



مجموعه التشريعات
الكويتية



مجموعه التشريعات
الكويتية

الجزء الثاني

الجزء الثاني



القانون المدني

المجلد الأول

القانون

المدني

المجلد الأول

وزارة العدل

فبراير ٢٠١١

الطبعة الأولى

فبراير ٢٠١١

الطبعة الأولى

طبع في
مطابع
الخط



مجموعة التشريعات الكويتية

الجزء الثاني

القانون المدني

المجلد الأول

إصدار وزارة العدل

(جميع حقوق الطبع محفوظة لوزارة العدل)



الطبعة الأولى
فبراير ٢٠١١ م





وزارة العدل



حضرة صاحب السمو الشيخ صباح الأحمد الجابر الصباح

أمير دولة الكويت



وزارة العدل



سَيِّدُ الشَّيْخِ نَوَافِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ أَبِي الصَّبَّاحِ
وَلِيِّ عَهْدِ دَوْلَةِ الْكُوَيْتِ



وزارة العدل

تقديم

هذه هي مجموعة التشريعات الكويتية التي ارتأت وزارة العدل الاضطلاع بطبعتها تلبية لحاجة رجال القضاء إليها، لتكون هادياً يلتزمونه عند تطبيقهم النصوص الواردة فيها على ما يُعرض عليهم من قضايا، مراعية في ذلك تنويعها بأحدث التعديلات التشريعية التي رأى المشرع إدخالها عليها وفقاً لما يتطلبه الواقع العملي.

وقد حرصت الوزارة في نهجها بشأن طباعة هذه السلسلة التشريعية أن يكون من بينها القانون المدني والتشريعات المكملة له الذي يشغل الجزء الثاني المجلد الأول من هذه التشريعات.

ولا ريب أن هذه التشريعات لا غني لكل مشتغل بالقانون عنها، ولا يسعني إلا أن أدعو المولى القدير أن تكون طباعتها من العلم الذي يُنتفع به، وأن يحفظ الله ووطننا الكويت في ظل القيادة الحكيمة لحضرة صاحب السمو أمير البلاد وسمو ولي العهد وسمو رئيس مجلس الوزراء حفظهم الله وسدد خطاهم.

نائب رئيس مجلس الوزراء للشئون القانونية
ووزير العدل ووزير الأوقاف والشئون الإسلامية

المستشار/ راشد عبد المحسن الحماد



وزارة العدل

شكر وتقدير

كان الباعث على فكرة طباعة هذه المجموعة من التشريعات هو الحاجة إلى توفير النصوص القانونية التي يحتاجها رجال السلطة القضائية وكل مشغل بالقانون وفقاً لأحدث التعديلات التي أدخلها المشرع عليها، فضلاً عن أحكام المحكمة الدستورية بعدم دستورية بعض النصوص.

ولقد كان نواة هذه الفكرة في البدء هو الأخ الكريم الوكيل السابق لوزارة العدل المستشار/ سلطان نوح بورسلي، الذي لم يأل جهداً في السعي على تنفيذها حتى رأت النور بصدور القرار الخاص بتشكيل فريق عمل من عدد من مستشاري محكمتي التمييز والاستئناف وبعض مستشاري وموظفي الوزارة الذين تولوا مهمة إعداد هذه التشريعات وموالاتها مراجعة طباعتها التجريبية مرات عديدة، حتى استقام بناؤها في هذا الثوب القشيب، الذي نأمل أن يلبي الحاجة إليها خدمة للعدالة الناجزة التي ترعى دوحتها وزارة العدل.

وإذ يذكر هذا العمل الجليل، فإن الشكر والعرفان لا بد أن يوجه إلى كل من ساهم فيه من أعضاء فريق العمل المشار إليهم ومن استعان بهم من المستشارين أعضاء المكتب الفني لمحكمة التمييز.

أسأل الله أن يحفظ وطننا العزيز الكويت وأن يسبغ عليها المزيد من التقدم والرفي تحت رعاية حضرة صاحب السمو أمير البلاد حفظه الله وسدد خطاه.

رئيس فريق عمل طباعة التشريعات الكويتية

د. محمد عبدالله الأنصاري



وزارة العدل

القانون المدني

الجزء الأول

مرسوم بالقانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ * بإصدار القانون المدني

بعد الاطلاع على الأمر الأميري الصادر في ٤ من رمضان سنة ١٣٩٦ هـ الموافق ٢٩ من أغسطس سنة ١٩٧٦ م بتنقيح الدستور،

وعلى الأمر الأميري الصادر في ١٤ من شوال سنة ١٤٠٠ هـ، الموافق ٢٤ من أغسطس سنة ١٩٨٠ م،

وعلى الدستور،

وعلى مجلة الأحكام العدلية،

وعلى المرسوم رقم ٥ لسنة ١٩٥٩ بقانون التسجيل العقاري والقوانين المعدلة له،

وعلى القانون رقم ٦ لسنة ١٩٦١ بتنظيم الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع المعدل بالقانونين رقم ٤٢ لسنة ١٩٦٧ ورقم ٧٣ لسنة ١٩٧٦،

وعلى القانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٦١ بإصدار قانون التأمينات العينية،

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

وعلى القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٧٦ بتنظيم ملكية الطوابق والشقق،

وعلى القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٨ في شأن إيجار العقارات،

وبناء على عرض وزير الدولة للشؤون القانونية والإدارية،

وبعد موافقة مجلس الوزراء،

أصدرنا القانون الآتي نصه:

* نشر في جريدة الكويت اليوم بالعدد ١٣٣٥ - الصادر بتاريخ ٢٩ صفر ١٤٠١ هـ الموافق ٥ يناير (كانون الثاني) ١٩٨١.

مادة أولى

يلغى العمل بمجلة الأحكام العدلية ، ويستعاض عنها بالقانون المدني المرافق لهذا القانون .

مادة ثانية

تلغى النصوص الآتية :

القانون رقم ٦ لسنة ١٩٦١ بتنظيم الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع .

القانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٦١ بتنظيم قانون التأمينات العينية .

القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٧٦ بتنظيم ملكية الطوابق والشقق .

المادة الثالثة من القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٨ في شأن إيجار العقارات .

كما يلغى كل نص يتعارض مع أحكام القانون المرافق .

مادة ثالثة

لا تخل أحكام القانون المرافق بالأحكام الواردة في التشريعات الخاصة .

مادة رابعة

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

أمير الكويت

جابر الأحمد

رئيس مجلس الوزراء

سعد العبدالله الصباح

وزير الدولة للشؤون القانونية والإدارية

سلمان الدعيح الصباح

صدر بقصر السيف في: ٢٢ ذو القعدة ١٤٠٠ هـ

الموافق: أول أكتوبر ١٩٨٠ م .

القانون المدني أحكام عامة

الباب الأول

القانون

(مادة ١)

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

٢ - فإن لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي وفقا لأحكام الفقه الإسلامي الأكثر اتفقا مع واقع البلاد ومصالحها فإن لم يوجد حكم بمقتضى العرف.*

(مادة ٢)

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

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

(مادة ٣)

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

٢- ومع ذلك تبقى آثار التصرفات خاضعة للقانون الذي أبرمت تحت

* معدلة بالقانون رقم (١٥) لسنة ١٩٩٦م ، الصادر بتاريخ ٢٢/٥/١٩٩٦ ، والمنشور بالجريدة الرسمية العدد رقم ٢٥٩ بتاريخ ٢/٦/١٩٩٦ والنص قبل التعديل ، فإن لم يوجد نص تشريعي ، حكم القاضي بمقتضى العرف ، فإن لم يوجد عرف ، اجتهد القاضي رأيه مستهديا بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر اتفقا مع واقع البلاد ومصالحها .

سلطانه، مالم تكن أحكام القانون الجديد متعلقة بالنظام العام فتسرى على ما يترتب منها بعد نفاذه .

(مادة ٤)

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

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

(مادة ٥)

١ - إذا أطل القانون الجديد مدة التقادم، سرت المدة الجديدة على كل تقادم لم يكتمل، مع الاعتداد بما انقضى من مدته.

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

(مادة ٦)

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

(مادة ٧)

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

(مادة ٨)

تحسب المواعيد بالتقويم الميلادي، مالم يقض القانون بخلافه .

الباب الثاني الحق

الفصل الأول صاحب الحق

١ - الشخص الطبيعي

(مادة ٩)

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

(مادة ١٠)

١ - الحمل المستكن أهل لثبوت الحقوق التي لا يحتاج سببها إلى قبول، وذلك بشرط تمام ولادته حيا.

٢ - ومع ذلك تجوز له الهبة الخالصة، وتجب عليه الالتزامات التي تقتضيها إدارة ماله.

(مادة ١١)

موطن الشخص هو المكان الذي يقيم فيه على نحو معتاد.

(مادة ١٢)

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

(مادة ١٣)

- ١ - موطن القاصر أو المحجور عليه أو المفقود أو الغائب هو موطن من ينوب عنه قانونا.
- ٢ - ومع ذلك يكون للقاصر أو المحجور عليه موطن خاص بالنسبة إلى التصرفات التي يعتبره القانون أهلا لأدائها.

(مادة ١٤)

- ١ - يجوز اتخاذ موطن مختار لعمل قانوني معين .
- ٢ - ويعتد بالموطن المختار بالنسبة إلى كل مايتعلق بالعمل القانوني الذي اختير له ، مالم يشترط صراحة غير ذلك .
- ٣ - ويجب إثبات الموطن المختار كتابة .

(مادة ١٥)

- ١ - تتكون أسرة الشخص من زوجه وذوي قرياه .
- ٢ - وذوو القربى هم كل من يجمعهم أصل مشترك .

(مادة ١٦)

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

(مادة ١٧)

- ١ - تتحدد درجة القرابة المباشرة باعتبار كل فرع درجة، دون حساب الأصل .
- ٢ - وتتحدد درجة قرابة الحواشي بعدد الفروع صعوداً من الفرع للأصل المشترك ثم نزولاً منه إلى الفرع الآخر بغير حساب ذلك الأصل .
- ٣ - وتتحدد درجة المصاهرة بدرجة القرابة للزوج .

٢ - الشخص الاعتباري

(مادة ١٨)

تثبت الشخصية الاعتبارية لكل مجموعة من الأشخاص أو الأموال يعترف لها القانون بهذه الشخصية.

(مادة ١٩)

تحدد أهلية الشخص الاعتباري، فيما يثبت له من حقوق وما يتحمل به من التزامات ، بما يقضي به سبب إنشائه، كما تتحدد بالغرض الذي نشأ من أجله، وذلك كله فضلاً عما يقرره القانون.

(مادة ٢٠)

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

(مادة ٢١)

الشخص الاعتباري الذي يكون مركزه الرئيسي في الخارج وله نشاط في الكويت، يعتبر المكان الذي توجد فيه إدارته المحلية موطناً له بالنسبة إلى ذلك النشاط.

الفصل الثاني

محل الحق

(مادة ٢٢)

الأشياء المتقومة تصلح محلا للحقوق المالية .

(مادة ٢٣)

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

٢ - وينتهي التخصيص للنفع العام بالفعل أو بمقتضى القانون.

(مادة ٢٤)

١- كل شئ مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله من دون تلف أو تغيير في هيئته فهو عقار .

٢ - ومع ذلك يعتبر الشئ منقولاً إذا كان انفصاله عن أصله وشيك الحصول، ونظر إليه استقلالاً على هذا الاعتبار .

(مادة ٢٥)

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

(مادة ٢٦)

يعتبر عقارا كل حق عيني يقع على عقار .

(مادة ٢٧)

كل ماليس عقارا فهو منقول .

(مادة ٢٨)

- ١ - الأشياء المثلية هي ما تماثلت آحادها أو تقاربت بحيث يمكن أن يقوم بعضها مقام بعض عرفا بلا فرق يعتد به، وتقدر في التعامل بالعد أو الكيل أو الوزن أو القياس.
- ٢ - والأشياء القيمية ما تتفاوت آحادها في الصفات أو القيمة تفاوتاً يعتد به عرفاً أو يندر وجود آحادها في التداول .

(مادة ٢٩)

- ١ - الأشياء الاستهلاكية هي مالا يتحقق الانتفاع بها إلا باستهلاكها أو إنفاقها.
- ٢ - ويعتبر استهلاكها كل ما أعد في المتاجر للبيع .

الفصل الثالث استعمال الحق

(مادة ٣٠)

يكون استعمال الحق غير مشروع إذا انحرف به صاحبه عن الغرض منه أو عن وظيفته الاجتماعية، وبوجه خاص:

(أ) إذا كانت المصلحة التي تترتب عنه غير مشروعة.

(ب) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.

(ج) إذا كانت المصلحة التي تترتب عنه لا تتناسب البتة مع الضرر الذي يلحق بالغير.

(د) إذا كان من شأنه أن يلحق بالغير ضرراً فاحشاً غير مألوف.

القسم الأول
الحقوق الشخصية أو الإلتزامات
الكتاب الأول الإلتزامات بوجه عام

الباب الأول مصادر الالتزام

الفصل الأول العقد

(مادة ٣١)

العقد هو ارتباط الإيجاب بالقبول على أحداث اثر يرتبه القانون.

الفرع الأول - انعقاد العقد

(مادة ٣٢)

ينعقد العقد بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول، إذا ورد على محل واستند إلى سبب معتبرين قانونا، وذلك دون إخلال بما يتطلبه القانون، في حالات خاصة، من أوضاع معينة لانعقاد العقد.

(أولا) أركان العقد :

١ - الرضاء :

(مادة ٣٣)

١ - يلزم، لوجود الرضاء، توافر الإرادة عند إجراء التصرف وأن يحصل التعبير عنها.

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

(أ) التعبير عن الإرادة :

(مادة ٣٤)

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

(مادة ٣٥)

يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً، ما لم يستلزم القانون أو الاتفاق أو طبيعة المعاملة أن يجيء صريحاً .

(مادة ٣٦)

١- يوجد التعبير عن الإرادة بمجرد صدوره عن صاحبه. ومع ذلك فهو لا يحدث أثره إلا باتصاله بعلم من وجه إليه.
٢- ويعتبر وصول التعبير عن الإرادة إلى من وجه إليه قرينة على علمه به، ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك.

(مادة ٣٧)

لا يكون للتعبير عن الإرادة أثر، إذا وصل إلى من وجه إليه عدول عنه، قبل وصوله أو في نفس وقت وصوله.

(مادة ٣٨)

١- إذا اختلف التعبير عن الإرادة مع حقيقة قصد صاحبه، كانت العبرة بالقصد.
٢- ومع ذلك يجوز لمن وجه إليه التعبير عن الإرادة أن يعتد به، برغم مخالفته لحقيقة قصد صاحبه إذا اثبت أنه عول عليه، معتقداً مطابقتها لحقيقة الإرادة، من غير أن يكون من شأن ظروف الحال أن تثير الشك في تلك المطابقة .

الإيجاب:

(مادة ٣٩)

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

(مادة ٤٠)

١ - يصح أن يوجه الإيجاب إلى أشخاص غير محددين، طالما كانت شخصية من يراد التعاقد معه غير ذات اعتبار أساسي في التعاقد، وذلك مع مراعاة ما تقتضيه ظروف الحال.

٢ - ويعتبر ايجابا، على وجه الخصوص ، عرض البضائع مع بيان أثمانها، وذلك مع عدم الإخلال بما تقتضيه التجارة من أوضاع .

٣ - أما النشر والإعلان وإرسال أو توزيع قوائم الأسعار الجاري التعامل بها، وكل بيان آخر متعلق بعروض أو طلبات موجهة للجمهور أو لأفراد معينين. فلا يعتبر متضمنا ايجابا، ما لم يظهر العكس من ظروف الحال .

(مادة ٤١)

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

٢ - ومع ذلك، إذا حدد الموجب ميعاد للقبول، أو اقتضت هذا الميعاد ظروف الحال أو طبيعة المعاملة، بقى الإيجاب قائما طوال هذا الميعاد، وسقط بفواته.

(مادة ٤٢)

يسقط الإيجاب بموت الموجب أو الموجب له أو بفقد أحدهما الأهلية.

القبول:

(مادة ٤٣)

- ١- للموجب له خيار القبول .
- ٢- ويلزم لانعقاد العقد أن يكون القبول مطابقا للإيجاب .

٣- وإذا جاء الرد على الإيجاب بما يزيد عليه أو ينقص منه أو يعدل فيه بأية طريقة أخرى، اعتبر رفضاً له متضمناً إيجاباً جديداً .

(مادة ٤٤)

١- لا ينسب لساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان يعتبر قبولاً.*

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

(مادة ٤٥)

يسقط القبول إذا مات القابل أو فقد أهليته قبل أن يتصل قبوله بعلم الموجب.

ارتباط الإيجاب والقبول:

(مادة ٤٦)

إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد، من غير أن يتضمن ميعاداً للقبول، كان لكل من المتعاقدين الخيار على صاحبه إلى انقضاء هذا المجلس. وإذا انقضت مجلس العقد دون أن يصدر القبول، اعتبر الإيجاب مرفوضاً.

(مادة ٤٧)

إذا ارتبط الإيجاب بالقبول، لزم العقد طرفيه، ولا يكون لأي منهما عنه نكوص، حتى قبل أن يفترقا بالبدن، وذلك ما لم يتفق على غيره، أو يقض القانون أو العرف بخلافه.

(مادة ٤٨)

١- إذا حصل الإيجاب بالمراسلة، بقي قائماً، طوال الفترة التي يحددها الموجب لبقائه، فان لم يحدد الموجب لذلك مدة، التزم بالإبقاء على الإيجاب، طوال الفترة

* معدلة بالقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٩٦، الصادر بتاريخ ٢٢/٥/٩٦، والنص قبل التعديل « السكوت في معرض الحاجة إلى البيان يعتبر قبولاً ».

التي تقتضيها ظروف الحال لو وصوله للموجب له وإبداء رأيه فيه ووصول القبول إلى الموجب.

٢- ويسقط الإيجاب إذا لم يصل القبول إلى الموجب في الفترة المعقولة التي تقتضيها ظروف الحال، ولو صدر من الموجب له في وقته المناسب.

(مادة ٤٩)

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

(مادة ٥٠)

يسرى على التعاقد بطريق الهاتف، أو بأي طريق مشابه، حكم التعاقد في مجلس العقد بالنسبة إلى تمامه وزمان إبرامه. ويسرى عليه حكم التعاقد بالمراسلة بالنسبة إلى مكان حصوله.

(مادة ٥١)

١- إذا اتفق المتعاقدان على أن تسرى في شؤونهما أحكام عقد نموذج أو لائحة نموذجية، سرت هذه الأحكام، ما لم يثبت أي منهما أنه، عند حصول الاتفاق بينهما، لم يكن يعلم بهذه الأحكام، ولم تتح له الفرصة في أن يعلم بها.

٢- وإذا كانت أحكام العقد النموذج أو اللائحة النموذجية التي لم يحصل العلم بها أساسية، بطل العقد فإن كانت ثانوية، تولى القاضي حسم الخلاف في شأنها، وفقا لطبيعة المعاملة والعرف الجاري ومقتضيات العدالة.

(مادة ٥٢)

١- إذا اتفق المتعاقدان على جميع المسائل الجوهرية في العقد، وعلقا أموراً ثانوية، على أمل اتفاقهما عليها مستقبلاً، فإن ذلك لا يمنع من انعقاد العقد، ما لم يظهر أن إرادتهما المشتركة قد انصرفت إلى غير ذلك.

٢- وإذا لم يصل المتعاقدان إلى الاتفاق في شأن ما علقاه من الأمور الثانوية، تولى القاضي حسم الخلاف في شأنها وفقا لطبيعة المعاملة والعرف الجاري ومقتضيات العدالة.

النيابة في التعاقد:

(مادة ٥٣)

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

(مادة ٥٤)

١- تتحدد سلطة النائب، وفقا لما يقضي به سند نيابته.

٢- ومع ذلك، إذا نشأت النيابة بمقتضى اتفاق، وأعلن الأصيل للجمهور عن سلطة نائبه، أو أخطر بها شخصا معيناً أو أكثر، فإنه يكون لكل من شمله الإعلان أو وجه إليه الإخطار أن يعتد، في تعاقد مع النائب، بما تضمنه من سلطات، ولو تجاوزت ما ورد في سند نيابته.

(مادة ٥٥)

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

(مادة ٥٦)

١- في التعاقد بطريق النيابة، تكون العبرة بشخص النائب، لا بشخص الأصيل، في اعتبار عيوب الرضاء، أو أثر العلم أو الجهل ببعض الظروف الخاصة.

٢- ومع ذلك، إذا نشأت النيابة بمقتضى اتفاق، وتصرف النائب وفقا لتعليمات محددة تلقاها من الأصيل، فإنه لا يكون لهذا الأخير، في حدود تنفيذ تعليماته، أن يتمسك بجهل نائبه أمورا كان يعلمها هو، أو كان مفروضا فيه أن يعلمها. ويجب عندئذ الاعتماد بما شاب رضاء الأصيل من عيوب.

(مادة ٥٧)

إذا ابرم النائب، في حدود نيابته، عقدا باسم الأصيل، فإن كل ما يترتب على هذا العقد من آثار ينصرف مباشرة إلى الأصيل.

(مادة ٥٨)

إذا لم يظهر النائب، وقت إبرام العقد، أنه يتعاقد باسم الأصيل، فإن المتعاقد معه لا يجبر على اعتبار العقد قائما بينه وبين الأصيل، إلا إذا كان يعلم، أو كان مفروضا فيه أن يعلم، أن التعاقد قد حصل بطريق النيابة، أو كان يستوي عنده أن يكون التعاقد حاصلًا مع النائب أو الأصيل.

(مادة ٥٩)

إذا لم يكن المتعاقد مع النائب مجبرا على اعتبار التعاقد حاصلًا بينه وبين الأصيل، ولم يرتضه، اعتبر التعاقد حاصلًا بينه وبين النائب شخصيا، دون أن يكون للنائب أن يتمسك بانصراف إرادته إلى التعاقد باسم الأصيل.

(مادة ٦٠)

في النيابة الاتفاقية، إذا تعاقد النائب باسم الأصيل، بعد انتهاء نيابته، كان لمن تعاقد معه أن يعتبر التعاقد حاصلًا مع ذلك على أساسها، إذا كان هو والنائب، عند التعاقد لا يعلمان بانتهاء النيابة، ولم يكن في مقدورهما أن يعلما به، لو أنهما بذلا من الحرص ما تقتضيه ظروف الحال من الشخص العادي.

(مادة ٦١)

١- إذا أبرم شخص عن آخر عقدا بغير نيابة عنه، أو كان قد تجاوز بإبرامه حدود نيابته، فإن آثار هذا العقد لا تنصرف إلى الأصيل، إلا إذا حصل إقراره وفقا للقانون.

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

(مادة ٦٢)

لا يجوز للنائب، بدون إذن خاص، أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه، ولو أجرى هذا التعاقد لحساب شخص آخر غيره، فإذا حصل منه ذلك، كان تصرفه

غير نافذ في مواجهة الأصيل، ما لم يحصل إقراره، وذلك كله ما لم يقض القانون أو عرف التجارة بما يخالفه.

(مادة ٦٣)

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

(مادة ٦٤)

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

(مادة ٦٥)

١- لا يلزم، لانعقاد العقد، حصول الرضاء به في شكل معين، ما لم يقض القانون بغير ذلك.

٢- وإذا فرض القانون شكلا معيناً لانعقاد العقد ولم يراع هذا الشكل في إبرامه، وقع باطلاً.

(مادة ٦٦)

إذا اشترط المتعاقدان، لقيام العقد، إتباع شكل معين في إبرامه، فإنه لا يجوز لأحدهما، بدون رضاء الآخر، أن يتمسك بقيامه، ما لم يأت في الشكل المتفق عليه .

(مادة ٦٧)

إذا استلزم القانون شكلا معيناً، أو اتفق المتعاقدان على وجوبه، وثار الشك حول ما إذا كان هذا الشكل متطلباً لقيام العقد أو لغير ذلك من أموره، وجب عدم اعتباره متطلباً لقيام العقد.

(مادة ٦٨)

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

(مادة ٦٩)

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

بعض صور خاصة في التعاقد:

العقد الابتدائي :

(مادة ٧٠)

١- إذا كان من مقتضى العقد أن يبرم مرة ثانية، أو في صورة أخرى، وجب على كل من طرفيه إبرامه في وضعه النهائي، وذلك في الميعاد الذي يحدده العقد الابتدائي، وإلا ففي مدة معقولة.

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

(مادة ٧١)

١- إذا أحل أحد طرفي العقد الابتدائي بالتزامه بإبرام العقد النهائي، كان للطرف الآخر، إذا لم يكن مخالفاً بالتزاماته، أن يطلب الحكم، في مواجهته، بصحة العقد الابتدائي ونفاذه.

٢- ويقوم الحكم بصحة ونفاذ العقد الابتدائي مقام العقد النهائي، وذلك دون إخلال بما قد يتطلبه القانون لشهر العقد إن كان لشهره مقتضى.

الوعد بالعقد:

(مادة ٧٢)

الاتفاق الذي يعد بموجبه أحد طرفيه أن يبرم، لصالح الطرف الآخر، عقداً معيناً، لا ينعقد إلا إذا عينت فيه المسائل الجوهرية للعقد الموعود بإبرامه، والمدة التي يجب أن يبرم خلالها، وذلك دون إخلال بما تقضي به المادة ٦٩.

(مادة ٧٣)

- ١- إذا وعد شخص بإبرام عقد معين، قام هذا العقد، إذا ارتضاه من صدر لصالحه الوعد، واتصل رضاؤه بعلم الواعد، خلال المدة المحددة لبقاء الوعد.
 - ٢- ولا يحول موت الواعد أو فقد أهليته، دون قيام العقد الموعد بإبرامه، إذا تم الرضاء به، على نحو ما تقضي به الفقرة الأولى.
 - ٣- وإذا مات الموعد له، انتقل خيار قبول العقد الموعد بإبرامه إلى خلفائه، ما لم تكن شخصية الموعد له محل اعتبار في الوعد.
- التعاقد بالعربون :

(مادة ٧٤)

- دفع العربون، وقت إبرام العقد، يفيد أن لكل من طرفيه خيار العدول عنه، ما لم يظهر أنهما قصدا غير ذلك، أو كان العرف يقضي بخلافه.

(مادة ٧٥)

- إذا عدل من دفع العربون فقهه . وإذا عدل من قبضه، التزم برده ودفع مثله . وذلك كله دون اعتبار لما يترتب على العدول من ضرر.

(مادة ٧٦)

- ١- إذا لم يحدد الاتفاق أو العرف ميعادا لمباشرة خيار العدول، بقي هذا الخيار إلى الوقت الذي يصدر فيه من المتعاقد ما يدل على رغبته في تأكيد قيام العقد.
- ٢- على أنه إذا قعد أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزاماته في الأجل المحدد، أو تراخى في ذلك مدة تتجاوز المألوف، جاز للمتعاقد الآخر أن يعتبر ذلك عدولا منه عن العقد.

(مادة ٧٧)

- ١- استحالة تنفيذ الالتزام الناشئة عن العقد، بسبب يعزى للمتعاقد، تعتبر في حكم مباشرته خيار العدول عن العقد، وتتحدد مسئولته بقيمة العربون، وفق ما تقضي به المادة ٧٥.

٢- فإن كانت استحالة تنفيذ الالتزام الناشئة عن العقد راجعة إلى سبب أجنبي لا يد لأحد المتعاقدين فيه، وجب رد العربون إلى دافعه.

التعاقد بالمزايدة:

(مادة ٧٨)

١- في المزايدات، يبقى المتزايد ملتزماً بعطاءه إلى أن يتقدم متزايد آخر بعطاء أفضل، أو إلى أن يقفل المزاد دون أن يرسي على أحد إذا كان عطاؤه هو الأفضل.

٢- ولا يمنع من سقوط العطاء بعطاء أفضل، أن يقع الأخير باطلاً أو أن يرفض.

٣- ويتم العقد بإرساء المزاد، ومع ذلك، إذا كان من مقتضى شروط المزاد وجوب المصادقة على إرسائه، لزم إجراؤها لتمام العقد، ويعتبر العقد عندئذ منعقداً من تاريخ رسو المزاد.

٤- وكل ما سبق، ما لم يتضح غيره من قصد المتعاقدين أو يقض القانون بخلافه.

(مادة ٧٩)

استثناء من حكم المادة السابقة، لا يسقط عطاء المتزايد، في المزايدات التي تجري داخل مطروقات، بعطاء أفضل، ويكون للداعي إلى المزاد أن يقبل من بين العطاءات المقدمة ما يراه أصلح، وذلك ما لم يتضح غير ذلك من قصد المتعاقدين، أو يقض القانون بخلافه.

التعاقد بالإذعان:

(مادة ٨٠)

لا يمنع من قيام العقد أن يجيء القبول من أحد طرفيه إذعاناً لإرادة الطرف الآخر، بأن يرتضي التسليم بمشروع عقد وضعه الطرف الآخر مسبقاً ولا يقبل مناقشة في شروطه.

(مادة ٨١)

إذا تم العقد بطريق الإذعان، وتضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي، بناءً على طلب الطرف المدعى، أن يعدل من هذه الشروط بما يرفع عنه إجحافها، أو يعفيه كلية منها

ولو ثبت علمه بها ، وذلك كله وفقا لما تقتضيه العدالة ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك .

(مادة ٨٢)

في عقود الإذعان ، يفسر الشك دائما في مصلحة الطرف المذعن .
(ب) سلامة الرضاء :

(مادة ٨٣)

لا يكون الرضاء بالعقد سليما ، إلا إذا جاء عن ذي أهلية لاجرائه ، وخاليا من العيوب التي تشوبه .
- الأهلية :

(مادة ٨٤)

كل شخص أهل للتعاقد ، ما لم يقرر القانون عدم أهليته أو ينقص منها .

(مادة ٨٥)

- ١- الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذاتهم .
- ٢- لا يقع الحجر على السفیه وذي الغفلة إلا بحكم القاضي ، وتحجر المحكمة عليهما ، وترفع الحجر عنهما ، وفقا لما تقتضيه ظروف الحال . ويشهر قرار المحكمة بالحجر ورفعه . وفقا للقواعد التي يصدر بها قرار من وزير العدل .

(مادة ٨٦)

- ١- أهلية الصغير غير المميز لأداء التصرفات معدومة . وتقع كل تصرفاته باطلة .
- ٢- وكل من لم يكمل السابعة من عمره يعتبر غير مميز .

(مادة ٨٧)

- ١- تصرفات الصغير المميز صحيحة إذا كانت نافعة له نفعاً محضاً ، وباطلة إذا كانت ضارة به ضرراً محضاً .

٢- أما تصرفاته الدائرة في ذاتها بين النفع والضرر، فتقع قابلة للإبطال لمصلحته، ما لم تلحقها الإجازة ممن له ولاية اجرائها عنه ابتداء، أو منه هو بعد بلوغه سن الرشد. وذلك مع مراعاة ما تقضي به النصوص التالية وغيرها من أحكام القانون.

٣- ويعتبر الصغير مميزاً من سن التمييز إلى بلوغه سن الرشد.

(مادة ٨٨)

١- إذا بلغ الصغير المميز الثامنة عشرة من عمره، وأنس منه وليه أو وصيه القدرة على أن يدير أمواله بنفسه، جاز له أن يأذنه في إدارة أمواله كلها أو بعضها.

٢- ويكون الإذن بالإدارة مطلقاً أو مقيداً.

(مادة ٨٩)

يجوز سحب الإذن بالإدارة أو تقييده بعد إعطائه. ولكنه لا يبطل بزوال الولاية عمّن أعطاه.

(مادة ٩٠)

يحصل الإذن للصغير بالإدارة أو سحبه أو تقييده بإشهاد رسمي، دون إخلال بما يقضي به القانون بالنسبة إلى المشمولين بوصاية إدارة شؤون القصر.

(مادة ٩١)

١- إذا رفض الوصي الإذن للصغير بالإدارة أو قيده أو سحبه بعد إعطائه، جاز للمحكمة، بناء على طلب الصغير، أو إدارة شؤون القصر، أو أي ذي شأن آخر، أن تأذن للصغير في إدارة أمواله كلها أو بعضها إذناً مطلقاً أو مقيداً، إن رأت أن ما أجراه الوصي غير مستند إلى أساس.

فان قضت المحكمة برفض طلب الصغير، فانه لا يجوز تجديده، قبل مضي سنة من تاريخ صيرورة الحكم نهائياً.

(مادة ٩٢)

١- للصغير المأذون في الإدارة، أهلية إجراء التصرفات التي تقتضيها إدارة الأموال

التي تسلم له، في حدود الإذن.

٢- على أنه ليس للصغير المأذون في الإدارة أهلية تأجير المال لمدة تزيد على سنة.

(مادة ٩٣)

١- للصغير المميز، أيا كانت سنه، أهلية التصرف فيما يعطى له من مال لأغراض نفقته، كما أن له أهلية أداء التصرفات الأخرى، طالما كانت في حدود تلك الأغراض.

٢- تتحدد مسؤولية الصغير المميز عن الالتزامات الناشئة عن التصرفات التي يجريها لأغراض نفقته بما يعطى له من مال لهذه الأغراض.

(مادة ٩٤)

١- للصغير المميز، عند بلوغه الخامسة عشرة، أهلية إبرام عقد العمل، إن كان غير محدد المدة، فإن كان محددًا، فلمدة لا تتجاوز سنة. كما أن له، ببلوغه هذه السن، أهلية التصرف في أجره وفي غيره مما يكسب من عمله، على أن تكون مسؤوليته عن تصرفاته في نتاج عمله، في حدود ما كسبه منه من أموال.

٢- ويجوز للمحكمة، عند الاقتضاء، وبناء على طلب الولي أو الوصي أو إدارة شئون القصر، أو أي ذي شأن آخر، أن تقيّد أهلية الصغير في التصرف في أجره وفي غيره مما يكسبه من عمله. وعندئذ تجري أحكام الولاية أو الوصاية، على حسب الأحوال.

(مادة ٩٥)

للصغير المميز، عند بلوغه الثامنة عشرة، أهلية إبرام الوصية.

(مادة ٩٦)

١- كل شخص بلغ سن الرشد يكون كامل الأهلية لأداء التصرفات القانونية، ما لم يكن قد حكم قبل ذلك باستمرار الولاية أو الوصاية على ماله.

٢- وسن الرشد إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة.

٣- ويستمر من بلغ سن الرشد مكتمل الأهلية، ما لم يطرأ عليه عارض من عوارضها، وفقا للأحكام التالية، وغيرها مما يقضي به القانون.

(مادة ٩٧)

- ١- لا يمنع ناقص الأهلية من أن يتمسك بنقص أهليته، على نحو ما يقضي به القانون، أن يكون قد ادعى توافر الأهلية لديه.
- ٢- على أنه إذا لجأ القاصر، في سبيل إخفاء نقص أهليته، إلى طرق تدليسية، من شأنها أن تحمل على الاعتقاد بتوافر الأهلية لديه، كان ملتزماً بتعويض من تعاقد معه عما يرتبه له الإبطال من ضرر.
- ٣- ويجوز للقاضي، على سبيل التعويض المستحق وفقاً للفقرة السابقة أن يقضي برفض دعوى الإبطال.

(مادة ٩٨)

- ١- المجنون معدوم أهلية الأداء، وتقع تصرفاته كلها باطلة.
- ٢- وإذا كان الجنون غير مطبق، وحصل التصرف في فترة افاقة، كان صحيحاً.
- ٣- ولا يغير من حكم تصرفات المجنون، وفقاً للفقرة السابقة، أن تنصب عليه المحكمة قيماً.

(مادة ٩٩)

تصرفات المعتوه تسري عليها أحكام تصرفات الصغير المميز المنصوص عليها في المادة ٨٧، نصب عليه قيم أو لم ينصب.

(مادة ١٠٠)

إذا كان جنون الشخص أو عتبه مشهوراً، أو كانت المحكمة قد عينت له قيماً، افترض أنه أبرم التصرف في حالة جنونه أو عتبه على حسب الأحوال، وإلا افترض أنه أبرم التصرف في حالة صحته، وذلك كله ما لم يقيم الدليل على عكسه.

(مادة ١٠١)

١- تصرفات السفیه وذی الغفلة، بعد شهر قرار الحجر، تسري عليها أحكام تصرفات الصغير المميز المنصوص عليها في المادة ٨٧.

٢- أما التصرفات الصادرة قبل شهر قرار الحجر، فلا تكون باطلة أو قابلة للإبطال، إلا إذا أبرمت بالتواطؤ توقعاً للحجر.

(مادة ١٠٢)

يكون تصرف المحجور عليه للسفه أو الغفلة بالوقف أو الوصية صحيحاً، إذا أذنته المحكمة في إجراءاته.

(مادة ١٠٣)

١- للمحكمة أن تأذن للسفيه في إدارة أمواله كلها أو بعضها ، إذنا مطلقاً أو محددًا بما تراه من قيود. ولها، على وجه الخصوص، أن تلزم السفيه بتقديم حساب عن إدارته، في المواعيد التي تعينها.

٢- وللمحكمة أن تسحب الإذن بالادارة أو تقيده، إن رأت لذلك مقتضياً.

٣- ويؤشر على هامش شهر الحجر بالقرار الصادر من المحكمة بالإذن بالادارة أو بتقييده أو بسحبه ، وفقاً للقواعد التي يصدر بها قرار من وزير العدل .

(مادة ١٠٤)

للسفيه المأذون في الادارة، أهلية إجراء التصرفات التي تقتضيها إدارة ما يسلم إليه من أمواله، في حدود إذن المحكمة.

(مادة ١٠٥)

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

٢- وتقدر المحكمة ، بناء على طلب السفيه أو القيم عليه أو أي ذي شأن آخر، مقدار ما يجب تخصيصه من مال لأغراض نفقة السفيه، مراعية في ذلك موارده وحاجاته هو ومن يعول .

٣- وللمحكمة، إذا توافرت أسباب جدية تدعو إلى الخشية من تبذير السفيه مال

النفقة، أن تمنع هذا المال عنه، وأن تعهد به إلى من ترى الصلاح في توليه الإنفاق عليه وعلى أسرته.

(مادة ١٠٦)

ثبتت للسفيه أهلية إبرام عقد العمل وأهلية التصرف فيما يعود عليه من عمله، أجرا كان أم غيره، في نفس الحدود التي تقررها المادة ٩٤ في شأن الصغير المميز.

(مادة ١٠٧)

١- إذا كان بالشخص عجز جسماني شديد، من شأنه أن يصعب عليه الإلمام بظروف التعاقد، أو يعسر عليه التعبير عن إرادته، وعلى الأخص إذا كان أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم، جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا، يعاونه في التصرفات التي ترى أن مصلحته تقتضي المساعدة فيها.

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

(مادة ١٠٨)

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

(مادة ١٠٩)

إذا تعذر على الشخص بسبب حالته الجسمية أو المرضية، أن يبرم التصرف، ولو بمعاونة مساعد، فإنه يجوز للمحكمة أن تأذن للمساعد القضائي في أن يبرمه بالانفراد، نيابة عنه، إذا كان من شأن عدم إبرامه أن يهدد مصلحه بالخطر.
الولاية على مال الصغير:

(مادة ١١٠)

١- ولاية مال الصغير لأبيه، ثم للوصي المختار من الأب، ثم للجد لأب، ثم للوصي الذي تعينه المحكمة، وذلك مع مراعاة ما تقضي به المادة ١١٢.

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

(مادة ١١١)

يلزم أن يكون الولي أو الوصي عدلا وكفوًا ، كما يلزم أن يكون بالغًا رشيدا غير محجور عليه لجنون أو عته أو غفلة أو سفه ، وألا يكون قد أشهر إفلاسه ما لم يرد له اعتباره . وذلك كله دون إخلال بما يتطلبه القانون أو الشريعة الإسلامية من شروط أخرى .

(مادة ١١٢)

١- إذا كان الصغير كويتيا، ولم تثبت الولاية على ماله لأبيه، أو للوصي المختار من أبيه أو لجدته فإن الوصاية على ماله تثبت لإدارة شؤون القصر، وفقا لما يقضي به القانون، وذلك ما لم تعين له المحكمة وصيا آخر.

٢- ويجوز للمحكمة، في أي وقت، وبناء على طلب أي ذي شأن، أن تعين وصيا آخر بدلا من إدارة شؤون القصر، إذا رأت في ذلك مصلحة القاصر.

(مادة ١١٣)

١- لا يعتبر اختيار الأب وصيا لصغيره، إلا إذا جاء في ورقة رسمية، أو في ورقة مصدق فيها على توقيع الأب، أو في ورقة مكتوبة بخط الأب وممهورة بإمضائه.

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

٣- ويعرض الوصي الذي اختاره الأب لصغيره على المحكمة لتثبيته.

(مادة ١١٤)

١- إذا توافرت أسباب جدية يخشى معها الضرر على أموال الصغير من ولاية أبيه أو جده أو الوصي المختار، كان للمحكمة، بناء على طلب إدارة شؤون القصر أو أي ذي شأن آخر، أن تقيد هذه الولاية أو تسلبها.

٢- وللمحكمة أن تعزل الوصي المعين، وتنصب آخر مكانه، إذا اقتضت ذلك مصلحة الصغير.

(مادة ١١٥)

١- توقف المحكمة ولاية الأب أو الجد أو الوصي المختار إذا ثبتت غيبته وفقاً للفقرة الثانية من المادة ١٤١. كما توقفها إذا تنفذ عليه حكم بالحبس لمدة تزيد على سنة.

٢- وإذا أوقفت ولاية الأب أو الجد أو الوصي المختار، ثبتت الولاية على مال الصغير، أثناء فترة الوقف، وفقاً لما تقتضيه المادة ١١٠.

(مادة ١١٦)

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

٢- على أنه إذا آل مال إلى الصغير بطريق الوصية أو التبوع، وأوصى الموصى، أو اشترط المتبوع عند التبوع، عدم خضوع المال إلى ولاية الأب أو الجد أو وصاية شخص معين، خرج هذا المال عن الولاية أو الوصاية. وعندئذ تعين المحكمة للصغير وصياً خاصاً يتولى الولاية على هذا المال، ما لم يكن الموصى أو المتبوع قد اختار له وصياً، في الشكل الذي تحدده المادة ١١٣ لاختيار الوصي من الأب.*

(مادة ١١٧)

١- الأمانة على مال الحمل المستكن تكون، بالنسبة إلى من يتولاها، على نحو ما تكون به الولاية على مال الصغير.

٢- وإذا اختار الأب أو عينت المحكمة أميناً على مال الحمل المستكن، فإنه تكون له الوصاية عليه بعد ميلاده. ما لم تعين المحكمة له وصياً آخر.

* معدلة بالقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٩٦، الصادر بتاريخ ٢٢/٥/١٩٩٦. والنص قبل التعديل «على أنه إذا آل مال إلى الصغير بطريق الميراث أو التبوع، وأوصى المورث، أو اشترط المتبوع عند التبوع، عدم خضوع المال إلى ولاية الأب أو الجد أو وصاية شخص معين، خرج هذا المال عن الولاية أو الوصاية، وعندئذ تعين المحكمة للصغير وصياً خاصاً يتولى الولاية على هذا المال، ما لم يكن المورث أو المتبوع قد اختار له وصياً، في الشكل الذي تحدده المادة ١١٣ لاختيار الوصي من الأب».

(مادة ١١٨)

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

(مادة ١١٩)

يجوز للأب أن يختار لصغيره أكثر من وصي. كما يجوز التعدد في الأوصياء المعينين من المحكمة، إذا اقتضته مصلحة الصغير.

(مادة ١٢٠)

- ١- إذا تعدد الأوصياء، سواء أكانوا مختارين أم معينين، فإنه لا يجوز لأحدهم الانفراد، إلا إذا كان الأب أو المحكمة، على حسب الأحوال، قد حدد لكل منهم اختصاصه.
- ٢- ومع ذلك يكون لكل من الأوصياء المتعددين إجراء التصرفات اللازمة لحفظ مال الصغير، وتلك التي لا تحتمل التأخير، كما يكون له إجراء التصرفات التي فيها نفع ظاهر للصغير.

(مادة ١٢١)

إذا اختلف الأوصياء المتعددون، عند لزوم إجماعهم، تولت المحكمة، بناء على طلب أي منهم، أو طلب إدارة شؤون القصر، أو أي ذي شأن آخر، حسم الأمر على نحو ما تراه محققاً مصلحة الصغير.

(مادة ١٢٢)

يجوز للمحكمة بناء على طلب إدارة شؤون القصر أو أي ذي مصلحة أن تقيم للصغير وصياً خاصاً، تحدد سلطته، يتولى الولاية عليه في شأن معين، كلما اقتضت ذلك مصلحته. ويجوز لها ذلك على الأخص:

- أ- إذا تعارضت مصلحة الصغير مع مصلحة وليه الشرعي أو مصلحة زوجه أو مصلحة شخص يتولى الولاية على ماله.

ب- إذا تعارضت مصلحة الصغير مع مصلحة الوصي أو زوجه أو أحد أصولهما أو فروعهما أو مع مصلحة شخص يتولى الولاية على ماله.

(مادة ١٢٣)

١- إذا كانت الوصاية على مال الصغير لغير إدارة شؤون القصر، جاز أن ينصب إلى جانب الوصي، ولو كان مختاراً، مشرف يتولى الرقابة على تصرفاته.

٢- وإذا لم يختار الأب مشرفاً لصغيره جاز للمحكمة تعيينه إن كان لذلك مقتضى. ويعرض المشرف المختار من الأب على المحكمة لتثبيته.

٣- وإذا كان الصغير كويتياً، جاز للمحكمة أن تعهد بالإشراف لإدارة شؤون القصر.

٤- ويلزم أن تتوافر في المشرف الشروط المتطلبية في الوصي.

(مادة ١٢٤)

يتولى المشرف الرقابة على تصرفات الوصي. وعليه أن يرفع إلى المحكمة كل أمر تقتضي مصلحة القاصر رفعه إليها.

(مادة ١٢٥)

على الوصي إجابة المشرف إلى كل ما يطلبه من إيضاح عن تصرفاته في أموال الصغير، وتمكينه من الاطلاع على الأوراق والمستندات الخاصة بها.

(مادة ١٢٦)

١- إذا شغل مكان الوصي، وجب على المشرف رعاية مال الصغير إلى أن تعين المحكمة له وصياً آخر.

٢- ويكون للمشرف في سبيل أداء واجب الرعاية على مال الصغير في فترة عدم وجود الوصي، أن يجري، نيابة عن الصغير، التصرفات التي يكون في تأجيلها ضرر ظاهر له.

سلطة الولي الشرعي:

(مادة ١٢٧)

١- للولي أن يجري عن صغيره التصرفات النافعة له نفعاً محضاً.

٢- وإذا كان التبرع للصغير مقترنا بتكليف، فإنه لا يسوغ للولي قبوله عنه بغير إذن المحكمة.

(مادة ١٢٨)

١- للولي أن يجري عن صغيره التصرفات التي يقتضيها حفظ أمواله وإدارتها واستثمارها.

٢- على أنه لا يجوز للولي تأجير مال الصغير لمدة تتجاوز بلوغه سن الرشد بأكثر من سنة، إلا بعد إذن المحكمة.

(مادة ١٢٩)

للولي أن يجري في مال صغيره التصرفات بمقابل، مع مراعاة القيود المقررة في المواد التالية.

(مادة ١٣٠)

ليس للولي، بغير إذن المحكمة، أن يبيع عقار الصغير أو محله التجاري أو أن يؤجره لنفسه أو لزوجه أو لأقارب أحدهما إلى الدرجة الثالثة.

(مادة ١٣١)

لا يجوز للولي، بغير إذن المحكمة، أن يتصرف في مال الصغير، إذا تجاوزت قيمته مائتي ألف دينار.

(مادة ١٣٢) *

إذا كان المال قد آل إلى الصغير بطريق الوصية أو التبرع، واشترط الموصي أو المتبرع، عدم تصرف الولي فيه، فإنه لا يجوز لهذا الأخير إجراء التصرف الممنوع عليه، إلا عندما تقتضيه الضرورة، وبشرط إذن المحكمة.

* معدلة بالقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٩٦، الصادر بتاريخ ٢٢/٥/١٩٩٦. والنص قبل التعديل « إذا كان المال قد آل إلى الصغير بطريق الميراث والتبرع، واشترط المورث أو المتبرع، عدم تصرف الولي فيه، فإنه لا يجوز لهذا الأخير إجراء التصرف الممنوع عليه، الا عندما تقتضيه الضرورة، وبشرط إذن المحكمة.

(مادة ١٣٣)

- ١- لا يجوز للولي التبرع بمال الصغير.
- ٢- ومع ذلك، إذا كان في مال الصغير سعة، فإنه يجوز للولي أن يتبرع بمال الصغير بما لا يبهظه، إذا كان ذلك لغرض عائلي أو إنساني وبشرط إذن المحكمة.

(مادة ١٣٤)

لا يجوز للولي إقراض مال الصغير ولا اقتراضه.

(مادة ١٣٥)

لا يجوز للولي رهن مال الصغير، إلا لدين على هذا الصغير نفسه.

(مادة ١٣٦)

جميع القيود الواردة على سلطة الولي لا تسري بالنسبة إلى ما يكون قد آل منه إلى الصغير من مال على سبيل التبرع، ولو كان ذلك بطريق غير مباشر.
سلطة الوصي:

(مادة ١٣٧)

- ١- يكون للوصي، ولو كان مختاراً من الأب، الولاية على مال الصغير، في نفس الحدود التي يرسمها القانون لإدارة شؤون القصر، باعتبار أن لها الوصاية أو القوامة على معدومي الأهلية وناقصيها.
- ٢- على أنه إذا كانت الوصاية لغير إدارة شؤون القصر، وجب إذن المحكمة لإجراء كل التصرفات التي لا يخول القانون لمدير هذه الإدارة أن يتولاها وحده.
- ٣- وفي جميع الأحوال، لا يكون للوصي، في ولايته على مال الصغير، سلطة تتجاوز سلطة الولي، على نحو ما يحدده القانون.

الولاية على مال المحجور عليه:

(مادة ١٣٨)

١- تعيين المحكمة، بناء على طلب إدارة شؤون القصر أو أي ذي شأن آخر، لمن كان محجورا عليه لجنون أو عته أو غفلة أو سفه، فيما تكون له الولاية على ماله، في حدود ما يقضي به القانون.

٢- فإذا كان المحجور عليه كويتيا، ثبتت القوامة على ماله لإدارة شؤون القصر، وفقا لما يقضي به القانون، ما لم تعين له المحكمة فيما آخر.

(مادة ١٣٩)

تراعي المحكمة ، في تنصيب القيم على المحجور عليه ، أن تعين الأرشد فالأرشد من أولاده الذكور، ثم أباه، ثم جده لأبيه، ثم من ترى فيه مصلحة المحجور عليه .

(مادة ١٤٠)

يسري على القيم كل ما يسري على الوصي من أحكام، وعلى الأخص بالنسبة إلى الشروط اللازمة فيه، وحدود سلطاته، وواجباته، وتعيين من يتولى الإشراف عليه، وسلطة المشرف .

الولاية على مال المفقود والغائب :

(مادة ١٤١)

١- إذا ثبت فقد الشخص، بأن لم تكن حياته معروفة من مماته، نصبت له المحكمة قيما، تكون له الولاية على ماله، وذلك بناء على طلب إدارة شؤون القصر، أو أي ذي شأن آخر.

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

(مادة ١٤٢)

إذا كان الشخص ، قبل فقدته أو غيابه ، قد نصب عنه وكيلا لإدارة أمواله ، عينته المحكمة قيما، إن توافرت فيه الشروط التي يتطلبها القانون في الوصي، وإلا راعت في تعيين القيم ما يقضي به القانون في شأن القيم على المحجور عليه ، وعلى الأخص في صدد ثبوت القوامة لإدارة شئون القصر بالنسبة إلى الكويتيين .

(مادة ١٤٣)

يكون للقيم على المفقود أو الغائب سلطات الوصي وتسري عليه أحكامه .
أحكام عامة في الولاية على المال :

(مادة ١٤٤)

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

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

(مادة ١٤٥)

إذا زالت، لأي سبب الولاية أو الوصاية أو القوامة عمن يتولاها، وجب عليه تسليم أموال المولى عليه لذي الصفة في تسلمها، وذلك فور زوال ولايته، إلا ما يقتضيه التسليم من زمن. كما يجب عليه أن يقدم حسابا دقيقا عن ولايته، خلال مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر من انتهائها.

(مادة ١٤٦)

الأب والجد والأم لا يسألون، في مباشرتهم الولاية أو الوصاية أو القوامة ، إلا عن خطئهم الجسيم، ولو تقاضوا أجرا . أما غير هؤلاء ، ممن يتولون الوصاية أو القوامة ، فيسألون مسئولية الوكيل المأجور، ولو كانوا لا يتقاضون عن مهامهم أجرا .

- عيوب الرضاء :

الغلط :

(مادة ١٤٧)

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

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

(مادة ١٤٨)

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

(مادة ١٤٩)

لا يجوز لمن صدر رضاؤه عن غلط، أن يتمسك بغلطه على نحو يتعارض مع مقتضيات حسن النية. ويكون للطرف الآخر ، على الأخص ، أن يتمسك في مواجهته بأن يتم العقد على نحو يتمشى مع حقيقة ما اعتقده ، بدون ضرر كبير يناله .

(مادة ١٥٠)

لا يؤثر في صحة العقد مجرد أخطاء الحساب أو زلات القلم .
التدليس :

(مادة ١٥١)

يجوز طلب إبطال العقد للتدليس لمن جاء رضاؤه نتيجة حيل و جهت إليه بقصد تغريبه ودفعه بذلك إلى التعاقد، إذا أثبت أنه ما كان يرتضي العقد، على نحو ما

ارتضاه عليه، لولا خديعته بتلك الحيل، وذلك مع مراعاة ما تقضي به المادتان ١٥٣ و ١٥٤.

(مادة ١٥٢)

يعتبر بمثابة الحيل المكوّنة للتدليس الكذب في الإدلاء بالمعلومات بوقائع التعاقد وملايساته، أو السكوت عن ذكرها، إذا كان ذلك إخلالاً بواجب في الصدق أو المصارحة يفرضه القانون أو الاتفاق أو طبيعة المعاملة أو الثقة الخاصة التي يكون من شأن ظروف الحال أن تجعل للمدلس عليه الحق في أن يضعها فيمن غرر به.

(مادة ١٥٣)

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

٢- فإن صدرت الحيل من الغير، فليس لمن انخدع بها أن يتمسك بالإبطال، إلا إذا كان المتعاقد الآخر، عند إبرام العقد، يعلم بتلك الحيل، أو كان في استطاعته أن يعلم بها.

(مادة ١٥٤)

استثناء مما تقضي به المادة السابقة، يجوز، في عقود التبرع، طلب إبطال العقد، إذا جاء الرضاء نتيجة التدليس، دون اعتبار لمن صدرت الحيل منه.

(مادة ١٥٥)

إذا لجأ كل من المتعاقدين إلى التدليس على الآخر، وجّره بذلك إلى التعاقد، امتنع على أي منهما التمسك بإبطال العقد.

الإكراه :

(مادة ١٥٦)

١- يجوز طلب إبطال العقد على أساس الإكراه لمن ارتضى العقد تحت سلطان رهبة

قائمة في نفسه، وبعثت بدون وجه حق، إذا كانت هذه الرهبة قد دفعته إلى التعاقد، بحيث أنه لولاها ما كان يجريه، على نحو ما ارتضاه عليه.

٢- وتعتبر الرهبة قائمة في نفس المتعاقد، إذا وجهت إليه وسائل إكراه جعلته يستشعر الخوف من أذى جسيم يتهدهه أو يتصور أنه يتهدهه هو أو أحدا من الغير، في النفس أو الجسم أو العرض أو الشرف أو المال.

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

(مادة ١٥٧)

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

٢- فإذا صدر الإكراه من شخص من الغير، فإنه لا يكون للمتعاقد المكره طلب الإبطال على أساسه، إلا إذا كان المتعاقد الآخر عند إبرام العقد، يعلم بحصوله، أو كان من المفروض حتما أنه يعلم به. وذلك كله مع مراعاة ما تقضي به المادة التالية.

(مادة ١٥٨)

يجوز، في التبرعات، طلب الإبطال، إذا كان الرضاء بها قد جاء نتيجة الإكراه، دون اعتبار لمن صدر الإكراه عنه.

الاستغلال:

(مادة ١٥٩)

إذا استغل شخص في آخر حاجة ملجئة، أو طيشا بينا، أو ضعفا ظاهرا، أو هوى جامحا، أو استغل فيه سطوته الأدبية عليه، وجعله بذلك يبرم، لصالحه أو لصالح غيره عقدا ينطوي، عند إبرامه، على عدم تناسب باهظ بين ما يلتزم بأدائه بمقتضاه وما يجره

عليه من نفع مادي أو أدبي، بحيث يكون إبرامه، تنكرا ظاهرا لشرف التعامل ومقتضيات حسن النية، كان للقاضي، بناء على طلب ضحية الاستغلال ووفقا للعدالة ومراعاة لظروف الحال، أن ينقص من التزاماته أو أن يزيد في التزامات الطرف الآخر، أو أن يبطل العقد.

(مادة ١٦٠)

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

(مادة ١٦١)

١- تسقط دعوى الاستغلال بمضي سنة من وقت إبرام العقد.
٢- على أنه إذا جاء العقد نتيجة استغلال الهوى الجامح أو السطوة الأدبية، فإن سريان مدة السنة لا يبدأ، إلا من تاريخ زوال تأثير الهوى أو السطوة، على أن تسقط الدعوى على أية حال بفوات خمس عشرة سنة من إبرام العقد.
الغبين :

(مادة ١٦٢)

الغبين الذي لا يكون نتيجة غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال لا يكون له تأثير على العقد، إلا في الأحوال الخاصة التي يصرح بها القانون، ومع مراعاة ما تقضي به المواد التالية.

(مادة ١٦٣)

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

٣- ولا يحول دون الطعن بالغبن أن يكون العقد قد أجرى عن المغبون ممن ينوب عنه وفقا للقانون، أو أذنت به المحكمة.

(مادة ١٦٤)

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

(مادة ١٦٥)

لا يجوز الطعن بالغبن في عقد تم بطريق المزايدة أو المناقصة، إذا كان ذلك قد حصل وفق ما يقضي به القانون.

(مادة ١٦٦)

تسقط دعوى الغبن، إذا لم ترفع خلال سنة، تبدأ بالنسبة إلى الدولة أو غيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة ولجهة الوقف من وقت إبرام العقد، وبالنسبة لعديمي الأهلية وناقصيها من تاريخ اكتمال الأهلية أو الموت. وعلى أية حال تسقط الدعوى بمضي خمس عشرة سنة من وقت إبرام العقد.

٢- المحل :

(مادة ١٦٧)

يلزم أن يكون محل الالتزام، الذي من شأن العقد أن ينشئه، ممكنا في ذاته، وإلا وقع العقد باطلا.

(مادة ١٦٨)

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

(مادة ١٦٩)

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

(مادة ١٧٠)

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

(مادة ١٧١)

١- يلزم أن يكون محل الالتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة، وإلا وقع العقد باطلاً.

٢- وإذا تعلق الالتزام بشيء، وجب أن يكون هذا الشيء محدداً بذاته، أو بنوعه ومقداره ودرجة جودته، على أن عدم تحديد درجة الجودة لا يؤدي إلى بطلان العقد، ويلتزم المدين حينئذ بأن يقدم شيئاً من صنف متوسط.

(مادة ١٧٢)

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

(مادة ١٧٣)

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

(مادة ١٧٤)

١- في الالتزامات بدفع مبلغ من النقود، يكون الوفاء بالعملة الكويتية.

٢- ومع ذلك إذا اتفق على الوفاء بعملة أجنبية وجب الوفاء بها.

(مادة ١٧٥)

١- يجوز أن يتضمن العقد أي شرط يرتضيه المتعاقدان، إذا لم يكون ممنوعاً قانوناً أو مخالفاً للنظام العام أو حسن الآداب.

٢- فإذا كان الشرط الذي تضمنه العقد غير مشروع، بطل الشرط وصح العقد، ما لم يثبت أحد المتعاقدين أنه لم يكن ليرتضي العقد بغيره، فيبطل العقد.

٣- السبب :

(مادة ١٧٦)

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

(مادة ١٧٧)

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

(مادة ١٧٨)

- ١- يعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي، ما لم يقدّم الدليل على غير ذلك.
- ٢- وإذا ثبتت صورية السبب، كان على من يدعي أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يقيم الدليل على صحة ما يدعيه.

(ثانيا) البطلان:

١ - العقد القابل للإبطال:

(مادة ١٧٩)

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

(مادة ١٨٠)

١- لا يجوز للمحكمة أن تقضي بإبطال العقد القابل للإبطال، إلا بناء على طلب من يقرر القانون الإبطال لمصلحته.

٢- وإذا قام سبب الأبطال، وتمسك به من تقرر لمصلحته، تعين على المحكمة القضاء به، وذلك ما لم ينص القانون على خلافه.

(مادة ١٨١)

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

(مادة ١٨٢)

١- يجوز لكل ذي مصلحة أن يعذر من له حق إبطال العقد بوجوب إبداء رغبته في إجازته أو إبطاله، خلال مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر، تبدأ من تاريخ الاعذار، من غير أن يترتب على ذلك أي أثر بالنسبة إلى المدة المقررة لسقوط الحق في الإبطال.

٢- ولا يعتد باعذار من له حق طلب الإبطال بسبب الغلط أو التدليس أو الإكراه، إلا إذا كان قد وجه بعد انكشاف الغلط أو التدليس أو زوال الإكراه. كما أنه لا يعتد باعذار ناقص الأهلية، إلا إذا كان قد وجه إليه بعد اكتمال أهليته.

٣- فإذا انقضى ميعاد الاعذار من غير اختيار، اعتبر ذلك إجازة للعقد.

(مادة ١٨٣)

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

٢- العقد الباطل :

(مادة ١٨٤)

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

(مادة ١٨٥)

العقد الباطل لا يتصحح بالاجازة.

(مادة ١٨٦)

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

(مادة ١٨٧)

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

(مادة ١٨٨)

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

(مادة ١٨٩)

- ١- لا يحتج بإبطال العقد في مواجهة الخلف الخاص للمتعاقد الآخر، إذا كان هذا الخلف قد تلقى حقه معاوضة وبحسن نية.
- ٢- ويعتبر الخلف الخاص حسن النية، إذا كان، عند التصرف له، لا يعلم سبب إبطاله عقد سلفه، ولم يكن في مقدوره أن يعلم به، لو أنه بذل من الحرص ما تستوجبه ظروف الحال من الشخص العادي.

(مادة ١٩٠)

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

(مادة ١٩١)

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

(مادة ١٩٢)

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

الفرع الثاني - آثار العقد (أولا) تفسير العقد وتحديد مضمونه:

١- تفسير العقد:

(مادة ١٩٣)

١- إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين.

٢- فإذا كان هناك محل لتفسير العقد ، فإنه يجب تقصي النية المشتركة للمتعاقدين من مجموع وقائعه وظروف إبرامه، دون الوقوف عند مجرد معاني ألفاظه أو عباراته، ومع الاستهداء بطبيعة التعامل والعادات الجارية وما ينبغي أن يتوافر بين المتعاقدين من حسن النية وشرف التعامل.

(مادة ١٩٤)

١- إذا تعذر إزالة ما يكتنف أحد شروط العقد من غموض، وبقي شك في حقيقة قصد المتعاقدين منه ، فسر الشك لمصلحة المتعاقد الذي يكون من شأن اعمال الشرط أن يضره.

٢- وعلى وجه الخصوص، يفسر الشك لمصلحة المدين، إذا كان من شأن اعمال الشرط أن يحمله بالالتزام، أو يجعل عبأه عليه أكثر ثقلا.

٣- وكل ما سبق دون إخلال بما تقضي به المادة ٨٢.

٢- مضمون العقد:

(مادة ١٩٥)

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

(ثانيا) القوة الملزمة للعقد:

(مادة ١٩٦)

العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز لأحدهما أن يستقل بنقضه أو تعديل أحكامه، إلا في حدود ما يسمح به الاتفاق أو يقض القانون بغيره.

(مادة ١٩٧)

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

(مادة ١٩٨)

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

(مادة ١٩٩)

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

(مادة ٢٠٠)

١- إذا أبرم عقد صوري، كان لدائني كل من المتعاقدين وللخلف الخاص لأي منهما أن يثبتوا الصورية بجميع الوسائل ويتمسكوا بالعقد المستتر، كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد الصوري إذا كانوا لا يعلمون بالصورية.

٢- وإذا تعارضت مصالح ذوي الشأن، بأن تمسك البعض بالعقد الصوري، وتمسك الآخرون بالعقد المستتر، كانت الأفضلية للأولين.

(ثالثاً) نسبة آثار العقد:

(مادة ٢٠١)

١- تنصرف آثار العقد إلى المتعاقدين والخلف العام ، دون إخلال بأحكام الميراث.

٢- على أن آثار العقد لا تنصرف إلى الخلف العام لأحد المتعاقدين أو لكليهما، إذا اقتضى ذلك العقد أو طبيعة التعامل أو نص في القانون.

(مادة ٢٠٢)

١- إذا أنشأ العقد حقوقاً شخصية متصلة بمال معين على نحو يجعلها من توابعه، أو أنشأ التزامات متصلة به على نحو يجعلها من محدداته، ثم انتقل المال إلى خلف خاص، فإن تلك الحقوق والالتزامات تنتقل معه.

٢- على أن الالتزامات المتصلة بالمال لا تنتقل معه إلى الخلف الخاص، إلا إذا كان، عند إبرام التصرف، يعلم بها أو في مقدوره أن يعلم بها، وذلك ما لم يقض القانون بخلافه.

(مادة ٢٠٣)

العقود لا تنفع ولا تضر غير المتعاقدين وخلفائهما، وإن كانت تؤثر في الضمان العام المقرر لدائتيهما، وذلك كله ما لم يقضى به القانون.

١- التعهد عن الغير:

(مادة ٢٠٤)

١- إذا تعهد شخص لآخر بأن يجعل أحداً من الغير يلتزم نحوه بامر معين، التزم هو بتعهده دون ذلك الغير.

٢- فإذا رفض الغير تحمل الالتزام المتعهد به، كان المتعهد مخلاً بتعهده، والتزم بتعويض المتعهد له عما يناله من ضرر بسبب إخلاله، ما لم يعرض هو أن يقوم بنفسه بالأمر المتعهد به، وكان ذلك في مقدوره من غير ضرر ينال المتعهد له.

٣- فإن ارتضى الغير الالتزام ، تحمل به ، برئت ذمة المتعهد. ويكون تحمله به من وقت رضائه، ما لم يتبين أنه قصد أن يستند أثر هذا الرضاء إلى وقت صدور التعهد.

٢- الاشتراط لمصلحة الغير:

(مادة ٢٠٥)

١- يجوز للشخص، في تعاقدته عن نفسه، أن يشترط على المتعاقد معه التزامات معينة يتعهد بأدائها للغير، إذا كان للمشترط في تنفيذ هذه الالتزامات، مصلحة مادية أو أدبية.

٢- ويجوز في الاشتراط لمصلحة الغير، أن يكون المستفيد شخصاً مستقبلاً، كما يجوز أن يكون شخصاً غير معين بذاته عند الاشتراط، إذا كان من الممكن تعيينه، وقت الوفاء بالالتزام المشترط.

(مادة ٢٠٦)

١- يترتب على الاشتراط لمصلحة الغير أن يثبت للمستفيد، في ذمة المتعهد، حق شخصي له، يكون له أن يستأديه منه مباشرة، وذلك ما لم يتفق على خلافه، ومع مراعاة ما تقضي به المادة التالية.

٢- ويجوز للمشترط أن يطالب المتعهد بأداء الحق المشترط للمستفيد، ما لم يتبين من العقد أن ذلك مقصور على المستفيد دونه.

(مادة ٢٠٧)

يجوز للمتعهد أن يتمسك، في مواجهة المستفيد، بكل الدفع التي تنشأ له من عقد الاشتراط ، والتي كان يمكنه أن يتمسك بها في مواجهة المشترط.

(مادة ٢٠٨)

١- يجوز للمشترط ، دون ورثته أو دائنيه، أن ينقض المشاركة، قبل أن يعلن المستفيد للمشترط أو للمتعهد رغبته في الإفادة منها، ما لم يتعارض ذلك مع مقتضيات العقد.

٢- ولا يترتب على نقض المشاركة براءة ذمة المتعهد الذي يبقى ملتزماً قبل المشترط،

ما لم يتفق على غير ذلك، أو كانت طبيعة الالتزام تقتضيه.
٣- وللمشترط، عند نقض المشاركة، أن يحل مستفيدا آخر محل المستفيد الأصلي،
أو أن يستأثر بالمنفعة لخاصة نفسه.

الفرع الثالث - إنحلال العقد

(أولا) فسخ العقد:

(مادة ٢٠٩)

١- في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه عند حلول
أجله، وبعد اعداره، جاز للمتعاقد الآخر، إن لم يفضل التمسك بالعقد، أن يطلب من
القاضي فسخه، مع التعويض إن كان له مقتض، وذلك ما لم يكن طالب الفسخ مقصرا
بدوره في الوفاء بالتزاماته.

٢- ويجوز للقاضي، عند طلب الفسخ، أن ينظر المدين إلى أجل يحدده، إذا اقتضته
الظروف، كما أن له أن يرفض الفسخ، إذا كان ما لم يوف به المدين قليلا بالنسبة إلى
التزاماته في جملتها.

(مادة ٢١٠)

١- لا يعمل بشرط اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حكم المحكمة، أو
بالشرط القاضي بتقييد سلطة المحكمة إزاء فسخ العقد، ما لم يتضح أن إرادة المتعاقدين
كليهما قد انصرفت إليه صراحة، وعلى بينة من حقيقة أثره.

٢- والشرط القاضي بفسخ العقد من تلقاء نفسه عند عدم الوفاء بالالتزام، لا يعفى في
غير المواد التجارية من الاعذار، ولو اتفق على الإعفاء منه.

(مادة ٢١١)

١- إذا فسخ العقد، اعتبر كأن لم يكن، وأعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها
عند إبرامه، وذلك مع مراعاة ما تقضي به المادتان التاليتان.

٢- فإذا استحال على أحد المتعاقدين أن يعيد المتعاقد الآخر إلى الحالة التي كان عليها عند العقد، جاز الحكم عليه بأداء معادل.

(مادة ٢١٢)

في العقود المستمرة، لا يكون للفسخ أثر إلا من وقت تحققه.

(مادة ٢١٣)

١- لا يحتج بفسخ العقد في مواجهة الخلف الخاص لأي من المتعاقدين إذا كان هذا الخلف قد تلقى حقه معاوضة وبحسن نية.

٢- ويعتبر الخلف الخاص حسن النية، إذا كان عند التصرف له، لا يعلم السبب الذي أفضى إلى الفسخ، ولم يكن في مقدوره أن يعلم به، لو أنه بذل من الحرص ما تستوجبه الظروف من الشخص العادي.

(ثانيا) إنفساخ العقد

(مادة ٢١٤)

١- في العقود الملزمة لجانب واحد، إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، انفسخ العقد من تلقاء نفسه.

٢- فإن كانت الاستحالة جزئية، جاز للدائن أن يتمسك بالعقد فيما بقي من الالتزام ممكن التنفيذ.

(مادة ٢١٥)

١- في العقود الملزمة للجانبين، إذا أصبح تنفيذ التزام أحد الطرفين مستحيلا لسبب أجنبي لا يد له فيه، انقضى هذا الالتزام، وانقضت معه الالتزامات المقابلة على الطرف الآخر وانفسخ العقد من تلقاء نفسه.

٢- فإن كانت الاستحالة جزئية، كان للدائن، بحسب الأحوال، أن يتمسك بالعقد فيما بقي ممكن التنفيذ، أو أن يطلب فسخ العقد.

(مادة ٢١٦)

إذا انفسخ العقد، اعتبر كأن لم يكن، ولزم إرجاع المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها عند إبرامه، وذلك في نفس الحدود المقررة بمقتضى المواد: ٢١١ و ٢١٢ و ٢١٣ في شأن الفسخ.

(ثالثا) الإقالة:

(مادة ٢١٧)

- ١- للمتعاقدين أن يتقايلا العقد برضائهما بعد انعقاده، ما بقي المعقود عليه قائما وموجودا في يد أحدهما.
- ٢- فإذا هلك أو تلف أو حصل التصرف للغير في بعض المعقود عليه، جازت الإقالة في الباقي منه بقدر حصته من العوض.

(مادة ٢١٨)

تعتبر الإقالة، من حيث أثرها، بمثابة الفسخ في حق المتعاقدين وبمثابة عقد جديد في حق الغير.

(رابعا) الدفع بعدم التنفيذ:

(مادة ٢١٩)

في العقود الملزمة للجانبين، إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الأداء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن الوفاء بالتزامه، إذا لم يقم المتعاقد الآخر بالوفاء بما التزم به، وذلك ما لم يتفق على خلافه أو يقض العرف بغيره.

الفصل الثاني الإرادة المنفردة

(مادة ٢٢٠)

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

٢- فإن قضي القانون بنشوء الالتزام أو بتعديله أو بانقضائه بمقتضى التصرف الصادر بالإرادة المنفردة، سرى على هذا التصرف ما يسري على العقد بوجه عام من أحكام القانون، إلا ما كان منها متعارضاً مع قيام التصرف على الإرادة الواحدة، وعلى الأخص ما تعلق بتوافق إرادتي طرفي العقد.

الوعد بجائزة للجمهور :

(مادة ٢٢١)

من وجه للجمهور وعدا بجائزة يعطيها عن عمل معين، التزم بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل، وفقاً للشروط المعلنة ولو كان قد أداها قبل الوعد، أو دون نظر إليه، أو دون العلم به.

(مادة ٢٢٢)

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

٢- فإذا لم يعين الواعد أجلاً لوعده، كان له أن يرجع عنه بإعلان يوجه للجمهور على الوجه الذي تم به توجيه الوعد، أو على أي وجه إعلامي مشابه.

(مادة ٢٢٣)

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

٢- فإذا لم ينجز أحد العمل، كان لمن بدأ العمل بحسن نية قبل إعلان الرجوع عن

الوعد دون أن يتمه، مطالبة الواعد، في حدود الجائزة، بقيمة ما أنفقه وما بذله من جهد، إذا أثبت أنه كان يتم العمل في وقت مناسب.

(مادة ٢٢٤)

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

(مادة ٢٢٥)

لا يترتب على الوعد بالجائزة ولا على إعطائها لمستحقها ثبوت حق للواعد في ثمرة العمل، ما لم تتضمن شروط الوعد ما يخالف ذلك.

(مادة ٢٢٦)

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

الفصل الثالث

الفعل الضار

الفرع الأول - المسؤولية عن العمل غير المشروع (أولا) حالات المسؤولية عن العمل غير المشروع:

١ - المسؤولية عن الأعمال الشخصية:

(مادة ٢٢٧)

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

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

(مادة ٢٢٨)

- ١- إذا تعدد الأشخاص الذين حدث الضرر بخطئهم، التزم كل منهم، في مواجهة المضرور، بتعويض كل الضرر.
- ٢- ويتوزع غرم المسؤولية فيما بين المسؤولين المتعددين بقدر دور خطأ كل منهم في إحداث الضرر. فإن تعذر تحديد هذا الدور، وزع عليهم غرم المسؤولية بالتساوي.

(مادة ٢٢٩)

إذا كان الخطأ الذي رتب الضرر قد وقع من مرتكبه نتيجة تحريض أو مساعدة، اعتبر الضرر ناجماً عن خطأ كل من الفاعل الأصلي والشركاء، وانشغلت مسئوليتهم عن تعويضه.

(مادة ٢٣٠)

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

(مادة ٢٣١)

- ١- يتناول التعويض عن العمل غير المشروع الضرر، ولو كان أدبياً.
- ٢- ويشمل الضرر الأدبي على الأخص ما يلحق الشخص من أذى حسي أو نفسي، نتيجة المساس بحياته أو بجسمه أو بحريته أو بعرضه أو بشرفه أو بسمعته أو بمركزه الاجتماعي أو الأدبي أو باعتباره المالي. كما يشمل الضرر الأدبي كذلك ما يستشعره الشخص من الحزن والأسى وما يفتقده من عاطفة الحب والحنان نتيجة موت عزيز عليه.
- ٣- ومع ذلك لا يجوز الحكم بالتعويض عن الضرر الأدبي الناشئ عن الوفاة إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية.

(مادة ٢٣٢)

لا ينتقل الحق في التعويض عن الضرر الأدبي إلا إذا كانت قيمته محددة بمقتضى القانون أو الاتفاق، أو كان الدائن قد طالب به أمام القضاء.

(مادة ٢٣٣)

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

(مادة ٢٣٤)

١- إذا أسهم خطأ الشخص مع خطأ المضرور في إحداث الضرر، فإنه لا يكون ملتزماً بالتعويض إلا بقدر يتناسب مع ما كان لخطئه من أثر في وقوع الضرر بالنسبة إلى خطأ المضرور نفسه.

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

(مادة ٢٣٥)

من أحدث ضرراً، وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو عرضه أو ماله أو عن نفس الغير أو عرضه أو ماله، كان غير مسئول عن تعويضه، طالما أنه لم يجاوز القدر الضروري لدفع الأذى. فإن تجاوز هذا القدر، التزم بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة.

(مادة ٢٣٦)

من اضطر، في سبيل اتقاء خطر جسيم محقق كان يتهدده هو أو غيره في النفس أو في العرض أو في المال، ومن غير أن تكون له يد في قيامه، إلى إلحاق ضرر بمال شخص آخر أهون مما عمد إلى اتقائه، فإنه لا يكون مسئولاً عن تعويض هذا الضرر، إلا إذا تعذر استيفاؤه على أساس الإثراء دون سبب على حساب الغير. وحينئذ لا يكون محدث الضرر ملتزماً إلا بتعويض مناسب يقدره القاضي بمراعاة ظروف الحال ومقتضيات العدالة.

(مادة ٢٣٧)

لا يكون الموظف العام مسئولاً عن عمله الذي أضر بالغير، إذا أداه تنفيذاً لأمر القانون أو لأمر صدر إليه من رئيسه، متى كانت إطاعة هذا الأمر واجبة عليه، أو كان يعتقد لمبررات مقبولة أنها واجبة، وأثبت أنه كانت لديه أسباب معقولة جعلته يعتقد مشروعية العمل الذي أتاه، وأنه راعى في عمله جانب الحيطة والحذر.

٢- المسؤولية عن عمل الغير:

(مادة ٢٣٨)

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

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

٣- وتنتقل الرقابة على القاصر إلى معلمه في المدرسة أو المشرف في الحرفة، ما بقي القاصر تحت إشراف المعلم أو المشرف.

٤- وتنتقل الرقابة على الزوجة القاصر إلى زوجها أو إلى من يتولى الرقابة على الزوج.

(مادة ٢٣٩)

١- تحل مسؤولية الدولة محل مسؤولية المعلم. فإن كان المعلم يعمل في مدرسة أو معهد خاص، حلت مسؤولية صاحب المدرسة أو المعهد محل مسؤوليته.

٢- ولا يجوز للدولة أو لصاحب المدرسة أو المعهد الرجوع على المعلم بما يدفعه للمضرور، حتى لو تعذر استيفاؤه من مال التلميذ نفسه، وذلك ما لم يثبت الخطأ على المعلم.

(مادة ٢٤٠)

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

(مادة ٢٤١)

للمسئول عن عمل الغير، أن يرجع عليه بكل ما يدفعه للمضرور تعويضا عن عمله غير المشروع.

(مادة ٢٤٢)

كل من يشغل مكانا للسكنى أو لغيرها من الأغراض يكون مسؤولاً، في مواجهة المضرور، عن تعويض ما يحدث له من ضرر مما يلقي أو يسقط منه من أشياء، ما لم يثبت أن الضرر قد حدث بسبب أجنبي عنه لا يد له فيه، وذلك دون إخلال بحقه في الرجوع بما يدفعه على من يكون الشيء قد القى أو سقط بخطئه.

٣- المسئولية عن الضرر الناجم عن الأشياء:

(مادة ٢٤٣)

- ١- كل من يتولى حراسة شئ مما يتطلب عناية خاصة لمنع وقوع الضرر منه يلتزم بتعويض الضرر الذي يحدثه هذا الشيء، ما لم يثبت أن هذا الضرر قد وقع بسبب أجنبي من قوة قاهرة أو حادث فجائي أو فعل المضرور أو فعل الغير.
- ٢- وتعتبر الأشياء التي تتطلب عناية خاصة لمنع وقوع الضرر منها السيارات والطائرات وغيرها من المركبات الأخرى والآلات الميكانيكية والسفن، والأسلحة، والأسلاك والمعدات الكهربائية، والحيوانات، والمباني، وكل شئ آخر يكون، بحسب بطبيعته أو بحسب وضعه، مما يعرض للخطر.
- ٣- وتبقى الحراسة على الحيوان ثابتة للحارس، حتى لو ضل الحيوان أو تسرب، وذلك إلى أن يسيطر عليه غيره لحساب نفسه.

(مادة ٢٤٤)

- ١- يجوز لكل من يتهدهه ضرر من شئ معين أن يطالب مالكة أو حارسه باتخاذ ما يلزم من التدابير لدرء خطره.
- ٢- فإن لم يقيم مالك الشئ أو حارسه باتخاذ التدابير اللازمة لدرء خطره في وقت مناسب، جاز لمن يتهدهه الخطر أن يحصل على إذن من القضاء في إجرائها على حساب المالك أو الحارس.
- ٣- ويجوز ، في حالة الاستعجال، لمن يتهدهه خطر الشئ أن يتخذ ما يلزم من التدابير لدرئه، على نفقة مالكة أو حارسه، من غير حاجة إلى إذن القاضي.

(ثانيا) تعويض الضرر عن العمل غير المشروع:

(مادة ٢٤٥)

- إذا لم يتفق على تحديد التعويض عن الضرر الناجم عن العمل غير المشروع، تولى القاضي تحديده، وذلك دون إخلال بما تقضي به المادة ٢٤٨.

(مادة ٢٤٦)

- ١- يقدر القاضي التعويض بالنقد.
- ٢- ويجوز للقاضي، تبعا للظروف، وبناء على طلب المضرور أن يحكم بإعادة الحال إلى ما كانت عليه أو بأي أداء آخر على سبيل التعويض.

(مادة ٢٤٧)

- ١- يحدد القاضي التعويض بالقدر الذي يراه جابرا للضرر وفق ما تقرره المادتان ٢٣٠ و ٢٣١ وذلك مع مراعاة الظروف الشخصية للمضرور.
- ٢- وإن لم يتيسر للقاضي، وقت الحكم، تحديد مقدرا التعويض بصفة نهائية، جاز له أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطلب، خلال مدة يحددها، إعادة النظر في التقدير.

(مادة ٢٤٨)

إذا كان الضرر واقعا على النفس، فإن التعويض عن الإصابة ذاتها يتحدد طبقا لقواعد الدية الشرعية، من غير تمييز بين شخص وآخر، وذلك دون إخلال بالتعويض عن العناصر الأخرى للضرر على نحو ما تقرره المادة السابقة.

(مادة ٢٤٩)

لا يدخل الحق في الدية في الضمان العام للدائنين.

(مادة ٢٥٠)

إذا استحققت الدية عن فقد النفس، يتقاسمها الورثة وفقا للانصبه الشرعية.

(مادة ٢٥١)

- ١- تقدر الدية الكاملة بعشرة آلاف دينار. ويجوز تعديل مقدارها بمرسوم.
- ٢- ويصدر بمرسوم جدول للديات، وفق أحكام الشريعة الإسلامية، تتحدد بمقتضاه حالات استحقاق الدية كليا أو جزئيا.

(مادة ٢٥٢)

يجوز للقاضي الحكم بأداء التعويض على أقساط، أو في صورة إيراد مرتب لمدة معلومة أو لمدى الحياة. ويكون له عندئذ أن يحكم بإلزام المدين بتقديم تأمين كاف، إن كان له مقتض.

(مادة ٢٥٣)

- ١- تسقط دعوى المسؤولية عن العمل غير المشروع بمضي ثلاث سنوات من يوم علم المضرور بالضرر وبمن يسأل عنه، أو خمس عشرة سنة من وقوع العمل غير المشروع، أي المدتين تنقضي أولا.
- ٢- على أنه إذا كانت دعوى المسؤولية عن العمل غير المشروع ناشئة عن جريمة فإنها لا تسقط ما بقيت الدعوى الجنائية قائمة، ولو كانت المواعيد المنصوص عليها في الفقرة الأولى قد انقضت.

(مادة ٢٥٤)

يقع باطلا كل اتفاق يبرم قبل قيام المسئولية عن العمل غير المشروع، ويكون من شأنه أن يعفى منها كلياً أو جزئياً.

الفرع الثاني - ضمان أذى النفس

(مادة ٢٥٥)

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

(مادة ٢٥٦)

١- إذا وقع ضرر على النفس مما يستوجب الدية وفقاً لأحكام الشرع الإسلامي وما يتضمنه جدول الديات المنصوص عليه في المادة ٢٥١، وتعدرت معرفة المسئول عن تعويضه وفقاً لأحكام المسئولية عن العمل غير المشروع أو الملتزم بضمانه وفقاً للمادة السابقة، وجب الضمان على الدولة وذلك ما لم يثبت أن المصاب أو أحداً من ورثته قد أدى بخطئه إلى عدم معرفة المسئول أو الضامن.

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

(مادة ٢٥٧)

في جميع أحوال ضمان أذى النفس، لا يقوم هذا الضمان، إذا ثبت أن المضرور قد تعمد إصابة نفسه، أو أن الإصابة قد لحقت نتيجة سوء سلوك فاحش ومقصود من جانبه.

(مادة ٢٥٨)

يقتصر ضمان أذى النفس على الدية كلها أو جزء منها، وفقاً لأحكام الشرع الإسلامي وما يتضمنه جدول الديات المشار إليه في المادة ٢٥١، مع مراعاة تحديد مقدار الدية الكاملة على نحو ما تقضي به المادة المذكورة.

(مادة ٢٥٩)

لا يحول استيفاء الدية باعتبارها ضمانا عن أذى النفس دون حق المضرور في الرجوع بالتعويض عن المضار الأخرى على من يلتزم به وفقا لأحكام المسؤولية عن العمل غير المشروع، ما لم يثبت أنه نزل عن حقه فيه.

(مادة ٢٦٠)

- ١- إذا وفّت الدولة الدية اعمالا لحكم المادة ٢٥٦، حلت محل المضرور في حقه فيها قبل من يلتزم بها قانونا.
- ٢- ويكون للدولة في رجوعها بالدية امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة على جميع أموال من يلتزم بها.

(مادة ٢٦١)

تسري على ضمان أذى النفس أحكام المسؤولية عن العمل غير المشروع فيما لا يتعارض مع الأحكام الخاصة به والواردة في هذا الفرع.

الفصل الرابع

الفعل النافع

أو الإثراء دون سبب على حساب الغير

(مادة ٢٦٢)

كل من يثري، دون سبب مشروع، على حساب آخر، يلتزم، في حدود ما أثرى به، بتعويض هذا الشخص الآخر عما لحقه من ضرر. ويبقى هذا الالتزام قائما، ولو زال الإثراء بعد حصوله.

(مادة ٢٦٣)

تسقط دعوى الإثراء بلا سبب بمضي ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من لحقه

الضرر بحقه في التعويض ، أو بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق، أي المدتين أقرب.

(أولا) تسلم غير المستحق:

(مادة ٢٦٤)

كل من تسلم ما ليس مستحقا له، التزم برده.

(مادة ٢٦٥)

إذا كان الوفاء قد تم تنفيذًا للالتزام لم يحل أجله، وكان الموفي جاهلا قيام الأجل، جاز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل، في حدود ما لحق المدين من ضرر.

(مادة ٢٦٦)

لا محل لاسترداد المستحق، إذا حصل الوفاء من غير المدين، وترتب عليه أن الدائن، وهو حسن النية، تجرد من سند الدين، أو مما كان يضمن حقه من تأمينات، أو ترك دعواه قبل المدين الفترة التي لا تسمع الدعوى بعد انقضائها.

(مادة ٢٦٧)

١- إذا كان من تسلم غير المستحق حسن النية، فلا يلتزم أن يرد إلا ما تسلم. فإذا كان سيئ النية، فإنه يلتزم أن يرد أيضا الثمار التي جناها أو التي قصر في جنيها، وذلك من يوم تسلمه الشيء، أو من اليوم الذي أصبح فيه سيئ النية، بحسب الأحوال.

٢- وعلى أي حال، يلتزم من تسلم غير المستحق برد الثمار من يوم رفع الدعوى عليه برده.

(مادة ٢٦٨)

إذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق، فلا يكون ملتزما بالرد، إلا في حدود ما عاد عليه من نفع معتبر قانونا.

(ثانيا) الفضالة:

(مادة ٢٦٩)

١- الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بأمر عاجل لحساب شخص آخر، دون أن يكون ملزما بذلك.

٢- وتحقق الفضالة ولو كان الفضولي، في أثناء توليه شأن نفسه، قد تولى شأن غيره، لما بين الشأنيين من ترابط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر.

(مادة ٢٧٠)

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

(مادة ٢٧١)

يجب على الفضولي أن يمضي في العمل الذي بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من أن يتولاه بنفسه. كما يجب عليه أن يبادر بإخطار رب العمل بتدخله عند ما يتيسر له ذلك.

(مادة ٢٧٢)

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

٢- ومع ذلك يجوز للقاضي أن ينقص التعويض المترتب على خطأ الفضولي أو يعفيه منه، إذا كانت الظروف تبرر ذلك.

(مادة ٢٧٣)

إذا عهد الفضولي إلى غيره بالعمل، كله أو بعضه، كان مسئولا عن أعماله، في مواجهة رب العمل، دون إخلال بحق رب العمل في الرجوع مباشرة على هذا الغير.

(مادة ٢٧٤)

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

(مادة ٢٧٥)

- ١- إذا مات الفضولي، التزم ورثته إزاء رب العمل بما يلتزم به ورثة الوكيل إزاء موكله.
- ٢- وإذا مات رب العمل، بقي الفضولي ملتزماً نحو ورثته بما كان ملتزماً به نحوه.

(مادة ٢٧٦)

- ١- يعتبر الفضولي نائباً عن رب العمل، إذا كان قد بذل في القيام بالعمل عناية الشخص العادي، ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة. وفي هذه الحالة يكون رب العمل ملتزماً بأن ينفذ التعهدات التي عقدها الفضولي لحسابه، وبأن يعرضه عن التعهدات التي التزم بها، وبأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التي سوغتها الظروف، وبأن يعرضه عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل.
- ٢- ولا يستحق الفضولي أجراً عن عمله، إلا أن يكون من أعمال مهنته.

(مادة ٢٧٧)

- إذا لم تتوافر في الفضولي أهلية التعاقد، فلا يكون في قيامه بالعمل مسئولاً إلا في حدود ما أثرى به، وذلك ما لم تكن مسئوليته ناشئة عن عمل غير مشروع.

(مادة ٢٧٨)

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

الفصل الخامس

القانون

(مادة ٢٧٩)

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

الباب الثاني آثار الالتزام

الفصل الأول التنفيذ الجبري

(مادة ٢٨٠)

- ١- إذا لم ينفذ المدين الالتزام باختياره، نفذ جبرا عليه.
- ٢- ومع ذلك، إذا كان الالتزام طيعيا، فلا جبر في تنفيذه.

(مادة ٢٨١)

يقدر القاضي، عند عدم النص، متى يعتبر الواجب الادبي التزاما طيعيا ، مراعىا في ذلك الوعي العام في الجماعة ، وفي كل حال لايجوز أن يقوم التزام طيعي يخالف النظام العام.

(مادة ٢٨٢)

لا يسترد المدين ما أداه باختياره قاصدا أن يوفي التزاما طيعيا، ولا يعتبر متبرعا بما أداه .

(مادة ٢٨٣)

الالتزام الطيعي يصلح سببا لالتزام مدني.

(أولا) التنفيذ العيني :

(مادة ٢٨٤)

- ١- يجبر المدين ، بعد اعداره ، على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا، متى كان ذلك ممكنا.
- ٢- ومع ذلك إذا كان في التنفيذ العيني إرهابا للمدين، جاز للمحكمة بناء على طلبه

أن تقصر حق الدائن على اقتضاء تعويض إذا كان ذلك لا يلحق به ضررا جسيما.

(مادة ٢٨٥)

إذا كان محل الالتزام نقل حق عيني على شئ معين بنوعه، ولم يقيم المدين بإفراز شئ من النوع ذاته مملوك له، جاز للدائن أن يحصل على شئ من هذا النوع على نفقة المدين بعد إذن القاضي أو دون إذنه في حالة الاستعجال. كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشئ، دون إخلال في الحاليتين بحقه في التعويض إن كان له مقتضى.

(مادة ٢٨٦)

الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشئ والمحافظة عليه حتى التسليم.

(مادة ٢٨٧)

١- إذا التزم المدين أن يسلم شيئا، ولم يقيم بتسليمه بعد اعذاره، كان هلاك الشئ عليه، ولو كان هلاكه قبل الاعذار على الدائن.

٢- ومع ذلك، لا يكون الهلاك على المدين ولو أعذر، إذا أثبت أن الشئ كان يهلك عند الدائن لو أنه سلم إليه، ما لم يكن المدين قد قبل أن يتحمل تبعة القوة القاهرة أو الحادث الفجائي.

٣- على أن الشئ المسروق إذا هلك أو ضاع بأية صورة كانت، فإن تبعة ذلك تكون على السارق.

(مادة ٢٨٨)

١- في الالتزام بعمل، إذا لم يقيم 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.

(مادة ٢٨٩)

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

(مادة ٢٩٠)

١- إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ علي شيء أو أن يقوم بإدارته، أو كان المطلوب أن يتوخى الحيطه في تنفيذ التزامه، فإنه يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه عناية الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود. هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك.

٢- وفي كل حال يكون المدين مسئولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم.

(مادة ٢٩١)

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 مع عدم الإخلال بحقه في التعويض.

(مادة ٢٩٢)

١- إذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه، جاز للدائن أن يطلب الحكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية إن امتنع عن ذلك.

٢- وإذا رأت المحكمة أن مقدار الغرامة المحكوم بها غير كاف لحمل المدين على التنفيذ، جاز لها أن تزيد في الغرامة كلما رأت داعياً للزيادة.

٣- إذا تم التنفيذ العيني، أو أصر المدين على عدم التنفيذ، حددت المحكمة مقدار التعويض الذي يلزم به المدين عن عدم التنفيذ أو التأخير فيه مراعية في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدا من المدين.

(ثانياً) التنفيذ بطريق التعويض :

(مادة ٢٩٣)

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

(مادة ٢٩٤)

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

(مادة ٢٩٥)

يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ.

(مادة ٢٩٦)*١

يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى، أو التأخر في تنفيذه إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم.

(مادة ٢٩٧)

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

(مادة ٢٩٨)

يكون إعدار المدين بإنذاره، أو بورقة رسمية تقوم مقام الإنذار. كما يجوز أن يكون الإعدار بأية وسيلة أخرى يتفق عليها.

(مادة ٢٩٩)

لا ضرورة للإعدار في الحالات الآتية:

(أ) إذا اتفق على أن يعتبر المدين مخلا بالالتزام بمجرد عدم الوفاء به عند حلول الأجل.

(ب) إذا أصبح تنفيذ الالتزام عيناً غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين.

(ج) إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع.

١ * معدلة بالقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٩٦، الصادر بتاريخ ٢٢/٥/١٩٩٦. وتم حذف الفقرة الثانية من المادة والتي تنص على: « كما يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من المسئولية عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه ».

(د) إذا كان محل الالتزام تسليم شيء يعلم المدين أنه مسروق أو رد شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك.

(هـ) إذا صرح المدين كتابة أنه لن ينفذ التزامه.

(مادة ٣٠٠)

١- تقدر المحكمة التعويض إذا لم يكن مقدرا في العقد أو بمقتضى نص في القانون.

٢- ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به. ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول.

٣- ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد.

(مادة ٣٠١)

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

(مادة ٣٠٢)

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

(مادة ٣٠٣)

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

(مادة ٣٠٤)

إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المتفق عليه، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه

القيمة، إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً.

(مادة ٣٠٥)

١- يقع باطلا كل اتفاق على تقاضي فوائد مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود أو مقابل التأخير في الوفاء بالالتزام به.

٢- ويعتبر في حكم الفائدة كل منفعة أو عمولة أيا كان نوعها اشترطها الدائن إذا ما ثبت أن ذلك لا يقابله خدمة حقيقة متناسبة يكون الدائن قد أداها فعلاً.

(مادة ٣٠٦)

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

الفصل الثاني

الضمان العام للدائنين ووسائل المحافظة عليه

(مادة ٣٠٧)

١- أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه.

٢- وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان، إلا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون.

(أولاً) استعمال الدائن حقوق مدينه (الدعوى غير المباشرة).

(مادة ٣٠٨)

١- لكل دائن، ولو لم يكن حقه مستحق الأداء، أن يستعمل باسم مدينه حقوق هذا المدين المالية، إلا ما كان منها متصلاً بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز، إذا أثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق وأن عدم استعماله إيها من شأنه أن يسبب إعساره أو زيادة الإعسار.

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

(مادة ٣٠٩)

يعتبر الدائن في استعماله حقوق مدينه نائبا عنه.

(ثانيا) دعوى عدم نفاذ التصرفات:

(مادة ٣١٠)

لكل دائن 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 زيادة إعساره، وذلك إذا توافرت الشروط المنصوص عليها في المادتين التاليتين.

(مادة ٣١١)

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

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

(مادة ٣١٢)

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

٢- وإذا كان تصرف المدين تبرعا، ثم تصرف الخلف الذي انتقل إليه الحق المتصرف

فيه إلى خلف آخر بعوض، فلا يكون للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف إلا إذا أثبت أن الخلف الثاني كان يعلم بإعسار المدين وقت تصرفه للخلف الأول.

(مادة ٣١٣)

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

(مادة ٣١٤)

إذا تقرر عدم نفاذ التصرف، استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف إضراراً بهم.

(مادة ٣١٥)

للمتصرف إليه أن يتخلص من الدعوى إذا أودع خزانة إدارة التنفيذ ما يعادل قيمة المال المتصرف فيه.

(مادة ٣١٦)

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

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

(مادة ٣١٧)

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

(ثالثا) الحق في الحبس:

(مادة ٣١٨)

١- لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به، ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام عليه مستحق الاداء، ومرتبط بالتزام المدين، أو ما دام الدائن لم يقدم تأمينًا كافيًا للوفاء بالتزامه.

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

(مادة ٣١٩)

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

٢- وإذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التلف، فللحابس أن يحصل على إذن من المحكمة في بيعه وفقًا لإجراءات تحددها، وله أن يبيعه دون إذن المحكمة في حالة الاستعجال، وينتقل الحق في الحبس من الشيء إلى ثمنه.

(مادة ٣٢٠)

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

(مادة ٣٢١)

إذا هلك الشيء المحبوس أو تلف، انتقل الحق في الحبس إلى ما يستحق بسبب ذلك من مقابل أو تعويض. وتسري على انتقال الحق، الأحكام الخاصة برهن الحيابة.

(مادة ٣٢٢)

١- ينقضي الحق في الحبس بخروج الشيء من يد الحابس.

٢- ومع ذلك يجوز للحابس إذا خرج الشيء من يده دون علمه أو رغم معارضته، أن يطلب استرداده خلال ثلاثين يومًا من الوقت الذي علم فيه بخروج الشيء من يده وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه.

الباب الثالث الأوصاف المعدلة لآثار الإلتزام

الفصل الأول الشرط والأجل

(أولا) الشرط:

(مادة ٣٢٣)

يكون الإلتزام معلقا على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتبا على أمر مستقبل غير محقق الوقوع.

(مادة ٣٢٤)

١- إذا كان الشرط المعلق عليه الإلتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب أو مستحيلا فإنه يمنع من قيام الإلتزام إن كان الشرط واقفا، ولا يؤثر في نفاذ الإلتزام إن كان الشرط فاسخا.

٢- ومع ذلك لا يقوم الإلتزام الذي علق على شرط فاسخ مخالف للنظام العام أو الآداب إذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للإلتزام.

(مادة ٣٢٥)

لا يقوم الإلتزام إذا علق على شرط واقف يجعل وجوده متوقفا على محض ارادة الملتزم.

(مادة ٣٢٦)

١- لا يقوم الإلتزام المعلق على شرط واقف إلا إذا تحقق الشرط.

٢- على أنه يجوز للدائن ، قبل تحقق الشرط ، أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقه.

(مادة ٣٢٧)

١- الالتزام المعلق على شرط فاسخ ينفذ في الحال، فإذا تحقق الشرط زال الالتزام، وكان على الدائن رد ما أخذه فإذا استحال عليه الرد بسبب يعزى إليه وجب عليه أداء المقابل.

٢- ومع ذلك فإن ما قام به الدائن من أعمال الإدارة يبقى نافذا رغم تحقق الشرط.

(مادة ٣٢٨)

١- إذا تحقق الشرط، واقفا كان أو فاسخا، استند أثره إلى الوقت الذي تم فيه العقد، إلا إذا تبين من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد أن وجود الالتزام أو زواله يكون في الوقت الذي تحقق فيه الشرط.

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

(ثانيا) الأجل :

(مادة ٣٢٩)

يكون الالتزام لأجل إذا كان نفاذه أو انتهاءه مترتبا على أمر مستقبل محقق الوقوع ولو لم يعرف الوقت الذي يقع فيه.

(مادة ٣٣٠)

١- إذا كان الالتزام مضافا إلى أجل واقف فإنه لا يكون نافذا إلا في الوقت الذي ينقضي فيه الأجل.

٢- على أنه يجوز للدائن حتى قبل انقضاء الأجل ، أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقه، وله بوجه خاص أن يطالب بتأمين إذا خشي إعسار المدين أو إفلاسه واستند في ذلك إلى سبب معقول.

(مادة ٣٣١)

١- يفترض في الأجل الواقف أنه ضرب لمصلحة المدين إلا إذا نص القانون أو تبين من العقد أو من الظروف أنه ضرب لمصلحة الدائن أو لمصلحة الطرفين معا.

٢- وإذا تمحض الأجل لمصلحة أحد الطرفين جاز له أن ينزل عنه.

(مادة ٣٣٢)

يسقط حق المدين في الأجل الواقف:

(أ) إذا حكم بإفلاسه.

(ب) إذا أضعف بفعله إلى حد كبير ما أعطى للدائن من تأمين خاص حتى لو كان هذا التأمين قد أعطي بعقد لاحق أو بمقتضى القانون وهذا ما لم يختار الدائن أن يطالب بتكملة التأمين. أما إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضمانا كافيا.

(ج) إذا لم يقدم الدائن ما وعد في العقد بتقديمه من التأمينات.

(مادة ٣٣٣)

يحل الدين المؤجل بموت المدين إلا إذا كان مضمونا بتأمين خاص أو قدم الورثة ضمانا كافيا.

(مادة ٣٣٤)

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

(مادة ٣٣٥)

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

الفصل الثاني تعدد محل الإلتزام

(أولا) الإلتزام التخييري:

(مادة ٣٣٦)

- ١- يجوز أن يكون محل الإلتزام أحد أشياء قيمة أو مثلية من أجناس مختلفة ، ويكون الخيار في تعيينه للمدين أو للدائن .
- ٢- وإذا أطلق خيار التعيين كان للمدين، إلا إذا قضى القانون أو اتفق المتعاقدان على أن الخيار للدائن .

(مادة ٣٣٧)

- ١- يلزم في خيار التعيين تحديد المدة التي يكون فيها الخيار، فإذا أطلق الخيار بدون مدة، حددت له المحكمة المدة المناسبة بناء على طلب أي من الطرفين .
- ٢- وإذا كان الخيار للمدين وامتنع عن الاختيار أو تعدد المدينون ولم يتفقوا فيما بينهم جاز للدائن أن يطلب من المحكمة أن تتولى بنفسها تعيين محل الإلتزام أما إذا كان الخيار للدائن وامتنع عن الاختيار أو تعدد الدائنون ولم يتفقوا فيما بينهم انتقل الخيار إلى المدين .

(مادة ٣٣٨)

- ١- إذا كان خيار التعيين للمدين وهلك أحد الشئيين في يده كان له أن يلزم الدائن بالشيء الثاني ، فإن هلكا جميعا انقضى الإلتزام .
- ٢- وإذا كان المدين مسؤولا عن الهلاك ولو فيما يتعلق بأحد الشئيين كان ملزما أن يدفع قيمة آخر شيء هلك .

(مادة ٣٣٩)

ينتقل خيار التعيين إلى الوارث

(ثانيا) الإلتزام البدلي:

(مادة ٣٤٠)

١- يكون الإلتزام بدليا إذا لم يكن محله إلا شيئا واحدا، ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلا منه شيئا آخر.

٢- والأصل لا البديل هو وحده محل الإلتزام.

الفصل الثالث

تعدد طرفي الإلتزام

(أولا) التضامن:

(مادة ٣٤١)

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

١- التضامن بين الدائنين:

(مادة ٣٤٢)

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

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

(مادة ٣٤٣)

- ١- يجوز للمدين أن يوفي كل الدين لأي من الدائنين المتضامنين إلا إذا أنذره دائن آخر بأن يمتنع عن ذلك.
- ٢- ومع ذلك لا يحول التضامن دون انقسام الدين بين ورثة أحد الدائنين المتضامنين إلا إذا كان الدين غير قابل للانقسام.

(مادة ٣٤٤)

- ١- إذا برئت ذمة المدين قبل أحد الدائنين المتضامنين بسبب غير الوفاء لم تبرأ ذمته قبل باقي الدائنين إلا بقدر حصة الدائن الذي برئت ذمة المدين قبله.
- ٢- وإذا أتى أحد الدائنين المتضامنين عملاً من شأنه الإضرار بغيره من الدائنين لم ينفذ هذا العمل في حقهم.

(مادة ٣٤٥)

- كل ما يستوفيه أحد الدائنين المتضامنين من الدين يصير من حق الدائنين جميعاً ويقتسمونه بالتساوي إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك.
- ٢- التضامن بين المدينين:

(مادة ٣٤٦)

- ١- يجوز للدائن مطالبة المدينين المتضامنين بالدين مجتمعين أو منفردين ويراعى في ذلك ما يلحق رابطة كل مدين من وصف يعدل من أثر الدين، وإذا طالب الدائن أحد المدينين ابتداء لم يمنعه ذلك من مطالبة الباقيين.
- ٢- ولا يجوز للمدين الذي يطالبه الدائن بالوفاء أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين، ولكن يجوز له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة بنفسه والأوجه المشتركة بين المدينين جميعاً.

(مادة ٣٤٧)

- ١- يترتب على وفاء أحد المدينين المتضامنين بالدين عيناً أو بمقابل براءة ذمته وبراءة

بأقي المدينين .

٢- وإذا برئت ذمة أحد المدينين المتضامنين بطريق حوالة الدين فإنه يبرأ معه المدينون الآخرون إلا إذا رضوا بالحوالة.

(مادة ٣٤٨)

يترتب على تجديد الدين بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين أن تبرأ ذمة باقي المدينين إلا إذا احتفظ الدائن بحقه قبلهم.

(مادة ٣٤٩)

لا يجوز للمدين المتضامن أن يحتج بالمقاصة التي تقع بين الدائن ومدين متضامن آخر إلا بقدر حصة هذا المدين الآخر.

(مادة ٣٥٠)

إذا اتحدت ذمة الدائن وأحد مدينيه المتضامنين فإن الدين لا ينقضي بالنسبة إلى باقي المدينين إلا بقدر حصة المدين الذي اتحدت ذمته مع الدائن.

(مادة ٣٥١)

١- إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين فلا تبرأ ذمة الباقيين إلا إذا صرح الدائن بذلك.

٢- فإذا لم يصدر منه هذا التصريح كان له أن يطالب باقي المدينين المتضامنين بما يبقى من الدين بعد خصم حصة المدين الذي أبرأه، ومع ذلك يكون له مطالبتهم بكل الدين إذا ما احتفظ لنفسه بهذا الحق، وفي هذه الحالة الأخيرة يكون لهؤلاء المدينين حق الرجوع على المدين الذي صدر الإبراء لصالحه بمقدار حصته في الدين.

(مادة ٣٥٢)

إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين من التضامن بقي حقه في الرجوع على الباقيين بكل الدين ما لم يتفق على غير ذلك.

(مادة ٣٥٣)

- ١- في جميع الأحوال التي يبرئ فيها الدائن أحد المدينين المتضامنين سواء أكان الإبراء من الدين أو من التضامن يكون لباقي المدينين أن يرجعوا عند الاقتضاء على هذا المدين بنصيبه في حصة المعسر منهم وفقا للمادة ٣٥٩.
- ٢- على أنه إذا أخلى الدائن المدين الذي أبرأه من كل مسؤولية عن الدين فإن الدائن هو الذي يتحمل نصيب هذا المدين في حصة المعسر.

(مادة ٣٥٤)

- ١- إذا امتنع سماع الدعوى بمرور الزمان بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين فلا يستفيد من ذلك باقي المدينين إلا بقدر حصة هذا المدين.
- ٢- وإذا انقطعت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى أو أوقف سريانها بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقي المدينين.

(مادة ٣٥٥)

- ١- لا يكون المدين المتضامن مسؤولا فيما يتعلق بتنفيذ الالتزام إلا عن فعله.
- ٢- وإذا أعذر الدائن أحد المدينين المتضامنين أو قاضاه فلا يكون لذلك أثر بالنسبة إلى باقي المدينين، أما إذا أعذر أحد المدينين المتضامنين الدائن فإن باقي المدينين يستفيدون من هذا الإعذار.

(مادة ٣٥٦)

- إذا تصالح الدائن مع أحد المدينين المتضامنين، وتضمن الصلح الإبراء من الدين أو براءة الذمة منه بأية وسيلة أخرى، استفاد منه الباقيون، أما إذا كان من شأن هذا الصلح أن يرتب في ذمتهم التزاما أو أن يزيد فيما هم ملتزمون به فإنه لا ينفذ في حقهم إلا إذا قبلوه.

(مادة ٣٥٧)

- ١- إذا أقر أحد المدينين المتضامنين بالدين فلا يسري هذا الإقرار في حق الباقيين.
- ٢- وإذا نكل أحد المدينين المتضامنين عن اليمين أو وجه إلى الدائن يمينا حلفها فلا يضار بذلك باقي المدينين.
- ٣- وإذا اقتصر الدائن على توجيه اليمين إلى أحد المدينين المتضامنين فحلفها فإن المدينين الآخرين يستفيدون من ذلك.

(مادة ٣٥٨)

- ١- إذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين فلا يحتج به على الباقيين.
- ٢- أما إذا صدر الحكم لصالح أحدهم فإن الباقيين يستفيدون منه إلا إذا كان مبنيا على سبب خاص بالمدين الذي صدر الحكم لصالحه.

(مادة ٣٥٩)

- ١- إذا وفى أحد المدينين المتضامنين كل الدين أو ما يزيد على حصته فيه أو قضاه بطريق من الطرق المعادلة للوفاء فلا يجوز له أن يرجع على أي من المدينين إلا بقدر حصته، ولو كان الموفي قد رجع بدعوى الدائن استنادا إلى ما له من حق الحلول.
- ٢- ويقسم الدين إذا وفاه أحد المدينين حصصا متساوية بين الجميع ما لم يوجد اتفاق أو نص في القانون يقضي بغير ذلك.
- ٣- وإذا أعسر أحد المدينين المتضامنين تحمل تبعة هذا الإعسار المدين الذي وفي الدين وسائر المدينين الآخرين كل بقدر حصته.

(مادة ٣٦٠)

- إذا كان أحد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة في الدين فإنه يتحمل به كله في علاقته بالباقيين.

(ثانيا) عدم قابلية الدين للإنقسام:

(مادة ٣٦١)

يكون الالتزام غير قابل للإنقسام:

(أ) إذا ورد على محل لا يقبل بطبيعته أن ينقسم.

(ب) إذا تبين من الغرض الذي رمى إليه المتعاقدان أن الالتزام لا يجوز تنفيذه منقسما أو إذا انصرفت نية المتعاقدين إلى ذلك.

(مادة ٣٦٢)

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

(مادة ٣٦٣)

إذا تعدد الدائنون في التزام غير قابل للإنقسام، أو تعدد ورثة الدائن في هذا الالتزام جاز لكل دائن أو وارث أن يطالب بأداء الالتزام كاملا، فإذا اعترض أحد الدائنين أو الورثة على ذلك، كان المدين ملزما بأداء الالتزام للدائنين مجتمعين أو بإيداع الشيء محل الالتزام خزانة إدارة التنفيذ.

ويرجع الدائنون على الدائن الذي استوفى الالتزام كل بقدر حصته.

الباب الرابع إنتقال الإلتزام

الفصل الأول حوالة الحق

(مادة ٣٦٤)

يجوز للدائن أن يحيل إلى غيره ما له من حق في ذمة مدينه ، إلا إذا منع من ذلك نص في القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الإلتزام ، وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضاء المدين .

(مادة ٣٦٥)

لا تجوز حوالة الحق إلا بقدر ما يكون منه قابلا للحجز .

(مادة ٣٦٦)

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

(مادة ٣٦٧)

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

(مادة ٣٦٨)

ينتقل الحق إلى المحال له بصفاته وتوابعه وتأميناته .

(مادة ٣٦٩)

على المحيل أن يسلم المحال له سند الحق المحال به ، وأن يقدم له وسائل إثباته وما

هو ضروري من بيانات لتمكينه من استيفائه.

(مادة ٣٧٠)

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

(مادة ٣٧١)

- ١- إذا كانت الحوالة بعوض فلا يضمن المحيل إلا وجود الحق المحال به وقت الحوالة ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك.
- ٢- أما إذا كانت الحوالة بغير عوض فلا يكون المحيل ضامنا حتى لو وجود الحق.

(مادة ٣٧٢)

إذا ضمن المحيل يسار المدين فلا ينصرف هذا الضمان إلا إلى اليسار وقت الحوالة ما لم يتفق على غير ذلك.

(مادة ٣٧٣)

- ١- إذا رجع المحال له بالضمان على المحيل طبقا للمادتين السابقتين، فلا يلزم المحيل إلا برد ما أخذه من المحال له مع المصروفات حتى لو وجد اتفاق يقضي بدفع أكثر من ذلك.
- ٢- ومع ذلك إذا كان المحيل يعلم بعدم وجود الحق بذمة المدين فإنه يلتزم بتعويض المحال له حسن النية عما ناله من ضرر.

(مادة ٣٧٤)

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

(مادة ٣٧٥)

إذا تعددت الحوالة بحق واحد قدمت الحوالة التي تكون أسبق في نفاذها في حق الغير.

(مادة ٣٧٦)

- ١- إذا وقع تحت يد المحال عليه حجز قبل أن تصبح الحوالة نافذة في حق الغير كانت الحوالة بالنسبة إلى الحاجز بمثابة حجز ثان.
- ٢- وفي هذه الحالة إذا وقع حجز آخر بعد أن أصبحت الحوالة نافذة في حق الغير فإن الدين يقسم بين الحاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتأخر قسمة غرماء على أن يؤخذ من حق الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحال له الحق المحال.

الفصل الثاني

حوالة الدين

(مادة ٣٧٧)

- ١- يترتب على حوالة الدين نقل الدين من ذمة المدين الأصلي إلى ذمة المحال عليه.
- ٢- وتكون الحوالة مقيدة إذا تقييد الأداء فيها من عين أو دين للمحيل بذمة المحال عليه وتكون مطلقة إذا لم يتقيد الأداء فيها بشيء من ذلك ولو كان للمدين بذمة المحال عليه دين أو عين يمكن التأدية منهما.

(مادة ٣٧٨)

- ١- إذا عقدت الحوالة بين المدين الأصلي والمحال عليه فإنها لا تكون نافذة في حق الدائن إلا إذا أقرها.
- ٢- وإذا قام المدين الأصلي أو المحال عليه بإعلان الحوالة إلى الدائن وعين له أجلا مناسباً لإقرارها ثم انقضى الأجل دون أن يصدر هذا الإقرار اعتبر سكوت الدائن رفضاً

للحوالة.

(مادة ٣٧٩)

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

(مادة ٣٨٠)

إذا كان المحال له طرفاً في عقد الحوالة، أو أقرها برئ المدين الأصلي من الدين.

(مادة ٣٨١)

١- ينتقل الدين إلى المحال عليه بصفاته وتوابعه وتأميناته.

٢- ومع ذلك لا يبقى الكفيل عينياً كان أو شخصياً ملتزماً قبل المحال له إلا إذا رضي بالحوالة.

(مادة ٣٨٢)

للمحال عليه أن يتمسك قبل المحال له بما كان للمحيل من دفعات متعلقة بذات الدين، كما يجوز له التمسك بالدفعات المستمدة من عقد الحوالة.

(مادة ٣٨٣)

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

٢- أما إذا انقضى الدين الذي قيدت به الحوالة بسبب سابق على انعقادها ولا يعزي إلى المحال عليه فإن الحوالة تبطل.

(مادة ٣٨٤)

في جميع الأحوال التي يستحق فيها المبيع الذي أحيل بثمنه يكون للمحال عليه إذا أدى الثمن الخيار في الرجوع أما على المحيل وأما على المحال له الذي أوفاه.

(مادة ٣٨٥)

إذا أحال المدين دائنه على الوديع حوالة مقيدة بالعين المودعة عنده، ثم هلكت الوديعة قبل أدائها للمحال له بغير خطأ من الوديع، ترتب على ذلك انفساخ الحوالة، أما إذا استحققت الوديعة للغير تبطل الحوالة.

(مادة ٣٨٦)

إذا أحال المدين دائنه على الغاصب حوالة مقيدة بالعين المغصوبة وهلكت العين في يد الغاصب قبل أدائها للمحال له فلا يؤثر ذلك في قيام الحوالة، أما إن استحققت العين المغصوبة للغير بطلت الحوالة.

(مادة ٣٨٧)

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

(مادة ٣٨٨)

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

(مادة ٣٨٩)

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

(مادة ٣٩٠)

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

الباب الخامس إنقضاء الإلتزام

الفصل الأول الوفاء (مادة ٣٩١)

١- يكون وفاء الدين من المدين كما يصح وفاؤه ممن له حق الحلول القانوني محل الدائن وفقا للمادة ٣٩٤.

٢- ويصح الوفاء أيضا من أجنبي، ولو كان ذلك دون علم المدين أو ورغم إرادته، على أنه يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من الأجنبي إذا اعترض المدين على ذلك وأبلغ الدائن هذا الاعتراض.

٣- وفي جميع الأحوال فإنه يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين إذا نص الاتفاق أو استلزمت طبيعة الإلتزام أن ينفذه المدين بنفسه.

(مادة ٣٩٢)

١- يشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفي مالكا للشيء الذي وفي به، وأن يكون أهلا للتصرف فيه.

٢- ومع ذلك فالوفاء من ناقص الأهلية بشيء مستحق عليه يكون صحيحا إذا لم يلحق الوفاء ضررا به.

٣- وإذا وفي المدين بدين بعض الدائنين وهو في مرض موته وكان ماله لا يسع الوفاء بجميع ديونه فأدى الوفاء بالدين إلى الاضرار ببقية الدائنين فإن الوفاء لا ينفذ في حق هؤلاء الباقيين.*

* تم اضافتها بموجب القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٩٦، الصادر بتاريخ ٢٢/٥/١٩٩٦.

(مادة ٣٩٣)

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

(مادة ٣٩٤)

- إذا قام بالوفاء شخص غير المدين، حل الموفي محل الدائن الذي استوفى حقه في الأحوال الآتية:
- (أ) إذا كان الموفي ملزماً بالدين مع المدين أو ملزماً بوفائه عنه.
 - (ب) إذا كان الموفي دائئاً ووفى دائئاً آخر مقدماً عليه بما له من تأمين عيني ولو لم يكن للموفي أي تأمين.
 - (ج) إذا كان الموفي قد تملك شيئاً وأدى الدين لدائن خصص الشيء لضمان حقه.
 - (د) إذا كان هناك نص خاص يقرر للموفي حق الحلول.

(مادة ٣٩٥)

- ١- للدائن الذي استوفى حقه من غير المدين أن يتفق مع هذا الغير على أن يحل محله، حتى لو لم يقبل المدين ذلك، على أن يكون الاتفاق وارداً في محرر ثابت التاريخ لم يتأخر عن وقت الوفاء.
- ٢- وللمدين أيضاً إذا اقترض مالا سدد به الدين أن يحل المقرض محل الدائن الذي استوفى حقه ولو بغير رضاه هذا الدائن، على أن يكون الاتفاق على الحلول وارداً في محرر ثابت التاريخ وأن يذكر في عقد القرض أن المال قد خصص للوفاء، وأن يبين في المخالصة أن الوفاء كان من المال المقترض من الدائن الجديد ولا يجوز للدائن الأصلي أن يرفض إدراج ذلك البيان.

(مادة ٣٩٦)

من حل قانونا أو اتفاقا محل الدائن، كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع ، وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفع، ويكون هذا الحل بالقدر الذي أداه من حل محل الدائن.

(مادة ٣٩٧)

١- إذا وفي غير المدين الدائن جزءا من حقه وحل محله فيه، فلا يضار الدائن بهذا الحل ويكون في استيفاء ما بقى له من الحق مقدما على من وفاه ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك.

٢- وإذا حل شخص آخر محل الدائن فيما بقى له من الحق رجع من حل أخيرا هو ومن تقدمه في الحل كل بقدر ما هو مستحق له وتقاسما قسمة غرماء.

(مادة ٣٩٨)

إذا وفي حائز العقار المرهون كل الدين، وحل محل الدائنين فلا يكون له بمقتضى هذا الحل أن يرجع على حائز لعقار آخر مرهون في ذات الدين إلا بقدر حصة هذا الحائز بحسب قيمة ما حاز من عقار.

(مادة ٣٩٩)

١- يكون الوفاء للدائن.

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

(مادة ٤٠٠)

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

(مادة ٤٠١)

١- إذا رفض الدائن بغير مبرر مقبول الوفاء المعروف عليه عرضا صحيحا، أو رفض القيام بالأعمال التي لا يتم الوفاء بدونها، أو أعلن أنه يرفض الوفاء، كان للمدين أن يندره مسجلا عليه هذا الرفض.

٢- فإذا تم الإنذار تحمّل الدائن تبعه هلاك الشيء أو تلفه وأصبح للمدين الحق في إيداع الشيء على نفقة الدائن والمطالبة بالتعويض إن كان له مقتض.

(مادة ٤٠٢)

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

(مادة ٤٠٣)

يعتبر وفاء للدين بالنسبة إلى المدين، إذا قام مباشرة بإيداع الدين بتمامه، أو اتخذ الإجراء البديل عن الإيداع وفقاً لأحكام قانون المرافعات وذلك في الأحوال الآتية:

(أ) - إذا كان المدين يجهل شخصية الدائن أو موطنه.

(ب) - إذا كان الدائن عديم الأهلية أو ناقصها وليس له نائب يقبل عنه الوفاء.

(ج) - إذا كان الدين متنازعا فيه بين عدة أشخاص.

(د) - إذا كانت هناك أسباب جدية أخرى تجعل من المتعذر اتخاذ إجراءات العرض الحقيقي للدين قبل إجراء الإيداع أو الإجراء البديل عنه.

(مادة ٤٠٤)

١- إذا عرض المدين الدين عرضاً حقيقياً، واتبع العرض بإيداع أو بإجراء بديل، جاز له أن يرجع في هذا العرض ما دام الدائن لم يقبله، أو ما دام لم يصدر حكم نهائي بصحته، وإذا رجع بقي الدين على حاله بما له من ضمانات.

٢- أما إذا رجع المدين في العرض بعد أن قبله الدائن، أو بعد أن حكم نهائياً بصحته وقبل الدائن منه هذا الرجوع، فإنه لا يكون للدائن أن يتمسك بعد ذلك بما كان يكفل حقه من تأمينات وتبراً ذمة الشركاء في الدين وذمة الضامنين.

(مادة ٤٠٥)

يكون الوفاء بالشيء المستحق فليس للمدين أن يفي بغيره بدلا عنه، بدون رضا الدائن.

(مادة ٤٠٦)

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

(مادة ٤٠٧)

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

(مادة ٤٠٨)

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

(مادة ٤٠٩)

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

(مادة ٤١٠)

١- يجب أن يتم الوفاء بمجرد ترتب الالتزام في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بخلافه.

٢- ومع ذلك يجوز للقاضي، إذا لم يمنعه نص في القانون، أن ينظر المدين إلى أجل مناسب أو يقسط الدين عليه، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن ضرر جسيم.

(مادة ٤١١)

١- إذا كان الدين مؤجلا ، فللمدين أن يوفيه قبل حلول أجله إذا كان هذا الأجل

متمحضا لمصلحته، ولا يجوز للدائن أن يرفض الوفاء.

٢- وإذا قضى المدين الدين قبل حلول الأجل، ثم استحق المقبوض عاد الدين مؤجلا كما كان.

(مادة ٤١٢)

١- يكون الوفاء في موطن المدين كما يجوز أن يكون في مكان عمله إذا كان الالتزام متعلقا بهذا العمل.

٢- ومع ذلك يكون الوفاء بتسليم شيء معين بالذات في المكان الذي كان فيه وقت نشوء الالتزام.

٣- وكل ما سبق ما لم يقض الاتفاق أو القانون أو طبيعة الالتزام بغيره.

(مادة ٤١٣)

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

الفصل الثاني

إنقضاء الإلتزام بما يعادل الوفاء

(أولا) الوفاء بمقابل :

(مادة ٤١٤)

إذا قبل الدائن في استيفاء حقه شيئا آخر غير الشيء المستحق قام هذا مقام الوفاء.

(مادة ٤١٥)

يسري على الوفاء بمقابل من حيث أنه ينقل ملكية الشيء الذي أعطى في الدين أحكام البيع، وعلى الأخص ما يتعلق منها بأهلية المتعاقدين وضمنان الاستحقاق وضمنان العيوب الخفية. ويسري عليه من حيث أنه يقضي الدين أحكام الوفاء وبالأخص ما تعلق منها بتعيين الخصم في الوفاء من الديون المتعددة، وبانقضاء التأمينات.

(ثانيا) التجديد

(مادة ٤١٦)

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

٢- يجوز تجديد الالتزام بتغيير المدين إذا اتفق الدائن مع أجنبي على أن يكون هذا الأجنبي مدينا مكان المدين الأصلي وعلى أن تبرأ ذمة المدين الأصلي دون حاجة لرضائه أو إذا حصل المدين الأصلي على رضاء الدائن بشخص أجنبي قبل أن يكون مدينا مكانه.

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

(مادة ٤١٧)

إذا كان أحد الالتزامين الأصلي أو الجديد باطلا فإن التجديد لا يقع.

(مادة ٤١٨)

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

(مادة ٤١٩)

١- يترتب على التجديد انقضاء الالتزام الأصلي بتوابعه وإنشاء التزام جديد مكانه.
٢- ولا تنتقل إلى الالتزام الجديد التأمينات التي كانت تضمن الالتزام الأصلي إلا بنص في القانون أو إذا تبين أن النية قد انصرفت إلى ذلك.

(مادة ٤٢٠)

١- إذا كان الالتزام الأصلي مكفولا بتأمينات عينية مقدمة من المدين، فإن الاتفاق على نقلها إلى الالتزام الجديد يتم بمراعاة الأحكام الآتية:

(أ) - إذا كان التجديد بتغيير الدين جاز الاتفاق بين الدائن والمدين على انتقال

التأمينات.

(ب) - إذا كان التجديد بتغيير المدين جاز الاتفاق بين الدائن والمدين الجديد على استبقاء التأمينات دون حاجة إلى رضا المدين الأصلي.

(ج) - إذا كان التجديد بتغيير الدائن جاز لأطراف التجديد الاتفاق على استبقاء التأمينات.

٢- فإن كانت التأمينات العينية مقدمة من أجنبي فلا يتم انتقالها إلا برضاء من قدمها أيضا.

٣- وفي جميع الأحوال لا يكون الاتفاق على انتقال التأمينات العينية نافذا في حق الغير إلا إذا تم في وقت الاتفاق على التجديد وكان في الحدود التي لا تضر بهذا الغير، وذلك مع مراعاة الأحكام الخاصة بالتسجيل.

(مادة ٤٢١)

لا ينتقل إلى الالتزام الجديد الكفالة الشخصية أو التضامن إلا إذا رضى بذلك الكفلاء أو المدينون المتضامنون.

(ثالثا) الإنابة في الوفاء :

(مادة ٤٢٢)

١- تتم الإنابة إذا اتفق المدين وأجنبي على أن يقوم بوفاء الدين معه أو مكانه.

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

٣- ولا تقتضي الإنابة أن تكون هناك مديونية سابقة بين المدين والأجنبي.

(مادة ٤٢٣)

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

٢- ولا يفترض التجديد في الإنابة، فإذا لم يكن هناك اتفاق صريح على التجديد قام

الالتزام الجديد إلى جانب الالتزام الأول.

(مادة ٤٢٤)

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

(رابعاً) المقاصة:

(مادة ٤٢٥)

١- للمدين حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه، وما هو مستحق له قبل هذا الدائن ولو اختلف سبب الدينين إذا كان موضوع كل منهما نقوداً أو مثليات متحدة في النوع والجودة، وكان كل منهما خالياً من النزاع مستحق الأداء صالحاً للمطالبة به قضاء.

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

(مادة ٤٢٦)

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

(مادة ٤٢٧)

تقع المقاصة في الديون أياً كان مصدرها وذلك فيما عدا الأحوال الآتية:

(أ) - إذا كان محل أحد الالتزامين رد شيء نزع دون حق من يد مالكة.

(ب) - إذا كان محل أحد الالتزامين رد شيء مودع أو معار.

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

(د) - إذا كان أحد الدينين مستحقاً للنفقة.

(مادة ٤٢٨)

- ١- لا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له حق فيها، ولا يجوز النزول عنها قبل ثبوت الحق فيها.
- ٢- ويترتب على المقاصة انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما منذ الوقت الذي يصبحان فيه صالحين للمقاصة.
- ٣- وإذا تعددت ديون المدين فيكون تعيين التقاص فيها كالتعيين عند الوفاء بها.

(مادة ٤٢٩)

- إذا كان الدين لا تسمع به الدعوى لمرور الزمان وقت التمسك بالمقاصة فإن ذلك لا يمنع من وقوع المقاصة ما دامت المدة اللازمة لعدم سماع الدعوى لم تكن قد تمت في الوقت الذي أصبحت فيه المقاصة ممكنة.

(مادة ٤٣٠)

- ١- لا يجوز أن تقع المقاصة إضراراً بحقوق الغير.
- ٢- فإذا أوقع الغير حجزاً تحت يد المدين، ثم أصبح المدين دائناً لدائنه بدين صالح للتقاص فلا يجوز له أن يتمسك بالمقاصة إضراراً بالحاجز.

(مادة ٤٣١)

- ١- إذا حول الدائن حقه للغير وقبل المدين الحوالة دون تحفظ فلا يجوز لهذا المدين أن يتمسك قبل المحال له بالمقاصة التي كان له أن يتمسك بها قبل قبوله للحوالة ولا يكون له إلا الرجوع بحقه على المحيل.
- ٢- أما إذا كان المدين لم يقبل الحوالة ولكن أعلن بها فلا تمنعه هذه الحوالة من أن يتمسك بالمقاصة إلا إذا كان الحق الذي يريد المقاصة به ثبت في ذمة المحيل بعد إعلان الحوالة.

(مادة ٤٣٢)

- إذا وفي المدين ديناً وكان له أن يطلب المقاصة فيه بحق له، امتنع عليه التمسك بالتأمينات التي تكفل حقه، إضراراً بالغير، إلا إذا كان يجهل وجود هذا الحق.

(خامساً) إتحداد الذمة:

(مادة ٤٣٣)

إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى التزام واحد، انقضى هذا التزم بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة.

(مادة ٤٣٤)

إذا زال السبب الذي أدى إلى اتحداد الذمة، وكان لزواله أثر رجعي عاد الالتزام إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة إلى ذوي الشأن جميعاً، ويعتبر اتحداد الذمة كأن لم يكن.

الفصل الثالث

إنقضاء الإلتزام دون وفاء

(أولاً) الإبراء:

(مادة ٤٣٥)

- ١- ينقضي الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ويرتد برده.
- ٢- ويترتب على الرد إعادة الالتزام بما يلحقه من صفات ، وما يضمه من تأمينات ، وما يرد عليه من دفعوع.

(مادة ٤٣٦)

تسري على الإبراء الأحكام الموضوعية للتبرع، ولا يشترط فيه شكل خاص، ولو وقع على التزم يشترط لقيامه توافر شكل فرضه القانون أو اتفق عليه المتعاقدان.

(ثانياً) استحالة التنفيذ :

(مادة ٤٣٧)

ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلًا عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه.

(ثالثاً) مرور الزمان المانع من سماع الدعوى:

(مادة ٤٣٨)

لا تسمع عند الإنكار الدعوى بحق من الحقوق الشخصية بمضي خمس عشرة سنة وذلك فيما عدا الأحوال التي يعين فيها القانون مدة أخرى والأحوال المنصوص عليها في المواد التالية.

(مادة ٤٣٩)

١- لا تسمع عند الإنكار الدعوى بمضي خمس سنوات، إذا كانت بحق دوري متجدد كأجرة المباني والأراضي الزراعية والمرتبات والأجور والإيرادات المرتبة والمعاشات، وذلك ما لم يوجد نص يقضي بخلافه.

٢- وإذا كان الحق ريعاً في ذمة حائز سيئ النية أو ريعاً واجباً على ناظر الوقف أدأؤه للمستحق فلا تسمع الدعوى به عند الإنكار بمضي خمس عشرة سنة.

(مادة ٤٤٠)

لا تسمع عند الإنكار الدعوى بمضي خمس سنوات إذا كانت بحق من حقوق الأطباء والصيدلة والمحامين والمهندسين والخبراء ومديري التفليسة والسماصرة والمعلمين وغيرهم ممن يزاولون المهن الحرة، على أن تكون هذه الحقوق واجبة لهم مقابل ما أدأوه من أعمال مهنتهم، أو ما أنفقوه من مصروفات.

(مادة ٤٤١)

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

٢- وكذلك يكون الحكم إذا كانت الدعوى بالمطالبة برد الضرائب والرسوم التي دفعت بغير حق، ويبدأ سريان المدة في هذه الحالة من يوم إخطار الممول بالتسوية

النهائية لتلك الضرائب والرسوم.

٣- ولا تخل الأحكام السابقة بما تقضي به القوانين الخاصة.

(مادة ٤٤٢)

١- لا تسمع عند الإنكار الدعوى بانقضاء سنة واحدة إذا كانت بحق من الحقوق الآتية:

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

(ب) - حقوق خدم المنازل ومن في حكمهم.

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

(مادة ٤٤٣)

١- يبدأ سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى في الحقوق المنصوص عليها في المادتين ٤٤٠ و ٤٤٢ من الوقت الذي يتم فيه الدائنون تقديماتهم ولو استمروا في أداء تقدمات أخرى.

٢- وإذا حرر سند بحق من هذه الحقوق فلا يمتنع سماع الدعوى به إلا بانقضاء خمس عشرة سنة.

(مادة ٤٤٤)

تحسب المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالأيام لا بالساعات، ويغفل اليوم الأول، وتكمل المدة بانقضاء آخر يوم منها.

(مادة ٤٤٥)

١- لا يبدأ سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى إلا من اليوم الذي يصبح فيه

الدين مستحق الأداء ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

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

(مادة ٤٤٦)

١- لا تسري المدة المقررة لعدم سماع الدعوى كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبيا، كما أنها لا تسري كذلك فيما بين الأصيل والنائب.

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

(مادة ٤٤٧)

إذا وجد سبب يوقف سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالنسبة إلى بعض ورثة الدائن، فإن المدة لا توقف بالنسبة إلى بقية الورثة.

(مادة ٤٤٨)

تنقطع المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة، كما تنقطع المدة أيضا بإعلان السند التنفيذي وبالحجز وبالطلب الذي يتقدم به الدائن لقبول حقه في تفليس أو في توزيع وبأي عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى.

(مادة ٤٤٩)

١- تنقطع المدة المقررة لعدم سماع الدعوى إذا أقر المدين بحق الدائن إقرارا صريحا أو ضمنيا.

٢- ويعتبر إقرارا ضمنيا ترك المدين مالا له تحت يد الدائن إذا كان المال مرهونا رهنا حيازيا تأمينيا لوفاء الدين، أو كان الدائن قد حبسه بناء على حقه في الامتناع عن رده إلى حين الوفاء بالدين المرتبط به عملا بالمادة ٣١٨.

(مادة ٤٥٠)

- ١- إذا انقطعت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى، بدأت مدة جديدة من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع، وتكون المدة الجديدة مماثلة للمدة الأولى.
- ٢- ومع ذلك فإن المدة الجديدة تكون خمس عشرة سنة في الأحوال الآتية:
(أ) - إذا حكم بالحق وحاز الحكم قوة الأمر المقضي، وذلك فيما عدا ما يتضمنه الحكم من التزامات دورية متجددة وتكون مستحقة الأداء بعد صدوره.
- (ب) - إذا كان الحق مما لا تسمع به الدعوى بمرور خمس سنوات وفقا للمادة ٤٤٠ أو بمرور سنة واحدة وفقا للمادة ٤٤٢ وانقطعت المدة بإقرار المدين.

(مادة ٤٥١)

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

(مادة ٤٥٢)

- ١- لا يجوز للمحكمة أن تقضي بعدم سماع الدعوى بمرور الزمان من تلقاء نفسها، وإنما يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو دائئه أو أي شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين.
- ٢- ويجوز التمسك بهذا الدفع في أية حالة تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية.

(مادة ٤٥٣)

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

الكتاب الثاني العقود المساماة

الباب الأول العقود التي تقع على الملكية

الفصل الأول البيع

الفرع الأول - البيع بوجه عام (مادة ٤٥٤)

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

(مادة ٤٥٥)

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

(أولا) أركان البيع:

(مادة ٤٥٦)

١- يجب أن يكون المبيع معلوما للمشتري علما كافيا، وإلا كان له الحق في طلب إبطال البيع.

٢- ويعتبر علما كافيا بالمبيع، اشتغال العقد على بيان أوصافه الأساسية، بيانا يمكن من تعرفه.

٣- وإذا ذكر في العقد أن المشتري عالم بالمبيع، لا يكون له طلب إبطال البيع بدعوى عدم علمه به، إلا إذا أثبت تدليس البائع.

٤- وإذا تسلم المشتري المبيع ولم يعترض عليه خلال فترة معقولة اعتبر ذلك قبولاً له.

(مادة ٤٥٧)

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

(مادة ٤٥٨)

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

(مادة ٤٥٩)*

يجوز أن يقتصر في تقدير الثمن على بيان أسس صالحة لتقديره، وإذا ترك تقدير الثمن لأجنبي عن العقد فلا ينعقد العقد إلا إذا رضى المتعاقدان بهذا التقدير وعند الخلاف يعتد بسعر المثل.

(مادة ٤٦٠)

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

* معدلة بالقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٩٦، الصادر بتاريخ ٢٢/٥/١٩٩٦. والنص قبل التعديل «يجوز أن يقتصر، في تحديد الثمن، على بيان أسس صالحة لتقديره، كما يجوز أن يفوض تحديده إلى طرف ثالث، فإذا لم يحدده لأي سبب، كان الثمن هو ثمن المثل».

(مادة ٤٦١)

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

(مادة ٤٦٢)

١- يجوز البيع تولية أو إشراكا أو مرابحة أو وضعية، إذا كان الثمن الذي اشترى به البائع معلوما وقت العقد، وكان مقدار الربح في المرابحة ومقدار الخسارة في الوضعية محددا.

٢- فإذا ثبت أن الثمن الذي اشترى به البائع أقل مما ذكره، كان للمشتري أن يتمسك بالثمن الحقيقي.

٣- ويعتبر تدليسا كتمان البائع ملابسات أحاطت بشرائه، إذا كان من شأنها أن تؤثر في رضا المشتري.

(ثانيا) آثار البيع:

(مادة ٤٦٣)

يترتب على البيع نقل ملكية المبيع، إذا كان معين بالذات ومملوكا للبائع، فإن لم يعين المبيع إلا بنوعه، لا تنتقل ملكيته إلا بالإفراز. وكل ذلك ما لم يقض القانون أو الاتفاق بغيره، ودون إخلال بقواعد التسجيل.

(مادة ٤٦٤)

١- إذا كان الثمن مؤجلا أو مقسما، جاز الاتفاق على ألا تنتقل الملكية إلى المشتري إلا بعد الوفاء بالثمن كله أو بعضه ولو تم تسليم المبيع.

٢- فإذا تم الوفاء بالثمن اعتبرت ملكية المشتري مستندة إلى وقت البيع، ما لم يتفق على غير ذلك.

(مادة ٤٦٥)

يكون للمشتري ثمر المبيع وماؤه وعليه تكاليفه من وقت البيع. ومع ذلك إذا لم يكن

البائع قد استوفى الثمن بتمامه، لا يكون للمشتري من الثمار إلا بقدر ما أداه من الثمن. وذلك كله ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلافه.

١- التزامات البائع:

(مادة ٤٦٦)

إذا لم يكن من مقتضى البيع أن ينقل الملكية فور إبرامه، وجب على البائع أن يقوم بكل ما هو ضروري من جانبه لانتقالها، وأن يمتنع عن أي عمل من شأنه أن يجعل هذا الانتقال مستحيلاً أو عسيراً.

(مادة ٤٦٧)

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

(مادة ٤٦٨)

يلتزم البائع أن يزود المشتري بكافة البيانات الضرورية عن المبيع.

(مادة ٤٦٩)

إذا حدد في العقد مقدار المبيع، كان البائع ضامناً نقص هذا القدر بحسب ما يقضي به العرف، ما لم يتفق على غير ذلك، على أنه لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص في المبيع إلا إذا أثبت أن هذا النقص من الجسامة بحيث أنه لو كان يعلمه لما أتم العقد.

(مادة ٤٧٠)

١- إذا تبين أن قدر المبيع يزيد على ما حدد في العقد، وكان الثمن مقدراً بالوحدة، فإن كان المبيع قابلاً للتبويض كانت الزيادة للبائع ما لم ير المشتري أخذها بما يقابلها من الثمن. وإن كان المبيع غير قابل للتبويض، وجب على المشتري أن يدفع ثمن الزيادة، ما لم تكن جسيمة فيجوز له أن يطلب فسخ العقد.

٢- فإذا كان الثمن مقدراً جملة واحدة، تكون الزيادة للمشتري ما لم تكن من الجسامة بحيث لو كان يعلمها البائع لما أتم العقد. وفي هذه الحالة، يكون المشتري بالخيار بين

زيادة الثمن بما يتناسب مع الزيادة في المبيع، وبين فسخ البيع.
٣- وكل ذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره.

(مادة ٤٧١)

تسقط الدعوى بفسخ العقد أو إنقاص الثمن أو تكملته أورد الزيادة بسبب العجز أو الزيادة في المبيع، إذا انقضت سنة واحدة من وقت التسليم.

(مادة ٤٧٢)

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

(مادة ٤٧٣)

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

(مادة ٤٧٤)

إذا لم يحدد العقد وقتا لتسليم المبيع، التزم البائع بتسليمه فور انعقاد العقد. وإذا اتفق على أن يتم التسليم في الوقت الذي يحدده المشتري التزم البائع بإجرائه فيه. وذلك كله مع مراعاة المواعيد التي تستلزمها طبيعة المبيع أو يقضي بها العرف.

(مادة ٤٧٥)

١- يتم تسليم المبيع في مكان وجوده وقت العقد ما لم يتفق على غير ذلك.
٢- فإذا كان المبيع منقولاً ولم يعين مكان وجوده، وجب تسليمه في موطن البائع.

(مادة ٤٧٦)

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

(مادة ٤٧٧)

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

(مادة ٤٧٨)

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

(مادة ٤٧٩)

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

(مادة ٤٨٠)

١- إذا هلك المبيع أو تلف بفعل المشتري بقي ملتزما بالثمن كاملا.
٢- فإذا كان الهلاك أو التلف لسبب يرجع إلى البائع، كان المشتري بالخيار بين فسخ البيع أو إنقاص الثمن بقدر نقص القيمة وذلك دون إخلال بحقه في التعويض إن كان له مقتضى.

(مادة ٤٨١)

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

(مادة ٤٨٢)

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

(مادة ٤٨٣)

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

(مادة ٤٨٤)

- ١- إذا استحق المبيع كله، كان للمشتري أن يسترد الثمن من البائع ويرجع عليه بكل ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع.
- ٢- ومع ذلك يقتصر حق المشتري على استرداد الثمن، إذا أثبت البائع أنه لم يكن يعلم عند البيع بسبب الاستحقاق.

(مادة ٤٨٥)

- ١- إذا استحق بعض المبيع أو ثبت عليه حق للغير، وكانت خسارة المشتري من ذلك قد بلغت قدراً لو عمله لما أتم العقد، كان له أن يرد المبيع وما أفاده منه، على أن يعرض في حدود ما تقضي به المادة السابقة.
- ٢- فإذا اختار المشتري استبقاء المبيع، أو كانت الخسارة التي لحقته لم تبلغ القدر المبين في الفقرة الأولى، لم يكن له إلا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق وفقاً لما تقضي به المادة السابقة.

(مادة ٤٨٦)

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

(مادة ٤٨٧)

- ١- يجوز للمتعاقدین الاتفاق على زيادة ضمان الاستحقاق أو إنقاصه أو إسقاطه.
- ٢- ومع ذلك يقع باطلاً كل شرط بإنقاص الضمان أو إسقاطه، إذا كان البائع قد تعمد إخفاء سبب الاستحقاق أو كان الاستحقاق ناشئاً عن فعله.

(مادة ٤٨٨)

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

(مادة ٤٨٩)

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

(مادة ٤٩٠)

لا يضمن البائع عيباً جرى العرف على التسامح فيه.

(مادة ٤٩١)

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

(٤٩٢)

١- إذا تسلم المشتري المبيع وجب عليه التحقق من حالته بمجرد تمكنه من ذلك وفقاً للمألوف في التعامل، فإذا كشف عيباً يضمنه البائع وجب عليه أن يبادر بإخطاره به، فإن لم يفعل سقط حقه في الضمان.

٢- أما إذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ثم كشفه المشتري بعد ذلك، فإنه يجب عليه أن يخطر به البائع بمجرد كشفه وإلا سقط حقه في الضمان.

(مادة ٤٩٣)

تبقى دعوى الضمان ولو هلك المبيع بأي سبب كان.

(مادة ٤٩٤)

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

(مادة ٤٩٥)

يجوز للمتعاقدین باتفاق خاص أن يزيدا في ضمان العيب أو أن ينقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان، على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب في المبيع غشا منه.

(مادة ٤٩٦)

١- تسقط دعوى ضمان العيب إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع، ولو لم يكشف المشتري العيب إلا بعد ذلك، ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول.
٢- وليس للبائع أن يتمسك بالسقوط، إذا ثبت أنه تعمد إخفاء العيب غشا منه.

(مادة ٤٩٧)

لا ضمان للعيب في البيوع القضائية ولا في البيوع الإدارية إذا تمت بطريق المزايعة العلنية.

(مادة ٤٩٨)

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

(مادة ٤٩٩)

١- إذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل لمدة معلومة، ثم ظهر خلل في المبيع خلالها، فعلى المشتري أن يخطر البائع بهذا الخلل في مدة شهر من ظهوره.
٢- فإذا لم يقيم البائع بإصلاح الخلل، كان للمشتري أن يطلب الفسخ مع التعويض أو أن يستبقي المبيع ويطلب التعويض عما لحقه من ضرر بسبب الخلل. وفي الحالين

يجب رفع الدعوى في مدة ستة شهور من تاريخ إخطار البائع بوجود الخلل. كل هذا ما لم يتفق على خلافه.

٢- التزامات المشتري :

(مادة ٥٠٠)

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

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

٣- ويسري حكم الفقرة السابقة إذا ظهر عيب في المبيع.

(مادة ٥٠١)

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

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

(مادة ٥٠٢)

إذا لم يؤد المشتري الثمن عند استحقاقه ، أو أخل بالالتزامات الأخرى التي يرتبها عقد البيع ، يكون البائع بالخيار بين طلب إلزام المشتري بالتنفيذ أو طلب فسخ البيع.

(مادة ٥٠٣)

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

(مادة ٥٠٤)

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

(مادة ٥٠٥)

في بيع المنقولات إذا اتفق على ميعاد لأداء الثمن كله أو أكثره ولتسلم المبيع، كان للبائع الحق في اعتبار البيع مفسوخا دون حاجة إلى اعذار إذا لم يؤد المشتري المستحق من الثمن عند حلول الميعاد، وذلك ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك، أو كان الباقي من الثمن المستحق يسيرا.

(مادة ٥٠٦)

إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكانا أو زمانا لتسلم المبيع، وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع وأن ينقله من هذا المكان دون إبطاء إلا بقدر ما يقتضيه النقل من زمن.

(مادة ٥٠٧)

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

الفرع الثاني - بعض أنواع البيوع

(أولا) بيع الوفاء :

(مادة ٥٠٨)

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

(ثانيا) بيع ملك الغير :

(مادة ٥٠٩)

إذا باع شخص مالا للغير فإن الملكية لا تنتقل إلى المشتري إلا إذا آلت إلى البائع أو أقر المالك البيع.

(ثالثا) بيع الحقوق المتنازع فيها:

(مادة ٥١٠)

- ١- إذا بيع حق متنازع فيه، كان لمن ينازع البائع أن يسترده من مشتريه إذا رد له ما دفعه من ثمن وما تكبده من مصروفات.
- ٢- ويعتبر الحق متنازعا فيه إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام في شأنه نزاع جدي.

(مادة ٥١١)

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

(مادة ٥١٢)

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

- (أ) - إذا كان الحق يدخل ضمن مجموعة أموال بيعت بثمان واحد.
- (ب) - إذا كان الحق شائعا وباع أحد الشركاء نصيبه فيه لشريك آخر.
- (ج) - إذا كان الحق قد تصرف فيه صاحبه وفاء لدين مستحق في ذمته لدائن.
- (د) - إذا كان الحق مضمونا برهن يثقل عقارا وبيع الحق لحائز هذا العقار.

(مادة ٥١٣)

لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ولا لمأموري

التنفيذ أن يشتروا، ولو باسم مستعار، حقا متنازعا فيه، وإلا كان العقد باطلا.

(مادة ٥١٤)

١- لا يجوز للسماسرة ولا للخبراء أن يشتروا - ولو باسم مستعار - الاموال المعهود إليهم في بيعها أو في تقدير قيمتها أو مباشرة الخبرة في شأنها.

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

(مادة ٥١٥)

يسرى الحظر المنصوص عليه في المادتين السابقتين، على الأزواج والأقارب والأصهار، حتى الدرجة الثانية.

(رابعا) بيع حصة في تركة :

(مادة ٥١٦)

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

(مادة ٥١٧)

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

(مادة ٥١٨)

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

(خامسا) البيع في مرض الموت:

(مادة ٥١٩)

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

٢- ومع ذلك لا تسري هذه الأحكام إضراراً بالغير حسن النية، إذا كان هذا الغير قد كسب بعوض حقاً عينياً على المبيع.

(مادة ٥١٩ مكرر)^{١*}

السلم يبيع مؤجل التسليم بثمن معجل.

(مادة ٥١٩ مكرراً) *

يشترط في المسلم فيه أن يكون معلوم الجنس والنوع والصفة والقدر وأن يكون مما يمكن ضبط صفته بالوصف وان يكون ممكن الوجود عند حلول الأجل.

(مادة ٥١٩ مكررب) *

يجب أن يكون رأس المال معلوما للمتعاقدين وأن يتم الوفاء به عند التعاقد.

(مادة ٥١٩ مكررج) *

إذا حل أجل الوفاء بالمسلم فيه وجب تسليمه في المكان المتفق عليه فإذا لم يكن هناك اتفاق وجب تسليمه في المكان الذي تم فيه العقد.

(مادة ٥١٩ مكررد) *

إذا تعذر تسليم المسلم فيه لانقطاع جنسه عند حلول الاجل جاز للمسلم فسخ العقد واسترداد رأس المال.

١ * أضيفت هذه المادة بموجب القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٩٦، الصادر بتاريخ ٢٢/٥/١٩٩٦ .
* أضيفت هذه المواد بموجب القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٩٦، الصادر بتاريخ ٢٢/٥/١٩٩٦ .

الفصل الثاني

المقايضة

(مادة ٥٢٠)

المقايضة مبادلة مال بمال لا يكون أيهما نقدا.

(مادة ٥٢١)

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

(مادة ٥٢٢)

تسري على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة ، ويعتبر كل من المتقايضين بائعا لما قايض به ومشتريا لما قايض عليه.

(مادة ٥٢٣)

مصروفات عقد المقايضة ورسوم التسجيل وغير ذلك من النفقات، يتحملها المتقايضان مناصفة ما لم يتفق على غير ذلك.

الفصل الثالث

الهبة

(مادة ٥٢٤)

الهبة عقد على تملك مال في الحال بغير عوض.

(أولا) أركان الهبة:

(مادة ٥٢٥)

١- لا تنعقد الهبة إلا إذا اقترنت بقبض الموهوب أو وثقت في محرر رسمي.

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

(مادة ٥٢٦)

لا تنعقد الهبة على مال مستقبل.

(مادة ٥٢٧)

هبة مال الغير باطلة.

(مادة ٥٢٨)

هبة المشاع جائزة ولو كان الموهوب قابلاً للقسمة.

(مادة ٥٢٩)

تسري على الهبة في مرض الموت أحكام الوصية.

(ثانياً) آثار الهبة:

١- التزامات الواهب:

(مادة ٥٣٠)

١ - يلتزم الواهب بتسليم المال الموهوب، إذا لم يكن الموهوب له قد قبضه، وتسري في ذلك الأحكام المتعلقة بتسليم المبيع.

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

(مادة ٥٣١)

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

(مادة ٥٣٢)

١ - إذا استحق الموهوب وكان الواهب قد تعمد إخفاء سبب الاستحقاق يقدر القاضي للموهوب له تعويضا عادلا.

٢ - فإن كانت الهبة مقترنة بتكليف فلا يلتزم الواهب بضمان الاستحقاق إلا في حدود ما أداه الموهوب له من التكليف، ويحل الموهوب له محل الواهب فيما يكون له من حقوق ودعاوى.

(مادة ٥٣٣)

لا يضمن الواهب براءة الموهوب من العيب، إلا إذا اتفق على غير ذلك، أو كان الواهب قد تعمد إخفاء العيب، وعندئذ لا يكون ملزما إلا بتعويض الموهوب له عما يسببه العيب من ضرر.

٢-التزامات الموهوب له:

(مادة ٥٣٤)

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

(مادة ٥٣٥)

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

(مادة ٥٣٦)

إذا كانت الهبة مقترنة بتكليف الموهوب له الوفاء بديون الواهب، فإنه لا يكون ملزما إلا بوفاء الديون التي كانت موجودة وقت الهبة ما لم يتفق على غير ذلك.

(ثالثا) الرجوع في الهبة:

(مادة ٥٣٧)

- ١ - لا يجوز للواهب الرجوع في هبته، إلا الأبوين فيما وهباه لولدهما.
- ٢ - ومع ذلك يجوز في غير هذه الحالة، الرجوع في الهبة بترخيص من القضاء، إذا استند الواهب في ذلك إلى عذر مقبول.

(مادة ٥٣٨)

- يعتبر على وجه الخصوص عذرا مقبولا للرجوع في الهبة:
- (أ) - أن يخل الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب، إخلالا يعتبر جحودا كبيرا من جانبه.
 - (ب) - أن يصبح الواهب عاجزا عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية، أو أن يصبح غير قادر على الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة على الغير.
 - (ج) - أن يرزق الواهب بعد الهبة ولدا يظل حيا إلى وقت الرجوع.

(مادة ٥٣٩)

يمنع الرجوع في الهبة:

- (أ) - إذا كانت الهبة من الأم، وكان ولدها يتيما وقت الرجوع.
- (ب) - إذا كانت الهبة من أحد الزوجين للآخر ما دامت الزوجية قائمة.
- (ج) - إذا مات الواهب أو الموهوب له.
- (د) - إذا تصرف الموهوب له في الموهوب تصرفا يخرج عن ملكه، فإذا اقتصر التصرف على بعض الموهوب، جاز للواهب أن يرجع في الباقي.
- (هـ) - إذا حصل تغير في ذات الموهوب أو حصلت فيه زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته.
- (و) - إذا تعامل الغير مع الموهوب له مع اعتبار قيام الهبة.

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

(ح) - إذا اقترنت الهبة بتكليف

(ي) - إذا كانت الهبة لغرض خيري.

(مادة ٥٤٠)

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

(مادة ٥٤١)

يترتب على الرجوع إعادة الموهوب إلى ملك الواهب من حين تمامه، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل.

(مادة ٥٤٢)

نفقات الهبة على الموهوب له ، ونفقات الرجوع على الواهب ما لم يتفق على غير ذلك.

الفصل الرابع

القرض

(مادة ٥٤٣)

القرض عقد يلتزم به المقرض أن يؤدي إلى المقترض مبلغ من النقود أو أي شيء مثلي آخر على أن يرد إليه مثله نوعاً وصفة وقدرًا.

(مادة ٥٤٤)

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

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

(مادة ٥٤٥)

إذا استحق الشيء المقترض سرت في ذلك أحكام الإعارة.

(مادة ٥٤٦)

١ - إذا ظهر في الشيء عيب واختار المقرض استبقاءه، فلا يلزمه أن يرد إلا قيمة الشيء معيباً.

٢ - فإذا كان المقرض قد تعمد إخفاء العيب فإنه يكون مسئولاً عما يسببه العيب من ضرر.

(مادة ٥٤٧)

١ - يكون الإقراض بغير فائدة. ويقع باطلاً كل شرط يقضي بخلاف ذلك دون مساس بعقد القرض ذاته.

٢ - ويعتبر في حكم الفائدة كل منفعة يشترطها المقرض.

(مادة ٥٤٨)

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

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

(مادة ٥٤٩)

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

(مادة ٥٥٠)

١ - لا عبء بتغيير قيمة المثل وقت الرد.

٢ - وإذا انقطع مثل الشيء عن السوق، كان المقرض بالخيار، أما أن ينتظر حتى يعود الشيء إلى السوق، فيرد المقرض مثله، وإما أن يطالب المقرض بقيمة الشيء في الزمان والمكان اللذين يجب فيهما الرد.

(مادة ٥٥١)

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

الفصل الخامس

الصلح

(مادة ٥٥٢)

الصلح عقد يحسم به عاقده نزاعا قائما بينهما، أو يتوقيان به نزاعا محتملا وذلك بأن ينزل كل منهما - على وجه التقابل - عن جانب من ادعائه.

(أولا) أركان الصلح:

(مادة ٥٥٣)

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

(مادة ٥٥٤)

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

(مادة ٥٥٥)

لا يثبت الصلح إلا بالكتابة أو بمحضر رسمي.

(ثانيا) آثار الصلح:

(مادة ٥٥٦)

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

(مادة ٥٥٧)

- ١- للصلح أثر كاشف بالنسبة إلى ما يتناوله من الحقوق المتنازع فيها دون غيرها.
- ٢- وتفسر عبارات التنازل التي يتضمنها الصلح تفسيراً ضيقاً.

(مادة ٥٥٨)

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

(مادة ٥٥٩)

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

ثالثاً) بطلان الصلح:

(مادة ٥٦٠)

- ١- الصلح لا يتجزأ، فبطلان جزء منه أو إبطاله، يقتضي بطلان العقد كله أو إبطاله.
- ٢- على أن هذا الحكم لا يسري، إذا تبين من عبارات العقد أو من الظروف أن المتعاقدين قد اعتبرا أجزاء الصلح منفصلة ومستقلاً بعضها عن بعض.

الباب الثاني العقود التي ترد على منفعة الأشياء

الفصل الأول الإيجار

الفرع الأول - الإيجار بوجه عام

(مادة ٥٦١)

الإيجار عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين لمدة محدودة في مقابلة عوض مالي.

(أولاً) أركان الإيجار :

(مادة ٥٦٢)

لا يجوز لمن يقتصر حقه على الإدارة أن يعقد إيجاراً تزيد مدته على ثلاث سنين إلا بإذن ممن يملكه فإن عقد الإيجار لمدة أطول أنقصت مدته إلى ثلاث سنوات وكل هذا ما لم يوجد نص يقضي بغيره.

(مادة ٥٦٣)

١ - الإيجار الصادر ممن له حق الانتفاع لا ينفذ بعد انقضاء هذا الحق في مواجهة مالك الرقبة ما لم يقره، على أن تراعي المواعيد المقررة للتنبيه بالإخلاء و المواعيد اللازمة لنضج المحصول القائم ونقله .

٢ - أما من ليس له إلا حق الاستعمال، أو السكنى، فلا يجوز له التأجير إلا بإذن صريح أو لمبرر قوي.

(مادة ٥٦٤)

يجوز أن تكون الأجرة نقودا كما يجوز أن تكون أي مقابل مالي آخر.

(مادة ٥٦٥)

إذا لم يحدد المتعاقدان الأجرة أو كيفية تقديرها، أو إذا تعذر إثبات مقدارها، وجبت أجرة المثل وقت إبرام العقد.

(مادة ٥٦٦)

إذا لم يحدد المتعاقدان تاريخ بدء الإيجار، كان تاريخ العقد هو المعتبر.

(مادة ٥٦٧)

١ - إذا عقد الإيجار دون تحديد مدة أو عقد لمدة غير معينة أو تعذر إثبات مدته اعتبر الإيجار منعقدا للمدة المحددة لدفع الأجرة

٢ - وينتهي الإيجار بانقضاء هذه المدة إذا نبه أحد المتعاقدين على الآخر بالإخلاء قبل نصفها الأخير على ألا يزيد ميعاد التنبيه على ثلاثة أشهر.

(مادة ٥٦٨)

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

(ثانيا) آثار الإيجار :

١ - إلتزامات المؤجر :

(مادة ٥٦٩)

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

(مادة ٥٧٠)

١ - إذا كان المأجور وقت التسليم في حالة لا يصلح معها لاستيفاء المنفعة المقصودة، أو إذا كان من شأن حالته نقص هذه المنفعة نقصا كبيرا، جاز للمستأجر أن يطلب فسخ العقد أو إنقاص الأجرة بقدر ما نقص من قيمة المنفعة مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى، وذلك دون إخلال بحقه في إلزام المؤجر بالقيام بما يلزم من الإصلاحات اللازمة لتمكينه من الانتفاع المقصود .

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

(مادة ٥٧١)

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

(مادة ٥٧٢)

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

(مادة ٥٧٣)

١ - إذا تخلف المؤجر بعد اعداره عن إجراء ما يلزمه القيام به من الإصلاحات أعمالا لما تقضى به المادتان ٥٧٠، ٥٧٢ جاز للمستأجر أن يحصل على إذن من القضاء بإجراء تلك الإصلاحات بنفسه وباستيفاء ما ينفقه خصما من الأجرة، وذلك دون إخلال بحقه في طلب الفسخ أو إنقاص الأجرة وفقا لما يقضي به القانون

٢ - ولا يكون إذن القضاء ضروريا إذا كانت الإصلاحات مستعجلة أو قليلة الكلفة.

(مادة ٥٧٤)

١ - للمؤجر أن يجري جميع الإصلاحات المستعجلة التي تكون ضرورية لحفظ المأجور ولو عارض المستأجر، على أن ينبه عليه بعزمه على إجرائها قبل بدئها بمدة مناسبة.

٢ - فإذا كان من شأن إجراء هذه الإصلاحات حصول إخلال كلي أو جزئي بالانتفاع المقصود، جاز للمستأجر أن يطلب إنهاء الإيجار أو إنقاص الأجرة.

(مادة ٥٧٥)

١ - إذا هلك المأجور أثناء مدة الإيجار لسبب أجنبي لا يد لأحد المتعاقدين فيه هلاكا كلياً، انفسخ العقد من تلقاء نفسه .

٢ - فإذا كان هلاكه جزئياً أو أصبح في حالة لا يصلح معها لاستيفاء المنفعة المقصودة كاملة، ولم يكن للمستأجر يد في ذلك، جاز له، إذا لم يقيم المؤجر في ميعاد مناسب بإعادة المأجور إلى الحالة التي كان عليها، أن يطلب إما إنقاص الأجرة أو فسخ الإيجار، وذلك دون إخلال بحقه في أن يقوم بنفسه بإصلاح المأجور وإعادته إلى أصله وفقاً لأحكام المادة ٥٧٣، إذا لم يكن في ذلك إرهاب للمؤجر .

(مادة ٥٧٦)

١ - لا يجوز للمؤجر أن يتعرض للمستأجر في استيفائه المنفعة طوال مدة الإيجار ولا أن يحدث في المأجور أو ملحقاته تغييراً يمنع من الانتفاع به أو يخل بالمنفعة المقصودة

٢ - ويعتبر في حكم تعرض المؤجر التعرض الصادر من أحد اتباعه.

(مادة ٥٧٧)

١ - إذا ادعى الغير حقاً يتعارض مع ما للمستأجر من حقوق بمقتضى عقد الإيجار، وجب على المستأجر أن يبادر إلى إخطار المؤجر بذلك.

٢ - فإذا ترتب على هذا الإدعاء حرمان المستأجر من الانتفاع الذي يخوله له عقد الإيجار، جاز له أن يطلب الفسخ أو إنقاص الأجرة مع التعويض إن كان له مقتضى.

(مادة ٥٧٨)

لا يضمن المؤجر للمستأجر التعرض الصادر من الغير إلا إذا كان مبنيًا على سبب قانوني.

(مادة ٥٧٩)

إذا وقع تعرض مادي من الغير ولم يكن للمستأجر قبل بدفعه وكان من الجسامة بحيث يحرمه من الانتفاع بالمأجور أو ينقص انتفاعه به إنقاصًا كبيرًا، جاز له أن يطلب فسخ العقد أو إنقاص الأجرة.

(مادة ٥٨٠)

إذا تعدد المستأجرون لمأجور واحد، فضل من سبق منهم إلى وضع يده عليه وهو حسن النية، فإن لم يضع أحدهم يده على المأجور بحسن نية، فضل من كان منهم الأسبق في التعاقد.

(مادة ٥٨١)

١ - إذا ترتب على عمل صدر من السلطة العامة في حدود القانون نقص كبير في انتفاع المستأجر، جاز له أن يطلب فسخ العقد أو إنقاص الأجرة، ما لم يكن عمل السلطة لسبب يعزي إليه.

٢ - ولا يكون للمستأجر حق في التعويض قبل المؤجر إلا إذا كان عمل السلطة العامة قد صدر لسبب يكون المؤجر مسئولًا عنه.

٣ - وكل ما سبق ما لم يقض الاتفاق بغيره.

(مادة ٥٨٢)

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

٢ - ومع ذلك لا يضمن المؤجر عيبًا جرى العرف على التسامح فيه، كما أنه لا يضمن عيبًا كان المستأجر يعلم به وقت التعاقد أو كان يستطيع أن يتبينه لو أنه فحص المأجور

بما ينبغي من العناية إلا إذا أثبت المستأجر أن المؤجر قد أكد له خلو المأجور من هذا العيب، أو أنه قد تعمد إخفاءه غشا منه.

٣ - وكل ما سبق ما لم يقض الاتفاق بغيره.

(مادة ٥٨٣)

إذا ظهر بالمأجور عيب يتحقق معه الضمان، جاز للمستأجر أن يطلب إصلاح العيب أو أن يقوم هو بإصلاحه على نفقة المؤجر، إذا كان هذا الإصلاح لا يرهقه، وذلك دون إخلال بحق المستأجر في طلب فسخ الإيجار أو إنقاص الأجرة مع التعويض إن كان له مقتضى.

(مادة ٥٨٤)

يقع باطلا كل شرط بالإعفاء أو الحد من ضمان التعرض أو العيب، إذا كان المؤجر قد تعمد إخفاء سبب الضمان.

(مادة ٥٨٥)

إذا لم يتوافر في المأجور وقت التسليم الصفات التي كفل المؤجر للمستأجر وجودها فيه، كان للمستأجر أن يطلب فسخ الإيجار أو إنقاص الأجرة وذلك دون إخلال بحقه في التعويض إن كان له مقتضى.

٢ - التزامات المستأجر:

(مادة ٥٨٦)

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

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

(مادة ٥٨٧)

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

(مادة ٥٨٨)

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

٢ - وليس للمؤجر أن يستعمل حقه في الحبس أو في الاسترداد إذا كان نقل هذه الأشياء أمرا اقتضته حرفة المستأجر أو المؤلف في شئون الحياة، أو كانت المنقولات التي تركت في المأجور أو التي تم استردادها تفي بضمان الأجرة وفاء تاما.

(مادة ٥٨٩)

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

(مادة ٥٩٠)

لا يحوز للمستأجر بغير إذن أن يحدث في المأجور تغييرا ينشأ عنه ضرر للمؤجر.

(مادة ٥٩١)

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

٢ - فإذا كان تدخل المؤجر لازما لإجراء شيء من ذلك، كان للمستأجر أن يقتضيه منه على أن يتحمل بما ينفقه المؤجر.

(مادة ٥٩٢)

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

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

(مادة ٥٩٣)

يجب على المستأجر أن يبادر إلى إخطار المؤجر بكل أمر يستوجب تدخله، كأن يحتاج المأجور إلى إصلاح عاجل أو ينكشف به عيب أو يقع عليه غضب أو يحصل التعرض له فيه أو يحدث به ضرر.

(مادة ٥٩٤)

الإصلاحات البسيطة التي يقتضيها استعمال المأجور استعمالاً مألوفاً، تكون على عاتق المستأجر.

(مادة ٥٩٥)

يلتزم المستأجر برد المأجور وملحقاته عند انتهاء الإيجار. فإن أخل بالتزامه بالتسليم وجب عليه تعويض المؤجر عما لحقه من ضرر، وذلك دون إخلال بحق المؤجر في تسلم المأجور.

(مادة ٥٩٦)

١ - على المستأجر أن يرد المأجور بالحالة التي تسلمه عليها، إلا ما يكون قد أصابه من هلاك أو تلف بغير خطأ يسأل عنه.

٢ - فإذا كان تسليم المأجور قد تم دون بيان لحالته، افترض أن المستأجر قد تسلمه في حالة حسنة حتى يقوم الدليل على عكس ذلك.

(مادة ٥٩٧)

مصروفات رد المأجور تكون على المستأجر ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغير ذلك.

(مادة ٥٩٨)

١ - إذا أحدث المستأجر في المأجور بناء أو غراساً أو أية تحسينات أخرى تزيد في

قيمته، كان له عند انقضاء الإيجار أن يتركها أو أن يزيلها على نفقته إذا لم يكن في ذلك إضرار بالمأجور.

٢ - فإن لم يزل المستأجر هذه الزيادات ، كان للمؤجر أن يطالبه بإزالتها، أو أن يستبقبها بقيمتها مستحقة الإزالة، دون إخلال بحقه في التعويض عما تسببه الإزالة من ضرر إذا كانت الزيادات قد أحدثت بغير إذنه.

٣ - وكل ذلك ما لم يوجد اتفاق يقضي بغيره.

(ثالثا) التنازل عن الإيجار و التآجير من الباطن:

(مادة ٥٩٩)

للمستأجر حق التنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن عن كل ما استأجره أو بعضه وذلك ما لم يقض الاتفاق بغيره أو يتبين أن شخصية المستأجر كانت محل اعتبار عند التعاقد .

(مادة ٦٠٠)

منع المستأجر من التنازل عن الإيجار يقتضي منعه من التآجير من الباطن وكذلك العكس.

(مادة ٦٠١)

في حالة التنازل عن الإيجار، يحل المتنازل له محل المستأجر الأصلي في جميع حقوقه و التزاماته الناشئة عن عقد الإيجار. ومع ذلك يبقى المستأجر الأصلي ضامنا للمتنازل له في تنفيذ التزاماته.

(مادة ٦٠٢)

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

٢ - ومع ذلك يكون المستأجر من الباطن ملزما بأن يؤدي للمؤجر مباشرة ما يكون

ثابتا في ذمته للمستأجر الأصلي وقت أن ينذره المؤجر بذلك، ولا يجوز له أن يتمسك قبله بما يكون قد عجله من الأجرة للمستأجر الأصلي، ما لم يكن ذلك قد تم قبل الإنذار، وبسند ثابت التاريخ.

(مادة ٦٠٣)

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

رابعاً: إنتهاء الإيجار :

(مادة ٦٠٤)

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

(مادة ٦٠٥)

١ - إذا انتهى عقد الإيجار وبقي المستأجر منتفعا بالمأجور بعلم المؤجر ودون اعتراض منه. اعتبر الإيجار قد تجدد بشروطه الأولى ولكن لمدة غير محددة، وتسري على الإيجار إذا تجدد على هذا الوجه أحكام المادة ٥٦٧.

٢ - وتنتقل إلى الإيجار الجديد التأمينات العينية التي كان المستأجر قد قدمها ضماناً للإيجار القديم مع مراعاة قواعد شهر الحقوق. أما التأمينات المقدمة من الغير فلا تنتقل إلى الإيجار الجديد إلا إذا رضي مقدمها بذلك .

(مادة ٦٠٦)

١ - إذا نبه أحد الطرفين على الآخر بالإخلاء واستمر المستأجر مع ذلك منتفعا

بالمأجور، فلا يعتبر الإيجار قد تجدد ما لم يقم الدليل على عكس ذلك.

٢- أما إذا أخطر المؤجر المستأجر بعدم تجديد الإيجار إلا بأجرة محددة أو بشروط معينة أخرى، فسكت المستأجر فإن سكوته يعتبر تجديدا للإيجار بالأجرة أو الشروط التي أخطره بها المؤجر .

(مادة ٦٠٧)

إذا انتقلت ملكية المأجور إلى خلف خاص، فلا يكون الإيجار نافذا في حقة بغير رضاه ما لم يثبت أنه كان يعلم به أو كان له تاريخ ثابت سابق على السبب الذي ترتب عليه انتقال الملكية إليه .

(مادة ٦٠٨)

لا يجوز لمن انتقلت إليه ملكية المأجور، ولم يكن الإيجار نافذا في حقه أن يجبر المستأجر على رد المأجور إلا بعد التنبيه عليه بذلك وفقا للمادة ٥٦٧ وبعد حصول المستأجر على التعويض المستحق على المؤجر بسبب رد المأجور قبل انتهاء مدة الإيجار، أو بعد الحصول على تأمين كاف للوفاء بهذا التعويض .

(مادة ٦٠٩)

١- إذا نفذ الإيجار في حق من انتقلت إليه الملكية، فإنه يحل محل المؤجر في جميع ما يرتبه عقد الإيجار من حقوق والتزامات .

٢- ومع ذلك لا يجوز للمستأجر أن يتمسك بما دفعه من الأجرة في مواجهة من انتقلت إليه الملكية، إذا ثبت أنه كان وقت الدفع يعلم بانتقال الملكية أو كان من المفروض حتما أن يعلم بذلك

(مادة ٦١٠)

١- إذا جدت لأحد طرفي العقد ظروف غير متوقعة من شأنها أن تجعل استمرار الإيجار مرهقا له، جاز للقاضي بناء على طلبه، وبعد الموازنة بين مصالح الطرفين، إنهاء الإيجار مع تعويض الطرف الآخر تعويضا عادلا.

٢ - فإذا كان المؤجر هو الذي يطلب إنهاء العقد فلا يجبر المستأجر على رد المأجور حتى يستوفي التعويض أو يحصل على تأمين كافي .

(مادة ٦١١)

١ - لا ينتهي الإيجار بموت المؤجر ولا بموت المستأجر .

٢ - ومع ذلك إذا مات المستأجر جاز لورثته أن يطلبوا إنهاء العقد إذا أثبتوا أنه بسبب موت مورثهم أصبحت أعباء العقد أثقل من أن تتحملها مواردهم، أو أصبح الإيجار مجاوزا حدود حاجتهم .

(مادة ٦١٢)

إذا مات المستأجر ولم يكن الإيجار قد عقد إلا بسبب حرفته أو لاعتبارات أخرى تتعلق بشخصه، جاز لورثته أو للمؤجر أن يطلبوا إنهاء العقد .

(مادة ٦١٣)

إذا اقتضى عمل المستأجر أن يغير محل إقامته، جاز له أن يطلب إنهاء إيجار مسكنه .

(مادة ٦١٤)

يجب على من يطلب إنهاء الإيجار في الحالات المبينة بالمواد من ٦١٠ إلى ٦١٣، أن يراعي ميعاد التنبيه المنصوص عليه في المادة ٥٦٧ .

(مادة ٦١٥)

١ - إذا لم يباشر المستأجر الانتفاع بالمأجور أو لم ينتفع به إلا انتفاعا ناقصا، وكان ذلك راجعا إلى خطئه أو إلى أمر يتعلق بشخصه، فإنه يبقى ملزما بالإيجار وبالوفاء بما يفرضه عليه العقد من الالتزامات ما دام المؤجر قد وضع المأجور تحت تصرفه في حالة صالحة للانتفاع المتفق عليه .

٢- وفي هذه الحالة يجب على المؤجر أن يخصم من الأجرة قيمة ما اقتصده من نفقات بسبب عدم انتفاع المستأجر بالمأجور وقيمة ما حققه من نفع باستعماله المأجور في أغراض أخرى .

الفرع الثاني - بعض أنواع الإيجار

(أولا) إيجار الأراضي الزراعية :

(مادة ٦١٦)

تسرى أحكام الإيجار على إيجار الأراضي الزراعية مع مراعاة أحكام المواد التالية، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يخالفها.

(مادة ٦١٧)

١ - إيجار الأرض الزراعية لا يشمل الأدوات الموجودة فيها إلا بنص في العقد
٢ - فإذا تناولها الإيجار، التزم المستأجر بأن يرعها ويتعهدا بالصيانة بحسب المألوف في استعمالها.

(مادة ٦١٨)

إذا ذكر في العقد أن الإيجار قد عقد لسنة أو لعدة سنوات كان، المقصود من ذلك أنه قد عقد لدورة زراعية سنوية أو لعدة دورات.

(مادة ٦١٩)

١ - يتم استغلال الأرض المؤجرة على النحو المتفق عليه، فإن لم يكن هناك اتفاق كان على المستأجر أن يستغلها وفقا لطبيعتها وما يجري به العرف الزراعي وأن يعمل بوجه خاص على أن تبقى صالحة للإنتاج.

١ - ولا يجوز له، دون رضا المؤجر، أن يدخل على الطريقة المتبعة في استغلالها أي تغيير جوهري يمتد أثره إلى ما بعد انقضاء الإيجار.

(مادة ٦٢٠)

١ - على المستأجر أن يقوم بإجراء الإصلاحات التي يقتضيها الاستغلال المألوف للأرض المؤجرة، ويلتزم بوجه خاص بأعمال الصيانة المعتادة للآبار ومجاري المياه و المباني المعدة للسكن أو للاستغلال.

٢ - أما إجراء الإصلاحات التي يتوقف عليها استيفاء المنفعة المقصودة، فيلزم بها المؤجر.

٣ - وكل هذا ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغيره.

(مادة ٦٢١)

١ - إذا استحال على المستأجر تهيئة الأرض للزراعة أو بذرها أو هلك البذر كله أو أكثره، وكان ذلك بسبب أجنبي لا يد له فيه، برئت ذمته من الأجرة كلها أو بعضها بحسب الأحوال، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك.

٢ - وإذا هلك الزرع كله قبل حصاده بسبب أجنبي لا يد للمستأجر فيه، جاز له أن يطلب إسقاط الأجرة

٣ - وإذا هلك بعض الزرع وترتب على هلاكه نقص كبير في ريع الأرض، كان للمستأجر أن يطلب إنقاص الأجرة بما يتناسب مع ما نقص من ريع الأرض.

(مادة ٦٢٢)

ليس للمستأجر أن يطلب إسقاط الأجرة أو إنقاصها طبقاً لما تقضي به المادة السابقة إلا في حدود ما عاد عليه من ضرر.

(مادة ٦٢٣)

ليس للمستأجر أن يطلب إسقاط الأجرة أو إنقاصها إذا هلك المحصول بعد حصاده، ما لم يكن متفقاً على أن يكون للمؤجر جزء معلوم من المحصول فيتحمل المؤجر نصيبه فيما هلك، على ألا يكون الهلاك قد وقع بخطأ المستأجر أو بعد اعذاره بالتسليم.

(مادة ٦٢٤)

إذا انقضت مدة الإيجار قبل أن يدرك الزرع أو انحصاده لسبب لا يد للمستأجر فيه، ترك بأجر المثل حتى يتم إدراكه وحصاده.

(مادة ٦٢٥)

على المستأجر قبيل إخلائه الأرض بمدة مناسبة أن يسمح لمن يخلفه بتهيئتها وبذرها، إذا لم يصبه ضرر من ذلك.

(ثانيا) المزارعة :

(مادة ٦٢٦)

المزارعة عقد على زرع الأرض ببعض ما يخرج منها.

(مادة ٦٢٧)

تسرى أحكام الإيجار على المزارعة مع مراعاة الأحكام الآتية ما لم يوجد اتفاق أو عرف يخالفها.

(مادة ٦٢٨)

إذا لم تحدد للمزارعة مدة، كانت مدتها هي تلك اللازمة لجمع المحصول المتفق عليه.

(مادة ٦٢٩)

تدخل في المزارعة الآلات و الأدوات الزراعية الموجودة في الأرض وقت التعاقد إذا كانت مملوكة لصاحب الأرض، ما لم يتفق على غير ذلك.

(مادة ٦٣٠)

يجب على المزارع أن يبذل في الزراعة وفي المحافظة على الزرع وعلى الأرض وما يتبعها، ما يبذله الشخص العادي من العناية.

(مادة ٦٣١)

لا يجوز للمزارع أن يحل غيره في المزارعة أو يشركه فيها إلا برضاء صاحب الأرض.

(مادة ٦٣٢)

- ١ - يتحمل المزارع مصروفات الزراعة و المحافظة على الزرع حتى يدرك أو ان حصاده، وعليه صيانة الأدوات وإجراء الإصلاحات البسيطة للمباني.
- ٢ - ويتحمل صاحب الأرض مصروفات الإصلاحات الأخرى، كما يتحمل التحسينات اللازمة للأرض.
- ٣ - ويتحمل الطرفان، كل بنسبة حصته في الغلة، نفقات البذر و التسميد و ثمن المبيدات و مصروفات الحصاد وما يتلوه حتى القسمة.
- ٤ - كل هذا ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغيره.

(مادة ٦٣٣)

- ١ - توزع الغلة بين الطرفين بالنسبة المتفق عليها، فإذا لم يتفق على نسبة روعيت النسبة التي يجري بها العرف، فإذا لم يوجد اتفاق أو عرف كان لكل منهما نصف الغلة.
- ٢ - ولا يجوز الاتفاق على أن تكون حصة أحد الطرفين مقداراً محدداً من المحصول أو محصول جزء معين من الأرض.

(مادة ٦٣٤)

إذا هلكت الغلة كلها أو بعضها بسبب أجنبي لا يد لأحد الطرفين فيه، هلكت عليهما معاً.

(مادة ٦٣٥)

إذا انقضت مدة المزارعة قبل أن يدرك الزرع أو ان حصاده امتدت حتى يتم الزرع إدراكه.

(مادة ٦٣٦)

إذا عجز المزارع عن زراعة الأرض لمرض أو لأي سبب آخر ولم يكن في الإمكان أن يحل محله أحد من أفراد أسرته، جاز لكل من الطرفين أن يطلب فسخ العقد.

(مادة ٦٣٧)

لا تنتهي المزارعة بموت صاحب الأرض، ولكنها تنتهي بموت المزارع.

(مادة ٦٣٨)

١ - إذا انتهت المزارعة قبل انقضاء مدتها، وجب على صاحب الأرض أن يرد للمزارع أو لورثته، ما أنفقه المزارع على الزرع الذي لم يدرك مع تعويض يعادل أجر المثل عن عمله، على ألا يجاوز جميع ذلك قيمة حصة المزارع من المحصول.

٢ - ومع ذلك إذا انتهت المزارعة بموت المزارع يكون للورثة الخيار بين تقاضي ما تقدم ذكره أو الحلول محل مورثهم في العمل حتى يدرك الزرع، ما داموا يستطيعون القيام بذلك على الوجه المرضي.

ثالثا : إيجار الوقف :

(مادة ٦٣٩)

١ - للناظر على الوقف ولاية إيجاره .

٢ - فلا يملكها الموقوف عليه ولو انحصر فيه الاستحقاق إلا إذا كان متوليا من قبل الواقف أو مآذونا ممن له ولاية الإيجار من ناظر أو قاض .

(مادة ٦٤٠)

ولاية قبض الأجرة للناظر لا للموقوف عليه إلا إن أذن له الناظر في قبضها.

(مادة ٦٤١)

لا يجوز للناظر أن يستأجر مال الوقف ولا أن يؤجره لزوجه أو ل أحد أصوله أو فروعه.

(مادة ٦٤٢)

لا تصح إجارة الوقف بالغبن الفاحش إلا إذا كان المؤجر هو المستحق الوحيد الذي له ولاية التصرف في الوقف، فتجوز اجارته بالغبن الفاحش في حق نفسه لا في حق من يليه من المستحقين.

(مادة ٦٤٣)

في اجارة الوقف تكون العبرة في تقدير أجر المثل بالوقت الذي أبرم فيه عقد الإيجار، ولا يعتد بالتغيير الحاصل بعد ذلك.

(مادة ٦٤٤)

١ - إذا عين الواقف مدة الإجارة اتبع شرطه وليس للناظر مخالفته إلا إذا كان مأذونا بالتأجير بما هو أنفع للوقف.

٢ - فإذا لم يوجد من يرغب في استئجار الوقف المدة التي عينها الواقف أو كانت الاجارة لأكثر من تلك المدة أنفع للوقف، جاز للناظر، بعد استئذان القاضي، أن يؤجره لمدة أطول.

(مادة ٦٤٥)

إذا لم يعين الواقف مدة الإجارة في كتاب الوقف، تؤجر الدار و الحانوت وما إليهما سنة والأرض ثلاث سنين، إلا إذا كانت المصلحة تقتضي الزيادة في اجارة الدار و الحانوت، أو النقص في اجارة الأرض.

(مادة ٦٤٦)

١ - لا يجوز للناظر، بغير إذن القاضي، أن يؤجر الوقف مدة تزيد على ثلاث سنين، ولو كان ذلك بعقود مترادفة فإذا عقدت الإجارة لمدة أطول، انقصت المدة إلى ثلاث سنين.

٢ - ومع ذلك إذا كان الناظر هو الواقف أو المستحق الوحيد، جاز له - بغير إذن القاضي - أن يؤجر الوقف مدة تزيد على ثلاث سنين، وهذا دون إخلال بحق الناظر الذي يخلفه في طلب إنقاص المدة إلى ثلاث سنين.

(مادة ٦٤٧)

لا تنتهي إجارة الوقف بموت الناظر ولا بعزله.

(مادة ٦٤٨)

تسري أحكام عقد الإيجار على اجارة الوقف في كل ما لا يتعارض مع النصوص السابقة.

الفصل الثاني

الإعارة

(مادة ٦٤٩)

الإعارة عقد يلتزم به المعير أن يسلم المستعير شيئاً غير قابل للاستهلاك، ليستعمله بنفسه من غير عوض لمدة معينة أو في غرض معين، على أن يرده بعد الاستعمال.

(أولاً) آثار الإعارة :

١ - التزامات المعير :

(مادة ٦٥٠)

يلتزم المعير أن يسلم المستعير العارية بالحالة التي تكون عليها وقت انعقاد العقد.

(مادة ٦٥١)

إذا أنفق المستعير مصروفات اضطرارية لحفظ العارية من الهلاك التزم المعير أن يرد إليه ما أنفقه.

(مادة ٦٥٢)

١ - لا يضمن المعير استحقاق العارية، إلا إذا تعمد إخفاء سبب الاستحقاق أو كان هناك اتفاق على الضمان.

٢ - ولا يضمن براءتها من العيب إلا إذا تعمد إخفاءه أو إذا ضمن سلامة العارية منه، فيلزمه تعويض المستعير عما يسببه العيب من أضرار.

٢ - التزامات المستعير:

(مادة ٦٥٣)

١ - إذا قيدت الإعارة بزمان أو مكان أو بنوع من أنواع الاستعمال فليس للمستعير أن يستعمل العارية في غير الزمان و المكان المعينين أو أن يخالف الاستعمال المأذون به إلى ما يتجاوزَه ضرراً.

٢ - فإذا كانت الإعارة غير مقيدة بأي قيد، جاز للمستعير أن يستعمل العارية في أي زمان و مكان، وبأي استعمال أراد، بشرط ألا يتجاوز المألوف في استعمالها.

٣ - وفي الحالين، لا يكون المستعير مسئولاً عما يلحق العارية من تغيير أو تلف أو نقصان، بسبب الاستعمال الذي تخوله الإعارة .

(مادة ٦٥٤)

لا يجوز للمستعير أن يؤجر العارية أو يعيرها، إلا بإذن من المعير.

(مادة ٦٥٥)

نفقات استعمال العارية وصيانتها المعتادة، وكذلك مصروفات تسليمها وردها تكون على المستعير.

(مادة ٦٥٦)

يجب على المستعير أن يبذل من العناية في المحافظة على العارية، ما يبذله في المحافظة على ماله دون أن ينزل في ذلك عن عناية الشخص العادي.

(مادة ٦٥٧)

١ - متى انتهت الاعارة وجب على المستعير أن يرد العارية بالحالة التي تكون عليها، وذلك دون إخلال بمسئوليته عن الهلاك أو التلف وفقاً لما يقضى به القانون.

٢ - ويجب رد العارية في المكان الذي يكون المستعير قد تسلمها فيه، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك.

(ثانيا) - انتهاء الإعارة :

(مادة ٦٥٨)

١ - تنتهي الإعارة بانقضاء الاجل المتفق عليه، فإذا لم يعين لها أجل انتهت باستعمال العارية فيما أعيرت من أجله.

٢ - فإن لم يكن هناك سبيل لتعيين مدة الإعارة جاز للمعير أن يطلب إنهاءها في أي وقت.

٣ - وفي كل حال يجوز للمستعير أن يرد العارية قبل انتهاء الاعارة غير أنه إذا كان هذا الرد يضر المعير فلا يرغم على قبوله .

(مادة ٦٥٩)

يجوز للمعير أن يطلب في أي وقت إنهاء الإعارة إذا عرضت له حاجة ضرورية للعارية لم تكن متوقعة.

(مادة ٦٦٠)

تنتهي الإعارة بموت المستعير، ما لم يتفق على غير ذلك .

الباب الثالث العقود الواردة على العمل

الفصل الأول المقاوله

الفرع الأول - القواعد العامة للمقاولات

(مادة ٦٦١)

المقاوله عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أن يؤدي عملا للطرف الأخر مقابل عوض، دون أن يكون تابعا له أو نائبا عنه.

(أولا) تقديم مواد العمل :

(مادة ٦٦٢)

١ - يجوز أن يقتصر التزام المقاول على تنفيذ العمل المتفق عليه، على أن يقدم رب العمل المواد اللازمة لذلك.

٢ - كما يجوز أن يلتزم المقاول بتقديم المواد كلها أو بعضها إلى جانب التزامه بالعمل.

(مادة ٦٦٣)

١ - إذا التزم المقاول بتقديم مواد العمل كلها أو بعضها وجب أن تكون هذه المواد مطابقة للمواصفات المتفق عليها، فإذا لم تبين هذه المواصفات في العقد، وجب أن تكون المواد وافية بالعرض المقصود.

٢ - ويضمن المقاول ما في هذه المواد من عيوب يتعذر كشفها عند تسلم العمل،

وذلك وفقا لأحكام ضمان العيب في الشيء المبيع .

(مادة ٦٦٤)

١- إذا كانت مواد العمل مقدمة من رب العمل، التزم المقاول أن يبذل في المحافظة عليها عناية الشخص العادي، وأن يراعي أصول الفن في استخدامها، وأن يؤدي حسابا عنها لرب العمل ويرد إليه ما بقي منها.

٢- فإذا صارت المواد أو بعضها غير صالح للاستعمال بسبب إهمال المقاول أو قصور كفايته الفنية التزم برد قيمتها إلى رب العمل مع التعويض إن كان له مقتضى.

(مادة ٦٦٥)

١- إذا حدثت أو ظهرت أثناء تنفيذ العمل، عيوب في المواد التي قدمها رب العمل، أو قامت عوامل أخرى من شأنها أن تعوق تنفيذ العمل في أحوال ملائمة، وجب على المقاول أن يخطر فوراً رب العمل بذلك.

٢- فإذا أهمل في الأخطار، كان مسئولاً عن كل ما يترتب على إهماله من نتائج.

(ثانياً) التزامات المقاول :

(مادة ٦٦٦)

١- على المقاول أن ينجز العمل طبقاً للشروط الواردة في عقد المقاولة وفي المدة المتفق عليها، فإن لم تكن هناك شروط أو لم يتفق على مدة، التزم بإنجازه وفقاً للأصول المتعارف عليها وفي المدة المعقولة التي تقتضيها طبيعة العمل مع مراعاة عرف الحرفة.

٢- وعليه أن يأتي على نفقته بما يحتاج إليه في إنجاز العمل من عمالة وأدوات ومهمات، ما لم يقض الاتفاق أو عرف الحرفة بغير ذلك.

(مادة ٦٦٧)

١- إذا تبين أثناء سير العمل أن المقاول يقوم بتنفيذه على وجه معيب أو مخالف للعقد، جاز لرب العمل أن ينذره بأن يصحح من طريقة التنفيذ خلال أجل معقول يحدده

له، فإذا انقضى الأجل دون أن يرجع المقاول إلى الطريقة الصحيحة أو المتفق عليها، جاز لرب العمل أن يطلب فسخ العقد أو الإذن له بأن يعهد إلى مقاول آخر بإنجاز العمل على نفقة المقاول الأول، متى كانت طبيعة العمل تسمح بذلك .

٢- ويجوز طلب فسخ العقد دون حاجة إلى إنذار أو تحديد أجل، إذا كان إصلاح العيب أو المخالفة مستحيلا .

٣- وفي جميع الأحوال يجوز للقاضي رفض طلب الفسخ إذا كان العيب في طريقة التنفيذ ليس من شأنه أن يقلل إلى حد كبير من قيمة العمل أو من صلاحيته للاستعمال المقصود، مع عدم الإخلال بالحق في التعويض إن كان له مقتض .

(مادة ٦٦٨)

إذا تأخر المقاول في البدء في تنفيذ العمل أو في إنجازه تأخرا لا يرجى معه مطلقا أن يتمكن من القيام به كما ينبغي في المدة المتفق عليها، أو إذا اتخذ مسلكا ينم عن نيته في عدم تنفيذ التزامه، أو أتى فعلا من شأنه أن يجعل تنفيذ هذا الالتزام مستحيلا، جاز لرب العمل أن يطلب فسخ العقد دون انتظار لحلول أجل التسليم .

(مادة ٦٦٩)

إذا هلك الشيء أو تلف بسبب حادث فجائي أو قوة قاهرة قبل تسليمه لرب العمل، فليس للمقاول أن يطالب بالمقابل المتفق عليه ولا برد نفقاته، ما لم يكن رب العمل، وقت الهلاك أو التلف مخلا بالتزامه بتسلم العمل .

(مادة ٦٧٠)

١- إذا كانت المواد مقدمة من رب العمل، وهلك الشيء أو تلف قبل تسليمه له بسبب حادث فجائي أو قوة قاهرة، فلا يكون له أن يطالب المقاول بقيمتها ما لم يكن المقاول وقت الهلاك أو التلف مخلا بالتزامه بتسليم العمل، ولم يثبت أن الشيء كان ليتلف لو أنه قام بالتسليم من غير إخلال بالتزامه .

٢- وتعتبر مواد العمل مقدمة من رب العمل إذا كان قد أدي للمقاول قيمتها أو عجل له مبلغا تحت الحساب يشمل هذه القيمة .

(ثالثا) إلتزامات رب العمل :

(مادة ٦٧١)

١- إذا كان تنفيذ العمل يقتضي من رب العمل أن يقوم بأداء معين ولم يقم به في الوقت المناسب، جاز للمقاول أن يكلفه بأدائه خلال أجل معقول يحدده.

٢- فإذا انقضى الأجل دون أن يقوم رب العمل بالتزامه، جاز للمقاول أن يطلب فسخ العقد، دون إخلال بحقه في التعويض إن كان له مقتض.

(مادة ٦٧٢)

متى أتم المقاول العمل ووضعته تحت تصرف رب العمل وأخطره بذلك، وجب على رب العمل أن يبادر إلى تسلمه وفقا للمألوف في التعامل فإذا امتنع دون سبب مشروع اعتبر أن التسليم قد تم.

(مادة ٦٧٣)

١- يجوز لرب العمل أن يمتنع عن التسلم إذا بلغ ما في العمل من عيب أو مخالفة للشروط المتفق عليها حدا يجعله غير واف بالغرض المقصود وذلك مع مراعاة ما تنص عليه المادة ٦٩١.

٢- فإذا لم يبلغ العيب أو المخالفة هذا الحد من الجسامة ، فإنه لا يكون لرب العمل إلا أن يطلب إنقاص المقابل بما يتناسب مع أهمية العيب، أو إلزام المقاول بالإصلاح في أجل معقول يحدده، إذ كان الإصلاح ممكنا ولا يتكلف نفقات باهظة .

٣- وفي جميع الأحوال يجوز للمقاول أن يقوم بالإصلاح في مدة معقولة، إذا كان هذا ممكنا ولا يسبب لرب العمل أضرارا ذات قيمة.

(مادة ٦٧٤)

ليس لرب العمل أن يتمسك بالحقوق التي تقررها المادة السابقة، إذا كان هو المتسبب في إحداث العيب، سواء أكان ذلك بإصدار أوامر تخالف رأي المقاول، أم كان ذلك بأية

طريقة أخرى .

(مادة ٦٧٥)

١- إذا تم تسلم العمل، ارتفعت مسؤولية المقاول عما يكون ظاهرا فيه من عيب أو مخالفة لشروط العقد وذلك مع مراعاة حكم المادة ٦٩٢ .

٢- فإذا كانت العيوب أو المخالفة خفية، ثم تبينها رب العمل بعد التسلم وجب عليه أن يبادر بإخطار المقاول بها، مع مراعاة عرف الحرفة، وإلا اعتبر أنه قد قبل العمل، فإذا تم إخطار المقاول في الوقت المناسب سرت أحكام المادة ٦٧٣ .

(مادة ٦٧٦)

يستحق المقابل عند تسلم العمل، إلا إذا قضى الاتفاق أو العرف بغير ذلك .

(مادة ٦٧٧)

١- إذا كان العمل مكونا من عدة أجزاء، أو كان المقابل محددا على أساس الوحدة ، جاز للمقاول أن يستوفي من المقابل بقدر ما انجز من العمل بعد معاينته وتقبله، على أن يكون ما تم إنجازه جزءا متميزا أو قسما ذا أهمية كافية بالنسبة إلى العمل في جملته وذلك ما لم يتفق على خلافه .

٢- ويفترض فيما دفع المقابل عنه أنه قد تمت معاينته وتقبله، ما لم يثبت أن الدفع كان تحت الحساب .

(مادة ٦٧٨)

إذا لم يعين المقابل في العقد، استحق المقاول مقابل المثل وقت إبرامه .

(مادة ٦٧٩)

لا يكون لارتفاع تكاليف العمل أو انخفاضها أثر في مدى الالتزامات التي يرتبها العقد، وذلك دون إخلال بأحكام المادة ١٩٨ .

(رابعاً) التنازل عن المقاولة و المقاولة من الباطن :

(مادة ٦٨٠)

١- لا يجوز لأي من المتعاقدين التنازل عن المقاولة إلا بموافقة الآخر، وذلك ما لم يوجد في العقد شرط يقضي بخلافه.

٢- فإذا تم التنازل حل المتنازل له محل المتنازل في حقوقه و التزاماته .

٣- ولا يسري التنازل في مواجهة الغير إلا إذا أعلن للمتعاقد الآخر بوجه رسمي، أو كانت موافقته على التنازل ثابتة التاريخ.

(مادة ٦٨١)

١- يجوز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول من الباطن إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو كان من شأن طبيعة العمل أن تكون شخصية المقاول محل اعتبار.

٢- ولا تؤثر المقاولة من الباطن في التزامات المقاول الأصلي قبل رب العمل، كما يسأل قبله عن أعمال المقاول من الباطن .

(مادة ٦٨٢)

١- للمقاول من الباطن و العمال الذين يشتغلون لحساب المقاول الأصلي في تنفيذ العمل، أن يطالبوا رب العمل مباشرة بما يستحق لهم قبل المقاول الأصلي في حدود القدر الذي يكون لهذا الأخير على رب العمل وقت رفع الدعوى .

٢- ولعمال المقاول من الباطن أيضا دعوى مباشرة قبل كل من المقاول الأصلي ورب العمل في حدود المستحق عليه.

(مادة ٦٨٣)

للمقاول من الباطن و العمال المذكورين في المادة السابقة أن يستوفوا حقوقهم بالامتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي أو للمقاول من الباطن، ويستوفون حقوقهم عند تراحمهم بنسبة دين كل منهم .

(خامسا) إنتهاء المقاولة :

(مادة ٦٨٤)

إذا كان من مقتضى المقاولة أن يقوم المقاول بصيانة شيء معين أو أن يؤدي غير ذلك من الأعمال المتجددة خلال مدة محددة، انتهت المقاولة بانقضاء هذه المدة .

(مادة ٦٨٥)

تنتهي المقاولة باستحالة تنفيذ العمل المعقود عليه لسبب لا يد لأحد الطرفين فيه . وعندئذ يكون للمقاول الحق في مطالبة رب العمل بما أنفقه وبما يستحقه من أجر وذلك في حدود ما عاد من منفعة على رب العمل .

(مادة ٦٨٦)

١- تنتهي المقاولة بموت المقاول، إذا كانت مؤهلاته الشخصية أو إمكاناته محل اعتبار في التعاقد .

٢- فإن لم تكن مؤهلات المقاول الشخصية أو إمكاناته محل اعتبار فلا ينتهي العقد من تلقاء نفسه، ولكن يجوز لرب العمل إنهاؤه إذا لم تتوافر في ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل .

(مادة ٦٨٧)

١- إذا انتهت المقاولة بموت المقاول استحق ورثته من المقابل بنسبة الأعمال التي تم تنفيذها وذلك دون إخلال بحقوقهم في قيمة ما تخلف في موقع العمل عند موت المقاول من مواد، إذا كانت صالحة لاستعمالها في إتمام العمل .

٢- ولرب العمل أن يطالب بتسليم المواد الأخرى التي تم إعدادها و الرسوم التي بدئ في تنفيذها، على أن يدفع عنها مقابلا عادلا .

٣- وتسري هذه الأحكام أيضا إذا بدأ المقاول في تنفيذ العمل ثم أصبح عاجزا عن إتمامه لسبب لا دخل لإرادته فيه .

(مادة ٦٨٨)

- ١- لرب العمل أن ينهي المقاولة ويوقف تنفيذ العمل في أي وقت قبل إتمامه، على أن يعرض المقاول عن جميع ما أنفقه من مصروفات وما أنجزه من أعمال، وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل.
- ٢- على أنه يجوز للمحكمة أن تخفض التعويض المستحق عما فات المقاول من كسب إذا كانت الظروف تجعل هذا التخفيض عادلا.

الفرع الثاني - الأحكام الخاصة

بمقاولات المباني والإنشاءات

(مادة ٦٨٩)

- ١- إذا أبرمت المقاولة على أساس مقياسة تقديرية، وتبين في أثناء التنفيذ ضرورة مجاوزة هذه المقياسة مجاوزة جسيمة، وجب على المقاول أن يبادر بإخطار رب العمل بذلك مبينا مقدار ما تستتبعه هذه المجاوزة من زيادة في المقابل، وإلا سقط حقه في طلب هذه الزيادة.
- ٢- ويجوز لرب العمل، في هذه الحالة أن يتحلل من المقاولة ويوقف التنفيذ، على أن يتم ذلك دون إبطاء، مع إيفاء المقاول قيمة ما أنجزه من الأعمال مقدرة وفقا لشروط العقد، دون تعويضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل.

(مادة ٦٩٠)

إذا أبرمت المقاولة لقاء مقابل حدد إجمالا، على أساس تصميم تم وضعه والاتفاق عليه مع رب العمل، فليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة في المقابل، بسبب تعديل أو إضافة في هذا التصميم، إلا أن يكون ذلك راجعا إلى فعل رب العمل أو يكون مأذونا به منه .

(مادة ٦٩١)

إذا أقيم بناء أو إنشاء على أرض مملوكة لرب العمل وكانت تشوبه عيوب تبلغ من الجسامه الحد المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة ٦٧٣ ويترتب على إزالته أضرار بالغة، فلا يكون لرب العمل إلا طلب إنقاص المقابل أو إلزام المقاول بالإصلاح طبقاً للفقرة الثانية من المادة المذكورة، وذلك دون إخلال بحقه في التعويض إن كان له مقتضى.

(مادة ٦٩٢)

١- يضمن المقاول و المهندس ما يحدث من تهدم أو خلل كلي أو جزئي فيما شيده من مبان أو أقامه من منشآت ثابتة وذلك خلال عشر سنوات من وقت إتمام البناء أو الإنشاء مع مراعاة ما تقضي به المواد التالية .

٢- ومع ذلك إذا ثبت أن قصد المتعاقدين من المباني أو المنشآت أن تبقى لمدة أقل من عشر سنوات فإن الضمان يكون للمدة التي قصد أن تبقى خلالها.

٣- والضمان يشمل التهدم ولو كان ناشئاً عن عيب في الأرض ذاتها أو كان رب العمل قد أجاز إقامة المباني أو المنشآت المعيبة كما يشمل ما يظهر في المباني و المنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانتها وسلامتها.

(مادة ٦٩٣)

١- إذا اقتصر عمل المهندس على وضع تصميم البناء أو الإنشاء أو جانب منه، كان مسؤولاً عن العيوب التي ترجع إلى التصميم الذي وضعه دون العيوب التي ترجع إلى طريقة التنفيذ.

٢- فإذا عهد إليه رب العمل بالإشراف على التنفيذ أو على جانب منه، كان مسؤولاً أيضاً عن العيوب التي ترجع إلى طريقة التنفيذ الذي عهد إليه بالإشراف عليه.

(مادة ٦٩٤)

١- لا يكون المقاول مسؤولاً إلا عن العيوب التي تقع في التنفيذ دون العيوب التي تأتي من الخطأ في وضع التصميم ما لم تكن هذه العيوب ظاهرة.

٢- ومع ذلك يكون المقاول مسئولاً عن العيوب التي ترجع إلى التصميم إذا كان المهندس الذي قام بوضع التصميم تابعاً له.

(مادة ٦٩٥)

إذا كان المهندس و المقاول مسئولين عما وقع من عيب في العمل، كانا متضامنين في المسئولية .

(مادة ٦٩٦)

تسقط دعوى الضمان ضد المهندس أو المقاول بانقضاء ثلاث سنوات على حصول التهدم أو انكشاف العيب.

(مادة ٦٩٧)

كل شرط بإعفاء المهندس أو المقاول من الضمان أو بالحد منه يكون باطلاً.

الفصل الثاني الوكالة

(مادة ٦٩٨)

الوكالة عقد يقيم به الموكل شخصاً آخر مقام نفسه في مباشرة تصرف قانوني.

(أولاً) أركان الوكالة :

(مادة ٦٩٩)

يلزم لصحة الوكالة أن يكون الموكل أهلاً لأداء التصرف الذي وكل فيه غيره.

(مادة ٧٠٠)

يجب أن يتوافر في الوكالة الشكل الواجب توافره في التصرف القانوني محل الوكالة.

(مادة ٧٠١)

- ١- الوكالة الواردة في ألفاظ عامة لا تخصص فيها حتى لنوع التصرف القانوني محل الوكالة، لا تخول الوكيل صفة إلا في أعمال الإدارة.
- ٢- ويعد من أعمال الإدارة، الإيجار إذا لم تزد مدته على ثلاث سنوات وأعمال الحفظ و الصيانة واستيفاء الحقوق ووفاء الديون ويدخل فيها أيضا كل عمل من أعمال التصرف تقتضيه الإدارة .

(مادة ٧٠٢)

- ١- لا بد من وكالة خاصة في كل تصرف ليس من أعمال الإدارة، وبوجه خاص في التبرعات و البيع و الصلح و الرهن والإقرار و التحكيم وكذلك في توجبه اليمين و المرافعة أمام القضاء.
- ٢- وتصح الوكالة الخاصة في نوع معين من أنواع التصرفات القانونية ولو لم يعين محل هذا التصرف على وجه التخصص، إلا إذا كان التصرف من التبرعات.

(مادة ٧٠٣)

- لا تجعل الوكالة للوكيل صفة إلا في مباشرة الأمور المحددة فيها وما تقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية وفقا لطبيعة كل أمر و للعرف الجاري وما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين.

(ثالثا) آثار الوكالة :

١- التزامات الوكيل :

(مادة ٧٠٤)

- ١- الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة في حدودها المرسومة.
- ٢- على أن له أن يخرج عن حدود الوكالة متى كان من المستحيل عليه إخطار الموكل سلفا وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف. وعلى الوكيل في هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل بخروجه عن حدود الوكالة .

(مادة ٧٠٥)

- ١- إذا كانت الوكالة بلا أجر، وجب على الوكيل أن يبذل في تنفيذها العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة، دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الشخص العادي
- ٢- فإن كانت بأجر وجب على الوكيل أن يبذل دائما في تنفيذها عناية الشخص العادي.

(مادة ٧٠٦)

على الوكيل أن يوافق موكله بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه في تنفيذ الوكالة، وأن يقدم له حسابا عنها، ما لم تقض طبيعة المعاملة أو الظروف أو الاتفاق بغير ذلك.

(مادة ٧٠٧)

ليس للوكيل أن يستعمل مال موكله لصالح نفسه بدون إذن، وإلا كان ملزما بتعويض الموكل تعويضا عادلا يقدره القاضي مع مراعاة ظروف الحال.

(مادة ٧٠٨)

- ١- إذا تعدد الوكلاء، ووكّل كل منهم بعقد مستقل، كان لأيّ منهم الانفراد بالعمل ما لم يشترط عليه الموكل أن يعمل مع الباقيين.
- ٢- فإن وكلوا بعقد واحد، دون أن يرخص بانفرادهم في العمل، كان عليهم أن يعملوا مجتمعين، إلا إذا كان العمل مما لا يحتاج فيه إلى تبادل الرأي.

(مادة ٧٠٩)

- ١- يكون الوكلاء المتعددون مسؤولين بالتضامن متى كانت الوكالة غير قابلة للانقسام، أو كان الضرر الذي أصاب الموكل نتيجة خطأ مشترك بينهم .
- ٢- ومع ذلك لا يسأل الوكلاء، ولو كانوا متضامنين، عما فعله أحدهم مجاوزا حدود الوكالة.

(مادة ٧١٠)

- ١- ليس للوكيل أن ينيب عنه غيره في تنفيذ الوكالة، إلا إذا كان مرخصا له بذلك من قبل الموكل أو أجاز له القانون.

٢- فإذا رخص الموكل للوكيل في إقامة نائب عنه دون تعيين لشخصه، فإن الوكيل لا يكون مسئولاً إلا عن خطئه في اختيار نائبه، أو عن خطئه فيما أصدره له من تعليمات. ويجوز في هذا الحالة للموكل و لنائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر.

٢- التزامات الموكل :

(مادة ٧١١)

١- الوكالة تبرعية، ما لم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص ضمناً من مهنة الوكيل أو غيرها من ظروف الحال.

٢- فإذا اتفق على أجر للوكالة كان هذا الأجر خاضعاً لتقدير القاضي، إلا إذا دفع طوعاً بعد تنفيذ الوكالة.

(مادة ٧١٢)

١- على الموكل أن يرد إلى الوكيل ما أنفقه في سبيل تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد، وذلك مهما كان حظ الوكيل من النجاح.

٢- ويلتزم الموكل أن يقدم إلى الوكيل المبالغ اللازمة للإتفاق منها في تنفيذ الوكالة ما لم يتفق على خلاف ذلك.

(مادة ٧١٣)

يكون الموكل مسئولاً عما يصيب الوكيل من ضرر بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذاً معتاداً، ما لم يكن ذلك ناشئاً عن خطئه.

(مادة ٧١٤)

إذا تعدد الموكلون في تصرف واحد، كانوا متضامين في التزاماتهم نحو الوكيل ما لم يتفق على غير ذلك.

(مادة ٧١٥)

تطبق المواد من ٥٦ إلى ٦١ الخاصة بالنيابة في التعاقد في علاقة الموكل بمن يتعاقد معه الوكيل.

(ثالثا) إنتهاء الوكالة :

(مادة ٧١٦)

تنتهي الوكالة بإتمام العمل الموكل فيه أو بانقضاء الأجل المعين للوكالة، كما تنتهي أيضا بموت الموكل أو موت الوكيل أو بفقد أحدهما أهليته .

(مادة ٧١٧)

١- للموكل في أي وقت أن يعزل وكيله أو يقيد وكالته ولو وجد اتفاق يخالف ذلك.

٢- على أنه إذا كان للوكيل أو للغير مصلحة في الوكالة، فإنه لا يجوز للموكل أن ينهيها أو يقيدها دون موافقة من له المصلحة.

٣- وفي كل حال، يلتزم الموكل بتعويض الوكيل عما يلحقه من ضرر من جراء عزله في وقت غير مناسب أو بغير مبرر معقول.

(مادة ٧١٨)

١- للوكيل في أي وقت أن يتنحى عن وكالته، ولو وجد اتفاق يخالف ذلك، ويتم التنحي بإعلانه للموكل، ويكون الوكيل ملزما بتعويض الموكل عن الضرر الذي لحقه من جراء التنحي في وقت غير مناسب وبغير عذر معقول.

٢- على أنه لا يجوز للوكيل أن يتنحى عن الوكالة متى كان لأحد من الغير مصلحة فيها إلا إذا وجدت أسباب جدية تبرر ذلك، على أن يخطر الغير بهذا التنحي ويمهله وقتا كافيا ليتخذ ما يراه مناسبا لرعاية مصالحه.

(مادة ٧١٩)

١- اذا انتهت الوكالة قبل اتمام العمل الموكل فيه، وجب على الوكيل أن يصل بالأعمال التي بدأها إلى مرحلة لا يخشى معها ضرر على الموكل.

٢- وفي حالة انتهاء الوكالة بموت الوكيل، يجب على ورثته، إذا توافرت فيهم الأهلية، وكانوا على علم بالوكالة أن يبادروا إلى اخطار الموكل بوفاة مورثهم، وأن يتخذوا من التدابير ما تقتضيه الحال لصالح الموكل.

الفصل الثالث

الإيداع

(مادة ٧٢٠)

الإيداع عقد يلتزم الوديع بمقتضاه أن يتسلم من المودع شيئاً لحفظه، وأن يرده عينا.

(أولاً) إلتزامات الوديع :

(مادة ٧٢١)

على الوديع أن يتسلم الوديعة، وليس له أن يستعملها بغير إذن من المودع.

(مادة ٧٢٢)

١- على الوديع أن يبذل من العناية في حفظ الوديعة ما يبذله في حفظ ماله، دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الشخص العادي.

٢- ومع ذلك إذا كان الإيداع بأجر، فانه يلتزم في حفظ الوديعة بعناية الشخص العادي.

٣- وكل ما سبق ما لم يتفق على خلافه.

(مادة ٧٢٣)

ليس للوديع بغير إذن صريح من المودع، أن ينيب عنه غيره في حفظ الوديعة، الا أن يكون ذلك بسبب ضرورة ملجئة عاجلة .

(مادة ٧٢٤)

١- على الوديع متى انتهى عقد الإيداع، أن يرد الوديعة وما يكون قد قبضه من ثمارها إلى المودع.

٢- وترد الوديعة في المكان الذي كان يلزم حفظها فيه وتكون مصروفات الرد على المودع.

٣- وكل ما سبق ما لم يوجد اتفاق يقضي بغيره .

(مادة ٧٢٥)

- ١- إذا باع الوارث الوديعة وهو حسن النية وتعذر على المودع استردادها من المشتري، فلا يكون الوارث ملزماً إلا أن يرد للمودع ما قبضه من ثمن، على أن يحول إليه ما عسى أن يكون له من حقوق قبل المشتري .
- ٢- فإذا كان التصرف تبرعاً فإن الوارث لا يلتزم إلا برد قيمة الوديعة وقت التبرع.

(ثانياً) إلتزامات المودع :

(مادة ٧٢٦)

الأصل في الإيداع أن يكون بغير أجر. فإذا اتفق على أجر وجب على المودع أن يؤديه في الوقت الذي ينتهي فيه حفظ الوديعة ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك.

(مادة ٧٢٧)

على المودع أن يرد للوديع ما يكون قد أنفقه في حفظ الوديعة وأن يعوضه عما يكون قد لحقه من ضرر بسببها.

(ثالثاً) إنتهاء الإيداع :

(مادة ٧٢٨)

ينتهي عقد الإيداع بانقضاء الأجل المتفق عليه ، فإذا لم يتفق على الأجل صراحة أو ضمناً ، كان لكل من المتعاقدين إنهاء الإيداع بعد إخطار الطرف الآخر بميعاد مناسب.

(مادة ٧٢٩)

يجوز للمودع أن يسترد الوديعة قبل انقضاء الأجل المتفق عليه وذلك دون إخلال بحق الوديع في الأجر عما بقى من مدة.

(مادة ٧٣٠)

إذا كان الايداع بغير أجر ، وتعذر على الوديع الاستمرار في حفظ الوديعة لأسباب طارئة ، جاز له أن يطلب إنهاء الايداع قبل الأجل المتفق عليه على أن يخطر المودع بتسلم الوديعة في أجل مناسب.

(مادة ٧٣١)

ينتهي الايداع بموت الوديع ، ما لم يتفق على غير ذلك.

رابعاً) بعض أنواع الإيداع:

(مادة ٧٣٢)

إذا كانت الوديعة مبلغاً من النقود أو أى شئ آخر مما يهلك بالاستعمال ، وكان الوديع مأذوناً له في استعماله ، اعتبر العقد قرضاً.

(مادة ٧٣٣)

- ١- يكون أصحاب الفنادق وما مثلها ، فيما يجب عليهم من عناية بحفظ الأشياء التي يأتي بها النزلاء ، مسؤولين حتى عن فعل المترددين على محالهم.
- ٢- ومع ذلك فإنهم لا يكونون مسؤولين بالنسبة إلى النقود والأوراق المالية والأشياء الثمينة عن تعويض يجاوز ألف دينار ، ما لم يكونوا قد تسببوا في وقوع الضرر بخطأ جسيم منهم أو من أحد تابعيهم ، أو يكونوا ، وهم على علم بقيمة هذه الأشياء ، قد أخذوا على عاتقهم حفظها أو رفضوا دون سبب معقول أن يتسلموها عهدة لديهم.

(مادة ٧٣٤)

- ١- على النزيل أن يخطر صاحب الفندق بسرقة الشئ أو فقده أو تلفه بمجرد كشفه لذلك ، فإن أبطأ في الاخطار دون سبب معقول فلا يكون صاحب الفندق مسؤولاً إذا ثبت أنه لو أخطر في وقت مناسب لأمكنه تفادي الضرر.
- ٢- وتسقط دعوى النزيل قبل صاحب الفندق بانقضاء ستة أشهر من الوقت الذي يغادر فيه الفندق.

(مادة ٧٣٥)

يقع باطلا كل شرط بإعفاء صاحب الفندق من المسؤولية أو بالتخفيف منها.

الفصل الرابع

الحراسة

(مادة ٧٣٦)

الحراسة وضع مال متنازع فيه بيد أمين ، إذا كان بقاؤه في يد حائزه من شأنه أن يهدد بالخطر من يدعى لنفسه حقاً فيه على أن يتكفل الأمين بحفظه وإدارته وورده إلى من يثبت له الحق فيه.

(مادة ٧٣٧)

يجوز أن تتم الحراسة بالاتفاق ، كما يجوز للقضاء أن يأمر بها.

(مادة ٧٣٨)

يكون تعيين الحارس باتفاق ذوي الشأن جميعاً ، فإذا لم يتفقوا تولى القاضى تعيينه.

(مادة ٧٣٩)

تطبق على الحراسة أحكام الايداع وأحكام الوكالة بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع أحكام المواد التالية ، وذلك ما لم يحدد الاتفاق أو حكم القاضى حقوق الحارس والتزاماته على نحو مغاير .

(مادة ٧٤٠)

- ١- يلتزم الحارس بالمحافظة على المال المعهود إليه حراسته وبإدارته. ويجب أن يبذل في ذلك عناية الشخص العادى.
- ٢- ولا يجوز له أن ينسب عنه في أداء مهمته كلها أو بعضها أحدا من ذوي الشأن دون رضا الآخرين أو اذن القاضى.

(مادة ٧٤١)

لا يجوز للحارس في غير ما تقتضيه الإدارة أن يجرى أعمال التصرف إلا برضاء ذوى الشأن جميعا أو بترخيص من القضاء.

(مادة ٧٤٢)

- ١- يلتزم الحارس بإمسك دفاتر حساب منتظمة.
- ٢- كما يلتزم أن يقدم لذوي الشأن ، مرة على الأقل كل سنة ، حسابا بما تسلمه وبما أنفقه مؤيدا بالمستندات ، وعليه إذا كان معينا من المحكمة أن يودع إدارة كتابها صورة من ذلك الحساب.

(مادة ٧٤٣)

- ١- للحارس الحق في أن يتقاضى أجرا ، ما لم يكن قد قبل القيام بالحراسة تبرعا.
- ٢- وله أن يسترد ما أنفقه من مصروفات على حفظ وإدارة المال المعهود إليه حراسته.

(مادة ٧٤٤)

- ١- تنتهي الحراسة باتفاق ذوى الشأن جميعا أو بحكم القضاء كما تنتهي بانقضاء مدتها إذا كانت لمدة محددة.
- ٢- وعلى الحارس حينئذ أن يبادر إلى رد المال المعهود إليه حراسته إلى من يختاره ذوو الشأن أو من يعينه القاضي.

الباب الرابع الكفالة والتأمين

الفصل الأول

الكفالة

(مادة ٧٤٥)

الكفالة عقد بمقتضاه يضم شخص ذمته إلى ذمة المدين في تنفيذ التزام عليه ، بأن يتعهد للدائن بأدائه إذا لم يؤده المدين .

(أولاً) أركان الكفالة:

(مادة ٧٤٦)

الكفالة لا تفترض ، ويجب أن يكون رضا الكفيل صريحا .

(مادة ٧٤٧)

- ١- إذا التزم شخص بتقديم كفيل ، وجب عليه أن يقدم كفيلا موسرا يكون موطنه في الكويت ، فإن تعذر عليه ذلك ، كان له أن يقدم تأمينا عينيا كافيا .
- ٢- وإذا أعسر الكفيل بعد الكفالة ، أو لم يعد له موطن في الكويت ، وجب تقديم كفيل آخر أو تأمين عيني كاف .

(مادة ٧٤٨)

تجوز كفالة المدين بغير علمه ، كما تجوز أيضا رغم معارضته .

(مادة ٧٤٩)

- ١- تجوز كفالة الالتزام المستقبل ، إذا حدد مقدما مدى التزام الكفيل .

٢- وإذا لم يعين الكفيل مدة لكفالاته ، كان له في أى وقت أن يرجع فيها ، ما دام الالتزام المكفول لم ينشأ على أن يخطر الدائن برجوعه في وقت مناسب .

(مادة ٧٥٠)

١- لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا .
٢- وإذا كانت الكفالة بسبب نقص أهلية المدين وأبطل التزامه التزم الكفيل في مواجهة الدائن بوفاء الالتزام المكفول باعتباره مدينا أصليا .

(مادة ٧٥١)

١- لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ولا بشروط أشد من شروط الدين المكفول .
٢- ولكن تجوز الكفالة في مبلغ أقل وبشروط أهون .

(مادة ٧٥٢)

تشمل الكفالة الالتزام المكفول وتوابعه ، كما تشمل مصروفات المطالبة الأولى وما يستجد من مصروفات بعد إخطار الكفيل . وكل ذلك ما لم يتفق على خلافه .

(ثانياً) آثار الكفالة:

١- العلاقة ما بين الكفيل والدائن:

(مادة ٧٥٣)

يبرأ الكفيل ببراءة المدين .

(مادة ٧٥٤)

١- للكفيل أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين .
٢- على أنه ليس للكفيل أن يتمسك بنقص أهلية المدين إذا كانت الكفالة بسبب ذلك .

(مادة ٧٥٥)

إذا قبل الدائن أن يستوفى من غير الكفيل شيئاً آخر في مقابل الدين ، برئت ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشيء ، إلا إذا كان الدائن قد احتفظ بالحق في الرجوع على الكفيل .

(مادة ٧٥٦)

- ١- تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من التأمينات .
- ٢- ويقصد بالتأمينات كل تأمين خصص لضمان الدين حتى لو تقرر بعد الكفالة ، وكذلك كل تأمين مقرر بحكم القانون .

(مادة ٧٥٧)

- ١- لا تبرأ ذمة الكفيل لمجرد عدم اتخاذ الدائن الاجراءات ضد المدين عند حلول أجل الدين أو لمجرد تأخره في اتخاذها .
- ٢- ومع ذلك إذا أذّر الكفيل الدائن باتخاذ الاجراءات ضد المدين ، كان للكفيل أن يطلب براءة ذمته إذا لم يتم الدائن باتخاذ هذه الاجراءات خلال ثلاثة أشهر من تاريخ الانذار ما لم يقدم المدين للكفيل ضمانا كافيا .
- ٣- ولا يحول دون حق الكفيل في التمسك ببراءة ذمته أن يمنح الدائن المدين أجلا دون موافقة الكفيل .

(مادة ٧٥٨)

إذا أفلس المدين ، ولم يتقدم الدائن بالدين في التفليسة ، سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما كان يستوفيه لو أنه تقدم بدينه فيها .

(مادة ٧٥٩)

- ١- إذا تعدد الكفلاء بعقد واحد وكفلوا نفس الدين ونفس المدين ، وكانوا غير متضامين فيما بينهم ، قسم الدين عليهم بالتساوي ما لم يبين العقد مقدار ما يكفل كل منهم .
- ٢- فإذا التزم الكفلاء بعقود متوالية ، كان كل منهم مسئولاً عن الدين كله ما لم يحتفظ لنفسه بحق التقسيم .

(مادة ٧٦٠)

- ١- لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين ، كما لا يجوز له أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريد المدين من أمواله ، وذلك كله ما لم يكن الكفيل متضامنا مع المدين.
- ٢- ويجب على الكفيل في الحالتين أن يتمسك بحقه.

(مادة ٧٦١)

- ١- إذا طلب الكفيل تجريد المدين ، وجب عليه أن يقوم على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال للمدين تفي بالدين كله.
- ٢- ولا عبرة بالأموال التي يدل عليها الكفيل ، إذا كانت متنازعا فيها أو كانت موجودة في خارج الكويت.

(مادة ٧٦٢)

في كل الأحوال التي يدل فيها الكفيل على أموال المدين تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما تعذر على الدائن استيفاؤه من الدين بسبب عدم اتخاذه الاجراءات اللازمة في الوقت المناسب.

(مادة ٧٦٣)

إذا كان هناك تأمين عيني مقرر على مال للمدين ضمناً للدين ، وقدمت كفالة بعد هذا التأمين أو معه ، جاز للكفيل ، إذا لم يكن متضامنا مع المدين ، أن يطلب التنفيذ على المال المحمل بالتأمين العيني قبل التنفيذ على أمواله هو.

(مادة ٧٦٤)

- ١- يلتزم الدائن بأن يسلم الكفيل وقت وفائه الدين ، المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع.
- ٢- وإذا كان الدين المكفول مضمونا بمنقول مرهون أو محبوس ، وجب على الدائن أن يتخلى عنه للكفيل أو لعدله ، إذا عارض المدين في تسليمه للكفيل.

٣- وإذا كان الدين مضموناً بتأمين عقاري ، التزم الدائن أن يقوم بالاجراءات اللازمة لسريان حلول الكفيل محله فيه ، ويتحمل الكفيل مصروفات هذه الإجراءات على أن يرجع بها على المدين.

(مادة ٧٦٥)

الكفيل الذي يكفل الكفيل يعتبر في علاقته بالدائن كفيلاً للكفيل ، وفي علاقته بالكفيل كما لو كان هذا الكفيل مديناً أصلياً بالنسبة إليه .

(مادة ٧٦٦)

في الكفالة القانونية أو القضائية أو التجارية ، يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم ومتضامنين مع المدين.

(مادة ٧٦٧)

يجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفع متعلقة بالمدين .

(مادة ٧٦٨)

إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم أو كانت كفالتهم بعقود متوالية ، ووفى أحدهم الدين عند حلوله ، كان له أن يرجع على كل من الباقيين بحصته في الدين ، وبنصيبه في حصة المعسر منهم .

٢- العلاقة ما بين الكفيل والمدين :

(مادة ٧٦٩)

يجب على الكفيل أن يخطر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين . وإذا قاضاه الدائن وجب عليه أن يطلب إدخال المدين خصماً في الدعوى . فإن لم يتم بإخطار المدين قبل وفاء الدين أو لم يطلب إدخاله خصماً في الدعوى ، سقط حقه في الرجوع على المدين إذا كان المدين قد وفى الدين أو كانت لديه أسباب من شأنها أن تؤدي إلى بطلانه أو انقضائه .

(مادة ٧٧٠)

للكفيل الذي وفي الدين أن يرجع على المدين ، بما أداه من أصل الدين وتوابعه وبمصروفات المطالبة الأولى ، وبما يكون قد أنفقه من مصروفات من وقت أخطاره المدين بالاجراءات التي اتخذت ضده.

(مادة ٧٧١)

إذا وفي الكفيل كل الدين أو بعضه ، حل محل الدائن في حقه طبقا لقواعد الحلول القانوني.

(مادة ٧٧٢)

إذا تعدد المدينون في دين واحد وكانوا متضامنين فيما بينهم ، فللكفيل الذي ضمنهم جميعا أن يرجع على أى منهم بكل ما وفاه من الدين.

الفصل الثاني

التأمين

(مادة ٧٧٣)

١- التأمين عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد ، مبلغا من المال أو إيرادا مرتبا أو أى عوض مالي آخر ، في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد ، وذلك في نظير مقابل نقدي يؤديه المؤمن له للمؤمن.

٢- ويجوز أن يكون مقابل التأمين أقساطا أو دفعة واحدة.

(مادة ٧٧٤)

١- يقصد بالمؤمن له الشخص الذي يتعهد بتنفيذ الالتزامات المقابلة لالتزامات المؤمن ، ويقصد بالمستفيد الشخص أو الأشخاص الذين يؤدي إليهم المؤمن ما التزم به في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين في العقد.

٢- ويعتبر المؤمن له هو المستفيد ، ما لم يعين في العقد مستفيد غيره.

(أولاً) إبرام عقد التأمين:

(مادة ٧٧٥)

١- إذا عقد التأمين بغير نيابة عن المؤمن له انصرف إليه العقد إذا أقره ولو بعد تحقق الخطر المؤمن منه.

٢- فإذا تحقق الخطر ولم يقر المؤمن له العقد خلال ثلاث سنوات من تحقق الخطر ، أصبحت الأقساط المؤداة حقا خالصا للمؤمن.

(مادة ٧٧٦)

يقع التأمين من الاضرار باطلا إذا لم يستند إلى مصلحة اقتصادية مشروعة.

(مادة ٧٧٧)

يقع التأمين باطلا إذا تبين أن الخطر المؤمن منه كان قد زال أو كان قد تحقق قبل تمام العقد.

(مادة ٧٧٨)

في جميع الأحوال التي يعيد فيها المؤمن تأمين ما هو مؤمن لديه من المخاطر لدى الغير ، يظل المؤمن وحده مسئولا قبل المؤمن له أو المستفيد.

(مادة ٧٧٩)

١- لا يكون طلب التأمين وحده ملزما للمؤمن ولا للمؤمن له ولا يتم العقد إلا إذا وقع المؤمن على وثيقة التأمين وتم تسليم هذه الوثيقة إلى المؤمن له ، وإذا تم العقد اعتبر طلب التأمين وما جاء به من بيانات وإقرارات جزءا مكتملا للعقد.

٢- على أن العقد يتم ، حتى قبل تسليم الوثيقة ، إذا قام المؤمن استجابة لطلب التأمين ، بتسليم المؤمن له مذكرة تغطية مؤقتة تشتمل على القواعد الأساسية التي يقوم عليها هذا العقد ، وكانت هذه المذكرة تتضمن التزامات كل من الطرفين قبل الآخر.

٣- ومع ذلك إذا قدم المؤمن له إيصالا بدفع جزء من مقابل التأمين ، كان له أن يثبت بكافة الطرق أن العقد قد تم ، حتى ولو لم يكن قد تسلم مذكرة تغطية مؤقتة.

(مادة ٧٨٠)

إذا لم تطابق الشروط المدونة بالوثيقة ما تم الاتفاق عليه كان للمؤمن له أن يطلب تصحيح هذه الشروط في مدى ثلاثين يوماً من وقت تسلم الوثيقة ، فإن لم يفعل ، اعتبر ذلك قبولا منه للشروط المدونة فيها.

(مادة ٧٨١)

- ١- دون إخلال بالأحكام الخاصة بالتأمين على الحياة ، يجوز أن تكون وثيقة التأمين في صورة وثيقة لمصلحة شخص معين أو وثيقة تحت الاذن أو وثيقة لحاملها ، فإذا كانت الوثيقة اذنية ، فإنها تنتقل بالتظهير ولو على بياض .
- ٢- ويجوز للمؤمن أن يحتج على حامل الوثيقة أو على الشخص الذي يتمسك بها بكل الدفع التي يكون له أن يحتج بها ضد المؤمن له .

(مادة ٧٨٢)

لا يجوز الاحتجاج على المؤمن له بالشروط المتعلقة بالبطان أو بالسقوط أو بالتحكيم، إلا إذا أبرزت بطريقة متميزة كأن تكتب بحروف أكثر ظهوراً أو أكبر حجماً .

(مادة ٧٨٣)

لا يعتد بالشرط الذي يقضى بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات أو في تقديم المستندات إذا تبين من الظروف أن التأخر كان لعذر مقبول .

(مادة ٧٨٤)

يقع باطلا ما يرد في الوثيقة من الشروط الآتية:

- (أ) - الشرط الذي يستثنى من نطاق التأمين الأعمال المخالفة للقوانين واللوائح ما لم يكن الاستثناء محدداً .
- (ب) - كل شرط تعسفي يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في تحقق الخطر المؤمن منه .

(مادة ٧٨٥)

يجب أن تكون مدة التأمين مكتوبة بشكل ظاهر في الوثيقة.

(مادة ٧٨٦)

- ١- تبدأ مدة التأمين من أول اليوم التالي لتمام العقد وتنتهي بنهاية اليوم الأخير منها.
- ٢- فإذا اتفق على بدء سريان التأمين في يوم معين ، بدأ سريانه من أول هذا اليوم.
- ٣- وكل ذلك ما لم يتفق على خلافه.

(مادة ٧٨٧)

فيما عدا عقود التأمين على الحياة ، يجوز لكل من المؤمن والمؤمن له إذا زادت مدة التأمين على خمس سنوات ، أن يطلب إنهاء العقد في نهاية كل خمس سنوات من مدته إذا أخطر الطرف الآخر بذلك قبل انقضاء هذه الفترة بستة أشهر على الأقل ، ويجب ذكر هذا الحكم في وثيقة التأمين.

(مادة ٧٨٨)

- ١- فيما عدا عقود التأمين على الحياة ، يجوز بمقتضى شرط محرر في الوثيقة بشكل متميز ، الاتفاق على امتداد عقد التأمين من تلقاء ذاته إذا لم يقم المؤمن له قبل انتهاء مدته بثلاثين يوماً على الأقل بإبلاغ المؤمن برغبته في عدم امتداد العقد.
- ٢- ولا يسري مفعول هذا الامتداد إلا سنة فسنة ، ويقع باطلا كل اتفاق على أن يكون امتداد التأمين لمدة تزيد على ذلك.

(مادة ٧٨٩)

- ١- يعتبر الطلب المرسل بكتاب موصى عليه من المؤمن له إلى المؤمن ، متضمناً امتداد العقد أو تعديله أو سريانه بعد وقفه قد قبل ، إذا لم يرفض المؤمن هذا الطلب في خلال عشرين يوماً من وقت وصول الكتاب إليه.
- ٢- ومع ذلك إذا كان قرار المؤمن يعتمد على فحص طبي أو كان الطلب يتعلق بزيادة مبلغ التأمين ، فلا يعتد إلا بالموافقة الفعلية للمؤمن.

(ثانياً) إلتزامات المؤمن له .

(مادة ٧٩٠)

يلتزم المؤمن له بما يأتي :

- (أ) - أن يبين بوضوح وقت ابرام العقد كل الظروف المعلومة له والتي يهـم المؤمن معرفتها ليتمكن من تقدير المخاطر التي يأخذها على عاتقه ، ويعتبر مهما على الأخص ، الوقائع التي جعلها المؤمن محل أسئلة محددة ومكتوبة.
- (ب) - أن يبلغ المؤمن بما يطرأ أثناء العقد من ظروف من شأنها أن تؤدي إلى زيادة المخاطر وذلك فور علمه بها.
- (ج) - أن يؤدي مقابل التأمين في موعد استحقاقه.
- (د) - أن يبادر إلى ابلاغ المؤمن بكل حادثة من شأنها أن تجعله مسؤولاً .
ولا تسري أحكام البند (ب) على التأمين على الحياة.

(مادة ٧٩١)

- ١- يكون عقد التأمين قابلاً للابطال لمصلحة المؤمن ، إذا سكت المؤمن له عن أمر أو قدم بياناً غير صحيح ، وكان من شأن ذلك أن يتغير موضوع الخطر أو تقل أهميته في نظر المؤمن .
- ٢- فإذا انكشفت الحقيقة قبل تحقق الخطر ، جاز للمؤمن أن يطلب ابطال العقد بعد عشرة أيام من تاريخ اخطاره المؤمن له بكتاب موصى عليه ، إلا إذا قبل هذا الأخير زيادة في القسط تتناسب مع الزيادة في الخطر ، ويترتب على ابطال العقد في هذه الحالة أن يرد المؤمن مقابل التأمين أو يرد منه القدر الذي لم يتحمل في مقابله بخطر ما .
- ٣- أما إذا ظهرت الحقيقة بعد تحقق الخطر ، وجب خفض مبلغ التأمين بنسبة معدل الأقساط التي أدت فعلاً إلى معدل الأقساط التي كان يجب أن تؤدي لو كانت المخاطر قد أعلنت إلى المؤمن على وجه صحيح .

(مادة ٧٩٢)

١- إذا زادت المخاطر المؤمن منها ، سواء بفعل المؤمن له أو بغير فعله ، جاز للمؤمن أن يطلب إنهاء العقد ، إلا إذا قبل المؤمن له زيادة في مقابل التأمين تتناسب مع الزيادة الطارئة في الخطر.

٢- ومع ذلك لا يجوز للمؤمن أن يتذرع بزيادة المخاطر ، إذا كان بعد أن علم بها بأي وجه ، قد أظهر رغبته في استبقاء العقد ، أو بوجه خاص إذا استمر في استيفاء الأقساط أو إذا أدى التعويض بعد تحقق الخطر المؤمن منه.

٣- ولا تسري أحكام هذه المادة على التأمين على الحياة.

(مادة ٧٩٣)

يبقى عقد التأمين ساريا دون زيادة في المقابل ، إذا تحقق الخطر أو زاد احتمال وقوعه:

(أ) - نتيجة عمل قصد به حماية مصلحة المؤمن.

(ب) - أو نتيجة أعمال أدت امتثالا لواجب انساني أو توخيا للمصلحة العامة.

(مادة ٧٩٤)

إذا كان تحديد مقابل التأمين ملحوظا فيه اعتبارات من شأنها زيادة الخطر المؤمن منه ، ثم زالت هذه الاعترافات أو قلت أهميتها في أثناء سريان العقد ، كان للمؤمن له على الرغم من كل اتفاق مغاير أن يطلب إنهاء العقد دون مطالبة بتعويض ما ، أو أن يطلب تخفيض مقابل التأمين المتفق عليه عن المدة اللاحقة بما يتناسب مع زوال هذه الاعترافات ، وفقا لتعريفه التأمين المعمول بها يوم إبرام العقد.

(مادة ٧٩٥)

١- يستحق القسط الأول من أقساط التأمين وقت اتمام العقد ، ما لم يتفق على غير ذلك.

٢- ولا يجوز للمؤمن الذي سلم وثيقة التأمين قبل أداء القسط الأول أن يتمسك بما قد تنص عليه هذه الوثيقة من ارجاء سريان العقد إلى ما بعد أداء هذا القسط.

٣- ويستحق كل قسط من الأقساط التالية عند بداية كل فترة من فترات التأمين ، ما لم يتفق على غير ذلك ، ويقصد بفترة التأمين المدة التي يحسب عنها القسط ، وفي حالة الشك تعتبر فترة التأمين سنة واحدة.

(مادة ٧٩٦)

- ١- تؤدي أقساط التأمين - فيما عدا القسط الأول - في موطن المؤمن له .
- ٢- ومع ذلك يكون القسط واجب الأداء في موطن المؤمن ، إذا تأخر المؤمن له في دفعه بعد اعداره .
- ٣- وذلك كله ما لم يتفق على غيره .

(مادة ٧٩٧)

- ١- إذا لم يدفع أحد الأقساط في ميعاد استحقاقه ، جاز للمؤمن أن يعذر المؤمن له بكتاب موصى عليه ، بوجوب أداء القسط وبالتتائج المترتبة على التأخر في الوفاء .
- ٢- ويترتب على الاعذار قطع المدة المقررة لعدم سماع دعوى المطالبة بالقسط .

(مادة ٧٩٨)

- ١- فيما عدا الأحكام الخاصة بالتأمين على الحياة ، إذا لم يقيم المؤمن له بأداء القسط رغم اعداره ، فإن عقد التأمين يقف سريانه بانقضاء ثلاثين يوما من تاريخ الاعذار .
- ٢- ويجوز للمؤمن بعد انقضاء ثلاثين يوما من تاريخ الوقف أن يطلب الحكم بتنفيذ العقد ، أو فسخه .
- ٣- فإذا أديت قبل الفسخ الأقساط المتأخرة وما يكون مستحقا من مصروفات ، عاد العقد إلى السريان من بدء اليوم التالي للأداء .
- ٤- ويقع باطلا كل اتفاق يعفى المؤمن من أن يقوم باعدار المؤمن له أو ينقص من المواعيد المنصوص عليها في الفقرتين الأولى والثانية .

(ثالثاً) إلتزامات المؤمن :

(مادة ٧٩٩)

يلتزم المؤمن ، عند تحقق الخطر المؤمن منه أو عند حلول الأجل المحدد في العقد ، بأداء مبلغ التأمين المستحق خلال ثلاثين يوماً من اليوم الذي يقدم فيه صاحب الحق البيانات والمستندات اللازمة للتثبت من حقه .

(مادة ٨٠٠)

في التأمين من الأضرار ، يلتزم المؤمن بتعويض المؤمن له عن الضرر الناتج من وقوع الخطر المؤمن منه ، على ألا يجاوز ذلك مبلغ التأمين .

(مادة ٨٠١)

١- في التأمين من الأضرار ، يحل المؤمن قانوناً بما أداه من تعويض في الدعاوى التي تكون للمؤمن له قبل المسئول قانوناً عن الضرر المؤمن منه ، وذلك ما لم يكن المسئول عن الضرر قريباً أو صهراً للمؤمن له ممن يكونون معه في معيشة واحدة أو شخصاً يكون المؤمن له مسئولاً عن أعماله .

٢- وتبرأ ذمة المؤمن قبل المؤمن له من كل مبلغ التأمين أو بعضه إذا أصبح حله محله متعذراً بسبب راجع إلى المؤمن له .

(رابعاً) إنتقال الحقوق والإلتزامات الناشئة

عن عقد التأمين وإنقضاؤها:

(مادة ٨٠٢)

١- تنتقل الحقوق والإلتزامات الناشئة عن عقد التأمين إلى من تنتقل إليه ملكية الشيء المؤمن عليه عند التصرف فيه ، أما في حالة وفاة المؤمن له فتنتقل هذه الحقوق والإلتزامات إلى ورثته مع مراعاة ما تقضي به أحكام الميراث .

٢- ومع ذلك يجوز لكل من المؤمن ومن انتقلت إليه الملكية أو آلت إليه عن طريق الارث أن يفسخ العقد وحده ، وللمؤمن أن يستعمل حقه في الفسخ خلال ثلاثين يوماً من التاريخ الذي يخطر فيه بالتصرف الناقل للملكية أو بوفاة المؤمن له.

(مادة ٨٠٣)

يقع باطلا كل شرط يستحق المؤمن بمقتضاه تعويضاً إذا اختار من انتقلت أو آلت إليه ملكية الشيء المؤمن عليه إنهاء العقد.

(مادة ٨٠٤)

إذا انتقلت ملكية الشيء المؤمن عليه ، بقي من انتقلت منه الملكية ملزماً بدفع ما حل من الأقساط، وتبرأ ذمته من الأقساط المستقبلية ، وذلك من التاريخ الذي يخطر فيه المؤمن بكتاب موصى عليه بحصول التصرف الناقل للملكية.

(مادة ٨٠٥)

إذا تعدد الورثة أو المتصرف إليهم وسرى عقد التأمين بالنسبة لهم ، كانوا مسئولين بالتضامن عن دفع الأقساط.

(مادة ٨٠٦)

١- إذا أفلس المؤمن له قبل انقضاء مدة العقد، بقي التأمين قائماً لصالح جماعة الدائنين التي تصبح مدينة مباشرة قبل المؤمن بمجموع الأقساط التي تستحق من يوم صدور الحكم بشهر الافلاس ويكون لكل من الطرفين الحق في إنهاء العقد في مدى ثلاثة أشهر تبدأ من هذا التاريخ ، وعلى المؤمن في حالة الانهاء أن يرد لجماعة الدائنين الجزء من القسط الذي لم يتحمل في مقابله خطراً ما.

٢- فإذا أفلس المؤمن ، فان العقد يقف سريانه من يوم صدور الحكم بشهر الافلاس . ويكون للمؤمن له الحق في استرداد الجزء من القسط الذي يكون قد دفعه عن الفترة التي يوقف فيها العقد وذلك دون اخلال بالأحكام الخاصة بالتأمين على الحياة.

(مادة ٨٠٧)

تسقط الدعاوى الناشئة عن عقد التأمين بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حدوث الواقعة التي تولدت عنها هذه الدعاوى وذلك ما لم يقض القانون بخلافه - ومع ذلك لا تسري المدة:

(أ) - في حالة اخفاء بيانات متعلقة بالخطر المؤمن عنه ، أو تقديم بيانات غير صحيحة أو غير دقيقة عن هذا الخطر ، إلا من اليوم الذي علم فيه المؤمن بذلك .

(ب) - في حالة وقوع الحادث المؤمن منه ، إلا من اليوم الذي علم فيه ذوو الشأن بوقوعه .

(ج) - عندما يكون سبب دعوى المؤمن له على المؤمن ناشئاً عن رجوع الغير عليه ، إلا من يوم رفع الدعوى من هذا الغير على المؤمن له أو من اليوم الذي يستوفى فيه الغير التعويض من المؤمن له .

(مادة ٨٠٨)

١- لا يجوز الاتفاق على عدم سرّيان أحكام النصوص الواردة في هذا الفصل أو على تعديلها ، إلا أن يكون ذلك لمصلحة المؤمن له ، أو لمصلحة المستفيد .

٢- ومع ذلك لا يجوز الاتفاق على اطالة المدة المقررة لسقوط الدعاوى المبيّنة في المادة السابقة ولا على تقصيرها . حتى لو كان ذلك لمصلحة المؤمن له أو لمصلحة المستفيد .

(مادة ٨٠٩)

تسري الأحكام المبيّنة في هذا الفصل على جميع أنواع التأمين ، مع مراعاة ما تقضى به التشريعات الخاصة في شأن نوع معين منها .

القسم الثاني الحقوق العينية

الكتاب الأول - الحقوق العينية الأصلية

الباب الأول حق الملكية

الفصل الأول أحكام حق الملكية

الفرع الأول - نطاق حق الملكية

(مادة ٨١٠)

لمالك الشيء أن يستعمله وأن يستغله وأن يتصرف فيه ، في حدود القانون.

(مادة ٨١١)

ملكية الشيء تشمل أجزائه ، وثماره ، ومنتجاته ، وملحقاته ، ما لم يوجد نص أو تصرف قانوني يخالف ذلك.

(مادة ٨١٢)

ملكية الأرض تشمل ما تحتها وما فوقها إلى الحد المفيد في التمتع بها وفقاً للمألوف ، ما لم يوجد نص أو تصرف قانوني يخالف ذلك.

(مادة ٨١٣)

لكل مالك أن يجبر جاره على وضع حدود لأملاكهما المتلاصقة ، وتكون نفقات التحديد مناصفة بينهما.

(مادة ٨١٤)

لا يجوز للمالك أن يكون له على ملك جاره فتحات إلا في الحدود التي يقررها القانون.

(مادة ٨١٥)

إذا تضمن التصرف القانوني شرطاً يمنع المتصرف إليه من التصرف في المال الذي اكتسب ملكيته بمقتضى ذلك التصرف ، أو يقيد حقه في التصرف فيه ، فلا يصح الشرط ما لم يكن مبنياً على باعث قوى ومقصوراً على مدة معقولة .

(مادة ٨١٦)

- ١- إذا كان الشرط المانع أو المقيد للتصرف صحيحاً ، وتصرف المشروط عليه بما يخالف الشرط ، جاز لكل من المشتراط ومن تقرر الشرط لمصلحته ابطال التصرف .
- ٢- ومع ذلك يصح التصرف المخالف للشرط إذا أقره المشتراط وذلك ما لم يكن الشرط قد تقرر لمصلحة الغير .

(مادة ٨١٧)

- ١- لا يحتج بالشرط المانع أو المقيد للتصرف على الغير إلا إذا كان على علم به وقت التصرف أو كان في مقدوره أن يعلم به .
- ٢- فإذا كان الشيء عقاراً وتم شهر التصرف الذي ورد به الشرط ، فيعتبر الغير عالماً بالشرط من وقت الشهر .

الفرع الثاني - الملكية الشائعة

(أولاً) أحكام الشيوع:

(مادة ٨١٨)

- ١- إذا تعدد أصحاب الحق العيني على شيء ، غير مفرزة حصة كل منهم ، فهم شركاء على الشيوع ، وتكون حصصهم متساوية ما لم يثبت غير ذلك .
- ٢- وتسري النصوص التالية على الملكية الشائعة ، كما تسري على الحقوق العينية الشائعة الأخرى ، ما لم تتعارض مع طبيعة الحق أو مع ما يقرره القانون .

(مادة ٨١٩)

- ١- لكل شريك الحق في استعمال الشيء الشائع واستغلاله بقدر حصته وبمراعاة حقوق شركائه.
- ٢- وله أن يتصرف في حصته الشائعة.

(مادة ٨٢٠)

تكون إدارة المال الشائع والتصرف فيه من حق الشركاء مجتمعين ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

(مادة ٨٢١)

- ١- لأغلبية الشركاء ، على أساس قيمة الحصص ، أن تقوم بأعمال الإدارة المعتادة ، ولها أن تعين من الشركاء أو من غيرهم مديرا يقوم بهذه الأعمال. ولها أن تضع نظاماً للإدارة.
- ٢- ويسري ما تتخذه الأغلبية على جميع الشركاء وخلفائهم سواء كان الخلف عاما أو خاصا.

(مادة ٨٢٢)

إذا لم تتوفر الأغلبية المنصوص عليها في المادة السابقة ، فللمحكمة بناء على طلب أى شريك أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة أو المصلحة ، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع.

(مادة ٨٢٣)

إذا تولى أحد الشركاء عملا من أعمال الإدارة المعتادة ولم تعترض عليه أغلبية الشركاء في وقت مناسب ، اعتبر فيما قام به نائبا عن الجميع ، فإذا اعترضت الأغلبية لا ينفذ تصرف الشريك في حق باقى الشركاء.

(مادة ٨٢٤)

- ١- للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا في سبيل

تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية والتعديل في الغرض الذي أعد له ما يجاوز الادارة المعتادة ، على أن يخطر و باقي الشركاء بذلك القرار كتابة قبل إحداث التغيير أو التعديل ، ولمن خالف من هؤلاء أن يتقدم إلى المحكمة باعتراضه خلال ثلاثين يوماً من وقت الاخطار.

٢- وللمحكمة إذا اعتمدت قرار الأغلبية ، أن تقرر ما تراه مناسباً من التدابير.

(مادة ٨٢٥)

لكل شريك الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء الشائع ، وذلك دون حاجة لموافقة باقي الشركاء.

(مادة ٨٢٦)

نفقات حفظ المال الشائع وإدارته وسائر التكاليف المقررة عليه يتحملها جميع الشركاء كل بنسبة حصته ، ما لم يتفق الشركاء جميعاً على غيره أو يقض القانون بخلافه.

(مادة ٨٢٧)

للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية ، وكانت القسمة ضارة بمصالح الشركاء ، وعليهم أن يخطر و باقي الشركاء بقرارهم كتابة ، ولمن خالف من هؤلاء أن يتقدم إلى المحكمة باعتراضه خلال ستين يوماً من وقت الإخطار. وللمحكمة تبعاً للظروف التصريح بالتصرف أو رفضه.

(مادة ٨٢٨)

في الحالات التي ينص فيها القانون على حق أغلبية الشركاء في الادارة غير المعتادة أو التصرف ، لا تتوفر الأغلبية في شريك واحد مهما بلغت حصته في المال.

(مادة ٨٢٩)

إذا تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع ، فلا يكون للتصرف أثر ، فيما يتعلق بنقل الملكية أو إنشاء الحقوق العينية الأخرى ، إلا إذا وقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب الشريك المتصرف.

(ثانياً) إنقضاء الشروع بالقسمة:

(مادة ٨٣٠)

- ١- لكل شريك أن يطلب قسمة المال الشائع ما لم يكن مجبراً على البقاء في الشروع بمقتضى القانون أو التصرف ، ولا يجوز الإجبار على البقاء في الشروع بمقتضى التصرف القانوني إلى أجل يجاوز خمس سنين . فإذا كان الأجل لا يجاوز هذه المدة سرى الاجبار في حق الشريك ومن يخلفه .
- ٢- ومع ذلك فللمحكمة ، بناء على طلب أحد الشركاء أن تأمر بالبقاء في الشروع مدة تحددها أو بالاستمرار فيه إلى أجل لاحق للأجل المشروط وذلك متى كانت القسمة العاجلة ضارة بمصالح الشركاء ، كما لها أن تأمر بالقسمة قبل انقضاء الأجل المشروط إذا وجد سبب قوى يبرر ذلك .

(مادة ٨٣١)

- ١- للشركاء جميعاً أن يتفقوا على قسمة المال الشائع بالطريقة التي يرونها ما لم يقض نص بغيره .
- ٢- ولا يجوز إجراء القسمة بالاتفاق إذا كان أحد الشركاء غير كامل الأهلية ما لم يكن له ولي ، وكذلك إذا كان أحدهم غائباً أو مفقوداً وثبتت غيبته أو فقده .

(مادة ٨٣٢)

- ١- للمتقاسم الحق في طلب إبطال القسمة التي تمت بالتراضي إذا لحقه منها غبن يزيد على الخمس ، ويكون التقدير حسب قيم الأشياء وقت القسمة .
- ٢- وتسقط دعوى الإبطال بمرور سنة من وقت القسمة .
- ٣- وللمدعي عليه أن يمنع الإبطال إذا أكمل للمدعي نقداً أو عيناً ما نقص من نصيبه .

(مادة ٨٣٣)

- ترفع دعوى القسمة أمام المحكمة الكلية وللمحكمة أن تندب خبيراً أو أكثر لافراز الأنصبة إن كان المال يقبل القسمة عيناً دون نقص كبير في قيمته .

(مادة ٨٣٤)

- ١- تكون الأنصبة على أساس أصغر حصة ولو كانت القسمة جزئية.
- ٢- ويجب أن يجنب لكل شريك نصيبه إذا اتفق الشركاء على ذلك ، أو تعذرت القسمة على أساس أصغر حصة.
- ٣- ويجوز أن يكمل ما نقص من قيمة النصيب العيني بمعدل يدفعه من يحصل على نصيب أكبر من قيمة حصته.

(مادة ٨٣٥)

بعد الانتهاء من الفصل في المنازعات المتعلقة بتكوين الأنصبة والمنازعات الأخرى ، فإن كانت الأنصبة قد كونت بطريق التجنيب أصدرت المحكمة حكماً بإعطاء كل شريك نصيبه المفروز ، وإن كانت قد كونت على أساس أصغر حصة تجرى القسمة بالاقتراع وتثبت المحكمة ذلك في المحضر وتصدر حكماً بإعطاء كل شريك نصيبه المفروز.

(مادة ٨٣٦)

- ١- إذا كانت قسمة المال عيناً غير ممكنة أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمته ، حكمت المحكمة بيعه بالمزاد بالطريقة المبينة في قانون المرافعات.
- ٢- ويجوز للمحكمة أن تأمر بقصر المزايدة على الشركاء إذا طلبوا ذلك بالإجماع ما لم يكن بينهم غير كامل الأهلية وليس له ولي أو كان بينهم من ثبتت غيبته أو فقده.

(مادة ٨٣٧)

- ١- يجب على الشركاء ، سواء كانت القسمة قضائية أو اتفاقية ، أن يدخلوا الدائنين المشهورة حقوقهم قبل رفع الدعوى أو قبل إبرام القسمة الاتفاقية ، وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقهم.
 - ٢- ولدائني كل شريك أن يعارضوا في أن تتم القسمة القضائية في غيبتهم ، وتكون المعارضة بإنذار رسمي يوجه إلى جميع الشركاء.
- ويجب على الشركاء إدخال من عارض من الدائنين في الدعوى وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقهم.

(مادة ٨٣٨)

يعتبر المتقاسم مالكا وحده للنصيب المفرز الذي اختص به في القسمة. وتكون ملكيته له خالصة من كل حق رتبة غيره من الشركاء ما لم يكن الحق قد تقرر بإجماع الشركاء أو بأغليبتهم وفقا للقانون.

(مادة ٨٣٩)

إذا كانت حصة الشريك ، قبل القسمة ، مثقلة بحق عيني ، ترتب على القسمة أن يثقل هذا الحق نصيب الشريك المفرز أو جزءا مما وقع في هذا النصيب يعادل قيمة الحصة التي كانت مثقلة بالحق. وتعين المحكمة هذا الجزء عند عدم اتفاق ذوي الشأن.

(مادة ٨٤٠)

١- يضمن كل متقاسم للآخر ما يقع في النصيب الذي اختص به من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة.

٢- فإذا استحق نصيب المتقاسم كله أو بعضه ، كان له أن يطلب فسخ القسمة وإجراء قسمة جديدة إذا كان ذلك ممكنا دون ضرر لباقي المتقاسمين أو للغير. فإن لم يطلب الفسخ أو تعذر إجراء قسمة جديدة كان لمستحق الضمان الرجوع على المتقاسمين الآخرين بمقدار ما نقص من نصيبه على أساس قيمة الأموال المقسومة جميعا وقت الاستحقاق ، ويكون كل متقاسم ملزما بنسبة حصته ، فإذا كان أحدهم معسرا وزع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين.

(مادة ٨٤١)

يضمن المتقاسم ما يقع لغيره من المتقاسمين من تعرض أو استحقاق لسبب لاحق للقسمة يرجع إلى فعله ، ويلتزم بتعويض مستحق الضمان عما نقص من نصيبه مقدرا وقت الاستحقاق ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك.

(مادة ٨٤٢)^١

مع عدم الإخلال بما تقضى به المادة السابقة لا يكون للضمان محل إذا كان

١ * معدلة بالقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٩٦ ، الصادر بتاريخ ٢٢ / ٥ / ١٩٩٦ . والنص قبل التعديل «مع عدم الإخلال بما تقضى به المادة السابقة لا يكون للضمان محل إذا وجد اتفاق صريح على الاعفاء منه في الحالة الخاصة التي نشأ عنها أو كان الاستحقاق راجعا إلى خطأ المتقاسم نفسه».

الاستحقاق راجعاً إلى خطأ المتقاسم نفسه.

(ثالثاً) قسمة المهايأة:

(مادة ٨٤٣)

١- للشركاء جميعاً أن يتفقوا على قسمة منافع المال الشائع مهايأة بأن ينتفع كل منهم بجزء مفرز مدة معينة لا يصح أن تزيد على خمس سنين ، وتنتهي القسمة بانقضاء المدة المتفق عليها دون حاجة إلى تنبيه.

٢- فإذا لم يتفق على مدة ، اعتبرت القسمة لمدة سنة تمتد سنة فسنة ، وتنتهي إذا نبه أحد الشركاء شركاءه برغبته في ذلك قبل انقضاء السنة الجارية بستين يوماً.

٣- وإذا انتهت القسمة ، وبقي الشركاء كل منهم منتفعا بالجزء الذي اختص به دون اعتراض من أحدهم ، تجددت لمدة سنة تمتد على النحو السابق.

(مادة ٨٤٤)

للشركاء جميعاً أن يتفقوا على قسمة منافع المال الشائع مهايأة بأن يتناوبوا الانتفاع به كل منهم لمدة تتناسب مع حصته.

(مادة ٨٤٥)

للشركاء أثناء القسمة النهائية أن يتفقوا على قسمة المال الشائع مهايأة بينهم حتى تتم القسمة النهائية. فإذا تعذر اتفقهم على قسمة المهايأة جاز للمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء أن تأمر بها.

(مادة ٨٤٦)

تخضع قسمة المهايأة من حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم ، ومن حيث الاحتجاج بها على الغير لأحكام عقد الايجار ما لم تتعارض هذه الأحكام مع طبيعة القسمة.

رابعاً) الشيوع الإجباري:

(مادة ٨٤٧)

إذا تبين من الغرض الذي أعد له المال الشائع أنه يجب أن يبقى شائعاً ، فليس للشريك أن يطلب قسمته ولا أن يتصرف في حصته تصرفاً يتعارض مع ذلك الغرض .

خامساً) ملكية الطبقات والشقق:

(مادة ٨٤٨)

- ١- تسري نصوص المواد التالية على كل بناء أو مجموعة أبنية ، لعدة أشخاص ، كل منهم يملك جزءاً مفرزاً وحصّة شائعة في الأجزاء المشتركة.
- ٢- ومن يملك جزءاً مفرزاً يعتبر مالكا حصّة شائعة في الأجزاء المشتركة ما لم يثبت خلافه.

(مادة ٨٤٩)

- ١- تشمل الأجزاء المشتركة: الأرض ، وهيكل البناء ، وأجزاءه وملحقاته غير المعدة للاستعمال الخاص بأحد الملاك ، وتشمل بوجه خاص:
 - (أ) الأرض المقام عليها البناء ، والأفنية ، والممرات الخارجية ، والحدائق ، ومواقف السيارات.
 - (ب) أساسات البناء ، والأسقف ، والأعمدة المعدة لحملها ، والجدران الرئيسية.
 - (ج) المداخل ، والممرات الداخلية ، والسلالم ، والمصاعد.
 - (د) الأماكن المخصصة للحراس وغيرهم من العاملين في خدمة البناء.
 - (هـ) الأماكن المخصصة للخدمات المشتركة.
 - (و) كل أنواع الأنابيب والأجهزة إلا ما كان منها داخل أحد الأجزاء المفروزة وتقتصر منفعته على مالك هذا الجزء.
- ٢- كل ما سبق ما لم يرد في سندات الملك ما يخالفه.

(مادة ٨٥٠)

- ١- الأجزاء المشتركة التي تقتصر منفعتها على بعض الملاك فقط تكون ملكا مشتركا لهؤلاء الملاك.
- ٢- وبوجه خاص تكون الحواجز الفاصلة بين جزئين من أجزاء الطبقة ملكا مشتركا لمالكيها.

(مادة ٨٥١)

تكون حصة كل مالك في الأجزاء المشتركة بنسبة قيمة الجزء الذي يملكه مفرزا ، وتقدر قيمة هذا الجزء على أساس مساحته وموقعه وقت إنشاء البناء .

(مادة ٨٥٢)

الأجزاء المشتركة لا تقبل القسمة ، ولا يجوز للمالك أن يتصرف في حصة منها مستقلة عن الجزء الذي يملكه مفرزا ، والتصرف في الجزء المفروز يشمل حصة المتصرف في الأجزاء الشائعة .

(مادة ٨٥٣)

- ١- للملاك بأغلبية ثلاثة أرباع الأنصبة أن يضعوا نظاما لضمان حسن الانتفاع بالعمارة وإدارته .
- ٢- ولا يجوز أن تفرض في النظام قيود على ملكية الأجزاء المفروزة أو المشتركة لا يبررها تخصيص هذه الأجزاء أو موقعها .

(مادة ٨٥٤)

لكل مالك أن يتصرف في الجزء المفروز الذي يملكه ، وله أن يستعمله وأن يستغله بما لا يتعارض مع التخصيص المتفق عليه أو مع ما أعد له .

(مادة ٨٥٥)

لكل مالك ، في سبيل الانتفاع بالجزء الذي يملكه مفرزا ، أن يستعمل الأجزاء المشتركة ، فيما خصصت له ، مع مراعاة حقوق غيره من الملاك .

(مادة ٨٥٦)

١- يجوز لكل مالك أن يحدث على نفقته تعديلا في الأجزاء المشتركة إذا كان من شأنه تحسين الانتفاع بتلك الأجزاء دون أن يغير من تخصيصها أو يلحق الضرر بالملاك الآخرين.

٢- ويجب ، قبل إحداث التعديل ، الحصول على موافقة الجمعية العمومية للاتحاد وفقا لنص المادة ٨٦٧ ، وفي حالة عدم وجود اتحاد الحصول على موافقة أغلبية ثلاثة أرباع الأنصبة ، فإذا لم يحصل على الموافقة كان له أن يطلب من المحكمة التصريح له بإجرائه.

(مادة ٨٥٧)

لا يجوز لأى مالك أن يقوم بعمل من شأنه أن يهدد سلامة البناء أو يغير في شكله أو مظهره الخارجي .

(مادة ٨٥٨)

- ١- نفقات حفظ الأجزاء المشتركة وصيانتها وإدارتها وتجديدها يتحملها جميع الملاك كل بنسبة حصته في تلك الأجزاء.
- ٢- ومع ذلك فنفقات الخدمات المشتركة ، التي تخص بعض الملاك أو يتفاوت الانتفاع بها تفاوتاً واضحاً توزع بنسبة ما يعود منها على كل طابق أو شقة من منفعة.
- ٣- كل ذلك ما لم يتفق على خلافه.

(مادة ٨٥٩)

- ١- يجوز للملاك بأغلبية الأنصبة ، أن يكونوا اتحاداً لإدارة العقار وضمنان حسن الانتفاع به.
- ٢- ويكون لاتحاد الملاك شخصية اعتبارية من تاريخ شهر الاتفاق على تكوينه.
- ٣- وينظم شهر اتحاد الملاك بقرار يصدر من وزير العدل.

(مادة ٨٦٠)

- ١- إذا لم يوجد اتحاد للملاك تكون إدارة الأجزاء المشتركة وفقا لما يتم الاتفاق عليه في النظام المشار إليه في المادة ٨٥٣ ، والقواعد العامة في إدارة الملكية الشائعة .
- ٢- فإذا وجد اتحاد الملاك تسرى النصوص التالية واللائحة العامة لإدارة ملكية الطبقات والشقق التي تصدر بمرسوم .

(مادة ٨٦١)

- ١- يجوز لاتحاد الملاك أن يمتلك طبقة أو شقة أو أكثر ملكية مفرزة ، ويكون له أن يتصرف فيها .
- ٢- ولا يكون للاتحاد بسبب ملكية بعض الأجزاء المفرزة أصوات في الجمعية العمومية .

(مادة ٨٦٢)

يعتبر اتحاد الملاك حارسا على الأجزاء المشتركة ، ويكون مسئولا بهذه الصفة عن الأضرار التي تلحق الملاك أو الغير ، دون إخلال بحقه في الرجوع على غيره وفقا للقانون .

(مادة ٨٦٣)

- ١- تتكون الجمعية العمومية من جميع الملاك .
- ٢- وإذا تعدد الأشخاص الذين يملكون معا طبقة أو شقة ، فيعتبرون فيما يتعلق بعضوية الجمعية مالكا واحدا ، وعليهم أن يوكلوا من يمثلهم فيها . فإذا لم يتفقوا ، فللمحكمة بناء على طلب أحدهم أو على طلب مدير الاتحاد أن تعين من يمثلهم .

(مادة ٨٦٤)

- ١- لكل مالك عدد من الأصوات في الجمعية العمومية يتناسب مع حصته في الأجزاء المشتركة .
- ٢- ومع ذلك ، فإذا كانت حصة المالك تزيد على النصف ، انقص عدد ماله من أصوات إلى ما يساوي مجموع أصوات باقي الملاك .

(مادة ٨٦٥)

- ١- يجوز للمالك أن يوكل غيره في حضور اجتماعات الجمعية العمومية والتصويت فيها.
- ٢- ولا يجوز لشخص واحد أن يكون وكيلًا عن أكثر من مالك ، كما لا يجوز لمن له عدد من الأصوات مساو لأصوات باقي الأعضاء أن يكون وكيلًا عن غيره.
- ٣- ولا يجوز لمدير الاتحاد ولا لأحد معاونيه ولا لأزواجهم أن يكونوا وكلاء عن الملاك.

(مادة ٨٦٦)

تصدر قرارات الجمعية العمومية بأغلبية ما للحاضرين من أصوات ، ما لم ينص القانون على غير ذلك.

(مادة ٨٦٧)

- تصدر قرارات الجمعية العمومية بأغلبية أصوات جميع الأعضاء في شأن:
- (أ) التفويض في اتخاذ قرار من القرارات التي تكفي للموافقة عليها أغلبية أصوات الحاضرين.
 - (ب) تعيين أو عزل مدير الاتحاد أو أعضاء مجلس الإدارة.
 - (ج) التصريح لأحد الملاك باحداث تعديل في الأجزاء المشتركة وفقا لنص المادة ٨٥٦.
 - (د) تعديل نسب توزيع النفقات المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة ٨٥٨ إذا أصبح هذا التعديل ضروريا بسبب تغيير تخصيص بعض الطبقات أو الشقق.
 - (هـ) شروط تنفيذ الأعمال التي تفرضها القوانين أو اللوائح.
 - (و) الشروط التي يتم بها التصرف في الأجزاء المشتركة إذا أصبح هذا التصرف واجبا تفرضه القوانين أو اللوائح.
 - (ز) تجديد البناء في حالة الهلاك كليًا أو جزئيا ، وتوزيع نفقاته على الملاك.

(مادة ٨٦٨)

عند هلاك البناء كلياً أو جزئياً يخصص ما قد يستحق بسببه لأعمال التجديد ما لم يجمع الملاك على غير ذلك.

(مادة ٨٦٩)

تصدر قرارات الجمعية العمومية بأغلبية ثلاثة أرباع أصوات جميع الأعضاء في شأن:

(أ) وضع نظام للملكية لضمان حسن الانتفاع بال عقار وإدارته أو تعديله.

(ب) إحداث تعديل أو تغيير أو إضافة في الأجزاء المشتركة إذا كان من شأن ذلك تحسين الانتفاع بها في حدود ما خصص له العقار. وعلى الجمعية في هذه الحالة أن تقرر بنفس الأغلبية توزيع نفقات ما قررت من أعمال وكذلك نفقات تشغيل وصيانة ما استحدث.

ولا يجوز لأى مالك أن يمنع أو يعطل تنفيذ ما قررت الجمعية ولو اقتضى هذا التنفيذ القيام بأعمال داخل طبقته أو شقته.

ولمن يلحقه ضرر بسبب تنفيذ الأعمال التي قررتها الجمعية الحق في مطالبة الاتحاد بالتعويض.

(ج) التصرفات العقارية التي من شأنها كسب أو نقل أو ترتيب حق من الحقوق العينية بالنسبة للأجزاء المشتركة غير المنصوص عليها في المادة ٨٦٧ (و).

(د) تملك الاتحاد جزءاً من الأجزاء المفروزة ، والتصرف فيما يملكه من هذه الأجزاء.

(مادة ٨٧٠)

تصدر قرارات الجمعية العمومية باجماع أصوات الأعضاء في شأن:

(أ) التصرف في جزء من الأجزاء المشتركة إذا كان الاحتفاظ بهذا الجزء ضرورياً للانتفاع بالعقار وفقاً للتخصيص المتفق عليه.

(ب) انشاء طبقات أو شقق جديدة بغرض تمليكها ملكية مفروزة.

(مادة ٨٧١)

- ١- تعيين الجمعية العمومية مديرا للاتحاد ، من بين الملاك أو من غيرهم ، لمدة لا تزيد على سنتين قابلة للتجديد.
- ٢- وإذا لم تعين الجمعية العمومية مديرا للاتحاد ، كان لكل مالك أن يطلب من محكمة الأمور المستعجلة تعيين مدير مؤقت.

(مادة ٨٧٢)

يمثل المدير الاتحاد أمام المحاكم والجهات الادارية وفي التعامل مع الغير.

(مادة ٨٧٣)

يتولى المدير تنفيذ نظام الملكية وقرارات الجمعية العمومية وحفظ الأجزاء المشتركة، وذلك بالإضافة إلى ما يتقرر له من اختصاصات أخرى وفقا للقانون.

(مادة ٨٧٤)

- ١- يجوز إنشاء مجلس لادارة الاتحاد ، لمساعدة المدير والرقابة على أعماله ، وإبداء الرأي للجمعية فيما يراه والقيام بما تكلفه به.
- ٢- إذا لم ينص في نظام الملكية على إنشاء مجلس للإدارة ، يجوز للجمعية العمومية بأغلبية أصوات جميع الأعضاء أن تقرر إنشاء المجلس.

الفصل الثاني

أسباب كسب الملكية

الفرع الأول - كسب الملكية ابتداءً (الإستيلاء)

(مادة ٨٧٥)

من حاز منقولا مباحا بنية تملكه ملكه.

(مادة ٨٧٦)

- ١- يصبح المنقول مباحا إذا تخلى عنه مالكة بنية النزول عن ملكيته.

- ٢- وتعتبر الحيوانات غير الأليفة مباحة ما دامت طليقة ، ومع ذلك فإذا أحرز حيوان منها ثم عاد طليقا فلا يعتبر مباحا إلا إذا لم يتبعه المالك فوراً أو إذا كف عن تتبعه .
- ٣- وما روض من الحيوانات وألف الرجوع إلى المكان المخصص له ، ثم فقد هذه العادة، أصبح مباحا ما دام طليقا وكف صاحبه عن تتبعه .

(مادة ٨٧٧)

الكنز المدفون أو المخبوء الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له ، يكون خمسه لمن يعثر عليه والباقي لمالك الشئ الذي وجد فيه الكنز أو لمالك رقبته أو للواقف أو ورثته إذا كان الشئ الذي وجد فيه موقوفاً وذلك مع مراعاة ما تقضى به المادة ٨٧٩ .

(مادة ٨٧٨)

كل عقار لا مالك له يكون ملكا للدولة .

(مادة ٨٧٩)

الحق في صيد البر والبحر واللقطة والأشياء الأثرية وما في باطن الأرض من معادن تنظمه تشريعات خاصة .

الفرع الثاني - كسب الملكية ما بين الأحياء

(أولا) الإلتصاق:

(مادة ٨٨٠)

كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو منشآت أخرى أو غراس ، يعتبر من عمل مالك الأرض اقامه على نفقته ويكون مملوكاً له ، ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك .

(مادة ٨٨١)

١- يكون ملكا لمالك الأرض ما يحدثه فيها من منشآت أو غراس بمواد مملوكة لغيره ، إذا لم يكن ممكنا نزع هذه المواد دون أن يلحق مالك الأرض ضرر جسيم ، أو كان

ممكنا نزعها ولم ترفع الدعوى باستردادها خلال سنة من وقت علم مالك المواد انها اندمجت في الأرض .

٢- فإذا تملك مالك الأرض المواد ، كان عليه أن يدفع قيمتها وقت التصاقها بالأرض ، أما إذا استرد المواد مالكةا فإن نزعها يكون على نفقة مالك الأرض . ولمالك المواد في الحالين الحق في التعويض إن كان له وجه .

(مادة ٨٨٢)

إذا أحدث شخص بناء أو غراسا أو منشآت أخرى ، بمواد من عنده ، على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره وأنه ليس له الحق في احداثها ، أو كان جهله بذلك ناشئا عن خطأ جسيم ، كان لمالك الأرض أن يطلب إزالة المستحدثات على نفقة من أحدثها مع التعويض إن كان له وجه وذلك خلال سنة من وقت علمه بإحداثها . فان لم يطلب الإزالة ، أو طلب استبقاء المستحدثات التزم بدفع قيمتها مستحقة الازالة أو دفع ما زاد بسببها في قيمة الأرض .

(مادة ٨٨٣)

١- إذا أحدث شخص بناء أو غراسا أو منشآت أخرى ، بمواد من عنده ، على أرض غيره بترخيص من المالك أو كان معتقدا بحسن نية أن له الحق في احداثها ، فلا يجوز لمالك الأرض أن يطلب الازالة ، وإنما يكون له الخيار بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل أو أن يدفع ما زاد في قيمة الأرض بسبب ما استحدث فيها . هذا ما لم يطلب من أحدث المنشآت أو الغراس نزع ما استحدثه وكان ذلك لا يلحق بالأرض ضررا .

٢- ومع ذلك ، فإذا كانت المستحدثات قد بلغت حدا من الجسامة بحيث يرهق مالك الأرض أن يؤدي ما هو مستحق عنها ، كان له أن يطلب تملك الأرض لمن أحدثها بمقابل عادل .

(مادة ٨٨٤)

يجوز للمحكمة بناء على طلب من يلتزم بالمقابل أو التعويض وفقا للمادتين

٨٨٢ و ٨٨٣ ، أن تقرر ما تراه مناسباً للوفاء بما تحكم به ، ولها بوجه خاص أن تحكم بأن يكون الوفاء على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات الكافية.

(مادة ٨٨٥)

إذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناء ، قد جار بحسن نية على جزء يسير من الأرض الملاصقة ، جاز للمحكمة أن تحكم بتمليكه الجزء المشغول بالبناء نظير مقابل عادل.

(مادة ٨٨٦)

١- وإذا كان من أحدث البناء أو الغراس أو المنشآت على أرض غيره ، بمواد مملوكة لشخص ثالث ، كان لمالك المواد أن يرجع بالتعويض على من أخذها ، كما له أن يرجع على مالك الأرض بما لا يزيد عما بقى في ذمته من قيمة ما استحدث على أرضه.

٢- وإذا كان من أحدث البناء أو الغراس أو المنشآت حسن النية ، كان لمالك المواد أن يطلب نزعها إذا لم يلحق ذلك بالأرض ضرراً.

(مادة ٨٨٧)

إذا التصقت منقولات لملاك مختلفين ، بحيث لا يمكن فصلها دون تلف ، ولم يكن هناك اتفاق بين المالكين ، قضت المحكمة في الأمر مراعية في ذلك الضرر الذي حدث وحالة الأطراف وحسن أو سوء نية كل منهم.

(ثانياً) التصرف القانوني:

(مادة ٨٨٨)

تنتقل الملكية، كما تنتقل أو تنشأ الحقوق العينية الأخرى ، في المنقول والعقار بالتصرف القانوني إذا كان المتصرف هو صاحب الحق المتصرف فيه ، وذلك مع مراعاة أحكام المادتين التاليتين.

(مادة ٨٨٩)

- ١- إذا كان المتصرف فيه منقولاً معيناً بذاته ، انتقل الحق أو نشأ فور إبرام التصرف.
- ٢- إذا كان المنقول معيناً بنوعه فلا ينتقل الحق أو ينشأ إلا بإفرازه.
- ٣- كل ما سبق ما لم ينص القانون أو يقض الاتفاق بخلافه.

(مادة ٨٩٠)

إذا كان المتصرف فيه عقاراً ، فلا تنتقل الحقوق العينية أو تنشأ ، إلا بمراعاة أحكام قانون التسجيل العقاري.

(ثالثاً) الشفعة:

(مادة ٨٩١)

الشفعة هي حق الحلول محل المشتري عند بيع العقار أو المنقول في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في المواد التالية.

(مادة ٨٩٢)

- ١- يثبت الحق في الشفعة للشريك في الشئوع إذا بيعت حصة من المال الشائع لغير الشركاء.
- ٢- وإذا تعدد الشفعاء كان استحقاق كل منهم للشفعة على قدر نصيبه.

(مادة ٨٩٣)

١- لا شفعة:

- (أ) إذا تم البيع بالمزاد العلني وفقاً لإجراءات رسمها القانون.
- (ب) إذا وقع البيع بين الأصول والفروع ، أو بين الزوجين ، أو بين الأقارب للدرجة الثانية.
- (ج) إذا أظهر الشفيع ارادته صراحة أو ضمناً ، وقت البيع أو قبله ، في أنه لا يرغب في الشراء بالشروط التي تم بها البيع.

٢ - ولا يجوز للوقف أن يأخذ بالشفعة.

(مادة ٨٩٤)

إذا اشترى شخص ما تجوز الشفعة فيه ، ثم باعه قبل أن يعلن الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة أو قبل أن يصبح إعلان الرغبة حجة على الغير وفقا للمادة ٨٩٧ ، فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وبالشروط التي اشترى بها.

(مادة ٨٩٥)

ليس للشفيع أن يأخذ بعض المبيع إلا إذا تعدد المشترون فله أن يأخذ نصيب بعضهم ويترك الباقي.

(مادة ٨٩٦)

١- لأي من البائع والمشتري أن يوجه للشفيع إنذارا رسميا يعلمه فيه بالبيع.

٢- ويجب أن يشتمل الانذار على البيانات الآتية وإلا كان باطلا:

(أ) إسم كل من البائع والمشتري ولقبه وموطنه.

(ب) بيان المبيع بيانا كافياً.

(ج) بيان الثمن وشروط البيع.

(مادة ٨٩٧)

١- على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها رسميا إلى كل من البائع والمشتري خلال خمسة عشر يوما من تاريخ علمه بالبيع وإلا سقط حقه. ويعتبر الانذار الرسمي المنصوص عليه في المادة السابقة قرينة قاطعة على العلم.

٢- ولا يكون إعلان الرغبة حجة على الغير إلا إذا علم به. فإذا كان المبيع عقارا ، فيكون تسجيل إعلان الرغبة قرينة قاطعة على علم الغير.

(مادة ٨٩٨)

يجب على الشفيع أن يرفع الدعوى بالشفعة على كل من البائع والمشتري خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعلان رغبته ، وذلك بعد أن يودع خزانة إدارة التنفيذ كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع ، وإلا سقط حقه.

(مادة ٨٩٩)

الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندا لحقوق الشفيع والتزاماته ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل .

(مادة ٩٠٠)

- ١- يحل الشفيع قبل البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته.
- ٢- ومع ذلك لا يحق له الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن إلا برضاء البائع .
- ٣- وإذا استحق المبيع للغير بعد أخذه بالشفعة ، فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع .

(مادة ٩٠١)

- ١- إذا زاد المشتري في المشفوع فيه شيئا ، من بناء أو غراس أو نحوه قبل ، أن يعلنه الشفيع برغبته في الأخذ بالشفعة ، كان الشفيع ملزما تبعا لما يختاره المشتري أن يدفع ما أنفقه أو ما زاد في قيمة المشفوع فيه بسبب ما أحدثه .
- ٢- فإذا كان المشتري قد أحدث الزيادة بعد أن أعلنه الشفيع بالرغبة . كان للشفيع اما أن يطلب الازالة ، أو يستبقى الزيادة مقابل دفع ما أنفقه المشتري أو ما زاد في قيمة المشفوع فيه بسببها .

(مادة ٩٠٢)

- ١- لا يسري في حق الشفيع أى تصرف من المشتري من شأنه نقل الملكية أو ترتيب حق عيني آخر ، إذا كان قد صدر بعد التاريخ الذي أصبح فيه اعلان الرغبة حجة على الغير وفقا للمادة ٨٩٧ .
- ٢- ويكون للدائنين المقيدة حقوقهم ما كان لهم من أولوية فيما آل إلى المشتري من ثمن .

(مادة ٩٠٣)

يسقط الحق في الأخذ بالشفعة:

(أ) إذا نزل الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة صراحة أو ضمنا .

(ب) إذا لم يعلن الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة خلال ثلاثة أشهر من يوم تسجيل البيع إن كان المبيع عقارا.

(ج) في الأحوال الأخرى التي نص عليها القانون.

(مادة ٩٠٤)

لا يسقط الحق في الأخذ بالشفعة بموت الشفيع ، وإنما ينتقل إلى ورثته.

رابعاً الحيازة:

١- تعريف الحيازة وأركانها:

(مادة ٩٠٥)

الحيازة هي سيطرة شخص، بنفسه أو بواسطة غيره ، على شئ مادي ، ظاهراً عليه بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر، بأن يباشر عليه الأعمال التي يباشرها عادة صاحب الحق.

(مادة ٩٠٦) *

لا يعتد بحيازة الغير لأموال الدولة أو غيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة أو أموال الوقف.

(مادة ٩٠٧)

لا تقوم الحيازة بعمل يأتيه الشخص على أنه من المباحات أو بعمل يتحملة الغير على سبيل التسامح.

(مادة ٩٠٨)

تكون الحيازة بالوساطة متى كان الوسيط يباشر السيطرة على الشئ باسم الحائز.

* معدلة بالقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٩٦ ، الصادر بتاريخ ٢٢/٥/١٩٩٦ ، والنص قبل التعديل «لا يعتد بحيازة الغير لأموال الدولة أو غيرها من الأشخاص المعنوية العامة».

(مادة ٩٠٩)

يجوز لعديم الأهلية أو ناقصها أن يكسب الحيازة عن طريق من ينوب عنه قانوناً.

(مادة ٩١٠)

ليس لمن يحوز باسم غيره أن يغير بنفسه لنفسه صفة حيازته ، ولكن تتغير هذه الصفة اما بفعل الغير واما بفعل من الحائز يعتبر معارضة لحق من كان يحوز باسمه ، ولا تبدأ الحيازة بصفتها الجديدة إلا من وقت الفعل الذي أحدث التغيير.

(مادة ٩١١)

إذا اقترنت الحيازة بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس ، فلا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الاكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التبس أمرها عليه ، إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب.

(مادة ٩١٢)

إذا ثبت قيام الحيازة في وقت معين وفي وقت سابق معين اعتبرت قائمة بين الوقتين ما لم يثبت العكس.

٢- اثبات الحيازة:

(مادة ٩١٣)

إذا تنازع أشخاص متعددون على الحيازة ، افترض أن من يباشر السيطرة المادية هو الحائز إلى أن يثبت العكس. فإن كانت هذه السيطرة قد انتقلت من حائز سابق افترض انها لحساب من انتقلت منه.

٣- حسن وسوء نية الحائز:

(مادة ٩١٤)

١- يعتبر الحائز حسن النية إذا كان يجهل أن يعتدى على حق للغير ، إلا إذا كان هذا الجهل ناشئاً عن خطأ جسيم.

٢- وحسن النية مفترض إلى أن يثبت العكس ، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

(مادة ٩١٥)

- ١- يصبح الحائز سيئ النية من وقت علمه أن حيازته اعتداء على حق الغير أو من وقت اعلانه في صحيفة الدعوى بما يفيد أن حيازته اعتداء على حق غيره.
- ٢- ويعتبر سيئ النية من اغتصب الحيازة بالاكراه من غيره.

(مادة ٩١٦)

تبقى الحيازة محتفظة بالصفة التي بدأت بها وقت كسبها إلى أن يثبت العكس.

٤- انتقال الحيازة:

(مادة ٩١٧)

تنتقل الحيازة للخلف العام بصفاتها ، على أنه إذا كان السلف سيئ النية وأثبت الخلف أنه كان في حيازته حسن النية جاز له أن يتمسك بحسن نيته.

(مادة ٩١٨)

نتقل الحيازة من الحائز إلى غيره إذا اتفقا على ذلك وأصبح في استطاعة هذا الغير أن يسيطر على الشئ ولو لم يتسلمه تسلم ماديا.

(مادة ٩١٩)

يجوز أن يتم نقل الحيازة دون تسليم مادي إذا استمر الحائز واضعا يده لحساب من يخلفه في الحيازة أو استمر الخلف واضعا يده ولكن لحساب نفسه.

(مادة ٩٢٠)

- ١- يجوز أن يتم نقل الحيازة إذا تسلم الخلف ما يمكنه من التسلم المادي للشئ.
- ٢- وبوجه خاص ، يقوم تسليم السندات المعطاة عن البضائع المعهود بها إلى أمين النقل أو المودعة في المخازن مقام تسليم البضائع ذاتها. على أنه إذا تسلم شخص هذه المستندات وتسلم آخر البضاعة ذاتها وكان كلاهما حسن النية فان الأفضلية تكون لمن تسلم البضاعة.

(مادة ٩٢١)

يجوز للخلف الخاص أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه في كل ما يرتبه القانون على الحيازة من أثر.

٥- زوال الحيازة:

(مادة ٩٢٢)

١- تزول الحيازة إذا تخلى الحائز عن سيطرته الفعلية على الشيء أو فقد هذه السيطرة بأية طريقة أخرى.

٢- ومع ذلك لا تزول الحيازة إذا حال دون السيطرة الفعلية مانع وقتي. فإذا كانت الحيازة واردة على عقار وسلبت من صاحبها ثم استردها خلال ثلاث السنوات التالية لفقدتها اعتبرت أنها لم تزل أصلا.

٦- آثار الحيازة:

(مادة ٩٢٣)

من حاز شيئاً ظاهراً عليه بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر ، اعتبر هو المالك أو صاحب الحق ما لم يثبت العكس.

(مادة ٩٢٤)

١- لحائز العقار إذا فقد الحيازة أن يطلب خلال ثلاث السنوات التالية لفقدتها ردها إليه ، فإذا كان فقد الحيازة خفية بدأ سريان ثلاث السنوات من وقت انكشافه.

٢- ويجوز أيضاً لمن كان حائزاً لحساب غيره أن يطلب استرداد الحيازة.

(مادة ٩٢٥)

١- إذا لم يكن من فقد الحيازة قد انقضت على حيازته ثلاث سنوات وقت فقدتها فلا يجوز أن يسترد الحيازة إلا من شخص لا يستند إلى حيازة أحق بالترتيب. والحيازة الأحق بالترتيب هي الحيازة التي تقوم على سند قانوني. فإذا لم يكن لدى أي من الحائزين سند أو تعادلت سنداتهم كانت الحيازة الأحق بالترتيب هي الأسبق في التاريخ.

٢- أما إذا كان فقد الحيازة بالقوة فللحائز في جميع الأحوال ان يسترد خلال ثلاث السنوات التالية حيازته من المعتدى.

(مادة ٩٢٦)

يجوز أن ترفع دعوى استرداد الحيازة على من انتقلت إليه حيازة العقار ولو كان حسن النية.

(مادة ٩٢٧)

لحائز العقار إذا استمرت حيازته ثلاث سنوات ثم وقع له تعرض في حيازته ، أن يرفع خلال ثلاث السنوات التالية دعوى بمنع هذا التعرض.

(مادة ٩٢٨)

١- لحائز العقار إذا استمرت حيازته ثلاث سنوات ، وخشى لأسباب معقولة التعرض له نتيجة أعمال جديدة تهدد حيازته ، أن يرفع خلال ثلاث السنوات التالية لبدء هذه الأعمال دعوى بوقفها طالما أنها لم تتم.

٢- وللمحكمة أن تحكم بمنع استمرار الأعمال أو أن تأذن باستمرارها ، ولها في الحالين أن تأمر بتقديم تأمين كاف ضمانا لما قد يحدث من ضرر نتيجة تنفيذ حكم.

(مادة ٩٢٩)

١- لحائز الشيء الحق فيما يقبضه من ثماره وما يحصل عليه من منفعة ما دام حسن النية.
٢- وتعتبر الثمار الطبيعية أو المستحدثة مقبوضة يوم فصلها ، أما الثمار المدنية فتعتبر مقبوضة يوما فيوما ، والحصول على المنفعة كقبض الثمار المدنية.

(مادة ٩٣٠)

يكون الحائز مسئولا من وقت أن يصبح سيء النية عن المنفعة التي حصل عليها والثمار التي قبضها أو التي قصر في قبضها ، ويجوز له أن يسترد ما أنفقه في إنتاج الثمار

(مادة ٩٣١)

١- على المالك الذي يرد إليه ملكه أن يؤدي إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات

الضرورية.

٢- وتسرى في شأن المصروفات النافعة أحكام المادتين ٨٨٢ و ٨٨٣.

٣- وليس للحائز أن يطالب بشئ من المصروفات الكمالية. وللمالك أن يستبقى ما استحدثه الحائز من منشآت بقيمتها مستحقة الإزالة ، فإن لم يطلب ذلك كان للحائز أن ينزع ما استحدثه على أن يعيد الشئ إلى حالته الأولى دون ضرر.

(مادة ٩٣٢)

على المالك الذي يرد إليه ملكه أن يؤدي للحائز الذي تلقى الحيازة من غيره ما أداه هذا الحائز إلى سلفه من مصروفات وذلك في حدود ما يلتزم به المالك وفقاً للمادة السابقة.

(مادة ٩٣٣)

يجوز للمحكمة ، بناء على طلب المالك ، أن تقرر ما تراه مناسباً للوفاء بالمصروفات المنصوص عليها في المادتين السابقتين ، ولها أن تقضى بأن يكون الوفاء على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات الكافية.

(مادة ٩٣٤)

١- لا يكون الحائز حسن النية مسئولاً قبل من يستحق الشئ عما يصيبه من هلاك أو تلف إلا بقدر ما عاد عليه من فائدة تربت على هذا الهلاك أو التلف.

٢- ويكون الحائز سييء النية مسئولاً عن هلاك الشئ أو تلفه ولو كان ذلك ناشئاً عن قوة قاهرة ، إلا إذا أثبت أن الشئ كان يهلك أو يتلف ولو كان في يد من يستحقه.

(مادة ٩٣٥)

من حاز عقاراً أو منقولاً ، ظاهراً عليه بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر ، واستمرت حيازته مدة خمس عشرة سنة ، اعتبرت حيازته دليلاً على الحق ، ويحكم له به ، إذا أنكر حق الغير فيه وادعاه لنفسه ، ولو لم يبين سبب كسبه.

(مادة ٩٣٦)

تسري قواعد عدم سماع دعوى الدين بمرور الزمان على المدة التي تستمر خلالها

الحيازة فيما يتعلق بحساب المدة ووقفها وانقطاعها والاتفاق على تعديلها ، وذلك بالقدر الذى لا تتعارض فيه هذه القواعد مع طبيعة الحيازة.

(مادة ٩٣٧)

١- من حاز بسبب صحيح منقولاً أو سندا لحامله ، ظاهراً عليه بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر ، وكان حسن النية وقت حيازته ، أصبح صاحب الحق من وقت الحيازة.

٢- فإذا كان السبب الصحيح وحسن النية قد توافرا لدى الحائز في اعتباره الشئ خالياً من التكاليف والقيود العينية كسب الحق خالصاً منها.

(مادة ٩٣٨)

الحيازة في ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك.

(مادة ٩٣٩)

١- يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله أو لصاحب الحق العيني عليه ، إذا فقدته أو سرق منه ، أن يسترده ممن يكون حائزاً له بسبب صحيح وحسن نية ، وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الفقد أو السرقة.

٢- فإذا كان الحائز قد اشترى الشئ في سوق أو مزاد علني أو ممن يتجر في مثله ، فله أن يطلب ممن يسترده أن يعجل له الثمن الذي دفعه.

الفرع الثالث - كسب الملكية بسبب الوفاة:

(أولاً) الميراث:

(مادة ٩٤٠)

تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الارث وانتقال أموال التركة اليهم تسرى عليها أحكام الشريعة الاسلامية والقوانين الصادرة في شأنها.

(ثانياً) الوصية:

(مادة ٩٤١)

تسري على الوصية أحكام الشريعة الاسلامية والقوانين الصادرة في شأنها.

(مادة ٩٤٢)

- ١- كل تصرف قانوني يصدر من شخص في مرض الموت بقصد التبرع ، يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية.
- ٢- وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف تم من المورث وهو في مرض الموت ، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق.
- ٣- وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت ، اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع ، ما لم يثبت العكس.

(مادة ٩٤٣)

إذا تصرف شخص لأحد ورثته ، واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التي تصرف فيها وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته اعتبر التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية ، ما لم يتم دليل يخالف ذلك.

الباب الثاني الحقوق المتفرعة عن حق الملكية

الفصل الأول حق الإنتفاع وحق الإستعمال وحق السكني

(أولاً) حق الإنتفاع:

(مادة ٩٤٤)

يكسب حق الانتفاع بتصرف قانوني أو بمقتضى الحيابة.

(مادة ٩٤٥)

يراعى في حقوق المنتفع والتزاماته السند الذي أنشأ حق الانتفاع وكذلك الأحكام المقررة في المواد الآتية.

(مادة ٩٤٦)

تكون ثمار الشيء المنتفع به للمنتفع بنسبة مدة انتفاعه مع مراعاة أحكام الفقرة الثانية من المادة ٩٥٢.

(مادة ٩٤٧)

١- على المنتفع أن يستعمل الشيء بحالته التي تسلمه بها وبحسب ما أعد له وأن يديره إدارة حسنة.

٢- ولمالك الرقبة أن يعترض على أى استعمال غير مشروع أو غير متفق مع طبيعة الشيء، فإذا أثبت أن حقوقه في خطر جاز له أن يطالب بتقديم تأمينات ، فإن لم يقدمها المنتفع أو ظل رغم اعتراض مالك الرقبة يستعمل العين استعمالاً غير مشروع أو غير متفق مع طبيعتها فللقاضي أن ينزع هذه العين من تحت يده وأن يسلمها إلى آخر

يتولى إدارتها ، وله تبعاً لخطورة الحال أن يحكم بإنهاء حق الانتفاع دون إخلال بحقوق الغير .

(مادة ٩٤٨)

١- المنتفع ملزم أثناء انتفاعه بكل ما يفرض على العين المنتفع بها من التكاليف المعتادة، وبكل النفقات التي تقتضيها أعمال الصيانة .

٢- ولا يجبر مالك الرقبة على أداء التكاليف غير المعتادة ولا الاصلاحات الجسيمة ولو حصلت بغير خطأ المنتفع ، وذلك ما لم يكن حق الانتفاع قد تقرر بمقابل ، أو اشترط غيره .

(مادة ٩٤٩)

١- على المنتفع أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله الشخص العادي .

٢- وهو مسئول عن هلاك الشيء ولو بسبب أجنبي إذا كان قد تأخر بعد اعداره عن رده إلى صاحبه بعد انتهاء حق الانتفاع ، إلا إذا اثبت أن الشيء كان يهلك ولو في يد المالك .

(مادة ٩٥٠)

إذا هلك الشيء أو تلف أو احتاج إلى اصلاحات جسيمة ، أو إلى اتخاذ اجراء يقيه من خطر لم يكن منظورا ، فعلى المنتفع أن يبادر باخطار المالك ، وعليه إخطاره أيضا إذا ادعى أجنبي استحقاق الشيء نفسه .

(مادة ٩٥١)

إذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولا ، وجب جرده ولزم المنتفع تقديم تأمين كاف . فإن لم يقدم المنتفع التأمين جاز للقاضي أن يأمر بوضع المال في يد أمين يتولى إدارته لحساب المنتفع .

(مادة ٩٥٢)

١- ينتهي حق الانتفاع بانقضاء الأجل المعين ، فإن لم يعين له أجل عد مقررًا لحياة المنتفع ، وهو ينتهي على أي حال بموت المنتفع .

٢- وإذا كانت الأرض الممتنع بها مشغولة عند انقضاء الأجل أو موت الممتنع بزرع قائم ، تركت الأرض للممتنع أو لورثته إلى حين إدراك الزرع ، على أن يدفعوا أجره الأرض عن هذه الفترة من الزمن .

(مادة ٩٥٣)

ينتهي حق الانتفاع بهلاك الشيء ، غير أنه إذا قام مقام الشيء عوض ما ، فإن حق الانتفاع ينتقل إليه .

(مادة ٩٥٤)

١- لا تسمع عند الانكار الدعوى بحق الانتفاع إذا لم يستعمل مدة خمس عشرة سنة .
٢- وإذا كان حق الانتفاع لعدة شركاء على الشيوخ ، فاستعمال أحدهم الحق يقطع مدة عدم سماع الدعوى لمصلحة الباقيين ، كما أن وقف المدة لمصلحة أحد الشركاء يوقفها لمصلحة الآخرين .

(ثانياً) حق الإستعمال وحق السكنى :

(مادة ٩٥٥)

نطاق حق الاستعمال وحق السكنى يتحدد بمقدار ما يحتاج إليه صاحب الحق هو وأسرته لخاصة أنفسهم ، وذلك دون إخلال بما يقرره السند المنشئ للحق من أحكام .

(مادة ٩٥٦)

لا يجوز النزول للغير عن حق الاستعمال أو عن حق السكنى إلا بناء على شرط صريح أو مبرر قوي .

(مادة ٩٥٧)

فيما عدا الأحكام المتقدمة ، تسرى الأحكام الخاصة بحق الانتفاع على حق الاستعمال وحق السكنى متى كانت لا تتعارض مع طبيعة هذين الحقين .

الفصل الثاني حقوق الارتفاق

(مادة ٩٥٨)

حق الارتفاق تكليف على عقار لمنفعة عقار آخر مملوك لغير مالك العقار الأول.

(مادة ٩٥٩)

تخضع حقوق الارتفاق لما هو مقرر في سند إنشائها ، ولما جرى عليه عرف الجهة ، والأحكام الواردة في المواد الآتية.

(مادة ٩٦٠)

إذا أنشأ مالك عقارين منفصلين علاقة تبعية ظاهرة بينهما من شأنها أن تدل على وجود ارتفاق لو أنهما كانا مملوكين لشخصين مختلفين ، ثم أصبح العقاران مملوكين لشخصين مختلفين دون تغيير في الوضع الذي كان قائما ، عد الارتفاق مرتبا بين العقارين ، ما لم يوجد شرط صريح يخالف ذلك.

(مادة ٩٦١)

لمالك العقار المرتفق أن يجرى الأعمال الضرورية لاستعمال حقه ، والمحافظة عليه. وعليه أن يستعمل هذا الحق على الوجه الذي لا ينشأ عنه إلا أقل ضرر ممكن للعقار المرتفق به.

(مادة ٩٦٢)

إذا جد من حاجات العقار المرتفق ما من شأنه زيادة عبء الارتفاق ، جاز للقاضي بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يقضى بتعديل الارتفاق بما تقتضيه ضرورة مواجهة الزيادة ، وذلك في نظير مقابل عادل.

(مادة ٩٦٣)

١- نفقات الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه تكون على مالك العقار المرتفق ما لم يشترط غير ذلك.

٢- فإذا كان مالك العقار المرتفق به هو المكلف بأن يقوم بتلك الأعمال على نفقته ، كان له أن يتخلص من هذا التكليف بالتخلي عن العقار المرتفق به كله أو بعضه لمالك العقار المرتفق.

٣- وإذا كانت الأعمال نافعة أيضا لمالك العقار المرتفق به ، كانت نفقة الصيانة على المالكين كل بنسبة ما يعود عليه من الفائدة.

(مادة ٩٦٤)

١- لا يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يعمل شيئا يؤدي إلى الانتقاص من استعمال حق الارتفاق أو جعله أكثر مشقة.

٢- ومع ذلك إذا كان الموضع الذي عين أصلا قد أصبح من شأنه أن يزيد في عبء الارتفاق ، أو أصبح الارتفاق مانعا من إحداث تحسينات في العقار المرتفق به ، فلمالك هذا العقار أن يطلب نقل الارتفاق إلى موضع آخر من العقار أو إلى عقار آخر يملكه هو أو يملكه غيره إذا قبل ذلك. كل هذا متى كان استعمال الارتفاق ميسورا في وضعه الجديد بالقدر الذي كان عليه في وضعه السابق.

(مادة ٩٦٥)

١- إذا جزئ العقار المرتفق ، بقي الارتفاق مستحقا لكل جزء منه ، على ألا يزيد ذلك في العبء الواقع على العقار المرتفق به.

٢- غير أنه إذا كان حق الارتفاق لا يفيد إلا جزءا من هذه الأجزاء ، فلمالك العقار المرتفق به أن يطلب إنهاء الارتفاق عن الأجزاء الأخرى.

(مادة ٩٦٦)

١- إذا جزئ العقار المرتفق به ، بقي الارتفاق واقعا على كل جزء منه.

٢- غير أنه إذا كان الارتفاق لا يستعمل على بعض هذه الأجزاء ولا يمكن أن يستعمل عليها ، فلمالك كل جزء منها أن يطلب إنهاء الارتفاق عن الجزء الذي يملكه.

(مادة ٩٦٧)

تنتهي حقوق الارتفاق بانقضاء الأجل المعين ، وبهلاك العقار المرتفق به أو العقار المرتفق هلاكاً تاماً ، وباجتماع ملكية العقارين لشخص واحد إلا أنه إذا زالت حالة اجتماع الملكية فإن حق الارتفاق يعود.

(مادة ٩٦٨)

- ١- لا تسمع عند الإنكار الدعوى بحق الارتفاق إذا لم يستعمل مدة خمس عشرة سنة ، وذلك ما لم يكن الارتفاق مقرراً لمنفعة عقار مملوك للدولة أو لجهة وقف.
- ٢- وإذا ملك العقار المرتفق عدة شركاء على الشيوع ، فاستعمال أحدهم الارتفاق يقطع مدة عدم سماع الدعوى لمصلحة الباقين ، كما أن وقف المدة لمصلحة أحد الشركاء يوقفها لمصلحة الآخرين.

(مادة ٩٦٩)

ينتهي حق الارتفاق إذا تغير وضع الأشياء بحيث تصبح في حالة لا يمكن فيها استعمال هذا الحق ، ويعود إذا عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه استعماله.

(مادة ٩٧٠)

لمالك العقار المرتفق به أن يحرره من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق به ، أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع العبء الواقع على العقار المرتفق به.

الكتاب الثاني
الحقوق العينية التبعية
التأمينات العينية

الباب الأول الرهن الرسمي

الفصل الأول إنشاء الرهن الرسمي (مادة ٩٧١)

الرهن الرسمي عقد به يكسب الدائن على عقار حقا عينيا يكون له بموجبه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ذلك العقار في أى يد يكون.

(مادة ٩٧٢)

- ١- لا ينعقد الرهن الرسمي إلا إذا كان بورقة رسمية موثقة وفقا للقانون.
- ٢- ونفقات العقد على الراهن ، إلا إذا اتفق على غير ذلك.

(مادة ٩٧٣)

يجوز أن يكون الراهن هو المدين أو شخصا آخر غيره.

(مادة ٩٧٤)

إذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون ، فإن عقد الرهن لا ينفذ في حق المالك إلا إذا أقره بورقة رسمية موثقة وفقا للقانون ، وإذا لم يصدر هذا الإقرار ، فإن حق الرهن لا يترتب على العقار إلا من الوقت الذي يصبح فيه هذا العقار مملوكا للراهن.

(مادة ٩٧٥)

يبقى قائما لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو زواله لأي سبب آخر ، إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن.

(مادة ٩٧٦)

- ١- لا يجوز أن يرد الرهن الرسمي إلا على عقار ، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك.
- ٢- ويجب أن يكون العقار المرهون مما يصح بيعه استقلالاً بالمزاد العلني ، وأن يكون معيناً بالذات تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه في عقد الرهن ذاته أو في عقد رسمي لاحق ، وإلا وقع الرهن باطلاً.

(مادة ٩٧٧)

- ١- يشمل الرهن الرسمي ملحقات العقار المرهون التي تعتبر عقارا.
- ٢- ويشمل بوجه خاص الأبنية والأشجار التي تكون قائمة وقت الرهن على العقار المرهون أو تستحدث بعده ، وحقوق الارتفاق ، والعقارات بالتخصيص ، وجميع التحسينات والإنشاءات التي تجرى في العقار المرهون ، وذلك كله ما لم يتفق على غيره ، ومع عدم الإخلال بامتياز المبالغ المستحقة للمقاولين أو المهندسين.

(مادة ٩٧٨)

- يجوز لمالك المباني القائمة على أرض الغير أن يرهنها رهناً رسمياً ، وفي هذه الحالة يكون للدائن المرتهن حق التقدم في استيفاء الدين من ثمن الأناقض إذا هدمت المباني ، ومن التعويض الذي يدفعه مالك الأرض إذا استبقى المباني.

(مادة ٩٧٩)

- يبقى نافذاً الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع ، أيا كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار أو على بيعه لعدم إمكان قسمته.

(مادة ٩٨٠)

- ١- إذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في عقار كلها أو بعضها ، فإن الرهن يثقل بعد القسمة ما يقع في نصيب الراهن أو جزءاً مما يقع في نصيبه يعادل في قيمته الحصّة المرهونة. ويعين هذا الجزء بأمر على عريضة.
- ٢- ويحتفظ هذا الرهن بمرتبه إذا أجرى له قيد جديد خلال ستين يوماً من الوقت الذي

يخطر فيه أي ذي شأن الدائن المرتهن بتسجيل القسمة. ولا يضر احتفاظ الرهن بمرتبته على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين.

(مادة ٩٨١)

يجوز أن يترتب الرهن ضمانا لدين معلق على شرط أو دين مستقبل أو دين احتمالي ، فيجوز أن يترتب ضمانا لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين.

(مادة ٩٨٢)

كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن لكل الدين وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها ، ما لم ينص القانون أو يقض الاتفاق بغير ذلك.

(مادة ٩٨٣)

١- يكون الرهن تابعا للدين المضمون في صحته وفي انقضائه ، ما لم ينص القانون على غير ذلك.

٢- وإذا كان الراهن غير المدين ، كان له إلى جانب تمسكه بأوجه الدفع الخاصة به أن يتمسك بما للمدين من أوجه الدفع المتعلقة بالدين ، ويبقى له هذا الحق ولو نزل عنه المدين.

الفصل الثاني

آثار الرهن الرسمي

الفرع الأول - أثر الرهن فيما بين المتعاقدين

(أولا) بالنسبة إلى الراهن:

(مادة ٩٨٤)

لراهن الحق في إدارة العقار المرهون. وله قبض ثماره وكافة إيراداته إلى وقت التحاقها بالعقار على نحو ما يقضى به قانون المرافعات.

(مادة ٩٨٥)

١- الايجار الصادر من الراهن لا ينفذ في حق الدائن المرتهن إلا إذا كان ثابت التاريخ قبل تسجيل طلب الحجز ، أما إذا لم يكن الايجار ثابت التاريخ على هذا الوجه ، أو كان قد عقد بعد تسجيل طلب الحجز ولم تعجل فيه الأجرة فلا يكون نافذاً إلا إذا كان داخلاً في أعمال الإدارة الحسنة.

٢- وإذا كان الايجار السابق على تسجيل طلب الحجز تزيد مدته على عشر سنوات ، فلا يكون نافذاً في حق الدائن المرتهن إلا لمدة عشر سنوات ، ما لم يكن قد سجل قبل قيد الرهن.

(مادة ٩٨٦)

١- لا تكون المخالصة بالأجرة مقدماً لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات ولا الحوالة بها كذلك نافذة في حق الدائن المرتهن إلا إذا كانت ثابتة التاريخ قبل تسجيل طلب الحجز.

٢- أما إذا كانت المخالصة أو الحوالة لمدة تزيد على ثلاث سنوات ، فإنها لا تكون نافذة في حق الدائن المرتهن ما لم تكن مسجلة قبل قيد الرهن ، وإلا خفضت المدة إلى ثلاث سنوات مع مراعاة الحكم الوارد في الفقرة السابقة.

(مادة ٩٨٧)

يلتزم الراهن بضمان سلامة الرهن وللدائن المرتهن أن يعترض على كل عمل يكون من شأنه إنقاص ضمانه إنقاصاً كبيراً ، وله في حالة الاستعجال ان يتخذ على نفقة الراهن ما يلزم من الوسائل التحفظية.

(مادة ٩٨٨)

١- إذا تسبب الراهن بخطئه في هلاك العقار المرهون أو تلفه ، كان الدائن المرتهن مخيراً بين أن يقتضى تأميناً كافياً أو أن يستوفى حقه فوراً.

٢- فإذا كان الهلاك أو التلف قد نشأ عن سبب أجنبي ولم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين ، كان المدين مخيراً بين أن يقدم تأميناً كافياً أو أن يوفى الدين فوراً قبل حلول الأجل.

(مادة ٩٨٩)

إذا هلك العقار المرهون أو تلف لأي سبب كان ، انتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذي يترتب على ذلك كالتعويض ومبلغ التأمين ومقابل نزع الملكية للمنفعة العامة .

(ثانيا) بالنسبة إلى الدائن المرتهن:

(مادة ٩٩٠)

للدائن المرتهن أن يستوفى حقه من العقار المرهون وفقا للإجراءات المقررة لذلك .

(مادة ٩٩١)

١- إذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين فلا يجوز التنفيذ على أمواله إلا ما رهن منها .
ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك .

٢- ويجوز لهذا الراهن أن يتفادى أى إجراء موجه إليه إذا هو تخلى عن العقار المرهون وفقا للأوضاع وطبقا للأحكام التي يتبعها الحائز في تخلية العقار .

(مادة ٩٩٢)

لا يغلق الرهن ، فيقع باطلا كل اتفاق يجعل للدائن المرتهن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يملك العقار المرهون بالدين أو بأي ثمن كان أو في أن يبيعه دون مراعاة الاجراءات التي فرضها القانون ، حتى لو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن .

الفرع الثاني - أثر الرهن بالنسبة إلى الغير

(مادة ٩٩٣)

١- لا يكون الرهن نافذا في حق الغير إلا إذا قيد قبل أن يكسب هذا الغير حقا عينيا على العقار ، وذلك دون إخلال بالأحكام المقررة في الافلاس .

٢- ولا يصح التمسك قبل الغير بتحويل حق مضمون برهن مقيد ، ولا التمسك بالحق الناشئ من حلول شخص محل الدائن في هذا الحق بحكم القانون أو الاتفاق ولا التمسك بالتنازل عن مرتبة الرهن لمصلحة دائن آخر ، إلا إذا حصل التأشير بذلك في هامش القيد الأصلي .

(مادة ٩٩٤)

يقتصر أثر القيد على المبلغ المبين بالقائمة أو المبلغ المضمون بالرهن أيهما أقل.

(مادة ٩٩٥)

يسقط القيد إذا لم يجدد خلال عشر سنوات من تاريخ إجراءاته. على أن للدائن أن يجرى قيда جديدا إن أمكن ذلك قانونا تكون مرتبته من وقت إجراءاته. وكل تجديد لا يكون له أثر إلا لمدة عشر سنوات من التاريخ الذي أجرى فيه.

(مادة ٩٩٦)

تجديد القيد واجب حتى أثناء إجراءات التنفيذ على العقار المرهون ، ولكنه لا يكون واجبا إذا انقضى الحق أو طهر العقار وبوجه خاص إذا تم بيع العقار قضاء.

(مادة ٩٩٧)

لا يجوز محو القيد إلا بموجب حكم نهائي أو برضاء الدائن بتقرير رسمي.

(مادة ٩٩٨)

إذا الغى المحو عادت للقيد مرتبته الأصلية ، ومع ذلك لا يكون لالغائه أثر رجعي بالنسبة إلى القيود و التسجيلات التي أجريت في الفترة ما بين المحو والالغاء.

(مادة ٩٩٩)

مصرفات القيد وتجديده ومحوه على الراهن ، ما لم يتفق على غير ذلك.

(أولاً) حق التقدم:

(مادة ١٠٠٠)

يستوفى الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون أو من المال الذي حل محل هذا العقار ، وذلك بحسب مرتبة كل منهم.

(مادة ١٠٠١)

تحسب مرتبة الرهن من وقت قيده ، ولو كان الدين المضمون بالرهن معلقا على شرط أو كان ديناً مستقبلاً أو احتمالياً.

(مادة ١٠٠٢)

يترتب على قيد الرهن إدخال مصروفات العقد والقيود والتجديد في التوزيع وفي مرتبة الرهن نفسها.

(مادة ١٠٠٣)

للدائن المرتهن أن ينزل عن مرتبة رهنه في حدود الدين المضمون بهذا الرهن لمصلحة دائن آخر له رهن مقيد على نفس العقار ، ويجوز التمسك قبل هذا الدائن الآخر بجميع أوجه الدفع التي يجوز التمسك بها قبل الدائن الأول ، عدا ما كان منها متعلقا بانقضاء حق هذا الدائن الأول إذا كان هذا الانقضاء لاحقا للتنازل عن المرتبة.

(ثانياً) حق التتبع:

(مادة ١٠٠٤)

١-يجوز للدائن المرتهن عند حلول أجل الدين أن ينفذ على العقار المرهون في يد حائزه بعد إنذاره بدفع الدين ، إلا إذا اختار الحائز أن يقوم بوفاء الدين أو يطهر العقار من الرهن أو يتخلى عنه.

٢-ويعتبر حائزا للعقار المرهون كل من انتقلت إليه بأى سبب غير الميراث ، ملكية هذا العقار أو أى حق عيني آخر عليه قابل للرهن دون أن يكون مسئولاً مسئولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن.

(مادة ١٠٠٥)

١-يجوز للحائز ، إن لم يكن طرفاً في الدعوى التي حكم فيها على المدين ، أن يتمسك بأوجه الدفع التي كان للمدين أن يتمسك بها ، إذا كان الحكم لاحقا لثبوت وصف الحائز له.

٢-ويجوز للحائز في جميع الأحوال أن يتمسك بالدفع التي لا يزال للمدين بعد الحكم حق التمسك بها.

(مادة ١٠٠٦)

للحائز عند حلول الدين المضمون بالرهن أن يقضيه هو وملحقاته بما في ذلك ما صرف في الاجراءات من وقت إنذاره بدفع الدين. ويبقى حقه هذا قائما إلى يوم رسو المزاد ، ويكون له في هذه الحالة أن يرجع بكل ما يوفيه على المدين وعلى من تلقى منه الحق ، كما يكون له أن يحل محل الدائن الذي استوفى الدين فيما له من حقوق إلا ما كان منها متعلقا بتأمينات قدمها شخص آخر غير المدين.

(مادة ١٠٠٧)

يجب على الحائز أن يحتفظ بقيد الرهن الذي حل فيه محل الدائن بأن يجدده عند الاقتضاء ، وذلك إلى أن تمحى القيود التي كانت موجودة على العقار وقت تسجيل سند هذا الحائز.

(مادة ١٠٠٨)

١- إذا كان في ذمة الحائز بسبب امتلاكه العقار المرهون مبلغ مستحق الأداء حالا يكفي لوفاء جميع الدائنين المقيدة حقوقهم على العقار ، فلكل من هؤلاء الدائنين أن يجبره على الوفاء بحقه.

٢- فإذا كان الدين الذي في ذمة الحائز غير مستحق الأداء حالا ، أو كان أقل من الديون المستحقة للدائنين ، أو مغايرا لها ، جاز للدائنين إذا اتفقوا جميعا أن يطالبوا الحائز بدفع ما في ذمته بقدر ما هو مستحق لهم ، ويكون الدفع طبقا للشروط التي التزم الحائز في أصل تعهده أن يدفع بمقتضاها وفي الأجل المتفق على الدفع فيه.

٣- وفي كلتا الحالتين لا يجوز للحائز أن يتخلص من التزامه بالوفاء للدائنين بتخليه عن العقار ، ولكن إذا هو وفى لهم فإن العقار يعتبر خالصا من كل رهن ، ويكون للحائز الحق في طلب محو ما على العقار من القيود.

(مادة ١٠٠٩)

١- يجوز للحائز ، أن يطهر العقار من كل رهن تم قيده قبل تسجيل سند حقه.

٢- وللحائز أن يستعمل هذا الحق حتى قبل أن يوجه الدائنون المرتهنون الانذار إليه ، ويبقى هذا الحق قائما إلى يوم توقيع الحجز على العقار من الدائن المرتهن.

(مادة ١٠١٠)

إذا أراد الحائز تطهير العقار ، وجب عليه أن يوجه إلى كل من الدائنين المقيدة حقوقهم إعلانا يشتمل على البيانات الآتية:

(أ) - خلاصة من سند ملكيته تقتصر على بيان نوع التصرف وتاريخه وتحديد العقار تحديدا دقيقا وتعيين مالكة السابق ، وإذا كان التصرف بيعا يذكر أيضا الثمن وملحقاته .

(ب) - تاريخ تسجيل سنده ورقم هذا التسجيل .

(ج) - بيان الحقوق التي تم قيدها على العقار قبل تسجيل سنده وتاريخ قيدها ومقدار الحقوق وأسماء الدائنين .

(د) - المبلغ الذي يقدره الحائز قيمة للعقار ، ويجب ألا يقل هذا المبلغ في أى حال عن الباقي في ذمة الحائز من ثمن العقار إذا كان التصرف بيعا .

(مادة ١٠١١)

يجب على الحائز أن يذكر في الاعلان المنصوص عليه في المادة السابقة أنه مستعد أن يوفى الديون المقيدة إلى القدر الذي قوم به العقار . وليس عليه أن يصحب العرض بالمبلغ نقدا ، بل ينحصر العرض في إظهار استعداده للوفاء بمبلغ واجب الدفع في الحال أيما كان ميعاد استحقاق الديون المقيدة .

(مادة ١٠١٢)

١- يجوز لكل دائن قيد حقه ولكل كفيل لحق مقيد أن يطلب بيع العقار المطلوب تطهيره ، ويكون ذلك في مدى ثلاثين يوما من آخر إعلان رسمي .

٢- ويكون الطلب بإعلان يوجه إلى الحائز وإلى المالك السابق ، ويجب أن يودع الطالب صندوق إدارة التنفيذ مبلغا كافيا لتغطية مصروفات البيع بالمزاد ، ولا يجوز أن يسترد ما استغرق منه في المصروفات إذا لم يرس المزاد بثمن أعلى من المبلغ الذي عرضه الحائز ، ويكون الطلب باطلا إذا لم تستوف هذه الشروط .

٣- ولا يجوز للطالب أن يتنحى عن طلبه إلا بموافقة جميع الدائنين المقيدين وجميع الكفلاء .

(مادة ١٠١٣)

إذا طلب بيع العقار ، وجب اتباع الاجراءات المقررة في البيوع الجبرية. ويتم البيع بناء على طلب صاحب المصلحة في التعجيل من طالب أو حائز. وعلى من يباشر الاجراءات أن يذكر في إعلانات البيع المبلغ الذي قوم به العقار.

(مادة ١٠١٤)

إذا لم يطلب بيع العقار في الميعاد المحدد وبالأوضاع المقررة ، أو طلب البيع ولكن لم يعرض في المزاد ثمن أعلى مما عرضه الحائز ، استقرت ملكية العقار نهائيا لهذا الحائز إذا هو أودع المبلغ الذي عرضه صندوق إدارة التنفيذ.

(مادة ١٠١٥)

١- تكون تخلية العقار المرهون بتقرير يقدمه الحائز إلى إدارة كتاب المحكمة الكلية ، ويجب عليه أن يعلن الدائن المباشر للاجراءات بهذه التخلية خلال خمسة أيام من وقت التقرير بها.

٢- ويجوز لمن له مصلحة في التعجيل أن يطلب إلى قاضي الأمور المستعجلة تعيين حارس تتخذ في مواجهته اجراءات التنفيذ ، ويعين الحائز حارسا إذا طلب ذلك.

(مادة ١٠١٦)

إذا لم يختر الحائز أن يقضى الديون المقيدة أو يطهر العقار من الرهن أو أن يتخلى عن هذا العقار ، فلا يجوز للدائن أن يتخذ في مواجهته اجراءات التنفيذ إلا بعد إنذاره بدفع الدين المستحق أو تخلية العقار. ويكون الانذار بعد إعلان السند التنفيذي للمدين المتضمن تكليفه بالوفاء بالدين وفقا لما يقضى به قانون المرافعات أو مع هذا الإعلان.

(مادة ١٠١٧)

يحق للحائز أن يدخل في المزاد بشرط ألا يعرض فيه ثمنا أقل من الباقي في ذمته من ثمن العقار الجارى بيعه.

(مادة ١٠١٨)

إذا بيع العقار المرهون جبرا ولو كان ذلك بعد اتخاذ اجراءات التطهير أو التخلية

ورسا المزاد على الحائز ، اعتبر مالكا للعقار بمقتضى سند ملكيته الأصلي ، ويتطهر العقار من كل حق مقيد إذا دفع الحائز الثمن الذي رسا به المزاد.

(مادة ١٠١٩)

إذا رسا المزاد في الأحوال المتقدمة على شخص غير الحائز ، فان هذا الشخص يتلقى حقه عن الحائز بمقتضى حكم مرسى المزاد.

(مادة ١٠٢٠)

إذا زاد الثمن الذي رسا به المزاد على ما هو مستحق للدائنين المقيدة حقوقهم ، كانت الزيادة للحائز وكان للدائنين المرتهنين من الحائز أن يستوفوا حقوقهم من هذه الزيادة.

(مادة ١٠٢١)

يعود للحائز ما كان له قبل انتقال ملكية العقار إليه من حقوق ارتفاع وحقوق عينية أخرى.

(مادة ١٠٢٢)

١- يرجع الحائز بدعوى الضمان على من تلقى الحق عنه ، وذلك وفقا لقواعد رجوع الخلف على السلف.

٢- ويرجع الحائز أيضا على المدين بما دفعه زيادة على ما هو مستحق في ذمته بمقتضى سند حقه أيا كان السبب في دفع هذه الزيادة. ويحل محل الدائنين الذي وفاهم حقوقهم وبوجه خاص يحل محلهم فيما لهم من تأمينات قدمها المدين دون التأمينات التي قدمها شخص آخر.

(مادة ١٠٢٣)

الحائز مسئول قبل الدائنين عما يصيب العقار من تلف بخطئه.

الفصل الثالث

إنقضاء الرهن الرسمي

(مادة ١٠٢٤)

ينقضي الرهن الرسمي بانقضاء الدين المضمون ، ويعود معه إذا زال السبب الذي انقضى به الدين دون إخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها في الفترة ما بين انقضاء الدين وعودته .

(مادة ١٠٢٥)

إذا تمت اجراءات التطهير انقضى حق الرهن الرسمي نهائيا ، ولو زالت لأي سبب من الأسباب ملكية الحائز الذي طهر العقار .

(مادة ١٠٢٦)

إذا بيع العقار المرهون بيعا جبريا بالمزاد العلني سواء كان ذلك في مواجهة مالك العقار أو الحائز أو الحارس الذي سلم إليه العقار عند التخلية ، فان حقوق الرهن على هذا العقار تنقضى بايداع الثمن الذي رسا به المزاد أو بدفعه إلى الدائنين المقيدين الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن .

الباب الثاني الرهن الحيازي

الفصل الأول إنشاء الرهن الحيازي

(مادة ١٠٢٧)

الرهن الحيازي عقد به يلتزم شخص ، ضمانا لدين عليه أو على غيره ، أن يسلم إلى الدائن أو الى عدل يعينه المتعاقدان ، شيئا يترتب عليه للدائن حق عيني يخوله حبس الشيء حتى استيفاء الدين ، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في اقتضاء حقه من هذا الشيء في أي يد يكون.

(مادة ١٠٢٨)

لا يكون محلا للرهن الحيازي إلا ما يمكن بيعه استقلالا بالمزاد العلني من منقول وعقار.

(مادة ١٠٢٩)

تسري على الرهن الحيازي أحكام المواد ٩٧٤ و ٩٧٥ و ٩٧٨ و ٩٨١ و ٩٨٢ و ٩٨٣ المتعلقة بالرهن الرسمي.

(مادة ١٠٣٠)

يجوز رهن المال الشائع رهناً حيازياً ، وتسري على هذا الرهن أحكام المادتين ٩٧٩ و ٩٨٠.

(مادة ١٠٣١)

يشمل الرهن الحيازي ملحقات الشيء المرهون.

(مادة ١٠٣٢)

يجوز أن يرهن الشيء رهنا حيازيًا ضمانًا لعدة ديون إذا قبل من تسلم الشيء أن يحوزه لحساب أصحاب تلك الديون حتى ولو كان هو أحدهم.

الفصل الثاني آثار الرهن الحيازي

الفرع الأول - فيما بين المتعاقدين

(أولاً) بالنسبة إلى الراهن :

(مادة ١٠٣٣)

- ١- على الراهن تسليم الشيء المرهون إلى الدائن أو العدل الذي عينه المتعاقدان لتسلمه.
- ٢- ويسرى على الالتزام بتسليم الشيء المرهون أحكام الالتزام بتسليم الشيء المبيع.

(مادة ١٠٣٤)

إذا رجع المرهون إلى حيازة الراهن انقضى الرهن ، إلا إذا اثبت الدائن المرتهن أن الرجوع كان بسبب لا يقصد به انقضاء الرهن. كل هذا دون اخلال بحقوق الغير حسن النية.

(مادة ١٠٣٥)

يضمن الراهن سلامة الرهن ونفاذه ، وليس له أن يأتي عملاً ينقص من قيمة الشيء المرهون أو يحول دون استعمال الدائن لحقوقه المستمدة من العقد ، وللدائن المرتهن في حالة الاستعجال أن يتخذ على نفقة الراهن كل الوسائل التي تلزم للمحافظة على الشيء المرهون.

(مادة ١٠٣٦)

يسري على هلاك أو تلف الشيء المرهون رهنا حيازيًا أحكام المادتين ٩٨٨ و ٩٨٩.

(ثانياً) بالنسبة إلى الدائن المرتهن:

(مادة ١٠٣٧)

إذا تسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون فعليه أن يبذل في حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص العادي ، وهو مسئول عن هلاك الشيء أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبي لا يدل له فيه .

(مادة ١٠٣٨)

- ١- ليس للدائن أن ينتفع بالشيء المرهون دون مقابل .
- ٢- وعليه أن يستثمره استثماراً كاملاً وفقاً لطبيعته وذلك ما لم يتفق على خلافه .
- ٣- وما حصل عليه الدائن من صافي الربح وما استفاده من استعمال الشيء يخضم من المبلغ المضمون بالرهن ولو لم يكن قد حل أجله ، على أن يكون الخصم أولاً من قيمة ما أنفقه في المحافظة على الشيء والاصلاحات وما دفعه من التكاليف ، ثم مما استحقه من تعويضات ، ثم من المصروفات ، ثم من أصل الدين .

(مادة ١٠٣٩)

- ١- يتولى الدائن المرتهن إدارة الشيء المرهون ، وعليه أن يبذل في ذلك من العناية ما يبذله الشخص العادي وليس له أن يغير من طريقة استغلال الشيء المرهون إلا برضاء الراهن ، ويجب عليه أن يبادر باخطار الراهن عن كل أمر يقتضي تدخله .
- ٢- فإذا أساء الدائن استعمال هذا الحق أو أدار الشيء إدارة سيئة أو ارتكب في ذلك إهمالاً جسيماً ، كان للراهن الحق في أن يطلب وضع الشيء تحت الحراسة أو أن يسترده مقابل دفع ما عليه .

(مادة ١٠٤٠)

يلتزم المرتهن برد الشيء المرهون إلى الراهن بعد أن يستوفي كامل حقه وما يتصل بالحق من مصروفات وتعويضات .

(مادة ١٠٤١)

تسرى على الرهن الحيازي أحكام المادة ٩٩١ فقرة أولى والمادة ٩٩٢ .

الفرع الثاني - بالنسبة إلى الغير

(مادة ١٠٤٢)

يجب لِنفاذ الرهن في حق الغير أن يكون الشيء المرهون في يد المرتهن أو العدل الذي ارتضاه المتعاقدان.

(مادة ١٠٤٣)

١- يخول الرهن الدائن المرتهن الحق في حبس الشيء المرهون دون اخلال بما للغير من حقوق تم حفظها وفقاً للقانون.

٢- وإذا خرج الشيء من يد الدائن دون إرادته أو دون علمه كان له الحق في استرداده وفقاً لأحكام الحيازة.

(مادة ١٠٤٤)

لا يقتصر الرهن الحيازي على ضمان أصل الحق وإنما يضمن أيضاً وفي نفس المرتبة:

(أ) - المصروفات الضرورية التي أنفقت للمحافظة على الشيء ، دون اخلال بامتياز مصروفات الحفظ.

(ب) - التعويضات عن الاضرار الناشئة عن عيوب الشيء.

(ج) - مصروفات العقد الذي أنشأ الدين ومصروفات عقد الرهن وقيده عند الاقتضاء والمصروفات التي اقتضاها تنفيذ الرهن.

الفصل الثالث

إنقضاء الرهن الحيازي

(مادة ١٠٤٥)

ينقضى حق الرهن الحيازي بانقضاء الدين المضمون ويعود معه إذا زال السبب الذي

انقضى به الدين دون اخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها في الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته.

(مادة ١٠٤٦)

ينقضى أيضا حق الرهن الحيازي بأحد الأسباب الآتية:

(أ) - إذا نزل الدائن المرتهن عن هذا الحق وكان ذا أهلية في إبراء ذمة المدين من الدين، ويجوز أن يستفاد التنازل ضمنا من تخلى الدائن باختياره عن الشيء المرهون. على أنه إذا كان الدين المضمون بالرهن مثقلاً بحق للغير ، فإن تنازل الدائن لا ينفذ في حق هذا الغير إلا إذا أقره.

(ب) - إذا اتحد حق الرهن الحيازي مع حق الملكية في يد شخص واحد.

(ج) - إذا هلك الشيء أو انقضى الحق المرهون.

(مادة ١٠٤٧)

يجوز للراهن إذا عرضت فرصة لبيع الشيء المرهون وكان البيع صفقة رابحة أن يطلب من المحكمة الترخيص في بيع هذا الشيء ، ولو كان ذلك قبل حلول أجل الدين. وللمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تأذن بالبيع وتحدد عندئذ شروط البيع وتفصل في أمر ايداع الثمن.

الفصل الرابع

بعض أنواع الرهن الحيازي

الفرع الأول - رهن العقار

(مادة ١٠٤٨)

يشترط لنفاذ الرهن العقاري في حق الغير إلى جانب انتقال الحيازة أن يقيد الرهن ، وتسرى على هذا القيد الأحكام الخاصة بقيد الرهن الرسمي.

(مادة ١٠٤٩)

١- يجوز للدائن المرتهن لعقار أن يؤجره للراهن دون أن يمنع ذلك من نفاذ الرهن في حق الغير.

٢- فإذا اتفق على الإيجار في عقد الرهن وجب ذكر ذلك في القيد. أما إذا اتفق عليه بعد الرهن وجب أن يؤشر به في هامش القيد ، إلا أن هذا التأشير لا يكون ضروريا إذا جدد الإيجار تجديدا ضمنيا.

الفرع الثاني - رهن المنقول

(مادة ١٠٥٠)

يشترط لنفاذ رهن المنقول في حق الغير إلى جانب انتقال الحيازة أن يحرر العقد في ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المبلغ المضمون والعين المرهونة بيانا كافيا. وهذا التاريخ الثابت يحدد مرتبة الرهن.

(مادة ١٠٥١)

الأحكام المتعلقة بالآثار التي تترتب على حيازة المنقولات المادية والسندات التي لحاملها تسرى على رهن المنقول.

(مادة ١٠٥٢)

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 يقدم بدله ، جاز للمرتهن أو للراهن أن يطلب من القاضى الترخيص له في بيعه بالمزاد العلنى أو بسعره فى البورصة أو السوق.

٢- ويفصل القاضى في أمر ايداع الثمن عند الترخيص فى البيع وينتقل حق الدائن فى هذه الحالة من الشيء إلى ثمنه.

(مادة ١٠٥٣)

يجوز للدائن المرتهن إذا لم يستوف حقه أن يطلب من القاضى الترخيص له فى بيع الشيء المرهون بالمزاد العلنى أو بسعره فى البورصة أو السوق.

الفرع الثالث - رهن الدين

(مادة ١٠٥٤)

١- لا يكون رهن الدين نافذا في حق المدين إلا باعلانه بالرهن أو بقبوله إياه وفقا لقواعد الحوالة.

٢- ولا يكون هذا الرهن نافذا في حق الغير إلا منذ حيازة الدائن المرتهن أو العدل سند الدين المرهون وعلان المدين بالرهن أو التاريخ الثابت لقبوله.

(مادة ١٠٥٥)

يكون رهن الصكوك لأمر وفقا لما يقضى به القانون.

(مادة ١٠٥٦)

لا يجوز رهن الدين إذا كان غير قابل للحوالة أو الحجز.

(مادة ١٠٥٧)

لا يسرى الوفاء بالدين المرهون أو تجديده أو المقاصة به أو اتحاد الذمة فيه أو الابراء منه في مواجهة الدائن المرتهن إلا باقراره. كما لا يسرى في مواجهته أي تعديل في الدين يكون من شأنه أن يضره إلا بقبوله.

(مادة ١٠٥٨)

يجوز للمدين في الدين المرهون أن يتمسك قبل الدائن المرتهن بأوجه الدفع المتعلقة بصحة الحق المضمون بالرهن ، وكذلك بأوجه الدفع التي تكون له هو قبل دائئه الاصلى، كل ذلك بالقدر الذى يجوز فيه للمدين في حالة الحوالة أن يتمسك بهذه الدفع قبل المحال إليه.

(مادة ١٠٥٩)

١- إذا حل الدين المرهون قبل حلول الدين المضمون بالرهن ، فلا يجوز للمدين أن يوفى الدين إلا للمرتهن والراهن معا ، ولكل من هذين أن يطلب الى المدين ايداع ما يؤديه، وينتقل حق الراهن إلى ما تم ايداعه.

٢- وإذا لم يتفق الراهن والمرتهن على طريقة استغلال ما أداه المدين ، قضت المحكمة بما تراه أنفع للراهن دون أن يكون فيه ضرر للدائن المرتهن.

(مادة ١٠٦٠)

إذا أصبح كل من الدين المرهون والدين المضمون بالرهن مستحق الأداء جاز للدائن المرتهن أن يقبض من الدين المرهون ما يكون مستحقا له أو أن يطلب بيع هذا الدين وفقا للمادة ١٠٥٣ .

الباب الثالث حقوق الامتياز

الفصل الأول أحكام عامة

(مادة ١٠٦١)

لا يكون للحق امتياز إلا بمقتضى نص في القانون.

(مادة ١٠٦٢)

- ١- يحدد القانون مرتبة الامتياز. فان لم يحدد القانون لامتياز مرتبته ، كان متأخرا عن كل امتياز منصوص على مرتبته.
- ٢- وإذا كانت الحقوق الممتازة فى مرتبة واحدة ، فإنها تستوفى بنسبة قيمة كل منها ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك.

(مادة ١٠٦٣)

- ترد حقوق الامتياز العامة على جميع أموال المدين من منقول وعقار ، أما حقوق الامتياز الخاصة فتكون مقصورة على منقول أو عقار معين.

(مادة ١٠٦٤)

- ١- لا يلزم القيد في حقوق الامتياز العامة ولو وردت على عقار ، كما أنه لا يلزم فى حقوق الامتياز العقارية الضامنة لمبالغ مستحقة للخزانة العامة.
- ٢- وتكون هذه الحقوق الممتازة جميعا أسبق في المرتبة على أى حق امتياز عقارى آخر أو أى حق رهن رسمي مهما كان تاريخ قيده. أما فيما بينها ، فالامتياز الضامن للمبالغ المستحقة للخزانة يتقدم على حقوق الامتياز العامة.

(مادة ١٠٦٥)

لا يترتب على حقوق الامتياز العامة حق التتبع وذلك مع مراعاة ما يقضى به القانون في شأن امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة.

(مادة ١٠٦٦)

تسرى على حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على عقار أحكام الرهن الرسمي بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق ، وتسرى بنوع خاص أحكام التطهير والقيد وما يترتب على القيد من آثار وما يتصل به من تجديد ومحو.

(مادة ١٠٦٧)

- ١- لا يحتج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن نية على اعتبار خلوه منه.
- ٢- ويعتبر حائزا في حكم هذه المادة مؤجر العقار بالنسبة الى المنقولات الموجودة في العين المؤجرة ، وصاحب الفندق بالنسبة إلى الأمتعة التي يأتي بها النزلاء الى فندقه.

(مادة ١٠٦٨)

يسرى على الامتياز ما يسرى على الرهن الرسمي من أحكام متعلقة بهلاك الشيء أو تلفه.

(مادة ١٠٦٩)

ينقضى حق الامتياز بنفس الطرق التي ينقضى بها حق الرهن الرسمي وحق رهن الحياة ووفقا لأحكام انقضاء هذين الحقين وذلك بالقدر الذي لا تتعارض فيه تلك الأحكام مع طبيعة حق الامتياز ، ما لم يوجد نص خاص يقضى بغير ذلك.

الفصل الثاني

أنواع الحقوق الممتازة

(مادة ١٠٧٠)

الحقوق المبينة في المواد الآتية تكون ممتازة إلى جانب حقوق الامتياز المقررة

بنصوص خاصة.

الفرع الأول - حقوق الامتياز العامة وحقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول:

(مادة ١٠٧١)

١- المصروفات القضائية التي أنفقت لمصلحة جميع الدائنين في حفظ أموال المدين وبيعها وتوزيعها ، لها امتياز على ثمن هذه الأموال .

٢- وتستوفى هذه المصروفات قبل أى حق آخر ولو كان ممتازا أو مضمونا برهن .

٣- وتتقدم المصروفات التى أنفقت في بيع الأموال على تلك التى أنفقت في اجراءات التوزيع .

(مادة ١٠٧٢)

١- المبالغ المستحقة للخزانة العامة من ضرائب ورسوم وحقوق أخرى من أى نوع كان ، يكون لها امتياز بالشروط المقررة فى القوانين والنظم الصادرة في هذا الشأن .

٢- وتستوفى هذه المبالغ من ثمن الأموال المثقلة بهذا الامتياز في أى يد كانت قبل أى حق آخر ولو كان ممتازا أو مضمونا برهن عدا المصروفات القضائية .

(مادة ١٠٧٣)

١- المبالغ التى صرفت في حفظ المنقول وفيما يلزم له من اصلاح ، يكون لها امتياز عليه كله .

٢- وتستوفى هذه المبالغ من ثمن المنقول بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة . أما فيما بينها فيقدم بعضها على بعض بحسب الترتيب العكسى لتواريخ صرفها .

(مادة ١٠٧٤)

١- يكون للحقوق الآتية ، بقدر ما هو مستحق منها فى الستة الشهور الأخيرة حق امتياز على جميع أموال المدين من منقول وعقار .

(أ) - المبالغ المستحقة للخدم والعمال وكل أجير آخر من أجرهم ومرتباتهم من أى نوع كان.

(ب) - المبالغ المستحقة عما صرف للمدين ولمن يعوله من مآكل وملبس ودواء.

(ج) - النفقة المستحقة في ذمة المدين لمن تجب نفقتهم عليه.

٢- وتستوفى هذه المبالغ بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة ومصروفات الحفظ والاصلاح. أما فيما بينها فتستوفى بنسبة كل منها.

(مادة ١٠٧٥)

١- المبالغ المنصرفة في البذر والسماذ وغيره من مواد التخصيب والمواد المقاومة للحشرات ، والمبالغ المنصرفة في أعمال الزراعة والحصاد ، يكون لها امتياز على المحصول الذى صرفت في انتاجه وتكون لها جميعها مرتبة واحدة.

٢- وتستوفى هذه المبالغ من ثمن المحصول بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة ومصروفات الحفظ والاصلاح والمبالغ المضمونة بامتياز عام.

(مادة ١٠٧٦)

١- أجرة المباني والأراضى لستين أو لمدة الإيجار إن قلت عن ذلك ، وكل حق آخر للمؤجر بمقتضى عقد الإيجار ، يكون لها جميعا امتياز على ما يكون موجودا بالعين المؤجرة ومملوكا للمستأجر من منقول قابل للحجز ومن محصول زراعي.

٢- ويثبت الامتياز ولو كانت المنقولات مملوكة لزوج المستأجر أو كانت مملوكة للغير ولم يثبت أن المؤجر كان يعلم وقت وضعها في العين المؤجرة بوجود حق للغير عليها، وذلك دون اخلال بالاحكام المتعلقة بالمنقولات المسروقة أو الضائعة.

٣- ويقع الامتياز أيضا على المنقولات والمحصولات المملوكة للمستأجر من الباطن إذا كان المؤجر قد اشترط صراحة على المستأجر عدم الإيجار من الباطن ، فإذا لم يشترط ذلك فلا يثبت الامتياز إلا للمبالغ التى تكون مستحقة للمستأجر الأصلي في ذمة المستأجر من الباطن في الوقت الذى ينذر فيه المؤجر بعدم دفع هذه المبالغ للمستأجر الأصلي.

٤- وإذا نقلت الاموال المثقلة بالامتياز من العين المؤجرة على الرغم من معارضة المؤجر أو على غير علم منه ولم يبق في العين أموال كافية لضمان الحقوق الممتازة ، بقی الامتياز قائما على الاموال التي نقلت دون أن يضر ذلك بالحق الذي كسبه الغير حسن النية على هذه الاموال. ويبقى الامتياز قائما ولو أضر بحق الغير لمدة ثلاث سنوات من يوم نقلها إذا وقع المؤجر عليها حجزا استحقاقيا في الميعاد القانوني. ومع ذلك إذا بيعت هذه الاموال إلى مشتر حسن النية في سوق عام أو في مزاد علني أو ممن يتجر في مثلها ، وجب على المؤجر أن يرد الثمن الى ذلك المشتري.

٥- وتستوفي هذه المبالغ الممتازة من ثمن الاموال المثقلة بالامتياز بعد الحقوق الواردة في المواد السابقة ، إلا ما كان من هذه الحقوق غير نافذ في حق المؤجر باعتباره حائزا حسن النية.

(مادة ١٠٧٧)

- ١- المبالغ المستحقة لصاحب الفندق في ذمة النزيل عن أجرة الإقامة والمؤونة وما صرف لحسابه ، يكون لها امتياز على الامتعة التي أتى بها النزيل في الفندق أو ملحقاته.
- ٢- ويقع الامتياز على الامتعة ولو كانت غير مملوكة للنزيل إذا لم يثبت أن صاحب الفندق كان يعلم وقت ادخالها عنده بحق الغير عليها بشرط ألا تكون تلك الامتعة مسروقة أو ضائعة. ولصاحب الفندق أن يعارض في نقل الامتعة من فندقه ما دام لم يستوف حقه كاملا. فإذا نقلت الامتعة رغم معارضته أو دون علمه ، فان حق الامتياز يبقى قائما عليها دون اخلال بالحقوق التي كسبها الغير بحسن نية على الوجه المبين في المادة ١٠٧٦ في شأن امتياز مؤجر العقار.

- ٣- ولا امتياز صاحب الفندق نفس المرتبة التي لامتياز المؤجر ، فإذا تزاخم الحقان قدم الاسبق في التاريخ ، ما لم يكن غير نافذ بالنسبة الى الآخر.

(مادة ١٠٧٨)

- ١- ما يستحق لبائع المنقول من الثمن وملحقاته ، يكون له امتياز على الشئ المبيع ، ويبقى الامتياز قائما ما دام المبيع محتفظا بذاتيته. وهذا دون اخلال بالحقوق التي كسبها الغير بحسن نية ، مع مراعاة الأحكام الخاصة بالمواد التجارية.

٢- ويكون الامتياز تاليا في المرتبة للامتيازات الوارد ذكرها في المواد السابقة ، إلا أنه يتقدم على امتياز المؤجر وامتياز صاحب الفندق إذا ثبت أنهما كانا يعلمان به وقت وضع المبيع في العين المؤجرة أو الفندق.

(مادة ١٠٧٩)

- ١- للشركاء الذين اقتسموا منقولا ، حق امتياز عليه تأمينا لحق كل منهم في الرجوع على الآخرين بسبب القسمة ، وفي استيفاء ما تقرر لهم فيها من معدل.
- ٢- وتكون لامتياز المتقاسم نفس المرتبة التي لامتياز البائع ، فاذا تزاحم الحقان قدم الأسبق في التاريخ.

الفرع الثاني - حقوق الإمتياز الخاصة الواقعة على عقار

(مادة ١٠٨٠)

- ١- ما يستحق لبائع العقار من الثمن وملحقاته ، يكون له امتياز على العقار المبيع .
- ٢- ويجب أن يقيد الامتياز ولو كان البيع مسجلا ، وتكون مرتبته من وقت القيد.

(مادة ١٠٨١)

- ١- المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين الذين عهد اليهم في تشييد أبنية أو منشآت أخرى أو في إعادة تشييدها أو في ترميمها أو في صيانتها ، يكون لها امتياز على هذه المنشآت بقدر ما يكون زائدا بسبب هذه الأعمال في قيمة العقار وقت بيعه .
- ٢- ويجب أن يقيد هذا الامتياز ، وتكون مرتبته من وقت القيد مع مراعاة ما تقضي به المادة ٩٧٧ .

(مادة ١٠٨٢)

- ١- إذا اقتسم الشركاء عقارا شائعا بينهم ، فحق كل منهم في الرجوع على الآخرين بسبب القسمة وفي استيفاء ما تقرر له فيها من معدل يكون مضمونا بحق امتياز على جميع الحصص المفترزة التي وقعت في نصيب باقى الشركاء .
- ٢- ويجب أن يقيد هذا الامتياز ، وتكون مرتبته من وقت القيد.

مرسوم بلائحة جدول الديات

بعد الإطلاع على المادة ٧٢ من الدستور
وعلى المادتين ٢٤٨ و ٢٥١ من القانون المدني الصادر بالمرسوم بالقانون رقم ٦٧
لسنة ١٩٨٠

وبناء على عرض وزير الدولة للشئون القانونية والإدارية
وبعد موافقة مجلس الوزراء

رسمنا بما هو آت المادة الأولى

تستحق الدية كاملة عن:

- أ- فقد النفس.
- ب - فقد العقل أو فقد الذاكرة.
- ج- فقد البصر ولو من عين وحيدة.
- د - فقد السمع ولو من أذن وحيدة.
- هـ- فقد الشم.
- و- فقد الذوق.
- ز- فقد الصوت أو النطق.
- ح - كسر العمود الفقري المانع من القيام.
- ط - فقد القدرة الجنسية أو فقد الإنجاب لدى الرجل أو المرأة.

المادة الثانية

يستحق نصف الدية عن:

- أ- قطع اليد إلى الرسغ.

- ب - قطع القدم إلى المفصل .
 ج - فقد أو فقء احدى العينين المبصرتين .
 د - فقد احدى الأذنين السامعتين .
 هـ - فقد ثدي المرأة أو قطع حلمته .
 و - فقد الخصية .
 ويعتبر في حكم قطع أو فقد العضو الفقد الدائم لوظيفته .

المادة الثالثة

يستحق فقد كل من الأعضاء التالية الجزء المحدد له من الدية :

- أ - فقد السن الدائمة ٥٪ من الدية .
 ب - فقد الإبهام ١٥٪ من الدية .
 ج - فقد الأصبع فيما عد الإبهام ١٠٪ من الدية .
 د - فقد سلامي الإبهام $\frac{1}{4}$ ٧٪ من الدية .
 هـ - فقد سلامي الأصبع ما عدا الإبهام $\frac{1}{4}$ ٣٪ من الدية .

المادة الرابعة

تستحق كل من الإصابات التالية الجزء المحدد لها من الدية ، وذلك دون إخلال بالحق في التعويض عما يترتب عنها من إتلاف أعضاء أخرى في الجسم :

- أ - الجرح الواصل إلى التجويف البطني أو الصدري (الجائفة) ثلث الدية .
 ب - كسر الجمجمة المؤدي إلى ظهور غشاء المخ (الآمة) ثلث الدية .
 ج - كسر العظم ونقله من أصل مكانة (المنقلة) ١٥٪ من الدية .
 د - كسر العظم (الهاشمة) ١٠٪ من الدية .
 هـ - موت الجنين في بطن أمه أو إجهاضه ١٠٪ من الدية .
 و - الجرح الكاشف للعظم دون كسره (الموضحة) ٥٪ من الدية .

المادة الخامسة

تعدد الديات كاملة أو مجزأة على نحو ما هو مقرر في المواد السابقة بتعدد فقد الأعضاء أو الحواس أو المنافع أو الجروح ، وذلك مع مراعاة ما تقضي به المادة السادسة.

المادة السادسة

لا تتعدد الديات:

- أ- إذا أدت الإصابة إلى فقد النفس.
- ب - إذا كان فقد الحاسة أو المنفعة نتيجة حتمية لزوال أخرى أو فقد عضو تعددت منافعه
- ج- إذا تعددت منافع العضو الفاقد.
- د- إذا فقد عضو يدخل فيه جزء منه يساويه في الدية.

المادة السابعة

ينشر هذا المرسوم في الجريدة الرسمية ، ويعمل به اعتباراً من ٢٥ فبراير سنة ١٩٨١م.

أمير الكويت
جابر الأحمد

رئيس مجلس الوزراء
سعد العبدالله الصباح

وزير الدولة للشئون القانونية والإدارية
سلمان الدعيج الصباح

صدر بقصر السيف في: ١٨ ربيع الأول ١٤٠١هـ
الموافق: ٢٤ يناير ١٩٨١م

مرسوم بالقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٨

في شأن إيجار العقارات*

بعد الاطلاع على الأمر الأميري الصادر في ٤ من رمضان سنة ١٣٩٦ هـ الموافق ٢٩ من أغسطس سنة ١٩٧٦ م بتنقيح الدستور،

وعلى المادتين ١٦ و ٢٢ من الدستور،

وعلى المرسوم الأميري رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ بقانون تنظيم القضاء والقوانين المعدلة له، وعلى المرسوم الأميري رقم ٦ لسنة ١٩٦٠ بقانون إصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية والقوانين المعدلة له.

وعلى القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٦٤ في شأن نزاع الملكية والاستيلاء المؤقت للمنفعة العامة، وعلى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧١ في شأن إيجار العقارات والأماكن وتنظيم العلاقات بين المؤجرين والمستأجرين المعدل بالقانون رقم ١١٣ لسنة ١٩٧٦،

وبناء على عرض وزير الدولة للشئون القانونية والإدارية ووزير العدل،

وبعد موافقة مجلس الوزراء.

أصدرنا القانون الآتي نصه:

مادة ١

تسري أحكام هذا القانون على العقارات بما في ذلك الأراضي الفضاء المؤجرة للسكن أو لغير ذلك من الأغراض وتستثنى من ذلك الأراضي الزراعية.

وإذا اشتمل العقد على شروط جوهرية غير مألوفة في الإيجار العادي أو كان القصد منه مجرد المضاربة لتحقيق ربح مادي أو وقع العقد على عين وما تحويه من أموال تفوق في أهميتها العين المؤجرة بحسب قصد المتعاقدين والغاية من الإيجار فتسري أحكام قانون التجارة أو غيرها على حسب الأحوال.

* نشر في الجريدة الرسمية الكويت اليوم بالعدد ١٢٠٢، السنة الرابعة والعشرون.

وفي حالة انتهاء العقد بين المالك والمضارب لأي سبب يستمر عقد المستأجر من المضارب نافذاً بشروطه فيما بينه وبين المالك أو المضارب الجديد وفق أحكام هذا القانون.

مادة ٢

للمحكمة - بقرار من الوزير المختص أو رئيس الهيئة المعنية - إخلاء العقارات إدارياً في الحالات الآتية:

أ- العقارات المنزوعة ملكيتها للمنفعة العامة أياً كان شاغلها.

ب- العقارات المملوكة لها والتي يتقرر إقامة أحد مشروعات المنفعة العامة عليها.

ج- الأموال العامة وأملاك الدولة الخاصة - بما في ذلك الأراضي الزراعية - التي تشغل بموجب تراخيص أو عقود تشتمل على شروط جوهرية غير مألوفة في الإيجار العادي وذلك في حالة مخالفة شروط الترخيص أو العقد أو لدواعي المصلحة العامة ، ويكون الإخلاء خلال مدة يحددها القرار بحيث لا تتجاوز سنة من تاريخ الإنذار.

د - العقارات التي تخصصها الحكومة للغير مع احتفاظها بحق الملكية مدة محددة إذا خالف المخصص له شروط الترخيص أو دعت إلى الإخلاء مصلحة عامة ، وذلك خلال المدة التي تحتفظ فيها الحكومة بملكية العقار.

وللحكومة في حالة مخالفة شروط الترخيص بالتأجير من الباطن أن تقتصر على إخلاء المستأجر من الباطن.

مادة ٣*

مادة ٤

الإيجار عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بعين معينة مدة محددة لقاء أجر معلوم.

* أُلغيت بالبند الرابع من المادة الثانية من المرسوم بالقانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠م بإصدار القانون المدني ، وكانت تنص على أن: «إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضى بموجب أحكام مجلة الأحكام العدلية فإذا لم يوجد نص في هذه الأحكام لجأ الى العرف ويقدم العرف الخاص أو العرف المحلى على العرف العام فإذا لم يوجد عرف طبقت مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة».

فإذا عقد الإيجار دون اتفاق على مدة أو عقد لمدة غير معينة أو تعذر إثبات المدة المدعاة اعتبر الإيجار منعقداً للفترة المعينة لدفع الأجرة.

وإذا لم يتفق المتعاقدان على مقدار الأجرة أو على كيفية تقديرها أو إذا تعذر إثبات مقدار الأجرة وجب اعتبار أجرة المثل ويراعى في تقدير أجرة المثل جميع العناصر اللازمة لذلك كحالة العين ومساحتها ودرجة العمران والأجور السائدة في منطقتها وما يتصل بها من أوصاف عامة أو خاصة تؤثر في منفعتها.

مادة ٥

عقود الإيجار التي تبرم بعد نفاذ هذا القانون يجب أن تكون ثابتة بالكتابة ، ومع ذلك يثبت عقد الإيجار إذا وجدت كتابة من المالك تفيد ذلك.

أما العقود المبرمة قبل نفاذ هذا القانون فيجوز إثباتها حسب القواعد التي كانت سارية وقت إبرامها.

مادة ٦

إذا تعدد المستأجرون لعين واحدة فضل من سبق منهم إلى وضع يده عليها بدون غش فإذا كان أحدهم قد اثبت تاريخ عقده وهو حسن النية قبل أن يضع مستأجر آخر يده فانه هو الذي يفضل.

فإذا لم يوجد سبب لتفضيل أحد المستأجرين فليس لهم فيما تعارضت فيه حقوقهم إلا طلب التعويض.

مادة ٧

يلتزم المؤجر أن يسلم المستأجر العين المؤجرة وملحقاتها في التاريخ المحدد للتسليم في حالة تصلح معها لأن تفي بما أعدت له من المنفعة وفقاً لما تم عليه الاتفاق كتابياً أو لطبيعة العين.

فإذا ثبت أن العين المؤجرة كانت وقت التسليم غير صالحة للانتفاع الذي أجرت من أجله أو كانت في حالة ينقص معها الانتفاع نقصاً كبيراً أو تعرض صحة المستأجر أو من

يعيشون معه أو مستخدميه أو عماله لخطر جسيم جاز للمستأجر أن يطلب فسخ العقد أو التعويض إن كان له مقتضى.

مادة ٨

يلتزم المؤجر بصيانة العين المؤجرة ويقوم أثناء الإجارة بالترميمات الضرورية وعلى الأخص القيام بالأعمال اللازمة لصيانة الأسطح والدرج والمصاعد وأنابيب المياه ونزح المجارى الصحية فإذا تأخر بعد إعداره في القيام بذلك جاز للمستأجر أن يحصل على ترخيص من القضاء في إجرائها واستيفاء تكاليفها من الأجرة.

على أنه إذا كانت تكاليف الصيانة الضرورية قد بلغت حداً من الجسامه يرهق المؤجر فلا يلتزم المؤجر إلا بالحد المناسب الذي يقدره القاضي - وتراعي في ذلك أجرة العين ومدة بقاء المستأجر فيها - ويكون للمستأجر إما فسخ العقد أو أن يتحمل ما يزيد على هذا الحد.

ولا يجوز للمستأجر أن يمنع المؤجر من إجراء الترميمات المستعجلة التي تكون ضرورية لحفظ العين المؤجرة فإذا ترتب على هذه الترميمات إخلال بالانتفاع بالعين جاز للمستأجر أن يطلب الحكم بفسخ الإيجار أو إنقاص الأجرة. ومع ذلك يجوز للطرفين الاتفاق على ما يخالف ذلك.

مادة ٩

على المؤجر أن يمتنع عن كل ما من شأنه أن يحول دون انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة على النحو المتفق عليه أو بحسب ما أعدت له.

مادة ١٠

يجب على المستأجر أن يقوم بوفاء الأجرة في المواعيد المتفق عليها كتابة. فإذا لم يوجد اتفاق كتابي وجب وفاء الأجرة في أول كل شهر إذا كان الإيجار مشاهرة وفي أول كل مدة معقود عليها الإيجار في الأحوال الأخرى ولا يعتد بتاريخ سند قبض الأجرة لتحديد مواعيد الوفاء بها.

وللمستأجر أن يودع الأجرة المستحقة خزانة إدارة التنفيذ بعد عرضها على المؤجر عرضاً قانونياً ، فإذا حصل الإيداع خلال عشرين يوماً من تاريخ الاستحقاق اعتبر وفاء بالأجرة في الموعد المقرر.

ويجب أن يتم عرض الأجرة على المؤجر كلما حل ميعاد استحقاق كل دفعة منها. ما لم يكن قد سبق للمستأجر عرضها على المؤجر في ميعاد استحقاق سابق ولم يقبلها المؤجر وأثبت بمحضر إعلان العرض أن المستأجر سيودع ما يستجد من الأجرة في موعد استحقاقها بإدارة التنفيذ ، فيجوز له إيداعها دون عرض إلى أن يقوم المؤجر بإخطار المستأجر كتابة بأنه يقبل سداد الأجرة إليه فيلتزم المستأجر بعرضها على المؤجر بعد ذلك.

وإذا قام المستأجر بعرض الأجرة قانوناً على المؤجر مرتين متتاليتين ووافق المؤجر على قبضها في هاتين المرتين ، وجب على إدارة التنفيذ في المرات التالية قبول إيداعها مباشرة دون حاجة إلى عرضها على المؤجر ، ما لم يقوم المؤجر بإخطار المستأجر كتابة بأنه سوف يقبل الأجرة دون عرضها عرضاً قانونياً.

وعلى إدارة التنفيذ إخطار المودع له بحصول الإيداع خلال خمسة أيام وذلك بكتاب موصى عليه بعلم الوصول فإذا كان عنوان المودع له غير معروف أرسل الاخطار إلى مختار الحي الذي يقع العقار المؤجر في منطقته.

وفي جميع الأحوال لا يجوز للمودع سحب ما أودعه من أجرة إلا بموافقة المودع له أو بموجب حكم قضائي.

ويصدر وزير العدل قراراً بتحديد رسوم العرض والإيداع والصرف التي يلتزم بسدادها كل من المستأجر والمؤجر والقواعد والإجراءات المنظمة لذلك.

وإذا قام نزاع بين المستأجر والمؤجر حول الأجرة أو الخصم منها أو إنقاصها فإن ذلك لا يعفى المستأجر من التزامه بدفع الأجرة كاملة في مواعيد استحقاقها وذلك إلى أن يفصل في هذا النزاع بحكم قضائي نهائي أو يحسم باتفاق مكتوب بين الطرفين وإلا اعتبر متخلفاً عن أداء الأجرة.

مادة ١١

الأجرة المتفق عليها في عقد الإيجار تكون ملزمة للمتعاقدين فلا يجوز تعديلها إلا باتفاقهما أو للأسباب التي يقررها القانون.

ومع ذلك يحق لكل من المؤجر والمستأجر التمسك بأجرة المثل إذا لم يتفقا رضائياً على الأجرة مرة كل خمس سنوات على الأقل ما لم يكن الإيجار معقوداً لمدة أطول فتسرى الأجرة المتفق عليها إلى نهاية مدة العقد ويراعى في تقدير أجرة المثل ما نص عليه في المادة ٤ من هذا القانون.

وفي جميع الأحوال لا يجوز أن يتجاوز الفرق بين الأجرة السارية بين الطرفين وأجرة المثل نسبة مائة في المائة من الأجرة السارية ، ويجوز تعديل هذه النسبة بمرسوم. وتسرى أحكام هذه المادة على العقود القائمة وقت العمل بهذا القانون.

مادة ١٢

يلتزم المستأجر بأن يستعمل العين المؤجرة على النحو المتفق عليه فإن لم يكن هناك اتفاق التزم أن يستعمل العين بحسب ما أعدت له.

ولا يجوز للمستأجر أن يحدث بالعين المؤجرة تغييراً بدون اذن المؤجر فإن أحدث بها تغييراً بدون اذن جاز للمؤجر مطالبته بإعادة العين إلى الحالة التي كانت عليها.

مادة ١٣

على المستأجر أن يبذل من العناية في المحافظة على العين المؤجرة وفي استعمالها ما يبذله الشخص المعتاد وعليه إجراء الإصلاحات التأجيرية التي ترجع إلى الاستعمال العادي المؤلف كالأصلاحات الداخلية في التوصيلات الكهربائية أو الأدوات الصحية أو الأبواب والنوافذ أو الصبغ ما لم يكن هناك اتفاق على غير ذلك.

ويكون المستأجر مسؤولاً عما يصيب العين أثناء انتفاعه بها من تلف أو هلاك إذا كان ذلك ناشئاً عن إهماله أو استعمالها استعمالاً غير مألوف.

مادة ١٤

لا يحق للمستأجر التأجير من الباطن ولا التنازل عن الإيجار وذلك عن كل ما استأجره أو بعضه إلا بإذن كتابي صريح من المؤجر.

مادة ١٥

إذا قام المستأجر بتأجير العين كلها من الباطن بموجب إذن كتابي ثم تخلي عنها بعد تأجيرها منهيًا بذلك عقد إيجاره تقوم العلاقة مباشرة بين المؤجر والمستأجر من الباطن بشرط أن يكون المستأجر الأصلي قد أوفى الأجرة المستحقة عليه ، وتحدد القيمة الإيجارية للعين في هذه الحالة بذات الأجرة المتفق عليها في العقد الأصلي أو بالأجرة المتفق عليها في عقد الإيجار من الباطن إن كانت أعلى.

فإذا وقع الإيجار من الباطن على جزء من العين كان المؤجر بالخيار بين أن يطلب الإخلاء وبين أن يبقى المستأجر من الباطن. وفي هذه الحالة الأخيرة تقوم علاقة مباشرة بينهما وتحدد القيمة الإيجارية للجزء المؤجر بذات القيمة المتفق عليها مع المستأجر الأصلي أو بأجرة المثل إن كانت تجاوزها.

مادة ١٦

إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة اختياراً أو جبراً إلى شخص آخر فإن الإيجار ينفذ في حق المالك الجديد ولو لم يكن له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذي نقل الملكية وتستمر أحكام العقد من حيث آثاره والمدة اللازمة لتعديل الأجرة بالنسبة إلى المالك الجديد.

ويشترط لذلك أن يكون المستأجر شاغلاً العين المؤجرة في تاريخ انتقال الملكية. على أن الإيجار لا ينفذ في حق المالك الجديد إذا أثبت صورته أو أثبت غشاً يبطئه.

مادة ١٧

يعد في حكم المستأجر مالك العين المنزوعة ملكيتها إذا كان شاغلاً أو مستغلاً لها بنفسه وتحدد القيمة الإيجارية للعين في هذه الحالة بأجر مثلها ولا يجب على المالك

أداء الأجرة إلا إذا استوفى مبلغ التثمين كاملاً.
أما إذا كانت العين مؤجرة للغير تظل العلاقة قائمة بين المالك والمستأجر حتى
يستوفى المالك على الأقل نصف مبلغ التثمين.
وفي جميع الأحوال تنقطع صلة المالك بالعين من تاريخ إنذاره رسمياً بالإخلاء.

مادة ١٨

يلتزم المستأجر بسداد الأجرة إلى من انتقلت إليه الملكية من وقت علمه بانتقالها.
ولا يجوز للمستأجر أن يتمسك بما عجله من الأجرة قبل من انتقلت إليه الملكية
إذا أثبت هذا أن المستأجر وقت الدفع كان يعلم بانتقال الملكية أو كان من المفروض
حتماً أن يعلم فإذا عجز من انتقلت إليه الملكية عن الإثبات فلا يكون له إلا الرجوع على
المؤجر.

مادة ١٩

ينتهي الإيجار بإنهاء المدة المعينة في العقد.
فإذا انتهى عقد الإيجار وبقي المستأجر منتفعاً بالعين المؤجرة بعلم المؤجر ودون
اعتراض منه اعتبر الإيجار قد تجدد بشروطه الأولى ولكن لمدة - أو مدد متتالية - تساوى
المدة المعينة لدفع الأجرة وتنقل إلى الإيجار جميع التأمينات التي كان المستأجر قد
قدمها في الإيجار القديم عدا الكفالة شخصية كانت أو عينية فلا تنتقل إلى الإيجار
الجديد إلا برضاء الكفيل.

وإذا رغب أحد الطرفين في إخلاء العين وجب عليه أن ينبه الطرف الآخر قبل الإخلاء
بخمسة عشر يوماً في الإجارة التي لا تتجاوز مدتها ثلاثة أشهر وبشهر واحد في الإجارة
التي لا تتجاوز مدتها ستة أشهر وبشهرين إذا زادت المدة على ذلك فإذا كان هناك اتفاق
على ميعاد معين للتنبيه بالإخلاء وجبت مراعاته.

وفي جميع الأحوال يكون التنبيه رسمياً أو ببطاقة بريدية مكشوفة مسجلة بعلم
الوصول.

مادة ٢٠*

استثناء من أحكام المادة ١٩ لا يجوز للمؤجر أن يطلب - ولو عند انتهاء مدة الإيجار - إخلاء العين المؤجرة فيما عدا الأراضي الفضاء - إلا لأحد الأسباب الآتية:

١- إذا لم يدفع المستأجر الأجرة المستحقة عليه وفق شروط العقد أو وفق الحكم الصادر بتحديداتها خلال عشرين يوماً من تاريخ استحقاقها المقرر في المادة (١٠) ، على أنه يجوز للقاضي أن يحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن مع إلزام المستأجر بالمصروفات إذا أثبت المستأجر أن تأخره يرجع إلى عذر قوي تقبله المحكمة وأوفى حتى نهاية أول جلسة تم إعلانه بها إعلاناً صحيحاً بجميع الأجرة المستحقة.

ويجوز تسليم الأجرة لكاتب الجلسة لايداعها خزينة ادارة التنفيذ بدون اجراءات إذا رفض المؤجر استلامها ولا يعتبر السفر أو الغياب عن البلاد من قبيل الأعذار المقبولة في التأخير عن دفع الأجرة.

٢- إذا كان المستأجر قد أجر من الباطن العين المؤجرة أو جزءاً منها أو نزل عن عقد الإيجار للغير أو أخلى العين لغير مالكيها أو من ينوب عنه أو أسكن معه في العين المعدة للسكن من لم يكن طرفاً في عقد الإيجار حقيقة أو حكماً وذلك كله إذا لم يأذن به المؤجر بإذن كتابي صريح وفي تطبيق هذه الفقرة يعتبر شغل العين بغير المستأجر قرينة لمصلحة المؤجر على قيام سبب الإخلاء وللمستأجر أن يثبت عكس ذلك.

* عدلت البنود أرقام ١ و٦ و ١٠ من المادة ٢٠ بالقانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٤ المنشور بجريدة الكويت اليوم بملحق العدد ١٥٣ ، وكانت تنص على: «إذا لم يدفع المستأجر الأجرة المستحقة عليه وفق شروط العقد أو وفق الحكم الصادر بتحديداتها خلال عشرين يوماً من تاريخ استحقاقها المقرر في المادة ١٠ على أنه يجوز للقاضي أن يحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن مع إلزام المستأجر بالمصروفات إذا كان المستأجر قد أوفى بجميع الأجرة المستحقة إلى تاريخ إقفال باب المرافعة في الدعوى وأثبت أن تأخره يرجع إلى عذر قوى تقبله المحكمة. ولا يعتبر السفر أو الغياب عن البلاد من قبيل الأعذار المقبولة في التأخير عن دفع الأجرة».

أما (١٦) فكان النص قبل التعديل: «إذا كان قد مضى على انتهاء بناء العين المؤجرة خمس وعشرون سنة على الأقل. ويجوز تعديل هذه المدة بمرسوم».

وأما (١٠) فكان النص قبل التعديل: «إذا كان والد القاصر يمارس التجارة في عين مملوكة أو مخصصة له وأجرها الوصي بعد وفاته إلى المستأجر واحتاج القاصر إلى هذه العين بعد بلوغه سن الرشد لممارسة التجارة فيها ولم يكن لديه أي محل تجاري آخر..

فإذا لم يشغل العين بنفسه جاز للمستأجر العودة إلى شغل العين أو المطالبة بالتعويض إن كان له مقتض».

٣- إذا استعمل المستأجر العين المؤجرة أو سمح باستعمالها بطريقة تنافي شروط عقد الإيجار المعقولة أو تخالف النظام العام أو الآداب العامة ، أو تضر بمصلحة المؤجر الأدبية أو المادية.

٤- إذا كانت العين مؤجرة لممارسة التجارة فيها فأغلقها المستأجر بدون عذر تقبله المحكمة مدة تجاوز ستة أشهر حتى لو دفع الأجرة.

٥- إذا ثبت أن العين المؤجرة أصبحت آيلة للسقوط ويخشى منها على سلامة السكان ، أو صدر قرار ملزم بالهدم من الجهة التنظيمية المختصة.

٦- إذا أراد المالك هدم العين المؤجرة لإعادة بنائها من جديد ، في إحدى الحالات الآتية:

أ- إذا مضى خمس وعشرون سنة على الأقل من تاريخ انتهاء البناء الأصلي ويجوز تعديل هذه المدة بمرسوم.

ب- إضافة البلدية أراض إلى العقار لا تقل مساحتها عن عشرة في المائة من مساحته سواء كان ذلك بسبب وجود زوائد تنظيمية أو تعديل في حدود العقار.

ج- إقامة مبان استثمارية أو تجارية حديثة بدلاً من البيوت والمباني المتعارف على تسميتها بالبيوت العربية.

وفي جميع هذه الحالات يجب أن يزيد حجم البناء الجديد على القديم بنسبة خمسين في المائة على الأقل ، ويجوز تعديل هذه النسبة بمرسوم.

فإذا كانت نظم البناء لا تسمح بالزيادة إلى هذه النسبة وجب إتباع أعلى نسبة تسمح بها هذه النظم.

ولا يجوز الحكم بالإخلاء إلا بعد الحصول على التراخيص اللازمة من الجهة المختصة.

ويجب على المالك أن يشرع في الهدم خلال ستة أشهر من تاريخ الإخلاء وأن يبدأ في البناء في مدة تحددها البلدية في التراخيص اللازمة. فإذا أخل المالك بأي من

الميعادين المذكورين كان للمستأجر - بحسب الأحوال - الحق في العودة إلى شغل العين أو التعويض ان كان له مقتضى .

٧- إذا رغب المؤجر في تعلية المبنى ولم يكن ثمة اتفاق يمنعه من ذلك بشرط ألا يكون من الممكن إجراء التعلية مع بقاء المستأجر في العين المؤجرة .

ولا يحكم بالإخلاء قبل الحصول على التراخيص اللازمة من الجهة المختصة .

وعلى المؤجر أن يشرع في التعلية قبل مضي ستة أشهر من تاريخ الإخلاء فإذا تأخر بدون عذر مقبول كان للمستأجر الحق في العودة إلى شغل العين المؤجرة أو التعويض إن كان له مقتضى .

وإذا لم يرغب المؤجر في الإخلاء وترتب على أعمال التعلية إخلاء جزئي أو وقتي بالانتفاع بالعين جاز للمستأجر فسخ العقد أو المطالبة بإنقاص الأجرة بقدر ما نقص من الانتفاع .

٨- إذا قامت بالمالك حاجة للسكن في عقاره بنفسه أو بإحدى زوجاته أو أحد أصوله أو فروعه أو كان مالك العقار لا يملك سوى المكان المؤجر ويرغب في سكناه بنفسه . وللمالك أن يختار العين التي يرغب في سكتها .

فإذا لم يشغل المالك العين المؤجرة بغير عذر مقبول في ميعاد ستة أشهر من تاريخ الإخلاء جاز الحكم للمستأجر بالتعويض إن كان له مقتضى .

٩- إذا كانت العين المؤجرة واقعة ضمن سكن المالك الخاص ورغب المالك في استغلالها أو شغلها بنفسه أو بأحد أصوله أو فروعه أو ممن يعولهم .

١٠- إذا كان والد القاصر يمارس التجارة في عين أو أكثر مملوكة أو مخصصة له ، وأجرها الوصي بعد وفاته إلى المستأجر ، واحتاج القاصر إلى هذا المكان ، وذلك خلال سنة من تاريخ بلوغه سن الرشد لممارسة التجارة فيه ولم يكن لديه أي محل تجاري آخر ، فإذا لم يشغل المكان بنفسه خلال ستة أشهر من تاريخ الإخلاء ، جاز للمستأجر العودة إلى شغل المكان أو المطالبة بالتعويض ان كان له مقتضى .

١١- إذا كانت العين المؤجرة محلاً لمزاولة التجارة أو إحدى المهن وصدر حكم قضائي أو قرار إداري بإبعاد المستأجر.

مادة ٢١

فيما عدا الحالات المنصوص عليها في البنود (١ و٢ و٣ و٥ و١١) من المادة السابقة، يجوز للقاضي عند الحكم بالإخلاء بالتطبيق لأحكام المادة ذاتها أن يمهل المستأجر المدة المناسبة لتنفيذ الحكم على ألا تتجاوز ستة أشهر.

ويكون شغل المستأجر للعين المؤجرة خلال مهلة الإخلاء بدون مقابل. وإذا قلت مهلة الإخلاء المشار إليها عن ستة أشهر وجب الحكم بتعويض المستأجر بما يكمل أجرة هذه المدة.

على أنه بالنسبة للحالتين المنصوص عليهما في البندين ٦ و٧ من المادة المشار إليها فيجب الحكم بتعويض المستأجر بالآتي:

أ- ما يكمل أجرة ستة أشهر إن قلت مهلة الإخلاء عن ستة أشهر.

ب- إذا زادت مدة انتفاعه بالعين المؤجرة على ست سنوات فيحكم له - بالإضافة إلى التعويض المنصوص عليه في البند (أ) - بما يعادل أجرة شهر عن كل سنة من السنوات الزائدة بما لا يجاوز أجرة ستة أشهر.

ويجوز تعديل مهلة الإخلاء وقيمة التعويض المنصوص عليهما في هذه المادة بمرسوم.

مادة ٢٢

لا ينتهي الإيجار بموت المؤجر ولا بموت المستأجر، ومع ذلك إذا مات المستأجر جاز لورثته أن يطلبوا إنهاء العقد.

مادة ٢٣

عند إنتهاء الإيجار لأي سبب يجب على المستأجر أن يرد العين المؤجرة فإذا أبقاها تحت يده دون حق كان ملزماً أن يدفع عن المدة الزائدة تعويضاً يعادل ضعف الأجرة مع

عدم الإخلال بحق المؤجر في إخلائه.

ويرد المستأجر العين بالحالة التي تسلمها عليها إلا ما يكون قد أصاب العين من هلاك أو تلف لسبب لا يد له فيه.

وإذا كان تسليم العين للمستأجر قد تم دون كتابة محضر أو دون بيان بأوصاف هذه العين افترض حتى يقوم الدليل على العكس أن المستأجر قد تسلم العين في حالة حسنة.

وإذا كان المستأجر قد أوجد في العين المؤجرة بناء أو غراساً أو غير ذلك من التحسينات فله عند انقضاء الإيجار أن يتركها أو أن يزيلها على نفقته دون إضرار بالعقار ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بغير ذلك.

مادة ٢٤ *

تنشأ دائرة إيجارات لدى المحكمة الكلية تختص بالنظر في المنازعات المتعلقة بالإيجار والتعويضات الناشئة عنه وتشتمل على غرفة أو أكثر حسب الحاجة وتصدر أحكامها من ثلاثة قضاة.

وفيما عدا الدعاوى التي يطلب فيها الإخلاء لرئيس المحكمة الكلية أن يندب أحد أعضائها للفصل نهائياً في الدعوى التي لا تتجاوز قيمتها ألف دينار كما يجوز له أن يحدد نطاق عمله بمحافظة معينة أو أكثر.

وتكون جميع الأحكام مشمولة بالنفذ المعجل ، فيما عدا الأحكام الصادرة بالإخلاء.

وإذا رفعت الدعوى التي تختص بها دائرة الإيجارات أمام دائرة أخرى أحالتها من تلقاء نفسها إلى دائرة الإيجارات.

* استبدلت بعبارة (خمسمائة دينار) الواردة في الفقرة الثانية عبارة (ألف دينار) بالمرسوم بالقانون رقم ٢ لسنة ١٩٨٨ المنشور في جريدة الكويت اليوم بالعدد ١٧٦٠.

مادة ٢٥*

ترفع الدعاوى إلى دائرة الإيجارات بصحيفة من أصل وصور بقدر عدد المدعي عليهم يقدمها المدعي أو من ينوب عنه إلى قلم كتاب المحكمة مشتملة على البيانات اللازمة لصحف الدعاوى ويؤدي المدعي الرسم كاملاً وقت تقديم صحيفة دعواه ولا يشترط توقيع محام عليها.

ويحدد قلم الكتاب جلسة تقع خلال أسبوع ويؤشر المدعي على أصل الصحيفة بعلمه وبتاريخ الجلسة المحددة ويكفي التأشير بذلك ممن قدم الصحيفة نيابة عنه ويعطي قلم الكتاب لمقدم الصحيفة شهادة تتضمن تاريخ تقديمها وبيانا بعدد ما أرفق بها من الصور. وترسل إدارة الكتاب في ذات اليوم أو في اليوم التالي على الأكثر أصل الصحيفة وصورها ، إلى قسم الإعلانات ، ليقوم بإعلانها للمدعى عليه قبل الجلسة بيومين على الأقل ، طبقا للقواعد المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، واستثناء من تلك القواعد ، يجوز اتباع الاجراءات الآتية لإعلان المستأجر عدا ما تعلق منها بالدولة أو بأحد الأشخاص العامة:

١- تسلم صورة الإعلان إلى المستأجر في العين المؤجرة ، وفي حالة عدم وجوده ، تسلم الصورة إلى من يقرر أنه وكيله أو يعمل معه أو في خدمته أو من الساكنين معه.

٢- يتم الإعلان بطريق اللصق على باب العين المؤجرة أو على حائط في مكان ظاهر عند مدخلها وذلك في الأحوال الآتية:

أ- إذا لم يجد القائم بالإعلان من يصح تسليمه صورة الإعلان وفقاً لحكم البند السابق.

* استبدلت الفقرة الأولى من المادة (٢٥) بالقانون رقم ٣٣ لسنة ٢٠٠٣ المنشور في جريدة الكويت اليوم بالعدد ٦١٨ ، وكان النص قبل التعديل: «ترفع الدعوى إلى دائرة الإيجارات بصحيفة من أصل وصور بقدر عدد المدعي عليهم أو من ينوب عنه إلى قلم كتاب المحكمة مشتملة على البيانات اللازمة لصحف الدعاوى ويؤدي المدعي الرسم كاملاً وقت تقديم صحيفة دعواه».

كما استبدلت الفقرة الثالثة من ذات المادة بالقانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٤ المنشور في جريدة الكويت اليوم بملحق العدد ١٥٣ ، وكان النص قبل التعديل: «ويرسل قلم الكتاب في نفس اليوم أو في اليوم التالي على الأكثر أصل الصحيفة وصورها إلى إدارة التنفيذ لتقوم بإعلانها للمدعي عليه قبل الجلسة بيومين على الأقل ويكون الإعلان على الوجه المبين في قانون المرافعات».

ب- إذا امتنع من وجد من هؤلاء المذكورين في العين من غير المستأجر نفسه عن التوقيع على أصل الإعلان بالتسليم.

ج- إذا كانت العين المؤجرة مغلقة.

وفي جميع الأحوال يجب على القائم بالإعلان تحرير محضر بذلك ، وعليه أن يبين في أصل الإعلان وصورته ، جميع الإجراءات التي اتخذها لإتمام الإعلان ، ويصدر وزير العدل قراراً بشكل الملصق والبيانات الواجب إثباتها فيه.

ويعتبر الإعلان منتجاً لآثاره من وقت تسليم الصورة إلى من سلمت إليه قانوناً أو من وقت امتناع المستأجر نفسه عن تسلمها أو من وقت إجراء اللصق.

ويكون الإعلان في منازعات الإيجار لمرة واحدة.

مادة ٢٦*

في اليوم المعين لنظر الدعوى يحضر الخصوم بأنفسهم أو يحضر عنهم من يوكلونه بورقة رسمية أو موثقة ويجوز أن يعطى التوكيل في الجلسة بتقرير يدون في محضرها.

ولا يشترط في الوكيل أن يكون محامياً أو قريباً أو صهراً وإنما يكفي أن تتوافر فيه شروط الوكالة العامة وللوكيل أن يوكل محامياً ولو لم يصرح بذلك في سند وكالته وتسرى الوكالة في جميع مراحل التقاضي والتنفيذ ما لم يقيد بها الموكل صراحة.

وتفصل المحكمة في الدعوى على وجه السرعة وكلما اقتضى الأمر تأجيل الدعوى أجلت لمدة لا تزيد على أسبوع إلا إذا استلزمت طبيعة الإجراء المطلوب مدة أطول فيكون التأجيل لجلسة قريبة تحدد وفقاً لظروف الحال.

* عدل البند (٤) من المادة ٢٦ بالقانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٤ المنشور في جريدة الكويت اليوم بملاحق العدد ١٥٣ ، وكان النص قبل التعديل: «ولا يجوز الطعن في الحكم الصادر في الدعوى بطريق الاستئناف إلا بسبب الخطأ في تطبيق القانون أو في تأويله أو إذا وقع بطلان في الحكم أو في الإجراءات أثر في الحكم ويجب على المستأنف أن يودع خزانة وزارة العدل كفالة قدرها عشرين ديناراً عند تقديم صحيفة الاستئناف ولا يقبل قلم الكتاب الصحيفة إذا لم تصحب بما يثبت الإيداع وتصادر الكفالة بقوة القانون إذا حكم بعدم قبول الاستئناف أو برفضه أو بعدم جوازه أو بسقوطه ولا يترتب على الاستئناف وقف تنفيذ الحكم إلا إذا أمرت المحكمة بالاستئناف بذلك».

ولا يجوز الطعن في الحكم الصادر في الدعوى بطريق الاستئناف إلا بسبب الخطأ في تطبيق القانون أو في تأويله أو إذا وقع بطلان في الحكم ، أو في الإجراءات أثر في الحكم ، ويجب على المستأنف أن يودع خزانة وزارة العدل كفالة قدرها عشرون ديناراً وأن يودع كذلك الأجرة المحكوم بها خزانة إدارة التنفيذ عند تقديم صحيفة الاستئناف، ولا تقبل إدارة الكتاب الصحيفة إذا لم تصحب بما يثبت إيداع الكفالة ودليل إيداع الأجرة المحكوم بها ، وتصادر الكفالة بقوة القانون إذا حكم بعدم قبول الاستئناف أو برفضه أو بعدم جوازه أو بسقوطه. ولا يترتب على الاستئناف وقف تنفيذ الحكم إلا إذا أمرت المحكمة الاستئنافية بذلك.

ويكون ميعاد الطعن بالاستئناف (١٥) يوماً من تاريخ صدور الحكم ولا يجوز الطعن بطريق التمييز في الأحكام الصادرة في الاستئناف.

مادة (٢٦) مكرراً *

إذا كانت الأجرة المستحقة هي كل ما يطالب به المؤجر ، يجوز له أن يستصدر بها أمراً بالأداء طبقاً للقواعد والإجراءات المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية ويرفق بالعريضة عقد الإيجار ، وما يثبت حصول التكليف بوفاء الأجرة وشهادة من إدارة التنفيذ بعدم إيداع المستأجر للأجرة المطالب بها في خزانتها.

ويجوز للطالب إعلان المدين بالعريضة والأمر الصادر ضده بالأداء بالإجراءات المنصوص عليها في المادة ٢٥ فقرة ثالثة.

ويجوز للمدين التظلم من الأمر خلال عشرة أيام من تاريخ إعلانه إليه ، ويجب عليه أن يودع خزانة وزارة العدل كفالة قدرها خمسون ديناراً عند تقديم صحيفة التظلم ولا تقبل إدارة الكتاب الصحيفة إذا لم تصحب بما يثبت إيداع الكفالة وتصادر الكفالة بقوة القانون إذا خسر المتظلم تظلمه ، ويكون الحكم في التظلم نهائياً.

مادة (٢٦) مكرراً (أ) *

استثناء من أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية ، لا يجوز رفع إشكال في تنفيذ الأحكام الصادرة في منازعات إيجار العقارات إلا من غير المحكوم عليه ويجب

* أضيفت المواد ٢٦ مكرراً و ٢٦ مكرراً (أ) و ٢٦ مكرراً (ب) بالقانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٤.

على المستشكل أن يودع خزانة وزارة العدل كفالة قدرها مائة دينار عند تقديم صحيفة الأشكال ، ولا تقبل إدارة الكتاب الصحيفة إذا لم تصحب بما يثبت الإيداع ، وتصادر الكفالة بقوة القانون إذا خسر المستشكل إشكاله.

مادة (٢٦) مكررا (ب) *

يجوز للمؤجر في العقارات المؤجرة لغرض السكن إنهاء عقد الإيجار بعد مضي خمس سنوات من تاريخ العقد ما لم يتفق الطرفان على مدة أطول من ذلك ، ويمتد العقد بالنسبة للمؤجر لمدة أو لمدد مماثلة ، ولكن بالشروط التي يتفق عليها الطرفان ، ما لم ينه المؤجر المستأجر برغبته في إخلاء العين قبل انقضاء ثلاثة أشهر على الأقل من السنة الأخيرة ، ويكون التنبيه بالإخلاء بواسطة مندوب الإعلان كل ذلك مع عدم الإخلال بحق المؤجر في طلب إخلاء العين المؤجرة للأسباب المنصوص عليها في المادة (٢٠) من هذا القانون فإذا لم يتفق الطرفان على شروط جديدة وبقي المستأجر منتفعا بالعين المؤجرة بعلم المؤجر دون اعتراض منه امتد العقد بالنسبة للمؤجر لمدة خمس سنوات أخرى بذات شروطه ولا يحول ذلك دون اعمال ما تنص عليه المادة (١١) من هذا القانون.

مادة ٢٦ مكررا (ج) *

يسري حكم المادة السابقة على العقارات المؤجرة لغرض السكنى وقت العمل بهذا القانون ما لم تكن المدة المتبقية أقل من سنة فيمتد العقد لمدة سنة من تاريخ نفاذ هذا القانون.

مادة ٢٧

تسرى أحكام هذا القانون على الدعاوى المنظورة أمام المحاكم والتي لم يصدر فيها حكم نهائي حتى تاريخ العمل به.

مادة ٢٨

يلغي القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧١ المعدل بالقانون رقم ١١٣ لسنة ١٩٧٦ وكل نص آخر يخالف أحكام هذا القانون.

* أضيفت المادة ٢٦ مكررا (ج) بالقانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٤ .

مادة ٢٩

على رئيس مجلس الوزراء والوزراء - كل فيما يخصه - تنفيذ هذا القانون ويعمل به من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية.

أمير الكويت

جابر الأحمد

رئيس مجلس الوزراء

سعد العبدالله الصباح

وزير العدل

عبدالله إبراهيم المفرج

وزير الدولة للشؤون القانونية والإدارية

سلمان الدعيح الصباح

صدر بقصر السيف في: ١٧ شعبان ١٣٩٨ هـ

الموافق: ٢٢ يوليو ١٩٧٨ م

مذكرة إيضاحية
للمرسوم بقانون
في شأن إيجار العقارات

مذكرة إيضاحية

للمرسوم بقانون في شأن إيجار العقارات

يعتبر عقد الإيجار من أهم العقود التي تنظم معاملات الناس وقد عنيت التشريعات منذ القدم بوضع الأحكام والضوابط التي تحكم العلاقة بين المؤجر والمستأجر في ضوء النظام الاقتصادي والاجتماعي السائد في الدولة.

ولقد حظى عقد الإيجار "وخاصة إيجار العقارات" باهتمام بالغ من المشرع الكويتي نظراً لخطورة شأنه وكثرة تداوله وأثره البالغ على كثير من نواحي النشاط الاقتصادي والاجتماعي في الدولة وكان قانون الإيجار الصادر سنة ١٩٥٤ هو أول معالجة تشريعية خاصة لعقد إيجار العقارات ثم حل محله القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٦٤ الذي ألغى بموجب القانون الأخير رقم ٢٥ لسنة ١٩٧١.

ولعل في هذه التشريعات المتعاقبة ما يكشف عن وجوب متابعة التشريع للأحداث والتطورات وأن يبادر المشرع إلى التعديل أو التبديل فيه وفقاً لما تقتضيه الظروف والأوضاع المستجدة حتى يظل التشريع مؤدياً رسالته الأساسية وهي كفالة العدالة بين الناس.

ولقد حدثت في الفترة الأخيرة وخاصة مع بداية سنة ١٩٧٤ تطورات اقتصادية كبيرة انعكس أثرها على إيجار العقارات وازدياد أسعارها ونشوء بعض الأزمات في العرض والطلب مما أدى إلى تدخل سريع من المشرع فاصدر القانون رقم ١١٣ لسنة ١٩٧٦ معدلاً بعض مواد القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧١ وموفقاً العمل بالفقرات (٦ و٧ و٨) من المادة ١٧ من هذا القانون التي تجيز الإخلاء في حالات الهدم لإعادة البناء والتوسعة والتعليق والتحويل وذلك لمدة عام ثم صدر مرسوم بتاريخ ٢١ ديسمبر ١٩٧٧ بمد هذا الوقف لمدة ستة أشهر اعتباراً من ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٧٧ مع استثناء حالتين ورد النص عليهما في المرسوم ، ثم مدت المدة بعد ذلك لمدة شهر واحد.

ولما كان هذا التدخل من المشرع لا يغني عن إعادة النظر في القانون ككل ووضع الأحكام الجديدة التي تتفق مع ما استجد من تطورات ويعيد التوازن بين مصالح طرفي

العقد في ضوء المصلحة العامة للمجتمع .

لذلك فقد أعد القانون المعروض متضمناً من الأحكام ما يتفق مع الظروف الاقتصادية والاجتماعية ويكفل تحقيق العدالة بين المؤجر والمستأجر .

وقد روعي في إعداد الإبقاء على الأحكام التي وردت في القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧١ والتي لم تدع الحاجة إلى تعديلها أو تعديلها وذلك محافظة على الاستقرار التشريعي بقدر الإمكان وما تواترت عليه اجتهادات الفقه والقضاء بشأنها .

وقد نصت المادة الأولى من القانون على سريانه على العقارات لأنها هي المقصودة بهذه الأحكام الخاصة التي وردت في القانون ، وقد حذفت عبارة ”الأماكن وأجزائها“ التي وردت في القانون الملغي اكتفاء بما يدل عليه لفظ العقارات من شمول وعموم مع التأكيد على دخول الأراضي الفضاء تحت هذا المدلول منعاً لأي شك أو غموض حولها، ومع استثناء الأراضي الزراعية من نطاق تطبيق هذا القانون لما لها من وضع خاص ليس مجاله هذا القانون .

وعلى ذلك فكل إجارة صحيحة يكون محلها عيناً عقارية (فيما عدا الأراضي الزراعية) تخضع العلاقة فيما بين طرفيها لأحكام هذا القانون وتستوي في ذلك الإجارة الصادرة من المالك والإجارة الصادرة من أى شخص آخر له صفة قانونية أو شرعية في التأجير كالوكيل والوصي وناظر الوقف والحارس القضائي .

ولابد لسريان القانون من أن يكون شغل العين قد تم بناء على عقد إيجار حقيقي صحيح فيستبعد العقد الصوري والعقد الباطل وكل ما ليس بإيجار ، ومن ثم فالقانون لا يسري على الأعيان المغتصبة التي تشغل بغير سند أصلاً ولا على الأعيان التي تشغل بمقتضى سند آخر غير الإيجار مهما يكون نوع هذا السند أو تكييفه القانوني . فالأعيان المعتبرة من الأملاك العامة لا يشملها هذا القانون تمشياً مع ما استقر في الفقه والقضاء من أن تخويل الانتفاع ببعض الأموال العامة ولو سمي إيجاراً ، ما هو إلا ترخيص إداري يحكمه القانون العام وينظمه ما اشتمل عليه الترخيص من أحكام . كذلك لا يسري القانون على المساكن التي تخصصها الحكومة والمؤسسات والشركات لبعض موظفيها وعمالها ولو اقتضت عنها أجراً لأن الإيجار ليس مقصوداً لذاته وإنما المقصود هو التيسير على الموظف أو العامل في معيشتة حتى يتمكن من أداء واجباته على خير وجوه الأداء .

وقد أخرج القانون من نطاق تطبيقه بنص صريح أحوالاً معينة هي خارجة عن نطاقه بمفهوم نظريته العامة ولكن رثى النص عليها دفعا للالتباس وحسماً لما قد يثور حولها من جدل أو خلاف. وهذه أحوال ذات صور أشتات يكاد أن يكون حصرها مستعصياً ولهذا أوردها القانون في كنف قاعدة عامة تنظمها وتتناول كل حالة أخرى تماثلها أو تتحد معها في الصفات والغايات.

وهذه هي الأحوال الخارجة عن نطاق القانون بنص صريح فيه:

أ- حالة العقد المشتمل على شروط جوهرية غير مألوفة في الإيجار العادي كان تؤجر إحدى الجمعيات التعاونية مكاناً للتجار في سلع معينة وتشرط على المستأجر التزام حد للربح لا يتجاوزه أو تفرض عليه نوعاً من الرقابة والإشراف ، فإذا وجدت شروط من هذا الضرب غير المألوف في الإيجار المعتاد اعتبر ورودها قرينة قانونية على أن نية الطرفين انصرفت إلى إنشاء عقد يغير الإيجار وإن اتخذ اسمه وتبدت فيه قسامته. ومن هذا القبيل من يستأجر مقصفاً في مدرسة أو ناد. ويتصل بذلك أن يكون الإيجار قد خالطته عملية مالية ارتبطت به كأن يشترط المؤجر الحصول على حصة من ربح التجارة التي يمارسها المستأجر في العين المؤجرة.

ب- إذا كان التصرف في حد ذاته يستهدف مجرد المضاربة لتحقيق ربح مادي كأن يقع الإيجار على عمارة كبيرة كلها أو بعضها بمبلغ إجمالي كي يقوم المستأجر بتأجير أجزائها المتعددة للغير فالمستأجر هنا مضارب يقوم بعملية مالية لا يقصد بها سوى تحقيق ربح مادي والمستأجرون منه ليسوا مستأجرين من الباطن وإنما هم في الواقع المستأجرون الأصليون. على أنه في حالة انتهاء العقد بين المالك والمضارب يستمر عقد المستأجر نافذاً بشروطه فيما بينه وبين المالك أو المضارب الجديد على مقتضى أحكام هذا القانون.

ج- إذا وقع العقد على عين بما تحتويه من أموال. ويكون ذلك عادة في إجارة المنشآت التجارية والصناعية حيث يشمل الإيجار مبنى المتجر أو المصنع وما به من أدوات وآلات وأشياء تغطي أهميتها على أهمية المبنى فهنا يكون الإيجار وارداً في الواقع على المنشأة وأشياءها بأكملها دون تبعض لا على المكان الموضوعه فيه ويتوارى المبنى في هذه الحالة إذ تتضاءل أهميته بجانب ما اشتمل عليه ، ويتصل بذلك

تأجير مكان يراعى في تحديد أجرته عوامل معنوية ومادية تفوق أهميتها كثيراً أهمية المكان ذاته كالاستفادة من اسم تجاري أو ترخيص أو غير ذلك من الاعتبارات التي يبدو المكان من خلالها شيئاً ثانوياً ولكن الموقف يختلف إذا اتضح من ظروف الحال أن الإيجار وارد بصفة أصلية على المكان وشامل على بعض عوامل مادية أو معنوية لا تفوقه في الأهمية أو تعتبر بالنسبة له عنصراً ثانوياً والمناطق في كل ذلك هو تغليب الجانب الأهم تمثيلاً مع قصد العاقدين الذي تكشف عنه الظروف والملابسة ومقتضيات السير العادي للأمر.

في جميع هذه الأحوال ، ونظائرها ، لا تسرى أحكام هذا القانون على العلاقة القائمة بين طرفي العقد إلا فيما يتفقان عليه منها دون مخالفة النظام العام ، وتسرى على علاقتهما أحكام قانون التجارة أو غيرها من الأحكام القانونية على حسب الأحوال .

وإذن ، فالقانون لا يسرى إلا حيث يوجد عقد سليم يعد إيجاراً في صحيح التكييف القانوني بشرط أن يتناول التعاقد العين المؤجرة فحسب سواء أجزت للسكني أو للعمل أو لأي غرض مشروع ، أي أن يتناول التعاقد العين مع أشياء أخرى ثانوية تقل عنها في الأهمية . ويكفي لاستبعاد تطبيق هذا القانون أو تنتفي علاقة الإيجار الحقيقي بمعناه المقصود دون حاجة إلى التعرف على حقيقة العلاقة القائمة بين المتعاقدين وتكييفها من الوجهة القانونية .

ومن الواجب بداهة ألا يكون ثمة غش أو تحايل على القانون . وقد نص القانون في مادته الثانية على حق الحكومة في إخلاء العقارات إدارياً إذا كانت قد نزع ملكيتها للمنفعة العامة أياً كان شاغلها وهو حكم مقرر ولكن رؤى التأكيد عليه في هذا القانون منعاً لأي لبس أو غموض وكذلك يسرى هذا الحكم على العقارات المملوكة للدولة والتي يتقرر إقامة أحد مشروعات المنفعة العامة عليها لتوافر الحكمة والمبررات التي تقتضى جواز الإخلاء الإداري ، كما نصت المادة أيضاً على سريان هذا الحكم على الأموال العامة وأملاك الدولة الخاصة بما في ذلك الأراضي الزراعية التي تشغل بموجب تراخيص أو عقود تشتمل على شروط جوهرية غير مألوفة في الإيجار العادي وذلك في حالة مخالفة شروط الترخيص أو العقد أو لدواعي المصلحة العامة حيث أن شغل الأموال العامة بطبيعته يكون بترخيص مؤقت يجوز للحكومة إنهاؤه في أي وقت

كما أنه بالنسبة لأملاك الدولة الخاصة إذا ما تضمن العقد شروطاً جوهرية غير مألوفة في الإيجار العادي فإن ذلك يكشف عن أن العقد قد قصد به تقديم خدمات من الدولة أو دفعت إليه اعتبارات خاصة مما يكون من الأوفق إعطاء الحكومة حق الهيمنة على هذه العلاقة وإخلاء العقار إدارياً عند مخالفة شروط العقد أو لدواعي المصلحة العامة وكذلك تتحقق ذات العلة في العقارات التي تخصصها الحكومة للغير مع احتفاظها بحق الملكية لمدة محددة فيجوز لها إخلاء العقار إدارياً إذا خالف المخصص له شروط التخصيص أو دعت إلى ذلك مصلحة عامة وذلك خلال المدة التي تحتفظ فيها الحكومة بملكية العقار. كما يجوز لها إذا كانت مخالفة شروط الترخيص بتأجير العقار من الباطن أن تقتصر على إخلاء المستأجر من الباطن.

و ضمناً لعدم إساءة استعمال حق الإخلاء الإداري فقد جعل بيد الوزير أو رئيس الهيئة المعنية لتقدير الظروف والاعتبارات التي تحيط بممارسة هذا الحق.

ورسم القانون في مادته الثالثة طريقاً للتطبيق القانوني أفسح فيه المجال لحل كل إشكال، فقرر أن القاضي يبحث في كافة التشريعات القائمة - وأولها تشريع الإيجار بطبيعة الحال - عن النص التشريعي الممكن تطبيقه ، فإذا لم يجده التمس به في مجلة الأحكام العدلية ، وإذا لم يجد نصاً في المجلة لجأ إلى العرف مقدماً العرف الخاص أو العرف المحلي على العرف العام ، فإن لم يوجد عرف طبقت مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

وقد أورد القانون في مادته الرابعة تعريفاً لعقد الإيجار يبين منه أنه عقد رضائي يقع فيه التراضي على عناصر ثلاثة هي: منفعة العين المؤجرة والمدة والأجرة.

ومنفعة العين المؤجرة هي ركيزة التزامات طرفي العقد ، ولهذا يجب أن تكون العين معينة أو قابلة للتعين بوجه مانع للجهالة ويشمل الإيجار ذات العين كما يشمل توابعها وملحقاتها إلا إذا ذكر خلاف ذلك في العقد.

المدة هي مقياس الانتفاع بالعين المؤجرة لأن الإيجار عقد زمني من خصائصه التوقيت ومن ثم تقاس منفعة العين فيه بمقياس الزمن. ولكن يقع أحياناً أن يسكت المتعاقدان عن المدة فلا يعرضان لها أصلاً وقد يتفقان على أن يكون الإيجار لمدة غير معينة أو لمدة معينة يتعذر على أيهما إثباتها ففي جميع هذه الأحوال لا يبطل الإيجار

بسبب تجهيل المدة ولكنه يكون صحيحاً ويتكفل القانون بتحديد المدة مقررًا أن الإيجار يعتبر منعقدًا لمدد متتالية كل مدة منها هي المدة المحددة لدفع الأجرة مما مفاده أنه إذا كانت الأجرة تدفع مشاهرة على حسب المعتاد بالنسبة للمنازل كانت مدة الإيجار شهراً يمتد إلى شهر ثانٍ فثالث فابع وهكذا إلى أن ينقضى بسبب قانوني ، ويجرى الأمر على هذا الغرار إذا كانت الأجرة تدفع سنوياً أو لفترة أخرى.

والأجرة هي مقابل الانتفاع بالعين المؤجرة والأصل فيها أن تكون نقوداً ولكن يجوز أن تكون أي تقدمه أخرى. ولا بد من أن تكون الأجرة معينة أو قابلة للتعين فإذا لم يتفق عليها المتعاقدان أو اتفقا ولكن تعذر إثبات ما اتفقا عليه فإن القانون يتكفل بتحديد مقررًا أنها تكون أجرة المثل ، ويستعان في تقدير أجرة المثل بعناصر أوردتها القانون قاصداً الاستهداء بها دون أن يمنع الاستعانة بغيرها من عناصر مختلفة ضمناً لحسن التقدير.

وأوجب المادة الخامسة بالنسبة لعقود الإيجار التي ترم بعد نفاذ هذا القانون أن تكون ثابتة بالكتابة على أن عقد الإيجار يثبت كذلك إذا وجدت كتابة من المالك تفيد وجود العقد ، أما العقود المبرمة قبل نفاذه فيجوز إثباتها طبقاً للقواعد التي كانت سارية في تاريخ إبرامها.

وقد عني القانون بوضع حل للمفاضلة بين عدة مستأجرين استأجروا عيناً واحدة بعدة عقود قرر في مادته السادسة أن من يسبق منهم إلى وضع يده على العين بغير غش تكون له الأفضلية وإذا لم يحدث هذا فإن المستأجر الذي يفضل هو من سارع بحسن نية إلى إثبات تاريخ عقده بوجه رسمي قبل أن يضع مستأجر آخر يده على العين ، وإذا لم يوجد سبب لتفضيل أحد المستأجرين على غيره فليس لهم فيما تعارضت فيه حقوقهم إلا طلب تعويض ممن يكون مسئولاً عنه طبقاً للقواعد العامة.

وتناولت المواد من ٧ إلى ١٣ تنظيم الآثار التي تترتب على الإيجار وهذه الآثار هي الالتزامات التي ينشأها عقد الإيجار في جانب المؤجر من جهة وفي جانب المستأجر من جهة أخرى.

وما أوردته القانون عن التزامات المؤجر والمستأجر يسري في حالة سكوت العقد على أساس أن المتعاقدين قد سكتا عن تنظيم التزاماتهما على نحو معين تكون نيتهما

المشتركة قد اتجهت إلى اعمال القواعد التي قررها القانون في هذا الشأن. ومن مقتضى هذا أنه يجوز للمتعاقدین الاتفاق على تعديل هذه الالتزامات بالزيادة أو بالنقص وينفذ ما اتفقا عليه إذا لم يخالف الآداب ولا النظام العام.

والنظرية العامة لهذا القانون في تأصيل التزامات الطرفين هي أن المؤجر ملزم بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة وفي مقابل هذا يلتزم المستأجر بأداء الأجرة. وقد صيغت الأحكام الخاصة بآثار الإيجار على أساس هذه النظرية مع مراعاة ما جرى عليه الناس في معاملاتهم ومع محاولة تضييق مسافة الخلف في الأمور التي يكتر حولها النزاع.

والمؤجر ملزم بأن يسلم العين المؤجرة ، ويشمل هذا التسليم العين ذاتها وملحقاتها وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمالها كالمصاعد وسائر المرافق المشتركة للعمارة ، على أن يكون ما يسلم في حالة يصلح معها لأن يفي بما أعدت له العين من المنفعة وذلك وفقاً لما تم عليه الاتفاق كتابياً أو لطبيعة العين.

فإذا سلمت العين في حالة لا تكون معها صالحة لاستيفاء المنفعة المقصودة أو تنقص معها هذه المنفعة نقصاً كبيراً ، أو إذا كانت العين في حالة من شأنها أن تعرض صحة المستأجر أو من يعيشون معه أو مستخدميه أو عماله لخطر جسيم فإن المستأجر في كل هذه الحالات له الخيار بين فسخ العقد أو التعويض إن كان له مقتضى. (مادة ٧).

ويلتزم المؤجر بأن يتعهد العين بالصيانة لحفظها من الهلاك والتلف وبأن يقوم في أثناء الإجارة بالترميمات الضرورية حتى يتمكن المستأجر من الانتفاع بالعين على الوجه المقصود ، وبمقتضى هذا الالتزام يكون على المؤجر إصلاح الحيطان المتداعية وتقوية الأساسات الواهية وما إلى ذلك مما يحفظ العين ، ويكون عليه أيضاً تخصيص الأسطح وإصلاح الدرج أو المصعد وما إلى ذلك مما هو ضروري لاستيفاء المنفعة وإذا احتاج حفظ العين إلى ترميمات مستعجلة كإصلاح حائط مهدد بالسقوط أو سقف موشك على الانهيار فإن المستأجر لا يجوز له أن يمنع المؤجر من إجراء هذه الترميمات وكل ما هنالك إذا ترتب على الترميمات إخلال بالانتفاع بالعين جاز للمستأجر أن يطلب الحكم بفسخ الإيجار أو إنقاص الأجرة.

هذا وإذا كان ما سبق يمثل الأصل بالنسبة لصيانة العين المؤجرة والقيام بما يلزمها

من ترميمات ضرورية، إلا أن القانون قدر الحالة التي يصبح معها الوفاء بهذا الالتزام وما يتطلبه من تكاليف مرهقاً للمؤجر، فقصر التزامه في هذه الحالة عند الحد المناسب الذي يقدره القاضي، على أن يتحمل المستأجر ما زاد على هذا الحد أو يطلب الفسخ (مادة ٨).

أما الأعمال الكمالية، كأعمال الزخرفة والتجميل وكذلك الترميمات التأجيرية التي يقتضيها استعمال العين استعمالاً مألوفاً كإصلاح الأبواب والنوافذ والأدوات الصحية وما إلى ذلك من الترميمات فإن المستأجر هو الذي يقوم بها ما دامت ناشئة عن الاستعمال المألوف وقد فرض القانون على المستأجر التزاماً ببذل العناية في المحافظة على العين وفي استعمالها وعامله بمعياري مادي في تحديد ما ينبغي أن يبذله من عناية فجعله مسؤولاً عن عناية الشخص المعتاد - بذلك يسأل عما يصيب العين من تلف ما لم يثبت قيامه بالعناية المطلوبة منه (مادة ١٣).

والقانون يلزم المستأجر باستعمال العين على النحو المتفق عليه ان كان ثمة اتفاق على كيفية استعمالها فإذا بين عقد الإيجار في أي شيء تستعمل العين لم يجز استعمالها في شيء آخر، وطبقاً لذلك لا يجوز استعمال العين للتجارة إذا كان من المتفق عليه أن تستعمل للسكنى، أما إذا كان الاستعمال غير متفق عليه فإن القانون يلزم المستأجر بأن يستعمل العين بحسب ما أعدت له والعادات المحلية وقرائن الأحوال هي التي تدل على كيفية الاستعمال.

والمستأجر ملزم قانوناً بالألا يحدث تغييراً في العين المؤجرة بدون اذن المؤجر والمراد بالتغيير هنا هو التغيير المادي كإدماج حجرة في أخرى عن طريق هدم حائط أو تقسيم حانوت كبير إلى حانوتين صغيرين أو هدم سور المنزل. أما التغيير غير المادي المتعلق بالاستعمال فإن المستأجر يجريه بكامل حريته. وإذا أحدث المستأجر تغييراً مادياً بدون إذن المؤجر جاز للمالك مطالبته بإعادة الحال إلى ما كانت عليه (مادة ١٢).

وفي مقابل التزامات المستأجر هذه، يلتزم المؤجر بأن يمتنع عن كل ما من شأنه أن يحول دون انتفاع المستأجر بالعين على النحو المتفق عليه أو بحسب ما أعدت له، كما يلتزم بأن لا يحدث في العين تغييراً يخل بهذا الانتفاع وإذا أخل المؤجر بالتزاماته طبقت القواعد العامة (مادة ٩).

وأهم التزامات المستأجر المنصوص عليها في القانون قيامه بوفاء الأجرة في مواعيدها فإذا لم يوجد اتفاق كتابي ، فإن القانون يحدد ميعاد وفاء الأجرة مقررًا أن الوفاء يكون في أول كل شهر إذا انعقد الإيجار مشاهرة ، وفي أول كل مدة معقود عليها الإيجار في الأحوال الأخرى ، وبهذا يوجد التحديد القانوني إلى جانب التحديد الاتفاقي ، والقصد من هذا قطع دابر الخلاف حول ميعاد الوفاء بالأجرة حتى تستغلق أبواب المماثلة والتأخير في الوفاء ، ولنفس هذه الغاية اشترط في التحديد الاتفاقي أن يكون ثابتاً في محرر مكتوب ولا محل لهذا الشرط بداهة إذا كان ميعاد الوفاء غير مختلف عليه .

وللغاية ذاتها رأى القانون عدم الاعتداد بتاريخ سند قبض الأجرة لتحديد ميعاد الوفاء .

وتيسيراً لسبل الوفاء بالأجرة على المستأجر والمؤجر ، ووقاية لكل منهما من عنت الآخر ، أجاز القانون إيداع الأجرة المستحقة خزانة إدارة التنفيذ خلال عشرين يوماً من تاريخ استحقاقها وذلك بعد عرضها على المؤجر عرضاً قانونياً . وأعفى القانون المستأجر من هذا العرض في حالتين :

الأولى - إذا سبق له أن عرضها على المؤجر في ميعاد استحقاق سابق ولم يقبلها المؤجر وأثبت بمحضر إعلان العرض أنه سيقوم بإيداع ما يستجد من أجرة بإدارة التنفيذ .

والثانية - إذا قام بعرض الأجرة على المؤجر مرتين متتاليتين ووافق المؤجر على قبولها في هاتين المرتين .

ولكي يعلم المودع له بالإيداع ويقوم بصرف المبلغ المودع أوجب القانون على إدارة التنفيذ إخطاره بالإيداع خلال خمسة أيام من حصوله .

ومتى قام المستأجر بإيداع الأجرة امتنع عليه سحبها إلا بموافقة المودع له أو بموجب حكم قضائي (مادة ١٠) .

والأجرة التي يتفق عليها الطرفان في عقد الإيجار تكون ملزمة لهما باعتبار أن العقد شريعة المتعاقدين ومن ثم فلا يجوز تعديل هذه الأجرة بالزيادة أو النقص إلا باتفاق جديد أو للأسباب التي يقررها القانون .

وفي هذا الصدد قضى القانون بأنه يحق لكل من المؤجر والمستأجر التمسك بأجرة المثل إذا لم يتفقا رضائياً على الأجرة مرة كل خمس سنوات على الأقل ما لم يكن الإيجار معقوداً لمدة أطول فتسري الأجرة المتفق عليها الى نهاية مدة العقد.

ويراعى في تقدير أجرة المثل جميع العناصر اللازمة لذلك كحالة العين ومساحتها ودرجة العمران والأجور السائدة في منطقتها وما يتصل بها من أوصاف عامة أو خاصة تؤثر في منفعتها.

كل ذلك مع مراعاة أنه في جميع الأحوال لا يجوز أن يتجاوز الفرق بين الأجرة السارية بين الطرفين وبين أجرة المثل نسبة مائة في المائة من الأجرة السارية.

وقد حرص القانون على النص على جواز تعديل هذه النسبة بمرسوم تحسباً للمتغيرات التي قد تطرأ في المستقبل (مادة ١١).

وعلى مقتضى هذا الحكم فإنه يحق للمتعاقدين إعادة النظر في تقدير الأجرة مرة كل خمس سنوات على الأقل ابتداء من تاريخ نفاذ العقد فإذا انتهت المفاوضات بينهما إلى اتفاق على قيمة الأجرة سوى اتفاهما إلى أن يحدث تعدي تال بعد خمس سنوات أخرى، وإذا لم يتفقا جاز لكل منهما اللجوء إلى القضاء طالباً تقدير أجرة المثل ويراعى في تقدير هذه الأجرة العناصر المشار إليها من قبل.

ومفاد هذا أن التعديل يقع بالتراضي أو بالتقاضي بعد مدة لا تقل عن خمس سنوات ومتى تم بالرضاء أو على يد القضاء سرى في الحالين لخمس سنوات أخرى على الأقل وهكذا ما لم يحدد الطرفان باتفاهما مدة تزيد أو تنقص إذ لهما كامل الحرية فيما يتفقان عليه. وقد حددت المدة بخمس سنوات كحد أدنى أخذاً بفكرة الإبقاء على ثبات الأجرة واستقرارها مدة مناسبة واعتباراً بأنه في غضون خمس سنوات يجوز أن تتغير الظروف تغييراً يكون ذا أثر في قيمة الأجرة ، وينبني على هذا أن طلب التعديل الذي يقدم إلى القضاء لأول مرة قبل فوات خمس سنوات من تاريخ نفاذ العقد يكون غير مقبول لتقديمه قبل الأوان وكذلك الطلب الثاني الذي يقدم قبل فوات خمس سنوات من تاريخ آخر تعديل يكون غير مقبول أيضاً لنفس السبب ، ولا يشترط تقديم طلب التعديل بمجرد انتهاء السنوات الخمس وإنما يجوز تقديمه في أي وقت بعدها وإذا أجب سرى التعديل لخمس سنوات بالأقل من تاريخ سريانه.

والحكم الصادر بتعديل الأجرة ينفذ بالتعديل من تاريخ رفع الدعوى جرياً على قاعدة أن الأحكام في الأصل كاشفة لا مقررة ويفترض أن الطرفين وافقا ضمناً على نفاذ الأجرة السابقة على التعديل إلى التاريخ المذكور. ويلاحظ أن رفع الدعوى لا يعني المستأجر من الاستمرار في دفع الأجرة المستحقة عليه إلى أن يحكم بتعديلها وبعد صدور الحكم تسري الأجرة المعدلة وتصفى الحقوق على أساسها ابتداء من تاريخ رفع دعوى التعديل.

ومن الواضح أن القانون لم يجز لطرفي الإيجار إعادة النظر في الأجرة على الوجه السالف بيانه إلا توكيفاً للعدل في التقدير وسعياً إلى تكافؤ الفرص ومراعاة لظروف التطور الاقتصادي والعمراني وما قد يترتب عليها من آثار مختلفة تشمل التأثير في أهمية بعض الأمكنة والأحياء ، وهذا يستلزم أن تكون الأجرة التي يجوز إعادة النظر فيها أجرة حقيقية ، لا صورية ولا رمزية ، فلو أجر المالك مكاناً إلى جمعية خيرية بأجر رمزي تافه لتحقيق غرض من أغراضها فالعقد يكون في حقيقته عارية وهبة في صورة إيجار ومثل هذا الإيجار مهما كانت تافهته لا يقبل تعديلاً ، وغير خاف أن العقد نفسه لا يخضع لأحكام هذا القانون.

ويستوي في تطبيق قاعدة التقدير الخمسي لأجرة المثل العقود التي تبرم بعد نفاذ هذا القانون والعقود التي أبرمت قبل ذلك وما تزال قائمة وقت العمل به ، تحقيقاً لتكافؤ الفرص بين المتعاقدين في الحالين.

وتضمنت المادتان ١٤ و ١٥ من القانون أحكام التنازل عن الإيجار والتأجير من الباطن أو بعبارة أخرى أحكام التصرف الذي يجريه المستأجر فيما له من حق شخصي.

وبين التنازل عن الإيجار والتأجير من الباطن فرق جوهري يرجع إلى طبيعة العمل نفسه ، ففي التنازل يحول المستأجر إلى المتنازل له حقوقه والتزاماته الناشئة عن عقد الإيجار ويقطع صلته بهذا العقد ، وأما في التأجير من الباطن فإن المستأجر يستبقى عقد إيجاره قائماً بما يرتبه من حقوق والتزامات وينشئ مع المستأجر من الباطن عقد إيجار ثانياً.

والقاعدة الأصلية في هذا القانون ، أنه وإن كان حق المستأجر حقاً شخصياً لا عينياً ، إلا أن تصرفه في هذا الحق مشروط بموافقة المؤجر إذا كان التصرف تنازلاً عن الإيجار

أو تأجيراً من الباطن ، فلا يحق للمستأجر أن يتنازل عن إجارته لأحد ولا أن يؤجر من الباطن لآخر - وذلك عن كل ما استأجره أو بعضه - إلا بإذن صريح من المؤجر يكون مكتوباً ما لم يقر المؤجر بوجوده.

ويحدث أن يقوم المستأجر بتأجير العين من الباطن بناء على إذن كتابي ثم يتخلى عنها منهياً بذلك عقد إيجاره ، وفي ذلك يفرق القانون في الحكم بين حالة ما إذا كان التأجير من الباطن قد وقع على العين كلها وحالة ما إذا وقع هذا التأجير على جزء معين.

ففي الحالة الأولى يقيم القانون علاقة مباشرة بين المؤجر وبين المستأجر من الباطن فيغدو هذا مستأجراً أصلياً وتحدد القيمة الإيجارية للعين بذات الأجرة المتفق عليها في العقد الأصلي أو بالأجرة المتفق عليها في عقد الإيجار من الباطن إن كانت أعلى ولا ضير على المستأجر من هذا التحديد ، وأساس قيام العلاقة المباشرة أن المؤجر وقد أذن بالتأجير من الباطن يكون قد ارتضى التصرف الذي يستند إلى هذا الإذن ، وإنما يشترط لقيام العلاقة المباشرة أن يكون المستأجر الأصلي قد أوفى الأجرة المستحقة عليه وذلك حتى لا يتخذ التأجير من الباطن تكتة للإخلال بحق المؤجر في استيفاء الأجرة.

وفي الحالة الثانية يكون المؤجر بالخيار بين أن يطلب إخلاء المستأجر من الباطن وبين أن يبقيه - والمؤجر يتخير ما فيه مصلحته - فإذا أثر إبقاء هذا المستأجر قامت بينهما علاقة مباشرة وتحدد القيمة الإيجارية للجزء المؤجر بذات القيمة المتفق عليها مع المستأجر الأصلي أو بأجرة المثل إن كانت تجاوزها.

ونصت المواد ١٦ و ١٧ و ١٨ من القانون على الأحكام الخاصة بانتقال ملكية العين المؤجرة إلى شخص آخر ، وأثار ذلك بالنسبة لعقد الإيجار وما يرتبه من حقوق والتزامات.

والقاعدة في هذا الشأن حسبما يقرر القانون ، أنه إذا انتقلت الملكية إلى شخص آخر بأي تصرف قانوني ناقل لها فإن الإيجار لا ينتهي ولكنه يظل قائماً وتنتقل الحقوق والالتزامات الناشئة عنه إلى المالك الجديد حتى ولو لم يكن للإيجار تاريخ ثابت قبل انتقال الملكية ، وكل ما يشترط لذلك هو أن يكون المستأجر شاغلاً للعين المؤجرة.

وقد عمم القانون السبب الناقل للملكية ، فيستوي أن تنقل الملكية اختياراً بأي تصرف

مثل البيع والهبة والوصية ، أو أن تنتقل جبراً بنزع الملكية للمنفعة العامة أو بيع العين على يد القضاء.

وينص القانون على أن الإيجار لا ينفذ في حق المالك الجديد إذا هو أثبت صورته أو أثبت غشاً يبطله ، وهذا الحكم ورد تطبيقاً للقواعد العامة (مادة ١٦).

وإذا نزع الملكية للمنفعة العامة فإن مالك العين إذا كان شاغلاً لها يعد في حكم المستأجر من جميع الوجوه. ويلتزم بأداء الأجرة مقدرة بأجرة المثل ، وإذا كانت العين مؤجرة للغير فتظل العلاقة قائمة بين المالك والمستأجر حتى يستوفي المالك نصف مبلغ التثمين على الأقل وفي جميع الأحوال تنقطع صلة المستأجر بالعين من تاريخ إنذاره رسمياً بالإخلاء أو الاستعمال وذلك حتى لا توجد أي معوقات للأعمال المتعلقة بالنفع العام (مادة ١٧).

وحماية لحقوق متلقي الملكية وضرباً على أيدي الغاشين والمبطلين قرر القانون أن المستأجر لا يجوز له التمسك بما عجله من الأجرة قبل من انتقلت إليه الملكية إذا اثبت هذا أن المستأجر كان يعلم وقت الدفع بانتقال الملكية أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بذلك ، ومتى ثبت العلم الفعلي أو العلم الافتراضي كان دفع الأجرة عن المدة التي تلت العلم غير سار في حق المالك الجديد الذي يحق له استيفاء الأجرة من المستأجر ولهذا أن يرجع على المؤجر بما دفعه له طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب. أما إذا عجز المالك الجديد عن الإثبات فإن دفع الأجرة للمؤجر يكون قد تم صحيحاً ويستطيع المالك الجديد أن يرجع على المؤجر بما استوفاه من الأجرة عن المدة التالية للتصرف الناقل للملكية (مادة ١٨).

ونظم القانون أحكام انتهاء الإيجار في المواد من ١٩ إلى ٢٣ إذ الإيجار باعتباره عقداً مؤقتاً أو زمنياً ينتهي بانتهاء مدته المعينة في العقد ، وهذا هو الأصل العام إذا ما حددت مدة ينتهي بانقضائها العقد ولكن ثمة استثناءات تخالف هذا الأصل يأتي بيانها فيما بعد.

والأصل أنه إذا انقضت المدة انتهى الإيجار بانقضائها ولكن قد يبقى المستأجر بالرغم من ذلك منتفعاً بالعين دون رضا المؤجر صراحة أو ضمناً فإنه منذ انتهاء العقد لا يعد مستأجراً بل مغتصباً ، أما إذا بقي بعلم المؤجر وبدون اعتراض منه فإنه يظل مستأجراً

ويعتبر الإيجار قد تجدد بشروطه الأولى لمدد متتالية كل مدة منها هي المدة المحددة لدفع الأجرة وتنتقل إلى الإيجار الجديد جميع التأمينات التي كان المستأجر قدمها في الإيجار القديم ، وتستثنى من ذلك الكفالة سواء أكانت شخصية أم عينية إذ يجب لانتقالها إلى الإيجار الجديد أي يرضى بذلك الكفيل وذلك جرياً على قاعدة التضييق من نطاق الكفالة واعمال مقتضاها في حدود ما انعقدت من أجله .

ويلاحظ أن التجديد الضمني لا يقع عن مدة واحدة ولكن عن مدد متعددة وهذه المدد تكون متلاحقة متصلة ، ويبقى الحال على هذا النحو ما بقى المستأجر في العين ، ولم يتم سبب للإخلاء . ويكون التجديد عن مدة - أو مدد - معينة وهي المدد المحددة لدفع الأجرة فإذا كان الدفع مشاهرة أو سنوياً كانت المدة شهراً أو سنة على حسب الأحوال وكلما انتهت مدة ابتدأت أخرى مثلها ويستمر الإيجار محتفظاً بشروطه وتأميناته ، عدا الكفالة فإنها لا تنتقل عند تجديد الإيجار إلا برضاء الكفيل .

وإذا رغب أحد المتعاقدين في إنهاء الإجارة وإخلاء العين وجب عليه أن ينبه على الطرف الآخر بذلك في أجل معين حدده القانون أو في الأجل الذي يكون المتعاقدان قد اتفقا عليه ، ويحصل التنبيه بالطريق الرسمي أو ببطاقة مكشوفة وبعلم الوصول (مادة ١٩) .

والقواعد المذكورة تسري بالنسبة للمؤجر والمستأجر ما لم ينص القانون صراحة على خلافها ، فإذا أورد نصاً مخالفاً يتضمن حكماً خاصاً غير ما ذكر وجب تطبيق هذا النص على أساس أنه نص استثنائي .

وقد أورد هذا القانون في المادة (٢٠) نصاً استثنائياً أراد به كفالة الاستقرار والطمأنينة لمستأجري الأماكن المبنية أو المسورة فيما عدا الأرض الفضاء . وبمقتضى هذا النص لا يجوز للمؤجر أن يطلب إخلاء المكان المؤجر ولو عند انتهاء المدة المتفق عليها في العقد إلا لأحد أسباب معينة وردت على سبيل الحصر .

وهذا النص الاستثنائي يضمن للمستأجر البقاء في المكان المؤجر ما دام قائماً بالتزاماته ويقيد حق المؤجر في إخراجه بعد انتهاء مدة العقد وبهذا يعتبر العقد ممتداً تلقائياً بقوة القانون ويستمر هذا الامتداد القانوني إلى أن ينهيه المستأجر بمحض رغبته أو ينهيه المؤجر بسبب من أسباب الإخلاء المحددة قانوناً .

وهذا الامتداد القانوني يتعلق بالنظام العام من ناحية أنه يشكل ميزة كبيرة وحماية هامة لطبقة المستأجرين ومن ثم فلا يجوز الاتفاق عند إبرام العقد على حرمان المستأجر من الامتداد القانوني ولا على إطلاق حق المؤجر في إنهاء العقد وكل اتفاق من هذا النوع يرين عليه البطلان ولو كان إبرام عقد الإيجار سابقاً للتشريعات التي تقرر مبدأ الامتداد ذلك أن قاعدة سريان القوانين الجديدة بأثر مباشر على الآثار المستقبلية لمراكز قانونية سابقة ، وإن كانت تستثنى منها العقود إلا أن هذا الاستثناء ينتفي حيال النصوص التشريعية الجديدة التي هي من النظام العام.

ولكي تؤدي الثروة العقارية وظائفها على النحو المرغوب فيه ويتمكن المالك من استغلال ملكه والإفادة منه بصورة أفضل ، أجاز له القانون طلب الإخلاء في حالات معينة هي:

١- عدم وفاء المستأجر بالأجرة:

أوجب القانون على المستأجر وفاء الأجرة في تاريخ الاستحقاق المحدد تحديداً اتفاقاً أو قانونياً وأعطاه مهلة قدرها عشرين يوماً من التاريخ المذكور ليقوم خلالها بالوفاء ورخص له في إيداعها خزانة إدارة التنفيذ بعد أن يكون قد عرضها على المؤجر عرضاً قانونياً حتى يجنبه كل عنت أو عناء ولكي يقضي على التعلات عن عدم الوفاء .

فإذا لم يف المستأجر بالأجرة في تاريخ استحقاقها المتفق عليه كتابة أو تاريخ الاستحقاق المقرر قانوناً ومضت عشرون يوماً لم يقم في غضونهما بالوفاء أو الإيداع فإنه يكون قد أخل بأهم التزاماته إخلالاً يكفي لحرمانه من مزية الامتداد القانوني ويحق للمؤجر أن يطلب الحكم عليه بالإخلاء. أما إذا دفع المستأجر الأجرة قبل رفع دعوى الإخلاء وبعد انتهاء مهلة الوفاء وقبضها المؤجر منه فإن هذا القبض يجعل دعوى الإخلاء التي ترفع في تاريخ تال غير مقبولة لزوال مقتضاها ولأن قبض الأجرة بعد انتهاء المهلة المقررة وقبل أن يتعلق حق المؤجر بالمطالبة القضائية يمكن تأويله على أن المؤجر أطال المهلة باختياره ونزل عن حقه في طلب الإخلاء.

ومع ذلك رأى القانون أن يجيز للقاضي الحكم باعتبار دعوى الإخلاء كأنها لم تكن مع إلزام المستأجر بمصاريفها ، وذلك إذا وفى المستأجر بعد رفع الدعوى وقبل إقفال باب المرافعة بجميع الأجرة المستحقة عليه وأثبت أن تأخره في الوفاء كان راجعاً إلى

عذر قوي تقبله المحكمة ، ويلاحظ أن القانون لم يوجب الحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن بل أجازه قاصداً لإطلاق حرية القاضي في تقدير الموقف ، ومن مقتضى هذا أنه يجوز الحكم بالإخلاء رغم الوفاء المتأخر إذا وجد القاضي مبرراً لذلك كأن يتضح له أن المستأجر دأب قبل هذه المرة على التأخير في دفع الأجرة.

ولم ير القانون داعياً لاعتذار المستأجر قبل رفع دعوى الإخلاء بعد أن منحه المهلة المناسبة ويسر له سبل الوفاء ، هذا إلى أن المستأجر يستطيع تفادي الحكم ضده ولو كانت المهلة قد انتهت وذلك إذا بادر إلى دفع الأجرة إلى المؤجر وقبلها منه قبل مقاضاته واتخاذ أي إجراء.

والقانون قد أوضح له الطريق وحدد قيمة الأجرة ولم يدع شيئاً مجهلاً يجد منه المستأجر مدخلاً لتأخره في أداء الأجرة المستحقة عليه.

٢- التأجير من الباطن دون إذن كتابي:

القاعدة الأصلية في هذا القانون أن التأجير من الباطن ومثله التنازل عن الإيجار للغير، ممنوع على المستأجر ما لم يأذن به المؤجر بإذن كتابي فإذا خالف المستأجر ذلك وأجر المكان من الباطن بدون إذن ثابت بالكتابة أو بالإقرار ولم يلحق تصرفه إجازة كتابية صريحة فإن هذه المخالفة تجيز للمالك طلب الإخلاء.

ويعتبر كالتأجير من الباطن في تبرير الإخلاء أن يخلي المستأجر المكان ليشغله آخر غير المالك أو من ينوب عنه ، أو أن يشرك المستأجر معه في سكنى الأماكن السكنية من لم يكن طرفاً في عقد الإيجار حقيقة أو حكماً. ويكون طرفاً حقيقياً أفراد أسرة المستأجر وطرفاً حكماً من يتكفل هو بمسكنهم من غير أفراد أسرته في نطاق ما يجري به العرف ولا تعد حالة الإيواء العارض أو الاستضافة المؤقتة من قبيل المساكنة أو المشاركة السكنية وهذه الأمور وما يكون على شاكلتها تقدر على حسب ظروفها الملازمة بمعيار الانتفاع المألوف.

وفي مجال الإخلاء للتأجير من الباطن وما يتصل به ، أقام القانون قرينة لمصلحة المؤجر مؤداها أن شغل المكان بغير المستأجر يدل على قيام سبب الإخلاء ولكن يجوز للمستأجر دحض هذه القرينة وإثبات عكسها بكافة طرق الإثبات ، والقصد من التعويل

على القرينة المشار إليها في هذا المجال هو تخفيف عبء الإثبات عن المؤجر بالنسبة لوقائع وعلاقات تمت بعيداً عنه والمفروض أن المستأجر أدرى بحقيقتها منه.

وإذا صدر الحكم بالإخلاء ضد المستأجر الأصلي فإنه يسرى على المستأجر من الباطن وينفذ ضده بغير حاجة إلى رفع دعوى الإخلاء عليه.

٣- إساءة استعمال العين المؤجرة:

يتقيد المستأجر في استعماله العين المؤجرة بأن يستعملها على النحو المتفق عليه أو بحسب ما أعدت له ، وبأن يبذل من العناية في استعمالها ما يبذله الشخص المعتاد حتى لا تصاب بضرر ، وبأن لا يغير في كيانها تغييراً يلحق بالمؤجر ضرراً.

وانطلاقاً من هذا أجاز القانون للمؤجر أن يطلب الإخلاء إذا أساء المستأجر استعمال المكان المؤجر بأن خالف ما يوجد في عقد الإيجار من شروط معقولة غير تعسفية تتعلق بالاستعمال كأن يستأجر محلاً لبيع البقالة فيحولته إلى مقهى وكأن يستأجر محلاً في عمارة لاستعماله مقهى ويشترط عليه المؤجر عدم وضع مقاعد خارج المحل منعاً لمضايقة سكان العمارة فيخالف هذا الشرط ويسمح لرواد مقهاه بالجلوس في الطريق العام بصورة تنافي بعض الأذواق.

كذلك أجاز القانون تخلية المستأجر إذا هو استعمل المكان استعمالاً ضاراً بمصلحة المالك سواء كان الضرر مادياً كإحداث تغيير في المبنى أو أديباً كالتعدي المتكرر على سكان العمارة ، أو على نحو يخالف النظام العام أو الآداب العامة.

ومتى اعتبر المستأجر مسيئاً استعمال المكان وثبتت في حقه المخالفة على الوجه المقرر وجب الحكم بالإخلاء.

٤- عدم استعمال العين المؤجرة:

ويتصل بسوء الاستعمال أن يترك المستأجر المكان المؤجر دون استعمال أصلاً ففي ذلك إضرار بالعين ذاتها وبمصلحة مالكيها وقد رأى القانون أنه إن أمكن التجاوز عن ترك الأماكن السكنية بدون أن تستعمل فترة من الزمن فإنها يصعب التجاوز عن ذلك بالنسبة للحوانيت والمحال المؤجرة لممارسة التجارة فيها لأن الضرر يكون أبلغ إذ يترتب على طول تركها انصراف الزبائن والعملاء إلى أمكنة أو محال أخرى فتقل

قيمة المكان المؤجر من الوجهة التجارية وربما تتضاءل أهمية المنطقة كلها إذا تركت فيها عدة محال بغير استعمال ، ولهذا أجاز القانون للمؤجر أن يطلب إخلاء المكان المؤجر لممارسة التجارة فيه إذا أغلقه المستأجر مدة تجاوز ستة أشهر بدون عذر مقبول على أساس أن هذه المدة تكفي لإغلاق يمكن التسامح فيه نظراً لظروف قد تقتضيه مثل إجراء الجرد عن فترة ما وتهيئة المتجر لأعمال فترة تالية ، فإذا استطلت مدة الإغلاق حتى تجاوزت ستة أشهر بدون عذر تقبله المحكمة نهض بذلك سبب الإخلاء الذي يجب الحكم به ولو قام المستأجر بدفع الأجرة إذ المقصود توقي الضرر ، ويحدث هذا في صورة عدة منها مثلاً أن يستأجر شخص محلاً يجاور متجره ثم يغلقه قاصداً ألا يستأجره شخص آخر يزاحمه في تجارته فمثل هذا العمل يفيد المستأجر تجارياً ولكنه ينافي مصلحة المؤجر فإذا بقي المحل مقفلاً لمدة تزيد عن ستة أشهر جاز للمؤجر أن يطلب التخلية ولو كانت مدة العقد لم تنته بعد وكان المستأجر قد أوفى جميع الأجرة المستحقة عليه.

وغنى عن البيان أن ترك المحل دون استعمال لا يكون سبباً للإخلاء مهما استطلت مدته إذا رجع إلى قوة القاهرة كما لو قامت جهة الإدارة بشغل المحل على سبيل الاستيلاء المؤقت أو كان المحل آيلاً للسقوط ومن المخاطرة ممارسة العمل فيه ، وهذا ما تقتضي به القواعد العامة.

٥- أيلولة العين للسقوط أو صدور قرار ملزم بهدمها:

ليس من المصلحة أن يبقى البناء الآيل للسقوط قائماً ومشغولاً بالسكان دون أن يدعم أو يرمم وإنما المصلحة في المبادرة إلى هدمه وإزالته أو إلى إصلاحه وتقويته ولهذا أجاز القانون طلب الإخلاء إذا ثبت أن المكان المؤجر أصبح آيلاً للسقوط ويخشى منه على سلامة السكان ، ويثبت هذا بأي دليل مقنع وغالباً ما يكون الإثبات بتقرير من البلدية ، فإذا حكم بالإخلاء لهذا السبب اعتبر عقد الإيجار منتهياً ولا يملك المستأجر العودة الى المكان إلا بعقد جديد.

٦- الهدم لإعادة البناء:

رأى القانون ألا يقف عثرة في سبيل النهضة العمرانية فأجاز للمالك مطالبة المستأجر بالإخلاء متى كان الهدم لإعادة البناء وذلك في حالات معينة على سبيل الحصر هي:

أ- إذا كان قد مضى على انتهاء بناء العين المؤجرة خمس وعشرون سنة على الأقل.
ب - إضافة البلدية أراض إلى العقار لا تقل مساحتها عن عشرة في المائة من مساحته سواء كان ذلك بسبب وجود زوائد تنظيمية أو تعديل في حدود العقار.
ج - إقامة مبان استثمارية أو تجارية حديثة بدلاً من البيوت والمباني المتعارف على تسميتها بالبيوت العربية.

وتحقيقاً للحكمة من الإخلاء في هذه الحالات أوجب القانون أن يزيد حجم البناء الجديد على القديم بنسبة خمسين في المائة على الأقل أو في حدود أعلى نسبة تسمح بها نظم البناء.

و ضمناً لجدية مشروع الهدم وإعادة البناء لم يجر القانون الحكم بالإخلاء إلا بعد الحصول على التراخيص اللازمة من الجهة المختصة ، كما أوجب على المالك أن يشرع في الهدم خلال ستة أشهر من تاريخ الإخلاء وأن يبدأ في البناء في المدة التي حددتها البلدية في التراخيص المشار إليها. فإذا أخل بأي من الميعادين المذكورين كان للمستأجر الحق في العودة الى شغل العين أو المطالبة بالتعويض إن كان له مقتض.

٧- تعليية البناء:

أجاز القانون للمالك الحق في الإخلاء لتعليية المبنى بإضافة طبقات إليه واشترط ألا يكون ممكناً إجراء التعليية مع بقاء المستأجر في العين المؤجرة ، كما اشترط أن يشرع المالك في أعمال التعليية قبل مضي ستة أشهر من تاريخ الإخلاء الفعلي فإذا تأخر بدون عذر مقبول كان للمستأجر أن يعود إلى شغل العين المؤجرة أو التعويض إن كان له مقتض.

ولا يحكم بالإخلاء قبل الحصول على التراخيص اللازمة لأعمال التعليية من الجهة المختصة.

٨- الحاجة للسكن:

أجاز القانون للمالك أن يطلب الإخلاء إذا قامت به حاجة للسكن في العين المؤجرة بنفسه أو بإحدى زوجاته أو أحد أصوله أو فروعه أو كان مالك العقار لا يملك سوى

المكان المؤجر ويرغب في سكناه بنفسه ، والقانون لا يشترط هنا وجود حالة ضرورة ملجئة ولكنه يكتفي بوجود حاجة للسكن ، وهذه الحاجة ليس لها معيار منضبط تقدر دائماً على مقتضاه ولكنها تتفاوت من حالة إلى أخرى بحسب الظروف مما يقتضي المرونة في تقديرها والمهم أن تكون حاجة فعلية ، وكل هذه أمور يقدرها القاضي بحسب ما يظهر له من وقائع الحالة المعروضة عليه وما يحيط بها من الظروف الملازمة. وإذا حكم بالإخلاء وجب شغل المكان في خلال ستة أشهر من تاريخ إخلائه فإذا لم يتم هذا بغير عذر مقبول جاز للمستأجر أن يطالب المالك بالتعويض إن كان له مقتضى.

على أنه إذا كان مالك العقار لا يملك سوى العين المؤجرة ، فقد أجاز له القانون طلب إخلائها دون ما شرط سوى إبداء رغبته في سكناها.

٩- الرغبة في استعمال العين المؤجرة:

إذا كانت العين المؤجرة واقعة ضمن سكن المالك الخاص جاز للمالك أن يطلب إخلاءها إذا رغب في استغلالها أو استعمالها بنفسه أو بأحد أصوله أو فروعه أو من يعولهم. ويكفي هنا مجرد الرغبة في استعمال المكان أو استغلاله دون حاجة إلى البحث عن نوع هذا الاستعمال أو الاستغلال أو مدى الحاجة إليه.

١٠- ممارسة التجارة:

أجاز القانون إخلاء العين المؤجرة إذا كان والد القاصر يمارس التجارة في عين مملوكة أو مخصصة له وأجرها الوصي بعد وفاته واحتاج القاصر إليها بعد بلوغه سن الرشد لممارسة التجارة بها ولم يكن لديه أي محل تجاري آخر ، وذلك تقديراً لحاجته ورعاية لمصلحته ، بحيث

إذا لم يشغل العين بنفسه جاز للمستأجر العودة إلى العين أو المطالبة بالتعويض إن كان له مقتضى.

١١- أجاز القانون إخلاء العين المؤجرة:

إن كانت محلاً لمزاولة التجارة أو أية مهنة أو حرفة أخرى وصدر حكم قضائي أو قرار بإبعاد المستأجر طبقاً لأحكام قانون إقامة الأجانب الصادر بالمرسوم الأميري رقم ١٧ لسنة ١٩٥٩. وقد أجازت المادة (٢١) من القانون للقاضي عندما يحكم بالإخلاء أن يمهل

المستأجر المدة التي يراها مناسبة للإخلاء بحيث لا تتجاوز ستة أشهر من تاريخ الحكم، واستثنت من ذلك بعض حالات نصت عليها البنود (١ و ٢ و ٣ و ٥ و ١١) من المادة (٢٠) المشار إليها، والتي يعتبر الإخلاء فيها اما جزاء على إخلال المستأجر بالتزاماته أو أمراً لا مفر منه رغب فيه المؤجر أو لم يرغب كما هو الشأن بالنسبة للمباني الآيلة للسقوط أو التي يصدر قرار ملزم بهدمها من السلطة المختصة أو في حالة إبعاد المستأجر. وتقديراً من القانون لوضع المستأجر في غير الحالات المشار إليها وحيث لا يرجع الإخلاء إلى خطأ منه أو تقصير، نصت الفقرة الثانية من المادة (٢١) السالفة الذكر على أن يكون شغل المستأجر للعين المؤجرة خلال مهلة الإخلاء بدون مقابل فإذا قلت هذه المهلة عن ستة أشهر وجب الحكم بتعويض المستأجر بما يكمل أجره هذه المدة.

على أنه بالنسبة للحالتين المنصوص عليهما في البندين (٦ و ٧) من المادة المشار إليها فيجب الحكم بتعويض المستأجر بالآتي:

أ- ما يكمل أجره ستة أشهر إن قلت مهلة الإخلاء عن ستة أشهر.

ب- إذا زادت مدة انتفاعه بالعين المؤجرة على ست سنوات فيحكم له بالإضافة إلى التعويض المنصوص عليه في البند (أ)، بما يعادل أجره شهر عن كل سنة من السنوات الزائدة بما لا يجاوز أجره ستة أشهر.

ويجوز تعديل مهلة الإخلاء وقيمة التعويض المنصوص عليهما في هذه المادة بمرسوم.

ونصت المادة ٢٢ على أن الإيجار لا ينتهي بموت المؤجر ولا بموت المستأجر بل ينتقل إلى الخلف العام للمتوفى، ومع ذلك أجاز القانون لورثة المستأجر أن يطلبوا إنهاء العقد.

والقصد من اطلاق حرية ورثة المستأجر في إبقاء العقد أو إنهائه هو تمكين الورثة من تدبير أمورهم على ضوء الأعدار التي طرأت بعد وفاة مورثهم فقد يرون أن العقد أصبح مرهقاً لهم أو أنه مجاوز لحدود حاجتهم ولا طاقة لهم باحتمال أجره عالية فينفتح أمامهم باب للتخلص من أعباء الإيجار وذلك باستعمال حقهم في إنهائه. وقد رثى عدم مناقشة

الورثة فيما يكون عندهم من أسباب تدعوهم لإنهاء العقد وذلك على اعتبار أن هذه أمور خاصة تتعلق بهم وقد يفرض البوح بها في ساحات المحاكم الى شيء من الحرج وعلى ذلك يكون من الخيران يستقلوا وحدهم بتقدير الموقف والبت في مصير العقد.

وفي ختام الأحكام الخاصة بانتهاء الإيجار حددت المادة ٢٣ من القانون التزامات المستأجر عندما ينتهي الإيجار لأي سبب ، فألزم المستأجر بأن يرد العين المؤجرة بالحالة التي تسلمها عليها عند البدء في تنفيذ العقد إلا ما يكون قد أصابها من تلف أو هلاك لا يده فيه . وإذا كانت حالة العين عندما استلمها المستأجر قد دنت في محرر فإن مدونات المحرر المذكور تكون هي المرجع في بيان ما يجب أن تكون عليه العين عندما ترد للمؤجر في نهاية العقد ، وأما إذا خلا المحرر من أوصاف العين أو لم يوجد محرر أصلاً افتراض أن المستأجر قد تسلم العين بحالة حسنة وإن كان له أن يدحض ذلك ويقدم الدليل على عكسه بجميع طرق الإثبات.

وقد يستبقى المستأجر العين تحت يده بغير حق حتى بعد انتهاء عقده فيعد غاصباً طوال مدة وضع يده التالية لنهاية العقد ويجب عليه عن مدة الاغتصاب تعويض ، رأى القانون تحديده بما يوازى ضعف الأجرة.

ونصت المواد من ٢٤ إلى ٢٧ على الأحكام المتعلقة بالاختصاص وإجراءات التقاضي.

وقد رأى القانون أن الفائدة منه لا تتحقق على الوجه المطلوب إلا إذا رسم للتقاضي إجراءات مبسطة ومختصرة يمكن عن طريقها الفصل في المنازعات الإيجارية على وجه الاستعجال.

والأصل أن القواعد والإجراءات المقررة في قانون المرافعات تسرى على القضايا بجميع صنوفها إلا ما استثني بنصوص صريحة ، وقد تضمنت نصوص هذا القانون بعض استثناءات تطبق في الحدود المرسومة لها مع إتباع أحكام المرافعات فيما هو خارج عن إطارها.

وتوخياً للسرعة وانتفاعاً بمزايا التخصص، اشترط القانون في منازعات الإيجار والتعويضات الناشئة عنه أن ينعقد الاختصاص لدائرة إيجارات تنشأ لدى المحكمة

الكلية. وتصدر أحكامها من ثلاثة قضاة وتشتمل دائرة الإيجارات على غرفة أو أكثر حسب الحاجة.

كذلك أجاز القانون لرئيس المحكمة الكلية أن يندب أحد أعضائها للفصل نهائياً في الدعوى التي لا يطلب فيها الإخلاء ولا تجاوز قيمتها خمسمائة دينار.

وفيما عدا الأحكام الصادرة بالإخلاء نص القانون على أن تكون جميع الأحكام الصادرة في منازعات الإيجار مشمولة بالنفذ المعجل (مادة ٢٤).

وابتغاء التبسيط والتيسير ، رسم القانون في المادة (٢٥) طريقة مبسطة لرفع الدعوى مؤداها أن المدعي أو من ينوب عنه يقدم إلى قلم الكتاب صحيفة الدعوى وصوراً منها بقدر عدد الخصوم ويؤدي الرسم كاملاً فيحدد قلم الكتاب جلسة تقع خلال أسبوع ويؤشر مقدم الصحيفة بما يفيد علمه بالجلسة المحددة ، ثم يقوم قلم الكتاب بقبول الدعوى وإرسال أصل الصحيفة وصورها في نفس يوم تقديمها أو في اليوم التالي على الأكثر إلى إدارة التنفيذ لتقوم بإعلانها إلى المدعي عليه قبل الجلسة بيومين على الأقل، وهذه الطريقة المبسطة ليست إلزامية إذا المقصود بها التيسير على المدعي ولا تثريب عليه إذا هو هجرها واتبع الطريق العادي في رفع دعواه.

وتمشياً مع فكرة التيسير والسرعة رسم القانون إجراءات مبسطة لنظر الدعوى وقرر أن وكلاء الخصوم لا يشترط أن يكونوا من المحامين ولا من الأقارب والأصحاب وإنما يجوز أن يحضر أي وكيل تتوافر فيه شروط الوكالة العامة ويكون توكيله ثابتاً في ورقة رسمية أو موثقة أو في محضر الجلسة ، وهذا الوكيل له أن يوكل محامياً ولو لم يصرح بذلك في سند وكالته ، وتسرى وكالته في جميع مراحل التقاضي ومراحل التنفيذ ما لم يقيدوا الموكل صراحة عند إصدار التوكيل في أي وقت تال.

والمحكمة تفصل في الدعوى على وجه السرعة ، وتراعى في التأجيل أن يكون لمدة لا تزيد على أسبوع ما لم تستلزم طبيعة الإجراء المطلوب مدة أطول فيكون التأجيل لجلسة قريبة بقدر الإمكان تحدد على ضوء الظروف ويقدر ما يلزم لإتمام الإجراء.

ولا يجوز الطعن في الحكم الصادر في الدعوى بطريق الاستئناف إلا لخطأ في تطبيق القانون أو تأويله أو إذا وقع بطلان في الحكم أو في الإجراءات أثر في الحكم. ويكون

ميعاد الطعن بالاستئناف خمسة عشر يوماً من تاريخ صدور الحكم. ولا يجوز الطعن بطريق التمييز في الأحكام الصادرة في الاستئناف (مادة ٢٦).

وبالنسبة للدعاوى المنظورة أمام المحاكم في تاريخ نفاذ هذا القانون فقد نصت المادة ٢٧ على سريان أحكامه عليها إذا لم يكن قد صدر فيها حكم نهائي حتى تاريخ العمل به.

وأخيراً نصت المادة ٢٨ على إلغاء القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧١ ، المعدل بالقانون رقم ١١٣ لسنة ١٩٧٦ وكل نص يخالف أحكام هذا القانون ، كما قضت مادته التاسعة والعشرون على العمل به من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية.

مذكرة إيضاحية

للمرسوم بقانون رقم ٢ لسنة ١٩٨٨

بتعديل بعض أحكام المرسوم بالقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٨ في شأن إيجار العقارات

بتاريخ ٢ أغسطس سنة ١٩٨٧ صدر المرسوم بالقانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٨٧ بتعديل بعض أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠ ونشر في الجريدة الرسمية بتاريخ ١٦ أغسطس سنة ١٩٨٧ على أن يعمل به بعد ثلاثين يوماً من تاريخ نشره ، واذ استهدف هذا التشريع رفع نصاب المحكمة الجزئية.

فنصت مادته الأولى على أن يستبدل بنص المادة ٢٩ من قانون المرافعات المدنية والتجارية المشار إليه النص التالي:

«تختص المحكمة الجزئية بالحكم ابتدائياً في الدعاوى المدنية والتجارية التي لا تتجاوز قيمتها خمسة آلاف دينار ويكون حكمها انتهاياً إذا كانت قيمة الدعوى لا تتجاوز ألف دينار» وقد اقتضى هذا الحكم تعديل نصاب المحكمة الكلية الوارد في المادة ٣٤ من القانون لتختص بالحكم ابتدائياً في الدعاوى المدنية والتجارية التي تتجاوز قيمتها خمسة آلاف دينار وانتهاياً إذا كانت قيمة الدعوى لا تتجاوز خمسة آلاف دينار ، وعلى ذلك نصت المادة الثانية من القانون على أن يستبدل بعبارة ألف دينار الواردة في الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٣٤ عبارة «خمس ألف دينار».

ولما كانت المادة ٢٤ من المرسوم بالقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٨ في شأن إيجار العقارات قد انشأت دائرة مستقلة للإيجارات بالمحكمة الكلية للنظر في المنازعات المتعلقة بالإيجار والتعويضات الناشئة عنه ونصت على أنه فيما عدا الدعاوى التي يطلب فيها الإخلاء ، يكون لرئيس المحكمة الكلية أن يندب أحد أعضائها للفصل نهائياً في الدعوى التي لا تتجاوز قيمتها خمسمائة دينار ومن ثم فإن الأمر يقتضى تنسيقاً للتشريع رفع نصاب الاستئناف في هذا النطاق أيضاً إلى ألف دينار إذ يعتبر القاضي المنتدب في هذه الحالة بمثابة محكمة جزئية.

وتحقيقاً لهذا الغرض فقد أعد القانون المرافق.

مذكرة إيضاحية لمشروع قانون بتعديل

بعض أحكام المرسوم بالقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٨ في شأن إيجار العقارات

صدر المرسوم بالقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٨ في شأن إيجار العقارات ، ومنذ صدوره وحتى الآن طرأت بعض المتغيرات الاقتصادية والاجتماعية وفي التركيبة السكانية انعكست آثارها على العلاقة الايجارية مما دعا إلى إدخال بعض التعديلات على أحكام المرسوم بالقانون المشار إليه لمواجهة الأوضاع التي استجدت خلال تلك الفترة ، وكذلك تبسيط اجراءات التقاضي واختصارها لحسم المنازعات الايجارية في اقصر وقت ممكن ، ولتحقيق العدالة بين طرفي العلاقة الايجارية وإيجاد التوازن في المصالح بينهما على أسس واضحة.

ومن أجل تحقيق الأهداف سالفة الذكر أعد مشروع القانون المرافق ، وتم تعديل نصوص المواد ٢٠ بنود ١، ٦/أ، ١٠ و ٢١ فقرة ٤ و ٢٥ فقرة ٣ و ٢٦ فقرة ٤ من القانون كما استحدثت أربع مواد جديدة.

فأجاز البند ١ من المادة ٢٠ للقاضي اعتبار دعوى الإخلاء كأنها لم تكن مع إلزام المستأجر بمصاريفها إذا أثبت أن تأخره يرجع إلى عذر قوي تقبله المحكمة وأوفى بجميع الأجرة المستحقة حتى نهاية أول جلسة تم إعلانه بها إعلانا صحيحا بعد أن كان القانون القائم يجيز الوفاء بالأجرة المستحقة حتى اقفال باب المرافعة ، وذلك بهدف حث المستأجر على المبادرة بالوفاء باختصارا للوقت والإجراءات وحسما للنزاع ، وأجاز للمستأجر تسليم الأجرة لكاتب الجلسة في الجلسة الأولى - لايداعها خزينة إدارة التنفيذ بدون اجراءات في حالة رفض المؤجر تسلمها.

وحسم المشروع في «البند ٦ من المادة ٢٠ » كيفية احتساب مدة الخمس والعشرين سنة التي يجوز بعدها طلب الإخلاء للهدم وجعل بدايتها من تاريخ انتهاء البناء الأصلي حسبما هو ثابت برخصة البناء بغض النظر عن تاريخ التعلية أو إضافة

ملاحق جديدة أو ما شابه ذلك.

واستبدل المشروع البند ١٠ من المادة ٢٠ المتعلق بحالة ما إذا كان والد القاصر يمارس التجارة في عين أو أكثر مملوكة أو مخصصة له وأجرها الوصي بعد وفاته إلى المستأجر، واحتاج القاصر إلى هذا المكان بعد بلوغه سن الرشد لممارسة التجارة فيها ولم يكن لديه أي محل تجاري آخر فحدد المشروع المدة التي يجوز خلالها للقاصر أن يستعمل حقه في الإخلاء خلال سنة بعد بلوغه سن الرشد مما رثى معه إضافة عبارة «وذلك خلال سنة من تاريخ بلوغه سن الرشد» وعبارة «أو أكثر» رغبة في استقرار الأوضاع بالسرعة المناسبة مع إلزام المالك بشغل البناء بنفسه خلال ستة أشهر تحسب من تاريخ الإخلاء منعا للتحايل.

وتيسيراً لإجراءات التقاضي ، وتسهيلاً لإتمام الإعلان في دعاوى إيجار العقارات تم تعديل نص الفقرة الثالثة من المادة (٢٥) ، واستحدثت التعديل - نظام الإعلان بطريق اللصق على باب العين المؤجرة في الأحوال التي أشار إليها النص ، وإن الإعلان يعتبر منتجاً لآثاره من وقت تسليم الصورة أو من وقت امتناع المستأجر نفسه عن تسليمها أو من وقت إجراء اللصق وأن الإعلان في منازعات الإيجار يكون لمرة واحدة.

وفي إطار الرغبة في رفع العنت الذي يلقيه عدد كبير من ملاك العقارات والحد من ظاهرة اللد في الخصومة تم تعديل في الفقرة الرابعة من المادة ٢٦ وتطلب التعديل أن يبادر المحكوم عليه عند تقديم صحيفة الاستئناف بايداع الأجرة المحكوم بها خزينة إدارة التنفيذ واعتبر ذلك شرطاً لقبول إدارة الكتاب صحيفة الاستئناف.

ونصت المادة الثانية من المشروع على إضافة أربع مواد جديدة مستحدثة بأرقام ٢٦ مكرراً ، ٢٦ مكرراً «أ» ، ٢٦ مكرراً «ب» ، ٢٦ مكرراً «ج» ، وبمقتضى نص المادة ٢٦ مكرراً أصبح من الجائز استصدار أمر بأداء الأجرة المستحقة إذا كانت هي كل ما يطالب به المؤجر وذلك بالضوابط المشار إليها في هذا النص ، وأصبح من الجائز كذلك إعلان الأمر بالطريقة المنصوص عليها في المادة ٢٥/٣ ، وجعل التعديل مدة التظلم من هذا الأمر عشرة أيام فقط ، وتطلب لقبول التظلم أن يودع المتظلم كفالة قدرها خمسون ديناراً كدليل على الجدية يفقدها إذا خسر تظلمه ، وأصبح الحكم الصادر في التظلم نهائياً.

وبموجب المادة ٢٦ مكرراً أصبح حق رفع الأشكال في منازعات الإيجار مقتصرًا

على غير المحكوم عليه حتى يأخذ الغير فرصته في الاتصال بقاضيه الطبيعي ، وبات من اللازم أن يودع المستشكل خزينة وزارة العدل كفالة قدرها مائة دينار عند تقديم صحيفة الاشكال واعتبر ذلك شرطا لقبول الصحيفة ، ونص على أن المستشكل يفقد هذا المبلغ إذا خسر إشكاله.

أما المادة ٢٦ مكررا ب فقد أجازت للمؤجر في العقارات المؤجرة لغرض السكنى إنهاء عقد الإيجار بعد مضي خمس سنوات من تاريخ العقد ما لم يتفق الطرفان على مدة أطول ، وقد أصبح هذا الوضع مقبولا ومستساغا ولا مساس فيه بضمان الاستقرار الذي يجب أن يتمتع به المستأجر في ضوء الأحوال التي تمر بها البلاد في الوقت الحاضر .

ونصت المادة ٢٦ مكررا ج على سريان حكم المادة ٢٦ مكررا ب على العقارات المؤجرة بغرض السكنى وقت العمل بهذا القانون ما لم تكن المدة المتبقية أقل من سنة فيمتد العقد لمدة سنة من تاريخ نفاذ هذا القانون.

مذكرة إيضاحية
للقانون رقم ٣٣ لسنة ٢٠٠٣
بتعديل بعض أحكام المرسوم بالقانون
رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٨ في شأن إيجار العقارات

صدر المرسوم بالقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٨ في شأن إيجار العقارات وتضمن أحكاماً تعتبر استثناء من الأحكام العامة في المرافعات بأن حول للخصوم الحضور في دعاوى الإيجارات بأنفسهم أو بمن يوكلونه عنهم بورقة رسمية أو موثقة دون أن يشترط صلة معينة بين الموكل والوكيل ، كما لم يشترط في الوكيل أن يكون محامياً ، وكان ذلك مراعاة لطبيعة دعاوى الإيجارات وبقصد تخفيف النفقات على ملاك العقارات ، وبالتالي فكانت صحف تلك الدعاوى تقدم دون اشتراط توقيع محام عليها ، إلا أن القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٩٦ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٦٤ في شأن تنظيم مهنة المحاماة أمام المحاكم قد نص في المادة ١٨ منه على أنه فيما عدا الدعاوى التي لا تزيد قيمتها على خمسة آلاف دينار تبطل صحيفة الدعوى أو الطعن أو الالتماس إذا لم توقع من محام مقبول أمام المحكمة التي ترفع إليها .

وقد أثار هذا النص جدلاً وخلافاً في العمل حول ما إذا كان هذا النص يسري على دعاوى الإيجارات الكلية أم لا ، بحسبان أن قانون الإيجارات إنما هو قانون خاص لا محل لسريان قانون المحاماة عليه ، لذا رؤي حسماً لهذا الخلاف واتساقاً مع مسلك المشرع في قانون الإيجارات النص على أنه لا يشترط توقيع محام على صحف تلك الدعاوى وأعد لذلك مشروع القانون المرافق .

مرسوم بالقانون رقم ٧٤ لسنة ١٩٧٩ بتنظيم تملك غير الكويتيين للعقارات*

بعد الاطلاع على الأمر الأميري الصادر في ٤ من رمضان سنة ١٣٩٦ هـ

الموافق ٢٩ أغسطس ١٩٧٦ م بتنقيح الدستور

وعلى المادة ١٨ من الدستور

وعلى المرسوم رقم ٥ لسنة ١٩٥٩ بقانون التسجيل العقاري المعدل بالقانون رقم ٥
سنة ١٩٦٢ والقانون رقم ٣ لسنة ١٩٧٢.

وعلى المرسوم الاميري رقم ٦ لسنة ١٩٦٠ بقانون المرافعات المدنية والتجارية
والقوانين المعدلة له.

وعلى القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٠ بشأن الشركات التجارية والقوانين المعدلة له.

وعلى القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٧٥ بشأن معاملة رعايا المملكة العربية السعودية
ودولتي البحرين والإمارات العربية المتحدة معاملة الكويتيين ،

وعلى القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٧٩ بمعاملة رعايا دولة قطر معاملة الكويتيين.

وبناء على عرض وزير العدل.

وبعد موافقة مجلس الوزراء.

أصدرنا القانون الآتي نصه:

مادة ١

حق تملك العقارات في الكويت مقصور على الكويتيين ، ويشمل ذلك حق الملكية
التامة وملكية الرقبة أو حق الانتفاع ، مع مراعاة الأحكام الواردة في المواد التالية:

* نشر في الجريدة الرسمية الكويت اليوم بالعدد ١٢٧٥.

مادة ٢*

يجوز للدول العربية والأجنبية أن تمتلك العقارات المخصصة لمقار بعثاتها الدبلوماسية أو مفوضياتها وقنصلياتها وكذلك سكن رئيس وأعضاء هذه البعثات بشرط المعاملة بالمثل وصدور مرسوم بالإذن لها بالتملك على ألا تزيد مساحة العقار أو العقارات المراد اكتساب ملكيتها على أربعة آلاف متر مربع للدولة الواحدة.

ويجوز لمجلس الوزراء بناء على اقتراح وزير الخارجية أن يستثنى بعض الدول من شرط الحد الأعلى لهذه المساحة.

ويستثنى من شرط الحد الأعلى للمساحة المشار إليها في الفقرتين السابقتين الدول التي تملك مساحة تزيد على هذا القدر قبل العمل بهذا القانون.

مادة ٣

يجوز للعربي المنتمي بحسبته إلى بلد عربي أن يكسب ملكية عقار واحد في الكويت في إحدى المناطق السكنائية التنظيمية إذا صدر مرسوم يمنحه هذا الحق ، ويكون التملك بالشروط الآتية:

أ- أن يكون طالب التملك مقيماً بالكويت إقامة دائمة مشروعة ، وأن يكون دخله يسمح له بشراء العقار المطلوب تملكه ، وألا تكون قد صدرت في حقه أحكام مخلة بالشرف أو الأمانة طوال مدة إقامته بالكويت.

ب- أن يخصص العقار كله للسكنى الخاصة بطالب التملك وأسرته.

ج- ألا تزيد مساحة العقار المراد اكتساب ملكيته على ألف متر مربع.

د- ألا يكون مالكا لعقار آخر في الكويت.

هـ- شرط المعاملة بالمثل في البلد الذي ينتمي إليه طالب التملك.

و- ألا تكون ملكية العين حصة شائعة مع كويتي.

ويجوز لمجلس الوزراء إضافة شروط أخرى.

* عدلت المادة (٢) بموجب مرسوم بالقانون رقم (١١٩) لسنة ١٩٨٦ ، وكان النص قبل التعديل .. يجوز للدول العربية والأجنبية أن تمتلك العقار المخصص لسفارتها أو مفوضيتها وقنصليتها وكذلك سكن رئيس البعثة الدبلوماسية بشرط المعاملة بالمثل وصدور مرسوم بالإذن لها بالتملك على ألا تزيد مساحة العقار أو العقارات المراد إكساب ملكيته على أربعة آلاف متر مربع للدولة الواحدة. ويستثنى من شرط الحد الأعلى للمساحة المشار إليه في الفقرة السابقة السفارات والقنصليات التي تملك مساحة تزيد على هذا القدر قبل العمل بهذا القانون».

مادة ٤

إذا آل لمن تملك طبقاً للمادة السابقة عقار آخر أو جزء منه بطريق الميراث ، وجب عليه التصرف في أيهما خلال سنة ميلادية من تاريخ أيلولة الملكية إليه بحيث لا يبقى له إلا عقار واحد ، فإذا لم يتم بالتصرف فيه خلال هذه المدة بيع جبراً عنه بناء على طلب الحكومة طبقاً للإجراءات المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية لبيع العقار جبراً .

وإذا ورث العربي عقاراً أو جزءاً منه ولم يكن مالكاً لعقار غيره ، وجب عليه التصرف فيه خلال سنة من تاريخ أيلولته إليه وإلا بيع جبراً عنه وفقاً لما سلف ، ما لم يصدر مرسوم بإعفائه من هذا التصرف .

أما إذا آل إلى غير العربي عقار أو جزء منه بطريق الميراث فيجب عليه التصرف فيه خلال المدة المنصوص عليها في الفقرة السابقة وإلا بيع جبراً عنه ، ويستثنى من ذلك الزوجة إذا كان لها ولد من المورث وتسري في حقها أحكام الفقرة السابقة .

مادة ٥

إذا تصرف المالك في العقار الذي تملكه لم يجوز له تملك غيره بغير طريق الميراث قبل مضي خمس سنوات من تاريخ التصرف في العقار الأول ، إلا إذا كانت ملكيته مقصورة على حصة شائعة في العقار الأول ويريد تملك عقار بأكمله ، أو نزع ملكية عقاره للمنفعة العامة ويريد تملك غيره .

مادة ٦

في تطبيق أحكام المواد ٢ ، ٣ ، ٤ من هذا القانون تعفى الزوائد التنظيمية التي يتقرر إضافتها إلى العقار من شرط صدور مرسوم ، ويجوز أن تزيد مساحة العقار بسبب ذلك على ألف متر مربع .

مادة ٧

لا يقبل طلب تملك جديد ممن سبق له تملك عقار واتضح أنه استغله بغير الطريق المبين في القانون .

مادة ٨

يحظر على الشركات التجارية التي يشترك فيها شركاء غير كويتيين تملك العقارات .

وعلى الشركات التي يشترك فيها شركاء غير كويتيين عند العمل بهذا القانون التصرف فيما تملكه من عقارات خلال سنة من تاريخ العمل به ، أما الشركات التي ينتقل فيها نصيب شريك كويتي إلى غير كويتي بعد العمل بهذا القانون فعليها التصرف فيما تملكه من عقارات خلال سنة من تاريخ انتقال نصيب الشريك الكويتي وإلا بيعت جبراً عنها في الحاليتين وفقاً لما هو مبين في الفقرة الأولى من المادة الرابعة من هذا القانون.

واستثناء من أحكام الفقرتين السابقتين يجوز للشركات المساهمة التي يشترك فيها شركاء غير كويتيين ، ولا يكون من بين أغراضها التعامل في العقارات ، تملك العقار اللازم لإدارتها أو لتحقيق أغراضها ، إذا صدر مرسوم بمنحها هذا الحق ، مع مراعاة أحكام المادة الخامسة من هذا القانون.

مادة ٩

يقع باطلاً كل تصرف يتم بالمخالفة لأحكام هذا القانون ولا يجوز تسجيله ، ويجوز لكل ذي شأن وللحكومة طلب الحكم بهذا البطلان ، وعلى المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها.

مادة ١٠

مع عدم الإخلال بأحكام القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٧٥ والقانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٧٩ المشار إليها ، يلغى كل نص يخالف أحكام هذا القانون.

مادة ١١

على الوزراء - كل فيما يخصه - تنفيذ هذا القانون ، ويعمل به من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية.

أمير الكويت

جابر الأحمد

رئيس مجلس الوزراء

سعد العبدالله الصباح

وزير العدل

عبدالله إبراهيم المفرج

صدر بقصر السيف في : ٢٤ ذو الحجة ١٣٩٩ هـ

الموافق : ١٤ نوفمبر ١٩٧٩ م

مذكرة إيضاحية للمرسوم بقانون بتنظيم تملك غير الكويتيين للعقارات

رؤى إصدار قانون خاص ينظم الأحكام المتعلقة بتملك غير الكويتيين للعقارات.

وقد قصرت المادة (١) من المشروع حق التملك على الكويتيين ، وأجازته المادة (٢) استثناء بالنسبة للدول العربية والدول الأجنبية الصديقة بالنسبة لسفاراتها أو مفوضيتها أو قنصليتها ، بشرط المعاملة بالمثل و صدور مرسوم بالإذن بذلك ، على ألا تزيد المساحة على (٤٠٠٠)م^٢ ، واستثنى من شرط الحد الأعلى للمساحة السفارات والقنصليات التي تملك مساحة تزيد على هذا القدر قبل العمل بهذا القانون ، كما أجازت المادة (٣) التملك بالنسبة للعربي المنتمي بجنسيته إلى بلد عربي على أن يكون لسكانه الخاصة بشرط المعاملة بالمثل و صدور مرسوم بالإذن بذلك ، ومع توفر باقي الشروط الأخرى المنصوص عليها في هذه المادة ، ومنها قصر هذا الحق على المناطق السكنية التنظيمية فقط ، وأن يكون طالب التملك مقيماً بالكويت إقامة دائمة مشروعة ، وأن يكون دخله يسمح له بشراء العقار المطلوب تملكه ، والا تكون قد صدرت في حقه أحكام مخلة بالشرف أو الأمانة طوال مدة إقامته وألا تزيد مساحة العقار المراد اكتساب ملكيته على (١٠٠٠)م^٢ ، وألا يكون مالكاً لعقار آخر في الكويت ، أو تكون ملكية العين حصة شائعة مع كويتي ، منعاً من المتاجرة بالحصص الشائعة التي يجوز التصرف فيها وتملك عقار مفرز بأكمله قبل انقضاء المدة المقررة ودون حاجة إلى موافقة مجلس الوزراء كنص المادة (٥).

وقد فوض مجلس الوزراء في إضافة شروط أخرى إذا رأى ضرورة لها.

وتناولت المادة (٤) حالات التملك بطريق الميراث.

وتنحصر في:

(أ) العربي الذي يملك عقاراً بطريق الشراء ثم يؤول إليه عقار آخر أو جزء منه بطريق الميراث.

(ب) العربي الذي يرث عقاراً أو جزءاً منه ولم يكن مالكاً لعقار غيره.

(ج) غير العربي الذي يؤول إليه عقار أو جزء منه بطريق الميراث.

ويكون من تملك بهذا الطريق بالخيار في الحالة الأولى بين أحد العقارين ، والتصرف في العقار الآخر خلال سنة من تاريخ أيلولة الملكية إليه ، وإلا بيع جبراً عنه بناء على طلب الحكومة .

أما في الحالة الثانية فيجب التصرف فيه خلال المدة المذكورة وإلا بيع جبراً عنه ، ما لم يصدر مرسوم بإعفائه من هذا التصرف .

وفي الحالة الثالثة يجب التصرف على النحو السابق وإلا بيع جبراً عنه ، وتستثنى من ذلك الزوجة إذا كان لها ولد من المورث بشرط صدور مرسوم بإعفائها من التصرف .

وتنص المادة (٥) على أنه إذا تصرف المالك في العقار الذي تملكه لم يجز له تملك غيره بغير طريق الميراث قبل مضي خمس سنوات من تاريخ التصرف في العقار الأول ، إلا إذا كانت ملكيته مقصورة على حصة شائعة في العقار الأول ويريد تملك عقار بأكمله ، أو نزع ملكية عقاره للمنفعة العامة ويريد تملك غيره .

وأعفت المادة (٦) الزوائد التنظيمية التي يتقرر إضافتها إلى العقار ، من شرط صدور مرسوم ويجوز أن تزيد مساحة العقار بسبب ذلك على (١٠٠٠)م^٢ .

وجاءت المادة (٧) فنصت على عدم قبول تملك جديد ممن سبق له تملك عقار واتضح أنه استغله بغير الطريق المبين في القانون .

وحظرت المادة (٨) تملك العقارات على الشركات التجارية التي يشترك فيها شركاء غير كويتيين . وأوجب على هذه الشركات التصرف فيما تملكه من عقارات عند العمل بهذا القانون ، في خلال سنة من هذا التاريخ ، أو من تاريخ انتقال نصيب الشريك الكويتي إلى شركاء غير كويتيين وإلا بيعت جبراً عنها .

وأجيز استثناء للشركة المساهمة التي يشترك فيها شركاء غير كويتيين ، ولا يكون من بين أغراضها التعامل في العقارات ، أن تملك العقار اللازم لإداراتها أو لتحقيق أغراضها ، بشرط صدور مرسوم بمنحها هذا الحق .

ونصت المادة (٩) على بطلان كل تصرف مخالف للأحكام السابقة ولا يجوز تسجيله، ويحكم بالبطلان بناء على طلب كل ذي شأن أو بناء على طلب الحكومة ، وعلى المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها لتعلقه بالنظام العام.

وألغت المادة (١٠) كل نص يخالف أحكام هذا القانون ، مع عدم الإخلال بأحكام القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٧٥ الذي يقضي بمعاملة رعايا المملكة العربية السعودية ودولتي البحرين والإمارات العربية المتحدة معاملة الكويتيين في المجالات المنصوص عليها فيه ، ومن بينها تملك العقارات ، وكذا القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٧٩ بمعاملة رعايا دولة قطر معاملة الكويتيين ، وذلك حتى لا يؤدي هذا القانون إلى إلغاء أحكام القانونين المذكورين.

مذكرة إيضاحية

في شأن تعديل المادة الثانية من المرسوم بالقانون رقم ٧٤ لسنة ١٩٧٩ بتنظيم تملك غير الكويتيين للعقارات

تجيز المادة الثانية من القانون الحالي تملك الدول العربية والأجنبية العقار المخصص لسفاراتها أو مفوضيتها أو قنصليتها وكذلك سكن رئيس البعثة الدبلوماسية على ألا تزيد مساحة العقار أو العقارات المراد اكتساب ملكيتها على أربعة آلاف متر مربع للدولة الواحدة.

وقد رؤى أن يمتد حق تملك الدول المذكورة ليشمل العقارات المخصصة لسكن أعضاء بعثتها الدبلوماسية أسوة بسكن رئيس البعثة - على أن يكون لمجلس الوزراء بناء على اقتراح وزير الخارجية أن يستثنى بعض الدول من شرط الحد الأعلى للمساحة المقررة وعلى هذا جرى التعديل المرافق للمادة الثانية من القانون الحالي.

مرسوم

في شأن اللائحة العامة لإدارة ملكية الطبقات والشقق *

بعد الاطلاع على المادة ٨٦٠ من القانون المدني الصادر بالقانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠،

وبناء على عرض وزير الدولة للشئون القانونية والإدارية،
وبعد موافقة مجلس الوزراء

رسمنا بالآتي:

أولاً الجمعية العمومية لاتحاد الملاك

مادة ١

١- تجتمع الجمعية العمومية لاتحاد الملاك المكون وفقاً لنص المادة ٨٥٩ من القانون المدني مرة على الأقل كل سنة.

٢- وتوجه الدعوة لحضور الاجتماع من مدير الاتحاد، ما لم يرد نص بخلاف ذلك.

مادة ٢

١- يجب على مدير الاتحاد أن يدعو الجمعية العمومية للاجتماع إذا طلب منه ذلك رئيس مجلس إدارة الاتحاد ان وجد أو عدد من الملاك لهم على الأقل ربع الأصوات في الجمعية العمومية إلا إذا كان النظام الاتفاقي للملكية يكتفى بمن يملكون أقل من الربع.

٢- ويجب أن يشمل طلب دعوة الجمعية الذي يوجه إلى المدير الموضوعات التي يراد إدراجها في جدول أعمال الاجتماع.

٣- وإذا لم يقم مدير الاتحاد بتوجيه الدعوة خلال عشرة أيام من وصول الطلب إليه،

* نشر في الجريدة الرسمية الكويت اليوم بالعدد ١٣٤٠

يجوز توجيه الدعوة من رئيس مجلس ادارة الاتحاد ان وجد ، كما يجوز توجيهها من أي مالك بعد الحصول على إذن بذلك من قاضي الأمور المستعجلة. ويجب عندئذ إخطار مدير الاتحاد بالدعوة.

مادة ٣

- ١- يجب أن تتضمن دعوة الجمعية العمومية تحديد مكان الاجتماع ، وموعده بالساعة واليوم ، وجدول الأعمال.
- ٢- وإذا لم يحدد نظام الملكية الاتفاقي أو قرار من الجمعية العمومية مكان ووقت اجتماع الجمعية ، فيحددها من يوجه الدعوة.

مادة ٤

- ١- توجه الدعوة إلى اجتماع الجمعية العمومية بخطابات مسجلة ترسل إلى جميع الملاك قبل الموعد المحدد للاجتماع بخمسة عشر يوماً على الأقل ، إلا إذا كان النظام الاتفاقي ينص على مدة أخرى.
- ٢- ويجوز ، إذا اقتضت الضرورة دعوة الجمعية العمومية لاتخاذ قرار عاجل ، عدم التقيد بالمواعيد المنصوص عليها في الفقرة السابقة.

مادة ٥

- إذا وجهت الدعوة لاجتماع الجمعية العمومية، فيكون لكل مالك ولمجلس إدارة الاتحاد إن وجد ، أن يخطر من وجه الدعوة ، خلال الخمسة أيام التالية لتوجيهها ، بالموضوعات التي يريد إدراجها في جدول الأعمال.
- وعندئذ يجب على من وجه الدعوة أن يخطر جميع الأعضاء ، قبل الموعد المحدد للاجتماع بخمسة أيام على الأقل ، بما تلقاه.

مادة ٦

لا يكون اجتماع الجمعية العمومية صحيحاً إلا إذا حضره عدد من الملاك لهم أكثر من نصف عدد أصوات جميع الملاك ، فإذا لم يتوافر هذا العدد ، وجهت الدعوة إلى اجتماع ثان يكون صحيحاً مهما كان عدد الحاضرين.

مادة ٧

- ١- يرأس اجتماع الجمعية العمومية رئيس مجلس إدارة الاتحاد إن وجد ، وإلا فتعين الجمعية في بداية كل اجتماع رئيس الجلسة.
- ٢- وعلى مدير الاتحاد أن يعد من يتولى أمانة سر الاجتماع ، إلا إدارت الجمعية أن يقوم بذلك أحد الأعضاء.

مادة ٨

- ١- يجب تحرير محضر لاجتماع الجمعية العمومية يبين فيه :
 - أ- وقت ومكان الاجتماع.
 - ب- أسماء الأعضاء الحاضرين بأنفسهم أو بمن يمثلهم ، وعدد أصوات كل منهم ، مع توقيع كل منهم أمام اسمه.
 - ج- مداوات الجمعية ، ونتائج أخذ الأصوات ، مع ذكر أسماء من عارضوا في القرار الذي تمت الموافقة عليه وأسماء الممتنعين عن التصويت.
 - د- التحفظات التي أبدت من المعارضين في اتخاذ القرار إذا طلب ذلك واحد أو أكثر ممن عارضوا.
- ٢- ويوقع على المحضر رئيس الجلسة وأمين سرها.

مادة ٩

- ١- يجب أن يكون قرار الجمعية العمومية بتفويض مدير الاتحاد أو مجلس الإدارة أو أي شخص آخر خاصاً بعمل أو قرار معين يتحدد صراحة.
- ٢- ويجوز أن تصرح الجمعية العمومية لمن تفوضه بالاتفاق في حدود مبلغ يبين قرار التفويض حده الأقصى.
- ٣- ولا يجوز أن يتضمن التفويض حرمان الجمعية العمومية من حقها في الرقابة على إدارة العقار.
- ٤- ويجب على المفوض أن يقدم تقريراً بالمهمة التي فوض فيها يعرض على الجمعية العمومية.

ثانياً مدير الإتحاد

مادة ١٠

يجوز أن يكون مدير الإتحاد شخصاً طبيعياً أو شخصاً اعتبارياً ، ما لم ينص في النظام الاتفاقي للملكية على خلاف ذلك.

مادة ١١

يعين أجر المدير بقرار من الجمعية العمومية يصدر بالأغلبية المنصوص عليها في المادة ٨٦٦ من القانون المدني ، وذلك دون إخلال بما يرد في هذا الخصوص في النظام الاتفاقي للملكية.

مادة ١٢

للمدير أن يقوم بالأعمال التي تدخل في وظيفته بنفسه أو بمن يمثله من تابعيه.

مادة ١٣

١- مدير الإتحاد هو الذي يعين الأشخاص الذين يعاونونه في إدارة العقار وحفظه ، ويعزلهم ، وهو الذي يحدد اختصاصات كل منهم وشروط ممارسته لعمله.

٢- ويكون ذلك في حدود الأعداد والشروط التي تقرها الجمعية العمومية لكل طائفة من العاملين.

مادة ١٤

يجب على المدير أن يعد ويحفظ السجلات والأوراق المتعلقة بالعقار ، وعلى وجه الخصوص:

أ- قائمة بأسماء الملاك والأجزاء التي يملكها كل منهم ، وكذلك أسماء أصحاب الحقوق العينية التي ترتبت على تلك الأجزاء. وذلك مع بيان محل إقامة كل منهم وموطنه المختار إن وجد.

ب- صور من مستندات الملكية والحقوق العينية المقررة على الأرض أو على البناء كله أو على الأجزاء المملوكة لكل من الملاك.

ج- النظام الاتفاقي للملكية إن وجد.

د - قائمة تبين حصة كل من الملاك في نفقات الأجزاء المشتركة ونفقات الخدمات المشتركة.

هـ- محاضر اجتماعات الجمعية العمومية وملحقاتها.

مادة ١٥

١- يجب على المدير أن يودع أموال الاتحاد في حساب باسم الاتحاد في البنك الذي يعينه النظام الاتفاقي للملكية أو قرار الجمعية العمومية.

٢- ولا يجوز للمدير أن يحتفظ لديه من الأموال المخصصة للإدارة إلا في حدود المبلغ الذي يعينه النظام الاتفاقي للملكية أو قرار الجمعية العمومية.

مادة ١٦

كل اتفاق يعقد بين اتحاد الملاك والمدير أو أحد تابعيه أو أزواجهم أو أقاربهم أو أصهارهم لغاية الدرجة الرابعة يجب أن توافق عليه الجمعية العمومية. ويجب عند عرض أمر هذا الاتفاق على الجمعية إيضاح صلة المتعاقد مع الاتحاد بالمدير.

مادة ١٧

١- يجوز لكل عضو في الاتحاد أن يطلع في مكتب المدير على السجلات والمستندات والمراسلات وكافة الأوراق المتعلقة بإدارة العقار.

٢- وعلى المدير ، إذا أخطره العضو برغبته في الإطلاع ، أن يمكنه من ذلك.

ثالثاً مجلس إدارة الإتحاد

مادة ١٨

إذا تقرر إنشاء مجلس لإدارة الاتحاد ، سواء بنص في النظام الاتفاقي للملكية أو بقرار من الجمعية العمومية ، فيجب أن يشكل من عدد من الملاك أو من يمثلهم لا يقل عن ثلاثة ، ولمدة لا تزيد على ثلاث سنوات.

مادة ١٩

لا يجوز أن يكون مدير الاتحاد أو أحد تابعيه أو أزواجهم أعضاء في مجلس إدارة الاتحاد.

مادة ٢٠

إذا لم ينص في قرار إنشاء مجلس الإدارة على طريقة اختيار رئيسه ، فتكون الرئاسة لمن له من أعضاء المجلس أكبر عدد من الأصوات في الجمعية العمومية.

مادة ٢١

لا يستحق أعضاء مجلس إدارة الاتحاد بما فيهم الرئيس ، أجراً عن قيامهم بمهمتهم.

مادة ٢٢

لمجلس إدارة الاتحاد أن يستعين بذوي الخبرة ، ويعتبر أجر الخبير الذي يستعين به المجلس وكذلك النفقات التي يقتضيها قيام المجلس بمهمته من المصروفات الإدارية التي يجب على المدير أن يقوم بصرفها لمستحقيها وذلك في الحدود والشروط الواردة في النظام الاتفاقي للملكية أو في قرار للجمعية العمومية.

مادة ٢٣

ينشر هذا المرسوم في الجريدة الرسمية ويعمل به اعتباراً من ٢٥ فبراير سنة ١٩٨١.

أمير الكويت

جابر الأحمد

رئيس مجلس الوزراء

سعد العبدالله الصباح

وزير العدل والشؤون القانونية والإدارية

سلمان الدعيح الصباح

صدر بقصر السيف في: ١٨ ربيع الأول ١٤٠١هـ

الموافق: ٢٤ يناير ١٩٨١م

قرار وزير العدل والشؤون القانونية والإدارية

رقم ٦٤ لسنة ١٩٨١

بنظام شهر اتحاد ملاك الطبقات والشقق

وزير العدل والشؤون القانونية والإدارية.

بعد الاطلاع على المادة ٧٢ من الدستور.

وعلى المادة ٨٥٩ من القانون المدني.

وعلى المرسوم الصادر بتاريخ ٢٤ من يناير سنة ١٩٨١ في شأن اللائحة العامة لإدارة ملكية الطبقات والشقق.

قرر

مادة (١)

يجوز لملاك الطبقات والشقق في أي بناء أن يكونوا فيما بينهم بأغلبية الأنصبة اتحاداً لإدارة العقار وضمن حسن الانتفاع به ، ويكون لهذا الاتحاد شخصية اعتبارية من تاريخ شهر الاتفاق على تكوينه.

مادة (٢)

ينشأ بإدارة التسجيل العقاري والتوثيق سجل مرقم الصفحات لشهر اتحاد ملاك الطبقات والشقق.

مادة (٣)

يتبع في شهر الاتحاد المشار إليه بالمادة السابقة ما يلي:

- ١- يقدم طلب شهر الاتحاد من أعضائه إلى إدارة التسجيل العقاري والتوثيق مرفقاً به أصل الاتفاق ورسم هندسي للبناء موضح فيه وحداته.
- ٢- يقوم الموظف المختص بتسجيل الاتفاق على الاتحاد في السجل المعد لذلك على أن يتضمن ذلك أسماء أعضاء الاتحاد ومحال إقامتهم وموقع العقار محل الاتفاق

ووحداته.

٣- تتولى إدارة التسجيل العقاري شهر الاتفاق بنشر ملخصه في الجريدة الرسمية والتأشير بتاريخ النشر على هامش التسجيل.

٤- يؤشر الموظف المختص على الاتفاق بما يفيد تسجيله ونشره بالجريدة الرسمية وتاريخه.

مادة (٤)

يعلق نظام الاتحاد في مقره ، ويجب أن يوضح اسم الاتحاد ومقره وتاريخ إنشائه وشهره في جميع العقود التي يبرمها الاتحاد وفي الرسائل والنشرات والإعلانات وسائر المطبوعات التي تصدر منه.

مادة (٥)

يجوز لكل ذي شأن الاطلاع على السجل المشار إليه في المادة الثالثة من هذا القرار والحصول على شهادة بما يكون به من بيانات.

مادة (٦)

على وكيل الوزارة تنفيذ هذا القرار ويعمل به من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية.

وزير العدل والشئون القانونية والإدارية

سلمان الدعيج الصباح

صدر في: ١٠ رمضان ١٤٠١ هـ
الموافق: ١١ يوليو ١٩٨١ م.

قانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٩٤ في شأن*

إستغلال القسائم والبيوت المخصصة** لأغراض السكن الخاص

بعد الاطلاع على الدستور.

وعلى المرسوم بالقانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ بإصدار القانون المدني.
وافق مجلس الأمة على القانون الآتي نصه ، وقد صدقنا عليه وأصدرناه.

مادة أولى***

إذا زادت مساحة قسائم السكن الخاص غير المبنية المملوكة لأحد الأشخاص الطبيعيين في أي موقع وفي أي مشروع يتضمن قسائم مخصصة لأغراض السكن الخاص سواء كانت هذه القسائم في موقع واحد أو في مواقع متعددة وفي مشروع واحد أو في مشاريع متعددة ، على خمسة آلاف متر مربع في مجموعها ، فرض على كل متر مربع يجاوز هذه المساحة رسم سنوي مقداره عشرة دنانير كويتية“.

ولا تعتبر القسيمة مبنية وفقاً لأحكام هذه المادة إلا إذا بلغت مساحة البناء مائتي متر مربع (٢٠٠م) أو عشرين في المائة (٢٠٪) من مساحة القسيمة أيهما أكبر.

ولا تسري أحكام الفقرتين السابقتين على المساكن الخاصة التي تقام على أراض تزيد مساحتها على ما هو منصوص عليه فيها مهما بلغت ما دام لم يصدر من بلدية الكويت

* نشر في الجريدة الرسمية الكويت اليوم بالعدد ١٦٧ السنة الأربعون.

** عدل العنوان بالقانون رقم ٨ لسنة ٢٠٠٨ المنشور في الكويت اليوم العدد ٨٥٩ السنة الرابعة والخمسون.

*** عدلت المادة الأولى بالقانون رقم ٨ لسنة ٢٠٠٨ المنشور بالكويت اليوم العدد ٨٥٩ السنة الرابعة والخمسون وكان النص قبل التعديل إذا زادت مساحة قسيمة أو قسائم السكن الخاص غير المبنية المملوكة لأحد الأشخاص على خمسة آلاف متر مربع فرض على كل متر مربع يجاوز هذا الرقم رسم سنوي مقداره نصف دينار اعتباراً من انقضاء سنة على تاريخ العمل بهذا القانون وذلك متى كانت القسيمة جاهزة للبناء ، ويستحق الرسم سواء كان مالك القسيمة شخصاً طبيعياً أو شخصاً اعتبارياً

قرار بتنظيمها وفرزها الى قسائم متعددة أو ما دام قد صدر قرار من البلدية بدمجها“.

مادة أولى مكررا: ^١*

”يستحق الرسم السنوي المقرر في المادة السابقة اعتبارا من أول الشهر التالي لانقضاء سنة من تاريخ العمل بهذه المادة أو من أول الشهر التالي لانقضاء سنتين من تاريخ الموافقة على مشروع التقسيم الخاص أو أي مشروع يتضمن قسائم مخصصة للسكن الخاص من قبل بلدية الكويت ، أيهما أبعد ، وباستثناء القسائم المملوكة للدولة ، يستحق هذا الرسم سواء كان مالك القسيمة شخصا طبيعيا أو اعتباريا“.

مادة أولى مكررا (أ) ^١*

”يقدم وزير المالية الى مجلس الوزراء في فترة لا تتجاوز أسبوعين من انقضاء شهر على تاريخ استحقاق الرسم المقرر بهذا القانون كشفا بأسماء الملاك الذين تخلفوا عن سداد هذا الرسم وعدد القسائم التي لم تسدد عنها الرسوم والمبالغ المستحقة على كل منهم مع بيان الاجراءات التي اتخذت لتحصيل هذه المستحقات.

وفي جميع الأحوال لا يجوز إتمام إجراءات نقل الملكية أو إصدار توكيل بالتصرف في أي من هذه القسائم للغير إلا بموافقة خطية من وزارة المالية ، بعد استيفاء الرسوم المستحقة للدولة وفقا لأحكام المادة الأولى من هذا القانون ، ويقع باطلا بطلانا مطلقا وكأن لم يكن كل نقل للملكية وكل حوالة حق توكيل بالتصرف في القسيمة للغير وبأي صورة ، متى تم ذلك بالمخالفة لأحكام هذا القانون“.

مادة أولى مكررا (ب) ^١*

”يحظر على جميع الشركات والمؤسسات الفردية التعامل بالبيع أو الشراء أو الرهن أو إصدار حوالة حق أو اصدار توكيل بالتصرف للغير أو قبول وكالة بالتصرف عن الغير في القسائم أو البيوت المخصصة لأغراض السكن الخاص في أي موقع وضمن أي مشروع كان ، سواء ذلك بشكل مباشر أو غير مباشر ، ويعتبر باطلا بطلانا مطلقا وكأن لم يكن كل تعامل من هذا القبيل وكل إجراء من شأنه نقل ملكية القسائم والبيوت المخصصة

^١ أضيفت المواد أولى مكررا وأولى مكررا (أ) وأولى مكررا (ب) ، بالقانون رقم ٨ لسنة ٢٠٠٨ المنشور في الكويت اليوم العدد ٨٥٩ السنة الرابعة والخمسون.

لأغراض السكن الخاص يجرى بالمخالفة لأحكام هذا القانون“.

مادة ثانية

يقف استحقاق الرسم المقرر على القسيمة متى اكتمل البناء عليها وصار جاهزا للسكن فيه.

مادة ثالثة

يلتزم بدفع الرسم مالك القسيمة أو ملاكها بالتضامن فيما بينهم ، وتسري في شأنهم أحكام المادة ١٠٧٢ من القانون المدني.

مادة رابعة

لا يسري الرسم على قسائم السكن الخاصة المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة الأخرى ، كما لا يسري على القسائم الاستثمارية والتجارية والصناعية والزراعية.

مادة خامسة

تضع اللائحة التنفيذية لهذا القانون قواعد حساب الرسم وإجراءات تحصيله ، وتصدر بقرار من وزير المالية.

مادة سادسة

على الوزراء - كل فيما يخصه - تنفيذ هذا القانون.

أمير الكويت

جابر الأحمد الصباح

صدر في قصر بيان في: ٢٣ صفر ١٤١٥ هـ

الموافق: ١ أغسطس ١٩٩٤ م

مذكرة إيضاحية للإقترح بقانون بتنظيم إستغلال الأراضي الفضاء

من الحقائق الواقعية أن رقعة الأراضي الفضاء التي يملكها القطاع الخاص في الكويت محدودة المساحة ، الأمر الذي يترتب عليه ارتفاع متصاعد في الأسعار إزاء زيادة الطلب عليها لمواجهة احتياجات التوسع العمراني المضطرد لأغراض السكن الخاص ، مما يحدو بملاك هذه الأراضي إلى الاحتفاظ بها مددا طويلة دون استغلال على سبيل المضاربة للإفادة من أعلى سعر سكن عند التصرف فيها بالبيع ، وكلما قل المعروف منها للبيع زاد سعرها ، وتضاعف العجز عن شرائها وتراخت أسباب النهضة العمرانية واستحكمت ضائقة الإسكان ، لعدم تمكن ذوي الدخل المحدود من تملك هذه الأراضي بأسعار ميسرة معتدلة لإقامة مبان عليها ، وعدم استغلالها بالبناء.

ولا سبيل إلى تفريج كربة المواطنين وتخفيف معاناتهم من هذه المشكلة إلا بسن تشريع يفك احتكار ملاك الأراضي غير المستغلة التي يتمسكون بالاحتفاظ بها وحجبها عن التداول بقصد رفع أسعارها واستثمارها في سوق العقارات ويحجمون عن بيعها لمجرد المضاربة بمرور الزمان على حساب إرهاق ذوي الحاجة وتعجزهم عن سد هذه الحاجة ، ويحملهم على التصرف فيها لمن يستغلها بالبناء أو على استغلالها بأنفسهم بالبناء عليها لتحقيق منفعة تعود على جميع المواطنين.

من أجل ما تقدم أعد هذا الاقتراح بقانون بفرض رسم سنوي على القسيمة أو قسائم السكن الخاص المملوكة لشخص واحد والتي يزيد مجموع مساحتها على خمسة آلاف متر مربع متى كانت جاهزة للبناء ، وقدر هذا الرسم بنصف دينار عن المتر المربع الواحد.

وتمشياً مع الهدف الذي قصد إليه هذا الاقتراح ، نصت المادة الثانية على أن يقف سريان الرسم متى اكتمل البناء على القسيمة وصار جاهزاً للسكن فيه.

ونصت المادة الرابعة على ألا يسري الرسم على قسائم السكن الخاص المملوكة للدولة أو لغيرها من المؤسسات العامة والهيئات العامة ، حتى ولو توافرت في هذه

القسائم المواصفات المنصوص عليها في المادة الأولى ، كما أنه منعاً لأي لبس أضافت المادة أن القسائم الاستثمارية والتجارية والصناعية والزراعية تبقى خارج نطاق هذا القانون.

وجعلت المادة الخامسة إصدار اللائحة التنفيذية لهذا القانون لوزير المالية.

ومنعاً لأي خلاف حول من يلتزم تجاه الدولة بدفع الرسم نصت المادة الثالثة على أن يلتزم بسداده مالك القسيمة فإذا تعدد ملاكها التزموا جميعاً به ومتضامين فيما بينهم ، ويكون لهذا الرسم عند عدم السداد الامتياز المقرر للمبالغ المستحقة للخزانة العامة (المادة ١٠٧٢ من القانون المدني).

المذكرة الإيضاحية للقانون رقم (٨) لسنة ٢٠٠٨ بتعديل عنوان وبعض أحكام القانون رقم (٥٠) لسنة ١٩٩٤ في شأن تنظيم إستغلال الأراضي الفضاء

من الحقائق البارزة أن الدولة أخفقت في مواكبة احتياجات مستحقي الرعاية السكنية بتوفير المساكن الكافية التي كان من الواجب أن تتناسب مع الطلبات المتزايدة ، فضلاً عن أنها تراخت وتباطأت أيضاً في استصلاح الأراضي الفضاء التي تملكها للمساعدة في مواجهة هذه الاحتياجات ، الأمر الذي ترتب عليه زيادة الطلب على قسائم السكن الخاص المملوكة للقطاع الخاص لمواجهة احتياجات المواطنين الذين امتدت فترة انتظارهم لسنوات طويلة ، مما أدى إلى ارتفاع مستمر ومضطرد في أسعار هذه الأراضي ، وإذا ما أضفنا إلى ذلك اتجاه الملاك إلى الاحتفاظ بها مدداً طويلة دون استغلال بما يمكنهن من المضاربة عليها وصولاً إلى أعلى سعر ممكن للبيع ، تبين لنا حقيقة معاناة المواطنين خاصة مستحقي الرعاية السكنية ، في توفير المسكن المناسب بتكاليف مقبولة .

وإذا كان القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٩٤ قد صدر لمحاولة معالجة هذا الوضع إلا أنه تبين عدم فاعليته ، ولذلك فإنه لا سبيل إلى تفريج كربة المواطنين وتخفيف معاناتهم من هذه المشكلة التي أصبحت مزمنة إلا بزيادة المعروض وذلك باستصلاح الأراضي المملوكة للدولة وتوفيرها بأسعار رمزية لمستحقي الرعاية السكنية ، وهو ما يجب أن تسرع الحكومة إلى تنفيذه ، هذا من جهة ومن جهة أخرى يجب تعديل بعض نصوص القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٩٤ بهدف فك احتكار الأراضي غير المستغلة ومواجهة مواقف ملاكها الذي يحجبونها عن التداول بقصد رفع أسعارها والمضاربة عليها في سوق العقار .

ومن أجل ما تقدم ، أعد هذا القانون بتعديل عنوان وبعض أحكام القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٩٤ حيث تضمنت المادة الأولى من القانون تعديل عنوان القانون ليصبح القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٩٤ في شأن استغلال القسائم والبيوت المخصصة لأغراض السكن الخاص ،

أما المادة الثانية منه فقد تضمنت في فقرتها الأولى تعديلاً لأحكام المادة الأولى من القانون المشار إليه لتصبح قيمة الرسم المستحق على القسائم غيرا المبنية عشرة دنانير كويتية على كل متر مربع يزيد على المساحة المعفاة من دفع هذا الرسم والمملوكة لأحد الأشخاص الطبيعيين ، وهي خمسة آلاف متر مربع وذلك في أي موقع وفي أي مشروع يتضمن قسائم مخصصة لأغراض السكن الخاص وسواء كانت هذه القسائم في موقع واحد أو في مواقع متعددة ، وفي مشروع واحد أو في مشاريع متعددة ، على أن يستمر فرض هذا الرسم حتى يكتمل بناؤها وفقاً لحكم المادة ذاتها ، وحسماً لأي نزاع قد ينشأ في تعريف القسائم غير المبنية ، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ذاتها بأن القسيمة لا تعتبر مبنية إلا إذا بلغت مساحة البناء مائتي متر مربع (٢٠٠م^٢) أو عشرين في المائة من مساحة القسيمة ، أيهما أكبر ، أي أنه إذا قل البناء عن ذلك اعتبرت في حكم غير المبنية واستحقت عليها الرسوم.

ونصت الفقرة الثالثة على أن لا تسري احكام الفقرتين السابقتين على المساكن التي تقام على أراض تزيد مساحتها على ذلك مهما بلغت هذه المساحة ، وهذا من غير شك يسري على ما هو قائم منها وما قد يقام منها مستقبلاً مادامت هذه الأراضي التي تقام عليها هذه المساكن الخاصة أما لم يصدر قرار من بلدية الكويت بتنظيمها وفرزها إلى قسائم متعددة أو أن تكون قسائم متعددة ولكن صدر بدمجها في قسيمة واحدة مهما بلغت مساحتها قرار من بلدية الكويت.

ونصت المادة الثالثة من القانون على أن تضاف إلى القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٩٤ المشار إليه ، بعد المادة الأولى منه ، ثلاث مواد جديدة بأرقام مادة أولى مكررا ، مادة أولى مكررا (أ) ، مادة أولى مكررا (ب) ، حيث نصت المادة الأولى مكررا على استحقاق الرسم السنوي المقرر في المادة السابقة اعتباراً من أول الشهر التالي لانقضاء سنة من تاريخ العمل بهذه المادة أو من أول الشهر التالي لانقضاء سنتين من تاريخ الموافقة على مشروع التقسيم الخاص أو أي مشروع يتضمن قسائم مخصصة لأغراض السكن الخاص من قبل بلدية الكويت ، أيهما أبعد ، على أن يستحق هذا الرسم سواء كان مالك القسيمة شخصاً طبيعياً أو شخصاً اعتبارياً مع استثناء القسائم المملوكة للدولة من هذا الرسم.

ولمتابعة تحصيل الرسوم المستحقة نصت الفقرة الأولى من المادة الأولى مكرراً (أ) على أن يقدم وزير المالية إلى مجلس الوزراء ، في فترة لا تتجاوز أسبوعين من انقضاء

شهر على تاريخ استحقاق الرسم المقرر بهذا القانون ، كشفاً بأسماء الملاك الذين تخلفوا عن السداد وعدد القسائم التي لم تسدد عنها الرسوم والمبالغ المستحقة على كل منهم والإجراءات التي اتخذت لتحصيل هذه المستحقات.

ومن أجل أحكام الرقابة فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ذاتها على حظر إتمام إجراءات نقل الملكية أو إصدار توكيل بالتصرف في أي من هذه القسائم للغير إلا بموافقة خطية من وزارة المالية بعد استيفاء الرسوم المستحقة للدولة وفقاً لأحكام المادة الأولى من هذا القانون ، على أن يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً وكأن لم يكن كل نقل للملكية وكل حوالة حق وكل توكيل بالتصرف في القسيمة للغير وبأي صورة كانت بالمخالفة لأحكام هذا القانون.

وتأكيداً على عدم المتاجرة في العقارات المخصصة لأغراض السكن الخاص ، فقد نصت المادة الأولى مكرراً (ب) على الحظر على الشركات والمؤسسات الفردية بالتعامل بالبيع أو الشراء أو الرهن إصدار حوالة حق أو إصدار توكيل بالتصرف للغير أو قبول الوكالة بالتصرف عن الغير في القسائم أو البيوت المخصصة لأغراض السكن الخاص في أي موقع وضمن أي مشروع كانت ، سواء كان ذلك بشكل مباشر أو غير مباشر ، ويعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً وكأن لم يكن كل تعامل من هذا القبيل وكل إجراء من شأنه نقل ملكية القسائم والبيوت المخصصة لأغراض السكن الخاص يجري بالمخالفة لأحكام هذا القانون ، ويلاحظ أن الحظر في هذه المادة قد شمل جميع الشركات المرخصة وفقاً لأحكام القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٠ بإصدار قانون الشركات التجارية وكذلك المؤسسات الفردية المرخصة وفقاً لأحكام القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٩ ، بشأن تنظيم تراخيص المحلات التجارية على حد سواء.

ومن أجل العمل على زيادة عدد القسائم المعروضة ومع التزامها بتنفيذ ما ورد في القانونين رقم ٤٧ لسنة ١٩٩٣ و ٢٧ لسنة ١٩٩٥ ، فقد نصت المادة الرابعة على أنه مع عدم الإخلال بأحكام القانونين رقمي ٤٧ لسنة ١٩٩٣ و ٢٧ لسنة ١٩٩٥ المشار إليهما ، تلتزم المؤسسة العامة للرعاية السكنية خلال ثلاث سنوات من تاريخ العمل بهذا القانون باستصلاح الأراضي اللازمة لتوفير مائة ألف قسيمة سكنية ، على أن يتم إسناد تنفيذ استصلاح هذه الأراضي وفقاً للإجراءات المتبعة في المؤسسة.

أما المادة الخامسة فقد نصت على إلغاء كل حكم يتعارض مع أحكام هذا القانون.

الفهرس

الصفحة	الموضوع
٩	تقديم
١١	شكر وتقدير
١٤	قانون الاصدار
١٦	أحكام عامة
١٦	الباب الاول - القانون
١٨	الباب الثاني - الحق
١٨	الفصل الأول : صاحب الحق
١٨	١- الشخص الطبيعي
٢٠	٢- الشخص الاعتباري
٢١	الفصل الثاني : محل الحق
٢٣	الفصل الثالث : استعمل الحق
٢٤	القسم الأول - الحقوق الشخصية أو الالتزامات
٢٥	الكتاب الأول - الالتزامات بوجه عام
٢٥	الباب الاول - مصادر الالتزام
٢٥	الفصل الأول : العقد
٢٥	تعريفه
٢٥	الفرع الأول : انعقاد العقد
٢٥	«أولاً» - أركان العقد
٢٥	١- الرضاء
٢٦	«أ» التعبير عن الارادة
٢٧	الايجاب
٢٧	القبول
٢٨	ارتباط الايجاب والقبول

الصفحة	الموضوع
٣٠	النيابة في التعاقد
٣٢	شكل العقد
٣٣	بعض صور خاصة في التعاقد
٣٣	العقد الابتدائي
٣٣	الوعد بالعقد
٣٤	التعاقد بالعربون
٣٥	التعاقد بالمزايدة
٣٥	التعاقد بالاذعان
٣٦	ب (سلامة الرضاء
٣٦	الأهلية
٤١	الولاية على مال الصغير
٤٥	سلطة الولي الشرعي
٤٧	سلطة الوصي
٤٨	الولاية على مال المحجوز عليه
٤٨	الولاية على مال المفقود والغائب
٤٩	أحكام عامة في الولاية على المال
٥٠	عيوب الرضاء
٥٠	الغلط
٥٠	التدليس
٥١	الاكراه
٥٢	الاستغلال
٥٣	الغبن
٥٤	٢- المحل

الصفحة	الموضوع
٥٦	٣- السبب
٥٧	(ثانيا) البطلان
٥٧	١- العقد القابل للإبطال
٥٨	٢- العقد الباطل
٥٨	٣- أثر البطلان
٦٠	الفرع الثاني- آثار العقد
٦٠	(أولا) تفسير العقد وتحديد مضمونه
٦٠	١- تفسير العقد
٦٠	٢- مضمون العقد
٦١	(ثانيا) القوة الملزمة للعقد
٦٢	(ثالثا) نسبية آثار العقد
٦٢	١- التعهد عن الغير
٦٣	٢- الاشتراط لمصلحة الغير
٦٤	الفرع الثالث- انحلال العقد
٦٤	(أولا) فسخ العقد
٦٥	(ثانيا) انفساخ العقد
٦٦	(ثالثا) الإقالة
٦٦	(رابعا) الدفع بعدم التنفيذ
٦٧	الفصل الثاني : الإرادة المنفردة
٦٧	الوعد بجائزة للجمهور
٦٨	الفصل الثالث : الفعل الضار
٦٨	الفرع الأول- المسؤولية عن العمل غير المشروع
٦٨	(أولا) حالات المسؤولية عن العمل غير المشروع

الصفحة	الموضوع
٦٨	١ - المسؤولية عن الأعمال الشخصية
٧١	٢ - المسؤولية عن عمل الغير
٧٢	٣ - المسؤولية عن الضرر الناجم عن الأشياء
٧٣	(ثانيا) تعويض الضرر عن العمل غير المشروع
٧٥	الفرع الثاني - ضمان أذى النفس
٧٦	الفصل الرابع : الفعل النافع أو الأثرء دون سبب على حساب الغير
٧٧	(أولا) تسلم غير المستحق
٧٨	(ثانيا) الفضالة
٧٩	الفصل الخامس : القانون
٨٠	الباب الثاني
٨٠	آثار الالتزام
٨٠	الفصل الأول : التنفيذ الجبري
٨٠	(أولا) التنفيذ العيني
٨٢	ثانيا) التنفيذ بطريق التعويض
٨٥	الفصل الثاني : الضمان العام للدائنين ووسائل المحافظة عليه
٨٥	(أولا) استعمال الدائن حقوق مدينة (الدعوى غير المباشرة)
٨٦	ثانيا) دعوى عدم نفاذ التصرفات
٨٨	ثالثا) الحق في الحبس
٨٩	الباب الثالث
٨٩	الأوصاف المعدلة لآثار الالتزام
٨٩	الفصل الأول : الشرط والأجل
٨٩	(أولا) الشرط
٩٠	(ثانيا) الأجل

الصفحة	الموضوع
٩٢	الفصل الثاني : تعدد محل الالتزام
٩٢	(أولا) الالتزام التخيري
٩٣	(ثانيا) الالتزام البدلي
٩٣	الفصل الثالث : تعدد طرفي الالتزام
٩٣	(أولا) التضامن
٩٨	(ثانيا) عدم قابلية الدين للانقسام
٩٩	الباب الرابع
٩٩	انتقال الالتزام
٩٩	الفصل الأول: حوالة الحق
١٠١	الفصل الثاني : حوالة الدين
١٠٤	الباب الخامس
١٠٤	انقضاء الالتزام
١٠٤	الفصل الأول : الوفاء
١٠٩	الفصل الثاني : انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء
١٠٩	أولا) الوفاء بمقابل
١١٠	ثانيا) التجديد
١١١	ثالثا) الانابة في الوفاء
١١٢	رابعا) المقاصة
١١٤	خامسا) اتحاد الذمة
١١٤	الفصل الثالث : انقضاء الالتزام دون وفاء
١١٤	أولا) الإبراء
١١٤	ثانيا) استحالة التنفيذ
١١٥	ثالثا) مرور الزمان المانع مع سماع الدعوى

الصفحة	الموضوع
١١٩	الكتاب الثاني
١٢٠	العقود المسماة
١٢٠	الباب الأول
١٢٠	العقود التي تقع على الملكية
١٢٠	الفصل الأول : البيع
١٢٠	الفرع الأول - البيع بوجه عام
١٢٠	أولاً) أركان البيع
١٢٢	ثانياً) آثار البيع
١٢٣	١ - التزامات البائع
١٢٩	٢ - التزامات المشتري
١٣٠	الفرع الثاني - بعض أنواع البيوع
١٣٠	أولاً) بيع الوفاء
١٣١	ثانياً) بيع ملك الغير
١٣١	ثالثاً) بيع الحقوق المتنازع فيها
١٣٢	رابعاً) بيع حصة في شركة
١٣٢	خامساً) البيع في مرض الموت
١٣٤	الفصل الثاني: المقايضة
١٣٤	الفصل الثالث: الهبة
١٣٤	أولاً) أركان الهبة
١٣٥	ثانياً) آثار الهبة
١٣٥	١ - التزامات الواهب
١٣٦	٢ - التزامات الموهوب له
١٣٧	ثالثاً) الرجوع في الهبة
١٣٨	الفصل الرابع : القرض

الصفحة	الموضوع
١٤٠	الفصل الخامس: الصلح
١٤٠	أولاً) أركان الصلح
١٤٠	ثانياً) آثار الصلح
١٤١	ثالثاً) بطلان الصلح
١٤٢	الباب الثاني
١٤٢	العقود التي ترد على منفعة الأشياء
١٤٢	الفصل الأول: الايجار
١٤٢	الفرع الأول الايجار بوجه عام
١٤٢	أولاً) أركان الايجار
١٤٣	(ثانياً) آثار الايجار
١٤٣	١- التزامات المؤجر
١٤٧	٢- التزامات المستأجر
١٥٠	ثالثاً) التنازل عن الايجار والتأجير
١٥٠	من الباطن
١٥١	رابعاً) انتهاء الايجار
١٥٤	الفرع الثاني - بعض أنواع الايجار
١٥٤	أولاً) إيجار الأراضي الزراعية
١٥٦	ثانياً) المزارعة
١٥٨	ثالثاً) إيجار الوقف
١٦٠	الفصل الثاني: الاعارة
١٦٠	(أولاً) آثار الاعارة
١٦٠	١- التزامات المعير
١٦١	٢- التزامات المستعير
١٦٢	ثانياً) انتهاء الاعارة

الصفحة	الموضوع
١٦٣	الباب الثالث
١٦٣	العقود الواردة على العمل
١٦٣	الفصل الأول: المقاولة
١٦٣	الفرع الأول - القواعد العامة للمقاولات
١٦٣	أولا) تقديم مواد العمل
١٦٤	ثانيا) التزامات المقاول
١٦٦	ثالثا) التزامات رب العمل
١٦٨	رابعا) التنازل عن المقاولة والمقاولة من الباطن
١٦٩	خامسا) انتهاء المقاولة
١٧٠	الفرع الثاني - الأحكام الخاصة
١٧٠	بمقاولات المباني والانشاءات
١٧٢	الفصل الثاني : الوكالة
١٧٢	أولا) أركان الوكالة
١٧٣	ثانيا) آثار الوكالة
١٧٣	١ - التزامات الوكيل
١٧٥	٢ - التزامات الموكل
١٧٦	ثالثا) انتهاء الوكالة
١٧٧	الفصل الثالث : الأيداع
١٧٧	أولا) التزامات الوديع
١٧٨	ثانيا) التزامات المودع
١٧٨	ثالثا) انتهاء الأيداع
١٧٩	رابعا) بعض أنواع الأيداع
١٨٠	الفصل الرابع : الحراسة
١٨٢	الباب الرابع

الصفحة	الموضوع
١٨٢	الكفالة والتأمين
١٨٢	الفصل الأول : الكفالة
١٨٢	أولاً) أركان الكفالة
١٨٣	ثانياً) آثار الكفالة
١٨٣	١ - العلاقة ما بين الكفيل والدائن
١٨٦	٢ - العلاقة ما بين الكفيل والمدين
١٨٧	الفصل الثاني: التأمين
١٨٨	أولاً) إبرام عقد التأمين
١٩١	ثانياً) التزامات المؤمن له
١٩٤	ثالثاً) التزامات المؤمن
١٩٤	رابعاً) انتقال الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد التأمين وانقضاءها
١٩٧	القسم الثاني
١٩٧	الحقوق العينية
١٩٧	الكتاب الأول
١٩٧	الحقوق العينية الأصلية
١٩٨	الباب الأول
١٩٨	حق الملكية
١٩٨	الفصل الأول: أحكام حق الملكية
١٩٨	الفرع الأول: نطاق حق الملكية
١٩٩	الفرع الثاني: الملكية الشائعة
١٩٩	أولاً) أحكام الشيوع
٢٠٢	ثانياً) انقضاء الشيوع بالقسمة
٢٠٥	ثالثاً) قسمة المهايأة

الصفحة	الموضوع
٢٠٦	رابعاً) الشيوع الاجباري
٢٠٦	خامساً) ملكية الطبقات والشقق
٢١٢	الفصل الثاني: أسباب كسب الملكية
٢١٢	الفرع الأول - كسب الملكية ابتداءً (الاستيلاء)
٢١٣	الفرع الثاني - كسب الملكية ما بين الأحياء
٢١٣	أولاً) الالتصاق
٢١٥	ثانياً) التصرف القانوني
٢١٦	ثالثاً) الشفعة
٢١٩	رابعاً) الحيازة
٢١٩	١- تعريف الحيازة وأركانها
٢٢٠	٢- اثبات الحيازة
٢٢٠	٣- حسن وسوء نية الحائز
٢٢١	٤- انتقال الحيازة
٢٢٢	٥- زوال الحيازة
٢٢٢	٦- آثار الحيازة
٢٢٥	الفرع الثالث - كسب ملكية بسبب الوفاة
٢٢٥	أولاً) الميراث
٢٢٦	ثانياً) الوصية
٢٢٧	الباب الثاني
٢٢٧	الحقوق المتفرعة عن حق الملكية
٢٢٧	الفصل الأول: حق الانتفاع وحق الاستعمال
٢٢٧	وحق السكني
٢٢٧	أولاً) حق الانتفاع

الصفحة	الموضوع
٢٢٩	ثانيا) حق الاستعمال وحق السكني
٢٣٠	الفصل الثاني : حقوق الارتفاق
٢٣٣	الكتاب الثاني
٢٣٣	الحقوق العينية التبعية (التأمينات العينية)
٢٣٤	الباب الأول
٢٣٤	الرهن الرسمي
٢٣٤	الفصل الأول: انشاء الرهن الرسمي
٢٣٦	الفصل الثاني: آثار الرهن الرسمي
٢٣٦	الفرع الأول- أثر الرهن فيما بين المتعاقدين
٢٣٦	أولا) بالنسبة الى الراهن
٢٣٨	ثانيا) بالنسبة الى الدائن المرتهن
٢٣٨	الفرع الثاني- اثر الرهن بالنسبة الى الغير
٢٣٩	أولا) حق التقدم
٢٤٠	ثانيا) حق التتبع
٢٤٥	الفصل الثالث : انقضاء الرهن الرسمي
٢٤٦	الباب الثاني
٢٤٦	الرهن الحيازي
٢٤٦	الفصل الأول : انشاء الرهن الحيازي
٢٤٧	الفصل الثاني : آثار الرهن الحيازي
٢٤٧	الفرع الأول : فيما بين المتعاقدين
٢٤٧	أولا) بالنسبة إلى الراهن
٢٤٨	ثانيا) بالنسبة الى الدائن المرتهن
٢٤٩	الفرع الثاني - بالنسبة الى الغير

الصفحة	الموضوع
٢٤٩	الفصل الثالث : انقضاء الرهن الحيازي
٢٥٠	الفصل الرابع : بعض أنواع الرهن الحيازي
٢٥٠	الفرع الأول - رهن العقار
٢٥١	الفرع الثاني - رهن المنقول
٢٥٢	الفرع الثالث - رهن الدين
٢٥٤	الباب الثالث
٢٥٤	حقوق الامتياز
٢٥٤	الفصل الأول : أحكام عامة
٢٥٥	الفصل الثاني : أنواع الحقوق الممتازة
٢٥٦	الفرع الأول - حقوق الامتياز العامة وحقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول
٢٥٩	الفرع الثاني - حقوق الامتياز الخاص الواقعة على عقار
٢٦٠	مرسوم بلائحة جدول الديات
٢٦٣	مرسوم بالقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٨ في شأن إيجار العقارات
٢٨١	مذكرة إيضاحية للمرسوم بقانون في شأن إيجار العقارات
٢٨٢	مذكرة إيضاحية للمرسوم بقانون رقم ٢ لسنة ١٩٨٨ بتعديل بعض احكام المرسوم بالقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٨ في شأن إيجار العقارات .
٣٠٦	مذكرة إيضاحية لمشروع قانون بتعديل بعض أحكام المرسوم بالقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٨ بشأن إيجار العقارات
٣١٠	مذكرة إيضاحية للقانون رقم ٣٣ لسنة ٢٠٠٣ بتعديل بعض أحكام المرسوم بالقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٨ في شأن إيجار العقارات
٣١١	مرسوم بالقانون رقم ٧٤ لسنة ١٩٧٩ بتنظيم تملك غير الكويتيين للعقارات
٣١٥	مذكرة إيضاحية للمرسوم بقانون بتنظيم تملك غير الكويتيين للعقارات

الصفحة	الموضوع
٣١٨	مذكرة إيضاحية في شأن تعديل المادة الثانية من المرسوم بالقانون رقم ٧٤ لسنة ١٩٧٩ بتنظيم تملك غير الكويتيين للعقارات
٣١٩	مرسوم في شأن اللائحة العامة لإدارة ملكية الطبقات والشقق
٣٢٥	قرار وزير العدل والشئون القانونية والإدارية رقم ٦٤ لسنة ١٩٨١ بنظام شهر اتحاد ملاك الطبقات والشقق
٣٢٧	قانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٩٤ في شأن استغلال القسائم والبيوت المخصصة لأغراض السكن الخاص
٣٣٠	مذكرة إيضاحية للاقتراح بقانون بتنظيم استغلال الأراضي الفضاء
٣٣٢	المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٨ لسنة ٢٠٠٨ بتعديل عنوان وبعض احكام القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٩٤ في شأن تنظيم استغلال الاراضي الفضاء
٣٣٥	الفهرس



مجموعه التشريعات
الكويتية



مجموعه التشريعات
الكويتية

الجزء الثاني

الجزء الثاني

المذكرة الإيضاحية

للقانون المدني

المجلد الثاني

المذكرة
الإيضاحية
للقانون
المدني
المجلد الثاني

وزارة العدل
فبراير ٢٠١١
الطبعة الأولى

فبراير ٢٠١١
الطبعة الأولى

طبع في
مطابع
الخط

وتعرض المادة ١٠٣ والمادة ١٠٤ للسفيه المأذون في إدارة أمواله كلها أو بعضها.

وتقضي المادة ١٠٣، في فقرتها الأولى، بأن للمحكمة ان تأذن للسفيه في تلك الإدارة إذنا مطلقا أو محددا بما تراه من قيود، وعلى الأخص ما تراه من إلزام السفيه بأن يقدم لها حسابا عن إدارته في المواعيد التي تعينها. وقد أثر المشروع أن يقصر الإذن في الإدارة على المحكمة، بخلاف ما سبق له أن قرره في شأن الإذن للصغير المميز في الإدارة، حيث أناط به الولي أو الوصي تحت رقابة المحكمة. ذلك لأن الإذن للسفيه بالإدارة أكثر خطورة من ذلك الذي يمنح للقاصر، سيما وأن سوء إدارته لا ينعكس عليه وحده، وإنما قد ينعكس أيضا على من يعولهم من زوج أو ولد، في تلك السن المبكرة التي يتاح له فيها أن يستحصل على الإذن في إدارة أمواله.

وتقضي المادة ١٠٣، في فقرتها الثانية، بأن للمحكمة أن تسحب الإذن الذي سبق لها ان اعطته للسفيه في إدارة أمواله، أو أن تقيده، إذا رأت لذلك مقتضيا. ذلك لأن الإذن للسفيه في الإدارة له، كما يعطي للقاصر، على سبيل التجربة والابتلاء، وتحت رقابة المحكمة، فإن تلمست فيه المحكمة صلاحا أبقتة يدير ماله، وإن رأت فيه اعوجاجا، سلبته ما سبق لها أن منحتة من أهلية الإدارة.

وتقضي المادة ١٠٣، في فقرتها الثالثة، بوجود التأشير على هامش شهر قرار الحجر بما عساه أن تصدره المحكمة من الإذن بالإدارة أو تقيده أو بسحبه، حماية للغير، عن طريق اتاحة الفرصة لهم في أن يكونوا على بينة مما تقرره المحكمة. ويتم التأشير الهامشي على مقتضى النظام الذي يقضي به قرار يصدر من وزير العدل.

وتقضي المادة ١٠٤ بأن للسفيه المأذون في الإدارة أهلية إجراء التصرفات التي تقتضيها إدارة ما يسلم إليه من أمواله لإدارتها، في حدود القيود التي يتضمنها الإذن الصادر من المحكمة. ولم يشأ المشروع أن يقيد أهلية السفيه المأذون في الإدارة بالنسبة الى تأجير الأموال، بخلاف ما سبق له أن فعله في شأن الصغير المميز، حيث قيد أهليته في تأجير ما له بمدة سنة. وقد حدا به إلى ذلك أن الإذن للسفيه في الإدارة لا يكون إلا من المحكمة. فهو لا يكون ممن له الولاية على ماله، بخلاف القاصر. وللمحكمة أن تضع لإدارة السفيه لأمواله من القيود ما ترى أن المصلحة تقتضيه.

وتعرض المادة ١٠٥، في فقرتها الأولى، لما يخصص للسفيه من مال لأغراض نفقته

هو ومن يعول، وتمنحه أهلية التصرف فيه، في نفس الحدود التي تثبت فيها أهلية الصغير المميز في التصرف فيما يعطي له من مال لأغراض نفقته.

وتجاء الفقرة الثانية لتخول المحكمة، بناء على طلب السفيه أو القيم عليه أو أي ذي شأن آخر كزوجته أو ولده، سلطة تحديد ما يجب تخصيصه للسفيه من مال لأغراض النفقة، على أن تراعى المحكمة في ذلك موارد السفيه وحاجاته هو ومن يعول.

وتعطي المادة ١٠٥، في فقرتها الثالثة، السلطة للمحكمة في أن تمنع عن السفيه المال المخصص لأغراض النفقة، إذا توافرت أسباب جدية تدعو إلى الخشية من قيامه بتبذيره. وللمحكمة عندئذ أن تعهد بمال النفقة إلى من ترى الصلاح في توليه أمر الإنفاق على السفيه وأسرته من زوجة أو ولد أو غيرهما.

وتقرر المادة ١٠٦ أن للسفيه أهلية إبرام عقد العمل وأهلية التصرف فيما يعود عليه من عمله، أجرا كان أم غيره، في نفس الحدود التي تقررها المادة ٩٤ من المشروع في شأن الصغير المميز. وفي منح السفيه أهلية إبرام عقد العمل والتصرف فيما يكسبه من عمله، لا سيما الأجر، مصلحة لا تخفي. إذ أن من شأن ذلك أن يسهل عليه أن يجد لنفسه عملا يتمثل موردا لرزقه ورزق من يعول. ثم أن في ذلك رفعا للعتق عن رب العمل، حيث يكون له أن يوفي الأجر للعامل بنفسه، دون أن يلزم بأن يدفعه للقيم عليه. وبعد ذلك كله، فالرقابة ثابتة للمحكمة بالنسبة إلى التصرف في الأجر أو في غيره مما يعود على السفيه ثمرة لعمله. فإن رأت مقتضيا للحد من أهلية السفيه في هذا التصرف، قضت به.

وتجيز المادة ١٠٧ للمحكمة المختصة أن تعين مساعدا قضائيا لمن يكون به عجز جسماني شديد من شأنه أن يصعب عليه التعبير عن إرادته أو يعسر عليه الإلمام بظروف التعاقد، وعلى الأخص إذا كان هذا العجز الجسماني راجعا للإصابة بعاهتين من عاهات فقد السمع والكلام والبصر، بأن كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أو أصم أو أعمى أبكم. فمثل هذا الشخص، يعترض العجز جسمه، فلا يمس عقله، ولا يلحق تدييره. فهو بالتالي كامل الإدراك، سليم التدبير، ولكنه يتعذر عليه بسبب عاهاته أو حالته المرضية أو الجسمية، أن يعبر وحده عن إرادته تعبيرا واضحا سليما، كما قد يخشى عليه بسببها من عدم تبين ظروف التصرف الذي يجريه على نحو سليم. ولهذا يقرر له المشروع نظام

المساعدة القضائية، بأن يجيز للمحكمة أن تعين له من يتولى معاونته في إبرام التصرفات التي تحددها له، على أن يشهر قرار تعيين المساعد القضائي، حماية للغير، عن طريق إتاحة الفرصة لهم في العلم بصدوره.

ويختلف دور المساعد القضائي اختلافاً أساسياً عن دور الولي أو الوصي أو القيم أو الأشخاص الآخرين، الذي يتولون مثلهم النيابة عن غيرهم، كمدير التفليسه والحارس القضائي. فالمساعد القضائي، بخلاف هؤلاء جميعاً، لا ينوب عن العاجز جسمانياً في إبرام التصرفات، وهو بالتالي لا يغني عنه في ذلك. فالذي يبرم التصرف هو هذا العاجز نفسه. ويقتصر دور المساعد القضائي بحسب الأصل، في أن يكون مجرد معين له في إبرامه، بأن يعاونه في الإلمام بظروف التعاقد، كما يعاونه أيضاً في التعبير عن إرادته، فهو بمثابة المترجم له وعنه. ومن أجل ذلك حرص المشروع على ألا يجاري القانون العراقي في إطلاق اصطلاح (الوصي) عليه، وإنما حذا حذو القانون المصري في إطلاق اصطلاح (المساعد القضائي) وقد حرص المشروع على أن يجعل العجز الجسماني الشديد مناط تعيين الحارس القضائي، كلما كان من شأن هذا العجز أن يصعب على صاحبه الإلمام بظروف التعاقد، أو يعسر عليه التعبير عن إرادته في شأنه. وبهذا يضع للقاضي معياراً مرناً، يصل به إلى العموم والشمول بالنسبة إلى حالات العجز الجسماني الذي يقتضي المساعدة لصاحبه. والمشروع بذلك يتدارك عيباً وقع فيه القانون المدني المصري، بقصره الحكم على ذي العاهتين من عاهات الصم والبكم والعمى. وهو عيب عمد المشرع المصري نفسه إلى تفاديه في قانون لاحق، هو قانون الولاية على المال، حيث أضاف العجز الجسماني الشديد، وإنما كمجرد حالة من الحالات المسوغة لإعمال نظام المساعدة القضائية. أما المشروع فيجعل من العجز الجسماني الشديد مناطاً لإعمال هذا النظام. ويذكر ذا العاهتين كمثال يستنير به القاضي لتحديد نوعية العجز المقصود. والأمر بعد ذلك متروك لتقديره، حسب ظروف كل حالة.

وتقرر المادة ١٠٨ الأثر المترتب على تعيين المساعد القضائي. ويتركز هذا الأثر في وجوب اشتراك المساعد القضائي مع العاجز عجزاً جسمانياً في إبرام العقد أو غيره من التصرفات التي تقرر المساعدة في شأنها. على أن اشتراك المساعد القضائي في التصرف يتمثل، بحسب الأصل، في مجرد معاونة العاجز في إبرامه، دونما تجاوز في ذلك. فهذا العاجز هو الذي يبرم التصرف. وإنما يلزمه أن يبرمه بمعاونة مساعده. ومن

ثم وجب الإعتداد بإرادة العاجز نفسه من حيث ذات وجودها، ومن حيث العيوب التي تشوبها، بخلاف غيره من المشمولين بالولاية أو الوصاية أو القوامة. على أن المشروع يتطلب، حماية للعاجز، أن يعبر عن إرادته بمعاونة مساعده. فإن صدر منه التصرف، بغير تلك المعاونة، وقع تصرفه قابلاً للإبطال لمصلحته، طالما صدر بعد قرار تعيين المساعد.

على أن المشروع قد استثنى من هذا الأصل الحالة التي تأذن فيها المحكمة لمن تقرر مساعدته بالإنفراد في إبرام التصرف، دون معاونة مساعده وقد أراد بذلك أن يواجه الحالة التي يحجم فيها المساعد عن تقديم العون، في حين أن المحكمة ترى، من ظروف الحال، إمكان انفراد الشخص بإبرامه دون أن يلحقه الضرر.

وتواجه المادة ١٠٩ الحالة التي يتعذر فيها على الشخص، بسبب حالته الجسمية أو المرضية، أن يبرم تصرفاً معيناً، ولو بمعاونة مساعد قضائي، عين له من قبل، أو يراد تعيينه له، في حين أن مصلحته تقتضي إبرامه، دونما انتظار، وإلا تعرضت للخطر، ويقضي المشروع بأنه يجوز للمحكمة، في تلك الحالة، أن تأذن للمساعد القضائي بأن يقوم بنفسه، وبغير تدخل من العاجز، بإبرام التصرف. وللمحكمة عند صدور إذنهما للمساعد في إبرام التصرف منفرداً، أن تقرر القيود التي تراها كفيلة بتحقيق مصلحة العاجز.

وفي الحالة المنصوص عليها في المادة ١٠٩، يكون للمساعد القضائي صفة النائب، بخلاف الأصل المتمثل في أنه مجرد مترجم للعاجز وعنه.

الولاية على مال الصغير:

إذا كان للصغير مال احتاج إلى من يقوم بحفظه وإدارته والتصرف فيه وتناط هذه المهمة بالولي أو الوصي على حسب الأحوال.

والولي، في اصطلاح الفقه الإسلامي، يطلق على الأب والجد الصحيح وهو أبو الأب، أما الوصي فهو من يختاره الأب وصياً على مال أولاده الصغار ويقال له: الوصي المختار، أو من تعينه المحكمة وصياً.

وقد أوضحت المادة ١١٠ من المشروع الأشخاص الذين تكون لهم هذه الولاية أو الوصاية على مال الصغير، ودرجة كل منهم فيها، فنصت على أن الولاية تكون لأبي

الصغير. فإن لم يوجد له أب، أو وجد ولم يكن أهلا للولاية، كانت الولاية لمن اختاره الأب وصيا. فإن لم يكن الأب قد اختار لابنه وصيا، كانت الولاية للجد الصحيح. فإن لم يوجد الجد الصحيح، أو وجد ولم يكن أهلا للولاية، كانت الولاية لمن تختاره المحكمة وصيا.

وثبوت الولاية للأب، وتقديمه على غيره فيها حكم متفق عليه في الفقه الإسلامي، لأن الأب أقرب الناس إلى أولاده، وأشفقهم وأرعاهم لمصالحهم، يهمله من أمرهم أكثر ما يهمله من أمر نفسه. أما ثبوتها لوصيه المختار، وتقديمه على الجد، فقد أخذ المشروع من مذهب الحنفية والمالكية لأن الأب إذا اختار وصيا مع وجود الجد كان اختياره دليلا على أنه يرى الوصي أصح من الجد في رعاية مال أولاده، والتصرف فيه، ورأى الأب في شؤون أولاده محترم بعد وفاته، كما هو محترم في حال حياته، فيقدم الوصي الذي اختاره، عملا برأيه، وتحقيقا لرغبته، كما يقدم الأب نفسه على الجد لو كان موجودا. وأما ثبوت الولاية للجد، وتقديمه على الوصي الذي تعينه المحكمة، فقد أخذ المشروع من مذهب الحنفية والشافعية، إذ الجد وافر الشفقة على أولاد أولاده، فتثبت له الولاية، إلا أن شفقته لما كانت دون شفقة الأب أخرت ولايته عن ولاية الأب، وولاية من اختاره لابنه وصيا.

وقد حرص المشروع على النص على أن ولاية كل من الأب والجد ولاية إلزامية، فلا يكون لواحد منهما أن يتنحى عنها إلا إذا وجد سبب يبرر هذا التنحي، كأن يكون الأب أو الجد كبير السن أو مريضا لا يستطيع القيام بما تتطلبه الولاية من واجبات والتزامات. فعندئذ يجوز له التنحي عن الولاية. وهذا التنحي لا يكون إلا بناء على إذن المحكمة المختصة، وذلك رعاية لمصلحة الصغير وحفظا لماله.

وهذا الحكم يتفق تماما مع ما هو مقرر في الفقه الإسلامي، ففي هذا الفقه: أن ولاية الأب والجد ولاية أصلية ذاتية، أثبتها الشارع لهما بسبب الأبوة، فكانت الولاية حقا لهما، كما أنها واجبة عليهما.

وتعرض المادة ١١١ لبيان الشروط التي يلزم توافرها في الولي والوصي. فتتص على أنه يشترط في كل من الولي والوصي أن يكون عدلا، أي آمينا حسن السيرة، وأن يكون كفتا، أي قادرا على إدارة المال الذي في ولايته، والتصرف فيه وأن يكون بالغاً رشيداً

غير محجور عليه بسبب من أسباب الحجر، لأن من فقد وصفا من هذه الأوصاف لم يكن أهلا للولاية على مال نفسه، ومن لا يكون أهلا للولاية على مال نفسه لا يكون أهلا للولاية على مال غيره بالطريق الأولى. وكذلك يشترط في الولي والوصي ألا يكون قد أشهر إفلاسه، ولم يرد إليه اعتباره، لأن من أشهر إفلاسه، ولم يرد إليه اعتباره يخشى منه على المال الذي يكون تحت ولايته، فلا يمكن من الولاية عليه.

ولم تقتصر المادة على تلك الشروط بل أضافت إليها كل شرط يتطلبه القانون أو تشترطه الشريعة الإسلامية في الولي أو الوصي. والذي دعا المشرع إلى الاعتداد بالشروط التي تتطلبها الشريعة الإسلامية، ما وجده من أن هذه الشريعة أضافت إلى الشروط الواجب توافرها في الولي والوصي شرطا فيه رعاية زائدة لمال القاصر مسلما كان أو غير مسلم، فاشتترطت في الولي والوصي أن يكون متحدا في الدين مع من يكون في ولايته. وبناء على هذا الشرط منعت المسلم أن يكون وليا أو وصيا على غير المسلم، كما منعت غير المسلم أن يكون وليا على المسلم. ولا يخفى ما في هذا الاشتراط من ضمان شفقة الولي أو الوصي على من له الولاية أو الوصاية عليه، وحسن عنايته به، لأن الاتفاق في الدين باعث على العناية وشدة الرعاية بالموافق فيه. كما أن الاختلاف في الدين باعث في الغالب على ترك العناية بمصالح المخالف فيه.

هذا والغرض من وضع هذه الشروط العمل على حماية مال الصغير، وضمنان حسن إدارته والتصرف فيه، وهو أمر تحث عليه الشريعة الإسلامية وتوجهه.

وتضمنت المادة ١١٢ حكما خاصا خرجت به عن الحكم العام الذي جاء في المادة ١١٠ حيث أنها جعلت، في فقرتها الأولى، الوصاية على مال الصغير لإدارة شؤون القصر إذا كان من الكويتيين، ولم يكن له أب ولا وصي مختار للأب ولا جد صحيح، وذلك ما لم تعين المحكمة له وصيا غيرها.

ونصت المادة ١١٢، في فقرتها الثانية، على إعطاء المحكمة سلطة تعيين الوصي الذي تراه بدلا من إدارة شؤون القصر في أي وقت تشاء، متى رأت أن ذلك في مصلحة القاصر.

والمشروع، بالأحكام التي يوردها في المادة ١١٢ بفقرتها، يتوافق مع ما يقضي به القانون رقم ٤ لسنة ١٩٧٤ في شأن إدارة شؤون القصر.

وتنظم المادة ١١٣، في فقراتها الثلاث، الشكل الذي تلزم مراعاته للاعتداد باختيار الأب وصيا لصغيره، وحق الأب في الرجوع عن اختيار هذا الوصي، وتثبيت المحكمة له. فتنص، في الفقرة الأولى، على أنه يلزم لاعتبار الشخص وصيا مختارا أن يكون اختياره مثبتا في ورقة رسمية، أو في ورقة عرفية مصدق فيها على توقيع الأب، أو في ورقة مكتوبة كلها بخط الأب وموقعة بإمضائه.

وهذه الفقرة مستوحاة من المادة ٢٨ من القانون المصري رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال.

والهدف من اشتراط ذلك في تعيين الوصي المختار هو حسم المنازعات الخاصة بالاثبات، وحماية القصر ممن يدعون الوصاية عليها زورا وبهتانا، وهو أمر يتفق مع مبادئ الشريعة الإسلامية التي تدعو إلى المحافظة على مصالح الناس، وتسد الباب في وجه الكاذبين والمزورين.

وقد أعطى المشروع، في الفقرة الثانية، للأب الحق في الرجوع عن اختيار الوصي، ولم يشترط في اعتبار هذا الرجوع ما اشترطه في اختيار الوصي، وهو بهذا يمتاز عن القانون المصري رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الذي تطلب لاعتبار الرجوع عن اختيار الوصي ما تطلبه لاعتباره وصيا لانه بهذا المسلك يسر طريق العدول عن اختيار الوصي، وفي هذا التيسير مصلحة للصغير، فقد يختار الأب شخصا للوصاية على أولاده، معتقدا أنه صالح لإدارة أموالهم والتصرف فيها وأمين على هذه الأموال، ثم يتبين بعد ذلك أنه على عكس ما كان يعتقد.

وقد استلزم المشروع، في الفقرة الثالثة، عرض اختيار الوصي على المحكمة لتثبيته، وتبعاً لذلك يكون للمحكمة رفض الوصي المختار إذا وجدت أنه لا يتوافر فيه الشروط اللازمة في الوصي بوجه عام.

وتناولت الفقرة الأولى من المادة ١١٤ سلطة المحكمة في تقييد سلطة الولي والوصي المختار وسلب ولاية كل منهما، فنصت على أن للمحكمة الحق في تقييد ولاية الأب أو الجد أو الوصي المختار، وفي سلب هذه الولاية، متى وجدت في اطلاق ولايتهم أو استمرارها خطراً على مال الصغير، وطلب منها ذلك إدارة شؤون القصر أو أي شخص ذي شأن، وكان هناك من الأسباب ما يخشى معها الضرر على أموال الصغير.

وللمحكمة سلطة تقدير الأسباب التي تقتضي سلب الولاية أو الحد منها.

وتناولت الفقرة الثانية سلطة المحكمة في عزل الوصي المعين، فأعطتها الحق في عزل هذا الوصي وتعيين وصي آخر بدلا منه، إذا استدعى ذلك صالح الصغير.

والحكمة في إعطاء المحكمة هذا الحق أن الولاية منوطة بمصلحة الصغير ومن مهمات المحكمة رعاية هذه المصلحة، فإذا رأت أن مصلحة الصغير تقتضي زوال الولاية أو تقييدها كان عليها أن تحكم بزوالها أو تقييدها متى طلب منها ذلك من له الصفة في التقدم به، وهو إدارة شؤون القصر أو أي ذي شأن آخر.

وتعرض المادة ١١٥ في فقرتها لما يلزم اتخاذه في حالة غياب الولي أو الوصي المختار وفي حالة حبس أحدهما.

فقررت الفقرة الأولى أن للمحكمة أن توقف الولاية عن الأب أو الجد أو الوصي المختار، إذا اعتبر غائبا، وفقا لما تقتضي به الفقرة الثانية من المادة ١٤١، أو إذا سجن تنفيذًا لحكم بالحبس لمدة تزيد على سنة.

وبينت الفقرة الثانية من تكون له الولاية على مال الصغير في فترة الوقف، فنصت على أنها تثبت لمن تكون له ولاية المال وفقا للأصل العام المقرر في المادة ١١٠ من المشروع.

وتتناول المادة ١١٦، في فقرتها، ما يدخل تحت نطاق الولاية أو الوصاية من مال الصغير، فتنص في الفقرة الأولى على شمول الولاية أو الوصاية لكل أموال الصغير، إلا إذا رأى الأب تخصيص الوصي الذي اختاره بنوع من المال أو بنوع من التصرفات، أو رأت المحكمة تحديد ولاية الوصي ببعض أنواع المال أو بنوع من التصرفات، فإن الولي أو الوصي في هذه الحالة يتخصص بما خصصه الولي أو القاضي، وذلك لأن ولاية الوصي مستمدة من الأب أو القاضي فتكون على حسب ما فوضه كل منهما إليه، وأذن فيه. وهذا الحكم مستمد من مذهب أبي يوسف ومذهب المالكية والشافعية والحنابلة.

وتنص المادة ١١٦، في فقرتها الثانية، على حكم خاص ببعض أموال الصغير، وهو المال الذي يؤول إليه عن طريق الميراث أو التبرع، فتبين أن هذا المال يكون خارجا عن نطاق ولاية الأب أو الجد أو وصاية شخص معين، إذا أوصى المورث أو اشتراط

المتبرع عند التبرع عدم خضوعه لولاية الأب أو الجد أو شخص معين، وفي هذه الحالة تثبت الولاية في خصوصه لمن يختاره المورث أو المتبرع وصيا مع مراعاة الشكل الذي تقضي به المادة ١١٣ من المشروع فإن لم يختار المورث أو المتبرع للصغير وصيا في خصوص هذا المال في الشكل المرسوم، عينت المحكمة له وصيا خاصا تكون سلطته مقصورة عليه. وهذا الحكم مأخوذ من الفقه المالكي. ففي حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٢/٤٧٤) من تبرع لمحجور عليه فله أن يجعل لما تبرع به من شاء ناظرا، ولو كان للمحجور عليه أب أو وصي. وفي الشرح الصغير "أن للأب إذا ورث الابن عنها شيئا أن توصي لمن تشاء على هذا المال".

وتعرض المادة ١١٧ في فقرتها لبيان الحكم في حالة وجود مال للحمل المستكن. فتنص، في الفقرة الأولى، على أن الأمانة على مال الحمل المستكن تكون لمن تثبت له الولاية على مال الصغير. وقد أثر المشروع أن يسمى من يعين على مال الجنين أمينا بدلا من تسميته وصيا، كما في بعض القوانين العربية وذلك لأن من يعين على مال الحمل ليس وصيا بالمعنى القانوني لهذه الكلمة، بل هو لا يعدو أن يكون أمينا وحفيظا على ماله حتى لا يضيع عليه أو تضيع عليه غلته.

وتبين الفقرة الثانية أن من يختار أو يعين أمينا على مال الحمل يبقى وصيا على ماله بعد ولادته إلا إذا عينت المحكمة له وصيا غيره.

والأحكام التي تضمنتها هذه المادة مستمدة من الفقه المالكي.

وتضمنت المادة ١١٨ بفقرتها مهمة الأمين على مال الحمل. فجعلت مهمته حفظ مال الجنين وإدارته والقيام بالتصرفات التي يتطلبها حفظ هذا المال وإدارته وقبول التصرفات النافعة للحمل نفعاً محضاً كالهبة الخالصة.

وتعرض المادة ١١٩ للحالة التي يمكن فيها تعدد الأوصياء فتبين أن للأب أن يوصي على مال أولاده الصغار إلي أكثر من واحد كما يجوز للمحكمة أن تعين أكثر من وصي واحد إذا ما رأت أن مصلحة الصغير تقتضي ذلك.

وتعرض المادة ١٢٠ في فقرتها الأولى، للحكم في حالة تعدد الأوصياء المختارين أو المعينين. فتنص على أنه إذا تعدد الأوصياء وحدد الأب أو المحكمة لكل واحد

اختصاصه فإنه يجوز لكل وصي أن ينفرد بالتصرف في حدود ما خصص له، كأن يعهد إلي أحد الأوصياء القيام بشؤون الأراضي الزراعية، وإلي آخر بشؤون متجر أو مصنع، وإلي ثالث بشؤون المباني. أما إذا لم يحدد الأب أو المحكمة لكل وصي اختصاصه فلا يجوز لأحدهم أن ينفرد بالتصرف في المال بل لابد من اشتراكهم جميعاً فيه، وذلك لأن اختيار أو تعيين أكثر من وصي يدل على أن الغرض من هذا التعدد اجتماع رأيهم واشتراكهم في كل تصرف في المال حتى يكون التصرف الذي يجري أصح وأنفع للصغير من التصرف الذي ينفرد به وصي واحد .

وتضمنت الفقرة الثانية استثناء من الحكم العام الذي قرره الفقرة الأولى، فأجازت لكل واحد من الأوصياء الإنفراد بالتصرف إذا كان لازماً لحفظ المال، أو كان من التصرفات العاجلة، التي لا تحتمل التأخير، أو التي يكون فيها نفع ظاهر للصغير .

وتعرضت المادة ١٢١ للحكم عند اختلاف الأوصياء المتعددين في شأن التصرفات التي يلزم اجتماع رأيهم فيها، فنصت على تفويض المحكمة البت في موضوع النزاع بما تراه محققاً لصالح الصغير، إذا طلب منها ذلك إدارة شؤون القصر، أو أي ذي شأن آخر .

والأحكام التي تضمنتها المواد ١١٩ و ١٢٠ و ١٢١ تنفق مع المذهب المالكي والشافعي والحنبلي ومذهب أبي يوسف ومحمد بن الحنفية .

وتعرض المادة ١٢٢ للحالة التي تتطلب فيها مصلحة الصغير تعيين وصي خاص له، في صدد شأن معين من شؤونه، ليتولي الولاية عليه في هذا الشأن، بدلاً ممن تكون له الولاية العامة على كافة أمواله، قاضية بجواز ذلك للمحكمة. فكلما اقتضت مصلحة الصغير ان يكون له وصي خاص، ساع للمحكمة أن تقيمه بناء على طلب ادارة شؤون القصر أو أي ذي شأن. وتخص المادة ١٢٢ بالذكر، على سبيل المثال لا الحصر، بعضاً من الحالات التي تقتضي فيها مصلحة الصغير تعيين وصي خاص، فذكرت الحالة التي تتعارض فيها مصلحة الصغير مع مصلحة وليه الشرعي أو مصلحة زوجه أو مصلحة أي شخص آخر مشمول بولايته أو التي تتعارض فيها مصلحة الصغير مع مصلحة الوصي أو مصلحة زوجه أو مصلحة أحد أصولهما أو فروعهما أو مصلحة شخص يتولي الوصي الولاية على ماله .

وتعرض المادة ١٢٣ لتعيين المشرف وهو الشخص الذي يعين لمراقبة أعمال الوصي وتصرفاته المتعلقة بالوصاية، دون أن يشترك معه في إجراءاتها.

فتنص الفقرة الأولى على أن الوصاية على مال الصغير إذا كانت لغير إدارة شؤون القصر فإنه يجوز ان يعين مشرف يتولي الرقابة على تصرفات الوصي، سواء كان وصياً مختاراً من قبل الأب أم كان وصياً معيناً من المحكمة، وذلك لضمان قيام الوصي بعمله على الوجه الأكمل. وهذا الحكم مستمد من المذهب المالكي والحنفي .

وتعهد الفقرة الثانية إلى المحكمة أمر تعيين المشرف، إذا لم يكن الأب قد اختار مشرفاً، كما تجيز الفقرة الثالثة للمحكمة أن تعهد بالإشراف إلى إدارة شؤون القصر إذا كان الصغير من الكويتيين.

وتحدد المادة ١٢٤ مهمة المشرف، فتبين أن مهمته أن يراقب الوصي في إدارته مال الصغير وتصرفاته فيه ، وان يبلغ المحكمة كل أمر تقتضي المصلحة رفعه إليها ، وليس للمشرف حق الاشتراك في الإدارة ولا الإنفراد بالتصرف فيما عدا الأمور التي خولها القانون له .

وتلزم المادة ١٢٥ الوصي بإجابة المشرف إلى كل ما يطلبه من إيضاح عن إدارته وتصرفاته في مال الصغير، وأن يمكنه من فحص الأوراق والمستندات الخاصة بهذا المال، وذلك لكي يستطيع المشرف القيام بمهمته التي عين من أجلها .

وتنص المادة ١٢٦، في فقرتها الأولى، على أن مهمة المشرف، إذا خلا مكان الوصي، هي أن يرعى مال الصغير، ويحفظه إلى أن تعين المحكمة وصياً جديداً. وتبين، في فقرتها الثانية، أن المشرف له في الفترة التي لا يوجد فيها وصي للصغير أن يقوم بالأعمال التي يكون في تأجيلها ضرر ظاهر للصغير، كبيع المحصول الذي يتبادر إليه التلف والفساد، وكالطعن في الأحكام قبل انقضاء المواعيد القانونية للطعن فيها، وكاتخاذ الإجراءات العاجلة الضرورية لصيانة مال الصغير .

سلطة الولي الشرعي :

وتعرض المادة ١٢٧، في فقرتها، لبيان سلطة الولي في التصرفات التي يباشرها نيابة

عن الصغير. فتبين الفقرة الأولى أن الولي، سواء أكان أباً أم جدًا، له أن يباشر التصرفات النافعة نفعاً محضاً للصغير كقبول الهبة الخالصة غير المقترنة بشرط، أي العارية عن التزامات تحمل بها. أما الهبة بشرط، أي تلك المحملة بالتزامات معينة، فإنه لا يجوز للولي بمقتضى الفقرة الثانية قبولها إلا بإذن المحكمة. وذلك لأن اقتران التبرع بالتزام قد يؤدي إلي ضياع منفعته، وجعله عبئاً على الصغير، فكان من المفيد أن يجعل قبوله من الولي متوقفاً على إذن المحكمة، حتى يمكنها التأكد من وجود المصلحة للصغير في قبول هذا التبرع أو رفضه .

وهذا احتياط أثر المشرع أن يضيفه على الصغير، دون أن تأباه الشريعة الإسلامية.

وتتضمن المادة ١٢٨ بيان ما يملكه الولي من أعمال في مال الصغير. فأوضحت الفقرة الأولى أن الولي، سواء كان أباً أم جدًا، له أن يجري أي تصرف يكون فيه حفظ لمال الصغير وتنميته واستثماره وإدارته .

ونصت الفقرة الثانية على منع الولي من تأجير مال الصغير، عقاراً كان أم منقولاً لمدة تستمر إلي ما بعد بلوغ الصغير سن الرشد بأكثر من سنة بغير إذن المحكمة. فإن لم تتجاوز مدة الإجارة هذا المدى جاز للولي إجراؤها بدون إذن المحكمة .

وتعرض المادة ١٢٩ لبيان الحكم في التصرفات التي يجريها الولي في مال الصغير والتي يكون لها مقابل كالبيع والشراء والإيجار والاستئجار فتبين أن الولي له أن يجري هذه التصرفات على أن يراعي فيها القيود التي تتضمنها المواد التالية لهذه المادة .

وتورد المادة ١٣٠ قيوداً على تصرف الولي في عقار الصغير أو محله التجاري ببيع أو إيجار ، إذا كان البيع لنفس الولي أو كان لزوجه، أو لأحد أقارب الولي أو أقارب زوجته إلي الدرجة الثالثة ، وهذا القيد هو استئذان المحكمة قبل إجراء هذا التصرف .

والحكمة من تقرير هذا القيد ترجع إلي أن البيع أو الإيجار أو نحوهما إذا كان للولي أو لزوجه أو لأحد أقاربهما إلي الدرجة الثالثة فإنه يخشى أن تكون فيه محاباة، فكان من مصلحة الصغير أن يؤخذ إذن المحكمة من قبل الأقدام على التصرف ، وذلك لتمكين المحكمة من التحقق من عدالة المقابل وانتفاء المحاباة .

وهذا الحكم تقره الشريعة الإسلامية، فالشريعة لا تجيز التصرفات التي يكون احتمال

التهمة فيها قائماً، ولهذا منعت شهادة الوالد لولده وشهادة الرجل لزوجته، وبالعكس. وقد نص صاحب كتاب "جامع أحكام الصغار" على أن الأب الوصي إذا باع عقار اليتيم فرأي القاضي أن نقض البيع أصلح للصغير كان له نقضه. مما يفيد أن للقاضي مراقبة التصرف في عقار الصغير، وأن له نقض التصرف فيه إذا وجد أن نقضه في مصلحة الصغير، حتى ولو كان التصرف فيه صادراً من الأب، وكان المتصرف له شخصاً أجنبياً.

والحكمة في قصر هذا المنع على العقار والمحل التجاري - كما جاء في المشروع - ترجع إلي ما للعقار والمحل التجاري من أهمية خاصة، فالعقار أساس الثروة، والمحل التجاري قد يكون مورد الرزق الوحيد للقاصر، وفي التصرف فيه بالبيع ما يودي بذلك المورد.

وتتضمن المادة ١٣١ قيماً على تصرف الولي في مال الصغير، عقاراً كان أو منقولاً، إذا زادت قيمته على مائتي ألف دينار، فاشتطت لجواز التصرف فيه اخذ الإذن من المحكمة قبل إجرائه. فإن كانت قيمة المال لا تتجاوز هذا القدر فللولي أن يتصرف فيه بدون إذن المحكمة، والمقصود من وضع هذا القيد هو توفير أكبر قسط من الضمان لرعاية مصلحة المشمولين بالولاية، وهو أمر لا تأباه الشريعة الإسلامية التي تحيط بالقاصر بكل ضروب الحيطة وتنهي عن قربان ماله إلا بالتخيير هي أحسن.

وتبين المادة ١٣٢ حكماً خاصاً بالمال الذي يؤول إلي الصغير بطريق الميراث أو التبرع، والذي يشترط المورث أو المتبرع عدم تصرف الولي فيه، وهذا الحكم هو أن الولي ليس له أن يتصرف في هذا المال بأي نوع من أنواع التصرفات، ولا يستثنى من ذلك إلا التصرفات العاجلة التي يقتضيها حفظ المال كبيع الأشياء التي يخشى فسادها لو بقيت، ويشترط لإجراء هذه التصرفات الحصول على إذن المحكمة، للتحقق من ضرورة التصرف الذي يجريه الولي أو عدم ضرورته.

وتضمنت المادة ١٣٣ بفقرتها الأولى حكماً عاماً في شأن التبرعات من مال الصغير، فقضت بمنع الولي من التبرع بشيء من ماله ولكن الفقرة الثانية استثنت من ذلك التبرع لغرض عائلي أو إنساني، كإنشاء مستشفى أو ملجأ، أو تقديم المساعدة لقريب مريض أو معوز. واشترطت لصحة هذا التبرع أن يكون في مال الصغير سعة تسمح بالتبرع وأن يكون المال المتبرع به لا يؤثر على ثروته، واستئذان المحكمة في التبرع.

فإذا تبرع الولي بغير إذن المحكمة كان تبرعه غير نافذ في حق الصغير ، وللمحكمة سلطة تقدير ظروف التبرع والدافع إليه، وتقدير مال الصغير ، إذا كان يتحمل التبرع أم لا .

والحكم الذي قرره الفقرة الأولى من هذه المادة يتفق مع ما نص عليه في الفقه الإسلامي من منع الولي من التبرع بشيء من مال القاصر لأنه من التصرفات الضارة للصغير ضرراً محضاً، والولي لا يملك إجراء تصرف منها .

أما الحكم الاستثنائي الذي تضمنته الفقرة الثانية فإنه لا يتفق مع مذهب الحنفية ، ولكنه يتفق مع ما جاء في المذهب المالكي من انه يجوز للولي أن يهب من مال الصغير القليل المتعارف ، كما أنه يوافق مذهب الفقهاء الذين أوجبوا الزكاة في مال القاصر ، لأن التبرع لواجب إنساني أو عائلي يمكن أن يعتبر من مصارف الزكاة، لأن من مصارفها سبيل الله ، وسبيل الله عام يشمل كل ما يكون فيه خير وطاعة لله .

وتعرضت المواد ١٣٤ و ١٣٥ و ١٣٦ لبيان بعض التصرفات التي لا يجوز للولي إجراؤها، فتبين المادة ١٣٤ أن الولي ليس له إقراض مال الصغير للغير ، وليس له أيضاً اقتراض مال الصغير لنفسه، وذلك لأن الإقراض قد يؤدي إلي ضياع مال الصغير ، لو كان المقترض مفلساً أو ممطلاً في أداء ما عليه من ديون. واقتراض الولي لمال الصغير يؤدي إلي تعطيل المال عن الاستثمار والتنمية، والولي مأمور شرعاً باستثمار مال الصغير وتنميته بكل ما يمكنه، عملاً بقول النبي صلي الله عليه وسلم ” اتجروا في مال اليتامى حتى لا تأكلها الزكاة ”

وحكم المادة ١٣٤ يتفق مع المنصوص عليه في مذهب الحنفية .

وتنص المادة ١٣٥ على منع الولي من رهن مال الصغير إلا إذا كان الرهن في دين على الصغير نفسه، أما إن كان الدين على الولي أو على شخص آخر، فلا يجوز له أن يرهن مال الصغير في هذا الدين، ولا تملك المحكمة الإذن له بذلك، فهو منع مطلق، ذلك لأن الرهن يفضي إلي استيفاء الدين من المال المرهون، إذا لم يدفع الدين في الموعد المحدد للوفاء، ولا يجوز للولي أن يؤدي الدين الذي عليه أو على شخص آخر من مال الصغير، لأن فيه ضرراً محضاً للصغير، والولي لا يملك التصرف الذي يكون فيه ضرر محض للصغير. ومن ناحية أخرى فإن في إباحة رهن مال الصغير في الدين الذي

يكون على الولي ما يسر له الالتجاء إليه كلما وقع في ضيق مالي، فكان من المصلحة أن يجنب مال الصغير هذا الخطر .

وهذا الحكم يتفق مع رأي أبي يوسف وزفر من الحنفية .

وتقضي المادة ١٣٦ بأن جميع القيود الواردة على سلطة الولي لا تسرى على المال الذي آل إلي الصغير من الولي نفسه على سبيل التبرع، ولو كان من طريق غير مباشر .

وقد راعي المشروع في تقرير هذا الحكم أن المال هو في الأصل مال الولي، فلا جرم ان تثبت له سلطة التصرف فيه بغير قيود، بعد أن آل منه إلي الصغير بغير مقابل . ثم أن في تقرير هذا الحكم تشجيعاً للولي على التبرع بماله للصغير، الأمر الذي يعود عليه بالنفع .

سلطة الوصي :

الوصي هو كل شخص منح الولاية على مال الصغير غير أبيه وجده لأبيه، وسلطة الوصي أضيق نطاقاً من سلطة الولي الشرعي، سواء كان مختاراً من قبل الأب، أم كان معيناً من قبل المحكمة المختصة، أم كان إدارة شؤون القصر .

وتقضي الفقرة الأولى من المادة ١٣٧ بأن سلطة الوصي - ولو كان مختاراً من الأب - على مال الصغير إنما تكون في الحدود التي يرسمها القانون لسلطة إدارة شؤون القصر باعتبار أن لها الوصاية أو القوامة على معدومي الأهلية أو ناقصيها وعلى هذا لا يكون لمن يختار وصياً بدلاً من إدارة شؤون القصر أو لمن تعينه المحكمة وصياً مكانها من السلطات إلا ما كان في الحدود التي رسمها القانون لها .

وألزم الفقرة الثانية الوصي، إذا كان شخصاً آخر غير إدارة شؤون القصر أن يأخذ الإذن من المحكمة لإجراء أي تصرف لا يكون لمدير تلك الإدارة أن يتولاه وحده .

وتحدد الفقرة الثالثة من المادة ١٣٧ النطاق العام لسلطة الوصي، قاضية بأن سلطته لا تتجاوز سلطة الولي الشرعي، على الوجه الذي يحدده القانون .

فسلطة الوصي في ظل الشريعة الإسلامية، أضيق نطاقاً من سلطة الولي الشرعي، لحكمة ظاهرة لا تخفي. فإذا كان ذلك، فإنه لا ينبغي ان يكون للوصي، في ظل القانون،

ولو كان هو إدارة شئون القصر، من السلطات أكثر من تلك التي يخولها القانون للولي الشرعي .

وعلى ذلك فإن سلطة الوصي، أي من كان تتحدد بالقيود التي يفرضها القانون على سلطة الولي الشرعي .

الولاية على مال المحجور عليه :

وتعرض المادة ١٣٨ لبيان الجهة التي يكون لها الولاية على مال المحجور عليه، فتبين الفقرة الأولى أن المحكمة المختصة هي التي يكون لها سلطة تعيين الولي على مال المحجور عليه لجنون أو عته أو سفه أو غفلة ، ويسمى (قيماً) وان هذا التعيين إنما يكون بناء على طلب من إدارة شئون القصر، أو أي ذي شأن آخر .

وتقضي الفقرة الثانية بان المحجور عليه إذا كان من الكويتيين، ولم تعين المحكمة قيماً على ماله، فإن القوامة عليه تكون لإدارة شئون القصر. فالقوامة على ناقص الأهلية أو فاقدتها ممن تجاوزوا السن المحددة لبلوغ الرشد من الكويتيين تثبت لإدارة شئون القصر لمجرد أن المحكمة لم تعين على ماله قيماً، من غير حاجة إلي صدور قرار من المحكمة المختصة بذلك ، كما هو الحال في الوصاية على مال الصغير.

ويلاحظ هنا أن تعيين القيم على مال ناقص الأهلية أو فاقدتها إنما هو للمحكمة من أول الأمر. وهذا على خلاف الأمر في الولي على مال الصغير حيث أن الولاية على ماله تثبت من أول الأمر للأب أو الجد الصحيح ، إذا لم يكن الأب قد اختار وصياً، من غير أن تحتاج هذه الولاية إلي صدور قرار من المحكمة بتقريرها، والسبب في ذلك يرجع إلي أن الحجر على الإنسان قبل كمال أهليته يكون لمصلحته أولاً لا لمصلحة غيره، فتثبت الولاية على ماله لمن يكون أحرص من غيره على هذا المال. ولما كان الأب والجد لأب هما أحرص الناس على مال أولادهم، وكانت شفقتهم على أولادهم فوق شفقة غيرهم، أثبت الشارع لهما الولاية على مال أولادهم الصغار ومن في حكمهم بسبب قرابتهم القريبة، وهي قرابة الأبوة، فكانت ولايتهما ولاية ذاتية أصلية تثبت ابتداءً، لا بطريق النيابة عن قاض استمداد منه هذه الولاية .

أما إذا كملت أهلية الإنسان ثم قامت به صفات أو طراً عليه عارض كالجنون أو العته

أو السفه اقتضت الحجر عليه في التصرفات المالية فإن هذا الحجر قد يكون لمصلحة المحجور عليه، وقد يكون لمصلحة غيره محافظة على مال المحجور من التبذير والضياع، وعلى هذا فإن النظر في ماله يكون للمحكمة، ولمن تقيمه قيما عليه نيابة عنها، ولا يكون النظر لغير المحكمة ابتداء حتى ولو كان ذلك الغير أبا للمحجور عليه أو جدا لأبيه إلا إذا عينته المحكمة قيما على المحجور عليه، فإذا عينت المحكمة أحدهما قيما كانت قوامته مستمدة من المحكمة، وليست حقاً شرعياً ثابتاً لهما ابتداء بسبب الأبوة، فيكون شأنه في هذه القوامة شأن غيره من القوام الذين يختارون لهذه المهمة .

وتأتي المادة ١٣٩ لتبين أن سلطة المحكمة في تعيين القيم ليست مطلقة تختار بمقتضاها من تشاء، وإنما سلطتها في ذلك مقيدة. فعلى المحكمة ان تبدأ في تنصيب القيم على المحجور عليه بأبنائه، فتختار منهم من يصلح للقوامة، فان تعدد الأبناء الصالحون للقوامة، عينت المحكمة الأصلح منهم لهذه القوامة، وهو من يكون أكثر من غيره، رعاية للمحجور عليه، وعناية بشؤونه، وان تساوا في الاصلحية كان الأمر مفوضاً للمحكمة تختار منهم من تشاء للقيام بشؤون المحجور عليه. فإن لم يوجد من ابنائه من يصلح للقوامة عينت المحكمة الأب قيما، فان لم يوجد الأب، أو وجد ولم يكن أهلاً للقوامة عهدت بالقوامة إلي الجد الصحيح. فإن لم يوجد الجد الصحيح، أو وجد ولم يكن أهلاً للقوامة اختارت المحكمة من تراه صالحاً للقوامة .

وتعرض المادة ١٤٠ لبيان أحكام القيم، فتتص على أن أحكام القيم هي أحكام الوصي فشأنه في ذلك شأن الوصي، وعلى هذا يشترط في الشخص الذي يعين قيماً أن تتوافر فيه الشروط اللازمة في الوصي، ويكون للقيم نفس السلطة التي تثبت للوصي، وعليه من الواجبات ما يكون على الوصي. ويجوز للمحكمة أن تعين مشرفاً يراقب القيم في إدارة شؤون المحجور عليه، في نفس الحدود التي يجوز لها تعيين مشرف على الوصي، ويكون للمشرف على القيم نفس سلطة المشرف على الوصي .

الولاية على مال المفقود والغائب :

وتتضمن المادة ١٤١ تنظيم الولاية على مال المفقود والغائب. والمراد بالمفقود كل شخص كامل الأهلية انقطعت اخباره، ولا يدري مكانه ولا تعرف حياته من مماته،

أما الغائب فالمراد به كل شخص كامل الأهلية، وليس له محل إقامة ولا موطن معلوم كمن يهيم على وجهه أو يفر من إجراءات اتخذت ضده، أو كان له محل إقامة أو موطن معلوم في الخارج وتعذر عليه، بسبب غيابه، ان يتولي شؤونه أو يشرف على من أنابه في إدارتها.

وقد بينت الفقرة الأولى من الحكم في حالة الفقد، فأعطت المحكمة الحق في أن تعين قيماً على مال المفقود، إذا ثبت فقده، وطلب ذلك إدارة شؤون القصر أو أي شخص آخر يكون ذا شأن.

كما بينت الفقرة الثانية الحكم في حالة الغيبة، فأجازت للمحكمة ان تعين قيماً لمن كانت حياته معلومة، ولكنه غاب مدة تزيد على سنة، وتعذر عليه ان يتولى رعاية أمواله بنفسه أو أن يشرف على من أنابه في إدارتها .

وتقرر المادة ١٤٢ الحكم فيما إذا ترك الغائب أو المفقود وكيلاً لإدارة أمواله، ومؤداه أن المحكمة تعين هذا الوكيل قيماً على أموال الغائب أو المفقود، إذا توافرت فيه الشروط التي يتطلبها القانون في الوصي، وهي حالة تماثل تثبيت المحكمة للوصي المختار من قبل الأب. فإن لم يكن الغائب أو المفقود قد نصب عنه وكيلاً لإدارة أمواله، أو كان قد نصبه ولم تتوافر فيه الشروط التي يتطلبها القانون في الوصي، عهدت المحكمة بالقوامه على مال الغائب أو المفقود إلى من تختاره لهذه المهمة، مع مراعاة ما يقضي به القانون في شأن القيم على المحجور عليه، وعلى الأخص في صدد ثبوت القوامه على الكويتيين لإدارة شؤون القصر .

وتحدد المادة ١٤٣ سلطات القيم على مال الغائب أو المفقود وأحكامه، فتبين أن القيم يكون له نفس السلطة التي تثبت للوصي على مال القاصر، وأن أحكامه هي ذات الأحكام المقررة في شان الوصاية على القاصر .

والأحكام التي تضمنتها هذه المواد مستوحاة من الفقه الإسلامي بمذاهبه المختلفة.

أحكام عامة في الولاية على المال :

تقرر المادة ١٤٤ في فقرتها الأولى، للولي على مال الصغير أو المحجور عليه أو

المفقود او الغائب الحق في أن يأخذ اجرا عن ولايته تقدره له المحكمة، على ان يكون هذا الأجر مناسباً لما يؤديه من أعمال، من غير أن يبهظ المولي عليه، ولا يسقط حق الولي في الأجر إلا إذا قضى القانون بغير ذلك، أو كان الولي قد قبل أن تكون ولايته بدون مقابل.

وتقرر المادة ١٤٤ في فقرتها الثانية، أن الحق في طلب الأجر عن الولاية مقصور على الشخص الذي يتولاها. فلو كان على الولي ديون فلا يكون للدائنين الحق في ان يطالبوا بهذا الأجر باسمه ونيابة عنه بمقتضى الدعوى غير المباشرة. كما أن حق الولي في الأجر لا ينتقل بعد موته إلي ورثته، إلا إذا كان قد تقدم للقضاء يطلب أجراً عن ولايته، ومات قبل أن يقضي له به .

وإعطاء الولي أجراً عن ولايته يتفق في الجملة مع المقرر في الفقه الإسلامي، وقد أشار إليه القرآن الكريم في قول الله عز وجل ” ومن كان غنياً فليستعفف ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف ” .

وتقرر المادة ١٤٥ الحكم في حالة زوال الولاية أو الوصاية أو القوامة عن يتولاها، فتنص على إلزام كل من زالت ولايته بأي سبب من أسباب زوالها بتسليم الأموال التي كانت في ولايته لذي الصفة في تسلمها. ولا يجوز لمن زالت ولايته أن يتأخر في تسليم المال الذي كان في ولايته، إلا بمقدار المدة التي يقتضيها التسليم. ويجب على من زالت ولايته تقديم حساب مفصل عن أعماله التي باشرها أثناء ولايته في خلال مدة لا تزيد على ثلاثة أشهر من تاريخ انتهاء ولايته .

وتحدد المادة ١٤٦ مسئولية كل من الولي والوصي والقيم عن أعمالهم التي يباشرونها بمقتضى ولايتهم على أموال القاصر.

وقد فرقت في هذه المسئولية بين الأب والأم والجد وبين غيرهم. فقصرت مسئولية الأب والأم والجد على حالة الخطأ الجسيم، حتى ولو تقاضي واحد منهم اجرا عن ولايته. أما الخطأ اليسير فلا مسئولية لهم عنه. أما غير الأب والجد والأم، فإن مسئوليته لا تقتصر على الخطأ الجسيم، بل تشمل وتشمّل الخطأ اليسير معاً، سواء تقاضي أجراً عن ولايته أم لم يتقاضى أجراً عنها، شأنه في ذلك شأن الوكيل بأجر، فإذا أخل الوصي أو القيم غير الأب والجد والأم بواجب من الواجبات المفروضة عليه بمقتضى القانون

كان مسئولاً عما لحق القاصر من ضرر بسبب ذلك مسئولية الوكيل بأجر حتى وان كان لم يتقاضأ اجرا عن وصايته أو قوامته.

والسبب في هذه التفرقة يرجع إلي أن الأب والجد والأم تربطه بالقاصر رابطة القرابة القريبة، وهذه القرابة باعثة على بذل العناية والرعاية الزائدة بشئون المولى عليه، فلا يكون ثمة ما يدعو إلي حث صاحب هذه القرابة على بذل مزيد من الحرص على مصلحة المولى عليه بجعله مسئولاً حتى عن تقصيره اليسير. ومن ناحية أخرى، فإن ما بين هؤلاء الأقارب وبين القاصر من روابط القرابة القريبة ينبغي أن يكون شفيفاً لهم في الخطأ اليسير، إبقاء على الرباط العائلي من أن يؤثر فيه الرجوع عليهم بناء على الخطأ اليسير، وهو خطأ يكثر وقوعه وقلما يمكن الاحتراز منه حتى في مال الولي نفسه. أما الوصي أو القيم الذي لا يكون أباً ولا جداً ولا أما، فانه لا يوجد بينه وبين القاصر مثل هذه القرابة القريبة حتى تدعوه إلي بذل العناية التامة في أعماله الخاصة بالقاصر، فكان من الحكمة أن يكون ملزماً في مباشرة شئون القاصر ببذل عناية الشخص العادي دائماً سواء تقاضي على عمله أجراً، أو لم يتقاضأ عنه أجراً فلا يغتفر له الخطأ اليسير، كما يغتفر للأب والجد والأم.

وقد سوى المشروع في هذه المسئولية بين الأب والجد والأم، ولم يفرق بينه وبينهما فيها، كما فعل القانون المصري. ووجهته في ذلك أن قرابة الأبوة متحققة في كل من الجد والأم كما هي متحققة في الأب، أما تحققها في الأم فواضح، لأن قرابتها لأبنها بمنزلة قرابة الأب. وأما تحققها في الجد، فلأن الجد يقال: أنه أب لولد ابنه وقد سماه القرآن بذلك في قوله تعالى في شأن يوسف عليه السلام ”وإتم نعمته عليك وعلى آل يعقوب كما أتمها على أبويك من قبل: إبراهيم وإسحاق“ فانه سبحانه - جعل كلا من إبراهيم وإسحاق أباً ليوسف مع ان كل منهما جد له، وما دام الجد والأم يشتركان في قرابة الأبوة مع الأب، فإنهما يشتركان معه في الحكم الذي يبنى عليها، في خصوص المسئولية عن الولاية على مال الصغير.

عيون الرضاء :

تحقيقاً لسلامة الرضاء، تتطلب القوانين الوضعية المختلفة، كما يتطلب الفقه الإسلامي بدوره، إلي جانب صدوره عن أهلية من صاحبه، خلوه من العيوب التي

تشوبه، والتي تجعل مجيئه من صاحبه عن غير كامل بينة ، أو عن غير كامل اختياره، دون أن تضحي مع ذلك بأمن التعامل واستقراره، كلما استوجبت المصلحة حمايته .

والعيوب التقليدية التي تشوب الرضاء، هي الغلط والتدليس والإكراه .

ووجد إلي جانبها الغبن الذي اعترف له، في حالات خاصة تحددها النصوص، بتأثير على العقد، اعتباراً بأنه يخل إخلالاً كبيراً بمبدأ المساواة بين طرفيه. كما أنه من عهد ليس بعيد. وبتأثير من القوانين ذات النزعة الجرمانية، أخذ عيب رابع من عيوب الرضاء هو الاستغلال يشق طريقه إلي تقنينات الكثير من البلاد ومنها دولة الكويت .

الغلط :

تعرضت المادة ١٤٧ لشروط اعمال الغلط وأثره. وهي تتطلب لاعمال الغلط أن يكون هو الذي دفع المتعاقد إلي التعاقد، بحيث انه لولا وقوعه فيه لما ارتضى العقد. فالمعيار هنا شخصي يتعلق بالمتعاقد ذاته وأثر الغلط عليه. فإذا تبين أن المتعاقد، حال ارتضائه العقد، وقع في غلط وان هذا الغلط هو الذي دفعه إلي الرضاء به، بحيث أنه ما كان ليرتضيه بغيره، تهيأ الغلط لأن ينتج أثره في دمج العقد بالقابلية لإبطاله، دون اعتداد بعد ذلك للأمر الذي ينصب الغلط عليه. أما إذا ظهر أن وقوع المتعاقد في الغلط ليس هو الذي دفعه إلي التعاقد فلا يكون لغلطه تأثير على صحة العقد، ولو كان قد انصب على مادة الشيء محل التعاقد ذاتها، التي هي من بعد الركية الأولى للغلط المؤثر في ظل النظرية القديمة. فالعبرة ليست بموضوع الغلط، وإنما بأثره على صاحبه بالنسبة إلي ارتضائه العقد. والمشروع في ذلك يحذو حذو القانون المصري وقوانين البلاد العربية الأخرى التي استوحته، ومن بينها قانون التجارة الكويتي .

على أن المادة ١٤٧ كأصل عام، لا تكتفي لاعمال أثر الغلط في العقد، بأن يكون هو الدافع إلي التعاقد. فالمشروع لا ينظر إلي الغلط من زاوية المتعاقد الغالط وحده، وإنما ينظر إليه أيضاً من زاوية المتعاقد الآخر، الذي من شأن دمج العقد بالقابلية للإبطال نتيجة الغلط أن يتهدهه بالخطر، اعتباراً بأنه يخل بأمن من تعاقدته واستقراره ويجعله قابلاً للزوال وفق مشيئة غريمه. وهي من بعد نظرة لم تفت الفكر القانوني المعاصر فقها وقضاء وتشريعاً. ولذلك فإن المشروع يتطلب لاعمال أثر الغلط أن يكون المتعاقد الآخر

قد وقع بدوره في نفس الغلط، أو علم بوقوع غريمه فيه، أو كان من السهل عليه أن يتبين عنه ذلك.

فوقوع المتعاقدين كليهما في نفس الغلط ينهض بذاته دليلا على أن أيا منهما معذور في غلظه، فيغفر له الوقوع فيه، ويكون لصاحب المصلحة منهما أن يتمسك بإبطال العقد. على أن المشروع حرص هنا على أن يستثنى الحالة التي يقع فيها أحد المتعاقدين في الغلط، فيؤثر في الآخر تأثيرا يتعذر عليه تداركه، ويجره إلى الوقوع معه فيه، كما إذا تملكه اعتقاد معين، فنقله إلى غريمه، فصدقه عنه. ففي مثل هذه الحالة لا يكون الغلط مغتفرا إلا لمن نشأ اعتقاده بتأثير من الآخر، أما ذلك الذي جر غريمه إلى الغلط، فلا يعتبر غلظه مغتفرا له، إذ هو وحده في الأصل الذي وقع في الغلط. وهذا التحفظ، من المشروع يدرأ عن فكرة الغلط المشترك عينا كبيرا وصمت به. وهو عيب برز على وجه الخصوص، في حالة ارتضاء المتعاقد العقد نتيجة باعث شخصي له، قائم على اعتقاد كاذب، عندما يخطر به المتعاقد الآخر فيصدقه عنه. فالأخذ هنا بفكرة الغلط المشترك على إطلاقها من شأنه أن يمنح الغالط الأصلي حق طلب إبطال العقد، في حين أنه هو الذي جر غريمه معه في الغلط، وجعله يشاركه فيه.

أما في الحالتين الأخيرتين - حالة علم المتعاقد الآخر بوقوع غريمه في الغلط، وحالة امكانه العلم بالغلط فتقرير وقوع العقد قابلا للإبطال له ما يبرره على نحو أظهر وأوضح، فالمتعاقد الآخر هنا يعتبر مخطئا، حيث أنه لم يؤد ما يفرضه عليه الحرص والشرف ونزاهة التعامل من واجب يتمثل في تبصير صاحبه.

على أن المشروع، اذ يتطلب، لاعمال الغلط، أن يكون متصلا بالمتعاقد الآخر، فهو لا يفعل ذلك إلا في المعاوضات دون التبرعات وقد حدا به إلى ذلك حرصه على أن يجيء التبرع من صاحبه على إرادة خالصة من كل ما يشوبها. فحسب المتبرع، لإبطال تبرعه، أن يكون رضاؤه به قد جاء نتيجة وقوعه في الغلط دون اعتبار بعد ذلك لموقف المتبرع له من غلظه. وهذا هو ما يقرره في الفقرة الثانية من المادة ١٤٨، وهو حكم استحدثه المشروع تمشيا مع طبيعة التبرع.

وتواجه المادة ١٤٨ أثر الغلط في القانون وتقضى بان حكمه كحكم الغلط في الواقع بالنسبة إلي تعيب الرضاء، وبالتالي إلي وقوع العقد قابلا للإبطال. فكل منهما يؤدي إلي

صدور الرضاء من صاحبه على غير بينة من حقيقة ما يرتضيه .

وإذا كان الفكر القانوني قد تردد حيناً من الزمن في هذا الخصوص فإن تردده هذا يرجع الى الاعتقاد بأن من شأن أعمال الغلط في القانون أن يؤدي إلى الإخلال بقاعدة عدم جواز العذر بجهل القانون. وهو إعتقاد بعيد عن أن يكون صحيحاً. وقد فطن الفكر القانوني في مجموعه اليوم لهذه الحقيقة، الأمر الذي أدى بالفقه والقضاء إلى إعطاء الغلط في القانون نفس حكم الغلط في الواقع بالنسبة إلى تعيب الرضاء ووقوع العقد بالتالي قابلاً للإبطال، وذلك حتى في البلاد التي لم يقن فيها هذا الحكم بنص خاص، كما هو الشأن في فرنسا، وفي مصر تحت ظل قانونها المدني القديم، وفي الكويت في ظل قانون التجارة الحالي.

ويتمثل الغلط وهما كاذبا يقع فيه المتعاقد من تلقاء نفسه، دون أن يجره إليه المتعاقد الآخر، أو في الأقل، دون أن يجره إليه بما كان يتوجب عليه التحرز منه، وفقاً لمألوف التعامل. فغلطه إذن يعزي إليه قبل كل شيء. فإن أراد أن يتمسك به، بغية الوصول إلى ابطال العقد وجب ألا يكون ذلك منه على نحو يتجافى مع ما يوجهه عليه حسن النية وشرف التعامل، وإلا كان متعنتاً ومتعسفاً فيما يطلب من حماية القانون، ولزم رفض دعواه وهو حكم جاء به المشروع في المادة ١٤٩ واستوحاه من القانون المصري (المادة ١٢٤) مع إجراء تعديلات وإضافات جوهرية إليه.

ومن أبرز الحالات التي يظهر فيها التعنت من الغالط أن يصبر على إبطال العقد والخلاص كلية من أي تعامل مع غريمه، إذا أظهر هذا الأخير استعداده أن يجري التعامل معه على نحو يتمشى مع حقيقة ما اعتقده الغالط عند إبرام العقد، أي على نحو يرتفع عنه فيه أثر الغلط، وذلك حتى ولو كان من شأنه أن يحمل الغالط بالقليل مما لا يبهظه من تضحية .

ويعرض المشروع، في المادة ١٥٠، للغلط المادي، المتمثل في أخطاء الحساب أو زلات القلم، ويقضي بأنه لا يؤثر في صحة العقد، ذلك لأن الخطأ المادي بمجرد ذاته لا يتمثل عيباً في الرضاء. فهو لا يعدو أن يكون مظهرًا غير صحيح لرضاء هو في ذاته سليم. ومن ثم فهو لا يؤثر بدهاءة في صحة العقد. وإنما يلزم تصحيحه .

على أن الخطأ المادي الذي لا يكون له تأثير على العقد هو ذلك الذي يجيء كمظهر

لرضاء قد تم بالفعل من المتعاقدين. أما إذا وقع أحد المتعاقدين في غلط مادي في حسابات أجزائها، أو زل منه القلم في التعبير عن إرادته، وجاء رضاء الطرف الآخر متأثراً بغلطة المادي هذا، فقد يكون من شأن ذلك أن يؤثر في حكم العلاقة بينهما على وجه ما يقضي به القانون. وهذا ما أراد المشروع أن يتحفظ في شأنه بقوله أن الذي لا يؤثر في صحة العقد هو مجرد الخطأ في الحساب أو مجرد زلات القلم .

التدليس :

التدليس، باعتباره عيباً يشوب الرضاء، ليس له دوره المهم في الفكر القانوني المعاصر فحسب، بل انه له أهميته أيضاً في الفقه الإسلامي. بل لعل أهميته في هذا الفقه الحنيف تفوق ما يتسم به منها في القانون المعاصر .

وقد حرص المشروع على أن يتمشى مع الفقه الإسلامي في التوسع في الاعتداد بالكذب أو الكتمان، باعتباره تدليسا من شأنه أن يبطل العقد، وجعله بمثابة الحيل التدليسية ، كلما جاء بمخالفة واجب خاص متميز في الصدق والمصارحة يفرضه القانون أو الاتفاق أو طبيعة المعاملة أو الثقة التي يكون من حق أحد الطرفين أن يضعها في الآخر على نحو ما تمليه ظروف التعاقد. ويعرض المشروع في المادة ١٥١، للهيكل العام لنظام التدليس. فيقرر، في الفقرة الأولى، أن قوام التدليس هو الحيلة التي توجه للمتعاقد، بقصد تغييره وجعله يعتقد أمراً يخالف الواقع والحقيقة، وذلك بغية دفعه إلي ارتضاء التعاقد. فلا بد، لقيام التدليس، من التجاء المدلس إلي حيلة من الحيل، وان يكون ذلك منه بقصد أن يضل المتعاقد ويخدعه، ليجعله يرتضى العقد. فالتدليس يقوم على قصد مزدوج من المدلس: قصد في الخديعة والتضليل، وقصد في دفع المضلل المخدوع إلي التعاقد .

وقد حرص المشروع على أن يتجنب اشتراط أن تبلغ الحيل قدراً من الجسامه بحيث تدفع المتعاقد إلي التعاقد، كما فعل القانون المصري والقوانين العربية الأخرى التي استوحته، ومن بينها قانون التجارة الكويتي. فالعبرة ليست بمدى ما تنسم به الحيلة من جسامه، وإنما بأثرها على المتعاقد بالنسبة إلي تضليله وجره بذلك إلي التعاقد. فالمعيار هنا هو معيار شخصي قوامه المتعاقد ذاته من حيث ما إذا كانت الحيلة أفلحت في تضليله ام لم تفلح. وليس معياراً مادياً يقوم على قدر ما تنسم به الحيلة في ذاتها من جسامه .

على أن الأمر لا يصل، بطبيعة الحال، إلي مستوى الحيلة، إلا إذا انطوي على قدر معقول من الخداع والغش. فإن لم يكن كذلك، فإنه لا يعتبر حيلة أصلاً، ولا يصلح بالتالي تدليسا من شأنه أن يصلح أساساً لابطال العقد، حتى لو ثبت أن المتعاقد قد انخدع به بالفعل، فمن ينخدع بالبسيط من الأمور هو في العادة من المفرطين في السذاجة. ولا يدخل في دور نظام التدليس أن يحمي أمثال هؤلاء، وإنما قد يمكن لهم ان يجدوا الحماية في نظام الحجر للغفلة، كما قد يمكن لهم أن يجدوا تلك الحماية في نظام الاستغلال .

ويلزم لاعمال التدليس أن يكون هو الذي دفع المتعاقد إلي ارتضاء العقد، بحيث انه ما كان ليرتضيه من غيره، شأن التدليس في ذلك شأن الغلط وغيره من كافة عيوب الرضاء الأخرى .

على أن كون التدليس هو الدافع إلي التعاقد، وان كان يتضمن ما يدل على تعيب الرضاء، إلا أنه لا يكفي بمجرد ذاته لجعل العقد قابلاً للابطال وإنما يلزم إلي جانبه أن يكون التدليس متصلاً بالمتعاقد الآخر على النحو الذي تحدده المادتان ١٥٣ و ١٥٤ من المشروع .

وقد حرص المشروع، على أن يبين أثر التدليس الذي تتوافر فيه شروط اعماله، على نحو جلي واضح، دفعا لما ثار من شك حوله في بعض النواحي، ويتركز هذا الأثر في دمج العقد بالقابلية للابطال لمصلحة من دلس عليه، إذا أثبت أنه ما كان ليرتضي العقد، على نحو ما ارتضاه عليه، بغير التدليس. فالحق في طلب إبطال العقد لا يقتصر على الحالة التي يثبت فيها المتعاقد أن التدليس هو الذي جره إلي قبول التعاقد في ذاته، وإنما يثبت أيضاً حتى لو اقتصر دور التدليس على جعله يقبل في التعاقد شروطاً أشد وقراً مما كان ليقبله لو لم يغرر به، وهو ما جرى الفقه على تسميته بالتدليس العارض، تمييزاً له عن التدليس الأول، الذي أطلق عليه التدليس الأصلي. ذلك لأن العقد كل لا يتجزأ فتعيب الرضاء في شأن أمر جوهري من أموره، يتمثل تعيباً في ارتضائه كله .

وإذا كان من شأن التدليس، عندما تتوافر له شروط اعماله، أن ينهض سبباً لإبطال العقد، فإن هذا الأثر يثبت له، إلي جانب ما قد يترتب عليه من مسؤولية المدلس، باعتبار أنه يتمثل خطأً موجبا لمسئوليته التقصيرية عن تعويض الضرر المترتب عنه. وبذلك يرى المدلس عليه نفسه وقد انفتح أمامه طريقان له أن يختار من بينهما ما يراه لمصلحته أوفق:

فإما أن يطلب ابطال العقد وإما أن يبقى عليه، ويكتفي بدعوى المسؤولية التقصيرية وما تؤدي به إلي تعويض ما ناله من ضرر .

وإذا كان الأصل في الحيلة، التي هي أساس التدليس، أن تقوم على أفعال مادية (وهو ما يسمى في الفقه الإسلامي بالتغيير الفعلي) فإن المشروع قد حرص في المادة ١٥٢ على أن يجعل في مقامها الكذب والكتمان، كلما جاء إخلالا بواجب خاص في الصدق والمصارحة يفرضه القانون أو الاتفاق أو طبيعة المعاملة أو الثقة الخاصة التي يكون من شأن ظروف الحال أن يجعل للتدليس عليه الحق في أن يضعها فيمن غشه وغرر به (وهذا هو ما يسمى في الفقه الإسلامي بالتغيير القولي). وقد استوحى المشروع في هذا التوسع الهام في نظام التدليس الفقه الإسلامي، فضلا عما وصلت إليه أحكام القضاء في البلاد المختلفة.

وغني عن البيان ان الكذب في ذاته، ومجردا عن أي اعتبار اخر، لا ينهض دعامة كافية للتدليس المبطل للعقد، برغم ما فيه من قبح، وبرغم أن ديننا وأخلاقنا تأباه وتمقته وتحرمه. فقد تفشي الكذب اليوم، حتى وصل بنا إلي حد إلقاء الواجب علينا في أن نتحرز نحن منه. فإن لم نفعل. كنا مقصرين في حق أنفسنا، وما كان لنا أن نلجأ إلي القانون ليحمينا. إنما الكذب الذي يتدني إلي مرتبة التدليس هو ذاك الذي يأتي بمخالفة واجب خاص يملى على الشخص الاحجام عنه، غير مجرد الواجب الديني أو الأخلاقي. وهذا الواجب قد يأتي من القانون، أو من الاتفاق، كما هو الحال فيما يطلق عليه في الفقه الإسلامي (بيوع الأمانة) أو من طبيعة المعاملة ذاتها التي تقتضي الالتزام الصارم بالصدق والمصارحة، كما هو الحال على الأخص في شأن البيانات التي يقدمها المؤمن له في عقد التأمين، أو حتى من الثقة التي يكون من شأن ظروف الحال وما ينبغي أن يقوم عليه التعاقد من اعتبارات حسن النية، أن تجعل للمتعاقد المدلس عليه حقا في أن يضعها فيمن خدعه وغرر به .

وتملى المادة ١٥٣ شرطاً أساسيا لاعمال التدليس، يتمثل في وجوب أن يكون التدليس الموجه إلي المتعاقد، والذي دفعه بالفعل إلي التعاقد متصلا بالمتعاقد الآخر. وهو يعتبر كذلك بدهاة إذا كان المتعاقد الآخر هو الذي لجأ بذات نفسه إلي الحيلة، أو لجأ إليها نائبه. وهو الأمر الذي وقف عنده القانون المصري وغيره من القوانين العربية التي استوحته ومن بينها قانون التجارة الكويتي . وقد توسع المشروع في هذا

المجال، فاعتبر التدليس أيضا متصلا بالمتعاقد الآخر، إذا كان قد صدر من أحد أتباعه. والمقصود بالتابع هنا أي شخص تكون له صلة بالمتعاقد من شأنها أن تجعله يعمل لخدمته ولحسابه، ولو لم يكن تابعا بالمعني الدقيق لهذا الاصطلاح، كالولد أو الزوج الذي يلجأ إلي الاحتيال على شخص لكي يدفعه إلي التعاقد مع أبيه أو زوجه. واعتبر المشروع أيضا التدليس متصلا بالمتعاقد، إذا كان قد صدر ممن كلفه، الوساطة في إبرام الصفقة، فما دام هو قد لجأ إليه، طالبا وساطته، فمن العدل والمصلحة أن يتحمل نتيجة ما يلجأ إليه من الخديعة والغش. واعتبر المشروع التدليس متصلا بالمتعاقد الآخر، في النهاية، إذا كان قد صدر ممن يبرم التعاقد لمصلحته. وهو حكم عادل تقتضي الملائمة تقنينه، بعد أن ذاع وانتشر نظام الاشتراط لمصلحة الغير. وهو من بعد حكم استوحاه المشروع من أحكام القضاء .

فإذا وقع التدليس من الغير، فلا يعتبر متصلا بالمتعاقد الآخر، وبالتالي مخولا طلب الإبطال، إلا إذا كان هذا قد علم، عند إبرام العقد، بصدوره أو كان في استطاعته حينئذ أن يعلم به .

والغاية التي يتوخاها المشروع من تطلب أن يكون التدليس متصلاً بالمتعاقد الآخر، هي العمل على تقرير الأمن والاستقرار للتعامل، عن طريق عدم تعريض هذا المتعاقد للإبطال إلا إذا أمكن أن يعزي إليه ما يبرر تحمله نتيجةه.

وارتأى المشروع بالمادة ١٥٤ أن يستثني عقود التبرع من شروط اتصال التدليس بالمتعاقد الآخر، مكتفيا، لإمكان إبطالها، ان يجيء رضاء المتعاقد بها نتيجة التدليس، ودون اعتبار بعد ذلك لمن وجهت منه الحيلة، ولما إذا كان المتعاقد الآخر قد علم بها أم لم يعلم. وقد حدا به إلي تقرير هذا الحكم رغبته في أن يجيء التبرع، في جميع الحالات، عن إرادة بعيدة عن الغش والاحتيال والخديعة .

ويعرض المشروع في المادة ١٥٥ لحالة التدليس المتبادل وهي تلك التي يلجأ فيها كل من طرفي العقد إلي التدليس على الآخر، في صدد شأن من شؤون التعاقد ويجره بذلك إلي ارتضاءه، مقررا حرمان أي منهما من حق طلب إبطال العقد. فكل منهما قد دنسته حيلته وغشه. فليس له أن يتأذى من غش غريمه، إذا كان قد صدر منه نحوه ما يماثله.

وقد استوحى المشروع هذا الحكم من اعمال لجنة تنقيح القانون المدني الفرنسي المادة ١٦ من مشروع النصوص المتعلقة بالمصادر الإرادية للالتزامات (أعمال اللجنة لسنة ١٩٤٨/١٩٤٩/ص٧٠٦).

الإكراه :

أولى الفكر القانوني منذ القدم أهمية قصوى للإكراه. إلي جانب كونه عيباً يشوب الرضاء ويفسده فهو يقوم على العنف أو التهديد به .

وقد وجد نظام الإكراه، في الفقه الإسلامي، مكانا رحبا بارزا، واهتم به رجاله اهتماما كبيرا. بل لعل اهتمام فقهاء المسلمين بالإكراه يفوق إلي حد كبير الاهتمام الذي أولى إياه في ظل الشرائع الأخرى. بل انه يفوق اهتمامهم هم أنفسهم بغيره مما يدخل، في النظرة المعاصرة، في زمرة عيوب الرضاء .

وترجع الأهمية الكبرى لنظام الإكراه، في ظل الفقه الإسلامي إلي أن اعتناق الدين الإسلامي نفسه بني على الاختيار عند الفرد، فلا جبر فيه ولا قسر ولا إرغام. إذ أنه (لا إكراه في الدين). وكان طبيعيا أن تنعكس هذه القيمة السامية على المعاملات، ليتحتم أن تقوم على الرضاء الحر، بعيدة عن الضغط والإجبار. وتوخيا للوصول إلي هذه الغاية النبيلة، جاء القرآن الكريم يحارب الإكراه في العقود بقوله، عز شأنه ” يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل، إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ” وجاء الرسول الأمين يقول ” إن الله رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ”.

وإذا كان الفقه الإسلامي بكل مذاهبه قد عمد إلي محاربة الإكراه في العقود إلا أن أثره يتفاوت باختلاف تلك المذاهب فعند الشافعية الإكراه يبطل التصرف حيث قالوا إن عقد المكره يكون باطلا كعقد الصبي غير المميز والمجنون وتقول الجعفرية بحكم مماثل (كاشف الغطاء ج ٣ ص ١٥٣) وعند الحنفية وقع الاختلاف في حكم الإكراه فعقد المكره يقع موقوفاً على إجازته عند زفر ولكنه يقع فاسداً عند أبي حنيفة وصاحبيه أبي يوسف ومحمد وهو الرأي الراجح في المذهب. أما عند المالكية فالإكراه لا يمس إنعقاد العقد (كما تقول الشافعية والجعفرية) ولا يمس صحته الفساد (كما يقول الرأي السائد عند الحنفية) ولكن أثره يقتصر على أن يجعل منه عقدا غير لازم بمعني أن يثبت

للمكره خيار الفسخ وهو رأي يتفق مع ما يقول به الفكر القانوني المعاصر الذي تبناه المشروع .

وقد حرص المشروع في تنظيمه للإكراه أن يقف به عند حدوده التقليدية الموروثة اعتباراً بأنه يقوم على وسائل تهديدية توجه إلي المتعاقد بغرض حمله على ارتضاء العقد درءاً للأذى عنه أو عن غيره ممن يؤثر فيه إيذاؤهم وهي من بعد الحدود التي تكون الإطار الذي عرف بالإكراه في أصله عليه سواء في الفقه الإسلامي أم في الفكر القانوني المعاصر .

وترسم المادة ١٥٦ الإطار العام لنظام الإكراه من حيث قيامه وأثره فهي تقرر أن أساس قيام الإكراه يتركز في أن المتعاقد يرتضي التصرف تحت سلطان الرهبة أو الخوف فهو إذا كان يرتضي التصرف حقيقة إلا أن رضاه به لم يأت حراً وعن كامل اختيار وإنما جاء عن ضغط عليه وقسر وإجبار ورغبة منه في دفع الأذى الذي يتهدهه أو يتهدد غيره .

وينبغي لقيام الإكراه أن تكون الرهبة قد بعثت في نفس المتعاقد بفعل فاعل سواء أكان هو المتعاقد الآخر أو شخصاً آخر ممن يمكن أن يعزي عملهم إليه على نحو ما تقررته المادة ١٥٧ . فإن تولدت الرهبة بغير تدخل من أحد، كما إذا تولدت بفعل الظروف المحيطة بالشخص، أو تولدت بتأثير مجرد الإجلال الذي يستشعره نحو شخص آخر، فإن الإكراه لا يتواجد، وإنما قد يفتح المجال لإعمال عيب آخر من عيوب الرضاء، هو الاستغلال .

ويلزم أن تكون الرهبة قائمة حقيقية في نفس المتعاقد عند ارتضائه العقد . وهي تعتبر كذلك، إذا وجهت إليه وسائل ضغط وإكراه جعلته يستشعر الخوف من أذى جسيم يتهدهه، أو يتصور أنه يتهدهه، هو أو أحد من الغير، في النفس أو الجسم أو العرض أو الشرف أو المال أو أية قيمة أخرى من القيم العزيزة على النفس . فالعبرة هنا هي بحصول الرهبة بالفعل . ولا أهمية بعد ذلك للأداة التي أفلحت في توليدها في النفس . فلا أهمية لما إذا كان الخطر الذي يتهدد الشخص حقيقياً أو وهمياً، ما دام المكره قد استشعره بالفعل في ذات نفسه .

ولا تحديد للأشخاص الذين يعتبر تهديدنا بالحق الأذى بهم إكراها لنا بالنسبة إلي القرابة أو غيرها . ولم يشأ المشروع هنا أن يلجأ إلي مثل هذا التحديد . مخالفاً في ذلك ما

فعلته بعض القوانين، كالقانون الفرنسي، (المادة ١١١٣)، لما فيه من تحكم غير مقبول، فالمسألة مردها إلي أثر التهديد على نفس المتعاقد، من حيث توليد الرهبة أو عدم توليدها في نفسه. وقد يشعر الفرد منا بالحب والإعزاز نحو شخص لا يمت بصلة قربي، فيولد تهديده بإيذائه فادح الخوف، في حين أنه قد لا يهمه أمر أقرب الناس إليه، فلا يستشعر الخوف من أن يصيبه كبير الأذى .

والمعيار الذي يراعي في تحديد ما إذا كانت الرهبة قد قامت في نفس المتعاقد ام لم تقم، هو معيار شخصي أساسه المتعاقد المكره نفسه، فطالما أنه قد ثبت انه قد خاف بالفعل وأن الرهبة التي تولدت هي التي دفعته إلي التعاقد، فإن الإكراه يتوافر، بغض النظر عما إذا كان من شأن وسائل الإكراه التي وجهت إليه أن تبعث الرهبة في نفس غيره أم لا تبعثها. والناس يتفاوتون فيما من شأنه أن يبعث في أنفسهم الرهبة. بل ان من شأن الظروف المحيطة بهم أن تلعب في ذلك دورها. ولذلك وجب الاعتداد في تحديد قيام الرهبة في نفس المتعاقد ومدى أثرها عليه بظروفه الخاصة، كحالته من الذكورة أو الأنوثة، وسنه، وعلمه أو جهله، وصحته أو مرضه، وكذلك بكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر بدوره فيما يترتب من خوف في نفسه، ولو كان هذا الظرف غير متعلق بذات شخصه، كما إذا وقع التهديد عليه في مكان منعزل بعيد عن الناس .

ويلزم لقيام الإكراه، ان تكون الرهبة قد ولدت في نفس المتعاقد بغير وجه حق. فلا قيام للإكراه إذا بعث المتعاقد الرهبة في نفس غريمه بوسيلة يسمح بها القانون، ومن غير تجاوز للغرض الذي أباحها من أجله. وفي ذلك يتجاوب المشروع مع الفقه الإسلامي الذي يبشر بان الإكراه بحق، أو ما يطلق عليه تحت ظله ”الجبر الشرعي“ يقع غير مؤثر على العقد .

وإذا توافرت للإكراه شروط أعماله، أنتج أثره. ويتركز هذا الأثر في وقوع العقد قابلا للإبطال لمصلحة من جاء رضاؤه متعييا. وهو حكم، ان خالف السائد عند الشافعية والجعفرية، حيث يقع عقد المكره باطلا عندهم، وان خالف ما يقول به فقهاء الحنفية من وقوع عقد المكره موقوفا أو فاسدا على خلاف بينهم، فهو يتفق مع مذهب المالكية. حيث يقولون بوقوع عقد المكره منعقدا غير باطل، وصحيحا غير فاسد، وناظرا غير موقوف، ولكنه يكون غير لازم، حيث يثبت للمكره خيار الفسخ .

ويثبت حق طلب الإبطال للمكروه، سواء دفعه الإكراه إلي قبول التعاقد ذاته، أم اقتصر على حمله على قبول شروط أقسى وأشد وقرا مما كان يقبل بها من غيره، شأن الإكراه في ذلك شأن التدليس .

على أنه إذا اقتصر دور الإكراه على حمل المتعاقد على قبول شروط تبهظه، فإنه يترخص له، كما هو الحال في التدليس، ألا يتمسك بإبطال العقد، ويرجع على المتعاقد الآخر على أساس المسؤولية التقصيرية، إذا توافرت شروطها، بغية أن يدفع عن نفسه ما يهبط من شروط العقد، اعتباراً بأنه بذلك يصل إلي تعويض عيني للضرر الذي لحقه من جراء الإكراه .

ويتطلب المشروع، في المادة ١٥٧، أن يكون الإكراه، الذي تعيب به رضاء المتعاقد، قد جاء من المتعاقد الآخر، أو من نائبه، أو بفعل من يبرم العقد لمصلحته، شأن الإكراه في ذلك شأن التدليس .

وكما هو الحال في شأن التدليس، فإن المشروع يقصد بالتابع هنا كل من يعمل لحساب المتعاقد، حتى لو لم يكن تابعا له بالمعنى الصارم لهذا الإصطلاح، وحتى لو لم يكن ملتزما قانونا بان يعمل لمصلحته، بل أجرى ذلك تطوعا منه. فإذا وقع الإكراه من شخص من الغير، ما كان له تأثير على العقد، ما لم يكن المتعاقد الآخر، عند إبرام العقد، عالما بحصول الإكراه، أو كان من المفروض عليه حتما أن يعلم به. والمكروه بعد ذلك وشأنه مع من سلط عليه سيف التهديد.

والمشروع، إذ يجعل الإكراه الواقع من الغير غير مؤثر على العقد، لا يغفل عن أنه يؤدي، هو أيضا، إلى تعيب الرضاء. ولكنه راعي مصلحة المتعاقد الآخر. وهي مصلحة يراها جديرة بالرعاية إذ الفرض أن هذا المتعاقد كان بعيدا عن الإكراه لم يتصل به بسبب.

والمشروع، بتطلبه أن يكون الإكراه متصلا بالمتعاقد الآخر، وإن خالف الفكرة التقليدية التي تعمل الإكراه طالما كان هو الدافع إلى التعاقد، دون اعتبار بعد ذلك لمن يصدر عنه، فهو يتمشى مع الفكرة التي أخذت تسود في القانون المعاصر، والتي تدخل في اعتبارها وجوب توفير الأمن والاستقرار للمعاملات، كلما كان الطرف الآخر في العقد بمنأى عما شاب رضاء غريمه من عيب. ثم أنه يسوي بذلك في الحكم بين الإكراه والتدليس.

وقد استوحى المشروع حكم المادة ١٥٧ من القانون المصري وغيره من قوانين البلاد العربية الأخرى التي اتبعته، ومن بينها قانون التجارة الكويتي، وذلك بعد إجراء تعديلات في الصياغة اقتضتها الملائمة.

ويستثنى المشروع، في المادة ١٥٨، التبرعات من شرط اتصال الإكراه بالمتعاقد الآخر، كما فعل ذلك من قبل بالنسبة للغلط والتدليس. وقد قرر هذا الحكم، حرصاً منه على أن يجيء التبرع دوماً عن إرادة حرة مختارة، كما حرص من قبل على أن تجيء عن بينة من الأمر، لم يفسدها غلط، ولم يضللها تدليس.

الإستغلال:

تعرض المادة ١٥٩ لكيان نظام الاستغلال وللأثر المرتب عليه.

وهي تقييم الاستغلال على أمرين، يتمثل أولهما وسيلة يستهدف بها الوصول الى الثاني .

فالمادة ١٥٩ تتطلب، بادئ ذي بدء، إستغلال ناحية من نواحي الضعف في المتعاقد. ونواحي الضعف عديدة يذكر المشروع أهمها وأكثرها شيوعاً في حياة الناس وهو إذ يذكرها، لا يغفل عن أن بعضها يتداخل مع بعضها الآخر، بل حتى يمكن له أن يغني عنه. ولكنه أراد لنظام الاستغلال أن ينطلق، ليغطي جميع أوجه الضعف في الشخص، حينما يعتمد الغير إلى استغلالها فيه، وصولاً إلى الكسب المفرط المتجافي مع شرف التعامل، وبالتالي الكسب الحرام.

ومن نواحي الضعف التي يخصها المشروع بالذكر، الحاجة الملجئة، أو حالة الضرورة. ويقصد بها الحالة التي يرى الشخص فيها نفسه، لظروف معينة تحيط به، مضطراً إلى إبرام التصرف، تحت ضغط حاجة ملحة، تتمثل عادة في دفع خطر محقق بالنفس أو بالمال، وهي حالة لا تعدم الشيوخ في حياة الناس.

وقد عالجها القضاء في البلاد التي لم تأخذ بنظام الاستغلال على أساس الإكراه. وأولى بها أن ترتد في حكمها لنظام الاستغلال.

ويذكر المشروع أيضاً من نواحي الضعف التي يلجأ إلى استغلالها الطيش البين.

ويقصد به عدم الخبرة البالغ بأمر التعاقد والاستهانة الشديدة بعواقبه. كما يذكر الضعف الظاهر الذي قد يتمثل في قلة إدراك الشخص أو غبائه أو في الإفراط في طيبة قلبه، أو أي ضعف آخر يراه القاضي كافيا لقيام الاستغلال.

ويذكر المشروع كذلك من نواحي الضعف الإنساني التي يلجأ إلى استغلالها الهوى الجامح، وهو ذاك الذي يتمثل في الشعور العارم المملح العنيف نحو شخص أو نحو شيء، فهو لا يقوم على مجرد العطف أو المودة أو الحب المتزن.

ويذكر المشروع في النهاية السطوة الأدبية. ويقصد بها النفوذ الأدبي الذي يكون لشخص على آخر، ويبلغ تأثيره عليه من الكبر حدا بحيث يجعله ينقاد إليه، أما عن عقيدة في صواب رأيه، وإما خشية إغضابه، كما هو الشأن، على وجه الخصوص، في السطوة الأدبية التي قد تكون للأب على ابنه، أو للرئيس على مرؤوسه، أو للمعلم على تلميذه، أو لرجل الدين على الدين.

والأمر الثاني الذي تقيم المادة ١٥٩ الاستغلال عليه، هو التفاوت الباهظ الجسيم في الأخذ والعطاء، بحيث يتمثل العقد تنكرا ظاهرا لشرف التعامل ومقتضيات حسن النية. فنظام الاستغلال لا يتغيا قيام العقود على المساواة بين طرفيها في أخذ كل منهما وعطائه، بل هو لا يحارب مجرد عدم التناسب بين ذاك الأخذ وهذا العطاء، وإنما هو يحارب عدم التناسب الباهظ الصارخ بينهما. وقد عمدت كل التقنينات التي أخذت بنظام الاستغلال إلى إبراز هذا الجانب منه، وإن كان ذلك بعبارات مغايرة.

وقد حرص المشروع على أن يذكر أن عدم التناسب الذي يقوم الاستغلال عليه هو ذاك الذي يكون بين ما يلتزم ضحية الاستغلال بأدائه وبين ما يجره عليه العقد من نفع مادي أو أدبي. وقد قصد بذلك ألا يقتصر إعمال نظام الاستغلال على عقود المعاوضات، وليحدث أثره في عقود التبرع.

ويتركز أثر الاستغلال في أنه يترخص للقاضي، بناء على طلب ضحية الاستغلال، ووفقا للعدالة ومراعاة لظروف الحال، أن يقضي، إما بإنقاص التزاماته أو بالزيادة في التزامات الطرف الآخر، أو بإبطال العقد.

والمشروع، إذ يدخل ضمن الرخص الممنوحة للقاضي الزيادة في التزامات الطرف الآخر، يخالف بذلك أغلب التقنينات التي يقتصر أثر الاستغلال فيها، أما على بطلان،

العقد (القانون الألماني - المادة ١٣٨)، أو على جعل العقد قابلاً للإبطال (مدونة الالتزامات السويسرية - المادة ٢١) أو على ثبوت الرخصة للقاضي في إبطال العقد أو إنقاص التزامات الطرف المستغل. وقد قال بهذا الحكم الأخير مشروع القانون الفرنسي الإيطالي (المادة ٢٢)، ومنه انتقل إلى القانون المصري، ومن بعده إلى قوانين البلاد العربية الأخرى التي استوحته ومن بينها قانون التجارة الكويتي. والمشروع، إذ يرخص للقاضي إجراء الزيادة في التزامات الطرف الآخر، إلى جانب إبطال العقد وإنقاص التزامات الطرف المستغل، يتمشى مع الفكرة السائدة في نظام الغبن، سواء في الفقه الإسلامي أو في القانون المعاصر، والتي تقوم على الزيادة في التزام الطرف الغابن بما يرفع الغبن الفاحش عن الطرف المغبون، فضلاً عن أنه يتجاوب مع الأثر المترتب على أعمال نظرية الظروف الطارئة.

والزيادة في التزام الطرف الآخر قد يحكم بها القاضي، إما بناء على طلب ضحية الإستغلال، أو بناء على ذات طلبه هو، كدفع يعمد به إلى انقضاء إبطال العقد.

والمشروع في اعطائه للقاضي سلطة الزيادة في التزامات الطرف الآخر، قد استوحى القانون البولوني (المادة ٤٢).

وغني عن البيان أن الإستغلال، شأنه في ذلك شأن غيره من كافة عيوب الرضاء، لا ينتج أثره، إلا إذا كان هو الدافع إلى التعاقد، بحيث أنه لولاه لما أبرم العقد، أو لما أبرم على نحو ما أبرم عليه، وسواء بعد ذلك أن يكون الاستغلال قد وقع من المتعاقد الآخر، أم من شخص غيره يعمل لصالحه.

وأنت المادة ١٦٠ لتؤكد إمكان أعمال نظام الاستغلال في عقود التبرع، دفعا لأية شبهة. فلا يوجد أي مسوغ لقصر دائرة الاستغلال على المعاوضات. وإذا كانت ثمة شبهة قامت في الماضي حول هذا الأمر، فإن مردها إلى الاعتقاد بأن نظام الاستغلال لا يعدو أن يكون مجرد تطوير لنظام الغبن، وإلى أن هذا الأخير لا يسري في صدد التبرعات. فأياً ما كان وجه الحق في البنية المدعاة بين الاستغلال والغبن، فقد اكتملت لنظام الاستغلال ذاتيته، وأصبحت له دائرة أعماله الخاصة به، فضلاً عن شروطه وأثره. ولا يوجد ثمة ما يمنع من سريانه على التبرعات. بل أن التبرعات تتمثل الحقل الخصيب لأعماله، لا سيما بالنسبة إلى ما قام به على الهوى الجامح.

على أن أثر الاستغلال في عقود التبرع يختلف بالضرورة بعض الشيء عن أثره في المعاوضات. فهو يقتصر على الترخيص للقاضي، بناء على طلب المتبرع، ووفقا لظروف الحال، ومراعاة لمقتضيات العدالة والاعتبارات الإنسانية أن يبطل العقد أو أن ينقص القدر المتبرع به. وقد حرص المشروع أن يذكر الاعتبارات الإنسانية من بين الأمور التي يهتدي بها القاضي في حكمه، تقديرا منه أن بعضا من التبرعات التي تجيء وليدة الاستغلال، تستهدف غاية إنسانية جديرة بالرعاية كما إذا استغلت الزوجة الهوى الجامح الذي يستشعره زوجها نحوها، فتجعله يهب أولادهما الصغار من أمواله ما يلزم لتربيتهم. ففي مثل هذه الحالة، يستطيع القاضي أن يتمشى في حكمه مع ما تقتضيه المصلحة الإنسانية في تربية الصغار، في حدود اتساق هذه المصلحة مع مصلحة باقي الورثة والتوفيق بينهما.

وتعرض المادة ١٦١ للمدة التي ينبغي أن ترفع خلالها دعوى الاستغلال وإلا سقطت. وتحدد الفقرة الأولى هذه المدة بسنة واحدة، تبدأ من تاريخ إبرام العقد. وهذه المدة، وإن كانت قصيرة، إلا أنه تشفع لقصورها الرغبة في استقرار المعاملات. وهي على أية حال، المدة التي قدرتها أغلب القوانين ومن بينها قانون التجارة الكويتي (المادة ١٢٦/٢). وإذا كان المشروع قد قرر، الأصل العام لبدء سريان مدة السنة، محددًا إياه بوقت إبرام العقد، على نحو ما تقول به المدونات القانونية في أغلب الدول التي أخذت بنظام الاستغلال إلا أنه استحدث، في الفقرة الثانية، حكما مغايرا بالنسبة إلى دعاوى الاستغلال الذي يقوم على الهوى الجامح أو السطوة الأدبية، جاعلا بدء سريان مدة السنة، بالنسبة إليها، من تاريخ انقطاع أثر الهوى أو السطوة، على أن تسقط الدعوى على أيه حالة بمضي ١٥ سنة من تاريخ إبرام العقد.

وقد دعا المشروع إلى تقرير الحكم الذي استحدثه ما رآه من أنه، في العمل، يتعذر على من يبرم التصرف، تحت تأثير الهوى الجامح أو تحت تأثير السطوة الأدبية، أن يطعن فيه، طالما بقي أسيرا لهذه أو لذلك، ومن ثم لزم أن تبدأ فترة السنة من وقت تحرره منهما، وإلا ضاق مجال أعمال الاستغلال بصددهما إلى حد يتقارب مع العدم، سيما وأن مدة السنة تتمثل فترة بالغة القصر. والمشروع بهذا الحكم المستحدث يتفادى عيبا ظاهرا في التشريع الكويتي الحالي. وهو عيب لم يفك الفقه أن يستظهره.

الغبن:

عني المشروع بالغبن وعالجه في إطار نظرية عامة، من شأن أحكامها أن تسري على كافة العقود، ما لم يخص القانون البعض منها بحكم مغاير.

ويبدأ المشروع، في المادة ١٦٢، بوضع الأصل العام، ومؤداه أن الغبن بمجرد ذاته، ومن غير أن يأتي نتيجة عيب من عيوب الرضاء، المتمثلة في الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال لا يكون له تأثير على العقد، على أنه يورد على هذا الأصل العام تحفظين. يتعلق أولهما بالأحوال الخاصة التي ينص فيها القانون، في صدد عقد من العقود أو تصرف قانوني بوجه عام، على إعطاء الغبن أثرا معيناً يحدده. ويتعلق التحفظ الثاني بالعقود أيا ما كانت، إذا ترتب عنها غبن لأشخاص محددين بنوعياتهم، تبيينهم المادة ١٦٣.

والمشروع، إذ يقرر الأصل العام القاضي بأن الغبن بمجرد ذاته لا يكون له تأثير على العقد يتجاوب تماما مع الفقه الإسلامي ومع الفكر القانوني المعاصر على حد سواء.

ويأتي المشروع، في المادة ١٦٣، بتحفظ هام على الأصل العام الذي أورده في المادة ١٦٢، ومؤدى هذا التحفظ إعطاء أثر للغبن الذي يتضمنه العقد للدولة أو لغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة، ولجهة الوقف، ولعديمي الأهلية وناقصيها، شريطة أن يكون هذا الغبن فاحشا. ويتركز هذا الأثر في الترخيص للمغبون في أن يطلب من القاضي تعديل مقابل أدائه، وهو التزام الطرف الآخر، أو تعديل التزامه هو بما يرفع عنه، لا كل الغبن، وإنما فقط الفحش فيه.

وتحدد المادة ١٦٤، في فقرتها الثانية، الغبن الفاحش بما يزيد، عند إبرام العقد، على الخمس. والمشروع يريد بذلك قدرا موحداً لا يتغير بتغير محل الالتزام، أو بتغير المعقود عليه، كما يقول الفقه الإسلامي. والمشروع، إذ يتخالف، في هذا الصدد مع ما جاء به الفقه الإسلامي من التنويع في قدر الغبن الفاحش حسب طبيعة المعقود عليه، ذلك التنويع الذي كان له صداه في مجلة الأحكام العدلية، حيث جاءت المادة ١٦٤ منها تحدد الغبن الفاحش بنصف العشر في العروض، والعشر في الحيوانات، والخمس في العقارات، فهو يريد التبسيط من وجه، ويتوخى من وجه ثان، التمشي مع مقتضيات

العصر المتمثلة في اتساع وتنوع طبيعة المعقود عليه إلى حدود باتت لا تتناهى.

وتجيء المادة ١٦٣، في فقرتها الثالثة، لتقضي، بأنه لا يحول دون الطعن بالغبن، أن يكون العقد قد أجرى عن المغبون ممن ينوب عنه وفقا للقانون أو أذنت به المحكمة. ذلك لان النائب قد لا يبذل من العناية بمصلحة من يمثله القدر اللازم الذي تقتضيه مصلحته.

والمشروع، إذ يقرر حماية الدولة وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة وجهة الوقف وعديمي الأهلية وناقصيها، يتجاوب مع الفقه الإسلامي الذي حرص كل الحرص على مال اليتيم ومال بيت المال ومال الوقف. ومع ذلك فلم يشأ المشروع أن يصل في مدى الحماية إلى حد تقرير عدم صحة العقد كما تقضي المجلة (المادة ٣٥٦) أو الى بطلانه كما يقضي القانون العراقي (المادة ١٢٤ / ٢) مكتفيا برفع ما فحش من الغبن.

ويجىء المشروع في المادة ١٦٤، ويرخص لمن يتعاقد مع المغبون، الذي يطعن بالغبن، أن يتوقى زيادة عبء التزامه بما يرفع الغبن الفاحش، وذلك بمنحه الحق في طلب فسخ العقد. وقد راعى المشروع، في منح هذه الرخصة للمتعاقد مع المغبون، أنه من المحتمل أن يكون قد ارتضى العقد لمجيئه على نحو ما تم عليه، بحيث أنه ما كان ليرتضيه بالزيادة التي يراد له أن يتحملها على مدى التزامه. ثم أنه قد يكون في تحميله بهذه الزيادة ما يهظه. فإذا كان ذلك، فلا أقل من أن يترك له الخيار بين أن يتقبل الزيادة في مدة التزامه بما يرفع عن المغبون فحش الغبن، وبين أن يتحلل من العقد.

على أن المشروع يمنح رخصة توقي الزيادة في الالتزام عمن يكون قد تعاقد مع الدولة أو مع غيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة، تقديرا منه للمصلحة العامة التي قد تتأذى من فسخ العقد، والتي ينبغي على المصلحة الخاصة أن تنزوي أمامها.

ويورد المشروع، في المادة ١٦٥، استثناء على جواز الطعن على أساس الغبن للدولة ولغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة، ولعديمي الأهلية وناقصيها ولجهة الوقف. فهو يمنع هذا الطعن، إذا تم العقد بطريق المزايدة أو المناقصة على نحو ما يقضي به القانون، ووفقا للإجراءات التي يرسمها. وعلة هذا الاستثناء تتمثل في الرغبة في توفير الحصانة للعقود التي تبرم عن طريق المزايدات أو المناقصات القانونية، وما يترتب على ذلك من التشجيع على الدخول فيها. ثم ان في حصول التعاقد بالمزاد أو بالمناقصة على نحو

ما يقضي به القانون ووفقا للإجراءات التي يحددها الضمان الكافي لمن يريد القانون حمايتهم.

ويعرض المشروع، في المادة ١٦٦، للمدة التي ينبغي أن ترفع خلالها دعوى الغبن، إعمالا لحكم المادة ١٦٣. ويحدد هذه المدة بسنة واحدة. وهي نفس المدة التي حددها لدعوى الاستغلال. وتبدأ مدة السنة من وقت إبرام العقد، بالنسبة إلى الدولة أو غيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة ولجهة الوقف، ومن وقت اكتمال الأهلية أو الموت بالنسبة لعديمي الأهلية وناقصيها، على ألا تتجاوز المدة في أية حال ١٥ سنة من وقت إبرام العقد. فإن رفعت دعوى الغبن، بعد المدة القانونية تعين على القاضي الحكم بسقوطها.

٢- المحل :

المحل، اعتبارا بأنه الشيء الذي يلتزم المدين بعمله أو بالامتناع عن عمله يتمثل - في حقيقة الواقع - ركنا في الالتزام إذ أن محل العقد هو ذات الالتزامات التي يولدها.

ومع ذلك فقد درج الفكر القانوني، ليس فقها فحسب، بل تشريعا أيضا، على أن ينظر إلى الفعل الذي يلتزم المدين بعمله أو بالامتناع عن عمله، باعتباره محلا، لا للالتزام وحده، وإنما أيضا للعقد الذي ينشئه.

وهذه هي النظرة التي يرى المشروع أن يسايرها، وهو إذ يفعل، لا يعتمد فقط إلى عدم القطيعة مع تقليد استقر من قديم، ولكن أيضا لأنه يرى أن لتلك النظرة ما يبررها. فالعقد ينشئ الالتزام. فإن كان العمل الذي يلتزم المدين بفعله أو بالامتناع عن فعله، يتمثل محلا مباشرا للالتزام، فهو ينهض، في نفس الوقت، محلا للعقد الذي يولد هذا الالتزام، وإن كان ذلك بطريق غير مباشر.

ومن هنا ساغ أن ينظر إلى محل الالتزام باعتباره ركنا في العقد. وأيا ما كان الأمر، فإن الغاية من العقد هي انشاء الالتزام، فإذا تعذر عليه أن ينشئ الالتزام لأمر يخص محله، فإنه يكون غير ذي موضوع فيبطل بدوره.

ويعرض المشروع، في المادة ١٦٧، لأحد الشروط اللازم توافرها في محل الالتزام، وهو امكان أدائه. وهذا شرط تمليه طبيعة الأمور ذاتها. إذ أنه لا يتصور أن يلزم الشخص

بعمل المستحيل. ومن هنا كان الأصل العام القاضي بأنه لا التزام بمستحيل. فإن التزم المدين بما هو مستحيل بطل التزامه، وبطل العقد الذي أريد له أن ينشئه.

على أن الاستحالة التي تمنع من قيام العقد هي الاستحالة الموضوعية، أي استحالة محل الالتزام ذاته، أو استحالته من حيث هو، وليست الاستحالة الذاتية المتعلقة بالمدين نفسه. فإن كان محل الالتزام ممكنا في ذاته قام العقد، حتى لو كان المدين نفسه يستحيل عليه أن يؤديه، على أن تشغل مسؤوليته حينئذ عن عدم الوفاء بالالتزام، وفقا للقواعد القانونية العامة.

والاستحالة الموضوعية التي تؤدي إلى بطلان العقد هي تلك التي تكون قائمة عند إبرامه. فإن كان محل الالتزام ممكنا عند إبرام العقد، ولكنه أصبح مستحيلا في تاريخ لاحق، ما أثر ذلك في ذات انعقاد العقد، ولكن يكون له آثار قانونية أخرى، تختلف باختلاف الأحوال.

والمشروع يستوحي نص المادة ١٦٧ من نص المادة ١٣٠ من قانون التجارة الكويتي، الذي هو مستمد بدوره من المادة ١٣٢ مدني مصري، وذلك بعد أن أدخل المشروع تعديلا طفيفا في الصياغة، توخيا للإيضاح.

ويعرض المشروع، في المادة ١٦٨، للتعامل في الأشياء المستقبلية قاضيا بجوازه، كأصل عام.

فإذا كان يتوجب، لإمكان محل الالتزام، وبالتالي لقيام العقد، أن يكون الشيء الذي يتعلق به موجودا عند إبرام العقد، فإن ذلك لا يتحتم إلا إذا نظر إلى الشيء على اعتبار أنه قائم فعلا عندئذ. أما إذا نظر إلى الشيء على اعتبار أنه غير موجود الآن، ولكنه سوف يوجد بعد حين، فإن المحل يعتبر ممكنا، طالما أن وجود الشيء مستقبلا غير مستحيل استحالة موضوعية مطلقة. فالشيء الذي يتعلق به الالتزام، إما أن يكون موجودا بالفعل عند إبرام العقد، وإما أن يكون قابلا للوجود في تاريخ تال.

والمشروع، إذ يجيز، بحسب الأصل، التعامل في الأشياء المستقبلية، إنما يتجاوب مع ما تقتضيه المصلحة. وهو من بعد الحكم الذي تسايره كل التقنينات الحديثة في الدول المختلفة، ومن بينها دولة الكويت (المادة ١/١٣١) والمادة ٣٨٣ من قانون التجارة).

وإذا كان الفقه الإسلامي يرسى الأصل العام في عدم جواز التعامل في الأشياء المستقبلية، إلا أنه يورد على هذا الأصل استثناءات عديدة بحيث أنه يمكن أن يقال أنه بات لا يحرم هذا النوع من التعامل، إلا إذا اقترن بالشديد من الغرر. وهذا ما أراد المشروع أن يتمشى معه، حيث أورد على التعامل في الأشياء المستقبلية تحفظاً، قوامه منعه، حينما يكون وجود الشيء رهيناً بمحض الصدفة، اعتباراً منه بأن التعامل يكون عندئذ أقرب إلى المقامرة.

ويورد المشروع، في المادة ١٦٩، استثناء هاماً على مبدأ جواز التعامل في الأموال المستقبلية. فهو يحظر، بحسب الأصل، التعامل في التركات التي لما تفتح، لكون أصحابها لا زالوا على قيد الحياة.

والمشروع، إذ يحظر التعامل في التركات المستقبلية، يساير التقنيات الحديثة، سواء في بلادنا العربية أم الدول الراقية الأخرى. وقانون التجارة الكويتي بدوره يأخذ بالحظر (المادة ١٣١/٢).

والمشروع يحظر، بحسب الأصل، التعامل في التركات المستقبلية، أو الحقوق الاحتمالية الداخلة فيها، بغض النظر عن طبيعة التعامل أو نوعيته، دون اعتبار لشخص المتصرف أو المتصرف إليه. وقد حرص على أن يصرح ببطلان التصرف في التركات المستقبلية، ولو تم من المورث المحتمل نفسه، أو تم من غيره ووافق عليه هو وارتضاه. وهذا هو الحكم السائد في التشريع المعاصر. ولم يشذ عنه إلا القليل من التقنيات، كمدونة الالتزامات السويسرية (المادة ٦٣٦) وهو من بعد حكم تحتمه المصلحة. فالتعامل في التركات المستقبلية لا يتضمن فقط المضاربة على حياة المورث المحتمل. إذ أنه يقوم في العادة على استغلال المرابين حاجة الورثة الاحتماليين ونزقهم، فيسلبونهم حقوقهم المحتملة نظير مقابل بخس زهيد. وفضلاً عن ذلك فتصرف الشخص نفسه فيما عساه أن يخلفه عند موته من أموال يتعارض مع قواعد الميراث، زيادة على اتسامه بالغرر الشديد.

على أن المشروع، إذا كان يحظر التعامل في التركات المستقبلية، فقد حرص على أن يستثنى من هذا الحظر الحالات التي يسمح فيها القانون بهذا النوع من التعامل. وهو بهذا التحفظ يريد، على وجه الخصوص، أن يشير إلى الوصية، حيث أنها تقع جائزة في حدود ما يقضي به القانون.

وتورد المادة ١٧٠ قاعدة أساسية هامة مؤداها جواز التعاقد في شأن مال الغير أو فعله. فلا يوجد ثمة ما يمنع من أن يتعاقد الشخص بشأن شيء يملكه غيره، كما إذا باعه أو أجره أو رهنه. كما أنه لا يوجد ثمة ما يمنع من أن يتعاقد شخص مع آخر في شأن فعل يراد لثالث أن يؤديه. وقد درج الفكر القانوني على أن يطلق على هذا النوع الأخير من التعامل: التعهد عن الغير.

وإذا كان التعهد عن الغير، قد لقي من الفكر القانوني القبول في سهولة ويسر، فقد لقي، على النقيض من ذلك التصرف في مال الغير جدلا بالغ العنف، واختلف بصدده الحكم من النقيض إلى النقيض، اختلف بين البطلان والصحة، مروراً بالقابلية للإبطال. بل إن عنف الخلاف لم يقف عند الحكم على التصرف في مال الغير بوجه عام، بل إنه امتد أيضاً إلى نوعية التصرف ذاتها، بحيث لم يسلم الأمر من أن يعطي بيع ملك الغير حكماً يتغير مع إجراؤه أو مع رهنه.

وقد حرص المشروع على أن يحسم الخلاف العتيد الذي ثار حول التصرف في ملك الغير، قاضياً بجوازه، ما لم ينص القانون، في حالة خاصة، على بطلانه. وهو - إذ يفعل - يتمشى مع القواعد القانونية العامة، التي لا يوجد أدنى مبرر للتضحية بها. فالالتزام الذي يتعلق بمال الغير، لا يكون مستحيلاً استحالة موضوعية. فالاستحالة - إن قامت - لا تعدو أن تكون استحالة ذاتية، متعلقة بالمدين نفسه.

ولا تخفى أهمية الحكم الذي تتضمنه المادة ١٧٠. فإلى جانب كونه يحسم الخلاف العتيد حول حكم التصرف في مال الغير، فإنه يوجد الحكم في صدد التصرفات المختلفة الطبيعية، بعد أن تغاير الحكم في شأنها في الفكر القانوني المعاصر. فكل تصرف يرد على مال الغير يقع صحيحاً، بغض النظر عن طبيعته، يباعا كان أم يجاراً أم غيرهما، وذلك، بطبيعة الحال، ما لم يقض القانون، بصدد عقد معين، ببطلان التصرف.

على أنه إذا وقع التعاقد في شأن مال الغير أو فعله صحيحاً، فإنه لا يترتب عنه أي التزام على هذا الغير، ما لم يقره. وهذا أمر بين الظهور، يقتضيه أعمال القاعدة الأساسية التي تقضي بأن العقود لا تنفع الغير ولا تضرهم، ومع ذلك فقد حرص المشروع أن يصرح به، دفعا لاية مظنة. وإذا لم يستطع المدين، الذي التزم بصدد مال الغير أو فعله، أن يوفى بالتزامه، تحمل هو بالمسئولية، وفقاً لما يقضي به القانون.

وقد استوحى المشروع حكم المادة ١٧٠ من المادة ٢/٣٨. من مشروع تنقيح القانون الفرنسي (مجموعة أعمال لجنة التنقيح لعام ١٩٤٨/١٩٤٩).

وتعرض المادة ١٧١ لتعيين محل الالتزام. وترسي الفقرة الأولى القاعدة العامة في هذا الصدد، حيث تقضي بوجود أن يكون محل الالتزام معينا تعيينا دقيقا نافيا للجهالة الفاحشة، وإلا وقع العقد باطلا.

وكيفية تعيين محل الالتزام تختلف بالضرورة باختلاف طبيعته وباختلاف الظروف التي تحيط بالتعاقد - والمسألة مردها في النهاية لتقدير قاضي الموضوع. فهي مسألة واقع. على أنه لا يتحتم، بطبيعة الحال أن يحصل تحديد محل الالتزام بطريق مباشر. فيكفي أن يتضمن العقد أساسا لتحديده، ما دام هذا الأساس سليما.

وإذا تعلق الالتزام بشيء، فإن تحديد محله يقتضي بالضرورة تحديد هذا الشيء تحديدا كافيا. وتختلف طريقة التحديد هنا باختلاف ما إذا ورد التعاقد في شأن شيء محدد بذاته أو محدد بنوعه. فإن كانت الحالة الأولى، لزم أن يتعين الشيء نفسه، تعيينا يبرز ذاتيته ويحول بالتالي دون الخلط بينه وبين غيره. وإن كانت الحالة الثانية، توجب أن يتحدد الشيء بنوعه ومقداره ودرجة جودته. على أن المشروع آثر هنا أن لا يجعل لعدم تحديد درجة الجودة نفس الجزء المترتب على عدم تحديد النوع أو المقدار، وهو بطلان العقد فجاءت الفقرة الثانية تقضي، في عجزها، بأنه إذا لم تذكر في العقد درجة الجودة، ولم يتيسر للقاضي أن يستخلصها من ظروف الحال، فإن العقد لا يبطل، ويلتزم المدين بأن يقدم شيئا من صنف متوسط. وقد حدا بالمشروع إلى تقدير هذا الحكم رغبته في عدم إهدار العقد بسبب أمر يمكن حسمه على نحو يوفق بين مصلحة الطرفين، سيما وأنه يغلب أن يتفق مع قصدهما المشترك.

وحكم المادة ١٧١ متفق مع غالبية التقنيات الحديثة، فضلا عن مسيرته للفقهاء الإسلامي. وهو مستوحى من نص المادة ١٢٧ من قانون التجارة الكويتي ومن نص المادة ١٣٣ مصري، مع تعديلات جوهرية في الصياغة، توخيا للدقة والانضباط.

وتعرض المادة ١٧٢ لمشروعية المحل، قاضية بوجود أن يكون غير مخالف للقانون ولا للنظام العام ولا لحسن الآداب في الدولة. والحكم الذي تتضمنه ظاهر. وهو مستمد من المادة ١٢٩ من قانون التجارة الكويتي، الذي هو مستمد بدوره من المادة ١٣٥ مصري.

وتعرض المادتان ١٧٣ و ١٧٤ لنوع معين من الالتزامات، هو أكثرها شيوعاً في العمل إلى حد بالغ ساحق، وهو الالتزام بدفع مبلغ من النقود.

وتقضي المادة ١٧٣ في صدره، بوجوب أن يتحدد التزام المدين بذات القدر المحدد في العقد، دون أن يكون لتغيير قيمة النقود، ارتفاعاً أو انخفاضاً، أي أثر. وقد حرص المشروع على أن يصرح ببطلان أي اتفاق على خلاف هذا الحكم، حرصاً منه على دفع أية مظنة في أمر يمس الثقة في النقد، التي هي من صميم النظام العام في الدولة.

وتجيء المادة ١٧٤، في فقرتها الأولى، وتقرر مبدأ حصول الوفاء بالالتزام بدفع مبلغ من النقود بالعملة الكويتية. ثم تأتي الفقرة الثانية من هذه المادة فتجيز الاتفاق على أن يكون الوفاء بالعملة الأجنبية. وهكذا فإن جاء العقد خلواً من تحديد العملة التي يقع بها الوفاء بالالتزام كان من اللازم أدائه بالعملة الكويتية أما إذا تضمن العقد شرطاً صريحاً بوفاء الالتزام بعملة أجنبية معينة، لزم الوفاء بها، وذلك في المعاملات الداخلية والخارجية على حد سواء.

وقد جوّز المشروع الاتفاق على الوفاء بالعملة الأجنبية، حتى لو حصل ذلك في المعاملات الداخلية، استشعاراً منه بما يتمتع به النقد الكويتي من بالغ القوة، بحيث لا يقلل من مكائنه أو يضعف الثقة فيه أن يتفق على أن يكون الوفاء بغيره.

وتتناول المادة ١٧٥، في فقرتها الأولى، الشروط التي يمكن للعقد أن يتضمنها. وترسي في ذلك أصلاً عاماً مؤداه إمكان أن يشتمل العقد على أي شرط يرتضيه المتعاقدان. طالما أنه غير ممنوع قانوناً، وغير مخالف للنظام العام وحسن الآداب. وسواء بعد ذلك أن يكون الشرط من مقتضيات العقد أو من ملائماته أو أن يكون فيه نفع لأحد العاقدين أو لشخص من الغير.

وقد حرص المشروع على أن يقرر هذا الحكم، على غرار ما فعله قانون التجارة الكويتي (المادة ١٣٢)، ومن قبله القانون المدني العراقي (المادة ١٣١)، ومن بعده القانون المدني الأردني (المادة ١٦٤)، برغم أنه قد يبدو أقرب إلى البدهية في الفكر القانوني المعاصر. وقد حدا بالمشروع إلى ذلك رغبته، من وجه، في حسم أمر احتدم حوله الخلاف في الفقه الإسلامي، ولدفع أية مظنة في شأنه، من وجه آخر.

وتعرض المادة ١٧٥، في فقرتها الثانية، للجزاء المترتب على عدم مشروعية الشرط، اما لأنه ممنوع قانونا، أو لأنه مخالف للنظام العام أو لحسن الآداب. ويتمثل هذا الجزاء، كأصل عام في وقوع الشرط لغوا، حيث أنه يبطل، دون أن ينعكس بطلانه على العقد ذاته، فلا يمس صحته، فالشرط هنا، يقع فاسدا غير مفسد.

وإذا كان الشرط غير المشروع يلغي، دون أن يترتب عليه بطلان العقد، إلا أن من شأنه أن يؤدي الى هذا البطلان، إذا أثبت المتعاقد أنه ارتضى العقد على أساسه، وأنه ما كان ليرتضيه بغيره. ففي مثل هذه الحالة، يقع الشرط فاسدا مفسدا في آن معا. وهذا الحكم لا يعدو أن يكون تطبيقا تشريعا لنظرية السبب، باعتباره ركنا لازما لقيام العقد.

٣- السبب:

أثر المشروع أن يتمسك بالسبب كركن لازم لقيام العقد، إلى جانب الرضاء والمحل، ناهجا في ذلك نهج التشريعات اللاتينية النزعة، وحاذيا حذو قانون التجارة الكويتي وغيره من قوانين أغلب البلاد العربية الأخرى. وهو إذ يفعل لا يقصر السبب على الغرض المباشر الأول، وإنما يدخل فيه الباعث المستحث الدافع، شريطة أن يكون ملحوظا في التعاقد، بأن يعلم التعاقد الآخر به، أو يكون من المفروض عليه أن يعلم به.

والمشروع، إذ يجعل من السبب في وجوده ومشروعيته، أمرا لازما لا يقوم العقد بغيره، يستهدف، تحقيق العدالة في العقود، من وجه، واضفاء المشروعية والفضلية على العقود من وجه آخر. وهو بذلك يساير الأغلبية الكبرى من قوانين البلاد المتحضرة عامة، والبلاد العربية منها خاصة. ثم أنه يتجاوب تماما مع هدف الشريعة الإسلامية الغراء في اضاء مبدأ العدالة في العقود، من وجه، ومنع العقود، من وجه آخر، من أن تتخذ وسيلة لمخالفة صالح المجتمع وتنكب طريق الفضلية والخلق الجميل.

وترسي المادة ١٧٦، في فقرتها الأولى، أصلا من أصول العقد، وهو وجوب أن يستند التزام المتعاقد إلى سبب، وأن يكون هذا السبب مشروعاً، وإلا فإن العقد يفتقد ركنا من الأركان التي ينبغي له أن يقوم عليها، فيبطل.

وقد حرص المشروع، في صياغة الفقرة الأولى من المادة ١٧٦، على أن ينص على بطلان العقد، إذا التزم المتعاقد دون سبب، أو لسبب غير مشروع، مستوحيا في ذلك

صياغة المادة ١٣٢ من القانون العراقي. وهو قد أراد بذلك أن يتجنب صياغة أغلب قوانين البلاد المختلفة التي يلحق بعضها السبب بالالتزام، وبعضها الآخر بالعقد. وبعضها الثالث بالاثنتين معا. فكون السبب ركنا في العقد. أو في الالتزام، أو فيهما معا، أو حتى في غيرهما (في الإرادة)، أمر فقهي ومن ثم كان خليقا به أن يترك للاجتهاد دون ما تقييد من الشارع.

وتأتي الفقرة الثانية من المادة ١٧٦ لتنص على أنه يعتد، في تحديد مضمون السبب، بالباعث المستحث الدافع إلى التعاقد، إذا كان المتعاقد الآخر يعلمه أو كان من المفروض عليه أن يعلمه. فالسبب لا يقتصر على الغرض المباشر الأول الذي يسعى المتعاقد إلى تحقيقه من وراء ارتضائه التحمل بالالتزام وإنما يشمل أيضا الباعث المستحث الدافع، إذا كان ملحوظا في العقد، بأن كان المتعاقد الآخر يعلمه أو كان مفروضا فيه أن يعلمه. والقصد من اشتراط علم المتعاقد الآخر بالباعث الدافع، هو ما يقتضيه استقرار المعاملات من عدم تعريضه لأثر البطلان إذا كان بعيدا بالكلية عنه، وهو من بعد أمر شخص يتعلق بصاحبه.

وإذا كان قد وجد، في الفكر القانوني، اتجاه إلى استلزام مساهمة المتعاقدين كليهما في العمل على تحقيق الباعث الدافع للاعتداد به، فإن هذا الفكر لم يسد، واكتفى، من المتعاقد الآخر، بمجرد العلم أو امكان حصوله. وهو الحكم الذي ارتأى المشروع أن يتبناه. ومن وجه آخر، تواجد في الفكر القانوني نظر ساد في الفقه يرى قصر استلزام العلم بالباعث الدافع على عقود المعاوضات، دون عقود التبرع. وهو نظر لم يسد في القضاء. وقد ارتأى المشروع بدوره ألا يسايره. وعلى اية حال، فليس للجدل حول هذا الأمر كبير أهمية من الناحية العملية. إذ أنه يندر، في واقع حياتنا، أن يكون المتبرع له بعيدا عن الباعث الذي يدفع المتبرع إلى أن يتبرع له، والوصف الذي يتسم به، خيرا كان أم شرا جميلا كان أم نكرا.

وتعرض المادة ١٧٧ والمادة ١٧٨ لاثبات السبب، من حيث وجوده ومشروعيته على حد سواء.

فالمادة ١٧٧، تقرر قرينة قانونية بسيطة مؤداها أن التزام المتعاقد يقوم على سبب، وأن هذا السبب مشروع، ولو لم يذكر هذا السبب في العقد.

وتتناول المادة ١٧٨ الحالة التي يذكر فيها السبب في العقد. وتقييم، في فقرتها الأولى، قرينة على أنه السبب الحقيقي. وهي بدورها قرينة بسيطة، يجوز دحضها باثبات الصورية.

وتعرض المادة ١٧٨، في فقرتها الثانية، للحالة التي تثبت فيها صورية السبب، لتلقي على من يدعى أن لالتزام المتعاقد سببا آخر مشروعاً عبء إقامة الدليل على صحة ما يدعيه.

ثانيا : بطلان العقد:

البطلان جزاء اختلال تكوين العقد. وهو نظام قانوني مؤداه اعتبار أن العقد أو التصرف القانوني بوجه عام لم يقم أصلا. فمن شأن البطلان أن يعدم العقد. وهو يعدمه بأثر رجعي يستند الى تاريخ إبرامه. والبطلان في ذاته ومن حيث هو، واحد لا يتشكل ولا يتنوع. لأنه عدم، والعدم - وإن أمكن لأسبابه أن تتعدد بل وتتخالف وتتغير - إلا أنه من حيث ذات ماهيته واحد.

ولكن البطلان يختلف من حيث الوقت الذي يلحق فيه العقد. فهناك نوع منه يلحق العقد منذ إبرامه. فهو يجعل العقد يولد ميتا، أو بالأحرى هو يحول أصلا دون ميلاده. وهناك نوع آخر من البطلان لا يلحق العقد إلا بعد إبرامه بفترة من الزمن، قد تطول بعض الشيء وقد تقصر. وهو ان لحقه، فلا يكون ذلك على سبيل اللزوم والحتم، وإنما لاعمال رخصة يعطيها القانون لمن يريد حمايته من المتعاقدين ان أراد هذا أن يباشرها.

وقد جرى الفكر القانوني التقليدي، منذ عهد الرومان إلى الآن، على أن يخلع على النوع الأول من البطلان اصطلاح "البطلان المطلق"، في حين أنه يخلع على النوع الثاني اصطلاح "البطلان النسبي". وتلك التسمية معيبة، بالنسبة إلى نوعي البطلان على حد سواء. فعبارة "البطلان المطلق" تثير في الذهن أن هناك تفاوتاً في درجات البطلان. في حين أن البطلان في ذاته، عدم وليس للعدم درجات يتراوح بينها. ثم ان العقد الذي يخلع عليه وصف "البطلان النسبي" ليس بباطل ما لم يبطل. فهو عقد قائم ومنتج آثاره، ويظل كذلك إلى أن يقضي بابطاله.

من هنا كانت التسمية التقليدية لنوعي البطلان بعيدة عن التوفيق. ولعل الفضل يرجع

إلى القانون المصري، حيث كان سابقا إلى نبذها، مضفيا على ما يطلق عليه العقد الباطل بطلانا مطلقا اسم "العقد الباطل"، من غير نعت ولا تخصيص، وعلى ما يوصف بالعقد الباطل بطلانا نسبيا، اسم "العقد القابل للإبطال". وقد أخذتها عن القانون المصري كافة القوانين العربية الأخرى التي استوحته، ومن بينها قانون التجارة الكويتي. ولا يسع المشروع إلا أن يأخذ بها بدوره.

١ - العقد القابل للإبطال:

وترسي المادة ١٧٩ الأساس الذي يقوم عليه نظام العقد القابل للإبطال، قاضية بأن ذاك الأساس يتمثل في أن العقد القابل للإبطال ينعقد وينتج آثاره، ويظل كذلك ما لم يقض بإبطاله. فإذا قضى بإبطاله صار عدما، واعتبر كذلك من وقت إبرامه، فالعقد القابل للإبطال هو عقد توافرت له كل أركانه. فلا يوجد بالتالي ثمة ما يحول دون انعقاده وإنتاج آثاره. كل ما في الأمر أن خللا أصاب منه أحد أركانه، هو ركن الرضاء. وهذا الخلل ليس من الجسامة بحيث يؤدي بذاته وبمجرده إلى انهيار العقد. ولكن من شأنه أن يخول للمتعاقد، الذي يريد القانون حمايته منه، الرخصة في إهدار العقد.

وحكم المادة ١٧٩ أمر مسلم. وقد أثر المشروع مع ذلك أن ينص عليه. لأنه يتمثل لب نظام العقد القابل للإبطال وأساسه.

وتعرض المادة ١٨٠ لإبطال العقد القابل للإبطال، وهو مصير من بين اثنين، لا بد لهذا العقد أن يلقي أحدهما. فهو إما أن يعمل فيه سيف الإبطال، فيبطل، واما أن يزول عنه عيبه الذي كان الإبطال يتهدهه بسببه، فيرتفع عنه سيف الإبطال الذي كان يتهدهه، فتتدعم صحته، ويدخل في زمرة العقود تامة السلامة.

والمادة ١٨٠، إذ تعرض للإبطال، كمصير قد يلقيه العقد القابل له، تمنع، في فقرتها الأولى، المحكمة من أن تقضي به بغير أن يطلبه منها المتعاقد الذي قرره القانون لصالحه وحماية له.

وتجاء المادة ١٨٠، في فقرتها الثانية، قاضية بأنه إذا قام سبب الإبطال، وتمسك به من تقرر لصالحه، تعين على المحكمة القضاء به، ما لم يسمح لها القانون بغيره. كما هو الشأن في الاستغلال (المادة ١٥٩ من المشروع)، فإبطال العقد لا يدخل، كأصل عام،

في رحاب سلطة القاضي التقديرية.

ويعرض المشروع، في المادة ١٨١، لاجازة العقد القابل للإبطال قاضيا بأنها تطهره من العيب الذي انتابه، وقصد بها تطهيره منه، طالما أنها صدرت ممن له الحق في اجرائها، وهو المتعاقد الذي يقرر القانون وقوع العقد قابلا للإبطال لمصلحته، وشريطة أن تكون صحيحة في ذاتها، باعتبارها تصرفا قانونيا، وأن تجيء من صاحبها على بينة من العيب الذي يراد بها تطهير العقد منه.

والاجازة لا تعدو ان تكون نزولا عن حق التمسك ببطلان العقد ممن يملكه. وهي تصرف قانوني يمكن له أن يصدر من جانب واحد، هو المتعاقد الذي يقرر القانون الإبطال لصالحه. فهي تقع صحيحة دون لزوم صدور الموافقة عليها من المتعاقد الآخر.

والإجازة قد تكون صريحة. كما أنها يمكن لها أن تكون ضمنية بأن يستدل عليها من ظروف الحال، شريطة أن يكون هذا الاستدلال قاطعا في إفادته قصد المتعاقد تطهير العقد من العيب الذي شابه، والنزول بالتالي عن حق طلب الإبطال بسببه. فالنزول عن الحق لا يفترض، ولا يتوسع في الأخذ بما يدل عليه.

وقد حرص المشروع على أن ينص على أن الإجازة تطهر العقد من العيب الذي انصبت عليه. إذ قد يكون العقد مشوبا بأكثر من عيب، وقابلا للإبطال بسببها جميعا، فتصدر الإجازة بالنسبة لعيب منها، فلا يتطهر إلا منه وحده، ويبقى قابلا للإبطال بسبب غيره، مما لم ترد الإجازة في شأنه بدوره.

وغني عن البيان أن اجازة العقد القابل للإبطال، وان كان من شأنها ان تدعم صحته بازالة الحق في طلب ابطاله، الا انها لا ترفع اصل العيب الذي انتاب العقد عدم مشروعيته، ان كان متصفا بها، كما هو الشأن بالنسبة إلى الإكراه والتدليس، ولا تحول بالتالي دون امكان الرجوع على أساس المسؤولية التقصيرية، إذا توافرت مقوماتها، وذلك ما لم يتضح غيره من قصد المتعاقد الذي صدرت منه الإجازة.

ولم يشأ المشروع ان يساير التقنيات في الدول المختلفة، ومن بينها التقنين المصري وغيره من تقنيات الدول العربية الأخرى التي استوحته - وقانون التجارة الكويتي من زمرتها - في النص على أن أثر الاجازة يستند إلى التاريخ الذي يتم فيه العقد، دون إخلال

بحقوق الغير. إذ أن هذا الحكم، وان أمكن أن يكون له ما يبرره في صدد اجازة العقد الموقوف وفق ما يقضي به الفقه الإسلامي، وفي صدد العقد غير النافذ في حق شخص معين، والذي يحصل منه إقراره، تحت ظل القانون المعاصر، إلا أنه يقع خالياً من أي مضمون بالنسبة إلى اجازة العقد القابل للإبطال. فهذا العقد ينعقد، ويقوم صحيحاً منتجاً آثاره، من تاريخ إبرامه، كل ما هنالك ان الإبطال يتهدده. فإذا جاءت الاجازة رفعت عنه خطر الإبطال. وهي لا ترفعه بالضرورة إلا للمستقبل. أما بالنسبة إلى الماضي، فلا حاجة للعقد إليها. إذ أنه كان صحيحاً منتجاً آثاره قبلها. ومن ثم فهي لا تضيف إليه جديداً في هذه الفترة.

والعقد القابل للإبطال عقد مجهل المصير فقد يستمر قائماً منتجاً آثاره. وقد ينقضي ويزول بأثر رجعي يستند إلى تاريخ إبرامه. ومن ثم فهو عقد حائر قلق. ومن شأن ذلك عدم الاستقرار والاضطراب في صده، وفي صدد العقود الأخرى التي تترتب عليه، فيضار بذلك المتعاقد الذي يثبت الإبطال اضراراً به، كما يضر غيره من الأشخاص الذين يتلقون الحق عنه، أو يريدون أن يتلقوه منه.

من أجل ذلك أراد المشروع، بالحكم الذي أورده في المادة ١٨٢، أن يتيح لكل ذي مصلحة، سواء أكان هو المتعاقد الآخر أم غيره، وسيلة تمكنه من التعرف على قصد المتعاقد الذي يترخص له في ابطال العقد أو اجازته حتى يدبر أمره على ضوئه. وتتمثل هذه الوسيلة في القيام باعذار من له حق طلب الإبطال بوجوب ابداء رغبته بالتمسك بهذا الحق أو تركه، وذلك خلال مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر، ومن غير أن يكون لهذا الاعذار أي اثر بالنسبة إلى المدة المقررة لسقوط الحق في الإبطال على نحو ما تقرره المادة ١٨٣ من المشروع فإذا لم يبد صاحب الحق في طلب الإبطال رغبته في التمسك بحقه هذا، خلال ميعاد الاعذار، اعتبر سكوته عن الرد بمثابة اجازة للعقد.

على انه لا يعتد بالاعذار الموجه إلى من له حق طلب الإبطال بسبب الغلط أو التدليس إلا بعد تكشفهما، مع ملاحظة أن الإعذار نفسه قد يكون السبيل إلى هذا الكشف، فتبدأ فترة ابداء الرغبة في ابطال العقد أو اجازته، حتى في هذه الحالة، من وقت توجيه الاعذار ولا يعتد بالاعذار، في حالة الإكراه، إلا إذا كان قد وجه بعد انقطاعه. كما انه لا يعتد بالاعذار الذي يوجه إلى ناقص الأهلية نفسه، ما لم يكن قد زال عنه النقص في أهليته.

وحكم المادة ١٨٢ قد يتمثل تجديداً، بالنسبة إلى التقنينات الرسمية في الدول المختلفة. وهو حكم تقتضيه المصلحة. وقد استوحاه المشروع من أعمال لجنة تنقيح القانون المدني الفرنسي (المادة ٨ من المشروع الابتدائي للنصوص الخاصة ببطلان التصرفات القانونية، اعمال لجنة تنقيح القانون المدني الفرنسي لعام ١٩٤٦/١٩٤٧).

هذا والعقد القابل للإبطال، كما يزول بالاجازة عيبه الذي يقع مهدداً بالابطال بسببه، يزول عنه هذا العيب أيضاً بالتقادم أو بمرور الزمان. فالحق في طلب ابطال العقد لا يثبت لصاحبه إلا إلى أجل محدد، حتى إذا ما انقضى هذا الاجل دون مباشرة ذلك الحق. سقط حق الابطال وزال، وتدعمت بالتالي صحة العقد وتأييدت.

والحكمة من تقرير سقوط حق طلب الابطال بمرور الزمان هو الرغبة في عدم ترك العقد القابل للابطال مجهل المصير إلى وقت بالغ الطول، استقراراً للمعاملات. ثم أن عدم تمسك المتعاقد بحقه في الابطال، بعد ان يتبينه، خلال الفترة التي يحددها القانون، يمكن أن تعتبر منه قبولا للعقد، وبالتالي اجازة اياه.

وقد تغيرت القوانين، في البلاد المختلفة، في شأن المدة التي تحدها لسقوط الحق في طلب ابطال العقد. فهذه المدة تتراوح، في ظل التقنينات المختلفة، بين سنة وعشر.

وقد ارتأى المشروع ان يبقى على ما ذهب إليه قانون التجارة الكويتي الحالي، فحدد مثله، في الفقرة الأولى، مدة سقوط حق الابطال بثلاث سنوات، تبدأ من وقت زوال سبب الابطال.

وقد حرص المشروع على أن يتحفظ، في شأن تحديد مدة سقوط الحق في الابطال بمرور الزمان، مقرراً اعمال هذا الحكم، ما لم يقض القانون بخلافه. فقد يحدد القانون مدى أخرى، كما هو الشأن بالنسبة الى الابطال على أساس الاستغلال (المادة ١٦١ من المشروع).

وإذ تقرر المادة ١٨٣، في فقرتها الأولى، سقوط الحق في طلب ابطال العقد، إذا لم يتمسك به صاحبه، خلال ثلاث سنوات، فإن من شأن ذلك ان يمتنع، بفوات تلك المدة، التمسك بالابطال عن طريق الدعوى وعن طريق الدفع كليهما.

وتحدد الفقرة الثانية من المادة ١٨٣ بدء سريان مدة سقوط الحق في طلب الابطال،

في حالة نقص الأهلية من يوم اكتمالها، وفي حالة الغلط أو التدليس من يوم انكشافه، وفي حالة الإكراه من يوم زواله. وهو نفس الحكم الذي تقرره التقنينات في الدول المختلفة، ومن بينها قانون التجارة الكويتي الحالي.

وتأتي الفقرة الثالثة من المادة ١٨٣ فتضع حداً أقصى للتمسك بإبطال العقد في جميع الحالات، محددة إياه بخمس عشرة سنة من تاريخ ابطال العقد. وهكذا يجوز التمسك بإبطال العقد خلال ثلاث سنوات، يبدأ سريانها على نحو ما تقرره الفقرتان الأولى والثانية، أو خلال خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد، أي المدتين تنقضي أولاً.

٢- العقد الباطل :

أما العقد الباطل فإنه عدم. ومن ثم فهو لا ينتج بذاته اثراً ما وهو الحكم الذي تقرره المادة ١٨٤ وكذلك يجوز لكل ذي مصلحة، سواء أكان أحد المتعاقدين أو من الغير، أن يتمسك بالبطلان. فمن يتمسك بالبطلان لا يفعل أكثر من أن يطلب أن يعمل، في مواجهته، بالأمر الواقع، وهو ذلك المتمثل في عدم قيام العقد أصلاً.

ولا يقف الأمر عند حد ثبوت الحق في التمسك بالبطلان لكل ذي مصلحة بل أنه يتوجب أيضاً على المحكمة ان تقضي به من تلقا نفسها ، ولو لم يطلب منها القضاء به، ففضلاً عن أن البطلان يعني العدم، فإن اعمال عقد باطل، لم تتوافر له أركانه، بانفاذ آثاره، يتنافى مع النظام العام.

وترسي المادة ١٨٥ القاعدة المستقرة بأن العقد الباطل لا يتصحح بالإجازة فالعقد الباطل عدم، ولذلك لا تلحقه الاجازة. فلا يمكن للاجازة ان تجعل من العدم شيئاً صحيحاً، فمؤدى الاجازة النزول عن حق التمسك بالبطلان. والبطلان الذي يلحق العقد الباطل يمس النظام العام، فلا يسوغ النزول عن حق التمسك به.

وإذا كانت الاجازة تمتنع عن العقد الباطل، فلا يوجد بطبيعة الحال، ثمة ما يمنع من اعادة إبرامه، بعد تلافي سبب البطلان. على ان هذا يقتضي، من جديد، توافق إرادتي طرفي العقد كليهما. فلا تكفي إرادة أحدهما، بخلاف الحال لو ان الاجازة كانت ممكنة.

وحكم المادة ١٨٥ أمر مسلم في كل القوانين العصرية، كما انه أمر مسلم في الفقه

الإسلامي. وقد تضمنه قانون التجارة الكويتي في المادة ١٣٧، كما تضمنه القانون المصري (المادة ١٤١) وغيره من قوانين بلادنا العربية الأخرى التي أخذت عنه.

وتقرر المادة ١٨٦ قاعدة مستقرة أخرى هي ان العقد الباطل لا يتصحح بمرور الزمان فالعقد الباطل، عدم، والعدم لا يصير شيئاً بفوات الزمن. ولكن إذا كان البطلان الذي يلحق العقد لا يزول عنه بمضي الزمن، فإن دعوى البطلان ذاتها تسقط بخمس عشرة سنة من تاريخ العقد.

ولكن سقوط دعوى البطلان لا يعني ان العقد اصبح صحيحا. فهو لا زال باطلا. كل ما في الامر أن دعوى البطلان تقع غير مقبولة، فلا تسمع إذا ما رفعت بعد ١٥ سنة من تاريخ إبرام العقد. وهكذا نصبح هنا امام عقد باطل، دون أن يكون من الممكن تقرير بطلانه عن طريق الدعوى.

وإذا كان من شأن سقوط دعوى البطلان بمضي الزمان ان يمتنع بطلان العقد عن طريقها، فإنه يمكن التمسك بهذا البطلان عن طريق الدفع، مهما طال الزمن.

وإذا كانت بعض التقنيات، كالتقنين الايطالي (المادة ١٣٠٢)، ومشروع القانون الفرنسي الايطالي (المادة ٢٢٧)، والمشروع الأولي لتقنيح القانون المدني الفرنسي (المادة ٢٧ من مشروع النصوص المتعلقة ببطلان التصرفات القانونية - أعمال لجنة التقنيح لعام ١٩٤٦/١٩٤٧)، قد حرصت على أن تنص على أن سقوط دعوى البطلان بمرور الزمان لا يمنع من التمسك بالبطلان على سبيل الدفع ممن يطالب بتنفيذ العقد، فان المشروع لم ير ضرورة أن يسير على نفس النهج، اعتبارا منه بان الحكم يصل في وضوحه وجلائه إلى حد انه يمكن الوصول إليه بغير ما عناء، استخلاصا من طبيعة البطلان ذاتها، المتمثلة في اعتبار العقد عدما.

والمشروع في ذلك يساير قانون التجارة الكويتي والقانون المصري وغيرهما من أغلب قوانين البلاد المختلفة التي قنعت بالنص على سقوط دعوى البطلان بالتقادم، دون ان يمنع ذلك الفكر القانوني من ان يصل في سهولة ويسر الى ان سقوط هذه الدعوى لا يمنع من التمسك بالبطلان على سبيل الدفع.

وحكم المادة ١٨٦ أمر مسلم في الفكر القانوني المعاصر، تشريعا وفقها وقضاء. كما انه لا يتعارض مع الفقه الإسلامي.

٣- أثر البطلان:

وإذ كان مؤدى البطلان أو الإبطال هو إعدام العقد إعداماً يستند إلى وقت إبرامه فإنه يترتب على ذلك إعتبار تنفيذه كأن لم يكن، إن كان قد تنفذ. وهذا ما يقتضي إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها عند العقد، إن كان ذلك متيسراً. فإن استحالة على أحد المتعاقدين أن يعيد الآخر إلى الحالة التي كان عليها عند العقد، بأن تعذر عليه أن يرد له ما أخذه أو أفاد به نتيجة تنفيذ العقد، جاز للقاضي أن يلزمه بأن يقدم له أداء معادلاً.

والمشروع، إذ يقرر، في الفقرة الأولى من المادة ١٨٧، أثر البطلان أو الإبطال، المتمثل في وجوب إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها عند العقد، قد حرص على أن يتحفظ في شأن الحالات الخاصة التي يقرر فيها القانون حكماً يتغير على نحو أو على آخر، كما هي الحال بالنسبة إلى تطبيق نظرية تحول العقد المنصوص عليها في المادة ١٩٢ من المشروع، وبالنسبة إلى ما هو مقرر من أن بطلان عقد الشركة لا يمنع من أعمال حكمه في تصفيتها، اعتباراً بانها تتمثل شركة واقع. وأراد أن يتحفظ على وجه الخصوص، في شأن الأثر المترتب على البطلان أو الإبطال، بالنسبة إلى عديمي الأهلية أو ناقصيها المنصوص عليها في المادة ١٨٨ من المشروع، وفي شأن ما يقتضيه مبدأ حماية الغير حسني النية على نحو ما يقرره المشروع في المادة ١٨٩.

فتورد المادة ١٨٨ استثناء، هاما على قاعدة انه يترتب على بطلان القعد أو ابطاله وجوب رد المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها عند إبرامه، وذلك في الحالة التي يرجع فيه البطلان أو الابطال إلى عدم الأهلية أو نقصها.

فتلك المادة تقضي بأن عديم الأهلية أو ناقصها لا يلزم إلا بما عاد عليه، بسبب تنفيذ العقد الباطل أو المبطل، من نفع معتبر قانوناً، أي نفع أفاد به وأثرى، على نحو بعيد عما يجره إليه النزق أو الطيش أو عدم توافر الإدراك أو اكتماله من تذيير أو حماقة.

والمادة ١٨٨، بالحكم الذي تقرره، تستند إلى ميرر عملي واضح، فهي تستهدف حماية عديم الأهلية أو ناقصها مما يجره إليه ما يعتوره من اضطراب أو ضعف أو نقص في إدراكه أو في الملكات الضابطة لتدبيره أمره.

وإن كان من شأن أعمال حكم هذه المادة أن يلحق المتعاقد مع عديم الأهلية أو ناقصها الضرر، فإن تحميلة الغرم الواقع عليه يجد له ما يسوغه في الرغبة في جعل الناس

يتحرزون في تعاملهم مع غيرهم بغية التأكد من توافر الأهلية عندهم. ثم ان عدم الأهلية أو نقصها أمر يغلب أن يكون ظاهرا في صاحبه، بحيث يستحق من يتعاقد معه أن يتحمل مغبة فعله.

ولقد كان من شأن ما يستند إليه مبدأ حماية عديمي الأهلية وناقصيها، عند بطلان أو إبطال عقودهم، من مبرر قوي، إن وجد مكانه في قوانين البلاد المختلفة، عربية كانت أم اجنبية. ثم إن الفقه الإسلامي يأخذ به ويناصره. ولم يتخل قانون التجارة الكويتي بدوره عن السير على الدرب. فقد قنن المبدأ في المادة ١٣٨/٢، في مجال البطلان، ثم عاد فقننه مرة ثانية في المادة ١٨٦، في مجال الكسب دون سبب.

وقد حرص المشروع على ان تجيء صياغة المادة ١٨٨، على نحو يجعل حكمها شاملا عديمي الأهلية وناقصيها، متلافيا بذلك عيبا في صياغة المادة ١٣٨/٢ تجارة كويتي، التي جاءت على غرار المادة ١٤٢/٢ مصري مقصورة على ذكر ناقص الأهلية دون عديمها. وهو من بعد عيب عمد المشرع الكويتي نفسه إلى تفاديه في المادة ١٨٦ من قانون التجارة، حيث عمم صياغتها ليجعل حكمها ساريا على من لم تتوافر فيه أهلية التعاقد. وهو نفس الأمر الذي فعله المشرع المصري من قبل، في المادة ١٨٦ مدني مصري.

ويعرض المشروع، في المادة ١٨٩ لمبدأ هام أخذ يرسخ وجوده ويثبت أقدامه في دنيا القانون، ألا وهو مبدأ حماية الغير حسني النية مما عساه أن يرتبه لهم ابطال عقود من يتلقون الحق عنهم من فادح الضرر.

فقد عمد، في المادة ١٨٩، إلى ان يساير الفقه الإسلامي والفكر القانوني المعاصر في مبدأ حماية الخلف الخاص مما يترتب له من ضرر، نتيجة إبطال سند سلفه، لاجئا إلى ضبط هذا المبدأ ورسم حدوده على النحو الذي يجعله متمشيا مع ما تقتضيه المصلحة المتمثلة في توفير الائتمان والاعتداد بالثقة المشروعة، عندما يكون من حق الناس ان يعولوا عليهما في معاملاتهم.

ووفقا للفقرة الأولى، لا تتقرر الحماية إلا لمن يكون قد تلقى حقه عن شخص يكون، هو نفسه، قد تلقاه بمقتضى عقد قائم ولكنه قابل للإبطال وقبل ان يقضي باطلاله. فالحماية هنا لا تكون لمن تعامل مع أحد طرفي العقد الباطل. ذلك لأن العقد الباطل

عدم، بحيث ان عاقده لا يتلقى منه شيئاً البتة، حتى يمكنه ان يعطيه لمن يتعامل معه بشأنه، ليتيسر بعد ذلك تقرير استمرار بقاءه لهذا الاخير. أما العقد القابل للإبطال فأمره مختلف تماماً. فهو ينتج اثره طالما بقي قائماً، لم يقض بعد بإبطاله.

ويلزم، لثبوت الحماية للخلف الخاص، أن تكون خلافته قد تمت بمقتضى تصرف تعاوضي، فلا يفيد من الحماية المتبرع له. وقد ارتأى المشروع ان يقصر الحماية في هذا النطاق. إذ أن حماية الخلف الخاص تقع بالضرورة على حساب من تلقى سلفه الحق عنه، بمقتضى العقد الذي قضي بإبطاله، أي سلف السلف. ثم إن تلك الحماية تقرر على خلاف منطق الإبطال وأثره الرجعي. ولذلك فمن العدل والمصلحة أن تقصر على المتعاضد دون المتبرع له. فدرء المغارم مقدم على جلب المغانم.

وثمة أمر آخر تتطلبه الفقرة الأولى، وهو أن يكون الخلف الخاص حسن النية وعلة هذا الحكم واضحة. إذ أن الحماية التي تقررها المادة ١٨٩ لا ينبغي أن تكون إلا لحسن النية من الأشخاص، وهي من بعد حماية استثنائية خاصة تجيء على خلاف منطق الإبطال ومقتضياته.

وتعرض الفقرة الثانية من المادة ١٨٩ لتحديد حسن النية المتطلب في الخلف الخاص، ليتقي اثر إبطال سند سلفه. وهي تبنيه على جهل الخلف سبب إبطال سند السلف، طالما كان جهله هذا غير ناشيء عن خطأ منه، بأن كان في مقدوره أن يصل الى العلم بسبب الإبطال، لو أنه بذل من الحرص ما تستوجبه ظروف الحال من الشخص العادي.

والمشروع، إذ يقرر تلك الحماية للخلف الخاص لمن تلقى حقه بمقتضى عقد قابل للإبطال، لم يشأ أن يساير القانون المصري فيقصرها في مجال العقار. فقد بسطها أيضاً على من يتعاملون في المنقولات. فلا توجد حكمة في التفريق.

وتعرض المادة ١٩٠ للحالة التي يقتصر فيها البطلان أو الإبطال على شق من العقد دون باقيه. وتجيء الفقرة الأولى مقررة القاعدة العامة في هذا الصدد، قاضية بأن البطلان أو الإبطال يقتصر على الشق الذي لحقه العيب، دون باقي العقد، وهذا الحكم يتمثل إعمالاً لما يطلق عليه نظرية انتقاص العقد. وهي نظرية جرمانية الأصل، بدأ القانون الألماني بالنص عليها (المادة ١٣٩). وشقت النظرية طريقها إلى القانون المصري

(المادة ١١٣)، ومن القانون المصري انتقلت إلى كل القوانين العربية الأخرى التي استوحته، ومن بينها قانون التجارة الكويتي (المادة ١٣٩).

وانتقاص العقد، بقصر البطلان أو الإبطال على ما تعيب منه، دون ما لم يتعيب، أمر تقتضيه المصلحة. فما دام العقد قد اقتطع منه ما تعيب، فالخير، بحسب الأصل، أن يستمر قائما في باقيه.

على أن بقاء العقد قائما، بعد أن يقتطع منه الشق الباطل أو المبطل ليس إلا أصلا عاما. وهو أصل غير مطلق في تطبيقه. فالفقرة الثانية تورد عليه استثناء هاما في الحالة التي يثبت فيها أحد المتعاقدين أنه ما كان ليرتضي العقد بغير الشق الذي انتزع منه نتيجة البطلان أو الإبطال، مقررة أن العقد في تلك الحالة، يبطل كله. وما هذا إلا مجرد أعمال لفكرة (السبب)، باعتباره ركنا لازما لا يقوم العقد بغيره.

وتعرض المادة ١٩١ للحالة التي يقع فيها العقد باطلا، أو قابلا للإبطال ثم يبطل، حالة أنه من الممكن أن يستخلص من وقائع إبرامه الأركان اللازمة لعقد آخر غيره، قاضية بقيام هذا العقد الآخر. ويطلق على هذا الحكم، في الفكر القانوني، نظرية تحول العقد، اعتبارا بان العقد الباطل أو المبطل يتحول إلى عقد آخر صحيح.

ونظرية تحول العقد نظرية ألمانية النشأة. فقد قال بها القانون الألماني (المادة ١٤٠). ومن القانون الألماني شقت طريقها إلى قوانين أخرى كثيرة، منها القانون المدني المصري الحالي (المادة ١٤٤). ومن القانون المصري انتقلت إلى القوانين العربية الأخرى التي استوحته، ومن بينها قانون التجارة الكويتي (المادة ١٤٠).

والمشروع اذ يقضي، في المادة ١٩١، بتحول العقد، يستهدف انقاذ ما يمكن انقاذه مما أراده المتعاقدان تنظيما لشأنهما. فإن بطل العقد الذي قصدها في الحقيقة، فلا أقل من أن يقوم مكانه العقد الذي كانا ينصرفان بإرادتهما إليه، لو علما بالبطلان، شريطة أن يكون من المقدور ان يستخلص من انقراض العقد الباطل أركان العقد الصحيح الذي يصير التحول إليه.

وقد عرضت الفقرة الثانية من المادة ١٩١ للرضاء اللازم لقيام العقد الذي يصير التحول إليه قاضية، على نحو ما تفعل قوانين البلاد الأخرى، باعتبار هذا الرضا متوافرا، إذا تبين للقاضي أن طرفي العقد الباطل كانا يريدان العقد الجديد، لو أنهما علما بالبطلان.

فالإرادة الحقيقية للطرفين لم تنصرف، في واقع الأمر، إلا إلى العقد الباطل، ولكن القاضي يستخلص من ظروف الحال أن المتعاقدين كانا يرتضيان العقد الجديد، لو انهما علما بالبطلان. وإذا كان القاضي لا يستطيع هنا ان يقطع بان المتعاقدين كانا يرتضيان العقد الجديد، فإنه يكتفي منه ان يرى احتمال هذا التراضي. فإن لم يقم العقد الجديد على أساس الإرادة الحقيقية لطرفيه، فإنه يقوم على أساس ارادتهما الاحتمالية، أي تلك التي يرى القاضي ان الظروف تدل على انه كان من المحتمل ان تكون.

ولا شك ان من شأن اعمال نظرية التحول على نحو ما يأخذ به الفكر القانوني المعاصر وقننه المشروع، إعطاء القاضي دورا إيجابيا هاما في انشاء العقد الذي يصير التحول إليه. ولكن في الشروط المتطلبة لإعمال هذه النظرية ما يجعل القاضي بعيدا عن التحكم.

وتعرض المادة ١٩٢ للحالة التي يبطل فيها العقد، نتيجة خطأ يعزي لأحد عاقديه، حالة كون المتعاقد الآخر بعيدا عن كل خطأ، وتقرر لهذا الأخير الحق في تعويضه عما يرتبه له البطلان من ضرر، كما تقرر هذا الحق في التعويض للغير، الذي يتضرر من ابطال العقد حالة كونه بدوره بعيدا عن الخطأ.

ووفقا للفقرة الثانية من المادة ١٩٢، يعتبر الشخص الذي أصابه الضرر نتيجة بطلان العقد، سواء أكان هو المتعاقد الآخر أو أحدا من الغير، متصلا بالخطأ الذي يعزي إلى من جاء البطلان من ناحيته، ولا يكون له بالتالي الحق في التعويض، إذا كان قد اسهم فيما أدى إلى وقوع البطلان، أو كان يعلم بسببه أو كان ينبغي عليه أن يعلم به وفقا لظروف الحال وما تقتضيه من فطنة الشخص العادي وحرصه.

وحكم المادة ١٩٢ يتمشى مع القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية. وهو من بعد، إعمال لنظرية الخطأ عند تكوين العقد، بعد أن تصحح منها أساسها، برده إلى المسؤولية عن العمل غير المشروع.

وقد سبق للمشروع أن قنن تطبيقا تشريعا للحكم الذي يورده في المادة ١٩٢ وذلك في خصوص القاصر الذي يلجأ إلى طرق احتيالية يخفي بها حالة قصره (المادة ٩٧ من المشروع).

الفرع الثاني - آثار العقد

(المواد ١٩٣ - ٢٠٨)

(أولاً) تفسير العقد وتحديد مضمونه:

١ - تفسير العقد :

يعرض المشروع في المادتين ١٩٣، و١٩٤، لتفسير العقد. فيتناول في أولاهما تفسير العقد في ذاته، وفي ثانيتهما كيفية تفسير الشك، عندما لا تفلح وسائل تفسير العقد في تبديده.

فعبارة العقد، من حيث أنها تتضمن الإرادة المشتركة لطرفيه، وبالتالي المعنى المقصود من العقد، تتخذ إحدى صورتين أساسيتين: فهي إما أن تجيء واضحة في الدلالة على ما قصدته منها الإرادة المشتركة، وإما أن تجيء متسمة في ذلك بغموض أو لبس.

فإذا كانت عبارة العقد واضحة في دلالتها على ما قصدته الإرادة المشتركة، فإنها لا تكون في حاجة إلى تفسير، ووجب على القاضي أن يأخذ بمعناها الظاهر دون أن ينحرف عنه. فلا مسأغ للاجتهاد في مورد النص، كما تقول القاعدة الفقهية.

وهذا الحكم قننته المادة ١٩٣ بفقرتها الأولى.

بيد أنه لا يكفي، لكي تتمثل العبارة واضحة، وبالتالي في غير حاجة إلى تفسير، أن تكون واضحة في ذاتها. وإنما يلزم أن تكون كذلك بالنسبة إلى دلالتها على ما قصدته الإرادة المشتركة. فقد تكون العبارة في ذاتها واضحة، ومع ذلك يكتنفها الغموض أو اللبس بالنسبة إلى حقيقة مدلولها، كما إذا تعارضت مع عبارة أخرى. فالعقد كل، ينظر إليه في مجموعته، ولا ينظر إلى جزئياته مستقلاً بعضها عن البعض الآخر.

أما إذا كانت عبارة العقد غامضة في دلالتها على المعنى المقصود منها، بأن تعذر الوصول من خلالها على قصد المتعاقدين، أو جاءت متسمة بلبس، بأن كان من الممكن

تأويلها على أكثر من معنى، تعين الالتجاء إلى التفسير، بغية استجلاء الغموض، وإزالة اللبس، والوصول بذلك إلى حقيقة المقصود.

وقد عمد قانون التجارة الكويتي (المواد من ١٥٤ إلى ١٥٩) إلى إيراد نصوص عديدة تتضمن قواعد هي، في أغلبها، بينة الظهور، بحيث أن الحاجة لا تدعو إلى تقنينها كلها. وهو في هذا الصدد قد حذا حذو القانون العراقي (المواد من ١٥٥ إلى ١٦٥)، وإن لم يبلغ مبلغه في الإطناب، الذي بلغه من بعده القانون الأردني (المواد من ٢١٣ إلى ٢٣٩).

وقد قنع المشروع، في الفقرة الثانية من المادة ١٩٢، ببيان الغاية من تفسير العقد، عندما يكون له محل. وهذه الغاية تتمثل في البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين. وذكر عدة أمور عامة يتبعها القاضي، أو يستهدي بها، في الوصول إلى تلك الغاية.

وقد حرص المشروع على أن يوجه القاضي إلى البحث عن القصد الحقيقي للمتعاقدين من مجموع وقائع العقد وظروف إبرامه، اعتباراً منه بأن شروط العقد أو وقائعه قد يفسر بعضها بعضاً. كما حرص المشروع على أن يوجه القاضي إلى عدم الوقوف بالضرورة عند المعنى الحرفي لعبارات العقد أو ألفاظه. إذ أن العبرة في العقود، كما هي في غيرها، للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني. ويوجه المشروع كذلك القاضي إلى أن يستهدي، في تفسير العقد، بطبيعة التعامل والعادات الجارية وما ينبغي أن يتوافر بين المتعاقدين من أمانة وثقة. فهذه الأمور كلها لها أهميتها في مجال تقصي الإرادة المشتركة للمتعاقدين.

والمشروع، إذ يورد الأمور التي تساعد القاضي في جلاء ما يعتري عبارات العقد من غموض أو لبس، لا يغفل عن أن التفسير يتمثل، في نهاية المطاف، مسألة فن وذوق وكياسة وخبرة.

وتعرض المادة ١٩٤ للحالة التي يعمد فيها القاضي إلى تفسير شرط من شروط العقد، من غير أن يصل إلى حقيقة ما قصدته منه الإرادة المشتركة للمتعاقدين، على نحو يطمئن هو إليه.

فتفسير العقد يصل بالقاضي إلى أحد أمرين، فهو إما أن يؤدي إلى جلاء غموض عبارته، واستخلاص ما قصدته النية المشتركة للمتعاقدين، على شكل يقيني قاطع يطمئن

هو إليه، وإما ألا يؤدي به إلى ذلك، فيبقى عنده شك في حقيقة مدلول عبارة العقد.

ولا صعوبة في الحالة الأولى. حيث يعمل القاضي المعنى الذي استخلصه من عبارة العقد، سواء أكان من شأنه نفع هذا المتعاقد أم ذلك، أما في الحالة الثانية، وهي حالة وجود شك في مدلول عبارة العقد، فتثور بعض الصعوبة. وقد جرت القاعدة، في هذا الصدد، وربما بتأثير من مدونة نابليون، على أن الشك يفسر في مصلحة المدين. ووجدت هذه القاعدة مكانها في تقنينات بلاد كثيرة، كما هو الشأن في القانون التونسي (المادة ٩٩)، والقانون المغربي (المادة ٤٧٢) والقانون اللبناني (المادة ٣٦٩) والقانون النمساوي (المادة ٩١٥). وجاء القانون المصري متضمنا نفس القاعدة (المادة ١٥١ / ١). وسأيره في ذلك القوانين العربية التي استوحته، ومن بينها قانون التجارة الكويتي (المادة ١٦٠).

والقول بأن تفسير الشك يكون في مصلحة المدين. بالمعنى الفني لهذا الإصطلاح، وإن كان سليما في الحالات الغالبة في العمل، وهي تلك التي يكون من شأن أعمال الشرط الغامض تحميل المدين بالالتزام أو تشديد عبئ عليه، إلا أنه يتمثل غير صحيح على إطلاقه، ولم يلتزمه الفقه ولا القضاء في شموله وعمومه.

فهناك حالات من المسلم فيها أن الشك يفسر ضد من يتحمل عبء الالتزام أي المدين. وهذه على وجه الخصوص، هي حالات الإعفاء من المسؤولية على نحو ما يقضي به القانون، سواء أكانت هذه المسؤولية ناجمة عن عمل غير مشروع، أو عن إخلال بالتزام ناشئ من العقد. فلو أن المضرور - وهو الدائن بالتعويض - اتفق مع محدث الضرر - وهو المدين بالتعويض - على إعفاء هذا الأخير من المسؤولية وثار شك في مدلول الشرط القاضي بهذا الإعفاء، في وجوده أو في مدها. فإنه من المسلم فقها وقضاء أن الشك يفسر في المعنى الذي يضيق من الإعفاء أي أنه يفسر لمصلحة المضرور، وهو الدائن بالتعويض، وليس لمصلحة محدث الضرر، وهو المدين بالتعويض، وكذلك الشأن تماما في حالة الإعفاء من المسؤولية عن العجز في الشيء المبيع أو الشيء المؤجر، حيث يفسر الشك لمصلحة المشتري أو المستأجر، برغم أنه الدائن في الالتزام بالتسليم. وهذا ما دعا بعض القوانين، كالقانون الأسباني (المادة ١٢٨٩)، والقانون البرتغالي (المادة ٦٨٥)، إلى النص على أن الشك يفسر، في عقود المعاوضات، على النحو الذي يتمشى

أكثر مع التبادل في المصالح. وهو ما دعا البعض من الفقهاء إلى القول بتفسير إصلاح (المدين)، في القول "بأن الشك يفسر لمصلحة المدين" على أنه يعني من يكون في أعمال الشرط إضرار به، أو هو المدين في الشرط، وليس بالضرورة المدين في الالتزام. ولعل ذلك هو ما قصدته المادة ١١٦٢ فرنسي بقولها أنه، عند الشك، يفسر الاتفاق ضد من وضع الشرط .

وقد حرص المشروع ان يضمن المادة ١٩٤ القاعدة السليمة في تفسير الشك الذي يتمخض الشرط الغامض عنه، ولا تفلح وسائل التفسير في تبديده. وهو في ذلك يقضي، في الفقرة الأولى، بأنه إذا تعذر تبديد الغموض، فإن الشك يفسر لمصلحة المتعاقد الذي من شأن أعمال الشرط الغامض أن يضره، فهو، بهذه المثابة، يفسر على النحو الذي يتفق مع الوضع العادي للأمر أو مع القواعد القانونية العامة التي يراد بالشرط إملاء حكم يخالفها.

وتجيء الفقرة الثانية تقرر تطبيقا تشريعا للحكم الذي تورده الفقرة الأولى. قاضية بأن الشك يفسر لمصلحة المدين، إذا كان من شأن أعمال الشرط الغامض أن يحمله بالالتزام أو يجعل عبأ عليه أكثر ثقلا.

وتأتي الفقرة الثالثة تتحفظ في شأن تفسير عقود الإذعان، الذي سبق للمادة ٨٢ أن أوردت الحكم في شأنه، ومؤداه أن الشك يفسر دوما في مصلحة الطرف المدعن، دائنا كان أم مدينا.

٢- مضمون العقد :

وإذا كان من الظاهر والميسور القول بأن العقد يتضمن الأحكام التي تجيء بها شروطه، وتلك التي يقضي بها القانون ويكون من شأنها أن تسري عليه، فإن ثمة سؤالا طرح نفسه على الفكر القانوني، فقها وقضاء، حول ما إذا كان العقد يقف عند هذه الأحكام وتلك، مقتصرًا عليها وحدها، أم أنه من الممكن أن يدخل فيه غيرها.

وتواجدت، في هذا الخصوص، نزعة تعمد إلى الحد والقصر، استنادا إلى الرغبة في تسويد مبدأ الإرادة بالوقوف عنده وعدم الخروج عليه. ولكن هذه النزعة لم يكتب لها النصر، وما كان ليكتب لها، على الأخص بعد أن أخذت تتغلغل في ثنايا العصر الذي

نعيشه فكرة العدالة الاجتماعية . وسرعان ما استقر الفكر القانوني على شيء معقول من التوسعة في مضمون العقد، من غير إسراف أو شطط. ومؤدى هذه التوسعة أن يدخل في مضمون العقد، إلى جانب الأحكام التي يجيء بها عقدها وتلك التي يقضي بها القانون في شأنه، ما يعتبر من توابع العقد ومستلزماته.

ووجدت هذه التوسعة مكانها المرموق بين دفات المدونات القانونية المعاصرة، أجنبية كانت أم عربية. ولم يتخلف قانون التجارة الكويتي الحالي عن الركب، فجاء بدوره يتضمنها، في المادة ١٤٩ / ٢، نقلا عن القانون المصري (المادة ١٤٨ / ٢).

ولم يسع المشروع إلا أن يأتي بالمادة ١٩٥ ليساير هذه الاتجاه المحمود في التوسعة في مضمون العقد، على النحو الذي يجعله متضمنا، إلى جانب الأحكام الواردة فيه أو السارية عليه، ما يعتبر من مستلزماته، وفقا لما تجري عليه العادة وما تمليه العدالة، ومن مراعاة طبيعة التعامل، وما يقتضيه من شرف ونزاهة. وهو إذ يفعل ذلك، يقدر ما أدته هذه التوسعة، عبر السنين، من جليل النفع. وما الالتزام بضمان السلامة، الذي أدخل بادئ ذي بدء في نطاق عقد العمل، ثم بعد ذلك في نطاق عقد النقل، والالتزام العامل بعدم افساء سر العمل، والالتزام بالامتناع عن منافسة رب العمل في تجارته، إلا مجرد أمثلة لما أضفته تلك التوسعة على عالم القانون من يانع الثمار.

(ثانيا) القوة الملزمة للعقد :

وتقرر المادة ١٩٦ أساسا من أهم الأسس التي يقوم عليها القانون وهو أن العقد شريعة المتعاقدين. فالعقد بالنسبة إلى عاقيه يعتبر بمثابة القانون، أو هو قانون خاص بهما، وإن كان منشؤه الاتفاق بينهما. وقد توج الله سبحانه وتعالى اثر العقد ومدى إلزامه طرفيه بقوله عز شأنه: ” يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود“. وجاء الرسول الكريم يقول: ”المسلمون عند شروطهم“.

ويترتب على كون العقد بمثابة القانون بالنسبة إلى طرفيه، أنه لا يجوز لأيهما ان يستقل بنقضه أو تعديل أحكامه أو الإغفاء من آثاره إلا في حدود ما يسمح به الاتفاق أو يقضي به القانون.

ويتنفذ العقد على نحو ما تضمنته أحكامه، على أن تتمشى طريقة التنفيذ مع ما يقتضيه

حسن النية وشرف التعامل . فحسن النية وشرف التعامل يظان العقد، ليس فقط بالنسبة الى تحديد مضمونه، بل ايضا بالنسبة إلى تحديد الطريقة التي يتم بها تنفيذه وهو ما يقرره المشروع بالمادة ١٩٧ .

والمادة ١٩٨ تقنين تشريعي لنظرية الظروف الطارئة. ومؤدى حكم هذه المادة إذا حدث، بعد انعقاد العقد، وقبل تمام تنفيذ الالتزام الناشئ عنه، أن وقعت نازلة استثنائية عامة، لم تكن في الحسبان ولم يكن في الوسع توقعها عند التعاقد، وكان من شأن هذه النازلة أن أصبح تنفيذ الالتزام - وان ظل ممكنا - شديد الإرهاق بالمدين، بحيث يهدد بخسارة فادحة، فإنه يجوز للقاضي، بناء على طلب المدين، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول . وللقاضي، في هذا المجال، أن ينقص في مدى التزام المدين. أو أن يزيد في الالتزام المقابل، على النحو الذي تقتضيه العدالة ويمليه التوفيق بين مصلحة الطرفين كليهما. والحكم الذي تقرره المادة ١٩٨، اعتبارا بأنه يضفي حماية فعالة على العاقد الذي بات، بسبب ظرف طارئ لم يكن في الوسع توقعه، مهددا بخسارة فادحة، يمس النظام العام، ومن ثم يقع باطلا كل اتفاق على ما يخالفه.

وإذا كان من شأن أعمال حكم المادة ١٩٨ أن تثبت للقاضي، في صدد العقد، السلطة في تعديل أثره، متجاوزا في ذلك حدود سلطته الأصلية إزاءه، فإنه يجد مع ذلك مبرره القوي في أنه يتمثل رفقا بمدين تعسر به الحظ، إذ شاءت ظروف طارئة غير متوقعة أن تهدده بخسارة فادحة بعيدة عن كل حسابان. وهو بهذه المثابة يتضمن تخفيفا من شدة القانون وصرامة أحكامه، ويطبع تنفيذ العقد بطابع العدالة والرحمة والإنسانية.

وقد استوحى المشروع حكم المادة ١٩٨ من نص المادة ١٤٧/٢ مصري والنصوص العربية الأخرى التي استمدت منه، ومن بينها نص المادة ١٤٦/٢ من قانون التجارة الكويتي، وذلك بعد إجراء تعديلات طفيفة في الصياغة، توخيا للدقة والانضباط.

ويعرض المشروع، في المادتين ١٩٩ و٢٠٠، للحالة التي يلجأ فيها المتعاقدان إلى الصورية، بأن يظهر أمام غيرهما بمظهر أنهما يعقدان عقدا معينا، حالة كون هذا العقد في حقيقته زائفا كليا أو جزئيا، اما لأن الطرفين لم يبرما في الحقيقة أي عقد على الإطلاق، وإما لأنهما أبرما عقدا آخر غير ذلك الذي أظهراه، وإما لأنهما، في النهاية، أبرما بالفعل

عقدا يتفق في طبيعته مع العقد الذي صوراه، ولكنه يتغير معه على نحو أو على آخر.
والصورية ليست بذاتها سببا للبطلان، وإذا كانت هي كذلك، فإن من مؤداها أن يثور
تساؤل أساسي هام، يتمثل فيما إذا كان من الواجب الاعتداد بالحقيقة أم بالمظهر، بالعقد
المستتر أم بالعقد الصوري الساتر.

والأصل العام هو وجوب الاعتداد بالحقيقة. فهي التي حدثت بالفعل، دون المظهر
الذي أريد لها أن تتخفى فيه. ويتمشى المشروع مع هذا الأصل العام في العلاقة بين
طرفي العقد والخلف العام لكل منهما، مقررا، في المادة ١٩٩، أن العبرة، فيما بينهم، هي
بالحقيقة، التي من شأنها أن يسري بينهم العقد الحقيقي المستور، دون العقد الصوري
الساتر، شريطة أن يكون هذا العقد المستور قد توافرت له مقومات قيامه، بطبيعة الحال.

وكان من مؤدى المنطق البحت للقانون ألا يقتصر اعمال الحقيقة على المتعاقدين
وعلى الخلف العام لكل منهما، بل يمتد أيضا ليشمل الغير. ولكن المشروع لاحظ مع
ذلك ان ثمة أشخاصا في تعاملهم مع طرفي العقد الصوري قد يندفعون، فيعتقدون انه
حقيقي لا زيف فيه. ومن هنا توجب ان تضاف الحماية على هؤلاء، لا مراعاة لمصلحتهم
هم فحسب، بل مراعاة للصالح العام كذلك، متمثلا في استقرار المعاملات التي قامت
على الثقة المشروعة.

ومن هذا المنطلق يقرر المشروع، في المادة ٢٠٠، لدائني كل من المتعاقدين وللخلف
الخاص لأي منهما، الحق في أن يتمسكوا بالعقد الحقيقي أو العقد الصوري، أيهما يرونه
لهم أصلح، ولهم إذا شاؤا أعمال العقد الحقيقي في مواجهتهم، أن يثبتوا الصورية بكافة
طرق الإثبات، اعتبارا بأن الصورية واقعة هم عنها غرباء. على أنهم لا يكون لهم التمسك
بالعقد الصوري، إلا إذا كانوا حسني النية، بأن كانوا يجهلون الصورية، عند قيام أسباب
نشأة حقوقهم. فلو أنهم كانوا يعلمون حينئذ بزيف عقد من تعاملوا معه، ما ساغ لهم أن
يدعوا بأنهم انخدعوا به ورتبوا أمورهم عليه. وقد حرص المشروع على أن يقتصر، في
منحه رخصة التمسك بالعقد الحقيقي أو العقد الصوري، على الدائنين والخلف الخاص
لكل من طرفي العقد الصوري. فليس لغير هؤلاء أن يفيدوا من تلك الرخصة، وإنما
يعمل، في حقهم بالعقد الحقيقي.

وإذا كان لدائني كل من طرفي العقد الصوري ولخلفه الخاص أن يتمسكوا بالعقد

الصوري أو بالعقد الحقيقي، فإنه من المتصور أن تتعارض المصالح بين هؤلاء، فيتمسك بعضهم بهذا العقد، في حين يتمسك الآخرون بذلك، وتجيء الفقرة الثانية من المادة ٢٠٠ لتقرر الحكم في هذا التعارض، مقررّة الأفضلية لمن يتمسك بالعقد الصوري على من يتمسك بالعقد الحقيقي. وهو حكم، إن خالف المنطق البحت لقانون العقود، إلا أنه يتفق مع مبدأ حماية الغير حسني النية استقراراً للمعاملات التي تقوم على الثقة المشروعة.

والمادة ٢٠٠، إذ ترخص لدائني كل من طرفي العقد الصوري ولخلفه الخاص أن يتمسكوا بالعقد الحقيقي المستتر أو العقد الصوري الظاهر، أيهما يرونه لهم أوفق، وإذ تقرر الأفضلية لمن يتمسك من بين هؤلاء بالعقد الصوري على من يتمسك منهم بالعقد الحقيقي، تتجاوب مع قاعدة تمتد جذورها عميقة في دنيا الماضي، وأخذت ترسخ وجودها وتدعم كيانها في قانون اليوم، وهي قاعدة المظهر الخادع يحمي المخدوع، أو كما يقال، في عبارة أكثر شيوعاً وإن كانت أقل دقة، الخطأ الشائع يولد الحق.

وقد استمد المشروع تلك الأحكام من المادتين ١٤٧ و ١٤٨ من قانون التجارة الحالي مع تعديل صياغتها توخياً للدقة والانضباط.

(ثالثاً) نسبية آثار العقد:

وتعرض المادة ٢٠١ للأصل المقرر بأن آثار العقد نسبية ومن البداية أن آثار العقد تنصرف إلى طرفيه. ولكنها لا تقف عندهما. فهي بعد الموت تنتقل إلى الخلف العام. بيد أن انتقال آثار العقد إلى الخلف العام يكون في الحدود التي لا يخل فيها بأحكام الميراث، على نحو ما يقضي به الشرع الإسلامي الحنيف، ومن بين ما قصده المشروع من هذا التحفظ، عدم المساس بقاعدة لا تركة إلا بعد سداد الديون.

وإذا كان من شأن آثار العقد أن تنتقل بعد موت المتعاقد إلى خلفه العام، في الحدود التي لا يكون فيها مساس بأحكام الميراث، فإن هذه القاعدة ليست مطلقة. إذا أن هذه الآثار قد تكون مقصورة على المتعاقدين أو على أحدهما، على حسب الأحوال، إذا اقتضى ذلك العقد أو طبيعة التعامل أو نص في القانون.

وقد استوحى المشروع نص المادة ٢٠١ من القانون المصري (المادة ١٤٥) - وهو نص شق طريقه بحرفيته إلى كل من القانون السوري والليبي والعراقي والأردني وكذلك

قانون التجارة الكويتي (المادة ١٤١) - وذلك مع إجراء تعديل في الصياغة اقتضته الملاءمة.

وتعرض المادة ٢٠٢ لأثر العقد الذي يعقده السلف على الخلف الخاص والأصل أن الخلف الخاص لا يتأثر بالعقود التي يبرمها السلف ما لم يرتض هو ذلك، أو يقضي به القانون.

ولكن هذا الأصل يترك مكانه لاستثناء جوهري هام بالنسبة إلى العقود التي يكون السلف قد أبرمها قبل الاستخلاف، متعلقة بذات المال الذي حصل الاستخلاف فيه، إذا كان من شأن هذه العقود أن تولد حقوقاً أو التزامات متصلة بذلك المال نفسه، لا متصلة أساساً بشخص السلف، بحيث تنشأ الحقوق لمنفعة المال مباشرة، على نحو يمكن معه القول بأنها من توابعه، وبحيث تنشأ الالتزامات مضيقاً لمجال المال أو مقيدة للانتفاع به، على نحو يمكن القول معه أنها تعتبر من محدداته، فالحقوق والالتزامات التي من هذا النوع تنتقل من السلف إلى الخلف الخاص مع المال المرتبطة به والذي يحصل فيه الاستخلاف.

ولقد وصل القضاء في فرنسا في سهولة ويسر إلى هذا الحكم من غير أن يستمده من نص تشريعي يقره مباشرة. كما وصل إليه أيضاً، في ظروف مماثلة، القضاء في مصر، تحت ظل قانونها المدني القديم. ولقد جاء القانون المصري الحالي وقنن هذا الحكم (المادة ١٤٦)، دون أن يستند في تقنينه إلى سابقة تشريعية، مستظلاً بالسوابق القضائية وحدها. ومن القانون المصري، شق الحكم طريقه إلى كافة القوانين العربية الأخرى التي استوحته، فنقلته عنه بذات عبارته. ومن تلك القوانين، قانون التجارة الكويتي (المادة ١٤٢)، واعتنقه المشروع وتفادى ما به من عيب في الصياغة.

وغني عن البيان أن الحكم الذي جاء به المشروع في المادة ٢٠٢ لا يتعلق إلا بالحقوق الشخصية والالتزامات. فهو لا يتعلق بالحقوق العينية التي تثقل المال الذي يحصل فيه الاستخلاف. فوجه الحكم في شأن هذه الحقوق الأخيرة ظاهر لا يحتاج إلى بيان. فالحق العيني الذي يرد على مال معين، حق الرهن مثلاً يثقل هذا المال في أية يد يكون، بحكم طبيعة الحق العيني ذاتها، وما يمنحه لصاحبه من حق التتبع.

تبقى الحقوق الشخصية أو الالتزامات التي تتعلق بالمال الذي يحصل الاستخلاف

فيه. وهي التي تحتاج إلى بيان وجه الحكم فيها، اعتباراً بأنها لا تثقل المال ذاته على نحو ما يكون في الحق العيني.

وفي خصوص تلك الحقوق والالتزامات، تقرر المادة ٢٠٢ أنه إذا أنشأ العقد الذي سبق للسلف أن أبرمه شيئاً منها، قبل حصول الاستخلاف في المال المتعلقة هي به، فإنها تنتقل إلى الخلف الخاص في نفس الوقت الذي ينتقل فيه المال ذاته، ويشملها الاستخلاف بدورها. على أنه يلزم هنا، بالنسبة إلى الحقوق أن تكون متصلة بالمال على نحو يجعلها من توابعه الخادمة له والمفيدة في استخلاص المنفعة منه، الأمر الذي يتطلب أن تكون مقررّة أساساً باعتبار المال ذاته INTUITI REI لا على أساس الاعتبار الشخصي للمتعاقد. ويلزم بالنسبة إلى الالتزامات أن تكون متصلة بالمال على نحو يجعلها مضيقة لمجاله أو محددة للانتفاع به، وهي الالتزامات التي جرى البعض على أن ينعتها بالالتزامات العينية.

وقد حرص المشروع على أن يتحاشى الوصف الذي أضفاه القانون المصري وما تبعه من قوانين البلاد العربية الأخرى على الحقوق والالتزامات التي ينشئها عقد السلف والتي يحصل فيها الاستخلاف بأنها ”من مستلزمات الشيء“، نظراً لغموض مدلول هذه العبارة من وجه، ولعدم دقتها من وجه آخر، كما حرص المشروع على أن يقتصر، في تطلب علم الخلف الخاص أو في استطاعته هذا العلم، على حالة الاستخلاف في الالتزامات وحدها، دون حالة الاستخلاف في الحقوق. إذ أنه بالنسبة إلى الحقوق المتعلقة بالمال، يكون علم الخلف بها غير ذي موضوع، ثم أنها تنتقل مع المال الذي يحصل فيه الاستخلاف لمجرد أنها من توابعه، إعمالاً لقاعدة أن التابع يتبع الأصل.

وتقرر المادة ٢٠٣ قاعدة أساسية من القواعد التي تحكم العقود، ومؤداها أن آثار العقود تقتصر على عاقيدها وخلفائهما، على نحو ما تقضي به المادة ٢٠١ والمادة ٢٠٢، وإن كان من شأنها أن تنعكس على الدائنين من حيث زيادة الضمان العام المقرر لهم على أموال مدينتهما أو نقصه، على حسب الأحوال. وإذا كانت العقود تقف، بالنسبة إلى الآثار التي تنتجها، عند المتعاقدين والخلفاء والدائنين، فهي، بمجرد ذاتها، لا يكون لها أثر في مواجهة الغير. فهي لا تنفع هؤلاء الغير، كما أنها لا تضرهم.

بيد أن قاعدة أن العقود لا تنفع الغير ولا تضرهم بعيدة عن أن تكون مطلقة. فنطاقها ينحسر بالضرورة عن كل حالة ينص فيها القانون على تأثر الغير بالعقد، إن ضرا أو نفعاً، وإذا كانت الأحوال التي ينص فيها القانون على مضرة الأشخاص بعقود غيرهم جد نادرة بحيث تقارب العدم، فأحوال نفعهم من عقود غيرهم أخذت، وفي وقتنا الحاضر، تتزايد وتتكاثر، متمثلة في نظام أخذ يعم ويشيع وهو نظام الاشتراط لمصلحة الغير.

١ - التعهد عن الغير:

وتعرض المادة ٢٠٤ للتعهد عن الغير والقواعد التي تحكمه، ذلك أنه يحدث في بعض الأحيان ان يتعهد شخص لآخر بأن يجعل أحدا من الغير يتحمل نحوه بالتزام معين. ومثل هذا التعهد يقع صحيحاً. ويترتب عليه أن يلتزم المتعهد بما تعهد به. ولكن الغير المتعهد عنه لا يتحمل بأي التزام من جراء ذلك التعهد ذاته. لأنه أجنبي عنه. والعقود لا تنفع ولا تضر غير عاقدتها وخلفائهما.

وهكذا يبقى للغير المتعهد عنه كامل الحرية في ان يرتضي أن يحمل نفسه بالالتزام المتعهد به أو لا يرتضيه. فإن رفض أن يحمل نفسه به، فما كان عليه جناح. ولكن المتعهد يعتبر حينئذ أنه أحل بالعهد الذي قطعه على نفسه، ومن ثم يلتزم، بتعويض المتعهد له عما يناله من ضرر بسبب إخلاله، ما لم يعرض أن يقوم بنفسه بتنفيذ الالتزام الذي تعهد بأن يجعل الغير يرتضيه، وكان ذلك في مقدوره من غير ضرر ينال المتعهد له. أما إذا ارتضى الغير المتعهد عنه التحمل بالالتزام، كان ذلك وفاء بالعهد الذي قطعه المتعهد على نفسه، ومن ثم تبرأ ذمة هذا الأخير. في حين أن المتعهد عنه يرى نفسه وقد تحمل بالالتزام الذي ارتضى أن يربط نفسه به. وهو يتحمل به نتيجة رضائه هذا. ومن ثم فهو يتحمل به من وقت صدور هذا الرضاء، ما لم يثبت أنه قصد أن يستند أثر رضائه التحمل بالالتزام إلى تاريخ صدور التعهد.

وإذا كان المتعهد عنه لا يتحمل بالالتزام المتعهد به إلا برضاه، فإن نظام التعهد عن الغير لا يتضمن أية مخالفة لقاعدة أن العقود لا تضر بالغير.

ويوافق هذا الحكم ما تنص عليه المادة ٢٠٧ من قانون التجارة الكويتي مع ما تقتضيه الملائمة من تعديل في الصياغة.

٢- الاشتراط لمصلحة الغير :

عني المشروع بنظام الاشتراط لمصلحة الغير، ووضع له من الأحكام ما يحقق المصلحة منه. وهو، في وضعه هذه الأحكام، لم يخرج عن تلك التي باتت مستقرة في الفكر القانوني المعاصر، والتي سبق لقانون التجارة الكويتي أن قننها، أخذاً عن القانون المصري وقوانين البلاد العربية الأخرى التي استوحته، وإن كان المشروع قد أجرى تعديلات هامة في الصياغة، توخياً للدقة وتمشياً مع فن صناعة التشريع.

وتأتي المادة ٢٠٥، في فقرتها الأولى، لتقرر نظام الاشتراط لمصلحة الغير، حيث تجيز للشخص، حينما يتعاقد عن نفسه، أن يتفق مع من يتعاقد معه على أن يتحمل بالتزامات معينة، يتعهد بأدائها لشخص من الغير، هو المنتفع أو المستفيد، شريطة أن يكون للمشترط في ذلك مصلحة ولو أدبية، وهو أمر يكاد يكون متحققاً دائماً، فالمشترط يتعاقد أصيلاً عن نفسه. فهو ليس بنائب عن المستفيد، الذي يعتبر من الغير بالنسبة لعقد الاشتراط.

وتأتي الفقرة الثانية، لتجيز أن يكون المستفيد من عقد الاشتراط شخصاً مستقبلاً، كما أنها تجيز أن يكون المستفيد شخصاً غير معين بذاته عند الاشتراط، إذا كان من الممكن تعيينه عندما يتوجب على المتعهد أن يؤدي له المنفعة المشترطة لصالحه.

وتعرض المادة ٢٠٦ لأثر الاشتراط لمصلحة الغير. وهي تقرر انه يترتب عليه أن يثبت للغير المشترط لصالحه، أي المنتفع أو المستفيد، حق خاص به، في ذمة المتعهد، قوامه المنفعة المشترطة له. وهو حق يثبت له مباشرة من عقد الاشتراط، دون مرور بذمة المشترط، وبهذه المثابة يكون للمستفيد ان يستأدى حقه المشترط لصالحه من المتعهد باسمه هو، وبدعوى مباشرة، مع مراعاة حكم المادة ٢٠٧. وهذا هو لب نظام الاشتراط لمصلحة الغير وجوهره ومعقل القوة فيه.

وإذا كان للمستفيد أن يطالب المتعهد مباشرة بالحق المشترط لصالحه، فإن ذلك لا يمنع المشترط نفسه من أن يكون له، في نفس الوقت، الحق في أن يطالب المتعهد بأن يؤدي الالتزام المشترط للمستفيد، وذلك ما لم يتفق على غيره. فالمشترط هو الطرف الثاني في العقد مع المتعهد، ومن ثم يكون له أن يطالبه بالوفاء بالتزاماته التي يرتبها العقد

عليه، وإن كانت فائدتها تعود على غيره، ثم ان الفرض أن للمشترط مصلحة في قيام المتعهد بالوفاء بالتزامه للمستفيد. فهذه المصلحة نفسها هي التي دفعته إلى أن يشترط هذا الالتزام عليه.

وإذا كان المستفيد من الغير بالنسبة إلى عقد الاشتراط إلا أنه يتلقى منه حقا شخصيا ومباشرا في مواجهة المتعهد. ومن ثم تقرر المادة ٢٠٧ للمتعهد الحق في أن يتمسك، في مواجهة المستفيد، بكافة الدفوع الناشئة له من عقد الاشتراط، والتي كان يسوغ له أن يحتج بها في مواجهة المشترط نفسه، لو أن المنفعة كانت مقررة لصالحه. وعلى هذا النحو، لا يضرار المتعهد من كون المنفعة مشترطة للمستفيد.

والاشتراط لمصلحة الغير يتضمن تقديم منفعة للمستفيد. وإذا كان المتعهد هو الذي يقدمها له، نتيجة أدائه الالتزام الذي رتبته العقد عليه، إلا أن المشترط هو الذي اشترطها له، وهو الذي يتحمل مقابلها، إن كان لها مقابل. ومن ثم يخول المشروع في المادة ٢٠٨ للمتشرط، بعد أن ينعقد الاشتراط، أن ينقضه، بمعنى أن يحرم المستفيد من الفائدة التي كان من شأنه أن يرتبها له. وهذه الرخصة تثبت للمشترط شخصيا. فهي مقصورة عليه لخاصة نفسه. ومن ثم فهي لا تنتقل من بعده لورثته. كما أنه لا يجوز لدائنيه أن يباشروها عنه، بإسمه ولحسابه، حتى لو كان معسرا. فالأمر متروك لمحضر اريحته هو، وفقا لما يراه.

على أن نقض الاشتراط، في الحدود السابقة، يتقيد باعلان المستفيد رغبته في الافادة من الاشتراط، اما للمشترط واما للمتعهد. فبمجرد أن يعلن المستفيد رغبته في الافادة من الاشتراط، للمشترط أو للمتعهد، يثبت له الحق المتولد عنه نهائيا، ويستحيل بعد ذلك على المشترط أن يحرمه منه بنقض المشاركة.

وإذا باشر المشترط الرخصة المخولة له في نقض المشاركة، حرم المشترط لصالحه من المنفعة التي كانت مشترطة له. ولكن ذمة المتعهد لا تبرأ، ويبقى متحملا بالالتزامات التي ولدها العقد عليه. وذلك بطبيعة الحال ما لم يتفق على خلافه.

وللمشترط، بعد نقضه المشاركة، أن يحل منتفعا آخر محل المنتفع الأصلي أو أن يستأثر بالمنفعة لخاصة نفسه.

الفرع الثالث - انحلال العقد

(المواد ٢٠٩ - ٢١٩)

تتركز أسباب الانحلال العامة للعقود في ثلاث أسباب: الفسخ والانفساخ والتقاييل أو الاقالة.

(أولا) فسخ العقد:

ويعرض المشروع لفسخ العقد في المواد من ٢٠٩ إلى ٢١٣.

وتتناول المادة ٢٠٩ الفسخ بوجه عام مبينة مجال إعماله، وشروطه الأساسية وكيفية إيقاعه وسلطة القاضي إزاءه. فهي تقرر، بادئ ذي بدء أن الفسخ لا يكون إلا في العقود الملزمة للجانبين. ووجه هذا الحكم ظاهر. فمؤدى الفسخ ان يترخص للمتعاقد الذي حصل الإخلال بحقوقه، أن يتحرر من التزاماته المقابلة التي يفرضها العقد عليه. فإن حصل الإخلال بحقوقه، من غير أن تكون ثمة التزامات مقابلة يفرضها العقد عليه، فإن الفسخ يكون غير وارد أصلا.

وتجيء المادة ٢٠٩ بعد ذلك لتبرز أن الفسخ لا يعدو أن يكون مجرد رخصة تثبت للمتعاقد الذي حصل من غريمه الإخلال بحقوقه، كي يتحلل هو من التزاماته. فلا إيجاب على المتعاقد في الفسخ. وهو ان ترخص له في طلبه، فإن ذلك لا يحرمه من حقه الأصيل في التمسك بالعقد، ومطالبة مدينه بالوفاء بحقوقه التي يرتبها له. وهكذا للمتعاقد، عند الإخلال بحقوقه، الخيار بين أن يطلب من القاضي فسخ العقد، أو أن يطلب منه الحكم له بإلزام المتعاقد الآخر بحقوقه قبله. فإن فضل الفسخ، وحكم له به القاضي، فإن ذلك لا يحرمه من حقه في التعويض عما عساه أن يرتبه له الفسخ من ضرر.

وتعرض المادة ٢٠٩ في فقرتها الأولى لشروط اعمال نظام الفسخ. وتقرر، في هذا الصدد، وجوب أن يكون المتعاقد، الذي يعمل الفسخ اضرازا به، مخلا بالوفاء بالتزامه الذي يفرضه العقد عليه، بأن يحل أجل الوفاء به دون أن يؤديه، وان يستمر في تقاعسه عن أدائه إلى ما بعد اعذاره بوقت معقول، كما أنها تتطلب أيضا أن يكون طالب الفسخ غير مقصر بدوره في الوفاء بالتزامه، بأن يكون قد أداه بالفعل، أو أن يعرض أداءه. فإن كان

كل من المتعاقدين مخلا بالتزاماته فإنه لا يكون لأيهما طلب الفسخ.

وتعرض المادة ٢٠٩ في فقرتها الثانية لسلطة القاضي عند رفع دعوى الفسخ. وهي تمنحه، في هذا المجال، سلطة رحبة الحدود. وتتمثل سلطته هذه في مظهرين أساسيين:

ف للقاضي أن يمنح المتعاقد الذي ترفع دعوى الفسخ ضده أجلا يحدده له، ليقوم خلاله بالوفاء بالتزام الذي تقاعس عن أدائه، إذا رأى الظروف تقتضي منحه هذه الأجل، كما إذا رأى ان ثمة أملا في أن يفلح في الوفاء بالتزام في وقت ليس بجدا بعيد، فينظره الى مسيرة، لعل الله يؤتية من بعد عسر يسرا.

وللقاضي أن يرفض الفسخ كلية برغم توافر كل شروطه. ويكون له ذلك إذا كان ما لم يوف به المدين قليلا بالنسبة إلى كافة الالتزامات التي يفرضها العقد عليه. وقد حرص المشروع على أن يجعل التناسب بين ما أداه المدين وبين ما لم يؤده قائما على أساس التزاماته كلها، وليس فقط على أساس الالتزام الواحد، عندما يقف المدين عند الوفاء ببعضه. ذلك لأن العبرة هي بالعقد في مجموعه وبكل الالتزامات التي يرتبها على المتعاقد. وقد يفى المتعاقد بالالتزامات الأساسية التي يفرضها العقد عليه، ولكنه يتقاعس عن الوفاء بالتزام ثانوي لا يترتب على الإخلال به كبير ضرر للمتعاقد الآخر. وفي مثل هذه الحالة، يكون للقاضي أن يرفض الفسخ، كما يكون له أن يرفضه في خصوص الالتزام الأساسي الواحد، عندما يوفي معظمه، ويتقاعس عن الوفاء بقليله.

وقد أخذ حكم المادة ٢٠٩ مما جاء به القانون الكويتي في المادة ١٧٢ وذلك بعد تعديل صياغتها على وجه أدنى إلى الدقة والوضوح.

وتعرض المادة ٢١٠ للحالة التي يتضمن فيها العقد شرطا يقضي باعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه وبقوة القانون وبدون حاجة إلى حكم القاضي، أو بتقييد سلطة القاضي إزاء الفسخ على نحو ما يقرره المشروع في المادة ٢٠٩، قاضية بوجوب أن يثبت انصراف إرادة المتعاقدين كليهما إليه على نحو صريح قاطع.

والمشروع بذلك يستهدف وضع حد لما ظهر في العمل من إساءة استعمال هذا الشرط في العقود، وللتناجح الوخيمة المترتبة عليه للمتعاقد، عندما يتعسر في أداء

التزاماته، ولو كان تعسره مؤقتاً أو قليلاً نسبياً، بحرمانه من رقابة القضاء، وما تنطوي عليه من سلطة الرفق به ونظرتة إلى ميسرة.

فالمتعاقدون كثيراً ما يضمّنونه عقودهم، دون أن يقدرُوا خطورته بل حتى دون أن يقفوا على حقيقة أثره أو حتى على حقيقة مدلوله. فتكاد صياغة هذا الشرط تكون محفوظة عند بعض محترفي تحرير العقود من غير رجال القانون، يضعونها فيما يحثرونه منها، من غير فهم لمدلولها ولا استيعاب لتتائجها. حتى ضمانات الاعذار، باعتباره وسيلة لإثبات إخلال المدين بالالتزام، يغلب أن يتضمن الشرط الإعفاء منها، وإذا كان القضاء، في البلاد التي تقضي قوانينها بصحة هذا الشرط، قد عمد إلى التقليل من خطره، بالتضييق ما أمكن في تفسيره، فإن المشروع يتطلب لاعماله أن يثبت للقاضي على نحو صريح قاطع أن إرادة المتعاقدين كليهما قد انصرفت صراحة إليه، على بينة من حقيقة أثره. فإن ثبت ذلك للقاضي، توجب أعمال الشرط على نحو ما يقضي به.

وإذا اتضح للقاضي أن المتعاقدين قصدا حقيقة وعلى بينة من الأمر الشرط القاضي بفسخ العقد من تلقاء نفسه وبقوة القانون ودون حاجة إلى حكم القاضي، فإنه لا يكون من مقتضى هذا الشرط بمجرده، وذاته أن يعفى المتعاقد الذي يعمل بالفسخ اضراماً به، من ضمانات الاعذار.

على أنه إذا اتفق على الاعفاء من الاعذار بمقتضى شرط صريح قاطع في دلالته، صح هذا الشرط في المواد التجارية وحدها، أما في المواد المدنية، فلا يعفى المتعاقد من ضمانات الاعذار، ولا يعمل بالشرط القاضي بحصول الفسخ بقوة القانون عند الإخلال بالالتزام، إلا إذا استمر هذا الإخلال لمدة معقولة بعد الاعذار، ولو اتفق على غير ذلك، وقد أعرض المشرع فيما جاء به في هذا كله عما يجري به الحكم في قانون التجارة الكويتي بالمادة ١٧٣ .

وتقابل المادة ٢١١ المادة ١٧٥ من قانون التجارة الحالي، وهي تعرض لأثر الفسخ، وهذا الأثر يتركز في إنحلال العقد وزواله. والأصل أن الفسخ يزيل العقد، ليس للمستقبل فحسب، بل للماضي أيضاً. فالعقد يعتبر كأن لم يبرم أبداً. وهكذا للفسخ أثر رجعي يمتد إلى تاريخ إبرامه. على أن هذا الأصل ليس مطلقاً. وهذا ما دعا المشروع إلى أن يتحفظ في خصوصه بالنسبة إلى العقود المستمرة، وبالنسبة إلى ما تقتضيه الحماية الواجبة للغير حسني النية، على نحو ما تقرره المادة ٢١٢ والمادة ٢١٣ .

وإذا كان مؤدي الفسخ إنحلال العقد بأثر رجعي واعتبار أنه لم يقم أصلاً، فإنه يتعين إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها عند إبرامه فإن استحلال على أحد المتعاقدين أن يعيد الآخر إلى الحالة التي كان عليها عند العقد، جاز الحكم عليه بأداء معادل.

وتعرض المادة ٢١٢ لأثر الفسخ في العقود المستمرة، مقررته له حكماً مغايراً بعض الشيء لأثره في العقود الفورية، قاصرة أثره في حل الرابطة العقدية على المستقبل دون الماضي، ومن تاريخ تحققه. وهو حكم سبق للقضاء أن وصل إليه في يسر دون نص يقرره. وقد ارتأى المشروع أن يقننه دفعاً لأية مظنة، سيما وقد بدأ اتجاه في الفقه في فرنسا يبشر بوجوب اعمال الأثر الرجعي للفسخ حتى بالنسبة للعقود المستمرة.

وقصر أثر الفسخ في العقود المستمرة على المستقبل دون الماضي، له ما يبرره. فللزم في صدد هذا النوع من العقود أهمية في تحديد مدى ما يؤدي من الالتزامات الناشئة عنها. فإذا استمر العقد فترة من الزمن ثم قضى بفسخه، فإن ذلك لا يمنع من أن العقد أنتج بالفعل آثاراً في الماضي تتعذر إزالتها، ويكون من المصلحة الإبقاء عليها. وإذا كان الفسخ هنا يختلف عن الإبطال، فهذا الاختلاف ما يسوغه. إذ الإبطال يقوم على إخلال وقع في ذات تكوين العقد، ومؤداه أن العقد لم يبرم أصلاً. أما الفسخ فمؤداه أن العقد قام صحيحاً وأنتج بالفعل آثاره، فإن تقرر بعد ذلك فسخه كجزء للإخلال بالالتزامات الناشئة عنه. فمن المقدور أن يقصر أثره على البعض من مدة سريانه، دون البعض الآخر.

ويتمشى المشروع، في المادة ٢١٣، مع مبدأ حماية الغير حسني النية، مقررراً عدم الاحتجاج بفسخ العقد في مواجهة الخلف الخاص لكل من عاقديه، إذا كان قد تلقى حقه معاوضة حالة كونه حسن النية، بأن كان، عند التصرف له لا يعلم السبب الذي أفضى إلى الفسخ ولم يكن في مقدوره أن يعلم به.

والمشروع، إذ يحمي الخلف الخاص لكل من المتعاقدين من أثر فسخ عقدهما، يتجاوب مع الاتجاه الذي أخذ يفرض وجوده في الفكر القانوني المعاصر، والذي يهدف إلى حماية الغير حسني النية، استقراراً للمعاملات وحماية للائتمان مع ضبط الحماية وحصرها في حدودها اللازمة. ثم أن الحكم الذي يقرره المشروع هنا لا يعدو أن يكون مثيلاً لذلك الذي سبق له أن قرره في خصوص إبطال العقد.

ثانياً) انفساخ العقد:

انفساخ العقد نظام قانوني مؤداه أن يحدث، بعد انعقاد العقد، ما يجعل تنفيذ الالتزام الناشئ عنه مستحيلًا لسبب أجنبي عن المدين، فينقضي هذا الالتزام بسبب استحالة تنفيذه، وتنقضي معه الالتزامات المقابلة إن وجدت ويتفرغ العقد بالتالي من مضمونه، فيزول. وبهذه المثابة، يتميز انفساخ العقد عن فسخه تمييزاً واضحاً. إذ أن حل الرابطة العقدية في الفسخ تجيء كجزء لاخلاق أحد المتعاقدين بالتزامه.

وقد عمد المشروع إلى تنظيم الانفساخ تنظيمًا متكاملًا، سادا بذلك نقصاً ظاهراً وقع فيه قانون التجارة الكويتي الحالي، كما وقع فيه من قبله القانون المصري الذي استوحاه، وغيرهما من قوانين بلاد عربية أخرى. ويتمثل وجه التكامل الذي لجأ المشروع إليه في أمرين أساسيين: (الأول) بين المشروع حكم الانفساخ في العقود الملزمة لجانب واحد، وفي العقود الملزمة للجانبين على حد سواء، في حين أن القانون المصري وما استوحته من قوانين البلاد العربية الأخرى، ومن بينها قانون التجارة الكويتي الحالي، لم تعرض إلا لحكم الانفساخ في العقود الملزمة للجانبين. (الثاني) عمد المشروع إلى بيان أثر استحالة تنفيذ الالتزام على العقد في حالتي الاستحالة الكلية والجزئية، حين اقتصر قانون التجارة الكويتي الحالي والقانون المصري وغيرهما من قوانين البلاد العربية الأخرى التي سارت على دربهما على حكم الاستحالة الكلية وحدها.

وتعرض المادة ٢١٤ لأثر استحالة تنفيذ الالتزام لسبب أجنبي عن المدين على العقد الملزم لجانب واحد، وترتب عليها انفساخ العقد من تلقاء نفسه، إن كانت كلية. فإن كانت استحالة تنفيذ الالتزام جزئية، فإن العقد لا يفسخ من تلقاء نفسه وبقوة القانون إلا في حدود ما أصبح من محل الالتزام مستحيلًا، ويترخص للدائن أن يتمسك ببقاء العقد فيما يخص ما بقي ممكن التنفيذ من الالتزام.

وتعرض المادة ٢١٥ لأثر استحالة تنفيذ الالتزام لسبب أجنبي عن المدين في العقود الملزمة للجانبين، وهي تفرق في الحكم بين الاستحالة الكلية والاستحالة الجزئية .

فإن كانت الاستحالة كلية، انقضى التزام المدين بسببها، وانقضي معه الالتزام المقابل على الطرف الآخر، ويتفرغ العقد بالتالي من مضمونه فيفسخ من تلقاء نفسه ويزول.

أما إذا كانت الاستحالة جزئية، فإن العقد لا يفسخ كلياً ويكون للدائن حسب الأحوال، ان يتمسك بالعقد فيما يخص ما بقي ممكن التنفيذ من حقه وما يتناسب معه من الالتزام المقابل، أو ان يطلب فسخ العقد برمته .

وغني عن البيان انه في حالة زوال العقد نتيجة استحالة تنفيذ الالتزام الناشئ لسبب أجنبي عن المدين، سواء كانت الاستحالة كلية أو جزئية، لا يستحق الدائن تعويضاً ما عدا يناله من ضرر بسبب تفويت الصفقة عليه كلياً أو جزئياً، فالفرض ان المدين هنا لم يخطئ . وبهذا يتميز انفساخ العقد عن فسخه . الذي لا يحول دون حق الدائن في التعويض عن الضرر الذي يرتبه له، اعتباراً بأنه يتمثل رخصة يجيزها له القانون كجزاء لا خلال المدين وتقصيره في الوفاء بالتزاماته .

وتعرض المادة ٢١٦ لأثر انفساخ العقد . وهو كالفسخ تماماً يؤدي إلى حل الرابطة العقدية بأثر رجعي يستند إلى وقت نشوئها . الأمر الذي يتعين معه إرجاع المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها عند إبرامه، على ان الأثر الرجعي للانفساخ لا يكون إلا في الحدود التي ترسمها المواد ٢١١ و ٢١٢ و ٢١٣ في شأن الفسخ.

(ثالثاً) الاقالة :

الاقالة أو التقايل أو التفاسخ سبب لا نحلال العقد، الى جانب الفسخ والانفساخ، وهو نظام يقوم على تراضي طرفي العقد على ازالته بعد ابرامه . وهو لا يعدم ان يجد بعض التطبيقات في واقع حياة الناس، سيما في الحالة التي يستشعر فيها احد المتعاقدين الندم على صفقة يكون قد ابرمها، فياتي المتعاقد الآخر ويتفق معه على ازالتها . وقد حجب إلينا الرسول الكريم مثل هذا النهج النبيل، بقوله (من اقال نادماً بيعته، أقال الله عثرته يوم القيامة) .

والاقالة تتميز عن الفسخ والانفساخ في انها لا تكون إلا اتفاقية، بمعنى انها لا تنشأ إلا بتراضي الطرفين عليها، وبشرط ان يجيء هذا التراضي بعد انعقاد العقد أما الفسخ فلا يكون الا بحكم القاضي . والانفساخ يقع بقوة القانون .

وتقرر المادة ٢١٧ جواز الاتفاق على الاقالة، وهو امر تقتضيه القواعد القانونية

العامة بذاتها وبمجردھا. فالعقد صنیعة ارادة المتعاقدين، وما تصنعه الارادة المشتركة للمتعاقدین تستطيع ان تنقضه وتزيله، وذلك في الحدود التي لا تضر الغير بطبیعة الحال.

ویلزم لصحة الاقالة ان يكون الشيء الذي ورد العقد في شأنه أو المعقود علیه، قائما لم یهلك، وموجودا في يد أحد المتعاقدين، لم یذهب الى الغير. علی انه إذا هلك أو تلف من المعقود علیه بعضه، أو ذهب هذا البعض الى الغير، فإنه یجوز التقايل في الباقي منه بقدر حصته من العوض.

ففي البیع، مثلا، یلزم ان يكون المبیع قائما عند الاقالة. ولكن لا یمنع من امكان الاتفاق علیها ان يكون بعض المبیع قد تلف، حیث تقع في الباقي، بقدر حصته من الثمن، أما إذا قبض البائع الثمن، وذهب عنه لسبب أو لآخر، فإن ذلك لا یحول دون الاقالة اذ ان المثليات لا تهلك.

وقد استلهم المشروع تلك الأحكام من قانون التجارة الكويتي الحالي (في المادتين ١٧٦، ١٧٧) والتقینات العربية التي أخذھا عنها.

ویتركز أثر الاقالة في إزالة العقد- والأصل انها تزيل العقد، لا بالنسبة الى المستقبل فحسب، بل الى الماضي ایضا، شأنها في ذلك شأن الفسخ والانفساخ، فیعتبر العقد الذي حصلت إقالته كان لم یرم أصلا. بید ان هذا الاثر الرجعي للاقالة، لا يكون الا في العلاقة بین المتعاقدين نفسيهما، أما بالنسبة الى الغير، فلا يكون للاقالة اثر الا من تاریخ حصولها، ومن غير اخلال بقواعد الشهر العقاري. وهذا ما أدى بالمشروع الى ان یعتبر الاقالة، بمثابة عقد جدید في حق الغير (المادة ٢١٨). وهو نفس الحكم الذي سبق لقانون التجارة الكويتي الحالي ان اخذبه (المادة ١٧٨)، ناهجا في ذلك نهج القانون العراقي (المادة ١٨٣)، ومسایرا لفقه الحنفي، الذي یرى بدوره ان للاقالة طبیعة مزدوجة، اعتبارا بأنها فسخ اتفاقي بالنسبة الى المتعاقدين وعقد جدید بالنسبة الى الغير. أما المالكية واهل الظاهر فقد رأوا في الاقالة عقدا جدیدا، وليست فسحا للعقد الأول، وذلك بالنسبة الى المتعاقدين والغير علی حد سواء، في حین ان الحنابلة ومعهم الشیعة الامامية، رأوا ان الاقالة فسخ اتفاقي بالنسبة إلى الجميع.

(رابعاً) الدفع بعدم التنفيذ:

الدفع بعدم التنفيذ نظام قانوني مؤداه أنه في العقود الملزمة للجانبين يسوغ لكل من المتعاقدين ان يمتنع عن الوفاء بالالتزامات التي يفرضها العقد عليه، ولو كانت حالة الاداء، الى ان يقوم المتعاقد الآخر بأداء التزاماته المقابلة، أو يعرض في الأقل، أداءها، ما دامت هذه الالتزامات الاخيرة حالة الاداء بدورها .

والدفع بعدم التنفيذ وسيلة دفاعية، وليست هجومية، فهو، كما يدل عليه اسمه، دفع وليس دعوى، وهو وسيلة دفاعية يقررها القانون للمتعاقد الذي يكون، في نفس الوقت دائناً ومديناً للمتعاقد الآخر، ويخوله بمقتضاها الحق في أن يدفع مطالبة غريمه بالدين الذي له، حتى يفي هذا الغريم بدوره بما عليه. والفكرة الأساسية التي يقوم عليها هذا الدفع هي أنه : « إذا أردت أن تأخذ مالك فعليك ان تفي بما عليك فلا عهد لمن لا عهد له » فقوامه الارتباط والتقابل بين الالتزامات .

ويلزم للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ أن يكون الالتزام المقابل حال الاداء وان يتعاسر المدين به عن ادائه برغم حلول أجله، على أنه يتعين على المتعاقد، في اعتصامه بالدفع بعدم التنفيذ ألا يتجافى مع مقتضيات حسن النية ونزاهة التعامل. وعلى هذا فإن كان ما بقي من غير وفاء من الالتزام المقابل قليلاً بالنسبة إليه في جملة فإنه يمتنع على المتعاقد ان يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ، أو في الأقل يمتنع عليه التمسك به إلا في حدود حصة من التزامه تقابل ما بقي من حقه من غير وفاء . ولم يشأ المشروع أن يضمن نص المادة ٢١٩ ما يقرر هذا الحكم اعتباراً بأنه لا يعدو أن يكون تطبيقاً للقواعد العامة التي تقتضي مراعاة حسن النية في تنفيذ العقود، وتقييد مباشرة الحقوق بما يمتنع معه التعسف والاساءة.

والدفع بعدم التنفيذ يتقيد بالضرورة بالاتفاق وعرف الجهة . فإذا قضى الاتفاق أو العرف بحرمان المتعاقد من التمسك بهذا الدفع، أو قضى بالزامه بتنفيذ التزامه أولاً، فإنه لا يكون له ان يعتصم به .

وقد استمد المشروع أحكام الدفع بعدم التنفيذ من القانون المصري (المادة ١٦١) والقوانين العربية التي نقلت عنه أما قانون التجارة الكويتي فقد جاء حالياً من النص عليه .

وغنى من البيان ان الدفع بعدم التنفيذ لا يعتبر سبباً لانحلال العقد فهو لا يزيل الرابطة العقدية، وانما يضعفها فحسب، ولمدة مؤقتة فأثره يقتصر على وقت العقد، وهو بهذه المثابة يتميز عن الفسخ والإنفساخ والتفاسخ .

الفصل الثاني

الإدارة المنفردة

(المواد ٢٢٠ - ٢٢٦)

ثمة نظرية قديمة تقليدية، يمكن أن يطلق عليها النظرية اللاتينية، تقول بأن الإرادة المنفردة لا تنشئ الالتزام وهي النظرية التي لا زال القانون الفرنسي يسير عليها في مجموعها إلى الآن، من حيث التأصيل القانوني على الأقل. وثمة نظرية أخرى جديدة نسبياً يتزعمها الفكر القانوني الألماني تبشر بأنه يوجد في منطق القانون ما يمنع من ان ينشأ الالتزام بارادة المدين المنفردة، وهاتان النظريتان، تبدوان متغايرتين كل التغاير. ولكنهما تقتربان الى حد كبير بالنسبة الى النتائج التطبيقية التي وصل إليها الفكر القانوني في مجال اعمال كل منها. بحيث يكاد أن يكون الفارق بينهما نظرياً لا يتجاوز مجرد التأصيل القانوني.

فالنظرية الألمانية، وان لم ترثمة مانعا من أن ينشأ الالتزام عن التصرف الصادر من جانب واحد، إلا ان القانون الألماني نفسه لا يقر هذا الأثر إلا في الأحوال الخاصة التي يصرح بها القانون (المادة ٣٠٥). وفي الجانب الآخر، نجد أنه بالنسبة إلى أهم التطبيقات العملية التي تعزى فيها نشأة الالتزام للإرادة المنفردة، يسير الفكر القانوني الفرنسي أيضا على نشأة الالتزام فيها، وان عمد الى ردها تارة إلى العقد وتارة أخرى إلى المسؤولية التقصيرية.

وقد عمد المشروع إلى أن يقر للإرادة المنفردة قوة إنشاء الالتزام، ولكن في مجال محدود مقصور على الحالات الخاصة التي يأذن لها فيها القانون بإنشائه.

وهكذا فالإرادة المنفردة، إذا اعتبرت مصدرا منشئا للالتزام، فلا تكون إلا مصدرا مقيداً محدوداً. وهي، بهذه المثابة، تتميز عن العقد والعمل غير المشروع والكسب دون سبب، التي هي مصادر مطلقة من شأنها أن تولد الالتزام على نحو عام وشامل.

وبعد أن يقر المشروع للإرادة المنفردة قوة إنشاء الالتزام في مجالها المقيد الضيق المحدود، يعمد إلى تنظيم أحد أهم تطبيقاتها العملية، وهو الوعد بالجائزة الموجه للجماهون، تاركا التطبيقات الأخرى ليأتي الحكم فيها مع أحكام الأنظمة التي تخصها.

وترسي المادة ٢٢٠، في فقرتها الأولى، المبدأ الأساسي في خصوص الإرادة المنفردة، ومقتضاه أن التصرف القانوني الصادر بها، أو التصرف القانوني الصادر من جانب واحد

كما يغلب أن يقال، لا ينشئ الالتزام ولا يعد له ولا ينهيه، إلا في الحالات الخاصة التي يأذن له فيها القانون بذلك.

وتجيء الفقرة الثانية لتضع الأساس الذي يراعى في حكم التصرف القانوني الصادر من جانب واحد، حينما يأذن له القانون بإنشاء الالتزام أو بتعديله أو بانتهائه، مقررته إخضاعه لما يخضع له العقد بوجه عام من أحكام القانون، إلا ما كان من هذه الأحكام متعارضاً مع قيامه على الإرادة الواحدة، وعلى الأخص ما تعلق منها بتوافق الإرادتين.

وقد استوحى المشروع حكم المادة ٢٢٠ من القانون الألماني (المادة ٣٠٥)، ومن القانون العراقي (المادة ٩٤)، ومن القانون الأردني (المادة ٢٥١).

الوعد بجائزة للجمهور:

وتعرض المادة ٢٢١ للوعد الذي يوجه للجمهور عن طريق سبل الإعلام المختلفة بجائزة تعطى عن إنجاز عمل معين كالوصول إلى اختراع محدد أو كشف علاج لمرض أو العثور على شيء فاقده أو حيوان ضال. فسممة الوعد بالجائزة انه يوجه للجمهور الناس، ولا يوجه لشخص بعينه. فإذا وجه الوعد بالجائزة لشخص معين، تمثل إيجابياً له من الواعد حتى إذا ما قبله، قام العقد بينهما. أما الوعد الموجه للجمهور، فلا يعتبر إيجاباً لأحد. وإنما هو يلزم صاحبه بمجرد ذاته، تأسيساً على إرادته المنفردة.

ولكي يعتبر الوعد للجمهور بالجائزة قائماً، يلزم أن يتم إعلانه للجمهور بأي طريق من طرق الإعلام، كالنشر في الصحف أو في الإذاعة المنظورة منها أو المسموعة أو باللصق على الجدران أو غير ذلك.

وإذا قام الوعد التزم به صاحبه بمجرد إرادته المنفردة، وحق عليه أن يعطى الجائزة الموعود بها لمن أنجز العمل، ولو كان قد أنجزه قبل الوعد ما لم يتضمن الوعد غير ذلك، أو كانت ظروف الحال تقتضيه. كما أن الجائزة تستحق لمن ينجز العمل، حتى لو أداه بغير نظر إليها أو دون أن يعلم بها.

وتعرض المادة ٢٢٢ لآثار الرجوع في الوعد بالجائزة، وتقرر عدم ثبوت الحق للواعد في الرجوع في وعده، إذا كان قد حدد في الإعلان ميعاداً لبقائه قائماً. وإنما يسقط الوعد بمجرد ذاته بفوات هذا الميعاد.

أما إذا لم يعين الواعد أجلاً لوعده، فإنه يمكنه الرجوع فيه في أي وقت. على أن الرجوع

في الوعد لا يعتبر واقعا إلا بإعلانه للجمهور على وجه مماثل، أو في الأقل، يشابه في أثره الإعلامي، الوجه الذي تم به توجيه الوعد.

وتعرض المادة ٢٢٣ لأثر الرجوع في الوعد بالجائزة، مقررة أن هذا الأثر لا يكون إلا بدءا من وقت إعلانه للجمهور. وبهذه المثابة، لا يكون للرجوع عن الوعد أثر بالنسبة إلى من يكون قد أنجز العمل بحسن نية قبل ذلك، ولا يحول بالتالي دون حقه في الجائزة.

فإذا كان الشخص قد بدأ في العمل قبل إعلان الرجوع في الوعد، حالة كونه حسن النية، أي لا يعلم بصدور إرادة الواعد بالرجوع من طريق آخر، حل له أن يطالب الواعد بقيمة ما انفقه من مصروفات وما بذله من جهد، إذا أثبت أنه كان ل يتم العمل في وقت مناسب، على ألا يزيد مقدار ما يستحقه من قيمة الجائزة نفسها.

وتعرض المادة ٢٢٤ للوقت الذي ينبغي فيه للواعد أن يبت في إستحقاق الجائزة بتعيين الشخص أو الأشخاص الذين تثبت لهم، محددة إياه بستة أشهر على الأكثر من تاريخ انتهاء الأجل المحدد في الإعلان، وذلك ما لم يتضمن الإعلان ميعادا أطول.

وتقرر المادة ٢٢٥ أنه لا يترتب على الوعد بالجائزة ولا على إعطائها لمستحقها ثبوت حق للواعد في ثمرة العمل الذي وعد بالجائزة وأعطيت من أجله.

فالجائزة تعطي نظير أداء العمل. فهي لا تتمثل مقابلا لثمرته. ومن ثم يكون الحق في هذه الثمرة أو في الاستفادة منها لمن قام بالعمل. فلو أن شخصا وجه للجمهور وعدا بإعطاء جائزة لمن يكشف دواء لمرض معين، ووصل أحد من الناس الى اكتشافه، واستحق الجائزة من أجله، فان الحق في هذا الكشف سواء في جانبه الشخصي أو في جانبه المالي، يكون لصاحبه ولا يكون للواعد، وذلك ما لم تتضمن شروط الوعد ما يخالف ذلك.

وتعرض المادة ٢٢٦ للمدة التي ينبغي أن ترفع فيها دعوى المطالبة بالجائزة الموعد بها وبغيرها من الحقوق التي تترتب على الوعد، مقررة وجوب رفعها خلال مدة لا تتجاوز ستة أشهر من تاريخ انتهاء أجل البت في إستحقاق الجائزة على نحو ما تقضي به المادة ٢٢٤. أو من تاريخ إعلان الرجوع في الوعد على حسب الأحوال.

وقد استوحى المشروع ما جاء به عن الوعد بجائزة للجمهور وأحكامه وآثاره القانون المصري (المادة ١٦٢) والقوانين العربية التي أخذت عنه وكذلك بعض القوانين الأجنبية الأخرى (مشروع القانوني الفرنسي الايطالي المادة ٤)، والقانون الألماني (المادة ٦٥٧ الى ٦٦١) ومدونة الالتزامات السويسرية (المادة ٨)، والقانون البولوني (المادة ١٠٤).

الفصل الثالث

الفعل الضار

العمل غير المشروع الذي ينجم عنه ضرر للغير، يتمثل في الفكر القانوني المعاصر، مصدرا هاما وأساسيا لنشأة الالتزام. بل هو أهم مصادر الالتزام جميعا بعد العقد.

وقد أشار قانون التجارة الكويتي الحالي إلى العمل غير المشروع، باعتباره مصدرا للالتزام، دون أن يبين أحكامه، مقتصرًا، في المادة ١٧٩ منه، على القول بأنه «ينظم قانون خاص أحكام العمل غير المشروع وما يترتب عليه من المسؤولية والتعويض».

وقد صدر هذا القانون الخاص بالفعل، وهو القانون رقم ٦ لسنة ١٩٦١، بتنظيم الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع، والذي عدل، فيما بعد، بمقتضى القانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٦٧، ثم بمقتضى المرسوم بقانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٧٦.

والمشروع، في تنظيمه نتائج الفعل الضار، لم يشأ أن يتعد كل البعد عن الأحكام التي يقضي بها القانون الكويتي الحالي، وإن عمد إلى أن يجري فيها الشيء الكثير من الضبط والتنسيق وإكمال النقص.

فقد أظهرت أحكام قانون العمل غير المشروع الحالي نجاحا ملحوظا، وأدت مهمتها على وجه مرض. وهي من بعد أحكام تكون نظاما قانونيا متكاملا، يقوم على جمع موفق بين آخر ما وصل إليه الفكر القانوني المعاصر، من ناحية، وما حرص عليه الفقه الإسلامي الحرص كله من عدم ضياع دم الناس هدرًا، من ناحية أخرى.

ويتركز تنظيم المشروع للنتائج المترتبة على الفعل الضار في أمرين أساسيين استمد أولهما من الفكر القانوني المعاصر، وثانيهما من الفقه الإسلامي. وقوام الأول تقرير مسؤولية كاملة شاملة، ترجع في أساسها إلى فكرة الخطأ بوجه عام، وإن لم يلتزم المشروع هذه الفكرة دوما على نحو ما كانت عليه من صرامة عند السابقين. وتستهدف هذه المسؤولية تعويض الضرر في جميع مظاهره وبالنسبة إلى كل عناصره المادية منها والأدبية على حد سواء. أما الأمر الثاني، فقوامه ضمان أذى النفس، دون أذى المال، في حدود ضيقة مقصورة على الدية الإسلامية، عندما يستغلق على المصاب أو ذويه

من بعده الطريق إلى جبر الضرر الناجم لهم جبراً كاملاً شاملاً على أساس المسؤولية التقصيرية.

وقد حرص المشروع على أن يميز الأمرين السابقين، حتى لا يقع الخلط بينهما. وقد حدا به إلى ذلك الإختلاف الجذري بينهما من حيث النشأة والشروط والأثر، سيما وقد توسع كثيراً في نظام الدية عن الدم المهدر مستهدياً بفقهاء المسلمين.

والمشروع، إذ يميز بين الحالة التي تقوم أساساً على الخطأ التقصيري والتي يثبت فيها الالتزام بتعويض الضرر تعويضاً كاملاً، وبين الحالة التي تستحق فيها الدية وحدها كلية أم جزئية، يقصر إصطلاح المسؤولية على الحالة الأولى مضمياً على الحالة الثانية إصطلاح (الضمان).

وهذه التسمية بشطريها يقتضيها المنطق ويستلزمها فن صناعة التشريع، فهي، من وجه أول، تساير المنشأ. وهي من وجه ثان، تتوافق مع الواقع. فالشخص منا لا يسأل إلا إذا وقع منه ما يستوجب مساءلته عن خطأ أو ما يدانيه. فإن تحمل بالالتزام عن ضرر يحدث لغيره، عن غير خطأ يكون قد ارتكبه أو ما يدانيه، فهو إلى ضمان هذا الضرر أقرب من تحمله بالمسؤولية عنه.

الفرع الأول - المسؤولية عن العمل غير المشروع

(المواد ٢٢٧ - ٢٥٤)

(أولاً) حالات المسؤولية عن العمل غير المشروع :

عمد المشروع، في تحديد، حالات المسؤولية عن العمل غير المشروع، إلى أن يساير القانون الكويتي الحالي وغيره من القوانين العصرية الأخرى. فهو يبدأ بتقرير المسؤولية عن الأعمال الشخصية. ثم يقرر، في حالات خاصة يحددها، مسؤولية الشخص عن أعمال غيره، وعن الضرر الناجم بفعل الأشياء.

١ - المسؤولية عن الأعمال الشخصية

ومسؤولية الشخص عن أعمال نفسه تتمثل الأصل العام في المسؤولية عن العمل غير المشروع. وهي تقوم في كل حالة تتوافر فيها أركانها، دون تحديد مسبق لتلك الحالات. وفي ذلك تتخالف المسؤولية عن أعمال النفس مع المسؤولية عن فعل الغير، ومع المسؤولية عن الضرر الناجم بفعل الأشياء. فهاتان المسؤوليتان الأخيرتان استثنائيتان. وبحكم كونهما كذلك فإنهما لا تقومان إلا في الأحوال الخاصة التي يقررها القانون.

وتجاء المادة ٢٢٧ لترسي في فقرتها الأولى، الأركان التي تقوم عليها المسؤولية عن الأعمال الشخصية، وهي الخطأ والضرر ورابطة السببية.

(أ) الخطأ:

وإذا كانت أهمية الخطأ، كأساس للمسؤولية عن العمل غير المشروع، أخذت تتناقص على مر الزمن، إلا أن المشروع قد آثر أن يبقى عليه في مجال المسؤولية عن عمل النفس. وحسبه أن يقنع بالمسؤولية الموضوعية في مجال الضرر الناجم بفعل الغير وبفعل الأشياء.

وقد حرص المشروع على أن يصرح بوجود توافر الخطأ لقيام المسؤولية عن عمل النفس، سواء أجاز إحداث الضرر بطريق المباشرة أو التسبب، بمفهوم الفقه الإسلامي

لكل من هذين الإصطلاحين. ذلك لأن المجال هنا هو مجال المسؤولية عن الضرر، وليس مجال ضمانه. والخطأ هنا واجب الإثبات، فعلى من يدعيه أن يقيم الدليل عليه وفقاً للقواعد العامة.

وقد اكتفى المشروع، في الفقرة الأولى من المادة ٢٢٧ بإرساء المبدأ العام، مقررًا أن كل من يخطئ فيحدث بفعله الخاطئ ضرراً بغيره يلتزم بتعويضه. وهو قد تجنب بذلك وضع أحكام تشريعية خاصة للحالات النوعية من الضرر، سواء تعلقت بإيذاء النفس أو إتلاف المال أو غصبه، إعتباراً منه بأن المبدأ العام الذي يقرره يغطي الحالات الخاصة كلها، طالما توافرت فيها متطلبات القانون.

والمشروع، إذ ينهج هذا النهج، يساير الفن السليم في صناعة التشريع، وإن خالف قانون الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع الكويتي الحالي، والذي جاء، على غرار القانون العراقي، يورد نصوصاً عديدة تتضمن أحكاماً تشريعية لنوعيات خاصة من ضرر، هي إيذاء النفس، وإتلاف المال وغصب المال، وإن لم تختلف تلك الأحكام في أساسها، ثم إن ذكر أحكام النوعيات الخاصة من الضرر يعيبه عدم الشمول الذي يؤدي إليه تقرير المبدأ العام. وهو أمر لم يفت قانون العمل غير المشروع الكويتي الحالي أن يواجهه، فبعد أن قرر وجوب التعويض في النوعيات الخاصة التي ذكرها من الضرر، جاء يتحرز ويقرر وجوب التعويض في حالات الضرر الأخرى التي لم يذكرها (المادة ١١). وهو حكم كان يمكن أن يجتريء به وحده.

ولم يشأ المشروع أن يحدد المقصود بالخطأ كركن لقيام المسؤولية، تاركاً أمره لاجتهاد الفكر القانوني، وذلك بغية أن يضفي عليه ما ينبغي له من مرونة وانطلاق.

وتقرر المادة ٢٢٧، في فقرتها الثانية، حكماً أساسياً مؤداه أن عدم الإدراك أو التمييز لا يحول دون مسؤولية صاحبه عن تعويض الضرر الذي يأتيه بفعله الخاطئ، وتضع بذلك حداً لخلاف كبير ثار في الفقه القانوني الكويتي حول ما إذا كان الإدراك لازماً أو غير لازم لقيام المسؤولية التقصيرية.

واستلزام الإدراك أو التمييز لقيام الخطأ الموجب للمسؤولية التقصيرية، في القانون الأوروبي، فكرة مستوحاة أصلاً من القانون الروماني، وهجرتها بعض القوانين العصرية الحديثة، وإن كانت أغلب هذه القوانين لم تهجرها إلا جزئياً، حيث تركت للقاضي شيئاً

من حرية التقدير، وفقاً لمقتضيات العدالة، وهذا هو، على وجه الخصوص، شأن القانون الألماني (المادة ٨٢٩)، ومدونة الالتزامات السويسرية (المادة ٥٤) والقانون البلجيكي (المادة ١٣٨٦ مكرر). وقد سائر القانون المصري هذا الاتجاه بدوره (المادة ١٦٤). وأخيراً جاء المشرع الفرنسي نفسه يقرر المسؤولية التقصيرية كاملة على من يحدث الضرر بغيره، حالة كونه تحت تأثير اختلال عقلي (قانون ٣ يناير ١٩٦٨ الذي عدل المادة ٤٨٩ - ٢ من مدونة نابليون).

والحكم الذي يقرره المشروع في الفقرة الثانية من المادة ٢٢٧، فضلاً عن إتساقه مع منطوق القانون ومصلحة الناس ومسايرته للإتجاه الحديث في الفكر القانوني المعاصر، يتجاوب مع رأي الجمهور في الفقه الإسلامي، حيث لا يتطلب الإدراك أو التمييز لقيام الضمان عن الإلتلاف. وقد جاء في قول بعض الفقهاء، لآظهار هذا الحكم، ان الوليد لو انه انقلب حال ولادته، على شيء فأتلفه، لزمه الضمان من ماله. وقد اخذ بهذا الحكم الحنفية والشافعية والحنابلة، أما المالكية، فثمة خلاف بينهم. فمنهم من قال انه لا ضمان على الصبي الذي لا يعقل فيما اتلفه من نفس أو مال، لعدم تكليفه بتوجيه الخطاب إليه. فهو بمثابة العجماء. ولكن الرأي الراجح في المذهب، والذي يقول به جمهوره، يبشر بأن الضمان يلزم عديم التمييز اعتباراً بأن اساس الضمان هو جبر الضرر، لا الجزاء والعقوبة، ولعموم قول الرسول الكريم: «لا ضرر ولا ضرار».

والمجلة بدورها صريحة في عدم تطلب التمييز لثبوت الضمان (المادة ٩١٦ والمادة ٩٦٠) وقد اخذ بنفس الحكم القانون العراقي (المادة ١٩١) كما أخذ به القانون الأردني (المادة ٢٧٨).

ويعرض المشروع بالمادة ٢٢٨ للحالة التي يحدث فيها الضرر نتيجة أخطاء متعددة وقعت من أشخاص كثيرين، بحيث يتمثل خطأ كل من هؤلاء سبباً مقتضياً للضرر، وتقرر مسؤولية كل واحد منهم، في مواجهة المضرور، عن التعويض كاملاً. فالمسؤولون المتعددون يتحملون، في مواجهة المضرور، بالتعويض على سبيل التضامن، وبمعنى أدق على سبيل التضامم.

أما في العلاقة بين المسؤولين المتعددين أنفسهم، فيتوزع غرم المسؤولية بينهم بقدر دور خطأ كل منهم في إحداث الضرر، فإن تعذر تحديد هذا الدور وزع عليهم غرم المسؤولية بالتساوي.

وقد حرص المشروع على أن يجعل أساس توزيع غرم المسؤولية على المسؤولين المتعددين فيما بينهم متمثلاً في دور خطأ كل منهم في إحداث الضرر، إعتباراً منه بأنه أكثر اتساقاً مع فكرة السببية بين الخطأ والضرر من الأساس الذي يقول به قانون العمل غير المشروع الكويتي الحالي، (المادة ٣٠) والقائم على توزيع غرم المسؤولية بين من يتحملونها على أساس جسامة التعدي الذي وقع من كل منهم، وإن كان المشروع لم يغفل عن أن الخلاف بين الأساسين ضئيل من الناحية العملية، حيث يصعب، في واقع الحياة، تحديد دور خطأ كل من المسؤولين في إحداث الضرر. ثم إن هذا الدور يتناسب في الغالب مع جسامة الخطأ ذاتها .

وتعرض المادة ٢٢٩ لحالة من حالات وقوع الضرر نتيجة أخطاء تقع من أشخاص متعددين، وهي تلك التي يحدث فيها الضرر من خطأ شخص معين، حالة كون خطئه هذا قد اقترن بأخطاء مؤثرة وقعت من آخرين، نتيجة التحريض أو المساعدة، وتقرر مسؤولية هؤلاء الأشخاص جميعاً، على نحو ما تقرره المادة ٢٢٨ إعتباراً بأن الضرر وقع بخطأ كل منهم، فالمسؤولية المدنية، كالمسؤولية الجنائية، لا تقتصر على الفاعل الأصلي، وإنما تمتد أيضاً إلى الشركاء.

والنص مستوحى في عموم حكمه من المادة ٣٦ من القانون البولوني .

(ب) الضرر:

الضرر ركن أساسي في المسؤولية التقصيرية، إلى جانب الخطأ ورابطة السببية. بل هو الركن الجوهري فيها، وأهميته تفوق أهمية الخطأ، فإذا أمكن في بعض الحالات لهذه المسؤولية أن تقوم بغير خطأ - كما تقدم - فلا يتصور أبداً وجودها بلا ضرر.

وقد أولى الفقه الإسلامي فكرة الضرر بالغ عنايته، عامداً إلى درئه عن الناس، ومبتغياً جبره لهم، إذا ألم بالفعل بهم . وليس هذا بغريب على رجاله، وهم يجتهدون في الظل الظليل لشريعة المسلمين، تلك الشريعة السمحة التي تأبى على الناس أن يؤذي بعضهم بعضاً . فمن الأسس التي قامت عليها هذه الشريعة الغراء أن « لا ضرر ولا ضار » كما قال الرسول، عليه أفضل صلوات الله، وهو الأمر الذي دعا فقهاءها إلى القول بتلك القاعدة الفقهية وهي أن « الضرر يزال »، ودعاهم بعد ذلك إلى أن يتحفظوا فيقولوا بقاعدة فقهية أخرى، مؤداها « أن الضرر لا يزال بمثله»، ولقد كان من شدة اهتمام الفقه الإسلامي

بالضرر والعمل على جبره لضحيته، أن جعله وحده، كأصل عام، مناط الضمان، من غير ضرورة لأن يقترب بوقوع الخطأ ممن أوقعه، فيكفي، لتحمل الشخص بالضمان، في الفقه الاسلامي، أن يؤدي فعله بذاته إلى إلحاق الأذى بغيره . من هنا كانت القاعدة الأساسية التي تسود نظرية الضمان في هذا الفقه الحنيف، ومؤداها أن: «المباشر ضامن ولو لم يتعمد أو يتعد»، وإن كان «المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد أو التعدي».

وتحدد المادة ٢٢٠ الضرر الذي يلتزم المسئول عن العمل غير المشروع بالتعويض عنه بالخسارة التي وقعت للمضرور والكسب الذي فاته، شريطة أن يكون هذا وتلك نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع ذاته، بأن يكون قد نجم عنه مباشرة، بحيث أنه لم يكن في المقدور تفاديه ببذل الجهد المعقول الذي تقتضيه ظروف الحال من الشخص العادي، وسواء بعد ذلك أن يكون الضرر قد وقع بالفعل أم أنه سوف يقع حتما في المستقبل. كما انه يستوي أن يكون الضرر متوقعا أو غير متوقع .

وحرص المشروع على أن ينص، في المادة ٢٣١، على أن التعويض الذي يلتزم المسئول عن العمل غير المشروع يتناول الضرر، ولو كان أدبيا.

فالضرر المادي والضرر الأدبي يشفعان كلاهما للمسئولية التقصيرية سببا، ويستوجبان التعويض عنهما، شأن المسئولية التقصيرية في ذلك شأن المسئولية المدنية بوجه عام.

وقد تردد الفكر القانوني طويلا، في خصوص التعويض عن الضرر الأدبي، ورأي البعض بالفعل عدم ملاءمة ذلك . وتتركز حججهم في أن الغاية من التعويض هي جبر الضرر، وإذا أمكن جبر الضرر المادي، فيستحيل جبر الضرر الأدبي، ثم إنه، على فرض إمكان جبر الضرر الأدبي عن طريق التعويض عنه، فإنه لا يوجد أساس منضبط لتقدير هذا التعويض.

ولم يسد الرأي المناهض للتعويض عن الضرر الأدبي . وما كان له أن يسود. فإذا تعذر جبر الضرر الأدبي، فلا أقل من أن يمنح عنه بعض من المال، يترك تقديره لقاضي الموضوع . وفقا لظروف الحال، ليكون فيه على الأقل، بعض السلوي والعزاء. وما لا يدرك كله لا يترك كله. من أجل ذلك، سارت القوانين المعاصرة، في البلاد المختلفة، على تقدير مبدأ التعويض عن الضرر الأدبي، إلى جانب الضرر المادي . وهو الأمر الذي

تبناه المشروع، وحرص على التصريح به، في الفقرة الأولى من المادة ٢٣١ دفعا لأية مظنة.

وقد جاءت المادة ٢٣١، في فقرتها الثانية، تذكر، على سبيل التمثيل لا الحصر، بعض صنوف من الضرر الأدبي، إعتباراً بأنها تتمثل أهم ما ينتاب الناس في واقع حياتهم، وقد حرصت على أن تذكر بين ما أوردته من أمثلة، ما يستشعره الشخص من الحزن والأسى واللوعة وما يفتقده من عاطفة الحب والحنان نتيجة موت عزيز عليه، حتى تدفع شكاً قد ثار حولها في القضاء الكويتي، خلال فترة من الزمن، نتيجة بعض من غموض اعترى نص المادة ٢٣ من قانون العمل غير المشروع . وهو شك سرعان ما تبدد ليستقر القضاء الكويتي على التعويض عن الضرر الأدبي في شتى مظاهره .

وإذا كان المشروع قد أجاز التعويض عن الضرر الأدبي في شتى مظاهره، إلا أنه أثر أن يقصر التعويض عن الضرر الأدبي الناشئ عن الوفاة في نطاق الأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية، توخياً للدقة والانضباط .

وتعرض المادة ٢٣٢ لانتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي من صاحبه إلى غيره، سواء حال الحياة، أو بعد الممات عن طريق الميراث أو الوصية. وتقرر عدم جواز هذا الانتقال، إلا إذا كان مقدار التعويض محددًا بمتقضي القانون، كما هو الشأن في التعويض عن ذات إصابة النفس حيث تستحق الدية، أو كان قد تحدد بمتقضى الاتفاق، أو كان المضرور قد طالب به أمام القضاء.

(ج) رابطة السببية:

لا يكفي، لقيام المسؤولية عن العمل غير المشروع، أن يقع الخطأ ويحدث الضرر، بل يلزم أن تتوافر رابطة السببية، بأن ينشأ الضرر عن الخطأ ولذلك تقرر المادة ٢٣٣ عدم الالتزام بالتعويض إذا كان الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي.

فإذا استطاع المدعى عليه في دعوى المسؤولية أن يثبت أنه، برغم وقوع الخطأ منه، إلا أن خطأه هذا ليس هو الذي أحدث الضرر، ولم يسهم في إحداثه على نحو معتبر قانوناً، وأن الضرر قد حدث لسبب أجنبي عنه لا يد له فيه، كقوة قاهرة أو حادث مفاجئ أو فعل المضرور نفسه أو فعل الغير، فإنه يكون بذلك قد أفلح في قطع رابطة السببية بين خطئه

وبين الضرر، ولا يكون بالتالي ملتزماً بالتعويض وذلك ما لم يقض القانون بخلافه.

وتعرض المادة ٢٣٤ للحالة التي يسهم فيها خطأ المدعي عليه في دعوى المسؤولية مع خطأ المضرور نفسه في إحداث الضرر، كل منهما بنصيب معتبر قانوناً، ودون أن يستغرق أحدهما الآخر، وهي حالة جد شائعة في واقع حياة الناس.

وفي هذه الحالة تنشغل مسؤولية المدعي عليه، ولكنها لا تكون كاملة، فهي تتحدد بقدر يتناسب مع دور خطأ المدعي عليه في إحداث الضرر بالنسبة إلى دور خطأ المضرور نفسه في ذلك. فإن تعذر تحديد دور كل من الخطأين في إحداث الضرر، وزعت المسؤولية بنسبة جسامته، إعتباراً بأنه في الأخطاء المشتركة يتناسب أثر كل منها عادة مع درجة جسامته، فإن تعذر تحديد درجة جسامته كل من الخطأين توزعت المسؤولية بالتساوي.

على أن توزيع المسؤولية نتيجة الاشتراك في الخطأ بين المسئول والمضرور لا يسري على الدية، باعتبارها تعويضاً عن ذات إصابة النفس. فالدية كلية كانت أم جزئية، تستحق للمضرور بمقدارها المحدد في القانون دون أي انقاص فيها.

وقد استمد المشروع أحكامه في ذلك الشأن من قانون التجارة الكويتي (المادة ٢١٨) وقانون العمل غير المشروع الكويتي (المادة ٢٥) ومن القوانين العربية الأخرى التي نقل عنها التشريع الكويتي.

وإذ كان الدفاع الشرعي حقاً. والمقرر أن من يستعمل حقه لا يخطئ، طالما أنه لم يتجاوز مده ومضمونه. لأن الجواز ينافي الضمان، كما يقول فقهاء المسلمين. فإنه إنطلاقاً من هذه الفكرة، تقرر المادة ٢٣٥ أن من أحدث، وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو عرضه أو ماله أو عن نفس الغير أو ماله، ضرراً بمن كان يهدده بالأذى، لا يكون ملتزماً بتعويض هذا الضرر، طالما بقي في حدود الدفاع الشرعي لم يتجاوزه، وهكذا فمن يحدث الأذى بغيره وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو غيره، لا يسأل مدنياً، كما أنه لا يسأل جنائياً.

على أن المسؤولية لا ترتفع إلا إذا اقتصر الشخص على ما هو ضروري لدفع الأذى، من غير شطط أو إسراف، أو تجاوز إلى التشفي والانتقام، فإن تجاوز الشخص حدود الدفاع الشرعي، كان مخطئاً بقدر هذا التجاوز وحقت المسؤولية عليه.

وإذا كان الشخص الذي يتجاوز حدود الدفاع الشرعي يعتبر مخطئاً، وتشغل بالتالي مسؤليته، إلا أنه معذور بعض الشيء عن خطئه وقد أدخل المشروع ذلك في تقديره، فلم يلزم من يتجاوز حدود الدفاع الشرعي بالتعويض على نحو ما تقرره القواعد القانونية العامة . وخول للقاضي أن يحكم عليه بتعويض تراعي فيه ظروف الحال ومقتضيات العدالة .

وقد أخذ المشروع بحكم المادة ٢٣٥ عن القانون الكويتي (المادة ٢٦ قانون العمل غير المشروع) والقوانين العربية التي سبقت إلى تقنينه، مع صياغة الحكم صياغة أدنى إلى الدقة والوضوح.

وتعرض المادة ٢٣٦ لحالة الضرورة، وهي الحالة التي يوجد فيها الشخص أمام خطر جسيم حال يتهدهد أو يتهدد غيره سواء في النفس أو في العرض أو في المال، فيرى نفسه مضطراً، في سبيل درئه، ومن غير أن يكون له طريق آخر أهون، إلى إتيان فعل يؤدي شخصاً ما، دون أن يكون لهذا الشخص يد في وقوع الخطر.

وقد رأى المشروع أن يجري بعض التعديلات في أحكام المسؤولية المدنية عن الضرر الذي يأتيه الشخص وهو في حالة الضرورة على نحو ما يقرره قانون العمل غير المشروع الكويتي الحالي بالمادة ٢٧ . وتتركز هذه التعديلات في أمرين أساسيين:

(الأول) قصر المشروع حالة الضرورة، باعتبارها سبباً للإعفاء أو للتخفيف من المسؤولية على حسب الأحوال، على حالة الضرر الذي يلحق المال، دون ذلك الذي يلحق النفس . وقد راعى المشروع في ذلك أن أنفس الناس مصنونة، ولا يكفي للشخص منا أن يمس نفس غيره بالأذى، حتى لو كان ذلك إتياناً لأذى يلحق نفسه هو أو نفس شخص آخر عزيز عليه، وإلا كان ذلك منه أنانية بغیضة يمقتها المجتمع ويعاديها . ثم إن أذى النفس قد يستوجب الدية، كلية كانت أم جزئية . والدية عندما تستحق لا يعتربها نقصان . وفضلاً عن كل ذلك . فالحكم الذي أخذ به المشروع يتمشي مع الاتجاه الغالب في التشريعات المعاصرة، كالقانون البرتغالي (المادة ٢٣٩٦) والقانون الألماني (المادة ٢٢٨) ومدونة الالتزامات السويسرية (المادة ٥٢/٢) . وهو أكثر مسايرة للسائد في الفقه الإسلامي حيث يقتصر أثر الضرورة، أو الاضطرار إلى رفع القصاص أو المسؤولية الجنائية بوجه عام، دون أن يصل إلى أن يرفع الدية أو الضمان عن الاتلاف . وهذا ما أدى بالمجلة إلى أن تنص في المادة ٣٣ منها على أن «الإضطرار لا يبطل حق الغير» .

(الثاني) علق المشروع مسئولية محدث الضرر على شرط تعذر استيفاء المضرور ما يجبر له ضرره عن طريق دعوى الاثراء دون سبب على حساب الغير . ولهذا الحكم ما يبرره . اذ أنه يتعذر حقيقة أن ينسب الخطأ إلى من يحدث بغيره الضرر، وهو في حالة الضرورة بشروطها المتشددة . فإن اريد تحميله بالمسئولية، فما ذلك إلا مراعاة للمضرور الذي يتمثل ضحية بريئة. فمسئولية محدث الضرر لا تتفق مع القواعد العامة في المسئولية عن العمل غير المشروع . فهي اقرب إلى أن تكون مسئولية عدالة. وإذا كان ذلك كذلك، وجب ألا تقوم هذه المسئولية إلا عندما يتعذر على المضرور أن يصل إلى جبر الضرر بسلوك الطريق الذي يتفق أكثر مع قواعد القانون، وهو ذاك المتمثل في دعوى الإثراء دون سبب على حساب الغير.

ومسئولية من يحدث الضرر، تحت وطاة الضرورة، إذا قدر لها أن تقوم، باعتبار أنها مسئولية عدالة، هي مسئولية مخففة، فيثبت للقاضي إزاءها سلطة رحبة الحدود، حيث يترخص في تقدير التعويض الذي يراه مناسباً وفقاً لظروف الحال ومقتضيات العدالة .

والأصل أن من يرتكب خطأ يتحمل مسئوليته، حتى لو كان، في إتيانه، قد ائتمر بأمر من له عليه واجب الطاعة، ولكن المشرع، شأنه في ذلك شأن القانون الكويتي القائم (المادة ٢٨ من قانون العمل غير المشروع) وغيره من قوانين بلاد عربية أخرى كثيرة، يملئ استثناءها ما خاصاً بالموظف العام الذي ينفذ أمر القانون أو امر رئيسه، مقررًا بالمادة ٢٣٧ أنه لا يسأل عن فعله، ولو كان في ذاته خاطئاً، طالما جاء إطاعة لأمر رئيسه حالة كونها واجبة عليه، أو أثبت أنه كانت لديه أسباب معقولة جعلته يعتقد أنها واجبه عليه، وأنه راعي في عمله جانب الحيطة والحذر . وحسب المضرور هنا أن يطلب ما يستحقه من تعويض من الرئيس الأمر، إذا كان من شأن القانون أن يشغل به مسئوليته.

والذي يحق له أن يعتصم وراء أمر رئيسه هو الموظف العام وحده، وحكمة انفراد الموظف العام بالحكم هو الرغبة في عدم تعطيل الوظيفة العامة، عن طريق تغطية مسئولية المرؤوسين، حتى لا يحجموا عن تنفيذ اوامر رؤسائهم متى كانت في ظاهرها على الأقل صحيحة سليمة.

٢- المسئولية عن عمل الغير:

عمد القانون المعاصر، وتبعه في ذلك قانون العمل غير المشروع الكويتي الحالي،

بتأثير من القانون المصري، إلى تقرير مسؤولية الشخص في بعض الحالات، عن الضرر الناتج عن عمل غيره . وهو في ذلك يستهدف الوصول إلى نوع من العدل الإجتماعي .

ولا شك أن مسؤولية الشخص عن عمل غيره هي مسؤولية تتسم ببعض المخالفة للقواعد القانونية العامة . ومن ثم فهي لا تكون إلا في الحالات التي يحددها القانون . وهي حالات تعتبر واردة فيه على سبيل الحصر، إعتباراً بأنها استثنائية . ولا يصح التوسع في تلك الحالات ولا القياس عليها .

وقد أورد المشروع، شأنه في ذلك شأن القانون الكويتي القائم، وشأن القانون المصري، حالتين أساسيتين لمسؤولية الشخص عن عمل الغير، وهما مسؤولية من تجب عليه الرقابة، اوالمكلف بالرقابة، عن عمل الخاضع لرقابته، ومسؤولية المتبوع عن فعل التابع، وأضاف إليهما مسؤولية الشخص عما يلقي أو يسقط من مكان يشغله، اعتباراً بأنها قد تمثل في بعض الأحيان مسؤولية عن فعل من يتواجدون في المكان .

والمشروع، إذ يقرر المسؤولية عن فعل الغير في هذه الحالات الثلاث، استهدف إتاحة الفرصة للمضروب في أن يستوفي التعويض الذي يجبر له ضرره، في حالات يغلب أن يكون المسئول الأصلي غير مقتدر على أدائه . وهو إذ يستهدف تحقيق هذا الغرض النبيل لا يبتعد كثيراً عن المبدأ الذي يقول به الفقه الإسلامي . فهو ان جعل المكلف بالرقابة أو المتبوع مسئولاً عن التعويض في مواجهة المضروب، إلا أنه يجعل الخاضع للرقابة أو التابع هو المسئول الأصلي عنه، حتى إذا ما قام أحد الأولين بأدائه، كان له أن يرجع به كاملاً على خاضعه أو متبوعه، ويسري نفس الحكم في حالة المسؤولية عن إلقاء أو سقوط الأشياء من المسكن أو نحوه، إذا أمكن معرفة من ألقاها أو اسقطها . وهكذا فالمسؤولية عن فعل الغير لا تعدو أن تكون مسؤولية ضمان، لا أكثر .

وتعرض المادة ٢٣٨ لمسؤولية المكلف بالرقابة عن عمل الخاضع لرقابته . وترسي فقرتها الأولى الأصل العام، مقرره أن كل من يجب عليه قانوناً أو بمقتضى الاتفاق رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة، بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزماً، في مواجهة المضروب، بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص بعمله غير المشروع .

وتقرر الفقرة الثانية أن القاصر يعتبر في حاجة للرقابة، طالما أنه لم يبلغ الخامسة

عشرة من عمره، أو بلغها وكان يعيش في كنف القائم على تربيته، حيث يستمر في حاجة إلى الرقابة إلى أن يبلغ رشده .

وتقرر الفقرة الثالثة أن الرقابة على القاصر تنتقل إلى المعلم في المدرسة أو المشرف في الحرفة.

وتعرض الفقرة الرابعة للزوجة القاصر، وتقرر أنها تكون خاضعة لرقابة زوجها الذي يسأل بالتالي عن الضرر الناجم عن فعلها، وذلك ان كان الزوج رشيدا عاقلا فإن لم يكن كذلك، ثبتت الرقابة على الزوجة القاصر لمن تكون له الرقابة على الزوج نفسه.

ومسئولية المكلف بالرقابة عن عمل الخاضع لرقابته تقوم في أساسها على افتراض وقوع خطأ من الأول في تربية الثاني وتوجيهه ورقابته والاشراف عليه . وهي من بعد قرينة بسيطة . اذ يجوز للمكلف بالرقابة أن يدحضها بإثبات أنه قام بواجب الرقابة على نحو ما ينبغي . فإن افلح في إقامة الدليل على ذلك أزاح المسئولية عن كاهله، لانتفاء الخطأ عنه. ثم ان المكلف بالرقابة يستطيع كذلك أن يزيح عن نفسه المسئولية باقامته الدليل على أن الضرر كان لا بد واقعا، حتى لو انه قام بواجب الرقابة على نحو ما ينبغي، إذ انه بذلك يصل إلى هدم رابطة السببية بين خطئه في الرقابة وبين الضرر.

وقد استوحي المشروع نص المادة ٢٣٨ من قانون العمل غير المشروع الكويتي (المادة ١٣)، ومن القانون المصري (المادة ١٧٣)، وإن كان قد أجرى بعد تعديلات في الصياغة، اقتضتها الملاءمة.

وتستحدث المادة ٢٣٩ حكما جديدا في القانون الكويتي، حيث تقضي بحلول مسئولية الدولة أو أصحاب المدارس أو المعاهد غير التابعة لها، على حسب الأحوال، محل مسئولية المعلم المقررة بمقتضى المادة ٢٣٨، والقائمة على افتراض وقوع خطأ منه في رقابة التلميذ وتوجيهه والإشراف عليه، وإن كان هذا الحكم قد سبق وتقرر من قبل، بالنسبة إلى معلمي الدولة في فرنسا . حيث صدر في ٥ ابريل سنة ١٩٣٧، قانون يقرر حلول مسئولية الدولة محل مسئولية المعلم الحكومي، في الحالة التي يثبت فيها عليه الخطأ في رقابة تلاميذه، وحرمت على المضرور مقاضاة المعلم . وقد حذا المشروع اللبناني (المادة ٢٦) والمشروع المغربي (الفصل ٨٥) حذو صنوهما الفرنسي .

وقد ارتأى المشروع أن يأخذ بمبدأ حلول الدولة وغيرها من أصحاب المدارس

والمعاهد غير التابعة لها، محل مسؤولية المعلم.

وقد راعى في ذلك عدم إيهام المعلمين بمسئولية ثقيلة لا يتحملها غيرهم من باقي الموظفين. بل إن مسؤولية المعلم تتمثل، في واقع الأمر، أشد ثقلاً من مسؤولية غيرهم من المكلفين بالرقابة، حتى الآباء أنفسهم . ذلك أن أمام المعلم من التلاميذ عشرات وعشرات يجتمعون معاً، وهم من بعد في سن شديد الصعوبة .

على أن المشروع لم يساير القانون الفرنسي وغيره من القوانين التي سارت على نهجه في مبدأ الحلول محل مسؤولية المعلم على إطلاقه . فقد وسع فيه من وجهه . وضيق فيه من وجه آخر .

فقد وسع فيه من ناحية أنه جعله شاملاً المعلم الحكومي وغير الحكومي . إذ أنه لا يوجد مبرر للتفريق بينهما .

أما التضييق، فيتمثل في قصر الحلول محل مسؤولية المعلم على تلك المسؤولية القائمة على افتراض وقوع خطأ منه، باعتباره مكلفاً بالرقابة على نحو ما تقرره المادة ٢٣٨ . أما المسؤولية القائمة على خطأ ثابت وفق ما تقتضيه القواعد العامة، فتبقى مسؤولية المعلم قائمة، وإن تواجدت إلى جانبها مسؤولية الدولة أو غيرها من أصحاب المدارس والمعاهد غير التابعة لها، باعتبارها متبوعة تسأل عن تابعها .

ويعرض المشروع، في المادة ٢٤٠، لمسئولية المتبوع عن الضرر الناجم عن فعل التابع، ويقرر قيام هذه المسؤولية لمصلحة المضرور، إذا كان فعل التابع يتمثل منه عملاً غير مشروع، من شأنه أن يشغل مسؤوليته هو، وبشرط أن يكون قد وقع منه في أداء وظيفته، أو بسبب هذه الوظيفة .

وقد استوحى المشروع نص المادة ٢٤٠ بفقرتها من المادة ١٤ من قانون العمل غير المشروع الكويتي الحالي، الذي استمد بدوره حرفياً من المادة ١٧٤ مصري ولكنه أدخل تعديلات هامة في الصياغة توخياً للدقة والانضباط .

فقد حرص المشروع، في الفقرة الأولى، على أن يصرح بأن مسؤولية المتبوع تقوم في مواجهة المضرور، دفعا لمظنة المشاركة في الغرم النهائي للمسئولية بين المتبوع والتابع .

وحرص المشروع كذلك على أن يتطلب، لقيام مسئولية المتبوع أن يكون العمل غير المشروع قد وقع من التابع « في أداء وظيفته أو بسببها»، بدلا من عبارة النص الحالي القائلة بوقوع ذلك العمل «حال تأدية الوظيفة أو بسببها»، فالعبارة ليست بزم أداء الوظيفة في ذاته، وإنما هي في وجود علاقة ارتباط أو سببية بين وظيفة التابع وبين عمله غير المشروع، بحيث يكون العمل متصلا بالوظيفة غير أجنبي عنها . ثم إن عبارة «حال تأدية الوظيفة» جاءت نتيجة ترجمة غير دقيقة للعبارة التي تقابلها في القانون الفرنسي، وانتقلت منه إلى قوانين البلاد العربية الأخرى التي استوحته ومن بينها قانون العمل غير المشروع الكويتي الحالي.

وقد حرص المشروع، في النهاية، على أن يذكر، في الفقرة الثانية أن رابطة التبعية تقوم «متى كان من شأن المهمة المكلف بها التابع أن تثبت للمتبوع سلطة فعلية في رقابته وتوجيهه» .

فليس من اللازم أن يكون للمتبوع سلطة فعلية يباشرها على تابعه في حاصل الأمر وواقع الحال متى كان من طبيعة التابع أو المهمة التي أنيطت به، أن تكون للمتبوع عليه هذه السلطة، باسرها بعد ذلك أم لم يباشرها، بل حتى لو كان، بسبب ظروف خاصة، غير قادر على أن يباشرها.

ومسئولية المتبوع ترجع، في أساسها، إلى قيام المسئولية على التابع . فكلما انشغلت مسئولية التابع، باعتباره كذلك، نتيجة عمله غير المشروع، الذي وقع منه في أداء وظيفته أو بسببها قامت إلى جانب مسئوليته هذه مسئولية المتبوع .

ومسئولية المكلف بالرقابة عن عمل الخاضع لرقابته ومسئولية المتبوع عن فعل تابعه، إذا ما قامتا وفقا لما تقضي به المادتان ٢٣٨ و ٢٤٠ من المشروع، لا تجبان مسئولية الخاضع للرقابة أو مسئولية التابع . فمسئولية الشخص عن عمل غيره تأتي لتضاف إلى مسئولية هذا الغير نفسه، دون أن تجبها أو تستغرقها .

أو تتمثل بديلة عنها . وهكذا يرى المضرور نفسه وقد انفتح له الخيار في أن يرجع بالتعويض كاملا على المسئول عن عمل غيره (المكلف بالرقابة أو المتبوع)، وإما على هذا الغير نفسه (الخاضع للرقابة أو التابع)، بشرط ألا يأخذ التعويض عن ذات الضرر إلا مرة واحدة بطبيعة الحال.

وقد جاءت المادة ٢٤١ لتقرر أنه إذا دفع المكلف بالرقابة أو المتبوع التعويض للمضرور، حق له أن يرجع به كاملاً على الخاضع للرقابة أو التابع . وغني عن البيان أنه إذا كان الخاضع للرقابة أو التابع هو الذي أدى التعويض للمضرور، فإنه لا يرجع بشئ ما على المكلف بالرقابة أو المتبوع اعتباراً بأن مسؤولية هذا الأخير لا تعدو أن تكون مسئولية ضمان وقد استوحى المشروع حكم المادة ٢٤١ من قانون العمل غير المشروع (المادة ١٥) ومصادره من القوانين العربية مع تعديل أحكم في الصياغة.

ويعرض المشروع، في المادة ٢٤٢، للمسئولية عن نوع من الأضرار ينجم عن إلقاء أو سقوط الأشياء من المساكن أو غيرها من الأماكن المشغولة لأغراض أخرى من تجارة أو صناعة أو مباشرة مهنة أو حرفة أو نحو ذلك . وهو يحمل بهذه المسئولية من يشغل المكان.

وليس يقصد بمن يشغل المكان من يتواجد فيه، ولكن يقصد به من يمكن اعتباره سيده. فرب الأسرة، مثلاً، هو الذي يسأل، في مواجهة المضرور، عما يحدث من ضرر نتيجة سقوط أو إلقاء الأشياء من المسكن . أما غيره ممن يقيمون معه في المنزل من زوجة أو ولد أو خدم أو غيرهم، أو ممن يتواجدون فيه من زوار أو عمال أو نحوهم، فلا يسألون إلا وفقاً للقواعد العامة في المسئولية التي تقتضي قيام المضرور باثبات وقوع الخطأ منهم.

والمسئولية التي تقرها المادة ٢٤٢ من المشروع تتميز بأنها قد تكون مسئولية عن فعل الشخص نفسه أو عن فعل غيره ممن يتواجدون في المكان. فهي مسئولية إما عن عمل النفس أو عن عمل الغير. فإن ثبت أنها عن عمل هذا الغير، فعندئذ تتمثل مسئوليته مسئولية ضمان، شأنها في ذلك شأن مسئولية المكلف بالرقابة عن فعل خاضعه ومسئولية المتبوع عن فعل تابعه .

وغني عن البيان أن المسئولية التي تقرها المادة ٢٤٢ لا تقوم إلا عن الضرر الناجم من الأشياء التي تلقي أو تسقط من المسكن أو نحوه.

فهي لا تقوم عن الضرر الناجم عن سقوط أجزاء البناء، كنوافذه أو احجاره أو زجاجه.

وتقوم مسئولية رب المكان عما يلقي أو يسقط منه ما لم يثبت أن ذلك راجع لسبب

أجنبي عنه لا يدل له فيه من قوة قاهرة أو حادث مفاجئ أو فعل المضرور أو فعل الغير.

وقد استوحى المشروع حكم المادة ٢٤٢ من المادة ٢٤٦ من مشروع تنقيح القانون المدني المصري، والمادة ١٨ من قانون العمل غير المشروع الكويتي الحالي، والمادة ٢٣٠ مدني عراقي، والمادة ١٩١٠ أسباني، والمادة ١٥٠ من القانون البولوني، والمادة ١٥٢٩ من القانون البرازيلي.

على أن المشروع أدخل على صياغة هذه النصوص تعديلات ثلاثة جوهرية. فمن ناحية أولى، خالف المشروع قانون العمل غير المشروع الكويتي الحالي والقانون العراقي، حيث يجعل سبيل خلاص رب المكان من المسؤولية هو السبب الأجنبي وحده، اعتباراً بأن هذه المسؤولية لا ينبغي أن تقل عن تلك الناجمة عن الأشياء الخطرة المقررة بمتقضي المادة ٢٤٣ من المشروع.

ومن ناحية ثانية، خالف المشروع القوانين السابقة كلها، حيث لم يقصر مثلها المسؤولية على ساكن المكان، وإنما عممها على كل من يشغله لأغراض أخرى، وهو بذلك يتفادي عيباً لم يفت الفقه الكويتي أن يبرره.

ومن ناحية ثالثة، صرح المشروع باعطاء رب المكان الحق في الرجوع بما يدفعه للمضرور من تعويض على من يفلح في إثبات أن الشيء قد ألقى أو وقع بخطئه.

٣- المسؤولية عن الضرر الناجم عن الأشياء:

يعالج قانون العمل غير المشروع المسؤولية عن الحيوان وعن النبات وعن الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة كالأشياء بوجه عام، حتى باتت التفرقة، في هذا المجال (المواد ١٦ و ١٧ و ١٨) متأثراً في ذلك بالقوانين العربية التي اتخذها مصدرها.

بيد أن المسؤولية عن ضرر الحيوان، في القانون المعاصر، تكاد أن تندمج تماماً، في المسؤولية عن الضرر الناجم عن الأشياء بوجه عام، حتى باتت التفرقة، في هذا المجال، بين الأشياء الحية والأشياء غير الحية أي الجمادات، غير ذات موضوع.

أما المسؤولية عن انهدام البناء، فإن لم يكن الفكر القانوني في مجموعه قد وصل بها إلى حد الإدماج في المسؤولية عن الأشياء بوجه عام، بسبب وجود نصوص تشريعية تخصصها بأحكام معينة، فقد ضيق من نطاقها إلى حد كبير، ليترك المجال للمسؤولية عن

الأشياء لتؤدي دورها البالغ في إضفاء الحماية على المتضررين من البناء، بسبب آخر غير انهدامه، وعلى الأخص أولئك الذين ينالهم الضرر في حوادث المصاعد ونحوها. وهو أمر بات يتمثل متجافيا مع المنطق، حيث أن المسؤولية عن الضرر الناجم بفعل المصاعد، بل وعن كافة الأضرار الأخرى الناجمة عن البناء في غير ما نشأ منها عن انهياره وانهدامه، أصبحت أشد وقرا من تلك الناجمة عن انهدام البناء ذاته.

وإذا كان أصل هذا التجافي مع المنطق يرجع إلى نصوص في التشريع، وهي من بعد نصوص عتيقة تجاوزها الزمن، فقد آن له أن يقتلع عن جذوره .

ولقد حرص المشروع على أن يساير آخر ما وصل إليه الفكر القانوني المعاصر، مزيلا كل العقوبات التشريعية التي تقف أمامه . وهذا ما دعاه إلى أن يركز المسؤولية عن الضرر الناجم بفعل الأشياء كلها في نص واحد، عقارات كانت أم منقولات، حيوانات كانت أم جمادات، بناءات كانت أم غير بناءات، وإن اشترط فيها جميعا أن تكون من الأشياء التي يخشى على الناس أذاها، والتي تتطلب لذلك عناية خاصة ممن يتولى أمرها ويسيطر عليها.

فيعرض المشروع في المادة ٢٤٣، للمسئولية عن الضرر الناجم بفعل الأشياء الخطرة، وهي تلك التي تتطلب عناية خاصة لمنع وقوع الأذى منها للناس في أرواحهم أو أموالهم.

وهو، في تقريره هذه المسؤولية، لا يفرق بين الأشياء حسب طبيعتها من الحركة أو الثبات أو من الحياة أو الموت . فحسب الشيء، لكي تثبت المسؤولية عن الضرر الناجم عنه، أن يكون، نتيجة ذات طبيعته أو وضعه، مما يتميز بالخطورة، من حيث أنه يعرض الناس للخطر في أرواحهم أو في أموالهم، وسواء بعد ذلك أن يكون منقولا أم عقارا، حيا أم جمادا، بناء أم غير بناء . وإذا كان المشروع قد جاء، في الفقرة الثانية من المادة ٢٤٣، يخصص بالذكر أشياء معينة على اعتباراتها تتسم بالخطورة وتتطلب لذلك عناية خاصة لمنع وقوع الأذى منها، فما ذلك إلا على سبيل التمثيل لا الحصر، مراعاة منه أن هذه الأشياء هي التي تحدث في واقع حياة الناس أكثر ما يلاقونه من صروف الأذى.

وقد ارتأى المشروع أن يركز المسؤولية عن الأضرار الناجمة عن الأشياء الخطرة في نص واحد، ليوحد الحكم فيها، دون اعتبار لطبيعتها أو لكيفية وقوع الضرر منها.

وهو بهذه المثابة يسوي في الأثر بين الضرر الناجم بفعل الحيوان، وبين الضرر الناجم بفعل الآلات وغيرها من الجمادات، وبين الضرر الواقع بسبب البناء، من جراء سقوطه أو غير ذلك من بقية أخطاره. وقد حدا بالمشروع إلى ما فعله ما لاحظته من أن التفريق في الحكم بحسب ما إذا كان الضرر ناجما بفعل الحيوان أو البناء أو غير ذلك من كافة الأشياء الخطرة الأخرى، لا يرجع إلا لاعتبارات تاريخية فقدت اليوم المبرر والمسوغ، الأمر الذي دعا الفكر القانوني المعاصر إلى أن يعتمد إلى نبذه.

وقد آثر المشروع أن يساير الفكر القانوني المعاصر، الذي سبق المشرع الكويتي أن التزمه في قانون العمل غير المشروع الحالي، فجعل المسؤولية عن الضرر الناجم بفعل الأشياء على حارسها. فالحراسة وليست الملكية، هي مناط المسؤولية، وان كان يفترض في مالك الشيء أنه حارسه، ما لم يقيم الدليل على غيره.

والمقصود بالحراسة على الشيء هو السيطرة الفعلية عليه التي تمكن صاحبها من الهيمنة والتسلط عليه لحساب نفسه، بحيث يكون زمامه في يديه، ولو لم تستند إلى أساس من القانون، وإنما قامت من حيث الأمر الواقع فحسب.

وتبقى الحراسة على الحيوان ثابتة لمن له السيطرة الفعلية عليه حتى لو ضل أو تسرب، وذلك حتى يتسلط عليه شخص آخر غيره، وسيطر عليه لحساب نفسه.

وتلزم المسؤولية حارس الشيء عن الضرر الناجم عن فعله، ما لم يثبت أنه قد حدث بسبب أجنبي عنه لا يد له فيه، ولم يكن له من سبيل إلى تفاديه، من قوة قاهرة، أو حادث مفاجئ أو فعل المضرور أو فعل الغير.

ويعرض المشروع، في المادة ٢٤٤، للحالة التي يكون فيها الشخص مهددا بضرر يأتيه من شيء معين يملكه أو يسيطر عليه غيره. وفي مثل هذه الحالة، يتعذر القول بقيام المسؤولية عن العمل غير المشروع، ومن ذلك فالخير يكون في درء هذا الضرر قبل وقوعه.

وفي سبيل درء الضرر الذي يتهدد الناس من شيء معين، يقرر المشروع لكل شخص ممن يكونون تحت طائلة الخطر الحق في أن يطالب مالكة أو حارسه، باتخاذ ما يلزم من التدابير لمنع وقوع الأذى منه، اعتبارا بأن كلا من مالك الشيء أو حارسه يتحمل بالتزام يفرضه القانون عليه بعدم تعرض الناس للخطر في أرواحهم أو أموالهم من الأشياء التي



مجموعة التشريعات الكويتية

الجزء الثاني

المذكرة الإيضاحية

للقانون المدني

المجلد الثاني

إصدار وزارة العدل

(جميع حقوق الطبع محفوظة لوزارة العدل)



الطبعة الأولى

فبراير ٢٠١١ م





حضرة صاحب السمو الشيخ صباح الأحمد الجابر الصباح

أمير دولة الكويت



سَيِّدُ الشُّيُخِ مُبَارَكُ بْنُ إِبرَاهِيمَ الصَّبَّاحِ
وَلِيِّ عَهْدِ دَوْلَةِ الْكُوَيْتِ

تقديم

هذه مجموعة التشريعات الكويتية التي ارتأت وزارة العدل الاضطلاع بطبعتها تلبية لحاجة رجال القضاء إليها، لتكون هادياً يلتزمونه عند تطبيقهم النصوص الواردة فيها على ما يُعرض عليهم من قضايا، مراعية في ذلك تنويعها بأحدث التعديلات التشريعية التي رأى المشرع إدخالها عليها وفقاً لما يتطلبه الواقع العملي.

وقد حرصت الوزارة في نهجها بشأن طباعة هذه السلسلة التشريعية أن يكون من بينها المذكرة الايضاحية للقانون المدني التي تشغل الجزء الثاني المجلد الثاني من هذه التشريعات.

ولا ريب أن هذه التشريعات لاغنى لكل مشتغل بالقانون عنها، ولا يسعني إلا أن أدعو المولى القدير أن تكون طباعتها من العلم الذي يُتفجع به، وأن يحفظ الله وطننا الكويت في ظل القيادة الحكيمة لحضرة صاحب السمو أمير البلاد وسمو ولي العهد وسمو رئيس مجلس الوزراء حفظهم الله وسدد خطاهم.

نائب رئيس مجلس الوزراء للشئون القانونية
ووزير العدل ووزير الأوقاف والشئون الإسلامية
المستشار/ راشد عبد المحسن الحماد

شكر وتقدير

كان الباعث على فكرة طباعة هذه المجموعة من التشريعات هو الحاجة إلى توفير النصوص القانونية التي يحتاجها رجال السلطة القضائية وكل مشغل بالقانون وفقاً لأحدث التعديلات التي أدخلها المشرع عليها، فضلاً عن أحكام المحكمة الدستورية بعدم دستورية بعض النصوص.

ولقد كان نواة هذه الفكرة في البدء هو الأخ الكريم الوكيل السابق لوزارة العدل المستشار/ سلطان نوح بورسلي، الذي لم يأل جهداً في السعي على تنفيذها حتى رأت النور بصدور القرار الخاص بتشكيل فريق عمل من عدد من مستشاري محكمتي التمييز والاستئناف وبعض مستشاري وموظفي الوزارة الذين تولوا مهمة إعداد هذه التشريعات وموالاته مراجعتها التجريبية مرات عديدة، حتى استقام بناؤها في هذا الثوب القشيب، الذي نأمل أن يلي الحاجة إليها خدمة للعدالة الناجزة التي ترعى دوحتها وزارة العدل.

وإذ يذكر هذا العمل الجليل، فإن الشكر والعرفان لا بد أن يوجه إلى كل من ساهم فيه من أعضاء فريق العمل المشار إليهم ومن استعان بهم من المستشارين أعضاء المكتب الفني لمحكمة التمييز.

أسأل الله أن يحفظ وطننا العزيز الكويت وأن يسبغ عليها المزيد من التقدم والرفي تحت رعاية حضرة صاحب السمو أمير البلاد حفظه الله وسدد خطاه.

رئيس فريق عمل طباعة التشريعات الكويتية

د. محمد عبدالله الأنصاري

المذكرة الإيضاحية
للقانون المدني

أحكام عامة

يستند كل نظام قانوني بالضرورة إلى أحكام عامة يقوم عليها، وتسري كأصل عام في شأن فروع القانون دون تخصيص. ومثال ذلك، ما يتعلق بمصادر القانون وتطبيقه في الزمان، وثبوت الشخصية وانتهائها، والخصائص التي تتميز بها، وتقسيم الأشياء والأموال، واستعمال الحقوق. وغير ذلك مما لا يختلف في شأنه عادة فرع من فروع القانون.

وإذ كان تقنين هذه الأحكام أمراً جوهرياً لا غناء عنه، فقد جرت التشريعات المختلفة على أن تفرد لها مكاناً رحباً في مدونة القانون المدني باعتبار أن هذا القانون هو الفرع الأصيل في دوحه القانون الخاص، بل في دوحه القانون بوجه عام.

ولم تعرض مجلة الأحكام العدلية - وهي أساس القانون المدني المطبق في الكويت - لمثل هذه الأحكام العامة. وهو نقص قد لا يكون له من الناحية العملية كبير أثر بالنسبة إلى بعض الأمور التي يمكن الوصول إلى الحكم فيها على هدى المبادئ العامة المستقرة أو يمكن استخلاصه من تشريع قائم. فلا يمكن مثلاً أن يثور خلاف في شأن أولوية التشريع في التطبيق بالنسبة إلى غيره من مصادر القانون، ولا كذلك في شأن مبدأ عدم رجعية القوانين وهو منصوص عليه في الدستور. ولا يمكن أيضاً أن يثور حول الاعتراف بالشخصية الاعتبارية بعد أن منحها المشرع بالفعل لبعض الكائنات من مؤسسات وشركات ونقابات وجمعيات. ولكن الأمر يختلف بالنسبة إلى مسائل أخرى يكون إغفال التقنين فيها أكثر خطورة وأبعد أثراً: ومن ذلك عدم النص على حكم عام يحدد مصادر القانون وترتيبها، وعدم تنظيم الآثار المترتبة على تعاقب القوانين في الزمان، وعدم وضع قاعدة موحدة في حساب المواعيد، وعدم تحديد موطن الأشخاص ودرجات القرابة، وعدم الأخذ بتقسيم للأشياء والأموال يتفق والتطور القانوني الحديث، إلى غير ذلك من المسائل التي أفضى سكوت التشريع عن إيراد حكم عام فيها، إلى خلق كثير من الصعوبات.

وغني عن البيان أن ما ورد من قواعد فقهية في المقالة الثانية من مقدمة مجلة الأحكام العدلية لا يعتبر من قبيل الأحكام العامة المشار إليها فيما تقدم، وإنما هي في أغلبها أصول فقهية مكانها الصحيح كتب الفقهاء أو المذكرات الإيضاحية وليس مدونات القانون، وهو ما حرص تقرير المجلة ذاته على التنبيه إليه.

لذلك عني المشروع بأن يورد في صدره أحكاما عامة في القانون والحق واختص القانون بباب أول حدد فيه مصادره وأورد فيه الأحكام المتعلقة بإلغاء التشريع وتعاقب القوانين في الزمان محيلا في تنظيم تنازعها في المكان إلى قانون خاص. ثم عرض في باب ثان للأحكام العامة في الحق، فخص صاحبه بفصل أول تناول فيه الشخص الطبيعي وبدء شخصيته ونهايتها وخصائص هذه الشخصية. وتناول بعد ذلك الأشخاص الاعتبارية فحدد أهليتها وموطنها، وعرض في فصل ثان لمحل الحق وتقسيم الأشياء والأموال، وأخيرا خصص فصلا ثالثا لاستعمال الحقوق وضوابط عدم المشروعية في هذا الاستعمال.

الباب الأول

القانون

(المواد ١ - ٨) *

ترسم المادة الأولى بفقرتها الأولى نطاق سريان النصوص التشريعية فتقضي بسريان نصوص التشريع على جميع المسائل التي ينسحب عليها حكمه، سواء استخلص هذا الحكم من منطوق النص أو من مفهومه الذي يتم الكشف عن حقيقته بطرق التفسير المختلفة.

وجدير بالذكر أن كلمة التشريع هنا تصدق على جميع أنواع التشريع سواء أكان تشريعا دستوريا أو تشريعا صادرا من السلطة التشريعية أو تشريعا فرعيا.

وتعرض الفقرة الثانية من هذه المادة لمصادر القانون الاحتياطية التي يتعين إستقاء الحكم منها عند سكوت التشريع فتحيل القاضي أولا إلى العرف باعتباره المصدر الذي يلي التشريع في المرتبة، ومن ثم يكون على القاضي أن يلجأ إلى العرف مباشرة في حالة سكوت النص، وغني عن البيان أن العرف المعترف هنا هو ذلك الذي لا يخالف النظام العام أو حسن الآداب. فالعادات التي تتنافى مع الأسس الاجتماعية والسياسية والاقتصادية والأخلاقية التي تقوم عليها الجماعة لا ترقى أبدا إلى مرتبة العرف وإن طال عليها الأمد، وفي بلد - كالكويت - يدين بالإسلام بنص الدستور، لا يمكن أن يعتبر عرفا كل ما يخالف أصلا من أصول الإسلام أو حكما من أحكامه الأساسية الثابتة.

ومكانة العرف من حيث أنه يلي التشريع ترجع إلى كونه المصدر الشعبي الأصيل الذي يتصل إتصالا مباشرا بالجماعة ويعتبر وسيلتها الفطرية لتنظيم تفاصيل المعاملات ومقومات المعايير التي يعجز التشريع عن تناولها بسبب تشعبها أو استعصائها على النص. ولذلك يظل هذا المصدر - إلى جانب التشريع - مصدرا تكميليا خصبا يتناول

* تراجع المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٩٦ بتعديل بعض أحكام المرسوم بالقانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ بإصدار القانون المدني. بالصحيفة رقم ٦٨١

المسائل التي تسري في شأنها قواعد القانون المدني وقانون التجارة وغيرهما من فروع القانون التي تقبل ذلك بطبيعتها.

ويتفق نص المشروع، في الإحالة أولاً إلى العرف، مع نص الفقرة (٢) من المادة الأولى من التقنين المدني المصري ومثلتها من التقنين المدني العراقي.

أما التقنينات العربية الأخرى، فقد قدم بعض منها (كالتقنين السوري والتقنين الليبي والتقنين السوداني والتقنين الأردني) مبادئ الشريعة الإسلامية أو الفقه الإسلامي على العرف، واسقط بعض آخر منها العرف من بين مصادر القانون: فالتقنين المدني الصومالي، يحيل القاضي إلى مبادئ الشريعة الإسلامية ثم إلى مبادئ العدالة الاجتماعية وقواعد العدالة (م ١ ف ٢) بينما يقتصر المشروع المصري الليبي على الإحالة إلى أصول الشريعة الإسلامية وأحكامها دون غيرها من المصادر.

والواقع أن تقديم مبادئ الشريعة الإسلامية على العرف لا يتفق تماماً مع منطق ترتيب مصادر القانون، لأن العرف من أهم المصادر التي توجب الشريعة والفقه الإسلامي اعتمادها، واعتماد مبادئ أو أصول الشريعة الإسلامية مؤداه اعتماد العرف الذي له في الشريعة اعتبار أساسي في بناء الأحكام. فالأصل في المعاملات هو ما تراضى عليه الناس أو جرى به العرف بينهم، إلا أن يتراضوا أو يتعارفوا على ما يخالف حكم الشرع، من تحليل حرام، أو تحريم حلال، وقد قرر القرآن الكريم والسنة النبوية هذا الأصل، فقال تعالى: "يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم" وقال الرسول صلى الله عليه وسلم فيما رواه مسلم في صحيحه: "أنتم أعلم بأمر دنياكم"، وقوله فيما رواه أحمد في مسنده: "ما كان من أمر دينكم فإليّ، وما كان من أمر دنياكم فأنتم أعلم به". ولذلك فقد اشتهر على السنة الشرعيين قولهم العرف في الشرع له اعتباره وقولهم: العرف شريعة محكمة، ومن ثم يكون ذكر العرف بعد مبادئ الشريعة من قبيل التزديد، ما دام أن العرف يعتبر من أهم المصادر في الشريعة الغراء.

فإذا لم يجد القاضي في التشريع أو العرف حكماً يمكن تطبيقه، فإن المشروع يطلق للقاضي حرية الاجتهاد. مهتدياً بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر إتفاقاً مع واقع البلاد ومصالحها، وفي ذلك يضع المشروع في اعتباره ما جاء بالمذكرة التفسيرية للدستور

تعليقا على المادة الثانية منه، وكذلك ما ورد في قرار مجلس الوزراء بشأن تنقيح التشريعات وتطويرها، من أن تكون التشريعات الموضوعة متفقة مع واقع الكويت وتقاليدها.

ولا محل للتخوف من دعوة القاضي إلى الاجتهاد، ففي الشروط التي يشترطها القانون فيمن يولي القضاء. وفي رقابة محكمة التمييز على عمل القضاة خير ضمان لسلامة الاجتهاد وحسن الاهتداء بأحكام الفقه الإسلامي فضلا عن توحيد الرأي، ثم أن هذا الاهتداء ينضبط بما يأتي:

أولا - عدم التقيد بمذهب معين من المذاهب ولا الوقوف عند أرجح الأقوال فيها. وثانيا - الأخذ بالأحكام الأكثر إتفاقا مع واقع البلاد ومصالحها والتي تتسق مع الأحكام والمبادئ العامة التي يقوم عليها القانون الكويتي في جملته، فلا يجوز الأخذ بحكم في الفقه الإسلامي يتعارض مع مبدأ من هذه المبادئ، حتى لا يفقد النظام القانوني تجانسه وانسجامه. وفي الرخصة في الأخذ بمذاهب الفقه جميعا ما يجعل تحقيق هذا التجانس أمرا ميسورا.

وغني عن البيان أن نص المشروع لا يمنع القاضي من الاهتداء - إلى جانب أحكام الفقه الإسلامي - بمبادئ القانون العامة، أو بالقواعد المقررة في معاهدات دولية أو تشريعات أخرى، أو أن يستلهم الرأي من الأحكام التي أقرها القضاء والفقه كويتيا كان أو غير كويتي، ما دامت متفقة مع واقع البلاد ومصالحة الجماعة وتتغيا تحقيق العدالة.

هذا ولم يشأ المشروع - بعد ذلك - أن يجاري التقنين المصري وبعض التقنينات العربية الأخرى في إحالتها إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة لما يؤخذ على هاتين العبارتين من غموض وإبهام، ولأن مثل هذه العبارات لا ترد القاضي إلى ضابط يقيني وإنما تقتصر - في الحقيقة - على إلزامه أن يجتهد رأيه لتقطع عليه سبيل النكول عن القضاء. وهو ما يسره المشروع للقاضي في أرحب نطاق.

وتعرض المادة الثانية لإلغاء التشريع أو نسخه. والإلغاء هو تجريد القاعدة القانونية من قوتها الملزمة، وقد وجد الإلغاء في الشرائع المنزلة وسمي نسخا: قال تعالى في سورة البقرة "ما ننسخ من آية أو ننسها نأت بخير منها أو مثلها". وعرفه ابن قيم الجوزية بأنه: "رفع الحكم الذي ثبت تكليفه للعباد إما بإسقاطه إلى غير بدل أو إلى بدل".

فإذا جاز النسخ في الشرائع السماوية فإن جوازه أولى في شريعة من صنع البشر.

وإلغاء التشريع إنما يكون بتشريع آخر في مثل منزلته أو أسمى منه. فالتشريع الدستوري لا يعد له إلا تشريع دستوري، والتشريع العادي يلغيه تشريع دستوري أو تشريع عادي مثله، ولكن لا يلغيه تشريع فرعي كما لا يلغيه العرف وإن طال استقراره.

وإلغاء التشريع قديتم بنص صريح يتضمنه تشريع لاحق، وهو ما نص عليه المشروع في صدر الفقرة الأولى من المادة الثانية. ويتحدد الإلغاء وفقا للنص الذي يقره: فقد يكون الإلغاء شاملا وقد يكون جزئيا، وقد يكون هذا الإلغاء إلى غير بدل يحل محل النص الملغى وقد يكون إلى بدل. وقد يأت إلغاء التشريع ضمنيا، وهو ما يتحقق في صورتين:

الأولى: أن يصدر تشريع جديد يتضمن نصا يتعارض مع نص في تشريع قديم، وفي هذه الحالة يقتصر الإلغاء على النص القديم في حدود ما يتحقق به التعارض.

والثانية: أن يصدر تشريع ينظم من جديد تنظيمًا كاملا موضوعا كان ينظمه تشريع سابق. وفي هذه الحالة يعتبر التشريع السابق منسوخا جملة وتفصيلا، حتى ولو تضمن حكما لا يتعارض ونصوص التشريع الجديد.

وتتناول المواد من ٣-٦، أحكام تنازع القوانين من حيث الزمان، فإذا ألغى قانون جديد قانونا كان معمولا به من قبل فإن تعاقب القوانين يثير التنازع بين ولاية القانون القديم والقانون الجديد. فولاية القانون القديم وإن زالت بزواله قد تظل برغم ذلك تلاحق بعض الأوضاع في ظل القانون الجديد. وولاية القانون اللاحق وإن تناولت ما يجد في المستقبل مع وقائع قد تتناول ما تم من أوضاع قبل صدوره، وفي هذا الوضع يعرض أمر التنازع واضحا.

وقد يتدخل المشرع لفض التنازع بين القانونين القديم والجديد، ولكن ذلك لا يغني عن وضع مبادئ عامة تطبق في حالة عدم تدخل المشرع أو في حالة عدم كفاية القواعد التي أصدرها. وإذا كان الدستور قد تكفل

بوضع المبدأ الأساسي في ذلك فنص في المادة ١٧٩ منه على أن "لا تسري أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبل هذا التاريخ. ويجوز، في غير المواد الجزائية، النص في القانون على خلاف ذلك.."، غير أن هذا النص يحتاج إلى تفصيل وهو ما تكفل به المشروع في مادته الثالثة، فضمنها الضوابط التي تحكم ذلك النوع من التنازع.

فنص أولاً، على أن القانون الجديد لا يسري إلا على ما يقع عليه من تاريخ العمل به، ما لم ينص فيه على سريانه على ما تقدمه من أوضاع.

ونص ثانياً، على أن القانون المنسوخ يظل سارياً على آثار التصرفات التي أبرمت تحت سلطانه، إلا إذا كانت أحكام القانون الجديد متعلقة بالنظام العام فتسري بأثر فوري على ما يترتب من تلك الآثار بعد نفاذه.

وقد أورد المشروع بعد ذلك أهم الحلول العملية لمسائل التنازع فعرض للنصوص المتعلقة بالأهلية وبالتقدم ثم المتعلقة بأدلة الإثبات، وذلك كله على نحو يكفل استقرار الحقوق والمعاملات.

(أ) النصوص المتعلقة بالأهلية - تقضي المادة الرابعة، في فقرتها الأولى، بأن النصوص المتعلقة بالأهلية تسري على جميع الأشخاص الذين تتناولهم أحكامها. وموّدَى ذلك أن القانون الجديد إذا رفع سن الرشد، فإنه يرد من كان يعتبر رشيداً إلى حالة القصر إلا لم يكن قد بلغ السن المحددة فيه، وإذا خفض القانون الجديد السن، كان من شأنه أن يدخل في عداد الراشدين من كان يعتبر قاصراً في ظل القانون القديم. ذلك أن تحديد الأهلية يراعى فيه حماية الشخص من تصرفاته الإرادية، وهي حماية تتعلق بالنظام العام.

ولكن تغير أهلية الشخص بمقتضى قانون جديد، لا يؤثر في تصرفاته السابقة، كما تنص عليه الفقرة الثانية من هذه المادة، فإذا عاد شخص إلى حالة القصر بعد أن كان رشيداً في ظل التشريع القديم. فإن هذا لا يؤثر في صحة التصرفات التي صدرت منه تحت سلطان ذلك التشريع. وكذلك إذا أصبح القاصر رشيداً، فإن التصرفات التي صدرت منه في ظل التشريع

القديم تظل باطلة أو قابلة للإبطال ويجوز الطعن فيها بسبب نقص الأهلية متى كان الشخص ناقص الأهلية وقت إجرائها ذلك أن القانون الجديد لا يغير في أهلية الأشخاص إلا بالنسبة للمستقبل فحسب. ولا تأثير له على التصرفات التي أبرمت قبل صدوره.

(ب) النصوص المتعلقة بالتقادم - لما كان من مقتضى الأثر الفوري للقانون الجديد، أن تسري نصوصه فور العمل به على كل تقادم لم يكتمل فلم ير المشروع داعيا للنص على هذه القاعدة العامة على النحو الذي جرت عليه بعض التقنينات العربية. ونص في المادة الخامسة منه، على أنه إذا أطال القانون الجديد مدة التقادم سرت المدة الجديدة على كل تقادم لم يكتمل، مع الاعتداد بما انقضى من مدته، أما إذا قصر القانون الجديد مدة التقادم، فإنه طبقا للفقرة الثانية من هذه المادة. تسري المدة التي ينص عليها القانون الجديد من وقت العمل به وذلك بالنسبة لكل تقادم لم يكتمل دون إعتداد بالمدة التي انقضت في ظل القانون القديم. غير أن المشروع رأى عدم إعمال هذا الحكم في الحالة التي يكون فيها الباقي من المدة القديمة أقصر من المدة التي تقرر في التشريع الجديد. كما لو كانت المدة القديمة عشر سنوات ولم يبق لاكتمالها سوى ثلاث سنوات ثم جعل التشريع الجديد المدة خمس سنوات، ففي هذه الحالة يعتد بالمدة القديمة وما سرى منها ويتم التقادم بانقضاء باقيها (ثلاث سنوات)، وتكون ولاية التشريع القديم قد امتدت بعد زواله تحقيقا للعدالة لأنه بغير هذا الاستثناء تطول مدة التقادم على عكس ما أراد الشارع. وهو حل آثره المشروع، اقتداء بالتقنين المدني المصري والتقنينات العربية الأخرى التي حذت حذوه.

وجلي بعد ذلك أن المسائل الخاصة ببدء التقادم ووقفه وانقطاعه، هي وقائع تخضع للقانون الساري وقت وقوعها طبقا للقاعدة العامة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة الثالثة من المشروع وكذلك طبقا لقاعدة عدم رجعية القوانين المنصوص عليها في الدستور.

(ج) النصوص المتعلقة بأدلة الإثبات - وتعرض المادة السادسة من المشروع

للقواعد التي تحكم قبول أدلة الإثبات وتعين حجيتها فننص على أنه يسري في شأنها أحكام القانون القائم وقت حصول الوقائع أو التصرفات المراد إثباتها. فإذا كان الدليل الذي يجوز أن يحصل به الإثبات وقت نشوء الواقعة أو حصول التصرف هو البيئنة، جاز إثبات هذه الواقعة أو التصرف بالبيئنة ولو كان القانون المعمول به وقت النزاع يمنع الإثبات بها ويتطلب الكتابة.

وغني عن البيان أن النصوص المتعلقة بإجراءات الإثبات، تسري فور العمل بها على جميع الدعاوي القائمة لتعلقها بنظام التقاضي واتصالها على هذا الوجه بالنظام العام.

أما القواعد الخاصة بتعاقب القوانين فيما يتعلق بالتنظيم القضائي واختصاص المحاكم وإجراءات الترافع والأحكام، فلم ير المشروع أن يتعرض لها، تاركا ذلك لمكانه المناسب في قانون المرافعات.

وتحيل المادة السابعة من المشروع إلى قانون خاص، لبيان القانون الواجب التطبيق على المسائل التي تتضمن عنصرا أجنبيا، أو ما يسمى بتنازع القوانين من حيث المكان. فتنظيم التنازع بين قوانين الدول المختلفة يتكفل به فرع مستقل من فروع القانون، هو القانون الدولي الخاص. والقواعد التي يقررها في ذلك لا تنظم العلاقات القانونية، وإنما تقتصر على تعيين القانون الواجب التطبيق على هذه العلاقات إذا تضمنت عنصرا أجنبيا، ومن ثم يكون من الأفضل أن تقن هذه القواعد في تشريع قائم بذاته. وهو مسلك اتبعه كثير من الدول ومنها دولة الكويت نفسها التي أصدرت لذلك القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي.

وتتضمن المادة الثامنة من هذا الباب حكما عاما يقضي بحساب المواعيد بالتقويم الميلادي، وهو حكم يسري على جميع المواعيد والمدد المنصوص عليها في القانون المدني أو في غيره من التشريعات، ما لم يخرج عليه المشرع بنص صريح، إذا رأى في ذلك مصلحة مستقل هو بتقديرها.

الباب الثاني الحق

لم يعن علماء الفقه الإسلامي ببيان أركان الحق ومصادره واستعماله، مكتفين ببيان أنواع المعاملات وفروعها ومسائلها. ولكن علماء أصول الفقه بحثوا ذلك عند الكلام عن "المحكوم فيه"، وإن عمموا كلامهم في ذلك على جميع الحقوق المالية وغير المالية ما كان منها من حق الله تعالى، وما كان منها من حق العبد. واهتداء بهذه الأصول عني المشروع - في هذا الباب - ببيان الأحكام العامة في الحق، مقتصرًا في ذلك على الحقوق المالية التي تدخل وحدها في رحاب القانون الخاص، ووزع هذه الأحكام على فصول ثلاثة خصصها على التوالي: لصاحب الحق ولمحل الحق ولاستعمال الحق.

الفصل الأول

صاحب الحق

العنصر أو الركن الأول في الحق، هو صاحبه. فما من حق إلا وله صاحب. وصاحب الحق هو الشخص في معناه القانوني، أي الكائن الذي يصلح لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، سواء كان شخصا طبيعيا - وهو الإنسان - أو شخصا اعتباريا يعترف له القانون بالشخصية الاعتبارية. ولذلك يقسم المشروع هذا الفصل إلى قسمين يتناول في أولهما الشخص الطبيعي ويخصص الثاني للشخص الاعتباري.

١ - الشخص الطبيعي

(المواد ٩-١٧)

وتحدد المادتان ٩ و ١٠ بدء الشخصية ونهايتها، وطبقا لأولاهما تبدأ الشخصية الطبيعية للإنسان بتمام ولادته حيا. فقبل أن تتم الولادة لا تبدأ الشخصية، وإذا تمت الولادة ولكن الجنين ولد ميتا، فلا تقوم الشخصية كذلك. وهو حكم بني على ما رآه

الحنابلة والمالكية والشافعية، في بيان الحياة التي يثبت بها الميراث للمولود وأخذت به التقنينات العربية وفي مقدمتها القانون المصري (المادة ٢٩ مدني وقانون الميراث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ وقانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦). وتنتهي الشخصية الطبيعية بالموت، سواء كان الموت حقيقيا أو حكما. وغني عن البيان أن إثبات الولادة والوفاة، يرجع فيه إلى القانون الخاص بذلك، فقيد الموالي والوفيات ينظمه القانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٦٩، كما أن قانون الأحوال الشخصية هو الذي يحدد أدلة الإثبات وقوتها في حالة عدم وجود شهادة ميلاد أو شهادة وفاة. وما بين الولادة والوفاة يوجد الشخص الطبيعي ويتمتع بأهلية الوجوب، أي القابلية لأن تكون له حقوق وأن ترتب في ذمته التزامات.

وإذا كانت الشخصية الطبيعية لا تبدأ إلا بتمام الولادة، فإن مقتضى ذلك ألا يكون للحمل شخصية، إذ يعتبر وهو موجود في بطن أمه جزءا منها يتحرك بحركتها ويقرر بقرارها. ولكنه إلى جانب ذلك جزء يوشك أن ينفصل انفصالا كاملا مستقلا بحياته. ولذلك نرى فقهاء الشريعة مجمعين على الاحتفاظ له ببعض الحقوق، وهي التي يكون فيها نفع له ولا تحتاج في وجودها وصحتها وثبوتها إلى القبول، مثل ثبوت نسبه من أبيه، وإرثه من مورثه، واستحقاقه ما أوصى له به. وكذلك استحقاقه من غلة الوقف الذي يكون من بين مستحقه. فإذا ما ولد حيا، ثبتت له هذه الحقوق، وإن ولد ميتا لم تثبت له. أما غير ذلك من الحقوق التي فيها نفع له ولكنها تحتاج إلى قبول، كالهبة فلا تثبت له. وكذلك لا تجب على الجنين حقوق قبل غيره، لأن وجوب الحق على الشخص يكون بفعله أو بالتزام يلتزمه بعبارة أو بعبارة من له الولاية أو الوصاية عليه وهو غير متحقق في الجنين، إذ لا يتصور أن يصدر منه فعل أو عبارة، وليس له ولي أو وصي حتى ينوب عنه في إنشاء الحقوق والالتزام بها فالأصل عند الحنفية ألا تبدأ الولاية على الإنسان إلا من وقت ولادته حيا، ولم يرد عن فقهاءهم نصوص صريحة تتعلق بصحة إقامة وصي على الحمل قبل إنفصاله سوى استظهارات لبعض المتأخرين منهم. وقد كان هذا الموضوع محل خلاف في مصر، إلى أن صدر المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ - فنص في المادة ٢٨ على أنه يجوز للأب أن يقيم وصيا مختارا لولده القاصر أو للحمل المستكن، وفي المادة ٢٩ على أنه إذا لم يكن للقاصر أو للحمل المستكن وصي مختار تعين المحكمة وصيا، ويبقى وصي الحمل المستكن وصيا على المولود ما لم تعين المحكمة غيره. وفي الكويت، ردد المشرع في المادتين ٣٧ و٣٨ من قانون التسجيل العقاري ثم في المادة

العاشرة من قانون إدارة شئون القصر رقم ٤ لسنة ١٩٧٤ نص المادتين ٢٨، ٢٩ من قانون الولاية على المال المصري، كما عهد لإدارة شئون القصر بالوصاية على الحمل المستكن إذا لم يكن له وصي مختار ولم تعين المحكمة وصيا آخر. وما دام القانون قد أجاز تعيين وصي على الحمل المتسكن، وهو احتياط حسن يدعو إليه افتراض ولادة الحمل حيا، فإن امتناع الهبة لمصلحة الجنين لم يعد له مبرر، إذ يمكن للولي أو للوصي أن يقبل الهبة عنه وهو حكم ورد في فقه المالكية وأخذ به التقنين اللبناني للموجبات والعقود بنصه في المادة ٥١٨ على أن الهبات التي تمنح للأجنة في الأرحام يجوز أن يقبلها الأشخاص الذين يمثلونهم.

ولهذه الاعتبارات جميعها فإن المشروع بعد أن نص في الفقرة الأولى من المادة العاشرة على القاعدة العامة التي تقضي بأن الحمل أهل لثبوت الحقوق التي لا يحتاج سبب إنشائها إلى قبول وذلك بشرط تمام ولادته حيا، عاد في الفقرة الثانية من هذه المادة وأجاز الهبة له إذا كانت خالصة من العوض كما حمله بالالتزامات التي تقتضيها إدارة ماله. وغني عن البيان أن سلطات القيم على الحمل لا تستقر له بصفة نهائية إلا بتمام ولادته حيا، فإن ولد ميتا اعتبر كان لم يكن موجودا وآل ما كان قد حجز له من حقوق إلى من كان يستحقها أصلا.

وإذا كانت شخصية الإنسان تنتهي بموته موتا حقيقيا، فإنها قد تنتهي أيضا باعتباره ميتا حكما وهو أمر يلحق بالإنسان في حالة فقدته، وقد أثر المشروع عدم التعرض لأحكام المفقود تاركا إياها لقانون الأحوال الشخصية.

وعالج المشروع موطن الشخص الطبيعي في المواد من ١١ إلى ١٤ فصور في المادة ١١ منه موطن الشخص تصويرا واقعيا يستجيب للحاجات العملية. مستهديا في ذلك بأحكام الفقه الإسلامي كما فعل التقنين المصري والتقنينات العربية الأخرى التي حذت حذوه. فحدد موطن الشخص بالمكان الذي يقيم فيه على نحو معتاد - وهو ما يترتب عليه حتما نتيجتان - الأولى، أنه يجوز أن لا يكون للشخص موطن ما، إذا كان ممن لا يقيمون في مكان معين بصفة مستقرة، كالبندو الرحل الذين لا يقر لهم على أرض قرار، والثانية، أنه يجوز أن يكون للشخص الواحد أكثر من موطن، كما إذا كانت للشخص زوجتان يقيم مع كل منهما في مكان على استقلال.

وإذا كانت القاعدة هي أن الموطن العام للشخص يتحدد بالمكان الذي يقيم فيه على نحو معتاد، إلا أنه يجوز أن يحدد القانون موطناً خاصاً للشخص على أساس آخر. ومن هذا القبيل موطن الأعمال والموطن الحكومي والموطن المختار.

ففي المادة ١٢، اعتبر المشروع المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة، موطناً له بالنسبة إلى كل ما يتعلق بهذه التجارة أو الحرفة من أعمال. وفي المادة ١٣ حدد لعديمي الأهلية وناقصيها موطناً حكماً، هو موطن من ينوب عنهم قانوناً، مجيزاً أن يكون لناقص الأهلية موطن خاص بالنسبة إلى التصرفات التي يعتبره القانون أهلاً لأدائها، كالمقصر إذا بلغ الثماني عشرة وأذن له في إدارة أمواله. وغني عن البيان أن الموطن الحكومي أو القانوني لا يكون إلا في الأحوال التي يحددها القانون. وأجاز المشروع - في المادة ١٤ - اتخاذ موطن مختار لعمل قانوني معين وذلك من باب التيسير على الأفراد في معاملاتهم وخصوماتهم. ولكن القانون قد يوجب أيضاً في بعض الأحيان اتخاذ موطن مختار في مكان معين ومن ذلك ما نصت عليه المادة ١٧٥ من قانون المرافعات من وجوب أن يعين طالب أمر الأداء في عريضة طلب الأمر موطناً مختاراً له في الكويت. ويعتد بالموطن المختار بالنسبة إلى كل ما يتعلق بالعمل القانوني الذي اختير له، ما لم يشترط صراحة قصر هذا الموطن على أعمال دون أخرى، ولكنه يجب لإثبات الموطن المختار أن يكون اختياره وارداً في ورقة مكتوبة.

وتعرض المواد من ١٥ إلى ١٧ لحالة الشخص العائلية. فتحدد المادة ١٥ المقصود من الأسرة التي يرتبط بها الشخص سواء بالزواج أو القرابة، كما تحدد ذوي القربى بكل من يجمعهم بالشخص أصل مشترك.

وتقسم المادة ١٦ القرابة إلى قرابة مباشرة تربط بين الأصول والفروع، وقرابة حواشي تربط بين الشخص وبين كل من يجمعه به أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر.

وأخيراً تحدد المادة ١٧ درجة القرابة المباشرة ودرجة قرابة الحواشي، كما تحدد درجة المصاهرة بدرجة القرابة للزوج.

هذا ولم يشأ المشروع أن يعرض لحالة الشخص من حيث انتمائه إلى الدولة تاركاً أمر ذلك للقانون الخاص بالجنسية (انظر المرسوم الأميري رقم ١٥ لسنة ١٩٥٩ بقانون الجنسية الكويتي).

٢ - الشخص الاعتباري

(المواد ١٨-٢١)

يقرر المشروع الشخصية الاعتبارية لكل مجموعة من الأشخاص أو الأموال يعترف لها القانون بهذه الشخصية (المادة ١٨). وبذلك فإنه يجب لنشوء الشخص الاعتباري توافر عنصرين. عنصر موضوعي، هو وجود جماعة من الأشخاص أو مجموعة من الأموال بقصد تحقيق غرض معين. وعنصر شكلي، هو اعتراف القانون لهذه المجموعة بالشخصية الاعتبارية وفقاً للشروط والأوضاع التي يحددها.

ولم يضع المشروع بياناً بالأشخاص الاعتبارية - كما فعلت التقنيات العربية الأخرى - لاعتبارات منطقية وعملية. فالدولة، وهي أولى الأشخاص الاعتبارية التي تذكرها هذه القوانين، تستمد شخصيتها من طبيعة وجودها ومن العرف والتقاليد، ومن ثم يكون من غير المنطقي أن ينص القانون على الاعتراف بالشخصية لها. أما الكائنات الأخرى العامة والخاصة فذات حياة مشتقة من النظام القانوني وتابعة له، تنشأ وتبديل وتتكاثر تبعاً لتطور أهدافه وتبديل الظروف والأحوال، مما يستقل المشرع بتقديره. وقد وردت في الدستور إشارات متفرقة إلى بعض من هذه الكائنات كالجمعيات والنقابات والمؤسسات العامة وهيئات الإدارة والبلدية أو الأشخاص المعنوية المحلية العامة (المواد ٤٣، ١٣٣، ١٣٧، ١٥٦). وورد النص في القوانين المتعلقة بالشركات التجارية والجمعيات التعاونية والأندية وجمعيات النفع العام (القوانين ١٥ لسنة ١٩٦٠ و ٢٠ لسنة ١٩٦٢ و ٢٤ لسنة ١٩٦٢ على التوالي) على تمتعها بالشخصية الاعتبارية، كما اعترفت قوانين أخرى متعددة بهذه الشخصية لبعض المؤسسات والهيئات العامة، كالصندوق الكويتي للتنمية الاقتصادية، والهيئة العامة لمنطقة الشعيبة الصناعية، ومؤسسة الخطوط الجوية الكويتية، وبنك التسليف والادخار والهيئة العامة للجنوب والخليج العربي والبنك الكويتي المركزي.

ولذلك فإن المشروع يكتفي ببيان الخصائص الرئيسية للأشخاص الاعتبارية تاركاً تحديد الحقوق التي تتمتع بها هذه الأشخاص وتنظيم الأحكام المتعلقة بها ومدى الرقابة عليها لتقدير المشرع.

وينص المشروع في المادة ١٩ على أن اهلية الشخص الاعتبارية فيما يثبت له من حقوق وما يتحمل به من التزامات - أي أهلية الوجوب - تتحدد بالغرض الذي أنشئ

الشخص من أجله، كما تتحدد بما يعينه له القانون من مجال عمل لا يجوز له تجاوزه، فضلا عما يرسمه له سند إنشائه أو النظام الخاص به من حدود، وغني عن البيان أن تكون للشخص الاعتباري أهلية أداء كتيبة لازمة لكونه أهلا للوجوب. فيستطيع أن يقوم - بواسطة ممثله - بأداء التصرفات القانونية في الحدود التي هو أهل لها. بما يستتبعه ذلك من حقه في التقاضي.

ويستقل موطن الشخص الاعتباري عن موطن أعضائه، ويتحدد أصلا بالمكان الذي يوجد فيه مركز إدارته (المادة ٢٠ فقرة أولى). فإذا كان له فروع في أماكن متعددة، فإن المكان الذي يوجد فيه كل فرع يعتبر موطنًا خاصًا بالنسبة إلى ما يدخل في نشاط هذا الفرع (المادة ٢٠ فقرة ثانية) وذلك تيسيرا على المتعاملين معه ورفعًا للعبء عنهم.

وأخيرا تعرض المادة ٢١ لحالة الشخص الاعتباري الأجنبي الذي يباشر نشاطه في الكويت ويكون مركزه الرئيسي في الخارج. فنصت على اعتبار المكان الذي توجد فيه إدارته المحلية موطنًا له بالنسبة لنشاطه الذي يباشره في داخل الدولة، وذلك حماية لمصالح المتعاملين معه من المقيمين في البلاد.

الفصل الثاني

محل الحق

(المواد ٢٢ - ٢٩)

يبدأ هذا الفصل ببيان محل الحق بوجه عام. ثم يتابع بعد ذلك التقسيمات المختلفة للأشياء المادية. أما الأشياء غير المادية وما يرد عليها من حقوق فسوف يفرد لها قانون خاص.

وتنص المادة ٢٢ من المشروع على أن الأشياء المتقومة هي وحدها التي تصلح محلا للحقوق المادية. والأشياء المتقومة هي الأشياء التي لا تخرج عن التعامل بطبيعتها أو بحكم القانون. فلا تكون محلا للحق الأشياء التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها كالشمس والهواء، أو تلك التي لا يجيز القانون التعامل فيها كالخمر والخنزير والحشيش والأفيون، وكذلك الأشياء العامة. ولا يغير من هذا الوصف لتلك الأشياء اجازة نوع معين من التعامل فيها كبيع الأفيون لأغراض طبية وإعطاء رخص للانتفاع ببعض الأشياء العامة.

فالأشياء العامة باعتبارها من الأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون، لا يجوز أن تكون محلا للحقوق المالية، وينص الدستور على أن لها "حرمة وحمايتها واجب على كل مواطن". (م ١٧). وقد اعتبرت المادة ٢٣ من المشروع الأشياء المملوكة للدولة أو أي شخص اعتباري عام أشياء عامة إذا كانت مخصصة للنفع العام بالفعل أو بمقتضى القانون، ثم رتبت على اعتبارها كذلك ثلاث نتائج.

الأولى - عدم جواز التعامل في تلك الأشياء بما يتعارض مع تخصيصها للنفع العام.

الثانية - عدم جواز الحجز عليها، لأن الحجز بما يستتبعه من بيع إجباري يتعارض مع ذلك التخصيص.

الثالثة - عدم جواز وضع اليد على هذه الأشياء بما يقتضيه ذلك من عدم جواز كسب أي حق عليها بمرور الزمان.

ومن ذلك يتضح أن المشروع أخذ في تحديد الأشياء العامة، بمعيار التخصيص للنفع العام وهو المعيار الذي تأخذ به غالبية التشريعات ويقره الرأي الراجح في الفقه والقضاء. كما يعتبر المشروع حق الدولة على الأشياء العامة حق ملكية، وهو ما يؤيده نص الدستور في المادة ٢١ على أن "الثروات الطبيعية جمعيتها ومواردها ملك الدولة". ويجري عليه العمل حاليا بشأن العقارات المستملكة فيتم تسجيلها في إدارة التسجيل العقاري باسم الدولة.

وينتهي التخصيص للنفع العام أيضا بالفعل أو بمقتضى القانون وهو ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ٢٣. وبانتهاء التخصيص تصبح الأشياء العامة مملوكة ملكية خاصة للدولة بما يترتب على ذلك من أحكام.

ويعرض المشروع بعد ذلك لتقسيم الأشياء التي يصح أن تكون محلا للحقوق العينية، فيقسمها إلى عقار ومنقول ومثلية وقيمية ثم إلى استهلاكية وغير استهلاكية.

وتعرف الفقرة الأولى من المادة ٢٤ العقار بأنه شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف أو تغيير في هيئته. وفي ذلك يتفق المشروع مع الفقه المالكي في تحديد العقار فيدخل فيه الأرض والبناء، وكذلك الشجر لأنه لا يمكن نقله مع الاحتفاظ بصورته

التي كان عليها. أما المجلة فتعرف العقار بأنه ما لا يمكن نقله من محل إلى آخر كالدور والأراضي (م ١٢٩)، كما يعرفه مرشد الحيران بأنه كل ما له أصل ثابت لا يمكن نقله وتحويله (م ٢).

وأخذ المشروع في الفقرة الثانية من المادة ٢٤ بنظرية استقرت في الفقه باسم نظرية المنقول بحسب المآل، وهي نظرية لا يوجد بشأنها في التقنيات الأخرى نص عام، وأن وردت لها بعض التطبيقات في نصوص متفرقة من تلك التقنيات تتعلق بالمحصول الزراعي - وهو عقار بطبيعته - فتعتبره منقولاً حكماً في بعض الأحوال لأن مآله الحتمي أن ينفصل عن الأرض ومن ثم يكون منقولاً بحسب المآل (انظر على سبيل المثال المواد ١١٤٢ فقرة ١ و ١١٤٣ فقرة ١ مدني مصري و ٤٩٩ مرافعات مصري. وما يقابلها في التقنيات العربية الأخرى).

على أن نظرية المنقول بحسب المآل لا يقتصر تطبيقها على المحصولات فحسب بل تتسع لتتناول كل ما هو معد للانفصال عن أصله. ومن ثم حرص المشروع على أن يستحدث حكماً عاماً في شأنها فنص على اعتبار الشيء منقولاً إذا كان انفصاله عن أصله وشيك الحصول. ونظر إليه استقلالاً على هذا الاعتبار، ومن ثم يجب أن يتوافر شرطان لا مكان اعتبار العقار بطبيعته منقولاً بحسب المآل. (الأول) أن يكون العقار معداً بالفعل للانفصال عن أصله في مستقبل قريب، وأن يكون مصيره المحتوم هو هذا الانفصال، وهو ما قد يستخلص من طبيعة الأشياء كما في المحصول والثمار، أو من الإعداد الفعلي من جانب مالك العقار كصاحب الأشجار إذا أعدها للقطع وباعها خشباً، وصاحب البناء إذا أعده للهدم وباعه انقضاء.

(والثاني) أن يكون التعامل قد جرى لا على أساس حقيقة العقار في الحال، بل على أساس ما يصير إليه في المآل، فإذا باع صاحب الثمار أو البناء ثماره أو بناءه لمشتري. وجب أن يكون كل منهما قد نظر في هذا التعامل إلى الثمار أو البناء لا على أنه قائم على الشجر أو على أنه متصل بالأرض، بل على أنه قد تم قطفه أو هدمه فأصبح منقولاً. فهما يتبايعان في منقول لا في عقار.

وإذا كان المشروع قد ناقض في الحالة السابقة طبيعة الأشياء، واعتبر العقار بطبيعته منقولاً بحسب المآل، فإنه يناقضها أيضاً في حالة أخرى عكسية ويعتبر المنقول بطبيعته عقاراً بالتخصيص في بعض الأحوال فينص في المادة ٢٥ على أنه "يعتبر عقاراً بالتخصيص

المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رسدا على خدمته واستغلاله". دون أن يشترط في تخصيص المنقول لخدمة العقار أو استغلاله أن يكون التخصيص ضروريا. وفكرة العقار بالتخصيص منقولة أصلا عن القانون المدني الفرنسي (م ٥٢٤ و ٥٢٥)، ويأخذ بها جميع القوانين العربية. وهي تطبيق لفكرة أعم هي فكرة التبعية المتمثلة في قاعدة "الفرع يتبع الأصل"، ولذا نجد بعض التقنينات الأوروبية يستغني عنها اكتفاء بفكرة التبعية، وهي ذات الفكرة التي اخذ بها الفقه الإسلامي وفي ذلك تنص المجلة على أن التابع تابع ... (م ٤٧) وعلى أن التابع لا يفرد بالحكم (م ٤٨) وعلى أن من ملك شيئا ملك ما هو من ضروراته، (م ٤٩) كما تنص على أن كل ما جرى عرف البلدة على أنه من مشتملات البيع يدخل في البيع من غير ذكر .. (م ٢٣٠).

وعلى أن ما كان في حكم جزء من المبيع أي ما لا يقبل الانفكاك عن المبيع نظرا إلى غرض الاشتراء يدخل في البيع بدون ذكر ... (م ٢٣١)، وعلى أن توابع المبيع المتصلة المستقرة تدخل في البيع تبعا بدون ذكر .. (م ٢٣٢).

ومع هذا فقد رأى المشروع أن يأخذ بفكرة العقار بالتخصيص، لأنها وإن كانت تطبيقا لفكرة أعم، إلا أنها أكثر تحديدا ووضوحا، كما أنها أصبحت مستقرة في التشريعات الكويتية (أنظر على سبيل المثال المادة ٩ من قانون التأمينات العينية).

وتعالج المادة ٢٦ تقسيم الحقوق. و الحقوق بحسب الأصل أشياء معنوية لا تقبل أن تكون عقارا أو منقولا ولكن المشروع تبعا للتقاليد القانونية يقسم الحقوق إلى عقار ومنقول، تبعا لطبيعة المحل الذي تقع عليه، فيعتبر الحقوق العينية التي تقع على العقار عقارا، سواء كانت من الحقوق العينية الأصلية أو التبعية، وسواء كانت واقعة على عقار بطبيعته أو على عقار بالتخصيص.

ولم يجار المشروع التقنين المصري والتقنينات التي حذت حذوه (المادة ٨٣ مصري وما يقابلها)، في اعتبارها كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار مالا عقاريا لأن الدعوى ليست مالا وإنما هي وسيلة لحماية الحق عن طريق القضاء.

كما لم يعرف المنقول تعريفا مباشرا كما فعلت بعض التقنينات العربية ومنها التقنين العراقي الذي يعرف المنقول بأنه "كل شيء يمكن نقله وتحويله دون تلف، فيشمل النقود والعروض والحيوانات"، بل اقتصر على أن يقرر في المادة ٢٧ أن "كل ما ليس عقارا فهو منقول"، وفي ذلك كل الغناء.

وفي تحديد المقصود بالأشياء المثلية والقيمية، نقل المشروع في المادة ٢٨ منه نص المادة ٥٦ من القانون الأردني التي تتفق مع الفقه الإسلامي في تعريفه لهذه الأشياء (قارن المواد ١٤٥ - ١٤٨ و ١١١٩ من المجلة)، وهو تعريف أدق مما جاء في المادة ٨٥ من التقنين المدني المصري التي تنص على أن "الأشياء المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء .." لأن هذا القيام يعتبر نتيجة لكونها مثلية لا تعريفا لها.

وأخيرا يعرف المشروع في المادة ٢٩ الأشياء الاستهلاكية بأنها ما لا يتحقق الانتفاع به إلا باستهلاكه أو انفاقه، معتبرا كل ما أعد في المتاجر للبيع من الأشياء الاستهلاكية.

الفصل الثالث

استعمال الحق

(المادة ٣٠)

الأصل ان استعمال الحق من جانب صاحبه يعتبر فعلا مشروعاً ما دام يلتزم فيه مضمون الحق وحدوده كما رسمها القانون. ومن هنا كان السائد زمنا طويلا أن صاحب الحق يتمتع بحرية مطلقة في استعمال حقه ولا يكون مسئولا عما يصيب الغير من جراء استعماله ولكن غالبية التشريعات الحديثة تقيد من هذه الحرية وتضع على استعمال الحقوق رقابة تكفل مشروعيتها، فتضفي حماية القانون على الاستعمال المشروع وحده، وتمنعها من الاستعمال الذي ينحرف به صاحب الحق عن طريقه الطبيعي، بل وتساؤه عما يسبب للغير من ضرر، أو تمنعه أصلا من المضي في هذا الاستعمال.

والفكرة قديمة تمتد جذورها إلى الشرائع السالفة. عرفها القانون الروماني في صورتها البدائية البسيطة فأثم استعمال الحق إذا قصد به الإضرار بالغير. وكذلك عرفها الفقه الإسلامي، ولكن دون أن يحصرها في هذه الصورة البسيطة. بل توسع فيها وصاغها نظرية عامة تضارع في دقتها وأحكامها أحدث ما وصلت إليه الشرائع الحديثة وأسفرت عنه مذاهب المحدثين من فقهاء الغرب. وقننت مجلة الأحكام العدلية هذا الفقه وأوردت له كثيرا من التطبيقات، فلما تقرر العمل به في الكويت، انتقلت نظرية التعسف بكل أبعادها إلى القانون الكويتي وذلك قبل أن يتقرر الأخذ بها في كثير من البلاد. فلا غرو

اذن أن يتضمن قانون المرافعات الصادر في سنة ١٩٦٠ تطبيقاً لهذه النظرية، في حالة رفع الدعوى أو الدفاع بقصد الإضرار بالغير (المادة ٢٠٨)، وأن ينص الدستور بعد ذلك على أن الملكية حق من الحقوق الفردية ذات الوظيفة الاجتماعية، ويقصد بذلك - كما جاء في المذكرة التفسيرية - تنظيم وظيفة الملكية بما فيه صالح الجماعة بهدف منع الإضرار بمصلحة المجموع أو إساءة استعمال الحق، فحيث يتعارض حق الملكية مع مصلحة عامة، قدمت المصلحة العامة. فما ينبغي أن تقف الملكية حجر عثرة في سبيل تحقيق المصلحة العامة، ولا يدخل هذا في وظيفتها الاجتماعية. وحيث يتعارض حق المالك مع مصلحة خاصة هي أولى بالرعاية من حق المالك فإن هذه المصلحة الخاصة هي التي تقدم، فما ينبغي استعمال حق الملكية فيما يضر بالغير ضرراً غير مشروع ولا يدخل هذا في وظيفتها الاجتماعية.

على أنه إذا كان الأخذ بنظرية عامة للتعسف قد أصبح مبدأً مستقراً في كثير من التشريعات الحديثة إلا أن هذه التشريعات تختلف فيما بينها عند تحديد المعيار الذي يقاس به التعسف فيكتفي بعضها بوضع مبدأ عام دون تحديد لصور التعسف، ومن ذلك معيار الهدف أو الغرض الذي منح الحق من أجله. ويفضل بعضها الآخر تحديد صور التعسف بغير إبراز للمبدأ العام الذي يحكمها، كما فعل المشرع المصري وغالبية القوانين العربية التي نحت نحوه. وإذا كانت الطريقة الأولى بتجردها ومرونتها أكثر مناسبة للعمل التشريعي حتى لا ينحصر معيار التعسف في صور محددة لا يلبث أن يظهر تقدم الزمان وتغير الأوضاع قصورها عن ملاحقة التطور، إلا أنه يعيبها في الوقت ذاته صعوبة تحديد الهدف أو الغرض من كل حق من الحقوق. ولذلك رأى المشروع أن يجمع بين الطريقتين، فيورد المبدأ العام الذي يحكم معيار التعسف، ثم يورد بعده التطبيقات الرئيسية للمبدأ.

وقد عني المشروع بوضع المبدأ العام متحامياً - كما فعل القانون المصري - اصطلاح التعسف لسعته وإبهامه، ودمغ استعمال الحق بعدم المشروعية إذا انحرف به صاحب الحق عن الغرض منه أو عن وظيفته الاجتماعية، وتحديد معيار عدم المشروعية بالانحراف عن غاية الحق أو الغرض منه يحظى بتأييد كبير في التشريع والفقهاء الحديث، أما الوظيفة الاجتماعية للحقوق فهي مكرسة في الدستور.

وفي تعديد التطبيقات الرئيسية لعدم المشروعية، حرص المشروع على أن تكون هذه التطبيقات مستمدة من الفقه الإسلامي بوجه خاص. وأول هذه التطبيقات، عدم مشروعية

المصلحة التي تترتب على استعمال الحق، وهو تطبيق يقوم على ضرورة موافقة استعمال الحق لغايته أو الغرض منه، وإلا كان استعمالا منحرفا، وفي ذلك فإن المصلحة لا تكون غير مشروعة إذا كان تحقيقها مخالفا لحكم من أحكام القانون فحسب، بل إنها تكون غير مشروعة أيضا إذا كان تحقيقها يتعارض مع النظام العام أو الآداب. والتطبيق الثاني، هو استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير، وهو تطبيق استقر عليه الفقه الإسلامي وأخذ به التقنين الألماني (المادة ٢٢٦)، ونقلته عنه غالبية التقنينات الحديثة. والجوهري في شأنه هو توافر قصد الإضرار ولو افضى استعمال الحق إلى تحصيل منفعة لصاحبه، وكما يستخلص هذا القصد من تفاهة المصلحة التي تعود على صاحب الحق، فإنه يستخلص بالأولى من انتفاء كل مصلحة من استعمال الحق. والتطبيق الثالث، هو انعدام التناسب بين مصلحة صاحب الحق وبين الضرر الذي يصيب الغير، وهو ما يتخذ قرينة على توافر قصد الإضرار بالغير. والتطبيق الأخير، هو استعمال الحق استعمالا من شأنه أن يلحق بالغير ضررا فاحشا غير مألوف، وهو تطبيق يخصه الفقه الإسلامي بكيان مستقل ويوليه كثيرا من الاهتمام - وقد قنته المجلة في المادة ١١٩٨ بقولها "كل أحد له التعلي على حائط الملك وبناء ما يريد وليس لجاره منعه ما لم يكن ضرره فاحشا"، وعرفت الضرر الفاحش في المادة التالية بأنه "كل ما يمنع الحوائج الأصلية يعني المنفعة الأصلية المقصودة من البناء كالسكني أو يضر بالبناء أي يجلب له وهنا ويكون سبب انهدامه" ثم عقبته على ذلك بتطبيقات مختلفة في المواد من ١٢٠٠ إلى ١٢١٢. وإذا كان هذا التطبيق قد حذف من نص المادة الخامسة من القانون المصري بعد أن كان واردا في مشروعه التمهيدي، غير أن هذا الحذف لم يكن عدولا عن اعتباره تطبيقا للتعسف وإنما اكتفاء بتطبيقه الخاص الوارد في باب الملكية وهو تطبيقه الرئيسي.

يبقى بعد ذلك أن يجتهد القاضي رأيه فيما يعرض عليه من مسائل لا تندرج تحت واحد من هذه التطبيقات، وذلك باعمال المبدأ العام الذي وضعه المشروع، مهتديا بأحكام الفقه الإسلامي ومتأسيا بقول الرسول صلى الله عليه وسلم "لا ضرر ولا ضرار".

وعلى هذا النحو مكن المشروع لنظرية التعسف بين أحكامه العامة، باعتبارها فكرة ملازمة لفكرة الحق ومكملة لها، تستهدف تحقيق مصلحة الجماعة، وتجاوز في دورها جزائها دور المسؤولية وجزائها التعويضي مما يجعل للقضاء رقابة مبتدأة على استعمال الحقوق إلى جانب رقابته اللاحقة على هذا الاستعمال.

القسم الأول
الحقوق الشخصية
أو الالتزامات

تنقسم الحقوق المالية، بصفة أساسية، إلى حقوق عينية وحقوق شخصية. وهو تقسيم تقليدي قال به الرومان، ولا زال القانون المعاصر في مجموعة يسير عليه إلى الآن، وإن كان قد اتسع بعض الشيء، ليشمل نوعاً جدياً من الحقوق، وهي تلك التي ترد على ثمرة الفكر والقريحة في جانبها المالي، والتي أطلق عليها في البداية اسم "حقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية"، ثم أخذ الفكر القانوني يبتعد عنه، مضيفاً عليها إسماً آخر، بعد أن تبين مغايرتها واختلافها عن حق الملكية بمفهومه العلمي، ليقول تارة "الحقوق المعنوية" وتارة أخرى "الحقوق الذهنية".

والتزام التقسيم التقليدي للحقوق المالية إلى شخصية وعينية كنهج يتبع في سرد الأحكام التي تتضمنها مدونة القانون المدني، يتمشى تماماً مع منطق القانون ومقتضيات فنه، سيما وأن أحكام النوع الثالث الذي جد من الحقوق المالية، لينتظم الحقوق المعنوية أو الذهنية، تجد مكانها، وفقاً لما جرت عليه العادة في الدول المختلفة، في قانون خاص بها، نظراً لما تتسم به من طابع متميز، ولما تتجه إليه من دولية تقوى على مر الزمن. ثم أن ذلك ليس غريباً على الفقه الإسلامي. فهو يتجاوب في مجموعته مع ما سار عليه فقهاء المسلمين من تقسيم الحقوق المالية إلى عين ودين. ومن أجل ذلك رأى المشروع اتباع هذا النهج، فهو ينقسم قسمين أساسيين: يتناول أولهما أحكام الحقوق الشخصية أو الالتزامات. ويتضمن ثانيهما أحكام الحقوق العينية. وذلك بعد أن انتهى المشروع من سرد الأحكام العامة.

والمشروع، في سرده النصوص التي تتضمن أحكام الحقوق الشخصية أو الالتزامات، يتناول بادئ ذي بدء الالتزام بوجه عام، وهي الأحكام التي تدخل فيما يطلق عليه عادة "نظرية الالتزام". ثم يتناول أهم العقود المتداولة.

من هنا لزم أن ينشطر القسم الأول المتعلق بالحقوق الشخصية أو الالتزامات شطرين، يتضمن أولهما أحكام الالتزام بوجه عام، ويتناول ثانيهما العقود المسماة.

الكتاب الأول

الالتزامات بوجه عام

الأحكام التي تنظم الالتزامات بوجه عام، تتسم بأهمية قصوى في دنيا القانون ككل. فهي التي تقوم عليها المعاملات المالية، أيا ما كانت طبيعتها بل ان الأسس التي ترسيها نظرية الالتزام كثيرا ما تراعى في غير المعاملات المالية من مظاهر حياة الناس، وإن لحقها تعديل هنا أو هناك وفقا لما تقتضيه طبيعة العلاقة المحكومة.

ولأن أحكام الالتزامات بوجه عام، ترسي الأسس التي تقوم عليها المعاملات المالية، فإن تطبيقها لا يقف عند حدود القانون المدني، بل يتجاوزها إلى غيره من فروع القانون الأخرى بوجه عام، لا سيما فروع القانون الخاص، وعلى رأسها القانون التجاري، ثم قانون العمل.

ولقد كان من شأن الأهمية القصوى لأحكام الالتزامات أن أفردت لها بعض الدول مدونة خاصة بها، أما وحدها وإما مع العقود المسماة، بيد أن افراد مدونة مستقلة لأحكام الالتزام بوجه عام ليس أمرا ضروريا. فيمكن لهذه الأحكام أن تجد مكانها المرموق بين دفتي مدونة القانون المدني. فالقانون المدني هو الفرع الأصيل في دوحة القانون الخاص، ومن ثم يمكن لمدونته أن تضم، الأحكام القانونية التي من شأنها أن تسري داخل نطاقه، كما تسري في نطاق غيره من فروع القانون الأخرى. وهي مهمة يضطلع بها بالفعل من قديم في الأغلبية الكبرى من البلاد.

وقد ارتأى المشروع أن يسلك هذه النهج فيتضمن بين نصوصه أحكام الالتزامات بوجه عام، أو أحكام نظرية الالتزام، وبهذا تتاح الفرصة لمدونة قانون التجارة الكويتية الجديدة المزمع إصدارها أن تترك هذه الأحكام، لتحل في مكانها الطبيعي المألوف، بعد أن اتسعت لها دفئا مدونة قانون التجارة الحالية.

فقد رأى المشروع الكويتي، عند إصدار قانون التجارة في عام ١٩٦١، أن تشمل مدونته نصوصا تتضمن أحكام نظرية الالتزام، أو أحكام "الالتزامات بوجه عام"، كما شاء هو أن يقول. هو وضع فريد لا يعرف له مثيل. ولكنه كان أمرا ضروريا ليس عنه غناء. فقانون التجارة يتضمن لحكم المعاملات التجارية نصوصا مستقاه من القانون المعاصر.

فلا بد اذن من إرسائها على أسس هي بدورها معاصرة.

ولكن ورود أحكام نظرية الالتزام في مدونة قانون التجارة مع تضمين هذه المدونة نصا يقضي بقصر سريان ما تضمنته من أحكام على المعاملات التجارية أثار شيئا من التناقض من وجه، والكثير من التناقض من وجه آخر. فمن وجه أول، أصبحت المعاملات المالية مختلفة في حكمها باختلاف صبغتها المدنية أو التجارية، ليس في الجزئيات والتفريعات فحسب، كما هو الشأن في البلاد المختلفة، بل في ذات الأسس التي تقوم عليها أيضا، ومن وجه آخر، ثار الجدر حول ما إذا كان يمكن لأحكام نظرية الالتزام أن تسري خارج نطاق التجارة والتجار، وعلى الأخص كأساس للقواعد التي جاءت بها التشريعات الحديثة التي صدرت في الكويت مؤخرا، وهي تتضمن أحكاما مستقاة من القانون العصري، كقانون التسجيل وقانون التأمينات العينية وقانون العمل وقانون تنظيم الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع وقانون إدارة شئون القصر وقانون إيجار العقارات والأماكن.

وغني عن البيان أن نظرية الالتزامات تتضمن الأحكام المتعلقة بالالتزام بوجه عام، من غير أن تعني بالالتزام بعينه. فهي تضم بين رحابها القواعد العامة الأساسية التي تسري على الالتزامات في مجموعها، وبغض النظر عن ذاتية كل التزام، مدنيا كان أم تجاريا.

والنهج المنطقي لسرد الأحكام الداخلة في رحاب نظرية الالتزام يقتضي السير مع هذا النظام القانوني في مراحل حياته، فيواجهه أولا الالتزام في نشأته وهذا ما يدعو إلى البدء بمصادره على أن تليها الأحكام المتعلقة بآثاره، ثم تلك الخاصة بأوصافه وبانتقاله. وتأتي بعد ذلك المرحلة الأخيرة التي يواجهها الالتزام بالضرورة وهي مرحلة انقضائه. وهو ما التزمه المشروع في عرضه لتلك الأحكام.

وهذا النهج من المشروع ليس مبتدعا، فقد سارت عليه من قبل مدونة القانون المدني المصري، والمدونات العربية الأخرى التي استوحتها، كمدونة القانون المدني السوري، ومدونة القانون المدني العراقي، ومدونة القانون المدني الليبي، ومدونة القانون المدني الأردني، وهو نفس النهج الذي سار عليه بدوره قانون التجارة الكويتي.

ولم يشأ المشروع أن يعرض لقواعد الإثبات، لا بين الأحكام المتعلقة بنظرية الالتزام، ولا بين غيره من أحكامه الأخرى. فقد وجد من الملائم أن يفرد قانون خاص يجمع كافة قواعد الإثبات الموضوعية والإجرائية على السواء.

الباب الأول

مصادر الالتزام

لم يشأ المشروع أن يتضمن نصا يعرف الالتزام. وهو في ذلك يخالف ما سارت عليه بعض القوانين الأجنبية، ولكنه يساير غالبية القوانين العربية، كالقانون المصري والقانون العراقي والقانون السوري والقانون الليبي والقانون الأردني. فحسن صناعة التشريع يأبى أن تلجأ النصوص لتعريف الأنظمة القانونية ما لم تتطلبه ضرورة أو حاجة، فذلك بعمل الفقه أخلق.

ولم يشأ المشروع كذلك أن يعرض في نصوصه لتقسيم مصادر الالتزام وردّها إلى أصولها. وهو في ذلك يخالف مدونة نابليون التي تبنت التقسيم التقليدي البالي لمصادر الالتزام إلى العقد والجريمة وشبه العقد وشبه الجريمة والقانون. وهو تقسيم وجهت إليه سهام النقد الجارحة لتصيبه في الصميم.

والواقع أن الاتجاه الحديث في التقنين ينبذ التعرض في النصوص لتقسيم مصادر الالتزام. وكان من أول التقنيات التي عرضت عن تقسيم مصادر الالتزام مشروع القانون الفرنسي الإيطالي للالتزامات والعقود، الذي رأى واضعوه بحق أن هذا التقسيم أليق بأغراض التعليم منه بأغراض صناعة التشريع. وجاء القانون المدني المصري، وغيره من القوانين العربية التي استوحته، لتسير في نفس الطريق. وهو ما يراه المشروع أولى بالإتباع.

وإذا كان المشروع لا يعرض في ذات نصوصه لتقسيم مصادر الالتزام وردّها إلى أصولها، إلا أنه يراعى بالضرورة ترتيبا معيناً في تناولها. فهو يبدأ بالعقد، وهو المصدر الغالب في أهميته. ثم يتناول الإرادة المنفردة ويعرض بعد ذلك للفعل الضار، ويعقب بالفعل النافع، وينتهي بنشأة الالتزامات التي لا ترد إلى أصل مما سبق، والتي جرت العادة على أن تعزي نشأتها إلى القانون.

الفصل الأول

العقد

العقد هو المصدر الأساسي لنشأة الالتزام، بل الحقوق المالية كلها عامة. وهو يتمثل، في العمل، أهم المصادر على الإطلاق، بل إنه ينشئ وحده، في واقع حياة الناس، الأغلبية الكبرى من الالتزامات، بحيث أن مصادر الالتزام الأخرى، كلها مجتمعة، لا تتناسب معه في الأهمية.

والعقد، إذا كان من شأنه أن يولد الالتزام، بل وغيره من الحقوق والواجبات، فليس هذا الأمر وحده، على جليل خطره، أثره الوحيد، فمن شأن العقد أن يرتب أيضا آثارا قانونية أخرى بعيدة المدى. فهو ينقل الحق أو الالتزام. وهو يعدل فيه على نحو أو على آخر. ويمكن له أن ينهيه. وهو، بهذه المثابة، يتمثل اصطلاحا قانونيا متفقا تمام في مدلوله مع اصطلاح الاتفاق.

فالعقد والاتفاق أصبحا، في لغة القانون المعاصر السائدة، اصطلاحين مترادفين، يعني أحدهما ما يعنيه الآخر. وقد دعم هذا النهج سير فقهاء المسلمين في نفس الطريق، حيث استعملوا اصطلاح "العقد" في نفس المعنى الذي يمكن لاصطلاح "الاتفاق" أن يفيد، فضلا عن شيوع الأول على ألسنتهم وندرة الثاني، لما لاصطلاح "العقد" من دلالة أقوى على ارتباط المتعاقد بما تعاقده عليه.

وقد جاءت في القرآن الكريم كلمة "العقدة" بمعنى العقد، في قوله عز شأنه: "ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله".

وكان لهذا القول الإلهي أثره في بعض البلاد العربية كالمغرب، حيث يجري علي الألسنة أحيانا استعمال لفظ "العقدة" بدلا من العقد.

بيد أن الغالب، عند فقهاء المسلمين، هو استعمال اصطلاح "العقد" لعموم قوله تعالى: يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود.

وإذا كان المشروع يتناول أحكام العقد في الباب المخصص لمصادر الالتزام، فليس معنى ذلك، بطبيعة الحال، أن هذه الأحكام لا تسري عليه إلا حيشما ينتج هذا الأثر. فهي

تلزمه في شتى مجالات إعماله، دون تفريق.

وغني عني البيان أن المشروع هنا لا يتناول أحكام عقد بعينه، فهو يستهدف وضع القواعد الأساسية العامة المشتركة في العقود. وبعبارة أخرى هو يتناول أحكام العقود بوجه عام، وهو ما درج الفقه على أن يطلق عليها "نظرية العقد".

والأحكام التي يتضمنها المشروع في هذا الفصل، اعتباراً بأنها ترسي الأسس العامة المشتركة، تسري على العقود المالية كلها، مدنية كانت أم تجارية أم غيرها، وسواء أكانت هذه العقود مسماها أم غير مسماها، وذلك ما لم يقض القانون، في شأن عقد معين، بحكم خاص به، أو اقتضته طبيعة هذا العقد.

تعريف العقد (م ٣١):

تباين أمر التقنيات، في الدول المختلفة، في شأن تضمن النصوص تعريفاً للعقد. فبعضها سار عليه، وسلك نفس النهج قانون التجارة الكويتي الحالي (المادة ١٠٣). والبعض الآخر تجنب إيراد تعريف له.

وإذا كان الأصل هو أن تعريف الأنظمة القانونية أخلق أن يترك للفقه، إلا أن المصلحة قد تدعو التشريع أحياناً إلى أن يتناوله. ويظهر ذلك، على وجه الخصوص، إذا كان من شأن إيراد التعريف في النص أن يبرز فلسفة النظام ويرسي أسسه، سيما إذا تعلق الأمر بنظام فذ وعملاق كالعقد.

وقد عرفت المادة ٣١ من المشروع العقد بقولها: "العقد هو ارتباط الإيجاب بالقبول على إحداث أثر يرتبه القانون". ومقتضى هذه التعريف أن يبرز في شأن الرضاء بالعقد - وهو الركن الأساسي فيه - أمرين أساسيين: (الأول) ارتباط الإيجاب بالقبول، وهو ما يكون الإرادة المشتركة. (الثاني) اتجاه الإرادة المشتركة إلى إحداث أثر قانوني.

ولم يشأ المشروع أن يساير الكثرة الغالبة من التقنيات في تعريفها العقد تارة بأنه اتفاق وتارة بأنه توافق إرادتين أو أكثر. فالاتفاق أو التوافق لا يكفي في ذاته لقيام العقد. ما بقيت الإرادة كامنة في نفس صاحبها. لم تتجاوزها إلى العالم الخارجي عن طريق التعبير عنها، وهو ما يطلق عليه في الفقه الإسلامي. (الصيغة). ثم انه ينبغي أن يجيء القبول حالة كون الإيجاب باقياً لم يسقط لسبب أو لآخر. وعبارة ارتباط الإيجاب بالقبول أخلق بأن تبرز هذين الأمرين كليهما.

وارتباط الإيجاب بالقبول. كأساس للعقد، قول مستمد من الفقه الإسلامي. وهو شائع على ألسنة رجاله وأوردته المجلة (المادة ١٠٣) ومرشد الحيران (المادة ٢٦٢) كما أورده أخيراً مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة، الذي أصدره مجلس البحوث الإسلامية بالقاهرة (المادة ٣). وقد أقام القانون العراقي تعريف العقد على ذلك القول، فنقل عن مرشد الحيران، في المادة ٧٣ منه النص على أن: "العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه". وجاء قانون التجارة الكويتي الحالي وتبنى نفس التعريف، في المادة ١٠٣ منه. وأخذ القانون الأردني في المادة ٨٧ منه، بالتعريف ذاته مع شيء من الإضافة إليه.

ولم يشأ المشروع أن يأخذ بنفس التعريف الذي أورده قانون التجارة الكويتي الحالي، نقلاً عن القانون العراقي ومرشد الحيران. فهو، من ناحية، يعمم ارتباط الإيجاب بالقبول، دون أن يخصه بحصوله بين متعاقد وآخر، لإمكان أن يقوم العقد بين أكثر من طرفين، كما هو الشأن في الشركة والقسمة. ومن ناحية أخرى حرص المشروع على أن يذكر أن ارتباط الإيجاب بالقبول يرد في شأن إحداث أثر قانوني، بدلاً من القول بأن يرد "على وجه يثبت أثره في المعقود عليه". لإبراز ما يمكن للأثر المترتب على العقد من عمومية وشمول، وهو في إبراز هذه الفكرة، لم يشأ أن يجاري القانون الأردني الذي أضاف إلى القول بأن ارتباط الإيجاب بالقبول يكون على وجه يثبت أثره في المعقود عليه، عبارة "ويترتب عليه التزام كل منهما (المتعاقدين) بما وجب عليه للآخر". فأثر العقد أعم من أن ينشئ الالتزام. فيمكن له أن يعدل في التزام قائم، أو ينقله أو ينهيه.

فجوهر العقد أن يستهدف إنشاء أثر قانوني، أي ما كان هذا الأثر، وقد حرص المشروع على أن يبرز هذه الفكرة، حتى يبدد كل مظنة، وعلى الأخص ما ثار منها في خصوص النقل بالمجان، حيث التبس الأمر في شأن قيام عقد، سواء أكان عقد النقل أو غيره، وما يترتب عليه من الالتزام بضمان السلامة، وهو اتجاه رفضه القضاء بحق، اعتداداً بانتفاء القصد في ترتيب أثر قانوني. ولا يهم بعد ذلك طبيعة الأثر القانوني المبتغى. فسواء أن يتعلق بالمعقود عليه مباشرة، كما إذا كان من شأنه أن ينقل ملكيته، أو يتعلق بأمر آخر من أمور إنشاء الالتزام أو تعديله أو نقله أو انتهائه. وهذا ما يتفق تماماً مع ما سار عليه فقهاء المسلمين من التمييز بين حكم العقد، بمعنى ما يترتب عليه من أثر مباشر في المعقود عليه، كنقل ملكية المبيع إلى المشتري، وبين حقوق العقد، بمعنى آثاره المترتبة في ذمة المتعاقد. كالالتزام البائع بالتسليم والتزامه بالضمان والتزام المشتري بدفع الثمن.

الفرع الأول - انعقاد العقد

(المواد ٣٢ - ١٩٢)

تعدد المادة ٣٢ أركان العقد التي لا يقوم بغير توافرها كلها مجتمعة، وتقضي بانعقاده بمجرد توافرها. وأركان العقد هي الرضاء - المتمثل في ارتباط الإيجاب بالقبول - والمحل والسبب، وذلك فضلا على الشكل الذي يتطلبه القانون، في حالات خاصة، لانعقاد العقد.

وقد حرص المشروع، في هذه المادة، على أن يذكر المحل والسبب، باعتبارهما ركنين لا زمين لانعقاد العقد، جنبا إلى جنب مع الرضاء. وهو في ذلك يسير على نهج المادة ١١٠٣ من القانون المدني الفرنسي، بعد أن استبعد منها أهلية التعاقد، اعتبارا بأنها لا ترقى إلى مرتبة ركن في العقد، وبأن عدم توافرها لا يمنع من ذات انعقاده، وإنما يعيب الرضاء به فحسب بما يجعله قابلا للإبطال.

ولم يشأ المشروع أن يساير بعض التقنينات الغربية التي تقول بقيام العقد بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول، أو توافق الإرادة، من غير ذكر للمحل والسبب. كما أنه لم يشأ أن يساير تقنينات أخرى عربية، كالقانون المصري (المادة ٨٩)، والقانون الأردني (المادة ٩٠)، التي وإن لم تذكر بدورها المحل والسبب كركنين لا زمين لانعقاد العقد، قرنت توافق الإرادة، أو ارتباط الإيجاب بالقبول، بوجوب "مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد". فالعقد لا ينعقد بتوافر الرضاء وحده. وإنما يلزم إلى جانبه المحل والسبب، وهذا أمر جوهري ينبغي التصريح به. ولا يجزئ عنه ذكر عبارة عامة تفيد وجوب مراعاة ما يقرره القانون من أوضاع معينة لانعقاد العقد. لأن هذه العبارة قد تنصرف إلى الشكل الذي يتطلبه القانون، في حالات خاصة. وهو بالفعل المعني الذي يقصده منها المشروع. وهي على أية حال أدنى من أن تدل دلالة واضحة على أمرين يتمثلان ركيزتين أساسيتين يقوم العقد عليهما، إلى جانب الرضاء. وعلى نفس المرتبة معه.

وفي القول بأن العقد ينعقد إذا ورد الرضاء على محل واستند إلى سبب معتبرين قانونا. لم يشأ المشروع أن يقف عند الجدل الذي ثار في الفقه حول ما إذا كان المحل أو

السبب يعتبر ركنا في الالتزام أو في العقد أو حتى في الإرادة. فأيا ما كان من أمر الخلاف الذي نشب في هذا الخصوص، فإن كل ما يتعلق بالالتزام ينعكس بالضرورة على العقد الذي من شأنه أن يولده. فالحل المباشر للعقد هو الالتزامات التي ينشئها. وبهذه المثابة، يتمثل ما يعتبر ركنا في الالتزام، ركنا في العقد أيضا، وإن كان ذلك بطريق غير مباشر.

١- الرضاء:

تواجه المادة ٣٣ بفقرتها رضاء المتعاقد الذي من شأنه أن يكون الرضاء بالعقد، عند اقتترانه برضاء المتعاقد الآخر، وتبين عنصره اللازمين لقيامه، وهما: الإرادة والتعبير عنها.

وتتناول الفقرة الأولى عنصري الرضاء السابقين من حيث الموضوع، متطلبة توافرها. إذ أن الرضاء لا يقوم بغير الإرادة. ولا تتوافر الإرادة في المتعاقد، إلا إذا واعي وتدبر أمر التعاقد الذي هو قادم عليه، وانتهى إلى أن يقصده. بيد أن توافر الإرادة وحده لا يكفي. فالقانون لا يعتد بالإرادة طالما بقيت حبيسة في نفس صاحبها، فلا بد أن تخرج إلى العالم الخارجي الملموس.

ويتم ذلك عن طريق التعبير عنها. وبهذا يمكن أن يقال أن الارادة التي يعتد بها القانون في انشاء العقود والتصرفات القانونية بوجه عام، تمر بمراحل ثلاث: التدبير والتقدير والتعبير. والمرحلتان الأوليان نفسيتان. أما الثالثة فتأخذ مظهرها ماديا.

وتعرض الفقرة الثانية من المادة للإرادة من حيث الإثبات. وهي تقييم قرينة على توافرها عند إجراء التصرف، تمشيا مع الغالب في شأن الناس، واستقرارا للمعاملات بينهم. ولكن هذه القرينة بسيطة. فيجوز إثبات عكسها ممن يدعيه. ثم ان هذه القرينة لا يمكن لها أن تقوم بمخالفة حكم يمليه القانون بانعدام الإرادة كما هو الشأن في حالة الصبي غير المميز.

(أ) التعبير عن الإرادة:

وتعرض المادة ٣٤ لطريقة التعبير عن الإرادة. وهي مستوحاة من نص المادة ٩٠ من القانون المصري والنصوص الأخرى التي أخذت عنه، وعلى الأخص نص المادة ١٠٦

من قانون التجارة الكويتي ونص المادة ٩٣ من القانون الأردني، دون أن تأتي بحكم مغاير.

وحكمها يتمشى مع الاتجاه الغالب، سواء في القانون المعاصر أم في الفقه الإسلامي، من اطلاق الصورة التي يجيء عليها، التعبير عن الإرادة، بالتمكين له من أن يأتي بأي طريق كان، طالما كان من شأن هذا الطريق أن يدل على حقيقة الإرادة بغير لبس أو غموض. فهي تقضي بأن التعبير عن الإرادة يمكن أن يحصل باللفظ، أو بالكتابة، أو بالإشارة الشائعة الاستعمال - أي تلك التي يعم بين الناس استعمالها في نفس المدلول - أو بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي - وهو ما يطلق عليه، في الفقه الإسلامي "تعاقد المعاوضة" - أو باتخاذ أي موقف آخر غير ما ذكر، إذا كانت ظروف الحال لا تدع شكاً في دلالة على حقيقة المقصود منه.

ولم يشأ المشروع أن يساير نص المادة ١٠٦ من قانون التجارة الكويتي الحالي ونص المادة ٩٣ من القانون الأردني في حرصهما على ذكر أن الإشارة تصلح تعبيراً عن الإرادة، ولو وقعت من غير الأخرس، مكتفياً بإيراد لفظ الإشارة في عمومها، اعتباراً بأنه يعينها ما دامت شائعة بين الناس، أياً ما كان الشخص الذي صدرت منه، أخرس كان أم غير أخرس.

ولم يشأ المشروع كذلك أن يعرض للجدل الذي ثار في الفقه الإسلامي حول الصيغة التي يأتي عليها اللفظ الدال على الرضاء، سواء أكانت صيغة الماضي أم المضارع أم الأمر. وهو جدل ترك أثره في بعض تقنيناتنا العربية. كقانون التجارة الكويتي الحالي (المادة ١٠٥)، والقانون المدني العراقي (المادة ٧٧) والقانون الأردني (المادة ٩٣). فالأمر مرده إلى الدلالة على حقيقة القصد، على نحو ما يتبينه قاضي الموضوع. وسيان بعد ذلك أن يأتي اللفظ على صيغة أو على أخرى. وهو من بعد الأمر الذي يسود في الفقه الإسلامي، وعلى الأخص وفقاً لما يقول به المذهب المالكي والمذهب الحنبلي.

وقد حرص المشروع على أن يشير، في عجز المادة الرابعة والثلاثين إلى ما قد يورده المشرع - في حالات خاصة - من قيود على مبدأ إطلاق طريقة التعبير عن الإرادة، ليتحفظ على الأخص، في شأن الشكل، حينما يستلزمه القانون لذات إنعقاد العقد.

وتعرض المادة الخامسة والثلاثون للتعبير الضمني عن الإرادة. وهو ذلك الذي

تستخلص فيه الإرادة دلالة من ظروف الحال، بعد إعمال الفكر في الاستنتاج المنطقي، وهي تقرر جواز هذا النوع من التعبير عن الإرادة كأصل عام، مستثنية الحالات التي يقضي فيها القانون أو الاتفاق بأن يجيء التعبير عن الإرادة صريحا، وتلك التي يكون من شأن طبيعة المعاملة ذاتها أن تستوجبه في خصوصها.

وحكم هذه المادة متفق مع ما يقضي به القانون المعاصر والفقهاء الإسلامي على حد سواء. وهو مستمد من المادة ٢/٩٠ مصري. بعد أن رؤى إضافة طبيعة المعاملة كاستثناء للحالات التي يمكن فيها أن تستظهر الإرادة دلالة من ظروف الحال، إلى جانب القانون والاتفاق. إذ قد يكون من شأن جسامه الأثر المترتب على المعاملة أن يتطلب التعبير المباشر الصريح.

وتعرض الفقرة الأولى من المادة السادسة والثلاثين للتعبير عن الإرادة، من حيث قيامه وإنتاج أثره، وتحرص على التفرقة بين هذين الأمرين. فقد يوجد التعبير عن الإرادة، بأن يكتمل له مظهره المادي، من غير أن يترتب عليه الأثر القانوني المبتغى منه، على نحو ما تقرره أغلب التشريعات المعاصرة من تراخي هذه الأثر إلى وقت اتصال التعبير عن الإرادة بعلم من يوجه إليه. وهذا التصور قائم أيضا في الفقه الإسلامي، بالنسبة إلى الإيجاب، عند التعاقد بوساطة رسول. ففكرة وحدة مجلس العقد تؤدي إلى عدم الاعتداد بالتعبير الصادر من الموجه، قبل أن تبلغ الرسالة إلى الموجه له، حيث يبدأ بهذا التبليغ انعقاد مجلس العقد.

وتقرر المادة أن التعبير عن الإرادة يتكامل له وجوده، بمجرد صدوره من صاحبه. وهذا أمر ظاهر لا خلاف فيه.

إنما الخلاف الذي يمكن أن يثور يتعلق بالأثر القانوني الذي من شأن التعبير أن يحدثه، فقد يمكن لهذا الأثر أن يترتب فور صدور التعبير. وهنا يختلط الوجود القانوني للتعبير مع وجوده المادي، وقد يمكن لأثر التعبير أن يتراخي إلى وقت يلي صدوره، فيتفرق عندئذ الوجودان.

وقد آثر المشروع أن يأخذ بوجهة النظر الثانية، فجعل أثر التعبير عن الإرادة متراخيا إلى وقت اتصاله بعلم من يوجه إليه، مسائرا في ذلك كثرة غالبية في التقنيات الحديثة. وهذا هو ما يقضي به على وجه الخصوص القانون الألماني (المادة ١٣٠)، وإن كان قد

جعل انتاج التعبير أثره رهينا بوصوله إلى من وجه إليه، ومدونة الالتزامات السويسرية (المادة ٩)، ومشروع القانون الفرنسي الإيطالي (المادة ٤ / ٢) والقانون البرازيلي (المادة ١٠٨١). وهو ما يقضي به أيضا القانون المصري (المادة ٩١) وتبعه فيه القانوني الليبي (المادة ٩١)، ووافقه فيه القانون العراقي وإن لم يصرح به. ولم يأخذ بحكم مغاير من التقنيات العربية التي أخذت أحكامها عن القانون المصري إلا القانون السوري، حيث ترك على غير عاداته، نص المادة ٩١ مصري، وتضمن نصا (المادة ٩٨) يوحي بأنه يغيره في الحكم. أما قانون التجارة الكويتي، فقد جاء على غرار القانون العراقي، أخذاً، في صدد القبول عند التعاقد بين الغائبين، بحكم تراخي أثر التعبير عن الإرادة إلى وقت اتصاله بعلم من وجه إليه، دون أن يصرح به كمبدأ عام (المادة ١١٢).

وغني عن البيان أن تراخي أثر التعبير إلى فترة تأتي بعد صدوره لا يكون إلا في العقود. أما في التصرف القانوني الصادر من جانب واحد، فلا يوجد فيه طرف آخر يوجه التعبير إليه. ومن ثم ينتج التعبير عن الإرادة أثره بمجرد صدوره من صاحبه، طالما يظهر أنه يتضمن منه عزمه النهائي على إبرام التصرف.

ولا تظهر أهمية تراخي أثر التعبير عن الإرادة إلى وقت اتصاله بعلم من يوجه إليه إلا في التعاقد بالمراسلة بين الغائبين. إذ توجد فيه بالضرورة فترة من الزمن، تطول أو تقصر، بين صدور التعبير من صاحبه، ووصوله إلى من يرسل إليه. أما في التعاقد بين الحاضرين، سواء أكان في مجلس العقد أو عن طريق الهاتف أو ما يشابهه، فلا تظهر الأهمية السابقة. إذ أن صدور التعبير ووصوله يتمان في نفس الوقت.

وتعرض الفقرة الثانية من المادة السادسة والثلاثين لإثبات وصول التعبير عن الإرادة إلى علم من يوجه إليه، لاتباعه بأهمية لا تخفي، ما دام أثر التعبير مناطا بهذا الوصول. وهي تجعل من وصول التعبير إلى من يوجه إليه قرينة على علم هذا به. وهو حكم تقتضيه طبيعة الأمور ذاتها. إذا أنه يتمشى مع الغالب حصوله في واقع حياة الناس. ثم انه يتعذر عملا على من صدر التعبير منه إثبات العلم به ممن وجه إليه. ومن ثم لزم أن يتحول عبء الإثبات، على أن القرينة هنا بسيطة. فيجوز دحضها بإثبات العكس ممن يدعيه.

وتقتضي المادة ٣٧ بإمكان العدول عن التعبير عن الإرادة، برغم صدوره من صاحبه، ومنعه بالتالي من أن يرتب أثره، طالما أن هذا العدول قد وصل إلى من وجه إليه التعبير،

قبل وصول هذا التعبير ذاته إليه، أو في نفس الوقت. ففي هذه الحالة يعتبر التعبير كأن لم يكن. ولا عبرة هنا بعلم من وجه إليه التعبير بحصول العدول عنه أو عدم علمه به، طالما أنه قد وصل إليه في وقته. إذ لا يقبل منه هنا أن يدعي علمه بالتعبير وعدم علمه بالعدول عنه، أو علمه بالأول قبل الثاني.

والحكم الذي تقضي به المادة ٣٧ هو نتيجة منطقية للحكم الذي تقضي به المادة ٣٦. وتظهر أهمية هذا الحكم، بشكل واضح بالنسبة إلى القبول، حيث يجوز لمن أرسل إلى الموجب، يبلغه بقبوله أن يعدل عنه، وبهذا يستطيع أن يقلل نفسه من الصفقة، إذا ندم على ارتضاءها. بيد أن هذا الحكم لا يعدم كل فائدة بالنسبة إلى الإيجاب. فتظهر له فائدته في الحالات التي يكون فيها الإيجاب ملزماً له، لا يستطيع الرجوع فيه. إذ بالعدول، لا يتمثل التعبير إيجاباً أصلاً.

وهذا الحكم يتمشى أيضاً مع الروح السامحة للشريعة الإسلامية الغراء، التي من شأنها أن تسمح بالعدول عن ارتضاء الصفقة، طالما أنه لم يتعلق بهذا الرضاء حق للغير معتبر شرعاً. وهو يتجاوب مع الحديث النبوي الشريف: ”من أقال نادماً يبعته، أقال الله عشرته يوم القيامة“.

وتواجه المادة ٣٨ موضوعاً ثار حوله الخلاف واحتدام، في القانون المعاصر، وفي الفقه الإسلامي على حد سواء. وهو موضوع عدم مطابقة التعبير عن الإرادة لحقيقة قصد صاحبه. فقد يختلف التعبير عن الإرادة، أو ما يطلق عليه في لغة الفقه الإسلامي ”الصيغة“، مع حقيقة ما انتواه صاحبه وعقد العزم عليه. وقد يحصل ذلك عن قصد أو عن غير قصد.

وأياً ما كان من أمر الصورة التي يجيء عليها الاختلاف بين حقيقة الإرادة وبين التعبير عنها. فإنه يجب حسمه على نحو أو على آخر. وتتنازع هذا الأمر. في القانون المعاصر، نزعتان: نزعة تغلب الإرادة الحقيقية أو ما يطلق عليها الإرادة الباطنة. ولا تعتد بالتعبير عنها، إلا إذا جاء مطابقاً لها، وفي حدود تلك المطابقة. وهذه هي النزعة اللاتينية التي تستند أساساً إلى القانون الفرنسي. أما النزعة الأخرى فهي تغلب التعبير عن الإرادة أو ما يطلق عليه الإرادة الظاهرة أو الإعلان عن الإرادة. وهذه هي النزعة الجرمانية.

وهذا التباين في أساس الحكم الذي نجده، في ظل القانون المعاصر. بين النزعتين

اللاتينية والجرمانية. نجده أيضا في ظل الفقه الإسلامي، بين مذاهبه المختلفة. فالمذاهب الإسلامية لم يتفق فيها بدورها الرأي حول الحكم الواجب إتباعه، عند الاختلاف بين الإرادة الباطنة - وتسمى، عند الفقهاء. القصد أو النية - وبين الإرادة الظاهرة، وتسمى بالصيغة.

فمن هذه المذاهب ما يغلب الإرادة الباطنة، ومنها ما يغلب الإرادة الظاهرة. وقد بلغ الأمر عند بعض المذاهب، في اعتدادها بالإرادة الظاهرة، إلى حد القول بأن عبارة الهازل تصلح لإنشاء العقود وترتب الآثار عليها، دون فرق في ذلك بين عقد وعقد (وهذا هو الراجح في مذهب الشافعية). وإن كان الغالب في الفقه الإسلامي هو عدم الاعتداد بعبارة الهازل، إلا فيما يكون فيه حق لله تعالى، اعتبارا بأن حق الله - جلت قدرته - لا يكون موضعا للهزل (مذهب الحنابلة وأكثر المالكية). وأساس هذا الرأي قوله، صلوات الله عليه، "ثلاثة جدهن جد وهزلهن جد: النكاح والطلاق والعتاق". وفي بعض الروايات أضيفت الرجعة، وفي بعضها الآخر، أضيفت اليمين. أما الحنفية، فيعتدون بإرادة الهازل، حتى في غير ما كان فيه حق لله تعالى، ولكن فقط من حيث كونها تصلح لانعقاد العقد، دون أن تكفي لصحته، فالعقد القائم على إرادة الهازل، عند الحنفية، ينعقد (لتحقيق الاختيار، بمعنى القصد إلى التكلم بالعبارة)، ولكنه ينعقد فاسدا (لفوات الرضاء أي لانعدام الإرادة).

وقد ارتأى المشروع أن يحسم الخلاف بحكم توفيقى يتمشى مع منطق العقد ودور الإرادة فيه باعتبارها الأساس المكين لقيامه، وذلك من غير أن يضحى بما ينبغي أن يسود المعاملات من الثقة والائتمان والاستقرار. فهو ينزع، في الفقرة الأولى من المادة، إلى تغليب الإرادة الباطنة ويقرره كمبدأ عام. ثم يجيء في الفقرة الثانية، فيرخص لمن وجه إليه التعبير غير المطابق لحقيقة القصد، أن يعتد به، شريطة أن يثبت أنه عول عليه، حالة كونه يعتد عندئذ مطابقتة لحقيقة الإرادة، ومن غير أن يكون من شأن ظروف الحال أن تثير الشك حول تلك المطابقة.

وبهذا يلزم للاعتداد بالتعبير المخالف لحقيقة القصد أمران: (الأول) التعويل على التعبير، بمعنى أن يرتب من وجه إليه أموره على أساسه. (الثاني) حسن النية، بأن يكون من وجه التعبير إليه معتقدا مطابقتة لحقيقة قصد غريمه، دون أن يكون من شأن ظروف

الحال أن تثير الشك حول تلك المطابقة. وقد دفع المشروع إلى هذا رغبته في عدم التضحية بالإرادة الحقيقية، التي هي قوام العقد وأساسه، إلا في الحدود التي يتطلبها توفير الثقة والائتمان واستقرار المعاملات. وهو الاعتبار الذي يسوغ أمامه التضحية بحقيقة الإرادة.

الإيجاب:

تعرض المواد من ٣٩ إلى ٤٢ للإيجاب، باعتباره الخطوة الأولى لقيام العقد.

وتعمد المادة ٣٩ لتحديد ما يعتبر إيجاباً، يقوم العقد بقبوله. فقد يدق، في بعض الأحيان، تكييف ما يصدر من المتعاقد أهو إيجاب أم هو مجرد دعوة إلى التعاقد، أو من قبيل التفاوض بشأنه. ولهذا التكييف أهمية لا تخفى. فالإيجاب خطوة إلى العقد، تصل به إليه بمجرد أن يقترن به القبول، وعندئذ يتمتع على صاحبه الرجوع والنكوص. أما الدعوة إلى التعاقد، فإن تليتها تتضمن إيجاباً، يلزم قبوله ممن وجهها، ليقوم العقد. وبهذه المثابة، يجوز لهذا الأخير أن يتحلل من إبرام العقد، مع عدم الإخلال بما تقتضيه قواعد المسؤولية التقصيرية من تحميله بالتعويض، إذا كان له محل.

وقد عمد المشروع إلى وضع معيار مرن، من شأنه أن يساعد في تحديد ما إذا كان الإيجاب قد قام يتربص القبول، أم أنه لم يقم بعد. وينبغي هذا المعيار على أمرين جوهريين: (الأول) العزم النهائي من العاقد على إبرام العقد. فلا تكفي مجرد الرغبة فيه. وإن لم تصل إلى حد البت. (الثاني) أن يكون العرض قد حصل على صورة، بحيث يمكن للعقد أن يقوم على أساسه، بمجرد أن يقترن به القبول ممن وجه إليه. وهذا الأمر وذلك يتطلبان في العرض، لكي يرتقى إلى مرتبة الإيجاب، أن يتضمن، في الأقل طبيعة العقد وشروطه الأساسية.

ولم يشأ المشروع أن يقف عند نص اتفقت المادة ١٠٥ من قانون التجارة الكويتي الحالي، والمادة ١/٧٧ من القانون المدني العراقي. والمادة ١/٩١ من القانون المدني الأردني، على أن تأتي به بحرفيته، قائلة كلها أن: "الإيجاب والقبول كل لفظين مستعملين عرفاً لإنشاء العقد. وأي لفظ صدر أولاً فهو إيجاب والثاني قبول..." كما أنه لم يشأ أن يقف عند نص المادة ١٠١ من المجلة التي تقضي بأن: "الإيجاب أول كلام يصدر من

أحد العاقدين لإنشاء التصرف، وبه يوجب ويثبت التصرف". فكل من هذين النصين لا يحقق الغاية التي استهدفها المشروع، وهي تحديد ما يعتبر إيجاباً وتمييزه عما قد يصاحبه من مقدمات أو مفاوضات.

وتعرض المادة ٤٠ لصورة من صور الإيجاب، شائعة في واقع حياة الناس، وهي صورة الإيجاب المقدم للجمهور. فتقرر الفقرة الأولى مبدأ جواز مجيء الإيجاب في هذه الصورة، بعد أن تقيدها بقيد تقتضيه طبيعة الأمور ذاتها، ومؤداه ألا تكون شخصية المتعاقد ذات اعتبار أساسي في التعاقد. فالعرض الذي يوجهه مثلاً رب عمل للجمهور في شأن تشغيل العمال عنده لا يكون إيجاباً حتى لو تضمن شروط العقد الأساسية، لما لشخصية العامل من اعتبار أساسي في التعاقد.

وقد حرص المشروع على أن يتحفظ، في شأن الإيجاب الموجه للجمهور، بوجوب مراعاة ما تقتضيه ظروف الحال، إذ أن الإيجاب هنا يرد بالضرورة معلقاً على إمكانية تمشي صاحبه مع مقتضاه.

وتجيء الفقرة الثانية لتخص بالذكر، حالة عرض البضائع في واجهات المتاجر أو ما يشابهها مع بيان أثمانها، باعتبارها أكثر حالات العرض الموجه للجمهور شيوعاً في العمل، مضمية عليه وصف الإيجاب. ولا يعدو هذا الحكم أن يكون مجرد تطبيق للمبدأ الذي قرره الفقرة الأولى.

أما الفقرة الثالثة، فتعرض لحالات النشر والإعلان وإرسال وتوزيع قوائم الأسعار الجاري التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعروض أو طلبات موجهة للجمهور أو لأفراد معينين، وتقرر أنها لا تعتبر، بحسب الأصل، إيجاباً ولا يخالف هذا الأصل إلا إذا استبان عكسه من ظروف الحال.

وهذا الحكم يتمشى تماماً مع الغالب حصوله في العمل. حيث أنه يقصد في العادة بإرسال ما سبق، الدعاية، أو في الأكثر الدعوة إلى التعاقد.

وحكم الفقرتين الثانية والثالثة مستمد في أصله من المادة ٧/٢ من مدونة الالتزامات السويسرية، والمادة ٧٣ من مدونة القانون البولوني. وقد أخذ عنهما مشروع تنقيح القانون المدني المصري (المادة ١٣٤). وعن هذا الأخير. انتقل إلى قانون التجارة الكويتي الحالي (المادة ١٠٧).

وقد حرص المشروع، في الفقرة الثانية من المادة ٤٠، على أن يورد على مبدأ اعتبار عرض البضائع مع بيان أثمانها ايجابا تحفظا تفرضه طبيعة الأمور، مؤداه وجوب مراعاة ما تقتضيه التجارة من أوضاع. ولهذا التحفظ ما يبرره. فقد لا يقصد التاجر، بعرض سلعة معينة في واجهة محله، أن يوجب بيعها بذاتها، وإنما بيع سلعة أخرى تماثلها. وقد لا تكون في المتجر سلعة غير تلك المعروضة في واجهته، فيعتمد التاجر إلى إبقائها فيها على سبيل الدعاية لا أكثر، انتظارا منه لوصول غيرها.

وتعرض المادة ٤١ للأثر المترتب على الإيجاب، وتتنازع هذا الحكم في القانون المقارن فكرتان: تقوم أولاها على التزام الموجب بإيجابه، فتحرمه من الرجوع فيه، ما لم يتضمن ما ينم عن قصده في الاحتفاظ بحقه في ذلك. أما الفكرة الثانية، فلا تضمني على الإيجاب في ذاته صفة الإلزام. وتخول بالتالي لصاحبه أن يرجع فيه، طالما لم يقترن به بعد قبول. وهذه الفكرة هي التي تسود في الغالبية الكبرى من القوانين المعاصرة. ومنها قانون التجارة الكويتي الحالي. وهي الفكرة التي تسود أيضا في الفقه الإسلامي، حيث يثبت للموجب ما يطلق عليه الفقهاء (خيار الرجوع). وقد أخذت بها المجلة بدورها (المواد ١٨٢-١٨٥). وذهب رأي في المذهب المالكي يقول بلزوم الإيجاب على صاحبه، حتى إنه إذا رجع فيه، وصدر مع ذلك القبول في مجلس العقد، انعقد العقد (راجع الخطاب ج ٤ ص ٢٤٠).

وقد أثر المشروع أن يأخذ بمبدأ عدم لزوم الإيجاب على صاحبه، لما فيه من التيسير عليه، بمنحه فرصة التحلل من العقد، إذا أصبح عنه راغبا.

وتورد الفقرة الثانية استثناء على مبدأ عدم لزوم الإيجاب على صاحبه ومنحه خيار الرجوع فيه. وذلك في الحالة التي يحدد فيها الموجب ميعادا للموجب له، بيدي خلاله رأيه فيه، قبولا أو رفضا. وهذا الحكم لا يعدو أن يكون تفسيرا لإرادة الموجب. وقد يأتي تحديد الميعاد من الموجب صراحة. وقد يستدل عليه من ظروف الحال أو طبيعة المعاملة، كما هو الشأن، على وجه الخصوص، في التعاقد بالمراسلة أو التعاقد بالمزاد أو التعاقد بالتجربة.

وقد ارتأى المشروع أن يعدل بعض الشيء في الصياغة المألوفة التي جرت عليها المدونات المختلفة، في صدد تقرير لزوم الإيجاب المقترن بمدة تحديد للقبول، والتي

جاء عليها القانون المصري (المادة ٩٣)، واتبعت فيها المدونات العربية الأخرى، ومنها قانون التجارة الكويتي الحالي (المادة ١١٠). فهو لم يشأ أن يساير تلك المدونات فيقول أنه، في حالة ما إذا اقترن الإيجاب بميعاد محدد للقبول، ”التزام الموجب بالبقاء على إيجابه“، أو ”التزم الموجب بإيجابه“، وإنما قال ”بقي الإيجاب قائماً“. وهذه العبارة أدق في التعبير عن الحكم المبتغى، وهو استمرار بقاء الإيجاب قائماً، طوال الميعاد المحدد، حتى لو رجع الموجب فيه. الأمر الذي من شأنه أن يمكن من قيام العقد، بمجرد علم الموجب بالقبول.

وارتأى المشروع أيضاً أن ينهج منهجاً يغير ما سارت عليه المدونات السابقة كلها. فجاء يصرح بسقوط الإيجاب المقترن بميعاد محدد للقبول. بمجرد فوات هذا الميعاد. وذلك لكي يزيل مظنة استمرار بقائه بعدئذ. ولكن مجرداً من وصف الإلزام.

وتعرض المادة ٤٢ لأثر الموت وفقد الأهلية على الإيجاب، قبل أن يقترن به القبول، وتجعل من كل منهما سبباً لسقوطه، سواء ألحق الموت أو فقد الأهلية الموجب أو الموجب له.

وهذا حكم تقتضيه المصلحة. فمن شأن سقوط الإيجاب بموت الموجب، أن يقلل ورثته من صفقة ربما كانت لا تحوز رضاهم، سيما إذا كان الإيجاب ملزماً، أما موت الموجب له، فمن شأنه أن يتيح للموجب التحرر من عقد الصفقة مع ورثته، إذ قد لا يكون راغباً في التعاقد معهم. ثم إن سقوط الإيجاب بموت الموجب يتمشى مع الحكم الذي سبق أن أورده، في المادة ٣٦/١ منه، من أن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا بعد وصوله إلى علم من وجه إليه. وقد روى أن يأخذ فقد الأهلية حكم الموت في أثره على الإيجاب.

والحكم الذي جاءت به المادة ٤٢ يتفق مع السائد في الفقه الإسلامي، إذ أن القول الغالب فيه هو أنه إذا صدر الإيجاب من أحد المتعاقدين، وهو أهل للتعاقد، وقبل القبول من الطرف الآخر، مات الموجب، أو خرج عن الأهلية، بطل الإيجاب، حتى إذا صدر بعد ذلك القبول من الطرف الآخر لا ينعقد العقد. وهذا هو مذهب الحنفية (رد المحتار لابن عابدين ٢٩/٤) والشافعية (مغني المحتاج ٦/٢)، والحنابلة (المغني لابن قدامة ٤٨٢/٣) والشيعة الجعفرية (فقه الإمام جعفر ٤٤/٣). وهذه المذاهب تقيم سقوط

الإيجاب بموت الموجب أو بفقد أهليته على أساس خيار الموجب في الرجوع فيه اعتباراً بأنه يتعذر عليه عندئذ إعمال هذا الخيار.

القبول:

تعرض المادة ٤٣ للقبول، باعتباره الخطوة الأساسية الثانية لانعقاد العقد. وتقضي، في فقرتها الأولى، بأن للموجب له الخيار فيه. فله أن يرتضى الإيجاب، أو أن يرفضه. والأصل أنه لا معقب عليه في هذا ولا في ذلك. إذ الأمر أمره ومترك لتقديره. بيد أنه إذا كان الإيجاب قد جاء من صاحبه تلبية لدعوة إلى التعاقد سبق أن وجهت من الموجب له، فقد يتحمل هذا الأخير بالمسئولية، إذا لم يستند رفضه للإيجاب إلى مبرر سائغ. ولم يشأ المشروع أن يساير القانون اللبناني فيصرح مثله بهذا الحكم (المادة ١٨١)، لأنه لا يعدو أن يكون تطبيقاً للقواعد العامة.

وتعرض الفقرة الثانية لما يعتبر قبولاً. وتستلزم لذلك أن يجيء الرد من الموجب له مطابقاً للإيجاب. ويجب أن تكون هذه المطابقة تامة شاملة كل ما تناوله الإيجاب من أمور التعاقد.

وتجئ الفقرة الثالثة لتبين حكم عدم التطابق بين الإيجاب وبين الرد عليه من الموجب له. وتقضي بأن مثل هذا الرد يعتبر رفضاً للإيجاب. فأى تخالف بين الإيجاب وبين الرد عليه، سواء بالزيادة أو النقصان في مداه، أو بالتعليق على شرط، أو الاقتران بأجل، أو على أية صورة أخرى، يجعل من الرد رفضاً للإيجاب.

على أن الرد المخالف للإيجاب إذا اعتبر رفضاً له، فهو يقع بمثابة إيجاب جديد.

والأحكام التي جاءت بها المادة ٤٣، في فقراتها الثلاث متجاوبة تماماً مع ما يقضي به الفقه الإسلامي، وما تقول به القوانين المعاصرة، ومنها قانون التجارة الكويتي الحالي (المادة ١١١).

وتعرض المادة ٤٤ لحالة خاصة يجيء عليها القبول، في بعض الأحيان، وهذه هي حالة السكوت عن الرد على الإيجاب. *

* عدلت أحكام الفقرة الأولى من المادة (٤٤) بالقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٩٦. حيث أضيفت «لا ينسب لسكوت قول» وهذا التعديل يهدف إلى استكمال القاعدة الشرعية في هذا الخصوص.

وينبغي التفريق بين السكوت وبين التعبير الضمني عن الإرادة. فهما، وإن اتفقا معا في وجوب اعمال الاستنتاج المنطقي للوصول إلى حقيقة القصد، فإنهما يختلفان في طبيعتهما. إذ أن التعبير الضمني يقوم على وضع إيجابي يصدر من المتعاقد، وإن لم يدل على إرادته بطريق مباشر. أما السكوت فهو مجرد صمت عن الرد. فهو إذن وضع سلبي، وإن أمكن في بعض الأحيان أن يستدل منه على الإرادة. وإذا كان التعبير الضمني عن الإرادة يصلح للإيجاب وللقبول، فإن السكوت لا يصلح إلا للقبول، بل هو لا يصلح للقبول، إلا إذا لا بسته ظروف خاصة من شأنها أن تدعم دلالة عليه.

فقد تلابس السكوت بالنسبة إلى القبول ظروف تجعل منه دلالة على الرضاء. وليس يوجد في هذا الخصوص معيار أصلح من ذلك الذي قال به فقهاء المسلمين من الأحناف، وقتنته المجلة عنهم (المادة ٦٧). من أن السكوت في معرض الحاجة إلى الكلام بيان. فكلما كان من شأن طبيعة المعاملة والظروف التي تكتنف إبرامها أن تقتضي من الموجب له أن يصرح برفض الإيجاب الموجه له. إذا كان عنه راغبا، فإن سكوته عن رفضه يتمثل دلالة واضحة عن رضائه به. وقد أثر المشروع أن يأخذ بهذا المعيار الذي جاء به الفقه الإسلامي، وأخذته عنه المجلة. ثم القانون العراقي (المادة ٨١). ومن بعده قانون التجارة الكويتي الحالي (المادة ١٠٨) لأنه أدق وأسلم من المعيار الذي جاء به القانون الألماني ومدونة الالتزامات السويسرية (المادة ٦) وسائرهما فيه القانون المصري (المادة ٩٨). وهو معيار يقوم على عدم انتظار الموجب تصريحا بالقبول يصدر من الموجب له. فالأمر مرده إلى الموجب له نفسه. هل انه بسكوته عن الرد قد قبل الإيجاب أم أنه لم يقبله. وليس مرده إلى ما إذا كان الموجب ينتظر أو لا ينتظر تصريحا بالقبول.

وتعرض المادة ٤٤ من فقرتها الثانية لتطبيقات ثلاثة، لعلها من أبرز ما يقع في العمل، وهي مذكرة على سبيل التخصيص والتمثيل، وليس على سبيل التحديد والحصر. فلا يوجد ثمة ما يمنع من أن تتواجد حالات أخرى يتلابس فيها السكوت مع ظروف تدعم دلالة على القبول.

وتعرض المادة ٤٥ لحالة موت الموجب له أو فقدته الأهلية، بعد صدور القبول منه، وقبل أن يتصل قبوله هذا بعلم الموجب. وهي تقضي هنا بسقوط القبول. وعلة هذا الحكم ما سبق للمشروع أن قرره في المادة ٣٦/١ من أن التعبير عن الإرادة لا يحدث

أثره إلا بعد اتصاله بعلم من وجه إليه. فطالما أن القابل مات أو فقد أهليته قبل أن ينعقد العقد، فأولى بقبوله أن يسقط.

ارتباط الإيجاب والقبول:

تبدأ المادة ٤٦ بمواجهة الحالة الغالبة في حصول التعاقد، وهي تلك التي يتم فيها بين عاقلين حاضرين، أو ما يطلق عليه التعاقد في مجلس العقد.

ومجلس العقد اصطلاح شرعي قال به الفقه الإسلامي، وأخذه عنه بادئ ذي بدء القانون المدني المصري (المادة ٩٤). ومن خلال هذا القانون، شق طريقه إلى كافة القوانين العربية التي استوحته، ومن بينها قانون التجارة الكويتي الحالي (المادة ١٠٩). وقد أثر المشروع أن يبقى على هذا الاصطلاح، لما فيه من أحكام الدلالة على المقصود.

ومجلس العقد يعني اجتماع المتعاقدين في نفس المكان والزمان، بحيث يسمع أحدهما كلام الآخر مباشرة، حالة كونهما منصرفين إلى التعاقد، لا يشغلها عنه شاغل. وهو يبدأ بتقديم الإيجاب وينتهي اما بالرد على الإيجاب قبولاً أو رفضاً، واما بانفضاضه دون رد، سواء أكان هذا الانفضاض بالمفارقة الجسدية، أم بكونهما قد انشغلا أحدهما أو كلاهما عن التعاقد بشاغل.

ومجلس العقد أمر أساسي في الفقه الإسلامي، إذ يلزم أن يجيء الإيجاب والقبول فيه. وهو ما يسمى بوحدة المجلس. وإن كان الفقه الإسلامي أجاز أيضاً التعاقد بالمراسلة، اعتباراً بأن ثمة مجلساً حكماً للعقد، ينعقد إما حال أداء الرسول رسالته، وإما حال قراءة الخطاب. وقد افترط بعض فقهاء المسلمين من الحنفية في فكرة وحدة المجلس، باعتبارها شرطاً لانعقاد العقد، على نحو لا يتسق مع روح الشريعة السمحة، ولا مع المبدأ الأساسي الذي يسود، تحت ظلها، وهو مبدأ الرضاية في العقود، فقالوا ان أي تغيير في موقف المتعاقدين أو في مكان وجودهما، ولو كان يسيراً، ينهي المجلس، ويحول بالتالي دون قيام العقد. ولم يسد هذا التصوير المفرط في الشكلية في الفقه الإسلامي، حيث رأى جمهور رجاله، وعلى الأخص المالكية منهم والحنابلة، أن مجلس العقد يظل قائماً، وفقاً لما تعارف عليه الناس. بل أن المجلة نفسها، برغم أنها تقنين للفقه الحنفي،

لم تتضمن ما يدل على أنها تسايره في الإفراط في تصويره مجلس العقد.

وإذا كان المشروع يعرض، في المادة ٤٦ منه، للتعاقد في مجلس العقد، فهو لا يحتم صدور الإيجاب والقبول فيه، إلا إذا كان المقصود هو أن يتم التعاقد في الحال. فإن اقترن الإيجاب بميعاد حدد للقبول، ظل قائما طوال هذا الميعاد، بحيث يمكن للقبول أن يلحقه حينئذ، فيقوم العقد، ولو تبلغ للموجب بعد انقضاء المجلس. ثم إن المشروع لا ينظر إلى مجلس العقد، إلا على النحو الذي ينظر إليه جمهور فقهاء المسلمين، من حيث أنه يعني قبل كل شيء، انصراف المتعاقدين إلى التعاقد، لا يشغلها عنه شاغل.

وإذا صدر الإيجاب في مجلس العقد من غير أن يتضمن ميعادا للقبول، ظل قائما إلى آخر المجلس. وهنا يثبت لكل من المتعاقدين الخيار على صاحبه. فللموجب خيار الرجوع في إيجابه، طالما لم يقترن به قبول، وللموجب له خيار القبول إلى آخر المجلس.

وقد اختلف فقهاء المسلمين في تحديد الوقت الذي يسوغ فيه للقبول أن يصدر. ونجد تحت ظله، نزعتين أساسيتين: فالشافعية يقولون بالفور، بمعنى وجوب أن يأتي القبول فور صدور الإيجاب، وإلا اعتبر هذا الإيجاب مرفوضا. ويقول بالفور أيضا من القوانين المعاصرة: القانون المصري (المادة ٩٤)، والقانون السوري (المادة ٩٥)، والقانون الليبي (المادة ٩٤)، والقانون الألماني (المادة ١٤٧)، ومدونة الالتزامات السويسرية (المادة ٤)، ومدونة الالتزامات والعقود التونسية (المادة ٢٧)، ومدونة الالتزامات والعقود المغربية (الفصل ١٨٥).

وثمة نزعة ثانية في الفقه الإسلامي، وهي النزعة السائدة فيه، ويقول بها على الأخص الحنفية والمالكية والحنابلة، ومؤداها أن الفور غير لازم، وإن الإيجاب طالما أن صاحبه لم يرجع فيه، يبقى قائما يتربص القبول إلى آخر مجلس العقد، وإن كان هذا المجلس لا ينتهي بالمفارقة الجسدية فحسب، بل أيضا بكل ما يشغل المتعاقدين عن التعاقد، وقد أخذت المجلة بهذه النزعة وقتنتها في المادة ١٨١ منها، في صدد البيع.

وقد آثر المشروع أن يأخذ بالنزعة الأخيرة، لأنها أكثر تمشيا مع قصد المتعاقدين. ثم إنها أدعى إلى التحديد والانضباط، لقيامها على أساس بين واضح، هو إنعقاد مجلس العقد، فيبقى الإيجاب قائما إلى آخر المجلس. فإذا انفض المجلس بالمفارقة الجسدية،

أو بأي قول أو فعل يقوم مقامها، لما يترتب عنه من الانشغال عن التعاقد، اعتبر الإيجاب مرفوضاً. وهو الحكم الذي يأخذه القانون الكويتي الحالي (المادة ١٠٩).

وتعرض المادة ٤٧ للحالة التي يتم فيها اقتران الإيجاب بالقبول، وهي وإن كانت واردة في مجال التعاقد في مجلس العقد إلا أن حكمها يسري أيضاً على جميع الصور الأخرى في التعاقد، أياً ما كانت. وهي تقضي بلزوم العقد على عاقيه، بمجرد أن يتم ارتباط الإيجاب بالقبول. فلا يسوغ بعد ذلك لأي منهما أن يتحلل من حكمه، برغم إرادة الآخر، ما لم يشفع له في ذلك الاتفاق، أو نص في القانون، أو حكم يقضي به العرف.

وقد آثر المشروع أن يورد هذا الحكم، نظراً لأهميته العملية القصوى. ثم أن فقهاء المسلمين اختلفوا حوله اختلافاً كبيراً، الأمر الذي يتعين معه أن يتخذ له موقفاً في شأنه.

فطائفة من فقهاء المسلمين، يتزعمها الفقه الشافعي والفقه الحنبلي، تقول بأن لأي من المتعاقدين أن يرجع في العقد، برغم توافق الإيجاب والقبول، طالما بقي المتعاقدان مجتمعين، لم يتفارقا بالبدن. وهذا ما يسمى عندهم (خيار المجلس). ودعامة هذا الرأي الحديث الشريف (المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يفترقا إلا بيع الخيار). والطائفة الثانية من فقهاء المسلمين يتزعمها الفقه الحنفي والفقه المالكي. وهي تقول بأن العقد، بعد انعقاده بتوافق الإيجاب والقبول، يصير لازماً، ويمتنع على أي من طرفيه الرجوع فيه، برغم إرادة الآخر. فهي لا تقول بخيار المجلس. وعمدة هذا الرأي قوله، عز شأنه، ”يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود“، اعتباراً بأنه مما يتنافى مع الوفاء بالعقد أن يسمح لأي من طرفيه بالنكوص عنه بعد تمام انعقاده. وأنصار هذا الرأي يعمدون إلى تفسير الحديث الشريف (المتبايعان بالخيار...) على نحو يجعله متسقاً مع إطلاق الآية الكريمة. كقول بعضهم بأن المقصود، في الحديث الشريف، من كلمة (المتبايعان) هو المتساومان، أي المتفاوضان في شأن البيع، وكقول البعض الآخر أن المقصود بكلمة (يفترقا) هو الافتراق بالقول، لا التفرق بالأبدان، وهو يتم بصدور القبول.

وقد آثر المشروع أن يأخذ بالرأي الأخير. لأنه يتمشى مع إطلاق الآية الكريمة: ”يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود“ واطمئناناً منه إلى تفسير فقهاء الحنفية والمالكية للحديث النبوي الشريف بما يجعله متسقاً مع هذا الإطلاق.

وتعرض المادة ٤٨ والمادة ٤٩ لصورة جد شائعة في التعاقد لاسيما في المعاملات

التجارية. وهي من بعد صورة يزداد شيوعها يوما بعد يوم، على أثر تقدم العلم وتكنولوجيا العصر. وهذه هي صورة التعاقد بالمراسلة سواء أتم عن طريق إيفاد رسول يبلغ الرسالة من هذا الطرف لذلك، أو تم بالمكاتبة عن طريق البريد أو عن طريق البرق أو ما يشبهه من وسائل الاتصال الأخرى. وسمة هذا التعاقد أنه يتم بين غائبين، دون أن يسمع أحدهما الآخر فور أداء عبارته، الأمر الذي يتطلب بالضرورة فوات فترة من الزمن، تطول أم تقصر، بين تعبير كل من الطرفين عن إرادته ووصول تعبيره هذا إلى علم الآخر.

وقد جرت العادة، في تقنيات الدول المختلفة، عربية كانت أم أجنبية، على أن يقتصر أمر التشريع، في تنظيمه التعاقد بالمراسلة، على مواجهة مسألة زمان انعقاد العقد ومكانه. وهي مسألة، على كبير أهميتها، ليست الوحيدة الجديرة بأن يعرض لها التشريع بالتنظيم المباشر. فإلى جانبها، توجد مسألة أخرى لا تقل عنها أهمية بل تزيد، وهذه هي مسألة تحديد مدى التزام الموجب بالإبقاء على إيجابه بعد أن يبعث به إلى الموجب له. وهذه المسألة وإن كان يمكن الوصول إلى بيان الحكم فيها عن طريق الاستنتاج من الفقرة الثانية من المادة ٤١ من المشروع، إلا أنه من المفيد أن يخصصها التشريع بالذكر، لإقامة معيار يحدد على أساسه فترة بقاء الإيجاب ملزما، عندما لا يحدد الموجب لإيجابه ميعادا صريحا. وقد أقام المشروع لذلك معيارا مرنا قوامه الفترة المعقولة التي تقتضيها ظروف الحال لوصول الإيجاب للموجب له، وإبداء هذا رأيه فيه ثم وصول قبوله للموجب، إذا قدر له أن يكون.

وتعرض الفقرة الثانية من المادة ٤٨ للحالة التي يصدر فيها القبول في وقت مناسب، بمعنى أن يجيء في وقت تسمح فيه الظروف، بحسب المؤلف، بوصوله إلى الموجب خلال الفترة المعقولة التي يبقى فيها إيجابه قائما، ولكنه مع ذلك يتأخر في وصوله، لسبب أو لآخر، إلى ما بعد فوات تلك الفترة. وهي هنا ترخص للموجب أن يعتبر إيجابه مرفوضا. إذ أنه أولى بالقابل أن يتحمل تبعه ذلك التأخير دونه.

وتواجه المادة ٤٩ مسألة تحديد زمان ومكان انعقاد العقد، عندما يتم إبرامه بالمراسلة. وهي مسألة تباين وجه الحكم فيها تباينا كبيرا، في تقنيات الدول المختلفة. فمن هذه التقنيات ما يعتد في ذلك بصدور القبول. ومنها ما يعتد بتصدير القبول ومنها ما يعتد بوصول القبول إلى الموجب له. وقد تبني القانون المصري هذا الرأي الأخير

(المادة ٩٧)، وتبعته في أغلب القوانين العربية التي استوحته، كالقانون الليبي (المادة ٩٧)، والقانون العراقي (المادة ٨٧)، وأخذ بهذا الرأي كذلك قانون التجارة الكويتي (المادة ١١٢).

وقد أثر المشروع أن يأخذ بمبدأ العلم بالقبول، لتمشيه مع المصلحة أكثر من غيره. فقضي بأن التعاقد بالمراسلة يعتبر أنه قد تم في الزمان والمكان اللذين يتصل فيهما القبول بعلم الموجب، ما لم يتفق على غير ذلك. أو يقضي القانون أو العرف بخلافه. والحكم الذي أخذ به المشروع لا يعدو أن يكون تطبيقاً للمبدأ الذي سبق له أن قرره في المادة ٣٦/١.

وغني عن البيان أن وصول القبول إلى الموجب يقوم قرينة على علم هذا به، ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك، إعمالاً لحكم الفقرة الثانية من المادة ٣٦.

وتعرض المادة ٥٠ لصورة ثالثة من صور التعاقد، وهي تلك التي يتم فيها التعاقد بطريق الهاتف أو أي طريق آخر مشابه. وسمة التعاقد بالهاتف، أو ما يشبهه، أنه يتم بين شخصين غائبين أحدهما عن الآخر مكاناً، ولكنهما في حكم الحاضرين كلاماً، حيث أن كلا منهما يسمع عبارة الآخر فور إبداءها منه. من أجل ذلك يعطي المشروع التعاقد الذي يتم على هذه الصورة حكم التعاقد بين الغائبين، أي التعاقد بالمراسلة، بالنسبة إلى مكان انعقاد العقد، حيث يتحدد هذا المكان بذلك الذي يتكلم منه الموجب. ويعطيه حكم التعاقد بين الحاضرين، أو التعاقد في مجلس العقد بالنسبة على كيفية تمام العقد وزمان انعقاده. إذ أنه من الممكن اعتبار التعاقد بالهاتف في خصوص تمام إبرامه وزمانه، في حكم التعاقد الحاصل في مجلس العقد.

وإذا كانت العادة قد جرت، في تقنيات الدول المختلفة، ألا تعرض، في صدد التعاقد بالهاتف، إلا لمكان انعقاد العقد وزمانه، كما هو الحال في قانون التجارة الكويتي (المادة ١١٣)، فالمشروع قد أثر أن يعرض أيضاً لكيفية تمام إبرام العقد لأهميتها القصوى، مقررًا في شأنها حكماً مماثلاً لذلك الذي يسري على التعاقد في مجلس العقد.

وتواجه المادة ٥١ حالة أخذت تشيع في المعاملات المالية، لاسيما التجارية منها، وهي الحالة التي يتفق فيها المتعاقدان على الإحالة، في صدد حكم عقدهما، على عقد نموذج Contrat Type أو على لائحة نموذجية Reglement Type. والعقد

النموذج ليس في حقيقته عقداً. فهو لا يتضمن رضاء يقوم بين طرفين. ولكنه مجرد جماع لشروط توضع مسبقاً، لتتخذ نموذجاً لحكم عقود فردية تبرم في تاريخ لاحق، إعمالاً لذات إرادة عاقدَيْها. وكان أولى به أن يطلق عليه "صيغة نموذجية للعقد Formule Type" أو نموذج العقد. ولكن الفكر القانوني العالمي سار من قديم على أن يطلق عليه اصطلاح "العقد النموذج"، وقد أثر المشروع ألا يقطع هذا التقليد الثابت المستقر.

والعقد النموذج تضعه، في العادة، منظمات جماعية خاصة، كالنقابات وغيرها من الهيئات المهنية والغرف التجارية واتحادات البنوك. وقد تعتمد الدولة نفسها أو غيرها من الأشخاص المعنوية العامة لوضع نموذج للشروط التي تتعاقد عليها مع الأفراد، كما إذا وضعت نموذجاً للشروط التي يتضمنها بيع أموال الدولة الخاصة أو تأجيرها. أو لمنح امتياز إدارة المرافق العامة. وقد يطلق على جماع الشروط التي تضعها الإدارة اصطلاح "اللائحة النموذجية". ونظام العقد النموذج أو اللائحة النموذجية، وإن كان له جليل الفائدة، من حيث أنه يتضمن نموذجاً لتنظيم تفصيلي ودقيق لما يبرمه الأفراد من عقود، وهو تنظيم كثيراً ما تقعد عنه النصوص القانونية، إلا أنه لا يخلو من بعض مظاهر الخطورة. ففيه تقييد واضح لسلطان الإرادة، بل إنه أصبح اليوم - في كثير من الحالات - يتخذ وسيلة فعالة لأعمال فكرة العقد الموجه.

بيد أن أخطر ما في نظام العقد النموذج يكمن في أن المتعاقد قد يرتضى الإحالة على حكمه، دون أن يكون في الحقيقة قد اطلع عليه وألم به. وقد جاء المشروع مستهدفاً تفادي هذا الخطر. فهو، إن كان يقضي بسريان أحكام العقد النموذج عند الاتفاق على الإحالة عليه، على العقد المبرم، ويفترض بذلك علم كل من المتعاقدين عندئذ بهذه الأحكام، إلا أنه أجاز لكل منهما أن يثبت عدم علمه بها كلها أو بعضها. فإن أفلح في إقامة الدليل، فإنه لا يسري عليه ما لم يعلم به من أحكام العقد النموذج.

على أن المشروع قد حرص هنا على ألا يقرر بطلان العقد، إلا إذا كانت الأحكام التي لم يحصل العلم بها أساسية. فإن كانت ثانوية، فما بطل العقد، وتولى القاضي حسم الخلاف في شأنها، على هدى من طبيعة المعاملة والعرف الجاري ومقتضيات العدالة.

وقد سوى المشروع مع العلم بأحكام العقد النموذج أو اللائحة النموذجية الحالة التي يكون في مقدور المتعاقد فيها، عند إبرام العقد، أن يعلم بها، لكون الفرصة متاحة

له في ذلك. وهو حكم يقتضيه استقرار المعاملات. ثم إنه ليس للمتعاقد هنا أن يلوم إلا نفسه.

وقد استوحى المشروع الفقرة الأولى من المادة ٥١ من نص المادة ٩ من المشروع المقدم من الأستاذ Mazeaud للجنة تنقيح القانون المدني الفرنسي، مع تعديل في الصياغة. ولم يشأ أن يقف عند نص المادة ١٤٧ من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري، الذي جاء يطلق أثر الاتفاق على الإحالة على العقد النموذج بغير قيود.

وجاء حكم الفقرة الثانية متمشياً مع فكرة اقتصار بطلان العقد على حالة عدم اتفاق طرفيه على المسائل الجوهرية فيه، طالما يثبت أن خلافهما لم يرد عندئذ على ما بقي من مسائله الثانوية. وهو الحكم الذي أرست أصله المادة ٥٢ من المشروع.

وتواجه المادة ٥٢ الحالة التي يحصل فيها الاتفاق الفوري على بعض مسائل العقد، دون بعضها الآخر. فإن لزم، لقيام العقد، عدم حصول خلاف بين المتعاقدين على أية مسألة من المسائل الداخلة في رحابه، أي ما كانت، إلا أنه قد يحصل أن يتفق المتعاقدان بالفعل على بعض هذه المسائل، ويرتضيان ارجاء اتفاقهما على بعضها الآخر، إلى وقت لاحق، على أمل منهما في وصولهما إلى هذا الاتفاق مستقبلاً.

ويتجاذب حكم هذه الحالة حلان: فاما أن يتقرر أن العقد لا ينعقد إلا إذا تم الاتفاق على المسائل المتعلقة، إن قدر له أن يقع. وإما أن يتقرر إنعقاد العقد فوراً، شريطة أن يكون الاتفاق قد ورد على كل المسائل الجوهرية فيه، ولم يعلق إلا الاتفاق على ما هو ثانوي منها.

وقد نهج القانون المصري النهج الأخير (المادة ٩٥). وسارت على دربه أغلب القوانين العربية التي استوحته، كالقانون العراقي (المادة ٨٦)، والقانون السوري (المادة ٩٦)، والقانون الليبي (المادة ٩٥). أما قانون التجارة الكويتي، فقد التزم الصمت، ولم يشأ أن يصرح في نصوصه بالسير في هذه الاتجاه أو في ذلك. وقد آثر المشروع أن يساير الاتجاه الثاني. فقضي في الفقرة الأولى من المادة ٥٢ بالانعقاد الفوري للعقد، إذا كان الاتفاق قد ورد بالفعل على المسائل الجوهرية فيه، واقتصر الارجاء على ما يعتبر منها ثانوياً. بيد أن هذا الحكم لا يعدو أن يكون مجرد تفسير للإرادة المشتركة للمتعاقدين. ومن ثم فلا يعمل به إلا عندما لا يستبين من شروط العقد أو من الظروف التي اكتنفته أن

نية المتعاقدين قد انصرفت إلى غيره.

وإذ يتقرر انعقاد العقد بمجرد الاتفاق على المسائل الجوهرية فيه، مع ارتضاء تعليق الاتفاق على ما هو ثانوي منها إلى وقت تال، كان لزاماً أن تواجه الحالة التي لا يصل فيها الطرفان إلى الاتفاق على المسائل المرجأة. وهذا ما يفعله المشروع في الفقرة الثانية من المادة، مقرراً بقاء العقد، وتحويل القاضي سلطة حسم الخلاف، على هدى من طبيعة المعاملة والعرف الجاري ومقتضيات العدالة. وهذا هو الحل الواجب إتباعه. برغم ما فيه من إعطاء القاضي ما يتجاوز المألوف من سلطته.

وقد استوحى المشروع حكم المادة ٥٢ بفقرتها من المادة ٢ من مدونة الالتزامات السويسرية، ومن المادة ٩٥ من القانون المدني المصري ونصوص قوانين الدول العربية الأخرى التي أخذت عنه، وإن كان قد لجأ إلى صياغة أسلم وأدق.

النيابة في التعاقد:

تتسم النيابة في التعاقد بأهمية عظيمة، ولذلك أولاهها المشروع فائق عنايته، وعمد إلى تنظيمها في إطار نظرية عامة، تتضمن الأسس التي تقوم عليها، وتؤدي على هديها وظيفتها. وهو في ذلك يتجه إلى سد نقص ظاهر في القانون الكويتي الحالي، حيث لا يتضمن نظرية عامة للنيابة. فقد قنع القانون الكويتي الحالي بوضع أحكام في شأن بعض صور النيابة القانونية، وعلى الأخص عن فاقد الأهلية وناقصيها، وبوضع أحكام للنيابة الناشئة عن الوكالة، وقد جاء ذلك منه في مواضع مختلفة، تتفرق بين المجلة وقانون التجارة، وغيرهما من التشريعات الكويتية الأخرى، لاسيما المرسوم بقانون رقم ٥ لسنة ١٩٥٩ في شأن التسجيل العقاري، والقانون رقم ٤ لسنة ١٩٧٤ في شأن إدارة شؤون القصر.

تحدد المادة ٥٣ الإطار العام الذي يعمل فيه نظام النيابة في التعاقد. وترسي في هذا الصدد قاعدة أساسية عامة يقوم بها الفقه الإسلامي والقانون المعاصر على حد سواء. ومؤدى هذه القاعدة أن كل ما يجوز فيه التعاقد بالأصالة يجوز فيه التعاقد بالنيابة، ما لم يقضي القانون في حالة معينة ولحكمة خاصة يتوخاها وجوب أن يجري التصرف من الشخص بذات نفسه.

وحكم هذه المادة مستوحى من نص المادة ٩٣/١ من القانون البولوني ونص المادة ١٥٥ من مشروع تنقيح القانون المدني المصري، ومن المادة ١٠٨ من القانون الأردني ونص المادة ١٣٨٢ من القانون البرتغالي.

وتعرض المادة ٥٤ لتحديد سلطة النائب. وتجيء في فقرتها الأولى، ترسي الأصل العام، ومؤداه أن سلطة النائب تتحدد بسند نيابته بمعنى المصدر المنشئ لها. فإذا كان القانون هو مصدر النيابة، كما هو الشأن في الولاية على عديمي الأهلية وناقصيها تحددت سلطة النائب بما تقضي به أحكامه، وإن كان يجوز للقانون أن يعهد للقاضي في حالات خاصة بتحديد سلطة النائب، كما هو الشأن في الحراسة القضائية. وإذا كان الاتفاق هو مصدر النيابة، كما هو الحال في الوكالة، تعينت سلطة النائب بمقتضاه.

وتأتي المادة ٥٤ في فقرتها الثانية، فتعرض لحالة خاصة، لا تعدم أن تجد لها تطبيقات في واقع حياة الناس، لاسيما في مجال التجارة. وهذه هي الحالة التي يعلن فيها الأصيل للجمهور عن طريق الصحف أو غيرها من سبل الإعلام، عن سلطات نائبة، أو يخطر بها شخصا معيناً أو أكثر، وذلك بما يتجاوز ما يقضي به سند نيابته. وفي مثل هذه الحالة، يخول المشروع لكل من شمله الإعلان أو الإخطار أن يتمسك في مواجهة الأصيل بما تضمنه من سلطات حتى لو تجاوزت ما جاء في أصل النيابة، وحتى ولو كان النائب نفسه يجهل هذا التجاوز. وعلة هذا الحكم واضحة. فلمن يتعاقد مع النائب أن يركن إلى ما أعلنه أو أخطره به الأصيل.

وغني عن البيان أن حكم الفقرة الثانية لا يسري إلا في شأن النيابة الاتفاقية. وهو ما حرص المشروع على أن يخصه به. إذ أن سلطة النائب، في مجال النيابة القانونية، تتحدد بالقانون ذاته، مراعاة لما يراه هو من مصلحة الأصيل. ومن ثم لا يكون للنائب من السلطات إلا ما يقرره له القانون نفسه.

وحكم الفقرة الأولى مجرد اعمال للقواعد العامة، وإن كان المشروع قد ارتأى تقنينه سيرا على نهج بعض التقنينات الأخرى، ومنها مشروع تنقيح القانون المدني المصري (المادة ١٥٦) والقانون الأردني (المادة ١٠٩)، أما حكم الفقرة الثانية، ففكرته مستوحاة في عمومها من القانون السويسري (المادة ٣٣/٣)، وإن كان هو، في حد ذاته، تجديداً من المشروع اقتضته المصلحة.

وتعرض المادة ٥٥ للشكل الذي يأتي في سند النيابة أو مصدرها، عندما يراد بها أن يجري النائب تصرفا يتطلب له القانون شكلا خاصا لانعقاده. وهي ترسي القاعدة العامة في هذا الخصوص، ومؤداها أن الشكل المتطلب لقيام التصرف الذي يجريه النائب غير لازم لقيام مصدر النيابة ذاتها، وإن أوردت عليها الاستثناء في الحالة التي ينص فيها القانون على حكم مخالف، كما هو الشأن في الوكالة، حيث يتطلب القانون أن يجري عقد الوكالة في نفس الشكل المرسوم لانعقاد العقد المناط بالوكيل إirامه نيابة عن موكله. وتظهر فائدة هذا النص في حالات النيابة التي تثبت بمقتضى تصرف قانوني، في غير حالات الوكالة، وعلى الأخص بالنسبة إلى حالات النيابة عن الأشخاص المعنوية كالشركات والجمعيات.

وحكم المادة ٥٥ مستوحي من نص المادة ١٦٧ فقرة ثانية من القانون المدني الألماني.

وتعمد المادة ٥٦ إلى تحديد من يعتد بشخصه، عند النظر في عيوب الرضاء، أو فيما يتطلبه القانون في بعض الأحوال، من وجوب العلم أو الجهل بظروف معينة، أهو شخص النائب أو شخص الأصيل، وترسي الفقرة الأولى المبدأ العام، وهو وجوب الاعتداد هنا بشخص النائب، لا بشخص الأصيل.

وهذا المبدأ يتمشى تماما مع الفكرة التي باتت تسود الفكر القانوني المعاصر، من أن إرادة النائب تحل محل إرادة الأصيل في إبرام التصرف، بمعنى أن النائب عندما يبرم التصرف، يعبر عن إرادته هو، وليس عن إرادة الأصيل. وهذا واضح تماما في أغلب تطبيقات النيابة القانونية، ولكن الحكم يسري أيضا في كافة مظاهر النيابة الأخرى، حتى الاتفاقية منها.

وما دام النائب يعبر عن إرادته هو، وجب أن يكون متمتعا بالإرادة. فإن كان عديم الإرادة فإن تعاقده، باعتباره نائبا عن غيره، يقع باطلا، كما يبطل تعاقده أصيلا عن نفسه. وهذا الحكم يتفق تماما مع ما قضت به المجلة من عدم صحة توكيل الصبي غير المميز والمجنون (المادة ١٤٥٧)، ومن أنه يشترط أن يكون الوكيل عاقلا مميزا (المادة ١٤٥٨).

ولا يكفي أن تتوافر الإرادة في النائب، بل يلزم، لصحة التعاقد، أن تجيء إرادته سليمة

خالية من العيوب، فإن شاب رضاه عيب، كغلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال، تأثر به العقد الذي يبرمه باسم الأصيل، في نفس الحدود التي يتأثر بها من يتعيب رضائه، حالة كونه يبرم التصرف لحساب نفسه، وذلك حتى لو كانت إرادة الأصيل لم تتعيب. وكما يعتد بشخص النائب، في تحديد عيوب الرضاء، يعتد به أيضا، دون شخص الأصيل، في صدد ما يتطلبه القانون من وجوب العلم أو الجهل ببعض الظروف الخاصة، أو افتراض هذا العلم أو الجهل.

وقد حرص المشروع، في الفقرة الثانية من المادة ٥٦، أن يعرض للحالة التي تكون النيابة فيها اتفاقية، ويتصرف النائب وفق تعليمات محددة يتلقاها من الأصيل، ليقضي بأنه لا يجوز فيها للأصيل أن يتمسك بجهل نائبه أمرا كان يعلمه هو، أو كان مفروضا فيه أن يعلمه، وبأنه يعتد عندئذ بما يشوب رضاء الأصيل من عيوب الرضاء. وليس في هذا الحكم خروج على القاعدة العامة التي تضمنتها الفقرة الأولى، إذ أن من يتولى أمر التعاقد لحساب غيره، لا يعتبر نائبا عنه، إلا في حدود ما يجيء فيه التعاقد تعبيراً عن ذات إرادته، فإن اقتصر أمره على تنفيذ تعليمات الأصيل غلبت عليه في حدود تنفيذه تلك التعليمات صفة الرسول، لا النائب.

وحكم المادة ٥٦، في مجموعها، مستوحى من نص المادة ١٦٦ من القانون الألماني، الذي سبق أن استوحاه أيضا القانون المصري في المادة ١٠٤، ثم وجد النص المصري مكانه الرحب في المدونات العربية الأخرى التي نقلت عنه، كالقانون السوري (المادة ١٠٥)، والقانون الليبي (المادة ١٠٤)، والقانون الأردني (المادة ١١١).

ولم يلتزم المشروع، في الفقرة الثانية من المادة ٥٦، الصياغة التي جاء بها القانون المصري، وانتقلت منه إلى قوانين البلاد العربية الأخرى. فقد أجرى تعديلا فيها من ناحيتين. فأورد أن حكمها يخص من تنشأ نيابته بمقتضى اتفاق، بدلا من القول بأن حكمها يخص الوكيل. لأن النيابة الاتفاقية في الحقيقة أعم من الوكالة وفق ما يذهب إليه الفكر القانوني المعاصر، الذي أخذ يعزف عن الفكرة التقليدية، التي ترى في النيابة الاتفاقية مجرد وكالة. وفي هذا الخصوص، يتجه المشروع إلى المصدر الأصلي للنص، المتمثل في الفقرة الثانية من المادة ٦٦ من القانون الألماني، حيث خصت حكمها من تعهد إليه النيابة بمقتضى تصرف قانوني. والتعديل الثاني الذي أورده المشروع أنه ذكر

وجوب الاعتداد بشخص الأصيل بالنسبة إلى عيوب الرضاء، عندما لا يفعل النائب إلا تنفيذ تعليماته، ولم يقتصر في ذلك على علم الأصيل ببعض الظروف أو افتراض علمه بها. وفي ذلك تجديد تفرضه الملائمة، ويتفادى به عيبا اتسمت به صياغة النص الألماني، ومن بعده النص المصري وما تبعته من نصوص عربية أخرى.

وتعرض المادة ٥٧ للأثر المترتب على النيابة في التعاقد. وهي تقضي بأنه إذا تم التعاقد بطريق النيابة، فإن كل ما يترتب على العقد الذي يبرمه النائب باسم الأصيل من آثار تنصرف إلى الأصيل، لا إلى النائب. وهي تنصرف إلى الأول مباشرة، أي دون مرور بذمة الثاني. وهذا هو لب نظام النيابة.

ونص المادة ٥٧ مستوحى من نص المادة ١٠٥ من القانون المدني المصري، بعد أن أجرى المشروع بعض التعديل في صياغته، توخيا للدقة والانضباط. فذكر أن آثار العقد تنصرف إلى الأصيل، بدلا من القول بانصراف الحقوق والالتزامات التي تنشأ من العقد. إذ قد يقصد بالعقد الذي يبرمه النائب أمر آخر غير إنشاء الحق أو الالتزام، كما إذا أريد به تعديل حق أو التزام قائم أو نقله أو انقضاؤه. وحرص المشروع أيضا أن يذكر أن آثار العقد تنصرف إلى الأصيل مباشرة، ولم يشأ أن يقول أن هذه الآثار تضاف إلى الأصيل، لما في عبارته من انضباط أكبر، يتمثل فيما يقتضيه نظام النيابة من انصراف آثار العقد إلى ذمة الأصيل، دون مرور بذمة النائب.

وتعرض المادة ٥٨ والمادة ٥٩ للحالة التي لا يظهر فيها النائب صفته، عند إبرامه العقد، الذي يريد له أن يكون باسم الأصيل ولحسابه. وهي حالة لا تعدم الشيوع في واقع حياة الناس.

والأصل أن يتم إعلام المتعاقد مع النائب بأمر النيابة من النائب نفسه، حيث يعلن له صفته. ولكن يستوي مع قيام النائب بإعلان صفته لمن يتعاقد معه أن يعلم هذه الأخير بحصول التعاقد باسم الأصيل ولحسابه من طريق آخر، أو أن يكون مفروضا فيه حتما، وفق ظروف الحال، أن يعلم بذلك، أو كان يستوي عنده أن يكون التعاقد حاصلًا بينه وبين النائب شخصيا أو بينه وبين الأصيل، بأن كانت شخصية المتعاقد معه ليست ذات اعتبار أصلا، كما إذا كان قد قام ببيع مال واستوفى ثمنه بتمامه. في كل هذه الحالات الثلاث، لا يكون لمن تعاقد معه النائب مصلحة سائغة ومقبولة في تجاهل الأصيل،

بدعوى أن النائب لم يعلن له حصول التعاقد لحسابه. ومن ثم كان مجبرا على إعتبار التعاقد حاصلًا مع الأصيل. أما إذا لم يعلن النائب، عند التعاقد صفته، ولم يعلم بها المتعاقد الآخر، ولم يكن مفروضا فيه حتماً أن يعلم بها، وكانت له مصلحة سائغة في عدم إعتبار التعاقد حاصلًا مع الأصيل، فإنه لا يجبر على إعتبار أن التعاقد قد حصل من النائب بوصفه نائبا.

هذا هو الحكم الذي تقرره المادة ٥٨. وحكمة تقريره بينة الوضوح. وهو مستوحي من نص المادة ١٠٦ مدني مصري بعد إجراء تعديل في الصياغة اقتضته الملائمة التشريعية. وهو مطابق لحكم المادة ٣٢ فقرة ثانية من مدونة الالتزامات السويسرية، ولحكم المادة ٥٥٢ من قانون التجارة الكويتي، وإن اقتصر على الوكالة، دون غيرها من أحوال النيابة. وتعرض المادة ٥٩ للحالة التي لا يظهر فيها النائب، وقت إبرام العقد لمن يتعاقد معه أنه يتعامل بوصفه نائبا، حالة كون هذا الأخير غير مجبر على الاعتراف بصفته تلك إعمالا للمادة ٥٨، ولم يرتض أن يكون التعامل بينه وبين الأصيل. وهي تقرر هنا الحق للمتعاقد مع النائب في أن يعتبر التعاقد قد وقع بينه وبين النائب بصفته الشخصية، دون أن يكون ملزما بإعتبار أنه قد قام بينه وبين الأصيل.

وهذا حكم تمليه المصلحة. فما دام أن النائب لم يظهر صفته، ولم يعلم بها من تعاقد معه، ولم يكن مفروضا فيه أن يعلم بها، وكان يضره أن يقوم التعاقد بينه وبين الأصيل، وجب التمشي مع حقيقة قصده هو، وهو حصول التعاقد بينه وبين النائب بشخصه.

وليس للنائب هنا أن يحاج بأنه قد قصد أن يكون التعاقد باسم الأصيل ولحسابه، وأنه بذلك لم يرتض أن يتم التعاقد معه شخصيا، فالقانون لا يدخل في إعتباره مجرد النية، إذا ظلت حبيسة النفس. ثم أن ذلك لا يعدو أن يكون مجرد تطبيق لما سبق للمشروع أن قرره في المادة ٣٨ من أنه يجوز لمن وجه إليه التعبير عن الإرادة أن يعتد به، برغم مخالفته لحقيقة قصد صاحبه، إذا ثبت أنه عول عليه، معتقدا مطابقتها لحقيقة الإرادة، من غير أن يكون من شأن ظروف الحال أن تثير الشك في تلك المطابقة.

ونص المادة ٥٩ مستوحي من نص المادة ١٦٤ فقرة ثانية من القانون الألماني.

وتعرض المادة ٦٠ للحالة التي يلجأ فيها النائب، بعد انتهاء نيابته، إلى التعاقد باسم الأصيل ولحسابه. ومقتضى القواعد العامة عدم إعمال أثر النيابة في هذه الحالة. فلا

تنصرف آثار العقد الى الأصيل. ولكن المادة ٦٠ تورد على هذا الأصل العام استثناء هاماً، مؤداه الترخيص لمن تعاقد مع النائب، في اعتبار التعاقد قد حصل على أساس النيابة، شريطة أن يكون هو والنائب عند التعاقد لا يعلمان بانتهاء النيابة، ولم يكن في مقدورهما أن يعلما به، لو أنهما بذلا من الحرص ما تفرضه ظروف الحال على الشخص العادي. وهذا الحكم تمليه المصلحة. فمن شأنه أن يوفر للمعاملات ما ينبغي لها من أسباب الثقة والائتمان والاستقرار.

وقد حرص المشروع - على خلاف الكثير من التقنيات الأجنبية - على أن يصرح بقصر اعمال أثر النيابة بعد انتهائها، لمصلحة حسني النية من الأشخاص، على النيابة الاتفاقية وحدها، دون النيابة القانونية، ذلك لأن النيابة القانونية يفرضها القانون، من غير أن يترك للأصيل حرية اختيار نائبه، ومن ثم فمن المصلحة ألا تبقى قائمة، بعد أن يقرر القانون نفسه انتهاءها. وفضلا عن ذلك، فالقانون حينما يفرض النيابة القانونية، يفرضها لمصلحة أساسية تتمثل في رعاية من هم في حاجة إلى الحماية من الأشخاص، فكان حريا بها أن تنتهي آثارها، بعد أن يقول هو بوصولها إلى أجلها، ثم ان الأصيل في النيابة التعاقدية، دون النيابة القانونية، هو الذي ينشئ منذ البداية سند النيابة. فهو بالتالي يسهم في إقامة المظهر الذي يقع، فيما بعد، الانخداع به.

وتعرض المادة ٦١ للحالة التي يبرم فيها شخص باسم آخر عقداً، من غير أن يثبت له في الحقيقة صفة النيابة عنه، اما لانتفاء هذه النيابة أصلاً، أو لكون العقد قد أبرم منه خارج حدود نيابته.

وتواجه المادة ٦١ - في فقرتها الأولى - هذه الحالة بالنسبة الى الأصيل، لتقرر عدم إنصراف آثار العقد إليه، إلا إذا حصل إقرار منه على نحو ما يقضي به القانون، وهذا حكم تمليه القواعد العامة. والإقرار هنا يتمشى في مصدره مع مصدر النيابة ذاتها، فإن نشأت النيابة من الاتفاق، كان للأصيل أن يجري الإقرار. وقد تمثل هذا الحكم، في شأن الوكالة، في القاعدة التي يقول بها الفقه الإسلامي والقانون المعاصر على حد سواء وقتنتها المجلة بدورها في المادة ١٤٥٣ منها، وهي أن الإقرار اللاحق أو الإجازة اللاحقة، كالوكالة السابقة. أما إذا كانت النيابة قانونية، وجب أن يحصل الإقرار ممن يمنحه القانون السلطة في إجرائه.

وتأتي الفقرة الثانية من المادة ٦١ لتواجه حالة إنتفاء النيابة أو تجاوزها، من غير أن يحصل إقرار للتصرف بالنسبة إلى المتعاقد مع النائب. وهي تقرر لهذا المتعاقد الحق في مطالبة النائب بالتعويض عن الضرر الناجم له بسبب عدم نفاذ التصرف في مواجهة الأصيل، وبالتالي بسبب تفويت الصفقة عليه. ويلزم لاستحقاق التعويض أن يكون النائب مقصرا، وهو يعتبر كذلك، ما لم يثبت أنه لم يعلم في الحقيقة بانتفاء نيابته أو بانتهائها أو بتجاوزها، وانه لم يكن في مقدوره أن يعلم بذلك لو أنه بذل من الجهد ما يبذله الشخص العادي، كما أنه يلزم أيضا لاستحقاق التعويض، أن يكون المتعاقد مع النائب حسن النية، بأن كان يجهل انتفاء النيابة أو انتهائها أو تجاوز حدودها، وانه لم يكن في استطاعته ان يعلم بذلك، لو أنه بذل من الجهد ما تمليه ظروف الحال على الشخص العادي.

وهذه الفقرة مستوحاة، من المادة ٥٥٤ من قانون التجارة الكويتي مع إجراء تعديل فيها، يتمثل في استلزام حصول التقصير ممن اتخذ صفة النيابة، لامكان مطالبته بالتعويض.

وتعرض المادة ٦٢ لحالة تعاقد النائب مع نفسه، بأن يبرم النائب العقد وحده، وان تعددت صفته. ويتصور هذا الوضع في إحدى حالتين: فإما أن يبرم شخص العقد، بوصفه نائبا عن غيره وأصيلا عن نفسه. واما أن يبرم الشخص العقد بوصفه نائبا عن كل من طرفيه.

وإذا كان من شأن اعمال فكرة النيابة في ذاتها أن يجيز التعاقد مع النفس، إلا أن ملاسبات هذه النوع من التعاقد تدعو إلى الارتياح فيه، في الكثير الأغلب من حالاته. ومن أجل ذلك تنظر التقنينات في الدول المختلفة إلى هذا التعاقد بعين الحذر. وهي تتغير مع ذلك في الوسيلة فمنها ما يجيزه كقاعدة، ولكنه يحرمه في بعض الحالات على سبيل الاستثناء. ومنها ما يمنعه كقاعدة، وان أجازته في بعض الحالات على سبيل الاستثناء. وأغلب التقنينات تسير في الاتجاه الأخير، كالقانون الألماني (المادة ١٨١) ومشروع القانون الفرنسي الإيطالي (المادة ٣٧) ومشروع تنقيح القانون الفرنسي (المادة ٥٨)، والقانون المصري (المادة ١٠٨) والقوانين العربية الأخرى التي استوحته، مثل القانون السوري (المادة ١٠٩) والقانون الليبي (المادة ١٠٨)، والقانون الأردني (المادة ١١٥).

وقد أثر المشروع هذا الاتجاه الأخير بحظر تعاقد النائب مع نفسه باسم من ينوب عنه في صورته. على أنه لا يقرر هذا الحكم إلا على سبيل انه يمثل أصلا عاما، يمكن له أن يخالف. ويلزم لإمكان مخالفته أن يأذن مصدر النيابة على نحو قاطع الدلالة، سواء أكان هو القانون أو الاتفاق. والمشروع في ذلك، فضلا عن أنه يتمشى مع أغلب التقنيات الأجنبية والعربية، يتفق في حكمه مع ما يسير الفقه الإسلامي عليه، وقتته المجلة في المادة ١٤٨٨ في شأن الوكالة بالشراء، وفي المادة ١٤٩٦ في شأن الوكالة بالبيع، كما تقنن أيضا في المرسوم بقانون رقم ٥ لسنة ١٩٥٩، الخاص بالتسجيل العقاري. وإذا تعاقد النائب مع نفسه، من غير أن يؤذن فيه، كان متجاوزا حدود النيابة. ومن ثم فلا ينفذ تصرفه في حق الأصيل، ما لم يحصل إقراره وفقا للقانون.

وتحظر المادة ٦٣ على النائب أن يحل محله شخصا آخر غيره، يقيمه نائبا مكانه، ما لم يسمح له بذلك مصدر نيابته من قانون أو اتفاق. وهذا حكم يتمشى مع أساس من أسس النيابة، متمثلا في انها شخصية لا تنتقل من صاحبها إلى غيره، ما لم يوجد إذن خاص.

وحكم المادة ٦٣ مستوحى من المادة ٥٥ من مشروع تنقيح القانون المدني الفرنسي الذي تضمنته أعمال لجنة التنقيح لعام ١٩٤٦/١٩٤٧.

وتعرض المادة ٦٤ للحالة التي تنتهي فيها النيابة، ويكون قد سبق للنائب أن تسلم ما يدل عليها، كسند توكيل أو إقرار أو حكم تعيين. وهي تلزم النائب بالمبادرة برد ما قام شهيدا على نيابته فور انتهائها. فإن كان سند نيابته قضائيا التزم بان يودعه قلم كتاب المحكمة، أو جهة حكومية أخرى مناسبة.

ويستهدف المشروع بهذا الحكم حماية الغير، الذين قد يتخذ سند النيابة، بعد انتهائها أداة لخداعتهم، كما أنه يستهدف أيضا في النيابة الاتفاقية حماية الأصيل بمنع المتعاقد مع النائب من التمسك في مواجهته بأعمال النيابة استنادا إلى حسن نيتهم.

والمادة ٦٤ مستوحاة من المادة ١٧٥ من القانون الألماني ومن المادة ٥٨ من مشروع تنقيح القانون المدني الفرنسي الوارد في مجموعة أعمال لجنة التنقيح لسنة ١٩٤٦/١٩٤٧.

شكل العقد:

تعرض المادة ٦٥، في فقرتها الأولى، للأصل الأساسي العام، في صدد الشكل الذي يمكن للعقد أن يرد فيه، بالنسبة إلى ذات قيامه، مجيزة له أن يأتي في أي شكل يريده له عاقداه، دون إخلال بما قد يتطلبه القانون من شكليات معينة، لغرض آخر غير انعقاد العقد، كإثباته أو شهره. وهذا حكم أساسي، يتمثل في قاعدة رضائية العقود. واذ تقرر المادة ٦٥، في فقرتها الأولى، قاعدة الرضائية في العقود، فهي تورد عليها استثناء تمليه طبيعة الأمور، يتمثل في الحالة التي يفرض فيها القانون نفسه، في خصوص عقد معين، شكلا خاصا يحدده لقيامه.

وتجيء المادة ٦٥، في فقرتها الثانية، لتتناول حكم عدم مراعاة الشكل الذي يفرضه القانون لقيام العقد، استثناء من قاعدة رضائية العقود، مقرررة أنه يتمثل في بطلان العقد. والبطلان لا يقع هنا إلا إذا كان الشكل الذي فرضه القانون متطلبا لذات قيام العقد، فإن كان متطلبا لغرض آخر، كإثبات العقد أو شهره، أعمل الحكم الذي يرتبه القانون على إهماله.

وحكم المادة ٦٥ بفقرتها مجرد تقنين لما هو مستقر ثابت في الفكر القانوني المعاصر وفي الفقه الإسلامي على حد سواء. وهو متفق مع حكم المادة ١/١١ من مدونة الالتزامات السويسرية، والمادة ١٢٥ من القانون المدني الألماني.

وتعرض المادة ٦٦ للحالة التي لا يفرض فيها القانون شكلا معيناً لقيام العقد، ولكن المتعاقدين يتفقان على أن عقدهما لا يقوم، إلا إذا جاء في شكل معلوم يحدده، كما إذا اتفق المتبايعان على عدم قيام بيعهما إلا إذا جاء في الشكل الرسمي، أو في محرر مكتوب، وتقضي المادة ٦٦ بصحة هذا الاتفاق، مقرررة وجوب مراعاته من كل طرفيه، مانعة أيا منهما دون رضاء الآخر أن يتمسك بقيام العقد، ما لم يأتي في الشكل المتفق عليه.

والحكم الذي ترسيه المادة ٦٦ يتمشى مع ما هو ثابت في الفكر القانوني المعاصر. فإن كانت شكلية العقد، حينما يفرضها القانون، تتصل بالنظام العام، اعتباراً بأن القانون حينما يستلزمها، يستهدف بها تحقيق مصلحة عامة، فقاعدة رضائية العقود لا تتصل بالنظام العام، ومن ثم لا يوجد ثمة ما يمنع المتعاقدين من الاتفاق على مخالفتها،

في شأن العقد الذي يزعمان إبرامه، بأن يرتضيا عدم قيامه إلا إذا جاء في الشكل الذي يحددانه.

على أنه يلاحظ هنا أن الشكلية التي تجيء نتيجة اتفاق المتعاقدين لا ترقى إلى الشكلية التي يفرضها القانون. ففي حين أن مقتضى الشكلية الأخيرة أن يقع العقد باطلا عند عدم مراعاتها، حتى لو اتفق المتعاقدان على مخالفتها، فإن الشكلية التي يتطلبها الاتفاق لا تمنع المتعاقدين من إبرام العقد بمخالفتها، شريطة أن يجيء ذلك نتيجة رضاء قاطع منهما بالتخلي عنها.

وتعرض المادة ٦٧ للحالة التي يتطلب فيها القانون أو الاتفاق مراعاة شكل معين في شأن العقد، دون ان يستبين، على نحو قاطع الدلالة، ما إذا كان هذا الشكل متطلبا لذات قيام العقد، فيبطل إن لم يراع، أو أنه متطلب لأمر آخر من الأمور المتعلقة به، والتي لا ترقى إلى مرتبة قيامه، كإثباته أو إحداث أثر من آثاره.

ومن الممكن هنا أن يقال أن الأمر لا يعدو أن يكون مسألة تفسير لنص في القانون أو لشرط في العقد، ومن ثم كان أولى به أن يترك للقضاء، يغلب في شأنه الناحية التي تستبين له متفقا أكثر مع قصد الشارع أو إرادة المتعاقدين. ولكن المشروع أثر مع ذلك أن يعرض له، مقتفيا في ذلك أثر تقنينات أخرى، كالقانون الألماني (المادة ١٢٥) ومدونة الالتزامات السويسرية (المادة ١١/٢ والمادة ١٤/١) ومشروع تنقيح القانون المدني المصري (المادة ١٤٩).

وثمة اتجاهان يتنازعان في الفكر القانوني تنظيم الحالة التي لا تؤدي فيها وسائل التفسير إلى تبديد الشك حول ما إذا كان الشكل متطلبا في العقد لذات قيامه، أو لأمر آخر من أمور. فاتجاه أول يفسر هذا الشك على أن الشكل غير متطلب لقيام العقد. وإنما للأمر الآخر، الذي يدنو بالضرورة. أما الاتجاه الثاني، فيعمد إلى تفسير الشك على أن الشكل متطلب لذات قيام العقد. ولكل اتجاه ما يسوغه فالأول يتمشى أكثر مع مقتضيات المنطق القانوني لفكرة رضائية العقود، إعتبارا بأنه ما دام الأصل في العقد أنه رضائي، فالشكل لا ينهض ركنا لازما لقيامه، إلا إذا كان القصد فيه قاطع الدلالة. أما الاتجاه الثاني، فيبرره أن تطلب الشكل بخلاف الأصل، سواء أكان ذلك من المشرع أم من إرادة المتعاقدين، يستهدف بالضرورة تحقيق مصلحة أساسية أو في الأقل هامة، ومن ثم كان

حريا أن يفسر الشك على النحو الذي يوفر قدرا أكبر من الحماية، وهو عدم قيام العقد برمته. وقد أثر المشروع أن يساير الرأي الأول.

وتعرض المادة ٦٨ لفكرة العقود العينية التي لا تقوم إلا إذا اقترن الرضاء بها بتسليم المعقود عليه، وهي ترسي أصلا عاما مؤداه أن تسليم المعقود عليه، إذا كان من شأن العقد أن يقتضيه، لا يعتبر متطلبا لذات قيام العقد إلا إذا قضي القانوني أو الاتفاق أو العرف بغير ذلك.

وإذا كان الحكم الذي تقرره المادة ٦٨ يمكن له أن يستخلص من حكم المادة ٦٧، اعتبارا بأن تسليم الشيء قد يعتبر نوعا من الشكل، إلا أن المشروع أثر مع ذلك أن يفرد له نصا خاصا، دفعا لكل مظنة، وحتى يجهز على فكرة العينية في العقود، إلا لضرورة أو مصلحة، ترك زمام الأمر فيها للقانون أو لإرادة المتعاقدين، على حسب الأحوال.

وقد استوحى المشروع المادة ٦٨ من نص المادة ٤٠ من مشروع تنقيح القانون المدني الفرنسي المقدم للجنة التنقيح (أعمال لجنة التنقيح لسنة ١٩٤٦/١٩٤٧). ولكنه حرص على أن يبتعد كل البعد عن إطلاق حكم النص الفرنسي المقترح، والذي جاء يقول أن تسليم الشيء لا يعتبر أبدا شرطا لازما لصحة العقد، ولو اشترط غير ذلك. ووضح أن النص الفرنسي أراد أن ينتقل بفكرة العقود العينية من النقيض إلى النقيض، فقيده من إرادة المتعاقدين من غير مبرر، وهو الأمر الذي راعته بالفعل لجنة التنقيح، عند مناقشة النص المقترح، فقيدت من إطلاقه، لتترك الباب مفتوحا، لبعض الاستثناءات.

وتعرض المادة ٦٩ للاتفاقات التي ترتبط بعقد يلزم فيه الشكل لذات قيامه، سواء أكانت سابقة عليه، كما هو الشأن في الوعد به. أما لاحقة له، كما هو الشأن في الاتفاقات على تعديل أحكامه أو آثاره، وذلك من حيث الشكل الذي ينبغي أن يراعى في إبرامها بدورها. وهي تقرر وجوب أن يراعى فيها الشكل المتطلب لقيام العقد ذاته. فإن لم يراع في إبرامها، وقعت باطلة.

والحكمة التي تستهدفها المادة ٦٩ بينة الوضوح، فإن لم يراع الشكل المتطلب لقيام العقد ذاته في عقد الوعد به، أو في الاتفاقات اللاحقة التي تقضي بتعديل أحكامه أو آثاره، فإن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى الإفلات من الشكل المستلزم قانونا أو إتفاقا، وإن كان ذلك بطريق غير مباشر.

والحكم الذي تمليه المادة ٦٩ لا يعدو أن يكون أمراً مستقراً ثابتاً فقهاً وقضاءً. بل إن كثيراً من قوانين البلاد المختلفة قد نصت عليه في خصوص الوعد بالعقد، كما هو الشأن بالنسبة إلى القانون السويسري (المادة ٢/٢٢ من مدونة الالتزامات) والقانون المصري (المادة ٢/١٠١) والقوانين العربية الأخرى التي استوحته، ومن بينها قانون التجارة الكويتي (المادة ٢/١١٥). وقد أثر المشروع أن يصرح بالحكم، ليس فقط في صدد الوعد بالتعاقد، بل أيضاً بالنسبة إلى الاتفاقات التي تجيء بعد إبرام العقد، وتستهدف تعديل أحكامه أو آثاره، وذلك في المكان المخصص لشكل العقد، ما دام هو ينظم هذا الشكل في إطار نظرية عامة.

وقد حرص المشروع، بالنسبة إلى الاتفاقات اللاحقة للعقد، أن يتطلب مراعاة الشكل الواجب له، فيما يكون من شأنه أن يعدل في أحكامه أو آثاره. وهو بهذا يستبعد الاتفاقات التي تجيء لتفصل أو تسهل أو تضمن أعمال ما يقضي به العقد، طالما أنها لا تعتبر تعديلاً لما يقضي هو به، فلا يوجد ثمة ما يمنع، مثلاً من الاتفاق العرفي على تقسيط دين ناشئ من عقد رسمي أو على ضمانه برهن حيازي.

والمادة ٦٩، إذ تتطلب مراعاة الشكل الواجب لقيام العقد في عقد الوعد به وفي الاتفاقات اللاحقة المعدلة لأحكامه أو آثاره، تتحفظ في شأن الحالة التي يقضي فيها القانون بحكم مخالف، وهي تتحفظ أيضاً في شأن الحالة التي تسمح فيها طبيعة المعاملة ذاتها بعدم مراعاة الشكل الذي يتطلبه القانون، كما إذا استلزم القانون الشكل في العقد لحماية الجانب الضعيف فيه، ثم طرأ بعد ذلك تعديل عليه يكون من شأنه أن يتضمن له نفعاً محضاً، ومثال ذلك أن يتفق في صدد عقد الرهن الرسمي، على نزول المرتهن عن الرهن كله أو بعضه.

بعض صور خاصة في التعاقد:

العقد الابتدائي:

يتناول المشروع، في المواد من ٧٠ إلى ٧٣ لنوع خاص من العقود، تتميز بأنها تستهدف التمكين من قيام عقود أخرى غيرها، أو تستتبع إعادة إبرامها بذاتها في ثوب جديد، على نحو يقتضيه القانون. فالسمة الجامعة لهذه العقود أنها عقود أولية، أو هي

كما يطلق عليها أحيانا، عقود ما قبل العقود Avant Contrats.

فتعرض المادة ٧٠ للعقد الابتدائي، من حيث حالات قيامه وأثره. وهي تقضي بأن العقد يعتبر ابتدائيا كلما كان من شأنه أن يبرم مرة ثانية أو في صورة أخرى جديدة. وإعادة إبرام العقد الابتدائي، في شكله النهائي، قد تقتضيها طبيعة العقد ذاتها، وعلى الأخص إذا كان ذلك متطلبا لانجاز ما يفرضه القانون من إجراءات لسريان العقد أو لانتاج أثر من آثاره، كما هو الشأن بالنسبة إلى بيع العقار، حيث يلزم إعادة إبرامه على نحو معين لا مكان تسجيله، ومن ثم لكي ينتج أثره في نقل الملكية، وكذلك بالنسبة إلى الرهن الحيازي، حيث قد يلزم إعادة صياغته في شكل جديد، حتى يتسنى شهره بالقيد، ويتيسر بذلك إتمام إجراءات نفاذه في حق الغير، ولا يوجد ثمة ما يمنع من أن يتفق المتعاقدان على إعادة إبرام عقدهما في صورة جديدة، كما إذا اتفقا على وجوب تحرير العقد الذي يبرمانه، تيسيرا لاثباته، فيتصف عقدهما الأول حينئذ بأنه ابتدائي.

وترتب الفقرة الأولى من المادة ٧٠ على كل من طرفي العقد الابتدائي التزاما بإبرام العقد النهائي في المعيار المحدد فيه. وإن لم تحدد مدة لإبرام العقد النهائي، وجب على المتعاقدين إبرام هذا العقد الأخير، في فترة معقولة، تخضع في تقديرها لقاضي الموضوع.

وتقضي الفقرة الثانية من المادة ٧٠ بأن العقد النهائي يبرم بنفس شروط العقد الابتدائي، ما لم يتفق طرفاه على إجراء تعديل فيها، أو كان هذا التعديل مما تستوجبه طبيعة المعاملة، كإجراء تعديل في حدود العقار مثلا، على نحو ما يستبين من الإجراءات التمهيدية في التسجيل. كما أنه يمكن إجراء التعديل إذا اقتضته ظروف الحال، كما إذا مات المشتري، ورغب ورثته في أن يكتب العقد النهائي بأسمائهم، ولم يكن في ذلك أي خطر يتهدد المشتري.

ويلاحظ أن إضفاء وصف "الابتدائي" على العقد لا يغير من حقيقته المتمثلة في أنه عقد كامل، وأنه ذات العقد الذي يقصده عاقدها أولا وأخيرا. وإذا كان العقد الابتدائي هو ذات العقد المقصود أولا وأخيرا، وجبت أن تراعى فيه كل الأحكام المتطلبة للانعقاد والصحة، بما فيها شرط الشكل، إن لزم.

وتواجه المادة ٧١ الإخلال بالالتزام الذي يفرضه العقد الابتدائي على كل من طرفيه

في المشاركة في إبرام العقد النهائي، وهو الالتزام الذي قرره المادة ٧٠. وتجعل له جزءاً متمثلاً في تحويل الطرف الذي يحصل الإخلال إضراراً به الحق في أن يقاضي غريمه، ويطلب الحكم، بصحة العقد الابتدائي ونفاذه. وهو حق يثبت له دون إخلال بما تقضي به القواعد العامة من حقوق أخرى. على أنه يلزم، للحكم بصحة العقد الابتدائي ونفاذه، أن يكون المتعاقد الذي يطلبه غير محل بدوره بالتزاماته. فإن كان مخلاً، بأن لم يوف بما فرضه عليه العقد من التزامات حالة، امتنع عليه طلب الحكم بصحة العقد ونفاذه. فلا عهد لمن لا عهد له.

وتقضي المادة ٧١، في فقرتها الثانية، بأن الحكم الصادر بصحة ونفاذ العقد الابتدائي يقوم مقام العقد النهائي ويغني عنه. وما ذلك إلا إعمال للقاعدة العامة في التنفيذ العيني للالتزام.

ونص المادة ٧١، وإن كان مستحدثاً، غير أن حكمه لا يتمثل خلقاً جديداً وابتكاراً. فهو، من وجه، مجرد تطبيق للقواعد العامة في تنفيذ الالتزام. وهو من وجه ثان، قد بات حكماً مستقراً ثابتاً في القضاء، في دولة الكويت، كما هو الشأن في دول عربية أخرى سبقتها إليه، وعلى الأخص مصر.

الوعد بالعقد:

تعرض المادة ٧٢ والمادة ٧٣ للوعد بالعقد.

وتبين المادة ٧٢ الشروط اللازمة لانعقاد الوعد بالعقد. وهي تتطلب لذلك أن تعين فيه المسائل الجوهرية للعقد الموعود بإبرامه، والمدة التي يجب أن يبرم خلالها، وذلك دون إخلال بوجوب اتباع نفس الشكل المتطلب للعقد الموعود بإبرامه، إذا استلزم له القانون شكلاً خاصاً، إعمالاً لما تقضي به المادة ٦٩ من المشروع.

وغني عن البيان أن تطلب الشروط الخاصة المنصوص عليها في المادة ٧٢ لا يغني عن شروط الانعقاد وشروط الصحة المتطلبة في العقود بوجه عام، اعتباراً بأن الوعد بالعقد لا يعدو أن يكون هو في ذاته عقداً وإن كان ليس هو العقد المقصود في النهاية.

وتجيء المادة ٧٣ لتحديد الأثر المترتب على الوعد بالعقد. وهي تقرر، في فقرتها الأولى، أن هذا الأثر يتمثل في قيام العقد الموعود بإبرامه، إذا ارتضاه من صدر الوعد

لصالحه، قبل فوات المدة التي حددت له، واتصل رضائه هذا بعلم الواعد، قبل هذا الوقت أيضا، وقد حرص المشروع على أن ينص على قيام العقد الموعود بإبرامه، إذا ما ارتضاه الموعود له، على نحو ما يتطلبه القانون، وهو بذلك يريد أن يحسم خلافاً ثار في الفقه الفرنسي على الأخص حول ما إذا كان العقد الموعود بإبرامه يقوم بمجرد أن يأتي رضاه الموعود له به، أم أنه لا يترتب على هذا الرضاء إلا التزام الواعد بإبرامه، الأمر الذي يتطلب، عند نكول الواعد، الالتجاء إلى القضاء وإصدار حكمه بإيقاع العقد. وإذا كان الفقه في الكويت، كما هو الشأن في مصر، قد سار في الاتجاه الثاني، إلا أن المشروع أثر مع ذلك أن يتبنى الاتجاه الأول، توخياً للسير، ومنعاً لتفرقة تتجافى مع المنطق بين الوعد بالعقد والإيجاب به، إذا اقترن بميعاد للقبول وصار بذلك ملزماً، حيث يتجه الفقه إلى القول بقيام العقد في هذا النوع من الإيجاب. بمجرد أن يصدر القبول في ميعاده، ويتصل بعلم الموجب، دون حاجة به إلى أن يوقعه حكم القاضي. فليس من المعقول أن يكون للوعد بالعقد الذي هو في ذاته عقد، أثر أدنى من ذلك الذي يلحق الإيجاب المقترن بميعاد للقبول، وهو ذاته ليس عقداً، وإنما مجرد خطوة إلى العقد. وحتى لو اعتبر عرض الصفقة هنا عقداً، كما يغلب في الفقه الفرنسي، فهو بالنسبة إلى العقد المقصود في النهاية أدنى بالضرورة من الوعد بالعقد.

وتعرض المادة ٧٣، في فقرتها الثانية، للحالة التي يموت فيها الواعد، أو يفقد أهليته، قبل استعمال الموعود له الخيار الذي يمنحه إياه الوعد، وتبقى له على هذا الخيار، حتى إذا ما ارتضى قيام العقد الذي وعد به في الميعاد، قام وانعقد. وتجيء الفقرة الثالثة من المادة ٧٣ لتقضي بأن موت الموعود له لا يسقط الوعد، وينتقل خيار قبول العقد الموعود بإبرامه إلى خلفائه. على أن ذلك الحكم لا يتبع بالضرورة إذا كان الوعد قد أعطى للموعود له بمراعاة شخصه.

وقد حرص المشروع، في هاتين الفقرتين، على بقاء أثر الوعد قائماً برغم موت الواعد أو الموعود له، حتى يقطع مظنة سقوطه، قياساً على الإيجاب. وهو من بعد الحكم الذي استقر الفقه عليه، اعتباراً بأن الوعد عقد، ينشأ عنه التزام على الواعد بإبرام العقد، وحق للموعود له في إبرامه، والالتزام والحق لا ينقضيان بموت المدين أو الدائن.

والمادتان ٧٢ و ٧٣ وان تضمنتا أحكاماً مستحدثة، فهما في عمومهما مستمدتان من

القانون السويسري (المادة ٢٢ من مدونة الالتزامات)، والقانون البولوني (المادة ٦٢)، والقانون المصري (المادة ١٠١ والمادة ١٠٢)، والقانون السوري (المادة ١٠٢ والمادة ١٠٣)، والقانون الليبي (المادة ١٠١ والمادة ١٠٢)، والقانون العراقي (المادة ٩١) والقانون الأردني (المادة ١٠٥ والمادة ١٠٦)، وقانون التجارة الكويتي (المادة ١١٥).

التعاقد بالعربون:

عمد المشروع إلى تنظيم التعاقد بالعربون تنظيمًا متكاملًا، وخصه بأربع مواد. وذلك اعتبارًا منه بأهمية هذا النوع من التعاقد وشيوعه في المعاملات المالية، المدنية منها والتجارية على حد سواء.

تعرض المادة ٧٤ لدلالة العربون، إذا قام الشك حولها، وتمثل بذلك أمرها على القاضي غمة، فدفع العربون، عند إبرام العقد، قد يقصد به المتعاقدان تأكيد قيامه وأنه بالتالي بات، لا رجوع فيه ولا عدول عنه، وقد يقصد به المتعاقدان، على نقيض ما سبق، تخويل كل منهما خيار العدول عن العقد. والأمر هنا وهناك مرده إلى قصد المتعاقدين. وتقتصر مهمة القاضي في البحث عن هذا القصد.

ولكن قصد المتعاقدين قد يغم على القاضي وهنا يثور التساؤل حول الاتجاه الذي يفسر فيه هذا الشك، أيفسر دفع العربون على أن المتعاقدين قد قصدا به أن يكون عربون بتات أم عربون رجوع؟.

وفي سبيل الأخذ بهذا الاتجاه أو ذاك، اختلفت تقنينات الدول وتباينت أحكامها. فمنها ما سار في اتجاه عربون التبات، ومنها ما سار في اتجاه عربون الرجوع. وجاء القانون المصري الحالي وسار في اتجاه عربون الرجوع (المادة ١٠٣). وحذا حذوه أكثر قوانين البلاد العربية الأخرى التي استوحته، كالقانون السوري (المادة ١٠٤)، والقانون الليبي (المادة ١٠٣)، ولم يخالف هذا الاتجاه إلا القانون العراقي حيث اعتبر العربون، عند الشك، عربون بتات (المادة ٩٢). وجاء قانون التجارة الكويتي على نهج القانون المصري ليعتبر دفع العربون، عند الشك، عربون رجوع (المادة ١١٦ / ١).

وقد أثر المشروع أن يسير في اتجاه عربون الرجوع أيضا، فاعتبر دفع العربون وقت إبرام العقد، أنه يفيد، عند الشك قصد المتعاقدين في منح كل منهما خيار الرجوع

عن العقد. وهو بذلك أراد أن يتمشى مع حكم ألفه الناس في الكويت وساروا عليه، وأصبح بذلك أقرب إلى قصد المتعاقدين. وقد أدخل المشروع بعض التعديلات على صياغة نص المادة ١١٦ من قانون التجارة اقتضتها الملاءمة. فاستبدل بعبارة "الحق في العدول" عبارة "خيار العدول". لأنها أكثر دقة من وجه، وأكثر تمشياً مع مصطلحات الفقه الإسلامي من وجه آخر. كما إنه استبدل بعبارة "إلا إذا قضي الاتفاق بغير ذلك"، عبارة "ما لم يظهر أنهما (المتعاقدان) قصداً غير ذلك"، توخياً للدقة والانضباط، واعتباراً بأن قصد المتعاقدين في اعتبار العقد نهائياً قد يظهر من ظروف العقد ذاته، ومن غير أن يتفق عليه بطريق مباشر، كما إذا كان مبلغ العربون كبيراً، لم تجر العادة على دفعه باعتباره مخولاً خيار الرجوع في العقد.

وتعرض المادة ٧٥ للجزاء المترتب على عدول المتعاقد عن العقد الذي أبرمه مقترناً بدفع العربون، عندما يثبت له الخيار فيه. وتركز هذا الجزاء في قيمة العربون ذاته، لا أقل منه ولا أكثر، ما لم يتفق على غير ذلك. فإذا كان من عدل هو الذي دفع العربون، فقد، وأصبح مبلغ العربون بذلك حقا خالصاً للمتعاقد الآخر. أما إذا كان العادل هو من قبض العربون، التزام برده ودفع مثله.

واستحقاق قيمة العربون للمتعاقد الذي يحصل ضده العدول، لا يثبت له على سبيل التعويض عما رتب له هذا العدول، من ضرر، وإنما هو يستحق له اعتباراً بأنه مقابل استعمال غريمه خيار العدول. فالتعويض، في مجال العقد، يكون عند الإخلال بالالتزام الناشئ عنه. والمتعاقد بالعربون الذي يعدل عن العقد لا يفعل بعدوله إلا أنه يستعمل حقا ثابتاً له. ومن يستعمل حقه لا يخل فالجواز الشرعي ينافي الضمان. ولتقرير هذا الحكم، حرص المشروع على النص على أن مبلغ العربون يثبت لمن حصل ضده العدول، دون اعتبار لما يترتب عنه من ضرر له. فهو يستحق له، حتى ولو لم ينله من العدول أي ضرر، بل حتى لو استتبع له النفع، كما إذا أعاد الصفقة لآخر بثمان أكبر. وهو من ناحية أخرى، يستحق له دون زيادة عليه، حتى لو نجم له عن العدول ضرر يتجاوز، والعربون بهذه المثابة، يختلف اختلافاً أساسياً عن الشرط الجزائي، الذي هو تقدير اتفاقي للتعويض عن الإخلال بالالتزام.

والمادة ٧٥ مستوحاة من المادة ١١٦ من قانون التجارة الكويتي في شرطها الأخير،

والتي هي مستوحاة بدورها من الفقرة الثانية من المادة ١٠٣ مصري، وذلك بعد إدخال تعديلات لفظية اقتضتها الملائمة، من غير أن تغير في جوهر الحكم. وذلك الحكم يمكن له أن يتمشى مع السائد في الفقه الحنبلي، وإن كان يتخالف مع ما يقول به الفقه المالكي.

وتعرض المادة ٧٦ لتحديد المدة التي يباشر خلالها خيار العدول عن العقد، عندما يسمح هو بذلك لأي من المتعاقدين أو لكليهما. وإذا حدد الاتفاق لذلك مدة، أو جري العرف بتحديددها، لم تكن ثمة صعوبة، ووجب مباشرة رخصة العدول خلالها، وإلا تأكد قيام العقد. فإن لم تحدد مدة لمباشرة خيار العدول عن العقد عرفاً أو اتفاقاً، بقي هذا الخيار قائماً للمتعاقد، وحق له أن يعدل عن العقد، الى أن يصدر منه ما ينم عن رغبته في تأكيد قيامه، وبالتالي عن رغبته في النزول عن خيار العدول عنه. وتلك الرغبة من المتعاقد قد تجيء منه صراحة، وقد تستخلص دلالة من ظروف الحال، وعلى الأخص من قيامه، بعد دفع العربون أو قبضه، على حسب الأحوال، بتنفيذ الالتزامات التي يولدها العقد في ذمته.

وتجيء المادة ٧٦، في فقرتها الثانية، وتقضي بأن يعود المتعاقد الثابت له خيار العدول عن العقد عن تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه في الأجل المضروب لأدائها أو تراخيه في ذلك مدة لا تتجاوز المعقول والمألوف عند عدم تحديد أجل لها، من شأنه، أن يجيز للمتعاقد الآخر اعتبار ذلك منه عدولاً عن العقد، مباشرة منه للخيار الثابت له. وحكم المادة ٧٦ بفقرتها مستحدث. وهو مع ذلك لا يعدو أن يكون تقنياً لما سار الفقه والقضاء عليه.

وتعرض المادة ٧٧ لحالة استحالة تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد التي تطرأ بعد إبرامه مقترناً بخيار العدول، كما إذا ذبح البائع بالعربون البقرة المبيعة أو هدم المنزل، وتعذر بذلك عليه الوفاء بالتزامه بالتسليم على المشتري نتيجة خطئه. وتقضي هنا باعتبار استحالة التنفيذ في حكم العدول عن العقد، فلا يكون للمتعاقد الآخر أكثر من قيمة العربون المتفق عليه، على نحو ما تقضي به المادة ٧٥. فلا يكون له حق في التعويض. ذلك لأنه كان عليه أن يتوقع من غريمه أن يعدل عن العقد، مباشرة منه لخيار العدول الثابت له. فكأن ثمة ضرراً لم ينله. على أن هذا الحكم لا يسري، بطبيعة الحال، إلا إذا

وقعت استحالة تنفيذ الالتزام في الفترة التي يكون فيها خيار العدول قائماً لما يزل. فإن زال خيار العدول، وصار العقد بالتالي إلى بتاته، ثم وقعت استحالة تنفيذ الالتزام بخطأ المتعاقد، أثقلته المسؤولية وفقاً للقواعد القانونية العامة.

وتجيء الفقرة الثانية لتواجه حالة استحالة التنفيذ الراجعة إلى سبب أجنبي لا يد لأحد المتعاقدين فيه، كما إذا هلك محل الالتزام بقوة القاهرة. وهي تقضي هنا برد العربون إلى دافعه. وهذا الحكم إعمالاً للقواعد القانونية العامة. حيث أن العقد هنا يفسخ ويعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرامه.

والمادة ٧٧ بفقرتها نص مستحدث، وإن كانت فكرتها في مطلق عمومها، مستوحاة من المادة ٣٣٨ من القانون الألماني.

التعاقد بالمزايدة:

والتعاقد عن طريق المزايدة، في الفقه الإسلامي، جائز قضاءً، ولا غبار عليه ديانةً، وعلى الأخص بالنسبة إلى البيع، حيث سمي ”بيع المزايدة“ أو ”بيع من يزيد“، وذلك ما لم تكن المزايدة صورية، قصد بها التواطؤ على رفع الثمن. وقد أطلق فقهاء المسلمين على المزاد السوري الذي ابتغى به التواطؤ على رفع الثمن، ”النجش“.

وترسي المادة ٧٨، في فقراتها الأربع، القواعد العامة التي يقوم عليها التعاقد عن طريق المزايدة. وهي - بين النزعتين اللتين قامت في الفكر القانوني بصدد هذا النوع من التعاقد - تنحو منحى النزعة التي ترى الإيجاب في العطاء الذي يتقدم به المتزايد، تاركة النزعة التي ترى الإيجاب متمثلاً في الإعداد للمزاد وفتحه. فالإعداد للمزاد، أو حتى فتحه لا يعدو أن يكون من قبيل الدعوة إلى التعاقد. وفي ذلك يتمشى المشروع مع قانون التجارة الكويتي (المادة ١١٤)، والقانون المصري (المادة ٩٩)، والقانون السوري (المادة ١٠٠)، والقانون الليبي (المادة ٩٩)، والقانون العراقي (المادة ٨٩)، والقانون الأردني (المادة ١٠٣)، كما يتفق مع ما يقول به الفقه الإسلامي.

وعطاء المتزايد - وإن اعتبر إيجاباً - إلا أن صاحبه يبقى ملتزماً به إلى حين تقدم متزايد آخر بعطاء أفضل، أو إلى أن يقفل المزاد، دون أن يرسي على أحد، إذا كان عطاؤه هو الأفضل، وهذا ما تقرره الفقرة الأولى. وهو حكم يتفق مع ما يقول به الفقه الإسلامي،

الذي يرى، في مجموعه، وقوع عطاء المتزايد ملزماً لصاحبه فترة من الزمن، خلافاً للأصل العام الذي يقوم علي منح الموجب خيار الرجوع في إيجابه. وهذا الحكم الذي تقرره الفقرة الأولى يتمشى في الغالب من الأمر مع قصد المتعاقدين. فمن يتقدم بعطائه دون تحفظ، يريد بذلك بالضرورة أن يبقى عطاؤه قائماً، ويظل ملتزماً به إلى أن يتقدم متزايد آخر بعطاء يفوقه أو إلى أن يرسي المزاد عليه إذا كان عطاؤه هو أفضل عطاء، ثم أن هذا الحكم لا يعدو أن يكون تطبيقاً للأصل العام الذي سبق للمشروع أن قرره في المادة ٤١ منه والذي مؤداه أن يقع الإيجاب ملزماً، إذا اقترن بميعاد للقبول. فإذا كان من الممكن لهذا الميعاد أن يجيء صريحاً، فإنه قد يستخلص دلالة من الظروف. فإذا تقدم متزايد آخر بعطاء يزيد على عطاء من سبقه، سقط العطاء السابق، لمضي الفترة التي حددها صاحبه لقيامه، من غير أن يلحقه قبول. فإن كان عطاء المتزايد هو الأفضل وبالتالي الأخير، بقي وحده يتربص القبول. فإن أرسى المزاد على صاحبه اعتبر ذلك قبولا، وتم العقد، أما إذا قفل المزاد، دون أن يرسي عليه، سقط عطاؤه لفوات ميعاده أيضاً من غير أن يلحقه قبول.

وتقضي الفقرة الثانية بأنه لا يمنع من سقوط العطاء بعطاء أفضل منه أن يقع هذا العطاء الأخير باطلاً، كما إذا تقدم من مجنون أو من شخص يمنعه القانون من المزايدة، كعمال القضاء ونحوهم، أو أن يرفض العطاء الأفضل وهذا الحكم يتمشى تماماً مع قصد المتزايد الذي يرتضي بالتقدم بعطائه، أن يظل عطاؤه هذا قائماً فترة من الزمن، تتحدد بالتقدم من غيره بعطاء أكبر منه بغض النظر عن قيمة هذا العطاء الآخر في ذاته أو عن مصيره.

وتعرض الفقرة الثالثة لتحديد القبول الذي ينعقد به العقد، ويتمثل هذا القبول في إرساء المزاد ممن يتولاه. فلا ينعقد العقد لمجرد أن يتمثل العطاء هو الأفضل أو الاوحد. وإنما يلزم أن يلحقه قبول، وهو ما يجيء في صورة إرساء المزاد. وليس ثمة ما يمنع متولي المزاد من عدم قبول عطاء المتزايد، ولو كان هو الأفضل أو الأوحد، دون إخلال بما عساه أن يتحمل به من مسؤولية، وفقاً للقواعد العامة، ان تمثل رفض إرساء المزاد خطأً، كما إذا وقع دون مبرر معقول، وإن جرت عادة الكثيرين على مواجهة هذه الحالة بتضمين قائمة المزاد شرطاً يقضي بأن لمتوليه الحق في رفض إرسائه على المتزايد ذي العطاء الأفضل دون إبداء الأسباب.

وتستطرد الفقرة الثالثة، فتقرر استثناء للحكم الذي يقضي بقيام العقد بإرساء المزاد، في حالة وجود المصادقة على إرسائه من شخص معين أو هيئة معلومة. وهذا شائع في المزادات، وعلى الأخص في المزادات التي تقوم في شأن أموال ومشروعات الدولة أو غيرها من الأشخاص المعنوية العامة. وتقضي الفقرة الثالثة بعدم تمام العقد، في هذه الحالة، إلا بصدور المصادقة ممن يملكها، وإن ردت تاريخ انعقاد العقد عند حصولها إلى تاريخ رسو المزاد.

وتأتي الفقرة الرابعة لتتحفظ في شأن الأحكام التي أوردتها الفقرات السابقة عليها، بقولها أنها لا تسري في الأحوال التي ينص القانون على خلافها أو يظهر أن المتعاقدين قد قصدا حكما مغايرا لما تقضي به.

والمادة ٧٨ مستوحاة من القانون المصري (المادة ٩٩) وغيره من القوانين العربية الأخرى التي استوحته، ومن بينها قانون التجارة الكويتي (المادة ١١٤)، وهي مع ذلك تتضمن تعديلا كبيرا في الصياغة والمضمون، اقتضته الملاءمة التشريعية.

وتعرض المادة ٧٩ لصورة خاصة من المزادات، وهي تلك التي لا تتم علنا، بحيث يعرف المتزايد العطاءات المقدمة من غيره، وإنما تقدم فيها العطاءات، بحيث لا يعرفها المتزايدون الآخرون. وهذه هي الصورة التي جرى عرف التعاقد على أن يطلق عليها: المزادات أو المناقصات داخل مطروقات. والمناقصة ما هي إلا مزادة، ولكن لا في رفع المقابل الذي يعرضه المتزايد في نظير ما سوف يأخذ وإنما في الإقلال من المقابل الذي يرتضي أن يأخذه في نظير ما سوف يعطيه.

وتسري على المزادات أو المناقصات داخل مطروقات الأحكام العامة التي تسري على المزادات المنصوص عليها في المادة ٧٨. ويستثني من ذلك ما تعلق بالوقت الذي يبقي فيه العطاء قائما يلتزم به صاحبه. فالعطاء في المزادات داخل مطروقات يظل ملزما لصاحبه، حتى يبت متولي المزاد فيه مع غيره من العطاءات الأخرى، دون نظر إلى قيمته بالنسبة إلى قيمة غيره. فهو لا يسقط إذا اتضح أن ثمة عطاء أفضل منه. ويكون لمتولي المزاد ان يقبل العطاء الذي يراه له أفضل، دون أن يكون ملزما بالضرورة بقبول العطاء الأكبر في المزادة، أو الأقل في المناقصة، وذلك ما لم يقض القانون، في حالة خاصة بغيره، أو يتضح أن المتعاقدين قد قصدا خلافاً.

ونص المادة ٧٩ مستحدث. ومع ذلك فحكمه متفق تماما مع ما يجري العمل عليه. وهو من بعد يتمشى مع قصد المتعاقدين.

التعاقد بالاذعان:

وتجيء المادة ٨٠ لتحسم خلافاً ثار واحتدم، في الفكر القانوني في فرنسا وفي بلاد أخرى كثيرة غيرها، حول طبيعة عقد الاذعان ذاتها. وهو خلاف تركيز حول ما إذا كان عقد الاذعان يعتبر عقداً، وبالتالي تسري في شأنه أحكام العقود بوجه عام، أو أنه لا يعتبر كذلك.

وقد أثر المشروع أن يحسم هذه الخلاف العنيف الحاد حول عقود الاذعان، فناصر فكرة العقدية في صدها، قاضياً، في المادة ٨٠ أنه: ”لا يمنع من قيام العقد أن يجيء القبول من أحد طرفيه اذعاناً لإرادة الطرف الآخر، بأن يرتضي التسليم بمشروع عقد وضعه مسبقاً، ولا يقبل مناقشة في شروطه“. والمشروع بذلك يغلب الرأي السليم، الذي ناصره القضاء دوماً، فضلاً عن كثرة من الفقهاء، وقد راعى في ذلك أن الطرف المدّعن، ولو كان في مركز اقتصادي أو اجتماعي أضعف بكثير من غريمه، ولو أن رضاه يأتي على صورة التسليم بشروطه والاذعان لمشيئته، إلا أنه مع ذلك رضاه قائم وكاف لقيام العقد. ثم إن علاج رضوخ الطرف المدّعن لإرادة غريمه والتسليم بشروطه من غير مناقشة فيها لا يتمثل في رفض فكرة العقدية في ذاتها، وإنما في حماية هذا الطرف الضعيف عندما تقتضيها المصلحة واعتبارات العدالة. وهو الأمر الذي عمد المشروع بالفعل إليه في المادتين التاليتين.

والمادة ٨٠ مستوحاة، في مجموعها، من المادة ١/١٦١ تجاري كويتي، التي هي مستوحاة بدورها من المادة ١٠٠ من القانون المصري، عبر المادة ١/١٦٧ عراقي، ولكن المشروع عدل في صياغة المادة ٨٠، تعديلاً كبيراً استهدف به تحقيق الغاية التي استهدفها وهو تقرير صفة العقدية في عقد الاذعان، حسماً للخلاف الكبير الذي احتدم حولها، وذلك بطريق صريح ومباشر. ثم أن المشروع، بصياغته للمادة ٨٠، يتفادى العيب الذي يشوب صياغة النص المصري والنصوص العربية الأخرى التي نقلت عنه. فهذه النصوص جاءت في صياغة من شأنها أن تجعلها تقنع بمجرد عرض الطريقة التي يتم عليها القبول في عقود الاذعان، من غير أن تقرنه بأي حكم إيجابي، على الأقل بطريق

مباشر، وليس هذا هو الشأن في التشريع، بل هو الشأن في الفقه.

وتقرر المادة ٨١ حماية فعالة للطرف المدعن - وهي الغاية التي استهدفها الفكر القانوني دوماً - اعتباراً بأنه في قبوله العقد يرضخ لإرادة المتعاقد الآخر ويسلم بشروطه من غير نقاش. وتركز الحماية في تجنيبه المدعن أثر أعمال الشروط التعسفية الجائرة المحجفة به. وهي تكون كذلك إذا جاءت متجافية مع ما ينبغي أن يسود التعامل من شرف ونزاهة، أو مع ما يستوجهه من مراعاة مقتضيات حسن النية. وتثبت هذه الحماية، حتى لو كان المدعن يعلم بها وشملها بالتالي رضاؤه.

وسبيل الطرف المدعن إلى توفير الحماية لنفسه هو أن يلجأ إلى القضاء، الذي له، بناء على طلبه، وعلى حسب الأحوال، ووفقاً لما تقتضيه العدالة، أن يعدل من الشروط التعسفية بما يرفع إجحافها عن الطرف المدعن، أو يعفيه كلية منها. ويقع باطلاً كل اتفاق من شأنه أن يرفع تلك الحماية بوجهيها.

والمادة ٨١ مستوحاة من نص المادة ٢/١٦١ تجاري كويتي، التي هي بدورها مستوحاة من نص المادة ١٤٩ مدني مصري عبر المادة ٢/١٦٧ مدني عراقي، بعد إجراء تعديلات في الصياغة، اقتضتها الملاءمة.

وتعرض المادة ٨٢ لتفسير الشك الذي يبقى في عبارات عقد الإذعان الغامضة، والتي لا تصل وسائل التفسير إلى تبديده، وتقتضي بان هذا الشك يفسر دائماً، وفي كل الأحوال، لمصلحة الطرف المدعن، وهذا مظهر آخر من مظاهر الحماية للجانب الضعيف في عقد الإذعان.

والمادة ٨٢ مستوحاة من نص المادة ٣/١٦١ من قانون التجارة الكويتي، الذي هو بدوره مستوحى من نص المادة ١٥١ مدني مصري، عبر المادة ٣/١٦٧ مدني عراقي.

ولكن المشروع أجرى تعديلاً جوهرياً في الصياغة، توخياً للدقة. فلم يشأ أن يقول أن تفسير العبارات الغامضة يكون في مصلحة الطرف المدعن - لأن ذلك ليس هو المقصود. وإنما قال بأن الذي يفسر لمصلحة الطرف المدعن هو الشك الذي يبقى، بعد أن يعتمد القاضي إلى وسائل التفسير المختلفة بغية إزالة غموض العبارة. كما أن المشروع لم يشأ أن ينص على أن الشك يفسر لمصلحة الطرف المدعن، ولو كان دائماً. وإنما استعاض عن ذلك بالقول بأن الشك يفسر دائماً لمصلحته. إذ أن تفسير الشك

لمصلحة الدائن، أمر تقتضيه القواعد العامة نفسها في بعض الأحيان ويحصل ذلك كلما كان من مقتضى الشرط الغامض أن يؤدي إلى تقرير حكم يخالف القواعد العامة، فيفسر هذا الشرط على النحو الذي يسايرها، ولو كان من شأن ذلك أن يعود بالنفع على الدائن، كما هو الحال في شروط الإعفاء من المسؤولية أو شروط الإعفاء من الضمان، في صورته العديدة.

(ب) سلامة الرضاء:

الرضاء قوام العقد وأساسه وركنه الركين. فلا قيام للعقد بغيره، بحيث أنه إذا انعدم الرضاء بطل العقد. ولكن توافر الرضاء، وإن مكن للعقد أن يقوم، إلا أنه بذاته غير كاف، ليكون العقد بمنأى عن كل خلل يعتريه. إذ يلزم كذلك، أن يجيء الرضاء سليما. وهو لا يكون كذلك، إلا إذا صدر عن شخص متمتع بأهلية إجراء العقد، وجاء خاليا من العيوب التي تشوبه، وهي تلك التي استقر الفكر القانوني على أن يطلق عليها "عيوب الرضاء".

والمادة ٨٣ تستهدف إبراز هذه الفكرة. وهي، وإن كانت تقرر حكما عاما بات مسلما، إلا أنها لا تخلو من كل فائدة. فإلى جانب كونها تتضمن تركيزا وتأصيلا لفكرة أساسية في العقد، فهي تتمثل تقديما منطقيًا للنصوص التالية التي تعرض لأحكام الأهلية ولبطوب الرضاء.

الأهلية:

وترسي المادة ٨٤ الأصل العام في صدد التمتع بأهلية إجراء العقود. ومؤداه أن هذه الأهلية تثبت للشخص، ما لم يقرر القانون عدم أهليته لإجراء العقد أو نقصها. وذلك مبدأ مسلم في الفقه الإسلامي وفي القانون المعاصر على حد سواء. وتكاد المادة التي أتى بها المشروع أن تكون مطابقة في صياغتها لنص المادة ١١٧ تجاري كويتي، حيث لم تأت عليه إلا بتعديل جد طفيف لا يغير في المدلول. فقد أثر المشروع أن يستعمل عبارة: "ينقص منها" (من الأهلية) بدلا من عبارة (يحد منها) حتى يتمشى النص مع السائد في لغة القانون، حيث يقال عادة: "نقص الأهلية" و"ناقصو الأهلية"، ولا يقال: "الحد من الأهلية" أو "محدودو الأهلية".

وثمة حالة لم يتطرق إليها شك ولم يقع في صددها خلاف، وتلك هي حالة الصغير الذي لما يبلغ سن الرشد، فهو عديم الأهلية أو ناقصها، بحسب ما إذا كان غير مميز أو مميزاً، من غير حاجة إلى تدخل من القاضي وبعبارة الفقه الإسلامي، هو محجور لذاته. والعلة في ذلك واضحة، إذ أن مرجع الصغير أو القصر هو السن. والسن أمر موضوعي، ليس من شأنه أن يثير كبير خلاف، وإن أثاره، أمكن حسمه من غير حاجة إلى تدخل من القاضي.

أما المجنون والمعتوه، فقد اختلفت في شأن الحجر عليهما قوانين البلاد العربية. فالقانون المصري (المادة ١١٣) لا يجعل منهما محجورين لذاتهما وإنما يتطلب لايقاع الحجر عليهما حكم القاضي، بل انه لا يجعل هذا الحجر سارياً في مواجهة الغير إلا بتسجيله، وقد ساير القانون المصري في ذلك كل من القانون السوري (المادة ١١٤) والقانون الليبي (المادة ١١٣). أما القانون العراقي (المادة ٩٤) فقد أخذ بحكم يتخالف مع حكم القانون المصري ولكنه يتوافق مع ما جاءت به المجلة (المادة ٩٥٨) ومع ما يسود في الفقه الإسلامي من أن المجنون والمعتوه، كالصغير، محجور عليهما لذاتهما، أي بحكم الشرع وبغير حاجة إلى تدخل القاضي. وقد نهج القانون الأردني نفس النهج الذي اتبعته المجلة، وسايرها فيه من قبل القانون العراقي.

وقد أثر المشروع أن يسير في هذا الاتجاه، قاضياً في الفقرة الأولى من المادة ٨٥، بأن المجنون والمعتوه كالقاصر، محجور عليهما لذاتهما، وهذا الذي أخذ به المشروع، فضلاً عن توافقه مع ما يقول به الفقه الإسلامي وتبنته المجلة، هو الذي يتفق مع طبيعة الأمور نفسها. إذ أن الجنون والعتة يمسان من الإنسان ذات عقله. وهما من بعد أمران واضحا يدمغان ببصماتهما تصرفات صاحبهما، بحيث يصعب عدم التعرف عليهما، إلا فيما ندر.

ومن ناحية أخرى انعقد الاجماع في الفكر القانوني المعاصر على وجوب تدخل القاضي لايقاع الحجر على السفه وذي الغفلة. ذلك لأن السفه والغفلة لا يمسان من الانسان إدراكه، كما هو الشأن عند الصغير والمجنون والمعتوه، وإنما مجرد تدييره أمره، فهما يتمثلان في ضعف بعض الملكات الضابطة للنفس، يعترى الانسان فيجعله يسرف في انفاق ماله، أو يغبن في معاملاته. وذاك أمر لا يمكن الاطمئنان إلى وجوده

ما لم يثبت منه القاضي. كما أن في الفقه الإسلامي، اتجاها قويا يقول بوجود تدخل القاضي لإيقاع الحجر على السفية. ويناصر هذا الرأي في الفقه الحنفي أبو يوسف. ولكن محمدا عارضه، حيث قال أن الحجر يثبت بنفس السفه، ولا يتوقف على القضاء، وقد أخذت المجلة برأي محمد وأبي يوسف من حيث الحجر على السفية، وبرأي أبي يوسف من حيث لزوم حكم القاضي لوقوعه. والغفلة عند الحنفية، نوع من السفه. وهو ما أقرته المجلة (المادة ٩٤٦).

وقد أثر المشروع أن يسير على نهج المجلة فجاءت المادة ٨٥ وفقرتها الثانية تقضي بأن الحجر لا يقع على السفية وذو الغفلة إلا بحكم القاضي. كما قضت بأن المحكمة تحجر عليهما وترفع الحجر عنهما وفقا لما تقتضيه ظروف الحال، أي تمشيا مع علة الحجر ثبوتا وزوالا. كما استوجبت شهر الحكم الصادر بالحجر على السفية وذو الغفلة، حماية للغير، باتاحة الفرصة لهم في العلم بالحجر أو برفعه حتى لا يفاجأوا به وبما عساه أن يترتب عليه من أثر في صدد العقود التي أبرموها، ونصت كذلك على أنه يتم شهر الحجر ورفعها وفق قواعد يصدر بها قرار من وزير العدل.

وتعرض المادة ٨٦ لأهلية الأداء. وأهلية أداء التصرفات مناطها الإدراك أو التمييز. فهي تدور معه وجودا وعدما، كما لا ونقصانا. والقانون يعتبر الصبي غير المميز عديم الإدراك. وهو بالتالي منعدم الأهلية. وتقع تصرفاته كلها باطلة، ولو أجازها وليه. لأن التصرف الباطل لا تلحقه الإجازة وقد نصت المادة ٨٦ في فقرتها الأولى، على هذا الحكم. وهي في ذلك تتفق مع القوانين المعاصرة كلها عربية كانت أم أجنبية. وهي أيضا تتوافق مع ما يقضي به الفقه الإسلامي، ومع ما تقضي به المجلة (المادة ٩٦٦).

ولم يتفق فقهاء الشرع الإسلامي حول تحديد السن الذي يتجاوز في الصغير مرحلة انعدم التمييز، فيصير بذلك صبيا مميزا. ولم تحدد المجلة بدورها هذا السن. والسائد عند الحنفية أن مرحلة إنعدام التمييز تصاحب الصبي من ميلاده إلى بلوغه سن السابعة قمرية من عمره. وهم في ذلك يستندون إلى حديث الرسول، صلوات الله عليه ” مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع“.

وقد حددت المادة ٨٦، في فقرتها الثانية، سن التمييز بسبع سنوات كاملة. وهي في ذلك تتمشى مع رأي سائد في الفقه الإسلامي، يناصره على الأخص الأحناف، مع

ملاحظة الفارق بين القمرية والشمسية في السنين، إذ أن السنوات السبع التي تتطلبها المادة ٨٦ تحسب وفقا للتقويم الميلادي، إعمالا للأصل العام الذي سبق للمشروع أن قرره في المادة ٨. وحكم المادة ٨٦/٢ يتوافق أيضا مع الكثير من قوانين البلاد العربية كمصر وسوريا وليبيا والعراق والأردن، ومع الكثير أيضا من قوانين البلاد الأوروبية كالقانون الألماني (المادة ١٠٤).

والمادة ٨٧ لا تعدو، في مجموع أحكامها، أن تكون تقنيننا لما يقول به الفقه الإسلامي، في صدد حكم تصرفات الصبي المميز. ولما جاءت به المجلة، وسار عليه الكثير من قوانين الدول العربية. فهي تقضي، في فقرتها الأولى، بصحة تصرفات الصبي المميز، إذا كانت نافعة له نفعاً محضاً، وبطلان تصرفاته الضارة به ضرراً محضاً، وهي بذلك تمنحه أهلية الإغتناء، وتحظر عليه أهلية الافتقار. وتعرض، في فقرتها الثانية، لتصرفات الصبي المميز الدائرة في ذاتها بين النفع والضرر، أي تلك التي بمقتضاها يأخذ الصبي ويعطي، بغض النظر عن مدى ما يخلص له شخصياً من نفع أو خسارة، نتيجة أخذه وعطائه. فالعبرة هنا هي بطبيعة العقد ذاته، وليس بمدى ما يترتب عنه في النهاية من غنم أو غرم. وتقرر بأنها قابلة للإبطال لمصلحته.

وقد أثر المشروع هنا أن يأخذ بفكرة القابلية للإبطال كجزء يرد على عقد القاصر، دون فكرة العقد الموقوف. ذلك لأن وقوع العقد قابلاً للإبطال فيه حماية أكبر للقاصر من وقوعه موقوفاً على الإجازة فالعقد القابل للإبطال ينتج آثاره بمجرد انعقاده، مع تخويل القاصر حق إبطاله. وهو حق يمكن لمن له الولاية عليه أن يباشره فوراً نيابة عنه، أو يباشره هو بنفسه عند بلوغه رشده. فكأنه يمكن بذلك للقاصر أن يفيد من العقد، إذا كان له فيه مصلحة، من غير حاجة إلى أي إجراء يتخذه هو أو وليه. فإن تلمس فيه بعد بلوغه رشده. ضرراً له، أو تلمسه فيه وليه حال قصره، أمكن له أن يطلب من القاضي الحكم بإبطاله بنفسه أو بوساطة وليه، فيزول بذلك أثره من وقت إبرامه. ثم إن فكرة العقد الموقوف ليست فكرة إسلامية بالمعنى الشامل. وإنما هي فكرة قال بها الحنفية والمالكية، ولم يأخذ بها من مذاهب السنة، لا الشافعية ولا الحنابلة، فيما عدا إحدى الروايات عن الإمام أحمد، أخذ فيها بنظام العقد الموقوف.

ولعل ميزة فكرة قابلية العقد للإبطال، كجزء يرد على تصرفات القاصر وغيره من

ناقصي الأهلية، على فكرة العقد الموقوف هي التي حدت بالأغلبية الكبرى من قوانين البلاد العربية إلى أن تأخذ بها دونها. فلم يسلك النهج المغاير إلا القانون العراقي، ثم القانون الأردني، بل لعل هذا القانون الأخير لا يأخذ بفكرة العقد الموقوف على نحو مطلق (تراجع المادة ١٢٨/٢، والمادة ١٣٤/١ أردني).

وقد حرص المشروع أن يتحفظ في شأن وقوع تصرفات القاصر الدائرة بين النفع والضرر قابلة للإبطال، فنص على أنها تأخذ هذا الحكم، مع مراعاة ما تقضي به النصوص التالية وغيرها من أحكام القانون الأخرى، وهو بذلك أراد الإشارة إلى الأهليات الخاصة التي تثبت للقاصر في إبرام نوع أو آخر من التصرفات، سواء ما تقضي به منها النصوص الواردة في هذه الباب، أم أحكام القانون الأخرى.

وتعرض المادة ٨٧، في فقرتها الثالثة، للمدة التي يعتبر فيها القاصر صغيرا مميزا، قاضية بأنه يعتبر كذلك، بدءا من سن التمييز إلى بلوغه سن الرشد، وذلك ما لم تكن به عاهة في عقله.

وحددت المادة ٨٨، الثامنة عشرة من العمر سنا يمكن للصغير بعد بلوغه إياه أن يؤذن في إدارة أمواله. وهو نفس السن الذي يحدده قانون إدارة شؤون القصر (المادة ٩) للإذن بالادارة من ولي القاصر أو وصيه على حسب الأحوال، إذا آنس منه القدرة على أن يتولى إدارة أمواله بنفسه. ويكون الإذن مطلقا أو مقيدا، وفق ما يراه مصدره.

وتقضي المادة ٨٩، بجواز سحب الإذن للصغير في الإدارة أو تقييده، بعد إعطائه إياه. فالإذن بالإدارة يستهدف ابتلاء الصغير وتجربته. فإن لم تثبت جدارة الصغير في أداء ما أذن فيه وجب سحب الإذن منه. وإن كان ذلك لا يمنع بالضرورة صدور الإذن له من جديد، إذا تبين لوليه أو وصيه أنه اكتمل ما كان يفتقده.

وإذا جاز سحب الإذن في الإدارة لولي الصغير أو وصيه على حسب الأحوال، إلا أن هذا الإذن لا يبطل بزوال الولاية عمن أعطاه، وقد حرص المشروع على أن يصرح بهذا الحكم دفعا لأية مظنة، واعتبارا منه بأن الإذن للصغير في إدارة أمواله مستقل عمن يصدره ممن تكون له الولاية على أمواله، فلا يتأثر بموته أو بزوال أهليته أو بعزله. والمشروع في ذلك يجاري القانون العراقي (المادة ٩٨) والقانون الأردني (المادة ١١٩) وإن خالف المجلة (المادة ٩٧٦).

وتتطلب المادة ٩٠، أن يحصل الإذن بالإدارة أو سحبه أو تقييده بأشهاد رسمي، توخيا للانضباط، وذلك دون أخلال بما يقضي به قانون إدارة شئون القصر بالنسبة إلى المشمولين بوصاية إدارة شئون القصر، حيث يكفي أن يصدر الإذن في الإدارة أو سحبه أو تقييده وفق ما يقضي هو به، لما في ذلك من كفاية في تحقيق الغاية المطلوبة.

وتعرض المادة ٩١ للتظلم من رفض الإذن في الإدارة، سحبه أو تقييده بعد اعطائه، وتجزئه، إذا كان الرفض أو التقييد أو السحب قد صدر من الوصي. أما الولي فلم ير المشروع أن يجعل على رفضه الإذن لصغيره أو سحبه أو تقييده معقبا، احتراماً للأبوة وحفاظاً على أواصر العلاقة بين الولد وأبيه من وجه، ولكون الولي أبا كان أم جدا بعيدا عن المظنة، من وجه آخر.

وقد أجاز المشروع التظلم للصغير نفسه، كما أجاز لإدارة شئون القصر ولكل ذي شأن آخر. ويرفع التظلم إلى المحكمة وفقا للقواعد والإجراءات التي يقضي بها قانون المرافعات. وللمحكمة أن تأذن للقاصر في إدارة أمواله كلها أو بعضها، إذنا مطلقا أم مقيدا، وفق ما ترى، وذلك إذا تبين أن رفض الوصي الإذن أو تقييده أو سحبه لا يستند إلى أساس. فإن قضت برفض طلب القاصر تعين عدم قبول تجديده قبل مضي سنة من التاريخ الذي يصبح فيه رفضها نهائيا.

وتعرض المادة ٩٢ لأهلية الصغير المميز المأذون في الإدارة وتقرر له، في الفقرة الأولى منها، أهلية إجراء كل التصرفات التي تقتضيها إدارة أمواله التي تسلم له، سواء أكانت تعتبر هي في ذاتها من أعمال الإدارة، كالاتفاق الذي يبرمه الصبي مع مقاول على ترميم منزله أو مع ميكانيكي لإصلاح سيارته وكتأجير أمواله، أو من أعمال التصرف، كوفاء واستيفاء الديون الناشئة عن إدارة المال، وبيع وشراء ما يلزم لها. ثم تجيء المادة ٩٢، في فقرتها الثانية، وتستثني، من أعمال الإدارة التي يكون للصغير المأذون اجراءؤها إيجار المال لمدة تزيد على سنة، منقولا كان هذا المال أو عقارا. وذلك نظرا لما قدم ينجم للصغير من ضرر من الإيجار الذي تزيد مدته على هذا القدر. وإذا كان إيجار عقار القاصر لمدة سنة لا يمنع من امتداده في الحالة التي يقضي فيها القانون بذلك، إلا أن الحد من أهليته فيما يتجاوز هذه المدة لا يكون مجردا من المصلحة له حتى في هذه الحالة.

وتقرر المادة ٩٣، في فقرتها الأولى، للصغير المميز، أيا ما كانت سنه، أهلية التصرف فيما يعطى له من مال لأغراض نفقته. وهذا الحكم يتمشى مع واقع حياة الناس، حيث يقوم الصغير بنفسه بإنفاق ما يعطى له من مصروف.

ثم انه لا خوف أن يسمح للصغير أن يتصرف فيما يعطى له من مال لأغراض نفقته، لضآلة هذا المال من وجه، ولخضوع الصغير لرقابة ذويه في إنفاقه من وجه آخر. بحيث يمكنهم أن يحجبوه عنه كله أو بعضه، إن رأوا منه تذبذبا. وبعد هذا كله فمال النفقة يعطى للصغير لكي يصرفه بنفسه، ومن ثم لزم الإقرار له بأهلية التصرف فيه كاملة.

وقد حرص المشروع على أن يطلق أهلية الصغير في التصرف فيما يعطى من ماله لأغراض نفقته، فلم يقيد بها بقيد، حتى يتيح له التصرف فيه على نحو ما يريد، ولو جاء ذلك منه على سبيل التبرع. لأنه إن فعل، فلم يتبرع إلا بقليل، لا يضره أو يؤثر به غيره على نفسه. في حين أن تبرعه بهذا القليل يربى فيه، على حداثة سنه، أسمى الفضائل وأنبها طرا، من غيرية وإيثار ومساعدة المحتاجين وإحسان إلى الفقراء. ولا يقتصر هذا الحكم، على منح الصبي المميز، أيا ما كانت سنه، أهلية التصرف فيما يعطى من مال لأغراض نفقته، وإنما يقرر له أيضا أهلية أداء التصرفات الأخرى، طالما جاءت في حدود تلك الأغراض. والمشروع يريد بذلك أن يتيح للصبي أن يشبع بنفسه حاجته اليومية، كأن يشتري شيئا يلزمه من غير أن يدفع في الحال ثمنه، أو يقترض مالا يشتري به هذا الشيء.

وتأتي المادة ٩٣، في فقرتها الثانية، تحدد مسؤولية الصغير المميز عن الالتزامات الناشئة عن التصرفات التي يجريها بنفسه لأغراض نفقته، بما يعطى إياه من مال لهذه الأغراض.

والمادة ٩٣ مستوحاة من المادة ٦١ من قانون الولاية على المال في مصر مع تعديلات أساسية في الصياغة توخيا للدقة والانضباط.

وتعرض المادة ٩٤ لأهلية إبرام عقد العمل والتصرف فيما يجيء ثمره العمل من مال، أجرا كان أم غيره. وقد ارتأى المشروع، لثبوت هذه الأهلية، أن يحدد سن الصغير المميز بالخامسة عشرة من عمره، اعتبارا بأن هذه السن، فضلا عن كونها مناسبة، فهي تلك التي تحدها الاتفاقات الدولية، كحد أدنى لتشغيل الأحداث (الاتفاقتان الدوليتان

الصادرتان من مؤتمر هيئة العمل الدولية رقم ٥٩ و ٦٠ لسنة ١٩٣٧ - المادة ٣٦٧ من مدونة العمل الدولية)، وإن كان الاتجاه الدولي يسير نحو رفعها إلى السادسة عشرة.

وإذا كان المشروع قد ارتأى تحديد سن الخامسة عشرة، لكي تثبت للصغير المميز أهلية إبرام عقد العمل والتصرف فيما يكسبه من عمله، فهو لم يغفل عن أن قانون العمل الكويتي يجيز تشغيل الأحداث عند بلوغهم الرابعة عشرة (المادة ١٨ من قانون العمل في القطاع الأهلي)، فضلا عن أن هذه السن أدنى من متطلبات هيئة العمل الدولية التي تتمتع دولة الكويت بعضويتها، فهي سن يغلب ألا يصل فيها الصغير إلى الإدراك الكافي الذي يؤهله لإبرام عقد العمل وللتصرف فيما يجيء ثمرة كسبه من عمله. ثم ان قانون العمل الكويتي، وإن شمل بحمايته السخية العمال الذين يخضعون لأحكامه، فهناك طوائف عديدة من العمال مبعدة عن دائرة سلطانه.

والغاية التي يتوخاها المشروع من تقرير أهلية خاصة للصغير المميز، عند بلوغه الخامسة عشرة من عمره، لإبرام عقد العمل وللتصرف فيما يكسبه من عمله، أجزا كان أو غيره، هي التيسير عليه، دون التخلي عما يلزم لحمايته، فهو يتيح للصغير، في هذه السن، أن يبرم عقد العمل بذات نفسه، دون حاجة إلى أن يلجأ إلى وليه أو وصيه. وبهذه المثابة يستطيع أن يتخير بنفسه العمل الذي يروقه. ثم انه يتفادى ما قد يكون من شأنه أن يفوت عليه فرصة الحصول على مورد رزقه، سيما إذا كان تدخل الوصي يتطلب إجراءات معينة تقتضي وقتا قد يطول، كما هو الشأن بالنسبة إلى المشمولين بوصاية إدارة شؤون القصر.

والمشروع مع ذلك لم يترك القاصر بعيدا عن الحماية. فهو لم يطلق أهليته في إبرام عقد العمل. إذ هو يحددها بإبرام هذا العقد لمدة سنة، إذا كان محدد المدة. أما إذا كان عقد العمل غير محدد المدة، ففي قواعد قانون العمل ما يحمي القاصر على وجه كاف، حيث يجوز له أن ينهي العقد في أي وقت يشاؤه، بعد المدة التي يتطلبها القانون للتنبية على رب العمل برغبته في إنهائه، وهي مدة تتراوح بين سبعة أيام وخمسة عشر يوما على حسب الأحوال وفق ما تقتضي به المادة ٥٣ من قانون العمل في القطاع الأهلي.

أما أهلية التصرف، فيما يكسبه الصغير المميز البالغ من العمر خمسة عشر عاما من عمله، أجزا كان أم غيره، فهي، من وجه نتيجة طبيعية لأهلية إبرام عقد العمل، وهي من وجه آخر، تشجيع للصبي على أن يعمل ويكسب.

وإذا كان المشروع يمنح الصغير، عند بلوغه الخامسة عشرة، أهلية إبرام عقد العمل، وأهلية التصرف في أجره وفي غيره مما يكسبه من عمله، فقد حرص، توخيا لحمايته، على أن يحدد مسؤوليته الناجمة عن الوفاء بالتزاماته الناشئة عن هذه التصرفات بالأموال التي عادت عليه من كسب عمله.

وتأتي المادة ٩٤، في فقرتها الثانية، وترخص للمحكمة في أن تقيد أهلية الصغير في التصرف في أجره وفي غيره مما يعود عليه من عمله، إذا رأت لذلك مقتضيا. والمشروع، وإن كان في تقريره أهلية الصغير المميز في التصرف فيما يكسبه من عمله من أجر وغيره، قد استوحى المادة ٩٣ من قانون الولاية على المال في مصر، مع جعل السن خمسة عشر عاما بدلا من ستة عشر، إلا أنه قد استحدث الحكم الذي يقرر أهلية إبرام عقد العمل ذاته ببلوغ تلك السن. وهو في هذا الصدد يتوسط، من بين قوانين بلادنا العربية، بين نهجين: نهج يقرر للصغير المميز أهلية إبرام عقد العمل بمجرد بلوغه سن التمييز، أي سن السابعة، وهو النهج الذي سار عليه القانون المصري (المادة ٦٢)، ونهج لم يحدد أهلية خاصة لإبرام عقد العمل، الأمر الذي اقتضى بلوغ سن الرشد لثبوت الأهلية في إبرام عقد العمل، اعتبارا بأنه عقد يتردد بين النفع والضرر. وكل من هذين النهجين لا يخلو من تطرف. وقد ارتأى المشروع أن يسلك بينهما طريقا وسطا، فحدد لثبوت أهلية إبرام عقد العمل خمسة عشر عاما، وهي نفس السن اللازمة لثبوت الأهلية في التصرف فيما يعود على الصغير من عمله أجرا كان أم غيره.

وتقرر المادة ٩٥ للصغير، عند بلوغه الثامنة عشرة من عمره أهلية إبرام الوصية. ولم يشأ المشروع أن يقيد هذه الأهلية بوجوب صدور إذن المحكمة، على نحو ما يقتضيه قانون الوصية في مصر (المادة ٥ من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦). لأن في تطلب هذا الإذن، من الناحية العملية، ما يقعد الصغير عن إشباع رغبته المشروعة في أن يؤثر، بعد موته ببعض ماله، من تجوز له الوصية قانونا، وهو بعد غض الالهاب، لم يألف التعامل مع المحاكم.

وتعرض المادة ٩٦ لاكتمال أهلية الأداء ببلوغ سن الرشد، وللحكم العام لعوارض الأهلية بعد بلوغ الرشد ومؤدى نصها أن الأصل أنه ببلوغ الإنسان سن الرشد، يصبح كامل الأهلية لأداء كافة التصرفات القانونية، اعتبارا بأن إدراكه حينئذ يكتمل. وهو، عند

بلوغه هذه السن، يصبح كامل الأهلية بقوة القانون، ومن غير لزوم لإتباع أي إجراء من أي نوع كان. وسن الرشد إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة.

على أن اكتمال الأهلية ببلوغ سن الرشد يقوم على افتراض توافر العقل وحسن التدبير في الإنسان، وهو افتراض يتمشى مع الغالب من الناس، فإن كانت في الصبي علة في عقله أو في تدبيره أمره، كان لمن له ولاية على ماله، أو لأي ذي شأن آخر، أن يرفع الأمر للقاضي طالبا الحكم باستمرار الولاية أو الوصاية على حسب الأحوال. على أنه ينبغي أن يرفع هذا الطلب إلى القاضي قبل بلوغ سن الرشد. فإن بلغ الصبي سن الرشد، من غير أن يطلب استمرار الولاية أو الوصاية على ماله، انتهت هذه أو تلك بقوة القانون، ويصبح الطريق في إضفاء الحماية على الشخص متمثل في نظام القوامة.

وإذا صار الصبي إلى رشده، واكتملت عنده بالتالي أهلية أدائه، فإنه يستمر على هذا النحو ما قدر له أن يعيش، ما لم يطرأ عليه عارض من عوارض الأهلية التي يحددها القانون.

وتعرض المادة ٩٧ للحالة التي يدعي فيها ناقص الأهلية توافر الأهلية عنده، أو يعمد إلى إخفاء النقص في أهليته. وهي حالة لا تعدم الحصول في واقع حياة الناس. وتجيء الفقرة الأولى، لترسي الأصل العام في هذا الخصوص. ومؤداه أن مجرد إدعاء الشخص توافر الأهلية لديه، حالة كونه في الواقع ناقصها، لا يغير شيئا من حقيقة أمره، ولا يمنعه بالتالي من أن يتمسك بنقص أهليته. وهذا حكم بين واضح. فعلى كل متعاقد أن يتأكد بنفسه من توافر الأهلية فيمن يتعاقد معه، دون أن يركن لمجرد كلامه. ثم أن حماية ناقص الأهلية تتضاءل إلى حد بالغ، إذا كان في مجرد تصريحه بأهليته ما يمنعه من ان يتمسك بما يعتورها من نقص.

وتقضي المادة ٩٧، في فقرتها الثانية، بمسئولية القاصر عن التعويض عن الضرر الذي يرتبه الإبطال لمن تعاقد معه، إذا كان في سبيل إخفاء نقص أهليته، قد لجأ إلى طرق تدليسية من شأنها أن تحمل على الاعتقاد بتوافر الأهلية لديه. وهذا الحكم لا يعدو أن يكون تطبيقا للقاعدة العامة في المسئولية التقصيرية. وقد حرص المشروع على أن يتطلب في الطرق التدليسية التي من شأنها أن تثقل ناقص الأهلية بالمسئولية. أن يكون من شأنها أن تحمل على الاعتقاد بتوافر الأهلية عنده. فالمعيار هنا ليس شخصا يتعلق

بذات المتعاقد مع القاصر. ولكنه معيار موضوعي، أساسه الشخص العادي. فإذا كانت الحيلة، التي أخفى بها القاصر نقص الأهلية قد انطلت على المتعاقد نفسه، وما كانت لتنطلي على غيره من سواد الناس وجمهورتهم، فإنها لا تصلح دعامة للمسئولية.

وإذا كانت الفقرة الثانية قد خصت بالذكر القاصر، دون غيره من ناقصي الأهلية، فإن ذلك يرجع إلى أن الحيلة التي يمكن أن تتخذ سبيلا لإخفاء سنه يمكن أن تنطلي على الشخص العادي، كما إذا زورت شهادة ميلاده. أما بالنسبة إلى غير القاصر من ناقصي الأهلية، فيصعب أن تنطلي الحيلة على الشخص العادي، أما بسبب ما يمليه عليه الحرص في الكشف في السجلات الخاصة بشهر سبب النقص في الأهلية، كما هو الحال في السفه أو الغفلة، وأما بسبب الضعف الظاهر في الإدراك الذي لا يخفي على فطنته. كما هو الشأن في العته.

وترخص الفقرة الثالثة من المادة ٩٧ للقاضي بأن يحكم على سبيل التعويض المستحق على القاصر نتيجة التجائه إلى الغش لإخفاء نقص أهليته، برفض الدعوى التي يرفعها بإبطال العقد. وما هذا إلا مجرد تطبيق للقاعدة العامة في التعويض العيني.

وتعرض المادة ٩٨ للمجنون من حيث أهلية أداء التصرفات. وتقضي، في فقرتها الأولى، بإنعدام هذه الأهلية عنده. وهذا حكم تفرضه طبيعة الأمور ذاتها، ويجمع عليه فقهاء المسلمين، كما يجمع عليه الفكر القانوني المعاصر على حد سواء. إذ أن الجنون خلل يلحق من الإنسان عقله، فيعدم الإدراك عنده، والأهلية مناطها الإدراك، تدور معها وجودا وعدما كما لا ونقصانا.

على أن الشخص لا يكون عديم الأهلية، إلا عندما يعتريه الجنون. فالعلة تدور مع معلولها. فإن كان الجنون غير مطبق، بحيث تتخلله فترات إفاقة، وبرم الشخص العقد أثناء فترة منها، كان عقده سليما. إذ الفرض انه أبرمه وهو عاقل، وهذا هو ما تقرره الفقرة الثانية. وهو حكم يقول به فقهاء المسلمين، وأقرته المجلة (المادة ٩٨٠).

وحكم تصرفات المجنون، من البطلان أو الصحة، على حسب ما إذا كان الشخص عند إبرامها، مجنونا أو عاقلا، لا يتأثر بتنصيب القيم أو عدم تنصيبه. فعلة الحكم هي في ذات اضطراب العقل. وتنصيب القيم أو عدم تنصيبه لا يؤثر في ذلك الاضطراب. ومن هنا كان الحكم في الفقه الإسلامي، أن المجنون محجور عليه لذاته، مثله في ذلك مثل

الصغير، مميزا كان أم كان غير مميز. وهو نفس الحكم الذي سبق للمشروع أن تبناه في المادة ٨٥ فقرة أولى.

وقد حرص المشروع على أن يصرح، في الفقرة الثالثة، بأن تنصيب المحكمة قيما على المجنون لا يغير من الأحكام التي تنظم الأهلية عنده دفعا لأية مظنة، برغم أنه لا يعدو أن يكون تطبيقا لما سبق له أن أورده من أن المجنون محجور عليه لذاته.

وتواجه المادة ٩٩ أهلية المعتوه، ويلاحظ في ذلك الخصوص أن فقهاء المسلمين اختلفوا على تحديد المقصود من العته. فرأى البعض منهم أنه نوع من الجنون، يتميز بأن صاحبه لا يلجأ إلى العنف، فهو جنون هادئ. ورأى البعض الآخر أنه، وإن تشابه مع الجنون في كونه يقوم مثله على علة تلحق العقل، إلا أنه يتخالف معه في أن الخلل الذي يقوم عليه أدنى درجة من ذاك الذي يقوم عليه الجنون، بحيث لا يعدم عند صاحبه الإدراك، وإنما ينقصه فحسب.

وإذا كان الفرق بين الجنون والعته يتمثل، في واقع الأمر، في خيط رفيع، يترك أمر التقدير فيه لقاضي الموضوع، إلا أنه قائم على أية حال. والمصلحة هي في تقرير الخلاف بين الجنون والعته، ليتغاير الحكم في شأنهما. فإن كان الخلل الذي يلحق العقل يعدم عند صاحبه الإدراك. اعتبر جنونا يعدم الأهلية بغض النظر عن هدوء الشخص أو هياجه. أما إذا كان الخلل لا يعدم من الإنسان إدراكه، وإنما ينقصه فحسب، اعتبر عتها، ونقصت الأهلية بسببه، دون أن تنعدم وهذا هو الاتجاه الذي أثر المشروع أن يسايره، مقتفيا أثر المجلة وما سار على دربها من قوانين دولنا العربية، كالقانون العراقي والقانون الأردني. وقضت المادة ٩٩ بأنه تسري على تصرفات المعتوه الأحكام التي تخضع لها تصرفات الصغير المميز المنصوص عليها في المادة ٨٧.

ولم يشأ المشروع أن يساير المجلة والقانون العراقي والقانون الأردني، فيكتفي بالقول بأن المعتوه هو في حكم الصغير المميز، رغبة منه في تقييد ما يثبت للمعتوه من أهلية بتلك التي يقررها المشروع للصغير المميز بوجه عام في المادة ٨٧ منه، دون الأهليات الخاصة التي تقررها للصغير المميز المواد التي تتلوها.

وتعرض المادة ١٠٠، لإثبات الجنون أو العته، وإذا كانت القاعدة العامة هي أن يفترض في الشخص، عند إجرائه تصرفا ما، إن الإرادة كانت متوافرة لديه حال إبرامه،

ما لم يثبت العكس، وهي القاعدة التي، سبق للمشروع أن قننها في المادة ٢٣/٢، إلا انه أراد أن يأخذ بحكم مغاير في صدد المجنون أو المعتوه، عندما يكون جنونه أو عته مشهورا، أو عندما يكون القاضي قد عين له قيما، ليقرر، في هذه الحالة وتلك افتراض إبرام التصرف، حالة الإفاقة، على من يدعيه. وهو حكم يجد له ما يبرره ويسوغه إذ أن الشخص الذي يشتهر عنه الجنون أو العته، أو ذلك الذي يعين له القاضي قيما، يكون في أغلب أوقاته فريسة هذا الأمر أو ذلك، بحيث تتمثل فترات افاقته إن تواجدت، قليلة عارضة. ولقد أراد المشروع أن يتمشى مع الغالب، فيفترض حصوله، ليلقي بذلك عبء إثبات النادر على من يدعيه.

ويعرض المشروع، في المواد ١٠١ إلى ١٠٦، لأحكام تصرفات السفه وذي الغفلة. والأصل أن حكم تصرفات السفه وذي الغفلة واحد، اعتبارا بأن كلا من السفه والغفلة يتشابهان في انهما لا يمسان من الإنسان عقله، وإنما مجرد تدييره أمره - على ما تقدم - وقد تمشى المشروع كأصل عام مع فكرة وحدة الحكم في تصرفات كل من السفه وذي الغفلة في تقريره في المادة ١٠١ الأصل العام في هذا الخصوص، وكذلك في المادة ١٠٢، حيث أجاز لكليهما إبرام الوقف والوصية، متى أذن لهما به القاضي.

ومع ذلك، لم يغفل المشروع عن أن التماثل بين السفه والغفلة غير قائم، وأن ثمة خلافا بينهما، وإن لم يعظم. فإن كان كل منهما يتمثل في ضعف بعض الملكات الضابطة للنفس، فإن هذا الضعف في السفه يحمل صاحبه على تبذير ماله، في حين أنه، في الغفلة، يحمل صاحبه على أن يغبنه غيره في معاملاته، لفرط الطيبة في قلبه، ولما يعتريه من سذاجة. وهذا ما أدى بالمشروع إلى أن يخص السفه، دون ذي الغفلة، بأهلية إدارة أمواله، إذا أذنت المحكمة في ذلك، وتحت رقابتها، ليصل بذلك إلى مرتبة الصغير المميز عند بلوغه الثامنة عشرة. كما أنه أدى به أيضا إلى أن يمنحه، دون ذي الغفلة، أهلية إبرام عقد العمل والتصرف فيما يكسبه من عمله، أجرا كان أم غيره، تحت رقابة المحكمة، ليأخذ بذلك حكم الصغير المميز عندما يبلغ الخامسة عشرة من عمره.

وتقرر المادة ١٠١ الأصل العام الذي يحكم تصرفات كل من السفه وذي الغفلة. فتقضي بأن ما جاء من تلك التصرفات بعد صدور الحجر وشهره تسري عليه أحكام تصرفات الصغير المميز المنصوص عليها في المادة ٨٧ من المشروع. أما ما جاء منها

قبل شهر قرار الحجر، فيقع صحيحا، ما لم يكن قد أبرم بالتواطؤ توقعاً للحجر. وهذا الذي تقرره المادة ١٠١، من جعل نقص الأهلية عند كل من السفية وذي الغفلة رهينا بصدور قرار الحجر وشهره، لا يعدو أن يكون إعمالاً للفكرة التي تقضي بأنهما ليسا محجورين لذاتيهما، وإنما يقع حجرهما بحكم القاضي.

أما شهر قرار الحجر، فقد تطلبه المشروع حماية للغير، بإتاحة الفرصة لهم في العلم بالحجر، فإن كان قرار الحجر لما يصدر، أو كان قد صدر ولكنه لما يشهر، وتعاقد السفية مع شخص يعلم بدعوى الحجر أو حتى بالعزم عليها، فعمداً معاً إلى إبرام العقد تواطؤاً منهما على استباق الزمن، فوت عليهما المشروع قصدهما، وأهدر احتياليهما، وأعطى تصرفهما الحكم الذي كان ليأخذه، لو أنه أبرم بعد قرار الحجر وشهره.

وقد اقتصر المشروع على النص على التواطؤ توقعاً للحجر، باعتبار أن من شأنه إعطاء تصرف السفية أو ذي الغفلة، قبل شهر قرار الحجر، حكم تصرفه الذي يبرم بعد ذلك، دون أن يقرب به الاستغلال، على خلاف ما فعل القانون المصري وبعض القوانين العربية الأخرى التي استوحته كالقانون الأردني. إذ أن الاستغلال أصبح عيباً عاماً يشوب الرضاء، ويمكن بالتالي إعمال حكمه على تصرفات السفية أو ذي الغفلة بدون نص خاص، إذا استبان أن من تعاقد معه قد عمد إلى استغلال طيش بين أو هوى جامع أو ضعف ظاهر فيه.

وتمنح المادة ١٠٢ للسفية وذي الغفلة، على خلاف الأصل، أهلية إبرام الوصية والوقف، شريطة أن تأذن المحكمة لهما في إبرامهما، والمشروع في ذلك يحذو حذو كل من القانون المصري (المادة ١١٦ / ١) والقانون الأردني (المادة ١٣٠ / ١).

وقد ارتأى المشروع المصلحة في منح السفية وذي الغفلة أهلية إبرام الوصية والوقف. برغم كونهما من أعمال التبرع، وإن كان قد اشترط لإجرائهما منهما اذن المحكمة. وذلك اعتباراً منه بأنهما تصرفان يتسمان بنزعة شخصية تخص السفية أو ذي الغفلة وحده، دون القيم عليه، وأن الواجب ألا يحرم هذا أو ذاك من أدائهما، لما عساه أن يكون له فيهما من هدوء البال أو راحة الضمير أو إشباع نزعة إنسانية أو دينية سامية. ثم أنه لا خوف مما يبرمانه، طالما أن الأمر يتم بإذن المحكمة، التي تعمل حكمتها في الرقابة.

يملكونها أو يسيطرون عليها لحساب أنفسهم.

فإن لم يرق مالك الشيء أو حارسه، في وقت مناسب، باتخاذ ما يلزم من التدابير لدرء خطر الشيء، جاز لمن يتهدده أذاه، أن يحصل على ترخيص من القضاء في إجرائها بنفسه على حساب مالكة أو حارسه، على أن يتحملا بنفقتها متضامين. ولا محل لأذن القاضي في حالة الاستعجال.

وقد استوحى المشروع حكم المادة ٢٤٤ من القانون المصري (المادة ١٧٧ / ٢) والقوانين العربية الأخرى التي سارت على نهجه ومن بينها قانون العمل غير المشروع الكويتي (المادة ١٧ / ٢).

وإذا كان المشروع، في إيراد المادة ٢٤٤، قد استوحى القوانين السابقة، إلا أنه أدخل في سبيلها تعديلات جوهرية، وذلك من حيث الصياغة والمضمون، وتتركز هذه التعديلات في نواح ثلاث:

(الأولى) عمم المشروع فكرة تمكين الناس من درء الخطر الذي يتهددهم من الأشياء. فلم يقصرها على البناء، كما هو الشأن في القانون الكويتي الحالي وغيره من كافة القوانين الأخرى. فليس لانفراد البناء بالحكم أي مبرر. إذ أنه يمكن لغيره من الأشياء، أي ما كان نوعها أو طبيعتها، أن تهدد بدورها الناس بالخطر، كشجرة مائلة تنذر بالوقوع، أو كلب شرس لم يحكم صاحبه طريق الوقاية من أذاه.

(الثانية) لم يقف المشروع عند حد جعل الالتزام باتخاذ التدابير اللازمة لدرء ضرر الشيء على مالكة، وإنما جعله أيضا على حارسه، في الأحوال التي يكون فيها الحارس غير المالك. فكون الالتزام يثقل المالك وحده لا يعدو أن يكون أثرا لفكرة قديمة تجاوزها الزمن، مؤداها أن المسؤولية عن ضرر الشيء تقع على مالكة، في حين أنها أصبحت اليوم على حارسه، فطالما أن حارس الشيء أصبح هو الذي يتحمل بالمسؤولية عما ينجم عنه من ضرر، وجب أن يتحمل بالالتزام باتخاذ التدابير التي من شأنها أن تمنع حدوث هذا الضرر منه. ومع ذلك فقد ارتأى المشروع أن يثقل أيضا بالالتزام كاهل المالك الى جانب الحارس، وهو بعد ذلك وشأنه مع هذا الأخير. وقد دعا إلى ذلك ما لاحظته من أنه قد تتعدر معرفة الشخص الذي تكون له حراسة الشيء، في وقت لا يحتمل الكثير من التأخير.

(الثالثة) اعفى المشروع الشخص الذي يتهدهه الخطر، في حالة الاستعجال، من الحصول على إذن القاضي في اتخاذ ما يلزم من التدابير اللازمة لدرئه على نفقة حارسه ومالكه، تحقيقا للمصلحة من وجه، وتمشيا مع القواعد العامة في التنفيذ العيني للالتزام من وجه آخر.

(ثانيا) تعويض الضرر عن العمل غير المشروع:

ترسي المادة ٢٤٥ الأصل العام بالنسبة إلى من يتولى تحديد التعويض في طبيعته ومداه، وتلقى هذه المهمة على القاضي، إذا لم يتفق صاحبا الشأن - وهما المضرور والمسئول على تحديده بنفسيهما .

فلا يوجد ثمة ما يمنع من أن يتفق المضرور والمسئول على التعويض في طبيعته ومداه، فمثل هذا الاتفاق يقع صحيحا، بشرط أن يجيء بعد قيام المسؤولية، لا قبله.

وتعرض المادة ٢٤٦ لطبيعة التعويض الذي يحكم به القاضي، مقررة في الفقرة الأولى، أنه يكون بالنقد . على أن تقدير التعويض بالنقد لا يمنع القاضي من أن يستجيب لطلب المضرور في أن يكون التعويض عينيا، كلما كان ذلك ممكنا، فالتعويض العيني هو الأصل.

وإن قام التعويض النقدي عنه بديلا، فما ذلك إلا لأنه يقع متعذرا في الغالب من الحالات، فان تيسر، وطالب المضرور به، جاز للقاضي أن يستجيب للمضرور، فيحكم له بأي أداء يكون من شأنه أن يصل به إليه، كأن يحكم له بالزام المسئول برد الشيء إلى أصله، أو أن يؤدي له عين ما غصبه منه أو شيئا آخر يماثله أو أن ينشر في الصحف ما يكون من شأنه أن يعلم الناس بعدم صدق ما نسبته إليه، ردا لاعتباره.

وتعرض المادة ٢٤٧ لمدى التعويض الذي يحكم به القاضي وهي تقرر، في الفقرة الأولى، أن القاضي يقدر التعويض في مداه بالقدر الذي يراه جابرا للضرر، وفق ما تحدده المادتان ٢٣٠ و ٢٣١.

فمقدار التعويض يتحدد بقدر ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب، إذا كان ذلك نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع، بأن لم يكن في المقدور تفاديهما ببذل الجهد المعقول الذي تقتضيه ظروف الحال من الشخص العادي، وسواء بعد ذلك أن

يكون الضرر ماديا أو أدبيا.

فإذا لم يتيسر للقاضي، عند الحكم، أن يحدد مدى الضرر بصفة نهائية، فإنه يجوز له، وفق ما تقضي به الفقرة الثانية، أن يحكم للمضروب بالتعويض عما تحقق بالفعل من عناصر الضرر، ويحتفظ له بالحق في أن يطالب مستقبلا، في خلال مدة يحددها، بإعادة النظر في التقدير، ليشمل التعويض العناصر الأخرى التي يمكن لها أن تتحقق في تاريخ لاحق.

ويعرض المشروع، في المواد ٢٤٨ إلى ٢٥١، للتعويض عن ذات إصابة النفس، مما تستحق عنه الدية وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية.

وتأتي المادة ٢٤٨ لتقضي بأن هذا التعويض يتحدد بمبلغ جزافي يقدره القاضي سلفا، وهو ما يتمثل في الدية الشرعية نفسها.

والمشروع إذ يفعل ذلك، يخالف الأصل العام المقرر في القانون المعاصر المتمثل في ترك تحديد مقدار التعويض للمحكمة، لينحو منحى الفقه الاسلامي القاضي بأن يكون التعويض بقدر الدية، كاملة كانت أم في جزء منها، وهو عين الحكم الذي يقرره قانون تنظيم الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع الكويتي الحالي (المادة ٢١). ولم يرَ المشروع إلا ان يلتزمه ويسايره.

والتعويض عن ذات إصابة النفس يتحدد بالدية طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية. وحاصل هذا، بادئ ذي بدء، أن ذلك التحديد لا يكون إلا حيثما تكون إصابة النفس مما يمكن أن تقوم عنها الدية أو الارش، فان لم تبلغ الإصابة مبلغ ما تدفع عنه الدية أو الارش، وفق ما تقضي به احكام الشرع الإسلامي، وينص عليه جدول الديات الصادر بمرسوم، فإن التعويض عنها يكون وفق ما يقدره القاضي حسب ما يراه جابرا للضرر. ويتفق هذا الحكم مع ما يقول به الفقه الإسلامي من أن في قطع الاعضاء والجراح التي تصيب الإنسان فتنقص من المنفعة أو الجمال، والتي لا يوجد فيها قصاص، وليس لها دية أو أرش مقدر شرعا، تجب غرامة متروكة لتقدير القاضي، وتسمى حكومة العدل. مثال ذلك كسر غير السن من العظام وما كان بسيطا من الخدوش والجراح وقد أثر المشروع أن ينحو نحو قانون تنظيم الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع القائم، فلا يفرق في استحقاق الدية، باعتبارها تعويضا عن ذات إصابة النفس، لجنس أو لسن

أو لدين أو لجنسية أو لأي اعتبار آخر . فالناس كلهم في ذلك سواسية : المرأة كالرجل، والصغير الكبير، والعظيم كالبسيط، والذمي كالمسلم والعربي كغير العربي . والمشروع اذ يخالف في ذلك بعض ما ورد في أقوال فقهاء المسلمين، حيث فرقوا في مقدار الدية بسبب الذكورة والأنوثة والدين والحرية، إلا أنه قد أدخل في اعتباره ما أخرجه البيهقي عن الزهري من أن دية النصراني واليهودي كانت مثل دية المسلم في زمن النبي وأبي بكر وعثمان، وأنها لم تنقص إلى النصف إلا في عهد معاوية، حيث أخذ نصفها الآخر لبيت المال . ثم انه قد روي عن ابن عليه وأبي بكر الأصم أنهما قالوا: بخلاف رأي الجمهور، أن دية المرأة كدية الرجل مستندين إلى قول الرسول : « في النفس المؤمنة مائة من الإبل»، دون تفرقة بين الرجل والمرأة.

والدية لا تتمثل تعويضا إلا عن ذات إصابة النفس . وهي بهذه المثابة لا تمنع من التعويض، وفق ما يقدره القاضي، من كافة عناصر الضرر الأخرى، ان تواجدت، كالضرر الناشئ عن القعود عن الكسب وفقد العائل ومصروفات العلاج والآلام حسية كانت أم نفسية، وغير ذلك كله من كافة صروف الأذى التي تلحق الناس في أنفسهم أو في أموالهم . وقد حرصت المادة ٢٤٨ على أن تبرز هذا الحكم دفعا لأية مظنة.

وتقرر المادة ٢٤٩ أن الدية لا تدخل في الضمان العام لدائني المستحق، ما بقيت مستحقة له على من يلتزم بأدائها . وقد راعي المشروع في ذلك أن الدية تستحق اما عن ازهاق الروح، واما عن إصابة تلحق الجسد . وهي بهذه المثابة تستحق عن امور محض شخصية، فلا ينبغي أن يسمح للدائنين أن تمتد يدهم إليها، ابتغاء استيفاء ديونهم منها، طالما أنها لم تدفع بعد إلى مستحقها . ويترتب على إخراج الدية من الضمان العام المقرر للدائنين، طالما بقيت مستحقة لم تدفع، أن هؤلاء لا يستطيعون حجز عيها لدى الملتزم بها، ولا أن يطالبوه بها باسم مدينهم ونيابة عنه بمقتضى الدعوى غير المباشرة . أما إذا دفعت الدية بالفعل لمن يستحقها، فإنها تختلط بأمواله، وتدخل بذلك في الضمان العام لدائنيه .

وتظهر أهمية الحكم الذي تقرره المادة ٢٤٩، على وجه الخصوص، في حالة استحقاق الدية عن إزهاق الروح، حيث تتمثل تركة يتقاسمها الورثة دون أن يكون لدائني المصاب أن يستوفوا منها ديونهم .

وتقضي المادة ٢٥٠ بأن الدية التي تستحق عن فقد النفس تعتبر تركة يتقاسمها الورثة وفقا لانصباثهم الشرعية، وهو الحكم الذي يقول به الفقه الإسلامي، إعتبارا بأن الدية المستحقة للمتوفي عن وفاته تدخل في ماله. وقد سبق لقانون تنظيم الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع أن ساير هذا الحكم (المادة الأولى). ولم يشأ المشروع إلا أن يلتزمه.

ويأتي المشروع، في المادة ٢٥١، ليعرض لمقدار الدية، محددًا إياه بعشرة آلاف دينار. وإذا كان الأصل في الدية أنها تتحدد، وفق أحكام الشرع الإسلامي، بمائة من الإبل، فليس يوجد، في ظل هذا الشرع الأغر، ثمة ما يمنع من أن يتحدد مقدارها بالنقود.

وقد أجاز المشروع تعديل مقدار الدية النقدي الذي حدده بغية إتاحة الفرصة في التمكين من جعله متمشيا دوما مع مستوى الأسعار. وتعديل مقدار الدية النقدي مبدأ مسلم في الفقه الاسلامي، ودليل ذلك ما روي من أن الدية كانت في عهد الرسول، عليه أفضل صلوات الله، ثمانمائة دينار أو ثمانية آلاف درهم، وأنها بقيت كذلك حتى استخلف عمر، فرأى أن أثمان الإبل قد ارتفعت، فزاد الدية إلى الف دينار أو اثني عشر الف درهم (المهذب ج٢ ص ٢١٠)، وقد أثر المشروع أن يجعل تعديل مقدار الدية بمرسوم، توخيا للسرعة واليسر في إجراءاته.

وقد أجاز المشروع، في الفقرة الثانية من المادة ٢٥١، أن يصدر بمرسوم جدول للديات وفق أحكام الشرع الإسلامي. تتحدد بمقتضاه حالات استحقاق الدية كليا أو جزئيا. وقد أثر أن يسلك هذا السبيل لما لاحظته من أن الأمر يستدعي تفصيلات يضيق عنها القانون.

وتعرض المادة ٢٥٢ للصورة التي يمكن للقاضي أن يحكم بأن يؤدي المسئول التعويض عليها. فإلى جانب الصورة العادية التي يجيء عليها أداء الحكم بالتعويض، والمتمثلة في إلزام المسئول بأدائه فورا ومنجزا، فإنه يسوغ للقاضي أن يحكم بأداء التعويض على أقساط معينة يحددها. كما أن له أن يحكم بأداء التعويض على هيئة إيراد يرتب للمضروب لمدة معلومة أو لمدى الحياة.

وإذا حكم القاضي بأن يكون أداء التعويض على أقساط، أو في صورة إيراد مرتب،

فإنه يجوز له، إذا رأى لذلك مقتضيا، أن يحكم بالزام المسئول بتقديم تأمين كاف يضمن للمضرور استيفاء ما أجل من التعويض.

وتواجه المادة ٢٥٣ المدة التي ينبغي أن ترفع خلالها دعوى المسؤولية عن العمل غير المشروع، وهي ترسي، في الفقرة الأولى، الأصل العام المتمثل في وجوب رفع تلك الدعوى خلال ثلاث سنوات تبدأ من وقت علم المضرور بالضرر الحاصل له وبمن يجعله القانون مسئولا عن تعويضه، أو خلال الخمس عشرة سنة التالية لوقوع العمل الضار، أي المدتين أقصر. فإذا لم ترفع الدعوى خلال أي من هاتين المدتين أقصر، وبعبارة أخرى، أي من هاتين المدتين تنقضي أولا، فإنها تسقط إذا تمسك بذلك المسئول بطبيعة الحال.

وتورد المادة ٢٥٣، في فقرتها الثانية، استثناء على الأصل العام الذي تقرره في فقرتها الأولى، في صدد دعوى المسؤولية عن العمل غير المشروع الذي يتمثل في نفس الوقت جريمة جنائية، قاضية بارتباط المسؤولية المدنية بالمسؤولية الجنائية في هذه الحالة، بحيث تبقى الأولى ما بقيت الثانية قائمة، حتى لو انقضت المدة المحددة لها بحسب الأصل.

والحكم الذي يقرره المشروع، في المادة ٢٥٣، يتفق في مجموعه مع ما تقضي به المادة ٣٢ من قانون الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع الحالي، وإن كان المشروع قد أدخل عليها بعض التعديلات في الصياغة والمضمون اقتضتها الملاءمة.

ويعرض المشروع في المادة ٢٥٤، لاتفاقات الإعفاء من المسؤولية عن العمل غير المشروع، مقررا بطلانها، سواء أكان الإعفاء كليا أم جزئيا، كلما كان الاتفاق حاصلًا قبل قيام المسؤولية ذاتها. وهو في ذلك ينحو منحى القانون المصري (المادة ٢١٧/٣) وغيره من قوانين البلاد العربية الأخرى التي سارت على نهجه، ومن بينها قانون التجارة الكويتي (المادة ٢١٩/٣).

على أن الذي يبطل هو الاتفاق الذي يعفى كليا أو جزئيا من المسؤولية عن العمل غير المشروع والذي يبرم قبل قيامها، فإن جاء الاتفاق بعد قيام المسؤولية بالفعل، فإنه يقع صحيحا. لأنه، في مثل هذه الحالة، لا يعدو أن يكون نزولا من المضرور كليا أو جزئيا عن حقه في التعويض بعد وجوده. والنزول عن الحق بعد قيامه يقع صحيحا، طالما توافرت فيه الشروط التي تقتضيها القواعد القانونية العامة.

الفرع الثاني - ضمان أذى النفس

(المواد ٢٥٥ - ٢٦١)

يستهدف المشروع، بالاحكام التي يوردها في باب ضمان أذى النفس، الحفاظ على الدم المسفوك من أن يضيع هدرا، بحيث يضمن للمصاب دمه، في الأحوال التي تقعد فيها أحكام المسؤولية عن العمل غير المشروع عن التعويض عنه، وذلك ما لم يكن المصاب قد عمد إلى إهدار دمه بنفسه أو صدر منه ما يتدني إلى مرتبته، وما لم يكن الشخص قد أحدث بغيره الضرر حالة كونه يدافع شرعا عن نفسه أو ماله أو عن نفس الغير أو ماله.

والمشروع إذ يستهدف تلك الغاية، يروم أن يتجاوب مع أحكام الشريعة الإسلامية الغراء، فيما تضمنته من مبدأ أساسي هام، تركز في القول المأثور عن علي بن أبي طالب كرم الله وجهه : « لا يطل دم في الإسلام ».

وإذا كانت القواعد التقليدية في ظل القانون المعاصر، والتي ما فتئت قوانين أكثر بلادنا العربية تلتزمها، تقف في تقرير المسؤولية عن الدم المسفوك عند الحالة العادية التي تكون نتيجة خطأ يقع من شخص معلوم أو ما هو في حكم الخطأ، فإن المشروع تعدي ذلك ليعرض لحالة أخرى شائعة في واقع الحياة وهي التي يسفك فيها الدم بفعل شخص معلوم، ولكن من غير أن يقع منه خطأ أو ما هو في حكمه، مقررا الجزاء على من يكون قد باشر سفك الدم، لمجرد أنه باشره، على أن المشروع هنا، إذ يقرر تحميل المباشر بغرم الدم المسفوك، فهو يقصر حكمه على من يكون قد باشر الضرر بشيء مما يتطلب لخطورته على الناس عناية خاصة كالسيارات ونحوها من المركبات بل وغير ذلك من كل شيء خطر آخر، كما يقصر الجزاء على ما يكون للضرر الناشئ عن الإصابة في النفس ذاتها . وقد أراد بذلك أن يبقى مسائرا لقانون العمل غير المشروع الكويتي الحالي، وكذلك فإنه يتمشى، في هذا الخصوص، مع القاعدة الأصيلة التي تسود نظام الضمان في الفقه الإسلامي، ومؤداها أن المباشر ضامن ولو لم يتعمد أو يتعد، وإن لم يطابقها.

ولم يرد المشروع أن يقف عند الخطوة التي خطاها القانون الكويتي الحالي، على جليل خطورها وعظيم نفعها، بل أثر أن يسير في طريق ضمان الدم المسفوك خطوة أخرى

لا تقل عن الخطوة التي سبقتها أهمية ولا نفعاً، وتتركز هذه الخطوة الجديدة في وجوب ضمان الدم المسفوك في الحالة التي يبقى فيها المسئول أو الضامن مجهولاً، ويتعذر بذلك على صاحبه الوصول إلى جبره تعويضاً أو ضماناً، وهي حالة من المؤسف أن تكون شائعة الوقوع في دولة الكويت، شأنها في هذا شأن غيرها من بلاد الدنيا قاطبة . والاحصاءات الرسمية على ذلك خير شهيد.

والمشروع، إذ يعمد إلى ضمان الدم المسفوك، عندما يتعذر على صاحبه الوصول إلى جبره تعويضاً أو ضماناً، بسبب عدم الوصول إلى معرفة المسئول أو الضامن . فهو لا يفعل أكثر من أن يساير التشريع الإسلامي الاغر فيما يقضي به من التزام بيت المال بدفع دية من يتعذر معرفة المسئول عن دمه قصاصاً أو دية .

وإذا كان من الممكن أن تقوم الدولة بالتعويض عما يصيب الناس من أضرار، إذا تعذر الوصول إلى معرفة المسئول عنه، سواء الحقت هذه الأضرار النفس أم المال، إلا أن المشروع أثر مع ذلك أن يقنع اليوم، شأنه في ذلك شأن غيره من كثير من القوانين الحديثة في أوروبا وأمريكا وأستراليا، بالوقوف عند الضرر الذي يلحق النفس، وهو الأخطر والأهم، حتى إذا ما استقر المبدأ واستوعبته حضارة الجيل، أمكن بعد ذلك النظر في تعميمه .

وتبسط المادة ٢٥٥ القاعدة العامة في ضمان أذى النفس، مما يستوجب الدية وفقاً لأحكام الشرع الإسلامي وما يتضمنه جدول الديات، ملقبة غرمه على من يكون قد باشره، وهي في ذلك عمدت إلى أن تساير الفقه الإسلامي، مستلهمة منه قاعدته الأساسية التي تسود نظام الضمان فيه، ومؤداها أن المباشر ضامن ولو لم يتعمد أو يتعد .

وإذا كانت المادة ٢٥٥ قد لجأت إلى الفقه الإسلامي تغرف من معينه الفياض قاعدة أن المباشر ضامن ولو لم يتعمد أو يتعد، إلا أنها لم تعمل هذه القاعدة على إطلاقها . فقد قصرتها على أذى النفس دون تلف المال بل على ما تجب فيه الدية من أذى النفس دون غيره مما عده من صروفه . ثم أنها تطلبت لاعمالها أن يكون الضرر قد بوشر بشيء من الأشياء التي تتطلب لخطورتها عناية خاصة ممن يتولى امرها، كسيارة ونحوها . فضلاً عن هذا الأمر وذاك، فإن المشروع في المادة ٢٥٨ قد قيد تطبيق القاعدة الإسلامية العريقة، شأنها في ذلك شأن حالات ضمان أذى النفس الأخرى، بعدم وقوع الضرر

نتيجة تعمد المصاب الحاق الأذى بنفسه، أو نتيجة سوء سلوك فاحش ومقصود من جانبه، والمشروع، إذ يجعل اعمال قاعدة أن المباشر ضامن ولو لم يتعمد تحت ظله، في حدود هذه القيود الثلاثة السابقة، لم يفعل إلا أن يساير قانون تنظيم الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع الحالي، فيما قضت به المادة ١٩ مكرر منه.

وإلى جانب تلك القيود الثلاثة، صرح المشروع بقيد آخر، فتطلب لثبوت الضمان، ألا يكون مباشر الضرر قد أتاه وهو ملتزم حدود الدفاع الشرعي عن نفسه أو ماله أو عن نفس الغير أو ماله . وقد حدث به إلى التصريح بهذا القيد رغبته في أن يتمشى مع تلك القاعدة الإسلامية العريقة القاضية بأن الجواز ينافي الضمان.

وإذا كان من شأن اعمال المادة ٢٥٥ أن يتقرر ضمان أذى النفس على المباشر، وكان مؤدي هذا الضمان، وفقاً لما تقرره المادة ٢٥٨ من المشروع، أن يقتصر الجزاء على الدية وحدها، كاملة كانت ام في جزء منها، فإن المضرور قد يرى مصلحته في الرجوع بدعوى المسؤولية عن العمل غير المشروع، إذ توافرت في شأنه مقوماتها.

وبهذه المثابة تتمثل دعوى ضمان أذى النفس المنصوص عليها في المادة ٢٥٥ مجرد دعوى احتياطية تسعف المضرور، في نطاقها الضيق المحدود، حيث تقصر أحكام المسؤولية عن العمل غير المشروع عن أن تصل به إلى التعويض الكامل الشامل . ولكن الاحتياط هنا من جانب المشرع . وليس يوجد ما يمنع المضرور من أن يلجأ إلى دعوى الضمان عن أذى النفس على أساس المباشرة، حتى لو كان في مكتته الرجوع بدعوى المسؤولية عن العمل غير المشروع، إذا ارتأى هو ذلك . فمن يملك الأكثر يملك الأقل . وهذا ما حدا بالمشروع إلى أن يبعد، من صياغة نص المادة ٢٥٥، العبارة التي تضمنتها المادة ١٩ مكرر من قانون العمل غير المشروع الحالي، والتي مؤداها أن حكمها لا يطبق إلا إذا لم تتوافر شروط المسؤولية التقصيرية بعد أن أثار بعض اللبس في أحكام القضاء الكويتي .

وأساس اعمال حكم المادة ٢٥٥ هو مباشرة الضرر . وقد حرص المشروع على ألا يعرض لتعريف المباشر، حتى يترك باب الاجتهاد في خصوصه مفتوحاً على مصراعيه، من غير قيد أو توجيه . وإنما ينبغي هنا أن يكون الاجتهاد في إطار الفقه الإسلامي، اعتباراً بأنه المصدر التاريخي فانه مما يعرض للزلل أن يفسر حكم استقى من الفقه الإسلامي

على ضوء قواعد أو نظريات ترتد إلى القانون المعاصر وهو عنها غريب.

ويعرض المشروع، في المادة ٢٥٦، للحالة التي يقع فيها الضرر على النفس، مما يستوجب الدية وفقا لأحكام الشرع الإسلامي وما يتضمنه جدول الديات المنصوص عليه في المادة ٢٥١ ويتعذر فيها على المضرور الرجوع بالمسئولية أو بالضمان، لعدم معرفة المسئول أو الضامن، ليلقي فيها غرم الضمان على الدولة، ما لم يثبت أن المصاب أو أحدا من ورثته قد أدى بخطئه إلى عدم معرفه المسئول أو الضامن على حسب الأحوال. وبهذا الحكم تتمثل الدولة الملاذ النهائي لضمان الدم المسفوك. وهو من بعد حكم يتمشى مع ما يقضي به الشرع الإسلامي من أن بيت المال يضمن، حيث لا يعرف من يتحمل بالقصاص أو الدية، اعتبارا بأنه لا يطل دم في الاسلام.

وتقرر المادة ٢٥٦، في فقرتها الثانية، سقوط دعوى الضمان التي ترفع على الدولة بمرور ثلاث سنوات من وقت وقوع الحادث .

وتضع المادة ٢٥٧ قيدا عاما على جميع حالات ضمان أذى النفس، مؤداه أن هذا الضمان لا يستحق، إذا أثبت المدعي عليه أن المضرور قد تعمد اصابة نفسه، أو أن الاصابة قد لحقته نتيجة سوء سلوك فاحش ومقصود من جانبه . ولهذا القيد مسوغه. فالشخص الذي يتعمد أن يلحق بنفسه الأذى يعتبر أنه أهدر دمه بنفسه، فلا يتوجب الرجوع على غيره بضمانه . ويأخذ حكم العمد سوء السلوك الفاحش المقصود . وهو خطأ يتدني إلى حد يجعله غير مغتفر .

وتعرض المادة ٢٥٨ للجزاء المترتب على ضمان أذى النفس في جميع حالات وجوبه، قاصرة إياه على الدية كاملة كانت أم في جزء منها، على حسب الأحوال، ووفقا لأحكام الشرع الإسلامي، وما يتضمنه جدول الديات، ومع مراعاة تحديد مقدار الدية الكاملة على نحو ما تقضي به المادة ٢٥١ .

وتحفظ المادة ٢٥٩ للمضرور حقه في الرجوع بدعوى المسئولية عن العمل غير المشروع، إذا توافرت شروطها، ليستوفي التعويض عن عناصر الضرر الأخرى غير اصابة النفس التي يكون قد أخذ الدية عنها، وذلك ما لم يثبت انه، باقتصاره على طلب الدية، قد نزل عن حقه في الرجوع بالتعويض عن غير اصابة النفس من صروف الضرر.

وتظهر فائدة الحكم الذي تتضمنه المادة ٢٥٩، على وجه الخصوص، في الحالة التي يقنع فيها المضرور مؤقتا بدعوى الضمان، بسبب تعذر معرفة من يتحمل بالتعويض الكامل اعمالا لاحكام المسؤولية عن العمل غير المشروع، ثم يتوصل إلى معرفته . ففي مثل هذه الحالة، يستطيع المضرور أن يرجع بدعوى المسؤولية، طالبا جبر كل صروف الضرر، باستثناء اصابة النفس التي أخذ الدية عنها، حيث يحل من أداها له محله فيها، وفقا لحكم المادة ٢٦٠.

وتعرض المادة ٢٦٠ للحالة التي تقوم فيها الدولة بدفع الدية للمضرور اعمالا لحكم المادة ٢٥٦، معطية اياها حق الحلول القانوني محل المضرور في استيفائها ممن يلتزم بها.

وتمنح المادة ٢٦٠، في فقرتها الثانية، حق امتياز الخزانة العامة للمبلغ الذي ترجع به الدولة على المسئول، في مقابل الدية التي تكون قد دفعتها للمضرور، وذلك مراعاة للمصلحة العامة.

ويخضع المشروع، في المادة ٢٦١، ضمان أذى النفس لأحكام المسؤولية عن العمل غير المشروع التي اوردها في المواد من ٢٢٧ إلى ٢٥٤ فيما لا يتعارض مع الأحكام التي خصها هو به.

الفصل الرابع

الفعل النافع

أو الاثراء دون سبب على حساب الغير

(المواد ٢٦٢ - ٢٧٨)

اخذ قانون التجارة الكويتي عن القانون المصري بنظام الاثراء دون سبب، كمصدر عام منسئ للالتزام . ويأخذ المشروع بدوره بذلك النظام أيضا باعتباره مصدرا عاما منشئا للالتزام على نفس المستوى مع العقد والفعل الضار، بادئا بتقريره كنظرية عامة منطلقة التطبيق، ليتناول بعد ذلك صورتين خاصتين له، وهما تسلم غير المستحق والفضالة.

وتعرض المادة ٢٦٢ لنظام الاثراء دون سبب، أو نظام الاثراء غير المشروع، كما يطلق عليه في بعض الاحيان، فتقر فكرته وتركز شروطه وأثره . فهي، من ناحية أولى، ترسي مبدأ عاما مؤداه أن كل من يثري على حساب غيره، بدون سبب مشروع، يلتزم بأن يؤدي له، في حدود ما اثرى هو به، ما يرفع الخسارة عنه . وهي، من ناحية ثانية، تركز شروط اعمال نظام الاثراء دون سبب وأثره . فهي تتطلب لاعماله اثناء شخص معين، يصبح، بسبب هذا الاثراء، مدينا بالالتزام الذي ينشأ، واقتدار شخص آخر، يصبح دائما بالالتزام، بما يرفع عنه هذا الافتقار ولو جزئيا، وتوافر علاقة ارتباط أو تقابل بين الاثراء والافتقار، على نحو يمكن معه القول انه لولا هذا لما كان ذلك، وانتفاء السبب المشروع الذي يبرر الاثراء والافتقار.

ولا تشترط أهلية ما فيمن يثري أو فيمن يفتقر . فكل منهما يصير مدينا أو دائئا نتيجة مجرد واقعة قد حصلت، هي واقعة اثناء أو واقعة افتقار . والأهلية لا تلزم في الوقائع . وانما في التصرفات فحسب .

ولا يحول دون نشأة الالتزام، أن يزول الاثراء بعد حصوله طالما أن زواله لا يعزي إلى من افتقر . فما دام الاثراء قد حصل بالفعل، فإن الالتزام يترتب من وقت حصوله ويتقدر مداه في حدوده، حتى لو زال هذا الاثراء، كله أو بعضه، في تاريخ لاحق ويساير

المشروع في ذلك قانون التجارة الكويتي ومن قبله القانون المصري وغيره من القوانين العربية التي استوحته.

ويترتب على الاثراء على حساب الغير بدون سبب مشروع نشأة الالتزام في ذمة المثري لصالح المفتقر، بما يرفع عن هذا الاخير افتقاره، في حدود ما عاد من نفع على غريمه . وهكذا تتحدد دعوى الاثراء بمقدار ما عاد على المثري من نفع، وما لحق المفتقر من خسارة، أي القيمتين أقل .

وتعرض المادة ٢٦٣ لوقت رفع دعوى الاثراء، مقررة أنها تسقط بانقضاء ثلاث سنوات من يوم علم المفتقر بحقه في التعويض، أو بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت نشأة هذا الحق، أي المدتين اقرب . وعلم المفتقر بحقه في التعويض يتضمن بطبيعة الحال معرفته بمن يسوغ له الرجوع به عليه.

(أولاً) تسلم غير المستحق:

حظى نظام تسلم غير المستحق من المشروع بالكبير من اهتمامه، شأن المشروع في ذلك شأن قوانين عديدة في البلاد المختلفة، ومن بينها قانون التجارة الكويتي الحالي. وإذا كان المشروع قد أضفى على النظام اسم «تسلم غير المستحق» فهو لم يغفل عن انه كثيراً ما يطلق عليه في الفكر القانوني اسم « دفع غير المستحق» أو «دفع ما لا يجب» فهو يطرح هذه التسمية الأخيرة اذ أنها تنظر إلى الأمور من زاوية الدافع الذي يقع ضحية الافتقار . وذلك في حين أن الذي يولد الالتزام بالرد هو تسلم القابض للشيء، اعتباراً بأنه ينهض اثره له . ومن هنا كانت الافضلية لاصطلاح «تسلم غير المستحق» أو «أخذ غير المستحق»، وهو ما يتسق على وجه أدق وأوفى من ذاك الذي يضفي على النظام المبدأ: «الاثراء دون سبب» . وقد شجع المشروع على ما انتهجه ما لاحظته من بدء شيوع التسمية التي تخيرها في الفكر القانوني المعاصر.

وترسى المادة ٢٦٤ الاصل العام لنظام تسلم غير المستحق، قاضية بأن كل من تسلم شيئاً لا يكون مستحقاً له يلتزم برده.

والمقصود بالاستحقاق هنا ليس هو استحقاق الشيء ذاته للمتسلم، وإنما استحقاق تسلمه . فقد يكون الشيء مستحقاً في ذات نفسه لمن تسلمه، ومع ذلك يلتزم هذا برده،

إذا لم يقع تسلمه إياه على النحو القانوني السليم، كما لو وقع الوفاء باطلا بسبب انعدام أهلية الموفى، أو كان هذا الوفاء غير نافذ في مواجهة دائني المتسلم، بسبب أعمال دعوى عدم نفاذ التصرفات أو بسبب حصول الوفاء بعد الحكم بشهر الافلاس.

والعبرة بالنسبة إلى عدم الاستحقاق هي بالنظر إليه من زاوية المتسلم، لا من زاوية الدافع. فإذا كان الشيء مستحقا أخذه للمتسلم، فإنه لا يلتزم برده، حتى لو كان أداءه غير واجب أصلا على الدافع، كما لو قام هذا الأخير بدفع دين على غيره، على بينة من أمره، أي حالة كونه يعلم بأنه يدفع للقبض دينا له على الغير.

وإذا كان الشيء غير مستحق تسلمه، فلا أهمية بعد ذلك لما إذا كان عدم الاستحقاق هذا راجعا إلى الأمر الواقع نفسه، كما إذا استوفى المتسلم دينا ليس له أصلا أو أخذ أكثر مما يستحق، أو كان عدم الاستحقاق ناجما عن اعتبار قانوني، كما هو الشأن عندما يتسلم الشخص شيئا على أساس عقد باطل أو يتقرر ابطاله أو فسخه أو انفساخه.

وتسلم غير المستحق كاف كأصل عام لتحمل المتسلم بالالتزام بالرد، اعتبارا بأن هذا الأخير يشري بغير وجه حق على حساب الغير بما يتسلمه. والمشروع اذ يقرر ذلك، قاصرا المادة ٢٦٤ عليه، لم يغفل عن الفكرة التي توجدت من قديم والتي تتطلب، لقيام الالتزام بالرد، أن يكون الدافع قد دفع عن غلط، معتقدا، بخلاف الحقيقة، بأنه يدفع دينا واجبا عليه. اعتبارا بأنه إذا كان قد دفع على بينة من الأمر، أي على علم بأنه غير ملزم بما يدفع، فإنه يسوغ تفسير هذا منه على انه قد قصد اما التبرع بما دفع، أو أداء التزام طبيعي عليه، أو دفع دين على غيره، وفي هذه الحالات يمتنع الاسترداد عليه قانونا. لأن المتسلم يكون له حق فيما يأخذ. وهي فكرة تأثر بها القانون المصري (المادة ١٨١ / ٢)، ومن بعده القوانين العربية الأخرى التي استوحته، ومن بينها قانون التجارة الكويتي (المادة ٢/١٨١).

على أن اشتراط الغلط في الدافع أصبح مضللا الآن، بعد أن اتسع نظام «تسلم غير المستحق». وأصبح يشمل إلى جانب تسليم شيء غير مستحق ماديا، أي من حيث الواقع، تسليم شيء غير مستحق لمحض اعتبار قانوني، كبطلان التصرف الذي وقع التسليم بمقتضاه أو ابطاله أو انفساخه أو فسخه. فتطلب غلط الدافع يقع غير ذي موضوع في هذا المجال.

بل ان اشتراط غلط الدافع، ليست له في الحقيقة أية جدوى حتى في مجال تسليم

الشيء الذي لا يكون مستحقا ماديا، أي من حيث الواقع . لأن الذي يدخل في الاعتبار، في مجال «تسلم غير المستحق»، ليس هو نية الدافع أو اعتقاده، وإنما هو أحقية المتسلم فيما يأخذ أو عدمها. فإذا أمكن حمل علم الدافع بأنه غير ملزم بما دفعه على أنه أراد بذلك، وعلى نحو قانوني سليم، التبرع بما أدى، أو الوفاء بالتزام طبيعي، أو دفع دين على غيره، فإن دعوى الاسترداد تمتنع عليه، لا تأسيسا على أنه لم يدفع عن غلط وإنما تأسيسا على ثبوت الحق للمتسلم فيما أخذ .

وتعرض المادة ٢٦٥ للحالة التي يقوم فيها المدين بأداء دين عليه حقيقة، ولكنه يؤديه قبل حلول أجل استحقاقه، على جهل منه . ومؤدى نظام تسلم غير المتسحق، لو أنه أخذ على اطلاقه، أن يلتزم الدائن بأن يرد للمدين ما استوفاه منه، ليعود بعد ذلك ويسترجعه عند حلول الأجل . ولقد أثر المشروع أن يرخص هنا للدائن بأن يبقى على ما استوفاه من الدين، على أن يدفع للمدين قيمة ما استفاده نتيجة قبضه الدين قبل أوانه، وذلك في حدود ما لحق المدين من ضرر نتيجة التبكير في أدائه دينه . والحكمة التي توخاها المشروع من ذلك تتمثل في رغبته في اسلاس التعامل والبعد به عن التعقيد، وهذا الحكم مستمد في أصله من المادة ١٨٣ من قانون التجارة الكويتي ومصادره التشريعية.

وتواجه المادة ٢٦٦ صورة أخرى، وهي حالة الدائن الذي يأخذ قيمة دينه من غير المدين، حالة كون هذا الأخير معتقدا انه يؤدي دينا على نفسه، فيقوم الدائن، مدفوعا بأنه استوفى دينه استيفاء صحيحا، بتجريد نفسه من سند الدين، أو مما كان يضمن الدين من تأمينات، أو بترك دعواه قبل المدين الحقيقي المدة التي لا تسمع بعد فواتها.

ومؤدى القواعد العامة، في مثل هذه الحالة، أن الوفاء يقع باطلا، لعدم استناده إلى سبب، الأمر الذي من شأنه أن يترخص للدافع أن يسترد من القابض ما دفعه إياه، حتى لا يثرى هذا الأخير على حسابه بدون سبب مشروع، اعتبارا بأن دينه على مدينه الحقيقي له ينقضي بالوفاء . ولكن المادة ٢٦٦ تمنع الدافع هنا من الرجوع على الدائن، اعتبارا بأن حق هذا الأخير على مدينه الحقيقي بات معرضا لخطر الضياع، فكأن اثره غير مؤكد .

على انه يشترط هنا أن يكون الدائن قد أجرى العمل الذي يهدد بالضياع حقه على مدينه وهو حسن النية، أي معتقدا بصحة الوفاء . إذ أنه في هذه الحالة وحدها يكون للدائن عذر واضح عما فعل . والدافع بعد ذلك وشأنه مع من أدى عنه دينه، حيث يكون له أن يرجع عليه بدعوى الاثراء.

والمادة ٢٦٦ متوافقة في حكمها مع المادة ١٨٤ من قانون التجارة الكويتي الحالي والمادة ١٨٤ من القانون المدني المصري، وان تضمنت تعديلا في الصياغة اقتضته الملاءمة.

ويعرض المشروع، في المادة ٢٦٧ لمضمون الالتزام بالرد الذي تنشغل به مسؤولية من يتسلم غير المستحق . وهو في ذلك ينحو منحى قانون التجارة الكويتي الحالي (المادة ١٨٥) والقانون المصري الذي استوحاه (المادة ١٨٥) فيفرق تفريفا أساسيا بين ما إذا كان القابض حسن أو سيء النية.

فإن كان الفرض الأول، فإن القابض لا يلتزم بأن يرد إلا ما تسلمه بالفعل، دون ما عساه أن يكون قد أخذه من ثماره، فالثمار هنا تكون للقابض تأسيسا على حيازته للشيء بحسن نية، وهو حكم تقضي به القواعد العامة في الحيازة.

أما إذا كان القابض سيء النية، كما إذا كان يعلم بأنه يأخذ شيئا غير مستحق له، فإنه يلتزم بأن يرد، إلى جانب الشيء الذي قبضه الثمار التي جناها منه أو التي قصر في جنيتها، وذلك من يوم تسلمه الشيء إذا كان يومئذ سيء النية، أو من التاريخ الذي يصبح فيه سيء النية إذا كان ذلك امرا طارئا، وهو يلتزم على أية حال برد الثمار التي جناها أو تلك التي قصر في جنيتها من يوم رفع الدعوى عليه برد الشيء، إذا قضى له به، اعتبارا بأنه يعتبر سيء النية من هذا التاريخ، وفقا للقواعد العامة.

وتعرض المادة ٢٦٨ لحالة خاصة من حالات تسلم غير المستحق، وهي تلك التي يكون فيها المتسلم غير مكتمل الأهلية، سواء أكان عديما أو ناقصا، لتقضي أن المتسلم لا يكون ملتزما بالرد إلا في حدود ما عاد عليه من نفع معتبر قانونا. وقد راعي المشروع في تقرير هذا الحكم أن المتسلم في الحالة المعنية، لا يقدر أصلا، أو لا يقدر تقديرا سليما، عواقب تسلمه ما لاحق له فيه . ثم ان هذا الحكم لا يعدو أن يكون تمشيا مع المبدأ العام القاضي بأنه عند بطلان التصرف أو إبطاله، لا يتحمل من لا تتوافر فيه الأهلية بالالتزام بالرد إلا في حدود ما عاد عليه من نفع معتبر قانونا، وهو مبدأ سبق للمشروع أن قننه في المادة ١٨٨ .

أما المدة التي تسقط بعد فواتها دعوى استرداد ما دفع بغير وجه حق، فهي ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه المدعي بحقه في الاسترداد أو بانقضاء خمس عشرة سنة

من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق، أي المدتين أقرب . وهو الحكم الذي سبق للمشروع أن قرره في صدد دعوى الاثراء بوجه عام (المادة ٢٦٣).

(ثانيا) الفضالة:

ويضمن المشروع أحكام الفضالة المواد من ٢٦٩ إلى ٢٧٨ . وهي أحكام لا تخرج في عمومها عن تلك التي يقضي بها قانون التجارة الكويتي الحالي (المواد من ١٨٧ إلى ١٩٥)، والقانون المصري الذي استوحاه (المواد من ١٨٨ إلى ١٩٧).

تبدأ المادة ٢٦٩ ببيان مقومات الفضالة التي لا تكون بغير توافرها . فتتطلب، في فقرتها الأولى، قيام الفضولي بأمر عاجل ومن ثم ضروري لحساب شخص غيره، عن قصد منه لمنفعته، من غير أن يكون ملزما بذلك قانونا، أي من غير أن يكون ملزما بأداء ما فعل امتثالا لأمر يلزمه به نص في القانون أو شرط في العقد أو حكم من القضاء .

وإذا كانت الأمور السابقة تتمثل المقومات الحققة للفضالة إلا أن المشروع، محتذيا في ذلك حذو قانون التجارة الكويتي الحالي (المادة ١٨٧ / ٢) وحذو القانون المصري «المادة ١٨٩ / ٢» قد اعتبر في الفقرة الثانية من المادة ٢٧١ في حكم الفضالة، تولي الشخص شأن غيره أثناء توليه شأن نفسه، لما بين الشائين من ترابط لا يمكن معه القيام بأحدهما دون الآخر .

وتعرض المادة ٢٧٠ للحالة التي يقر فيها رب العمل ما قام به الفضولي، قاضية بسريات قواعد الوكالة في صدد ما قام به . وهذا الحكم لا يعدوا أن يكون تطبيقا لمبدأ أن الإقرار اللاحق كالوكالة السابقة .

على أن سريان قواعد الوكالة هنا يكون بطبيعة الحال في العلاقة بين الفضولي ورب العمل . أما بالنسبة إلى الغير الذي يكون الفضولي قد تعاقد معهم بصفته الشخصية، فيترخص لهم أن يعتبروا أن تعاملهم قد قام مع الفضولي باعتبار شخصه أو مع رب العمل باعتبار أن الفضولي كان وكيلا عنه على حسب الأحوال .

وتفرض المادة ٢٧١ على الفضولي الالتزام بأن يمضي في العمل الذي بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من أن يتولاه بنفسه، ما لم يكن هو قد أنهاه قبل ذلك . كما يفرض عليه

ايضا الالتزام بأن يبادر باخطار رب العمل بتدخله في شأنه، عندما يتيسر له إجراء هذا الاخطار.

وتفرض المادة ٢٧٢، على الفضولي التزاما بأن يبذل في القيام بالعمل، الذي شاء لنفسه أن يتولاه، عناية الشخص العادي، حتى إذا ما قصر في بذل تلك العناية، اعتبر مخطئا. وحقت عليه المسؤولية عن تعويض الضرر الناجم عن خطئه.

وإذا كان المشروع قد أخذ الفضولي بعناية الشخص العادي، وحمله بالمسؤولية إن لم يبذلها، إلا أنه، نظرا لعامل العجلة في تولي الأمر، واعتبارا بخيرية الفضولي ونبيل قصده في التصدي لامر يستهدف به نفع غيره دون الزام عليه، فقد سوغ للقاضي في الفقرة الثانية من المادة ٢٧٢ أن ينقص من مقدار التعويض المترتب على خطأ الفضولي أو أن يعفيه منه، إذا رأي أن الظروف تبرر ذلك.

وتجيء المادة ٢٧٣ لتقرر مسؤولية الفضولي، في مواجهة رب العمل، عن أعمال الغير الذين يكون الفضولي قد عهد اليهم بالقيام بشأن من شئون رب العمل، وذلك دون إخلال بحق رب العمل نفسه في الرجوع مباشرة على هؤلاء الغير وفق ما تقضي به قواعد القانون.

وتقرر المادة ٢٧٤ على الفضولي التزاما بأن يرد لرب العمل كل ما يأخذه بسبب الفضالة، وبأن يقدم له حسابا عما قام به من أعمال، وذلك على نحو ما يلتزم به الوكيل قبل الموكل.

وتعرض المادة ٢٧٥ لحالة وفاة الفضولي ووفاة رب العمل، فتقرر، في فقرتها الأولى، أنه، في حالة وفاة الفضولي، يلتزم ورثته ازاء رب العمل، بما يلتزم به ورثة الوكيل ازاء الموكل، أما في حالة وفاة رب العمل فإن مركز الفضولي لا يتغير. ولذلك تقرر الفقرة الثانية بقاء الفضولي ملتزما نحو ورثة رب العمل بما كان ملتزما به نحوه.

وتعرض المادة ٢٧٦ للصفة التي يخلعها القانون على الفضولي في قيامه بالعمل الذي يؤديه، قاضية بثبوت صفة النيابة له عن رب العمل.

وهكذا يعتبر الفضولي نائبا عن رب العمل، سواء أقر هذا تصرفاته ام لم يقرها. فإن اقر رب العمل ما أجراه الفضولي من تصرفات، ثبتت للفضولي النيابة الاتفاقية أي الوكالة، وهو الحكم الذي سبق للمادة ٢٧٠ من المشروع أن قنته. فإن لم يحصل من

رب العمل إقرار لتصرفات الفضولي، كان لهذا الأخير وصف النيابة عنه، وإنما تكون نيابته هنا قانونية، على أن وصف النيابة القانونية لا يثبت بطبيعة الحال للفضولي إلا في حدود إدارة الشخص العادي، لأنه إذا خرج من يتولى شأن غيره عن حدود إدارة الشخص العادي، فإن وصف الفضولي يرتفع عنه في نطاق ما خرج فيه عنها، بل انه يعرض نفسه للمسئولية باعتباره مخطئاً، وفقاً لما تقضي به المادة ٢٧٢ من المشروع.

ولا يرفع عن الفضولي وصف النائب، ما بقي في حدود إدارة الشخص العادي، أن لا تتحقق النتيجة المرجوة من عمله.

ويترتب على ثبوت صفه النيابة للفضولي انصراف آثار العقود التي أبرمها لرب العمل، فيكون هذا الأخير هو الدائن أو المدين على حسب الأحوال دون الفضولي، شريطة أن يكون الفضولي، عند التصرف قد أظهر لمن تعاقد معه صفته في النيابة، وتعاقد معه على هذا الأساس، فإن لم يتعاقد معه بهذه الصفة، وإنما بصفته الشخصية، كان لمن يتعاقد معه، كأصل عام، تجاهل رب العمل . وهنا يلتزم رب العمل بأن يعوض الفضولي عن التعهدات التي يتحمل غرمها.

وفي جميع الأحوال يلتزم رب العمل بأن يدفع للفضولي كل المصروفات الضرورية والنافعة التي أداها، كما أنه يلتزم بأن يعوضه عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل، دون خروج منه عن حرص الشخص العادي، وذلك كله لو تجاوزت المصروفات أو الضرر مدى ما عاد على رب العمل من نفع . وفي هذا الصدد يتمثل الفارق الكبير الهام بين الأثر المترتب على الفضالة وذلك المترتب على الاثراء بدون سبب بوجه عام.

وإذا كان من مقتضي الفضالة أن يثبت للفضولي الحق في أن يرجع على رب العمل بكل ما ينفق من مصروفات ضرورية أو نافعة وبتعويض ما يتحمله من ضرر، إلا أن المشروع قد وضع حكماً خاصاً لأجر الفضولي عن ذات عمله مقرر عدم ثبوت حق له فيه، إلا أن يكون العمل الذي أداه داخلاً في أعمال مهنته . وقد راعي المشروع في تقرير هذا الحكم أن الفضولي يتبرع بجهده، فلا يستحق لذلك عنه أجر، إلا أن يكون العمل الذي أداه داخلاً في مهنته فيستحق عنه الأجر المناسب، اعتباراً بأن أداءه ربما يكون قد فوت عليه فرصه أداء عمل آخر مأجور.

ونص المادة ٢٧٦ مأخوذ من نص المادة ١٩٣ من قانون التجارة الكويتي الذي هو

بدوره مأخوذ من نص المادة ١٩٥ مدني مصري وذلك مع تعديل طفيف في الصياغة أجراه المشروع اقتضته الملاءمة، ومع استبعاد حق الفضولي في فوائد المصروفات التي انفقها، تمثيا مع النهج الذي التزمه المشروع من استبعاد الفوائد في شتى مظان وجودها.

وتعرض المادة ٢٧٧ للحالة التي يكون الفضولي فيها غير مكتمل أهلية التعاقد، قاضية بعدم مسؤوليته قبل رب العمل إلا في حدود ما أثرى به، ما لم يكون عمله قد تدنى إلى حد يصل به إلى المسؤولية التقصيرية.

وقد استوحى المشروع حكم المادة ٢٧٧ من المادة ١٩٤ من قانون التجارة الكويتي الحالي، التي هي منقولة بدورها عن المادة ١٩٦ مدني مصري . على أن المشروع استبعد الحكم الذي جاء به سلفا من أن مسؤولية رب العمل تبقى كاملة، ولو لم تتوافر فيه أهلية التعاقد، اعتبارا منه بأن هذا الحكم أظهر من أن يقنن . إذ أن التزامات رب العمل ازاء الفضولي تثبت عليه نتيجة واقعة الفضالة ذاتها . وأهلية التعاقد ان لزمتم في التصرفات، فلا مجال لها في الوقائع.

وتجى المادة ٢٧٨ لتبين المدة التي ترفع خلالها الدعوى الناشئة عن الفضالة، سواء أرفعت من الفضولي على رب العمل أو من رب العمل على الفضولي . وهي في ذلك تقضي بسقوط هذه الدعوى بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه المدعي بحقه أو بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق، أي المدتين أقرب.

الفصل الخامس

القانون

(المادة ٢٧٩)

يعرض المشروع، في المادة ٢٧٩، للالتزامات التي يرتبها القانون على وقائع أخرى غير العقد والإرادة المنفردة والفعل الضار والفعل النافع، محيلا، في شأن حكمها، على النصوص الخاصة التي تقررها .

الباب الثاني آثار الالتزام

الفصل الأول التنفيذ الجبري

(المواد ٢٨٠ - ٣٠٦)

يعرض المشروع في المادة ٢٨٠ للقاعدة العامة في أثر الالتزام الذي يتلخص في وجوب تنفيذه . والأصل أن يقوم المدين مختاراً بتنفيذ التزامه، وهذا التنفيذ الاختياري ينظمه المشروع في الباب الخاص بانقضاء الالتزام تحت عنوان الوفاء .

فإذا لم ينفذ المدين اختياراً أجبر على التنفيذ إذا كان للالتزام مدنياً، وهو الأصل الذي تنصرف إليه كلمة التزام إذا وردت من غير وصف . واستثناء من هذا الأصل إذا كان الالتزام طبيعياً، فلا يجبر المدين على تنفيذه .

والقاعدة التي وردت في المادة ٢٨٠ موافقة لما قرره قانون التجارة الحالي في المادة ١٩٧، مع اختلاف في صياغة الفقرة الأولى حيث صرح المشروع بأن الجبر في التنفيذ يكون إذا لم ينفذ المدين الالتزام باختياره، وهو حكم مسلم ولا يحتمل الشك حتى في ظل النص الحالي الذي اكتفى بالقول « ينفذ الالتزام جبراً على المدين » وذلك نقلاً عن القانون المصري . وقد أريد بتعديل الصياغة والتصريح بهذا الحكم المسلم أن يكون النص أكثر وضوحاً .

ويعرض المشروع في المادة ٢٨١ لوجود الالتزام الطبيعي . وبدهى أن يرجع أولاً إلى نصوص التشريع، فإذا لم يوجد نص يقرر في حالة خاصة وجود التزام طبيعي، فالقاضي هو الذي يقدر ذلك .

وقد اكتفى نص المادة ١٩٨ تجاري، شأنه في هذا شأن القانون المصري (المادة ٢٠٠) والقوانين التي نقلت عنه (السوري والجزائري)، بترك التقدير للقاضي دون أي

توجيه من المشرع اللهم القيد الخاص بعدم قيام التزام طبيعي يخالف النظام العام، وهو قيد ربما أمكن عدم النص عليه لبدايته.

وحاول المشرع الليبي أن يخطو خطوة في سبيل ارشاد القاضي فنص على أن يقدر القاضي، عند عدم النص، ما إذا كان هناك التزام طبيعي « يقوم على اساس واجب ادبي أو اجتماعي ». وهو توجيه محدود الفائدة أما المشرع الأردني فيبين معنى الالتزام الطبيعي، أو الحق الطبيعي على نحو ما قيل فيما يسمى النظرية التقليدية، فبعد أن نص في الفقرة الأولى من المادة ٣١٣ على أن ينفذ الحق جبرا على المدين به عند استحقاقه متى استوفى الشرائط القانونية، نص في الفقرة الثانية على انه « فاذا افتقد الحق حماية القانون لأي سبب فلا جبر في تنفيذه ويصبح حقا طبيعيا يجب في ذمة المدين»، كما نص في المادة ٣١٤ على انه « إذا أوفى المدين حقا طبيعيا فقد حماية القانون .. ». وهذه فكرة ضيقة في تحديد حالات الالتزام الطبيعي، ذلك أن الاتجاه الحديث هو عدم حصر هذا الحالات في الالتزامات التي حال مانع قانوني دون أن تكون التزامات مدنية يجبر المدين على تنفيذها سواء كان المانع قد حال دون نشوء الالتزام كتخلف شرط شكلي في العقد أو كان قد حال دون بقاء الالتزام كما هي الحال بالنسبة للالتزام الذي لم تسمع الدعوى به لمرور الزمان، وإنما يمتد نطاق الالتزامات الطبيعية إلى واجبات خلقية منذ نشأتها ولكن درجة الوجوب فيها أقوى من درجة الوجوب في الواجبات الخلقية العادية فيرتفع إلى مستوى الوجوب الذي يرتب بعض الآثار القانونية.

وقد أثر المشروع أن يبين للقاضي الضابط الذي يقف عنده وهو ما إذا كان هناك التزام طبيعي، فنص على أن « يقدر القاضي، عند عدم النص، متى يعتبر الواجب الادبي التزاما طبيعيا، مراعيًا في ذلك الوعي العام للجماعة ». فالقاضي وهو على علم بأحكام الالتزام الطبيعي يقدر ما إذا كان الواجب الخلفي يرتفع في ضمير الجماعة إلى مستوى هذا الالتزام الطبيعي باحكامه التي نص عليها القانون أم لا.

وتعرض المادة ٢٨٢، التي تطابق المادة ١٩٩ من قانون التجارة الحالي، للأثر الأول من آثار الالتزام الطبيعي وهو حكم الوفاء الاختياري، وذلك بالنص على أنه « لا يسترد المدين ما أداه باختباره قاصدا أن يوفي التزاما طبيعيا، ولا يعتبر متبرعا بما أداه، فنظرا إلى أن الالتزام الطبيعي، برغم عدم إمكان الجبر في تنفيذه لاتفاء عنصر المسؤولية فيه،

هو التزام قائم في ذمة المدين وعليه واجب الوفاء به، فإن وفاه باختياره فهو يوفي بدين مستحق، ويرتب المشروع على ذلك نتيجتين، الأولى أن الموفي ليس له أن يسترد ما وفاه. والثانية هي أن الموفي لا يعتبر متبرعا بما وفي به، ذلك أن الدائن قد استوفى حقا له والمدين وفي بما يجب عليه. على انه يشترط لهذا- بالإضافة إلى ضرورة توفر مقومات الالتزام الطبيعي أن يكون الموفي عند الوفاء عالما بأن التزامه هو التزام طبيعي أي انه غير مجبر على الوفاء ومع ذلك قصد الوفاء به مختارا. فإذا وفي وهو يعتقد أن الالتزام التزام مدني، أو اكره على الوفاء، كان وفاؤه غير صحيح وجاز له أن يسترد ما وفاه. ومن ناحية أخرى فإذا كان الالتزام الذي وفي به لم يصل إلى درجة الالتزام الطبيعي وقصد الموفي التبرع بما وفي طبقت أحكام التبرعات.

أما الحكم الوارد في المادة ٢٨٣، وهو أن الالتزام الطبيعي يصلح سببا لالتزام مدني، فالمقصود به مواجهة الفرض الذي يتعهد فيه المدين بالالتزام الطبيعي بأن يفي بهذا الالتزام، وهو يعلم أنه غير مجبر على الوفاء. فالمسلم أن تعهده يعتبر صحيحا ويرتب عليه أن يصبح ملتزما بالالتزام مدني يجبر على الوفاء به. وقد اختلف الرأي في اساس تحول الالتزام الطبيعي إلى التزام مدني، فقد قيل بفكرة تجديد الالتزام بتغيير الدين،

وقيل أن الالتزام الطبيعي يقوم بدوره السبب في نشوء الالتزام المدني وهو التصوير الذي أخذ به نص قانون التجارة الحالي وتبناه المشروع. وهنا أيضا لا يعتبر تعهد المدين تبرعا، ما دام انه قد قصد بالتعهد وفاء الالتزام الطبيعي.

(أولا) التنفيذ العيني :

وتضع المادة ٢٨٤ المبدأ العام في التنفيذ العيني الجبري، وما يرد عليه من استثناء بما يتفق تقريبا مع نص المادة ٢٠١ من قانون التجارة الحالي مع بعض التعديل في الصياغة.

أما الفقرة الثانية من المادة ففيها تعديل في الصياغة من ناحيتين: الاولى، أن نص المشروع فضل عبارة «جاز للمحكمة أن تقتصر حق الدائن على ..» على العبارة الواردة في النص الحالي وهي «جاز له أن يقتصر على دفع تعويض ..» والناحية الثانية، وهي تعديل في الحكم، أن المشروع لم يروجاها لما يشترطه النص الحالي من أن يكون

التعويض نقديا، فقد يرى القاضي أن يستجيب لطلب المدين بالتعويض العيني، خاصة إذا لم يعترض على ذلك الدائن، كما لو كان محل الالتزام تسليم أشياء من نوع معين بأوصاف محددة وتبين أن الحصول عليها يرهق المدين، ويمكن أن يسلم أشياء أخرى تؤدي للدائن نفس الغرض أو على وجه قريب دون أن يلحقه من ذلك ضرر جسيم.

وعرض المشروع لبيان كيف يكون التنفيذ في صور الالتزام المختلفة، مبتدئا بالالتزام باعطاء أي نقل حق عيني، ثم الالتزام بعمل ويقصد به الالتزام بعمل ايجابي غير الاعطاء، ثم الالتزام بالامتناع عن العمل .

وفيما يتعلق بالالتزام بالعمل على نقل حق عيني، لم يضع المشروع نصا مقابلا لنص المادة ٢٠٢ من قانون التجارة الحالي التي تنص على أن «الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق، إذا كان محل الالتزام شيئا معيننا بالذات يملكه الملتزم وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل» وعللة الاستبعاد انه لا يوجد في الفرض الذي يتناوله النص التزام في حقيقة الأمر، وانما ينتقل الحق بقوة القانون كأثر مباشر للسبب الذي من شأنه أن ينقل الحق . هذا مع ملاحظة انه قد ورد في المشروع عند بيان أسباب كسب الملكية نص يقرر أن التصرف القانوني ينقل الملكية والحقوق العينية الأخرى إذا كان المتصرف هو صاحب الحق المتصرف فيه.

ولذلك اقتصر المشروع، فيما يتعلق بالالتزام بالعمل على نقل حق عيني . على نص المادة ٢٨٥ التي تواجه حالة الشيء المعين بنوعه . وحكم النص يوافق حكم المادة ٢٠٣ من قانون التجارة الحالي مع شيء من التعديل في الصياغة.

وعرض المشروع بعد ذلك إلى الالتزام بعمل، والمقصود هو العمل الايجابي . وتمهيدا للنصوص الخاصة بتنفيذ هذا الالتزام في صورته المختلفة، نص المشروع في المادة ٢٨٦، وهي مطابقة للمادة ٢٠٤ من قانون التجارة الحالي، على قاعدة تتعلق بوجود صورتين من صور الالتزام بعمل، هما الالتزام بالتسليم، والالتزام بالمحافظة على الشيء، إذ يوجد كل منهما متفرعا عن الالتزام بنقل حق عيني.

وتقابل المادة ٢٨٧ من المشروع، نص المادة ٢٠٥ من قانون التجارة الحالي مع شيء من التعديل، وبخاصة أن المشروع لم ينقل العبارة الواردة في صدر النص الحالي وهي: «إذا التزم المدين أن ينقل حقا عينيا أو أن يقوم بعمل، وتضمن التزامه أن يسلم شيئا

..» إذ توحى هذه العبارة أن حكم النص يقتصر على بعض صور الالتزام بالتسليم في حين أنه يشمل كل صور هذا الالتزام، وهو ما صرحت به المذكرة الايضاحية لمشروع النص المصري وهو أصل النص الكويتي.

وعن الالتزام بعمل فانه إما أن يكون تنفيذه مما لا يقتضي تدخل المدين شخصيا، واما أن يكون التنفيذ يقتضي تدخل المدين بشخصه والحالة الاولى هي الأصل وتعتبر الثانية استثناء . ولهذا بدأ المشروع بالحالة الاولى، في المادة ٢٨٨، وذلك على خلاف قانون التجارة الحالي الذي قدم الحالة الثانية (المادة ٢٠٦) على الحالة الأولى (المادة ٢٠٧).

ونص المادة ٢٨٨ مطابق لنص المادة ٢٠٧ من قانون التجارة، واكثر القوانين العربية الاخرى: (المصري، السوري، العراقي، الليبي) . ولم ير المشروع وجها لما ذهب إليه القانون الجزائري اذ استبعد حكم الفقرة الثانية الخاصة بحق الدائن في التنفيذ على نفقة المدين دون إذن القاضي في حالة الاستعجال . كما لم يرد المشروع الاخذ بمسلك القانون السوداني الذي استبعد إذن القاضي مكتفيا باخطار المدين، وعدم إخطاره في حالة الاستعجال . كما أن حكم القانون الاردني لا يختلف عن نص المشروع إلا في أنه يذكر الضرورة بدلا من الاستعجال، وقد أثر المشروع أن ينص على الاستعجال لأنه يتضمن معنى الضرورة .

ويلاحظ في النهاية أنه إذا كان النص خاصا بالالتزام بعمل الذي لا يقتضي تنفيذه تدخل المدين شخصيا، فالنص لم يذكر هذا لان تقدير ما إذا كان التنفيذ ممكنا دون تدخل المدين موكول للدائن فهو الذي يقرر ما إذا كان يكتفي بتنفيذ الالتزام على نفقة المدين دون تدخله . ولهذا فقد كان المشروع التمهيدي للنص المصري، وهو الاصل التاريخي للنص، يقول «في الالتزام بعمل إذا لم يقيم المدين بتنفيذ التزامه، ولم يكن ضروريا أن ينفذه بنفسه جاز للدائن...» ثم رؤي حذف عبارة «ولم يكن ضروريا ان ينفذه بنفسه» لأن الدائن هو صاحب المصلحة فيجب أن يترك له التقدير فيما إذا كان المدين يجب أن ينفذ الالتزام بنفسه أم لا .

وتعرض المادة ٢٨٩ للتنفيذ العيني عندما تسمح طبيعة الالتزام بأن يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ، كما لو كنا بصدد بائع امتنع عن تنفيذ التزام بالتصديق على امضائه في عقد

البيع تمهيدا لتسجيل العقد، وكذلك إذا امتنع الواعد بالتعاقد، بعد أن أظهر الموعد له رغبته في التوقيع على العقد الموعد به.

ويختلف نص المشروع عن نص قانون التجارة الحالي (المادة ٢٠٨) في انه لم يخصص الحكم بعبارة «في الالتزام بعمل» .

وفي النصوص السابقة التي عرض فيها المشروع للالتزام بعمل، كان المقصود هو الالتزام بتحقيق غاية، سواء في ذلك الالتزام بتسليم شيء أو الالتزام بانجاز عمل آخر مثل اقامة مبنى . أما نص المادة ٢٩٠ فيعرض للالتزام بعمل إذا كان واجب المدين يقتصر على بذل عناية، سواء كانت هذه العناية تتمثل في حفظ شيء أو في ادارته، أو كانت في القيام بعمل آخر مثل التزام الطبيب بالعلاج والمحامي بالدفاع عن موكله. وفي هذا النوع من الالتزامات بعمل يكون المدين قد وفي بالتزامه إذا بذل العناية المطلوبة منه، والأصل في العناية التي تتطلب من المدين، وهي التي قررها النص، هي عناية الشخص العادي، ولكن قد ينص القانون على درجة من العناية اكبر أو اقل من عناية الشخص العادي، كما في التزام المستعير بحفظ الشيء المعار والتزام الوديع غير المأجور بحفظ الشيء المودع. كما قد يتفق على درجة خاصة من العناية تختلف عن عناية الشخص العادي. فإذا قام المدين بالعناية المطلوبة منه فلا يكون مسؤولا ولو لم تتحقق الغاية التي قصد إليها الدائن لان المدين لم يلتزم بتحقيق هذه الغاية . على انه إذا كان خطأ المدين يعتبر غشا أو خطأ جسيما، فإنه يكون مسؤولا في جميع الأحوال أي حتى ولو اتفق على اعفائه من المسؤولية.

ونص المادة ٢٩٠ موافق لنص المادة ٢١١ من قانون التجارة الحالي والنصوص العربية المختلفة، مع قليل من التعديل في الصياغة .

وتعرض المادة ٢٩١ لتنفيذ الالتزام بالامتناع عن عمل، أو كما يقال احيانا، العمل السلبي، وهو الالتزام بالامتناع عن عمل كان من حق المدين أن يقوم به لولا وجود الالتزام، كالالتزام بعدم فتح محل تجاري من نوع معين في مكان معين، أو الالتزام بعدم التمثيل في مسارح معينة . فإذا أخل المدين بالتزامه بأن قام بالعمل الذي وجب عليه أن يمتنع عنه، وكانت الاعمال التي قام بها المدين مما يمكن ازالتها، مثل غلق المحل التجاري،

أو هدم البناء الذي اقيم على خلاف الالتزام، كان للدائن ان يطلب من المحكمة الحكم بالازالة، وله أن يطلب ترخيصا من القضاء في أن يقوم بهذه الازالة على نفقة المدين مع عدم الاخلال بحقه في التعويض . والاعمال التي للدائن أن يطلب إزالتها وفقا لهذا النص هي، كما يتضح من الامثلة المذكورة، الاعمال المادية . وذلك النص مطابق لنص المادة ٢١٠ من قانون التجارة الحالي .

وتعرض المادة ٢٩٢ لما يسمى الغرامة التهديدية أو التهديد المالي، وهي وسيلة غير مباشرة لحمل المدين على التنفيذ العيني، يلجأ إليها إذا كان التنفيذ العيني يقتضي أن يقوم به المدين شخصا اما لانه غير ممكن أو لانه يكون غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه وقد يكون الدائن في ذات الوقت حريصا على التنفيذ العيني .

والغرامة التهديدية التي يحكم بها القاضي ليست تعويضا عن الضرر، وإنما هي وسيلة لتهديد المدين لحمله على التنفيذ، ولذلك لا يراعي القاضي في تقدير ما يحكم به التناسب مع الضرر بل يراعي ما يراه كافيا لتهديد المدين، ولذلك إذا رأى أن ما حكم به لم يثن المدين عن إصراره على عدم التنفيذ فإنه يمكن اعادة النظر والزيادة في مقدار الغرامة . وما دامت الغرامة هي مجرد تهديد للمدين فالحكم بها يكون حكما وقتيا وليس واجب التنفيذ، وتنتفي علة وجوده إذا اتخذ المدين موقفا نهائيا اما بالتنفيذ أو الاصرار على عدم التنفيذ فيعيد القاضي النظر في حكمه ليفصل في الموضوع، فإن كان المدين قد نفذ فالقاضي لا يحكم عليه إلا بالتعويض عن التأخير في التنفيذ وإذا اصر المدين على عدم التنفيذ فيحكم القاضي بالتعويض عن عدم التنفيذ ويراعي القاضي في الحالين ما لحق الدائن من ضرر . كما يراعي ما يكون قد بدا من المدين من عنت .

ونص المادة ٢٩٢ موافق لنص المادتين ٢١١ و ٢١٢ كويتي، ولا يختلف عنهما الا في الصياغة، فقد استبدل المشروع عبارة، «جاز للدائن أن يطلب الحكم بالزام المدين ..» بعبارة «جاز للدائن أن يحصل على حكم بالزام المدين ..» كما استبدل لفظ المحكمة بلفظ القاضي، وكذلك نص الفقرة الثالثة من المادة لا يختلف عن نص المادة ٢١٢ كويتي إلا في بعض الالفاظ، فقد استبدل عبارة «عدم التنفيذ» بعبارة «رفض التنفيذ» واستبدل لفظ المحكمة بلفظ القاضي .

(ثانيا) التنفيذ بطريق التعويض :

تعرض المادة ٢٩٣ للقاعدة العامة في التنفيذ بطريق التعويض أي للمسئولية عن عدم التنفيذ أو التأخر فيه، وهي تقابل المادة ١٦٢ من قانون التجارة الحالي، مع بعض التعديلات على النحو الآتي :

(اولا) نص قانون التجارة الحالي ورد تحت عنوان المسئولية العقدية في الباب الخاص بآثار العقد . وقد أثر المشروع وضع النص مع النصوص الخاصة بتنفيذ الالتزام لأن حكمه لا يقتصر على الالتزام الناشئ من العقد وانما ينصرف إلى الاخلال بأي التزام ولو لم ينشأ عن عقد، فإذا أخل الفضولي مثلا بالتزامه بحفظ المال الذي في يده بسبب الفضالة وإدارته، سرى عليه حكم النص .

(ثانيا) نص قانون التجارة الحالي لم يصرح بركني الضرر والسببية بين الضرر والخطأ، فأثر المشروع التصريح بهما وذلك في عبارة « .. بتعويض الضرر الذي لحق الدائن بسبب ذلك .. » والتصريح برابطة السببية بين الخطأ والضرر على هذا الوجه يستبعد احتمال أن تفهم العبارة الاخيرة من النص وهي « .. ما لم يثبت المدين أن عدم التنفيذ أو التأخير كان لسبب أجنبي لا يدل له فيه » على أن المقصود بها هو نفي السببية بين ركني الخطأ والضرر، في حين انه يقصد بها أن المدين له، برغم عدم التنفيذ - أن يثبت انه ليس منسوبا إليه، وبالتالي فهو غير مقصر .

(ثالثا) رؤي الجمع بين التعويض عن عدم التنفيذ والتعويض عن التأخير فيه، في صيغة واحدة، في حين أن النص الحالي يضع الحكم بالنسبة للتعويض عن عدم التنفيذ ثم يقول بعد ذلك « وكذلك يكون الحكم إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه ».

وتواجه المادة ٢٩٤ ما يسمى الخطأ المشترك، وهي تقابل نص المادة ٢١٨ من قانون التجارة الكويتي، بعد تعديلها بما يجعل النص مقصورا على حكم حالة «الخطأ المشترك» بالمعنى الفني لهذا المصطلح . ذلك أن اشتراك خطأ الدائن مع خطأ المدين في إحداث الضرر إذا فهم بالمعنى اللغوي يحتمل ثلاثة فروض : أن يستغرق خطأ المدين خطأ الدائن وفي هذا الفرض تبقي مسئولية المدين كاملة فيلتزم بتعويض الضرر كله، والفرض الثاني أن يستغرق خطأ الدائن خطأ المدين، وفي هذا الفرض نكون بصدد حالة من حالات السبب الاجنبي الذي يجعل المدين غير مسئول أصلا والفرض الثالث

هو ألا يستغرق احد الخطأين الآخر، وهذا هو الخطأ المشترك بالمعني الفني الذي يراد مواجهته بنص خاص حيث يحكم على المدین، بعد انقاص التعویض بالقدر الذي يقابل خطأ الدائن .

ونص قانون التجارة الحالي يفيد أن المشرع واجه فرضين من الفروض الثلاثة المشار إليها، وهما الفرض الخاص بعدم استغراق احد الخطأين للآخر وحيث يحكم بانقاص التعویض، والفرض الخاص باستغراق خطأ الدائن لخطأ المدین وحيث لا تحكم المحكمة بأي تعویض، والفرض الاخير لا يحتاج إلى نص خاص وتحكمه المادة ٢٩٥ .

وتقابل المادتان ٢٩٥ و ٢٩٦ أحكام الفقرتين الأولى والثانية من نص المادة ٢١٩ من قانون التجارة الكويتي، وتتفق مع الأحكام الواردة فيها . ولكن رؤى افراد الحكم الوارد في المادة ٢٩٥ بنص خاص لانه يتعلق بصحة الاتفاق على صورة من صور تشديد المسؤولية على المدین، في حين أن المادة ٢٩٦، والتي تقابل الفقرة الثانية من المادة ٢١٩ تجاري تواجه الاتفاقات على الإعفاء من المسؤولية .

اما الحكم الوارد في الفقرة الثالثة من المادة ٢١٩ تجاري، والخاص ببطلان كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة علي العمل غير المشروع، فقد رؤى أن مكانه المناسب هو مع النصوص الخاصة بتلك المسؤولية .

وتعرض المادة ٢٩٧ لضرورة الاعذار حتى يستحق التعویض وهي تقابل المادة ٢١٤ من قانون التجارة، وتختلف عنها : أولا في عبارتها الاخيرة حيث تقول « ما لم يقض الاتفاق أو ينص القانون على غير ذلك» فقد رؤى اعتبار حالة الاتفاق على عدم الاعذار من الحالات التي لا يلزم فيها الاعذار، بدلا من الحكم الحالي الوارد في المادة ٢١٥ من قانون التجارة وهو اعتبار الاتفاق السابق اعذارا إذ يقول النص بصدد بيان كيف يكون اعذار المدین « ... كما يجوز ان يكون مترتبا على اتفاق يقضى بأن يكون المدین معذرا بمجرد حلول الاجل دون حاجة إلى انذار» وثانيا لم ينص المشروع على العبارة الواردة في النص الحالي وهو «.. ولو كان سبق تحديده مقدما باتفاق بين المتعاقدين ..» لأن التعویض في هذه الحالة، والمقصود هو الشرط الجزائي، هو تعویض يصدق عليه النص دون حاجة إلى تصريح بذلك، كما أن القاعدة الخاصة بضرورة الاعذار تسري على التعویض الإتفاقي .

وتعرض المادة ٢٩٨ لكيفية الاعذار، والوسيلة الأولى التي يتحقق بها هي الإنذار وهو ورقة رسمية توجه من الدائن الى المدين، عن طريق مندوب الاعلان، يطلب فيها الدائن من المدين تنفيذ التزامه . ويقوم مقام الانذار أي ورقة رسمية يتبين منها أن الدائن يريد أن يقوم المدين بتنفيذ التزامه بشرط أن تعلن إلى المدين، مثل صحيفة الدعوى أي التكليف بالحضور أمام المحكمة وكذلك إعلان السند التنفيذي الذي يسبق التنفيذ .

وكما يكون الاعذار بالانذار أو ما يقوم مقامه فإنه قد يتفق في العقد على أن يكون الاعذار بوسيلة أخرى كخطاب مسجل أو برقية فإذا كان من الجائز أن يتفق على عدم ضرورة الاعذار فمن باب أولى يجوز الاتفاق على طريقة معينة للاعذار لأن القاعدة التي تستوجب الاعذار ليست من النظام العام .

وتقابل المادة ٢٩٨ الحكم الذي تنص عليه المادة ٢١٥ من قانون التجارة مع تعديل أدق في صياغتها وحكمها .

وتقابل المادة ٢٩٩ نص المادة ٢١٦ من قانون التجارة الحالي وتختلف عنه من النواحي الآتية :

أولاً، اضافة نص المشروع الحالة (أ) التي تعتبر الإتفاق مقدما على أن يكون المدين مخلا بالتزامه بمجرد عدم الوفاء به عند حلول الاجل اتفقا على عدم ضرورة الاعذار. وذلك بعدان استبعد المشروع هذه الحالة من نص المادة ٢٩٨ التي تبين كيفية الاعذار، على خلاف نص المادة ٢١٥ من القانون الحالي . فالواقع أن مثل هذا الاتفاق يغني عن الاعذار وليس طريقة من طرق الاعذار .

ثانياً، أثر المشروع في الحالة (ب) ألا يذكر العبارة الواردة في نص المادة ٢١٦ من قانون التجارة والتي تبدأ بالقول «وعلى الأخص..» وذلك اكتفاء بالقاعدة العامة التي تسبقها. كما اضافة نص المشروع عبارة «أو غير مجد» بعد عبارة «غير ممكن» وفي هذا يتفق المشروع مع نص القانون المصري والقوانين التي نقلت عنه.

ثالثاً، عدل المشروع تعديلا لفظيا في الحالتين (د)، (هـ) المقابلتين للحالتين الواردتين في نص قانون التجارة برقمي ٣ و ٤ .

وتعرض المادة ٣٠٠ للأصل العام في تقدير التعويض، أو التعويض القضائي، حيث

تقدره المحكمة وفقا للضوابط التي وضعها المشروع . وحكمها يقابل المادة ١٦٣ من قانون التجارة، الذي وضعه المشروع تحت عنوان المسؤولية العقدية مع آثار العقد، وكان من نتيجة هذا أن قصر النص الضوابط التي وضعها لتقدير التعويض على حالة الالتزام الناشئ عن العقد، ولم ير المشروع أن يساير هذا الاتجاه لأن هذه الضوابط هي الواجبة الاتباع أيا كان مصدر الالتزام ولهذا وضع النص مع النصوص الخاصة بالتنفيذ بطريق التعويض كما فعل المشروع المصري والقوانين الأخرى التي حذت حذوه.

هذا والضرر الذي يلحق الشخص بسبب عدم تنفيذ الالتزام، قد يكون ماديا وقد يكون أدبيا . والتعويض عن الضرر المادي، وهو ما يصيب المضرور في المصلحة مالية، لا يحتاج إلى نص . أما التعويض عن الضرر الأدبي، وهو ما يصيب الشخص في مصلحة غير مالية، فقد كان محل شك، وأخذت المادة ٣٠١ بمبدأ التعويض عن الضرر الأدبي اطرادا مع قانون التجارة الكويتي (المادة ٢١٧) . ثم أحالت إلى المادة ٢٣١ و ٢٣٢ الواردين مع أحكام المسؤولية التقصيرية وتعرضان لمن يجوز الحكم له بالتعويض عن الضرر المتمثل في الألم بسبب الموت، والأحوال التي يجوز فيها أن ينتقل التعويض ممن يستحقه ابتداء إلى غيره.

وتضع المادة ٣٠٢ مبدأ جواز الإتفاق مقدما على تقدير التعويض الذي يستحق عند إخلال المدين بالتزامه، وهو المعروف بالشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي، وخلافا لقانون التجارة (المادة ١٦٤ / ١)، حرص المشروع على أن ينص في صدر النص الذي وضعه على المجال الذي يصح فيه الاتفاق مقدما على مقدار التعويض، وهو حالة ما إذا لم يكن محل الالتزام مبلغا من النقود ذلك أنه إذا كان محل الالتزام هو دفع مبلغ من النقود، فيكون الاتفاق على التعويض عند إخلال المدين بالتزامه هو اتفاق على فائدة أما إذا لم يكن محل الالتزام مبلغا من النقود، فالاتفاق على تقدير تعويض يلتزم به المدين عند إخلاله بالتزامه يعتبر صحيحا عند جمهور فقهاء المسلمين ولا يبطل إلا عند الشافعية.

وتناول المشروع في المادتين ٣٠٣ و ٣٠٤ ما يترتب على وجود الاتفاق على تقدير التعويض من نتائج.

ويتضح من حكم المادة ٣٠٣ أن الاتفاق يبقى على ركن الضرر فلا يحكم بالتعويض

إذا لم يترتب على اخلال المدين بالتزامه أي ضرر بالدائن، ولكن يظهر أثر الاتفاق على تقدير التعويض، فيما يتعلق بركن الضرر في مجال الإثبات، إذ يترتب عليه افتراض حصول ضرر مساو لما قدره المتعاقدان، فلا يكلف الدائن بإثبات وجود ضرر، كما أن من يدعي من الطرفين أن الضرر الواقع فعلا يقل أو يزيد عما هو متفق عليه، فعليه عبء إثبات ذلك.

فإذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر، فيكون احد أركان المسؤولية قد تخلف وبالتالي لا تحكم المحكمة بأي تعويض. أما إذا لم يثبت المدين ذلك، ولكنه اثبت أن الضرر الحادث اقل من التعويض المتفق عليه، فيجوز للمحكمة أن تخفض التعويض في حالتين:

الحالة الاولى، إذا اثبت المدين أن التقدير الإتفاقي للتعويض كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، فلا يكفي أن يثبت أن الضرر الواقع فعلا اقل من المتفق عليه والحالة الثانية أن يثبت المدين أن الإلتزام قد نفذ في جزء منه، ذلك أن المفروض أن التقدير الاتفاقي كان لعدم التنفيذ الكلي . وكلا الحكمين المقررين في النص، وهما عدم الحكم بأي تعويض إذا ثبت عدم حصول ضرر، والحكم بتخفيض التعويض، يتعلق بالنظام العام وبالتالي فكل اتفاق على خلافه باطلا لا اثر له.

وقد استمد المشروع حكم تلك المادة من قانون التجارة الكويتي (١٦٤ / ٢) ومن مصادره التشريعية من القوانين العربية مع تعديل الصياغة على وجه اكثر دقة وضبطاً.

وتعرض المادة ٣٠٤ للحالة التي تبين فيها أن الضرر قد جاوز قيمة التعويض المتفق عليه، ولما كان المفروض أن الضرر مساو لما قدره المتعاقدان، فإنه إذا ادعى الدائن انه قد لحقه ضرر يزيد عن المتفق عليه كان عليه اثبات ذلك . وفي هذه الحالة لا تحكم المحكمة بزيادة التعويض لمواجهة الزيادة في الضرر إلا إذا اثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأً جسيماً . ويرجع هذا الحكم إلى أن الاتفاق على تقدير التعويض مقدماً يتضمن اتفاقاً على الاعفاء من المسؤولية عما يجاوز التعويض المتفق عليه من ضرر، والأصل أن هذا الاتفاق يعتبر صحيحاً ويعمل به الا في حالة غش المدين أو خطئه الجسيم.

ويتفق حكم تلك المادة مع الحكم المنصوص عليه بالمادة ١٦٤ / ٢ من قانون

التجارة الكويتي .

وقد سار المشروع على استبعاد نظام الفوائد، سواء كانت إتفاقية أو قانونية، في مقابل انتفاع المدين بمبلغ من النقود أو جزاء التأخر في الوفاء بالنقود، في كل موضع يكون فيه محل الالتزام مبلغاً من النقود.

وحتى لا يحمل السكوت عن النص على الفوائد محمل تركها للاجتهاد أو في الاقل حتى لا يثور الشك حول مدى صحة الاتفاق على فائدة، رأى وضع نص المادة ٣٠٥ التي تقرر بطلان الاتفاق على الفائدة ظاهرة كانت أو مستترة.

وإذا كان النص على بطلان الاتفاق الذي يلزم بفائدة لا يثير مشاكل في معاملات الناس تستحق الوقوف عندها، فتبقى مسألة قد يؤدي السكوت عنها إلى تأثير سيء في النشاط الاقتصادي فيحجم الكثيرون عن إئتمان غيرهم، وهذه المسألة هي : ما الحكم إذا تأخر المدين بمبلغ من النقود عن الوفاء، وبخاصة إذا كان قادراً؟

وهذه المسألة هي التي عرض لها نص المادة ٣٠٦ الذي أريد به تحقيق شيء من الحماية للدائن الذي اخل المدين بثقته فيه، وبمقتضى هذا النص يجوز للمحكمة أن تحكم على المدين المتأخر بالتعويض، وذلك بمراعاة مايلي :

أولاً - لا يعتبر المدين متأخراً على النحو الذي يمكن معه الحكم بالتعويض إلا بعد إعداره . وقد يبدو أن المشروع يشدد على المدين بأكثر مما هو متبع في نظام الفوائد حيث لا تستحق الفوائد إلا من وقت المطالبة القضائية بها . ولكن حكم المشروع قد روعي فيه أولاً أن الحكم بالتعويض لا يكون إلا حيث يكون المدين قادراً على الوفاء، وثانياً لأن المشروع يهدف إلى حمل المدين على الوفاء دون أن يلجأ الدائن إلى الالتجاء إلى القضاء خاصة والخطر الذي يراد حماية الدائن منه، والفرض أن المدين مقتدر، هو حرمان الدائن من النقود في الفترة ما بين وقت استحقاق الدين والوقت الذي يتمكن فيه من استيفاء حقه بالتنفيذ على أموال المدين .

ثانياً يجب أن يثبت الدائن قدره المدين على الوفاء، وتراعي المحكمة في ذلك طبيعة الأموال التي يملكها المدين والوقت اللازم لتدبير المبلغ المطلوب منه .

ثالثاً لا يكون للدائن الحق في التعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب تأخر المدين

في الوفاء أيا كان هذا الضرر، بل لا بد كما يقول النص أن يكون الضرر غير مألوف، وهو ما يعني أن يكون ضررا غير عادي له صفة الاستثناء، فلا يكفي مجرد حرمان الدائن من مبلغ من المال كان سيستثمره كما يستثمر الناس عادة أموالهم . ويمكن التمثيل للضرر غير المألوف بحالة ما إذا كان الدائن قد اعتمد على انه سيستوفي حقه في موعد استحقاقه وارتبط بناء على ذلك بصفقة يلتزم فيها بمبلغ يستحق في موعد إستحقاق الدين الذي له أو بعده بقليل، وبسبب عدم وفاء مدينه وبالتالي عدم وفائه بما عليه فسخ العقد الذي تمت به الصفقة وحكم عليه بالتعويض . وكذلك حالة ما إذا كان الدائن قد اعتمد على المبلغ الذي لم يف به المدين ليفي دينا عليه، ولما تأخر المدين تأخر الدائن في الوفاء بما عليه وانتهى الأمر بالحجز على منزله وبيعه جبرا .

رابعا - عندما تحكم المحكمة بالتعويض، لا تلتزم في ذلك بالقواعد العامة في تقدير التعويض، أي ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب بل تراعي، كما يقول النص، مقتضيات العدالة الأمر الذي يفتح الباب أمام القاضي ليدخل في اعتباره كافة الظروف الخاصة بطرفي النزاع.

الفصل الثاني

الضمان العام للدائنين ووسائل المحافظة عليه

(المواد ٣٠٧ - ٣٢٢)

يعرض نص المادة ٣٠٧ للضمان العام للدائنين، ويقصد به أن لكل دائن أن يستوفي حقه جبرا عن المدين بالتنفيذ على أمواله . وعمومية الضمان تظهر من ناحيتين : ناحية أموال المدين فللدائن أن ينفذ على أي مال يوجد في ذمة المدين وقت التنفيذ، سواء أكان موجودا وقت نشوء الحق الذي يراد استيفاؤه جبرا أو وجد في ذمة المدين بعد نشوء الحق . ولا يستثنى من أموال المدين إلا الأموال التي لا يجوز الحجز عليها، كما تظهر العمومية من ناحية أن الضمان مقرر لكل الدائنين . ويتساوى الدائنون في هذا الضمان بمعنى انه إذا اشترك عدة دائنين في التنفيذ على مال للمدين ولم يكف المتحصل من بيعه للوفاء بكل ديونهم فيقسم بينهم قسمة الغرماء . ولكن هذه المساواة لا تكون إلا بالنسبة للدائنين العاديين، أما بالنسبة للدائنين الذين لهم حقوق تخولهم التقدم، كالرهن أو الامتياز، فيستوفون حقوقهم كل بحسب مرتبته، فإن بقى شيء اقتسمه الدائنون العاديون.

ونص المشروع مطابق لنص قانون التجارة الحالي (المادة ٢٢٠) .

(أولا) استعمال الدائن حقوق مدينه (الدعوى غير المباشرة):

تعرض المادة ٣٠٨، وكذلك المادة ٣٠٩، لحق الدائن في إستعمال حقوق مدينه باسم هذا المدين، وهو ما يطلق عليه في الإصطلاح السائد، وان كان غير دقيق، الدعوى غير المباشرة . فإن كان الغالب أن يكون استعمال حق المدين برفع دعوى باسمه فإنه يكون أيضا باتخاذ إجراء آخر، مثل تسجيل عقد اشترى به المدين عقارا، أو قيد رهن يضمن حقا لمدينه قبل الغير، أو تجديد قيد الرهن، أو إعلان حكم صدر لمصلحة المدين، أو الطعن في حكم صدر ضده، أو قطع التقادم الساري ضد المدين.

ونص المادة ٣٠٨ موافق للأحكام الواردة في المادة ٢٢١ من قانون التجارة الحالي

مع شيء من التعديل في الصياغة روعى فيه على وجه الخصوص :

أولاً - تجنب نص المشروع عبارة «ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولاً..» إذ توحى هذه العبارة بأن ما ورد بعدها شرط لقبول الدعوى، في حين انه مشروع لجواز استعمال الحق، فعدم استعمال المدين حقوقه إذا كان من شأنه أن يؤدي إلى اعسار المدين أو زيادة اعساره من الشروط الموضوعية . ولهذا أثر المشروع في الفقرة الأولى أن يجعل شرط عدم استعمال المدين حقوقه وكذلك شرط أن عدم الاستعمال يؤدي إلى الإعسار أو زيادة الإعسار باعتبارهما شرطين موضوعيين .

ثانياً- افرد المشروع الفقرة الثانية للنص على عدم الحاجة إلى اعدار المدين، وهو حكم عام يشمل كل صور إستعمال الدائن حقوق مدينه، سواء كان ذلك برفع دعوى أو دون رفع دعوى . وللنص أيضا على وجوب إدخال المدين إذا كان استعمال الحق برفع دعوى، وهذا الواجب بالذات هو الذي يترتب على الإخلال به عدم قبول الدعوى. كما روعي في الصياغة التي جاء بها المشروع تفادي صياغة النص الحالي بوجوب إدخال المدين في الدعوى بصيغة توحى أن استعمال الدائن لحقوق مدينه يكون دائما برفع دعوى، وهو غير صحيح، لذلك بدأ المشروع العبارة الخاصة بهذا الحكم بالقول «ولكن إذا رفعت دعوى ..».

وتعالج المادة ٣٠٩ آثار استعمال الدائن حق مدينه وقد اكتفى المشروع بالنص على الفكرة التي تبني عليها تلك الآثار وهي أن القانون يعتبر الدائن نائبا عن مدينه . والنتيجة المنطقية لهذا هي أن يبقى الحق كما هو للمدين الذي يكون له حرية التصرف فيه، كما أن من يستعمل الدائن الحق ضده يستطيع أن يدفع بكافة الدفوع التي له قبل المدين . وكل ما يترتب على استعمال الحق فإنه يكون للمدين فإذا حكم في دعوى مثلا بدين لمصلحة المدين دخل في ذمته هو وبالتالي لا يستأثر به الدائن الذي رفع الدعوى، وقد روعي عدم مجارة قانون التجارة الحالي فيما ضمنه بالمادة ٢٢٢ من أن « كل فائدة تنتج عن استعمال هذه الحقوق تدخل في أموال المدين، وتكون ضمانا لجميع دائنيه»، فهذه نتيجة لازمة لما نص عليه من أن الدائن يعتبر في استعماله حقوق مدينه نائبا عنه، وهو ليس النتيجة الوحيدة كما ذكر من قبل . هذا بالإضافة إلى أن تلك العبارة، تنقصها الدقة، فهي وان كانت تواجه الفرض الغالب في العمل وحيث يترتب على استعمال الدائن حقا لمدينه أن يدخل شيء ما في أموال المدين، فثمة فروض يقتصر استعمال الدائن فيها

لحقوق مدينه على دفع خطر كان يتهدد ذمة المدين فلا يترتب عليه إدخال شيء في أموال هذا المدين، كما لو قطع الدائن التقادم الساري ضد مصلحة المدين أو جدد قيد رهن يضمن دينا للمدين ضد الغير .

(ثانيا) دعوى عدم نفاذ التصرفات :

وتعرض المواد من ٣١٠ إلى ٣١٣ للشروط التي يجب أن تتوفر حتى يستطيع الدائن أن يطلب عدم نفاذ تصرف مدينه في حقه، وهذه الشروط هي :

أولا - فيما يتعلق بحق الدائن الذي يطعن في تصرف مدينه فإنه يشترط أن يكون الحق مستحق الأداء . وهو ما صرحت به المادة ٣١٠ .

ثانيا - فيما يتعلق بتصرف المدين الذي يطعن فيه الدائن فإنه يشترط أن يكون ضارا بالدائن، وهو ما صرحت به المادة ٣١٠ ايضا ويترتب على هذا الشرط أن الدائن لا يستطيع أن يطعن في تصرف المدين إذا كان هذا التصرف سابقا على وجود حق الدائن، كما يترتب عليه أن الدائن لا يستطيع أن يطعن في تصرف المدين فيما لا يجوز الحجز عليه . ويعتبر تطبيقا لهذا الشرط ما صرح به النص من اشتراط أن يكون التصرف قد ترتب عليه إعسار المدين أو زيادة إعساره، وانه وإن كان هذا يغني عما أضافه النص أيضا من أن التصرف المطعون فيه قد أنقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته، وهو ما يعبر عنه بأن يكون التصرف مفقرا، إلا أن النص حرص على تلك الإضافة للافصاح صراحة عن أن التصرف المفقر لا يقتصر على التصرف الذي ينقص من حقوق المدين بل يشمل كذلك التصرف الذي يزيد في التزاماته.

ثالثا. وفيما يتعلق بالمدين المتصرف والمتصرف إليه، فإنه يشترط لعدم نفاذ التصرف في حق الدائن غش المدين وعلم المتصرف إليه بهذا الغش، إن كان التصرف معاوضة. وقد وضع المشروع قرينة على غش المدين فيكفي أن يثبت الدائن أن المدين كان يعلم وقت التصرف انه معسر حتى يفترض فيه الغش أي نية الاضرار بالدائن، ولكنها قرينة بسيطة يستطيع المدين أن يثبت عكسها. كما وضع قرينه بسيطة أخرى فيما يتعلق بإثبات علم المتصرف إليه بغش المدين فيكفي أن يثبت الدائن أن المتصرف له كان يعلم أن المدين معسر أو انه كان ينبغي عليه أن يعلم بذلك حتى يفترض أنه يعلم بالغش (المادة ٣١١).

وإذا تصرف خلف المدين إلى خلف آخر، فإن كان التصرف الأول معاوضة والثاني معاوضة فيشترط لعدم نفاذ التصرف أن يكون الخلف الثاني يعلم غش المدين كما يعلم أن الخلف الأول كان يعلم بهذا الغش . وإن كان التصرف الأول تبرعا والثاني معاوضة فلا يشترط إلا علم الخلف الثاني بعسر المدين وقت تصرفه للخلف الأول (المادة ٣١٢).

وثمة صورتان من صور توالي التصرفات، لم يصرح النص بحكمها إذ يمكن إستخلاص هذا الحكم من نص الفقرة الثانية من المادة ٣١١، وهي صورة ما إذا كان التصرف الأول تبرعا والثاني تبرعا، وكذلك إذا كان التصرف الأول معاوضة والثاني تبرعا، فيكفي إعمال الفقرة الثانية لنصل إلى انه لا يشترط لعدم نفاذ التصرف أي شرط يتعلق بالغش أو العلم به في الصورة الأولى، وعدم اشتراط شرط جديد في الصورة الثانية.

تبقى مسألة إثبات أحد شروط عدم نفاذ التصرف وهو شرط إعمار المدين، فإذا كان الأصل أن الدائن هو الذي يقع عليه الإثبات، إلا انه يكفي أن يثبت ما في ذمة المدين من ديون . وعلى المدين إذا أراد أن يثبت أنه موسر أن يثبت أن لديه من المال ما يساوي ما عليه من ديون أو يزيد عليها وهو ما نصت عليه المادة ٣١٣.

وقد استمد المشروع احكام دعوى عدم نفاذ التصرفات بالمواد السابقة من قانون التجارة الكويتي (٢٢٣ - ٢٢٥) ومصادره التشريعية في القوانين العربية المادة ٢٣٨ مصري وما بعدها والمادة ٢٣٩ سوري وما بعدها والمادة ٢٤١ لبيي وما بعدها. مع تعديل في الصياغة وترتيب الأحكام اقتضته الملاءمة.

وتعرض المادة ٣١٤ لمن يستفيد من الحكم بعدم نفاذ التصرف، ومنه يتضح أن عدم النفاذ لا يكون بالنسبة للدائن الذي رفع الدعوى وحده ولكن يمتد إلى الدائنين الآخرين الذين صدر التصرف إضراراً بهم، أي من كانوا يستطيعون التمسك بعدم نفاذ التصرف في حقهم ولو لم يشتركوا في الدعوى، وهم السابقة ديونهم على التصرف.

ويتفق هذا الحكم مع ما تنص عليه المادة ٢٢٦ من قانون التجارة الكويتي والمواد المقابلة بمصادرها في التشريعات العربية، وأجرى المشروع تعديلا طفيفا في الصياغة.

وتعرض المادة ٣١٥ لحق المتصرف إليه في التخلص من الدعوى وحكمها يقابل حكم الفقرة الثالثة من المادة ٢٢٧ من قانون التجارة الكويتي . ولم ير المشروع ما يدعو إلى النص على الأحكام التي أوردتها هذه المادة في الفقرتين الأولى والثانية لأنها محض تطبيق للقواعد العامة ولا تحتاج إلى نص بشأنها .

هذا ويختلف النص الذي جاء به المشروع عن النص الوارد في القانون الكويتي (المادة ٢٢٧/٣) والنصوص العربية الأخرى المقابلة إذ لوحظ على تلك النصوص أنها تقتصر على مواجهة الفرض الذي يكون فيه المتصرف إليه مشتريا، ولم يدفع الثمن، وتقرر أن له أن يتخلص من الدعوى بإيداع الثمن . والواقع أن التخلص من الدعوى لا يحتاج إلى أكثر من إيداع قيمة المال المتصرف فيه بغض النظر عن كون المتصرف إليه مشتريا ام لم يكن كذلك، فقد يكون متبرعا إليه ويرغب في الاحتفاظ بالمال لسبب ما فيودع ما يساويه من قيمة . وكذلك فإن كان مشتريا فلا معنى لاشتراط عدم دفعه الثمن للبايع، فإيداع قيمة المال هو الذي ينتفي معه شرط الضرر أيا كانت ظروف المتصرف إليه .

وجاءت المادة ٣١٦ بنص مماثل في عمومها للمادة ٢٢٨ من قانون التجارة ويعرض لحالات خاصة من تطبيقات دعوى عدم نفاذ التصرفات وهي:

أولاً- الحالة الأولى هي حالة ما إذا كان التصرف هو تفضيل دائن على آخر دون حق، بأن يعطيه تأميناً خاصاً . وقد حرص المشروع على النص على هذه الحالة بالذات لأن أعمال القواعد العامة في دعوى عدم نفاذ التصرفات يثير الشك في انطباقها عليها إذ قد يقال أن انشاء الرهن لا يتضمن انقاصاً من حقوق المدين ولا الزيادة في التزاماته، فورد النص قطعاً لهذا الشك ويترتب على ذلك وجوب التمييز بين فرضين، فإذا كان التصرف معاوضة كما لو قدم المدين رهناً لأحد دائنيه في مقابل مد الأجل أو حط جزء من الدين . فيشترط غش المدين وعلم المتصرف إليه بهذا الغش وفقاً للقواعد العامة، أما إذا كان التصرف تبرعاً بأن أعطى المدين الرهن دون أي مقابل، فلا يشترط الغش ولا علم المتصرف إليه باعسار المدين، كما هو الشأن في التبرعات، هذا وقد عدل المشروع في صياغة الفقرة الأولى من المادة ٢٢٨ من القانون القائم التي تواجه هذه الحالة وذلك حتى يتسع النص لكل تصرف بتفضيل دائن على غيره إذ أن النص الحالي لا يواجه إلا

الفرض الذي يكون فيه المدين غاشا، ومن ناحية أخرى فإن النص الحالي يقول في بيان اثر الطعن في التصرف، أنه لا يترتب عليه إلا حرمان الدائن من هذه الميزة، وهذا لا يعني اكثر من عدم نفاذ التصرف في حق الدائن.

ثانيا: إذا وفي المدين المعسر أحد دائنيه قبل حلول الأجل أو بعد حلوله. وهنا أيضا حرص المشروع تمشيا مع القانون الحالي على بيان حكم الوفاء وجواز الطعن فيه، لأن ترك الأمر للقواعد العامة يثير الشك إذ أن الوفاء لأحد الدائنين قبل غيره ليس فيه انقاص لحقوق المدين أو الزيادة في التزاماته، على انه يجب التفرقة بين الوفاء قبل انقضاء الأجل، والوفاء بعد انقضائه.

فإذا وفي المدين احد دائنيه قبل انقضاء الأجل، كان لكل من الدائنين الآخرين أن يطعنوا بعدم نفاذ التصرف وفقا لأحكام التبرعات، أي دون حاجة إلى اشتراط غش المدين الموفى وعلم الدائن المستوفي بإعسار المدين . أما إذا كان الوفاء بعد حلول الأجل فلا يجوز الطعن بعدم نفاذه إلا في حالة التواطؤ بين المدين والدائن الذي استوفى حقه، وهو شرط أشد مما تقتضيه القاعدة العامة.

(ثالثا) الحق في الحبس :

وتعرض المادة ٣١٨ للحق في الحبس وبيان شروطه وحكمها يقابل نصوص المواد ٢٣٠ و ٢٣١ و ٢٣٢ من قانون التجارة الحالي .

وقد أثر المشروع الإكتفاء بوضع القاعدة العامة، دون سرد لبعض تطبيقاتها، وذلك على خلاف مسلك قانون التجارة الحالي الذي حذو القانون العراقي . إذ بدأ بالنص في المادة ٢٣٠ على حق البائع في حبس المبيع حتى يستوفي الثمن وحق العامل في حبس الشيء الذي يعمل فيه إلى أن يستوفي أجره، ثم بعد ذلك عمم الحكم على كل المعاوزات المالية حيث يكون لكل من المتعاقدين أن يحبس المعقود عليه وهو في يده حتى يقبض البدل المستحق، ثم عرض في المادة ٢٣١ لحق من انفق على ملك غيره مصروفات وهو في يده في حبسه حتى يستوفي ما هو مستحق له . وبعد ذلك عاد فوضع القاعدة العامة في المادة ٢٣٢ بصيغة تتسع لما سبق أن قرره في المادتين ٢٣٠ و ٢٣١ . ونظرا إلى أن تلك التطبيقات تحكم قاعدة عامة واحدة . فإن المشروع لم يفردها بأحكام

خاصة . وقد أورد المشروع تلك القاعدة بالمادة ٣١٨ بفقرتها الأولى على وجه يتفق مع ما تقرره المادة ٢٣٢ من القانون الحالي والمادة ٢٤٦ / ٢ مصري والنصوص التي نقلت عنه، وذلك بعد إجراء التعديلات التالية:

فأولاً، صرح المشروع بأن يكون حق الدائن الذي يحق للمدين أن يحبس حتى يستوفيه مستحق الاداء وهو حكم مسلم حتى في ظل النصوص التي لم تصرح به ومع ذلك أثر المشروع أن يصرح به.

وثانياً، في بيان صلة التزام المدين بالتزام الدائن اكتفى المشروع بالنص على الارتباط بينهما، في حين أن النصوص العربية وكلها متأثرة في ذلك بالنص المصري تتطلب وجود رابطة سببية بين الالتزامين، وهو حكم غير صحيح، ولعله وجد في نص القانون المصري، ومن بعده في التشريعات العربية الأخرى، نتيجة خطأ في ترجمة عبارة النص الأصلي، الذي كتب بالفرنسية للمشروع التمهيدي للقانون المصري، فقد ترجمت عبارة al' occasion أي بمناسبة بكلمة "سبب" في النص العربي . فإذا كانت السببية هذه تتحقق عندما ينشأ الالتزامان من عقد ملزم لجانبين، فإن نطاق الحق في الحبس لا يقتصر على دائرة هذه العقود، فقد يكون خارج نطاق الروابط العقدية.

أما الفقرة الثانية من مادة المشروع، والتي تقابل الفقرة الثانية من النص المصري، والمادة ٢٣١ تجارة كويتي، فقد صيغت بطريقة مختلفة ذلك أن النص المصري، ومن بعده النصوص العربية الأخرى، قد اوردت الحكم الخاص بحق حائز الشيء أو محرزه في حبس الشيء حتى يسترد المصروفات باعتباره تطبيقاً أوردته المشروع على وجه الخصوص، وفي نهاية النص يقرر عدم جواز الحبس إذا كان الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع، والواقع انه يكفي النص على هذا الحكم الاخير فيكون مؤدي ذلك انه استثناء من القاعدة العامة في الحبس أو بتعبير آخر نكون بصدد شرط هو أن يكون وجود الشيء في يد حائزه أو محرزه بسبب مشروع . ولهذا صيغت الفقرة الثانية على نحو لا يبرز أن المشروع يضع تطبيقاً خاصاً، ولكن للافصاح بأن الحبس في هذا الفرض غير جائز ما دام الالتزام بالرد نشأ عن عمل غير مشروع.

وتعرض المادة ٣١٩ لما يترتب على الحابس من التزامات بسبب حبسه الشيء، فعليه أن يقوم بالمحافظة عليه، وأن يقدم حساباً عن غلته، وتفريعا على الالتزام بالحفظ،

إذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه من الهلاك أو التعيب أن يطلب من المحكمة الاذن له في بيعه، كما يكون له في حالة الاستعجال أن يبيعه دون إذن . ويتنقل الحق في الحبس في الحالين من الشيء إلى ثمنه، ونص المشروع لا يختلف عن أحكام الفقرتين الثانية والثالثة من المادة ٢٣٣ من قانون التجارة إلا في أنه أضاف جواز البيع دون استئذان في حالة الاستعجال، وهو حكم لم تنص عليه التشريعات العربية المقارنة برغم انه قد يحدث في العمل الا يتسع الوقت للحصول على إذن المحكمة كما لو أن أمين النقل كان يحبس نوعا من الفاكهة أو الخضروات التي لا تحتمل التأخير إلى حين الحصول على إذن القضاء وإلا تلفت .

وقد أفرد المشروع الحكم الخاص بأن حق الحبس في ذاته لا يعطي الحابس حق امتياز على الشيء المحبوس بمادة مستقلة، هي المادة ٣٢٠ على خلاف قانون التجارة الحالي، الذي يجمع بينه وبين التزامات الحبس في المادة ٢٣٣ السابقة . وقد حذا المشروع في تقرير الحكم الذي اخذ به حذو القانون الحالي وقوانين البلاد العربية الأخرى ما عدا القانون الأردني الذي ينص على أن الحابس أحق من باقي الغرماء في استيفاء حقه .

وتعرض المادة ٣٢١ لحلول ما قد يستحق عند هلاك الشيء المحبوس أو تلفه من مقابل أو تعويض، حلولا عينيا، وهو نص لا مقابل له في القانون الكويتي ولا في قوانين البلاد العربية الأخرى فيما عدا القانون السوداني (المادة ٢٣٢) .

هذا مع ملاحظة أن قانون التجارة الكويتي، والقوانين العربية الأخرى قد طبقت فكرة الحلول العيني في حالة خاصة وهي عندما يكون الشيء المحبوس مما يخشى عليه الهلاك أو التلف، وحيث يكون للحابس أن يحصل على إذن المحكمة في بيعه، ويتنقل الحق في الحبس من الشيء إلى ثمنه، وهو ما قرره المشروع في المادة ٣١٩ فرؤي تعميم حكم هذا الحلول العيني، على الحالات الأخرى التي يهلك فيها الشيء المحبوس أو يتلف ويترتب على ذلك استحقاق مقابل أو تعويض يلتزم به من أهلك الشيء أو أتلفه وفقا لأحكام المسؤولية التقصيرية، أو مبلغ التأمين الذي تلتزم به الشركة المؤمنه أو ما تدفعه الدولة نظير استملاك المال المحبوس، فليس ثمة مبرر لقصر الحلول العيني على حالة بيع الشيء الذي يخشى عليه الهلاك أو التلف دون غيرها من الحالات .

ونص المشروع لا يختلف عن نص القانون السوداني إلا في انه استبدل عبارة ”إلى ما يستحق بسبب ذلك من مقابل أو تعويض“ بعبارة ”إلى ما يحل محله“ الواردة في النص السوداني، لان الحلول في المعنى الفني للمصطلح هو الأثر الذي يرتبه القانون على الاستبدال الذي يعني وجود مال في الذمة بدلا من مال آخر خرج منها، وبالتالي فالحلول في الفرض المنصوص عليه هو انتقال الحق في الحبس إلى مال البدل.

بقي أن انتقال الحق في الحبس من الشيء إلى ما يستبدل به، يثير مسألة كيف يمارس صاحب الحق في الحبس حقه على المال الذي حل محله، خاصة والغالب أن يكون مبلغا من النقود، وقد رؤى تنظيم هذه المسألة بالنسبة للرهن الحيازي، عندما ينتقل حق الدائن المرتهن إلى ما يستبدل بالشيء المرهون على أثر الهلاك أو التلف، والاكتفاء هنا بالإحالة إلى أحكام الرهن الحيازي.

وتعرض المادة ٣٢٢ لحالة خاصة من الحالات التي ينقضي فيها الحق في الحبس بعد وجوده وهي حالة خروج الشيء من يد الحابس . فالحق في الحبس ينقضي في حالات أخرى لا تحتاج إلى نص بشأنها، منها أن يقوم الدائن بالوفاء بالتزامه نحو الحابس، أو يقدم تأمينا كافيا للوفاء بهذا الالتزام كما ينقضي الحق في الحبس بالنزول عنه صراحة أو ضمنا كما لو طلب الحابس بيع الشيء جبرا على مالكة ليستوفي حقه من ثمنه فلا يكون له عندئذ أن يمتنع عن تسليم الشيء إلى الراسي عليه المزاد تمسكا بحقه في الحبس .

والأصل كما تقرره المادة ٣٢٢ أن الحبس ينقضي بخروج الشيء من يد الحابس، وقد أثر المشروع ألا ينقل العبارة المقابلة بقانون التجارة الحالي التي تتكلم عن زوال الحيازة، إذ أن الحبس لا يقتضي بالضرورة أن يكون الحابس حائزا بالمعنى الفني لمصلحة الحيازة، ولهذا تكلم النص المصري عن الحيازة أو الاحراز .

على انه إذا خرج الشيء من يد الحابس دون علمه أو رغم معارضته فله، وفقا لنص الفقرة الثانية أن يطلب استرداده خلال ثلاثين يوما من وقت علمه بخروج الشيء من يده وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه وهذا الحكم متفق مع نص القانون الكويتي والقوانين العربية الأخرى.

الباب الثالث الأوصاف المعدلة لآثار الالتزام

الفصل الأول الشرط والأجل

(المواد ٣٢٣ - ٣٣٥)

أولاً : الشرط :

تعرض المادة ٣٢٣ من المشروع لحكم الشرط فتتطلب أن يكون الالتزام الشرطي معلقاً في قيامه أو في زوال وجوده على امر مستقبل وغير محقق الوقوع، أما إذا علق على أمر تم وقوعه في الماضي كان الالتزام منجزاً ولو كان المتعاقدان على جهل بذلك. وان علق على أمر محقق الوقوع كان الالتزام مضافاً إلى أجل، ويتفق المشروع في ذلك مع ما تقرره المادة ٢٣٦ من قانون التجارة الحالي مع تعديل في الصياغة يجعل المعنى المراد سهل التناول . وهو ما جرت به نصوص المواد ٢٦٥ مصري، ٢٥٢ لبيي، ٢٦٥ سوري.

وقد أخذت المادة ٣٢٤ من المشروع بما تقرره المادة ٢٢٧ من قانون التجارة الحالي عن الشرط غير الممكن أو المستحيل مع تعديل في الصياغة أدنى إلى دقة العبارة وأوفي في الاحاطة بالحكم المقصود وقد حذا المشروع في ذلك حذو القانون المصري والقانون السوري والقانون الليبي بالمواد ٢٦٦ و ٢٦٥ و ٢٥٢ على التوالي ويكون الشرط غير ممكن إذا كان أمراً مستحيل الوقوع وعلى أن تكون الاستحالة مطلقة فإن كانت استحالة نسبية فإنها لا تعيب الالتزام وتعتبر الاستحالة نسبية إذا غلب على الفكر إمكان وقوعها .

وتقرر المادة ٣٢٥ حكماً يقضي بعدم قيام الالتزام المقترن بشرط واقف يتعلق بمحض ارادة الملتزم اعتباراً بأنه من شأن الشرط في هذه الصورة أن يجعل عقدة الالتزام

منحلة منذ البداية . فإذا جاء الشرط على أساس أن المدين يلتزم إذا شاء أو إن وجد ذلك مناسباً له كان شرطاً باطلاً لا يولد معه الالتزام، إنما إذا كان الشرط فاسخاً فإنه يكون صحيحاً ولو تعلق بمحض إرادة المدين، لأن الالتزام قد وجد صحيحاً وتاماً وتنطلق إرادة المدين بشأن الإبقاء عليه أو فسخه، ويراعي أيضاً أن الشرط يصح إذا كان رهيناً بإرادة الدائن وحده فيكون الالتزام المشروط معلقاً على إرادة هذا الدائن فله أن يقتضي الدين من المدين وله أن يحله منه، وغني عن البيان أن البطلان لا يتطرق إلى الشرط المختلط وهو ما يكون مرتبطاً بإرادة أحد الطرفين وبعامل أو عوامل خارجية لا تخضع لإرادته التحكيمية وقد جاء المشروع بحكم المادة ٣٢٥ نقلاً عن المادة ٢٦٧ مصري والقوانين العربية التي نقلت عنها .

وأوردت المادة ٣٢٦ ذات الحكم العام الذي تنص عليه المادة ٢٣٨ من قانون التجارة الحالي، وإذا كان مؤدي النص الحالي على عدم قيام الالتزام إلا بتحقيق الشرط الواقف هو عدم صلاحية الالتزام قبل تحقق هذا الشرط لمباشرة أي إجراء من إجراءات التنفيذ، إلا أن فترة بقاء الالتزام معلقاً على خطر الوجود قانوناً دون أن يكون مجرد أمل من الآمال يجعله أساساً صالحاً لا تخاذ الإجراءات التحفظية وهو ما رؤى إضافته إلى حكم القانون الحالي وعلى نحو ما جرت عليه أكثر التشريعات العربية المقارنة ”المادة ٢٦٨ من القانون المصري وما يقابلها في التشريعات العربية التي نقلت عنه“ .

وتقابل المادتان ٣٢٧ و ٣٢٨ من المشروع ما تقرره المادتان ٢٣٩ و ٢٤٠ من قانون التجارة الحالي مع تعديل في أولاهما أدنى إلى الدقة في الصياغة وتام التنسيق بين حكمها والحكم المنصوص عليه بالمادة ٢٤٠ فقد نصت المادة ٣٢٧ من المشروع على أن زوال الالتزام بتحقيق الشرط الفاسخ لا يرتب الضمان على الدائن إذا استحال عليه الرد بسبب لا يعزي إليه، وبذلك يتسق حكمها مع ما تقتضي به المادة ٣٢٨ من المشروع ”المقابلة للمادة ٢٤٠ تجاري“ من تجريد الشرط واقفاً كان أو فاسخاً من أثره الرجعي إذا أصبح محل الالتزام قبل تحقق الشرط مستحيلاً لسبب لا يد للمدين فيه، وهو ما روعي في التشريع المصري، بالمادتين ٢٦٩ و ٢٧٠ مدني والتشريعات العربية التي سارت على منواله ”المادة ٢٧٠ سوري والمادة ٢٥٧ لبيي والمادة ٢٩٠ عراقي“ . وقد أخذ المشروع بنظرية القانون القائم وتلك التشريعات بشأن فكرة الاثر الرجعي اعتباراً بأنها تمثل عادة

النية المحتملة للمتعاقدين، ذلك أن مفهوم تعليق الالتزام على الشرط، أن المتعاقدين لا يعلمان وقت التعاقد إن كان الشرط يتحقق أو لا يتحقق ولو انهما كانا على معرفة مسبقة بمآل الشرط لما علقا عليه الالتزام وجعلاه التزاما منجزا من اللحظة التي انعقد فيها العقد، ومن أجل ذلك لا يكون الاثر الرجعي للشرط متعلقا بالنظام العام فيجوز للمتعاقدين أن يتفقا على خلاف مقتضاه، كما يمتنع الأثر الرجعي للشرط إذا تعارض وجوده مع طبيعة العقد.

ثانياً (الأجل) :

تتفق المواد ٣٢٩ و ٣٣٠ و ٣٣١ من المشروع على التوالي مع الأحكام المقررة بالمواد ٢٤١ و ٢٤٢ و ٢٤٣ من قانون التجارة الحالي، مع تعديل في صياغة أولها التي تنص على معنى الأجل بنوعيه تحقيقاً للتجانس مع الصياغة التي أثارها المشروع بمادته ٣٢٣ في بيان نوعي الشرط . والحق المقترن بأجل موقوف حق له وجود كامل فينتقل من صاحبه إلى الغير بكافة الأسباب التي تنتقل بها الحقوق الأخرى ولذلك تقرر المادة ٣٣٠ أن لصاحبه أن يجري فيه الأعمال اللازمة للمحافظة عليه وصيانته، ولا يجوز للمدين أو غيره أن يحول بينه وبين ما يتخذه من هذه الأعمال، كما ان له أن يقوم بالأعمال والاجراءات التحفظية كوضع الاختام وقيد الرهون الرسمية والتدخل في القسمة وله بوجه خاص أن يطالب بتأمين إذا خشى إعسار المدين أو إفلاسه واستند في ذلك إلى سبب معقول يبرره وفي هذه الحالة إذا لم يقدم المدين التأمين سقط الأجل وصار الالتزام منجزاً، وترتيباً على ما للحق المؤجل من ما هية الوجود الكامل فإنه إذا هلك الشيء الذي يكون محلاً له بسبب أجنبي قبل حلول الأجل وقع هلاكه على الدائن لا على المدين . وتنص المادة ٣٣١ على حكم تمليه القواعد العامة وهو حلول الأجل بالنزول عنه ممن له مصلحة فيه، فلصاحب المصلحة وحده أن يتنازل عما تقرر من أجل لمصلحته هو، ويغلب أن يكون الأجل لمصلحة المدين وإنما يمكن أن يتمحض لمصلحة الدائن كما هي الحال في الوديعة فلا يملك التنازل عن الأجل في الحالة الأولى إلا المدين ولا يملكه في الحالة الثانية إلا الدائن فإذا كان الأجل لمصلحتهما معا لم يجز لاحدهما أن ينفرد بالتنازل بل يصبح تراضيهما شرطاً للتنازل في هذه الصورة .

وقد أخذ المشروع في المادة ٣٣٢ بأسباب سقوط الأجل كما أوردتها المادة ٢٤٤ من قانون التجارة الحالي وانما رؤى أنه من الملائم في خصوص السبب الثاني من تلك الاسباب انه إذا كان اضعاف التأمين قد وقع بعلة لا يد للمدين فيها، فإن المدين يكون له الخيار بين قبول سقوط الأجل أو تقديم تأمين كاف لتغطية الدين، فلا مبرر في هذه الصورة لما يجري به النص الحالي من جعل الخيار الثاني هو تكملة التأمين إلى القدر الذي كان عليه قبل اضعافه اذ يمكن أن تربو قيمته الاصلية كثيرا على قدر الدين، وقد استمد المشروع هذا الحكم من المادة ٢٧٣ مصري والتشريعات العربية التي حذت حذوه .

كذلك اخذ المشروع في المادة ٣٣٣ بما تقضي به المادة ٢٤٥ من قانون التجارة الحالي من أن موت المدين يترتب عليه حلول الدين المؤجل وهو حكم يرجع في أصله إلى بعض الآراء في الفقه الإسلامي، ويستثنى من ذلك الحكم الدين المضمون بتأمين خاص، ورأي المشروع إضافة استثناء آخر استمده من مذهب الحنابلة بمنع سقوط الأجل إذا قدم الورثة ضمانا كافيا تقديرا بما في هذه الصورة من التصون لحق الدائن .

وتتفق المادتان ٣٣٤ و ٣٣٥ في حكمهما مع ما تنص عليه المادتان ٢٤٦ و ٢٤٧ من قانون التجارة الحالي مع تعديلات لفظية طفيفة في الصياغة ومؤدي حكم أولاهما أنه إذا تبين من الظروف أن المدين قصد إضافة التزامه إلى أجل هو ميسرته أو قدرته على الوفاء فإنه يكون للدائن أن يطلب من المحكمة تعيين الموعد المناسب لذلك الوفاء، وتلتزم المحكمة من الظروف والملازمات الموعد الذي تقدر أن يكون المدين عند حلوله موسرا أو مقتدرا على الوفاء بالالتزام مراعية في التقدير موارد المدين عند نظر الدعوى وما يتوقع أن يرد إليه من أموال وموارد في المستقبل وواضحة في اعتبارها أن المدين سينتهج فيما يجريه ذات درجة العناية التي يبذلها الشخص الحريص على الوفاء بالتزامه، وتنص المادة ٣٣٥ المقابلة للمادة ٢٤٧ على حكم تفرضه الطبيعة القانونية للأجل الفاسخ، فالحق المقترن بأجل من هذا القبيل يكون زواله محققا منذ البداية وتبعا لذلك يمتنع التأويل بأن نية الطرفين انصرفت إلى الأثر الرجعي إذ لا محل لهذا التأويل ازاء امر محقق الوقوع.

الفصل الثاني

تعدد محل الالتزام

(المواد ٣٣٦ - ٣٤٠)

أولاً (الالتزام التخييري :

جاء المشروع بالمادتين ٣٣٦ و ٣٣٧ متفقاً مع ما تقضي به المادتان ٢٤٨ و ٢٤٩ من قانون التجارة الحالي . ويعتبر الالتزام تخييراً في حكم المادة الأولى إذا كان هناك تعدد في محل الالتزام على نحو يحقق مكنة الاختيار بين ما تعدد إليه المحل . فإذا لم يصح الالتزام بأكثر من أمر واحد بسبب عدم توفر الشروط القانونية فيما عداه لعدم مشروعيته أو لعدم إمكانه مثلاً فإن الالتزام يكون مجرداً من وصف التخيير وليس له إلا محل واحد وهو ذلك الذي صحح الالتزام به، ويلزم ألا يتداخل في منطقة الالتزام التخييري نظم قانونية أخرى تشبهه به وأخصها الشرط الجزائي الذي لا يعدو أن يكون تقديراً اتفاقياً للتعويض عن إخلال المدين بالتزامه فهو بمثابة كل تعويض آخر لا يقوم محلاً ثانياً إلى جانب المحل الأصلي الذي انصب الالتزام عليه فيمتنع على المدين أن يختار التعويض بالشرط الجزائي دون التنفيذ العيني إذا كان هذا التنفيذ ممكناً وطالب به الدائن، كما يمتنع على الدائن أن يختار الشرط الجزائي إذا كان التنفيذ العيني ممكناً وعرضه المدين . واستكمالاً لما تقرره المادة ٢٤٩ من قانون التجارة أضاف المشروع إلى المادة ٣٣٧ المقابلة لها حكماً جديداً يقضي أولهما بأنه إذا لم تعين مدة الخيار تولت المحكمة تعيين المدة المناسبة تبعاً للظروف، ويعالج الآخر حالة تعدد من يكون لهم الخيار كما هو الشأن في تعدد المدينين أو خلفاء المدين أو تعدد الدائنين أو خلفاء الدائن وقد استلزم النص اتفاقاً أولئك أو هؤلاء جميعاً على الخيار في المدة المحددة له وإلا تولته المحكمة في الصورة الأولى وانتقل الخيار إلى المدين في الصورة الثانية، وقد استمد هذا الحكم الأخير من القانون المصري (مادة ٢٧٦) والتشريعات العربية التي نقلت عنه المادة ٢٧٦ سوري والمادة ٢٦٣ لبيي وتقابلها في القانون العراقي المادة ٢٩٩) والالتزام التخييري

يقابله في الفقه الإسلامي خيار التعيين، ولا يجوز عندهم أن يقع على أكثر من ثلاثة أشياء ويلزم فيه ذكر المدة على خلال في الرأي .

ويتفق حكم المادة ٣٣٨ مع ما تنص عليه المادة ٢٥١ من قانون التجارة مع تعديلات

لفظية فيه لضبط الصياغة ويقابله في التشريعات العربية وبغير مخالفة في الأحكام المادة ٢٧٧ مصري، ٢٧٧ سوري، ٢٦٤ ليبي، ٣٠١ عراقي و٦١ وما بعدها لبناني.

ومؤدي ذلك النص الذي اورده المشروع انه إذا هلك احد الشئيين موضع الخيار لسبب أجنبي فإن الالتزام ينحصر محله في الشيء الباقي ولا يكون للمدين إلا أن يختاره وهذا هو ما تقتضيه أيضا تطبيق القواعد العامة، فإذا شمل الخيار أكثر من شئين وهلك أحدهما كان للمدين أن يعين محل الالتزام في شيء من الخيارات الباقية، وان هلكت الخيارات جميعا انقضى الالتزام لاستحالة التنفيذ، أما إن كان الهلاك بخطأ المدين وتناول شيئاً واحداً فإن محل الالتزام يتركز في الشيء الآخر أو يبقى للمدين خياره في الأشياء الباقية إذا تعددت وان ترتب على خطأ المدين هلاك الشئيين أو الأشياء جميعها فإن التزام المدين ينحصر في آخر شيء هلك منها وبذلك يلتزم بدفع قيمة هذا الشيء الذي هلك أخيراً.

وتقابل المادة ٣٣٩ ما تنص عليه المادة ٢٥٠ من قانون التجارة وتتفق معها في الحكم بأن المدين إذا مات قبل أن يعمل الخيار المقرر له انتقل حقه في هذا الشأن إلى ورثته، ويتفق هذا الحكم مع القواعد العامة في القانون وقد ورد عليه نص صريح بالمادة ٣٠٠ من القانون العراقي والمادة ٥٩ من القانون اللبناني وكذلك يرى الفقهاء المسلمون أن خيار التعيين ينتقل إلى الورثة بعد موت المدين .

ويترتب على تعدد ورثة المدين وامتناع أحدهم فقط أو بعضهم عن اختيار احد محال الالتزام ما يترتب على مثل هذا الوضع في حالة تعدد المدينين في الاصل إذ يعتبر الورثة جميعهم في حكم الممتنعين عن اعمال حق الخيار ويتولى القاضي بنفسه تعيين محل الالتزام بناء على طلب الدائن .

(ثانيا) الالتزام البدلي :

أخذ المشروع في المادة ٣٤٠ بما يقرره قانون التجارة بالمادة ٢٥٢ في شأن الالتزام البدلي ويكون الالتزام بدليا كما هو واضح في النص إذا انحصر المحل في امر واحد يعين ابتداء مع تخويل المدين الحق في الوفاء بمحل بديل عنه، ومثاله أن يتفق المقرض مع المقرض على انه يجوز عند حلول الأجل بدلا من الوفاء بمبلغ القرض تقديم عروض معينة أخرى وينبغي على تقديمها براءة ذمة المقرض .

وإذا كان التكليف الأصلي هو وحده محل الالتزام البدلي على وجه الافراد فإنه من ثم يكون هو المناط في تعيين طبيعة ذلك الالتزام، فتتحدد ما هية الالتزام البدلي على أساسه باعتباره عقاريا أو منقولا كما يقدر الالتزام بقدره فيما يتعلق بالقيمة والاختصاص، وإذا هلك التكليف الأصلي بخطأ المدين فلا يكون للدائن إلا أن يطالب بالتعويض عنه وليس له أن يطلب البديل فليس البديل محلا للالتزام وإنما يجوز للمدين إذا شاء أن يوفي بالبديل فيتوقى دفع التعويض .

ويقابل تلك المادة في التشريعات العربية ويتفق معها في الحكم المواد ٢٨٧ مصري، ٢٧٨ سورى، ٢٦٥ ليبي، ٣٠٢ عراقي، ٦٨ و ٦٩ لبناني .

الفصل الثالث

تعدد طرفي الالتزام

(المواد ٣٤١ - ٣٦٣)

(أولا) التضامن :

جاء المشروع بالمادتين ٣٤١ و ٣٤٢ مقابلا للمواد ٢٥٣ و ٢٥٤ و ٢٥٨ من قانون التجارة الحالي وهي تتفق مع الأحكام المقابلة في التشريعات العربية، المصري ٢٧٩ و ٢٨٠ والسوري ٢٧٩ و ٢٨٠ والليبي ٢٦٦ و ٢٦٧، والعراقي ٣١٥ و ٣١٦. وتعين المادة ٣٤١ مصدر التضامن سواء بين الدائنين أو بين المدينين اذ تنص على أن التضامن في الحاليين لا يفترض فلا يكون التضامن بنوعيه الا بناء على نص في القانون أو بناء على اتفاق بين الطرفين وليس المقصود باتفاق الطرفين أن يكون التضامن مشروطا بصريح العبارة اذ يكفي أن تنصرف إليه الارادة ضمنا بدلالة بينة لا خفاء فيها، فاذا لابس الشك هذه الادلة وجب تأويلها لنفي التضامن لا لاثباته وذلك كله مع مراعاة قواعد التجارة.

١- التضامن بين الدائنين :

وقد زيد على المادة ٣٤٢ من المشروع المقابلة للمادة ٢٥٤ من القانون الحالي حكم جديد يواجه الحالة التي تتسم بها رابطة بعض الدائنين بوصف يختلف عن رابطة الآخر كأن يكون دين أحدهم معلقا على شرط أو مضافا إلى أجل خلافا للباقيين ويقضي هذا الحكم بالاعتداد بالوصف إذا جاءت المطالبة من الدائن ذي الرابطة الموصوفة. وعدم الاحتجاج بذلك الوصف عندما تكون المطالبة من الدائنين الآخرين .

وقد استمد المشروع المواد ٣٤٣ و ٣٤٤ من المواد ٢٥٥ و ٢٥٦ و ٢٥٧ على التوالي من قانون التجارة الحالي وبما يوافق أحكامها ويتيح نص أولاها للمدين أن يوفي الدين بتمامه لمن يختاره من الدائنين المتضامنين ولا يكون لهذا الدائن أن يرفض

استيفاء ما يزيد على نصيبه من الدين بل عليه أن يقبضه كله فإن امتنع جاز للمدين أن يعرضه عليه عرضاً حقيقياً ويترتب عليه براءة ذمته قبل ذلك الدائن وسائر الدائنين، ولكن لا يستطيع المدين أن يفرض على احد الدائنين وفاء بقدر حصته من الدين إذ يعتبر ذلك وفاء جزئياً يحق للدائن أن يرفضه، ولكل من الدائنين المتضامنين أن يعترض على وفاء المدين لأحدهم بكل الدين فقد يحدوه إلى ذلك الاعتراض التوقي من خطر إعسار الدائن الذي اختاره المدين للوفاء إليه ويتعين على المدين في هذه الصورة أن يوفي إلى المعترض قدر نصيبه في الدين وقد اشترط المشروع أن يكون الاعتراض بانذار رسمي يعلن إلى المدين لينحسم الاثبات على حصول الاعتراض وهو النهج الذي يتبعه قانون التجارة الحالي والقانون العراقي في المادة ٣١٧ خلافاً لما تجري به القوانين العربية الأخرى من الاكتفاء بالنص على أن المدين يمتنع عن الوفاء لمن اختاره من الدائنين المتضامنين إذا اعترض احد هؤلاء على الوفاء « ٢٨٠ مصري ٢٨٠ سوري، ٢٦٧ ليبي ». وإذا مات احد الدائنين المتضامنين انقسم الدين على ورثته فيما يختص بالعلاقة بينهم وبين المدين فلا يستطيع المدين أن يفي لأحد الورثة إلا بقدر حصته في الميراث ولا يجوز للوارث أن يطالب إلا بنسبة هذه الحصة في الدين.

وتضع المادة ٣٤٤ القاعدة العامة في حالة براءة ذمة المدين قبل احد الدائنين المتضامنين بسبب غير الوفاء وتقضي بأن المدين لا تبرأ ذمته بالنسبة إلى باقي الدائنين إلا بقدر حصة الدائن الأول في الدين اعتباراً بأن أسباب انقضاء الالتزام بغير الوفاء هي أسباب خاصة بمن انقضى التزامه بسبب منها . فلا يضاربها بقية الدائنين إذ تستمر ذمة المدين مشغولة وباقي الدين بالنسبة لهؤلاء الدائنين . كما لا يجوز أن ينفذ قبلهم أي عمل يقع من أحدهم إذا كان من شأنه الاضرار بهم .

وترسي المادة ٣٤٥ القاعدة في العلاقة بين الدائنين المتضامنين وإذا كانت صلة الدائنين بالمدين تؤسس على اعتبار الدين وحدة لا تتجزأ فإن الصلة بين الدائنين المتضامنين بعضهم وبعض تؤسس على تقسيم الدين ومن ثم فإن ما يستوفيه احدهم يعتبر من حق جميعهم ويوزع بينهم بنسبة حصة كل منهم ما لم يوجد اتفاق أو نص في القانون يقضي بغير ذلك.

٢- التضامن بين المدينين:

وعالج المشروع بعد ذلك التضامن بين المدينين وجاء أولا بالمادة ٣٤٦ مقابلا للمادة ٢٥٩ من قانون التجارة وتنص بالفقرة الأولى على حق الدائن في مطالبة مدينه المتضامنين معا أو مطالبة أحدهم على سبيل الافراد أو مطالبة بعضهم دون البعض اعتبارا بأن هذا التضامن شأنه كالتضامن الايجابي منوط بفكرتين الأولى وحدة المحل والأخرى تعدد الروابط والمقصود بوحدة المحل في مقام التضامن السلبي أن كلا من المدينين المتضامنين ملزم في مواجهة الدائن بالدين كاملا غير منقسم، والمقصود بتعدد الروابط أن كل مدين تربطه بالدائن رابطة مستقلة ومتميزة عن الروابط التي تربط المدينين الآخرين بهذا الدائن فإن تعيبت الرابطة الخاصة بواحد من المدينين المتضامنين بقيت روابط سائر المدينين سليمة. وقد أضيف إلى الفقرة الأولى حكم جديد يقضي بأن رجوع الدائن على مدينه المتضامنين أو بعضهم يكون في حدود ما قد يلبس روابطهم المتعددة من أوصاف يخالف بعضها بعضا، فقد يكون احدهم مدينا تحت شرط ويكون دين غيره منجزا أو مضافا إلى أجل، فلا يكون للدائن أن يطالب المدين تحت شرط إلا عند تحقق الشرط أو أن يطالب المدين المؤجل دينه إلا عند حلول الأجل.

على أن المشروع لم ينقل إلى الفقرة الثانية ما تنص عليه المادة ٢٥٩ / ٢ من قانون التجارة من أنه «ولا يجوز للمدين الذي يطالبه الدائن بالوفاء أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة بمدين آخر إلا بقدر نصيب هذا المدين إذا كان قد انقضى بوجه من الوجوه ولكن يجوز له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة به وبأوجه الدفع المشتركة بين المدينين جميعا» وإنما أثر فيما أورده بالفقرة الجديدة نصا أكثر سدادا فيضع أولا القاعدة العامة فيما يتعلق بالدفع التي يتمسك بها كل من المدينين المتضامنين في مواجهة الدائن. ومؤدى هذه القاعدة أنه إذا كانت رابطة أحد المدينين المتضامنين خاضعة لدفع خاص به كأن يكون رضاه مشوبا بغلط أو تدليس أو إكراه أو نقص في الأهلية فإنه يتمسك بهذا الدفع في مواجهة دائئه ولا يقبل من غيره من المدينين أن يحتج به، وأما أوجه الدفع المشتركة بين المدينين المتضامنين كما إذا كان العقد المنشئ للالتزام التضامني باطلا في الأصل لعدم توافر شروط المحل أو السبب أو كان العقد قابلا للفسخ لتخلف

الدائن عن الوفاء بالتزامه المقابل للمدينين المتضامنين فإنه يكون لكل من هؤلاء أن يتمسك بالفسخ في وجه الدائن.

أما في أحوال إنقضاء الالتزام فإنه إذا كان الانقضاء بسبب الوفاء عينا أو بمقابل من جانب أحد المدينين المتضامنين فإن هذا السبب يعتبر مشتركا بين جميع المدينين ويكون لكل منهم أن يحاج الدائن به، وإذا كان إنقضاء الالتزام قد وقع بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين ولسبب غير الوفاء فإن المدينين الآخرين لا يكون لهم الاحتجاج به إلا في حدود نصيب المدين الذي انقضى الالتزام لصالحه وبما يتفق مع طبيعة كل سبب من تلك الأسباب وذلك على التفصيل المبين فيما يلي.

فقد جاء المشروع بالمادة ٣٤٧ لتقرر حكم الوفاء من أحد المدينين وهو يتفق مع ما تنص عليه المادة ٢٦٠ من قانون التجارة الحالي وإنما أعيدت صياغتها لجلاء حكمها المقصود، واقتضى ذلك وضعها في فقرتين تنص الأولى على إنه إذا قضى أحد المدينين المتضامنين الدين بوفائه عينا أو بمقابل فإنه يبرأ من ذلك الدين ويبرأ معه بقية المدينين، فإذا رفض الدائن أن يستوفي الدين كله من أي مدين متضامن كان لهذا المدين أن يجبره على قبول الوفاء بأن يعرض الدين عليه عرضا حقيقيا وفقا للإجراءات المقررة وبذلك تبرأ ذمته كما يبرأ باقي المدينين المتضامنين.

وتقضي الفقرة الثانية بأنه إذا تمت حوالة الدين من أحد المدينين المتضامنين إلى شخص آخر بريء هذا المدين وبريء أيضا المدينون الآخرون ما لم يرضوا بالحوالة وذلك على اعتبار أن أولئك المدينين أجنب عن الحوالة فلا يجوز أن تسري في حقهم بغير رضاهم من جانبهم، وبذلك يتحقق التنسيق واضحا بين حكم هذه الفقرة وبين ما تنص عليه المادة ٣٨١ من المشروع والمقابلة للمادة ٢٩٨ من قانون التجارة الحالي من أنه إذا تمت حوالة الدين فإن الكفيل عينا كان أو شخصا لا يبقى ملتزما قبل الدائن إلا إذا رضي بالحوالة. وتقابل هذه المادة في القوانين العربية المواد ٣٢٢ عراقي و٢٨٤ مصري و٢٨٤ سوري، ٣٧١ ليبي.

وفي شأن تجديد الدين بين الدائن وأحد مدينه المتضامنين أخذ المشروع في المادة ٣٤٨ بما يقرره قانون التجارة القائم في المادة ٢٦١ وهي مطابقة في الحكم

والصياغة مع نصوص القوانين العربية بالمادة ٢٨٦ مصري و ٢٨٦ سوي ٢٧٣ لبيي، ٣٢٣ عراقي كما تتفق مع حكم المادة ٣١ لبناني، وتقوم في أساسها على خصيصة يتميز بها التجديد اذ ينقضي به الالتزام الأصلي بتوابعه وتأميناته وينشأ في مكانه التزام جديد يختلف عن الالتزام القديم الذي انقضى بما كان له من صفات وتوابع وتأمينات، ويعتبر من تأمينات الدين القديم التضامن بين المدينين فينقضي بانقضاء هذا الدين، وعلى ذلك إذا اتفق الدائن مع أحد المدينين المتضامنين على تجديد الدين استتبع ذلك قضاء الدين القديم وبراءة ذمة جميع المدينين المتضامنين. أما إذا أراد الدائن أن يجدد الدين مع أحد المدينين دون أن يفقد التزام المدينين المتضامنين الآخرين بالدين القديم فيكون لزاما عليه وقت إجراء التجديد أن يفرغ عن نيته بأنه لا يقصد من التجديد إبراء ذمة باقي المدينين المتضامنين كما أنه يمكنه من باب أولى أن يتفق مع هؤلاء المدينين على بقاء التزامهم التضامني القديم.

وتنص المادة ٣٤٩ على الحكم في حالة وقوع المقاصة بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين، وإذا كان من شأن المقاصة قضاء الدين الذي انصب عليه القصاص، ومن ثم يمتنع على الدائن أن يرجع على المدين الذي انقضى دينه بالمقاصة ولا يبقى له إلا الرجوع على بقية المدينين المتضامنين فيحق له مطالبة كل منهم بجملة الدين بعد استنزال حصة المدين الذي وقع القصاص معه. وقد نقل المشروع هذا الحكم عن المادة ٢٦٢ من قانون التجارة القائم وهي مطابقة للمواد المقابلة في التشريعات العربية (٢٨٧ مصري و ٢٨٧ سوري، ٢٧٤ لبيي و ٣٢٤ عراقي).

ويواجه نص المادة ٣٥٠ من المشروع حكم اتحاد الذمة بين الدائن وأحد مدينه المتضامنين، ويتحقق ذلك اما عن طريق خلافة الثاني للأول، واما عن طريق خلافة الأولى للثاني، وفي كلتا الحالتين لا ينقضي الدين إلا بقدر حصة هذا المدين فيه وحكم هذه المادة مأخوذ عن المادة ٢٦٣ من قانون التجارة الحالي وهو مطابق لما تنص عليه المادة ٢٨٨ من القانون المصري وما يقابلها في القوانين العربية الاخرى.

وتعرض المادة ٣٥١ للحكم في حالة إبراء أحد المدينين المتضامنين على وجه يوافق نص المادة ٢٦٤ من قانون التجارة الحالي مع تعديل في صياغتها أقرب إلى الدقة والوضوح، ومع إضافة حكم جديد إليها رؤى أن من الملائم النص عليه صراحة

وإن كان مما يتفق مع القواعد العامة وذلك حسماً لأي خلاف محتمل في الرأي بشأنه، وذلك أن القانون القائم يقضي بأن الدائن إذا أبرأ أحد المدينين المتضامنين مع المدين كان له أن يرجع على المدينين المتضامنين الآخرين بالدين منقوصاً منه حصّة من أبرئ، وقد أخذ المشروع بذلك الحكم وزاد عليه أن الدائن إذا كان عند إبرائه لمن أبرأه من المدينين قد احتفظ بحقه في الرجوع على بقية المدينين بكل الدين فإنه يحل له في هذه الصورة مطالبة هؤلاء المدينين أو من يشاء مطالبتهم بالدين بتمامه، ويكون لمن يوفي الدين أن يرجع بدوره على المدين الذي أبرأه الدائن بقدر حصته في ذلك الدين. واستمد المشروع هذا الحكم الذي أضافه من القانون المصري بالمادة ٢٨٩ والقوانين العربية التي نقلت عنه (٢٨٩ سوري و٢٧٦ لبيي).

وفي المادتين ٣٥٢ و ٣٥٣ استكمل المشروع بقية أحكام إبراء أحد المدينين المتضامنين سواء من الدين أو من التضامن فيه فقط بما يتفق مع أحكام المادتين ٢٦٥، ٢٦٦ من قانون التجارة القائم مع إعادة صياغة بعض عباراتها أكثر دقة وضبطاً استمدها المشروع من بعض التشريعات العربية في المواد المقابلة (٢٩٠ إلى ٢٩٢ مصري، ٢٩٠ إلى ٢٩٢ سوري، ٢٧٧ إلى ٢٧٩ لبيي). وقد استبدل المشروع بما تجري به المادة ٢٦٧ من نص على تقادم الدعوى العبارة التي أوردها بالمادة ٣٥٤ وهي امتناع سماع الدعوى بمرور الزمان أخذاً بالمصطلح عليه في الفقه الإسلامي وعلى نحو ما يأخذ به نص المادة ٣٢٩ من القانون العراقي.

وجاء المشروع في المادة ٣٥٥ بحكم يطابق ما تنص عليه المادة ٢٦٨ من قانون التجارة الحالي ويشكل هذا الحكم تطبيقاً دقيقاً لقاعدة مستقرة بأن النيابة التبادلية بين المدينين المتضامنين تكون فيما ينفعهم وليس فيما يضرهم، فكل خطأ يقع في تنفيذ الالتزام لا يكون مسئولاً عن التعويض عنه غير فاعله أو فاعليه من المدينين المتضامنين ومقدراً بقدر خطئه جسيماً كان أو يسيراً ولا تتعدى المسؤولية عنه إلى المدينين الآخرين بل إن مسؤولية هؤلاء تبقى في حدود تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً وكذلك فإن اعدار أحد المدينين المتضامنين أو رفع الدعوى عليه لا ينتج أثره إلا بالنسبة إليه فلا يغير بحال من المراكز القانونية لباقي المدينين، أما إذا وجه أحد المدينين المتضامنين اعداراً إلى الدائن فإن المدينين الآخرين يفيدون منه ويكون شأنهم في ذلك شأن المدين الذي

صدر الاعذار عنه. ويتفق حكم هذه المادة مع ما تنص عليه المادة ٢٩٣ من القانون المصري والقوانين العربية التي أخذته عن ذلك القانون (٢٩٣ سوري، ٢٨٠ لبيي، ٣٣٠ عراقي).

وأخذ المشروع المادة ٣٥٦ نقلا عما تنص عليه المادة ٢٦٩ من قانون التجارة القائم ومؤداها أن الصلح بين الدائن وأحد المدينين إذا انطوى على إبراء من الدين أو من جزء منه كان لباقي المدينين أن يفيدوا منه وكذلك يكون الحكم إذا تضمن الصلح بأية صورة من الصور تخفيفا من أعباء الدين اعتبارا بما بين المدينين من نيابة تبادلية فيما ينفع، وغني عن البيان أنه بالنظر إلى أن الصلح لا يقبل التجزئة فلا يجوز للمدينين المتضامين الآخرين أن يتمسكوا بالجزء الذي يفيدهم في الصلح وأن يطرحوا ما يضرهم بل إنهم إذا ما احتجوا بالصلح لأنه في مجموعهم يفيدهم فيجب أن يتحملوا به كله.

وعرض المشروع في المادتين ٣٥٧ و ٣٥٨ لتطبيقات أخرى للقاعدة العامة في اعمال فكرة النيابة التبادلية بصدد الإقرار واليمين وحجية الشيء المقضي به آخذا في ذلك مأخذ قانون التجارة في المادتين ٢٧٠ و ٢٧١ ولكن أدخل المشروع بعض التعديلات في الصياغة التي جاء بها كما أثر النص في الفقرة الثالثة من المادة ٣٥٧ على أن حلف أحد المدينين المتضامين لليمين يفيد منه الباقون واستبعد منه ما يضيفه الحكم المقابل في المادة ٢٧٠ من القانون الحالي من أن هؤلاء المدينين الآخرين يستفيدون إذا انصبت اليمين على المديونية لا على التضامن. اعتبارا بأن هذه الإضافة فضلة زائدة إذ لا يتصور استفادة المدينين من يمين يحلفها أحدهم ينكر بها وجود التضامن. ومما يجدر التنويه به أن المجال الذي يتناوله الحكم هو توجيه اليمين إلى واحد فقط من المدينين المتضامين، أما إذا وجه الدائن اليمين إلى جميع المدينين فحلفها بعضهم ونكل بعض آخر فإن تطبيق القواعد العامة يؤدي إلى أن من نكل يضار بنكوله ولا يستفيد من حلف الآخرين. وتقابل هذه الأحكام في التشريعات العربية أحكام المواد ٢٩٥ و ٢٩٦ مصري و ٢٩٥ و ٢٩٦ سوري و ٢٨٢ و ٢٨٣ لبيي و ٣٣٢ و ٣٣٣ عراقي.

وتناول المشروع في المادة ٣٥٩ بفقراتها الثلاث علاقة المدينين المتضامين فيما

بينهم وتقابل الفقرة الأولى المادتين ١/٢٧٢ و ١/٢٧٣ من قانون التجارة القائم مع تعديل في عبارتهما يقتضيه الإيضاح وتنسيق أحكامها مع القواعد العامة وتقضي تلك الفقرة بأنه إذا وفي أحد المدينين المتضامنين الدين كله أو ما يزيد على حصته فيه أو قام بهذا أو ذاك بطريق من الطرق الأخرى المعادلة للوفاء، فإنه يرجع على بقية المدينين كل بقدر حصته في الدين أو في تلك الزيادة، أي أن حقه في الرجوع يكون حيث يقضي الدين بوفائه عينا أو بما يعادله سواء كان وفاء بمقابل أو تجديداً أو مقاصة أو اتحاد ذمة، أما إذا انقضى الدين بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين بسبب لا يعتبر معادلاً للوفاء كالإبراء والتقدم فلا رجوع له على غيره من المدينين لأنه لم يدفع الدين أو مقابلاً له.

وأنتي المشروع في الفقرة الثانية بحكم جديد يرسى القاعدة الأصلية في تقسيم الدين في العلاقة بين المدينين المتضامنين وهو يقضي بأن الدين ينقسم بين المدينين حصصاً متساوية فإذا وجد اتفاق بينهم على خلاف ذلك انقسم الدين بالنسب المتفق عليها وإن كان هناك نص خاص في القانون بطريقة التقسيم حددت الحصص طبقاً لذلك النص، واستمد المشروع هذا الحكم من القانون المصري بالمادة ٢/٢٩٧ والقوانين العربية التي نقلته عنه ٢/٢٩٧ سوري و ٢/٢٨٤ ليبي . ويتفق مع أحكامها المادة ٣٩ لبناني.

وأخذ المشروع الفقرة الثالثة من المادة ٣٥٩ نقلاً عن المادة ٢/٢٧٢ من قانون التجارة الحالي الذي استمدتها بدوره من نصوص القوانين العربية السابقة، ويؤدي حكمها إلى أن العبرة في قيام الاعسار بمن أعسر من المتضامنين والذي يتيح لمن أوفى الدين منهم الرجوع على سائرهم بنصيب المعسر، تكون بالوقت الذي يحصل فيه الرجوع إلا أن يثبت أن المدين الموفي قد تراخى في الرجوع حتى أعسر المعسر فيكون قد أخطأ من جانبه ولا يحق له أن يحمل المدينين المتضامنين الآخرين تبعة خطئه، على أنه إذا كان أحد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة في الدين، فإنه وإن كانت علاقة الدائن بالمدينين المتضامنين في هذه الصورة تظل محكومة بقواعد التضامن، إلا أنه في علاقة أولئك المدينين بعضهم ببعض فإن قواعد الكفالة هي التي تسري عليها، ومن ثم فإن المدين الذي تفرد بالمصلحة في الدين

يتحمل به كله في صلته بالمدينين المتضامنين الآخرين، فإن قام هو بالوفاء لم يكن له الرجوع على غيره بشئ مما وفاه، وإن قام مدين متضامن آخر دونه بالوفاء رجع عليه وحده بالدين بتمامه، وقد أورد المشروع القاعدة التي تحكم هذا الموضوع بالمادة ٣٦٠ نقلاً عما ينص عليه قانون التجارة بالمادة ٢٧٣/٢ مع تعديل في الصياغة اقتضته الملاءمة.

(ثانياً) عدم القابلية للإنقسام:

ويعرض المشروع لعدم قابلية الالتزام للإنقسام في المواد ٣٦١ و ٣٦٢ و ٣٦٣ وهي تتفق مع نصوص المواد ٢٧٤ و ٢٧٥ و ٢٧٦ من قانون التجارة الحالي وما يقابلها في التشريعات العربية (المواد ٣٠٠-٣٠٢ مصري ٣٠٠-٣٠٢ سوري، ٢٨٧-٢٧٩ ليبي، ٣٣٦-٣٣٨ عراقي، ٧٠ وما بعدها لبناني)، وتتناول في المادة ٣٦١ الأحوال التي يكون فيها الإلتزام غير قابل للإنقسام فتنص على أن الإلتزام يتسم بذلك الوصف إذا ورد على محل تمتنع فيه التجزئة بأصل طبعه كالإلتزام بتسليم جواد مثلاً، أو إذا اتجهت النية المشتركة للمتعاقدين إلى عدم إجازة تجزئة الوفاء بالإلتزام وبالأخص إذا تبين ذلك من الغرض الذي قصدوا إليه ومثاله أن انعقد البيع على قطعة أرض لإقامة مدرسة أو مستشفى عليها أو أي بناء آخر تقتضي إقامته في مفهوم الطرفين مساحة الأرض المبيعة كلها فيكون الزام البائع غير قابل للإنقسام بسبب الغرض المقصود من البيع.

وتتناول المادة ٣٦٢ حكم الإلتزام غير القابل للإنقسام في حالة تعدد المدينين فتقضي بالالتزام كل منهم بوفاء الدين بتمامه إلى الدائن وللمن أوفى الرجوع على بقية المدينين كل بقدر حصته في الدين، وباعتبار أن الإلتزام غير القابل للإنقسام فإنه لا ينقسم بين ورثة المدين ويكون كل من الورثة مسئولاً عن الإلتزام كاملاً ولذلك يجري كثير من المتعاقدين على اشتراط التزام المدين (ولو كان متضامناً مع آخرين) التزاماً غير قابل للإنقسام كيلاً يتجزأ الدين بين الورثة.

وتعالج المادة ٣٦٣ حالة تعدد الدائنين في الإلتزام غير القابل للإنقسام وهي تتيح لكل دائن أو لأي وارث من ورثته أن يقتضي الدين بتمامه من المدين، وإذا هو استوفاه فإنه يحق لسائر الدائنين الرجوع عليه كل بقدر حصته.

الباب الرابع

انتقال الالتزام

الفصل الأول

(المواد ٣٦٤ - ٣٧٦)

ترسى المادة ٣٦٤ الأصل العام في حوالة الحق على نحو ما يقرره قانون التجارة الحالي بالمادة ٢٧٧ منه نقلاً عن المادة ٣٠٣ مصري والتشريعات العربية التي أخذت عنه (٣٠٣ سوري، ٢٩٠ ليبي، ٣٦٢ عراقي) - وحاصل ذلك أن الحوالة ترد بصفة عامة على كافة الحقوق الشخصية، وأما محل الحوالة فإنه يكون في الأغلب الأعم التزاما بمبلغ من النقود، ويمكن أن يكون محلها التزاماً بعمل كاستيفاء منفعة العين المؤجرة بمقتضى حق المستأجر في مواجهة المؤجر، على أن مبدأ حوالة الحقوق الشخصية لا يجري على إطلاقه إذ أن للطرفين الاتفاق على عدم جواز الحوالة كما يحول دونها أن يكون الحق نافياً بطبيعته لمكينة الانتقال إلى دائن آخر كما هو الشأن في العقود التي ينظر فيها إلى شخصية المتعاقد الذاتية وكذلك قد ينص القانون صراحة على عدم جواز الحوالة لاعتبارات معينة، وتورد المادة ٣٦٥ واحداً من التطبيقات لهذه الحالة الأخيرة فتقتضي بانه لا تجوز الحوالة في الحق إلا في القدر القابل منه للحجز وهو حكم نقله المشروع عن المادة ٢٧٩ من قانون التجارة الذي اخذه بدوره من المادة ٣٠٤ مصري والتشريعات العربية التي نقلت عنه، وما لم يوجد أحد تلك الموانع التي تحول من حوالة الحق فانه يكفي لانعقاد الحوالة التراضي بين المحيل والمحال له ودون حاجة إلى رضا المدين الذي يصبح محالاً عليه بمجرد انعقاد الحوالة بين طرفيها . ومع ذلك فان الحوالة إذا انعقدت صحيحة فانها لا تنفذ ولا تعتبر حجة على المدين أو الغير إلا بتفويته اجراءات معينة تكفلت ببيانها المادة ٣٦٦ من المشروع - بما يطابق المادة ٢٧٩ من قانون التجارة والمأخوذة في أصلها من المادة ٣٠٥ مصري والمواد المقابلة بالتشريعات العربية التي سارت على نهجها - ومؤدها أن الحوالة لا تعتبر حجة على المدين إلا بقبوله لها ويكون هذا القبول حجة على الغير إذا كان ثابت التاريخ، فإذا

لم يصدر من المدين قبول للحوالة فإنها لا تنفذ في حقه أو في حق الغير إلا إذا أعلنت إلى المدين وفقاً للاوضاع المقررة في قانون المرافعات.

وتعطي المادة ٣٦٧ للمحال له الحق في اتخاذ الاجراءات التحفظية حتى قبل أن تصبح الحوالة نافذة بالنسبة للمدين والغير ويتفق ذلك مع الحكم المقرر بالمادة ٢٨٠ من قانون التجارة الحالي مع تعديل طفيف في الصياغة، ولا يعدو هذا الحكم ان يكون تطبيقاً للقاعدة العامة في تخويل الدائن اتخاذ الاجراءات التحفظية ولو كان حقه معلماً على شرط واقف أي معدوما على خطر الوجود . فيثبت ذلك من باب أولى للمحال له ولو لم يكن حقه نافذاً، وقد اخذ القانون القائم بهذا الحكم من المادة ٣٠٦ من القانون المصري والمواد المقابلة في التشريعات العربية المقارنة.

وتعين المادة ٣٦٨ مدني الحق الذي تنقله الحوالة إلى المحال له فتقرر أن الحق ينتقل إلى المحال له بما يلزمه من صفات وما يلحقه من توابع وما يضمه من تأمينات وهي تقابل المادة ٢٨١ من قانون التجارة ولا تختلف عن حكمها الا في استبعاد الفوائد مما تشمله الحوالة التزاماً بالقاعدة الاساسية التي انتهجها المشروع بحظر الفوائد عملاً باحكام الشريعة الاسلامية ولم ينقل النص ما يجري به القانون الحالي من أن الحوالة تشمل الاقساط اعتباراً بأن القواعد العامة تقتضيه دون حاجة إلى نص خاص عليه .

وتتطابق المادتان ٣٦٩ و ٣٧٠ مع المادتين ٢٨٣ و ٢٨٢ على التوالي من قانون التجارة مع المخالفة في الترتيب مراعاة لمنطق الأمور، والحكم الذي تنص عليه المادة ٣٦٩ تمليه طبيعة الحوالة وحكمها في انتقال الحق من المحيل إلى المحال له فإن ذلك يضع على عاتق المحيل الالتزام بتمكين المحال له من الحق الذي انتقل اليه فيكون عليه ان يمدد بكافة ما يلزم من الوسائل لاثبات ذلك الحق. والحكم الذي تقرره المادة ٣٧٠ ان نتيجة منطقية لانتقال الحق بذاته إلى المحال له، فيمكن للمحال عليه - تبعاً لذلك - ان يتمسك قبل المحال له بالدفوع وأوجه الدفع التي كان يمكنه أن يتمسك بها قبل المحيل، وذلك بمراعاة ان الوقت الذي تصبح فيه الحوالة نافذة في حق المدين - سواء بقبوله لها أو بإعلانها إليه - يعين الحد الفاصل بين الدفوع وأوجه الدفع التي يكون للمدين أن يتمسك بها وبين ما عداها مما يمتنع عليه الاحتجاج به، وقد استمد القانون الحالي حكمه ذاك من المادة ٣١٢ من القانون المصري والقوانين العربية التي سارت على منواله.

وتعرض المواد ٣٧١ و٣٧٢ و٣٧٣ من المشروع لضمان المحيل للحق المحال به والاحوال التي يتحقق فيها هذا الضمان مع بيان لمداه في كل حالة ويتفق المشروع في ذلك مع ما يجري به قانون التجارة في المواد ٢٨٤ و٢٨٥ و٢٨٦ وإنما أدخل المشروع تعديلات لفظية تحقيقاً لصياغة أفضل في المواد التي جاء بها، هذا وقد جعل المشروع في المادة ٣٧٣ رجوع المحال له بالضمان على المحيل وفقاً للمادتين ٣٧١ و٣٧٢ محدوداً كأصل عام فيما سبق أن دفعه مع المصروفات مستبعداً الفوائد التي يضمها القانون الحالي مما ما يوجب رده، والى ذلك وضع المشروع استثناء ملاءماً من ذلك الأصل الذي اخذ به فاستحدث بالفقرة الثانية من المادة ٣٧٣ حكماً يقضي بأن المحال له حسن النية يكون من حقه الرجوع ايضاً بالتعويض عما يلحقه من الضرر إذا كان المحيل يعلم وقت الحوالة بعدم وجود الحق المحال بذمة المدين الأصلي.

وجاء حكم المادة ٣٧٤ من المشروع متفقاً مع ما تنص عليه المادة ٢٨٧ من قانون التجارة الحالي مع تعديل لفظي لا يمس جوهر القاعدة المقررة به وهي ضمان المحيل لافعاله الشخصية سواء كانت الحوالة معاوضة أو تبرعية، واعتبار كل شرط بعدم الضمان باطلاً ولا أثر له . هذا وينص القانون الحالي في المادة ٢٨٨ التالية على أنه «تبراً ذمة المدين إذا لم يقبل الحوالة ووفي المدين للمحيل قبل أن يعلم بها، ومع ذلك لا تبراً ذمته بهذا الوفاء إذا أثبت المحال له أنه كان يعلم وقت الوفاء بصدور الحوالة». وقد رأى المشروع الا ينقل هذا النص لأنه يتضمن حكماً تفصيلاً يغني عنه تطبيق القواعد العامة بشأنه وهو نفس النهج الذي اتخذه التشريع المصري إذ أن المشروع التمهيدي للقانون المدني كان قد وضع هذا النص ضمن أحكامه بمادته ٤٣٢، ورؤي حذفها في المراحل النهائية لاعداد المشروع لما رؤي من عدم وجود حاجة إليها.

وتواجه المادتان ٣٧٥ و ٣٧٦ أحكام التزاحم على الحق المحال في صورتين الأولى هي التزاحم بين محال له ومحال له آخر وتعالجه المادة ٣٧٥، والصورة الثانية هي التزاحم بين محال له ودائن حاجز أو دائنين حاجزين وتعالجه المادة ٣٧٦، ولم يأت المشروع بجديد في الامرين عما ينص عليه قانون التجارة الحالي في المادتين ٢٨٩ و ٢٩٠ والقانون المصري الذي نقل عنه، وإنما أدخل المشروع تعديلات لفظية

في الصياغة التي وضعها تجعل المعنى المقصود أكثر وضوحاً، وحكم الصورة الأولى بين لا لبس فيه وليس يعدو أن يكون تطبيقاً للقواعد العامة في تصرف السلف في منقول معين إلى خلف ومن بعده إلى خلف آخر إذ تكون الأفضلية للأسبق منهما في الاستخلاف ومراعاة ان السبق لا يتحدد هنا بتاريخ صدور كل من الحوالتين وإنما يثبت السبق للحوالة التي أصبحت نافذة في حق الغير قبل الحوالة الأخرى، وغني عن البيان أن التزامم في تلك الصورة لا يوجد إلا إذا اتحد المحل في الحوالتين فإذا تلقى المحال له جزءاً من الحق وتلقى المحال له الآخر الجزء الباقي فإن كل منهما يرجع بما أحيل به بغير التزامم.

وتعرض المادة ٣٧٦ للتزامم بين الحوالة والحجز في فرضين:

الأول: أن يكون الحجز أسبق في تاريخه من الوقت الذي أصبحت فيه الحوالة نافذة، بأن يقع الحجز تحت يد المدين (المحال عليه) وفي تاريخ لا حق لذلك يصير اعلان الحوالة إلى المحال عليه أو يقبلها قبولاً ذي تاريخ ثابت، وعندئذ يكون الحجز قد توقع على الحق المحال وهو ما زال على ملك المحيل ومن ثم فإن الحوالة التي تجيء بعد ذلك لاتضره وإنما تعتبر بمثابة حجز ثان ويزاحم صاحبها الحاجز الأول ويقسم المال بينهما قسمة غرماء، أما الفرض الثاني الذي تواجهه المادة فإنه يعرض كالفرض السابق أن الحجز وقع أولاً ومن بعده جاءت الحوالة النافذة وإنما اعقب ذلك توقيع حجز ثان على ذات الحق في تاريخ لاحق للتاريخ الذي أصبحت فيه الحوالة نافذة، وإذا كان هذا الحاجز المتأخر يقف على قدم المساواة مع الحاجز الأول - وفقاً للقواعد العامة - فيكون له أن يزاحمه، ولكن الحجز المتأخر يجب ألا يكون بذى أثر على الحوالة التي صارت نافذة في تاريخ سابق على توقيعه إذ أن الحوالة من شأنها نقل الحق من المحيل إلى المحال له من تاريخ نفاذها فتجب كل حجز لاحق لذلك التاريخ، وعلى هذه الأساسين، يصير تقسيم الدين قسمة غرماء بين الحاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتأخر ثم يؤخذ بعد ذلك من نصيب الحاجز المتأخر ما يستكمل قيمة الحوالة.

الفصل الثاني

حوالة الدين

(المواد ٣٧٧ - ٣٩٠)

يجدر التنويه بادئ ذي بدء إلى أن قانون التجارة الحالي قد استمد أحكامه في حوالة الدين بصفة عامة من الفقه الإسلامي محتدياً في ذلك الخصوص حذو القانون العراقي ومقتفياً أسلوب هذا القانون في التنسيق بين الأحكام وفي صياغة النصوص وقد رأى المشروع الأخذ في تقنين هذا الفصل بمأخذ قانون التجارة والقانون العراقي وفي حدود ما التزمه من أحكام الفقه الإسلامي وإنما بمراعاة ما توجهه الأصول التشريعية من التوفيق بين المصطلحات الفنية في هذا الفصل وبين كافة ما يقابلها من المصطلحات السارية في أبواب المشروع وفصوله الأخرى والمنقولة بذاتها من قانون التجارة الحالي، ومع ما استلزمه ذلك من تعديل في صياغة بعض المواد صياغة جديدة تجعلها أدنى إلى الوضوح والدقة ودون اخلال بجوهر حكمها المقصود منها، ولم ينقل المشروع من مواد القانون الحالي ما يغني عنه تطبيق القواعد العامة دون لبس أو تردد، كما وجد من الملائم تنقية بعض المواد الأخرى من أحكام فرعية بها لا يوجبها المقام.

وعلى تلك الأسس السابقة فقد صيغت المادة ٣٧٧ من المشروع المقابلة للمادة ٢٩١ تجاري والمادة ٣٣٩ عراقي صياغة جديدة تلتزم بالمعنى المقصود ولكن دون نقل لعبارات هاتين المادتين أو لما بهما من مصطلحات رأى المشروع التجاوز عن استعمالها في أبوابه الأخرى، واستعاض عنها بمصطلحات مقابلة استقرت في القوانين الحالية والأعراف القضائية، وتقرر المادة ٣٧٧، بفقرتها الأولى القاعدة الأساسية في حوالة الدين وهي انها تؤدي إلى نقل الدين من ذمة المدين الأصلي إلى ذمة شخص آخر هو المحال عليه، ولازم ذلك ومؤداه أن الدين لا ينتقل وحده انما تنتقل معه المطالبة أيضاً، وهو ما يحدد مصدر المشروع في هذا الخصوص بعد أن اختلفت بشأنه الآراء في الفقه الإسلامي، فقد تمشى المشروع مع القانون الحالي في اعتماد رأي الإمام أبي حنيفة وأبي يوسف فيما قالوا به من أن حوالة الدين تنقل الدين والمطالبة معا، وذلك على

خلاف آراء أخرى لدى الاحناف حيث يقول محمد أن تلك الحوالة تنقل المطالبة دون الدين ويقول زفر أنها لا تنقل الدين ولا المطالبة وإنما تضم ذمة إلى ذمة في سداد الدين، وعلى خلاف الآراء في بقية المذاهب التي تتجه في مجموعها إلى إقرار نوع واحد من الحوالة هو الحوالة المقيدة إذ يشترط لصحة الحوالة عندهم أن يكون المحال عليه مديناً للمحيل.

وقد أبانت الفقرة الثانية من المادة ٣٧٧ المعني المقصود بكل من نوعي الحوالة المطلقة والمقيدة، وتجنب في صياغتها ما يشوب النص المقابل في القانون الحالي من تفصيل واسهاب لا محل لهما.

وتتفق المادة ٣٧٨ من المشروع مع المادة ٢٩٢ من قانون التجارة في الحكم وان خالفتها خلافا طفيفا في الصياغة.

أما المادة ٣٧٩ فإنها تقابل المادة ٢٩٣ من قانون التجارة وجاءت بتعديل في حكمها إذ تنص مادة قانون التجارة على أنه «يصح عقد الحوالة بين الدائن والمحال عليه، ويلزم المحال عليه بالاداء، ولكن ليس له الرجوع على المدين الأصلي إلا إذا أقر المدين الحوالة». وهو نص منقول عن المادة ٣٤١ من القانون المدني العراقي . والبادي أن صياغتها التزمت بما يراه جمهور الحنفية من أن الحوالة إذا تمت دون أمر من المحيل بأن كانت قد انعقدت بين الدائن والمحال عليه مباشرة ولم يقرها المحيل، فلا يكون للمحال عليه أن يرجع على المحيل بشيء ما، لقولهم أنه في هذه الصورة تنعقد الحوالة صحيحة ويعتبر المحال عليه متبرعا (المادة ٧٧٨ من مرشد الحيران والمادة ٦٨١ من المجلة، والزيلعي جزء ٤ ص ١٧٣ وابن عابدين جزء ٤ ص ٣٠٥، ص ٣٠٧ وابن نجيم جزء ٦ ص ٣٥١)، وتوفيقا بين تلك القاعدة وبين الأصل المقرر في القوانين الوضعية والمعتمد بهذا المشروع من أنه يجوز للغير الوفاء بدين المدين ولو بغير علمه أو رضاه فقد رؤي النص بالمادة التي جاء بها المشروع على أن المحال عليه لا يكون له الرجوع على المدين الأصلي طبقاً لأحكام الحوالة في حالة عدم اقرار هذا المدين للحوالة، ليكون باقياً للمحال عليه في هذه الصورة حقه في الرجوع على المدين المذكور طبقاً لقواعد الاثراء بلا سبب ان لم يصرح بانه كان متبرعا . وهو ما يقول به بعض الفقهاء المسلمين (الدسوقي على الشرح الكبير للدردير جزء ٣ ص ٢٩٦).

ولم يجد المشروع وجها لنقل ما تنص عليه المادتان ٢٩٤ و٢٩٥ من القانون القائم من أنه يشترط لصحة الحوالة أن يكون المحيل مدينا للمحال له وإلا كان العمل وكالة، ومن انه يشترط في المحال به ان يكون معلوما وتصح به الكفالة، وذلك أن تلك الأحكام هي تطبيقات واضحة للقواعد العامة.

وتعرض المادة ٣٨٠ من المشروع لما تعرض له المادة ٢٩٦ من قانون التجارة مع التعديل فيها لاحكام الصياغة، وذلك ان النص الحالي يجري بانه «إذا قبل المحال له الحوالة ورضى المحال عليه بها، بريء المحيل من الدين ومن المطالبة معا، ويكون للمحال له حق مطالبة المحال عليه». وذلك في حين أن المفروض اصلا ان حوالة الدين لا تقوم ولا تنعقد إلا إذا كان المحال عليه طرفا فيها، ومن ثم فان الحوالة إذا ما تم عقدها والمحال عليه طرف فيها بحكم اللزوم، فان تطلب رضاء المحال عليه بعد ذلك لسريانها في حقه يكون تزيده لا يقتضيه المقام، وهو ما تلافاه المشروع في النص الذي جاء به مع التعديل في الصياغة على مقتضى الحال.

وأورد المشروع المادة ٣٨١ مقابلا لما تنص عليه المادتان ٢٩٧ و٢٩٨ من قانون التجارة الحالي (المنقولتان عن المادتين ٣٤٧ و٣٤٨ عراقي) على أن المشروع لم ير محلا لمحاكاة المادة ٢٩٧ فيما أوردته من تمثيل وشرح لما يصح أن يكون وصفا في الدين فمن الملائم الا يردد التشريع بين ابوابه وفصوله شروحا وتفصيلات عن أصول عامة وأساسية وان التزم بوضعها مع ما لها من احكام وآثار في مكانها المناسب بين النصوص، كما أن المشروع وقد أرسى في النص الذي وفق إليه القاعدة الأساسية بأن الدين المحال، يلزمه في تحوله من المدين الأصلي إلى «المحال عليه» كافة التأمينات الخاصة التي كانت تضمنه، لم يجد وجها بعد ذلك لمجاراة المادة ٢٩٨ من القانون الحالي فيما استطرقت إليه بقولها: «إذا أحوال الراهن المرتهن بالدين على آخر أو أحوال المشتري البائع بالثمن على آخر لم يسقط حق المرتهن في الرهن ولا حق البائع في حبس المبيع أما إذا أحوال المرتهن غريما له على الراهن فان حقه في الرهن يسقط ولا يكون رهنا للمحال له، وكذا إذا أحوال البائع غريما له على المشتري بالثمن سقط حقه في حبس العين المبيعة» ذلك أن الشرط الأول من هذه الفقرة هو تطبيق بين للقاعدة أما شرطها الأخير فإنه استطراد لا يقتضيه المقام للتدليل على استبعاد القاعدة فيما لا تنعقد

فيه العلاقة على أساس من حوالة دين مضمون بتأمين خاص، بأن كان المدين الأصلي الذي حول دينه إلى المحال عليه هو بذات الوقت دائن للمحال عليه بدين مضمون بتأمين خاص كرهن أو حق في الحبس، فإن ذلك المدين الأصلي إذ يحول الدين الذي عليه قبل دائنه فإنه ينقل هذ الدين كما هو إلى المحال عليه أي بغير تأمين خاص يضمه، لان الضمان الخاص القائم في العلاقات بين الأطراف لم يكن ضمانا للدين المحال به، وانما هو ضمان لدين آخر ذلك الدين الذي كان للمدين الأصلي (المحيل) بذمة المحال عليه وانقضى بينهما قصاصا، بسبب الحوالة.

وجاء المشروع في المادة ٣٨٢ بحكم يتفق مع حكم المادة ٢٩٩ من قانون التجارة الحالي مع ضبط الصيغة على وجه أدق، فينص الشرط الأول من المادة ٣٨٢ على حق المحال عليه في التمسك بما كان للمحيل من دفعات متعلقة بذات الدين وهو ما يغني عما يضيفه نص القانون الحالي من عدم أحقية المحال عليه في التمسك بالدفعات الخاصة بشخص المحيل، وكذلك ينص الشرط الثاني من المادة على حق المحال عليه في التمسك بالدفعات المستمدة من عقد الحوالة وهي بذاتها الدفعات التي يعبر عنها نص القانون الحالي بانها الدفعات الخاصة بشخصه هو (شخص المحال عليه).

ولم ير المشروع موجبا لنقل الحكم الذي تنص عليه المادة ٣٠٠ من القانون الحالي ذلك انها ترد انقضاء الدين الذي انتقل إلى المحال عليه للأسباب العامة في انقضاء الديون كافة.

وتعرض المادة ٣٨٣ لحكم يتفق مع الحكم الذي تقرره المادة ٣٠٢ من قانون التجارة الحالي مع صياغتها صياغة جديدة اقرب إلى ما يجري به الأسلوب التشريعي ولكن دون مساس بجوهر القاعدة كما استمده النص الحالي من الفقه الاسلامي وتقضي الفقرة الأولى من المادة التي أتى بها المشروع بأن الحوالة المقيدة تبقى قائمة ومنتجة لآثارها إذا ما برئ المحال عليه من الدين الذى عليه للمحيل بسبب عارض بعد انعقاد الحوالة، ومن ثم فإذا أحال البائع دائنه على المشتري مقيدا بئمن البضاعة المبيعة، ثم احترقت هذه البضاعة أو تلفت قبل تسليمها إلى المشتري أو ردت بعيب أو خيار ما ولو بعد التسليم فان الثمن يسقط عن المشتري ولكن الحوالة لا تبطل لأن الدين الذي قيدت به كان قائما عند عقدها (الموسوعة الفقهية نموذج ٣ بند ٢٩٢ الفتاوى الهندية ٣/ ٢٠٦

- والبحر الرائق ٦ / ٢٧٥) وتقضي الفقرة الثانية بأن الحوالة المقيدة تبطل إذا سقط الدين الذي قيدت به عن المحال عليه بسبب سابق على انعقادها ولا دخل للمحال عليه فيه، وعلى ذلك فإنه إذا أحال البائع دائنه على المشتري بضمن المبيع ثم استحق المبيع للغير فإن الحوالة تكون باطلة وذلك انه قد تبين ان الحوالة علققت بمعدوم حكماً إذ قيدت بدين لم يكن له وجود قط ويعود الدين على المدين الأصلي وهو المحيل (الموسوعة الفقهية نموذج ٣ بند ٢٨١ - البحر الرائق ٥ / ٢٧٥ وابن عابدين على الدر ٤ / ٢٩٣).

وتقابل المادة ٣٨٤ من المشروع ما تقرره المادة ٣٠٣ من قانون التجارة ولا تختلف عنها في الحكم وإنما ادخل المشروع تعديلاً في الصياغة جعلها أدنى إلى الدقة والملاءمة.

وتعرض المادة ٣٨٥ من المشروع لحكم الحوالة المقيدة بعين مودعة إذا ما هلكت الوديعة بغير خطأ من المودع أو استحققت للغير، ويرجع ذلك الحكم في أصله إلى الفقه الإسلامي، ويؤسسه الفقهاء المسلمون على أن فوات الأمانة بغير تعد ممن هي عنده كالوديعة إذا احترقت أو سرقت من شأنه إنهاء الحوالة فتبرأ ذمة المحال عليه ويعود الدين على المحيل، وإنه إذا استحققت العين المقيدة بها الحوالة في يد الوديع فإن الحوالة تبطل لما تبين من أن العين التي قيدت بها غير مملوكة للمحيل فتفقد الحوالة أساسها (المادة ٧٨٧ / ٢، ٧٨٨ / ٢ مرشد الحيران، ٦٩٤ من المجلة).

وقد أورد قانون التجارة ذلك الحكم بالمادة ٣٠٤ بالنص التالي «إذا أحال المدين غريمه على الوديع حوالة مقيدة بالعين المودعة عنده فهلك الوديعة قبل ادائها بلا تعد من الوديع بطلت الحوالة واستحقاق الوديعة للغير مبطل للحوالة كهلاكها» وهو بذلك ينص على بطلان الحوالة سواء كانت العين المقيدة بها هلكت بلا تعد من الوديع أو كانت قد استحققت للغير، ولعله جاء متأثراً فيما أورده بالمشهور في الفقه الإسلامي من أن «استحقاق الوديعة مبطل للحوالة كهلاكها»، (الموسوعة الفقهية ٤ ص ١٨٧ - وابن عابدين على الدر ٤ / ٢٩٣). وإذ كان هلاك العين المقيدة بها الحوالة مؤداه في المصطلحات القانونية إنفاسخ الحوالة أو إنحلالها خلافاً لحالة استحقاق تلك العين للغير، لذلك فقد أثر المشروع أن يعتمد في صياغته للمادة المقترحة وفي خصوص حالة هلاك العين تعبيراً أكثر دقة وملاءمة وهو «ترتب على ذلك إنفاسخ الحوالة».

وجاءت المادة ٣٨٦ من المشروع مطابقة لما تنص عليه المادة ٣٠٥ من قانون التجارة الحالي . مع تعديل مناسب في الصياغة، ويرجع ذلك الحكم في أصله إلى المادتين ٧٨٧، ٧٨٨ من مرشد الحيران والمادة ٦٩٥ من المجلة، وموسوعة الفقه الإسلامي على أن العين المغصوبة التي قيدت بها الحوالة إذا لحقها الهلاك لسبب طارئ كما لو ضاعت أو سرقت فإن الحوالة تبقى كما هي ومطالبة المحال عليه متوجبة كما كانت من قبل التلف لأن الحوالة قيدت بشيء موجود فعلاً، فلا يضير ارتفاعه الطارئ لأن الشيء المضمون إذا هلك وجب مثله على ضامنه والمغصوب مضمون على الغاصب (الزليعي جزء ٤ ص ١٧٣ وابن عابدين جزء ٤ ص ٣٠٧) أما إذا استحقت العين المقيدة بها الحوالة وهي في يد الغاصب فإن حكمها لا يختلف عن الحكم في حالة استحقاتها وهي في يد الوديع، إذ يترتب عليه بطلان الحوالة.

وفي خصوص مسألة رجوع المحال له على المحيل، اختلفت المذاهب بل وتعددت الآراء في المذهب الواحد، فالراجح عند الحنفية أن للمحال له الرجوع على المحيل إذا توى الدين على المحال عليه أي تعذر الوصول إليه عنده بسبب إفلاسه أو موته مفلساً أو جحده الحوالة دون أن تكون هناك بينة عليه، ويرى جمهور الشافعية رفض التوى أي عدم جواز الرجوع اطلاقاً استناداً إلى أن شرط الرجوع عند التوى مناف لمقتضى العقد فيبطل والأصح عندهم أنه يبطل الحوالة أيضاً، أما المالكية فيقولون بجواز الرجوع إذا شرط في العقد وهو مقتضى ما يقرره الإمامية في الشروط عامة من أن كل شرط ليس بمحظور شرعاً ولا يؤدي إلى الجهالة بالمشروط يعتبر شرطاً صحيحاً نافذاً، ورأي المالكية هو السائد لدى فقهاء العصر كما يتفق مع الأصل في التشريعات الحديثة بأن العقد شريعة المتعاقدين، وقد أخذ به قانون التجارة الحالي بالمادة ٣٠٦/١، وحذا المشروع حذوه فنقل حكم تلك الفقرة إلى المادة ٣٨٧ مع تعديل أكثر ضبطاً ودقه في الصياغة، على أن المشروع لم يورد ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ٣٠٦ بقولها « أما مجرد تعذر استيفاء الدين من المحال عليه ولو بأمر المحكمة فلا يوجب بطلان الحوالة وعود الدين على المحيل » إذ أن هذا الحكم ليس إلا ترديداً زائداً للحكم الوارد في الفقرة الأولى من المادة . (الموسوعة الفقهية نموذج ٣ بند ٢٨٩ وما بعدها - المغني لابن قدامة ٥٨/٢ والفروع ٤٨٤/٢).

كذلك لم يجد المشروع وجها لايراد نص على غرار نص المادة ٣٠٧ من قانون التجارة الذي يقضي بأن الحوالة المشروطة بعدم براءة المحيل تعتبر كفالة عادية يثبت بها حق المحال له في الرجوع على أي من المحال عليه والمحيل، ذلك أن هذا الحكم تطبيق بين للقواعد العامة في القانون.

وجاء المشروع بالمادتين ٣٨٨، ٣٨٩ مقابلاً للمادتين ٣٠٨ و ٣٠٩ من قانون التجارة الحالي المأخوذتين أصلاً من المادتين ٣٥٩ و ٣٦٠ مدني عراقي ومصدرهما ما سنته المجلة في المادتين ٦٩١ و ٦٩٨ من أحكام الفقه الإسلامي في الخصوص الذي وردتا فيه . وتنص المادة ٦٩١ من المجلة على أنه «إذا أحال المحيل بصورة مطلقة ولم يكن له دين عند المحال عليه، رجع المحال عليه بعد الاداء على المحيل، وإن كان له دين يتقاص بدينه بعد الاداء» ويقول صاحب درر الحكام (جزء ٢ ص ٣٤) تعليقا على المادة ٦٩٨ من المجلة أنه «إذا لم يكن للمحيل مطلوب عند المحال عليه وعلى تقدير أن الحوالة أجريت بأمر المحيل فطبقاً للمادة ٦٩٨ يرجع المحال عليه به على المحيل بعد الاداء، وإذا كان له مطلوب بذمة المحال عليه يتقاصان بعد الاداء».

وعلى هدى ما تقدم وضع المشروع المادتين اللتين اقترحهما وهما تنصان على الحوالة المطلقة التي تكون بالاتفاق مع المدين الأصلي أو بإقراره وهو ما حدا بالمشروع إلى تعديل صياغة المادة ٣٨٨ (المقابلة للمادة ٣٠٨ تجاري) على وجه يقطع في ذلك المعنى كيلاً تختلط بحكم الحوالة التي لا يقرها ذلك المدين والمنصوص عليه بالمادة ٣٧٩ من المشروع، ويقصد بما أوردته المادة ٣٨٨ أنه إذا لم يكن المحال عليه مدينا للمحيل، فليس له الرجوع على المحيل إلا بعد أن يؤدي الدين المحال به إلى المحال له، ويكون رجوعه بقدر المحال به، ودون نظر إلى ما أداه، وأساس الرجوع أنه يفي دين المحيل بأمره (ابن عابدين رد المحتار جزء ٤ ص ٣٠٧) وأما الحكم الذي أوردته المادة ٣٨٩ فيقضي أن المحال عليه وإن كان مدينا للمدين الأصلي بدين أو عين، فإن التزامه بموجب الحوالة بالوفاء إلى المحال له لم يتقيد بهذه العين أو ذاك الدين، فيبقى حق المدين الأصلي المحيل في طلب الدين أو العين إلى حين قيام المحال عليه بالوفاء إلى المحال له، فإن أوفى إليه يجري القصاص بين ما أداه وبين ما للمحيل عنده (المرجع السابق).

ويتفق حكم المادة ٣٩٠ مع ما تنص عليه المادة ٣١٠ من قانون التجارة القائم وإنما استبعد المشروع ما أورده القانون الحالي من تفصيلات وشروح، وذلك الحكم الذي نقله المشروع إنما يمليه ما للحوالة المقيدة من ماهية متميزة بتعيين العنصر الذي يستوفى منه المحال له دينه إذ يتحدد في دين معين بذمة المحال عليه أو في عين بذاتها عنده، ومن ثم فلا يكون للمحيل بعد انعقاد حوالة من هذا القبيل أن يطالب المحال عليه بالمال الذي قيد وفاء الحوالة به لدى المحال عليه، اعتباراً بأن الحق فيه قد انتقل إلى المحال له . ويؤسس الاحناف هذا الحكم على أن الحوالة المقيدة تسقط حق المدين الأصلي (المحيل) في المطالبة، وتمنع الوفاء إليه لأن حقه صار كالمرهون، والمعتبر في بقية المذاهب أن الحوالة المقيدة تبرئ المحال عليه من دين المحيل لأن حقه صار للمحال له . (الموسوعة الفقهية نموذج ٣ بند ٢٦٠، وبند ٢٦١ - فتح القدير ٥ / ٤٥١، وابن عابدين على الدر ٤ / ٢٩٤، ونهاية المحتاج ٤ / ٤١٣ وما بعدها) ولم يجد المشروع وجهاً إلى النقل عما تنص عليه المادة ٣١٠ في فقرتها الثانية من أنه «ولو أعسر المحيل قبل أداء المحال عليه الدين، فليس لسائر الغرماء أن يشاركوا المحال له» اعتباراً بأنها تقرر حكماً يتفرع عن الأصل المقرر بالفقرة الأولى بانتقال الحق في المطالبة بما قيدت به الحوالة من المدين الأصلي إلى المحال له، وهو ما يتفق أيضاً مع رأي زفر حيث يرى أن للمحال له امتيازاً على المال المقيدة به الحوالة عند المحال عليه، لأن حق الغرماء تعلق بمال المحيل، وما للمحيل عند المحال عليه صار أجنياً عن هذا المال بدليل أنه لا يستطيع أخذه حال حياته، فيكون كذلك بعد وفاته، (البابرتي على هامش فتح القدير جزء ٥ ص ٤٥١ وابن الهمام جزء ٥ ص ٤٥١).

الباب الخامس

انقضاء الالتزام

الحق الشخصي أي الالتزام له أجل محدود ينقضي فيه، فمصيره حتماً إلى الزوال وهو في ذلك يختلف عن الحق العيني المتمثل بصفة خاصة في حق الملكية حيث تعتبر صفة التأييد أو الدوام من خصائصه الأصلية، وقد أخذ المشروع بأسباب انقضاء الالتزام مأخذاً قانون التجارة الحالي والقانون المدني المصري الذي نقل عنه، فرد تلك الأسباب إلى تقسيم عملي على النحو التالي، القسم الأول ويشمل انقضاء الالتزام بتنفيذه عيناً أي بالوفاء وهو الطريق المألوف لقضاء الدين والقسم الثاني ويشمل أحوال انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء ويندرج تحته الوفاء بمقابل والتجديد والإنبابة في الوفاء والمقاصة واتحاد الذمة، والقسم الثالث ويشمل أحوال انقضاء الالتزام دون أن ينفذ ويندرج تحته الإبراء واستحالة التنفيذ ويلحق به عدم سماع الدعوى لمرور الزمان الذي استمد المشروع أحكامه من القانون المدني العراقي والفقهاء الإسلامي واستعاض بها عن نظام انقضاء الالتزام بالتقادم المسقط الذي يأخذ به قانون التجارة الحالي.

الفصل الأول

الوفاء

(المواد ٣٩١ - ٤١٣)

جاء المشروع بالمادة ٣٩١ مقابلاً للمادة ٣١١ من قانون التجارة الحالي مع تعديل أكثر احكاماً في الصياغة، فلم يأخذ بما تنص عليه الفقرة الأولى عن «الوفاء من نائب المدين» إذ يغني عنها «الوفاء من المدين». كما لم ينقل من تلك الفقرة ما تجري به نهايتها بقولها «إلا إذا كان ضرورياً أن يوفى المدين الدين بنفسه» واستعاض المشروع عنها بفقرة جديدة هي الفقرة الثالثة بالمادة التي جاء بها وهي القاعدة الأصلية للأحوال التي يجوز فيها للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين، سواء كان من يعرض هذا

الوفاء له مصلحة فيه اعتباراً بأن له حق الحلول محل الدائن أو ليست له هذه المصلحة وهي ذات القاعدة التي تحددها المادة ٢٠٦ من قانون التجارة الحالي المستمدة من المادة ٢٠٨ من القانون المصري.

ووضع المشروع المادة ٣٩٢ في فقرتين جمع فيهما مع الأحكام التي تنص عليها المادتان ٣١٢ و ٣١٣ من قانون التجارة الحالي بعد تعديل الصياغة بما يتفق مع الجمع بين تلك الأحكام المترابطة بعضها مع البعض، وهو الأسلوب الذي جرى عليه التشريع المصري بالمادة ٣٢٥ وتابعه فيه التشريع السوري بالمادة ٣٢٤ والتشريع الليبي بالمادة ٣١٢ ومؤدي تلك الأحكام أن صحة الوفاء مشروطة بأن يكون الموفى سواء في ذلك المدين أو الغير مالكا لما وفى به وأن تتوافر لديه أهلية التصرف فيه، فإذا لم يكن الموفى أهلاً للتصرف في الشيء الذي أوفى به كان وفاؤه قابلاً للإبطال بسبب نقص الأهلية على أنه إذا لم يلحق الوفاء ضرراً بناقص الأهلية انتفت مصلحته في الدفع بالابطال وبالتالي فإنه يمتنع عليه أن يتمسك به ويعتبر وفاؤه صحيحاً ويترتب عليه انقضاء الدين وبراءة ذمة المدين»*.

واستحدث المشروع في المادة ٣٩٣ حكماً يقضي بأن الغير الذي أوفى الدين يكون له الرجوع على المدين بقدر ما أوفاه، أما إذا كان الوفاء رغم معارضة المدين أو بدون علمه فيكون للمدين أن يمنع رجوع الموفى عليه إذا اثبت أنه له أية مصلحة في الاعتراض على الوفاء، مثل التمسك في مواجهة الدائن بالمقاصة القانونية، أو الدفع بانقضاء الدين لأي سبب آخر أو الدفع ببطلانه، ويوجه الحكم في الصورة الأولى أن الغير يرجع بدعوى الفضالة، ويوجهه في الصورة الأخرى أن الرجوع لا يستند إلا إلى دعوى الإثراء بلا سبب فيكون رجوعه باقلاً للقيمتين: مقدار ما دفعه الغير أو مقدار ما عاد على المدين من منفعة وقد نقل المشروع هذه المادة من القانون المدني المصري بالمادة ٣٢٤ والتشريعات العربية التي أخذتها عنه.

* اضيفت فقرة ثالثة للمادة (٣٩٢) بالقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٩٦ تعالج حالة وفاء المدين وهو في مرض موته بدين بعض الدائنين حالة كون ماله لا يسع الوفاء بجميع ديونه ويؤدي هذا الوفاء إلى الإضرار ببقية الدائنين فان هذا الوفاء لا ينفذ في حقهم ويكون لهم ان يطلبوا استرداد ما دفعه المدين ليقسم بين جميع الدائنين قسمة غرماء، وهذا تطبيقاً لما يقرره الفقه الإسلامي في تصرفات المريض مرض الموت.

ووجد من الملائم ألا ينقل المشروع ما تنص عليه المادة ٣١٤ من قانون التجارة الحالي من أنه «لا يصح للمدين أن يوفى دين غرمائه في مرض موته إذا أدى هذا الوفاء إلى الأضرار ببقية الدائنين» فقد آثر المشروع أن يترك الحكم في ذلك الشأن للقواعد القانونية العامة التي تحكم سائر تصرفات المريض مرض الموت.

وأورد المشروع في المادة ٣٩٤ الحكم في شأن حلول من أوفى الدين محل الدائن بحكم القانون وهو الحلول القانوني وحصر أحواله آخذاً - بصفة عامة - بما يقرره قانون التجارة القائم بالمادة ٣١٥ والتي سنت في الأصل على غرار المادة ٣٢٦ من القانون المصري والقوانين العربية التي نقلت عنه . ويبين جلياً بذلك الحكم أن الموفى الذي يحل محل الدائن بأمر القانون يكون دائماً صاحب مصلحة في الوفاء بدين المدين وتبعاً لذلك يمكنه القانون من أن يفي بالدين رغم إرادة المدين والدائن على السواء، فيتم بذلك حله محل الدائن الذي وفاه، وتحقق الحالة الأولى للحلول القانوني إذا كان الموفى ملزماً بالدين مع المدين أو ملزماً بوفائه عنه كالمدين المتضامن والكفيل الشخصي أو العيني إذ قد يكون لأي من هؤلاء مصلحة في درء مطالبة الدائن له بدين المدين أمام القضاء، وتحقق الحالة الثانية إذا كان الموفى دائماً عادياً أو له تأمين عيني وأوفى الدين إلى دائن آخر له تأمين عيني مقدم عليه ويقوم حق الحلول في هذه الصورة رعاية لمصلحة الموفى في منع الدائن المتقدم عليه في المرتبة من بيع المال المثقل بالتأمين في وقت غير مناسب، فقد يقدم هذا الدائن على البيع ولو بالوكس طالما كان الثمن الذي لا يزاحمه فيه غرماء يكفي للوفاء بدينه المتقدم في المرتبة، أما الحالة الثالثة من أحوال الحلول فقد لوحظ أن قانون التجارة القائم - متأثراً بالقوانين العربية التي نقل عنها - قد اقتص بها مشتري العقار الذي يفي بتمنه إلى الدائنين المخصص ذلك العقار لضمان دينهم في حين أن هذه الحالة ليست إلا تطبيقاً للحالة الأولى اعتباراً بأن المشتري في هذه الصورة يعتبر مسؤولاً عن الدين عن المدين وفي حدود ثمن ما اشتراه، وهو اعتبار يصدق سواء أكان المبيع عقاراً أو منقولاً ومن أجل ذلك فقد استبدل المشروع في نطاق تلك الحالة كلمة الشيء بكلمة العقار، وتتوفر الحالة الرابعة للحلول القانوني كلما وجد نص خاص عليها في القانون.

وعرضت المادة ٣٩٥ من المشروع لحكم الحلول الاتفاقي واجراءاته على وجه

مطابق للمادة ٣١٦ من قانون التجارة الحالي والقوانين العربية التي أخذ عنها مع تعديل طفيف في الصياغة، كما أضيف إلى آخر الفقرة الثانية حكم يقضي بأنه لا يجوز للدائن الأصلي الذي يستوفى حقه من مال اقترضه المدين من شخص آخر أن يرفض ذكر هذه الواقعة في المخالصة المثبتة لسداد دينه إليه .. وقد نقل المشروع هذا الحكم من المادة ٢١٠٢/٣ من القانون المدني الايطالي، وذلك لازالة كل لبس في أن الدائن الأصلي يعتبر ممتنعاً عن قبول الوفاء إذا رفض إثبات تلك الواقعة بالمخالصة مما يجيز إجباره على قبول الوفاء بطريق العرض الحقيقي والإيداع.

وتكفلت المادة ٣٩٦ من المشروع ببيان آثار الحلول بنوعيه سواء أكان حلوياً قانونياً أو حلوياً اتفاقياً، وترد هذه الآثار إلى قاعدتين أساسيتين أولاهما أن الموفى يحل محل الدائن الذي أوفاه وفي نفس المركز القانوني الذي كان له، فينتقل إليه حق الدائن بكافة ماله من صفات وتوابع وتأمينات وما يلحقه من الدفع أما القاعدة الثانية فهي أن الموفى الذي احتل محل الدائن الموفى له لا يرجع على المدين إلا بمقدار ما أداه، ولم يأت المشروع في ذلك بجديد غير ما هو مقرر بالمادة ٣١٧ من قانون التجارة القائم والمواد المقابلة بالتشريعات العربية التي استمد منها ذلك الحكم.

وتتفق المادة ٣٩٧ من المشروع مع حكم المادة ٣١٨ من قانون التجارة الحالي مع تعديل طفيف في الصياغة يجعلها أدنى إلى الدقة، أما المادة ٣٩٨ فقد استحدثت بها المشروع حكماً جديداً يعالج به الصورة التي يكون فيها الدين مضموناً بعدة رهون على عقارات متعددة ثم يباع كل منها إلى حائز على استقلال ويقوم أحد الحائزين بوفاء الدين كله، ويقرر النص المستحدث أن هذا الحائز لا يكون له أن يرجع على أي من الحائزين الآخرين إلا بقدر نصيبه في الدين بحسب قيمة العقار الذي يكون حائزاً له ومن ثم فإن شأن الحائز الموفى بكل الدين بالنسبة إلى الحائزين الآخرين كشأن المدين المتضامن الذي يوفى الدين جميعه فيرجع على سائر المدينين الآخرين كل بقدر حصته وقد استمد المشروع ذلك الحكم من المادة ٣٣١ من القانون المصري والقوانين العربية التي نقلتها عنه.

وتقرر المادة ٣٩٩ القاعدة العامة التي تنص عليها المادة ٣١٩ من قانون التجارة الحالي بان الوفاء يكون للدائن ولكن دون استطراد إلى ما تردده من شروط بشأن

أهلية الموفى له اغتناء بما جاء به المشروع في الباب الأول من القواعد والأحكام لتصرفات ناقصي الأهلية وأصحاب الصفة في النيابة عنهم في تلك التصرفات، وإنما أضاف المشروع إلى المادة التي أوردها نصاً مستحدثاً يقضى بصحة الوفاء إلى من قدم للمدين مخالصة صادرة من الدائن ما لم يكن هناك اتفاق على الوفاء للدائن بشخصه أو لثابته، وقد تغيا المشروع بذلك النص أن يجعل من التقدم بالمخالصة الموقعة من الدائن قرينة على ثبوت صفة مقدمها في استيفاء الدين، على أن تنتفي هذه القرينة بوجود اتفاق مسبق على أن يكون الوفاء للدائن بنفسه أو لمن ينوب عنه إذ يتعين عندئذ على المدين أن يرفض الوفاء حتى يستوثق من صفة من بيده المخالصة وقد استمد المشروع ذلك الحكم من بعض التقنيات العربية (٣٣٢ مصري، ٣٣٠ سوري، ٣١٩ ليبي).

ووضع المشروع المادة ٤٠٠ بما يتفق مع ما تنص عليه المادة ٣٢٠ من قانون التجارة القائم. وأضاف حالة أخرى تأخذ ذات الحكم المطبق على الحاليتين الواردين في النص الحالي، ولكن في حدود خاصة، وهي حالة الوفاء لغير الدائن إذا عادت منه منفعة على الدائن وعلى أن تكون براءة المدين الموفى بقدر هذه المنفعة، وتتحقق تلك الحالة مثلاً إذا كان المدين قد وفى الدين إلى شخص كان دائناً للدائن وقبضه منه استيفاء لحقه في ذمة ذلك الدائن وكان الحق خالياً من النزاع وواجب الأداء ومقدماً على سائر ديون الدائن. وتوجد للدائن مصلحة ما في الوفاء به، وقد استمد المشروع هذا النص من بعض التقنيات العربية (٣٣٣ مصري، ٣٣١ سوري، ٣٢٠ ليبي) أما قانون التجارة الكويتي فلم يورد نصاً مماثلاً مع أنه تطبيقاً للأحكام التي أوردها بشأن الفضالة، والبادي أنه قد تأثر في ذلك بمسلك القانون العراقي (المادة ٣٨٤) مع أن هذا القانون إذ لم ينقل تلك الحالة عن القوانين العربية الأخرى قد التزم منطقته الخاص بعدم الاعتراف بالفضالة وفي خصوص الحالة الأخيرة من الحالات التي يطبق عليها الحكم الوارد في النص أثر المشروع التعبير عنها بالأسلوب الذي صاغها به القانون الحالي مع تعديل طفيف في الصياغة، فقد رأى أنه أصح في النظر مما تجري به عبارة بعض التشريعات العربية في ذلك المقام بأنه «الوفاء لشخص كان الدين في حيازته».

عرض الدين عرضاً حقيقياً وإيداعه:

أغفلت التشريعات الرئيسية الحالية بالكويت النظام القانوني لعرض الدين عرضاً حقيقياً وإيداعه، على الرغم مما له من أهمية وخطر، حتى لقد دعت الضرورة بعض المتعاملين إلى الأخذ بقواعده الأساسية بدون نص واجتهد القضاء في اقرارهم على ما اخذوا به ما وسعته اسباب الاجتهاد، كذلك لمس المشروع مدى الحاجة إليه في بعض التشريعات الفرعية الحديثة، ففي المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٨ بشأن ايجار العقارات وضع نظام خاص لعرض الأجرة وايداعها بإجراءات مناسبة لذلك النوع من الانزعة، وكان حتما لدى اقتراح مشروعات للقوانين الرئيسية أن تضمن نصوصها قواعد شاملة لنظام العرض الحقيقي والايداع تتناول اجراءاته واحكامه الموضوعية على السواء.

وبالنسبة للقواعد الاجرائية فقد احتواها مشروع قانون المرافعات المدنية والتجارية الذي تم انجازه وأصبح معدا ليأخذ طريقه إلى مراحل التشريعية، أما القواعد الموضوعية فقد أتى بها هذا المشروع في المواد من ٤٠١ إلى ٤٠٤ وهي مستمدة من المواد ٣٣٤ و ٣٣٥ و ٣٣٨ و ٣٤٠ من القانون المدني المصري ومن التشريعات العربية الأخرى التي نقلت عنه.

وتعرض المادة ٤٠١ من المشروع لحكم لا ينصب مباشرة على العرض الحقيقي والايداع وإنما ينتظم مرحلة يسلكها المدين إذا شاء تمهيداً لاتخاذ اجراءات العرض والايداع أو عوضاً عنها، وغاية تلك المرحلة هي وضع الدائن في موضع التقصير إذا رفض قبول الوفاء بدون مبرر مقبول، مع بيان الآثار التي تترتب على ذلك، ولكي يعتبر الدائن في ذلك الوضع القانوني فإن ذلك يقتضي من المدين أن يعذره، باعلان رسمي يسجل عليه فيه، اما انه رفض وفاء صحيحاً عرضه عليه، واما أنه امتنع عن القيام بعمل من الاعمال اللازمة لاتمام الوفاء، واما أنه أعلن عدم قبوله للوفاء، فيترتب على الاعذار الى الدائن بأنه في حالة من هذه الحالات انتقال تبعة هلاك الشيء إلى عاتقه، والسماح للمدين بايداع الشيء على نفقة الدائن مع الرجوع عليه بالتعويض عند الاقتضاء . وتتحقق الحالة الأولى كما لو عرض المدين على الدائن عرضاً فعلياً - ولو بدون اعلان رسمي - الدين بتمامه عند حلول الأجل وفي المكان المحدد للوفاء

به أو حتى اكتفى بإبداء استعداده للوفاء بالدين على هذا الوجه فرفض الدائن ذلك الوفاء، وتتحقق الحالة الثانية إذا استلزم الوفاء من الدائن أن يتدخل بعمل من جانبه، كما لو كان الدين واجب الوفاء في موطن المدين وأبى أن يسعى إليه، أما الحالة الثالثة فإن الدائن يسبق فيها المدين بأن يعلن من ناحيته أنه لن يقبل الوفاء إذا ما عرض عليه، فإن وضع الدائن نفسه في حالة من تلك الحالات وسجلها عليه المدين بالاعذار إليه ترتبت على الاعذار آثاره السابقة.

وللمدين أن يعرض الدين عرضاً حقيقياً على دائئه - سواء أكان قد أعذر إليه وفقاً لحكم المادة السابقة أم لا - وقد أورد مشروع قانون المرافعات بيان إجراءات العرض وكذلك الإيداع، ففصلت أحكامه كيفية القيام بالعرض الحقيقي وفقاً لطبيعة المعروض، فإن كان تسليمه ميسوراً في موطن الدائن وجب أن يحمله إليه مندوب الإعلان وإلا كلفه بتسلمه حيث يوجد، وإذا ما قبل الدائن العرض على ذلك الوجه فيكون الوفاء قد تم إليه منذ اللحظة التي يقترن فيها القبول بالعرض، وهو حكم واضح في تلك الصورة وفي غير حاجة إلى النص عليه في المشروع، أما إذا لم يقبل الدائن العرض فيكون من اللازم اتخاذ إجراءات الإيداع التي رسمها مشروع قانون المرافعات، وتتم بإيداع الشيء خزانة إدارة التنفيذ إذا كان المعروض نقوداً أو غيرها مما يقبل الإيداع بالخزانة، فإن لم يكن كذلك تعين استصدار أمر من القضاء بالإيداع في مكان أمين، أما إذا كان المعروض شيئاً يستحيل على الإيداع فإن الاجراء البديل هو استصدار أمر القضاء بوضعه تحت الحراسة، أما الأشياء التي يسرع إليها التلف فتباع بإذن القضاء ويودع الثمن المتحصل من البيع، على أن الدائن قد يعود بعد اتمام الإيداع أو الاجراء البديل عنه فيقبل العرض، كما انه قد يظل على موقفه من رفض العرض والامتناع عن تسلم المعروض حتى يقضي نهائياً بصحة العرض والإيداع وتقرر المادة ٤٠٢ من المشروع الحكم في الحالين فتقضي بأن العرض فيهما يعتبر بمثابة وفاء للدين ونصها قاطع في اسناد وقت الوفاء وبراءة ذمة المدين إلى التاريخ الذي تم فيه العرض الحقيقي على الدائن فابتدره بالرفض ولم يشأ أن يقبله في حينه.

وقد يحول بين المدين وبين إمكان التعرف على الدائن الواجب الوفاء إليه حائل، فيتعذر اتخاذ إجراءات عرض الدين عرضاً حقيقياً، وكان لزاماً لذلك فتح الباب أمام المدين للخلوص من عبء الدين بإيداعه مباشرة ايداعاً غير مسبوق بالعرض

الحقيقي في الأحوال التي يتحقق فيها قيام ذلك الحائل وقد حصرتها المادة ٤٠٣ فيما يلي: أولاً- إذا كان المدين يجهل شخصية الدائن أو موطنه . ثانياً- إذا كانت أهلية الدائن مقيدة أو معدومة وليس له نائب يقوم عنه في استيفاء الدين . ثالثاً- إذا كان الدين محل نزاع بين عدة أشخاص ولم يتيسر للمدين التثبت من صاحب الحق فيهم . رابعاً- إذا كانت هناك أسباب جديدة أخرى تبرر عدم إجراء العرض الحقيقي كما إذا كان المدين يطالب بالتزام مقابل لم يتيسر له استيفاؤه قبل تنفيذ التزامه، ومثال ذلك أن يكون المشتري راغباً في الوفاء بالثمن إلى البائع ولكن البائع يمتنع عن الوفاء المقابل بالتصديق على توقيعه في عقد البيع تمهيداً لتسجيل العقد ونقل الملكية، فلا يكون أمام المشتري مفر من ايداع الثمن مباشرة على ذمة البائع مشروطاً بعدم صرفه إليه إلا بعد توقيعه على العقد . وترتب المادة ٤٠٣ على الايداع (أو ما يقوم مقامه) في هذه الصور أنه يكون بمثابة وفاء للدين، واعتباراً من تاريخ القيام به، وبدهي ان الايداع المقصود هو الايداع الصحيح الذي قبله من ثبت له الحق فيه دون أن ينازع في صحته أو الايداع الذي يقضي بصحته لدى النزاع فيه.

ولا يعتبر العرض الحقيقي المشفوع بالايدياع لازماً، ولذلك فقد اجازت المادة ٤٠٤ من المشروع للمدين أن يرجع في عرضه ما دام لم يقبله الدائن وما دام لم يصدر حكم نهائي بصحته، ويرسم مشروع قانون المرافعات اجراءات الرجوع فيوجب على المدين إن أراد رجوعاً أن يعلن الدائن بعزمه على ذلك وأن يتلبث ثلاثة أيام قبل أن يؤذن له في الرجوع، إذ يكون للدائن خلال هذه المهلة أن يقبل العرض فيقتضي الدين ويمتنع بذلك على المدين أن يرجع، أما إذا انتهت المهلة ولم يبد الدائن قبولاً للعرض ورجع المدين فإن العرض يعتبر كأن لم يكن، ومن ثم تبقى ذمة المدين مشغولة بالدين وملحقاته كما لا تنفك عن الدين ضماناته.

اما إذا جاء رجوع المدين في العرض بعد قبول الدائن له أو بعد الحكم نهائياً بصحته، فإن هذا الرجوع يكون قد وقع على غير محل من الدين الذي صار عرضه وانقضى بما كان له من كافة الضمانات، وحتى إذا كان الدائن لم يقبض الدين فعلاً في هذه الصورة ثم عاد وقبل من المدين الرجوع في العرض، فإن أثر هذا القبول يكون مقصوراً على العلاقة بينهما فتعود ذمة المدين مشغولة بدين جديد معادل للدين القديم

الذي انقضى فلا يكون للدين الذي نشأ بدمه المدين ما كان للدين القديم المنقضي من الضمانات ما لم يوجد اتفاق بين ذوي الشأن على ذلك.

وأورد المشروع المادة ٤٠٥ بحكم يتفق مع ما تقرره المادة ٣٢١ فقرة أولى من قانون التجارة الحالي مع تعديل أوفق في الصياغة، ومؤداه أن الوفاء ينبغي أن يكون بالشيء المستحق أصلاً. ولا يجوز أن يستبدل شيء آخر به ولو كانت له قيمة أكبر، إلا إذا وافق الدائن أو كان متعسفاً في قبول الوفاء. وقد رؤي عدم الحاجة إلى إيراد حكم خاص على نحو ما تقرره الفقرة الثانية من المادة ٣١٩ بشأن حق المدين بدين لم يعين إلا بنوعه في أن يفي بمثله ولو لم يرض الدائن، اعتباراً بأن هذا الحكم لا يعدو أن يكون تطبيقاً سلساً للقواعد العامة. وقد سبق إلى ذلك النهج القانون المصري بالمادة المقابلة ٣٤١ مدني والقوانين العربية التي حذت حذوه (٣٣٩ سوري، ٣٢٨ ليبي).

وأوردت المادة ٤٠٦ من المشروع بفقرتها الأولى حكماً مطابقاً للحكم المنصوص عليه في المادة ٣٢٣ من قانون التجارة الحالي بشأن عدم جواز اجبار الدائن على قبول الوفاء بجزء من حقه، ما لم يكن هناك اتفاق أو نص في القانون يقضي بالزامه بذلك، وإنما جرى المشروع تعديلاً في العبارة لتكون الصياغة أكثر دقة واحكاماً، وأورد المشروع فقرة جديدة بالمادة المقترحة تضع حلاً بينا لكيفية الوفاء إذا كان هناك نزاع في جزء من الدين دون باقيه، ويقضي بأن للدائن في هذه الحالة أن يستوفي من المدين الجزء الذي يعترف به بغير انتظار لحسم النزاع في الجزء الذي انصب عليه ذلك النزاع، ولا يكون للمدين أن يرفض هذا الوفاء الجزئي متذرعاً بالتريث الى الوقت الذي يتم فيه حسم النزاع في الجزء الآخر. وقد استمد المشروع هذا الحكم من المادة ٣٤٢ فقرة ثانية من القانون المدني المصري. والقوانين العربية التي سارت على منواله.

وتأخذ المادة ٤٠٧ من المشروع بحكم المادة ٣٢٤/٢ من قانون التجارة الحالي بشأن كيفية الخصم في حالة الوفاء بالدين وملحقاته، أما المادتان ٤٠٨ و ٤٠٩ فتتصرفان إلى معالجة كيفية الخصم من أصل الديون المتعددة وهي مسألة تباينت فيها الحلول التشريعية، فمنها ما يذهب إلى أن المدين له عند الوفاء أن يعين الدين الذي يريد قضاءه، فإن لم يفعل كان للدائن أن يقوم بهذا التعيين ما لم يعترض عليه المدين

أو يثبت أن الدائن أجرى التعيين في المخالصة بطريق الغش أو المباغته (القانون الفرنسي المادة ١٢٥٥) ومنها ما يذهب إلى اطلاق حق المدين في تعيين الدين الذي يوفى به ويستعمله كيف شاء وفي أي وقت يشاء بعد الوفاء وهو منهج القانون العراقي المادة ٣٩٣/١ مدني وقانون التجارة الكويتي المادة ٣٢٤/١ ويأخذ فريق ثالث من التشريعات بتحديد حق المدين في تعيين الدين في وقت قيامه بالوفاء اما إن سكت عن التعيين فإن القانون يتولى ذلك عنه آخذاً في الاعتبار نية المدين المفترضة وقت الوفاء، فإن لم يوجد من الاعتبارات ما يرجح اتجاه النية إلى تعيين دين بذاته فإن الحق في التعيين يؤول إلى الدائن وهو ما أخذ به القانون المدني المصري في المادتين ٣٤٤ و ٣٤٥ والمدني السوري في المادتين ٣٤٢ و ٣٤٣ والمدني الليبي في المادتين ٣٣١ و ٣٣٢، وقد اختار المشروع منهج هذه القوانين ضمناً لاستقرار المراكز القانونية، وتلافياً للمنازعات حول مشروعية استعمال المدين لحقه المطلق في تعيين الدين بعد أن تم الوفاء دون تعيين.

وقد نصت المادة ٤٠٨ من المشروع على أن للمدين أن يعين عند الوفاء الدين الذي يريد الخصم منه ما لم يمنعه اتفاق مسبق من ذلك أو يحول بينه وبين حقه في الاختيار نص في القانون كما إذا اراد أن يقع الخصم من دين لا يجوز فيه تجزئة الوفاء، ونصت المادة ٤٠٩ من المشروع على كيفية اجراء الخصم إذا لم يعينه المدين عند الوفاء، بأن الوفاء يقع من الدين الذي حل تمشياً مع النية المفترضة للمدين وقت ان أوفى . فإن تعددت الديون الحالة فإن الوفاء يقع من أشدها كلفة تقديراً بأنه الأصلح للمدين والأكثر اتفاقاً مع قصده عندما أوفى دون تعيين، وعلى ذلك فلا يكون للمدين الذي لم يعين وقت الوفاء، أن يعود بعد هذا الوقت بزمن طال أو قصر فيختار الخصم من دين مؤجل حتى ولو كان الأجل لمصلحته دون الخصم من دين كان حالاً وقت الوفاء واستقر في يقين الدائن الموفي له عندئذ أن الوفاء قد انصب عليه، كما لا يكون للمدين بعد ذلك الوقت (وقت الوفاء) أن يعود فيؤثر الخصم من دين عادي على الخصم من دين مكفول كان معتبراً وقت الوفاء أنه الأشد كلفة من ذلك الدين العادي.

وتطابق المادتان ٤١٠ و ٤١١ من المشروع الاحكام المقررة بالمادتين ٣٢٥ و ٣٢٦ من قانون التجارة الحالي مع تعديل أحكم في صياغة أو لاهما والاحتفاظ بجوهر

الحكم على حاله . ويتضمن هذا الحكم أصلاً عاماً بأن الالتزام يكون مستحق الأداء بمجرد ترتيبه بذمة المدين على أن هذا الأصل ليس مطلقاً فقد يوجد اتفاق باضافة الالتزام إلى أجل فيصير ادائه معلقاً على أجل واقف كما قد ينص القانون في بعض الأحوال رعاية لمصلحة يقدرها على تحديد أجل للوفاء بالالتزام، وإلى جانب الأجل الاتفاقي والاجل القانوني أخذ المشروع مأخذ القانون الحالي ومصادره التشريعية بالأجل القضائي فاتاح للقاضي أن يمهل المدين في الوفاء أو يمنحه ما يسمى نظرة الميسرة، وذلك إذا توافرت في الموضوع الأسباب المشروطة قانوناً لذلك إذ يجب أن تكون حالة المدين تستأهل إثارة بهذه المنحة وبالتالي فلا يجوز أن تعطي لمن تعتمد عدم الوفاء أو قصر فيه قصوراً بيناً أو لمن كان معسراً لا يرجى منه الاقتدار على الوفاء، كما يجب ألا يكون من شأن النظرة إلحاق ضرر شديد بالدائن فلا وجه لإغاثة المدين إذا كان السبيل إلى ذلك هو إنزال الأضرار البالغة بالدائن ويلزم أخيراً ألا يوجد نص في القانون يمنع النظرة إذ يتعين عندئذ التزام حكمه، وغني عن البيان أن القاضي عليه أن يقدر مدى النظرة بالمدة الضرورية لتمكين المدين من الوفاء.

وجاء المشروع بالمادة ٤١٢ تتفق مع الحكم المقرر في المادة ٣٢٧ من قانون التجارة الحالي بفقرتها مع تعديل أكثر وضوحاً في العبارة استمدته المشروع مما تجرى به صياغة المادة ٣٤٧ من القانون المدني المصري مع التصرف بما اقتضاه المقام . ولم ير المشروع وجهاً لنقل ما تنص عليه المادة ٣٢٨ من قانون التجارة الحالي من أنه «إذا أرسل المدين الدين مع رسوله إلى الدائن فهلك في يد الرسول قبل وصوله هلك من مال المدين، وإن أمر الدائن المدين بأن يدفع الدين إلى رسول الدائن فدفعه إليه وهلك في يده فهلاكه من مال الدائن ويبرأ المدين من الدين» وذلك تقديراً من المشروع أن هذا الحكم لا يعدو أن يكون تطبيقاً للقواعد العامة ويمكن إعماله دون لبس وبغير حاجة إلى تخصيصه بالنص، أما المادة ٤١٣ فوضعها المشروع مطابقة للمادة ٣٢٩ من قانون التجارة في حكمها وصياغتها وقضي حكمها بأن نفقات الوفاء بالدين تكون على عاتق المدين إلا إذا اتفق على غير ذلك أو كان هناك نص أو عرف يجري على خلافه، والنفقات المقصودة في هذا المقام هي تلك التي تصرف في سبيل الوفاء بالدين مثل ثمن الشيك وأجرة الوزن أو الكيل ونفقات إرسال الدين إلى الدائن.

الفصل الثاني

إنقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

(المواد ٤١٤ - ٤٣٤)

(أولاً) الوفاء بمقابل:

أورد المشروع ماهية الوفاء بمقابل والقواعد التي تحكمه بالمادتين ٤١٤ و ٤١٥ على نسق ما تجري به المادتان ٣٣٠ و ٣٣١ من قانون التجارة القائم ومصدرها في القوانين العربية (المادتان ٣٥٠ و ٣٥١ مصري والمواد المقابلة بالتشريعات العربية التي أخذت بها)، ويترتب على الوفاء بمقابل نقل ملكية شيء من ذمة المدين إلى ذمة الدائن وفاء للالتزام سابق بينهما فهو بهذه المثابة تجديد بتغيير الالتزام يتبعه بل ويمتزج به الوفاء بالالتزام الجديد على الفور، وبذلك ينطوي الوفاء بمقابل على نقل الملك بمقابل ومن هذا الوجه تنطبق عليه أحكام البيع كما يؤدي إلى إنقضاء الالتزام فتسري عليه من هذا الوجه أحكام الوفاء، وقد رؤي التماساً لوضوح العبارة بالمادة ٤١٥ الاستعاضة بعبارة « وبالأخص ما تعلق منها بتعيين الخصم في الوفاء من الديون المتعددة» عن الصياغة المقابلة بالمادة ٣٣١ والتي تجري عبارتها «وعلى الأخص ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع».

(ثانياً) التجديد:

وتتفق المادة ٤١٦ من المشروع مع المادتين ٣٣٢ و ٣٣٣ من قانون التجارة وإنما ادخل المشروع تعديلاً لفظياً طفيفاً في صياغة الفقرة الأولى المقابلة للمادة ٣٣٢ من القانون.

واستحدث المشروع في المادة ٤١٧ نصاً على حكم التجديد في حالة بطلان أي من الالتزامين القديم أو الجديد، وتقضي هذه المادة بأن التجديد لا يقع إذ أن الالتزام القديم إذا كان باطلاً استتبع ذلك بطلان الالتزام الجديد لتخلف سببه، وإذا كان الالتزام الجديد باطلاً بقي الالتزام القديم قائماً لامتناع أثر التجديد.

ونص المشروع في المادة ٤١٨ منه على أن التجديد لا يفترض بل يجب أن يتفق عليه صراحة أو يستخلص بوضوح من الظروف ذلك أن التجديد يستلزم ظهور إرادة الطرفين في القضاء على الالتزام القديم وفي إنشاء الالتزام الجديد ليكون بديلا له ومختلفا عنه، فضلاً عما ينطوي عليه التجديد من نزول من جانب الدائن عن الالتزام القديم، ومن ثم لا يجوز افتراض التجديد أو استخلافه من المظاهر المادية المجردة من قصد التجديد، فمن هذه المظاهر ما يفضي إلى خلق عمليات قانونية تكون صحيحة في ذاتها دون أن يقصد الطرفان منها قضاء الالتزام القديم الذي يستلزم توفر عنصر معنوي هونية التجديد بإنشاء الالتزام الجديد، وقد نقل المشروع هذا الحكم عن المادة ٣٥٤ / ١ مدني مصري والتشريعات العربية التي سارت على منواله.

وجاء المشروع في المادة ٤١٩ بحكم يطابق ما تنص عليه المادة ٣٣٤ من قانون التجارة القائم مع صياغة أكثر ضبطاً لتأكيد المعنى المقصود منه وهو أن الالتزام الجديد غير الالتزام القديم وله مقوماته واستقلاله الخاصان به، وقد أضاف المشروع فقرة ثانية إلى المادة التي جاء بها للتأكيد على أن التأمينات لا تنتقل من الالتزام القديم إلى الالتزام الجديد ما لم يقض بذلك نص في القانون أو تبين أن النية قد انصرفت إلى ذلك . وقد جرى المشروع في هذه الإضافة على منوال التشريع المصري في المادة ٣٥٦ من القانون المدني والتشريعات العربية التي حذت حذوه (٣٥٤ سوري، ٣٤٣ لبيي).

وقد لوحظ أن المادة ٣٣٥ من قانون التجارة الحالي تنص على أنه «إذا كان الدين الأصلي مكفولاً بتأمينات شخصية أو عينية وصار تجديده سقطت التأمينات إلا إذا جددت هي أيضاً» وهو حكم عام ومبهم، إذ أنه لا يفرق بين التأمينات العينية والتأمينات الشخصية مع ما بينهما من اختلاف في الطبيعة القانونية وفي الآثار، كما أنه جاء مرسلًا بلا تحديد للوسيلة القانونية لتجديد هذه أو تلك من نوعي التأمينات، كذلك فإنه ترك حقوق الغير دون تصون أو حماية حيث يقتضي الحال ذلك، وهذا كله من شأنه أن يوسع أسباب الخلاف في وضع الحلول القانونية في كثير من الصور بل وقد يضل الاجتهاد فيها، ولذلك فإن المشروع قد جاء بالمادتين ٤٢٠ و ٤٢١ ورسم بهما قواعد حاسمة لتحكم المسائل المتماثلة وتلك المخالفة كل بما يتفق مع طبيعتها من الأحكام، والأصل العام في جميعها استمده المشروع من القانون المدني المصري في مادتيه ٣٥٧ و ٣٥٨ والقوانين العربية الأخرى التي نقلت عنه، ولكنه لم يلتزم النهج الذي سلكته

تلك القوانين بحصر تطبيق الحكم المقرر في أولى المادتين (٣٥٧ مصري وما يطبقها) في التأمينات العينية المقدمة من المدين، وإطلاق الحكم المقرر في المادة ٣٥٨ على التأمينات المقدمة من غير المدين سواء أكانت عينية أو شخصية، وهو ما يثير اضطراباً بشأن المفارقة في الحكم بين انتقال التأمينات العينية إذا كانت مقدمة من المدين، وبين انتقال تلك التأمينات إذا كانت مقدمة من غير المدين . مع ما بينهما من تقارب شديد في الطبيعة القانونية والآثار، ولذلك فإن المشروع آثر أن يفرد المادة ٤٢٠ لحكم التأمينات العينية كافة سواء أكانت مقدمة من المدين أو من غيره، فتقضي هذه المادة أنه إذا كانت تلك التأمينات مقدمة من المدين وكان التجديد بتغيير الدين فإنها تنتقل إلى الدين الجديد بالاتفاق بين الدائن والمدين على ألا يؤثر ذلك على حقوق الغير، وعلى ذلك إذا اتفق الدائن والمدين على انتقال التأمين العيني لضمان الدين الجديد بقيمة تزيد على قيمة الدين القديم، فإن اتفقا على امتداد الضمان إلى القدر الزائد في الدين الجديد لا ينفذ ولا يسري في مواجهة الغير وهو كل دائن آخر يكون دينه مضموناً بحق عيني على التأمين المقدم ضماناً للدين القديم متى كان نائباً له في المرتبة، وإن كان التجديد بتغيير المدين جاز للدائن والمدين الجديد الاتفاق على استبقاء التأمين بغير رضاء المدين الأصلي ويبقى التأمين على حاله يثقل العين المقدمة منه، ويعتبر هو عندئذ كفيلاً عينياً للدين الجديد، وإن كان التجديد بتغيير الدائن فيصير الاتفاق بين أطراف التجديد ثلاثتهم على انتقال التأمينات - فإن كان التأمين العيني مقدماً من سوى المدين فإنه لا ينتقل إلى الدين الجديد إلا بموافقة من قدم ذلك التأمين وبشرط ألا يضر ذلك بحقوق الغير، وفي جميع الأحوال وسواء كانت التأمينات العينية مقدمة من المدين أو من سواه فإن الاتفاق على انتقالها إلى الدين الجديد لا يعتبر نافذاً في حق الغير إلا إذا كان هذا الاتفاق معاصراً وقت الاتفاق على التجديد، فإذا كان لاحقاً له في الزمان فإنه يكون من شأن التجديد الذي تم مجرداً من التأمينات العينية انقضاء الدين القديم مع تأميناته، ولا يكون في السعة إعادة تلك التأمينات بعد زوالها لضمان الدين الجديد وبذات المرتبة التي كانت في ضمان الدين القديم، حماية للغير وصيانة لحقوقه، وإن كان التأمين العيني موقفاً على العقار فيلزم لسريانه أيضاً اتباع الأحكام التي يقرها قانون التسجيل العقاري.

وخصص المشروع المادة ٤٢١ لبيان الحكم في شأن انتقال التأمينات الشخصية فيقضي بأن هذه التأمينات لا تنتقل إلى الدين الجديد إلا برضاء الكفيل أو المدين

المتضامن، ومن ثم فإن الكفالة الشخصية لا تضمن الوفاء بالدين الجديد ما لم يوافق الكفيل على ذلك، وكذلك إذا تم التجديد بموافقة بعض المدينين المتضامنين ترتب على ذلك انقضاء الدين الأصلي ونشوء دين جديد بالتضامن بين من وافقوا على التجديد، وتبرأ ذمة من عداهم من المدينين الذين كانوا متضامنين في الدين الأصلي، وإنما يجب التنويه في هذا المقام بأن الدائن إذا احتفظ عند التجديد بحقه قبل من لم يرتضه من المدينين المتضامنين فإن هؤلاء يبقون ملزمين بالتضامن بالدين الأصلي بعد حط حصة المدين الذي أجرى التجديد وذلك عملاً بما تنص عليه المادة ٣٤٨ من المشروع المقابلة للمادة ٢٦١ من قانون التجارة الحالي، وغني عن البيان أن موافقة الكفلاء الشخصيين أو المدينين المتضامنين ليست مشروطة في نفاذها بحق الغير بمعاصرة الاتفاق على التجديد، فيجوز أن يأتي رضاؤهم بكفالة الدين الجديد أو التضامن فيه عند حصول التجديد، كما يصح أن يكون لاحقاً له، وإذا جعلوا لرضائهم فيما لو كان لاحقاً أثراً رجعيّاً من تاريخ التجديد فإن التزامهم بالكفالة أو التضامن على ذلك الوجه يكون صحيحاً وناظراً في حدود القواعد العامة في القانون.

(ثالثاً) الإنابة في الوفاء:

وتعرض المادة ٤٢٢ لحكم الإنابة في الوفاء مستلهممة نص المادة ٣٣٦ من قانون التجارة القائم مع تعديل صياغته على وجه أكثر دقة، ونظام الإنابة يفترض وجود أطراف ثلاثة: المدين الأصلي وهو المنيب، الدائن وهو المناب له، والأجنبي وهو الشخص المناب وتقع الإنابة كاملة إذا إتفق ثلاثتهم على إبراء المدين الأصلي من الدين، وأن يصير على المناب الالتزام بوفائه منفرداً، ويكون ذلك بمثابة تجديد للدين بتغيير المدين، وتقع الإنابة ناقصة إذا لم ينعقد الاتفاق على التجديد وإنما تم الاتفاق على إنشاء الالتزام الجديد بذمة المناب إلى جانب الالتزام الأصلي الثابت بذمة المنيب (المدين الأول) وهذا النوع من الإنابة هو الأكثر أهمية وذيوعاً في المعاملات، ومع ذلك فقد لوحظ أن قانون التجارة الحالي في صدد تعريفه بالإنابة - لم يورد سوى عبارة موجزة ومرسلة في معناها - متأثراً في ذلك ببعض القوانين العربية حيث قال: «ان الأجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين». وهي صياغة يقصر مدلولها عن الإحاطة بالإنابة الناقصة مما حدا بالمشروع إلى تعديلها على الوجه الذي جاء به في النص الذي أورده بالمادة ٤٢٢.

وقد استمد المشروع المادة ٤٢٣ بفقرتها من الأحكام المقررة بفقرتي المادة ٣٣٧ من قانون التجارة الحالي . وتتناول الفقرة الأولى القاعدة العامة في الإنابة الكاملة المعتبرة تجديداً للالتزام، وأهم الآثار التي تتميز بها تلك الإنابة وهي براءة ذمة المنيب قبل المناب لديه وقد أجرى المشروع تعديلاً في صياغة الفقرة الثانية لتكون عباراتها أكثر وضوحاً وبيانياً في أنه إذا لم يوجد اتفاق صريح على التجديد فلا تكون الإنابة إلا إنابة ناقصة يترتب عليها إنشاء التزام جديد بذمة المناب إلى جوار الالتزام الأول الثابت بذمة المدين المنيب.

وتتفق المادة ٤٢٤ من المشروع مع ما تنص عليه المادة ٣٣٨ من قانون التجارة القائم، ويفيد حكمها المطلق إنه يسري على الإنابة بنوعيتها سواء كانت كاملة أو ناقصة، ويوجه هذا الحكم أن الأصل في الإنابة أيّاً كان نوعها أنها - كما تقدم - تنشئ بذمة المناب التزاماً مجرداً من سببه، على أساس أن المناب لديه لا يتلقى إلا حقه، وإنه إنفاذاً للإنابة يستأديه من المناب بدلاً من أن يستأديه من المدين الأصلي، ومن ثم فإن الإنابة لا تتأثر ولا تندفع بما قد يكون وارداً على العلاقة بين المدين الأصلي (المنيب) وبين المناب من أسباب البطلان أو الدفع، وغني عن البيان أن الحال يختلف إذا ورد في الإنابة تصريح بأن المناب يلتزم قبل المناب لديه بسبب العلاقة بينه وبين المنيب (أي بين المناب والمنيب) فسواء أكانت هذه العلاقة علاقة مديونية أو علاقة تبرعية فإن الإنابة لا تصح إلا بصحة الالتزام الذي اتخذ سبباً لها كما تدفع بما يدفع به ذلك السبب.

(رابعاً) المقاصة:

لوحظ أن قانون التجارة الحالي وإن صرف عنايته إلى وضع النظام القانوني للمقاصة القانونية وأورد فيه أحكامها الأساسية وما يترتب عليها من الآثار إلا أنه أشار من خلال نصوصه إشارات مبهمة إلى المقاصة الاختيارية وبعض من قواعدها بكيفية تثير الاضطراب في ماهية هذا النوع من المقاصة وفيما تناوله من تنسيق بين أحكامها وأحكام المقاصة القانونية كما سيبين فيما يلي من الإيضاحات، ولذلك فإن المشروع أثر السير على نهج القانون المدني المصري في المواد ٣٦٢ - ٣٦٩ والتشريعات العربية التي تابعته فاقصر على إيراد ما تعلق بالمقاصة القانونية من الأحكام وما ترتب عليها من الآثار، ولم ير أن يتناول المقاصة الاختيارية بنصوص خاصة ذلك أن مجالها يكون

حيث يتخلف شرط أو أكثر من الشروط اللازمة لوقوع المقاصة القانونية، وعندئذ تقع تلك المقاصة الإرادية بإرادة أحد الطرفين أو باتفاقهما معا على التجاوز عن الشرط أو الشروط المقررة لمصلحة أيهما والمانعة من المقاصة القانونية، فأساسها إذا هو الإرادة وأولى أن يترك حكمها للقواعد العامة التي تنظم التصرفات القانونية، كما إنها من وقت إتجاه الإرادة إليها أو اتفاق الطرفين عليها ترتب الآثار الناشئة عن المقاصة القانونية فلا تكون هناك حاجة إلى ترديد تلك الآثار في شأنها بنصوص على إستقلال.

وترتيباً على ما تقدم جميعه جاء المشروع بالمادة ٤٢٥ وضمنها تعريفاً واضحاً بالمقاصة القانونية، وحكمها في إنقضاء الدينين قصاصاً بمجرد توافر الشروط التي أحاط بها النص، وقد حذا المشروع فيما أخذ به من ذلك حذو القانون المدني المصري في مادته ٣٦٢ والتشريعات العربية التي نقلتها عنه، وهي تتفق في جوهرها مع الأحكام المقررة بالمادتين ٣٣٩ و ٣٤٠ من قانون التجارة الكويتي، مضافاً إليها أن نظرة الميسرة التي يمنحها القاضي للمدين أو يتطوع بها الدائن من جانبه لا تمنع وقوع المقاصة، وهي إضافة يقتضيها التطبيق السليم للقواعد العامة في القانون، ذلك أن العلة في النظرة تزول من أساسها بصيرورة المدين في مركز الدائن لدائنه بدين تتوافر فيه شروط المقاصة القانونية مع الدين الذي بذمته لذلك الدائن وأمهل في الوفاء به إشفافاً على ظروفه سواء بالنظرة القضائية أو تفضلاً عليه من الدائن.

وفيما عدا ذلك فإن المشروع التزاماً بسياسته التي رسمها لم يشير إلى المقاصة الاختيارية التي يقول عنها قانون التجارة الحالي في نصوصه بأنها تحصل بتراضي المتدائنين، ومع ذلك فيلزم التنويه في هذا المقام - ودفعاً لأي لبس في حكم القواعد العامة بشأن تلك المقاصة - أن المقاصة الاختيارية كما تقع بتراضي الطرفين إذا كان المانع من تحقق المقاصة القانونية مقررراً لمصلحتهما معاً، فإنها تقع أيضاً بتصرف من جانب واحد إذا كان المانع من المقاصة القانونية لم يقرر إلا لمصلحة ذلك الجانب وحده فيكون له أن ينزل عن المانع ويطلب الزام غريمه بالامثال للمقاصة فتقع بين الدينين من تاريخ نزوله عن ذلك المانع.

واستحدث المشروع في المادة ٤٢٦ الحكم المقرر بها وهو مستمد من المادة ٣٦٣ من القانون المدني المصري والتشريعات العربية التي نقلت عنه، ويقضي بأنه لا يشترط

لوقوع المقاصة أن يكون الدينان المتقابلان واجبي الوفاء في مكان واحد تقديراً بأنه لا ينبغي ان يشكل اختلاف مكان الوفاء مانعاً من تحقيق المزاي التي تكفلها المقاصة في المعاملات، وانه يكفي في هذه الصورة إلزام من تمسك بالمقاصة بأن يعوض الطرف الآخر عما يلحقه من الضرر نتيجة لعدم استيفاء حقه أو عدم وفائه بدينه في المكان المتفق عليه.

وتقابل المادة ٤٢٧ من المشروع المادة ٣٤١ من قانون التجارة الحالي التي تنص على أنه «إذا كان للوديع دين على صاحب الوديعة والدين والوديعة من جنس واحد، أو كان للغاصب دين على صاحب العين المغصوبة من جنسها، فلا تصير الوديعة أو العين المغصوبة قصاصاً بالدين إلا إذا تقاض الطرفان بالتراضي» ويواجه الحكم في حالة الوديعة ما ينبغي أن يسود التعامل من الثقة في النزول على مقتضى التعاقد، ويوجهه في حالة العين المغصوبة القاعدة المستقرة بحظر انتصاف الشخص لنفسه، ومع ذلك فيؤخذ على هذه المادة أنها تقصر عن تناول حالة مماثلة حيث يكون مصدر أحد الدينين عارية إستعمال فضلاً عن الحالة التي يكون فيها ذلك المصدر ديناً غير قابل للحجز وامتناع الحجز تمليه أسباب تتصل بالنظام العام، ولذلك فقد اختار المشروع أن ينقل المادة التي جاء بها عن القانون المدني المصري بمادته ٣٦٤ اذ يكفل نصها مواجهة حالات القصور المشار إليها ويترك الشأن في المقاصة الاختيارية فيها للقواعد العامة في القانون. ولكن المشروع أضاف إلى الأحوال المنصوص عليها في القانون المصري حالة أخرى هي حالة ما إذا كان أحد الدينين مستحقاً للمنفعة وذلك ما لم يحصل التمسك بالمقاصة من مستحقها.

هذا ولم يجد المشروع وجهاً لمسايرة قانون التجارة الحالي فيما ينص عليه بالمادة ٣٤٢ من أنه «إذا أتلّف الدائن عيناً من مال المدين وكانت من جنس الدين سقطت قصاصاً، وإن كانت خلافه فلا تقع المقاصة إلا يتراضيهما» مؤثراً أن يترك الحكم في ذلك الشأن ليجري وفقاً لما تمليه القواعد العامة في القانون.

وقد رؤي أيضاً التجاوز عن إعادة تقنين الحكم المقرر بالمادة ٣٤٣ من القانون الحالي فيما تنص عليه من أنه «إذا كان للكفيل المحروم من حق التجريد دين على الدائن المكفول له من جنس المكفول به، فالدينان يلتقيان قصاصاً من غير رضاهما، وإن كانت

من غير جنس الدين المكفول به، فلا يلتقيان قصاصاً إلا بتراضي الدائن المكفول له مع الكفيل لا مع المدين». فهذا النص في عمومه لا يعدو أن يكون تطبيقاً من تطبيقات القواعد العامة والأحكام الخاصة بالمقاصة، ذلك أن الكفيل المحروم من حق التجريد يكون حسب الأصل كفيلاً متضامناً مع المدين، فيثبت الحق للدائن في الرجوع عليه بالدين وفي التنفيذ على أمواله ولو لم يجرّد المدين المكفول أو يبدأ بالتنفيذ على أمواله، وعلى ذلك فإن الكفيل المتضامن مع المدين إذا صار دائناً للدائن الذي يكفل له دينه بذمة المدين، فإنه يتحقق التقابل بين الدين المشغولة به ذمة ذلك الكفيل وبين الدين الذي نشأ بذمة الدائن لصالح الكفيل المذكور، ويتقاص الدينان بحكم القانون إذا توافرت الشروط الأخرى للمقاصة القانونية، أما إذا اختل شرط اتحاد الجنس في الدينين أو اختل أي شرط آخر من شروط المقاصة القانونية فلا يكون هناك مجال لغير المقاصة الاختيارية وتنعقد بالاتفاق بين الكفيل والدائن طبقاً للقواعد العامة.

وجاء المشروع بالمادة ٤٢٨ مقابلاً للمادة ٣٤٤ من قانون التجارة القائم وبغير مخالفة للحكم المقرر بها، وهو يوجب تمسك صاحب المصلحة بالمقاصة، وذلك تأكيداً لعدم ارتباط المقاصة بالنظام العام فلا يكون للقضاء سلطة الحكم بها من تلقاء نفسه، وإنما أضاف المشروع حكماً جديداً يقضي بعدم جواز النزول عن المقاصة قبل ثبوت الحق فيها تلافياً من اختلاف الرأي في ذلك الشأن.

والتزاماً بنهج المشروع في الاقتصار على تقنين المقاصة القانونية فإنه قد افصح بالمادة ٤٢٨ التي جاء بها عن حدود الاثر الذي ترتبه تلك المقاصة في إنقضاء الدينين وهو اعتبار الانقضاء مستنداً إلى الوقت الذي حصل فيه التقابل بين الدينين المذكورين، وكذلك ودفعاً لكل لبس في كيفية المقاصة عند تعدد ديون أحد المدينين أورد المشروع حكماً جديداً آخر يقضي باحتساب الخصم في هذه الحالة كما يحتسب الخصم في الوفاء لدى تعدد الديون، وقد أخذ المشروع فيما اضافته من ذلك كله نقلاً عن المادة ٣٦٥ من القانون المدني المصري بعد إدخال تعديلات لفظية عليها.

أما المادة ٤٢٩ من المشروع فإنها تقابل الحكم الوارد بالمادة ٣٤٥ من قانون التجارة الحالي وإنما عدل المشروع في صياغتها على وجه يتفق مع التزامه بمبادئ الفقه الإسلامي في أن الحقوق الشخصية لا تنقضي بالتقادم، وإنما لا تسمع دعوى المطالبة

بها بمرور الزمان، وقد نقلت الصياغة المعدلة عن المادة النظيرة بالقانون المدني العراقي وهي المادة ٤١٤ .

ويستند الحكم المقرر بالمادة ٤٢٩ في أساسه التشريعي إلى ما للتمسك بالمقاصة من أثر رجعي يترد إلى وقت التلاقي بين الدينين، فإذا تحقق التلاقي بينهما قبل أن تتم المدة اللازمة لمنع سماع الدعوى بأحدهما، فإن ذلك لا يحول دون وقوع المقاصة وإن جاء التمسك بها في وقت لاحق لاكتمال تلك المدة.

وجاء المشروع بالمواد ٤٣٠ و٤٣١ و٤٣٢ مطابقة في أحكامها للمواد ٣٤٦ و٣٤٨ و٣٤٧ - على التوالي - من قانون التجارة الحالي مع تعديلات لفظية في الصياغة ويجمع بين نصوصها مبدأً أساسياً يقضي بعدم جواز الاضرار بحقوق كسبها الغير لا عن طريق التمسك بالمقاصة وهو ما يتناوله بالتطبيق المادة ٤٣٠ (المقابلة للمادة ٣٤٦ تجاري) ولا عن طريق النزول عن التمسك بالمقاصة وهو ما تناوله بالتطبيق المادتان ٤٣١ و٤٣٢ (المقابلتان للمادتين ٣٤٨ و٣٤٧).

فتضع المادة ٤٣٠ بفقرتها الأولى القاعدة الأساسية حيث تقضي بأنه لا يجوز أن تقع المقاصة اضراراً بحقوق كسبها الغير، وتورد بالفقرة الثانية تطبيقاً لتلك القاعدة، مؤداه أنه إذا وقع الدائن حجزاً تحت يد مدين مدينه ثم نشأ بعد ذلك دين للمحجوز لديه بذمة دائته صالح للمقاصة بالدين الموقع عليه الحجز، فإن المقاصة لا تقع في هذه الصورة لعدم المضارة بحقوق الحاجز الذي كسب حقاً بالحجز، أما إذا توقع الحجز بعد تلاقي الدينين لم يحل ذلك من التمسك بالمقاصة التي سبقتة إذ أنها بمثابة الوفاء ويترتب عليها انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما ومنذ اللحظة التي تم فيها التلاقي بينهما.

وأوردت المادة ٤٣١ حكماً مؤداه أنه إذا توافرت شروط المقاصة القانونية بين دينين. وبعد ذلك حول أحد الطرفين حقه بذمة غريمه إلى شخص آخر، وقبل المدين المحال عليه هذه الحوالة دون تحفظ، فإنه لا يجوز له من بعد ذلك أن يتمسك بالمقاصة اذ يعتبر بقبوله للحوالة نازلاً عن تلك المقاصة فيلتزم بالوفاء إلى المحال له ويرجع بحقه الذي كان انقضى بالمقاصة التي نزل عنها ولكن لا يعود من التأمينات التي كانت تكفل هذا الحق ما تضر عودته بالغير مثل الكفالة الشخصية والعينية، أما اذ كان المدين قد أعلن بالحوالة فلا يحتمل ذلك على انه قد قبل النزول عن المقاصة ومن ثم يكون له أن يتمسك

بها، ومع ذلك فإنه لا يجوز للمحال عليه أن يتمسك بالمقاصة بين الدين المحال به وبين دين نشأ للمحال عليه المذكور بذمة المحيل بعد إعلان الحوالة ذلك أن من شأن إعلان الحوالة أولاً انتقال الدين ولا يبقى بعد انتقاله ثمة محل ترد المقاصة عليه.

أما الحكم الذي تناولته المادة ٤٣٢ فمؤداه أنه إذا وفى المدين دينا في ذمته وهو يعلم أنه له أن يطلب المقاصة فيه بحق له بذمة الدائن الذي أوفاه، فإن ذلك وإن كان يعد نزولا عن المقاصة فإنه يجب ألا يكون من شأن هذا النزول الحاق الضرر بالغير. فإن كان دينه بذمة غريمه مضمونا بتأمينات مقدمة من الغير فإنه لا يملك التمسك بتلك التأمينات اعتباراً بأنه إذا لم يكن قد دفع دينه إلى غريمه وتمسك بالمقاصة لا نقضى الدينان قصاصاً وسقطت التأمينات، أما إذا وفى المدين دينه وكان يجهل وجود هذا الحق فإن تطبيق القواعد العامة كان من شأنه وقوع المقاصة وانقضاء دين ذلك المدين بما يكفله من التأمينات، ويبقى له أن يسترد ما دفعه طبقاً لقواعد استرداد غير المستحق ولكن استثناء من ذلك ورعاية لما كان من حسن نية المدين رؤي الاعتداد بالوفاء الصادر منه على أنه وفاء لدين قائم بذمته لم تقع به المقاصة وأن حقه بذمة غريمه يكون قائماً بما يكفله من التأمينات ولو كانت مقدمة من الغير.

(خامساً) اتحاد الذمة:

وتتفق المادتان ٤٣٣ و٤٣٤ في الصياغة والحكم مع المادتين ٣٤٩ و٣٥٠ من قانون التجارة الحالي مع تعديل بسيط في العبارة التي وردت بصدر أولاهما، وتتناول المادتان الكيفية التي يقع بها اتحاد الذمة وآثارها وما يترتب على زوالها ان كان بذمي أثر رجعي ومقتضاهما أن اتحاد الذمة يتحقق إذا ما اجتمعت لشخص واحد الصفة القانونية بأنه الدائن والمدين بالنسبة إلى التزام واحد. ويقع ذلك أكثر ما يقع عن طريق الميراث كما لو ورث المدين دائته فإنه إن كان الوارث الوحيد فإن وصف الدائن يثبت له مع صفته كمدين القائمة به فينقضي كل الدين الذي كان عليه إذ يستحيل أن يطالب به نفسه وإن كان معه ورثة آخرون انقضى من الدين بقدر حصته في الميراث، على أنه يلاحظ أنه إذا ورث الدائن مدينه فإن اتحاد الذمة يكون ممتنعاً لان مقتضى قواعد الفقه الإسلامي انه لا تركة إلا بعد سداد الديون. فالدائن لا يرث دينه الذي يكون له على التركة وإنما تبقى التركة منفصلة عنه حتى تسدد ديونها كافة، ومنها دين ذلك الوارث ثم يؤول الباقي بعد سداد

الديون إلى الورثة جميعاً كل بقدر حصته في الميراث، ويمكن أن يقع اتحاد الذمة أيضاً عن طريق التصرف القانوني بين الأحياء كما لو اشترى المستأجر العين المؤجرة فأصبح دائناً بالأجرة وهو بذات الوقت مدين بها، أو قام المسحوب عليه الكمبيالة بشرائها من المستفيد فصارت إلى ملكه وهو بذات الوقت مدين بها.

ويرى مما تقدم أن اتحاد الذمة ليس من شأنه أن يقضي الالتزام كما يقضيه الوفاء أو التجديد أو المقاصة، وإنما يتمحض اتحاد الذمة عن إنشاء حاجز منيع يحول دون نفاذ الالتزام، أو يجعل المطالبة به غير متصورة، وفي غير هذه الحدود يمكن أن يبقى للالتزام وجود يعتد به وتترتب عليه آثار قانونية ومن تطبيقات ذلك ما تنص عليه المادة ٣٥٠ من المشروع (المقابلة للمادة ٢٦٣ من قانون التجارة القائم) من أنه «إذا اتحدت ذمة الدائن وأحد مدينه المتضامنين فإن الدين لا ينقضي بالنسبة إلى باقي المدينين إلا بقدر حصة المدين الذي اتحدت ذمته مع الدائن» فلو ان الدين كان ينقضي باتحاد الذمة كما ينقضي بالوفاء لترتب على ذلك في الصورة التي يعالجها النص براءة ذمة سائر المدينين المتضامنين من الدين كله ومن الأمثلة التي تملئها البداهة الحالة التي يرث فيها الكفيل الدائن المكفول دينه، فإن اتحاد الذمة لا يقضي الدين بذمة المدين، إذ يكون للكفيل الذي أصبح وارثاً أن يرجع بذات الدين على المدين، خلافاً لما إذا كان الكفيل قد قضى الدين بطريق الوفاء إلى الدائن فإن الدين الأصلي ينقضي وتبرأ بهذا الوفاء ذمة المدين وإنما يكون للكفيل أن يرجع على المدين اما بدعوى الكفالة واما بدعوى الحلول محل الدائن الذي أوفاه.

وإذا وجد من الأسباب ما يترتب عليه زوال اتحاد الذمة بأثر رجعي، فإن اتحاد الذمة يعتبر كأن لم يكن، فيعود الدين كما كان بأصله وترتد إليه قوته في المطالبة كما تعود له صفاته وتأميناته، ومثال ذلك أن يكون العقد الذي اشترى به المستأجر العين المؤجرة قابلاً للإبطال، ويقضي ببطلانه، أما إذا زال اتحاد الذمة بسبب ليس له أثر رجعي فإن الدين الذي يبعث على ذلك الوجه لا تبقى له التأمينات المقدمة من الغير فإذا ما ورث المدين دائنه، واجتمعت له صفتا الدائنة والمديونية ثم قام بوصفه دائناً بحوالة الحق إلى شخص آخر، فإنه يعود من جديد مديناً للمحال له بالدين الذي كان بذمته لمورثه، وإنما تبرأ ذمة الكفيل الشخصي أو العيني الذي كان يكفل ذلك الدين اعتباراً بأنه من الغير في الاتفاق الذي تم بين مكفوله وبين المحال له.

الفصل الثالث

انقضاء الالتزام دون وفاء

(المواد ٤٣٥ - ٤٥٣)

(أولاً) الإبراء:

أورد المشروع المادتين ٤٣٥ و٤٣٦ بشأن الإبراء ويقابلهما المواد من ٣٥١ الى ٣٥٥ من قانون التجارة الحالي، وقد أخذ المشروع بماهية الإبراء من الفقه الإسلامي ناهجا في ذلك نهج القانون الحالي وكثرة من التشريعات العربية (٣٧١ مدني مصري و٤٦٥ مدني سوري و٤٢٠ مدني عراقي و٣٥٨ مدني ليبي).

وتقضي المادة ٤٣٥ بأن الإبراء الصادر من الدائن يقضي الالتزام فلا يتوقف انقضاؤه على قبول من المدين، بل يترتب عليه هذا الأثر متى وصل إلى علم المدين ولم يردده، فإن رده عاد الدين كما كان وبذلك يعود مع مقوماته فتبقى له صفاته وتأميناته، كما يظل خاضعاً للدفع التي تلبسه، وتأكيداً لعودة الدين على ذلك الوجه استحدث المشروع فقرة ثانية تقضي بذلك الحكم تلافياً من اختلاف الآراء في هذا الشأن.

ولتحديد الوقت الذي يصح فيه الرد يلزم الرجوع إلى الفقه الإسلامي باعتباره مصدر التشريع في ذلك الخصوص والرأي عندهم أن الرد يصح في مجلس الإبراء ان كان المدين حاضرا فيه، فإذا انقضى المجلس صار الإبراء بائنا غير قابل للرد من المدين، أما إذا كان المدين غائبا من المجلس فيجوز له الرد متى وصل الإبراء الى علمه (المادة ١٥٦٨ من مجلة الاحكام ومؤلف درر الاحكام في شرح المجلة جزء ٤ ص ٦٤).

وتنص المادة ٤٣٦ بأنه يسري على الإبراء القواعد الموضوعية التي تسري على التبرعات، وانه لا يشترط في الإبراء شكل خاص حتى وإن وقع على التزام يتطلب ذلك الشكل، ويوجه هذا الحكم في شطره الأول ان الإبراء نزول عن الدين دون مقابل وهو بذلك تبرع محض فوجب أن تسري عليه من حيث موضوعه القواعد القانونية التي تحكم التبرعات، ويوجه الحكم في شطره الآخر أن الإبراء وإن كان يصدر على سبيل التبرع أو

الهيئة إلا أنه يعتبر من قبيل الهبات غير المباشرة التي لا يتطلب القانون الرسمية لانعقادها وعلى ذلك يصح الإبراء من التزام مصدره عقد شكلي وسواء كان الشكل مفروضاً بحكم القانون كعقد الوعد بالهيئة أو كان الشكل لازماً باتفاق الطرفين كاتفاقهما على أن يكون البيع بورقة رسمية، فإنه يصح إبراء الواعد من وعده بالهيئة وإبراء المشتري من التزامه بضمن المبيع بغير ورقة رسمية وقد استمد المشروع نص المادة ٤٣٦ من المادة ٣٧٢ من القانون المدني المصري والقوانين العربية التي نقلتها عنه (٤٦٦ سوري، ٣٥٩ ليبي).

ولم ير المشروع موجبا لمتابعة ما يزيد على ما تقدم من الأحكام التي أوردها قانون التجارة الحالي بالمواد من ٣٥٢ إلى ٣٥٥، ذلك أن المادة ٣٥٢ تنص على أنه يشترط لصحة الإبراء أن يكون المبرئ أهلاً للتبرع، ويغني عنها، القاعدة العامة التي أرساها المشروع بخضوع الإبراء للأحكام الموضوعية التي تسري على التبرعات، وللأهلية مكان الصدارة بين تلك الأحكام.

وكذلك تنص المادة ٣٥٣ من القانون الحالي على أن المدين إذا مات قبل قبول الإبراء لم يؤخذ الدين من تركته، وإنه يصح إبراء الميت، والحكمان كلاهما من قبيل التفصيلات التي تترتب على ماهية الإبراء- كما اعتمدها المشروع نقلاً عن الفقه الإسلامي - بأنه تصرف يصدر من الدائن بإرادته المنفردة ولا يستلزم قبول المدين، ولا يرتد إلا أن يرد المدين، فإن مات المدين دون أن يقبل فإن مقتضى ذلك صيرورة الإبراء تاماً ولازماً بغير لبس في الحكم، وكذلك فلا يوجد في القواعد العامة في القانون - ما يمنع الدائن من إبراء الميت من دينه - فيصبح الإبراء باتاً ما لم يرد الوريث (المادة ١٥٦٩ من مجلة الأحكام).

أما المادة ٣٥٤ من قانون التجارة الحالي فتتضمن على أنه "يصح تعليق الإبراء فإن علق الدائن إبراء مدينه من بعض الديون بشرط أداء البعض الآخر وأداه المدين بريء وان لم يؤده فلا يبرأ ويبقى عليه الدين كله". وقد أخذت هذه المادة من المادة ٤٢٣ من القانون العراقي، ومن الواضح أن هذا القانون لم يورد حكم تلك المادة إلا لتأكيد جواز تعليق الإبراء على الشرط اتفاقاً مع المبدأ العام الذي سار عليه بجواز اقتران الشرط بسائر التصرفات القانونية، فيكون بذلك قد أفصح عن إنه لم يلتزم بما يراه الجمهور من فقهاء المسلمين من عدم جواز تعليق الإبراء على الشرط (المادة ٢٤٣ من مرشد

الحيران، ودرر الحكام في شرح مجلة الأحكام جزء ٤ ص ٥٩ - والخانية ومجمع الأنهر). ولم يكن المشروع بحاجة لذلك التحرز الذي اتخذته القانون العراقي وتابعه فيه قانون التجارة الكويتي بعد أن صرح في المادة ٤٣٦ المشار إليها بأنه يسري على الإبراء القواعد الموضوعية التي تحكم التصرفات القانونية التبرعية.

وأما المادة ٣٥٥ من قانون التجارة الحالي فتنص على انه "إذا اتصل بالصلح إبراء خاص بالمصالح عنه، فلا تسمع الدعوى في خصوص ذلك، وتسمع في غيره وإذا اتصل بالصلح إبراء عام عن الحقوق والدعاوى كافة، فلا تسمع على المبرأ دعوى في أي حق كان قبل الصلح، وتسمع على الحق الحادث بعده، وحكم البراءة المنفردة عن الصلح كحكم البراءة المتصلة به في الخصوص والعموم" وقد نقلت هذه المادة بدورها من المادة ٥٢٤ من القانون المدني العراقي والحكم الوارد بها يهدف إلى وجوب التحرز في تفسير الإبراء، بأن يكون تفسيره في أضيق الحدود، وهو تفصيل زائد على حاجة النصوص إذ يترتب حتماً على اعمال القواعد العامة في تفسير الأحكام القانونية، فإذا كان الإبراء نزولاً عن الحق دون مقابل وهو على ذلك الأساس بمنزلة التبرع فإنه لا يؤخذ في تفسيره بما يعد على أي وجه كان تجاوزاً للحدود التي وقع فيها أو انصب عليها.

(ثانياً) استحالة التنفيذ:

عرض المشروع لاستحالة التنفيذ كسبب من أسباب انقضاء الالتزام بالمادة ٤٣٧ وجاء بها نقلاً عن المادة ٣٥٦ من قانون التجارة الحالي والتي أخذت بدورها من المادة ٣٧٣ من القانون المدني المصري والتشريعات العربية التي تابعتها (٣٧١ سوري، ٣٦٠ ليبي، ٤٢٥ عراقي، ٣٤١ لبناني). ومؤدي الحكم الذي أوردته أن الالتزام ينقضي إذا طرأ عليه بعد نشوئه ما يجعل تنفيذه مستحيلاً بسبب أجنبي عن المدين، ويستوى في ذلك أن تكون الاستحالة فعلية أو قانونية، كما يستوى أن يكون السبب الأجنبي هو الحادث الفجائي أو القوة القاهرة أو خطأ الدائن أو فعل الغير، ويترتب على انقضاء الالتزام عدم استيفاء الدائن لحقه لا عيناً ولا بمقابل.

وقد جاء قانون التجارة الحالي في فصل استحالة التنفيذ بالمواد ٣٥٧ و٣٥٨ و٣٥٩ - نقلاً عن القانون العراقي - وأورد بها أحكاماً خاصة بتحمل تبعة هلاك الشيء، إذا كان

قد هلك بعد انتقاله إلى يد غير يد صاحبه بناء على عقد أو بدون عقد، وفي الأحوال التي تكون فيه اليد ضمان أو يد أمانة، ورأي المشروع ألا يجارى القانون الحالي بإيراد تلك الأحكام وأن يحتذي حذو التشريع المصري والتشريعات العربية التي سارت على منواله التي آثرت أن يكون الرجوع في شأنها إلى القواعد العامة في آثار الالتزام وفي الأبواب الخاصة بالملكية وبال عقود التي ترد عليها أو تلك التي ترد على الانتفاع بالشيء.

(ثالثاً) مرور الزمان المانع من سماع الدعوى:

تنص المادة ٣٦٠ من قانون التجارة القائم على أنه «يتقادم الالتزام بانقضاء خمس عشرة سنة فيما عدا الحالات التي ورد عنها نص خاص في القانون وفيما عدا الاستثناءات التالية». وقد نقلت هذه المادة عن المادة ٣٧٤ من القانون المدني المصري، كما سبق ونقلها القانون المدني السوري (المادة ٣٧٢)، والقانون المدني الليبي (المادة ٣٦١)، وكذلك يتفق حكمها العام مع حكم المادة ٣٤٤ من قانون الموجبات اللبناني التي يجري نصها على أنه «تسقط الموجبات بتقاعد الدائن الذي يتخلف عن التذرع بحقوقه سحابة مدة من الزمان... الخ».

أما القانون المدني العراقي فإنه ينص بالمادة ٣٢٩ على أن: «الدعوى بالالتزام أياً كان سببه لا تسمع على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة». «مع مراعاة ما وردت فيه أحكام خاصة».

وقد استمد القانون العراقي هذا الحكم في خصوص عدم سماع الدعوى بالحقوق الشخصية بمرور الزمان مدة معينة من المبادئ المقررة في الفقه الإسلامي كما قننتها مجلة الأحكام العدلية بشأن عدم سماع الدعوى لذلك السبب بأي حق من الحقوق كافة حيث تنص المادة ١٦٦٠ من المجلة على أنه «لا تسمع دعوى الدين والوديعة والعقار المملوك والميراث وما لا يعود من الدعاوى إلى العامة ولا إلى أصل الوقف في العقارات الموقوفة كدعوى المقاطعة أو التصرف بالإجارتين والتولية المشروطة»، «والغلة بعد أن تركت خمس عشرة سنة». وتنص المادة ١٦٦١ على أنه «تسمع دعوى المتولي والمرتزة المتعلقة بأصل الوقف إلى ست وثلاثين سنة» وتنص المادة ١٦٦٢ على تعيين مدد أخرى تتراوح بين عشر سنين وست وثلاثين سنة يمتنع بعدها سماع الدعوى بحقوق مختلفة.

وتقوم فكرة انقضاء الالتزام بالتقادم في القوانين الوضعية - وبصفة عامة - على اعتبارات عملية، ودون نظر إلى القواعد الأخلاقية والواجبات الأدبية في التعامل، حتى انه ليؤذن في بعض الأحوال بإسقاط الحق على صاحبه على الرغم من إقرار الملتزم به، وقد رأى المشروع أن يتجنب هذا التصوير في أثر مرور الزمان على الالتزام، وآثر الاقتداء بالقانون العراقي فنهل على غراره من القواعد والأحكام التي جاء بها الفقه الإسلامي في ذلك المجال.. فالمقرر عندهم أن الحق لا ينقضي ولا يسقط يتقادم الزمان وإنما يرتبون على مرور الزمان مدة معينة منع سماع الدعوى بالحق، وهو استحسان وجهه منع التزوير والحيل لأن ترك الدعوى مع التمكن من قيامها يدل على عدم وجود الحق ظاهراً حتى إذا انتفت هذه العلة وجب سماع الدعوى مهما طالت مدة تركها، وورد في تنقيح الحامدية أن عدم سماع الدعوى بمرور الزمان ليس مبنياً على بطلان الحق وإنما هو مجرد منع القاضي من سماعها مع بقاء الحق لصاحبه حتى لو أقر به الخصم لزمه، ومنع القاضي من سماع الدعوى في هذا المقام هو من قبيل تخصيص قضاؤه بالزمان والمكان والخصومة، (الحامدية، المادة ١٨٠١ من مجلة الأحكام - شرح سليم بارز ص ١١٦٨).

وعلى أساس ما تقدم وضع المشروع نص المادة ٤٣٨ وهو يقضي بأنه «لا تسمع عند الإنكار الدعوى بحق من الحقوق الشخصية بمضي خمس عشرة سنة وذلك فيما عدا الأحوال التي يعين فيها القانون مدة أخرى والأحوال المنصوص عليها في المواد التالية» ووجد المشروع أن من الملائم أن تكون المدة اللازمة لمنع سماع الدعوى - كاصل عام - هو خمس عشرة سنة، أخذاً بالمقرر في ذلك الشأن منذ عهد مجلة الأحكام العدلية، على أن عادات الناس وأعرافهم جرت بالنسبة لأنواع معينة من الحقوق الشخصية - وبالنظر إلى مالها من طبيعة خاصة وصفات - على مبادرة أصحابها باستيفائها، وعدم قعود الملزمين بها طويلاً دون الوفاء بها، ولذلك فإن القوانين التي أخذت بفكرة سقوط الحق بالتقادم (ومنها قانون التجارة الكويتي) لم تلتزم في شأن تلك الطائفة من الحقوق بمدة التقادم العام المعينة بخمس عشرة سنة بل جعلت التقادم في كل نوع من أنواعها بمدة دون ذلك وتناسب مجريات التعامل فيه والمدة المألوفة للوفاء به وبمراعاة ظروف من يقع عليهم الالتزام بكل منها، ولذلك فقد اعتد المشروع في مواده اللاحقة بتلك المدد وجعل مرور الزمان بقدرها مانعاً من سماع الدعوى بالحقوق التي ترد عليها لدى إنكارها من الخصم.

وقد فضل المشروع أن يكون نص المادة ٤٣٨ بمنع سماع الدعوى بحق من الحقوق، فلا يجري على منوال القانون العراقي في المادة المقابلة حيث نص على منع سماع الدعوى بالالتزام، وذلك أن الاقرب إلى المنطق الصحيح ان صاحب الدعوى يدعيها بحقه هو بذمة غريمه، وان يكن الالتزام ليس إلا الوجه السلبي للحق المدعي به، هذا إلى أن القانون العراقي قد عاد في مواده التالية فاستعمل عبارة عدم سماع الدعوى بالحقوق التي تناولتها تلك المواد وهو ما التزمه المشروع ايضاً فاكتمل له تنسيق الصياغة بين مواده جميعاً.

وجاء المشروع بالمادة ٤٣٩ وهي تقابل المادة ٣٦١ من قانون التجارة الحالي مع تعديل حكمها بما يقتضيه التزام المشروع بقواعد الفقه الإسلامي، وتقضي الفقرة الأولى منها بأن المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالحقوق التي تناولتها خمس سنوات، وهي الحقوق التي لها صفة الدورية والتجدد (وذلك لما لم يوجد نص يقضي بخلافه)، أما الفقرة الثانية فتعرض لعدم سماع الدعوى بمرور خمس عشرة سنة بالنسبة الى الربيع في ذمة الحائز سيء النية أو الربيع الواجب على نظار الوقف أدائه للمستحقين فهذه أو تلك لا تعتبر من الحقوق الدورية المتجددة ذلك أن الربيع يتحول في ذمة الحائز سيء النية الى رأسمال يتعين الوفاء به للمالك، كما أن غلة الوقف تظل ملكاً للمستحق ما بقيت مفرزة بيد الناظر فإن خلطها بماله واستهلكها بتعديه أو بتقصيره كان مسئولاً مسئولته عن ديونه العادية فلا يمتنع سماع الدعوى بالمطالبة بها إلا بمرور خمس عشرة سنة.

ويعرض المشروع بالمادة ٤٤٠ لحكم يقابل ما تنص عليه المادة ٣٦٢ من قانون التجارة الحالي مع التعديل المناسب للأصول التي استنتها بعدم سماع الدعوى بدلا من القاعدة التي يجري عليها القانون القائم بتقادم الحق، هذا ولم يورد المشروع أصحاب المهن الحرة الذين يتناول النص الذي جاء به حقوقهم على سبيل الحصر بل ساقهم على سبيل التمثيل وأضاف إليهم عبارة (وغيرهم ممن يزاولون المهن الحرة ليشمل الحكم حقوق اصحاب المهن الحرة الآخرين كالمحاسبين والمصورين والفنانين ونحوهم. وقد استمد المشروع هذه الإضافة مما تجري به المادة ٣٤١ (أ) من القانون المدني العراقي).

ويعرض المشروع في المادة ٤٤١ للحكم بشأن عدم سماع الدعوى ومدته في

المطالبة بالضرائب والرسوم المستحقة للدولة أو في المطالبة برد ما دفع منها بغير حق وهو الحكم الذي تناولته المادة ٣٦٣ من قانون التجارة الحالي مع تعديل في الأساس والصياغة على النهج الذي التزمه المشروع كما تبين في الايضاحات المتقدمة هذا وقد لوحظ أن القانون الحالي يحدد مدة التقادم بثلاث سنوات للمطالبة بالضرائب والرسوم كما يحدد ذات المدة للمطالبة بردها وتنص على سريان التقادم في هذه الحالة الأخيرة من يوم الدفع، وقد رؤي التماسا لصواب التقدير اطالة مدة عدم سماع الدعوى في الحاليين إلى خمس سنوات على أن يبدأ سريان المدة في حالة المطالبة بالرد من تاريخ التسوية النهائية، اعتبارا بأنه على الممول بدءا من ذلك التاريخ أن ينشط للمطالبة برد ما كان قد دفعه بغير حق، وانه لم يكن له قبل حسم التسوية أن يسعى إلى استرداد حق لم يثبت له بعد. وكل ما تقدم دون الإخلال بما تقضي به القوانين الخاصة.

وتقابل المادة ٤٤٢ من المشروع المادة ٣٦٤ من قانون التجارة الحالي مع التغيير في لفظها وحكمها بما تقتضيه المناسبة التشريعية، وهي خاصة بالحقوق المستحقة للتجار والصناع عن أشياء وردوها لأشخاص لا يتجرون فيها، وحقوق اصحاب الفنادق والمطاعم عن اجر الاقامة وثمان الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم أو كذلك حقوق خدم المنازل ومن في حكمهم كالبستاني والطاهي والسائق الخاص وحارس المنزل الخصوصي. وقد أخذ المشروع في شأن ذلك الحكم بنظر القانون الحالي والتشريعات العربية المقارنة بأن الحقوق التي يتناولها يتم الوفاء بها فور استحقاقها، اعتبارا بأن الدائنين يعولون عليها في نفقات معيشتهم ولذلك فمن المألوف أن يستأدوها دون تأخير ولا يظن أن يمهلوا المدينين بها أكثر من سنة، فإن مضت سنة ولم يطالبوا بها كان ذلك قرينة على الوفاء. ولكنها ليست قرينة كافية بذاتها بالنظر إلى قصر المدة لذلك فقد استوجب المشروع للحكم بعدم سماع الدعوى بتركها مدة السنة أن يحلف المدين بأنه أدى الدين فعلا، فإن كان الذي تمسك بعدم السماع غير المدين كالوراث أو النائب القانوني فعليه أن يحلف اليمين بأنه لا يعلم بوجود الدين أو بأنه يعلم بحصول الوفاء واليمين على هذا الوجه يمين اجبارية يوجهها القاضي من تلقاء نفسه ويترتب على حلفها وجوب الحكم بعدم سماع الدعوى.

وتقابل المواد ٤٤٣ و٤٤٤ و٤٤٥ من المشروع المواد ٣٦٥ و٣٦٦ و٣٦٧ من قانون التجارة الحالي مع تغيير في الصياغة والحكم على أسس التغيير في المواد السابقة بهذا الفصل.

وفي المادة ٤٤٤ أخذ المشروع في كيفية حساب المدة المقررة لعدم سماع الدعوى، بذات الكيفية التي تحسب بها مدة التقادم في الحقوق بالمادة ٣٦٦ من القانون القائم فجرى على اعتبارها بالأيام وليس بالساعات. وإغفال اليوم الأول، وعلى أن تكمل المدة بانقضاء آخر يوم منها، ولم يجد المشروع محلا لنقل ما تضيفه المادة ٣٦٦ إلى الحكم السابق من أن حساب المدة يكون بالتقويم الميلادي إذ يغني عن ذلك ما قرره المشروع في أحكامه العامة من اعتماد هذا التقويم في حساب كافة المدد المنصوص عليها فيه ما لم يرد بها حكم مخالف بشأن مدة معينة بذاتها.

وفي المادة ٤٤٥ وضع المشروع القاعدة العامة في تحديد تاريخ بدء جريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى، على ذات الأساس الذي اعتمده القانون القائم في المادة ٣٦٧ بشأن التاريخ المجري لتقادم الحقوق، وهو تاريخ اليوم الذي يصبح فيه الدين مستحق الاداء وهذا فيما لم يرد فيه نص خاص بحكم مخالف، إذ قد ينص القانون في بعض الأحوال لاعتبارات معينة، على جعل بدء سريان المدة في تاريخ لاحق لتاريخ الاستحقاق. كما هو الحال بالنسبة للالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع إذ يقضي ان المدة لا تسري إلا من الوقت الذي يعلم فيه الدائن بقيام الدين وبالشخص المسئول عنه، كذلك قد توجب بعض الاعتبارات جعل بدء سريان المدة من تاريخ سابق لوقت الاستحقاق. ومن ذلك على سبيل المثال النص على منع سماع الدعوى بالنسبة لملاحظات الدين تبعا لمنع سماعها بالنسبة إلى الدين ذاته مع أن استحقاقها يكون لاحقا في الغالب لاستحقاق الدين، وتقضي الفقرة الثانية من المادة ٤٤٥ بأن ميعاد الوفاء إذا كان متوقفا على إرادة الدائن سرت المدة منذ الوقت الذي يكون فيه للدائن أن يعلن إرادته، وينطبق هذا الوقت عادة على تاريخ نشوء الالتزام، فلا يعتد في هذا المقام بالوقت الذي يختاره الدائن للمطالبة بالوفاء. وذلك تلافيا من تحكم الدائن في تحديد التاريخ الذي يبدأ به جريان المدة لعدم سماع الدعوى.

وتقابل المادة ٤٤٦ من المشروع المادة ٣٦٨ من قانون التجارة الحالي مع تعديل الصياغة بما تقتضيه الأصول التي اعتمدها المشروع، وتورد بالفقرة الأولى الحكم العام بشأن وقف التقادم وتقرر أن الوقف يتحقق إذا وجد ثمة مانع مادي أو أدبي يستحيل معه على الدائن المطالبة بحقه في الوقت المناسب وعلى ذلك فإنه كلما تحقق مانع من هذا القبيل أو ذاك وقف سريان التقادم طوال مدة وجود المانع، فلا تحسب ضمن المدة

المقررة لعدم سماع الدعوى وإنما تحسب المدة السابقة لها والمدة التالية لزوال المانع، وكذلك تقف المدة فيما بين الأصيل والنائب طالما ظلت النيابة قائمة، اعتباراً بأن حيازة النائب لمال الأصيل هي حيازة عارضة ولحساب الأصيل نفسه.

على أن المشروع لم يجار الفقرة الثانية من المادة المقابلة بالقانون الحالي فيما تنص عليه من تحديد الوقف في التقادم بما يزيد على خمس سنوات بالنسبة لحقوق من لا يوجد لهم نائب قانوني من الأشخاص الذين لا تتوافر فيهم الأهلية أو الغائبين أو المحكوم عليهم بعقوبة جنائية، وإنما رأى المشروع جعل الوقف سارياً على التقادم أي كانت مدته بالنسبة لهؤلاء الأشخاص تقديراً بأن عدم وجود النائب القانوني يعتبر بذاته مانعاً يتعذر معه المطالبة بالحق أي كان نوعه وأياً كانت المدة المانعة من سماع الدعوى به، وقد استمد المشروع هذا الحكم من المادة ٤٣٥ من القانون المدني العراقي والمادة ٣٥٥ من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

(أنظر المادة ١٦٦٣ من مجلة الأحكام التي تقضي بوقف المدة "إذا كان المدعي صغيراً أو مجنوناً أو معتوها سواء كان له وصي أو لم يكن").

وتقابل المادة ٤٤٧ من المشروع المادة ٣٦٩ من قانون التجارة الحالي مع التعديل اللازم في الصياغة، وقد استمد القانون الحالي أصل الحكم الذي جاء به من المادة ٤٣٦ من القانون المدني العراقي، وهو لا يعدو أن يكون تطبيقاً للقواعد العامة ذلك أن وقف مدة التقادم إذا كان مرجعه سبباً شخصياً قائماً بأحد الشركاء في الدين، فلا يفيد من هذا الوقف الشركاء الآخرون الذين لم يتحقق بهم سببه.

وتقابل المادة ٤٤٨ من المشروع المادة ٣٧٠ من قانون التجارة الحالي مع التعديل اللازم في الصياغة ولا تخالف عن مضمون الحكم الذي تقرره تلك المادة وهي تورد الأسباب التي تنقطع بها مدة عدم سماع الدعوى وأولها المطالبة القضائية ولو كانت الدعوى رفعت إلى محكمة غير مختصة كما قد يقع ذلك من جراء خطأ مغتفر في تحديد جهات الاختصاص، ويترتب الانقطاع على المطالبة القضائية كلما توفر فيها معنى الطلب الواقع فعلاً للمحكمة والجازم بالحق الذي يراد اقتضاؤه أما إذا كان سند الدين تنفيذياً وامتنعت بالتالي الحاجة إلى المطالبة القضائية فإن الإنقطاع يترتب على اتخاذ اجراءات التنفيذ وفتحها مقدمات التنفيذ بإعلان السند التنفيذي وقد استعاض المشروع بعبارة

اعلان السند التنفيذي عن عبارة التنبيه اتفاقا مع الإصطلاح الفني لتلك الورقة في قانون المرافعات الكويتي وفي مصادره بقوانين الإجراءات المدنية المصرية منذ تشريع سنة ١٩٤٩، وحتى ينتج إعلان السند التنفيذي أثره القاطع فإنه يجب ان تتوافر فيه مقومات صحته وفقا لتشريع المرافعات فيشمل صورة من سند التنفيذ مذيلة بالصيغة التنفيذية مع تكليف المدين بأداء ما هو مطلوب منه وإنذاره بإجراء التنفيذ الجبري إن لم يتم بأدائه، وتنقطع المدة أيضا بالحجز سواء أكان حجزاً تنفيذياً أو حجزاً تحفظياً، كما يأخذ حكم المطالبة القضائية في إحداث الانقطاع الطلب الذي يقدمه الدائن لقبول حقه في تفليس أو توزيع وكذلك أي إجراء يتخذه الدائن للتمسك بحقه اثناء سير الدعوى كما لو تدخل في دعوى مرفوعة من قبل مطالبا بالحق لنفسه أو ابدى طلبا عارضا في دعوى مرفوعة ضده من مدينه.

وتقابل المادة ٤٤٩ من المشروع المادة ٣٧١ من قانون التجارة الحالي مع التعديل اللازم في صياغتها وتطابق الحكم المقرر بها وهو أن إقرار المدين صريحا كان أو ضمنيا من شأنه قطع المدة، ويوجه هذا الحكم إن الإقرار ينطوي على معنى النزول عن الجزء الذي انقضى من المدة فينمحي أثره ويعتبر كأنه لم يوجد.

وتقضي الفقرة الثانية من المادة ٤٤٩ بانقطاع المدة أيضاً إذا كان للمدين مال مرهون رهنا حيازيا إلى الدائن ضمانا للدين أو كان الدائن قد حبس المال تحت يده تبعا لحقه في عدم رده حتى يستوفى الدين المرتبط به، فإن ترك المدين لماله في الحالين يعتبر إقرارا ضمنيا بالدين يكون من شأنه استدامة الانقطاع طالما بقى المال في حيازة المرتهن أو تحت يد الحابس تقديرا بأن الإقرار بهذه المثابة يبقى مستمرا مهما طالت المدة على استحقاق الدين، وقد نقل المشروع حالة المال المرهون رهنا حيازيا من المادة المقابلة بالقانون الحالي وأضاف إليها حالة المال المحبوس تحت يد الدائن، لما بينهما من تماثل في الدلالة على الإقرار الضمني بالدين.

وتقابل المادة ٤٥٠ بفقرتها الأحكام المنصوص عليها بالمادتين ٣٦٥ و ٣٧٢ من قانون التجارة الحالي.

وتنص المادة ٣٦٥ في فقرتها الأولى على أن الحقوق المشار إليها في المادتين ٣٦٢ و ٣٦٤، (وهي حقوق الأطباء وأصحاب المهن الحرة التي تتقدم بسنة واحدة)

يبدأ سريان التقادم فيها من الوقت الذي يتم فيه الدائون تقادماهم، وتنص في فقرتها الثانية على أنه «إذا حرر سند بحق من هذه الحقوق فلا يتقادم الحق إلا بانقضاء خمس عشرة سنة».

وتنص المادة ٣٧٢ على أنه، ” إذا انقطع التقادم بدأ تقادم جديد يسري من وقت انتهاء الأثر المرتب على سبب الانقطاع، وتكون مدته هي مدة التقادم الأول، على أنه إذا حكم بالدين وحاز الحكم قوة الأمر المقضي أو إذا كان الدين مما يتقادم بسنة واحدة وانقطع تقادمه بإقرار المدين، كانت مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة، إلا أن يكون الدين المحكوم به متضمنا لالتزامات دورية متجددة لا تستحق الاداء إلا بعد صدور الحكم“.

وقد نقل هذان النصان من المادتين ٣٧٩/٢ و ٣٨٥ من القانون المدني المصري بغير التفات إلى التعارض القائم بين حكميهما، ذلك أن المادة ٣٧٩/٢ مصري (مصدر المادة ٣٦٥/٢ تجاري) تقضي أيضاً بأن إقرار المدين في سند كتابي بحق من الحقوق المعينة في المادتين ٣٧٦ و ٣٧٨ وهي حقوق أصحاب المهن الحرة التي تتقادم بخمس سنوات وحقوق الصناع والتجار والعمال التي تتقادم بسنة واحدة يكون من شأنه تحول التقادم إلى المدة الطويلة فيبدأ بالإقرار تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة، على حين أن المادة ٣٨٥ مصري (مصدر المادة ٣٧٢ تجاري) تقصر التحول إلى التقادم الطويل الذي يقع نتيجة الإقرار على نوع واحد فقط من الديون التي يجري عليها التقادم القصير وهي تلك التي تتقادم بسنة واحدة، ولم تكن هذه المفارقة بين الحكمين مقصودة في التشريع المصري. وإنما جاءت وليدة السهو إذ كان المشروع التمهيدي في مراحله الأولى ينص في المادة المقابلة للمادة ٣٧٦ من القانون المدني المصري على تقادم حقوق الأطباء وأصحاب المهن الحرة بسنة واحدة وبذلك فإنها كانت تدخل حتما ضمن الحقوق التي يتحول فيها التقادم من سنة واحدة إلى خمس عشرة سنة بإقرار المدين وفقا للمادة ٣٨٥ من ذلك القانون، وهكذا كان التنسيق تاماً بين النصوص على أن المشروع التمهيدي قد عدل في مرحلة لاحقه بجعل مدة التقادم في حقوق أصحاب المهن الحرة خمس سنوات على الوجه الذي استقر عليه النص بالمادة ٣٧٦، ولم يجر تعديل مناسب لذلك في المادة ٣٨٥ وبقيت على أصلها كما وقعت في المشروع التمهيدي وتقضي بأن الإقرار بحق يتقادم بسنة واحدة يتحول إلى تقادم طويل، ومن ثم بدت على خلاف لا مبرر له مع

نص المادة ٣٧٩/٢ التي تنص على أن التقادم سواء كان بسنة أو بخمس سنوات يتحول إلى تقادم طويل إذا حرر المدين سندا بالحق مع أن تحرير السند يتمثل في إقرار بالحق وإن تطلب القانون أن يكون بصورة خاصة.

وقد تلافى المشروع كل ذلك في الصياغة التي أوردها بالمادة ٤٥٠ للتوفيق بين الأحكام.

وتقابل المواد ٤٥١ و٤٥٢ و٤٥٣ الأحكام الواردة في المواد ٣٧٣ و٣٧٤ و٣٧٥ من قانون التجارة الحالي مع تعديل في صياغتها تعديلا يتفق مع نهج المشروع على عدم سماع الدعوى لمرور الزمان ونبذه للأساس الذي تقوم عليه أحكام القانون الحالي بتقادم الحقوق. وتقضي المادة ٤٥١ بأن عدم سماع الدعوى بأصل الحق يستتبع عدم سماعها بالنسبة للملحقات، ولو كانت مدة عدم السماع لم تكتمل بعد بشأن هذه الملحقات، وذلك اعتبارا بأن الفرع يتبع الأصل فلا تسمع الدعوى به ما دامت لا تسمع بالأصل.

وتأخذ المادة ٤٥٢ بالحكم المقرر بأن عدم سماع الدعوى لا يتعلق بالنظام العام وبذلك فليس للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، وإنما يجب أن يدفع المدين بعدم السماع، كما يجوز لدائن المدين ولأي شخص له مصلحة أن يتمسك بالدفع ولو لم يتمسك به المدين، ويصح الدفع به في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة في مرحلة الاستئناف ما لم يدر ممن تمسك بالدفع ما يدل على التنازل عنه.

وتقضي المادة ٤٥٣ بأنه لا يجوز النزول عن الدفع قبل ثبوت الحق فيه ذلك أنه لو أجزى النزول المسبق لأصبح شرطا مألوفاً يمليه الدائن على المدين وقت نشوء الدين فضلا عن أنه يهدر الاعتبارات التي يقوم عليها الدفع بعدم السماع. وإنما يكون النزول عنه مبرراً إذا كان بعد ثبوت الحق فيه، فنزول المدين عندئذ يكون طليقا إلا مما يفرضه عليه الواجب والضمير، ويتضمن النص حكما آخر يقضي بعدم جواز الاتفاق على منع سماع الدعوى بمدة تختلف عما عينه القانون، ذلك أن تعيين المدة التي لا تسمع بعدها الدعوى في كل حالة من الحالات أمر يتصل أشد الاتصال بالنظام العام فلا يجوز أن يترك الأمر في تحديده لمشيئة الأفراد.

الكتاب الثاني

العقود المسماة

الباب الأول

العقود التي تقع على الملكية

الفصل الأول

البيع

الفرع الأول - البيع بوجه عام

البيع في المجلة - وفي الفقه الإسلامي عامة - يتسع لكل مبادلة مال بمال، وينقسم إلى أربعة أقسام: بيع المال بالثمن، ويسمى بالبيع المطلق، لأنه أشهر أقسام البيع. وبيع النقد بالنقد، وهو الصرف. وبيع العين بالعين وهو المقايضة. وبيع مؤجل بمعجل وهو السلم (المادتان ١٠٥ و ١٢٠ من المجلة).

وقد سارت بعض التقنيات العربية على ذلك النهج في تعريف البيع. فالتقنين العراقي جعل البيع شاملاً للبيع المطلق والصرف والمقايضة. ولم ير حاجة للإشارة إلى السلم بعد أن أصبح بيع الشيء المستقبل جائزاً بوجه عام، لا في بيع السلم فحسب. وكذلك فعل التقنين الأردني فأغفل أن الثمن يجب أن يكون نقداً، وجعل البيع شاملاً للبيع المطلق والمقايضة والسلم (المواد ٥٣٢-٥٣٨ ومن ٥٥٢-٥٥٦). ولكن المشروع آثر أن يجري في تعريف البيع بالمادة ٤٥٤ على المتعارف، وهو البيع المطلق. وأورد في التعريف الذي جاء به أهم خصائص عقد البيع، وهي تملك المال - أي نقل ملكية الحق المالي - في مقابل عوض نقدي. فكونه ناقلاً للملكية، يميزه عن عقد الإيجار، وكونه معاوضة

يميزه عن عقد الهبة، وكون العوض فيه مبلغاً من النقود يميزه عن عقد المقايضة. وهي خصائص حرصت غالبية التقنينات العربية الأخرى على إبرازها.

وتحدد المادة ٤٥٥ من المشروع ما يدخل في البيع ولو لم يذكر في العقد، فلخصت ما أوردته المجلة في هذا الشأن، مقررّة أن البيع يشمل كل ما كان من ملحقات المبيع وتوابعه. ويهتدي في ذلك بطبيعة المعاملة وبالعرف وبقصد المتعاقدين. وقد وضع هذا النص في مكانه الصحيح، لتعلقه بالبيع، لا بالتسليم وهو ما لم تفتن إليه كثير من التقنينات الأخرى، التي قنعت بأن تحدد مشتملات التزام البائع بالتسليم. والأولى أن يحدد محل العقد ككل، حتى يتحدد على أساسه مشتملات التزامات البائع جميعها، وليس التزام التسليم فحسب.

(أولاً) - أركان البيع:

التراضي هو الركن الأساسي في عقد البيع، على أنه يلزم أن يتعلق التراضي بمبيع وثمان لذلك ينص قانون التجارة في الفقرة الأولى من المادة ٣٧٦ على أن «ينعقد البيع بتراضي المتبايعين على المبيع والثمان». وهو نص مأخوذ عن نص المادة ٥٥٧ من المشروع التمهيدي للتقنين المصري. الذي كان يرمي - كما جاء في المذكرة الإيضاحية لذلك المشروع - إلى التمهيد بذكر المبيع والثمان لإيراد النصوص الخاصة بهما، ولكنه حذف في لجنة المراجعة لأن حكمه مستفاد من القواعد العامة. وقد أثر المشروع عدم ترديده أيضاً. وانتقل مباشرة - في المواد التالية - إلى بيان الأحكام المتعلقة بالتراضي على المبيع والثمان. فعرض أولاً للعلم بالمبيع ولبعض أنواع من البيوع، كالبيع بالعينة، والبيع بشرط التجربة وبشرط المذاق، التي تجمعها في الفقه الإسلامي الأحكام المتعلقة بخيار الرؤية وخيار الشرط. ثم عرض بعد ذلك لتحديد الثمن وأسس تقديره.

العلم بالمبيع:

طبقاً للقواعد العامة المتعلقة بتعيين محل الالتزام، يكفي أن يكون المبيع معيناً تعييناً كافياً يميزه عن غيره ويكون مانعاً من الجهالة الفاحشة ولو لم يكن المشتري عالماً به، فلا يشترط رؤية المشتري للمبيع ولا سابقة علمه به ولا وصفه بأكثر من الأوصاف التي

تكفي لتعيينه، مع مراعاة ألا يكون المشتري واقعا في غلط في صفة جوهرية في المبيع، وهو غلط يقع عبء اثباته على عاتق المشتري الذي يدعيه، ولكن الفقه الحنفي يثبت للمشتري الذي لم ير المبيع الخيار إذا رآه، فإن شاء أخذه بجميع الثمن، وإن شاء رده بعد رؤيته له، سواء رآه على الصفة التي وصفت له أو على خلافها. ويسمى بخيار الرؤية «لقوله صلى الله عليه وسلم» «من اشترى شيئا لم يره فله الخيار إذا رآه» فخيار الرؤية إنما يثبت بعد صحة البيع لرفع الجهالة اليسيرة، أما البائع فلا خيار له، إذا باع ما لم يره. ويسقط خيار الرؤية برؤية المشتري للمبيع ورضائه به صراحة أو دلالة، كما يسقط بهلاك بعض المبيع أو تعيبه أو تغييره قبل أن يختار وكذلك بتصرفه في المبيع. أما في فقه المذاهب الثلاثة الأخرى، فإن وصف المبيع يغني عن رؤيته. فالبيع على الوصف جائز، ولا يكون للمشتري عند ذلك خيار الرؤية، وإنما يكون له خيار فوات الوصف.

وقد قننت المجلة أحكام العلم بالمبيع (والمقصود بها تعيينه) في المواد من ٢٠٠ إلى ٢٠٤، كما قننت أحكام خيار الرؤية اخذا عن الفقه الحنفي في المواد من ٣٢٠ إلى ٣٣٥، وكذلك فعل التقنين الأردني (المواد من ١٨٤ - ١٨٨ والمادتان ٤٦٦ و٤٦٧). أما التقنين المصري فقد عمد إلى التوفيق بين أحكام خيار الرؤية في الفقه الحنفي وبين القواعد العامة المتعلقة بتعيين المبيع، فأوجب في المادة ٤١٩ أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا - وهو ما يتحقق بالرؤية أصلا - ولكن يغني عن الرؤية اما وصف المبيع وصفا كافيا، واما إقرار المشتري في العقد بأنه عالم بالمبيع. وأخذت بذلك غالبية التقنينات العربية، ومنها قانون التجارة الكويتي بالمادة ٣٧٦، وقد نقل المشروع حكم هذه المادة إلى المادة ٤٥٦، بعد تعديل طفيف في صياغتها، فالأصل في العلم بالمبيع أن يكون برؤية المبيع ذاتا، على ما يقول به المذهب الحنفي. ولكنه يجوز تحصيل هذا العلم من اشتغال عقد البيع على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بيانا يمكن من تعرفه، فيقوم هذا الوصف مقام الرؤية، على نحو ما تأخذ به مذاهب السنة الثلاثة الأخرى. ثم ان إقرار المشتري في عقد البيع بأنه عالم بالمبيع أو سبقت له رؤيته يكون حجة عليه، فلا يكون له حق ابطال البيع بدعوى عدم علمه بالمبيع إلا إذا اثبت تدليس البائع. وذلك دون إخلال بحقه في طلب إبطال البيع تأسيساً على الغلط وفقا للقواعد العامة. وقد استحدث المشروع حكما جديدا وإن كان مما تمليه القواعد العامة، فنص بالفقرة الأخيرة من المادة ٤٥٦ على انه إذا تسلم المشتري المبيع ولم يعترض عليه خلال فترة معقولة اعتبر ذلك قبولا للمبيع فلا يكون له بعد ذلك أن يطلب ابطال البيع بدعوى عدم العلم بالمبيع.

البيع بالعينة:

وتعالج المادة ٤٥٧ من المشروع حالة البيع على أساس عينة أو نموذج يتفق عليه المتعاقدان، وهو المسمى في الفقه الاسلامي بالبيع على رؤية بعض المبيع. وفي ذلك تنص المجلة على أن «الأشياء التي تباع على مقتضى انموذجها تكفي رؤية الا نموذج منها فقط». والأصل في هذا أن رؤية جميع المبيع غير مشروطة لتعذرهما، فيكتفي برؤية ما يدل على العلم بالمقصود، ورؤية ذلك قبل الشراء كافية في سقوط خيار الرؤية. وبذلك يكون البيع قد انعقد على مبيع مطابق للعينة. ومن ثم وجب، عند تسلمه، أن يكون مطابقاً لها، وإلا جاز للمشتري أن يرفض المبيع أو أي جزء منه. ويكون الجزاء، طبقاً للقواعد العامة، المطالبة بالتنفيذ العيني باجبار البائع على تقديم ما يطابق العينة، أو فسخ البيع، أو طلب انقاص الثمن إذا كانت قيمة المبيع أقل من قيمة ما يطابق العينة، وذلك دون إخلال بحق المشتري في التعويض، إذا كان له محل. أما المجلة، ويتبعها في ذلك كل من التقنين العراقي والتقنين الأردني فتجعل جزاء عدم المطابقة للنموذج، الفسخ أو الأخذ بالثمن المسمى.

وإذا تلف النموذج أو هلك، فإن كان ذلك وهو في يد المشتري كما هو الغالب، وادعى هذا أن المبيع غير مطابق له، كان عليه هو أن يثبت ذلك، سواء كان التلف أو الهلاك بخطأ منه أو بقوة قاهرة. لأن البائع لا يدل له في ضياع النموذج. حتى يثبت المشتري (المغايرة). وإن كان النموذج في يد البائع وتلف أو هلك ولو بغير خطأ منه، وادعى المشتري أن المبيع غير مطابق له، فعلى البائع أن يثبت المطابقة. وهو حكم وارد في غالبية التقنينات المدنية العربية ويأخذ به أيضاً قانون التجارة الكويتي م٣٧٨/٢.

البيع بشرط التجربة أو بشرط المذاق:

تعرض المادة ٤٥٨ لحالتي البيع بشرط التجربة والبيع بشرط المذاق. وقد رؤي ان يقتصر المشرع على إيراد نص واحد يتعلق بالبيعين دون تفرقة بينهما على عكس ما فعلت غالبية التقنينات العربية وقانون التجارة الكويتي، لأن المذاق في الحقيقة صورة من صور التجربة. فلا تقوم ثمة ضرورة للمباعدة بين البيعين. ويجوز المشروع اشتراط التجربة أو المذاق، مدة معلومة لقبول البيع أو رفضه دون تحديد لمداها. وإذا سكت المتبايعان، عند إبرام البيع، عن تحديد مدة، حملت على المدة المعتادة التي يترك تقديرها لقاضي

الموضوع وفق ظروف الحال وعرف الجهة وطبيعة المعاملة، فإن انقضت المدة دون أن يعلن المشتري رفضه للبيع مع تمكنه من التجربة أو المذاق، اعتبر سكوته الملابس قبولاً. وبذلك فإن البيع لا ينعقد إلا من وقت قبول البيع صراحة أو دلالة.

تحديد الثمن:

وتقضي المادة ٤٥٩ من المشروع بأنه يكفي في تعيين الثمن، أن يكون قابلاً للتقدير. وهو يعتبر كذلك ما دامت الأسس التي يقوم عليها تقديره متفقا عليها بين المتبايعين، كأن يكون أساس التقدير السعر المتداول في التجارة أو سعر السوق، وكما هو الحال في بياعات الأمانة.

واجاز المشروع أن يترك المتبايعان تحديد الثمن لاجنبي يتفقان عليه عند البيع. لان الثمن هنا وان لم يقدره المتبايعان، إلا انهما جعلاه قابلاً للتقدير وما يقدره الاجنبي ثمناً للبيع يكون ملزماً لكل من البائع والمشتري، ما لم يثبت تدليس. فإذا لم يحدد الاجنبي الثمن - في وقت مناسب - لأي سبب كان، كان الثمن هو ثمن المثل، اعتباراً بأنه الثمن العادل. *

أما إذا لم يتفق المتعاقدان على تحديد الثمن أو على جعله قابلاً للتحديد، ببيان الأسس التي يحدد بمقتضاها أو بتفويض طرف ثالث في تحديده، فإن البيع يكون باطلاً لتخلف ركن من أركانه.

ومع ذلك تقضي المادة ٤٦٠ من المشروع بأنه لا يترتب على عدم تحديد الثمن على الوجه المتقدم بطلان البيع إذا تبين من الاتفاق أو الظروف قصد المتعاقدين التعامل بالسعر المتداول بينهما أو بسعر السوق. فقد يظهر من الظروف والملابسات - إذا كان بين المتبايعين تعامل سابق - أنهما متفقان ضمناً على أن يكون الثمن هو السعر الذي جرى عليه التعامل السابق، كما قد يظهر أيضاً، أن سكوت المتبايعين عن تحديد الثمن ينطوي على اتفاق ضمني بترك تحديد الثمن إلى السعر المتداول في التجارة - كسعر البورصة

* تم استبدال نص المادة (٤٥٩) بالقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٩٦ تقضي بأنه إذا ترك تقدير الثمن لأجنبي عن العقد فلا ينعقد العقد إلا إذا رضى المتعاقدان بهذا التقدير، وذلك على أساس أن ترك تقدير الثمن للأجنبي يجعله غير معلوم للمتعاقدين عند التعاقد، وهو ما يخالف قواعد الفقه الاسلامي نظراً لما ينطوي عليه من جهالة وعند الخلاف يرجع إلى سعر المثل وذلك حتى يكون هناك معيار يتم الاحتكام إليه عند وجود الخلاف.

أو سعر السوق - فيعتبر الثمن قابلاً للتقدير (ومثال ذلك بيع الاستئمان أو الاستسلام عند المالكية، وهو بيع يقوم على استئمان المشتري للبائع واستسلامه فيما يخبر به من الثمن المتعارف للبيع). فإذا كان أساس تقدير الثمن هو سعر السوق، فإنه يفترض طبقاً للفقرة الثانية من المادة ٤٦٤ أن المقصود هو سعر السوق في الزمان والمكان الذي تم فيهما البيع، وهو افتراض أدنى إلى قصد المتعاقدين. فإذا لم يكن في مكان البيع سوق، اعتبر المكان الذي يقضي العرف بأن تكون أسعاره سارية، وكل ذلك ما لم يتفق على غيره.

وقد استمد المشروع أحكامه في ذلك الخصوص من قانون التجارة القائم (المواد ٣٨٦ و٣٨٧ و٣٨٨) ومن مصادره التشريعية في قوانين البلاد العربية بعد تعديل أكثر أحكامها في الصياغة.

وتعرض المادة ٤٦١ لحالة تقدير الثمن على أساس الوزن، فتنص على أن العبرة في ذلك تكون بالوزن الصافي، ما لم يتفق الطرفان أو يستقر العرف على غيره. وهو ما تقضي به المادة ٣٨٩ من قانون التجارة الحالي، في فقرتها الأولى، وقد أثر المشروع أن يأخذ بهذا الحكم عنها. لأنه أدنى إلى قصد المتعاقدين.

وعرض المشروع بالمادة ٤٦٢ على بيع التولية والاشراك والمراوحة والوضعية. فقد يتفق المتبايعان على أن يتخذ الثمن الذي سبق أن اشترى به البائع أساساً لتقدير ثمن المبيع، فيشتري المشتري بمثل ما اشترى به البائع أو أكثر أو أقل. ولهذه الصور من البيع مكان خاص في الفقه الإسلامي وتسمى عندهم «بياعات الأمانة». لأن المشتري يشتري من البائع على أساس الثمن الذي اشترى به، مطمئناً إلى أمانته في البيان عن هذا الثمن. فاما أن يزيد عليه قدرًا معلوماً من الربح، فيسمى البيع مراوحة. واما أن ينقصه قدرًا معلوماً يتحمله البائع، فيسمى وضعية أو مواضعة. واما ألا يزيد ولا ينقص ويشتري من البائع بمثل ما اشترى به، فيسمى البيع تولية، إذا اشترى منه جميع ما اشترى، وإشراكاً إذا اخذ جزءاً منه بما يقابله من الثمن. ويجب لصحة العقد في هذه البيوع جميعاً، أن يكون الثمن الأول (رأس المال) معلوماً وقت إبرامه، ويلحق بالثمن ما جرت العادة على إلحاقه به من مصروفات ولا يكتفي من البائع ببيان مجمل عن الثمن، بل يجب عليه أيضاً أن يبين ما أحاط الثمن من ملاسبات وما اقترن به من أوصاف قد تؤثر في رضاء المشتري بالصفقة، والكذب فيها أو الانتقاص منها يعتبر خيانة وتدليساً.

ولم يعرض التقنين المصري والتقنينات الأخرى التي حذت حذوه لهذه البيوع، أما التقنين العراقي فقد عرض لها في المادة ٥٣٠ منه، كما نص في الفقرة الثانية من المادة ١٢١ على أنه «يعتبر تغريراً عدم البيان في عقود الامانة التي يجب التحرز فيها عن الشبهة بالبيان، كالخيانة في المراهبة والتولية والاشراك والوضعية». وكذلك فعل التقنين الأردني في المادة ٤٨٠.

وقد نص المشروع على هذه البيوع في المادة ٤٦٢ مشروطاً أن يكون الثمن الأول الذي اشترى به البائع معلوماً وقت العقد، وأن يكون مقدار الربح في المراهبة ومقدار الخسارة في الوضعية محدداً. وذلك منعا من الجهالة والغرر. كما نص على أنه إذا كتم البائع بعض الملابس الجوهرية للثمن على وجه يعيب رضا المشتري فإن هذا يعتبر غشاً يجيز للمشتري ابطال البيع للتدليس. وإذا لم يكتفم البائع شيئاً من تلك الملابس، ولكن اثبت المشتري أن الثمن الأول الذي ذكره البائع أعلى من الحقيقة، كان البيع صحيحاً، وإنما يكون للمشتري أن يتمسك بالثمن الحقيقي فيكون له أن يحط المقدار الزائد من رأس المال وما يناسبه من الربح إن كان البيع مراهبة أو المقدار الزائد من رأس المال فقط إن كان البيع تولية أو إشراكاً أو المقدار الزائد من رأس المال وما يناسبه من الخفض إن كان البيع وضيعة. ويسترد المشتري القدر الزائد إن كان قد دفعه، ولا يلتزم بدفعه له إن كان لم يدفعه كما يكون له في جميع الأحوال أن يرجع بالتعويض على البائع طبقاً للقواعد العامة إذا أثبت في جانبه غشاً أو تقصيراً.

(ثانياً) - آثار البيع:

أجملت المجلة - في المادتين ٣٦٩ و٣٧٤ - حكم البيع، وهو نقل الملك بحكم العقد أي بقوة القانون. ولكن مقتضى البيع في قانون التجارة الحالي أن ينشأ التزاماً في ذمة البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري، ويتم تنفيذ هذا الالتزام بمجرد إبرام العقد، ومن ثم ينقضي في لحظة نشوئه. وهو ما يتنافى مع فكرة الالتزام في أبسط مظاهرها. فالالتزام عبء على المدين ينبغي أن يقوم هو بوفائه. ولذلك تكون المجلة - في تقنينها للفقهاء الحنفيين - أكثر تمسكاً مع المنطق في التفرقة بين نقل ملكية المبيع إلى المشتري وبين الالتزامات التي يربتها العقد في ذمة المتعاقدين. وهو ما أخذ به المشروع، فأجمل في المادة ٤٦٣ حكم البيع، وهو نقل ملكية المبيع إلى المشتري، وذلك قبل أن يعرض - لما

يرتبه العقد من التزامات في ذمة كل من البائع والمشتري.

وعلى ذلك فإنه إذا كان المبيع عيناً معينة بالذات ومملوكاً للبائع انتقلت الملكية فوراً إلى المشتري بمجرد العقد، فإن لم يعين إلا بنوعه لا تنتقل ملكيته إلا بالإفراز. ذلك أن المعين بالنوع يكون، قبل الإفراز، غير محدد بالذات، فتكون هناك استحالة طبيعية في أن تنتقل ملكيته إلى المشتري قبل إفرازه. كل ذلك ما لم يجعل القانون أو الاتفاق انتقال الملكية رهناً بالقيام بعمل معين. فقد ينص القانون على عدم انتقال الملكية إلا بالتسجيل، كما قد يعلق الاتفاق انتقالها على الوفاء بكل الثمن، وهو ما يعرف بشرط الاحتفاظ بالملكية للبائع، وقد عرضت المادة ٤٦٤ لهذا الشرط واستلهم المشروع حكمها من المادة ٣٩٦ من قانون التجارة الحالي ومصادرها العربية (القانون المصري المادة ٤٣٠ والقوانين التي أخذت عنه). بعد أن أجرى عليها تعديلاً في الصياغة جعلها أكثر دقة واحكاماً، ودون أن ينقل عن التقنيات السابقة ما أورده من تفصيلات تغني عنها القواعد العامة.

وتعرض المادة ٤٦٥ أيضاً لما يترتب على البيع وهو أن يكون للمشتري ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام العقد كما يكون عليه من هذا الوقت تكاليفه، كنفقات الحفظ أو الصيانة أو غير ذلك وهو حكم يماثل ما تنص عليه المجلة في المادة ٢٣٦ من أن «الزيادة الحاصلة في المبيع بعد العقد وقبل القبض، كالثمرة وأشباهاها، هي للمشتري». ولكن المشروع استحدث إلى جانب ذلك حكماً آخر تمليه قواعد العدالة ويقضي بأنه، إذا لم يكن البائع قد استوفى الثمن بتمامه، فإنه لا يحرم من ثمار المبيع كلها وإنما يكون له منها بمقدار ما لم يستوفه من الثمن، ولا يكون للمشتري من هذه الثمار إلا بما يناسب ما أداه منه، وكل ذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره.

١- التزامات البائع:

ويعرض المشروع بعد ذلك لالتزامات البائع تباعاً فجاء في المادة ٤٦٦ بحكم يقضي بأنه إذا كان ثمة أحوال لا تنتقل فيها الملكية بمجرد البيع، فإنه يكون على البائع أن يقوم بكل ما هو ضروري من جانبه لانتقالها، إلى المشتري، وأن يكف عن الأعمال التي تحول دون ذلك أو تجعله عسيراً. فيكون عليه القيام بشهر حق الارث، والتصديق

على توقيعه، وتقديم مستندات الملكية حتى يتمكن المشتري من تسجيل العقد إذا كان المبيع عقارا كما يكون عليه افراز المنقول المعين بجنسه ونوعه فقط، إذا كان المبيع منقولاً وكذلك ينبغي له الا يتصرف في المبيع إلى مشتر آخر تصرفاً يضر بالمشتري أو أن يخفي مستندا لازماً لتسجيل العقد. وقد استمد المشروع هذا الحكم من القانون المدني المصري (المادة ٤٢٨) والقوانين العربية التي نقلت عنه.

وتعرض المادة ٤٦٧ لالتزام البائع بالتسليم وتقضي بأن البائع ملزم بتسليم المبيع إلى المشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع. وهي قاعدة بديهية لأن التراضي الذي أنشأ العقد تعلق بالمبيع على الحالة التي كان عليها وقت قيامه. وقد أخذ المشروع بها نقلاً عن المادة ٤٣١ من القانون المدني المصري والنصوص المقابلة في القوانين العربية. وإذا كانت المجلة خالية من نص صريح يقرر هذه القاعدة، فإن حكمها مستفاد ضمناً من نصوصها. ويتفرع على هذه القاعدة وجوب تسليم ذات المبيع. وهو ما عنته المجلة بقولها «المبيع يتعين في العقد» (م ٢٠٤م) ولكن إذا زاد المبيع بعد البيع فإن زوائده تكون للمشتري. (م ٢٣٦م).

وغني عن البيان أن الالتزام بتسليم المبيع بالحالة التي كان عليها وقت البيع ليس من النظام العام، فيجوز للمتبايعين أن يتفقا على خلافه، كتسليم المبيع في حالة أحسن مما كانت عليه، أو في الحالة التي يكون عليها بعد استعماله فترة من الزمن.

كذلك يلتزم البائع أن يسلم المشتري كافة الوثائق والمستندات المتعلقة بالمبيع.

وأخذ المشروع الحكم الذي أورده بالمادة ٤٦٨ عن المادة ٥٧٣ من المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري، وهو يلزم البائع أن يزود المشتري بكافة البيانات الضرورية عن المبيع، كأن يبين له حدوده وما يكون له من توابع أو ملحقات وما عليه من حقوق وتكاليف وكيفية الانتفاع به إذا كان من الأجهزة الدقيقة، وقد أثر المشروع أن يقنن هذا الحكم اعتباراً بأنه تأكيد للالتزام البائع بتقديم ما يكون المشتري في حاجة ماسة إليه لتيسير كيفية انتفاعه بالمبيع.

وتعرض المواد ٤٦٩ و ٤٧٠ و ٤٧١ لحكم النقص أو الزيادة في المبيع إذا كان معينا بالذات وقد عين مقداره في عقد البيع. والقاعدة العامة في المجلة أنه «أنما يعتبر القدر الذي يقع عليه البيع لا غيره» (مادة ٢٢٢). وقد تضمنت المجلة نصوصاً تفصيلية في

ذلك الشأن (المواد من ٢٢٣ إلى ٢٢٩) إذ تضع حلولاً تختلف باختلاف احوال المبيع وطريقة تحديد ثمنه. ففي حالة بيع المكيالات والموزونات والمذروعات والعدديات المتقاربة التي ليس في تبعضها ضرر، سواء حدد الثمن للجمل أو لكل كيل أو وزن أو ذرع أو عدد على حدة، إذا ظهر عند التسليم نقص في قدر المبيع، يكون للمشتري الخيار بين فسخ البيع أو أخذ القدر الموجود بحصته من الثمن، أما إذا ظهر عند التسليم زيادة في قدر المبيع، فالزيادة تكون للبائع.

وفي حالة بيع الموزونات أو المذروعات التي في تبعضها ضرر (ومنها الأراضي)، إذا تحدد الثمن جملة واحدة، وزاد المبيع أو نقص، يكون للمشتري الخيار بين الفسخ أو ابقاء البيع بالثمن المسمى، فإذا تعين الثمن بسعر الوحدة، وظهر في قدر المبيع نقص أو زيادة كان للمشتري الخيار بين الفسخ، وبين أخذ المبيع بالثمن على حسب سعر الوحدة.

أما في حالة بيع العدديات المتفاوتة. فإنه إذا ذكر في العقد ثمن مجموعها فقط، وظهر عند التسليم نقص أو زيادة في قدر المبيع، فإن البيع في الحالين يكون فاسداً لجهالة المبيع في صورة الزيادة، ولجهالة الثمن في صورة النقصان. وإذا ذكر في العقد اثمان آحاده، وظهر عند التسليم نقص في قدر المبيع، كان المشتري مخيراً بين فسخ البيع أو أخذ المبيع بحصته في الثمن لتفرق الصفقة عليه. أما إذا ظهر عند التسليم زيادة في قدر المبيع فإن البيع يقع فاسداً لجهالة المبيع.

وقد جرت بعض التقنينات العربية على مجازاة المجلة في إيراد تلك التفصيلات كلها أو بعضها - كالتقنين العراقي والتقنين الاردني - مع أن القواعد العامة تكفي في استخلاص الكثير منها، ولذلك اثر المشروع أن يقتصر - كما فعل التقنين المصري وما تابعه من التقنينات العربية الاخرى - ومنها قانون التجارة الحالي (المادة ٣٩٩) - على نص عام يقضي بأن يكون البائع ضامناً للقدر الذي عينه للمبيع بحسب ما يقضي به العرف، وهو ما يعني انه إذا نقص المبيع عن القدر المعين في العقد يكون المشتري بالخيار بين الفسخ وبين انقاص الثمن بقدر ما اصابه من ضرر، سواء كان المبيع مما يضره التبعض او مما لا يضره، وسواء كان الثمن محددًا بسعر الوحدة أو مقدرًا جملة واحدة، ولكنه لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد في هذه الحالة، إلا إذا كان النقص من الجسمامة بحيث انه

لو كان يعلمه لما أتم العقد - وهو ما تتضمنه المادة ٤٦٩ من المشروع.

أما المادة ٤٧٠ فإنها تعالج أحوال الزيادة في المبيع، وتفرق في ذلك بين تقدير الثمن جملة وبين تقديره بحسب الوحدة، ففي الحالة الأولى - وهي حالة لم يعرض لها التقنين المصري، تكون الزيادة للمشتري، لأن الغالب أن المتعاقدين قصداً أن يكون المبيع جميعه بهذا الثمن ولو زاد عن القدر المعين، فالقدر هنا يكون وصفاً والوصف لا يقابله شيء من الثمن ولكن إذا كانت الزيادة من الجسامه بحيث لو علمها البائع لما أتم العقد فإنه يكون للمشتري الخيار بين زيادة الثمن بما يتناسب مع الزيادة في المبيع وبين فسخ البيع. وفي الحالة الثانية - وهي تقدير الثمن بسعر الوحدة - إذا كان المبيع قابلاً للتبعض فإن الزيادة تكون للبائع، لأن القدر فيما لا يضره التبعض يعتبر أصلاً بنفسه، ومن ثم إذا أراد المشتري أخذ الزيادة فإنه يكون عليه أن يدفع ما يقابلها من الثمن، وهي حالة لم يعرض لها التقنين المصري أيضاً. وإذا كان المبيع غير قابل للتبعض، فإنه يجب أن يكمل المشتري الثمن بقدر زيادة المبيع وذلك لأن القدر - مع انه وصف للمبيع - متى أفرد بالثمن صار أصلاً وكان له حصته من الثمن، ولكن إذا كانت الزيادة جسيمة، فإنه يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد.

وحدد المشروع مدة موحدة تسقط بمضيها الدعوى في جميع تلك الأحوال فنص في المادة ٤٧١ منه على أن دعوى المشتري بطلب انقاص الثمن أو بطلب الفسخ تسقط بانقضاء سنة من وقت تسليم المبيع، وكذلك يكون الحكم بشأن دعوى البائع بتكملة الثمن أو بطلب رد الزيادة، وتتفق المدة التي حددها المشروع لسقوط الدعوى مع مقدار المدة التي يحددها قانون التجارة الحالي بالمادة ٣٩٩ لتقادم تلك الدعوى في كافة الصور.

ووضع المشروع في المادة ٤٧٢، القاعدة العامة في كيفية التسليم، متفقاً في ذلك مع نصوص المجلة والقانون المصري (المادة ٤٣٥ / ١ مدني) والتشريعات العربية التي نقلت عن ذلك القانون، فالتسليم يحصل بالتخلية بين المشتري والمبيع - بأن يوضع تحت تصرفه - بحيث يتمكن من قبضه والانتفاع به دون حائل، حتى ولو لم يستول عليه استيلاء مادياً، ما دام البائع قد أعلمه بذلك أو أذن له به. ويكون التسليم في كل شيء حسب طبيعته أو اختلاف حاله. ولكن المشروع لم يورد ما أورده المجلة من تطبيقات عديدة لكيفية التسليم لعدم ضرورتها.

وتقرر المادة ٤٧٣ جواز التسليم الحكمي، وهو الذي يتم بمجرد تراضي المتعاقدين إذا كان المبيع في حوزة المشتري من قبل البيع «باجارة أو اعادة أو وديعة أو رهن حيازة أو غير ذلك»، أو كان البائع قد استبقى المبيع في حوزته بعد البيع لسبب آخر غير الملك «كمتأجر أو مستعير أو مودع لديه أو مرتهن أو غير ذلك». وكلتا الصورتين ليستا إلا من تطبيقات المبدأ العام في انتقال الحيازة من شخص إلى آخر انتقالا حكما ولم يرد في المجلة نصوص تتعلق بالتسليم الحكمي، ولكن الحنفية لا يرون في الصورة الثانية قبضا من المشتري للمبيع، كما يفرقون في الصورة الأولى بين ما إذا كانت يد المشتري على المبيع قبل البيع، يد ضمان أم يد أمانة. فإذا كانت يد ضمان لم يكن في حاجة إلى قبض جديد ويقع التسليم حكما ويعتبر قابضا للمبيع بمجرد إبرام العقد. أما إذا كانت يده على المبيع يد أمانة فإنه لا يعتبر متسلما له إلا بقبض جديد، ولا يكون التسليم الحكمي في هذه الحالة جائزا. ولم ير المشروع أن يأخذ بهذه التفرقة فلم يستلزم في الصورتين حصول قبض جديد، وهو ما فعله التقنين العراقي «المادتان ٥٣٩، ٥٤٠» وسار عليه القانون المصري «٤٣٥ / ٢» والقوانين العربية التي أخذت عنه.

وغني عن البيان أن القواعد المتقدمة ليست من النظام العام، فيجوز الاتفاق على ما يخالفها أو يعدل فيها.

وتعين المادة ٤٧٤ زمان التسليم بأنه الوقت الذي يحدده العقد، فإذا لم يحدد العقد وقتا التزم البائع بالتسليم فورا بمجرد انعقاد البيع، وإذا اتفق على أن يتم التسليم في الوقت الذي يحدده المشتري التزم البائع بإجرائه فيه، وكل ذلك مع مراعاة المواعيد التي تستلزمها طبيعة المبيع أو يقضي بها العرف. وفي الفقه الحنفي يتعين على البائع تسليم المبيع فور أداء الثمن إذ كان الثمن معجلا، ولكن لا يجوز أن يشترط البائع على المشتري تأجيل التسليم ولا أن يشترط المشتري على البائع تسليم المبيع قبل دفع الثمن إذا كان حالا. ويترتب على الشرط في الحالتين فساد البيع. وقد قنن هذا الفقه في مرشد الحيران (م ٣٥٣) ولكن المجلة لم تأخذ بفقه الحنفية في الشروط الفاسدة. فكان يجوز الاتفاق في ظلها، على تسليم المبيع في وقت معين، سواء قبل دفع الثمن أو بعده، وهو ما أخذ به المشروع ويجري به قانون التجارة الحالي (المادة ٣٩٧).

وتحدد المادة ٤٧٥ بفقرتها الأولى مكان التسليم، بأنه المكان الذي يوجد فيه المبيع

وقت تمام العقد، ما لم يتفق على غير ذلك وهو ما يتفق مع حكم المادتين ٢٨٥ و ٢٨٧ من المجلة. ويعتبر المنقول، إذا لم يعين مكان وجوده، موجودا في موطن البائع ومن ثم يجب تسليمه فيه وهو ما تقضي به الفقرة الثانية من المادة ٤٧٥. فإذا كان المبيع واجب الارسال إلى مكان معين، فإن التسليم لا يتم إلا بوصوله فيه وجرى بذلك حكم المادة ٤٧٦ نقلا عن المادة ٣٩٣ من قانون التجارة.

وتعرض المادة ٤٧٧ لنفقات التسليم فتقضي بالتزام البائع بها لأنه هو الملتزم بالوفاء بالمبيع فيقع على عاتقه مصاريف نقل المبيع وفرزه أو عده أو وزنه ونحو ذلك، وهذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف مخالف، ويتفق حكم المشروع في ذلك الشأن مع ما ينص عليه قانون التجارة بالمادة ٤٠٠ والمجلة بالمادتين ٢٨٩، ٢٩١.

وقد عالج المشروع الأحوال التي يقع فيها هلاك المبيع والحكم في كل حالة بالمواد من ٤٧٨ إلى ٤٨٠. ويجدر التنويه بادئ ذي بدء إلى انه في الفقه الحنفي يختلف حكم هلاك المبيع قبل القبض باختلاف سبب هلاكه فلو هلك بفعل البائع، أو بفعل المبيع أو بأفة سماوية (أي بسبب أجنبي) بطل البيع (أي انفسخ) ويرجع المشتري على البائع بالثمن إن كان قد قبضه. وإن هلك بفعل أجنبي يكون مضمونا عليه بالقيمة أو بالمثل ويكون المشتري بالخيار ان شاء فسخ البيع فيعود المبيع إلى ملك البائع الذي يتبع الجاني بضمانه، وإن شاء أمضى البيع ودفع الثمن ويرجع هو بالضمان على الجاني. وإذا هلك بفعل المشتري فعليه ثمنه، لأنه صار قابضا للمبيع بالاتلاف، إذ لا يمكنه إتلافه إلا بعد إثبات يده عليه.

أما إذا هلك بعض المبيع قبل قبضه، وكان الهلاك بأفة سماوية أو بفعل المبيع نفسه، فإنهم يفرقون بين نقصان القدر ونقصان الوصف. فإن كان نقصان قدر، بأن كان مكيلا أو موزونا أو معدودا، يبطل البيع «ينفسخ» بقدر الهالك وتسقط عن المشتري حصة الفائت من الثمن وله الخيار في الباقي ان شاء أخذه وإن شاء تركه. وإن كان نقصان وصف، وهو كل ما يدخل في البيع بغير ذكر، لا يسقط شيء من الثمن، لأن الأوصاف لا مقابل لها من الثمن، ولكن المشتري يكون بالخيار، إن شاء أخذ بجميع الثمن وإن شاء ترك لتعيب المبيع قبل قبضه. وإذا هلك بعض المبيع بفعل البائع، سقط من الثمن قدر النقص سواء كان نقصان قدر أو نقصان وصف (لأن الأوصاف لها حصة من الثمن عند ورود

الجنائية عليها)، وخير المشتري بين الفسخ والامضاء، أما إذا هلك بعض المبيع بفعل المشتري فلا يسقط عنه شيء من الثمن لأنه صار قابضاً للكل بإتلاف البعض، إذا لا يتمكن من إتلاف البعض إلا بإثبات اليد على الكل. وإذا وقع هلاك بعض المبيع بفعل أجنبي، فحكمه حكم هلاك المبيع كله.

ويتفق قانون التجارة الحالي مع الفقه الحنفي في تحميل البائع تبعة الهلاك الكلي قبل التسليم، إذا كان الهلاك لسبب أجنبي لا يد للبائع فيه، ولكنه ينقل تبعة الهلاك إلى المشتري، إذا وقع الهلاك بعد اعذاره لتسلم المبيع (م ٣٩١). أما إذا وقع الهلاك بفعل البائع فإنه يكون مسئولاً عنه طبقاً للقواعد العامة، ويلتزم بتعويض المشتري عن الضرر الذي لحقه منه، فلا يقتصر أثر الهلاك على سقوط الثمن أو رده كما يرى الأحناف. وفي حالة الهلاك الجزئي «إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه» يكون للمشتري الخيار بين الفسخ أو إبقاء البيع مع انقاص الثمن، إذا كان النقص من الجسامة بحيث لو طرأ قبل العقد لا تمتنع المشتري عن الشراء، أما إذا لم يبلغ النقص هذا القدر من الجسامة فلا يكون للمشتري سوى إبقاء البيع وانقاص الثمن (م ٣٩٢)، وقد سبق إلى وضع أحكام مماثلة القانون المصري (٤٣٧، ٤٣٨ مدني) والقوانين العربية التي نسجت على منواله. وقد استبقى المشروع تلك الأحكام أيضاً بالنسبة للهلاك الكلي قبل التسليم وكذلك بالنسبة للهلاك الجزئي. وكل ذلك إذا كان الهلاك أو التلف لسبب لا يد لأحد المتعاقدين فيه. وإذا اعذر البائع المشتري لتسلم المبيع قبل أن يهلك فإن تبعة الهلاك أو التلف تنتقل إلى المشتري وهو ما تنص عليه المادتان ٤٧٨ و ٤٧٩ من المشروع.

أما إذا هلك المبيع أو تلف بفعل المشتري فإنه يبقى ملتزماً بالثمن كاملاً. ويمتنع الفسخ سواء كان الهلاك كلياً أو جزئياً. فإذا كان الهلاك لسبب يعزي إلى البائع، فإنه يكون للمشتري إذا فسخ أن يسترد الثمن وأن يتقاضى تعويضاً فوق ذلك فإن أبقى البيع انقص الثمن بمقدار ما فات. وهو الحكم الذي تقرره المادة ٤٨٠ من المشروع.

وتعرض المادتان ٤٨١ و ٤٨٢ لضمان التعرض، وهو ضمان لم يعرفه الفقه الإسلامي بوجه محدد. كما لم يرد له ذكر في المجلة أو في قانون التجارة الحالي، وقد استمد المشروع أحكام هذا الضمان من القانون المدني المصري «مادة ٤٣٩» ومن النصوص المقابلة بالتشريعات العربية التي سارت على منوال ذلك القانون، وافرد المادة

٤٨١ لضمان التعرض الصادر من البائع وخصص المادة التالية لضمان تعرض الغير، فطبقا للمادة الأولى يلتزم البائع بعدم التعرض للمشتري في حيازته للمبيع وانتفاعه به، وعدم منازعته في ملكيته، سواء كان تعرضه ماديا أو قانونيا.

والتعرض المادي هو الذي يستند فيه البائع إلى حق يده، كأن يفتح على مقربة من المحل التجاري الذي باعه محلا تجاريا آخر من نفس النوع ليجتذب عملاءه السابقين - أما التعرض القانوني، فهو الذي يستند إلى سبب قانوني، كأن يدعي البائع حقا على المبيع في مواجهة المشتري، سواء كان هذا الحق سابقا على البيع أو لاحقا له. وطبقا للمادة ٤٨٢ يلتزم البائع بضمان تعرض الغير، الذي يدعي على المبيع حقا موجودا وقت البيع ويحتج به على المشتري، كما يكون ملزما بالضمان ولو ادعى المتعرض حقا نشأ بعد البيع إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع أو كان نتيجة لفعله. أما التعرض المادي من الغير فإنه لا يوجب الضمان وعلى المشتري أن يدفعه بما وضعه القانون في يده من وسائل. وغني عن البيان أنه في جميع الأحوال فإن الضمان لا يجب على البائع إلا إذا حصل التعرض فعلا من الغير، أما احتمال وقوعه فلا يكفي.

وقد تعرض المشروع في المواد من ٤٨٣ إلى ٤٨٨ لكيفية تنفيذ الالتزام بضمان التعرض، سواء كان تنفيذا عينيا بدفع تعرض الغير، أو تنفيذا بطريق التعويض أو ضمان الاستحقاق، مراعى في ذلك أن يكون متفقا بقدر الامكان مع أحكام الفقه الحنفي الذي يعرف ضمان الاستحقاق.

فتقضي المادة ٤٨٣ انه إذا رفعت على المشتري دعوى باستحقاق المبيع، وجب عليه المبادرة بإدخال البائع فيها ليقوم بتنفيذ التزامه بضمان التعرض تنفيذا عينيا. وهو حكم له أصل في الفقه الحنفي، وله نظير في بعض التقنينات « كالتقنين البولوني في المادتين ٣١٤ و ٣١٨ » وفيه قصد في الوقت والإجراءات فضلا عن إنه يكفي المشتري مؤونة دفع دعوى الغير - وقد لا يعرف عنها شيئا - كما يجنبه عاقبة التهمة أو الخطأ في الدفاع. فإذا لم يقيم المشتري بإدخال البائع في الدعوى وصدر لصالح الغير حكم نهائي فإن ضمان البائع يسقط إذا اثبت أن ادخاله في دعوى الاستحقاق كان من شأنه أن يؤدي إلى رفضها، والحكم الذي جاء به المشروع يفضل ما تأخذ به القوانين العربية من جعل دخول البائع في الدعوى متروكا لتقديره حتى لو اخطره المشتري بها « ٤٤٠ مدني مصري والمواد

المقابلة بالقوانين العربية الأخرى».

وإذا ادخل المشتري البائع في الدعوى فلم يحضر أو حضر وفشل في دفعها يصبح ضامنا لاستحقاق المبيع. فإن حكم باستحقاق المبيع كله، كان البائع مسئولاً عن تعويض المشتري عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب هذا الاستحقاق. ومع ذلك يقتصر حق المشتري على استرداد الثمن، إذا أثبت البائع أنه لم يكن يعلم عند البيع بسبب الاستحقاق وهو الحكم الذي جاء به المشروع في المادة ٤٨٤.

أما إذا قضى باستحقاق بعض المبيع، أو ثبت عليه حق للغير، وكانت خسارة المشتري من ذلك تبلغ قدرًا لو علمه لما أتم العقد، كان له أن يرد المبيع وما أفاده منه، على أن يعرض وفقاً لأحكام المادة السابقة. فإذا اختار المشتري استبقاء المبيع، أو كانت الخسارة التي لحقت له لم تبلغ قدرًا لو علمه لما أتم العقد، فإنه لا يكون له إلا المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق وهو ما تقرره المادة ٤٨٥.

وقد نقل المشروع عن القانون المدني السوداني «المادة ٣٨١» حكماً ملائماً وقننه بالمادة ٤٨٦ وهو يقضي بعدم ضمان البائع لبعض الحقوق التي تنقص من انتفاع المشتري في الحالات التالية :

أولاً: إذا كان البائع قد أبان عن الحق للمشتري وقت التعاقد، إذ يعتبر سكوت المشتري بعد علمه به رضاً ضمناً باسقاط ضمان البائع له.

ثانياً: إذا كان الحق ارتفاقاً ظاهراً، فيستطيع المشتري وقت البيع - وهو يعاين المبيع - أن يرى معالمة، أو كان يستطيع أن يراها ظاهرة فيكون سكوته دليلاً على رضائه بعدم ضمان البائع.

ثالثاً: إذا كان سبب نقص انتفاع المشتري بالمبيع، ناشئاً عن قيد من القيود القانونية التي ترد على حق الملكية، وهذه القيود وإن كانت بحسب الأصل لا يضمنها البائع لأن القانون هو الذي يقرها والمشتري يعرفها أو ينبغي أن يعرفها، سواء كانت ظاهرة أو غير ظاهرة، إلا أن المشروع آثر النص عليها تأكيداً لعدم دخولها في الضمان حتى ولو لم تكن ظاهرة.

ويعرض المشروع في المادتين ٤٨٧ و ٤٨٨ للاتفاق على تعديل أحكام الضمان

سواء بالزيادة أو الانقاص أو الاسقاط فأحكام الضمان ليست من النظام العام ولذلك فإنه يجوز الاتفاق على تعديلها، ولكن هذا الاتفاق يجب أن يكون صريحا واضحا. على انه يشترط في انقاص الضمان أو اسقاطه ألا يكون البائع قد تعمد اخفاء سبب الاستحقاق والا يكون الاستحقاق ناشئا عن فعله، وإلا وقع الاتفاق على ذلك باطلا أما إذا كان الاستحقاق ناشئا عن فعل الغير ولم يتعمد البائع اخفاء حق هذا الغير فإن شرط عدم الضمان يكون صحيحا، وكلما جاء شرط عدم الضمان صحيحا فإن البائع يبقى مسؤولا عن رد الثمن إلا إذا أثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع بسبب الاستحقاق، أو انه اشترى ساقط الخيار، وقد استمد المشروع حكم هاتين المادتين من القانون المدني المصري «المادتان ٤٤٥ و ٤٤٦» ومن القوانين العربية التي أخذت عنه وإنما أدخل المشروع من التعديلات ما يقتضيه المقام.

وعرض المشروع لضمان العيوب الخفية في المواد من ٤٨٩ إلى ٤٩٧ وهذا الضمان - وهو كضمان التعرض والاستحقاق - يجاوز نطاقه عقد البيع إلى كل عقد ناقل للملكية، بل والى كل عقد ينقل الانتفاع وبخاصة إذا كان من عقود المعاوضة. ولكن لما كان عقد البيع هو العقد الرئيسي الذي ينقل الملكية والحيازة، فقد وضعت فيه القواعد العامة لهذا الضمان، مع الاشارة إليها في العقود الأخرى وبيان ما تقتضيه طبيعة كل عقد من تعديلات خاصة، لا سيما في عقود التبرع.

ويقتضي ضمان العيوب الخفية في البيع أن يلتزم البائع بتسليم المبيع خاليا من العيب فإن ظهر في المبيع عيب ينقص من قيمته أو يجعله غير صالح لما أعده له المشتري، كان البائع ملزما بالضمان.

وقد عرضت المجلة لخيار العيب في المواد ٣٣٦ - ٣٥٥، ورتبت على ظهور العيب، ثبوت الخيار للمشتري بين الفسخ أو إبقاء المبيع بالثمن المسمى، لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن، أما قانون التجارة الحالي فلم يعرض للعيب إلا في مادة واحدة أو جب فيها على المشتري اخطار البائع بالعيب فور كشفه، وإلا سقط حقه في الرجوع عليه بسبب العيب (المادة ٤٠١).

وقد انتهج المشروع نهج القوانين العربية في سن أحكام تفصيلية لذلك الضمان اعتبارا بما يحظى به من أهمية في التعامل فأورد بالمادة ٤٨٩ حكما يقضي بالتزام البائع

بالضمان وفقا لأحكام المادة ٤٨٥ منه إذا كان بالمبيع وقت البيع عيب ينقص من قيمته أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة منه مستفادة مما هو مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة المبيع أو الغرض الذي أعد له وإنما يشترط في العيب أن يكون مؤثرا بحيث ينقص من قيمة المبيع أو نفعه، ويرجع في تقدير ذلك إلى معيار مادي، فينظر إلى قصد المتعاقدين كما هو مبين في العقد وإلى طبيعة المبيع وإلى الغرض الذي أعد له.

وقد جرى المشروع في المادة ٤٩٠ على اعتبار أن العيب لا يعتبر مؤثرا إذا كان العرف قد جرى على التسامح فيه، كما إذا وجد المشتري في الحبوب المشتراة كمية من الأتربة جرى العرف على التسامح فيها. واستلهم المشروع هذا الحكم من المادة ٤٤٨ من القانون المدني المصري والقوانين العربية التي نقلته عنه وكذلك عن المفهوم العام للمادتين ٣٥٣ و ٣٥٤ من مجله الأحكام.

واشترط المشروع في وضوح بالمادة ٤٩١ أن يكون المشتري غير عالم بالعيب ولم يكن في استطاعته أن يعلم به. فإذا كان يعرف العيب وقت البيع أو كان العيب من الظهور بحيث يستطيع أن يتبينه بنفسه لو أنه فحص المبيع بما ينبغي من العناية، فإن العيب لا يكون خفيا ولا يضمنه البائع وذلك ما لم يكن البائع قد أكد للمشتري خلو المبيع من هذا العيب أو أنه قد تعمد إخفائه غشا منه وقد أخذ المشروع بذلك الحكم نقلا عن القانون المدني المصري (المادة ٤٤٧ / ٢).

وكذلك أوجب المشروع في المادة ٤٩٢ على المشتري أن يقوم عند تسلّم المبيع بالتحقق من حالته بمجرد أن يتمكن من ذلك، وفقا لما هو مألوف في التعامل. فإذا كشف عيبا يضمنه البائع وجب عليه أن يبادر باخطاره به والاسقط حقه في الضمان. هذا إذا كان العيب مما يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد، أما إذا كان العيب مما يحتاج في كشفه إلى خبرة فنية، فإنه يجب على المشتري بمجرد كشفه أن يخطر به البائع والاسقط حقه في الضمان. وقد استمد المشروع هذا الحكم من المادة ٤٠١ / ١، ٢ من قانون التجارة الحالي والتي نقلته في الأصل عن القانون المصري (المادة ٤٤٩).

وعرض المشروع في المادة ٤٩٣ لحكم ذلك الضمان إذا هلك المبيع مقررا بأن دعوى الضمان تبقى حتى لو هلك المبيع بسبب العيب أو هلك قضاء وقدرا حتى تنتفي الشبهة في أن هلاك المبيع قد يسقط دعوى الضمان. وهو حكم سبق إليه القانون المصري

(المادة ٤٥١) وكثير من القوانين العربية التي تأثرت به.

وتقضي المادة ٤٩٤ من المشروع بأنه إذا علم المشتري بوجود عيب في المبيع ثم تصرف فيه تصرف الملاك فلا رجوع له بالضمان اعتبارا بما ينطوي عليه ذلك من رضاء المشتري بالمبيع متعبعا، وغني عن البيان أن رضاء المشتري بالعيب بعد العلم به يسقط حقه في الضمان لان ضمان العيب يتأسس على فوات السلامة المشروطة في المبيع دلالة. ورضاء المشتري بالعيب بعد علمه به، دليل على انه ما شرط السلامة فيه، وقد أخذ المشروع بذلك الحكم من القانون المدني العراقي « المادة ٥٦٦ مدني » والقانون الأردني (المادة ٥١٥) وهو يتفق مع الحكم الذي سنته المجلة بالمادة ٣٤٤.

ولما كانت أحكام الضمان غير متعلقة بالنظام العام، فقد أجاز المشروع بالمادة ٤٩٥ للمتعاقدين أن يعدلا فيها باتفاق خاص فيزيدا في الضمان أو ينقصا منه أو يسقطا هذا الضمان، على أن يبطل الشرط إذا كان البائع قد تعمد اخفاء العيب غشا منه، لأنه في هذه الحالة يكون قد اشترط عدم مسؤوليته عن الغش وهذا غير جائز وقد قال الرسول صلى الله عليه وسلم « لا يحل لمسلم باع من أخيه يباع وفيه عيب إلا بينه له » وقد سبق إلى الأخذ بهذا الأصل القانون المدني المصري بالمادة ٤٥٣ وغالبية القوانين العربية.

ونص المشروع في المادة ٤٩٦ منه على سقوط دعوى ضمان العيب إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع، ولو لم يكتشف المشتري العيب إلا فيما بعد، وذلك حتى يستقر التعامل ولا يكون البائع مهددا بالضمان أمدا يتعذر بعده التعرف على منشأ العيب، وهذا ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول. وما لم يتعمد اخفاء العيب عن غش منه، وقد أخذ المشروع في تقدير المدة التي تسقط بعدها الدعوى بالمدة التي ينص عليها قانون التجارة الحالي لتقادم دعوى الضمان.

كما نص المشروع في المادة ٤٩٧ على أنه لا ضمان للعيب في البيوع القضائية ولا في البيوع الإدارية، إذا تمت بطريق المزايمة العلنية لما توفره هذه البيوع من ضمانات في إجراءاتها، وقد سبق إلى ذلك الحكم كثير من القوانين العربية والأجنبية فأخذ المشروع عنها.

وقد استحدث المشروع أيضا حكما جديدا بشأن الوصف المشروط في المبيع فقد لوحظ خلو قانون التجارة الحالي من وجه الحكم فيه، وإن كانت مجلة الأحكام

العدلية قد عالجت الأمر في المواد ٣١٠-٣١٢ فرتبت على فوات الوصف ثبوت الخيار للمشتري بين الفسخ أو إبقاء المبيع بالثمن المسمى، اعتباراً بأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن وبذلك لم تعرض للأضرار التي يمكن أن تلحق بالمشتري. أما التقنين المصري فقد أدمج ضمان البائع لمثل ذلك الوصف بضمانه للعيوب في المبيع (المادة ٤٤٧ مدني) مقتنياً في ذلك أثر بعض التقنيات الأجنبية وقد أثر المشروع الفصل بينهما فأفرد لفوات الوصف نصاً خاصاً هو نص المادة ٤٩٨، فالبائع يلتزم بتسليم المبيع بالوصف المتفق عليه في العقد، فإن فات هذا الوصف كان للمشتري أن يطلب الفسخ مع التعويض. أو أن يستبقي المبيع مع طلب التعويض عما لحقه من ضرر بسبب عدم توافر ما كفل البائع وجوده في المبيع من صفات.

وغني عن البيان أن للبائع - طبقاً للقواعد العامة - أن يتوقى الفسخ إذا قدم مبيعاً تتوافر فيه الصفات المكفولة.

واستحدث المشروع بالمادة ٤٩٩ حكماً آخر بشأن ضمان البائع صلاحية المبيع مدة معينة وأخذته نقلاً عن التقنين المصري (المادة ٤٥٥) والتقنينات العربية التي تأثرت به. ويقصد به ضمان صلاحية المبيع وبخاصة إذا كان من الأجهزة الدقيقة التي انتشرت في الوقت الحاضر (كالأجهزة الميكانيكية والكهربائية وغيرها) فإذا وجد شرط صريح بضمان المبيع للعمل مدة معلومة ثم ظهر فيه خلل أثناء هذه المدة، وجب على المشتري أن يخطر البائع بهذا الخلل في مدة شهر من ظهوره. فإذا لم يقدّم البائع بالإصلاح، كان للمشتري أن يطلب الفسخ مع التعويض أو أن يستبقي المبيع ويقتصر على طلب التعويض عما لحقه من ضرر بسبب الخلل. وفي الحالتين يجب على المشتري أن يقيم دعواه في مدة ستة أشهر من تاريخ إخطاره البائع بوجود الخلل وإلا سقط حقه في الضمان. وكل هذا ما لم يتفق على غيره.

٢-التزامات المشتري:

ويعرض المشروع بعد ذلك لالتزامات المشتري تباعاً فيحدد زمان وفاء المشتري بالثمن بالمادة ٥٠٠ وهي تنص على أن الثمن يكون مستحق الوفاء فوراً بمجرد تمام البيع، حتى تنفذ الالتزامات المتقابلة في وقت واحد، وذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف

يقضي بغيره. فقد يتفق المتبايعان على أجل لدفع الثمن، فلا يلتزم المشتري بدفعه إلا عند حلول هذا الأجل وقد يقضي العرف بأن يكون دفع الثمن في وقت معين، فيتعين إتباع هذا العرف، ومع ذلك فإنه يجوز للمشتري أن يحبس الثمن إذا تعرض له أحد مستندا إلى حق سابق على البيع أو آيل إليه من البائع أو نتيجة لفعله، أو إذا خاف على المبيع أن ينزع من يده، كأن يظهر على المبيع رهن أو يتبين أن ملكية البائع معلقة على شرط فاسخ أو أنه لم يدفع ثمن المبيع. ويترتب ذات الحكم على العيب الخفي أيضا. ويظل حق المشتري في حبس الثمن قائما إلى أن ينقطع التعرض أو يزول خطر الاستحقاق، أو حتى يحسم النزاع المتعلق بالعيب. وإنما يجوز للبائع أن يطلب استيفاء الثمن، إذا قدم للمشتري كفالة شخصية أو عينية تضمن له ما عسى أن يتعرض له من خطر. على أن يجوز الاتفاق بين الطرفين على عدم حبس الثمن لكل أو لبعض الأسباب السابقة، وقد نقل المشروع حكم هذه المادة عن المادة ٤٠٣ من قانون التجارة الحالي والمادة ٥٠١ من القانون المصري.

وعين المشروع مكان الوفاء بالمادة ٥٠١ التي تنص على أن الثمن يكون مستحق الوفاء في المكان الذي يتم فيه تسليم المبيع، وذلك حتى يتم تنفيذ الالتزامات المتقابلة معا. وهو حكم يتفق مع ظاهر أحكام المجلة. فإن لم يكن الثمن مستحقا وقت تسليم المبيع تحدد المكان الذي يدفع فيه بموطن المشتري اتفاقا مع القواعد العامة في الوفاء، وذلك حكم لم تعرض له المجلة. وكل ذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره. وقد نقل المشروع الحكم الذي جاء به من قانون التجارة الحالي (المادة ٤٠٢) وهو مستمد في أصله من القانون المصري (المادة ٤٥٦) والقوانين العربية التي تأثرت به.

وتعرض المواد ٥٠٢ إلى ٥٠٤ لجزاء الإخلال بالالتزام بدفع الثمن فتقضي أولاها بأنه إذا لم يدفع المشتري الثمن في ميعاد استحقاقه أو إذا أخل بأي التزام آخر يرتبه العقد كان البائع بالخيار بين طلب إلزامه بالتنفيذ أو طلب فسخ العقد وهو حكم تمليه القواعد العامة التي انتهجها المشروع ويأخذ بها قانون التجارة الحالي على أن الحنفية لا يقرون ذلك الحكم فعندهم انه إذا أخل المشتري بالتزامه بدفع الثمن فلا يكون للبائع سوى اقتضائه بطريق التنفيذ على ماله وليس له الفسخ لاسترداد المبيع (مرشد الحيران م ٣٩٣) بمقولة أن البائع بعد البيع يصبح مجرد دائن وليس للدائن إلا طلب حقه بل انه إذا قبض المشتري المبيع ثم مات مفلسا قبل أداء الثمن، فإن البائع - طبقا لنصوص

المجلة (م٢٩٥) - يكون مثل الغرماء. أما الشافعية والحنابلة فإنهم يجيزون الفسخ إذا لم يكن الثمن حاضرا، أو كان المشتري معسرا، أو كان موسرا وماله في بلد بعيد ويجد المشروع في ذلك مسندا له من الفقه الإسلامي.

وأما المادة ٥٠٣ فجاءت بحكم يقضي بأحقية البائع في حبس المبيع حتى يستوفي الثمن المستحق جميعه ويثبت له هذا الحق ولو قدم المشتري تأمين ما لم يكن البائع قد منح المشتري أجلا، وهو حكم منقول عن المادة ٤٠٤ من قانون التجارة الحالي والمادة ٤٥٩ من القانون المصري ويتفق كذلك مع الفقه الحنفي إذ تجيز المجلة للبائع في البيع بثمن حال، ان « يحبس المبيع الى أن يؤدي المشتري جميع الثمن » (م ٢٧٨). ويؤسسون ذلك على المساواة التي يجب تحقيقها بين المتعاضين، كما يستندون فيه إلى الحديث الشريف (الدين مقضي) فلو تأخر دفع الثمن عن تسليم المبيع لم يكن هذا الدين مقضيا. وإنما يشترط لقيام حق البائع في حبس المبيع، أن يكون الثمن حالا، فإذا كان الثمن مؤجلا لا يثبت للبائع هذا الحق (م ٢٨٣) ويستوي في ذلك أن يكون الأجل متفقا عليه في العقد، أو قبله البائع بعد إبرامه (م ٢٨٤).

وللبائع أن يحبس جميع المبيع حتى يستوفي الثمن كله، ولو كان المبيع قابلا للتجزئة. ويعتبر تسليم المبيع للمشتري قبل دفع الثمن نزولا من البائع عن حقه في حبسه فلا يستطيع استرداده (م ٢٨١) ولكن حق الحبس لا يسقط إذا قدم المشتري رهنا أو كفيلا بالثمن (م ٢٨٠) لأنهما لا يسقطان الثمن عن ذمة المشتري، ولا حق المطالبة به، فكانت الحاجة إلى تعيينه بالقبض قائمة، فيبقى حق الحبس لاستيفائه. وكذلك لا يسقط حق الحبس بموت المشتري وللبيع حبس المبيع إلى أن يستوفي الثمن من تركته.

وغني عن البيان أن البائع يكون له حق الحبس ولو لم يحل الأجل المشتري لدفع الثمن، إذا كان المشتري قد أضعف ما قدمه من تأمينات للوفاء به، أو بوجه عام إذا سقط حقه في الأجل وفقا للقواعد العامة. وكل ذلك ما لم يتفق على غيره.

وتعرض المادة ٥٠٤ للحكم فيما لو حبس البائع المبيع وهلك في يده فتقضي بأنه إذا هلك المبيع في يد البائع وهو حابس له، كان هلاكه على المشتري، ما لم يكن قد هلك بفعل البائع على أنه يجب أن يثبت أنه قد باشر حق الحبس على المبيع بأن يكون مثلا قد طوّل بالتسليم فعلا فامتنع لعدم الوفاء بالثمن، وهو ذات الحكم الذي أخذ به قانون

التجارة الحالي بالمادة ٤٠٥ بعد أن نقلها عن القانون المصري (المادة ٤٦٠).

وتورد المادة ٥٠٥ حكما خاصا ببيع المنقول. فالمنقولات بطبيعتها تقتضي سرعة التداول، وبخاصة في التجارة، حين تكون هذا المنقولات سلعا وبضائع يتعجل البائع تسليمها إلى مشتريها وقبض ثمنها في ميعاد محدد، وإلا كان في حل من بيعها إلى غيره واعتبار البيع الأول مفسوخا دون حاجة إلى حكم أو اعدار لذلك افترض المشروع أن اتفاق بائع المنقول مع مشتريه على ميعاد لدفع الثمن كله أو أكثره وتسلم المبيع، ينطوي على شرط فاسخ يكون المبيع بموجبه مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو اعدار إذا حل ميعاد تسليم المبيع ودفع الثمن ولم يتقدم المشتري لدفع الثمن، وهو ما يقترب من خيار النقد في الفقه الإسلامي الذي أخذت به المجلة في المادة ٣١٣ وما بعدها. مع مراعاة أن المشروع قد اشترط في الحكم الذي جاء به الا يكون الباقي من الثمن قليل الأهمية بالنسبة لما دفع منه، وهو أمر متروك لتقدير قاضي الموضوع، وإذا كان ذلك الحكم ليس من النظام العام فقد أجاز النص الاتفاق صراحة أو ضمنا على غيره، وإذا كان مقررا لمصلحة البائع، فله الا يعتبر البيع مفسوخا وأن يطالب المشتري بالتنفيذ بالرغم من تأخره في دفع الثمن وذلك حسب ما يراه متفقا مع مصلحته.

وتعرض المادة ٥٠٦ لزمان التسلم ومكانه وتنص على أنه إذا لم يوجد اتفاق أو عرف فإنه على المشتري أن يتسلم المبيع في المكان الذي يوجد فيه وقت البيع، ويجب أن يقوم بالتسلم دون ابطاء إلا ما يقتضيه ذلك من زمن. وغني عن البيان أن هذا الحكم خاص بالمبيع المعين بالذات لأنه هو الذي يكون له مكان، أما المبيع المعين بنوعه فإن تسليمه يكون في موطن البائع.

وأخيرا جمع المشروع الأحكام المتعلقة بما يتحمله المشتري من نفقات ومصروفات في نص واحد هو نص المادة ٥٠٧، فالمشتري يلتزم بنفقات عقد البيع، ويدخل فيها أتعاب كتابة العقد وما يقضي العرف بأن يتحمله المشتري من السمسرة ورسوم التسجيل، ويوافق ذلك ما تنص عليه المجلة من أن أجره كتابة السندات والحجج وصكوك المبيعات تلزم على المشتري (م ٢٩٢). ويتحمل المشتري أيضا نفقات الوفاء بالثمن، إذا كان هذا الثمن يقتضي نفقات لدفعه، كما يتحمل نفقات تسلم المبيع وهو ما تنص عليه المادتان ٣٢٩، ٤٠٩ من قانون التجارة الحالي، وكل ذلك ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغيره.

الفرع الثاني - بعض أنواع البيوع

١- بيع الوفاء:

بيع الوفاء هو بيع يحتفظ فيه البائع - خلال مدة معينة- بحق استرداد المبيع من المشتري في مقابل رد الثمن ومصروفات المبيع إليه. وقد اختلف موقف التشريعات العربية إزاء هذا البيع اختلافاً بينا، فبعضها أجازه وأخذ به، كالتقنين اللبناني، وكذلك التقنين التونسي والمغربي، وبعضها أبطله كالتقنين المصري والتقنينات التي حذت حذوه، ولكن بعضاً آخر- التقنين العراقي - توسط بين الموقفين فجعل بيع الوفاء لا يباع صحيحاً، ولا يباع باطلاً، وأقام قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس على أن بيع الوفاء رهن حيازي وذلك جريا على تقاليد الفقه الحنفي. وقد اختلفت أقوال الفقهاء المسلمين في شأن بيع الوفاء فاعتبره بعضهم بيعاً فاسداً وأقره آخرون بيعاً صحيحاً مفيداً لبعض أحكامه، ولكن أكثرهم اعتبره رهناً لا يفترق عنه في حكم من الأحكام لأن طرفيه وإن سماه بيعاً، غرضهما منه الاستيثاق للدين. وقد تأثر تنظيم بيع الوفاء في المجلة بهذه النظرة الأخيرة، فنص المادة الثالثة منها على إجراء حكم الرهن عليه لأن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، وهو ما أثر المشروع الأخذ به في المادة ٥٠٨ إقراراً لما جرى عليه العمل واستقر في الأذهان سنوات طويلة. فإذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع من المشتري في مقابل رد الثمن والمصروفات إليه، اعتبر العقد قرضاً مضموناً برهن حيازي وسرت عليه جميع أحكام الرهن الحيازي بما فيها بطلان الاتفاق على تملك العقار المبيع عند عدم رد الثمن أو الاتفاق على بيعه دون مراعاة للإجراءات التي فرضها القانون، وذلك حماية للبائع.

٢- بيع ملك الغير:

واجه المشروع حكم بيع ملك الغير في المادة ٥٠٩ وأثر تطبيق القواعد العامة في شأنه فهذا البيع لا يكون نافذاً بالنسبة للمالك الحقيقي إلا إذا أقره. أما فيما بين المتعاقدين فإن البيع لا يبطل لمجرد كونه وارداً على ملك الغير وإنما يكون للمشتري وفقاً للقواعد العامة أن يطلب إبطال البيع تأسيساً على الغلط إذا كان يجهل عند إبرام العقد عدم ملكية البائع. فإذا آلت الملكية إلى البائع أو أقر المالك الحقيقي البيع، أمكن للبيع أن ينتج أثره في

نقل الملكية وإلا أجاز للمشتري طبقاً للقواعد العامة أيضاً أن يطلب فسخ البيع تأسيساً على عدم وفاء البائع بالتزاماته فضلاً عن التعويض إن كان له محل، وذلك دون إخلال بحق المشتري في التمسك بالعقد، والرجوع بضمان الاستحقاق على أساسه.

٣- بيع الحقوق المتنازع فيها:

وعرض المشروع لبيع الحق المتنازع فيه في المواد من ٥١٠ إلى ٥١٣ والأصل أن هذا البيع من بيوع الغرر، لأن وجود الحق المبيع وثبوته يتوقف على مصير النزاع القائم بشأنه، مما يجعل مشتريه مخاطراً بل ومضارباً. وفي الفقه الإسلامي، إذا صاحب عقد البيع غرر فإنه يفسده، فبيع ما في تسليمه للمشتري خصومة، كمغصوب في يد غاصبه، غرر وجهالة بإمكان قبض المبيع وعدمه. وقيل يصح بيع المغصوب لقادر على أخذه من غاصبه. وكذلك يفسد بيع ما فيه معنى المقامرة.

لذلك كانت نظرة المشروع إلى بيع الحق المتنازع فيه نظرة ريبية، لأنه ينطوي في القليل على فكرة المضاربة واستغلال الخصومات، ومن أجل ذلك خول في المادة ٥١٠ لمن عليه الحق المتنازع فيه أن يسترده ويتخلص من المطالبة. إذا هو رد إلى مشتريه ما دفعه من ثمن في شرائه وما تكبده من مصروفات في سبيل اكتساب الحق المتنازع فيه والحصول عليه. وذلك حتى ينحسم النزاع في أمر لا تعرف مغبته.

ويعتبر الحق متنازعا فيه، إذا رفعت بموضوعه دعوى أو قام في شأنه نزاع جدي.

ويسقط حق الاسترداد بمضي ثلاثين يوماً من تاريخ علم المسترد بالبيع (مادة ٥١١) عملاً على استقرار المراكز القانونية.

ولما كان حق الاسترداد قد شرع للقضاء على المضاربة في الحقوق المتنازع فيها ولمنع استغلال الخصومات، فقد استثنى المشروع (في المادة ٥١٢) أربع حالات لا يجوز فيها الاسترداد لانتفاء فكرة المضاربة فيها، وهذه الحالات هي:

(أ) إذا كان الحق المتنازع فيه يدخل ضمن مجموعة أموال بيعت جزافاً بثمن واحد، كبيع التركة. وهي مجموع من المال بما له من حقوق وما عليه من ديون. فإذا كان في التركة حق متنازع فيه. فإن هذا الحق يفقد ذاتيته ويفنى مع العناصر الأخرى في مجموع

التركة، فتندعم فكرة المضاربة في هذا الحق بالذات ومن ثم فلا يجوز الاسترداد.

(ب) إذا كان الحق المتنازع فيه شائعاً، وباع أحد الشركاء نصيبه فيه لشريك آخر، كوارث يبيع نصيبه من وارث آخر. أو مالك على الشيوع يبيع نصيبه في الحق من شريكه، لأن شراء الشريك لنصيب شريكه لا يقصد به المضاربة بل هو قسمة أو خطوة في سبيل القسمة، ومن ثم فإن الاسترداد لا يجوز.

(ج) إذا كان الحق قد تصرف فيه صاحبه لدائن له وفاء لدين مستحق في ذمته، لأن الدائن عندما قبل ذلك التصرف، لم يقصد المضاربة وإنما قصد أن يستوفي حقه.

(د) إذا كان الحق المتنازع فيه مضموناً برهن يثقل عقاراً وبيع الحق لحائز هذا العقار لتطهيره، ذلك أن الذي دفع حائز العقار إلى شراء الحق المتنازع فيه لم يكن فكره المضاربة، بل تطهير العقار وتجنب الإجراءات التي يتخذها الدائن المرتهن قبله.

وإذا كان تحويل حق الاسترداد للمدين، قد بنى على مظنة المضاربة واستغلال الخصومات، بشراء الحقوق المتنازع فيها، فإن شراء عمال القضاء لهذه الحقوق ينطوي فوق ذلك على شبهة استغلال النفوذ أو في القيل يلقي على الشراء ظلال الشبهة في حيدة القضاء، ولذلك حرص المشروع في المادة ٥١٣ على أن يحرم عليهم أن يشتروا - ولو باسم مستعار - حقاً متنازعا فيه وإلا كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً حتى ولو كان الشراء في مزاد علني. كما عدد المشروع عمال القضاء على سبيل الحصر على النحو الذي اتبعه التقنين المصري والتقنيات التي أخذت عنه.

وتتفق المادة ٥١٤ بفقرتها مع ما تقضي به المادتان ٤١٢، ٤١٣ من قانون التجارة الحالي، فتحظر الفقرة الأولى منها على السماسرة والخبراء أن يشتروا ولو باسم مستعار، الأموال المعهود إليهم في بيعها أو في تقدير قيمتها أو مباشرة الخبرة في شأنها، سواء كان الشراء بالممارسة أو بطريق المزايمة العلنية وهو حكم تمليه القواعد العامة في النيابة عن الغير. وتقضي الفقرة الثانية بتصحيح العقد المخالف لحكم الفقرة الأولى إذا أقره الأصيل الذي تم البيع لحسابه.

وتقضي المادة ٥١٥ بسحب الحظر الذي تفرضه المادتان السابقتان على الأزواج والأقارب والأصهار حتى الدرجة الثانية دفعا لكل شبهة.

٤- بيع حصة في شركة:

تعرض المواد ٥١٦-٥١٨ لبيع الوارث شركة أو حصة فيها، وهو يختلف عن التخارج المعروف في الفقه الإسلامي، والذي يقتصر على بيع الوارث لنصيبه لباقي الورثة. أما البيع المقصود في المشروع فإنه قد يكون لوارث أو لغير وارث. وهو بيع لمجموع من المال بما يشتمل عليه من حقوق وديون.

وتنص المادة ٥١٦ على أن البائع لا يضمن إلا ثبوت وراثته لما باعه، أما ما تشتمل عليه الشركة أو الحصة من حقوق وديون فلا يضمن شيئاً منها. ولكن إذا استوفى البائع بعض حقوق الشركة أو باع شيئاً مما اشتملت عليه أو استهلكه فإنه يجب عليه أن يرد للمشتري ما استوفاه من حقوق أو ثمن وكذلك قيمة ما استهلكه (المادة ٥١٧) ومن ناحية أخرى يجب على المشتري أن يرد للبائع ما يكون قد وفاه من ديون الشركة. وكل ذلك ما لم يتفق على غيره. ولا يخل بيع الوارث لحصته بما عساه أن يكون له من حقوق قبل الشركة. إذ له أن يستوفي هذه الحقوق طبقاً للقواعد العامة (المادة ٥١٨). ولا مقابل لتلك الأحكام في التشريع الكويتي الحالي، وإنما استمدها المشروع من القانون المصري (المواد ٤٧٣، ٤٧٥ و٤٧٦ مدني).

٥- البيع في مرض الموت:

يقصد بمرض الموت، في الفقه الحنفي، المرض الذي يغلب فيه الهلاك عادة ويتصل به الموت فعلاً، ولو وقع لغير سببه لأمر خارجي عنه كقتل مثلاً. وعرفته المجلة في المادة ١٥٩٥ بأنه «المرض الذي يخاف فيه الموت في الأكثر الذي يعجز المريض عن رؤية مصالحه الخارجة عن داره إن كان من الذكور. ويعجزه عن رؤية المصالح الداخلة في داره إن كان من الإناث، ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة صاحب فراش كان أو لم يكن...» ويلحق بمرض الموت ويأخذ حكمه، كل حالة يغلب فيها الهلاك ولا يفلت الشخص فيها من الموت عادة. ويتعلق بمال المريض حال مرضه، حق دائنيه ليستوفوا ديونهم منه، وحق ورثته ليخلص لهم ثلثا ما بقي من تركته بعد وفاء ديونه. ولذلك كان لبيع المريض في مرض الموت عند الحنفية - أحكام خاصة قصد بها حماية دائنيه وورثته من المحاباة التي قد يتضمنها التصرف اضراً بهم.

ويأخذ تبرع المريض، في مواجهة ورثته حكم الوصية. كما تعتبر المحاباة في البيع - بالبيع بأقل من ثمن المثل أو بالشراء بأكثر منه - تبرعا بقدرها. ولما كانت الوصية لوارث، غير جائزة - على القول المشهور في المذهب - إلا باجازه بقية الورثة، فقد ذهب الصحابان إلى أن بيع المريض لأحدهم بأقل من المثل موقوف على إجازتهم. أما إذا كان البيع بثمن المثل أو يزيد فإنه يكون نافذاً بغير اجازة لانعدام مظنة المحاباة، وعند الإمام الأعظم البيع لوارث موقوف على اجازة بقية الورثة في كل الأحوال، ولو كان بمثل القيمة أو يزيد، منعاً لا يثار أحد الورثة، ببعض الأعيان وتحقيقاً للمساواة بين الورثة في جميع ما كان لمورثهم، وهو ما أخذت به المجلة في المادة ٣٩٣.

وإذا باع المريض لغير وارث، كان البيع نافذاً. أما إذا باع بأقل من ثمن المثل، اعتبر النقص محاباة منه للمشتري ومن ثم تبرعاً له يأخذ حكم الوصية، فلا يكون نافذاً إلا في حدود ثلث أمواله، ووقع البيع فيما جاوزه موقوفاً على إجازة الورثة الذين يجوز لهم فسخ البيع إلا إذا أكمل المشتري الثمن ليصل ناقصه إلى ثلث التركة (المادة ٣٩٤ من المجلة وأنظر أيضاً المواد من ٣٥٨-٣٦٠ من مرشد الحيران)، والسبب في تقييد التصرف الذي يصدر في مرض الموت لا يرجع إلى أهلية المريض ولا إلى عيب في إرادته، وإنما يرجع إلى تعلق حق الورثة بأمواله من وقت المرض الذي يموت فيه. فإذا صدرت عنه - منذ المرض - تصرفات تنطوي على تبرع، كان لهذه التصرفات حكم الوصية. ذلك أن المريض وهو على شفا الموت، إذا تبرع بماله، فإنما يقصد أن ينقل هذا المال إلى غيره بعد موته، ولا يكون ذلك إلا عن طريق الوصية وبقيدوها فكل تبرع يصدر في مرض الموت يتقيد إذن بقيد الوصية، وكذلك المعاوزات إذا انطوت على تبرع - كأن يبيع بثمن أقل من القيمة - يكون لها أيضاً في القدر المحابي به حكم الوصية.

وعلى أساس ما تقدم جميعه، أثر المشروع أن يطبق على هذا البيع أحكام المادة ٩٤٢ التي تضع قرينة مقتضاها افتراض أن التصرف الذي يصدر في مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية (المادة ٥١٩ / ١) وإنما أضاف المشروع في الفقرة الثانية من هذه المادة حكماً يقضي بعدم الاعتداد بتلك القرينة في مواجهة الغير حسن النية، إذا كان قد كسب بعوض حقا عينياً على المبيع، وهو حكم استمده المشروع من المادة ٤٧٨ من القانون المدني المصري*.

* أضيفت المواد من ٥١٩ مكرر إلى ٥١٩ مكرر (د) بالقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٩٦ وهي جميعها تتضمن أحكام بيع السلم وهو بيع مؤجل التسليم بثمن معجل وقد أثبتت الحياة العملية الحاجة إلى مثل هذا النوع من البيع - (أنظر المذكرة الإيضاحية لهذا القانون)

الفصل الثاني

المقايضة

البيع في الفقه الإسلامي يتسع لكل مبادلة مال بمال. ويحيط من ثم بالبيع والمقايضة. ولكن المشروع يميز بين الاثنين، كما تقدم، فيعرف البيع بأنه عقد على تملك شيء أو نقل حق مالي آخر لقاء عوض نقدي، وهو هنا يعرف المقايضة بأنها مبادلة مال بمال لا يكون احدهما نقداً، فهي مبادلة حق غير نقدي بحق آخر غير نقدي، سواء كان احدهما أو كلاهما حقاً عينياً أو حقاً شخصياً «المادة ٥٢٠».

ومع ذلك، فإذا كان للأموال المتقايض فيها قيم مختلفة في تقدير المتقايضين، فإنه يجوز تعويض الفرق بمبلغ من النقود يكون معدلاً «المادة ٥٢١» ويبقى العقد بالرغم من ذلك عقد مقايضة، إلا أن يكون مقدار المعدل أزيد بكثير من قيمة المال الذي قرن به لتكملة قيمته.

وتسري على المقايضة في الأصل أحكام البيع، فيعتبر كل متقايض بائعاً لما قايض به ومشترياً لما قايض عليه. فتسري على المقايضة الأحكام المتعلقة بالمبيع، والأحكام المتعلقة بانتقال الملكية، وبالتسليم والتسلم، وضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيب، والفسخ وغير ذلك من الأحكام التي تتفق مع طبيعة المقايضة (المادة ٥٢٢). ولكن لا يسري عليها من أحكام البيع ما يتعارض مع طبيعتها: فأحكام البيع المتعلقة بالثمن أو بالتزامات المشتري في شأنه لا تسري في عقد المقايضة، إلا إذا كان فيها معدل من النقود، فتسري أحكام الثمن على هذا المعدل وحده.

وإذا كان الأصل في عقد البيع أن تكون نفقاته على المشتري، كما تقدم، فإن اعتبار كل من المتقايضين بائعاً لما قايض به، ومشترياً لما قايض عليه، يتلاءم معه تقسيم مصروفات عقد المقايضة ونفقاته مناصفة بين الطرفين، وذلك ما لم يتفق على خلافه (المادة ٥٢٣).

الفصل الثالث

الهبة

الهبة عقد مالي كسائر العقود المالية فينبغي ان ينظم التقنين المدني أحكامها كاملة سواء في الشكل أو في الموضوع، وأن تأخذ مكانها الطبيعي بين العقود المسماة، واتفقا مع ذلك يتعين تعديل المادة الخامسة من قانون تنظيم القضاء، التي تدرجها ضمن مسائل الأحوال الشخصية وقد استمد المشروع الأحكام الموضوعية في الهبة، من الفقه الإسلامي دون التقييد بمذهب معين. فعرف الهبة في المادة ٥٢٤ بأنها عقد على تملك مال في الحال بغير عوض. وهو تعريف يميزها عن عقود المعاوضة، وعن غيرها من أعمال التبرعات، ويقترب من تعريف المالكية لها بأنها تملك ذات بلا عوض لوجه الموهوب له وحده.

(أولا) أركان الهبة:

في انعقاد الهبة يفرق التقنين المصري - والتقنينات التي حذت حذوه - بين العقار والمنقول: فهبة العقار لا تتم إلا بورقة رسمية، أما هبة المنقول فتتم اما بورقة رسمية واما بالقبض. والجزاء على الاخلال بالشكل هو البطلان. ومع ذلك فإذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعب في الشكل فلا يجوز لهم ان يستردوا ما سلموه. وهو ما ينتهي عملا الى اعتبار القبض مساويا للرسمية في كل من العقار والمنقول.

لذلك رأى المشروع في المادة ١/٥٢٥ أن يعلق انعقاد الهبة، على القبض أو التوثيق في محرر رسمي في العقار والمنقول على وجه سواء، ويعتبر القبض قد تم ولو بقي الشيء في يد الواهب إذا كان وليا أو وصيا أو قيما أو قائما على تربية الموهوب له « ٥٢٥/٢ ».

وينص المشروع في المادة ٥٢٦ على أن الهبة لا تنعقد على مال مستقبل، كما هو مستقر في الفقه الإسلامي «المادتان ٨٥٤ و ٨٥٦ من المجلة» وهو ذات النهج الذي انتهجه القانون المصري (المادة ٤٩٢) والقوانين العربية التي نحت نحوه.

وفي هبة مال الغير نص المشروع في المادة ٥٢٧ على انها تقع باطلة، فلم يلتزم في ذلك بما جرت عليه تقنينات عربية أخرى من تطبيق حكم بيع ملك الغير على الهبة ولا بما ذهب إليه الحنفية من اعتبارها عقدا موقوفا على إجازة المالك. بل أثر الحكم الذي جاء به مستمدا من مذهب مالك والذي يتأسس على ان هبة مال الغير تؤدي الى تمليك ما له بلا عوض يعود عليه فتقع باطلة والباطل لا تصح اجازته وهو حكم يرفع الحرج عن المالك الأصلي، إذا وهب غيره ما لا يملكه، ثم عرض الامر عليه ليقر الهبة أو لا يقرها.

ويعرض المشروع في المادة ٥٢٨ لهبة المشاع وهو ما لم يعرض له التقنين المصري مكتفيا باستخلاص حكمه من القواعد العامة. وفي ذلك تنص المادة ٨٢٦ منه على أن «كل شريك في الشيوخ يملك حصته ملكا تاما وله ان يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء» ومن ثم تكون هبة المشاع جائزة في التقنين المصري وفي التقنينات العربية الأخرى التي أوردت نصوصا مماثلا.

أما في الفقه الإسلامي، فعند الحنفية تجوز هبة المشاع فيما لا يقسم ويكتفي بالقبض القاصر للضرورة، ولكن لا تصح الهبة فيما يقسم إلا محوزة مقسومة. وعند مالك والشافعي واحمد فإن ذلك جائز، ولذلك أثر المشروع أن ينص صراحة على جواز هبة المشاع ولو كان الموهوب قابلا للقسمة أخذا برأي الأئمة الثلاثة. وهو ما فعله التقنين العراقي أيضا «المادة ٦٠٩ الفقرة الثانية».

وينص المشروع في المادة ٥٢٩ على تطبيق أحكام الوصية على الهبة في مرض الموت وهو نص لا يعدو أن يكون تطبيقا للحكم العام الذي أورده المشروع في المادة ٩٤٢ والذي يعتبر كل تصرف صادر في مرض الموت بقصد التبرع تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية.

(ثانيا) آثار الهبة:

١ - التزامات الواهب:

تعرض المواد ٥٣٠ - ٥٣٣ لالتزامات الواهب، وهي التسليم، و ضمان التعرض والاستحقاق و ضمان العيب.

فتنص المادة ٥٣٠ بفقرتها على التزام الواهب بتسليم الموهوب، ويقع ذلك إذا تمت الهبة بمحرر رسمي، وتسري عندئذ الاحكام المتعلقة بتسليم المبيع - فيلتزم الواهب تسليم المال الموهوب - في الزمان والمكان المعينين - وبالحالة التي كان عليها وقت الهبة، وبالمقدار المعين في العقد. فإن تغيرت حالته أو وجد فيه نقص. لم يكن الواهب مسئولاً إلا عن فعله العمد أو خطأه الجسيم. وإن هلك المال الموهوب قبل تسليمه لسبب أجنبي كان هلاكه على الموهوب له، لأنه لم يدفع مقابلاً حتى يسترده، أما ان كان الهالك بخطأ من الواهب فإنه لا يسأل في ذلك إلا عن فعله العمد أو خطئه الجسيم لأنه متبرع. ويكون التسليم في كل شيء حسب طبيعته أو باختلاف حاله. ويتم بوضع الموهوب تحت تصرف الموهوب له، بحيث يتمكن هذا من قبضه والانتفاع به دون حائل. ويقوم مقام التسليم الفعلي، التسليم الحكمي. كما في البيع.

أما إذا لم تعقد الهبة بمحرر رسمي، فإنها لا تتم إلا بالقبض، ويكون التسليم ركناً في الهبة لا التزام.

وتعالج المادتان ٥٣١ و ٥٣٢ ضمان التعرض و ضمان الاستحقاق، ومؤداها ان الواهب لا يضمن إلا التعرض الناشئ عن فعله، كما لا يضمن استحقاق المال الموهوب إلا إذا تعمد إخفاء سبب الاستحقاق، أو كانت الهبة مقترنة بتكليف وذلك ما لم يتفق على غيره أو يقض القانون بخلافه. وفي الحالة الأولى يقدر القاضي للموهوب له تعويضاً عادلاً، أما في الحالة الثانية فيضمن الواهب الاستحقاق ولو كان يجهل سببه. ولكنه لا يكون مسئولاً إلا في حدود ما أذاه له الموهوب له من تكليف. وفي الحالتين يحل الموهوب له محل الواهب فيما له من حقوق ودعاوي بسبب الاستحقاق.

أما العيوب الخفية فتتناول حكمها المادة ٥٣٣، والأصل أن الواهب لا يضمن العيوب الخفية إلا إذا اتفق على انه يضمنها، أو كان قد تعمد إخفاء عيب في الموهوب، وعندئذ لا يلزم بتعويض الموهوب له إلا عن الضرر الذي يسببه العيب ولا يلزم بتعويضه عن العيب ذاته لأنه متبرع لم يأخذ مقابلاً لما أعطى، ولا يغير من ذلك أن تكون الهبة مقترنة بتكليف، لأن التكليف يجب ان يكون أقل من قيمة الموهوب وإلا كان العقد من عقود المعارضة.

وقد اهتدى المشروع في وضع أحكام الضمان بأنواعه المختلفة بما أورده القانون

المصري من أحكام بشأنها «المواد ٤٩٤-٤٩٦ مدني» ونقلته عنه القوانين العربية الأخرى التي تأثرت به، وذلك بعد ادخال التعديلات المناسبة عليها.

٢- التزامات الموهوب له:

وتعرض المواد ٥٣٤-٥٣٦ لالتزامات الموهوب له، وهي التزامات محتملة لا تكون إلا إذا اقترنت الهبة بتكليف. فيكون التكليف التزاما في ذمة الموهوب له وهو ما تقضي به المادة ٥٣٤، فيجوز للواهب - ولورثته من بعده - المطالبة بتنفيذه، سواء كان التكليف مشروطا لمصلحة الواهب أو لمصلحة الغير. وللغير المشروط له التكليف أن يطالب أيضا بالتنفيذ لأنه المستفيد وله حق مباشر قبل الموهوب له طبقا للقواعد العامة المقررة في الاشتراط لمصلحة الغير.

وحتى تحتفظ الهبة بطابعها التبرعي، فإنه يجب ان تكون قيمة التكليف المشروط أقل من قيمة المال الموهوب، أما إذا كانت قيمة التكليف تقترب من قيمة الموهوب أو تزيد عليها، وكان الموهوب له على علم بذلك، فإن العقد يكون معاوضة لا هبة. فإذا تبين ان التكليف تزيد قيمته على قيمة الموهوب، وكان الموهوب له لا يعلم بذلك، فإنه لا يكون ملزما بأن يقوم بالتكليف إلا في حدود قيمة الموهوب وهو ما تنص عليه المادة ٥٣٥ من المشروع.

وإذا اشترط الواهب على الموهوب له وفاء ديونه، وأطلق دون ان يعين هذه الديون، فالمفروض انه أراد الديون الموجودة وقت تمام الهبة، لا الديون التي تجد بعد ذلك «المادة ٥٣٦».

وجميع هذه الأحكام لها ما يقابلها في القانون المصري «المادتان ٤٩٧ و ١/٤٩٩ مدني» وكثير من القوانين العربية التي أخذت عنه.

ثالثا) الرجوع في الهبة:

جواز الرجوع في الهبة مختلف عليه في الفقه الإسلامي، فالمذهب الحنفي يجيز الرجوع إلا لمانع، أما المالكية والشافعية والحنابلة فلا يجيزون الرجوع إلا في

حالة واحدة، هي حالة هبة الوالد لولده. وهو ما يسمى عند المالكية باعتصار الهبة أو استرجاعها، فيعتصر الاب - أي يسترجع قهرا - ما وهبه لولده. وتستند هذه المذاهب الثلاثة الى ما روي عن النبي - صلي الله عليه وسلم - «لا يرجع الواهب في هبته، إلا الوالد فيما يعطي لولده». وهناك أيضا رأي آخر يحكي عن أهل الظاهر رواية عن أحمد بن حنبل، لا يجيز الرجوع في الهبة أصلا، ولو من الوالد ويستدل على ذلك بالحديث «العائد في هبته كالعائد في قيئه» وبأن الهبة عقد تمليك منجز كالبيع، فلا يجوز الرجوع فيها.

وقد رأى المشروع ان يجعل الأصل هو عدم جواز الرجوع في الهبة إلا للابوين فيما وهباه لولدهما - كما هو مقرر في مذهب مالك «المادة ٥٣٧ / ١» ولكنه أثر لا اعتبارات عديدة أن يجيز الرجوع في الهبة، استثناء من هذا الأصل العام بقيدتين أوردتهما بالمادة ٥٣٧ / ٢ والمادة ٥٣٨ منه:

القيد الأول - أن يستند الواهب في الرجوع الى عذر مقبول، ويعتبر على وجه الخصوص عذرا مقبولا :

أ) أن يخل الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب، اخلا لا يعتبر جحودا كبيرا من جانبه.

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

ج) ان يرزق الواهب بعد الهبة ولدا يظل حيا إلى وقت الرجوع. وغني عن البيان انه يكون للواهب ان يطلب إبطال الهبة للغلط إذا كان له ولد يظنه ميتا وقت الهبة ثم تبين انه على قيد الحياة.

وهذه الاعذار ليست مذكورة على سبيل الحصر، وإنما خصت بالذكر لأنها هي الاعذار الغالبة التي تبرر الرجوع في الهبة. وذلك لا يمنع من أن تقوم أضرار أخرى تجعل الرجوع مبررا.

القيد الثاني - أن يصدر اذن من القضاء بالرجوع، حتى يكون القضاء رقبيا على الواهب

في ذلك، يجيبه الى طلب الرجوع إذا رأي أن العذر في الرجوع عذر مقبول ويرفض طلبه إذا لم يرقبول العذر أو إذا تبين وجود مانع الرجوع.

وطبقا للمادة ٥٣٩ من المشروع يمتنع الرجوع في الهبة إذا وجد مانع من الموانع الآتية:

أ) إذا كانت الهبة من الأم وكان ولدها يتيما، سواء حصل اليتيم قبل الهبة أم حصل بعدها، لأن الهبة لليتيم في معني الصدقة، والصدقة لا يجوز الرجوع فيها. وهذا هو القول المعتمد في مذهب مالك، وينبني على اعتبار حال الولد وقت الرجوع، أي على اعتبار حالة كونه يتيما أو غير يتيم، وقطع النظر عن حاله وقت الهبة. واليتيم هو الصغير الذي ليس له أب تجب نفقته عليه. فيشترط لرجوع الأم في هبتها أن يكون ولدها كبيرا، أو صغيرا له أب مسئول عن نفقته.

ب) إذا كانت الهبة من احد الزوجين للآخر ما دامت الزوجية قائمة.

ج) إذا مات الواهب أو الموهوب له. لأنه إذا مات الواهب فإن حق الرجوع لا ينتقل الى ورثته، وإذا مات الموهوب له تعلق حق ورثته بالمال الذي وهب له.

د) إذا تصرف الموهوب له في الموهوب تصرفا يخرج عنه ملكه، كما إذا باعه أو وهبه لغيره. فإذا اقتصر التصرف على بعض الموهوب جاز للواهب ان يرجع في الباقي.

ه) إذا حصل تغير في ذات الموهوب أو حصلت فيه زيادة متصلة موجهة لزيادة قيمته. أما تغير قيمة الموهوب مع بقاء الذات على حالها فلا يمنع من الرجوع. لأن زيادة القيمة بالغلاء أو نقصها بالرخص أمر عارض لا يعتد به. ومن باب أولى فإن هلاك الموهوب في يد الموهوب له، يمنع من الرجوع لفواته.

و) إذا تعامل الغير مع الموهوب له مع اعتبار قيام الهبة. كالبيع له بثمن مؤجل أو إقراضه أو تزويجه نظرا لما حصل له من الميسرة بما وهب له. لأنه يترتب على الرجوع في الهبة ضياع حقوق الغير وتوريط الموهوب له. أما حصول التعامل مع الموهوب له الذي لا يكون مع اعتبار قيام الهبة، فلا يمنع من الرجوع، لأنه لا دخل للهبة في حصوله، فلا يترتب على الرجوع ضياع حق للغير ولا توريط للموهوب له.

ز) إذا مرض الواهب أو الموهوب له مرضا مخوفا - أي مرضا يخشى معه الموت - أما المرض العادي فلا يعتد به. ويمتنع الرجوع في هذه الحالة لأنه إذا مرض الواهب مرضا مخوفا، كان استرجاعه الموهوب لمصلحة غيره لرجحان موته من مرضه، ومصلحة ذلك الغير ليست بأولى من مصلحة الموهوب له، وإذا مرض الموهوب له مرضا مخوفا، تعلق حق ورثته بالمال الذي وهب له. فيمتنع الرجوع لتعلق حق الغير به. فإذا زال المرض عاد حق الرجوع لزوال المانع.

ح) إذا اقترنت الهبة بتكليف.

ط) إذا كانت الهبة لغرض خيري، كانشاء مسجد.

وغني عن البيان انه هذه الموانع تسري على رجوع الأبوين الذي لا يرد عليه قيد، كما تسري على الرجوع المقيد بالعدر وباستئذان القضاء.

وتنص المادة ٥٤٠ على انه يجوز لأي من ورثة الواهب فسخ الهبة إذا قتل الموهوب له الواهب عمدا وبدون حق أو اشترك في قتله. كما ترتب المادة ٥٤١ على الرجوع في الهبة إعادة الموهوب الى ملك الواهب من حين تمامه، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل.

أما نفقات الهبة فالاصل ان تكون على المستفيد منها، وهو الموهوب له، فيتحمل مصروفات العقد ورسم التسجيل ومصروفات تسلم الموهوب ونقله وذلك تفسيراً للهبة في أضيق حدودها، فلا يجمع الواهب بين التجرد عن ماله بغير عوض وبين تحمل هذه النفقات. أما نفقات الرجوع فيتحملها الواهب لأنه المستفيد من الرجوع. وكل ذلك ما لم يتفق على غيره «المادة ٥٤٢».

الفصل الرابع

القرض

لم تعرض المجلة لعقد القرض على الرغم من أنه من المعاملات الجائزة بالسنة والاجماع، وقد عرفه الحنفية بأنه ما تعطيه من مال مثلي لتتقاضي مثله، كما عرفه المالكية بأنه إعطاء شيء متمول لنفع المعطي له، نظير عوض مماثل مؤجل في الذمة.

ويعرفه المشروع في المادة ٥٤٣ بأنه عقد يلتزم به المقرض أن يؤدي الى المقترض مبلغا من النقود أو أي شيء مثلي آخر، مقابل رد مثله نوعا وصفة وقدر، ومؤدي ذلك أن القرض عقد رضائي يتم بمجرد تلاقي الايجاب والقبول، أما تسليم الشيء المقترض فهو التزام ينشئه عقد القرض في ذمة المقرض وليس ركنا في العقد ذاته، على عكس بعض التقنيات التي تجعل القرض عقدا عينيا لا يتم إلا بالتسليم «قارن على سبيل المثال المادة ٦٨٤ عراقي والمادة ٧٥٤ لبناني والمادة ١٨٩٢ فرنسي». وأكثر ما يكون الشيء المقترض نقودا، ولذا خصصت بالذكر في التعريف. ولكن لا يوجد ما يمنع من أن يكون هذا الشيء غير نقود ما دام من المثليات التي تستهلك بالانتفاع بها.

وغني عن البيان انه يجب أن يتوافر في الشيء المقترض - إلى جانب ذلك - الشروط العامة التي يجب توافرها في المحل، فيجب أن يكون موجودا معينا أو قابلا للتعين، غير مخالف للنظام العام ولا للآداب.

١- التزامات المقرض :

وتعرض المادة ٥٤٤ لالتزام المقرض بالتسليم ولتبعه الهلاك قبل حصوله، ففيما يتعلق بالتسليم، إذا كان الشيء المقترض نقودا - وهو الغالب - وأصبح المقترض بمجرد تمام القرض دائنا للمقرض بهذا المبلغ - لأن النقود لا تتعين بالتعيين - وكذلك إذا وقع القرض على أشياء مثلية أخرى وتعينت بالافراز فانتقلت ملكيتها الى المقرض، ففي الحالين يلتزم المقرض بتسليم الشيء المقترض، وتتبع في ذلك القواعد العامة وبخاصة القواعد المقررة في التزام البائع بتسليم المبيع، فإذا أخل المقرض بالتزامه بالتسليم جاز للمقرض أن يطالب بالتنفيذ عينيا.

وفيما يتعلق بتبعه الهلاك، فإنه لا يتصور، إذا كان الشيء المقترض مبلغا من النقود أو

أي شيء مثلي آخر لم يتحد بالافراز أن يهلك الشيء قبل التسليم، أما إذا كان المقرض أشياء مثلية أخرى وتعينت بالافراز فإنها ان هلكت قبل التسليم بسبب أجنبي كان هلاكها على المقرض وان هلكت بعد التسليم، كان هلاكها بدهاة على المقرض . ولهذه الأحكام مثل في القانون المصري « المادة ٥٣٩ مدني » والقوانين العربية التي اخذت عنه.

ويلتزم المقرض أيضا بضمان الاستحقاق، فإذا كان المقرض أشياء مثلية غير النقود، وتعينت بالافراز وسلمت للمقرض ثم استحققت، اتبعت احكام الاعارة (المادة ٥٤٥ من المشروع) وهي تقضي بألا ضمان إلا ان يكون المعير قد تعمد إخفاء سبب الاستحقاق.

أما إذا كان المقرض نقودا أو أي شيء مثلي آخر لم يتحدد بالافراز فإن الاستحقاق لا يصدق عليه ولا يتصور ان يقع فيه.

أما الالتزام بضمان العيوب الخفية فقد عرض له المشروع في المادة ٥٤٦ والأصل فيه ان المقرض لا يلتزم بضمان العيب لانه متبرع. فإذا ظهر في الشيء عيب خفي واختار المقرض استبقائه فلا يلزمه أن يرد إلا قيمة الشيء معيبا، ومن ذلك إذا كان المقرض يعلم بالعيب وتعمد إخفاءه، فإنه يكون مسئولا عما يسببه العيب من ضرر. وهذه هي القاعدة العامة في ضمان العيب التي التزمها المشروع في كل عقود التبرع. كالهبة والقرض، ما لم يتفق المتعاقدان على خلافها.

٢- التزامات المقرض :

أباح الإسلام القرض على أساس التعاون والإخاء الإنساني، وتفريج الكروب والنوازل. وشدد النكير على المرابين وهددهم بأشد أنواع التهديد والوعيد. ولذلك حرم في الفقه الإسلامي ان يشترط في القرض أي شرط يجر منفعه للمقرض، وإلا فسد العقد بمثل هذا الشرط.

وقد حرص المشروع على التزام هذا الاصل، فنص في المادة ٥٤٧ على ان يكون الإقراض بغير فائدة وعلى بطلان كل شرط يقضي بخلاف ذلك دون مساس بعقد القرض ذاته ويعتبر في حكم الفائدة كل منفعة يشترطها المقرض، في أي صورة تكون.

ويعرض المشروع بعد ذلك لالتزامات المقرض وهي رد المثل، وتحصيل نفقات

القرض: فطبقاً للمادة ٥٤٨ يجب على المقرض ان يرد المثل بحلول الأجل المتفق عليه أو عند سقوط هذا الاجل طبقاً للقواعد العامة. فإذا لم يتفق المتعاقدان على أجل الرد. عين القاضي الأجل وفقاً للظروف، أي وفقاً للإرادة المفترضة للمتعاقدين وهي تتحدد بالعرف وبالغرض من القرض وليس بحالة المقرض المالية. فالتحديد هنا لا علاقة له بنظرة الميسرة التي يوليها القاضي للمدين العاثر الجدد. وفي ذلك يقول المالكية: إنه إن لم يكن للقرض أجل مضروب فلا يخلو إما ان تكون العادة ان يرد مثل هذا القرض في وقت مخصوص، كما إذا اقترض قمحا والعادة أن يرد مثله بعد حصاد القمح. فإن كانت في ذلك عادة فإنه يعمل بها. كما يعمل بانقضاء الاجل فيلزم بالرد في الوقت الذي جرت به العادة، وإن لم تكن فيه عادة فإنه لا يلزم برده إلا إذا انتفع به الانتفاع الذي جرت به عادة أمثاله. وكذلك يحدد القاضي الأجل إذا اتفق على ان يكون الرد عند المقدرة أو الميسرة وطبقاً للقواعد العامة، فإنه يراعي في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية، ويقتضي منه عناية الشخص الحريص على الوفاء بالتزاماته.

وطبقاً للمادة ٥٤٩ من المشروع يجب على المقرض ان يرد المثل في المكان المتفق عليه، فإذا لم يتفق على مكان، كان الرد واجباً. على خلاف القواعد العامة. في موطن المقرض لأن القرض بدون اجر فلا يلزم الدائن تحمل مصروفات سعيه الى موطن المقرض.

ويرد المقرض مثل ما اقترضه، نوعاً وصفة وقدرًا، فالتزامه هو التزام بتحقيق غاية. فإذا كان الشيء المقرض نقوداً - كما هو الغالب - فلا يلتزم المقرض ان يرد للمقرض إلا مقداراً من النقود يعادل في عدده المقدار الذي اقترض دون ان يكون لارتفاع قيمة النقود، أو لانخفاضها اثر طبقاً للقواعد العامة.

أما إذا كان الشيء المقرض من المثليات الأخرى، فإنه يجب على المقرض أن يرد مثله نوعاً وصفة وقدرًا، ولا عبرة بتغير قيمة المثل وقت الرد (المادة ٥٥٠ / ١) فالقرض - كما يقول الحنفية - مضمون بمثله بقطع النظر عن غلائه وخصه، وإذا انقطع مثل الشيء المقرض عن السوق كان المقرض بالخيار: اما ان ينتظر حتى يعود الشيء الى السوق فيرد له المقرض مثله، واما ان يطالب المقرض بقيمة الشيء المقرض في الزمان والمكان اللذين يجب فيهما الرد (المادة ٥٥٠ / ٢).

أما نفقات القرض، كنفقات تحرير عقده ونفقات الرهن الذي يضمه ومصروفات تسلم القرض ورده وغير ذلك، فإن المقرض هو الذي يتحملها، ما لم يتفق على غيره (المادة ٥٥١).

الفصل الخامس

الصلح

الصلح شرعا عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة، وهو جائز بالإجماع لقوله تعالى «وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما» وقوله «والصلح خير» ولحديث أبي هريرة مرفوعا «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو احل حراما» وقد عرفه المالكية بأنه انتقال عن حق أو دعوى، بعوض لرفع نزاع أو لخوف وقوعه. والاول - الانتقال عن الحق - صلح على الإقرار، أما الثاني - الانتقال عن الدعوى - فصلح على الإنكار.

ويعرفه المشروع في المادة ٥٥٢ بأنه عقد يحسم به عاقده نزاعا قائما بينهما، أو يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك بان ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جانب من إدعائه. ويبين من هذا التعريف، ان عقد الصلح يفترض وجود نزاع قائم أو محتمل، ويتطلب تضحيات متبادلة لحسم النزاع، سواء بتنازل كل من المتصالحين عن جزء من إدعائه، أو بتنازل احدهما عن كل إدعائه في مقابل بدل خارج عن موضوع النزاع. وليس بضروري، بعد ذلك، أن تكون التضحية من الجانبين متعادلة، فمهما كانت تضحية أحد الطرفين قليلة بالنسبة الى تضحية الطرف الآخر، فإن العقد يكون صلحا.

أولا) أركان الصلح :

في المجلة - وفي الفقه الحنفي كذلك - يشترط في المتصالحين ان يكونا عاقلين ولا يشترط فيهما البلوغ والحرية، وعلى هذا يصح الصلح من الصبي المأذون ان عرى صلحه عن ضرر بين « قانون المادة ١٥٣٩ من المجلة ».

ولكن المادة ٥٥٣ من المشروع تستلزم في كل من المتصالحين، توافر اهلية التصرف بعوض في الحقوق التي تصالحا عليها، لأن كل منهما ينزل عن جزء من ادعائه في نظير نزول الآخر عن جزء مقابل. والنزول بمقابل عن حق مدعي به، هو تصرف بعوض. وعلى ذلك فكل من بلغ سن الرشد ولم يقض باستمرار الولاية على ماله، تكون أهليته

كاملة في الصلح على جميع الحقوق. وقد استوحى المشروع هذا الحكم من القانون المصري (المادة ٥٥٠) والقوانين العربية الأخرى التي نقلت عنه.

أما محل الصلح فهو الحق المتنازع فيه وتنازل كل من الطرفين عن جزء مما يدعيه في هذا الحق، ويدخل فيه بدل الصلح، إن عقد الصلح على بدل.

وأيا كان محل الصلح، فإنه يجب ان تتوافر فيه الشروط التي يجب توافرها في المحل بوجه عام، فيجب ان يكون موجودا، ممكنا، معيناً أو قابلاً للتعيين، وبوجه خاص، ان يكون مشروعاً. أي حقا يجوز الاعتياض عنه ولو كان غير مال ولذلك نصت المادة ٥٥٤ من المشروع على عدم جواز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام، وعليه فلا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية - كالبنوة والزوجية - أو الأهلية، وغير ذلك من المسائل المتعلقة بالنظام العام وإنما يجوز الصلح على الحقوق المالية التي تترتب على هذه المسائل كالصلح على النفقة أو على مؤخر الصداق.

وكل ذلك ما لم يقض القانون بغيره ففيما يتعلق بالقصاص أو التعزير إذا كان حقا للعبد، يصح الصلح عن دعوى الجناية في النفس من القتل وفيما دونها، عمدا كانت الجناية أو خطأ. أما العمد فلقوله تعالى «فمن عفى له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف» (البقرة ١٧٨) أي من أعطى له بدل أخيه المقتول شيء بطريق الصلح، وأما الخطأ، فلان موجهه المال.

وتعرض المادة ٥٥٥ لإثبات الصلح، فتنص على انه لا يثبت إلا بالكتابة أو بمحضر رسمي. وهو نص له مقابل في غالبية التقنينات العربية، فالصلح وقد شرع لرفع النزاع وقطع الخصومة، لا يجوز ان يكون ماثرا للنزاع آخر قد ينشأ عن اباحة إثباته بالبينة.

والكتابة لازمة للإثبات لا للإنعقاد، لأن الصلح من عقود التراضي. ويترتب على ذلك انه إذا لم توجد كتابة لإثبات الصلح، جاز اثباته بما يقوم مقامها كالأقرار واليمين.

ولكن الاثبات بالبينة وبالقرائن غير جائز ولو في صلح لا تزيد قيمته على نصاب الشهادة، إلا في الحالات التي تجيز فيها القواعد العامة الاثبات بهذين الطريقين.

وغنى عن البيان انه لا يشترط في الكتابة اللازمة لإثبات عقد الصلح، شكل خاص. فالورقة العرفية تكفي للإثبات، ومن باب أولى يكفي لإثبات الصلح المحضر الرسمي الذي تدون فيه المحكمة الصلح الذي يقع بين الخصوم.

ثانياً آثار الصلح :

وتعرض المواد ٥٥٦ - ٥٥٩ لآثار الصلح : وأول هذه الآثار انقضاء الادعاءات التي يتنازل عنها كل من المتصالحين تنازلاً نهائياً «المادة ٥٥٦» فإذا تنازع شخصان على ملكية دار وأرض، ثم تصالحا على أن تكون الدار لأحدهما والأرض للآخر، فهذا الصلح يترتب عليه انقضاء ادعاء من اختص بالدار في ملكية الأرض، وادعاء من اختص بالأرض في ملكية الدار. فلا يجوز لأيهما أن يعود إلى منازعة الآخر فيما اختص به. وفي ذلك يقول الحنابلة إن الصلح يحسم النزاع نهائياً، فلا تسمع بعده دعوى المدعي ولو أقام بينة على ما ادعاه أو على سبق اقرار المنكر به. ويترتب حتماً على انقضاء الادعاءات، تثبيت حق كل متصالح فيما خلص له فيبقى حقه فيه على وضعه الأول، ويكون أثر الصلح الكشف عن هذا الحق لا انشائه «المادة ٥٥٧ / ١» فلا يكون المتصالح متلقياً له من المصالح الآخر، ولا خلفاً له فيه بكل ما يترتب على ذلك من نتائج. وهو حكم مأخوذ به في الفقه الحنفي. على أنه إذا تضمن الصلح حقوقاً غير متنازع فيها، فإنه يكون منشئاً أو ناقلاً بالنسبة لهذه الحقوق، فإذا تنازع شخصان على دار وتصالحا على أن يختص بها أحدهما في نظير أن يعطي للثاني عقاراً آخر، فإن الصلح يكون له أثر ناقل أو منشئ بالنسبة إلى هذه العقار «المصالح عليه» بكل ما يترتب على ذلك من نتائج. وهو حكم مأخوذ به أيضاً في الفقه الحنفي «قارن المادة ١٥٥٠ من المجلة»

وإذا كان أثر العقد يقتصر، بوجه عام، على كل من كان طرفاً فيه، وعلى المحل الذي تناوله، وعلى السبب الذي وقع من أجله، غير أن الصلح في صدد هذا الأثر النسبي أكثر بروزاً :

(أ) فهو مقصور على الحقوق التي كانت محلاً للنزاع دون غيرها، ولذلك نصت المادة ٥٥٧ / ٢ من المشروع على وجوب تفسير عبارات التنازل التي يتضمنها الصلح تفسيراً ضيقاً فإذا تصالح شريك مع بقية شركائه على ما يستحق من أرباح في الشركة فإن هذا الصلح لا يشمل إلا ما استحقه فعلاً من أرباح، لا ما قد يستحقه في المستقبل.

وإذا تصالح وارث مع بقية الورثة على استحقاقه في التركة باعتباره وارثاً، فإن هذا الصلح لا يتناول ما يكون المورث قد أوصى له به من مال في التركة.

(ب) والصلح لا يترتب عليه نفع ولا ضرر لغير عاقديه. حتى لو وقع على محل لا

يقبل التجزئة «المادة ٥٥٨ / ١»، فإذا اصطحح الموصي له مع احد الورثة على الوصية فإن الورثة الآخرين لا يحتجون بهذا الصلح ولا يحتج به عليهم، وإذا كان الموصي له شخصين بوصية واحدة وصالح احدهما الوارث، فإن هذا الصلح لا يحتج به الموصي له الآخر ولا يحتج به عليه. ولكن الفقرة الثانية من المادة ٥٥٨ تورد استثناء من هذه القاعدة وهو حالة الصلح مع المدينين المتضامنين أو الدائنين المتضامنين فإن لكل منهم ان يتمسك بالصلح الذي يعقده احدهم إذا رأى فيه نفعاً له.

أما إذا كان من شأن الصلح ان يزيد فيما يلتزم به المدينون المتضامنون أو يسيء الى مركز الدائنين المتضامنين فإنه لا ينفذ في حقهم ما لم يرتضوا ذلك.

(ج) وأخيراً يقتصر اثر الصلح على السبب الذي وقع من اجله، وفي ذلك تنص المادة ٥٥٩ من المشروع على ان من تصالح على حق له "أو على حق تلقاه بناء على سبب معين"، ثم كسب هذا الحق ذاته بناء على سبب آخر، لا يكون بالنسبة إلى هذا الكسب الجديد مرتباً بصلحه السابق. فإذا تصالح مع الوارث احد الموصي لهما، ثم مات الموصي له الآخر وورثة الموصي له الأول الذي عقد الصلح، فإنه يجوز له ان يعود الى النزاع في الوصية فيما يتعلق بحقه في الارث من الموصي له الثاني، دون ان يستطيع الوارث ان يحتج عليه بالصلح، بالرغم من وحدة المحل - وهي الوصية - ووحدة الأشخاص، لأن السبب لم يتحد في الحالين.

ثالثاً) بطلان الصلح :

تنص المادة ٥٦٠ / ١ على ان الصلح لا يتجزأ، فبطلان جزء منه أو ابطاله، يقتضي بطلان الصلح كله أو ابطاله.

فقد يكون الصلح قابلاً للابطال لنقص الأهلية أو لعيب في الرضاء وقد يكون باطلا لعدم مشروعية المحل أو السبب. وایا كان سبب الابطال أو البطلان، فإن الصلح إذا كان يشتمل على اكثر من امر واحد، فالأصل ان ابطال جزء منه أو القضاء ببطلانه، يقتضي ابطال العقد كله أو بطلانه بجميع اجزائه، ولكن هذا الحكم ليس الا افتراضاً لإرادة المتصالحين فإذا تبين ان ارادتهما قد اتجهت صراحة أو ضمناً الى اعتبار اجزاء الصلح منفصلة ومستقلاً بعضها عن بعض فإن ابطال جزء منها أو بطلانه لا يؤثر على بقية الأجزاء الأخرى "المادة ٥٦٠ / ٢"

الباب الثاني

العقود التي ترد على منفعة الاشياء

الفصل الاول

الايجار

نظمت المجلة عقد الايجار في الكتاب الثاني منها (المواد ٤٠٤ الى ٦١١). وظلت هذه الاحكام وحدها تحكم عقد الايجار في الكويت، حتى صدر في ٢٧ سبتمبر ١٩٥٤ قانون للايجار (عدل بعد ذلك بالقانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٢) متضمنا بعض الاحكام المتعلقة بايجار العقارات المخصصة للسكن أو لاعمال تجارية أو صناعية أو لمهن حرة، دون الاراضي الزراعية التي أخرجت من نطاقه بنص صريح. ومتضمنا عدة احكام تتعلق بتحديد اجرة العقارات وامتداد عقود الايجار بقوة القانون وحصر الاسباب التي يجوز للمؤجر عند توافرها انهاء الايجار. ثم الغى هذا القانون وحل محله القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٦٤ في شأن ايجار الاماكن وتنظيم العلاقات بين المؤجرين والمستأجرين ونص في المادة الاولى منه على سريان أحكامه على الأماكن وأجزاء الأماكن على اختلاف انواعها، المؤجرة للسكن أو لغير ذلك من الاغراض، مستأجرة من المالك أو من مستأجر لها، سواء مسورة أو غير مسورة.

وقد الغى هذا القانون بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧١، الذي حل محله اخيرا القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٨، في شأن ايجار العقارات ويختلف هذان القانونان عن القانونين السابقين، في عدم اقتصارهما على احكام خاصة تتعلق بالامتداد القانوني لعقد الايجار أو بالتحديد القانوني للاجرة، بل انهما تضمنا علاوة على ذلك قواعد اخرى موضوعية واجرائية.

وتنص المادة الاولى من القانون الاخير على سريان احكامه على العقارات بما في ذلك الاراضي الفضاء، المؤجرة للسكن أو لغير ذلك من الاغراض، مع استثناء الاراضي الزراعية من نطاق تطبيقه ”لما لها من وضع خاص ليس مجاله هذا القانون“، وهو استثناء لم يكن واضحا من نصوص القانون الذي سبقه.

وبذلك يخرج عن نطاق هذا القانون على الاخص ايجار المحل التجاري الذي يخضع لاحكام قانون التجارة. كما يخرج عن نطاقه ايجار المنقولات والاراضي الزراعية الذي يظل خاضعا لاحكام المجلة، بالاضافة الى ايجار الوقف الذي يظل خاضعا لاحكام الفقه المالكي، فيما عدا ما يمكن تطبيقه عليه من الاحكام الخاصة الواردة في ذلك القانون.

على ان القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٨، وان تضمن كثيرا من القواعد الموضوعية في عقد الايجار، فانه لم يضع تنظيمًا كاملاً لهذا العقد يغني عن الرجوع الى احكام المجلة، التي ما زالت تعتبر، تبعاً لذلك، القانون العام لعقد الايجار ويتعين تطبيق احكامها على ما لم يرد بشأنه نص تشريعي كما افصح القانون في المادة الثالثة منه.

ولذلك فقد أثر المشروع ان ينظم الاحكام الموضوعية في عقد الايجار تنظيمًا شاملاً مفصلاً، يغني عن الرجوع الى تلك المصادر المتعددة، وبعد ان اورد الاحكام العامة للايجار، أفرد بالذكر انواعاً خاصة من الايجارات - هي ايجار الاراضي الزراعية والمزارعة وايجار الوقف - نظراً لأهميتها. ولكن هذا التنظيم الجديد لا يمس ما ورد في القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٨ من أحكام خاصة في حدود نطاق سريانه وذلك اعتباراً بأن القانون العام لا يلغي قانوناً خاصاً ما لم يرد فيه نص صريح بذلك.

الفرع الاول - الايجار بوجه عام

الايجار عند الحنفية عقد يفيد تملك منفعة معلومة مقصودة من العين المستأجرة بعوض، وفي المجلة، هو بيع المنفعة المعلومة في مقابلة عوض معلوم، وقد جرى التقنينان العراقي والاردني على نهج الفقه الاسلامي في تعريفه بانه تملك منفعة معلومة لقاء عوض معلوم، (٧٢٢ عراقي و ٦٥٨ أردني)، كما عرفه القانون الكويتي (قانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٨) نقلاً عن التقنين المصري والتقنينات العربية الأخرى بأنه ” عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بعين معينة، مدة محددة، لقاء أجر معلوم“ ويعرفه المشروع في المادة ٥٦١ تعريفاً لا يخرج عن ذلك مع تعديل في الصياغة اقتضته الملاءمة.

أولاً) أركان الايجار :

عرض المشروع في المواد من ٥٦٢ الى ٥٦٨ للمؤجر والأجرة والمدة، أما عن المؤجر، فمن شروط نفاذ الايجار عند الحنفية، الملك والولاية، وهو ما قنته المجلة في المادة ٢٤٦ بقولها: ”يلزم ان يكون الأجر متصرفا بما يؤجره، أو وكيل المتصرف، أو وليه أو وصيه“، والا كانت الاجارة موقوفة على اجازة المالك أو وكيله أو وليه أو وصيه.

فالاصل ان مالك الشيء هو الذي له الحق في ادارته وتأجيريه. ولكن قد يثبت حق الادارة لغير المالك، فيكون نائبا عن المالك في استعمال هذا الحق، سواء كانت نيابته نيابة اتفاقية - كالوكيل - أو قانونية، كالولي والوصي وناظر الوقف. فهؤلاء جميعا لا يملكون الشيء المؤجر وليس لهم إلا حق ادارته ولذلك قيد المشروع في المادة ٥٦٢ من سلطتهم في الايجار.

فمن يدير الشيء لا يملك ايجاره لمدة تزيد على ثلاث سنين، فإذا زاد على هذه المدة، فإن كان ذلك بإذن ممن يملك الاذن، كالأصيل في حالة الوكيل والمحكمة في حالة الوصي وناظر الوقف - جاز، والا انقضت المدة الى ثلاث سنين، وكل هذا ما لم يوجد نص يقضي بغيره كما هو الحال بالنسبة لناظر الوقف فإن له ان يؤجر لأكثر من ثلاث سنين إذا كان هو الواقف أو المستحق الوحيد (المادة ٦٤٦ من المشروع).

كذلك فإنه، يجوز للمنتفع ان يؤجر الشيء، لأن الايجار هو الوسيلة الطبيعية للاستغلال. ولكن المنتفع لا يتقيد في ايجاره بالمدة المنصوص عليها في المادة السابقة، لأنه عندما يؤجر الشيء لا يفعل ذلك بموجب حق الإدارة، وإنما يستعمل حقه الاصيل في الانتفاع. فلا حد لمدة الايجار إلا المدة التي يبقى فيها حق الانتفاع قائما، لأنه بطبيعته حق موقوت، فلا يسري الايجار بعد انتهاء حق الانتفاع، إلا إذا اقره مالك الرقبة بالنسبة للمدة التالية، وذلك دون إخلال بمواعيد التنبيه بالإخلاء والمواعيد اللازمة لنضج المحصول القائم ونضجه، وهو ما نص عليه المشروع في المادة ٥٦٣ / ١. أما من ليس له الا حق الاستعمال، أو السكني، فليس له ان يؤجر الشيء الا باذن خاص أو لمبرر قوي (المادة ٥٦٣ / ٢).

أما الاجرة فهي المال الذي يلتزم المستأجر باعطائه للمؤجر في مقابل الانتفاع بالمأجور. والاصل انها تستحق باستيفاء المنفعة أو بإمكان استيفائها فان زالت المنفعة أو اختلت، سقطت الاجرة أو انقصت.

والاجرة في عقد الايجار تقابل في الفقه الاسلامي، الثمن في عقد البيع فما يصلح ثمنا في البياعات يصلح اجرة في الاجارات ومن ثم وجب ان تكون الاجرة ما لا متقوما معلوما « قارن المادتين ٤٦٣ و ٤٥٠ من المجلة ». ومع ذلك « يجوز ان يكون بدلا في الاجارة الشيء الذي لم يصلح ان يكون ثمنا في البيع » (٤٦٣). كمنفعة شيء معين فالمنفعة وان كانت لا تصلح ثمنا يجوز ان تكون اجرة.

وإذا كان المشروع قد أوجب في البيع ان يكون الثمن من النقود لأسباب سبق بيانها، غير انه أثر في الايجار ان يأخذ باحكام الفقه الإسلامي فاجاز في المادة ٥٦٤ ان تكون الاجرة شيئا آخر غير النقود، كجزء من المحصول أو الانتفاع بشيء اخر مقابل الانتفاع بالمأجور.

وتسليتم قواعد المجلة تعيين الأجرة والا وقع الايجار فاسدا غير انها تفرض اجر المثل بالغاما بلغ إذا كان فساد الاجارة بسبب كون البديل مجهولا « المادة ٤٦٢ ». ولذا لم يجد المشروع حرجا في ان يأخذ في المادة ٥٦٥ بالحكم الوارد في قانون الايجارات الكويتي نقلا عن التقنين المصري والذي يقرر انه إذا لم يحدد المتعاقدان الأجرة ولا الأساس الذي يقوم عليه تقديرها، وكذلك إذا تعذر على ايهما إثبات الأجرة التي اتفقا عليها، فإن أجرة المثل وقت ابرام العقد تكون هي الواجبة ويحددها القاضي بمراعاة جميع العناصر اللازمة لذلك، ويبقى عقد الايجار صحيحا.

وغني عن البيان ان مجال الاخذ بهذا الحكم هو اغفال الاتفاق على الاجرة أو اسس تقديرها، أو تعذر اثبات مقدار الاجرة المتفق عليها، أما إذا حاول المتعاقدان الاتفاق على الاجرة فلم يستطيعا، فإن الايجار يكون باطلا لأن المتعاقدين قد تعذر عليهما الاتفاق على ركن من أركان العقد.

بقيت المدة، وهي ركن لا يتم الايجار إلا به، فإذا عرض المتعاقدان للمدة واختلفا في تحديدها، كان الايجار باطلا لعدم توافر الرضاء وإذا كان المتعاقدان يتفقان عادة

على المدة وعلى تاريخ بدئها، غير انه يقع في بعض الاحيان انهما لا يعرضان اطلاقاً لشيء من ذلك ولكن هذا الاغفال لا يجعل الايجار باطلاً، بل يظل صحيحاً ويتكفل المشروع في هذه الحالة بتحديد المدة وتاريخ بدئها كذلك قد يتفق المتعاقدان على أن يكون الايجار لمدة معينة، أو يتفقان على مدة معينة ولكن لا يستطيع أي منهما ان يثبت ما اتفقا عليه في ذلك، ففي هاتين الحالتين أيضاً لا يكون الايجار باطلاً، بل يكون صحيحاً، ويتكفل المشروع بتحديد المدة على نفس الوجه الذي يحدد به المدة في الحالة الأولى.

أما بالنسبة لبدء المدة، فإنه إذا لم يعين المتعاقدان تاريخ بدء الايجار، فإنه يبدأ من تاريخ العقد (المادة ٥٦٦ من المشروع، وقارن المادتين ٤٨٥ و ٤٨٦ من المجلة).

وأما بالنسبة لتحديد المدة، فإنه إذا عقد الايجار دون اتفاق عليها فإن الايجار يعتبر نافذاً منعقداً للمدة التي حددت عنها الأجرة، وكذلك يكون الحال لو عقد الايجار لمدة غير معينة أو تعذر إثبات مدته (المادة ٥٦٧ / ١ من المشروع).

وينتهي الايجار بانقضاء هذه المدة بناء على طلب احد المتعاقدين إذا هو نبه على المتعاقد الآخر بالإخلاء قبل نصفها الأخير على ألا يزيد ميعاد الاخلاء على ثلاثة أشهر (المادة ٥٦٧ / ٢) وغنى عن البيان انه إذا لم يحصل التنبيه في ميعاده يمتد الايجار لفترة اخرى تبدأ من انتهاء الفترة السابقة وهكذا حتى يصدر التنبيه في ميعاده. وإذا إتفق المتعاقدان على تحديد مدة معينة. صح اتفاقهما والتزما به، ما دامت هذه المدة لا تجعل الايجار مؤبداً أو في حكم المؤبد. وكل ذلك مع مراعاة النصوص الأخرى التي تحدد المدة في بعض الأحوال، كمن له حق الادارة لا يجوز أن يؤجر لمدة تزيد على ثلاث سنين.

أما إذا اتفق المتعاقدان على أن يكون الايجار مؤبداً، وكذلك إذا اتفقا على مدة طويلة تجعل الايجار في حكم العقد المؤبد. فإن المشروع ينص في المادة ٥٦٨ منه على أن المدة ترد إلى خمسة وعشرين سنة ولكن المشروع أجاز أن يكون الايجار لمدة حياة المستأجر أو المؤجر، حتى لو امتد لمدة تزيد على خمسة وعشرين سنة.

(ثانياً) آثار الإيجار :

١- التزامات المؤجر :

تعرض المواد ٥٦٩ - ٥٨٥ لالتزامات المؤجر. وهي التزامات ايجابية ويؤدي مجموعها الى التزام المؤجر بأن يمكن المستأجر من الانتفاع بالمأجور. فالي جانب التزامه بالتسليم، يلتزم المؤجر بتعهد المأجور بالصيانة، كما يلتزم بضمان التعرض وضمان العيب.

ويلاحظ ان مجلة الأحكام العدلية تضع على عاتق المؤجر التزامين أساسيين: أولهما بتسليم المأجور والثاني بترك المستأجر ينتفع به طوال مدة الإجارة. فإذا انعقدت الإجارة الصحيحة لزم تسليم المأجور للمستأجر (م٥٨٣). ويكون ذلك بإجازة الآجر ورخصته للمستأجر بأن ينتفع به بلا مانع (م٥٨٢). يلتزم بأن يسلم المأجور للمستأجر خالياً من العوائق التي تحول دون انتفاعه به.

أما قانون إيجار العقارات والأماكن - رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٨ - فقد قامت أحكامه (في حدود ومجال تطبيقه) على أساس أن المؤجر ملزم بتمكين المستأجر من الإنتفاع بالعين المؤجرة، فهو ملزم بتسليم العين ذاتها وملحقاتها وكل ما أعد بصفة دائمة لإستعمالها على أن يكون ما يسلمه في حالة يصلح معها لأن يفني بما أعدت له العين من المنفعة وذلك طبقاً لما تم عليه الإتفاق أو لما يقضي به العرف وطبيعة الأشياء. فإذا سلمت العين في حالة لا تكون معهاصالحة لاستيفاء المنفعة المقصودة، أو كانت في حالة ينقص معها الإنتفاع نقصاً كبيراً. فإن المستأجر يكون بالخيار بين فسخ العقد أو التعويض إن كان له مقتضى (المادة ٧ من القانون).

و طبقاً لنصوص المشروع، يلتزم المؤجر بتسليم المأجور تسليمًا صحيحاً والتسليم الصحيح لا يكون إلا بتسليم الشيء وملحقاته في حالةصالحة للإنتفاع به كل الإنتفاع المقصود من ايجاره (المادة ٥٦٩). ويرجع في معرفة ذلك إلى إتفاق المتعاقدين، فإن لم يوجد وجب الرجوع إلى العرف وطبيعة الشيء ذاته. وتفريعاً على ذلك يلتزم المؤجر قبل التسليم بإجراء جميع الإصلاحات اللازمة لتهيئة المأجور للإنتفاع به، على النحو المقصود، ولو كانت من قبيل الإصلاحات التي يلتزم بها المستأجر بعد تسليم المأجور وأثناء مدة الإيجار.

ولكن للمتعاقدين أن يتفقا على خلاف ذلك فيشترط المؤجر أن يسلم الشيء في الحالة التي هو عليها وقت التسليم، أو يشترط المستأجر تسليمه في حالة معينة، بعد القيام بأعمال كمالية لخرفته وتجميله على سبيل المثال. فإذا لم يقدّم المؤجر بتسليم المأجور تسليمًا صحيحًا، بأن سلمه غير كامل أو بغير ملحقاته، أو سلمه في حالة لا يكون فيها صالحًا للإنتفاع الذي أجر من أجله أو إذا نقص هذا الإنتفاع نقصًا كبيرًا، أو كان الشيء في حالة من شأنها أن تعرض المستأجر أو من يعيشون معه أو يعملون لديه لخطر جسيم، أو لم يقدّم بما تعهد به من إصلاحات أو إضافات للشيء المؤجر قبل تسليمه، فإنه يكون للمستأجر في جميع هذه الأحوال أن يطلب فسخ العقد أو إنقاص الأجرة بقدر ما نقص من الإنتفاع مع التعويض في الحالين إن كان له مقتضى. (المادة ٥٧٠) وكل ذلك دون إخلال بحقه في طلب التنفيذ العيني وفقًا لما يقضي به القانون.

وفيما عدا ما تقدم، فإنه يسري على الالتزام بتسليم المأجور ما يسري على الالتزام بتسليم المبيع من أحكام (المادة ٥٧١). وعلى الأخص ما يتعلق منها بزمان التسليم ومكانه وتحديد المأجور وملحقاته والعجز والزيادة فيه. وكل هذه أحكام مستوحاة من القانون المصري والقوانين التي أخذت عنه.

أما عن التزام المؤجر بتعهد المأجور بالصيانة، فيلاحظ باديء ذي بدء انه في الفقه الحنفي - وفي المجلة أيضا - لا يلتزم المؤجر الا بترك المستأجر ينتفع بالمأجور مدة الاجارة، وليس للمستأجر أن يلزمه بإجراء أي إصلاح فيه وقت بدء الاجارة ولا في أثناء سريانها، لأن الانسان لا يجبر على اصلاح ملكه ولا على إزالة العيب عنه. فاللتزام المؤجر فيما يتعلق بإنتفاع المستأجر بالمأجور، التزام سلمي بحت.

ولكن التقنينات العربية جميعها، حتى تلك التي لم تلزم المؤجر بتسليم المأجور إلا بالحالة التي يكون عليها وقت العقد، كالتقنين العراقي، "قارن المادتين ٧٤٢ و ٧٥٠ منه" تلزم المؤجر بتعهد المأجور بالصيانة طوال مدة الايجار، وكذلك فعل قانون ايجار العقارات الحالي فألزم المؤجر بتعهد العين المؤجرة بالصيانة وبالقيام في اثناء الاجارة بالترميمات الضرورية "المادة ٨ فقرة أولى". وقد ساير المشروع هذا النظر، فالزم المؤجر بتعهد المأجور بالصيانة حتى بعد تسليمه الى المستأجر، ويستمر التزامه بذلك طوال سريان مدة الايجار، حتى يظل المأجور في حالة يصلح معها للإنتفاع به الإنتفاع المقصود «المادة ٥٧٢ من المشروع». وعلى ذلك يلتزم المؤجر بتجسيص

الاسطح وباصلاح المصعد أو السلم. وبنزح المراحيض وبإجراء الاصلاحات الهامة (الكبيرة) في دورات المياه وأجهزة الكهرباء والتكييف ومواسير المياه وبكل ما يقضي العرف بجعله على المؤجر ما دامت حاجة المأجور الى هذه الاصلاحات أو الترميمات غير راجعة الى فعل المستأجر أو أحد من ذويه. كما يلحق بهذه الاصلاحات تكاليف المأجور من رسوم أو ضرائب، - كرسوم السيارة المؤجرة - وغير ذلك مما لا ينص القانون على تحمله المستأجر به.

ولكن المؤجر لا يلتزم بثمن المياه والكهرباء التي يستهلكها المستأجر ولا بنفقات تشغيل الشئ المأجور - كثمن البنزين والزيت وأجرة التشحيم كما لا يلتزم بعمل التصليحات التي لا تكون ضرورية للانتفاع بالمأجور فهو لا يلتزم مثلاً بأعمال الزخرفة والتجميل ولا بإجراء الاصلاحات العادية التي يقتضيها استعمال المأجور استعمالاً مألوفاً.

ومع ذلك فهذه الأحكام ليست من النظام العام ويجوز الاتفاق على خلافها.

فإذا لم يقر المؤجر بالتزامه من إجراء الاصلاحات والترميمات الضرورية اعمالاً لما تقضي به المادتان ٥٧٠ و ٥٧٢، يكون للمستأجر أن يطلب اما التنفيذ العيني، واما فسخ الايجار أو انقاص الأجرة على حسب الأحوال، مع التعويض إن كان له مقتض، ولكن بشرط ان يقوم أولاً باعداد المؤجر.

فطبقاً للقواعد العامة يجوز للمستأجر ان يلجأ الى القضاء لمطالبة المؤجر بإجراء الاصلاحات أو الترميمات الضرورية التي تقع على عاتقه، ويحكم القضاء بالزام المؤجر بإجراء هذه الاصلاحات ويحدد له ميعاداً للقيام بها. ولكن طبقاً للمادة ٥٧٣ من المشروع يجوز للمستأجر عند اخلال المؤجر بالتزامه بإجراء الاصلاحات ان يحصل على إذن من القضاء بإجرائها بنفسه وفي استيفاء ما أنفقه خصماً من الأجرة كما يجوز له، دون حاجة الى هذا الاذن، أن يقوم بإجراء هذه الاصلاحات بنفسه على ان يستوفي ما أنفقه خصماً من الأجرة، وذلك بعد اعداد المؤجر طبقاً للقواعد العامة، بشرط ان تكون الاصلاحات بسيطة لا تبرر اللجوء الى القضاء، أو مستعجلة لا تحتمل الابطاء حتى ولا الالتجاء الى القضاء المستعجل. ويستوي أن تكون الحاجة الى الاصلاح قائمة وقت بدء الانتفاع أو طرأت بعد ذلك بغير خطأ من المستأجر.

وغني عن البيان أن المستأجر إذا أجرى الاصلاح بغير ترخيص من القضاء فإنما يقوم بذلك على مسؤوليته. وللقضاء ان يستوثق بعد ذلك - إذا رفع المؤجر إليه الأمر - من توافر الشروط السابقة حتى يقر خصم النفقات من الأجرة.

كذلك يجوز للمستأجر ان يطلب فسخ الايجار - بدلا من التنفيذ العيني - إذا كان حرمانه من الانتفاع بالمأجور بسبب حاجته الى الاصلاح، حرمانا جسيما يبرر الفسخ. ويخضع هذا الطلب لتقدير القضاء، فله أن يجيب المستأجر الى الفسخ أو أن يمهل المؤجر ليقوم بالاصلاح.

واخيرا يجوز للمستأجر أن يطلب من القضاء انقاص الأجرة - بدلا من التنفيذ العيني ومن الفسخ - وذلك على اساس ان نقص الانتفاع بالمأجور بسبب عدم إجراء الاصلاحات، يقابله نقص مناسب في الأجرة، وللقضاء ان يجيبه الى طلبه ان كان ثمة مبرر لذلك.

وسواء اختار المستأجر التنفيذ العيني أو الفسخ أو انقاص الأجرة، فإن له الحق في جميع الأحوال أن يطلب تعويضه عما أصابه من ضرر في شخصه أو ماله وكذلك تعويضه عن الضرر الذي أصابه بسبب نقص الانتفاع بالمأجور سواء كان هناك خطأ في جانب المؤجر أو كانت الحاجة الى الاصلاح أو الترميم ناشئة عن سبب أجنبي.

وهناك نوع آخر من الإصلاحات أو الترميمات الضرورية، عرض له المشروع في المادة ٥٧٤، وهي الاصلاحات اللازمة، لا للانتفاع بالمأجور بل لحفظه من الهلاك وهذه تكون على المؤجر ولكنها أيضا من حقه، ولذلك فلا يجوز للمستأجر أن يمنعه من إجرائها ولو أخلت بانتفاعه، لان حفظ المأجور من الهلاك مقدم على انتفاع المستأجر به. ولكن يشترط في هذه الاصلاحات ان تكون ضرورية لحفظ المأجور، فإن لم تكن، بأن كانت لا دخال تحسينات أو زيادات على المأجور أو كانت لا عداة لمستأجر آخر يخلف المستأجر بعد انتهاء عقده. فإنه لا يكون للمؤجر حق في إجرائها الا إذا اشترط هذا الحق على المستأجر أو حصل على اذن منه بإجرائها. أما إذا كانت هذه الاصلاحات ضرورية لحفظ المأجور فإنه يكون للمؤجر الحق في القيام بها ولو عارض المستأجر بل حتى لو اقتضى الامر تخليه عن المأجور المدة اللازمة للقيام بها.

ويشترط ايضا في هذه الاصلاحات ان تكون مستعجلة وعبء اثبات استعجالها

يقع على المؤجر، فإذا لم تكن كذلك، وكان من الممكن ارجاؤها حتى تنتهي مدة الايجار- لم يكن للمؤجر حق في اجرائها إذا عارض المستأجر، بل يجب أن يتربص حتى ينتهي الايجار ليقوم بها. ويجب على المؤجر أن يخطر المستأجر بعزمه على إجراء الاصلاحات قبل بدئها بمدة مناسبة حسب حالة الاسعجال، حتى يأخذ المستأجر أهبته لذلك، كما يجب على المؤجر ان يبذل العناية الواجبة في القيام بهذه الاصلاحات فيختار أيسر السبل لاجرائها حتى لا يجشم المستأجر الأقل ضرر ممكن، وحتى لا يستغرق الا المدة اللازمة لاجرائها دون ابطاء، فإذا ترتب على قيام المؤجر بهذه الاصلاحات اخلال كلي أو إخلال جسيم بالانتفاع بالمأجور، جاز للمستأجر أن يطلب فسخ الايجار، أما إذا ترتب على اجراء الاصلاحات إخلال جزئي غير جسيم بالانتفاع بالمأجور فإنه يكون للمستأجر أن يطلب انقاص الأجرة أثناء مدة الاصلاح وذلك بنسبة النقص في الانتفاع.

وغني عن البيان انه لا يجوز للمستأجر ان يفسخ الايجار بنفسه أو أن ينقص الاجرة دون حكم أو اتفاق مع المؤجر، ولكن حق المستأجر في فسخ الايجار يسقط إذا ظل محتفظا بالمأجور حتى تمام الاصلاحات. وعندئذ لا يكون له الا طلب انقاص الاجرة. ومع ذلك فإنه يجوز الاتفاق على خلاف هذه الاحكام، كأن يشترط المؤجر على المستأجر الا يرجع عليه بشيء مهما طال مدة الاصلاح.

وقد يهلك المأجور هلاكاً كلياً أو جزئياً، سواء من جراء عدم القيام بالترميمات اللازمة لحفظ العين أو بخطاءً من المؤجر أو المستأجر أو بقوة قاهرة، وفي الفقه الحنفي، إذا كان المأجور منقولاً وهلك، انفسخت الاجارة بهلاكه، ولكنهم اختلفوا في حكم هلاك العقار (الدار)، فذهب بعضهم الى انفساخ الاجارة بهلاكه، وذهب رأي الى بقاء الاجارة رغم هلاكه ولكن تسقط الاجرة فلا يلتزم المستأجر بدفعها، لعدم تمكنه من الانتفاع بالمأجور، وهو شرط لوجوب الاجرة (قارن المادة ٤٧٨ من المجلة والمادة ١/٦٩٧ من التقنين الاردني). فاذا أعاد المؤجر بناء الدار يجوز للمستأجر ان يسكنها في بقية المدة، وعند الملكية يفسخ عقد الايجار بتلف العين المتعلقة بها المنفعة المطلوبة، بحيث لا يمكن للمستأجر ان يستوفيها، كما إذا استأجر شخص داراً فانهدمت أو اكرت دابة فنفتت. والرأي كذلك عند الشافعية والحنابلة، ولكن الشافعية يشترطون للفسخ ان يكون التلف تاماً. أما إذا تلف بعض العين مع امكان الانتفاع بما بقى منها، فان الاجارة لا تنفسخ بذلك ويكون للمستأجر الخيار في هذه الحالة بين أن يسكن أو يخرج.

وقد فرق المشروع بين الهلاك الكلي والهلاك الجزئي للمأجور. ففي حالة الهلاك الكلي، يفسخ العقد من تلقاء نفسه، إذا كان الهلاك راجعا لسبب أجنبي لا يد لاحد المتعاقدين فيه (المادة ٥٧٥ /١).

أما في حالة الهلاك الجزئي - وكذلك إذا أصبح المأجور في حالة لا يصلح معها لاستيفاء المنفعة المقصودة كاملة - فانه يكون للمستأجر، إذا لم يكن له يد في ذلك، ان يختار بين التنفيذ العيني وبين الفسخ أو انقاص الاجرة مع التعويض في جميع الاحوال ان كان له مقتضى.

فيستطيع المستأجر طبقا للمادة ٥٧٥ /٢ من المشروع أن يطالب المؤجر باصلاح المأجور واعادته الى أصله ليتمكن من الانتفاع به انتفاعا كاملا، وان يحدد للمؤجر ميعادا مناسبا للقيام بذلك. ويستوى في ذلك ان يكون الهلاك الجزئي - أو الخلل في الانتفاع - بخطأ المؤجر أو بفعل الغير أو بقوة قاهرة - فاذا لم يقيم المؤجر باعادة المأجور الى أصله في الميعاد المحدد، الذي يخضع تقديره لرقابة القضاء، جاز للمستأجر ان يقوم بنفسه باصلاح المأجور واعادته الى أصله وفقا للاحكام الواردة في المادة ٥٧٣ من المشروع.

ولكن يشترط في ذلك الا تكون نفقات اعادة المأجور الى أصله باهظة لا تتناسب مع الاجرة التي يتقاضاها المؤجر، وذلك إذا لم يكن الهلاك الجزئي أو الخلل في الانتفاع ناجما عن خطأ المؤجر، والا فعليه ان يصلح خطؤه طبقا للقواعد العامة، أما إذا لم يكن هناك خطأ في جانبه، فلا يصح ارهاقه بتحميله نفقات باهظة لا تتناسب مع الاجرة التي يتقاضاها، ولا يكون للمستأجر عندئذ الا أن يطلب الفسخ أو انقاص الاجرة.

ويجوز للمستأجر، إذا لم يختار التنفيذ العيني على الوجه المتقدم ان يطلب: اما فسخ الايجار، إذا كان الهلاك الجزئي أو الخلل في الانتفاع جسيما بحيث يفوت عليه الانتفاع بالمأجور الانتفاع المقصود. واما انقاص الاجرة إذا كن الهلاك الجزئي أو الخلل في الانتفاع غير جسيم وانما يؤثر في الانتفاع بالمأجور تأثيرا لا يتمكن معه من استيفاء المنفعة المقصودة كاملة.

وعلى عكس الهلاك الكلي، لا يفسخ الايجار من تلقاء نفسه أو تنقص الاجرة بحكم القانون. بل يجب، إذا لم يحصل اتفاق بين المتعاقدين ان يصدر حكم بذلك. والمحكمة هي التي تقدر ما إذا كان هناك محل للفسخ أو انه يكتفي بانقاص الاجرة.

وغني عن البيان انه سواء انفسخ الايجار من تلقاء نفسه - في حالة الهلاك الكلي - أو طلب المستأجر التنفيذ العيني أو الفسخ أو انقاص الاجرة - في حالة الهلاك الجزئي - فانه يكون له ايضا الحق في طلب التعويض، ما لم يكن الهلاك أو التلف راجعا الى سبب لا يد للمؤجر فيه.

وتعرض المواد من ٥٧٦ الى ٥٧٩ لأحكام ضمان التعرض. وطبقا للمجلة، يلتزم المؤجر بضمان تعرضه الشخصي، فلا يجوز له ان يأتي عملا يؤدي الى حرمان المستأجر من الانتفاع بالمأجور، أو الاخلال بانتفاعه به. فيجب ان يبقى المأجور في حيازة المستأجر للانتفاع به طوال مدة الايجار، مثلا لو استأجر احد مركبة لكذا مدة، أو على ان يذهب الى المحل الفلاني، فله ان يستعمل المركبة المذكورة في ظرف تلك المدة أو الى أن يصل ذلك المحل، وليس لصاحبها ان يستعملها في تلك الاثناء في اموره (المادة ٥٨٣ من المجلة). والجزاء على الاخلال بهذا الالتزام، سقوط الاجرة بقدر ما يترتب على التعرض من نقص في المنفعة. وكذلك إذا غصب المأجور من المستأجر أثناء مدة الايجار سقطت الاجرة مدة الغصب لزوال التسليم.

ويلاحظ ان المشروع سبق ان عرض لاحكام التعرض والاستحقاق في الفصل الخاص بالبيع، ولكنه عاد ووضع نصوصا خاصة بذلك فيما يتعلق بالايجار، لما له من خصائص يتميز بها عن البيع، مع اعتبار الاحكام الواردة في البيع هي الاصل الذي يرجع اليه فيما لم يرد في شأنها نص خاص وبالقدر الذي يتفق مع طبيعة العقد.

وطبقا لهذه النصوص يضمن المؤجر تعرضه الشخصي مطلقا، كما يضمن تعرض الغير إذا كان مبنيا على سبب قانوني، ولكنه لا يضمن التعرض المادي من الغير.

فالمؤجر يلتزم اولا بعد التعرض للمستأجر، في استيفائه المنفعة المعقود عليها، طوال مدة الايجار، سواء كان التعرض ماديا، أو كان مبنيا على سبب قانوني، ويعتبر تعرضا ماديا يجب على المؤجر الامتناع عنه، ان يحدث في المأجور أو في ملحقاته تغييرا يمنع من الانتفاع به أو يخل بالمنفعة المقصودة (الفقرة الاولى من المادة ٥٧٦) وهي صورة خصها النص بالذكر تنويها بأهميتها.

والمؤجر يضمن للمستأجر ايضا التعرض الصادر من اتباعه، (الفقرة الثانية من المادة ٥٧٦). والمقصود باتباع المؤجر هنا، الاشخاص الذين تقوم بينهم وبين المؤجر

صلة تكون هي التي مكنت لهم من التعرض للمستأجر فيعتبر من اتباع المؤجر خدمه ومستخدموه، وعماله واهل بيته. وكل من يحل محله في مباشرة حقوقه أو تنفيذ التزاماته الناشئة من عقد الايجار: كالمقاول والمهندس عند قيامهما باجراء اصلاحات وترميمات لازمة للمأجور بتكليف من المؤجر. فاذا وقع من احد هؤلاء تعرض للمستأجر. ولو كان تعرضا ماديا، اعتبر هذا التعرض كانه صادر من المؤجر نفسه، فيصبح مسئولا عنه ويجب عليه الضمان.

فاذا صدر تعرض مادي أو تعرض مبني على سبب قانوني من المؤجر للمستأجر، كان للمستأجر طبقا للقواعد العامة. ان يطلب بعد اصدار المؤجر، التنفيذ العيني، إذا كان ممكنا، فيقضي له بوقف التعرض. بل يجوز للمستأجر، حتى يدفع المؤجر الى التنفيذ العيني ان يحبس الاجرة عنه الى ان يقوم بوقف تعرضه. وللمستأجر بدلا من طلب التنفيذ العيني أن يطلب فسخ الايجار إذا اختل انتفاعه باختلالا جسيما، أو ان يطلب انقاص الاجرة إذا لم يكن اختلال الانتفاع بالجسامة التي تبرر الفسخ. وسواء طلب المستأجر التنفيذ العيني، أو الفسخ، أو انقاص الاجرة، فان له ان يطلب ايضا التعويض عما اصابه من الضرر بسبب اخلال المؤجر بالتزامه.

وغني عن البيان انه يجوز الاتفاق على تعديل هذه الاحكام بزيادة الضمان أو انقاصه أو اعفاء المؤجر من المسؤولية في حدود ما يقضي به القانون.

أما تعرض الغير المبني على سبب قانوني، فيتحقق بادعاء الغير حقا يتعارض مع حق المستأجر، يستوي في ذلك أن يكون الحق الذي يدعيه الغير حقا عينيا أو حقا شخصا: كأن يدعي الغير انه اشترى المأجور من المؤجر وان الايجار لا يسري في حقه. أو يدعي انه استأجر المأجور من نفس المؤجر وانه مفضل في ايجاره على المستأجر الاول، أو يدعي على المأجور حقا يتعارض مع حق المستأجر كحق انتفاع أو حق رهن حيازة أو حق ارتفاع. ويستوى في ذلك ايضا ان يكون الحق الذي يدعيه الغير مستمدا من المؤجر نفسه أو غير مستمد منه، وان يكون سابقا على عقد الايجار أو تاليا له. وفي هذا يختلف ضمان تعرض الغير في الايجار عنه في البيع. فضمنان تعرض الغير يتحقق في الايجار إذا ادعى الغير حقا ثبت له بعد الايجار، ولو كان هذا الحق مستمدا من غير المؤجر. أما في البيع، فلا يتحقق ضمان البائع لتعرض الغير إذا ادعى هذا حقا مستمدا من غير البائع بعد عقد البيع.

فاذا حصل التعرض على الوجه المتقدم، وجب على المستأجر ان يبادر الى اخطار المؤجر بذلك (المادة ٥٧٧ فقرة اولى) حتى يتمكن من دفع التعرض في الوقت المناسب والا تحمل المستأجر مسؤولية عدم الاخطار طبقا للقواعد العامة.

فاذا نجح المتعرض في تعرضه. رجع المستأجر على المؤجر بضمان الاستحقاق وجاز له - بحسب الاحوال - ان يطلب الفسخ أو انقاص الاجرة مع التعويض ان كان له مقتضى (المادة ٥٧٧ فقرة ثانية).

ولكن المؤجر لا يضمن للمستأجر التعرض الصادر من الغير الا إذا كان مبنيا على سبب قانوني فما دام المتعرض لا يدعي حقا على المأجور، فلا ضمان على المؤجر (المادة ٥٧٨) ما لم يتفق على غير ذلك - وللمستأجر ان يواجه الاعتداء بما خوله القانون من وسائل، فيكون له ان يحمي حيازته ضد المتعرض بجميع دعاوى الحيازة (وضع اليد) إذا كان المأجور عقارا. ويكون له ان يرجع على المتعرض بالتعويض طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية، كما يكون له ان يلجأ إلى القضاء الجنائي إذا انطوت أعمال المتعرض على جريمة يعاقب عليها القانون.

ومع ذلك، إذا وقع تعرض مادي من الغير ولم يكن للمستأجر قبل بدفعه، وكان هذا التعرض من الجسامة بحيث يحرم المستأجر من الانتفاع بالمأجور أو ينقص انتفاعه به انقاصا كبيرا، جاز له - بحسب الأحوال - أن يطلب فسخ العقد أو انقاص الأجرة "المادة ٥٧٩". و الحق الذي يعطيه هذا النص للمستأجر في طلب الفسخ أو انقاص الأجرة لا يتأسس على ضمان التعرض، لأن المؤجر غير مسئول عن التعرض المادي من الغير إلا إذا اشترط عليه المستأجر ذلك. وإنما يتأسس على تحمل المؤجر لتبعية حرمان المستأجر من الانتفاع بالمأجور، ويتمثل تحمله لهذه التبعية في حق المستأجر في طلب فسخ الإيجار أو انقاص الأجرة، دون أن يكون له الحق في مطالبة المؤجر بالتعويض، لأن التعويض جزاء للمسئولية عن الضمان ولا محل لهذا الجزاء في تحمل تبعة حرمان المستأجر من الإنتفاع بالمأجور. على أنه يشترط لتطبيق هذا النص أن يكون التعرض قد وقع، لا على المأجور ذاته، بل على انتفاع المستأجر به، كأن تقع حرب أو تقوم ثورة ترغم المستأجر على ترك المأجور وتحرمه من الانتفاع به. أما إذا كان التعرض قد وقع على المأجور ذاته، فأدى إلى هلاكه هلاكاً كلياً أو جزئياً، فإنه تسري في هذه الحالة الأحكام المتعلقة بهلاك المأجور التي تضمنتها المادة ٥٧٥ من المشروع.

ويعرض المشروع في المادة ٥٨٠ لصورة مألوفة من صور تعرض الغير المبني على سبب قانوني، وهي التنازع بين المستأجرين لمأجور واحد. ذلك أنه إذا استأجر أكثر من شخص نفس المأجور ممن يملك حق تأجيرها، وكانت مدة الايجار واحدة أو بالقليل متداخلة، جاز أن يتعرض كل منهم للآخرين مستنداً إلى حق يتعارض مع حقوقهم. فإذا فضل أحدهم طبقاً للقاعدة الواردة في النص، كان لباقيهم أن يرجع بضمان الاستحقاق على المؤجر.

وقد عرضت المجلة لهذه الصورة في المادة ٥٨٩ منها، وفضلت المستأجر السابق باجارة لازمة، أما الاجارة اللاحقة (في التاريخ) فتكون غير نافذة وغير معتبرة. فلو أجز أحد مالا له، عقاراً أو منقولاً على مدة معلومة ببدل معلوم اجارة لازمة. ثم أجز أيضاً ذلك المال تلك المدة نفسها مرة ثانية من غير المستأجر، فلا يطرأ خلل على الاجارة الأولى ولا تكون الاجارة الثانية نافذة لا في حق الأجز ولا المستأجر الأول. وفرع شراح المجلة على عدم نفاذ الاجارة الثانية في حق المستأجر الأول، ان تكون موقفه بالنسبة له، فله إذا شاء ان ييجزها والأجرة تكون له، وإذا شاء فسخها وأبطلها. كما فرعوا على عدم نفاذها في حق الأجز، أنه إذا سقط حق المستأجر بانفساخ اجارته بالاقالة أو بغيرها، لا يلزم الأجز تسليم المأجور للمستأجر الثاني.

ولم تعرض التقنيات الاجنبية لهذه الصورة «كما لم يعرض لها أيضاً كثير من التقنيات العربية: كالعراقي واللبناني، والأردني والتونسي والمغربي» ولكن محكمة النقض الفرنسية، استقرت في احكامها الحديثة على ان المفاضلة بين المستأجرين المتعاقبين، تكون على أساس الأسبقية في تاريخ عقد الايجار. فمن كان من المستأجرين عقده أسبق في ثبوت التاريخ كان هو الذي يتقدم، حتى ولو سبقه مستأجر آخر في وضع يده. فبالرغم من اعتبار حق المستأجر حقا شخصيا، فإنه يسري في مواجهة الغير. سواء كان هذا الغير متلقيا للملكية المأجور «م ١٧٤٣ مدني فرنسي» أو كان مستأجرا لاحقا.

وقد وضع التقنين المصري قاعدة أخرى للمفاضلة بين المستأجرين المتنازعين، تخالف ما ورد في المجلة وما استقر عليه القضاء الفرنسي. فمن وضع يده أو لادون غش، أو من سجل عقده أو لا «إذا كان المأجور عقارا» وهو حسن النية، قبل ان يضع مستأجر آخر يده أو قبل ان يتجدد عقد ايجاره، يكون هو المفضل. وحذا كل من التقنين السوري

« م ٥٤١ »، والتقنين الليبي (م ٥٧٢) والصومالي (م ٥٣٥) حذو التقنين المصري في ذلك وأقام التقنين السوداني التفضيل بين المستأجرين، على أساس الأسبقية في وضع اليد مع حسن النية، ثم على أساس الأسبقية في التعاقد «م ٤٦٦»، كما أعطي التقنين الجزائري الأولوية لمن سبق من المستأجرين إلى وضع اليد بغير غش «م ٥٨٥».

أما قانون إيجار العقارات الحالي - رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٨ - فأخذ بقاعدة مماثلة للقاعدة التي وضعها التقنين المصري، فيفضل من وضع يده أولاً دون غش أو من أثبت تاريخ عقده وهو حسن النية. قبل ان يضع مستأجر آخر يده على العين المؤجرة (المادة ١٠ من القانون)، ولما كان هذا القانون لا ينطبق إلا على العقارات (م ١)، فإن المفاضلة بين المستأجرين للمنفوق تظل على أساس الأسبقية في التعاقد طبقاً لأحكام المجلة.

وقد وضع المشروع في ذلك قاعدة مقتضاها أنه إذا سبق أحد المستأجرين إلى وضع يده على المأجور وهو حسن النية، فإنه يكون حينئذ أولى بالتفضيل على غيره من المستأجرين ولو كانت عقودهم أسبق في التاريخ. وهو حكم يتفق مع القواعد العامة، لأن وضع المستأجر يده على المأجور، هو استيفاء لحقه كدائن شخصي للمؤجر. ومن معنى الاستيفاء للحق يجيء التفضيل. ولا يبقى للمستأجرين الآخرين، سوى الرجوع على المؤجر بالتعويض على أساس ضمان الاستحقاق.

والمقصود بحسن النية في وضع اليد أن يكون المستأجر وقت وضع يده على المأجور لا يعلم بوجود عقد سابق على عقد إيجاره، فإن كان يعلم بأن هناك مستأجراً أستأجر المأجور قبله، فإنه لا يكون حسن النية، ولا يكون أولى بالتفضيل.

فإن لم يكن أحد المستأجرين قد وضع يده على المأجور بحسن نية، فإن الأسبق منهم في التعاقد، هو الذي يفضل وهو نفس الحكم الذي يأخذ به التقنين السوداني.

وقد أغفل المشروع ما نص عليه القانون الكويتي (في الفقرة الأخيرة من المادة السادسة) وبعض القوانين الأخرى، من أنه إذا لم يوجد سبب لتفضيل أحد المستأجرين، فليس لهم فيما تعارضت فيه حقوقهم إلا طلب التعويض، لأن ذلك غير مقصود.

ويعرض المشروع في المادة ٥٨١ للأعمال الصادرة من السلطات العامة، والتي يترتب عليها حرمان المستأجر من انتفاعه بالمأجور أو الإخلال بالانتفاع به، والعمل الصادر من السلطة العامة قد يكون قراراً من جهة الإدارة، كما هو الغالب، كقرار يصدر

بنزع الملكية أو الاستيلاء المؤقت على العقار المأجور. أو قرار بمنع عرض فيلم سينمائي استأجرته إحدى دور العرض. ولكنه يجوز أيضاً أن يكون عملاً صادراً من الهيئة التشريعية أو الهيئة القضائية، كقانون بتحديد الانتفاع بالمأجور (تحديد زراعة معينة)، أو حكم من القضاء بخلق المأجور أو سحب ترخيصه أو مصادرته، هذه الأعمال تعتبر من قبيل القوة القاهرة التي لا يكون المؤجر ملتزماً بضمانها، ولكنه يتحمل تبعاتها. فيكون للمستأجر تبعا لجسامة الإخلال بالانتفاع أن يطلب فسخ الإيجار أو إنقاص الأجرة. والمحكمة هي التي تقدر هذه الجسامة، فلها أن تجيب المستأجر إلى طلب الفسخ أو تكتفي بإنقاص الأجرة. ولكن يشترط، في كل ذلك ألا يكون عمل السلطة ناجما عن عمل يعزي إلى المستأجر كما يشترط أن يكون هناك نقص كبير في الانتفاع، يسوغ الفسخ أو الإنقاص. أما إذا كان النقص في الانتفاع سيرا، فإنه لا يكون ثمة مبرر لا للفسخ ولا للإنقاص الأجرة.

على أنه إذا كان عمل السلطة العامة قد صدر لسبب يكون المؤجر مسؤولاً عنه فإن المؤجر يكون ملتزماً بالضمان، ويكون مسؤولاً ليس فحسب عن فسخ الإيجار أو إنقاص الأجرة، بل أيضاً عن التعويض إن كان له مقتض.

وكل هذا ما لم يتم الاتفاق بين المؤجر والمستأجر على غيره فيجوز أن يشترط المستأجر على المؤجر أن يكون مسؤولاً عن أي عمل يصدر من السلطات العامة، كما يجوز أن يشترط المؤجر على المستأجر عدم مسؤوليته عن هذه الأعمال أو التخفيف من مسؤوليته عنها.

وغني عن البيان أنه إذا كانت أعمال السلطة العامة قد صدرت مخالفة للقانون، ومن باب أولى إذا كانت من قبيل الأعمال المادية، فإنها تكون من قبيل التعرض المادي الذي لا يضمنه المؤجر، وتسري في شأنه أحكام المادة ٥٧٨ من المشروع.

وتعرض المادتان ٥٨٢ و ٥٨٣ من المشروع لضمان العيوب الخفية. وهو آخر التزام من الالتزامات الايجابية التي قررها المشروع في ذمة المؤجر، ويلاحظ أنه في المجلة - وفي الفقه الحنفي أيضاً - يكون العيب موجبا للخيار، إذا كان سببا لفوات المنافع المقصودة بالكلية، أو الإخلال بها. أما النواقص التي لا تخل بالمنافع فليست موجبة للخيار في الإجارة (م ٥١٤) ولو أنقصت العين. لأن المعقود عليه في الإيجار هو المنفعة لا العين.

ويثبت الخيار للمستأجر، سواء كان العيب موجوداً وقت العقد أو طرأ بعد ذلك في مدة الإيجار (م ٥١٥) ولكن يجب لثبوت الخيار، إذا كان العيب موجوداً وقت القبض، ألا يعلم به المستأجر، فإذا علم به، وقبض مع ذلك المأجور كان راضياً به وسقط خياره. ويترتب على العيب ثبوت الخيار للمستأجر، ان شاء استوفى المنفعة مع العيب وأعطى تمام الأجرة، وإن شاء فسخ الإجارة (م ٥١٦) وليس له المطالبة بانقاص الأجرة، فإذا أزال المؤجر العيب الحادث قبل فسخ الإجارة لا يبقى للمستأجر حق الفسخ (م ٥١٧). وتفرق المجلة في الفسخ - مقننة في ذلك الفقه الحنفي - بين العيب الذي يخل بالمنفعة والعيب الذي يفوت المنافع المقصودة بالكلية، كأنهدام الدار المؤجرة كلها. ففي الحالة الأولى، لا يجوز للمستأجر فسخ العقد إلا في حضور المؤجر «وإن فسخها في غيابه دون أن يخبره لم يعتبر فسخه وكراء المأجور يستمر كما كان». وفي الحالة الثانية يكون له فسخها في غياب المؤجر (م ٥١٨)، ذلك أنه إذا فات الانتفاع بالمأجور بالكلية سقطت الأجرة (م ٤٧٨)، والمقصود بالفسخ في حضور المؤجر - كما تفيد عبارة المادة ٥١٨ - هو مجرد اخطاره به، بحيث لا يترتب أثر الفسخ، إذا وقع في غيبة المؤجر، إلا منذ اتصاله بعلمه، لأنه يجب أن يلحق علم المؤجر بالفسخ حتى يكون على علم به، ولكن الفسخ في الحالتين لا حاجة فيه إلى رضاء المؤجر أو قضاء الحاكم.

أما قانون ايجار العقارات الحالي - رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٨ - فلم ترد فيه نصوص تتعلق بأثر العيب على الإيجار. وإذا كانت المادة السابعة من هذا القانون تلزم المؤجر بتسليم العين المؤجرة وملحقاتها، في حالة تصلح معها لأن تفي بما أعدت له من المنفعة، غير أنها لم ترتب على إخلال المؤجر بهذا الإلتزام سوى حق المستأجر في فسخ العقد أو التعويض ان كان له مقتض، متفقة في ذلك مع المجلة في أثر خيار العيب.

وطبقاً لنصوص المشروع، يلتزم المؤجر بضمان العيوب الخفية في المأجور - ولكن العيب الخفي في الإيجار لا يشترط فيه أن يكون قديماً، أي موجوداً وقت العقد، كما في البيع، فالمؤجر يضمن العيب الحادث أيضاً أثناء تنفيذ العقد، لأن عقد الإيجار عقد زمني مستمر، فإذا طرأ على المأجور عيب في مدة الإيجار ضمنه المؤجر. وفي ذلك يتفق المشروع مع الفقه الحنفي والمجلة.

ويقتصر الضمان على العيب المؤثر. ولكن بينما يعتبر العيب مؤثراً - وفقاً للمجلة

والفقه الحنفي - متى فوت المنفعة المقصودة من الإيجار، أو أخل بها سواء كان الإخلال بالمنفعة كثيراً أو قليلاً، فإن العيب لا يعتبر مؤثراً طبقاً لنصوص المشروع إلا إذا حال دون الانتفاع بالمأجور أو أنقص من هذا الانتفاع انقاصاً كبيراً (المادة ٥٨٢ / ١) ويرجع في تقدير ذلك إلى قصد المتعاقدين كما هو مبين في العقد، وإلى طبيعة المأجور والغرض الذي أجر من أجله، كما لا يعتبر العيب مؤثراً إذا جرى العرف على التسامح فيه، وكذلك يجب أن يكون العيب خفياً، بأن يكون المستأجر غير عالم به وغير مستطيع أن يتبينه بنفسه، لو أنه فحص المأجور بما ينبغي من العناية، وهو يكون كذلك أيضاً إذا أثبت المستأجر أن المؤجر قد أكد له خلو المأجور من هذا العيب أو أنه قد تعمد إخفائه غشاً منه. أما إذا كان المستأجر عالماً بالعيب وقت التعاقد، أو علم به وقت التسليم ولم يعترض فإن المؤجر لا يكون ضامناً. (المادة ٥٨٢ / ٢). فإذا ظهر بالمأجور عيب يتحقق معه الضمان، كان للمستأجر أن يطلب اما التنفيذ العيني، وإما فسخ الإيجار أو إنقاص الأجرة، مع التعويض في جميع الأحوال ان كان له مقتض، فيجوز للمستأجر أن يطلب إصلاح العيب، أو يقوم هو بإصلاحه على نفقة المؤجر، بترخيص من القضاء أو دون ترخيص وفقاً للأحكام المبينة بالمادة ٥٧٣ من المشروع، ما لم يكن إصلاح العيب من شأنه أن يرهق المؤجر (المادة ٥٨٣) كما إذا كان هذا الإصلاح يقتضي إعادة بناء المأجور من جديد أو القيام بأعمال تتكلف مصروفات باهظة لا تتناسب مع الأجرة التي يحصل عليها المؤجر.

وللمستأجر أن يطلب فسخ الإيجار، ويكون للمحكمة حق التقدير، فلها أن تجيب المستأجر إلى ذلك، إذا كان حرمان المستأجر من الإنتفاع بسبب العيب على درجة من الجسامه تبرر الفسخ، ولها أن تكتفي بإنقاص الأجرة بما يقابل النقص في الإنتفاع.

وسواء طلب المستأجر التنفيذ العيني، أو الفسخ، أو إنقاص الأجرة، فإنه يكون له الحق أيضاً في التعويض عن الضرر الذي أصابه، سواء بسبب الحرمان من الإنتفاع بالمأجور، أو بسبب العيب ذاته، وسواء كان المؤجر يعلم وجود العيب، أو لا يعلمه. فمجرد وجود العيب يعتبر إخلالاً بالالتزام بضمان العيب يوجب التعويض، ولو كان المؤجر حسن النية لا علم له بالعيب، وهو ما يأخذ به التقنين الفرنسي بنص صريح (م ١٧٢١ مدني فرنسي، وقارن المادة ٦٨٧ أردني)، أما التقنين المصري (م ٥٧٧)، والتقنينات التي تابعته، فتلزم المؤجر بالتعويض ما لم يثبت انه كان يجهل وجود العيب.

ولما كانت أحكام ضمان التعرض والعيب ليست من النظام العام، فإنه يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على ما يخالفها بالتشديد أو بالتخفيف أو بالإعفاء ولكن شرط الإعفاء من الضمان أو التخفيف منه، يقع باطلاً طبقاً لنص المادة ٥٨٤ من المشروع، إذا كان المؤجر قد تعمد إخفاء سبب الضمان غشا منه. أما إذا كان المؤجر يعلم سبب الضمان ولكنه لم يتعمد إخفاءه عن المستأجر، واشتراط عليه عدم الضمان أو تخفيف مسؤوليته عنه، فإن الشرط يكون صحيحاً.

ويلاحظ أن التقنين المصري قد الحق بالعيب، حالة خلو المأجور من صفة كفل المؤجر للمستأجر وجودها فيه، كما فعل ذلك في البيع. وسأيرته في ذلك التقنينات العربية الأخرى - فيما عدا التقنين الأردني - ولكن المشروع آثر الفصل بينهما أيضاً كما فعل في البيع (أنظر المادة ٤٩٨ من المشروع)، وأفرد لفوات الوصف نصاً خاصاً هو نص المادة ٥٨٥ فالمؤجر يلتزم بتسليم المأجور بالوصف المتفق عليه في العقد. فإن فات هذا الوصف. كان للمستأجر أن يطلب الفسخ أو إنقاص الأجرة، وذلك دون إخلال بحقه في التعويض إن كان له مقتض.

٢- التزامات المستأجر:

عرض المشروع في المواد ٥٨٦ إلى ٥٩٨ لالتزامات المستأجر الرئيسية، وهي الالتزام بدفع الأجرة، والالتزام باستعمال المأجور بحسب ما أعد له، والالتزام بالمحافظة على المأجور، وأخيراً الالتزام برده عند انتهاء الإيجار.

(أ) - أما الالتزام بدفع الأجرة فهو الالتزام الرئيسي الذي يواجهه المستأجر منذ البداية. والغالب أن ينص عقد الإيجار على المواعيد التي تدفع فيها الأجرة، كأن ينص على تعجيل الأجرة بأكملها أو على تأجيلها، أو على تقسيطها إلى أقساط تؤدي في أوقات معينة، فيلتزم المستأجر بهذه المواعيد، وإذا لم ينص عقد الإيجار على مواعيد دفع الأجرة اتبع العرف في تعيينها (المادة ٥٨٦ / ١)، أما مكان دفع الأجرة فهو موطن المستأجر، لأنه هو المدين بها، وليس هذا إلا تطبيقاً للقواعد العامة، فإذا وجد إتفاق أو عرف بغيره وجب إتباعه (المادة ٥٨٦ / ٢). وغني عن البيان أنه إذا لم يقيم المستأجر بهذا الالتزام، فللمؤجر أن يلزمه القيام به طبقاً للقواعد العامة، وله في ذلك ما أن يطلب تنفيذ الالتزام عيناً، أو أن يفسخ الإيجار، مع طلب التعويض في الحالتين إن كان له محل.

وتنص المادة ٥٨٧ من المشروع على أن الوفاء بالأجرة عن وحدة زمنية معينة يعتبر قرينة على الوفاء بالأجرة عن المدة السابقة، حتى يقوم الدليل على العكس. لأن المعتاد أن لا يقبل المؤجر قبض قسط من الأجرة إلا إذا قبض القسط الذي قبله. وبفضل هذه القرينة لا يضطر المستأجر الى الاحتفاظ بمخالصات الوفاء بالأجرة طوال المدة التي لا تسمع بعدها الدعوى، ويكفيه أن يحتفظ بالمخالصة الأخيرة، ولكنها قرينة قابلة لإثبات العكس، ويكون عبء هذا الإثبات على عاتق المؤجر. هذا ولم يلزم المشروع مستأجر العقار بأن يضع في العقار المأجور، منقولات تضمن الوفاء بالأجرة عن مدة معينة كما فعل القانون المصري في المادة ٥٨٨، وهو مسلك اتبعته غالبية القوانين العربية الأخرى (السوري والعراقي والسوداني والأردني واللبناني والتونسي والمغربي) غير أن المشروع آثر أن يعطي للمؤجر بمقتضى المادة ٥٨٨ حق حبس المنقولات الموجودة في المأجور ولو لم تكن مملوكة للمستأجر، ما دامت مثقلة بامتياز المؤجر، كما أعطاه الحق في الممانعة في نقلها وفي استردادها إذا نقلت رغم معارضته أو دون علمه إلا إذا كان النقل أمرا اقتضته حرفة المستأجر أو المألوف في شؤون الحياة أو كانت المنقولات التي تركت في المأجور تفي بضمان الأجرة وفاء تاماً.

(ب) - وتنص المادة ٥٨٩ من المشروع على التزام المستأجر بأن يستعمل المأجور على النحو المتفق عليه، فإذا لم يكن هناك إتفاق التزم باستعماله بحسب ما اعد له ووفقاً لما يقتضيه العرف، وفي ذلك يتفق المشروع مع الفقه الحنفي وأحكام المجلة (قارن المواد ٤٢٦ و ٤٢٧ و ٥٢٧ من المجلة).

ويتفرع عن هذا الالتزام، أنه لا يجوز للمستأجر بغير إذن المؤجر أن يحدث في المأجور تغييراً ينشأ عنه ضرر للمؤجر (مادة ٥٩٠ من المشروع) فإن فعل، كان ملزماً بإعادة المأجور إلى الحالة التي كان عليها وبالتعويض إن كان له مقتض، كما يكون للمؤجر الحق في طلب فسخ الإيجار إن كان ثمة مبرر لذلك، وكل هذا تطبيق محض للقواعد العامة. ويتفق نص المشروع مع الفقه الحنفي الذي لا يجيز للمستأجر أن يحدث في المأجور تغييراً بغير إذن المؤجر.

على أنه يجوز للمستأجر أن يضع في المأجور أجهزة أو تركيبات تكفل له الانتفاع المقصود، كتركيب أجهزة الهاتف والتبريد والاستقبال الإذاعي وما إلى ذلك من الوسائل

الحديثة التي شاع استعمالها، بشرط مراعاة الأصول السليمة في وضعها وذلك ما لم يكن في وضع هذه الأجهزة أو التركيبات اضراراً بالمأجور أو إنقاص من قيمته. فإذا كان تدخل المؤجر لازماً لاتمام شيء من ذلك، كان للمستأجر أن يقتضي منه هذا التدخل، على أن يتحمل بنفقاته (المادة ٥٩١ من المشروع).

(ج) وتعرض المواد ٥٩٢ - ٥٩٤ لالتزام المستأجر بالمحافظة على المأجور، فتقتضي منه أن يبذل من العناية في استعماله وفي المحافظة عليه ما يبذله الشخص العادي، وتوجب عليه أن يخطر المؤجر بكل أمر يستوجب تدخله، كما تحمله بإجراء الإصلاحات البسيطة التي يقتضيها الاستعمال المألوف وإذا كانت المجلة لم تورد نصاً صريحاً يقرر هذا الالتزام، إلا أنه يستخلص ضمناً من بعض نصوصها (قارن المواد ٦٠١-٦٠٥)، التي تلزم المستأجر بالضمان إذا تلف المأجور أو طرأ على قيمته نقصان بتقصير منه في أمر المحافظة أو بتعديه، أو مخالفته لمأذونيته، ولكن المجلة لم تحدد قدر العناية المطلوبة من المستأجر في قيامه بهذا الالتزام.

فبالنسبة للعناية الواجبة في المحافظة على المأجور، حدد المشروع في المادة ٥٩٢ هذه العناية بأنها عناية الشخص العادي، وليس هذا الحكم إلا تطبيقاً محضاً للقواعد العامة التي تقتضي بأنه في الالتزام بعمل، إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارة أو أن يتوخى الحيلة 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 (قارن المادة ٢٠٩ من قانون التجارة الحالي) فالمعيار هنا موضوعي، والمطلوب من المستأجر هو عناية الشخص العادي، لا عنايته هو في شئون نفسه والتزامه هذا هو التزام ببذل عناية، ومن ثم يكون قد وفى بالتزامه متى بذل العناية المطلوبة منه ولو لم يتحقق الغرض المقصود من هذه العناية، وهو سلامة المأجور.

ولا يلتزم المستأجر بعناية الشخص العادي في المحافظة على المأجور فحسب، بل يلتزم بهذه العناية أيضاً في استعماله فيجب عليه أن يستعمل المأجور استعمالاً مألوفاً، فإن استعماله استعمالاً غير مألوف، وترتب على ذلك هلاك المأجور أو تلفه أو إصابته بأي ضرر كان مسئولاً عن تعويض المؤجر.

كذلك لا تقتصر مسؤولية المستأجر في المحافظة على المأجور وفي استعماله

الاستعمال المألوف، على أفعاله الشخصية، بل تمتد أيضاً إلى أعمال تابعيه وقصد بهم الأشخاص الذين تكون صلتهم بالمستأجر هي التي مكنت لهم من الاضرار بالمأجور، كأهل بيته وخدمه وعماله والمستأجرين من الباطن. فإذا أصاب المأجور تلف أو هلاك، وقع على المستأجر عبء الإثبات. فيكون عليه أن يثبت أنه بذل عناية الشخص العادي، بأن استعمل المأجور استعمالاً مألوفاً، وبأنه اتخذ الاحتياطات المعتادة في المحافظة عليه. فإن أثبت ذلك، يكون قد أثبت أنه نفذ التزامه في المحافظة على المأجور، فلا يكون مسئولاً عما أصابه من تلف أو هلاك، أما إذا لم يستطع إثبات ذلك، أو أثبت المؤجر أن المستأجر لم يبذل عناية الشخص العادي بل قصر في اتخاذ الاحتياطات المعتادة، فإنه يبقى على المستأجر للتخلص من المسؤولية، أن يثبت أنه بالرغم من عدم بذله عناية الشخص العادي، فإن تلف المأجور أو هلاكه إنما يرجع إلى سبب أجنبي.

وفي سبيل العناية بالمحافظة على المأجور، أوجب المشروع في المادة ٥٩٣ على المستأجر أن يبادر إلى إخطار المؤجر بكل ما يهدد سلامة المأجور مما لا يستطيع أن يعلمه من تلقاء نفسه كأن يحتاج المأجور إلى إصلاحات مستعجلة أو ينكشف فيه عيب، أو يقع عليه غصب. فإذا لم يقم المستأجر بهذا الواجب وأصيب المؤجر بضرر من جراء ذلك، كان المستأجر مسئولاً عن تعويضه.

كذلك أوجب المشروع في المادة ٥٩٤ على المستأجر إجراء الإصلاحات البسيطة - أو التأجيرية - التي يقتضيها استعمال المأجور استعمالاً مألوفاً، فهي تدخل في العناية الواجب بذلها في استعمال المأجور. فإذا كان المأجور منزلاً مثلاً: كان على المستأجر إصلاح النوافذ والأبواب وصنابير المياه والأقفال والمفاتيح والأجراس الكهربائية وغير ذلك من الإصلاحات البسيطة التي يقتضيها الاستعمال المألوف بالنسبة للمنازل - وإذا كان المأجور سيارة تحمل المستأجر بالإصلاحات البسيطة اللازمة لأبواب وعجلاتها وأجهزتها الميكانيكية والكهربائية مما يقتضيه الاستعمال المألوف للسيارة. أما الإصلاحات الكبيرة لشيء مما تقدم فهي على المؤجر. ما لم يثبت أنها مترتبة على خطأ المستأجر أو أحد تابعيه.

(د) - وتعرض المواد من ٥٩٥-٥٩٨ لالتزام المستأجر برد المأجور عند إنتهاء الإيجار، وهي تقابل المواد ٥٣١ و ٥٩١-٥٩٥ و ٦٠٦ من المجلة، والمادة ٢٣ من قانون

إيجار العقارات رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٨، مع ملاحظة ما يأتي :-

١- يضع المشروع في المادة ٥٩٥ منه على عاتق المستأجر الالتزام برد المأجور وملحقاته عند انتهاء الإيجار. أما في المجلة فإن المستأجر لا يلتزم إلا برفع يده عن المأجور عند إنقضاء الإجارة (م ٥٩١)، فلا يكون له بعد انقضائها أن يستعمل المأجور، لأن الثابت إلى غاية ينتهي عند وجود الغاية. ولكن المستأجر لا يلزمه رد المأجور وإعادته، بل يلزم الأجر أن يأخذه عند انقضاء الإجارة ولا يلزم المستأجر إلا تسليمه إياه (م ٥٩٣ و ٥٩٤).

٢- طبقاً للقواعد العامة ولنصوص المشروع (المادة ٥٩٧) يتحمل المستأجر مصروفات رد المأجور ان وجدت. وكل ذلك ما لم يقض الإتفاق أو العرف بغيره. أما في المجلة، فإن مصروفات رد المأجور تكون على المؤجر (م ٥٩٥)، لان المستأجر لا ينال منافع المأجور مجاناً فلا يلزمه أن يتحمل مؤونة الرد ومضرته. ففي الإجارة تجب مؤونة الرد على رب المال على عكس العارية، ففيها تجب مؤونة الرد على المستعير. هذا إذا كان الإخراج بإذن رب المال. أما إذا حصل الإخراج بغير إذنه فمؤونة الرد على الذي أخرجه مستعيراً كان او مستأجراً (هندية).

٣- يبين المشروع ان المستأجر إذا أخل بالتزامه بالتسليم يجب عليه تعويض المؤجر عما يلحقه من ضرر وذلك دون إخلال بحق المؤجر في تسليم المأجور (المادة ٥٩٥) وهو ما يتفق مع أحكام المجلة والفقهاء الحنفي فالمأجور عندهم يكون أمانة في يد المستأجر فإذا استمر في استعماله بعد انقضاء الإجارة دون إذن المؤجر يكون غاصباً ويكون ضامناً لتلف المأجور ولا تلزمه الأجرة. أما قانون إيجار العقارات الحالي. فيلزم المستأجر بأن يدفع عن المدة الزائدة تعويضاً يعادل ضعف الأجرة (م ٢٣ / ١).

٤- يقرر المشروع أن على المستأجر أن يرد المأجور بالحالة التي تسلمه عليها إلا ما يكون قد أصاب المأجور من هلاك أو تلف بغير خطأ يسأل عنه المستأجر، وإذا كان تسليم المأجور قد تم دون بيان لحالته، افترض أن المستأجر قد تسلمه في حالة حسنة حتى يقوم الدليل على العكس (المادة ٥٩٦ من المشروع) وقارن (المادة ٢٣ / ٢ و ٣ من قانون إيجار العقارات الحالي) أما المجلة، فلم يرد فيها نص عن الحالة التي يجب أن يكون عليها المأجور عند تسليمه ومع ذلك فإنه يترتب على اعتبار المأجور أمانة في يد

المستأجر أن يلتزم هذا الأخير برده بالحالة التي يكون عليها عند إنقضاء الإجارة إلا إذا كان ما لحق المأجور من عيب أو تلف يرجع إلى تقصير المستأجر في حفظه أو تعديده عليه، أو مخالفة مآذونيته بشأنه.

٥- وفيما يتعلق بالزيادات التي يكون المستأجر قد أضافها إلى المأجور أثناء الإجارة، فعند الحنفية، إذا أقام المستأجر في المأجور بناء أو غرس فيه اشجاراً، لزمه عند إنقضاء مدة الإيجار أن يهدم البناء أو يقلع الأشجار وأن يسلم المأجور فارغاً من البناء والغرس ونحوهما لعدم نهايتها. فإذا كان في الإزالة ضرر بالمأجور كان للمؤجر إبقاء البناء أو الغرس مقابل دفع قيمته مستحقاً للهدم أو القلع دفعا للضرر عنه أما إذا لم يكن في ذلك ضرر بالمأجور فلا يكون للمؤجر إبقاء البناء أو الغرس إلا برضاء المستأجر. ولكن المجلة تعطي الخيار للمؤجر في جميع الأحوال، فإن شاء قلع البناء والشجر، وإن شاء أبقاه وأعطى قيمته كثيرة كانت أو قليلة (م ٥٣١).

أما التقنينات العربية، فقد اختلفت في ذلك إختلافاً بينا. فالتقنين الأردني يأخذ بأحكام الفقه الحنفي كاملة (المادة ١/٧٠) وقانون إيجار العقارات الكويتي، يخير المستأجر بين ترك التحسينات أو ازالتها على نفقته دون إضرار بالعقار ما لم يكن هناك إتفاق يقضي بغير ذلك (م ٤/٢٣) فليس للمؤجر أن يطلب إبقاء ما زاده المستأجر إلا برضائه وليس للمستأجر إذا اختار إبقاء هذه التحسينات، أن يطلب من المؤجر عوضاً عنها.

ولكن غالبية هذه التقنينات تستقي أحكامها من المشروع الفرنسي الإيطالي (المادة ٤٣٥)، فتفرق بوجه عام، بين ما إذا كانت هذه الزيادات قد أحدثها المستأجر بإذن المؤجر، أو على الأقل بعلمه، ودون معارضته، أو أحدثها بغير علمه أو رغم معارضته ففي الحالة الأولى، يستبقى المؤجر هذه الزيادات، ويلتزم بأن يرد للمستأجر أدنى القيمتين، ما أنفقه في هذه التحسينات أو ما زاد في قيمة العقار. وفي الحالة الثانية يجوز له أن يطلب ازلتها (إذا أثبت أنها لا تعود عليه بفائدة) وان يطلب أيضاً تعويضاً عن الضرر الذي يصيب العقار من الازالة. وله أن يحتفظ بها على أن يرد أدنى القيمتين المتقدمتين، ويجوز أن ينظره القاضي إلى أجل للوفاء بها (قارن المواد ٥٩٢ مصري، ٥٥٩ سوري، ٥٩١ ليبي، ٤٨٣ سوداني و ٥٨٣ لبناني، ٥٥٣ صومالي، ٥٠٤ جزائري).

أما التقنين العراقي، فقد سلك مسلكاً وسطاً، وميز بين فروض ثلاثة:-

الاول - إستحداث الزيادات رغم معارضة المؤجر أو دون علمه فيلزم المستأجر بالإزالة إلا إذا كان ذلك يضر بالمأجور فيستبقى المؤجر ما استحدثه المستأجر بقيمته مستحقاً للقلع وفي هذا اتفقت أحكام التقنين العراقي مع أحكام الفقه الحنفي.

الثاني - إستحداث الزيادات بعلم المؤجر ودون معارضته، فيرد المؤجر للمستأجر الأقل مما أنفقه أو ما زاد في قيمة المأجور، وهو ما يتفق مع أحكام المشروع الفرنسي الإيطالي والتقنينات العربية التي أخذت عنه.

الثالث - استحدثت الزيادات بأمر المؤجر، فيرد المؤجر للمستأجر ما أنفقه بالقدر المعروف، أي بما لا يزيد على المألوف.

وقد أثر المشروع أن يأخذ في ذلك بأحكام الفقه الحنفي مع بعض التعديل، فإذا أحدث المستأجر في المأجور بناء أو غراساً أو أية تحسينات أخرى تزيد في قيمته، كان له عند إنقضاء الإيجار أن يتركها أو أن يزيلها على نفقته إذا لم يكن في ذلك إضرار بالمأجور فإن لم يقيم المستأجر بإزالة هذه الزيادات فإن للمؤجر أن يطالبه بإزالتها، كما أن له أن يستبقئها بقيمتها مستحقة الإزالة، دون إخلال بحقه في التعويض عما تسببه الإزالة من ضرر إذا كانت الزيادات قد أضيفت بغير إذن منه وكل ذلك ما لم يوجد إتفاق يقضي بغيره (المادة ٥٩٨ من المشروع).

(ثالثاً) التنازل عن الإيجار والتأجير من الباطن:

لم تعرض المجلة أو الفقه الحنفي للتنازل عن الإيجار، ولكنهم عرضوا للتأجير من الباطن، فأجازوا للمستأجر أن يتصرف في منفعة العين المؤجرة معاوضة عن طريق الإجارة، أو تبرعاً عن طريق الإعادة، إذا كان المأجور مما لا يتفاوت إستعماله والإنتفاع به باختلاف الناس، حتى ولو شرط المؤجر أن يستعمل المستأجر المأجور بنفسه وان ليس له إيجاره من غيره. لأن كل ما لم يختلف باختلاف المستعملين فالتقييد فيه لغو لأنه غير مقيد. فلو استأجر أحد داراً على أن يسكنها كان له أن يسكن غيره فيها (المجلة ٤٢٨)، لأن السكنى لا تتفاوت فيها الناس. ولكن كل ما اختلف باختلاف المستعملين يعتبر فيه التقييد، فلو استكرى أحد دابة لركوبه ليس له أن يركبها غيره (المجلة ٤٢٧) ومن استأجر ثياباً على أن يلبسها بنفسه، فليس له أن يلبسها غيره.

والإجارة من الباطن تجوز عند الحنفية بمثل الأجرة الأصلية أو بأقل أو بأكثر، فإن كانت الأجرة الثانية من جنس الأجرة الأولى، فإن الزيادة لا تطيب للمستأجر ويتصدق بها إلا إذا كان قد زاد في المأجور زيادة، كما لو حفر في الدار بئراً أو أصلح أبوابها أو شيئاً من حوائطها، وإن كانت الأجرة من خلاف جنس الأجرة الأولى طابت له الزيادة.

وقد اختلفت التقنيات الأجنبية في شأن التنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن، فبعضها يجيزه ما لم يوجد شرط مانع (١٧١٧ فرنسي و ٤١٩ مشروع فرنسي إيطالي)، وبعضها لا يجيزه إلا بإذن من المؤجر (١/٥٤٩ ألماني) وبعض آخر يجيزه بشرط ألا ينتج منه ضرر للمؤجر (١/٢٦٤ التزامات سويسري).

أما التقنيات العربية فتجيز غالبيتها التنازل والإيجار ما لم يقض الإتفاق (أو العرف) بغير ذلك. (٥٩٣ مصري، ٥٦٠ سوري، ٧٧٥ عراقي، ٥٩٢ ليبي، ٥٥٤ صومالي، ٥٨٤ لبناني، ٧٧٢ تونسي، ٦٦٨ مغربي) وشذ بعض منها فمنع التنازل والإيجار إلا بموافقة المؤجر أو بإذنه (٤٨٤ سوداني، ٥٠٥ جزائري، ٧٠٣ أردني)، وكذلك فعل قانون إيجار العقارات الكويتي الذي علق جواز التنازل والتأجير على إذن كتابي صريح من المؤجر (مادة ١٤).

ويقرر المشروع للمستأجر حق التنازل عن الإيجار والإيجار من الباطن، ما لم يوجد شرط يمنع من ذلك أو يتبين أن شخصية المستأجر كانت محل اعتبار عند التعاقد (مادة ٥٩٩).

فإذا وجد الشرط المانع من التنازل فإنه يقتضي المنع من الإيجار من الباطن، وكذلك العكس (مادة ٦٠٠ من المشروع) وهو حكم يبرره أن المتعاقدين لا يدركان عادة ما بين التنازل والإيجار من الباطن من الفروق الدقيقة، ومع هذا فليس ثمة ما يمنع من ظهور نية في منع احد العاملين دون الآخر وقاضي الموضوع هو الذي يستظهر هذه النية دون معقب عليه في ذلك.

ويعرض المشروع بعد ذلك لحكم التنازل عن الإيجار والإيجار من الباطن، ففي حالة التنازل عن الإيجار، يحل المتنازل له محل المستأجر الأصلي في جميع حقوقه والتزاماته الناشئة عن عقد الإيجار. ويكون للمؤجر ان يطالبه بجميع الالتزامات التي تقع على عاتق المستأجر الأصلي بطريق الدعوى المباشرة كما يكون للمتنازل له ان

يطالب المؤجر، وبطريق الدعوى المباشرة أيضا، بجميع حقوق المستأجر الأصلي، ومع ذلك يبقى المستأجر الأصلي ضامنا للمتنازل له في تنفيذ التزاماته (مادة ٦٠١ من المشروع).

وفي حالة الإيجار من الباطن، تبقى العلاقة ما بين المؤجر والمستأجر الأصلي خاضعة لأحكام عقد الإيجار الأصلي المبرم بينهما، أما العلاقة بين المستأجر الأصلي والمستأجر من الباطن، فتسري عليها أحكام عقد الإيجار من الباطن. ومع ذلك يكون المستأجر من الباطن ملزما بأن يؤدي للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتا في ذمته للمستأجر الأصلي وقت ان ينذر المؤجر، دون أن يكون للمستأجر من الباطن أن يتمسك قبل المؤجر بما يكون قد عجله من الأجرة للمستأجر الأصلي ما لم يكن ذلك قد تم قبل الإنذار وبسند ثابت التاريخ (مادة ٦٠٢ من المشروع).

وفي الحالتين - حالة التنازل وحالة التأجير - تبرأ ذمة المستأجر الأصلي قبل المؤجر، فيما يتعلق بضمانه للمتنازل له في حالة التنازل عن الإيجار وفيما يتعلق بما يفرضه عقد الإيجار الأصلي من التزامات في حالة الإيجار من الباطن، إذا صدر من المؤجر قبول صريح أو ضمني بالتنازل عن الإيجار أو بالإيجار من الباطن بعد حصول أيهما. ويعتبر قبولاً ضمنيا استيفاء المؤجر الأجرة مباشرة من المتنازل له أو من المستأجر من الباطن دون أن يبدي أي تحفظ في شأن حقوقه قبل المستأجر الأصلي (مادة ٦٠٣ من المشروع).

(رابعا) إنتهاء الإيجار :

تعرض المواد من ٦٠٤ إلى ٦٠٦ لانتهاء الإيجار بانقضاء مدته، وللتجديد الضمني للإيجار وهي تقابل المادة ١٩ من قانون إيجار العقارات رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٨ مع ملاحظة ما يأتي :-

١- يميز المشروع بين تجديد الإيجار تجديدا ضمنيا وبين إمتداد الإيجار فإذا كان الإيجار لمدة محددة وانقضت، انتهى الإيجار بانقضائها دون حاجة إلى تنبيه (مادة ٦٠٤). فإن بقي المستأجر مع ذلك منتفعا بالمأجور دون رضاء المؤجر فإنه يكون مغتصبا ويجوز الحكم عليه بالرد وبالتعويض. أما ان بقي المستأجر منتفعا بالمأجور بعلم المؤجر ودون

إعتراض منه، فإن هذا يكون تجديدا للإيجار السابق أي إيجارا جديدا بشروط الإيجار الأول ولكن لمدة غير محددة تسري في شأن تحديدها أحكام المادة ٥٦٧ من المشروع (مادة ٦٠٥ / ١) .

وإذا اشترط في الإيجار أنه لا ينتهي إلا بعد حصول التنبيه في ميعاد معين، فإن الإيجار ينتهي بحصول هذا التنبيه في الميعاد . فإذا لم يصدر هذا الاخطار في الميعاد، إمتد الإيجار الأول إلى مدة أخرى ولا يعتبر ذلك تجديدا (مادة ٦٠٤) .

هذا ويلاحظ ان انتهاء الإيجار بإنقضاء المدة، إنما يكون حيث لا يتعارض مع الأحكام الاستثنائية الواردة في بعض التشريعات والتي تقضي بإمتداد الإيجار بحكم القانون بعد إنقضاء مدته، ومن ثم يجب تطبيق هذه الأحكام الاستثنائية ما دامت سارية .

٢ - وقد كان من مقتضى إعتبار التجديد الضمني إيجارا جديدا، ألا تنتقل إليه تأمينات الإيجار السابق من تلقاء نفسها - سواء كانت هذه التأمينات مقدمة من المستأجر أو مقدمة من الغير - بل كان لا بد في انتقالها من اتفاق جديد تطبيقا للقواعد العامة . ولكن المشروع رأي الخروج على هذه القواعد فنص صراحة في الفقرة الثانية من المادة ٦٠٥ على إنتقال التأمينات التي قدمها المستأجر ضمانا للإيجار السابق الي الإيجار الجديد، مع مراعاة القواعد المتعلقة بشهر الحقوق . ومن ثم فلا يشترط في انتقال الرهن الذي يكون المستأجر قد قدمه في الإيجار السابق ورقة رسمية جديدة، بل ينتقل هذا الرهن بسنده الأصلي إلى الإيجار الجديد، ولكن مع مراعاة قيده قيда جديدا يأخذ مرتبته من وقت هذا القيد حتى لا يضر ذلك بحقوق الغير .

أما التأمينات المقدمة من غير المستأجر فلم ير المشروع الخروج فيها على القواعد العامة، ولذا فإنها لا تنتقل إلى الإيجار الجديد إلا برضاء من قدمها، سواء كانت هذه التأمينات شخصية أو عينية ومن ثم فإنه يشترط في إنتقال الرهن الذي يكون الكفيل قد قدمه في الإيجار الأول ورقة رسمية جديدة غير ورقة الرهن السابق .

٣ - إعتبر المشروع التنبيه بالاخلاء - سواء كان ضرورياً أو غير ضروري - قرينة على أن نية المتعاقد الذي وجه التنبيه لا تنصرف إلى التجديد الضمني . ولكنها قرينة قابلة لاثبات العكس بصريح نص المادة ١ / ٦٠٦ إذ يجوز أن يكون من صدر عنه التنبيه قد عدل بعد ذلك، وانصرفت نيته في وضوح إلى التجديد الضمني، وقبل المتعاقد الآخر

ذلك منه. وفي هذه الحالة ينعقد التجديد الضمني بالرغم من هذا الاخطار ويقع عبء إثبات ذلك على عاتق من يدعيه.

وقد يكون القصد من الاخطار أن المؤجر يقبل تجديد الايجار على أن ترفع الأجرة إلى مبلغ معين يذكر في الاخطار، أو على أن تعدل بعض شروط العقد بطريقة توضح في الاخطار. فإذا سكت المستأجر وبقي منتفعاً بالمأجور بعد انقضاء مدة الايجار، فإن سكوته يعتبر رضاء وقبولاً للتجديد بالشروط الجديدة (مادة ٦٠٦/٢).

وتعرض المواد من ٦٠٧ إلى ٦٠٩ لأثر بيع المأجور على عقد الايجار. ويلاحظ أنه في الفقه الحنفي وفي المجلة، لا أثر لبيع المأجور على عقد الايجار بل ان حق المستأجر يكون عندهم مفضلاً بإعتباره حقاً للغير يتعلق بالمبيع. فلو باع الأجر المأجور بدون إذن المستأجر، يكون البيع نافذاً بين البائع والمشتري فقط ولكنه لا يكون نافذاً في حق المستأجر ولا تنسخ به الاجارة، أي أن البيع يكون موقوفاً على اجازة المستأجر، فإن اجازة نفذ في موجهته وانقضت الاجارة، وإن لم يجزه ظل موقوفاً إلى حين انقضاء مدة الاجارة، وهو ما أخذ به التقنين الأردني في المادة ٦٩١.

أما قانون إيجار العقارات الحالي، فإن مقتضى القاعدة التي اوردتها المادة ١٦ منه، انه إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة إلى شخص آخر بأي تصرف قانوني ناقل لها، فإن الايجار لا ينتهي ولكنه يظل قائماً وتنتقل الحقوق والالتزامات الناشئة عنه إلى المالك الجديد حتى ولو لم يكن للايجار تاريخ ثابت قبل إنتقال الملكية وكل ما يشترط لذلك هو أن يكون المستأجر شاغلاً للعين المؤجرة في تاريخ انتقال الملكية، ولكن الايجار لا ينفذ في حق المالك الجديد إذا هو اثبت صورته أو اثبت غشاً يبطله. وهذا الحكم ورد تطبيقاً للقواعد العامة التي طبقها القانون ايضاً في المادة ١٨ منه، على وفاء المستأجر معجلاً بالأجرة إلى المؤجر ومن مقتضاها إنه لا يجوز للمستأجر أن يتمسك بما عجله من الأجرة قبل من انتقلت إليه الملكية إذا اثبت هذا أن المستأجر كان يعلم وقت الدفع بانتقال الملكية، أو كان المفروض حتماً أن يعلم بذلك، ومتى ثبت العلم الفعلي أو العلم الافتراضي كان دفع الأجرة عن المدة التي تلت العلم غير سار في حق المالك الجديد الذي يحق له استيفاء الأجرة من المستأجر، ولهذا أن يرجع على المؤجر بما دفعه له طبقاً لقواعد الاثراء بلا سبب. أما إذا عجز المالك الجديد عن الاثبات فإن دفع الأجرة

للمؤجر يكون قد تم صحيحاً ويستطيع المالك الجديد أن يرجع على المؤجر بما استوفاه من الأجرة عن المدة التالية للتصرف الناقل للملكية (المذكرة الايضاحية للقانون).

ويلاحظ فيما يتعلق بنصوص المشروع ما يأتي:-

١ - ان الايجار لا يكون نافذاً في حق من انتقلت إليه ملكية المأجور ما لم يثبت أنه كان يعلم به أو كان له تاريخ ثابت سابق على السبب الذي ترتب عليه إنتقال الملكية (مادة ٦٠٧)، ومع ذلك يجوز لمن انتقلت اليه الملكية أن يتمسك بعقد الايجار حتى لو كان غير نافذ في حقه على هذا الوجه. فقد يكون له مصلحة في ذلك كأن يرى أن الايجار بشروطه التي يتضمنها صفقة رابحة وانه لن يجد مستأجراً بشروط أفضل. وقد تكون المدة الباقية لانتهاء الإيجار أقل من مدة الاخطار الذي يتعين توجيهه للمستأجر حتى يرد المأجور.

٢ - انه يستوي أن يكون المأجور الذي انتقلت ملكيته عقاراً أو منقولاً.

٣ - انه لا عبرة بالسبب الذي تنتقل به ملكية المأجور، فيستوي أن تنتقل الملكية جبراً، كما يقع في نزع ملكية العقار وفي التنفيذ بالحجز على المنقول، أو اختياراً بأي تصرف مثل البيع أو المقايضة أو الهبة أو بأي سبب آخر كالشفعة. ولكن يشترط أن يكون من انتقلت إليه الملكية خلفاً خاصاً للمؤجر.

٤ - حدد المشروع العلاقة ما بين المستأجر وبين كل من متلقى الملكية والمؤجر الأصلي سواء في حالة عدم نفاذ الايجار في حق متلقى الملكية أو في حالة نفاذه في حقه:-

ففي الحالة الأولى، لا يجوز لمتلقي الملكية بالرغم من عدم نفاذ الايجار في حقه أن يجبر المستأجر على رد المأجور دون إخطاره في الميعاد المبين بالمادة ٥٦٧، أما المؤجر فإنه يلتزم بتعويض المستأجر عن حرمانه من الانتفاع بالمأجور فيما بقي من مدة الإيجار. ويكون للمستأجر أن يحبس المأجور ولا يرده حتى يستوفي هذا التعويض أو يحصل على تأمين كاف للوفاء به (مادة ٦٠٨) سواء من المؤجر أو ممن انتقلت إليه الملكية ويكون لهذا الأخير أن يرجع على المؤجر بما دفعه للمستأجر وفقاً لقواعد الاثراء بلا سبب.

أما في حالة بقاء الايجار قائماً سواء لنفاذه في حق الخلف أو لتمسك الخلف به رغم عدم نفاذه، فإن من انتقلت إليه الملكية يحل محل المؤجر في جميع ما يرتبه عقد الايجار من حقوق والتزامات (مادة ٦٠٩ / ١) ويلتزم المستأجر بسداد الأجرة إليه من وقت علمه بانتقال الملكية إليه. ويقع عبء إثبات العلم على الخلف الخاص فإذا أثبت أن المستأجر كان يعلم وقت الدفع بانتقال الملكية، أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بذلك، كان دفع الأجرة عن المدة التي تلت هذا العلم غير سار في حقه (المادة ٦٠٩ / ٢)، وله أن يستوفي الأجرة مرة ثانية من المستأجر، ولهذا أن يرجع على المؤجر بما دفعه له طبقاً لقواعد الاثراء بلا سبب، أما إذا عجز متلقي الملكية عن الاثبات المتقدم، فإن دفع المستأجر الأجرة للمؤجر يكون صحيحاً سارياً في حق متلقي الملكية، ولهذا أن يرجع على المؤجر بما استوفاه من المستأجر من وقت التصرف الناقل للملكية.

وغنى عن البيان أن الأحكام المتقدمة تسري على ما عجله المستأجر دون غش أو تواطؤ مع المؤجر، من الأجرة عن مدة لاحقة، حتى لو كانت هذه المدة تالية للوقت الذي علم فيه بانتقال الملكية، ما دام تعجيل الأجرة كان سابقاً على هذا العلم.

وأخيراً يعرض المشروع في المواد ٦١٠ إلى ٦١٥ لانتهاج الايجار بالعدر، وهو مبدأ مأخوذ عن الفقه الإسلامي. فقد أجاز الحنفية فسخ الاجارة بالعدر، إذا استلزمت ضرراً ليس من مقتضى عقد الاجارة، إذ لا يجوز تحميل أحد العاقدين ضرراً لا يقتضيه العقد. فإن كان باستيفاء المعقود عليه ضرر بالنفس أو المال، تنفسخ الاجارة، لأنه لما كانت المنافع - وهي المعقود عليه - غير مقبوضة «فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع، تنفسخ به، إذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضي في موجهه الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به». وإذا كان العذر ظاهراً فسخت الاجارة بلا حكم حاكم، وإن كانت غير ظاهرة فلا تنفسخ إلا بحكم الحاكم أو برضاء الطرفين. وهذا الفقه قننته المجلة بالنص في المادة ٤٤٣ منها على أنه «لو حدث عذر مانع لاجراء موجب العقد تنفسخ الاجارة» ومن أمثلة العذر الطارئ في الفقه الإسلامي أن يلحق المؤجر دين فادح لا يجد قضاءه إلا من ثمن العين المؤجرة فيكون هذا الدين عذراً له يجيز فسخ الاجارة لأن في بقائها ضرراً يصيبه في نفسه وهو الحبس في دينه. أو أن يفلس المستأجر، فإذا استأجر شخص من آخر حانوتاً ليتجر فيه ثم أفلس، فإن له أن يفسخ الاجارة. وأما إذا كسدت سوق الحانوت فليس له أن يفسخ

بذلك. ومن أمثلته أيضا أن يغير المستأجر من حرفته أو ينتقل من التجارة إلى الزراعة، أو أن يصاب مستأجر الأرض الزراعية بمرض يقعده عن زراعتها أو أن يترك الزراعة أصلا، أو أن ينتقل المستأجر إلى بلدة أخرى والحاصل ان كل عذر لا يمكن معه استبقاء المعقود عليه الا بضرر يلحقه في نفسه أو ماله يثبت له حق الفسخ». أما ابتغاء الربح فليس عذرا يجيز فسخ الاجارة، فلا يعتبر العثور على حانوت أجرته أقل أو مساحته أوسع عذرا للمستأجر يجيز له فسخ الاجارة، كما لا يعتبر عذرا للمؤجر أن يجد مستأجرا بأجرة أعلى. كذلك لا يعتبر انهزام الدار التي يسكنها المؤجر عذرا يجيز له فسخ الاجارة ليسكن بدل المستأجر ولو كان لا يملك دارا أخرى، لأنه لا ضرر عليه فوق ما التزمه بالعقد.

وقد أخذ التقنين المصري هذا المبدأ عن الفقه الإسلامي، فأجاز لكل من المتعاقدين أن يطلب إنهاء العقد - إذا كان محدد المدة - قبل إنقضاء مدته، إذا جدت ظروف خطيرة غير متوقعة من شأنها أن تجعل تنفيذ الايجار مرهقا سواء تحقق الارهاق من مبدأ تنفيذ العقد أو أثناء تنفيذه، على أن يراعي من يطلب إنهاء العقد مواعيد التنبيه بالاخلاء، وأن يعرض الطرف الآخر تعويضا عادلا تراعي فيه الظروف، فإذا كان المؤجر هو الذي يطلب الإنهاء فلا يجبر المستأجر على رد المأجور حتى يستوفي التعويض أو حتى يحصل على تأمين كاف (المادة ٦٠٨ ومذكرتها الايضاحية). ونحت كثير من التقنينات العربية منحى التقنين المصري في الأخذ بهذا المبدأ (المواد ٥٧٥ سوري و٧٩٢ عراقي و٦٠٧ لبيي و٤٩٦ سوداني و٧١٠ أردني) ورأى المشروع بدوره أن يأخذ به، فأجاز في المادة ٦١٠ للمستأجر وللمؤجر على السواء إنهاء العقد قبل انقضاء مدته للعذر الطارئ، سواء كان المأجور عقارا أو منقولا، مع مراعاة ما يأتي:-

١ - لم يشترط المشروع - كما اشترطت غالبية التقنينات الأخرى التي أخذت بهذا المبدأ - أن يكون الايجار محدد المدة، وذلك حتى لا يكون الطرف المرهق في الايجار محدد المدة في حالة أفضل منه في الايجار غير محدد المدة، وهو ما فعله التقنين الأردني أيضا.

٢ - لم يشترط المشروع، في الظروف التي تجد لأحد المتعاقدين بعد إبرام الايجار، سوى أن تكون ظروفها غير متوقعة، تجعل استمرار الايجار مرهقا له. ومن ثم يعتد بالعذر الطارئ حتى لو كان عذرا شخصا مقصورا على طرف العقد دون غيره من الناس ولا

يشترط أن تكون هذه الظروف عامة، فيكفي أن يجعل العذر الطارئ تنفيذ الايجار مرهقا لا مستحيلا. والارهاق الذي يقع فيه أحد الطرفين معناه أن تقع به خسارة فادحة لو أنه استمر في تنفيذ الايجار إلى نهاية مدته. ولكنه يجب أن تكون هذه الظروف غير متوقعة ولا يستطاع دفعها، فإن كانت متوقعة أو كان يمكن توقعها أو في الاستطاعة دفعها فلا يعتد بها كعذر طارئ، كل ذلك متروك تقديره لقاضي الموضوع بعد الموازنة بين مصالح طرفي العقد.

ولم يقتصر المشروع على تقرير المبدأ القاضي بإنتهاء الايجار بالعذر الطارئ على النحو السابق، بل عمد إلى إيراد تطبيقات تشريعية مختلفة لهذا المبدأ، فعرض في المواد التالية لجواز إنهاء الايجار بسبب موت المستأجر وبسبب تغييره لمحل اقامته. أما إفلاس المستأجر فقد ترك المشروع حكمه لنصوص قانون التجارة.

موت المستأجر - والاجارة عند الائمة الثلاثة لا تنفسخ بوفاة أحد المتعاقدين، كما لا تنفسخ بوفاتهما، لأنها عقد كالبيع لا يفسخ بعد الانعقاد فيما لو توفى البائع أو المشتري أو الاثنان معا، وعليه فإذا توفى المؤجر قام ورثته مقامه في أخذ الأجرة، كما يقوم ورثة المستأجر مقامه في استيفاء المنفعة من المأجور.

أما عند الحنفية، فإن موت أحد المتعاقدين يوجب فسخ عقد الاجارة بشرط أن يكون عقد الاجارة لنفسه لا لغيره. ولم يرد في المجلة نص في هذا الشأن فكان يجب الحكم فيه طبقا للمذهب الحنفي. ولكن قانون إيجار العقارات الحالي أورد نصا (المادة ٢٢) يقضي بأن الايجار لا ينتهي بموت المؤجر ولا بموت المستأجر، وإن أجاز في حالة وفاة المستأجر لورثته أن يطلبوا إنهاء العقد دون أن يشترط لذلك أي شرط.

وقد نص المشروع في المادة ٦١١ على أن الايجار لا ينتهي بموت المؤجر ولا بموت المستأجر، ولكنه في حالة موت المستأجر أجاز لورثته أن يطلبوا إنهاء العقد إذا أثبتوا انه بسبب موت مورثهم أصبحت أعباء العقد اثقل من أن تتحملها مواردهم، أو أصبح الايجار مجاوزا حدود حاجتهم.

كما أجاز المشروع في المادة ٦١٢ لورثة المستأجر - وللمؤجر أيضا - أن يطلبوا إنهاء العقد إذا لم يكن الايجار معقوداً إلا بسبب حرفة المستأجر أو لاعتبارات أخرى تتعلق بشخصه، كما في المزارعة.

تغيير المستأجر محل اقامته :-

وتغيير محل الإقامة من الاعذار التي تسوغ إنهاء الايجار في الفقه الحنفي . ولكن المشروع يشترط لذلك أن يكون النقل قد إقتضاه عمل المستأجر حتى يكون عذرا طارئا، (مادة ٦١٣) وغني عن البيان ان هذا النص ليس من النظام العام، فيجوز الاتفاق على خلافه. وفي جميع الحالات التي يجوز فيها إنهاء الايجار بالعذر الطاريء أوجب المشروع على من يطلب الانهاء - أن يراعي ميعاد التنبيه المنصوص عليه في المادة ٥٦٧ (مادة ٦١٤ من المشروع).

ومن ناحية أخرى، إحتاط المشروع في حالة معينة لم يعتد فيها بالعذر، وهي حالة عدم تمكن المستأجر من الانتفاع بالمأجور إنتفاعا كاملا، إذا كان ذلك راجعا إلى خطئه أو إلى سبب يتعلق بشخصه . ففي هذه الحالة، يبقى ملزما بالايجار وبما يفرضه عليه العقد من التزامات، ما دام المؤجر قد وضع المأجور تحت تصرفه في حالة صالحة لاستيفاء المنفعة المقصودة . وهو ما يتفق مع أحكام الفقه الحنفي من أن الأجر يكون واجبا بتمكّن المستأجر من استيفاء المنفعة وإن لم يستوفها فعلا، غير انه يجب على المؤجر في هذه الحالة، أن يخصم من الأجرة قيمة ما اقتصده من نفقات بسبب عدم انتفاع المستأجر بالمأجور، وكذلك قيمة ما حققه من نفع إذا استعمل المأجور في أغراض أخرى (مادة ٦١٥ من المشروع).

الفرع الثاني - بعض أنواع الايجار

تهتم الدولة اهتماما بالغا بزيادة الانتاج الزراعي، وتحسينه، وحمايته من الآفات . وفي هذا السبيل لم تأل جهدا في عمل الدراسات وتنفيذ المشروعات التي تحقق هذه الاغراض، كما انضمت إلى كثير من الاتفاقات المتعلقة بالتنمية والاستثمار الزراعي، حتى أخذت المساحات المزروعة في الكويت تزداد عاما بعد عام رغم ما يعترض هذه الزيادة من صعوبات.

وفي إطار هذه التوقعات، حرص المشروع على تنظيم طريقتين لاستغلال الأراضي

الزراعية: الأولى - هي طريقة الايجار العادي وتسري في شأنها في الأصل الأحكام العامة في عقد الايجار، ولكن المشروع خصها ببعض الأحكام التي تتلاءم مع طبيعتها . والثانية - هي طريقة المزارعة، ولها خصائصها التي تتميز بها عن الايجار العادي، وقد عني المشروع بإيراد النصوص التي تتضمن هذه الخصائص.

كذلك فإن للوقف نظاما خاصا روعيت فيه مصلحته، مما يبرر افراد إيجاره بأحكام خاصة تكفل رعاية هذه المصلحة، ولا شك في أن أحكام الفقه الإسلامي هي الخليقة وحدها بأن تكون مرجعا لتقنين هذه الأحكام لصدورها عن إدراك دقيق لحاجات الوقف وما ينبغي له من حماية.

لكل هذا، رأي المشروع أن يختص هذه الأنواع من الايجار بنصوص خاصة، لما لها من أهمية عملية تبرر مثل هذا الافراد.

(أولا) - إيجار الأراضي الزراعية :

لم تفرد المجلة بابا خاصة لإيجار الأراضي الزراعية، وإنما اقتصرت على إيراد بعض نصوص متفرقة تتعلق بالصحة والفساد، وحكم انتهاء الاجارة قبل إدراك الزرع، ولكن الفقه الإسلامي عامة - والفقه الحنفي بوجه خاص - عرض بكثير من التفصيل لأحكام إيجار الأراضي الزراعية ضمن مباحث الايجار.

وعندهم ان إستئجار الأرض للزرع يكون صحيحا إذا بين المستأجر ما يزرع أو لم يبين، وقال على ان يزرع فيها ما شاء، لأن ما يزرع في الأرض يتفاوت فلا بد من بيانه كيلا يفضي إلى المنازعة . فلو لم يبين ما يزرع فيها أو لم يقل على ان يزرع فيها ما يشاء فسدت الإجارة للجهاالة. ولو زرعها بعد ذلك لا تعود صحيحة في القياس، وفي الاستحسان يجب المسمى وينقلب العقد صحيحا (قارن المادتين ٤٥٤ و ٥٢٤ من المجلة) ولا تصح اجارة الأرض المشغولة بالزراعة إلا إذا كانت تلك الزراعة بغير حق، حتى يصح قلعها وتسليم الأرض للمستأجر. أما إذا كانت بحق كأن كانت الأرض مستأجرة لشخص فزرعها ولم يحصد زرعها فإنه لا يصح إيجارها لآخر. ولكن يجوز تأجير الأرض المشغولة بالزرع إذا أدرك الزرع، لأن صاحبه يؤمر بحصاده وتسليم الأرض. وكذلك يصح تأجيرها وهي مشغولة، إذا كان العقد مؤجلا إلى زمن يدرك فيه الزرع أو ان حصاده. وللمستأجر

الشرب والطريق بغير نص، فله الانتفاع بالمساقبي الموجودة في الارض وسقيها منها . وله الانتفاع بالطريق الموصلة إليها المملوكة للمؤجر وإن لم ينص عليها في العقد . وإذا إستأجرها مدة تسع أن يزرعها مرتين، فإن له ان يزرعها مرتين، وفي القنية، استأجر أرضا سنة على أن يزرع فيها ما شاء، فله أن يزرع زرعين ربيعا وخريفا.

وبمراعاة هذه الأحكام أورد المشروع في المواد من ٦١٦ إلى ٦٢٥ بعض الأحكام الخاصة بإيجار الأراضي الزراعية تتعلق بالادوات الزراعية التي توجد في الأرض، وبالسنة الزراعية، وبكيفية استغلال المستأجر للأرض والاصلاحات التي يقوم بها، وبتعذر انتفاع المستأجر بالارض، اما لتعذر تهيئتها للزراعة أو لهلاك الزرع، وبحق المستأجر عند إنتهاء الايجار ان يبقى في الأرض حتى تنضج الغلة . وبواجبه في أن يسمح لخلفه بتهيئة الأرض وبذرها.

وقد بدأ المشروع بالنص في المادة ٦١٦ منه على سريان أحكام الايجار على ايجار الأراضي الزراعية مع مراعاة أحكام المواد التالية، ما لم يوجد إتفاق أو عرف يخالفها . فالأصل، هو أن تسري في شأن إيجار الأراضي الزراعية، الأحكام العامة في عقد الايجار. ولكن المشروع خص ايجار هذه الأراضي ببعض الأحكام التي تتلاءم مع طبيعتها، ما لم يوجد إتفاق يخالف حكما منها . وإلى جانب هذه الأحكام يجب إتباع العرف الزراعي أيضا، لأن له هنا أهمية خاصة، فهو كثيرا ما يكمل الأحكام التي ينص عليها القانون بل كثيرا ما ينسخها ويحل محلها، إذا لم تكن من النصوص الآمرة .

وتعرض المادتان ٦١٧ و ٦١٨ من المشروع لخصائص إيجار الأراضي الزراعية، فهذا الايجار، وإن كان يشمل الشرب والطريق بغير نص - كما هو في الفقه الإسلامي، غير انه لا يشمل الأدوات الموجودة في الأرض، إلا إذا اتفق على ذلك، فإذا تناولها الايجار التزم المستأجر أن يرهاها ويتعهدا بالصيانة بحسب المألوف في استعمالها (مادة ٦٢٣).

أما مدة الايجار، فتحسب بالسنين الزراعية، فإذا ذكر في العقد أن الايجار قد عقد لسنة أو لعدة سنوات . كان المقصود من ذلك انه عقد لدورة زراعية سنوية أو لعدة دورات (مادة ٦١٨) . ويتبع في ذلك العرف الزراعي . ولكن المهم أن تكون السنة الزراعية دورة زراعية كاملة وهي المدة، التي تستغرقها الزراعة الشتوية والزراعة الصيفية . فإذا لم تحدد

المدّة، اعتبر الايجار منعقدا للمدّة الكافية لحصد محصول السنّة، أي لسنة زراعية كاملة . مع مراعاة وجوب الاخطار في الميعاد المقرر لانتهاء الايجار .

ويعرض المشروع في المادتين ٦١٩ و ٦٢٠ لتطبيق التزامات المستأجر والمؤجر فيما هو من خصائص الأرض الزراعية :

فالمستأجر - طبقا للأحكام العامة في الايجار - يلتزم بأن يستعمل المأجور على النحو المتفق عليه، فإن لم يكن هناك إتفاق، التزم بان يستعمله بحسب ما أعد له ووفقا لما يقتضيه العرف (مادة ٥٨٩ من المشروع) . كما لا يجوز له بدون إذن المؤجر أن يحدث في المأجور تغييرا يضر به، (مادة ٥٩٠) فإذا كان المأجور أرضا زراعية، واشترط عليه المؤجر نظاما خاصا في زراعة الأرض يكون المستأجر ملتزما باتباع هذا النظام أما إذا كان الاستعمال غير مبين في العقد . فإنه يلتزم طبقا للمادة ٦١٩ / ١ بأن يستغل الأرض المؤجرة وفقا لمتقضيّات الاستغلال المألوف بحسب طبيعتها وما يجري عليه العرف الزراعي .

كذلك لا يجوز له ان يدخل على الطريقة المتبعة في إستغلال الأرض، تغييرا يبقى الى ما بعد إنتهاء الايجار (مادة ٦١٩ / ٢) . كأن يحولها وهي تستغل لزراعة الخضروات إلى زراعة محاصيل أخرى.

فإذا أخل المستأجر بالتزامه، جاز للمؤجر طبقا للقواعد العامة، أن يطالبه بالتنفيذ عينا أو يطلب الفسخ، مع طلب التعويض في الحالين إن كان له مقتضى .

وطبقا للأحكام العامة في الايجار كذلك، يلتزم المؤجر بتعهد المأجور بالصيانة ليبقى في حالة يصلح معها للانتفاع المقصود، فيقوم بالاصلاحات الضرورية لذلك (المادة ٥٧٢)، أما الاصلاحات البسيطة التي يقتضيها استعمال المأجور استعمالا مألوفا فتكون على عاتق المستأجر (المادة ٥٩٤) والاصلاحات التي يجوز أن تتطلبها الأرض الزراعية هي بدورها، إما أن تكون اصلاحات بسيطة - أو تأجيرية - وهذه على المستأجر، واما أن تكون إصلاحات كبيرة - أو غير تأجيرية - وهذه على المؤجر . وقد تكفلت المادة ٦٢٠ من المشروع ببيان كل من النوعين : فالمستأجر يلتزم بالاصلاحات التي يقتضيها الانتفاع المألوف بالأرض المؤجرة، ومن ذلك أعمال الصيانة المعتادة للآبار ومجري المياه والمباني المعدة لسكن العمال أو للاستغلال كزراعي المواشي والمخازن، وعموما كل

ما يقتضيه الانتفاع المألوف كجز الحشائش ونزع الأعشاب الضارة، والترميمات البسيطة التي يقتضيها استعمال الأدوات الزراعية.. أما الاصلاحات غير التأجيرية - أو الكبيرة - التي يتوقف عليها استيفاء المنفعة المقصودة، فيلتزم بها المؤجر. وكل هذا ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغيره.

وتعرض المواد من ٦٢١ إلى ٦٢٣ لحرمان المستأجر من الانتفاع بالأرض الزراعية لقوة قاهرة، اما لأنه لم يتمكن من تهيئة الأرض للزراعة أو لأن المحصول قد هلك قبل حصاده، كما تعرض لهلاك المحصول بعد ذلك:

وفي الفقه الإسلامي - يفرقون بوجه عام بين عدم تمكن المستأجر من زرع الأرض، وبين تلف الزرع بجائحة أو آفة. ففي الحالة الأولى لا يلزمه الأجر لأنه لم يتمكن من زرعها. أما في الحالة الثانية، فعند الحنفية انه إذا أصاب الزرع آفة فهلك أو غرق وجب أجر ما قبل الاصابة وسقط ما بعدها، لكن هذا إذا بقي بعد هلاك الزرع مدة لا يتمكن من إعادة الزراعة، فإن يتمكن من إعادة مثل الأول أو دونه في الضرر يجب الأجر. وعند المالكية، تلزم الأجرة بتمكن المستأجر من زرع الأرض ولو تلف الزرع بجائحة غير ناشئة من الأرض كتلفه بجراد أو جليد أو صقيع، لأنه لا دخل للأرض في تلفه فيستحق ربها أجرتها ولا تلزم الأجرة فيما إذا تلف الزرع بجائحة ناشئة من الأرض كتلفه بدودها أو فأرها أو عطشها لعدم نزول المطر عليها أو عدم وصول الماء لها أو نحو ذلك من آفات الأرض لأن تلفه راجع إلى الأرض فلا أجرة لها.

وقد أخذ المشروع بهذه التفرقة مع بعض التعديل. فإذا استحال على المستأجر تهيئة الأرض للزراعة أو بذرها، أو هلك البذر كله أو أكثره، وكان ذلك بسبب اجنبي لا يد له فيه، سقطت الأجرة عنه كلها أو بعضها بحسب الأحوال ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك (مادة ٦٢١/١ من المشروع).

أما إذا تمكن المستأجر من تهيئة الأرض للزراعة ومن بذرها، ثم هلك الزرع كله قبل حصاده، بسبب اجنبي لا يد للمستأجر فيه، فإنه يجوز له أن يطلب اسقاط الأجرة كلها (مادة ٦٢١/٢). وإذا هلك بعض الزرع وترتب على هلاكه نقص كبير في ريع الأرض - ويترك تقدير ذلك لقاضي الموضوع - فإنه يكون للمستأجر أن يطلب انقاص الأجرة بما يتناسب مع ما نقص من ريع الأرض (مادة ٦٢١/٣).

وفي جميع الحالات لا يكون للمستأجر أن يطلب اسقاط الأجرة أو انقاصها، إلا في حدود ما أصابه من ضرر (مادة ٦٢٢) فإذا كان ما عاد عليه من ربح في مدة الاجارة كلها يعوضه عما أصابه من ضرر، أو إذا كان قد عوض عن ذلك من أي طريق آخر كالحصول على تعويض من الحكومة، فإنه لا يكون له أن يطلب اسقاط الأجرة أو انقاصها .

وغنى عن البيان، أن هلاك المحصول كله أو بعضه بعد حصاده - أي بعد استيفاء المستأجر لمنفعة الأرض - لا يسقط شيئاً من الأجرة في مقابل ما يهلك من المحصول، بل يتحمل المستأجر تبعه الهلاك، لأن المحصول هلك على ملكه بعد أن استوفي منفعة الأرض بالكامل . وكل ذلك ما لم يكن متفقاً على ان يكون للمؤجر جزء معلوم من المحصول، إذ يتحمل المؤجر عندئذ نصيبه فيما هلك، على الا يكون الهلاك قد وقع بخطأ المستأجر أو بعد اعذاره بالتسليم (مادة ٦٢٣).

ويعرض المشروع في المادة ٦٢٤ لحالة انقضاء مدة الايجار قبل ان يدرك الزرع أو ان حصاده . وفي ذلك تنص المجلة في المادة ٥٢٦ على انه «لو انقضت مدة الاجارة قبل ادراك الزرع فللمستأجر أن يبقى الزرع في الأرض إلى ادراكه ويعطي أجر المثل». وقد أخذ المشروع بهذا الحكم مع اشتراط أن يكون عدم إدراك الزرع راجعاً إلى سبب لا يد للمستأجر فيه . فإذا كان ذلك راجعاً إلى خطأ المستأجر، كأن يكون قد تأخر في الزرع كان هو المسئول عن ذلك . أما إذا كان عدم إدراك الزرع لا يرجع إلى خطأ المستأجر، فإن الايجار يمتد بحكم القانون ولكن للمدة اللازمة لادراك الزرع او ان حصاده، ويدفع المستأجر للمؤجر أجر المثل عن المدة التي بقي فيها الزرع بالأرض .

وطبقاً للمادة ٦٢٥ من المشروع يلتزم المستأجر بتمكين المستأجر اللاحق له من تهيئة الأرض للزراعة ومن بذرها، وذلك حتى لو كانت مدة الايجار السابق لم تنقض، بل حتى لو كان المستأجر السابق لم ينته من جني محصوله، فيترك المستأجر اللاحق يدخل في الأرض لتهيئها للزراعة وبذرها ما دام لا يعود عليه ضرر من ذلك وهو حكم يمليه التعاون الواجب بين المستأجر السابق للأرض الزراعية والمستأجر اللاحق له.

(ثانياً) - المزارعة :

المزارعة عقد على الشركة في الزرع، ولذلك عرضت المجلة لها في أحد ابواب

كتاب الشركات (الباب الثامن من الكتاب العاشر).

وقد عرفها المشروع - وفقا لتعريف الحنفية لها . بأنها عقد على زرع الأرض ببعض ما يخرج منها (مادة ٦٢٦)، ثم اورد بعد ذلك الأحكام الخاصة بها مأخوذة بحسب الأصل من الفقه الحنفي وخصوصا ما تعلق منها بمصرفات الزراعة وتوزيع الغلة بين المزارع وصاحب الأرض . فالأحكام التي تنظم المزارعة هي في الأصل احكام الايجار مع مراعاة الأحكام الخاصة التي وضعها المشروع في شأنها، الا إذا وجد اتفاق أو عرف يخالف هذه الأحكام (مادة ٦٢٧ من المشروع)، والأحكام الخاصة التي اوردها المشروع هي كالآتي:

١ - إذا لم تحدد للمزارعة مدة، تكون مدتها هي تلك اللازمة لجمع المحصول المتفق عليه (مادة ٦٢٨) .

٢ - تختص المزارعة -خلافًا لايجار الأراضي الزراعية- بأنها تشمل الآلات والادوات الزراعية التي توجد في الارض وقت التعاقد، إذا كانت مملوكة لصاحب الأرض . فهي تدخل دون اتفاق ولا تخرج إلا بالاتفاق على خروجها، ويرجع ذلك إلى أن المزارعة شركة بين صاحب الأرض والمزارع وصاحب الأرض يكون شريكا بالأرض وما عليها من آلات وأدوات (مادة ٦٢٩) .

٣ - العناية المطلوبة من المزارع في زراعة الأرض هي العناية التي يبذلها الشخص العادي (مادة ٦٣٠).

٤ - ليس للمزارع أن يحل غيره في المزارعة أو يشركه فيها الا برضاء صاحب الأرض (مادة ٦٣١)، وذلك على أساس أن شخصية المزارع ملحوظه في هذا العقد.

٥ - أما مصرفات الزراعة، فإن الأصل فيها، طبقا للفقه الحنفي، أن ما كان منها قبل القسمة يكون على الاشتراك بين المزارع وصاحب الأرض، وما كان منها بعد القسمة يكون على كل واحد في نصيبه خاصة لتمييز ملك كل واحد منهما عن ملك الآخر . فإذا كانت الأرض والبقر (الماشية) لأحدهما والبذر والعمل للآخر بطلت المزارعة، لأن رب البذر يصير مستأجرا بالبذر وانه لا يجوز لكون الانتفاع بالاستهلاك، أو يصير مستأجرا للبقر مع الأرض ببعض الخارج وانه لا يجوز لعدم التعامل وهو ظاهر الرواية . وعن أبي

يوسف أنه يجوز لما فيه من العادة، وكذلك قال بعض شيوخ المالكية الأندلسيين، انه لا يشترط في صحة المزارعة سلامتها من كراء الأرض بما يخرج منها.

وفي ضوء ذلك قسم المشروع في المادة ٦٣٢ نفقات الزراعة، على أساس أن ما يخدم المحصول يتحملة المزارع، وان ما يخدم الأرض ذاتها يكون على صاحب الأرض، ويتحمل الطرفان كل بنسبة حصته في الغلة نفقات البذر والتسميد وثمر المبيدات ومصروفات الحصاد وما يتلوه حتى القسمة لأنه في صالحهما معا، وهو ما أخذ به أيضا التقنين الأردني في المادة ٧٣٠ منه.

٦ - وتوزع الغلة بين الطرفين، على أساس وجود الشركة، بالنسبة المتفق عليها أو بالنسبة التي يعينها العرف . فإذا لم يوجد اتفاق ولا عرف كان لكل منهما نصف الغلة (مادة ١/٦٣٣). وحصه كل من الطرفين يجب أن تكون جزءا شائعا من الحاصلات، وهذا شرط من شروط صحة المزارعة في الفقه الحنفي . فلا يجوز الاتفاق على ان تكون حصه أحد الطرفين مقدارا محددًا من المحصول، أو محصول جزء معين من الأرض (مادة ٢/٦٣٣)، لا حتمال ألا يخرج إلا هذا المقدار المحدد، أو الا يخرج الا من هذه الارض المعينة فيؤدي ذلك الى قطع الشركة، وبناء على ذلك، فانه إذا هلكت الغلة كلها أو بعضها بسبب أجنبي لا يد لأحد الطرفين فيه، هلكت عليهما معا ولا يرجع أحد منهما على الآخر (مادة ٦٣٤) .

٧ - وتعرض النصوص الباقية (٦٣٥ - ٦٣٨) لانتهاء عقد المزارعة، على أساس أن شخصية المزارع ملحوظة في هذا العقد . فهي تنتهي بإنقضاء مدتها، وبعجز المزارع عن زراعة الأرض، كما تنتهي بموته، ولكنها لا تنتهي بموت صاحب الأرض .

فإذا انتهت المزارعة بإنقضاء مدتها . قبل ان يدرك الزرع أو ان حصاده، يبقى الزرع حتى يتم إدراكه (مادة ٦٣٥) .

وإذا عجز المزارع عن زراعة الأرض لمرضه أو لأي سبب آخر يقعه عن زراعتها، فلا يحل محله الا أحد من أفراد أسرته، إذا كان ذلك مستطاعا بحيث يتحقق استغلال الأرض استغلالا مرضيا . فإن لم يكن ذلك مستطاعا، جاز لكل من الطرفين فسخ العقد (مادة ٦٣٦) - أما اذا مات المزارع، فان الاصل ان المزارعة تنتهي بموته (مادة ٦٣٧) إلا إذا رغب الورثة في الحلول محله كما سيجيء .

وفي جميع الأحوال التي تنتهي فيها المزارعة قبل انقضاء مدتها يجب على صاحب الأرض أن يرد للمزارع أو لورثته ما انفق المزارع على الزرع الذي لم يدرك مع تعويض يعادل أجر المثل عن عمله. على ألا يجاوز جميع ذلك قيمة حصة المزارع من المحصول. ومع ذلك إذا انتهت المزارعة بموت المزارع، فإنه يكون لورثته الخيار بين تقاضي ما تقدم ذكره، أو الحلول محل مورثهم في العمل حتى يدرك الزرع ما داموا يستطيعون القيام بذلك على الوجه المرضي (مادة ٦٣٨) وكل هذه أحكام تتفق مع ما يقول به الفقه الحنفي.

(ثالثاً) - إيجار الوقف:

عرض المشروع لايجار الوقف في عشر مواد، أخذها - كما فعل التقنين المصري - عن الفقه الإسلامي، (مرشد الحيران)، وهو مصدر النظام القانوني للوقف وما يتعلق به من أصل وإدارة، ولا يوجد لهذه النصوص مقابل في المجلة، فهي لم تعرض لايجار الوقف على أهميته العملية، فترك الأمر للمحاكم تقضي فيه طبقاً لمذهب الإمام مالك، على ما أشارت إليه المذكرة التفسيرية لقانون تنظيم القضاء، وما ورد في الأمر السامي الصادر في ٢٩ جماد الثاني ١٣٧٠ هـ (٥ أبريل ١٩٥١ م)، بتطبيق أحكام شرعية خاصة بالأوقاف.

وتعرض النصوص التي أوردها المشروع في شأن ايجار الوقف للمسائل الآتية: من له الحق في ايجار الوقف . ومن له الحق في استجاره، وكيف تحدد أجره الوقف، ومدة ايجاره.

١ - فللناظر وحده ولاية ايجار الوقف . أما الموقوف عليه فلا يملك الايجار ولو انحصر فيه الاستحقاق إلا إذا اذن له في ذلك الواقف أو الناظر أو القاضي (مادة ٦٣٩)، كذلك فإن الناظر هو الذي يقبض الأجرة، إلا إذا أذن لغيره في قبضها (مادة ٦٤٠)، والإيجار لا ينتهي بموت الناظر ولا بعزله، بل يسري إيجاره الصحيح على الناظر الذي يأتي بعده (مادة ٦٤٧) .

٢ - ولا يجوز للناظر أن يستأجر الوقف ولو بأجر المثل، كما لا يجوز له أن يؤجره لزوجه أو لأحد من أصوله أو فروعه (مادة ٦٤١) .

٣ - وأجرة الوقف يجب ألا يكون فيها غبن فاحش، فلا يجوز أن تقل عن أربعة أخماس أجر المثل، إلا إذا كان المؤجر هو المستحق الوحيد الذي له ولاية التصرف في الوقف، فيجوز إجارته بالغبن الفاحش في حق نفسه لا في حق من يليه من المستحقين . والعبرة في تقدير أجر المثل بالوقت الذي أبرم فيه عقد الإيجار، ولا يعتد بالتغيير الحاصل بعد ذلك (المادتان ٦٤٢ و ٦٤٣) . وإذا أجر الناظر الوقف بالغبن الفاحش سرت في ذلك الأحكام العامة المتعلقة بالغبن (المواد ١٦٣ وما بعدها) .

٤ - أما مدة الإيجار، فيراعي فيها شرط الواقف، فان عين مدة وجب التقييد بها، إلا إذا كان الناظر مآذونا بالتأجير بما هو انفع للوقف، فإذا لم يوجد من يرغب في استئجار الوقف المدة التي عينها الواقف أو كانت الاجارة لأكثر من تلك المدة انفع للوقف، جاز للناظر - بعد استئذان القاضي - أن يؤجر لمدة أطول (مادة ٦٤٤) وكل هذا قدر متفق عليه عند الأئمة الأربعة.

وإذا لم يعين الواقف مدة الإيجار، فالمباني لا يزيد إيجارها عن سنة والأراضي لا يزيد إيجارها على ثلاث سنين، إلا إذا قدر الناظر أن المصلحة تقتضي الزيادة في إيجار المباني أو النقص في إيجار الأرض (مادة ٦٤٥)، وفي كل حال يجب ألا تزيد مدة الإيجار على ثلاث سنين ولو تم ذلك بعقود مترادفة، فإذا زادت المدة أنقصت الى ثلاث سنين، ومع ذلك يجوز الإيجار لمدة أطول إذا أذن القاضي في ذلك ويأذن للضرورة، أو إذا كان الناظر هو الواقف أو المستحق الوحيد، وحينئذ يسري الإيجار ما دامت نظارته باقية، فإذا انتهت كان للناظر الذي يخلفه أن ينقص المدة إلى ثلاث سنين (مادة ٦٤٦) وهذه الأحكام تتفق مع ما يقول به الحنفية.

أما المالكية، فقد ذهبوا إلى التفصيل وقالوا لا يصح التأجير في الدور ونحوها أكثر من سنة سواء كانت موقوفة على معين كفلان وأولاده أو لا، كالفقراء، وكالمساجد. وأما الأرض فإنه لا يصح تأجيرها أكثر من ثلاث سنين سواء كان المؤجر الناظر الأجنبي أو المستحق إن كانت على معين. أما إن كانت موقوفة على غير معين كالفقراء، فإنه يصح تأجيرها الى أربع سنين بدون زيادة، فإن كان المستأجر ممن يؤول الوقف له فإنه يصح أن يؤجرها له زمناً طويلاً كعشر سنين ونحوها لأن الوقف يرجع إليه، إذا وجدت ضرورة تقتضي مد زمن الإجارة أكثر من المدة التي تقدمت كما إذا تهدم الوقف وليس له ريع

يبني منه فإنه يصح للناظر أن يؤجر لبني بها ولو طال الزمن كأربعين عاماً.

وقد فضل المشروع أن يتجنب هذا التفصيل فأخذ بما قالت به الحنفية .

٥- وأخيراً، فإن الأحكام التي أوردها المشروع في إيجار الوقف يقتصر تطبيقها على حالة ما إذا كان المأجور عيناً موقوفة، وفي المسائل التي عرضت لها هذه الأحكام . فإذا وجدت مسألة في إيجار الوقف لم يعرض لها نص من النصوص الواردة في هذا الصدد، سرت على هذه المسألة أحكام عقد الإيجار في كل ما لا يتعارض معها (مادة ٦٤٨) وكل ذلك مع عدم الإخلال بالأحكام الاستثنائية الواردة في قانون إيجار الأماكن فيما إذا كانت العين الموقوفة من المباني.

الفصل الثاني

الإعارة

الإعارة من أعمال البر التي تقتضيها الإنسانية، لأن الناس لا غنى لهم عن الاستعانة ببعضهم بعضاً، فهي مندوبة بحسب ذاتها، وقد ثبت في الصحيحين أن النبي صلى الله عليه وسلم، استعار فرساً من أبي طلحة فركبه، واستعار درعاً من صفوان بن أمية يوم حنين، فقال له صفوان: أغضب يا محمد أو عارية، فقال له بل عارية مضمونة . وقد أجمع المسلمون على مشروعيتها باعتبارها داخلة في قوله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الأثم والعدوان) فسد حاجات الناس من أنواع البر التي تتوثق بها الروابط وتنمو بها الألفة وتتأكد المودة، وذلك ممدوح في نظر الإسلام.

وقد وضع المشروع الإعارة إلى جانب الإيجار، باعتبارها من العقود التي ترد على المنفعة، أما المجلة، فقد وضعتها إلى جانب اللقطة والإيداع، وجمعت بينهم في كتاب واحد هو الكتاب السادس المتعلق بالأمانات، وهو ما فعله أيضاً ابن نجيم في أشباهه .

والمشروع يتفق مع المجلة في غالبية الأحكام التي أوردها، ولكنه يختلف عنها في بعض آخر. فالإعارة فيه عقد رضائي - كما يقول المالكية - ومن ثم يكون التسليم التزاماً

في ذمة المعير لا ركنا في العقد، على عكس المجلة التي تنص على أن القبض شرط في العارية.

والإعارة في المشروع عقد لازم، على خلاف المجلة التي تجعله عقدا غير لازم، وهي لا تخول المستعير أن يعير العارية مطلقاً، إلا بإذن المعير، كما أنها لا تنتهي بموت هذا الأخير ولكنها تنتهي فقط بموت المستعير. وعلى هذا الأساس عرف المشروع الإعارة في المادة ٦٤٩ منه بأنها عقد يلتزم به المعير أن يسلم المستعير شيئاً غير قابل للاستهلاك ليستعمله بنفسه من غير عوض لمدة معينة أو في غرض معين على أن يردّه بعد الاستعمال. والخصائص التي يمكن استخلاصها من هذا التعريف، أن الإعارة عقد رضائي وليس بعقد عيني، وهو كذلك عند المالكية، على عكس المجلة التي تنص على أن القبض شرط في العارية (م ٨١٠). وهي أيضاً عقد ملزم للجانبين ودائم من عقود التبرع، وتخول المستعير أن يستعمل العارية بنفسه وليس له أن يستغلها. ويفهم من التعريف أيضاً، أن العارية يجب أن تكون شيئاً غير قابل للاستهلاك، وذلك لأن المستعير يأخذ الشيء ليستعمله وليرده بعينه، فإذا كان قابلاً للاستهلاك واستعمله المستعير فإنه يستهلكه بالاستعمال ولا يستطيع أن يردّه بعينه، وكما يعبر الفقه الإسلامي يجب أن يكون قابلاً للانتفاع به مع بقاء عينه أو ذاته، فلا تصح العارية فيما لا ينتفع به إلا باستهلاك عينه.

(أولاً) آثار الإعارة:

١ - التزامات المعير:

تعرض المواد ٦٥٠ - ٦٥٢ لالتزامات المعير، فهو يلتزم بأن يسلم العارية للمستعير، وبأن يرد له ما أنفق من مصروفات لحفظ العارية من الهلاك وبأن يضمن له الاستحقاق والعيوب في حدود معينة :

(أ) - فالمعير طبقاً لنص المادة ٦٥٠ يلتزم أن يسلم المستعير العارية بالحالة التي تكون عليها وقت انعقاد العقد. فالتسليم التزام في ذمة المعير ما دامت الإعارة عقدا رضائياً. وتسري على هذا الالتزام قواعد التسليم بوجه عام، وهي نفس القواعد المقررة

في التزام البائع بتسليم المبيع للمشتري وفي التزام المقرض بتسليم القرض للمقترض وفي التزام المؤجر بتسليم المأجور للمستأجر.

وإذا كان من مقتضى هذه القواعد أن تكون مصروفات التسليم على المعير لأنه هو المدين بالتسليم، غير أن المشروع يقضي بأن تكون مصروفات التسليم على المستعير (م ٦٥٥) لأنه لا يدفع أجراً، وهو ما فعله التقنين العراقي في المادة ٨٥٦ منه (وانظر أيضاً المادة ٧٤٥ لبناني) ويتم تسليم العارية بالحالة التي تكون عليها وقت انعقاد الإعارة - على خلاف الإيجار - لأن الإعارة عقد تبرع لا يدفع فيه المستعير مقابلاً للانتفاع بالعارية.

(ب) - ولما كانت ملكية العارية وثمارها للمعير، فإنه هو الذي يتحمل النفقات الضرورية للمحافظة عليها من الهلاك، فإذا اضطر المستعير إلى القيام بهذه النفقات كي يحفظ العارية إلى أن يردها وجب على المعير ان يرد إليه هذه النفقات (مادة ٦٥١ من المشروع) بل انه يلتزم بردها حتى لو هلكت العارية دون خطأ من المستعير.

وغني عن البيان، أن هذه المصروفات هي غير المصروفات التي يقتضيها استعمال العارية الاستعمال المعتاد، وكذلك مصروفات صيانة العارية الصيانة المعتادة، وهذه كلها يتحملها المستعير وفقاً للمادة ٦٥٥ من المشروع.

(ج) - أما ضمان الاستحقاق والعيوب، فالإعارة في ذلك كالهبة - وكلاهما من عقود التبرع - فكما الواهب لا يضمن الاستحقاق ولا العيوب، إلا إذا وجد اتفاق على الضمان، أو تعمد الواهب إخفاء سبب الاستحقاق أو إخفاء العيب، أو كانت الهبة مقترنة بتكليف فكذلك ضيق المشروع في المادة ٦٥٢ من التزام المعير بهذا الضمان فجعل الأصل هو عدم ضمانه لاستحقاق العارية وعدم ضمانه لما يوجد فيها من عيوب، إلا إذا كان هناك اتفاق على الضمان، أو كان قد تعمد إخفاء سبب الاستحقاق أو إخفاء العيب، وعبء الإثبات يقع على المستعير، فعليه أن يثبت أن المعير قد تعمد إخفاء سبب الاستحقاق أو تعمد إخفاء العيب، ومتى أثبت ذلك رجع على المعير بالتعويض. ولكن في ضمان العيوب لا يلزم المعير بتعويض المستعير إلا عن الضرر الذي يسببه العيب، فلا يعرض المستعير إذن عن العيب ذاته، أي عن نقص الانتفاع بالعارية بسبب العيب وإنما يعرضه فقط عما سببه العيب من أضرار

٢- التزامات المستعير :

وتعرض نصوص المواد من ٦٥٣ - ٦٥٧ لالتزامات المستعير، فهو يلتزم بأن يستعمل العارية وفقا للعقد، وأن يحافظ عليها في أثناء الإعارة وأن يردها بعد انتهائها.

(أ) - فإذا قيد المعير الاعارة بزمان أو مكان أو بنوع معين من أنواع الاستعمال لم يكن للمستعير أن يستعمل العارية في غير الزمان والمكان المعينين، أو أن يخالف الاستعمال المأذون به إلى ما يتجاوز ضررا (المادة ٦٥٣ / ١) ولكن يكون له أن يخالفه باستعمال العارية بما هو مساو لنوع الاستعمال الذي قيدت به أو بنوع أخف منه.

أما إذا كانت الاعارة غير مقيدة بأي قيد، فإنه يجوز للمستعير أن يستعمل العارية في أي زمان أو مكان وبأي استعمال أراد، بشرط ألا يجاوز المألوف في استعمالها (٢ / ٦٥٣) فلا يستعمل العارية إلا فيما تقبله طبيعتها أو يحدده العرف في ذلك (قارن المواد ٨٦١ - ٨١٨ من المجلة). وفي الحاليتين، لا يكون المستعير مسئولا عما يلحق العارية من تغيير أو تلف أو نقصان (استهلاك تدريجي) بسبب الاستعمال، مادام لم يخرج في استعمالها عن الحدود المتقدمة (٣ / ٦٥٣) لأن ذلك يعتبر ملازما لطبيعة الاعارة وعلى المعير أن يتوقعه.

ولما كان حق المستعير مقصورا على استعمال العارية دون استغلالها فإنه لا يجوز له أن يؤجرها إلى الغير أو أن يعيرها إلا إذا أثبت أن المعير قد أذن له في ذلك صراحة أو ضمنا (٦٥٤). وفي هذا يتفق المشروع مع المجلة والفقهاء الحنفي، فيما عدا أنهم يفرقون في الاعارة بين ما يختلف باختلاف المستعمل، وهذا ليس للمستعير أن يعيره ان عين المعير مستعملا، وبين ما لا يختلف باختلاف المستعمل وهذا يكون للمستعير أن يعيره سواء عين المعير مستعملا أو لم يعين (قارن المواد ٨١٩ - ٨٢٣ من المجلة).

فإذا كان الاستعمال، وكذلك الاعداد له، يقتضي نفقة، فإن المستعير هو الذي يتحمل بها، كما يتحمل بنفقات الصيانة المعتادة التي يقتضيها هذا الاستعمال (المادة ٦٥٥ من المشروع).

(ب) - ويلتزم المستعير أن يبذل من العناية في المحافظة على العارية ما يبذله في المحافظة على ماله دون أن ينزل في ذلك عن عناية الشخص العادي (م ٦٥٦ من

المشروع). ولكن هذا الحكم لا يتعلق بالنظام العام، فيجوز الاتفاق على ما يخالفه سواء بتشديد مسؤولية المستعير أو بالتخفيف منها.

(ج) - وأخيرا على المستعير أن يرد العارية عند انتهاء الاعارة وتسري في ذلك القواعد العامة. فيجب أن يرد العارية بذاتها لا شيئا غيرها ولو مائلها، وأن يرد معها ملحقاتها وتوابعها وزيادتها متحملا في ذلك كله مصروفات الرد لأنه هو المدين في هذا الالتزام.

وترد العارية بالحالة التي تكون عليها وقت الرد، دون إخلال بمسئولية المستعير عما يكون قد أصابها من هلاك أو تلف أو تعيب (مادة ٦٥٧ / ١)، إلا إذا أثبت أنه قد بذل العناية المطلوبة منه، أو أثبت أن الهلاك أو التلف أو التعيب كان بسبب أجنبي . فإذا كان المستعير قد أساء استعمال العارية أو استخدامها في غير ما أعدت له، أو في غير الزمان والمكان المعينين، أو أهمل في صيانتها أو في حفظها، أو تصرف فيها دون إذن المعير، أو عهد في حفظها إلى شخص آخر دون ضرورة تدعو لذلك، كان هذا تقصيراً منه يستوجب مسئوليته .

ويتم الرد في المكان الذي يكون المستعير قد تسلم فيه العارية، ما لم يتفق على غير ذلك (مادة ٦٥٧ / ٢).

وغني عن البيان أن مؤونة رد العارية تكون على المستعير لأنه المدين في هذا الالتزام.

(ثانيا) انتهاء الاعارة:

ويعرض المشروع في المواد ٦٥٨ - ٦٦٠ لانتهاء الاعارة:

١ - فهي تنتهي أو لا بانقضاء المدة المتفق عليها (سواء انتهى الاستعمال الذي أعيرت من أجله العارية أو لم ينته). كما تنتهي أيضا بتمام استعمال العارية فيما أعيرت من أجله، إذا لم يتفق على مدة (مادة ٦٥٨ / ١).

فإذا لم يكن هناك سبيل لتعيين مدة الاعارة، جاز للمعير أن يطلب إنهاءها في أي وقت (مادة ٦٥٨ / ٢). وفي كل حال يجوز للمستعير أن يرد العارية قبل انتهاء الاعارة،

غير أنه اذا كان هذا الرد يضر المعير فلا يرغم على قبوله (مادة ٦٥٨ / ٣).

٢ - وقد تنتهي الإعارة أيضا قبل انقضاء مدتها، إذا عرضت للمعير حاجة للعارية، او إذا مات المستعير، فعلى الرغم من أن الاعارة تلزم المعير، غير أن المشروع قدر أنه قد تعرض للمعير حاجة ضرورية للعارية لم تكن متوقعة، وبذلك يكون أولى من المستعير بالانتفاع بما له، فأجاز له عندئذ إنهاء الإعارة قبل انقضاء أجلها واسترداد العارية. بشرط أن تكون الحاجة التي تعرض له ضرورية وغير متوقعة، وهو أمر يترك تقديره لقاضي الموضوع بغير معقب عليه في ذلك (مادة ٦٥٩).

وقد يموت المستعير قبل انقضاء مدة الاعارة، فتنتهي بموته لان شخصيته محل اعتبار في العقد، وقد قصد المعير أن يعيره هو فلا تنتقل العارية إلى ورثته إلا إذا وجد اتفاق على غير ذلك (مادة ٦٦٠).

والالتزامات التي تكون قد نشأت في ذمة المستعير بسبب الاعارة كالتزامه بالرد والتزامه بتعويض المعير فيما لو كان قد قصر في المحافظة على العارية أو في استعمالها، كل هذه الالتزامات تبقى في تركة المستعير وللمعير أن يطالب بها .

أما موت المعير فلا ينهي الاعارة (عكس ذلك الفقه الحنفي والمادة ٨٠٧ من المجلة)، وتنتقل حقوق المعير إلى ورثته وكذلك تنتقل التزاماته في حدود تركته .

وغني عن البيان أن الإعارة كعقد ملزم للجانبين، يجوز أن تنتهي بالفسخ، فإذا أخل المستعير بالتزامه وأساء استعمال العارية أو قصر في الاحتياط الواجب للمحافظة عليها، كان للمعير أن يطلب الفسخ وفقا للقواعد العامة.

الباب الثالث العقود الواردة على العمل

الفصل الأول المقاوله

لم تعرض المجلة لعقد المقاوله تحت هذا العنوان، وانما عرضت له في أحد فصول الباب السابع من كتاب البيوع وفي بعض نصوص متفرقة من كتاب الاجارة . فإذا قدم الصانع العمل والعين معا انعقد البيع استصناعا وطبقت عليه احكام البيع، وإذا كانت العين من المستصنع، كان الصانع أجيرا مشتركا وطبقت عليه أحكام الاجارة.

وكان القصد من ذلك، وقت وضع المجلة، تنظيم العلاقة القانونية بين مستصنع وصانع يعهد اليه بعمل ما، فكان وضع الصانع بالنسبة للمستصنع أقرب ما يكون الى وضع العامل بالنسبة لرب العمل . ولكن هذا النظر أصبح غير متلائم مع الحاجات الحاضرة والتطورات الاقتصادية الحديثة، فقد تعددت أشكال المقاوله وصورها، وزاد حجمها زيادة ضخمة لها أثرها في اقتصاد البلاد وفي أوضاع العاملين في هذا القطاع، ووجب أن ينظم عقد المقاوله تنظيما شاملا، يتفق مع أهميته الاقتصادية والاجتماعية ويواجه جميع الصور المختلفة للمقاولات، وهو ما فطنت إليه الحكومة، فأعدت مشروع تنظيم عقد المقاوله مستمدة أحكامه من التقنين المصري ومشروعه التمهيدي . ولكن هذا المشروع لم يستكمل الخطوات اللازمة لاصداره .

وقد أخذ المشروع في اعتباره هذا المشروع السابق وأدخل على احكامه كثيرا من التعديلات، كما غير من ترتيبه في عرض الاحكام : فهو بعد أن يعرف عقد المقاوله، يتناول في فرع أول القواعد العامة التي تنطبق على جميع أنواع المقاولات، ثم يتكلم في فرع ثان عن بعض الاحكام الخاصة بمقاولات المباني والانشاء، اعتبارا لاهميتها . ويعرض المشروع في القواعد العامة، لالتزامات كل من المقاول ورب العمل ولأحكام التنازل عن المقاوله والتقاول من الباطن، ثم لاسباب انتهاء المقاوله، كما

يعرض في الاحكام الخاصة بمقاولات المباني والإنشاء للتعديلات والاضافات التي قد ترد على المقايسة أو التصميم التي تبرم المقاوله على أساسه، وللاحكام المتعلقة بمسئولية المقاول والمهندس عما يحدث من خلل فيما يشيدانه من مباني أو يقيمانه من منشآت .

الفرع الأول - القواعد العامة للمقاولات

يبدأ المشروع هذا الفرع بتعريف المقاوله فيعرفها في المادة ٦٦١ بأنها عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أن يؤدي عملا للطرف الآخر مقابل عوض، دون أن يكون تابعا له أو نائبا عنه .

وبهذا التعريف ينفصل عقد المقاوله عن عقدين آخرين، كانا مختلطين به في المجلة، وهما عقد البيع وعقد الايجار . ويخلص منه أن عقد المقاوله عقد ملزم للجانبين ومن عقود المعاوضه، يقع التراضي فيه على العمل المطلوب تأديته من المقاول وعلى المقابل الذي يتعهد رب العمل بأدائه.

ويبرز هذا التعريف أيضا عنصرين هامين في عقد المقاوله هما عدم تبعية المقاول لرب العمل، وعدم نيابته عنه في تأدية العمل المتعاقد عليه، بما يكفل تمييز عقد المقاوله عن عقد العمل وعن عقد الوكالة .

فالذي يميز المقاوله عن عقد العمل هو أن المقاول لا يخضع لادارة رب العمل واشرافه، بل يعمل مستقلا، طبقا لشروط العقد المبرم بينهما، ومن ثم فلا يعتبر المقاول تابعا لرب العمل ولا يكون هذا الأخير مسؤولا عنه مسؤلية المتبوع عن تابعه .

كذلك فان الذي يميز المقاوله عن الوكالة هو أن المقاول وهو يؤدي العمل لمصلحة رب العمل، لا ينوب عنه وانما يعمل استقلا، أما الوكيل، وهو يقوم بالتصرف القانوني لمصلحة موكله يكون نائبا عنه ويمثله في التصرف الذي يقوم به فينصرف أثر هذا التصرف إلى الموكل .

(أولا) تقديم مواد العمل :

كانت المجلة تميز - كما تقدم - بين الاستصناع، وهو نوع من البيوع، يقدم فيه الصانع العمل والعين معا، وبين استئجار أرباب الحرف والصنائع وهو اجارة على العمل يقدم الأجير فيها عمله فقط ويكون أجيرا مشتركا اذا كان غير مقيد بأن يعمل للمستأجر دون غيره.

وقد تابع المجلة في ذلك بعض التقنيات كالتقنين العراقي وكذلك المشروع السابق، ولكن المشروع الحالي حرص على أن يجمع بين الصورتين تحت لواء المقولة فطبعا لنص المادة ٦٦٢ من المشروع يجوز أن يقتصر التزام المقاول على تنفيذ العمل المتفق عليه على أن يقدم رب العمل المواد اللازمة للعمل، كما يجوز أن يلتزم المقاول بتقديم المواد كلها أو بعضها إلى جانب التزامه بتنفيذ العمل، وفي الحالين يكون العقد مقولة وليس اجارة في الحالة الاولى واستصناعا في الثانية .

وتعرض المادة ٦٦٣ للحالة الاولى، فإذا التزم المقاول بتقديم مواد العمل كلها أو بعضها وجب أن تكون هذه المواد مطابقة للشروط والمواصفات المتفق عليها، فاذا لم تكن هناك شروط أو مواصفات، وجب على المقاول أن يتوخى في اختيار المواد ان تكون وافية بالغرض المقصود (١ / ٦٦٣) مستفادا مما هو مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة المواد أو الغرض الذي اعدت له . واذا لم يتفق المتعاقدان على درجة المواد من حيث جودتها، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر، التزم المقاول بأن يقدم موادا من صنف متوسط طبقا للقواعد العامة.

وعلى المقاول ايضا ضمان المواد المقدمة وفقا لاحكام الضمان المقررة في عقد البيع (مادة ٦٦٣ / ٢)، وذلك لانه يكون في هذا الحالة بائعا للمواد التي يقدمها، فيضمن ما فيها من عيوب ضمان البائع للعيوب الخفية.

وتعرض المادتان (٦٦٤، ٦٦٥) للحالة الثانية، فإذا كانت مواد العمل مقدمة من رب العمل، فانه يجب على المقاول في هذه الحالة ان يحافظ على المواد المسلمة إليه وان يبذل في المحافظة عليها عناية الشخص العادي، فإذا نزل عن هذه العناية كان مسئولا عن هلاكها او تلفها أو ضياعها أو سرقتها، ثم يجب على المقاول أن يستخدم هذه المواد طبقا لأصول الفن، فيجانب الإفراط والتفريط فيها، ويستعمل منها القدر اللازم لانجاز

العمل دون نقص أو زيادة، وأن يؤدي حساباً لرب العمل عما استعمله منها ويرد له الباقي ان وجد. وإذا كشف في أثناء عمله، أن بالمواد عيوباً لا تصلح معها للغرض المقصود، كما إذا كان القماش الذي تسلمه من رب العمل لا يصلح لصنع الثوب المطلوب أو كانت الأرض التي يراد إقامة البناء عليها بها عيوب تهدد سلامته، وجب عليه أن يخطر رب العمل فوراً بذلك . كذلك إذا تبين له وجود عوامل أخرى من شأنها ان تعوق تنفيذ العمل في أحوال ملائمة وجب على المقاول أيضاً اخطار رب العمل فوراً. فإذا أهمل في الاخطار، كان مسئولاً عن كل ما يترتب على إهماله من نتائج . والمفروض في كل ما تقدم أن المقاول يتوافر على الكفاية الفنية الكافية، فإذا صار شئ من المواد المسلمة إليه غير صالح للاستعمال بسبب إهماله أو بسبب قصور فني من جانبه، التزم برد قيمته إلى رب العمل مع التعويض ان كان له مقتضى . ولما كانت مسئولية المقاول في هذا الخصوص مسئولية عقدية، فإن عبء إثبات إهمال المقاول، أو عدم بذله عناية الشخص العادي، أو تسببه بقصور كفايته الفنية في جعل المواد أو بعض منها غير صالح للاستعمال، يقع على رب العمل، وللمقاول من جانبه أن يدرأ عن نفسه المسئولية. بأن يثبت أنه بذل عناية الشخص العادي، وانه قام بجميع واجباته بحسب أصول الفن، أو أن التلّف أو الضياع أو الهلاك كان بسبب أجنبي لا يد له فيه، فترتفع مسئوليته .

(ثانياً) التزامات المقاول :

يلتزم المقاول بإنجاز العمل المعهود به إليه، ثم بتسليمه بعد إنجازه، كما يلتزم بضمانه بعد التسليم، ويعرض نص المادة ٦٦٦ للالتزام الأول من هذه الالتزامات .

فأولاً، يجب على المقاول ان ينجز العمل بالطريقة المتفق عليها في عقد المقاولة، وطبقاً للشروط الواردة فيه، وبخاصة طبقاً لدفتر الشروط إذا وجد هذا الدفتر فإذا لم تكن هناك شروط متفق عليها، وجب إتباع العرف وبخاصة أصول الصناعة والفن في العمل الذي يقوم به المقاول فلكل صناعة أو عمل أصول وقوانين تجب مراعاتها دون حاجة إلى ذكرها في العقد.

كذلك يلتزم المقاول بأن ينجز العمل في المدة المتفق عليها . فإن لم يكن هناك اتفاق على مدة معينة، فالواجب أن ينجزه في المدة المعقولة التي تسمح بإنجازه تبعا

لمقدرة المقاول ووسائله، وبمراعاة طبيعة العمل ومقدار ما يقتضيه من دقة، وحسب عرف حرفته، فإذا احتاج المقاول، في انجازه للعمل، إلى أدوات ومهمات أو أيدي عاملة وجب عليه أن يأتي بها، ويكون ذلك على نفقته فأدوات العمل ومهمات مثل آلات البناء وعدة النجار أو السباك وأدوات الخياط وغير ذلك تكون على المقاول بغير نص ما لم يقض الاتفاق أو عرف الحرفة بغيره (قارن المادة ٥٧٤ من المجلة)، كذلك إذا احتاج المقاول، في انجازه للعمل، إلى أيدي عاملة أو إلى اشخاص يعاونونه ويعملون تحت إشرافه، فإنه يكون على المقاول أن يأتي بهم ويتحمل بأجورهم ما لم يقض الاتفاق أو عرف الحرفة بغير ذلك.

ويخول نص المادة ٦٦٧ رب العمل حق مراقبة تنفيذ العمل، فالمقاول يعمل مستقلا عن رب العمل، وهذا هو ما يميز المقاولة عن عقد العمل كما تقدم، غير أنه من حق رب العمل أن يتعهد العمل وهو في يد المقاول ليراقب ما إذا كان يتم تنفيذه طبقا للشروط والمواصفات المتفق عليها وما إذا كان المقاول يقوم بتنفيذه، طبقا لأصول الصناعة وعرف أهل الحرفة. فرب العمل ليس ملزما أن ينتظر حتى ينتهي العمل ويقدمه له المقاول، ليتبين ما إذا كان هذا الأخير قد راعى الشروط والمواصفات وأصول الصناعة، فيقبل العمل، أو لم يراعها فيرفضه. بل الأفضل أن يمكن رب العمل من مراقبة ذلك منذ البداية حتى يوفر على نفسه وعلى المقاول ذاته الوقت والجهد والمشقة، إذا ما تم العمل معييا أو منافيا للشروط المتفق عليها ثم يرفضه بعد أن يكون قد تم.

فإذا لاحظ رب العمل أن مقاول البناء مثلا قد أدخل وهو يقيم البناء، بالشروط والمواصفات المتفق عليها بأن لم يدعم الأساس أو لم يصل به إلى العمق الكافي أو تبين أن النجار الذي يصنع الأثاث المطلوب قد استخدم في صنعه نوعا من الخشب غير المتفق عليه أو صنفا أقل جودة، فإن لرب العمل في هذه الحالة حق التدخل لمنع المقاول من المضي قدما في عمله المعيب أو المخالف لشروط العقد. ويكون ذلك بأن ينذر المقاول بأن يصحح طريقة التنفيذ ويحدد له أجلا معقولا يصلح فيه العيب. فإذا انصاع المقاول لانهذار رب العمل وقام بإصلاح العيب في الأجل المحدد، كان له أن يمضي في عمله ولا سبيل عليه لرب العمل. أما إذا نازع المقاول في وجود العيب أو المخالفة أو سلم به ولكنه لم يقم بإصلاحه في الأجل المحدد، فإنه يكون لرب العمل أن يرفع الأمر إلى القضاء ويطلب إما الفسخ وإما الترخيص له في إنجاز العمل كله على

الوجه الصحيح بواسطة مقاول آخر على نفقة المقاول الأول إذا كان هذا ممكنا وتسمح به طبيعة العمل (١/٦٦٧). وكل ذلك مع عدم الاخلال بحق رب العمل في التعويض إن كان له مقتض.

وغنى عن البيان أن لرب العمل أن ينفذ العمل على نفقة المقاول دون ترخيص من القضاء، إذا كان العمل مستعجلا لا يحتمل الإبطاء، كما إذا كان الأمر متعلقا بترميم منزل آيل للسقوط، أو إقامة جناح في معرض على وشك الافتتاح، وللقاضي بعد ذلك ان يبت فيما إذا كان رب العمل على حق فيما فعل .

كل ما تقدم إذا كان إصلاح ما في طريقة التنفيذ من عيب ممكنا، أما إذا كان هذا الإصلاح مستحيلا، كما إذا أقام مقاول البناء المبنى وارتفع بأدواره الأولى على خلاف المواصفات والتصميم المعهود إليه بتنفيذه، فعند ذلك لا يكون تدارك الخطأ مستطاعا ولا يكون ثمة سبيل إلى إصلاح طريقة التنفيذ إلا بهدم البناء كله . وفي هذه الحالة يكون لرب العمل، الحق منذ البداية في أن يطلب فسخ العقد في الحال دون حاجة إلى إنذار أو تحديد أجل (٢/٦٦٧).

على أنه يجوز للقاضي رفض طلب الفسخ إذا كان العيب أو المخالفة من البساطة بحيث لا يخل إخلالا كبيرا بقيمة العمل أو من صلاحيته للاستعمال المقدر له، وهو ما عنى المشروع بالنص عليه دفعا لكل شبهة (٣/٦٦٧).

ومن ناحية أخرى، فإنه إذا تأخر المقاول في البدء في تنفيذ العمل أو في إنجازه تأخرا لا يرجح معه مطلقا أن يتمكن من القيام به كما ينبغي في المدة المتفق عليها، أو إذا اتخذ مسلكا ينم عن نيته في عدم تنفيذ التزامه، أو أتى فعلا من شأنه أن يجعل تنفيذ هذا الالتزام مستحيلا، فإن نص المادة ٦٦٨ من المشروع تجيز لرب العمل أن يطلب فسخ العقد دون انتظار لحلول أجل التسليم. وهذا النص منقول عن المشروع التمهيدي المصري الذي اقتبسه بدوره عن تقنين الالتزامات السويسري والتقنين البولوني وله مثيل في بعض التقنيات العربية كالتقنين العراقي واللبناني والتونسي والمغربي. وهو يسمح بطلب الفسخ مقدما إذا تأخر المقاول في تنفيذ التزامه تأخرا يصبح معه ثابتا أو كبير الاحتمال انه لن يتمكن من إتمام العمل في الميعاد فيكون بذلك قد أدخل مقدما بالتزامه.

ومثال ذلك أن يتفق عارض مع مقاول على أن ينجز صنع أشياء لعرضها في معرض

يفتتح في تاريخ معين فيتأخر المقاول في البدء في العمل أو في إنجازه بعد البدء فيه بحيث يتبين جليا قبل حلول الميعاد المتفق عليه صراحة أو ضمنا أن المقاول لن يتمكن من إنجاز العمل في الميعاد. فعندئذ يجوز لرب العمل ألا ينتظر حلول الأجل المتفق عليه أو الأجل المعقول، ويبادر منذ أن يتبين استحالة تنفيذ العمل في الميعاد إلى طلب فسخ العقد. ولا يقتصر الأمر طبقا لهذا النص على حالة تأخر المقاول في البدء في العمل أو في تنفيذه، بل يتناول أيضا حالة ما إذا صرح المقاول أنه لن ينفذ العمل أو اتخذ مسلكا ينم عن هذه النية، أو أتى بفعل من شأنه أن يجعل تنفيذ التزامه في المدة المتفق عليها مستحيلا، كما لو تعاقدت فرقة تمثيلية مع صاحب مسرح على تقديم بعض العروض على مسرحه في خلال أسبوع معين وقبل حلول هذا الأسبوع تعاقدت مع صاحب مسرح آخر على تقديم عروضها فيه في خلال الأسبوع ذاته، ففي هذه الحالة يجوز لرب العمل - وهو صاحب المسرح - أن يطلب فسخ العقد دون انتظار لحلول الموعد المحدد لتنفيذ العقد. فيتاح له أن يتعاقد مع فرقة أخرى بما يكفل له ألا يبقى مسرحه بغير فرقة، الأمر الذي قد يحدث له لو انتظر حلول موعد التنفيذ الأول.

وإلى جانب التزام المقاول بانجاز العمل المعهود به إليه بموجب عقد المقاولة، فإنه يلتزم بتسليم العمل بعد إنجازه. ويكون التسليم بوضع الشيء تحت تصرف رب العمل بحيث يتمكن من الاستيلاء عليه والانتفاع به دون عائق. ويكون تسليم كل شيء بحسبه، فالحائك يسلم الثوب بعد صنعه إلى رب العمل يدا بيد، وكذلك النجار وغيره من أرباب الحرف والصناعات، ومقاول البناء يسلم البناء بالتخلية بينه وبين رب العمل ووضعه تحت تصرفه بحيث يتمكن من الاستيلاء عليه والانتفاع به، وقد يتم ذلك بتسليم مفاتيح البناء لرب العمل، وإذا كان المقاول قد نفذ العمل في شيء ظل في حيازة صاحبه، كالسباك يصلح مواسير المياه والدهان يدهن حيطان البناء، فإن التسليم يكون بتخلية السبيل أمام رب العمل لينتفع بالشيء الذي تم العمل فيه. فإذا لم يقم المقاول بتسليم العمل كاملا في الزمان والمكان المتفق عليهما، فإنه يكون قد أخل بالتزامه بالتسليم، ويكون لرب العمل وفقا للقواعد العامة طلب التنفيذ العيني أو طلب الفسخ، مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى.

فإذا هلك الشيء أو تلف قبل تسليم العمل، فإن المادة ٦٦٩ من المشروع تنص على أنه إذا كان الهلاك بقوة قاهرة أو حادث فجائي، فلا يكون للمقاول أن يطالب لا بمقابل

عمله ولا برد نفقاته، فلو تعاقد رب العمل مع نجار على صنع أثاث واحترق الأثاث او سرق قبل أن يسلمه النجار وكانت الحريق أو السرقة بقوة قاهرة ولم يثبت تقصير في جانب النجار، فإن التبعة هنا يتحملها النجار فيما قدمه من عمل ومواد. وما أنفقه من نفقات. وكل ذلك ما لم يكن رب العمل، وقت الهلاك أو التلف مخلا، بالتزامه بتسلم العمل بان يكون المقاول قد أعذره بأن يتسلمه فلم يفعل .

فإذا كانت المواد مقدمة من رب العمل وهلك الشئ أو تلف قبل تسليمه له بسبب حادث فجائي او قوة قاهرة، فلا يكون له أن يطالب المقاول بقيمة المواد ما لم يكن المقاول وقت الهلاك او التلف، مخلا بالتزامه بتسليم العمل - بأن يعذره رب العمل بالتسليم فلا يفعل - ولم يثبت ان الشئ كان ليتلف لو أنه قام بالتسليم دون أن يخل بالتزامه . وتعتبر مواد العمل مقدمة من رب العمل، إذا كان قد أدى للمقاول قيمتها أو عجل له مبلغا تحت الحساب يشمل هذه القيمة (مادة ٦٧٠ من المشروع). وغنى عن البيان أنه إذا كان الهلاك او التلف راجع لخطأ أحد الطرفين، فإنه يتحمل وحده تبعة الخسارة الناجمة عن الهلاك .

(ثالثا) التزامات رب العمل :

وتعرض المواد ٦٧١ إلى ٦٧٩، لالتزامات رب العمل وهي : تمكين المقاول من إنجاز العمل، وتقبل العمل بعد إنجازه، ودفع المقابل المتفق عليه .

فرب العمل يلتزم بأن يبذل كل ما في وسعه لتمكين المقاول من البدء من تنفيذ العمل ومن المضي في تنفيذه حتى يتم انجازه ومن ذلك استصدار أي ترخيص إداري يكون لازما للبدء في العمل مثل الترخيص بالبناء، وتقديم المواد التي تستخدم في العمل، أو الآلات والمعدات اللازمة لإنجازه إذا كان رب العمل قد التزم بتقديمها، وتقديم الرسومات والبيانات والمواصفات التي يكون متفقا على ان يتم العمل على أساسها . فإذا لم يقوم رب العمل بالتزامه، فإن نص المادة ٦٧١ من المشروع يجيز للمقاول أن يكلفه القيام بذلك في أجل معقول يحدده، فإذا انقضى الأجل دون أن يقوم رب العمل بالتزامه، جاز للمقاول أن يطلب فسخ العقد مع التعويض إن كان له مقتض .

ويلتزم رب العمل بتسلم العمل بعد إنجازه . والتسلم هنا ليس مجرد الاستيلاء على

العمل بعد ان يضعه المفاوض تحت تصرف رب العمل دون عائق من الاستيلاء عليه، كما هو الحال في التزام المفاوض بالتسليم بل انه يتضمن الى جانب ذلك تقبل العمل والموافقة عليه بعد فحصه او معاينته وهو ما تقتضيه طبيعة المفاوضة فهي تقع على عمل لم يكن قد بدأ وقت إبرام العقد - أي لم يكن موجودا - فوجب عند إنجازه أن يستوثق رب العمل من أنه موافق للشروط المتفق عليها أو لأصول الصنعة، ويكون ذلك بفحصه ومعاينته ثم الموافقة عليه أي قبله والذي يقع عادة أن رب العمل يقوم بتقبل العمل وبتسلمه في وقت واحد ولكن لا يوجد ما يمنع من أن ينفصل التقبل والتسلم فيسبق أحدهما الآخر أو يليه . فإذا امتنع رب العمل دون سبب مشروع عن معاينة العمل وتسلمه رغم دعوته إلى ذلك اعتبر أنه قد تسلم العمل ووافق عليه (مادة ٦٧٢)، ويشترط، حتى يكون رب العمل ملزما بتسلمه على هذا الوجه أن يكون العمل موافقا للشروط المتفق عليها، أو لما تقتضي به أصول الصنعة في العمل محل المفاوضة أي خاليا من العيوب، وغني عن البيان أنه إذا حصل اختلاف بين الطرفين حول ما إذا كان العمل موافقا أو غير موافق، فإنه يجوز لأيهما أن يطلب ندب خبير على نفقته لمعاينة العمل ووضع تقرير يثبت حالته ليكون محل اعتبار فيما لو رفع الأمر إلى القضاء.

وطبقا للفقرة الأولى من المادة ٦٧٣ يجب أن يكون العيب أو المخالفة للشروط أو لأصول الصنعة التي تبرر امتناع رب العمل عن تسلمه جسيمة بحيث تجعل العمل غير صالح للغرض المقصود منه كما يستفاد من ظروف التعاقد، وكل ذلك مع مراعاة ما تنص عليه المادة ٦٩١ فيما يتعلق بالمباني أو الإنشاءات التي تقام على أرض مملوكة لرب العمل. فإذا لم يبلغ العيب أو المخالفة هذا الحد من الجسامه، بقي رب العمل ملزما بالتسلم، ولكنه يكون له الحق، اما في طلب إنقاص المقابل بما يتناسب مع أهمية العيب أو المخالفة، واما في طلب إلزام المفاوض بالإصلاح في أجل معقول يحدده إذا كان الإصلاح ممكنا ولا يتكلف نفقات تبهظ المفاوض (مادة ٦٧٣ / ٢) وفي جميع الأحوال يجوز للمفاوض إذا كان العمل يمكن إصلاحه، أن يقوم بهذا الإصلاح في مدة معقولة إذا كان هذا لا يسبب لرب العمل أضرار ذات قيمة (مادة ٦٧٣ / ٣).

على أنه ليس لرب العمل أن يتمسك بالحقوق المتقدمة، إذا كان هو المتسبب في إحداث العيب، سواء أكان ذلك بإصداره أوامر تخالف رأي المفاوض أم كان ذلك بأية طريقة أخرى وهو ما تنص عليه صراحة المادة ٦٧٤ من المشروع.

ويعرض نص المادة ٦٧٥ لأهم ما يترتب على تسلم العمل وتقبله من نتائج، فمن وقت تسلم العمل لا يضمن المقاول العيوب والمخالفات الظاهرة التي كان يمكن كشفها بالفحص العادي. ذلك أنه إذا كان العيب في العمل واضحا يمكن للشخص العادي أن يكشفه بالمعاينة، فالمفروض أنه إذا تقبل رب العمل، العمل دون أن يعترض، أنه قبله معييا ونزل عن حقه في الرجوع على المقاول من أجل هذا العيب. ومن ثم ينقضي ضمان المقاول للعيب بمجرد تقبل العمل مع مراعاة احكام الضمان الخاص فيما يتعلق بالمباني والمنشآت المنصوص عليها في المادة ٦٩٢ من المشروع (مادة ٦٧٥ / ١) .

أما إذا كانت العيوب خفية أو كانت المخالفة غير ظاهرة ولم يلحظها رب العمل وقت تسلمه ثم كشفها بعد ذلك، فإنه يجب عليه ان يخطر المقاول بها بمجرد كشفها أو في المدة التي يقضي بها عرف الحرفة، وإلا اعتبر انه قد قبل العمل . فإذا تم إخطار المقاول في الوقت المناسب كان لرب العمل الحقوق المنصوص عليها في المادة ٦٧٣ (مادة ٦٧٥ / ٢) . كل ذلك ما لم يتفق الطرفان على خلافه، فالأحكام المتقدمة ليست من النظام العام (وذلك على عكس احكام الضمان الخاص في حالة المباني والمنشآت)، ومن ثم يجوز الاتفاق على تشديد ضمان المقاول بتحديد مدة ضمان العيب، كما يجوز الاتفاق على تخفيف الضمان أو الإعفاء منه فيشترط المقاول عدم ضمانه للعيب بمجرد تقبل العمل ولو كان العيب خفيا .

وغني عن البيان انه إذا أخفى المقاول العيب غشا منه، فلم يستطع رب العمل ان يكشفه وقت تقبل العمل فإنه في هذا الفرض يكون المقاول مسئولا عن غشه، وبمجرد ان يكشف رب العمل العيب يكون له الحق في الرجوع على المقاول بالضمان وهو فرض لا يجوز فيه الاتفاق على تخفيف الضمان ولا الإعفاء منه .

وتعرض المواد من ٦٧٦ - ٦٧٨ لالتزام رب العمل بدفع المقابل (الأجر) . ودفع المقابل يكون في الموعد المحدد في العقد، إذا كان هناك اتفاق على ذلك، وهو الغالب، فإذا لم يوجد اتفاق على ميعاد معين وكان هناك عرف للصنعة يحدد مواعيد دفع المقابل، وجب إتباع ما يقضي به هذا العرف .

وإذا لم يوجد اتفاق أو عرف، فإن المقابل يستحق دفعه عند تسلم العمل (مادة ٦٧٦) أي مؤخرا . وهذا الحكم هو الذي تقضي به طبيعة عقد المقاوله، فهو عقد على تنفيذ عمل

معين لقاء مقابل معين، وبمجرد تمام العقد يصبح المقابل - وفقا للقواعد العامة - دائنا بالمقابل ولكن في نظير عمل لم ينجزه . ولهذا يقرر النص استثناء من القواعد العامة الا يستحق المقابل إلا بعد انجاز العمل وتسلم رب العمل له (قارن المادة ٤٢٤ من المجلة) وغني عن البيان ان دفع المقابل عند تسلم العمل مشروط فيه ان يكون العمل مطابقا للمواصفات والشروط المتفق عليها، ولأصول الفن في هذا النوع من العمل، وإلا كان لرب العمل ان يحبس المقابل، طبقا للقواعد العامة .

فإذا كان العمل مكونا من أجزاء متميزة، أو كان المقابل محددًا على أساس الوحدة، كأن يكون المقابل قد تعهد برصف طريق وحدد المقابل على أساس كل وحدة طولية يتم رصفها، فإنه يجوز للمقابل طبقا لنص المادة ١/٦٧٧ من المشروع ان يستوفي من المقابل بقدر ما أنجز من العمل وذلك بعد إجراء معاينته وتقبله، على ان يكون ما تم انجازه جزءا متميزا، أو قسما ذا أهمية كافية بالنسبة إلى العمل في جملة وكل ذلك ما لم يتفق على خلافه .

ويفترض فيما دفع المقابل عنه، أن رب العمل قد عاينه وتقبله، ما لم يثبت ان ما دفعه ليس الا مبلغا قدمه للمقابل تحت الحساب (مادة ٢/٦٧٧) .

والمقابل لا بد من وجوده في عقد المقاولة (قارن المادة ٤٥٠ من المجلة) وإلا كان العقد من عقود التبرع ولا يعتبر مقاولة، ويشترط فيه ان يكون معينًا أو قابلا للتعيين (قارن المادة ٦٣٠ لبناني) غير ان المقابل وان كان ركنا في المقاولة الا انه لا يشترط ذكره في العقد ولا ان يحدده المتعاقدان . فإذا لم يحدده تكفل القانون بتحديدته وتبقى المقاولة صحيحة، وبكفي ان يتبين ان العمل المعهود به الى المقابل ما كان ليتم إلا لقاء مقابل، حتى يفترض ان هناك اتفاقا ضمينا على وجود المقابل (قارن المادة ٦٣١ لبناني و ٢/٨٨٠ عراقي) وهو ما يستخلص ضمنا من ظروف التعاقد وبخاصة من أهمية العمل ومهنة من يتولاه . ويمكن القول بوجه عام ان أصحاب المهن الحرة وكذلك أرباب الحرف والصناعة . يعملون بمقابل، فإذا تعاقد العميل مع احد منهم فالمفروض ان العمل يكون بمقابل، حتى لو سكت المتعاقدان ولم يذكر شيئا عن ذلك، أما مقدار المقابل فيحدده القانون كما تقدم .

والأصل ان المتعاقدين هما اللذان يقومان بتحديد المقابل، وهما قد يحددهانه بموجب

مقايسة على أساس الوحدة. أو يحددانه جزافا (إجمالا) على أساس تصميم متفق عليه . ولكنهما قد يحددانه على وجه تقريبي أو لا يعرضان لتحديد مقداره أصلا فيتكفل القانون بتحديد هذا المقدار . وفي ذلك تختلف التقنيات : فالتقنين الأردني يعطي المقاول اجر المثل بالإضافة إلى قيمة ما قدمه من المواد التي تطلبها العمل (المادة ٧٩٦) والتقنين اللبناني يعين بدل العمل بحسب العرف، فإذا كانت هناك تعريفة أو رسم وجب تطبيقهما (المادة ٦٣٢ ، وقارن المادة ٦٣٢ ألماني) أما التقنين المصري والتقنين الأخرى التي أخذته عنه، فتوجب الرجوع في تحديد الأجر الى قيمة العمل ونفقات المقاول (٦٥٩ مصري، وقارن ٣٧٤ التزامات سويسري و ٤٧٩ بولوني).

وقد أثر المشروع في المادة ٦٧٨ منه ان يجمع ذلك في عبارة « مقابل المثل وقت إبرام العقد» فعند الخلاف يعين القاضي مقدار المقابل على هذا الأساس وله ان يسترشد في ذلك بالعرف الجاري في الصنعة أو المهنة وبطبيعة العمل فقد يكون معقدا في حاجة الى مهارة فنية كبيرة، وقد يتضمن تبعات جساما ومسئوليات يتعرض لها المقاول ويدخل طبعا في الحساب، نفقات المقاول وكمية العمل والوقت الذي استغرقه انجازه، ومؤهلات المقاول وكفايته الفنية وسمعته.

وقد حرص المشروع بعد ذلك على النص في المادة ٦٧٩ منه على أنه لا يكون لارتفاع تكاليف العمل أو انخفاضها أثر في مدى الالتزامات التي يرتبها العقد، وذلك دون إخلال بأحكام المادة ١٩٨ . وهو نص له مقابل في غالبية التقنينات العربية، ويردد الأصل العام من ان ارتفاع تكاليف العمل أو انخفاضها (أي أسعار المواد الأولية وأجور الأيدي العاملة أو غيرها من التكاليف) لا يكون له أثر في مدى الالتزامات التي يرتبها العقد، فلا يجوز للمقاول عند ارتفاع هذه التكاليف ان يطالب بزيادة في المقابل كما لا يجوز لرب العمل عند انخفاض هذه التكاليف ان يطالب بإنقاص المقابل وكل ذلك دون إخلال بأحكام نظرية الظروف الطارئة المنصوص عليها في المادة ١٩٨ من الأحكام العامة للالتزامات .

(رابعا) التنازل عن المقابلة والمقابلة من الباطن :

ويعرض المشروع في المواد من ٦٨٠ - ٦٨٣ للتنازل عن المقابلة، وللمقاول من الباطن .

ويأخذ التنازل عن المقابولة إحدى صورتين، الأولى، أن يتنازل المقاول للغير عن جميع عقد المقابولة بما يشتمل عليه من حقوق والتزامات، والثانية، أن يتنازل رب العمل عن عقد المقابولة، كأن يبيع الأرض التي قاول على إنشاء بناء فيها ويتنازل في الوقت ذاته للمشتري عن عقد المقابولة وما ينشأ عنه من حقوق والتزامات . وفي الحالين ينص المشروع في المادة ٦٨٠ على عدم جواز التنازل الا بموافقة المتعاقد الآخر ما لم يوجد في العقد شرط يقضي بخلافه . فاذا تم التنازل بموافقة المتعاقد الآخر أو بناء على اجازته في العقد، فان المتنازل له يحل محل المتنازل في جميع حقوقه والتزاماته قبل المتعاقد الاخر . ولكن التنازل لا يكون ساريا في مواجهة الغير، في حالة اجازته في العقد، إلا إذا أعلن للمتعاقد الآخر بوجه رسمي، أما في حالة حصول التنازل بموافقة المتعاقد الاخر، فان التنازل لا يكون ساريا في مواجهة الغير إلا إذا كانت الموافقة ثابتة التاريخ . وغني عن البيان ان للمقاول أيضا ان يتنازل عن مستحقاته قبل رب العمل لشخص ثالث عن طريق حوالة الحق وعندئذ تطبق أحكامها .

أما التنازل من الباطن وهو أكثر وقوعا في العمل خاصة في مقاولات المباني والإنشاء، حيث تتعدد الأعمال وتتشعب فقد عرض المشروع له في المواد ٦٨١ - ٦٨٣ .

ويخلص من النص الأول ان للمقاول ان يقاول من الباطن في كل العمل أو في جزء منه ما لم يمنعه من ذلك شرط في العقد (قارن المواد ٥٧١ - ٥٧٣ من المجلة) . أو تكون طبيعة العمل تتطلب الاعتماد على الكفاية الشخصية للمقاول، كأن يكون العمل محل المقابولة عملا فنيا ركن فيه رب العمل إلى كفاية المقاول الشخصية في هذا العمل أو ما اشتهر عنه في أدائه . فعندئذ يتحتم ان يقوم المقاول بالعمل شخصيا، وغني عن البيان ان هذا المنع لا يحول دون المقاول وبين الاستعانة بأشخاص آخرين، فنيين أو غير فنيين، في انجاز العمل، مادام هؤلاء الأشخاص ليسوا مقاولين من الباطن بل يعملون عند المقاول بعقد عمل لا بعقد مقابولة .

فإذا لم يكن هناك شرط مانع أو لم تكن شخصية المقاول محل اعتبار عند التعاقد، وعهد المقاول بتنفيذ العمل كله أو بعضه إلى مقاول من الباطن فان المقابولة من الباطن تكون صحيحة، وتنفذ حتى في حق رب العمل، وتكون العلاقة ما بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن، علاقة رب العمل بمقاول ينظمها عقد المقابولة من الباطن، فيكون

المقاول الأصلي بالنسبة إلى المقاول من الباطن رب عمل، وعليه جميع التزامات رب العمل، كما يكون المقاول من الباطن بالنسبة إلى المقاول الأصلي، مقاولاً، عليه جميع التزامات المقاول فيما عدا الأحكام الاستثنائية المتعلقة بالضمان في المباني والإنشاءات. (انظر المادة ٦٩٢ من المشروع) ولكن المقاول الأصلي يسأل إزاء رب العمل عن أعمال المقاول من الباطن (الفقرة الثانية من المادة ٦٨١)، فإذا أحل المقاول من الباطن بالتزامه من انجاز العمل طبقاً للشروط والمواصفات المتفق عليها ولأصول الصناعة، أو بالتزامه من تسليم العمل بعد انجازه أو ظهر في عمله عيب، كان المقاول الأصلي مسئولاً عن كل ذلك قبل رب العمل، أما المقاول من الباطن فيكون مسئولاً عن ذلك قبل المقاول الأصلي .

وجدير بالذكر ان مسؤولية المقاول الأصلي عن أعمال المقاول من الباطن هي مسؤولية عقدية تنشأ من عقد المقاولة الأصلي وليست مسؤولية متبوع عن تابعه، فالمقاول من الباطن يعمل مستقلاً عن المقاول الأصلي ولا يعتبر تابعاً له. وتقوم هذه المسؤولية على افتراض ان كل أعمال المقاول من الباطن تعتبر بالنسبة الى رب العمل أعمالاً صادرة من المقاول الأصلي ومن ثم يكون مسئولاً قبله عنها .

ولما كانت المسؤولية هنا عقدية، فانه يجوز الاتفاق على ما يخالفها فيجوز ان يشترط المقاول على رب العمل الا يكون مسئولاً عن المقاول من الباطن، كما يجوز أن يقبل رب العمل حلول المقاول من الباطن محل المقاول الأصلي في كل حقوقه والتزاماته، فتتحول المقاولة من الباطن إلى تنازل عن المقاولة وتسري عليه أحكام الحوالة .

والأصل الا تقوم علاقة مباشرة بين رب العمل وبين المقاول من الباطن إذ لا يربطهما أي تعاقد، فلا يطالب أيهما الآخر مباشرة بتنفيذ التزاماته، وإنما يكون للمقاول من الباطن طبقاً للقواعد العامة ان يرجع على رب العمل في خصوص المقابل المستحق له قبل المقاول الأصلي، وذلك بطريق الدعوى غير المباشرة يرفعها باسم المقاول الأصلي ويطالب فيها بما هو مستحق في ذمة رب العمل للمقاول الأصلي . ولكن هذه الدعوى غير المباشرة تسمح لدائني المقاول الأصلي ان يزاحموا المقاول من الباطن، فلا يستأثر وحده بما يستخلصه من رب العمل، بل يقاسمه فيه سائر دائني المقاول الأصلي مقاسمة الغرماء . ومن اجل هذا حمى المشروع المقاول من الباطن من مزاحمة دائني المقاول

الأصلي بإعطائه دعوى مباشرة وحق امتياز يجنبانه مزاحمة دائني المقاول الأصلي، كما مد هذه الحماية إلى عمال المقاول الأصلي وعمال المقاول من الباطن لان هؤلاء العمال لا يقلون في الحاجة إلى الرعاية عن المقاول من الباطن. (المادتان ٦٨٢ و ٦٨٣) وهي احكام لها مقابل في جميع التقنينات العربية .

(خامسا) انتهاء المقاولة :

تنتهي المقاولة انتهاء مألوف بانقضاء المدة المحددة لها اذا كان العمل المتفق عليه متجددا يقترن بمدة معينة ينجز في أثنائها، كعقود الصيانة (مادة ٦٨٤ من المشروع) .

وهي تنتهي أيضا انتهاء غير مألوف قبل تنفيذها باستحالة التنفيذ أو الفسخ، أو بالتقاييل طبقا للقواعد العامة، ولكنها تنتهي أيضا بسببين خاصين بها هما : تحلل رب العمل من المقاولة بإرادته المنفردة وموت المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار .

ويعرض المشروع في المواد التالية (٦٨٥ - ٦٨٨) لهذه الأسباب فيما عدا الفسخ والتقاييل اكتفاء بتطبيق القواعد العامة في شأنها .

فالمادة ٦٨٥ تعرض لانتهاء المقاولة باستحالة التنفيذ لسبب لا يد لأحد الطرفين

فيه

(كمرض المدرس أو قطع يد الفنان)، وفي هذه الحالة فان التزام المقاول ينقضي، وينقضي التزام رب العمل المقابل له، وينفسخ عقد المقاولة من تلقاء نفسه تطبيقا للقواعد العامة . ومتى انتهى عقد المقاولة بالانفساخ على هذا الوجه، استحق المقاول تعويضا، لا بموجب المقاولة وقد انتهت، ولكن بموجب مبدأ الإثراء بلا سبب، فيقتضي تعويضا من رب العمل، اقل القيمتين، قيمة ما أنفقه من ماله ووقته، وقيمة ما استفاد به رب العمل .

هذا ويلاحظ ان إفلاس احد الطرفين لا يعتبر قوة قاهرة تمنع من التنفيذ، بل يستمر تنفيذ العقد بواسطة مدير تفليسة الطرف المفلس، وإذا امتنع مدير التفليسة عن التنفيذ جاز للطرف الآخر ان يطلب فسخ العقد مع التعويض (قارن المادة ٨٦٢ من قانون التجارة الحالي) .

وتعرض المادتان ٦٨٦ و ٦٨٧ لموت المقاول، ويلاحظ انه في الفقه الإسلامي يكون الاستصناع باطلا بوفاة المستصنع أو الصانع . ولكن نصوص المشروع لم تعرض لموت رب العمل، لان شخصيته لا تكون في العادة محل اعتبار في عقد المقاولة . ولذلك فلا تنتهي المقاولة بموته، بل يبقى العقد قائما بين المقاول وورثة رب العمل الذين يحلون محله في العقد طبقا للقواعد العامة.

اما موت المقاول فهو يبطل المقاولة في الفقه الإسلامي، وكذلك تنتهي به المقاولة في القانون الفرنسي (المادة ١٧٩٥) ولكن التقنيات العربية، وبعض من التقنيات الأجنبية، تميز في ذلك بين ما إذا كانت مؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار في التعاقد أو لم تكن، وهو ما اخذ به المشروع في المادة ٦٨٦ منه .

فإذا كانت مؤهلات المقاول الشخصية أو إمكاناته محل اعتبار في التعاقد، فان عقد المقاولة ينتهي بحكم القانون بمجرد موت المقاول (٦٨٦ / ١)، دون حاجة لفسخه لا من ناحية رب العمل ولا من ناحية ورثة المقاول . والمقصود بالمؤهلات كل صفات المقاول الشخصية التي تكون ذات تأثير في حسن تنفيذ العمل . فيدخل فيها ما اشتهر عن المقاول من ناحية الكفاية الفنية والأمانة وحسن المعاملة، وما قام به قبلا من أعمال تكسبه تجربة عملية فيه (سابقة الأعمال)، ومقدار ملاءته، وإمكاناته .

وتقدير ما إذا كانت مؤهلات المقاول الشخصية وإمكاناته محل اعتبار في التعاقد هو من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع دون معقب عليه في ذلك، وله ان يسترشد في هذا التقدير بضوابط ثلاثة :

١- فشخصية المقاول تعتبر دائما محل اعتبار في التعاقد، إذا اتفق في العقد على ان يعمل المقاول بنفسه، أو إذا ابرم العقد مع احد رجال الفن، كالرسامين والنحاتين والموسيقيين والمطربين أو مع احد أصحاب المهن الحرة، كالمهندسين والمعماريين وغيرهم، فكل هؤلاء تعتبر مؤهلاتهم الشخصية محل اعتبار في التعاقد .

٢- أما أرباب الحرف والصناع، كالخياط وصانع الأحذية والنقاش والسباك والنجار وغيرهم، فالأصل أن تكون مؤهلاتهم الشخصية محلا للاعتبار في التعاقد، ما لم يقيم دليل أو عرف على غير ذلك، كأن يكون العمل المعهود إلى احدهم بسيطا لا يقتضى مهارة فنية خاصة، ويستطيع القيام به أي شخص في الحرفة .

٣- وأما مقاولات المباني والإنشاء، فهذه يقوم بها عادة مكاتب المقاولات الكبرى، التي تعتمد على ما يتوفر لديها من مهندسين وفنيين وأدوات ومعدات ورؤوس أموال، وغير ذلك من الامكانيات . بحيث تكون العبرة لا بصفات المقاول الشخصية ولكن بالمكانة التي وصل إليها اسمه في السوق، فهؤلاء لا تكون مؤهلاتهم الشخصية. في الغالب محلا للاعتبار في التعاقد .

أما إذا لم تكن مؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار في التعاقد فانه طبقا للفقرة الثانية من المادة ٦٨٦ لا ينتهي العقد من تلقاء نفسه، ولكن يجوز لرب العمل طلب انهاءه إذا لم تتوافر في ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل . والقاضي هو الذي يقدر ما إذا كان الورثة لا تتوافر فيهم الضمانات الكافية فيحكم بإنهاء العقد، أو أن فيهم من الضمانات ما يكفي للمضي في العمل وحسن تنفيذه، فيرفض الطلب .

فإذا انتهت المقاوله بموت المقاول، سواء انتهت من تلقاء نفسها لقيامها على اعتبار مؤهلات خاصة في شخص المقاول، أو انتهت عن طريق الانهاء بناء على طلب رب العمل أو طلب الورثة، وكان ذلك قبل البدء في تنفيذ العمل، فان الالتزامات التي أنشأها عقد المقاوله في جانب كل من الطرفين تنقضي بانتهاء العقد، ولا يرجع أي منهما على الآخر بشيء، إلا إذا كان رب العمل قد عجل شيئا من المقابل المتفق عليه فيسترده .

أما إذا كان المقاول قد بدأ في تنفيذ العمل قبل موته، فان المادة ٦٨٧ من المشروع تعطي لورثته الحق في نسبة من المقابل تعادل ما قام بتنفيذه من أعمال، كما تعطيه الحق في قيمة ما تخلف في موقع العمل عند موت مورثهم من مواد يكون قد جلبها إذا كانت صالحة لاستعمالها في اتمام العمل . ومن ناحية أخرى يكون لرب العمل ان يطالبهم بتسليم المواد الأخرى التي يكون مورثهم قد أعدها، وكذلك الرسومات التي بدىء في تنفيذها على ان يدفع عن كل ذلك مقابلا عادلا .

وتسرى الأحكام المتقدمة أيضا، إذا بدأ المقاول في تنفيذ العمل ثم أصبح عاجزا عن إتمامه لسبب لا دخل لارادته فيه .

وأخيرا تعرض المادة ٦٨٨ من المشروع لجواز تحلل رب العمل من المقاوله بارادته المنفردة . ويلاحظ بادئ ذي بدء أن الاستصناع لدى جمهور الحنفية عقد غير لازم في مواجهة كلا طرفيه قبل العمل . أما إذا أتى الصانع بالشيء المصنوع على الصفة

المشروطة، فحكمه في حق المستصنع، ثبوت «ملك غير لازم» في المصنوع. حتى يثبت له خيار الرؤية إذا رآه، إن شاء أخذه وإن شاء تركه. وفي حق الصانع ثبوت «ملك لازم» في الثمن إذا رأى المستصنع الشيء المصنوع ورضي به ولا خيار له. وهذا جواب ظاهر الرواية، لأن الاستصناع في حكم البيع، والمستصنع مشتر لشيء لم يره فيكون له الخيار إذا رآه، أما الصانع فقد اسقط خيار نفسه بالإحضار، فبقى خيار صاحبه على حاله، كالبيع الذي فيه شرط الخيار للعاقدين، إذا اسقط أحدهما خياره، يبقى خيار الآخر، وروي عن أبي حنيفة، أنه ملك غير لازم في حق كل منهما، حتى يثبت لكل واحد منهما الخيار، لأن في تخيير كل واحد منهما دفعا للضرر عنه. ولكنه روي عن أبي يوسف انه ملك لازم في حق كل منهما فلا خيار للمستصنع ولا الصانع، لان في إثبات الخيار للمستصنع اضراراً بالصانع لانه افسد متاعه، وفي اثبات الخيار للصانع اضراراً بالمستصنع لعدم اندفاع حاجته. وقد اخذ في المجلة برأي أبي يوسف. فنصت المادة ٣٩٢ منها، على أنه إذا انعقد الاستصناع فليس لأحد العاقدين الرجوع، ولم يعط المستصنع الخيار إلا إذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة.

ولكن المشروع أثر أن يذهب مذهبا وسطا، فحول رب العمل وحده، دون المقاول، أن يتحلل بإرادته المنفردة من عقد المقاولة وينهيه، فيوقف تنفيذ العمل في أي وقت قبل إتمامه على ان يعوض المقاول عن جميع ما أنفقه من مصروفات وما أنجزه من أعمال، وما كان يستطيع كسبه لو انه أتم العمل (مادة ٦٨٨/١). وهو حكم وارد في غالبية التقنينات العربية، وفي بعض من التقنينات الأجنبية. فقد يرى رب العمل بعد وضع المقاولة موضع التنفيذ ان من الخير له العدول عنها والرجوع في العقد وقد تتغير الظروف التي ابرم فيها العقد، كأن تكون المقاولة متعلقة بإنشاء عمارة للاستغلال ثم يصدر قانون بتحديد الأجرة فتصبح الصفقة غير رابحة، وقد يعتمد رب العمل على موارد يدفع منها اجر المقاولة فتتخلف هذه الموارد أو تقصر عن دفع الأجر. وقد يصبح العمل المطلوب تنفيذه غير مجد لرب العمل، فلمثل هذه الأسباب أو غيرها مما يبدو وجيها في نظر صاحب العمل، أجاز المشروع لرب العمل أن يرجع في العقد ويتحلل من المقاولة، على ان يعوض المقاول عما تكلفه من نفقات وما فاته من كسب، بدلا من المضي في العمل إلى غايته والإنفاق عليه دون فائدة.

وأما المقاول فانه ليس له حق التحلل من المقاولة بإرادته المنفردة بل يبقى ملزما

بتنفيذها إلى النهاية، ويجوز لرب العمل إجباره على التنفيذ العيني دون ان يقتصر عن مطالبته بالتعويض، ذلك ان لرب العمل مصلحة محققة في هذا التنفيذ العيني . فهو لم يبرم عقد المقاولة إلا للحصول على هذا التنفيذ .

وغني عن البيان ان حق رب العمل في التحلل من المقاولة مع تعويض المقاول ليس من النظام العام، ومن ثم يجوز الاتفاق على خلافه، فيجوز الاتفاق على عدم جواز تحلل رب العمل من العقد كما يجوز الاتفاق على ان يكون لرب العمل التحلل من المقاولة دون ان يدفع أي تعويض أو دون ان يدفع تعويضا كاملا بل يقتصر على دفع ما أثرى به على حساب المقاول .

على انه يجوز للمحكمة - طبقا للفقرة الثانية من المادة ٦٨٨ ان تخفض التعويض المستحق للمقاول عما فاتته من كسب، إذا كانت الظروف تجعل هذا التخفيض عادلا .

الفرع الثاني

الأحكام الخاصة بمقاولات المباني والإنشاء

خصص المشروع هذا الفرع لبعض الأحكام الخاصة بمقاولات المباني والإنشاء، اعتبارا لأهميتها. ويعرض فيه للتعديلات والإضافات التي قد ترد على المقايسة أو التصميم وللأحكام المتعلقة بمسئولية المقاول والمهندس عن المباني والمنشآت التي يقيمانها.

فتعرض المادتان ٦٨٩ و ٦٩٠ لما يترتب على تعديل المقايسة أو التصميم، في مقاولات المباني والإنشاء، أما غير ذلك من المقاولات فتسرى في شأن تعديل عقودها القواعد العامة.

ويعرض النص الأول (المادة ٦٨٩) لمقاولات المباني والإنشاء التي تبرم على أساس مقايسة تقديرية ، تقدر فيها كميات الأعمال المختلفة تقديرا تقريبا ويحدد المقابل لكل وحدة من هذه الأعمال، حيث يقتضي ذلك أن يتفاوت المقابل بحسب كمية الأعمال التي يتم تنفيذها، فلا يكون في زيادة المقابل إذا اقتضى الأمر ذلك ما

يخالف طبيعة الاتفاق. ولكن النص يوجب على المقاول إذا تبين له في أثناء التنفيذ، ضرورة مجاوزة المقايسة المقدرة مجاوزة جسيمة، أن يبادر بإخطار رب العمل بذلك مبينا مقدار ما يتوقعه، من زيادة في المقابل نتيجة لهذه المجاوزة.

والمقصود بمجاوزة المقايسة، هو مجاوزة كميات الأعمال المقدرة فيها وليس مجاوزة أسعارها، ولذلك فإن عبارة ” مجاوزة المصروفات المقدرة في المقايسة ” الواردة في نص المادة ١٨ من المشروع السابق تكون غير دقيقة في هذا المجال إذ قد ينصرف معناها إلى أن المقصود بالمجاوزة، هو مجاوزة السعر الوارد في المقايسة، مع أن المقصود هو حالة مجاوزة الكم لا السعر. فمثلا إذا تبين للمقاول عند حفر الأساس اللازم للبناء الذي يقوم بإنشائه، أنه يجب تعميقه أكثر، وأن هذا التعميق يقتضي كميات من العمل تزيد زيادة جسيمة عما هو مقدر في المقايسة انطبق النص.

كذلك يجب أن تكون المجاوزة غير متوقعة وقت إبرام العقد. أما إذا كانت متوقعة أو من الممكن توقعها، فإن الاجر يزيد بمقدار هذه المجاوزة ولا خيار لرب العمل. فإذا لم يخطر المقاول رب العمل بالمجازرة غير المتوقعة، أو أبطأ في إخطاره بذلك دون مبرر، أو لم يذكر في الإخطار مقدار ما يتوقعه من الزيادة، سقط حقه في استرداد هذه الزيادة وبقي المقابل بغير تعديل. (مادة ٦٨٩ / ١).

أما إذا اخطر المقاول رب العمل بالمجاوزة، فحينئذ يكون رب العمل مخيرا، أما أن يوافق على المضي في تنفيذ العمل، ومن ثم يلتزم بزيادة المقابل بما يتناسب مع المجاوزة، وأما أن يتحلل من المقاولة إذا رأى في الزيادة إرهاقا له. وفي هذه الحالة يكون عليه أن يطلب، دون إبطاء، من المقاول وقف العمل، كما يكون عليه أن يوفي المقاول قيمة ما أنجزه من الأعمال إلى يوم إخطاره بوقف العمل. وتقدر هذه القيمة بحسب ما هو مقدر في العقد لا بحسب ما أنفقه المقاول فعلا، ولا يكون للمقاول أن يطالب رب العمل بتعويضه عما كان يمكنه كسبه لو أنه أتم العمل (مادة ٦٨٩ / ٢). ذلك أن رب العمل لم يتحلل هنا من العقد بمحض رغبته، بل انه اضطر لذلك إزاء الزيادة المرهقة في المقابل.

وغنى عن البيان أن النص لا ينطبق حيث تكون المجاوزة في المقايسة غير جسيمة، فحينئذ لا يستطيع رب العمل أن يتحلل من العقد بسبب مثل هذه المجاوزة، وتجب عليه زيادة المقابل بما يتناسب معها، شاء ذلك أو ابي. وتقدير ما إذا كانت المجاوزة جسيمة

فتجيز لرب العمل التحلل من المقاوله، أو غير جسيمة فتبقيه مقيدا بها مع زيادة المقابل الزيادة المناسبة، هو من مسائل الواقع التي يستقل قاضي الموضوع بتقديرها دون معقب عليه في ذلك .

ويعرض النص الثاني (المادة ٦٩٠) لتعديل التصميم في حالة المقاولات التي تبرم على أساس مقابل جزافي يحدد للمقاوله مقدما وإجمالاً، بعد وضع تصميم نهائي كامل يتضمن وصفا لجميع الأعمال المطلوبة ويتم الاتفاق عليه مع رب العمل. أما إذا كان التصميم غير كامل، أو كان تقريبا أو احتفظ أحد الطرفين بحق إجراء التعديل فيه أثناء التنفيذ. فلا ينطبق النص. وفي هذه الحالة- التي يعرض لها لنص- فإن المقابل الإجمالي الجزافي الذي اتفق عليه الطرفان في عقد المقاوله لا يكون قابلاً للتعديل، فلا يزيد المقابل إذا ادخل المقاول تعديلاً على التصميم ولو كان التعديل هاماً نافعا بل لو كان ضرورياً. وليس هذا إلا تمشياً دقيقاً مع إرادة المتعاقدين. وقد وضع هذه النص حماية لرب العمل - وهو عادة رجل غير فني قليل الخبرة - من المقاول، وهو دائماً رجل فني واسع الخبرة، فأتاحت له أن يصل بالاتفاق مع المقاول على مقابل إجمالي جزافي، إلى هذا القدر من الاطمئنان والاستقرار والثبات .

ومع ذلك فإن النص يجيز استثناء زيادة المقابل في حالتين :

(الأولى) حالة تعديل التصميم أو زيادة التكاليف لسبب يرجع إلى رب العمل كأن يقدم للمقاول معلومات خاطئة عن الأبعاد التي يريد لها للبناء أو يتأخر في الحصول على الترخيص أو في تقديم الأرض التي يتم البناء عليها فينجم عن ذلك تحميل المقاول بنفقات أو تكاليف إضافية- ولا يشترط أن يكون رب العمل سيئ النية ولا حتى أن يكون مقصراً، فيكفي أن يكون التعديل في التصميم أو زيادة التكاليف ناجماً عن فعله ومنسوبا إليه. دون حاجة لأن يثبت في جانبه أي خطأ أو تقصير .

(الثانية) إذا حدث في التصميم تعديل أو إضافة. وكان رب العمل قد أذن بذلك. ولم ير المشروع بعد ذلك أن يوجب الاتفاق مقدماً على مقدار الزيادة ولا أن يوجب حصول الاتفاق على التعديل، كتابة إذا كان عقد المقاوله الأصلي مكتوباً، كما فعل التقنين المصري وبعض التقنيات الأخرى- اكتفاء بالقواعد العامة في الإثبات.

ويعرض نص الماد ٦٩١ من المشروع لحالة خاصة هي حالة إقامة بناء أو إنشاء على

ارض مقدمة من رب العمل إذا كانت تشوبه عيوب تبلغ من الجسامة حدا يجعله غير صالح للاستعمال المقدر له . فيكون لرب العمل أن يرفض تسلمه طبقاً للأحكام الواردة في المادة ٦٧٣ . ويقتضي الأمر إزالته . ولما كانت إزالة البناء أو الإنشاء في هذه الحالة قد ترتب أضراراً بالغة للمقاول، فقد رأى المشروع أن يقصر حق رب العمل في هذه الحالة على طلب إنقاص المقابل أو إصلاح العيب إن كان ممكناً دون إزالة البناء أو الإنشاء، وكل ذلك دون إخلال بالحق في التعويض إن كان له مقتض . وهذا النص مأخوذ عن المشروع التمهيدي المصري الذي أخذه بدوره عن تقنين الالتزامات السويسري وهو مجرد تطبيق للقواعد العامة في حالة ما إذا كان في التنفيذ العيني إرهاباً للمدين .

وأخيراً ضمن المشروع نصوص المواد من ٦٩٢-٦٩٧ أحكاماً خاصة في ضمان المقاول والمهندس لما يقيماه من مبان أو منشآت ثابتة أخرى، حتى يدفعهما إلى بذل كل عناية ممكنة فيما يشيدانه من المباني والمنشآت، نظراً لخطورة ما يترتب على تدهمها أو تصدعها بالنسبة إلى رب العمل وبالنسبة إلى الغير، ويلاحظ بالنسبة لهذه النصوص ما يأتي :-

١- تنطبق أحكام هذه النصوص إذا وقعت المقاول على منشآت ثابتة وفي مقدمة هذه المنشآت المباني من أي نوع كان، سواء كانت مشيدة بالطابوق أو بالحجارة أو بالخشب أو بغيره، ما دامت مستقرة ثابتة لا يمكن نقلها دون هدمها . ومن ذلك أيضاً الجسور والسدود والخزانات والبوابات، وأجهزة التكييف المركزية والمدخن، ولا يتحتم أن تكون هذه المنشآت فوق الأرض، بل يصح أن تكون تحتها أو في مستواها كالطرق والانفاق.

٢- يترتب الضمان أولاً في ذمة المقاول الذي يعهد إليه في إقامة المنشآت الثابتة . وقد يعهد رب العمل تنفيذ ذلك إلى عدة مقاولين، فيعهد إلى مقاول بوضع الأساس والقيام بأعمال البناء الأخرى، وإلى مقاول آخر بأعمال النجارة، وإلى ثالث بأعمال الحدادة، وإلى رابع بالأعمال الصحية وهكذا، فيعتبر كل من هؤلاء مقاولاً في حدود الأعمال التي يقوم بها ويكون ملتزماً بالضمان في هذه الحدود، كذلك يترتب الضمان في ذمة المهندس الذي يعهد إليه رب العمل في وضع التصميمات والرسومات والنماذج اللازمة لإقامة المنشآت أو جانب منها، أو الذي قد يعهد إليه بإدارة العمل أو بالإشراف على تنفيذه ولا يشترط أن يكون مهندساً معمارياً بل أن أي مهندس إنشائي أو ميكانيكي

أو كهربائي أو مدني أو غيره يكون ملتزما بالضمان إذا قام بمهمة من المهمات المشار إليها وذلك في حدود العمل الذي قام به .

٣ - طبقا للفقرة الثالثة من المادة ٦٩٢ يشمل الضمان ما يحدث في المنشآت من تهدم كلي أو جزئي أو خلل ولو كان التهدم ناشئا عن عيب في الأرض ذاتها، أو كان رب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة، لان الخطأ هو خطأ المقاول، ولم يفعل رب العمل سوى أن يجيز هذا الخطأ والمفروض أنه شخص غير فني فلا يعتد بإجازته ولا يكون لها اثر في مدى مسؤولية المقاول عن الضمان .

كما يشمل الضمان أيضا ما يظهر في المنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانتها وسلامتها. سواء كان العيب في المواد المستخدمة أو في أصول الصناعة أو في الأرض التي أقيم الإنشاء عليها أو تحتها، كأن تكون الأرض هشة ولم تتخذ الإجراءات التي تستوجبها أصول الصناعة لتقويتها أو تعميق الأساس فيها . ولا يشترط أن يكون العيب خفيا، فلو كان العيب ظاهرا بحيث يمكن كشفه بالفحص المعتاد، فإن تقبل رب العمل للعمل دون اعتراض لا يسقط الضمان.

٤ - وإذا اقتصر عمل المهندس على وضع التصميم، دون الإشراف على التنفيذ فإنه لا يكون مسؤولا إلا عن العيوب التي أتت من التصميم، دون العيوب التي ترجع إلى طريقة التنفيذ (مادة ٦٩٣ / ١) سواء كانت عيوب التصميم راجعة إلى خطأ فني، أو إلى مخالفة قوانين البناء ولوائحه. غير أن المهندس إذا اشرف على التنفيذ يكون مسؤولا عن عيوب التصميم وعن عيوب التنفيذ معا (مادة ٦٩٣ / ٢)

أما المقاول، فإنه لا يكون مسؤولا إلا عن العيوب التي تقع في التنفيذ دون العيوب التي تأتي من الغلط أو عدم التبصر في وضع التصميم (مادة ٦٩٤ / ١). ولكن إذا كان العيب في التصميم من الواضح بحيث لا يخفى على المقاول، كأن يكون متعلقا بمخالفة قوانين البناء ولوائحه ويقوم المقاول على تنفيذ التصميم بالرغم من ظهور العيب فيه، فإنه يكون هو أيضا ملتزما بالضمان، ومن ثم فإنه يكون على المقاول إذا ظهر له عيب، في التصميم أن يقف العمل ولا يعود إليه إلا إذا تم إصلاح العيب. ومع ذلك يكون المقاول مسؤولا عن العيوب التي ترجع إلى التصميم إذا كان المهندس الذي قام بوضعه تابعا للمقاول (مادة ٦٩٤ / ٢). فإذا كان كل من المهندس والمقاول مسؤولا عما وقع في التنفيذ من عيب، كانا متضامنين في المسؤولية (مادة ٦٩٥). وعلى ذلك فإذا اشرف

المهندس على التنفيذ فإنه يكون متضامنا مع المقاول في حدود عيوب التنفيذ ومستقلا وحده في الضمان من عيوب التصميم. الذي وضعه يتكليف من رب العمل - واذا كان المقاول مسئولا عن العيب في التصميم لوضوحه كان متضامنا مع المهندس في ذلك. وقد روعي في وضع هذه الأحكام أن التصميم يجب أن يقوم بوضعه مهندس مختص كما تنص قوانين تنظيم أعمال البناء .

وغنى عن البيان انه إذا قضي على أي من المهندس أو المقاول بالتعويض كاملا لقيام التضامن فإنه يكون له أن يرجع على الآخر وتقسم المسؤولية بينهما بنسبة مساهمة خطأ كل منهما في احداث الضرر مع مراعاة جسامه الخطأ

٥ - يتحقق الضمان إذا حدث سببه خلال عشر سنوات تبدأ من وقت إتمام البناء أو الإنشاء (مادة ١/٦٩٢) وهو ما يتمشى مع الحكمة من فرض هذا الضمان، وفي ذلك يتفق المشروع مع المشروع الفرنسي الايطالي (٥٢٢) والتقنين الاسباني (١٥٩١) والتقنين الايطالي. أما التقنين المصري والتقنينات العربية الأخرى وكذلك تقنين الالتزامات السويسري، فيبدأ سريان المدة فيها من وقت تسلم العمل (أو تقبله كما هو المقصود).

وغنى عن البيان أن مدة العشر سنوات هي مدة اختبار لصلابة المنشآت ومتانتها، وليست مدة تقادم، ومن ثم فلا تكون عرضة لان توقف ولو وجد مانع يتعذر معه على رب العمل أن يطالب بحقه، وكذلك لا تكون عرضة لان تنقطع.

وتحديد المدة التي يبقى فيها المقاولون والمهندسون مسئولين عن خلل البناء بعشر سنوات اخذ به المشروع جريا على نسق التقنين المصري (م ٦٥١) وغالبية التقنينات التي أخذت عنه، وقد اخذ بهذه المدة أيضا التقنين الفرنسي (م ١٧٩٢) والتقنين الأردني (٧٨٨) والتقنين المغربي (م ٧٦٩) والمشروع الفرنسي الايطالي (م ٥٢٢) والمشروع الكويتي السابق (م ٦). أما تقنين الالتزامات السويسري (م ٣٧١) والتقنين اللبناني (م ٦٦٨) والتقنين العراقي (م ٨٧٠). والتقنين السوداني (٥٢٥) قد أنقصت جميعها المدة إلى خمس سنوات. ومع ذلك يجوز أن تكون مدة الضمان اقل من عشر سنوات إذا كان المقصود من المنشآت ألا تبقى طوال هذه المدة (مادة ٢/٦٩٨) فإذا كان هناك معرض مدته سنة مثلا، وأقام أحد العارضين مبنى في المعرض. يعرض فيه منتجاته فإن المفروض أن هذا المبنى لا يدوم إلا سنة واحدة. هي مدة بقاء المعرض، وفي هذه الحالة

تكون مدة الضمان سنة واحدة لاعشر سنوات.

ولتطبيق هذا الحكم يجب أن يتبين أن المتعاقدين قصدا بالبناء أن يبقى لمدة اقل من عشر سنوات. فلا يكفي مجرد النص في عقد المقاوله على مدة للضمان اقل من عشر سنوات.

٦- تسقط دعوى الضمان بانقضاء ثلاث سنوات على حصول التهدم أو انكشاف العيب (المادة ٦٩٦ من المشروع) وهي سنة في بعض التقنيات الأخرى، (المادة ٦ من المشروع الكويتي السابق والمادة ٨٧٠ من التقنين العراقي والمادة ٧٩١ من التقنين الأردني، والمادة ٥٢٨ من التقنين السوداني). ويخلص من ذلك أن رب العمل يستطيع أن يرفع دعوى الضمان خلال ثلاث سنوات يبدأ سريانها من وقت انكشاف العيب أو حصول التهدم، فإذا انكشف العيب أو حصل التهدم بعد خمس سنوات مثلا من وقت إتمام الإنشاء. كان أمامه ثلاث سنوات أخرى لرفع دعوى الضمان أي إلى انقضاء ثمان سنوات من وقت إتمام الإنشاء، وإذا انكشف العيب أو حصل التهدم في آخر السنة العاشرة من وقت إتمام الإنشاء، كان أمامه ثلاث سنوات أخرى لرفع الدعوى، أي ثلاث عشرة سنة من وقت إتمام العمل، وتكون هذه هي أقصى مدة يمكن أن تنقضي من وقت إتمام الإنشاء إلى وقت رفع دعوى الضمان فإذا انقضت مدة الثلاث سنوات ولم ترفع دعوى الضمان خلالها، فان الدعوى تسقط.

٧ - تعتبر أحكام الضمان الخاص الذي تعرض له النصوص المتقدمة - خلافا لأحكام الضمان بوجه عام - من النظام العام وفي ذلك تنص المادة ٦٩٧ من المشروع على أن كل شرط بإعفاء المهندس أو المقاول من الضمان أو بالحد منه يكون باطلا ويبرر ذلك أن رب العمل لا يكون عادة ذا خبرة فنية ولذلك حماه المشروع هذه الحماية الخاصة، ومن ثم فلا يجوز الاتفاق مقدما على الإعفاء من الضمان أو على الحد منه، أما بعد تحقق سبب الضمان وتبين رب العمل خطورة العيوب التي انكشفت، فانه يكون له وقد ثبت حقه في الضمان أن ينزل عن هذا الحق كله أو بعضه نزولا صريحا أو ضمنيا. ولكنه لا يوجد ما يمنع من الاتفاق مقدما على تشديد الضمان إذ أن الضمان انما قصد به حماية رب العمل، فليس هناك ما يحول دون أن يقوي رب العمل هذه الحماية باتفاق خاص.

الفصل الثاني الوكالة

الوكالة شرعا إقامة الغير مقام نفسه في تصرف معلوم ودليل جوازها قوله تعالى (فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة)، لان ذلك كان توكيلا. وما روى من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وكل حكيم ابن حزام بشراء الأضحية، كما أجمعت الأمة على جوازها من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا. وسببها حاجة الناس إليها لترفهم أو عجزهم .

وأحكام الوكالة في القانون الكويتي الحالي موزعة بين مصادر مختلفة: فقد عرضت المجلة للوكالة في الكتاب الحادي عشر منها (المواد ١٤٤٩-١٥٣٠) فتكلمت عن ركنها وتقسيمها وبينت شروطها وأحكامها وعرض لها أيضا قانون التجارة في الباب الرابع من الكتاب الثالث (المواد ٥٤٣-٥٥٨) ، كما تضمن قانون التسجيل العقاري بعضا من أحكامها .

وقد أعاد المشروع تنظيم هذه الأحكام بعد تعديلها التعديلات المناسبة، مراعى في ذلك عدم تكرار النصوص التي أوردها في القواعد العامة للالتزامات عند الكلام عن النيابة. فعرض في عقد الوكالة، أساسا، للأحكام المتعلقة بعلاقة الموكل بالوكيل، مع الإحالة على أحكام النيابة في الأحكام الأخرى المتعلقة بالعلاقة مع الغير الذي يتعاقد معه الوكيل .

وتبدأ نصوص المشروع بتعريف الوكالة، فتعرفها المادة ٦٩٨، بأنها عقد يقيم به الموكل شخصا آخر مقام نفسه في مباشرة تصرف قانوني.

ويخلص من هذا التعريف أن محل الوكالة الأصلي يكون دائما تصرفا قانونيا، حتى ولو استتبع هذا التصرف القيام بأعمال مادية تعتبر ملحقة به وتابعة له. وهذا ما يميز الوكالة عن غيرها من العقود، وبخاصة عقدي العمل والمقاولة. أما اذا كان العمل المعهود به قد تمخض عملا ماديا، فإن العقد لا يكون وكالة، بل قد يكون عقد عمل أو عقد مقاولة.

والتصرف القانوني محل الوكالة يجب أن يكون جائزا. أي مشروعاً. فإذا كان غير مشروع لمخالفته للقانون أو للنظام العام أو للأداب، كان باطلاً وكان التوكيل فيه أيضاً باطلاً. ومع ذلك فقد تحدد نصوص القانون من يجوز توكيله في أمر من الأمور المشروعة، ومن ثم يكون توكيل غير من حدده هذه النصوص غير جائز لمخالفته للقانون. ومن ذلك التوكيل في الخصومة، فهو وإن كان في الأصل جائزاً، لأنه توكيل في أمر مشروع، غير أن نصوص قانون المرافعات تحدد من يجوز توكيله في الحضور أمام القضاء.

وغنى عن البيان أن التصرف القانوني محل الوكالة، يجب أن يكون أيضاً ممكناً، وهو ما تقضي به القواعد العامة، فإذا كان مستحيلاً، كانت الوكالة باطلة تبعاً لذلك. ومع هذا قد يكون التصرف القانوني ممكناً، ولكن طبيعته لا تقبل التوكيل فيه إذ يكون عملاً يقتضي أن يقوم به صاحبه شخصياً، ومن ذلك حضور الخصم أمام القضاء للاستجواب أو لحلف اليمين.

(أولاً) أركان الوكالة :

يعرض المشروع في المادة ٦٩٩ منه لأهلية الموكل، أي الأصيل، فالتصرف القانوني الذي يبرمه النائب لحساب الأصيل وباسمه ينصرف أثره إلى الأصيل مباشرة (المادة ٥٧ من المشروع) ولذلك يجب أن يكون الموكل أهلاً أن يؤدي بنفسه التصرف الذي وكل به غيره. والعبرة في توافر الأهلية في الموكل هي بوقت الوكالة وبالوقت الذي يباشر فيه الوكيل التصرف أيضاً.

أما الوكيل فإن أهليته تخضع للقواعد العامة.

وتعرض المادة ٧٠٠ من المشروع لشكل الوكالة فتتص على أنه يجب أن يتوافر فيها الشكل الواجب توافره في التصرف القانوني محل الوكالة. فلما كان الأصل في التصرفات القانونية أن تكون رضائية لا تستوجب شكلاً خاصاً، فكذلك الأصل في الوكالة أن تكون هي أيضاً رضائية. ولكن هناك عقوداً شكلية تقتضي لانعقادها شكلاً خاصاً، ورقة رسمية أو ورقة مكتوبة مثلاً، فهذه يجب أن تكون الوكالة فيها أيضاً شكلية، وهو استثناء من الأصل العام الذي قرره المادة ٥٥ من المشروع.

ويعرض المشروع في المواد من ٧٠١ إلى ٧٠٣ لنطاق الوكالة. فالوكالة تنقسم من ناحية التصرفات القانونية التي تكون محلا لها، إلى قسمين رئيسيين: وكالة عامة ووكالة خاصة.

أما الوكالة العامة فهي التي ترد في ألفاظ عامة، فلا يعين فيها الموكل محل التصرف القانوني المعهود به إلى الوكيل بل ولا يعين نوع هذا التصرف ذاته فيقول للوكيل مثلا: وكتلك في إدارة أعمالي، أو في مباشرة ما تراه صالحا لي، أو جعلتك وكيلا مفوضا عني، أو نحو ذلك من العبارات التي تشير إلى الإدارة أو لا تشير إليها، ولكنها حتى ولو أشارت إلى الإدارة تكون في ألفاظ عامة لا تخصيص فيها. وسواء أشارت الوكالة العامة إلى الإدارة أو لم تشر، فإنها لا تخول الوكيل صفة إلا في أعمال الإدارة (مادة ٧٠١ / ١) وقد أورد المشروع في الفقرة الثانية من المادة ٧٠١، طائفة من أعمال الإدارة التي تشملها الوكالة العامة، ولكن هذه الأعمال لم ترد على سبيل الحصر، بل ذكرت على أنها من ابرز أعمال الإدارة، فهناك أعمال إدارة أخرى لم يذكرها النص ويمكن أن يقوم بها الوكيل، ومن ذلك التنفيذ على أموال مديني الموكل لاستخلاص حقوقه، ورفع دعاوى الحيازة دون دعاوى الملكية ودعاوى القسمة فهذه وتلك تقتضي توكيلا خاصا وكذلك يكون للوكيل أن يرفع جميع الدعاوى التي تنشأ من أعمال الإدارة التي يقوم بها، وأن يشطب الرهن بعد استيفاء الحق، كما يكون له قبل ذلك أن يقيد الرهن و أن يجدد قيده .

وأما الوكالة الخاصة فهي التي تتحدد بتصرف أو تصرفات قانونية معينة، سواء كانت من أعمال الإدارة كالتوكيل بالإيجار أو بأعمال الحفظ والصيانة، أو كانت من أعمال التصرف. كالتوكيل بالبيع والشراء والصلح والتحكيم. فأعمال الإدارة تحتل الوكالة العامة كما تحتل الوكالة الخاصة، ولكن التصرفات التي لا تدخل في أعمال الإدارة لا يصح أن تكون محلا إلا لو كانت خاصة (مادة ٧٠٢ / ١) لخطورتها، وفي ذلك يجوز أن تقتصر الوكالة الخاصة على تصرف واحد من هذه التصرفات، كبيع منزل معين أو رهنه. كما يجوز أن تشمل نوعا معينا منها، كالتوكيل في البيع أو التوكيل في الرهن، دون تعيين للمحل الذي يقع عليه التصرف. ومع ذلك فإنه إذا كان التصرف من التبرعات كالهبة وكالإبراء، فإن التوكيل فيه يجب أيضا أن يعين المحل الذي يرد عليه التصرف. فلا يكفي أن يوكل شخص شخصا آخر في الهبة أو في الإبراء دون تعيين للمحل وذلك لخطورة

هذه التصرفات، بل يجب أن يعين المال الذي وكله في هبته أو الدين الذي وكله في الإبراء منه (٧٠٢/٢).

والأصل أن الوكالة- سواء كانت عامة أو خاصة- لا تجعل للوكيل صفة إلا في مباشرة الأمور المحددة فيها، فالتوكيل بالإبراء من دين لا يشمل التوكيل بحوالبته، والتوكيل ببيع منزل لا يشمل التوكيل بإيجاره والتوكيل بالصلح لا يشمل التوكيل بالتحكيم. ولكن الوكالة مع ذلك تشمل كل ما يقتضيه تنفيذها من تصرفات أو أعمال ضرورية، ويرجع في ذلك إلى طبيعة التصرف محل الوكالة والى ما جرى به العرف، وقبل ذلك إلى ما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين (مادة ٧٠٣). فالوكالة العامة يمكن أن تمتد أيضا إلى أعمال التصرف، إذا كانت أعمال الإدارة تقتضيها، ومن ذلك بيع المحصول وقبض ثمنه، وبيع المنقول الذي يسرع إليه التلف، وشراء ما يستلزمه المال الذي يديره الوكيل من أدوات لحفظه واستغلاله. والوكالة بالبيع تشمل تسليم المبيع، والوكالة بالشراء تشمل تسليم الشئ المشتري، والوكالة بالإيجار تشمل تسليم المأجور، والوكالة بالاقتراض تشمل تسليم مبلغ القرض، كما تشمل الوكالة بقبض الدين إعطاء المخالصة بدفعه وشطب الرهن الذي يضمه وقبض الدين قبل ميعاد حلوله، واستيفاء جزء من الدين إذا جرى العرف بذلك أو انصرفت إليه نية المتعاقدين وهكذا.

(ثانيا) آثار الوكالة :

١ - التزامات الوكيل :

تعرض نصوص المواد من ٧٠٤ إلى ٧٠٧ لالتزامات الوكيل :

(أ) - وأول هذه الالتزامات تنفيذ الوكالة في حدودها المرسومة وعدم مجاوزتها. ولكن للوكيل ان يخرج في تصرفه عن هذه الحدود متى كان من المستحيل عليه إخطار الموكل سلفا إذا كانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف. وعلى الوكيل في هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل بخروجه عن حدود الوكالة ليتبين موقفه (مادة ٧٠٤).

(ب) - كذلك يجب أن يبذل الوكيل في تنفيذ الوكالة القدر الواجب من العناية،

فإذا كانت الوكالة بأجر، وجب على الوكيل أن يبذل في تنفيذها عناية الشخص العادي (مادة ٧٠٥/٢) أما إذا كانت بغير أجر، فإن على الوكيل أن يبذل في تنفيذها العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة، دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الشخص العادي (١/٧٠٥).

(ج) - ويلتزم الوكيل باطلاع موكله عن الحالة التي وصل إليها في تنفيذ الوكالة أثناء سريانها، من تلقاء نفسه أو كلما طلب منه الموكل ذلك في أوقات معقولة، وان يقدم له حسابا عن وكالته عند انتهائها. ويجب أن يكون الحساب مفصلا شاملا لجميع أعمال الوكالة ومؤيدا بالمستندات حتى يتمكن الموكل من أن يستوثق من سلامة تصرفات الوكيل وإذا تعدد الوكلاء قدموا حسابا واحدا إلا إذا كانت أعمال الوكالة موزعة بينهم فيقدم كل وكيل حسابا مستقلا عن أعماله. ومع ذلك لا يكون الوكيل ملتزما بتقديم حساب عن وكالته إذا قضت طبيعة المعاملة أو الظروف أو الاتفاق بذلك. فقد تقضي طبيعة المعاملة بعدم تقديم حساب، إذا كان التصرف محل الوكالة لا يحتمل تقديم حساب عنه، كالوكالة في الإقرار أو في الزواج أو في الطلاق. وقد تقضي الظروف بالإعفاء عن تقديم الحساب نظرا للصلة القائمة بين الموكل والوكيل. وكذلك قد يتفق الموكل مع الوكيل. على عدم تقديم حساب فيكون هذا الاتفاق صحيحا (مادة ٧٠٦).

(د) - وأخيرا، يلتزم الوكيل، إذا وقع في يده مال للموكل، الا يستعمل هذا المال لصالح نفسه بدون إذن وإلا كان ملزما بتعويض الموكل تعويضا عادلا يقدره القاضي بمراعاة ظروف الحال (مادة ٧٠٧).

ويعرض المشروع بعد ذلك في المادتين ٧٠٨ و ٧٠٩ لتعدد الوكلاء ومسئوليتهم فيفرق في ذلك بين فرضين:

(الأول) أن يعين الوكلاء بعقود متفرقة. وفي هذه الحالة يجوز لأي وكيل منهم أن ينفرد بالعمل، إلا إذا اشترط الموكل عليهم أن يعملوا مجتمعين، فعندئذ لا يجوز لأحد منهم أن ينفرد بالعمل (مادة ٧٠٨/١).

(الثاني) أن يعين الوكلاء بعقد واحد و في هذه الحالة يجب عليهم أن يعملوا مجتمعين إلا إذا رخص الموكل لهم، صراحة أو ضمنا، في الانفراد بالعمل.

على أنه يستثنى مما تقدم أن يكون التصرف محل الوكالة مما لا يحتاج فيه إلى تبادل الرأي . فيجوز لأي من الوكلاء أن يباشره منفرداً (مادة ٧٠٨ / ٢)، لانتفاء الحكمة من وجوب اجتماعهم. ومثال ذلك أن يكون التصرف هو قبض دين معين أو الوفاء به أو الإبراء منه.

والأصل أنه إذا تعدد الوكلاء، فإنهم لا يكونون متضامنين في التزاماتهم قبل الموكل باعتبارهم مدينين، لان التزاماتهم ناشئة عن العقد، ولا تضامن في الالتزامات العقدية إلا باتفاق أو بنص في القانون. على أن المشروع قد نص في المادة ٧٠٩ على تضامن الوكلاء في حالتين:

(أ) إذا كانت الوكالة غير قابلة للانقسام ، كان يكون العمل الموكل به هو بيع منزل معين وقبض ثمنه، فلا يتصور في هذه الحالة أن ينفرد كل وكيل بالعمل إذ أن صفقة البيع لا تتجزأ، ومن ثم يجب على الوكيلين أن يعملوا مجتمعين ويكونان مسؤولين في ذلك بالتضامن قبل الموكل .

(ب) إذا كانت الوكالة قابلة للانقسام ولكن الضرر الذي أصاب الموكل كان نتيجة خطأ مشترك من الوكلاء جميعهم، ففي هذه الحالة يكون الوكلاء مسؤولين بالتضامن قبل الموكل. وفي غير هاتين الحالتين، لا يكون الوكلاء المتعددون متضامنين فيما بينهم إلا إذا اشترط التضامن.

على أن الوكلاء لا يسألون - ولو كانوا متضامنين - عما فعله احدهم مجاوزا حدود الوكالة . فإذا انفرد احدهم بمجاوزة حدود الوكالة فانه يكون مسؤولا وحده قبل الغير الذي تعامل معه إذا كان الموكل قد رفض إقرار عمل الوكيل .

وأخيرا يتفق نص المادة ٧١٠ من المشروع مع المجلة في أنه لا يجيز للوكيل أن يقيم نائبا عنه إلا بإذن الموكل . فإذا رخص الموكل للوكيل في إقامة نائب عنه دون تعيين لشخصه ، فان الوكيل لا يكون مسؤولا إلا عن خطئه في اختيار نائبه أو عن خطئه فيما أصدره له من تعليمات . ويجوز في هذه الحالة للموكل ولنائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر.

٢ - التزامات الموكل :

تعرض المواد ٧١١-٧١٤ لالتزامات الموكل قبل الوكيل، فهو يلتزم بأن يدفع له الأجر وأن يرد له ما أنفقه وان يعوضه عما يصيبه من ضرر بسبب تنفيذ الوكالة.

(أ) أما عن الالتزام بدفع الأجر :

فالشائع في غالبية التقنينات ان الوكالة تكون تبرعية ما لم يتفق على غير ذلك . وهو حكم موروث عن تقاليد القانون الروماني حيث كانت بعض المهن الحرة ، وبخاصة مهنة المحامي ومهنة الطبيب، من المكانة الرفيعة في نظر الرومان بحيث تترفع عن الأجر. ولكنه مع تطور الظروف الاقتصادية وما تقتضيه من أن يعيش أصحاب المهن الحرة من ممارسة مهنهم، أجز لهم، لا أن يأخذوا أجرا، بل أن يتقاضوا اتعاباً تحمل معنى التقدير، وانتقلت هذه التقاليد الى مدونة نابليون عبر القانون الفرنسي القديم فجعلت الوكالة تبرعا في الأصل، ولا يكون للوكيل اجر إلا إذا اتفق عليه مع الموكل. وتأثر القضاء الفرنسي بأن أجر الوكيل لا يكون إلا باتفاق فذهب إلى أنه حتى مع وجود هذا الاتفاق يجوز للقضاء تخفيض أجر الوكيل . ثم انتقلت هذه الأحكام إلى التقنين المصري كما انتقلت إلى غيره من التقنينات .

وقد أثر المشروع أن لا يغير من هذه الأحكام ، فالوكالة تكون في الأصل تبرعية مالم يشترط أو يتبين من الظروف خلاف ذلك، وتقدير ذلك متروك لقاضي الموضوع .

فإذا اتفق الطرفان على مقدار الأجر، كان هذا المقدار حاضعا لتقدير القاضي . إلا إذا دفع طوعا بعد تنفيذ الوكالة .

(ب) وقد يقتضي تنفيذ الوكالة نفقات يصرفها الوكيل، فيلتزم الموكل بردها إليه طبقا لنص المادة ٧١٢ من المشروع. ولكنه يجب أن تكن هذه النفقات قد استلزمها تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد. فلا يسترد الوكيل نفقات يجاوز بها حدود الوكالة أو تكون غير لازمة لتنفيذ الوكالة، أو تكون نفقات غير معقولة كان يمكن تفاديها لو نفذت الوكالة التنفيذ المعتاد بأن بذل الوكيل في تنفيذها العناية الواجبة ولم يرتكب خطأ في ذلك. وغنى عن البيان أن هذه النفقات يجب أن تكون مشروعة، فلو دفع الوكيل رشوة لم يجز له استردادها.

والوكيل يسترد هذه النفقات مهما كان حظه من النجاح في مهمته، وحتى لو فشل فيها، لان التزامه إلتزام ببذل عناية لا إلتزام بتحقيق غاية.

كذلك يلتزم الموكل أن يقدم للوكيل المبالغ اللازمة للإلتفاق منها في تنفيذ الوكالة ما لم يتفق على خلاف ذلك (٧١٢/٢).

(ج) وإذا أصاب الوكيل ضرر من تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد ولم يكن قد ارتكب خطأ تسبب عنه هذا الضرر، فان له أن يرجع على الموكل بتعويض هذا الضرر (مادة ٧١٣)، يستوي في ذلك أن يكون الوكيل قد نجح في مهمته أو لم ينجح .

وتنص المادة ٧١٤ من المشروع على انه إذا تعدد الموكلون في تصرف واحد، كانوا متضامنين في التزاماتهم قبل الوكيل دون حاجة إلى شرط خاص في ذلك، فلو وكل عدة أشخاص محامياً في قضية مشتركة بينهم وكانوا متضامنين في دفع الأجر للمحامي ورد المصروفات وتحمل الإلتزامات الأخرى.

ويستوي بعد ذلك أن تكون الوكالة بأجر أو أن تكون بغير أجر، كما يستوي أن يكون الوكيل قد نجح في مهمته أو لم ينجح. ففي كل هذه الأحوال يكون الموكلون المتعددون متضامنين نحو الوكيل في جميع التزاماتهم الناشئة عن عقد الوكالة ويستطيع الوكيل الرجوع على أي منهم بأي التزم من هذه الإلتزامات كاملاً.

على أن تضامن الموكلين على النحو السالف ليس من النظام العام، ومن ثم يجوز الإلتفاق على استبعاد التضامن، ويصبح كل موكل مسؤولاً عن الإلتزامات بالنسبة التي يتفق عليها، فإن لم يتفق على نسبة معينة، كان مسؤولاً بنسبة ماله من مصلحة.

وكل ما تقدم خاص بالعلاقة بين الموكل والوكيل، أما في علاقة كل من الموكل والوكيل بالغير، فإن أحكام الوكالة تتفق مع أحكام النيابة بوجه عام والتي نظمها المشروع في المواد من ٥٦ إلى ٦١ وقد اقتضى ذلك عدم تكرار هذه الأحكام والإحالة في شأنها إلى الأحكام الخاصة بالنيابة في التعاقد (مادة ٧١٥ من المشروع).

(ثالثاً) انتهاء الوكالة:

تعرض نصوص المواد من ٧١٦ إلى ٧١٩ لانتهاء الوكالة:

١ - فالوكالة تنتهي انتهاء عاديا، بإتمام العمل الموكل فيه، وبانقضاء الأجل المعين لها، كما تنتهي أيضا بموت الموكل أو موت الوكيل أو بفقد احدهما أهليته (مادة ٧١٦)، لان لشخصية كل متعاقد اعتبارا في نظر الآخر. على أن انتهاء الوكالة بموت احد طرفيها ليس من النظام العام، ومن ثم يجوز الاتفاق على ما يخالف ذلك.

٢ - والوكالة عقد غير لازم، فللموكل أن يعزل الوكيل في أي وقت قبل إتمام العمل محل الوكالة، فتنتهي الوكالة بعزله، وله من باب أولى أن يقيد من وكالته (مادة ٧١٧ / ١) كأن يوكله في البيع وقبض الثمن ثم يقيد الوكالة بالبيع دون قبض الثمن، فيكون هذا عزلا جزئيا من الوكالة، وتعتبر هذه القاعدة من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها، على انه يرد على حق الموكل في عزل الوكيل أو تقييد وكالته قيदान (الأول) انه إذا عزل الموكل الوكيل بغير مبرر معقول أو في وقت غير مناسب . فانه على الرغم من صحة العزل وانعزال الوكيل به . فانه يكون للوكيل أن يرجع على الموكل بالتعويض عما لحقه من ضرر من جراء هذا العزل (مادة ٧١٧ / ٣)، (الثاني) انه إذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل أو لصالح شخص من الغير ، فانه لا يجوز في هذه الحالة عزل الوكيل أو تقييد الوكالة دون رضاء من صدرت الوكالة لصالحه (مادة ٧١٧ / ٢)، ومثل أن تكون الوكالة في صالح الوكيل ، أن يوكل الشركاء في الشيوخ شريكا منهم في إدارة المال الشائع، وان يوكل المؤمن له شركة التأمين في الدعوى التي ترفع منه أو عليه حسب الخطر المؤمن منه، ومثل أن تكون الوكالة في صالح الغير أن يوكل شخص شخصا آخر في بيع منزل له وقبض الثمن ووفاء دين في ذمته للغير من هذا الثمن ، فهذه وكالة في صالح الغير وهو الدائن .

كذلك يجوز للوكيل ان يتنحى عن الوكالة في أي وقت قبل إتمام العمل الموكل إليه، ويتم التنحي بإعلانه للموكل (مادة ٧١٨)، فلا ينتج التنحي أثره إلا بوصوله إلى علم الموكل. وجواز تنحي الوكيل كجواز عزله، قاعدة من النظام العام ، فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها ولكنه يرد على جواز تنحي الوكيل عن الوكالة قيदान (الأول) انه إذا تنحى عنها في وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول صح تنحيه، ولكنه يكون مسئولا عن تعويض الموكل عما يلحقه من ضرر (مادة ٧١٨ / ١) . (الثاني) انه إذا كانت الوكالة لصالح شخص من الغير، فلا يجوز التنحي عن الوكالة إلا إذا وجدت أسباب جدية

تبرر هذا التنحي مع اخطار الغير واعطائه وقتا كافيا ليتخذ مايراه مناسباً لرعاية مصالحه (مادة ٧١٨ / ٢)، أما إذا كانت الوكالة لصالح الوكيل نفسه فإنه يجوز له التنحي دون شرط لأنه هو الذي يقدر مصلحته، وقد طبق القانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٦٤ في شأن تنظيم مهنة المحاماة، هذه القواعد على تنحي المحامي عن وكرالته، فأوجب عليه أن يخطر موكله بتنحيه بكتاب موصى عليه وان يستمر في مباشرة إجراءات الدعوى شهراً على الأكثر، ولا يجوز له التنحي إذا كان منتدباً للدفاع عن الفقير إلا لأسباب تقبلها لجنة المعونة القضائية أو المحكمة المنظورة أمامها الدعوى (المادتان ٢٦ و ٢٩ من القانون المذكور).

وإذا انتهت الوكالة قبل انتهاء العمل الموكل فيه، فإنه يجب على الوكيل بالرغم من انتهاء وكرالته بالعزل أو التنحي أو موت الموكل أو غير ذلك من الأسباب أن يستمر في الأعمال التي بدأها حتى يصل بها إلى مرحلة لا يخشى معها ضرر على الموكل. أما إذا كانت الوكالة قد انتهت بموت الوكيل، فإنه يكون على ورثته إذا توافرت فيهم الأهلية وكانوا على علم بالوكالة، أن يتخذوا من التدابير ما تقتضيه الحال لصالح الموكل، وان يبادروا بإخطاره بموت مورثهم حتى يتدبر أموره (المادة ٧١٩). وغنى عن البيان أنه إذا لم تتوافر في الورثة الأهلية اللازمة للقيام بهذه الأعمال التحفظية، فلا التزام عليهم حتى لو كان لهم نائب يمثلهم يستطيع أن يقوم عنهم بهذه الأعمال.

الفصل الثالث

الإيداع

عرضت المجلة لعقد الإيداع في الكتاب السادس منها المتعلق بالأمانات. كما عرض قانون التجارة لبعض أنواع من الإيداع هي الإيداع في المخازن العامة والإيداع في البنوك (المواد ٥٢٨-٥٤٢ و ٦٣٠-٦٣٢).

وقد وضع المشروع هذا العقد في مكانه بين العقود الواردة على العمل، وبعد أن عرف الإيداع حدد التزامات الوديع (المودع عنده) والتزامات المودع وبين أسباب انتهاء العقد، ثم عرض لبعض أنواع الإيداع فوضع لها ما تقتضيه من أحكام.

وتعرف المادة ٧٢٠ الإيداع بأنه عقد يلتزم الوديع بمقتضاه أن يتسلم من المودع شيئاً لحفظه، وان يرده عينا.

ويتضح من هذا التعريف أن الإيداع عقد رضائي، يلتزم الوديع بموجبه أن يتسلم شيئاً، منقولاً أو عقاراً، ليتولى حفظه ثم يرده عينا. فالعقد يتم قبل التسليم، أما تسلم الوديعة فهو التزام في ذمة الوديع بعد انعقاد العقد. وفي ذلك يتفق المشروع مع التقنين المصري والتقنينات التي حذت حذوه. وكذلك مع تقنين الالتزامات السويسري.

أما التقنينات العربية الأخرى وكذلك غالبية التقنينات الأجنبية فإن الإيداع فيها عقد عيني.

(أو لا) التزامات الوديع :

وتعرض المواد ٧٢١-٧٢٥ لالتزامات الوديع فهو يلتزم بأن يتسلم الوديعة وبأن يقوم بحفظها، وبأن يردها للمودع عند انتهاء الإيداع.

١ - فالوديع يلتزم طبقاً لنص المادة ٧٢١ بأن يتسلم الوديعة، بحيث لو امتنع عن ذلك اعتبر مخالفاً بالتزامه وتحمل بالمسئولية طبقاً للقواعد العامة. والغالب أن المودع لا يطلب التنفيذ العيني، إذ الإيداع من عقود الأمانة والثقة، وإذا أبى الوديع تسلم الوديعة فان ثقة المودع فيه تتزعزع، لذلك يكون الأصلح للمودع أن يطالب الوديع بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب عدم تنفيذ هذا الأخير لالتزامه. وغنى عن البيان أن الإيداع لا ينقل ملكية الوديعة إلى الوديع، لذلك فان الوديع لا يتحمل تبعه هلاك الوديعة بسبب أجنبي سواء قبل التسليم أو بعده.

والوديع ليس له أن يستعمل الوديعة، ولا أن يسمح لأحد باستعمالها، إلا إذا أذن له المودع بذلك صراحة أو ضمناً، وهذا الإذن لا يفترض. بل يقع على عاتق الوديع عبء إثباته. وإذا اخل الوديع بالتزامه، فاستعمل الوديعة دون إذن، أو تصرف فيها بالبيع أو الرهن أو الإيجار أو العارية أو أي تصرف آخر، كان مسئولاً عن ذلك مسئولية مدنية، وجازت أيضاً مساءلته جنائياً عن جريمة التبديد إذا توافرت أركانها.

٢ - ويلتزم الوديع بحفظ الوديعة، بل ان التزامه بالحفظ هو الالتزام الجوهرى الذى يترتب على عقد الإيداع، ولما كان الأصل فى الإيداع أن يكون بغير اجر، فإن الوديع لا يلتزم فى حفظ الوديعة إلا بالعناية التى يبذلها فى حفظ ماله، دون أن يكلف فى ذلك أزيد من عناية الشخص العادى (مادة ٧٢٢ / ١). أما إذا كان الإيداع نظير أجر، فإن الوديع يلتزم فى حفظ الوديعة بعناية الشخص العادى (م ٧٢٢ / ٢)، وكل ذلك ما لم يتم الاتفاق على خلافه (٣ / ٧٢٢)، ومن ثم يجوز الاتفاق على تشديد مسؤولية الوديع، كما يجوز الاتفاق على تخفيضها أو الإعفاء منها.

٣ - ولما كان شخص الوديع يكون عادة محل اعتبار خاص عند المودع فإنه لا يجوز للوديع أن ينبى عنه غيره فى حفظ الوديعة إلا فى حالتين: (١) إذا اذن له المودع فى ذلك إذنا صريحاً. (٢) أو إذا اضطر إلى ذلك بسبب ضرورة ملجئة عاجلة (مادة ٧٢٣)، كما إذا فاجأه داع للسفر ولم يتمكن من رد الوديعة إلى المودع فاضطر إلى إيداعها عند من يأتئم عليها، ويكون عليه أن يخطر المودع بذلك بمجرد أن يتيسر له هذا الإخطار .

٤ - ويلتزم الوديع، عند انتهاء الإيداع، أن يرد الوديعة إلى المودع أو إلى ما من يخلفه، فإذا كانت الوديعة مما ينتج ثماراً وقبضها المودع لديه وجب عليه ردها أيضاً إلى المودع، ويكون الرد فى المكان الذى كان يجب فيه حفظ الوديعة، وتكون مصروفاته على المودع وكل ما سبق ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك (مادة ٧٢٤).

٥ - وقد يموت الوديع، ويعتقد وارثه بحسن نية أن الوديعة ملك لمورثه وتدخل فى تركته فيتصرف فيها. فإن كان تصرفه فيها بالبيع وتعذر على المودع استردادها من المشتري يلتزم الوارث أن يرد إلى المودع ما قبضه من ثمن أو أن يحول إليه ما عسى أن يكون له من حقوق قبل المشتري (مادة ٧٢٥ / ١)، أما ان كان قد تصرف فيها بطريق التبرع وتعذر على المودع استردادها من المتبرع اليه. فإن الوارث يلتزم أن يرد إلى المودع قيمتها وقت التبرع (مادة ٧٢٥ / ٢). وكل ذلك يصدق على المنقول، أما إذا كان الشئ المودع عقاراً. وباعه الوارث ولو بحسن نية، فإن ملكيته لا تنتقل إلى المشتري بالبيع، لان البيع قد صدر من غير مالك، ولذلك يستطيع المودع وهو المالك الحقيقى أن يسترد العقار من تحت يد المشتري .

(ثانيا) التزامات المودع:

ويعرض المشروع في المادتين ٧٢٦ و٧٢٧ لالتزامات المودع، وهي دفع الأجر إذا كان مشروطا ورد المصروفات التي أنفقها الوديع في حفظ الوديعة، وتعويضه عن كل ما لحقه من خسارة بسببها.

١ - والأصل في الإيداع أن يكون بغير أجر، إلا إذا وجد اتفاق على الأجر وقد يكون هذا الاتفاق صريحا. كما قد يكون ضمنيا يستخلص عادة من حرفة الوديع، فالإيداع في المخازن العامة مثلا يفترض فيه أن يكون بأجر. وإذا لم يعين مقدار الأجر، ترك تعيينه للعرف أو لتقدير القاضي. ولا يجوز تعديل الأجر المتفق عليه لا بالنقص ولا بالزيادة. ويدفع الأجر في الوقت الذي يتفق عليه المتعاقدان، فإذا لم يتفق على وقت كان الأجر مستحقا في الوقت الذي يعينه العرف، فان لم يوجد عرف، كان الدفع في الوقت الذي ينتهي فيه حفظ الوديعة (مادة ٧٢٦ من المشروع). وغنى عن البيان انه إذا انتهى حفظ الوديعة قبل الموعد المحدد استحق الوديع الأجر بنسبة المدة التي بقيت فيها الوديعة في حفظه ما لم يتفق على غير ذلك.

٢ - فإذا أنفق الوديع مصروفات لحفظ الوديعة التزم المودع بردها إليه (مادة ٧٢٧). والمقصود بحفظ الوديعة هنا حفظها من الهلاك إذا تعرضت لخطر وكذلك الحفظ العادي إذا اقتضى هذا الحفظ مصروفات ما. فإذا أودع شخص عند آخر بضائع أو منقولات أخرى، فان ما ينفقه الوديع على هذه المنقولات لحفظها من الهلاك، كرشها بالمبيدات الحشرية وتنقيتها وكأقساط التأمين ضد السرقة والحريق وما ينفقه في حفظ المنقولات الحفظ العادي كأجرة المكان وأجر الحارس وكذلك مصروفات الصيانة المعتادة كعلف الحيوان وتشحيم السيارة، كل هذا يرجع به الوديع على المودع بموجب عقد الوديعة. كذلك يلتزم المودع بتعويض الوديع عما يصيبه من ضرر بسبب الوديعة. فإذا كان في الشيء المودع عيب خفي. كمرض معد في الحيوان، ولم ينبه المودع الوديع إلى وجود هذا العيب، كان مسئولا عن تعويض الوديع عما يصيبه من ضرر بسبب ذلك، إلا إذا كان هذا الأخير عالما بالعيب دون تنبيه.

(ثالثا) انتهاء الإيداع :

تعرض المواد ٧٢٨-٧٣١ لانتهااء الإيداع، فهو ينتهي بانقضاء الأجل ورجوع أحد المتعاقدين عن الإيداع قبل انقضاء الأجل وكذلك بموت الوديع .

١ - فقد يتفق المتعاقدان على أجل لحفظ الوديعة، فينتهي العقد بانقضاء هذا الأجل، سواء كان متفقا عليه صراحة أو ضمنا. وإذا لم يتفق على أجل، كان لكل من المتعاقدين إنهاء الإيداع بعد إخطار الطرف الآخر بميعاد مناسب (مادة ٧٢٨ من المشروع).

٢- ولما كان الأصل في الإيداع أن الأجل يكون محدد المصلحة المودع، فانه يكون له أن ينزل عن الأجل ويطلب رد الوديعة وذلك دون إخلال بحق الوديع في الأجر عما بقي من مدة (مادة ٧٢٩ من المشروع).

كذلك يجوز للوديع أن يطلب إنهاء الإيداع قبل الأجل المتفق عليه، إذا كان الإيداع بغير أجر، وطرأت للوديع أسباب يتعذر معها أن يستمر حافظا للوديعة (مادة ٧٣٠)، لان الوديع يكون في هذه الحالة متبرعا ولا يصح أن يضار بتبرعه .

٣ - كذلك ينتهي الإيداع بموت الوديع، ما لم يتفق على غير ذلك (مادة ٧٣١)، لان شخص الوديع يكون محل اعتبار عند التعاقد فوجب أن ينحل العقد بموته إلا إذا اتفق على غير ذلك. ومتى انحل العقد استقرت في تركة الوديع الالتزامات التي ترتبت عليه إلى وقت انحلاله فتبقى التركة مثقلة بها، بما في ذلك الالتزام برد الوديعة.

(رابعا) بعض أنواع الإيداع:

ويعرض المشروع بعد ذلك لبعض أنواع الإيداع، وهي الإيداع الناقص والإيداع في الفنادق.

١ - فإذا كانت الوديعة مبلغا من النقود أو أي شئ آخر مما يهلك بالاستعمال وأذن المودع للوديع في استعمال هذا الشئ، فلا مناص من أن يستهلك الوديع الشئ باستعماله، ومن ثم لا يستطيع أن يرده بعينه، وإنما يرد مثله كما هو الحال في القرض. ولذلك خرج المشروع بهذا النوع من الإيداع. ويسمى الإيداع الناقص أو الشاذ - عن أن يكون إيداعا واعتبره قرضا. (مادة ٧٣٢)، واطهر مثال لذلك، ودائع النقود في المصارف حيث تنتقل

ملكية النقود إلى المصرف ويرد مثلها، فيكون العقد في هذه الحالة قرضاً أو حساباً جارياً، ولكن لا يوجد ما يمنع من أن يرد الإيداع الناقص على أشياء أخرى مما يهلك بالاستعمال، كالقطن والحبوب .

على انه إذا تم ايداع مبلغ من النقود على أن يرد بالذات دون أن يستعمل كان هذا إيداعاً عادياً لا إيداعاً ناقصاً، ويفترض في إيداع النقود انه إيداع ناقص ما لم يقدم الدليل على العكس .

٢ - أما الإيداع في الفنادق وما مائلها من الأماكن فقد وضع المشروع له أحكاماً خاصة تحمل أصحاب هذه المحال بمسئولية جسيمة عن الودائع التي يأتي بها النزلاء إلى محالهم . وتظهر جسامه هذه المسئولية من وجهين :

(الأول) التوسع في معنى الوديعة ، فأى شئ يأتي به النزيل معه في الفندق يعتبر مودعاً عند صاحب الفندق ولو لم يسلم إليه بالذات ، فيشمل ذلك كل ما يأتي به النزيل من حقائب وأمتعة وملابس ونقود ومجوهرات وأوراق مالية ومستندات وبضائع ، كما تدخل السيارة التي يأتي بها النزيل ويودعها في جراج الفندق أو في فناءه .

(الثاني) التوسع في المسئولية ، فصاحب الفندق وما مائله مسئول في العناية بحفظ الأشياء التي يأتي بها النزلاء، حتى عن فعل المترددين على محله (١ / ٧٣٣) ، فلا يكفي إذن بذله عناية الشخص العادي في المحافظة على هذه الأشياء، بل عليه أيضاً أن يراقب أتباعه من خدم وموظفين بل ومراقبة المترددين على الفندق من زوار وغيرهم، فهو مسئول عن أفعال هؤلاء جميعاً ولو كانوا من غير أتباعه . فإذا ما تحققت هذه المسئولية وجب على صاحب الفندق أن يعرض النزيل عن كل ما أصابه من ضرر وفقاً للقواعد العامة .

٣ - وفي مقابل هذا التوسع في المسئولية تم التخفيف عن كاهل صاحب الفندق من ثلاثة وجوه:

(الأول) وضع حد أقصى لمسئولية صاحب الفندق فيما يتعلق بالنقود والأوراق المالية والأشياء النفيسة الأخرى (مادة ٢ / ٧٣٣) فهو لا يسأل فيما يتعلق بها عن تعويض يجاوز ألف دينار إلا في ثلاثة أحوال هي :

(أ) - أن يكون الحادث قد وقع بخطأ جسيم منه أو من أحد أتباعه. ففي هذه الحالات يجوز الرجوع عليه بكل القيمة أيا كان مقدارها ولو زادت على ألف دينار.

(ب) - أن يكون قد تسلم النقود أو الأوراق المالية أو الأشياء الثمينة الأخرى، واخذ على عاتقه حفظها وهو على علم بقيمتها.

(ج) - أن يكون قد رفض تسلم هذه الأشياء عهدة لديه وهو على علم بقيمتها دون أن يبدي لذلك سببا معقولا.

(الثاني) إلزام النزيل بإخطار صاحب الفندق بسرقة الشيء أو فقده أو تلفه بمجرد كشفه لذلك، فإن أبطأ في الإخطار دون عذر مقبول فلا يكون صاحب الفندق مسئولا إذا اثبت انه لو اخطر في وقت مناسب لأمكنه تفادي الضرر (مادة ٧٣٤ / ١) .

(الثالث) إذا انقضت مدة ستة أشهر من اليوم الذي يغادر فيه النزيل الفندق دون أن يطالب صاحب الفندق قضائيا بحقه، سقطت دعواه (مادة ٧٣٤ / ٢) .

وإذا كان الاتفاق على تشديد مسؤولية صاحب الفندق جائزا بالرغم مما هي عليه من شدة، غير أن الاتفاق على الإعفاء من هذه المسؤولية أو على التخفيف منها كان ولا يزال محل خلاف في الفقه والقضاء، ولذلك رأى المشروع حسما لهذا الخلاف أن ينص على بطلان كل شرط بالإعفاء من المسؤولية أو بالتخفيف منها (مادة ٧٣٥) . إذ أن النزيل إذا قبل مثل هذا الشرط يكون مضطرا إلى قبوله فأثر المشروع أن يحميه وهو نص له مثل في بعض التقنينات الأجنبية (٦٠٩ صيني) .

الفصل الرابع

الحراسة

لم يعرض الفقه الإسلامي ولا المجلة للحراسة بوجه عام ، وإنما عرضوا لصورة خاصة من صورها في حالة الرهن، فأجازوا للراهن والمرتهن أن يتفقا على شخص يتسلم الرهن عن المرتهن، ويسمى عدلا، ولا يكون له أن يعطي الرهن لأيهما الا برضاء

الاثنين معاً، وإذا أعطاه لأحدهما دون رضا الآخر كان له استرداده (المواد ٧٠٥ و ٧٥٢ و ٧٥٥ و ٧٦٠ من المجلة) .

ولكن الحراسة ، وبخاصة الحراسة القضائية، قد أصبح لها في العمل أهمية كبيرة، مما حدا بقانون المرافعات المدنية والتجارية أن يعرض لها (في المواد من ١٦٠ إلى ١٦٧) عند الكلام على القضاء المستعجل، كما جمع مشروع تطوير قانون المرافعات هذه النصوص في المادتين ٣٢ و ٣٣ منه فعرض لأحوال فرض الحراسة القضائية، وكيفية تعيين الحارس وبيان ما عليه من التزامات وما له من حقوق وسلطات .

ولما كان التقنين المدني هو المكان الطبيعي لهذه النصوص فقد حرص المشروع على تنظيم أحكام الحراسة سواء كانت اتفاقية أو قضائية.

وتبدأ نصوص المشروع بتعريف الحراسة تعريفاً شاملاً . فهي وضع مال متنازع فيه بيد أمين، إذا كان بقاءه في يد حائزه من شأنه أن يهدد بالخطر من يدعي لنفسه حقاً فيه، على أن يتكفل الأمين بحفظه وإدارته ورده إلى من يثبت له الحق فيه (مادة ٧٣٦) . فالحراسة يجوز أن تتم بالاتفاق بين المتنازعين، فتكون اتفاقية، كما يجوز أن تتم بأمر من القضاء في الحالات التي يجوز فيها ذلك، فتكون حراسة قضائية (مادة ٧٣٧) .

وتعرض المادة ٧٣٨ لتعيين الحارس، وهو أمر منفصل عن فرض الحراسة ذاتها فالحراسة قد تتم برضاء أو قضاء، ولكن تعيين الحارس في الحالتين يكون باتفاق ذوي الشأن جميعاً، ولا يكفي في ذلك اتفاق الأغلبية بل يتعين الإجماع على شخص الحارس . فان لم يتوفر هذا الإجماع تولت المحكمة بنفسها تعيين الحارس .

أما التزامات الحارس وحقوقه، فيحددها الاتفاق أو حكم القاضي . فان خلا الاتفاق أو الحكم من ذلك، فان المشروع ينص في المادة ٧٣٩ منه، على تطبيق أحكام الإيداع وأحكام الوكالة بالقدر الذي لا يتعارض فيه مع أحكام المواد التالية:

فبالنسبة لالتزامات الحارس، وأولها الالتزام بالمحافظة على المال وإدارته . وهو التزام ببذل عناية - يضع المشروع في الفقرة الأولى من المادة ٧٤٠ معيار هذه العناية، هو عناية الشخص العادي، سواء كانت الحراسة بأجر أو بغير أجر . وفي هذا تختلف

الحراسة عن الإيداع الذي يميز فيه بين الإيداع بأجر والإيداع بغير أجر (انظر المادة ٧٢٢ من المشروع) . أما الفقرة الثانية من المادة ٧٤٠ ، فتحظر على الحارس أن ينيب عنه في أداء مهمته كلها أو بعضها أحدا من ذوي الشأن دون رضاء الآخرين أو إذن القاضي .

وتحدد المادة ٧٤١ من المشروع سلطة الحارس ، فتنص على انه لا يجوز له في غير ما تقتضيه الإدارة أن يجري أعمال التصرف إلا برضاء ذوي الشأن جميعا أو بترخيص من القضاء . فأعمال التصرف التي تدخل بطريق التبعية في أعمال الإدارة هي وحدها التي يكون للحارس مباشرتها . أما غير ذلك من أعمال التصرف فلا يجوز للحارس أن يباشرها إلا بموافقة ذوي الشأن أو بترخيص من القضاء .

وتعرض المادة ٧٤٢ للالتزام الحارس بتقديم الحساب . وهو بحسب الأصل كالالتزام الوكيل بتقديم حساب لموكله . ولكن المشروع بعد أن ألزم الحارس بأن يقدم حسابا بما تسلمه وبما أنفقه مؤيدا بالمستندات نظم هذا الالتزام تنظيما دقيقا ، فألزم الحارس بإمساك دفاتر حساب منتظمة ، كما ألزمه بان يقدم الحساب لذوي الشأن مرة على الأقل كل سنة فإذا كان معيناً من المحكمة فانه يجب عليه أن يودع إدارة الكتاب صورة من الحساب . وكل ذلك لضمان الرقابة على إدارة الحارس .

أما بالنسبة لحقوق الحارس ، فان المشروع ينص في الفقرة الأولى من المادة ٧٤٣ على حقه في تقاضي الأجر عن عمله ، مالم يكن قد قبل القيام بالحراسة تبرعا ، وفي هذا يختلف الحارس عن الوكيل وعن الوديع ، فكلاهما لا يكون مأجورا ، إلا أن يشترط الأجر ، أما ما ينفقه الحارس من مصروفات على حفظ وإدارة المال المعهود إليه حراسته ، فتنص الفقرة الثانية من المادة ٧٤٣ على حق الحارس في استرداده ، وذلك تطبيقا للقواعد العامة .

وأخيرا يعرض المشروع في المادة ٧٤٤ لانتهاء الحراسة ، فهي تنتهي اما باتفاق ذوي الشأن جميعا على انتهائها أو بحكم من القضاء ، كما تنتهي بانقضاء مدتها إذا كانت المدة محددة . ويكون على الحارس حينئذ أن يبادر إلى رد المال المعهود إليه حراسته ، إلى من يختاره ذوو الشأن جميعا أو من يعينه القاضي .

الباب الرابع الكفالة والتأمين

الفصل الأول الكفالة

الكفالة في اصطلاح الفقهاء، هي ضم الكفيل ذمته إلى ذمة الأصيل، أو بعبارة أخرى إلى ذمة المكفول عنه بالشئ المكفول به .

وهي مشروعة بدليل قوله تعالى ” ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم ” وقول النبي صلى الله وعليه وسلم ” الزعيم غارم ” أي الكفيل ضامن .

وقد عرضت المجلة للكفالة في الكتاب الثالث منها (المواد من ٦١٢ إلى ٦٧٢). فتكلمت في ركن الكفالة وشرائطها وأحكامها والبراءة منها ، كما عرض لها قانون التجارة في المواد ٥٠١ إلى ٥٢٠ ولكن المجلة فرقت في بيان أحكام الكفالة، بين الكفالة بالنفس والكفالة بالمال، وكذلك فعلت بعض التقنينات العربية (كالتقنين العراقي والتقنين الأردني). وهو ما لم ير المشروع أن يجاريها في الأخذ به . لأن الكفالة بالنفس لا تعتبر كفالة حقيقة. فالكفيل بالنفس لا يلتزم إلتزاماً تابعاً لالتزام المدين الأصلي، وإنما يلتزم التزاماً أصلياً بعمل معين، هو إحضار المدين يوم حلول اجل الدين .

وقد احتفظ المشروع بوجه عام في تنظيم الكفالة بالأحكام المنصوص عليها في التقنين المصري، ولكنه أجرى عليها من التعديلات ما تقتضيه الملاءمة، كما أضاف إليها أحكاماً جديدة تسد ما فيها من نقص وتفصل في بعض المسائل الخلافية .

ويعرف المشروع الكفالة في المادة ٧٤٥ منه، بأنها عقد بمقتضاه يضم شخص ذمته إلى ذمة المدين في تنفيذ التزام عليه، بأن يتعهد للدائن بأدائه إذا لم يؤديه المدين .

وهذا التعريف مأخوذ من الفقه الإسلامي مع بعض التعديل، وهو يوضح أن الكفالة

تفترض وجود التزام مكفول في ذمة المدين الأصلي، كما تفترض وجود عقد بين الكفيل والدائن يرتب التزاما في ذمة الكفيل بتنفيذ الالتزام الأصلي إذا لم ينفذه المدين، فيكون التزام الكفيل التزاما تابعا للالتزام الأصلي .

(أولا) أركان الكفالة :

التزام الكفيل هو أساسا من الالتزامات التبرعية ، فيجب أن يستند إلى رضاء صريح قاطع - ولذلك ذهب الكثير من التقنينات العربية وبعض التقنينات الأجنبية إلى الخروج على القواعد العامة في الإثبات بتقرير وجوب إثبات الكفالة بالكتابة. ولكن المشروع أثر أن يأخذ في ذلك بمذهب التقنين الفرنسي ، فنص في المادة ٧٤٦ منه على أن الكفالة لا تفترض ووجب أن يكون رضاء الكفيل صريحا، تاركا مسألة الإثبات للقواعد العامة .

أما الشروط الواجب توافرها في الكفيل فيعرض لها المشروع في المادة ٧٤٧ . ويخلص من نصها أن الشخص حين يكون ملزما بتقديم كفيل، سواء كان مصدر التزامه هو القانون أو القضاء أو الاتفاق، فانه يجب أن يتوافر في هذا الكفيل شرطان .

الأول- أن يكون موسرا، أي قادرا على وفاء الدين الذي كفله إذا اقتضى الأمر ذلك، وعلى المدين عبء إثبات اقتدار الكفيل الذي قدمه .

الثاني- أن يكون موطنه الكويت، وذلك مراعاة لمصلحة الدائن وللتسهيل عليه عند المطالبة، ولا يشترط بعد ذلك أن يكون الكفيل كويتيا بل يصح أن يكون أجنبيا ما دام موطنه في الكويت .

فإذا توافر في الكفيل هذان الشرطان صح للمدين تقديمه كفيلا . وغنى عن البيان انه إذا أعسر الكفيل بعد ذلك، أو نقل موطنه إلى الخارج، فانه يكون على المدين أن يقدم كفيلا آخر يتوافر فيه الشرطان (٢ / ٧٤٧) ، إلا إذا كان الدائن قد اشترط شخصا معيناً لكفالة الدين أو أن يكون الكفيل قد التزم دون علم المدين (قارن المواد ١٠٦٨ لبناني و ١١٤٠ مشروع تمهيدي مصري و ٢٠٢٠ فرنسي) .

ولكن النص يعطي المدين الحق إذا كان ملتزما بتقديم كفيل لدائنه وتعذر عليه ذلك أن يقدم له تأميناً عينياً كافياً ، كرهن رسمي أو رهن حيازي .

هذا ويراعى أن مشروع قانون المرافعات قد أورد نصوصا خاصة بشروط الكفيل في أحوال الكفالة القانونية والكفالة القضائية، فيجب تطبيق هذه النصوص في الدائرة المرسومة لها.

وتنص المادة ٧٤٨ على جواز كفالة المدين بغير علمه أو بالرغم من معارضته . فالكفالة عقد طرفاه الكفيل والدائن، أما المدين فليس طرفا فيه، ومن ثم فلا حاجة إلى رضائه أو علمه. وقد لا يكون هناك موجب لا يراد هذا النص سوى بيان أن المشروع قد خرج في هذا الصدد عن أحكام الفقه الحنفي، وهي تحرم الكفيل الذي يضمن المدين بغير إذنه، أو على الرغم من عدم رضاه، من حق الرجوع عليه تأسيسا على أن ” الكفالة بلا أمر ، وان كانت صحيحة ، فهي تبرع ، فليس للكفيل بعد أداء الدين الرجوع على الاصيل“ ولكن نص المشروع يستند إلى ما ذهب إليه الإمامان مالك واحمد من أن للكفيل بغير أمر المدين حق الرجوع لان الدائن بقبوله الدين منه يعتبر انه قد ملكه ما على المدين من الدين فيحل محله في المطالبة. فالكفالة يجوز إذن أن تعقد بين طرفيها، بإذن المدين أو بغير إذنه، بل وعلى الرغم من معارضته، وللكفيل في جميع الحالات أن يرجع على المدين إذا وفى الدين عنه، أيا كان تكييف الدعوى التي يرجع بها عليه .

ويعرض المشروع في المادة ٧٤٩ لكفالة الالتزام المستقبل، فيجيزه، والواقع أن كفالة الالتزامات المستقبلية صحيحة وشائعة في العمل على الأخص في عقود الحساب الجاري وفتح الاعتماد. وقد وردت الإشارة إليها في المادتين ٦٣٥ و ٦٣٦ من قانون التجارة في شأن الضمانات العينية والشخصية التي يقدمها المعتمد له ضمانا لفتح الاعتماد. ولذلك أثر المشروع أن يورد نصا صريحا بجواز كفالة الالتزام المستقبل، مجاريا في ذلك غالبية التقنينات العربية والتقنينات الحديثة .

ويؤخذ من النص أن كفالة الالتزام المستقبل جائزة وان كان التزاما غير موجود وقت الكفالة. فإذا اتفق طرفان على عقد حساب جار بينهما جاز أن يقدم احدهما كفيلا للرصيد الذي يصبح مستحقا عليه عند إقفال الحساب . وإذا فتح شخص اعتمادا لدى مصرف، جاز أن يقدم كفيلا يضمن ما عسى أن يقبضه من هذا الاعتماد.

ولكن المشروع يضع لكفالة الالتزام المستقبل قيدين:

الأول: أن يحدد مقدما في عقد الكفالة الحد الأقصى لما يلتزم به الكفيل، وذلك حماية له حتى لا يتورط في كفالة التزام لا يعلم مقداره.

الثاني : انه إذا لم يعين الكفيل مدة لكفالاته ، كان له أن يرجع في أي وقت في هذه الكفالة، ما دام الالتزام المكفول لم ينشأ على أن يخطر الدائن برجوعه في وقت مناسب. أما إذا عين الكفيل مدة لقيام كفالاته، فانه لا يجوز له الرجوع في الكفالة طوال هذه المدة.

هذا ولم يجد المشروع حاجة للإشارة إلى كفالة الالتزام الشرطي، كما فعلت بعض التقنيات. فلا شك في جواز هذه الكفالة طبقا للقواعد العامة، سواء كان الالتزام الأصلي معلقا على شرط فاسخ أو معلقا على شرط واقف .

وتعرض نصوص المواد من ٧٥٠-٧٥٢ لبعض أمور تتفرع عن تبعية التزام الكفيل للالتزام المكفول .

١ - فالالتزام الكفيل يتبع التزام المدين الأصلي في صحته وفي بطلانه، وحتى تكون الكفالة صحيحة وترتب التزاما في ذمة الكفيل بضمنان الالتزام المكفول، يجب أن يكون هذا الالتزام الأخير في ذاته صحيحا (الفقرة الأولى من المادة ٧٥٠). فإذا كان الالتزام المكفول باطلا أو قابلا للإبطال. كان التزام الكفيل بدوره باطلا ، أو قابلا للإبطال، يبطل بإبطال الالتزام الأصلي ويصح بإجازته .

على انه يحصل في العمل، أن يكفل الكفيل التزاما لشخص ناقص الأهلية، وتكون الكفالة بسبب نقص أهليته توقعيا لاحتمال أن يطلب إبطال التزامه لهذا السبب. فرأى المشروع أن ينص في الفقرة الثانية من المادة ٧٥٠ على التزام الكفيل في هذه الحالة بتنفيذ الالتزام المكفول باعتباره مدينا أصليا إذا أبطل التزام المدين وهو نص مستوحى من المادة ٦٢٦ من التقنين البولوني .

٢ - ويخلص من نص المادة ٧٥١، أن الالتزام المكفول هو الذي يحدد مدى التزام الكفيل، مقدارا وشروطا وعبئا وموعدا حلول ومكان وفاء وغير ذلك مما يحدد الالتزام المكفول، ومن ثم فلا يلتزم الكفيل بمبلغ اكبر مما هو مستحق على المدين الأصلي، و لا يلتزم لأجل اقرب من اجل الالتزام المكفول، كما لا يلتزم بالوفاء في مكان أبعد. وإذا كان الالتزام الأصلي مؤجلا على الأصيل تأجل على الكفيل أيضا (قارن المادة ١٠١٣ عراقية) ولكن التزام الكفيل يجوز أن يكون أهون، فيجوز أن يكفل الكفيل المدين الأصلي في جزء من الدين أو لأجل أطول من اجل الالتزام المكفول .

٣ - ويعرض نص المادة ٧٥٢ لتحديد مدى التزام الكفيل بالنسبة لتوابع الالتزام المكفول ومصروفات المطالبة به، وذلك عند عدم وجود اتفاق على ذلك .

فكما أن الالتزام المكفول يشمل توابعه، كذلك يشملها التزام الكفيل، فيشمل التعويض عن عدم التنفيذ ومسئولية المدين العقدية أما المصروفات فيضمن الكفيل منها مصروفات المطالبة الأولى لان الدائن لا بد أن يبدأ بمطالبة المدين الأصلي بالدين. ولكن الكفيل لا يضمن ما يتلو ذلك من مصروفات إلا إذا كانت قد صرفت بعد أن يخطره الدائن بمطالبتة المدين المطالبة الأولى . وغنى عن البيان أن هذه المصروفات يجب أن تكون غير مبالغ فيها.

(ثانيا) آثار الكفالة :

١ - العلاقة ما بين الكفيل والدائن :

ولأن التزام الكفيل التزام تابع، فانه كما يبطل ببطلان التزام الأصيل، ينقضي أيضا بانقضائه. وفي ذلك تنص المادة ٧٥٣ من المشروع على أن الكفيل يبرأ ببراءة المدين. وله طبقا لنص المادة ٧٥٤ أن يتمسك بجميع الأوجه التي يستطيع أن يحتج بها المدين، من بطلان أو قابلية للإبطال، أو انقضاء. ولكنه ليس له أن يتمسك بنقص أهلية المدين إذا كانت الكفالة بسبب ذلك.

وإذا قبل الدائن أن يستوفى في مقابل دينه شيئا آخر، برئت ذمة الكفيل، حتى ولو استحق هذا الشيء، مالم يكن الدائن قد احتفظ عند تسلمه المقابل بحقه في الرجوع على الكفيل لو استحق هذا المقابل وهو ما تنص عليه المادة ٧٥٥ من المشروع. ولكن النص لا ينصرف إلا إلى الحالة التي يستوفى فيها الدائن مقابل الدين من المدين أو من الغير، أما إذا استوفى المقابل من الكفيل، فان هذا الأخير يكون ضامنا لاستحقاق الشيء لا تبرأ ذمته طبقا لقواعد العامة .

ومع ذلك يعرض المشروع في المواد ٧٥٦-٧٥٨ لحالات ثلاث قد ينقضي بها التزام الكفيل دون أن ينقضي الالتزام المكفول .

(أ) - فطبقا لنص المادة ٧٥٦، تبرأ ذمة الكفيل، سواء كان متضامنا أو غير متضامن،

بمقدار ما أضعه الدائن بخطئه من التأمينات ذلك أن من حق الكفيل أن يحل محل الدائن في ضماناته فإذا أضع الدائن هذه الضمانات التي اعتمد عليها الكفيل، كان من حق الكفيل أن تبرأ ذمته بقدر ما أضيع من ضمان بشرط أن يكون ذلك نتيجة خطأ يرتكبه الدائن . كأن يبرئ ذمة احد الكفلاء أو أن ينزل عن رهن ترتب لمصلحته، أو أن يهمل في اتخاذ الإجراءات اللازمة لتجديد قيد هذا الرهن . وعلى الكفيل أن يثبت انه قد أصابه ضرر من عمل الدائن، كما عليه أن يثبت مقدار ما أصابه من ضرر، لأنه هو الذي يطلب براءة ذمته فيكون عليه أن يثبت ما يبرر طلبه.

والمقصود بالتأمينات هنا، كل تأمين يخصص لضمان الدين سواء كان تأمينا اتفاقيا، كالرهن الرسمي والرهن الحيازي، أو تأمينا قانونيا. كحقوق الامتياز، وسواء تقرر التأمين قبل الكفالة أو بعدها .

(ب) - وطبقا لنص المادة ٧٥٧، لا تبرأ ذمة الكفيل لمجرد عدم اتخاذ الدائن الإجراءات ضد المدين عند حلول أجل الدين أو لمجرد تأخره في إتخاذها . ولكن للكفيل في هذه الحالة أن ينذر الدائن لاتخاذ الإجراءات، فإذا لم يتخذها في خلال ثلاثة أشهر من وقت الإنذار ولم يقدم المدين للكفيل ضمانا كافيا كان للكفيل أن يطلب براءة ذمته من الكفالة . فإذا اتخذ الدائن الإجراءات الواجبة قانونا ضد المدين خلال الثلاثة الأشهر التالية للإنذار وسار في إتخاذها بالعناية اللازمة، كان هذا كافيا، وبقي الكفيل ملتزما حتى بعد حلول أجل الالتزام الأصلي .

والإجراءات الواجب إتخاذها قانونا ضد المدين عند حلول أجل الدين، هي إقامة الدعوى عليه لمطالبته بالدين إذا كان سند الدين عرفيا . أما إذا كان السند تنفيذيا (حكما كان أو ورقة رسمية) فانه يكون على الدائن أن يشرع في مباشرة إجراءات التنفيذ على أموال المدين في المدة المحددة. ولا يحول دون حق الكفيل في التمسك ببراءة ذمته أن يمنح الدائن المدين أجلا دون موافقة الكفيل .

(ج) وتعرض المادة ٧٥٨ لحالة إفلاس المدين قبل حلول الدين المكفول ، فتوجب على الدائن في هذه الحالة أن يتقدم بحقه في تفليسة المدين، فان لم يفعل وأراد الرجوع على الكفيل سقط من حقه في الرجوع على الكفيل، ما كان يستوفيه لو انه تقدم بحقه في تفليسة المدين .

ويعرض نص المادة ٧٥٩ من المشروع لتعدد كفلاء المدين وتحديد المقدار الذي يطالب به الدائن كل كفيل عند الرجوع عليه ، فيفرق في ذلك بين تعدد الكفلاء بعقد واحد وبين تعدد الكفلاء بعقود متوالية (قارن المادة ٦٤٧ من المجلة) .

فإذا تعدد الكفلاء، وكانوا جميعاً قد التزموا كفالة الدين بعقد واحد، ولم يبينوا في عقد الكفالة مقدار ما يكفل كل منهم من الدين، فإن المشروع يتخذ من وحدة العقد دليلاً على أن كل كفيل قد اعتمد على الكفلاء الآخرين، فيقسم الدين فيما بين الكفلاء جميعاً . فإذا طالب الدائن أي كفيل منهم لم يطالبه إلا بمقدار نصيبه . وإذا أعسر أحد الكفلاء بعد إبرام عقد الكفالة ولو قبل مطالبة الدائن الكفلاء بحقه، فإنه لا يكون للدائن أن يوزع حصة الكفيل المعسر على باقي الكفلاء، بل يتحمل وحده نتيجة هذا الإعسار . وذلك لأن الدين ينقسم على الكفلاء من وقت إبرام عقد الكفالة لا من وقت الدفع بتقسيم الدين .

ويشترط لتقسيم الدين على الكفلاء المتعددتين ثلاثة شروط :

الأول - أن يكون الكفلاء المتعددون قد كفلوا نفس الدين ، فإذا كفل كفيلاً كل منهما ديناً غير الذي كفله الآخر لم ينقسم أي الدينين عليهما .

الثاني - أن يكفل الكفلاء المتعددون نفس المدين أو نفس المدينين فإذا كفل كفيلاً كل منهما مديناً متضامناً بنفس الدين فإن كل منهما يكون قد كفل نفس الدين ولكنه لم يكفل نفس المدين، فلا ينقسم الدين بينهما . أما إذا كفل كل منهما مدينين متضامنين معاً، فإنهما يكونان قد كفلا نفس الدين وكفلا نفس المدينين فينقسم الدين عليهما .

الثالث - ألا يكون الكفلاء المتعددون متضامنين فيما بينهم وإلا جاز الرجوع على أي منهم بكل الدين طبقاً لأحكام التضامن فلا ينقسم الدين عليهم .

أما إذا تعدد الكفلاء، ولكن بعقود متوالية، ولو كانوا جميعاً يكفلون نفس الدين ونفس المدين . فإن كلا منهم يصبح مسئولاً عن كل الدين لأنه قد كفل الدين كله بعقد على حدة . على أنه إذا احتفظ أحد الكفلاء لنفسه بحق التقسيم، وقت أن كفل الدين بعقد على حدة، فإنه لا يجوز للدائن أن يطالبه إلا بجزء من الدين طبقاً لما احتفظ به في عقد الكفالة .

وتعرض المواد من ٧٦٠ إلى ٧٦٣ لرجوع الدائن على الكفيل ويميز المشروع، مقتنيا في ذلك اثر التنتين المصري، بين دفعين يجوز للكفيل أن يدفع بهما رجوع الدائن عليه، وهما الدفع بوجود الرجوع أولا على المدين، والدفع بالتجريد. فالدفع الأول بيدي عند مطالبة الدائن للكفيل، أما الدفع الثاني فيبيدي عند التنفيذ على مال الكفيل .

(أ) - فطبقا لنص المادة ٧٦٠ ، يجب على الدائن إذا لم يرفع الدعوى على كل من المدين والكفيل في وقت واحد ، أن يرجع على المدين أولا يطالبه قضائيا، فان رجع على الكفيل أولا كان للكفيل أن يدفع رجوع الدائن عليه بوجود رجوعه أولا على المدين . ولا يكفي في ذلك اعدار المدين بالوفاء، بل تجب المطالبة القضائية. ويحل محل المطالبة القضائية التنبية بالوفاء إذا كان لدى الدائن سند رسمي قابل للتنفيذ ضد المدين، كما يحل محلها كذلك تقدم الدائن بحقه في تفليسة المدين ان كان قد أفلس وامتنع على الدائن اتخاذ إجراءات فردية قبله. وله أن يدفع بذلك في أية حالة كانت عليها الدعوى، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف . فلا يجوز للمحكمة أن تقضي بالدفع من تلقاء نفسها .

فإذا حصل الدائن على سند قابل للتنفيذ ، فانه لايجوز له أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريده المدين من أمواله فان شرع في التنفيذ على أموال الكفيل أولا، كان للكفيل أن يدفع بأنه لا يجوز التنفيذ عليه إلا بعد تجريد المدين من أمواله، ويجب على الكفيل أن يتمسك بحقه في التجريد عند شروع الدائن في التنفيذ على أمواله، سواء عن طريق الإشكال في التنفيذ أو عن طريق الاعتراض على الإعلان عن البيع عند التنفيذ على العقار. ويظل له هذا الحق، بيديه في أي وقت مناسب، إلى أن يتم التنفيذ ، مالم ينزل عنه صراحة أو ضمنا .

وغنى عن البيان انه إذا كان الكفيل متضامنا مع المدين، فانه لا يكون له أن يدفع بوجود الرجوع أولا على للمدين، ولا أن يوجب تجريد المدين من أمواله.

(ب) - فإذا طلب الكفيل التجريد، فانه يكون عليه طبقا للمادة ٧٦١ أن يقوم على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال للمدين تكفي للوفاء بالدين. ويصح أن تكون هذه الأموال عقارا أو منقولا، ولكنها - طبقا لنص المشروع - يجب أن تتوافر فيها شروط ثلاثة:

الأول - أن تكون مملوكة للمدين.

الثاني - أن تكون كافية للوفاء بالدين كله، فلا يكفي أن تفي بجزء من الدين أو حتى بمعظمه، لأنه لا يجوز إجبار الدائن على قبول وفاء جزئي لحقه.

الثالث - أن تكون هذه الأموال غير متنازع فيها، وموجودة في الكويت، حتى لا يصعب التنفيذ عليها. ذلك أن الأموال المتنازع فيها غير مأمونة العاقبة، فقد يسفر فض النزاع حولها على أنها غير مملوكة للمدين، وهي على كل حال يصعب التنفيذ عليها، إذ يقتضي النزاع فيها غالباً، اللجوء إلى التقاضي وما يترتب عليه من إجراءات طويلة. كذلك فإن أموال المدين إذا كانت واقعة في خارج الكويت فإنها تكون بعيدة ويصعب التنفيذ عليها. لذلك يجب أن يدل الكفيل على أموال للمدين تكون واقعة في داخل البلاد .

ويكون إرشاد الكفيل للدائن إلى أموال تفي بالدين كله، على نفقة الكفيل، لأنه هو الذي يستفيد من هذا الإرشاد. ومن المصروفات التي يتحملها الكفيل في هذا الصدد، مصروفات استخراج صور لمستندات ملكية المدين للأموال التي دل عليها، وكذلك مصروفات الشهادات العقارية الخاصة بهذه الأموال.

(ج) فإن دل الكفيل على أموال تفي بالدين كله، وجب على الدائن أن يبادر إلى اتخاذ إجراءات التنفيذ على هذه الأموال، فإذا لم يتخذها في الوقت المناسب، تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما تعذر على الدائن استيفاؤه من الدين (المادة ٧٦٢). ويقع عبء إثبات تقصير الدائن على الكفيل وفقاً للقواعد العامة. أما إذا اتخذ الدائن، في الوقت المناسب إجراءات التنفيذ على الأموال التي دل عليها الكفيل، فالغالب انه يحصل من هذا التنفيذ على حقه كاملاً، لأن المفروض أن الكفيل قد دله على أموال تكفي الوفاء بالدين كله، ومن ثم تبرأ ذمة الكفيل باستيفاء الدائن لحقه. فإذا فرض ولم يحصل الدائن على حقه كاملاً من التنفيذ على تلك الأموال، وهو فرض من الممكن تحقيقه فيما لو انخفضت قيمة الأموال عند التنفيذ عليها، أو زاحم الدائن في التنفيذ عليها دائنون آخرون، ففي مثل هذه الأحوال لا تبرأ ذمة الكفيل إلا بمقدار ما حصل الدائن

عليه من حقه و يكون للدائن أن يرجع عليه بالباقي .

(د) ويعرض نص المادة ٧٦٣ لصورة خاصة للدفع بالتجريد، في حالة وجود تأمين عيني يضمن الدين، فيجيز للكفيل غير المتضامن مع المدين أن يطلب التنفيذ على المال المحمل بالتأمين العيني قبل التنفيذ على أمواله هو، وذلك إذا كان قد اعتمد على هذا التأمين العيني، بان كفل المدين والتأمين العيني موجود. والمقصود بالتأمين العيني هنا، أن يوجد مال للمدين، عقار أو منقول يكون مرهونا رهنا رسميا أو رهنا حيازيا في الدين، أو عليه حق امتياز ضمانا للدين. ومن ثم يجب استبعاد المال الذي يباشر عليه الدائن الحق في الحبس، لأن الحق في الحبس ليس بتأمين عيني .

ويجب أن يكون التأمين العيني مقررا على مال مملوك للمدين لأنه إذا كان التأمين العيني مقررا على مال للغير، فان هذا الغير يكون كفيلا عينيا لا يجوز للكفيل الشخصي أن يطلب تجريده.

ولا يشترط في هذه الصورة من الصور الخاصة من التجريد أن يكون التأمين العيني كافيا للوفاء بالدين كله، كما هو الحال بالنسبة إلى التجريد في صورته العامة. فحتى لو لم يكن هذا التأمين كافيا، فانه يجوز للكفيل أن يطلب من الدائن تجريد هذا التأمين العيني أولا. ولكنه يشترط لتطبيق النص أن يكون الكفيل غير متضامن مع المدين، وان يتمسك الكفيل بوجوب تنفيذ الدائن أولا على المال الذي ترتب عليه التأمين العيني، وهو شرط لحق التجريد بوجه عام.

فإذا لم ينجح الكفيل في دفع دعوى الدائن، أو لم يدفعها بدفع ما ، فحكم عليه بالدين. أو إذا تقدم الكفيل مختارا للدائن دون دعوى، ووفي الدين. ففي جميع هذه الأحوال، يجب على الدائن عند وفاء الكفيل بالدين له، أن يمكنه من الرجوع على المدين، وان يمكنه من الحلول محله في التأمينات المتعلقة بالدين وذلك وفقا لنص المادة ٧٦٤ من المشروع .

فطبقا لهذا النص يلتزم الدائن أولا، أن يسلم للكفيل المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع ، فيسلمه مستندات الدين المكفول، ومخالصة بأنه استوفى منه الدين

المذكور. كما يلتزم بتمكينه من الحلول في تأمينات الدين، فان كانت هذه التأمينات واقعة على منقول، وكان المنقول في يد الدائن مرهونا أو محبوسا لديه، وجب على الدائن أن يسلم الكفيل هذا المنقول ليحل محله في حق رهنه، أو في الحق في حبسه، ضمانا لحقه في الرجوع على المدين أو يسلمه لعدل، إذا عارض المدين في تسليمه للكفيل. أما ان كان التأمين عقاريا، كرهن رسمي أو حيازي أو حق امتياز على عقار، فانه يكون على الدائن أن يقوم بالإجراءات اللازمة لسريان حلول الكفيل محله فيه، ويتحمل الكفيل مصروفات هذه الإجراءات على أن يرجع بها على المدين، ضمن ما يرجع به عليه.

ويعرض المشروع في المادة ٧٦٥ منه لكفيل الكفيل. وطبقا لنص هذه المادة يعتبر الكفيل بالنسبة إلى كفيلة مدينا أصليا، ويعتبر كفيل الكفيل بالنسبة إلى الكفيل الأصلي كفيلا، وعلى ذلك تسرى في العلاقة بينه وبين الدائن، أحكام الكفالة. فإذا كان كفيل الكفيل غير متضامن مع الكفيل، جاز له أن يطلب من الدائن أن يرجع أولا على المدين الأصلي، ثم على الكفيل، وذلك قبل أن يرجع الدائن عليه هو. ويكون له أن يدفع بتجريد المدين الأصلي ثم بتجريد الكفيل، كما يجوز له أن يتمسك بالدفع التي يجوز للكفيل أن يتمسك بها، سواء كانت هذه الدفع خاصة بالكفيل، أو خاصة بالمدين الأصلي. وله كذلك أن يتمسك بان ينفذ الدائن على التأمين العيني المقدم من المدين الأصلي، كما يتمسك بذلك الكفيل المكفول. وعموما له أن يستعمل حقوق المدين في الدعوى غير المباشرة. وإذا وفي كفيل الكفيل الدين، كان له أن يرجع على الكفيل أو على المدين الأصلي أو عليهما معا، سواء بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول.

وتعرض المواد ٧٦٦-٧٦٨ للكفيل المتضامن مع المدين، أو مع كفلاء آخرين :

(أ) والأصل أن تضامن الكفيل، مع المدين او مع غيره من الكفلاء لا يفترض، ولكنه يتقرر كالتضامن ما بين المدينين الأصليين، اما بالاتفاق أو بنص في القانون، وينص المشروع في المادة ٧٦٦ على أنه في الكفالة القانونية والقضائية والتجارية، يكون الكفلاء دائما متضامنين فيما بينهم ومتضامنين مع المدين ومقتضى ذلك تطبيق

أحكام التضامن عليهم ، فيجوز للدائن أن يطالب المدين أو أيا منهم بكل الدين. فإذا كان الكفيل متضامنا، فانه لا يجوز له أن يتمسك بأي من الحقين المنصوص عليهما في المادة ٧٦٠. فإذا رجع الدائن على الكفيل المتضامن قبل أن يرجع على المدين، فلا يكون للكفيل المتضامن أن يدفع رجوعه عليه بوجوب الرجوع أولا على المدين. وإذا شرع الدائن في التنفيذ على أموال الكفيل المتضامن، فلا يستطيع هذا الأخير أن يتمسك قبل الدائن بحق التجريد ووجوب التنفيذ أولا على أموال المدين.

(ب) ولكن للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يجوز أن يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفع متعلقة بالدين (المادة ٧٦٧). فهو ليس في مركز المدين المتضامن تماما، بل يبقى كفيلا، التزامه تابع للالتزام الأصلي. ومن ثم يكون له أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين، كبطان الالتزام الأصلي أو قابليته للإبطال، وله أن يتمسك بنقص أهلية المدين إلا إذا كان قد كفل هذا المدين بسبب نقص أهليته. وإذا انقضى التزام الدين الأصلي بسبب غير الوفاء جاز للكفيل المتضامن مع المدين، أن يتمسك هو أيضا بانقضاء التزامه، كما يستطيع أن يحتج ببراءة ذمته بقدر ما أضعاه الدائن بخطئه من التأمينات وكذلك بتأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات ضد المدين أو بعدم تقدمه بالدين في تفليسته.

(ج) فإذا تعدد الكفلاء، وكانوا متضامين فيما بينهم، فان للكفيل الذي وفي الدين كله عند حلول الأجل أن يرجع على كل من الكفلاء الباقين بحصته في الدين وبنصيبه في حصة المعسر منهم، سواء بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول، ويكون الأمر كذلك إذا تعدد الكفلاء ولكن بعقود متوالية، ولم يحتفظ أحدهم بنفسه بحق التقسيم (المادة ٧٦٨ من المشروع).

٢ - العلاقة بين الكفيل والمدين :

وتعرض المواد ٧٦٩-٧٧٢ للعلاقة فيما بين الكفيل والمدين، فإذا وفي الكفيل الدين للدائن، كان له، أن يرجع على المدين الأصلي اما بالدعوى الشخصية واما بدعوى الحلول.

(أ) - ففيما يتعلق بالرجوع بالدعوى الشخصية، تنص المادة ٧٧٠، على أن للكفيل الذي وفى الدين، أن يرجع على المدين بما أداه من أصل الدين وتوابعه وبمصروفات المطالبة الأولى، و بما دفعه من مصروفات من وقت إخطاره المدين الأصلي بالإجراءات التي اتخذت ضده، ويشمل أصل الدين كل ما دفعه الكفيل للدائن لإخلاء ذمة المدين . فيشمل ذلك مقدار الدين في أصله، كما يشمل ما يضطر الكفيل إلى دفعه للدائن في نظير المصروفات التي تكبدها هذا الأخير في مواجهة المدين. وتشمل المصروفات كل ما أنفقه الكفيل في سبيل الوفاء بالتزامه ، كنفقات إرشاد الدائن إلى أموال المدين لتجريدها، وكذلك كل ما حكم عليه به من المصروفات للدائن. ومع ذلك فليس للكفيل أن يرجع على المدين، من هذه المصروفات، إلا بالذي أنفقه من وقت إخطاره بالإجراءات التي اتخذها الدائن ضده، لان المدين إذا أخطره الكفيل بذلك، قد يكون لديه من الدفع ما يتوقى به مطالبة الدائن، أو قد يبادر إلى دفع الدين الذي في ذمته. وتستثنى مصروفات المطالبة الأولى التي يقوم بها الدائن للكفيل، من هذا الشرط، كمصروفات رفع الدائن الدعوى على الكفيل، فهذه لا يعلم بها الكفيل قبل حصولها حتى يخطر بها المدين . ومن ثم كان للكفيل أن يرجع بها على المدين وان كان لم يخطره بها .

(ب) - وطبقا لنص المادة ٧٦٩ من المشروع، يجب على الكفيل أن يخطر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين . وإذا طالبه الدائن قضائيا، وجب عليه أن يطلب إدخال المدين في الدعوى، وكل ذلك خشية أن يكون المدين قد وفى الدين قبل أن يوفيه الكفيل، أو أن يقوم بوفائه مرة أخرى بعد أن يوفيه الكفيل، وخشية أن يكون للمدين وقت استحقاق الدين أسباب تبطل الدين أو تقتضيه من غير الوفاء به، فإذا لم يخطر الكفيل المدين قبل وفاء الدين، أو لم يطلب إدخاله خصما في الدعوى عند مقاضاة الدائن له، وقام بوفاء الدين فانه يفعل ذلك على مسؤوليته ، فإذا أثبت المدين انه كان قد وفى الدين قبل وفاء الكفيل به، أو بعد وفاء الكفيل، أو أثبت أن الدين كان باطلا أو قابلا للإبطال، وكان المدين يستطيع أن يتمسك بذلك ضد الدائن، أو أثبت أن الدين قد انقضى بسبب يرجع إليه هو، كمقاصة أو تجديد، أو اتحاد ذمة، أو إبراء، فان الكفيل يفقد حقه في الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية .

(ج) - أما فيما يتعلق برجوع الكفيل على المدين بدعوى الحلول، فتنص المادة ٧٧١ من المشروع، على انه إذا وفي الكفيل كل الدين أو بعضه، حل محل الدائن في حقه، طبقا لقواعد الحلول القانوني. فهذه الدعوى ليست إلا تطبيقا للقواعد العامة في الحلول القانوني فيما إذا قام بالوفاء شخص غير المدين . ولذلك يكون للكفيل، إذا وفي الدين أن يرجع على المدين بدعوى الحلول، سواء كانت الكفالة بعلم المدين أو بغير علمه أو على الرغم من معارضته ولا يشترط للرجوع بدعوى الحلول، إخطار المدين كما هو الحال في الدعوى الشخصية. ويحل الكفيل محل الدائن في حقه بما لهذا الحق من خصائص، وما يلحقه من توابع، وما يكفله من تأمينات عينية، وما يرد عليه من دفع. وتسرى على هذا الحلول القواعد العامة في الحلول القانوني الواردة في الكتاب الأول المتعلق بالالتزامات بوجه عام. وغنى عن البيان أن الكفيل يتخير من الدعويين، الدعوى الشخصية ودعوى الحلول، ما يتناسب مع مصلحته.

(د) وأخيرا يعرض نص المادة ٧٧٢ من المشروع، لرجوع الكفيل على المدين المتضامين الذين كفلهم، فإذا كان هناك مدينون متضامنون في دين واحد وكفلهم الكفيل جميعا، فانه يكون للكفيل في هذه الحالة إذا وفي الدين، أن يرجع على أي من هؤلاء المدينين المتضامين بالدين كله، اما بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول، وفقا للتفصيل الذي سبق.

الفصل الثاني

عقد التأمين

يقوم التأمين على أسس فنية دقيقة، ويؤدي وظائف لها خطرها بالنسبة للاقتصاد القومي، وذلك أن شركات التأمين تجمع من الأقساط التي تحصلها أموالاً ضخمة يتم استثمارها في المشروعات والقروض، ومن ثم كان على الدولة أن تفرض رقابتها بل وسيطرتها على هذه الشركات. وان تصدر التشريعات التي تخضع هذه الهيئات لتنظيم دقيق، وتكفل بسط الرقابة عليها مراعاة لصالح الاقتصاد القومي، ومحافظة على مصالح المؤمن لهم والمستفيدين، وتضع الضمانات اللازمة لمواجهة هيئات التأمين لالتزامها نحو عملائها، كتكوين الاحتياطات المختلفة وتنظيم عمليات إعادة التأمين.

أما فيما يتعلق بعلاقة المؤمن بعملائه، وهي العلاقة التي ينظمها عقد التأمين، فقد حرصت غالبية الدول على تنظيمها بقوانين خاصة. وأهم القوانين الأجنبية التي صدرت في هذا الشأن هي القانون البلجيكي الصادر في ١١ يونية سنة ١٨٧٤، والقانون السويسري الصادر في ٢ ابريل سنة ١٩٠٨، والقانون الألماني الصادر في ٣٠ مايو سنة ١٩٠٨، والقانون الفرنسي الصادر في ١٣ يوليه سنة ١٩٣٠، (وتعديلاته) بالإضافة إلى القوانين المختلفة صدرت بعد ذلك بتنظيم التأمين الإجباري.

وفي البلاد العربية، كان تقنين الموجبات والعقود اللبناني الصادر في سنة ١٩٣٢، هو أول تقنين احتوى على تنظيم كامل لعقد التأمين، وذلك في الباب الأول من الكتاب العاشر منه تحت عنوان الضمان.

ولما صدر المشروع التمهيدي للتقنين المصري، كان عقد التأمين محل عنايته الكبيرة، فافرد لهذا العقد فصلاً خاصاً يتضمن ٩٩ مادة استهلها بنصوص تتناول أحكام العقد العامة والتزامات كل من المؤمن له والمؤمن، ثم افرد المشروع لكل فرع من فروع التأمين نصوصاً خاصة، فنظم التأمين على الحياة في فرع على حدة، ثم نظم التأمين من الحريق - هو اظهر أنواع التأمين من الأضرار - وجعل من نصوصه أحكاماً عامة تنطبق على التأمين من الأضرار بوجه عام. وفي فرعين آخرين، نظم المشروع التأمين من المسؤولية، وهو فرع من التأمين من الأضرار، والتأمين من الإصابات، وهو فرع من

التأمين على الأشخاص. وقد اقتبس المشروع هذه النصوص من مختلف القوانين الأجنبية التي نظمت عقد التأمين في العصر الحديث وخصصها القانون السويسري الصادر في سنة ١٩٠٨، وقانون التأمين الفرنسي الصادر في سنة ١٩٣٠، ولما عرض هذا المشروع التمهيدي على لجنة المراجعة، حذفت منه كثيرا من النصوص التي اعتبرتها نصوصا تفصيلية تغنى عنها القواعد العامة، ثم حذفت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ غالبية النصوص الباقية ولم تبق من مواد المشروع غير خمس وعشرين مادة. جاءت غير كافية لتنظيم هذا العقد الهام، ومع وعد سجل في المادة ٧٤٨ بإصدار قوانين خاصة تكميلية، وهو ما حدا بالحكومة بعد ذلك إلى أن تعد مشروعا لعقد التأمين، أعادت فيه كثيرا من النصوص المحذوفة، كما اصدر المشرع القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات، إلى جانب قوانين أخرى كان قد أصدرها ومنها القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٢ بشأن التأمين الإجباري من حوادث العمل.

أما في الكويت، فلم تعرض المجلة لعقد التأمين، وهو أمر طبيعي ما دام هذا العقد لم يكن معروفا في الفقه الإسلامي. وان عرفت صورة منه عند بعض المتأخرين من فقهاء الحنفية، فقد تعرض ابن عابدين لعقد التأمين البحري، الذي اسماه بالسوكره، وذهب التي تحريمه لأنه لا يشبه عقدا من العقود المعروفة في الفقه الإسلامي. ولما انتشر التأمين في العصر الحديث، كثرت الفتاوى الشرعية في شأنه، بعضها يحلله وبعضها يحرمه، ولكن هذا الخلاف لم يكن له من أثر على دخول نظام التأمين في الحياة الاقتصادية للبلاد، فأنشأت كثير من الشركات الأجنبية فروعها في الكويت، كما تكونت كثير من الشركات التي تزاوَل عمليات التأمين المختلفة، وأسبغ المشرع الشرعية عليها بإصداره القانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٦١ بشأن شركات ووكلاء التأمين، وفي سنة ١٩٧٦ صدر قانون التأمينات الاجتماعية رقم ٦١ متضمنا نظام التأمين الإجباري ضد إصابات العمل وقانون المرور رقم ٦٧ ولائحته التنفيذية متضمنا نظام التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات، وفي غضون ذلك تم وضع مشروع متكامل لتنظيم عقد التأمين وصدر في ١٢/٤/١٩٧٠ مرسوم بإحالته إلى مجلس الأمة ولكنه لم يستكمل الخطوات اللازمة لإصداره حتى حل المجلس بالأمر الأميري الصادر في ٢٩/٨/١٩٧٦ فتقرر تأجيل النظر فيه إلى أن تتم دراسته من قبل اللجنة التي

ستقوم بإعداد التشريعات المدنية. كما وضعت وزارة التجارة بدورها مشروعاً لا يخرج عما قرره المشروع السابق بعد إدخال تعديلات على نصوصه مستوحاة من مشروع تنظيم عقد التأمين الذي تم وضعه مؤخراً في مصر. ويقع المشروع السابق في ٩٢ مادة مستمدة جميعها من المشروع التمهيدي المصري، الذي استوحته جميع التقنيات العربية، فيما أوردته من نصوص تنظم جانباً من أحكامه.

وعلى هدي هذه المشروعات المختلفة، وضع المشروع المعروض النصوص المتعلقة بتنظيم عقد التأمين. ولكنه آثر أن يقتصر على إيراد أحكام عامة متكاملة لتنظيم العقد، وان يترك ما عدا ذلك من أحكام ليصدر بها تشريع أو تشريعات خاصة تتناول جميع تفاصيل هذا العقد وجزئياته، وما يتخصص به كل نوع من أنواعه، حتى لا يترتب على الإفاضة في هذه التفاصيل إخلال بتناسق القسم الخاص بالعقود في المشروع. بل ان هناك من نواحي تنظيم عقد التأمين ما يحسن أن تتناوله لوائح تنفيذية لم يجر عرف الصياغة بإصدارها بالنسبة إلى التقنيات المدنية، مثل ما تضمنته لائحة المرور بالنسبة لتنظيم التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية من حوادث السيارات .

ويبدأ المشروع في المادتين ٧٧٣ و ٧٧٤ بتعريف عقد التأمين وبيان عناصره، فالتأمين عقد يبرم بين المؤمن له والمؤمن في شأن خطر أو حادث محتمل الوقوع في المستقبل ويغى المؤمن له تأمينه منه، فيلتزم المؤمن بموجبه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه عوضاً يكون مبلغاً من المال أو إيراداً مرتباً أو أي عوض مالي آخر، في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد. كما يلتزم المؤمن له أن يدفع للمؤمن مقابل التأمين مبلغاً نقدياً على أقساط أو دفعة واحدة (مادة ٧٧٣) فالمؤمن له هو الشخص الذي يتعهد بتنفيذ الالتزامات المقابلة لالتزامات المؤمن، وهو في العادة أيضاً يكون الشخص الذي يتقاضى من المؤمن مبلغ التأمين عند وقوع الحادث أو تحقق الخطر المؤمن منه، ولكن في بعض أنواع التأمين، كالتأمين على الحياة والتأمين من الحوادث، يكون المؤمن له والمستفيد عادة شخصين مختلفين ولذلك حرص المشروع على إيضاح التفرقة بينهما مع اعتبار المؤمن له هو المستفيد إذا لم يعين في العقد مستفيد آخر (مادة ٧٧٤) .

وعناصر التأمين كما يتضح من التعريف السابق هي الخطر، ومقابل التأمين، والعوض المالي.

١ - والخطر أو الحادث المؤمن منه له في عقد التأمين مدلول واسع فهو، قد يكون أمرا يخشى عاقبته، كحريق أو سرقة أو إصابة أو وفاة أو مسؤولية، وهو الغالب. ولكنه قد يكون أيضا حادثا سعيدا، فهناك تأمين الاولاد يتقاضى فيه المؤمن له مبلغ التأمين كلما يرزق ولدا، وهناك تأمين الزواج يتقاضى المؤمن له فيه مبلغ التأمين إذا ما تزوج قبل بلوغه سنا معينة، وهناك تأمين المهر يكون المستفيد فيه أحد اولاد المؤمن له إذا عاش إلى تاريخ معين وهو التاريخ الذي يغلب أن يتزوج فيه فيكون في حاجة إلى المهر، وهناك التأمين لحالة الحياة يتقاضى فيه المؤمن له مبلغ التأمين إذا عاش إلى تاريخ معين .

٢ - ومقابل التأمين هو القسط أو الدفعة المالية التي يدفعها المؤمن له للمؤمن لتغطية الخطر أو الحادث المؤمن منه، وبينه وبين الخطر علاقة وثيقة، فهو يحسب على أساس الخطر وإذا تغير الخطر تغير معه قسط التأمين زيادة أو نقصا، وهو ما يعرف بمبدأ نسبية القسط إلى الخطر، وقد يكون مقابل التأمين مبلغا إجماليا يدفع مرة واحدة، ويسمى بالقسط الوحيد، ولكن الغالب أن يكون دفع مقابل التأمين على أقساط جرت العادة على أن تكون سنوية تدفع مقدما في أول كل سنة، وان جاز تقسيم القسط السنوي إلى أجزاء يدفع كل جزء منها مقدما كل ستة أشهر، أو كل ثلاثة أشهر أو كل شهر، ولكن ذلك ليس إلا طريقا لتيسير الدفع على المؤمن له، ويبقى القسط سنويا .

٣- أما العنصر الثالث وهو عوض التأمين، فقد يكون تعويضا يقاس بمقياس الضرر وحده الأقصى المبلغ المذكور في وثيقة التأمين، كما هو الشأن في التأمين من الأضرار عموما، وقد يكون مبلغا محددًا يتقاضاه المؤمن له أو المستفيد مرة واحدة أو إيرادا مرتبا، كما هو في التأمين على الحياة .

(أولا) إبرام عقد التأمين :

يبرم عقد التأمين عادة بين طرفيه وهما المؤمن والمؤمن له. على انه يجوز أن يعقد التأمين لحساب الغير بناء على تفويض منه أو دون تفويض فإذا كان بناء على تفويض يكون المفوض مجرد نائب عن صاحب الشأن في إجراء التأمين، ويعتبر الأخير هو المؤمن له الذي يلتزم بدفع الأقساط وله وحده في حالة وقوع الخطر مطالبة المؤمن بمبلغ التأمين . أما إذا تم التأمين بغير نيابة، فانه إذا اقر الغير (المؤمن له) التأمين المعقود لصالحه، حتى بعد تحقق الخطر المؤمن منه، انصرف أثر عقد التأمين من وقت إبرامه

لا من وقت الإقرار ويحقق له أن يقبض مبلغ التأمين من المؤمن، كما يكون هو الملتزم بدفع الأقساط ، فإذا تحقق الخطر ولم يقر المؤمن له العقد خلال ثلاث سنوات من تحقق الخطر أصبحت الأقساط حقا خالصا للمؤمن (مادة ٧٧٥) .

وغنى عن البيان أنه يجوز أيضا أن يعقد التأمين لحساب ذي المصلحة أو لحساب من يثبت له الحق فيه. كأن يؤمن شخص من المسؤولية عن حوادث السيارات لحساب أي سائق يقود سيارته، فهنا يكون صاحب السيارة هو المؤمن له الذي يلتزم بدفع الأقساط ويكون السائق الذي يقود السيارة هو المستفيد .

وتنص المادة ٧٧٦ على أن التأمين من الأضرار يقع باطلا إذا لم يستند إلى مصلحة اقتصادية مشروعة. فالرأي السائد هو أن المصلحة لا تكون عنصرا إلا في التأمين من الأضرار، أما التأمين على الأشخاص فلا تشترط فيه المصلحة. والمقصود بالمصلحة هو أن يكون للمؤمن له أو للمستفيد مصلحة في عدم وقوع الخطر المؤمن منه، ومن أجل هذه المصلحة أمن هذا الخطر. ويجب أن تكون المصلحة اقتصادية أي ذات قيمة مالية، لان المؤمن عليه في التأمين من الأضرار هو المال.

وغنى عن البيان انه يجب أن تكون المصلحة مشروعة، فالخطر المؤمن منه يجب أن يكون متولدا عن نشاط غير مخالف للنظام العام أو الآداب، فلا يجوز التأمين من المخاطر المترتبة على أعمال التهريب أو الاتجار في المخدرات أو على الأماكن التي تدار للدعارة أو المقامرة وما إلى ذلك .

والخطر المؤمن منه هو العنصر الجوهري في التأمين، فإذا كان قد زال أو تحقق قبل تمام العقد وقع التأمين باطلا (مادة ٧٧٧) . ويسرى هذا الحكم حتى لو كان كل من الطرفين يجهل وقت إبرام العقد أن الخطر قد زال أو قد تحقق، فلو كان كل منهما يظن أن الخطر قائم محتمل لبقى العقد باطلا على الرغم من ذلك، إذ يكون الخطر في هذه الحالة خطرا ظنيا والتأمين من الخطر الظني لا يجوز، وهذا هو الرأي السائد في فرنسا بشأن التأمين البري، أما في التأمين البحري، فان التأمين من الخطر الظني جائز، ويسمى التأمين على الأنباء السارة أو السيئة فالتأمين على السفينة إذا كانت قد غرقت قبل إبرام العقد دون أن يعلم أحد من الطرفين بذلك تأمين جائز.

ويعرض نص المادة ٧٧٨ للآثار التي تترتب على إعادة التأمين . والمستقر عليه في ذلك أن المؤمن له (أو المستفيد) في عقد التأمين الأصلي أجنبي في عقد إعادة التأمين الذي يعقده المؤمن المباشر مع المؤمن المعيد، فلا يستمد من هذا العقد أي حق قبل المؤمن المعيد ولا يتحمل التزاما، ويبقى المؤمن المباشر وحده هو المسؤول قبل المؤمن له بموجب عقد التأمين الأصلي الذي أبرم فيما بينهما .

وتعرض المواد من ٧٧٩ إلى ٧٨٩ لإبرام عقد التأمين والمراحل المختلفة التي يجتازها في إبرامه، فعقد التأمين يبرم بين طرفيه، وهما المؤمن له والمؤمن، فيبدأ المؤمن له بتقديم طلب التأمين، ثم يتم الاتفاق النهائي بإصدار وثيقة التأمين. ولكنه يقع كثيرا أن يتفق الطرفان اتفاقا مؤقتا، إنتظارا للاتفاق النهائي، فيرسل المؤمن للمؤمن له مذكرة تغطية مؤقتة، كما يقع أن يعمد الطرفان بعد العقد إلى إجراء إضافة أو تعديل في عقد التأمين، ويثبتان ذلك في ملحق للوثيقة .

١ - طلب التأمين - وهو ورقة مطبوعة يقوم المؤمن بإعدادها مسبقا، وتشتمل على البيانات اللازمة التي يبرم عقد التأمين على أساسها ، وبخاصة الخطر المطلوب التأمين منه وجميع الظروف التي تحيط بهذا الخطر، لتكون هذه البيانات أمام المؤمن عندما ينظر في إجابة هذا الطلب. وفي بعض الأحيان يشتمل طلب التأمين على مجموع من الأسئلة يجيب عليها المؤمن له، وتنص المادة ٧٧٩ / ١ من المشروع على أن طلب التأمين وحده لا يكون ملزما للمؤمن ولا للمؤمن له، ولا يتم العقد إلا إذا وقع المؤمن على وثيقة التأمين، وتم تسليم هذه الوثيقة إلى المؤمن له، ولكن طلب التأمين له ، على الرغم من ذلك ، أهمية كبيرة. فهو يعتبر عند تمام العقد مكملا له بما جاء به من بيانات وإقرارات، وكل بيان أو سؤال يكون المؤمن له قد أدلى به أو أجاب عليه فيه، يحسب عليه، ويؤخذ به.

٢- مذكرة التغطية المؤقتة - وقد يقبل المؤمن الطلب ومع ذلك يمضى جانب من الوقت قبل تحرير وثيقة التأمين وتوقيعها وتسليمها إلى المؤمن له، وفي هذه الحالة لا يكون المؤمن له قد أمن نفسه من الخطر الذي يتهدده. ولذلك جرت العادة بأن يسلم المؤمن إلى المؤمن له مذكرة تغطية مؤقتة موقعة منه لتغطية المؤمن له طوال الوقت الذي يستغرقه تحرير وثيقة التأمين وتسليمها للمؤمن له . وقد عرضت الفقرة الثانية من المادة

٧٧٩ لهذه الحالة ونصت على أن العقد يتم حتى قبل تسلم الوثيقة، إذا سلم المؤمن للمؤمن له - استجابة لطلب التأمين - مذكرة تغطية مؤقتة يضمنها القواعد الأساسية التي يقوم عليها التعاقد (نوع التأمين والخطر المؤمن منه ومبلغ التأمين والقسط والمدة) وثبت فيها التزامات كل من الطرفين قبل الآخر، وتقوم هذه المذكرة مؤقتا مقام الوثيقة النهائية . ومع ذلك رأى المشروع من باب التيسير على المؤمن لهم أن ينص في الفقرة الثالثة من المادة ٧٧٩ على انه إذا قدم المؤمن له إيصالا بدفع جزء من مقابل التأمين، كان له أن يثبت بكافة الطرق أن العقد قد تم، حتى ولو لم يكن قد تسلم مذكرة تغطية مؤقتة .

٣- وثيقة التأمين - وعندما يقبل المؤمن طلب التأمين، فانه يعمد إلى تحرير وثيقة التأمين ويوقعها ثم يسلمها إلى المؤمن له، أما توقيع المؤمن له على الوثيقة فليس ضروريا، ذلك انه قد وقع على طلب التأمين الذي يعتبر من جانبه إيجابا باتا. ووثيقة التأمين هي المحرر المثبت لعقد التأمين، وتتضمن الشروط المطبوعة التي يضعها المؤمن بحسب نموذج يعده لذلك، والتي قل أن يختلف باختلاف المؤمنين . والى جانب هذه الشروط العامة، تذكر بيانات معينة تكتب باليد أو بالآلة الكاتبة، وهذه هي البيانات التي تخصص وثيقة التأمين باعتبارها عقدا مبرما مع مؤمن له بالذات.

والمفروض أن ما يرد في وثيقة التأمين من بيانات أو شروط، يكون مطابقا لما تم الاتفاق عليه ابتداء بين الطرفين عند تقدم المؤمن له بطلب التأمين، فإذا تسلم المؤمن له الوثيقة ووجد أن بعض الشروط المدونة بها لا يطابق ما كان الاتفاق قد تم عليه ، فانه يكون له - طبقا لنص المادة ٧٨٠ من المشروع - أن يطلب تصحيح هذه الشروط بعد إثبات عدم المطابقة . فإذا اثبت ذلك، وجب تصحيح الوثيقة حتى تصبح مطابقة للمتنفق عليه. ولكنه إذا سكت عن طلب التصحيح ثلاثين يوما من وقت تسلم الوثيقة، فان سكوته يعتبر قبولا منه للشروط المدونة فيها . وهذا النص ليس إلا تطبيقا للقواعد العامة فيما عدا تحديد مدة الثلاثين يوما .

وتعرض المادة ٧٨١ للصور المختلفة لوثائق التأمين، والغالب أن تكون الوثيقة في صورة وثيقة لمصلحة شخص معين، ولكنها قد تكون أيضا في صورة وثيقة اذنية أو وثيقة لحاملها . فإذا كانت الوثيقة اذنية، فإنها تنتقل بالطرق المقررة لانتقال الوثائق الاذنية، أي بالتظهير ولو كان على بياض . أما إذا كانت الوثيقة لحاملها فإنها تنتقل من يد إلى يد

بمجرد المناولة الفعلية . وكل ذلك مع استثناء الوثائق الخاصة بالتأمين على الحياة التي تخضع لأحكام خاصة . ويجوز للمؤمن أن يحتج على حامل الوثيقة أو على الشخص الذي يتمسك بها بكل الدفوع التي يكون له أن يحتج بها على المؤمن له .

وقد عمد المشروع إلى طائفة من الشروط التي يكثر ورودها في العمل، فبين حكمها في المواد ٧٨٢ إلى ٧٨٤، ومن هذه الشروط شروط رأي المشروع عدم الاعتداد بها أو الاحتجاج بها على المؤمن له لاعتبارات شكلية وأخرى رأي عدم الاعتداد بها وإبطالها لاعتبارات موضوعية .

أما الشروط التي لا يعتد بها لاعتبارات شكلية فهي الشروط المطبوعة التي تتعلق بالتحكيم أو بحال من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط ، إذا لم تبرز هذه الشروط بطريقة متميزة كأن تكتب بحروف أكثر ظهوراً، أو أكبر حجماً (مادة ٧٨٢) . فإذا لم تبرز مثل هذه الشروط بشكل متميز فانه لا يجوز الاحتجاج بها على المؤمن له . أما إذا كانت الشروط مكتوبة بالآلة الكاتبة أو باليد، ومن باب أولى إذا كانت موقعا عليها من المؤمن له، فان هذا يكون كافيا لإعمالها .

وأما الشروط التي رأي المشروع عدم الاعتداد بها أو إبطالها لاعتبارات موضوعية فهي :

(أولا) الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات، أو في تقديم المستندات، إذا تبين من الظروف أن التأخر كان لعذر مقبول (مادة ٧٨٣) .

(ثانيا) الشرط الذي يستثنى من نطاق التأمين الأعمال المخالفة للقوانين واللوائح، ما لم يكن الاستثناء محددًا (مادة ٧٨٤ / أ) فإذا استثنى المؤمن من نطاق التأمين أي عمل يأتيه المؤمن له مخالفًا للقوانين واللوائح، كان الاستثناء غير محدد فلا يعتد به . أما إذا ذكر المؤمن على وجه التحديد، المخالفة التي يستثنىها من نطاق التأمين ، كأن يستثنى العمل الذي يخالف نصا معينًا من قانون معين أو من لائحة معينة، فان الاستثناء يكون صحيحًا وتخرج المخالفة المستثناة من نطاق التأمين لأن استثناءها محدد لا إبهام فيه ولا غموض، وغنى عن البيان أن المخالفات المنطوية على جنایات أو على جنح عمدية تكون مستثناة دون حاجة إلى نص، لأن التأمين من الخطأ العمدي غير جائز .

(ثالثاً) كل شرط تعسفي آخر يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في تحقيق الخطر المؤمن منه (٧٨٤/ب). وقاضي الموضوع هو الذي يقدر ما إذا كان لمخالفة الشرط أثر في تحقق الخطر المؤمن منه، فيكون الشرط صحيحاً، أو ليس لمخالفته أثر فيكون الشرط تعسفياً ويقع باطلاً فلا يعتد به .

ولم ير المشروع بعد ذلك أن يعرض للغة التي يجب أن تكتب بها وثيقة التأمين، كما فعل المشروع السابق في المادة ١٤ منه، لأن مجال هذا النص هو قانون الرقابة على هيئات التأمين.

٤ - ملحق الوثيقة - وملحق الوثيقة هو اتفاق إضافي ما بين المؤمن والمؤمن له يلحق بالوثيقة الأصلية، ويكون من شأنه أن يعدل فيها، كأن يتفق على زيادة مبلغ التأمين أو على امتداد مدته أو على إضافة خطر لم يكن مؤمناً منه. ويخضع في إثباته للقواعد العامة كما يسرى عليه كل ما يسرى على عقد التأمين الأصلي من أحكام.

مدة التأمين:-

ومدة التأمين هي من أهم البيانات التي ترد في الوثيقة، ولذلك أوجب المشروع أن تكون مكتوبة فيها بشكل ظاهر (مادة ٧٨٥)، والأصل أن وثيقة التأمين يبدأ سريانها من وقت تمام العقد، فمن هذا الوقت تترتب الالتزامات الناشئة من العقد في ذمة كل من الطرفين، وذلك ما لم يتفق على وقت آخر لبدء سريان الوثيقة. كأن يؤمن مشتري السيارة على سيارته قبل أن يتسلمها ويجعل بدء سريان الوثيقة من تاريخ التسليم. ولما كان وقت تمام العقد، لو جعل هو وقت بدء السريان، لا يعرف منه عادة إلا اليوم الذي تم فيه، لذلك نص المشروع على أن تبدأ مدة التأمين من أول اليوم التالي لليوم الذي تم فيه العقد (١/٨٧٦) وتحديد مبدأ سريان العقد على هذا الوجه يكون له مزيتان - الأولى - أن هذا الوقت يكون منضبطاً تماماً، فإذا تحقق الخطر قبل انتهاء اليوم الذي تم فيه العقد (الساعة ٢٤) ولو بثانية واحدة، لم يكن المؤمن مسؤولاً، أما إذا تحقق الخطر بعد الساعة ٢٤ ليوم تمام العقد ولو بثانية واحدة، فإن مسؤولية المؤمن تتحقق - والميزة الثانية - ميزة عملية، إذ يمنع سريان العقد من أول اليوم التالي من غش المؤمن له إذا أمن من الحادث عقب وقوعه مباشرة في نفس اليوم دون أن يخبر المؤمن بذلك. أما إذا اتفق

على بدء سريان التأمين في يوم معين، بدأ سريانه من أول هذا اليوم، وكل ذلك ما لم يتفق على خلافه (٧٨٦/٢، ٣).

وعلى الرغم من أن لطرفي العقد مطلق الحرية في تعيين مدته، إلا أنه حرصا على صالح المؤمن لهم ومنعا من تورطهم في الالتزام بعقود طويلة الأمد، فقد نص المشروع في المادة ٧٨٧ على تحديد أجل (خمس سنوات) يستطيع كل من الطرفين قبل حلوله بمدة ستة أشهر على الأقل، إنهاء العقد ، وذلك دون إخلال بعقود التأمين على الحياة التي يكون للمؤمن له فيها أن يتحلل من العقد بعد انقضاء سنة واحدة، ويعتبر هذا الحق من النظام العام إذ يقصد به حماية المتعاقدين، ومن ثم فلا يجوز النزول عنه أو الحد منه أو الاتفاق على ما يخالفه . وهذا النص يقرر عرفا تأمينيا متبعًا، وأحكامه تدرج عادة في وثائق التأمين. ونظرا لما ينطوي عليه حكم هذا النص من أهمية، فقد نصت المادة المذكورة على ضرورة بيانه في وثيقة التأمين.

وقد عرضت المادة ٧٨٨ من المشروع لامتداد عقد التأمين فأجازت بمقتضى شرط محرر في الوثيقة بشكل متميز، الاتفاق على امتداد عقد التأمين من تلقاء ذاته، إذا لم يقر المؤمن له قبل انتهاء مدته بثلاثين يوما على الأقل بإبلاغ المؤمن برغبته في عدم امتداد العقد، ولا يسرى مفعول هذا الامتداد إلا سنة فسنة ويقع باطلا كل اتفاق على أن يكون الامتداد لمدة تزيد على ذلك . وهذا النص ليس في مجموعه إلا تطبيقا للقواعد العامة، فيما عدا ميعاد الثلاثين يوما لصدور الرغبة في عدم امتداد العقد، وفيما عدا أن مدة الامتداد لا يجوز أن تزيد على سنة. وهو على كل حال يقرر عرفا تأمينيا يحمي المؤمن من مفاجآت بعدم امتداد العقد يخطر به في وقت غير كاف، ويحمي المؤمن له بدوره فلا يفاجأ لمجرد سكوته بامتداد العقد مدة أطول من سنة ولذلك لم ير المشروع مانعا من الأخذ بهذه الأحكام التي جرى عليها العرف التأميني ويستثنى منها عقد التأمين على الحياة لأنه أما أن ينتهي بالموت فلا يقبل الامتداد وأما أن ينتهي بانقضاء مدته، وهذه المدة تقبل التعديل بملحق للوثيقة ولا تمتد عادة بشرط في العقد .

فإذا لم يكن هناك شرط صريح في وثيقة التأمين يقضي بامتداد العقد، وأراد المؤمن له قبل انقضاء مدة العقد امتداده لأية مدة (وكذلك تعديله أو سريانه بعد وقفه)، كان له أن يعرض هذا الامتداد على المؤمن بكتاب موصى عليه، فان لم يقر المؤمن بإبلاغ

المؤمن له خلال العشرين يوما التالية لوصول الكتاب، بعدم الموافقة على الامتداد، عد موافقا عليه وامتد العقد المدة التي عرضها المؤمن له، على أنه إذا كان قرار المؤمن يعتمد على فحص طبي أو كان الطلب يتعلق بزيادة مبلغ التأمين، فلا يعتد إلا بالموافقة الفعلية للمؤمن (مادة ٧٨٩ من المشروع) .

(ثانيا) التزامات المؤمن له :

طبقا لنصوص المشروع يلتزم المؤمن له بالتزامات ثلاثة وهي :

١ - تقديم البيانات اللازمة وتقرير ما يستجد من الظروف، ٢- دفع مقابل التأمين، ٣- إخطار المؤمن بوقوع الحادث إذا تحقق الخطر المؤمن منه (مادة ٧٩٠ من المشروع) .

١ - فالمؤمن له يلتزم أن يبين بوضوح وقت إبرام العقد كل الظروف المعلومة له والتي يهيم المؤمن معرفتها ليتمكن من تقدير المخاطر التي يأخذها على عاتقه، ويعتبر مهما على الأخص، الوقائع التي جعلها المؤمن محل أسئلة محددة ومكتوبة، كما يلتزم المؤمن له أيضا أن يبلغ المؤمن بما يطرأ أثناء العقد من ظروف من شأنها أن تؤدي إلى زيادة المخاطر وذلك فور علمه بها (مادة ٧٩٠ / أوب) .

فإذا سكت المؤمن له عن أمر أو قدم بيانا غير صحيح، وكان من شأن ذلك أن يتغير موضوع الخطر أو تقل أهميته في نظر المؤمن، فان عقد التأمين يكون بحسب الأصل قابلا للإبطال لمصلحة المؤمن (مادة ٧٩١ / ١) سواء كان المؤمن له سيئ النية أو حسن النية في ذلك .

فإذا انكشفت الحقيقة قبل تحقق الخطر، فإنه يكون للمؤمن أن يطلب إبطال العقد. ويتم الإبطال بعد عشرة أيام من تاريخ اخطار المؤمن له بذلك بكتاب موصى عليه. ولا يكون للإبطال هنا، خلافا لما تقضي به القواعد العامة، أثر رجعي بل يبقى المؤمن ملتزما بضمان الخطر كما يبقى المؤمن له ملتزما بدفع الأقساط وذلك الى يوم ابطال العقد، ومن ثم يكون ما قبضه المؤمن من الأقساط عن مدة سابقة على يوم الإبطال حقا خالصا له، أما ما قبضه عن مدة تلي يوم الإبطال، وهي مدة لا يتحمل في مقابلها خطرا ما، فلا يجوز له أن يستبقه ويجب عليه رده، ولكن المؤمن له يستطيع أن يدرأ طلب الإبطال إذا هو قبل زيادة

في القسط متناسب مع الزيادة في الخطر (مادة ٧٩١/٢) وأما إذا لم تظهر الحقيقة إلا بعد تحقق الخطر، فانه لا يجوز للمؤمن إبطال العقد، ذلك أن الخطر قد تحقق والعقد قائم وأصبح التزام المؤمن بالتعويض واجب الأداء، فلا يستطيع التحلل منه بالإبطال، ولكن لما كانت الأقساط التي دفعها المؤمن له لا تتناسب مع الخطر المؤمن منه، فإن المؤمن لا يدفع من التعويض إلا ما يتناسب مع هذه الأقساط (مادة ٧٩١/٣). وقد خالف المشروع في هذه الأحكام نصوص المشروع السابق التي كانت تفرق في ذلك بين حالة المؤمن له سيئ النية وحالة المؤمن له حسن النية، فتجعل العقد باطلا في الحالة الأولى وقابلا للإبطال في الثانية .

وغنى عن البيان أن الأحكام المتقدمة تسري أيا كان الوقت الذي وقع فيه الكتمان أو تم الإدلاء بالبيان غير الصحيح، يستوي أن يكون ذلك ابتداء عند التعاقد، أو وقت أن يخطر المؤمن له المؤمن بما يستجد من ظروف تؤدي إلى زيادة الخطر .

ويعرض نص المادة ٧٩٢ لحالة زيادة المخاطر المؤمن منها سواء بفعل المؤمن له أو بغير فعله بعد أن ألقى نص المادة ٧٩٠ (ب) على عاتق المؤمن له التزاما بإبلاغ المؤمن بما يطرأ منها فور علمه بها . والنص لا يعدو أن يكون تنظيما مفصلا لما يقتضيه تطبيق القواعد العامة ولما يقضي به العرف التأميني وفقا للشروط التي جرت العادة بإدراجها في وثائق التأمين. ويخلص من أحكامه انه إذا استجدت ، في أثناء سريان العقد ظروف من شأنها أن تؤدي إلى زيادة المخاطر المؤمن منها، فان طبيعة عقد التأمين، وما يهدف إليه من استمرار تغطية الخطر ما أمكن ذلك ، تقضي بإفساح المجال للطرفين حتى يستبقيا العقد بعد زيادة في مقابل التأمين، وذلك إلى جانب حق المؤمن في طلب إنهاء العقد طبقا للقواعد العامة، وحقه في استيفاء العقد دون زيادة في المقابل . على انه طبقا لنص المادة ٧٩٣ من المشروع يبقى عقد التأمين ساريا دون زيادة في المقابل إذا تحقق الخطر أو زاد احتمال وقوعه نتيجة أعمال أدت امثالا لواجب إنساني أو توخيا للمصلحة العامة. فإذا تعمد المؤمن له زيادة الخطر لحماية مصلحة المؤمن نفسه. كما إذا اتلف في التأمين من الحريق بعض المنقولات المؤمن عليها لمنع امتداد الحريق وذلك لمصلحة المؤمن حتى ينحصر ضمانه في أضيق الحدود الممكنة فان هذا العمل لا يكون له اثر في عقد التأمين، ويبقى هذا العقد ساريا كما هو دون زيادة في المقابل . كذلك إذا عرض المؤمن له في التأمين على الحياة نفسه للموت إنقاذا لغيره فمات فعلا أو قتل شخص

حصانا مؤمنا عليه بعد أن أصيب بمرض، خشية أن يؤدي غيره، ففي مثل هذه الفروض يبقى عقد التأمين كما هو دون زيادة في المقابل، لأن هناك ما يبرر فعل المؤمن له - فهو يؤدي واجبا أو يقوم بعمل للمصلحة العامة .

وكما تجوز زيادة مقابل التأمين في الحالة المنصوص عليها في المادة ٧٩٢، فإنه يجوز أيضا تخفيضه، ويتحقق ذلك إذا كان قد لوحظ في تحديد مقدار المقابل اعتبارات معينة ثم زالت هذه الاعتبارات أو قلت أهميتها، فيجوز عندئذ للمؤمن له أن ينهي العقد، إلا إذا قبل المؤمن تخفيض المقابل بما يجعله مناسبا للخطر بعد زوال هذه الاعتبارات أو بعد نقص أهميتها (مادة ٧٩٤ من المشروع) ولا يجوز الاتفاق على ما يخالف هذا الحكم لأنه في مصلحة المؤمن له فلا يجوز المساس به باتفاق خاص .

٢ - ويعرض المشروع في المواد من ٧٩٥ إلى ٧٩٨ لالتزام المؤمن له بدفع مقابل التأمين. والأصل أن المقابل يدفع في الوقت الذي يتفق عليه المتعاقدان، وقد جرت العادة أن يشترط المؤمن على المؤمن له أن يدفع المقابل مقدما، حتى يستطيع أن يواجه الاخطار التي تتحقق في خلال السنة ، ويسدد مبالغ التعويض المستحقة عنها، وقد اضطرد شرط الدفع مقدما في وثائق التأمين حتى أصبح ذلك عرفا تأمينيا مستقرا .

والغالب أن يكون مقابل التأمين أقساطا دورية سنوية، وقد يكون مبلغا إجماليا يدفع مرة واحدة ويسمى بالقسط الوحيد، سواء لأن مدة التأمين تقل عن سنة كما في التأمين لمدة الرحلة ، أو تكون المدة طويلة ولكن المؤمن له يختار أن يوفى بمقابل التأمين دفعة واحدة. وفي هذه الحالة يدفع مقابل التأمين كله مقدما عند إبرام العقد. ولكن الغالب كما تقدم أن يكون دفع مقابل التأمين على أقساط، وقد جرت العادة بأن يكون القسط سنويا يدفع مقدما في أول كل سنة، ويدفع القسط الأول عند إبرام العقد وقد قننت المادة ٧٩٥ من المشروع هذه الأحكام.

هذا ويلاحظ أن المشروع يقضي بأنه إذا نص في وثيقة التأمين على إرجاء سريان العقد إلى ما بعد سداد القسط الأول . ثم سلم المؤمن للمؤمن له الوثيقة قبل سداد هذا القسط، لم يجز للمؤمن أن يتمسك بعد ذلك بإرجاء سريان العقد، ذلك أن تسليمه الوثيقة للمؤمن له يعتبر قرينة إما على نزوله عن شرط إرجاء سريان العقد، وإما على أنه قبض القسط الأول فبدأ العقد في السريان .

وتعرض المادة ٧٩٦ من المشروع لمكان الوفاء، والأصل طبقاً للقواعد العامة، أن يكون مكان دفع القسط هو موطن المدين به، أي موطن المؤمن له. ولكن العادة جرت في المحيط التأميني أن يكون دفع أول قسط في موطن المؤمن، ثم يكون دفع الأقساط التالية في موطن المؤمن له. والموطن التأميني للمؤمن له هو الموطن الذي ذكره في وثيقة التأمين أو آخر موطن أخطر به المؤمن. ولكن قد يجد المؤمن له من مصلحته أن يتفق مع المؤمن على أن يكون الدفع في مكان آخر غير موطنه (في موطن وكيله، أو في موطن المؤمن نفسه، أو في موطن وكيل المؤمن)، ولما كان المفروض أن هذا الشرط إنما هو في مصلحة المؤمن له الذي اشترطه، فإنه يجب إدراجه ضمن الشروط الخاصة المكتوبة بحروف ظاهرة بناء على طلب المؤمن له .

ويكون الدفع استثناء في موطن المؤمن إلى جانب حالة الاتفاق على ذلك، في الحالتين الآتيتين :

(أ) دفع القسط الأول، إذ جرت العادة كما تقدم أن يدفع هذا القسط في موطن المؤمن، ومن ثم يكون هذا القسط محمولاً لا مطلوباً.

(ب) حالة ما إذا تأخر المؤمن له في دفع أي قسط آخر بعد أن سعى إليه المؤمن في طلبه، وعند ذلك يعذر المؤمن له، ومن وقت الاعذار يصبح القسط محمولاً لا مطلوباً أي أنه يصبح واجب الدفع في موطن المؤمن لا في موطن المؤمن له (مادة ٧٩٦ من المشروع).

وتعرض المادتان ٧٩٧ و ٧٩٨ للجزاء الذي يترتب على الإخلال بالتزام دفع قسط التأمين وطبقاً للقواعد العامة ، إذا امتنع المؤمن له عن دفع القسط أو تأخر في دفعه، يكون للمؤمن، بعد اعذاره أن يطلب الحكم اما بالتنفيذ العيني واما بالفسخ ، ولا يتحلل من التزامه بضمان الخطر المؤمن منه إلا إذا حصل على حكم بفسخ العقد ، ومن الوقت الذي يصدر فيه هذا الحكم، لأن التأمين عقد زمني لا يكون لفسخه أثر رجعي ولا يستطيع المؤمن وقف التزامه بضمان الخطر، وكل ما يستطيعه إذا تحقق الخطر ولزمه التعويض، أن يحبس مبلغ التأمين حتى يستوفى القسط أو الأقساط المستحقة ، ويكون له أن يخصمها من هذا المبلغ. ولاشك أن هذه الإجراءات لا تلائم مصلحة المؤمن ولا

تتفق في الوقت ذاته مع التبسيط الواجب مراعاته في تسيير عجلة التأمين . ولذلك كانت شركات التأمين تلجأ إلى تضمين وثائقها شروطاً من شأنها أن تيسر الإجراءات تيسيراً شديداً، فتشترط إعفاءها من الاعذار، فإذا تأخر المؤمن له في دفع القسط ، وقف عقد التأمين ويفاجأ المؤمن له عند تحقق الخطر، بأن التزام المؤمن موقوف لعدم دفع القسط في الميعاد ، فيضيع حقه في التأمين .

وقد جرى العرف التأميني، وهو عرف يتمثل في نصوص التشريعات الأجنبية في التأمين، وخاصة قانون التأمين الفرنسي الصادر في سنة ١٩٣٠، بالتوسط بين التشديد في الإجراءات إلى حد إرهاق المؤمن والتبسيط فيها إلى حد يجعل المؤمن له تحت رحمة المفاجآت ، فأوجب اعذار المؤمن له بكتاب موصى عليه دون أن يكون للمؤمن أن يشترط إعفاءه من هذا الاعذار، وقرر مواعيد محددة يقف بعد انقضائها سريان عقد التأمين، ثم مواعيد أخرى يجوز بعدها أن يطلب المؤمن التنفيذ العيني أو الفسخ بإجراءات مبسطة ، وحرّم على المؤمن أن يشترط إعفاءه من هذه المواعيد أو تقصيرها، وان جاز للمؤمن له ان يشترط اطالتها، وبذلك اقام التوازن بين مصلحة المؤمن ومصلحة المؤمن له . وقد نقل المشروع هذا العرف التأميني عن قانون التأمين الفرنسي، أسوة بمختلف المشروعات التي تم وضعها سواء في الكويت أو في مصر .

٣ - فإذا تحقق الخطر المؤمن منه ، وعلم المؤمن له بتحقيقه على وجه يستوجب مسئولية المؤمن عن ضمانه، فإن المؤمن له يلتزم عندئذ بإخطار المؤمن بوقوع الحادث الذي نجم عنه تحقق الخطر. وقد ورد هذا الالتزام في الفقرة (د) من المادة (٧٩٠) التي تلزم المؤمن له ” أن يبادر إلى إبلاغ المؤمن بكل حادثة من شأنها أن تجعل المؤمن مسئولاً“. وهذا الالتزام بديهي، فإن المؤمن قد تحققت مسئوليته بتحقيق الخطر المؤمن منه، فيعنيه أن يعلم ذلك في أقرب وقت ممكن حتى يتمكن من اتخاذ جميع الاحتياطات اللازمة في الوقت المناسب. وغنى عن البيان أن على المؤمن له أن يخطر المؤمن بالحادث في وقت معقول، وإذا تأخر في الإخطار دون مبرر فالحق بتأخره ضرراً بالمؤمن كان عليه أن يعرضه عن هذا الضرر. ولا يوجد ما يمنع، طبقاً للقواعد العامة، من أن يشترط المؤمن أن يكون الإخطار في ميعاد معين، وعندئذ يجب على المؤمن له أن يراعى هذا الميعاد في الإخطار مع مراعاة حكم المادة ٧٨٣ من المشروع.

(ثالثاً) إلتزامات المؤمن :

أما المؤمن فيلتزم عند تحقق الخطر المؤمن منه أو عند حلول الأجل المحدد في العقد، بأداء مبلغ التأمين المستحق خلال ثلاثين يوماً من اليوم الذي يقدم فيه صاحب الحق البيانات والمستندات اللازمة للتثبت من حقه (مادة ٧٩٩ من المشروع). وهذا النص ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة، وهو يبين ميعاد حلول الإلتزام بدفع مبلغ التأمين، وما يقع على الدائن في هذا الإلتزام من عبء إثبات الحادث المؤمن منه.

وتنص المادة ٨٠٠ من المشروع على أنه في التأمين من الأضرار، يلتزم المؤمن بتعويض المؤمن له عن الضرر الناتج من وقوع الخطر المؤمن منه، على ألا يجاوز ذلك مبلغ التأمين. وهذا النص يتعلق بمبدأ الصفة التعويضية لعقد التأمين، ولكنه مبدأ لا يسرى إلا على التأمين من الأضرار فقط، أما التأمين على الأشخاص فيسوده مبدأ رئيسي عكسي هو إنعدام صفة التعويض .

وتطبيقاً لمبدأ الصفة التعويضية في التأمين عن الأضرار، لا يجوز للمؤمن له أن يجمع بين مبلغ التأمين والتعويض، وإلا تقاضي مقدار ما لحق به من الضرر مرتين، مرة من المؤمن وأخرى من الغير المسئول وهذا لا يجوز (على عكس الحال في التأمين على الأشخاص). ولذلك تنص المادة ٨٠١ من المشروع على حلول المؤمن قانوناً بما أداؤه من تعويض في الدعاوى التي تكون للمؤمن له قبل المسئول قانوناً عن الضرر المؤمن منه. وهذا النص مستوحى من المادة ٧٧١ مصري والمادة ٣٦ من قانون التأمين الفرنسي ولهما مقابل في كثير من التشريعات العربية . وقبل صدور قانون التأمين الفرنسي لم يكن من السهل توجيه رجوع المؤمن على المسئول بطريق الدعوى المباشرة ولم يقر القضاء الفرنسي الآراء التي ذهبت إلى جواز الرجوع. والواقع أنه لم يكن هناك سبب قانوني يجعل المؤمن يحل محل المؤمن له قبل المسئول، بل انه لا يوجد سبب قانوني يمنع المؤمن له بعد إستيفائه مبلغ التأمين من المؤمن أن يرجع بالتعويض على المسئول. ومن أجل ذلك جرت العادة بأن يحصل المؤمن من المؤمن له مقدماً على حوالة بحقوق هذا الأخير قبل المسئول، ثم صدر القانون الفرنسي مشتملاً على نص المادة ٣٦ التي نقلتها

المادة ٧٧١ من التقنين المصري بالنسبة إلى التأمين ضد الحريق فقط ، ولكن المشروع آثر أن يعمم الحكم على جميع أنواع التأمين من الأضرار .

على أنه يرد على مبدأ الحلول قيدان - الأول - ما نصت عليه العبارة الأخيرة في الفقرة الأولى من المادة ٨٠١ من استثناء أقارب المؤمن له وأصهاره الذين يكونون معه في معيشة واحدة والأشخاص الذي يكون المؤمن له مسئولاً عن أفعالهم من الرجوع عليهم بدعوى الحلول - والسبب في ذلك واضح، ففيما يتعلق بالأقارب والأصهار الذي يعيشون مع المؤمن له، افترض المشرع أنهم إذا كانوا هم الذين تسببوا في الحادث، فلن يرجع عليهم المؤمن له بالتعويض لعلاقته الخاصة بهم التي تأكدت بمعيشتهم معه في بيت واحد، فإذا كان هو لا يرجع عليهم فأولى بالمؤمن الا يرجع، وفيما يتعلق بالأشخاص الذين يكون المؤمن له مسئولاً عن أفعالهم كالخدم والأتباع ويدخل أيضا من هم تحت رقابته ولو لم يقيموا معه في معيشة واحدة منع المشروع أيضا المؤمن من الرجوع عليهم بدعوى الحلول، ليس فحسب من أجل العلاقة الخاصة التي تربطهم بالمؤمن له، بل أيضا لأن المؤمن لو رجع عليهم وكانوا معسرين لجاز له الرجوع على المؤمن له باعتباره مسئولاً عنهم ، فيسلبه باليسار ما أعطاه باليمين . وهذا الحكم يعتبر من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفه - القيد الثاني - أن يصبح حلول المؤمن محل المؤمن له متعذرا بسبب راجع إلى المؤمن له (مادة ٨٠١ / ٢)، مثل ذلك أن يقر المؤمن له ، في غير الحدود المرسومة قانونا، للمسئول بعدم المسؤولية، أو يبرئ ذمته منها، أو يصلحه دون موافقة المؤمن، ومثل ذلك أيضا أن يترك المؤمن له دعواه تجاه المسئول تسقط بمضي الزمان، ثم يرجع بعد ذلك على المؤمن، ففي هذه الفروض وأمثالها يكون المؤمن له قد أضعاف بفعله فرصة حلول المؤمن محله، فلا يستطيع عندئذ المؤمن الرجوع بدعوى الحلول على المسئول. ومن ثم تبرأ ذمة المؤمن تجاه المؤمن له بقدر ما أضعاه هذا عليه من الرجوع بدعوى الحلول على المسئول.

(رابعا) إنتقال الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد التأمين وانقضاؤها :

وتعرض المواد ٨٠٢-٨٠٧ لنقل الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد التأمين في حالتين هما : (١) إنتقال الشئ المؤمن عليه إلى شخص آخر ، (٢) إفلاس المؤمن له أو المؤمن كما تعرض لسقوط الدعوى الناشئة عن عقد التأمين بمرور الزمان .

١ - انتقال الشئ المؤمن عليه إلى شخص آخر .

الأصل أن الشئ المؤمن عليه ، إذا انتقلت ملكيته إلى خلف عام أو خلف خاص ، تنتقل وثيقة التأمين مع الشئ إلى الخلف . ذلك أنه إذا كان الخلف خلفا عاما، فإن حقوق السلف الناشئة عن عقد التأمين تنتقل إليه وكذلك التزاماته الناشئة عن العقد في حدود التركة، طبقا لقواعد الاستخلاف العام. وإذا كان الخلف خلفا خاصا، فإن عقد التأمين يعتبر من مكملات الشئ المؤمن عليه ومحدداته، فينتقل حقوقا والتزامات من السلف إلى الخلف طبقا لقواعد الاستخلاف الخاص . ولما كان عقد التأمين ينتقل بانتقال ملكية الشئ المؤمن عليه ، بحكم القانون دون حاجة إلى موافقة المؤمن أو المؤمن له الجديد، فإن أكثر التشريعات قد احتفظ في مقابل ذلك لكل منهما بالحق في طلب إنهاء عقد التأمين وهو ما أثر المشروع الأخذ به (مادة ٨٠٢ وما بعدها) .

ويبقى حق المؤمن في الإنهاء قائما إلى أن ينزل عنه صراحة أو ضمنا، ويستخلص النزول الضمني من عدم استعماله حقه في الإنهاء في مدة ثلاثين يوما من التاريخ الذي يخطر فيه بالتصرف الناقل للملكية أو بوفاة المؤمن له.

أما المؤمن له الجديد فيجوز له طلب الإنهاء في أي وقت منذ انتقال الملكية إليه ، ويبقى حقه قائما إلى أن ينزل عنه صراحة أو ضمنا، ولا يجوز تحديد ميعاد لطلب الإنهاء لا في وثيقة التأمين ولا من جهة المؤمن، لأن في ذلك تضيقا في حق المؤمن له الجديد في طلب الإنهاء وهو مخالف للنظام العام فيقع باطلا . على أن حق المؤمن له الجديد في الإنهاء لا يبقى بالفعل قائما لمدة طويلة، فإنه لا يلبث أن يطالب بقسط التأمين الذي يحل عقب انتقال الملكية، وهنا لا بد من أن يتخذ موقفا في أمر الإنهاء، فاما أن يطلبه واما

أن ينزل عنه بدفع القسط. فإذا طلب المؤمن له الجديد الإنهاء، انتهى عقد التأمين من هذا الوقت دون أثر رجعي، ويقع باطلا كل شرط يستحق المؤمن بمقتضاه تعويضا إذا اختار من انتقلت أو آلت إليه الملكية إنهاء العقد (مادة ٨٠٣).

ويعرض نص المادة ٨٠٤ للآثار التي تترتب على انتقال عقد التأمين، فيلتزم المؤمن له الجديد نحو المؤمن بدفع الأقساط المستقبلية أما الأقساط التي تكون قد حلت وقت انتقال الملكية فهي على المؤمن له الأصلي، فإذا لم يكن قد دفعها فعليه دفعها. وإذا كان انتقال الملكية بالموت ولم تكن بعض الأقساط الحالة قد دفعت، فهي دين على التركة طبقا للقواعد المقررة في الميراث.

ولكن قد يكون المؤمن جاهلا بانتقال الملكية ولا يعرف إلا المؤمن له الأصلي يتقاضى منه الأقساط التي تحل، فيبقى المؤمن له الأصلي ملتزما بدفع هذه الأقساط ويرجع بها على المؤمن له الجديد، وذلك إلى أن يخطر المؤمن بكتاب موصى عليه بحصول التصرف الناقل للملكية. فمن وقت حصول هذا الإخطار يكون المؤمن له الجديد هو الملتزم بدفع ما يحل من أقساط، وتبرأ ذمة المؤمن له الأصلي منها، فلا يكون ملزما بدفعها لا بصفته مدينا أصليا ولا بصفته ضامنا للمؤمن له الجديد.

على أنه يلاحظ أنه إذا كان القسط يدفع مقدما كما هو الغالب ودفع المؤمن له الأصلي القسط عن العام الذي بدأ، وانتقلت الملكية في خلال هذا العام، فانه يكون للمؤمن له الأصلي أن يرجع على المؤمن له الجديد بجزء من القسط يتناسب مع المدة التي بقيت من العام منذ انتقال الملكية.

وتنص المادة ٨٠٥ من المشروع، عن أنه إذا تعدد الورثة أو المتصرف إليهم، وسرى عقد التأمين بالنسبة لهم، كانوا مسئولين بالتضامن عن دفع الأقساط. وقد نقل المشروع هذا النص عن المادة ٤/٩ من قانون التأمين الفرنسي، حتى لا ينقسم القسط في حالة تعدد المؤمن له الجديد.

٢ - إفلاس المؤمن له أو المؤمن:

وتعرض المادة ٨٠٦ من المشروع لإفلاس المؤمن له ولافلاس المؤمن، فإذا أفلس المؤمن له، فان عقد التأمين يبقى، وتحل جماعة الدائنين محل المؤمن له في جميع

الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد، ذلك أن الشيء المؤمن عليه قد دخل في التفليسة ، فيبقى المؤمن ضامنا للخطر المؤمن منه، وتصبح جماعة الدائنين ملتزمة بجميع التزامات المؤمن له وبدفع أقساط التأمين التي تحل بعد صدور الحكم بشهر الإفلاس. أما الأقساط التي حلت قبل ذلك ولم تدفع فيدخل بها المؤمن في التفليسة شأنه في ذلك شأن سائر الدائنين .

وقد ترى جماعة الدائنين ألا مصلحة لها في بقاء العقد، كما قد يرى المؤمن أيضا إنهاء العقد بعد إفلاس المؤمن له. ولذلك تحتفظ التشريعات عادة لكل من الطرفين بالحق في إنهاء العقد، وهو ما اخذ به المشروع على أن يتم ذلك في خلال ثلاثة أشهر من وقت صدور الحكم بالإفلاس، ويكون على المؤمن في حالة الإنهاء، أن يرد لجماعة الدائنين الجزء من القسط الذي لم يتحمل في مقابله بخطر ما .

أما إذا أفلس المؤمن ، فإن العقد يقف سريانه من يوم صدور الحكم بشهر الإفلاس ويكون للمؤمن له الحق في استرداد الجزء من القسط الذي يكون قد دفعه عن الفترة التي يوقف فيها العقد. وذلك مع مراعاة الأحكام الخاصة بالتأمين على الحياة حيث يحدد حق المؤمن له أو المستفيد في العقود السارية بمبلغ يعادل قيمة الاحتياطي الحسابي محسوبة على أساس تعريفه التأمين المعمول بها وقت إبرام العقد، دون زيادة.

٣ - سقوط الدعاوى الناشئة عن عقد التأمين بمضي الزمان :

وتنص المادة ٨٠٧ من المشروع على سقوط الدعاوى الناشئة عن عقد التأمين بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حدوث الواقعة التي تولدت عنها هذه الدعاوى وذلك ما لم يقض القانون بخلاف ذلك. والدعاوى التي تعتبر ناشئة عن عقد التأمين ويسرى عليها حكم هذه المادة. اما أن تكون دعاوى للمؤمن أو دعاوى للمؤمن له.

وأما دعاوى المؤمن فهي دعاوى المطالبة بالأقساط المستحقة ودعاوى إبطال عقد التأمين، ودعاوى إنهاء عقد التأمين أيا كان سبب الإنهاء، سواء كان إخلال المؤمن له بالتزامه بدفع الأقساط المستحقة، أو كان تقرير ما يستجد من الظروف ويكون من شأنه أن يزيد الخطر، أو كان غير ذلك من الأسباب .

وأما دعاوى المؤمن له فهي دعوى المطالبة بمبلغ التأمين عند تحقق الخطر المؤمن منه، سواء رفعت هذه الدعاوى من المؤمن له أو من المستفيد، وكذلك دعاوى البطلان

والإبطال والإنهاء وكذلك دعوى استرداد المبالغ التي دفعت بغير حق.

وتسرى مدة ثلاث السنوات من وقت حدوث الواقعة التي تولدت عنها الدعوى، غير أن هناك حالات يتأخر فيها مبدأ سريان المدة عن وقت حدوث الواقعة التي تولدت عنها الدعوى وهي:

(أ) - حالة إخفاء بيانات متعلقة بالخطر المؤمن منه، أو تقديم بيانات غير صحيحة أو غير دقيقة عن هذا الخطر، فلا تسرى المدة في هذه الحالة إلا من اليوم الذي علم المؤمن بذلك.

(ب) - حالة وقوع الحادث المؤمن منه. ففي هذه الحالة يبدأ سريان المدة لا من وقت وقوع الحادث المؤمن منه، بل من وقت علم ذوي الشأن بوقوع هذا الحادث.

(ج) كذلك لا تسرى المدة عندما يكون سبب دعوى المؤمن له على المؤمن ناشئاً عن رجوع الغير عليه، إلا من يوم رفع الدعوى من هذا الغير على المؤمن له أو من اليوم الذي يستوفى فيه الغير التعويض من المؤمن له.

وأخيراً جعل المشروع النصوص التي تنظم عقد التأمين الواردة في هذا الفصل، والتي تهدف في مجموعها إلى حماية المؤمن له نصوصاً لا تجوز مخالفتها، إلا أن يكون ذلك لمصلحة المؤمن له أو المستفيد، (مادة ٨٠٨ فقرة أولى) أما إذا اتفق على مخالفتها لمصلحة المؤمن فإن الاتفاق يكون باطلاً. وقد يفهم من ذلك أنه يجوز الاتفاق على إطالة المدة المقررة لسقوط الدعوى المبينة في المادة ٨٠٧ أو على تقصيرها إذا كان ذلك في مصلحة المؤمن له أو المستفيد، ولذا اقتضى الأمر النص على ذلك صراحة في الفقرة الثانية من المادة ٨٠٨ فلا يجوز الاتفاق على مدة تختلف عن المدة التي عينها المشروع.

كذلك تسرى الأحكام المبينة في هذا الفصل على جميع أنواع التأمين، مع مراعاة ما تقضي به التشريعات الخاصة في شأن نوع معين منها (مادة ٨٠٩ من المشروع).

فالنصوص الواردة في قانون التجارة البحرية هي التي تسرى على التأمين البحري والنصوص الواردة في قوانين المرور هي التي تسري في شأن التأمين من حوادث السيارات، وهكذا. ولا تسرى النصوص الواردة في هذا الفصل إلا عند عدم وجود نص في تلك التشريعات الخاصة.

القسم الثاني
الحقوق العينية

تنقسم الحقوق المالية، بصفة أساسية، إلى حقوق شخصية وحقوق عينية، وهو التقسيم التقليدي الذي رأي المشروع إتباعه كما سبق البيان في النظرة العامة للتقسيم الأول الذي خصص للحقوق الشخصية.

والحقوق العينية جميعا تتميز عن الحقوق الشخصية أو الالتزامات بأن محل الحق العيني هو شيء معين بذاته بحيث يكون لصاحب الحق سلطات مباشرة على الشيء فلا يحتاج إلى تدخل شخص آخر لياشر هذه السلطات، في حين أن محل الحق الشخصي هو عمل يقوم به شخص معين هو المدين حتى ولو كان هذا العمل متصلا بشيء ما .

والحقوق العينية تنقسم أساسا إلى نوعين، الحقوق العينية الأصلية، والحقوق العينية التبعية وهي التأمينات العينية.

والحقوق العينية الأصلية هي حقوق توجد مستقلة، فلا يستند الحق في وجوده إلى حق آخر يتبعه، فيكون الحق بما يخوله من سلطات مقصودا لذاته وليس لخدمة حق آخر . وأهم هذه الحقوق هو حق الملكية الذي يخول صاحبه، بأصل وضعه ، السلطات التي تمكن من الحصول على كل منافع الشيء . ثم تأتي بعد ذلك حقوق تعرف بالحقوق المتفرعة عن الملكية لان كل حق منها يخول صاحبه بعض ما يخوله حق الملكية من سلطات.

والحقوق العينية التبعية، أي التأمينات العينية، هي حقوق عينية لا تقصد لذاتها، وإنما لضمان الوفاء بالحقوق الشخصية فيكون الحق العيني التبعية دائما تابعا لحق شخصي . وهذه الحقوق، وفقا لما سار عليه المشروع ، هي الرهن الرسمي والرهن الحيازي، والامتياز .

وقد عرض المشروع لكل من نوعي الحقوق العينية في كتاب مستقل .

الكتاب الأول

الحقوق العينية الأصلية

الباب الأول

حق الملكية

حق الملكية هو أهم الحقوق العينية الأصلية، وعنه تتفرع الحقوق الأخرى. وقد عرض المشروع لتنظيم الملكية في فصلين : الأول في أحكام حق الملكية أي في القواعد التي تنظم الحق الموجود فعلا، فبدأ أولا ببيان نطاق حق الملكية من حيث مضمونه أي السلطات التي يخولها الحق صاحبه (م ٨١٠)، ومن حيث محل الحق (م ٨١١ و ٨١٢) ومن حيث القيود التي ترد على حق المالك (م ٨١٣ - ٨١٧). ثم عرض المشروع للملكية الشائعة حيث يتعدد أصحاب الحق على الشيء فبدأ بأحكام الشيوع التي تبين كيفية ممارسة الشركاء حقوقهم على الشيء المملوك لهم جميعا (م ٨١٨ - ٨٢٩). ثم تناول انتفاء الشيوع بالقسمة فعرض للحق في طلب القسمة، وكيف تتم القسمة، اتفاقا أو قضاء، وأثر القسمة سواء من حيث إفراز الأنصبة أو ضمان التعرض والاستحقاق (م ٨٣٠ - ٨٤٢). وبعد القسمة النهائية التي يترتب عليها إنهاء حالة الشيوع، عرض المشروع لقسمة المهياة (٨٤٣ - ٨٤٦). ثم عرض المشروع بعد ذلك لما يسمى الشيوع الإجباري حيث وضع قاعدة عامة (م ٨٤٧). ثم عقب عليها بتنظيم ملكية الطبقات والشقق حيث يوجد أهم تطبيق من تطبيقات فكرة الشيوع الإجباري وهو ملكية الأجزاء المشتركة في البناء الذي يتعدد فيه الملاك، كل منهم يملك جزءا مفرزا، وحصص شائعة في الأجزاء المشتركة (م ٨٤٨ - ٨٧٤).

وبعد أحكام حق الملكية، عرض المشروع في الفصل الثاني، لأسباب كسب الملكية، مبتدئا بكسب الملكية ابتداء عن طريق الاستيلاء أي حيازة المباح (٨٧٥ - ٨٧٩). ثم كسب الملكية انتقالا فيما بين الأحياء بالالتصاق

(م ٨٨٠-٨٨٧)، والتصرف القانوني (م ٨٨٨-٨٩٠)، والشفعة (٨٩١-٩٠٤). كما عرض للحيازة بتنظيم شامل لا يقتصر على ما قد يترتب عليها من كسب الملكية، أو غيرها من الحقوق العينية، وإنما يشمل كل ما يتعلق بالحيازة (م ٩٠٥-٩٣٩). وأخيرا عرض المشروع لكسب الملكية انتقالا بسبب الوفاة، فبدأ بالإشارة إلى الميراث مكتفيا بالإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنه. (م ٩٤٠)، ثم عرض للوصية فأحال أيضا على أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها، ثم بين التصرفات التي تأخذ حكم الوصية (م ٩٤١-٩٤٣).

الفصل الأول

أحكام حق الملكية

الفرع الأول

نطاق حق الملكية

بدأ المشروع أحكام حق الملكية بنص المادة ٨١٠ التي تبين مضمون حق الملكية، أي السلطات التي يخولها الحق صاحبه، وفيه تعريف بهذا الحق أو هو يغنى عن التعريف. وحق الملكية هو أوسع الحقوق نطاقا من حيث ما يخول صاحبه من سلطات، فهو يخول المالك بأصل وضعه كل السلطات المتصورة لتمكينه من الحصول على كافة مزايا الشيء محل الحق. ومن الممكن أن يذكر هذا في نص تشريعي فيقال: « لمالك الشيء السلطات التي تمكن من الحصول على كل مزاياه» دون ذكر هذه السلطات، ولكن نظرا إلى أن السلطات التي تمكن من الحصول على كافة مزايا الشيء لا تعدون أن تكون الاستعمال والاستغلال والتصرف، فقد رؤى إتباع مسلك التشريعات المختلفة بذكر هذه السلطات الثلاث.

وتمتع المالك بهذه السلطات جميعا هو الأصل في حق الملكية بمعنى أن المالك يتمتع بها ما لم يحرم من بعضها مؤقتا، كما لو حرم المالك من الاستعمال والاستغلال نتيجة لوجود حق انتفاع لغيره على الشيء أو حرم من سلطة التصرف كأثر لشرط صحيح بعدم التصرف. والحد من سلطات المالك نتيجة وجود حق للغير ليس محلا للشك ويبقى المالك، برغم حرمانه من إحدى السلطات مالكا.

هذا ولم يشر في النص إلى بعض العبارات التي ترد في النصوص المقابلة في بعض التشريعات لعدم الحاجة إليها من ناحية ولما قد يترتب على ذكرها من لبس من ناحية أخرى:

أولا : ترد في بعض النصوص ألفاظ أو عبارات لإبراز ما يقال عادة في الفقه عند

بيان خصائص حق الملكية من أنه حق مانع بمعنى أن تقتصر السلطات التي يخولها الحق على المالك دون غيره، مثل ما ورد في القانون المصري والقوانين التي نقلت عنه من أن «مالك الشيء وحده...» والواقع أن حق الملكية لا يختلف في هذا عن غيره من الحقوق، فكل صاحب حق له وحده أن يباشر السلطات التي يخولها حقه.

ثانياً: لم يشر النص إلى الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية، فأولاً من الخطأ أن يقال، كما يقول البعض، أن الملكية وظيفة اجتماعية لأن هذا يتضمن إنكار الفكرة الحق ذاتها، فصاحب الحق يباشر سلطاته لحسابه ولتحقيق مصلحته الخاصة أما مصلحة الجماعة فتتحقق بطريق غير مباشر. ولذلك فالصحيح أن يقال أن للملكية وظيفة اجتماعية، ولكن هذا لا يستدعي النص، كما فعلت بعض التشريعات، على تقييد مباشرة المالك لسلطاته بالقول أن ذلك يكون «متفقاً مع ما لحق المكية من وظيفة اجتماعية» (المادة ٦٨٤ من القانون السوداني رقم ٢٩ لسنة ١٩٧١)، ذلك أن حق الملكية لا يختلف عن غيره من الحقوق من هذه الناحية، فكل حق له وظيفة اجتماعية، وليس من حسن السياسة التشريعية أن يرد مثل هذا القيد في نص تشريعي لا يستبعد أن يساء استغلاله، هذا بالإضافة إلى أن مشروع القانون قد تضمن تنظيمًا عاماً لعدم جواز التعسف في استعمال الحق.

وبعد أن عرض المشروع لنطاق حق الملكية من حيث مضمونه أي لسلطات المالك، عرض في المادتين ٨١١، ٨١٢ لنطاق الحق من حيث محله. فنصت المادة ٨١١ على أن ملكية الشيء تشمل أجزائه وثماره ومنتجاته وملحقاته ما لم يوجد نص أو تصرف قانوني يخالف ذلك.

والنص على أجزاء الشيء يقابل ما ورد في القانون المصري والقوانين العربية التي نقلت عنه أو تأثرت به من أن «مالك الشيء يملك كل ما يعد من عناصره الجوهرية بحيث لا يمكن فصله عنه دون أن يهلك أو يتلف أو يتغير» (م ٨٠٣ / ١ مصري، ١ / ٧٦٩ / ١ سوري - ١ / ٨١٢ / ١ لبيبي، ١ / ٦٨٥ / ١ سوداني، ١ / ٦٨٢ / ١ صومالي، ١ / ٦٧٥ / ١ تونسي، ١٠٤٩ / ١ عراقي، ١ / ١٠١٩ / ١ أردني) وقد أثر المشروع كلمة «أجزاء» مع إيجازها على تلك العبارة وذلك لأن كلمة جزء أكثر ملاءمة لنصوص التشريع من كلمة عنصر، كما أن وصف العناصر التي يملكها المالك بأنها جوهرية يفيد أن العناصر غير الجوهرية لا تشملها الملكية وهو غير صحيح، فكل ما يعتبر جزءاً أو عنصراً من الشيء محل الحق تمتد إليه الملكية

أيا كانت درجة أهميته حتى ولو كان من الكماليات. وإذا كانت التشريعات المشار إليها قد حرصت على تحديد معنى العنصر الجوهرى بأنه الذي « لا يمكن فصله عنه دون أن يهلك أو يتلف أو يتغير » فهذا التحديد يكتنفه الغموض إذ يدعو إلى التساؤل عن الشيء الذي تعود عليه عبارة « دون أن يهلك أو يتلف أو يتغير »، هل هو العنصر الجوهرى أم الشيء الأصلي؟ فإذا كان المقصود هو العنصر الجوهرى أي الجزء فالضابط غير صحيح لأن بعض ما يعتبر جزءا من الشيء يمكن فصله دون أن يهلك أو يتلف أو يتغير مثل كثير من أجزاء السيارة وبعض أبواب ونوافذ المبنى. وإذا كان المقصود هو هلاك أو تلف أو تغير الشيء الأصلي، فالضابط غير مفيد إذ كيف يمكن مثلا أن نميز بواسطته بين صورة معلقة على حائط المنزل وهي بلا شك ليست جزءا منه وبين تمثال مثبت على قاعدة في مدخل المنزل؟ أن كلمة يتغير التي يقال أنها تعين على التفرقة تصدق في الحالين على نفس الوجه. وإذا كان نص المشروع قد اكتفى بفكرة الجزئية، فهذا القدر من التحديد يكفي تشريعا، وإذا أثير النزاع في العمل حول ما إذ كان شيء ما يعتبر أو لا يعتبر جزءا من شيء آخر، فالقاضي يفصل فيه على ضوء الظروف وبالاستعانة عند اللزوم بالعرف وتقدير أهل الخبرة .

وبالإضافة إلى أجزاء الشيء تشمل الملكية منتجاته وثماره، ويقصد بالمنتجات ما ينتج عن الشيء غير الثمار. وإذا كانت الثمار تشمل ما ينتجه الشيء من غلة دورية دون أن يترتب على أخذها الانتقاص من أصل الشيء فالمنتجات غير دورية ويترتب على أخذها الانتقاص من أصل الشيء .

كما تشمل الملكية محلقات الشيء ويقصد بها كل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال الشيء وفقا لعرف الجهة وقصد من أعدها دون أن تكون جزءا من الشيء ذاته ولا متولدة عنه.

واستمرارا لتحديد نطاق الحق من حيث الشيء الذي يرد عليه، نصت المادة ٨١٢ من المشروع على أن ملكية الأرض تشمل ما تحتها وما فوقها إلى الحد المفيد في التمتع بها وفقا للمألوف . فتفريعا على فكرة الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية، ينبغي ألا يتجاوز حق المالك الحدود التي له فيها فائدة من الاستئثار بباطن الأرض وما يعلوها من فضاء، فالملكية ولو أنها تخول المالك بحسب الأصل كل ما يتصور من سلطات للانتفاع بالشيء الذي يملكه فذلك ينبغي أن يكون في حدود الانتفاع المألوف، ولهذا حرص المشروع

على النص على قيد للحد المفيد في التمتع بالعمق والعلو، فذكر أن ذلك يكون « وفقاً للمألوف » حتى يضع حداً لما يمكن أن يدعيه المالك من وجود منفعة له في الاستئثار بما في باطن الأرض أو فيما يعلوها من فضاء .

واشتمال الملكية لأجزاء الشيء ومنتجاته وملحقاته، وكذلك امتداد ملكية الأرض لما تحتها وما فوقها، كل ذلك هو الأصل في حق الملكية. وقد ينص القانون على خلافه، كما قد يرد في تصرف قانوني ما يخالفه، سواء كان التصرف عقداً أو وصية، فقد يبيع الشخص ثمار الشيء كثمر الحديقة أو منتجاتها كالأحجار في باطن الأرض أو حتى بعض أجزاء الشيء مثل أبواب المنزل، فتنفصل ملكية الشيء عن ملكية المبيع، وقد يحدث مثل هذا الانفصال بالوصية كأن يوصى شخص لآخر بملكية الطابق العلوي في الدار مع حق القرار على السفلى.

قيود الملكية:

وبعد النص على مضمون حق الملكية ونطاقه من حيث المحل، عرض المشروع لبعض قيود الملكية. فإذا كان الأصل أن يستأثر المالك بكل السلطات التي تمكن من الحصول على كل مزايا الشيء الذي يملكه، فثمة قيود قد تحد من ذلك إما لتحقيق مصلحة عامة واما لتحقيق مصالح خاصة . وقد ترد القيود بحكم القانون، وقد ترد في تصرف قانوني عقداً كان أو وصية.

وإذا كان من الطبيعي أن يعرض القانون المدني، عند تنظيم حق الملكية، لما يرد على هذا الحق من قيود تحد من سلطات المالك أو من استئثاره بها، فالأمر على خلاف ذلك بالنسبة لما يرد من قيود على حق التملك أو حرية التملك، فهذه القيود ليست من موضوعات القانون المدني، ولهذا لم يعرض لها المشروع.

وبالنسبة للقيود التي ترد على حق الملكية ذاته، فمنها أولاً ما ينشأ نتيجة حتمية لوجود حق لشخص آخر غير المالك، كالححد من سلطات المالك بسبب وجود حق انتفاع على الشيء أو حق رهن، وهذه القيود لا تحتاج إلى تنظيم خاص، في باب الملكية .

تبقى القيود، القانونية والإدارية، التي تحد من سلطات المالك أو من استئثاره بملكه والتي تتقرر ابتداءً لتحقيق مصلحة عامة أو مصلحة خاصة يقدر القانون أنها جديرة

بالحماية، وهذه هي التي عرض لها المشروع بنصوص المواد من ٨١٣ إلى ٨١٧ مع ملاحظة أن المشروع أثر استبعاد النص على بعض القيود التي تنص عليها تشريعات أخرى، أما لعدم الحاجة إلى النص عليها وأما لاعتبارات تتعلق بالظروف الخاصة بدولة الكويت، وذلك على النحو التالي :

(أ) رؤى أنه لا داعي للنص ، كما تفعل بعض التشريعات (المادة ٨٠٦ مصري والنصوص العربية المستمدة منها) على أن المالك يجب عليه أن يراعي في إستعمال حقه ما تقضي به القوانين والمراسيم واللوائح المتعلقة بالمصلحة العامة أو بالمصلحة الخاصة، أو النص على أن المصانع والآبار والآلات البخارية وجميع المحال المضرة بالجيران يجب أن تنشأ على المسافات المبينة في اللوائح والشروط التي تفرضها (م ٨٢٢ مصري). فمثل هذه النصوص لا فائدة منها، بمعنى أنه يستوي في العمل وجود النص أو عدم وجوده، فمراعاة القوانين واجب تفرضه تلك القوانين ذاتها .

(ب) رؤى عدم النص على القيد الخاص بمضار الجوار غير المألوفة إكتفاء بالنص العام على عدم جواز التعسف في استعمال الحق، حيث جعل المشروع الاستعمال الذي يترتب عليه ضرر غير مألوف أي ضرر فاحش صورة من صور التعسف في استعمال الحق (المادة ٣٠ من المشروع) .

(ج) وفيما يتعلق بالقيود التي ترد على ملكية الأرض الزراعية ومرافقها كموارد المياه والصرف، أثر المشروع ألا يعرض لها تاركا أمرها للعرف وما قد تصدره الدولة في شأنها من تشريعات خاصة .

(د) فيما يتعلق بالقيود القانونية لم يعرض المشروع لبعض القيود التي تنظمها عادة قوانين البلاد الأخرى، وذلك لعدم الحاجة إليها في الكويت، وهي : القيد الخاص بملكية الحائط الذي يفصل بين بناءين من حيث تقييد حق المالك في هدمه إذا كان الهدم يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط، وكذلك القيد الخاص بحق المرور القانوني الذي يتقرر لمالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام على الأراضي المجاورة .

ولهذا اقتصر الأمر، في شأن القيود القانونية، على نص المادتين ٨١٣، ٨١٤ وذلك على النحو التالي :

فيتضمن نص المادة ٨١٣ قيذا على حرية المالك في ملكه، فالأصل أن كل مالك حر في ملكه، ومن بين مظاهر هذه الحرية حرته في وضع أو عدم وضع علامات ظاهرة تبين حدود هذا الملك تمييزاً له عن ملك جاره. وعلى خلاف هذا الأصل نص المشروع على أن "لكل مالك أن يجبر جاره على وضع حدود لأملاكهما المتلاصقة". والغرض الذي يعرض له النص هو حالة وجود أرضين غير مبنتين متلاصقتين لمالكين مختلفين، ونظراً إلى أن إتصال حدود كل منهما بحدود الأخرى قد يؤدي إلى صعوبة التعرف على الحد الفاصل بين كل منهما. الأمر الذي قد يثير المنازعات بين المالكين المتجاورين عند مباشرة كل منهما حقه، هياً النص لكل منهما الوسيلة للتعرف على حدود ملكه في وضوح، فإذا لم يتراس المالكان على بيان الحدود كان لكل منهما أن يجبر الآخر على أن يسهم معه في وضع الحدود بدعوى تعيين الحدود، وهي دعوى تثبت للمالك ولكل صاحب حق عيني على العقار.

ويتم وضع الحدود أولاً بتطبيق مستندات ملكية الجارين على الطبيعة لمعرفة الحد الفاصل بين ملكيتهما، ثم توضع علامات مادية ظاهرة تميز ذلك الحد.

وتكون نفقات التحديد مناصفة بين المالكين ولو اختلفت مساحة أرض كل منهما عن مساحة الأرض الأخرى. ونفقات التحديد التي يشترك فيها المالكان مناصفة تقتصر على ما يلزم لوضع الحدود ذاتها كثمن الأوتاد ونفقات المحضر الذي يحرر لبيان الحدود. أما ما يقتضيه التحديد من نفقات لمسح الأراضي المتجاورة فتكون على أصحابها كل بحسب ما تتكلفه أرضه.

ويعرض نص المادة ٨١٤ للقيود الخاصة بفتحات البناء التي تمكن من رؤية ملك الجار، وهي المطلات والمناور. وقد كان على المشروع أن يختار بين سياستين: فاما أن يضع النصوص التي تنظم الموضوع أسوة بأكثر التشريعات العربية، واما أن يكتفي - كما فعل القانون السوداني - بالإحالة في شأن هذه القيود إلى القوانين الخاصة التي تصدر بخصوص تنظيم أعمال البناء. ونظراً للارتباط الشديد بين هذه القيود، وقيود البناء بوجه عام، وبين السياسة العمرانية التي تتطور بشكل ملحوظ في الكويت، ونظراً للطابع الفني لقيود البناء، فقد رؤى الاكتفاء بالإحالة إلى القوانين الخاصة.

شرط عدم التصرف :

بعد أن عرض المشروع لبعض القيود القانونية، تناول في المواد من ٨١٥ إلى ٨١٧ شرط المنع من التصرف في الملك، وحيث تتقيد سلطة المالك بمقتضى تصرف قانوني، فبين أولاً متى يكون الشرط صحيحاً، (م ٨١٥)، ثم جزاء مخالفة المالك للشرط الصحيح (م ٨١٦) وأخيراً الاحتجاج بالشرط على الغير (م ٨١٧).

(أ) ففيما يتعلق بصحة أو عدم صحة مثل هذا الشرط، نجد، سواء في فقه الشريعة الإسلامية أو في القوانين الوضعية، اتجاهين أحدهما ينتهي إلى عدم صحة الشرط، والثاني إلى صحته. فالشرط غير صحيح عند الحنفية والمالكية والشافعية، وصححه بعض الحنابلة كابن تيمية وابن القيم، ومرجع عدم صحة الشرط عندهم انه يخالف مقتضى العقد أو الوصية وهو إطلاق الحرية للمالك في الانتفاع بما ملك والتصرف فيه بأي تصرف أراد ولم يقدّم الدليل الشرعي المعين الذي يدل على صحته فلا يجوز اشتراطه وإذا اشترط لا يعمل بموجبه. وعلى رأي الفقهاء الذين يرون أن الأصل في الشروط الجواز والصحة ولا يحرم شرط ولا يبطل إلا إذا ورد نهى بخصوصه أو كان اشتراطه يؤدي إلى إلغاء المقصود الأصلي من العقد وهو الأثر الذي وضع العقد لإفادته في جميع صورته، فإن شرط المنع المؤقت الذي يستند إلى باعث مشروع، يكون صحيحاً لأنه لم يرد عن الشارع نهى عنه بخصوصه واشتراطه لا يؤدي إلى إلغاء المقصود الأصلي من العقد أو الوصية وهو الملك. هذا بالإضافة إلى أن من فقهاء المسلمين من نص على أنه إذا باع شخص لآخر شيئاً بشرط ألا يبيعه من شخص معين كزيد فإن هذا الشرط يكون صحيحاً لأنه لا يخالف الغاية من البيع، وهي الملك، لأن المشتري يستطيع أن يبيعه من أي شخص آخر غير زيد (الخالصي، وهو من علماء الشيعة الامامية في كتابه «الاسلام سبيل السعادة»). ويؤخذ من هذا الكلام جواز الشرط الذي يمنع من التصرف في المال خلال مدة معقولة، لأن هذا الشرط لا يمنع المالك من التصرف فيما ملك بالعقد أو الوصية بعد انتهاء تلك المدة، وعلى هذا لا يكون اشتراطه مخالفاً لمقتضى العقد أو الوصية وهو الغاية المقصودة من كل منهما وقد أثر المشروع الأخذ بهذا الرأي.

هذا في فقه الشريعة الإسلامية، وفي القوانين الوضعية ذهب القضاء الفرنسي في أول الأمر، وحيث لا يوجد نص، إلى اعتبار شرط المنع سواء كان مؤبداً أو مؤقتاً ودون

نظر إلى البواعث التي دفعت إلى اشتراطه، باطلا. ثم تطور القضاء فجري على تصحيح شروط المنع إذا كانت مؤقتة وتهدف إلى تحقيق مصلحة مشروعة. وجاء القانون المصري القديم، الذي استمد من القانون الفرنسي، خلوا من نص في الموضوع، وجرى القضاء على تصحيح شروط المنع على نحو ما فعل القضاء الفرنسي. ثم جاء القانون المصري الحالي فنص في المادة ٨٢٣/١ على انه ”إذا تضمن العقد أو الوصية شرطا يقضي بمنع التصرف في مال، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنيا على باعث مشروع ومقصورا على مدة معقولة“. وقد نقل هذا النص حرفيا كل من القانون السوري (١/٧٧٨م) والقانون الليبي (١/٨٣٢م) والقانون الصومالي (١/٦٩٦م) أما القانون السوداني فنص على صحة الشرط إذا كان مبنيا على باعث مشروع ومقصورا على مدة معقولة، كما فعل المشرع المصري، ولكنه صاغ النص على نحو يفيد أنه يجب أن يرد شرط المنع في التصرف القانوني الذي تلقى به المشروط عليه الملك (١/٧٠٣م) كما اخذ المشرع الأردني بحكم القانون المصري مع تعديل في صياغة النصوص (م ١٠٢٨ و ١٠٢٩).

ونظرا إلى أن الشرط المانع أو المقيد للتصرف يحقق مصالح معتبرة، فقد رأى المشروع النص على صحته بشروط تحول دون أن يستخدم هذا الشرط لتحقيق أغراض تنافي مبادئ الشريعة الإسلامية، وتجعله غير مناف لمقتضى العقد أو الوصية. فقد يشترط الواهب على الموهوب له عدم التصرف في الموهوب حماية له من طيشه والى أن يبلغ سنا معينة، أو احتياطيا لاحتمال تحقق عذر من الأعذار التي تتيح للواهب الرجوع في الهبة وبالتالي استرداد الشيء الموهوب. وقد يشترط البائع على المشتري عدم التصرف في المبيع حتى تمام الوفاء بالثمن، أو يشترط البائع أو الواهب الذي استبقى لنفسه حق الانتفاع عدم التصرف في المبيع أو الموهوب تجنبا للتعامل مع مالك رقبة لا يعرفه ولا يأمن مضايقته. وقد يشترط الواهب على الموهوب له عدم التصرف في الموهوب ضمانا لبقاء قدرة الموهوب له على الوفاء بالتزام بالنفقة التزم به نحو شخص ثالث يحرص المشتري على ضمان حصوله على النفقة.

والنصوص المقترحة تختلف عن نص القانون المصري، الذي نقلته أو حورت فيه بعض القوانين العربية الأخرى في النواحي الآتية:-

أولا - ذكر المشروع أن الشرط قد يكون مانعا أو مقيدا للتصرف، في حين أن النص

المصري، ونصوص القوانين الأخرى التي استمدت منه، تتكلم عن شرط المنع من التصرف، ولكن الشراح يجرون حكم النص، ليس فقط على الشروط التي تمنع التصرف بصفة مطلقة خلال مدة المنع، بل كذلك على الشروط التي تقيد حرية التصرف دون أن تمنعه كما لو اشترط الواهب على الموهوب له، إذا أراد بيع الموهوب أن يعرضه أولاً بالأفضلية على شخص معين، أو اشترط المتصرف عدم جواز التصرف إلا مع استبدال مال آخر بالمال المتصرف فيه. لهذا رأى المشروع زيادة في الإيضاح النص على الشرط المانع أو المقيد للتصرف.

ثانيا - حرص المشروع على حسم مسألة خلافية سواء عند شراح القانون الفرنسي أو شراح القوانين العربية، وهي ما إذا كان يشترط أن يرد شرط المنع من التصرف في التصرف الذي تلقي به المشتري عليه الملكية أم يمكن أن يكون في تصرف آخر، كعقد الرهن أو عقد وعد بالبيع مثلاً. وقد أخذ المشروع بالرأي القائل بوجوب ورود شرط المنع في التصرف الذي تلقى به المشروع عليه الملكية، وهو ما يضيّق من نطاق إستخدام شرط المنع، خصوصاً والمثاليين اللذين يرددهما أنصار الرأي الآخر لا يخلو فيهما شرط المنع من مخاطر. الأول، أن يشترط الموعد له، في الوعد بالبيع، على الواعد الا يتصرف في الشيء الموعود ببيعه خلال مدة الوعد حتى يضمن، إذا ما أراد الشراء، أن يجد الشيء في ملك الواعد. وخطورة تصحيح شرط المنع من التصرف في هذا الفرض أنه يمكن، كل مالك ولو مؤقتاً من إخراج أي مال من أمواله من ضمان دائنيه وذلك بأن يتفق مع أي شخص على أن يعده ببيع هذا المال ويتفق في عقد الوعد على منع التصرف فيه خلال مدة الوعد، فيمتنع التنفيذ عليه، لان المنع من التصرف يقتضى منع التنفيذ. والمثال الثاني هو أن يرد شرط المنع في عقد الرهن حيث يشترط المرتهن على الراهن عدم التصرف في المرهون إلى أن يتم استيفاء الدين المضمون بالرهن، حتى يتفادى إتباع إجراءات التنفيذ ضد من تنتقل إليه الملكية وهي أكثر تعقيداً من اجراءات التنفيذ ضد الراهن نفسه. وخطورة تصحيح مثل هذا الشرط، انه لو كان صحيحاً لأصبح شرطاً جارياً يوضع في كل عقود الرهن وحيث كون المرتهن في مركز من القوة يسمح له بفرض شروطه، وينتهي الأمر إلى تفويت ما يهدف إليه التنظيم التشريعي للرهن من التوفيق بين حرية المالك في التصرف في المرهون ليتمتع بأكبر قدر من مزايا الملكية وبين ضمان حصول الدائن على حقه عن طريق ماله من سلطة التبعية.

(ثالثا) - إكتفى نص المشروع بالقول أن الشرط لا يكون صحيحا « ما لم يكن مبنيا على باعث مشروع ومقصورا على مدة معقولة» وهي العبارة التي استخدمها المشرع المصري، ومن بعده التشريعات التي نقلت عنه، فلم ينص على ما نصت عليه هذه التشريعات في بيان مشروعية الباعث، والمدة المعقولة . فقد نصت المادة ٨٢٣ مصري، ومن بعدها نصوص القانون السوري والقانون الليبي، والقانون السوداني والقانون الصومالي على أنه « ويكون الباعث مشروعا متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروع للمتصرف أو المتصرف إليه أو الغير» وهذا الذي أريد به إيضاح معنى مشروعية الباعث ، لا يضيف في الواقع جديدا لان عبارة «المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروع» تساوى تماما في المعنى «..... المنع مبنيا على باعث مشروع» كما أن القول أن المصلحة قد تكون مصلحة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير، يجمع كل المصالح المتصورة ، ولعل هذه العبارة قد قصد بها إلى التأكيد على أن المصلحة قد تكون للغير، وقد أثر المشروع الاكتفاء بالمعيار المرن الوارد في النص تمشيا مع سياسته العامة في إعطاء القضاء حرية التقدير كلما أمكن ذلك دون ضرر.

(ب) وعرضت المادة ٨١٦ للجزء الذي يترتب على تصرف المالك المخالف للشرط. فإذا تصرف المشروط عليه بما يخالف الشرط فالجزء الذي يحقق الغرض من شرط المنع ليس هو فسخ التصرف الأصلي أي الذي ورد به الشرط، وإنما هو إبطال التصرف المخالف للشرط حتى يبقى المال في ذمة المشتري عليه وبالتالي يتحقق الغرض المشروع الذي أريد بشرط المنع من تحقيقه. وكان على المشروع أن يختار بين أحد اتجاهين في تحديد من له حق التمسك بالبطان. الاتجاه الأول وهو ما يدل عليه نص القانون المصري والقوانين التي نقلت عنه ويدافع عنه بعض الشراح أن البطان مطلق وبالتالي يكون لكل ذي مصلحة أن يطلبه وللقاضي أن يحكم به ولو لم يطلب منه، ولا ترد عليه الاجازة . والاتجاه الثاني، وهو ما دعا إليه بعض الشراح ، واخذ به القانون السوداني ، أن يقتصر حق التمسك بالبطان على المشتري الذي تتوفر مصلحته دائما ولو كان الشرط قد وضع لمصلحة غيره فتكفي مصلحته الأدبية ليكون له حق التمسك بالبطان، وكذلك لمن تقرر الشرط لمصلحته ان كان غير المشتري، وذلك تأسيسا على أن شرط المنع قد أريد به تحقيق مصلحة خاصة لشخص معين فيجب أن يكون هذا

الشخص هو صاحب الحق في التمسك بالبطلان، وان يكون لهذا الشخص النزول عن حقه هذا باجازه التصرف المخالف فيصبح صحيحا وينتهي أصحاب هذا الرأي إلى أن أحكام هذا البطلان لا تتفق تماما لا مع أحكام البطلان المطلق ولا مع أحكام البطلان النسبي، وإنما تدور كلها حول فكرة الغرض الذي يراد تحقيقه من شرط المنع من التصرف . وقد أثر المشروع الأخذ بهذا الرأي الأخير .

(ج) وأخيرا عرض المشروع في المادة ٨١٧ للاحتجاج بالشرط على الغير فنظرا إلى أن الشرط ينشئ قيذا عينيا يرد على المال ذاته كان من اللازم حماية من يتعامل مع المالك، وهو ما لم يعرض له المشروع المصري والتشريعات التي تأثرت به، وهو نقص عمد المشروع إلى تلافيه فنص على عدم الاحتجاج على الغير إلا إذا كان يعلم بالشرط وقت إبرام العقد الذي ترتب عليه كسب حقه أو كان في مقدوره أن يعلم به ، وافترض العلم لمجرد ورود الشرط في تصرف وارد على عقار تم شهره .

الفرع الثاني - الملكية الشائعة

الملكية الشائعة هي التي يتعدد فيها الملاك لشيء واحد غير مفرزة حصة كل منهم . وتعدد الملاك لشيء واحد، أي الشيوع من شأنه أن يجعل استغلال هذا الشيء أكثر تعقيدا مما لو انفرد بملكيته شخص واحد، إذ كثيرا ما تختلف وجهات نظر الملاك في كيفية الاستغلال مما يؤدي إلى صعوبات قد تصل إلى حد التهديد بتعطيل استغلال الشيء، ولهذا تعتبر حالة الشيوع، من الناحية الاقتصادية، غير مرغوب فيها ولكنها مع ذلك حالة ضرورية لا يمكن تجنبها، إذ يكفي الإشارة إلى انه يترتب على الوفاة وانتقال أموال الشخص إلى ورثته أن تصبح ملكية الأشياء الموجودة في التركة شائعة بين الورثة فترة من الزمن، قد تطول أو تقصر، ولهذا فلا بد من تنظيم الملكية الشائعة على نحو يقلل بقدر الإمكان من الصعوبات التي تنشأ عن تعدد أصحاب الحق الواحد، كما ينبغي تيسير انهاء حالة الشيوع عن طريق القسمة .

وقد بدأ المشروع بتنظيم أحكام الشيوع ، وفي سبيل التغلب على الصعوبات الناشئة عن تعدد الملاك، سلك المشروع مسلك التشريعات الحديثة في تيسير القيام بأعمال

الإدارة وأعمال التصرف عن طريق الاكتفاء بقرار من الأغلبية وعدم التقيد بالمنطق الصارم الذي كان يقتضي إجماع الشركاء .

ثم عرض المشروع بعد ذلك للقسمة مبتدئا بتقدير حق كل شريك في طلب القسمة وما يمكن أن يرد على هذا الحق من قيود ثم نظم كيفية إجراء القسمة وأثرها. وعقب على القسمة التي تنهى حالة الشيوخ ببيان أحكام قسمة المهاياة. وأخيرا عرض للشيوخ الإجباري موليا عناية خاصة للملكية الطبقات والشقوق.

(أولا) أحكام الشيوخ :

عرضت المادة ٨١٨ بفقرتها لتعريف الشيوخ، ومقدار حصة كل شريك ثم لبيان نطاق تطبيق النصوص الخاصة بالملكية الشائعة.

فبينت الفقرة الأولى من النص معنى الشيوخ فذكرت تعريفا لا يقتصر على الملكية الشائعة وإنما يصدق على كل صور الشيوخ، وذلك على خلاف القانون المصري والقوانين العربية الأخرى التي نقلت عنه أو تأثرت به والتي تقتصر على تحديد معنى الشيوخ في الملكية . فلما كان المسلم أن حالة الشيوخ كما تتحقق في الملكية تتحقق في الحقوق العينية الأخرى ، كالشيوخ في حق الانتفاع أو في حق الارتفاق أو حتى في الرهن، رؤى البدء بالنص على معنى الشيوخ بوجه عام، وهو يقتصر على الحقوق العينية، أما تعدد أصحاب الحق الشخصي وهو ما عبرت عنه المجلة بشركة الدين فلا يعتبر شيوخا ويخضع لأحكام أخرى غير أحكام الشيوخ.

كما تضمنت الفقرة الأولى قرينة بسيطة على مقدار حصة كل شريك فنصت على أن تكون حصص الشركاء متساوية ما لم يثبت عكس ذلك .

ونظرا إلى أن الشيوخ في الملكية هو أهم صور الشيوخ وأكثرها تحققا في الواقع العملي، فقد رؤى وضع النصوص الخاصة بالشيوخ في باب الملكية، وهو مسلك التشريعات المختلفة بوجه عام ولما كان المسلم في القوانين التي تنظم الشيوخ في باب الملكية أن النصوص الخاصة بهذا الحق تسري أيضا على حالات الشيوخ في الحقوق العينية الأخرى ما لم تتعارض مع طبيعة هذه الحقوق أو مع نصوص القانون، فقد رؤى النص على ذلك دفعا لكل شك، وهو الحكم الذي أورده المشروع في الفقرة الثانية من النص .

وبينت المادة ٨١٩ سلطات المالك على الشيوخ، وهي الاستعمال والاستغلال والتصرف.

(أ) فبالنسبة للاستعمال والاستغلال نص المشروع على أن للشريك الحق في استعمال الشيء الشائع واستغلاله بقدر حصته وبمراعاة حقوق شركائه . وبهذا يقرر النص مبدأ الحق في الاستعمال والاستغلال بقيددين الأول يتعلق بمدى الحق فنص على أن تكون الاستعمال والاستغلال بقدر الحصّة، والثاني يتعلق بكيفية مباشرة الحق وهو القيد الذي تدل عليه عبارة «وبمراعاة حقوق شركائه».

ونظرا لتعدد الشركاء ووحدة المحل الذي تباشر عليه السلطات فكثيرا ما تثير مباشرة الاستعمال والاستغلال صعوبات في العمل، ولهذا بعد أن قرر المشروع المبدأ على النحو السابق عاد إلى تنظيم إدارة المال الشائع في المواد التالية ذلك التنظيم الذي يهدف إلى بيان كيفية إفادة كل شريك من سلطتي الاستعمال والاستغلال.

(ب) أما بالنسبة لسلطة التصرف، فقد عرض لها المشروع في الفقرة الثانية من النص، فللشريك أن يتصرف في حقه الشائع أي في حصته سواء كان التصرف في الحصّة كلها أو بعضها، في كل الأموال التي تدخل في الشيوخ أو في مال منها فقط، وسواء كان التصرف بنقل الحصّة أو بترتيب حق عيني عليها غير الملكية كالانتفاع أو الرهن .

فإذا كان التصرف بنقل الحق الشائع أي الحصّة ، كالباع أو الهبة حل المتصرف إليه محل المتصرف فيصبح شريكا بقدر الحصّة التي آلت إليه . وإذا كانت الحصّة المتصرف فيها هي حصّة في مال معين من بين عدة أموال مملوكة على الشيوخ، فيترتب على التصرف تعدد حالات الشيوخ لوجود شريك في ملكية أحد الأموال دون أن يكون شريكا في الأموال الأخرى. ولاشك أن هذه النتيجة لتصرف الشريك فيها بعض الضرر لباقي الشركاء نظرا لما يتضمنه نظام الشيوخ من قدر من التعقيد في كيفية الانتفاع ولما يترتب على تعدد حالات الشيوخ من الحاجة إلى أكثر من قسمة إذا أريد إنهاء حالة الشيوخ، ولهذا نص القانون الألماني (م ٢٠٣٣) على منع الشريك من التصرف في حصّة من أحد الأموال المملوكة، على الشيوخ . وكان على المشروع أن يختار بين مثل هذا الحكم والحكم الذي يعطي الشريك حرية التصرف ما دام يتصرف في حقه، فاختر الحكم الأخير مؤثرا مصلحة المالك المتمثلة في حرّيته في التصرف فيما يملك على مصلحة

الشركاء الآخرين المتمثلة في تفادي الصعوبات التي تنشأ عن تعدد حالات الشيوخ .
أما إذا كان التصرف بترتيب حق عيني غير الملكية كالانتفاع أو الرهن على الحصّة،
فالتصرف صحيح لأنه تصرف الشريك فيما يملك ، ولكنه يبقى الشريك المتصرف كما
كان شريكا في الملك ويصبح المتصرف إليه بحق الانتفاع هو صاحب الحق في الثمار
بقدر الحصّة التي يرد عليها حقه، ويكون للمرتهن إذا حل أجل الدين المضمون والشيوخ
لا يزال قائما أن ينفذ على الحصّة المرهونة فتباع جبرا ويحل الراسي عليه المزداد محل
الشريك الراهن فيصبح شريكا في الشيوخ .

أما مصير حق المتصرف إليه، المنتفع أو المرتهن، إذا ما تمت القسمة والحق لا يزال
قائما، فيعرض له المشروع عند بيان أثر القسمة (المادة ٨٣٩) .

وبعد تقرير المبدأ العام في حق كل شريك في استعمال الشئ واستغلاله بقدر حصته
وبمراعاة حقوق شركائه، أخذ المشروع في تنظيم أعمال الإدارة، المعتادة منها وغير
المعتادة، وكذلك التصرف في الشئ.

فبدأ في المادة ٨٢٠ ببيان الأصل العام فيمن له الحق في إدارة الشئ الشائع والتصرف
فيه . ونظرا لتعلق حق كل شريك بالمال الشائع كله، فمقتضى المبادئ العامة ألا يستقل
شريك أو أكثر بأي عمل يمكن أن يؤثر في حقوق الباقين، بل لا بد من اتفاق الجميع،
وهو ما يظهر من نص مجلة الأحكام العدلية في المادة ١٠٦٩ على أنه « كيفما يتصرف
صاحب الملك المستقل في ملكه يتصرف أيضا في الملك المشترك أصحابه بالاتفاق
كذلك » مع ملاحظة أن التصرف المقصود هو كل الأعمال سواء كانت من أعمال الإدارة
أو أعمال التصرف.

ولكن نظرا إلى تعذر الإجماع في كثير من الأحيان، الأمر الذي قد يؤدي إلى
تعطيل الانتفاع بالمال أو إلى ضياع صفقة رابحة، نظرا لهذا اتجهت القوانين الحديثة
إلى الاكتفاء بالأغلبية، في أعمال الإدارة والتصرف مع تفاوت في نسبة الأغلبية
المطلوبة وفقا لمدى خطورة المعارضة في قرار الأغلبية، وهو ما سار عليه المشروع
في النصوص التالية .

أعمال الإدارة المعتادة

تعرض نصوص المواد ٨٢١، ٨٢٢، ٨٢٣ لأعمال الإدارة المعتادة وهي التي لا تؤدي إلى إحداث تغييرات أساسية في المال الشائع ولا التعديل في الغرض الذي أعد له، كتأجيله لمدة مألوفة في تأجير مثله أو استغلاله فيما أعد له .

وبدهي أنه إذا اتفق الشركاء جميعا على أي عمل من أعمال الإدارة فاتفقهم صحيح يلزم الجميع، وكان المنطق القانوني، الذي يتفق تماما مع مبدأ حرية المالك، يقضي موافقة الجميع على كل ما يمكن أن يمس مصالحهم بما في ذلك أعمال الإدارة أيا كانت أي سواء كانت إدارة عادية أو غير عادية. ولكن نظرا الى أنه كثيرا ما يتعذر اتفاق الجميع، وبخاصة إذا كثر عدد الشركاء، اكتفى المشروع بالأغلبية متمشيا في ذلك مع اتجاه القوانين الحديثة .

وقد استمد المشروع نصوص المواد الثلاث من القانون المصري (م ٨٢٨) الذي استمد بدوره من القانون الايطالي، وقوانين البلاد العربية التي أخذت عن القانون المصري، مع بعض التعديلات، كما يتضح مما يلي :

(أ) جمع المشروع في المادة ٨٢١ كل ما يمكن أن تقوم به الأغلبية التي حددها على أساس قيمة الحصص وهو ما يعنى من يملكون أكثر من نصف الحصص، فبعد أن ذكر النص أن لها أن تقوم بأعمال الإدارة المعتادة، والمقصود هو قيامها مباشرة بالأعمال اللازمة للاستغلال، ذكر أن لها أن تعين مديرا - سواء من الشركاء أنفسهم أو من غيرهم - يقوم بهذه الأعمال، كما نص على أن للأغلبية أن تضع نظاما للإدارة وهو ما تظهر فائدته بوجه خاص عندما يكون القائم بأعمال الإدارة هو المدير، كأن تقرر الأغلبية مثلا عدم جواز التأجير لأكثر من مدة معينة أو على إيداع ريع المال في مصرف معين ... الخ ثم عقب النص على بيان ما للأغلبية أن تقوم به، بأن ما تتخذه الأغلبية يسرى على جميع الشركاء وخلفائهم سواء كان الخلف عاما أو خاصا، متفاديا بذلك عيبا في التشريع المصري والتشريعات المنقولة عنه « السوري والليبي والسوداني » الذي أورد الحكم الخاص بالسريان على الخلف مقصورا على وضع نظام للإدارة ، وهو ما لا مبرر له إذ يجب أن يسري في حق الخلف كل ما تقوم به الأغلبية سواء باشرت بنفسها عملا من أعمال الإدارة كالتأجير أو عينت مديرا أو وضعت نظاما للإدارة .

(ب) وعرض المشروع في المادة ٨٢٢ لحالة ما إذالم يتفق من لهم أغلبية الحصص، فنص على حق كل شريك في أن يلجأ إلى المحكمة لتتخذ مايلزم لمنع تعطيل الانتفاع بالمال الشائع، ولم يقتصر المشروع على ماقرره المشرع المصري من أن المحكمة لها أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة (م ١ / ٨٢١) وإنما أضاف إلى ذلك ما تقتضيه المصلحة. فللمحكمة إذا وجد مستأجر يعرض الاستئجار بأجر مناسب أن تقرر التأجير، ولها أن تعين من يدير المال الشائع إذا كانت الظروف تبرر ذلك .

(ج) ثم عرض المشروع في المادة ٨٢٣ لحالة ما إذا قام شريك بمفرده بعمل من أعمال الإدارة، فإذا لم يعترض من يملكون أغلبية الحصص، وهم أصحاب الحق في أعمال الإدارة المعتادة ، في وقت مناسب، كان الشريك فيما قام به نائبا عن الجميع. أما إذا اعترض من لهم أغلبية الحصص في وقت مناسب فيكون ما قام به الشريك غير نافذ في حق سائر الشركاء، من اعترض منهم ومن لم يعترض. والنص المقترح في المشروع يختلف عن النص المصري. والنصوص التي نقلت عنه من النواحي الآتية:

أولا : نص المشروع على انه إذا تولى احد الشركاء عملا من أعمال الإدارة «دون اعتراض من الأغلبية» في حين أن النص المصري يقول «دون اعتراض من الباقيين» مما يوحي أن المقصود هو دون اعتراض من أي شريك آخر والواقع انه لو اعترض البعض ولم يعترض البعض الآخر، وكان الذين لم يعترضوا يملكون أغلبية الحصص، أي يملكون الإدارة، فافتراض موافقتهم، وهو الأساس الذي يقوم عليه حكم النص، يكفي لجعل تصرف الشريك نافذا كما لو كان قد صدر من الأغلبية .

ثانيا: ينص المشروع على اعتبار الشريك الذي قام بالعمل، ولم يعترض من يملكون الأغلبية، نائبا عن الجميع فيما قام به. وفي هذا يختلف نص المشروع عن النص المصري، والنصوص المنقولة عنه من وجهين:

الوجه الأول أن المشروع يعتبر الشريك نائبا في حين أن النص المصري يعتبره وكيلًا. وهذا التعديل يؤدي إلى تفادي صعوبة يثيرها النص المصري تتعلق بالمدة التي يسرى فيها الإيجار الذي يعقده الشريك، فاعتبار الشريك وكيلًا يدعو إلى التساؤل عن أثر عدم الاعتراض وقيل - في رأي - أنه دليل على وجود وكالة سابقة ومن ثم لا ينفذ الإيجار إلا للمدة التي تدخل في سلطة الوكيل . وقيل - في رأي آخر - أن عدم الاعتراض

يعتبر اقراراً من الأغلبية لما قام به الشريك وبالتالي ينفذ الإيجار في كل مدته ولو تجاوزت المدة التي يملك الوكيل التأجير فيها. والواقع أن الذي أدى إلى هذا الخلاف في الرأي هو النص على اعتبار الشريك وكيلًا وهو ما يخالف جوهر فكرة الوكالة وهي أنها عقد يتم بالإرادة، والواقع أن الشريك يعتبر نائبًا بحكم القانون وتبقى مسألة المدة التي يسرى فيها الإيجار والرأي فيها في ظل النص المقترح هو أن العبرة بكون الإيجار لمدة يعتبر معها عملاً من أعمال الإدارة المعتادة أم لا. والوجه الثاني أن النص المقترح حرص على أن يذكر أن الشريك يعتبر نائبًا «فيما قام به» في حين أن النص المصري يقول «عد وكيلًا عنهم» الأمر الذي قد يظن معه أن النيابة تمتد إلى أعمال أخرى وهو غير مقبول ويجب أن تقتصر النيابة على العمل الذي تم دون اعتراض .

ثالثًا: لم ينظم المشروع المصري الاعتراض لا من حيث الوقت الذي يتضح فيه وجود اعتراض أو عدم وجوده ولا من حيث أثر الاعتراض ان وجد. أما مشروع النص فقد ذكر أن الاعتراض يجب أن يكون في وقت مناسب تاركًا تقدير المناسبة للقاضي على ضوء الظروف المختلفة، كما ذكر المشروع أن أثر الاعتراض هو عدم نفاذ ما قام به الشريك في حق غيره من الشركاء.

أعمال الإدارة غير المعتادة:

بعد أن عرض المشروع في المواد السابقة لأعمال الإدارة المعتادة عرض في المادة ٨٢٤ لأعمال الإدارة غير المعتادة ، وهي التي تقتضي إحداث تغيير أساسي في المال الشائع أو التعديل في الغرض الذي أعد له ، كالبناء في الأرض أو هدم جزء من البناء لإعادة بنائه على شكل آخر أو تحويل المبنى المعد للسكني إلى فندق أو تحويل الأرض المعدة للزراعة إلى غرض آخر. وحكم النص مستمد من القانون المصري الذي أخذت به بعض قوانين البلاد العربية الأخرى (السوري ، والليبي ، والسوداني ، والأردني ، والصومالي ، والجزائي ، والعراقي) مع بعض التعديلات.

وحكم الفقرة الأولى مماثل لحكم القانون المصري فيما عدا أن المشروع صرح بأن يكون الاخطار ”قبل إحداث التغيير أو التعديل“ زيادة في إيضاح أن الأغلبية لا تملك ابتداءً إلا إتخاذ القرار أما تنفيذه فلا يكون إلا بعد أن تنقضي مدة اعتراض الأقلية دون أن يعترض

أحد منهم أو بعد أن تفصل المحكمة وتوافق على القرار ، كما نص المشروع على أن يكون الاخطار بقرار الأغلبية كتابة حسما للمنازعة في مسألة حصول الاخطار أو عدم حصوله. كما نص المشروع على أن تكون مدة الاعتراض ثلاثين يوما بدلا من شهرين كما هو نص القانون المصري.

أما الفقرة الثانية من النص فتعرض لسلطة المحكمة إذا اعترض أحد الشركاء من الأقلية على قرار الأغلبية. وبدهي أن المحكمة لها أن تحكم بعدم جواز إجراء التغيير أو التعديل الذي قرره الأغلبية إذا تبين لها أنه لا يؤدي إلى تحسين الانتفاع بالشيء ”كما لها أن تعتمد القرار كما هو دون أي قيد. ولها ، كما ينص المشروع أن توافق على قرار الأغلبية وتقرر مع الموافقة ما تراه مناسبا من التدابير ولم ينقل المشروع ما نص عليه القانون المصري ، والقوانين العربية الأخرى التي نقلت عنه من أن للمحكمة ”بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق من التعويضات“ لأن هذه العبارة قد تفهم على معنى أن المحكمة ، بعد أن توازن بين مبررات قرار الأغلبية ووجه اعتراض من اعترض ، قد توافق على القرار وهي تقدر في الوقت نفسه احتمال أن يكون ضارا فلا تحسم مسألة ملاءمة القرار أو عدم ملاءمته وإنما تحكم على مسئولية الأغلبية وتكون الكفالة لضمان ما قد يستحق للمخالف من تعويضات بسبب أن القرار نفسه كان ضارا. وهذا الفهم هو ما تدل عليه عبارة المذكرة الإيضاحية لمشروع النص المصري إذ تقول ”... بما قد يستحق له من تعويض ، من جراء تنفيذ قرار الأغلبية فيما إذا تبين أن هذا القرار ضار بالمصلحة“ ، وهو ما يدل عليه نص القانون السوداني إذ يقول ”... بما قد يستحقه من تعويض من جراء تنفيذ قرار الأغلبية إذا ما تبين أن ذلك القرار ضار بمصلحته“ وصياغة النص ، مفهومه بهذا المعنى ، تعني في الواقع أن المحكمة تتخلى عن مهمتها الأساسية وهي التحقق من ملاءمة القرار نفسه ، وتحكم للأغلبية بأن تقوم بما قرره على مسئوليتها ، وهو أمر غير مقبول.

ولهذا اكتفى المشروع بالنص على أن المحكمة ، عند اعتماد قرار الأغلبية أن تقرر ما تراه من التدابير. ولا يمنع هذا من أن تحكم بكفالة لضمان ما قد ينشأ من أخطاء في التنفيذ، أما القرار نفسه فبعد موافقة المحكمة يجب أن يفترض أنه في محله.

أعمال الحفظ:

بعد بيان أعمال الإدارة بنوعيتها ، المعتادة وغير المعتادة ، عرض المشروع بنص المادة ٨٢٥ لأعمال الحفظ ، فأعطى لكل شريك الحق في أن يتخذ ما يلزم لحفظ الشيء الشائع دون حاجة لموافقة باقي الشركاء. ويستوي أن تكون أعمال الحفظ مادية مثل الترميم والصيانة وجني الثمار في موعدها قبل أن تتلف ، أو إجراءات أو تصرفات قانونية مثل رفع دعاوى الحيازة ضد من يعتدي على حيازة الشركاء أو قطع التقادم الساري لمصلحة من يحوز المال بنية تملكه أو الوفاء بدين الدائن المرتهن توكيا للتنفيذ على المال. ونظرا إلى أن مثل هذه الأعمال لا تحتل التأخير لم يخضعها المشروع للقواعد الخاصة بأعمال الإدارة بوجه عام من حيث ضرورة توفر أغلبية للقيام بها ، فلكل شريك أن يقوم بها وحده. والشريك اذ يقوم بهذه الأعمال يقوم بها بحكم القانون لحساب الشركاء جميعا ، ولهذا فهو يرجع على كل منهم بحصته فيما أنفق.

نفقات الحفظ والإدارة:

وبعد أن عرض المشروع لمن له الحق في القيام بأعمال الإدارة بصورها المختلفة، عرض في نص المادة ٨٢٦ لنفقات الحفظ والإدارة وسائر التكاليف المقررة على المال كالضرائب والرسوم ، فيتحمل جميع الشركاء هذه النفقات التي تنفق لمصلحة الجميع كل بقدر حصته في الشئوع. وليس ثمة ما يمنع من أن يتفق الشركاء على نسبة أخرى في توزيع النفقات أو أن يعفى أحدهم منها أو من بعضها كما قد ينص القانون في حالة خاصة على خلاف حكم هذا النص الذي يقرر القاعدة العامة.

التصرف في الشئ الشائع:

وبعد أن عرض المشروع بنص المواد السابقة لتنظيم إدارة المال الشائع ، عرض للتصرف في هذا المال. وبدهي أن للشركاء باتفاقهم جميعا أن يتصرفوا في المال الشائع بكافة صور التصرف ويكون تصرفهم صحيحا نافذا في حق الجميع.

والأصل ، وفقا للقواعد العامة التي تتفرع على حرية المالك فيما يملك أن التصرف يجب أن يتم بموافقة جميع الشركاء ، وليس للأغلبية أيا كانت قيمة حصصهم أن يفرضوا

إرادتهم في التصرف على الأقلية ، وتمشيا مع هذا الأصل لم تخول بعض التشريعات العربية للأغلبية سلطة التصرف وهذا هو مسلك القانون العراقي والقانون التونسي والقانون الأردني .

وقد أثر المشروع أن يسلك مسلك التشريعات العربية الأخرى التي تعطي الأغلبية التصرف مع ضمان حماية مصالح الأقلية لما في ذلك من مصلحة. وهذا هو مسلك القانون المصري والقانون السوري والقانون الليبي والقانون السوداني والقانون الجزائري والقانون الصومالي .

ومن نص المادة ٨٢٧ من المشروع يتضح أن الأغلبية لا تستطيع أن تفرض إرادتها في التصرف دون مراعاة لرأي الأقلية ، فالتصرف لا يتم إلا في أحد فرضين ، إما أن تعلم به الأقلية ولا يعترض أحد منهم فيحمل ذلك على موافقتهم ، وإما أن يعترض أحدهم ويكون أمر التصرف أو عدم التصرف من سلطة المحكمة التي توازن بين دواعي التصرف التي تستند إليها الأغلبية ودواعي الاعتراض .

والأغلبية التي لها أن تقرر التصرف ليست أغلبية عادية بل أغلبية خاصة فيجب أن تتوفر لهم ثلاثة أرباع الحصص . والخطوة الأولى في سبيل التصرف هي أن تتخذ الأغلبية قرارا بالتصرف وذلك بشرطين: الشرط الأول أن توجد أسباب قوية تبرر التصرف كما لو كان إستغلال المال الشائع بحالته متعذرا أو كان لا يغل إلا غلة ضئيلة إذا قورنت بربح ما يمكن الحصول عليه من ثمن . والشرط الثاني أن تكون قسمة هذا المال ضارة بمصالح الشركاء ، فإذا كانت القسمة ممكنة دون ضرر فلا يجوز التصرف بقرار من الأغلبية وعلى من يرغب في التخلص من الوضع القائم أن يطلب القسمة .

وقبل إتمام التصرف يجب على الأغلبية أن يخطرأ باقي الشركاء بقرارهم وأن يكون الاخطار كتابة. ولكل شريك من الأقلية ، خلال ستين يوما من وصول الاخطار إليه أن يعترض على قرار الأغلبية بالرجوع إلى القضاء ، فإذا لم يعترض أحد خلال فترة الاعتراض كان للأغلبية أن تبرم التصرف الذي يكون عندئذ صحيحا نافذا في حق الجميع ، وليس في هذا اعتداء على حقوق الأقلية إذ يحمل سكوت الأقلية مع القدرة على الاعتراض على محمل الرضا. وإذا اعترض أحدهم فعلى المحكمة أن تثبت من توفر الشرطين السابق بيانهما ، أي قوة الأسباب

التي تستند إليها الأغلبية في تقرير التصرف وكون القسمة ضارة بمصالح الشركاء. مع الموازنة بين دواعي التصرف وأسباب اعتراض المعارض ، وعلى ضوء هذه الموازنة اما أن تحكم بعدم جواز التصرف واما أن تحكم بالتصريح للأغلبية بالتصرف. فإذا صرحت المحكمة للأغلبية بالتصرف فتصرفهم يكون صحيحا نافذا في حق الأقلية ، وهنا يظهر بوضوح وجه الخروج على الأصل العام في حرية المالك فيما يملك وهو خروج تبرره مصلحة الأغلبية التي قدرتها المحكمة.

وللحد من عيوب الأخذ بنظام الأغلبية ، سواء في أعمال الإدارة (المواد ٨٢١ إلى ٨٢٤) أو في التصرف (المادة ٨٢٧) استحدث المشروع نص المادة ٨٢٨ الذي يحول دون أن يكون من حق شريك واحد القيام بعمل من الأعمال باعتباره الأغلبية ، أيا كانت حصته في المال الشائع. ذلك أنه حتى مع الأخذ بمبدأ حساب الأغلبية على أساس حصص الشركاء وهو المبدأ الذي روعي فيه وزن المصالح ، إلا أن وزن المصالح ليس هو كل شيء ، فيجب أن يتعدد الرأي وبالتالي يجب أن تكون الأغلبية لشريكين على الأقل.

ويعرض نص المادة ٨٢٩ لحكم تصرف الشريك في جزء مفرز من المال أو الأموال المملوكة على الشيوع ، سواء كان التصرف بنقل الملكية أو بإنشاء حق عيني آخر كالانتفاع أو الرهن.

وإذا كان للشريك ، وفقا للقواعد العامة أن يتصرف في حصته الشائعة على نحو ما ذكره المشروع في المادة ٨١٩ ، فليس من حقه أن يتصرف فيما يعتبر من حق غيره من الشركاء ، ولهذا فإذا تصرف في جزء مفرز ، فنظرا لورود حقوق الشركاء الآخرين على هذا الجزء ، فلا شك أن التصرف يكون غير نافذ في حقهم. أما حكم التصرف في العلاقة بين الشريك المتصرف والمتصرف إليه ، فهو الذي يثير الصعوبة واختلف في شأنه موقف التشريعات ، ويمكن أن يقال فيه عدة آراء. فقد يقال أن الشريك تصرف فيما يملك ، وهو حصته ، وفيما لا يملك وهو حصص باقي الشركاء ، وذلك على أساس أن الملكية المفترزة وهي التي وقع عليها التصرف هي مجموع حقوق الشركاء أي حصصهم ، وبالتالي يكون التصرف صحيحاً نافذاً في حق الجميع بالنسبة لحصصة الشريك المتصرف. ويأخذ حكم التصرف في ملك الغير بالنسبة

لحصص الشركاء الآخرين. ولكن يعترض على هذا بأنه يخالف إرادة المتعاقدين التي انصرفت إلى التصرف في الحق المفروز دون تفريق ، وليس من المقبول أن ينظم المشرع أثر التصرف على خلاف إرادة اطرافه.

وقد يقال أن التصرف صحيح ، نافذ في كل آثاره بما فيها نقل الملكية أو إنشاء الحق العيني ، بالنسبة لطرفيه ، ولكنه غير نافذ بالنسبة لباقي الشركاء. وذلك على أساس أن الشريك المتصرف يعتبر مالكا لما تصرف فيه ولكن ملكيته مقيدة بحقوق الشركاء الآخرين. ومقتضى هذا أن المتصرف إليه يمكن - حتى قبل القسمة - أن يكون مالكا أو صاحبا لحق عيني غير الملكية ، ولكن حقه غير نافذ بالنسبة لباقي الشركاء. ولكن يعيب هذا الرأي أولا من الناحية النظرية أن الشريك لا يملك إلا ملكية شائعة وقد تصرف في ملكية مفروزة وهو حق لا يملكه وبالتالي لا يصح القول أن الشريك مالك وقد تصرف فيما يملك ، وثانيا فهو يؤدي إلى نتائج عملية غير مقبولة فالقول أن المتصرف إليه يصبح مالكا في مواجهة الشريك المتصرف وغير مالك بالنسبة لباقي الشركاء غير مقبول ويغفل مسألة هامة وهي: من هو المالك في مواجهة الكافة ؟ وإذا فرض أن تصرف شريك آخر في نفس الجزء فمن هو المالك؟ ان صاحب الحق العيني يجب أن يتحدد بالنسبة للكافة.

والرأي المقبول ، والذي يتفق مع القواعد العامة ، في إنعقاد التصرف وآثاره، هو أن يقال أن الشريك قد تصرف في حق لا يملكه ، ولا يحول هذا دون إنعقاد التصرف ، وترتيب آثاره الشخصية أي الالتزامات بين طرفيه. أما الآثار العينية أي نقل الملكية أو إنشاء الحق العيني غير الملكية فلا تترتب ما بقي الشيوخ قائما. وإذا تمت القسمة ووقع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف زال المانع الذي منع ترتيب الأثر العيني ، وهذا هو ما أخذ به المشرع.

هذا وقد يكون المتصرف إليه عالما وقت إبرام التصرف أن المتصرف لا يملك الشيء المتصرف فيه ملكية مفروزة وإنما يملك حصة شائعة فيه. وقد يكون غير عالم أي معتقدا أنه يتعامل مع من يملك ملكية مفروزة للشيء المتصرف فيه. وفي الفرض الأول ليس له حق طلب إبطال التصرف ، ويمكن اعتباره قابلا للتصرف موقوفا أثره العيني على نتيجة القسمة . وفي الفرض الثاني يكون المتصرف إليه قد وقع في غلط وبالتالي يكون

له حق طلب إبطال التصرف على هذا الأساس ، ولم ير المشروع ما يدعو إلى النص على حق طلب الإبطال للغلط في هذه الحالة لأنه محض تطبيق للقواعد العامة.

هذا ولم يأخذ المشروع بالحكم الوارد في القانون المصري ، والذي نقلته قوانين بعض البلاد العربية ، وهو إنتقال حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى ما يقع في نصيب المتصرف من أموال أخرى غير المال المتصرف فيه عند القسمة ، لأن هذا الحكم غير منطقي من الناحية النظرية وغير مقبول من الناحية العملية. فمن الناحية النظرية يثور التساؤل: ما هو الحق الذي ينتقل؟ وهو سؤال يستدعي التساؤل عن ماهية حق المتصرف إليه قبل القسمة ، وهو الحق الذي يقال أنه ينتقل ، وقد بينا أنه لا يصح أن يقال انه حق عيني فهو ليس حق ملكية مفرزة ولا حق ملكية شائعة. ومن الناحية العملية ليس من المقبول أن يشتري شخص شيئاً معيناً بذاته ويفرض عليه أن يمتلك شيئاً آخر حتى ولو كان معادلاً له في القيمة إذ قد لا يحقق الشيء الآخر الغرض الذي قصد إليه - حتى ولو كان كل من الشئيين جزءاً من كل . مثال ذلك أن يشتري شخص قطعة أرض لبيني عليها وهي جزء من أرض شائعة واسعة ولكنها قريبة من العمران ثم يقع في نصيب البائع أرض بعيدة عن العمران وقد لا تصلح للبناء عليها.

وما يقال عن التصرف الذي من شأنه نقل الملكية يقال كذلك عن التصرف الذي يراد منه إلى إنشاء حق عيني كالرهن مثلاً ، فالتصرف الذي يصدر من شريك لا يملك إلا حصّة شائعة إذا ورد على جزء مفرز لا يمكن أن ينشئ الحق العيني ، وبالتالي فلا محل للقول بإنتقال حق لم يكن موجوداً قبل القسمة.

(ثانياً) إنقضاء الشيوخ بالقسمة:

بدأ المشروع النصوص الخاصة بالقسمة ، بنص المادة ٨٣٠ التي تقرر حق كل شريك في إنهاء حالة الشيوخ بأن يطلب القسمة ، وما يرد على هذا الحق من قيود. فنظراً إلى أن حالة الشيوخ تؤدي الى شيء من التعقيد في طريقة الإنتفاع بالمال الشائع والتصرف فيه ، ولأن الغالب أن يكون إستقلال الفرد في إستغلال ما يملك حافزاً قويا على العمل وحسن التصرف ، الأمر الذي ينعكس أثره على المصلحة العامة للمجتمع ، نظراً لهذا كان الأصل هو حق الشريك في أي وقت أن يطلب القسمة ، رضاً أو قضاءً ، لإنهاء حالة الشيوخ . ومع

هذا فقد توجد اعتبارات تدعو إلى الإجبار على البقاء في الشيوخ ، وهذه الاعتبارات قد يقدرها المشرع فيضع نصا يمنع طلب القسمة كما هي الحال بالنسبة للأجزاء المشتركة أي المملوكة على الشيوخ في ملكية الطوابق والشقق (م ٢ / ٣) من القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٧٦ في الكويت). وقد يقدرها الأفراد ذوو الشأن فيتفق الشركاء مثلا على عدم جواز طلب القسمة خلال مدة معينة تقديرا منهم أن تجزئة المال المشترك تقلل من غلته ، وقد يوصي شخص بمال إلى أكثر من واحد شائعا بينهم ويشترط في الوصية عدم جواز القسمة لاعتبارات يقدرها. ولهذا نص المشروع على أن الإجبار في الشيوخ قد يكون بمقتضى تصرف قانوني يشمل ذلك العقد والوصية. ولما كان الأصل هو الحق في طلب القسمة ، والاستثناء هو الإجبار على البقاء في الشيوخ ، وقد تتغير الظروف التي دفعت الشركاء إلى اشتراط عدم جواز طلب القسمة ، نظرا لهذا يضع المشروع حدا أقصى للمدة التي يصح فيها الاتفاق على الإجبار ، وانقضاء المدة لا يمنع الشركاء إذا رأوا مصلحتهم في ذلك أن يتفقوا من جديد على الإجبار لمدة ثانية وثالثة وهكذا ، والمهم ألا يجد الشريك نفسه في أي وقت مجبرا على البقاء في الشيوخ لمدة أكثر من الحد الأقصى وهو وفقا لنص المشروع خمس سنوات. فإذا اتفق على مدة تزيد على خمس سنوات كان الاتفاق باطلا في الزيادة ويستطيع كل شريك أن يطلب القسمة فور انقضاء السنوات الخمس ، أما إذا كان الاتفاق لا يجاوز خمس سنين فهو صحيح يلزم كل شريك كما يلزم من يخلفه سواء كان الخلف عاما أو خاصا. ويستوى أن يكون الخلف الخاص يعلم وقت تعاقد مع سلفه أو لا يعلم بالاتفاق على عدم جواز طلب القسمة ، وذلك حماية لباقي الشركاء حتى لا يفاجأوا ، وبعد الاتفاق وترتيب أمورهم على أساس أن الشيوخ سيقى طوال المدة المتفق عليها ، بأن من اشترى من شريكهم يطلب القسمة على أساس أنه اشترى دون أن يعلم بالاتفاق.

وقد أورد المشروع في الفقرة الثانية حكما يحقق شيئا من المرونة في حق الشريك في طلب القسمة من ناحية وفي الزام الشريك بالبقاء في الشيوخ من ناحية أخرى: فأجاز للمحكمة ، إذا كانت القسمة العاجلة ضارة بمصالح الشركاء ، أن تأمر بالبقاء في الشيوخ مدة تحددها إذا لم يوجد إتفاق على عدم جواز طلب القسمة أو إلى أجل لا حق للأجل المتفق عليه. كما أجاز لها أن تأمر بالقسمة في الحال رغم وجود إتفاق على عدم جواز طلب القسمة خلال مدة لم تنته بعد ، إذا وجد مبرر قوي للقسمة. وقد أريد

بهذا الحكم مواجهة الظروف التي قد تطرأ أثناء قيام الشيوخ وتغير من توقعات الشركاء ، وذلك نظرا لما يترتب على حسن أو سوء استغلال الأموال من إنعكاس على المصلحة الاقتصادية للجماعة.

وقد استمد المشروع حكم الفقرة الثانية من النص ، من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري (م ١٢٠٢ / ٢) الذي استمده بدوره من مشروع القانون المدني الايطالي.

وبعد أن عرض المشروع لحق كل شريك في طلب القسمة ، عرض في نص المادة ٨٣١ للقسمة الاتفاقية أو الرضائية. وهذه القسمة لا تتم باعتبارها قسمة تنهي حالة الشيوخ إلا باتفاق جميع الشركاء. وتتم هذه القسمة بالطريقة التي يرضيها المتقاسمون ، بطريق القرعة أو بطريق التجنيب ، وقد يلجأون إلى خبير يتولى تكوين الأنصبة إلى غير ذلك من الوسائل التي تمكنهم من الوصول إلى اتفاق.

ولم يجز المشروع القسمة الاتفاقية إذا كان بين الشركاء غير كامل الأهلية ، سواء كان صغيرا عديم الأهلية أو ناقصها أو كان عدم كمال أهليته لعارض من جنون أو عته أو سفه أو غفلة ، إلا إذا كان له ولي شرعي فيجوز للولي أن يتفق على القسمة ، وكذلك لا تجوز القسمة الاتفاقية إذا كان بين الشركاء من يثبت غيبته أو فقده ، فليس لمن تعينه المحكمة للولاية على ماله أن يبرم عقد القسمة. ففي هذه الحالات يجب الالتجاء إلى إجراءات القسمة القضائية.

ولم يذهب المشروع مذهب القوانين التي تمنع القسمة الاتفاقية كلما وجد بين الشركاء غائب أو غير كامل الأهلية دون أن تستثنى الحالة التي يوجد فيها للمراد حمايته ولي شرعي . وهي القانون العراقي والقانون التونسي والقانون الأردني .

كما لم يذهب المشروع مذهب القوانين التي تجيز القسمة الاتفاقية التي تتم بواسطة الوصي أو القيم أو وكيل الغائب أو المفقود ، بشرط الحصول على إذن من القضاء ، وهذا هو ما يتضح في مصر من نص المادة ٨٣٥ مدني والمادتين ٤٠ و ٧٩ من قانون الولاية على المال ، وكذلك في الكويت من نص المادة ١٨ من القانون رقم ٤ لسنة ١٩٧٤ في شأن إدارة شؤون القصر. وقد راعي المشروع في ذلك أن القسمة القضائية

فيها الضمانات اللازمة لحماية غير كامل الأهلية أو الغائب أو المفقود ، وفي الوقت نفسه ليس في الالتجاء إليها مشقة أكثر من الالتجاء أولاً إلى القضاء لطلب الاذن بإجراء القسمة الاتفاقية ، ثم الالتجاء إلى المحكمة مرة ثانية للتثبت من عدالة القسمة ، وقد ترى المحكمة بعد هذا كله أن تقرر اتخاذ إجراءات القسمة القضائية ، فالأولى من هذا كله أن يلجأ الوصي أو القيم ابتداء إلى إجراءات القسمة القضائية .

ويعرض نص المادة ٨٣٢ للحق في طلب إبطال القسمة الاتفاقية للغبن ، أو كما يعبر عنه عادة بنقض القسمة . وقد أثر المشروع النص على الإبطال لأن كلمة نقض القسمة لا تعني أكثر من إزالتها أو هدمها دون أن تدل على ماهية الوسيلة الفنية التي توصل إلى ذلك . ونظراً إلى أن سبب نقض القسمة هو الغبن وهو أمر معاصر للاتفاق على القسمة ، ولأن القسمة مع وجود الغبن تنعقد وتبقى قائمة منتجة لآثارها إلى أن تنقضي حقيقة النقض إذن هي الإبطال . ويترتب على ذلك أن يخضع حق الإبطال للقواعد العامة في غير ما يرد بشأنه حكم خاص ، من ذلك مثلاً القواعد الخاصة بالاجازة .

وعبارة "للمتقاسم الحق في طلب إبطال القسمة ... " الواردة في صدر النص تفيد أن الحكم بالإبطال وجوبي بالنسبة للمحكمة إذا ما توفرت شروطه ، ولذلك أثر المشروع هذه العبارة على العبارة الواردة في صدر النص المصري "يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي...." (٨٤٥م) والتي نقلتها تشريعات عربية أخرى (السوري ، والليبي ، والعراقي ، والصومالي ، والجزائري) إذ قد يفهم الجواز على أنه للمحكمة .

وقد جعل المشروع الغبن الذي يترتب عليه الحق في طلب الإبطال أي الغبن الفاحش ، هو الذي يزيد على الخمس على نحو ما فعلت أكثر التشريعات العربية (المصري ، والسوري ، والليبي ، والصومالي ، والجزائري) ولم يكتف بوصف الغبن بأنه فاحش كما فعلت بعض التشريعات (م ١٠٥٠م أردني) كما أن المشروع فضل عدم الأخذ بحكم القانون العراقي الذي يجعل حد الغبن يختلف باختلاف ماهية الأشياء إذ تنص المادة ١٠٧٧ / ٢ منه على أنه "ويعتبر الغبن فاحشاً متى كان على قدر ربع العشر في الدراهم ونصف العشر في العروض والعشر في الحيوانات والخمس في العقار" ذلك أن هذا التنوع في مقدار الغبن يؤدي إلى صعوبات عملية في التطبيق يحسن تفاديها إذ كثيراً ما يكون المقسوم عدة أموال متنوعة وتتم بالنسبة لها جميعاً قسمة واحدة .

وحتى تستقر القسمة نهائياً في وقت قريب قرر المشروع في الفقرة الثانية سقوط دعوى الإبطال للغبن بمرور سنة من وقت القسمة.

ونصت الفقرة الثالثة من النص على حق المدعي عليه ، وهم المتقاسمون الآخرون ، في الحيلولة دون إبطال القسمة وذلك بتكملة نصيب المغبون ، وهو تطبيق للقواعد العامة التي تقتضي عدم جواز التمسك بالإبطال على نحو يخالف حسن النية. وقد فضل المشروع عبارة ”أن يمنع طلب الإبطال“ الواردة في النص ، على العبارة المقابلة التي نجدتها في كثير من التشريعات العربية وهي ”للمدعي عليه أن يقف سيرها (أي الدعوى) ويمنع القسمة من جديد“ (المصري ، والسوري ، والليبي ، والعراقي ، والصومالي ، والجزائري) وذلك لأن المسألة ليست مسألة وقف الدعوى ، ولأن التشريعات المذكورة تستعمل دون مبرر عبارتين ”يقف سير الدعوى“ و”يمنع القسمة من جديد“ وقد أدى هذا بالبعض استناداً إلى العبارة الأخيرة إلى القول أن المدعي عليه له أن يكمل النصيب حتى بعد الحكم النهائي بالنقض وهو أمر غير مقبول فما دام الحكم النهائي قد صدر بنقض القسمة عادت حالة الشروع إلى ما كانت عليه ، ولم يعد مقبولاً أن يكون من حق من كان مدعياً عليه أن يطلب تكملة النصيب ، ولا يبقى بعد الحكم النهائي إلا العمل على الاتفاق على القسمة من جديد أو رفع دعوى القسمة.

وبعد أن بين المشروع ، أحكام القسمة الاتفاقية ، عرض في المواد من ٨٣٣ إلى ٨٣٦ للقسمة القضائية. وكان على المشروع ، فيما يتعلق بمكان النصوص المتعلقة بهذه القسمة أن يختار بين إحدى سياستين تلجأ إلى كل منهما بعض التشريعات فبعض الدول لا تنظم أحكام القسمة القضائية في مدونة القانون المدني ، كما هي الحال في القانون السوداني وفي القانون الليبي. وبعض الدول تنظم دعوى القسمة في مدونة القانون المدني مثل القانون المصري والقانون السوري ، هذا بالإضافة إلى أن بعض القوانين تقتصر على وضع بعض أحكام دعوى القسمة في القانون المدني دون أن تعرض لكيفية إجراء القسمة مثل القانون الأردني.

وقد اختار المشروع سياسة القوانين التي تنظم الأحكام الخاصة بدعوى القسمة ، والتي لا تكفي في شأنها القواعد العامة في المرافعات ، في مدونة القانون المدني ،

وذلك حتى لا يعرض قانون المرافعات للقواعد التي تخص كل دعوى من الدعاوى ، مثل دعوى الشفعة ودعاوى الحيازة ودعوى القسمة.

(أ) وقد بدأ المشروع في المادة ٨٣٣ ببيان المحكمة المختصة بدعوى القسمة ، فنص على أن ترفع أمام المحكمة الكلية ، وهو ما يفيد إختصاص هذه المحكمة بدعوى القسمة أيا كانت قيمة المال أو الأموال المطلوب قسمتها. وقد راعى المشروع في ذلك أولاً أن أحكام المحاكم الجزئية ، في ظل قانون المرافعات الحالي لا تقبل الاستئناف ، ومن ناحية أخرى فإختصاص المحكمة الكلية يؤدي إلى أن تحكم المحكمة في كافة المنازعات التي تعرض أثناء نظر دعوى القسمة.

كما نص المشروع على أن للمحكمة أن تندب خبيراً أو أكثر لافراز الأنصبة إن كان المال يقبل القسمة عينا دون نقص كبير في قيمته ، والغالب أن تلجأ المحكمة إلى ذلك.

(ب) ثم عرض المشروع في المادة ٨٣٤ لكيفية تكوين الأنصبة ، والغالب أن يقوم بذلك الخبير ، وإذا كان النص لم يأخذ بعبارة المشروع المصري ” يكون الخبير الحصص ... ” وإنما قال ” تكون الأنصبة... ” فذلك لأن ندب الخبير جوازي للمحكمة وإن كان من الناحية العملية هو ما يحدث في كل دعاوى القسمة.

والأصل أن تكون الأنصبة على أساس أصغر حصة تمهيدا لإجراء القرعة بين الشركاء ، فإذا كانت أصغر حصة هي السدس مثلا قسم المال إلى ستة أقسام. وهذه الطريقة وإن كانت تتفادى احتمال أي تحيز لشريك على حساب غيره ، إلا أنها تؤدي إلى تفتيت نصيب الشريك صاحب الحصة الكبيرة فيحصل على عدة أجزاء متفرقة ، فيحصل صاحب النصف مثلا على نصيبه في ثلاث قطع كل منها منفصلة عن الأخرى. هذا بالإضافة إلى أنه قد يتعذر تقسيم المال إلى أجزاء صغيرة أو قد يترتب على مثل هذه التجزئة ضرر للشركاء.

ولهذا نص المشروع ، في الفقرة الثانية من النص ، على أنه يجب الإلتجاء إلى طريقة أخرى لتكوين الأنصبة ، وهي طريقة التجنيب ، فيعين لكل شريك جزءا مفرزا من المال أو الأموال الشائعة يعادل حصته ، وذلك في حالتين ، الأولى أن يتفق الشركاء جميعا على ذلك ، فالشركاء أنفسهم هم أصحاب الحق الأول في تقدير ما إذا كانت القسمة على أساس أصغر حصة ثم القرعة تضرهم أم لا. والحالة الثانية هي حالة ما إذا

تعذرت القسمة على أساس أصغر حصة. وقد خالف المشروع ، في هذا الخصوص ، نص القانون المصري (م ٨٣٧) والقانون السوري (م ٧٩١) من ناحيتين ، الأولى أنه جعل التجاء الخبير إلى طريقة التجنيب ليس مقصورا على حالة تعذر القسمة على أساس أصغر حصة بل أضاف حالة إتفاق الشركاء ، والناحية الثانية أنه جعل العدول عن القسمة على أساس أصغر حصة إلى القسمة بطريق التجنيب وجوبيا وليس جوازيا.

(ج) وبعد أن يكون الخبير الأنصبة اما على أساس أصغر حصة أو بطريق التجنيب ، يكون لكل شريك ، بل كذلك لكل ذي مصلحة كدائن الشريك ، أن ينازع في تكوين الحصص. فإذا حدثت منازعة ، فعلى المحكمة أن تفصل أولا فيها ، كما عليها أن تفصل فيما قد يثور من منازعات أخرى مثل المنازعة في ملكية جزء من الأموال المطلوب قسمتها.

وبعد الإنتهاء من الفصل في المنازعات ، تأتي المرحلة الأخيرة في دعوى القسمة التي عرضت لها المادة ٨٣٥ فإذا كانت الأنصبة قد كونت بطريق التجنيب ، تصدر المحكمة حكمها بإعطاء كل متقاسم نصيبه المفرز.

وإن كانت الأنصبة قد كونت على أساس أصغر حصة ، فيكون تحديد ما يخص كل شريك من هذه الأنصبة بطريق الاقتراع ، وعلى المحكمة أن تثبت ما تم في الاقتراع في المحضر وتحكم بإعطاء كل متقاسم نصيبه المفرز الذي تحدد بالاقتراع.

ويعرض نص المادة ٨٣٦ لبيع المال الشائع بالمزاد تمهيدا لقسمة الثمن على الشركاء وهو ما يعرف بالقسمة بطريق التصفية. فإذا تبين للمحكمة أن المال الشائع لا يمكن قسمته عينا ، كما لو كان منزلا معدا لسكني أسرة واحدة ، أو تبين لها أن قسمته عينا من شأنها أن تنقص من قيمته نقصا كبيرا ، كما لو كان هذا المال قطعة أرض معدة للبناء ولو قسمت لأصبح كل جزء منها صغيرا إلى حد ينقص من منفعة فتقل قيمته ، فتعدل المحكمة عن القسمة العينية إلى القسمة بطريق التصفية وذلك بأن تحكم بأن يباع المال بالمزاد العلني بالطريقة المبينة في قانون المرافعات للبيع الجبري.

والأصل أنه يجوز لأي شخص ، سواء من الشركاء أو من غيرهم ، أن يتقدم بالمزايدة عند بيع المال الشائع حتى يمكن الحصول على أكبر ثمن ممكن. ولكن قد يرى الشركاء أنفسهم قصر المزايدة عليهم لاعتبارات يقدرونها ، كأن يكون المال هو منزل الأسرة

ويريدون أن يبقى في يد واحد منهم ، ولما كانت المصلحة التي يمكن أن تتأثر بقصر المزايدة على الشركاء هي مصلحتهم فيكفي لحمايتهم أن يكون قصر المزايدة عليهم دون غيرهم بموافقتهم جميعا. لكن إذا كان بين الشركاء غائب أو مفقود أو غير كامل الأهلية ولا يمثله الولي الشرعي . فرعاية لمصلحته لا يجوز للمحكمة ان تأمر بقصر المزايدة على الشركاء حتى ولو طلبوا ذلك ووافق على الطلب من ينوب عن الغائب أو المفقود أو غير كامل الأهلية. تبقى حماية دائني الشركاء ، ولهم بلا شك مصلحة في رسو المزداد بأعلى ثمن ممكن ، وقد إكتفى المشروع في شأنها بالقواعد العامة التي تعطي الدائن حق التدخل في الدعوى والنص الخاص بحماية دائني الشركاء من أخطار القسمة (م ٨٣٧ من المشروع) خاصة وقصر المزايدة على الشركاء جوازي للمحكمة التي لها برغم إجماع الشركاء على طلب قصر المزايدة عليهم أن ترفض طلبهم إذا إعترض عليه أحد الدائنين لاعتبارات مقبولة.

حماية دائني المتقاسمين من القسمة:

عرض نص المادة ٨٣٧ لحماية خاصة بدائني الشركاء المتقاسمين من القسمة التي قد يتواطأ فيها الشركاء على الإضرار بحقوق بعض الدائنين كأن يتفق شريك مدين مع بقية الشركاء على أن يختص بأموال يسهل إخفاؤها كالنقود أو المجوهرات أو السندات لحاملها ، أو على أن يختص بحصة عينية تقل عن نصيبه ويكمل النصيب بنقود يقبضها دون علم الدائنين.

وإذا كانت القواعد العامة تخول دائن المتقاسم حق التدخل في دعوى القسمة باعتباره صاحب مصلحة. وبالتالي يتمكن من مراقبة سير إجراءات القسمة حتى لا تتم على نحو يضر بمصلحته ، كأن ينازع في تكوين الأنصبة أو يعترض على إجراء القسمة بطريق التجنيب مادام إجراؤها بطريق القرعة ممكنا أو يعترض على طلب الشركاء قصر المزايدة عليهم ، إذا كان الأمر كذلك ، فقد يحدث عملا أن ترفع دعوى القسمة دون أن يعلم بها الدائن وبالتالي تفوته فرصة الدفاع عن مصلحته ، لهذا يحمي المشروع دائني المتقاسم حماية خاصة بتمكينهم من تفادي إجراء القسمة في غيبتهم ، ويفرق في هذا الخصوص بين الدائنين أصحاب الحقوق المشهورة من جهة ، والدائنين العاديين من جهة أخرى.

(أ) ففيما يتعلق بالدائنين المشهرة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة أو قبل إبرام القسمة الاتفاقية ، أوجبت الفقرة الأولى من النص على الشركاء أن يدخلوهم في القسمة. فإذا حصل الإدخال للدائنين أن يعمل على تفادي المساس بحقه، فإن كانت القسمة قضائية فالمحكمة هي التي تقدر ما يطلبه الدائن وتحكم في الدعوى بما تراه محققا مصالح المتقاسمين وبمراعاة مصلحة الدائن. وإن كانت القسمة اتفاقية فقد يراعى المتقاسمون ما أبداه الدائن رعاية لحقه وتتم القسمة باتفاق كل ذوي الشأن بما في ذلك موافقة الدائن ، فإن اختلفوا فلا مفر من اللجوء إلى القسمة القضائية. أما إذا لم يدخل المتقاسمون الدائن فلا تكون القسمة ، قضائية كانت أم اتفاقية ، نافذة في حقه.

(ب) وفيما يتعلق بالدائنين العاديين لا يتصور الزام المتقاسمين ابتداء وبحكم القانون أن يدخلوا الدائن لأنه غير معلوم لهم. ولهذا تكون الخطوة الأولى في سبيل الحماية من الدائن نفسه وذلك بأن يعارض في أن تتم القسمة في غيبته ، فإذا تمت المعارضة وجب على الشركاء إدخال من عارض في القسمة وإلا كانت غير نافذة في حقه.

وقد عرضت الفقرة الثانية من النص لمعارضة الدائنين وأثرها وقصرت الحكم على القسمة القضائية. وقد خالف المشروع في هذا بعض التشريعات العربية التي تعمم الحكم ليشمل القسمة الاتفاقية أيضا مثل القانون السوري والقانون الأردني . وفي القانون المصري يدل ظاهر النص (م ٨٤٢) على أن حكمه خاص بالقسمة القضائية كما تصرح المذكرة الإيضاحية بإستبعاد القسمة الاتفاقية ، ومع ذلك ذهب بعض الشراح إلى أنه ليس ثمة مبرر معقول للتفرقة بين القسمة الاتفاقية والقسمة القضائية بل أن الحاجة إلى تخويل الدائن حق المعارضة أظهر في القسمة الاتفاقية منه في القسمة القضائية إذ أن الدائن له وفقا للقواعد العامة حق التدخل في دعوى القسمة ، هذا بالإضافة إلى أن القسمة الاتفاقية خالية من ضمانات القسمة القضائية وبالتالي فالدائن أحوج إلى التدخل فيها ، وبالتالي يدعون إلى التوسع في تفسير النص ليشمل القسمة الاتفاقية. ومع هذا أثر المشروع قصر المعارضة وما يترتب عليها من إلزام المتقاسمين بإدخال من عارض على القسمة القضائية ، فمع التسليم بما قيل من أن الدائن في حاجة إلى حماية من القسمة الاتفاقية لا تقل عن حاجته إلى الحماية من القسمة القضائية بل لعل حاجته الأولى أكبر مع هذا فاعطاء الدائن العادي حق التدخل في القسمة الإتفاقية أمر غير مقبول إذ يؤدي إلى

تمكين الدائن الذي لم يتعلق حقه بذات المال أو الأموال المراد قسمتها من التحكم الذي لا حد له وينتهي الأمر إلى أن يكون في قدرة أي دائن لأي شريك أن يجبر الشركاء جميعاً على العدول عن القسمة الاتفاقية والالتجاء إلى القضاء ، وفي هذا خروج على مبدأ حرية التعاقد لا مبرر له ، فإذا كان الشريك يستطيع أن يتصرف في حقه بسائر التصرفات كالبيع والهبة... الخ دون موافقة دائنيه ، فلا مبرر لأحكام الدائن في القسمة بالذات. ولهذا يكتفي في حماية الدائن العادي من القسمة الاتفاقية بالقواعد العامة التي تجيز للدائن الطعن في تصرفات مدينه بدعوى عدم نفاذ التصرفات. وبالنص المقترح يستطيع كل دائن لشريك يخشى أن تؤثر القسمة القضائية التي تنهي حالة الشروع بين مدينه وشركائه في ضمانه ، يستطيع أن يبادر منذ نشوء حقه بأن يعارض في أن تتم القسمة القضائية في غيبته. وقد نص المشروع على أن تكون المعارضة بإنذار رسمي يوجه إلى جميع الشركاء ، فلم يسلك مسلك المشرع المصري في ترك طريقة المعارضة دون تحديد ، وإنما نص على أن تكون بإنذار رسمي حسماً لما قد يثور من منازعة فيما إذا كان الدائن قد عارض أم لا. ويجب أن توجه المعارضة إلى جميع الشركاء فإذا وجهت إلى البعض دون البعض الآخر ولم يدخل المتقاسمون الدائن الذي عارض فتكون القسمة نافذة في حقه فلا يصح أن يقال أنها تنفذ بالنسبة للبعض دون البعض الآخر لأنها لا تقبل التجزئة.

أثر القسمة:

إذا تمت القسمة ، رضاً أو قضاء ، ترتب عليها أثرها الجوهري الذي يهدف إليه المتقاسمون وهو إفراز نصيب من الأموال الشائعة لكل شريك . وحتى يستقر للمتقاسم الجزء المفروز الذي اختص به في القسمة ، يلتزم نحو غيره من المتقاسمين بضمان ما يحدث له من تعرض أو إستحقاق.

ويعرض نص المادة ٨٣٨ لأثر القسمة الجوهري وهو إفراز نصيب كل شريك أي إستقلال كل شريك بجزء من المال الشائع يملكه ملكية مفروزة.

ولم يأخذ المشروع بفكرة الأثر الرجعي للقسمة التي أخذت بها أكثر القوانين العربية ، تأثراً بالقانون الفرنسي. فقد نصت المادة ٨٤٣ مصري على أنه ”يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشروع وأنه لم يملك غيرها شيئاً في بقية

الحصص“ وهذا النص قد نقله حرفياً كل من المشرع السوري (م٧٩٧) والمشرع الليبي (م٨٤٧) والمشرع الصومالي وأخذت بحكمه تشريعات أخرى مع شيء من الاختلاف في عبارة النص كالقانون العراقي الذي قرر الحكم نفسه ومهد له بعبارة ”ترجح جهة الإفراز على جهة المبادلة في القسمة“ (م١٠٧٥) والقانون اللبناني (م٩٤٦ من قانون الموجبات) والقانون التونسي (م١٢٣). أما القانون الأردني فقد وضع نصاً تفادي فيه التعرض لوقت استقلال كل شريك بالنصيب الذي آل إليه بالقسمة فذكرت المادة ١٠٤٧ أنه ”يعتبر المتقاسم مالكا على وجه الإستقلال لنصيبه الذي آل إليه بعد القسمة“.

وإسناد أثر القسمة إلى وقت التملك في الشيوخ ، بحيث يعتبر كل متقاسم أنه كان يملك وحده النصيب الذي آل إليه منذ بدء الشيوخ ، هو تحايل أو مجاز قانوني لأنه يخالف الحقيقة مخالفة مؤكدة ، ذلك أن كل متقاسم كان يملك قبل القسمة فيما وقع في نصيب غيره وأن غيره كانوا يملكون فيما وقع في نصيبه. والحيلة أو المجاز هي وسيلة فنية يلجأ إليها المشرع عندما يجدها ضرورية لتحقيق ما يهدف إليه ، والهدف الذي يراد الوصول إليه من وراء تقرير الأثر الرجعي للقسمة هو حماية كل شريك من تصرفات غيره من الشركاء التي تمت أثناء فترة الشيوخ بالنسبة للنصيب الذي اختص به الشريك بالقسمة. وللوصول إلى تحقيق هذا الهدف يقرر المشرع في القوانين التي تأخذ بالأثر الرجعي أن الشريك يعتبر مالكا وحده لما آل إليه بالقسمة منذ أن تملك في الشيوخ ليصل من وراء ذلك إلى اعتبار التصرفات التي تمت من غيره صادرة من غير مالك وبالتالي لا أثر لها بالنسبة للمتقاسم فتخلص له ملكية النصيب الذي اختص به خالية من كل أثر لتصرفات غيره من الشركاء.

وإذا كانت هذه الوسيلة الفنية ، وهي كما يقال عنها في عبارة مشهورة ”كذب فني تقتضيه الضرورة“ توصل فعلاً إلى تحقيق هدفها المذكور ، فهي تؤدي منطقياً إلى نتائج لا يمكن قبولها. فقد قيل مثلاً أننا لو التزمنا منطق نص من النصوص الذي اختص به في القسمة ، لوجب القول أن كل شريك يستحق ثمار النصيب الذي اختص به في القسمة، ويتحمل تكاليفه ، في الفترة التي سبقت القسمة أي أثناء حالة الشيوخ ، وهو حكم غير مقبول. كذلك كان منطق فكرة الأثر الرجعي للقسمة أن يعتمد في تقويم الأنصبة عند القسمة بقيمة الأموال وقت بدء الشيوخ لا وقت القسمة ، وفعلاً قضت محكمة النقض الفرنسية بذلك في وقت ما وكان قضاؤها محلاً للنقد فعدلت عنه واستقرت على الاعتداد

بالقيمة وقت القسمة ، وكان منطق الأثر الرجعي كذلك أنه إذا كان هناك حق ارتفاق لخدمة العقار الذي وقع في نصيب الشريك فالأعمال التي قام بها غيره أثناء الشيوخ والتي تعتبر ممارسة لحق الارتفاق لا تقطع التقادم المسقط للحق ، وكذلك فإن وقف التقادم الذي حدث أثناء فترة الشيوخ لمصلحة شريك آخر لا يجعله موقوفا بالنسبة للشريك الذي اختص بالعقار. بل إن منطق فكرة الأثر الرجعي للقسمة أدى إلى القول أنه إذا صدر قانون جديد أثناء حالة الشيوخ يغير من القواعد المنظمة للقسمة فإن هذا القانون لا ينطبق على أساس أن القسمة تفرز لكل متقاسم حقه من وقت بدء الشيوخ أي من وقت سابق على صدور القانون الجديد وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية وكان قضاؤها محل نقد الكثيرين.

هذه أمثلة لما يمكن أن يؤدي إليه النص على رجعية أثر القسمة. صحيح أنه قيل بوجوب قصر تطبيق النص على الحالات التي تتحقق فيها الحكمة من وضعه ، ولكن هذا لن ينهي الخلاف ، والأفضل أن يواجه المشرع المسائل التي يريد تقرير حكمها مواجهة مباشرة ويقرر الحكم الذي يراه مناسباً، دون الالتجاء إلى التحايل وهو ما فعله المشروع بالنص في المادة ٨٣٨، بعد أن قرر الأثر الجوهرى للقسمة وهو الإفراز ، على أن تكون ملكية المتقاسم النصيب المفرز الذي اختص به في القسمة ”خالصة من كل حق رتبه غيره من الشركاء ما لم يكن الحق قد تقرر بإجماع الشركاء أو بأغليبتهم وفقاً للقانون“. وبأعمال هذا النص، مع النصوص الأخرى التي قررها المشروع ، في شأن التصرف في المال الشائع ، نصل إلى النتائج الآتية:

أولاً: إذا كان الشريك قد تصرف في حصته الشائعة ، فالتصرف صحيح وفقاً لنص المادة ٨١٩ من المشروع. ولا صعوبة إن كان التصرف بنقل الحق الشائع إذ يدخل المتصرف إليه شريكا في الشيوخ محل المتصرف ويكون أحد المتقاسمين عند القسمة. وإذا كان التصرف في الحصبة بترتيب حق عيني عليها ، كالانتفاع أو الرهن ، فهو أيضاً تصرف صحيح لأن الشريك قد تصرف فيما يملك ، وقد كان على المشروع أن يضع نصاً يبين مصير الحق ، وهو ما قرره في المادة ٨٣٩.

ثانياً: إذا كان التصرف قد تم أثناء الشيوخ على جزء مفرز ، فإن كان قد تم بإجماع الشركاء أو بواسطة الأغلبية في حدود ما يسمح به القانون ، فالتصرف صحيح يترتب عليه أثره. ولا

صعوبة إن كان من التصرفات الناقلة للملكية، أما إذا كان التصرف بإنشاء حق عيني غير الملكية كالرهن، فيبقى الحق قائماً لا يتأثر بالقسمة ويجب على المتقاسمين أن يدخلوا وجوده في اعتبارهم عند القسمة. ولهذا حرص المشروع على النص في نهاية المادة ٨٣٨، بعد أن قرر أن تكون ملكية المتقاسم خالصة من كل حق رتبه غيره من الشركاء دون موافقته، على أنه "... ما لم يكن الحق قد تقرر بإجماع الشركاء أو بأغليبتهم وفقاً للقانون".

أما إذا كان التصرف في الجزء المفروض قد أبرمه أحد الشركاء فلا يترتب عليه قبل القسمة أي أثر فيما يتعلق بنقل أو إنشاء الحق العيني، وفقاً لنص المادة ٨٢٩ من المشروع، فإذا وقع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف زال المانع الذي منع ترتب الأثر العيني وأمكن نقل الحق أو انشاؤه. وإذا وقع الجزء المتصرف فيه في نصيب متقاسم آخر فلا يكون أمام المتصرف إليه إلا الرجوع على المتصرف وفقاً للقواعد العامة.

ويعرض نص المادة ٨٣٩ لمصير الحقوق العينية التي كانت تثقل حصة الشريك، كلها أو بعضها، قبل القسمة. فنظراً إلى أن الشريك من حقه أن يتصرف في حصته الشائعة، فيمكن أن يقرر عليها حق إنتفاع، أو حق رهن، وقد يكون هذا الشريك قد اشترى الحصة ولم يدفع الثمن فيكون للبائع عليها حق امتياز البائع.

فإذا تمت القسمة، فإن أعمال القاعدة التي تقرر أن كل شريك يحصل على نصيبه المفروض الذي اختص به في القسمة خالصاً من الحقوق التي رتبها غيره، يثير مسألة الحقوق التي كانت تثقل حصة الشريك الشائعة.

ولم تواجه التشريعات المختلفة مصير الحقوق التي كانت واردة على الحصة الشائعة بقاعدة عامة تتناول الفروض المختلفة التي يمكن أن تعرض في العمل، وإنما اهتمت التشريعات التي عرضت للمسألة بالرهن الرسمي الذي ينشئه الشريك على حصته الشائعة، وهذا هو مسلك القانون المصري والقوانين التي تأثرت به ومنها القانون الكويتي والقانون الليبي والقانون السوداني والقانون الجزائري والقانون الصومالي والقانون الأردني.

وقد أثر المشروع أن يضع قاعدة عامة لا يقتصر تطبيقها على الرهن وإنما يتناول الحقوق العينية الأخرى، كما يتناول تطبيقها الفروض المختلفة التي يمكن أن تتحقق في العمل، فقد يرد الحق ابتداءً على كل حصة الشريك، في كل الأموال الشائعة أو في مال واحد من

بين الأموال المتعددة الداخلة في الشروع، وقد يرد الحق على حصة أقل مما يملك الشريك كما لو كان يملك النصف ورهن الربع. وعند القسمة قد يقع المال الذي ورد عليه الحق ابتداء في نصيب الشريك، وقد يقع جزء منه فقط، وقد يقع في نصيب الشريك مال آخر ولا يختص بشيء من المال الذي ورد عليه الحق ابتداء.

وقد روعي في صياغة النص أن يواجه هذه الفروض المختلفة، وذلك على خلاف التشريعات التي لا تواجه نصوصها إلا بعض الفروض، حتى في نطاق الرهن الرسمي الذي عرضت له.

(أ) فإذا كان الحق قد ورد ابتداء على كل حصة الشريك في كل الأموال الشائعة، فيترتب على القسمة أن يثقل هذا الحق كل الجزء المفرز الذي آل إليه.

(ب) وإذا كان الحق قد ورد على بعض حصة الشريك في كل الأموال الشائعة، كما لو كان يملك النصف ورهن الربع، ترتب على القسمة أن يثقل الحق نصف النصيب الذي آل إليه.

(ج) وإذا كان الحق قد ورد ابتداء على كل حصة الشريك أو بعضها في مال واحد من الأموال الشائعة، فإن وقع هذا المال في نصيبه عند القسمة بقي الحق كما هو، ولهذا لم يستخدم النص عبارة "انتقل الحق" أو "تحول الحق" التي وردت في نصوص التشريعات التي نظمت الموضوع بالنسبة للرهن. وإذا لم يقع هذا المال في نصيب الشريك وإنما وقعت في نصيبه أموال أخرى تحول الحق إلى جزء مما وقع في نصيبه يعادل قيمة الحصة التي ورد عليها الحق ابتداء. وتعين المحكمة الجزء الذي يعادل قيمة الحصة عند عدم اتفاق ذوي الشأن.

ضمان التعرض والاستحقاق:

عرض المشروع بنصوص المواد ٨٤٠، ٨٤١، ٨٤٢ لضمان التعرض والاستحقاق في القسمة، والاستحقاق الذي يترتب عليه الضمان هو استحقاق ما وقع في نصيب الشريك مدعي الضمان، وليس استحقاق المقسوم كله أو حصة شائعة فيه كله، فإذا حدث لواحد من المتقاسمين تعرض فله أن يطلب من بقية المتقاسمين المساهمة معه في دفع هذا التعرض، فإذا كان المتعرض يدعي ملكيته للمقسوم كله أو

حصّة شائعة فيه ونجح في إثبات ما يدعيه ، فمقتضى القواعد العامة اعتبار القسمة باطلة لا أثر لها اما لأنها وقعت على مال غير مملوك للمتقاسمين واما لأنها تمت بين بعض الشركاء دون البعض الآخر. وهذا الحكم هو ما ورد في صدر المادة ١١٢ من المجلة إذ تقول: ” شرط المقسوم هو كونه ملك الشركاء حين القسمة فإذا ظهر مستحق للمقسوم بعد القسمة بطلت وكذا إذا ظهر مستحق لجزء شائع منه ويتعين حينئذ إعادة القسمة فيما بقى منه “. وهذا الفرض ليس هو الذي عرض له المشروع مكتفيا في شأنه بحكم القواعد العامة.

أما الفرض الذي عرضت له النصوص فهو أن يكون الاستحقاق خاصا بما يقع في نصيب من يدعي الضمان ، وهنا لا تبطل القسمة لمجرد أن المتقاسمين أدخلوا فيها ما ليس لهم ، وتكون في نطاق الإلتزام بالضمان وإن كانت المجلة تقرر البطلان ليس فقط عند إستحقاق المقسوم كله أو حصّة شائعة فيه كله بل كذلك إذا ظهر مستحق لمجموع حصّة أحد المتقاسمين.

وقد عرضت المادة ٨٤٠ لضمان كل متقاسم للآخر ما يقع في النصيب الذي اختص به من تعرض واستحقاق لسبب سابق على القسمة ، وبعد أن قررت في الفقرة الأولى الإلتزام بالضمان ، عرضت في الفقرة الثانية لأثر الاستحقاق فأعطت لمن استحق نصيبه كله أو بعضه حق طلب الفسخ وإجراء قسمة جديدة ان كان ذلك ممكنا دون ضرر لباقي المتقاسمين أو للغير ، فإذا لم يطلب الفسخ أو تعذر إجراء قسمة جديدة لما يترتب عليها من ضرر ، كان له أن يرجع على باقي المتقاسمين بمقدار ما نقص من نصيبه بسبب الاستحقاق على أساس قيمة الأموال المقسومة كلها وقت الاستحقاق. ويتحمل كل متقاسم ، مما يستحقه مدعي الضمان ، بنسبة حصته فإن كان أحدهم معسرا وزع ما يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين. وفي هذا النص تجديد خالف به المشروع أكثر القوانين العربية ، فمعظم هذه القوانين تقصر أثر الاستحقاق في رجوع مستحق الضمان على غيره من المتقاسمين بالتعويض كل منهم بنسبة حصته على أن تكون العبرة في تقدير الشيء بقيمته وقت القسمة (المصري والسوري والليبي والصومالي والجزائري والعراقي والتونسي). وتقدير الشيء بقيمته وقت القسمة يخالف القاعدة المقررة في ضمان الاستحقاق في عقد البيع حيث العبرة في تقدير قيمة الشيء بوقت الاستحقاق. ويقال في تبرير الفرق في الحكم بين الضمان في البيع والضمان في

القسمة أن الالتزام بالضمان في البيع يقوم على أساس ضرورة حصول المشتري على القيمة التي يمثلها وقد تزيد أو تنقص بعد البيع والعبء بالقيمة وقت الاستحقاق لأن البيع عقد مضاربة يتعرض فيه المشتري للربح والخسارة ، أما القسمة فليست عقد مضاربة وإنما تراعي فيها المساواة بين المتقاسمين ولذلك تكون العبء عند تقدير ما يرجع به مستحق الضمان بقيمة الشيء وقت القسمة لا وقت الاستحقاق. والواقع أن كون القسمة ليست عقد مضاربة وإنما تراعى فيها المساواة التامة بين المتقاسمين لا يستتبع أن تكون العبء عند النظر في التعويض عند الاستحقاق بقيمة ما نقص من نصيب مستحق الضمان وقت القسمة ، ذلك أن المساواة التي ينبغي أن تحققها القسمة هي المساواة وقت القسمة ، أما بعد تمام القسمة فقد تتغير قيم الأشياء التي اختص بها المقاسمون كلها أو بعضها دون البعض ، وليس من العدل أن تتغير قيم الأشياء المقسومة بعد القسمة ثم يبقى لكل متقاسم نصيبه بقيمته الحالية التي يحتمل أن تكون قد زادت أو نقصت ثم تعوض مستحق الضمان القيمة وقت القسمة ، فإذا افترضنا أن الأسعار قد ارتفعت بوجه عام فيضار المتقاسم الذي استحق نصيبه إذ يعوض على أساس قيمة الشيء قبل ارتفاع الأسعار ويحتفظ الآخرون بأنصباؤهم بقيمتها المرتفعة ، والعكس هو صحيح إذا انخفضت الأسعار بوجه عام. كما يحتمل أن ترتفع قيمة بعض الأشياء دون البعض أو العكس وبالتالي يؤدي التعويض على أساس القيمة وقت القسمة إلى الأضرار بمستحق الضمان أو إلى إفادته. ولهذا قد يقال أن الأفضل تطبيق القاعدة المقررة بالنسبة للضمان في عقد البيع وحيث تكون العبء بقيمة الشيء الذي استحق وقت الاستحقاق ، وهذا هو ما قرره القانون اللبناني الذي نص في المادة ٩٤٨ على أن ”يضمن كل من الشركاء المتقاسمين أنصبة سائر الشركاء للأسباب السابقة على القسمة طبقاً للأحكام الموضوعة للبيع“ ويكون وجه تفضيل هذا الحكم أنه بعد أن تتم القسمة - والمفروض أنها حققت المساواة وقت إبرامها - يتحمل كل متقاسم ما يطرأ على قيمة ما اختص به من نقص ويستفيد مما يطرأ عليها من زيادة.

وقد أثر المشروع أن يعمل على تفادي كل ما يترتب على الاستحقاق من إخلال بالمساواة بين المتقاسمين ، فأعطى أولاً لمن استحق نصيبه الحق في طلب الفسخ وإجراء قسمة جديدة بشرط أن يكون ذلك ممكناً دون ضرر لباقي المتقاسمين أو للغير ، فإذا لم يكن ممكناً ، كما لو كان المتقاسمون كلهم أو بعضهم قد أجرى تعديلات أو تحسينات

فيما اختص به أو تصرف لغيره ، ففي هذه الحالة ، وكذلك حالة ما إذا لم يطلب مستحق الضمان الفسخ ، فلجأ إلى التعويض وهنا استحدث المشروع حكماً يحول دون الإخلال بما تهدف إليه القسمة من تحقيق المساواة بين المتقاسمين فقرر أن يكون التعويض على أساس قيمة الأموال المقسومة جميعاً وقت الاستحقاق ، وهذا يعني القيام بما يشبه ما يحدث لو كنا بصدد إجراء قسمة جديدة ، فتقوم الأموال المقسومة جميعاً - بعد استبعاد ما استحق - ويحدد على ضوء ذلك قيمة ما يخص الشريك الذي استحق نصيبه ، ويعوض بهذه القيمة إن كان نصيبه كله قد استحق أو بما يكمل ما بقي معه بعد الاستحقاق إن كان بعض نصيبه هو الذي استحق .

هذا وقد استحدث المشروع القاعدة الواردة في المادة ٨٤١ ، وبيان ذلك أن نصوص التشريعات العربية تقصر الضمان على حالة ما إذا كان سبب الاستحقاق سابقاً على القسمة ، وهي الحالة التي ورد حكمها في المادة السابقة ، (المصري ، والسوري ، والليبي ، والعراقي ، والصومالي ، والجزائري ، والتونسي ، والسوداني) في حين أن المعروف أن الضمان في البيع يشمل كذلك حالة ما إذا كان سبب الاستحقاق لاحقاً للبيع إذا كان حق المستحق قد آل إليه من البائع . وربما كان السبب في عدم نص التشريعات العربية على مثل هذا الحكم بالنسبة للقسمة هو تصور واضعي النصوص ان حالة الاستحقاق لسبب لاحق للقسمة غير ممكنة ، والواقع أنها ممكنة فإذا فرضنا أن أحد المتقاسمين ، بعد القسمة التي لم تسجل ، قد باع إلى الغير حصة شائعة في عقار اختص به غيره من المتقاسمين تساوي ما كان للبائع في هذا العقار قبل القسمة ، ثم سجل المشتري عقد البيع ، فتنقل إليه ملكية تلك الحصة الشائعة ، فإذا ما طالب بحقه فيعتبر هذا تعرضاً للمتقاسم الذي اختص بالعقار في القسمة ، ويكون لهذا الأخير أن يرجع بالضمان على المتقاسم البائع وحده دون غيره من المتقاسمين . ولهذا نص المشروع على أن يضمن المتقاسم ما يقع لغيره من المتقاسمين من تعرض أو استحقاق لاحق للقسمة يرجع إلى فعله ، وجعل الرجوع في هذه الحالة بالتعويض عما نقص من نصيب مستحق الضمان مقدراً وقت الاستحقاق ، كما هي الحال في ضمان الاستحقاق في عقد البيع . ولما كنا في هذا الفرض بصدد ضمان عدم التعرض الشخصي فكل اتفاق على خلاف حكم النص يقع باطلاً .

أما المادة ٨٤٢ فتعرض لحكم الاتفاق على عدم الضمان ، وهي تبدأ بتحفظ خاص

بعدم الإخلال بما تقضي به المادة السابقة ، والمقصود هو بطلان كل اتفاق على خلاف ما يقضي به النص . ثم قضى النص بعد ذلك بأنه لا يكون للضمان محل في حالتين ، الحالة الأولى ، أن يوجد اتفاق صريح على الإعفاء من الضمان في الحالة الخاصة التي نشأ عنها، فيجب أولاً أن يكون الاتفاق صريحاً ، ويجب ثانياً أن يكون الاتفاق خاصاً بالإعفاء من الضمان في الحالة الخاصة التي نشأ عنها فلا يكفي في ذلك شرط الإعفاء العام من الضمان . والحالة الثانية هي أن يكون الاستحقاق راجعاً إلى خطأ المتقاسم الذي استحق شيء من نصيبه .

وقد حذا المشروع في الأخذ بحكم النص حذو القانون المصري (م/٨٤٤/٢) والقوانين العربية الأخرى التي تأثرت به (السوري والليبي ، والتونسي) ، وذلك على خلاف بعض القوانين التي لم تأخذ بهذا الحكم (العراقي واللبناني).

(ثالثاً) قسمة المهايأة:

بعد أن عرض المشروع للقسمة التي تؤدي إلى إنهاء حالة الشيوخ ، عرض في المواد من ٨٤٣ إلى ٨٤٦ لقسمة المهايأة ، التي لا تنه حالة الشيوخ وإنما تنظم بطريقة خاصة كيفية انتفاع الشركاء بالمال الشائع . والمهايأة اما مكانية واما زمانية .

وقد عرض نص المادة ٨٤٣ للمهايأة المكانية ، وفيها يتفق الشركاء على تقسيم المال الشائع أجزاء لينتفع كل شريك منهم بجزء في مقابل انتفاع غيره بالأجزاء الأخرى . والمهايأة في الانتفاع على هذا الوجه وسيلة مقبولة يتفادى بها الشركاء مشاكل إدارة المال الشائع . وما بقى الشيوخ قائماً فلا بأس من أن تستمر المهايأة في الانتفاع لأية مدة ، ولكن نظراً إلى أنه لا يجوز الاتفاق على الالتزام بالبقاء في الشيوخ أي عدم طلب القسمة مدة تزيد على خمس سنين ، نص المشروع على أن الإتفاق على المهايأة لا يصح فيما زاد من مدته على خمس سنين وذلك حتى لا يحمل الاتفاق على المهايأة لمدة تزيد على خمس سنين محمل الاتفاق على الالتزام بالبقاء في الشيوخ لهذه المدة .

والاتفاق على المهايأة يكون صحيحاً ولو لم يتفق فيه على مدة . فإذا اتفق على مدة معينة ، في حدود خمس سنين ، انتهت القسمة بانقضاء المدة المتفق عليها دون حاجة إلى أن ينبه أحد الشركاء على الآخرين ، قبل انقضاء هذه المدة ، برغبته في الإنهاء . أما إذا

لم يتفق على مدة ، فتكون المدة بحكم القانون هي سنة ، وتمتد هذه المدة سنة فسنة إلى أن ينه أحد الشركاء على الآخرين قبل انقضاء السنة الجارية بستين يوما برغبته في إنهاء القسمة ، فإذا حصل التنبيه إنتهت القسمة بنهاية السنة .

وإذا انتهت القسمة اما بانتهاء المدة المتفق عليها ، أو بنهاية السنة على الوجه السابق ، فقد يحدث مع ذلك أن يظل الشركاء على ما هم عليه كل منهم يتنفع بالجزء الذي اختص به دون أن يعترض أحدهم على ذلك خلال مدة معقولة ، فتكون القسمة قد تجددت تجديدا ضمنيا ، والتجديد الضمني عقد جديد يعقد بشروط العقد الذي انتهى ، فيما عدا أنه يكون غير محدد المدة فيسري عليه حكم العقد الذي لم يتفق فيه على مدة أي تكون مدته سنة تمتد سنة فسنة إلى أن ينه أحد الشركاء على الآخرين قبل انقضاء السنة الجارية بستين يوما برغبته في إنهاء القسمة .

هذا ولم يأخذ المشروع بحكمين وردا في كل من القانون المصري (م/٨٤٦ /٢) والقوانين التي حذت حذوه (السوري ، والصومالي ، والجزائري) ، محتذيا في ذلك حذو القانون العراقي والقانون الليبي والقانون السوداني والقانون التونسي والقانون الأردني ، والحكم الأول الذي لم يأخذ به المشروع هو أن المهاية المكانية إذا دامت خمس عشرة سنة إنقبلت قسمة نهائية ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك ، وهو حكم يقال في تبريره أن دوام المهاية خمس عشرة سنة أكبر دليل على أن هذه المهاية هي خير قسمة للمال الشائع ، وهو قول محل نظر فقد توجد اعتبارات تجعل الشركاء يقبلون القسمة باعتبارها مهاية في الانتفاع دون أن يرتضوها قسمة نهائية لاختلاف غاية كل من نوعي القسمة ، كما لو كان المقسوم مهاية أرضا زراعية تستوي أجزاءها في الجودة من حيث الاستغلال الزراعي ولكن بعض الأجزاء التي يزرعها أحدهم قد أصبحت قريبة من منطقة المباني فارتفع سعرها . والحكم الثاني الذي لم يأخذ به المشروع هو أنه إذا حاز الشريك على الشيوخ جزءا مفرزا من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهاية ، وهذا في الواقع حكم غير مقبول ، خاصة إذا لوحظ أن بعض الشراح ، عند تفسير النص ، قد قالوا أن الافتراض لا يقبل إثبات العكس . وحتى إذا كان يقبل إثبات العكس كما يقول البعض الآخر ، فالقرائن تبني على الغالب وليس الغالب أن تكون حيازة الشريك لجزء مفرز مستندة إلى قسمة مهاية . والنوع الثاني من قسمة المهاية هي المهاية زمانا ، وقد عرض لها المشروع

بنص المادة ٨٤٤. وهي ، كالمهياة مكانا ، لا تتم إلا بإتفاق الشركاء جميعا. وفيها يتفق الشركاء على أن ينتفع كل منهم بالمال الشائع كله لمدة معينة ثم يبدأ شريكه في الانتفاع به وهكذا بحيث تكون مدة إنتفاع كل منهم تتناسب مع حصته في الشيوخ. وفي هذه القسمة لا بد من الاتفاق على المدة ، فإذا لم يتفق عليها كان العقد باطلا لأن مدة إنتفاع كل شريك والنسبة بينها وبين مدة إنتفاع الآخر هي الأمر الجوهرى في هذه القسمة.

وبعد أن عرض المشروع لنوعى المهياة ، المكانية والزمانية ، عرض بنص المادة ٨٤٥ لقسمة مهياة تتم أثناء إجراءات القسمة النهائية ، وتتميز بأمرين: الأول أنها لا تخضع للقواعد الخاصة بالمدة وإنما تستمر حتى تتم القسمة النهائية. والأمر الثاني أن هذه القسمة يمكن - إذا لم يتفق عليها الشركاء - أن تتم بأمر المحكمة بناء على طلب أحد الشركاء ، وذلك على خلاف الأصل وهو أن المهياة لا تكون إلا بإتفاق الشركاء جميعا عليها.

وأخيرا يعرض نص المادة ٨٤٦ للقواعد التى تحكم قسمة المهياة فى غير ما ورد به نص فى المواد ٨٤٣ و ٨٤٤ و ٨٤٥. ونظرا إلى أن كل من المتقاسمين يلتزم بمقتضى الإتفاق بتمكين غيره من الانتفاع اما بالجزء الذى يخصه ان كانت القسمة مكانية واما بكل المال الشائع ان كانت زمانية ، وذلك فى مقابل أن يمكنه غيره فى الانتفاع بالجزء الخاص به ، فهى تشبه الإيجار بحيث يعتبر كل متقاسم فى مركز يشبه مركز المؤجر والمستأجر فى الوقت نفسه.

ولهذا نص المشروع ، شأنه فى ذلك شأن القوانين العربية الأخرى ، على أن تخضع المهياة لأحكام عقد الإيجار . وكل هذه القوانين ، وكذا المشروع ، أحالت على أحكام الإيجار فيما يتعلق بالأهلية وحقوق والتزامات المتعاقدين وقد اكتفى القانون العراقى بذلك ، وزادت القوانين الأخرى الإحالة فيما يتعلق بالإثبات والاحتجاج على الغير، وقد رأى المشروع الإحالة فيما يتعلق بالاحتجاج على الغير حماية لمن يشتري من أحد الشركاء حصته الشائعة مثله فى هذا مثل من يشتري الشيء المؤجر من المؤجر. أما بالنسبة للإثبات فقد أثر المشروع أن يبقى خاضعا للقواعد العامة.

(رابعاً) الشيوخ الإجباري:

يعرض نص المادة ٨٤٧ للمبدأ العام فيما يسمى الشيوخ الإجباري وذلك ببيان الخاصة المميزة لهذا النوع من الشيوخ وأهم أحكامه.

والخاصة المميزة هي أن الغرض الذي خصص له المال الشائع يقتضي أن يبقى شائعا ، ولهذا فأهم حكم يترتب هو أنه لا يجوز لأي شريك أن يطلب القسمة ، وهو حكم يصدق على كل صور الشيوخ الإجباري ولهذا وضعه المشروع في النص الوحيد الذي يتناول الشيوخ الإجباري بوجه عام. وبالإضافة إلى الحكم الخاص بعدم جواز طلب القسمة ، فسلطة الشريك في التصرف في الحصة الشائعة لا بد أن تتأثر ، على نحو ما ، بالغرض الذي أعد له المال الشائع ، وإن كان هذا التأثير ليس واحدا في جميع الصور ، فإذا كان الشيوخ الإجباري أصليا ، وهو ما يتحقق بالنسبة للأشياء التي تخصص مستقلة لخدمة أو استعمال الشركاء على وجه الدوام مثل مدافن الأسرة وصورها ووثائقها ، فلا يجوز للشريك أن يتصرف في حصته لأجنبي عن الشركاء إلا بموافقتهم جميعا . وإذا كان الشيوخ الإجباري تبعا ، وهو ما يتحقق بالنسبة للأشياء الشائعة التي تخصص لخدمة عقارات أو أجزاء من عقار واحدة مملوكة للشركاء ملكيات مفرزة ، مثل الطرق والآبار والمساقى والمصارف التي تخصص لخدمة عقارات يملكها الشركاء ملكيات مفرزة ، فلا يجوز للشريك أن يتصرف في حصته إلا مع التصرف في العقار الذي تعتبر هذه الحصة من توابعه . ولهذا اكتفى النص ، في شأن التصرف في الحصة ، بالقول أنه ليس للشريك أن يتصرف فيها تصرفا يتعارض مع الغرض الذي أعد له المال الشائع .

وبعد هذا النص العام ، عرض المشروع لتنظيم ملكية الطبقات والشقق ، حيث يوجد فيها أهم صورة من صور الشيوخ الإجباري وهي ملكية الأجزاء المشتركة .

(خامسا) ملكية الطبقات والشقق:

نظام ملكية الطبقات ، أو ملكية الطبقات والشقق ، على النحو الذي تناوله المشروع في المواد ٨٤٨ وما بعدها نظام حديث نسبيا في قوانين الدول التي عنت بتنظيمه . وقد أخذ في الانتشار في كثير من الدول لما يحققه من مزايا ، ففي العصر الحديث حيث كثرت

الأبنية الكبيرة التي تحتوى كل منها على عدد كبير من الوحدات السكنية ، نجد هذا النظام يوفق بين اعتبارين أبرزت ظروف العصر تعارضهما: الاعتبار الأول هو ميل الإنسان إلى التملك وبخاصة بالنسبة لمسكنه حتى يشعر بشيء من الاستقرار ويهيئ مسكنه على النحو الذي يرضيه. والاعتبار الثاني هو عدم قدرة كثير من الأشخاص ، وبخاصة من أبناء الطبقة المتوسطة ، على تملك منزل خاص مستقل المالك بملكته وحده ، أو عدم قدرته على تملك منزل مستقل تتوفر فيه المزايا التي تتوفر في شقة في بناء كبير .

وللتوفيق بين هذين الاعتبارين ، وجد نظام ملكية الطبقات والشقق ، الذي يقوم أساسا على أن يملك عدة أشخاص بناء ، كل منهم يملك فيه جزءا محددا ملكية مفرزة ، أي ملكية مستقل بها ، سواء كان هذا الجزء هو طبقة بأكملها في البناء أو جزءا من طبقة ، غالبا ما يكون شقة هي وحدة سكنية متكاملة ، وقد يكون الجزء دكانا سواء في الطابق الأرضي أو في طابق علوي ، ويمكن أن نصطح على التعبير عن الجزء من الطبقة بمصطلح (شقة). وبالتبعية لملكية الطبقة أو الشقة يمتلك مالكا حصا شائعة في أجزاء أخرى من البناء هي الأجزاء المشتركة.

وبهذا يختلف نظام ملكية الطبقات والشقق ، إختلافا جوهريا ، عن نظام السفلى والعلو ، أو حق التعلي ، الذي عرض له فقهاء الشريعة الإسلامية ، وحيث يمتلك شخص سفلى البناء والأرض المقام عليها ، ويمتلك آخر علوه ، كل منهما يملك ملكية مفرزة ، ولا توجد أجزاء شائعة لا في الأرض ولا في البناء. ويكون لمالك العلو حق القرار ، أو حق التعلي ، على السفلى ، وهو ما يستتبع التزام صاحب السفلى بالتزامات معينة تهدف إلى تمكين صاحب العلو من الاستفادة من ملكه ، والتزام صاحب العلو بالتزامات أخرى تهدف إلى عدم الاضرار بالسفلى. ويتبين من الأحكام التي ذكرها فقهاء الشريعة الإسلامية لنظام السفلى والعلو ، وأخذت بها بعض قوانين البلاد العربية أنها تواجه صورة خاصة للملكية هي البناء الصغير الذي يتكون من طابقين فقط وكل طابق يتكون من مسكن واحد. وهذه الصورة أصبحت في الوقت الحالي نادرة ، فالغالب أنه عندما يفكر الأفراد في تجزئة ملكية البناء الواحد يفكرون في الأبنية الكبيرة ذات الوحدات المتعددة حتى يمكن الحصول على المسكن الملائم بنفقات معتدلة.

وقد صدر في الكويت القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٧٦ بتنظيم ملكية الطبقات والشقق ، الذي تأثر إلى حد كبير بما ورد في القانون المدني المصري بخصوص ملكية الطبقات ، (المواد من ٨٥٦ الى ٨٦٩) ، والذي تأثر بدوره بالقانون الفرنسي الذي صدر سنة ١٩٣٨ . وقد حذا القانون الكويتي حذو القانون المصري في الجمع بين نظامين جد مختلفين ، النظام المستمد من القانون الفرنسي ، ونظام العلو والسفل المستمد من الفقه الإسلامي ، فبينما نجد التنظيم التشريعي يقوم بوجه عام على أساس تعدد الملكيات المفترزة ووجود أجزاء مشتركة أي مملوكة على الشيوع ، نجد المواد ٦ و ٧ و ٨ (وتقابل المواد ٨٥٩ و ٨٦٠ و ٨٦١ من القانون المصري) تأخذ بأحكام مستمدة من الفقه الإسلامي في شأن ملكية السفل والعلو فتفرض على صاحب السفل التزاما بالقيام بالترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو (م٦) والتزاما بإعادة بناء سفله إذا تهدم البناء (م٧) وتفرض على صاحب العلو التزاما بآلا يزيد في ارتفاع بنائه بحيث يضر بالسفل (م٨) . وهذه الأحكام تواجه في الواقع صورة خاصة لملكية الطبقات تختلف عن الصورة التي تواجهها النصوص الأخرى في القانون ولا يمكن تطبيق نوعي الأحكام بالنسبة لبناء واحد بحيث يمكن القول بأن ثمة خلطا يجب تفاديه ، وإذا كان القانون الكويتي قد تأثر في هذا الخلط بقوانين البلاد العربية التي وضعت من قبل ، وأولها القانون المصري ، فقد نبه شراح القانون المصري إلى إختلاف النظامين وتناولوا بالشرح أحكام كل نظام على حدة .

وتفاديا لهذا الخلط أثر المشروع في تنظيمه لملكية الطبقات وحيث توجد الأجزاء المشتركة ، الاقتصار على النظام الخاص بالصورة الغالبة في الوقت الحالي لملاءمتها للبنىات الكبيرة .

وقد بدأ المشروع النصوص المنظمة لملكية الطبقات بنص المادة ٨٤٨ التي تحدد الملكية التي تسري عليها تلك النصوص ، فنظرا لوجود نظامين لملكية الطبقات ، الأول هو الذي يعرض له المشروع هنا مع أحكام الملكية الشائعة ، والثاني هو نظام العلو والسفل المستمد من فقه الشريعة الإسلامية ، بدأ المشروع بتحديد مجال تطبيق النصوص الخاصة بملكية الطبقات والشقق فذكر أنها تسري على كل بناء أو مجموعة أبنية لعدة أشخاص كل منهم يملك جزءا مفترزا وحصاة شائعة في الأجزاء المشتركة .

وتحديد مجال تطبيق النصوص على هذا الوجه هو الذي يميز ملكية الطبقات والشقق التي تحكمها نصوص المواد ٨٤٨ وما بعدها عن نظام العلو والسفل. ولهذا يجب ، تمهيدا لتحديد النصوص الواجبة التطبيق ، معرفة ما انصرفت إليه إرادة ذوي الشأن ، فإن كانت قد انصرفت إلى اشتراك مالك الطبقة أو الشقة في ملكية الأجزاء المشتركة ، كلها أو بعضها ، وجب تطبيق نصوص ملكية الطبقات والشقق. وإن كانت قد انصرفت إلى الاقتصار على ملكية جزء مفرز دون الاشتراك في ملكية الأرض أو الأجزاء المشتركة الأخرى ، كنا بصدد حق القرار أو حق التعلي ، وهو حق إرتفاق ، فيجب تطبيق أحكام حق الارتفاق.

هذا وقد روعي في النص على بناء أو "مجموعة أبنية" أنه قد يحدث أن تقام على أرض واحدة عدة أبنية منفصلة بمرافق مشتركة وإدارة مشتركة بحيث يكون مجموعها وحدة متكاملة ولم يكن الفصل بين كل بناء وغيره إلا لإعتبارات تتعلق بفن البناء نفسه. ونظرا إلى أنه قد يغفل ذوو الشأن الاتفاق على تملك من يملك جزءا مفرزا حصة شائعة في الأجزاء المشتركة ، وضع المشروع في الفقرة الثانية من النص قرينة بسيطة فنص على أن من يملك جزءا مفرزا يعتبر مالكا حصة شائعة في الأجزاء المشتركة ما لم يثبت خلافه.

ثم عرض المشروع بنصوص المواد من ٨٤٩ إلى ٨٥٢ لتحديد الأجزاء المشتركة ومقدار حصة كل شريك فيها ، والأحكام المترتبة على وضعها الخاص باعتبارها شائعة شيوعا إجباريا لتبعتها لملكية الأجزاء المملوكة ملكية مفرزة.

فعرض المشروع في المادة ٨٤٩ لبيان ما تشمله الأجزاء المشتركة ، ووضع في ذلك ثلاثة ضوابط أو معايير عامة ، ثم ذكر بصفة خاصة أهم الأجزاء التي تصدق عليها. والضوابط أو المعايير الثلاثة هي:

الأرض ، وهيكل البناء ، وأجزاء البناء وملحقاته غير المعدة للإستعمال الخاص بأحد الملاك. والمشروع في هذا يختلف عن القانون الكويتي الحالي (م١/٣ من قانون ١٩٧٦) الذي يضع بالإضافة إلى الأرض معيارا واحدا كما هي الحال في القانون المصري (م١/٨٥٦ من القانون المدني) والقوانين العربية الأخرى التي نقلت عنه ، هو معيار "أجزاء البناء المعدة للإستعمال المشترك بين الجميع" فهذا المعيار لا

يجمع كل الأجزاء المشتركة ، فهو لا يصدق مثلا على أجزاء هيكل البناء كالأسقف والاعمدة البعيدة عن الجزء الذي يملكه الشريك مفرزا ، كما لا يصدق بمعناه الحرفي على الأجزاء المشتركة المعدة لإستعمال الحراس وغيرهم من العاملين في خدمة البناء.

وبعد أن ذكر النص المعايير التي تمكن في مجموعها من تحديد ما يدخل في الأجزاء المشتركة ، ذكر بوجه خاص ، أي ليس على سبيل الحصر ، ما تصدق عليه تلك المعايير وهي:

(أ) الأرض المقام عليها البناء والأفنية والممرات الخارجية والحدائق ومواقف السيارات ، وكلها أجزاء الأرض التي يشترك فيها جميع الملاك.

(ب) أساسات البناء والأسقف والأعمدة المعدة لحملها والجدران الرئيسية ، وهذه هي الأجزاء التي يصدق عليها معيار هيكل البناء.

(ج) المداخل والممرات الداخلية والسلالم والمصاعد ، وهذه يصدق عليها معيار أجزاء البناء غير المعدة للإستعمال الخاص بأحد الملاك.

(د) الأماكن المخصصة للحراس وغيرهم من العاملين في خدمة البناء مثل حجرة المدير أو عامل التليفون أو حجرات عمال النظافة إلخ . وهي مما يصدق عليه المعيار السابق.

(هـ) الأماكن المخصصة للخدمات المشتركة مثل الأماكن المخصصة لوضع الأجهزة العامة للتكييف المركزي أو المفاتيح العامة للكهرباء ، وحجرات غسل الملابس المشتركة إلى غير ذلك.

(و) وأخيرا - كل أنواع الأنابيب والأجهزة إلا ما كان منها داخل الأجزاء المفترزة وتقتصر منفعتها على ملاك هذه الأجزاء. وقد حرص المشروع عندما استبعد الأنابيب والأجهزة التي تكون داخل الأجزاء المفترزة أن يقيد ما يستبعد منها بأن تكون منفعتها مقصورة على ملاك الأجزاء المفترزة الموجودة فيها ، ذلك أنه يمكن أن تقتضي الإعتبارات الفنية أن تمر بعض الأنابيب المشتركة داخل شقة أحد الملاك ولا يحول ذلك دون كونها مشتركة.

وهذا التحديد للأجزاء المشتركة هو الأصل ، ويمكن أن يتفق على خلافه كما لو بني شخص البناء وبدأ في تملكه طبقات أو شقق واحتفظ لنفسه بملكية الأرض كلها أو بملكية جزء من الفناء أو الحديقة ليتمكن من أن يبني فيه بناء آخر ، ولهذا نص المشروع في آخر النص على جواز أن تتضمن سندات الملك ما يخالف ما ورد بالنص .

والأصل في الأجزاء المشتركة أن تكون مملوكة على الشيوع لجميع الملاك ، ولكن نظرا إلى أن بعض الأجزاء التي يصدق عليها وصف الأجزاء المشتركة وفقا لنص المادة ٨٤٩ تقتصر منفعتها على بعض الملاك دون البعض الآخر ، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٨٥٠ على أن تكون ملكا مشتركا لهؤلاء الملاك . وقصر منفعة بعض الأجزاء على بعض الملاك دون غيرهم قد يتم بالاتفاق فقد يتفق على أن يكون أحد مداخل المبنى وجزءا من الفناء أو الحديقة مقصورا على أصحاب الشقق الموجودة في الطابق الأرضي . كما قد يكون اقتصار منفعة بعض الأجزاء على بعض الملاك مما يفرضه وضع هذه الأجزاء ، وقد نصت الفقرة الثانية من النص تطبيقا لذلك ، على أن تكون الحواجز الفاصلة بين جزئين من أجزاء الطبقة ملكا مشتركا لمالكيها .

وبعد بيان الأجزاء المشتركة في المادتين ٨٤٩ و ٨٥٠ عرض المشروع في المادة ٨٥١ لبيان مقدار حصة كل شريك في تلك الأجزاء . والمبدأ الذي قرره المشروع في هذا الخصوص ، هو الوارد في المادة الثالثة من القانون الكويتي ، وهو أن يكون نصيب كل مالك في الأجزاء المشتركة بنسبة قيمة الجزء الذي يملكه مفرزا . ولكن بينما اقتصر نص القانون الحالي على بيان هذا المبدأ كما فعل من قبل القانون المصري والقوانين العربية التي تأثرت به ، حسم المشروع المسائل التي يثيرها تطبيق هذا المبدأ واختلفت في شأنها الآراء .

والمسألة الأولى هي الأساس الذي يبني عليه تقدير قيمة كل جزء من الأجزاء المفترزة ، فهل يعتد بكل ما يؤثر في قيمة هذا الجزء أم نقف عند بعض الاعتبارات دون البعض الآخر؟ أخذ المشروع بأن تكون العبرة بالمساحة والموقع ، وبالتالي لا يدخل في الاعتبار عند التقدير ما قد تتميز به شقة عن غيرها من الشقق بسبب ما يوجد بداخلها من أشياء مرتفعة القيمة كأنواع جيدة من الأخشاب أو الأدوات الصحية أو بوجه عام أعمال

الزينة (الديكور).

والمسألة الثانية هي الوقت الذي يعتد به عند تقدير القيمة ، هل هو وقت إنشاء المبنى أم الوقت الذي يثور فيه النزاع حول التقدير ، فقد يحدث بعد إنشاء المبنى أن تتغير الظروف المحيطة به فتتغير قيمة بعض الأجزاء زيادة أو نقصا ، كأن يتحول الشارع إلى شارع تجاري . وقد أثارت هذه المسألة خلافا في الرأي سواء في فرنسا أو في مصر ، وأخذ المشروع بالرأي القائل إن العبرة بالقيمة وقت الإنشاء .

وبهذين القيدين ، تحديد القيمة على أساس المساحة والموقع دون إعتداد بما يوجد من تحسينات داخل الجزء المفرز ، وأن تكون العبرة في التحديد بوقت إنشاء البناء ، تستقر نسبة ما يملكه كل شريك في الأجزاء المشتركة فلا يعاد النظر فيها كلما حدث تغيير في الظروف المحيطة بالمبنى أو فيما يوجد داخل الشقة .

وبعد تحديد الأجزاء المشتركة ، وحصص كل شريك فيها ، عرض المشروع في المادة ٨٥٢ للأحكام الخاصة بملكية هذه الأجزاء المترتبة على وضعها الخاص باعتبارها شائعة شيوعا إجباريا لتبعتها للأجزاء المملوكة ملكية مفرزة .

وأول مظاهر الإجماع على البقاء في الشيوع هو عدم جواز طلب قسمة الأجزاء المشتركة لأنها مخصصة لأغراض تقتضي بقاءها شائعة ، وهذا ما نص عليه المشروع في صدر النص .

ومن ناحية أخرى فالغرض من جعل الأجزاء المشتركة مملوكة على الشيوع لملاك الأجزاء المفرزة هو تمكين هؤلاء الملاك من الانتفاع بما يملكون ، الأمر الذي يقتضي التلازم بين ملكية الأجزاء المفرزة والاشتراك في الأجزاء المشتركة ، ويترتب على ذلك حکمان قررهما نص المشروع ، بعد أن قرر الحكم الخاص بعدم جواز طلب القسمة .

الحكم الأول أنه لا يجوز لمالك أن يتصرف في حصته في الأجزاء المشتركة مستقلة عن الجزء الذي يملكه مفرزا ، وهو الحكم الذي قرره الفقرة الثانية من المادة الثالثة من القانون الكويتي الصادر سنة ١٩٧٦ وقرره من قبل القانون المدني المصري (٨٥٦م) والقوانين العربية التي استمدت منه . والحكم الثاني هو أنه إذا تصرف مالك في الجزء الذي يملكه مفرزا ، سواء كان التصرف ناقلا للملك أو غير ذلك من التصرفات كالرهن مثلا ، فتدخل

حصة المتصرف في الأجزاء المشتركة بقوة القانون فيما يشمل المتصرف. وهذا الحكم الأخير لم ينص عليه القانون الكويتي ، كما لم ينص عليه القانون المصري ولا القوانين التي استمدت منه ، ولكنه مع ذلك مسلم ويمكن تخريجه على أساس أن الحصة الشائعة في الأجزاء المشتركة تعتبر من ملحقات الجزء المفروض المتصرف فيه ، وقد أثر المشروع النص عليه صراحة.

وبعد الأحكام الخاصة بتحديد الأجزاء المشتركة ، وحصة كل شريك فيها ، والأحكام الخاصة بملكية هذه الأجزاء ، بدأ المشروع في تنظيم كيفية الانتفاع بالعمار وإدارته وحق كل شريك في التصرف فيما يملك.

فبدأ في المادة ٨٥٣ بالنظام الإتفاقي لملكية الطبقات والشقق. والقانون الحالي في الكويت ينص في الفقرة الأولى من المادة العاشرة على أن "يضع جميع أعضاء الإتحاد نظاما له ولحسن إدارة العقار والانتفاع به. فإذا وافقت أغلبية أصحاب الأنصبه في العقار المشترك على نظام ، واعترض بعض الملاك عليه ، فللقاضي بناء على طلب الأغلبية إقراره ، ويكون نافذا في حق الجميع". فالأصل هو ضرورة موافقة جميع الملاك على النظام ، فإذا لم يوافق الجميع فلا يوجد النظام ويكون نافذا في حق الجميع إلا بموافقة الأغلبية وإقرار المحكمة. فبناء المشروع وجعل وضع النظام من سلطة أغلبية خاصة في من يملكون ثلاثة أرباع الأنصبه دون حاجة إلى اقرار المحكمة.

ولتفادي ما قد يحدث من وضع قيود ، في النظام الاتفاقي ، على الملكية تفقدتها كثيرا من مزاياها ، ونظرا إلى أن الراغب في التملك قد يقبل ما يرد في النظام المعد من قبل لشدة حرصه على التملك أو لعدم تقديره لمدى القيود الواردة في النظام على الملكية نظرا لهذا نص المشروع في الفقرة الثانية من النص على أنه لا يجوز أن تفرض في النظام قيود على ملكية الأجزاء المفروزة أو المشتركة لا يبررها تخصيص هذه الأجزاء أو موقعها، وهو الحكم الذي نصت عليه الفقرة الثانية من المادة الثامنة من القانون الفرنسي الصادر سنة ١٩٦٥ ، وهذا يعني أن كل قيد ليس له ما يبرره يعتبر كأن لم يكن ، ولكل مالك حتى ولو كان قد وافق على النظام أن يطلب إلى القضاء اعتبار الشرط المتضمن هذا القيد باطلا.

ثم عرض المشروع بالمواد من ٨٥٤ إلى ٨٥٨ لسلطات المالك وواجباته سواء

بالنسبة لما يملكه مفزرا أو بالنسبة للأجزاء المشتركة.

فالمادة ٨٥٤ تعرض لسلطات المالك على الجزء الذي يملكه مفزرا ، طبقة كان أو شقة. فتقرر أولا المبدأ العام في حق المالك في التصرف فيما يملك شأنه في ذلك شأن أي مالك. وإطلاق النص في هذا الخصوص يفيد أن للمالك أن يتصرف سواء كان التصرف معاوضة أو تبرعا ، وله أن يتصرف لمن يشاء سواء كان المتصرف إليه من الملاك الآخرين أو من غيرهم. وله أن يتصرف فيما يملك كله تصرفا واحدا كما له أن يجزيء الطبقة أو الشقة ويتصرف في جزء ويستبقى الجزء الآخر أو يتصرف فيه لغير المتصرف إليه الأول. وللمالك أن يتصرف تصرفا ناقلا للملك أو غير ذلك من التصرفات كأن يرتب على ما يملك حق إنتفاع أو يرهنه.

ولكن ليس ثمة ما يمنح المالك من الإنفاق مقدما ، في نظام الملكية الاتفاقي ، على تقييد حرية المالك في التصرف وذلك في الحدود التي يصح فيها مثل هذا الاتفاق وفقا للقواعد العامة ومع مراعاة حكم الفقرة الثانية من المادة ٨٥٣ من المشروع. فلهم أن يتفقوا مثلا على أنه لا يجوز لأي منهم أن يقسم طبقته أو شقته إلى أجزاء يتصرف في كل جزء منها لشخص ، ويكون الباعث على مثل هذا الاتفاق هو الإحتفاظ بمستوى معين للمبنى والحد من عدد الأشخاص الذين ينتفعون به. ونكون بصدد حق إرتفاق مقرر على كل طابق أو شقة لمصلحة الطبقات أو الشقق الأخرى. فيخضع لأحكام حق الارتفاق وبخاصة من حيث أنه لا يشترط له مدة.

كما عرض النص نفسه لسلطتي الاستعمال والاستغلال بالنسبة للجزء المفز مع التخصيص المتفق عليه في نظام الملكية الاتفاقي أو مع ما أعد له. فإذا كانت الشقة مثلا مخصصة للسكنى ، فلا يجوز للمالك أن يباشر فيها هو أو من يستأجرها منه تجارة أو حرفة.

ثم عرض المشروع في المادتين ٨٥٥ و ٨٥٦ لسلطات المالك على الأجزاء المشتركة ، فنص في المادة ٨٥٥ على أن لكل مالك - في سبيل الانتفاع بالجزء الذي يملكه مفزرا - أن يستعمل الأجزاء المشتركة فيما خصصت له ، مع مراعاة حقوق غيره من الملاك. فنظرا إلى أن هذه الأجزاء مملوكة على الشيوع بالتبعية لملكية الأجزاء المفزرة ، ولتمكين الملاك من الانتفاع بهذه الأجزاء ، فيرتب على ذلك أن

يتقيد استعمال الملاك أو انتفاعهم بوجه عام بالقيود التي تتفق مع هذه التبعية. وهذه القيود هي: أولاً، أن يكون إستعمال الشريك لجزء من الأجزاء المشتركة في سبيل انتفاعه بما يملكه مفرزاً، فلا يجوز للشريك في المنزل مثلاً أن يستعمل الجزء المخصص من الفناء لوقوف السيارات بوضع السيارات الخاصة بمتجره أو مصنعه وخصوصاً إذا كانت من سيارات نقل البضائع. ويتقيد استعمال الشريك للأجزاء المشتركة ثانياً بأن يكون فيما خصصت له تلك الأجزاء، فلا يجوز للشريك مثلاً أن يستعمل المدخل أو الممرات أو السلم أو الفناء في عرض منتجاته أو بضائعه حتى ولو كان الجزء الذي يملكه مفرزاً مخصصاً للتجارة، هذا إلا إذا كان هناك اتفاق على خلاف ذلك. وأخيراً يتقيد استعمال الشريك للأجزاء المشتركة بوجوب مراعاة حقوق غيره من الشركاء، فنظراً إلى أن لكل شريك ما لغيره من حق استعمال الأجزاء المشتركة، فيجب ألا يكون من شأن استعمال أحدهم حرمان غيره من الاستعمال أو عرقلة هذا الاستعمال على نحو يجعل بعض الشركاء أكثر انتفاعاً من غيره، وإنما يجب تحقيق التوازن بين حقوق الجميع. وقد آثر المشروع أن يستبدل بعبارة ”على ألا يحول دون استعمال باقي الشركاء لحقوقهم“ الواردة في المادة الرابعة من قانون سنة ١٩٧٦، وفي المادة ١/٨٥٧ من القانون المصري والقوانين العربية التي نقلت عنها، أثر أن يستبدل بتلك العبارة عبارة ”مع مراعاة حقوق غيره من الملاك“ لأن العبارة الأولى تفيد أن كل ما يتقيد به استعمال الشريك هو ألا يحول هذا الاستعمال دون استعمال الآخرين لحقوقهم، في حين أن التقيد المطلوب أكثر من ذلك، إذ يجب ألا يصل الاستعمال إلى حد فيه شيء من الطغيان على حقوق الآخرين، وهي حقوق متساوية مع حق الشريك الذي يباشر الاستعمال، حتى ولو لم يصل الأمر إلى حد الحيلولة دون إستعمال الآخرين. وبناء على هذا القيد، إذا كان الاستعمال المشترك يمكن أن يتحقق للشركاء جميعاً في وقت واحد دون تعارض إذا روعيت فيه درجة من العناية فيجب على كل شريك أن يلتزم هذه الدرجة من العناية. وإذا كان إستعمال الجميع في وقت واحد متعذراً ويقتضي الأمر أن يتناوب الشركاء في الاستعمال كما هي الحال لو وجدت غرفة مشتركة لغسل الملابس، فيجب أن يتيح كل مالك لغيره فرصة متكافئة في الاستعمال على الوجه المألوف.

أما المادة ٨٥٦ فتعرض لحق الشريك في أن يحدث تعديلاً في الأجزاء المشتركة

على نفقته هو. ويتضمن النص حكما يوفق بين مصلحة الشريك الذي يرغب في إحداث التعديل من جهة ، ومصالح غيره من الشركاء من جهة أخرى. فالأصل وفقا للقواعد العامة أن الشريك في الشيوخ ليس له أن يحدث تعديلا في الشيء الشائع ، وإنما يكون التعديل من سلطة الشركاء مجتمعين أو بموافقة الأغلبية. ولكن قد يرغب شريك في إجراء تعديل ما يراه محققا لمصلحته ، وفي الوقت نفسه لا يقبل الآخرون أو الأغلبية التي يعطيها القانون سلطة إجراء هذا التعديل ، لا يقبلون إجراءه على نفقة الجميع . فإذا بلغت درجة حرص الشريك الراغب في إجراء التعديل إلى حد أن يقبل القيام به على نفقته وحده ولم يكن من شأن إجراء هذا التعديل المساس بمصالح الشركاء الآخرين ، فلا مبرر لحرمان الشريك الراغب في التعديل من إجراءاته.

وللتوفيق بين المصالح ، قيد النص حق الشريك في إجراء التعديل ، بالإضافة إلى كونه على نفقته هو ، بقيود ثلاثة: الأول أن يكون من شأن التعديل تحسين استعمال الجزء أو الأجزاء التي يحدث فيها ، والثاني ألا يترتب على التعديل تغيير في تخصيص تلك الأجزاء والثالث ألا يترتب عليه ضرر لباقي الملاك ، وبناء على هذا ، يجوز للشريك ، مثلا ، أن يستبدل بأنابيب المياه الموجودة خارج شقته ، وهي مشتركة ، أنابيب أوسع حتى تصل المياه إلى شقته الموجودة في الأدوار العليا على نحو أفضل.

كما يجوز للشريك أن يضيف إلى المصعد جهازا يرفع من مستوى أداء وظيفته ، وكذلك للشريك أن يستبدل ببلاط مدخل المبنى نوعا أفضل. يسهل تنظيفه.

وإذا كان إجراء التعديل بالشروط الواردة في النص من حق الشريك ، فهذا لا يعني أن له أن يباشر إجراء التعديل دون إذن ، فنظرا لتعلق حق الشركاء الآخرين بالجزء المشترك الذي يراد إجراء التعديل فيه ، ولتقدير ما إذا كانت الشروط التي يلزم توافرها لإجراء التعديل متحققة أم لا ، نظرا لهذا نص المشروع في الفقرة الثانية من النص على ضرورة حصول المالك الذي يرغب في إجراء التعديل قبل إحداثه ، على إذن أغلبية الملاك التي يدخل في سلطتها إجراء مثله ، أي أنه يلزم موافقة من يملكون ثلاثة أرباع الحصص إن لم يوجد إتحاد للملاك ، أو موافقة الجمعية العمومية لإتحاد الملاك بأغلبية أصوات جميع الأعضاء (م ٨٦٧ من المشروع). فإذا لم توافق الأغلبية على التصريح للمالك الذي

يرغب في إحداث التعديل ، كان له أن يطلب من المحكمة الإذن له بإجرائه.

وعرض المشروع في المادة ٨٥٧ لمنع كل مالك من أن يقوم بعمل من شأنه أن يهدد سلامة البناء أو يغير من شكله أو مظهره الخارجي ، وهو الحكم الوارد في المادة ٣/٤ من قانون سنة ١٩٧٦ ، وهو حكم عام يصدق على كل عمل سواء في الجزء الذي يملكه الشريك مفرزا أو في الأجزاء المشتركة . فلا يجوز للشريك مثلا أن يضع في شقته أشياء ثقيلة الوزن إلى الحد الذي يزيد عن المعتاد ويهدد سلامة السقف ، أو يضع في الجزء الذي يملكه آلات يترتب على تشغيلها سلامة هيكل البناء ، ولا يجوز لصاحب الشقة طلاء الحوائط من الخارج أو طلاء النوافذ بألوان تتنافر مع المظهر الخارجي للبناء وتشوه مظهره .

وأخيرا عرض المشروع في المادة ٨٥٨ للنفقات المشتركة ومقدار ما يتحملة كل مالك منها ، وهذه من أهم المسائل التي يثيرها نظام ملكية الطبقات والشقق .

والقانون الحالي ، أي قانون سنة ١٩٧٦ ، ينص في المادة الخامسة منه على أن يشترك كل مالك في تكاليف حفظ الأجزاء المشتركة وصيانتها وإدارتها وتجديدها ويكون نصيبه في هذه التكاليف بنسبة قيمة الجزء الذي له في الدار ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك . كما نص في الفقرة الثانية من النص على أنه لا يحق لمالك أن يتخلى عن نصيبه في الأجزاء المشتركة للتخلص من الاشتراك في التكاليف المتقدمة الذكر . وهو حكم مأخوذ من القانون المصري (٨٥٨م) الذي أخذه بدوره من المادة ٦/٢ من القانون الفرنسي الصادر في سنة ١٩٣٨ .

وقد لوحظ ، بحق ، في فرنسا أن توزيع النفقات المشتركة كلها بنسبة ما يملكه كل شريك يتنافى مع العدالة بالنسبة لبعض النفقات ، فقليل مثلا أنه ليس من العدل أن يتساوى صاحب الشقة الموجودة في الدور الأرض أو في دور من الأدوار المنخفضة مع صاحب الشقة الموجودة في دور في الأدوار العليا في تحمل نسبة من تكاليف تشغيل المصعد ، أو أن يشترك صاحب جراج ليس فيه تكييف مركزي في النفقات المشتركة للتكييف . وكان علاج هذا ، في ظل قانون سنة ١٩٣٨ ، هو الاتفاق على خلاف القاعدة التي نص عليها القانون ، والتي كانت تسمح بالاتفاق المخالف .

ثم جاء قانون سنة ١٩٦٥ وقرر قاعدة آمرة ، لا يجوز الاتفاق على ما يخالف حكمها ،

وتفرق بين نوعين من النفقات ، النوع الأول هو نفقات حفظ وصيانة وإدارة الأجزاء المشتركة ، وتوزع على الملاك بنسبة حصة كل منهم في هذه الأجزاء. والنوع الثاني هو النفقات التي تستلزمها الخدمات المشتركة والأجهزة والأدوات المشتركة ، وهذه توزع بنسبة ما يعود من الخدمات أو الأجهزة والأدوات من منفعة على كل طابق أو شقة. وقد حد القانون الجزائري حدو القانون الفرنسي في الأخذ بهذه التفرقة بين نوعي النفقات.

وبرغم ما لوحظ ، بحق ، في فرنسا من أن التفرقة بين نوعي النفقات ليست بالدرجة من الانضباط الذي يمنع التردد في اعتبار نفقة معينة من النوع الأول أو من النوع الثاني ، برغم هذا أثر المشروع أن يسير في إتجاه القانون الفرنسي من حيث عدم التسوية بين كل النفقات وذلك سعياً إلى تحقيق العدالة بقدر الإمكان ، فاستوحى نص المادة ٨٥٨ بفقرتها من نص المادة العاشرة من القانون الفرنسي مع شيء من التعديل.

فنصت الفقرة الأولى من المادة ٨٥٨ على أن نفقات حفظ الأجزاء المشتركة وصيانتها وإدارتها وتجديدها يتحملها جميع الملاك كل بنسبة حصته في تلك الأجزاء. وهو حكم يتفق مع الحكم الوارد في المادة الخامسة من القانون الكويتي الحالي والمادة ٨٥٨ مصري والقوانين العربية التي تأثرت به ، فيما عدا أن المشروع لم ينص على جواز الاتفاق على خلاف ما قرره النص. ويدخل في نطاق هذه النفقات ، على سبيل المثال، نفقات نظافة الأفنية والمداخل والسلّم وواجهة المبنى ، وصيانة الأنايب المشتركة ، وأجور من يتولون الإدارة والحراسة وأقساط التأمين على الأجزاء المشتركة وما ينفق على الإدارة من مكاتبات واجتماعات.... الخ.

ثم نصت الفقرة الثانية من النص على أنه: ”ومع ذلك فننفقات الخدمات المشتركة التي تخص بعض الملاك أو يتفاوت الانتفاع بها تفاوتاً واضحاً توزع بنسبة ما يعود منها على كل طابق أو شقة من منفعة“. وقد استرشد المشروع في صياغة هذه الفقرة الأولى من المادة العاشرة من القانون الفرنسي والفقرة الأولى من المادة ٧٥٠ جزائري مع شيء من التعديل قصد به إبراز الفكرة الأساسية التي تبرر توزيع النفقات بنسبة ما يعود منها على كل طابق أو شقة من منفعة ، وليس بنسبة حصة كل مالك في الأجزاء المشتركة ، وذلك بالنص على أن الخدمات المشتركة التي توزع نفقاتها على

هذا الأساس هي التي ”تخص بعض الملاك أو يتفاوت الانتفاع بها تفاوتاً واضحاً“. ويدخل في هذه النفقات نفقات تشغيل المصعد ، والنفقات المشتركة للتكييف المركزي والمياه الساخنة، ونفقات رفع فضلات المنازل ، ونفقات سجاد السلم ان وجد. وإذا كان المشروع قد نص على توزيع هذه النفقات بنسبة ما يعود من الخدمات المشتركة من منفعة على كل طابق أو شقة ، برغم ما ثيره ذلك من صعوبات عملية ، فذلك حرصاً منه على تحقيق العدالة بقدر الإمكان في مسألة هامة هي دائماً محل الشكوى في الدول التي انتشر فيها نظام ملكية الطبقات والشقق. وربما كان الأقرب إلى العدل أن تقاس المنفعة التي تعود على الملاك بالنظر إلى الانتفاع الفعلي الذي يراعي فيه أشخاص المنتفعين بالطابق أو الشقة ، ولكن لتقليل من الصعوبات العملية التي تثور عند تطبيق الحكم لم ينص المشروع على أن العبرة بالمنفعة التي تعود على مالك الطبقة أو الشقة، وإنما جعل العبرة بالمنفعة التي تعود على الطبقة أو الشقة ، وذلك حتى لا يتأثر قياس المنفعة بأشخاص المنتفعين ، وإنما يكون القياس على ضوء اعتبارات موضوعية يراعي فيها موقع الطبقة أو الشقة والحجم والتخصيص.

ومع التسليم بأنه مهما بلغت الدقة في طريقة توزيع النفقات ، فلن نصل إلى حد التوزيع العادل الذي يزول معه كل شعور بالظلم ، فإن الطريقة المنصوص عليها أكثر عدالة من توزيع النفقات جميعاً على أساس حصة كل مالك في الأجزاء المشتركة.

ويعرض نص المادة ٨٥٩ لاتحاد الملاك من حيث وجوده أو عدم وجوده والقانون الكويتي الحالي قد حذا حذو القانون المصري والقوانين العربية الأخرى التي تأثرت به (السوري والليبي والأردني) من حيث أنه جعل تكوين الاتحاد جوازياً للملاك . أما القانون التونسي والقانون الجزائري فقد أخذ بحكم القانون الفرنسي الذي يقرر وجود الاتحاد بقوة القانون بمجرد وجود ملكية الطبقات أو الشقق.

وقد أثر المشروع الإبقاء على حكم القانون الكويتي الحالي ، أي قانون ١٩٧٦ من حيث جعل تكوين الاتحاد جوازياً في جميع الأحوال ، ولكن تمشياً مع الاتجاه العام في الملكية الشائعة حيث تكفي الأغلبية للقيام بأعمال الإدارة ، نص المشروع في الفقرة الأولى من المادة ٨٥٩ على أنه يجوز للملاك ، بأغلبية الأنصبة أن يكونوا

اتحادا لإدارة العقار وضمان حسن الانتفاع به ، وذلك على خلاف نص القانون الحالي الذي أطلق العبارة فقال ”حيثما وجدت ملكية مشتركة لعقار مقسم إلى طوابق أو شقق جاز للملاك أن يكونوا اتحادا فيما بينهم لإدارة العقار المشترك“، مما يقتضي أن يلزم موافقة جميع الملاك على تكوين الاتحاد.

وعرضت الفقرة الثانية من النص للشخصية الاعتبارية للاتحاد فقررت صراحة أن يكون للاتحاد شخصية اعتبارية من تاريخ شهر الاتفاق على تكوينه . وتمتع الاتحاد بالشخصية وإن لم يكن منصوبا عليه في القانون الكويتي الحالي فهو يستخلص من نصوص هذا القانون ، ومن ذلك فعلا نص الفقرة الثانية من المادة ١٣ التي تقول ”ويمثل المأمور الاتحاد أمام القضاء حتى في مخاصمة الملاك إذا اقتضى الأمر“ ، وهو ما يدل على أن الاتحاد له حق التقاضي ويمثله في ذلك المأمور. وقد كانت شخصية اتحاد الملاك محل خلاف في فرنسا في ظل قانون سنة ١٩٣٨ الذي لم ينص عليها صراحة وساد الرأي القائل بوجود الشخصية ، كما أن التسليم بوجود الشخصية هو الرأي السائد في القانون المصري رغم عدم النص على ذلك صراحة. والواقع أن اتحاد الملاك يفقد أهم دواعي وجوده إذا لم يعترف له بالشخصية. وفيما يتعلق بالوقت الذي ثبت فيه الشخصية نص المشروع صراحة على أن يكون ذلك من تاريخ شهر الاتفاق على تكوين الاتحاد ، وذلك على أساس الربط بين وجود الشخصية والوقت الذي تتاح فيه الفرصة للغير أن يعلموا بوجود الاتحاد.

ونصت الفقرة الثالثة على أن ينظم شهر الاتفاق على تكوين الاتحاد بقرار من وزير العدل.

هذا ولم ينص المشروع على الحكم الوارد في الفقرة الثانية من المادة التاسعة من القانون الحالي وهو أنه ”يجوز للأفراد تكوين اتحاد بقصد بناء العقارات أو اشتراكها لتوزيع أجزائها على أعضاء الاتحاد ، فإذا تم البناء أو الشراء تحول هذا الاتحاد إلى اتحاد لإدارة العقار المشترك“ . وقد راعى المشروع في ذلك أن الاتحاد الذي يتفق على تكوينه بقصد بناء العقارات أو اشتراكها ليس اتحاد ملاك، ويقصد منه إلى أغراض أخرى غير التي يهدف إليها اتحاد الملاك وهي ضمان حسن الانتفاع بالعقار وإدارته ، وبالتالي لا تسري عليه القواعد التي توضع لاتحاد

الملاك ، ولا فائدة من النص عليه مع النصوص الخاصة بملكية الطبقات أو الشقق. ولهذا فإذا رغب بعض الأفراد في الشروع في جهد مشترك بقصد بناء العقارات أو مشتراها لتوزيع أجزائها على أنفسهم ، أو على أنفسهم وعلى غيرهم ، فإما أن يكونوا جمعية تعاونية تخضع لأحكام الجمعيات التعاونية ، واما أن يكونوا شركة تخضع لأحكام الشركات .

ويعرض نص المادة ٨٦٠ لبيان ما يرجع إليه في إدارة الأجزاء المشتركة في ملكية الطبقات والشقق. والقانون الحالي إذ نص في المادة ١١ على أنه إذا لم يوجد نظام للإدارة أو إذا خلا النظام من النص على بعض الأمور تكون إدارة الأجزاء المشتركة من حق الاتحاد ، لم يشر إلى ما يتبع في الإدارة في حالة عدم وجود اتحاد للملاك ، وقد أثر المشروع أن ينص صراحة على ما يجب تطبيقه إذا لم يوجد اتحاد للملاك ، فنص في الفقرة الأولى من النص على أنه ”إذا لم يوجد اتحاد للملاك تكون إدارة الأجزاء المشتركة وفقا لما يتم الاتفاق عليه في النظام المشار إليه في المادة ٨٥٣ والقواعد العامة في إدارة الملكية الشائعة“ . فإذا ما وجد اتحاد للملاك فتسري النصوص التي وضعها المشروع لإدارة الملكية الشائعة.

ولما كانت ملكية الطبقات والشقق تثير كثيرا من المسائل التفصيلية ، وبخاصة فيما يتعلق بكيفية عمل الهيئات والأشخاص الذين يباشرون أعمال الإدارة كجمعية العمومية ومدير الاتحاد ومجلس الإدارة ان وجد ، فيجب أن تصدر لائحة تنظم هذه المسائل ، وهو ما حدث في فرنسا إذ بعد صدور القانون في ١٠ يوليو سنة ١٩٦٥ . صدر مرسوم باللائحة العامة لتطبيق هذا القانون وذلك في ١٧ مارس سنة ١٩٦٧ . ولهذا نص المشروع في الفقرة الثانية من النص على أن تسري نصوص المواد التالية واللائحة العامة لإدارة ملكية الطبقات والشقق.

ويعرض نص المادة ٨٦١ لحق اتحاد الملاك في تملك جزء مفرز ، أو أكثر ، في البناء . وتظهر أهمية النص على ذلك إذا روعي أن الاتحاد رغم أن له شخصية مستقلة عن أشخاص الملاك ، ليس مالكا للأجزاء المشتركة إذ أن هذه الأجزاء تكون مملوكة على الشيوع لملاك الأجزاء المفرزة. وليس ثمة ما يمنع من أن يمتلك الاتحاد، بشخصيته المستقلة، طابقاً أو شقة لغرض من الأغراض كأن يخصصها لمكاتب الإدارة ، أو يستغلها ويخصص إيرادها لتغطية بعض النفقات المشتركة.

ويكون مركز الاتحاد ، بوصفه مالكا ملكية مفرزة لجزء من المبنى ، كمرکز أي مالك لطبقة أو شقة ، فيما عدا أنه لا يتمتع بسبب ملكيته هذه بأصوات في الجمعية العمومية ، وهو ما نص عليه المشروع في الفقرة الثانية من النص . وحرمان الاتحاد من التصويت في الجمعية العمومية أمر واضح الحكمة إذ برغم استقلال شخصية الاتحاد عن أشخاص الملاك ، فليس له مصالح مستقلة عن مصالحهم وكل ما يتعلق بالشخص الاعتباري يكون الرأي فيه لمجموع الملاك .

ويعرض نص المادة ٨٦٢ لصورة من صور مسؤولية اتحاد الملاك عن الأضرار التي تلحق أحد الملاك أو الغير . فالإتحاد ، باعتباره شخصا مستقلا يمكن أن يسأل وفقا للقواعد العامة في المسؤولية سواء كانت عقدية أو غير عقدية ، وسواء كانت المسؤولية ناتجة عن قرار من الهيئة التي تعبر عن إرادة الاتحاد وهي الجمعية العمومية أو عن فعل تابع من تابعيه أو عن فعل الأشياء التي في حراسته .

وقد رؤي مع ذلك النص صراحة على مسؤولية اتحاد الملاك باعتباره حارسا على الأجزاء المشتركة منعا لأي شك في مسؤوليته بهذه الصفة ، فنظرا إلى أن الاتحاد ليس مالكا لهذه الأجزاء فقد يثور الشك حول صفته كحارس لها ، أو في الأقل قد تثار مسألة انتقال الحراسة من الملاك إلى الاتحاد نفسه ، ولهذا حسم المشروع الأمر إذ يعتبر الاتحاد بمقتضى النص حارسا دون حاجة إلى إثبات انتقال الحراسة إليه من الملاك . ونتيجة لهذا لا ترفع دعوى المسؤولية على كل الملاك وإنما ترفع على الاتحاد نفسه .

ومسؤولية الاتحاد هذه لا تخل بحقه في الرجوع على غيره ممن يكونون مسئولين عن الأضرار التي حدثت وفقا للقواعد العامة ، كحقه في الرجوع على المهندس والمقاول عندما يكون الضرر ناشئا عن عيب في البناء .

وعرض المشروع في المواد ٨٦٣ وما بعدها لمن يقومون على تسيير شئون الاتحاد ، فبدأ أولا بالجمعية العمومية ، وهي المعبرة عن إرادة الاتحاد فتصدر القرارات التي تنسب إليه ، فبين تكوينها ومدى مساهمة كل شريك في التصويت على القرارات التي تصدرها ثم القرارات المختلفة التي تصدر من الجمعية . ثم عرض المشروع بعد ذلك لمدير الاتحاد ، وهو العضو التنفيذي الذي يشرف على تنفيذ القرارات وأخيرا عرض لمجلس الإدارة ، فنظرا لما قد يكون من تفاوت في حجم الملكيات وبالتالي في عدد

أعضاء الاتحاد وقيمة البناء ، فقد نص المشروع على أنه يجوز تكوين مجلس لإدارة الاتحاد ، والأمر جوازي ليقدر ذوو الشأن على ضوء ظروف المبنى ان كان ثمة حاجة إلى تكوين هذا المجلس أم لا .

ويعرض نص المادة ٨٦٣ لتكوين الجمعية العمومية لاتحاد الملاك ، وقد نص في الفقرة الأولى على أنها تتكون من جميع الملاك ، فنظرا إلى أن الجمعية العمومية هي التي تعبر أصلا عن إرادة الاتحاد ، وهو الشخص الذي يوجد للعمل على تحقيق مصلحة الجميع ، كان لابد من أن يكون لكل مالك رأي فيما تتخذه الجمعية من قرارات . وعضوية كل مالك في الجمعية العمومية حكم أمر لا يجوز الاتفاق على ما يخالفه ، فلا يجوز الاتفاق على استبعاد أحد الملاك من عضوية الجمعية .

وقد عرضت الفقرة الثانية للحالة التي يتعدد فيها الأشخاص الذين يملكون طبقة أو شقة من حيث عضوية الجمعية العمومية ، فنصت على أن يعتبروا مالكا واحدا وعليهم أن يواكلوا من يمثلهم في الجمعية ، فإذا لم يتفقوا فللمحكمة بناء على طلب أحدهم أو على طلب مدير الاتحاد أن تعين من يمثلهم . وتعدد الأشخاص الذين يملكون طبقة أو شقة واحدة يتحقق اما لأنهم يملكونها على الشيوع فيما بينهم ، واما لأن أحدهم يملك الرقبة والآخر له حق الانتفاع . وقد نص القانون الفرنسي صراحة على الحالتين ، واكتفى المشروع بالنص على تعدد الملاك لتشمل الحالتين معا .

واعتبار الملاك المتعديدين ، فيما يتعلق بعضوية الجمعية العمومية ، مالكا واحدا ، هو الحكم الذي يتفق مع الأساس الذي يقوم عليه مدى الإسهام في القرارات التي تفرض على الملاك جميعا وهو وزن المصالح ، سواء في القواعد العامة في الشيوع أو في ملكية الطبقات ، وحيث يكون إسهام كل شريك بنسبة حصته في المال الشائع . والوسيلة العادية للتعبير عن إرادة ملاك الطبقة أو الشقة عند تعددهم هي أن يواكلوا من يمثلهم ، سواء أكان الوكيل واحدا منهم أو كان من غيرهم ، فإذا لم يتفقوا على توكيل أحد واجتمعت الجمعية بغير من يمثلهم فلا يؤثر هذا في صحة الاجتماع ، ولكن لا شك أن لكل منهم أن يحرص على ضرورة تمثيلهم فيطلب من المحكمة أن تعين من يمثلهم ، كما أعطى النص لمدير الاتحاد أن يطلب من المحكمة تعيين من يمثلهم عملا على استكمال تمثيل الملاك في الجمعية .

ثم يعرض نص المادة ٨٦٤ للأساس الذي يقوم عليه مدى إسهام كل من الملاك في اتخاذ قرارات الجمعية العمومية ، فإذا تركنا مقدار الأغلبية المطلوبة ، وهي ما عرض له المشروع في المواد التالية ، نجد القانون الكويتي الحالي ، شأنه في هذا الشأن القانون المصري والقوانين العربية الأخرى ، ينص على أن تكون الأغلبية ”محسوبة على أساس قيمة الأنصبة“ (م ١١) ، وهو الأساس الذي أخذ به المشروع سواء في القواعد العامة في الملكية الشائعة أو في ملكية الطبقات والشقق.

والطريقة العملية لاعمال هذا الأساس ، لمعرفة ما إذا كان القرار قد وافقت عليه الأغلبية المطلوبة ، هي أن تتعدد أصوات كل عضو وتكون النسبة بين عدد ما لكل عضو من أصوات وما لغيره هي النسبة بين قيمة حصة كل منهم إلى حصة الآخر. وهذه هي القاعدة التي نص عليها المشروع في الفقرة الأولى من النص مستمدا إياها من القانون الفرنسي ، والقانون التونسي والقانون الجزائري.

وللعمل على الحد من سيطرة واحد من الملاك على قرارات الجمعية العمومية ، بحكم مقدار ما يملك في البناء ، استحدث المشروع الفرنسي بقانون ١٩٦٥ الحكم الذي أخذ به المشروع في الفقرة الثانية من النص استثناء من القاعدة الواردة في الفقرة الأولى ، فإذا كانت حصة أحد الملاك في الأجزاء المشتركة تزيد على النصف فلا يكون له ، مع ذلك ، من الأصوات في الجمعية العمومية إلا عدد من الأصوات يساوي عدد الأصوات التي لباقي الملاك . فإذا افترضنا أن عدد الأصوات جميعا ، على أساس حصص الملاك هي ١٠٠ وكان أحد الشركاء يملك ٦٠٪ من الحصص فلا يكون له إلا ٤٠ صوتا ولباقي الملاك ٤٠ صوتا ويجري التصويت على أساس أن مجموع الأصوات ٨٠ صوتا فقط بدلا من مائة صوت.

وقد لوحظ على هذا الحكم أنه يؤدي إلى الحيلولة دون أن تتمكن الجمعية من إصدار قرار بالأغلبية ، عندما يكون المطلوب هو أغلبية أصوات الأعضاء ، وذلك إذا كان المالك الذي أنقص عدد أصواته من رأي يخالف رأي باقي الملاك . ومع هذا قيل أن هذه النتيجة أفضل من ترك مالك واحد يتحكم في قرارات الجمعية العمومية. وفي مثل هذا الفرض الذي يتعذر فيه اتخاذ القرار ، يمكن كما ذهب بعض الفقهاء في فرنسا ، الالتجاء إلى المحكمة لتقرر ما تراه مناسبا.

ويعرض نص المادة ٨٦٥ لحضور اجتماعات الجمعية العمومية بالوكالة ، فنصت الفقرة الأولى على أنه يجوز لكل مالك أن يوكل غيره في حضور اجتماعات الجمعية العمومية والتصويت فيها . وليس ثمة ما يمنع من أن يكون الوكيل مالكا من الملاك الآخرين أعضاء الجمعية ، وقد يكون من غير الملاك أصلا .

أما الفقرة الثانية فقد عرضت لمسألة يمكن التردد في شأنها بين أكثر من رأي وهي مسألة ما إذا كان يمكن للشخص الواحد أن يكون وكيلا عن أكثر من عضو . فيمكن أن يقال أنه يجوز للوكيل أن ينوب عن أي عدد من الملاك استنادا إلى أن الموكل وقد ارتضى أن يوكل شخصا معينا فهو يرتضى ما يراه الوكيل في الجمعية العمومية سواء كان وكيلا عنه وحده أو وكيلا عن غيره في الوقت نفسه . وقد يقال بضرورة تقييد عدد الملاك الذين يمكن أن ينوب عنهم وكيل واحد ، ذلك أنه مع التسليم أن الموكل إذ يرتضى توكيل شخص معين فهو يرتضى رأيه في الجمعية العمومية ، إلا أن الواقع أن الوكيل له إرادة واحدة وكثيرا ما يصعب التوفيق بهذه الإرادة الواحدة بين المصالح المتعارضة . وقد وقف المشرع الفرنسي موقفا وسطا فأجاز تعدد التوكيلات بحد أقصى فلا يجوز للشخص الواحد أن يكون وكيلا عن أكثر من ثلاثة مالك في التصويت على قرارات الجمعية العمومية فيما عدا حالة معينة ليس لها نظير في المشروع وهي حالة وجود اتحاد أساسي واتحادات ثانوية .

وقد أثر المشروع الحكم الوارد في الفقرة الثانية وهو أنه لا يجوز لشخص واحد أن يكون وكيلا عن أكثر من مالك عملا على تحقيق أكبر قدر ممكن من الجدية لمداوات الجمعية العمومية .

ونظرا إلى أن مدير الاتحاد هو الذي يتولى تنفيذ قرارات الجمعية وهو الذي يعرض عليها كثيرا من الموضوعات ، وغالبا ما يكون له رأي خاص بصفته مديرا ، نص المشروع في الفقرة الثالثة من النص أسوة بالقانون الفرنسي ، على أنه لا يجوز لمدير الاتحاد ولا لأحد معاونيه ولا لأزواجهم أن يكونوا وكلاء عن الملاك .

وتعرض نصوص المواد من ٨٦٦ إلى ٨٧٠ من المشروع لقرارات الجمعية العمومية والأغلبية اللازمة للموافقة على كل منها . وهي تميز بين طوائف من القرارات تتفاوت من حيث درجة خطورتها ، ولهذا تحتاج كل طائفة منها إلى أغلبية خاصة :

(أ) فالمادة ٨٦٦ تضع القاعدة الأصلية ، أي الواجبة التطبيق ما لم ينص على أغلبية خاصة ، وبمقتضى هذه القاعدة تكفي الأغلبية المطلقة أي أغلبية أصوات الملاك الحاضرين في الاجتماع بأنفسهم أو بمن يمثلهم . وبهذه الأغلبية تتخذ القرارات الخاصة بالإدارة المعتادة ، مثل صيانة العقار وعمل الإصلاحات اللازمة ، والموافقة على الحسابات التي يقدمها المدير والتعليمات الخاصة بطريقة الانتفاع بالأجزاء المشتركة في حدود ما اتفق عليه في نظام الملكية.

وقد استمد المشروع نص المادة ٨٦٦ من القانون الفرنسي (م ٢٤م فقرة أولى) والقانون التونسي (م ٢/٩٢) والقانون الجزائري (م ٧٦٤).

(ب) وتعرض المادة ٨٦٧ للقرارات التي تجب الموافقة عليها بأغلبية أصوات جميع الملاك ، سواء من حضر منهم الاجتماع ومن لم يحضر ، وهي قرارات تجاوز أعمال الإدارة العادية المألوفة وتتعلق بأمور عارضة لها قدر من الأهمية دون أن تصل إلى مستوى أعمال التصرف أو التعديل في النظام الاتفاقي للملكية (اللائحة).

وأول هذه القرارات هو قرار الجمعية العمومية بالتفويض في اتخاذ قرار من القرارات التي تكفي فيها الأغلبية المطلقة فيما لو اتخذت الجمعية القرار بنفسها ، كما لو فوضت الجمعية مجلس الإدارة ان وجد في الموافقة على ما يقدمه المدير من حسابات . وهذا الحكم مأخوذ من القانون الفرنسي (م ٢٥/أ).

كما تلزم موافقة أغلبية الأعضاء على قرار الجمعية بتعيين أو عزل مدير الاتحاد أو أعضاء مجلس الإدارة إن وجد (المادة ٢٥/ج من القانون الفرنسي والمادة ٧٦٥ جزائري).

وكذلك قرار الجمعية بالتصريح لأحد الملاك باحداث تعديل في الأجزاء المشتركة وفقا لما يقضي به القانون ، وقد سبق أن نص المشروع في المادة ٨٥٦ على حق كل مالك في احداث تعديل في الأجزاء المشتركة على نفقته بشروط معينة، وأوجب النص الحصول ، قبل احداث التعديل على موافقة أغلبية الملاك الذين يدخل في سلطتهم احداث مثل هذا التعديل ، فإذا لم توافق الأغلبية كان للمالك الراغب في التعديل أن يطلب من المحكمة التصريح له بإحداثه. ونص الفقرة ج من المادة ٨٦٧ مأخوذ من المادة ٢٥ من القانون الفرنسي ، ونص المادة ٧٦٥ جزائري.

كما يلزم موافقة أغلبية الأعضاء على القرار بتعديل نسب توزيع النفقات المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة ٨٥٨ ، وهي النفقات التي توزع بنسبة ما يعود منها على كل طابق أو شقة من منفعة ، إذا أصبح التعديل ضروريا بسبب تغيير تخصيص بعض الطوابق أو الشقق. فإذا كانت الشقة مثلا مخصصة للسكني ثم تغير تخصيصها إلى مكتب تجاري أو للمحاماة أو عيادة طبيب الأمر الذي يترتب عليه وجوب إعادة النظر في تحديد ما يخصها من نفقات المصعد ، فيكون القرار بموافقة الجمعية العمومية بأغلبية أصوات جميع الأعضاء . والحكم مأخوذ من المادة ٢٥ فرنسي ، والمادة ٧٦٥ جزائري .

وإذا فرضت القوانين أو اللوائح اعمالا معينة في البناء أو ملحقاته ، كما لو فرضت احتياطات معينة للأمن من الحريق أو لاعتبارات صحية ، فيجب موافقة الجمعية العمومية بأغلبية أصوات جميع الأعضاء على شروط تنفيذ تلك الأعمال . والحكم مأخوذ من المادة ٢٥ فرنسي والمادة ٧٦٥ جزائري .

وإذا وجب القيام بعمل من أعمال التصرف في جزء من الأجزاء المشتركة بمقتضى القوانين أو اللوائح ، كما لو اقتضى تطبيق لوائح التنظيم تعديل حدود الأملاك وضم قطعة من فناء المبنى إلى ملك آخر ، فيجب موافقة الجمعية العمومية بأغلبية أصوات جميع الأعضاء على الشروط التي يتم بها التصرف . والحكم مأخوذ من القانون الفرنسي (م٢٥/د) والقانون الجزائري (٧٦٥).

وأخيرا يجب موافقة الجمعية العمومية بأغلبية أصوات جميع الأعضاء على القرار بتجديد البناء في حالة هلاكه هلاكاً كلياً أو جزئياً ، وفي حالة الموافقة على التجديد يجب أن تقرر الجمعية العمومية بنفس الأغلبية على توزيع نفقات التجديد. والحكم مأخوذ من القانون الفرنسي (٣٨م ، ٤٠) والقانون الجزائري (م٧٧١). وقد حرص المشروع على أن ينص صراحة على أن ما قد يستحق بسبب هلاك البناء ، كلياً أو جزئياً ، مثل مبلغ التأمين أو التعويض الذي يدفعه المسئول عن الهلاك ، يخصص لأعمال التجديد ما لم يجمع الملاك على غير ذلك . (المادة ٨٦٨ من المشروع). (ج) وتعرض المادة ٨٦٩ للقرارات التي يجب أن تتم الموافقة عليها بأغلبية ثلاثة أرباع أصوات جميع الأعضاء ، نظراً لما لها من طابع استثنائي ولا تحتملها ضرورات كالقرارات الواردة في المادة السابقة والتي تكفي بالنسبة لها أغلبية أصوات جميع الأعضاء. وهذه القرارات هي:

أولاً: القرار الخاص بوضع النظام الاتفاقي للملكية (اللائحة) أو تعديله.

ثانياً: القرار باحداث تعديل أو تغيير أو إضافة في الأجزاء المشتركة، إذا كان من شأن ذلك تحسين الانتفاع بها في حدود ما خصص له العقار. وقد روعي في تطلب أغلبية ثلاثة أرباع أصوات جميع الملاك اننا بصدد تغيير في الوضع القائم الذي ارتضاه جميع الملاك. وعندما تقرر الجمعية احداث أمر من هذه الأمور يجب في الوقت نفسه أن تقرر، وبنفس الأغلبية، توزيع نفقات ما قررته من أعمال ونفقات تشغيل وصيانة ما استحدثت. ونظرا إلى أن الأعمال التي يقتضيها تنفيذ قرار الجمعية قد تعوق أو تعطل انتفاع بعض الملاك بما يملكون وقد يعتمد بعضهم بسبب ذلك إلى عرقلة التنفيذ، نص المشروع على أنه لا يجوز لأي مالك أن يمنع أو يعطل تنفيذ ما قررته الجمعية ولو اقتضى هذا التنفيذ القيام بأعمال داخل طبقته أو شقته، ونص في الوقت نفسه على حق من يلحقه ضرر بسبب تنفيذ تلك الأعمال في التعويض. وحكم هذه الفقرة مأخوذ من القانون الفرنسي (م/٢٦٦، ج، ٣٠)، والقانون الجزائري (م٧٦٦، ٧٦٨).

ثالثاً: القرار بعمل من أعمال التصرف التي من شأنها نقل أو انشاء حق من الحقوق العينية العقارية بالنسبة للأجزاء المشتركة في غير الحالة المنصوص عليها في المادة ٨٦٧ (و) أي دون أن يكون التصرف مفروضا بحكم القوانين أو اللوائح، كما لو أريد بيع جزء من فناء المنزل أو رهنه ضمناً لدين على الاتحاد، وكذلك شراء قطعة أرض مجاورة للاحاقها بفناء المنزل. وقد أخذ الحكم من القانون الفرنسي (م٢٦٦/أ) والقانون الجزائري.

رابعا: وأخيرا القرار الخاص بالتصريح بتملك الاتحاد جزءا من الأجزاء المفروزة أو التصرف فيما يملكه من هذه الأجزاء. فقد سبق للمشروع أن قرر في المادة ٨٦١ حق الاتحاد في تملك طابق أو شقة وحقه في التصرف فيما يملك. ولما كانت الجمعية العمومية هي التي تعبر عن إرادة الاتحاد فقرار التملك أو التصرف يصدر من هذه الجمعية. وإذا كان الطابق أو الشقة التي يملكها الاتحاد لا تعتبر من الأجزاء المشتركة من حيث أن الذي يملكها هو الاتحاد نفسه باعتباره شخصاً في حين أن الأجزاء المشتركة تكون ملكيتها لمجموع الملاك على الشيوع، إلا أن درجة خطورة التصرف في الحاليين واحدة، ولهذا تطلب المشروع أغلبية ثلاثة أرباع أصوات جميع الملاك سواء بالنسبة للأجزاء المشتركة أو الأجزاء المفروزة التي يملكها الاتحاد نفسه.

(د) وعرضت المادة ٨٧٠ من المشروع لقرارين يجب موافقة الجمعية العمومية على كل منهما بإجماع أصوات الأعضاء ، وهما أولاً القرار الخاص بالتصرف في جزء من الأجزاء المشتركة إذا كان الاحتفاظ به ضرورياً للانتفاع بالعقار وفقاً للتخصيص المتفق عليه . فبرغم ضرورة هذه الأجزاء للانتفاع بالعقار وفقاً للتخصيص المتفق عليه مما يجعل التصرف في شيء منها بقرار من الأغلبية أمراً غير مقبول ، فليس ثمة ما يمنع الملاك جميعاً من أن يقرروا التصرف والاستغناء عن الخدمة التي كان يؤديها الجزء المتصرف فيه ، كما لو قرروا بيع الجزء من الأرض المخصص لوقوف السيارات، والقرار الثاني الذي يلزم اتخاذه بالإجماع هو القرار الخاص بإنشاء طوابق أو شقق جديدة مملوكة ملكية مفرزة ، وذلك أن مثل هذا القرار يؤدي إلى تغيير أساسي في المبنى وفي حقوق وواجبات الملاك.

ويعرض المشروع في المواد ٨٧١ و ٨٧٢ و ٨٧٣ لمدير الاتحاد الذي يسميه القانون الحالي ، وكذلك القانون المصري والسوري والليبي ، مأمور الاتحاد. وقد أثر المشروع مصطلح مدير الاتحاد الذي أخذ به القانون التونسي ، ووجود المدير . الذي يختص بالأعمال التنفيذية ، أمر ضروري في ظل تنظيم جماعي لملكية الطبقات والشقق.

وقد عرض المشروع في المادة ٨٧١ لتعيين المدير . والأصل أن يكون تعيينه بقرار من الجمعية العمومية وقد سبق أن قرر المشروع في المادة ٨٦٧ الأغلبية المطلوبة لهذا القرار وهي أغلبية أصوات جميع أعضاء الاتحاد ، ويجوز أن يكون المدير من بين الملاك كما يجوز أن يكون من غيرهم . ولم يعرض القانون الحالي ، شأنه في ذلك شأن القانون المصري وغيره من القوانين العربية ، للمدة التي تستمر خلالها صفة المدير المعين . وفي القانون الفرنسي لا يجوز تعيين المدير لمدة تزيد عن ثلاث سنوات (م ٢٨) من المرسوم رقم ٦٧-٢٢٣ الصادر في ١٧ مارس ١٩٦٧) ، أما القانون الجزائري فنص على أن يعين الوكيل (المدير) لمدة لا تزيد عن سنتين ويجوز أن يعين بعدها مرة أخرى ، وقد أثر المشروع الأخذ بهذا الحكم فنص على أن يعين المدير لمدة لا تزيد عن سنتين قابلة للتجديد.

فإذا فرض لسبب ما أن الجمعية لم تعين مديراً ، لعدم عرض الموضوع عليها أو لعدم توافر الأغلبية اللازمة لتعيين المدير ، وقد يترتب على ذلك الاضرار بمصالح الملاك ، فيكون لكل منهم أن يطلب من محكمة الأمور المستعجلة تعيين مدير مؤقت يباشر عمله

إلى أن تتخذ الجمعية العمومية قراراً بتعيين المدير .

ثم بينت المادة ٨٧٢ أن المدير هو الذي يمثل الاتحاد أمام المحاكم والجهات الإدارية وفي التعامل مع الغير ، وبينت المادة ٨٧٣ اختصاصات المدير فذكرت أولاً أنه يتولى تنفيذ نظام الملكية (وهو النظام المنصوص عليه في المادة ٨٥٣) الأمر الذي يقتضي منه الإشراف على قيام كل مالك بواجباته الواردة في النظام مثل استعمال الأجزاء المشتركة ، فيما أعدت له ، والوفاء بالتزامه بنصيب في النفقات المشتركة ، واستعمال الجزء المفروز الذي يملكه فيما خصص له ، إلى غير ذلك من الواجبات. كما يتولى المدير تنفيذ قرارات الجمعية العمومية ، ويقوم بجميع الأعمال اللازمة للمحافظة على الأجزاء المشتركة سواء كان الحفظ مادياً أو قانونياً. ثم تحفظ النص وقال ان ذلك بالإضافة إلى ما يتقرر للمدير من اختصاصات أخرى وفقاً للقانون.

وأخيراً عرض المشروع في المادة ٨٧٤ لمجلس إدارة الاتحاد. وقد استمد النص من القانون الفرنسي والقانون الجزائري. وقد كان القانون الفرنسي الصادر سنة ١٩٣٨ خلوا من أية إشارة إلى مجلس للإدارة ، ولكن العمل جرى في فرنسا ، حتى قبل قانون ١٩٣٨ على أن يتفق الملاك في كثير من الأحيان على تكوين مجلس للإدارة ، وقد أثبتت التجربة فائدة وجود مثل هذا المجلس وبخاصة في البنايات الكبيرة ، فجاء قانون ١٩٦٥ وقنن ما يجري عليه العمل .

وأول ما يستخلص من نص المادة ٨٧٤ أن تقرير إنشاء مجلس للإدارة أمر جوازي ، فإذا كان وجود مثل هذا المجلس ، عندما يكون البناء كبيراً يشمل عدداً كبيراً من الطوابق أو الشقق ، يفيد في حسن إدارة المبنى ، فقد يبدو أنه لا فائدة منه بالنسبة للأبنية الصغيرة .

وقد عرض النص للغرض من إنشاء المجلس ، والأصل أن وظيفته استشارية ، فلا يملك اتخاذ قرارات ملزمة لا في توجيه الإدارة ولا في الأعمال التنفيذية ، ولكن ليس ثمة ما يمنع من أن تخوله الجهة التي تقرر إنشاءه سلطة اتخاذ قرارات ملزمة. وقد تفوضه الجمعية العامة في اتخاذ قرارات مما يدخل أصلاً في اختصاصها ، وذلك على النحو التالي :

١- ففيما يتعلق بالغرض الأول من الأغراض المنصوص عليها ، وهو مساعدة المدير ، فللمجلس أن يقدم رأيه للمدير في كافة الأعمال التي يختص بها هذا الأخير ، أما من تلقاء

نفسه أو بناء على طلب المدير ، مثل إبداء الرأي في العقود التي يزمع المدير إبرامها مع الغير كمقاول أو محام.

٢- وفيما يتعلق بالغرض الثاني ، وهو الرقابة على أعمال المدير ، فللمجلس في سبيل تحقيق هذه الرقابة أن يراجع كافة الأوراق المتعلقة بأعمال المدير وبخاصة دفاتر الحسابات . ومن حق كل عضو من أعضاء المجلس أن يطلب من المدير إطلاعه على الأوراق- وللمجلس أن يقدم تقريرا للجمعية العمومية برأيه في أعمال المدير.

٣- وللمجلس أن يبدي رأيه للجمعية العمومية في أي أمر يرى فيه مصلحة ، مثل ملاءمة عمل إصلاح معين أو عدم ملاءمته ، أو تركيب مصعد أو تغيير نظام التكييف ، أو اقتراح تعديل نسب توزيع النفقات التي تتفاوت درجة الانتفاع بها... الخ.

٤- وأخيرا يجب على المجلس أن يقوم بما تكلفه به الجمعية العمومية من أعمال ، وقد يكون من بين ما تكلفه به الجمعية العمومية اتخاذ قرارات ملزمة بخصوص بعض الأمور التي تدخل أصلا في اختصاصها ، فيكون المجلس عندئذ مفوضا من الجمعية العمومية لإعمالا لنص المادة ٨٦٧ فقرة (أ) ، وذلك مثل تفويض المجلس في اعتماد الحسابات التي يقدمها المدير.

أما كيفية إنشاء المجلس فقد عرضت لها الفقرة الثانية من النص ، فقد ترد الأحكام الخاصة بإنشاء المجلس في نظام الملكية الذي قد يوجد وفقا لنص المادة ٨٥٣ من المشروع . فإذا لم يوجد هذا النظام ، أو لم ينص فيه على إنشاء مجلس للإدارة ، يجوز للجمعية العمومية بأغلبية أصوات جميع الأعضاء أن تقرر إنشاء المجلس.

هذا وقد أثر المشروع ألا يضع قواعد تتعلق بعدد أعضاء مجلس الإدارة ، وشروط العضوية ، ومدة العضوية ، تاركا ذلك للملاك في نظام الملكية أو في الجمعية العمومية ليقرروا ما يرونه ملائما وفقا للظروف.

ونشير في النهاية إلى أن وضع النصوص الخاصة بملكية الطبقات والشقق موضع التنفيذ ، يقتضي لتيسير أعمالها. وضع لائحة تناول المسائل التفصيلية، هي التي أشارت إليها الفقرة الثانية من المادة ٨٦٠ من المشروع باسم (اللائحة العامة لإدارة ملكية الطبقات والشقق) ، والتي تصدر بمرسوم.

الفصل الثاني

أسباب كسب الملكية

يعرض المشروع في المواد من ٨٧٥ إلى ٩٤٢ لأسباب كسب الملكية مع ملاحظة أن بعض هذه الأسباب هي في الوقت نفسه أسباب لكسب الحقوق العينية الأخرى ، وهو ما يتضح من عبارات النصوص .

وقد بدأ المشروع بكسب الملكية ابتداءً وذلك عن طريق الاستيلاء الذي يؤدي إلى تملك المباح . ثم عرض بعد ذلك لكسب الملكية انتقالاً من المالك السابق ، وهذا الكسب قد يكون بين الأحياء عن طريق الالتصاق أو التصرف القانوني ، أو الشفعة ، أو الحيازة ، وقد يكون على أثر وفاة المالك السابق وذلك بالميراث أو الوصية . وهذا هو الترتيب الذي اتبعه المشروع .

الفرع الأول - كسب الملكية ابتداءً (الاستيلاء)

بدأ المشروع في المادة ٨٧٥ بوضع القاعدة العامة في التملك بالاستيلاء وهو سبب لكسب ملكية الأشياء المباحة فور حيازتها (أو إحرازها أو وضع اليد عليها) . وقد أثر المشروع مصطلح "منقولاً مباحاً" ، وهو مصطلح فقهاء الشريعة الإسلامية ، على عبارة "منقول لا مالك له" التي استخدمها المشرع المصري (م ٨٧٠) ومن بعده بعض التشريعات العربية (السوري ٨٢٨ ، والليبي م ٨٧٤ ، والصومالي م ٧١٩ ، والسوداني م ٧٢٧ ، والتونسي م ٢٤) إذ لا يكفي أن يكون المنقول لا مالك له حتى يصبح مباحاً يملكه من يحوزه ، ولذلك نجد القانون الألماني ، بعد أن وضع القاعدة في أن من يحوز منقولاً لا مالك له بنية تملكه يصبح مالكا له ، ينص في الفقرة الثانية على أن الملكية لا تكسب إذا كان التملك ممنوعاً بحكم القانون أو كانت الحيازة قد تمت بالمخالفة لحق الغير في التملك . وفي تعبير منقول مباح الذي أخذه النص من الفقه الإسلامي ما يغني عن هذين القيدتين . وبناءً على ذلك إذا منعت الدولة صيد نوع من الطيور أو الحيوانات فلا تعتبر من المباحات وبالتالي لا يملك من يصيد برغم المنع

ما يصيده ، وإذا كانت هناك أرض مملوكة لشخص ومنع الغير من الدخول فيها للصيد، فلا يتملك من يصيد فيها برغم هذا المنع. كما أن المشروع لم ير الأخذ بما ذهبت إليه بعض التشريعات من القول: ”منقولاً مباحاً لا مالك له“ (العراقي م ١٠٩٨ ، الأردني ١٠٧٦) مكتفياً بأن يكون المنقول مباحاً ، إذ ليس ثمة ما يمنع من أن يكون المنقول مملوكاً ومباحاً في الوقت نفسه وبالتالي يمكن تملكه بالاستيلاء ، كما لو كانت الدولة قد صرحت بالرعي أو الاحتطاب وتملك ما ينبت في أرضها من عشب أو أشجار إذ يكون العشب أو الأشجار قبل الاستيلاء ملكاً للدولة بالتبعية لمليكتها للأرض. وهذا المأخذ يؤخذ أيضاً على نصوص القوانين التي اكتفت بالنص على أن يكون المنقول لا مالك له.

ويشترط للتملك بالاستيلاء ، سواء في فقه الشريعة الإسلامية أو في القوانين الوضعية، أن تكون الحيازة ، أو الإحراز ، بنية التملك وهو ما نص عليه المشروع.

وبعد أن وضع المشروع في المادة ٨٧٥ القاعدة العامة في تملك المنقول المباح بحيازته، تناول في المادة ٨٧٦ الحالات التي تحتاج إلى ضبط فيما يعتبر مباحاً من المنقولات. فنص في الفقرة الأولى على أن يصبح المنقول مباحاً إذا تخلى عنه مالكه بنية النزول عن ملكيته ، وهذه منقولات كانت مملوكة فأصبحت مباحة بتخلي المالك عن حيازتها مع نية النزول عن الملكية ، وتسمى الأشياء المتروكة ، وهي غالباً أشياء قليلة القيمة مثل فضلات الطعام والأدوات والملابس القديمة التي يرى المالك أنه ليس في حاجة إليها. ويجب التمييز بين الأشياء المتروكة هذه والأشياء الضائعة أو المفقودة التي لا تصبح مباحة بمجرد الضياع أو الفقد ، وبالتالي فمن يعثر على شيء مفقود أو ضائع ويسمى عندئذ (اللقطة) لا يملكه بالاستيلاء ، وإنما يجب عليه أن يبلغ عنه الجهات المختصة وفقاً للقانون.

ثم عرضت الفقرة الثانية للحيوانات غير الأليفة ، ومتى تعتبر مباحة أو غير مباحة ، ولفظ الحيوانات يشمل الحيوانات بالمعنى الواسع لهذه الكلمة فيصدق على الحيوانات بالمعنى الضيق كما يشمل الطيور بأنواعها المختلفة والأسماك وهذه الحيوانات تعتبر مباحة ما دامت طليقة لم يحرزها أحد فيجوز تملكها بالاستيلاء عليها ، هذا مع مراعاة أن الحيوان لا يعتبر مباحاً ولو كان طليقاً ، وفقاً لمفهوم فكرة الإباحة ، كما سبق بيانها تعليقا على نص

المادة ٨٧٥ ، إلا إذا لم يوجد ما يمنع تملكه سواء كان المنع بنص القانون أو كان مستمداً من قصر حق التملك على الغير . فإذا أحرز شخص حيواناً بنية تملكه وبالتالي ملكه ، ثم عاد الحيوان طليقاً ، فإن كان ذلك بإرادة المالك الذي تخلى عنه بنية النزول عن ملكيته عاد مباحاً وفقاً للفقرة الأولى من النص ، وإن كان بغير إرادة المالك فلا يصبح الحيوان مباحاً إلا إذا لم يبادر المالك إلى تتبعه لإعادته إلى حيازته أو إذا بدأ في تتبعه ثم كف عن ذلك .

وتعرض الفقرة الثالثة للحيوانات التي كانت غير اليفة ، ثم أصبحت مملوكة وزيادة على ذلك أُلْفَ الحيوان الرجوع إلى المكان الذي خصصه له المالك ، بحيث يمكن القول أنه أصبح أليفاً ، وبالتالي لا يعتبر الحيوان مباحاً لمجرد كونه في وقت ما طليقاً . ولكن إذا فقد الحيوان عادة الرجوع إلى مكانه ، اعتبر غير أليف وبالتالي يصبح مباحاً ما دام طليقاً وكف صاحبه عن تتبعه .

وتعرض المادة ٨٧٧ للكنز ، وهو منقول يوجد مدفوناً أو مخبوءاً ولا يعرف له مالك . والغالب أن يوجد الكنز في عقار ، ولذلك ترد النصوص في أكثر القوانين على أساس أن الكنز يوجد في عقار .

ولكن نظراً إلى أنه من المتصور وجود الكنز في منقول ، كما لو عثر شخص على أوراق نقدية أو أحجار ثمينة مخبأة في مكان سري في مكتب أو خزانة ، فالشراح يقيسون هذه الحالة على حالة الكنز الذي يعثر عليه في عقار . ولهذا أثر المشروع صياغة النص على نحو يتسع لما يعثر عليه في عقار أو منقول . ويفرق فقهاء الشريعة الإسلامية بين نوعين من الكنز ، الأول هو الكنز الجاهلي وهو ما وجد به شعار أو كتابة يدلان على أنه دفن في الأرض قبل الإسلام أو علم ذلك بأي طريق من الطرق ، ولهم في حكمه آراء متعددة لا محل لذكرها لاستبعاد احتمال وجود هذا النوع من الكنز ، وإن وجد فيعتبر من الآثار التي لا تسري عليها أحكام الكنز . والنوع الثاني هو الكنز الإسلامي ، وهو ما يوجد ما يدل على أنه دفن في الأرض بعد ظهور الإسلام عليها ، وقد اختلف في حكمه الفقهاء ، فيرى الحنفية أنه مملوك لمالكة ملكاً محترماً فلا يملكه واجده وإنما يعد لقطعة فيجب تعريفها حتى يظهر صاحبها ، فإن يئس من معرفته حفظت أو تصدق بها . ومن العلماء من ذهب إلى أن الملكية تزول عنها في هذه الحال ويتملكها واجدها . وروي

هذا عن عمر وعائشة وابن مسعود وقال به الشافعي واحمد غير أنهما يلزمان واجده بان يرده إلى صاحبه ان ظهر وهو موجود فإن لم يكن موجودا رد إليه قيمته.

وقد اختلفت قوانين البلاد العربية في حكم الكنز ، فمنها ما جعله لمالك العقار الذي وجد فيه أو مالك رقبته أو للواقف أو ورثته إن كان العقار وقفا (المصري م ٨٧٢). ومنها ما أخذ بهذا الحكم ثم نص على أنه إذا عثر على الكنز في مال مملوك للغير اقتسمه من عشر عليه مع هذا المالك مناصفة (الليبي م ٨٧٦). ومنها ما أخذ بما يوافق حكم القانون المصري فيما عدا حالة وجود الكنز في أرض موقوفة فتكون ملكيته لجهة الوقف (العراقي م ١١٠١) ومنها ما جعل الخمس للدولة والخمس لمن عثر على الكنز والثلاثة أخماس لمالك العقار الذي وجد فيه الكنز (السوري م ٨٣٠، واللبناني م ٢٣٧، والتونسي م ٢٥). وقد أثر المشروع الأخذ بحكم القانون السوداني فجعل الخمس لمن يعثر على الكنز والباقي لمالك الشيء الذي وجد فيه أو مالك رقبته أو للواقف ولورثته إن كان قد عثر عليه في شيء موقوف.

ثم تحفظ النص في النهاية بوجوب مراعاة ما تقضي به المادة ٨٧٩ ، والمقصود هو ما تقضي به من أن الأشياء الأثرية تنظمها تشريعات خاصة.

وبعد أن عرض المشروع لتملك المباح بالاستيلاء عليه ، نص في المادة ٨٧٨ على أن كل عقار لا مالك له يكون ملكا للدولة. وهذا يعني أنه لا توجد في الأصل عقارات مباحة يمكن تملكها بالاستيلاء ويسري هذا الحكم ليس فقط على الأراضي التي لم يسبق لأحد من الأفراد تملكها وإنما يسري كذلك على العقارات التي مات ملاكها وليس لهم ورثة. ولم ير المشروع ما يدعوا إلى النص على عدم جواز تملك أراضي الدولة بغير إذن الدولة ، فهذا الحكم مفهوم بالضرورة من كون الأرض مملوكة للدولة.

ويحيل نص المادة ٨٧٩ فيما يتعلق بالحق في الصيد في البر وفي البحر ، واللقطة وهي الأشياء المفقودة أو الضائعة عندما يعثر عليها شخص ما ، وكذلك الأشياء الأثرية، وما يوجد في باطن الأرض من معادن يحيل في كل هذا إلى التشريعات الخاصة ، لأن موضع الأحكام الخاصة بذلك كله ليس هو مدونة القانون المدني.

الفرع الثاني - كسب الملكية انتقالاً بين الأحياء

(أولاً) الالتصاق:

الالتصاق هو اتحاد أو اندماج شيئين ، متميزين أحدهما عن الآخر ، غير مملوكين لشخص واحد ، اندماجا ماديا بحيث لا يمكن فصل أحدهما عن الآخر دون تلف ، ودون أن يوجد اتفاق سابق على تحقيق هذا الاندماج. ويترتب عليه، إذا لم يتم فصل الشئيين وفقا لما يقضي به القانون أن يتملك مالك أحد الشئيين الشيء الآخر ، بقوة القانون أو بحكم القاضي.

ولم يعرض المشروع لبعض صور الالتصاق التي لا مجال لتحقيقها في الكويت وهي التي يطلق عليها الالتصاق الطبيعي ، ويقصد بها تراكم الطمي الذي يجلبه النهر تدريجيا ويرسبه على الأراضي المجاورة لمجره ، وكذلك ما يعرف بطرح النهر حيث يحدث أحيانا أن تقطع مياه النهر بقوة اندفاعها أجزاء من الأراضي المجاورة وتلقي بها على حافة المجرى في مكان آخر على حافة المجرى أو في وسط المجرى فتكون جزرا.

كما لم يعرض المشروع ، لما تنص عليه بعض القوانين من قواعد بخصوص ما ينكشف عنه البحر من أراض ، وعدم جواز التعدي على أرض البحر ، إذ لا تواجه هذه القواعد حالة من حالات الالتصاق.

وبذلك اقتضت نصوص المشروع على ما يسمى الالتصاق الصناعي بالعقار وحيث تكون عملية اندماج بعض المنقولات بالعقار قد تمت بفعل شخص معين ، وكذلك حالة التصاق منقول بمنقول.

وتمهيدا للقواعد الخاصة بالتصاق منقول بعقار وضع المشروع في المادة ٨٨٠ قرينة بسيطة تقوم على أساس الوضع الغالب المألوف ، وبالتالي يعتبر هو الأصل إلى أن يثبت عكسه ، فنصت على أن ”كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى ، يعتبر من عمل مالك الأرض اقامه على نفقته ويكون مملوكا له ، ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك“. وبناء على هذا ، فحتى يمكن اعمال أحكام الالتصاق التي وردت في النصوص التالية ، يجب أن يقيم الدليل على أن مالك الأرض لم يكن وقت أن أقيمت فيها المنشآت -بالمعنى الشامل لهذه الكلمة- هو مالك المواد التي استخدمت في إقامتها. ويتحقق ذلك

في فرضين أساسيين ، الفرض الأول أن يقيم مالك الأرض المنشآت بمواد مملوكة لغيره وهو ما عرض له المشروع في المادة ٨٨١. والفرض الثاني أن يقيم شخص في أرض غيره منشآت بمواد من عنده ، سواء كانت مملوكة له أو مملوكة لشخص ثالث ، وهو ما عرض له المشروع في المواد من ٨٨٢ إلى ٨٨٥ وهي تتناول علاقة صاحب الأرض بمن أقام المنشآت. ثم عرض المشروع في المادة ٨٨٦ لحالة تدخل في نطاق الفرض الثاني، وهي حالة ما إذا أقام شخص منشآت على أرض غيره بمواد مملوكة لشخص ثالث ، وذلك لبيان حقوق مالك المواد قبل كل من الشخص الذي أقام بها المنشآت وصاحب الأرض.

فأولا ، تعرض المادة ٨٨١ لحالة ما إذا كان مالك الأرض قد أحدث فيها بناء أو منشآت أخرى أو غرس فيها غراسا بمواد مملوكة لغيره . وفي هذه الحالة يكون لمالك المواد أن يطلب استردادها بشرطين: الأول أن يكون من الممكن نزع المواد دون أن يلحق الأرض ضرر جسيم ، والثاني أن يرفع الدعوى باسترداد المواد خلال سنة من وقت علمه انها اندمجت في الأرض.

فإذا لم يتحقق أحد الشرطين ، تملك مالك الأرض المواد بالالتصاق ويجب عليه عندئذ ، سواء كان حسن النية أو سيء النية ، أن يدفع قيمة المواد وقت اندماجها في الأرض ، كما يجب أن يعرض من كان مالكا للمواد عما لحقه من ضرر بسبب فقده لمواده.

وتعرض المواد من ٨٨٢ إلى ٨٨٥ للفرض الذي يحدث فيه شخص بمواد من عنده بناء أو غراسا أو منشآت أخرى ، على أرض غيره . وفي هذا الفرض تختلف أحكام الالتصاق بحسب ما إذا كان هذا الشخص سيء النية أو حسن النية.

وقد تناولت المادة ٨٨٢ حالة سوء النية ، الذي يتحقق إذا كان من أقام البناء أو غرس الغراس يعلم أن الأرض مملوكة لغيره وأنه ليس له الحق في أحداث ما أحدثه عليها. وقد سوى المشروع بين العلم بهذا ، والجهل الناشئ عن خطأ جسيم.

ونظرا لسوء نية من أقام البناء أو المنشآت الأخرى أو غرس الغراس ، يكون مالك الأرض بالخيار بين طلب إزالة ما استحدث على أرضه أو استبقائه ، فإذا طلب الإزالة فيجب أن يكون ذلك خلال مدة سنة تبدأ من وقت أن يعلم بما حدث في أرضه ، وتكون

نفقات الإزالة على من استحدث المنشآت أو الغراس ، وإذا لحق مالك الأرض ضرر بسبب ما حدث فيها من الإزالة فله أن يطلب التعويض عنه . وإذا كان نص المشروع لم يقيد حق مالك الأرض في طلب الإزالة فذلك اكتفاء منه بالقواعد العامة التي سبق أن قررها المشروع في خصوص عدم جواز التعسف في استعمال الحق (المادة ٣٠ من المشروع).

ولمالك الأرض، بدلا من طلب الإزالة ، أن يطلب استبقاء ما استحدث على أرضه، فإذا طلب ذلك ، أو لم يطلب الإزالة خلال مدة السنة ، فيتملك ما استحدث على أرضه بالالتصاق وذلك في مقابل دفع قيمة المستحدثات مستحقة الإزالة أي قيمة ما ينزع من الأرض بعد نزع مخصصها منها نفقات النزع ، أو دفع ما زاد في قيمة الأرض بسبب وجود مستحدثات فيها ، وهو يختار بداهة أقل القيمتين . وهذا الحكم يختلف عن حكم القاعدة العامة في الإثراء بلا سبب لأن قيمة الأشياء مستحقة الإزالة لا تمثل قيمة الإفتقار.

ومن نص المشروع يتبين أن من أحدث شيئا بسوء نية في أرض غيره ليس له أن يطلب الإزالة ، ولم ير المشروع الأخذ بما نصت عليه الفقرة الثانية من النص المصري والقوانين التي حذت حذوه. فبعد أن قرر المشروع المصري حق صاحب الأرض في الخيار بين الإزالة والاستبقاء في الفقرة الأولى نص في الفقرة الثانية على حق من أقام المنشآت في طلب نزعها ان كان ذلك لا يلحق بالأرض ضررا إلا إذا اختار صاحب الأرض أن يستبقى المنشآت . وهو حكم آثار الخلاف حول حقيقة المقصود به ، فذهبت المذكرة الإيضاحية للنص وبعض الشراح إلى أن مالك الأرض إذا تملك المنشآت بالالتصاق ولكنه امتنع عن دفع المقابل كان للباني اما أن يلزمه بالدفع واما أن يطلب نزع المنشآت إن كان النزع لا يلحق بالأرض ضررا. وهذا الرأي لا يتفق مع حكم النص الذي يقول ، بعد أن قرر حق من أقام المنشآت في نزعها ، ”إلا اذا اختار صاحب الأرض أن يستبقى المنشآت“. ولعل اكثر ما قيل قبولا هو أنه إذا لم يحدد صاحب الأرض موقفه خلال السنة فلم يطلب الإزالة ولم يطلب استبقاء المنشآت ، فيجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب الإزالة حتى يضع حدا لموقف صاحب الأرض الذي يجب عليه عندئذ اما أن يوافق على الإزالة أو يطلب استبقاء المنشآت ومع ذلك لم ير المشروع الأخذ بحكم الفقرة الثانية من النص المصري وذلك حتى تتاح لمالك الأرض الفرصة في التدبر خلال سنة ليقرر ما إذا كان يطلب الإزالة أو الاستبقاء.

وتعرض المادة ٨٨٣ لحالة من يحدث بناء أو غراسا أو منشآت أخرى ، بمواد من عنده ، على أرض غيره بترخيص من المالك أو عندما يكون حسن النية ، أي وهو يعتقد أن له الحق في إحداث ما أحدثه ، اما لأنه كان يعتقد أنه هو المالك للأرض ، أو لأنه كان يعتقد أن له الحق في احداث ما أحدثه مع علمه بان الأرض مملوكة لغيره .

وقد تضمنت الفقرة الأولى من النص القاعدة العامة في هذه الحالة ، ومنها يتضح الفرق بين معاملة من أحدث شيئا في أرض غيره بحسن نية ومن أحدثه بسوء نية ، سواء فيما يتعلق بالحق في طلب الإزالة أو من حيث مقدار ما يلتزم به مالك الأرض في حالة الاستبقاء. ففيما يتعلق بالحق في طلب الإزالة ، كان مقتضى القواعد العامة أن يكون لمالك الأرض أن يطلب إزالة ما حدث في ملكه دون وجه حق ، وهو ما سبق أن قرره المشروع بنص المادة ٨٨٢ بالنسبة لمن أحدث شيئا في ملك غيره بسوء نية ، أما هنا فقد خرج النص على مقتضى القواعد العامة نظرا لحسن نية الباني أو الغارس فلم يعط لصاحب الأرض حق طلب الإزالة ، وبالعكس أعطى لمن بنى أو غرس الحق في طلب النزاع إذا كان ذلك لا يلحق بالأرض ضررا. فإذا لم يطلب النزاع ، أو كان في نزاع ما استحدث ضرر بالأرض فيتملك صاحب الأرض ما استحدث عليها بالالتصاق وذلك في مقابل احدي قيمتين وفقا لما يختاره ، قيمة ما أنفقه الباني أو الغارس في المواد وأجرة العمل ، أو ما زاد في قيمة الأرض بسبب ما استحدث فيها ، وهذا هو حكم القاعدة العامة في الاثراء بلا سبب .

هذه هي القاعدة العامة في حالة حسن نية الباني أو الغارس في أرض غيره بحسن نية ، واستثناء من هذه القاعدة نصت الفقرة الثانية على أنه إذا كانت المستحدثات قد بلغت حدا من الجسامة بحيث يرهق صاحب الأرض أن يؤدي ما هو مستحق عنها كان له أن يطلب تملك الأرض لمن أحدثها بمقابل عادل. وهذا الاستثناء مقصور على حالة ما إذا كان أقل القيمتين المنصوص عليه في الفقرة الأولى مرهق لمالك الأرض فلا يلزم أن يكون أداءه مستحيلا ، والقاضي يقدر الارهاق بالنظر إلى حالة مالك الأرض المالية وقيمة المنشآت بالنسبة لقيمة الأرض ومدى المنفعة التي يمكن أن تعود على مالك الأرض من هذه المنشآت. والمقصود بالنص على المقابل العادل ألا يتقيد القاضي بقيمة الأرض وإنما يراعي كافة الظروف الخاصة التي تحيط بالحالة المعروضة عليه .

وبعد بيان أحكام الالتصاق الخاصة بمن يحدث بناء أو غراسا أو منشآت أخرى بمواد من عنده في أرض غيره ، أجاز المشروع بنص المادة ٨٨٤ للمحكمة أن تقرر ما تراه مناسبا للوفاء بما تحكم به وفقا لتلك الأحكام من مقابل تملك صاحب الأرض لما انشئ عليها أو التعويضات. وللمحكمة بوجه خاص أن تحكم بأن يكون الوفاء على أقساط دورية بشرط أن يقدم الملتزم الضمانات الكافية. ويبرر سلطة المحكمة المقررة في هذا النص أنه غالبا ما يكون إلزام صاحب الأرض بدفع مقابل ما يستبقيه على أرضه من منشآت مفاجأة لم يعد لها نفسه.

وعرض المشروع في المادة ٨٨٥ لحالة خاصة ، من حالات إقامة شخص بمواد من عنده على أرض غيره بحسن نية واضعا لها حكما استثنائيا وذلك بالنص على أنه إذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناء قد جار بحسن نية على جزء صغير من الأرض الملاصقة جاز للمحكمة أن تحكم بتملكه الجزء المشغول بالبناء نظير مقابل عادل. ووجه الخصوصية في هذه الحالة أن الباني يبني أصلا في ملكه ، ولكنه تجاوز حدود ملكه وشغل جزءا من أرض جاره الملاصقة بالبناء وبحسن نية ، وغالبا ما يكون ذلك نتيجة خطأ في القياس . ولو أعملنا أحكام الالتصاق بصفة مطلقة لأدى ذلك إلى نتائج غير مقبولة إذ مقتضى هذه الأحكام أن يكون الباني بالخيار بين أن يزيل ما بناه في ملك جاره ، أي يزيل جزءا من المبنى الذي أقامه أو يترك صاحب الأرض المجاورة الجزء الذي أقيم من المبنى على أرضه فيصبح شريكا في المبنى . وتفاديا لهذه النتائج غير المقبولة أعطى النص للمحكمة الحق في أن تحكم بتملك الباني الجزء الذي أقام عليه المبنى من أرض جاره جبرا على مالك الأرض ، وذلك في مقابل عادل تقدره المحكمة وفقا للظروف.

هذا ويلاحظ أن الأحكام السابق بيانها لا تسري بالنسبة لما يقام على أرض الغير من منشآت صغيرة لا يقصد بقاءها على الدوام كالشيرات والحوانيت الخشبية ، فمثل هذه المنشآت تكون ملكا لمن أقامها. وبناء على ذلك تطبق القواعد العامة في حق الملكية سواء بالنسبة لمالك الأرض أو بالنسبة لمالك المنشآت التي أقامها على أرض غيره ، ومقتضى هذه القواعد أن يكون لمالك الأرض أن يطلب الإزالة إلا إذا كان قد صرح لمن أقام المنشأة بإقامتها لمدة معينة فليس له طلب الإزالة خلال هذه المدة. كما أن لمن أقام المنشأة أن يزيلها في أي وقت ما لم يوجد اتفاق بينه وبين مالك الأرض على أيولة المنشأة لمالك الأرض في وقت معين.

وفي الحالات التي يحدث فيها شخص بناء أو غراسا أو منشآت أخرى في أرض غيره ، والتي سبق تنظيمها بالنصوص السابقة ، كانت النصوص تذكر عبارة (بمواد من عنده) ، ولم تذكر أن المواد مملوكة له أو مملوكة لغيره ، ما دامت تلك النصوص تنظم علاقة مالك الأرض بمن أحدث فيها شيئا مما ذكر . ونظرا إلى أن حالة ما إذا كانت المواد مملوكة لشخص ثالث ، تشير بالإضافة إلى علاقة مالك الأرض بمن أحدث فيها شيئا ، علاقيتين آخرين هما أولا علاقة مالك المواد بمن أخذها، وثانيا علاقة مالك المواد بمالك الأرض ، عرض المشروع بنص المادة ٨٨٦ لهاتين العلاقتين .

وبناء على هذا النص ، وأحكام القواعد العامة ، إذا كان من أخذ المواد في علاقته بصاحب الأرض سيء النية ، وأجبر على نزع المواد أو كان حسن النية واختار هو نزعهما، فيكون لمالك المواد أن يستردها منه مع التعويض ان كان له مقتضى .

أما إذا كان مالك الأرض قد تملك المنشآت بالالتصاق فيكون لمالك المواد وقد فقد مواده أن يرجع أولا على من اعتدى على ملكه وهو من أحدث المنشآت وذلك وفقا للقواعد العامة وبصريح النص . اما في علاقته بمالك الأرض ، فوفقا للقواعد العامة ليس له أن يرجع عليه بشيء إلا بالدعوى غير المباشرة . ولكن بمقتضى النص يكون له أن يرجع مباشرة على مالك الأرض بما له من تعويض قبل من أقام المنشآت وذلك في حدود ما بقى في ذمة مالك الأرض في نظير تملكه ما استحدث على أرضه .

وهذه هي الأحكام التي قررها المشرع المصري ، ومن بعده القوانين التي حذت حذوه . وبالإضافة إلى ذلك نص المشروع المصري ، والقوانين الأخرى ، على أن مالك المواد ليس له أن يطلب استردادها . أما المشروع فقد نص في الفقرة الثانية على أنه إذا كان من أحدث البناء أو الغراس حسن النية كان لمالك المواد أن يطلب نزعهما إذا يلحق ذلك بالأرض ضررا . ذلك أنه في حالة حسن نية من أحدث المنشآت يكون له وفقا لنص المادة ٨٨٣ أن يطلب نزعهما ، وبالتالي يستطيع مالك المواد وفقا للقواعد العامة أن يطلب النزع بالدعوى غير المباشرة ، وبالإضافة إلى هذا رأي المشروع إعطاء مالك المواد دعوى مباشرة يطلب بها نزع المواد ، وهو حكم ليس لصاحب الأرض أن يتضرر منه طالما أن من أقام المنشآت يستطيع النزع .

وأخيراً عرض المشروع بنص المادة ٨٨٧ لحالة التصاق المنقولات ببعضها ، وهي تفترض أن تكون المنقولات مملوكة لملاك مختلفين ، ثم تندمج بحيث لا يمكن فصلها دون تلف ، ولم يكن هناك اتفاق بين الملاك تم الدمج بمقتضاه. ويتم هذا في صور ثلاث، الأولى ويطلق عليها الضم أن تتحد المنقولات فتكون شيئاً واحداً وإن أمكن التمييز بينها مثل وضع صورة في إطار بطريقة لا يمكن معها فصلهما دون تلف. والثانية ، ويطلق عليها المزج أن تختلط المنقولات بحيث لا يمكن تمييز أحدها عن الآخر كامتزاج سائلين ببعضهما. والصورة الثالثة ويطلق عليها التحويل ان يترتب على الاندماج وجود شيء جديد مغاير كتحويل الخشب مع مواد أخرى إلى قطعة أثاث.

ونظراً لتعدد الصور التي يحدث فيها التصاق المنقولات ببعضها وتعدد أسباب الالتصاق ، والظروف التي تم فيها ، فقد أثر المشروع عدم النص على قاعدة موضوعية تحسم مسألة الملكية ومقابل التملك ، تاركا الأمر للقاضي ليفصل فيه بمراعاة الضرر الذي حدث لكل مالك من الملاك وحالة كل منهم من حيث حسن أو سوء النية ، وهذا هو المسلك الذي سلكته أكثر التشريعات العربية.

(ثانياً) التصرف القانوني:

تعرض نصوص المواد ٨٨٨ - ٨٩٠ لنقل الملكية وكذلك نقل أو إنشاء الحقوق العينية الأخرى ، بالتصرف القانوني. وقد أثر المشروع ألا يقتصر على العقد ، كما فعلت التشريعات العربية ، وذلك حتى تشمل النصوص العقد وكذلك التصرف القانوني الذي يتم بإرادة واحدة. هذا مع مراعاة أن الوصية لها أحكام خاصة.

وقد تضمن نص المادة ٨٨٨ المبدأ العام في انتقال أو نشوء الحق بالتصرف القانوني. والشرط الذي يجب توفره في جميع الأحوال حتى ينتقل الحق أو ينشأ بالتصرف ، هو أن يكون المتصرف هو صاحب الحق المتصرف فيه ، وذلك سواء بالنسبة للمنقول أو العقار. ونظراً إلى أن وقت انتقال أو نشوء الحق يختلف باختلاف الأشياء ، فقد نصت المادة في آخرها على مراعاة أحكام المادتين التاليتين.

وبينت المادة ٨٨٩ أحكام انتقال أو إنشاء الحق العيني إذا كان الشيء منقولاً ، فإن كان المنقول معيناً بذاته فالأصل أن تنتقل الملكية أو تنتقل أو تنشأ الحقوق العينية الأخرى

بمجرد إبرام التصرف القانوني. وإن كان المنقول معيناً بنوعه ، فالأصل ألا ينتقل الحق أو ينشأ إلا بإفراز المنقول. ونظراً إلى أن نقل الحق أو إنشاءه قد يتراخى إلى وقت لاحق بشرط في التصرف القانوني نفسه أو بنص في القانون نصت الفقرة الثالثة من النص على أن "كل ما سبق ما لم ينص القانون أو يقضي الاتفاق بخلافه".

وعرضت المادة ٨٩٠ للتصرفات التي ترد على العقارات ، فنصت على أن الحقوق العينية لا تنتقل ولا تنشأ إلا بمراعاة أحكام قانون التسجيل العقاري.

(ثالثاً) الشفعة:

الشفعة سبب من أسباب كسب الملكية مستمدة من الفقه الإسلامي ، ويستند في شرعيته إلى السنة ، ففي البخاري عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل ما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة. ويكاد ينعقد إجماع فقهاء المسلمين على ثبوت الحق في الأخذ بالشفعة ، وإن اختلفوا في بعض مسائلها.

وإذا كانت الشفعة هي الحق في تملك المبيع جبراً على المشتري فهي تثبت على خلاف الأصل لأنها تنافي قاعدة إشتراط الرضاء في إنتقال الملك من شخص إلى آخر ، فهي استثناء من هذه القاعدة ، ولكنه استثناء دعت إليه المصلحة. ولهذا فتنظيم الشفعة ، يقوم أساساً على الموازنة بين اعتبارين: الأول هو إحترام الأصل العام في حرية التصرف بإشتراط الرضاء في إنتقال الملك ، والثاني هو إعتبار المصلحة التي تتحقق من الأخذ بالشفعة.

وقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في بيان أسباب إستحقاق الشفعة ، وفي الحكمة من شرعها وبالتالي في بعض الأحكام العملية على نحو ما يظهر عند عرض هذه الأحكام. وكذلك اختلف مسلك قوانين البلاد العربية من الشفعة. فلم تأخذ بها بعض الدول مثل سوريا ، ولكن أكثر الدول أخذت بها وإن اختلفت التشريعات فيما وضعت من أحكام وعلى الخصوص في مدى التوسعة والتضييق في الحالات التي يجوز فيها الأخذ بالشفعة، على نحو ما نبينه عند التعليق على النصوص.

وأهم ما استحدثه المشروع في تنظيم الشفعة هو عدم الإقتصار على حالة بيع العقار

فأجاز الشفعة في بيع العقار والمنقول على السواء. هذا بالإضافة إلى أن المشروع قصر الشفعة على حالة بيع الشريك في الشيوع حصة شائعة فيكون للشركاء الآخرين حق الأخذ بالشفعة.

وقد عرفت المادة ٨٩١ الشفعة بأنها حق الحلول محل المشتري ، عند بيع العقار أو المنقول ، في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في المواد التالية. وقد روعي في هذا التعريف:

(أولاً) تجنب النص على أن الشفعة رخصة ، كما فعلت بعض التشريعات كالقانون المصري (م٩٣٥) والقانون الليبي (م٩٣٩) ، والقانون الصومالي (م٧٤٥) والقانون الجزائري (م٧٩٤). وذلك أولاً لأن مصطلح رخصة لا يزال في علم القانون غير منضبط ويستخدم في أكثر من معنى ، فأحياناً يقصد به معنى الحريات العامة كحرية التملك وحرية الزواج وحرية التنقل ..الخ ، وهي الحريات التي تثبت للناس كافة دون حاجة إلى قيام سبب معين لشخص معين. وأحياناً يقصد به الحق في كسب حق معين إذا وجد سبب خاص ، كحق الموجه إليه الإيجاب بالبيع في أن يملك الشيء بأن يقبل الشراء وحق الشفيع في أن يأخذ بالشفعة. وعلى الرأي الراجح في تحديد معنى الرخصة ، وهو المعنى الأول ، تكون الشفعة ليست مجرد رخصة بل هي أكثر من ذلك. ولهذا نجد الأستاذ السنهوري يقول في التعليق على نص القانون المصري: ”والأدق أن يقال أن هذا المركز القانوني (والمقصود هو المركز الناشئ عن بيع العقار وتوفر شروط الشفعة) لا يتولد عنه مجرد رخصة في التملك ، بل يتولد عنه حق الشخص في أن يملك..“.

(ثانياً) اكتفى المشروع في بيان حقيقة الشفعة بأنها حق الحلول محل المشتري فلم ينص على ما تنص عليه بعض التشريعات من: حق تملك العقار المبيع ، وأن يكون التملك بمقدار الثمن أو بالثمن الحقيقي والنفقات ، لأن كل هذه التفاصيل يغني عن ذكرها أن يذكر أن الشفعة هي حق الحلول محل المشتري. وليس من المناسب أن يذكر في التعريف كل ما يتعلق بالمعرف من تفاصيل.

(ثالثاً) نص المشروع على أن الشفعة تكون عند بيع العقار أو المنقول ، فلم يقصرها

على حالة بيع العقار ، كما تفعل المجلة وقوانين البلاد العربية. وقد روعي في هذا التجديد الجمع بين ما يعرف بحق استرداد الحصة الشائعة والشفعة في تنظيم واحد لأن حق الاسترداد هو في حقيقته شفعة ، وقد أمكن في يسر تنظيم الشفعة لتشمل حالتي بيع العقار وبيع المنقول بعد أن رؤى التضييق في أسباب استحقاقها بحيث تقتصر على بيع الحصة الشائعة.

وإذا كان الرأي الغالب في الفقه الإسلامي هو قصر الشفعة على العقار ، فقد ذهب المالكية إلى ثبوت الشفعة في بعض المنقولات ولم يجز الحنابلة الشفعة إلا في العقار على رواية وأجازوها في العقار وفي المنقول على رواية أخرى. وأجاز الظاهرية الشفعة في العقار والمنقول إطلاقاً. وإذا نظرنا إلى المسألة على ضوء الحكمة من تقرير الشفعة ، في الحالات التي أخذ بها المشروع ، فلا يظهر أي مبرر للتفرقة بين العقار والمنقول ، ففي جميع الأحوال تكون الحكمة هي جمع ما تفرق من عناصر الملكية الأمر الذي لا يقتصر أثره على تحقيق مصلحة الشفيع بل يؤدي إلى تحقيق المصلحة العامة إذ لا شك ان تجزئة الملكية من شأنها تعقيد طريق الانتفاع بالأموال ، وهذه الحكمة تقتضي الأخذ بالشفعة عند بيع العقار أو المنقول على السواء ، بل قد يكون إثبات الحق في الأخذ بالشفعة عند بيع بعض المنقولات أولى منه عند بيع العقارات كما هي الحال عندما يبيع أحد الملاك على الشيوع في المحل التجاري حصته الشائعة.

وتعرض المادة ٨٩٢ من المشروع لأسباب استحقاق الشفعة. والشفعة تثبت بوجه عام بسبب اتصال ملك الشفيع بالمبيع ، ولكن الفقهاء اختلفوا في صور الاتصال التي تجيز الأخذ بالشفعة ، ففي المذهب الحنفي ، وهو ما أخذت به المجلة ، قد يكون اتصال شركة في نفس العقار المبيع فتثبت الشفعة للشريك في الشيوع إذا بيع شيء من العقار الشائع. وقد يكون اتصال شركة في حق الشرب أو حق المجري أو حق المسيل عندما يكون الحق خاصاً ، فتثبت الشفعة للشريك في أحد هذه الحقوق ، ويسمى الخليط ، عندما يباع العقار. وأخيراً قد يكون اتصال جواز فتثبت الشفعة للجار الملاصق عندما يباع العقار. أما الشافعية والمالكية والحنابلة فلم يثبتوا الشفعة لا للخليط ولا للجار ، وذلك يرجع - كما يقول بعض المحدثين من الفقهاء - اما إلى عدم العلم بما روى من الأحاديث التي جاءت بثبوت الشفعة بهما أو إلى عدم الاطمئنان إليها مع اطمئنانهم إلى

صحة ما رواه جابر قال: "قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة".

أما موقف القوانين العربية فمنها ما استبعد الشفعة أصلاً (السوري) ومنها ما توسع كالحنفية فأثبتها للشريك وللخليط وللجار كالقانون الأردني والقانون العراقي الذي قيد الجوار الذي تستحق بسببه الشفعة . ومنها ما لم يثبت الشفعة لا للخليط ولا للجار (الليبي ، والصومالي ، والجزائري).

وفي الكويت ، حيث المجلة هي الواجبة التطبيق ، استبعدت الشفعة بسبب الجوار بموجب التعميم الإداري رقم ١ / ١٩٥٩ الصادر عن رئاسة المحاكم ، بتاريخ ٢٨ / ٢ / ١٩٥٩ فاقصر حق الأخذ بالشفعة على الشريك في الشيوخ والخليط .

وقد رؤى ، في المشروع ، إستبعاد الجوار كسبب من أسباب الشفعة أخذاً بما عليه العمل الآن في الكويت خاصة وهو سبب لم يأخذ به من المذاهب الإسلامية إلا المذهب الحنفي ، كما أن الحكمة من تقرير الشفعة للجار لم يعد لها في ظروف عصرنا الحالي من الأهمية ما يستدعي الخروج على الأصل العام وهو اشتراط الرضاء في انتقال الملك .

كما رؤى إعطاء الشفعة للخليط أولاً لندرة الاشتراك في المرور أو المجرى أو المسيل ولأن المصالح التي قد تبرر إعطاءها له تستدعي الخروج على الأصل العام .

واقصر المشروع على إعطاء حق الأخذ بالشفعة للشريك في الشيوخ عندما تباع حصة شائعة من المال الشائع لغير الشركاء .

وإذا تراحم الشفعاء بأن طلب أكثر من شريك أخذ الحصة المبيعة بالشفعة ، فنظراً إلى أن مركز كل منهما مماثل لمركز الآخر ، فيكون استحقاق كل منهم للشفعة على قدر نصيبه بمعنى أن تقسم الحصة المبيعة بين الشفعاء بنسبة أنصبتهم في الشيوخ ، وهذا ما نصت عليه المادة ٨٩٢ / ٢ من المشروع .

وعرض المشروع في المادة ٨٩٣ / ١ للأحوال التي لا يجوز فيها ، ابتداءً ، الأخذ بالشفعة ، أو لموانع الأخذ بالشفعة ، وهي :

(أولاً) إذا تم البيع بالمزاد العلني وفقاً لإجراءات رسمها القانون . وهو حكم أخذت به كل القوانين المشار إليها . والعلة في منع الشفعة في هذه الحالة أن البيع يتم بطريقة يتاح

معها للشفيع ، إن كان يريد أخذ المبيع ، أن يدخل في المزاد. والمنع من الشفعة يساعد على أن يتم البيع بأكبر ثمن ممكن لأنه يحمل كل راغب على التقدم للمزايدة.

(ثانيا) إذا وقع البيع بين الأصول والفروع، أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الثانية ، والعلة في المنع في مثل هذه الأحوال هي أن الصلة التي تربط البائع بالمشتري كثيرا ما تؤثر في شروط البيع ، بل قد تكون هي التي أدت بالبائع إلى البيع بحيث لولاها لما باع أو لما باع إلا بشروط أخرى. وقد اختلفت القوانين فيما يتعلق بالبائع للأقارب من الحواشي أو للاصهار ، فالقانون التونسي يقصر المنع على حالة البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين ، والقانون المصري يمنع الأخذ بالشفعة أيضا إذا كان البيع بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة والاصهار لغاية الدرجة الثانية ، وقد وافقه في ذلك القانون الليبي ، والقانون الصومالي ، والقانون الجزائري ، والقانون السوداني ، والقانون الأردني . أما القانون العراقي فقد وافق القوانين السابقة فيما يتعلق بالبائع للحواشي ولكنه لم يذكر البيع للاصهار. وقد أثر المشروع هذا المسلك من حيث عدم ذكر البيع فيما بين الاصهار، ولكنه اقتصر في حالة البيع للأقارب على الدرجة الثانية ، ذلك أن العلة في المنع من الأخذ بالشفعة لا تتحقق غالبا إذا كان البيع لقريب أكثر من الدرجة الثانية.

(ثالثا) إذا أظهر الشفيع إرادته صراحة أو ضمنا ، وقت البيع أو قبله ، في أنه لا يرغب في الشراء بالشروط التي تم بها البيع . وقد أثر المشروع أن يجعل هذا مانعا من الأخذ بالشفعة وليس سببا لسقوط الحق فيها ، لأن سقوط الحق لا يكون إلا بعد ثبوته وهو لا يثبت إلا على أثر البيع ، أما النزول عن الحق بعد البيع فقد نص عليه المشروع بين أسباب السقوط . وحذا المشروع في تقرير هذا الحكم ، مع ملاحظة الفرق في التأصيل ، حذو القوانين الحديثة كالقانون المصري الذي ينص على سقوط الحق في الأخذ بالشفعة إذا نزل الشفيع عن حقه هذا ولو قبل البيع (م ٩٤٨) وكذلك القانون الليبي (٩٥٢) والقانون العراقي (م ١١٣٤) والقانون الصومالي (م ٧٥٦) والقانون الجزائري (م ٨٠٧) ، والقانون السوداني (٧٦٠). أما في الفقه الإسلامي فالنزول السابق على البيع لا يسقط الحق في الأخذ بالشفعة لأن الحق لا يوجد قبل البيع فلا يجوز إسقاطه قبل وجوده.

ونصت الفقرة الثانية على أنه لا يجوز للوقف أن يأخذ بالشفعة وهو حكم نصت عليه

المجلة (م ١٠١٧، ١٠١٨) وكذلك قوانين بعض البلاد العربية (المصري م ٩٣٩، الليبي م ٩٤٣ مع تحفظ، السوداني م ٧٥١، الأردني م ١١٥٩).

وتعرض المادة ٨٩٤ للحالة التي يشتري فيها شخص شيئاً يجوز الشفعة فيه، ثم يبيعه قبل أن يعلن الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة، أو حتى بعد الإعلان ولكن قبل أن يصبح الإعلان حجة على الغير. وفي هذه الحالة يكون البيع الثاني سارياً في حق الشفيع فلا يجوز له الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وبالشروط التي اشترى بها، ونص المادة موافق لحكم القانون المصري (م ٩٣٨) والقوانين التي حذت حذوه (الليبي م ٩٤٢، السوداني م ٧٥٠، الجزائري م ٧٩٧). ولم ير المشروع الأخذ بحكم القانون العراقي الذي يجعل منطاً الأخذ من المشتري الثاني أن يكون البيع الثاني قد تم قبل أن يدعي الشفيع بالشفعة (م ١١٣٧) لأن هذا قد يسهل التحايل لحرمان الشفيع من الأخذ بالشفعة، كما لم يأخذ المشروع بحكم القانون الأردني الذي ينص على أنه إذا اشترى شخص عيناً تجوز الشفعة فيها ثم باعها من آخر قبل أخذها بالشفعة، فللشفيع أخذها بالثمن الذي قام على المشتري الأول، وللمشتري الثاني أن يسترد الفرق من المشتري الأول ان وجد (م ١١٥٤) فهذا الحكم ليس فيه حماية للمشتري الثاني حسن النية.

ويعرض نص المادة ٨٩٥ لما يعرف بعدم تجزئة الشفعة، وهي مسألة أثر المشروع المصري أن يترك حكمها للقواعد العامة فلم يضع لها نصاً خاصاً، وكذلك فعلت القوانين التي حذت حذوه (الليبي، الصومالي والجزائري) في حين عرض لها القانون العراقي والقانون السوداني والقانون الأردني بالإضافة إلى نص المجلة.

وقد أثر المشروع أن يأخذ بحكم كل من القانون العراقي والقانون الأردني فنص على أنه "ليس للشفيع أن يأخذ بعض المبيع إلا إذا تعدد المشترون فله أن يأخذ نصيب بعضهم ويترك الباقي".

إجراءات الشفعة:

يجب على الشفيع، حتى يأخذ المبيع بالشفعة، وفقاً لأحكام المجلة أن يطلب طلبات ثلاثة على التوالي: الطلب الأول، ويسمى المواثبة، أن يقول كلاماً يدل على طلب الشفعة في المجلس الذي سمع فيه عقد البيع في الحال (م ١٠٢٩) فإذا أصر الشفيع طلب

الموآبة سقط حقه (م١٠٣٢). والطلب الثاني ، هو طلب التقرير والإشهاد ، فيلزم الشفيع بعد طلب الموآبة أن يقول في حضور رجلين أو رجل وامرأتين عند المبيع فلانا قد اشترى هذا العقار أو عند المشتري أنت قد اشتريت العقار الفلاني أو عند البائع إن كان العقار موجودا في يده أنت قد بعت عقارك وأنا شفيعه بهذه الجهة وكنت طلبت الشفعة والآن أنا أيضا أطلبها اشهدوا. وإن كان الشفيع في محل بعيد ولم يمكنه طلب التقرير والإشهاد بهذا الوجه يوكل آخر وإن لم يجد وكيلا أرسل مكتوبا (م١٠٣٠) وإذا آخر الشفيع طلب التقرير والإشهاد مدة يمكن إجراؤه فيها ولو بإرسال مكتوب يسقط حق شفيعته (م١٠٣٣). والطلب الثالث هو طلب الخصومة والتملك وذلك بأن يدعى في حضور الحاكم بعد طلب التقرير والإشهاد خلال شهر فلو تأخر من دون عذر شرعي يسقط حق شفيعته (م١٠٣١ ، ١٠٣٤).

والواقع أن طلبات الموآبة والتقرير والإشهاد على هذا النحو لم تعد تلائم الظروف الحالية ، ولهذا نجد قوانين البلاد العربية تنظم الإجراءات على نحو آخر ، وهو ما سار عليه المشروع. والإجراءات التي ينبغي على الشفيع اتخاذها هي: إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ثم إيداع الثمن ، ثم رفع الدعوى. وثمة إجراء جوازي يقوم به البائع أو المشتري يهدف إلى وضع حد لموقف الشفيع هو الإنذار.

وقد بدأ المشروع النصوص الخاصة بإجراءات الشفعة (المواد من ٨٩٦ إلى ٨٩٨) بنص المادة ٨٩٦ بالإجراء الجوازي ، وهو حق كل من البائع والمشتري في أن يوجه إلى الشفيع انذارا رسميا يعلمه فيه بالبيع العلم الكافي ليحدد موقفه من الأخذ بالشفعة ، ولذلك يجب أن يشتمل الإنذار على البيانات التي تمكن الشفيع من اتخاذ قراره فيما إذا كان يشفع أم لا. وإذا تم الإنذار صحيحا ، اعتبر الشفيع عالما بالبيع.

وبمقتضى المادة ٨٩٧ يجب على الشفيع ، إذا ما أراد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته في ذلك بإعلان رسمي يوجه إلى كل من البائع والمشتري. وإعلان الرغبة هو أول إجراء يقوم به الشفيع ، ويقابل طلب الموآبة المنصوص عليه في المجلة. ولم ير المشروع أن يأخذ بحكم المجلة حيث يجب على الشفيع أن يقول ما يدل على طلب الشفعة في المجلس الذي سمع فيه بعقد البيع في الحال، وإنما رأى إعطاء مهلة معقولة للشفيع يتدبر فيها أمره. وقد كان على المشروع أن يختار

بين أن تبدأ المهلة من تاريخ الإنذار الذي يوجه إليه من البائع أو المشتري وفقا لنص المادة ٩٠٧ كما فعل المشرع المصري (٩٤٠) والقوانين التي حذت حذوه (العراقي م١٣٨ ، والليبي م٩٤٤ ، والسوداني م٧٥٢ ، والجزائري م٧٩٩) وبين أن تبدأ المهلة من وقت علم الشفيع بالبيع كما فعل القانون الصومالي (٧٤٩). وقد أثر المشروع هذا الحكم الأخير وهو الأقرب الى حكم الشريعة الإسلامية. وإذا كانت ميزة حكم القانون المصري والقوانين التي حذت حذوه أنه يجنب المنازعات حول العلم، فمن حق كل من البائع والمشتري أن يوجه انذارا إلى الشفيع فيقطع كل نزاع حول علم الشفيع في الأقل إبتداء من وقت الإنذار ، فبعد أن نص المشروع على واجب الشفيع في أن يعلن رغبته خلال خمسة عشر يوما من تاريخ علمه ، اعتبر الإنذار قرينة قاطعة على العلم. وفيما يتعلق بالمهلة التي أعطيت للشفيع ليتدبر فيها أمره ، إكتفى المشروع بخمسة عشر يوما. محتذيا حذو أكثر التشريعات العربية ، ولم ير الأخذ بما ذهب إليه القانون الجزائري من جعلها ثلاثين يوما. ولوضع حد المنازعات حول إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة ، اشترط المشروع أن يكون إعلان الرغبة رسميا وأن يوجه إلى كل من البائع والمشتري ، وإلا سقط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة.

وقد عرض المشروع في الفقرة الثانية من النص لحجية الإعلان على الغير ، كالمشتري من المشتري مثلا ، وفي القوانين التي نظمت هذه المسألة ، وكلها تقصر الشفعة على حالة بيع العقار ، يكون الإعلان حجة على الغير من وقت تسجيله ، فلما اتسع نطاق الشفعة في المشروع ليشمل بيع العقار والمنقول ، جعل الأصل في حجية إعلان الرغبة على الغير بعلمه بهذا الإعلان. ثم نص بعد ذلك على أنه إذا كان المبيع عقارا وسجل إعلان الرغبة ، فيكون التسجيل قرينة قاطعة على علم الغير ، بحيث يصبح إعلان الرغبة حجة على الغير من تاريخ التسجيل ، حتى ولو يعلم به علما حقيقيا. ويكون تسجيل إعلان الرغبة بالتأشير به على هامش تسجيل سند ملكية العقار المشفوع فيه.

وبعد إعلان الرغبة ، يجب على الشفيع أن يقوم بإجراءين على التوالي ، إيداع الثمن ثم رفع الدعوى ، وقد نصت المادة ٨٩٨ على أنه يجب على الشفيع أن يرفع الدعوى خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعلان رغبته ، وذلك بعد أن يودع خزانة إدارة التنفيذ كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع ، وإلا سقط حقه. وإيداع الثمن كله هو مما سار عليه القانون المصري (م٩٤٢) والقوانين العربية الأخرى التي حذت حذوه (الليبي م٩٤٦)

والسوداني (م ٧٥٥) والصومالي (م ٧٥٠) والجزائري (م ٨٠١) ، بينما نص القانون العراقي على أنه يجب على الشفيح عند رفع الدعوى أن يودع ما يساوي نصف الثمن (م ١١٤٠) ، أما القانون الأردني فلم ينص على ضرورة الإيداع ، وإنما أعطى المحكمة أن تمهل الشفيح شهرا لدفع ما تطلب منه دفعه وإلا بطلت شفيعته .

آثار الأخذ الشفيعا:

إذا سلم المشتري للشفيح بحقه في أخذ المبيع بالشفيعا رضاء ، فيكون الاتفاق على ذلك هو سند الشفيح فيما له من حقوق وما عليه من التزامات ، وهذه مسألة لا تحتاج إلى نص .

أما إذا لم يتم الأخذ بالتراضي ، وحكمت المحكمة بثبوت الشفيعا للشفيح ، فيكون الحكم النهائي الذي يصدر بذلك هو سند الشفيح فيما له من حقوق وما عليه من إلتزامات وهو ما نصت عليه المادة ٨٩٩ ويختلف هذا النص عن نص القانون المصري (م ٩٤٤) والقوانين العربية الأخرى التي تأثرت به في أنه استبدل بعبارة ”سندا لملكية الشفيح“ عبارة ”سندا لحقوق الشفيح والتزاماته“ لأن هذه العبارة الأخيرة اشمل ، وتفيد أن الحكم سند لملكية الشفيح كما أنه سند لحقوق الأخرى كالحق في الرجوع على البائع بالضمان .

وبعد أن حدد المشروع سند الشفيح فيما له من حقوق والتزامات بين في المادة ٩٠٠ هذه الحقوق والالتزامات ، فنص في الفقرة الأولى على أن يحل الشفيح قبل البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته وهو حكم أخذت به أكثر القوانين العربية (المصري م ٩٤٥ / ١) ، والعراقي م ١١٤٢ ، الليبي م ٩٤٩ ، التونسي م ١١٢ ، السوداني م ٧٥٧ ، الصومالي م ٧٥٣ ، الجزائري م ٨٠٤) .

ثم استثنى النص حق المشتري في الانتفاع بالأجل فنص في الفقرة الثانية على أنه ”ومع ذلك لا يحق له الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن إلا برضاء البائع“ وهو استثناء معقول إذ قد يكون البائع قد قبل التأجيل لاعتبارات تخص المشتري وما كان ليقبل التأجيل لغيره . ولهذا لم ير المشروع وجها لمسلك القانون الصومالي الذي اسقط هذا الحكم (م ٧٥٣) .

وأخيراً نص المشروع في الفقرة الثالثة على أنه إذا استحق المبيع للغير بعد أخذه بالشفعة فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع. وهذا الحكم يعتبر محض تطبيق لحكم الفقرة الأولى ، وبالتالي كان يمكن الاستغناء عنه ، ورؤي مع ذلك النص عليه أسوة ببعض التشريعات العربية (المصري ٩٤٥ ، العراقي ١١٤٢ ، الليبي ٩٤٩ ، السوداني ٧٥٧ ، الصومالي ٧٥٣) ، ولم ير المشروع وجهاً لمسلك القانون الجزائري الذي نص في المادة ٨٠٤ على القاعدة العامة وهي حلول الشفيع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته ثم نص على أنه ”ولا يرجع الشفيع على البائع إذا ما استرد الغير العقار بعد الشفعة“. كما لم ير المشروع وجهاً لما نص عليه القانون الأردني من أنه وإذا استحق العقار للغير بعد أخذه بالشفعة فللشفيع أن يرجع بالثمن على من أداه إليه من البائع أو المشتري.

ويواجه نص المادة ٩٠١ الأحكام الخاصة بما قد يكون المشتري أحدثه من زيادة في المبيع ، سواء كانت الزيادة بالبناء أو الغراس أو غير ذلك كعمل شيء من التحسينات التي لا يصدق عليها لفظ البناء. وقد حذا المشروع ، في وضع المسألة ، حذو المجلة التي تقول ”إذا زاد المشتري..“ وكذلك نص القانون الأردني. ولم يقتصر على حالة البناء أو الغراس ، كما تفعل كثير من التشريعات العربية (المصري ٩٤٦م ، العراقي ١١٤٣ ، الليبي ٩٥٠ ، السوداني ٧٥٨ ، الصومالي م٧٥٤ ، الجزائري م٨٠٥).

والنص يفرق بين فرضين: الأول أن يكون المشتري قد أحدث ما أحدثه قبل أن يعلنه الشفيع برغبته ، والثاني أن يكون قد أحدثه بعد أن أعلنه الشفيع برغبته. وقد حرص المشروع أن تكون العبرة بإعلان المشتري نفسه ، وذلك على خلاف أكثر القوانين العربية التي تقول ”إعلان الرغبة في الشفعة“ وقد احتذى المشروع في ذلك بالقانون العراقي الذي يقول ”قبل أن يبلغ بالرغبة في الأخذ بالشفعة“.

وفي الفرض الأول ، والذي لا لوم فيه على المشتري ، يلتزم الشفيع بما يختاره المشتري ، وهو يختار طبعاً أكبر القيمتين ، إما قيمة ما أنفقه أو قيمة الزيادة التي حدثت في المبيع بسبب ما أحدثه المشتري ، وهذا هو حكم القانون المصري (٩٤٦م) والقانون الليبي (٩٥٠م) والقانون السوداني (٧٥٨م) والقانون الصومالي (٧٥٤م) والقانون الجزائري (٨٠٥م). أما القانون العراقي فينص على الزام الشفيع بما زاد في قيمة العقار

بسبب البناء والغراس ، ولم ير المشروع الأخذ به لأنه قد يؤدي إلى خسارة للمشتري دون مبرر. وقریب من ذلك حکم القانون الأردني (م/١١٦٦/١).

وفي الفرض الثاني ، أي عندما يكون المشتري قد أحدث ما أحدثه بعد أن أعلن برغبة الشفيع ، فيعامل المشتري معاملة الحائز سيء النية. ولذلك يكون للشفيع أن يطلب الإزالة ، وله أن يطلب استبقاء الزيادة ولم ير المشروع أن يقيد هذا الحق اكتفاء بحكم القواعد العامة في عدم جواز التعسف في استعمال الحق. وله أيضا أن يطلب استبقاء ما أحدثه المشتري. وفي هذه الحالة ، وكذلك في حالة ما إذا كانت الإزالة غير مقبولة وفقا للقواعد العامة ، يلتزم الشفيع بأن يدفع للمشتري أقل القيمتين، قيمة ما أنفقه المشتري أو قيمة ما ترتب على الزيادة من ارتفاع في قيمة المبيع. ولم يرد المشروع أن يأخذ بحكم القانون المصري والقوانين التي حذت حذوه (الليبي ، الصومالي، الجزائري) الذي يلزم الشفيع بدفع ما انفقه المشتري دون أن يعطيه الخيار بين أقل القيمتين. كما لم ير المشروع الأخذ بحكم القانون العراقي (م/١١٤٣) الذي يلزم الشفيع بدفع قيمة البناء أو الغراس مستحقي القلع ، وهو حکم القانون الأردني أيضا (م/١١٦٦) واستحسن المشروع حکم القانون السوداني (م/٧٥٨/٢).

وتعرض المادة ٩٠٢ لمصير التصرفات التي تمت من المشتري ، ومدى سريانها في حق الشفيع ، سواء كانت من التصرفات الناقلة للملكية كالبيع أو الهبة ، أو كانت مما يرتب حقا عينيا آخر كالانتفاع أو الرهن.

وفي قوانين البلاد العربية ، حيث تقتصر الشفعة على العقار دون المنقول ، نجد بعض الدول تجعل مناط السريان أو عدم السريان هو كون التصرف قد تم أو أن الحق قد نشأ قبل أو بعد تسجيل إعلان الرغبة ، باعتبار ان هذا التسجيل هو الذي يجعل إعلان الرغبة نافذا في حق الغير (المصري ٩٤٧ ، الليبي ٩٥١ ، السوداني ٧٥٩ ، الصومالي ٧٥٥ ، الجزائري ٨٠٦). ونظرا إلى أن المشروع قد اجاز الشفعة في العقار والمنقول على السواء، وبالتالي قد نص في المادة ٨٩٧ على ألا يكون إعلان الرغبة حجة على الغير إلا اذا علم به، كما نص على اعتبار تسجيل إعلان الرغبة قرينة قاطعة على العلم، وذلك على نحو ما تقدم بيانه ، نظرا لهذا نص في المادة ٩٠٢ على الا يسري في حق الشفيع أي تصرف ناقل للملكية صدر من المشتري ، ولا أي حق عيني رتبه أو ترتب

ضده، إذا كان كل ذلك قد تم بعد التاريخ الذي أصبح فيه اعلان الرغبة حجة على الغير وفقا للمادة ٨٩٧.

ولم ير المشروع الأخذ بحكم القانون العراقي (م ١١٤٤) الذي ينص على عدم السريان إذا كان التصرف أو الحق قد تم بعد تبليغ الرغبة في الأخذ بالشفعة ، لأن هذا الحكم لا يضع أي اعتبار لحماية الغير. كما لم ير المشروع الأخذ بحكم القانون الأردني الذي يجعل مناصب عدم السريان هو كون التصرف أو الحق قد تم بعد رفع الدعوى ، لأن هذا قد يسهل العمل على تعطيل حق الشفيع في الأخذ بالشفعة.

وإذا فرض ونشأت على المشتري ديون مقيدة ولم تنفذ في حق الشفيع حماية للشفيع نفسه ، فليس ثمة ما يمنع من أن يبقى للدائنين حقوقهم في الأولوية على ما يؤول إلى المشتري من ثمن وهو ما نص عليه المشروع في الفقرة الثانية ، وهو حكم معقول نصت عليه قوانين البلاد العربية محل المقارنة.

سقوط الشفعة:

عرض المشروع في المادة ٩٠٣ لأسباب سقوط الحق في الشفعة فنص على سقوط الحق إذا نزل الشفيع عنه صراحة أو ضمنا ، وقد سبق أن نص المشروع على أنه لا شفعة إذا أظهر الشفيع إرادته صراحة أو ضمنا وقت المبيع أو قبله في أنه لا يرغب في الأخذ بالشفعة. أما إذا ظهرت مثل هذه الإرادة بعد البيع فهذا هو النزول عن الحق لان النزول لا يكون إلا بعد وجود الحق وهو لا يوجد إلا على أثر البيع.

كما قرر النص سقوط الحق إذا لم يعلن الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة خلال ثلاثة أشهر من يوم تسجيل البيع إذا كان المبيع عقارا. فإذا سجل بيع العقار تكون فرصة العلم به قد أتحت ليعلم الشفيع وبالتالي يسقط حقه في الأخذ بالشفعة إذا لم يعلن رغبته خلال مدة معينة ، وقد اختلفت التشريعات العربية في مقدار هذه المدة ، فهي في القانون المصري اربعة أشهر وفي القانون السوداني ستة أشهر (م ٩٤٨) وفي كل من القانون الليبي (م ٩٥٢) والقانون الجزائري (م ٨٠٧) سنة.

وبالإضافة إلى هذين السببين من أسباب النزول فحق الشفيع يسقط في أحوال أخرى ورد النص عليها في المواد السابقة ، فهو يسقط إذا لم يعلن الشفيع رغبته في الأخذ

بالشفعة خلال خمسة عشر يوما من وقت علمه بالبيع (م١٩٧) كما يسقط حقه إذا لم يودع كل الثمن الحقيقي أو لم يرفع الدعوى خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعلان رغبته (م١٩٨).

وعرض المشروع بنص المادة ٩٠٤ لمسألة أثر موت الشفيع وهل يسقط الحق في الأخذ بالشفعة أم ينتقل الحق إلى ورثته. وهذه مسألة خلافية في فقه الشريعة الإسلامية، فذهب الشافعي ومالك إلى أن حق الشفعة يورث فيحل الوارث محل مورثه لأنه حق متعلق بالمال وقد ثبت لصاحبه بسبب ما يملك من عقار فإذا انتقل ذلك العقار إلى الوارث انتقل إليه بحقوقه. وذهب احمد إلى انه يورث إذا ما تقرر بالمطالبة لتأكده وتحققه حينئذ أما قبل المطالبة فلا يورث. أما عند الحنفية فحق الشفعة لا يورث إذ هو إرادة ومشية والوارث لا يرث مورثه في رغبته لأنها صفات شخصية.

وقد كان لهذا الخلاف أثر في موقف القوانين العربية من هذه المسألة ، فعندما وضع المشروع التمهيدي المصري نص فيه صراحة على انتقال الحق في الشفعة إلى الورثة، ولم يثار الخلاف حول هذه المسألة انتهى الأمر بتركها لاجتهاد القضاء فجاء القانون خاليا من النص على حكم فيها. وقد حذا حذو القانون المصري بعض القوانين العربية فلم تعرض للمسألة بنص (الليبي ، السوداني ، الصومالي ، الجزائري). في حين نصت بعض القوانين الأخرى (العراقي ، الأردني ، التونسي) على انتقال الحق إلى الورثة ، وهذا هو الاتجاه الذي رأى المشروع الأخذ به فنص في المادة ٩٠٤ على أنه ”لا يسقط الحق في الأخذ بالشفعة بموت الشفيع وانما ينتقل إلى ورثته“.

رابعاً) الحيازة

١- تعريف الحيازة وأركانها:

يتضمن نص المادة ٩٠٥ تعريفا للحيازة. ولم يسلك المشروع مسلك القانون المصري الذي لم يضع تعريفا تشريعيا تاركا مسألة التعريف للفقهاء. وهو المسلك الذي سلكته بعض التشريعات العربية الأخرى تأثرا بالقانون المصري. وآثر المشروع مسلك التشريعات الأخرى في وضع تعريف تشريعي (العراقي م١١٤٥ ، التونسي م٣٨ ،

السوداني م ٧٦١ / ١ ، الصومالي م ٧٥٧ / ١ ، الأردني ١١٧١ / ١). بالإضافة إلى مجلة الأحكام العدلية التي تعرف ذا اليد ، أي الحائز في المادة ١٦٧٩ . وقد أثر المشروع هذا المسلك عملا على ضبط فكرة الحيازة.

وقد عرف المشروع الحيازة بأنها: ”سيطرة شخص ، بنفسه أو بواسطة غيره ، على شيء مادي ظاهر عليه بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر ، بأن يباشر عليه الاعمال التي يباشرها عادة صاحب الحق“ والعبارة الأخيرة توضح عبارة ”ظاهرا عليه بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر“.

وبهذا التعريف تنضبط فكرة الحيازة ، فهو يبين أولا أن قوام الحيازة السيطرة على شيء مادي. وقد يكون الشيء عقارا وقد يكون منقولا ، ولكن الحيازة لا ترد على الأشياء المادية، وهو الرأي السائد ، فلا ترد على الأشياء غير المادية كالمصنفات الفنية ، ولا على الديون، فمن يطلق عليه الدائن الظاهر ليس حائزا للدين بالمعنى الفني للحيازة وما يترتب عليها من آثار ، مع ملاحظة أن الديون الثابتة في سندات لحاملها تندمج في السندات وهي أشياء مادية وتعتبر حيازة السند حيازة للدين تنطبق عليها أحكام الحيازة.

ويبين التعريف أن السيطرة قد يباشرها الحائز بنفسه وقد يباشرها بواسطة غيره ، وقد بينت المادة ٩٠٨ متى تكون الحيازة بواسطة الغير.

كما يبين التعريف أن السيطرة تكون بالظهور على الشيء بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر. فاستبعد المشروع ما قيل من أن الحيازة تتحقق حتى بالنسبة للحقوق الشخصية (المادة ١٣٩٨ من المشروع التمهيدي للقانون المصري ومذكرتها الإيضاحية). والظهور بمظهر صاحب الحق يكون بمباشرة الأعمال التي يباشرها عادة صاحب الحق ، فيجب أن يباشر الحائز أعمالا مادية كالبناء على الأرض أو أحداث تعديلات في الشيء أو المرور في أرض الجار ، أما التصرفات القانونية كالبيع والتأجير فلا تكفي بذاتها للدلالة على السيطرة ، وهي الركن المادي للحيازة ، إذ يمكن أن يقوم بها من لا يسيطر. ويجب أن يباشر الحائز الأعمال التي تتحقق بها سيطرته على الشيء كما يباشرها عادة صاحب الحق وهذه مسألة موضوعية يقدرها القاضي بحسب الظروف.

والتعريف يكشف عن ضرورة توفر ركني الحيازة ، الركن المادي ويتمثل في السيطرة

المادية على الشيء ، ويمكن أن يتحقق هذا الركن بسيطرة الحائز بنفسه كما يتحقق بسيطرته بواسطة غيره. والركن الثاني هو الركن المعنوي ، وهو ما تعبر عنه عبارة ظاهرا عليه بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر. وبذلك لا يعتبر حائزا بالمعنى القانوني من يسيطر على الشيء لا لحساب نفسه ولكن لحساب غيره كالمستأجر والمستعير والتابع، وهو الذي يطلق عليه الحائز العرضي. والركن المعنوي ، على خلاف الركن المادي، يجب أن يتحقق لدى الحائز نفسه ، فيما عدا حالة ما إذا كان الحائز عديم الأهلية أو ناقصها فيمكن أن يتحقق لدى من ينوب عنه قانونا (م ٩٠٩).

وبعد أن وضع المشروع تعريف الحيازة ، عرض في المواد من ٩٠٦ إلى ٩١٦ للمسائل التي تتعلق بأركانها مما يحتاج إلى نص ، وذلك على النحو التالي:

عرضت المادة ٩٠٦* لأشياء لا تصح حيازتها ، وبالتالي فمهما سيطر عليها الشخص، وبأية صفة كانت السيطرة ، لا يعتبر حائزا بالمعنى القانوني ، وهي الأشياء المملوكة للدولة أو غيرها من الأشخاص المعنوية العامة سواء كانت الملكية عامة ام خاصة.

وعرضت المادة ٩٠٧ لأعمال قد يباشرها الشخص على الشيء ولا تكفي لاعتباره حائزا. أولها الأعمال التي تعتبر من المباحات فإذا بنى شخص جدارا على حافة ملكه وفتح فيه فتحة تطل على ملك جاره مما يبيحه القانون فلا يعتبر حائزا لحق ارتفاق على ملك جاره ، لأن حيازة الارتفاق على ملك الجار لا بد أن تتضمن تعديا على هذا الملك والعمل المباح لا يتضمن أي تعد.

وكذلك لا تقوم الحيازة على عمل يأتيه الشخص على ملك غيره على سبيل التسامح من هذا الغير ، لانتهاء الركن المعنوي للحيازة ، فالتسامح يفيد الترخيص من المالك ، وبالتالي لا يمكن القول أن من يباشر هذه الأعمال يظهر بمظهر المالك أو صاحب الحق العيني ، فلا يعتبر حائزا من يمر من أرض جاره تسامحا من الجار مراعاة منه لما يقتضيه الجوار من حسن العلاقات بين الجيران ، ولا يعتبر حائزا الابن الذي ينتفع بملك أبيه تسامحا من الأب وهكذا.

* عدلت المادة (٩٠٦) بالقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٩٦ بحيث أصبحت تنص على أن (لا يعتد بحيازة الغير لأموال الدولة أو غيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة أو أموال الوقف).

والسيطرة على الشيء وهي قوام الركن المادي للحيازة ، كما يمكن أن يباشرها الحائز بنفسه ، يمكن أن يباشرها بواسطة غيره ، كما يتضح من تعريف الحيازة الوارد في المادة ٩٠٥ . وقد نصت المادة ٩٠٨ على أن ”تكون الحيازة بالواسطة متى كان الوسيط يباشر السيطرة على الشيء باسم الحائز“ . ففي هذه الحالة يكون الحائز هو من تباشر السيطرة باسمه ، أما الوسيط فليس حائزا بالمعنى القانوني للحيازة ، ويطلق عليه الحائز العرضي ، فلا تكون له إلا الحيازة المادية ، ومثاله المستأجر والمستعير ومن تركه غيره يستعمل الشيء تسامحا منه .. الخ. هذا ولم ينقل نص المشروع العبارة الواردة في نص المادة ٩٥١ مصري والقوانين العربية الأخرى التي تأثرت به في شأن تحديد من يباشر الحيازة باسم غيره وهي “...وكان متصلا به اتصالا يلزمه الائتمار بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيازة” لأن هذه العبارة تحصر الوسيط فيمن يكونون تابعين وهو غير صحيح ، فالمسلم أن الوسيط كما يكون تابعا يمكن أن يكون ممن لا يصدق عليهم هذا الوصف كصاحب الانتفاع الذي يحوز ، بالنسبة للملكية باسم غيره ، وكذلك المستأجر . وقد اقتدى المشروع ، في استبعاد تلك العبارة ، بالقانون السوداني (م٧٦٣).

وإذا ثار الشك حول ما إذا كان الذي يباشر السيطرة يباشرها لنفسه وبالتالي يكون هو الحائز أم يباشرها باسم غيره فيكون حائزا عرضيا ، فنكون بصدد مسألة اثبات يسري عليها حكم المادة ٩١٣ وبوجه خاص العبارة الأخيرة من النص وهي “...فإن كانت هذه السيطرة قد انتقلت من حائز سابق افترض انها لحساب من انتقلت منه“ .

وإذا كان الركن المادي للحيازة يمكن أن يباشره الحائز بواسطة الغير على النحو السابق ، فالركن المعنوي يجب ، بحسب الأصل ، أن يتوفر لدى الحائز نفسه ، فيجب أن تتوفر لدى الحائز نفسه نية الظهور بمظهر صاحب الحق على الشيء الذي يسيطر عليه ، ولا يستثنى من هذا الأصل إلا حالة ما إذا كان الحائز غير كامل الأهلية كالصبي دون السابعة والمجنون والصبي المميز ، فيمكن أن يتحقق الركن المعنوي لدى الولي أو الوصي أو القيم ، وقد عرض المشروع لهذا الحكم في المادة ٩٠٩ التي تنص على أنه ”يجوز لعديم الأهلية أو ناقصها أن يكسب الحيازة عن طريق من ينوب عنه قانونا . ولم ير المشروع وجها لما ذهب إليه المشروع المصري والقوانين التي تأثرت به من قصر الحكم على غير المميز .

وإذا كان من يحوز باسم غيره ، كالتابع والمستأجر لا يعتبر حائزا بالمعنى القانوني ، فيمكن أن تتغير صفة حيازته من حيازة عرضية إلى حيازة قانونية . ولكن لا يكفي لإحداث هذا التغيير أن تتغير نية الحائز العرضي ، بل يجب أن يتخذ التغيير مظهرا خارجيا كافيا لازالة الصفة السابقة ، وهي كونه حائزا عرضيا ، واحلال الصفة الجديدة محلها . وهذا ما نص عليه المشروع في المادة ٩١٠ التي تنص على أنه ليس لمن يحوز باسم غيره أن يغير بنفسه لنفسه صفة حيازته ، ولكن تتغير هذه الصفة اما بفعل الغير واما بفعل من الحائز يعتبر معارضة لحق من كان يحوز باسمه . ولا تبدأ الحيازة بصفتها الجديدة إلا من وقت الفعل الذي أحدث التغيير .

وقد حرص المشروع أن يضع هذا الحكم مع النصوص الخاصة بأركان الحيازة ، على خلاف القانون المصري والقوانين التي تأثرت به حيث يوجد مع النصوص الخاصة بالتقادم ، (٩٧٢ مصري ، ٩٢١ سوري ، ١١٦٠ عراقي ، ٩٧٦ ليبي ، ٤٩ تونسي ، ٧٧٩ صومالي ، ٧٨٣ سوداني ، ٨٣١ جزائري ، ١١٨٥ أردني) برغم أن أثر تغيير الصفة ، أو سند الحيازة ، لا يقتصر أثره على التقادم وإنما يمتد إلى الحيازة في كل ما يتعلق بوجودها وكافة الآثار التي تترتب عليها . وقد اقتضى تغيير موضوع النص اختلاف في الصياغة بحيث لا يكون الحكم مقصورا على التقادم .

ويعرض نص المادة ٩١١ لشرط لازم حتى يترتب على الحيازة آثارها ، وهو شرط خلوها من العيوب . والحيازة ، وإن كانت معيبة ، فهي موجودة ، وقد تترتب عليها بعض الآثار ، فنصت المادة على أنه ”إذا اقترنت الحيازة بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التبس عليها أمرها ، إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب“ . وهو نص مطابق لنص القانون المصري (م/٩٤٩م/٢) .

والمسلم أن وجود عيب من العيوب المذكورة ، وهي الإكراه والخفاء واللبس ، لا يمنع من وجود الحيازة ، بل ولا يمنع من ترتب بعض الآثار ذلك أن هذه العيوب نسبية فلا تمنع الحيازة من ترتيب آثارها إلا بالنسبة لمن وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التبس عليه أمرها ، وبالتالي فقد يترتب على الحيازة أثرها وذلك في مواجهة غير هؤلاء الأشخاص . كما أن هذه العيوب مؤقتة فيمكن أن تزول فتصبح الحيازة صالحة لترتيب آثارها .

والحيازة تقتضي بالضرورة شيئاً من الاستمرار ، طال الزمن أم قصر ، ولما كان من بين الآثار التي تترتب عليها ما يقتضي ترتبه أن تكون قد استمرت مدة معينة وقد يثور الشك حول استمرارها طوال المدة التي يتطلبها القانون ، لهذا وضع المشروع في المادة ٩١٢ قرينة على استمرار الحيازة ، بالنص على أنه ”إذا ثبت قيام الحيازة في وقت معين وفي وقت سابق معين اعتبرت قائمة بين الوقتين ما لم يثبت العكس“ . وقد رؤى هنا أيضاً وضع هذه القرينة بين النصوص المتعلقة بالحيازة ذاتها لتعلقه بوجودها ، وذلك على خلاف النصوص التي وضعتها بين النصوص الخاصة بالتقادم برغم أن مسألة إثبات استمرار الحيازة تثار في مسائل أخرى مثل إثبات مضي مدة ثلاث السنوات عند رفع دعوى من دعاوى الحيازة.

٢- إثبات الحيازة:

بعد أن عرض المشروع لأركان الحيازة ، وضع في المادة ٩١٣ قاعدة خاصة بإثبات الحيازة فنص على إنه ”إذا تنازع أشخاص متعددون على الحيازة ، افترض أن من يياشر السيطرة المادية هو الحائز إلى أن يثبت العكس . فإن كانت هذه السيطرة قد انتقلت من حائز سابق افترض انها لحساب من انتقلت منه“ .

ويضع هذا النص أولاً قرينة على أن من يياشر السيطرة المادية ، وهي الركن المادي للحيازة ، إنما يياشرها لنفسه لا لغيره فهي قرينة على وجود الركن المعنوي للحيازة ، يجوز إثبات عكسها كأن يثبت من ينازعه أنه مستأجر أو مستعير أو أنه تركه يياشر الأعمال المادية تسامحاً منه . ثم وضع المشروع قرينة أخرى لمصلحة من يريد إثبات عكس القرينة الأولى ، فإذا أثبت أن الحيازة كانت له وأن السيطرة المادية قد انتقلت منه افترض أن تلك السيطرة لحسابه هو ، وهذه أيضاً قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس كأن يثبت من له السيطرة المادية أنه اشترى الشيء من حائزه السابق .

٣- حسن وسوء نية الحائز:

وبعد الإنتهاء من أركان الحيازة وإثباتها عرض المشروع في المواد من ٩١٤ إلى ٩١٦ لصفة الحيازة من حيث حسن أو سوء نية الحائز ، وهي صفة تؤثر من بعض النواحي فيما يترتب على الحيازة من آثار . فبدأت المادة ٩١٤ ببيان متى يعتبر الحائز

حسن النية ، فذكرت أنه يعتبر كذلك إذا كان يجهل أنه يعتدي على حق للغير ، إلا إذا كان هذا الجهل ناشئاً عن خطأ جسيم. وواضح من هذا أن المعيار الأساسي في تحديد حسن النية هو معيار شخصي فيعتقد بعلم أو جهل الحائز شخصياً. لكن يكمل هذا المعيار الشخصي معيار آخر موضوعي إذ ينتفي حسن النية ولو كان الحائز شخصياً يجهل أنه يعتدي على حق للغير إذا كان هذا الجهل ناشئاً عن خطأ جسيم وتقدير جسامة الخطأ تقدير موضوعي فهو الخطأ الذي لا يقع فيه الشخص المهمل قليل العناية ، ونظراً إلى أن اغتصاب الحيازة بالإكراه يعتبر خطأ جسيماً ، فينتفي معه حسن النية حتى ولو كان الحائز يعتقد وهو يفعل ذلك أنه صاحب حق ، قرر المشروع هذا الحكم في الفقرة الثانية من المادة ٩١٥ الخاصة بسوء نية الحائز.

وفيما يتعلق بإثبات نية الحائز وضع المشروع في الفقرة الثانية من النص قرينة على حسن النية ، وهي قرينة بسيطة يجوز لمن يدعي أن الحائز سيء النية أن يثبت عكسها . هذا وقد تحفظ النص عقب وضع هذه القرينة فقال: ”ما لم ينص القانون على خلاف ذلك“ فقد يعتبر المشرع الحائز سيء النية في ظروف معينة كما هي الحال بالنسبة للخلف العام للحائز . فإذا كان سلفه سيء النية افترض أنه هو كذلك سيء النية إلى أن يثبت العكس(م٩١٧).

وإذا كان الأصل هو اعتبار الحائز حسن النية ، إلى أن يثبت العكس وفقاً لما نصت عليه المادة ٩١٤ ، فيبقى تحديد متى يصبح الحائز سيء النية ، وهو ما عرض له نص المادة ٩١٥ ، وبمقتضاه يصبح الحائز سيء النية: أولاً- إذا ثبت علمه الحقيقي بأن حيازته اعتداء على حق الغير ويكون سوء نيته من وقت هذا العلم. وثانياً- إذا رفعت عليه دعوى تفيد أن الحق الذي يدعيه على الشيء الذي يحوزه ليس له ، فيعتبر سيء النية من وقت إعلانه بصحيفة الدعوى ولو بقى على ما هو عليه معتقداً أنه صاحب حق. هذا بالإضافة إلى ما سبق أن ذكرناه من أنه يعتبر سيء النية إذا ثبت أنه اغتصب الحيازة بالإكراه من غيره حتى ولو كان يعتقد وقت الغصب أنه صاحب حق.

ونظراً إلى أن صفة الحيازة قد تتغير ، وبخاصة من حيث حسن أو سوء نية الحائز ، فقد نصت المادة ٩١٦ على أن: ”تبقى الحيازة محتفظة بالصفة التي بدأت بها وقت كسبها إلى أن يثبت العكس“.

٤ - انتقال الحيازة:

بعد أن نظم المشروع أركان الحيازة وإثباتها وصفتها من حيث حسن النية أو سوء نية الحائز ، عرض في المواد من ٩١٧ إلى ٩٢١ لانتقالها من الحائز إلى من يخلفه فيها سواء كان الخلف عاما أو خاصا.

فبدأ في المادة ٩١٧ بالنص على انتقال الحيازة من الحائز إلى خلفه العام. والمسلم أن يد الخلف العام هي استمرار ليد سلفه ، فإذا كان السلف حائزا بالمعنى القانوني أي حيازة مستكملة لركنيها المادي والمعنوي اعتبر الخلف العام كذلك ، وإذا كان يحوز لحساب غيره أي كان ما يسمى الحائز العرضي ، اعتبر الخلف العام كذلك. وإذا كان السلف حائزا حسن النية أو كان سيء النية انتقلت حيازته إلى خلفه بهذه الصفة. ولكن إذا كان السلف سيء النية بأن كان يعلم أن حيازته اعتداء على حق الغير ، وكان الخلف يجهل ذلك وأثبتته كان له أن يتمسك بحسن نيته هو.

ثم عرضت المادة ٩١٨ لانتقال الحيازة بمقتضى الاتفاق بين الحائز وغيره ، الذي يعبر عنه الفقهاء عادة بالخلف الخاص ، فنصت على أن تنتقل الحيازة من الحائز إلى غيره إذا اتفقا على ذلك وأصبح في استطاعة هذا الغير أن يسيطر على الشيء ولو لم يتسلمه تسلما ماديا. فيجب أولا أن يكون هناك اتفاق على نقل الحيازة والمقصود هو نقلها بركنيها المادي والمعنوي . كما لو كان الاتفاق بيعا أو هبة. ويجب ثانيا أن تنتقل السيطرة على الشيء إلى الخلف أو في الأقل القدرة على السيطرة بمعنى أن يكون في استطاعته مباشرة الأعمال المادية التي يباشرها عادة صاحب الحق الذي اتفق على نقله دون عائق.

وإذا كان انتقال الركن المعنوي للحيازة يستخلص من الاتفاق ، فالركن المادي ينتقل إلى الخلف اما بتسلم الشيء تسلما ماديا بحيث تتحقق له السيطرة الفعلية ، واما بما يسمى التسليم الحكمي أو بما يسمى التسليم الرمزي ، وقد عرض المشروع في المادتين ٩١٩ و ٩٢٠ لهاتين الصورتين الأخيرتين للتسليم.

فعرضت المادة ٩١٩ لما يسمى بالتسليم الحكمي ، فنصت على أنه يجوز أن يتم نقل الحيازة دون تسليم مادي إذا استمر الحائز واضعا يده لحساب من يخلفه في الحيازة ، أو استمر الخلف واضعا يده ولكن لحساب نفسه. والنص يعرض لصورتين: الأولى أن

يستمر السلف ، بعد العقد ، واضعا يده ولكن لحساب الخلف كأن يبيع الحائز الشيء ويتفق مع المشتري في الوقت نفسه على أن يستأجره فيصبح مستأجرا يحوز لحساب المشتري أي الخلف في الحيازة. والصورة الثانية أن يكون الخلف ، قبل الاتفاق على نقل الحيازة ، واضعا يده لحساب السلف كالمستأجر ويتفق على أن يشتري الشيء فيستمر واضعا يده لحساب نفسه ، فيصبح حائزا بعد أن كان يحوز لحساب السلف أي بعد أن كان حائزا عرضيا.

وعرضت المادة ٩٢٠ لما يسمى التسليم الرمزي. ولم يكتف المشروع بالنص على أهم تطبيقات هذه الصورة من صور التسليم كما فعلت بعض التشريعات العربية (المصري ٩٥٤ ، السوري ٩١٣ ، الليبي ٩٥٨ ، السوداني ٧٦٦ ، الصومالي ٧٦٢ ، الجزائري ٨١٣) وإنما بدأ بوضع قاعدة عامة فنص في الفقرة الأولى على أنه "يجوز أن يتم نقل الحيازة إذا تسلم الخلف ما يمكنه من التسلم المادي للشيء". ثم عرض المشروع في الفقرة الثانية لتطبيق هذه القاعدة في أهم حالاتها العملية ، وهي الحالة التي نصت عليها التشريعات العربية المذكورة ، فنص على أنه "وبوجه خاص ، فتسليم السندات المعطاة عن البضائع المعهود بها إلى أمين النقل أو المودعة في المخازن يقوم مقام تسليم البضائع ذاتها. على أنه إذا تسلم شخص هذه المستندات وتسلم آخر البضاعة ذاتها وكان كلاهما حسن النية فإن الأفضلية تكون لمن تسلم البضاعة". وتفضيل من تسلم البضاعة على من تسلم المستندات مشروط بأن يكون كما يظهر من النص ، حسن النية أي لا يعلم بسبق تسليم المستندات إلى غيره ، فإن كان سيء النية فيجب تفضيل من تسلم المستندات ما دام حسن النية فيعتبر هو الحائز. ومن صياغة النص يتضح أن القاعدة تتسع لغير الحالة المنصوص عليها بوجه خاص ، ولهذا يعتبر حائزا من تسلم مفتاح المخزن الموجودة به البضاعة أو تسلم مشتري المنزل المفاتيح التي تمكنه من شغله وهكذا.

وقد ذكرنا أن حيازة الخلف العام تعتبر استمرارا لحيازة السلف وهو ما يعني أن تنتقل الحيازة من وقت بدئها إلى الخلف ، فإذا اقتضى الأمر حساب مدة الحيازة فتبدأ المدة وقت بدء حيازة السلف. أما الحيازة التي تنتقل من الحائز إلى غيره بالاتفاق فهي حيازة جديدة ، قد تماثل حيازة السلف في صفاتها وقد تختلف عنها ، ومع ذلك فإذا كانت مصلحة الخلف في ضم مدة حيازة سلفه إلى مدة حيازته ، فله ذلك وفقا لنص المادة

٩٢١ من المشروع. مع ملاحظة أنه عند الضم ينظر إلى الحيازة التي انضمت بصفاتها كما كانت عند السلف.

٥- زوال الحيازة:

تقوم الحيازة، كما سبق البيان، على ركنين، المادي والمعنوي، ولذلك فهي تزول بزوال الركنين معا، أو بزوال أحدهما، فتزول الحيازة عن الحائز إذا فقد الركنين معا، وذلك في حالتين: الأولى حالة ما إذا نقل الحائز حيازته إلى غيره بالاتفاق على نحو ما ورد في النصوص المتعلقة بانتقال الحيازة، كما لو باع الحائز الشيء الذي يحوزه باعتباره مالكا وسلمه إلى المشتري. والحالة الثانية إذا ما تخلى الحائز عن الشيء بنية تركه، دون أن ينقل حيازته إلى غيره. وزوال الحيازة يفقد الركنين معا لا يحتاج إلى نص.

وقد تزول الحيازة بفقد الركن المادي وحده، وقد عرض المشروع بنص المادة ٩٢٢ لهذا، فبدأ في الفقرة الأولى من النص بالقول: "تزول الحيازة إذا تخلى الحائز عن سيطرته الفعلية على الشيء أو فقد هذه السيطرة بأية طريقة أخرى" فالأصل أن تزول الحيازة بمجرد فقد السيطرة الفعلية، ولكن إذا كان الذي حال دون الحائز والسيطرة الفعلية مانعا وقتيا، فإن كان هذا المانع قوة قاهرة كفيضان أو حرب حالت دونه والسيطرة على الشيء فلا يترتب على هذا المانع زوال الحيازة بل تبقى ما بقي المانع قائما. وقد يكون المانع هو أن شخصا آخر قد حاز الشيء، ويكون للحائز الذي فقد حيازته أن يستردها وفقا للقانون، وذلك بدعوى إسترداد حيازة العقار التي نظمها المشروع بالمواد ٩٢٤ و ٩٢٥ و ٩٢٦. فإذا استعمل من فقد الحيازة حقه في الاسترداد، واسترد الحيازة فعلا، فتعتبر حيازته مستمرة وكأنها لم تفقد.

٦- آثار الحيازة:

بعد أن عرض المشروع للحيازة في ذاتها انتقل إلى بيان ما يترتب عليها من آثار، فبين أولا: أثر الحيازة من حيث اعتبارها قرينة على الحق، وثانيا: حماية الحيازة ذاتها بدعوى الحيازة الثلاث، ثم عرض لأثر الحيازة في كسب الحائز الثمار وفي استرداد ما أنفق من مصروفات وأحكام تحمل تبعه هلاك الشيء وأخيرا لأثر الحيازة التي تستمر

فترة من الزمن باعتبارها دليلا على وجود الحق يمكن الحكم للحائز بمقتضاه بالحق ، وأثر حيازة المنقول بسبب صحيح وحسن نية.

وأول الآثار التي تترتب على الحيازة هو اعتبارها قرينة على وجود الحق الذي يظهر الحائز بمظهر صاحبه ، بل ان هذا الاعتبار هو أهم الأسس التي تقوم عليه كافة الآثار الأخرى إبتداء من حماية الحيازة في ذاتها ، بدعاوى الحيازة إلى ما قد يترتب على الحيازة من آثار أخرى. ولهذا بدأ المشروع بتقرير هذه القرينة فنص في المادة ٩٢٣ على أن ”من حاز شيئا ظاهرا عليه بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر ، اعتبر هو المالك أو صاحب الحق ما لم يثبت العكس“ ، فما دام الظاهر أن الحائز هو صاحب الحق فالقانون يفترض أن هذا الظاهر يمثل الحقيقة ، وعلى من يدعي خلافه أن يثبت ما يدعيه. ولا تقتصر فائدة هذه القرينة على تحقيق مصلحة الحائز الذي قد يكون غير صاحب الحق ، وإنما تحقق أيضا مصلحة صاحب الحق نفسه وكثيرا ما يكون الحائز هو صاحب الحق ، فبمقتضاها يعني من تقديم دليل الإثبات لوجود حقه إذا ما نازعه غيره في وجود هذا الحق وعلى من ينكر عليه حقه أن يثبت ما يدعيه.

دعاوى الحيازة:

دعاوى الحيازة ، وهي دعوى إسترداد الحيازة ودعوى منع التعرض ودعوى وقف الأعمال الجديدة ، هي دعاوى لحماية الحيازة في ذاتها أي سواء كان الحائز صاحب حق على الشيء الذي يحوزه أم لا ، ولذلك فالحكم الذي يصدر في دعوى من هذه الدعاوى هو حكم وقتي ، وهذه الدعاوى تحمي حيازة العقار دون حيازة المنقول.

(أ) دعوى إسترداد الحيازة:

دعوى إسترداد الحيازة هي التي يرفعها الحائز الذي سلبت منه الحيازة بطريقة تعتبر إعتداء على هذه الحيازة ، سواء بالقوة أو بغير القوة ، علنا أو خفية ، وهي ترفع على من سلب الحيازة بنفسه وكذلك على من انتقلت إليه الحيازة ممن سلبها.

وقد وضع المشروع القاعدة العامة في المادة ٩٢٤ التي تنص في فقرتها الأولى على أن «لحائز العقار إذا فقد الحيازة أن يطلب خلال ثلاث السنوات التالية لفقدانها ردها إليه ،

فإذا كان فقد الحيازة خفية بدأ سريان ثلاث السنوات من وقت إنكشافه». ومن النص يتضح أن كل حائز له أن يرفع الدعوى مع ملاحظة أن الحماية التي يسبغها القانون على الحيازة بتقرير حق الحائز في رفع الدعوى ، وكذلك دعاوى الحيازة الأخرى ، هي من الآثار التي تترتب على الحيازة وبالتالي لا بد أن تكون الحيازة غير معيبة بالنسبة لمن ترفع عليه الدعوى تطبيقاً لنص المادة ٩١١ . ويستوي بعد ذلك أن يكون الحائز الذي يرفع الدعوى حسن النية أو سيء النية كما لا يشترط وفقاً لهذا النص أن تكون الحيازة قد إستمرت مدة معينة. ولكن الدعوى يجب أن ترفع خلال ثلاث سنوات تبدأ من وقت فقد الحيازة إذا حدث ذلك علناً ، أو من وقت إنكشاف فقدتها إذا حدث خفية.

ولا يقتصر الحق في رفع الدعوى على الحائز نفسه ، وإنما يجوز أن يرفعها من يحوز لحساب غيره ، وهو من يطلق عليه الحائز العرضي كالمستأجر والمستعير ، وكذلك من يباشر السيطرة على الشيء على سبيل التسامح من صاحب الحق. وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من النص.

وإذا كان الأصل أن الحائز له أن يسترد الحيازة التي فقدتها أياً كانت المدة التي استمرت خلالها حيازته ، كما يتضح من نص المادة ٩٢٤ ، فثمة حالة لا يستطيع من فقد الحيازة أن يستردها ، لاعتبارات عملية وهي الحالة التي نصت عليها المادة ٩٢٥ ويشترط حتى يمتنع الاسترداد: (أولاً) أن تكون حيازة مدعي الاسترداد لم تستمر ثلاث سنوات كاملة حتى وقت فقدتها. (ثانياً) أن يكون فقد الحيازة بغير القوة ، فإذا كان فقد الحيازة بالقوة كان لمن فقدتها أن يسترد حيازته أياً كانت مدتها. (ثالثاً) أن تكون حيازة المدعي عليه أحق بالترتيب من حيازة من يطلب الاسترداد ، وتكون حيازة المدعي عليه أحق بالترتيب إذا كانت تقوم على سند قانوني كعقد بيع في حين أن حيازة المدعي لا تقوم على سند. فإذا لم تستند أي من الحيازتين إلى سند ، أو كان لدى كل من المدعي والمدعي عليه سند كما لو كان كل منهما قد اشترى العقار سواء من نفس الشخص أو من شخصين مختلفين ، فتكون الحيازة الأسبق في التاريخ هي الأحق بالترتيب. ويرجع حرمان الحائز الذي فقد حيازته من الاسترداد في هذه الحالة ، على خلاف منطوق دعوى عدم الاسترداد ، لاعتبارات عملية ، إذ لو قلنا بجواز الاسترداد ، لكان من حق المدعي عليه ، والفرص أن حيازته أحق بالترتيب ، أن يعود فيرفع دعوى لاسترداد حيازته ممن حكم له

في الدعوى الأولى ، فتفاديا لتعدد الدعاوى تنظر المحكمة إبتداء في أي الحيازتين أحق بالتفضيل فتحكم بالاسترداد أو ترفض الدعوى.

وأخيرا نصت المادة ٩٢٦ على أنه يجوز أن ترفع دعوى الاسترداد على من إنتقلت إليه حيازة العقار ولو كان حسن النية. وهذا الحكم يمكن الوصول إليه بغير هذا النص إستنادا إلى إطلاق نص المادتين السابقتين إذ لم يرد في أيهما ما يدل على أن الدعوى ترفع على من سلب الحيازة نفسه ، وبالتالي فيمكن أن ترفع الدعوى إذا توافرت شروطها على كل من يباشر السيطرة على العقار وقت رفع الدعوى سواء كان هو الذي سلب الحيازة أو كان خلفا لمن سلبها ولو كان حسن النية. ومع هذا فقد حرص المشروع على إيراد هذا النص نظرا إلى أن الحكم على خلاف ذلك في فرنسا حيث لا ترفع الدعوى إلا على من سلب الحيازة نفسه أو على من إنتقلت إليه الحيازة ممن سلبها بشرط أن يكون سيء النية.

(ب) دعوى منع التعرض:

عرضت المادة ٩٢٧ للدعوى الثانية من دعاوى الحيازة ، وهي دعوى منع التعرض ، فنصت على أن لحائز العقار إذا استمرت حيازته ثلاث سنوات ثم وقع له تعرض في حيازته أن يرفع خلال ثلاث السنوات التالية دعوى بمنع هذا التعرض .

وهذه الدعوى لا تكون إلا للحائز بمعناه القانوني ، فلا تثبت - على خلاف دعوى إسترداد الحيازة - لمن يحوز لحساب غيره ، ويجب حتى تستحق الحيازة الحماية بهذه الدعوى أن تكون بالنسبة للمدعي عليه خالية من العيوب ، ويستوي أن يكون الحائز الذي يرفع الدعوى حسن النية أو سيء النية ، لكن يشترط أن تكون الحيازة قد إستمرت ثلاث سنوات كاملة وذلك حتى تكون الحيازة قد استقرت على نحو تستحق معه الحماية من التعرض الذي ترفع الدعوى بمنعه.

والتعرض الذي ترفع الدعوى بمنعه قد يكون ماديا وقد يكون قانونيا ، فكل عمل مادى أو تصرف قانوني يتضمن مباشرة أو بطريق غير مباشر ، معارضة لحيازة الحائز. مثل دخول الأرض أو الرعي فيها أو إنذار الحائز بصفته مستأجرا ومطالبته بالأجرة ، سواء كان المتعرض صاحب حق أو لم يكن ، وسواء كان حسن النية أو سيء

النية ، وسواء وقعت الأعمال المكونة للتعرض في العقار محل الحيازة أو في عقار آخر ، وأخيرا سواء كان الحائز قد لحقه ضرر فعلا أو لم يلحقه ضرر .

ويجب أن ترفع الدعوى خلال ثلاث السنوات التالية لحصول التعرض ، ويكون الحكم فيها بمنع التعرض وقد يقتضي ذلك إزالة أعمال تمت من المتعرض .

(ج) دعوى وقف الأعمال الجديدة:

والدعوى الثالثة والأخيرة من دعاوى الحيازة هي دعوى وقف الأعمال الجديدة ، وهي التي عرض لها المشروع في المادة ٩٢٨ التي بينت الفقرة الأولى منها شروط الدعوى وموضوعها بالنص على أن «لحائز العقار إذا استمرت حيازته ثلاث سنوات وخشى لأسباب معقولة التعرض له نتيجة أعمال جديدة تهدد حيازته ، أن يرفع خلال ثلاث السنوات التالية لبدء هذه الأعمال دعوى بوقفها طالما انها لم تتم» وتختلف هذه الدعوى عن دعوى منع التعرض في أنها لا تواجه تعرضا قد وقع فعلا ، وإنما تواجه امعالا تكون تعرضا لو تمت . والحائز الذي له أن يرفع هذه الدعوى ، هو كالحائز الذي له أن يرفع دعوى منع التعرض وبخاصة من حيث إشتراط أن تكون حيازته حيازة قانونية مستكملة لركنيتها المادي والمعنوي وأن تكون قد استمرت ثلاث سنوات كاملة . ويجب أن يثبت المدعي الأعمال التي يطلب وقفها ، وأن ثمة أسبابا معقولة يخشى معها أن هذه الأعمال لو تمت لكانت تعرضا له في حيازته ، فالفرض أن التعرض لم يحصل فعلا ولكن يخشى حصوله ولذلك يشترط ألا تكون الأعمال قد تمت إذ لو كانت قد تمت لكنا بصدد تعرض واقع فعلا ويكون للحائز أن يرفع دعوى عدم التعرض لا دعوى وقف الأعمال الجديدة . ويجب أن ترفع الدعوى خلال ثلاث السنوات التالية لبدء الأعمال التي يطلب وقفها .

وقد بينت الفقرة الثانية من النص ما يحكم به القاضي في الدعوى ، فله إذا رأى الحائز محقا في دعواه أن يحكم بوقف الأعمال ، فلا يحكم بالإزالة . وفي هذه الحالة يجوز له أن يأمر بأن يقدم الحائز كفالة تكون ضمانا لإصلاح الضرر الناشئ للمدعي عليه من الوقف إذا ما تبين بحكم نهائي في الموضوع أن إعتراض الحائز لم يكن بحق . وإذا رأى القاضي أن المدعي ليس على حق في دعواه فيحكم بالاذن في إستمرار

الأعمال، ويجوز له في هذه الحال أن يأمر بأن يقدم المدعي عليه كفالة تكون ضمانا لإصلاح الضرر الذي لحق الحائز إذا ما تبين بحكم نهائي في الموضوع أن الحائز كان محقا في دعواه.

أثر الحيازة في تملك الحائز الثمار:

بعد أن عرض المشروع لأثر الحيازة من مجال إثبات الحق، ولحماية حيازة العقار في ذاتها بدعاوى الحيازة، إنتقل إلى أثر الحيازة في كسب الحقوق مبتدئا بحق الحائز في الثمار والمنفعة فنصت المادة ٩٢٩ على أن يكسب الحائز ما يقبضه من ثمار وما يحصل عليه من منفعة وهو حسن النية، والثمار اما طبيعية وهي التي تنتج من الشيء دون تدخل الإنسان كالكلأ، واما مستحدثة وهي التي يتدخل الإنسان في إنتاجها كالمحصولات الزراعية، وإما مدنية ويقصد بها ما يغله الشيء من دخل نقدي يلتزم به الغير مقابل إستفادته من الشيء كالأجرة التي يلتزم بها المستأجر وأرباح الأسهم، وتعتبر الثمار الطبيعية أو المستحدثة مقبوضة من يوم فصلها، أما الثمار المدنية فتعتبر مقبوضة يوما فيوما والحصول على المنفعة كقبض الثمار المدنية.

وتثور مسألة استحقاق الثمار عندما يثبت أن الحائز ليس هو صاحب الحق الذي كان يدعيه على الشيء الذي يحوزه، ويسترد صاحب الحق الشيء من الحائز. فالثمار التي قبضها الحائز، وهو حسن النية وقت القبض، تكون حقا له، وفي حكم الثمار التي قبضها المنفعة التي حصل عليها، فلا يلتزم بردها هي أو قيمتها إلى من ثبت له الحق، وهذا الحكم يعتبر استثناء من القاعدة العامة التي تقضي بأن تكون الثمار للمالك أو من له الحق في الانتفاع بالشيء. ويتضح من النص والنصوص السابقة أنه يشترط حتى يكتسب الحائز الثمار أن تكون حيازته قانونية مستكملة لعنصرها المادي والمعنوي، غير معيبة بالنسبة لمن يتمسك في مواجهته بكسب الثمار، كما يشترط أن يكون الحائز حسن النية وقت قبض الثمار أو وقت الحصول على المنفعة، فلا يكفي أن يكون حسن النية وقت كسب الحيازة.

أما الثمار التي قبضها الحائز والتي قصر في قبضها، وكذلك المنفعة، وهو سيء النية، فيجب أن يردها هي أو قيمتها إلى صاحب الحق، ولكن له أن يسترد ما أنفقه في إنتاج الثمار من مصروفات، وهذا ما نصت عليه المادة ٩٣٠ من المشروع.

أثر الحيازة في استرداد المصروفات:

إذا استرد المالك ملكه من الحائز ، وكان هذا الأخير قد أنفق على الشيء مصروفات وقت أن كان في حيازته ، تثار مسألة ما يحق لمن كان حائزا أن يسترده مما أنفقه ، وهو ما عرض له المشروع في المادتين ٩٣١ و ٩٣٢ . وبمقتضى نص المادة ٩٣١ يجب التفرقة بين ثلاثة أنواع من المصروفات:

(أ) المصروفات الضرورية ، وهي التي ينفقها الحائز في حفظ الشيء من الهلاك أو التلف كمصروفات تقوية أساسات المنزل وترميم السقف ، وهذه يلتزم المالك بردها كاملة إلى الحائز ولو كان سيء النية .

(ب) المصروفات النافعة ، وهي التي أنفقها الحائز ، لا لحفظ الشيء من هلاك أو تلف ولكن لتحسين منفعته كإصلاح الأرض لجعلها أكثر إنتاجا في الزراعة ، وتركيب مصعد في المنزل ، وهذه تسري عليها الأحكام الخاصة بالإلتصاق وحيث يجب التفرقة بين الحائز حسن النية والحائز سيء النية وقد أحال النص على تلك الأحكام .

(ج) أما المصروفات الكمالية ، وهي التي لا تزيد من منفعة الشيء وإن كانت تؤدي إلى تجميله كالتي تنفق في الزخرفة والنقوش ، وهذه لا يلتزم المالك برد شيء منها ولكنه يلتزم بدفع قيمة ما استحدثه الحائز مستحق الإزالة إذا اختار استبقاءه ، فإذا لم يرغب في ذلك فيكون للحائز أن ينزع ما استحدثه على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى دون ضرر .

وقد عرضت المادة ٩٣٢ لحالة ما إذا كان الحائز التي يسترد منه الشيء سبق أن انتقلت إليه الحيازة من حائز آخر ، وكان قد أدى إلى سلفه شيئا من المصروفات ، فنصت على أن المالك الذي يرد إليه ملكه يجب عليه أن يؤدي للحائز ما سبق أن أداه هذا الحائز إلى سلفه من مصروفات وذلك في حدود ما يلتزم به المالك وفقا للمادة ٩٣١ .

وبعد بيان ما يجب رده من المصروفات عرض المشروع في المادة ٩٣٣ لسلطة المحكمة في أن تقرر ما تراه مناسبا للوفاء بالمصروفات المحكوم بها ، وذلك تيسرا على المالك ، ولها بوجه خاص أن تحكم بأن يكون الوفاء على أقساط دورية بشرط أن تأمر بتقديم الضمانات الكافية .

المسئولية عن الهلاك أو التلف:

عرضت المادة ٩٣٤ لمسئولية الحائر ، قبل من يستحق الشيء عن هلاكه أو تلفه أثناء حيازته. وقد فرقت بين الحائر حسن النية والحائر سيء النية ، فالأول لا يكون مسئولا عن الهلاك أو التلف ، ولو حدث شيء من ذلك بتقصير منه ، إلا بقدر ما عاد عليه من فائدة ترتبت على الهلاك أو التلف كما لو كان قد حصل على تعويض من الغير المتسبب في الهلاك أو التلف أو على مبلغ التأمين. أما الحائر سيء النية ، فهو مسئول عن الهلاك أو التلف حتى ولو كان ناشئا عن قوة قاهرة ، باستثناء الحالة التي يثبت هو فيها أن الشيء كان يهلك أو يتلف حتى ولو كان في يد من يستحقه.

التقادم:

إذا استمرت حيازة العقار مدة معينة فتعتبر ، في القوانين الوضعية ، ومنها قوانين بعض البلاد العربية ، سببا قائما بذاته من أسباب كسب الملكية والحقوق العينية هو التقادم المكسب وقد يكون الحائر في ظل هذه القوانين ، هو حقيقة المالك أو صاحب الحق العيني ، ولكنه يؤثر أن يستند في كسبه إلى التقادم المكسب تفاديا لصعوبة إثبات سند آخر ، خاصة إذا لوحظ أن التملك بالعقد يقتضي أن يكون السلف مالكا وسلف السلف مالكا ، وهكذا قد يؤدي تتبع سندات الملكية إلى صعوبات كثيرة. ولكن قد يكون الحائر ليس هو صاحب الحق ، ومع ذلك فإذا استمرت حيازته المدة التي يتطلبها القانون فله أن يتمسك بتملكه بالتقادم ولو قال إنني أعلم أن هذا الشيء كان ملكا لفلان ولكنني وضعت يدي عليه وانقضت المدة اللازمة لاستمرار الحيازة بشروطها يحكم له بالملكية.

وهذا السبب من أسباب كسب الملكية ، والحقوق العينية لا يقره الفقه الإسلامي في مذاهبه المختلفة ، ولكن ثمة نظاما آخر قال به بعض المتأخرين من فقهاء المسلمين ، وبخاصة المالكية ، يحقق أهم الأهداف التي يهدف إليها نظام التقادم المكسب دون أن يتضمن إقرارا صريحا بأن الحيازة وحدها إذا استمرت مدة معينة تكسب الحق ، هو نظام عدم سماع الدعوى ، فتعتبر الحيازة مع مضي الزمن مجرد دليل على أن الحائر هو صاحب الحق ، وما دامت الحيازة لا تعدو أن تكون دليلا ، وليست سببا لكسب الحق ، فيشترط لعدم سماع الدعوى ممن ينازع الحائر ، أن يدعى الحائر حين المنازعة انه هو

المالك ، أما مجرد التمسك بالحيازة ، دون أن يدعى أنه هو المالك ، فلا يكفي لعدم سماع دعوى المنازع .

وإذا كانت الحيازة التي تستمر مدة معينة تعتبر ، وفقا لنظام التقادم المكسب سببا قائما بذاته من أسباب كسب الملكية ، في حين انها تعتبر ، وفقا لنظام عدم سماع الدعوى الإسلامي ، دليلا على أن الحائز هو المالك ، فالفارق من الناحية العملية بين النظامين يكاد ينحصر في حالة ما إذا أقر الحائز بأنه لم يكن مالكا ولكن نظرا لتوفر شروط التملك بالتقادم فهو يتمسك بملكيته على هذا الأساس ، ففي هذه الحالة يحكم للحائز بالملكية ، وفقا لنظام التقادم المكسب المعروف في القوانين الوضعية ، وبالعكس تسمع دعوى من ينازعه ، في نظام عدم سماع الدعوى الإسلامي ، فاذا أقام المنازع البينة على انه المالك حكم له ضد الحائز . وهذا الفارق الجوهرى يميز النظام الإسلامى على نظام التقادم المكسب الذى يعنى فى الواقع اقرار القانون بأن الحق يمكن أن يكتسب بالغصب .

وقد وضع المشروع نص المادة ٩٣٥ على نحو يبرز الفكرة الإسلامية ويستبعد إقرار المشروع للغصب ، مع الأخذ في الاعتبار متطلبات الظروف الواقعية للمعاملات وما تقتضيه من حاجة المالك الذي يستند على الدليل المستمد من حيازته إلى دليل يمكنه من التعامل مع غيره في شأن العقار الذي يحوزه ، فنصت المادة على أنه:-

”من حاز عقارا أو منقولا ، ظاهرا عليه بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر ، واستمرت حيازته خمس عشرة سنة ، اعتبرت حيازته دليلا على الحق ، ويحكم له به ، إذا أنكر حق الغير فيه وادعاه لنفسه ولو لم يبين سبب كسبه“ .

ويقابل هذا النص ، نص المادة ٥١٨ من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الامام مالك الذي أعدته اللجنة التحضيرية لتقنين الشريعة الإسلامية باشراف مجمع البحوث الإسلامية بالقاهرة ، وهو:

”من حاز عقارا أو منقولا مدة يقضي العرف بأن الحيازة فيها حيازة ملك ، فانه يستحقه ولا تسمع معها دعوى من ينازعه في ملكيته له ولا بنيته“ . يراعى في تطبيق هذه المادة أحكام المواد التالية“ .

ويتضح من نص المادة ٩٣٥ انه يشترط حتى يحكم للحائز بالحق ما يلي:

(أولاً) أن يكون الحائز قد حاز عقارا أو منقولا حيازة قانونية مستكملة لركنيتها المادي والمعنوي ، على نحو ما قرره المشروع في النصوص السابقة. وهذه الحيازة لا تختلف في جوهرها عما يقول به فقهاء المالكية في معنى الحيازة التي تؤدي إلى استحقاق الحائز ما يحوزه وعدم سماع دعوى من ينازعه في ملكيته ، فقد عرفوها بأنها ”وضع اليد على الشيء والإستيلاء عليه والتصرف فيه تصرف الملاك. ولم يأخذ المشروع بما ذهبوا إليه من أنه إذا لم يكن الحائز أجنبيا عن المنازع ، بأن كان شريكا أو قريبا له فيشترط في التصرف الدال على الملك أن يكون مخرجا للشيء من يده أو مغيرا ذاته كالبيع والهدم ، إذ تنص المادة ٥٢٠ (١) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الامام مالك على أنه ”يشترط في الحيازة التي لا تسمع معها دعوى المنازع للحائز ولا بنيتها ما يلي: أن يتصرف الحائز في الشيء المحاز بأي من أنواع التصرف ان كان أجنبيا من المنازع غير شريك له في الشيء المحاز أو بنوع يخرج من يده أو يغير ذاته إن كان أجنبيا شريكا أو قريبا له مطلقا“. لم يأخذ القانون بالفرقة بين الحائز الشريك أو القريب من ناحية ، والحائز الأجنبي غير الشريك من ناحية أخرى ، مكتفيا بالقاعدة السابق تقريرها في معنى الحيازة وهي أن يباشر الحائز الأعمال التي يباشرها عادة صاحب الحق. وتبقى مسألة ما إذا كان الحائز القريب أو الشريك يباشر الأعمال التي يباشرها لحسابه هو أو لحساب غيره متروكة لتقدير القاضي.

(ثانيا) يشترط أن تكون الحيازة قد استمرت خمس عشرة سنة. وفي تحديد المدة التي يجب أن تستمر خلالها الحيازة حتى لا تسمع دعوى المنازع خلاف في فقه المالكية، وقد روى عن الامام مالك رضي الله عنه ان مدة الحيازة في العقار يترك تقديرها إلى اجتهاد الامام وأخذا بهذا نص المشروع على أن المدة هي خمس عشرة سنة.

(ثالثا) يشترط ان ينكر الحائز ، عند المنازعة ، حق الغير ويدعى الحق لنفسه ولو لم يبين سبب كسبه لهذا الحق. وهذا الشرط هو الذي يبرز الفارق الجوهرى بين النظام الإسلامى والنظم الوضعية.

ولا خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية في ضرورة ادعاء الحائز انه هو المالك. ولكنهم اختلفوا في مطالبته ببيان سبب تملكه. وقد أخذ المشروع بما ذهب اليه مشروع

تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الامام مالك من انه يشترط ان يدعى الحائز حين المنازعة ملكيته للشيء المحاز ولو لم يبين سبب الملكية. وذكرت اللجنة التي وضعت المشروع أن ما جرى عليه «من أنه لا يشترط بيان سبب الملكية هو القول المعتمد للاستغناء عن بيانه بدلالة الحيازة عليها ، وقيل لا بد من بيان سببها».

فإذا توفرت هذه الشروط ، اعتبرت الحيازة ، وفقا لنص المشروع ، دليلا على الحق ويحكم للحائز بهذا الحق. ولم يستخدم المشروع تعبير عدم سماع الدعوى المعروف في فقه الشريعة الإسلامية ، ذلك أن حقيقة المقصود بعدم سماع الدعوى هو رفض دعوى المنازع ، يدل على ذلك ما جاء في إيضاح نص المادة ٥١٨ من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الامام مالك وهو: «...ومعنى أن الحيازة لا تسمع معها دعوى المنازع في الملكية أنه لا يترتب على سماعها أن تكون البينة على المدعي واليمين على من أنكر ، وهذا لا ينافي أنها تسمع سماع استيضاح لاحتمال أن الحائز يقر له بملكته للشيء المحاز ، وإنما تسمع دعوى المنازع للحائز مع الحيازة التي يقضي العرف بأنها حيازة ملك» (المشروع ص ٤١٣). لهذا ، وتجنبنا لما قد يؤدي إليه مصطلح عدم سماع الدعوى من الخلط بينه وبين عدم قبول الدعوى المعروف في فقه المرافعات ، أثر المشروع النص على أن يحكم للحائز بالحق. ويمتاز هذا الحكم ، على القول بعدم سماع الدعوى ، وهو كما رأينا يعني رفض دعوى المنازع ، من الناحية العملية ، بأنه يؤدي إلى استقرار التعامل في شأن العقار محل الحيازة. وبيان ذلك أن الاكتفاء بالقول بعدم سماع دعوى المنازع ، يثير التساؤل: وماذا بعد عدم سماع دعوى المنازع ، أي رفض الدعوى ؟ هل يظل الحائز هكذا دون الحصول على دليل واضح على حقه يمكنه من التعامل في العقار باعتباره صاحب الحق؟ إذا وقفنا عند هذا الحد فالغالب أن الحائز لن يجد من يتعامل معه باعتباره المالك استنادا إلى دلالة الحيازة على الملك. ولهذا نص المشروع على أن يحكم للحائز بالحق ، ويترتب على ذلك أنه يستطيع بعد ذلك أن يسجل الحكم الذي صدر له فيستقر وضعه باعتباره المالك ، شأنه في ذلك شأن كل من يستند في ملكيته الى سند مسجل. وما أخذ به المشروع لا يخالف الحكم الذي ورد في نص المادة ٥١٨ من مشروع تقنين الشريعة وفقا لمذهب الامام مالك التي تقول «إن من حاز عقارا أو منقولاً مدة يقضي العرف بأن الحيازة فيها حيازة ملك ، فانه يستحقه بهذه الحيازة ولا تسمع معها دعوى من ينازعه في

ملكيتته ولا بنيتته».

هذا ونشير في النهاية إلى أن الاتجاه الذي سار عليه المشروع في اعتبار الحيازة التي استمرت مدة معينة ، دليلا على الحق يحكم للحائز على أساسه وليست سببا قائما بذاته من أسباب كسب الحق ، قد اقتضى عدم الأخذ بنظام التقادم القصير ، أو الخمسي ، المعروف في القوانين الوضعية ، وحيث يشترط فيه أن يكون الحائز قد استند في حيازته إلى ما يسمى السبب الصحيح ، وهو التصرف القانوني الذي من شأنه ، لو صدر من مالك ، أن ينقل الحق ولكنه لم ينقل الحق فعلا لأنه صدر من غير مالك . فالأخذ بهذا النظام يفترض بالضرورة الإقرار بأن الحائز ليس مالكا وهو ما يناقض الفكرة الأساسية التي تبناها المشروع وهي الحكم للحائز بالملك استنادا الى أنه هو المالك بدلالة الحيازة .

أثر حيازة المنقول في كسب الحق :

تخضع حيازة المنقول ، في القوانين الوضعية المعاصرة ، لقاعدة مشهورة يعبر عنها بأن الحيازة في المنقول سند الحق (أو سند الملكية أو سند الحائز) ، وهي قاعدة تقوم على اعتبارات عملية نظرا لكثرة المعاملات على المنقولات وسرعتها ، وبوجه خاص ما ألفه الناس من عدم الحصول على دليل يفيد تملك المنقول . وبمقتضى هذه القاعدة يصبح الحائز مالكا أو صاحب الحق العيني فور حيازته إذا توفرت شروط معينة (السبب الصحيح ، وحسن النية).

أما في فقه الشريعة الإسلامية فلا تختلف حيازة المنقول عن حيازة العقار إلا من حيث المدة التي لا تسمع بعدها الدعوى . فيلزم حتى تسمع الدعوى أن تكون الحيازة قد استمرت مدة معينة . وان اختلفت عن المدة في حيازة العقار . كما يلزم أن يدعي الحائز أنه هو المالك وليس من ينازعه .

وقد رؤي أن القواعد التي قال بها فقهاء الشريعة ، وخاصة المالكية ، في شأن حيازة المنقول لا تناسب متطلبات التعامل في مجتمعنا الحالي حيث تكثر المعاملات وتتم بسرعة لا تحتمل التوقف للحصول على الدليل الذي يمكن الاستناد إليه إذا ما ثارت المنازعة حول صاحب الحق على المنقول ، فلو تطلبنا من كل من يتعامل في شأن المنقول ، كمن يشتريه أو يرتنه ، أن يتحقق أولا من أن المتصرف هو المالك لترتب

على ذلك شل حركة التعامل. ولهذا أخذ المشروع بأحكام حيازة المنقول في القوانين الوضعية الحديثة.

وهكذا وضعت نصوص المواد ٩٣٧ - ٩٤٠ أخذا بالأحكام المعمول بها في القوانين المعاصرة. ومن نص المادة ٩٣٧ يتضح أن الحيازة يمكن أن يترتب عليها كسب حق أو سقوط حق. فقد نصت الفقرة الأولى على أن من حاز بسبب صحيح منقولاً أو سندا لحامله ، ظاهراً عليه بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر ، وكان حسن النية وقت حيازته أصبح صاحب الحق من وقت حيازته ، ومن هذا النص يتضح أنه يشترط ، حتى يكسب الحائز الحق ، أولاً أن تتوفر له الحيازة القانونية المستكملة لركنيتها المادي والمعنوي وأن تكون هذه الحيازة خالية من العيوب. وأن تكون الحيازة واردة على منقول مما يتصور السيطرة عليه ، أي المنقول المادي ، ولهذا فلا شأن للقاعدة بالمنقولات غير المادية كالمصنفات الفكرية والمخترعات والديون . ولكن إذا كان الدين ثابتاً في سند لحامله فالمعروف ان الدين يندمج في السند- وهو منقول مادي - فتعتبر حيازة السند حيازة للدين تنطبق عليها القاعدة ، ولهذا حرص المشروع على ذكر السند لحامله. ويشترط ثانياً أن تكون الحيازة بسبب صحيح وهو مصطلح له دلالة خاصة فهو تصرف قانوني من شأنه نقل الملكية أو الحق العيني ولكنه صدر من غير المالك أو صاحب الحق. ويشترط ثالثاً أن يكون الحائز حسن النية وقت حيازته ، وحسن النية معناه أن يجهل الحائز أن حيازته اعتداء على حق للغير أي يعتقد انه تلقى الحق من المالك ، وهو مطلوب وقت الحيازة بحيث لو تأخر تسلم المنقول عن وقت إبرام التصرف وكان حسن النية متوفراً وقت التصرف ثم علم الحائز قبل ان يتسلم ان المتصرف غير مالك فلا يعتد بحسن نيته وقت التصرف. وتمشياً مع الغالب المألوف يفترض توفر السبب الصحيح وحسن النية لدى الحائز الى أن يثبت العكس وهو ما نصت عليه المادة ٩٣٨. فإذا توفرت هذه الشروط اكتسب الحائز الحق (الملكية أو الانتفاع أو الرهن مثلاً).

أما الفقرة الثانية من المادة ٩٣٧ فقد عرضت لما يسمى الأثر المسقط للحيازة بقولها «إذا كان السبب الصحيح وحسن النية قد توافرا لدى الحائز في اعتباره الشيء خالياً من التكاليف والقيود العينية كسب الحق خالصاً منها» فإذا اشترى شخص مثلاً منقولاً مثلاً برهن ، ولم يذكر في العقد انه مرهون ، وكان المشتري وقت تسلمه يجهل وجود الرهن تملك المشتري المنقول خالياً من الرهن الذي يسقط في هذه الحالة أثراً للحيازة.

هذه هي قاعدة الحيازة في المنقول سند الحق ، كما نظمتها نصوص المواد ، وثمة استثناء من هذه القاعدة هو الذي عرض له المشروع في المادة ٩٣٩ ، التي نصت في فقرتها الأولى على انه «يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله أو لصاحب الحق العيني عليه ، إذا فقده أو سرق منه ، أن يسترده ممن يكون حائزا له بسبب صحيح وحسن نية وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الفقد أو السرقة». فإذا كان المنقول قد فقد من مالكة أو سرق منه ، ثم حازه شخص ما بسبب صحيح ويحسن نية ، سواء كان السبب الصحيح هو تصرف صدر ممن وجد الشيء المفقود أو السارق أو ممن تلقاه من غيره ، فللمالك خلال ثلاث سنوات من وقت الفقد أو السرقة أن يسترد ملكه استثناء من القاعدة العامة. والأصل أن المالك الذي يسترد لا يلتزم بدفع شيء للحائز ، ويكون للحائز أن يرجع على من تلقى منه المنقول بدعوى الضمان ان كان سنده يسمح بذلك. ولكن إذا كان الحائز قد اشترى المنقول في سوق أو في مزاد علني أو اشتراه ممن يتجر في مثله ، فيكون له وفقا لنص الفقرة الثانية من النص أن يطلب من المالك الذي يسترد أن يدفع له الثمن الذي دفعه هو في الشراء ويمتنع عن تسليم الشيء الى أن يحصل على هذا الثمن.

الفرع الثالث - كسب الملكية بسبب الوفاة

اكتفى المشروع فيما يتعلق بالميراث بنص المادة ٩٤٠ التي تحيل الي أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها ، فلم يسلك مسلك بعض التقنينات العربية (المصري ، الليبي ، السوري ، الاردني) التي وضعت في مدونة القانون المدني القواعد التفصيلية لتصفية التركة من تعيين مصف وما يقوم به المصفي في سبيل جرد التركة وتسوية الديون وتسليم أموال التركة الى مستحقيها وقسمتها. وأثر المشروع أن يسلك مسلك الدول الأخرى التي اكتفت بالإحالة في كل ما يتعلق بالميراث على أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الخاصة (السوداني م٧٩٥ ، والصومالي م٧٢٤ ، والجزائري م٧٧٤)، وذلك أن نظام تصفية التركة تصفية جماعية ، على نحو ما فعله المشروع المصري، والقوانين التي نقلت عنه ، ينطوي على اجراءات طويلة ونفقات وبالتالي يندر اللجوء إليه في العمل. وإذا فرض ان بدت الحاجة إلى تنظيمه بالأفضل أن يكون ذلك بقانون خاص يراعى عند وضعه ما تبدو الحاجة إليه من قواعد على ضوء الظروف الواقعية.

وكذلك أحال المشروع فيما يتعلق بالوصية على أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها.

ونظرا الى أن حق الشخص في الإيضاء ، وهو تصرف مضاف إلى ما بعد الموت على سبيل التبرع ، محدود أولا بثالث التركة بحيث لا تنفذ الوصية في حق الورثة فيما يجاوز الثلث إلا باجازتهم ، كما أن الوصية لو ارث لا تنفذ في حق الورثة إلا باجازتهم، نظرا لهذا فقد يلجأ بعض الأشخاص إلى التحايل على أحكام الوصية بسترها في صورة تصرف منجز حال الحياة ، أو بستر التبرع الصادر في مرض الموت في صورة معاوضة ، فيكون من حق الورثة أن يثبتوا حقيقة التصرف حتى لا ينفذ في حقهم أو لا ينفذ إلا في حدود ثلث التركة.

وتيسرا على الورثة في إثبات حقيقة التصرف ، وضع المشروع في المادتين ٩٤٢ و٩٤٣ قريتين في حالتي التصرف في مرض الموت والتصرف لو ارث مع احتفاظ المتصرف بحياسة العين والانتفاع بها مدى حياته وذلك على النحو التالي.

وتعرض المادة ٩٤٢ لحالة التصرف في مرض الموت ، وهو المرض الذي يغلب فيه الهلاك عادة ، ويتصل به الموت فعلا ، وفي حكم التصرف في مرض التصرف الذي يصدر من شخص في حالة الصحة ولكن في ظروف يتحقق فيها الموت عادة ويموت الشخص فعلا ، كما هي الحال بالنسبة للمحكوم عليه بالاعدام ومن يوجد في سفينة أشرفت على الغرق.

والقاعدة في الشريعة الإسلامية أن حقوق الورثة تتعلق بمال المريض من وقت المرض ليخلص لهم الثلثان مما يبقى بعد سداد الديون لأن المرض سبيل إلى الموت غالبا فأقيم مقامه في تعلق حقوق الورثة بمال صاحبه ، وان كان هذا المرض لا يمنع أن للمريض حقا في ماله. وتطبيقا لهذا نصت الفقرة الأولى من المادة ٩٤٢ على أن التصرف الذي يصدر من المريض مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت ويأخذ حكم الوصية.

واعمال هذه القاعدة يقتضي توافر شرطين: الشرط الأول أن يثبت ان التصرف قد تم في مرض الموت. وعلى الورثة أن يثبتوا ذلك ، ونظرا إلى احتمال اعطاء التصرف تاريخا سابقا على تاريخ المرض غشا وتحايلا حتى لا يأخذ التصرف حكم

الوصية ، فللورثة أن يثبتوا حصول التصرف في مرض الموت بجميع الطرق فلا يتقيدون بقاعدة أنه لا يجوز الإثبات بالبينة فيما يخالف ما اشتمل عليه دليل كتابي ولو انهم لا يعتبرون من الغير بالنسبة للورقة التي صدرت من مورثهم. هذا ولم يأخذ النص بالحكم الذي وضعه المشرع المصري في الفقرة الثانية من المادة ٩١٦ ونقلته بعض القوانين العربية (السوري م١٧٧/٢ ، الليبي م٩٢٠/٢ ، الصومالي م٧٢٧/٢ ، الاردني م١١٢٨/٢ ، الجزائري م٧٧٦/٢) وهو: «ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا» ، فهو حكم غير صحيح ، لأن الورثة لا يعتبرون من الغير بالنسبة للورقة الصادرة من مورثهم وبالتالي يحتج عليهم بتاريخها ولو لم يكن ثابت التاريخ وإن كان لهم أن يثبتوا عدم صحة التاريخ بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن لما ينطوي عليه تقديم التاريخ من غش أريد به الاخلال بحقوق الورثة في الميراث.

أما الشرط الثاني لأعمال القاعدة المنصوص عليها في الفقرة الأولى فهو أن يكون التصرف قد قصد به التبرع. وفي إثبات توفر هذا الشرط وضع المشروع قرينة بسيطة لمصلحة الورثة ، وذلك بالنص في الفقرة الثالثة من النص على أنه «إذا أثبت الورثة أن التصرف قد صدر من مورثهم في مرض الموت ، اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ما لم يثبت العكس. وتقوم القرينة على أساس ان الانسان لا يتصرف عادة في مرض موته إلا على سبيل التبرع ويندر أن يكون تصرفه قد قصد به المعاوضة. هذا ويلاحظ انه إذا ثبت أن التصرف معاوضة ولكن فيه محاباة لمن صدر له التصرف فتسري أحكام الوصية على المحاباة وحدها.

والقرينة الثانية هي التي قررها المشروع بنص المادة ٩٤٣ التي تواجه الحالة التي يتصرف فيها شخص إلى أحد ورثته. ويحتفظ لنفسه بحيازة العين المتصرف فيها بأية طريقة كانت ، كما يحتفظ بحقه في الانتفاع بها ، وذلك مدى حياته. فاعتبر النص هذا التصرف تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت تسري عليه أحكام الوصية ، ما لم يثبت ما يخالف ذلك. وقد روعي في وضع هذه القرينة محاربة ما شاع في العمل من التحايل على أحكام الوصية لمحاباة بعض الورثة على بعض عن طريق التصرف إلى الوارث الذي يراد محاباته تصرفا منجزا في الظاهر يستر في حقيقته تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت. والعبرة في تحديد صفة الوارث هي بوقت الوفاة.

الباب الثاني

الحقوق المتفرعة عن حق الملكية

حق الملكية هو أوسع الحقوق العينية الأصلية نطاقا ، إذ يخول صاحبه وهو المالك ، بحسب الأصل ، السلطات التي تمكن الحصول على كل منافع الشيء الذي يرد عليه . وهذه السلطات لا تخرج عن استعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه .

والحقوق العينية المتفرعة عن الملكية هي حقوق أصيلة يرد كل منها على شيء مملوك لغير صاحب الحق ، ويخول صاحبه بعضا من سلطات المالك أو سلطات تحد من انتفاع المالك بملكه . وقد نظم المشروع طائفتين من هذه الحقوق ، الطائفة الأولى حقوق تنقرر لمصلحة صاحب الحق دون أي اعتبار آخر ، وهي حق الانتفاع وحق الإستعمال وحق السكنى . والطائفة الثانية حقوق تنقرر لصاحب الحق بوصفه مالكا لعقار على عقار آخر تحد من منفعة ، وهي حقوق الارتفاق .

الفصل الأول

حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى

حق الانتفاع حق عيني أصلي ، يخول صاحبه وهو المنتفع استعمال واستغلال شيء مملوك لغيره ، فله أن يستعمله بنفسه أيا كان هذا الاستعمال ما دام الشيء قد أعد له ، وله أن يستغله للحصول على ثماره . أما حق الاستعمال ، فهو أضيق نطاقا من حق الانتفاع إذ لا يخول صاحبه إلا سلطة الاستعمال ، دون الاستغلال . وأما حق السكنى فهو صورة من صور حق الاستعمال تقتصر على السكنى دون غيرها من صور الاستعمال فليس لصاحب الحق أن يستعمل المكان في أعمال حرفته كمتب أو عيادة مثلا .

وقد نظم المشروع حق الانتفاع في المواد من ٩٤٤ إلى ٩٥٤ ثم عرض في المادتين ٩٥٥ و٩٥٦ لقاعدتين تخصان حقى الاستعمال والسكنى ، وأحال بالمادة ٩٥٧ ، فيما

يتعلق بهذين الحقيين ، على الأحكام الخاصة بحق الانتفاع متى كانت لا تتعارض مع طبيعتهما.

(أولاً) حق الانتفاع:

وقد عرضت المادة ٩٤٤ لأسباب كسب حق الانتفاع ، وهي التصرف القانوني والحيازة. وقد يكون التصرف القانوني سببا لكسب حق الانتفاع حال حياة المتصرف ، معاوضة أو تبرعا ، انشاء أو نقلا. فقد يتفق المالك مع آخر على أن ينشئ له حق انتفاع على شيء يملكه ، بمقابل أو على سبيل الهبة ، كما يحدث أن يتصرف المالك إلى شخص ما ويحتفظ لنفسه بحق الانتفاع على الشيء المتصرف فيه. كما يجوز لصاحب حق الانتفاع أن ينقل حقه إلى غيره. وقد يكون كسب حق الانتفاع بالوصية ، فيوصى المالك بالانتفاع بشيء يملكه ، وتسري في هذه الحالة أحكام الوصية بالمنفعة.

وإذا كان المشروع قد نص على أن الانتفاع يكسب بمقتضى الحيازة فذلك مراعاة لما قرره في شأن أثر حيازة المنقول إذ قد تؤدي إلى كسب الملكية وغيرها من الحقوق كالانتفاع. أما بالنسبة للعقار فالحيازة ، وفقا لما سار عليه المشروع ، لا تعتبر سببا لكسب الحق وإنما قد تؤدي إذا استمرت مدة معينة إلى اعتبارها دليلا على وجود الحق للحائز. هذه هي الأسباب التي يمكن أن يكتسب بها حق الانتفاع ، وأما أسباب كسب الملكية الأخرى فلا محل لها بالنسبة للانتفاع ، فلا يتصور كسب الانتفاع بالاستيلاء ، ولا بالالتصاق ، ولا بالميراث لأن الانتفاع ينقضي بموت المنتفع.

وعرضت المواد من ٩٤٥ إلى ٩٥١ لحقوق المنتفع والتزاماته. وقد بدأت المادة ٩٤٥ بالنص على أن يراعي في هذه الحقوق والالتزامات السند الذي أنشأ حق الانتفاع ، وكذلك الأحكام المقررة في المواد التالية.

ولما كان حق الانتفاع يخول المنتفع استغلال الشيء محل حقه ، والاستغلال يعني الحصول على الثمار ، نصت المادة ٩٤٦ على أن تكون ثمار الشيء المنتفع به للمنتفع بنسبة مدة انتفاعه ، ثم تحفظت لمراعاة حكم الفقرة الثانية من المادة ٩٥٢ التي تواجه حالة انقضاء أجل حق الانتفاع والأرض المنتفع بها مشغولة بزرع قائم وتقضي بأن تترك الأرض للمنتفع أو ورثته إلى حين ادراك الزرع على أن يدفعوا أجره الأرض عن الفترة

من وقت انقضاء حق الانتفاع إلى حين ادراك الزرع. ثم عرضت المادة ٩٤٧ لحق المنتفع في استعمال الشيء فنصت على أن يستعمله بحالته التي تسلمه بها ، وبحسب ما أعد له، كما أوجبت عليه أن يديره ادارة حسنة. وعرضت الفقرة الثالثة لحق المالك الذي يقابل واجبات المنتفع في الاستعمال فللمالك أن يعترض على أي استعمال غير مشروع أو غير متفق مع طبيعة الشيء ، وإذا أثبت مالك الرقبة أن استعمال المنتفع للشيء يعرض حقه للخطر كان له أن يمنعه من هذا الاستعمال وأن يطالبه بتقديم تأمينات لضمان ما قد يثبت له من تعويض بسبب سوء استعمال المنتفع للشيء ، فان لم يقدم المنتفع التأمينات أو ظل يستعمل الشيء استعمالا غير مشروع أو غير متفق مع ما أعد له ، جاز للقاضي أن يحكم بنزع الشيء من يد المنتفع وتسليمه إلى أمين يتولى ادارته ويعطي الغلة للمنتفع، بل يجوز للقاضي إذا اقتضى الحال أن يحكم بانتهاء حق الانتفاع وفي هذه الحالة لا يترتب على انتهاء الحق قبل الأجل المحدد له الاخلال بحقوق الغير ، كالدائن المرتهن لحق الانتفاع.

وتعرض المادة ٩٤٨ لنفقات الشيء محل الانتفاع ، وتفرق بين نوعين من النفقات، النوع الأول وهو النفقات المعتادة ويدخل فيها ما يفرض على الشيء من تكاليف كالضرائب مثلا كما تشمل نفقات الصيانة ، وهذه تكون على المنتفع. والنوع الثاني هو النفقات غير المعتادة ، مثل نفقات الاصلاحات الجسيمة ، فان كانت بسبب خطأ المنتفع فيجب عليه أن يقوم بها ، وان لم تكن بسبب خطئه فالاصل أن المالك لا يلتزم قبل المنتفع باجرائها ولكن يجبر المالك على اجرائها إذا كان حق الانتفاع تقرر لصاحبه بمقابل ، أو كان هناك شرط بذلك.

وتعرض المادة ٩٤٩ لواجب المنتفع في حفظ الشيء ، فعليه أن يبذل في هذا الحفظ عناية الشخص المعتاد. فاذا اخل بواجبه هذا كان مسئولا قبل المالك عما يترتب على ذلك من هلاك أو تلف. وعلى المنتفع أن يرد الشيء الى المالك عند انتهاء حق الانتفاع ، فإذا تأخر بعد اعذاره وهلك الشيء ولو بسبب أجنبي كان هلاكه على المنتفع الا إذا أثبت أن الشيء كان يهلك ولو كان في يد المالك.

ومما يتفرع على واجب المنتفع بحفظ الشيء انه إذا احتاج الشيء الى اصلاحات مما لا يلتزم المنتفع باجرائها ، أو احتاج إلى اجراء يقيه من خطر لم يكن منظورا ، أو

ادعى أجنبي استحقاق الشيء ، فعلى المنتفع أن يبادر باخطار المالك حتى يتمكن من الاصلاح أو توقي الخطر أو الاستحقاق وقد نصت المادة ٩٥٠ على واجب المنتفع بهذا الاخطار. وبمقتضى القواعد العامة إذا أخل المنتفع بواجبه هذا وترتب على ذلك ضرر للمالك كان يمكن تفاديه لو أن المنتفع قام بواجب الاخطار ، كان المنتفع مسئولاً.

وأخيراً عرض المشروع في المادة ٩٥١ لحالة ما إذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولاً ، إذ يجب في هذه الحالة أولاً جرد المنقول ، ذلك ان المنتفع يلتزم عند انتهاء الانتفاع برد المنقول بالحالة التي استلمه بها ، فتيسيراً للتأكد من حسن الوفاء بهذا الالتزام أو جوب النص جرد المنقول ، ويكون ذلك بتحرير محضر يوقع عليه كل من المنتفع ومالك الرقبة واحتياطاً لما قد يلتزم به المنتفع تجاه المالك من تعويضات بسبب ضياع الشيء أو تلفه ، أو جوب النص على المنتفع تقديم تأمين كاف فان امتنع جاز للقاضي أن يأمر بوضع المال في يد أمين يتولى ادارته لحساب المنتفع.

وتعرض المادتان ٩٥٢ و٩٥٣ لانقضاء حق الانتفاع ، فان كان ثمة أجل لانتهاء الحق ، انتهى بحلول هذا الأجل ، أو بموت المنتفع ، أيهما أقرب . وان لم يعين للانتفاع أجل اعتبر مقرراً للحياة المنتفع وينتهي بالوفاة.

وإذا هلك الشيء محل حق الانتفاع ، فالأصل أن ينتهي الانتفاع بهلاك محله. ولكن إذا ترتب على الهلاك وجود عوض عن الشيء الذي هلك كالتعويض الذي يلتزم به المتسبب في الهلاك أو مبلغ التأمين ، فيحل العوض محل الشيء حلولا عينيا بحيث يصبح العوض محملاً بحق الانتفاع كما كان الشيء قبل الهلاك. وإذا أعيد الشيء بعد الهلاك إلى أصله ، على نفقة المسئول عن الهلاك سواء كان هو مالك الرقبة أو المنتفع أو اجنبي أو أعيد بمبلغ التأمين عاد الى المنتفع حقه في الانتفاع.

وأخيراً عرض المشروع ، بالمادة ٩٥٤ لآثر عدم استعمال المنتفع حقه ، فنص على أنه إذا استمر عدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة ، فلا تسمع دعواه بحق الانتفاع إذا أنكره المالك. وإذا كان الانتفاع مقرراً لعدة شركاء على الشيوع فاستعمال أحدهم الحق يقطع مدة عدم سماع الدعوى لمصلحة الشركاء الآخرين ، كما أن وقف المدة لمصلحة أحدهم يترتب عليه وقفها لمصلحة الآخرين.

(ثانيا) حق الاستعمال وحق السكنى .

وبعد النصوص التي تناولت حق الانتفاع عرض المشروع لحق الإستعمال والسكنى ، فنص في المادة ٩٥٥ على أن نطاق كل حق منها يتحدد بمقدار ما يحتاج إليه صاحب الحق هو وأفراد أسرته لخاصة أنفسهم ذلك أن حق الاستعمال وكذلك حق السكنى لا يخول صاحبه سلطة الاستغلال . وبد هي أن يراعي كذلك ما يقرره السند المنشئ للحق ، فقد يحدد السند الاستعمال على نحو خاص ، وقد يمنع بعض صور الاستعمال .

ونظرا إلى أن حق الاستعمال وحق السكنى يتحددان ، في مضمونهما بما يحتاج اليه صاحب الحق هو وأفراد أسرته لخاصة أنفسهم ، فالاصل انه لا يجوز النزول عن أيهما للغير ، لأن الاستعمال أو السكنى يختلف من شخص لآخر. ولكن نظرا إلى أن عدم جواز النزول عن الحق مقرر لمصلحة المالك ، فله أن يسمح به ولكن يلزم في هذه الحالة أن يكون هناك شرط صريح بذلك. فإذا لم يوجد شرط صريح فالاصل عدم جواز النزول ، ولكن المشروع نص مع ذلك بجواز النزول لمبرر قوي (مادة ٩٥٦) وذلك لمواجهة بعض الفروض الاستثنائية التي يؤدي فيها عدم جواز النزول إلى نتائج غير مقبولة ، كما لو كانت الدار التي أوصى باستعمالها أو بسكنائها لشخص معين غير ملائمة بشكل ظاهر لاستعمال صاحب الحق أو سكناه.

وفيما عدا ما تقرر في المادتين ٩٥٥ و٩٥٦ تسري أحكام حق الانتفاع على كل من حقى الاستعمال والسكنى متى كانت لا تتعارض مع طبيعة هذين الحقين ، وهو ما قرره المادة ٩٥٧ .

الفصل الثاني

حقوق الارتفاق

عرض المشروع بنصوص المواد من ٩٥٨ إلى ٩٧٠ لتنظيم حقوق الارتفاق بوجه عام.

وحق الارتفاق، كما عرفته المادة ٩٥٨ هو تكليف على عقار لمنفعة عقار آخر مملوك لغير مالك العقار الأول. فهو يفترض عقارين، الأول مملوك لصاحب حق الارتفاق، ويطلق عليه العقار المرتفق، أو العقار المخدوم. والثاني مملوك لشخص آخر غير مالك العقار الأول، وهو الذي يرد عليه حق الارتفاق، ويسمى العقار المرتفق به أو العقار الخادم. ويعتبر حق الارتفاق تكليفا على العقار المرتفق به، يحد من منفعة لمنفعة العقار المرتفق. مثل حق الارتفاق بالمرور الذي يخول صاحب العقار المرتفق المرور في العقار المرتفق به، وكذلك حق الارتفاق بالمطل الذي يخول صاحب العقار المرتفق حق فتح فتحة يطل منها على عقار جاره دون أن يترك المسافة القانونية.

وبعد تعريف حق الارتفاق أشارت المادة ٩٥٩ إلى المرجع في أحكام حقوق الارتفاق فنصت على أن تخضع حقوق الارتفاق لما هو مقرر في سند انشائها ولما جرى عليه عرف الجهة والأحكام الواردة في المواد التالية.

وعرضت المادة ٩٦٠ لسبب خاص من أسباب كسب الارتفاق، هو المعروف بتخصيص المالك الأصلي، وصورته أن يوجد عقاران مملوكان لشخص واحد ويحمل أحدهما بعبء لمنفعة آخر على نحو ظاهر يدل على وجود ارتفاق لو كان العقاران مملوكين لشخصين مختلفين، وبعد ذلك يصبح العقاران مملوكين لشخصين مختلفين كما لو تصرف المالك في أحدهما واحتفظ بالآخر أو تصرف فيهما لشخصين مختلفين، فينشأ حق الارتفاق إلا إذا وجد شرط صريح يخالف ذلك.

ثم قرر نص المادة ٩٦١ أولاً حق مالك العقار المرتفق في اجراء الأعمال الضرورية لاستعمال حقه والمحافظة عليه. فإذا كانت هذه الاعمال تتم في العقار المرتفق به فليس لمالك هذا العقار أن يمنعه منها، فله أن يمهد الطريق الموجود في العقار المرتفق به. كما يفرض النص على صاحب العقار المرتفق واجب استعمال حقه على الوجه الذي لا ينشأ عنه إلا أقل ضرر ممكن للعقار المرتفق به.

وإذا جد من حاجات العقار المرتفق ما من شأنه زيادة عبء الارتفاق على العقار المرتفق به، كما لو كنا بصدد حق ارتفاق بالمرور، وتغير استعمال صاحب الارتفاق للعقار المرتفق إلى مصنع أو مخزن وبالتالي توسعة الطريق ليسمح بمرور السيارات الكبيرة، وفي هذه الحالة أعطت المادة ٩٦٢ للقاضي الحق في أن يقضي بتعديل الارتفاق

على النحو الذي يجعله صالحا لمواجهة الاستعمال الجديد ، وذلك بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أي بين الضرر الذي يلحق مالك العقار المرتفق به نتيجة التعديل ، والضرر الذي يلحق مالك العقار المرتفق من الابقاء على الارتفاق بوضعه الاصلي ، وإذا قرر القاضي التعديل بما يزيد في عبء الارتفاق فيكون ذلك في نظير مقابل عادل يلتزم به صاحب الارتفاق.

والأصل الذي نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٩٦٣ أن نفقات الأعمال اللازمة لاستعمال الارتفاق والمحافظة عليه تكون على صاحب حق الارتفاق، ولكن ليس ثمة ما يمنع من أن يشترط غير ذلك كان يتفق المالكان على أن تكون النفقات عليهما معاً وعلى مالك العقار المرتفق به. فإذا فرض ان وجد اتفاق على أن يتحمل مالك العقار المرتفق به تلك النفقات، فله وفقاً للفقرة الثانية من النص أن يتخلص من التزامه بالانفاق بان يتخلى عن ملكيته للعقار المرتفق به كله أو بعضه لمالك العقار المرتفق. وإذا كانت الأعمال اللازمة لاستعمال الارتفاق والمحافظة عليه تفيد كلا من المالكين ، كما لو كان الطريق مشتركاً ، كانت نفقاتها وفقاً للفقرة الثالثة عليهما معاً كل بنسبة ما يعود عليه منها من منفعة.

وتمكيننا لصاحب الارتفاق من استعمال حقه دون معوقات نصت المادة ٩٦٤ على أنه لا يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يعمل شيئاً يؤدي إلى الانقاص من استعمال الحق أو جعله أكثر مشقة ، فليس له مثلاً أن يشغل الممر بما يعوق استعماله ، أو يغير موضوع المرور إلى وضع جديد يجعل المرور أكثر مشقة على صاحب حق الارتفاق. هذا هو الأصل العام ، ولكن قد يحدث أن يكون الموضوع الذي تحدد أصلاً لاستعمال حق الارتفاق قد أصبح من شأنه أن يزيد في عبء الارتفاق على العقار المرتفق به ، أو أصبح الارتفاق مانعاً من أحداث تحسينات في العقار المرتفق به ، كما لو كان حق المرور مقرراً على أرض فضاء ثم بنى فيها صاحبها منزلاً ، فلمالك العقار المرتفق به، وفقاً لنص المادة ٩٦٤ أن يطلب نقل الارتفاق إلى موضع آخر من العقار أو إلى عقار آخر يملكه هو أو إلى عقار يملكه شخص ثالث قبل أن يتحمل عقاره بالارتفاق ، بشرط أن يكون استعمال الارتفاق في الوضع الجديد الذي يعرضه صاحب العقار المرتفق به ميسراً كما كان في وضعه السابق.

وتعرض المادتان ٩٦٥ و٩٦٦ ، لآثار تجزئة العقار المرتفق أو العقار المرتفق به على

حق الارتفاق. فاذا جزئ العقار المرتفق كما لو قسمت الأرض إلى قسمين بحيث يملك كل قسم منها مالك ، فالأصل أن يبقى الارتفاق مقررا كما كان لفائده كل جزء ، ولكن يجب ألا يترتب على ذلك زيادة العبء الواقع على العقار المرتفق به. فاذا ترتب على التجزئة أن الارتفاق لا يفيد إلا جزءا من الأجزاء فلمالك العقار المرتفق به أن يطلب إنهاء الارتفاق عن الأجزاء الأخرى.

وكذلك إذا جزئ العقار المرتفق به إلى أجزاء ، فالأصل أن يبقى الارتفاق واقعا على كل الأجزاء ، كما لو كان المرور بوضعه الأصلي يتم باختراق كل أجزاء العقار. ولكن إذا ترتب على التجزئة أن يصبح استعمال الارتفاق مقصورا على بعض الأجزاء ولا يمكن ان يستعمل على الأجزاء الأخرى ، فيكون لمالك كل جزء من الأجزاء التي لا يستعمل عليها حق الارتفاق أن يطلب إنهاء الارتفاق عن الجزء الذي يملكه.

وأخيرا عرض المشروع بنصوص المواد من ٩٦٧ إلى ٩٧٠ لانتهاء حقوق الارتفاق. فهي تنتهي ، بمقتضى المادة ٩٦٧ أولا - بانقضاء الأجل إذ كان هناك أجل ، فليس ثمة ما يمنع من أن يتقرر الارتفاق ثلاث سنوات مثلا. كما ينتهي الارتفاق بهلاك العقار المرتفق به أو العقار المرتفق هلاكا تاما ، وهي صورة نادرة ، فالغالب ألا يترتب على الهلاك إلا استحالة استعمال الارتفاق استحالة مؤقتة ، ومع ذلك فمن المتصور أن يكون انتهاء الارتفاق نهائيا كما لو استملكت الدولة العقار المرتفق به وخصصته للمنفعة العامة. وينتهي الارتفاق ثالثا باجتماع ملكية العقارين لشخص واحد إذ لا يتصور أن يكون للشخص حق ارتفاق على عقار يملكه ، ولكن إذا زالت حالة اجتماع الملكية ، كما لو فسخ العقد الذي اشترى به مالك أحد العقارين العقار الآخر ، أو أبطل ففي هذه الحالة يعود حق الارتفاق.

وإذا لم يستعمل صاحب الارتفاق حقه مدة خمس عشرة سنة ، فلا تسمع الدعوى به وفقا لنص المادة ٩٦٨ اذا أنكره صاحب العقار المرتفق به ، ما لم يكن الارتفاق مقررا لمنفعة عقار مملوك للدولة أو لجهة وقف فلا يترتب على عدم الاستعمال مهما طال عدم سماع الدعوى.

وكما هي الحال بالنسبة لحق الانتفاع ، فإذا كان العقار المرتفق مملوكا على الشيوخ

لعدة شركاء فاستعمال أحدهم حق الارتفاق يقطع المدة لمصلحة الشركاء الآخرين . كما أن وقف المدة لمصلحة أحدهم يجعلها موقوفة لمصلحة الآخرين .

و ثمة سبب مؤقت لانتهاك حق الارتفاق نصت عليه المادة ٩٦٩ هو استحالة استعمال الحق نتيجة تغير وضع الأشياء ، كما لو غمرت مياه الأمطار الأرض التي تقرر عليها المرور بحيث يستحيل المرور منها ، فإذا زالت الاستحالة عاد حق الارتفاق .

وأخيرا فقد يحدث أن يصبح حق الارتفاق عديم الجدوى ، أو لم تبق له إلا منفعة قليلة لا تتناسب مطلقا مع العبء الذي يقع على العقار المرتفق به ، ففي هذه الحالة يكون لمالك العقار المرتفق به وفقا لنص المادة ٩٧٠ أن يطلب تحريره من حق الارتفاق ، إذ يكون إصرار صاحب حق الارتفاق على بقاء حقه تعسفا يجب منعه .

الكتاب الثاني الحقوق العينية التبعية التأمينات العينية

تقوم التأمينات العينية على تخصيص مال أو أموال لضمان الوفاء بالالتزام ، وهي تؤمن الدائن أولا من خطر مزاحمة الدائنين الآخرين بما تخوله من تقدم أو أولوية على سائر الدائنين العاديين وعلى بعض الدائنين أصحاب التأمينات. كما تؤمنه من خطر تصرف مالك المال الذي يرد عليه التأمين بما تخوله - فيما عدا أحوال خاصة - من تتبع بحيث يبقى للدائن صاحب التأمين العيني حق التنفيذ على المال المحمل بالتأمين العيني في أي يد يكون.

والتأمينات العينية وفقا للقانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٦١ ، وهو المعمول به حاليا ، هي : الرهن الرسمي ، ورهن الحيازة ، وحقوق الامتياز. وقد أثر المشروع أن يسلك مسلك القانون الحالي في قصر التأمينات العينية على هذه الأنواع الثلاثة واستبعاد حق الاختصاص الذي تنظمه قوانين بعض الدول العربية ، وهو تأمين عيني يتقرر للدائن على عقار مملوك لمدينه ، بمقتضى أمر من القاضي ، بناء على حكم بالدين. ذلك أن عيوب حق الاختصاص أكثر من مزاياه ، فهو يهدف إلى تزويد الدائن الذي صدر الحكم له بالدين بتأمين يقيه من خطر تصرفات مدينه ، وقد يفضل الدائن هذا فلا يبادر إلى التنفيذ وبذلك تتحقق مصلحة المدين في الإحتفاظ بأمواله حتى يتمكن من الوفاء. ولكن يعاب على حق الإختصاص أنه يؤدي إلى تفضيل الدائن على غيره من الدائنين لا لشيء إلا لأنه سبق في الحصول على حكم بدينه ، وكثيرا ما يكون التأخر في الحصول على الحكم لأسباب لا دخل لإرادة الدائن فيها ، كما انه يؤدي إلى تسابق الدائنين في رفع الدعاوى على المدين مما يترتب عليه زيادة المصروفات.

وتنظيم المشروع لصورتين من الرهن ، الرسمي والحيازي ، قد يدعو إلى التساؤل عن موقف الفقه الإسلامي من الرهن الرسمي بالذات ، فقد قيل أن الفقه الإسلامي لا يقر أو يعرف هذا النوع من الرهن ، خاصة وان المادة ٧٠٦ من مجلة الأحكام العدلية تجعل القبض ضروريا لتمام الرهن ونفاذه ، في حين أن الرهن الرسمي يتم ويلزم بغير قبض .

ولكن يرى بعض المحدثين من فقهاء الشريعة أن الفقه الاسلامي لا يأبى الأخذ

بنظام الرهن الرسمي ، ففي بحث خاص أعده فضيلة الشيخ زكي الدين شعبان قال: «والناظر في الفقه الاسلامي وأصوله يجد فيه ما يشهد للرهن الرسمي ويصح الأخذ به، والمنطلق لمعرفة وجود هذا الرهن في الفقه الإسلامي وعدم وجوده هو قبض العين المرهونة وهل هو شرط أساسي في صحة الرهن أو ليس بشرط ، فإذا كان القبض ليس شرطا لصحة الرهن ، فان المجال يكون فسيحا لقبول الرهن الرسمي في الفقه الإسلامي. وكذلك لو كان القبض شرطا لانعقاد الرهن وصحته...». وبعد عرضه لآراء الفقهاء في مذاهبهم المختلفة قال: هذه هي آراء الفقهاء في قبض المرهون ومنها يتبين أن جمهور الفقهاء يرون أن الرهن ينعقد بمجرد الإيجاب والقبول، فهما ركنه الرئيسي ، ولكنهم يختلفون بعد ذلك في اشتراط القبض للزوم الرهن وعدم اشتراطه فالحنفية ومن وافقهم يقولون: ان القبض شرط للزوم الرهن ، والمالكية ومن وافقهم يقولون: ان القبض ليس شرطا للزوم الرهن وعلى هذا فالإيجاب والقبول هما الأصل في تحقق الرهن ، فمتى وجدا تحقق ما يسمى بالرهن وإن لم يوجد القبض وإذا تحقق مسمى الرهن بتوافر أركانه فباستطاعة المترهنين عندئذ أن يتفقا مثلا على تأجيل قبض العين المرهونة أو تركها عند الراهن أو عند غيره اعتمادا على الثقة المتبادلة بين الجانبين أو اعتمادا على تسجيل الرهن في دائرة التسجيل الرسمية، وليس الرهن بعد ذلك مثل هذا الرهن المجرد من القبض، مع توفر شروطه الأخرى ، رسميا أو تأمينيا أو غيرهما من المصطلحات ، فالتسميات والعناوين لا تهم في المجالات العلمية بقدر ما تهم الحقائق والمفاهيم ..» بل ذهب أكثر من ذلك إلى القول أنه «على فرض ان القبض أمر لا بد منه في تحقق الرهن شرعا فان هذا القبض يتحقق باثبات الرهن وتسجيله في دائرة من دوائر التسجيل الرسمية ، لأن الرهن إذا أثبت في دائرة من هذه الدوائر قامت الدائرة المسجل فيها الرهن مقام الدائن في حبس العين المرهونة وحمايتها من التصرفات الضارة بمصلحة الدائن ، وبهذا يحصل الضمان للدائن في الحصول على حقه من المدين ، وحصول الضمان وتحقق الثقة للدائن في الحصول على حقه هو المقصود من القبض أو حبس العين عند المرتهن إلى سداد الدين الذي جعلت العين وثيقة به فضلا عما يمتاز به من اعفاء الدين من مؤونة قبض العين والحفاظ عليها ، وبقائها في حيازة المالك والانتفاع بها واستغلالها، والتصرف فيها تصرفا مطلقا عدا بعض التحفظات التي يستدعيها عقد الرهن من إلزام الراهن بضمان الهلاك وضمان التعرض وتقرير بعض الحقوق للمرتهن كحقي التبع والتقدم وما أشبه ذلك.

الباب الأول

الرهن الرسمي

الفصل الأول

انشاء الرهن الرسمي

نصت المادة ٩٧١ على أن الرهن الرسمي عقد به يكسب الدائن على عقار حقا عينيا يكون له بموجبه أن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ذلك العقار في أي يد يكون.

وهذا النص يعرف عقد الرهن الرسمي ، ويتضمن التعريف مقومات الحق الذي يهدف العقد إلى إنشائه وهو حق الرهن الرسمي ، والواقع أن مصطلح الرهن كما يطلق على العقد يطلق على الحق العيني نفسه. والنص يقابل نص المادة الأولى من القانون الحالي ، وقد استبعد من النص الحالي عبارة «مخصص لوفاء دينه» الواردة بعد كلمة عقار لأن هذا التخصيص هو الحكم المستفاد من عبارة «يكون له بموجبه...» كما أن نص المشروع لم يذكر أن استيفاء الدائن حقه يكون من ثمن العقار ، توخيا للدقة حيث أن الاستيفاء ، قد يكون من الثمن عندما يباع العقار جبرا ، وقد يكون مما يحل محل العقار كالتعويض ومبلغ التأمين ومقابل نزع الملكية للمنفعة العامة.

وتعرض المادة ٩٧٢ في فقرتها الأولى للرسمية باعتبارها ركنا في العقد لا ينعقد بغيره ، ولم ير المشروع أن يحدد الموظف الذي يتولى التوثيق ، كما يفعل القانون الحالي الذي ينص على أن يكون الرهن بورقة رسمية موثقة لدى كاتب العدل ، وإنما اكتفى بالنص على أن تكون الورقة «موثقة وفقا للقانون» فالأولى ألا يكون تحديد الموظف المختص بتوثيق ورقة معينة في نصوص المدونة المدنية. أما الفقرة الثانية من النص فتعرض لنفقات عقد الرهن فتجعلها على الراهن ، إلا إذا اتفق على غير ذلك كأن يتفق على أن تكون على المرتهن أو مناصفة.

وتعرض المادة ٩٧٣ للراهن، وهو الذي يبرم عقد الرهن بالاتفاق مع الدائن المرتهن، وقد يكون هو المدين، وهو الغالب، وقد يكون شخصا آخر يرهن عقارا مملوكا له لضمان الدين وهذا هو الكفيل العيني.

ويعرض نص المادة ٩٧٤ لحكم الرهن الصادر من غير مالك العقار المرهون. والقانون الحالي ينص في المادة الرابعة على أنه يجب أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون، ثم ينص في المادة الخامسة على أنه إذا كان الراهن غير مالك فإن عقد الرهن يصبح صحيحا إذا أقره المالك الحقيقي بورقة رسمية، وقد حذا في هذا حذو نصوص القانون المدني المصري (م ١٠٣٢ / ٢، م ١٠٣٣). وإذا كان ظاهر عبارة «يجب أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون» يفيد أن رهن ملك الغير يكون باطلا، فإن النص على أن الرهن يصح إذا أقره المالك الحقيقي يفيد على العكس أن الرهن قد انعقد لأن الاقرار لا يرد على معدوم، وقد ساد الرأي القائل ان رهن ملك الغير يعتبر باطلا بطلانا نسبيا، وهو ما صرحت به المذكرة الايضاحية لمشروع القانون المصري حيث أريد التسوية بين حكم بيع ملك الغير ورهن ملك الغير. ويكون هذا البطلان النسبي على غير مقتضى القواعد العامة. وقد أثر المشروع اعمال حكم القواعد العامة على رهن ملك الغير، فلم ينص على شرط ملكية الراهن للعقار المرهون، ثم بين في المادة ٩٧٤ حكم رهن ملك الغير وهو عدم نفاذه في حق المالك إلا إذا أقره، على أن يكون الاقرار بورقة رسمية، فإذا لم يصدر اقرار فإن حق الرهن لا يترتب على العقار إلا من الوقت الذي يصبح فيه العقار مملوكا للراهن.

هذا ولم يأخذ المشروع بالحكم الوارد في الفقرة الثانية من المادة الخامسة من القانون الحالي التي تنص على أن يقع باطلا رهن المال المستقبل، وهو مأخوذ من نص المادة ٢ / ١٠٣٣ من القانون المصري، وقد اثار هذا الحكم خلافا حول المقصود برهن المال المستقبل والحكمة من تقرير بطلانه، ففي رأي - وهو ما تفيدته المذكرة الايضاحية للقانون المصري - أنه يقصد برهن المال المستقبل رهن العقار الغير مملوك للراهن، فهو رهن ملك الغير، ولكن العقار لم يعين بذاته. أما عن الحكمة من تقرير البطلان فهي كما قيل تعارض رهن المال المستقبل مع مبدأ تخصيص الرهن الذي يقتضي أن يكون العقار معيناً بالذات. ولهذا ذهب البعض بحق الى نقد النص الذي يقرر بطلان رهن المال المستقبل ووجوب استبعاده اكتفاء بالنص على وجوب تعيين العقار بالذات تعيينا

دقيقا. وهذا هو ما أخذ به المشروع.

أما المادة ٩٧٥ فتضع الحكم الوارد في المادة السادسة من القانون الحالي خاصا بالرهن الذي صدر ممن كان يملك العقار المرهون وقت إبرام الرهن ثم زال سند ملكية الراهن بأثر رجعي ، كأن أبطل أو فسخ العقد الذي تملك به ، ويقرر النص - على خلاف مقتضى الأثر الرجعي لزوال ملكية الراهن - بقاء الرهن قائما لمصلحة الدائن المرتهن إذا كان حسن النية وقت إبرام الرهن أي كان جاهلا بالسبب الذي يهدد سند ملكية الراهن بالزوال.

محل الرهن (العقار المرهون):

تبدأ المادة ٩٧٦ في فقرتها الأولى بالنص على أن الرهن الرسمي لا يجوز أن يرد إلا على عقار ، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك ، ولم يرد في النص عبارة «أو حق عيني على عقار» الواردة في نص المادة ٨ من القانون الحالي ، لأن الحق العيني الذي يرد على عقار هو عقار وهو ما نص عليه المشروع في الباب التمهيدي (م٢٦).

واشترطت الفقرة الثانية من النص شرطين في العقار ، الأول: أن يكون مما يصح بيعه استقلالاً بالمزاد العلني ، فلا يصح رهن ما لا يصح بيعه بالمزاد العلني مثل الأموال العامة والعقارات الموقوفة. وما لا يصح بيعه استقلالاً لا يصح رهنه مثل حقوق الارتفاق. ويلاحظ أن نص المادة ٨ من القانون الحالي - مثل المادة ١٠٣٥ / ٢ من القانون المصري - تنص على أنه يجب أن يكون العقار المرهون «مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني» أما نص المشروع فيختلف من ناحيتين الأولى أنه لم يذكر عبارة «يصح التعامل فيه» لأن كل ما يصح بيعه بالمزاد العلني يصح التعامل فيه. والثانية: أن نص المشروع ذكر كلمة استقلالاً بعد كلمة بيعه. والشرط الثاني الذي أورده النص هو: أن يكون العقار معيناً بالذات تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه في عقد الرهن ذاته أو في عقد رسمي لاحق. وهذا هو مقتضى مبدأ تخصيص الرهن من ناحية المرهون.

وتعرض المادة ٩٧٧ ، وهي تقابل المادة ٩ من القانون الحالي لشمول الرهن - بالإضافة الى العقار ذاته - ملحقات هذا العقار التي تعتبر عقارا. وبعد أن وضعت الفقرة الأولى المبدأ العام ، ذكرت الفقرة الثانية ما يعتبر بوجه خاص من

الملحقات. وقد حرص المشروع على النص ، بعد بيان هذه الملحقات ، على أن ذلك كله ما لم يتفق على غيره وهي عبارة غير موجودة في النص الحالي ، فليس ثمة ما يمنع من أن يتفق على أن الرهن لا يشمل ملحقات معينة كأحد العقارات بالتخصيص. وتعرض المادة ٩٧٨ للرهن الذي يرد على المباني القائمة على أرض الغير ، دون الأرض ، فتجيزه ثم تبين اثر الرهن إذا هدمت المباني أو إذا آلت إلى مالك الأرض ، فيكون للدائن المرتهن أن يتقدم في استيفاء دينه من ثمن الأنقاض في حالة الهدم أو من التعويض الذي يدفعه مالك الأرض إذا استبقى المباني. وهو نفس الحكم الوارد في المادة ١٠ من القانون الحالي.

وتعرض المادتان ٩٧٩ ، ٩٨٠ للرهن الذي يرد علي عقار مملوك على الشيوع. فإذا صدر الرهن من جميع الملاك ، سواء كان على كل العقار المملوك على الشيوع ، أو على جزء مفرز منه ، أو على حصة شائعة ، فيبقى الرهن نافذا ايا كانت نتيجة قسمة العقار بين الشركاء ، بمعنى أن مركز الدائن المرتهن لا يتغير على أثر القسمة.

وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في عقار ، كلها أو بعضها ثم حصلت القسمة ، فإن كان الرهن واردا على كل حصة الشريك الراهن فإن الرهن يثقل ما وقع في نصيب الراهن مفرزا وتحرر منه الأجزاء التي وقعت في نصيب الشركاء الآخرين. وان كان الراهن قد رهن بعض حصته كأن كان يملك النصف ورهن الربع ، فإن الرهن يثقل جزءا مما يقع في نصيب الراهن يعادل في قيمته ربع قيمة العقار كله ويعين هذا الجزء بأمر على عريضة ويحتفظ الرهن الذي تغير محله على النحو السابق بمرتبته إذا أجرى له قيد جديد خلال ستين يوما من الوقت الذي يخطر فيه أي ذي شأن الدائن المرتهن بتسجيل القسمة. إلا أن احتفاظ الرهن بمرتبته على هذا الوجه لا يضر برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين ، فإذا كان الجزء الذي اختص به الشريك الراهن في القسمة قد رهنه جميع الشركاء وقيد هذا الرهن بعد قيد الرهن الذي صدر من الشريك على حصته الشائعة ، فالدائن المرتهن من جميع الشركاء يتقدم على المرتهن من الشريك ، وهو حكم منطقي لأن الفرض أن وجود الرهن الصادر من جميع الشركاء قد روعي عند اجراء القسمة. كما أن امتياز المتقاسمين يتقدم على الرهن بالرغم من احتفاظ هذا الرهن بمرتبته السابقة على اجراء القسمة. وقد أكمل المشروع نقصا في القانون الحالي الذي ينص ، في المادة ١ / ١١ الخاصة برهن الشريك حصة شائعة ، على كيفية تعيين الجزء الذي يتحول إليه

الرهن ولا على احتفاظ الرهن بمرتبه ولا على عدم الاضرار بالرهن الصادر من جميع الشركاء وامتياز المتقاسمين.

الدين المضمون بالرهن:

تنص المادة ٩٨١ التي تطابق المادة ١٢ من القانون الحالي على أنه يجوز أن يترتب الرهن ضمانا لدين معلق على شرط أو دين مستقبل أو دين احتمالي. ثم أوردت أهم التطبيقات العملية في هذا الخصوص ، فيجوز أن يترتب الرهن ضمانا لاعتماد مفتوح حيث نكون بصدد دين مستقبل ، أو لفتح حساب جار حيث نكون بصدد دين احتمالي. واعمالا لمبدأ تخصيص الرهن ، من حيث الدين المضمون ، والذي يقتضي أن يكون الدين محددًا ، جعل النص صحة الرهن الذي يترتب ضمانا لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب مشروطة بأن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين الذي يضمه الرهن أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين.

وتعرض المادة ٩٨٢ ، التي تطابق المادة ١٣ من القانون الحالي لمبدأ عدم تجزئة الرهن ، فكل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن لكل الدين وبالتالي إذا باع الراهن جزءا من العقار المرهون كان للدائن المرتهن أن ينفذ بكل الدين على العقار المبيع ولا يقتصر على جزء من الدين يتناسب مع قيمة هذا العقار. ومن ناحية أخرى ، فكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها ، فلو وفي المدين الجزء الأكبر من الدين فان العقار أو العقارات المرهونة تبقى مع ذلك ضامنة للجزء الباقي من الدين. على أن مبدأ عدم التجزئة هذا لا يتعلق بالنظام العام وبالتالي يصح الاتفاق في عقد الرهن أو اتفاق لاحق على تجزئة الرهن على نحو ما.

وتعرض المادة ٩٨٣ ، الموافقة لحكم المادة ١٤ من القانون الحالي لتبعية الرهن للدين المضمون. فالرهن لم ينشأ إلا لضمان الدين فيكون تابعا له ، فاذا اتجهت إرادة المتعاقدين عند انشاء الرهن الى ضمان دين على أنه موجود ، ثم تبين أنه غير موجود لأنه مترتب على عقد باطل ، كان الرهن نفسه باطلا بالتبعية. وإذا وجد الدين ثم انقضى لسبب ما انقضى الرهن بالتبعية.

ويكون الرهن تابعا للدين في صحته وانقضائه ولو كان الراهن غير المدين ، أي

كفيلا عينيا ، وعلى ذلك يستفيد هذا الرهن من كل ما يؤثر في وجود الدين المضمون وزواله فله أن يتمسك بجميع الاوجه التي يستطيع المدين نفسه أن يتمسك بها ، وهو يتمسك بهذه الاوجه باسمه هو لا باسم المدين ، ولهذا لا يستطيع المدين أن يحرمه من التمسك بوجه من هذه الأوجه.

الفصل الثاني

آثار الرهن الرسمي

إذا انعقد الرهن صحيحا ترتبت عليه آثاره أولا فيما بين المتعاقدين سواء بالنسبة الى الراهن أو بالنسبة إلى الدائن المرتهن ، وثانيا بالنسبة إلى الغير.

الفرع الأول - أثر الرهن فيما بين المتعاقدين

(أولا) بالنسبة الى الراهن:

يبقى الراهن مالكا للعقار المرهون مع ما يخوله حق الملكية من سلطة التصرف (مع مراعاة أحكام التزام الراهن بضمان سلامة الرهن) فيجوز للراهن أن يتصرف في العقار المرهون ، وأي تصرف يصدر منه لا يؤثر في حق الدائن المرتهن ، والمقصود بدهاة هو الدائن المرتهن الذي قيد حقه قبل التصرف. وعلى ذلك فللراهن أن يبيع العقار أو يهبه ، وله أن يرتب عليه حق إنتفاع ، كما له أن يرهنه رهنا آخر ، فإذا كان حق المتصرف إليه قد نشأ بعد أن أصبح الرهن نافذا في حق الغير ، فإن تصرف الراهن لا يؤثر في حق الدائن المرتهن. فتنقل الملكية مثقلة بالرهن ، ويكون للدائن المرتهن أن ينفذ على العقار على إعتبار أنه خال من حق الانتفاع كما يتقدم على الدائن صاحب الرهن الثاني.

وكما للراهن أن يتصرف في العقار المرهون ، فله الحق في إدارته ولهذا نصت المادة ٩٨٤ ، التي تقابل المادة ١٦ من القانون الحالي ، على أن للراهن الحق في إدارة العقار المرهون ، وله قبض ثماره وكافة إيراداته إلى وقت التحاقها بالعقار على نحو ما يقضي به قانون المرافعات. ويختلف هذا النص عن نص القانون الحالي الذي يقتصر على القول

أن «للراهن الحق في إدارة العقار المرهون وفي قبض غلته». فنص المشروع يجعل حق الراهن في قبض الثمار وكافة الإيرادات إلى وقت إلحاقها بالعقار. والثمار والإيرادات تلحق بالعقار وفقا لنص المادة ٢٦٩ من مشروع قانون المرافعات الذي أقرته لجنة المراجعة من وقت تسجيل طلب الحجز على العقار، وتلحق بالعقار وفقا لنص المادة ٢٧٠ من هذا المشروع من وقت إنذار الحائز بدفع الدين أو تخلية العقار، إن كان العقار قد إنتقل من الراهن إلى الحائز. والتحاق الثمار والإيرادات بالعقار يعني أنها تدخل فيما يشملها الرهن.

وتطبيقا لحق الراهن في إدارة العقار المرهون يكون له أن يؤجره وقد عرضت المادة ٩٨٥، وليس لها مقابل في القانون الحالي، لنفاذ الايجار الصادر من الراهن في حق الدائن فيجب عليه أن يحترم وجود حق المستأجر فيبيع العقار بمراعاة وجود هذا الحق. أما إذا لم يكن نافذا فيبيع العقار على أساس عدم وجود حق المستأجر.

وبمقتضى نص المادة ٩٨٥ تجب التفرقة، فيما يتعلق بنفاذ الايجار بين فرضين:

الفرض الأول، أن يكون الايجار ثابت التاريخ قبل تسجيل طلب الحجز على العقار، فينفذ في حق المرتهن في كل مدته إذا لم تزد هذه المدة على عشر سنوات، فإذا زادت مدته على عشر سنوات فينفذ لمدة عشر سنوات إذا لم يكن قد سجل قبل قيد الرهن، وينفذ في كل مدته إذا كان قد سجل قبل القيد.

والفرض الثاني، أن يكون الايجار غير ثابت التاريخ قبل تسجيل طلب الحجز، سواء إنعقد قبل تسجيل الطلب أو بعده، وفي هذا الفرض لا يكون الايجار نافذا في حق الدائن المرتهن إلا إذا لم تعجل فيه الأجرة وكان داخلا في أعمال الإدارة الحسنة. ولم يحدد النص متى يعتبر الايجار داخلا في أعمال الإدارة الحسنة لأن تقدير ذلك يختلف بحسب الظروف، فيجب أن يكون بأجر المثل أو أكثر وأن يكون قد عقد لمدة لا تتجاوز المدة المعقولة وهي تختلف باختلاف الظروف ويقدرها القاضي وفقا لما يجري عادة في تأجير مثل العقار المرهون.

ومما يتصل بحق الراهن في الإدارة وتأجيره العقار المرهون مسألة نفاذ المخالصة بالأجرة أو الحوالة بها في حق الدائن المرتهن، وهي تفترض ان الايجار نافذ في حقه، والأجرة بإعتبارها نوعا من الثمار تكون للراهن عن المدة السابقة على إلحاق الثمار

بالعقار أي السابقة على تسجيل طلب الحجز ، وبالتالي يكون من حق الراهن أن يقبضها وأن يعطي مخالصة بها أو يحولها قبل إستحقاقها ، فلا تثار مسألة نفاذ المخالصة بها أو حوالتها في حق الدائن الذي لا حق له عليها.

أما بالنسبة للأجرة عن المدة اللاحقة لوقت التحاق الثمار بالعقار فتدخل فيما يشملها الرهن ، وبالتالي يترتب على قبض المؤجر لها مقدما أو حوالتها انقاص قيمة العقار عند البيع الأمر الذي يقتضي حماية الدائن المرتهن من مثل هذه التصرفات وهذا ما عرضت له المادة ٩٨٦ من المشروع ، التي لا مقابل لها في القانون الحالي وبموجب هذا النص يجب التفرقة بين فرضين:

الفرض الأول ، أن تكون المخالصة بالأجرة أو الحوالة بها ثابتة التاريخ قبل تسجيل طلب الحجز ، فإن كانت عن مدة لا تزيد على ثلاث سنوات نفذت في حق الدائن المرتهن. أما ان كانت عن مدة تزيد على ثلاث سنوات فلا تنفذ فيما زاد عن أجرة ثلاث سنوات إلا إذا كانت مسجلة قبل قيد الرهن.

والفرض الثاني: أن تكون المخالصة بالأجرة المسجلة أو الحوالة بها غير ثابتة التاريخ قبل تسجيل طلب الحجز فلا تكون نافذة في حق الدائن المرتهن.

الالتزام بضمان سلامة الرهن وأحكام هلاك العقار أو تلفه:

يلتزم الراهن ، بمقتضى عقد الرهن ، بضمان سلامة الرهن ، وهو ما نصت عليه المادة ٩٨٧ ، التي تقابل المادة ١٧ من القانون الحالي ، وبمقتضى هذا الالتزام يجب على الراهن أن يمتنع عن أي عمل إيجابي أو سلبي ينقص من الضمان الذي يخوله الرهن للدائن المرتهن ، فعليه أن يمتنع عن هدم العقار المبني كله أو بعضه ، أو نزع المغروسات من الأرض إذا لم يكن نزعها مما يقتضيه إستغلالها ، كما عليه أن يحافظ على العقار فلا يتركه يتخرب. وحتى لا يترتب على هذا الإلتزام تعطيل حق الراهن في الإدارة والإستغلال حدد النص الأعمال التي للدائن أن يعترض عليها بأنها التي من شأنها إنقاص ضمانه إنقاصا كبيرا. كما يشمل الضمان تعرض الغير القانوني فعلى الراهن أن يدفع أي إدعاء من الغير بحق لو ثبت لترتب عليه المساس بحق الدائن كأن يدعى الغير أنه يملك العقار المرهون. وللدائن في سبيل المحافظة على حقه أن يعترض على كل عمل

يكون من شأنه إنقاص الضمان إنقاصا كبيرا ، وله في حالة الاستعجال أن يقوم بالوسائل التحفظية كأن يطلب تعيين حارس يتولى المحافظة على العقار أو يطلب الترخيص له بعمل الترميمات اللازمة لمنع تهدم العقار.

وإذا أدخل الرهن بالتزامه بالضمان الذي قرره المادة ٩٨٧ ، فتسبب بخطئه في هلاك العقار المرهون أو تلفه ، فيكون للدائن وفقا للقواعد العامة أن يطلب التعويض عما لحقه من ضرر بسبب ذلك ، ولما كان الضرر هو زوال التأمين العيني أو ضعفه فيكون الجزاء هو أن يقدم الرهن تأمينا كافيا أو يدفع الدين فورا ، وهذا ما قرره المادة ٩٨٨ في فقرتها الأولى (موافقة للفقرة الثانية من المادة ١٨ من القانون الحالي) التي جعلت الخيار للدائن.

أما إذا هلك العقار أو تلف بسبب أجنبي لا يد للراهن فيه ، وحيث لا نكون بصدد إخلال بالتزام بالضمان ، وترتب على ذلك زوال التأمين أو ضعفه ، ولم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين ، فيكون الخيار للمدين بين أن يقدم تأمينا كافيا أو يوفي الدين فورا قبل حلول الأجل ، وهذا ما قرره الفقرة الثانية من المادة ٩٨٨. هذا ولم يتضمن النص الحكم الوارد في الفقرة الأولى من المادة ١٨ من القانون الحالي والذي يقرر انه إذا اختار المدين وفاء الدين فورا ولم يكن للدائن فوائد منفصلة عنه فلا يكون للدائن حق إلا في إستيفاء مبلغ يعادل قيمة الدين منقوصا منه الفوائد بسعر (٥) في المائة عن المدة ما بين تاريخ الوفاء وتاريخ حلول الدين. لم يتضمن النص هذا الحكم تمشيا مع سياسة المشروع في إستبعاد نظام الفوائد.

وإذا ترتب على هلاك العقار أو تلفه إستحقاق مقابل كما لو كان الهلاك أو التلف بفعل الغير والتزم بدفع تعويض أو كان مؤمنا عليه والتزمت شركة التأمين بدفع مبلغ التأمين ، أو تملك الدولة العقار المرهون للمنفعة العامة وحيث نكون بما يطلق عليه الهلاك القانوني ، فينتقل الرهن بمرتبته إلى المقابل ، وهذا ما نصت عليه المادة ٩٨٩ ، التي تقابل وتوافق المادة ١٩ من القانون الحالي.

(ثانيا) أثر الرهن بالنسبة الى الدائن المرتهن:

إذا أصبح دين الدائن المرتهن مستحق الاداء ، فلهذا الدائن بالإضافة إلى حقه في

التنفيذ على كل أموال مدينه بمقتضى حقه في الضمان العام ، أن ينفذ على العقار المرهون ، ويكون ذلك وفقا للإجراءات المقررة لذلك . وقد نصت المادة ٩٩٠ من المشروع ، التي تقابل المادة ٢٠ من القانون الحالي ، على حق الدائن في التنفيذ على العقار ، وذلك دون ذكر ما ورد في نص القانون الحالي من أنه ، «وإذا لم يف العقار بحقه، فله أن يستوفي ما بقي من الحق كدائن عادي من سائر أموال المدين». لأن هذه العبارة تقرر حكما مسلما لا يحتاج إلى نص .

وعرضت المادة ٩٩١ ، التي تقابل المادة ٢١ من القانون الحالي لحالة ما إذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين ، أي للكفيل العيني ، وقررت أنه لا يجوز التنفيذ على أمواله إلا ما رهن منها. كما قررت أنه لا يكون لهذا الراهن الدفع بتجريد المدين ما لم يوجد إتفاق يقضي بغير ذلك. كما قررت الفقرة الثانية أنه يجوز للراهن أن يتفادى أي إجراء موجه إليه إذا هو تخلى عن العقار المرهون وفقا للأوضاع وطبقا للأحكام التي يتبعها الحائز في تخلية العقار. وكل هذه أحكام مسلمة ترجع إلى أن الراهن ليس مسئولا شخصيا عن الدين.

وتطبيقا للقاعدة التي تقرر أن حق الدائن المرتهن في إستيفاء حقه من العقار المرهون يكون «وفقا للإجراءات المقررة لذلك» ، وهي قاعدة أمرة ، قررت المادة ٩٩٢ بطلان كل إتفاق على أن يتملك الدائن المرتهن العقار المرهون عند عدم وفاء الدين وكذلك الإتفاق على أن يباع العقار دون مراعاة الإجراءات التي فرضها القانون. وهو حكم أريد به حماية الراهن الذي قد يقبل مثل هذه الشروط إعتمادا منه على أنه سيفي بالدين ثم يخيب تقديره ويتعذر عليه الوفاء.

الفرع الثاني - أثر الرهن بالنسبة إلى الغير

الأثر الجوهري للرهن يكون بالنسبة للغير حيث يتمكن الدائن المرتهن من التنفيذ على العقار المرهون في أي يد يكون وهذا هو التتبع ، وأن يستوفى حقه بالتقدم على غيره . ولا يترتب شيء من ذلك إلا بعد أن تتاح للغير فرصة العلم بوجود الرهن . والإجراء الذي رسمه القانون لذلك هو قيد الرهن ، وقد قرر المشروع في المواد من ٩٩٣ إلى ٩٩٩ عدم نفاذ الرهن في حق الغير إلا إذا قيد. وكذلك إجراءات القيد وسقوطه وتجديده ومحوه

وإلغاء المحو.

وتضع المادة ١/٩٩٣ القاعدة العامة في عدم نفاذ الرهن في حق الغير إلا إذا قيد قبل أن يكسب هذا الغير حقا عينيا على العقار ، وهو الحكم المقرر في المادة ٢٣ من القانون الحالي.

وأكمل النص نقصا في القانون الحالي بالنص في الفقرة الثانية على أنه لا يصح التمسك قبل الغير بتحويل حق مضمون بقيد ولا التمسك بالحق الناشيء من حلول شخص محل الدائن في هذا الحق بحكم القانون أو الإتفاق ، ولا التمسك بالتنازل عن مرتبة الرهن لمصلحة دائن آخر ، إلا إذا حصل التأشير بذلك في هامش القيد الأصلي.

ونصت المادة ٩٩٤ على أن أثر القيد يقتصر على المبلغ المبين بالقائمة أو المبلغ المضمون بالرهن أيهما أقل. ونصت المادة ٩٩٥ على سقوط القيد إذا لم يجدد ، وحق الدائن إذا ما سقط القيد في إجراء قيد جديد تكون مرتبته من وقت إبرامه. كما نصت المادة ٩٩٦ على وجوب إجراء التجديد حتى اثناء إجراءات التنفيذ. وعرضت المادة ٩٩٧ لمحو القيد فنصت على انه لا يجوز إلا بموجب حكم نهائي أو برضاء الدائن بتقرير رسمي ، وبينت المادة ٩٩٨ أثر إلغاء المحو وهو أن تعود للقيد مرتبته الأصلية دون أن يكون لهذا الإلغاء أثر رجعي بالنسبة إلى القيود والتسجيلات التي أجريت في الفترة بين المحو والإلغاء. وأخيرا عرضت المادة ٩٩٩ لمصرفات القيد وتجديده ومحوه فقررت انها على الراهن ما لم يتفق على غير ذلك.

(أولا) حق التقدم:

وضعت المادة ١٠٠٠ ، التي تقابل وتوافق المادة ٣١ من القانون الحالي ، القاعدة العامة في حق التقدم أو الاولوية بالنص على أن يستوفي الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون أو من المال الذي حل محل هذا العقار ، وذلك بحسب مرتبة كل منهم.

كما عرضت المادة ١٠٠١ ، التي تطابق المادة ٣٢ من القانون الحالي ، لتحديد مرتبة الرهن ، فنصت على أن تحسب المرتبة من وقت القيد ولو كان الدين المضمون بالرهن

معلقا على شرط أو كان ديننا مستقبلا أو احتماليا.

كما نصت المادة ١٠٠٢ ، التي تطابق المادة ٣٣ من القانون الحالي ، على أنه يترتب على قيد الرهن إدخال مصروفات العقد والقيود والتجديد في التوزيع وفي مرتبة الرهن نفسها.

وأخيرا عرضت المادة ١٠٠٣ ، التي تطابق المادة ٣٤ من القانون الحالي ، لمسألة النزول عن مرتبة الرهن لمصلحة دائن آخر. فقررت جواز هذا النزول لمصلحة دائن آخر له رهن مقيد على نفس العقار فلا يجوز النزول لدائن عادي ، ويكون النزول في حدود الدين المضمون بالرهن الذي نزل صاحبه عن مرتبته. وإذا تم النزول فيجوز التمسك قبل الدائن الذي تم النزول لمصلحته بأوجه الدفع التي يجوز التمسك بها قبل من نزل ، مثل بطلان الرهن أو القيد أو إنقضاء الدين في وقت سابق على النزول ، ولكن لا يجوز التمسك بإنقضاء حق الدائن الذي نزل إذا كان الإنقضاء لاحقا للنزول عن المرتبة.

(ثانيا) حق التتبع:

تناول المشروع بنصوص المواد من ١٠٠٤ إلى ١٠٢٣ تنظيم حق التتبع أي حق الدائن المرتهن في التنفيذ على العقار المرهون لإستيفاء حقه ، في مواجهة من انتقلت إليه ملكية العقار المرهون أو أي حق عيني آخر قابل للرهن دون أن يكون مسئول مسؤلية شخصية عن الدين ، وهو الذي اصطلح على تسميته الحائز.

فنصت المادة ١٠٠٤ في فقرتها الأولى ، التي تقابل وتوافق الفقرة الأولى من المادة ٣٥ من القانون الحالي ، على حق الدائن المرتهن إذا حل أجل دينه في أن ينفذ على العقار المرهون في يد الحائز بعد إنذاره بدفع الدين. ومن النص يتضح أن الإجراء الأول الذي يجب على الدائن أن يقوم به هو أن ينذر الحائز بدفع الدين. فإذا تم الإنذار ، يكون للحائز أن يختار أحد أمور أربعة: اما أن يقوم بوفاء الدين المضمون بالرهن ، أو أن يطهر العقار من الرهن ، أو أن يتخلى عن هذا العقار ، أو أن يتحمل إجراءات التنفيذ على العقار.

وحددت الفقرة الثانية من النص من يعتبر حائزا للعقار المرهون ، في هذا الخصوص ، فذكرت انه كل من انتقلت إليه بأي سبب غير الميراث ملكية العقار المرهون أو أي حق عيني آخر عليه قابل للرهن دون أن يكون مسئولا مسؤلية شخصية

عن الدين المضمون بالرهن (تقابل الفقرة الثانية من المادة ٣٥ من القانون الحالي).

وقبل أن يعرض المشروع لتنظيم خيارات الحائز السابقة الإشارة إليها ، عرض في المادة ١٠٠٥ ، ولا مقابل لها في القانون الحالي ، للدفع التي للحائز أن يتمسك بها في مواجهة الدائن المرتهن ، مقتصرًا على دفع المدين إذ مما لا يحتاج إلى نص خاص أن الحائز له أن يتمسك بما هو خاص به لعدم نفاذ الرهن في حقه. ومن النص يتضح انه يجب أن نفرق بين فرضين : (الفرض الأول) أن يكون الحكم قد صدر ضد المدين قبل أن تثبت للحائز صفته هذه ، وهنا يكون الحكم حجة على الحائز فلا يجوز له أن يتمسك بما لا يستطيع المدين نفسه أن يتمسك به بعد صدور الحكم أما الدفع التي للمدين أن يتمسك بها بعد الحكم ، وهي التي لا تمس حجة الأمر المقضي ، كإنقضاء الدين بعد صدور الحكم بأي سبب ، فيكون للحائز أن يتمسك بها. (الفرض الثاني) أن يكون الحكم قد صدر على المدين ، بعد أن أصبح الحائز حائزًا ، فإذا كان الحائز قد اختصم في الدعوى أو تدخل فيها كان الحكم حجة عليه ، أما إذا لم يختصم ولم يتدخل فلا يكون الحكم حجة عليه وبالتالي يكون له أن يتمسك في مواجهة الدائن بأوجه الدفع التي كان للمدين أن يتمسك بها ، ولو كان المدين نفسه لم يعد قادرا على التمسك بها، هذا بالإضافة إلى حق الحائز في التمسك بالدفع التي لا يزال للمدين بعد الحكم أن يتمسك بها.

أ- قضاء الديون:

قد يرى الحائز ، ولو أنه غير مسئول مسئولية شخصية عن الدين ، أن مصلحته تقتضي الوفاء بالديون التي يضمنها الرهن كلها أو بعضها كما لو كانت قيمة الديون كلها أقل من قيمة العقار ويرغب الحائز في الحيلولة دون بيعه بالمزاد ، أو كانت الديون أكثر من قيمة العقار ويفضل الحائز الوفاء بدين متقدم ليحل محل الدائن الذي واه. لهذا أعطى المشروع الحائز الحق في قضاء الديون كلها أو بعضها ، بل الزمه بالوفاء في حالات خاصة.

فعرضت المادة ١٠٠٦ ، التي تقابل المادة ٣٦ من القانون الحالي لحق الحائز عند حلول الدين المضمون بالرهن أن يوفيه هو وملحقاته التي يضمنها الرهن بما فيها

المصروفات التي انفقت في الإجراءات من وقت إنذاره بدفع الدين ، ويبقى حقه في الوفاء قائماً إلى وقت رسو المزداد. فإذا وفى الحائز ، كان له أن يرجع بكل ما أداه على كل من المدين ، ومن تلقى منه حقه إن لم يكن هو المدين إذا كان سند تملك الحائز يسمح بهذا الرجوع وللحائز بالإضافة إلى الرجوع على كل منهما بدعوى شخصية ، أن يحل محل الدائن فيما كان له من حقوق فيكون له حق الدائن بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات فيما عدا التأمينات التي قدمها شخص آخر غير المدين ، ويرجع إستثناء هذه التأمينات إلى أن العقار لو بقي في يد المدين ونفذ عليه الدائن لما كان للمدين أن يرجع على الكفيل فلا يصح أن يسوء مركز الكفيل لمجرد جود حائز.

ومما يحل فيه الحائز محل الدائن المرتهن الرهن المقرر على العقار الذي يحوزه ، وتظهر فائدة الحلول هنا إذا كانت هناك قيود أخرى متأخرة عن رهن الدائن الذي استوفى دينه ، ولذلك نصت المادة ١٠٠٧ التي توافق المادة ٣٧ من القانون الحالي ، على أنه يجب على الحائز أن يحتفظ بقيد الرهن الذي حل فيه محل الدائن بأن يجده عند الإقتضاء ، وذلك إلى أن تمحي القيود التي كانت موجودة على العقار وقت تسجيل سند هذا الحائز.

وتعرض المادة ١٠٠٨ ، التي تقابل المادة ٣٨ من القانون الحالي مع تعديل طفيف ، للحالات التي يلزم فيها الحائز بقضاء الديون ومن النص يتضح أن الحائز يلتزم بقضاء الديون في حالتين: (الحالة الأولى) وهي التي تنص عليها الفقرة الأولى ، إذا كان في ذمة الحائز بسبب إمتلاكه العقار المرهون مبلغ مستحق الإداء حالا يكفي لوفاء جميع الدائنين المقيدة حقوقهن ، فلكل من هؤلاء الدائنين أن يجبره على الوفاء بحقه. (الحالة الثانية) إذا كان ما في ذمة الحائز غير مستحق الأداء حالا ، أو كان أقل من مجموع الديون المستحقة للدائنين ، أو كان مغايراً لها. فإذا تحقق فرض من هذه الفروض الثلاثة جاز للدائنين إذا اتفقوا جميعاً أن يطالبوا الحائز بدفع ما في ذمته بقدر ما هو مستحق لهم ، ويكون الدفع طبقاً للشروط التي التزم الحائز في أصل تعهده أن يدفع بمقتضاها وفي الأجل المتفق عليه. فإذا طالب أحد الدائنين الحائز في الحالة الأولى ، أو طالبوه جميعاً في الحالة الثانية أصبح ملتزماً شخصياً بدفع ما طلب منه ، ويكون هذا الإلتزام مضموناً لا بالعقار المرهون وحده ولكن بكافة أموال الحائز. ولا

يكون للحائز أن يتخلص من التزامه بتخلية العقار ، وإذا وفي فيعتبر العقار خالصا من كل رهن وبالتالي يكون للحائز الحق في طلب محو ما عليه من قيود.

ب - تطهير العقار :

يقصد بحق الحائز في تطهير العقار ، بوجه عام ، حقه في تخليصه مما عليه من حقوق مقيدة نافذة في حقه . ويكون بأن يعرض الحائز قيمة العقار على أصحاب هذه الحقوق ، ولو قبل حلول آجالها ، فإذا قبلوها دفعها لهم وأصبح العقار خالصا مما يثقله ، وإذا إعترض أحدهم يباع العقار بالمزاد وينتهي الأمر اما برسو المزاد على الحائز أو على غيره ، وفي الحالين يطهر العقار مما عليه من حقوق .

وقد عرض المشروع للتطهير في المواد ١٠٠٩ إلى ١٠١٤ على النحو الآتي :

تضع المادة ١٠٠٩ ، التي تقابل المادة ٣٩ من القانون الحالي وتطابقها ، المبدأ العام في حق الحائز في التطهير ، فتقرر في الفقرة الأولى انه يجوز للحائز أن يطهر العقار من كل رهن تم قيده ، قبل تسجيل سند حقه . ثم تحدد الفقرة الثانية الوقت الذي يجوز فيه التطهير ، فللحائز أن يطلب التطهير منذ أن يصبح حائزا ودون انتظار توجيه أي إنذار إليه ودون إعتبار لما إذا كانت ديون الدائنين حالة أم لا ، ويبقى حقه هذا قائما إلى يوم توقيع الحجز على العقار .

ثم بينت المادتان ١٠١٠ و ١٠١١ ما يجب على الحائز أن يفعله إذا ما أراد تطهير العقار ، فعلى الحائز أن يوجه الى كل دائن من الدائنين المقيدة حقوقهم إعلانا يشمل على البيانات المذكورة في نص المادة ١٠١٠ والتي تمكن من معرفة الحائز وسند ملكيته ، والعقار المراد تطهيره ومالكه السابق ، والثلث الذي اشترى به الحائز ان كان سنده ، بيعا ، والحقوق المقيدة ومقدار كل منها وأسماء الدائنين ، والمبلغ الذي يقدره الحائز قيمة للعقار والذي يجب ألا يقل في أي حال عما بقي في ذمة الحائز من ثمن العقار إن كان قد تملك بالشراء .

كما تنص المادة ١٠١١ على أنه يجب أن يذكر الحائز في الإعلان أنه مستعد أن يوفي الديون المقيدة إلى القدر الذي قوم به العقار ، وليس عليه أن يصحب هذا العرض بالمبلغ نقدا . وإنما ينحصر العرض في إظهار استعداده للوفاء بمبلغ واجب الدفع في الحال ايا كان

ميعاد إستحقاق الديون المقيدة. وإذا وجه الحائز الإعلان على النحو السابق ، فيكون لكل دائن ألا يرتضي العرض ويطلب بيع العقار. وقد نصت المادة ١٠١٢ ، التي تقابل المادة ٤٢ من القانون الحالي مع شيء من التعديل ، على أنه يجوز لكل دائن قيد حقه ولكل كفيل لحق مقيد أن يطلب بيع العقار المطلوب تطهيره ، ويكون ذلك في مدى ثلاثين يوما من آخر إعلان رسمي. ثم بينت الفقرة الثانية أن الطلب يكون بإعلان ، يوجه الى الحائز وإلى المالك السابق. والحكمة من إعلان الحائز واضحة فهو الذي عرض قيمة العقار وطلب البيع يعتبر رفضا لعرضه ، وأما إعلان المالك السابق فالحكمة منه إتاحة الفرصة له ليعلم أن العقار سيعرض للبيع في المزاد فقد يعمل على تفادي البيع بأن يفى بالدين ليتخلص من دعوى الضمان التي يرجع بها عليه الحائز إذا ما خرج العقار من يده. كما ألزم النص طالب البيع أن يودع صندوق إدارة التنفيذ مبلغا كافيا لتغطية مصروفات البيع وذلك حتى لا يقدم أي دائن أو كفيل على طلب البيع دون ترو إذ لو لم يرس المزاد بثمن أعلى من المبلغ الذي عرضه الحائز فإن طالب البيع هو الذي يتحمل المصروفات لأنه هو الذي تسبب في إنفاقها. ويترتب على طلب البيع من أحد الدائنين أو من أحد الكفلاء تعلق حق الدائنين الآخرين به ، إذ قد يكون أحدهم راغبا في طلب البيع ولم يمنعه من الطلب إلا أنه وجد غيره قد طلبه ، ولهذا نصت الفقرة الثالثة من النص على أنه لا يجوز للطالب أن يتنحى عن طلبه إلا بموافقة جميع الدائنين المقيدين وجميع الكفلاء.

وإذا طلب البيع ، وكان الطلب صحيحا وفقا لما نصت عليه المادة ١٠١٢ ، فيباع العقار بالمزاد وفقا للإجراءات المقررة في البيوع الجبرية ، وهذا ما نصت عليه المادة ١٠١٣ ، التي تقابل المادة ٤٣ من القانون الحالي مع شيء من التعديل. وقد نصت المادة على أن يتم البيع بناء على طلب صاحب المصلحة في التعجيل من طالب أو حائز ، كما أوجبت على من يباشر الإجراءات أن يذكر في إعلانات البيع المبلغ الذي قوم به العقار.

هذا ولم يأخذ المشروع بالحكم الوارد في الفقرة الثانية من المادة ٤٣ من القانون الحالي (وتقابل الفقرة الثانية من المادة ١٠٦٩ مصري) والتي تنص على أنه «ويلتزم من ترسو عليه المزايدة بأن يرد إلى الحائز الذي نزع ملكيته المصروفات التي أنفقها في سند ملكيته وفيما قام به من الإعلانات ، وذلك إلى جانب التزامه بالثمن الذي رسا

به المزاد والمصروفات التي اقتضتها إجراءات التطهير» ذلك أنه ليس ثمة مبرر لالزام الراسي عليه المزاد بتلك المصروفات.

وأخيرا عرضت المادة ١٠١٤ لحالة ما إذا لم يرفض أي من الدائنين عرض الحائز ، وفي حكمها حالة طلب البيع إذا لم يعرض أحد ثمننا أعلى مما قدره الحائز قيمة للعقار، فنصت على انه «إذا لم يطلب بيع العقار في الميعاد المحدد وبالأوضاع المقررة ، أو طلب البيع ولكن لم يعرض في المزاد ثمن أعلى مما عرضه الحائز ، استقرت ملكية العقار نهائيا لهذا الحائز إذا هو أودع المبلغ الذي عرضه صندوق إدارة التنفيذ».

هذا ونشير إلى أنه إذا تمت إجراءات التطهير إما ببيع العقار وفقا لنص المادة ١٠١٣ أو باستقرار الملكية للحائز وفقا لنص المادة ١٠١٤ ، فينقضي الرهن نهائيا حتى ولو زالت لأي سبب ملكية الحائز الذي طهر العقار ، وهذا ما نصت عليه المادة ١٠٢٥ في الفصل الخاص بانقضاء الرهن الرسمي.

ج - تخلية العقار:

الخيار الثالث المخول للحائز هو تخلية العقار المرهون ، التي يقصد بها ترك الحياة العرضية للعقار لشخص آخر يعين حارسا وتتخذ ضده إجراءات البيع الجبري. والحكمة من تقرير هذا الحق للحائز هي أولا تمكينه ، وهو شخص غير مسئول شخصيا عن الدين المضمون ، من تفادي ظهور اسمه في إجراءات التنفيذ الأمر الذي قد يسيء إلى سمعته المالية نظرا إلى أنه قد يشعر الناس باضطراب مركزه المالي في حين أنه ليس مدينا بالدين الذي يجري التنفيذ من أجله. ومن ناحية أخرى فالتخلية تمكن الحائز من التخلص من مسؤولية إدارة العقار المرهون في الفترة التي يجري فيها التنفيذ خاصة وثمار العقار تلحق به فتدخل فيما يضمنه الرهن من وقت إنذاره.

وتكون تخلية العقار ، وفقا لنص المادة ١٠١٥ ، التي توافق المادة ٤٦ / ١ من القانون الحالي ، بتقرير يقدمه الحائز إلى إدارة كتاب المحكمة الكلية. ويجب على الحائز أن يعلن الدائن المباشر للإجراءات بهذه التخلية خلال خمسة أيام من وقت التقرير بها. فإذا تم ذلك ، فيجوز وفقا للفقرة الثانية من النص لمن له مصلحة في التعجيل أن يطلب إلى قاضي الأمور المستعجلة تعيين حارس تتخذ في مواجهته إجراءات التنفيذ. ويعين

الحائز حارسا إذا طلب ذلك. وإذا كان من النادر أن يطلب الحائز، بعد أن تخلى، تعيين نفسه حارسا، فقد يرغب في أن يتولى بنفسه إدارة العقار ويكتفي بأن يظهر اسمه في إجراءات التنفيذ بوصفه حارسا على أساس أن هذا لا يسيء إلى سمعته المالية.

د - التنفيذ على العقار:

تنص المادة ١٠١٦، التي تقابل المادة ٤٧ من القانون الحالي مع شيء من التعديل، على أنه «إذا لم يختر الحائز أن يقضي الديون المقيدة أو يطهر العقار من الرهن أو أن يتخلى عن هذا العقار، فلا يجوز للدائن أن يتخذ في مواجهته إجراءات التنفيذ إلا بعد إنذاره بدفع الدين المستحق أو تخلية العقار...» وقد أضاف نص المشروع إلى هذه العبارة الموجودة في النص الحالي عبارة «ويكون الإنذار بعد إعلان السند التنفيذي للمدين المتضمن تكليفه بالوفاء بالدين وفقا لما يقضي به قانون المرافعات أو مع هذا الإعلان» فبرغم أن الإجراءات تجري في مواجهة الحائز، إلا أنه يجب على الدائن أن يبدأ أولا بالتنبيه على المدين بالوفاء لأنه هو المسؤول عن الدين.

وليس ثمة ما يمنع الحائز من أن يدخل في المزاد ولكن يجب في هذه الحالة ألا يعرض ثمنا أقل من الباقي في ذمته من ثمن العقار، وهذا ما نصت عليه المادة ١٠١٧، وحكمها وارد في المادة ٤٨ من القانون الحالي.

وعند عرض العقار للبيع في المزاد، سواء اتخذت إجراءات التطهير أو التخلية أو دون أن تتخذ، فقد يرسو المزاد على الحائز وقد يرسو على غيره. فإذا رسا المزاد على الحائز اعتبر مالكا للعقار بمقتضى سند ملكيته الأصلي، ويتطهر العقار من الحقوق المقيدة إذا دفع الحائز الثمن الذي رسا به المزاد (المادة ١٠١٨). أما إذا رسا المزاد على شخص غير الحائز، فيكون هذا الشخص قد تلقى ملكيته عن الحائز بمقتضى حكم مرسى المزاد (١٠١٩).

ولما كان الحائز هو مالك العقار، فإذا رسا المزاد بما يزيد على ما هو مستحق للدائنين المقيدة حقوقهم، كانت الزيادة للحائز، وكان للدائنين المرتهنيين من الحائز نفسه أن يستوفوا حقوقهم من هذه الزيادة، وهذا ما نصت عليه المادة ١٠٢٠، التي تقابل المادة ٤٩ من القانون الحالي. وقد استبعد المشروع العبارة الأخيرة من النص الحالي

وهي «...إذا كان العقار قد رسا على غير الحائز» ذلك أن برسو المزاد يطهر العقار من كل الحقوق المقيدة حتى ولو رسا المزاد على الحائز نفسه.

وإذا فرض وكان للحائز على العقار ، قبل أن يتملكه ، حق عيني كالانتفاع أو الارتفاق أو الرهن ، وكان هذا الحق نافذا بالنسبة للدائنين فإن كان الحق أصليا كالانتفاع أو الإرتفاق فالعقار يباع مع اعتبار وجود الحق وبالتالي فإذا رسا المزاد على غير الحائز عاد إلى الحائز حقه ، وإن كان الحق تبعا كالرهن فيكون للحائز أن يستوفي الدين الذي يضمه هذا الرهن حسب مرتبته بشرط أن يكون قد احتفظ بهذه المرتبة عن طريق تجديد القيد. وهذا هو ما تعنيه المادة ١٠٢١ بالنص على أن «يعود للحائز ما كان له قبل إنتقال ملكية العقار إليه من حقوق إرتفاق وحقوق عينية أخرى.

وإذا بيع العقار ، فيكون للحائز بمقتضى المادة ١٠٢٢ سواء رسا المزاد عليه أو على غيره ، أن يرجع بالضمان أو لا على المالك السابق بدعوى ضمان الإستحقاق في الحدود التي يسمح بها سند تملكه ، فإن كان قد تملك بمقابل فيرجع على سلفه بالتعويض عما لحقه من خسارة سواء في حالة قبول الدائنين القيمة التي عرضها لتطهير العقار أو حالة بيع العقار بالمزاد ولو رسا المزاد عليه. كما أن للحائز أن يرجع على المدين بما دفعه زيادة على ما هو مستحق في ذمته بمقتضى سند ملكيته ، ويكون ذلك إما بدعوى الإثراء أو بدعوى الحلول حيث يحل محل الدائنين الذين وفاهم حقوقهم وعندئذ يستفيد من التأمينات التي قدمها المدين دون التأمينات التي قدمها غيره.

وأخيرا نصت المادة ١٠٢٣ ، التي تقابل المادة ٥١ من القانون الحالي ، على أن الحائز مسئول قبل الدائنين عما يصيب العقار من تلف بخطئه فإذا تسبب الحائز بخطئه في تلف العقار ، ولو قبل أن يبدأ الدائنون في الاجراءات ضده ، فيكون قد اعتدى على حقوقهم فيسأل وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية ، ولا يفيد من التعويض إلا الدائنون الذين لم يكف الثمن لقضاء ديونهم.

الفصل الثالث

إنقضاء الرهن الرسمي

ينقضي الرهن الرسمي أولاً بصفة تبعية لإنقضاء الدين المضمون وقد سبق أن قررت المادة ٩٨٣ أن يكون الرهن تابعا للدين المضمون في صحته وفي إنقضائه ما لم ينص القانون على غير ذلك. وقد نصت المادة ١٠٢٤ ، التي تقابل الفقرة الأولى من المادة ٥٢ من القانون الحالي ، على أن ينقضي الرهن الرسمي بإنقضاء الدين المضمون ، ويعود معه إذا زال السبب الذي إنقضى به الدين دون إخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها في الفترة ما بين إنقضاء الدين وعودته وعلى ذلك إذا إنقضى الدين المضمون بالوفاء أو الإبراء مثلا ، إنقضى الرهن بالتبعية. فإذا أبطل الوفاء أو الإبراء عاد الدين وعاد الرهن ، فإذا كان مالك العقار قد رتب عليه حقا عينيا في الفترة بين إنقضاء الرهن وعودته إلى شخص حسن النية فإن عودة الرهن لا تضر بحق هذا الشخص.

هذا ولم ينقل المشروع حكم الفقرة الثانية من المادة ٥٢ من القانون الحالي التي تنص على أنه «ويجوز للمدين أن يفي بالدين قبل حلول الأجل ويطلب محو الرهن ، فإذا لم يقبل الدائن جاز للمدين أن يودع صندوق المحكمة الدين وملحقاته وما قد يكون قد إشتراط من تعويض عند التعجيل بالوفاء وعندئذ يمحي الرهن» لم ينص المشروع على هذا فليس ثمة ما يبرر إجبار الدائن المرتهن على إستيفاء الدين قبل حلول الأجل.

كما ينقضي الرهن الرسمي بصفة أصلية ، حتى ولو لم ينقض الدين المضمون به كله أو بعضه ، بتمام إجراءات التطهير وبيع العقار جبرا بالمزاد العلني.

وقد نصت المادة ١٠٢٥ ، التي تقابل المادة ٤٥ من القانون الحالي ، على أنه «إذا تمت إجراءات التطهير إنقضى حق الرهن الرسمي نهائيا ، ولو زالت لأي سبب من الأسباب ملكية الحائز الذي طهر العقار» فإذا ما طلب الحائز التطهير وقبل الدائنون القيمة التي عرضها واستقرت ملكية الحائز للعقار نهائيا بإيداع المبلغ الذي عرضه وفقا لنص المادة ١٠١٤ من المشروع ، فيتطهر العقار من الرهون المقيدة ولو كان بعض الدائنين لم يحصل على حقه. ويبقى الرهن منقضيا حتى ولو زالت بعد ذلك ملكية الحائز لأي سبب.

كما نصت المادة ١٠٢٦ التي تقابل المادة ٢/٥٣ من القانون الحالي ، على أنه «إذا بيع العقار المرهون بعبا جبريا بالمزاد العلني سواء كان ذلك في مواجهة مالك العقار أو الحائز أو الحارس الذي سلم إليه العقار عند التخلية ، فإن حقوق الرهن على هذا العقار تنقضي بإيداع الثمن الذي رسا به المزاد أو بدفعه إلى الدائنين المقيدین الذين تسمح مرتبتهم بإستيفاء حقوقهم من هذا الثمن.

هذا ولم يرد المشروع ما يدعو إلى النص على ما ورد في القانون الحالي من إنقضاء الرهن بإتحاد الذمة (م٥٤) أو بنزول الدائن عنه (م٥٥) أو بإنقضاء مدة تقادم الدين المضمون بالرهن (م٥٦).

الباب الثاني

الرهن الحيازي

الفصل الأول

إنشاء الرهن الحيازي

عرفت المادة ١٠٢٧ الرهن الحيازي ، وهي تقابل المادة ٥٧ من القانون الحالي، والنص يضع تعريفا لعقد الرهن الحيازي وتعريفا في الوقت نفسه لحق الرهن الذي يترتب عليه.

ويتضمن تعريف المشروع حكما يخالف حكم القانون الحالي ، كما أنه أبرز مسائل وإن كانت مسلمة في ظل القانون الحالي إلا أن التعريف لم يشر إليها. فأولا ، حرص نص المشروع على بيان أن الرهن الحيازي عقد «به يلتزم شخص...أن يسلم شيئا...» مما يدل على أن التسليم هو التزام على عاتق الراهن وليس ركنا في العقد، وبذلك عدل المشروع عن مذهب القانون الحالي في إعتبار الرهن الحيازي عقدا عينيا لا ينعقد إلا بالتسليم إذ تنص الفقرة الأولى من المادة ٥٨ من هذا القانون على أنه «يشترط لتمام رهن الحيازة أن يقبض الدائن المرتهن الشيء المرهون».

هذا بالإضافة إلى أن نص المشروع ذكر أن الرهن ينشأ ضمانا لدين على الراهن أو على غيره، وهو ما لم يرد في نص القانون الحالي. كما نص المشروع على أن العدل الذي قد يسلم إليه المرهون يعينه المتعاقدان. وأخيرا صرح نص المشروع بأن الحق الذي يترتب على عقد الرهن هو حق عيني.

ويختلف الرهن الحيازي عن الرهن الرسمي ، فيما يتعلق بالمرهون ، بأنه لا يقتصر على رهن العقار ، بل يمكن أن يرهن المنقول رهنا حيازيا ولهذا عبرت المادة ١٠٢٧ عن المرهون بالشيء. ثم جاءت المادة ١٠٢٨ فنصت على أن «لا يكون محلا للرهن

الحيازي إلا ما يمكن بيعه إستقلالاً بالمزاد العلني من منقول وعقار» ، وبدهي ان ما يمكن بيعه إستقلالاً لا بد أن يكون مما يجوز التعامل فيه ولهذا لم يرد هذا الشرط الأخير في نص المشروع على خلاف نص المادة ٦٢ من القانون الحالي .

وأحالت المادة ١٠٢٩ على أحكام المواد ٩٧٤ و ٩٧٥ و ٩٧٨ و ٩٨١ و ٩٨٢ و ٩٨٣ المتعلقة بالرهن الرسمي . وهذه المواد المحال عليها تتناول رهن ملك الغير ، وبقاء الرهن قائماً لمصلحة الدائن المرتهن حسن النية إذا كان قد صدر من مالك تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو زاوله لأي سبب آخر ، ورهن المباني القائمة على أرض الغير ، وجواز إنشاء الرهن ضماناً لدين معلق على شرط أو دين مستقبل أو دين إحتمالي ، ومبدأ عدم تجزئة الرهن ، وأخيراً تبعية الرهن للدين المطعون في صحته وإنقضائه ، وهذه كلها موضوعات لا وجه فيها لمغايرة الحكم بين الرهن الرسمي والرهن الحيازي .

ثم عرضت المادة ١٠٣٠ لرهن المال الشائع رهناً حيازياً فنصت على أنه «يجوز رهن المال الشائع رهناً حيازياً ، وتسري على هذا الرهن أحكام المادتين ٩٧٩ و ٩٨٠» ، وهي تقابل وتوافق المادة ٦٤ من القانون الحالي . وعلى ذلك يسري على الرهن الحيازي حكم المادة ٩٩١ الخاص بالرهن الصادر من جميع الشركاء ، والمادة ٩٩٢ الخاصة برهن الشريك لحصته الشائعة .

ونصت المادة ١٠٣١ ، التي تقابل المادة ٦٣ من القانون الحالي ، على أن يشمل الرهن الحيازي ملحقات الشيء المرهون ، ولم يشر المشروع إلى الثمار ، كما يفعل نص القانون الحالي ، إذ لاستثمار المرهون وخصمها حكم خاص ورد في المادة ١٠٣٨ من المشروع .

وأخيراً نصت المادة ١٠٣٢ ، وحكمها وارد في المادة ٦٥ من القانون الحالي ، على أنه يجوز أن يرهن الشيء رهناً حيازياً ضماناً لعدة ديون إذا قبل من تسلم الشيء أن يحوزه لحساب أصحاب تلك الديون حتى ولو كان هو أحدهم ، فإذا قبل الدائن المرتهن أن يحوز الشيء لحساب نفسه ولحساب دائن مرتهن آخر ، أو قبل العدل أن يحوز الشيء لحساب عدة دائنين مرتين ، فتزول العقبة التي تحول دون رهن الشيء ضماناً لأكثر من دين .

الفصل الثاني آثار الرهن الحيازي

الفرع الأول - فيما بين المتعاقدين

(أولاً) بالنسبة إلى الراهن:

عرضت المادة ١٠٣٣ ولا مقابل لها في القانون الحالي ، لالتزام الراهن بتسليم المرهون ، فأوجبت الفقرة الأولى على الراهن تسليم الشيء إلى الدائن المرتهن أو العدل الذي عينه المتعاقدان ، ثم أحالت الفقرة الثانية فيما يتعلق بهذا الالتزام على أحكام الالتزام بتسليم المبيع .

وإذا تم التسليم ، فالقاعدة أن يكون للدائن المرتهن الحق في حبس الشيء المرهون الى أن يستوفي حقه ، أو ينقضي الرهن لسبب آخر ، ومن أسباب إنقضاء الرهن نزول الدائن المرتهن عن حق الرهن ، وبناء على هذا الأصل وأخذاً بالغالب يفترض أن رجوع المرهون الى حيازة الراهن كان بسبب إنقضاء الرهن ويكون للدائن المرتهن في هذه الحالة أن يثبت العكس . ولهذا نصت المادة ١٠٣٤ على أنه «إذا رجع المرهون إلى حيازة الراهن إنقضى الرهن ، إلا إذا أثبت الدائن المرتهن أن الرجوع كان بسبب لا يقصد به إنقضاء الرهن . كل هذا دون إخلال بحقوق الغير حسن النية» فليس ثمة ما يمنع من أن يثبت الدائن المرتهن انه سلم الشيء إلى الراهن ليتولى هو إصلاحه على أن يعيده إليه بعد الاصلاح ، فإذا ثبت هذا فلا يكون الرهن قد إنقضى ويجب إعادة الشيء المرتهن ، لكن إذا كان الراهن قد رتب على الشيء في فترة وجوده معه حقاً للغير على أساس عدم وجود الرهن فلا يتأثر هذا الغير إذا كان حسن النية وقت نشوء حقه إذا ما قضى بإعتبار أن الرهن لم ينقض .

وتعرض المادة ١٠٣٥ ، التي تقابل المادة ٦٩ من القانون الحالي ، لالتزام الراهن بضمان سلامة الرهن ونفاذه . فنصت على أن «يضمن الراهن سلامة الرهن ونفاذه ، وليس له أن يأتي عملاً ينقص من قيمة الشيء أو يحول دون إستعمال الدائن لحقوقه المستمدة

من العقد...» وبناء على ذلك يجب على الراهن أن يحافظ على الشيء إلى أن يتم تسليمه ل يبقى على الحالة التي كان عليها وقت العقد ، وعليه بعد التسليم أن يمتنع عن سلب الحيازة من المرتهن أو من العدل وعليه أن يمتنع عن التصرف في الشيء تصرفاً يضر بالدائن المرتهن مثل التصرف في المنقول المرهون إلى شخص حسن النية قبل تسليمه الى المرتهن وتمكين المتصرف إليه من حيازه المرهون إذ يترتب على مثل هذا التصرف تفضيل المتصرف إليه على الدائن المرتهن. كذلك يجب على الراهن ، إذا كان المرهون عقاراً ، أن يقدم المستندات اللازمة لاجراء القيد ، وعليه إذا كان المرهون منقولاً أن يحرر عقد الرهن كتابة على الوجه اللازم لنفاذ الرهن في حق الغير...الخ.

وقد أعطى نص المشروع الدائن المرتهن وسيلة عاجلة للعمل على المحافظة على الشيء المرهون ، إذ تقضي المادة بأن «وللدائن المرتهن في حالة الاستعجال أن يتخذ على نفقة الراهن كل الوسائل التي تلزم للمحافظة على الشيء المرهون» وهو حكم لم يرد في النص المقابل في القانون الحالي ، وتظهر فائدة هذا الحكم في الأحوال التي يحدث فيها ما يستدعي القيام بإجراء لحفظ المرهون قبل أن يتسلمه المرتهن وحيث يكون الحفظ على الراهن ، وكذلك إذا كان الاجراء الذي يباشره الدائن المرتهن ، بعد أن تسلم الشيء المرهون ، في مواجهة الراهن لنفسه.

وعرضت المادة ١٠٣٦ لهلاك أو تلف الشيء المرهون فأحالت على أحكام المادتين ٩٨٨ و ٩٨٩ الخاصتين بهلاك أو تلف الشيء المرهون رهناً رسمياً، سواء بخطأ الراهن أو بسبب أجنبي ، وانتقال الرهن بمرتبته إلى الحق الذي يترتب على الهلاك كالتعويض ومبلغ التأمين ومقابل نزع الملكية للمنفعة العامة.

(ثانياً) بالنسبة إلى الدائن المرتهن:

يعرض نص المادة ١٠٣٧ لالتزام الدائن المرتهن ، إذا تسلم المرهون ، بحفظه وصيانته ، فيقرر 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 الى سبب أجنبي لا يد له فيه » والنص يقابل المادة ٧٣ من القانون الحالي ، ولكنه أثار أن يقتصر على القاعدة العامة دون ذكر بعض ما ورد في النص الحالي، فلم ينص على نفقات الحفظ إكتفاء بما ورد في المادة ١٠٣٨ /١ /٣ في شأنها ، كما

لم ينص على الحكم الوارد في الفقرة الثانية الخاص بواجب الدائن المرتهن في أن يبادر بإعلان الراهن بما يهدد الشيء المرهون بالهلاك أو نقص في القيمة وإلا كان مسئولاً ، فهذا تطبيق للالتزام الدائن المرتهن ببذل عناية الشخص العادي في إدارة الشيء المرهون وقد نصت عليه المادة ١٠٣٩ .

وتعرض المادة ١٠٣٨ التي تقابل المادة ٧٥ لمنفعة الشيء المرهون وثماره ، فنصت أولاً على أن ليس للدائن أن ينتفع بالشيء دون مقابل . كما فرضت على الدائن واجب استثماره استثماراً كاملاً ، ثم قررت حق الدائن في الحصول على صافي الربح ومقابل استثماره الشيء خصماً من المبلغ المضمون بالرهن ، ولو لم يكن أجله قد حل ، وبينت ترتيب الخصم فيخصم أولاً مما أنفق في المحافظة على الشيء وما دفعه من التكاليف ثم بعد ذلك مما يستحقه من تعويضات ، ثم من المصروفات التي تدخل فيما يضمنه الرهن وهي مصروفات العقد الذي أنشأ الدين ومصروفات عقد الرهن وقيدته والمصروفات التي اقتضاها تنفيذ الرهن . وأخيراً يكون الخصم من أصل الدين .

وعرضت المادة ١٠٣٩ التي تقابل المادة ٧٤ من القانون الحالي ، لالتزام الدائن المرتهن بإدارة الشيء المرهون وحددت معيار العناية التي يجب أن يبذلها في ذلك بعناية الشخص المعتاد وهو ما تقضي به القواعد العامة ، كما حرصت على النص على ان ليس له أن يغير من طريقة إستغلال الشيء إلا برضاء الدائن لأن هذا هو مقتضى الإدارة المعتادة . كما نص أخيراً على حكم يدخل في مضمون فكرة الإدارة وهو أنه يجب على الدائن أن يبادر باخطار الراهن عن كل أمر يقتضي تدخله .

فإذا أخل الدائن المرتهن بالتزامه هذا ، كان للراهن أن يرجع عليه بالتعويض وفقاً للقواعد العامة . وبالإضافة إلى هذا عرض المشروع في الفقرة الثانية لبعض صور الإخلال بالالتزام مقرراً لها جزاء خاصاً . وهذه الصور هي إساءة استعمال حق الإدارة ، وإدارة الشيء إدارة سيئة ، وإرتكاب إهمال جسيم في الإدارة ، أما الجزاء الخاص فهو حق الدائن في طلب وضع الشيء تحت الحراسة أو طلب إسترداد الشيء مقابل دفع ما عليه وهو ما يفيد أنه يجوز طلب الاسترداد والدفع حتى قبل حلول الأجل .

وأخيراً يلتزم الدائن المرتهن ، إذا ما استوفى حقه ، بأن يرد الشيء المرهون الى الراهن ، وهذا ما نصت عليه المادة ١٠٤٠ ومنها يتضح أن الالتزام بالرد لا يكون إلا بعد

أن يستوفى الدائن كامل حقه وما يتصل بهذا الحق من مصروفات وتعويضات.
وأحال المشروع بنص المادة ١٠٤١ على أحكام المادة ٩٩١ فقرة أولى وهي الخاصة بعدم جواز التنفيذ على أموال الراهن غير المدين ، أي الكفيل العيني ، إلا ما رهن منها ، وبعدم أحقية هذا الراهن في الدفع بتجريد المدين ما لم يتفق على غير ذلك. كما أحال النص على المادة ٩٩٢ الخاصة ببطلان شرط تملك الدائن المرتهن للمرهون عند عدم الوفاء بالدين وبطالان شرط البيع دون مراعاة الاجراءات التي فرضها القانون.

الفرع الثاني - أثر الرهن بالنسبة إلى الغير

يقصد بالغير هنا ، كما في الرهن الرسمي ، كل من يضار من مباشرة الدائن المرتهن السلطات التي يخولها حق الرهن ، فيصدق معنى الغير على كل من يكتسب حقا عينيا ، أصليا أو تبعا ، على الشيء كما يصدق على الدائن العادي لمالك الشيء المرهون.

وأول مسألة تعرض هي شروط نفاذ الرهن في حق الغير . وقد عرضت المادة ١٠٤٢ لشرط مشترك يجب توفره لنفاذ الرهن الحيازي في حق الغير أيا كان الشيء المرهون وهو أن يكون المرهون في حيازة الدائن المرتهن أو العدل الذي إرتضاه المتعاقدان. وهذا الشرط لا يكفي وحده لنفاذ الرهن في حق الغير ، بل يجب توافر شروط أخرى تختلف باختلاف الشيء المرهون ، وقد وردت هذه الشروط في النصوص الخاصة ببعض أنواع الرهن الحيازي (المادة ١٠٤٨ بالنسبة لرهن العقار ، والمادة ١٠٥٠ بالنسبة لرهن المنقول ، والمادة ١٠٥٤ بالنسبة لرهن الدين).

هذا ويلاحظ أنه قد ترد نصوص تحد من نطاق تطبيق القاعدة الواردة في المادة ١٠٤٢ كما هي الحال بالنسبة لنص المادة ١٠٤٩ التي تجيز للدائن المرتهن لعقار أن يؤجره للراهن دون أن يمنع ذلك من نفاذ الرهن في حق الغير بشرط أن يذكر الايجار في القيد أو يؤشر به في هامش القيد.

وتعرض المادة ١٠٤٣ لحق الدائن المرتهن في حبس المرهون ، فقد نصت

الفقرة الأولى على أنه «يخول الرهن الدائن المرتهن الحق في حبس الشيء المرهون دون إخلال بما للغير من حقوق تم حفظها وفقا للقانون» والحبس هنا يعتبر سلطة من السلطات التي يخولها الرهن فهو يختلف عن الحق في الحبس الذي يثبت للدائن العادي وفقا للقواعد العامة. وهذا الحبس يجعل للدائن المرتهن الحق في الامتناع عن التخلي عن الشيء طالما أن حق الرهن لم ينقض ، وذلك مع مراعاة الحكم الوارد في المادة ١٠٥٢ إذ يكون للراهن عندما يصبح الشيء المرهون مهددا بالهلاك أو التلف أو نقص القيمة أن يطلب رده إليه مقابل شيء آخر يقدمه بدله.

والدائن المرتهن اذ يحبس الشيء يحبسه بالحالة التي كان عليها وقت أن أصبح الرهن نافذا في حق الغير ، ولهذا فالحبس لا يخل بما للغير من حقوق تم حفظها وفقا للقانون ، فإذا فرض مثلا أن مالك العقار رهنه وسلمه إلى الدائن المرتهن ، وقبل أن يقيد هذا الرهن قام المالك ببيع العقار أو بترتيب حق إنتفاع عليه وسجل المشتري أو من كسب الانتفاع عقده قبل قيد الرهن ، فيكون لأي منهما أن يطلب أخذ العقار من الدائن المرتهن الذي لا يكون له في هذا الفرض أن يتمسك في مواجهة أيهما بحقه في الحبس.

هذا ويظل حق الحبس قائما إذا خرج الشيء المرهون من يد الدائن المرتهن دون إرادته أو دون علمه ، ويكون للدائن في هذه الحالة الحق في استرداده وفقا لأحكام الحيازة ، سواء كان الشيء في يد الراهن أو في يد غيره ، ويعتبر الشيء المرهون في هذه الحالة في حكم المسروق أو الضائع. وعلى ذلك فإن كان المرهون منقولاً وباعه المختلس إلى مشتر حسن النية فيجوز للمرتهن أن يسترده خلال ثلاث سنوات من وقت خروج الشيء من حيازته وإن كان المشتري قد اشترى الشيء في سوق أو مزاد علني أو ممن يتجر في مثل هذه الشيء ، فيكون له أن يطلب من الدائن المرتهن إذا ما طلب الإسترداد أن يعجل له الثمن الذي دفعه. وإذا كان المرهون عقارا فيكون للدائن المرتهن أن يسترده وفقا لأحكام دعوى استرداد الحيازة. وأحكام الحيازة هذه هي التي أحالت إليها الفقرة الثانية من المادة ١٠٤٣.

وتعرض المادة ١٠٤٤ ، وهي تقابل المادة ٨٠ من القانون الحالي مع شيء من التعديل ، لما يضمنه الرهن الحيازي بالإضافة الى أصل الحق ، فنصت

على أنه «لا يقتصر الرهن الحيازي على ضمان أصل الحق وإنما يضمن أيضا وفي نفس المرتبة...» ثم ذكرت أولا المصروفات الضرورية التي أنفقت للمحافظة على الشيء. ويلاحظ أن الدائن المرتهن إذا كان له أن يستوفي هذه المصروفات بمقتضى حقه في الرهن، فله أيضا حق امتياز لضمان استيفائها ان كان الشيء منقولاً (المادة ١٠٧٣ من المشروع). وثانيا التعويضات التي قد يستحقها الدائن المرتهن عن الاضرار التي تلحقه بسبب عيوب في الشيء المرهون. وثالثا المصروفات التي أنفقها الدائن المرتهن في العقد الذي أنشأ الدين المضمون بالرهن ومصروفات عقد الرهن وقيده والمصروفات التي اقتضاها تنفيذ الرهن. وبدهي أن الذي يدخل من هذه المبالغ ويستوفيه الدائن المرتهن بالتقدم عند التنفيذ هو ما بقي منها بعد ما خصمه الدائن من الربيع وفقا لنص المادة ١٠٣٨ من المشروع.

هذا ولم يعرض المشروع بنصوص خاصة لحق الدائن المرتهن رهنا حيازيا في التتبع اكتفاء بما ورد في المادة ١٠٢٧ التي تعرف الرهن الحيازي من أن الدائن المرتهن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في اقتضاء حقه من الشيء المرهون «في أي يد يكون» اذ يفيد هذا أن يكون للدائن المرتهن أن ينفذ على الشيء ولو انتقلت ملكيته إلى غير الراهن، وهذا هو التتبع. أما الأحكام الخاصة بحائز العقار المرهون رهنا رسميا فلا محل لمثلها في الرهن الحيازي، فلا يعتبر مشتري العقار المرهون حائزا وبالتالي ليس له أن يطلب تطهير العقار أو التخلية ويقتصر حقه إذا ما أراد تفادي نزع ملكية العقار على أن يفي بالدين وفقا للقواعد العامة في الوفاء مع الحلول. وإذا كان الشيء المرهون منقولاً فيكون للدائن المرتهن أيضا حق تتبعه إلا إذا اصطدم حقه بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحق. ولهذا لم ير المشروع ما يدعو إلى النص على ما تقرره المادة ٨٢ من القانون الحالي التي تقول «للدائن المرتهن أن يستوفي حقه من الشيء المرهون رهن حيازة، حتى ولو انتقلت ملكيته إلى أجنبي غير أنه للأجنبي أن يوفي الدائن حقه فيحل فيه محله إلا في رهن قدمه غير المدين ضمانا لنفس الحق».

الفصل الثالث

إنقضاء الرهن الحيازي

ينقضي الرهن الحيازي ، كالرهن الرسمي ، اما بالتبعية لانقضاء الدين المضمون بالرهن ، واما بصفة أصلية ولو لم ينقض الدين المضمون .

ويعرض نص المادة ١٠٤٥ ، الذي يقابل ويوافق نص المادة ٨٣ من القانون الحالي ، لانقضاء حق الرهن الحيازي بانقضاء الدين المضمون . وبعد أن قرر النص هذه القاعدة ، نص على أن حق الرهن يعود إذا زال السبب الذي انقضى به الدين دون إخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها في الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته . وهذا نص مماثل لنص المادة ١٠٢٤ من المشروع الخاصة بانقضاء الرهن الرسمي .

هذا ويلاحظ فيما يتعلق بأثر عدم سماع الدعوى بالدين المضمون بالرهن الحيازي لمرور الزمان ، أن وجود الشيء المرهون في يد الدائن المرتهن يعتبر إقراراً ضمناً مستمراً بالدين ، وبالتالي فلا تبدأ المدة اللازمة لعدم سماع الدعوى بالدين ، ولو أصبح هذا الدين مستحق الأداء ، طالما أن الشيء في يد المرتهن . وهذا الحكم منصوص عليه في المادة ٤٤٩ من المشروع .

وتعرض المادة ١٠٤٦ التي تقابل المادة ٨٦ من القانون الحالي مع شيء من الخلاف ، لانقضاء حق الرهن الحيازي بصفة أصلية في حالات ثلاث :

الحالة الأولى هي نزول الدائن المرتهن عن حق الرهن ذاته أي حتى ولو بقي الدين المضمون لم ينقض . ولخطورة هذا النزول نظراً إلى أنه قد يؤدي إلى عدم إمكان إستيفاء الدين ، تطلب النص في الدائن المرتهن أهلية إبراء المدين من الدين . وقد يكون النزول صريحاً وقد يكون ضمناً ، وفي شأن النزول الضمني قرر النص أنه « ويجوز أن يستفاد التنازل الضمني من تخلي الدائن باختياره عن الشيء المرهون » ، ولم ير المشروع الأخذ بما ورد في نص القانون الحالي ، الذي تأثر في ذلك بنص المادة ١١١٣ مصري ، من أنه يجوز أيضاً أن يستفاد التنازل الضمني من موافقة الدائن المرتهن على التصرف في المرهون دون تحفظ . وإذا كان للدائن المرتهن أن ينزل عن حقه هو ، فهو لا يملك بإرادته أن يؤثر في حقوق الغير ، ولهذا نص المشروع « على أنه إذا كان الدين المضمون

بالرهن مثقلا بحق الغير ، فإن تنازل الدائن لا ينفذ في حق هذا الغير إلا إذا أقره .

والحالة الثانية هي ان يجتمع حق الرهن الحيازي مع حق ملكية الشيء المرهون في يد شخص واحد ، كما لو اشترى الدائن المرتهن الشيء المرهون . وسبب الانقضاء في هذه الحالة هو إتحاد الذمة . ويلاحظ أن إتحاد الذمة ليس في الواقع سببا من أسباب الانقضاء بقدر ما هو مانع من مباشرة الحق ، فإذا زال المانع أمكن إستعمال الحق ، كما أن إتحاد الذمة يجب ألا يضر بالغير . وعلى ذلك إذا كان الدين المضمون بالرهن قد رهنه الدائن بدوره لدائن له فإن الدائن الأول إذا اشترى الشيء المرهون وإتحدت ذمته بذلك فاتحادها على هذا الوجه لا يضر بحق الدائن الثاني . كذلك لا ينقضي الرهن باتحاد الذمة إذا كان لمالك الشيء المرهون مصلحة في إستبقاء الرهن كما لو كان الراهن كفيلا عينيا ثم اشترى الدين المضمون بالرهن ثم باع هذا الدين مستقبيا الرهن لضمانه فيبقى الرهن بمرتبته .

وأخيرا فإذا زال إتحاد الذمة وكان لزواله أثر رجعي ، كما لو فسخ العقد الذي اشترى به المرتهن الشيء المرهون ، بقي الرهن كما كان قبل إتحاد الذمة .

والحالة الثالثة ، هي حالة هلاك المرهون الذي يصدق على حالة انقضاء الحق المرهون في رهن الدين . هذا مع مراعاة أن نص المادة ١٠٣٦ من المشروع أحالت على نص المادة ٩٨٩ الخاصة بالرهن الرسمي والتي تقرر أنه إذا هلك العقار المرهون أو تلف لأي سبب كان انتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذي يترتب على ذلك .

وأخيرا قررت المادة ١٠٤٧ ، التي تقابل وتوافق نص المادة ٨٨ من القانون الحالي مع تعديل لفظي ، حكما إستثنائيا روعيت فيه مصلحة الراهن دون أن يضر بالدائن المرتهن بل قد يكون في مصلحته ، وهو أنه «يجوز للراهن إذا عرضت فرصة لبيع الشيء المرهون وكان البيع صفقة رابحة أن يطلب من المحكمة الترخيص في بيع هذا الشيء ، ولو كان ذلك قبل حلول أجل الدين . وللمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تأذن بالبيع وتحدد عندئذ شروط البيع وتفصل في أمر إيداع الثمن» . وواضح من النص أن المحكمة قد تأذن بالبيع أو لا تأذن على ضوء ما يتبين لها من مدى تأثير ذلك على مصلحة الدائن المرتهن ، فقد يتبين لها أن الإعتبارات التي بنى الراهن على أساسها طلبه وبالذات كون الصفقة رابحة لا تتناسب مع مصلحة الدائن المرتهن في الاحتفاظ بحياسة الشيء المرهون وخصم غلته مما يستحقه إلى وقت حلول أجل الدين .

الفصل الرابع

بعض أنواع الرهن الحيازي

عرض المشروع في هذا الفصل للقواعد التي تخص أولاً رهن العقار وثانياً رهن المنقول ، وثالثاً وأخيراً رهن الدين .

الفرع الأول - رهن العقار

سبق أن قرر المشروع بنص المادة ١٠٤٢ ، الذي يسري بالنسبة لكل صور الرهن الحيازي أياً كان محله ، أنه يجب لنفاذ الرهن في حق الغير أن يكون الشيء المرهون في يد المرتهن أو العدل الذي ارتضاه المتعاقدان . ورأينا أن هذا الشرط لا يكفي وحده لنفاذ الرهن في حق الغير بل يجب توافر شروط أخرى تختلف باختلاف الشيء المرهون ، وقد نصت المادة ١٠٤٨ على الشرط الإضافي في خصوص رهن العقار بقولها «يشترط لنفاذ الرهن العقاري في حق الغير إلى جانب إنتقال الحيازة أن يقيد الرهن ، وتسري على هذا القيد الأحكام الخاصة بقيد الرهن الرسمي» . وهو ما تقرره المادة ٧٧ من القانون الحالي .

وتضع المادة ١٠٤٩ ، وتقابل الفقرة الثانية من المادة ٧٢ من القانون الحالي ، قاعدة تقيد القاعدة التي توجب لنفاذ الرهن في حق الغير أن يكون الشيء المرهون في يد المرتهن أو العدل ، اذ تنص في الفقرة الأولى على أنه «يجوز للدائن المرتهن لعقار أن يؤجره للراهن دون أن يمنع ذلك من نفاذ الرهن في حق الغير» . ولحماية الغير الذين قد ينخدعون فيعتقدون أن الرهن غير موجود أو غير نافذ في حقهم بسبب وجود العقار في يد الراهن وهو المستأجر ، نصت الفقرة الثانية من النص على أنه «إذا اتفق على الإيجار في عقد الرهن وجب ذكر ذلك في القيد . أما إذا اتفق عليه بعد الرهن وجب أن يؤشر به في هامش القيد ، إلا أن هذا التأشير لا يكون ضرورياً إذا جدد الإيجار تجديداً ضمناً» .

الفرع الثاني - رهن المنقول

تضع المادة ١٠٥٠ ، التي تقابل وتوافق المادة ٧٨ من القانون الحالي ، القاعدة الخاصة بالشرط الذي يضاف إلى إنتقال الحيازة لنفاذ رهن المنقول في حق الغير ، فنصت على أن «يشترط لنفاذ رهن المنقول في حق الغير إلى جانب انتقال الحيازة أن يحرر العقد في ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المبلغ المضمون والعين المرهونة بيانا كافيا. وهذا التاريخ الثابت يحدد مرتبة الرهن». ويلاحظ أن الكتابة هنا ليست مطلوبة لانعقاد الرهن ولا لإثباته وإنما هي شرط لنفاذه في حق الغير ، ولهذا فهي لازمة للنفاذ أيا كانت قيمة الشيء المرهون. ويجب أن تتضمن الورقة البيانات اللازمة لاعمال مبدأ تخصيص الرهن سواء من حيث الدين المضمون أو الشيء المرهون. وإذ تنص العبارة الأخيرة من النص على أن التاريخ الثابت يحدد مرتبة الرهن ، فيلاحظ أن اشتراط الكتابة لنفاذ الرهن هو شرط إضافي يضاف إلى إنتقال حيازة المرهون ، ولهذا فمرتبة الرهن تتحدد بالوقت الذي يجتمع فيه الشرطان ، انتقال الحيازة والورقة الثابتة التاريخ ، بحيث إذا تأخر إنتقال الحيازة عن التاريخ الثابت فتتحدد المرتبة من وقت إنتقال الحيازة.

ونصت المادة ١٠٥١ ، ولا مقابل لها في القانون الحالي على أن «الأحكام المتعلقة بالآثار التي تترتب على حيازة المنقولات المادية والسندات التي لحاملها تسري على رهن المنقول» وبناء على ذلك إذا رهن المنقول شخص غير مالكة وحازه المرتهن وهو حسن النية أي يجهل أن الراهن غير مالك ، فلهذا المرتهن أن يتمسك بالرهن ، ومن ناحية أخرى يجوز لمن حاز الشيء المرهون بسبب صحيح وحسن نية أي مع جهله بوجود حق الدائن المرتهن أن يتمسك بالحق الذي كسبه على الشيء في مواجهة الدائن المرتهن.

وعرضت المادة ١٠٥٢ للحالة التي يكون فيها الشيء المرهون مهددا بالهلاك أو التلف أو نقص القيمة بحيث يخشى أن يصبح غير كاف لضمان حق الدائن ، ولم يطلب الراهن رده إليه مقابل تقديم شيء آخر بدله ، فأجازت لكل من المرتهن والراهن أن يطلب من القاضي الترخيص له في بيعه بالمزاد العلني أو بسعره في البورصة في السوق. وحق المرتهن في طلب البيع يقوم على أساس خشية أن يصبح المنقول غير كاف لضمان حقه، وأما حق الراهن في طلب البيع فيقوم على اساس أنه المالك فيكون له أن يعمل

على تفادي ما يهدد الشيء من هلاك أو تلف. فإذا تبين للقاضي ان ثمة ما يبرر البيع فيأذن به ، ويفصل في الوقت نفسه في أمر إيداع الثمن ، ويتنقل حق الدائن المرتهن في هذه الحالة من الشيء إلى ثمنه.

وقرر المشروع في المادة ١٠٥٣ التي لا مقابل لها في القانون الحالي ، حكما خاصا فيما يتعلق بكيفية إستيفاء الدائن المرتهن حقه من المنقول المرهون. فالأصل أنه إذا أصبح حق الدائن مستحق الأداء ولم يف به المدين أن يتبع الدائن إجراءات التنفيذ الجبري وفقا لما هو مقرر في قانون المرافعات. واستثناء من هذا الأصل نصت المادة ١٠٥٣ على أنه «يجوز للدائن المرتهن لم يستوف حقه أن يطلب من القاضي الترخيص له في بيع الشيء المرهون بالمزاد العلني أو بسعره في البورصة أو السوق». فقد يكون من الأوفق في بعض الأحوال بيع المنقول بغير اتباع إجراءات البيع الجبري تجنباً لطول الإجراءات وكثرة المصاريف وبخاصة إذا كان المنقول مما يتحدد سعره في البورصة أو السوق فأجاز النص هذا وجعل الترخيص به للقاضي حتى يمكن التحقق مما إذا كان البيع دون اتباع إجراءات البيوع الجبرية يضر بالرهن أم لا ، وكذلك ليبين القاضي عند الترخيص الطريقة التي يتم بها البيع.

الفرع الثالث - رهن الدين

إن مصطلح «المنقول» يصدق ، فيما يصدق عليه ، على الدين ، إذ كل ما ليس عقارا يعتبر منقولا (المادة ٢٧ من المشروع) ، ولكن المشروع خص رهن الدين بقواعد خاصة تفرضها طبيعته باعتباره علاقة بين شخصين الدائن (وهو الراهن) والمدين.

وأول هذه القواعد الخاصة هي التي تتعلق بنفاذ الرهن ، فإذا كان الرهن يتم - كما تتم حوالة الحق - بالاتفاق بين الراهن والمرتهن ، فتبقى مسألة نفاذ الرهن. وإذا كانت مسألة نفاذ رهن المنقول المادي لا تثور إلا بالنسبة للغير ، ففي رهن الدين تظهر مسألة نفاذه في حق المدين بالدين المرهون.

ونفاذ رهن الدين في حق المدين يكون بما يحقق علمه بوجود الرهن حتى يستطيع أن يتصرف وفق ما يقتضيه الرهن . وقد قررت المادة ١٠٥٤ أن الرهن «لا يكون نافذا في حق المدين إلا بإعلانه بالرهن أو بقبوله إياه» وهي نفس القاعدة المقررة لنفاذ حوالة

الحق بالنسبة للمدين بالحق المحال ، بل إن رهن الدين يعبر عنه عادة بأنه حوالة على سبيل الرهن.

أما نفاذ رهن الدين في حق الغير ، كالمحال إليه أو مرتهن آخر أو دائن حائز ، فيكون بتوفر شرطين ، الشرط الأول هو حيازة الدائن المرتهن لسند الدين المرهون وهذه الحيازة هي التي تتلاءم مع طبيعة المرهون الذي ليس له كيان مادي فيكتفي بحيازة السند. أما الشرط الثاني فهو أن يكون الرهن قد أصبح نافذا في حق المدين بالإعلان أو القبول فإن كان قد نفذ بالقبول فيجب أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ. وتحسب مرتبة الرهن ، التي لا تظهر أهميتها إلا بالنسبة للغير ، من وقت اجتماع شرطي النفاذ بالنسبة إليهم أي حيازة الدين المرتهن لسند الدين ، وإعلان الحوالة الذي يكون دائما ثابت التاريخ أو التاريخ الثابت لقبول المدين بالدين المرهون.

وهذه القواعد هي التي قررتها المادة ١٠٥٤ التي تقابل المادة ٨٩ من القانون الحالي مع شيء من التعديل في الصياغة.

والقاعدة الواردة في المادة ١٠٥٤ هي الواجبة التطبيق بالنسبة للديون العادية ، أما الصكوك (أي السندات) الاسمية أو لأمر ، فقد قررت المادة ١٠٥٥ من المشرع الإحالة في شأن رهنها بوجه عام لما يقضي به القانون في شأنها ، إذ نصت هذه المادة ، التي تقابل المادة ٩٠ من القانون الحالي ، على أن «يكون رهن الصكوك الاسمية والصكوك لأمر وفقا لما يقضي به القانون».

وإذا لم يكن النص قد أشار إلى الصكوك لحاملها ، فذلك لما استقر عليه الرأي في شأنها من إعطائها حكم المنقولات المادية على أساس أن الحق يندمج في الصك.

وتنص المادة ١٠٥٦ التي تطابق المادة ٩١ من القانون الحالي ، على أنه لا يجوز رهن الدين إذا كان غير قابل للحوالة أو الحجز ، وهذا تطبيق للقاعدة العامة المقررة في المادة ١٠٢٨ بخصوص محل الرهن ، والحكمة منه ظاهرة فالرهن يهدف إلى ضمان الدين فإذا لم يف المدين كانت وسيلة الدائن هي بيع المرهون والحصول على حقه من الثمن. وهذا لا يتأتى إذا كان الدين لا يقبل الحوالة أي لا يقبل البيع الجبري.

وتعرض المادة ١٠٥٧ لقاعدة تخص رهن الدين فيما يتعلق بانقضاء الرهن فتقول «لا يسري الوفاء بالدين المرهون أو تجديده أو المقاصة به أو اتحاد الذمة فيه أو الإبراء منه في مواجهة الدائن المرتهن إلا بإقراره. كما لا يسري في مواجهته أي تعديل في الدين يكون من شأنه أن يضره إلا بقبوله». والنص يقابل المادة ٩٢ من القانون الحالي ولكنه يختلف عنه في أنه لا يقتصر على عدم سريان الانقضاء الذي يتم بالاتفاق وإنما يشمل كذلك المقاصة واتحاد الذمة.

وتعرض المادة ١٠٥٨ التي تقابل وتوافق المادة ٩٤ من القانون الحالي ، للدفع التي يجوز للمدين في الدين المرهون أن يتمسك بها قبل الدائن المرتهن. وهذه الدفع نوعان: أولاً الدفع المتعلقة بصحة الحق المضمون بالرهن ، فلو كان العقد الذي نشأ عنه هذا الحق باطلاً كان الرهن بالتبعية باطلاً ، وللمدين أن يتمسك بهذا البطلان قبل المرتهن، وكذلك لو كان الحق المضمون قد انقضى لأي سبب فله أن يتمسك بهذا الانقضاء. والنوع الثاني هو الدفع التي للمدين بالدين المرهون قبل دائه أي الراهن ، فإذا كان الدين المرهون قد نشأ بعقد باطل كان للمدين في هذا الدين أن يتمسك بالبطلان في مواجهة الدائن المرتهن ، كما له أن يتمسك قبل الدائن المرتهن بأسباب انقضاء الدين المذكورة في المادة ١٠٥٧ إذا كان السبب قد تحقق قبل أن يصبح الرهن نافذاً في حقه بالإعلان أو إذا كان الدائن قبل سبب الانقضاء ، وله كذلك أن يتمسك قبل الدائن المرتهن بعدم سماع الدعوى لمرور الزمان.

وتعرض المادة ١٠٥٩ التي تقابل المادة ٩٥ من القانون الحالي ، لأثر إستحقاق الدين المرهون قبل أن يصبح الدين المضمون بالرهن مستحق الأداء. ونظراً لتعلق حق الدائن المرتهن بالدين المرهون ، وفي الوقت نفسه فالراهن هو الدائن في هذا الدين، نصت الفقرة الأولى من النص على أنه لا يجوز للمدين أن يوفي الدين إلا للراهن والمرتهن معاً. فإذا إتفقا على الإستيفاء فبدهي أن يكون ذلك بعد أن يتفقا على مصير الدين المضمون. وإذا لم يتفق الراهن والمرتهن ، فلكل منهما أن يطلب الى المدين ايداع ما عليه أن يؤديه، فإذا تم الإيداع انتقل الرهن الى ما تم إيداعه ، بمعنى أن يكون ضامناً للحق الذي كان مضموناً بالرهن. وفي هذه الحالة ، إذا اتفق الراهن والمرتهن على طريقة إستغلال ما أده المدين كان بها ، فإذا لم يتفقا كان لكل منهما أن يلجأ إلى المحكمة لتنظر في أمر إستغلال ما أده المدين ، وللمحكمة عندئذ أن تقضي بما تراه أنفع للراهن باعتباره

هو صاحب المال المودع ، دون أن يكون فيه ضرر للدائن المرتهن أي دون أن يؤثر في مدى ماله من ضمان.

وأخيرا عرضت المادة ١٠٦٠ التي تقابل المادة ٩٦ من القانون الحالي ، لحالة ما إذا أصبح كل من الدين المرهون والدين المضمون بالرهن مستحق الأداء ، ولم يستوف الدائن المرتهن حقه بعد. ففي هذه الحالة إذا كان كل من الدينين من جنس واحد ، كان للدائن المرتهن أن يقبض من الدين المرهون ما يكون مستحقا له ، فإذا لم يكونا من جنس واحد فللدائن المرتهن أن يطلب من القاضي الترخيص له في بيع المرهون بالمزاد العلني أو بسعره في البورصة أو السوق وهو الحكم الوارد في المادة ١٠٥٣ وأحال عليه نص المادة ١٠٦٠ .

الباب الثالث

حقوق الامتياز

الفصل الأول

أحكام عامة

حقوق الامتياز هي تأمينات خاصة يقررها القانون لحقوق يعينها على مال أو أموال معينة أو على كل أموال المدين. وقد عرف القانون الحالي الامتياز في الفقرة الأولى من المادة ٩٧ نقلا عن المادة ١١٣٠ مصري ، بأنه «...أولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته » ونظرا لورود النصوص الخاصة بالامتياز في قانون التأمينات العينية ، كما وردت في مصر ، في الكتاب المخصص للحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية ، فقد أخذ البعض على التعريف أنه أغفل الإشارة إلى أن الامتياز حق عيني ، ولكن البعض الآخر رأى أن هذا الاغفال كان مقصودا لان وصف الامتياز بوجه عام بأنه حق عيني كان ولا يزال محل خلاف ، ويكفي الإشارة في هذا الخصوص أن بعض حقوق الامتياز ، وهي حقوق الإمتياز العامة ترد على جميع أموال المدين مع أن الحق العيني لا يتصور وجوده إلا إذا كان محله معينة بالذات ، كما أن بعض حقوق الامتياز لا تخول سلطة التتبع وهي أهم مظاهر ورود الحق على الشيء وبالتالي عينية الحق. ولهذا أثر المشروع عدم وضع تعريف تشريعي خاص ، ومن الفقهاء من ذهب إلى أن فكرة الامتياز فكرة معقدة تستعصي على التعريف الدقيق.

وإذ تجنب المشروع تعريف حق الامتياز إكتفى في نص المادة ١٠٦١ ، التي تقابل الفقرة الثانية من المادة ٩٧ من القانون الحالي ، بالقول انه «لا يكون للحق إمتياز إلا بمقتضى نص في القانون» وهذه فكرة أساسية في نظام الامتياز فلا يجوز لطرفي الالتزام الدائن والمدين أن ينشئا إمتيازاً في غير الحالات التي يقررها القانون ، ولا يجوز للقاضي أن يجعل الحق ممتازا إذا كان القانون لم ينص على ذلك. والقول ان الامتياز لا يكون إلا بمقتضى نص في القانون ، لا يعني حصر حقوق الامتياز في تلك التي وردت في هذا

الفصل ، فيمكن أن يرد النص الذي يقرر الامتياز في أي موضع آخر سواء في المدونة المدنية أو في غيرها من المدونات أو في قانون من القوانين الخاصة بموضوع معين .

والقانون إذ يقرر الامتياز فذلك مراعاة منه لصفة في هذا الحق تجعله يستحق الرعاية فيستوفيه صاحبه بالأولوية على غيره من الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة، ولهذا فالقانون هو الذي يحدد الحق الممتاز ، كما يحدد محل الامتياز أي المال الذي يستوفي منه صاحب الحق حقه بالأولوية ، كما أن القانون يحدد مرتبة الامتياز ، ولكن هذا لا يعني أنه يلزم بالضرورة أن يحدد لكل حق على حدة مرتبته في النص أو النصوص التي تقرر إمتياز هذا الحق ، ولهذا نصت المادة ١٠٦٢ على أن يحدد القانون مرتبة الامتياز ، فإن لم يحدد القانون لامتياز مرتبته كان متأخرا عن كل إمتياز منصوص على مرتبته . كما نصت الفقرة الثانية من النص على أنه إذا كانت الحقوق الممتازة في مرتبة واحدة فإنها تستوفي بنسبة قيمة كل منها ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك .

وتنقسم حقوق الامتياز ، من حيث الأموال التي ترد عليها ، إلى قسمين ، حقوق الامتياز العامة ، وحقوق الامتياز الخاصة ، وقد نصت المادة ١٠٦٣ ، التي تقابل وتطابق المادة ٩٩ من القانون الحالي ، على أن «ترد حقوق الامتياز العامة على جميع أموال المدين من منقول وعقار . أما حقوق الامتياز الخاصة فتكون على منقول أو عقار معين» .

وورود حقوق الامتياز العامة على جميع أموال المدين يعني أنها لا ترد على مال أو أموال معينة بذاتها ، وإنما يكون لصاحب الحق الممتاز التقدم على ما لدى المدين من أموال وقت التنفيذ ، منقولات كانت أو عقارات ، دون نظر إلى ما كان لديه من أموال وقت نشوء الحق الممتاز ، أي إن مركز الدائن صاحب الحق الممتاز لا يختلف عن مركز الدائن العادي إلا فيما يتعلق بحق التقدم . ولهذا نص المشروع في صدر المادة ١٠٦٤ على أنه «لا يلزم القيد في حقوق الامتياز العامة ولو وردت على عقار .» كما نص في صدر المادة ١٠٦٥ على أنه «لا يترتب على حقوق الامتياز العامة حق التتبع» .

ولكن ثمة حقوق إمتياز ، وهي الضامنة لمبالغ مستحقة للخزانة العامة ، تستحق رعاية خاصة اقتضت أن يخصها المشروع بقواعد إستثنائية وهذه الحقوق قد تكون عامة ترد على جميع أموال المدين وقد تكون خاصة ترد على مال أو أموال معينة . فإن كان الامتياز

خاصا وواردا على عقار ، فقد سوى بينه المشروع وبين حقوق الامتياز العامة من حيث عدم لزوم القيد ، فبعد أن قررت المادة ١٠٦٤ عدم لزوم القيد في حقوق الامتياز العامة قالت «...كما أنه لا يلزم في حقوق الامتياز العقارية الضامنة لمبالغ مستحقة للخزانة العامة» . ومن ناحية أخرى فإستثناء من القاعدة التي تقرر أن حقوق الامتياز العامة لا يترتب عليها حق التتبع نص المشروع على أن تستوفي المبالغ المستحقة للخزانة العامة من ثمن الأموال المثقلة بها في أي يد (م١٠٧٢/٢) ، ولهذا فبعد أن قررت المادة ١٠٦٥ القاعدة العامة في أن حقوق الامتياز العامة لا يترتب عليها حق التتبع ، قالت «وذلك مع مراعاة ما يقضي به القانون في شأن إمتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة».

وفيما يتعلق بمرتبة حقوق الامتياز العامة عندما يراد إستيفاء الحق من عقار من عقارات المدين ، وكذلك مرتبة حقوق الامتياز العقارية الضامنة لمبالغ مستحقة للخزانة العامة ، نصت الفقرة الثانية من المادة ١٠٦٤ على أنه «وتكون هذه الحقوق الممتازة جميعا أسبق في المرتبة على أي حق إمتياز عقاري آخر أو أي حق رهن رسمي مهما كان تاريخ قيده. أما فيما بينها ، فالامتياز الضامن للمبالغ المستحقة للخزانة العامة يتقدم على حقوق الامتياز العامة».

وحقوق الامتياز الخاصة قد يكون محلها منقولاً وقد يكون عقارا ، فإذا كان محل الامتياز عقارا فيأخذ حكم الرهن الرسمي فيما لا يتعارض مع طبيعة الامتياز ، وقد نصت المادة ١٠٦٦ ، التي تقابل المادة ١٠١ فقرة أولى من القانون الحالي ، على أن «تسري على حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على عقار أحكام الرهن الرسمي بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق ، وتسري بنوع خاص أحكام التطهير والقيد وما يترتب على القيد من آثار وما يتصل به من تجديد ومحو». وعلى ذلك ، فبالإضافة إلى الأحكام المذكورة في النص بنوع خاص ، يسري على الامتياز الخاص الواقع على عقار ما يسري على الرهن الرسمي فيما يتعلق بمشتملات الرهن (م٩٧٧) ورهن المباني القائمة على أرض الغير (م٩٧٨) والرهن الصادر من جميع الملاك... الخ».

وإذا كانت حقوق الامتياز العامة لا يترتب عليها بحسب الأصل حق التتبع ، فحقوق الامتياز الضامنة للمبالغ المستحقة للخزانة العامة ومنها ما يكون عاما يرد على جميع أموال المدين تخول صاحبها سلطة التتبع (م١٠٧٢/٢) كما إن حقوق الامتياز الخاصة

كلها تخول صاحبها سلطة التتبع سواء أكانت مما يجب قيده أم لا . ولكن التتبع قد يصطدم بالنسبة للمنقولات بقاعدة «الحيازة في المنقول سند الحق» بما لها من أثر مسقط، وهذا ما قرره المادة ١٠٦٧ ، التي تقابل المادة ١٠٠ من القانون الحالي ، إذ تنص الفقرة الأولى منها على أن «لا يحتج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن نية على إعتبار خلوه منه» ثم أوردت الفقرة الثانية تطبيقا خاصا بقولها «ويعتبر حائزا في حكم هذه المادة مؤجر العقار بالنسبة إلى المنقولات الموجود في العين المؤجرة ، وصاحب الفندق بالنسبة إلى الأمتعة التي يأتي بها النزلاء إلى فندقه» .

وعرضت المادة ١٠٦٨ التي تقابل المادة ١٠٢ من القانون الحالي لأثر هلاك الشيء المحمل بالامتياز أو تلفه ، فأحالت على أحكام الرهن الرسمي بقولها «يسري على الإمتياز ما يسري على الرهن الرسمي من أحكام متعلقة بهلاك الشيء أو تلفه» . وعلى ذلك إذا هلك محل الامتياز بخطأ المدين كان الدائن صاحب الامتياز بالخيار بين أن يقتضي تأمينا كافيا أو يستوفي الدين فورا ، وإذا كان الهلاك أو التلف قد نشأ عن سبب أجنبي ولم يقبل الدائن بقاء حقه بلا تأمين كان المدين مخيرا بين أن يقدم تأمينا كافيا أو يوفي الدين فورا (٩٨٨م) وإذا هلك محل الامتياز أو تلف وترتب على ذلك ثبوت حق التعويض ومبلغ التأمين ومقابل نزع الملكية للمنفعة العامة إنتقل الامتياز إلى هذا الحق (٩٨٩م) .

وأخيرا عرضت المادة ١٠٦٩ التي تقابل المادة ١٠٣ من القانون الحالي ، لانقضاء حق الامتياز فنصت على أن «ينقضي حق الامتياز بنفس الطرق التي ينقضي بها حق الرهن الرسمي وحق الرهن الحيازي ووفقا لأحكام هذين الحقين وذلك بالقدر الذي لا تتعارض فيه تلك الأحكام مع طبيعة حق الامتياز ، ما لم يوجد نص خاص يقضي بغير ذلك» . وبناء على ذلك ينقضي الامتياز أيا كان محله بصفة تبعية إذا إنقضى الدين المضمون به ، كما ينقضي الامتياز بصفة أصلية إذا كان محله عقارا بالأسباب التي ينقضي بها الرهن الرسمي فينقضي إذا تمت إجراءات التطهير وكذلك بإيداع الثمن أو دفعه للدائنين إذا بيع العقار بالمزاد العلني . وإذا كان محل الامتياز منقولا فينقضي بصفة أصلية بالأسباب التي ينقضي بها الرهن الحيازي الوارد على منقول ، بنزول الدائن المرتهن عن الامتياز ، وبإتحاد الدمة وبهلاك المحل .

الفصل الثاني

أنواع الحقوق الممتازة

بعد أن وضع المشروع الأحكام العامة لحقوق الامتياز ، تناول أنواع الحقوق الممتازة التي تقتضي السياسة التشريعية أن ترد في نصوص المدونة المدنية ، فنص في المادة ١٠٧٠ على أن «الحقوق المبيّنة في المواد الآتية تكون ممتازة إلى جانب حقوق الامتياز المقررة بنصوص خاصة».

وقد قسم المشروع حقوق الامتياز إلى قسمين: الأول يشمل حقوق الامتياز العامة أي التي ترد على كل أموال المدين وحقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول ، وقد وردت النصوص الخاصة بهذا القسم مرتبة وفقا لمرتبة كل إمتياز. والقسم الثاني يشمل حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على عقار.

الفرع الأول - حقوق الامتياز العامة

وحقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول

يأتي في المرتبة الأولى الامتياز الذي قرره المادة ١٠٧١ التي تقابل المادة ١٠٥ من القانون الحالي وتوافقها ، للمصروفات القضائية ، والحق الممتاز هو حق من أنفق مصروفات قضائية لمصلحة جميع الدائنين في حفظ أموال المدين وبيعها وتوزيعها. ويقصد بوصف المصروفات بأنها قضائية أن تكون قد أنفقت في إجراءات تتم أمام القضاء أو على يد أعوان القضاء كمندوب الاعلان وكتاب الجلسات والخبراء والحراس القضائيين ، ولا يقصد بالحفظ في هذا الخصوص الحفظ المادي من الهلاك أو التلف لأن مصروفات هذا الحفظ مضمونة بإمتياز آخر متأخر في المرتبة ونصت عليه المادة ١٠٧٣ وإنما يقصد بالحفظ القانوني تمهيدا لبيع الأموال وتوزيع ثمنها ، فيدخل فيها ما ينفق في وضع الأختام على أموال المدين أو في جرد التركة أو إجراء قسمتها أو في

تصفية الشركة أو في دعوى الحراسة أو دعوى إشهار الافلاس وفي إدارة أموال المفلس وفي الحجوز التحفظية... الخ ويشترط أن تكون المصروفات قد أنفقت لمصلحة جميع الدائنين الذين يتقدم عليهم الدائن ، فلا يدخل فيها ما أنفق لمصلحة من أنفق وحده مثل مصروفات الدعوى التي يرفعها الدائن للحصول على حكم بحقه. وإذا أنفقت لمصلحة بعض الدائنين دون البعض فتكون ممتازة بالنسبة لمن أفادوا منها فقط ، فنفقات شهر الافلاس مثلا تكون ممتازة في مواجهة الدائنين العاديين دون الدائنين المرتهنين لأموال معينة من أموال المدين.

ومحل الامتياز ، كما يتضح من النص ، هو ثمن أموال المدين التي أنفقت المصروفات لحفظها ، ولهذا فهو إمتياز على منقول ولو كان المال الذي بيع عقارا.

ويأتي إمتياز المصروفات القضائية في المرتبة الأولى فيقدم الدائن على كل حق آخر سواء كان صاحب هذا الحق دائنا عاديا أو كان له تأمين عيني أيا كان هذا التأمين. وإذا تعددت المصروفات ، فتكون الأولوية لما أنفق في الحفظ والبيع على تلك التي أنفقت في التوزيع. وإذا تعددت المصروفات التي أنفقت في الحفظ أو البيع فيتساوى الدائنون بها بمعنى أن تستوفي قبل أي حق آخر بنسبة قيمة كل منها ، وكذلك إذا تعددت مصروفات التوزيع فيتساوى الدائنون بها.

هذا والحكمة من تقرير هذا الامتياز ووضعه في المرتبة الأولى هي أن الدائن بالحق الممتاز قد أفاد الدائنين الآخرين ، بإنفاقه المصروفات ، في إستيفاء حقوقهم من الأموال التي أنفقت عليها.

ويأتي في المرتبة الثانية إمتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة من ضرائب ورسوم وحقوق أخرى. وقد أشارت المادة ١٠٧٢ التي تقابل المادة ١٠٦ من القانون الحالي ، لهذا الامتياز لتحديد مرتبته. أما الحق الممتاز ومحل الامتياز فيرجع فيها إلى النصوص الصادرة في شأن الامتياز ، فلا يكفي أن يثبت حق ما للدولة حتى يكون مضمونا بامتياز بل لا بد من نص خاص يقرر الامتياز ، كما يرجع إلى النصوص الخاصة لتحديد ما يرد عليه الامتياز فقد يرد على كل أموال المدين وقد يرد على أموال معينة. أما مرتبة الامتياز فقد نصت عليها الفقرة الثانية من النص بقولها «وتستوفي هذه المبالغ من ثمن الأموال المثقلة بهذا الامتياز في أي يد كانت قبل أي حق آخر ولو كان ممتازا أو

مضمونا برهن عدا المصروفات القضائية».

والحكمة من تقرير هذا الامتياز واضحة وهي رعاية المصلحة العامة التي تقتضي ضمان تحصيل مستحقات الخزنة العامة حتى لا يتعطل نشاط الدولة.

ويأتي في المرتبة الثالثة إمتياز مصروفات حفظ وإصلاح المنقول ، الذي نصت عليه المادة ١٠٧٣ و تقابل المادة ١٠٧ من القانون الحالي . والحق الممتاز هو حق من أنفق مصروفات في حفظ المنقول وفيما يلزم له من إصلاح ، والمقصود بالإصلاح هنا منع الهلاك أو التلف فلا يشمل الامتياز المصروفات النافعة التي لم تحفظ المنقول بل كان الغرض منها تغييره أو تحسينه مثل مصروفات صباغة السيارة الجديدة لمجرد تغيير لونها. وقاضي الموضوع هو الذي يفصل في مسألة التفرقة بين مصروفات الحفظ وغيرها من المصروفات. والمنقول المذكور في النص لا يقتصر على المنقول المادي بل يشمل كذلك المنقولات المعنوية كالديون ، وعلى ذلك تعتبر من المصروفات المضمونة بهذا الامتياز أجرة النجار الذي أصلح الأثاث وأجرة الميكانيكي الذي أصلح السيارة ومصروفات إنقاذ البضائع من الغرق أو الحريق وما ينفقه الدائن في قطع تقادم دين للمدين على غيره.

ومحل الامتياز هو المنقول الذي تم حفظه كله ، وليس فقط ما ترتب على إنفاق المصروفات من زيادة في قيمته.

أما مرتبة الامتياز فهي الثالثة أي بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزنة العامة. وإذا تعددت المصروفات المضمونة بهذا الامتياز فيقدم منها ما انفق أخيرا على ما أنفق قبله ، ذلك لأن من أنفق أخيرا هو الذي أفاد من أنفق أولا إذ لولا المصروفات الأخيرة لهلك الشيء ولم يحصل من أنفق أولا على شيء أو لتلف المنقول فنقصت قيمته، في حين أن من أنفق أخيرا لم يستفد شيئا من المصروفات التي انفقت أولا.

هذا ونشير إلى أن الامتياز قد يصطدم بالأثر المسقط لقاعدة الحيازة في المنقول وان المشروع قد اعتبر كلا من مؤجر العقار وصاحب الفندق حائزا للمنقولات الموجودة في العين المؤجرة أو في الفندق (المادة ١٠٦٧ من المشروع).

ثم يأتي في المرتبة الرابعة حقوق الامتياز العامة ، المنصوص عليها في المادة ١٠٧٤

التي تقابل المادة ١٠٨ من القانون الحالي. وهذه الحقوق تشمل ثلاث طوائف: أولاً المبالغ المستحقة للاجراء من خدم وعمال وغيرهم من أجرهم ومرتباتهم من أي نوع كان. ثانياً، المبالغ المستحقة عما صرف للمدين ولم يعوله من مأكّل وملبس ودواء. ثالثاً، النفقة المستحقة في ذمة المدين لمن تجب نفقتهم عليه. وتشترك الحقوق الممتازة بطوائفها الثلاث، في شرط واحد وهو أنها تقتصر على ما هو مستحق منها في ستة الشهور الأخيرة أي السابقة مباشرة لتاريخ الحادث الذي أدى إلى تصفية أموال المدين كالوفاة أو شهر الإفلاس، فإن لم يقع ما يستدعي تصفية كل أموال المدين وأراد صاحب الحق استعمال إمتيازها عند بيع مال من أموال المدين فيكون المقصود هو ستة الشهور السابقة على الحجز على هذا المال.

أما محل الامتياز فهو جميع أموال المدين من منقول وعقار، وقد رأينا من قبل ان هذه الحقوق لا يلزم فيها القيد ولو وردت على عقار كما أنه لا يترتب عليها حق التتبع (المادتان ١٠٦٤ و ١٠٦٥).

وتأتي هذه الامتيازات في المرتبة الرابعة بعد حقوق الامتياز السابقة. والدائن الذي يتمتع بإمتياز من هذه الامتيازات يتقدم في استيفاء حقه المضمون من عقار أو عقارات المدين على كل دائن له حق عيني مقيد على العقار أيا كان تاريخ القيد فيتقدم على جميع المرتهين وأصحاب حقوق الامتياز الخاصة العقارية، ولكنها تتأخر عن المبالغ المستحقة للخزانة العامة. وإذا تعددت حقوق الامتياز العامة ففيما بينها تستوفي بنسبة كل منها.

ثم يأتي في المرتبة الخامسة إمتياز مصروفات الزراعة (م١٠٧٥) وفيه نجد الحق الممتاز هو ما صرف في البذر والسماذ وغيره من مواد التخصيب والمواد المقاومة للحشرات وما صرف في أعمال الزراعة والحصاد مثل أجرة الأدوات والآلات التي استخدمت في هذه الأعمال.

ومحل الامتياز هو المحصول الذي صرفت المصروفات في إنتاجه أيا كانت المدة التي إقتضاها إنتاج المحصول، سنة أو أقل أو أكثر. وإذا كانت المصروفات قد انفقت في إنتاج أكثر من محصول، فيرد الامتياز على كل محصول بنسبة ما خصه من هذه المصروفات. ويرد هذا الامتياز على محصول الأرض سواء كان المدين بالمصروفات

هو مالك المحصول أم كان غير المالك ، وسواء بقي المحصول في الأرض أو نقل منها إلا إذا اصطدم بالأثر المسقط لقاعدة الحيازة في المنقول.

وتأتي مرتبة الامتياز بعد الحقوق السابقة ، أي في المرتبة الخامسة. وإذا تعددت المصروفات التي يضمنها الامتياز فتكون لها جميعا مرتبة واحدة فتستوفي بنسبة كل حق منها.

ثم يأتي في المرتبة السادسة إمتيازان ، الأول هو امتياز المؤجر. الذي نصت عليه المادة ١٠٧٦ التي تقابل المادة ١١٠ من القانون الحالي.

والحق الممتاز هو حق مؤجر المباني أو الأراضي في الأجرة لمدة سنتين أو لمدة الإيجار ان قلت عن ذلك ، وكذلك كل حق آخر يثبت للمؤجر بمقتضى عقد الإيجار كالتعويض الذي يستحقه المؤجر عن تلف العين المؤجرة أو إستعمالها في غير ما أعدت له أو عن عدم قيام المستأجر بالتزام يفرضه عليه عقد الإيجار كالتزامه بعمل تغييرات أو إصلاحات معينة في العين المؤجرة أو ملحقاتها. أما الحقوق التي تكون للمؤجر قبل المستأجر لسبب آخر غير الإيجار كالقرض فلا يضمنها الامتياز.

ومحل الامتياز هو ما يكون موجودا بالعين المؤجرة من منقولات قابلة للحجز، ومن محصول زراعي. وفيما يتعلق بملكية المنقولات فالامتياز يرد عليها أولا إذا كانت مملوكة للمستأجر ، وثانيا إذا كانت مملوكة لزوجته المستأجر ، وثالثا إذا كانت مملوكة لغيرهما ولم يثبت ان المؤجر كان يعلم بذلك وقت وضعها في العين المؤجرة ، أما إذا كان يعلم أنها ليست مملوكة للمستأجر أو زوجته فالامتياز لا يشملها. وثبوت حق المؤجر في الامتياز على منقولات الغير عندما يكون حسن النية يجعله في حكم الحائز حسن النية فتسري أحكام استرداد المنقولات المسروقة أو الضائعة. ورابعا ، إذا كانت المنقولات أو المحصولات مملوكة لمستأجر من الباطن فامتياز المؤجر يرد عليها إذا كان قد اشترط صراحة على المستأجر عدم التأجير من الباطن. فإذا لم يكن المؤجر قد اشترط ذلك فلا يثبت له الامتياز على منقولات المستأجر من الباطن إلا لضمان المبالغ التي تكون مستحقة للمستأجر الأصلي في ذمة المستأجر من الباطن وقت أن ينذره المؤجر بعدم دفع هذه المبالغ للمستأجر الأصلي.

وواضح من النص أنه يشترط لثبوت الامتياز أن تكون المنقولات أو المحصولات الزراعية موجودة في العين. فإذا وجدت بالعين وبالتالي ثبت عليها الامتياز فما أثر نقلها؟ إذا نقلت المنقولات أو المحصولات أو بعضها بعلم المؤجر ودون معارضة منه انقضى حق الامتياز بالنسبة لما نقل ، وكذلك ينقضي الامتياز بالنسبة لما نقل إذا كان ما بقي في العين المؤجرة يكفي للوفاء بالحقوق الممتازة. أما إذا نقلت على الرغم من معارضة المؤجر أو على غير علم منه ، ولم يبق في العين ما يكفي لضمان الحقوق الممتازة ، فيبقى الامتياز قائماً دون أن يضر هذا بالحق الذي كسبه الغير حسن النية على هذه المنقولات أي إلا إذا اصطدم قيام الامتياز بالأثر المسقط لحيازة شخص آخر للمنفوق إذا توافرت شروط قاعدة الحيازة في المنقول سند الحق. هذا هو الأصل ولكن المشروع جعل نقل المنقولات من العين المؤجرة على الرغم من معارضة المؤجر أو على غير علم منه في حكم الضياع أو السرقة فنص على أن «ويبقى الامتياز قائماً ولو أضر بحق الغير لمدة ثلاث سنوات من يوم نقلها إذا وقع المؤجر عليها حجزاً إستحقاقياً في الميعاد القانوني. ومع ذلك إذا بيعت هذه الأموال إلى مشتر حسن النية في سوق عام أو في مزاد علني أو ممن يتجر في مثلها ، وجب على المؤجر أن يرد الثمن إلى ذلك المشتري».

ويأتي في المرتبة السادسة أيضاً امتياز صاحب الفندق ، الذي نصت عليه المادة ١٠٧٧ التي تقابل المادة ١١١ من القانون الحالي.

والحق الممتاز هو ما يستحقه صاحب الفندق في ذمة النزيل عن أجره الإقامة والمؤونة وما صرف لحسابه. فيجب أولاً أن نكون بصدد صاحب فندق ويقصد به المكان الذي يعد لتقديم المأوى وما يقتضيه من خدمات سواء كان يقدم الطعام في الوقت نفسه أم لا. وعلى ذلك لا يستفيد من هذا الامتياز أصحاب المطاعم والمقاهي الذين لا يقدمون المأوى ويثبت الامتياز لصاحب الفندق سواء كان النزيل من أهل البلد أو من بلد آخر. ويضمن الامتياز أجره الإقامة وثمان الطعام والشراب والخدمات التي يقدمها الفندق للنزيل ومن معه كأفراد أسرته وخدمه مثل أجره غسل الملابس وأجرة جراج السيارة الملحق بالفندق، كما يشمل ما دفعه صاحب الفندق لحساب النزيل عندما كلفه بذلك كأجرة التاكسي أو شراء بعض الأشياء التي طلبها النزيل. ويقتصر الامتياز على ضمان ما يستحقه صاحب الفندق عن آخر مرة نزل فيها النزيل في الفندق ، فإذا فرض أن ترك

النزيل الفندق مدينا بشيء مما ذكر ثم عاد مرة أخرى فلا يكون لصاحب الفندق حق امتياز على ما يحضره هذه المرة من أمتعة لضمان المبالغ السابقة.

أما محل الامتياز فهو الامتعة التي أتى بها النزيل إلى الفندق أو ملحقاته ، سواء أتى بها إلى الفندق عند حضوره أو أتى بها خلال الفترة التي أقام فيها بالفندق ، وسواء أتى بها النزيل بنفسه أو بواسطة أحد تابعيه. فيشمل محل الامتياز الملابس والمجوهرات والنقود والسيارة والبضائع التي يشتريها النزيل ويحضرها الى الفندق أو أحد ملحقاته كالمخازن. والأصل ان الامتياز يرد على هذه الأشياء إذا كانت مملوكة للنزيل أو أحد تابعيه ، ولكن صاحب الفندق يعتبر حائزا حسن النية فلا يحتج عليه بحق الغير إذا كان لا يعلم وقت إدخال الأشياء في الفندق بحق الغير ، وحسن النية مفترض إلى أن يثبت العكس. ولكن إذا كانت الأمتعة مسروقة أو ضائعة فلمالكها أن يستردها من صاحب الفندق وفقا للقاعدة العامة في هذا الشأن. وإذا نقلت الأمتعة رغم معارضة صاحب الفندق أو دون علمه فيسري هنا ما ذكر في شان امتياز المؤجر الوارد في المادة السابقة.

ومرتبة هذا الامتياز هي المرتبة السادسة أي نفس مرتبة امتياز المؤجر أي بعد حقوق الامتياز المنصوص عليها في المواد من ١٠٧١ إلى ١٠٧٥. ولكن إذا كان المنقول الموجود في الفندق محملا بحق امتياز متقدم ، كامتياز الحفظ مثلا، فصاحب الفندق يعتبر حائزا وفقا لنص المادة ١٠٦٧ فلا يحتج عليه بالامتياز المتقدم إلا إذا كان يعلم بوجوده وقت وضع المنقول في الفندق. وإذا تراحم صاحب امتياز الفندق وصاحب امتياز المؤجر - وهما في مرتبة واحدة - قدم الحق الأسبق في التاريخ ما لم يكن غير نافذ بالنسبة لصاحب الحق الآخر. وعلى ذلك إذا نقل المنقول من العين المؤجرة دون علم المؤجر أو رغم معارضته ووضع في الفندق فيكون امتياز المؤجر أسبق في التاريخ فيتقدم على امتياز صاحب الفندق ، إذا ثبت أن صاحب الفندق كان يعلم بامتياز المؤجر ، فإذا لم يثبت ذلك اعتبر صاحب الفندق حائزا حسن النية للمنقول فلا يحتج عليه بامتياز المؤجر. ومثل هذا يقال في الصورة العكسية أي إذا نقل المنقول من الفندق دون علم صاحب الفندق أو رغم معارضته ووضع في العين المؤجرة.

وفي المرتبة السابعة يأتي امتياز بائع المنقول ، الذي نصت عليه المادة ١٠٧٨ ، التي تتقابل المادة ١١٢ من القانون الحالي.

والحق الممتاز هو حق بائع المنقول في الثمن كله أو ما بقي منه في ذمة المشتري وملحقات هذا الثمن مثل نفقات المطالبة به. ويستوى أن يكون الثمن مؤجلا أو غير مؤجل فهو في الحالين مضمون بالامتياز ما دام المشتري لم يدفعه. أما الحقوق الأخرى، غير الثمن وملحقاته، التي تثبت للبائع بمقتضى عقد البيع كالتعويضات التي يستحقها البائع لإخلال المشتري بالتزام من التزاماته فلا يضمنها الامتياز سواء كان التعويض قضائيا أو إتفاقيا.

وأما محل الامتياز فهو المنقول المبيع ذاته، ويبقى المنقول محملا بالامتياز ما دام محتفظا بذاتيته، فإذا فقد ذاتيته كما لو استخدم المنقول في بناء عقار فأصبح عقارا بطبيعته كالاحجار والأخشاب فيزول حق الامتياز. ويبقى الامتياز قائما على المنقول المبيع ولو تصرف فيه المشتري أو نشأ عليه للغير حق آخر، إلا إذا أصطدم بحق حائز حسن النية، فإذا كان الغير الذي اشترى المنقول أو ارتهنه رهنا حيازا قد تسلمه وهو حسن النية أي جاهلا بامتياز البائع فلا يحتج بحق الامتياز عليه.

وتأتي مرتبة امتياز البائع تالية لحقوق الامتياز السابقة، إلا أنه يتقدم على امتياز المؤجر وامتياز صاحب الفندق إذا ثبت أنهما كانا يعلمان به وقت وضع المبيع في العين المؤجرة أو الفندق.

ويأتي في نفس مرتبة امتياز بائع المنقول، وهي المرتبة السابعة امتياز المتقاسم في المنقول الذي نصت عليه المادة ١٠٧٩ التي تقابل المادة ١١٣ من القانون الحالي.

والحق الممتاز هو حق كل متقاسم لمنقول في الرجوع على غيره من المتقاسمين بسبب القسمة، سواء كانت إتفاقية أو قضائية، وسواء كانت قسمة عينية أو بطريق التصفية أي عن طريق بيع المقسوم لتوزيع الثمن. والحقوق التي تثبت للمتقاسم بسبب القسمة هي، أولا: معدل القسمة أي الفرق بين قيمة الحصص الذي تقرر دفعه إلى المتقاسم الذي اختص بأقل من نصيبه عينا.

وثانيا: ما يستحقه المتقاسم من ثمن المنقول الذي بيع لعدم إمكان قسمته عينا إذا كان البيع لأحد الشركاء. وثالثا: ما يستحقه المتقاسم من تعويض إذا ما استحق شيء مما آل إليه في القسمة على أساس الالتزام بالضمان.

ومحل الامتياز هو المنقول أو المنقولات التي وقعت في نصيب المتقاسم الذي يكون مدينا بالحق المضمون بالامتياز ، فإذا كان الحق هو معدل القسمة ورد الامتياز على ما وقع من منقولات في نصيب من يلتزم بالمعدل. وإذا كان الحق الممتاز هو ما يخص أحد المتقاسمين من ثمن المنقول الذي اشتراه غيره من المتقاسمين ورد الامتياز على هذا المنقول. وإذا كان الحق الممتاز هو التعويض بسبب الاستحقاق ورد الامتياز على جميع المنقولات التي اختص بها غيره من الشركاء كل بقدر ما يلتزم به من التعويض. وأما مرتبة هذا الامتياز فهي المرتبة السابعة وهي نفس مرتبة امتياز بائع المنقول ، فإذا تراحم الحقان قدم الأسبق في التاريخ.

الفرع الثاني - حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على عقار

حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على عقار هي التي يكون محل الامتياز فيها عقارا أو عقارات معينة (م ١٠٦٣ من المشروع) وقد سبق أن نص المشروع على أن تسري عليها أحكام الرهن الرسمي بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق (م ١٠٦٦) ، كما سبقت الإشارة إلى أن ما يكون منها ضامنا لمبالغ مستحقة للخزانة العامة لا يلزم قيده ومع ذلك فهو يخول حق التتبع (م ١٠٦٤).

وقد نص المشروع على امتياز بائع العقار ، وامتياز المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين ، وامتياز المتقاسم في عقار.

فقررت المادة ١٠٨٠ التي تقابل المادة ١١٤ من القانون الحالي ، امتياز بائع العقار وهذا الامتياز يضمن ما يستحق لبائع العقار من الثمن وملحقاته ، على نحو ما سبق ذكره بالنسبة لامتياز بائع المنقول. ويرد الامتياز على العقار المبيع. ونظرا إلى أن الامتياز خاص ويرد على عقار فيجب أن يقيد حتى يحتج به على الغير ، كما هي الحال بالنسبة للرهن الرسمي ، وتكون مرتبته من وقت القيد.

وتقرر المادة ١٠٨١ التي تقابل المادة ١١٥ من القانون الحالي ، امتياز المقاولين والمهندسين. والحق الممتاز هو ما يثبت للمقاولين والمهندسين الذين عهد إليهم في تشييد أبنية أو منشآت أخرى أو في إعادة تشييدها أو في ترميمها أو في صيانتها. فيجب

أولاً أن يكون صاحب الحق مقاولاً أو مهندساً. وإذا كان القانون الحالي ، متأثراً بالقانون المصري ، يقصر الامتياز على المهندسين المعماريين دون غيرهم من المهندسين ، فلم ير المشروع ما يبرر ذلك خاصة والمباني والمنشآت في الوقت الحاضر تقتضي أعمالاً من مهندسين من تخصصات مختلفة ، مدنيين وكهربائيين وغير ذلك. ويجب أن يكون المهندس أو المقاول قد عهد إليه بالعمل الذي يطالب بالمبالغ المستحقة عنه ، فإذا قام بالعمل من تلقاء نفسه فلا يتمتع بهذا الامتياز. ولكن لا يشترط أن يكون مالك العقار هو الذي عهد إلى المقاول أو المهندس بالعمل فيثبت الامتياز ولو كان مستأجر العقار أو حائزه هو الذي عهد إلى المقاول أو المهندس بالعمل.

أما محل الامتياز فهو المباني أو المنشآت الأخرى التي شيدت أو رمت أو أجزى فيها عمل من أعمال الصيانة ، لا في قيمتها كلها ولكن بقدر ما ترتب على عمل المقاول أو المهندس من زيادة في قيمة العقار وقت بيعه. فإذا كان المقاول مثلاً قد أقام مبنى على أرض فضاء فلا يكون له امتياز على كل قيمة الأرض وما عليها ولكن على الفرق بين قيمة الأرض وحدها وقيمتها بما عليها من مبنى.

وهذا الامتياز يجب أن يقيد ، وتكون مرتبته من وقت القيد . لكن يلاحظ أن المادة ٩٧٧ من المشروع عندما قررت أن الرهن يشمل جميع التحسينات والإنشاءات التي أجريت في العقار المرهون قالت «مع عدم الإخلال بامتياز المبالغ المستحقة للمقاولين أو المهندسين فإذا رهن العقار ثم قيد وبعد ذلك قام المقاول أو المهندس بما عهد إليه من أعمال في هذا العقار ثم قيد الامتياز ، فيتقدم امتياز المقاول أو المهندس رغم تأخر قيده على قيد الرهن».

وأخيراً نصت المادة ١٠٨٢ التي تقابل المادة ١١٦ من القانون الحالي ، على امتياز متقاسم العقار الذي يضمن للمتقاسم ما يثبت له من حق قبل الشركاء المتقاسمين الآخرين بسبب القسمة ، على نحو ما ذكر من قبل بالنسبة لامتياز متقاسم المنقول. ومحل الامتياز هو ما وقع في نصيب الشريك أو الشركاء الذين يرجع عليهم المتقاسم صاحب الحق على نحو ما ذكر أيضاً بالنسبة لامتياز متقاسم المنقول.

ويجب أن يقيد هذا الامتياز ، وتكون مرتبته من وقت القيد.

مذكرة إيضاحية

لمشروع القانون رقم (١٥) لسنة ١٩٩٦ م بتعديل بعض أحكام المرسوم بالقانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ م بإصدار القانون المدني

إن هذا المشروع يهدف إلى تعديل بعض نصوص المرسوم بقانون. ويستهدف تعديل الفقرة الثانية من المادة الأولى إلى تقديم أحكام الفقه الإسلامي الأكثر اتفاقاً مع واقع البلاد ومصالحها على العرف وحتى تصبح أحكام الفقه الإسلامي مصدراً أساسياً يرجع إليه القاضي إذا لم يجد نصاً تشريعياً.

وعدلت أحكام الفقرة الأولى من المادة (٤٤) حيث أضيفت عبارة لا ينسب لساكت قول وهذا التعديل يهدف إلى استكمال القاعدة الشرعية في هذا الخصوص.

كما تم تعديل الفقرة الثانية من المادة (١١٦) وكذلك المادة (١٣٢) حيث حذفنا كلمتا الميراث والمورث في المادتين المذكورتين ووضعنا كلمتا الوصية والموصي بدلاً عنهما ، وذلك لأن المورث في الشريعة الإسلامية إذا لم يكن هو الولي الطبيعي ليس له - فيما يورث عنه - أن يفرض سلطته بتغيير حق الولاية على المال أو تقييدها بوصف أن الميراث حق شرعي ينتقل بموجبه المال إلى الوارث دون التوقف على إرادة المورث.

كما تم استبدال نص الفقرة الثانية من المادة ٢٩٦ ذلك أن الفقرة المذكورة من النص القائم تجيز الاتفاق على إعفاء المدين من المسؤولية عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه ، وفي بقاء النص على النحو القائم فيه تشجيع على الغش الذي ينافي الشريعة الإسلامية لحديث الرسول «من غشنا فليس منا» لذا رؤى الغاء هذه الفقرة.

كما تم استبدال نص المادة (٤٥٩) بحيث أنه إذا ترك تقدير الثمن لاجنبي عن العقد فلا ينعقد العقد الا اذا رضي المتعاقدان بهذا التقدير ، وذلك على أساس أن ترك تقدير

الثلث لاجنبي يجعله غير معلوم للمتعاقدين عند التعاقد ، وهو ما يخالف قواعد الفقه الاسلامي نظرا لما ينطوي عليه من جهالة وعند الخلاف يرجع إلى سعر المثل وذلك حتى يكون هناك معيار يتم الاحتكام اليه . عند وجود الخلاف .

ولقد حذفت من المادة (٨٤٢) عبارة: «اذا وجد اتفاق صريح على الاعفاء منه في الحالة الخاصة التي تنشأ عنها» لأن مثل هذا الاتفاق ينافي مقتضى العقد وفق قواعد الفقه الاسلامي ، هذا فضلا عن أنه يتعارض مع مبدأ جوهرى في العقد هو تحقيق المساواة بين المتقاسمين .

كما عدلت صياغة المادة (٩٠٦) حيث حلت الاشخاص الاعتبارية العامة محل الاشخاص المعنوية العامة وذلك توحيدا للمصطلح القانوني المستعمل في المواد (١٨) وما بعدها ، كما أضيفت أموال الوقف إلى النص حتى لا يعتد بحيازة الغير لها .

وكما تضمن المشروع النص في المادة الثانية منه على إضافة المواد التالية:

فقرة ثالثة للمادة (٣٩٢) تعالج حالة وفاء المدين وهو في مرض موته بدين بعض الدائنين حالة كون ماله لا يسع الوفاء بجميع ديونه ويؤدي هذا الوفاء إلى الأضرار ببقية الدائنين فان هذا الوفاء لا ينفذ في حقهم ويكون لهم أن يطلبوا استرداد ما دفعه المدين ليقسم بين جميع الدائنين قسمة غرماء ، وهذا تطبيقا لما يقرره الفقه الإسلامي في تصرفات المريض مرض الموت .

كما تضمن المشروع إضافة المواد من ٥١٩ مكرر إلى ٥١٩ مكرر (د) وهي جميعها تتضمن أحكام بيع السلم وهو بيع مؤجل التسليم بثمن معجل وقد أثبتت الحياة العملية الحاجة إلى مثل هذا النوع من البيوع .

فهرس المذكرة الايضاحية

الصفحة	الموضوع
٩	تقديم
١١	شكر وتقدير
١٣	أحكام عامة
١٦	الباب الأول - القانون
٢٣	الباب الثاني - الحق
٢٣	الفصل الأول - صاحب الحق
٢٨	الفصل الثاني محل الحق
٣٢	الفصل الثالث - استعمال الحق
٣٥	القسم الأول - الحقوق الشخصية أو الالتزامات
٣٧	الكتاب الأول - الالتزامات بوجه عام
٣٩	الباب الأول - مصادر الالتزام
٤٠	الفصل الأول - العقد
٤٣	الفرع الأول - انعقاد العقد
١٥٨	الفرع الثاني - آثار العقد
١٧١	الفرع الثالث - انحلال العقد
١٧٩	الفصل الثاني - الارادة المنفردة
١٨٢	الفصل الثالث - الفعل الضار
١٨٤	الفرع الأول - المسؤولية عن العمل غير المشروع
٢٠٧	الفرع الثاني - ضمان أذى النفس
٢١٢	الفصل الرابع - الفعل النافع أو الاثراء دون سبب على حساب الغير
٢٢٠	الفصل الخامس - القانون
٢٢١	الباب الثاني - آثار الالتزام
٢٢١	الفصل الأول - التنفيذ الجبري
٢٣٥	الفصل الثاني - الضمان العام للدائنين ووسائل المحافظة عليه
٢٤٤	الباب الثالث - الأوصاف المعدلة لآثار الالتزام
٢٤٤	الفصل الأول - الشرط والأجل

الصفحة	الموضوع
٢٤٨	الفصل الثاني تعدد محل الالتزام
٢٥١	الفصل الثالث - تعدد طرفي الالتزام
٢٦٠	الباب الرابع - انتقال الالتزام
٢٦٠	الفصل الأول - حوالة الحق
٢٦٤	الفصل الثاني - حوالة الدين
٢٧٢	الباب الخامس - إنقضاء الالتزام
٢٧٢	الفصل الأول - الوفاء
٢٨٣	الفصل الثاني - انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء
٢٩٤	الفصل الثالث - انقضاء الالتزام دون وفاء
٣٠٦	الكتاب الثاني - العقود المسماة
٣٠٦	الباب الأول - العقود التي تقع على الملكية
٣٠٦	الفصل الأول - البيع
٣٠٦	الفرع الأول - البيع بوجه عام
٣٢٩	الفرع الثاني - بعض أنواع البيوع
٣٣٤	الفصل الثاني - المقايضة
٣٣٥	الفصل الثالث - الهبة
٣٤٢	الفصل الرابع - القرض
٣٤٥	الفصل الخامس - الصلح
٣٤٩	الباب الثاني بالعقود التي ترد على منفعة الأشياء
٣٤٩	الفصل الأول - الايجار
٣٥٠	الفرع الأول - الايجار بوجه عام
٣٨٣	الفرع الثاني - بعض أنواع الايجار
٣٩٣	الفصل الثاني - الاعارة
٣٩٩	الباب الثالث - العقود الواردة على العمل
٣٩٩	الفصل الأول - المقاولة
٤٠٠	الفرع الأول - القواعد العامة للمقاولات
٤١٧	الفرع الثاني - الأحكام الخاصة بمقاولات المباني والانشاء

الصفحة	الموضوع
٤٢٤	الفصل الثاني - الوكالة
٤٣٣	الفصل الثالث - الايداع
٤٣٩	الفصل الرابع - الحراسة
٤٤٢	الباب الرابع - الكفالة والتأمين
٤٤٢	الفصل الأول - الكفالة
٤٥٦	الفصل الثاني - التأمين
٤٧٧	القسم الثاني - الحقوق العينية
٤٧٩	الكتاب الأول - الحقوق العينية الأصلية
٤٧٩	الباب الأول - حق الملكية
٤٨١	الفصل الأول - أحكام حق الملكية
٤٨١	الفرع الأول - نطاق حق الملكية
٤٩١	الفرع الثاني - الملكية الشائعة
٥٤٩	الفصل الثاني - أسباب كسب الملكية
٥٤٩	الفرع الأول - كسب الملكية ابتداء «الاستيلاء»
٥٥٣	الفرع الثاني - كسب الملكية ما بين الأحياء
٥٩٤	الفرع الثالث - كسب الملكية بسبب الوفاة
٥٩٧	الباب الثاني - الحقوق المنفردة عن حق الملكية
٥٩٧	الفصل الأول - حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكني
٦٠١	الفصل الثاني - حقوق الارتفاق
٦٠٦	الكتاب الثاني - الحقوق العينية التبعية
٦٠٦	التأمينات العينية
٦٠٨	الباب الأول - الرهن الرسمي
٦٠٨	الفصل الأول - انشاء الرهن الرسمي
٦١٣	الفصل الثاني - آثار الرهن الرسمي
٦١٣	الفرع الأول - أثر الرهن فيما بين المتعاقدين
٦١٧	الفرع الثاني - أثر الرهن بالنسبة الى الغير
٦٢٧	الفصل الثالث - انقضاء الرهن الرسمي

الصفحة	الموضوع
٦٢٩	الباب الثاني : الرهن الحيازي
٦٢٩	الفصل الأول - انشاء الرهن الحيازي
٦٣١	الفصل الثاني - آثار الرهن الحيازي
٦٣١	الفرع الأول - فيما بين المتعاقدين
٦٣٤	الفرع الثاني - بالنسبة الى الغير
٦٣٧	الفصل الثالث - انقضاء الرهن الحيازي
٦٣٩	الفصل الرابع - بعض أنواع الرهن الحيازي
٦٤٥	الباب الثالث - حقوق الامتياز
٦٤٥	الفصل الأول - أحكام عامة
٦٤٩	الفصل الثاني - أنواع الحقوق الممتازة
٦٤٩	الفرع الأول - حقوق الامتياز العامة وحقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول
٦٥٧	الفرع الثاني - حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على عقار
٦٥٩	المذكرة الايضاحية لمشروع القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٩٦ م بتعديل بعض أحكام المرسوم بالقانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ م بإصدار القانون المدني
٦٦١	الفهرس