروف [2] .

---

(١) ولا يشترط أن يكون السند المنشئ للحق في حبس العقار مسجلا (الأستاذ سليمان ينـــزع في التأمينات فقرة ٤١٨ ص ٦٠٨ – عكس ذلك : استئناف مصر ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٣٠٨ ص ٦٣٨ – الإسكندرية الكلية الوطنية ٢٩ يناير ســـنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ٧٤ ص ٢٠٤) .

(1) المقرر تنفيذا للحق في الحبس الذي نصت عليه المادة ١/٢٤٦ من القانون المدني من أن لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به ، أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا ، ومن ثم فإن للحائز ، أن يحتج بالحق في حبس العقار في مواجهة الغير ومن بينهم الخلف الخاص للبائع له ، إلا أن هذا الحق لا يسرى على من يشهر حقه من أصحاب الحقوق العينية قبل أن يثبت للحائز الحق في حبس العين ، لأن الحق في الحبس لا يختلط بالحقوق العينية ولا يشاركها في مقوماتها ، ولا يعطى لحائز الشيء الحق في التتبع والتقدم .
(جلسة ١٩٨٥/١٢/٣١ الطعن رقم ٨٨٥ لسنة ٥٢ ق) .
(جلسة ١٩٧٨/٣/٣٠ الطعن رقم ٢٩ ص ٩٣٢) .

(٢) أنظر في هذا المعنى أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٦ مكررة ص ١٦٣ – بوردي ودي لوان ١ فقرة ٢٤٩ ص ٢٣٩ – ص ٢٤٠ – بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٥٨ – الأستاذ عبدالحي حجازي ٣ ص ٢٢١ – =

بقي أن يكون سبب الحبس هو إنفاق مصروفات على العين . ففي هذه الحالة وحدها يسرى الحق في الحبس على الخلف الخاص دائماً ، سواء كانت العين المحبوسة منقولا أو عقاراً ، وسواء كان حق الخلف الخاص قد شهر بعد ثبوت الحق في الحبس أو قبل ذلك إن كانت العين عقاراً . ذلك أن إنفاق المصروفات على العين قد أفادها في ذاتها ، فأفاد تبعاً لذلك كل من يطالب باستردادها ولو كان حقه ثابتاً قبل إنفاق هذه المصروفات . ويصدق ذلك على المنقول ، حتى لو كان الحابس سيئ النية [1] .

المبحث الثاني

واجبات الحابس للعين

٦٧٥ – واجبات ثلاثة : رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٢٤٧ تقول : "وعلى الحابس أن يحافظ على الشيء وفقاً لأحكام رهن الحيازة ، وعليه أن يقدم حساباً عن غلته". فهناك إذن واجبان على الحابس : المحافظة على العين المحبوسة ، وتقديم حساب عن غلتها . يضاف إلى هذين الواجبين واجب ثالث ، هو رد العين المحبوسة إلى صاحبها عند انقضاء الحق في الحبس .

= الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٤٦ – وقارن جوسران ٢ فقرة ١٤٦٩ – أنسيكلوبيدي دالوز ٤ لفظ (Rétention) فقرة ٧٦ .

وقارن أيضاً الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات (فقرة ١٦٦) وهو يرى سريان الحق في الحبس في مواجهة الغير إطلاقاً ، ولو كسبوا حقوقاً شهروها قبل الحبس . وقارن الأستاذ سليمان بسرع في التأمينات (فقرة ٤١٨ – فقرة ٤٢٢) ويذهب إلى أن الحق في الحبس يحتج به الغير إطلاقاً ، ولا يستثنى إلا حالة ما إذا كان الحق في الحبس متفرعاً من رهن حيازي القيد على عقار وبيع العقار جبراً ، فحينئذ لا يحتج بالحق في الحبس على الراسي عليه المزاد .

(١) أنظر في هذا المعنى بلانيول وريبير وإسمان ٦ فقرة ٤٥٨ – الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٤٦ . وأنظر آنفاً فقرة ٦٤٣ في الهامش .

هذا وهناك " غير " لا يسرى عليه الحق في الحبس ، وهو المالك للعين المحبوسة إذا لم يكن هو المدين للحابس. فإذا باع شخص منك عينة وقبض الثمن ، ثم أبطل المشترى المبيع ، فليس له أن يحبس المبيع حتى يسترد الثمن إلا في مواجهة البائع وهو المدين له برد الثمن ، ومن ثم لا يجوز للمشترى أن يحبس المبيع في مواجهة المالك الحقيقي وهو غير مدين له بشيء (مصر الكلية الوطنية ٤ مايو سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٣٢٢ ص ٦٧٥ – وأنظر آنفاً فقرة ٦٦٢ في الهامش) . كذلك ليس للمقاول من الباطن أن يحبس العين عن المالك بما له من حق في ذمة المقاول الأصلي ، مادام المالك ليس مدينا لا للمقاول من الباطن ولا للمقاول الأصلي (استئناف مختلط ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٧١) .

٦٧٦ – المحافظة على العين المحبوسة : يلتزم الحابس بالمحافظة على العين المحبوسة وفقاً لأحكام رهن الحيازة . وأحكام رهن الحيازة في هذه المسألة مبسوطة في المادة ١١٠٣ ، وهي تنص على أنه " إذا تسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون ، فعليه أن يبذل في حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد ، وهو مسئول عن هلاك الشيء أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبي لا يد له فيه " . فالمرتهن حيازة ملتزم بالمحافظة على العين المرهونة ، والتزامه هذا هو التزام ببذل عناية لا التزام بتحقيق غاية .ومقدار العناية المطلوب منه أن يبذله في المحافظة على العين المرهونة هو عناية الشخص المعتاد ، وهو كما نرى معيار موضوعي لا ذاتي . ثم أنه ملتزم برد العين المرهونة عند انقضاء الرهن ، والتزامه هذا – على النقيض من التزامه بالمحافظة على العين – هو التزام بتحقيق غاية لا التزام ببذل عناية . ومن ثم فهو مسئول ، إذا لم يرد العين المرهونة لهلاك أو لتلف ، عن التعويض ، ما لم يثبت أن الهلاك أو التلف يرجع إلى سبب أجنبي [1] .

والذي يعنينا هنا هو الالتزام بالمحافظة على العين لا الالتزام بالرد . فالحبس ، كما قدمنا ، يلتزم بالمحافظة على العين المحبوسة [1] ، والتزامه هو التزام ببذل عناية ، هي عناية الرجل المعتاد . ومصدر هذا الالتزام هو القانون ، وقد رتب القانون الالتزام على واقعة مادية هي حبس العين .

فإذا قصر الحابس عن بذل هذه العناية ، اعتبر هذا خطأ منه ، وتحققت مسئوليته التقصيرية ، وأصبح ملزماً بالتعويض . ويعتبر مقصراً لو نزل عن عناية الرجل المعتاد ، حتى لو لم ينـــزل عن العناية التي يبذلها هو في حفظ ماله . فلو كانت العين المحبوسة سيارة أو داراً ، وكان الحابس معروفاً بالإهمال والتقصير ، وترك السيارة دون صيانة حتى أصيبت بتلف في بعض أجهزتها ، أو ترك الدار دون ترميم حتى تخرب بعض أجزائها ، كان مسئولا عن التعويض ، ولا يدفع عنه المسئولية أن يثبت أنه يفعل ذلك فيما هو مملوك له ويهمل هذه الإهمال في صيانة سيارته أو داره . ذلك أن مقدار العناية المطلوب منه هو ، كما قدمنا ، عناية الرجل المعتاد لا عنايته الشخصية ، والرجل المعتاد لا يأتي مثل هذا الإهمال . فإذا بذل

---

(١) أنظر في هذا المعنى الأستاذ سليمان ينـــزع في التأمينات العينية ص ٤١٠ – ص ٤١١ و ص ٦٠١ ، وفي عقد الإيجار طبعة ثانية فقرة ٢١٤ وفقرة ٢١٩ وفقرة ٢٢٣ – وقارن الأستاذ شفيق شحاته في النظرية العامة للتأمين العيني فقرة ١٥٣ – فقرة ١٥٤ .

(1) استعمال الناقل حقه في حبس الأشياء المنقولة أو بعضها استيفاء لأجرة النقل المستحقة له ، لا يعفيه من واجب المحافظة عليها في فترة احتباسها ، بل عليه أن يبذل في حفظها وصيانتها من العناية ما يبذله الشخص المعتاد ، ويكون مسئولا عن هلاكها وتلفها ، ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبي لا يد له فيه . (جلسة ١٩٦٦/١٢/١٥ السنة ١٧ ص ١٩٢٦) .

عناية الرجل المعتاد برئت ذمته من المسئولية ، حتى لو تعيبت العين المحبوسة في يده ، وثبت أن الحابس يبذل في المحافظة على ماله عناية أكبر من عناية الرجل المعتاد وأنه لو بذل مثل هذه العناية في المحافظة على العين المحبوسة لما تعيبت ، فليس يطلب منه أكثر من عناية الرجل المعتاد ، ارتفعت هذه العناية أو نزلت عن عنايته الشخصية بحفظ ماله [1] .

وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٢٤٧ على إجراء خاص يتخذه الحابس ، وهو متفرع عن التزامه بالمحافظة على العين المحبوسة ، فقضت بأنه " إذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التلف ، فللحابس أن يحصل على إذن من القضاء في بيعه وفقا للأحكام المنصوص عليها في المادة ١١١٩ ، وينتقل الحق في الحبس من الشيء إلى ثمنه " [2] . وهذا الإجراء فيه مصلحة مشتركة لكل من الحابس والمالك . فلو أن العين المحبوسة كانت مأكولا أو مشروبا مما يسرع إليه التلف ، فمن مصلحة الحابس محافظة على ضمانه أن يستأذن في بيعها ، وكذلك من مصلحة المالك محافظة على ملكه أن يطلب بيعها . لذلك نرى — قياسا على ما جاء في المادة ١١١٩ المشار إليها في النص — أن لكل من الحائز والمالك أن يطلب بيع العين المحبوسة في هذه الحالة ، بل إن الحائز يجب عليه ، إذا أيقن أن العين تهلك أو تتلف لو احتفظ بها ، أن يبادر إلى اتخاذ إجراءات البيع ، وإلا كان مقصرا في المحافظة على الشيء ، فإن هذا الإجراء هو ما يبادر إليه الرجل المعتاد في المحافظة على ماله . وأكثر ما يتحقق في ذلك المنقول ، فإن العقار قل أن يخشى عليه الهلاك أو التلف . وإجراءات البيع هي المذكورة في المادة ١١١٩ ، في رهن المنقول رهن حيازة إذا خيف على الشيء المرهون الهلاك أو التلف ، وتجرى هذه المادة على الوجه الآتي : " ١ — إذا كان الشيء المرهون مهددا بالهلاك أو التلف أو نقص القيمة بحيث يخشى أن يصبح غير كاف لضمان حق الدائن ، ولم يطلب الراهن رده إليه مقابل شيء آخر يقوم بدله ، جاز للدائن أو للراهن أن يطلب من القاضي الترخيص له في بيعه بالمزاد العلني أو بسعره في البورصة أو السوق . ٢ — ويفصل القاضي في أمر إيداع الثمن عند الترخيص في البيع ، وينتقل حق الدائن في هذه الحالة من الشيء إلى ثمنه" . والإذن يكون أمرا على عريضة تتبع فيه الإجراءات المقررة في مثل هذه الأوامر . ويكون البيع ، كما تقرر المادة ١١١٩ ، بالمزاد

---

(١) وعبء الإثبات يقع على عاتق المالك ، وهو الدائن في هذا الالتزام ، فعليه أن يثبت أن العين قد تعيبت. فإذا ما أثبت ذلك ، فقد أقام قرينة قضائية على أن الحابس لم يقم بالتزامه من المحافظة على الشيء . فإذا أراد الحابس أن يدحض هذه القرينة ، فعليه أن يثبت أنه بذل في المحافظة على الشيء عناية الرجل المعتاد، أو أن التعيب يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه . أنظر في عبء إثبات الالتزام ببذل العناية : الوسيط الجزء الأول فقرة ٤٢٩ .

(٢) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٥٤ .

العيني وفقا للإجراءات المقررة في البيوع الجبرية ، فإذا كان للعين سعر معروف في البورصة أو الأسواق التجارية بيع بهذا السعر دون حاجة إلى إجراءات المزاد العلني . ولا يعتبر طلب الحابس بيع العين في هذه الحالة تنفيذا على العين ، وإلا لفقد حقه في الحبس كما قدمنا . وإنما يعتبر هذا الإجراء إجراء ضرورياً للمحافظة على العين من الهلاك أو التلف ، فلا يفقد الحابس حقه في الحبس ، ولكن ينقل هذا الحق من الشيء إلى ثمنه كما تقول كل من المادتين ٢٤٧ و ١١١٩ . وهذا معناه أن الثمن يحل حلولا عينياً محل العين المحبوسة ، وهذه حالة من حالات الحلول العيني نص عليها القانون . ويعين القاضي الجهة التي يودع فيها الثمن ، فقد تكون خزانة المحكمة ، وقد تكون جهة الحابس نفسه ، وقد يودع الثمن عند أمين [1] .

٦٧٧ — تقديم الحساب عن الغلة : في رهن الحيازة يلتزم المرتهن باستغلال العين المرهونة استغلالا كاملا ، ثم يخصم الغلة من الدين ، وقد نصت المادة ١١٠٤ من التقنين المدني في هذا الصدد على ما يأتي : " ١ — ليس للدائن أن ينتفع بالشيء المرهون دون مقابل . ٢ — وعليه أن يستثمره استثماراً كاملا ما لم يتفق على غير ذلك . ٣ — وما حصل عليه الدائن من صافي الريع وما استفادة من استعمال الشيء يخصم من المبلغ المضمون بالرهن ولو لم يكن قد حل أجله ، على أن يكون الخصم أولا من قيمة ما أنفقه في المحافظة على الشيء وفي الإصلاحات ، ثم من المصروفات ، ثم من أصل الدين " .

وقد رأينا أن الحابس ، خلافاً للدائن المرتهن رهن حيازة ، ليس له أن يستولي على الثمرات يخصمها من الدين ، بل كل ما له هو أن يحبسها مع العين حتى يستوفي حقه ، وقد يبيعها إذا كان يخشى عليها الهلاك أو التلف ويحبس الثمن كما سبق القول . وكما أن الحابس ليس له أن يتملك الثمرات خصما من الدين ، كذلك ليس عليه ، خلافا للدائن المرتهن رهن حيازة ، التزام باستغلال العين المحبوسة . وقد كان المشروع التمهيدي ينص المادة ٢٤٧ يجري على الوجه الآتي :" ... وعلى الحابس أن يحافظ على الشيء وان يقدم حساباً عن غلته وفقا للأحكام التي تسري في حق الدائن المرتهن حيازة". وفي لجنة المراجعة لوحظ أن النص على هذا النحو يقرر التزاما في ذمة الحابس باستغلال العين استغلالا كاملا على الوجه المقرر في شأن الدائن المرتهن رهن حيازة ، ورؤى أنه يحسن عدم تقرير هذا الالتزام ، فعدل النص على الوجه الآتي : " وعلى الحابس أن يحافظ على الشيء وفقاً

---

(١) وهناك واجب آخر على الحابس يتفرع من أنه يعتبر هو ، لا المالك ، الحارس للعين المحبوسة ، إذ يترتب على ذلك أنه يكون مسئولا عما تحدثه العين من الضرر للغير مسئولية الحارس عن الأشياء (دريدا في أنسيكلوبيدي داللوز ٤ لفظ Rétention فقرة ٦١ ص ٧٠٨ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٤٥ ص ٢٠٢ .

لأحكام رهن الحيازة ، وعليه أن يقدم حساباً عن غلته [1] " . فلم يرتب النص في شأن الغلة إلا التزاما بتقديم الحساب ، ولم يجعله خاضعاً لأحكام رهن الحيازة كما جعل التزام المحافظة على الشيء لئلا يكون هناك التزام في ذمة الحابس باستغلال العين المحبوسة .

ولكن الالتزام بتقديم الحساب عن الغلة يقتضي بطبيعة الحال أن يقبض الحابس هذه الغلة ويحبسها ، ثم يقدم حساباً عنها للمالك [2] . فالعين إذا كانت بطبيعتها تنتج غلة ، كأرض تزرع أو دار تسكن أو أوراق مالية تنتج أرباحاً ، فعلى الحابس أن يستمر في زراعة الأرض ، وسكنى الدار أو إيجارها ، وقبض أرباح الأوراق المالية ، وما إلى ذلك . وله أن يحبس هذه الغلة حبسه للعين ذاتها ، وعليه أن يقدم حساباً عن الغلة إلى المالك عند انقضاء الحق في الحبس ، فيرد له العين وغلتها . أما إذا كانت العين لا تنتج بطبيعتها غلة ، كسيارة أو ساعة أو أثاث أو نحو ذلك ، فلا يلتزم الحابس باستغلالها ، بل يبقيها عنده دون استغلال مع المحافظة عليها وصيانتها على النحو الذي قدمناه [3] .

٦٧٨ - رد العين المحبوسة : ويلتزم الحابس أخيراً برد العين المحبوسة للمالك عند انقضاء الحق في الحبس . وهذا الالتزام يختلف مصدره باختلاف العلاقة السابقة فيما بين الحابس والمالك . فقد يكون مصدره العقد ، كما في حبس البائع للمبيع حتى يستوفي الثمن ، فإذا ما استوفاه انقضى حقه في الحبس ووجب عليه تسليم المبيع إلى المشترى ، ومصدر الالتزام بالتسليم هو عقد البيع . وقد يكون مصدره غير العقد ، كما إذا حاز شخص أرضا مملوكة للغير وبنى عليها أو غرس ، ثم حبسها حتى يستوفي حقه في التعويض . فهو بعد استيفائه حقه ملزم برد الأرض إلى صاحبها . ومصدر الالتزام هنا هو الإثراء بلا سبب . وأيا كانت علاقة المالك بالحابس . فإن المالك يستطيع دائما ، باعتباره مالكا ، أن يرفع على الحابس بعد انقضاء الحق في الحبس دعوى عينية باستحقاق العين

ونرى من ذلك أن التزام الحابس برد العين بعد انقضاء الحق في الحبس لا يرجع إلى الحبس ذاته ، فالحبس مجرد واقعة مادية لا ترتب التزاما على الحابس برد العين إلى صاحبها . ولكن إذا انقضى الحبس ، فقد زال المانع الذي كان يحول دون الرد ، فيعود الالتزام بالرد في ذمة الحابس وفقا للعلاقة القانونية التي كانت تربطه بالدائن قبل الحبس .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٥٣ — ص ٦٥٥ — وانظر آنفاً في تاريخ نص المادة ٢٤٧ ما قدمناه في فقرة ٦٦٨ في الهامش .

(٢) نقض مدني ٤ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٣ ص ٢٢٤ .

(٣) قارن الأستاذ سليمان مرقس في التأمينات فقرة ٤١٣ ص ٦٠١ — الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات فقرة ١٦٩ ص ٢٥٦ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٤٥ ص ٢٠٢ .

ومن هنا نتبين الفرق بين الحبس ورهن الحيازة . ففي رهن الحيازة يلتزم الدائن المرتهن برد العين المرهونة بموجب عقد الرهن ذاته ، ويكون مسئولا عن الهلاك والتلف إلا إذا أثبت السبب الأجنبي ، فالالتزام بالرد التزام بتحقيق غاية مصدره العقد . أما الحابس فيرجع التزامه بالرد إلى العلاقة التي كانت بينه وبين المالك قبل الحبس كما سبق القول ، وهذه العلاقة هي التي تحدد مدى الالتزام بالرد ، ومن يتحمل تبعة الهلاك وما إلى ذلك ، ومن ثم لا يكون هناك محل لتطبيق أحكام رهن الحيازة في التزام الحابس بالرد [1] .

الفرع الثالث

انقضاء الحق في الحبس

٦٧٩ — النصوص القانونية: تنص المادة ٢٤٨ من التقنين المدني على ما يأتي:

" ١ — ينقضي الحق في الحبس بخروج الشيء من يد حائزة أو محرزه " .

" ٢ — ومع ذلك يجوز لحابس الشيء إذا خرج الشيء من يده خفية أو بالرغم من معارضته ، أن يطلب استرداده ، إذا هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذي علم فيه بخروج الشيء من يده وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه [2] " .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، والذي زاده نص التقنين الجديد أنه نظم المواعيد التي يجوز استرداد الحيازة فيها [3]

---

(١) قارن الأستاذ سليمان بسراع في التأمينات فقرة ٤١٣ ص ٦٠٢ — الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات فقرة ١٦٩ ص ٢٥٦ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٣٣٣ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " ١ — ينقضي الحق في الحبس بفقد الحيازة . ٢ — ومع ذلك يجوز لحابس الشيء إذا خرج الشيء من حيازته خفية أو بالرغم من معارضته ، أن يطلب استرداد الحيازة ، إذا هو قام بهذا الطلب في خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذي علم فيه بخروج الشيء من حيازته " . وفي لجنة المراجعة استبدلت عبارة " بخروج الشيء من يد حائزة أو محرزه " بعبارة " بفقد الحيازة " حتى يكون النص أدق تعبيراً عن المعنى ، ووضع حد زمني ينقضي حق الحبس بانقضائه ولو لم يعلم الحابس بخروج الشيء من يده لوضع حد للمنازعات ، وحدد الأجل بسنة . فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين الجديد . وصار رقمه ٢٦٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٤٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٥٦ — ص ٦٥٧) .

(٣) والعبرة في تطبيق هذه المواعيد بالوقت الذي خرج فيه الشيء المحبوس من يد الحابس . فإن كان ذلك قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فالتقنين السابق هو الذي يطبق . وإلا طبق التقنين الجديد بمواعيده المستحدثة .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٤٩ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢٨٤ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٥١ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٧٣ [١] .

ويعرض النص لأحد أسباب انقضاء الحق في الحبس ، وهو خروج العين من يد الحابس ، لتنظيمه تنظيماً خاصاً . وإذا استعرضنا جميع أسباب الانقضاء ، أمكن تقسيمها إلى قسمين : انقضاء الحق في الحبس بطريق تبعي ، وانقضائه بطريق أصلي .

المبحث الأول

انقضاء الحق في الحبس بطريق تبعي

٦٨٠ — انقضاء الحق في الحبس بانقضاء الحق المضمون به : الحق في الحبس إنما شرع لتأمين حق للحابس في ذمة مالك العين المحبوسة . فإذا انقضى حق الحابس في ذمة المالك ، انقضى الحق في الحبس تبعاً لذلك . وهذا هو الانقضاء بطريق تبعي . مثل ذلك أن يستوفي الحابس المصروفات التي أنفقها على العين المحبوسة ، فلا يعود هناك محل لبقاء العين محبوسة في يده ، ويجب أن يردها للمالك [٢] .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٤٩ : (مطابقة لنص التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني العراقي م ٢٨٤ : (مطابقة لنص التقنين المدني المصري . وأنظر في شرح النص الدكتور حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ١١٥) .
التقنين المدني الليبي م ٢٥١ : (مطابقة لنص التقنين المدني المصري) .
تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٧٣ : " أن حق الحبس يزول بزوال الإحراز لأنه مبني عليه . وإنما يحق للدائن إذا انتزع منه الشيء خفية أو بالعنف أن يطلب إعادة الحال إلى ما كانت عليه بشرط أن يقدم هذا الطلب في خلال ثلاثين يوماً تبتدئ من تاريخ علمه بذلك الانتزاع " . (وهذا النص مطابق في الحكم لنص التقنين المدني المصري فيما عدا ميعاد السنة الذي لم يرد في نص التقنين اللبناني ، ويذهب الدكتور صبحي المحمصاني إلى أن هذا الميعاد وهو أيضاً موافق للمبدأ الوارد في قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٤٨ من أنه لا تقبل الدعوى التصرفية إلا في خلال سنة تبتدئ من تاريخ وقوع التعرض لحق التصرف : أحكام الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٥٠) .

(٢) وقد رأينا (أنظر فقرة ٦٧٠ في الهامش) أن الحق في الحبس لا ينقضي بإيداع المبلغ المستحق للحابس خزانة المحكمة (استئناف مختلط ١٥ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٠٠) ، وأنه (أنظر فقرة ٦٤٢ في الهامش) إذا كان المبلغ المستحق للحابس لم يتم تقديره جاز للمحكمة أن تأمر المدين بأن يودع خزانة المحكمة مبلغاً كافياً ، ويقوم الإيداع في هذه الحالة مقام الوفاء من حيث إنهاء الحق في الحبس (استئناف مختلط ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢١ — ١٩ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٥٢) . ومن ثم يجوز تقدير أتعاب =

وينقضي حق الحابس في ذمة المالك بأي سبب من أسباب انقضاء الالتزام . فقد ينقضي بالوفاء ، وهذا هو السبب الغالب المألوف . وينقضي أيضاً بما يقوم مقام الوفاء ، كالتجديد والمقاصة واتحاد الذمة . وينقضي أخيراً من غير وفاء أصلا ، كما إذا أبرأ الحابس المالك أو سقط الحق من جراء استحالة تنفيذه لسبب أجنبي .

فإذا انقضى حق الحابس في ذمة المالك بالوفاء أو بغيره ، لم يزل الحق في الحبس إلا إذا انقضى الحق كله . أما إذا بقي جزء منه ، فإن العين تبقى محبوسة في هذا الباقي [1] . وقد قدمنا أن الحق في الحبس غير قابل للتجزئة [2] .

٦٨١ – عدم الانقضاء بالتقادم : ويلاحظ أن الحق الذي للحابس في ذمة المالك ، مادامت العين محبوسة في هذا الحق ، لا يتقادم ، إذ حبس العين فيه يمنع من تقادمه. والحق في الحبس نفسه لا يزول بالتقادم ، لأن الحبس حالة مادية مستمرة لا يتصور فيها التقادم . ومن ثم لا يمكن انقضاء الحق في الحبس بالتقادم ، لا بتقادمه هو ولا بتقادم الحق المضمون به [3] .

المبحث الثاني

انقضاء الحق في الحبس بطريق أصلي

٦٨٢ – أسباب الانقضاء بطريق أصلي : وقد ينقضي الحق في الحبس وحده – دون الحق المضمون به – بطريق أصلي . ويتحقق ذلك في الأحوال الآتية :

(أولا) تقديم تأمين كاف للوفاء بالحق المضمون بالحبس (م ٢٤٦ فقرة أولى مدني) .

(ثانياً) هلاك العين المحبوسة .

= الحارس القضائي مؤقتاً وإيداعها خزانة المحكمة ، فينقضي بذلك حق الحارس في حبس الأعيان ، وهذا ما لم تكن هذه الأعيان الموضوعة تحت الحراسة ، فلا يكون للحارس القضائي حق حبس بالنسبة إلى الأعيان الموقوفة التي أدرجت خطأ (استئناف مختلط ١٠ نوفمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ١٣) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٦٤٤ وفقرة ٦٧٠ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٦٧٠ . وأنظر في انقضاء الحق في الحبس بطريق تبعي الدكتور صلاح الدين الناهي في الامتناع المشروع عن الوفاء فقرة ٢٢٧ – فقرة ٢٣٦ .

(٣) ديرانتون ١٨ فقرة ٥٥٣ – جيللوار في حق الحبس فقرة ١٢٢ – بودري وتيسييه فقرة ٥٣٠ – بودري ودي لوان ١ فقرة ٢٥٠ – الأستاذ سليمان ينسزع في التأمينات فقرة ٤٢٤ – الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات فقرة ١٧١ .

(ثالثاً) عدم قيام الحابس بالتزامه من المحافظة على العين المحبوسة .

(رابعاً) نزول الحابس عن حقه في الحبس ، وأكثر ما يكون ذلك بخروج العين من يد الحابس طوعاً وهذه هي الحالة التي عرضت لها المادة ٢٤٨ من التقنين المدني .

٦٨٣ – تقديم تأمين كاف للوفاء بالحق المضمون بالحبس : هذا السبب لانقضاء الحق في الحبس بطريق أصلي منصوص عليه صراحة في آخر الفقرة الأولى من المادة ٢٤٦ من التقنين المدني ، فقد جاء في هذا النص أن الحبس يكون جائزاً " مادام الدائن (أي مالك العين) لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا " . وذلك أن الغرض من الحق في الحبس هو تأمين الحابس على حقه في ذمة المالك ، فإذا استطاع المالك أن يقدم له تأميناً آخر كافياً – كفالة أو رهنا أو نحو ذلك [1] – لم يعد هناك مقتض للاستمرار في حبس العين . والقاضي هو الذي يبت فيما إذا كان التأمين الذي يقدمه المالك كافياً ، عند الخلاف في ذلك [2] .

وقد وردت تطبيقات تشريعية لهذا السبب من الانقضاء . من ذلك ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٦٠٥ من التقنين المدني ، في صدد حق المستأجر في حبس العين المؤجرة حتى يستوفى التعويض المستحق له عند بيع العين ، من أن المستأجر لا يجبر " على الإخلاء إلا بعد أن يتقاضى التعويض من المؤجر أو ممن انتقلت إليه الملكية نيابة عن المؤجر ، أو بعد أن يحصل على تأمين كاف للوفاء بهذا التعويض " . ومن ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة ٩٨٢ ، في صدد جواز تقسيط ما يترتب في ذمة المالك للحائز بسبب المصروفات ، من أن للقاضي " أن يقضي بأن يكون الوفاء على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة". ومن ذلك أخيراً ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٤٥٧ ، في صدد حق

---

(١) والتقنين المدني الألماني (م ٢٧٣) يستبعد الكفالة ، ويستبعد (م ٣٢٠) في الدفع بعدم تنفيذ العقد تقديم أي تأمين ولو كان تأميناً عينياً . ويذهب الدكتور صلاح الدين الناهي إلى أن سكوت المشرع المصري عن جواز تقديم تأمين في الدفع بعدم تنفيذ العقد وتصريحه بهذا الجواز في الحق في الحبس كان متعمداً ، فلا يجوز في الأول ما يجوز في الثاني . ذلك أن الدفع بعدم تنفيذ العقد يقوم على ارتباط سببي بين الالتزامين ، فكل من الطرفين لم يلتزم إلا للحصول على عين ما التزم به الطرف الآخر ، فلا يجوز إجباره على تنفيذ التزامه إلا إذا تحقق سببه بأن قام المتعاقد الآخر بالتنفيذ فعلا ، على عكس الحال في صور الحبس الأخرى حيث لا توجد علاقة سببية بين الالتزامين (الدكتور صلاح الدين الناهي في الامتناع المشروع عن الوفاء فقرة ٤٥ – سالي في الالتزامات في القانون الألماني فقرة ١٧١ – الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام ص ٢٠٠ هامش رقم ٢ – قارن بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٤٥ ص ٦٠١ هامش رقم ٣) .

(٢) الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات فقرة ١٧٢ ص ٢٥٨ – الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٤٤ ص ٢٠٠ .

المشترى في حبس الثمن ، من أنه " إذا تعرض أحد للمشترى مستندا إلى حق سابق على البيع أو آيل من البائع ، أو إذا خيف على المبيع أن ينـــزع من يد المشترى ، جاز له ما لم يمنعه شرط في العقد أن يحبس الثمن حتى ينقطع التعرض أو يزول الخطر . ومع ذلك يجوز للبائع في هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلا " .

على أن هناك حالة من حالات الحبس صرح المشرع استثناء بعدم جواز انقضاء الحق في الحبس فيها بتقديم تأمين يحل محل الحبس ، وهذه هي حالة حبس البائع للمبيع حتى يستوفى الثمن . فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٤٥٩ من التقنين المدني على أنه "إذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع في الحال ، فللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى ما هو مستحق له ، ولو قدم المشترى رهناً أو كفالة ، هذا ما لم يمنح البائع المشترى أجلا بعد البيع" . ففي هذه الحالة وحدها لا ينقضي الحق في الحبس بتقديم تأمين كاف ، وهذا استثناء من القاعدة العامة التي بسطناها ورد بصريح النص ، ويبرره أن البائع ليس في حاجة إلى تأمين فإن له حق امتياز على المبيع ، وإنما هو في حاجة إلى حبس المبيع بالذات للضغط على المشترى حتى يوفى له بالثمن ، كما سبق القول[1] .

٦٨٤ – هلاك العين المحبوسة : وإذا هلكت العين المحبوسة ، انقضى الحق في الحبس بداهة لانعدام المحل . والهلاك إما أن يكون بخطأ الحابس ، وفي هذه الحالة يكون مسئولا عن التعويض ، وإما أن يكون لسبب أجنبي عن فعل الحابس . وفي هذه الحالة تملك العين على مالكها حتى لو كان الحابس ملتزماً بموجب عقد أن يسلمها للمالك . وقد طبقت المادة ٤٦٠ من التقنين المدني هذا الحكم ، فنصت على أنه " إذا هلك المبيع في يد البائع وهو حابس له ، كان الهلاك على المشترى ، ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع[2] " .

وإذا هلكت العين فاستحق عنها تعويض أو مبلغ تأمين ، ففي رأينا أن التعويض أو مبلغ التأمين يحل محل العين ، ويكون للدائن حبسه محل العين التي هلكت ، قياساً على حالة

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٦٤٧ .

(٢) وليس للدائن الحابس أن يطلب من المدين أن يستبدل بالشيء الذي هلك غيره ، كما يجوز ذلك للدائن المرتهن رهناً رسمياً أو رهن حيازة (أنظر م ١٠٤٨ و ١١٠٢ مدني) . فالرهن في هذا يختلف عن الحبس. ذلك أن في الرهن قد التزام الراهن بتقديم ضمان تأميناً لدينه ، فإذا هلك الضمان الذي قدمه التزم بتقديم ضمان آخر ، وإلا جاز للدائن مطالبته بوفاء الدين فوراً . أما في الحبس فلم يتعهد مالك الشيء المحبوس بتقديم ضمان ، بل إنه وجد ما له محبوساً عنه دون إرادته وبقوة القانون ، فحسبه أن يتحمل هلاك هذا الشيء ولا محل لإلزامه بتقديم شيء آخر بدلا منه . على أنه لا فائدة من إلزامه بذلك ، فإن جزاء الإخلال هذا الالتزام لو تقرر لن يكون إلا حلول الدين المضمون بالحبس فوراً ، وهذا الدين حال بحكم قواعد الحبس كما سبق القول (الأستاذ سليمان يـــزع في التأمينات فقرة ٤٢٥) .

بيع العين إذا خيف عليها الهلاك أو التلف وحبس الثمن . وتكون هذه حالة من حالات الحلول العيني لم يرد فيها نص صريح ، وقد رأينا حالة مماثلة في بيع الثمرات التي يخشى عليها التلف وحبس ثمنها [1] . ومن الفقهاء من يذهب إلى أن الحلول العيني لا يكون إلا بنص ، ومن ثم لا يجوز للدائن أن يحبس التعويض أو مبلغ التأمين بدلا من العين التي هلكت [2] .

أما بيع العين المحبوسة فيختلف في الحكم عن هلاكها . ذلك أن البيع إن اقتضته الضرورة لأن العين يخشى عليها الهلاك أو التلف ، فقد قدمنا أن الحق في الحبس لا ينقضي ، بل ينتقل من العين إلى الثمن . وإن أوقع البيع أحد الدائنين غير الدائن الحابس تنفيذا على العين ، فإن رسوم المزاد لا يقضى الحق في الحبس كما أسلفناالقول [3] . أما إذا أوقع البيع

---

(١) أنظر في هذا المعنى بنكاز تكملة بوردي ٣ فقرة ٣٦٩ ص ٧٥٦ — الدكتور منصور مصطفى منصور في رسالته في الحلول العيني فقرة ١٤٤ — فقرة ١٤٥ ص ١٨٠ — ص ١٨٤ — الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات فقرة ١٧٢ ص ٢٥٩ — الأستاذ صلاح الدين الناهي في الامتناع المشروع عن الوفاء ص ١٩٠ هامش رقم ٣ — الأستاذ حسن علي الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ١١٥ — الأستاذ أنور سلطان في البيع فقرة ٢٠٢ . وقارن الموجز للمؤلف فقرة ٢٦٨ ص ٣٩٨ .

(٢) كما جاز له حبس الثمن في حالة بيع العين المحبوسة إذا خيف عليها الهلاك أو التلف بموجب المادة ٢٤٧ فقرة ثالثة مدني ، وكما جاز انتقال الرهن من الشيء المرهون إذا هلك أو تلف إلى التعويض أو مبلغ التأمين أو الثمن الذي يقرر مقابل نزع الملكية بموجب المادتين ١٠٤٩ و ١١٠٢ مدني . أنظر في هذا المعنى بيكار وبيسون في التأمينات البرية ٢ فقرة ١٨٧ ص ٤٣١ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٢٨٧ — دريدا في أنسيكلوبيدي داللوز ٤ لفظ (Rétention) فقرة ٩٠ ص ٧١٠ — الأستاذ سليمان بنـــزع في التأمينات فقرة ٤٢٥ ص ٦١٥ — الأستاذ إسماعيل غانم في رسالته في نظرية الذمة فقرة ٥٠٥ ص ١٥٠ — ص ١٥٤ وفي دروسه في الحقوق العينية الأصلية ص ٥٢ — ص ٥٤ .

وفي رأينا أن الحلول العيني مبدأ عام ، وليست النصوص التشريعية إلا مجرد تطبيقات له ، فلا حاجة إلى نص خاص لكل حالة من حالاته . ويقوم المبدأ على فكرة التخصيص (affectation spéciale)، فالعين المحبوسة قد خصصها القانون لضمان دين ، فما يحل محلها من مقابل يتخصص هو أيضا لهذا الضمان . وقد طبقت هذه الفكرة فعلا في حالة بيع العين المحبوسة إذا خشي عليها الهلاك أو التلف ، وفي حالة هلاك الرهن أو تلفه ، وذلك بموجب نصوص تشريعية . وطبقناها ، دون نص ، في حالة بيع ثمرات العين المحبوسة إذا خشي عليها الهلاك أو التلف . ونطبقها الآن ، دون نص أيضا ، في حالة هلاك العين المحبوسة أو تلفها وحلول التعويض أو مبلغ التأمين محلها . أما القول بأن الحق في الحبس يقوم على حيازة العين المحبوسة ذاتها ، فإنه لا يحول دون تطبيق هذا المبدأ ، وليس هناك ما يمنع من أن الحيازة تقع على ما يحل محل العين المحبوسة ، فيعتبر هذا بمثابة وقوع الحيازة على العين ذاتها . وإذا كان المشرع قد رأى حاجة إلى الحلول العيني بمجرد أن يخشى على العين المحبوسة من الهلاك أو التلف ، فأجاز أن يحل الثمن محل العين في حق الحبس ، فأولى أن تكون الحاجة قائمة إلى الحلول العيني إذا هلكت العين فعلا أو تلفت وحل محلها التعويض أو مبلغ التأمين .

(٣) ولكن إذا كان الحق في الحبس متفرعا عن رهن حيازة عقاري ، وكان الرهن مقبلا ، ثم بيع العقار المحبوس بيعا جبريا ، فإن الحق في الحبس ينقضي في هذه الحالة تبعا لتطهير العقار بالبيع الجبري ، وينتقل حق الرهن بمرتبته إلى ثمن العقار المنـــزوعة ملكيته (الأستاذ سليمان بنـــزع في التأمينات فقرة ٤٢٥ ص ٦١٧) .

الدائن الحابس نفسه تنفيذاً على العين ، فإن هذا يعتبر نزولا منه عن حقه في الحبس ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

٦٨٥ — إخلال الحابس بالتزامه من المحافظة على العين : قدمنا أن الحابس يلتزم بالمحافظة على العين ، وعليه أن يبذل في ذلك عناية الرجل المعتاد . فإذا أخل بهذا الالتزام إخلالا خطيرا ، جاز للمالك أن يطلب من القضاء إسقاط حقه في الحبس لتعسفه في استعمال هذا الحق . وليس في هذا إلا تطبيق للقواعد العامة [1] .

٦٨٦ — نزول الحابس عن حقه في الحبس — خروج العين طوعاً من يده : وقد ينـــزل الحابس عن حقه في الحبس قبل أن يستوفي ما له في ذمة المالك ، فيزول هذا الحق بطريق أصلي [1] . وأكثر ما يتحقق ذلك بأن يتخلى الحابس عن حيازة العين المحبوسة طوعاً [2] . فإذا خرجت الحيازة من يده على هذا الوجه زال حقه في الحبس [2] .

---

(١) بودري وديلوان ١ فقرة ٢٥٠ مكررة — الأستاذ سليمان ينـــازع في التأمينات فقرة ٤٢٥ ص ٦١٧ .

(1) إذا كانت الطاعنة لم تتمسك أمام محكمة الموضوع بحقها في حبس التأمين — المدفوع لها من العامل بمقتضى عقد العمل — تبعاً للرهن الحيازي المقرر لها عليه حتى تبرأ ذمة المطعون ضده العامل من المسحوبات ، فإن هذا الدفاع يكون سبب جديداً . لا يجوز إبداؤه لأول مرة أمام محكمة النقض لما يخالطه من واقع كان يجب عرضه على محكمة الموضوع .

(جلسة ١٩٧٣/٣/٣ الطعن رقم ٤٦٩ لسنة ٣٧ ق س ٢٤ ص ٣٧٢) .

(جلسة ١٩٦٩/١/٢٣ الطعن رقم ٥٨٠ لسنة ٣٤ ق س ٢٠ ص ١٥٥) .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه ليس للبائع الذي خرجت من تحت يده العين المبيعة برضائه وتسليمه للمشتري فعلا أن يطلب بعد ذلك استردادها وحبسها تحت يده ، لأن البائع يعتبر قد نزل باختياره عن حق حبس العين بتسليمها للمشتري قبل أن يقوم بدفع الثمن (٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ رقم ١٧١ ص ٤٥٧ — أنظر أيضاً : مصر الكلية الوطنية ٢١ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ١٨٠ ص ٤٧١) .

على أن انقضاء الحبس بخروج العين المحبوسة طوعاً من يد الحابس إنما يرجع إلى أن الحق في الحبس يقوم على أساس حيازة الشيء المحبوس ، فينقضي بانقضاء الحيازة طوعاً ولو لم تنصرف إرادة الحابس إلى التنازل عن الحق في الحبس . ومن ثم ينقضي الحق في الحبس ولو كان الدائن عند التخلي قد أعلن صراحة أنه يريد نقل حقه في الحبس من الشيء إلى ثمنه (ديرانتون ٤ فقرة ٨٥ ص ١٠٠ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقـــرة ١٣٥ ص ١٨٥) .

(2) التخلي عن الحيازة المسقط لحق الحبس واقعة مادية تحكمة الموضوع أن تستخلصها من ظروف الدعوى وملابساتها من المستندات المقدمة ، وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه قد استخلص تخلي الطاعن باختياره عن حيازة العين التي يطلب تمكينه من وضع يده عليها من توقفه عن أعمال البناء قبل رفع المطعون عليها دعوى إثبات حالة البناء وإصراره على عدم إتمام البناء مما اضطر المطعون عليها إلى الاتفاق مع مقاول آخر لإتمام ما لم يقم الطاعن بتنفيذه ، ومن أن مذكرة الطاعن بقسم الشرطة لم تتضمن ما يدل على صحة دعوه من أنه طرد من البناء في تاريخ تحريرها أو أن تابعا للمطعون عليها قد اعترف بأنها أمرته بمنع الطاعن من =

ولا يستطيع أن يسترد حيازة العين بعد ذلك [1] . ويتحقق ذلك في صورة عملية بأن ينفذ الحابس على العين المحبوسة بحقه ، فيتخذ إجراءات البيع الجبري ، ويجب عليه في هذه الحالة عند رسو المزاد على مشترى أن يسلمه العين ، لأن في التنفيذ عليها من جانبه نزولا ضمنياً منه عن حقه في الحبس [2] [أ] ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك .

وإذا كان خروج الشيء من يد الحابس طوعاً يستخلص منه نزول ضمني عن حقه في الحبس ، فإن خروج الشيء من يده خفية أو عنوة أو بالرغم من معارضته لا يمكن أن يفهم منه أنه نزل عن هذا الحق . فإذا اختلس المالك أو أجنبي العين من يد الحابس خفية، أو اغتصبها منه رغماً عنه ، أو أخذها بالرغم من معارضته ، فإن حقه في الحبس لا يـــزول بذلك [3] . بل له أن يسترد حيازة العين ، بشرط أن يطلب ردها في أقصر الأجلين ، إما قبل انقضاء ثلاثين يوماً من الوقت الذي علم فيه بخروج العين من يده [4] ، وإما قبل انقضاء سنة من وقت خروج العين من يده [1] .

= دخول العقار ، وخلصت المحكمة من استعراض هذه الوقائع ومن مراجعة الخطابات والإنذارات المتبادلة بين الطرفين إلى أن تخلى الطاعن عن حيازته كان بمحض اختياره، وكانت هذه القرائن التي استند إليها الحكم في هذا الشأن لمن تؤدى إلى النتيجة التي انتهى إليها ، فإن النعي عليه بمخالفة القانون يكون على غير أساس .

(جلسة ١٩٥٣/٤/٩ الطعن رقم ٣٧٢ لسنة ٢١ ق) .

(١) ويعتبر مجرد خروج الشيء من يد حائزة أو محرزه قرينة على حصوله برضاه ، إلى أن يثبت الحائز أو المحرز عكس ذلك (الأستاذ سليمان ينـــزع في التأمينات فقرة ٤٢٥ ص ٦١٥ — ص ٦١٦) . وقضت محكمة النقض بأن التخلي الاختياري المسقط لحق الحبس واقعة مادية لمحكمة الموضوع أن تستخلصها من ظروف الدعوى وملابساتها ومن المستندات المقدمة إليها . فإذا كانت القرائن التي أستند إليها الحكم من شأنها أن تؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها ، فإن النعي عليه بمخالفة القانون يكون على غير أساس (نقض مدني ٩ أبريل سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٢٤ ص ٨٦٥) .

(٢) استئناف مختلط ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٣ — الأستاذ سليمان ينـــزع في التأمينات فقرة ٤٢٥ ص ٦١٦ .

(1) حق الحبس مما يجوز التنازل عنه صراحة أو ضمناً ، ومتى تم هذا التنازل فإنه لا يجوز العدول عنه بعد ذلك . (جلسة ١٩٦٨/٥/١٦ الطعن رقم ٤٠٨ لسنة ٣٤ ق س ١٩ ص ٩٦٢) .

(٣) وقد قضي بأن نزع المال المحبوس من يد الحابس بناء على حكم قضائي لا يترتب عليه انقضاء الحبس ، لاعتباره حاصلا دون رضاء الحابس ، ما لم يكن الحكم غير نافذ في حق الحابس ، إذ يعتبر تسليم الحابس المال المحبوس في هذه الحالة دون التمسك بحق الحبس أو الاعتراض على الحكم بمثابة تسليم اختياري ، ويترتب عليه انقضاء حق الحبس (استئناف مختلط ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٣.— الأستاذ سليمان ينـــزع في التأمينات فقرة ٤٢٥ ص ٦١٦ هامش رقم ٢) .

(٤) وهذا ما نصت عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ٢٤٨ مدني ، كما رأينا ، وقد قيست هذه الحالة على حالة المؤجر عندما يسترد المنقولات التي نقلت دون رضائه من العين المؤجرة ، فإنه لا يستطيع استردادها =

واسترداد الحيازة على هذا النحو جائز ، حتى لو أن من اختلس الحيازة أو اغتصبها نقلها بعد ذلك إلى حائز سيئ النية ، إذ أن الحيازة ولو بحسن نية لا تجب سرقة الضمان (vol de gage) [٢] . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " ليس الحبس ، على وجه الإجمال ، إلا حيازة الشيء حيازة فعلية ، ولذلك كان طبيعياً أن ينقضي بفقد هذه الحيازة . ولكن ينبغي أن يكون هذا الفقد إرادياً . فإذا خرج الشيء من يد محتبسه خفية أو انتزع منه رغم معارضته ، ظل حقه في الحبس قائماً، وكان له أن يسترده ولو من يد حائز حسن النية ، باعتبار أن الأمر ينطوي على سرقة ضمان . على أن حق الاسترداد هذا ، وإن كان جزاء يكفل حماية الحق في الحبس ، إلا أن من واجب المحتبس أن يستعمله في خلال ثلاثين يوماً من وقت علمه بخروج الشيء من يده (قارن حق المستأجر في استرداد المنقولات التي تخرج من حيازته في خلال ثلاثين يوماً) [٣] " .

= إلا في خلال ثلاثين يوماً من وقت نقلها . وقد نصت المادة ٦٠٢ من تقنين المرافعات ، في هذا الصدد، على أن " لمؤجر العقار أن يوقع في مواجهة المستأجر أو المستأجر من الباطن الحجز التحفظي على المنقولات والثمرات والمحصولات الموجودة بالعين المؤجرة ، وذلك ضماناً لحق الامتياز المقرر في القانون المدني . ويجوز له ذلك أيضاً إذا كانت تلك المنقولات والثمرات والمحصولات قد نقلت بدون رضائه من العين المؤجرة ، ما لم يكن قد مضى على نقلها ثلاثون يوماً " . غير أنه يلاحظ أن مدة الثلاثين يوما لا تسرى ، في حالة الحبس، إلا من يوم علم الحابس بخروج الشيء من يده ، أما في حالة المؤجر فتسرى المدة من وقت خروج المنقولات من العين المؤجرة .

(١) وهنا أيضاً يختلف ميعاد السنة عن هذا الميعاد نفسه في دعوى استرداد الحيازة (action en réjntegrande) ، ففي هذه الدعوى يبدأ سريان السنة من وقت أن يعلم الحائز بفقده للحيازة (م ٩٥٨ مدني) . كذلك يختلف استرداد الحابس للحيازة عن استرداد المؤجر للمنقولات التي خرجت من العين المؤجرة دون رضاه . فاسترداد المؤجر لهذه المنقولات يعتبر من قبيل استعمال حق التتبع المتفرع عن حق الامتياز العيني ، ولا يتقيد المؤجر بالميعاد القانوني إذا لم يترتب على المنقولات حق للغير. أما استرداد الحابس للحيازة فالغرض منه ليس إمكان الاحتجاج بحق الحبس على الغير ، بل مجرد الحيلولة دون انقضاء هذا الحق ذاته ، ويجب أن يتقيد الحابس بالميعاد القانوني ولو لم يترتب على العين حق للغير (الأستاذ سليمان بسرع في التأمينات فقرة ٤١٧ ص ٦٠٥ — ص ٦٠٧ — قارن بيدان وفوران فقرة ٢٨٢) .

(٢) الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات فقرة ١٧٢ ص ٢٥٨ — قارن بودري ودي لوان ١ فقرة ٢٥١ ص ٢٤٣ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٥٦ — وقد سبق أن قررنا (أنظر آنفاً فقرة ٦٧٩ في الهامش في تاريخ المادة ٢٤٨ مدني) أن مدة السنة إنما أضيفت إلى المشروع التمهيدي في لجنة المراجعة .

ويجب أن يسترد الحابس الحيازة القديمة التي فقدها حتى يعود إليه الحق في الحبس ، أما إذا رجعت له حيازة العين بسبب جديد ، فإن حقه الأول في الحبس يكون قد زال ، وتولد له حق جديد بالسبب الجديد ليس هو الحق الأول [1] .

ويلاحظ أنه إذا خرجت الحيازة من يد الحابس ولو خفية أو عنوة ، فإن الحق في الحبس يزول مؤقتاً مادام الحائز لم يسترد فعلا الحيازة على النحو الذي أوضحناه . فإذا استرد الحيازة في الميعاد ، عاد إليه الحق في الحبس . وإن انقضي الميعاد دون أن يستردها، زال نهائياً حقه في الحبس . ومن ذلك نرى الفرق واضحاً بين الحق في الحبس والحق العيني ، فالحق العيني ينطوي دائماً على حق تتبع ، ولا يزول بانتقال العين إلى الغير .

---

(١) أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٦ مكررة ص ١٦٤ — بودري ودي لوان ١ فقرة ٢٥٠ مكررة ١ — فلو أن شخصاً اشترى سيارة بثمن حال وتسلمها قبل أن يسدد الثمن ، فإن بائع السيارة يكون قد نزل بذلك عن حقه في حبس السيارة . فإذا أعاد المشترى السيارة إلى البائع لإصلاحها في "ورشته " ودفع له مصروفات الإصلاح ، لم يجز للبائع حبس السيارة في الثمن الذي لم يدفع ، لأن حيازة السيارة إنما عادت إلى البائع بسبب جديد ، هو إصلاح السيارة . ولو عادت السيارة إلى حيازة البائع لا بسبب جديد بل بالسبب الأول — بأن كان البائع مثلا سلم السيارة إلى المشترى مؤقتاً لتجربتها على أن يرجعها إلى البائع بعد التجربة فأرجعها المشترى — فإن البائع يعود له بعودة السيارة الحق في حبسها حتى يستوفى الثمن (بيدان وفوران فقرة ٢٨٣ — الأستاذ سليمان مرقس في التأمينات فقرة ٤٢٥ ص ٦١٥ هامش رقم ٢ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٣٥ ص ١٨٦) . إذا أن شخصاً عهد إلى صاحب " جراج " بإصلاح سيارة، واستعادها مؤقتاً قبل أن يدفع أجرة الإصلاح ثم أرجعها إلى صاحب " الجراج " لاستكمال إصلاحها ، لعاد الحق في الحبس إلى صاحب " الجراج " حتى يستوفى أجره ، لأن السيارة عادت إلى حيازته بنفس السبب القديم (الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٣٥ ص ١٨٦) .

الفصل الخامس

الإعســـار *

(La déconfiture)

تمهيـــد

الإعسار المدني والإفلاس التجاري

الإعسار في التقنين المدني السابق وفي التقنين المدني الجديد

٦٨٧ – مقومات الإفلاس التجاري : عندما يتوقف التاجر عن دفع دين مستحق عليه ، يجوز شهر إفلاسه . وشهر الإفلاس أعنف طريق ينفذ به الدائن على أموال مدينه، ولذلك اختص به التجار ، لما للائتمان في المعاملات التجارية من أهمية خاصة ، ولأن التاجر دائنوه في العادة كثيرون ومتفرقون ، فمن المصلحة أن يتحدوا في جماعة (union) وأن يجروا تصفية أموال مدينهم التاجر تصفية جماعية تحقق المساواة الفعلية ما بين الدائنين .

ومن ثم كان تنظيم الإفلاس التجاري يقوم على أسس ثلاثة :

(الأساس الأول) إلا ينفرد أحد الدائنين دون الباقي بالاستئثار بمال المدين ، إلا إذا كان له على هذا المال حق خاص – رهن أو امتياز أو حبس أو نحو ذلك – يميزه فيه عن سائر الدائنين . فيتحقق إذن تحققاً فعلياً في الإفلاس أن جميع أموال المدين ضامنة لالتزاماته ، لا فرق في ذلك بين دائن ودائن .

---

* مراجع : ألين (Allain) في الإعسار – جارو (Garraud) في الإعسار – فالت (Valette) في الآثار الرئيسية للإعسار – بيدان (Budin) في الإفلاس المدني – ترونسون (Tronçon) في نظام الإفلاس إلى غير التجار – ديبان (Dupin) مسألة الإفلاس المدني رسالة من جرينوبل سنة ١٩٠٠ – توسان (Toussaint) في مسألة الإفلاس المدني رسالة من أكس سنة ١٩٢٤ – محسن شفيق في النظم المختلفة في الإفلاس المدني رسالة بالفرنسية من باريس سنة ١٩٣٧ – ليمانيسيه (Lemanissier) رسالة من باريس سنة ١٩٣٩ – مارسيل ديبون (Marcel Dupont) في أنسيكلوبيدي داللوز لفظ (Déconfiture) .

محسن شفيق في القانون التجاري المصري الجزء الثاني في الإفلاس سنة ١٩٥١ – عبد الحي حجازي ٣ ص ٢٢٢ – ص ٢٣٠ – إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٤٩ – فقرة ١٥٣ – حسن على الذنون في أحكام الالتزام في القانوني المدني العراقي فقرة ٩٨ – فقرة ١١٠ .

(الأساس الثاني) أن تغل يد المدين عن التصرف في أمواله . فمنذ أن يشهر إفلاس التاجر لا يملك أن يتصرف في ماله . ويبقى كذلك إلى أن تنتهي التفليسة بالتصفية أو بالصلح . بل إن التاجر المفلس تقيد تصرفاته حتى قبل شهر الإفلاس ، ففي فترة الريبة (période suspecte) — من اليوم الذي تحدد المحكمة ميعاداً لتوقفه عن الدفع وعشرة أيام قبله — تكون بعض تصرفاته باطلة وبعضها قابلا للإبطال ، على الوجه المعروف في القانون التجاري .

(الأساس الثالث) أن تصفى أمواله تصفية جماعية . والتصفية الجماعية هي المميز الجوهري للإفلاس التجاري . ومعناها أولا أن ترفع يد المدين عن أمواله (desaisissement) ، فتنتقل حيازة هذه الأموال وحراستها إلى سنديك (syndic) يمثل كلا من الدائنين والمدين (أمين التفليسة) . ومعناها ثانياً ألا يباشر أي دائن إجراء فردياً للتنفيذ (poursuite individuelle) على أموال المدين ، بل تكون الإجراءات التي تتخذ للتصفية والتنفيذ إجراءات جماعية (poursuite collective) يتخذها أمين التفليسة باسم جميع الدائنين ، الذين يندمجون في اتحاد (masse, union) تخلع عليه الشخصية المعنوية . ومن ثم تتحقق المساواة الفعلية التامة بين جميع الدائنين ، فتصفى أموال مدينهم وتباع لحسابهم جميعاً . ثم يتقاسمون الثمن فيما بينهم قسمة الغرماء ، كل يأخذ نصيباً بقدر ما له من دين ، هذا ما لم تنته التفليسة بالصلح (concordat) بين الدائنين ومدينهم ، طبقاً للقواعد ووفقاً للإجراءات المرسومة في القانون التجاري .

٦٨٨ — مقارنة بين الإفلاس التجاري والوسائل المدنية التي تقدم ذكرها

: الآن وقد ذكرنا مقومات الإفلاس التجاري ، نقارن بينه وبين الوسائل المدنية التي تكفل حقوق الدائنين ، ومن وسائل تمهد للتنفيذ على أموال المدين ووسائل ضمان . وهذه الوسائل المدنية هي التي ذكرناها من قبل : الدعوى غير المباشرة ، والدعوى البولصية، والدعوى الصورية ، والحق في الحبس [1] .

لا تشترك هذه الوسائل الأربع مع الإفلاس التجاري في مقوماته الثلاثة ، إلا في واحد منها فقط هو الأول : عدم انفراد أحد الدائنين دون الباقي بالاستئثار بمال المدين . أما المقومان الآخران — غل يد المدين عن التصرف والتصفية الجماعية — فيتميز بهما الإفلاس التجاري عن هذه الوسائل الأربع ، ولا تشترك فيها معه .

---

(١) والغالب أن هذه الوسائل الأربع ، كالإفلاس التجاري ، يواجه بها الدائنون مديناً معسراً ، فيحاولون بقدر الإمكان أن يستخلصوا منه أكبر قسط من حقوقهم عنده .

فالدعوى غير المباشرة يوجه الدائن فيها همه إلى مال للمدين يستخلصه من الضياع من جراء سوء نية هذا المدين أو إهماله ، تمهيداً للتنفيذ على هذا المال . والدائن لا ينفرد دون باقي الدائنين بالاستئثار بالمال ، بل يشاركه فيه سائر الدائنين مشاركة الغرماء كما قدمنا . وفي هذا تتفق الدعوى غير المباشرة مع الإفلاس التجاري . وتختلف عنه أولا في أن المدين ، على النقيض من التاجر المفلس ، لا تغل يده عن التصرف في هذا المال ، بل يستطيع أن يتصرف فيه حتى في أثناء قيام الدعوى غير المباشرة ، وليس للدائن من سبيل إلا الطعن في هذا التصرف بالدعوى البولصية ، وقد تقدم بيان ذلك . وتختلف عنه ثانياً في أن التنفيذ على المال الذي استخلصه الدائن عن طريق الدعوى غير المباشرة يكون بإجراءات فردية ، فالدائن الذي رفع الدعوى غير المباشرة لابد في التنفيذ من أن يتخذ إجراءات فردية للحجز ، ولكل دائن آخر أن يتخذ مثل هذه الإجراءات أو أن يشترك في الإجراءات التي سبق اتخاذها . فيجب على كل حال أن يتخذ الدائن الذي يريد التنفيذ على المال إجراءات فردية باسمه خاصة ، بل إن الدائن الذي يسبق الآخرين في التنفيذ يستوفي حقه من هذا المال قبلهم ماداموا لم يدركوا التوزيع النهائي . وهذا بخلاف الإفلاس التجاري ، فالتصفية فيه كما قدمنا تصفية جماعية يتولاها أمين التفليسة باسم جميع الدائنين ، ولا يستطيع أحد منهم أن يتخذ إجراءات فردية يسبق بها الآخرين.

والدعوى البولصية يوجه الدائن فيها همه إلى مال للمدين سبق لهذا أن تصرف فيه إضراراً بحقوق الدائنين ، وذلك حتى يجعل هذا التصرف غير سار في حق الدائنين ، تمهيداً للتنفيذ على المال الذي سبق التصرف فيه . والدائن في التقنين المدني الجديد ، لا ينفرد دون باقي الدائنين بالاستئثار بهذا المال ، بل يشاركه في سائر الدائنين مشاركة الغرماء . وفي هذا تتفق الدعوى البولصية مع الإفلاس التجاري [1] . وتختلف عنه أولا في أن المدين لم تغل يده عن التصرف في المال منذ البداية ، بل هو قد تصرف فيه فعلا وكان لا بد من الطعن في هذا التصرف بالدعوى البولصية بعد توافر شروط معينة ، أما التاجر المفلس فتغل يده عن التصرف في ماله منذ شهر إفلاسه ولا حاجة لتوافر أي شرط آخر غير شهر الإفلاس . وتختلف عنه ثانياً في أن التنفيذ على المال الذي تصرف فيه المدين في الدعوى البولصية يكون التنفيذ عليه من جهة الدائنين بإجراءات فردية على النحو الذي تقدم في الدعوى غير المباشرة، لا بإجراءات جماعية كما يقوم بها ممثل لاتحاد الدائنين كما هو الأمر في الإفلاس التجاري.

---

(١) وقد كانت هذه الدعوى ، حتى في هذه الخصيصة الأولى، لا تتفق مع الإفلاس في عهد التقنين المدني السابق، إذ كان الدائن بمقتضى أحكام هذا التقنين يستأثر بالتنفيذ على هذا المال دون غيره من الدائنين .

ودعوى الصورية يوجه الدائن فيها همه إلى مال للمدين يستبقيه ، بعد أن تصرف فيه المدين تصرفاً صورياً ، فيكشف الدائن عن صورية التصرف تمهيداً للتنفيذ على هذا المال . والدائن لا ينفرد دون باقي الدائنين بالاستئثار بهذا المال ، بل يشاركه فيه سائر الدائنين مشاركة الغرماء . وفي هذا تتفق دعوى الصورية مع الإفلاس التجاري . وتختلف عنه أولا في أن المدين لا تغل يده عن التصرف في المال تصرفاً جدياً ، بعد أن تصرف فيه تصرفاً صورياً ، فيجوز له بعد أن كشفت دعوى الصورية عن صورية تصرفه الأول ، بل وقبل أن تكشف وحتى قبل رفع الدعوى ، أن يتصرف في المال مرة أخرى تصرفاً جدياً قبل أن يتمكن الدائنون من التنفيذ عليه ، ولا سبيل للدائنين في هذه الحالة إلا الطعن في هذا التصرف الجدي بالدعوى البولصية . وتختلف عنه ثانياً في أن التنفيذ على المال الذي كشف الدائن عن صورية التصرف فيه يكون بإجراءات فردية على النحو الذي تقدم في الدعوى غير المباشرة وفي الدعوى البولصية ، لا بإجراءات جماعية يقوم بها السنديك ممثلا لاتحاد الدائنين كما هو الأمر فلا الإفلاس التجاري .

والحق في الحبس يوجه الدائن فيه همه إلى مال للمدين محبوس تحت يده ، فيستبقيه محبوساً حتى يستوفى حقه . والدائن لا ينفرد دون باقي الدائنين بالاستئثار بهذا المال ، فهو إذا نفذ عليه وبيع في المزاد العلني شاركه في ثمنه سائر الدائنين مشاركة الغرماء ، وقد تقدم بيان ذلك . وفي هذا يتفق الحق في الحبس مع الإفلاس التجاري . ويختلف عنه أولا في أن المدين، على النقيض من التاجر المفلس ، لا تغل يده عن التصرف في المال المحبوس، بل يستطيع أن يتصرف فيه وينفذ تصرفه في حق الدائنين ، بل وفي حق الدائن الحابس نفسه إذا سبق التصرف الحبس على النحو الذي بسطناه فيما تقدم . ويختلف عنه ثانياً في أن التنفيذ على المال المحبوس يكون بإجراءات فردية كما في الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية ودعوى الصورية ، لا بإجراءات جماعية ، كما في الإفلاس التجاري .

٦٨٩ – الإفلاس التجاري والإعسار المدني : وإذا كانت الوسائل المدنية الأربع التي تقدم ذكرها تقصر عن الإفلاس التجاري في مقومين من مقوماته الثلاثة، ولا تشترك معه إلا في المقوم الأول كما رأينا ، فإن الإعسار المدني (déconfiture) كما نظمه التقنين المدني الجديد يتقدم خطوة على هذه الوسائل الأربع ، ويشترك مع الإفلاس التجاري (faillite) في مقومين من مقوماته الثلاثة ، ويقصر عنه في المقوم الثالث وحده .

يتفق الإعسار المدني مع الإفلاس التجاري في أن أحد الدائنين لا ينفرد دون الباقي في الاستئثار بمال المدين . ويتفق معه أيضاً – وفي هذا يتميز الإعسار المدني عن الوسائل المدنية

الأربعة التي سبق ذكرها — في أن يد المدين تغل عن التصرف في أمواله منذ شهر الإعسار ، كما تغل يد المدين التاجر عن التصرفات في أموال منذ شهر الإفلاس .

ولكن يختلف الإعسار المدني عن الإفلاس التجاري في المقوم الثالث — وهو المقوم الجوهري كما قدمنا — فلا يوجد في الإعسار المدني تصفية جماعية يقوم بها أمين التفليسة ممثلا لاتحاد الدائنين كما هو الأمر في الإفلاس التجاري، بل يبقى أمر التنفيذ على أموال المدين كما في الوسائل المدنية الأربع موكولا إلى إجراءات فردية يقوم بها كل دائن باسمه خاصة [1] .

ومن ثم يوضع الإعسار المدني إلى جانب الوسائل المدنية الأربع — الدعاوى الثلاث والحق في الحبس — وسيلة من وسائل التنفيذ على أموال المدين . وهو لا يتميز عنها في المقوم الجوهري للإفلاس التجاري ، فهو مثلها ليست فيه تصفية جماعية ولا محل فيه إلا لإجراءات فردية ، وإن كان يفوقها جميعاً في أنه يغل يد المدين عن التصرف في أمواله على النحو الذي سنبسطه فيما يلي :

٦٩٠ — الإعسار في التقنين المدني السابق : لم ينظم التقنين المدني السابق الإعسار ، وهذا بخلاف الإفلاس فقد نظمه التقنين التجاري تنظيما دقيقاً مفصلا. وقد يقال إن الإعسار ليس في حاجة إلى التنظيم الذي لا بد منه في الإفلاس ، لأن التجارة تقوم على الائتمان فلابد فيها من ضمانات قوية يطمئن إليها الدائنون ، وعلى رأس هذه الضمانات تنظيم إفلاس التاجر تنظيما يحفظ على الدائنين حقوقهم ويكفل المساواة فيما بينهم ، وليست هذه الاعتبارات قائمة في المعاملات المدنية بالقوة التي تقوم بها في التعامل التجاري . ولكن المدين المعسر ، حتى في المعاملات المدنية ، في أشد الحاجة إلى تنظيم إعساره حماية له وللدائنين على السواء . وتزداد الحاجة إلى تنظيم الإعسار المدني ، منذ يرتب القانون على هذا الإعسار نتائج هامة [2] .

---

(١) أنظر في الفروق ما بين الإفلاس والإعسار في القانون الفرنسي أنسيكلوبيدي داللوز ٢ لفظ Déconfiture فقرة ٣٣ — فقرة ٣٨ .

(٢) وقد كان التقنين المدني السابق يرتب على الإعسار إسقاط الأجل (م ١٠٢/١٥٦) ، وانتهاء عقد الشركة (م ٤٤٥/٥٤١) ، ووجوب استبدال كفيل موسر بكفيل معسر إذا تعهد المدين تعهداً مطلقاً بتقديم كفيل (م ٥٠٠/٦١٠) ، وجواز مطالبة الكفيل المدين المعسر بالدين قبل حلول أجله (م ٥٠٣/٦١٤) .هذا إلى أن إعسار المدين كان مشترطاً في الدعوى غير المباشرة (م ٤١ /٢٠٢) ، وفي الدعوى البولصية (م ١٤٣/٢٠٤) ، وأن لم تصرح النصوص بذلك . =

وقد سار التقنين المدني السابق في عدم تنظيمه للإعسار على نهج التقنين المدني الفرنسي ، وأطلق يد المدين المعسر في التصرف ، ولم يقيد من هذا الإطلاق إلا بقدر ما تسمح به الدعوى البولصية ، ولم يواجه المدين المعسر إلا عن طريق الدعاوى الثلاث المعروفة، وهي وحدها لا تكفي في تنظيم الإعسار . واستفاضت الشكوى من هذه الحالة في فرنسا [1] وفي مصر [2] .

٦٩١ – تنظيم الإعسار في التشريعات الحديثة : أما موقف التشريعات الحديثة من تنظيم الإعسار فيختلف اختلافاً بيناً عن موقف التقنين المدني الفرنسي . فبعض هذه التشريعات – كما في ألمانيا وإنجلترا وهولندا والسويد والنرويج والدنمارك – لا تميز بين الإفلاس التجاري والإعسار المدني ، فتجعل المدين المعسر ، التاجر وغير التاجر ، خاضعاً لنظام واحد هو نظام الإفلاس التجاري . ومن ثم عرفت هذه التشريعات الإفلاس المدني (faillite civile) ، بل عرفت الإفلاس دون وصف نظاماً موحداً ، فالإفلاس عندها يتناول

= وأنظر في النتائج التي تترتب على الإعسار في القانون المدني الفرنسي بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨١٤ – دي باج ٣ فقرة ١٦٩ – أنسيكلوبيدي داللوز ٢ لفظ Déconfiture فقرة ٩ – فقرة ٣٢ .

(١) وقد حاولت بعض المحاكم في فرنسا أن تنظم الإعسار عن طريق تعيين حارس قضائي على أموال المدين يديرها ويصفيها كما يفعل أمين التفليسة ، ثم عن طريق جعل الدعوى البولصية تفيد جميع الدائنين السابقين على التصرف المطعون فيه واللاحقين له ، ولكن محكمة النقض الفرنسية قضت على هذه المحاولات لأنها لا تتفق مع التشريع القائم الذي لم يكن لها بد من تطبيقه مهما بدا فيه من وجوه النقص (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨١٧ – الأستاذ محسن شفيق في الإفلاس فقرة ٢٠) .

وسار المشرع الفرنسي في طريق تنظيم الإعسار خطوات محدودة . ففي مناسبة إفلاس شركة بناما المعروفة صدر قانون في أول يوليو سنة ١٨٩٣ بجعل الشركات المدنية ذات الشكل التجاري خاضعة لنظام الإفلاس التجاري . ثم صدر قانون في أول أغسطس سنة ١٨٩٣ باعتبار شركات التوصية وشركات المساهمة التي تنشأ في شكل تجاري شركات تجارية ، فتخضع للقوانين والعادات التجارية مهما كان موضوع الشركة ، ثم أضاف قانون ٢٧ مارس سنة ١٩٢٥ إلى هذه الشركات الشركات ذات المسئولية المحدودة . وصدر قانون في ٩ سبتمبر سنة ١٩١٩ يقضي باعتبار استغلال المناجم من قبيل الأعمال التجارية لتطبيق نظام الإفلاس . أنظر في هذه المسألة : بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨١٩ – دي باج ٣ فقرة ١٦٦ – فقرة ١٦٩ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٤٨٥ – كولان وكابيتان وموراندير ٢ فقرة ٤٢٢ – الأستاذ محسن شفيق في النظم المختلفة في الإفلاس المدني ص ١٣٧ – ص ٢٢٩ – وكتابه في الإفلاس فقرة ٢٣ .

(٢) أنظر الأستاذ محسن شفيق في النظم المختلفة في الإفلاس المدني ص ٢٧٢ – ص ٢٧٨ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١١ – الموجز لمؤلف فقرة ٢١٢ – الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت في نظرية الالتزام فقرة ٦٢٠ – الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٤٩ .

كلا من الإفلاس التجاري (faillite) والإعسار المدني (déconfiture) [1] . وعيب هذا النظام أنه يأخذ المدين المعسر بما يأخذ به التاجر المفلس من إجراءات لها ما يبررها في التعامل التجاري ولكنها في المعاملات المدنية تعتبر قاسية في غير ضرورة .

وفي سويسرا نظم الإفلاس التجاري ، وترك الإعسار المدني دون تنظيم موكولا إلى إجراءات الحجز المعتادة . ولكن بعض طوائف المدينين المعسرين أخضعت لنظام الإفلاس التجاري على سبيل الإجبار ، وجعل للآخرين أن يختاروا هذا النظام فمن يشاء منهم ذلك يقيد اسمه في سجل خاص [2] . وعيب هذا النظام أنه لا يزال يترك الإعسار المدني دون تنظيم ، ويقتصر على نقل بعض المدينين المعسرين إلى نظام الإفلاس التجاري ولا يتلاءم هذا النظام في بعض إجراءاته مع ملابسات الإعسار المدني .

ولعل النظام الأسباني هو خير هذه النظم جميعاً ، فهو ينظم الإعسار المدني تنظيما مستقلا عن تنظيم الإفلاس التجاري ، ويسير في نظام وفقاً لمقتضياته . فالتاجر المفلس غير المزارع المعسر . الأول يتقيد باعتبارات جوهرية في الائتمان التجاري تدعو إلى تنظيم إفلاسه تنظيما دقيقاً يكفل الطمأنينة لدائنيه ويقر المساواة فيما بينهم ، فتصفى أمواله تصفية جماعية يقوم بها أمين التفليسة باسم جميع الدائنين . أما المزارع المعسر فليس في حاجة إلى ذلك ، بل إن اقتحام نظام الإفلاس التجارية في شأنه ، وما ينطوي عليه من رفع يده عن أمواله وتعيين أمين تفليسة يتسلمها ويصفيها تصفية جماعية ، من شأنه أن يربك أعماله في غير ضرورة . وبحسب الإعسار المدني أن ينظم تنظيما يكون من شأنه غل يد المدين عن التصرف ، فهذا هو القدر الضروري لحماية الدائنين ، دون أن ترفع يده عن ماله ودون أن تتخذ إجراءات جماعية كثيرة النفقة شديدة التعقيد ، إن تطلبتها مقتضيات الائتمان التجاري فليس

---

(١) أنظر التشريع الألماني الصادر في سنة ١٨٧٧ ، والتشريع الإنجليزي الصادر في سنة ١٨٨٣ ، والتشريع الهولندي الصادر في سنة ١٨٩٣ . وأنظر في الإفلاس كنظام موحد للتجار وغير التجار في التشريعين الألماني والإنجليزي رسالة الأستاذ محسن شفيق في النظم المختلفة في الإفـلاس المدني ص ٥٣ — ص ١٣٣ .

(٢) أصدر المشرع السويسري قانوناً اتحادياً (fédéral) للتنفيذ من أجل الديون والإفلاس في سنة ١٨٨٩ . فرسم طريقين للتنفيذ ، أحدهما طريق الإفلاس والآخر طريق الحجز . فإذا كان المدين مقيداً في السجل التجاري وجب اتباع طريق الإفلاس ، وإلا فطريق الحجز . وقسم السجل التجاري إلى قسمين : قسم حرف (أ) وهو خاص بالقيود الإجبارية أي القيود المتعلقة بالتجار والمؤسسات التي تتخذ الشكل التجاري ولا يعفي من هذا القيد إلا صغار التجار ، وقسم حرف (ب) وهو خاص بالقيود الاختيارية إذ أجاز المشرع لغير التجار إجراء القيد في السجل (الأستاذ محسن شفيق في النظم المختلفة في الإفلاس المدني ص ٢٣٣ — ص ٢٦٧) .

ملابسات الائتمان المدني في حاجة إليها [1] . على أن النظام الأسباني لا يفرق كثيراً بين تنظيم الإفلاس التجاري وتنظيم الإعسار المدني من ناحية التصفية الجماعية [2] . وهذا ما توخاه التقنين المدني المصري الجديد ، فقد جعل تنظيم الإعسار المدني يختلف اختلافاً واضحاً عن تنظيم الإفلاس التجاري ، واقتصر في الإعسار المدني على الإجراءات الفردية كما سنرى [3] .

٦٩٢ – تنظيم الإعسار في التقنين المدني الجديد – الإعسار الفعلي والإعسار القانوني : على أن المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد كان يتضمن نصوصاً تنشئ نظاماً استثنائياً لتصفية جماعية في الإعسار لمدني . ولما عرضت هذه النصوص

---

(١) أنظر في انتقاد توحيد نظامي الإفلاس التجاري والإعسار المدني وبيان عدم صلاحية ذلك في مصر إلى الأستاذ محسن شفيق في الإفلاس فقرة ٢٤ ، وينتهي إلى ما يأتي : " هذه هي الأسباب التي تدعونا إلى نبذ نظرية الإفلاس المدني على الأخص في بلاد زراعية كمصر ، حيث لا سبيل إلى تنشيط الائتمان الزراعي إلا بإنشاء بنوك التسليف والعمل على تيسير الحصول على القروض منها . غير أن هذا لا يعني أننا نعضد القائلين بترك نظام الإعسار بغير تنظيم ، فمن غير المرغوب فيه حقاً أن يظل المدين على الرغم من إعساره قادراً على التصرف في أمواله والعبث بحقوق دائنيه ، أو أن يبقى حصول الدائنين على حقوقهم ثمرة التسابق والتزاحم بينهم . غير أننا لا نرى أن سبيل الإصلاح يكون بتطبيق نظام الإفلاس برمته على غير التجار ، وإنما يجب التمحيص والتدقيق في أحكام هذا النظام والاستعانة بما يلائم منها المعاملات المدنية ، بمعنى أنه يجب وضع نظامين للتنفيذ على أموال المدين الذي يعجز عن أداء ديونه ، أحدهما نظام الإفلاس ويقتصر تطبيقه على التجار ويكون محله القانون التجاري ، والآخر نظام الإعسار ويتبع في شأن غير التجار ويكون موضعه القانون المدني .وقد سارت بعض التشريعات على هذا الوضع ، وقي مقدمتها التشريع الأسباني حيث يوجد نظام للإفلاس (quiebra) وآخر للإعسار (concurso) ، ولئن كان صحيحاً أن الشبه بين النظامين كبير فإنهما غير متماثلين وأتبع المشرع المصري في القانون المدني الجديد هذا المنهج فوضع نظاماً شاملا لحالة الإعسار ، واستعان في شأنه ببعض أحكام الإفلاس في حدود متزنة ومعقولة " (الأستاذ محسن شفيق في الإفلاس ص ٥٠) .

(٢) ويجوز في هذا النظام أن يقرر الدائنون ، بأغلبية الثلثين ، وقف الإجراءات أو الحط من الديون . فإذا لم تتوافر هذه الأغلبية كان المدين في حالة إعسار ، فترفع يده عن ماله ، وتوقف إجراءات التنفيذ الفردية (أنسيكلوبيدي داللوز ٢ لفظ Déconfiture فقرة ٨) .

(٣) أنظر في تنظيم الإعسار المدني على أسس تختلف عن الأسس التي يقوم عليها تنظيم الإفلاس التجاري ، الأستاذ محسن شفيق في النظم المختلفة في الإفلاس التجاري ص ٢٧١ – ص ٣١٥ . وقد كانت هذه الصفحات بوجه خاص تحت نظر لجنة تنقيح التقنين المدني عندما وضعت النصوص الخاصة بتنظيم الإعسار المدني في التقنين الجديد . وأنظر أيضاً بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨١٦ – فقرة ٨١٩ .

للاستفتاء ، مال الرأي العام القانوني في مصر إلى عدم الأخذ بهذا النظام الاستثنائي ، فحذفت النصوص المتعلقة به في لجنة المراجعة [1] .

واستبقت النصوص التي تنظم الإعسار المدني دون تصفية جماعية تنظيما يتلاءم مع مقتضيات المعاملات المدنية . ولما كانت هذه النصوص تنظم الإعسار عن طريق شهره بموجب حكم قضائي ، فإن التقنين المدني الجديد يكون قد أنشأ حالة قانونية منظمة للإعسار، وانقلبت هذه الحالة — كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي [2] — " ومن مجرد أمر واقع يكتنفه التجهيل ، إلى نظام قانوني واضح المعالم بين الحدود" [3] فأصبح

---

(١) وكانت هذه النصوص في المشروع التمهيدي هي المواد من ٣٥٤ إلى ٣٨٤ من هذا المشروع . وتتلخص الأسس التي كان يقوم عليها النظام الاستثنائي للتصفية الجماعية — كما قرر المشروع التمهيدي — فيما يأتي:

أ) يجوز للمحكمة ، عند الحكم بشهر الإعسار أو في أي وقت بعد صدور هذا الحكم ، أن تعين عند الاقتضاء بناء على طلب أحد الدائنين أو بناء على طلب المدين نفسه ، حارساً مصفياً يوفي الدائنين حقوقهم، إما ببيع أموال المدين وإما بتسوية ودية مع الدائنين . وتندب المحكمة قاضياً للإشراف على أعمال التصفية .

ب) يترتب على تعيين الحارس المصفي أن يتخلى المدين عن إدارة أمواله ، وأن تصبح أمواله محجوزة حجزاً تحفظياً . فلا يجوز اتخاذ أي إجراء إلا بواسطة الحارس المصفي أو في مواجهته .

ج) يعد الحارس المصفي بياناً عن حالة المدين يعرضه على الدائنين في اجتماع يدعوهم إليه . ثم يأخذ في هذا الاجتماع وفيما يليه من اجتماعات في تحقيق الديون وفقاً للإجراءات التي تتبع في تحقيق الديون في حالة الإفلاس .

د) عند الانتهاء من فحص الديون ينظر الدائنون فيما يكون قد عرضه المدين من مقترحات لتسوية ديونه تسوية ودية . ولا تتم التسوية الودية إلا إذا أقرتها الأغلبية المطلقة للدائنين وكانت هذه الأغلبية تملك ثلاثة أرباع الديون التي فحصت واعتمدت . وتصدق المحكمة على التسوية .

هـ) إذا لم يتفق على تسوية ما ، اتخذ الحارس المصفي الإجراءات لبيع أموال المدين العسر بالمزاد العلني وفقاً للأوضاع المقررة في تقنين المرافعات ، ما لم ترخص المحكمة للحارس المصفي في أن يبيع كل أموال المدين أو بعضها بطريق الممارسة وبشروط معينة .

و) يودع الحارس المصفي المبالغ الناتجة عن بيع أموال المدين خزانة المحكمة . ويتولى القاضي المنتدب توزيع هذه المبالغ وفقاً للقواعد المقررة في تقنين المرافعات لقسمة المال قسمة غرماء وقسمة ترتيب .

ز) متى تمت التصفية الجماعية بغير طريق التسوية الودية ، يعود للدائنين حقهم في اتخاذ إجراءات فردية على ما يستجد من مال للمدين . ويجوز في هذه الحالة تعيين حارس مصفي من جديد إذا كان المستجد من المال قدراً كافياً يبرر ذلك .

(أنظر مشروع تنقيح القانون المدني — المذكرة الإيضاحية جزء ٢ ص ٣٨١ — ٣٩٨) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٦٢ .

(٣) وقد أوردت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي دفاعاً مسهباً عن نظام الإعسار الذي قرره التقنين الجديد ، وبينت أن هذا النظام يخدم مصالح الجميع ، مصالح المدين ومصالح الدائنين . ومما جاء في هذا الصدد : "ومتى أشهر الإعسار كان مركز المدين في تصفية ديونه أفضل بلا شك من مركزه وفقاً لأحكام التشريع الحالي (السابق) ، ذلك أن هذا الإشهار لا يستتبع حتما حلول الديون المؤجلة، فللقاضي أن يبقى =

التقنين المدني الجديد يميز بين نوعين من الإعسار : الإعسار الفعلي (insolvabilité) والإعسار القانوني (déconfiture) ويختلف الإعسار الفعلي عن الإعسار القانوني من وجوه عدة .

فالإعسار الفعلي حالة واقعية (état de fait) تنشأ عن زيادة ديون المدين — سواء كانت مستحقة الأداء أو غير مستحقة ما دامت محققة الوجود — على حقوقه . أما الإعسار القانوني فحالة قانونية (état de droit) تنشأ عن زيادة ديون المدين المستحقة الأداء على حقوقه [1] ، ولا بد من شهرها بموجب حكم قضائي يجعل المدين في حالة إعسار (état de déconfiture) .

= على الأجل وأن يمد فيه ، بل وللقاضي ما هو أفضل : فله أن ينظر المدين إلى ميسرة بالنسبة إلى الديون المستحقة الأداء ، وبهذا تتاح له تصفية ديونه ودياً في أكثر الظروف ملاءمة . كما أن المشروع .... أباح له كذلك أن يتصرف في ماله ولو بغير رضاء هؤلاء الدائنين ، على أن يكون ذلك بثمن المثل ، وأن يودع الثمن خزينة المحكمة للوفاء بحقوقهم ، وقد بسط له المشروع في أسباب الحماية ولا سيما ما كان منها إنساني الصبغة . فخوله حق الحصول على نفقة تقتطع من إيراده إذا كان هذا الإيراد محجوزاً . أما الدائنون فيكفل لهم نظام الإعسار قسطاً من الحماية لا يدانيه ما كفل لهم منها بمقتضى الأحكام الراهنة . فليس لهم أن يشفقوا في ظل هذا النظام من تقدم أحدهم على الباقين بغير حق ، ذلك أن مجرد تسجيل صحيفة دعوى إشهار الإعسار يكون من أثره عدم نفاذ أي اختصاص يقع بعد ذلك على عقارات المدين في حق الدائنين السابقة ديونهم على هذا التسجيل . ومتى أشهر إعسار المدين أصبح من أهون الأمور على الدائنين أن يأمنوا جانبه فيما يصدر عنه من التصرفات الضارة أو المدخولة ، وأصبح إعمال أحكام الدعوى البولصية فريداً في بساطته . فكل تصرف قانوني يصدر من المدين المعسر ، ويكون من ورائه انتقاص حقوقه أو زيادة التزاماته، وكل وفاء يقع منه ، لا ينفذ في حق الدائنين ، دون حاجة إلى تحميلهم عبء إقامة الدليل على الغش ، وهو عبء في أغلب الأحيان غير يسير . ولتعزيز حماية الدائنين من تصرفات المدين الضارة أو المدخولة ، قرر المشروع توقيع عقوبة التبديد على المدين إذا ارتكب أعمالا من أعمال الغش البين إضراراً بدائنيه . وعلى هذا النحو كفل المشروع نظام الإعسار حماية وافية للدائنين من المدين ، وجعل من المساواة الواجبة بينهم حقيقة واقعة . وقد ذهب البعض إلى أن نظام الإعسار ، وإن توافرت له المزايا التي تقدمت الإشارة إليها ، فليس يخلو إعماله من عيب قد يرجع هذه المزايا جميعاً .فإذا فرض في رأيهم أن أغلب الملاك ينوءون بأعباء الدين ، فمن الخطر أن تتخذ إجراءات لإشهار إعسار هؤلاء الملاك ، لأن هذه الإجراءات تفضي من طريق العلانية القضائية إلى الكشف عن مراكز أو أحوال ينبغي أن يكتم أمرها عن الملأ لاعتبارات مادية وأدبية . ولكن لو صح أن يستهان بما يعرض للذهن في مثل هذه الظروف من وجوب رعاية ما يقتضي التعامل من شرف وخلق ، أفلا يبقى بعد ذلك أمر التساؤل عما إذا كانت هذه المراكز المضطربة تظل في الواقع خافية غير معلومة ؟ الحق أنه ليس أيسر من كشف الحقيقة والبصر بها في هذا الشأن ، فإن لم يتح ذلك من طرق استفاضة الشهرة ، فثمة علانية إجراءات التوزيع القضائي وجلسات المزايدات " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٥٩ — ص ٦٦٠) .

(1) إعسار المدين . ماهيته . حالة قانونية تستفاد من عدم كفاية أمواله للوفاء بديونه المستحقة الأداء . قيامه على أمر واقع . ادعاء الدائن إعسار مدينه .وجوب إقامته الدليل . عدم جواز تكليف المدين بإثبات أن يساره يغطي الدين .
(جلسة ٢٠٠٠/٥/٢٨ الطعن رقم ٣٥٦٣ لسنة ٦٩ ق) .

والآثار التي يرتبها القانون على الإعسار القانون قد لا يرتبها على الإعسار الفعلي. فسنرى أن سقوط الأجل (م ٢٥٥ فقرة أولى و م ٢٧٣ مدني) ، ومنع المدين من التصرف في ماله (م ٢٥٧ مدني) ، وتعريضه لعقوبة التبديد في حالتين معينتين (م ٢٦٠ مدني) ، وجواز إعطائه نفقة من إيراداته المحجوزة (م ٢٥٩ مدني) ، وعدم جواز الاحتجاج بحقوق الاختصاص فيما بين الدائنين (م ٢٥٦ فقرة ٢ مدني) ، إنما يترتب ذلك كل على الإعسار القانوني ، لا على مجرد الإعسار الفعلي . أما انتهاء الشركة بإعسار أحد الشركاء (م ٥٢٨ فقرة أولى مدني) ، وجواز إنهاء العارية إذا أعسر المستعير بعد انعقادها أو كان معسراً قبل ذلك دون علم من المعير (م ٦٤٤ حرف حـــ مدني) ، وتقديم كفيل موسر (أي غير معسر) إذا التزام المدين بتقديم كفيل (م ٧٧٤ مدني) ، وسقوط حق الدائن في الرجوع على الكفيل إذا أعسر المدين ولم يتخذ الدائن الإجراءات اللازمة للمحافظة على حقوقه (قياساً على وجوب تقدمه في تفليسة المدين إذا أفلـــس : م ٧٨٦ مدني) ، كل ذلك يترتب على الإعسار الفعلي دون حاجة إلى أن يكون الإعسار قانونياً . كذلك في الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية ستبقى التقنين المدني الجديد الإعسار على ما كان عليه في التقنين المدني السابق ، إعساراً فعلياً لا إعساراً قانونياً ، مسايراً في ذلك تقاليد هاتين الدعويين . وينهض لتوجيه هذا الرأي أن التقنين المدني الجديد حدد على وجه الدقة المقصود بالإعسار في الدعوى البولصية ، فنص في المادة ٢٣٩ على أنه " إذا ادعى الدائن إعسار المدين ، فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما في ذمته من ديون ، وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له مالا يساوى قيمة الديون أو يزيد عليها " . فالمشرع هنا اعتبر المدين معسراً بمجرد ألا يكفى ماله للوفاء بجميع ديونه ، المستحقة وغير المستحقة ، بينما هو في الإعسار القانوني لا يعتبر المدين معسراً إلا إذا كان ماله لا يكفى للوفاء بديونه المستحقة وحدها دون ديونه غير المستحقة . فالإعسار القانوني ، كما نرى ، حالة أشد إمعاناً في الاستغراق بالدين من الإعسار الفعلي ، والتقنين المدني الجديد صريح في أنه يكتفي في الدعوى البولصية — وتبعاً لذلك الدعوى غير المباشرة — بالإعسار الفعلي دون الإعسار القانوني [1] .

---

(١) أنظر عكس ذلك الأستاذ محسن شفيق في الإفلاس فقرة ٥٣ ص ٧٧ — ص ٧٨ — وفي رأينا أن التقنين المدني الجديد إذا أطلق لفظ " الإعسار " فلا يتخصص اللفظ للإعسار القانوني ، بل ينصرف إلى محض الإعسار أي الإعسار الفعلي (أنظر المواد ٢٣٥ فقرة ٢ و ٢٣٧ و ٥٢٨ فقرة أولى و ٦٤٤ حرف حـــ) . أما إذا قصد بلفظ " الإعسار " الإعسار القانوني ، قرن اللفظ بما يدل على هذا المعنى إشعاراً بأهمية ما يرتب من النتائج على ذلك ، فيقول مثلا : " يسقط حق المدين في الأجل : إذا شهر إفلاسه أو إعساره وفقاً لنصوص القانون ... " (م ٢٧٣ — وأنظر أيضاً المواد ٢٥٥ فقرة أولى و ٢٥٦ فقرة ٢ و ٢٥٧ و ٢٥٩ و ٢٦٠) .

وقد ينتهي الإعسار القانوني قبل أن ينتهي الإعسار الفعلي . ذلك أن الإعسار القانوني ينتهي بموجب حكم إذا وفى المدين المعسر ديون الحالة ، وينتهي حتما بقوة القانون إذا انقضت خمس سنوات على شهر الإعسار . فيتبين من ذلك أن الإعسار القانوني قد ينتهي ، ومع ذلك تبقى ديون المدين أكثر من حقوقه فيكون معسراً فعلا ، وهكذا قد يتناوب المدين إعسار فعلي ينتقل منه إلى إعسار قانوني لبعود بعد ذلك إلى إعسار فعلي . وسيأتي بيان ذلك تفصيلا فيما يلي .

وننتقل الآن ، بعد هذا التمهيد ؛ إلى بسط أحكام تنظيم الإعسار المدني في التقنين المدني الجديد ، أي إلى الكلام في حالة الإعسار القانوني . فنبحث : (أولا) شهر حالة الإعسار (ثانياً) الآثار التي تترتب على حالة الإعسار (ثالثاً) انتهاء حالة الإعسار .

ونقصد فيما يلي ، إذا أطلقنا لفظ " الإعسار " ، الإعسار القانوني ، أي الإعسار كحالة قانونية منظمة ، فإذا أردنا الإعسار الفعلي صرحنا بذلك [1]

الفرع الأول
شهر حالة الإعسار

٦٩٣ — دعوى شهر الإعسار : لا بد لثبوت حالة الإعسار ، من دعوى ترفع بذلك ، وحكم يصدر بشهر الإعسار . فوجب إذن أن نبحث أمرين : (١) طرفي دعوى الإعسار (٢) إجراءات هذه الدعوى .

المبحث الأول
طرفا دعوى الإعسار

٦٩٤ — النصوص القانونية: تنص المادة ٢٤٩ من التقنين المدني على ما يأتي:

---

(١) وشبيه بتنظيم حالة الإعسار (م ٢٤٩ — ١٦٤ مدني) تنظيم تصفية التركة (م ٨٧٦ — ٩٢٣ مدني) — ففي الحالتين لا يجوز التصرف في أموال المدين المعسر ولا في أعيان التركة ، ولا يحتج على الدائنين بأي اختصاص يقع بعد تسجيل حكم الإعسار بعد موت المدين ، ويعاقب المدين المعسر بعقوبة التبديد في بعض الحالات كما يعاقب بعقوبة التبديد كل من استولى غشاً على شيء من مال التركة ولو كان وارثاً ، ويجوز تقدير نفقة يتقاضاها المدين من إيراداته المحجوزة أو يتقاضاها من كان المورث يعولهم من ورثته . ولكن إجراءات تصفية التركة إجراءات جماعية ، بخلاف إجراءات تصفية مال المعسر فهي كما رأينا إجراءات فردية .

" يجوز أن يشهر إعسار المدين إذا كانت أمواله لا تكفي لوفاء ديونه المستحقة الأداء" .

وتنص المادة ٢٥٠ على ما يأتي :

" يكون شهر الإعسار بحكم تصدره المحكمة الابتدائية التي يتبعها موطن المدين ، بناء على طلب المدين نفسه أو طلب أحد دائنيه . وتنظر الدعوى على وجه السرعة " .

وتنص المادة ٢٥١ على ما يأتي :

" على المحكمة في كل حال قبل أن تشهر إعسار المدين أن تراعي في تقديرها جميع الظروف التي أحاطت به ، سواء أكانت هذه الظروف عامة أم خاصة . فتنظر إلى موارده المستقبلية ، ومقدرته الشخصية ، و مسئوليته عن الأسباب التي أدت إلى إعساره ، ومصالح دائنيه المشروعة ، وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في حالته المالية " [1] .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٤٩ : ورد هذا النص في المادة ٣٣٤ من المشروع التمهيدي ، عن طريق الخيرة ، على الوجهين الآتيين: " يجوز أن يشهر إعسار كل مدين غير تاجر ، تزيد ديونه عن أمواله ، متى توقف عن وفاء ديونه المستحقة الأداء " أو " يجوز أن يشهر إعسار كل مدين غير تاجر إذا كانت أمواله لا تكفي لوفاء ديونه المستحقة الأداء " . وفي لجنة المراجعة أشار أحد الأعضاء إلى أن نظام الإعسار لا يتفق مع الحالة الاقتصادية في مصر ، إذ هو يسيء إلى مركز المدينين وهم أغلبية دون أن ينطوي على منفعة حقيقية لهم. فأجيب على ذلك بأن وضع هذا النظام أريد به تقرير الأمر الواقع ، فالمدين الذي ينـــزع ملكه تتخذ قبله إجراءات علنية ، وليس في شهر الإعسار ما يمس سمعة المدين بأكثر من ذلك . ثم إن النظام الذي وضعه المشروع يعود على المدين بمزايا حقيقية ، وييسر له أمر الوفاء بديونه . ونوه أحد الأعضاء بأن نظام الإعسار يكون أولى بالقبول لو تضمن مزايا مماثلة للمزايا التي يحصل عليها المدين التاجر من طرق الصلح الواقي من الإفلاس ، كإبراء المدين من جزء من الديون إذا وافقت على ذلك أغلبية من الدائنين، أو إبرائه من الديون أياً كان مقدارها متى ترك للدائنين كل ما يملك من مال . فوافقت اللجنة على استبقاء نظام الإعسار في المشروع مع إحالة الاقتراح الخاص بإبراء المدين إلى لجنة فرعية (ولم يظهر لعمل هذه اللجنة أية نتيجة — والظاهر أن لجنة المراجعة اكتفت بما تضمنه المشروع من جواز مد آجال الديون ومن جواز منح آجال للديون الحالة) . ثم فاضلت لجنة المراجعة بين النصين المعروضين ، فاختارت النص الآتي : " يجوز أن يشهر إعسار المدين غير التاجر إذا كانت أمواله لا تكفي لوفاء ديونه المستحقة الأداء " ، وأصبح رقم المادة ٢٦١ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ أعيد الاعتراض على نظام الإعسار ، وقيل إن هذا النظام جديد ، وهو نظام خطر من الناحية الموضوعية وقد انتقده الكثيرون . ورد على هذا الاعتراض بأن نظام الإعسار يكفل للمدين والدائن مزايا عدة لا تكفي في توفيرها الأحكام الجزئية التي وردت في سيان تحبيذ فكرة الحذف ، ولا تعادلها الاعتبارات المتصلة بعدد الدعاوى ، وهي بالنسبة إلى المدين كثيرة وإجراءات شهر الإعسار قد تفضي على النقيض إلى الإفلال منها . ولم تر اللجنة الأخذ بالاعتراض ، وأقرت نظام الإعسار في مجموعه ، أما من حيث النص المعروض فحذفت كلمتي " غير التاجر " لأن قانون التجارة تكفل بالإجراءات التي تتخذ بالنسبة إلى التاجر، ولإفساح المجال لبحث فكرة وضع نصوص في القانون التجاري =

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق ، ولم يكن هذا التقنين ينظم الإعسار المدني كما سبق القول .

وليس في التقنينات المدنية العربية الأخرى ما نظم الإعسار المدني إلا التقنينان السوري والعراقي . أما التقنين اللبناني فقد ترك الإعسار المدني دون تنظيم كما فعل التقنين المدني الفرنسي . وكذلك شأن التقنين الليبـــي ، فقد أغفل تنظيم الإعسار .

وتقابل النصوص السالفة الذكر في التقنين المدني الســـوري المواد من ٢٥٠ إلى ٢٥٢ ، وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٢٧٠ و ٢٧١ فقرة أولى [1] .

ومن هذه النصوص يتبين أن المدعى عليه في دعوى الإعسار هو المدين المعسر دائماً، أما المدعي فيكون في الغالب أحد دائنيه وقد يكون هو المدين نفسه .

= تجيز للمدين التاجر الاستفادة من أحكام الإعسار بما فيها من يسر . ووافقت اللجنة على المادة معدلة على الوجه الآتي : " يجوز أن يشهر إعسار المدين إذا كانت أمواله لا تكفي لوفاء ديونه المستحقة الأداء " ، تحت رقم ٢٤٩ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٦٢ — ص ٦٦٥) .

م ٢٥٠ : ورد هذا النص في المادة ٣٣٥ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " ويكون إشهار الإعسار بحكم تصدره المحكمة التي يتبعها موطن المدين ، بناء على طلب المدين نفسه أو بناء على طلب دائنيه " . وفي لجنة المراجعة رؤى أن تنظر دعوى الإعسار على وجه السرعة ، فعدل النص على الوجه الذي استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، تحت رقم ٢٦٢ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٥٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٦٦) .

م ٢٥١ : ورد هذا النص في المادة ٣٣٦ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٦٣ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٥١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٦٧ — ص ٦٦٨) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٥٠ — ٢٥٢ : (مطابقة لنصوص التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٢٧٠ : المدين المفلس الذي يكون دينه المستحق الأداء أزيد من ماله إذا خاف غرماؤه ضياع ماله أو خافوا أن يخفيه أو أن يجعله باسم غيره ، وكان خوفهم مبنياً على أسباب معقولة، وراجعوا المحكمة في حجره عن التصرف في ماله أو في إقراره بدين لآخر ، حجرته المحكمة.

م ٢٧١ فقرة أولى : يكون الحجر بحكم تصدره محكمة البداءة بناء على طلب أحد الدائنين .

(وتحديد الإعسار المدني في التقنين العراقي كتحديده في التقنين المصري : عدم كفاية أموال المدين للوفاء بديونه المستحقة الأداء . وللمحكمة سلطة تقديرية تستخلص من عبارة "وكان خوفهم مبنياً على أسباب معقولة " . وللدائن ، دون المدين ، في التقنين العراقي ، طلب الحجر على المدين ، أما في التقنين المصري فيجوز أيضاً للمدين أن يطلب شهر إعسار نفسه . ومع ذلك قارن الدكتور حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ١٠١ ص ١٠٠ حيث يذهب إلى جواز أن يطلب المدين طلب الحجر على نفسه في القانون المدني العراقي) .

٦٩٥ – المدعى عليه هو المدين المعسر : من الطبيعي أن يكون المدعى عليه في دعوى الإعسار هو المدين المعسر . وهنا يجب تحديد ما هو المقصود بلفظ " المعسر " فقد قدمنا أن الإعسار القانوني ليس ضرورة هو الإعسار النعلي .

فالإعسار الفعلي هو كما قدمنا زيادة ديون المدين على حقوقه [1] ، سواء كانت ديونه مستحقة الأداء أو غير مستحقة الأداء ، مادامت ديوناً محققة الوجود . فلا يدخل في الحساب الديون المتنازع فيها إلى أن تخلو من النـــزاع . ولا الديون المعلقة على شرط واقف إلى أن يتحقق الشرط . أما الديون المؤجلة ، والديون المعلقة على شرط فاسخ ، والديون غير المقدرة ، فإنها تحسب جميعاً . ولكن يجب تقدير الديون غير المقدرة ، للإستيثاق مما إذا كان مال المدين يكفي للوفاء بها هي والديون المقدرة . فإذا تحقق الشرط الفاسخ ، فسقط الدين المعلق على هذا الشرط ، استنـــزل من مجموع الديون ، وقد ينقلب المدين باستنـــزال هذا الدين موسراً بعد أن كان معسراً .

هذا هو تحديد الإعسار الفعلي . أما الإعسار القانوني فقد توخى له التقنين المدني تحديداً آخر جعله أقل وقوعاً من الإعسار الفعلي [1] . ونبادر إلى القول – قبل تحديد الإعسار القانوني – أن الإفلاس التجاري هو أيضاً شيء آخر غير الإعسار الفعلي وغير الإعسار القانوني . فالإفلاس التجاري يجوز شهره بمجرد أن يتوقف المدين التاجر عن الوفاء بدين عليه في الميعاد المحدد . ولا ينظر في الإفلاس التجاري إلى ما إذا كان المدين معسراً بالفعل أو غير معسر ، فقد يكون موسراً وتكون له أموال تربى على ديونه أضعافاً مضاعفة ، ولكن إذا كانت هذه الأموال لا يستطيع المدين أن يسدد منها الدين المطلوب، بأن تكون هي الأخرى ديوناً في ذمة مديني المدين لم تدفع لعدم حلول أجلها أو لتوقف المدينين عن الدفع ، أو تكون عقارات أو منقولات يتعذر بيعها لوفاء الدين من ثمنها ، أو تقصر هذه الأموال على الوفاء بالدين لأي سبب آخر ، فإنه يجوز شهر إفلاس المدين ، مهما بلغ من اليسار ، مادام قد توقف عن دفع دين عليه مستحق الأداء. وهذا هو الذي توجبه مقتضيات التعامل التجاري ، فهو تعامل يقوم على الثقة والائتمان فلا بد من أن يفي التاجر بدينه في الميعاد المحدد للوفاء ، فإن دائنه قد ائتمنه واطمأن إلى التعامل معه ، ويغلب أن يكون هذا الآخر مديناً اعتمد في الوفاء بدينه على أن مدينه سيفيه حقه ، فمتى توقف مدينه عن الدفع

---

(١) أو كما يقال عادة زيادة الخصوم (passif) على الأصول (actif) .

(1) الحكم برفض شهر الإعسار لعدم توافر الإعسار القانوني لا يؤدي بطريق اللزوم الحتمي إلى انتفاء الإعسار الفعلي .
(جلسة ١٩٧٨/٥/٨ مجموعة المكتب الفني السنة ٢٩ ص ١١٨٥) .

توقف هو أيضاً عن الدفع لدائنه ، وقد يتوقف هذا الدائن هو أيضا عن الدفع لدائنه ، وهكذا دواليك ، فيجري توقف مدين توقف سلسلة من مدينين غيره اعتمد بعضهم على بعض . ومن ذلك نرى ما لتوقف المدين التاجر عن الوفاء بدينه من نتائج خطيرة ، ومن ثم كان جزاء هذا التوقف جواز شهر الإفلاس [1] .

وليس كذلك الإعسار القانوني [1] . فإن مجرد توقف المدين عن الدفع ليس بالدليل على إعساره ، ولا يجر هذا التوقف عادة في المعاملات المدنية كل النتائج الخطيرة التي رأيناها في التعامل التجاري . ومن ثم لم ير المشرع في التقنين المدني الجديد أن يقف عند هذه القرينة لاعتبار أن المدين معسراً . ولم يقف حتى عند الإعسار الفعلي ، بأنه يكون مال المدين لا يكفي للوفاء بجميع ديونه . بل هو لم يرض أن يجمع بين الأمرين : الإعسار الفعلي والتوقف عن الدفع .وقد كان هذا الطريق أحد طريقين لتحديد الإعسار القانوني في المشروع التمهيدي للتقنين الجديد . فلم تختر لجنة المراجعة هذا الطريق [2] ، واختارت الطريق الآخر الذي استقر في التقنين الجديد ، وهو أكثر رفقاً بالمدين . فلا يكفي ، حتى يجوز شهر إعسار المدين ، أن تكون أمواله غير كافية للوفاء بجميع ديونه ، ولا يكفي أن يتوقف عن دفع دين مستحق الأداء ، بل يجب أن يكون أشد إعساراً من كل ذلك ، فتكون أمواله غير كافية للوفاء بديونه المستحقة الأداء وحدها [3] . فلو أن أمواله كانت كافية للوفاء بالديون

---

(١) وكذلك قد يكون المدين التاجر معسراً إعساراً فعلياً أو قانونياً ، ولكنه مادام يدفع ديونه الحالة عند طلبها ولا يتوقف عن الدفع ، فلا يجوز شهر إفلاسه (الأستاذ محسن شفيق في الإفلاس فقرة ١٤٤ ص ١٧٩ — ص ١٨٠) .

(1) مفاد نص المادتين ٤١٧ و ٢٣٧ من التقنين المدني قد فرق بين الإعسار القانوني الذي استلزم توافره لشهر إعسار المدين ، واشترط لقيامه ، أن تكون أمواله غير كافية لوفاء ديونه المستحقة الأداء ، وبين الإعسار الفعلي الذي استلزم توافره في دعوى عدم نفاذ التصرف ، واشترط لقيامه أن يؤدي التصرف الصادر من المدين إلى أن تصبح أمواله غير كافية للوفاء بجميع ديونه سواء ما كان منها مستحق الأداء أو مضافا إلى أجل، ويؤدى ذلك أن الإعسار الفعلي أوسع نطاقاً من الإعسار القانوني فقد يتوافر الأول دون الثاني . (جلسة ١٩٧٨/٥/٨ مجموعة المكتب الفني السنة ٢٩ ص ١١٨٥) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٦٩٤ في الهامش في تاريخ المادة ٢٤٩ — وأنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٦٣ — ص ٦٦٤ .

(٣) أو كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : " لا يشترط مجرد نقص حقوق المدين عن ديونه، بل يشترط أيضاً أن تكون هذه الحقوق أقل من الديون المستحقة الأداء ، أي أقل من جزء معين من مجموع الديون " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٦٢) .

المستحقة الأداء ، لم يجز شهر إعساره ، حتى لو كانت هذه الأموال غير كافية للوفاء بجميع الديون الحالة والمؤجلة [1] ، وحتى لو توقف عن دفع دين حال .

ونرى من ذلك أن الإعسار القانوني أضيق من الإعسار الفعلي ، وأن المعسر إعساراً فعلياً لا يكون بالضرورة معسراً إعساراً قانونياً ، وإن كان المعسر إعساراً قانونياً لابد أن يكون معسراً إعساراً فعلياً . فلو كانت أموال المدين تقدر بعشرة آلاف ، وكانت ديونه الحالة ثمانية آلاف ، وديونه المؤجلة أربعة آلاف ، فهذا المدين معسر إعساراً فعلياً لأن مجموع ديونه الحالة والمؤجلة يربى على مجموع أمواله ، وهو غير معسر إعساراً قانونياً لأن ديونه الحالة لا تزيد على ما عنده من مال . ولو كانت الديون الحالة أثنى عشر ألفا بدلا من ثمانية آلاف ، لكان المدين معسراً أيضاً إعساراً قانونياً ، لأن ديونه الحالة أصبحت تربى على أمواله .

على أن الإعسار القانوني ، على ضيقه ، أوسع من الإفلاس التجاري ، فقد رأينا أن مجرد توقف المدين التاجر عن دفع دينه الحال يجيز شهر إفلاسه ، ولو كان هذا المدين غير معسر ، لا إعساراً قانونياً ولا إعساراً فعلياً [2] .

٦٩٦ – عبء إثبات الإعسار : ويقع عبء إثبات إعسار المدين على من يطلب شهر إعساره ، ويكون غالباً أحد دائنيه كما سيأتي . ويمكن إثبات الإعسار – أي عدم كفاية أموال المدين للوفاء بديونه المستحقة الأداء – بجميع الطرق لأن الإعسار واقعة مادية . ويجوز الانتفاع بالقرينة القانونية الواردة في المادة ٢٣٩ مدني ، على أن تكون قرينة قضائية . فقد رأينا المادة ٢٣٩ تنص على أنه " إذا ادعى الدائن إعسار المدين، فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما في ذمته من ديون ، وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له مالا يساوى قيمة الديون أو يزيد عليها " . فإذا أثبت الدائن ديناً مستحق الأداء في ذمة المدين ، كان للقاضي أن يستخلص من ذلك قرينة قضائية على أن هذا المدين معسر، وهي قرينة تقبل إثبات

---

(١) ولا يقال إن الديون المؤجلة تحل بالإعسار ، فإن الدين المؤجل لا يحل إلا بشهر الإعسار ، أي بالإعسار القانوني دون الإعسار الفعلي ، كما سنرى .

(٢) ولكن لا يوجد ما يمنع من أن يخضع المدين التاجر – في غير معاملاته التجارية – لنظام الإعسار المدني (القانوني) في دين مدني لدائن تاجر (كثمن مفروشات يشتريها التاجر من تاجر آخر لاستعماله الخاص) أو لدائن غير تاجر (كأجرة المنـزل الذي يسكنه التاجر) . أنظر في هذا المعنى : الأستاذ محسن شفيق في الإفلاس فقرة ١٤٩ ص ١٩٤ – ص ١٩٧ .

العكس ككل القرائن القضائية ، فيجوز للمدين دحضها إذا هو أثبت أن عنده مالا يكفي للوفاء بهذا الدين المستحق الأداء [1]

٦٩٧ – سلطة المحكمة التقديرية في شهر الإعسار : وحتى بعد إثبات أن أموال المدين غير كافية للوفاء بديونه المستحقة الأداء على النحو الذي قدمناه ، فليس من الضروري أن تقضي المحكمة بشهر إعساره، بل إن لها سلطة تقديرية واسعة في ذلك.

فعلى المحكمة – كما تقول المادة ٢٥١ مدني – في كل حال ، قبل أن تشهر إعسار المدين ، أن تراعي في تقديرها جميع الظروف التي أحاطت به ، سواء أكانت هذه الظروف عامة أم خاصة . فتنظر إلى موارده المستقبلية ، ومصالح دائنيه المشروعة ، وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في حالته المالية .

فالظروف التي تراعيها المحكمة إذن في تقديرها هي الظروف العامة التي أعسر فيها المدين ، وكذلك الظروف الخاصة بشخصه ، فالظروف العامة مثلها أزمة اقتصادية طاحنة سببت إعسار كثير من الناس ، أو حرب نشبت ، أو ثورة اندلعت ، أو فيضان استثنائي ، أو آفة زراعية انتشرت ، أو نحو ذلك من الظروف التي تعم جميع الناس ولا تخص المدين وحده .

والظروف الخاصة بالمدين يجب أيضاً أن تراعيها المحكمة [2] في تقديرها لشهر الإعسار أو الامتناع عن شهره . وهذه الظروف الخاصة إما أن ترجع إلى الماضي ،

---

(١) الأستاذ محسن شفيق في الإفلاس فقرة ٢٨ – وقد قضي بأن توقف المدين عن دفع أحد ديونه المستحقة قرينة على إعساره ، فيتعين على المدين ، إذا أراد تلافي الحكم بشهر إعساره ، أن يثبت أنه رغم توقفه عن الدفع فإن لديه ما يكفي لسداد ديونه المستحقة (الإسكندرية الكلية الوطنية ٦ أبريل سنة ١٩٥٠ مجلة التشريع والقضاء ٢ رقم ١٢ ص ٢١١) . وقضت محكمة النقض – في عهد التقنين المدني السابق حيث لم يكن يوجد نص يقابل المادة ٢٤٩ – بأن الإعسار هو حالة قانونية تستفاد من أن أموال الشخص ليست كافية للوفاء بديونه المستحقة عليه . وهو بهذا المعنى لا يقوم على نفي مطلق يتعذر إثباته ، بل يقوم على أمر واقع له علاماته التي تشهد عليه . على أن المقرر في الإثبات أنه إذا كانت الواقعة المدعاة سلبية وكانت منضبطة النفي ، كان على مدعيها إثبات خلافها متى أمكنه تحويلها إلى قضية موجبة ، فإذا لم يكن ذلك ممكنا ، أو كانت الواقعة غير منضبطة النفي ، فإن مدعيها يعتبر عاجزاً عن إثبات دعواه (نقض مدني ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٣ ص ٨٠) .

هذا وإذا كان المدين هو الذي طلب شهر إعسار نفسه – كما سيأتي – فإقراره بالإعسار حجة عليه ، إلا إذا ثبت للقاضي أنه قصد بالإقرار التحايل .

(٢) وهذا بخلاف الحكم في نظرية الظروف الطارئة ، حيث تنص المادة ١٤٧ فقرة ٢ على ضرورة أن تطرأ حوادث استثنائية عامة تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين .

كمسئوليته عن الأسباب التي أدت إلى إعساره ، وهل كان حسن النية عاثر الحظ ، أو كان مبذراً متلافاً . وإما أن ترجع الظروف الخاصة إلى الحاضر ، مثل ذلك مصالح دائنيه المشروعة فقد تستوجب شهر إعساره ، ومثل ذلك أيضاً رعونة المدين أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه . وإما أن ترجع الظروف الخاصة إلى المستقبل ، مثل ذلك موارد المدين المستقبلة ، فقد ينتظر لأعماله الرواج بعد فوات أزمة عارضة ، ومثل ذلك أيضاً مقدرته الشخصية فقد يكون طبيباً ماهراً أو مهندساً حاذقاً فيمكن الاعتماد على عمله في المستقبل وتفادي شهر إعساره في الحال [1] .

وغني عن البيان أن المحكمة ، وهي تقدر هذه الظروف العامة والخاصة ، قد تلمس فيها ما يشفع للمدين ، ويقيه شهر الإعسار ، فيقوم ذلك إلى حد كبير مقام الصلح الواقي (concordat préventif) في المعاملات التجارية [2] .

٦٩٨ – المدعى في دعوى الإعسار – أحد – الدائنين : أما المدعى في دعوى شهر الإعسار فيكون غالبا أحد دائني المدين المعسر . وللدائن في ذلك مصالح شتى . فقد يخشى ، بعد أن تيقن من إعسار المدين ، أن يستبد بالمدين اليأس فيبادر إلى تبديد ماله ، أو إخفائه ، أو التصرف فيه للإضرار بحقوق دائنيه [3] . فيسهل على الدائن ، بعد أن يشهر إعسار المدين ، أن يلغى جميع هذه التصرفات . بل إنه ليعرض المدين إلى عقوبة جنائية ، هي عقوبة التبديد ، إذا شهر إعساره وأقدم المدين مع ذلك على إخفاء بعض أمواله ، أو اصطنع ديوناً صورية أو مبالغاً فيها بقصد الإضرار بدائنيه ، أو تعمد الإعسار في دعوى الدين التي رفعها عليه دائنه (م ١٠٠ مدين) ، كما سيأتي [4] .

---

(١) الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٥٠ ص ٢١٠ – وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " ... للقاضي سلطة رحبة الحدود ، تتيح له تقدير جميع ظروف المدين ، وأخذه بالشدة أو اصطناع الرفق في معاملته ، وفقاً لأحواله العامة والخاصة . وقد يكون في الأحوال العامة ما ينهض لمصلحة المدين ، كما لو عرضت له عسرة موقوتة في خلال أزمة اقتصادية شاملة . ويراعى من ناحية أخرى أن لأحوال المدين الخاصة النصيب الأوفى في توجيه الحكم على مركزه ، فمن ذلك مثلا كفايته الشخصية (وهي التي يتوقف عليها إلى حد بعيد تقدير ما يرجى له من فرص التوفيق في مستقبله) ، وسنه ، وحرفته ، ومركزه الاجتماعي ، ومصالح دائنيه المشروعة ، ومدى مسئوليته عن إعساره ، وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في حالة المادية " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٦٢ – ص ٦٦٣) .

(٢) الأستاذ محمد شفيق في الإفلاس فقرة ٤٧ .

(٣) وتقول المادة ٢٧٠ من التقنين المدني العراقي :"إذا خاف غرماؤه ضياع ماله ، أو خافوا أن يخفيه ، أو يجعله باسم غيره " .

(٤) ونرى أنه حتى لو لم يوجد للمدين إلا دائن واحد ، فإن هذا الدائن يستطيع أن يرفع دعوى شهر الإعسار ، وذلك حتى يغل يد المدين من التصرف في أمواله ، مع تعريضه للعقوبة الجنائية . وإذا جاز للدائن الواحد =

وقد يكون الدائن ، بعد أن تيقن من إعسار مدينه ، يخشى أن يبادر دائنون الآخرون إلى أخذ اختصاصات على عقاراته يتقدمون بها في استيفاء حقوقهم ، لا سيما بعد أن أصبح حق الاختصاص في التقنين المدني الجديد لا يؤخذ إلا بناء على حكم واجب التنفيذ (م ١٠٨٥ مدني) ، فيسبقه إلى الحصول على هذا الحكم دائنون آخرون ، ويبقى هو أمداً طويلا قبل أن يحصل على حكم واجب التنفيذ يستطيع بموجبه أن يأخذ حق اختصاص . وفي مثل هذه الظروف يؤثر الدائن أن يبادر إلى شهر إعسار مدينه ، ومادام هو لا يزال أمامه وقت طويل قبل أن يستطيع الحصول على حكم يأخذ حق اختصاص بموجبه ، فلا أقل من أن يمنع الدائنين الآخرين من أن يفعلوا ذلك فيتقدموا عليه دون مبرر .

وقد يكون الدائن حقه مؤجل ، ويتيقن من إعسار مدينه ، فيخشى أن ينتظر حلول الأجل فلا يجد عند المدين مالا يستوفي منه حقه . فيبادر إلى شهر إعسار المدين ، متمسكاً بدين حال ، غير الدين المؤجل ، لا تكفي أموال المدين للوفاء به . فإذا ما شهر إعسار المدين ، سقط الأجل في الدين المؤجل ، وبادر الدائن إلى التنفيذ بحقه ، والحصول على قسط منه ، بدلا من أن يضيعه كله [1] .

٦٩٩ – المدعى في دعوى شهر الإعسار هو المدين نفسه : تقول المادة ٢٥٠ مدني ، كما رأينا ، أن شهر الإعسار يكون بناء على طلب المدين نفسه أو طلب أحد دائنيه . وقد عرضنا للدوافع التي تحدو بالدائن أن يطلب شهر إعسار مدينه ، فبقي أن نتبين الدوافع التي تحدو بالمدين نفسه على أن يطلب شهر إعساره .

قد يرى المدين أن الديون قد أثقلته ، وأن الظروف التي تحيط به تشفع له ، فيعمد إلى طلب شهر إعساره حتى يستطيع الحصول على منحه آجالا للديون الحالة ، وحتى يمد الآجال بالنسبة إلى الديون المؤجلة (م ٢٥٥ فقرة ٢ مدني وسيأتي بيانها) ، فيتمكن بذلك من

= أن يشهر إفلاس مدينه (أنظر الأستاذ محسن شفيق في الإفلاس فقرة ١٦٨ ص ٢١٩ – ص ٢٢١) ، مع تعقد إجراءات الإفلاس وخطر نتائجه ، فأولى أن يجوز للدائن الواحد أن يشهر إعسار مدينه ، وله في ذلك مصلحة واضحة .

(١) والدائن ذو الحق المؤجل لا يتمسك ، في شهر إعسار المدين ، بحقه هو لأنه غير حال ، وإنما يتمسك بحق حال ، ولو لدائن آخر ، لا تكفي أموال المدين لوفائه . وقد قضت محكمة شبين الكوم الكلية بأن دعوى شهر إعسار المدين لا تجوز إقامتها إلا عند حلول ميعاد الوفاء بالدين ، ولا يجوز رفعها قبل ذلك طبقاً للمادة ٢٤٩ من القانون المدني الجديد . وتقول المحكمة بحق : " وأما ما تعرضت له المدعية بمذكرتها من أن الأجل يسقط ويصبح الدين مستحق الأداء بالمادة ٢٥٥ و ٢٧٣ ، فمرجعه في التفسير إلى صدور حكم بالإعسار ، ونص المادة ٢٧٣ صريح في ذلك " (شبين الكوم الكلية ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٣ المحاماة ٣١ رقم ٣٩٠ ص ١٣٧٥) .

تسوية حالته المالية في هدوء وطمأنينة . ويشبه هذا في الإفلاس التجاري الصلح مع الدائنين (concordat) .

وقد يكون المدين غارقاً في ديونه ، تنهال عليه الحجوز من كل جانب ، وقد حجزت إيراداته فمنع مورد رزقه ، فيعمد إلى طلب شهر إعساره حتى يستطيع الحصول على نفقة (م ٢٥٩ مدني وسيأتي بيانها) يقتات منها إلى أن تتم تصفية أمواله [١] .

وأكثر ما يتحقق طلب المدين شهر إعسار نفسه يكون في دعوى يرفعها عليه أحد دائنيه بالدين ، فيطلب أثناء نظر هذه الدعوى شهر إعسار نفسه [٢] .

١٠٠ – شهر الإعسار لا تطلبه النيابة العامة ولا تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها : وفي الإفلاس التجاري يجوز للنيابة العامة طلب شهر إفلاس المدين التاجر ، ويجوز للمحكمة أن تشهر إفلاس التاجر من تلقاء نفسها . فقد نصت المادة ١٩٦ من التقنين التجاري على أن " الحكم بإشهار الإفلاس يجوز أن يصدر بناء على طلب نفس المدين المفلس أو طلب مداينيه أو الوكيل عن الحضرة الخديوية أو تصدره المحكمة من تلقاء نفسها " . وليس هنا محل الكلام عن الإفلاس التجاري ، وكيف تطلبه النيابة العامة ، أو تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها . والذي يعنينا أن نبينه في هذا الصدد أن الإعسار المدني لا يخضع لهذا النظام ، إذ لا يوجد نص في تنظيم الإعسار يسمح به ، بل إن نص المادة ٢٥٠ مدني يقضي ، كما رأينا ، بأن يكون شهر الإعسار بناء على طلب المدين نفسه أو طلب أحد دائنيه . فلم يذكر النص النيابة العامة ، ولم يبح للمحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها بشهر إعسار المدين غير التاجر ، وذلك لأن الاعتبارات التي تستوجب هذا الحكم في المعاملات التجارية لا وجود لها في المعاملات المدنية [٣] .

---

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٧٣ .

(٢) ويجوز للمدين أن يطلب شهر إعسار نفسه بدعوى يرفعها ابتداء أمام المحكمة الابتدائية التي يتبعها موطنه ، ويكون دائنوه هم الخصوم في هذه الدعوى . وهذا بخلاف شهر المدين التاجر إفلاس نفسه ، فقد ورد فيه نص خاص ، إذ قضت المادة ٥٥٢ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ بأن يشهر إفلاس التاجر بناء على طلبه أو طلب أحد الدائنين أو النيابة العامة ويجوز للمحكمة أن تقضي بشهر الإفلاس من تلقاء ذاتها ، وتنص المادة ٥٥٣ من القانون على أنه " يجب على التاجر أن يطلب شهر إفلاسه خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ توقفه عن الدفع ويكون الطلب بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة تذكر فيه أسباب التوقف عن الدفع وترفق الوثائق الآتية ..... "

(٣) لا سيما – كما يقول الأستاذ محسن شفيق (الإفلاس فقرة ٣٠ ص ٥٥) – أن تخويل المحكمة شهر الإفلاس من تلقاء نفسها خروج على القواعد العامة ، ومحل انتقاد بعض الفقهاء .

المبحث الثاني

إجراءات دعوى الإعسار

٧٠١ – النصوص القانونية: تنص المادة ٢٥٢ من التقنين المدني على ما يأتي:

" مدة المعارضة في الأحكام الصادرة في شأن الإعسار ثمانية أيام ، ومدة استئنافها خمسة عشر يوماً ، تبدأ من تاريخ إعلان تلك الأحكام ".

وتنص المادة ٢٥٣ على ما يأتي :

" ١ – على كاتب المحكمة في اليوم الذي تقيد فيه دعوى الإعسار أن يسجل صحيفتها في سجل خاص يرتب بحسب أسماء المعسرين ، وعليه أن يؤشر في هامش التسجيل المذكور بالحكم الصادر في الدعوى وبكل حكم يصدر بتأييده أو بإلغائه ، وذلك كله يوم صدور الحكم " .

" ٢ – وعلى الكاتب أيضاً أن يرسل إلى قلم كتاب محكمة مصر صورة من هذه التسجيلات والتأشيرات لإثباتها في سجل عام، ينظم وفقاً لقرار يصدر من وزير العدل".

وتنص المادة ٢٥٤ على ما يأتي :

" يجب على المدين إذا تغير موطنه أن يخطر بذلك كاتب المحكمة التي يتبعها موطنه السابق . وعلى هذا الكاتب بمجرد علمه بتغيير الموطن ، سواء أخطره المدين أم علم بذلك من أي طريق آخر ، أن يرسل على نفقة المدين صورة من حكم شهر الإعسار ومن البيانات المؤشر بها في هامش التسجيل إلى المحكمة التي يتبعها الموطن الجديد لتقوم بقيدها في سجلاتها [1] " .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٥٢ : ورد هذا النص في المادة ٣٣٧ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٦٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٥٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٦٩) .

م ٢٥٣ : ورد هذا النص في المادة ٣٣٨ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " على كاتب المحكمة أن يقيد الأحكام الصادرة بإشهار الإعسار ، يوما فيوما ، في سجل عام يرتب بحسب أسماء المعسرين ، وطبقاً لما يقضى به نظام الفهارس .وعليه أن يؤشر في هامش القيد المذكور بكل حكم يصدر بتأييد أو إلغاء حكم سابق " . وفي لجنة المراجعة أضيفت فقرة ثانية إلى النص على الوجه الآتي : " وعليه أيضاً أن يرسل إلى قلم كتاب محكمة مصر صورة الأحكام لقيدها في سجل عام ينظم وفقاً لقرار يصدر من وزير العدل " ، وأصبح رقم المادة ٢٦٥ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ رؤى =

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق .

وتقابل هذه النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٥٣ — ٢٥٤ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢٧١ فقرة ٢ و ٣ [1] .

٧٠٢ — المحكمة المختصة بالحكم بشهر الإعسار : وقد قدمنا أن المادة ٢٥٠ مدني تقضي بأن المحكمة المختصة بشهر الإعسار هي المحكمة الابتدائية التي يتبعها موطن المدين المعسر ، فلا تختص المحاكم الجزئية إذن بنظر دعاوى الإعسار .

٧٠٣ — نظر الدعوى على وجه السرعة — تقصير مواعيد المعارضة والاستئناف: وتقضي المادة ٢٥٠ مدني أيضاً أن تنظر دعوى الإعسار على وجه السرعة. فيبين في صحيفة الدعوى موضوعها وطلبات المدعي فيها وأسانيدها (م ٦٣ مرافعات). وتقدم على غيرها من الدعاوى العادية ، ولا يقبل فيها طلب التأجيل إلا عند الضرورة ،

= وجوب أن يكون تسجيل صحيفة الدعوى وقيد الحكم في محكمة واحدة ، ووجوب البدء بالكلام على تسجيل صحيفة الدعوى طبقاً للترتيب الطبيعي ، وهذا إجراء تستلزمه حماية مصالح الغير . فعدل النص على الوجه الذي استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأصبح رقم المادة ٢٥٣ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٧٠ — ص ٦٧٢) .

م ٢٥٤ : ورد هذا النص في المادة ٣٣٩ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٦٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٥٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٧٣ — ص ٦٧٤) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٥٣ — ٢٥٤ : (مطابقتان للمادة ٢٥٣ و٢٥٤ من التقنين المدني المصري ، فيما عدا أن كاتب محكمة موطن المدين المعسر ، في التقنين السوري ، يرسل إلى ديوان وزارة العدل — لا إلى محكمة العاصمة كما في التقنين المصري — صورة التسجيلات والتأشيرات لإثباتها في سجل عام . ولا مقابل في التقنين السوري للمادة ٢٥٢ من التقنين المصري وهي المادة التي تقصر مواعد المعارضة والاستئناف) .

التقنين المدني العراقي م ٢٧١ فقرة ٢ : ويجوز لأي دائن بمقتضى هذا الحكم (حكم الحجر على المدين المعسر) أن يحصل من دائرة الإجراء على قرار بحجز جميع أموال المدين المحجور من عقارات ومنقولات وديون في ذمة الغير ، عدا الأموال التي لا يجوز حجزها . ويبقى الحجز على أموال المدين قائما لمصلحة جميع الدائنين حتى ينتهي الحجر .

فقرة ٣ : ويقام المدين نفسه حارساً على أمواله المحجوز عليها ، إلا إذا قضت الضرورة بغير ذلك .

(ويتبين من نصوص التقنين العراقي أنه لا يكفي الحكم بحجر المدين وشهر هذا الحكم ، بل يجب أيضاً أن تتبع ذلك حجز كل أموال المدين لمصلحة جميع الدائنين . ويقام المدين ، بقدر الإمكان ، حارساً على أمواله، حتى يكون مسئولا عن تبديدها — أنظر الدكتور حسن على الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ١٠١) .

ولأجل قريب وطبقاً للمادة ٢٥٠ من القانون المدني يكون شهر الإعسار بحكم تصدره المحكمة الابتدائية التي يتبعها موطن المدين ، بناء على طلب المدين نفسه أو طلب أحد دائنيه ، ووفقاً للمادة ٢٥١ على المحكمة في كل حال ، قبل أن تشهر إعسار المدين ، أن تراعى في تقديرها جميع الظروف التي أحاطت به ، سواء أكانت هذه الظروف عامة أم خاصة ، فتنظر إلى موارده المستقبلة ومقدرته الشخصية ومسئوليته عن الأسباب التي أدت إلى إعساره ، ومصالح دائنيه المشروعة ، وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في حالته المادية .

والحكم الذي يصدر في الدعوى بشهر الإعسار يكون قابلاً للمعارضة إذا صدر غيابياً ، ولكن مواعيد المعارضة تقصر إلى ثمانية أيام من تاريخ إعلان الحكم الغيابي للمدين (م ٢٥٢ مدني) وهذا الحكم الخاص بجواز الطعن بالمعارضة في الحكم الذي يصدر بشهر الإعسار يعتبر استثناء من القاعدة العامة في تقنين المرافعات من أن المعارضة لا تجوز في الأحكام بصفة عامة .

ويكون الحكم الصادر في دعوى شهر الإعسار ، سواء صدر بشهر الإعسار أو بالرفض ، قابلاً للاستئناف . فلو أن الدائن رفع الدعوى على المدين يطلب شهر إعساره، وصدر الحكم ابتدائياً بشهر الإعسار ، جاز لمدين المحكوم عليه بشهر إعساره أن يستأنف الحكم أمام محكمة الاستئناف التي تستأنف أمامها أحكام المحكمة الابتدائية التي أصدرت الحكم الابتدائي .

وكذلك إذا صدر الحكم الابتدائي برفض شهر الإعسار ، جاز للدائن استئنافه . وميعاد الاستئناف ، كما تقضي بذلك المادة ٢٥٢ مدني ، هو خمسة عشر يوماً تبدأ من تاريخ إعلان الحكم . والحكم الوارد بالمادة المذكورة فيما يتعلق بميعاد استئناف الحكم الصادر في دعوى شهر الإعسار وبدء سريان هذا الميعاد لا يتفق مع الأحكام العامة المنصوص عليها في تقنين المرافعات والواردة بالمادتين ٢١٣ و ٢٢٧ مرافعات .

٧٠٤ – الحكم الصادر بشهر الإعسار منشئ لا كاشف وهو حجة على الكافة : والحكم الصادر بشهر الإعسار هو حكم منشئ لحالة قانونية جديدة ، فقد نقل المدين إلى حالة إعسار يرتب عليها القانون نتائج هامة . ولا يقال أن الحكم إنما كشف عن حالة المدين المعسر ، فقد قدمنا أن الإعسار هو حالة قانونية يشترط في قيامها أوضاع خاصة ، وهذه الأوضاع تنشئ الحالة القانونية [1] .

---

(١) أنظر عكس ذلك الأستاذ محسن شفيق في الإفلاس فقرة ٢٩ – وأنظر في أن الحكم كاشف لا منشئ في الحالة الحاضرة للقانون المدني الفرنسي حيث لم ينظم الإعسار ولم يجعل شهره موكولا إلى حكم : بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨١٣ .

ولما كان الحكم ينشئ حالة قانونية جديدة ، فهو حجة على الكافة . والمدين الذي شهر الحكم إعساره يعتبر معسراً ، لا بالنسبة إلى الدائن الذي رفع دعوى شهر الإعسار وحده ، بل أيضاً بالنسبة إلى سائر الدائنين ، وكذلك بالنسبة إلى الغير ممن قد يتصرف له المدين فلا ينفذ تصرفه . ذلك أن حالة الإعسار لا تتجزأ ، ولا يصح أن يعتبر المدين معسراً بالنسبة إلى بعض ، وموسراً بالنسبة إلى الآخرين . ويترتب على أن الحكم بشهر الإعسار حجة على الكافة أمران : (١) يجوز لكل ذي مصلحة — كدائن لم يدخل في الدعوى أو شخص تصرف له المدين المعسر — أن يطعن في الحكم بشهر الإعسار عن طريق التماس إعادة النظر ، إذا أثبت أن دعوى شهر الإعسار إنما رفعت غشاً بالتواطؤ بين طرفي الدعوى أو أن المدين قد أهمل إهمالا جسيماً في الدفاع عن نفسه ونجم عن هذا الإهمال أن حكم بشهر إعساره . (٢) مادام الحكم حجة على الكافة ، فقد كفل له القانون وسائل للعلانية حتى يتمكن ذوو الشأن ومن لهم مصلحة أن يعلموا به . وهذا ما ننتقل الآن إليه .

٧٠٥ — العلانية التي نظمها القانون للحكم الصادر بشهر الإعسار:

كفل القانون العلانية للحكم الصادر بشهر الإعسار عن طريقين : (١) طريق قلم كتاب المحكمة الابتدائية التي أصدرت الحكم بشهر الإعسار ، وهذه هي الجهة المحلية للإعلان عن الحكم . (٢) طريق قلم كتاب محكمة مصر الابتدائية ، وهذه هي الجهة المركزية الرئيسية للإعلان عن الحكم .

أما عن الجهة المحلية ، فقد قضت المادة ٢٥٣ مدني ، كما رأينا ، بأن كاتب المحكمة الابتدائية التي رفعت أمامها دعوى شهر الإعسار ينظم سجلا خاصاً مرتباً بحسب أسماء المعسرين حتى يتيسر البحث فيه . وعليه ، بعد أن تقيد دعوى الإعسار ، أن يسجل صحيفة الدعوى في هذا السجل الخاص ، تحت اسم المدين المطلوب شهر إعساره . ومتى صدر الحكم في الدعوى ، أشر يوم صدوره ، في هامش التسجيل المذكور ، بالحكم الصادر . وإذا طعن في الحكم بالمعارضة أو الاستئناف أو النقض أو التماس إعادة النظر ، أشر ، في هامش التسجيل أيضاً ، فالحكم الصادر في الطعن المذكور بالتأييد أو بالإلغاء ، ويكون ذلك يوم صدور الحكم . وبذلك تجتمع في هذا السجل الخاص ، تحت اسم كل مدين رفعت عليه دعوى شهر الإعسار ، صورة كاملة عن تاريخ رفع الدعوى وصحيفتها وعما صدر من الأحكام فيها . فيستطيع كل ذي شأن أن يعرف ، من واقع هذا السجل الخاص ، حالة المدين وعما إذا كانت دعوى الإعسار قد رفعت عليه وبماذا حكم في هذه الدعوى ، فيتبين الحالة على حقيقتها . ولما كان هذا السجل الخاص موجوداً في المحكمة الابتدائية التي يتبعها موطن المدين ، وكان هناك احتمال في أن يغير المدين موطنه ، فلا بد من إرسال هذه

البيانات إلى المحكمة التي بها موطن المدين الجديد لنقلها في سجلها الخاص ، لأن من يريد بحث حالة المدين إنما يبحثها في قلم كتاب المحكمة التي يوجد بها موطنه الأخير وهو الموطن الظاهر أمامه . ومن ثم قضت المادة ٢٥٤ مدني بأن المدين الذي شهر إعساره ، إذا غير موطنه ، ووجب عليه أن يخطر بذلك كاتب المحكمة التي يتبعها موطنه السابق وهي المحكمة التي قيد في سجلها الخاص حكم شهر الإعسار . وسواء علم هذا الكاتب بالموطن الجديد من المدين نفسه أو من شخص آخر كدائن أو أي ذي مصلحة ، فإنه يجب عليه أن يرسل على نفقة المدين صورة من حكم شهر الإعسار ومن البيانات المؤشر بها في هامش التسجيل إلى المحكمة التي يتبعها الموطن الجديد لتقوم بقيدها في سجلها الخاص . وبذلك يستطاع البحث عن حالة المدين في قلم كتاب المحكمة التي يتبعها موطنه الأخير ، حتى لو غير موطنه أكثر من مرة [1] .

وننتقل الآن إلى الجهة المركزية . فقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٢٥٣ نصت على ما يأتي : " وعلى الكاتب أيضاً أن يرسل إلى قلم كتاب محكمة مصر صورة من هذه التسجيلات والتأشيرات لإثباتها في سجل عام ينظم وفقاً لقرار يصدر من وزير العدل " . والغرض من ذلك أن تكون هناك جهة مركزية ينظم فيها سجل عام تنقل فيه صورة من التسجيلات والتأشيرات التي قيدت في السجلات الخاصة لجميع المحاكم الابتدائية في البلاد .

---

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٧٣ — ص ٦٧٤.
وغني عن البيان أنه لا يزال هناك احتمال ألا يخبر المدين كاتب المحكمة بتغيير موطنه وألا يعلم الكاتب من طريق آخر بهذا التغيير ، فلا يستطاع الاهتداء على حالة المدين في موطنه الجديد . ومن ذلك كان المشروع التمهيدي (م ٣٤٨ منه) ينص على عقوبة المدين الذي شهر إعساره بعقوبة التبديد في حالة ما إذا غير بطريق الغش موطنه دون أن يوجه الإخطار اللازم إلى كاتب المحكمة ، وترتب على التغيير ضرر لدائنيه . ولكن لجنة المراجعة رأت عدم التوسع في العقوبات ، فحذفت هذه العقوبة . وسنرى أن المادة ٢٥٧ مدني تقضي بأنه متى سجلت صحيفة دعوى الإعسار فلا يسرى في حق الدائنين أي تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد في التزاماته ، كما لا يسرى في حقهم أي وفاء يقوم به المدين .وكان المشروع التمهيدي لهذه المادة (م ٣٤٤ من المشروع) يضيف في آخر النص العبارة الآتية : " كل ذلك دون إخلال بحقوق الغير الذين لم يكن في استطاعتهم أن يعلموا بحالة الإعسار " . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذه العبارة ما يأتي : "ولا يرد على هذه القاعدة إلا استثناء واحد ، يعرض في النادر ، حيث يمتنع على الغير العلم بإعسار المدين من جراء عدم تسجيل حكم شهر الإعسار في قلم كتاب المحكمة، بسبب تغيير المدين لمحله غشاً" . ولكن العبارة حذفت في لجنة المراجعة ، وبذلك لم يعد لتغيير المدين لمحل موطنه غشاً جزاء خاص ، جنائي أو مدني ، وترك الأمر إلى القواعد العامة ، فيكون المدين الذي غير موطنه غشاً هو المسئول أمام من تصرف له ، مع اعتبار التصرف غير سار في حق الدائنين . أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٨٠ — ص ٦٨٢ .

وبذلك تتوحد جهة مركزية يستطيع الباحث إذا رجع إليها أن يعلم بحالة المدين في أي موطن كان [1] .

الفرع الثاني

الآثار التي تترتب على حالة الإعسار

٧٠٦ – نوعان من الآثار : يترتب على شهر إعسار المدين نوعان من الآثار : (١) آثار بالنسبة إلى المدين (٢) وآثار بالنسبة إلى الدائنين .

المبحث الأول

بالنسبة إلى المدين

٧٠٧ – النصوص القانونية: تنص المادة ٢٥٧ من التقنين المدني على ما يأتي:

" متى سجلت صحيفة دعوى الإعسار ، فلا يسرى في حق الدائنين أي تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد في التزاماته ، كما لا يسرى في حقهم أي وفاء يقوم به المدين " .

وتنص المادة ٢٥٨ على ما يأتي :

" ١ – يجوز للمدين أن يتصرف في ماله ولو بغير رضاء الدائنين ، على أن يكون ذلك بثمن المثل وأن يقوم المشترى بإيداع الثمن خزانة المحكمة حتى يوزع وفقاً لإجراءات التوزيع " .

" ٢ – وإذا كان الثمن الذي بيع به المال أقل من ثمن المثل ، كان التصرف غير سار في حق الدائنين ، إلا إذا أودع المشترى فوق الثمن الذي اشترى به ما نقص من ثمن المثل " .

---

(١) ولا يزال هذا السجل العام لم يتم تنظيمه حتى الآن ، ولم يصد قرار من وزير العدل بذلك – هذا ولا توجد وسائل إعلان لحكم شهر الإعسار غير ما قدمناه ، ولم يوجب القانون اللصق أو الإعلان في الصحف ، وهي إجراءات إن جازت في المعاملات التجارية لما للإعلان عن الحكم من أهمية في هذه المعاملات ، فهي لا ضرورة لها في التعامل المدني . على أن الإعلان عن حكم الإعسار – ولو عن طريق تنظيم سجلات لذلك في أقلام كتاب المحاكم – ضروري لتحديد مركز المدين من دائنيه ومركز الدائنين بعضهم من بعض ، لا سيما بالنسبة إلى الإجراءات الفردية التي قد يتخذها بعض الدائنين .

وتنص المادة ٢٥٩ على ما يأتي :

" إذا أوقع الدائنون الحجز على إيرادات المدين ، كان لرئيس المحكمة المختصة بشهر الإعسار أن يقرر للمدين ، بناء على عريضة يقدمها ، نفقة يتقاضاها من إيراداته المحجوزة . ويجوز التظلم من الأمر الذي يصدر على هذه العريضة في مدة ثلاثة أيام من تاريخ صدوره إن كان التظلم من المدين ، ومن تاريخ إعلان الأمر للدائنين إن التظلم منهم " .

وتنص المادة ٢٦٠ على ما يأتي :

" يعاقب المدين بعقوبة التبديد في الحالتين الآتيتين :

" (أ) إذا رفعت عليه دعوى بدين فتعمد الإعسار بقصد الإضرار بدائنيه ، وانتهت الدعوى بصدور حكم عليه بالدين وشهر إعساره " .

" (ب) إذا كان بعد الحكم بشهر إعساره ، أخفى بعض أمواله ليحول دون التنفيذ عليها ، أو اصطنع ديوناً صورية أو مبالغاً فيها ، وذلك كله بقصد الإضرار بدائنيه " [1] .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٥٧ : ورد هذا النص في المادتين ٣٤٤ و ٣٤٥ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : "م ٣٤٤ — متى سجلت صحيفة دعوى الإعسار ، فلا يسرى في حق الدائنين أي تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد في التزاماته ، كما لا يسرى في حقهم أي وفاء يقوم به المدين ، كل ذلك دون إخلال بحقوق الغير الذين لم يكن في استطاعتهم أن يعلموا بحالة الإعسار " . م ٣٤٥ : " ١ — غير أنه يجوز للمدين ، بموافقة أغلبية من الدائنين تمثل ثلاثة أرباع الديون ، أن يبيع كل ما له أو بعضه ، على أن يخصص الثمن لوفاء ديونه . ٢ — فإذا لم يتفق الجميع على طريقة توزيع هذا الثمن ، تعين إيداعه خزينة المحكمة حتى يوزع وفقاً لإجراءات التوزيع " — وفي لجنة المراجعة حذفت المادة ٣٤٥ ، وحذف من المادة ٣٤٤ العبارة الأخيرة وهي : " كل ذلك دون إخلال بحقوق الغير الذين لم يكن في استطاعتهم أن يعلموا بحالة الإعسار " ، مادام هناك جهة مركزية موحدة لشهر أحكام الإعسار . فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين الجديد ، وأصبح رقمه ٢٦٩ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٥٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٨٠ و ص ٦٨٢) .

م ٢٥٨ : ورد هذا النص في المادة ٣٤٦ من المشروع النهائي على الوجه الآتي : " ويجوز أيضاً للمدين أن يتصرف في ماله ولو بغير رضاء الدائنين ، على أن يكون ذلك بثمن المثل وأن يقوم المشترى بإيداع الثمن خزينة المحكمة ليستوفى الدائنون منه حقوقهم " . وفي لجنة المراجعة حور النص تحويراً لفظياً وأضيفت إليه فقرة ثانية ، فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين الجديد ، وصار رقمه ٢٧٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٥٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٨٣ — ص ٦٨٤) .

م ٢٥٩ : ورد هذا النص في المادة ٣٤٧ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق تقريباً لما استقر عليه في التقنين الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٧١ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس =

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المواد ٢٥٧ — ٢٦٠ ، وفي التقنين المدني العراقي المواد ٢٧٢ و ٢٧٤ و ٢٧٦ و ٢٧٧ [1] .

= النواب بعد تحويرات لفظية جعلته مطابقاً كل المطابقة . ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٥٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٨٥ — ص ٦٨٧) .

م ٢٦٠ : ورد هذا النص في المادة ٣٤٨ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " يعاقب المدين الذي أشهر إعساره بعقوبة التبديد في الحالات الآتية : (أ) إذا رفعت عليه دعوى بدين ، فتعمد الإعسار غشاً وانتهت الدعوى بصدور حكم عليه بالدين . (ب) إذا كان بطريق الغش ، وبعد الحكم بإشهار إعساره ، قد أثر دائناً على آخر ، أو أخفى بعض أمواله ليحول بين الدائنين والتنفيذ عليها ، أو ادعى لنفسه ديوناً صورية أو ديوناً مبالغاً فيها . (ج) إذا غير بطريق الغش موطنه ، وترتب على هذا التغيير ضرر لدائنيه . وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة (د) ولعدم التوسع في العقوبات ، وأصبحت المادة رقم ٢٧٢ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ أدخلت تعديلات لفظية جعلت النص مطابقا لما استقر عليه في التقنين الجديد ، وأصبحت المادة رقمها ٢٦٠ ، ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٨٨ — ص ٦٩٠) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٥٧ — ٢٦٠ : (مطابقة لنصوص التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٢٧٢ : يتفق على المدين المحجور وعلى من لزمته نفقته في مدة الحجر من ماله. فإذا أوقع الدائنون الحجز على إيراداته ، كان لرئيس المحكمة المختصة بالحجر أن يقرر للمحجور ، بناء على عريضة يقدمها ، نفقة يتقاضاها من إيراداته المحجوزة .

م ٢٧٤ : إذا أقر المدين المحجور بدين فلا يعتبر إقراره . وإذا دفع من ماله ديناً في ذمته لأحد غرمائه ، فلسائر غرمائه استرداد المبلغ الذي دفعه .

م ٢٧٦ : يجوز للمدين المحجور ، بموافقة أغلبية من الدائنين تمثل ثلاثة أرباع الديون ، أن يبيع كل ما له أو بعضه ، على أن يخصص الثمن لوفاء ديونه . فإذا لم يتفق الجميع على طريقة توزيع هذا الثمن ، تعين إيداعه صندوق المحكمة حتى يوزع وفقاً للإجراءات المقررة .

م ٢٧٧ : يجوز للمدين ، بإذن من المحكمة ، أن يتصرف في ماله ولو بغير رضاء الدائنين ، على أن يكون ذلك بثمن المثل وأن يقوم المشترى بإيداع الثمن صندوق المحكمة ليستوفي الدائنون منه حقوقهم .

(وأحكام هذه النصوص تتفق في مجموعها مع أحكام نصوص التقنين المصري ، مع فروق أهمها : (١) نص التقنين العراقي على عدم نفاذ إقرار المدين المعسر ، ولم يذكر التصرفات الأخرى . ولكن المفهوم أن تصرفات المدين المعسر ، في التقنين العراقي ، لا تسري في حق الدائنين . كذلك يمكن القول في التقنين المصري بعدم نفاذ إقرار المدين المعسر . (٢) نص التقنين العراقي على جواز أن يصفي المدين المعسر أمواله كلها أو بعضها بموافقة أغلبية من الدائنين . وقد كان هذا النص موجوداً في المشروع التمهيدي للتقنين المصري ، ولكن حذفته لجنة المراجعة . (٣) اشترط التقنين العراقي إذن المحكمة لتصرف المدين المعسر في المال بثمن المثل ، وهذا الشرط لم يرد في التقنين المصري . (٤) لم يرد في التقنين العراقي ذكر لعقوبات جنائية توقع على المدين المعسر إذا صدرت منه أعمال معينة ، كما ورد ذلك في التقنين المصري . ويقع

وهذه النصوص تكفل حماية الدائنين من تصرفات المدين عن طريقين : (١) منع نفاذ هذه التصرفات في حقهم (٢) تعريض المدين لعقوبات جنائية إذا صدرت منه أعمال معينة . ثم هي في الوقت ذاته ترعى جانب الرأفة بالمدين ، فتجيز أن تقدر له نفقة يتقاضاها من إيراداته المحجوزة .

٧٠٨ – عدم نفاذ تصرفات المدين في حق دائنيه : هنا نجد ميزة من أهم مزايا شهر إعسار المدين . فقد كان الدائنون قبل شهر إعسار مدينهم موكولين إلى الدعوى البولصية ، لا يستطيعون أن يجعلوا تصرفات المدين غير سارية في حقهم إلا بعد أن يثبتوا أن المدين المعسر قد تصرف غشاً للإضرار بحقوقهم وأن المتصرف له كان أيضاً سيئ النية، إذا كان التصرف معاوضة . أما بعد شهر إعسار المدين ، فكل تصرف يصدر منه من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى ، ويكون من شأنه أن ينقص من حقوقه كالبيع والهبة ، أو يزيد في التزاماته كالقرض ، وأي وفاء يقوم به ولو لدين حال [١] ، يكون غير سار في حق الدائنين ، وذلك دون حاجة إلى إثبات إعسار المدين فهو ثابت بشهر الإعسار ، ودون حاجة إلى إثبات سوء نية المدين أو سوء نية المتصرف له ولو كان التصرف معاوضة [٢] . وهذه الوقاية تفضل العلاج الذي تقدمه الدعوى البولصية [٣] . وغني عن البيان أن أي تصرف يرمى به

– الأستاذ حسن علي الذنون (أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي ص ١٠٢) أن في نصوص قانون العقوبات البغدادي ما أغنى عن وضع نص مماثل للمادة ٢٦٠ من التقنين المدني المصري ، إذ تنص المادة ٢٧٣ من قانون العقوبات على أن " كل من عهد إليه منقول ملك للغير بأية كيفية كانت ، أو سلمه لأي غرض كان ، فاستلمه لنفسه أو لفائدته أو لمنفعة أو لفائدة شخص آخر ... يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنين والغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين " . وتنص المادة ٢٧٤ وهي المادة المقصودة – على ما يأتي: " وتنطبق هذه العقوبات أيضاً على مالك الأشياء المحجوزة عليها إداريا أو قضائياً الذي عهدت إليه هذه الأشياء بصفته حارساً عليها ... إلخ " . ويلاحظ أن التقنين المصري حدد أعملا أخرى يعاقب عليها ، غير تبديد الحارس للأموال التي في حراسته ، وذلك كتعمد الإعسار واصطناع الديون (أنظر في شرح نصوص التقنين المدني العراقي الأستاذ حسن علي الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ١٠٤ وفقرة ١٠٦ وفقرة ١٠٨) .

(١) كذلك لا تقع المقاصة إذا لم تتحقق شروطها إلا بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ، فإن الدائنين منذ تسجيل هذه الصحيفة قد كسبوا حقاً في أموال مدينهم . وتنص الفقرة الأولى من المادة ٣٦٧ مدني على أنه " لا يجوز أن تقع المقاصة إضراراً بحقوق كسبها الغير " – والتاريخ العرفي لتصرف المدين حجة على الدائن ، إلى أن يثبت الدائن أن هذا التاريخ قد قدم ، وأنه في الحقيقة لا حق لتسجيل صحيفة دعوى الإعسار فلا يسرى التصرف في حقه .

(٢) ولكن الامتناع عن زيادة الحقوق أو إنقاص الالتزامات يصح ، كما هي الحال في الدعوى البولصية .

(٣) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٨١ .

المدين إلى تفضيل دائن على آخر ، بالوفاء له قبل حلول دينه أو بعد حلول الدين أو بإعطائه ضماناً لدينه ، يكون غير سار في حق الدائنين الآخرين [1] .

وعدم نفاذ التصرف في حق الدائنين لا يمنع من أن يبقى التصرف قائما فيما بين المدين والمتصرف له . فلو نفذ الدائنون عل العين المتصرف فيها ، كان للمتصرف له الرجوع بالضمان على المدين . ولو ترك الدائنون العين دون أن ينفذوا عليها ، بقيت في ملك المتصرف له ، لأن التصرف لا يزال قائماً . وإذا انتهت حالة الإعسار بسبب من أسباب انتهائه ، بقي التصرف غير نافذ في حق الدائنين ، ولكنه يبقى أيضاً قائماً ما بين المدين والمتصرف له [2] .

ولا يوجد في قاعدة عدم نفاذ تصرفات المدين المعسر إلا استثناء واحد نصت عليه المادة ٢٥٨ مدني . فإن هذه المادة تقضي بجواز أن يبيع المدين ما له ، ولو بغير رضاء دائنيه ، بشرطين : (١) أن يكون البيع بثمن المثل ، فإن نقص عن ثمن المثل فإن التصرف لا يكون سارياً في حق الدائنين إلا إذا أكمل المشترى الثمن إلى ما يعادل ثمن المثل [3] . (٢) أن يودع المشترى الثمن كله ، بما في ذلك تكملته إلى ثمن المثل ، في خزانة المحكمة على ذمة الدائنين ، فيوزع بينهم وفقاً لإجراءات التوزيع [4] . وهذا الاستثناء لا ضرر فيه على الدائنين ، فقد

---

(١) ولا يستطيع المتصرف له أن يشكو من هذه الحالة ، فقد كان يستطيع أن يتبين حالة المدين قبل أن يصدر منه التصرف ، فيعلم من الاطلاع على السجل الخاص ، أو السجل العام في محكمة مصر الابتدائية ، أن المدين في حالة إعسار وأن تصرفاته لا تنفذ في حق دائنيه . يبقى احتمال أن يكون المدين قد غير موطنه دون أن يخطر كاتب المحكمة ، فلم يستطع الغير الذي تعامل معه أن يعلم بشهر إعساره من سجل المحكمة التي يتبعها موطنه الجديد ، ولم يكلف نفسه عناء البحث في السجل العام في محكمة مصر . هنا كان المشروع التمهيدي، كما قدمنا ، يحفظ حقوق الغير ، ولكن حذف هذا الحكم في لجنة المراجعة ، فأصبح التصرف حتى في هذه الحالة لا ينفذ في حق الدائنين ، ولا يكون للغير إلا الرجوع على المدين المعسر بالضمان ، وهذا رجوع ليس له قيمة كبيرة لإعسار المدين (أنظر آنفاً فقرة ٧٠٥ في الهامش) . وقد يقال في تبرير هذا الحكم أن الغير قد أهمل ، فقد كانت عنده وسيلة لمعرفة إعسار المدين وهي الرجوع إلى السجل العام في محكمة مصر الابتدائية .

(٢) وقد يكون تصرف المدين المعسر قرضاً أو أي تصرف آخر يجعله مديناً للمتصرف له ، فلا يسرى هذا التصرف أيضاً في حق الدائنين .ويترتب على ذلك أن الدائنين السابقين على الإعسار يتقدمون على الدائنين التالين للإعسار ، ويستوفى الأولون حقوقهم من أموال المدين قبل الآخرين .

(٣) وعند الخلاف في تقدير ثمن المثل يرجع إلى رأي الخبراء (أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٨٣) .

(٤) ونظير هذا الاستثناء ما نصت عليه المادة ٢٤١ مدني في الدعوى البولصية من أنه " إذا كان من تلقى حقاً من المدين المعسر لم يدفع ثمنه ، فإنه يتخلص من الدعوى متى كان هذا الثمن هو ثمن المثل ، وقام بإيداعه خزانة المحكمة " (الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٥٢ ص ٢١٤) .

بيع مال المدين بثمن مثله ووزع الثمن على الدائنين . وفيه خير للمدين ، فقد ترك يصفي ماله بنفسه ، ولم يبخس فيه كما كان يحتمل أن يبخس لو بيع المال في المزاد العلني ، ووفر على نفسه وعلى دائنيه نفقات البيع الجبري [1] .

٧٠٩ – حالتان يعاقب فيهما المدين المعسر بعقوبة التبديد : ومن مميزات شهر إعسار المدين أن المدين يصبح بعد شهر إعساره عرضة للعقوبة الجنائية إذا ارتكب أعمالا معينة [2] . فقد نصت المادة ٢٦٠ مدني على حالتين يعاقب فيها المدين المعسر بعقوبة التبديد :

(الحالة الأولى) إذا رفع دائن عليه دعوى بالدين قبل أن يشهر إعساره ، ثم حكم عليه بالدين . فتعمد ، قبل الحكم بالدين أو بعده ، أن يعسر بقصد الإضرار بدائنيه ، بأن بدد ماله أو أخفاه أو اصطنع ديوناً صورية أو نحو ذلك من التصرفات التي تؤدى إلى إعساره ، وذلك تهربا من تنفيذ الحكم الذي صدر أو سيصدر . فلهذه الجريمة إذن ركنان : (١) ركن مادي هو الحكم بالمديونية وحكم بشهر الإعسار مقترن بالحكم بالمديونية أو لاحق له . (٢) وركن معنوي هو تعمد الإعسار إضراراً بالدائنين وتهرباً من تنفيذ الحكم بالمديونية . ومن القرائن على هذا التعمد أن يكون إعسار المدين قد حدث أثناء نظر دعوى المديونية أو عقب صدور الحكم بالمديونية . وإعسار المدين على هذا النحو شبيه بالإفلاس مع التدليس ، ويعاقب مثله عقوبة جنائية .

(الحالة الثانية) إذا حكم على المدين المعسر بشهر الإعسار ، فعمد إلى الإضرار بدائنيه عن طريق أحد الأعمال الآتية : (١) إخفاء بعض أمواله ليحول دون التنفيذ عليها، ويكون ذلك على الأخص في المنقولات فإنه يسهل إخفاؤها . ولا يعتبر إخفاء للمال مجرد التصرف فيه ، فقد رأينا أن التصرف لا يضر الدائنين إذ هو غير نافذ في حقهم . (٢) اصطناع ديون صورية حتى يزيد مقدار ديونه فيضر دائنيه بإنقاص النصيب الذي يحصل عليه كل منهم عند التنفيذ . وتكون هذه الديون الصورية سابقة على الإعسار ، وإلا لم تكن نافذة في حق

---

(١) وكان المشروع التمهيدي يتضمن استثناء آخر ورد في المادة ٣٤٥ من هذا المشروع ، يجيز للمدين بموافقة أغلبية من الدائنين تمثل ثلاثة أرباع الديون أن يبيع كل ماله أو بعضه ، على أن يخصص الثمن لوفاء ديونه . وقد كان هذا ضرباً من التصفية يشبه التصفية في الإفلاس التجاري . ولكن هذا الاستثناء حذف في لجنة المراجعة (أنظر آنفاً فقرة ٧٠٧ في الهامش) .

(٢) وهذا شبيه بالإفلاس بتدليس أو بتقصير ، حيث يكون التاجر المفلس عرضة للعقوبة الجنائية. ولكن الإعسار، بخلاف الإفلاس ، لا يترتب عليه سقوط بعض الحقوق السياسية عن المعسر كحقه في الانتخاب أو الترشيح للمجالس النيابية .

الدائنين فلا تضر بهم [1] (٣) اصطناع ديون مبالغ فيها ، وهنا الديون تكون جدية لا صورية ولكن يبالغ في مقدارها . مثل ذلك أن يعمد المدين إلى تغيير سندات بالدين عليه سابقة على الإعسار ، فيضاعف قيمتها حتى ينقص من نصيب الدائنين الآخرين [2] . وظاهر أن هذه الأعمال الثلاثة — إخفاء المال واصطناع الديون الصورية واصطناع الديون المبالغ فيها — هي الأعمال التي يخشى أن تصدر من المدين المعسر ، وهي أشد الأعمال إضراراً بدائنيه . ولذلك جعل المشرع الجزاء عليها عقوبة جنائية تتناسب مع طبيعتها ، فالمدين الذي يأتي عملا من هذه الأعمال إنما يبدد الأموال التي تعلقت بها حقوق الدائنين . والجريمة هنا ، كالجريمة في الحالة الأولى ، لها ركنان : ركن مادي هو صدور حكم بشهر الإعسار يتلوه عمل من هذه الأعمال الثلاثة التي سبق ذكرها ، وركن معنوي هو قصد الإضرار بالدائنين وهذا القصد يفترض وجوده وما صدر من عمل من المدين المعسر يقوم قرينة على ذلك . وهنا أيضاً يكون المدين المعسر كالتاجر المفلس بالتدليس ويعاقب مثله عقوبة جنائية [3] .

٧١٠ — تقدير نفقه للمدين المعسر : وهنا تظهر إحدى فوائد شهر الإعسار للمدين المعسر نفسه . فهو ، إذا لم يكن قد شهر إعساره ، جاز لدائنيه أن يحجزوا على جميع أمواله، فيما عدا الأموال التي لا يجوز الحجز عليها وقد سبق بيانها . أما إذا شهر إعسار المدين ، فبالإضافة إلى الأموال التي لا يجوز الحجز عيها وتبقى غير قابلة للحجز بعد شهر الإعسار ، يستطيع المدين ، إذا كان الدائنون قد أوقعوا الحجز على إيراداته فبقي دون مورد يعيش منه ، أن يقدم عريضة لرئيس المحكمة المختصة بشهر الإعسار — أي المحكمة التي بها موطنه — يطلب فيها أن يقرر له نفقة يتقاضاها من إيراداته المحجوزة (م ٢٥٩ مدني) . فإذا قدر له رئيس المحكمة النفقة المطلوبة ، بأمر على العريضة التي قدمها ، جاز له أن يتظلم من هذا التقدير ، إذا رآه غير كاف ، إلى المحكمة في مدة ثلاثة أيام من تاريخ صدوره ،

---

(١) ونرى أن الدائن الصوري إذا كان متواطئاً مع المدين ، بأن كان عالماً بشهر إعساره وأنه إنما أراد الإضرار بدائنيه ، يعتبر شريكاً للمدين في الجريمة ، ويعاقب مثله بعقوبة التبديد .

(٢) ونرى أيضاً في هذه الحالة أنه إذا كان الدائن الذي بالغ في قيمة دينه متواطئاً مع المدين المعسر على النحو الذي قدمناه في الصورية ، فإنه يعتبر شريكاً له ، ويعاقب مثله عقوبة التبديد . وغني عن البيان أن الدائنين هم المكلفون بإثبات كل من الصورية والمبالغة في مقدار الديون ، ويستطيعون الإثبات بجميع الطرق لما يلابس العمل من غش .

(٣) وقد قدمنا أن المشروع التمهيدي كان يتضمن حالة ثالثة يعاقب فيها المدين المعسر بعقوبة التبديد ، هي حالة ما إذا غير موطنه ولم يخطر كاتب المحكمة بالتغيير غشاً ، ولكن لجنة المراجعة حذفت هذه الحالة حتى لا تتوسع في توقيع العقوبات الجنائية (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٨٨ — ص ٦٨٩ — وأنظر آنفاً فقرة ٧٠٧ في الهامش) .

وجاز أيضاً للدائنين أن يتظلموا من التقدير ، إذا رأوه مبالغاً فيه، إلى المحكمة في مدة ثلاثة أيام من تاريخ إعلانهم بأمر التقدير (م ٢٥٩ مدني). ويجوز التظلم من كلا الطرفين إلى الآمر نفسه – رئيس المحكمة – أولا ، ويحكم الرئيس في التظلم على وجه السرعة بتأييد الأمر أو تعديله أو بإلغائه ، ويكون حكمه قابلا لطرق الطعن المقررة للأحـــكام (م ١٩٩ مرافعات) [١] .

ويبقى المدين المعسر يتقاضى النفقة المقدرة إلى أن تنتهي تصفية أمواله ، ولا يبقى الدائنون منها إلا الأموال التي لا يجوز الحجز عليها كما سبق القول . وغني عن البيان أن تقرير النفقة لا يمنع من بيع المال الذي يتقاضى المدين النفقة من ريعه .

المبحث الثاني
بالنسبة إلى الدائنين

٧١١ – النصوص القانونية: تنص المادة ٢٥٥ من التقنين المدني على ما يأتي:

" ١ – يترتب عل الحكم بشهر الإعسار أن يحل كل ما في ذمة المدين من ديون مؤجلة .ويخصم من هذه الديون مقدار الفائدة الاتفاقية أو القانونية عن المدة التي سقطت بسقوط الأجل " .

" ٢ – ومع ذلك يجوز للقاضي أن يحكم ، بناء على طلب المدين وفي مواجهة ذوي الشأن من دائنيه ، بإبقاء الأجل أو مذه بالنسبة إلى الديون المؤجلة، كما يجوز له أن يمنح المدين أجلا بالنسبة إلى الديون الحالة ، إذا رأي أن هذا الإجراء تبرره الظروف ، وأنه خير وسيلة تكفل مصالح المدين والدائنين جميعاً " .

وتنص المادة ٢٥٦ على ما يأتي :

" ١ – لا يحول شهر الإعسار دون اتخاذ الدائنين لإجراءات فردية ضد المدين " .

" ٢ – على أنه لا يجوز أن يحتج على الدائنين الذي يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار بأي اختصاص يقع على عقارات المديـــن بعد هذا التسجيل " [٢] .

---

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٨٥ – ص ٦٨٦.

(٢) تاريخ النصوص :

م ٢٥٥ : ورد هذا النص في المادة ٣٤٠ و ٣٤١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . وفي لجنة المراجعة أدمجت المادتان في مادة واحدة ، وأصبح رقمها ٢٦٧ في المشـــروع –

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ٢٥٥ — ٢٥٦ ، وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٢٧٣ و ٢٧٥ [1] .

وهذه النصوص تكفل حماية الدائنين بعضهم من بعض وتحقق لهم المساواة جميعاً ، مع إبقاء المدين قائماً على ماله دون أن ترفع عنه يده بخلاف التاجر المفلس . ويتحقق ذلك بالطرق الآتية : (١) تكون الإجراءات التي يتخذها الدائنون للتنفيذ على المدين المعسر إجراءات فردية ، لا إجراءات جماعية . (٢) تسقط آجال الديون المؤجلة كمبدأ عام ، تحقيقاً للمساواة بين الدائنين ، ولكن قد تبقى هذه الآجال ، وقد تمد ، بل وقد تمنح آجال للديون الحالة . (٣) لا تنفذ حقوق الاختصاص التي قد يأخذها بعض الدائنين في حق الدائنين الآخرين ، وذلك تحقيقاً للمساواة ، هنا أيضاً ، بين الدائنين .

ونستعرض كلا من هذه المسائل الثلاث .

٧١٢ — إجراءات فردية لا إجراءات جماعية : تقضي الفقرة الثانية من المادة ٢٥٦ بأنه "لا يحول شهر الإعسار دون اتخاذ الدائنين لإجراءات فردية ضد المدين". وهنا يتجلى المقوم الأساسي للإعسار المدني ، فهو ليس كالإفلاس التجاري يؤدى إلى

= النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٥٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٧٥ — ص ٦٧٧) .

م ٢٥٦ : ورد هذا النص في المادة ٣٤٢ و ٣٤٣ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . وأدمجتا في لجنة المراجعة في مادة واحدة تحت رقم ٢٦٨ من المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ قال أحد الأعضاء إن استبقاء الإجراءات الفردية للدائنين بعد شهر الإعسار يفقد نظام الإعسار قيمته ، ولكن اللجنة آثرت استبقاء نظام الإعسار على هذا الوجه من الإجراءات الفردية ، وفضلت ذلك على الإجراءات الجماعية المتبعة في الإفلاس التجاري. ووافقت اللجنة على النص كما هو تحت رقم ٢٥٦ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٧٨ — ص ٦٨٠) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٥٥ — ٢٥٦ : (مطابقتان للمادتين ٢٥٥ و ٢٥٦ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٢٧٣ : (موافقة للمادة ٢٥٥ من التقنين المدني المصري) .

م ٢٧٥ : يجوز لكل دائن ، بعد الحكم بالحجر ، أن يتخذ باسمه خاصة ما يلزم من الإجراءات لاستخلاص حقه ، مع عدم الإخلال بما لسائر الدائنين من مصلحة تعلقت بالحجز على أموال المدين . (وحكم هذا النص موافق لحكم الفقرة الأولى من المادة ٢٥٦ من التقنين المدني المصري . ولم يعرض التقنين العراقي لعدم نفاذ حقوق الاختصاص لأنه لا يعرف هذه الحقوق — أنظر الدكتور حسن على الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ١٠٥ وفقرة ١٠٧) .

إجراءات جماعية . فالمدين المعسر لا ترفع يده عن ماله ، بل يبقى قائماً على إدارته ، وهذا بخلاف التاجر المفلس فإن أمواله تنزع من يده وتنتقل إلى حيازة أمين التفليسة . وفي الإعسار لا يعين سنديك ، ولا يجتمع الدائنون في اتحاد (union) ، كما يجرى الأمر في الإفلاس . فيبقى دائنو المدين المعسر كل منهم مستقل عن الآخر ، ولا تتخذ إجراءات جماعية للتنفيذ ، بل يقوم كل دائن على مصلحته بنفسه ، فيتخذ باسمه خاصة من الإجراءات الفردية ما يسمح به القانون . فلكل دائن أن يحجز على أموال المدين ، ما كان موجوداً منها قبل شهر الإعسار وما استجد بعده . ولكل دائن أن يبادر قبل غيره استيفاء حقه من أموال المدين ، فإذا لم يتمكن الدائنون الآخرون من اللحاق به ومزاحمته عند التوزيع ، فقد يستوفى حقه كاملا دونهم . فالمساواة إذن بين الدائنين إنما هي مساواة قانونية لا مساواة فعلية . والقانون يعتبر الدائنين متساوين جميعاً ولكن لا يمنع من أن يتخذ أحدهم إجراءات فردية يسبق بها الآخرين .

على أن القانون كفل للدائنين المساواة الفعلية من وجهين : (١) إسقاط آجال الديون (٢) عدم نفاذ حقوق الاختصاص .

٧١٣ – آجال الديون : إذا شهر إعسار المدين ، كان ذلك إشعاراً للدائنين بأن يبادروا إلى التنفيذ على أمواله ، حتى يدركوا منها ما يستطيعون أن يستوفوا به أكبر نصيب من حقوقهم . ومن ثم يكون الدائن ذو الحق المؤجل في مركز بالغ الدقة ، فهو لا يستطيع المبادرة إلى التنفيذ لأن حقه لم يحل ، ولا يستطيع الانتظار إلى أن يحل الأجل خشية أن تستنفد الديون الحالة جميع أموال المدين . لذلك نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٥٥ على أنه " يترتب على الحكم بشهر الإعسار أن يحل ما في ذمة المدين من ديون مؤجلة ، ويخصم من هذه الديون مقدار الفائدة الاتفاقية أو القانونية عن المدة التي سقطت بسقوط الأجل " . فمجرد صدور الحكم بشهر إعسار المدين يترتب عليه سقوط الأجل في الديون المؤجلة ، وتصبح هذه الديون حالة تجوز المبادرة إلى التنفيذ بها، وبذلك تتحقق المساواة ما بين الديون المؤجلة والديون الحالة . وحتى لا يغبن المدين وأصحاب الديون الحالة من حلول الديون المؤجلة التي حلت بشهر الإعسار مقدار الفائدة الاتفاقية أو القانونية عن المدة التي سقطت بسقوط الأجل . فإذا كان الدين المؤجل يستحق الدفع بعد سنة من وقت صدور حكم شهر الإعسار ، وكان يشتمل على فائدة اتفاقية مقدارها ٦% ، فإن الدين يصبح حالا بعد أن يخصم منه مقدار هذه الفائدة الاتفاقية . فإن كان لم يشتمل على فائدة اتفاقية وكان واجب الدفع بعد سنة ، أصبح حالا بعد أن يخصم منه مقدار الفائدة القانونية بسعر ٤% أو ٥% بحسب ما يكون دينا مدنياً أو تجارياً . أما إذا كان الدين واجب الدفع بعد سنة ، وكان

المتفق عليه أن يدفع في هذا الميعاد مع فائدة مقدارها ٦% مثلا ، فإنه يصبح حالا دون خصم ودون فائدة .

هذه هي القاعدة . ولكن يصح أن تكون ظروف المدين بحيث تستوجب الرفق به . وعند ذلك يجوز للمدين ، بعد أن سقط أجل الدين بقوة القانون بمجرد صدور حكم الإعسار ، أن يطلب من القاضي ، في مواجهة الدائن ذي الشأن أي صاحب الدين الذي سقط أجله ، إبقاء الأجل كما كان . ويجوز له فوق ذلك أن يطلب مد هذا الأجل ، بل يجوز له أن يطلب ، في مواجهة الدائنين أصحاب الديون الحالة ، أن يمنح أجلا يمكنه من تحين الفرصة المناسبة لتصفية أمواله على خير وجه لمصلحته هو ولمصلحة الدائنين معه . ويجيبه القاضي إلى ما طلب من كل ذلك إذا رأى أن الظروف تبرر إجابة هذا الطلب ، وأن من مصلحة المدين والدائنين جميعاً ألا يبادر الدائنون إلى التنفيذ على أموال المدين في ظروف غير مناسبة فتنزل قيمتها ، وأن من الخير التربص لفرصة مواتية تباع فيها هذه الأموال بأعلى قيمة فيعود ذلك بالنفع على كل من الدائنين والمدين . ويحقق هذا في الإعسار المدني بعض ما يحققه الصلح مع الدائنين (concordat) في الإفلاس التجاري ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

على أنه ليس بدعاً أن يمنح القاضي للمدين أجلا حتى في الديون الحالة ، وبالأولى أن يمد الأجل القائم أو يبقى على الأجل الموجود . فليس هذا إلا ضرباً من نظرة المدين إلى ميسرة (délai de grâce) ، يفعله القاضي حتى لو لم يكن المدين قد شهر إعساره، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٤٦ مدني على ما يأتي : "على أنه يجوز للقاضي في حالات استثنائية ، إذا لم يمنعه نص في القانون ، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه ، إذا استدعت حالته ذلك و لم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم " .

٧١٤ – عدم نفاذ حقوق الاختصاص : ونص القانون على وسيلة أخرى أبعد أثراً في تحقيق المساواة الفعلية بين الدائنين . فقضت الفقرة الثانية من المادة ٢٥٦ ، كما رأينا، بأنه " لا يجوز أن يحتج على الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار بأي اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل " . ذلك أن الدائنين يبادرون عادة ، بمجرد شهر إعسار مدينهم ، إلى أخذ حقوق اختصاص على عقاراته عن طريق الإجراءات الفردية التي لم ينقطع حقهم فيها كما قدمنا ، وذلك كي يكفلوا لأنفسهم التقدم على الدائنين الذين لم يتمكنوا من أخذ حقوق اختصاص . وقد أصبحت هذه الإجراءات أكثر إخلال بالمساواة بين الدائنين بعد أن اشترط التقنين المدني الجديد (م ١٠٨٥) أن يكون بيد الدائن حكم واجب التنفيذ حتى يستطيع أخذ حق

اختصاص ، فلابد والحالة هذه من أن الدائنين الذين بيدهم إحكام واجبة التنفيذ يبادرون إلى أخذ حقوق اختصاص على عقارات مدينهم المعسر ، يبتغون بذلك أن يتقدموا على الدائنين الذين لم تتح لهم الظروف أن تكون بأيديهم أحكام واجبة التنفيذ . فحتى تتحقق المساواة بين الدائنين قضى القانون ، كما رأينا ، بألا يحتج على الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار بأي اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل . فإذا بادر دائن بيده حكم واجب التنفيذ إلى أخذ حق اختصاص ، فإن حق الاختصاص هذا لا يكون نافذاً في حق الدائنين ذوي التواريخ الثابتة السابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ، فإنه ينفذ بطبيعة الحال في حق جميع الدائنين .

ويتبين مما قدمناه أن الدائنين السابقين على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار لا يخشون أن يتقدم أحدهم على الآخرين بأخذ حق اختصاص . ولكن قد يكون لمن حصل منهم على حكم واجب التنفيذ مصلحة في أن يبادر إلى أخذ حق اختصاص على عقارات المدين ، حتى إذا ما انتهت حالة الإعسار بسبب من أسباب انتهائها كما سيأتي، واستجد للمدين دائنون آخرون بعد انتهاء حالة الإعسار ، كان حق الاختصاص نافذاً في حق هؤلاء الدائنين الذين استجدوا ، كما سنرى .

الفرع الثالث

انتهاء حالة الإعسار

٧١٥ – مسألتان : نتكلم في مسألتين : (١) كيف تنتهي حالة الإعسار (٢) وما الذي يترتب علي انتهائها .

المبحث الأول

كيف تنتهي حالة الإعسار

٧١٦ – النصوص القانونية: تنص المادة ٢٦١ من التقنين المدني على ما يأتي:

" ١ – تنتهي حالة الإعسار بحكم تصدره المحكمة الابتدائية التي يتبعها موطن المدين، بناء على طلب كل ذي شأن ، في الحالتين الآتيتين : (أ) متى ثبت أن ديون المدين أصبحت لا تزيد على أمواله (ب) متى قام المدين بوفاء ديونه التي حلت دون أن يكون لشهر الإعسار أثر في حلولها ، وفي هذه الحالة تعود آجال الديون التي حلت بشهر الإعسار إلى ما كانت عليه وفقاً للمادة ٢٦٣ " .

" ٢ — ويؤشر كاتب المحكمة من تلقاء نفسه بالحكم الصادر بانتهاء حالة الإعسار يوم صدوره على هامش التسجيل المنصوص عليه في المادة ٢٥٣ ، وعليه أن يرسل صورة منه إلى قلم كتاب محكمة مصر للتأشير به كذلك " .

وتنص المادة ٢٦٢ على ما يأتي :

" تنتهي حالة الإعسار بقوة القانون متى انقضت خمس سنوات على تاريخ التأشير بالحكم الصادر بشهر الإعسار [١] " .

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق .

وتقابل هذه النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ٢٦١ — ٢٦٢ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢٧٨ [٢] .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٦١ : ورد هذا النص في المادتين ٣٤٩ و ٣٥٠ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدي كان يتضمن حالة ثالثة لانتهاء الإعسار بموجب حكم قضائي : " متى قبل الدائنون أو بعضهم إبراء المدين من بعض ديونه بحيث لا يزيد الباقي في ذمته من الديون على ما عنده من مال " ، وفيما عدا أن المشروع التمهيدي لم يكن ينص على إرسال صورة من حكم إنهاء حالة الإعسار إلى قلم كتاب محكمة مصر . وفي لجنة المراجعة أدمجت المادتان في مادة واحدة ، وحذفت الحالة الثالثة المشار إليها لدخولها في الحالة الأولى ، وأضيف النص على إرسال صورة الحكم إلى قلم كتاب محكمة مصر ، فأصبحت المادة مطابقة لما استقرت عيه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمها ٢٧٣ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٦١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٩١ — ص ٦٩٣) .

م ٢٦٢ : ورد هذا النص في المادة ٣٥١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٧٤ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٦٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٩٤ — ص ٦٩٥) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٦١ : (مطابقة للمادة ٢٦١ من التقنين المدني المصري ، فيما عدا أن نص التقنين السوري أغفل أن يذكر إرسال صورة الحكم بإنهاء الإعسار إلى ديوان وزارة العدل) .

م ٢٦٢ : (مطابقة للمادة ٢٦٢ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٢٧٨ : ينتهي الحجر بحكم تصدره محكمة البداءة ، بناء على طلب كل ذي شأن ، في الحالات الآتية : ١ — متى ثبت أن ديون المدين أصبحت لا تزيد على أمواله . ٢ — متى قبل الدائنون أو بعضهم إبراء المدين من بعض ديونه بحيث يصبح الباقي في ذمته من الديون لا يزيد على ما عنده من مال . ٣ — متى قام المدين بوفاء ديونه التي حلت دون أن يكون للحجر أثر في حلولها ؛ وفي هذه الحالة تعود آجال الديون التي حلت بالحجر إلى ما كانت عليه من قبل ، بشرط أن يكون المدين قد وفى جميع أقساطها التي حلت . ٤ — متى انقضت ثلاث سنوات من تاريخ صدور الحكم الصادر بالحجر . (ويختلف هذا النص عن نص التقنين المصري في أمرين : ١ — بقيت في التقنين العراقي حالة إبراء المدين من بعض الديون، وكانت =

ويخلص من هذه النصوص أن هناك طريقان لانتهاء حالة الإعسار : (١) فإما أن تنتهي هذه الحالة بحكم يصدر قاضياً بانتهائه (٢) وإما أن تنتهي بقوة القانون بعد انقضا مدة معينة .

٧١٧ – انتهاء حالة الإعسار بموجب حكم قضائي : تنتهي حالة الإعسار بموجب حكم قضائي في أحد فرضين : (أولا) إذا ثبت أن المدين قد أيسر يساراً تاماً ، فأصبحت أمواله تفي بجميع ديونه ، ما كان حالا منها وقت شهر إعساره وما حل بسقوط الأجل بسبب شهر الإعسار . وقد يتحقق ذلك لو أن المدين المعسر تلقى ميراثاً أو وصية ، فأصبحت أمواله تربى على ديونه أو تفي بها . وقد يتحقق ذلك أيضاً إذا قبل الدائنون أو بعضهم إبراء المدين من بعض ديونه بحيث يصبح الباقي في ذمته من الديون لا يزيد على ما عنده من مال [١] . (ثانياً) إذا ثبت أن المدين قد وفى بجميع ديونه التي كانت حالة وقت طلب إنهاء حالة الإعسار ، فإنها لا تدخل في هذا الحساب ، وذلك لأن هذه الديون سيعود إليها الأجل الذي سقط ، كما سنرى ، فتصبح غير حالة وقت طلب إنهاء حالة الإعسار .وظاهر أن المدين إذا كان قد وفى بجميع الديون المشار إليها ، فإنه يصبح في حالة كان لا يستطاع معها طلب شهر إعساره ، وهذا هو المبرر لإنهاء حالة الإعسار في هذا الفرض . ولكن لا يكفي أن يكون عند المدين مال كاف للوفاء بهذه الديون ، بل يجب أن يكون المدين قد وفاها فعلا كما رأينا [٢] . وفي هذا يختلف الفرض الثاني عن الفرض الأول، فقد تقدم في الفرض الأول أنه يكفي أن تكون أموال المدين قد أصبحت تفي بجميع ديونه دون حاجة إلى وفاء هذه الديون بالفعل .

وإذا تحقق فرض من هذين الفرضين ، فإن حالة الإعسار لا تنتهي بقوة القانون ، بل لابد من صدور حكم بإنهاء هذه الحالة . وهذا الحكم ، كالحكم بشهر الإعسار ، منشئ لا كاشف ، ويقبل الطعن فيه بالطرق المقررة قانوناً في المواعيد العادية . ويصدر من المحكمة

= موجودة كما رأينا في المشروع التمهيدي للتقنين المصري ولكنها حذفت في لجنة المراجعة لدخولها في الحالة الأولى كما تقدم القول . ٢ – في انتهاء الإعسار بانقضاء مدة معينة ، يختلف التقنين العراقي عن التقنين المصري في أن التقنين العراقي يستلزم حكما بإنهاء الإعسار ويكتفي بانقضاء ثلاث سنوات ، أما التقنين المصري فلا يستلزم حكماً في هذه الحالة بل ينتهي فيه الإعسار بقوة القانون ولكنه يتطلب خمس سنوات لا ثلاثاً . قارن الدكتور حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ١٠٨ ، وأنظر فقرة ١٠٩) .

(١) أنظر هذه الحالة في المشروع التمهيدي للتقنين المدني ، وقد حذفت كحالة مستقلة لأنها لا تعدو أن تكون تطبيقاً للحالة الأولى كما نرى (أنظر آنفاً فقرة ٧١٦ في الهامش) .

(٢) وذلك في مقابل أن الديون التي سقطت آجالها بسبب شهر الإعسار ستعود ديوناً مؤجلة كما كانت .

الابتدائية التي يتبعها موطن المدين ، وتكون عادة هي المحكمة التي أصدرت الحكم بشهر إعساره ، ما لم يكن المدين قد غير موطنه . ويصدر بناء على طلب كل ذي شأن . وأول ذوي الشأن في هذا الطلب هو المدين نفسه ، فمن مصلحته ، متى تحقق فرض من الفرضين المتقدمين الذكر ، أن يطلب من المحكمة إصدار حكم بإنهاء إعساره . وقد يكون لأحد الدائنين مصلحة في طلب إنهاء الإعسار ، إذا كان دينه في الأصل وشيك الحلول ، ثم حل هو وغيره من الديون المؤجلة بسبب شهر الإعسار . فإذا انتهت حالة الإعسار بتوفيه الديون الحالة ، رجعت الآجال إلى الديون المؤجلة . ولما كان أجل دينه وشيك الحلول كما قدمنا ، فإنه يستوفي الدين قبل غيره من أصحاب الديون المؤجلة ، وقد يظفر به كاملا [1] .

ومتى صدر الحكم بإنهاء حالة الإعسار من المحكمة المختصة ، أشر كاتب المحكمة من تلقاء نفسه ، يوم صدور الحكم ، بانتهاء حالة الإعسار على هامش التسجيل المقيد في السجل الخاص بالمحكمة ذاتها . فإذا كان المدين قد غير موطنه ، ورفعت دعوى إنهاء الإعسار في محكمة موطنه الجديد ، وجب التأشير بالحكم في سجل كل من المحكمتين ، المحكمة التي أصدرت الحكم بإنهاء حالة الإعسار والمحكمة التي أصدرت الحكم بشهر الإعسار . وفي جميع الأحوال يجب أن ترسل صورة الحكم بإنهاء حالة الإعسار إلى قلم كتاب محكمة مصر للتأشير به كذلك في السجل الموجود بهذه المحكمة [2] .

٧١٨ – انتهاء حالة الإعسار بقوة القانون : وقد أعطى القانون مهلة للدائنين لتصفية أموال مدينهم واستيفاء حقوقهم منها ، عن طريق الإجراءات الفردية ،

---

(١) أما إذا كان دينه قد حل فعلا بانقضاء أجله ، وأريد إنهاء حالة الإعسار بتوفيه الديون الحالة ، فإنه لا يتصور أن يكون الدائن الذي حل دينه هو الذي يطلب ذلك، لأنه يكون قد استوفى دينه قبل أن يتقدم بهذا الطلب. هذا ويصح أن يطلب إنهاء الإعسار من تصرف له المدين المعسر ، فإن هذا التصرف ، وإن كان لا يسري في حق الدائنين ، يبقى قائماً فيما بين المدين ومن تصرف له كما قدمنا . فيستطيع المتصرف له ، بإنهاء حالة الإعسار ، الرجوع على المدين وهو غير معسر .

(٢) أنظر في طرق انتهاء حالة الإعسار القانوني المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٩٨ – ص ٦٩٩ – وقد جاء في هذه المذكرة ، في شأن الحكم الصادر بانتهاء حالة الإعسار ، ما يأتي : " وتتبع في الحكم بانتهاء حالة الإعسار ... نفس الإجراءات الخاصة بحكم شهر الإعسار . فهو يصدر من المحكمة الابتدائية التي يقع في دائرتها آخر محل (موطن) للمدين – ولا يتحتم صدوره من المحكمة التي أصدرت حكم شهر الإعسار . بناء على طلب كل ذي شأن (المدين أو الدائن أو خلف آل إليه مال من المدين) . ويقبل الطعن فيه بالطرق نفسها ، ولكن في المواعيد العادية ، لأن المدد القصيرة لا يلجأ إليها إلا حيث تقتضي ذلك ضرورة الاستعجال عند شهر الإعسار .ويسجل هذا الحكم إدارياً في اليوم الذي يصدر فيه في هامش تسجيل حكم شهر الإعسار ، وبهذا تتم العلانية الواجبة له بالنسبة لذوي الشأن كافة (م ٣٥٠ من المشروع) " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٩٩) .

فأمامهم خمس سنوات من تاريخ التأشير بالحكم الصادر بشهر الإعسار ، وهي مدة كافية لتصفية أموال المدين . ولا يجوز أن يبقى المدين بعد انقضاء هذه المدة في حالة الإعسار التي لحقته ، فإن هذه الحالة قد غلت يده عن التصرف في أمواله ، فوجب التوفيق بين مصلحته ومصلحة دائنيه ، فروعيت مصلحة هؤلاء بإعطائهم مدة كافية لاستيفاء حقوقهم عن طريق الحجز على أموال مدينهم ، وروعيت مصلحة المدين بإنهاء حالة الإعسار بقوة القانون بمجرد انقضاء هذه المدة .

وغني عن البيان أنه بمجرد انقضاء الخمس السنوات من تاريخ التأشير بالحكم الصادر بشهر الإعسار تنتهي حالة الإعسار دون حاجة إلى استصدار حكم بذلك ، بل ودون حاجة إلى التأشير بذلك على هامش التسجيل ، إذ يسهل على كل ذي مصلحة يبحث حالة المدين أن يحسب انقضاء الخمس السنوات المذكورة بمجرد اطلاعه على تاريخ تسجيل التأشير بالحكم الصادر بشهر الإعسار .

المبحث الثاني

ما يترتب على انتهاء حالة الإعسار

٧١٩ – النصوص القانونية: تنص المادة ٢٦٣ من التقنين المدني على ما يأتي:

" يجوز للمدين بعد انتهاء حالة الإعسار أن يطلب إعادة الديون التي كانت قد حلت بسبب شهر الإعسار ولم يتم دفعها إلى أجلها السابق ، بشرط أن يكون قد وفى ديونه التي حلت دون أن يكون لشهر الإعسار أثر في حلولها " .

وتنص المادة ٢٦٤ على ما يأتي :

" انتهاء حالة الإعسار بحكم أو بقوة القانون لا يمنع الدائنين من الطعن في تصرفات المدين ولا من التمسك باستعمال حقـــوقه وفقاً للمواد من ٢٣٥ إلى ٢٤٣ [1] " .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٦٣ : ورد هذا النص في المادة ٣٥٢ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " يجوز للمدين بعد انتهاء حالة الإعسار ، أو بعد وفاء الديون التي حلت دون أن يكون لإشهار الإعسار أثر في حلولها، أن يطلب إعادة الديون ، التي كانت قد حلت بسبب إشهار الإعسار ولم يتم دفعها ، إلى أجلها السابق، بشرط أن يكون قد وفى جميع أقساطها التي حلت " . وفي لجنة المراجعة حذفت عبارة " أو بعد وفاء الديون التي حلت دون أن يكون لإشهار الإعسار أثر في حلولها"، لأنها وردت في الحالة (ب) من المادة ٣٤٩ (م ٢٦١ من التقنين الجديد) . وأصبحت المادة رقمها ٢٧٥ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب . وفي =

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٦٣ — ٢٦٤ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢٧٩ [١] .

ويخلص من هذه النصوص أن حالة الإعسار متى زالت زالت معها الآثار التي كانت قد ترتبت عليها . ومن هذه الآثار التي تزول نذكر بنوع خاص سقوط أجل الدين ، فيعود الدين إلى أجله السابق . كذلك المدين الذي تزول حالة إعساره بحكم قضائي أو بقوة القانون قد ينتقل من حالة إعسار قانونية إلى حالة إعسار فعلي ، فيبقى خاضعاً لأحكام الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية اللتين لا تتطلبان إلا الإعسار الفعلي على ما قدمناه.

فنستعرض إذن مسائل ثلاثاً : (١) زوال الآثار التي ترتبت على شهر الإعسار بوجه عام . (٢) رجوع الأجل بعد سقوطه . (٣) خضوع المدين بعد زوال حالة إعساره لأحكام الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية .

= لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة : " قد وفى ديونه التي حلت دون أن يكون لشهر الإعسار أثر في حلولها " بعبارة : " قد وفى جميع أقساطها التي حلت " ، لأن العبارة الأولى أوضح وأدق في بيان المقصود ، فضلا عما في العبارة الثانية من إيهام قد يوحي بأن ما وقع عليه الوفاء هو أقساط الديون التي كانت قد حلت بسبب شهر الإعسار مع أن المقصود غير ذلك . وأصبحت المادة رقمها ٢٦٣ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٩٦ — ص ٦٩٧) .

م ٢٦٤ : ورد هذا النص في المادة ٣٥٣ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " ليس للدائنين أن يطعنوا فيما يقوم به المدين بعد انتهاء حالة الإعسار من تصرف في ماله أو من وفاء لديونه ، إلا إذا انطوى هذا التصرف أو الوفاء على الغش ، وبالقدر الذي يسمح به القانون " . وفي لجنة المراجعة عدلت المادة تعديلا أكثر دلالة على المعنى المراد ، فأصبحت مطابقة لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمها ٢٧٦ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٦٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٩٨ — ص ٧٠٠) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٦٣ — ٢٦٤ : (مطابقتان لنص المادتين ٢٦٣ — ٢٦٤ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٢٧٩ : يكون للمدين الحق ، بمقتضى الحكم الصادر بانتهاء الحجر أن يحصل من دائرة الإجراء على قرار برفع الحجز الموقع على أمواله بسبب الحجر ، وهذا دون إخلال بما اتخذه كل دائن من الإجراءات على أموال المدين باسمه خاصة ولمصلحته وحده .

(ويلاحظ أن التقنين العراقي ينهي حالة الإعسار بطريقة تتفق مع توقيع الحجز بعد الحجر ، فالمدين يحصل من دائرة الإجراء على قرار برفع الحجز . ويحتفظ لكل دائن بما يكون قد سبق له اتخاذه من إجراءات فردية. ولم يعرض التقنين العراقي لعودة الأجل الساقط . كذلك لم يعرض للدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية، ولكن ما عرض له التقنين المصري من ذلك ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة — أنظر الأستاذ حسن على الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ١١٠) .

٧٢٠ – زوال الآثار التي ترتبت على شهر حالة الإعسار : رأينا أن هناك آثاراً ترتبت على شهر حالة الإعسار . فالمدين قد غلت يده عن التصرف في ماله ، وأصبح معرضاً لعقوبة التبديد في حالتين معينتين سبق ذكرهما ، وقد يكون حصل على أمر بتقرير نفقة له من إيرادات أمواله المحجوزة . والدائنون لا يحتج بعضهم على بعض بحقوق الاختصاص التي تكون قد أخذت بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ، وقد سقطت آجال ديونهم إن لم تكن قد استبقيت أو مدت أو منحت آجال للديون الحالة .

هذه الآثار كلها تبقى ببقاء حالة الإعسار ، فإذا ما زالت هذه الحالة بحكم قضائي أو بقوة القانون ، فإن الآثار التي ترتبت عليها تزول بزوالها . ومن ثم يعود للمدين حق التصرف في أمواله ، فتنفذ تصرفاته في حق دائنيه ، ولكن يبقى للدائنين أن يباشروا الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية كما سيأتي . ولا يصبح المدين معرضاً لعقوبة التبديد ، حتى لو أخفى ماله عن دائنيه أو اصطنع ديوناً صورية أو ديوناً مبالغاً فيها أو تعمد الإعسار ، ولا يكون معرضاً في كل ذلك إلا لأحكام دعوى الصورية والدعوى البولصية ، وذلك ما لم يشهر إعساره من جديد فيترتب على الحكم الجديد بشهر الإعسار آثاره المعروفة . كذلك تنقطع النفقة التي قد تكون قدرت له ، فإن النفقة لا تبقى إلا ببقاء حالة الإعسار القانوني . أما حقوق الاختصاص التي كان قد أخذوها بعد تسجل صحيفة دعوى الإعسار ، فإنها تصبح نافذة في حق الدائنين الذين استجدوا بعد انتهاء حالة الإعسار ، ولكنها تبقى غير نافذة في حق الدائنين السابقين على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار [1] .

وننتقل الآن إلى رجوع الأجل بعد سقوطه .

٧٢١ – رجوع الأجل بعد سقوطه : متى زالت حالة الإعسار زال أثرها في إسقاط أجل الدين ، وعاد الدين إلى أجله السابق .ونستعرض ، بيان ذلك تفصيلا، القروض التي تزول فيها حالة الإعسار :

---

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا المعنى ما يأتي : " ابتداء من تاريخ تسجيل صحيفة دعوى الإعسار لا ينفذ أي اختصاص يرتب على عقارات المدين في حق دائنيه ذوي الديون الثابتة التاريخ قبل هذا التسجيل . وقد أريد بهذا النص ضمان المساواة بين الدائنين السابقة حقوقهم على تلك الدعوى ، على نحو يقيلهم من عناء التزاحم والتدافع . ويكون لحق الاختصاص ، فيما عدا ذلك ، جدواه بالنسبة للدائنين من أصحاب الحقوق السابقة على الدعوى ، فيما لو انتهت حالة الإعسار (م ٣٤٩ من المشروع) ، فلمن يحصل منهم على هذا الحق أن يحتج به على من تنشأ ديونهم بعد انتهاء حالة الإعسار " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٧٨ – ص ٦٧٩) . وقارن بما جاء في المذكرة الإيضاحية في موضع آخر : " ويلاحظ من ناحية أخرى أن رخصة الاختصاص بعقارات المدين تعود إليهم ، ويكون ما ترتب من الحقوق بمقتضاها نافذاً في حق كل دائن ليس لديه تاريخ ثابت عند رفع دعوى شهر الإعسار " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٩٩) .

وأنظر الأستاذ عبد الحي حجازي ٣ ص ٢٢٦ – وقارن الأستاذ محسن شفيق في الإفلاس فقرة ٤٤ .

فإن زال الإعسار بحكم قضائي بسبب قيام المدين بوفاء ديونه التي حلت دون أن يكون لشهر الإعسار أثر في حلولها ، فإن الديون الباقية التي لم توف — والتي كانت آجالها قد سقطت بشهر الإعسار — تعود إلى آجالها السابقة ، فتصبح ديوناً مؤجلة غير حالة ، ولا تحل إلا بانقضاء آجالها انقضاء طبيعياً بانقضاء المدة لا عن طريق سقوط الأجل . وتقضي بهذا كل من المادتين ٢٦١ فقرة أولى و ٢٦٣ .

وإن زال الإعسار بحكم قضائي بسبب كفاية أموال المدين للوفاء بديونه الحالة منها والمؤجلة ، كانت هذه الديون طائفتين : (١) طائفة حل أجلها حلولا طبيعياً ، أما لأنها كانت حالة وقت شهر الإعسار وأما لأنها حلت بعد ذلك بانقضاء مدة الأجل لا بسقوطه . فهذه الديون تكون حالة مستحقة الأداء ، وعلى المدين الذي زالت حالة إعساره الوفاء بها ، وإلا اتخذ الدائنون إجراءات التنفيذ الجبري واستوفوا حقوقهم من أمواله ، وهي تكفي فرضاً للوفاء لا بالديون الحالة وحدها ، بل بها وبالديون المؤجلة . (٢) وطائفة لم يحل أجلها ، وإنما كان الأجل قد سقط بشهر الإعسار . هذه الديون إذا كانت لم توف ، تعود إليها آجالها السابقة بموجب المادة ٢٦٣ — لا المادة ٢٦١ فقرة أولى — فترجع ديوناً مؤجلة ، وعند انقضاء مدة الأجل تكون مستحقة الأداء ، وعلى المدين الوفاء بها ، والمفروض أن عنده من المال ما يكفي لذلك [1] ، فإن لم ينفذ طوعا اتخذت إجراءات التنفيذ الجبري . ويشترط لرجوع الآجال بعد سقوطها — كما تقضي صراحة المادة ٢٦٣ — أن يكون المدين قد وفى ديونه التي حلت دون أن يكون لشهر الإعسار أثر في حلولها ، أي أن يكون قد وفى الطائفة الأولى من الديون .

وإن زال الإعسار بقوة القانون — بانقضاء خمس سنوات من تاريخ التأشير بحكم شهر الإعسار — ووفى المدين الديون التي حلت دون أن يكون لشهر الإعسار أثر في حلولها على النحو الذي قدمناه ، كان من حقه أن يطلب — بموجب المادة ٢٦٣ لا المادة ٢٦١ فقرة أولى — إرجاع الآجال السابقة للديون التي تكون آجالها قد سقطت بسبب شهر الإعسار و لم يكن سبق الوفاء بها [2] .

٧٢٢ — خضوع المدين بعد زوال حالة إعساره لأحكام الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية : قلنا أن المدين الذي زالت حالة إعساره بحكم

---

(١) وهذا ما لم يكن قد أعسر مرة أخرى في الفترة التي سبقت انقضاء الأجل ، فعند ذلك تجوز العودة إلى شهر إعساره من جديد .

(٢) قارن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٦٩٩ — ص ٧٠٠ — وقد تشرح المشروع التمهيدي قبل تعديله في لجنة المراجعة .

قضائي أو بقوة القانون يعود له حق التصرف في ماله . ولكن قد يقع أن هذا المدين الذي زالت حالة إعساره القانوني يبقى معسراً إعساراً فعلياً [1] . ففي هذه الحالة يصبح المدين خاضعاً لأحكام كل من الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية . ذلك أن انتهاء حالة الإعسار بحكم قضائي أو بقوة القانون — كما تقول المادة ٢٦٤ — لا يمنع الدائنين من الطعن في تصرفات المدين بالدعوى البولصية ، ولا من التمسك باستعمال حقوقه بالدعوى غير المباشرة ، وذلك كله وفقاً للمواد ٢٣٥ — ٢٤٣ مدني ، وهي النصوص التي تبسط أحكام كل من الدعويين .

فيجوز للدائنين إلى أن يستعملوا حقوق مدينهم المعسر إعساراً فعلياً ، بعد زوال إعساره القانوني ، عن طريق الدعوى غير المباشرة ، فإن الذي يشترط في هذه الدعوى هو الإعسار الفعلي دون الإعسار القانوني كما قدمنا .

ويجوز للدائنين كذلك أن يطعنوا في تصرفات المدين المعسر إعساراً فعلياً ، بعد زوال إعساره القانوني ، بالدعوى البولصية ، فإن الذي يشترط في هذه الدعوى أيضاً هو الإعسار الفعلي دون الإعسار القانوني كما سبق القول . وعلى الدائنين في هذه الحالة أن يراعوا توافر شروط الدعوى البولصية ، إلا إذا عادوا إلى شهر إعسار المدين من جديد بعد توافر شروط الإعسار القانوني ، فعند ذلك لا تسرى تصرفات المدين في حقهم دون حاجة إلى الطعن في هذه التصرفات بالدعوي البولصية .

ويخلص لنا من ذلك أن المدين قد تتعاقب عليه حالتا الإعسار القانوني والإعسار الفعلي . فأن كان في حالة إعسار قانوني ، فأنه يكون خاضعاً للنظام الخاص الذي بسطنا تفصيلاته فيما تقدم . أما إذا كان معسراً إعساراً فعلياً فإنه لا يكون خاضعاً لهذا النظام الخاص ، بل يخضع للنظام العام الذي يخضع له جميع المدينين ، وهو النظام الذي تسوده أحكام الدعاوى الثلاث : الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية ودعوى الصورية .

****

(١) ويتحقق ذلك إذا كان زوال حالة الإعسار القانوني قد تم بسبب وفاء الديون التي حلت دون أن يكون لشهر الإعسار أثر في حلولها ، فقد لا يكون عند المدين مال يكفي للوفاء بالديون التي عادت إليها آجالها ، فيكون معسراً إعساراً فعلياً . ويتحقق أيضاً إذا كان زوال حالة الإعسار القانوني قد تم بقوة القانون بانقضاء خمس سنوات ، فقد يبقى المدين بعد انقضاء هذه المدة معسراً إعساراً فعلياً بعد زوال حالة الإعسار القانوني . بل إنه إذا كان زوال حالة الإعسار القانوني قد تم بسبب كفاية أموال المدين للوفاء بجميع ديونه الحالة والموجلة، أي إذا زال الإعسار القانوني والإعسار الفعلي في وقت واحد ، فإن المدين قد يعود إلى الإعسار الفعلي دون أن يشهر إعساره القانوني .

فهرس مجمل
لمشتملات الكتاب

صفحة

خطة البحث ١
إقامة نظرية الالتزام على فكرة التصرف القانوني والواقعة القانونية ١
الرجوع إلى التقسيم التقليدي : مصادر الالتزام والالتزام في ذاته ٥

القسم الأول
الإثبـــات

خطة البحث ٩

مقدمة

§ ١ – نظرة عامة في الإثبات ١٠
أولا – تعريف الإثبات وأهميته ومكانه في القانون ١٠
أ) تعريف الإثبات وأهميته ١٠
ب) مكان الإثبات في القانون للإثبات ١٣
ثانياً – المبادئ الرئيسية التي تقوم عليها قواعد الإثبات ٢٢
أ) مبدأ النظام في القانون للإثبات ٢٢
ب) مبدأ حياد القاضي ٢٦
ج) مبدأ دور الخصوم الإيجابي – الحق في الإثبات ٢٧
§ ٢ – مسائل الإثبات ٣٩
أولا – محل الإثبات ٤٠
أ) ما هو محل الإثبات ٤٠
ب) الشروط الواجب توافرها في محل الإثبات ٤٩
ثانياً – عبء الإثبات ٥٦
أ) عبء الإثبات من ناحية المبدأ ٥٨
ب) عبء الإثبات من ناحية التطبيق ٦٩

صفحـــة

ثالثاً – طرق الإثبات ٧٩
أ) ما هي طرق الإثبات (سلطة الخصوم وسلطة محكمة النقض في شأنها).. ٧٩
ب) تقسيم طرق الإثبات (تقسيمات خمسة) ٨٨

الباب الأول

طرق الإثبات ذات القوة المطلقة

الكتابة

الورقة والسند والتصرف ٩٣
أنواع الأوراق وقوتها في الإثبات ٩٤
الفروق ما بين الورقة الرسمية والورقة العرفية ٩٦

الفصل الأول

الأوراق الرسمية

الفرع الأول – الشروط الواجب توافرها لصحة الورقة الرسمية ٩٧
المبحث الأول – صدور الورقة الرسمية من موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ١٠١
المبحث الثاني – اختصاص الموظف من حيث الموضوع ومن حيث المكان. ١٠٨
المطلب الأول – اختصاص الموظف من حيث الموضوع ١٠٨
المطلب الثاني – اختصاص الموظف من حيث المكان ١١٢
المبحث الثالث – مراعاة الأوضاع التي قررها القانون ١١٤
المبحث الرابع – جزاء الإخلال بشرط من هذه الشروط ١١٩
الفرع الثاني – حجية الورقة الرسمية في الإثبات ١٢٦
المبحث الأول – حجية الورقة الرسمية فيما بين الطرفين ١٢٨
المبحث الثاني – حجية الورقة الرسمية بالنسبة إلى الغير ١٣٧
المبحث الثالث – حجية الورقة الرسمية فيما يتعلق بالصور ١٤٠

الفصل الثاني
الأوراق العرفية

الفرع الأول – الأوراق العرفية المعدة للإثبات ١٥٥
المبحث الأول – الشروط الواجب توافرها لصحة الورقة العرفية ١٥٦
المبحث الثاني – حجية الورقة العرفية في الإثبات ١٦٤
المطلب الأول – حجية الورقة العرفية فيما بين الطرفين ١٦٥
المطلب الثاني – حجية الورقة العرفية بالنسبة إلى الغير ١٧٥
أ) حجية الورقة بالنسبة إلى الغير من حيث صدورها ممن وقع عليها. ١٧٦
ب) حجية الورقة العرفية بالنسبة إلى الغير من حيث صحة الوقائع التي وردت بها ١٧٧
ج) حجية الورقة العرفية بالنسبة إلى الغير من حيث صحة التاريخ الذي تحمله الورقة ١٧٩
(أولا) النصوص القانونية ١٧٩
(ثانياً) من هو المقصود بالغير في تاريخ الورقة العرفية ١٨١
(ثالثاً) الأوراق العرفية التي تخضع لقاعدة ثبوت التاريخ ٢١٢
(رابعاً) الطرق القانونية التي يصبح بها التاريخ ثابتاً ٢١٦
المطلب الثالث – حجية الورقة العرفية فيما يتعلق بالصور ٢٢٣
الفرع الثاني – الأوراق العرفية غير المعدة للإثبات ٢٣٠
المبحث الأول – الرسائل والبرقيات ٢٣١
المبحث الثاني – دفاتر التجار ٢٤٢
المطلب الأول – الدفاتر التجارية ٢٤٤
المطلب الثاني – قوة الدفاتر التجارية في الإثبات ٢٥٠
المبحث الثالث – الدفاتر والأوراق المنـزلية ٢٥٦
المبحث الرابع – التأشير ببراءة ذمة المدين ٢٦٣
المطلب الأول – التأشير على سند في يد الدائن ٢٦٧
المطلب الثاني – التأشير على سند أو مخالصة في يد المدين ٢٧٥

صفحـــة

الباب الثاني
طرق الإثبات ذات القوة المحدودة
البينة والقرائن القضائية

اليمين المتممة (إحالة) ٢٨٢
تعادل البينية والقرائن القضائية من حيث قوة الإثبات ٢٨٢

الفصل الأول
البينة والقرائن القضائية

الفرع الأول – البينة أو الشهادة ٢٨٣
المبحث الأول – أنواع البينة ٢٨٣
المبحث الثاني – سلطة القاضي الواسعة في تقدير البينة ٢٩٠
المبحث الثالث – القواعد التي تتبع في سماع البينة ٢٩٦
الفرع الثاني – القرائن القضائية ٣٠٠
المبحث الأول – عناصر القرينة القضائية وسلطة القاضي في تقديرها ٣٠٢
المبحث الثاني – تكييف القرائن بوجه عام وتحولها من قرائن قضائية إلى قرائن قانونية ٣١٠

الفصل الثاني
قوة البينة والقرائن في الإثبات

الفرع الأول – قوة الإثبات المطلقة للبينة والقرائن ٣١٤
المبحث الأول – الوقائع القانونية المادية ٣١٤
المبحث الثاني – التصرفات القانونية التجارية ٣٢٢
الفرع الثاني – قوة الإثبات المحدودة للبينة والقرائن ٣٢٨
المبحث الأول – القاعدة العامة ٣٢٩
المطلب الأول – لا تقبل البينة والقرائن في تصرفات قانونية تزيد قيمتها على خمسمائة جنيه ٣٤١

§ ١ – تحديد التصرف القانوني ٣٤٥
§ ٢ – تحديد قيام الالتزام ٣٤٨
المطلب الثاني – لا تقبل البينة والقرائن فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها .. ٣٦٢
المبحث الثاني – الاستثناءات ٣٧٩
المطلب الأول – مبدأ الثبوت بالكتابة ٣٨٠
§ ١ – وجود ورقة مكتوبة ٣٨٣
§ ٢ – صادرة من الخصم أو ممن يمثله ٣٩٢
§ ٣ – تجعل المدعى به قريب الاحتمال ٤٠٠
المطلب الثاني – قيام المانع من الحصول على الكتابة أو من تقديمها ٤١٠
§ ١ – قيام المانع من الحصول على الكتابة ٤١٢
أ) المانع المادي ٤١٤
ب) المانع الأدبي ٤٢٢
§ ٢ – قيام المانع من تقديم الكتابة لفقدها بسبب أجنبي ٤٢٧

الباب الثالث

الطرق المعفية من الإثبات

الإقرار واليمين والقرائن القانونية

الفصل الأول

الإقـــرار

تعريف الإقرار بوجه عام ٤٣٢
صور الإقرار وشكله ٤٣٦
الإقرار غير القضائي ٤٣٨
الإقرار القضائي ٤٤٤
الفرع الأول – أركان الإقرار ٤٤٤
الركن الأول – اعتراف الخصم ٤٤٥
الركن الثاني – واقعة قانونية معترف بها ٤٥٣
الركن الثالث – أمام القضاء ٤٥٤
الركن الرابع – أثناء سير الدعوى ٤٥٥

صفحة

الفرع الثاني – حجية الإقرار ٤٥٨
المبحث الأول – الإقرار حجة قاطعة على المقر ٤٦٠
المبحث الثاني – الإقرار حجة قاصرة على المقر ٤٦٣
المبحث الثالث – التجزئة في الإقرار ٤٦٦

الفصل الثاني
اليمين

الفرع الأول – اليمين الحاسمة ٤٧٧
المبحث الأول – توجيه اليمين الحاسمة ٤٨٠
المطلب الأول – من يوجه اليمين الحاسمة ٤٨١
المطلب الثاني – لمن توجه اليمين الحاسمة ٤٩١
المطلب الثالث – متى توجه اليمين الحاسمة ٤٩٤
المطلب الرابع – موضوع اليمين الحاسمة ٤٩٩
المطلب الخامس – عدم جواز الرجوع في اليمين الحاسمة ٥٠٨
المبحث الثاني – الآثار التي تترتب على توجيه اليمين الحاسمة ٥١٢
المطلب الأول – حلف الخصم لليمين الحاسمة ٥١٢
المطلب الثاني – رد الخصم لليمين الحاسمة على خصمه ٥٢٢
المطلب الثالث – النكول عن اليمين الحاسمة ٥٢٥
المطلب الرابع – حجية اليمين الحاسمة ٥٣٠
الفرع الثاني – اليمين المتممة ٥٣٢
§ ١ – توجيه اليمين المتممة ٥٣٤
§ ٢ – الآثار التي تترتب على توجيه اليمين المتممة ٥٤٠
٣ – صور خاصة من اليمين المتممة ٥٤٥
يمين الاستيثاق ٥٤٦
يمين الاستظهار ٥٥٠
يمين التقويم ٥٥١

الفصل الثالث
القرائن القانونية وحجية الأمر المقضي

الفرع الأول – القرائن القانونية ٥٠٤
المبحث الأول – ركن القرينة القانونية والمهمة التي تقوم بها هذه القرينة .. ٥٥٦
المبحث الثاني – حجية القرينة القانونية في الإثبات ٥٦١
المطلب الأول – القرينة القانونية القاطعة أو المطلقة ٥٦٢
المطلب الثاني – القرينة القانونية غير القاطعة أو النسبية أو البسيطة ٥٧٨
الفرع الثاني – حجية الأمر المقضي ٥٨٣
تمهيد ٥٨٣
المبحث الأول – الشروط الواجب توافرها في الحكم ٦٠٠
المطلب الأول – حكم قضائي ٦٠١
المطلب الثاني – حكم قطعي ٦١١
المطلب الثالث – التمسك بالحجية في منطوق الحكم لا في أسبابه ٦٢٢
المبحث الثاني – الشروط الواجب توافرها في الحق المدعى به ٦٣٠
المطلب الأول – اتحاد الخصوم ٦٣١
المطلب الثاني – اتحاد المحل ٦٤٣
المطلب الثالث – اتحاد السبب ٦٥٣

القسم الثاني
آثار الالتزام

تمهيد ٦٧٣
(١) تنفيذ الالتزام ٦٧٣
(٢) الالتزام الطبيعي والالتزام المدني ٦٧٧
§ ١ – الالتزام الطبيعي ٦٧٩
أ – الحالات التي يقوم فيها الالتزام الطبيعي ٦٨١
ب – الآثار التي تترتب على الالتزام الطبيعي ٦٩٥
§ ٢ – الالتزام المدني ٧٠٦

صفحة

الباب الأول

التنفيذ العيني

متى يكون التنفيذ العيني وكيف يكون ٧٠٨

الفصل الأول

متى يكون التنفيذ العيني

النصوص القانونية ٧٠٩
شروط أربعة : ٧١٠
الشرط الأول – أن يكون التنفيذ العيني ممكناً ٧١٠
الشرط الثاني – أن يطلب الدائن التنفيذ العيني أو يتقدم به المدين ٧١٢
الشرط الثالث – ألا يكون في التنفيذ العيني إرهاق للمدين أو يكون فيه إرهاق ولكن العدول عنه يلحق بالدائن ضرراً جسيماً.. ٧١٤
الشرط الرابع – إعذار المدين (إحالة) ٧١٨

الفصل الثاني

كيف يكون التنفيذ العيني

الفرع الأول – موضوع التنفيذ العيني ٧٢٠
المبحث الأول – الالتزام بنقل ملكية أو حق عيني آخر ٧٢٠
المطلب الأول – محل الالتزام شيء معين بالذات يملكه الملتزم ٧٢١
المطلب الثاني – محل الالتزام شيء لم يعين إلا بنوعه ٧٢٦
المبحث الثاني – الالتزام بعمل ٧٢٩
المطلب الأول – الالتزام ببذل عناية ٧٣٠
المطلب الثاني – الالتزام بالتسليم ٧٣٣
المطلب الثالث – الالتزام بإنجاز عمل معين ٧٣٩
المبحث الثالث – الالتزام بالامتناع عن عمل ٧٤٥
الفرع الثاني – وسائل التنفيذ العيني ٧٤٩
المبحث الأول – الإكراه البدني ٧٥٠

صفحة

المبحث الثاني – التهديد المالي ٧٥٣
المطلب الأول – شروط الحكم بالتهديد المالي ومميزاته وطبيعته وسنده القانوني ٧٥٦
المطلب الثاني – أثر الحكم بالتهديد المالي ٧٦٦

الباب الثاني
التنفيذ بطريق التعويض

متى يكون التنفيذ بطريق التعويض ٧٧٠
التنفيذ بطريق التعويض يتناول كل التزام أياً كان مصدره ٧٧٠
وسائل تنفيذ التعويض ٧٧١
كيفية تقدير التعويض ٧٧٢

الفصل الأول
التعويض القضائي

الفرع الأول – الإعذار ٧٧٣
النصوص القانونية ٧٧٣
معنى الإعذار ٧٧٦
كيف يتم الإعذار ٧٧٧
الحالات التي لا ضرورة فيها للإعذار ٧٧٩
النتائج القانونية التي تترتب على الإعذار ٧٨٥
الفرع الثاني – تقدير القاضي التعويض ٧٨٦
نوعا التعويض ٧٨٦
عناصر التعويض ٧٨٨
الضرر المباشر والضرر المتوقع الحصول ٧٩٠
تقدير التعويض بمبلغ من النقود ٧٩١
شروط استحقاق التعويض ٧٩١
الخطأ (إحالة) ٧٩٢
الضرر (إحالة) ٧٩٣

صفحة

علاقة السببية (إحالة) ٧٩٣
التعديل الاتفاقي لقواعد المسئولية (إحالة) ٧٩٤

الفصل الثاني
التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي

الفرع الأول – شروط استحقاق الشرط الجزائي وتكييفه القانوني ٧٩٧
المبحث الأول – شروط استحقاق الشرط الجزائي ٧٩٨
المبحث الثاني – التكييف القانوني للشرط الجزائي ٨٠٤
الفرع الثاني – ما يترتب على الشرط الجزائي من الأثر ٨١٠
المبحث الأول – متى يجوز تخفيض الشرط الجزائي ٨١٢
المبحث الثاني – متى تجوز زيادة الشرط الجزائي ٨١٩

الفصل الثالث
التعويض القانوني أو الفوائد

الفرع الأول – شروط استحقاق الفوائد ٨٢٤
§ ١ – الشروط التي تحدد منطقة استحقاق الفوائد ٨٢٧
§ ٢ – شروط استحقاق الفوائد التأخيرية ٨٣٢
§ ٣ – شروط استحقاق الفوائد التعويضية ٨٤٠
الفرع الثاني – مقدار الفوائد كما حددها القانون ٨٤٣
المبحث الأول – سعر الفائدة ٨٤٣
المبحث الثاني – جواز النزول عن الحدود المقررة وجواز الزيادة عليها.. ٨٥١
المطلب الأول – جواز النزول عن الحدود المقررة لسعر الفائدة ٨٥٢
المطلب الثاني – جواز الزيادة على الحدود المقررة لسعر الفائدة ٨٦٥

صفحة

الباب الثالث

أموال المدين تكفل تنفيذ التزاماته

ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل تنفيذ ووسائل ضمان

أموال المدين ضامنة لالتزاماته ٨٧٠
الطرق التحفظية والطرق التنفيذية ٨٧٣
طرق وسطى ما بين التحفظية والتنفيذية ٨٧٦

الفصل الأول

الدعوى غير المباشرة والدعوى المباشرة

الفرع الأول – شروط الدعوى غير المباشرة ٨٧٨
المبحث الأول – الشروط التي ترجع إلى الدائن ٨٨٠
المبحث الثاني – الشروط التي ترجع إلى المدين ٨٨٦
المبحث الثالث– الشروط التي ترجع إلى الحق الذي يستعمله الدائن باسم المدين ٨٩١

الفرع الثاني – الآثار التي تترتب على الدعوى غير المباشرة ٩٠٠
المبحث الأول – آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة إلى المدين ٩٠٢
المبحث الثاني – آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة إلى الخصم ٩٠٥
المبحث الثالث – آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة إلى الدائن ٩٠٧

الفرع الثالث – الدعوى المباشرة ٩٠٩
المبحث الأول – حالات الدعوى المباشرة في التقنين المدني المصري ٩١١
المبحث الثاني – الأساس القانوني والتصوير الفني للدعوى المباشرة ٩١٨

الفصل الثاني

الدعوى البولصية

الفرع الأول – شروط الدعوى البولصية ٩٢٩
المبحث الأول – الشروط التي ترجع إلى الدائن ٩٣٣

صفحـــة

المبحث الثاني – الشروط التي ترجع إلى التصرف المطعون فيه ٩٣٧
المطلب الأول – تصرف قانوني ٩٣٧
المطلب الثاني – تصرف مفقر ٩٤٠
المطلب الثالث – تصرف تال في الوجود لحق الدائن ٩٤٩
المبحث الثالث – الشروط التي ترجع إلى المدين ٩٥٤
المطلب الأول – الإعسار ٩٥٤
المطلب الثاني – الغش والتواطؤ ٩٦٠
المبحث الرابع – التقادم في الدعوى البولصية ٩٧١

الفرع الثاني – الآثار التي تترتب على الدعوى البولصية ٩٧٥
المبحث الأول – أثر الدعوى البولصية بالنسبة إلى الدائن ٩٨٠
المبحث الثاني – أثر الدعوى البولصية بالنسبة إلى المدين ومن تصرف له المدين. ٩٨٩

الفصل الثالث
دعوى الصورية

الفرع الأول – تحديد الصورية ٩٩٤
معنى الصورية وأنواعها : الصورية المطلقة والصورية بطريق التستر
والصورية بطريق المضادة والصورية بطريق التسخير ٩٩٤
شروط تحقق الصورية ٩٩٧
تميز الصورية عن حالات مشابهة ٩٩٨
منطقة الصورية ١٠٠٠

الفرع الثاني – أحكام الصورية ١٠٠١
المبحث الأول – أحكام الصورية بالنسبة إلى المتعاقدين والخلف العام ١٠٠٣
المبحث الثاني – أحكام الصورية بالنسبة إلى الغير ١٠٠٨
المبحث الثالث – الصورية من حيث الدعوى وطرق الإثبات ١٠٢٥
§ ١ – من حيث الدعوى ١٠٢٥
§ ٢ – من حيث طرق الإثبات ١٠٢٨

الفرع الثالث – مقارنة دعوى الصورية بكل من الدعوى البولصية والدعوى غير المباشرة ١٠٣٤

المبحث الأول – مقارنة دعوى الصورية بالدعوى البولصية ١٠٣٥
المبحث الثاني – مقارنة دعوى الصورية بالدعوى غير المباشرة ١٠٤٠

الفصل الرابع
الحق في الحبس

تمهيد – تكييف الحق في الحبس : ١٠٤٢
كيف نشأ الحق في الحبس ١٠٤٢
الحق في الحبس في القانون المدني الفرنسي ١٠٤٣
حق الحبس في التقنين المدني المصري السابق ١٠٤٥
الحق في الحبس في التقنين المدني المصري الجديد ١٠٤٨
الفرع الأول – نشوء الحق في الحبس ١٠٥١
المبحث الأول – الشروط الواجب توافرها لنشوء الحق في الحبس ١٠٥٣
الشرط الأول – دينان متقابلان ١٠٥٤
الشرط الثاني – قيام الارتباط ما بين الدينين ١٠٦٠
كيف يستعمل الدائن الحق في الحبس عند توافر شرطيه ١٠٦٥
المبحث الثاني – تطبيقات على الحق في الحبس ١٠٦٦
المطلب الأول – تطبيقات منصوص عليها في القانون ١٠٦٧
§ ١ – تطبيقات تقوم على الارتباط القانوني أو التبادلي ١٠٦٧
§ ٢ – تطبيقات تقوم على الارتباط المادي أو الموضوعي ١٠٧١
المطلب الثاني – تطبيقات غير منصوص عليها في القانون ١٠٧٥
§ ١ – تطبيقات تقوم على الارتباط القانوني أو التبادلي ١٠٧٦
§ ٢ – تطبيقات تقوم على الارتباط المادي أو الموضوعي ١٠٨٣
الفرع الثاني – الآثار التي تترتب على الحق في الحبس ١٠٨٥
المبحث الأول – حقوق الحابس في العين ١٠٨٧
المطلب الأول – علاقة حابس العين بمالكها ١٠٨٧
المطلب الثاني – علاقة حابس العين بالغير ١٠٩١
المبحث الثاني – واجبات الحابس للعين ١٠٩٣

صفحـــة

الفرع الثالث – انقضاء الحق في الحبس ١٠٩٨
المبحث الأول – انقضاء الحق في الحبس بطريق تبعي ١٠٩٩
المبحث الثاني – انقضاء الحق في الحبس بطريق أصلي ١١٠٠

الفصل الخامس
الإعســـار

تمهيـــد : الإعسار المدني والإفلاس التجاري – الإعسار في التقنين المدنـــي السابق وفي التقنين المدني الجديد : ١١٠٨
مقومات الإفلاس التجاري ١١٠٨
مقارنة بين الإفلاس التجاري والوسائل المدنية التي تقدم ذكرها ١١٠٩
الإفلاس التجاري والإعسار المدني ١١١١
الإعسار في التقنين المدني السابق ١١١٢
تنظيم الإعسار في التشريعات الحديثة ١١١٣
تنظيم الإعسار في التقنين المدني الجديد ١١١٥
الفرع الأول – شهر حالة الإعسار ١١١٩
المبحث الأول – طرفا دعوى الإعسار ١١١٩
المبحث الثاني – إجراءات دعوى الإعسار ١١٢٩
الفرع الثاني – الآثار التي تترتب على حالة الإعسار ١١٣٤
المبحث الأول – بالنسبة إلى المدين ١١٣٤
المبحث الثاني – بالنسبة إلى الدائنين ١١٤١
الفرع الثالث – انتهاء حالة الإعسار ١١٤٥
المبحث الأول – كيف تنتهي حالة الإعسار ١١٤٥
المبحث الثاني – ما الذي يترتب على انتهاء حالة الإعسار ١١٤٩

ملحق
للجزء الثانى لكتاب الوسيط
فى شأن تنظيم التوقيع الالكترونى

بعد أن تم طبع الجزء الثانى من كتاب الوسيط فى شرح القانون المدنى، صدر القانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ بتنظيم التوقيع الالكترونى وبإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات. وقد رأينا إضافة ملحق للجزء الثانى لأهمية هذا الموضوع ولزيادة استخدام تطبيقات تكنولوجيا المعلومات والاتصالات المتطورة فى التجارة وفى عقد الصفقات وإبرام العقود وسداد الالتزامات المالية ودفعها وعمليات توزيع وتسليم السلع ومتابعة الاجراءات والدعم الفنى وخدمات ما بعد البيع، وقد استهدف القانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ توفير بيئة مناسبة لعمل تنظيم كامل للتوقيع الإلكترونى بما ييسر انتشاره بين كافة قطاعات الدولة من حكومة وشركات وأفراد دون افتئات على الحقوق المشروعة للمتعاملين فى هذا المجال.

تضمنت المادة الأولى من القانون التعريف بالمصطلحات الأساسية فى مجال التوقيع الإلكترونى وما يرتبط به، وقد روعى فى صياغتها أن تكون متفقة مع التعريفات العالمية القياسية التى وضعت من قبل لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولى (الأونسيترال) والدول الرائدة فى هذا المجال.

وورد بالمادة الأولى أنه فى تطبيق أحكام هذا القانون يقصد بالمصطلحات الآتية المعانى المبينة قرين كل منها.

(أ) الكتابة الإلكترونية.

كل حروف أو أرقام أو رموز أو أى علامات أخرى تثبت على دعامة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة وتعطى دلالة قابلة للإدراك.

(ب) المحرر الإلكترونى.

رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشأ أو تدمج، أو تخزن، أو ترسل أو تستقبل كليا أو جزئيا بوسيلة إلكترونية، أو رقمية، أو ضوئية، أو بأية وسيلة أخرى مشابهة.

(ج) التوقيع الإلكترونى.

ما يوضع على محرر إلكترونى ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع متفرد ويسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره.

(د) الوسيط الإلكترونى.

أداة أو أدوات أو أنظمة إنشاء التوقيع الإلكترونى.

(هـ) الموقع.

الشخص الحائز على بيانات إنشاء التوقيع ويوقع عن نفسه أو عمن ينيبه أو يمثله قانونا.

(و) شهادة التصديق الإلكترونى.

الشهادة التى تصدر من الجهة المرخص لها بالتصديق وتثبت الارتباط بين الموقّع وبيانات إنشاء الموقع.

(ز) الهيئة.

هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات.

(ح) الوزارة المختصة.

الوزارة المختصة بشئون الاتصالات والمعلومات.

(ط) الوزير المختص.

الوزير المختص بشئون الاتصالات والمعلومات.

وأسندت المادة الرابعة لهيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات عدة اختصاصات من أهمها القيام بعملية تنظيم التوقيع الإلكترونى وذلك عن طريق قيامها بإصدار التراخيص اللازمة للعمل فى مجال المعاملات الإلكترونية وتكنولوجيا المعلومات، وتحديد معايير منظومة التوقيع الإلكترونى بما يؤدى إلى ضبط مواصفاتها الفنية، وتلقى الشكاوى المتعلقة بأنشطة التوقيع الإلكترونى والمعاملات الإلكترونية وتكنولوجيا المعلومات واتخاذ ما يلزم فى شأنها، وتقديم المشورة الفنية بشأن المنازعات التى تنشأ بين الأطراف المعنية بأنشطة التوقيع الإلكترونى والمعاملات الإلكترونية وتكنولوجيا المعلومات.

ونصت المادة الخامسة على أن يكون إصدار وتجديد التراخيص اللازمة لمزاولة أنشطة خدمات التوقيع الإلكترونى المنصوص عليها فى البند (أ) من المادة (٤) من هذا القانون بمقابل يصدر بتحديد فئاته وبقواعد واجراءات اقتضائه قرار من مجلس إدارة هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات.

وتحدد المادة التاسعة اختصاصات مجلس إدارة الهيئة ومن بينها (أ) وضع نظم وقواعد التوقيع الإلكترونى والمعاملات الإلكترونية طبقا لأحكام القوانين واللوائح المنظمة لها.

وتقضى المادة (١٤) بأن للتوقيع الإلكترونى، فى نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية، ذات الحجية المقررة للتوقيعات فى أحكام قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية،

إذا روعى فى إنشائه واتمامه الشروط المنصوص عليها فى هذا القانون والضوابط الفنية والتقنية التى تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون.

وبذلك تكون المادة (١٤) قد أضفت حجية الإثبات على التوقيع الإلكترونى عند استخدامه فى نطاق المعاملات الإلكترونية المدنية والتجارية والإدارية أيضا ليكون له ذات الحجية المقررة للتوقيعات فى أحكام قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية فى هذا الشأن، بشرط أن يتم هذا التوقيع الإلكترونى طبقا للشروط والأوضاع التى حددها القانون ولائحته التنفيذية فى هذا الشأن.

ويهدف القانون من ذلك أن يكون للمعاملات الإلكترونية نفس الحجية الموجودة للمعاملات الورقية أو الخطية.

وأضفت المادة (١٥) من القانون حجية الإثبات على الكتابة الإلكترونية وعلى المحررات الإلكترونية لتأخذ نفس الحجية المقررة فى قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية للكتابة وللمحررات الرسمية والعرفية، وهذا مؤداه أن المحرر الإلكترونى ممكن أن يكون محررا إلكترونيا رسميا أو محررا إلكترونيا عرفيا وفى كلا الحالتين يكون لهذا المحرر الإلكترونى ذات الحجية المقررة للمحررات الرسمية والمحررات العرفية فى قانون الاثبات المشار إليه.

وعالج القانون فى المادة (١٦) مسألة الصورة المنسوخة على الورق من المحرر الإلكترونى الرسمى ومدى حجيتها فى الإثبات، وذلك بأن جعل لهذه الصورة حجية على الكافة بشرط أن تكون مطابقة لأصل المحرر الإلكترونى الرسمى والتوقيع الإلكترونى الموجود على الدعامة الإلكترونية.

ووضعت المادة (١٧) من القانون قاعدة عامة فى شأن إثبات صحة المحررات الإلكترونية الرسمية والعرفية وفى إثبات صحة التوقيع الإلكترونى أيضا، هذه القاعدة هى أنه سيرجع فى صحة هذا الإثبات إلى القواعد المعمول بها فى شأن إثبات المحررات الرسمية والعرفية والتوقيعات بصفة عامة المنصوص عليها فى قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية، فإذا لم يتواجد فى قانون الإثبات قاعدة تصلح لإثبات المحررات الإلكترونية الرسمية والعرفية والتوقيع الإلكترونى يتم البحث فى القواعد الموجودة فى القانون نفسه ثم فى قواعد صحة إثبات هذه المحررات والتوقيعات التى ينص عليها فى اللائحة التنفيذية للقانون.

وقضت المادة (١٨) من القانون بأن يتمتع التوقيع الإلكترونى والكتابة الإلكترونية والمحررات الإلكترونية بالحجية فى الإثبات إذا ما توافرت فيها الشروط الآتية:

(أ) ارتباط التوقيع الإلكترونى بالموقّع وحده دون غيره.

(ب) سيطرة الموقّع وحده دون غيره على الوسيط الإلكترونى.

(ج) إمكانية كشف أى تعديل أو تبديل فى بيانات المحرر الإلكترونى أو التوقيع الإلكترونى.

وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون الضوابط الفنية والتقنية اللازمة لذلك.

وحظرت المادة (١٩) من القانون مزاولة نشاط إصدار شهادات التصديق الإلكترونى إلا بترخيص من الهيئة ووفقا للاجراءات والقواعد والضمانات التى تقررها اللائحة التنفيذية ويكون إصدار الترخيص نظير مقابل يحدده مجلس إدارة الهيئة، كما أوضحت هذه المادة عدم جواز توقف الجهة المرخص لها عن مزاولة النشاط المرخص به أو الاندماج فى جهة أخرى أو التنازل عن الترخيص إلا بعد الحصول على موافقة كتابية مسبقة من الهيئة، وذلك حماية لحقوق المتعاملين لكفالة الضمانات اللازمة لممارسة النشاط.

وأحالت المادة (٢٠) من القانون إلى اللائحة التنفيذية تحديد البيانات التى يجب أن تشتمل عليها شهادة التصديق الإلكترونى بما فى ذلك بيانات الضمانات المشار إليها فى المادة (١٩) من القانون.

ونصت المادة (٢١) من القانون على سرية البيانات والمعلومات التى تقدم إلى الجهة المرخص لها بإصدار شهادات التصديق الإلكترونى وعلى عدم جواز من قدمت إليه أو أتصل بها بحكم عمله قيامه بإفشائها للغير أو استخدامها فى غير الغرض الذى قدمت من أجله، وقد قصد بذلك التأكيد والحرص على مبدأ سرية المعلومات والبيانات لدى الهيئة تشجيعا للمتعاملين على الإدلاء ببيانات صحيحة ودقيقة دون خشية إطلاع الغير عليها.

ومنحت المادة (٢٢) من القانون هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات سلطة اعتماد الجهات الأجنبية المختصة بإصدار شهادات التصديق الإلكترونى، للعمل بها داخل جمهورية مصر العربية، وذلك نظير المقابل الذى يحدده مجلس إدارة الهيئة، وفى هذه الحالة تكون للشهادات التى تصدرها تلك الجهات ذات الحجية فى الاثبات المقررة لما تصدره نظيراتها فى الداخل من شهادات نظيرة، وذلك كله وفقا للقواعد والإجراءات والضمانات التى تقررها اللائحة التنفيذية.

وقد قصد القانون بذلك إعطاء الهيئة – وهى هيئة عامة – من خلال سلطتها التقديرية التأكد من مدى استيفاء الشهادات الصادرة من الجهات الأجنبية النظيرة لما ورد فى اللائحة التنفيذية من قواعد وإجراءات وضمانات، وذلك حرصا على صحة وحجية المحررات الموقعة ومصداقية التعاملات الالكترونية وتحقيقا لمبدأ المساواة بين المتعاملين فى هذا الصدد.

وحددت المادة (٢٣) من القانون الأفعال المجرمة بموجب هذا القانون ومعاقبة كل من:

(أ) أصدر شهادة تصديق الكترونى دون الحصول على ترخيص بمزاولة النشاط من

الهيئة.

(ب) أتلف أو عيّب توقيعا أو وسيطا أو محررا إلكترونيا، أو زور شيئا من ذلك بطريق الاصطناع أو التعديل أو التحوير أو بأى طريق آخر.

(جـ) استعمل توقيعا أو وسيطا أو محررا إلكترونيا معيبا أو مزورا مع علمه بذلك.

(د) خالف أيا من أحكام المادتين (١٩) ، (٢١) من هذا القانون.

(هـ) توصل بأية وسيلة إلى الحصول بغير حق على توقيع أو وسيط أو محرر إلكترونى، أو اخترق هذا الوسيط أو اعترضه أو عطله عن أداء وظيفته.

وقرر القانون أن تكون عقوبة الأفعال المجرمة سالفة الذكر هى الحبس والغرامة التى لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تجاوز مائة ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد منصوص عليها فى قانون العقوبات أو فى أى قانون آخر.

كما قضت المادة (٢٣) بأن تكون العقوبة على مخالفة المادة (١٣) من هذا القانون، الغرامة التى لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تجاوز خمسين ألف جنيه. وفى حالة العود تزاد بمقدار المثل العقوبة المقررة لهذه الجرائم فى حديها الأدنى والأقصى.

وفى جميع الأحوال يحكم بنشر حكم الإدانة فى جريدتين يوميتين واسعتى الانتشار، وعلى شبكات المعلومات الإلكترونية المفتوحة على نفقة المحكوم عليه.

وأوردت المادة (٢٤) من القانون حكما خاصا فى الأحوال التى ترتكب فيها الجريمة بواسطة شخص اعتبارى، حيث جعل العقوبة للمسئول عن الإدارة الفعلية للشخص الاعتبارى المخالف هى نفسها العقوبات المقررة عن الأفعال التى ترتكب بالمخالفة لأحكام هذا القانون إذا ثبت علمه بها وكان إخلاله بالواجبات التى تعرضها عليه تلك الإدارة قد أسهم فى وقوع الجريمة.

كما أكدت المادة (٢٤) على أن يكون الشخص الاعتبارى مسئولا بالتضامن عن الوفاء بما عسى أن يحكم به من عقوبات مالية وتعويضات، إذا كانت المخالفة قد ارتكبت من أحد العاملين به باسم ولصالح الشخص الاعتبارى.

وجعلت المادة (٢٥) من القانون للعاملين الذى يصدر بهم قرار من وزير العدل بالاتفاق مع الوزير المختص صفة مأمورى الضبط القضائى بالنسبة إلى الجرائم التى تقع فى حدود اختصاصهم بالمخالفة لأحكام هذا القانون، وقد قصد القانون بذلك مراعاة الطابع الخاص لهذه الجرائم والتى تستلزم التمتع بإمكانات وقدرات تقنية خاصة لضبط مرتكبيها.

وأجازت المادة (٢٦) لهيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات عند مخالفة المرخص له بإصدار شهادات تصديق إلكترونى لشروط الترخيص الصادرة له أو خالف أيا من أحكام المادة

(١٩) من القانون، أن تلغى هذا الترخيص، أو أن توقف سريانه حتى إزالة أسباب المخالفة، وذلك كعقوبة له.

وبزوال هذه الأسباب يكون للهيئة أن تصدر ترخيصا جديدا أو تعيد سريان الترخيص الموقوف، وذلك إن هى قدرت أن فيما قام به المرخص له ما ينبئ بالتزامه مستقبلا باحترام شروط الترخيص.

وحرص القانون فى المادة (٢٧) على منح فترة انتقالية لكل من يباشر نشاط إصدار شهادات تصديق إلكترونى فى تاريخ العمل بالقانون ليوفق أوضاعه – طبقا لاحكامه – خلال مدة لا تجاوز ستة أشهر من تاريخ صدور لائحته التنفيذية، وذلك وفقا للقواعد والاجراءات التى تنص عليها هذه اللائحة.