

موسوعة الفقه والقضاء والتشريع

المستشار

محمد عزمي البكري

رئيس محكمة استئناف بني سويف

وعضو مجلس رؤساء محاكم الاستئناف (سابقا)

في

القانون المدني الجديد

المجلد السادس

عقد الهبة – عقد الشركة – عقد القرض – عقد الدخل الدائم – عقد الصلح

(المواد 486 – 557)



9 شارع سامي البارودي – باب الخلق – القاهرة

19 شارع بيرم التونسي – زينهم – السيدة زينب

ت: 23960443 – 23953301 – 01117997998

Email- dar.mahmoud88@hotmail.com

الفصل الثالث – الهبة

1- أركان الهبة

مادة (486)

- 1- الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب فى مال له دون عوض.
- 2- ويجوز للواهب، دون أن يتجرد عن نية التبرع، أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين.

الشرح

1- التنظيم التشريعى لعقد الهبة:

تناول التقنين المدنى القديم الهبة فى المواد (48 - 53) الواردة ضمن الباب الخامس الخاص بأسباب كسب الملكية والحقوق العينية. وكانت هذه النصوص تقتصر على الأحكام الخاصة بشكل الهبة وعلى جانب يسير من أحكامها الموضوعية.

وقد كان يتعين الرجوع فيما لم ينص عليه التقنين من أحكام إلى قانون الأحوال الشخصية. تأسيسا على أن الهبة ملحقة بالأحوال الشخصية وإن كانت بحسب طبيعتها من الأحوال العينية لأن المشرع لاحظ قيامها غالبا على فكرة التصديق المندوب إليه ديانة فأخرجها من اختصاص المحاكم المدنية⁽¹⁾ التى تطبق القانون المدنى

(1) وقد قضت محكمة النقض بأن:

"الأحوال الشخصية هى مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التى رتب القانون عليها أثرا قانونيا فى حياته الاجتماعية ككون إنسان ذكرا أو أنثى، وكونه زوجا أو أرملًا أو مطلقا أو أبًا أو ابنا شرعيا، أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سن أو عته أو جنون، أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية، أما الأمور المتعلقة بالمسائل المالية فكلها بحسب الأصل من الأحوال العينية، وإن، فالوقف والهبة والوصية والنفقات على اختلاف أنواعها ومناشئها هى من الأحوال العينية لتعلقها بالمال وباستحقاقه وعدم استحقاقه. غير أن المشرع المصرى وجد أن الوقف والهبة والوصية - وكلها من عقود التبرعات - تقوم غالبا على فكرة التصديق المندوب إليه ديانة، فألجأ هذا إلى اعتبارها من قبيل مسائل الأحوال الشخصية كيما يخرجها من اختصاص المحاكم المدنية التى =

والتي ليس من شأنها النظر في المسائل التي تحوى عنصرا دينيا ذا أثر في حكمها⁽¹⁾.
أما التقنين المدنى الجديد، فقد نظم عقد الهبة تنظيمًا كاملاً من حيث الشكل والموضوع. وقد نظر التقنين في ذلك إلى أن الهبة عقد مالى كسائر العقود. فينبغى أن يستوفى التقنين المدنى أحكامها جميعاً وأن يضعها فى مكانها بين العقود الأخرى، لا كما فعل التقنين القديم، وقد انتبذ بها مكاناً لا يخطر على البال.
 وقد استمد التقنين الأحكام الموضوعية فى الهبة من الشريعة الإسلامية وبخاصة كتاب الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية لمحمد قدري باشا حيث قننت هذه الأحكام. أما الأحكام المتعلقة بالشكل فقد استبقى المشرع فيها التقنين القديم مع شىء من التعديل.
 وقد جعل نصوص الهبة فى أقسام ثلاثة: أولها يتناول أركان الهبة، والثانى يبين أحكامها، والثالث يحدد جواز الرجوع فيها، وللرجوع فى الهبة خاصية تميزها عن كثير من العقود⁽²⁾.

أما الأركان فهى: الرضاء، والمحل، والسبب، والشكلية، وقد عرض المشروع فى هذا الصدد للوعد بالهبة، وللهبة فى مرض الموت، ولهبة ملك الغير، وللهبة المقترنة بشرط مستحيل أو بشرط غير مشروع، وللهبة المشروط فيها عدم التصرف، وللهدايا إذا فسخت الخطبة، وقرر⁽³⁾ أن الهبة يجب أن تكون فى ورقة رسمية⁽⁴⁾، إلا إذا كانت مستترة تحت ستار عقد آخر، أو كانت هبة منقول تم تسليمه، وقد صرف النظر عن تعديل التقنين

= ليس من نظامها النظر فى المسائل التى قد تحوى عنصرا دينيا ذا أثر فى تقدير حكمها. على أن أية جهة من جهات الأحوال الشخصية إذا نظرت فى شىء مما تختص به من تلك العقود، فإن نظرها فيه بالبداهة مشروط باتباع الأنظمة المقررة قانوناً لطبيعة الأموال الموقوفة والموهوبة والموصى بها".

(طعن رقم 40 لسنة 3ق جلسة 1934/6/21)

- (1) الدكتور أكثم الخولى العقود المدنية - الصلح والهبة والوكالة الطبعة الأولى 1957 ص72.
- (2) مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدنى الجزء الرابع ص241.
- (3) ورد فى النظرة العامة لمذكرة المشروع التمهيدى "هبة العقار" بدلا من "الهبة".
- (4) ورد فى النظرة العامة لمذكرة المشروع التمهيدى العبارة الآتية "حتى لو كانت هبة مستترة" يستطيع الغير أن يحتج بها إن كانت له مصلحة فى ذلك وفقا لأحكام الصورية، وفى هذه المسألة يخالف المشروع أحكام التقنين (القديم)، أما فى المنقول فالقبض ضرورى لتتمام الهبة اتباعا لأحكام الشريعة الإسلامية، ولا تغنى الرسمية عن القبض خلافا لأحكام التقنين الحالى.

القديم في شأن ذلك، لأن هذه القواعد قد ألفها المتعاملون من زمن طويل أو لم يوجد ما يدعو إلى تغييرها.

وفي أحكام الهبة اتخذ المشروع البيع نموذجا تسير الهبة على غرارها، فهناك التزامات في ذمة الواهب هي نقل ملكية الموهوب وتسليمه، وضمان الاستحقاق، وضمان العيب. أما الموهوب له فلا يكاد يلتزم بشيء لأن الهبة تبرع، إلا أن الواهب قد يشترط العوض فيلتزم الموهوب له بأدائه في حدود قيمة الموهوب.

والرجوع في الهبة نقلت أحكامه عن الشريعة الإسلامية. فالهبة يجوز الرجوع فيها بالتراضي أو بالتقاضى، وقد حدد المشرع هذه القاعدة تحديدا واضحا، فليس معناها أن الهبة يجوز الرجوع فيها إطلاقا، بل يشترط في الرجوع - إذا لم يرض به الموهوب له - أن يكون عند الواهب عذر مقبول فيه، وأورد المشرع أمثلة من العذر المقبول مما يقرب الشريعة الإسلامية من القوانين الأجنبية، وهناك موانع للرجوع في الهبة نقلت عن الشريعة الإسلامية كما قننها قدرى باشا في كتابه عن الأحوال الشخصية ويمكن القول بوجه عام إن المشرع أكسب عقد الهبة صلابة وقوة في الإلزام على النحو الذى ينبغى أن يكون لعقد هو - وإن كان تبرعا - ملزم للمتعاقدين كسائر العقود⁽¹⁾.

2 - تعريف عقد الهبة :

عرفت الفقرة الأولى من المادة 486 من التقنين المدني الجديد عقد الهبة بأنه: "عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض".

وقد اعتور هذا التعريف قصوره عن إيضاح المميزات الرئيسية لعقد الهبة. فمن ناحية، أغفل وجوب نقل الملكية حال حياة الواهب، فأغفل بذلك فرقا هاما بينها وبين الوصية.

إلا أنه لم يفت على المذكرة الإيضاحية أن تشير إلى أن الهبة "عقد يتم في حال الحياة".

ومن ناحية ثانية، أغفل التعريف قصد التبرع كعنصر أساسى للهبة، وبالتالي فإنه يشمل الكفالة العينية، وهى رهن مال لدين على آخر.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص244 وما بعدها.

فالكفيل العيني "يتصرف في مال له دون عوض"، كما تنص المادة 1/486 مدنى، ولكنه ليس واهبا وإن كان متبرعا⁽¹⁾.

وكان نص المادة 1/659 من المشروع التمهيدي يبرز قصد التبرع إذ يضيف على التعريف "ويكون من شأن هذا التصرف أن يثرى الموهوب له"، ولكن هذه الإضافة حذفت فى لجنة المراجعة لعدم ضرورتها"، مع أنها فى الحقيقة ضرورية⁽²⁾.

ومن هذا يبين أن الهبة عقد يتم فى حال الحياة يتصرف بمقتضاه الواهب فى ماله دون عوض بنية التبرع تصرفا من شأنه أن يثرى الموهوب له⁽³⁾.

ولم يتضمن التقنين المدنى القديم تعريفا للهبة، وإن كان هذا التعريف كان معمولاً به فى ظله⁽⁴⁾.

(1) لا تتحقق الهبة فى الكفالة العينية إلا فى حالة ما إذا أوفى الكفيل العيني الدين المكفول وتنازل عن مطالبة هذا الأخير بالمبلغ المدفوع إلى الدائن. ففى هذه الحالة يكون التنازل هبة غير مباشرة، لا الكفالة العينية ذاتها (الدكتور محمود جمال الدين زكى مبادئ القانون المدنى فى العقود المسماة - الصلح، الهبة، القرض والدخل الدائم، العارية الطبعة الأولى ص 57 هامش 31).

(2) أكتّم الخولى ص 75 - محمود جمال الدين زكى ص 56 وما بعدها.

(3) أكتّم الخولى ص 75 وما بعدها.

(4) تعريف الهبة لغة:

الهبة لغة التبرع والتفضل على الغير ولو بغير مال بما ينتفع به مطلقاً، سواء أكان مالا أم كان غير مال.

(الدكتور محمد كامل مرسى العقود المسماة - الجزء الثانى الطبعة الثانية 1371 هـ 1952 م ص 16)

وقد جاء بالمعجم الوجيز طبعة مجمع اللغة العربية الأولى سنة 1400 هـ (1980 م) ص 682.

(وَهَبَ) له الشيء - (يَهَبُهُ) وَهَبًا، وَهَبَةً: أَعْطَاهُ إِيَّاهُ بِلَا عَوَضٍ. فهو وَاهِبٌ وَوُهُوبٌ وَوَهَّابٌ.

(وشرعا) تملك المال بلا عوض (تكملة فتح القدير على شرح الهداية الجزء التاسع ص 19).

وقد قال الله تعالى: ﴿وَوَهَبْنَا لَهُ إِسْحَاقَ وَيَعْقُوبَ ۚ﴾ وقال تعالى: ﴿يَهَبُ لِمَن يَشَاءُ إِنِّ شَاءُ﴾

وَيَهَبُ لِمَن يَشَاءُ الذُّكُورَ ۚ﴾ وقال: ﴿وَوَهَبْنَا لِدَاوُدَ سُلَيْمَانَ ۚ﴾ =

= جواز الهبة شرعا:

الهبة عقد جائز شرعا. وقد ثبت جوازها بالكتاب والسنة والإجماع.

ويبين من هذا التعريف أن للهبة خصائص أربع نعرض لها فيما يلي.

3 - خصائص عقد الهبة :

أولاً : الهبة عقد بين الأحياء :

الهبة عقد يتم بإيجاب وقبول متطابقين فلا تتعقد الهبة بإرادة الواهب وحده، بل لابد من قبول الموهوب له. وفى هذا تختلف الهبة عن الوصية التى تتعقد بالإرادة المنفردة للموصى ويجوز له الرجوع عنها، فهى لا تنتج أثرها إلا بموت الموصى.

ولئن كان يشترط رضاء الموصى له بالوصية بعد موت الموصى، فليس قبولا لإيجاب الموصى، بل هو تثبيت لحق الموصى له فى الموصى به حتى لا يكسب حقا بغير رضائه. ويقطع فى ذلك أن الموصى له يكسب الموصى به لا من وقت قبوله الوصية بل من وقت موت الموصى، ولو كانت الوصية عقدا تتم بقبول الموصى له لكسب هذا ملكية الموصى به من وقت قبوله لا من وقت موت الموصى⁽¹⁾.

وطالما أن الهبة عقد، فهى عقد بين الأحياء، لأن القانون المصرى - عكس القانون الرومانى - لا يعرف العقد إلا بين الأحياء. أما القانون الرومانى فيعرف الهبة لما بعد الموت أى التى يربح فيها انتقال الملكية لما بعد وفاة الواهب. وهى هبة يتجرد بها الواهب من ماله دون مقابل لمصلحة الموهوب له عندما يخشى أن تكون منيته قد دنت، كأن يكون موشكا على الاشتباك فى حرب أو فى مبارزة أو كأن يكون مصابا بمرض خطر،

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حُيِّتُمْ بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوهَا ۗ﴾.

والمراد بالتحية العطية. وقيل المراد بالتحية السلام. والأول أظهر، فإن قوله "أو ردها"، يتناول ردها بعينها وإنما يتحقق ذلك فى العطية.

وقال تعالى: ﴿فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا ۗ﴾. وإباحة الأكل بطريق الهبة دليل جواز الهبة.

أما السنة فحديث أبى هريرة أن النبى ﷺ قال: "الواهب أحق بهبته مالم يثب منها". ولأن الهبة من باب الإحسان واكتساب سبب التودد بين الإخوان فقد قال الرسول عليه السلام "تهادوا تحابوا".

(1) الدكتور عبد الرزاق السنهورى الوسيط فى شرح القانون المدنى الجزء الخامس المجلد الثانى سنة 1962 ص 6.

ولا ينتقل ملك الموهوب له إلا إذا مات الواهب قبله، فإذا نجا الواهب من الموت انفسخت الهبة من تلقاء نفسها⁽¹⁾.

ويرى البعض أنه يمكن تخريج الهبة لما بعد الموت طبقاً للقواعد العامة على أنها هبة مضافة إلى أجل غير محدد. ومن ثم تختلط بالوصية⁽²⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى للتقنين المدنى أنه :

"وبلاحظ أنه الهبة عقد يتم فى حال الحياة. أما الهبة لما بعد الموت، وتختلف عن الوصية فى أنه لا يجوز الرجوع فيها إلا حيث يجوز الرجوع فى الهبة، فباطلة ويكون الموهوب لورثة الواهب (م 405 فقرة ثانية من قانون الأحوال الشخصية)⁽³⁾.

وينتقد البعض ما ذهبت إليه المذكرة الإيضاحية من بطلان الهبة لما بعد الموت، تأسيساً على أن المذكرة الإيضاحية تستند فى تقرير هذا الحكم إلى المادة 405 فقرة ثانية من قانون الأحوال الشخصية وهى تقرر بطلان الرقبى⁽⁴⁾ شرعاً. وأنه لا محل لهذا الاستناد لأن بطلان الرقبى شرعاً ليس إلا تطبيقاً لمبدأ شرعى عام لا نظير له فى التقنين المدنى وهو عدم جواز إضافة التملكيات إلى المستقبل. ولا شك فى أن أحكام الهبة فى التقنين الجديد قد نقلت أساساً عن الشريعة الإسلامية. ولكن إغفال النص على بطلان هذه الهبات يدل على رغبة المشرع عن هذا الحكم الخاص.

ولذلك يجب اعتبار الهبة لما بعد الموت وصية يجوز الرجوع فيها مطلقاً ولا تنفذ إلا فى ثلث التركة. أما القول ببطلانها بحيث يكون الموهوب لورثة الواهب فليس له ما يبرره⁽⁵⁾.

(1) السنهاورى ص 6.

(2) الدكتور محيى الدين إسماعيل علم الدين العقود المدنية الصغيرة فى القانون المدنى والشريعة الإسلامية والقوانين العربية الطبعة الثانية ص 11.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى الجزء الرابع ص 244.

(4) الرقبى التى تنص هذه المادة على بطلانها صورتها أن يقول: دارى لك رقبى إن مت قبلك فهى لك وإن مت قبلى فهى لى. وسميت هذه الهبة بالرقبى لأن كلا الطرفين يترقب موت الآخر فيخلص له الموهوب.

(5) أكتّم الخولى ص 77 - ويتفق معه فى النتيجة الدكتور السنهاورى ص 70 وما بعدها إذ يذهب إلى أنه: "فلا يجوز فى القانون المصرى أن يعقد الواهب هبة بائنة ويرجىء فى الوقت ذاته = نقل ملكية الموهوب إلى ما بعد موته، ولا يستطيع أن يعقل ذلك إلا عن طريق الوصية وبإرادته

ثانيا : تصرف الواهب فى مال له :

رأينا أن الفقرة الأولى من المادة 486 من التقنين المدني عرفت الهبة بقولها: "الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب فى مال له دون عوض" فالهبة وإن كانت من عقود التبرع إلا أنه يميزها أن الواهب يتصرف فى مال له. ذلك أن عقود التبرع تشمل طائفتين من العقود: عقود محل الالتزام فيها عمل أو امتناع عن عمل دون مقابل، مثل العارية والوديعة والوكالة والكفالة، فهذه العقود تبرعات طالما أنها تتم بلا أجر وعقود محل الالتزام فيها إعطاء شئ دون مقابل وهذه هى الهبة.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"يعرف المشروع الهبة تعريفا يميزها عن غيرها من أعمال التبرعات، فهى تشترك مع سائر التبرعات (كعارية الاستعمال والوديعة دون مقابل) فى أنها تجعل الموهوب له يثرى دون عوض، وفى أنها تقتزن بنية التبرع، ولكنها تنفرد بخاصية هى أنها من أعمال التصرف، فالواهب يلتزم بنقل ملكية دون مقابل، ويترتب على ذلك أن الالتزام بعمل أو بالامتناع عن عمل، كما فى عارية الاستعمال والوديعة، لا يكون هبة وإن كان تبرعا، ولا يكون الامتناع عن الإثراء، من باب أولى، هبة، فإذا رفض الموصى له الوصية، أو رفض المستفيد فى الاشتراط لمصلحة الغير الحق المشترط لمصلحته، فلا يعتبر ذلك هبة منهما، كذلك لا يكون الإبراء من الدين والاشتراط لمصلحة الغير إلا هبة غير مباشرة، لأنها لا تشتمل على التزام بنقل الملكية"⁽¹⁾.

فالأصل أن الواهب يلتزم بنقل حق عينى إلى الموهوب له. ويتحقق هذا بالتصرف مباشرة فى المال فينقل الواهب للموهوب له ملكية عقار أو منقول. ويستوى أن يكون الحق الموهوب حق ملكية فى العقار أو المنقول، أو أن يكون حق انتفاع أو حق استعمال أو حق سكنى أو حق ارتفاق أو غير ذلك من الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية.

المنفردة التى يجوز له الرجوع فيها"، والمعلوم أن الوصية لا تجوز بغير إجازة الورثة إلا فى ثلث التركة، أما الهبة فتجوز فى كل المال - وعكس الرأى السابق محمد كامل مرسى ص19 - جمال زكى ص58 فيريان أن الهبة لما بعد الموت باطلة، ويكون الموهوب لورثة الواهب.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص244.

وقد يكون ذلك بأن يلتزم الواهب للموهوب له بحق شخصى هو إعطاء شيء، كأن يلتزم الواهب للموهوب له بمبلغ من النقود، وهذا تصرف غير مباشر فى المال إذ هو إنقاص من مجموع ذمة الواهب⁽¹⁾.

ثالثا : التصرف فى المال دون عوض :

رأينا أن الفقرة الأولى من المادة 486 مدنى عرفت الهبة بأنها عقد يتصرف بمقتضاه الواهب فى مال له دون عوض.

فيجب أن يكون التصرف فى المال الموهوب دون مقابل. ويعنى هذا من ناحية ألا يكون فى ذمة المتصرف التزام سابق نحو المتصرف إليه يعتبر تصرفه وفاء له، ومن ناحية أخرى ألا يدخل فى ذمة الأول عوضا عما خرج منها إلى الثانى. وبعبارة أكثر إيجازا ينحصر العنصر المادى فى افتقار المتصرف واغتناء المتصرف إليه بسببه⁽²⁾.

وهذا العنصر يطلق عليه العنصر المادى أو الموضوعى فى الهبة تمييزا له عن العنصر المعنوى وهو نية التبرع كما يلي. وليس ثمة مانع من أن تكون الهبة دون عوض أن تكون من الهبات المتبادلة. فقد يهب شخص آخر شيئا، ثم يهب الموهوب له شيئا للواهب، فتكون الهبتان متبادلتين. وتكون كل منهما دون عوض، لأن كلا من الهبتين ليست عوضا عن الهبة الأخرى، بل كل واهب قد وهب بنية التبرع غير ناظر إلى الهبة الأخرى كعوض عن هبته. وينطبق ذلك أيضا على الهبات المتبادلة فى مناسبات معينة، كالأفراح وحفلات القران وأعياد الميلاد، فالصديق يقدم هدية لصديقه فى إحدى هذه المناسبات قاصدا التبرع، ولا ينفى هذه النية عنده أنه يتوقع أن صديقه سيقدم له هدية فى مناسبة مقبلة⁽³⁾.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة الصف الجزئية بأن :

"ما يقدمه الناس بعضهم لبعض فى الأفراح باسم "النقوط" إن هو إلا هبة تتم بالقبض، ولاحق للواهب فى طلب استرداد هبته. وللموهوب له حق ردها بمثلها أو أقل أو

(1) السنهورى ص10.

(2) محمود جمال الدين زكى ص67 وما بعدها.

(3) السنهورى ص12.

أكثر منها، في ظروف كالظروف الذي أخذها فيها، وهذا يكون بالتراضى لا بحكم القاضى⁽¹⁾.

ولكننا سنرى أنه لا ينال من الهبة أن يشترط الواهب عوضا لهبته، والعوض هو التزام ينشئه عقد الهبة في ذمة الموهوب له لمصلحة الواهب أو لمصلحة أجنبي أو للمصلحة العامة. ويكون العوض عادة أقل من الهبة. ويكون المقدار المتبرع به هو الفرق بين قيمة المال الموهوب والعوض المشترط. كما أن الفقرة الثانية من المادة 486 تنص على أنه يجوز للواهب، دون أن يتجرد عن نية التبرع، أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين.

رابعاً: نية التبرع :

نية التبرع - كما أسلفنا - هي العنصر المعنوي في الهبة. فيجب أن تتوافر في الواهب عند الهبة نية التبرع. ويمكن تعريفه بوجه عام بأنه إرادة المتصرف في أن يتجرد عن الحق محل العقد دون الحصول على عوض يساويه. فالواهب لا يبغي تحقيق غرض نفعي، ولا يرمى من وراء الهبة إلى تحقيق مصلحة شخصية له، بل يقوم بتضحية لا يريد منها إلا إغناء الموهوب له.

وتتعدم نية التبرع بطبيعة الحال إذا قصد المتصرف إلى تحقيق منفعة لا يتسنى له الحصول عليها دون العقد فمناط وجوب هذا العنصر أو انعدامه هو ما أضمره المتصرف في نيته وقت العقد وما توخاه من إبرامه.

وإذا تمحضت نية الواهب عن التبرع كان التصرف هبة ولو جنى بسببه ربحاً لم يدخل في حسابانه. ويكون معاوضة إذا كان له من ورائه مأرباً ولو تخلف ظنه في تحققه، فمقياس التقدير شخصي أو ذاتي وليس نوعياً أو مجرداً، يجب للكشف عنه البحث في نية المتصرف وتحسس ما كان يدور في خلده وقت التعاقد لا الأخذ بمقياس مادي أو مجرد. وتقدير ما إذا كانت هذه المنفعة أو تلك المصلحة مساوية لما أعطى للحصول عليها، أو ما إذا كان في العقد الوسيلة المؤدية إلى تحقيقها⁽²⁾.

(1) 29 يناير 1934 المحاماة 15 رقم 20/27 ص 60 ومشار إليه في السنهاورى ص 12 هامش

(2).

(2) محمود جمال الدين زكى ص 61 وما بعدها.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"نية التبرع مسألة نفسية وتعرفها من شئون محكمة الموضوع. فإذا كان الحكم المطعون فيه قد استخلص توافر نية التبرع لدى المورث وقت التصرف من إرادته الهبة أى التصرف بدون عوض وأثبت الحكم أن الثمن المسمى فى العقد صورى لم يقصد المورث المتصرف قبض شىء منه فإن الحكم يكون بذلك قد دلل على أن المورث لم يقصد من التصرف تحقيق أية منفعة له وإنما مجرد تضحية من جانبه لأجل الموهوب له وهو ما يكفى للتدليل على توافر نية التبرع ولا على الحكم إن هو استخلص هذه النية أيضا من رضا المتصرف بالهبة لأن نية التبرع تختلط فى الواقع بركن الرضاء فى الهبة فالواهب عند ما يرضى بالهبة وهى تعنى التصرف فى ماله دون عوض فإن رضاه هذا يكون متضمنا نية التبرع".

(طعن رقم 351 لسنة 33 ق جلسة 1967/12/7)

ومن الحالات التى تتقدم فيها نية التبرع ما يأتى :

(أ) الوفاء بالتزام طبيعى :

الالتزام المدنى يقوم على عنصرين: الأول هو عنصر الواجب أو المديونية. والثانى هو عنصر المسؤولية أو الجزاء. أما الالتزام الطبيعى فهو التزام يقوم على عنصر واحد هو عنصر الواجب أو المديونية، فالالتزام الطبيعى لذلك التزام ناقص. فلو كان من الواجب على المدين فى التزام طبيعى أن يوفى بالتزامه، إلا أنه إذا تخلف عن الوفاء به فلا يجبر على ذلك، وعلى ذلك نصت المادة 199 مدنى بقولها: "(1) ينفذ الالتزام جبرا على المدين. (2) ومع ذلك إذا كان الالتزام طبيعيا فلا جبر فى تنفيذه". والالتزام الطبيعى بهذا الوصف يقترب كثيرا من الواجب الأخلاقى الذى لا يحميه القانون بأى جزاء مدنى. وهو فى الواقع يقف فى مرتبة وسطى بين الالتزام المدنى والواجب الأخلاقى.

والالتزام الطبيعى يرجع فى أصله إلى الواجب الأخلاقى من ناحية وإلى الالتزام المدنى من ناحية أخرى، فهو إما واجب أخلاقى ارتفع فى نظر القانون إلى درجة يبرر الاعتداد به، دون أن يصل مع ذلك إلى مرتبة الالتزام المدنى. أو هو بحسب أصله التزام مدنى انخفضت قيمته فى نظر القانون. فأصبح لا يترتب على الإخلال به أى جزاء،

ولكنه لم يصل فى انخفاضه إلى درجة الواجب الأخلاقى الذى لا يعتد به القانون إطلاقاً⁽¹⁾.

وتنص المادة 200 مدنى على أن: "يقدر القاضي، عند عدم النص، ما إذا كان هناك التزام طبيعى وفى كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعى يخالف النظام العام". ويبين من هذا النص أنه يشير إلى حالات نص المشرع فيها على وجود التزام طبيعى. ومن هذا القبيل نص المادة 386 فقرة أولى فى باب التقادم وهو يقضى بأن يترتب على التقادم انقضاء الالتزام، ومع ذلك يتخلف فى ذمة المدين التزام طبيعى. وكذلك نص المادة 489 فى باب الهبة وهو يقضى بأنه "إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعب فى الشكل، فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه". وتدل الأعمال التحضيرية على أن المقصود بهذا النص اعتبار الهبة الباطلة شكلاً منشئة التزاماً طبيعياً فى ذمة الواهب وورثته من بعده⁽²⁾.

وفيما عدا الحالات التى يوجد فيها نص خاص على وجود التزام طبيعى يكون للقاضى سلطة تقدير وجود الالتزام الطبيعى فى كل حالة على حدة. والقاضى يسترشد فى هذا الشأن بفكرة العدل، أساس القانون، والمصدر البعيد لكل أحكامه. لا يعتمد فى بحثه على فكرته الشخصية عن العدل، ولكنه يراعى أصلاً الشعور السائد فى الجماعة والقيم التى ينبض بها ضمير هذه الجماعة، ولذلك فإن إقرار القاضى بوجود التزام طبيعى، لا يعتبر عملاً منشئاً لهذا الالتزام بل هو كاشف له فقط⁽³⁾.

ويؤخذ من استقرار الحالات التى قررت فيها المحاكم وجود التزام طبيعى، ضرورة توافر شروط ثلاثة فى كل منها، هى:

1- وجود واجب أدبى بلغ من التحديد من حيث محله ومن حيث تعيين طرفيه ما يجعله يشبه الالتزام القانونى من حيث صلاحيته للتنفيذ، سواء أكان هذا الواجب متخلفاً من التزام مدنى لحقه البطلان أو الانقضاء دون وفاء، أم كان واجباً أدبياً بلغ من التحديد والقوة ما يرفعه إلى مرتبة الالتزام الطبيعى فإذا كان واجب الإحسان إلى القريب مثلاً يعتبر واجباً أدبياً عاماً وغير محدد من حيث محله ومن حيث أطرافه، وبالتالي غير كاف

(1) الدكتور سمير عبد السيد تناغو أحكام الالتزام والإثبات ص 397 وما بعدها.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 251 وما بعدها.

(3) سمير عبد السيد تناغو ص 398.

لتقرير وجود التزام طبيعى فى ذمة الشخص، فإنه إذا تحدد وتخصص بالنسبة إلى شخص معين، فإنه يصح اعتباره التزاما طبيعيا.

2- اعتقاد المدين عند وفائه بهذا الواجب الأدبى أو عند تعهده بالوفاء به أن هذا الواجب قد بلغ من القوة الحد الذى يجعله التزاما طبيعيا لا واجبا أدبيا فحسب ويستوى فى ذلك أن يكون هذا الاعتقاد مبنيا على إحساس المدين نفسه بقوة هذا الواجب أو أن يكون مبنيا على شعور المجتمع بوجه عام بهذه القوة.

والعبرة باعتقاد المدين هذا وقت وفائه بالواجب الأدبى أو وقت تعهده بوفائه، وأنه لا عبرة بوجود هذا الاعتقاد أو عدمه طالما لم يحصل وفاء أو تعهد بالوفاء، لأن أمر وجود الالتزام الطبيعى أو عدمه لا يثور إلا بعد حصول الوفاء أو التعهد وبمناسبة رغبة المدين أو ورثته فى استرداد ما وفى أو فى عدم تنفيذ ما تعهد به.

3 - عدم مخالفة قيام الالتزام الطبيعى للنظام العام. وقد نصت المادة 200 فى عجزها صراحة على هذا الشرط. ومؤداه أنه مهما اشتد إحساس الفرد أو الجماعة بأن واجبا أدبيا معينا قد قوى حتى بلغ حد الالتزام الطبيعى، فإن هذا الإحساس لا يكفى لترتيب التزام طبيعى مادام قيام هذا الالتزام يخالف النظام العام. ومثل ذلك جميع الالتزامات التى تبطل لعدم مشروعية سببها. وقد طبق المشرع ذلك فى المادة 227 مدنى الخاصة بتعيين حد أقصى للفوائد الاتفاقية حيث نص فيها على أنه إذا اتفق الطرفان على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى 7% ويتعين رد ما دفع زائدا على هذا القدر، أى أنه جعل الاسترداد واجبا فى كل حال سواء كان المدين قد دفع الزيادة مجبرا أو مختارا، وسواء كان فى هذه الحالة الأخيرة قاصدا وفاء دين طبيعى أو غير قاصد ذلك.

كما طبق المشرع ذلك فى المادة 739 مدنى التى نصت على بطلان كل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان، وعلى أن لمن خسر فى مقامرة أو رهان أن يسترد ما دفعه خلال ثلاث سنوات من الوقت الذى أدى فيه ما خسره ولو كان هناك اتفاق يقضى بغير ذلك. أى أن المشرع لم يعتبر دين القمار دينا طبيعيا يمتنع استرداده بعد الوفاء به، وذلك لما رآه فيه من مخالفة للنظام العام⁽¹⁾.

(1) الدكتور سليمان مرقس أحكام الالتزام 1957 ص20 وما بعدها.

وطبقا للمادة 201 مدنى لا يسترد المدين ما أداه باختياره، قاصدا أن يوفى التزاما طبيعيا.

وعملا بالمادة 202 من ذات القانون، فإن الالتزام الطبيعى يصلح سببا لالتزام مدنى.

وبالترتيب على ذلك، إذا كان الشخص يوفى التزاما طبيعيا، فإن نية التبرع تنعدم عنده، فهو لا يتبرع وإنما يوفى دينا وإن كان لا يجبر على الوفاء، فيكون تصرفه هذا وفاء لا يجوز له الرجوع فيه.

ومثال ذلك: تجهيز الأب ابنته أو إعطاء الأب ابنه المهر ليعينه على الزواج، أو إعطاؤه مبلغا من المال ينشئ به متجرا أو نحو ذلك⁽¹⁾.

(ب) - هبة المكافأة أو المجازاة :

هبة المكافأة أو المجازاة، هى الهبة التى يقدم عليها الواهب رغبة فى مكافأة شخص أسدى إليه خدمات معينة. كأن يمنح الشخص خادما له مبلغا من المال مكافأة له على إخلاصه فى العمل.

وهذه الهبة تنتفى فيها نية التبرع، لأن مقدمها يفى بالالتزام طبيعى، ذلك أن هبة المكافأة أو هبة المجازاة تكون معاوضة إذا كانت وفاء لالتزام طبيعى.

ويشترط لاعتبارها وفاء بالالتزام طبيعى ما يأتى :

1- أن تكون الخدمات مقدرة القيمة أى يمكن تقديرها بالنقود وأساس ذلك أن الالتزام الطبيعى لا يمكن أن يقوم دون أن يكون محله معيناً أو قابلاً للتعيين⁽²⁾.

ويرى البعض أنه يجب عدم التشدد فى هذا الشرط إذ يؤدي إلى القول بأن إنقاذ حياة الغير أو شرفه لا يتخلف عنه التزام طبيعى على من أسديت إليه الخدمة بمكافأة من أداها⁽³⁾.

بل يضيف البعض - بحق - أنه لا وجه لاستلزام هذا الشرط من الناحية الفنية القانونية لأن صعوبة تقوم الخدمة بالمال لا تعنى انعدام الالتزام الطبيعى بمكافأتها وذلك

(1) محبى الدين إسماعيل علم الدين ص13.

(2) محمد كامل مرسى ص88 - محمود جمال الدين زكى ص73 وما بعدها.

(3) السنهورى ص16 وما بعدها هامش (3).

كالضرر الأدبى يعوض عنه ماليا وإن صعب قياسه بالوحدات النقدية، ولا يقول أحد اليوم برفض التعويض عنه بحجة استحالة تقويمه⁽¹⁾.

2- ألا يكون فى تأدية الخدمات وفاء بالتزام مدنى. ذلك أنه لا يتخلف بدهاة أى التزام طبيعى عن خدمة كان القائم بها ملزما قانونا بأدائها.

3- ألا تكون الخدمة قد أديت تبرعا، فإذا كان إسداء الخدمة على سبيل التبرع كانت مكافأتها هبة كالشخص يكافئ صديقه المحامى الذى تبرع بالدفاع عنه أو كالابن يكافئ والديه اللذين استضافاه وعائلته فترة من الزمن. وأساس هذا الشرط أن إسداء الخدمة تبرعا لا ينشئ التزاما طبيعيا بالمكافأة عنها⁽²⁾.

فإذا توافرت الشروط الثلاثة، فإن الهبة تكون فى حقيقتها معاوضة فلا تطبق عليها أحكام الهبة أو قواعد التبرعات.

ومن أمثلة ذلك ما يأتى:

- 1- ترتيب إيراد لخدم تفانوا فى إخلاصهم لسيدهم.
- 2- هبة لوكيل تطوع بتحصيل ديون الواهب.
- 3- إبراء دائن لمدينه فى جزء من الدين لاستضافته له سنوات عديدة.
- 4- مكافأة فتاة قامت بالخدمة فى منزل أسرتها، وولدين كانا عاملين زراعيين عند والدهما⁽³⁾.
- 5- الإيراد المرتب مدى الحياة الذى يقرره غنى لأرملة الطبيب الذى عالجه بعناية وإخلاص⁽⁴⁾.
- 6- الرسالة التى يصرح السيد بمقتضاها لعامله بأن يأخذ لحسابه مبلغا من النقود على سبيل الهدية⁽⁵⁾.

(1) أكثر الخولى ص 88.

(2) أكثر الخولى ص 86.

(3) راجع فى هذه الأمثلة: محمود جمال الدين زكى ص 70 وما بعدها.

(4) استئناف وطنى 17 فبراير 1907، الحقوق السنة 22 ص 265.

(5) الاسكندرية الجزئية المختلطة 29 ديسمبر 1923 مشار إليه بمؤلف محمود جمال الدين زكى

ص 71 هامش (6).

وقد أخذت بذلك المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدني إذ جاء بها في عداد الأمثلة الواردة للالتزامات الطبيعية "الالتزام بإجازة شخص على خدمة أداها"⁽¹⁾. وإذ لم تكن الهبة مجرد تبرع، بل كانت ذات صفة مختلطة وكانت بمقابل في نفس الوقت، كالتبرع الذي تمليه على الواهب رغبته في الوفاء بالتزام طبيعي وأدبي نحو الموهوب له، فإن العقد لا يكون هبة⁽²⁾.

4- تمييز الهبة عن غيرها من التصرفات :

(أ) - الهبة عارية الاستعمال والوصية :

تشبه الهبة عارية الاستعمال والوصية من حيث أنها تملك بلا عوض، غير أنها تختلف عنهما من حيث أن العارية تملك المنفعة بلا عوض، وهى تملك العين والمنفعة لا المنفعة فقط.

والوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت وهى تملك للحال⁽³⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إذا كان المسلم به من الخصوم أن السند موضوع الدعوى الصادر من والد إلى ولده إنما يستتر تبرعا، ولم يكن الخلاف إلا على وصف التبرع فيه هل هو منجز فيكون هبة نافذة أم مضاف إلى ما بعد الموت فيكون وصية لوارث موقوف نفاذها على إجازة بقية الورثة، ثم قالت المحكمة بأنه وصية لإضافة القبض فيه إلى أجل فى حين أن المقرر كان له وقت الإقرار مبلغ من المال فى أحد المصارف يسمح له بتتجيز التبرع منه وأن المتبرع له كان معوزا، ثم لاشتراط عدم جواز حوالة السند وسكوت المتبرع له عن المطالبة به حتى توفى والده. فهذا التكييف غير صحيح، لأن هذا التصرف إنما هو عقد هبة فى صورة إقرار بدين مستكمل لجميع الشروط فهو صحيح ونافذ".

(طعن رقم 5 لسنة 10 ق جلسة 1940/5/23)

والهبة وإن كانت تصرفا منجزا ولا يجوز فيها إرجاء نقل ملكية المال الموهوب إلى ما بعد موت الواهب إلا أن ذلك لا يمنع الواهب من أن ينقل ملكية المال فى الحال

(1) راجع محمود جمال الدين زكى ص 72.

(2) محمد كامل مرسى ص 89 - واستئناف مختلط 4 أبريل 1916 الذى أشار إليه فى هامش (4).

(3) محمد كامل مرسى ص 18.

ويرجى التسليم إلى ما بعد الموت. ويظل منتقعا بالمال الموهوب طوال حياته.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- "إذا كان احتفاظ الواهب بحقه في الانتفاع بالمال الموهوب مدى حياته لا يتحتم معه وجوب اعتبار العقد وصية، ولا يتعارض مع تنجيز التصرف، وكان الحكم المطعون فيه قد اعتمد في قضائه برفض ما تمسك به الطاعنون من أن عقد الهبة الصادر من مورثتهم إلى المطعون عليه الأول، وهو غير وارث يخفى وصية على ما استظهره من أقوال شهود المطعون عليه المذكور - الذين سمعتهم محكمة الاستئناف - ولم تكن محل نعى من الطاعنين - من أن عقد الهبة قد تم تنجيزه بأن استلم الموهوب له حال حياة الواهبة المنازل موضوع العقد، واستغلها لحساب نفسه، فإن النعى على الحكم بهذا السبب لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا في تقدير الأدلة، مما لا تجوز إثارته أمام محكمة النقض".

(طعن رقم 155 لسنة 41 ق جلسة 1975/6/26)

2- "العبرة في تكيف العقود يكون بحقيقة ما عناه العاقدان منها دون التقيد بتكييف العاقدین لها، ولئن كانت الهبة كعقد يجوز أن تستر وصية إلا أن احتفاظ الواهب بحقه في الانتفاع بالمال الموهوب مدى حياته لا يتحتم معه وجوب اعتبار العقد وصية ولا يتعارض مع تنجيز التصرف، ولما كان من المقرر في المادة 486 من القانون المدني أن "الهبة عقد يتصرف به الواهب في مال دون عوض ويجوز للواهب دون أن يتجرد عن نية التبرع أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين" ومن ثم تكون الهبة عقدا لا بد فيه من إيجاب وقبول متطابقين ولا تتعقد بإرادة الواهب المنفردة كما في الوصية وهي تصرف منجز ولا يجوز فيها إرجاء نقل ملكية المال الموهوب إلى ما بعد موته إلا أن ذلك لا يمنع الواهب من أن ينقل ملكية المال في الحال ويرجى التسليم إلى ما بعد الموت، وليس ثمة ما يمنع الواهب مادام لم يتجرد من نية التبرع أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين سواء كان هذا الالتزام لمصلحة الواهب له أو لمصلحة الموهوب له أو لمصلحة الغير دون أن يمنع ذلك كله من كون العقد هبة بمقدار الفرق بين العين الموهوبة والعوض".

(طعان رقما 1459، 1465 لسنة 48 ق جلسة 1983/1/4)

(ب) الهدية والصدقة:

الهديّة والصدقة بمعنى الهبة، كلها تمليك فى الحياة بغير عوض. واسم العطية يشملها جميعها. ويمكن تعريف الهبة والصدقة بما يأتى:

الهبة هى المال الذى يعطى لواحد أو يرسل إليه إكراماً له⁽¹⁾ وهى كالهبة فى أحكامها.

والصدقة هى المال الذى يوهب لأجل الثواب، أى لوجه الله⁽²⁾، وهى كالهبة فى كل أحكامها. إلا فى الرجوع فيها، فلا رجوع فى الصدقة إذا تمت، لأن المقصود بها نيل الثواب وقد حصل⁽³⁾.

(ج) - الهبة والإباحة:

ويطلق على الإباحة أيضاً التحليل. وهى بمعنى الهبة. وهى إذن الإنسان لغيره بأن ينتفع بماله أو يستهلكه أو يملكه. وعرفت فى المادة 836 من المجلة بأنها إعطاء الرخصة والإذن لأحد بأن يأكل أو يتناول شيئاً بلا عوض.

وقد جاء بالفتاوى الهندية: رجل قال لآخر أنت فى حل مما أكلت من مالى، فله أن يأكل.

ومن أمثلة الإباحة الدراهم ونحوها التى تنتثر على الناس فى الأفراح، فهى ملك لمن التقطها، ولو كان ما التقطه مقداراً كبيراً منها⁽⁴⁾.

5- الوكالة فى الهبة:

يجوز حصول الهبة بواسطة وكيل ينوب عن الواهب فى عقد الهبة. وعندئذ يسرى نص المادة 700 من التقنين المدنى التى تجرى على أن: "يجب أن يتوافر فى الوكالة الشكل الواجب توافره فى العمل القانونى الذى يكون محل الوكالة، مالم يوجد نص يقضى بغير ذلك" - ولما كان عقد الهبة عقداً شكلياً يجب أن يتم بورقة رسمية - عدا ما استثنى كما سنرى - وجب أن تكون الوكالة التى تصدر من الواهب فى ورقة رسمية إذ بمقتضى هذا التوكيل يقرر الواهب رضاه بالهبة، وإلا كانت الهبة باطلة.

كما يسرى نص المادة 702 التى تقضى بأن:

"(1) لا بد من وكالة خاصة فى كل عمل ليس من أعمال الإدارة، وبوجه خاص فى

(1) المجلة المادة 834.

(2) المجلة المادة 835.

(3) محمد كامل مرسى ص 20.

(4) محمد كامل مرسى ص 20 وما بعدها.

البيع والرهن والتبرعات والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء.
والوكالة الخاصة فى نوع معين من أنواع الأعمال القانونية تصح ولو لم يعين محل
هذا العمل على وجه التخصيص إلا إذا كان العمل من التبرعات.
(2) والوكالة الخاصة لا تجعل للوكيل صفة إلا فى مباشرة الأمور المحددة منها،
وما تقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية وفقا لطبيعة كل أمر وللعرف الجارى".
وعلى ذلك يلزم للوكالة فى الهيئة وكالة خاصة، ويجب أن يبين فيها المال الموهوب
فتخصص الوكالة بهذا المال دون غيره.

ولا ينوب دائنو الموهوب له عنه فى قبول الهيئة لأنها تقوم على اعتبارات أدبية
يستقل هو عنهم بتقديرها من وجهة نظره. فإذا رفض الهيئة لم يجز لهم الطعن بالدعوى
البوليصة لأنه لم يؤد إلى افتقار فى شىء من ذمته بل هو مجرد امتناع عن
الإثراء⁽¹⁾.

أما قبول الهيئة فتجوز فيه الوكالة العرفية لأن قبول الهيئة المنفصل لا تشترط فيه الرسمية.
ولا يجوز للأجنبى - وهو من لا ينوب نيابة قانونية أو اتفاقية عن الموهوب له قبول
الهيئة إلا بطريق الفضالة إذا تحققت شروطها.

وإذا تعدد الموهوب لهم وحضر بعضهم مجلس العقد وغاب البعض، فيستطيع أحد
الحاضرين أن يتعهد عن الموهوب له الغائب بأن يقبل الهيئة ويكون هذا تعهدا عن الغير
فتسرى قواعده. ومقتضى ذلك عدم إلزام الموهوب له بالقبول، وإنما يتمحض ذلك إلزاما
لنفسه بأن يحصل على قبول الموهوب له بالهيئة⁽²⁾.

6- هبة الحصة الشائعة :

لم يعرض التقنين المدنى لهبة المشاع، ومن ثم فإنه يكون قد تركها لحكم القواعد
العامية. وتنص المادة 826 مدنى - الواردة فى أحكام الشيوع - على أن: "كل شريك فى
الشيوع يملك حصته ملكا تاما، وله أن يتصرف فيها، وأن يستولى على ثمارها، وأن
يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء".

(1) السنهورى ص 36 - محبى الدين علم الدين ص 18.

(2) السنهورى ص 35 وما بعدها.

وعلى ذلك فإن مالك الحصة الشائعة يملك كل ذرة من ذرات المال الشائع، ويجوز له التصرف فيها بكافة التصرفات، ويدخل في هذه التصرفات الهبة. فيجوز إذن للمالك على الشيوع أن يهب حصته الشائعة أو جزءا منها إلى الموهوب له، وتنتقل ملكية الموهوب شائعة إلى الموهوب له، ويحل الأخير محل الواهب في ملكيته الشائعة.

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي :

".... ولم يعرض المشروع لهبة المال الشائع مكتفيا باستخلاص حكمه من القواعد العامة، وقد تتعارض هذه المسألة مع أحكام الشريعة الإسلامية (انظر مرشد الحيران م81 وقانون الأحوال الشخصية م505-507-509)⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "للشريك على الشيوع طبقا للمادة 826 من القانون المدني أن يتصرف في حصته وأن يستولى على ثمارها وأن يستعملها، إلا أنه لما كان ذلك مشروطا ألا يلحق ضررا بحقوق سائر الشركاء، وكان الحكم المطعون فيه قد خلص إلى أن مورث الطرفين كان يتخذ من عين النزاع مركزا لإدارة أعماله وأمواله، وأنها ظلت في حيازته حتى وفاته، وأن حيازتها انتقلت بوفاته إلى جميع الورثة، وأن أموال الشركة إذ وضعت تحت الحراسة القضائية فقد تعين الإبقاء على عين النزاع مقرا لإدارتها، ورتب على ذلك أن في اتخاذ الطاعن منها مقرا لأعماله إضرارا بحقوق باقي الورثة فإنه يكون صحيحا فيما قضى به من طرد الطاعن من عين النزاع".

(طعن رقم 229 لسنة 48 ق جلسة 1979/2/7)

2- "مفاد نص المادة 826/1 من القانون المدني أن للشريك المالك على الشيوع حق التصرف في حصته شائعة وينفذ هذا التصرف في حق شركائه إذ يترتب عليه أن يحل المتصرف له محل الشريك المتصرف في ملكية الحصة الشائعة ويصبح هذا الشريك في المال الشائع بدلا من الشريك المتصرف".

(طعن رقم 3469 لسنة 58 ق جلسة 1993/2/21)

7- هبة جزء مفرز من المال الشائع :

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص260 وما بعدها.

إذا وهب المالك لحصة شائعة في المال الشائع جزءا مفرزا من هذا المال يعادل حصته، كأن يكون مالكا لحصة من المال الشائع بقدر الربع فيهب حصة مفرزة إلى الموهوب له، في هذه الحالة يخضع هذا التصرف لحكم الفقرة الثانية من المادة 826 مدنى التى تجرى على أن: "إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف، انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريق القسمة وللمتصرف إليه، إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة، الحق في إبطال التصرف".

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن للشريك على الشيوع أن يبيع جزءا مفرزا من المال الشائع قبل إجراء القسمة فقد نصت المادة 826 فقرة ثانية من القانون المدنى على أنه : "إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريق القسمة" ومتى تقرر ذلك فإن الطاعن يكون قد اشترى من المطعون عليه الجزء المفرز الذى يبيعه أو ما يحل محله مما يقع في نصيب المطعون عليه عند القسمة ، فإذا وقع الجزء المفرز عند القسمة في نصيب المطعون عليه خلص للطاعن، وإن لم يقع انتقل حق الطاعن بحكم الحلول العينية من الجزء المفرز المبيع إلى الجزء المفرز الذى يؤول إلى المطعون عليه بطريق القسمة ومن ثم كان للوالد أن يبيع لابنه مفرزا أو شائعا وأن يبيع ابنه بدوره إلى الطاعن مثل ذلك، ومن ثم فإن النعى على الحكم المطعون فيه - بأن البائع لا يملك الحصة المبيعة - مفرزة يكون على غير أساس".

(طعن رقم 910 لسنة 45 ق جلسة 1980/3/25)

2- "نص المشرع في المادة 826 من القانون المدنى على أن : "كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما وله أن يتصرف فيها ويستولى على ثمارها وإذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريق القسمة" ثم نص في المادة 936 من هذا القانون على أنه: "يثبت الحق في الشفعة للشريك على الشيوع إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي"، يدل

على أن للمالك على الشيوع أن يبيع ملكه محددا مفرزا ويقع البيع صحيحا وإن كانت حالة التحديد هذه تظل معلقة على نتيجة القسمة أو إجازة الشركاء في الشيوع، ومتى كان هذا البيع صحيحا وصدر لأجنبي وكان الإفراز الذي تحدد به محل البيع لا يحتاج به سائر الشركاء في الشيوع طالما لم تتم القسمة قضاء أو رضاء مما يعتبر معه هذا التصرف بالنسبة لهم في حكم التصرف في قدر شائع فإنه ينبى على هذا أن يثبت لهم حق الأخذ بالشفعة في ذلك البيع، وفقا لصريح عبارة النص في المادة 936 من القانون المدني".

(طعن رقم 784 لسنة 47 ق جلسة 1980/5/1)

3- "يدل نص المادتين 826، 936 من القانون المدني - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على أن للمالك على الشيوع أن يبيع ملكه محددا مفرزا ويقع البيع صحيحا، وإن كانت حالة التحديد هذه تظل معلقة على نتيجة القسمة أو إجازة الشركاء في الشيوع، ومتى كان هذا البيع صحيحا وصدر لأجنبي وكان الإفراز الذي تحدد به محل البيع لا يحتاج به سائر الشركاء في الشيوع طالما لم تتم القسمة قضاء أو رضاء، مما يعتبر معه هذا التصرف بالنسبة لهم في حكم التصرف في قدر شائع، وبالتالي يثبت لهم حق الأخذ بالشفعة في ذلك البيع".

(طعن رقم 1139 لسنة 51 ق جلسة 1985/1/24)

4- "مؤدى نص المادة 826 من القانون المدني يدل على أنه يشترط لإعمال الحلول العينية وفقا لهذا النص أن تجرى قسمة بين الشركاء للمال الشائع يكون من شأنها أن تؤدي إلى إفراز نصيب معين للشريك البائع يوازي حصته في الشيوع بحيث يستأثر وحده بكل سلطات الملكية الخالصة على هذا الجزء وأن لا يقع المبيع في الجزء المفرز الذي اختص به البائع بما مؤداه أنه لا مجال لإعمال الحلول العينية إن كان أساس التصرف بالمبيع حصة مفرزة من المال الشائع، فإن أسفرت القسمة بين الشركاء عن اختصاص كل منهم بقدر مفرز من المال الشائع مع بقاء الشريك البائع مالكا لحصة شائعة فيه فإنه يتمتع في هذه الحالة بإعمال الحلول العينية طالما أن نصيب البائع بقي شائعا لم يتم إفرازه إلخ".

(طعن رقم 376 لسنة 57 ق جلسة 1991/5/12)

وإذ كان الموهوب له عالما بأن الواهب لا يملك الجزء المفرز الذي وهبه وإنما يملك حصة على الشيوع، فإن ذلك يعد قبولا منه لهبة الجزء المفرز أو ما يحل محل له مما يقع في نصيب الواهب عند القسمة.

أما إذا كان الموهوب له غير عالم بأن الواهب لا يملك الجزء المفرز الذى وهبه، ويعتقد أنه مجرد مالك على الشيوع فإنه يكون قد وقع فى غلط جوهري، وتكون الهبة قابلة للإبطال.

غير أنه لا تكون ثمة مصلحة للموهوب له فى إبطال العقد إلا إذا كانت الهبة بعوض أو مقترنة بشرط أو التزامات⁽¹⁾.

وبيع أحد الشركاء حصته الشائعة لشريك آخر يعتبر تصرفا معادلا للقسمة فيكون له أثر كاشف، إذ تضاف الحصة المبيعة إلى حصة الشريك المشتري. ويتقاضى الشريك البائع ثمن حصته كما لو كان يتقاضى معدلا. ومن ثم يعتبر الشريك مالكا للحصة المبيعة من وقت بدء الشيوع، لا من وقت البيع. أما إذا وهب أحد الشركاء حصته لشريك آخر، فلا تعتبر الهبة معادلة للقسمة لأن القسمة من المعاوضات لا من التبرعات، ومن ثم تكون الهبة نافذة لا كاشفة⁽²⁾.

هبة المريض مرض الموت:

8- تعريف مرض الموت:

يرجع فى تحديد مرض الموت إلى الفقه الإسلامى مفسرا بقضاء المحاكم، وقد نصت المادة 1595 من مجلة الأحكام العدلية - وهى تقنين للفقه الحنفى - على أن: "مرض الموت هو الذى يغلب فيه خوف الموت ويعجز فيه المريض عن رؤية مصالحه خارجا عن داره إن كان من الذكور وعن رؤية مصالحه داخل داره إن كان من الإناث، ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة، سواء كان صاحب فراش أو لم يكن، وإن امتد مرضه ومضت عليه سنة وهو على حال واحدة، كان فى حكم الصحيح، وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح مالم يشتد مرضه ويتغير حاله، ولكن لو اشتد مرضه وتغير حاله ومات قبل مضى سنة، يعد حاله اعتبارا من وقت التغيير إلى الوفاة مرض موت".

ويستفاد مما تقدم أنه يشترط توافر ثلاثة شروط لاعتبار المرض مرض موت. أولها: أن يقعد المرض المريض عن قضاء مصالحه. وثانيها: أن يغلب فيه الموت. وثالثها: أن

(1) السنهورى ج5 ص126.

(2) السنهورى الجزء الثامن الطبعة الثانية (طبعة نادى القضاة) 1991 ص1047 الجزء الخامس ص126 وما بعدها.

ينتهي بالموت فعلا. إذ من شأن هذه العلامات مجتمعة - وهى أمور موضوعية - أن تشعر المريض بدنو أجله وأنه مشرف على الموت⁽¹⁾.

ونعرض لهذه الشروط الثلاثة فيما يأتى :

(1) - المرض يقعد المريض عن قضاء مصالحه :

يجب أن يجعل المرض المريض عاجزا عن قضاء مصالحه العادية المألوفة التى يستطيع الأصحاء عادة مباشرتها، كالذهاب إلى السوق وممارسة أعمال المهنة إذا لم تكن شاقة وقضاء الحوائج المنزلية إذا كان المريض من الإناث. وليس واجبا، ليكون المرض مرض موت، أن يلزم المريض الفراش، فقد لا يلزمه ويبقى مع ذلك عاجزا عن قضاء مصالحه.

وعلى العكس من ذلك قد يكون الإنسان عاجزا عن قضاء مصالحه، ولكن لا بسبب المرض، فلا يعتبر فى مرض الموت، فقد يصل الإنسان فى سن عالية فى شيخوخة تجعله غير قادر على مباشرة الأعمال المألوفة، ويكون فى حاجة إلى من يعاونه عليها، وليس به مرض، وإنما هى الشيخوخة أو هنته، والشيخوخة مرحلة من مراحل العمر، ومن ثم لا يكون مريضا مرض الموت. أو يكون عاجزا عن مباشرة الشاق من أعمال مهنته بسبب المرض⁽²⁾ وإذا برئ المريض من مرضه اعتبر تصرفه كتصرف الأصحاء ونفذ العقد من جميع أمواله.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "مادامت المحكمة قد استخلصت من التحقيقات التى أجريت فى الدعوى ومن الشهادتين الطبيتين المقدمتين فيها عن مرض المورث أنه كان مريضا قبل وفاته بأربعة شهور بالسل الرئوى وأن هذا المرض قد اشتد به وقت تحرير العقد المطعون عليه، ثم فندت الطعون الموجهة إلى الشهادة المقدمة من الصادر له العقد فإنها تكون قد أوردت فى حكمها من الأسباب ما يكفى لحمل قضائها".

(طعن رقم 132 لسنة 18 ق جلسة 1950/3/23)

(1) السنهورى ج4، ص313 وما بعدها.

(2) أحمد نجيب الهاللى - شرح القانون المدنى (فى عقود البيع والحوالة والمقايضة) الطبعة الثانية

1357هـ - 1939م (ص202 - السنهورى ج4 ص314 وما بعدها).

2- "لا تثريب على المحكمة إذا هي اتخذت مما ورد في شهادة الطبيب المعالج المكتوبة من أنه تولى علاج المورث لمدة تزيد على ستة شهور قبل وفاته وأنه كان مريضاً بنزلة شعبية مزمنة ودرن رئوى وأنه كان طريح الفراش أحياناً وأحياناً أخرى كان ينتقل إلى جهة أخرى للعلاج وأن سبب وفاته على ما يذكر هو الدرن الرئوى وهبوط فى القلب، وكذلك من شهادة كشف الأشعة، دليلاً مضافاً إلى الأدلة والقرائن الأخرى التى ساقته على مرض المورث بالسل من تاريخ الكشف عليه بالأشعة واشتداد هذا المرض عليه بعد ذلك ووفاته بسببه. مما أدى بها إلى اعتباره مرض موت وتقريرها بناء على ذلك ببطلان العقدين المطعون فيهما لتحريرهما خلال فترة اشتداده، وهى بما لها من سلطة التقدير فى هذا الشأن لا حاجة بها إلى اتخاذ أى إجراء آخر فى هذا الصدد".

(طعن رقم 55 لسنة 19 ق جلسة 1951/10/25)

3- "إن أداء المورث بعض الأعمال فى فترات متقطعة من مدة مرضه كقبضه مبلغاً من المال وفكه رهناً حيازياً وحصول هذه الأعمال منه قبل وبعد تحرير العقدين المطعون فيهما بصورهما فى مرض الموت - ذلك ليس من شأنه أن ينفى ما انتهت إليه المحكمة من أن المورث كان فى فترة اشتداد مرضه عاجزاً عن أعماله العادية حتى إنه أناب عنه غيره فى مباشرتها لأن قيامه بمثل ما قام به لا يمنع من اعتبار مرضه مرض موت متى كان شديداً يغلب فيه الهلاك وانتهى بموته".

(طعن رقم 55 لسنة 19 ق جلسة 1951/10/25)

4- "متى كانت المحكمة وهى فى صدد عقد طعن فيه بأنه صدر فى مرض موت البائعة، قد استخلصت من أقوال الشهود أن البائعة أصيبت بمرض يغلب فيه الهلاك وأنه انتهى فعلاً بوفاتها. فإن فى هذا الذى قرره ما يكفى فى اعتبار أن التصرف حصل إبان مرض موت المتصرف ويكون فى غير محله النعى عليه بمخالفة القانون فى هذا الخصوص".

(طعن رقم 174 لسنة 20 ق جلسة 1952/5/8)

5- "لا يشترط فى مرض الموت لزوم صاحبه الفراش على وجه الاستمرار بل يكفى أن يلزمه وقت اشتداد العلة به. كما لا يشترط فيه أن يؤثر على سلامة إدراك المريض أو ينقص من أهليته للتصرف. ومن ثم فإن ذهاب المورث إلى المحكمة وإقراره بصحة توقيعه على العقود المطعون عليها لا يمتنع معه اعتبار مرضه مرض موت متى كان

شديدا يغلب فيه الهلاك وانتهى فعلا بموته".

(طعن رقم 26 لسنة 29 ق جلسة 1964/1/26)

6- "المقصود بمرض الموت أنه المرض الشديد الذي يغلب على الظن موت صاحبه عرفا أو بتقرير الأطباء ويلزمه ذلك المرض حتى الموت، وإن لم يكن أمر المرض معروفا من الناس بأنه من العلل المهلكة، فضابط شدته واعتباره مرض موت أن يعجز غير العاجز من قبل عن القيام بمصالحه الحقيقية خارج البيت. فيجتمع فيه تحقق العجز وغلبه الهلاك واتصال الموت به".

(طعن رقم 15 لسنة 40 ق "أحوال شخصية" جلسة 1976/1/7)

(2) - أن يغلب في المرض خوف الموت:

يشترط أن يكون المرض من الأمراض التي تسبب الموت عادة كالسرطان والكلوبيرا والذبحة الصدرية إلخ أو يكون مرضا بسيطا ثم تطور حتى أصبحت حالة المريض سيئة يخشى عليه فيها الموت. أما إذا كان المرض لم يصل إلى هذا الحد من الخطورة، فإنه لا يعتبر مرض موت ولو أعجز المريض عن قضاء مصالحه، كأن يصاب الإنسان برمد فيعجزه عن الرؤية.

ويرجع في تقدير غلبة الهلاك إلى رأى الأطباء.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "من الضوابط المقررة في تحديد مرض الموت على ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك ويشعر المريض فيه بدنو أجله وينتهى بوفاته فإذا استطال المرض لأكثر من سنة فلا يعتبر مرض موت مهما يكن من خطورة هذا المرض واحتمال عدم براء صاحبه منه وتكون تصرفات المريض في هذه الفترة صحيحة ولا تعد حالته من حالات مرض الموت إلا في فترة تزايدها واشتداد وطأتها إذ العبرة بفترة الشدة التي تعقبها الوفاة".

(طعن رقم 56 لسنة 22 ق جلسة 1955/4/21)

2- "من الضوابط المقررة في تحديد مرض الموت - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك ويشعر معه المريض بدنو أجله وأن ينتهى بوفاته".

(طعن رقم 816 لسنة 43 ق جلسة 1977/12/6)

3- "المقرر في قضاء هذه المحكمة أن المقصود بمرض الموت أنه المرض الشديد الذى يغلب على الظن موت صاحبه عرفاً أو بتقرير الأطباء ويلزمه ذلك المرض حتى الموت وإن لم يكن المرض معروفاً من الناس بأنه من العلل المهلكة، فضايط شدته واعتباره مرض موت أن يعجز غير العاجز من قبل عن القيام بمصالحه الحقيقية خارج البيت فيجتمع فيه تحقق العجز وغلبة الهلاك واتصال الموت به".

(طعن رقم 1011 لسنة 47 ق جلسة 1983/12/27)

(3) - أن ينتهى المرض بالموت:

يشترط أن ينتهى المرض بالموت أى يتصل الموت بالمرض، فيموت المريض قبل أن يشفى من مرضه ولو كان موته بسبب آخر غير ذلك المرض. ولا يشترط أن يكون المرض قد أثر على نفسية المريض أو إدراكه⁽¹⁾.

وإذا كان المرض من الأمراض المزمنة وطالت مدته، كالشلل والسّل. ثم مات المريض، فإن المرض لا يعد مرض موت إذ طالت المدة دون أن يشتد المرض لمدة لا تزيد على سنة. فإذا اشتد المرض لمدة تزيد على سنة ثم مات المريض فإنه لا يعتبر قد مات فى مرض الموت ولو كان هذا المرض قد أقعد المريض عن قضاء مصالحه وألزمه الفراش. وحكمة ذلك أن فى استطالة المرض على حالة ما يدفع عن المريض اليأس من الحياة ويلحق المرض بالمألوف من عاداته وأن فيما قد يصيبه من شدة ما يقطع عنه الرجاء ويشعر بدنو أجله، وما يعتبر بهذا الوصف شدة للمرض هو من الأمور الموضوعية التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع ولا سبيل للجدل فيه أمام محكمة النقض.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "المرض الذى يطول أمدّة عن سنة لا يعتبر مرض موت إلا إذا اشتدت وطأته وهو لا يعتبر كذلك إلا فى فترة الشدة الطارئة، وحكمة ذلك أن فى استطالة المرض على حالة ما يدفع عن المريض اليأس من الحياة ويلحق المرض بالمألوف من عاداته وأن فيما

(1) سليمان مرقس عقد البيع 1980 ص 554.

يصيبه من شدة ما يقطع عنه الرجاء ويشعره بدنو أجله، وما يعتبر بهذا الوصف شدة للمرض هو من الأمور الموضوعية التي يستقل بتقديرها قاضى الموضوع ولا سبيل للجدل فيه أمام محكمة النقض".

(طعن رقم 209 لسنة 18 ق جلسة 1950/11/23)

2- "إذا كان الذى أورده الحكم فى صدد مرض الموت يفيد أن المريض إذا استطال سنة فأكثر لا يعتبر مرض موت إلا إذا اشتدت وطأته وأعقبته الوفاة فلا مخالفة فى هذا للقانون واستخلاص اشتداد وطأة المرض هو استخلاص موضوعى، فمتى أقام الحكم قضاءه فى نفي اشتداد المرض وقت صدور التصرف المطعون فيه على أسباب سائغة فلا يقبل الجدل فى ذلك أمام محكمة النقض".

(طعن رقم 175 لسنة 19 ق جلسة 1951/10/25)

3- "الحالة النفسية للمريض من رجاء ويأس وإن كانت هى الحكمة التى من أجلها قرر الفقهاء قاعدة أن المرض لا يعتبر مرض الموت إذا طال أمدته عن سنة إلا إذا اشتد، إلا أنه لا يسوغ التحدى بحكمة مشروعية هذه القاعدة فى كل حالة للقول بتوافرها أو انعدامها.

وإذن فإذا كان الحكم إذ قضى برفض دعوى الطاعنة بشأن بطلان عقد البيع الصادر إلى المطعون عليها من مورثها وعدم نفاذ تصرفاته لصورتها منه فى مرض موته قد أقام قضاءه على ما استخلصه من أن المورث وإن كان قد أصيب بشلل نصفى فى أكتوبر سنة 1942 إلا أن مرضه استطال حتى توفى فى أبريل سنة 1944 بسبب انفجار فجائى فى شريان بالمخ، وأن التصرفات المطعون عليها صدرت منه بعضها فى يوليو وآخرها فى نوفمبر سنة 1943 وأنه وإن كان قد أصيب بنوبة قبل الوفاة بمدة تقرب من ستة شهور إلا أن هذه النوبة - التى لم يحدد تاريخها بالدقة - كانت لاحقة للبيع وأنه بفرض التسليم بأنها سبقت سائر التصرفات المطعون عليها إلا أنها لم تغير من حال المريض إلا تغييراً طفيفاً لم يلبث أن زال وعاد المرض إلى ما كان عليه من استقرار - إذا كان الحكم قد أقام قضاءه على ذلك وكان ما أثبتته من اشتداد المرض واستطالته وأثره فى حالة المريض مما يستقل بتقديره قاضى الموضوع - كان النعى عليه أنه أخطأ فى تطبيق القانون بمقولة إنه لم يعتد بالعامل النفسى الذى يساور المريض إذ اعتبر أن الإنكاس لا يكون دليلاً على عدم استقرار المرض إلا إذا كان شديداً فى حين أن المرض

الذى ينتهى بالموت ويطول أمده عن سنة يعتبر مرض موت إذا اشتد والانتكاس مهما كان طفيفا دليل على عدم استقرار المرض - كان النعى عليه بذلك لا يعدو أن يكون جدلا مما يستقل به قاضى الموضوع".

(طعن رقم 209 لسنة 18 ق جلسة 1955/11/23)

4- "العبرة فى اعتبار المرض الذى يطول أمده عن سنة مرض موت هى بحصول التصرف خلال فترة تزايد واشتداد وطأته على المريض للدرجة التى يغلب فيها الهلاك وشعوره بدنو أجله ثم انتهاء المرض بالوفاة".

(طعن رقم 156 لسنة 35 ق جلسة 1959/6/11)

5- "إذا كان يبين من أسباب الحكم المطعون فيه أن محكمة الموضوع استخلصت اشتداد وطأة المرض وتزايد على البائعة من ظروف الدعوى وملابساتها ومن إقدام زوج البائعة والمشتري منها على أخذ تصديقها على البيع يوم وفاتها بمنزلها وقبل أن يتم كاتب التصديقات مأموريته - ولما كان الظرف الأخير لا يدل بذاته على تزايد المرض واشتداد وطأته على البائعة فى الفترة التى حصل فيها التصرف كما لا يدل عليه أيضا مجرد إشارة المحكمة إلى ظروف الدعوى وملابساتها دون بيان لهذه الظروف والملابسات - فإن الحكم المطعون فيه إذ انتهى إلى القول بأن العقد محل الدعوى صدر من البائعة وهى فى مرض الموت يكون قد عاره قصور فى التسبب يستوجب نقضه".

(طعن رقم 156 لسنة 25 ق جلسة 1959/1/11)

6- "حق الوارث فى مال مورثه لا يظهر فى الوجود ولا يكون له أثر إلا بعد وفاة المورث. كما أن المرض لا يمكن اعتباره مرض موت إلا إذا انتهى بموت صاحبه مما لا يتأدى معه معرفة أن المرض من أمراض الموت إلا بتحقيق هذه النتيجة. ومن ثم فمادام المتصرف كان ما يزال حيا فإنه ما كان يقبل من الوارث أية منازعة فى العقود المطعون عليها تقوم على صدورهما فى مرض موت المتصرف أو على أنها تخفى وصايا".

(طعن رقم 26 لسنة 29 ق جلسة 1964/3/26)

7- "من الضوابط المقررة فى تحديد مرض الموت - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك ويشعر معه المريض بدنو أجله وأن ينتهى بوفاته، فإذا استطال المرض لأكثر من سنة فلا يعتبر مرض موت مهما يكن من خطورة هذا المرض واحتمال عدم براء صاحبه منه، وتكون تصرفات المريض فى هذه الفترة صحيحة، ولا تعد استطالة المرض حالة من حالات مرض الموت إلا فى فترة

تزايدها واشتداد وطأتها، إذ العبرة بفترة الشدة التى تعقبها الوفاة. وقيام مرض الموت أو عدم قيامه هو من مسائل الواقع التى تستقل بتقديرها محكمة الموضوع".
(طعن رقم 1002 لسنة 49 ق جلسة 1984/2/8)

9- من يلحق بالمريض مرض الموت؟

يلحق بالمريض مرض الموت فى أحكامه كل من كان صحيحا فى حالة يغلب فيها الهلاك عادة كالمحكوم عليه بالإعدام ولا أمل فى براءته وحجز لتنفيذ الحكم وتوفى قبل تنفيذ الحكم عليه أو بعده، ومن كان فى معركة حربية ووقف فى الصف الأول للقتال أو فى موضع الخطر أو كان فى سفينة اجتاحتها الأمواج من كل ناحية، أو كان فى بلد عمه الوباء القاتل إذا توفى فى هذه الحالة⁽¹⁾.

10- الحكمة من تقييد التصرف فى مرض الموت:

الحكمة من تقييد التصرف فى مرض الموت لا ترجع إلى عدم أهلية المريض أو العيب فى إرادته، فالمرضى مرض الموت كامل الأهلية مالم يطرأ عليه سبب من انعدام الأهلية أو نقصها كالأصل العام.
وإنما الحكمة فى تقييد التصرف هو أن حق الورثة يتعلق بمال مورثهم من وقت مرضه الذى يموت فيه. فإذا صدرت منه تصرفات تتطوى على تبرع منذ هذا المرض كان لهذه التصرفات حكم الوصية. كما أن المورث المريض وقد شعر بدنو أجله فإنه يفكر أحيانا فى محابة بعض الورثة أو إثارة على البعض الآخر، أو التصرف فى بعض أمواله للغير⁽²⁾.

11- حكم هبة المريض مرض الموت:

تأخذ الهبة التى تصدر من المريض مرض الموت حكم الوصية وفقا للقواعد العامة المنصوص عليها فى المادة 916 مدنى.
وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى ينص على ذلك فى الفقرة الثانية من المادة 665 منه ونصها: "تسرى على الهبة فى مرض الموت أحكام الوصية"، إلا أن المادة

(1) راجع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء فى الأحوال الشخصية الطبعة الثالثة عشر مجلد 4 ص 43.

(2) أحمد نجيب الهاللى ص 204 - السنهورى ج 4 ص 323 وما بعدها.

كلها حذفت فى لجنة المراجعة، اكتفاء بالمادة 916 مدنى (م 1350 من المشروع)⁽¹⁾.

وتنص المادة 916 مدنى على أن:

"1- كل عمل قانونى يصدر من شخص فى مرض الموت ويكون مقصودا به التبرع، يعتبر تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسرى عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التى تعطى لهذا التصرف.

2- وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانونى قد صدر من مورثهم وهو فى مرض الموت، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن التاريخ ثابتا.

3- وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم فى مرض الموت اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك. كل هذا مالم توجد أحكام خاصة تخالفه".

ويبين من هذا النص ما يأتى:

1- عمم النص فأعطى حكم الوصية لكل عمل قانونى يصدر فى مرض الموت كالبيع والهبة والإقرار والإبراء وغير ذلك من التصرفات، مادام يقصد بها التبرع، وقصد التبرع مفروض مادامت الورثة قد أثبتت أن التصرف قد صدر فى مرض الموت⁽²⁾.

2- إذا أثبت الورثة أن الهبة صدرت من المورث فى مرض الموت، وكان المال الموهوب تزيد قيمته على ثلث التركة وقت الوفاة فإن الوصية تصح وتنفذ بقدر الثلث من غير إجازة الورثة، وتصح بما زاد على الثلث ولا تنفذ فى الزيادة إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصى، وكان من أهل التبرع عالمين بما يجيزونه.

إذ تقضى الفقرة الأولى من المادة 37 من القانون رقم 71 لسنة 1946 بإصدار قانون الوصية بأنه "تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره وتنفذ من غير إجازة الورثة وتصح بما زاد على الثلث ولا تنفذ فى الزيادة إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصى وكانوا من أهل التبرع عالمين بما يجيزونه".

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص257 وما بعدها.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص297.

والمقصود بالورثة الذين يثبت لهم حق إجازة التصرف الأشخاص الذين ينحصر فيهم إرث المتصرف وقت موته. ولا يعتد بإقرارهم السابق على موت المتصرف ولو دونوه كتابة في ذيل المحرر المثبت لتصرف المريض، لأن حقهم في الإرث وبالتالي في إجازة تصرفات المورث لا يثبت لهم إلا عند موت الأخير. ولا يجوز لهم النزول عن هذا الحق قبل قيامه⁽¹⁾.

ويشترط في الورثة الذين يجيزون التصرف أن يكونوا من أهل التبرع عالمين بما يجيزونه، وهو ما يستوجب أن يكون الوارث عاقلاً بالغاً رشيداً، وإلا فإنه لا يكون أهلاً للتبرع، ويقع إقراره باطلاً بطلاناً مطلقاً لأنه إسقاط دون مقابل لحق ثابت في التركة. فيكون غير البالغ رشيداً معدوم الأهلية بالنسبة إليه. كما يستوجب أيضاً أن يكون الإقرار صادراً من الوارث عن بينة من الأمر. أى أن يكون الوارث عالماً بأن تصرف مورثه غير نافذ في حقه بسبب صدوره في مرض الموت وأنه يملك التمسك بعدم نفاذه وعدم إقراره وإلا كان الإقرار ذاته قابلاً للإبطال.

أما إذا لم يجز الورثة الهبة فيما يزيد على الثلث فإن الهبة لا تنفذ في هذه الزيادة، ويلتزم الموهوب إليه بأن يرد إلى التركة ما يزيد على الثلث.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "إجازة الوارث للتصرف الصادر من مورثه لا يعتد بها إلا إذا حصلت بعد وفاة المورث، ذلك لأن صفة الوارث التي تخوله حقا في التركة لا تثبت له إلا بهذه الوفاة. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر، فإن النعي عليه - بالخطأ في تطبيق القانون إذ قضى بصورية عقدى البيع الصادرين للطاعن رغم أن المطعون عليها الثانية وقعت عليهما ويعتبر ما ورد فيهما من شروط حجة عليها بحيث يتمتع عليها الطعن فيها بالصورية - يكون على غير أساس".

(طعن رقم 58 لسنة 41 ق جلسة 1975/11/11)

2- "إن توقيع المطعون عليه الأول كشاهد على عقدى البيع - المطعون فيهما بصورها في مرض الموت - في وقت لم يكن قد أصبح فيه وارثاً لا يعدو أن يكون شهادة بصحة صدورهما من المورث، ولا يعتبر إجازة منه للعقدين، لأن هذه الإجازة لا

يعتد بها إلا إذا حصلت بعد وفاة المورث، إذ أن صفة الوارث التي تخوله حقا في التركة لا تثبت له إلا بهذه الوفاة. كما أن توقيعه على العقدين لا يفيد صحة التاريخ المعطى لكل منهما إذ لم يكن وارثا وقت توقيعه كشاهد طبقا لما تقدم ذكره".

(طعن رقم 816 لسنة 43 ق جلسة 1977/12/6)

12- تصرف الموهوب له في الموهوب الزائد على الثلث:

نظم التقنين المدني في المادة 478 حكم تصرف المشتري في الجزء المبيع الزائد على الثلث في حالة عدم إجازة الورثة لهذه الزيادة فتتضمن عدم الإضرار بالغير حسن النية إذا كان هذا الغير كسب بعوض حقا عينيا على العين المبيعة. وعلى ذلك فإن من يكسب حقا على المبيع الذي يطالب الورثة باسترداده فإن القانون يحميهم ضد هذا الاسترداد بشرطين أن يكون هذا الغير قد كسب حقه على المبيع بعوض. وإلا فإن الورثة يكونون أولى منه بالحماية.

والثاني أن يكون الغير حسن النية أي أن يجهل وقت تعامله مع المشتري ما يهدد حقه بالزوال.

غير أن المشرع لم يورد نصا مماثلا بالنسبة لهبة المريض مرض الموت. ومن ثم فإنه تطبق القواعد العامة في هذا الشأن. فيسرى التصرف في حق الورثة فيما جاوز الثلث إذا كان المتصرف إليه حسن النية قبل تسجيل دعوى الاستحقاق التي يرفعها الورثة على الموهوب له مطالبين إياه بالزائد على الثلث ولا يسرى التصرف في حقهم من وقت تسجيل هذه الدعوى، ولو كان المتصرف إليه حسن النية⁽¹⁾.

13- إثبات مرض الموت:

مرض الموت واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات القانونية ومنها شهادة الشهود والقرائن. والغالب ثبوت مرض الموت بنقارير الأطباء. ومن القرائن على صدور التصرف في مرض الموت أن يكون محررا قبل الوفاة بأيام قليلة مالم يكن الواهب قد مات فجأة.

ويقع عبء إثبات حصول الهبة في مرض الموت على ورثة الواهب الذين يطعنون في هبته. وإن كانت المادة 916 قد نصت على أنه لا يحتج على الورثة الذين يطعنون

على التصرف بأنه صدر في مرض الموت بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً، إلا أن هذا التاريخ يظل حجة عليهم إلى أن يثبتوا هم عدم صحته وأن التصرف قد صدر في تاريخ آخر توصلاً منهم إلى إثبات أن صدوره كان في مرض الموت، فإذا عجزوا عن هذا الإثبات ظل التاريخ المذكور في العقد حجة عليهم باعتبارهم خلفاً لمورثهم.

ولا يكفي أن يثبت الحكم في مدوناته أن الهبة صدرت من المورث في مرض الموت، وإنما يجب أن يبين نوع هذا المرض، وهل كان الهلاك غالباً فيه وقت حصول التصرف، وإلا كان قاصراً قصوراً يعيبه بما يبطله واستخلاص عناصر مرض الموت هو استخلاص موضوعي. فإذا بنى على أسباب سائغة فلا يقبل الجدل فيه أمام محكمة النقض.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إذا كان الحكم حين قضي ببطلان التصرف الصادر من مورث المتصرف له بناء على أنه صدر منه وهو مريض مرض الموت قد اقتصر على تقرير أن المورث المذكور كان مريضاً مرضاً انتهى به إلى الوفاة دون أن يبين نوع هذا المرض، وهل كان الهلاك غالباً فيه وقت حصول التصرف، فإنه يكون قاصراً قصوراً يعيبه بما يبطله".

(طعن رقم 65 لسنة 18 ق جلسة 1950/1/12)

2- "ثبتت وفاة المريض على فراش مرضه في المستشفى بالتهاب رئوي بعد العملية الجراحية التي أجريت له لا ينفي حتماً أنه كان مريضاً مرض الموت قبل دخوله المستشفى إذ قد يكون هذا السبب الأخير من مضاعفات المرض ولا يسوغ رفض الاستجابة إلى طلب الإحالة إلى التحقيق لإثبات أنه كان مريضاً بالسرطان قبل دخوله المستشفى بثلاثة أشهر".

(طعن رقم 365 لسنة 22 ق جلسة 1956/6/7)

3- "حالة مرض الموت مشروطة شرعاً بأن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد اكتفى في اعتبار أن المورث كان مريضاً مرض الموت وقت صدور التصرف المطعون فيه بأنه قعد عن مزاوله أعماله خارج المنزل في الشهر الستة السابقة لوفاة بسبب سقوطه من فوق ظهر دابته دون بيان لنوع المرض الذي انتاب المورث وتحقيق غلبة الموت فيه وقت صدور التصرف المطعون فيه، فإن ذلك الحكم يكون قاصراً قصوراً يعجز محكمة النقض عن مراقبة صحة تكييفه للمرض بأنه

مرض موت".

(طعن رقم 449 لسنة 29 ق جلسة 1964/4/30)

4- "إن كانت المادة 916 من القانون المدني قد نصت على أنه لا يحتج على الورثة الذين يطعنون على التصرف بأنه صدر في مرض الموت بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً. إلا أن هذا التاريخ يظل حجة عليهم إلى أن يثبتوا هم عدم صحته وأن التصرف صدر في تاريخ آخر توصلاً منهم إلى إثبات أن صدوره كان في مرض الموت فإذا عجزوا عن هذا الإثبات ظل التاريخ المذكور في العقد حجة عليهم باعتبارهم خلفاً لمورثهم".

(طعن رقم 45 لسنة 34 ق جلسة 1967/5/11)

5- "من الضوابط المقررة في تحديد مرض الموت أن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك ويشعر معه المريض بدنو أجله وأن ينتهي بوفاته واستخلاص حصول هذا المرض بشروطه من مسائل الواقع التي تستقل محكمة الموضوع بها".

(طعن رقم 1694 لسنة 49 ق جلسة 1985/4/28)

6- "ثبوت مرض الموت أو انتفاؤه هو من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع من الأوراق المطروحة على بساط البحث في الدعوى متى كان استخلاصاً سائغاً".

(طعن رقم 746 لسنة 55 ق جلسة 1988/12/19)

7- "من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن طلب الخصم تمكينه من إثبات أو نفي دفاع جوهرى بوسيلة من وسائل الإثبات الجائزة قانوناً هو حق له يتعين على محكمة الموضوع إجابته إليه متى كانت هذه الوسيلة منتجة في النزاع ولم يكن في أوراق الدعوى والأدلة الأخرى المطروحة عليها ما يكفى لتكوين عقيدتها فيه. وإذ كان يجوز للوارث أن يثبت بشهادة الشهود أن هبة مورثه صدرت في مرض موته حتى تعتبر الهبة تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت، فتسرى عليه أحكام الوصية طبقاً للمادة 916 من القانون المدني وكان الثابت من الحكمين المطعون فيهما أن كلا من الطاعنين قد تمسك أمام محكمة الاستئناف بأن هبة مورثهما إلى أخيهما المطعون ضده الثانی صدرت منه في مرض موته، وطلب إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات ذلك، فإن كلا من الحكمين إذ

رفض هذا الطلب على سند من مجرد قوله أن الطاعن لم يقدم دليلاً أو قرينة على أن المورث كان مريضاً وقت الهبة، وهو رد لا يواجه طلب الطاعن إحالة الدعوى إلى التحقيق، فإنه يكون فضلاً عن إخلاله بحق الدفاع، مشوباً بالقصور الذي يستوجب نقضه.

(طعن رقم 1031، 1032 لسنة 50 ق جلسة 1984/3/22)

8- "إن المادة 916 من القانون المدني تنص في فقرتها الثالثة على أنه "إذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت، اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك" فإن مؤدى ذلك أنه إذا ثبت صدور التصرف في مرض الموت، فإن البيع يكون هبة مستترة، ولا يؤيه بالثمن المكتوب في العقد، وإنما يكلف المشتري بإثبات أنه دفع ثمناً في المبيع، ومقدار هذا الثمن الذي دفعه قبل التقرير بمدى سريان البيع في حق الورثة إعمالاً لحكم المادة 477 من القانون المشار إليه"

(طعن رقم 5191 لسنة 63 ق جلسة 2001/2/20)

9- "إن النص في المادة 477 من القانون المدني على أنه "إذا باع المريض مرض الموت لوارث أو لغير وارث بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت، فإن البيع يسرى في حق الورثة إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تجاوز ثلث التركة داخلاً فيها المبيع ذاته. أما إذا كانت هذه الزيادة تجاوز ثلث التركة، فإن البيع - فيما يجاوز الثلث - لا يسرى في حق الورثة إلا إذا أقروه أو رد المشتري للتركة ما يفي بتكملة الثلثين"، وفي المادة 916 منه على أن "كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض موت، ويكون مقصوداً به التبرع يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت، اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك" - يدل على أنه إذا أثبت الورثة أن البيع صدر في مرض موت مورثهم، فإن المشرع يفترض أن هذا البيع هو في حقيقته هبة ما لم ينقض المشتري هذه القرينة القانونية غير القاطعة بإثبات أنه دفع ثمناً للمبيع لا يقل عن قيمته، فيكون البيع صحيحاً نافذاً في حق الورثة دون حاجة إلى إجازتهم لانتفاء شبهة المجاملة في الثمن، وإذا ثبت أن ما دفعه من ثمن يقل عن قيمة المبيع بمقدار الثلث، فإن البيع يسرى أيضاً في

حق الورثة لدخول ما تمت المحابة فيه من الثمن فى نطاق ما يجوز الإيصاء به، وفى الحالتين لا يكون ثمة محل لتحقيق صدور البيع فى مرض الموت، أما إذا جاوزت الزيادة الثلث، فإن البيع يأخذ حكم الوصية ولا يسرى فى حق الورثة - فى حدود هذه الزيادة - إلا بإجارتهم، أو بتقاضيتهم ما يكمل ثلثى التركة من المشتري، وعندئذ يتعين تحقيق الدفع بصدور البيع فى مرض الموت".

(طعون أرقام 1859، 2444، 2447 لسنة 70 ق جلسة 2001/6/12)

14- اقتران الهبة بالتزام معين:

تنص الفقرة الثانية من المادة 486 على أنه: "يجوز للواهب، دون أن يتجرد من نية التبرع، أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين".
فهذه الفقرة تجيز أن تقرن الهبة بمقابل، وهذا المقابل إما أن يكون التزاما أو شرطا على الموهوب له، أو عوضا يلتزم به الموهوب له. ويكون عقد الهبة عندئذ عقدا ملزما للجانبين أو من عقود المبادلة، ويترتب عليه - كما سنرى - أنه إذا لم يوف الموهوب له بتعهده فإنه يجوز للواهب بناء على الشرط الفاسخ أن يطلب فسخ الهبة.
وقد يكون هذا المقابل التزاما بالإعطاء، أو التزاما بعمل، أو التزاما بالامتناع عن عمل.

ويجب أن تتوفر فى هذا الالتزام الشروط الواجب توافرها فى محل الالتزام، بأن يكون المحل موجودا إذا كان متعلقا بشيء معين بالذات، أو ممكنا إذا كان عملا أو امتناعا عن عمل.

ويجب أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين ويجب أخيراً أن يكون صالحاً للتعامل فيه وبخاصة يجب أن يكون غير مخالف للنظام العام. ونعرض لأحكام النصين سالفى الذكر فيما يلى:

15- التزام الموهوب له بالقيام بالتزام معين:

ذكرنا أن المادة 2/486 مدنى نصت على أنه يجوز للواهب دون أن يتجرد عن نية التبرع، أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين. أى أن نية التبرع تكون قائمة فى هذا النوع من الهبة مع فرض التزام معين يقوم به الموهوب له، وهو ما يطلق عليه

البعض الهبة المقيدة⁽¹⁾.

والالتزام المفروض على الموهوب له، قد يكون لمصلحة الموهوب له نفسه أو لمصلحة الواهب أو لمصلحة الأجنبي، وهذه صورة من صور الاشتراط لمصلحة الغير، أو للمصلحة العامة.

ومثال الالتزامات التي تفرض لمصلحة الموهوب له ما يأتي :

- 1- أن يهب الواهب دارا للموهوب له ويشترط عليه الإقامة بها، وهو البند المعروف في فرنسا ببند الإقامة.
- 2- أن يهب الواهب نقودا للموهوب له ويشترط أن ينفقها في نزهة أو رحلة، أو في شراء سندات، أو شراء كتب ثقافية.

ومثال الالتزامات التي تفرض لمصلحة الواهب ما يأتي :

- 1- أن يرتب الواهب في عقد الهبة إيرادا لمدى حياته يدفعه الموهوب له.
- 2- أن يفرض الواهب في عقد الهبة على الموهوب له أن يقوم بإيوائه ويتكفل بمأكله وملبسه.

ومثال الالتزامات التي تفرض لمصلحة الأجنبي :

- 1- أن يشترط الواهب على الموهوب له أن يرتب إيرادا لأجنبي مدى حياة الأخير.
- 2- أن يشترط الواهب وهو والد الموهوب له على ابنه تجهيز أخته (أختى الموهوب له وبننت الواهب) والإنفاق عليها وعلى أمه (زوجة الواهب) بعد وفاة أبيه.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"إذا كان الظاهر من عقد البيع أنه وقع مقابل ثمن معين، وكان منصوبا فيه على أن البائع تبرع لولده المشتري بهذا الثمن وعلى أن المشتري التزم بتجهيز أخته وبالإنفاق عليهما وعلى أمه بعد وفاة أبيه، واعتبرت المحكمة هذا العقد هبة مكشوفة، فإنها لا تكون قد أخطأت في تكييفه. فإن مجرد النعي على أن الوالد تبرع بالثمن يكفي لاعتبار العقد هبة مكشوفة. أما ما التزم به الموهوب له في ذيل هذا العقد من تجهيز أخته ومن الإنفاق عليهما وعلى والدته بعد وفاة أبيه، فلا يعدو أن يكون مقابلا للهبة ولا يخرج

(1) محمود جمال الدين زكى ص75.

عقدها عن طبيعته".

(طعن رقم 88 لسنة 15 ق جلسة 1946/5/22)

ومثال الالتزام المفروض لمصلحة عامة، أن يشترط الواهب أن ينفق الموهوب له ريع الموهوب أو جزءا منه على جهة خيرية كمدرسة أو ملجأ أو مستشفى⁽¹⁾. ولا يثير تكييف العقد بأنه هبة ثمة صعوبة إذا كان الالتزام مقررا لمصلحة الموهوب له، إذ أنه والهبة معا يفيدان الموهوب له فائدة محضة⁽²⁾. إنما تنثور الصعوبة في الحالات التي يستتبع فيها تنفيذ الالتزام قيام الموهوب له بإففاق مبالغ تزيد على المال الموهوب. ومثال ذلك أن يهب شخص لآخر ألفى جنيه للقيام برحلة دراسية في الخارج تتطلب خمسين ألف جنيه، أو يهب الواهب لشخص معنوى قطعة أرض عن أن ينشئ مستشفى أو مدرسة تزيد تكاليفها على قيمة الأرض. والرأى الذى سارت عليه محكمة النقض أن هذا العقد لا يعد عقد هبة، بل عقد من عقود المعاوضة غير المسماة⁽³⁾.

إذ قضت بأن:

1- "إن الهبات التى يشترط فيها مقابل لا تعتبر من التبرعات المحض التى يجب أن توثق بعقد رسمى. فإذا كان العقد مشتملا على التزامات متبادلة بين طرفيه إذ التزم أحدهما أن يملك الآخر (مجلس مديرية المنيا) قطعة أرض بشرط أن يقيم عليها مؤسسة خيرية فإنه لا يكون عقد تبرع، كما أنه ليس ببيع ولا معاوضة، وإنما هو عقد غير

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص279.

(2) السنهورى ص13.

(3) أما الفقه فىرى أن هذا العقد عقد هبة، تأسيسا على أن التزام المتصرف إليه لا يؤثر على طبيعة العقد، بل يبقى هبة مهما كانت قيمة التزامات هذا الأخير، حتى لو زادت فى القيمة عن المال الموهوب، ذلك أن الموهوب له تلقى بمقتضى العقد قيمة مالية دون أن يدفع مقابلا لها، أما ما أنفقه فقد ظل خاصا به، وتمخض لمصلحته فى شكل فائدة محسوسة إذا كان شخصا طبيعيا، وفى اتساع دائرة نشاطه وزيادة وسائله لتحقيق غرضه وأداء مهمته إذا كان شخصا معنويا. وهكذا تكون قد عادت إليه وحده منفعة ما أنفقه. وبالتالي لم يترتب على تنفيذ الالتزام أى افتقار له. فالالتزام الذى تحمله لا يعتبر لهذا السبب مقابلا للمال الموهوب يجعل من العقد معاوضة (محمود جمال الدين زكى ص80 - أكثر الخولى ص96 - السنهورى ص13).

مسمى، فلا تجب له الرسمية ولا يجوز الرجوع فيه. وذلك على الرغم مما هو وارد في عقد الاتفاق من ألفاظ التنازل والهبة والتبرع، فإن كل هذه الألفاظ إنما سيقَّت لبيان الباعث الذي حدا بصاحب الأرض إلى تملكك المجلس إياها، فهي لا تؤثر بحال على كيان العقد وحقيقته".

(طعن رقم 89 لسنة 9 ق جلسة 1940/4/11)

2- "المقرر أنه إذا كانت الهبة مشروطة للمساهمة في خدمة عامة فإن الرسمية لا تكون لازمة لانعقادها وأن الهبات التي يشترط فيها مقابل لا تعتبر من قبيل التبرعات المحضة التي يجب أن توثق في عقد رسمي".

(طعن رقم 1528 لسنة 53 ق جلسة 1984/2/21)

3- "المقرر في قضاء هذه المحكمة - أن الهبات التي يشترط فيها المقابل لا تعتبر من التبرعات المحضة التي يجب أن توثق بعقد رسمي، فإذا كان العقد مشتملاً على التزامات متبادلة بين طرفيه، فإنه لا يكون عقد تبرع، كما أنه لا يعد بيعاً ولا معاوضة، وإنما هو عقد غير مسمى فلا تجب له الرسمية ولا يجوز له الرجوع فيه، وذلك على الرغم مما قد يكون وارداً فيه من ألفاظ التنازل والهبة والتبرع، لأن كل هذه الألفاظ إنما سيقَّت لبيان الباعث على التصرف ولا تؤثر على كيان العقد".

(طعن رقم 1941 لسنة 52 ق جلسة 1987/5/24)

4- (أ) - "وإذا كانت الهبة التي يشترط فيها المقابل لا تعتبر من التبرعات المحضة التي يجب أن توثق بعقد رسمي وأن التبرع بتقديم عقار لجهة إدارية لإقامة مشروع ذي نفع عام على أن تتحمل الإدارة بقيمة النفقات وإقامة المشروع لا يعتبر عقد هبة يخضع للأحكام المقررة في القانون من وجوب إفراغه في ورقة رسمية".

(ب) - "لما كان الثابت من الأوراق - وعلى ما سجله الحكم المطعون فيه - أنه بمقتضى العقد المؤرخ 1977/11/11 التزم الطاعن بتمليك الوحدة المحلية المذكورة الأرض موضوع التداعى لإقامة موقف للسيارات الأجرة عليها، وأن الجهة الإدارية قبلت ذلك منه وتسلمت هذه الأرض وأقامت بها المشروع المتفق عليه، فإن التعاقد الذي تم بين طرفيه هو عقد من عقود المعاوضة غير المسماة، ولا يعتبر عقد هبة فلا تجب الرسمية لانعقاده ولا يجوز الرجوع فيه، وذلك على الرغم مما يكون وارداً فيه من ألفاظ التبرع أو التنازل أو الهبة، إذ أن هذه الألفاظ إنما تساق لبيان الباعث وراء التصرف دون أن تؤثر

بحال على كيان العقد وحقيقته سالف البيان".

(طعن رقم 3669 لسنة 58 ق جلسة 1997/6/1)

16- الهبة بعوض:

وإن كانت الهبة لا تتحقق إلا إذا كانت سببا في إثراء الموهوب له، إلا أن ذلك لا يمنع من أن تكون الهبة بعوض.

وهذا العوض قد يكون مشترطا لمصلحة الواهب أو لمصلحة أجنبي أو للمصلحة العامة، ولكن لا يكون مشترطا لمصلحة الموهوب له⁽¹⁾.

ومن أمثلة العوض المشترط لمصلحة الواهب ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة 499 مدنى من أنه إذا اشترط الواهب عوضا عن الهبة وفاء ديونه، فلا يكون الموهوب له ملزما إلا بوفاء الديون التى كانت موجودة وقت الهبة هذا مالم يتفق على غيره.

وما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة المذكورة من أنه إذا كان الشئ الموهوب مثقلا بحق عيني ضمانا لدين فى ذمة الواهب، فإن الموهوب له يلتزم بوفاء هذا الدين، مالم يوجد اتفاق على غير ذلك.

ومثال العوض المشترط لصالح أجنبي ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من أنه إذا كان الشئ الموهوب مثقلا بحق عيني ضمانا لدين فى ذمة شخص آخر، فإن الموهوب له يلتزم بوفاء هذا الدين، مالم يوجد اتفاق على غير ذلك.

وتكون الهبة فى هذه الحالة هى الفرق بين المال الموهوب ومقدار العوض، أما إذا كانت قيمة العوض تعادل قيمة المال الموهوب أو تقاربها كان العقد معاوضة لا هبة⁽²⁾.

وإذا تبين أن الشئ الموهوب أقل فى القيمة من العوض - ويتحقق ذلك غالبا إذا كان الموهوب له على غير بينة من أمره - فإن الموهوب له يكون ملزما بأن يؤدي العوض المشروط قدر قيمة المال الموهوب فقط (م498).



(1) أكتف الخولى ص92.

(2) السنهورى ص14 - أكتف الخولى ص92 - ويشترط الدكتور محمد كامل مرسى ص74 ليكون العقد معاوضة أن يكون العوض مساويا للمال الموهوب.

مادة (487)

- 1- لا تتم الهبة إلا إذا قبلها الموهوب له أو نائبه.
- 2- فإذا كان الواهب هو ولى الموهوب له أو وصيه، ناب عنه فى قبول الهبة وقبض الشئ الموهوب.

الشرح

17- انعقاد الهبة بالإيجاب والقبول:

تتعد الهبة بإيجاب من الواهب، وقبول من الموهوب له، لأنها عقد، فلا بد لها من اقتران إرادتين⁽¹⁾. ويتحقق وجود الهبة شرعا - على الراجح فى مذهب أبى حنيفة - بإيجاب الواهب ولا يعتبر القبول ركنا فيها، وإنما هو شرط ثبوت الملك للموهوب له. ذلك أنها اسم لإيجاب ملك من جانب واحد، وهو الواهب المالك، وذلك الصنيع يتم به وحده⁽²⁾. ولم يأخذ المشرع عندنا بهذا رأى، فاشتراط قبول الموهوب له لانعقاد الهبة. وعلى هذا نصت المادة 487 من التقنين المدنى بقولها: "1- لا تتم الهبة إلا إذا قبلها الموهوب له أو نائبه".

(1) وقد قضت محكمة النقض بأن:

- 1- "أ)- المقرر فى قضاء هذه المحكمة - أن الإيجاب هو العرض الذى يعبر به الشخص الصادر منه على وجه جازم عن إرادته فى إبرام عقد معين بحيث إذا ما اقترن به قبول مطابق انعقد العقد ولا يعتبر التعاقد تاما وملزما إلا بتوافر الدليل على تلاقى إرادة المتعاقدين على قيام هذا الالتزام ونفاذه".
- (ب)- "المفاوضات ليست إلا عملا ماديا ولا يترتب عليها لذاتها أى أثر قانونى".

(طعان رقما 8240، 8296 لسنة 65 ق جلسة 1997/6/23)

- (2) فقد جاء بتكملة فتح القدير على الهداية للكمال بن الهمام الجزء التاسع ص19 "وتصح بالإيجاب والقبول والقبض" أما الإيجاب فلأنه عقد والعقد ينعقد بالإيجاب والقبول والقبض لا بد منه لثبوت الملك. وقال مالك: يثبت الملك فيه قبل القبض اعتبارا". وجاء ببداية الصنائع للكاسانى فى الطبعة الثانية 1402هـ - 1982م ص115 "أما ركن الهبة فهو الإيجاب من الواهب فأما القبول من الموهوب له فليس بركن استحسانا والقياس أن يكون ركنا وهو قول زفر".

2- فإذا كان الواهب هو ولى الموهوب له أو وصيه، ناب عنه فى قبول الهبة وقبض الشئ الموهوب".

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه "لابد من قبول الموهوب له للهبة ولو بالسكوت، ولكن القبول على أية صورة كانت ضرورى، لأن الهبة عقد لابد فيه من اقتران إرادتين، ويقبل الهبة الموهوب له أو نائبه إلخ"⁽¹⁾.

ولا يشترط فى الإيجاب والقبول أن يكونا بألفاظ مخصوصة فيصح الإيجاب بأى لفظ يفيد الهبة، كأن يقول الواهب. وهبت هذا الشئ لك، أو ملكته لك، أو جعلته لك، أو هو لك، أو أعطيته، أو نحلته، أو أهديته إليك. والنحلة هى العطية والهبة بمعنى العطية. ويصح القبول بأى لفظ كذلك، مثل قبلت، أو أخذت، أو رضيت⁽²⁾.

غير أنه لا يشترط أن يكون الإيجاب صريحا، وإنما يجوز أن يكون ضمنيا كزوج يقدم هدية لزوجته فى عيد ميلادها، أو صديق يقدم هدية لصديقه لمناسبة زفافه. وفى هذه الحالة يجب أن يقطع المظهر الذى اتخذه بقصد الموجب لأن نية الهبة لا تفترض⁽³⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"إذا قضى الحكم برفض دعوى المدعى بنصيبه الميراثى فى مبلغ مودع أحد البنوك بانيا ذلك على أن المورث قد وهبه ولده فى حال حياته فخرج من تركته، فى حين أنه كان من دفاع المدعى أنه ليس ثمة أى دليل على صدور هبة من المورث، وكان كل ما قاله الحكم لإثبات الهبة أن المورث قد فتح حسابا خاصا فى البنك لولده أودع فيه باسمه المبلغ المتنازع عليه وأنه فتح هذا الحساب الخاص مع وجود حساب باسمه هو فى ذات البنك، فهذا الذى قاله الحكم ليس فيه ما يدل على صدور إيجاب بالهبة من المورث، لأن نية الهبة لا تفترض، وفعل الإيداع ليس من شأنه بمجرده أن يفيدها إذ هو يحتمل احتمالات مختلفة لا يرجح أحدها إلا بمرجح، وبهذا لا يكون الحكم قد عنى بتحصيل الركن الأول الأساسى من أركان عقد الهبة وهو الإيجاب، فيكون باطلا".

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص246.

(2) محمد كامل مرسى ص24 وما بعدها.

(3) محمود جمال الدين زكى ص132 وما بعدها.

(طعن رقم 15 لسنة 17 ق جلسة 1948/4/8)⁽¹⁾

ويعتبر مجرد سكوت الموهوب له بعد علمه بالإيجاب إذا تمخضت الهبة لمنفعته قبولا. فقد نصت الفقرة الثانية من المادة 980 مدنى على أن: "ويعتبر السكوت عن الرد قبولا، إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل بالإيجاب بهذا التعامل، أو إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه"⁽²⁾.

وقد رأينا سلفا أن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ذهبت إلى أنه: "لا بد من قبول الموهوب له للهبة ولو بالسكوت، ولكن القبول، على أية صورة كانت ضرورى، لأن الهبة عقد لا بد فيه من اقتران إرادتين أما إذا كانت الهبة بعوض، أو فرض فيها الواهب على الموهوب له التزاما، فإن السكوت فى هذه الحالة لا يعد قبولا إلا إذا كانت الظروف تدل على أن الواهب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول ولم يرفض الموهوب له الهبة فى وقت مناسب إذ تقضى الفقرة الأولى من المادة 98 من التقنين المدنى بأنه: "إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجارى أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن ينتظر تصريحاً بالقبول، فإن العقد يعتبر قد تم، إذا لم يرفض الإيجاب فى وقت مناسب".

18 - توافق الإيجاب والقبول :

(1) كما قضت محكمة النقض بأن :

"المحكمة الموضوع السلطة فى تعرف حقيقة العقد المتنازع عليه واستظهار مدلوله مما تضمنته عباراته على ضوء الظروف التى أحاطت بتحريره وما يكون قد سبقه أو عاصره من اتفاقات عن موضوع التعاقد ذاته. فإذا كان يبين من الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه أن محكمة الموضوع وهى بصدد الفصل فى الخصومة التى قامت بين الطاعنة والمطعون عليهم حول ما إذا كانت الهبة قد صدرت من الواهب لمورث الطاعنين الأولين والطاعن الثالث بصفتها الشخصية أو اعتبارهما نائبين عن أهالى بلدة معينة لبناء مدرسة بها قد رجعت، بجانب ما تضمنه العقدان الابتدائى والنهائى من عبارات، إلى ظروف التعاقد وملابساته واستخلصت من ذلك أن فكرة إنشاء المدرسة قد نبئت لدى الأهالى وأن تشييدها كان تنفيذا لهذه الفكرة، وأن الهبة قد صدرت من الواهب تنفيذا لهذا الغرض، وكان هذا الذى استخلصته محكمة الموضوع سائعا لا يجافى المنطق ولا يناقض الثابت بالأوراق فإن الحكم المطعون فيه لا يكون قد أخطأ تطبيق القانون".

(طعن رقم 478 لسنة 26 ق جلسة 1962/5/24)

(2) السهنورى ص30.

يجب توافق الإيجاب والقبول. فإذا قرر المعطى أن يعطى على سبيل الهبة، وقرر الطرف الآخر أنه يقبل على سبيل آخر كالإعارة، فلا تتعد الهبة أو الإعارة. ولا تنطبق نظرية تحول العقد على أساس أن النية المحتملة للمتعاقدين كانت تتجه إلى الإعارة لو تبين بطلان الهبة أو العكس، لأن تحول العقد يرد على عقد واحد تم توافق الإرادتين عليه ثم تبين بطلانه. ولكن الحال هنا أنه لم تتوافق الإرادتان على أى منهما ثم إن نية الهبة لا تقتض (1).

19- رجوع الواهب عن الإيجاب قبل وصول القبول إلى علمه :

إذا كان الإيجاب ملزماً، بأن حدد الواهب ميعاداً صريحاً للقبول، أو كان هذا الميعاد ضمنياً يستخلص من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة، فإن الواهب يلتزم بإيجابه طوال هذه المدة ولا يجوز له الرجوع فيه، وإذا رجع فيه فإن رجوعه لا يترتب عليه أثر، بل يظل الإيجاب قائماً بحيث إذا صادفه قبول قبل حلول الميعاد انعقدت الهبة. فهذا هو مقتضى التزام الموجب بالبقاء على إيجابه في هذه الحالة.

وهذا الحكم مستمد من القواعد العامة والتي نصت عليها المادة 93 من التقنين

المدنى بقولها:

"1- إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضى هذا

الميعاد.

2- وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة".

أما إذا كان الإيجاب غير ملزم - على النحو السالف - وهذا فرض لا يتيسر تصوره إلا في التعاقد بين حاضرين في مجلس العقد، إذ تدل الظروف حينئذ على أن الإيجاب غير مقترن بميعاد. فإن الإيجاب يكون قائماً ولكنه لا يكون ملزماً، فيجوز لصاحبه أن يعدل عنه مادام لم يصادفه قبول، وبشرط أن يصل الرجوع عن الهبة إلى علم الموهوب له قبل وصول قبول الموهوب له إلى علم الواهب، لأن القبول وقت أن يصل إلى علم الواهب لم يصادف إيجاباً قائماً، فلم يقترن القبول بالإيجاب ويمكن اعتبار هذا القبول المتأخر إيجاباً جديداً (2).

(1) محيى الدين علم الدين ص 17.

(2) الدكتور عبد المنعم الصده مصادر الالتزام 1986 - ص 102 وما بعدها - السنهورى ص 31

وما بعدها.

20- موت الواهب أو فقده لأهليته قبل وصول الإيجاب إلى الموهوب له :

نقضى المادة 92 من التقنين المدنى الواردة فى القواعد العامة بأنه: "إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل".

وهذا النص يسرى على عقد الهبة. فإذا مات من صدر التعبير منه أى الواهب أو زالت أهليته قبل أن يصل إيجابه إلى علم الموهوب له وقبوله الهبة، فإن ذلك لا يؤثر فى التعبير الذى سبق أن صدر منه. فهذا التعبير يبقى موجوداً، وللموهوب له قبول الهبة. إلا أن هذا القبول يصبح عديم الأثر لأن القبول لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى علم من وجه إليه وهو الموجب، لأنه قد مات أو فقد أهليته⁽¹⁾.

وكان التقنين المدنى القديم يسقط الإيجاب إذا مات صاحبه أو فقد أهليته قبل اقتران القبول به. إذ نصت المادة 72/50 على أن: "تبطل الهبة بموت الواهب أو بفقده أهليته للتصرف قبل قبول الموهوب له".

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"متى كانت اللائحة التأسيسية للاتحاد الأرمنى العام قد جعلت قبول الهبات من اختصاص المجلس الرئيسى للاتحاد وكان المستفاد ومن نصوصها أنها فصلت بين قبول الهبات وبين قبضها واعتبرت الأمر الأخير مجرد واقعة مادية لا تغنى عن صدور التصرف القانونى وهو القبول فإنه يصبح واجبا بيان ما إذا كان المجلس الرئيسى قد قبل الهبة التى قبضها المجلس المحلى وذلك قبل وفاة الواهب حتى يتحقق بذلك ما تقتضيه المادتان 48، 50 مدنى قديم".

(طعن رقم 242 لسنة 22 ق جلسة 1956/3/8)

21- موت الموهوب له أو فقده الأهلية قبل القبول :

إذا مات الموهوب له بعد قبول الهبة وقبل اتصال قبوله بعلم الواهب فإن الهبة لا تتعقد لأن طبيعة الهبة تجعل شخصية الموهوب له فى المقام الأول من الاعتبار. وهذا ما يتفق وما تنص عليه المادة 92 مدنى الخاصة بأثر موت من صدر منه التعبير أو

(1) الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي نظرية العقد والإرادة المنفردة 1984 ص112 وما بعدها.

فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره إذ تستثنى من حكمها حالة ما إذا كانت طبيعة التعامل تقضى بعكسه.

ولا يختلف الحكم إذا كانت وفاة من وجه إليه الإيجاب أو فقد أهليته صادرة بعد وصول الإيجاب إليه وقبل القبول من جانبه حتى يفترض اعتبار سكوته قبولا وذلك لنفس السبب المتقدم⁽¹⁾.

وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى ينص فى المادة 126 منه (والتى أصبحت برقم 92) على أنه: "لا يؤثر فى صحة التعبير عن الإرادة أن يكون من صدر منه أو من وجه إليه هذا التعبير قد مات أو فقد أهليته إلخ" - فكان المشروع التمهيدى يبيح لورثة من وجه إليه التعبير أو لنائبه - أى لورثه الموهوب له أو لنائبه - أن يصدر منهم القبول بدلا من الموهوب له بعد موت هذا أو فقد أهليته، ولكن المشروع التمهيدى عدل فى لجنة المراجعة، وحذفت عبارة "أو من وجه إليه هذا التعبير"⁽²⁾ فأصبح لا يجوز لورثة الموهوب له أو لنائبه أن يقبلوا الهبة بعد موت الموهوب له أو فقد أهليته.

أما التقنين المدنى القديم فكان ينص على حكم مخالف إذ نص فى المادة 73/51 على أن "يسوغ أن يحصل قبول الهبة من ورثة الموهوب له إذا كان قد توفى قبل القبول، وفى حالة الهبة لمن ليس أهلا للقبول يصح قبولها ممن يقوم مقامه".

شروط صحة عقد الهبة

شروط صحة عقد الهبة هى شروط صحة التراضى فى عقد الهبة، وهى كشروط صحة التراضى فى أى عقد من العقود، ترجع إلى الأهلية وإلى عيوب الرضاء، ونعرض لذلك بالتفصيل فيما يلى.

أولا : الأهلية فى عقد الهبة.

(أ) - أهلية الواهب :

22 - الشخص الذى يجوز له الهبة :

الهبة من التصرفات الضارة ضررا بالواهب، ولذلك يجب أن يكون الواهب

(1) أكتف الخولى ص 103 - محمود جمال الدين زكى ص 131 هامش (1) وما بعدها.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 28 وما بعدها.

كامل الأهلية أى بلغ سن الرشد. وسن الرشد هو إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة. بشرط أن يكون الشخص متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، إذ نصت المادة 44 مدنى على أن:

"1- كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.

2- وسن الرشد هي إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة".

وكان المشروع التمهيدي للتقنين المدنى الجديد ينص فى المادة 165 منه على أنه:

"1- يجب لصحة الهبة أن يكون الواهب مالكا للمال الموهوب، وأن يكون أهلا للتبرع .

2- وتسرى على الهبة فى مرض الموت أحكام الوصية".

وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة اكتفاء بما جاء فى باب أحكام الوصية⁽¹⁾.

وللزوجة البالغة الرشيدة أن تهب مالها كله أو بعضه لمن تشاء دون إذن زوجها، على خلاف الحال فى القانون الفرنسى الذى لا يجيز هبة الزوجة إلا بإذن الزوج⁽²⁾.

والصبي غير المميز وهو الذى لم يبلغ السابعة من عمره (م2/45 مدنى) غير أهل

لأن يهب، فهو لا يملك أن يتعاقد أصلاً.

وعلى هذا نصت المادة 110 مدنى على أن: "ليس للصغير غير المميز حق

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص257 وما بعدها.

(2) وفى الفقه الإسلامى اختلف الفقهاء فيما إذا كان يجوز للزوجة أن تهب من مالها من غير إذن زوجها فقال الليث: لا يجوز لها ذلك مطلقاً، لا فى الثلث ولا فيما دونه إلا فى الشئ التافه. وقال طاوس ومالك إنه يجوز لها أن تعطى مالها بغير إذنه فى الثلث، لا فيما فوقه فلا يجوز إلا بإذنه.

واستدلوا بحديث، "ولا يجوز لامرأة عطية إلا بإذن زوجها". وفى لفظ "لا يجوز للمرأة أمر فى مالها إذا ملك زوجها عصمتها".

وذهب الجمهور إلى أنه يجوز للزوجة مطلقاً من غير إذن من الزوج إذا لم تكن سفيهة، فإن كانت سفيهة لم يجز.

واستدل الجمهور بالأحاديث الكثيرة التى تقضى بأنه يجوز للزوجة التصديق من مال زوجها بغير إذنه، وإذا جاز لها ذلك فى ماله بغير إذنه فبالأولى الجواز فى مالها. وحملوا حديث "لا يجوز

لامرأة عطية إلا بإذن زوجها" على ما إذا كانت سفيهة غير رشيدة. =

= وحمل مالك أدلة الجمهور على الشئ اليسير، وجعل حده الثلث فما دونه (محمد كامل مرسى ص64 وما بعدها).

التصرف في ماله، وتكون جميع تصرفاته باطلة".

والصبي المميز غير أهل للهبة ولو كان مأذونا بالإدارة أو الاتجار.

وعلى هذا نصت المادة 111 مدنى بقولها:

"إذا كان الصبي مميزا كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعا

محضا، وباطلة متى كانت ضارة ضررا محضا إلخ".

وعلى ذلك فهبة الصبي غير المميز والصبي المميز على السواء باطلة، فلا ترد

عليها الإجازة، سواء صدرت الإجازة من الولي أو الوصى أو المحكمة لأن الولاية

والوصاية شرعتا لمصلحة الصغير ولا مصلحة له في إجازة الأعمال الضارة.

أما بالنسبة لذى الغفلة والسفيه، فإذا صدرت منهما الهبة بعد تسجيل قرار الحجر،

فإنه يسرى عليها ما يسرى على هبة الصبي المميز من أحكام فتقع الهبة باطلة

(م115مدنى).

أما هبة المجنون والمعتوه، فتقع باطلة إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر،

أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا إلا إذا كانت حالة

الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد، أو كان الطرف الآخر على بينة منها (م

114 مدنى).

23 - هبة الولي أو الوصى أو القيم :

الولي الطبيعي، سواء كان أبا أو جدا، والوصى على القاصر، والقيم على المحجور

عليه للجنون أو للعتة أو للسفه أو للغفلة لا يملك هبة مال الصغير أو المحجور عليه

ولو بإذن من المحكمة.

غير أنه ورد استثناءات على هذه القاعدة فى المرسوم بقانون رقم 119 لسنة

1952 بأحكام الولاية على المال، هى:

1- ما تنص عليه المادة الخامسة من أنه لا يجوز للولى التبرع بمال القاصر إلا

لأداء واجب إنسانى أو عائلى وبإذن المحكمة.

غير أن هذا القيد لا يسرى على ما آل إلى القاصر من مال بطريق التبرع من أبيه

صريحا كان التبرع أو مستترا ولا يلزم الأب بتقديم حساب عن هذا المال (م13).

2- ما تنص عليه المادة 38 من أنه لا يجوز للوصى التبرع بمال القاصر إلا لأداء

واجب إنسانى أو عائلى وبإذن المحكمة.

3- ما تنص عليه المادة 39 من أنه لا يجوز للوصى مباشرة التصرفات الآتية إلا بإذن من المحكمة.

ثالث عشر: التنازل عن الحقوق والدعاوى وقبول الأحكام القابلة للطعون العادية والتنازل عن هذه الطعون بعد رفعها ويسرى ذلك على القامة والوكلاء عن الغائبين (م78).

24 - البالغ الرشيد المحكوم عليه بعقوبة جنائية :

البالغ الرشيد المحكوم عليه بعقوبة جنائية يستلزم حتما حرمانه من إدارة أشغاله الخاصة بأمواله وأملاكه مدة اعتقاله ويعين قيما لهذه الإدارة تقره المحكمة، فإذا لم يعينه عينته المحكمة المدنية التابع لها محل إقامته فى غرفة مشورتها بناء على طلب النيابة العمومية أو ذى مصلحة فى ذلك ويجوز للمحكمة أن تلزم القيم الذى تعينه بتقديم كفالة، ويكون القيم الذى تقره المحكمة أو تعينه تابعا لها فى جميع ما يتعلق بقوامته (م25/رابعاً) عقوبات ولا يجوز للمحكوم عليه أن يتصرف فى أمواله إلا بناء على إذن من المحكمة المدنية المذكورة. وكل التزام يتعهد به مع عدم مراعاة ما تقدم يكون ملغى من ذاته وترد أموال المحكوم عليه إليه بعد انقضاء مدة عقوبته أو الإفراج عنه ويقدم له القيم حساباً عن إدارته (م25/رابعاً/2) عقوبات. ومن ثم لا يجوز للبالغ الرشيد المحكوم عليه بعقوبة جنائية التصرف بالهبة إلا بإذن من المحكمة.

25 - البالغ الرشيد ذو العاهتين :

إذا كان البالغ الرشيد أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم ، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه فى التصرفات المنصوص عليها فى المادة 39 من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952، وهى التصرفات التى لا يجوز للوصى مباشرتها إلا بإذن من المحكمة، ويدخل فيها التنازل عن الحقوق والدعاوى وقبول الأحكام القابلة للطعون العادية والتنازل عن هذه الطعون بعد رفعها ورفع الطعون غير العادية فى الأحكام والتنازل عن التأمينات وإضعافها (م1/70).

ويجوز للمحكمة ذلك أيضا إذا كان يخشى من انفراد الشخص البالغ الرشيد بمباشرة التصرف فى ماله بسبب عجز جسمانى شديد (م2/70).

ويشترك المساعد القضائي في التصرفات سالفة الذكر. وإذا امتنع عن الاشتراك في تصرف جاز رفع الأمر للمحكمة فإن رأت أن الامتناع في غير محله أذنت للمحكوم له بمساعدته بالانفراد في إبرامه أو عينت شخصا آخر للمساعدة في إبرامه وفقا للتوجيهات التي تبينها في قرارها.

وإذا كان عدم قيام الشخص الذي تقررت مساعدته قضائيا بتصرف معين يعرض أمواله للخطر جاز للمساعد رفع الأمر إلى المحكمة ولها أن تأمر بعد التحقيق بانفراد المساعد بإجراء هذا التصرف (م3/71).

ويعتبر المساعد القضائي في حكم النائب في تطبيق أحكام المواد 108 و282 و479 من القانون المدني (م73)⁽¹⁾.

(ب) أهلية الموهوب له :

26- الجنين :

لا تجوز الهبة للجنين، لأنه يشترط في الموهوب له أن يكون موجودا حقيقة لا حكما كالجنين في بطن أمه. وأهلية الوجوب للجنين مقصورة على تلقي الحقوق التي لا يلزم القبول لثبوتها، لأن ليس للجنين ولي⁽²⁾.

ولئن كانت المادة 28 من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 بأحكام الولاية على المال تنص على أنه يجوز للأب أن يقيم وصيا مختارا لولده القاصر أو للحمل المستكن ويجوز ذلك أيضا للمتبرع في الحالة المنصوص عليها في المادة 3، وتجيز المادة 29 إذا لم يكن للقاصر أو للحمل المستكن وصى مختار أن تعين المحكمة وصيا ويبقى وصى الحمل المستكن وصيا على المولود مالم تعين المحكمة غيره إلا أن ذلك لا يفيد جواز الهبة للجنين لأن المادة 28 تخصص - في نهايتها - التبرع للجنين بأنه التبرع بطريق الوصية⁽³⁾.

(1) الدكتور محمد على عرفة شرح القانون المدني الجديد في حق الملكية الجزء الأول الطبعة الثانية 1954 ص363 وما بعدها.

(2) أكنم الخولى ص104.

(3) أكنم الخولى ص103 وما بعدها - السنهاورى ص102.

27- الصبى غير المميز والمجنون والمعتوه:

إذا كان الصبى غير مميز فإنه لا تكون له أهلية قبول الهبة، التى يشترط فيها التمييز. ويسرى ذلك على المجنون والمعتوه.

غير أنه يجوز قبول الهبة من الولى أو الوصى على الصغير غير المميز والقيم على المجنون والمعتوه.

وإذا كان يشترط لقبول الهبة القبض، ناب عنه فى القبض ولا يشترط لذلك إذن من المحكمة. وفى هذا نصت المادة 487 مدنى على أن:

"1- لا تتم الهبة إلا إذا قبلها الموهوب له أو نائبه.

2- فإذا كان الواهب هو ولى الموهوب له أو وصيه، ناب عنه فى قبول الهبة وقبض الشئ الموهوب".

ولا يمنع من قبول الولى أو الوصى أو القيم أو من قبضها أن يكون هو الواهب، لأنه يتعاقد مع نفسه فى هذه الحالة بنص صريح فى القانون.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "الأصل أن الصغير يملك المال الذى يهبه إياه وصيه أو مربيه، أى من هو فى حجره وتربيته، بمجرد الإيجاب، ولا يحتاج للقبض، وعليه لو وهب الأب لطفله شيئاً فى يده أو عند مستودعه أو مستعيهه تتم الهبة بمجرد قوله: وهبت، ولا حاجة للقبول لتمام الهبة، لأن المال لما كان فى قبض الأب ناب مناب قبض الصغير. فإذا اعتبر الحكم بناء على أسباب مسوعة أن إقرار المورث بأنه مدين بقيمة السند موضوع الدعوى لولديه القاصرين، هو إقرار من جانبه يشمل إيجاباً بالهبة من مال فى قبضه، وبه تتم الهبة للقاصرين بغير حاجة إلى قبول وصى يقام عليهما ليتسلم السند - فإنه لا يكون قد أخطأ"⁽¹⁾.

(1) وقد انتقد الدكتور السنهورى (ص104 هامش 1) الحكم فى أنه يتكلم عن القبض فى هبة مستترة تتم دون حاجة إلى قبض أو إلى ورقة رسمية. ولكن الحكم يصيب فى أن الهبة هنا ليست فى حاجة إلى قبول الصغيرين.

(طعن رقم 97 لسنة 18 ق جلسة 1950/2/23)

2- "إذ كان الواقع في الدعوى أن العقد استوفى ظاهريا الأركان القانونية لعقد البيع المنجز من بيع وثمن، وأنه صدر من الطاعن بصفته الشخصية إلى نفسه بصفته وليا شرعيا على أولاده المطعون عليهم وقت أن كانوا قسرا. وكانت المادة 487 من القانون المدني تجيز للولي الشرعي أن ينوب عن الموهوب له في قبول الهبة، ولو كان هو الواهب، فيكون له أن يتعاقد مع نفسه، فإن التصرف المعقود باعتباره هبة مستترة في صورة البيع تكون قد توافرت له شرائط الصحة".

(طعن رقم 669 لسنة 42 ق جلسة 1979/3/14)

3- "النص في المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 على أن "يجب على الولي أن يقوم بالولاية على مال القاصر ولا يجوز له أن يتتحي عنها إلا بإذن المحكمة" وفي الفقرة الثانية من المادة 487 من القانون المدني على أن "إذا كان الواهب هو ولي الموهوب له ناب عنه في قبول الهبة" يدل على أن صفة الولي لا تزول عنه إلا بإذن من المحكمة ومن تاريخ صدور هذا الإذن، فإذا كان هو الواهب فإنه يعتبر قابلا للهبة بمجرد التعبير عن إرادته بها".

(طعن رقم 1573 لسنة 49 ق جلسة 1983/3/24)

غير أنه لا يجوز قبول الولي أو الوصي الهبة إلا بإذن من المحكمة في الحالات الآتية:

1- إذا كانت الهبة محملة بالتزامات معينة إذ نصت المادة 12 من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 على أنه:

"لا يجوز للولي أن يقبل هبة أو وصية للصغير محملة بالتزامات معينة إلا بإذن المحكمة".

كما نصت المادة 39 على أنه لا يجوز للوصي مباشرة التصرفات الآتية إلا بإذن من المحكمة.

.....

(تاسعا): قبول التبرعات المقترنة بشرط أو رفضها".

ويراعى أنه إذا تبرع شخص للقاصر بمال فإنه يجوز أن يشترط المتبرع عدم دخول هذا المال في الولاية. وفي هذه الحالة يجب على المحكمة أن تقيم وصيا خاصا تحدد

مهمته. كما يجوز للمتبرع نفسه أن يقيم وصيا مختارا. فقد نصت المادة الثالثة على أنه: "لا يدخل فى الولاية ما يؤول للقاصر من مال بطريق التبرع إذا اشترط المتبرع ذلك". وتنص المادة 31 على أن: "تقيم المحكمة وصيا خاصا تحدد مهمته وذلك فى الأحوال الآتية:

(د-) إذا آل إلى القاصر مال بطريق التبرع وشرط المتبرع ألا يتولى الولى إدارة المال إلخ".

وتنص المادة 28 على أن: "يجوز للأب أن يقيم وصيا مختارا لولده القاصر أو للحمل المستكن ويجوز أيضا للمتبرع فى الحالة المنصوص عليها فى المادة 3. ويشترط أن يثبت الاختيار بورقة رسمية أو عرقية مصدق على توقيع الأب أو المتبرع فيها أو مكتوبة بخطه وموقعة بإمضائه.

ويجوز للأب والمتبرع بطريق الوصية فى أى وقت أن يعدلا عن اختيارهما. وتعرض الوصاية على المحكمة لتثبيتها".

والأصل أن الأب لا يحاسب على تصرفاته، ولكنه استثناء يحاسب عن ريع المال الذى وهب للقاصر لغرض معين كالتعليم أو القيام بحرفة أو مهنة (م25). وهذه الأحكام قد فرضها القانون لمصلحة الصغير.

28- الصبى المميز والسفيه وذو الغفلة :

ذكرنا أن الهبة من التصرفات النافعة نفعاً محضاً ومن ثم يجوز للصبى المميز والسفيه وذو الغفلة قبول الهبة وقبضها. ويصح ذلك دون إذن الولى أو الوصى أو القيم. ويستطيع الولى أو الوصى أن يهباً للصغير وينوبان عنه فى قبول الهبة وقبض الشئ الموهوب وعلى هذا نصت الفقرة الثانية من المادة 487 مدنى بقولها: "إذا كان الواهب هو ولى الموهوب له أو وصيه، ناب عنه فى قبول الهبة وقبض الشئ الموهوب" ويشجع القانون على زيادة مال الصغير بالهبة فيجيز للولى أن يقبل الهبة للصغير نيابة عنه، إلا إذا كانت محملة بالتزامات معينة حيث يجب الحصول على إذن المحكمة (م12) من المرسوم بقانون 119 لسنة 1952).

وكذلك الحال بالنسبة للوصى إذا كانت الهبة مقترنة بشرط (مادة 39 تاسعا). ويلاحظ هنا اختلاف فى صياغة النصين من ناحيتين. فالمادة 12 الخاصة بالولى

تستلزم إذن المحكمة لقبول هذا النوع من الهبات بينما تنص المادة 39 تاسعا الخاصة بالوصى على ضرورة حصوله على إذن المحكمة لقبول هذه الهبات ورفضها ويفهم من ذلك أن الولى يستطيع رفض هذه الهبات دون إذن المحكمة بخلاف الوصى. وبينما تنص المادة 12 على الهبات "المحملة بالتزامات معينة" تتكلم المادة 39 تاسعا عن "الهبات المقترنة بشرط" إلا أن موضوع النصين واحد وهو الهبات المقترنة بالتزام على الموهوب له والتي تسمى كذلك بالهبات المقترنة بتكليف والتكليف هو التزام على عاتق الموهوب له⁽¹⁾.

29- الزوجة الصغيرة:

الهيئة الصادرة للزوجة الصغيرة، يجوز لزوجها أن يقبضها نيابة عنها إذا كانت قد زفت إليه ولو كان أبوها حاضرا، وكذا لأبيها حق القبض لما له من الولاية عليها، وكذا لها أن تقبضها إذا كانت مميّزة.

(م513، 514 من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا)⁽²⁾.

30- قبول الأشخاص المعنوية للهبات:

يسرى فى شأن قبول الأشخاص المعنوية الخاصة أو العامة الهيئة النصوص الخاصة بهذه الأشخاص المعنوية.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"البين من الأوراق أن الطاعنين قد تمسكوا فى دفاعهم أمام محكمة الموضوع ببطلان عقد الهبة لأن جمعية ليست لها الشخصية الاعتبارية إعمالا لنص المادة 52، 53 من القانون المدنى ولم يتم شهر نظامها وفقا لأحكام القانون رقم بشأن الجمعيات والمؤسسات ومن ثم لا يكون لها وجود قانونى وبالتالي لا يكون لها أو للمطعون ضدها التى تمثلها - أهلية قبول الهبة وإذ التفت الحكم المطعون فيه عن دفاع الطاعنين ولم يتناوله فى أسبابه لنقول المحكمة كلمتها فيه رغم أنه دفاع جوهرى قد يتغير به - إن صح - وجه الرأى فى الدعوى فإنه يكون مشوبا بالقصور".

(طعن رقم 1264 لسنة 62 ق جلسة 1998/4/29)⁽¹⁾

(1) أكتّم الخولى ص104 هامش (1).

(2) السنهورى ص105 هامش (2).

ثانيا : عيوب الرضا فى عقد الهبة

31- تطبيق حكم القواعد العامة :

عيوب الرضاء فى عقد الهبة هى عيوب الرضاء فى أى عقد آخر. فتسرى على هذه العيوب الأحكام العامة الواردة فى القانون المدنى. وهذه العيوب فى القانون المدنى هى:

الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال ونحيل فى تفصيل ذلك إلى مؤلفات نظرية العقد.



(1) منشور بمؤلف المستشار الدكتور محمد شتا أبو سعد التقنين المدنى - الجزء الثالث ص108 وما بعدها.

مادة (488)

- 1- تكون الهبة بورقة رسمية، وإلا وقعت باطلة مالم تتم تحت ستار عقد آخر.
- 2- ومع ذلك يجوز فى المنقول أن تتم الهبة بالقبض، دون حاجة إلى ورقة رسمية.

الشرح

32- حكمة اشتراط الشكلىة فى عقد الهبة :

اشترط المشرع الشكلىة فى الهبة - بأن تكون فى ورقة رسمية فى العقار كما سنرى - حماية للواهب وحماية لأسرته، وحماية للموهوب له.

فالهبة حماية للواهب، لأنها عقد له خطره إذ فىه يتجرد الواهب عن ماله دون عوض. فىكون فى الشكلىة تنبىه لهذا الأخير إلى خطر ما هو مقدم علىه، فهى تستلزم إجراءات عديدة تدعو الواهب إلى التفكير والتدبر بما يقتضيه من وقت، فضلا عن أن فى إجراءاتها أمام موظف عام ما يوفر له أسباب الحرية فى هذا التصرف⁽¹⁾.

والشكلىة ذات فائدة لأسرة الواهب، لأن تجرد الواهب من ماله دون مقابل يسلب ورثته بعض حقهم فى تركته، وقد فىكون فى إجراءات الورقة الرسمية وعلايتها سبيل الورثة إلى الإحاطة بما يقدم علىه مورثهم فىبصرونه بمغبة عمله.

وهى مفيدة للموهوب له، لأن الهبة عقد يسهل الطعن فىه، فخير للموهوب له أن يتسلح بهذه الرسمية للدفاع عن حقه⁽²⁾.

33- الرسمية فى الهبة :

تنص المادة 1/488 مدنى على أن "تكون الهبة بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة مالم تتم تحت ستار عقد آخر". وظاهر من هذا النص أن الشكل الرسمى هو القاعدة العامة فى جميع الهبات سواء كان محلها عقارا أم منقولاً.

أما هبة المنقول فتتم إما بورقة رسمية وإما بالقبض.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص254 - محمود جمال الدين زكى ص87.

(2) السنهورى ص45 وما بعدها.

ويستثنى من الرسمية أن تتم الهبة تحت ستار عقد آخر أى أن يكون هناك محرر عرفى تفرغ فيه الهبة فى صورة عقد آخر كالبيع مثلا.

وعلى ذلك فالرسمية ركن لانعقاد العقد وليست طريقا لإثباته.

والغالب أن يتضمن المحرر الرسمى رضا الطرفين، أى الإيجاب والقبول، ولكن ليس هذا ضروريا، فليس ثمة ما يمنع من أن يكون كل من الإيجاب والقبول فى ورقة مستقلة، وفى هذه الحالة لا يجب أن يكون رسميا إلا المحرر المتضمن إيجاب الواهب. أما قبول الموهوب له فيصح أن يكون فى محرر عرفى⁽¹⁾.

بل يعتبر سكوت الموهوب له قبولا، وقد تكون الكتابة دليلا عليه كما قد يقوم عليه دليل آخر كتسلم المال الموهوب. وهذا الحكم مخالف لما كان عليه الحال فى التقنين المدنى القديم الذى أوجب - على غرار القانون الفرنسى - أن يكون الإيجاب والقبول حاصلين بعقد رسمى (م70/48). إذ تنص المادة المذكورة على أنه لا تصح الهبة ولا القبول إلا إذا كانا حاصلين بعقد رسمى. فإذا ورد القبول فى نفس العقد مع الإيجاب يكفى أن يكون العقد حاصلًا بمحرر رسمى، أى لا يشترط أن يحرر بالقبول ورقة رسمية مستقلة. أما إذا كان القبول منفردا فيجب أن يكون حاصلًا بمحرر رسمى كذلك.

أما القانون الجديد فلم يأت بهذا التفصيل بل نص على أن: "تكون الهبة بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة" والظاهر من هذا النص أن القانون الجديد لا يشترط الرسمية فى القبول إذا حصل بورقة لاحقة للإيجاب⁽²⁾.

ويجب أن تتضمن الورقة الرسمية جميع شروط الهبة، أى جميع عناصر الهبة من مال موهوب وواهب وموهوب له، وجميع الشروط التى قد يحتويها هذا العقد من عوض والتزامات مفروضة على الموهوب له.

ولا يجوز استكمال هذه الورقة الرسمية، فى عناصر الهبة بأوراق أخرى غير رسمية، وإلا كانت الهبة باطلة لانتهاء الشكل، وإن جاز الاستعانة بهذه الأوراق غير الرسمية فى تفسير عقد الهبة.

ويخضع شكل الهبة لقانون البلد الذى تمت فيه عملا بالمادة 30 من التقنين المدنى التى تجرى على أن: "العقود ما بين الأحياء تخضع فى شكلها لقانون البلد الذى تمت

(1) السنهورى ص 51 - محمود جمال الدين زكى ص 89.

(2) محمد كامل مرسى ص 78.

فيه، ويجوز أيضا أن تخضع للقانون الذى يسرى على أحكامها الموضوعية، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطنى المشترك".
وتختص بتحرير الهبة مكاتب التوثيق التى صدر بإنشائها القانون رقم 68 لسنة 1947 (المعدل) بشأن التوثيق، كما هو الشأن فى جميع المحررات الرسمية، وذلك طبقا للأوضاع التى قررها ذلك القانون.

وقد أوجب القانون ولائحته التنفيذية على الموثق ما يأتى :

1- عدم توثيق المحرر إلا بعد دفع الرسم المستحق عليه (م3 من اللائحة التنفيذية للقانون).

2- أن يثبت من أهلية المتعاقدين ورضائهم وصفاتهم وسلطاتهم قبل إجراء التوثيق (م5 من القانون).

وله أن يطلب - إثباتا لأهلية المتعاقدين - تقديم ما يؤيد تلك الأهلية من مستندات كشهادة ميلاد أو صورة رسمية من قيد واقعة الميلاد (م5 من اللائحة التنفيذية). وإذا اتضح له عدم توافر الأهلية أو الرضا أو الصفات أو السلطات لدى المتعاقدين، أو إذا كان المحرر المطلوب توثيقه ظاهر البطلان وجب عليه أن يرفض التوثيق وإخطار ذوى الشأن بالرفض بكتاب موصى عليه يوضح فيه أسباب الرفض (م6 من القانون). ولمن رفض توثيق محرره أن يتظلم إلى قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة التى يقع مكتب التوثيق فى دائرتها وذلك فى خلال عشرة أيام من إبلاغ الرفض إليه، وله أن يطعن فى القرار الذى يصدره القاضى أمام غرفة المشورة بالمحكمة الابتدائية.

وقرار القاضى أو غرفة المشورة لا يحوز قوة الشئ المقضى به فى موضوع المحرر (م7 من القانون).

3- يجب على الموثق أن يتأكد من شخصية المتعاقدين غير المعروفين له ببطاقة الحالة المدنية أو العائلية أو بأى مستند رسمى آخر. وإلا فبشهادة شاهدين بالغين عاقلين ثابتة شخصية كل منهما بمستند رسمى (م1/7 من اللائحة التنفيذية)⁽¹⁾.

(1) وكانت المادة الثامنة من اللائحة قبل تعديلها - بالقرار الوزارى رقم 820 لسنة 1963 تنص على أنه لا يجوز توثيق محرر إلا بحضور شاهدين كاملى الأهلية مقيمين بالمملكة المصرية ولهما إمام بالقراءة والكتابة ولا صالح لهما فى المحرر المطلوب توثيقه ولا تربطهما بالمتعاقدين أو بالموثق صلة مصاهرة أو قرابة لغاية الدرجة الرابعة.

4- إذا تم التعاقد بوكيل فعلى الموثق أن يتأكد أن مضمون المحرر المطلوب توثيقه لا يجاوز حدود الوكالة (م6 من اللائحة التنفيذية).

5- يجب على الموثق قبل توقيع ذوى الشأن على المحرر المراد توثيقه أن يتلو عليهم الصيغة الكاملة للمحرر ومرفقاته وأن يبين لهم الأثر القانونى المترتب عليه دون أن يؤثر فى إرادتهم ويوقع هو وأصحاب الشأن المحرر والمرفقات. وإذا كان المحرر مكونا من عدة صفحات وجب على الموثق أن يرقم صفحاته وأن يوقعها جميعها مع أصحاب الشأن (م10 من اللائحة التنفيذية).

6- يحفظ بالمكتب أصل المحرر (م18 من اللائحة التنفيذية). ويتولى المكتب إرسال صورة منه إلى المكتب الرئيسى بالقاهرة لحفظها فيه (م20 من اللائحة التنفيذية). وتتسخ صورة من المحرر لتسليمه لأصحاب الشأن بعد دفع الرسم المقرر (م19 من اللائحة التنفيذية).

وكون عقد الهبة رسميا لا يمنع من الادعاء بصوريته وبأنه يخفى وصية، ومن ثم يقع على من يدعى بذلك وهو وارث الواهب عبء إثبات الصورية طبقا للقواعد العامة فى الإثبات.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "إذا كان البين مما حصله الحكم المطعون فيه أن النصوص الواردة فى العقد المختلف على تكليفه صريحة من أنه عقد منجز، فإن ما طعن به المطعون ضدها (البائعة) على هذا العقد وهى إحدى طرفيه من عدم صحة ما أثبت فيه من أنه عقد بيع، وأن الثمن المسمى فيه قد دفع وأن الصحيح هو أنه يستر وصية، ولم يدفع فيه أى ثمن، إنما هو طعن بالصورية النسبية بطريق التستر، وعليها يقع عبء إثبات هذه الصورية، فإن عجزت وجب الأخذ بظاهر نصوص العقد، لأنها تعتبر عندئذ حجة عليها".

(طعن رقم 260 لسنة 35 ق جلسة 1971/1/5)

2- "التمسك بأن عقد البيع يستر وصية هو طعن بالصورية النسبية بطريق التستر، ويقع على الطاعن - وارث البائعة عبء إثبات هذه الصورية، فإن عجز، وجب الأخذ

= ويجوز للموثق أن يكتفى بالشاهدين المنصوص عليهما فى المادة السابقة متى توافرت فيها هذه الشروط.

وعلى الشاهدين أن يوقعوا المحرر مع أصحاب الشأن والموثق.

بظاهر نصوص العقد الذى يعد حجة عليه".

(طعن رقم 155 لسنة 41 ق جلسة 1975/6/26)

3- "التمسك من الطاعن بأن عقد الهبة يستتر وصية هو طعن بالصورية النسبية بطريق التستر يخضع للقواعد العامة فى الإثبات التى تلقى على الطاعن وهو وارث الواهب عبء إثبات هذه الصورية فإن عجز وجب الأخذ بظاهر نصوص العقد الذى يعد حجة عليه".

(طعن رقم 685 لسنة 45 ق جلسة 1980/5/28)

34- التوكيل بالهبة:

إذا كانت الهبة حاصلة بواسطة وكيل عن الواهب، وجب أن يكون هذا التوكيل رسمياً لأن الواهب إنما يقرر بموجب هذا التوكيل رضاه بالهبة، وإلا كانت الهبة باطلة. لأن القاعدة هى أنه إذا كان العقد المراد إجراؤه يشترط فيه الرسمية، فإن التوكيل بإبرام هذا العقد يجب أن يكون رسمياً⁽¹⁾.

35- جزاء تخلف الرسمية فى الهبة:

إذا تخلف شرط الرسمية فى الهبة، فإن الهبة تكون باطلة بطلاناً مطلقاً - مالم تستند الهبة إلى أحد الأشكال الأخرى كما سيجىء - لأن الشكل ركن لانعقادها وليس شرطاً لصحتها أو دليلاً لإثباتها.

ويجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان.

وللواهب نفسه أن يتمسك بالبطلان مهما كان موقفه من تعنت أو سوء نية واستهتار بالعهد الذى قطعه على نفسه⁽²⁾ كما يجوز ذلك لورثة الواهب وخلفه الخاص كالمشتري من الواهب. وإذا كان الواهب قد سلم الشيء الموهوب للموهوب له وانقضت دعوى البطلان بالتقادم (خمس عشرة سنة من وقت عقد الهبة م 2/141 مدنى) جاز للواهب أن يرفع دعوى استحقاق يسترد بها العقار، ولا يستطيع الموهوب له أن يدفع هذه الدعوى بالتقادم، بل يجوز للمحكمة أن تقضى بالبطلان من تلقاء نفسها.

(1) محمد كامل مرسى ص 80.

(2) محمود جمال الدين زكى ص 90 - محمد كامل مرسى ص 80 وما بعدها - أكثم الخولى ص 112 وما بعدها.

وقد قضت محكمة النقض - فى ظل القانون القديم - بتاريخ 1946/12/5 فى القضية رقم 124 لسنة 15 ق بأن:

"إن العقد المشوب ببطلان أصلى متعلق بالنظام العام هو فى نظر القانون لا وجود له. ولما كان التقادم لا يصح إلا ما كان له وجود فإن مثل هذا العقد لا ينقلب صحيحا مهما طال عليه الزمن. ومن ثم لا يكون البتة للتقادم أثر فيه، ولصاحب الشأن دائما أبدا رفع الدعوى أو الدفع ببطلانه. وإذن فالحكم الذى يقضى بسقوط الحق فى رفع دعوى بطلان عقد الهبة مع تسليمه بأنه باطل بطلانا أصليا متعلقا بالنظام العام يكون مخالفا للقانون".

36- هبة المنقول بورقة رسمية وبالقبض :

بعد أن نصت المادة 488 فى فقرتها الأولى على أن تكون الهبة بورقة رسمية.... إلخ، أُرِدفت فى الفقرة الثانية أنه ومع ذلك يجوز فى المنقول أن تتم الهبة بالقبض، دون حاجة إلى ورقة رسمية.

أى أن الفقرة الأولى من المادة بعد أن وضعت القاعدة العامة فى شكل الهبة وهى الرسمية، استثنيت فى فقرتها الثانية المنقولات من حكمها. فالقبض فى هبة المنقول استثناء من الرسمية ويقوم مقامها.

ومعنى ذلك جواز أن تكون الهبة فى المنقول بمحرر رسمى طبقا للقاعدة العامة، وفى هذه الحالة يتم العقد وتترتب عليه آثاره دون حاجة إلى تسليم المنقول إلى الموهوب له.

أما إذا لم تعقد الهبة بمحرر رسمى فإن التسليم يكون ركنا فى العقد وليس التزاما ناشئا عنه فلا تتم الهبة إلا بالقبض، ومعنى ذلك أن الهبة تكون عقدا عينيا، ويطلق على الهبة هذه أيضا (الهبة اليدوية). وهذا الحكم كان قائما فى التقنين المدنى القديم إذ كانت المادة 71/49 تنص على أن: "تعتبر الهبة فى الأموال المنقولة صحيحة بدون احتياج إلى تحرير عقد رسمى بها إذا حصل تسلمها بالفعل من الواهب واستلامها من الموهوب له".

37- المقصود بالقبض :

ذهب رأى إلى أن التقنين المدني القديم وإن كان يشترط في القبض أن يكون قبضاً فعلياً من الجانبين أى تسليمًا فعلياً من الواهب وتسليمًا فعلياً من الموهوب له، بحيث تنتقل حيازة الموهوب له حيازة كاملة تحميها دعاوى الحيازة وتفضى إلى التملك إذ نصت المادة 49/71 - كما رأينا في البند السابق - على أن: "تعتبر الهبة في الأموال المنقولة صحيحة بدون احتياج إلى تحرير عقد رسمي بها إذا حصل تسليمها بالفعل من الواهب واستلامها من الموهوب له". إلا أن المشرع في التقنين المدني الجديد لم يرد أن يتقيد بهذا التحديد في القبض، فأطلق اللفظ وأصبح قبض الهبة معادلاً لتسليم المبيع، إذ نصت المادة 435 مدنى - الواردة في البيع - على أن: "يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء مادياً مادام البائع قد أعلمه بذلك ويحصل هذا التسليم على النحو الذى يتفق مع طبيعة الشيء المبيع.

2- ويجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضى المتعاقدين، إذا كان المبيع في حيازة المشتري قبل البيع أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية".

وبالترتيب على ذلك، فإن القبض في الهبة اليدوية قد يكون تسليمًا فعلياً من الواهب وتسليمًا فعلياً من الموهوب له، وقد يكون تسليمًا فعلياً من الواهب غير مقترن بتسليم فعلي من الموهوب له. وقد يكون تسليمًا حكمياً.

ونعرض لذلك تفصيلاً فيما يلي.

38- التسليم والتسلم الفعلى للمنقول :

في هذه الصورة يتناول الموهوب له المنقول الموهوب يدا بيد، وتنتقل بذلك حيازة الموهوب من الواهب إلى الموهوب له.

وهذا إذا كانت طبيعة المنقول تسمح بمناولته مئولة مادية، كالنقود أو ساعة أو خاتم أو مجوهرات أو أثاث أو كتب أو نحو ذلك من المنقولات المادية.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إذا قضى الحكم برفض دعوى المدعى بنصيبه الميراثى فى مبلغ مودع أحد

البنوك بانيا ذلك على أن المورث قد وهبه ولده فى حال حياته فخرج من تركته، فى حين أنه كان من دفاع المدعى أنه ليس ثمة أى دليل على صدور هبة من المورث، وكان كل ما قاله الحكم لإثبات الهبة أن المورث قد فتح حسابا خاصا فى البنك لولده أودع فيه باسمه المبلغ المتنازع عليه وأنه فتح هذا الحساب الخاص مع وجود حساب باسمه هو فى ذات البنك، فهذا الذى قاله الحكم ليس فيه ما يدل على صدور إيجاب بالهبة من المورث، لأن نية الهبة لا تفترض، وفعل الإيداع ليس من شأنه بمجرد أن يفيدها، إذ هو يحتمل احتمالات مختلفة لا يرجح أحدها إلا بمرجح، وبهذا لا يكون الحكم قد عنى بتحصيل الركن الأول الأساسى من أركان عقد الهبة وهو الإيجاب، فيكون باطلاً.

(طعن رقم 15 لسنة 17 ق جلسة 1948/4/8)

2- "لا يكفى لنفى حيازة المال المودع الوقوف عند حد مناقشة أركان الهبة التى ذكر المودع باسمه المال أنها سبب تملكه له، بل يجب أن يكون النفى منصبا على أن حيازة المال وإن انتقلت فى الظاهر إلى من أودع باسمه فإنها بقيت فى حقيقة الأمر وواقعه لمودع المال الذى ظل مسيطرا عليه".

(طعن رقم 130 لسنة 20 ق جلسة 1953/11/26)

3- "إن قرينة حيازة شخص لمال مودع صندوق التوفير المستمدة من تحرير دفتر توفير باسمه هى قرينة قانونية غير قاطعة يمكن دفعها بكافة أوجه الإثبات بما فيها القرائن".

(طعن رقم 207 لسنة 22 ق جلسة 1956/1/26)

39- التسليم الفعلى للمنقول من جانب الواهب:

يكون التسليم الفعلى للمنقول من جانب الواهب، بأن يضع الواهب المنقول تحت تصرف الموهوب له بحيث يتمكن هذا من حيازته والانتفاع به دون عائق، دون استيلاء الموهوب له على المنقول بالفعل استيلاء ماديا، بشرط إعلام الموهوب له بوضع المنقول الموهوب تحت تصرفه. والتسليم الفعلى على هذا النحو يتم بالطريقة التى تتفق مع طبيعة الشئ. فيتم تسليم المنقول بتسليم مفتاح المخزن الذى يوجد به أو بتحويل سند شحنه أو إيداعه أو تخزينه. أو بإفراز الشئ إذا كان منقولاً معيناً بالنوع. ومما يؤيد ذلك أن مشروع التقنين المدنى كان يتضمن نصا برقم (661) يجرى على أن: "لا تتم هبة المنقول إلا بتسليم الشئ الموهوب تسليماً فعلياً وقبضه"، إلا أن هذا

النص حذف من المشروع وجاء بملحق تقرير لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ أنه "اقترح أن تضاف فقرة ثالثة إلى المادة 488 نصها "مع مراعاة ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة السابقة يكون القبض بالتسليم والتسليم الفعلى" ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح، فليس ثمة ما يدعو إلى تعريف القبض على هذه الصورة بالنسبة للهبة بخصوصها"⁽¹⁾.

40- التسليم الحكمى :

تنص الفقرة الثانية من المادة 435 مدنى - الواردة فى البيع - على أن: "وبجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضى المتعاقدين إذا كان المبيع فى حيازة المشتري قبل البيع أو كان البائع قد استبقى المبيع فى حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية" - وهذا النص إنما هو تطبيق تشريعى لمبدأ عام فى انتقال الحيازة إذ تنص المادة 953 مدنى على أنه: "يجوز أن يتم نقل الحيازة دون تسليم مادى إذا استمر الحائز واضعا يده لحساب من يخلفه فى الحيازة، أو استمر الخلف واضعا يده ولكن لحساب نفسه".

وهذا التسليم الحكمى يستند أيضا إلى الأعمال التحضيرية للتقنين المدنى، إذ كان المشروع التمهيدي للتقنين المدنى يشتمل على نص المادة 673، التى تنص فى الفقرة الثالثة منها على أنه: "أما إذا كان (الموهوب) منقولاً، فلا تنتقل الملكية إلا بالقبض الحقيقى الكامل، فإن كان المنقول موجوداً فى حيازة الموهوب له وقت الهبة، فتنقل الملكية بمجرد الاتفاق على الهبة، دون حاجة إلى قبض جديد"، إلا أن لجنة المراجعة حذفت هذه المادة بأكملها لأن حكمها مستفاد من القواعد العامة⁽²⁾.

فالقبط الحكمى له صورتان :

الصورة الأولى: أن يكون المنقول فى حيازة الموهوب له بعد الهبة، بإجارة أو إعاره أو وديعة أو رهن حيازى أو نحو ذلك، ثم تقع الهبة فينتقل الواهب مع الموهوب له على أن يبقى المنقول فى حيازة هذا الأخير، ولكن لا كمستأجر، أو مستعير أو مودع عنده أو مرتهن بل كمالك عن طريق الهبة، وهذه الصورة من القبض الحكمى تطبق على هبة المنقول لأن الواهب فيها يكون قد تجرد عن حيازة المنقول بعد الهبة باتفاق جديد غير

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص248 وما بعدها.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص264 وما بعدها.

الاتفاق على الهبة وهذا يكفى فى تنبيه الواهب إلى خطر ما أقدم عليه.
والصورة الثانية: أن يبقى المنقول فى حيازة الواهب بعد الهبة، ولكن لا كمالك بل كمستأجر أو مستعير أو مودع عنده أو غير ذلك مما يترتب على عقد يستلزم نقل حيازة الشئ.

وهذه الصورة لا تكفى لتنام الهبة اليدوية، لأن الواهب لم يتجرد عن الحيازة على وجه ينبهه إلى خطر ما أقدم عليه ويدل على تصميمه على المضى فى الهبة. فلا بد إذن من أن يسلم الواهب المنقول للموهوب له، ثم يرده الموهوب له للواهب على سبيل الإيجار أو الوديعة أو العارية أو أى سبيل آخر (1).

41- المنقولات التى ترد عليها الهبة اليدوية :

رأينا أن الفقرة الثانية من المادة 488 مدنى تنص على أن: "ومع ذلك يجوز فى المنقول أن تتم الهبة بالقبض دون حاجة إلى ورقة رسمية"، وقد جاء لفظ المنقول عاما،

(1) السنهاورى ص 57 وما بعدها - كمال حمدى ص 160 وما بعدها - محيى الدين علم الدين ص 26 وما بعدها - ويذهب رأى آخر إلى أن القبض يكون بالتسليم الحقيقى بمعنى أن يقبض الموهوب له المنقول فعلا، ولا يكفى أن يكون حكما كتسليم مفاتيح المخازن الموضوعة فيها المنقولات أو سند إيداع الأوراق المالية فى أحد المصارف إذا كانت لحاملها، ولو أن كل أولئك يعتبر فى عقد البيع تسليما للمبيع مبرئا لالتزام البائع. وهذا الوجوب ظاهر من عبارة المادة 71/49 من التقنين القديم ومستفاد من نص المادة 2/488 من التقنين الجديد وذلك رغم نص المادة 2/954 التى وردت فى الحيازة وقررت "تسليم السندات المعطاة عن البضائع المعهود بها إلى أمين النقل أو المودعة فى المخازن يقوم مقام تسليم البضائع ذاتها" فى اعتبار المسلم إليه تلك السندات حائزا لهذه البضائع حيازة مكسبة للملكية تطبيقا لنص المادة 1/976 إذا كان المتصرف غير مالك. كما أنه لا تتم الهبة إذا استمر الواهب حائزا لمنقول مع تغير صفته بأن صار مستأجرا أو مستعيرا وذلك رغم نص المادة 953 على جواز "أن يتم نقل الحيازة دون تسليم مادی إذا استمر الحائز واضعا يده لحساب من يخلفه فى الحيازة"، أما إذا استمر الخلف واضعا يده لحساب نفسه كما جاء فى نفس المادة، بأن كان الموهوب له وديعا أو مستأجرا للمنقول الموهوب، فإن الهبة اليدوية تعتبر تامة إذا توفر للموهوب له حيازة المنقول الموهوب (محمود جمال الدين زكى ص 106 وما بعدها - محمد كامل مرسى ص 104).

ولم يخصص بنوع من المنقولات. ولما كانت المادة 83 مدنى تنص على أن: "1- يعتبر مالا عقاريا كل حق عينى يقع على عقار بما فى ذلك حق الملكية، وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عينى على عقار.

2- ويعتبر مالا منقولاً ما عدا ذلك من الحقوق المالية"، ومن ثم فإنه يخضع لهبة المنقول كل ما عدا "الحقوق العينية التى تقع على عقار و "كل دعوى تتعلق بحق عينى على عقار" (1).

وبذلك ترد الهبة اليدوية على الحقوق المادية والحقوق المعنوية. عدا ما يستثنى كما سنرى. فيصح أن ترد الهبة على الديون - وهى منقولات معنوية - بتحويل الدائن دينه لآخر وفقا للإجراءات المقررة فى حوالة الحق، على سبيل التبرع، ثم يتسلم الموهوب له سند الدين وهذا هو القبض (2).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"ومتى انتهى الحكم إلى أن الهبة قد انصبت صحيحة على الدين الذى حلت فيه ابنة المورث القاصرة محل وزارة الأوقاف، فإن ملكية هذا الدين تكون قد خلصت لها فى الحال بمقتضى عقد الهبة فتمتلك قيمته إذا أوفى به المدين، وتملك مقابله إذا تم الوفاء بمقابل، وتستطيع التنفيذ بموجبه على أموال المدين استيفاء لقيمه، فإن رسا مزاد بعض هذه الأموال عليها وخصم ثمنها من هذا الدين، تملك هذه الأموال بطريق الشراء باعتبار أن الثمن قد دفع من مالها".

(طعن رقم 394 لسنة 35 ق جلسة 1970/4/30)

كما ترد الهبة على السندات لحاملها أو تحت الأمر أو الإسمية. ويتم القبض باستلام الموهوب له السندات لحاملها. وبالتظهير مع تسليم السندات تحت الإذن. وينقل السند إلى اسمه طبقاً للإجراءات المقررة مع تسليم السند فى السندات الإذنية (3).

(1) محمود جمال الدين زكى ص108.

(2) السنهورى ص65 - وعكس ذلك محمد كامل مرسى ص106.

(3) السنهورى ص64 - وعكس ذلك محمد كامل مرسى ص106، محمود جمال الدين زكى ص108 ويستثنيان من هذه القاعدة الديون والالتزامات المحررة بمقتضى سندات لحاملها تأسيساً على أن تسليم هذه السندات إلى الموهوب له يكفى إذ الحق فيها يندمج فى المحرر

أما الملكية الفنية والأدبية والصناعية، كحقوق الفنان والمؤلف والعلامات التجارية وبراءات الاختراع، فلا ترد عليها الهبة اليدوية التي تتم بالقبض، لأنه ينظمها قانون خاص هو القانون رقم 82 لسنة 2002 بإصدار قانون حماية حقوق الملكية الفكرية. وقد نصت المادة 86 مدنى على ذلك بقولها: "الحقوق التي ترد على شىء غير مادی تنظمها قوانين خاصة"، فالرضاء الضمنى لا يكفى - كقاعدة عامة - لنقل هذه الحقوق إلى ذمة المتصرف إليه، بل لابد لذلك من إجراء آخر، إما لحصول ذلك الانتقال وإما لتماحه بنفاذه فى حق الغير⁽¹⁾.

غير أن هذا لا يحول دون أن ترد الهبة على نتائج هذه الملكية، فيجوز أن ترد الهبة على لوحة لرسم أو كتاب لمؤلف. والمحل التجارى باعتباره مجموعة أموال لا يجوز أن يكون موضوعا للهبة اليدوية. فهو يخضع لتنظيم خاص وارد بقانون التجارة رقم 17 لسنة 1999 (المعدل)، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة 37 من هذا القانون على أن كل تصرف يكون موضوعه نقل ملكية المتجر أو إنشاء حق عينى عليه أو تأجير استغلاله يجب أن يكون مكتوبا وإلا كان باطلا. ونصت الفقرة الثالثة من المادة على أن يشهر تصرف المتجر وتأجير استغلاله بالتقيد فى السجل التجارى. أما البضائع وهى أحد عناصر المحل التجارى فيجوز أن تكون محلا للهبة اليدوية.

ويعتبر الحائز للسند دائنا، وقد ألحقها التقنين الجديد بالمنقولات المادية أخذاً بالفقه الحديث والمقصود بذلك ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 976 مدنى من أن من حاز بسبب صحيح منقولاً أو حقاً عينياً على منقول أو سنداً لحامله فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته.

(1) ويذهب رأى إلى أن لفظ (المنقول) لا يقصد به سوى المنقولات المادية، كما يظهر من صياغة المادة 1/976 مدنى التى تقرر قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية إذا أتبعته لفظ (منقول) بعبارتى "حق عينى على منقول" أو "سند لحامله" فأوضح بذلك المشرع قصده فى قصر الأول "على ملكية المنقولات المادية" ولم يصرفه عن هذا التخصيص ما هو مسلم به فى الفقه الحديث من تشبيه السندات لحاملها بهذه المنقولات. يؤكد هذا النظر المادة 86 التى تنص على أن "الحقوق التى ترد على شىء غير مادی تنظمها قوانين خاصة" فدل بهذا على أنه لا يجرى على المنقولات المعنوية ما وضعه فى التقنين للأموال المادية (محمود جمال الدين زكى ص111).

كذلك يستثنى من المنقولات المادية، ما لا تنتقل ملكيته بالتراضى كالسفن البحرية التى أوجب القانون فى شأنها عقدا رسميا.

تطبيقات قضائية للهبة اليدوية

42- (1) - إعانة وزارة المعارف:

قضت بعض المحاكم بأن الإعانات التى تمنحها وزارة المعارف العمومية لبعض المدارس الأهلية الخاضعة لنفقيتها لا تصبح حقا للمدرسة إلا بالقبض، فلا يجوز الحجر عليها تحت يد وزارة المعارف، لأنها ليست دينا بذمتها⁽¹⁾.

43- (2) - هبة الجهاز:

إذا تبرع الأب وجهاز ابنته الكبيرة من ماله، فإن سلمها الجهاز فى حال صحته ملكته بالقبض، وليس لأبيها بعد ذلك ولا لورثته استرداد شىء منه، وإن لم يسلم إليها فلا حق لها فيه، ولو سلمه إليها فى مرض موته سرت عليه أحكام الوصية. أما إذا كان تبرع الأب بالجهاز لابنته القاصرة، فلما كان للأب الولاية على ابنته القاصرة فإن يده تكون قائمة مقام يدها، فبمجرد الشراء على ذمتها انتقل الملك لها⁽²⁾.

ولذلك قضت محكمة النقض بأن :

1- "الأصل أن الصغير يملك المال الذى يهبه إياه وصيه أو مربيه، أى من هو فى حجره وتربيته، بمجرد الإيجاب، ولا يحتاج للقبض، وعليه لو وهب الأب لطفله شيئا فى يده أو عند مستودعه أو مستعيهه تتم الهبة بمجرد قوله: وهبت، ولا حاجة للقبول لتمام

(1) الموسكى الجزئية 23 أبريل 1929 المحاماة 9 رقم 434 ص 687 - ويلاحظ أن القرار الوزارى رقم 2336 جعل فى المادة الثانية منه لوزارة المعارف العمومية وحدها الحق فى اعتبار أية مدرسة فى عداد المدارس التى يجوز منحها إعانة وفق أحكام هذه اللائحة، وأتى فى المادة الثالثة بشروط منح الإعانة، وهى خاصة بنظام المدرسة وحالتها المالية واختيار المعلمين، وجاء فى المادة الرابعة عشرة بفقرة تنص على أن منح الإعانة فى سنة ما لا يحتم على الوزارة الاستمرار فى منحها كلها أو بعضها فى السنوات التالية. ومن ذلك يؤخذ أن الإعانات لا تصبح حقا إلا بالقبض، مادامت الوزارة حرة إلى ما قبل ذلك فى منحها أو منعها (كامل مرسى ص 108 وما بعدها).

(2) محمد كامل مرسى ص 110.

الهيئة، لأن المال لما كان فى قبض الأب ناب مناب قبض الصغير. فإذا اعتبر الحكم بناء على أسباب مسوغة أن إقرار المورث بأنه مدين بقيمة السند موضوع الدعوى لولديه القاصرين، هو إقرار من جانبه يشمل إيجاباً بالهيئة من مال فى قبضه، وبه تتم الهيئة للقاصرين بغير حاجة إلى قبول من وصى يقام عليها ليتسلم السند - فإنه لا يكون قد أخطأ".

(طعن رقم 97 لسنة 18 ق جلسة 1950/2/23)

2- "إن خطأ الحكم فى تقريره أن الهيئة تمت بتحرير السند وتسليمه فى حين أنه اعتبر تحرير السند إيجاباً للهيئة للقاصرين، وهذا الإيجاب وحده كاف لإتمامها دون حاجة إلى إجراء آخر - ذلك لا يقدح فى صحته مادام أنه قضى باعتبار السند هبة تامة".

(طعن رقم 97 لسنة 18 ق جلسة 1950/2/23)

44 - الإثبات فى هبة المنقول بالقبض :

لم يستثن المشرع هبة المنقول إذا تمت بالقبض إلا من الرسمية، ومعنى هذا خضوعها - فيما عدا ذلك - للقواعد الموضوعية الخاصة بعقد الهبة وللمبادئ العامة فى إثبات الالتزام .

وعلى ذلك يجب إثبات الهبة فيما بين المتعاقدين بالكتابة إذا جاوزت قيمة الموهوب ألف جنيه، مالم يوجد مانع من الحصول على الكتابة. فإذا كان مدعى الهبة غير حائز للمنقول، فإنه يتعين عليه إثبات عقد الهبة وفق هذه القواعد، ثم يثبت أنه قبض المنقول ثم فقد حيازته. ويجوز إثبات واقعة القبض بكافة طرق الإثبات القانونية باعتبارها واقعة مادية.

إما إذا كان مدعى الهبة حائزاً للمنقول وهذا ما يحدث غالباً عند موت الواهب حيث يقوم النزاع بين الموهوب له وورثة الواهب فإن الحيازة تكون قرينة على الملكية عملاً بالمادة 694 مدنى التى تنص على أن: "من كان حائزاً للحق اعتبر صاحبه، حتى يقوم الدليل على العكس".

وعلى ذلك فإن من ينكر حصول الهبة التزم عبء الإثبات.

غير أنه يشترط لتكون الحيازة قرينة على الملكية ألا تكون معيبة بعيب من عيوب الحيازة كعيب الغموض والخفاء، ومن القرائن على غموض الحيازة أن يكون الحائز خليطاً للواهب مساكناً إياه عند موته - إذا كان المتصرف قد توفى فإذا وجد المنقول فى حيازته شاب الحيازة غموض إذ المنقول لم يخرج من منزل المورث وقد يكون الحائز قد

استولى عليه خلسة أو بغير إرادته. ومن القرائن على خفاء الحيازة أن يخفى الحائز السندات التى يدعى أنها وهبت له، فلا يقبض كوبوناتها إلا بعد مدة طويلة من موت صاحبها فيؤخذ ذلك منه قرينة على أنه يتستر فى حيازته للسندات حتى لا يفتضح أمره عقب موت المورث⁽¹⁾.

استثناء نوعين من الهبة من وجوب

الشكلية أو العينية فى الهبة

يستثنى من وجوب الشكلية فى الهبة، أى من وجوب أن تتم بورقة رسمية، أو من وجوب العينية فى هبة المنقول أى من وجوب أن تتم هبة المنقول بالقبض نوعان من الهبة هما:

النوع الأول : الهبة المستترة.

النوع الثانى: الهبة غير المباشرة.

ونعرض لهذين النوعين من الهبة على التوالى.

النوع الأول: الهبة المستترة

45 - المقصود بالهبة المستترة :

الهبة المستترة هى الهبة التى تتم تحت ستار عقد من عقود المعاوضة على سبيل الصورية، فهى هبة مباشرة إذ فيها ينقل الواهب للموهوب له حقا عينيا أو يلتزم له بحق شخصى.

ويقابل الهبة المستترة الهبة المكشوفة أو الصريحة أى التى لا تلحقها صورية مطلقة ولا نسبية، والهبة المكشوفة هى التى تخضع للشكل باستيفاء الرسمية، أو القبض فى هبة المنقول.

وقد أعفيت الهبة المستترة من الشكل بمقتضى الفقرة الأولى من المادة 488 مدنى التى تجرى على أن: "تكون الهبة بورقة رسمية، وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر".

وكان هذا الحكم منصوحا عليه فى القانون المدنى القديم إذ نصت المادة 70/48

(1) السنهورى ص 66 وما بعدها.

على أن: "تنتقل الملكية في الأموال الموهوبة منقولة كانت أو ثابتة بمجرد الإيجاب من الواهب والقبول من الموهوب له .إنما إذا كان العقد المشتمل على الهبة ليس موصوفا بصفة عقد آخر فلا تصح الهبة ولا القبول إلا إذا كانا حاصلين بعقد رسمي وإلا كانت الهبة لا غية"- وقد اقتبس القانون المصري صحة الهبة المستترة من القضاء الفرنسي⁽¹⁾. والحكمة من الاستثناء من الرسمية والعينية في الهبة المستترة، أن في اتخاذ الهبة المستترة الشكل السابق ما يدل على أن الواهب ليس بحاجة إلى الحماية التي يريد القانون أن يحققها له عن طريق الرسمية أو العينية .

فإقدام الواهب على إلباس هبته لباس المعاوضة بدقة وإحكام دليل قاطع على أنه يدرك عاقبة تصرفه ومداه وهول ما يمكن أن تحققه الرسمية له⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"تجيز المادة 488 من القانون المدني حصول الهبة تحت ستار عقد آخر، وكل ما يشترطه القانون لصحة الهبة المستترة أن يكون العقد للهبة مستوفيا الشروط المقررة له في القانون، وإذا كان الحكم قد انتهى في أسبابه إلى أن تصرفات مورث الطاعن - التي

(1) وكان المشروع التمهيدى للقانون المدني في المادة 660 منه لا ينص على صحة الهبة المستترة في العقار بل يشير إليها ليخضعها فقط لقواعد الصورية من حيث موقف الغير منها وجواز تمسكه بالعقد الظاهر وتغلب من يتمسك من الغير بالعقد الظاهر على من يتمسك منهم بالعقد المستتر . إذ كانت الفقرة الثانية منها تنص على أن "على أنه إذا تمت الهبة تحت ستار عقد آخر، جاز للغير حسن النية أن يتمسك بالعقد المستتر أو بالعقد الظاهر، وفقا لما تقضى به مصلحته، فإذا تعارضت مصالح ذوى الشأن، فتمسك البعض بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأولين"، إلا أنه قد عدل في لجنة المراجعة كل ما استحدثه المشروع من أحكام الشكل في الهبة (مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص248 وما بعدها).

(2) أكتف الخولى ص124 - ويذهب إلى أن بعض الكتاب قد حملوا على قاعدة صحة الهبة المستترة لأنها تنطوى على مكافأة الكذب والتضليل بل والبراعة فيهما فقط ولكنه يرى أنه لا محل لهذا النقد إذا سلمنا بأن أساس صحة هذه الهبات رغم انعدام الشكل الرسمي هو أن إفراغ الهبة في قالب المعاوضة شكل تصح به الهبة لدلالاته على نضوج إرادة الواهب وتمحيصه للأمر . وهذا هو الأساس الذى ترد إليه نصوص القانون المصرى لاسيما وأن الشكلية في القانون المصرى لا تهدف إلا إلى حماية الواهب لا إلى حماية ورثته احتفاظا بالأموال داخل العائلة.

اعتبرها هبات مستترة - قد صدرت منجزة ومستوفية الشكل القانوني بتلاقى الإيجاب والقبول على مبيع معين لقاء ثمن مقدر، وكان ذكر الباعث الدافع للهبة في العقد الساتر لها يتنافى مع سترها وكان الطاعن لم يقدم - على ما سجله ذلك الحكم - الدليل على ما ادعاه من عدم مشروعية السبب في هذه التصرفات، فإن النعى على الحكم المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون وفي تأويله يكون على غير أساس".

(طعن رقم 207 لسنة 35 ق جلسة 1969/4/17)

(أنظر أيضا البند التالي) .

46 - أمثلة للهبة المستترة :

1- الهبة المستترة في صورة عقد بيع .

وهذا هو المثل الغالب في الهبة المستترة، كما سيلى.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(أ) - "إذا ظهر من نصوص عقد البيع المسجل تسجيلاً تاماً ومن ملابساته أنه عقد تمليك قطعى منجز وأن الملكية قد انتقلت بموجبه فوراً إلى المشتري فاتفق البائع والمشتري على بقاء العين تحت يد البائع بعد البيع لينتفع بها طول حياته دون المشتري لا يمنع من انتقال ملكية الرقبة فوراً. ووصف هذا العقد بأنه وصية يكون خطأ بل إذا كان المستخلص من كافة ظروف الدعوى أن المشتري وهو حفيد البائع، لم يكن في حالة تمكنه من دفع الثمن المبين في العقد وأن هذا الثمن لم يذكر إلا بصفة صورية. كان العقد في الحقيقة عقد تبرع منجز أى هبة مستترة في صورة عقد بيع، والهبة الموصوفة بصفة عقد آخر صحيحة طبقاً لنص المادة 488 من القانون المدني ولو لم تكن بعقد رسمى".

(طعن رقم 7 لسنة 2 ق جلسة 1932/6/2)

(ب) - "إذا كانت هبة المنقول مستترة في صورة عقد بيع فإنه يكفي لانعقادها وانتقال ملكية المنقول الموهوب مجرد تلاقى الإيجاب والقبول في صورة عقد البيع الذي اختاره الطرفان لستر الهبة دون حاجة إلى تسليم الشيء الموهوب ولا يغير من هذا النظر وجود ورقة ضد تكشف عن حقيقة نية المتصرف. وإذن فمتى كان الحكم إذ قضى برفض الدعوى التى أقامها مورث الطاعن بطلب بطلان عقد بيع المنقولات الصادر إلى

المطعون عليها الثانية على أساس أن العقد فى حقيقته وصية قد أقام قضاءه على أن التصرف هو هبة مستترة فى صورة عقد بيع فإن تحدث الحكم عن توافر ركن القبض فيها يكون تزيدا لا يضره الخطأ فيه".

(طعن رقم 177 لسنة 18 ق جلسة 1951/4/5)

(ج) - "يشترط فى عقد البيع أن يكون الثمن فيه حقيقيا وجديا، وهو لا يكون كذلك إذا كان سوريا، وإن كان يجوز أن يكون بخسا وإن جاز الطعن فيه بالغبن فى الحالات التى يجيز القانون فيها ذلك، ويلحق بالثمن الصورى الثمن التافه، فإذا كان الثمن المسمى فى العقد سوريا أى لم يقصد الطرفان أن يلتزم به المشتري، أو كان الثمن المسمى تافها لا يتناسب مع قيمة المبيع إلى الحد الذى يبعث على الاعتقاد بأن البائع لم يتعاقد للحصول عليه، كان العقد هبة مستترة فى عقد بيع، ومناط صحة الهبة المستترة أن يكون العقد الذى يسترها مستوفى الأركان والشرائط القانونية، فإن كان العقد الساتر بيعا ولم ينص فيه على ثمن ما، أو أبرئ المشتري من الثمن أو وهب له، فإن العقد يكون هبة مكشوفة لا تصح قانونا إلا إذا أفرغت فى محرر رسمى، أما إذا سمى الثمن فى العقد وكان غير صورى أو غير تافه فإن البيع ينعقد صحيحا ولو أبرأ البائع المشتري من الثمن أو وهبه إليه بعد ذلك، ولا يشترط عندئذ أن يكون الثمن المسمى فى العقد متكافئا مع قيمة المبيع".

(طعن رقم 6813 لسنة 62 ق جلسة 2006/7/4)

- 2- الهبة المستترة فى صورة قرض لا يرد فيه المقرض مبلغ الدين أو لم يكن قد قبضه⁽¹⁾.
- 3- عقد ترتيب إيراد مدى الحياة، لا يكون المدين فيه قد تسلم رأس المال المبين فى العقد أو أن يكون الإيراد المشترط فيه أقل من الفائدة القانونية لرأس المال.
- 4- الشركة التى يعطى فيها الشريك أسهما دون أن يدفع حصة فى رأس المال.
- 5- عقد التخارج، الذى ينص فيه على دفع عوض، دون أن يثبت أداء هذا العوض.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"إذا كانت المحكمة قد استخلصت مما أوردته فى حكمها من القرائن التى استنبطتها

(1) استئناف مصر 27 ديسمبر 1932 مشار إليه فى محمود جمال زكى ص96.

من الوقائع الثابتة في الدعوى أن عقد التخارج الصادر من الجدة لأحفادها المذكور فيه أن التخارج كان بمقابل عوض قبضته من عمهم لم يكن في حقيقته إلا هبة لم يقبض عنها أى عوض، مؤيدة ذلك بخلو العقد المذكور من التزام الأحفاد بوفاء ذلك العوض إلى عمهم الذى لم يكن له شأن في هذا العقد، فذلك مما يدخل في حدود سلطتها ولا معقب لمحكمة النقض عليها فيه مادام تحصيلها إياه من الواقع سائغا. إذ قاضى الدعوى من حقه أن يؤول المشارطات بما يكون متفقا مع ما قصده المتعاقدون غير متقيد بألفاظها وعباراتها. وإن فقد كان للمحكمة، وقد تبين أن التصرف لم يكن إلا هبة أن تستظهر المقصود من الإقرار بقبض مقابل التخارج مسترشدة بظروف الدعوى وملاساتها وبما فيها من قرائن ولو لم يكن هناك دليل كتابي".

(طعن رقم 28 لسنة 11 ق جلسة 1942/1/15)

6- الإقرار الدين بسند عرفى. فالواهب يقر بدين عليه للموهوب له، وهو غير مدين له في الحقيقة.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إذا كان المسلم به من الخصوم أن السند موضوع الدعوى الصادر من والد إلى ولده إنما يستتر تبرعا، ولم يكن الخلاف إلا على وصف التبرع فيه هل هو منجز فيكون هبة نافذة أم مضاف إلى ما بعد الموت فيكون وصية لوارث موقفا نفاذها على إجازة بقية الورثة، ثم قالت المحكمة بأنه وصية لإضافة القبض فيه إلى أجل في حين أن المقرر كان له وقت الإقرار مبلغ من المال في أحد المصارف يسمح له بتتجيز التبرع منه وأن المتبرع له كان معوزا، ثم لاشتراط عدم جواز حوالة السند وسكوت المتبرع له عن المطالبة به حتى توفي والده. فهذا التكييف غير صحيح، لأن هذا التصرف إنما هو عقد هبة في صورة إقرار بدين مستكمل لجميع الشروط فهو صحيح نافذ".

(طعن رقم 5 لسنة 10 ق جلسة 1940/5/23)

7 - عقود المحاباة. بأن يبيع شخص عينا لآخرين بثمن بخس حاباه فيه بقصد التبرع، فإنه يكون قد وهب له الفرق بين ثمن المثل والثلث المدفوع. وسيأتى تفصيل ذلك.

47- عدم الإفصاح أو الإشارة إلى الهبة بالعقد الساتر للهبة :

يجب لتحقيق الهبة المستترة، وجود عقد ساتر للهبة ومقتضى ذلك أن يتجنب الطرفان الإفصاح أو الإشارة إلى الهبة التى يعملان على إخفائها، وإلا كانت الهبة مكشوفة

فيقضى بطلانها لتخلف الرسمية. ذلك أن الجهد الذى يبذله الواهب فى ستر هبته فى صورة عقد آخر كفيل بأن ينبهه إلى ما هو مقدم عليه من تصرف، ويدل فى الوقت ذاته على تصميمه على المضى فى التصرف . وهذا يحل محل الشكالية أو العينية فى حماية إرادة الواهب.

فإذا خلا العقد الساتر للهبّة من الإفصاح أو الإشارة عن الهبة، فلا يضير أن تكون هناك ورقة ضد مع الواهب تكشف عن حقيقة نيته.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأن :

1- "لا عبرة بعدم ذكر قبض الثمن فى عقد البيع متى كان الثمن مسمى فيه فإن البيع يقتضى إطلاقاً التزام المشتري بدفع الثمن المسمى. ولكن إذا كان الثمن لم يذكر فى العقد، أو ذكر مع إبراء المتصرف له منه أو وهبه إليه، فإن العقد فى هذه الحالة لا يصح أن يكون ساتراً للهبّة. لأن القانون وإن أجاز فى المادة 488 مدنى أن يكون العقد المشتمل على الهبة موصوفاً بعقد آخر إلا أنه يشترط أن يكون هذا العقد مستوفياً للأركان والشرائط اللازمة لصحته".

(طعن رقم 25 لسنة 8 ق جلسة 1938/6/9)

2- "إذا كان الظاهر من عقد البيع أنه وقع مقابل ثمن معين، وكان منصوصاً فيه على أن البائع تبرع لولده المشتري بهذا الثمن وعلى أن المشتري التزم بتجهيز أخته وبالإتفاق عليهما وعلى أمه بعد وفاة أبيه، واعتبرت المحكمة هذا العقد هبة مكشوفة، فإنها لا تكون قد أخطأت فى تكييفه. فإن مجرد النص على أن الوالد تبرع بالثمن يكفى لاعتبار العقد هبة مكشوفة أما ما التزم به الموهوب له فى ذيل هذا العقد من تجهيز أخته ومن الإتفاق عليهما وعلى والدته بعد وفاة أبيه فلا يعدو أن يكون مقابلاً للهبّة ولا يخرج عقدها عن طبيعته".

(طعن رقم 88 لسنة 15 ق جلسة 1946/5/22)

3- "إذا كانت هبة المنقول مستترة فى صورة عقد بيع فإنه يكفى لانعقادها وانتقال ملكية المنقول مجرد تلاقى الإيجاب والقبول فى صورة عقد البيع الذى اختاره الطرفان لستر الهبة دون حاجة إلى تسليم الشئ الموهوب ولا يغير من هذا النظر وجود ورقة ضد تكشف عن حقيقة نية المتصرف. وإذن فمتى كان الحكم إذ قضى برفض الدعوى التى أقامها مورث الطاعن بطلب بطلان عقد بيع المنقولات الصادر إلى المطعون عليها الثانية على أساس أن العقد فى حقيقته وصية قد أقام قضاءه على أن التصرف هو هبة

مستترة في صورة عقد بيع فإن تحدث الحكم عن توافر ركن القبض فيها يكون تزييدا لا يضيره الخطأ فيه".

(طعن رقم 177 لسنة 18 ق جلسة 1951/4/5)

4- "إن دفع الزوج ثمن العقار من ماله كما قد يكون بنية الهبة لزوجته يصح أن يكون مجردا من هذه النية كأن يكون الغرض منه استعارة اسم الزوجة في الشراء، فإذا استخلصت المحكمة انعدام الهبة مما حواه إقرار موقع عليه من زوجين يفيد دفع الزوج ثمن المبيع الذي اشترته زوجته وأنه إنما استعار اسمها في العقد بقصد حرمان ورثته إن مات قبلها ومن كون ورثة الزوجة لم يحركوا ساكنا إزاء العقد محل الدعوى بعد وفاتها وطوال حياة الزوج زهاء سبع سنوات حتى توفي الزوج، فهذا استخلاص سائغ تملكه المحكمة بما لها من سلطة تقدير الواقع".

(طعن رقم 121 لسنة 18 ق جلسة 1950/4/20)

5- "استقر قضاء محكمة النقض في ظل القانون المدني القديم على أنه إذا كان الثمن لم يذكر في عقد البيع إلا بصفة صورية فإن العقد يصح بوصفه هبة مستترة في صورة عقد بيع وأنه إذا استخلصت محكمة الموضوع من نصوص هذا العقد وملابساته أنه تمليك قطعي منجز فإن اتفاق الطرفين فيه على عدم نقل تكليف العين المباعة إلى المشتري وعلى بقائها تحت يد البائع للانتفاع بها طول حياته ليس بمانع من انتقال ملكية الرقبة فوراً".

(طعن رقم 174 لسنة 22 ق جلسة 1956/1/5)

6- "تبرع البائع لأبنائه القصر بالثمن في العقد والتزامه بعدم الرجوع في تبرعه يفصح عن أن التصرف هبة سافرة وقعت باطلة لتخلف الشكل الرسمي الذي يتطلبه نص الفقرة الأولى من المادة 488 من القانون المدني، ولا يعتبر هذا التصرف بيعا إذا لم يستهدف العقد أحد أركان البيع وهو الثمن، ولا يصلح العقد وهو على هذا الحال أن يكون ساترا للهبة وفقا لما تجيزه الفقرة الثانية من المادة آنفة الذكر لأن مناط صحة الهبة المستترة أن يكون العقد الذي يستترها مستوفى الأركان والشرائط القانونية".

(طعن رقم 872 لسنة 51 ق جلسة 1982/5/13)

(راجع أيضا نقض طعن رقم 207 لسنة 35 ق جلسة 1969/4/17)

48- وجوب أن يكون العقد الساتر للهبة مستوفيا لشروط انعقاده في الظاهر:

يجب أن يكون العقد الساتر للهبة مستوفيا لشروط انعقاده من حيث الظاهر فإذا كان العقد بيعا فيجب أن يتضمن مبيعا وثمانا، والثمان وإن كان صوريا لا حقيقة له إنما يذكر لستر الهبة.

والغالب في العمل - كما قررنا سلفا - بأن تستر الهبة بأقرب العقود إليها وهو البيع، بأن يبرم الطرفان بيعا صوريا ويعطى البائع مخالصة بالثمان أو بجزء منه إلى المشتري الذي لم يدفع شيئا، أو يتفقان في ورقة الضد على أن الثمن صوري وعلى أن المشتري الصوري لا يلتزم بدفعه.

أما إذا لم يذكر الثمن بالعقد، أو ذكر في العقد مع إبراء المتصرف إليه منه أو وهب له، فإن العقد في هذه الحالة لا يصح أن يكون ساترا للهبة، ويكون العقد هبة سافرة وقد أشرنا سلفا إلى أن وجود ورقة ضد تكشف عن حقيقة التصرف، لا ينفي عن العقد كونه ساترا للهبة.

غير أنه يجب التفرقة في حالة ذكر الثمن بالعقد بين فرضين:

الأول: أن يكون الثمن الوارد بالعقد تافها، والثمان التافه، هو الذي يكون فيه عدم التناسب بين الثمن وقيمة المبيع فاحشا، أو لم يكن هناك تناسب على الإطلاق، كأن يباع عقار قيمته عشرة آلاف جنيه بمائتي جنيه. فإن الهبة لا تكون مستترة بل سافرة.

الثاني: أن يكون الثمن الوارد بالعقد بخسا، والثمان البخس هو الذي يقل عن ثمن مثل الشيء المبيع أو يقل عنه كثيرا، كأن يباع العقار في المثال السابق بأربعة آلاف جنيه. فهذا الثمن البخس إما أن يكون صوريا فتصح الهبة لأنها استتريت بالبيع بعد أن استوفى شروطه في الظاهر بذكر الثمن. وإما أن يكون الثمن البخس جديا. فينظر إذا كان البائع قصد البيع وإنما تحمل الغبن مضطرا، فإن العقد يكون بيعا صحيحا لأن الثمن البخس لا يبطل البيع. وإذا كان البائع قصد أن يحابي المشتري بالفرق بين ثمن المثل والثمان البخس، فالعقد في مقدار المحاباة هبة مستترة⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- (أ) - "تجيز المادة 488 من القانون المدني حصول الهبة تحت ستار عقد

(1) السنهوري ص 91 وما بعدها - وسنرى أن رأيا آخر يذهب إلى أن الهبة هنا تكون هبة غير مباشرة.

آخر، وعلى ما يشترطه القانون لصحة الهبة المستترة أن يكون العقد الساتر للهبة مستوفيا الشروط المقررة له في القانون، وإذا كان الحكم قد انتهى في أسبابه إلى أن تصرفات مورث الطاعن - التي اعتبرها هبات مستترة - قد صدرت منجزة ومستوفية الشكل القانوني بتلاقى الإيجاب والقبول على مبيع معين لقاء ثمن مقدر، وكان ذكر الباعث الدافع للهبة في العقد الساتر لها يتنافى مع سترها، وكان الطاعن لم يقدم - على ما سجله ذلك الحكم - الدليل على ما ادعاه من عدم مشروعية السبب في هذه التصرفات، فإن النعي على الحكم المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون وفي تأويله، يكون على غير أساس".

(ب) - "تبرع البائع لأبنائه القصر بالثمن في العقد والتزامه بعدم الرجوع في تبرعه يفصح عن أن التصرف هبة سافرة وقعت باطلة لتخلف الشكل الرسمي الذي يتطلبه نص الفقرة الأولى من المادة 488 من القانون المدني، ولا يعتبر هذا التصرف بيعا إذا لم يستهدف العقد أحد أركان البيع وهو الثمن، ولا يصلح العقد وهو على هذا الحال أن يكون ساترا للهبة وفقا لما تجيزه الفقرة الثانية من المادة آنفة الذكر لأن مناط صحة الهبة المستترة أن يكون العقد الذي يستترها مستوفى الأركان والشرائط القانونية".

(طعن رقم 207 لسنة 35 ق جلسة 1969/4/17)

2- "إذ كان إقرار الموهوب له في تحقيقات الشكوى الإدارية، بأن المبلغ الثابت بسند الدين في حقيقته تبرع، لا يجعل الهبة مكشوفة ما دامت عبارات السند بذاتها لا تكشف عن الهبة، وكان لا يؤثر في صحة الهبة خطأ الحكم في تكييف العقد الساتر بأنه ودیعة لا عارية استهلاك، لأن القانون لا يشترط أن يتم أي من هذين العقدين في شكل معين، فإن النعي على الحكم المطعون فيه يكون على غير أساس".

(طعن رقم 142 لسنة 43 ق جلسة 1977/2/17)

3- (أ) - "تجيز المادة 488 من التقنين المدني حصول الهبة تحت ستار عقد آخر، وهي تخضع في شكلها للقواعد الخاصة بالعقد الذي يستترها، والهبة المستترة في صورة عقد بيع تصح متى كان العقد جامعا في الظاهر لأركان البيع اللازمة لانعقاده، أي مذكورا فيه الثمن بطريقة غير نافية لوجوده، وتحقق ذلك لا يغير منه - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - وجود ورقة أو اكتشاف دليل بأى سبيل يكشف عن حقيقة اتجاه نية المتصرف إلى التبرع طالما توافر الشكل الظاهري".

(ب) - "إذ كان الواقع في الدعوى أن العقد استوفى ظاهريا الأركان القانونية لعقد البيع المنجز من بيع وثمن، وأنه صدر من الطاعن بصفته الشخصية إلى نفسه بصفته وليا شرعيا على أولاده المطعون عليهم وقت أن كانوا قسرا، وكانت المادة 487 من القانون المدني تجيز للولي الشرعي أن ينوب عن الموهوب له في قبول الهبة، ولو كان هو الواهب، فيكون له أن يتعاقد مع نفسه، فإن التصرف المعقود باعتباره هبة مستترة في صورة البيع تكون قد توافرت له شرائط الصحة

(طعن رقم 669 لسنة 42 ق جلسة 1979/3/14)

(راجع أيضا نقض طعن 88 لسنة 15 ق جلسة 1946/5/22 - طعن رقم 177

لسنة 18 ق جلسة 1951/4/15 المنشورين بالبند السابق)

4- "المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الهبة المستترة في صورة عقد بيع تصح متى كان العقد جامعا في الظاهر لأركان البيع اللازمة لانعقاده، ومن ذلك أن يكون مذكورا به الثمن بطريقة غير نافية لوجوده، ولو ثبت بأدلة أخرى أن حقيقة نية المتصرف هي التبرع".

(طعن رقم 599 لسنة 50 ق جلسة 1983/12/15)

وإذا استخلصت المحكمة من نصوص العقد وملابساته أنه تمليك قطعي منجز فإن اتفاق الطرفين فيه على عدم نقل تكليف العين المبيعة إلى المشتري وعلى بقائها تحت يد البائع للانتفاع بها طول حياته ليس بمانع من انتقال ملكية الرقبة فورا.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

"استقر قضاء محكمة النقض في ظل القانون المدني القديم على أنه إذا كان الثمن لم يذكر في عقد البيع إلا بصفة صورية فإن العقد يصح بوصفه هبة مستترة في صورة عقد بيع وأنه إذا استخلصت محكمة الموضوع من نصوص هذا العقد وملابساته أنه تمليك قطعي منجز فإن اتفاق الطرفين فيه على عدم نقل تكليف العين المبيعة إلى المشتري وعلى بقائها تحت يد البائع للانتفاع بها طول حياته ليس بمانع من انتقال ملكية الرقبة فورا".

(طعن رقم 174 لسنة 22 ق جلسة 1956/1/5)

كما قضت محكمة النقض بأن تنجز التصرف لا يتعارض مع حيابة البائع للمبيع واحتفاظه بحق البيع مدى حياته، وأن وضع يد المشتري على العين المبيعة يصح اعتباره

قرينة على إنجاز التصرف إلا أنه ليس شرطاً لازماً فيه.

إذ قضت بأن:

1- "استقر قضاء هذه المحكمة في ظل القانون المدني القديم على أنه إذا كان الثمن لم يذكر في عقد البيع إلا بصفة صورية. فإن العقد يصح بوصفه هبة مستترة في صورة عقد بيع، وأنه لا يتعارض مع تنجيز التصرف أن يظل البائع واضعاً اليد على ما باعه أو أن يحتفظ لنفسه مدى الحياة بحق الانتفاع".

(طعن رقم 411 لسنة 34 ق جلسة 1972/6/21)

2- "ولئن كان وضع يد المشتري على العين المبيعة يصح اعتباره قرينة على إنجاز التصرف إلا أنه ليس شرطاً لازماً فيه، إذ قد يكون التصرف منجزاً مع استمرار حياة البائع للعين المبيعة بسبب من الأسباب التي لا تنافي بإنجاز التصرف".

(طعن رقم 9 لسنة 38 ق جلسة 1973/2/6)

49- إثبات الهبة المستترة:

الهبة المستترة في الواقع عقد صوري كما رأينا. ومن ثم فإن إثباتها يكون طبقاً للقواعد العامة في إثبات الصورية.

وهذه القواعد تفرق بين العاقدین والغير.

فبالنسبة للعاقدین إذا ادعى المتصرف أن البيع الصادر منه إلى المشتري ليس إلا هبة مستترة، وأنه يريد الرجوع في الهبة، فإن إثبات الهبة وهي العقد الحقيقي يكون بالكتابة إذا زادت قيمة المال الموهوب على ألف جنيه أو كان العقد الساتر ثابتاً بالكتابة، وذلك ما لم يوجد مانع من موانع الحصول على دليل كتابي.

ويكون وسيلة ذلك هي ورقة الضد الذي يحصل عليها أحد المتعاقدين وقت تحرير

العقد.

أما بالنسبة للغير، كالدائن إذا طعن في الهبة المستترة بالدعوى الصورية، فيجوز له أن يثبت بكافة طرق الإثبات القانونية - بما فيها البينة والقرائن أن العقد الظاهر يخفي في الحقيقة هبة⁽¹⁾.

النوع الثاني: الهبة غير المباشرة

(1) محمود جمال الدين زكى ص 101 - أكثم الخولى ص 131.

50- تعريف الهبة غير المباشرة:

الهبة غير المباشرة هي الهبة التي يكسب فيها الموهوب له حقا عينيا أو حقا شخصيا دون مقابل على سبيل التبرع عن طريق الواهب، دون أن ينتقل إليه هذا الحق مباشرة عن الواهب، أى تنشأ الهبة غير المباشرة عن أى عقد غير عقد الهبة، من غير أن يكون التبرع الذى يحويه خافيا⁽¹⁾.

ويميز الهبات غير المباشرة عن الهبات المستترة وجود الصورية فى الهبات المستترة أما فى الهبات غير المباشرة فتظهر نية التبرع ورغبة المتصرف فى الهبة.

51- أمثلة للهبات غير المباشرة:

1- التنازل أو الترك لمصلحة آخر:

تقع الهبات غير المباشرة غالبا فى صورة التنازل أو الترك لمصلحة شخص آخر. كما إذا أعطى دائن مدينه مخالصة بدين مستحق عليه. وكما إذا تنازل شخص عن حقه فى وصية أو ميراث.

وكما إذا تنازل شخص عن حق الانتفاع أو السكنى أو الاستعمال إلى مالك الرقبة، أو تنازل صاحب حق الارتفاق عن هذا الحق إلى المالك.

أما إذا كان التنازل عن حق الانتفاع لغير مالك الرقبة، فإنه يكون هبة مباشرة

(1) السنهورى ص 79 وما بعدها - ويعرفها الدكتور محمود جمال الدين زكى ص 135 بأنها كل تصرف جدى يؤدى - دون اللجوء إلى الأشكال العامة للهبات - إلى نقل حق مالى من ذمة إلى أخرى مجانا بإرادة الطرفين، فهذه الهبة يدخل فيها كل الهبات المعفاة من الرسمية. وهذا التعريف يتفق والتعريف الوارد بالمتن.

وينادى الدكتور أكثم الخولى ص 136 وما بعدها بمعيار آخر للهبة غير المباشرة هو ردها إلى فكرة التصرف غير المتصف أو المحايد وهو التصرف الذى يعتبر صحيحا فى ذاته وبغض النظر عن سببه أو هو تصرف لا ينم عن سببه إذ يقوم على أداة فنية لإنشاء أو نقل أو إنهاء الحقوق يمكن أن تستخدم لتحقيق مختلف الأغراض فهو يصلح لتحقيق المعاوضة كما يصلح لتحقيق التبرع ولا يؤدى فحصه فى ذاته إلى الوقوف على الغرض الذى سخره من أجله الطرفان لأنه غير متصف بوصف المعاوضة أو التبرع. وإذا كان التصرف غير المتصف هو أساس صحة الهبة غير المباشرة. فإن التصرف المجرد بمعناه الدقيق يمكن أن يحقق هبة مباشرة من باب أولى ولا خلاف فى ذلك.

تستلزم الرسمية⁽¹⁾.

وتفسير ذلك أن التنازل بمعناه الدقيق هو إسقاط الحق أو التخلي عنه بإرادة صاحبه ويسميه البعض بالتنازل القائم على التخلي عن الحق أو المسقط. وللتنازل بهذا المعنى مميّزان أساسيان: هو أولاً تصرف قانوني من جانب واحد هو صاحب الحق. وهو ثانياً تصرف مسقط يقتصر على إسقاط الحق عن صاحبه ولا شأن له بمن سيؤول إليه هذا الحق بل يتكفل القانون بتعيين من يؤول إليه الحق بعد التنازل. والتنازل بهذا المعنى تصرف مسقط غير متصف لا ينم بذاته عن غايته، ولا عن الشخص الذي تم لصالحه. وهو في الأصل تصرف بات لا رجعة فيه. وبذلك يتصور أن يكون هبة غير مباشرة إذا تم بقصد التبرع لمن يؤول إليه الحق بنص القانون.

أما إذا فقد التنازل أحد مميزيه السابقين فإنه يصبح تنازلاً، ناقلاً ويكون هبة مباشرة خاضعة للرسمية إذا دفع إليه قصد التبرع. فإذا تم التخلي عن الحق باتفاق بين من يسقط حقه ومن يؤول إليه الحق فإننا لا تكون بصدد هبة غير مباشرة ولا يكون لفظ التنازل الذي استعمله الطرفان إلا تعبيراً خاطئاً عن نقل الحق بدون مقابل .

ولا يختلف الحكم إذا كان التنازل تصرف من جانب من يسقط حقه ولكنه تضمن تعيين المستفيد الذي يؤول إليه الحق إذ يفقد التصرف بذلك طابعه المسقط الشخص للتنازل ولا يكون إلا نقلاً للحق، لأن مجرد التعيين يترجم عن قصد نقل الحق لا إسقاطه ولو كان المستفيد هو من يعينه القانون⁽²⁾.

أما التنازل عن حق الملكية ذاته فلا يتصور أن يكون هبة غير مباشرة لأن المستفيد من هذا التنازل غير معين أصلاً ولا بنص القانون مادام التنازل عن ملكية الشيء يجعله مالا مباحاً يملكه من يستولى عليه⁽³⁾.

2- الإبراء من الدين :

الإبراء هو ترك الدائن حقه دون مقابل .وهو تصرف من جانب الدائن وحده يتم متى وصل إلى علم المدين ويرتد برده (م371 مدنى)⁽⁴⁾.

(1) السنهورى ص80 هامش (2) - أكنم الخولى ص143 وما بعدها - عكس ذلك محمود جمال زكى ص124.

(2) أكنم الخولى ص143 وما بعدها.

(3) أكنم الخولى ص143 هامش (2).

(4) تنص هذه المادة على أن: ينقضى الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً، ويتم الإبراء متى وصل

ويعتبر الإبراء هبة غير مباشرة، لأن الموهوب له (المدين) كسب الدين لا عن طريق انتقاله إليه من الواهب بل عن طريق نزول الواهب عنه، كما هي الحال في النزول عن حق عيني.

وتسرى على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسرى على كل تبرع عملاً بالمادة 372 مدنى التي تجرى على أن:

- 1- يسرى على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسرى على كل تبرع.
- 2- ولا يشترط فيه شكل خاص، ولو وقع على التزام يشترط لقيامه توافر شكل فرضه القانون أو اتفق عليه المتعاقدان⁽¹⁾.
- وقد يكون الإبراء صراحة أو دلالة، كحالة تسليم سند الدين للمدين.
- وتسليم سند الدين لأحد المدينين المتضامنين معتبر بالنسبة إلى جميعهم .
- وإبراء ذمة المدين من الدين يترتب عليه إبراء ذمة ضامنه أيضاً.
- وإبراء ذمة أحد المدينين المتضامنين يعتبر مقصوراً على حصته، وينقضى الدين بقدرها فقط (م 289 مدنى)⁽²⁾.
- ولا تبرأ ذمة المدين بإبراء ذمة ضامنيه ومع ذلك إذا سلم المتعهد له سند الدين للكفيل جاز اعتبار ذلك إبراءاً لذمة المتعهد نفسه⁽³⁾.

3- الاشتراط لمصلحة الغير :

الاشتراط لمصلحة الغير على سبيل التبرع من صور الهبة غير المباشرة. ومثال ذلك أن يبيع شخص عقاراً إلى آخر، واشترط عليه أن يدفع إيراداً مدى الحياة لأحد أقاربه

إلى علم المدين، ويرتد برده.

- (1) محمود جمال الدين زكى ص 123.
- (2) تنص هذه المادة على أن: "1- إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين، فلا تبرأ ذمة الباقيين، إلا إذا صرح الدائن بذلك.
- 2- فإذا لم يصدر منه هذا التصريح، لم يكن له أن يطالب باقى المدينين المتضامنين إلا بما يبقى من الدين بعد خصم حصة المدين الذى أبرأه، إلا أن يكون قد احتفظ بحقه فى الرجوع عليهم بكل الدين.

وفى هذه الحالة يكون لهم حق الرجوع على المدين الذى صدر الإبراء لصالحه بحصته فى الدين".

- (3) محمد كامل مرسى ص 114 وما بعدها.

(أقارب البائع) دون أن يتقاضى مقابلاً من قريبه عن هذا الإيراد، فالإيراد هنا يعد هبة غير مباشرة لقريب الواهب.

والتأمين على الحياة من أهم التطبيقات الحالية للاشتراط لمصلحة الغير. فإذا أمن شخص على حياته لمصلحة أولاده، فاستحق أولاده مبلغ التأمين، كان هذا التأمين هبة غير مباشرة من المؤمن لأولاده⁽¹⁾.

وكان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً هو المادة 662 يجرى على أنه: "إذا تمت الهبة في صورة اشتراط لمصلحة الغير، فلا يشترط فيها شكل خاص، إلا الشكل الذى قد يتطلبه العقد ما بين المشترط والمتعهد" - وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة، لأن حكمه وارد في باب الاشتراطات لمصلحة الغير⁽²⁾.

4- حوالة الحق :

تكون حوالة الحق هبة غير مباشرة إذا حول الدائن دينه بغير مقابل لمصلحة الشخص الذى يريد التبرع له .

وكذلك في حالة نقل السندات الاسمية بالتنازل في دفاتر الشركة التى أصدرتها إذا كان المتنازل له لم يدفع قيمة الأسهم⁽³⁾.

5- قبول المحال عليه لحوالة الدين دون مقابل :

يعتبر قبول المحال عليه لحوالة الدين دون مقابل هبة غير مباشرة من المحال عليه للمحيل، لأن المحيل كسب براءته من الدين، مع التزام المحال عليه لشخص آخر هو المحال له، دون أن يلتزم للمحيل وإلا كانت الهبة مباشرة، وكذلك الحال فيما إذا التزم شخص دون مقابل أن يوفى دين غيره فهذه هبة غير مباشرة من الملتزم، لأن هذا قد

(1) السنهورى ص 81 - أكثم الخولى ص 145 - جمال زكى ص 127 ويرى الدكتور محمود جمال الدين زكى ص 127 أنه ليس ثمة ما يمنع أن يكون هذا النوع من التأمين، فى العلاقة بين المتعهد والمستفيد، معاوضة كما إذا أمن مدين على حياته لمصلحة دائنه حتى يستوثق من وفاء دينه.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 4 ص 248 وما بعدها.

(3) محمد كامل مرسى ص 116.

التزم لا للمدين بل للدائن، ولو التزم للمدين كانت الهبة مباشرة⁽¹⁾.

6- عقد الاكتتاب:

الاكتتابات التي تفتح لإنشاء عمل خيري أو لمساعدته، أو للمنفعة العامة، هي هبات، ويجب أن تكون خاضعة للقواعد الخاصة بالشكل.

ولكن الحاصل عملا هو أن كثرة عدد المكتتبين وضآلة الاكتتابات الفردية تجعل استعمال الشكل الرسمي مستحيلا. فإذا كان الاكتتاب مصحوبا بالدفع في الحال فتوجد هبة يدوية، ولا حاجة إلى العقد الرسمي. ولكن إذا كان الدفع بعد الاكتتاب فيوجد وعد بالهبة اليدوية، ومثل هذا الوعد باطل.

ومن رأى الشراح أن الأفضل اعتبار مثل هذا التعهد عقدا خاصا أوجده العرف، فهو ليس بهبة، ولكن يمكن بواسطته تحقيق تبرع⁽²⁾.

وقررت محكمة استئناف نانس في 1920/3/17 أنه لا توجد هبة، وإنما يوجد عقد غير مسمى خاضع للقواعد العامة للالتزامات.

وقد رفضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1923/2/5 الطعن الذي رفع إليها عن هذا الحكم، مقررة أن الاكتتاب بطبيعته غير خاضع للأوضاع المذكورة بالمادة 931 والظاهر أنها تعتبر هبة غير مباشرة. ويجب أن يستنتج مما تقدم أن الاكتتاب غير المصحوب بدفع قيمته يكون ملزما للمكتتب⁽³⁾.

7- التعاقد عن الغير:

ويتم ذلك بأن ينوب شخص عن آخر في عقد معاوضة على أن يقوم الأول بأداء مقابل ما انتقل إلى ذمة الثاني، فيكون النائب في الحقيقة واهبا، ويكون الأصيل موهوبا له، ولكنها هبة غير مباشرة وسيلتها نظرية النيابة في التعاقد، ومن أهم التطبيقات لهذه الصورة الشراء باسم الغير، كما إذا اشترى أب لولده الذي في ولايته عقارا معيناً وقام هو بدفع الثمن للبائع، فالولد في هذا المثل تلقى الحق مباشرة من البائع دون أن يقوم بدفع الثمن.

(1) السنهوري ص 81.

(2) محمد كامل مرسى ص 117.

(3) محمد كامل مرسى ص 117.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "إذا كانت الورقة الصادرة إلى أم من أولادها تتضمن إقرارهم بشراء أمهم من مالها الخاص المنزل محل النزاع الصادر عنه عقد البيع من المالك بأسماء الأولاد في تاريخ لاحق لتلك الورقة، وأن الأم تنازلت عنه بطريق الهبة إلى أولادها هؤلاء الذين تعهدوا بالأداء يتصرفوا فيه إلا بعد وفاتها كما تعهدوا بأن يعطوها نفقة شهرية مقدارها مائتا قرش، فاعتبرت المحكمة هذا الإقرار ورقة ضد تكشف عما أخفاه عقد البيع الصادر بعدها من أن الأولاد ليسوا هم المشتريين في الحقيقة بل المشتري هي الأم، وأنها قصدت بإخفاء اسمها أن تختصر الطريق والإجراءات فلا تشتري بعقد ثم تهب بآخر بل يتم الأمران بعقد واحد، فهذا الذي حصلته المحكمة يسوغه ما ورد في الإقرار. والمحكمة إذ كيفت عقد البيع المذكور بأنه هبة من الأم لأولادها حررت في صورة بيع من البائع إلى الموهوب لهم لم يظهر فيه اسم المشتري الواهبة، وإذ حكمت ببطان البيع الذي تصرف به الموهوب لهم في الموهوب وبفسخ الهبة لإخلالهم بالتزامهم بعدم التصرف، لا تكون قد أخطأت بل هي طبقت أحكام الصورية والهبة غير المباشرة تطبيقاً صحيحاً، فلا يصح الطعن على الحكم من هذه الناحية.

وما يقال من أن شرط عدم التصرف باطل، أو أن الفسخ لم ينص عليه جزاء لمخالفته، مردود بأن اشتراط عدم التصرف قد أقت بحياة الواهبة فهو لا يناهض ترتيب حق الملكية لمن وهبت له، ومن ثم صح الشرط ونفذ وجاز لمن وضع لمصلحته أن يطلب فسخ الهبة إذا ما أخل به دون حاجة إلى نص صريح على حق الفسخ. وأما القول بأن إقرار المشتريين سابق على الشراء والتملك وأنه يخالف عقد البيع في رواية دفع الثمن فلا غناء فيه متى كانت المحكمة قد حصلت فهمها واقع الدعوى من أن الإقرار وعقد الشراء ولو اختلف تاريخهما إنما هما عن واقعة واحدة، وكذلك القول بأن ورقة الإقرار إذ كان تاريخها ثابت فلا يجوز الاحتجاج بها على من تصرف له الموهوب لهم بالبيع، فهو مردود بأن الواهبة قد سجلت صحيفة دعواها بالفسخ قبل أن يسجل المشتري عقد البيع الصادر له وأنها اختصمته في الدعوى".

(طعن رقم 82 لسنة 17 ق جلسة 1949/1/20)

2- "لما كان التكييف الصحيح لتداخل طرف ثالث في عقد بيع العقار، وقيامه بدفع كامل الثمن من ماله إلى البائع على سبيل التبرع مقابل أن تنتقل الملكية من الأخير إلى

المشتري مباشرة أن هذا التصرف في حقيقته هبة غير مباشرة وأن المال الموهوب ليس هو الثمن بل هو العقار المبيع ذاته، وكان الثابت من عقد البيع موضوع الدعوى أن مورثة الطاعنين كانت طرفا فيه وقد تضمن هذا العقد أنها هي التي دفعت إلى البائعين كامل الثمن من مالها تبرعا منها للمشتريين، مما مفاده أن المورثة هي المشتري الحقيقية للأطيان المبيعة وقد قصدت بتصرفها أن تختصر الطريق والإجراءات فلا تشتري بعقد ثم تهب بعقد آخر بل يتم الأمران بعقد واحد، وكان التكيف الصحيح لهذا التصرف أنه هبة غير مباشرة منها لولدها وزوجته وأولادهما وأن المال الموهوب في الحقيقة ليس هو الثمن كما هو وارد بالعقد بل هو الأطيان المبيعة ذاتها، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وجرى في قضائه على أن المورثة لم تكن طرفا في العقد واستخلص من عبارات العقد أن المال الموهوب هو الثمن وليس الأطيان المبيعة، وأن هذا الثمن قد هلك بدفعه من المشتريين إلى البائعين ورتب الحكم على هذا الاستخلاص الفاسد عدم جواز الرجوع في الهبة تطبيقا لنص الفقرة السادسة من المادة 502 من القانون المدني وتحجب بذلك عن مواجهة ما أثارته الواهبة من جمود المطعون ضدها الأولى فإنه يكون قد خالف القانون، وأخطأ في تطبيقه وشابه قصور في التسبيب".

(طعن 2342 لسنة 55 ق جلسة 1988/10/25)

ويدخل في هذه الصورة الإيداع باسم الغير، كما إذا أودع أب نقودا في أحد المصارف باسم ولده القاصر قاصدا التبرع له بالمبلغ المودع باسمه. ويجب أن تكون نية التبرع ظاهرة .

ولا يعتبر مجرد الإيداع باسم الغير دليلا عليها، حتى لو كان للمودع حسابا خاصا باسمه في نفس المصرف لأن نية الهبة لا تفترض، وفعل الإيداع ليس من شأنه بمجرد أن يفيدها، إذ هو يحتمل احتمالات مختلفة لا يرجح أحدها إلا بمرجح⁽¹⁾.
(راجع أيضا نقض 1948/4/8).

(8) - عقود الضمان:

يعتبر هبة غير مباشرة تعهد شخص بضمان دين على آخر، من غير الرجوع على المدين عند الاقتضاء، كما في الكفالة الشخصية أو العينية أو التعهد بالتضامن. أما إذا

(1) محمود جمال الدين زكى ص 128.

احتفظ بحقه فى الرجوع على المدين فإن العقد، ولو أنه من غير مقابل، لا يعتبر تبرعا⁽¹⁾.

52 - ضرورة توافر الشروط الموضوعية للهبة :

لئن كانت الهبات غير المباشرة لا تخضع لشروط العقد الرسمى فإنها تخضع لكل القواعد الموضوعية الخاصة بالهبات. ومن بين هذه القواعد شرط توافق الإرادتين صراحة أو دلالة بين المتبرع والمتبرع له، وجواز الرجوع فى الهبة.

53 - إثبات الهبة غير المباشرة :

تسرى على إثبات الهبة غير المباشرة القواعد العامة فى الإثبات. فيجب الإثبات بين المتعاقدين بالكتابة إذا كانت قيمة الموهوب تجاوز ألف جنيه مالم يوجد مانع من الدليل الكتابى.

أما الغير فله إثبات الهبة غير المباشرة بكافة طرق الإثبات القانونية - بما فيها البيئة والقرائن - كما إذا أراد دائن الواهب أن يطعن فى الهبة غير المباشرة بالدعوى البوليصية.

(السبب فى عقد الهبة)

54 - تطبيق القواعد العامة على السبب فى عقد الهبة :

الهبة عقد كسائر العقود، ولذلك يجب أن يتوافر ركن السبب فى الهبة. والسبب فى عقد الهبة طبقاً للنظرية التقليدية هو نية التبرع، أما السبب طبقاً للمذهب الحديث، هو الدافع الرئيسى للتبرع. وهو أمر نفسى خارج عن العقد يتغير بتغيير البواعث⁽²⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"يقصد بالسبب معناه الحديث كما يتمثله القضاءان المصرى والفرنسى فى العصر الحاضر فهو بهذه المثابة الباعث المستحث فى التصرفات القانونية عامة لا فرق فى

(1) محمد كامل مرسى ص 117.

(2) السنهورى ص 132 - محمود جمال الدين زكى ص 135 - أكثم الخولى ص 108 - محيى

الدين علم الدين ص 34.

ذلك بين التبرعات والمعاوضات.

ويفرق التقنين اللبناني بين سبب الالتزام وسبب العقد (المادة 194) فسبب الالتزام هو الباعث الذى يدفع إليه مباشرة. وهو بهذا الوصف يتمثل فى صورة واحدة فى ظل ضرب من ضروب الالتزام ويعتبر جزءا من التعاقد نفسه. فهو فى العقود الملزمة للجانبين الالتزام المقابل وفى العقود العينية تسلم المعقود عليه وفى التبرعات نية التبرع فى المعاوضات الملزمة لجانب واحد التزام مدنى أو طبيعى كان قائما بين المتعاقدين قبل التعاقد (المادة 195) أما سبب العقد فهو الباعث الشخصى الذى يدعو المتعاقد إلى إبرامه وهو لا يعتبر شيئا من التعاقد فهو يختلف باختلاف الأحوال فى العقد الواحد. بيد أن هذه التفرقة ليست فى الواقع إلا إبقاء على التمييز بين دلالة السبب فى الفقه التقليدى وبين دلالاته الحديثة كما استخلصها القضاء. ولما كان التصوير التقليدى ضيق الحدود فقد رأى الإعراض عنه⁽¹⁾.

وقد أخذت محكمة النقض بهذا الرأى إذ قضت بأن :

"إذ كان الحكم المطعون فيه قد نهج فى تكييف العقد محل التداعى تكييفاً صحيحاً ولم يخرج فى تفسيره عما تحتمله نصوصه فلقد استخلص من عباراته الظاهرة أن تصرف الأب المطعون ضده لابنه الطاعن فى حق الانتفاع بالأرض الزراعية التى سلمها إياه كان بغير عوض مما يعتبر من المتصرف تبرعا أى هبة وقد وقعت الهبة باطلة لعدم مشروعيتها سببها المخالف للنظام العام بانصرافه. إلى تعامل فى تركة مستقبلية، وكان من المقرر أن تعيين الورثة وأنصبتهم وانتقال الحقوق فى التركات بطريق التوريث لمن لهم الحق فيها شرعا مما يتعلق بالنظام العام وتحريم التعامل فى التركات المستقبلية يأتى

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج2 ص227 - أما نية التبرع التى تذهب النظرية التقليدية إلى أنها السبب فى الهبة، فهى العنصر المعنوى فى الهبة، ولذلك يختلط سبب الالتزام على هذا التحديد بركن الرضاء فى العقد الذى ينشئه. وتكون نية التبرع موجودة حتما فى كل هبة، فريضاء الواهب فى الهبة هو إرادته فى أن يلتزم دون مقابل، وبذلك تكون نية التبرع وصفا يلحق رضاءه، لا سببا لقيام التزامه (محمود جمال الدين زكى ص135 - السنهورى ص132 وما بعدها) - وإذ كانت النظرية التقليدية على هذا النحو غير صائبة من الوجهة النظرية، فإنها تؤدى من الناحية العملية إلى تعطيل ما يفرض من النصوص أن يكون السبب مشروعاً. لأن نية التبرع فى ذاتها لا يتصور أن تكون أحيانا غير مشروعة.

نتيجة لهذا الأصل فلا يجوز قبل وفاة إنسان الاتفاق على شيء يمس بحق الإرث، وإلا كان الاتفاق باطلاً، وكان الحكم قد استدل على قيام ذلك السبب غير المشروع - وهو الباعث الدافع إلى التبرع - بما ورد في الاتفاق من بيان صريح يفصح عن أن ما تسلمه الابن الطاعن - أرض زراعية يمثل مقدار نصيبه ميراثاً عن أبيه الذي لم يزل على قيد الحياة ومن اشترط على هذا الابن بعدم المطالبة بميراث أرض أخرى من بعد وفاة الأب، وهو ما يعد استدلالاً سائغاً له مأخذه الصحيح من واقع ما أثبت بالاتفاق الذي انعقد بين الطرفين، فإن الحكم يكون قد التزم صحيح القانون في تفسير الاتفاق وتكييف التصرف الثابت به الذي لحقه البطلان".

(طعن رقم 626 لسنة 46 ق جلسة 1979/11/29)

والسبب كعنصر في الهبة يتصل بالإرادة أو ثقل الاتصال، ولكنه ليس الإرادة ذاتها ولكن الغرض المباشر الذي اتجهت إليه.

وإذا تعددت الدوافع إلى الهبة، فالعبرة بالدافع الرئيسي منها⁽¹⁾.

ويجب أن يكون الباعث مشروعاً غير مخالف للنظام العام أو الآداب. فإذا كان الباعث غير مشروع كانت الهبة باطلة بطلاناً مطلقاً.

ويشترط لبطلان الهبة لعدم مشروعية الباعث الذي دفع الواهب إلى التبرع، أن يكون الموهوب له يعلم أو يستطيع أن يعلم بهذا الباعث، إذ لا يجوز بداهة أن نعتد بالباعث الذي دفع أحد المتعاقدين إلى التعاقد إذا كان هذا الباعث مجهولاً من المتعاقدين الآخرين، وإلا استطاع أي متعاقد أن يتخلص من التزاماته بدعوى أن الباعث له على التعاقد، وهو أمر مستكن في خفايا الضمير، من شأنه أن يجعل العقد باطلاً. ويقع عبء إثبات هذا العلم على عاتق الواهب، وذلك حرصاً على استقرار المعاملات وتوفير أسباب الثقة المشروعة في التعاقد، حتى لا يفاجأ الدائن ببطلان عقد كان واثقاً من صحته لاعتبار في أمر مقصور على المدين ومجهول على الدائن⁽²⁾.

وبهذا الرأي قضت محكمة النقض إذ ذهبت إلى أن :

"وإن كان السبب غير المشروع الذي من شأنه أن يبطل العقد وفقاً لحكم المادة 136

(1) محمود جمال الدين زكى ص 136.

(2) السنهوري في الوسيط الجزء الأول طبعة 1964 ص 498 وما بعدها، وفي الجزء الخامس ص 133.

من القانون المدنى يجب أن يكون معلوما للمتعاقد الآخر فإذا لم يكن على علم به أو ليس فى استطاعته أن يعلمه فلا يعتد بعدم المشروعية، إلا أنه لما كان الحكم المطعون فيه قد استقى بيان السبب غير المشروع من واقع الاتفاق الذى أبرم بين الطرفين بما انطوى عليه من إثبات عبارة ظاهرة تكشف بوضوح فى دلالتها على ما اتفق عليه الطرفان من مساس بحق الإرث التى تتصل قواعده بالنظام العام لما ورد به من نص على أن الأطيان المسلمة إلى الطاعن هى مقدار نصيبه فى ميراث الأرض الزراعية التى سيخلفها الأب المطعون ضده ومن اشتراط على الإبن الطاعن بعدم المطالبة بحقه فى إرث الأرض خلاف ما تسلمه، لما كان ذلك فإن ما أورده الحكم فى هذا الصدد يعد بيانا كافيا لدليل كاشف على أن السبب غير المشروع كان معلوما من الطرفين متفقا عليه فيما بينهما مما يكون معه النعى على الحكم المطعون فيه بهذا السبب فى غير محله".

(طعن رقم 626 لسنة 46 ق جلسة 1979/11/29)⁽¹⁾

وقد استقر الفقه والقضاء فى تطبيق مشروعية السبب، على أنه إذا كان الباعث على الهبة إيجاد علاقة أئمة أو استبقائها أو تجديدها كانت الهبة باطلة لعدم مشروعية السبب. أما إذا كان الباعث عليها قطع العلاقات المحرمة أو تعويض الحليلة بعد انقطاع المعاشرة، عما أصابها من ضرر فإن الباعث يكون مشروعاً والهبة صحيحة⁽²⁾.

(1) وهناك رأيان آخران فى هذه المسألة هما:

الرأى الأول: يذهب إلى أن الرأى الوارد بالمتن ينطوى على تجاوز للقانون الذى نص فى المادة 136 على بطلان العقد إذا كان سبب الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب دون أن يكون لعلم أحد المتعاقدين أو جهله به أى تأثير، فضلا عن أن ما أسس عليه الرأى الأول من اعتبارات واهن القيمة فى عقد الهبة، بل وفى سائر التبرعات، وإن كان له كثير من الوزن فى المعاوذات التى تهتم وحدها حركة التداول (محمود جمال الدين زكى ص 140).

الرأى الثانى: يذهب إلى أنه لا ثمرة عملية للخلاف بين الرأى الأول والرأى الوارد بالمتن فى نطاق الهبة، إذ هناك اتفاق على أن علم الموهوب له بعدم مشروعية السبب ليس شرطا لازما لإبطال الهبة، لأن من يستلزمون هذا الشرط بصفة عامة يستثنون من ضرورته عقود التبرع (أكثم الخولى ص 109).

(2) السنهورى ج 5 ص 133 وما بعدها - محمود جمال الدين زكى ص 137 - استئناف القاهرة 13 يونية 1909 - الإسكندرية التجارية المختلطة 8 يونية 1916 مشار إليها فى هامش رقم (1) السنهورى ص 133.

55 - تطبيقات للسبب غير المشروع :

(1) - اقتران الهبة بشرط مستحيل أو بشرط غير مشروع :

إذا كانت الهبة مقترنة بشرط مستحيل أو غير مشروع، وكان الشرط هو السبب الدافع للهبة فإن الهبة تقع باطلة. أما إذا لم يكن الشرط سببا دافعا للهبة فإن الشرط هو الذى يبطل وتصح الهبة⁽¹⁾.

والعبرة فى عدم مشروعية الشرط بوقت صدور الهبة، ولو أصبح مشروعاً بعد ذلك. ومثال الهبة المقترنة بشرط مستحيل أن يهب شخص عقارا لآخر بشرط أن ينفق على شخص ثالث، رغم أن الأخير قد توفى.

ومثال الهبة المقترنة بشرط غير مشروع، أن يهب شخص مالا لمطلقاته ويشترط عليها عدم الزواج.

وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يتضمن نصا (المادة 669 منه) جاء فيه: "إذا اقترنت الهبة بشرط مستحيل أو بشرط غير مشروع، وقعت صحيحة وألغى الشرط، إلا إذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للهبة فتقع الهبة كلها باطلة"، وقد رأت لجنة مراجعة المشروع حذف النص لأن حكمها ورد فى مكان آخر "وقد قصد بهذه العبارة الإشارة إلى المادة 266 الخاصة بحكم الشرط (غير الممكن) أو (غير المشروع)⁽²⁾.

والفقرة الثانية من المادة 266 المذكورة والواردة فى باب الالتزامات تقضى بأن: "ومع ذلك لا يقوم الالتزام المدنى على شرط فاسخ مخالف للأداب أو النظام العام، إذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للالتزام" ولئن كان النص يقتصر على الشرط الفاسخ فقط، فلأن الشرط الواقف يمنع فى كل الأحوال قيام الهبة سواء كان دافعا إليها أم غير دافع (مادة 1/266 مدنى)، وذلك لاختلاطه بالبائع الدافع⁽³⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى للقانون المدنى أنه :

"يبقى السبب، والسبب فى الهبة هو نية التبرع طبقا للمذهب القديم، وهو الدافع الرئيسى للتبرع طبقا للمذهب الحديث، وقد طبق المشروع المذهب الحديث فى فروض

(1) محمد كامل مرسى ص 54 - أكنم الخولى ص 108.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 4 ص 258 وما بعدها.

(3) أكنم الخولى ص 108 وهامش (4) - محمود جمال الدين زكى ص 138.

ثلاثة: (أ) اقتران الهبة بشرط مستحيل أو بشرط غير مشروع، فإن كان الشرط ليس هو الدافع للتبرع، فإنه يلغى وتصح الهبة (قارن مرشد الحيران م 255 فقرة ثانية)، وإن كان هو الدافع بطلت الهبة لعدم مشروعية السبب، وعلى هذا جرى القضاء المصري والفرنسي، وقن المشروع ما جرى عليه القضاء (م 669... إلخ)⁽¹⁾.

والنص قاصر على حكم الشرط بمعناه الاصطلاحي الفني، ومع ذلك تخضع الهيئات لنفس القاعدة المقترنة بالالتزام على الموهوب له إذا كان الالتزام غير مشروع لأن حكم المادة 266 ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة في سبب الالتزام وأثر عدم مشروعيته على التصرف، وهذا يفترض بطبيعة الحال أن تكون رغبة الواهب في تنفيذ هذا الالتزام هي الباعث الدافع للواهب على الهبة⁽²⁾.

(2) - شرط عدم التصرف في الشيء الموهوب :

تنص المادة 823 مدنى على أنه: "(1) إذا تضمن العقد أو الوصية شرطاً يقضى بمنع التصرف في مال، فلا يصح هذا الشرط مالم يكن مبنياً على باعث مشروع ومقصوراً على مدة معقولة. (2) ويكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو المتصرف إليه أو الغير. (3) والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير".

وتنص المادة 824 مدنى على أن :

"إذا كان شرط المنع من التصرف الوارد في العقد أو الوصية صحيحاً طبقاً لأحكام المادة السابقة، فكل تصرف مخالف يقع باطلاً".

غير أن المشروع التمهيدى للتقنين المدنى كان يتضمن نصاً يتعلق بشرط منع التصرف في الشيء الموهوب (المادة 671) وكانت تنص على أنه: "إذا اشترط الواهب عدم التصرف في الشيء الموهوب فيسرى على الهبة أحكام المادتين 1911، 1192"، إلا أن لجنة المراجعة اقترحت حذفها لورود حكمها في مكان آخر⁽³⁾، والمقصود بذلك ورود حكمها في المادتين 823، 824 مدنى. وبالتالي فإن شرط عدم التصرف في

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص262.

(2) أكتف الخولى ص 109 وهامش (1).

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 261 وما بعدها.

الشيء الموهوب يضحى خاضعا للقواعد العامة الواردة في المادتين 823، 824 مدنى. فيكون شرط عدم التصرف فى المال الموهوب صحيحا إذا كان مبنيا على باعث مشروع ومقصورا على مدة معقولة .

ويكون الباعث مشروعا متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو المتصرف إليه أو الغير .

والمصلحة المشروعة للمتصرف فى عقد الهبة، تتحقق باحتفاظه لنفسه بحق الانتفاع بالمال موضوع التصرف طوال مدة حياته. وبالرغم من أن تصرف مالك الرقبة لا يؤثر فى حقوق المنتفع، إلا أن المتصرف قد يخشى مغبة الاحتكاك بمالك آخر غير المتصرف إليه، فحرصا على أن تظل علاقته بهذا الأخير وحده طول مدة الانتفاع يشترط الواهب منعة من التصرف حتى نهاية الانتفاع. وهذه الحالة هى الغالبة فى أحكام القضاء.

وتتحقق المصلحة للواهب أيضا من المنع من التصرف لىضمن رجوع المال إليه إذا تحقق عذر من الأعذار المقبولة للرجوع فى الهبة كجحود الموهوب له، أو إفسار الواهب أو إنجابه ولدا يظل على قيد الحياة إلى وقت الرجوع (م501)، ولم يقم مانع من موانع الرجوع فى الهبة⁽¹⁾.

ومن أمثلة حماية المصلحة المشروعة للمتصرف إليه، أن يكون الواهب أراد أن يحمى المتصرف إليه من قلة خبرته أو نزقه أو طيشه فيشترط عليه حظر التصرف فى المال الموهوب.

ومن أمثلة المصلحة المشروعة للغير، أن يكون الواهب قد اشترط على الموهوب له ترتيب إيراد مرتب لأجنبى طول حياة الأخير. فيكون شرط عدم التصرف فى المال الموهوب ضامنا للوفاء بالتزام الموهوب له.

ويجب أن يكون الشرط مبنيا على باعث مشروع فإذا كان الشرط مبنيا على باعث غير مشروع، فإن الغرض منه يكون تعطيل التصرف فى الموهوب دون مبرر لذلك. فإذا كان هذا الشرط هو الباعث الدافع إلى التبرع، فيكون السبب غير مشروع، ويبطل وتبطل معه الهبة. أما إذا كان الشرط ليس هو الباعث الدافع إلى التبرع، فإنه يلغى وحده وتبقى

(1) الدكتور محمد على عرفة شرح القانون المدنى الجديد فى حق الملكية الجزء الأول الطبعة الثانية 1954 ص363 وما بعدها.

الهيئة صحيحة⁽¹⁾.

أما إذا كان الشرط صحيحا صحت الهبة معه ووجب العمل بالشرط. فإذا خولف الشرط كان التصرف باطلا بطلانا مطلقا لعدم قابلية المال للتصرف.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"وإذا توافر الشرطان اللذان تقدم ذكرهما، فالشرط المانع من التصرف صحيح، فإن خولف كان التصرف المخالف باطلا بطلانا مطلقا لعدم قابلية المال للتصرف. وقد حسم المشروع بهذا الحكم خلافاً قام حول هذه المسألة، إذ كان القضاء متردداً بين بطلان التصرف المخالف أو فسخ التصرف الأصلي"⁽²⁾ ويجوز للمتصرف أن يطلب بطلان التصرف المخالف دائماً، حتى لو كان المنع مشروطاً لحماية المتصرف إليه، ولدائني المتصرف أيضاً حق طلب البطلان إذا كانت لهم مصلحة في ذلك، كما إذا كان المنع مشروطاً لكفالة رجوع الحال إلى الواهب في حالة وفاة الموهوب له قبله.

وكذلك يجوز طلبه من المتصرف إليه أو الغير إذا أريد بالشرط المانع حماية مصلحة مشروعة لأيهما، ويطلبه أيضاً دائنو كل منهما إذا كانت لهم مصلحة في رفع دعوى البطلان⁽³⁾.

ويلحق البطلان كل تصرف ناقل لملكية المال الممنوع التصرف فيه، وكل رهن حيازي أو رسمي، يرتبه المتصرف إليه على هذا المال. ويقع باطلاً تنازله عن الرهن المقرر لضمان الوفاء بالإيراد المرتب مدى الحياة لمصلحته، إذا اشترط منعه من التصرف في هذا الإيراد، لأن منعه من التصرف في الإيراد يقتضى منعه من التنازل عن التأمينات المقررة لضمان الوفاء به.

ويقع باطلاً أيضاً كل اختصاص بالمال الممنوع التصرف فيه، إذ أن الاختصاص بمثابة الرهن فيسرى عليه حكمه.

ويلاحظ أن بطلان هذه التصرفات المخالفة كلها لا يستتبع الرجوع على المتصرف بالضمان، لأن التزام الضمان لا ينشأ عن عقد باطل بطلانا مطلقاً.

وهذا كله بصرف النظر عن حسن نية المتصرف إليه الثانى، وعن كون المنع من

(1) السنهورى ص 138.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 6 ص 77.

(3) محمد على عرفة ص 370.

التصرف واردا على عقار أو منقول أو إيراد مرتب مدى الحياة⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"والذى يطلب بطلان التصرف المخالف هو المتصرف إذ له دائما مصلحة فى ذلك ويطلبه كذلك المتصرف له أو الغير إذا كان الشرط المانع أريد به أن يحمى مصلحة مشروعة لأحد منهما، وهذه هى القاعدة التى سبق تقريرها فى الاشتراط لمصلحة الغير. والمال الذى يقع التصرف فيه قابل مع ذلك أن يتم تملكه بالتقادم"⁽²⁾.

وإذا كانت الهبة بعوض، فالسبب فيها يكون مزدوجا، إذ من جهة يوجد الدافع للواهب فى التبرع، ومن جهة أخرى رغبته فى وجوب تنفيذ شرط العوض، لأنه إذا لم ينفذ يكون له الحق فى إبطال التبرع فيوجد فى هذه الحالة عقد من عقود التبرع متبادل الالتزام⁽³⁾.



(1) محمد على عرفة ص 371.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 6 ص 77.

(3) محمد كامل مرسى ص 56.

مادة (489)

إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب فى الشكل، فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه.

الشرح

56- إجازة الهبة الباطلة لعيب فى الشكل بالتنفيذ الاختيارى :

ذهب رأى إلى أنه إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب فى الشكل، فإنهم لا يستطيعون استرداد الموهوب، لأن الهبة التى اختل فيها ركن الشكل يتخلف عنها التزام طبيعى لا يجبر المدين على تنفيذه ولكن يصح الوفاء منه اختيارا. واستند هذا رأى إلى أن نص المادة (489) كما وردت فى المشروع التمهيدى وكانت برقم (663) تنص على أنه: "إذا قام الواهب أو ورثته، مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب فى الشكل، انقلبت الهبة صحيحة". وقد تليت المادة فى لجنة المراجعة واقترح معالى السهنورى باشا تعديلات تجعل الحكم مستقيما مع القواعد العامة، إذ أن تنفيذ الهبة الباطلة يعتبر تنفيذا لالتزام طبيعى، فوافقت اللجنة على ذلك وأصبح نص المادة النهائى بوضعه الحال⁽¹⁾.

ولذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدى :

"2- على أنه إذا لم تستوف الهبة الشكل اللازم، ولكن الواهب أو ورثته قاموا مختارين بتنفيذها، كان هذا التنفيذ معتبرا، ولا يجوز استرداد ما دفع وفاء للهبة، لا لأن الهبة الباطلة انقلبت صحيحة بالتنفيذ كما جاء خطأ فى المادة 663 من المشروع، بل لأن الهبة الباطلة يتخلف عنها التزام طبيعى إذا نفذ لا يجوز استرداده، (ويجب إذن حذف المادة 663 من المشروع) والتى أصبحت برقم 489" فإن ورودها فى الصيغة التى وردت بها خطأ كما تبين، ولا حاجة لإيرادها فى صيغة صحيحة فإن حكمها يمكن استخلاصه من القواعد العامة، وهو أقرب إلى الفقه منه إلى التشريع"⁽²⁾.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص251 وما بعدها.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص254.

وأنه جاء بتقرير لجنة الشئون التشريعية فى مجلس النواب: "استفسرت اللجنة كيف لا يجوز استرداد الهبة التى سلمت إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا لعيب فى الشكل فأجيب بأن الهبة الباطلة بطلانا مطلقا لعيب فى الشكل يتخلف عنها التزام طبيعى يعتبر تسليم الموهوب للهبة تنفيذا له، وأنه لهذا السبب لا يجوز الاسترداد وفقا لقواعد الالتزامات الطبيعية"⁽¹⁾.

وقد عدل الدكتور السنهورى - أحد أصحاب الرأى السابق - عن هذا الرأى وأيده البعض⁽²⁾، وأخذوا بالرأى الذى كان واردا فى نص المشروع التمهيدى قبل تعديله فى لجنة المراجعة والذى كان ينص على أنه: "إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب فى الشكل، انقلبت الهبة صحيحة"، فالهبة الباطلة من حيث الشكل ترد عليها الإجازة، مادام القانون قد نص على ذلك، ونص فى الوقت ذاته على الطريقة التى بها تجاز وهى التنفيذ الاختيارى للهبة الباطلة، ومن ثم لا تلحق الإجازة الهبة الباطلة إلا بهذه الطريقة دون غيرها، ويشترط لذلك أن يكون الواهب عالما بأن الهبة باطلة لعيب فى الشكل ومع ذلك يقدم على تنفيذها راضيا مختارا وهو على بينة من أمره، فيسلم المال للموهوب له قاصدا بذلك إجازة الهبة.

واستند هذا الرأى إلى سببين السبب الأول: أن الشكل هو من صنع القانون، والقانون هو الذى يعين الجزاء على الإخلال به فقد يجعل العقد الذى لم يستوف الشكل المطلوب باطلا لا تلحقه الإجازة، وقد يسمح بإجازته كما فى الهبة الباطلة شكلا.

والسبب الثانى: أنه لو صح أنه يتخلف عن الهبة الباطلة للشكل التزام طبيعى، لصلح هذا الالتزام، ليس فحسب للوفاء به فلا يسترد بعد الوفاء، بل أيضا ليكون سببا لالتزام مدنى (م202 مدنى) فيستطيع الواهب أن يتهرب من الشكل بأن يهب المال فى ورقة عرفية فيتخلف عن هذه الهبة الباطلة للشكل التزام طبيعى، يتخذه سببا لالتزام مدنى

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ4 ص252 - من هذا الرأى محمد كامل مرسى ص81، ص84 - السنهورى فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى وأمام لجنة المراجعة على النحو الذى سردناه سلفا وفى الموجز ص467 هامش رقم (2). إلا أنه عدل عن ذلك كما أوضحنا فى المتن.

(2) السنهورى ص74 وما بعدها - محيى الدين علم الدين ص28 - الدكتور كمال حمدى المواريث والهبة والوصية 1998 ص162 وما بعدها.

نحو الموهوب له ينشئه أيضا بورقة عرفية . وبذلك يتمكن الواهب عن طريق ملتو أن يهب ماله هبة مباشرة مكشوفة دون مراعاة الشكل الواجب قانونا⁽¹⁾.

وواضح من نص المادة أن تنفيذ الهبة الباطل لعب في الشكل يعد إجازة لها ولا يجوز استرداد الموهوب.

(1) ويذهب رأى آخر إلى أن التقنين الجديد قد خلق إلى جانب الرسمية شكلا جديدا ذا صبغة عامة يمكن أن تتم فيه الهبة هو التنفيذ الاختيارى بشروطه السابقة. ولا غرابة فى أن يكون التنفيذ الاختيارى شكلا تتم به الهبة لأنه ينطوى على تجرد مختار من الواهب عن المال الموهوب ويحقق - بما ينطوى عليه من التجرد والحال المباشر - حماية للواهب توازى بل وتفوق الحماية التى يمكن أن تحققها له الرسمية. فإقدام الواهب على التجرد واختيارا منه عن المال الموهوب رغم علمه بأن الهبة باطلة وأنه يستطيع لو شاء أن يحتفظ بهذا المال دليل قاطع على أن إرادته فى الهبة إرادة مستقرة مبصرة لا تحتاج إلى حماية القانون. وإذا كانت الهبة قد نفذت اختيارا فور توافق الإرادتين فلا صعوبة فى الأمر. أما إذا انقضت فترة بين الاتفاق على الهبة فيما بين الطرفين وبين التنفيذ الاختيارى فإن التحليل السابق يقضى باعتبار الهبة منعقدة من وقت التنفيذ الاختيارى فقط دون أثر رجعى لأن التنفيذ الاختيارى ليس إجازة للاتفاق السابق وهو اتفاق باطل بطلانا مطلقا بل هو من قبيل إعادة عمل العقد من جديد فى هذا الشكل الجديد.

وإذا كان التنفيذ الاختيارى صادرا من ورثة الواهب، فإن العقد يعتبر منعقدا بين الموهوب له والورثة لا بينه وبين المورث ولا تنتقل الملكية إلى الموهوب له إلا من تاريخ العقد الجديد لا من وقت تمام الاتفاق فى حياة المورث وهذا بعكس القول بفكرة الالتزام الطبيعى الذى تتحمل به التركة (أكثم الخولى ص 117 وما بعدها).

وينتقد الدكتور السنهورى هذا رأى ص 78 هامش (1) وما بعدها بأنه يخلط بين التنفيذ الاختيارى للهبة الباطلة والقبض فى هبة المنقول، وأن هذا رأى لا يؤدى إلى النتائج التى تؤدى إليها فكرة إجازة الهبة عن طريق التنفيذ الاختيارى وأن صاحب رأى نفسه يبرز فريقين: أحدهما أن الهبة تعتبر منعقدة من وقت التنفيذ الاختيارى ولو أخذنا بفكرة الإجازة لاعتبرت الهبة منعقدة من وقت صدورهما، والفرق الثانى أنه إذا كان الذى قام بالتنفيذ الاختيارى هم الورثة فإن الهبة تكون قد انعقدت بينهم وبين الموهوب له فتنقل الملكية منهم لا من المورث، ولو أخذنا بفكرة الإجازة لاعتبرت الهبة منعقدة بين المورث والموهوب له فتنقل الملكية من المورث لا من الورثة. ولعل هذا الفرق الثانى هو الذى يظهر ما فى رأى من غرابة.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "النص في المادة 489 من القانون المدني على أنه "إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة في الشكل فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه" يدل على أن الهبة الباطلة لعيب في الشكل لا ترد عليها الإجازة إلا عن طريق تنفيذها اختياريا من جانب الواهب أو ورثته بأن يكون الواهب أو الوارث عالما بأن الهبة باطلة لعيب في الشكل ومع ذلك يقدم على تنفيذها راضيا مختارا و هو على بينة من أمره فيسلم المال الموهوب إلى الموهوب له قاصدا من ذلك إجازة الهبة. فتقلب الهبة الباطلة إلى هبة صحيحة بهذه الإجازة الخاصة، ولا يجوز له أن يسترد ما سلمه".

(طعن رقم 13 لسنة 40 ق جلسة 1975/3/18)

2- "الأصل طبقا لنص المادة 1/488 من القانون المدني في هبة العقار أن تكون بورقة رسمية حتى تتوافر للواهب أسباب الجدية في عقد ينزل به عن ماله دون مقابل وإلا وقعت الهبة باطلة بطلانا مطلقا لا تصححها الإجازة غير أن المشرع خرج على هذا الأصل العام في حالة التنفيذ الاختياري للهبة بما أورده بنص المادة 489 من القانون المدني والتي تنص على أنه "إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب في الشكل فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه" يدل على أن الهبة الباطلة لعيب في الشكل ترد عليها الإجازة بالتنفيذ الاختياري لها دون غيره من طرق الإجازة فلا تجاز بالقول أو بالتصرف أو بغير ذلك من طرق التعبير عن الإرادة الصريحة والضمنية، ولكي تنتج هذه الإجازة آثارها يشترط أن يكون الواهب عالما بأن الهبة باطلة لعيب في الشكل ومع ذلك قام بتنفيذها لتسليم المال الموهوب للموهوب له قاصدا بذلك إجازة الهبة وعند ذلك تتقلب الهبة صحيحة ولا يشترط فيها الرسمية".

(طعن رقم 64 لسنة 52 ق جلسة 1985/5/12)

3- "لئن كان جواز إثبات التصرفات القانونية بشهادة الشهود طبقا للاستثناء المنصوص عليه في المادة 63 من قانون الإثبات - عند وجود مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي - منوطا بالألا تكون هذه التصرفات مما يوجب الشارع إفراغها في محرر رسمي، لأن الرسمية تكون ركنا من أركانها فلا تتعقد ولا تثبت بغيرها، وكان النص في المادة 488 من القانون المدني على أن "تكون الهبة بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر". وفي المادة 489 منه على أنه

"إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب فى الشكل فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه" يدل على أنه وإن كانت الورقة الرسمية شرطا لانعقاد الهبة فلا تصح ولا تثبت بغيرها إلا أنه لما كانت الهبة الباطلة لعيب فى الشكل ترد عليها الإجازة عن طريق تنفيذها تنفيذا اختياريا من جانب الواهب أو ورثته - بأن يكون الواهب أو الوارث عالما بأنها باطلة لعيب فى الشكل ومع ذلك يقوم بتنفيذها راضيا مختارا وهو على بينة من أمره فيسلم المال الموهوب إلى الموهوب له قاصدا من ذلك إجازة الهبة فنقلب الهبة الباطلة إلى هبة صحيحة بهذه الإجازة الخاصة ولا يجوز له أن يسترد ما سلمه - فإن مقتضى ذلك أن إثبات عقد الهبة التى يتم تنفيذها تنفيذا اختياريا لا يتقيد بأن يكون بورقة رسمية بل يكون خاضعا للقواعد العامة فى إثبات سائر العقود".

(طعن رقم 1129 لسنة 54 ق جلسة 1988/1/26)

4- لما كان يتعين طبقا للمادة 1/488 من القانون المدنى أن تكون الهبة بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر، وكان النص فى المادة 489 من ذات القانون على أنه: "إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب فى الشكل، فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه" يدل على أن الهبة الباطلة لعيب فى الشكل لا ترد عليها الإجازة إلا عن طريق تنفيذها تنفيذا اختياريا من جانب الواهب أو ورثته بأن يكون الواهب أو الوارث عالما بأن الهبة باطلة لعيب فى الشكل ومع ذلك يقدم على تنفيذها راضيا مختارا وهو على بينة من أمره فيسلم المال الموهوب إلى الموهوب له قاصدا من ذلك إجازة الهبة فتقلب الهبة الباطلة إلى هبة صحيحة بهذه الإجازة الخاصة ولا يجوز له أن يسترد ما سلمه.

وعقد الهبة الباطل لعيب شكلى لا يحول دون تملك المال الموهوب بالتقادم الطويل.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"إذا كان الحكم المطعون فيه قد أثبت فى تقريراته أنه على الرغم من بطلان عقد البيع باعتباره هبة سافرة لم تتم فى شكل رسمى فإن أحد الموهوب لهم قد وضع يده على الأعيان الموهوبة المدة الطويلة واستوفى وضع يده الأركان القانونية التى تجعله سببا لكسب الملكية فإنه مؤدى ذلك أنه قد تملك تلك الأعيان بالتقادم المكسب لا بالعقد الباطل ومن ثم فإذا كان عقد قسمة تلك الأعيان قد لحقه البطلان لاستناده إلى عقد الهبة الباطل إلا أنه إذا تضمن بيعا من والد الموهوب له لحفيده عن نصيبه الميراثى فى تلك الأعيان

التي لم تؤل ملكيتها للبائع أو لمورثه بسبب عقد الهبة الباطل وإنما بسبب آخر غير مترتب عليه ولا صلة له به، فإن هذا البيع لا يمتد إليه البطلان بل يبقى صحيحا باعتباره عقدا مستقلا وإن كان واردا في عقد القسمة المذكور".

(طعن رقم 249 لسنة 27 ق جلسة 1963/1/17)



مادة (490)

الوعد بالهبة لا ينعقد إلا إذا كان بورقة رسمية.

الشرح

57- أهمية الوعد بالهبة :

يجوز الوعد بالهبة كما يجوز الوعد بأى عقد آخر. ويجوز الوعد ولو كانت الهبة بعوض أو مقترنة بتكاليف والتزامات، كأن يعد شخص آخر بإيهاب عمارة إذا هو دفع له إيرادا مرتبا طول الحياة فيقتصر الموعود له على أن يقبل هذا الوعد بالإيهاب حتى يتدبر الأمر.

وتظهر أهمية الوعد بالهبة فى الحالات التى يكون فيها المال المراد إيهابه غير موجود، كدار لم يتم بناؤها، أو أرض مملوكة للغير لم يتم شراؤها خاصة وأن المادة 492 مدنى - كما رأينا تنص على أن تقع هبة الأموال المستقبلية باطله. فيمكن أن يعد الشخص بهبة المال المستقبل على أن تتم الهبة عند تحققه.

58- اشتراط الرسمية فى الوعد بالهبة :

تنص المادة 490 مدنى على أن: "الوعد بالهبة لا ينعقد إلا إذا كان بورقة رسمية". ويعتبر هذا النص تطبيقا خاصا للقاعدة الواردة فى الفقرة الثانية من المادة 101 التى تقضى بأنه: "إذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين، فهذا الشكل تجب مراعاته أيضا فى الاتفاق الذى يتضمن الوعد بإبرام العقد" وعلة هذا واضحة، لأن "إغفال هذا الاحتياط يعين على الإفلات من قيود الشكل الذى يفرضه القانون، مادام أن الوعد قد يؤدى إلى تمام التعاقد المراد عقده، فيما إذا حكم القضاء بذلك. ويكفى لبلوغ هذه الغاية أن يعدل المتعاقدان عن إبرام العقد الذى يرغب فى الإفلات من القيود الخاصة بشكله، ويعمد إلى عقد اتفاق تمهيدى أو وعد بإتمام هذا العقد، لا يستوفى فيه الشكل المفروض، ثم يستصدر حكما يقرر إتمام التعاقد بينهما، وبذلك يتاح لهما أن يصلا عن طريق غير مباشر إلى عدم مراعاة القيود المتقدم ذكرها"⁽¹⁾.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج2 ص74.

وعلى ذلك فإنه يشترط في الوعد بالهبة أن يكون بورقة رسمية . أما إذا انصب الوعد بالهبة على منقول (كما في الاكتتابات العامة) فلا ينعقد إلا بالكتابة ولو عرفية .

وفي هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"والوعد بالهبة إذا كان منصبا على عقار وجب أن يكون بورقة رسمية (م664 وم150 فقرة ثانية من المشروع)، أما إذا انصب على منقول (كما في الاكتتابات العامة) فلا ينعقد إلا بالكتابة ولو عرفية، ويجوز الرجوع في الوعد على النحو الذى يجوز فيه الرجوع في الهبة"⁽¹⁾.

59- أثر تخلف الشكيلة في الوعد بالهبة :

رأينا أن المادة 490 مدنى تنص على أن الوعد بالهبة لا ينعقد إلا إذا كان بورقة رسمية. وينبنى على ذلك أن الوعد بالهبة الذى لم يستوف هذا الشرط، بأن كان غير مكتوب أصلا، أو مكتوبا فى ورقة عرفية، يكون باطلا بطلانا مطلقا لتخلف ركن من أركانه⁽²⁾.

ولا يجوز إجبار الواعد على تنفيذ وعده بتنفيذا عينيا، لأن ذلك من ناحية يقتضى تدخلا شخسيا من الواعد لإتمام رسمية الهبة، وإجباره على هذا التدخل الشخصى ممتع⁽³⁾. ومن ناحية أخرى فإن الوعد بالهبة باطل، ولو جاز إجبار الواعد بتنفيذ وعده بتنفيذ عينيا لأمكن بطريق ملتو أن يصل الشخص إلى إبرام هبة دون ورقة رسمية إذ يقتصر على وعد بالهبة غير رسمى يصل به إلى حكم يقوم مقام الهبة⁽⁴⁾.

ولذلك انتقد البعض⁽⁵⁾ ما جاء بمذكرة المشروع من أنه: ".... فإذا صح أن مثل هذا الوعد لا يؤدي إلى إتمام التعاقد المقصود فعلا، فهو بذاته تعاقد كامل يرتب التزامات شخصية، طبقا لمبدأ سلطان الإرادة وهو بهذه المثابة قد ينتهى عند المطالبة بالتنفيذ إلى إتمام عقد الرهن، أو على الأقل إلى قيام دعوى بالتعويض، بل وإلى سقوط أجل القرض

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص225.

(2) السنهورى ج5 ص40 وما بعدها - الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي نظرية العقد والإرادة المنفردة 1984 ص181 وما بعدها.

(3) السنهورى ص41 - محمود جمال الدين زكى ص92 وما بعدها.

(4) السنهورى ص41.

(5) محمود جمال الدين زكى ص93.

الذى يراد ترتيب الرهن لضمان الوفاء به⁽¹⁾ على أنه يمكن اعتبار الوعد بالهبة بورقة عرفية عقدا غير مسمى ثم بإيجاب وقبول، ورتب التزاما شخصيا فى ذمة الواعد. ولما كان هذا الالتزام يتعذر تنفيذه عينا، فلا يبقى إلا التعويض يحكم به على الواعد، ذلك أنه إذا لم يحصل الموعود له على المال الموهوب بسبب عدم تنفيذ الواعد لوعده، فإنه يصاب عادة بضرر يستحق من أجله التعويض⁽²⁾.

60 - كيفية انعقاد الوعد بالهبة :

الوعد بعقد هو فى ذاته عقد، ويترتب على ذلك وجوب أن تتوافر فيه الأركان الثلاثة التى تقوم عليها العقود فى مجموعها وهى: الرضاء والمحل والسبب، وأن يكون كل من الطرفين متمتعا بالأهلية اللازمة لإبرامه، وأن يجئ رضاؤه خاليا من العيوب، ثم يلزم أن يكون العقد الموعود بإبرامه وهو محل الوعد مشروعاً. كما أنه يتحتم فى النهاية أن يكون للواعد سبب يدفعه إلى التحمل بالوعد. وأن يكون هذا السبب مشروعاً.

ويخضع التراضى فى الوعد بالهبة للقواعد العامة المنصوص عليها بالمادة 101

مدنى التى تقضى بأن :

"الاتفاق الذى يعد بموجبه كل من المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين فى المستقبل لا ينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التى يجب إبرامه فيها".

فيجب أن يتضمن الوعد بعقد الهبة بجانب الأركان اللازمة فى العقود بصفة

عامة، الأركان الخاصة به وهى :

1- أن يتضمن الوعد بالهبة جميع المسائل الجوهرية لعقد الهبة، وذلك حتى يكون السبيل مهيئاً لإبرام العقد النهائى بمجرد ظهور رغبة الموعود له دون حاجة إلى الاتفاق على أى شئ آخر .

ويقصد بالمسائل الجوهرية أركان هذا العقد وشروطه الأساسية التى يرى العاقدان الاتفاق عليها، والتى ما كان يتم العقد بدونها.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج2 ص75.

(2) السنهورى ص41 هامش (1) - محمود جمال الدين زكى ص92 وما بعدها - عبد الفتاح عبد الباقي ص41 هامش (1).

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "يشترط لانعقاد الوعد بالتعاقد طبقاً للمادة 101 من القانون المدني أن يتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه فضلاً عن المدة التي يجب إبرامه فيها، وذلك حتى يكون السبيل مهيباً لإبرام العقد النهائي بمجرد ظهور رغبة الموعود له دون حاجة إلى اتفاق على شيء آخر، والمقصود بالمسائل الجوهرية أركان هذا العقد وشروطه الأساسية التي يرى العاقدان الاتفاق عليها، والتي ما كان يتم العقد بدونها. وإذا كان يبين من مطالعة الاتفاق المبرم بين الطرفين أنه لم يفصح أصلاً عن ماهية العقد المراد إبرامه، ولم يكشف عن حقيقة العلاقة القانونية بين الطرفين أو الأركان المميزة لها، ولم يعين صراحة أو دلالة المدة التي يجب فيها إبرام العقد النهائي، وكان لا وجه لما تدعيه الطاعنة من أن الاتفاق ينطوي على عقد عمل غير محدود المدة مع ما ينص عليه الاتفاق صراحة من أن العلاقة بينها وبين المطعون ضده ينظمها في المستقبل عقد جديد، فضلاً عن أنه لم يتضمن باقي العناصر التي تتحقق بها علاقة العمل وهي توافر التبعية، وكون الأعمال محل هذه العلاقة أعمالاً مادية، مما مؤداه تخلف الشرطين الواجب توافرهما لانعقاد الوعد بالتعاقد، فإن النص على الحكم المطعون فيه بهذا الوجه يكون على غير أساس".

(طعن رقم 11 لسنة 37 ق جلسة 1973/4/21)

2- "إذا كان الوعد بالإيجار الملزم لجانب واحد هو عقد بمقتضاه يتعهد صاحب العين بأن يؤجرها لآخر إذا رغب في استئجارها، وكان هذا العقد وفقاً للمادة 101 من القانون المدني لكي يعتبر ملزماً لمن صدر منه الشرط أن تبين فيه العناصر الجوهرية لعقد الإيجار وأن تحدد فيه المدة التي يجوز فيها إلزام الواعد بإتمام الإيجار خلالها، وكان الاتفاق على تحديد هذه المدة لا يشترط أن يكون صريحاً بل يجوز أن يكون ضمناً فيحق أن يستخلص من ظروف الاتفاق المدة المعقولة التي يقدرها لنفاذ الوعد بالإيجار، لما كان ذلك، وكان الوعد بالإيجار مثار النزاع قد خلا من تقرير المدة التي يجوز فيها إلزام الطاعن الأول بإبرام عقد الإيجار الموعود به للمطعون عليه الأول فإنه لا تثريب على محكمة الموضوع إن هي قدرت المدة التي اعتبرت معقولة - تسع سنوات - في نطاق ما تستقل به من سلطة تقديرية وفق مقصود العاقدين، وكان هذا التقدير

لا ينطوى على مخالفة لأية قاعدة أمرت نصت عليها القوانين الاستثنائية لايجار الأماكن، فإن النص - على تحديد هذه المدة - يكون على غير أساس".

(طعان رقما 565، 570 لسنة 43 ق جلسة 1977/3/30)

ويجب أن يبين في عقد الوعد بالهبة إن كانت الهبة المراد إبرامها مقترنة بعوض أو بتكاليف أو التزامات، وماهية هذا العوض أو التكاليف أو الالتزامات وكما أوردنا سلفا لا يشترط أن يكون محل الهبة مملوكا وقت الوعد للواعد في حالة الوعد بالإيهاب أو للموعود له في حالة الوعد بالإيهاب، وإنما يشترط أن يكون مملوكا لكل منهما وقت ظهور الرغبة . وإلا لم تنفذ في حق المالك الحقيقي وكانت قابلة للإبطال لمصلحة الموعود له⁽¹⁾.

2- يجب أن يتضمن الوعد المدة التي يلتزم الواعد بإبرام العقد الموعود به خلالها إذا ما ارتضاه الموعود له، فإن تجرد الوعد عن هذا التحديد وقع باطلا . بيد أنه لا يلزم بالضرورة أن يكون تحديد المدة السابقة صريحا بل يكفي أن يستدل عليه ضمنا من ظروف الحال.

كما أنه لا يلزم أن يكون تحديد تلك المدة تحديدا عدديا بالأيام أو الأشهر أو السنين، وإنما يكفي أن يتضمن الوعد أساس ذلك التحديد طالما كان سليما من شأنه أن يمكن قاضى الموضوع من إجرائه على نحو سائغ مقبول.

وإذا اتفق الطرفان على أن تكون المدة هي المدة المعقولة ، وكانت هناك عناصر تنهض لتحديد هذه المدة، جاز الوعد بالهبة لأن المدة هنا تكون قابلة للتحديد، وإذا اختلف الطرفان على تحديدها تكفل القاضى بذلك⁽²⁾.

أما إذا كان الوعد ملزما للجانبين ولم يشتمل على هذه المدة، فإنه لا يعتبر وعدا بل يكون في حقيقته عقدا نهائيا يتقيد به الطرفان .

ولا أهمية لكون الطرفين قد استعملوا لفظ الوعد في التعبير عن إرادتهما إذ العبرة في العقد ما قصدت إليه الإرادة أيا كان المعنى الحرفي للألفاظ ، والواضح من مثل هذا الاتفاق أن إرادة كل من الطرفين قد اتجهت إلى الارتباط بالعقد إذا قبل الطرف الآخر⁽³⁾.

(1) السنهورى ص 40.

(2) السنهورى ص 40 - الدكتور عبد المنعم الصده مصادر الالتزام 1986 ص 131.

(3) عبد المنعم الصده ص 131 وما بعدها.

61- آثار الوعد بالهبة :

يتعين التفريق في آثار الوعد بالهبة بين مرحلتين:

المرحلة الأولى: وهي التي تسبق ظهور رغبة الموعود له في إبرام عقد الهبة .
في هذه المرحلة لا يوجد لدينا سوى عقد الوعد. أما العقد الموعود . بإبرامه فليس قائما به.

ويترتب على ذلك أن يظل الواعد مالكا للشيء محل العقد . فإذا تصرف فيه قبل تمام العقد النهائي سرى هذا التصرف في حق الموعود له. وهذا مع ملاحظة توافر الشهر بالنسبة إلى العقار.

وفي هذه الحالة لا يبقى أمام الموعود له إذا أظهر رغبته في إبرام العقد إلا أن يرجع بالتعويض على الواعد الذي أخل بوعده.

كما يترتب على ذلك أيضا أنه إذا هلك الشيء قضاء وقدرًا تحمل الواعد تبعه هلاكه، لأنه ما يزال هو المالك، ولكن لا يسأل عن الضمان نحو الموعود له مادام أن الهلاك قضاء وقدرًا.

ويستطيع الموعود له أن يتصرف في حقه الذي كسبه من الوعد قبل الواعد فينقله إلى شخص آخر.

وإذا مات الموعود له انتقل هذا الحق إلى ورثته، فالوعد بالعقد لا يسقط بالموت⁽¹⁾.

المرحلة الثانية : وهي التي تأتي بظهور رغبة الموعود له في إبرام العقد.

فإذا أظهر الموعود له رغبته في التعاقد قبل فوات المدة المعينة لذلك فإن العقد النهائي يتم، ويعتبر تمامه هذا من وقت إبداء الرغبة لا من وقت قيام الوعد. وذلك لأن إبداء الرغبة في التعاقد يكون بمثابة قبول الإيجاب يتمثل في الوعد الذي يلتزم به الواعد والذي يشتمل على جميع المسائل الجوهرية للعقد النهائي.

غير أن ظهور رغبة الموعود له، يجب أن تكون في ورقة رسمية.

وإذا امتنع الواهب عن تنفيذ التزامه بعد ظهور رغبة الموعود له في إبرام العقد، كان للموعود له أن يستصدر حكما يقوم مقام العقد النهائي وإذا كان المال الموهوب عقارا سجلا الحكم فتنقل الملكية إلى الموهوب له. وعلى هذا نصت المادة 102 مدني بقولها:

"إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل، وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد ،

وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم متى حاز قوة الشيء المقضى مقام العقد".

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "متى كان المطعون عليه قد تعهد بأن يبيع عقارا للطاعن إذا قبل هذا الأخير ذلك وقام بدفع الثمن فى خلال مدة معينة، فإن الحكم لا يكون قد أخطأ إذ كيف هذا الاتفاق بأنه وعد بالبيع من جانب المطعون عليه يسقط من تلقاء نفسه بلا إنذار ولا تنبيه إذا انقضى الأجل دون أن يظهر الطاعن رغبته فى الشراء، ذلك أن الطاعن لم يلتزم بشيء بل كان له الخيار إن شاء قبل إيجاب المطعون عليه ودفع الثمن خلال الأجل المتفق عليه، وإن شاء تحلل من الاتفاق ومن أية مسئولية عليه".

(طعن رقم 202 لسنة 21 ق جلسة 1944/5/6)

2- "إذا استخلص الحكم من أوراق الدعوى معنى العدول عن التعاقد وكان ما استخلصه من ذلك سائغا فلا معقب عليه. ومن ذلك استخلاص عدول الموعود بالبيع عن الشراء من طلبه من الواعد أن يؤجره أطيانا تشمل العين المتعاقد بينهما على بيعها".

(طعن رقم 90 لسنة 15 ق جلسة 1946/6/6)

3- "متى كان المطعون عليه قد تعهد بأن يبيع عقارا للطاعن إذا قبل هذا الأخير ذلك وقام بدفع الثمن فى خلال مدة معينة، فإن الحكم لا يكون قد أخطأ إذ كيف هذا الاتفاق بأنه وعد بالبيع من جانب المطعون عليه يسقط من تلقاء نفسه بلا إنذار ولا تنبيه إذا انقضى الأجل دون أن يظهر الطاعن رغبته فى الشراء، ذلك أن الطاعن لم يلتزم بشيء بل كان له الخيار إن شاء قبل إيجاب المطعون عليه ودفع الثمن خلال الأجل المتفق عليه، وإن شاء تحلل من الاتفاق دون أية مسئولية عليه".

(طعن رقم 202 لسنة 21 ق جلسة 1954/5/6)



مادة (491)

إذا وردت الهبة على شيء معين بالذات، غير مملوك للواهب، سرت عليها أحكام المادتين 466 و467.

الشرح

62- هبة ملك الغير:

تنص المادة على أنه إذا وردت الهبة على شيء معين بالذات، غير مملوك للواهب سرت عليها أحكام المادتين 466، 467، وهاتان المادتان يتضمنان حكم بيع ملك الغير. ويجرى نصهما كالآتي:

مادة (466):

"(1) إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع. ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار، سجل العقد أو لم يسجل.
(2) وفي كل حال لا يسرى هذا البيع في حق المالك للعين المبيعة ولو أجاز المشتري العقد".

مادة (467) مدني:

"(1) إذا أقر المالك البيع سرى العقد في حقه وانقلب صحيحاً في حق المشتري.
(2) وكذلك ينقلب العقد صحيحاً في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد".

63- أولاً : حكم هبة ملك الغير بين المتعاقدين:

تنص المادة 491 مدني على أنه إذا وردت الهبة على شيء معين بالذات غير مملوك للواهب، سرت عليه أحكام المادتين 466، 467 وهاتان المادتان تتضمنان أحكام بيع ملك الغير.

ومقتضى المادة 466 أن بيع ملك الغير قابل للإبطال لمصلحة المشتري. سواء وقع البيع على عقار أو منقول، وسواء سجل عقد بيع العقار أو لم يسجل. وبالبناء على ذلك يجوز للموهوب له وحده طلب إبطال عقد الهبة ولو لم يتعرض له المالك الحقيقي ولكن لا يجوز ذلك للواهب طالما أن الهبة ليست باطلة بطلاناً مطلقاً.

وقد قضت محكمة النقض - بصدد بيع ملك الغير - بأن :

1- (أ) - "لما كان عقد البيع يرتب في ذمة البائع التزاما بنقل ملكية المبيع إلى المشتري وكان بيع ملك الغير لا يؤدي لذلك لأن فاقده الشيء لا يعطيه فقد أجاز المشرع في المادة 1/466 من القانون المدنى للمشتري دون غيره طلب إبطال هذا البيع من غير أن ينتظر حتى يتعرض له المالك الحقيقى فعلا برفع دعوى الضمان على البائع إلا أن هذا الحق للمشتري لا ينهض له ما يبرره إذا ما أقر المالك الحقيقى البيع حيث يترتب عليه نقل الملكية منه إلى المشتري وكذلك في حالة صيرورة البائع مالكا للمبيع بعد العقد وهو ما قننته المادة 467 من القانون المدنى بفقرتها إذ في هاتين الحالتين زال العائق الذى كان يحول دون نقل الملكية إلى المشتري بهذا البيع، مما ينبى عليه كذلك أنه إذا أصبح انتقال الملكية إلى البائع ممكنا فإن إبطال البيع في هذه الحالة يتعارض مع المبدأ القاضى بتحريم التعسف في استعمال حق الإبطال إذ لم يعد للمشتري مصلحة بعد ذلك في التمسك بالإبطال".

(ب) - "إذ كان الثابت من الأوراق أن الطاعن البائع وإن كانت ملكية المبيع لم تنتقل إليه إلا أنه كان قد أقام ضد البائع له الدعوى رقم بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر إليه وقضى فيها بإلحاق عقد الصلح المبرم بين الطاعن والبائع له بمحضر الجلسة وإثبات محتواه فيه وجعله في قوة السند التنفيذي فإن انتقال الملكية إليه قد بات ممكنا وذلك حسب في إثبات زوال المانع من تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع إلى المطعون ضدهما وبالتالي لم تعد لهما مصلحة في التمسك بإبطال عقد البائع الصادر إليهما من الطاعن لمنافاة ذلك لما يوجبه حسن النية في المعاملات ولتعارضه مع مبدأ عدم التعسف في استعمال الحق".

(طعن رقم 3552 لسنة 85 ق جلسة 1996/4/18)

وتكون للموهوب له مصلحة في إبطال الهبة إذا كانت الهبة بعوض أو مقترنه بالتزامات فرضت عليه .

وقد اختلف في حق الموهوب له في المطالبة بالتعويض في حالة إبطال الهبة:

فذهب رأى إلى أنه يجوز للموهوب له أن يطالب بتعويض عما أصابه من الضرر بسبب إبطال الهبة إذا كان الواهب قد تعمد إخفاء أن الشيء الموهوب مملوك للغير أو كانت الهبة بعوض، وفي الحالة الأولى يستحق الموهوب له تعويضا عادلا، وفي الحالة

الثانية يرجع بما أداه من عوض، وكل ذلك قياساً على ضمان الواهب للاستحقاق. وأنه لا تطبق أحكام بيع ملك الغير في هذه المسألة، وهي مذكورة في المادة 468 مدني، لأن المادة 491 مدني لم تحل عليها⁽¹⁾.

وذهب رأى ثان إلى أنه لا يجوز للموهوب له، إذا حكم بإبطال الهبة، أن يطالب بتعويض، ولو كان يجهل أن الموهوب غير مملوك للواهب، إلا إذا كان هذا الأخير سئ النية، أو ارتكب خطأ جسيماً، بينما يجوز ذلك للمشتري ولو كان البائع حسن النية (م468 مدني)⁽²⁾.

وذهب رأى ثالث إلى أنه لا محل للاحتجاج في هذا المجال بالمادة 496 مدني لأن هذا النص يبين حدود مسؤولية الواهب التعاقدية في تنفيذ الالتزامات التي تنشأها الهبة على عاتقه متى انعقدت صحيحة ولا شأن له بمسؤولية الواهب عن الأضرار الناشئة من بطلان الهبة وهي مسؤولية تقصيرية تتولد عن خطئه عند التعاقد خطأ أدى إلى بطلان العقد والفارق واضح بين هذه المسؤولية قبل التعاقدية والمسؤولية العقدية الناشئة عن الإخلال بالتزام متولد من العقد التام الصحيح. ولذلك تخضع مسؤولية الواهب عن بطلان هبة مالا يملك للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية.

ويساند البعض هذا الرأي من عدم انطباق نص المادة 496 مدني، بأن هذا النص وارد في باب آثار الهبة وما أوجب به على استفسار لجنة مجلس النواب عن كيفية تحقق مسؤولية الواهب طبقاً لهذا النص من أن ذلك يقع فعلاً في حالة هلاك الشيء الموهوب قبل تسليمه إلى الموهوب له بفعل الواهب العمد أو بخطئه الجسيم⁽³⁾.

ونرى الأخذ بالرأى الأول .

غير أنه - كالشأن في بيع ملك الغير - يجوز للمالك أن يقر البيع فيسرى العقد في حقه وينقلب صحيحاً في حق الواهب (م1/467 مدني) فلا تنتقل ملكية الموهوب إلى الموهوب له، إلا برضاء المالك الحقيقي لأنه أجنبي عن العقد . وكذلك ينقلب عقد الهبة صحيحاً في حق الموهوب له إذا آلت ملكية الموهوب إلى الواهب بعد صدور العقد (م2/467 مدني).

(1) السنهوري ص121.

(2) محمود جمال الدين زكي ص143.

(3) أكثم الخولي ص106 وهامش (2).

64 - ثانيا : حكم هبة ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقي :

تنص الفقرة الأولى من المادة 466 مدنى - التى تسرى على عقد الهبة - على أن: "وفى كل حال لا يسرى هذا البيع فى حق المالك للعين المبيعة ولو أجاز المشتري العقد". وعلى ذلك لا تسرى الهبة على المالك الحقيقى، لأنه أجنبى عن العقد، فلا يضاربه، ولا تنتقل الملكية منه إلى المشتري.

وإذا كان الموهوب له يملك إجازة العقد الصادر من غير مالك فيصبح العقد صحيحا منتجا لآثاره بين المتعاقدين، إلا أن هذه الإجازة لا يمكن أن تنال أو تؤثر فى حق المالك الحقيقى للعين المبيعة، ويبقى العقد غير نافذ فى حق المالك ولانقل الملكية إلى الموهوب له⁽¹⁾.

وإذا كان الموهوب قد سلم إلى الموهوب له، كان للمالك الحقيقى الرجوع عليه بدعوى الاستحقاق.

أما إذا أقر المالك العقد الصادر من الواهب إلى الموهوب له، كان إقراره إياه قبولا منه بالارتباط شخصا بالتزامات الواهب. وتقلب الهبة صحيحة من وقت صدورهما، ووجب تسجيل الإقرار. كما ينقلب العقد صحيحا فى حق الموهوب له إذا آلت ملكية المال الموهوب إلى الواهب بعد صدور عقد الهبة.

وقد نصت على ذلك صراحة المادة 467 الواردة فى بيع ملك الغير بنصها:

"(1) إذ أقر المالك البيع سرى العقد فى حقه وانقلب صحيحا فى حق المشتري.

(2) وكذلك ينقلب العقد صحيحا فى حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع

بعد صدور العقد".

وقد قضت محكمة النقض - بصدد بيع ملك الغير - بأن :

1- "لئن كان صحيحا أن تسجيل عقد البيع لا ينقل الملكية إلى المشتري إلا إذا كان البائع مالكا لما باعه، إلا أن بيع ملك الغير قابل للإبطال لمصلحة المشتري وحده ولا يسرى فى حق المالك الحقيقى ولهذا المالك أن يقر البيع فى أى وقت فيسرى عندئذ فى حقه وينقلب صحيحا فى حق المشتري. كما ينقلب العقد صحيحا فى حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد. فإذا كان الطاعنون - ورثة المشتري

(1) الدكتور سليمان مرقس عقد البيع 1980 ص 508 وما بعدها.

فى عقد بيع ملك الغير - قد طلبوا ثبوت ملكيتهم استنادا إلى هذا العقد المسجل فإنهم يكونون بذلك قد أجازوا العقد ولا يكون بعد لغير المالك الحقيقى أن يعترض على هذا البيع ويطلب عدم سريانه فى حقه . ومن ثم فلا يكفى لعدم إجابة الطاعنين إلى طلبهم أن يثبت المدعى عليهم المنازعون لهم أن البائع لمورث الطاعنين غير مالك لما باعه بل يجب أن يثبتوا أيضا أنهم هم أو البائع لهم الملاك لهذا المبيع إذ لو كان المالك سواهم لما قبلت منهم هذه المنازعة".

(طعن رقم 189 لسنة 33 ق جلسة 1968/4/18)

2- "مؤدى نص المادتين 466، 467 من القانون المدنى فى شأن بيع ملك الغير أن البيع لا يسرى فى حق مالك العين ولا يترتب عليه نقل الملكية للمشتري ولو وقع على عقار، سجل العقد أو لو لم يسجل، ولو أجاز المشتري العقد إلا إذا أقر المالك البيع أو آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد".

(طعن رقم 802 لسنة 49 ق جلسة 1982/11/7)

(راجع نقض 3552 لسنة 58 ق جلسة 1996/4/18 - المنشور

بالبند السابق)

(راجع تفصيلات أخرى فى شرح المادتين 466، 467)



مادة (492)

تقع هبة الأموال المستقبلية باطلية.

الشرح

65- بطلان الهبة المستقبلية :

الأصل أنه يجوز التعامل في الأموال المستقبلية وعلى هذا نصت الفقرة الأولى من المادة 131 مدنى على أن:

"يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً".

والمال المستقبل هو ذلك الذى لا يكون موجوداً وقت التعاقد. كأن يبيع صاحب مصنع البضائع التى سوف ينتجها مصنعها خلال عام مقبل، أو أن يبيع مالك الأرض ما عساه أن تنتجه من محصول فى الموسم القادم، أو أن يؤجر شخص أو يبيع شقة فى داره التى يزمع إنشاءها، أو أن يعطى مؤلف لناشر حق نشر كتابه الذى يزمع تأليفه. غير أن القانون خرج عن هذه القاعدة فى بعض الحالات حرم فيها التعامل فى الأموال المستقبلية من بينها الهبة، إذ نصت المادة 492 مدنى على أن تقع هبة الأموال المستقبلية باطلية⁽¹⁾.

وقد استمد المشرع تحريم الهبة المستقبلية من الشريعة الإسلامية. ورغم أن الشريعة الإسلامية تحرم التعامل فى الأموال المستقبلية جميعاً، إلا أن المشرع قصر الاستثناء من هذه القاعدة على بعض الحالات من بينها الهبة لاعتبارات خاصة⁽²⁾.

ويرجع استثناء الهبة إلى ما ينطوى عليه هبة المال المستقبل من خطر، فإن الواهب يندفع إلى هبة مال مستقبل أكثر مما يندفع إلى هبة مال حاضر، فأراد المشرع أن يحجبه من هذا الاندفاع بإبطال هبته⁽³⁾.

(1) ومن ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة 2/131 مدنى من تحريم التعامل فى التركات المستقبلية.

وما نصت عليه المادة 2/1033 من تحريم رهن المال المستقبل رهناً رسمياً.

وما نصت عليه المادة 1098 من تحريم التعامل فى الرهن الحيازى المستقبل.

(2) وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي للتقنين المدنى أنه: "أما المحل فيجب أن يستوفى الشروط العامة، وقد نص المشروع (م668) على بطلان هبة الأموال المستقبلية بطلاناً مطلقاً تطبيقاً لأحكام الشريعة الإسلامية".

(3) السنهورى ص 117 - نقض 1993/12/29 (سيلي فى هذا البند)، ويعللها البعض بأن =

ويجب عدم الخلط بين هبة الشيء المستقبلي غير الموجود وقت التعاقد وهي باطلة بطلاناً مطلقاً، وهبة شيء موجود وقت التعاقد ولكنه مملوك للغير وهي - كما سنرى - باطلة نسبياً لمصلحة الموهوب له كهبة ترد على ملك الغير وإن كان موضوعها يعتبر شيئاً مستقبلاً بالنسبة للواهب، وبعبارة أخرى تنصب صفة الاستقبال على الوجود المادي للشيء لا على وجوده القانوني في ذمة الواهب.

ولذلك فقد كانت المادة 668 من المشروع التمهيدي للتقنين المدني تنص على أن: "تقع هبة الأموال المستقبلية باطلة، إلا إذا وردت على شيء معين بالذات، فيسرى عليها نص المادة 632 وما يليها"، فحذفت لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب العبارة الأخيرة وهي "إلا إذا وردت على شيء معين بالذات فيسرى عليها نص المادة السابقة"، وجاء بتقريرها تعليلاً لهذا الحذف "لأن المال المستقبلي هو مال غير موجود وقت الهبة وسيوجد بعدها. أما المال الموجود وقت الهبة مملوكاً لغير الواهب، فالهبة فيه هي هبة ملك الغير، لا هبة المال المستقبلي، وعلى أساس هذا التمييز ما بين هبة المال المستقبلي وهبة ملك الغير، لم يعد هناك محل للاستثناء الوارد في هذه المادة، لأن الهبة التي ترد على شيء معين بالذات غير مملوك للواهب لا يمكن أن تكون هبة مال مستقبلي، بل تتمحض هبة لملك الغير وحكمها وارد في المادة 518 فلا معنى لإيرادها ثانية في المادة 519 على صورة استثناء، ولأن ملك الغير لا يدخل في المال المستقبلي حتى يصح استثناءه منه"⁽¹⁾.

وعلى ذلك فإن هبة المال المستقبلية تقع باطلة بطلاناً مطلقاً متعلقاً بالنظام العام، ولا ترد عليها الإجازة. ولكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها⁽²⁾.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "إذ أجازت المادة 131 من القانون المدني أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً إلا أن المشرع لاعتبارات خاصة قد حرم ضرورياً من التعامل في الشيء

= حاجة التعامل في العصر الحديث، التي أملت إغفال القاعدة الشرعية، لم تدع إلى إطلاق الأخذ بالمبدأ الجديد، فالهبة عقد لا يمس نظام المبادلة، وبالتالي لا يتعلق بكيان النظام الاقتصادي (محمود جمال الدين زكي ص134).

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص257 وما بعدها.

(2) السنهاوري ص117.

المستقبل الذى لم يتحقق وجوده تضمنها نص المادة 492 من القانون المدنى ورتب على ذلك بطلانها بما نص عليه فيها من أنه تقع هبة الأموال المستقبلية باطلة وجعل هذا البطلان متعلقا بالنظام العام لا تلحقه الإجازة والمرجع فى ذلك هو ما تنطوى عليه هبة هذا النوع من الأموال من خطر إذ يندفع الواهب إلى هبة مال مستقبل أكثر مما يندفع إلى هبة مال تحقق وجوده مما حدا بالمشروع إلى حمايته من هذا الاندفاع بإبطال هبته وهو ما أكدته المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للقانون سالف الذكر باعتبار ذلك تطبيقا لأحكام الشريعة الإسلامية التى تستلزم لصحة الهبة أن يكون الشئ الموهوب موجودا وقت العقد ومن ثم تعتبر هبة المعدم غير صحيحة ومثل المعدم ما هو فى حكمه ومنها الأموال المستقبلية فتقع الهبة الواردة عليها باطلة بطلانا مطلقا لا تلحقه الإجازة لما كان ذلك وكان البين من الأوراق أن العقد الذى يحكم واقعة الدعوى المؤرخ 1986/10/13 تبرع الطاعن بمقتضاه للمطعون ضده بصفته بحقه فى الانتفاع بشقة فى العقار الذى سيتم تشييده مستقبلا على الأرض المملوكة له أى أن إرادته انصرفت لهبة حق انتفاع وارد على مال مستقبل ولم يتحقق وجوده بعد مما يعيبه بالبطلان الذى لا تلحقه الإجازة وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وكيف هذا العقد على أنه هبة غير مباشرة لمال تحقق وجوده وقضى بتأييد الحكم الابتدائى فيما قضى من صحته ونفاذه والتسليم فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه".

(طعن رقم 4257 لسنة 62 ق جلسة 1993/12/26)

2- "المقرر فى قضاء هذه المحكمة - وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى، أن الشريعة تستلزم لصحة الهبة، أن يكون الشئ الموهوب موجودا وقت العقد، ومن ثم تعتبر هبة المعدم غير صحيحة، ومثل المعدم، وما هو فى حكمه، ومنها الأموال المستقبلية، فتقع الهبة الواردة عليها باطلة، ومفاد ذلك أن وجود الشئ الموهوب وقت العقد يكفى لصحة الهبة، ولو كان محملا بدين لم يتم الوفاء به كأقساط ثمن لم يحل أجل الوفاء بها بعد".

(طعن رقم 2604 لسنة 67 ق جلسة 2010/2/1)

66- الهبة المضافة إلى أجل والهبة تحت شرط:

يصح أن تكون الهبة مضافة إلى أجل، كأن يهب شخص آخر سيارة ويحدد موته (موت الواهب) أجلا لذلك. فيكون التزام الواهب بالهبة قد انعقد وأصبح مترتبا في ذمته، وليس الموت إلا أجلا غير محقق يوفى عنده الالتزام. فالالتزام ذاته محقق والأجل هو غير المحقق، كما يصح أن ترد الهبة على مال مملوك للواهب تحت شرط فاسخ وعندئذ يتمسك الموهوب له الشيء الموهوب معلقا على الشرط. فإذا تحقق الشرط زالت ملكية الواهب، ومن ثم تزول ملكية الموهوب له تبعا لزوال ملكية الواهب. أما إذا تخلف الشرط فقد أصبحت ملكية الواهب بائنة، وأصبحت بائنة كذلك ملكية الموهوب له. وإذا وهب شخص مالا مملوكا له تحت شرط واقف، فإنه يكون قد وهب حقه المعلق على هذا الشرط وهو مال حاضر، فتكون الهبة جائزة - ويملك الموهوب له الشيء معلقا على الشرط الواقف، فإذا تحقق الشرط نفذت ملكيته، وإذا تخلف بطلت الملكية⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"الالتزام في عقد الهبة - شأنه شأن سائر العقود - قد يكون معلقا على شرط فاسخ، فإذا تحقق الشرط ترتب على ذلك زوال الالتزام وجاز للواهب أن يسترد ما وهبه، ولا يشترط في هذه الحالة أن يستند الواهب إلى عذر مقبول، وإنما يكفي تحقق الشرط. كما لا يجوز للموهوب له أن يتمسك بقيام مانع من الرجوع في الهبة، لأن العقد شريعة المتعاقدين ويجب عليهما تنفيذ ما اشتمل عليه، ويقوم مقام القانون في تنظيم العلاقة بينهما، بل هو ينسخ القانون في دائرة النظام العام والآداب. ولما كانت محكمة الموضوع بما لها من سلطة تفسير العقود قد استظهرت للأسباب السائغة السابق بيانها أن الدولة وهبت جمعية الاقتصاد لموظفي البريد التي يمثلها الطاعن المبلغ موضوع النزاع هبة معلقة على شرط فاسخ، هو عدم استحقاق مستخدمى المصلحة الخارجين على الهيئة والمؤقتين لمكافآت من قبل الدولة، وأن هذا الشرط قد تحقق بصدر القانون رقم 545 لسنة 1953 الذي حمل الدولة بالمكافآت المستحقة لهم، ورتب الحكم على ذلك قضاءه

(1) السنهوري ص 116 وما بعدها.

برد المبلغ الموهوب، فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون".
(طعن رقم 351 لسنة 44 ق جلسة 1978/3/16)⁽¹⁾



(1) وقد قضت محكمة النقض بأن:

(أ) "والمقرر في قضاء هذه المحكمة أن الإيجاب هو العرض الذي يعبر به الشخص الصادر منه على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين بحيث إذا اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد ولا يعتبر التعاقد تاما وملزما إلا بتوافر الدليل على تلاقى إرادة المتعاقدين على قيام هذا الالتزام ونفاذه".

(ب) - "المفاوضات ليست إلا عملا ماديا ولا يترتب عليها لذاتها أى أثر قانونى".

(طعنان رقما 8240، 8296 لسنة 65 ق جلسة 1997/6/23)

2- آثار الهبة

مادة (493)

إذا لم يكن الموهوب له قد تسلم الشيء الموهوب، فإن الواهب يلتزم بتسليمه إياه، وتسرى في ذلك الأحكام المتعلقة بتسليم المبيع.

الشرح

67- تسليم الشيء الموهوب إلى الموهوب له :

مضمون الالتزام بالتسليم :

تنص المادة على أنه إذا لم يكن الموهوب له قد تسلم الشيء الموهوب، فإن الواهب يلتزم بتسليمه إياه. وتسليم الشيء الموهوب والمحافظة عليه حتى التسليم متفرع عن الالتزام بنقل الملكية كما سنرى، وقد قدمنا أن التسليم في الهبة اليدوية ركن في العقد. أما في غيرها فهو التزام ناشئ عنه فقد نصت المادة 206 مدنى على أن: "الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم". ولذلك نصت المادة 493 مدنى على أنه إذا لم يكن الموهوب له قد تسلم الشيء الموهوب، فإن الواهب يلتزم بتسليمه.

وإذا هلك المال الموهوب قبل تسليمه، فإنه يهلك على الموهوب له، ولا يلزم الواهب بدفع قيمته إلى هذا الأخير، إلا إذا كان الهلاك ناشئاً عن فعله العمد أو خطئه الجسيم عملاً بالمادة 496 مدنى التى تنص على أن لا يكون الواهب مسئولاً إلا عن فعله العمد أو خطئه الجسيم.

وتنص المادة 493 فى عجزها على أنه: "وتسرى فى ذلك (التسليم) الأحكام المتعلقة بتسليم المبيع"⁽¹⁾.

وعلى ذلك تسرى أحكام تسليم المبيع على تسليم الشيء الموهوب فيما يختص بما يجب تسليمه وطريقة التسليم وزمانه ومكانه. ويجوز للموهوب له ولورثته طلب التسليم. وهذا الحق مخول أيضاً لدائنى الموهوب له وللمحول إليه منه.

(1) محمود جمال الدين زكى ص 144.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"الهيئة متى كانت موصوفة بعقد آخر فإن الملكية تنتقل بها بمجرد الإيجاب والقبول. ويكون للموهوب له أن يطلب تسلم الموهوب بناء على ماله من حق الملك فيه إذا كان لم يسلم إليه من قبل. والهيئة إذا كان مشروطا فيها تأجيل التسليم فإن ذلك لا يبطلها ولا تأثير له في صحة انعقادها".

(طعن رقم 5 لسنة 10 ق جلسة 1940/5/23)

68 - ما يجب تسليمه :

يلتزم الواهب بأن يسلم الموهوب له نفس الموهوب بالحالة التي كان عليها وقت الهيئة (م 431 مدنى الواردة فى البيع)، وليس للموهوب له أن يطالب بشيء غير الموهوب⁽¹⁾. وإذا تغيرت حالة الموهوب، لم يكن الواهب مسئولاً إلا عن فعله العمد أو خطئه الجسيم وفقاً للمادة 496 مدنى (الواردة فى البيع).

ويجوز للواهب أن يشترط فى الهيئة تسليم الموهوب فى الحالة التى يكون عليها وقت التسليم أو فى أية حالة أخرى، ذلك أن الالتزام بتسليم الموهوب فى الحالة التى كان عليها وقت صدور الهيئة ليس من النظام العام⁽²⁾.

ويلتزم الواهب بتسليم الموهوب بالمقدار الذى عين فى العقد، فإذا نقص عن هذا المقدار، لم يكن الواهب مسئولاً فى هذا النقص إلا عن فعله العمد أو خطئه الجسيم (م 496 مدنى الواردة فى البيع). وإذا زاد على هذا المقدار، وكان قابلاً للتبعيض، فالزيادة للواهب، لأنها لم تدخل فى الهيئة والموهوب لا يضره التبعض. أما إذا كان الموهوب غير قابل للتبعيض، فالظاهر أن قدر الموهوب فى هذه الحالة يعتبر وصفاً لا أصلاً، ولا مقابل للوصف، فتكون الزيادة للموهوب له دون مقابل⁽³⁾.

وتتقدم الدعاوى الخاصة بمقدار الموهوب طبقاً للقواعد العامة فى مدة التقادم، لأن التقادم بمدة السنة من وقت التسلم الفعلى المنصوص عليها فى المادة 434 مدنى (الواردة فى البيع) استثناء فلا يجوز التوسع فيه أو القياس عليه.

(1) محمد كامل مرسى ص 141.

(2) السنهورى ص 149 وما بعدها.

(3) السنهورى ص 150.

ويشمل التسليم ملحقات الشيء الموهوب، وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء، وذلك طبقا لما تقضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين. فقد نصت المادة 432 (الواردة في البيع) على أن: "يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء وذلك طبقا لما تقضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين".

فالأصل أن ملحقات الشيء الموهوب تعين حسب قصد المتعاقدين، فإذا لم يوجد اتفاق بينهما على ذلك، عينت الملحقات حسب طبيعة الشيء أو وفقا لعرف الجهة. ويعتبر من الملحقات كل ما أعد بصفة دائما لاستعمال الشيء، والحقوق المترتبة لخدمته كحقوق الارتفاق الإيجابية والحقوق والدعاوى المتعلقة به كحق ضمان العيوب الخفية ودعوى ضمان الاستحقاق.

غير أن الهبة لا تشمل الملحقات التي نص في العقد على استبعادها منها⁽¹⁾. ومن ملحقات الشيء الموهوب، الأوراق والمستندات المتعلقة به، كمستندات الملكية وعقود الإيجار التي يكون من شأنها أن تسرى على الشيء الموهوب وصورة من المستندات التي يستبقئها الواهب لتضمنها حقوقا أخرى غير حقوق الموهوب له. وإذا كان الموهوب أرضا زراعية، دخل في الملحقات الطرق الخاصة المتصلة بالطريق العام والمواشي والآلات الزراعية مما يعد عقارا بالتخصيص والمخازن وزرائب المواشي وبيوت الفلاحين والزراعات غير الناضجة⁽²⁾.

وقد نصت المادة 2/458 (الواردة في البيع) على أن للمشتري ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك. وعلى ذلك يلتزم الواهب بأن يسلم الموهوب له ثمار المبيع التي ينتجها من وقت العقد، وإذا كان الواهب قد استهلكها من غير حق وجبت قيمتها⁽³⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "تنص المادة 2/458 من القانون المدني على أن للمشتري ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضا ما لم يوجد اتفاق أو

(1) سليمان مرقس في عقد البيع ص353.

(2) السنهوري ص158 وما بعدها.

(3) محمد كامل مرسى ص142 - محمود جمال الدين زكى ص144.

عرف يقضى بغيره"، مفاد ذلك أن المشتري يملك ثمر المبيع من وقت انعقاد البيع طالما أن التزام البائع بالتسليم غير مؤجل يستوى فى ذلك أن تكون الملكية قد انتقلت إلى المشتري أو تراخى انتقالها إلى وقت لاحق".

(طعن رقم 201 لسنة 27 ق جلسة 1962/12/20)

2- "مؤدى نص الفقرة الثانية من المادة 458 من القانون المدنى، أن من آثار عقد البيع نقل منفعة المبيع إلى المشتري من تاريخ إبرام البيع، فيمتلك المشتري الثمرات والنشمار فى المنقول والعقار على السواء، مادام البيع شيئاً معيناً بالذات من وقت تمام العقد، وذلك مالم يوجد اتفاق أو عرف مخالف، يستوى فى بيع العقار أن يكون البيع مسجلاً أو غير مسجل، لأن البائع يلتزم بتسليم المبيع إلى المشتري، ولو لم يسجل العقد".

(طعن رقم 139 لسنة 35 ق جلسة 1973/1/3)

3- "مؤدى نص الفقرة الثانية من المادة 458 من القانون المدنى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن من آثار عقد البيع نقل منفعة المبيع إلى المشتري من تاريخ إبرام البيع فيمتلك المشتري الثمرات من وقت تمام العقد وذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف مخالف يستوى فى بيع العقار أن يكون مسجلاً أو غير مسجل. لما كان ذلك فإنه يكون لمورث المطعون ضدهم الثمانية الأول الحق فى تملك ثمرات العقار المذكور منذ تاريخ شرائه له حتى تاريخ انتقال ملكيته إلى الطاعنين ولا يكون للآخرين طلب إلزامهم بدفع الربح عن تلك الفترة، ومن ثم يكون الحكم المطعون فيه صائباً إذا التزم هذا النظر".

(طعن رقم 1196 لسنة 53 ق جلسة 1990/2/1)

69- طريقة التسليم :

تنص المادة 435 مدنى (الواردة فى البيع) على أن: "1- يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء مادياً مادام البائع قد أعلمه بذلك. ويحصل هذا التسليم على النحو الذى يتفق مع طبيعة الشيء المبيع.

2- ويجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضى المتعاقدين إذا كان المبيع فى حيازة المشتري قبل البيع أو كان البائع قد استبقى المبيع فى حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية". فقد أوضحت المادة أن التسليم يكون بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء مادياً مادام البائع

قد أعلمه بذلك. ويحصل التسليم على النحو الذى يتفق مع طبيعة الشيء الموهوب. وهذا هو التسليم الفعلى⁽¹⁾.

ويتضح من هذا النص أن تنفيذ التزام الواهب بالتسليم لا يقتضى أن يتسلم الموهوب له الشيء الموهوب فعلا بأن تنتقل إليه حيازته، وبمعنى آخر لا يقتضى أن يعقبه تسلم⁽²⁾. وإذا كان التقادم لا يبدأ إلا من تاريخ الحيازة، فإن مدة التقادم لا تبدأ إلا إذا أعقب التسليم تسلم، ومن تاريخ هذا التسلم⁽³⁾.

وبذلك يتم التسليم بتوافر عنصرين .

العنصر الأول :

هو وضع الموهوب تحت تصرف الموهوب له بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق، فإذا كان الشيء الموهوب وحدة سكنية يسكنها الواهب، وجب عليه أن يخليها ويخرج ماله من أثاث وأمتعة منها.

وإن كانت أرضا زراعية وجب عليه أن يتركها وأن يأخذ ماله من مواشى وآلات ونحو ذلك ثم يأتى بعد ذلك تمكين الموهوب له من الاستيلاء على الموهوب. أما إذا وجد عائق يحول بين الموهوب له وحيازة الموهوب والانتفاع به، فإن البائع لا يكون قد نفذ التزامه بالتسليم، سواء كان العائق راجعا إلى فعل الواهب نفسه، كما لو استمر فى سكنى الوحدة السكنية أو استمر فى زراعة الأرض الموهوبة، أو كان العائق راجعا إلى فعل الغير بحق (تعرض قانوني) أو بغير حق (تعرض مادي) فلا يكون الواهب قد نفذ التزامه إذا وجد من يضع يده على الموهوب غصبا أو مدعيا حقا إلا أن يكون الحق الذى يدعيه شاغل العين نافذا فى حق المشتري كحق المستأجر الذى يثبت تاريخ إيجاره قبل البيع وكثيرا ما يكون مجرد إخلاء العقار منطويا فى الوقت ذاته على تمكين الموهوب له من الاستيلاء على الموهوب. ولكن قد يقتضى الأمر أن يسلم الواهب الموهوب له مفاتيح الدار حتى يمكن من دخولها أو مستندات ملكية الموهوب حتى يتمكن من التصرف فيه،

(1) السنهورى ص 151.

(2) ويطلق البعض على التسليم الذى لم يعقبه تسلم فى بعض الأحيان تسليما قانونيا، تميزا له عن التسليم الفعلى الذى يعقبه التسلم (الدكتور منصور مصطفى منصور مذكرات فى القانون المدنى العقود المسماة - البيع والمقايضة والإيجار 1956 - 1957 ص 136).

(3) السنهورى ص 89 وهامش (3).

أو عقود الإيجار الواقعة على العين ليتمكن الموهوب له من التعامل مع مستأجريها.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "مفاد نص المادة 435 من القانون المدني أن تسليم المبيع يتم بوضعه تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به بغير حائل مع إعلام المشتري أن المبيع قد وضع تحت تصرفه ولم يشترط المشرع التسليم الفعلي بل افترض تمام التسليم متى توافر عنصره ولو لم يستول المشتري على المبيع استيلاء ماديا. فيكفى لتمام التسليم مجرد تغيير النية سواء باتفاق أو بتصرف قانوني مجرد كأن يظل البائع حائزا المبيع باعتباره مستأجرا ويعتبر التسليم في هذه الحالة حكما أو معنويا. لما كان ذلك وكان الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه قد استخلص سائغا من الأدلة المطروحة عليه أن مورث المطعون عليهم ومن بعده ورثته يضعون اليد بصفتهم مستأجرين للأطيان التي اشتراها الطاعن وهو ما كان مطروحا على المحكمة مما يوجب أن نقول كلمتها فيه وإذ قضى بإجابة الطاعن إلى تسليمه الأطيان المبيعة على أن يكون التسليم حكما فإنه يكون وافق صحيح القانون".

(طعن رقم 1747 لسنة 58 ق جلسة 1991/1/20)

2- "المقرر في قضاء محكمة النقض أن مناط التزام البائع بتسليم العين المبيعة تسليمها فعليا إلى المشتري أن يكون البائع هو حائزها الفعلي بوصفه مالكا لها أو أن يتفق المتبايعان على هذا التسليم الفعلي في عقد البيع أو في اتفاق لاحق عليه".

(طعن رقم 935 لسنة 60 ق جلسة 1994/12/29)

العنصر الثاني :

هو إعلام الواهب الموهوب له بأن الموهوب قد وضع تحت تصرفه ولا يكفي مجرد علم الموهوب له بأن الموهوب قد أصبح تحت تصرفه بل يجب أن يكون علمه بذلك ناتجا عن إخطار البائع له. وهذا القول واضح من عبارة النص ومن الأعمال التحضيرية فقد كان المشروع التمهيدى للمادة 435 مدنى يقول "مادام (المشتري) يعلم أن المبيع قد أصبح تحت تصرفه". وفى لجنة مجلس الشيوخ استبدلت بهذه العبارة عبارة "مادام البائع

قد أعلمه بذلك"، وقصد بهذا التعديل ضبط الحكم⁽¹⁾.

ولا يلزم لهذا الإعلان شكل خاص، فهو يتم بكافة الطرق، ولا يلزم فيه إعلان رسمي. فإذا توافر العنصران فإن الواهب يكون قد نفذ التزامه بالتسليم ولو لم يكن الموهوب له قد استولى على الموهوب استيلاء ماديا، أى بحياسة الموهوب له. فالتسليم مهما كانت طبيعة الموهوب تتم بالأمرين السابقين. ولكن طرق التسليم أو كيفية وضع الموهوب تحت تصرف الموهوب له تختلف باختلاف نوع الشيء المراد تسلمه. وقد اكتفى المشرع فى بيان طريقة وضع الموهوب تحت تصرف الموهوب له بقوله فى المادة 435 مدنى بأن يحصل التسليم "على النحو الذى يتفق مع طبيعة الشيء المبيع"⁽²⁾.

ويعتبر أيضا من قبيل التسليم القانونى فى هذا المعنى إعدار الموهوب له تسلم الموهوب، فقد نصت المادة 437 مدنى (الواردة فى البيع) على أنه: "إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لايد للبائع فيه انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن إلا إذا كان الهلاك بعد إعدار المشتري لتسلم المبيع".

وإعدار الموهوب له يكون بإنذاره أو بما يقوم مقام الإنذار، كما يجوز أن يكون مترتبا على وجود اتفاق فى عقد البيع يقضى بأن يكون المشتري معذرا بمجرد حلول الأجل المعين للتسليم دون حاجة إلى إجراء آخر (م 219 مدنى)⁽³⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"متى كانت محكمة الموضوع إذ عرضت فى أسباب الحكم لبحث مدى قيام كل من الطرفين بالتزامات عقد البيع بدأت بحث التزام البائع بالتسليم وانتهت إلى أنه عرض على المشتري المبيع عرضا حقيقيا ونفت عنه شبهة التقصير فى الوفاء بهذا الالتزام ثم عرضت لالتزام المشتري بدفع الثمن فسجلت عليه تخلفه عن الوفاء بهذا الالتزام المقابل على الرغم من عرض المبيع عليه عرضا حقيقيا، فإنه يكون غير منتج النص على الحكم بأنه يجب الوفاء بالالتزامين فى وقت واحد ويكون غير صحيح القول بأن محكمة الموضوع رتبت على تقصير المشتري فى الوفاء بالتزامه إعفاء البائع من الوفاء بالتزامه

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص70.

(2) الدكتور خميس خضر العقود المدنية الكبيرة الطبعة الثانية 1984 ص167 وما بعدها.

(3) سليمان مرقس فى عقد البيع ص340.

(طعن رقم 95 لسنة 24 ق جلسة 1958/3/13)

أما تسليم المنقول فيكون عادة بالتسليم المادى أى المناولة. ولكن التسليم فى المنقول قد يتم بطريقة رمزية كتسليم مستندات الإيداع إذا كان المنقول فى أحد المخازن العمومية أو بتسليم الموهوب له مفاتيح منزل أو مخزن أو صندوق أو أى مكان آخر يحتوى على هذا المنقول، طالما أن المنقول لا يكون فى يده.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"حيازة مفتاح الخزانة هى حيازة رمزية لمنقول غير حاصل فعلا فى اليد، وليست بذاتها دليلا قاطعا على حيازة ما هو فى الخزانة. وكون الشئ حاصلًا فعلا فى حوزة من يدعى حيازته أو غير حاصل فيها هو من الواقع الذى يحصله قاضى الموضوع فى كل دعوى مما يتوافر فيها من دلائل. وإذا كان القانون قد نص فى باب البيع على أن تسليم المنقولات المباعة يصح أن يتم بتسليم مفاتيح المخازن الموضوعة فيها، فإن هذا النص لا يعنى أن كل من يحمل مفتاحا لخزانة يكون ولا بد حائزا فعلا لمحتوياتها، لأن حمل المفتاح لا يلزم عنه حتما أن حامله مسلط على الخزانة مستأثر بالتصرف فى فراغها، ومن ثم كانت العبرة فى كل دعوى بطروفيها الواقعية، فحيث تدل هذه الظروف على أن حامل مفتاح الخزانة كان متسلطا فعلا على ما فيها جاز اعتباره حائزا وإلا فلا. وما يراه قاضى الموضوع فى هذا الشأن هو رأى فى مسألة واقعية يستقل هو بتقديرها ولا يخضع قضاؤه فيها لرقابة محكمة النقض".

(طعن رقم 107 لسنة 15 ق جلسة 1947/1/30)

غير أن التسليم الرمزي أضعف فى قوته من التسليم الفعلي. فقد نصت المادة 954 مدنى (الواردة فى الحيازة) على أن: "1- تسليم السندات المعطاه من البضائع المعهود بها إلى أمين النقل أو المودعة فى المخازن يقوم مقام تسليم البضائع ذاتها. 2- "على أنه إذا تسلم شخص هذه المستندات وتسلم آخر البضاعة ذاتها وكان كلاهما حسن النية فإن الأفضلية تكون لمن تسلم البضاعة".

وقد يكون التسليم حكما، وهو ما تطلق عليه المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى تعبير التسليم المعنوي. ويكون التسليم الحكمى بمجرد تراضى المتعاقدين وذلك بالاتفاق

على تغيير صفة الحياة. فقد نصت المادة 2/435 مدنى على أن: "يجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضى المتعاقدين إذا كان المبيع فى حياة المشتري قبل البيع أو كان البائع قد استبقى المبيع فى حياته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية".

فالتسليم الحكمى له صورتان :

الصورة الأولى :

أن يكون الموهوب فى حياة الموهوب له قبل الهبة بإجارة أو إعارة أو وديعة أو رهن أو نحو ذلك، ثم تقع الهبة فيكون الموهوب له حائزا فعلا للموهوب وقت صدور الهبة، ولا يحتاج إلى استيلاء مالى جديد ليتم التسليم وإنما يحتاج إلى اتفاق مع الواهب على أن يبقى الموهوب فى حياته كمالك له عن طريق الهبة وليس بالصفة السابقة.

الصورة الثانية :

أن يبقى الموهوب فى حياة الواهب بعد الهبة، ولكن لا كمالك فقد خرج من ملكيته بعقد الهبة بل كمستأجر أو مستعير أو مودع عنده أو مرتهن رهنا حيازيا أو غير ذلك أى بعقد جديد يبرم بين الطرفين.

وهذا النص ليس إلا تطبيقا للقاعدة العامة الواردة فى باب الحياة حيث تنص المادة 953 مدنى على أنه: "يجوز أن يتم نقل الحياة دون تسليم مالى إذا استمر الحائز واضعا يده لحساب من يخلفه فى الحياة أو استمر الخلف واضعا يده، ولكن لحساب نفسه".

70 - زمان ومكان التسليم :

تنص المادة 463 مدنى الواردة فى البيع على أن: "إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكانا أو زمانا لتسلم المبيع وجب على المشتري أن يتسلمه فى المكان الذى يوجد فيه المبيع وقت البيع وأن ينقله دون إبطاء إلا ما يقتضيه النقل من زمن".

فالأصل أن يتم التسليم فورا بمجرد انعقاد الهبة، إلا إذا اتفق الطرفان على زمن معين للتسليم. أو جرى العرف على حصول التسليم فى وقت معين أو اقتضت طبيعة الموهوب شيئا من الوقت لتسليمه، كما إذا كان الموهوب شيئا غير معين إلا بنوعه وكان المفهوم أن الواهب سيحصل على المقادير الموهوبة من السوق ثم يسلمها بعد ذلك للموهوب له فإن طبيعة الموهوب تقتضى أن يتأخر التسليم وقتا معقولا لا يتيسر فيه

للوهاب الحصول على المقادير الموهوبة من السوق. أو إذا أمهل القاضى الوهاب فى تسليم الموهوب إلى وقت معين لوجود أسباب تبرر هذا الإمهال.

وقد قضت محكمة النقض - بصدد عقد البيع - بأن :

1- (أ) - "إن التزام البائع بتسليم المبيع من مقتضيات عقد البيع، بل هو أهم التزامات البائع التى تترتب بمجرد العقد ولو لم ينص عليه فيه".
(ب) - "إن المادة 277 من القانون المدنى تنص على أن يكون تسليم المبيع فى الوقت الذى عين لذلك فى العقد وإلا ففى وقت البيع مع مراعاة المواعيد التى جرى العرف عليها".

(طعن رقم 73 لسنة 7 ق جلسة 1938/2/3)

2- "تحديد اليوم الذى يعتبر فيه البائع متخلفا عن التوريد وبالتالي ملزما بالتعويض إنما يكون باستظهار نية المتعاقدين وما تستخلصه محكمة الموضوع من أوراق الدعوى وظروفها".

(طعن رقم 257 لسنة 32 ق جلسة 1967/12/12)

3- "المقرر وفقا لنص المادة 431 من القانون المدنى وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن الالتزام بالتسليم من الالتزامات الأصلية التى تقع على عاتق البائع ولو لم ينص عليه فى العقد وهو واجب النفاذ بمجرد تمام البيع ولو كان الثمن مؤجلا مالم يتفق الطرفان على غير ذلك".

(طعن رقم 1083 لسنة 50 ق جلسة 1984/2/21)

أما مكان التسليم، فالأصل أن البائع يلتزم بتسليم الموهوب إلى الموهوب له فى المكان الذى يحدده لذلك.

فإذا وجد الموهوب فى الوقت الذى يجب فيه التسليم فى مكان آخر غير المكان المتفق على أن يتم التسليم فيه، وجب على الوهاب أن ينقل الموهوب إلى المكان المتفق عليه.

أما إذا لم يتفق المتعاقدان على المكان الذى يتم فيه التسليم فإنه يجب طبقا للقواعد العامة التفرقة بين حالتين.

الحالة الأولى :

إذا كان الموهوب شيئا معيناً بذاته، فإنه يجب تسليمه فى المكان الذى وجد فيه وقت

العقد أو ذكر في العقد أنه موجود فيه فإن كان مكان وجوده غير معين فإن تسليمه يكون في موطن الواهب أو في مركز أعماله إذا كانت الهبة متعلقة بهذه الأعمال فقد نصت الفقرة الأولى من المادة 347 مدنى على أن: "إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات وجب تسليمه في المكان الذى كان موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك".

الحالة الثانية :

إذا كان المبيع غير محدد بذاته بل بنوعه، أو حقاً من الحقوق الأخرى، فإن التسليم يكون في موطن الواهب أو في مركز أعماله إذا كانت الهبة متعلقة بهذه الأعمال. وفى هذا نصت الفقرة الثانية من المادة 347 مدنى على أن : "أما فى الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء فى المكان الذى يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء، أو فى المكان الذى يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال". أما إذا اتفق على أن يتولى الواهب تصدير الموهوب إلى الموهوب له، افترض القانون بنص المادة 436 أن المقصود بذلك أن يكون التسليم فى موطن الموهوب له، ولا يتم التسليم إلا إذا وصل الموهوب إلى الموهوب له فى محله، ما لم يتبين أن الطرفين قصداً غير ذلك.

71 - جزاء الإخلال بالالتزام بالتسليم :

تنص المادة 203 مدنى على أن: "1- يجبر المدين بعد إعداره طبقاً للمادتين 219، 220 على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، متى كان ذلك ممكناً". فإذا أخل الواهب بالتزامه بالتسليم كان للموهوب له طلب التنفيذ العيني متى كان ممكناً، وللموهوب له أن يطالب بتعويضات إذا كان عدم تنفيذ الالتزام مبنياً على تقصير من الواهب . ويجوز له رفع دعوى فسخ عقد الهبة إذا كانت له مصلحة فى ذلك كما إذا كانت الهبة بعوض وأراد عدم الوفاء بدفع العوض.

غير أنه يحول دون ما تقدم أن يكون للواهب حق الرجوع فى الهبة واستعمل حقه فى الرجوع.

72 - نفقات الهبة بما فيها نفقات التسليم :

لم ينص القانون على التزام الموهوب له بأداء نفقات الهبة، والتي يدخل فيها نفقات

التسليم.

وكانت المادة 678 من المشروع التمهيدي تنص على أن :

"نفقات الهبة على الموهوب له، يدخل في ذلك مصروفات العقد ورسوم "الدمغة" والتسجيل، وما يصرف في تسليم الشيء الموهوب وتسلمه ونقله، وذلك ما لم يوجد اتفاق مخالف" - وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي⁽¹⁾ تفسيراً لها: "تحدد هذه النصوص التزامات الموهوب له، والأصل أن هذا لا يلتزم بشيء، لأن الهبة تبرع له، إلا أن المشروع قد فرض أن المتعاقدين قد أرادوا أن يتحمل الموهوب له نفقات عقد الهبة من كتابة ورسوم ودمغة ورسوم تسجيل وغير ذلك" ومصروفات ورسوم التسلم على نحو ما يلتزم به المشتري، بل ومصروفات التسليم أيضاً (وهي التي يلتزم بها البائع لا المشتري) تفسيراً للهبة في أضيق حدودها، ولكن هذا لا يمنع المتعاقدين من الاتفاق على أحكام أخرى، كأن يتحمل الواهب مصروفات التسليم بل ومصروفات العقد والتسلم". إلا أنه في لجنة المراجعة بمجلس النواب اقترح حذفها لأنها مستفادة من القواعد العامة، فوافقت اللجنة على ذلك⁽²⁾.

غير أن القواعد العامة تقضى بالحكم العكسي لأن نفقات الوفاء تقع على المدين (مادة 348) وهو هنا الواهب. ولا مفر من تطبيق هذه القاعدة فيما يتعلق بمصاريف التسليم⁽³⁾.

ولكن هذا الحكم لا يتعلق بالنظام العام، فيجوز الاتفاق على خلافه. ويصح أن يكون هذا الاتفاق صراحة أو ضمناً ويسهل استخلاص هذا الاتفاق ضمناً من ظروف الهبة.

أما فيما يتعلق بمصاريف نفقات عقد الهبة من مصروفات العقد وأتعاب المحاماة ورسوم الدمغة والتسجيل ومصروفات تسلم العين الموهوبة فإنها تقع على عاتق الموهوب له، وذلك تفسيراً للهبة في أضيق حدودها فلا يجمع الواهب بين التجرد من ماله دون مقابل وبين تحمل هذه المصروفات⁽⁴⁾.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص279.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص271 الهامش.

(3) أكنث الخولى ص160.

(4) السنهوري ص176 - كمال حمدي ص171.

والغالب عملاً أن تتجه إرادة الطرفين إلى إلغاء نفقات الهبة جميعاً على عاتق الموهوب له بما في ذلك مصاريف التسليم⁽¹⁾.

الالتزام الأول

نقل ملكية الموهوب إلى الموهوب له :

73- مضمون الالتزام :

لم يذكر في التقنين المدني الجديد نقل ملكية الموهوب بين آثار الهبة على خلاف القانون القديم الذي نص عليه صراحة في المادة 70/48، ولعله اكتفى بذلك بالتعريف الذي وضعه لها في المادة 1/486 على عمومته، مع أنه الأثر الرئيسي لعقد الهبة. وقد كانت المادة 673 من المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد تقضى بأن: "يلتزم الواهب بنقل ملكية الشيء الموهوب للموهوب له"، ثم حذفت في لجنة المراجعة لأن حكمها مستفاد من القواعد العامة⁽²⁾.

وقد كان الأولى إبقاءه حتى يستند نقل الحق العيني إلى نصوص القانون، سيما وقد أغفله المشرع في التعريف على نقيض ما فعله في عقد البيع، ومع ذلك لن تثير هذه النقرة أى إشكال، لأن الأثر مستفاد من معنى الهبة لغة⁽³⁾.

وعلى ذلك يترتب على الهبة انتقال الشيء الموهوب من ملكية الواهب إلى ملكية الموهوب له. ولذلك يلتزم الواهب بنقل ملكية الشيء الموهوب إلى ذمة الموهوب له وباتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لإتمام نقل ملكية الشيء حسب طبيعته وتطبق هنا القواعد العامة في نقل الملكية بالعقد.

وقد نصت المادة 204 مدنى على أن الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل.

كما نصت المادة 932 على أن: "تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية في المنقول والعقار بالعقد، متى ورد على محل مملوك للمتصرف طبقاً للمادة 204 وذلك

(1) أكنث الخولى ص160.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص264 وما بعدها.

(3) محمود جمال الدين زكى ص142.

مع مراعاة النصوص الآتية:

مادة (933) : "المنقول الذى لم يعين إلا بنوعه لا تنتقل ملكيته إلا بإفرازه طبقا

للمادة 205".

مادة (934): "(1) فى المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى

سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أو كان فى حق الغير، إلا إذا روعيت الأحكام المبينة فى قانون تنظيم الشهر العقارى.

(2) ويبين قانون الشهر المتقدم الذكر التصرفات والأحكام والسندات التى يجب

شهرها سواء أكانت ناقلة للملكية أم غير ناقلة، ويقرر الأحكام المتعلقة بهذا الشهر".

وتنص المادة 205 مدنى على أنه : "إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شىء لم

يعين إلا بنوعه فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشىء".

ويلتزم الواهب بأن يقوم بالأعمال التمهيديّة الضرورية لنقل الملكية، كتقديم الشهادات

اللازمة للتسجيل والكشف عن أى عمل يعوق نقل الملكية فلا يجوز للواهب أن يتصرف

بعد الهبة فى الشىء الموهوب إلا إذا جاز الرجوع فى الهبة.

ويتضمن الالتزام بنقل ملكية الموهوب الالتزام بالمحافظة عليه والالتزام بتسليمه إلى

الموهوب له (م 206 مدنى). ويترتب على نقل الملكية إلى الموهوب له أن يكون لهذا

الأخير حق التصرف فى الموهوب حتى قبل قبضه. ويستوى فى ذلك العقار والمنقول

(إذا لم تكن الهبة يدوية فى المنقول)، وأن يكون له ثمر الموهوب و نفاؤه من وقت تمام

الهبة.

وتنتقل الملكية لا فى حق المتعاقدين وحدهما، بل أيضا فى حق الورثة والدائنين، إلا

أن الهبة إذا كانت قد صدرت من الواهب المعسر إضرارا بدائنيه، فإن هؤلاء لهم الحق

فى الطعن فى الهبة بالدعوى البوليصة ولو لم يكن الموهوب له عالما بإعسار المدين،

فتصبح الهبة غير نافذة فى حقهم، ويستطيعون أن ينفذوا على الشىء الموهوب بحقوقهم

وفقا للقواعد المقررة فى الدعوى البوليصة⁽¹⁾.

وكان المشروع التمهيدي يتضمن نصا فى هذا المعنى هو المادة 672 من هذا

المشروع وكانت تقضى بأن : "لا تجوز هبة الأموال أو وقفها إضرارا بالدائنين"، إلا أن هذا

(1) السنهاورى ص 141 وما بعدها.

النص حذف في لجنة المراجعة اكتفاء بتطبيق القواعد العامة⁽¹⁾.

74 - نقل الملكية في هبة المنقول :

إذا كان الموهوب منقولاً معيناً بالذات مملوكاً للواهب، فإن الملكية تنتقل إلى الموهوب له فوراً بمجرد تمام الهبة وقبل القبض. ومعنى ذلك انتقال ملكيته إلى الموهوب له بمجرد انعقاد الهبة. سواء كانت الهبة قد وقعت في ورقة رسمية أو كانت هبة مستترة، أو كانت هبة يدوية فتتم الهبة وتنتقل الملكية في الوقت ذاته إلى الموهوب له بالقبض. وتنتقل ملكية الهبة سواء بالنسبة للمتعاقدين أو الغير.

أما إذا وردت الهبة على شيء غير معين بالذات وإنما كان معيناً بنوعه كهبة كمية محددة من الفول أو القمح أو الأرز.... الخ، وكانت الهبة يدوية كما يقع ذلك عادة تمت بالقبض وتنتقل الملكية بمجرد تمام الهبة. أما إذا وقعت الهبة في ورقة رسمية فتنتقل الملكية بالإفراز ولو قبل القبض عملاً بالمادة 205 سالف الذكر.

75 - نقل الملكية في هبة العقار :

رأينا أن المادة 1/934 مدنى تنص على أنه في المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى سواء كان ذلك فيما بين المتعاقدين أو كان في حق الغير، إلا إذا روعيت الأحكام المبينة في قانون تنظيم الشهر العقارى. وعلى ذلك إذا كان الموهوب عقاراً، وسواء كانت الهبة بورقة رسمية أو كانت غير مستترة فإن ملكية العقار لا تنتقل سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا بالتسجيل.

غير أن الهبة غير المسجلة ترتب التزاماً بنقل ملكية الموهوب، ويجوز للموهوب له رفع دعوى صحة التعاقد.

كما ترتب جميع الالتزامات الأخرى التى ينشئها عقد الهبة في جانب كل من الواهب والموهوب له، كتسليم العقار إلى الموهوب له وضمنان التعرض والاستحقاق والعيوب

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص262 الهامش.



مادة (494)

1- لا يضمن الواهب استحقاق الشيء الموهوب، إلا إذا تعدد إخفاء سبب الاستحقاق أو كانت الهبة بعوض، وفي الحالة الأولى يقدر القاضي للموهوب له تعويضا عادلا عما أصابه من الضرر، وفي الحالة الثانية لا يضمن الواهب الاستحقاق إلا بقدر ما أداه الموهوب له من عوض، كل هذا ما لم يتفق على غيره.

2- وإذا استحق الشيء الموهوب حل الموهوب له محل الواهب فيما له من حقوق ودعاوى.

الشرح

76- الأصل عدم ضمان الواهب استحقاق الشيء الموهوب:

الأصل الذي نصت عليه المادة 494 مدنى أن الواهب لا يضمن استحقاق الشيء الموهوب ولا يلزم بالتعويض عن عدم انتقاله إلى الموهوب له نتيجة هذا الاستحقاق. وقد قصد من هذا الحكم التخفيف على الواهب وهو الذى ينزل عن ماله دون مقابل⁽¹⁾.

ولا يكون للموهوب له الذى يحصل التعرض له أن ينزع منه الشيء الموهوب إلا أن يستعمل بصفته خلفا للواهب، الدعاوى التى للواهب قبل من تلقى حقه منهم كما سنرى.

استثناء أن من عدم ضمان الواهب استحقاق الشيء الموهوب:

77- الاستثناء الأول:

حالة تعدد الواهب إخفاء سبب الاستحقاق:

استثنت الفقرة الأولى من المادة من عدم ضمان الواهب استحقاق الشيء الموهوب، حالة تعدد الواهب إخفاء سبب الاستحقاق.

ذلك أن مقتضيات العدالة حدودها حسن النية، بل إن مجاوزة هذه الحدود يتنافى مع

(1) أکثم الخولى ص155.

غرض السياسة القانونية. فمن ارتكب غشا عليه تحمل نتائجه، وإلا كان التيسير على الواهب سببا لاضطراب المعاملات، وتشجيعا للإضرار بالغير، ولذلك ألزم الواهب بضمان الاستحقاق إذا تعد إخفاء سببه⁽¹⁾.

ولا يكفي فى ذلك أن يقرر الواهب للموهوب له أن يملك الموهوب، بل يجب أن يتعد إخفاء سبب الاستحقاق، كأن يخفى مستندا يثبت حق الغير فى الموهوب، أو يطمس علامات ظاهرة لحق ارتفاق على العقار الموهوب. ومسئولية الواهب إنما تكون عن الغش الذى ارتكبه، فهو مسئول عن الضرر الذى أصاب الموهوب له بسبب هذا الغش.

والتعويض الذى نصت عليه المادة المذكورة هو التعويض العادل لما أصاب الموهوب له من ضرر، والذى يقدره القاضى بحسب الظروف والذى يعوضه بوجه خاص عما تحمل من خسارة بسبب الاستحقاق فلم يشأ الشارع أن يعامل الواهب طبقا للقواعد العامة بحيث يكون مسئولا عن تعويض الضرر المتوقع وغير المتوقع بناء على تعدمه إخفاء سبب الاستحقاق، مراعى فى ذلك أن الواهب هو بالرغم من ذلك متبرع⁽²⁾.

وكان المشروع التمهيدى يترك هذه الحالة للقواعد العامة. وكان من مقتضى هذه القواعد أن يكون الواهب مسئولا عن تعويض الضرر المتوقع وغير المتوقع، لأنه تعد إخفاء سبب الاستحقاق. ولذلك جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: "ومسئولية الواهب إنما تكون عن الغش الذى ارتكبه، فهو مسئول عن الضرر الذى أصاب الموهوب له بسبب هذا الغش، سواء كان متوقعا أو غير متوقع"⁽³⁾.

إلا أنه فى لجنة المراجعة تعدل الحكم فى هذه الحالة بجعله قاصرا على التعويض العادل حتى لا تسرى أحكام استحقاق المبيع كلها فوافقت اللجنة على ذلك⁽⁴⁾.

وواضح أن القانون لم يوجب الضمان على الواهب إلا فى حالة ثبوت غش من جانبه بأن تعد إخفاء سبب الاستحقاق فحدد مسئوليته فى نطاق الخطأ العمدى، بينما قرر فى المادة 496 قاعدة عامة مقتضاها "لا يكون الواهب مسئولا إلا عن فعله العمد أو

(1) محمود جمال الدين زكى ص 146.

(2) السنهورى ص 160.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 4 ص 272.

(4) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 4 ص 267.

خطئه الجسيم"، وبذلك يكون تحديد مسئوليته فى نطاق ضمان الموهوب عن الفعل العمد وحده استثناء من هذه القاعدة الخاصة بالهبة، ومن ذلك المبدأ العام الذى أخذ به التقنين فى مختلف المواضع فى التسوية بين الغش والخطأ الجسيم (م/2/211، 2/217، 2/221، 225 مدنى).

ويرى البعض أن هذا لا يمنع - من الناحية العملية - من اعتبار جسامه الخطأ قرينة قضائية على طابعه العمدى - هذا فضلا عن أن الخطأ العمدى هنا ليس معناه تعمد الإضرار بالموهوب له بل يكفى لقيامه علم الواهب بقيام سبب الاستحقاق أو بوجود العيب وتعتمده إخفاء السبب أو العيب ولو لم يكن ذلك بقصد الإضرار بالموهوب له⁽¹⁾.

78- الاستثناء الثانى :

إذا كانت الهبة بعوض :

يستثنى من قاعدة عدم ضمان الواهب استحقاق الشئ الموهوب الحالة التى تكون فيها الهبة بعوض.

ويشمل هذا الاستثناء حالة ما إذا كان الواهب قد فرض على الموهوب له التزامات أو شروطا فى مقابل الهبة.

وفى هذه الحالة يكون الواهب ضامنا للاستحقاق ولو كان يجهل سببه، ولكنه لا يكون مسئولا إلا بقدر ما أداه الموهوب له من عوض. أما إذا تعمد إخفاء سبب الاستحقاق فإنه يكون مسئولا عن كل الضرر الذى أصاب الموهوب له، ولو جاوز العوض على النحو الذى أوضحناه فى الاستثناء الأول.

ومعنى ذلك أن الواهب يضمن الاستحقاق إذا أدى إلى إنقاص قيمة الموهوب عن قيمة العوض الذى أداه الموهوب له، ويقدر هذا النقصان، أى أن الواهب يضمن خسارة الموهوب له نتيجة للاستحقاق. وليس فى هذا الحكم خروج على مبدأ عدم ضمان الواهب للحق الموهوب ولا مخالفة لكون الهبة بعوض تخضع خضوعا تاما لأحكام الهبة فالواهب يضمن خسارة الموهوب له بسبب الاستحقاق لا لأن الهبة بعوض تعتبر معاوضة فى حدود العوض وهبة فى الباقي بل لأن الطرفين إن جاز أن يتصورا ألا تحقق الهبة غنما للموهوب له فإنهما لم يتوقعا ولم تتصرف إرادتهما مطلقا إلى أن تكون الهبة مصدر

(1) أكتف الخولى ص159 هامش (1).

خسارة للموهوب له⁽¹⁾.

وفى غير هاتين الحالتين، أى حتى ولو لم يخف الواهب سبب الاستحقاق ولم تكن الهبة بعوض، يعوض الواهب الموهوب له ما تحمله من خسارة كمصروفات دعوى الاستحقاق ومصروفات عقد الهبة، إذا ثبت على الواهب الفعل العمد أو الخطأ الجسيم أى إذا كان يعلم أن الشيء الموهوب غير مملوك له أو كان عدم علمه بذلك يرجع إلى خطأ جسيم فى جانبه وذلك تطبيقاً للمادة 496 مدنى لا تطبيقاً لقواعد ضمان الاستحقاق⁽²⁾.

79- حلول الموهوب له محل الواهب فيما له من حقوق ودعاوى:

بعد أن نصت المادة 494 مدنى فى فقرتها الأولى على حالتى ضمان الواهب استحقاق الشيء الموهوب أردفت فى فقرتها الثانية أنه: "إذا استحق الشيء الموهوب حل الموهوب له محل الواهب فيما له من حقوق ودعاوى".

وقد وردت عبارة "إذا استحق الشيء الموهوب" عامة، وبالتالي فإنها تشمل كافة الحالات التى يستحق فيها الشيء الموهوب، أى سواء فى الحالتين السابقتين أو فى غيرهما. فيحل الموهوب له محل الواهب فيما له من حقوق ودعاوى. ذلك أنه لئن كان الواهب لا يضمن ذات الموهوب فلا أقل من أن تنتقل حقوق ودعاوى الواهب بسبب الاستحقاق أو العيب إلى الموهوب له. وهذا تفسير دقيق لإرادة الواهب الذى قصد أن ينقل إلى الموهوب له حقوقه على الشيء الموهوب بحالتها وقت الهبة، كما أن هذا الحكم هو مقتضى انتقال الملكية إلى الموهوب له بالهبة.

وقد نصت المادة 2/494 مدنى على هذا الحكم فى ضمان الاستحقاق وتضرب المذكرة الإيضاحية مثلاً لذلك أن يكون الواهب قد باع الموهوب قبل الهبة ولم يقبض ثمنه فإن الموهوب له يحل محل الواهب فى حق قبضه⁽³⁾.

(1) محمد كامل مرسى ص 145.

(2) السنهورى ص 161 هامش (1) - محمود جمال الدين زكى ص 148 وما بعدها - وعكس ذلك محمد كامل مرسى ص 145 فيذهب إلى أنه: "وينبنى على كون الواهب ليس ملزماً بالضمان إلا فى الحالتين المشار إليهما أن الموهوب له لا يكون له أن يطالبه بدفع رسوم الدعاوى".

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 4 ص 273 - أكثم الخولى ص 157.

ويشمل النص حقوق الواهب قبل سلفه الذى تلقى عنه الحق، كأن يكون قد اكتسب الشيء بالشراء فيكون البائع له ضامنا لاستحقاق الشيء.

ومع أن النص السابق قاصر على ضمان الاستحقاق فإن حكمه يسرى على حالة العيب لأنه ليس إلا تطبيقا للقواعد العامة ونتيجة لانتقال الحق إلى الموهوب له.

وعلى ذلك تنتقل دعاوى الواهب بسبب العيب إلى الموهوب له⁽¹⁾.

80- هل يضمن الواهب التعرض الصادر منه ؟

اقتصر نص المادة 494 مدنى على تنظيم ضمان الواهب لاستحقاق الموهوب، وتحديد مسؤوليته الناشئة عن هذا الضمان، ولكنه أغفل ضمان التعرض إغفالا تاما بينما نص عليه فى عقد البيع وألزم به البائع.

ولذا يرى الفقه أنه لا مناص من تطبيق الأحكام العامة فى العقود، فوق الاستعانة بالنصوص الخاصة بعقد الهبة⁽²⁾

والتعرض قد يكون من الغير، وقد يكون من نفس الواهب. وتعرض الغير قد يكون لسبب سابق على عقد الهبة وقد يكون لسبب لاحق لإبرامه. وفى كلتا الحالتين يجب على الواهب إذا أخطر بالدعوى أن يتدخل فيها إلى جانب الموهوب له.

أما التعرض الحاصل من نفس الواهب، سواء كان تعرضا ماديا أو قانونيا فغير جائز لأن ذلك نقض للعقد أو تعديل له. فإذا كان الواهب غير مالك للعقار الموهوب، ثم اشتراه بعد الهبة أو تملكه بالتقادم لا يجوز له استرداده من الموهوب له. ويعتبر تعرضا من الواهب تعرض أجنبى لسبب لاحق على عقد الهبة كما إذا باع الواهب العقار الموهوب بعد الهبة وسجل المشتري عقده - قبل تسجيل الموهوب له، كان ضامنا لهذا الأخير وعليه له التعويض كاملا⁽³⁾.

(1) محمود جمال الدين زكى ص 146 - أكثم الخولى ص 157.

(2) السنهورى ص 158 - محمود جمال الدين زكى ص 147.

(3) محمود جمال الدين زكى ص 48.

مادة (495)

- 1- لا يضمن الواهب خلو الشيء الموهوب من العيب.
- 2- على أنه إذا تعدد الواهب إخفاء العيب، أو ضمن خلو الشيء الموهوب من العيوب، كان ملزماً بتعويض الموهوب له عن الضرر الذي يسببه العيب. ويكون كذلك ملزماً بالتعويض إذا كانت الهبة بعوض، على ألا يجاوز التعويض في هذه الحالة قدر ما أداه الموهوب له من هذا التعويض.

الشرح

81- القاعدة العامة عدم ضمان الواهب خلو الشيء الموهوب من العيب:

رأينا أن الفقرة الأولى من المادة 495 تنص على أن "لا يضمن الواهب خلو الشيء الموهوب من العيب".
فالقاعدة العامة أو الأصل أن الواهب لا يضمن خلو الشيء الموهوب من العيب، وذلك لذات الحكمة من عدم ضمان الواهب استحقاق الشيء الموهوب، وهي التخفيف على الواهب باعتباره متبرعا في الهبة، وتفسيرا لقصد نقل الشيء الموهوب بحالته. غير أن الفقرة الثانية من المادة أتت بثلاثة استثناءات على هذه القاعدة، جعلت فيها الواهب ضامنا لخلو الشيء الموهوب من العيب.

وهي:

- 1- أن يتعدد الواهب إخفاء العيب.
 - 2- أن يضمن الواهب خلو الشيء من العيوب.
 - 3- أن تكون الهبة بعوض.
- ونعرض لهذه الحالات بالتفصيل فيما يلي.
- #### 82- الحالات التي يلزم فيها الواهب بضمان خلو الشيء الموهوب من العيب :

1- أن يتعدد الواهب إخفاء العيب :

يشترط أن يتعدد الواهب إخفاء العيب، فلا يكفي أن يكون الواهب عالما بالعيب بل يجب أن يتعمد إخفاءه. فإذا كان عالما بالعيب ولكنه لم يتعمد إخفاءه، لم يجب عليه الضمان.

ويجب في العيب الذى يضمه الواهب أن يكون قديما مؤثرا خفيا لا علم للموهوب له به⁽¹⁾.

2- أن يضمن الواهب خلو الشئ الموهوب من العيب .

وهذا الضمان يكون باتفاق بين الواهب والموهوب له. ويسرى هذا الضمان ولو كان الواهب لا يعلم بالعيب، وسواء كانت الهبة بعوض أو بغير عوض .

ولا يصل ضمان العيوب الخفية فى الهبة إلى مستوى هذا الضمان فى عقد البيع مراعاة لكون الهبة من عقود التبرع المعاوضة فالتعويض المستحق فى هاتين الحالتين، هو تعويض الموهوب له عن الضرر الذى لحقه بسبب العيب، وليس عن العيب ذاته أى لا يعوض الموهوب له عن نقص قيمة العين الموهوبة بسبب العيب⁽²⁾.

ويترتب على ذلك أنه إذا كان الموهوب منزلا آيلا للسقوط ، فسقط على أسرة الموهوب له آتيا عليها، أو حيوانا مريضا سرت منه العدوى إلى ماشية هذا الأخير فنفتت عن آخرها، لا يكون الواهب مسئولا، ولو كان يعلم ما بالموهوب من عيوب.

وتفصح عن ذلك الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ذلك أن الصيغة الأولى للمادة 2/ 495 كانت تقضى بمسئولية الواهب "إذا تعمد إخفاء العيب" عن الضرر الذى يلحق الموهوب له "بسبب العيب" فاستبدل بهذه العبارة الأخيرة ما هو مذكور فى النص حتى لا يكون العيب نفسه محلا للتعويض، بل يكون التعويض عن الضرر الذى يسببه العيب⁽³⁾.

فقد جاء بتقرير لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب أنه: "كان النص الأصيل لهذه الفقرة ما يأتى: على أنه إذا تعمد الواهب إخفاء العيب أو ضمن خلو الشئ الموهوب من العيوب كان ملزما بتعويض الموهوب له عن الضرر الذى يلحقه بسبب العيب "عبارة" الذى يسببه العيب "حتى لا يكون العيب نفسه محلا للتعويض بل يكون التعويض عن الضرر الذى يسببه العيب".

3- إذا كانت الهبة بعوض أو فى مقابل التزامات وشروط فرضت على الموهوب له :

(1) محيى الدين علم الدين ص44.

(2) السنهورى ص165 - محمد كامل مرسى ص247 - محمود جمال الدين زكى ص151 وما بعدها.

(3) محمود جمال الدين زكى ص149.

ولا يشترط في هذه الحالة أن يعتمد الواهب إخفاء العيب أو يضمن خلو الموهوب من العيوب.

والواهب يضمن هنا الأضرار التي لحقت بالموهوب له بسبب العيب وكذلك نقص قيمة العين الموهوبة.

وهو يضمن في هذه الحالة بما لا يجاوز ما أداه الموهوب له من العوض أو المقابل المشترك على الموهوب له.

أما إذا تعمد إخفاء العيب أو ضمن خلو الموهوب من العيوب فإنه يضمن كل الضرر حتى لو جاوز العوض أو المقابل⁽¹⁾.

ويلاحظ أن المادة 452 مدنى المتعلقة بتقادم دعوى ضمان العيب الخفى فى عقد البيع بانقضاء سنة من وقت تسليم المبيع خاصة بعقد البيع وحده ، فلا تسرى على دعوى ضمان العيب الخفى فى عقد الهبة⁽²⁾.

83- تعديل أحكام الضمان :

يجوز للواهب والموهوب له تعديل أحكام الضمان المنصوص عليها بالمادتين 494، 495 مدنى، وذلك بإنقاص مسئولية الواهب أو بتشديدها. فهذه الأحكام لا تتعلق بالنظام العام.

ولكن لا يجوز الاتفاق على إسقاط الضمان ولا على إنقاصه فى حالة تعمد الواهب إخفاء العيب⁽³⁾.

فقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد أنه :

"ويجوز الاتفاق على إسقاط الضمان وتخفيضه أو تشديده، ولكن لا يجوز للواهب أن يشترط إسقاط الضمان الذى يترتب على سوء نيته"⁽⁴⁾.

مادة (496)

(1) محمد كامل مرسى ص 147 - السنهورى ص 166.

(2) السنهورى ص 166 ص 2.

(3) السنهورى ص 761.

(4) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 4 ص 273.

لا يكون الواهب مسئولاً إلا عن فعله العمد أو خطئه الجسيم.

الشرح

84- مسؤولية الواهب عن فعله العمد أو خطئه الجسيم:

لا يكون الواهب مسئولاً إلا عن فعله العمد أو خطئه الجسيم. والمقصود بذلك أنه إذا هلك الشيء الموهوب قبل تسليمه إلى الواهب فلا تتحقق مسؤولية الواهب عن الهلاك إذا كان الهلاك قضاءً وقدرًا أو بتقصير غير جسيم. أما إذا كان الهلاك بفعل الواهب العمد أو بخطئه الجسيم فإن مسؤولية الواهب تتحقق⁽¹⁾.



(1) فقد جاء بتقرير لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب عن مشروع القانون أنه: "استفسرت اللجنة عن كيفية تحقق مسؤولية الواهب عن فعله العمد أو خطئه الجسيم، فأجيبنا بأن ذلك يقع فعلاً في حالة ما إذا لم يسلم الواهب الشيء وهلك قبل التسليم، فإن كان هلاكه قضاءً وقدرًا أو بتقصير غير جسيم فلا تتحقق مسؤولية الواهب في هاتين الحالتين، أما إذا هلك بفعل الواهب العمد أو بخطئه الجسيم فإن مسؤوليته تتحقق".

مادة (497)

يلتزم الموهوب له بأداء ما اشترط عليه من عوض سواء اشترط قيد العوض لمصلحة الواهب أم لمصلحة أجنبي أم للمصلحة العامة.

الشرح

85- التزام الموهوب له بأداء العوض:

يلتزم الموهوب له بأن يؤدي إلى الواهب ما اشترط عليه من عوض، إذا هو قام بتنفيذ الالتزامات التي يفرضها عليه عقد الهبة. سواء كان هذا العوض مشروطاً لمصلحته أو لمصلحة أجنبي أو للمصلحة العامة.

وكذلك في الهبة المقيدة، يلتزم الموهوب له بتنفيذ القيد سواء كان في مصلحته، أم في مصلحة نفس الواهب، أم في مصلحة شخص ثالث. فالقيد كالعوض التزام ترتب بمقتضى العقد في ذمة الموهوب له، وبالتالي تكون الهبة مثقلة بعبء مهما كان محله، وأياً كان الشخص المستفيد منه⁽¹⁾.

وينتقل حق المطالبة من الواهب إلى ورثته.

ويجوز للأجنبي الذي اشترط العوض لمصلحته أن يطالب بأداء العوض، وفقاً للأحكام العامة في الاشتراط لمصلحة الغير لأنه هو المستفيد وله حق مباشر. وإذا كان العوض مشروطاً للمصلحة العامة جاز للواهب المطالبة بالعوض طوال حياته، وجاز لمن يمثل هذه المصلحة المطالبة به. فإذا مات الواهب انتقل هذا الحق إلى ورثته.

وكانت الفقرة الثانية من المادة 679 من المشروع التمهيدي للتقنين المدني تقصر حق المصلحة العامة في المطالبة بالتنفيذ على ما بعد وفاة الواهب. وقد بررت المذكرة الإيضاحية للمشروع هذا الحكم بأن الواهب يمثل المصلحة العامة طول حياته وهو الذي ينوب عنها في التنفيذ فإن مات كان للسلطة المختصة أن تطالب بالتنفيذ وقد حذفت هذه الفقرة لأن حكمها مستفاد من القواعد العامة⁽²⁾.

(1) محمود جمال الدين زكى ص 151.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 4 ص 275 وما بعدها.

ويرى البعض - بحق - أن قصر حق المصلحة العامة في التنفيذ على ما بعد وفاة الواهب مخالف للقواعد العامة في الاشتراط لمصلحة الغير فلا محل للأخذ بحكم هذا النص الملغى ويكون للمصلحة العامة طلب التنفيذ مطلقاً⁽¹⁾.

جزاء عدم تنفيذ الالتزام بأداء العوض:

86- (أ) - التنفيذ العيني:

تنص المادة 157 مدنى على أنه: "إذا لم يوف أحد المتعاقدين التزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض فى الحاليتين إن كان له مقتضى".

وعلى ذلك إذا قام الواهب بتنفيذ التزامه من نقل ملكية وتسليم، كان لمن له الحق فى المطالبة بالعوض - بالتفصيل الوارد بالبند السابق - أن يطلب من الموهوب له أن ينفذ التزامه من الوفاء بالعوض أو الشروط المتفق عليها، فإذا امتنع الموهوب له جازت مطالبته بالتنفيذ العيني وإجبار الموهوب على أداء العوض عينا إذا كان ذلك ممكنا، فإذا لم يكن التنفيذ العيني ممكنا، وجب على الموهوب له التعويض طبقا للقواعد العامة⁽²⁾.

87- (ب) - الفسخ:

لم يضع القانون نصوصا خاصة بفسخ عقد الهبة بسبب عدم تنفيذ الالتزام الذى يقرن به، ولذلك يجب تطبيق القواعد العامة فى فسخ العقود الملزمة للجانبين المنصوص عليها فى المادة 157 مدنى - سالف الذكر - سواء فيما يتعلق بشروط الفسخ أو آثار

(1) أكثر الخولى ص 162.

(2) وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد ينص فى المادة 680 منه على أنه:
 "1- إذا اشترط الواهب العوض لمصلحته، وامتنع الموهوب له عن أدائه دون عذر مقبول، للواهب، أو لورثته من بعده أن يسترد الشئ الموهوب، وفقا لأحكام الإثراء دون سبب، وبالقدر الذى كان ينبغى أن يستخدم الشئ لأداء العوض.
 2- ويكون الرد بدفع هذا المقابل نقدا، حتى ولو لم ترد الهبة على نقود. على أنه يجوز للموهوب له أن يتخلص من الالتزام بدفع هذه القيمة، إذ هو رد الموهوب ذاته فى الحالة التى يكون عليها وقت الرد".

وفى لجنة المراجعة اقترح معالى السهنورى باشا حذفها اكتفاء بالقواعد العامة فوافقت اللجنة على ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 4 ص 275).

الفسخ.

فبالنسبة لشروط الفسخ تطبق القواعد العامة فى درجة الإخلال بالالتزام المبرر للفسخ فلا يجاب طلب الواهب الفسخ "إذا كان مالم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام فى جملته"، غير أنه يلاحظ أن تقدير أهمية الإخلال لا يمكن أن تقتصر هنا على مقارنة موضوعية بحتة بل يجب أن يقف القاضى أساسا عند درجة أهمية الإخلال فى نظر الواهب نفسه. وإذا كان البحث الموضوعى يسوغ فى حالة البيع مثلا لعدم تغير ما يقصده الطرفان عادة فى كل البيوع (سبب فنى) فإن الاقتصار على هذا البحث الموضوعى فى الهبة غير مقبول لأن أهمية الالتزام المقترن بالهبة تختلف من واهب إلى آخر. وتقدير أهمية كل عنصر من عناصر التزام الموهوب له أمر شخصى بحت يجب أن يفتش عنه القاضى فى إرادة الواهب لا فى مألوف التعامل (سبب مصلحى). ويربط القضاء الفرنسى ربطا تاما بين الفسخ وأهمية الالتزام فى نظر الواهب⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"مفاد المادتين 486، 497 من القانون المدنى أنه يجوز للواهب أن يفرض على الموهوب له استخدام المال الموهوب فى أغراض معينة فإذا أخل بهذا الالتزام جاز للواهب - تطبيقا للقواعد العامة فى العقود الملزمة للجانبين - المطالبة بفسخ العقد لأن الهبة بعوض - وأيا كان المقابل - عقد ملزم للجانبين".

(طعن رقم 979 لسنة 55 قى جلسة 1990/6/19)

وبالنسبة لآثار الفسخ، فإنها تخضع للقواعد العامة كذلك، فيعاد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد فيرد الموهوب له الشئ الموهوب، ويكون للفسخ أثر رجعى الذى لا يقتصر على المتعاقدين بل يتعداهما إلى الغير. ولاشك فى انطباق ذلك على الهبة المقترنة بالتزام على الموهوب له أيا كان المستفيد من هذا الالتزام⁽²⁾.

(1) أكنث الخولى ص162 - محمود جمال الدين زكى ص154.

(2) كانت المادة 680 من المشروع التمهيدى تعطى لفسخ الهبة أثرا محددا، واشترطت لقبوله ألا يكون عند الموهوب له عذر مقبول لعدم التنفيذ.

كما كانت تشترط فى استرداد الشئ الموهوب أن يكون بالقدر الذى كان ينبغى أن يستخدم الشئ لأداء العوض، أى يعوض بقيمة العوض فى كل الأحوال وذلك حتى لا يلحق الفسخ

والفسخ طريق يمهد للواهب التخلص من هبة لم تحقق ما قصده منها. ولا يقابله حق الموهوب له في التخلص من التزامه برد الشيء الموهوب⁽¹⁾.

88- من له طلب الفسخ؟

يكون للواهب طوال حياته حق طلب فسخ الهبة لعدم تنفيذ الالتزام وذلك أيًا كان المستفيد من هذا الالتزام. ويثبت هذا الحق لوارث الواهب بعد وفاته⁽²⁾. أما الأجنبي والمصلحة العامة فليس لهما إلا المطالبة بالتنفيذ العيني⁽³⁾.

غلبنا بالموهوب له.

وأن يكون الرد بدفع هذا المقابل نقداً، حتى لو لم ترد الهبة على النقود. وأجازت للموهوب له أن يتخلص من الالتزام بدفع هذه القيمة، إذا هو رد الموهوب ذاته في الحالة التي يكون عليها وقت الرد.

وقد أحسن المشرع صنعا بالعدول عن هذه القاعدة لأنها تخالف مبدأ وحدة الهبة بعوض واعتبار هبة تخضع لجميع قواعد الهبات، كما يخالف ما استقر عليه القضاء من عدم الحكم بفسخ الهبة بعوض إلا إذا كان الالتزام المفروض على الموهوب له يرقى إلى مرتبة السبب في نظر الواهب (أكثم الخولى ص1).

(1) أكثم الخولى ص164 - وكانت الفقرة الثانية من المادة 680 من المشروع التمهيدي تجيز للموهوب له "أن يتخلص من الالتزام بدفع هذه القيمة، إذا هو رد الموهوب ذاته في الحالة التي يكون عليها وقت الرد. وأساس هذه الرخصة أن التزام الموهوب له برد قيمة العوض حكم موضوعي لمصلحته ولذلك يستطيع أن يتنازل عنه وأن يختار الفسخ الكامل، إذ جاء بمذكرة المشروع التمهيدي: "ولما كان الحكم موضوعاً لمصلحة الموهوب له، فإن هذا يستطيع أن يتنازل عنه وأن يختار الفسخ الكامل، فيتخلص من الالتزام برد ما يقابل العوض إذا هو رد الموهوب ذاته في الحالة التي يكون عليها وقت الرد" إلا أن المادة حذفت بأكملها كما أشرنا من قبل (مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص27، 280).

(2) السنهوري ص172 - أكثم الخولى ص162 هامش (1) - محمود جمال الدين زكى ص154.

(3) السنهوري ص72 - محمد كامل مرسى ص157 - وقارن محمد على عرفه في التقنين المدني الجديد ص433 فيذهب إلى أنه: "وبديهي أنه لمن تقرر العوض لمصلحته مطالبة الموهوب له بالتنفيذ أو بالفسخ في حدود القدر الذي كان ينبغي أن يستخدم لأداء العوض. وينتقل هذا الحق من الواهب إلى ورثته".

= وكانت المادة 680/3 من المشروع التمهيدي تضع قاعدتين استثنائيتين: الأولى: أن الفسخ يتمتع إذا كان العوض يتمحض لمصلحة أجنبي. الثانية: أن ورثة الواهب لا يكون لهم طلب

ولا يضيع الفسخ على الأجنبي حقه. إذا كان قد قبل الاشتراط لمصلحته، فيرجع بما يعادل العوض على الواهب إلا إذا كان الاشتراط بالنسبة إلى الأجنبي تبرعا يجوز للواهب الرجوع فيه.



الفسخ إذا كان العوض مشترطا لمصلحة عامة. وعللت المذكرة الإيضاحية للقانون القاعدة الثانية بأن بالورثة مظنة إثارة مصلحتهم في هذه الحالة. وكانت الفقرة الثانية من المادة تجيز للموهوب له أن يتخلص من الالتزام بدفع هذه القيمة إذا هو رد الموهوب ذاته في الحالة التي يكون عليها وقت الرد. وفي هذا مبالغة في حماية الموهوب له حتى في الحالات التي يختلف فيها عن تنفيذ التزاماته. وقد حذفت المادة 680 بأجمعها اكتفاء بالقواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص275، 280).

مادة (498)

إذا تبين أن الشيء الموهوب أقل في القيمة من العوض المشترك، فلا يكون الموهوب له ملزماً بأن يؤدي من هذا العوض إلا بقدر قيمة الشيء الموهوب.

الشرح

89- حالة كون الموهوب أقل من العوض :

تنص المادة على أنه إذا تبين أن الشيء الموهوب أقل في القيمة من العوض المشترك، فلا يكون الموهوب له ملزماً بأن يؤدي من هذا العوض إلا بقدر قيمة الشيء الموهوب.

ومفاد هذا النص أن الالتزام برد العوض له حد أقصى هو قيمة الشيء الموهوب. فإذا تبين أن الشيء الموهوب أقل من قيمة العوض المشترك فلا يكون الموهوب له ملزماً بأن يؤدي من هذا العوض إلا بقدر قيمة الشيء الموهوب.

وهذا الحكم خاص بالعوض بمعناه الذي تحدده المادة 497، ولا شأن له بالالتزام الذي تفرضه الهيئة لمصلحة الموهوب له، وهو يقوم على إرادة المتعاقدين التي لم تتحدد مطلقاً إلى أن تكون الهيئة سبباً لافتقار الموهوب له⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"وقد تكون الهيئة بعوض، فيكون العوض التزاماً في ذمة الموهوب له، وهو عادة أقل من الموهوب، فإذا تبين أنه أكبر في القيمة، فلا يكون الموهوب له ملزماً أن يؤدي إلا بقدر قيمة الموهوب (م 681 من المشروع)"⁽²⁾.



(1) أكنم الخولى ص 161 - محمد على عرفه ص 334.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 4 ص 279.

مادة (499)

- 1- إذا اشترط الواهب عوضا عن الهبة وفاء ديونه، فلا يكون الموهوب له ملزما إلا بوفاء الديون التي كانت موجودة وقت الهبة هذا ما لم يتفق على غيره.
- 2- وإذا كان الشيء الموهوب مثقلا بحق عيني ضمانا لدين في ذمة الواهب أو في ذمة شخص آخر، فإن الموهوب له يلتزم بوفاء هذا الدين، ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك.

الشرح

90- حالة ما إذا كان العوض وفاء لديون الواهب :

قد يشترط الواهب عوضا عن الهبة وفاء ديونه. فإذا ورد الشرط في عبارة مطلقة، انصرف إلى الديون ثابتة التاريخ⁽¹⁾ التي كانت موجودة وقت الهبة، لا التي وجدت بعد ذلك، ما لم يتفق على غير ذلك وقد جاء الحكم المذكور تفسيرا للالتزام في أضيق حدوده لمصلحة المدين، ومن تفسير الشك لمصلحة المدين (م 151 مدنى).

فإذا لم يوف الموهوب له بهذه الديون واضطر الواهب إلى الوفاء بها كان له الرجوع على الموهوب له بما وفى. ولا يجوز لأصحاب الديون الرجوع مباشرة على الموهوب له بديونهم إذا لم يتم الوفاء بها إلا إذا كان الواهب قد اشترط لمصلحتهم إجبار الموهوب له أن يوفيههم هذه الديون⁽²⁾.

وإنما يرجعون بها على الواهب الذى له أن يرجع على الموهوب له. ويجب هنا إعمال نص المادة 498 مدنى من عدم التزام الموهوب له إلا بأداء قيمة ما يساوى قيمة المال الموهوب من الديون.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"وقد يشترط الواهب عوضا عن الهبة وفاء ديونه، فإذا ورد الشرط في عبارة مطلقة، انصرف إلى الديون التي كانت موجودة وقت الهبة، لا التي وجدت بعد ذلك"⁽³⁾.

(1) محمد على عرفه ص 335.

(2) السنهورى ص 174 - محيى الدين علم الدين ص 47.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 4 ص 280.

يبين من نص الفقرة الثانية من المادة 499 مدنى أنه إذا كانت العين الموهوبة مثقلة بحق عينى (رهن رسمى أو رهن حيازة أو حق امتياز⁽¹⁾ أو حق اختصاص) ضمانا لدين فى ذمة الواهب أو فى ذمة شخص آخر، فإن المشرع افترض - إلا إذا ثبت العكس - أن إرادة الطرفين تتجه إلى إلزام الموهوب له بوفاء الديون التى تضمنها حقوق عينية على الشئ الموهوب ولو كان المدين شخصا غير الواهب. وأساس هذا النص على ما أفصحت مذكرة المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد:

".... فالمفروض أن الواهب قد أراد من الموهوب له أن يدفع هذا الدين كعوض للهبة مالم يوجد اتفاق على غير ذلك"⁽²⁾ أى أن التزام الموهوب له يقوم على فكرة العوض الضمنى المقرر لمصلحة المدين سواء كان هذا المدين هو الواهب أو شخصا غيره⁽³⁾.

وسواء افترض أن الموهوب له قد التزم نحو الواهب بأداء الدين المضمون بالحق العينى أو لم يفترض ذلك بأن اشترط الموهوب له فى عقد الهبة عدم التزامه بالدين، فإن الموهوب له باعتباره قد انتقلت إليه ملكية العين المثقلة بالحق العينى يكون مسئولا عن الدين نحو الدائن مسئولية عينية، وللدائن حق التتبع بفضل حقه العينى فيتقاضى الدين من العين الموهوبة. ويرجع الموهوب له عندئذ على المدين الأصلى إذا كان الدين فى ذمة الغير. أما إذا كان الدين فى ذمة الواهب، ولم يشترط الموهوب له عدم التزامه به، فإنه يكون بالنسبة إلى الدائن فى موقف المحال عليه، ويبقى الواهب ملزما هو أيضا بالدين حتى يقر الدائن هذه الحوالة وفقا لأحكام الفقرة الثانية من المادة 322 مدنى⁽⁴⁾ وإذا اشترط الموهوب له عدم التزامه بالدين، ولكن اضطر إلى دفعه بموجب الحق العينى الذى يثقل العين الموهوبة، فإنه يرجع فى هذه الحالة على الواهب بما دفع. ويعتبر ذلك كله تطبيقا للقواعد العامة⁽⁵⁾.

(1) أشارت إلى حق الامتياز المذكورة الإيضاحية للقانون المدنى ويرى البعض أن هذه الإشارة محل نظر (أكثر الخولى ص 164 ص 3).

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 4 ص 280 - محمد كامل مرسى ص 156.

(3) تنص هذه الفقرة على أنه: "فإذا اتفق البائع والمشتري على حوالة الدين، وسجل عقد البيع تعين على الدائن متى أعلن رسميا بالحوالة أن يقرها أو يرفضها فى ميعاد لا يتجاوز ستة أشهر، فإذا انقضى هذا الميعاد دون أن يبت برأى اعتبر سكوته إقرارا".

(4) السنهورى ص 175.

(5) السنهورى ص 175.

وهذا ما أفصحت عنه مذكرة المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد بقولها:

"وإذا كانت العين الموهوبة مثقلة بحق عيني (رهن رسمى، أو رهن حيازة، أو حق امتياز أو حق اختصاص) ضمانا لدين فى ذمة الواهب أو فى ذمة شخص آخر، فالمفروض أن الواهب قد أراد من الموهوب له أن يدفع هذا الدين كعوض للهبة، مالم يوجد اتفاق على غير ذلك، فإذا وفى الموهوب له الدين، وكان فى ذمة شخص آخر غير الواهب، رجع على المدين الأصلي بما وفاه عنه، كما كان يرجع الواهب. والموهوب له ملزم على كل حال نحو الدائن بوفاء الدين كحائز للعقار، حتى لو اشترط فى الهبة ألا يكون ملتزما به، ويرجع فى هذه الحالة على الواهب، إذا لم يشترط عدم التزامه بالدين، فإنه يكون بالنسبة للدائن فى موقف المحال عليه، ولكن المدين الأصلي يبقى ملتزما بالدين هو أيضا حتى يقر الدائن هذه الحالة (أنظر م450 من المشروع)"⁽¹⁾.



(1) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ4 ص280 وما بعدها - وقارن عكس ذلك أكثم الخولى ص165. فيذهب إلى أنه لما كان الموهوب له معرضا لتبعية الدائنين كأى حائز للعقار فإن النص السابق يجب أن يفسر على أنه يقرر التزام الموهوب له شخصيا لا كحائز للعقار بوفاء الدين المضمون وهو ما يتفق تماما مع فكرة العوض الضمنى كأساس لالتزام الموهوب له وما تنطوى عليه من وجود اشتراط لمصلحة الدائن وكذلك يخضع التزام الموهوب له بأداء الدين للقواعد العامة فى الهبة بعوض فلا يلزم الموهوب له بأداء الديون إذا كانت قيمتها تتجاوز قيمة الشيء الموهوب.

وإذا كان الدين المضمون بالحق العيني الذى يثقل الشيء الموهوب لشخص آخر غير الواهب فلا يرجع الموهوب له على المدين لأن هذا الرجوع لا يتفق مع فكرة العوض الضمنى التى يقوم عليها النص. هذا فضلا عن أن إجازة الرجوع على المدين تجعل النص السابق مجرد ترديد لحكم القواعد العامة فى حلول حائز العقار الموفى وفى انتقال الدعاوى إلى الموهوب له فى حالة الاستحقاق، وهو ما لا يسهل التسليم به".

ويرى الدكتور محمود جمال الدين زكى ص56 أيضا أن الحكم الوارد بالمذكرة الإيضاحية بأنه إذا وفى الموهوب له الدين وكان فى ذمة شخص آخر غير الواهب، رجع على المدين الأصلي بما وفاه عنه كما كان يرجع الواهب، محل شك كبير.

3- الرجوع في الهبة

مادة (500)

- 1- يجوز للواهب أن يرجع في الهبة إذا قبل الموهوب له ذلك.
- 2- فإذا لم يقبل الموهوب له جاز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع، متى كان يستند في ذلك إلى عذر مقبول، ولم يوجد مانع من الرجوع.

الشرح

دراسة تمهيدية

91- الرجوع في الهبة في الشريعة الإسلامية :

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول حق الواهب في الرجوع في هبته، لتعارض الآثار الواردة في موضوعها، وانقسموا إلى ثلاثة آراء.

الرأى الأول :

رأى أهل الظاهر ورواية عن أحمد بن حنبل، وهو أنه لا يجوز الرجوع في الهبة، لأن الهبة ملك لازم، فهي عقد تمليك منجز كالبيع فكما أن البيع يكون لازماً بعد تمامه فكذلك الهبة، ولا يضر كون أحدهما بعوض والآخر بلا عوض.

وسندهم في ذلك حديث الرسول (عليه السلام) "العائد في هبته كالعائد في قبئه" وفي رواية ثانية: "العائد في هبته كالكلب يعود في قبئه" وفي رواية ثالثة: "العائد في هبته كالكلب يقىء ثم يعود في قبئه".

والعود في القىء حرام فكذلك الرجوع في الهبة.

الرأى الثانى :

رأى مالك وجمهور علماء المدينة والشافعى ورواية عن أحمد بن حنبل وهذا الرأى على أن الهبة لازمة لا يجوز الرجوع فيها عدا هبة الوالد لولده. فللوالد أن يرجع فيما وهبه لابنه مالم يتزوج الإبن، أو لم يستحدث ديناً، وبالجمله مالم يترتب عليه حق الغير، وأن

للأم أيضا أن ترجع فيما وهبت إن كان الأب حيا وقد روى عن مالك أنها لا ترجع⁽¹⁾.
وسند ذلك أن الرجوع يضاد التملك والعقد لا يقتضى ما يضاده بخلاف هبة الوالد
لولده على أصله، لأنه لم يتم التملك لكونه جزءا له. وهذا الرجوع يسمى عند المالكية
باعتصار الهبة. والمراد به أخذ الهبة قهرا.
وكذلك احتجوا بحديث "لا يحل للرجل أن يعطى العطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما
يعطى ولده"، وفي رواية أخرى "لا يحل لواهب أن يرجع فى هبته إلا الوالد"، ولأن الأب
لا يتهم فى رجوعه لأنه لا يرجع إلا للضرورة أو لإصلاح الولد⁽²⁾.

الرأى الثالث:

وهو رأى أبى حنيفة وأصحابه، وقد أجمعوا على أن الهبة ملك غير لازم والأصل
فيها جواز الرجوع، إلا إذا قام مانع من موانع الرجوع فيها وهى سبعة.

1- القرابة المحرمة.

2- الزوجية.

3- العوض.

4- موت الواهب أو الموهوب له.

5- هلاك الشيء الموهوب.

6- خروج الموهوب من ملك الموهوب له.

7- الزيادة المتصلة.

واستندوا فى ذلك إلى أدلة من الكتاب والسنة وإجماع الصحابة رضى الله عنهم
والمعقول.

فبالنسبة للكتاب، استدلوإ إلى قوله تعالى:

﴿وَإِذَا حُيِّتُمْ بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوهَا ۗ﴾.

والتحية وإن كانت تستعمل فى معان من السلام والثناء والهدية بالمال فإن الثالث تفسير

(1) بداية المجتهد لابن رشد تحقيق أبو عبد الرحمن عبد الحكيم بن محمد الجزء الثانى ص502.

(2) بدائع الصنائع للكاسانى الجزء السادس الطبعة الثانية 1402هـ - 1982م ص128.

مراد بقرينة من نفس الآية الكريمة وهى قوله تعالى: ﴿أَوْزُدُوهَا﴾، لأن الرد إنما يتحقق فى الأعيان لا فى الأعراض، لأنه عبارة عن إعادة الشئ، وذلك لا يتصور فى الأعراض (1).
أما عن السنة، فقد استندوا إلى حديث الرسول (عليه السلام): "الواهب أحق بهبته مالم يثب منها" أى يعوض.

أما عن إجماع الصحابة فما رواه مالك عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قال: "من وهب هبة لصلة رحم أو على جهة صدقة فإنه لا يرجع فيها، ومن وهب هبة يرى أنه إنما أراد الثواب بها فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها".
وأنه قد روى عن سيدنا عثمان وسيدنا على وعبد الله بن سيدنا عمر وأبى الدرداء، وفضالة ابن عبيد وغيرهم رضى الله عنهم بمثل ما تقدم، ولم يرد عن غيرهم خلافه فيكون إجماعاً (2).

وبالنسبة للمعقول: فإن الواهب إنما يهب لبواعث شتى، فقد يعطى ابتغاء الثواب من الله أو لتحقيق مصلحة فى الدنيا، أو لأجل صلة رحم، أو للمكافأة على جميل سابق، فإن كان للواهب غرض دنيوى من هبته فنفسه لا تطيب بالهبة إذا لم يتحقق غرضه، وإن كان غرضه وجه الله تعالى فنفسه طيبة بما أعطت دون انتظار غرض دنيوى. لكن ذلك أمر خفى لا يمكن ضبطه، إذ المرجع فيه للعرف والعادة والقرائن ونية المعطى. فإذا طلب الرجوع فيما وهب علمنا أن له غرضاً دنيوياً فيما أعطى، وإلا فلا، وإن فىكون ملك الموهوب بعد قبضه إياه ملكاً قلماً لعدم تبين غرض الواهب وطيبة نفسه به، وعلى ذلك فتح له باب الرجوع إذا لم تطب نفسه بما أعطى (3).

وأما عن حديث "لا يحل لواهب أن يرجع فى هبته إلا الوالد" بروياته المختلفة، فإنه محمول على ما لم يقصد به العوض جميعاً بين الأدلة وأيضاً فالحل أخص من الجواز، ونفى الأخص لا يستلزم نفي الأعم (4).

وقد أجمع الفقهاء على أن الهبة التى يراد بها الصدقة أى وجه الله لا يجوز لأحد

(1) محمد كامل مرسى ص 158.

(2) البدائع ص 128.

(3) المرحوم الأستاذ أحمد إبراهيم بك التزام التبرعات مجلة القانون والاقتصاد السنة 3 ص 128.

(4) البدائع ص 128 - محمد كامل مرسى 158 وما بعدها.

الرجوع فيها.

92- الرجوع فى الهبة فى التقنين المدنى القديم:

اقتصرت المجموعة المدنية الملغاة على بعض أحكام الهبة، فبعد أن ذكرت فى المادة 66/44 أن الهبة من بين الأسباب التى تكتسب بها الملكية والحقوق العينية، أوردت فصلا خاصا (هو الفصل الثانى من الباب الخامس) ونصت فيه فى المواد (48 - 53، 76/70) على الأحكام الخاصة بشكل الهبة وعلى جانب يسير من أحكامها الموضوعية. ولم تتناول جواز الرجوع فى الهبة من عدمه. ومن ثم كان يتعين الرجوع فيما لم ينص عليه التقنين ومن بينها أحكام الرجوع فى الهبة إلى قانون الأحوال الشخصية للواهب وذلك على أساس أن الهبة ملحقه بالأحوال الشخصية وإن كانت بحسب طبيعتها من الأحوال العينية لأن المشرع لاحظ قيامها غالبا على فكرة التصديق المندوب إليه ديانة فأخرجها فى المادة 16 من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية من اختصاص المحاكم المدنية - كما أخرجت الوصية والميراث - والتى تطبق التقنين المدنى والتى ليس من شأنها النظر فى المسائل التى قد تحوى عنصرا دينيا ذا أثر فى تقرير حكمها⁽¹⁾.

ومادام لم ينص القانون على مسائل الرجوع فى الهبة فتطبق بالنسبة لها قانون الأحوال الشخصية. وأنه لا تعارض بين أحكام الشريعة وما تنص عليه المادة (70/80) من انتقال ملكية الأموال الموهوبة من الواهب إلى الموهوب له بمجرد الإيجاب والقبول، فإن ذلك لا يستتبع ضرورة القول بعدم جواز الرجوع فى الهبة، إذ ليس ما يمنع قانونا من أن يتم العقد بإيجاب وقبول من الطرفين، ويكون لأحدهما حق فسخه. وأن الشارع لم يضع نص المادة (70/48) إلا لغرض ظاهر، وهو مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بشرط القبض لتمام الهبة علاوة على الإيجاب والقبول، فلم يشترط هو القبض ومن جهة أخرى اشترط لتمام الهبة شرطا غير معروف فى الشريعة الإسلامية، وهو رسمية عقد الهبة مالم يكن موصوفا بصفة عقد آخر، وقد أتى بهذا الشرط من القانون الفرنسى. ولا يوجد ما يدل على أن غرض

(1) أكتف الخولى ص178.

الشارع من الأحكام التى أوردتها فى المادة (70/48) هو عدم جواز الرجوع⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "الأحوال الشخصية هى مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التى رتب القانون عليها أثرا قانونيا فى حياته الاجتماعية ككونه إنسانا ذكرا أو أنثى، وكونه زوجا أو أرملًا أو مطلقا أو أبا أو ابنا شرعيا، أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سن أو عته أو جنون، أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية. أما الأمور المتعلقة بالمسائل المالية فكلها بحسب الأصل من الأحوال العينية، وإذن فالوقف والهبة والوصية والنفقات على اختلاف أنواعها ومناشئها هى من الأحوال العينية لتعلقها بالمال وباستحقاقه وعدم استحقاقه. غير أن المشرع المصرى وجد أن الوقف والهبة والوصية وكلها من عقود التبرعات - تقوم غالبا على فكرة التصديق المندوب إليه ديانة، فألجأه هذا إلى اعتبارها من قبيل مسائل الأحوال الشخصية كيما يخرجها عن اختصاص المحاكم المدنية التى ليس من نظامها النظر فى المسائل التى قد تحوى عنصرا دينيا ذا أثر فى تقرير حكمها. على أن أية جهة من جهات الأحوال الشخصية إذا نظرت فى شىء مما تختص به من تلك العقود، فإن نظرها فيه بالبداية مشروط باتباع الأنظمة المقررة قانونا لطبيعة الأموال الموقوفة والموهوبة والموصى بها".

(طعن رقم 40 لسنة 3 ق جلسة 1994/6/21)

2- "إن مسائل الهبة فى نظر الشارع ليست كلها من الأحوال الشخصية ولا هى كلها من الأحوال العينية ومن ثم كانت الهبة محكومة بقوانين لكل مجاله فى التطبيق القانون المدنى فيما أوردته من أحكام لها بالذات مكملة بالأحكام العامة للالتزامات، وقانون الأحوال الشخصية فى غير ذلك من مسائلها.

وإذا كان القانون المدنى لم يتعرض بتاتا إلى أمر الرجوع فى الهبة وليس فيما وضعه لها ولأسباب انتقال الملكية وزوالها من نصوص، ولا فيما أوردته للالتزامات من أحكام عامة، ما ينافى الرجوع فى الهبة، كان لا مندوحة عن الرجوع فى هذا الأمر إلى قانون الأحوال الشخصية، سافرة كانت الهبة أو مستورة.

(1) محمد كامل مرسى ص6 وما بعدها، ص179 وما بعدها.

وعلى ذلك فالحكم الذى يقضى بوقف الفصل فى طلب ثبوت ملكية عين مبيعة بعقد يستر هبة رجع فيها البائع حتى تفصل جهة الأحوال الشخصية فى أمر الرجوع عن الهبة، لا يكون مخالفا للقانون".

(طعن رقم 54 لسنة 16 ق جلسة 1947/4/3)

3- "... وإذن فمتى كان الشيك الذى سلمه المطعون عليه إلى الطاعن بسبب زواج هذا الأخير بابنة الأول هو أداة وفاء، وقد تمت به الهبة فى ظل القانون المدنى القديم على ما قرره الحكم وأصبح المال الموهوب كله ملكا للطاعن بتنازل الزوجة إليه عن نصيبها فيه، وكان الرجوع فى الهبة خاضعا فى ظل القانون المدنى القديم للشرعية الإسلامية وحكمها فى ذلك أن الرجوع لا يصح إلا برضاء الموهوب له أو بقضاء القاضى وكان قضاء القاضى فى ذلك منشئا للحق لا كاشفا له وكان الثابت أنه لم يحصل تراضى على الرجوع فى الهبة كما لم يصدر بعد حكم به وما زالت الزوجية قائمة، فإن المبلغ الموهوب المحجوز من أجله يكون مجرد دين احتمالى قد يترتب فى الذمة مستقبلا وقد لا يترتب أصلا، فلا يصح وصفه من الآن بأنه محقق الوجود حال الأداء وبالتالي لا يجوز أن يكون سببا لتوقيع الحجز التحفظى".

(طعن رقم 434 لسنة 21 ق جلسة 1954/2/11)

93- حكم الرجوع فى الهبة بالتراضى فى القانون المدنى الجديد:

تنص الفقرة الأولى من المادة (500) من التقنين المدنى الجديد على أنه: "يجوز للواهب أن يرجع فى الهبة إذا قبل الموهوب له ذلك".

وقد ورد الرجوع فى المادة مطلقا، غير مقيد إلا بقبول الموهوب له هذا الرجوع. ومعنى ذلك أنه يجوز الرجوع ولو كان هناك مانع من موانع الرجوع فى الهبة قضاء أو لم يكن لدى الواهب عذر مقبول للرجوع. فإذا تراضى طرفا الهبة على الرجوع فيها كان هذا صحيحا وترتبت عليه كل آثاره.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى للتقنين المدنى أنه:

"وإذا طلب الواهب الفسخ وقدم لذلك عذر مقبولا، فإن القاضى بالرغم من ذلك لا يحكم بالفسخ إذا وجد مانع من موانع الرجوع فى الهبة، بخلاف الفسخ بالتراضى، فلا يحول بالبداهة دون مانع".

ويعتبر تراضى الطرفين على الرجوع فى الهبة إقالة من الهبة تمت بإيجاب وقبول جديدين شأن الإقالة من أى عقد آخر.

غير أن الإقالة في هذه الحالة لها أثر رجعي فتعتبر الهبة كأن لم تكن كما سنرى. وعلى هذا نصت المادة 503 مدني⁽¹⁾.

94 - أحكام الرجوع في الهبة بالتقاضي :

إذا أراد الواهب الرجوع في الهبة ولم يقبل الموهوب له ذلك، فلا يكون أمام الواهب إلا الرجوع عن الهبة بالتقاضي برفع دعواه إلى المحكمة المختصة ولكي يحكم القاضي بالرجوع في الهبة لا بد من توافر شرطين:

1- أن يستند الواهب في الرجوع إلى عذر مقبول وقد ورد بالمادة 501 أمثلة لهذا العذر. أي أن الأعدار الواردة بالمادة المذكورة - كما سنرى - لم ترد على سبيل الحصر. وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون (نظرة عامة) : "بل يشترط في الرجوع - إذا لم

(1) وحال مناقشة مشروع التقنين المدني بمجلس الشيوخ اقترح مستشارو محكمة النقض والإبرام حذف المواد من 500 إلى 504 الخاصة بالرجوع في الهبة. وقد جاء عن ذلك بملحق تقرير لجنة القانون المدني ما يأتي:

"اقترح حذف المواد من 500 إلى 504 الخاصة بالرجوع في الهبة" مادامت المادة 16 من لائحة ترتيب المحاكم الوطنية لم تعدل "فضلا عن أنها "لا تسرى في حق غير المصريين، لأنهم خاضعون لقانون جنسيتهم في خصوص الأحكام الموضوعية للهبة"، ولم تأخذ اللجنة بهذا الاقتراح لأن نص المادة 16 مطلق ومقتضى إطلاقه إخراج الهبة بأسرها من نطاق القانون المدني لا إخراج الرجوع فحسب، والحال في الواقع غير ذلك، ولأسيما من حيث الاختصاص القضائي، فالمحاكم الأهلية هي التي تفصل في جميع مسائل الهبة وفي الرجوع فيها، بل وفي أهلية الواهب، وليس للهبة في تصوير القانون المصري من الاتصال بالميراث والروابط العائلية ما يبرر إدخالها في الأحوال الشخصية على نحو ما تفعل الشرائع الغربية، بل لقد اختلفت المحاكم في جواز الرجوع في الهبة في مصر، فذهبت بعض المحاكم إلى عدم جواز ذلك استنادا إلى قواعد القانون المدني، وذهبت أحكام أخرى إلى جواز ذلك وفقا لقواعد الشريعة، وأيدت هذا الرأي أخيرا محكمة النقض، وقد أراد المشروع أن يحسم الخلاف بنصوص واضحة، وترى اللجنة بعد ذلك وجوب حذف الإشارة إلى الهبات في المادة 16 من لائحة تنظيم المحاكم الأهلية عند تعديلها بمناسبة زوال المحاكم المختلطة، ويلاحظ من ناحية أخرى أن ورود قواعد الهبة في القانون المدني لا يستتبع وجوب تطبيقها على الأجانب، فقد قنن المشروع قواعد الأهلية. ولا يعنى ذلك تطبيقها على الأجانب، لأن مرجع سريان الأحكام الموضوعية في حق الأجانب هو قواعد الإسناد".

(مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص284 وما بعدها)

يرض به الموهوب له - أن يكون عند الواهب عذر مقبول فيه ، وأورد المشروع أمثلة من العذر المقبول مما يقرب الشريعة الإسلامية من القوانين الأجنبية ، وهناك موانع للرجوع في الهبة نقلت عن الشريعة الإسلامية كما قننها قدرى باشا في كتابه عن الأحوال الشخصية⁽¹⁾.

2- ألا يوجد مانع من موانع الرجوع في الهبة وهذه الموانع سبعة ، وردت على سبيل الحصر في المادة 502 مدنى كما سنرى.



(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص242.

مادة (501)

يعتبر بنوع خاص عذرا مقبولا للرجوع في الهبة:

- (أ) أن يخل الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب، أو نحو أحد من أقاربه، بحيث يكون هذا الإخلال 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، أو أن يكون للواهب ولد يظنه ميتا وقت الهبة فإذا به حي.

الشرح

الأعذار التي تبرر الرجوع في الهبة

الواردة بالمادة (501) مدني

الأعذار التي تبرر الرجوع في الهبة والتي نصت عليها المادة (501) مدني سبعة أعذار ، وقد وردت بالمادة على سبيل المثال لا الحصر، كما سنرى ونعرض لهذه الأعذار فيما يلي.

95 - العذر الأول :

جحود الموهوب له :

نصت المادة 501 على هذا العذر في الفقرة (أ) منها بقولها:

"أن يخل الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب، أو نحو أحد من أقاربه، بحيث يكون هذا الإخلال جحودا كبيرا من جانبه".

فالنص يفترض أنه يقع على عاتق الموهوب له التزام حقيقي بالاعتراف بالجميل نحو

الواهب بل ونحو أقاربه، وجعل من الإخلال بهذا الالتزام عذرا مقبولا للرجوع في الهبة.

وكل ما اشترطه القانون هو أن يكون الإخلال بالالتزام على درجة من الجسامه

بحيث يعتبر جحودا كبيرا. فهو قد وضع معيارا مرنا يواجه الحالات المتعددة والحوادث

المختلفة، وترك للقاضي في كل حالة تقدير ما يعتبر من الموهوب له جحودا كبيرا. ولا يشترط أن تكون الإساءة التي تكشف عن الجحود الكبير، مما يكون جريمة جنائية فأية إساءة بالغة تكفي لتكون جحودا كبيرا من الموهوب له. وبالعكس قد يرتكب الموهوب له جريمة ولكنها لا تعتبر إساءة بالغة مثل تسبب الموهوب له بخطئه وإهماله في جرح أو قتل الواهب أو أحد أقاربه، فالموهوب له في هذه الحالة لم يقصد الإساءة إلى الواهب أو أحد أقاربه. ومن ثم لا يكون عمله جحودا. ويمكن القول أيضا إن الموهوب له إذا جرح أو قتل الواهب أو أحد أقاربه استعمالا لحقه في الدفاع المشروع عن نفسه، لم يعتبر هذا العمل جحودا منه، إذا هو قصد الدفاع عن نفسه ولم يقصد الإساءة إلى الواهب⁽¹⁾.

ويختلف التقنين المدني المصري عن القانون المدني الفرنسي الذي حدد في المادة 955 منه حالات الجحود التي تعد عذرا مقبولا للرجوع في الهبة على سبيل الحصر. وهي الاعتداء على حياة الواهب أو الشروع فيه أو إهانة الواهب أو إساءة معاملته أو ارتكاب جريمة ضده أو الامتناع عن الإنفاق عليه إذا أدركه العوز⁽²⁾.

وهذه الحالات تصلح أمثلة للجحود الكبير طبقا للتقنين المصري. وقد أوردت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي مثالا للجحود الكبير بقولها: "أن يصدر من الموهوب له ما يدل على جحود كبير نحو الواهب أو نحو أحد من أقاربه، كأن يرتكب جريمة لا عذر له فيها ضد أحد من هؤلاء، ويترك تقدير ذلك للقاضي"⁽³⁾. وقد اعتبرت محكمة النقض من قبيل الجحود الكبير أن يكون الوالد وهب ولده مبلغا من النقود لشراء شهادات استثمار يقتضى الواهب فوائدها، دون أن يؤدي الموهوب له هذه الفوائد إلى الواهب.

إذ قُضت بأن :

"البين من الاطلاع على الحكم المطعون فيه أنه استند في قضائه بتأييد الحكم الابتدائي إلى أن عدم أداء الطاعن - الموهوب له فوائد شهادات الاستثمار للمطعون عليه الأول - الواهب - حسبما هو ثابت في تحقيق النيابة المودع ملف الدعوى يعتبر جحودا كبيرا منه يجيز لهذا الأخير الرجوع في الهبة دون ما حاجة لبحث ما يثيره الطاعن في شأن توفر سبب

(1) السنهاورى ص 201.

(2) محمود جمال الدين زكى ص 160 ، ص 166.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 291 .

آخر من أسباب الرجوع في الهبة وهو عجز الواهب عن توفير أسباب المعيشة لنفسه ولزوجته . وإذ كان مؤدى ذلك أن المحكمة اكتفت بالجهود سببا للرجوع في الهبة واعتبرته متحققا لمجرد امتناع الطاعن عن الوفاء للواهب بالفوائد المستحقة بصرف النظر عن ملاءة الواهب أو إعساره، وكان هذا الرأي الذى انتهى إليه الحكم المطعون فيه يقوم على أسباب سائغة تكفى لحمل قضائه في هذا الخصوص فإن النعى عليه برفضه التحقق من إعسار المطعون عليه الأول يكون غير منتج".

(طعن رقم 49 لسنة 43 ق جلسة 1979/3/13)

والملاحظ أن لفظ (الأقارب) جاء مطلقا ، ويرى البعض التوسع في تفسيره بحيث يشمل الزوج والزوجة⁽¹⁾.

96 - العذر الثاني :

عجز الواهب عن توفير أسباب المعيشة لنفسه بما يتفق مع مكانته الاجتماعية أو عجزه عن الإنفاق على الغير :

نصت المادة 501 في الفقرة (ب) منها على هذا العذر بقولها:

"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".

فليس من الضروري أن يقع الواهب في فقر مدقع ، بل يكفي أن ينزل عن المستوى اللائق لمكانته الاجتماعية⁽²⁾، أو أن يصبح غير قادر على الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة للغير كالزوجة والأولاد والأقارب.

ولا يمنع من الرجوع في هذه الحالة أن يظهر الموهوب له استعداد في الإنفاق على الواهب، عكس الحال في القانون الفرنسي إذ تقضى المادة 955 منه بأن قبول الموهوب له النفقة على الواهب يمنع من الرجوع في الهبة، ولا يجوز للواهب الرجوع إلا إذا طلب

(1) وينتقد الدكتور محمود جمال الدين زكى ص 167 هذا النص بقوله: "وليس في القانون الوضعي نص ينافس هذا النص في افتقاره إلى الدقة واحتياجه إلى التحديد. ويعتبر على كل حال مثلا نادرا لالتزام غير محدد في موضوعه، وفي أشخاص الدائنين فيه، وليس من شأن كل هذا أن يعين على استقرار المعاملات".

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 4 ص 291.

من الموهوب له النفقة فامتنع الموهوب له.
وقاضى الموضوع هنا أيضا هو الذى يقدر ما إذا كان الضيق المالى الذى وقع فيه
الواهب يكفى عذرا للرجوع فى الهبة أم لا⁽¹⁾.
وأساس الرجوع فى الهبة فى هذه الحالة قريب من نظرية الظروف الطارئة⁽²⁾.

97 - العذر الثالث :

أن يرزق الوالد ولدا بعد الهبة :

نصت على هذا العذر المادة 501 مدنى فى الفقرة (ج) منها بقولها " أن يرزق الواهب
بعد الهبة ولدا يظل حيا إلى وقت الرجوع أو أن يكون للواهب ولد يظنه ميتا وقت الهبة
فإذا به حى".

والمفروض فى ذلك أن الواهب رجل أو امرأة ، لم يكن له ولد (ذكرا أو أنثى) وقت الهبة
ثم رزق الولد بعدها، أو كان له ولد ظنه ميتا فوهب، ثم ظهر الولد. أما إذا كان له ولد وقت
الهبة ثم رزق ولدا آخر بعد ذلك فليس له الرجوع⁽³⁾.

ويفسر الرجوع عن الهبة فى هذه الحالة فى القانون الفرنسى - بوجود شرط فاسخ
ضمنى أساسه تفسير إرادة الواهب ، لذلك يجيز له القانون أن يتخلص من تصرف مفقر
ما كان ليقدم عليه لو كان له ولد وقت الهبة .

98 - ورود الأعذار بالمادة على سبيل المثال لا الحصر :

وردت الأعذار الثلاثة المنصوص عليها بالمادة 501 على سبيل المثال لا الحصر
وبيفصح عن ذلك أن المادة نصت فى صدرها على أن: "يعتبر بنوع خاص عذرا مقبولا
للرجوع فى الهبة" ثم أوردت الأعذار الثلاثة. وقد خصت هذه الأعذار بالذكر لأنها هى
الأعذار الغالبة التى تبرر الرجوع فى الهبة. ومن ثم يجوز أن تضاف إليها أعذار أخرى
تبرر الرجوع فى الهبة ، وتخضع هذه الأعذار لتقدير القاضى.

ومن الأعذار الأخرى التى لم يرد النص عليها بالمادة ألا يقوم الموهوب له

(1) السنهورى ص 203.

(2) أكتف الخولى ص 175.

(3) مذكرة المشروع التمهيدى ج 4 ص 291 .

بالاتزامات أو التكاليف التي فرضتها عليه الهبة، أو ألا يقدم العوض الذي التزم بتقديمه مقابلاً للهبة⁽¹⁾ أو يقع في غلط عند الهبة.

ومن الأعذار التي تبرر رجوع الخاطب في هدايا الخطبة - وفقاً لقضاء محكمة النقض والمحكمة الدستورية العليا - عدول المخطوبة عن الخطبة لسبب لا يرجع إلى الخاطب كتغيير رأيها بشأنه وامتناعها دون مبرر عن العقد عليها.

وعدول الخاطب عن الخطبة لسبب يرجع إلى المخطوبة كأن تعلن المخطوبة امتناعها عن الدخول بمسكن الزوجية الذي أعده الخاطب رغم توافر شروطه الشرعية .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- " حق الخاطب الواهب في استرداد هدايا الخطبة يخضع لأحكام الرجوع في الهبة الواردة في المادة 500 وما بعدها من القانون المدني، وتشتط المادة المذكورة للرجوع في الهبة في حالة عدم قبول الموهوب له أن يستند الواهب في الرجوع إلى عذر يقبله القاضي، وإذا كانت محكمة الموضوع قد أعملت حكم هذه المادة وانتهت - في حدود سلطتها التقديرية - إلى عدم أحقية الطاعن في استرداد الشبكة والهدايا، فإن الحكم المطعون فيه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ في تطبيقه".

(طعن رقم 62 لسنة 39 ق جلسة 1974/5/26)⁽²⁾

(1) السنهوري ص 200.

(2) وقد قضت محكمة النقض بأن:

"تشتط المادة 500 من القانون المدني للرجوع في الهبة في حالة عدم قبول الموهوب له أن يستند الواهب إلى عذر يقبله القاضي. فإذا كان ما تعلل به الطاعن لتبرير حقه في الرجوع عن تنازله عن الأجرة غير قابل للانقسام غير صحيح في القانون لأن دين الأجرة وإن كان أصلاً للمورث إلا أنه مادام بطبيعته قابلاً للانقسام فهو ينقسم بعد وفاته على الورثة كل بقدر حصته الميراثية، إذا كان ذلك، فإن العذر الذي استند إليه الطاعن لتبرير حقه في الرجوع في إقراره بالتنازل يكون منتقياً".

(طعن رقم 413 لسنة 30 ق جلسة 1965/12/16)

مادة (502)

يرفض طلب الرجوع فى الهبة إذا وجد مانع من الموانع الآتية:

- (أ) إذا حصل للشئ الموهوب زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته، فإذا زال المانع عاد حق الرجوع.
- (ب) إذا مات أحد طرفى عقد الهبة.
- (ج) إذا تصرف الموهوب له فى الشئ الموهوب تصرفاً نهائياً، فإذا اقتصر التصرف على بعض الموهوب، جاز للواهب أن يرجع فى الباقي.
- (د) إذا كانت الهبة من أحد الزوجين للآخر، ولو أراد الواهب الرجوع بعد انقضاء الزوجية.
- (هـ) إذا كانت الهبة لذى رحم محرم.
- (و) إذا هلك الشئ الموهوب فى يد الموهوب له، سواء أكان الهلاك بفعله أو بحادث أجنبى لا يد له فيه، أو بسبب الاستعمال، فإذا لم يهلك إلا بعض الشئ، جاز الرجوع فى الباقي.
- (ز) إذا قدم الموهوب له عوضاً عن الهبة.
- (ح) إذا كانت الهبة صدقة أو عملاً من أعمال البر.

الشرح

موانع الرجوع فى الهبة :

99- تعداد :

أوردت المادة 502 مدنى ثمانية موانع من الرجوع فى الهبة، وهذه الموانع وردت على سبيل الحصر، فلا يجوز إضافة موانع أخرى للرجوع فى إليها. وهذه الموانع - كما سنرى - منها ما هو قائم وقت الهبة، ومنها ما يطرأ بعد الهبة. ونعرض لهذه الموانع بالتفصيل على الترتيب الوارد بالمادة.

100- المانع الأول :

زيادة الموهوب زيادة متصلة :

نصت المادة 502 مدنى فى الفقرة (أ) منها على هذا المانع بقولها: "إذا حصل للشئ الموهوب زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته فإذا زال المانع عاد حق الرجوع".
فيشترط لتحقيق هذا المانع توافر شرطين:

الشرط الأول :

أن تحصل زيادة متصلة للشئ الموهوب.
والمقصود بالزيادة المتصلة هى الزيادة فى نفس الموهوب.
وقد جاء النص عاما، ولذلك يستوى - كما يرى فقهاء المذهب الحنفى - أن تكون الزيادة المتصلة متولدة كدابة هزيلة سممت وثمار الشئ وقد تكون غير متولدة وهى التى لم تنشأ عن الأصل كالبناء والغراس فى الأرض الموهوبة، أو كان الموهوب قماشاً فصبغ أو قطع قميصاً وخيط.
ويستوى أن تكون هذه الزيادة بفعل الموهوب له أو بغير فعله.
أما الزيادة المنفصلة عن الشئ الموهوب فلا تمنع من الرجوع فى الهبة، سواء كانت متولدة كنتاج الدابة أو غير متولدة كريع الدار أو كآلة رى توضع فى الأرض الموهوبة.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى :

"إذا تغير الموهوب زيادة أو نقصا، فالتغيير بالزيادة أن تحصل للموهوب زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته كالبناء على الأرض الموهوبة، فإذا زال المانع عاد حق الرجوع، أما الزيادة غير المتصلة، سواء تولدت من الشئ كالنتاج أو لم تتولد كآلة رى وضعت فى الأرض الموهوبة، فلا تمنع من الرجوع، وكذلك لا يمنع من الرجوع ارتفاع ثمن الموهوب"⁽¹⁾.

الشرط الثانى :

أن تؤدى هذه الزيادة المتصلة إلى زيادة قيمة الشئ. أما إذا زادت قيمة الشئ دون

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 4 ص 291 وما بعدها.

حدوث زيادة مادية متصلة به نظرا لإقبال الناس عليه فى الأسواق أو لنقله إلى مكان تكون له فيه قيمة أكبر فلا يمنع الرجوع⁽¹⁾.

وإذا كان البناء أو الغراس لا يوجب زيادة فى الأرض، فإنه لا يمنع الرجوع. وإن كان يوجب فى قطعة منها، بأن كانت الأرض كبيرة بحيث لا يعد مثله زيادة فيها كلها، امتنع الرجوع فى تلك القطعة دون غيرها.

وإذا زالت الزيادة المانعة من الرجوع عاد حق الرجوع. والزيادة المتصلة مانعة من الرجوع، لأن الرجوع لا يصح إلا فى الموهوب، والزيادة ليست بموهوبة، فلا رجوع فيها، والفصل متعذر ليرجع فى الأصل دون الزيادة⁽²⁾. أما الزيادة المنفصلة فإنها لا تمنع من الرجوع إذ يستطيع الواهب الرجوع فى أصل الشئ الموهوب دون ضرر يلحق الموهوب له، لأنه يمكنه استيفاء الزيادة ورد الموهوب.

101- المانع الثانى :

موت أحد طرفى عقد الهبة :

(1) أكتّم الخولى ص 179 - م 516 من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا وقد نصت على أن:

(2) بدائع الصنائع ص 129- وينتقد البعض النص على هذا المانع - والذي نقله المشرع من الفقه الحنفى - لما يراه من ضعف أساسه المنطقى وما يؤدى إليه من صعوبة وعقم فى التطبيق. فالفقهاء يجعلون من الزيادة المتصلة مانعا من الرجوع، لأن الزيادة ليست موهوبة إذ لم يرد عليها العقد فلا يجوز أن يرد عليها الفسخ ولا سبيل إلى الرجوع فى الأصل بدون الزيادة لأنه غير ممكن فامتنع الرجوع أصلا. وأن ضعف هذا الأساس ظاهر لا يحتاج إلى بيان. وقد كان على المشرع أن يتجنب النص على هذا المانع وأن يجيز الرجوع رغم الزيادة المتصلة مكتفيا بتطبيق القواعد العامة المتعلقة بالمصروفات والبناء والغراس بحسن نية إذ لا مبرر للخروج عن هذه القواعد فيما يتعلق بالهبة.

وقد كان ذلك سهلا ميسورا لأن الحكم الشرعى السابق اجتهادى لحق لا سند له فى كتاب أو سنة. وغنى عن البيان أن تطبيق القاعدة الشرعية فى العمل يؤدى إلى نتائج غير مقبولة. فإذا وهب شخص لآخر بقرة ثم شرع الموهوب له فى قتل الواهب فقام الجحود كعذر مقبول فإن الرجوع بمتنع إذا كانت البقرة قد سمّنت سمنة زادت قيمتها وناهيك بالصعوبة إذا كانت سمنة البقرة محل شك (أكتّم الخولى ص 179 وما بعده).

نصت على هذا المانع المادة 502 مدنى فى الفقرة (ب) بقولها : "إذا مات أحد طرفى عقد الهبة".

فموت أحد طرفى عقد الهبة مانع من موانع الرجوع فى الهبة. لأن حق الرجوع فى الهبة حق شخصى محض يخضع لتقدير الواهب، وهو الذى يقدر الاعتبارات التى يراها مبررا للرجوع فى الهبة، ومن ثم لا ينتقل إلى ورثة الواهب بعد موته، فالوارث ليس بواهب وإنما أجنبى عن العقد، وقد أوجب الشارع حق الرجوع للواهب.

كذلك يسقط حق الرجوع إذا مات الموهوب له، لأنه بموت الموهوب له ينتقل ملك الهبة إلى الورثة فصار كما إذا انتقل فى حياته⁽¹⁾، وخروج الموهوب من ملك الموهوب له مانع من الرجوع - كما سيأتى - ولأن تبدل الملك كتبدل العين فصار الموهوب كأنه عين أخرى فلا يكون للواهب عليها من سبيل.

ووفاة أحد طرفى الهبة لا تحول دون الرجوع إلا إذا حدثت قبل رفع دعوى الرجوع. أما إذا رفع الواهب الدعوى ثم توفى فإن الحق ينتقل إلى ورثته كما هو الحال فى تعويض الضرر الأدبى (م 1/222 مدنى) لاسيما أن الأساس واحد فى الحالتين وهو قيام الحق على اعتبارات أدبية خاصة بشخص صاحبه ويستقل وحده بتقديرها⁽¹⁾.

102 - المانع الثالث :

تصرف الموهوب له فى الشئ الموهوب تصرفا نهائيا :

نصت على هذا المانع المادة 502 مدنى الفقرة (ج) منها بقولها: "إذا تصرف الموهوب له فى الشئ الموهوب تصرفا نهائيا. فإذا اقتصر التصرف على بعض الموهوب، جاز للواهب أن يرجع فى الباقي".

فتصرف الموهوب له فى الشئ الموهوب تصرفا نهائيا مانع من موانع الرجوع فى الهبة.

ولا يهم نوع التصرف، فقد يكون بيعا أو مقايضة أو هبة أو غير ذلك. غير أنه يجب أن يكون التصرف نهائيا، فإذا فسخ التصرف أو أبطل وعاد الموهوب

(1) تكملة فتح القدير ج9 الطبعة الأولى 1389 هـ - 1970م ص43.

(2) أكنم الخولى ص 177.

إلى ملك الواهب فإنه يعود إليه⁽¹⁾.

وإذا تصرف الموهوب له فى بعض الموهوب فقط كان له حق الرجوع فى الباقي، وكأنه لم يتصرف فى شيء منه، ذلك أنه إذا كان الموهوب لم يتم التصرف فى شيء منه كان له أن يرجع فى البعض ويترك البعض، لأن له حق الرجوع فى الكل فله أن يترك الكل إن شاء، وإن شاء ترك البعض فلذا إذا تصرف فى بعضه له أن يأخذ الباقي، لأن المانع لم يوجد إلا فى البعض فيتعذر الامتناع بقدره⁽²⁾.

وهذا المانع يرجع إلى أن خروج الموهوب من ملك الموهوب له وتمليكه لغيره حصل بتسليط الواهب، فلا يمكن من نقض ما تم من جهته، إذ القاعدة أن كل من سعى فى نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه، ولأن تبدل الملك كتبدل العين فصار كعين أخرى فلا يرجع فيها ولا يجوز الرجوع فى عين أخرى. متقايض عليها لأنها ليست موهوبة لانعدام ورود العقد عليها، كما لا يجوز الرجوع فى قيمة الموهوب⁽¹⁾.

والتصرف النهائى فى الموهوب هو الذى يمنع من الرجوع فى الهبة. ومن ثم لا يمنع من الرجوع فيها ترتيب انتفاع أو ارتفاق أو رهن على الشيء الموهوب⁽²⁾. ويرى البعض أنه كان يحسن بالقانون أن ينص على انتقال حق الواهب إلى الثمن إذا كان الموهوب له قد تصرف فى الشيء بعوض لاسيما أن من أحوال الرجوع ما يقوم على عقاب الموهوب له⁽³⁾.

(1) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية جـ 4 ص 292 وقد جاء بها : "..... والتصرف فى الموهوب كله أو بعضه، فإن فسخ التصرف عاد حق الرجوع". (م 518 من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا).

(2) محمد كامل مرسى ص 190.

(1) بدائع الصنائع ص 128 وما بعدها - السنهورى ص 196 وما بعدها.

(2) أكنم الخولى ص 177 وما بعدها.

(3) أكنم الخولى ص 177 وما بعدها.

103 - المانع الرابع :

الهبة بين الزوجين :

نصت المادة 502 مدنى على هذا المانع فى الفقرة (د) منها بقولها: "إذا كانت الهبة من أحد الزوجين للآخر ولو أراد الواهب الرجوع بعد انقضاء الزوجية".
فالهبة تكون لازمة ابتداء لا يجوز الرجوع فيها إذا تمت أثناء قيام الزوجية، سواء قبل الدخول أو بعده.

أما إذا وهب شخص لامرأة ثم تزوجها أو وهبت امرأة لرجل ثم تزوجته، فإن الهبة تكون غير لازمة لأن أيهما لم يكن زوجا للآخر وقت الهبة⁽⁴⁾. ومن ذلك الهبة التى يقدمها أحد الخاطبين للآخر فى فترة الخطبة.

ولا تكون لازمة أيضا الهبة التى يقدمها المطلق لمطلقة أو المطلقة لمطلقها، وإنما يجوز الرجوع فيها.

ولا يجوز الرجوع فى الهبة، ولو انقضت الزوجية سواء كان ببطلان أو تطليق أو فسخ، ولو كان الانقضاء لسبب يرجع إلى الموهوب له.

والعلة فى هذا المانع أن صلة الزوجية تجرى مجرى صلة القرابة الكاملة بدليل أنه يتعلق بها التوارث فى جميع الأحوال، فلا يدخلها حجب الحرمان والقرابة الكاملة مانعة من الرجوع فكذا ما يجرى مجراها⁽¹⁾.

كما أن المقصود من هبة كل منهما للآخر الصلة والتواد دون العوض كما فى القرابة المحرمية، وقد تحقق غرض الواهب، فلا يرجع فيها بعد حصول المقصود⁽²⁾.

(1) تكملة ابن عابدين ج 8 الطبعة الثانية 386 هـ - 1966 م ص 481 - الهداية شرح بداية المبتدى الجزء الثالث الطبعة الأخيرة ص 228.

(2) بدائع الصنائع ص 133.

(3) محمود جمال الدين زكى ص 163 وما بعدها - ويرى الدكتور أكثم الخولى ص 172 أن تحريم الرجوع فى الهبة بين الزوجين بعد انتهاء الزوجية ليس له ما يبرره على إطلاقه لاسيما إذا كان انتهاء الزوجية راجعا - وهو ما يحدث كثيرا فى العمل - إلى خطأ الموهوب له. بل لعله يكون من الأفضل الأخذ بحكم القانون الفرنسى الذى يفرد الهبات من أحد الزوجين بإمكان الرجوع فيها من جانب الواهب طيلة حياته حرصا على ألا تكون الزوجية سببا فى انتزاع الهبة بضغط أحد الزوجين على إرادة الآخر - أيضا من هذا رأى محمود جمال زكى ص 164.

104 - المانع الخامس :

الهيئة لذى رحم محرم :

نصت على هذا المانع المادة 502 فى الفقرة (هـ) منها بقولها " إذا كانت الهيئة لذى رحم محرم " وهذا المانع قائم منذ الهيئة.

و القرابة الرحمية المحرمية هى التى يكون فيها الموهوب له قريبا للواهب ويحرم عقد الزواج بينهما، فيدخل فيها الآباء والأمهات وإن علوا، والأولاد وإن سفلوا، وأولاد البنين والبنات فى ذلك سواء. وكذلك الإخوة والأخوات وأولادهم وإن سفلوا، والأعمام والعمات والأخوال والخالات⁽³⁾.

والمحرمية بالسبب لا بالقرابة لا تمنع الرجوع، كالأباء والأمهات والأخوة والأخوات من الرضاع، وكذا المحرمية بالمصاهرة كأمهات النساء والريائب وأزواج البنين والبنات وبالتالي يجوز الرجوع فى الهيئة إذا كانت لذى رحم وليس بمحرم كابن العم وابن العممة وابن الخال وابن الخالة وسند عدم الرجوع حديث الرسول عليه السلام " إذا كانت الهيئة لذى رحم محرم لم يرجع فيها ".

ولأن المقصود من الهيئة صلة الرحم وقد حصل وفى الرجوع قطيعة للرحم فلا يرجع فيها⁽¹⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- (أ) - "يجوز للواهب طبقا لنص المادة 500 من القانون المدنى الرجوع فى الهيئة إذا تراضى على ذلك مع الموهوب له أو استند إلى عذر يقبله القاضى إلا إذا وجد مانع من الرجوع فى الهيئة وقد حددت المادة 502 من القانون ذاته موانع الرجوع فى الهيئة ومن بينها ما نصت عليه الفقرة " هـ " وهو " إذا كانت الهيئة لذى رحم محرم "، ولما كان نص هذه الفقرة قد جاء عاما بغير تخصيص، مطلقا بغير قيد فيسرى على جميع الهيئات التى تربط الواهب فيها بالموهوب له قرابة الرحم والمحرومية ومنها هبة الوالد لولده، إذ هى هبات لازمة لتحقيق غرض الواهب منها وهو صلة الرحم بعد صدور الهيئة ذاتها، فلا يجوز للواهب الرجوع فيها بغير التراضى مع الموهوب له، أما القول بإخراج

(1) محمد كامل مرسى ص 192.

(2) الهداية ص 228 - تكملة فتح القدير ص 44.

هبة الوالد لولده من حكم الفقرة "هـ" سألقة الذكر بحيث يجوز الرجوع فيها طبقا لقواعد الشريعة الإسلامية التي استمد منها القانون المدني الأحكام الموضوعية في الهبة فإنه يكون تقييدا لمطلق النص بدون قيد وتخصيصا لعمومه لغير مخصص وهو ما لا يجوز".

(ب) - متى كان النص صريحا جليا فلا محل للخروج عليه أو تأويله بدعوى الاستهداء بمصدره التاريخي أو البحث عن قصد الشارع منه لأن محل هذا البحث إنما يكون عند غموض النص أو وجود لبس فيه".

(طعن رقم 181 لسنة 39 ق جلسة 1984/10/29 - غير منشور)⁽¹⁾

2- "لما كان يجوز للواهب طبقا لنص المادة 500 من القانون المدني الرجوع في الهبة إذا تراضى على ذلك مع الموهوب له، أو استند إلى عذر يقبله القاضي، إلا إذا وجد مانع من موانع الرجوع في الهبة، وكانت المادة 502 من القانون المدني قد عدت موانع الرجوع في الهبة، ومن بينها ما نصت عليه الفقرة "هـ" من أنه "إذا كانت الهبة لذى رحم محرم" ولما كان نص هذه الفقرة قد جاء عاما بغير تخصيص، مطلقا بغير قيد، فيسرى على جميع الهبات التي تربط الواهب فيها بالموهوب له قرابة الرحم والمحرمية، إذ هي هبات لازمة لتحقيق غرض الواهب منها - وهو صلة الرحم - بصدر الهبة ذاتها، فلا يجوز للواهب الرجوع فيها بغير التراضى مع الموهوب له. ولما كان المقرر شرعا أن بنات الإبن يعتبرون رحما محرما، فإنه لا يجوز للطاعن الرجوع في الهبة الصادرة منه للمطعون ضدهن الخمس الأول، مما يعتبر معه العقد المشهر في 1965/9/4 برقم 26667 توثيق الاسكندرية بيعا صحيحا ناقلا لملكية العقار الكائنة به شقة النزاع للمطعون ضدهن الخمس الأول".

(طعن رقم 544 لسنة 49 ق جلسة 1984/12/27)

(1) كما قضت محكمة النقض بأن:

"إن الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أنه لا يجوز للطاعن الرجوع في الهبة لقيام مانع من موانع الرجوع المنصوص عليها في المادة 502/ هـ من القانون المدني ولو قام لديه عذر مقبول، وهي دعامة كافية لحمل قضائه، ولا يؤثر في الحكم ما تزيد فيه من أن الإقرار الصادر من المطعون ضدهم الثلاثة الأول يفيد أن الهبة اقتضرت على الثمن وأنه اتفاق مستقل بشأن استغلال العقار، ومن ثم فإن النعي على الحكم بالتناقض يكون غير منتج ولا جدوى فيه".

(طعن رقم 1296 لسنة 57 ق جلسة 1995/12/26)

105 - المانع السادس :

هلاك أو استهلاك الشيء الموهوب :

نصت المادة 502 مدنى على هذا المانع فى الفقرة (و) منها بقولها : "إذا هلك الشيء الموهوب فى يد الموهوب له، سواء كان الهلاك بفعله أو بحدث أجنبى لا يد له فيه أو بسبب الاستعمال، فإذا لم يهلك إلا بعض الشيء، جاز الرجوع فى الباقي". ومفاد ذلك أن هلاك الشيء الموهوب فى كافة الأحوال وأيا كان سبب الهلاك، ولو كان بخطأ من الموهوب له يمنع من الرجوع.

وكذلك إذا هلك الموهوب بسبب الاستعمال، كما لو كان الموهوب ثيابا أو طعاما. والسبب فى ذلك أن الملكية انتقلت إلى الموهوب له بالهبة، وكان له أن يباشر على الشيء سلطات المالك ومنها الإتلاف. كما أنه بعد الهلاك أصبح لا يوجد محل للرجوع لتعذره بعد الهلاك إذ الموهوب غير مضمون على الموهوب له. فلا سبيل للرجوع فى الملك ولا سبيل إلى الرجوع فى قيمته لأنها ليست بموهوبة لانعدام ورود العقد عليها. فإذا لم يهلك إلا بعض الشيء الموهوب، جاز للواهب الرجوع فى الباقي لانتفاء المانع من الرجوع فى هذا الباقي⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي :

"والتغيير بالنقص أن يهلك الموهوب أو يتلف فى يد الموهوب له سواء كان ذلك بفعله أو بسبب أجنبى أو بسبب الاستعمال فإذا لم يهلك إلا بعض الشيء جاز الرجوع فى الباقي. ... الخ" (2).

وإذا ادعى الموهوب له هلاك الشيء الموهوب، فإنه يصير مدعيا ويقع عليه عبء إثبات هذا الهلاك. وهو يجوز له إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات القانونية - بما فيها البينة والقرائن.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(1) وقد نصت المادة 521 من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا على أن: "إذا هلكت العين الموهوبة فى يد الموهوب له أو استهلك سقط حق الرجوع فيها فإن استهلك البعض فللواهب الرجوع فيما بقى".

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 4 ص 292.

" لما كان الثابت أن الطاعن أجاب على الدعوى - التي أقامها والده بطلب الحكم بالرجوع في الهبة - بالدفع بهلاك المال الموهوب بما يتمتع معه الرجوع في الهبة فإنه بذلك يصير مدعيا مطالبا بأن يقيم الدليل على ما يدعيه " .

(طعن رقم 49 لسنة 43 ق جلسة 1979/3/13)

ويلحق الفقهاء بهلاك الموهوب، تغييره من حالة إلى حالة حتى تزول صورته الأولى واسمه لتغييره من جنس إلى جنس، وتكون له صورة أخرى واسم جديد وجنس جديد. ومثال ذلك أن يكون الموهوب قمحا فيطحن دقيقا، أو قماشاً فخيطة، أو دقيقاً صنع خبزاً أو ذهباً صيغ حلياً.

فلا يجوز للواهب الرجوع لأن الذي وهبه زال وحل غيره محله والشئ يهلك بزوال صورته وقد مشخصاته، فالرجوع في الأصل متعذر والموجود غير ما وهبه⁽¹⁾.

106 - المانع السابع :

العوض في الهبة :

نصت على هذا المانع المادة 502 مدنى فى فقرتها (ز) بقولها : " إذا قدم الموهوب له عوضاً عن الهبة " .

فإذا كانت الهبة بعوض، سواء قدم الموهوب له عوضاً عن الهبة أو التزم بشروط أو تكاليف لمصلحة الواهب أو لمصلحة أجنبي أو للمصلحة العامة، فإنه لا يجوز الرجوع في الهبة، لأن التعويض دليل على أن مقصود الواهب هو الوصول إلى العوض، فإذا وصل فقد حصل مقصوده، فيمتنع الرجوع، وسواء قل العوض أو كثر. ولحديث الرسول (عليه السلام) " الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها " .

ولا يشترط أن يكون العوض من الموهوب له أو من أجنبي بأمر الموهوب له أو بغير أمره⁽¹⁾.

(1) محمود جمال الدين زكى ص 169 - أكنث الخولى ص 178 - ويذهب إلى أنه لا يرى محلاً للتمادى فى هذا التصور بل يجب الاقتصاد على الهلاك بالمعنى الصحيح وتطبيق القواعد العامة على ما سواه لاسيما أن اعتبار الهلاك ذاته مانعاً من الرجوع هو حكم لا أساس له سوى عدم الإضرار بالموهوب له.

(1) بدائع الصنائع ص 131.

وإذا كان العوض مقدما وقت الهبة كان العقد لازما منذ حصول الهبة، أما إذا قدم بعدها أصبح لازما من وقت تقديمه.

وإذا كان العوض بعض الموهوب جاز الرجوع في الباقي.
وإذا استحق العوض كله أو بعضه عاد للواهب الحق في الرجوع إذا هو رد للموهوب له ما لم يستحق من العوض. وهذه الأحكام نص عليها في مشروع المادة منذ تعديلها وتبقى لاتفاقها مع قصد المتعاقدين وأحكام الفقه الإسلامي⁽²⁾.

107 - المانع الثامن :

إذا كانت الهبة صدقة أو عملا من أعمال البر :

نصت المادة 502 مدني على هذا المانع في الفقرة (ح) منها بقولها: "إذا كانت الهبة صدقة أو عملا من أعمال البر".

فإذا كانت الهبة صدقة فإنها تكون لازمة ابتداء من وقت الهبة ولا يجوز الرجوع فيها، لحصول الثواب الذي هو في معنى العوض بوعد الله تعالى وإن لم يكن عوضا في الحقيقة إذ العبد لا يستحق على مولاه عوضا. فالواهب قد تلقى فائدة أدبية نظير هذه الهبة.

وتكون الهبة لازمة. ولو كانت الصدقة على غنى، لأنه يقصد بالصدقة على الغنى الثواب⁽¹⁾.

(2) السنهوري ص 190 هامش (2). وكانت المادة 686 من المشروع التمهيدي المقابلة للمادة 502 تنص في فقرتها (ز) على أنه: "إذا قدم الموهوب له بعد الهبة عوضا قبله الواهب، على ألا يكون هذا العوض هو بعض الموهوب، وإذا أعطى العوض عن بعض الموهوب، جاز الرجوع في الباقي، وإذا استحق العوض كله أو بعضه، عاد للواهب الحق في الرجوع إذ هو رد للموهوب له ما لم يستحق من العوض".
أي أن الفقرة كانت تشترط أن يكون العوض قد قدم بعد الهبة، إلا أنه في لجنة المراجعة اقترح تعديل الفقرة المذكورة بأن يكون تقديم العوض ما نعا للرجوع في الهبة، سواء أكان العوض معاصرا للهبة أم لا حقا لها عملا بالرأى الراجح في الشريعة الإسلامية فوافقت اللجنة على ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 290، ص 293).

ويرجع اشتراط " ألا يكون العوض هو بعض الموهوب" في مشروع القانون إلى أن الهبة في هذه الحالة تكون قد تمحضت تبرعا في الباقي، فلا يوجد ما يمنع من الرجوع فيه (محمود جمال الدين زكي ص 170).

(1) بدائع الصنائع ص 163 - الهداية ص 231.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي :

"وقد يسقط الواهب حقه في الرجوع لا لفائدة مادية يتلقاها من الموهوب له، بل لفائدة أدبية، وذلك بأن تكون الهبة صدقة، فلا يجوز الرجوع في الصدقة لأنها قريبة لوجه الله ولو كانت لغنى (م) 529 فقرة 2 من قانون الأحوال الشخصية"⁽²⁾.

وقد سوى النص بين أعمال البر والصدقة، ومثال أعمال البر أن يهب الواهب جمعية خيرية مالا لتأسيس مستشفى أو مدرسة أو ملجأ أو بناء مسجد أو مقابر للفقراء.... الخ. ولكن أعمال البر لا تشمل الأعمال التي يقصد بها النفع العام دون أن يكون برا، كالهبة لإنشاء طريق أو شق ترعة لا يفيد منها الواهب شيئاً.

وأعمال البر - في الواقع- تدخل في الصدقة، ولذا ورد المشروع التمهيدي خلوا من عبارة (أعمال البر)، إلا أن هذه العبارة أضيفت في لجنة "مجلس الشيوخ" حتى ترتفع شبهة أن الصدقة لا تشمل أعمال البر، لأنها في الواقع تشملها"⁽³⁾.

108 - التنازل عن الرجوع في الهبة :

يرى أئمة المذهب الحنفي أنه لا يجوز للواهب أن يسقط حقه في الرجوع لأنه حق الشارع"⁽⁴⁾.

وعلى هذا نصت المادة 515 من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا بقولها:

"يصح الرجوع في الهبة كلاً أو بعضاً ولو أسقط الواهب حقه ما لم يمنع مانع من الموانع المذكورة في المواد السبعة الآتية".

أما التقنين المدني فقد خلا من النص على الحكم الوارد بالمذهب الحنفي. ومع ذلك نصت مذكرة المشروع التمهيدي للتقنين على هذا الحكم بقولها:

"ويلاحظ أن الواهب إذا تنازل عن حق الرجوع، فإن تنازله لا يعتبر، ويجوز له الرجوع بالرغم من هذا التنازل" م 515 من قانون الأحوال الشخصية"⁽⁵⁾.

ويرى جانب من الفقه أن حق الرجوع في الهبة - مقيدا بما سلف من قيود- يعتبر من النظام العام، فلا يجوز للواهب أن يتفق مع الموهوب له مقدماً على النزول عنه، وإنما يجوز له بعد قيام العذر في الرجوع أن ينزل عن هذا الحق بعد وجوده أى بعد قيام

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 4 ص 292.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 4 ص 294.

(4) تكملة ابن عابدين ص 462 وما بعدها.

(5) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 4 ص 292.

109 - دعوى الرجوع عن الهبة :

لم يفرد القانون دعوى الرجوع فى الهبة بأحكام خاصة، ومن ثم تطبق عليها القواعد العامة.

فإذا كانت دعوى الرجوع تهدف إلى استرجاع عقار فإنه يجب التأشير بالدعوى فى هامش تسجيل الهبة أو تسجيل الدعوى إذا كان عقد الهبة لم يشهر (م 15 من قانون الشهر العقارى) ويترتب على التأشير بدعوى الرجوع أو تسجيلها أن يكون حق الواهب إذا تقرر بحكم مؤثر به طبق القانون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها. ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير بالدعوى أو تسجيلها على النحو السابق.

ويعتبر الغير حسن النية إذا كان لا يعلم ولا يستطيع أن يعلم بالسبب الذى تستند

(1) محمد كامل مرسى ص 202 - السنهورى ص 186 الهامش - وعكس ذلك أكثم الخولى ص 182 ومحمود جمال الدين زكى ص 170 - ويذهب الدكتور أكثم الخولى إلى أن: "ولنا أن نتساءل عن قيمة هذا الحكم" عدم جواز النزول عن حق الرجوع " رغم انعدام النص عليه. ويبدو لنا أن الأولى هو القول بجواز التنازل عن حق الرجوع أولاً لأن القانون يهدف كما رأينا إلى زيادة القوة الملزمة للهبة وينظر إلى الرجوع كحق استثنائي لا محل للتوسع فيه أو رفعه إلى مستوى النظام العام. وثانياً لأن العذر المقبول الذى يفتح باب الرجوع للواهب لا يخرج فى أساسه عن إنزال الجزاء بالموهوب له الذى لم يحمد للواهب هل صنيعه أو حماية الواهب أو أسرته إذا وقع الواهب فى الحاجة أو رزق ولدا بعد الهبة. وما دام هذا هو أساس الرجوع فإنه يسوغ القول بجواز التنازل عن حق الرجوع لأن للواهب أن يتنازل عن توقيع الجزاء على الموهوب له وعن الحماية التى يمكن أن يحققها له الرجوع فى المستقبل.

وكذلك تلاحظ أن حق الرجوع فى الهبة حق ضعيف يسمح القانون بالقضاء عليه لأسباب عرضية محضة كالزيادة المتصلة والتصرف فى الشئ و وفاة الموهوب له ولو قام سبب الرجوع قبل الوفاة. بل ولم يحاول القانون حماية الواهب فى صور كان من الممكن فيها ألا يهدر حق الرجوع إهداراً تاماً كحالة التصرف فى الشئ الموهوب أو هلكه حيث كان يمكن النص على انتقال حق الواهب إلى ما يحل محل الشئ من ثمن أو تعويض. وإذا كان هذا هو مبلغ حرص القانون على حماية الواهب فإنه يصعب القول بأن حق الرجوع يبقى رغم التنازل عنه.

ومهما يكن من أمر فلا شك فى صحة التنازل عن استعمال حق الرجوع بعد قيام سببه كالتنازل بعد حدوث الجود من الموهوب له أو بعد ميلاد طفل للواهب مثلاً.

إليه الدعوى (م 17 من قانون الشهر العقاري).

وتطبيقاً للقواعد العامة لا تسقط دعوى الرجوع إلا بمضى خمس عشرة سنة من وقت علم الواهب بقيام سبب الرجوع⁽¹⁾.

هدايا الخطبة

110 - المقصود بهدايا الخطبة :

هدايا الخطبة هي ما يقدمه كل من الخاطب والمخطوبة إلى الآخر إبان فترة الخطبة، بقصد تودد كل منهما إلى الآخر وتأكيد الصلة الجديدة بينهما. والهبة مندوب إليها بشكل عام، لذلك نص الفقهاء على استحباب الهدية بمناسبة الخطبة أخذاً من عموم استحبابها⁽²⁾. وتتمثل هدايا الطرفين عادة في منقولات قابلة للاستهلاك أو غير قابلة له، كالملابس وأدوات الزينة والمأكولات والحلى والأجهزة الكهربائية وأحياناً يقدم الخاطب إلى مخطوبته مبالغ نقدية في بعض المناسبات على سبيل الهدية.

111 - هل تعتبر الشبكة من هدايا الخطبة ؟

الشبكة هي ما يقدمه الخاطب إلى المخطوبة عند الخطبة وبمناسبتها من أشياء ذات قيمة غالباً ما تكون حلياً، وتكون في بعض الحالات مبلغاً من النقود. وتختلف قيمة الشبكة عادة باختلاف يسار الخاطب واستعداده، ومركز المخطوبة ومركز أسرتهما. والأصل أن الشبكة من هدايا الخطبة ولا تكون من المهر ولا تأخذ حكمه إلا في حالتين:

الأولى : أن يتفق عليها مع المهر.

الثانية : أن يجرى العرف على اعتبارها من المهر⁽¹⁾.

(1) أكنم الخولى ص 183.

(2) راجع في تفصيل ذلك رسالة الدكتور عبد الرحمن عتر خطبة النكاح ص 343 وما بعدها.

(1) ذلك أن العرف له اعتباره في الشريعة الإسلامية، فالثابت بالعرف كالثابت بالنص. وقد جاء

بمجموعة رسائل ابن عابدين - الجزء الثاني ص 115 عن العرف ما يأتي :

"وأعلم أن بعض العلماء استدل على اعتبار العرف بقوله سبحانه وتعالى خذ العفو وأمر بالعرف وقال في الأشباه القاعدة السادسة العامة محكمة وأصلها قوله صلى الله عليه وسلم ما

وقد جرى العرف فى أغلب بلدان مصر على اعتبار الشبكة جزءا من المهر، بل تعارف الناس نقصان المهر بقدر قيمة الشبكة عند تقديمها، وزيادته بقدرها إذا لم تقدم، لأنها ستشتري منه بمعرفة المخطوبة (2).

وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بما هو أبعد مدى من ذلك وبأن العرف جرى باعتبار الشبكة جزءا من المهر، دون أن تستثنى بعض الجهات من هذا العرف.

فقد أفتت بتاريخ 21 يناير سنة 1970 فى الطلب رقم 31 لسنة 1970 بأن:

"المقرر شرعا أن الخطبة ليست عقدا ولا زواجا، ولا يترتب عليها شىء من آثار العقد والزواج والشبكة التى تقدم للمخطوبة قد جرى العرف باعتبارها جزءا من المهر وقد جربنا فى الإفتاء على هذا وما دامت الشبكة قد اعتبرت عرفا جزءا من المهر فإنها تأخذ حكمه.... الخ" - أيضا الفتوى الصادرة بتاريخ 15/12/1965 فى الطلب رقم 772 لسنة 1965.

إلا أن البادى من قضاء محكمة النقض أنها لم تسلم بوجود العرف المشار إليه واعتبرت الشبكة من قبيل هدايا الخطبة ويسرى عليها ما يسرى على هذه الهدايا من أحكام. وهذا القضاء لا يسرى على الحالات التى يتفق فيها على الشبكة مع المهر، لأنها بحكم هذا الاتفاق تكون قد اعتبرت جزءا من المهر.

حكم رد هدايا الخطبة عند العدول عن الخطبة :

رأه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن، قال العلاء لم أجده مرفوعا فى شىء من كتب الحديث أصلا ولا بسند ضعيف بعد طول البحث وكثرة الكشف والسؤال وإنما هو من قول عبد الله بن مسعود رضى الله عنه موقوفا عليه أخرجه الإمام أحمد فى مسنده (واعلم) أن اعتباره العادة والعرف رجع إليه فى مسائل كثيرة حتى جعلوا ذلك أصلا فقالوا فى الأصول فى باب ما تترك به الحقيقة تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال والعادة هكذا ذكر فخر الإسلام انتهى كلام الأشباه وفى شرح الأشباه للبيري قال فى المشرع الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعى وفى المبسوط الثابت بالعرف كالثابت بالنص انتهى ."

(2) الشيخ حسنين محمد مخلوف مفتى الديار المصرية سابقا فتاوى شرعية وبحوث إسلامية الجزء الثانى ص 56 وما بعدها - الدكتور محمد على محبوب، فيذهب فى مؤلفه الشريعة الإسلامية 1986/1987 ص 120 إلى أن الراجح الآن أن الشبكة تأخذ حكم المهر لأن كثيرا من الناس يتفقون عليها فى العقد وهذا يخرجها عن دائرة الهدايا ويلحقها بالمهر.

112 - أولا: الحكم قبل العمل بالقانون رقم (1) لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية :

(أ) - قضاء محكمة النقض :

ذهبت محكمة النقض إلى أن الخطبة وإن كانت تمهيدا للزواج وهو من مسائل الأحوال الشخصية إلا أن الهدايا التي يقدمها أحد الخاطبين إلى الآخر ومنها الشبكة إبان الخطبة لا تعتبر من هذه المسائل، وإنما تعد من قبيل الهبات وتخضع لأحكام الهبة المنصوص عليها في القانون المدني، وبالتالي يحكم رد هذه الهدايا الأحكام الواردة في المادة (500) وما بعدها من التقنين المدني.

وقد أوردت تفصيلا لذلك في قضائها إذ ذهبت إلى أن :

1- " الخطبة وإن كانت تمهيدا للزواج وهو من مسائل الأحوال الشخصية، إلا أن الهدايا التي يقدمها أحد الخاطبين إلى الآخر - ومنها الشبكة - إبان فترة الخطبة لا تعتبر من هذه المسائل لأنها ليست ركنا من أركان الزواج ولا شرطا من شروطه إذ يتم الزواج صحيحا بدونها ولا يتوقف عليها ومن ثم يكون النزاع بشأن تلك الهدايا بعيدا عن المساس بعقد الزواج وما هو متعلق به ويخرج بذلك عن نطاق الأحوال الشخصية. وتعتبر هذه الهدايا من قبيل الهبات ويسرى عليها ما يسرى على الهبة من أحكام في القانون المدني وقد أورد هذا القانون أحكام الهبة باعتبارها عقدا ماليا كسائر العقود واستمد أحكامها الموضوعية من الشريعة الإسلامية. ومن ثم فالمعول عليه في حق الخاطب في استرداد تلك الهدايا هو أحكام الرجوع في الهبة الواردة في المادة 500 وما بعدها من القانون المدني".

(طعن رقم 302 لسنة 28 ق جلسة 1963/10/24)

2- "الهدايا التي يقدمها أحد الخاطبين للآخر إبان الخطبة ومنها الشبكة تعتبر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - من قبيل الهبات فيسرى عليها ما يسرى على الهبة من أحكام في القانون المدني، ولما كان السبب ركنا من أركان العقد وينظر في توفره أو عدم توفره إلى وقت انعقاد العقد وكان العقد قد انعقد صحيحا بتوفر سببه فإنه لا يمكن القول بعد ذلك بتخلف هذا السبب بعد وجوده، ومن ثم فإذا كانت الخطبة هي السبب في هذا النوع من الهبات وذلك باعتبارها الباعث الدافع للتبرع فإن فسخها لا يمكن

أن يؤدي إلى انعدام هذا السبب بعد أن تحقق وتظل الهبة صحيحة قائمة رغم العدول عن الزواج".

(طعن رقم 62 لسنة 39 ق جلسة 1974/5/26)

وبالترتيب على القضاء السالف، فإن هدايا الخطبة تكون محكمة بالنصوص الواردة بالتقنين المدني.

ومن ثم كان يتعين للرجوع بالتقاضى فى هذه الهدايا باعتبارها هبة، أن يستند الواهب فى ذلك إلى غدر مقبول وألا يوجد مانع من موانع الرجوع المنصوص عليها بالمادة 502 مدنى.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- " يشترط فى الرجوع فى الهبة على ما نصت عليه المادة 500 من القانون المدنى فى حالة عدم قبول الموهوب له أن يستند الواهب فى الرجوع إلى عذر يقبله القاضى وألا يوجد مانع من موانع الرجوع، فإذا كانت محكمة الموضوع قد أعملت هذه المادة وانتهت إلى عدم أحقية الطاعن فى استرداد مبلغ الشبكة لما رأته فى حدود سلطتها التقديرية ولأسباب السائغة التى أوردتها من انتفاء العذر المقبول الذى يبرر رجوع الطاعن فى هبته فإن الحكم المطعون فيه لا يكون قد خالف القانون".

(طعن رقم 302 لسنة 28 ق جلسة 1973/10/24)

2- "وحيث إن هذا النعى فى محله ذلك أنه لما كان النص فى المادة الأولى من القانون المدنى على أن " تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التى تتناولها هذه النصوص فى لفظها أو فحواها فإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى العرف، مفاده - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لا يجوز التحدى بالعرف إلا إذا لم يوجد نص تشريعى، لما كان ذلك وكان قضاء هذه المحكمة قد استقر على أن الهدايا التى يقدمها أحد الخاطبين للآخر ومنها الشبكة تعتبر من قبيل الهبات فيسرى عليها ما يسرى على الهبة من أحكام فى القانون المدنى، ومن ثم فإذا كانت الخطبة هى السبب فى هذا النوع من الهبات باعتبارها الباعث الدافع على التبرع فإن العدول عنها من جانب الخاطب لا يمكن أن يؤدي إلى انعدام هذا السبب بعد أن تحقق وتظل الهبة صحيحة قائمة رغم العدول عن الخطبة وإذ كان حق الخاطب فى استرداد تلك الهدايا يخضع لأحكام الرجوع فى الهبة الواردة فى المادة 500 وما بعدها من

القانون المدني وكانت المادة المذكورة تشترط للرجوع في الهبة في حالة عدم قبول الموهوب له أن يستند الواهب في الرجوع إلى عذر يقبله القاضي، وكان الحكم المطعون فيه وإن انتهى صحيحاً إلى أن العدول عن الخطبة كان بسبب يرجع إلى المطعون ضده وقضى لذلك بعدم أحقيته في الرجوع في هبته التي تعلقت بها هدايا الخطبة مما كان لازمه والشبكة أيضاً من الهدايا على النحو السالف أن يقضى أيضاً بعدم أحقيته في استردادها، وإذ خالف هذا النظر واعتبر الشبكة جزءاً من المهر استناداً إلى عرف لم يبين مصدره وإلى ما ورد بمذكرة شقيق الطاعنة وقضى لذلك بأحقيته في استردادها مع أن ما ورد بتلك المذكرة لا يؤدي إلى ما استخلصه منها فإنه يكون معيباً بالخطأ في تطبيق القانون والفساد في الاستدلال بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقي أسباب الطعن".

(طعن رقم 8757 لسنة 64 ق جلسة 1996/5/15)

ومن الأعدار الأخرى المقبولة - التي لم ترد بالمادة 501 مدني - التي تبرر

للخاطب الرجوع في هدايا الخطبة ما يأتي:

- 1- عدول المخطوبة عن الخطبة بسبب لا يرجع إلى الخاطب كتغيير رأيها بشأنه.
 - 2- امتناع المخطوبة دون مبرر عن العقد عليها.
 - 3- عدول الخاطب عن الخطبة لسبب يرجع إلى المخطوبة، ومثال ذلك أن تعلن المخطوبة امتناعها عن الدخول بمسكن الزوجية الذي أعده الخاطب رغم توافر شروطه الشرعية.
- ويقع على الخاطب طالب الرجوع بوصفه مدعياً عبء إثبات العذر المقبول الذي يبرر الرجوع في الهبة.

(ب) - رأينا الخاص في رد هدايا الخطبة :

ذكرنا في الطبعة الأولى من الموسوعة رأينا في هدايا الخطبة وهي أنها تعد من مسائل الأحوال الشخصية وبالتالي تسرى على ردها أحكام الشريعة الإسلامية ويحكمها تحديداً الرأي الراجح من مذهب أبي حنيفة، عملاً بالمادة 280 من المرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 - (الملغى) والتي حلت محلها المادة الثالثة من قانون إصدار القانون رقم (1) لسنة 2000 - التي كانت تجرى على أن: "تصدر الأحكام طبقاً للمدون في هذه اللائحة ولأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة ما عدا الأحوال التي ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب فيها أن تصدر الأحكام طبقاً لتلك القواعد".

وتفسير ذلك، أن الخطبة تمهيد لعقد الزواج، وهو من مسائل الأحوال الشخصية ولذلك تعد الخطبة من مسائل الأحوال الشخصية - وهو ما أكدته محكمة النقض أيضا - والهدايا التي يقدمها أحد الخاطبين إلى الآخر إبان فترة الخطبة سببها الخطبة ومقصود بها تأكيد معنى الخطبة، فهي هبات تتعلق بالخطبة والتي تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية، ومن ثم فإنه عملا بقاعدة الفرع يتبع الأصل، فإن هذه الهبات تعد من مسائل الأحوال الشخصية ولا ينال من ذلك أن هدايا الخطبة ليست ركنا من أركان عقد الزواج ولا شرطا من شروط صحته⁽¹⁾، فالمهر ليس ركنا من أركان عقد الزواج ولا شرطا من شروط صحته، ومع ذلك فإنه بإجماع الآراء من مسائل الأحوال الشخصية وبالتالي يتعين تطبيق أحكام المذهب الحنفي على رد هدايا الخطبة⁽²⁾.

وسنرى أن القانون رقم (1) لسنة 2000 أخذ بهذا الرأي.

113 - ثانيا : الحكم بعد العمل بالقانون رقم (1) لسنة 2000 بإصدار

قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية (3) :

رأينا سلفا أن محكمة النقض ذهبت إلى أن الخطبة وإن كانت تمهيدا للزواج وهو من مسائل الأحوال الشخصية إلا أن الهدايا التي يقدمها أحد الخاطبين إلى الآخر ومنها الشبكة إبان الخطبة لا تعتبر من هذه المسائل، وإنما تعد من قبيل الهبات وتخضع لأحكام الهبة المنصوص عليها في التقنين المدني. وبالتالي يحكم رد هذه الهدايا الأحكام الواردة في المادة (500) وما بعدها من هذا التقنين.

ولما صدر القانون رقم (1) لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية نص في مادته التاسعة الواردة بالباب الثاني الخاص بـ " اختصاص المحاكم بمسائل الأحوال الشخصية " - الفصل الأول "

(1) من هذا الرأي الدكتور عبد الناصر العطار خطبة النساء في الشريعة الإسلامية ص 107.

(2) أنظر في حكم هذا المذهب والمذاهب الأخرى البند التالي.

(3) الجريدة الرسمية العدد 4 (مكرر) في 29 يناير سنة 2000 - وعمل به بعد شهر من اليوم

التالي لتاريخ نشره (6م من قانون الإصدار) أى اعتبارا من أول مارس 2000.

الاختصاص النوعي" على أن : "تختص المحكمة الجزئية بنظر المسائل الواردة بهذه المادة.

أولاً: المسائل المتعلقة بالولاية على النفس :

.....

5- دعاوى المهر والجهاز والدوطة والشبكة وما في حكمها. الخ".
والمقصود بما هو في حكم الشبكة هدايا الخطبة التي يقدمها أحد الخاطبين إلى الآخر إبان فترة الخطبة.

ومفاد ذلك أن المشرع اعتبر الشبكة وغيرها من هدايا الخطبة من مسائل الأحوال الشخصية:

وإذ لم ينظم رد الشبكة وغيرها من هدايا الخطبة أحد قوانين الأحوال الشخصية السارية فإنه ينبى على ذلك خضوع رد الشبكة والهدايا المذكورة لأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبى حنيفة - وليست لأحكام رد الهبات المنصوص عليها بالتقنين المدني - عملاً بالفقرة الأولى من المادة الثالثة من قانون إصدار القانون رقم (1) لسنة 2000 التي تقضى بأن : " تصدر الأحكام طبقاً لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها، ويعمل فيما لم يرد بشأنه نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبى حنيفة".

ويذهب الأحناف إلى أن هدايا الخطبة تأخذ حكم الهبات ويجرى عليها حكم الرجوع في الهبات.

فيجب رد الهدايا إلى الطرف الذي قدمها إذا فسخت الخطبة، ما لم يوجد مانع يمنع من الرجوع فيها.

وموانع الرجوع سبعة هي :

- 1- زيادة الموهوب.
- 2- موت الواهب أو الموهوب له.
- 3- إذا قدم الموهوب له عوضاً عن الهبة.
- 4- خروج الموهوب عن ملك الموهوب له.
- 5- إذا كانت الهبة من أحد الزوجين للآخر.
- 6- إذا كانت الهبة لذى رحم محرم.

7- إذا هلك العين الموهوبة في يد الموهوب له (1).

وقد جاء بكتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لقدرى باشا ما يأتي:

(مادة 515): يصح الرجوع في الهبة كلاً أو بعضاً ولو أسقط الواهب حقه ما لم

يمنع من الموانع المذكورة في المواد السبعة الآتية.

(مادة 516): إذا زادت العين الموهوبة زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمتها امتنع الرجوع

فيها ولا يتمتع لزيادة سعرها ولا يتمتع الرجوع بالزيادة المنفصلة المتولدة من العين الموهوبة أو

غير المتولدة وإذا ارتفع مانع الزيادة عاد حق الرجوع.

(مادة 517): إذا مات أحد العاقلين بعد قبض الهبة سقط الرجوع فيها.

(مادة 518): إذا خرجت العين عن ملك الموهوب له فإن كان خروجها من يده

خروجاً كلياً امتنع الرجوع فيها وإن كان خروجها لا بالكلية فلا يتمتع الرجوع فلو باع

بعضه فللواهب الرجوع في الباقي.

(مادة 519): إذا وهب أحد الزوجين بعد الزفاف أو قبله هبة للآخر فلا رجوع له

فيها ولو وقعت الفرقة بينهما بعد الهبة وإذا وهبت المرأة لزوجها داراً بها متاع لها صحت

الهبة وإن كانت مشغولة بملكها.

(مادة 520): من وهب هبة لذي رحم محرم منه ولو ذمياً أو مستأماً أو غير

مستأماً فلا رجوع له عليه فإن وهب لذي رحم غير محرم أو لمحرم غير ذي رحم أو

لمحرم بالمصاهرة وأراد الرجوع فله ذلك.

(مادة 521): إذا هلك العين الموهوبة في يد الموهوب له أو استهلك سقط حق

الرجوع فيها فإن استهلك البعض فللواهب الرجوع فيما بقي.

(مادة 522): إذا أضاف الموهوب له بعد العقد عوضاً للهبة وقبضه الواهب مفرزاً

مميزاً إن كان مما يحتمل القسمة سقط حق رجوعه بشرط أن لا يكون العوض بعض

الموهوب فإن عوضه البعض عن الباقي فله الرجوع في الباقي وإن عوض النصف فله

الرجوع في النصف ولا يضر الشيوع الحاصل بالرجوع.

(1) شرح فتح القدير جـ 8 طبعة 1970 ص 461 وما بعدها - حاشية ابن عابدين جـ 5 طبعة

1966 ص 698 وما بعدها- وقد جاء به قال الرملى: قد نظم ذلك والدى شيخ الإسلام محيى

الدين فقال :

منع الرجوع من المواهب سبعة فزيادة موصولة موت عوض

وخروجها عن ملك موهوب له زوجية قرب هلاك قد عرض

ولا يفرق الأحناف بين ما إذا كان العدول عن الخطبة من جانب الخاطب أو المخطوبة، وما إذا كان العدول بمبرر أو بغير مبرر⁽¹⁾.

وموانع الرجوع في الهبة السبعة سالفه الذكر تطابق الموانع التي نصت عليها المادة 502 مدنى - عد المانع الأخير الوارد بها.

غير أن من موانع الرجوع في الهبة التي يغلب أن تثور في التطبيق العملى ما

يأتى :

- 1- تصرف الموهوب له فى الشيء الموهوب تصرفاً نهائياً.
 - 2- هلاك العين الموهوبة فى يد الموهوب له.
 - 3- موت الخاطب أو المخطوبة.
- ونحيل فى التفصيلات إلى ما شرحنا سلفاً.

(1) أما المذاهب الأخرى فحكمها كالاتى :

(أ) المذهب المالكى :

فى المذهب المالكى قولان :

الأول: أنه ليس للخاطب حق الرجوع على المخطوبة بشيء وليس له أن يسترد ما قدم من الهدايا، ولو كان العدول عن الخطبة من ناحيتها. وهذا أصل المذهب.

الثانى: أنه إذا وجد شرط بين الطرفين، أو عرف بين الناس عمل به، لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً. أما إذا لم يوجد شرط أو عرف، فإذا كان العدول من جانب المخطوبة، جاز للخاطب أن يرجع بكل هداياه سواء فى ذلك القائم منها أو الهالك.

أما إذا كان العدول من الخاطب، فليس له أن يرجع بشيء من الهدايا والرأى الأخير هو المفتى به فى المذهب.

(ب) المذهب الشافعى :

فى هذا المذهب يحق للمهدى استرداد هداياه سواء كان الخاطب أو المخطوبة، فإذا كانت قائمة ردت بذاتها، وإن كانت هالكة أو مستهلكة فإنه يرد المثل أو القيمة بحسب الأحوال.

(ج) المذهب الحنبلى :

أجاز هذا المذهب الرجوع فى هدايا الخطبة إذا كان العدول من جانب المخطوبة لأن الخاطب إنما أهدى ليتزوج ولم يتحقق غرضه، أما إن كان العدول منه فلا رجوع.

ويسترد الهدية إن كانت قائمة أو بدلها إن كانت هالكة أما إذا كان عدم إتمام الزواج بسبب خارجى - لا علاقة للخاطبين به- فلا يرجع فى الهدية تمشياً مع المبدأ العام فى المذهب وهو عدم الرجوع فى الهدية، ومثل ذلك موت الخاطب أو موت المخطوبة.

ونعرض لفتوى صادرة من دار الإفتاء المصرية بتاريخ 1960/6/27 فى الطلب رقم 802 سنة 1960.

"إن المنصوص عليه شرعا فى مذهب الحنفية المعمول به أنه لا رجوع فيما بعث به أحد الزوجين للآخر أثناء قيام الزوجية بينهما - أما إذا كان الإرسال قبل إتمام الزواج بينهما كما فى الحادثة موضوع السؤال فإن له الرجوع فيما أرسله متى كان قائما، أما إذا كان هالكا أو مستهلكا فإنه لا يرجع بشيء منه لأنه فى معنى الهبة، وهلاك الموهوب أو استهلاكه مانع من الرجوع فيه، هذا هو مذهب الحنفية المعمول به. أما على المفتى به من مذهب المالكية فإنه لا يخلو إما أن يكون الرجوع عن إتمام الزواج من قبل الزوج أو من قبلها، فإن كان العدول من قبله لا يرجع بشيء من الهدايا باقية كانت أو هالكة، وإن كان العدول من المخطوبة يرجع بكل الهدايا سواء كانت باقية أم هالكة، وإذا كانت هالكة يرجع ببذلها، إلا إذا كان هناك عرف أو شرط بخلافه فإنه يعمل به. وهذا التفصيل حسن ونرى الأخذ والإفتاء به وقد جرت فتوانا عليه. والله أعلم."

وقد أخذت برأينا محكمة استئناف القاهرة (الدائرة 101 أحوال شخصية فى القضية رقم 6018 لسنة 125 ق لجلسة 2008/12/4 وقد جاء به ما يأتى:

"حيث إنه عن الموضوع فإنه لما كان من المقرر قانونا طبقا للمادة الثالثة من مواد إصدار القانون رقم (1) لسنة 2000 بتطبيق الراجح فى مذهب الإمام أبى حنيفة النعمان فيما لم يرد فيه نص وكانت محكمة الأسرة طبقا للمادة 9 فقرة 4 من القانون رقم 1 لسنة 2000 هى المختصة بنظر قضايا الشبكة وطبقا لأحكام القانون رقم 10 لسنة 2004 وكان حكم الشبكة فى مذهب الإمام أبى حنيفة من الهبات ويحق للخاطب استردادها سواء كان الفسخ فى الخطبة راجعا للخاطب أو المخطوبة وقد أقيم ذلك الرأى الإفتاء بأن الشبكة جزء من مهر يحق للخاطب استردادها طالما لم يتم عقد القران وعليه ولما كان الثابت من شهادة شاهدى المستأنف أمام محكمة أول درجة بتسليم المستأنف المستأنف ضدها الشبكة ولا يقدح من ذلك كون شهادة أحدهما جاءت بالسمع من الأهل ذلك أن الراجح فى مذاهب الإمام أبى حنيفة أن الشهادة بالتسامع لا تجوز فى الطلاق والتطليق كما أن الإثبات يتحقق بتكامل الأدلة مع القرائن لتساند بعضها البعض فى تكوين عقيدة المحكمة وقد اطمأنت المحكمة لشهادة شاهدى المستأنف أمام أول درجة إضافة إلى الفاتورتين المقدمتين كدليل آخر يدعم شهادة الشاهدين خاصة وأن محل الصاغة الذى قام

بييع أحد أجزاء الشبكة وقيمتها أربعة عشر ألف وثلاثمائة جنيهاً قد أقر في 2007/4/11 بأن هناك خطأ مادي في تاريخ الفاتورة صحته 2005/4/16 وهو يتفق مع تاريخ الخطوبة كما أن الفاتورة الأخرى والمؤرخة 2002/5/3 كان الثابت من شهادة الشاهدين أن المستأنف اشتراها في تاريخ سابق إضافة إلى الصور الفوتوغرافية المقدمة لحفل الخطوبة، الأمر الذي يكون معه قد وفر في عقيدة المحكمة تسليم المستأنف الشبكة المطالب بها للمستأنف ضدها بمناسبة الخطوبة ولما كان لم يتم عقد القران وتم فسخ الخطبة فإنه يحق للمستأنف استرداد الشبكة الأمر الذي تقضى معه المحكمة بالبناء على ما تقدم إلغاء الحكم المستأنف والقضاء بالزام المستأنف ضدها برد الشبكة للمستأنف على نحو ما سيرد بالمنطوق".

إلا أن المحكمة الدستورية العليا ذهبت في حكمها الصادر بتاريخ 2 مارس سنة 2008 في الطعن رقم 96 لسنة 28 قضائية «دستورية».

إلى عكس ذلك واعتنقت الرأي الذي أخذت به محكمة النقض قبل صدور القانون رقم 1 لسنة 2000 من أن أحكام رد الشبكة والهدايا التي تقدم من أحد الخاطبين للآخر أثناء فترة الخطبة لا تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية ومن ثم يكون النزاع بشأنها هو نزاع في مسألة مالية تعتبر من قبيل الهبات يسرى عليها ما يسرى على الهبة من أحكام في القانون المدني⁽¹⁾.

(1) وننشر الحكم كاملاً فيما يلي:

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة يوم الأحد الثاني من مارس سنة 2008م الموافق الرابع والعشرين من صفر سنة 1429هـ.

برئاسة السيد المستشار/ ماهر عبد الواحد. رئيس المحكمة =
 = وعضوية السادة المستشارين/ ماهر البحيري وعدلى محمود منصور ومحمد عبد القادر عبد الله وعلى عوض محمد صالح وماهر سامى يوسف ومحمد خيرى طه.
 وحضور السيد المستشار: رجب عبد الحكيم سليم. رئيس هيئة المفوضين
 وحضور السيد/ ناصر إمام محمد حسن. أمين السر

أصدرت الحكم الآتى

فى القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم 96 لسنة 28 قضائية «دستورية».

المقامة من

- السيدة/ شيرين السيد إبراهيم حجاج.

ضد

- 1- السيد رئيس مجلس الوزراء.
- 2- السيد رئيس مجلس الشعب.
- 3- السيد وزير العدل.
- 4- السيد/ عمرو محمد فوزى معاذ.

الإجراءات

بتاريخ الرابع من يونيه سنة 2006 أودعت المدعية صحيفة هذه الدعوى قلم كتاب المحكمة، طالبة الحكم بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة الثالثة من مواد إصدار القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية. وقدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة طلبت فيها الحكم برفض الدعوى. وبعد تحضير الدعوى، أودعت هيئة المفوضين تقريراً برأيها. ونظرت الدعوى على الوجه المبين بمحضر الجلسة، وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها بجلسة اليوم.

الحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق، والمداولة.

حيث إن الوقائع -على ما يتبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق- تتحصل فى أن المدعى عليه الأخير، كان قد أقام الدعوى رقم 775 لسنة 2005 أحوال شخصية «نفس» أمام محكمة سيدى جابر لشئون الأسرة ضد المدعية ووالدها، طالبا الحكم بإلزامهما برد الشبكة «مشغولات ذهبية» المحددة وصفا وقيمة بصحيفة تلك الدعوى والبالغ قيمتها الإجمالية 21410 جنيه، وقال بياننا لذلك أنه قام بخطبة المدعية وقدم لها الشبكة والهدايا إلا أنها قامت بفسخ الخطبة وامتنعت عن رد الشبكة مما حدا به لإقامة دعواه تأسيسا على أن القانون رقم 1 لسنة 2000 المشار إليه نص صراحة فى الفقرة (4) من المادة (9) منه على =

= اعتبار الشبكة وما فى حكمها من هدايا الخطبة من مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بالولاية على النفس وتخضع لأحكامه أو لأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة إعمالا لنص الفقرة الأولى من المادة الثالثة من مواد إصدار هذا القانون، دون أحكام الهيئة المنظمة فى القانون المدنى التى كانت سارية قبل نفاذ أحكام هذا القانون. وأثناء نظر الدعوى دفعت المدعية بعدم دستورية تلك الفقرة، فقررت المحكمة التأجيل لجلسة 2006/6/10، لتقيم المدعية دعواها

الدستورية، فأقامت الدعوى الماثلة.

وحيث إن المدعية تنعى على النص المطعون عليه مخالفته لنصوص المواد (2، 64، 188) من الدستور لما تضمنه من حكم موضوعي في شأن المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية والوقف، إذ فرق فيه المشرع بين المنازعات التي شرع لها قواعد خاصة في القوانين المنظمة لهذه المسائل، وبين تلك التي لم يشرع لها مثل هذه القواعد، فأوجب الفصل في الأولى وفقا لما شرع من قواعد، وأوجب الفصل في الثانية طبقا لأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة.

وحيث إن المستقر عليه في قضاء هذه المحكمة أن شرط المصلحة الشخصية المباشرة، يتغيا أن تفصل المحكمة الدستورية العليا في الخصومة الدستورية من جوانبها العملية، وليس من معطياتها النظرية، أو تصوراتها المجردة. وهو كذلك يقيد تدخلها في تلك الخصومة القضائية، ويحدد نطاقها، فلا تمتد لغير المطاعن التي يؤثر الحكم بصحتها أو بطلانها على النزاع الموضوعي، وبالقدر اللازم للفصل فيه، ومؤداه: ألا تقبل الخصومة الدستورية من غير الأشخاص الذين ينالهم الضرر من جراء سريان النص المطعون فيه عليهم. ويتعين دوما أن يكون هذا الضرر منفصلا عن مجرد مخالفة النص المطعون عليه للدستور، مستقلا بالعناصر التي يقوم عليها، ممكنا تحديده ومواجهته بالترضية القضائية لتسويته، عائدا في مصدره إلى النص المطعون عليه، فإذا لم يكن هذا النص قد طبق أصلا على من ادعى مخالفته للدستور، أو كان من غير المخاطبين بأحكامه، أو كان قد أفاد من مزايده، أو كان الإخلال بالحقوق التي يدعيها لا يعود إليه، دل ذلك على انتفاء المصلحة الشخصية المباشرة. ذلك أن إبطال النص التشريعي في هذه الصور جميعها، لن يحقق للمدعى أية فائدة عملية يمكن أن يتغير بها مركزه القانوني بعد الفصل في الدعوى الدستورية، عما كان عليه قبلها.

ولزام ذلك أن الدعوى الدستورية لا تكون مقبولة إلا بقدر انعكاس النصوص القانونية المطعون عليها على النزاع الموضوعي، فيكون الحكم في المطاعن الدستورية لازما للفصل في ذلك النزاع.

لما كان ذلك، وكانت أحكام رد الشبكة والهدايا التي تقدم من أحد الخاطبين للآخر أثناء فترة الخطبة، لا تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية لأنها ليست ركنا من أركان عقد الزواج =

ولا شرطا من شروطه، إذ يتم الزواج صحيحا بدونها ولا يتوقف عليها، ومن ثم يكون النزاع بشأنها هو نزاع في مسألة مالية استقر قضاء النقض في شأنها على اعتبارها من قبيل الهبات، يسرى عليها ما يسرى على الهبة من أحكام في القانون المدني. ولا ينال من ذلك ما تضمنه نص المادة (9) من القانون رقم 1 لسنة 2000 من إسناد الفصل في منازعات الشبكة نوعيا ومحليا لمحاكم الأحوال الشخصية - والذي آل بمقتضى أحكام القانون رقم 10 لسنة 2004 إلى محاكم الأسرة - إذ إن ذلك لا يخرج عن كونه توزيعا للولاية القضائية

وتحديد للمحكمة المختصة فى حدود ما يملكه المشرع من سلطة فى توزيع هذه الولاية على المحاكم المختلفة لاعتبارات عملية يقدرها، حتى لو خرجت هذه المنازعات عن اختصاص المحكمة المختصة أصلاً بنظرها بحسب القواعد العامة، فتحدد هذا الاختصاص لا يغير من طبيعة تلك المنازعة، ولا من القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق عليها. بما مفاده: أن إدراج المنازعات بالخطبة والشبكة ضمن الاختصاص القضائى لمحاكم الأحوال الشخصية بمقتضى القانون رقم 1 لسنة 2000، ومن بعدها محاكم الأسرة بمقتضى القانون رقم 10 لسنة 2004 لا ينطوى على مساس بطبيعتها أو تغيير للقواعد الموضوعية التى تخضع لها أصلاً بوصفها منازعة مالية خاضعة لأحكام القانون المدنى. إذ كان ذلك، فإن النص المطعون فيه يكون منبث الصلة بالنزاع الموضوعى، ولا يكون له ثمة انعكاس عليه بما مؤداه: افتقار الدعوى الدستورية لشروط المصلحة الشخصية المباشرة مما يتعين معه الحكم بعدم قبولها.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم قبول الدعوى، وبمصادرة الكفالة وألزمت المدعية بالمصروفات ومبلغ مائتى جنيه مقابل أتعاب المحاماة.

رئيس المحكمة

أمين السر

ولما كانت الفقرة الأولى من المادة 49 من القانون رقم 48 لسنة 1979 بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا تنص على أن: «أحكام المحكمة فى الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة والكافة». وكانت المحكمة الدستورية العليا فى حكمها سالف الذكر لم تتصد لدستورية نص الفقرة (4) من المادة (9) من القانون رقم 1 لسنة 2000، ولم تصدر قضاء بالتالى بعدم دستوريته، فإن ما قضت به المحكمة فى أسبابها لا يحوز حجية قبل سلطات الدولة أو الكافة.

مادة (503)

- "1- يترتب على الرجوع في الهبة بالتراضي أو بالتقاضي أن تعتبر الهبة كأن لم تكن.
- 2- ولا يرد الموهوب له الثمرات إلا من وقت الاتفاق على الرجوع، أو من وقت رفع الدعوى، وله أن يرجع بجميع ما أنفقه من مصروفات ضرورية، أما المصروفات النافعة فلا يجاوز في الرجوع بها القدر الذي زاد في قيمة الشيء الموهوب".

الشرح

آثار الرجوع في الهبة :

114 - اعتبار الهبة كأن لم تكن :

تنص الفقرة الأولى من المادة 503 مدني على أنه يترتب على الرجوع في الهبة بالتراضي أو بالتقاضي أن تعتبر الهبة كأن لم تكن.

وعلى ذلك إذا تم الرجوع في الهبة سواء بالتراضي أو بالتقاضي، كان هذا فسخا لها وترتب عليه آثار الفسخ من حيث انحلال العقد بأثر رجعي وقد أخذ المشرع في هذا الحكم بالراجح في المذهب الحنفي⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"وإذا تم الرجوع في الهبة، بالتراضي أو بالتقاضي، كان هذا فسخا لها، وكان للفسخ أثر رجعي، فتعتبر الهبة كأن لم تكن"⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"مفاد الفقرة الأولى من المادتين 500، 503 من القانون المدني أنه إذا أراد الواهب الرجوع في الهبة وتراضى معه الموهوب له على هذا الرجوع، فإن هذا يكون إقالة من الهبة تمت بإيجاب وقبول جديدين، غير أن الإقالة - بنص القانون - لها أثر رجعي

(1) هذا هو رأى أبى حنيفة والصاحبين، بينما يرى زفر أن فسخ الهبة بالتراضي هبة مبتدأة.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 4 ص 297.

فتعتبر الهبة كأن لم تكن، لما كان ذلك، وكان الثابت أن الطاعن قد أقام دعواه بطلب الرجوع في الهبة الصادرة منه للمطعون ضدهم الثلاثة الأول ومثل المطعون ضده الثالث أمام محكمة الاستئناف وسلم بطلبات الطاعن فقد تم التراضى بينهما على الرجوع في الهبة فتعتبر كأن لم تكن بالنسبة له وإذ لم يعمل الحكم المطعون فيه أثر ذلك التراضى فإنه يكون قد خالف الثابت بالأوراق مما جره إلى الخطأ في تطبيق القانون".

(طعن رقم 1296 لسنة 57 ق جلسة 1995/12/26)

115 - ما يجب رده إلى الواهب :

يترتب على فسخ عقد الهبة واعتباره كأن لم يكن نتيجة للرجوع بالتراضى أو بالتقاضى التزام الموهوب له بأن يرد إلى الواهب ما يأتى:

1 - رد الشيء الموهوب :

إذا كان الواهب لم يسلم الشيء الموهوب إلى الموهوب له فإنه لا يجوز تسليمه إليه. أما إذا كان قد سلم إلى الموهوب له التزم الموهوب له برده إلى الواهب. وإذا هلك الشيء الموهوب فى يد الموهوب له بفعله أو باستهلاكه إياه كان ضامنا لهذا الهلاك ووجب عليه تعويض الواهب. أما إذا هلك بسبب أجنبى فإن الهلاك يكون على الواهب.

أما إذا كان الواهب قد أعذر الموهوب له بالتسليم وهلك الموهوب بعد الإعذار فالهلاك يكون على الموهوب له ولو كان بسبب أجنبى⁽¹⁾.

وهذا الحكم ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة المنصوص عليها بالفقرة الأولى من المادة 207 مدنى⁽¹⁾.

ولذلك يجب تطبيق نص الفقرة الثانية من هذه المادة التى تقضى بأنه ومع ذلك لا يكون الهلاك على المدين، لو أعذر، إذا أثبت أن الشيء كان يهلك كذلك عند الدائن لو

(1) السهنورى ص 209.

(2) وتنص على أنه: "إذا التزم المدين أن ينقل حقا عينيا أو أن يقوم بعمل، وتضمن التزامه أن يسلم شيئا ولم يقد بتسليمه بعد أن أعذر، فإن هلاك الشيء يكون عليه ولو كان الهلاك قبل الإعذار على الدائن".

أنه سلم إليه، ما لم يكن المدين قد قبل أن يتحمل تبعة الحوادث المفاجئة. وينطبق هذا الحكم سواء كان الرجوع بالتراضي أو بالتقاضي⁽¹⁾.

2- رد الثمار :

لما كان الرجوع في الهبة فسخا لها له أثره الرجعي، فكان مقتضى ذلك أن يرد الموهوب له الثمرات التي جناها من وقت العقد، إلا أن المشرع رأى أن في مطالبتة بما هو مخصص بطبيعته للإتفاق ظلم له، فأعفاه من الرد عن المدة السابقة على الرجوع⁽²⁾. فألزمته المادة 2/503 برد الثمرات من وقت الاتفاق على الرجوع في الرجوع الرضائي ومن وقت رفع الدعوى في الرجوع القضائي.

3- المصروفات :

يتعين التفرقة بين المصروفات الضرورية والمصروفات النافعة والمصروفات الكمالية. فإذا كانت المصروفات التي أنفقها الواهب من المصروفات الضرورية⁽³⁾، كان للموهوب له الرجوع بجميع ما أنفقته من هذه المصروفات. أما إذا كانت المصروفات نافعة⁽⁴⁾ رجع الموهوب له على الواهب بأقل القيمتين: المصروفات التي أنفقها أو زيادة قيمة الشيء الموهوب بسبب هذه المصروفات. والغالب أن يكون ما أنفقته الموهوب له أكبر من قدر ما زادته هذه النفقات في قيمة العين الموهوبة، فيكون الفرق بينهما خسارة عليه. على أنه في أحوال استثنائية قد تكون

(1) أكنم الخولى ص 185 وهامش (1).

(2) محمود جمال الدين زكى ص 171.

(3) المقصود بالمصروفات الضرورية، المصروفات غير العادية التي يتعين إنفاقها للمحافظة على الشيء، كمصروفات ترميم العين ترميما ضروريا، أو مصروفات إنقاذ الشيء من حريق يوشك أن يلتهمه ولا يد للموهوب له في هذا الحريق، وهذه المصروفات يكون الواهب مضطرا لدفعها لو أن الشيء الموهوب بقي في حيازته.

(4) المقصود بالمصروفات النافعة، هي المصروفات التي ينفقها الموهوب له على الشيء الموهوب لا للمحافظة على الشيء أو لإنقاذه من الهلاك، بل لتحسينه وزيادة قيمته والإكثار من طرق الانتفاع به. مثل ذلك أن يدخل الإضاءة الكهربائية أو المياه الجارية في الدار، وأن ينشئ المراوى والمصارف في الأرض الزراعية. فهذه مصروفات لم يكن يتعين على الواهب إنفاقها لو أن الموهوب بقي في حيازته، ولكنها مصروفات زادت في قيمة العين وحسنت من الانتفاع بها.

الزيادة فى قيمة العين بسببها أكبر مما أنفق فعلا لحصولها. فظاهر النص ألا يفيد الموهوب له من ذلك، ولا يطالب بقيمة الذى أحدثه اتفاقه فى قيمة العين.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"(ب) - يجب على الموهوب له أن يرد الثمرات من وقت التراضى أو من وقت رفع الدعوى، وله أن يسترد جميع المصروفات الضرورية وأقل القيمتين من المصروفات النافعة"⁽¹⁾.

أما إذا كانت المصروفات كمالية⁽²⁾، فليس للموهوب له المطالبة بشىء منها، وإنما يجوز له أن ينزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشىء إلى حالته الأولى، إلا إذا اختار الواهب أن يستبقئها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة، وذلك طبقاً للقواعد العامة (م 3/980 مدنى).



(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 4 ص 297.

(2) المقصود بالمصروفات الكمالية، المصروفات التى لا تعود بكبير نفع على الشىء الموهوب، ولكنها تتفق لتزيينه وتجميله على الوجه الذى يريده الموهوب له لاستمتاعه الشخصى، كدهن الجدران بالزيت أو توريقها ووضع خشب "الباركية" فى أرضية الحجرات وتوسيع حديقة الدار وإنشاء نافورة مياه فيها، وترصيف ممشى الأرض الزراعية وإنارة هذه الممشى بالنور الكهربائى وإقامة التماثيل على جانبيها.

مادة (504)

- 1- إذا استولى الواهب على الشيء الموهوب، بغير التراضي أو التقاضى، كان مسئولاً قبل الموهوب له عن هلاك الشيء سواء كان الهلاك بفعل الواهب أو بسبب أجنبي لا يد له فيه أو بسبب الاستعمال.
- 2- أما إذا صدر حكم بالرجوع فى الهبة وهلك الشيء فى يد الموهوب له بعد إعداره بالتسليم، فيكون الموهوب له مسئولاً عن هذا الهلاك، ولو كان الهلاك بسبب أجنبي.

الشرح

116 - استيلاء الواهب على الشيء الموهوب بغير التراضي أو التقاضى :

تنص الفقرة الأولى من المادة 504 مدنى على أنه إذا استولى الواهب على الشيء الموهوب، بغير التراضي أو التقاضى كان مسئولاً قبل الموهوب له عن هلاك الشيء سواء كان الهلاك بفعل الواهب أو بسبب أجنبي لا يد له فيه أو بسبب الاستعمال. ويبرر ذلك أنه طالما لم يحدث رجوع رضائى أو قضائى فى الهبة، فإن الهبة تكون لازمة ويضحي الموهوب من حق الموهوب له، فإذا استولى الواهب عليه أجبر على إعادته للموهوب له، فإن هلك فى يد الواهب، كان مسئولاً قبل الموهوب له عن هذا الهلاك أيا كان سببه، أى سواء كان بفعل الواهب أو بالاستعمال أو بسبب أجنبي لا يد له فيه.

117 - آثار الرجوع بالنسبة للغير :

لا مجال للتصدى لآثار الرجوع بالنسبة للغير، فى حالة التصرف تصرفاً نهائياً فى الشيء الموهوب، لأن هذا التصرف - كما رأينا - مانع من موانع الرجوع فى الهبة، فلا نكون أمام رجوع عن الهبة أصلاً.

وكذلك بالنسبة للرهن التأمينى لوجود نص صريح يقضى ببقاء الرهن قائماً لمصلحة الدائن المرتهن، إذا كان هذا الدائن حسن النية فى الوقت الذى أبرم فيه الرهن. فقد نصت المادة 1034 مدنى على أن " يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذى تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغائه أو زواله لأى سبب آخر، إذا كان هذا الدائن حسن النية فى الوقت الذى أبرم فيه الرهن.

وبذلك ينحصر البحث فى أثر الرجوع عن الهبة بالنسبة للغير بالنسبة للحقوق العينية الأخرى.

وقد خلا التقنين المدنى من نص على أثر الرجوع فى الهبة بالنسبة للغير. ومن ثم يجب تطبيق القواعد العامة⁽¹⁾.

وهذه القواعد تفرق بين ما إذا كان المال الموهوب عقارا أو منقولا. فإذا كان الشيء الموهوب عقارا وترتب حق الغير على العقار الموهوب بعد تسجيل صحيفة دعوى الرجوع فى الهبة أو بعد تسجيل التراضى على الرجوع فى الهبة. فإن حق الغير فى هذه الحالة لا يسرى بالنسبة للواهب. ويكون للغير الرجوع على الموهوب له بالتعويض طبقا للقواعد العامة.

أما إذا كان حق الغير قد ترتب قبل تسجيل صحيفة دعوى الرجوع أو قبل تسجيل التراضى على الرجوع، فإنه إذا كان الغير حسن النية أى لا يعلم قيام عذر مقبول للرجوع فى الهبة، سرى حقه بالنسبة إلى الواهب، الذى يسترد المال الموهوب مثقلا بالحق العيني المترتب على الغير. أما إذا كان الغير سئ النية، أى يعلم وقت كسبه للحق قيام عذر

(1) وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يتضمن نصا صريحا فى هذا المعنى إذ نصت الفقرة الأولى من المادة 687 من المشروع (المقابلة للمادة 1/503 من القانون) على أن: "يترتب على الرجوع فى الهبة بالتراضى أو التقاضى أن تعتبر الهبة كأن لم تكن، وذلك دون إخلال بما كسبه الغير حسن النية من حقوق".

وجاء بشأنها بمذكرة المشروع التمهيدى: "يجب على الموهوب له أن يرد الشيء الموهوب إلى الواهب، فإن هلك قبل الرد بعد إعداره بالتسليم كان مسئولا عن الهلاك حتى لو كان بسبب أجنبى، على أن الموهوب يعود للواهب مثقلا بما كسبه الغير حسن النية من حقوق إلخ" وفى لجنة المراجعة أضيفت كلمة "بعوض" تمشيا مع المادة 645 من المشروع وهى المقابلة للمادة 478 من المشروع (المادة 478 من القانون) الخاصة بآثار البيع فى مرض الموت وصار رقم المادة 531. ووافق مجلس النواب والشيوخ على المادة 531 وصار رقمها 503. غير أن عبارة (على أن الموهوب يعود للواهب مثقلا بما كسبه الغير حسن النية من حقوق) حذفت من النص ولا يظهر من الأعمال التحضيرية أين وكيف حذف هذا النص.

مما حدا البعض إلى القول بأن حذفها جاء اكتفاء بالقواعد العامة (السنهورى ص 211 هامش 2) بينما ذهب البعض الآخر إلى أن حذفها نتيجة خطأ مادى يجب إغفاله وإعمال هذا الجزء من النص على أنه وارد فى التقنين (أكثر الخولى ص 186).

(راجع مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 295 وما بعدها)

مقبول للرجوع في الهبة فإن حقه لا يسرى بالنسبة إلى الواهب، واسترد الواهب العقار خاليا من حقوق الغير، ورجع الغير على الموهوب له طبقا للقواعد العامة⁽¹⁾.

أما إذا كان الشيء الموهوب منقولاً وتم الرجوع بالتراضي فلا يؤثر الرجوع على حقوق الغير ويعود الشيء للواهب مثقلاً بها.

أما إذا تم الرجوع بحكم قضائي فإن حكم القضاء يكون له أثر رجعي بالنسبة إلى الغير فيسترد الواهب المنقول خالياً من حقوق الغير. ما لم يكن الغير قد حاز الحق بحسن نية وحاز المنقول ليمارس حقه بحسن النية إذ تحميه قاعدة الحيازة في المنقول بسبب الملكية ولا يسترد الواهب المنقول إلا مثقلاً بهذا الحق⁽¹⁾.

118- هلاك الشيء الموهوب بعد الحكم بالرجوع في الهبة :

إذا صدر حكم بالرجوع في الهبة وهلك الشيء في يد الموهوب له بعد إعدار الواهب له بالتسليم، كان الموهوب له مسئولاً عن هذا الهلاك، ولو كان الهلاك بسبب أجنبي.



(1) السنهوري ص 211 وما بعدها.

(2) محيي الدين علم الدين ص 57.

الفصل الرابع

الشركة

مادة (505)

الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم فى مشروع مالى، بتقديم حصة من مال أو من عمل، لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة.

الشرح

119- تعريف الشركة :

عرفت المادة الشركة بأنها عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم فى مشروع مالى، بتقديم حصة من مال أو من عمل، لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو من خسارة. ويتميز هذا التعريف عن تعريف القانون المدنى القديم بأنه يبرز عناصر الشركة وخصائصها الأساسية⁽¹⁾، كما سنرى.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"يتميز هذا التعريف عن تعريف التقنين المصرى بأنه يبرز عناصر الشركة وخصائصها الأساسية، فيذكر أنها تكوين رأس مال مشترك من مجموع حصص الشركاء بقصد تحقيق غرض اقتصادى، وهو بذلك يميز الشركة عن الجمعية التى يقصد بها عادة تحقيق غايات اجتماعية، أو أدبية، أو غيرها من الأغراض العامة التى لا شأن لها بالكسب المادى، على أنه لما كانت بعض الجمعيات، دون أن تقوم بعمليات صناعية أو تجارية ودون أن توزع أرباحا بين أعضائها، تسعى إلى تحقيق غرض اقتصادى، كالجمعية الزراعية الملكية، واتحاد الصناعات (راجع تعريف الجمعية فى المادة 86 من المشروع)، فإن المشروع يبين فى

(1) كانت المادة 511/419 من التقنين المدنى القديم تعرف الشركة بقولها: "الشركة عقد بين اثنين أو أكثر يلتزم به كل من المتعاقدين وضع حصة فى رأس المال لأجل عمل مشترك بينهم وتقسيم الأرباح التى تنشأ عنه بينهم".

التعريف السابق أن الغرض من الشركة هو استغلال رأس المال للحصول على ما يدره من الأرباح وتوزيعها بين الشركاء. والواقع أن الفقه والقضاء جريا على أن توزيع الأرباح الناتجة عن العمل المشترك هو القصد الأساسى من قيام الشركة. كما أضاف المشروع عبارة "اقتسام الخسائر المحتملة"، لأن النية فى الاشتراك والتعاون، عن طريق قبول أخطار معينة واقتسام الخسائر التى قد تنتج عن العمل المشترك، هى من صلب عقد الشركة⁽¹⁾.

120- الفرق بين الشركة والجمعية :

تعرف المادة الأولى من القانون رقم 84 لسنة 2002 بإصدار قانون الجمعيات والمؤسسات الأهلية الجمعية بقولها:

"تعتبر جمعية فى تطبيق أحكام هذا القانون كل جماعة ذات تنظيم مستمر لمدة معينة أو غير معينة تتألف من أشخاص طبيعيين، أو أشخاص اعتبارية، أو منهما معا لا يقل عددهم فى جميع الأحوال عن عشرة، وذلك لغرض غير الحصول على ربح مادي".

فالجمعية بقصد بها تحقيق غرض غير الحصول على ربح مادي، وقد يكون هذا الغرض اجتماعيا أو أدبيا أو ثقافيا أو غير ذلك والأغراض التى تقوم بها الجمعيات متنوعة والضابط فيها ألا تكون بغرض الحصول على ربح مادي.

فقد يكون غرض الجمعيات اجتماعيا كجمعية الاتحاد النسائي وجمعيات الخدمة الاجتماعية، وقد يكون غرضا إنسانيا كجمعيات الإسعاف والهلال الأحمر والصليب الأحمر، وقد تكون غرضا دينيا كجمعيات تحفيظ القرآن وقد تكون غرضا علميا كجمعية الاقتصاد السياسى والتشريع وجمعيات الدراسات التاريخية والجغرافية والاجتماعية وقد تكون أغراضا رياضية كنوادي الألعاب الرياضية، وقد يكون للجمعية غرض واحد أو أكثر.

أما الغرض من الشركة فهو الحصول على ربح مادي وتوزيعه على الأعضاء. ولا ينال ذلك أن الجمعيات قد تهدف إلى تحقيق غرض اقتصادى لأعضائها كما تفعل جمعيات التعاون بأن تشتري بالجملة وتبيعها لأعضائها بسعر أقل من سعر السوق، بل وقد توزع عليهم عائدا آخر العام ولكن هذا النفع المادي ليس ربحا بالمعنى

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى الجزء الرابع ص 302.

القانونى، فالربح المقصود هو الكسب أو الثروة المادية التى تضاف إلى ذمة الشركاء فى الشركة، فدفع الضرر ليس ربحاً.

وكذلك شأن جمعيات التأمين المتبادل التى تنشأ بقصد توفير معاش لأعضائها عند العجز مثلاً، فهذا المعاش ليس ربحاً لأن المقصود به دفع الضرر وليس الإثراء⁽¹⁾.

الأركان الموضوعية العامة والخاصة

لعقد الشركة

121 - تعداد :

لعقد الشركة أركان موضوعية، وهى على قسمين:

الأركان العامة فى كل العقود والأركان الخاصة بعقد الشركة. أما الأركان العامة، فيجب أن تتوافر للشركة كل الأركان العادية للعقد : الرضا والمحل والسبب⁽²⁾. أما الأركان الخاصة بالشركة فهى:

(أ) اجتماع شخصين فأكثر.

(ب) مساهمة كل منهم بحصة فى رأس مال الشركة.

(ج) نية الاشتراك أو نية التعاون عن طريق قبول أخطار معينة.

(د) مساهمة كل شريك فى الأرباح والخسائر.

وفى هذا جاء بملذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"وتبين من هذا التعريف أيضاً الأركان الموضوعية لعقد الشركة، وهى على قسمين:

الأركان العامة فى العقود والأركان الخاصة بعقد الشركة. أما الأركان العامة، فيجب أن تتوافر للشركة كل الأركان العادية للعقد: الرضاء، والمحل، والسبب.

وقد أوردت بعض التقنيات (كالتقنين الفرنسى م 1833، والتقنين الإيطالى م 1698، والتقنين الهولندى م 1656، والتقنين الأسبانى م 1666) نصوصاً خاصة بهذه

(1) الدكتور على جمال الدين عوض القانون التجارى - العمل التجارى - التاجر - الأوراق التجارية - عمليات البنوك - الشركات - دار النهضة العربية ص 420 وما بعدها.

(2) الأستاذ أحمد فتحى زغول شرح القانون المدنى طبعة 1913 ص 320.

الأركان. لكن المشرع لم ير حاجة لإيراد مثل هذه النصوص لأنها ليست إلا تكراراً لا فائدة فيه للقواعد العامة، والشركة، كغيرها من العقود تخضع من حيث تنظيم أركانها للمبادئ العامة الواردة في باب الالتزامات.

أما الأركان الخاصة بالشركة فهي كما تبدو من التعريف. (أ) اجتماع شخصين فأكثر (ب) مساهمة كل منهم بحصة في رأس مال الشركة (ج) نية الاشتراك أو نية التعاون عن طريق قبول أخطار معينة (د) مساهمة كل شريك في الأرباح والخسائر⁽¹⁾.

(أولاً)

الأركان الموضوعية

العامة لعقد الشركة

الشركة عقد مسمى، ويفتضى كونها عقداً أن تكون لها أركان العقد المعتادة وهي التراضي والمحل والسبب، ونعرض لها بإيجاز فيما يلي:

1- التراضي :

يجب لتكوين كل عقد، سواء أكان شركة أم غيرها، حصول الرضاء من المتعاقدين ويحصل الرضاء المذكور من كل من المتعاقدين بما يدل على ذلك. ويشترط أن يكون الرضاء شاملاً كل الشروط اللازمة لتكوين العقد ففي الشركة يجب أن يتناول أركان الشركة الأساسية وشروطها والغرض من تكوينها وحصص الشركاء فيها ومدة انعقادها الخ. وإذا لم يشمل جميع ذلك لا ينعقد العقد، لأن الرضاء يعتبر معدوماً. ويجب أن يكون رضاء كل من المتعاقدين مطابقاً لرضاء الآخر تمام المطابقة، ويقال لذلك توافق الإيجاب والقبول⁽²⁾.

2- المحل :

يجب أن يكون لعقد الشركة محل، شأن الشركة في ذلك شأن أى عقد آخر. ويجب

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 302 وما بعدها.

(2) الدكتور محمد كامل مرسى شرح القانون المدني العقود المسماة الجزء الثانى تنقيح المستشارين

محمد على سكيكر ومعتز كامل مرسى طبعة 2005 ص 2504.

أن يكون المحل موجودا أو ممكنا، وأن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين، وأن يكون قابلاً للتعامل فيه وبخاصة أن يكون مشروعاً.

ومحل الشركة هو رأس مالها مقسماً إلى حصص كل شريك حصة. كذلك يكون محلاً للشركة الأعمال التي تقوم بها لاستغلال رأس المال. فيجب أن تتوافر شروط المحل التي ذكرناها في كل ذلك، فإذا تخلف شرط منها كانت الشركة باطلة.

ويترتب على ذلك أن الشركة تكون باطلة إذا كانت حصص الشركاء مالا لا يجوز التعامل فيه. وتكون باطلة إذا كانت الأعمال التي تباشرها الشركة طبقاً لعقد تأسيسها أعمالاً غير مشروعة، كتهريب الممنوعات أو الاتجار في الحشيش أو المخدرات، أو إدارة محل للدعارة، أو إدارته للمقامرة أو نشر كتب أو صور مخلة بالحياء.

3- السبب :

السبب في التعهدات هو علتها، أي الباعث عليها، ولا يلتفت إلى الأسباب البعيدة التي قد توجد، بل إن سبب الالتزام هو الباعث المباشر.

وفي عقود المبادلة - والشركة منها - يكون التزام كل عاقد سبباً في تعهد الآخر.

ويشترط لصحة العقود أن تكون مبنية على سبب صحيح جائز قانوناً.

فإذا كان سبب الشركة غير مشروع كانت الشركة باطلة كما ذكرنا في المحل.

ومثال ذلك أن تكون أعمال الشركة منحصرة في سلعة معينة بغرض الحصول على أكبر الكميات منها لاحتكار السلعة وإعلاء سعرها استغلالاً لهذا الاحتكار، أو أن يكون الغرض من الأعمال التي تقوم بها الشركة المضاربة غير المشروعة.

122 - الأهلية اللازمة لإبرام عقد الشركة :

الأهلية اللازمة لإبرام عقد الشركة هي أهلية الالتزام، أي أهلية الرشيد الذي بلغ من العمر إحدى وعشرين سنة ميلادية متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه، وذلك لأن عقد الشركة يعد من قبيل التصرفات الدائرة بين النفع والضرر. وعلى ذلك لا تكفي أهلية الإدارة لإبرام عقد الشركة⁽¹⁾.

(1) الدكتور ثروت عبد الرحيم القانون التجاري طبعة 1982 ص 236 - الدكتوران على البارودي ومحمد فريد العريني القانون التجاري طبعة 1986 ص 264 - وبالنسبة لعقود =

123 - جزاء تخلف أركان عقد الشركة :

إذا شاب رضاء أحد الشركاء وقت التعاقد عيب من عيوب الإرادة كغلط أو تدليس أو إكراه وقع العقد باطلا، والبطلان هنا نسبى، مقرر لمصلحة الشريك الذى تعيب رضاه فلا يجوز طلب البطلان إلا من هذا الشريك وحده (م 138 مدنى). ويزول حقه فى إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية (م 139 مدنى). ويسقط الحق فى طلب البطلان إذا لم يتمسك به الشريك خلال ثلاث سنوات من الوقت الذى ينكشف فيه الغلط أو التدليس أو الذى ينقطع فيه الإكراه. ولا يجوز التمسك بالبطلان على أية حال إذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد (140 مدنى).

ولا يختلف حكم هذا البطلان عن البطلان المترتب على نقص الأهلية. فهو بطلان

= الشركات التجارية إذا كان قد أذن للقاصر الذى بلغ الثامنة عشرة من العمر فى الاتجار، فله أن يبرم عقد شركة. ولكن ليس له أن يتعاقد على إبرام شركة يكون فيها شريكا متضامنا إلا بإذن خاص صريح فى ذلك نظرا لمسئوليته التضامنية المطلقة عن ديون الشركة. وإذا أبرم قاصر لم يبلغ سن الرشد عقد شركة مع آخرين فإن العقد يكون باطلا نسبيا وللقاصر وحده أن يتمسك بالبطلان.

ولما كان الشريك المتضامن يكتسب صفة التاجر بمجرد انضمامه إلى الشركة فإنه يمتنع على ولى القاصر أو وصيه أن يبرم عقد شركة يكون فيه القاصر شريكا متضامنا إذ باكتسابه صفة التاجر يتعرض لتطبيق نظام الإفلاس. كما أن الشريك المتضامن يسأل عن ديون الشركة مسئولية مطلقة فى ماله الخاص ولكن يجوز للولى أو الوصى أن يستثمر أموال القاصر فى أسهم شركات الأموال وسنداتها بعد الحصول على إذن من المحكمة بذلك. ذلك أن هذا الاستثمار لا يكسب القاصر صفة التاجر، كما أنه لا يسأل عن ديون الشركة إلا فى حدود قيمة أسهمه، وقد يبدو ذلك مناقضا لما استقر عليه القضاء المصرى من أنه لا يجوز للوصى استثمار أموال القاصر فى التجارة، إلا أنه لا تعارض بين جواز استغلال الولى أو الوصى مال القاصر فى أسهم الشركات وسنداتها وبين تحريم استغلال هذا المال فى أعمال تجارية. فالأعمال الممتعة عليه هى الأعمال التى تتحقق فيها الحكمة من المنع وهى التى تشوبها المغامرة بأموال القاصر كتلك التى ترتب عليها اكتسابه صفة التاجر بما يستوجب ذلك من تعرضه لشهر الإفلاس، والأعمال التى تقوم معها مسئوليته الشخصية التضامنية كما لو أصبح شريكا فى شركة تضامن أو شريكا متضامنا فى شركة توصية بسيطة أو توصية بالأسهم.

(ثروت عبد الرحيم ص 236 وما بعدها - على البارودى ومحمد فريد العرينى ص 264 وما بعدها).

نسبى، يتمسك به ناقص الأهلية وحده، أو من يمثلته، ويسقط الحق فى طلبه بمرور الزمن المحدد بثلاث سنوات من يوم زوال سبب نقص الأهلية، أو بإجازة العقد من الشريك القاصر بعد بلوغ سن الرشد.

وإذا لم تتوافر شروط المحل والسبب - التى ذكرناها فيما سلف- فى الشركة كان العقد باطلا بطلانا مطلقا.

ولكل ذى مصلحة التمسك به، بل وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها.

124 - أثر القضاء ببطلان عقد الشركة :

إذا كانت الشركة التى قضى ببطلان عقدها لم تبدأ نشاطها، فإنه تطبق القاعدة العامة فى البطلان، فيكون للبطلان أثر رجعى، إذ يعتبر عقد الشركة كأن لم يكن، ويعود المتعاقدون إلى الحالة التى كانوا عليها قبل العقد عملا بالمادة 1/142 مدنى التى تقضى بأنه: "فى حالتى إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد. فإذا كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل".

فمتى طلب الشريك البطلان وقضى له به، زالت عنه صفة الشريك، وتحل من التزاماته قبل الشركة، واسترد حصته إن كان قد قدمها، وامتنع عليه الاشتراك فى الأرباح. وتعين عليه ردها إن كان قد قبضها.

وإذا كانت الشركة من شركات الأشخاص ترتب على الحكم بالبطلان انهيار العقد لا بالنسبة للشريك الذى تعيب رضاؤه وحده، وإنما بالنظر إلى الشركاء جميعا، لأن الشركة تقوم على الاعتبار الشخصى. فكل من الشركاء قد رضى بالدخول فى الشركة على أساس اجتماع أشخاص باقى الشركاء بذواتهم .

أما إذا تعلق الأمر بشركة من الشركات التى تقوم على الاعتبار المالى فإن أثر البطلان يقتصر فقط على من شاب العيب رضاه. ويظل العقد صحيحا منتجا لآثاره التى تتمثل فى خلق شخص معنوى هو الشركة، بالنسبة لباقى الشركاء.

إما إذا كانت الشركة قد بدأت نشاطها، فإنها تتحل اعتبارا من تاريخ صيرورة حكم البطلان نهائيا دون أن يرتد أثره إلى الماضى لانقضاء الأثر الرجعى للبطلان فى هذه الحالة. إذ يعتبر العقد صحيحا منتجا لآثاره منذ إبرامه حتى يقضى نهائيا ببطلانه. وبالتالي تعتبر الشركة فى هذه الفترة شركة واقع أو شركة فعلية تتوافر لها الشخصية الاعتبارية وتكون صالحة لاكتساب الحقوق وتدخل ذمتها كل حصص الشركاء بما فيها

الحصة العقارية⁽¹⁾.

ذلك أن تطبيق القواعد العامة التى تقضى بالأثر الرجعى للبطلان على عقد الشركة يؤدى إلى تصدع مراكز مستقرة وإهدار لحقوق الغير الذى تعامل مع الشركة ولا يستقيم عملاً، خاصة أنه لا يمكن إنكار وجود شركة فعلية أو واقعية قبل الحكم ببطلانها وأنها تعاملت مع الغير بوصفها شخصاً معنوياً له كيان قائم بذاته، ونشأت عن ذلك حقوق لها والتزامات عليها وحققت أرباحاً ومنيت بخسائر. فإنكار كل ذلك إنكار للحقيقة والواقع، كما أن التسليم بالأثر الرجعى لبطلان الشركة يؤدى إلى أن يكون احتفاظ مديرها أو من تكون أموالها تحت يده بأرباحها دون سبب حق، وكذلك تحمله خسارتها بغير حق⁽²⁾.

وقد جرى على ذلك قضاء محكمة النقض:

إذ قضت بأن :

1- "إذا كان مؤدى نص المادة 54 من قانون التجارة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن المشرع اعتبر الشركة الباطلة لعدم شهر ونشر عقدها قائمة فعلاً فيما بين الشركاء فى الفترة من تكوينها إلى طلب البطلان قد اشترط أن تكون هذه الشركة قد باشرت بعض أعمالها فعلاً بأن اكتسبت حقوقاً والتزمت بتعهدات وذلك حتى يمكن القول بوجود كيان لها من الواقع ليصل الشركاء من ذلك إلى تصفية العمليات المشتركة فلا ينفرد بنتائجها من ربح أو خسارة أحدهم دون الباقين، وهو ما أريد تفاديه بالالتجاء إلى فكرة الشركة الفعلية أما إذا كانت الشركة لم تبدأ فى تنفيذها قبل أن يحكم ببطلانها لعدم اتخاذ إجراءات شهر ونشر عقدها ولم يكن قد زولت أى عمل من أعمالها فإنه لا يكون قد توافر لها كيان من الواقع فى الفترة السابقة لطلب البطلان ولا يمكن بداهة اعتبارها شركة فعلية وتكون العلة من عدم تطبيق الأثر الرجعى للبطلان منتفية فى هذه الحالة".

(طعن رقم 1198 لسنة 52 ق جلسة 1988/6/20)

2- "لئن كان النص فى الفقرة الأولى من المادة 142 من القانون المدنى قطعى الدلالة على الأثر الرجعى للإبطال أو البطلان وعلى شموله العقود كافة إلا أنه من

(1) الدكتور ثروت عبد الرحيم القانون التجارى المصرى طبعة 1982 ص 267 - وما بعدها - على جمال الدين عوض ص 436 ما بعدها - المستشار أنور طلبه المطول فى شرح القانون المدنى الجزء السابع طبعة 2004 ص 157.

(2) ثروت عبد الرحيم ص 268 - على جمال الدين عوض ص 297 وما بعدها.

المقرر بالنسبة لعقد المدة أو العقد المستمر والدورى التنفيذ - كالشركة - أنه يستعصى بطبيعته على فكرة الأثر الرجعى لأن الزمن فيه مقصود لذاته باعتباره أحد عناصر المحل الذى ينعقد عليه طالما أنها قد باشرت بعض أعمالها فعلا بأن اكتسبت حقوقا والتزمت بتعهدات يتعذر الرجوع فيما نفذ منها، فإذا بطل أو أبطل عقد الشركة بعد ذلك فإن آثاره التى أنتجها من قبل تظل قائمة عمليا ولا يعد العقد باطلا إلا من وقت الحكم النهائى الصادر بالبطلان لا قبله ويعتبر البطلان هنا بمثابة إلغاء لعقد الشركة فى حقيقة الواقع فيكون للشركاء من بعد الحق فى تصفيتها اتفاقا أو قضاء لتوزيع ما أنتجته من ربح أو خسارة بينهم كل بحسب نصيبه".

(طعن رقم 3661 لسنة 68 ق جلسة 1999/12/21)

3- "إذ كان البين من شهادتى مأمورية الضرائب المقدمتين ضمن حافظة مستندات الطاعن أمام محكمة الاستئناف أن هذه المأمورية قامت بإجراء المحاسبة الضريبة عن استغلال صيدليتى التداعى عن سنوات النزاع ونازعها الطاعن فيما انتهت إليه من تقديرات فإن ذلك يقطع بأن الصيدليتين قد باشرت نشاطهما فعلا مما لازمه عدم تطبيق فكرة الأثر الرجعى على عقدى الشركة عند القضاء ببطلانها وأحقية المطعون ضده الأول فى الحصول على نصيبه فيما يكون قد تحقق من أرباح خلال فترة مباشرة نشاطهما وحتى وقت الحكم النهائى الصادر بالبطلان".

(طعن رقم 3661 لسنة 68 ق جلسة 1999/12/21)

(أنظر أيضا الأحكام المنشورة فى شرح المادة 506)

4- "خلافًا للقواعد العامة للبطلان الوارد ذكرها فى المادة 142 من القانون المدنى لا يكون له أثر رجعى فأعمال الشركة وتعهداتها فى الماضى لا تتأثر به وإنما يلحقها البطلان على ما قد يجرى منها بعد القضاء ببطلانها وبالتالي فإن ما لم يستأديه الشريك فى هذه الشركة من عائد مقطوع - لا يتأثر بما حققته من أرباح أو خسائر - خلال الفترة السابقة على بطلانها لا تجوز المطالبة به كأثر لذلك بعد دخولها فى دور التصفية بالتطبيق لأحكام المواد 533 من القانون المدنى وما بعدها - إلا فى مواجهة المصطفى وفى ضوء ما يثبت له من أن الشركة قد حققت أرباحا فى تلك الفترة وفى حدود نسبة حصته فى رأس مالها وليس وفقا لطريقة توزيع الأرباح الوارد ذكرها فى العقد الباطل وباعتباره دينا استحق له قبل قسمة أموال الشركة بين الشركاء فيها بالتطبيق لحكم...،

لما كان ذلك، وكان الواقع الذى أقام الحكم المطعون فيه قضاءه عليه أن الطاعن والمطعون ضدهم كانوا قد أجروا اتفاقا بتاريخ 7 أكتوبر سنة 1978 ضمنوه تعديلا لعقد الشركة المحرر بينهم والمؤرخ أول يناير سنة 1973 لتشغيل المخبز محل النزاع يقضى بأحقية الطاعن فى ربح شهرى محدد غير قابل للزيادة أو النقصان لا يحول غلق المخبز - لأسباب صحية أو خلافه - دون استحقاقه له بصفة دورية وإذ قضى الحكم المطعون فيه على هدى من هذا الواقع ببطان عقد الشركة الأول وما تلاه من تعديل له - تضمن على نحو ما سلف بيانه - منح الطاعن الحق فى الحصول على ربح شهرى ثابت ومستمر مع عدم تحميله ما قد يلحق الشركة من خسارة ورتب على ذلك عدم أحقيته فى المطالبة به إلى حين تصفية أموال - الشركة وقسمتها بينه وبين المطعون ضدهم فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون ويضحى النعى عليه بما ورد بأسباب الطعن على غير أساس".

(طعن رقم 1902 لسنة 63 ق جلسة 2001/2/13)

(أنظر أيضا الأحكام المنشورة فى شرح المادة 506)

وشركة الواقع يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات القانونية.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "قاعدة التزام الكتابة فى إثبات شركة التضامن بين أطرافها لا خلاف عليها إذا كان المطلوب هو إثبات وجود هذه الشركة بالنسبة للحاضر أو المستقبل أما إذا كان المطلوب هو إثبات قيامها فى الماضى بعد القضاء ببطانها لعدم استيفائها الشكل القانونى أى فى الفترة ما بين إنشائها وطلب بطلانها فقد اختلف الرأى فى تطبيق تلك القاعدة بالنسبة لإثبات "الشركة الفعلية" التى قامت فى الواقع بين الشركاء وكانوا يتعاملون فى وقت طلب بطلانها على اعتبار أنها صحيحة وقائمة إلا أنها مع قيام هذا الخلاف فى الرأى فإنه حتى من رأى جواز إثبات قيام الشركة الفعلية بجميع طرق الإثبات المقبولة فى المواد التجارية فقد اشترط لذلك أن تكون هذه الشركة قد باشرت بعض أعمالها فعلا حتى يمكن القول بوجود كيان لها فى الواقع ويصبح للشركاء مصلحة فى إثباتها ليصلوا من وراء ذلك إلى تصفية العمليات المشتركة فلا ينفرد بنتائجها من ربح أو خسارة أحدهم دون الباقيين وهو الأمر الذى أريد تفاديته بالالتجاء إلى فكرة الشركة الفعلية فى هذه الصورة والذى من أجل تلافيه أورد المشرع المصرى القاعدة التى نص عليها فى الفقرة

الثانية من المادة 507 من القانون المدنى التى تقضى بأنه لا يكون للبطلان متى حكم به لعدم كتابة عقد الشركة أثر فيما بين الشركاء أنفسهم إلا من وقت أن يطلب الشريك الحكم بالبطلان أما إذا كانت الشركة لم يبدأ فى تنفيذها قبل أن يحكم ببطلانها لعدم استيفائها الشكل القانونى ولم تكن قد زولت أى عمل من أعمالها فإنه لا يكون قد توافر لها كيان فى الواقع فى الفترة السابقة لطلب البطلان ولا يمكن بداهة اعتبارها شركة فعلية وتكون العلة من عدم تطبيق الأثر الرجعى للبطلان منقضية فى هذه الحالة".

(طعن رقم 219 لسنة 31 ق جلسة 1966/1/27)

2- "وحيث إن النعى غير سديد، ذلك أن محكمة الموضوع تستقل باستخلاص قيام شركة الواقع أو عدم قيامها من ظروف الدعوى وقرائن الحال فيها دون رقابة عليها فى ذلك من محكمة النقض، مادامت أقامت قضاءها على أسباب سائغة، وإذ كان لا يعيب الحكم عدم مناقشة المخالفة التى بنى عليها الحكم المستأنف الذى ألغاه أو عدله طالما صدر قضاؤه موافقا لحكم القانون. لما كان ذلك، وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن محكمة الاستئناف أقامت قضاءها بوجود شركة فعلية بين الطاعن ومورث المطعون ضدهم على ما استخلصته من العقد المنشئ للشركة ومن مساهمة كل شريك فى رأسمال الشركة، ولما كانت هذه الأسباب سائغة وتكفى لحمل قضائها وتؤدى إليه فإن مجادلة الطاعن فى هذا الصدد تعتبر مجادلة موضوعية فى سلطة محكمة الموضوع فى تقدير الأدلة وأقوال الشهود واستخلاص القرائن تتحسر عنها رقابة محكمة النقض وإذ لا يعيبه عدم مناقشة أسباب حكم الدرجة الأولى الذى تناوله فى قضائه بالتعديل ومن ثم يكون النعى على الحكم المطعون فيه بهذه الأسباب على غير أساس".

(طعن رقم 3006 لسنة 63 ق جلسة 2000/10/16)

(ثانياً)

الأركان الخاصة للشركة

ذكرنا سلفاً أن للشركة بجانب الأركان العامة، أركان خاصة يجب توافرها فيها، وهذه الأركان الخاصة هى:

125- الركن الأول :

اجتماع شخصين فأكثر :

يشترط فى الشركة اجتماع شخصين على الأقل.

وقد نصت على ذلك صراحة المادة 505 مدنى. مع أن كل عقد يفترض حتماً وجود طرفين على الأقل، ولم يكن هناك داعٍ لذكر هذا الشرط. ومع ذلك فقد حرص المشرع على الإشارة إليه ليؤكد مبدأ وحدة الذمة فى التشريع المصرى وهو يقضى بأن جميع أموال الشخص ضامنة للوفاء بديونه (م 1/234 مدنى).

ويراعى أن شركة المساهمة لا تنشأ صحيحة إلا إذا كان عدد الشركاء المؤسسين لا يقل عن ثلاثة (م 1/8 من القانون رقم 159 لسنة 1981 بإصدار قانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركاء ذات المسئولية المحددة).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"الشركة على ما هى معرفة به قانوناً عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم فى مشروع مالى بتقديم حصة من مال أو من عمل لاقتسام ما ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة مما يقتضى لزوماً قيام الشركة بشخصين فى الأقل".

(طعن رقم 409 لسنة 36 ق جلسة 1971/5/18)

126- الركن الثانى :

مساهمة كل شريك بحصة فى رأس مال الشركة :

من الطبيعى أن يكون للشركة رأس مال لأنه الوسيلة إلى تحقيق غرضها وهو الكسب. ويجب أن يساهم كل الشركاء فى تكوين رأس المال. ولا يعتبر شريكاً من يعفى من هذه المساهمة ولو تقرر له فى العقد حق فى الأرباح، ولا تعتبر علاقته بالشركاء

الآخرين شركة بل عقدا آخر قد يكون هبة بالأرباح مثلا⁽¹⁾. ولا يلزم أن تكون الحصة التي يتعهد الشريك بتقديمها نقودا. فالأصل أن كل مال أو شيء له قيمة اقتصادية يجوز أن يكون حصة في رأس مال الشركة كالعمل أو حق لدى الغير.

ولا يلزم أن تكون الحصص كلها من نوع واحد، ولا متساوية، فيجوز أن تكون حصة البعض مالا وحصة الآخرين عملا.

وإذا لم يحدد رأس المال. إجمالا كانت حصة كل شريك مساوية لحصة الآخرين. وإذا كانت الحصة مالا، فإن هذا المال يكون عبارة عن كل عنصر في الذمة يقتطعه الشريك من ماله الخاص ويدخل في رأس المال المشترك المملوك للشركة، فيشمل المنقولات المادية والعقارات والحقوق التي للشريك لدى الغير. وعموما كل شيء يصلح أن يكون محلا للالتزام يصلح أن يكون حصة في الشركة.

127- الركن الثالث :

نية الاشتراك أو نية التعاون عن طريق قبول أخطار معينة :

يعد توافر هذه النية عند الشركاء ركنا أساسيا في قيام الشركة، وهو عبارة عن استقرار إرادتهم واتفاقهم على توحيد جهودهم لبلوغ هدف مشترك، وهو الغرض الذي ترمى الشركة إلى تحقيقه. ويلاحظ أن نية الاشتراك هذه أكثر ظهورا في شركات الأشخاص منها في شركات الأموال، لكنها موجودة على كل حال.

وتوافر هذا الركن هو الذي يميز عقد الشركة عن العقود التي تشبه به :

مثال ذلك من يقدم لشخص مبلغا من النقود يستغله في عمل تجارى، ويشترط عليه أن يأخذ منه نصيبا من الأرباح يحدد نسبته فيه، ويستغنى بهذا عن أخذ فوائد ثابتة. هذا العقد لا يمكن اعتباره شركة لانعدام نية الاشتراك، والمقصود به هو القرض، كل ما في الأمر أن المقرض أراد أن يتفادى الاصطدام بالنصوص القانونية التي تحدد سعر الفائدة ب 7% لحد أقصى، وهو يريد أن يحصل على فوائد ربوية.

مثال آخر رب العمل الذى يتفق مع عماله على أن يشتركوا فى الأرباح، أو صاحب

(1) على جمال الدين عوض ص 412.

السفينة الذى يتفق مع القبطان والملاحين على أن يأخذوا نصيبا مما يحققه من ربح هذه الاتفاقات لا تغير من طبيعة عقود إجارة الأشخاص وتجعلها عقود شركة، وذلك لانتهاء نية الاشتراك بين رب العمل وموظفيه. فضلا عن قيام رابطة التبعية بينهم وبينه، مما ينافى طبيعة عقد الشركة التى تقوم على المساواة بين الشركاء وتعاونهم على تحقيق غرض الشركة، واقتسام الأرباح الناتجة من ذلك النشاط وتحمل الخسارة عند الاقتضاء⁽¹⁾.

128- الركن الرابع :

مساهمة كل شريك فى الأرباح والخسائر :

يجب حتما أن يكون الغرض من تكوين العقد والتعهد بتقديم الحصص هو استثمارها فى مشروع مالى، ذى تبعة أى يحتمل الربح والخسارة، بقصد اقتسام الأرباح بين الشركاء.

ويقصد بالربح كل كسب نقدى أو مادى يضاف إلى ذمة الشركاء. وبهذا التعريف يخرج عن معنى الربح قصد دفع الخسارة التى تهدد الشركاء⁽²⁾، أو السعى إلى مجرد الاقتضاء بالحصول على منافع أو سلع بأقل من سعر السوق. فالربح كسب إيجابى يزيد من العنصر الإيجابى فى ذمة الشركاء، فإذا لم يكن غاية العقد هو توزيع الربح على الشركاء لم يكن العقد شركة بل عقدا آخر كما سنرى.

والأصل أن يتأرجح مركز الشركة بين الكسب والخسارة ولا يستقر إلا عند انتهائها وتصفياتها، ولكن جرى العرف على توزيع الأرباح عند نهاية كل سنة مالية فى مواعيد دورية. ولهذا السبب قضى القانون بالزام التاجر فردا كان أو شركة بعمل جرد سنوى لمعرفة أصول وخصوم المتجر حتى يظهر المبلغ الذى يوزع كرباح على الشركاء، بعد خصم الاحتياطى القانونى والاتفاقى. ولا يعتبر ربحا جائزا توزيعه إلا الزيادة فى الأصول

(1) الدكتور فريد مشرقى أصول القانون التجارى المصرى مكتبة الأنجلو المصرية القاهرة ص 94 وما بعدها.

(2) على جمال الدين عوض ص 416 وعكس ذلك السنهورى ص 169 فيرى أنه قد يكون الربح مجرد توقى خسارة مادية محتملة، كما إذا تأسست شركة من حاملى سندات شركة أخرى بقصد الدفاع عن مصالح حاملى هذه السندات والحيلولة دون هبوط أسعار السندات.

على الخصوم حسب قائمة الجرد والميزانية، أما إذا أسفر الجرد عن زيادة الخصوم على الأصول فمعنى ذلك أن رأس المال به عجز وتجب أولاً إعادته إلى أصله ثم توزيع الربح بعد ذلك. ومتى وزع الربح توزيعاً صحيحاً في سنة فإنه لا يمكن استرداده بعد ذلك من الشركاء، ولو منيت الشركة بخسارة فيما بعد. لأن كل سنة مستقلة عن الأخرى بحساباتها وميزانياتها، فالربح متى تم صحيحاً فهو نهائى.

وتوزع الأرباح طبقاً لشروط العقد، ولأطراف حرية كبيرة في ذلك، فيجوز الاتفاق على أن تكون حصة كل منهم في الربح بنسبة مساهمته في رأس مال الشركة أو بنسبة نصيبه في الخسارة، أو على أن تكون الحصص كلها متساوية في الربح. وإذا لم تحدد هذه النسبة في العقد انطبق نص المادة 514 وهو يقضى بأنه إذا لم يبين في العقد نصيب كل من الشركاء في الربح والخسائر كان نصيب كل منهم في ذلك بنسبة حصته في رأس المال، فإذا اقتصر العقد على تعيين نصيب الشركاء في الربح وجب اعتبار هذا النصيب أيضاً في الخسارة، وكذلك الحال إذا اقتصر العقد على تعيين النصيب في الخسارة. وإذا كانت حصة أحد الشركاء مقصورة على عمله وجب أن يقدر نصيبه في الربح أو الخسارة تبعاً لما تقيده الشركة من هذا العمل، فإذا قدم عمله أو نقوداً أو أى شىء آخر كان له نصيب عن العمل وآخر عما قدمه فوقه⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

يشترط لقيام الشركة أن توجد لدى الشركاء نية المشاركة في نشاط ذى تبعة وأن يساهم كل شريك في هذه التبعة بمعنى أن يشارك في الربح والخسارة معا ومن ثم فإن فيصل التفرقة بين الشركة والقرض هو ما انتواه المتعاقدان وتوافر نية المشاركة وعدم توافرها لديهما. وتعد هذه النية من مسائل الواقع التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع ولا معقب عليه فى ذلك متى أقام رأيه على أسباب سائغة. وإذا استند الحكم المطعون فيه فى نفي نية المشاركة لدى العاقدین واعتبار العقد المبرم بينهما عقد قرض وليس شركة، إلى ما تضمنته بنود هذا العقد من اشتراط المطعون ضده الحصول فى نهاية مدة العقد على ما دفعه لتمويل العمليات التى يقوم بها الطاعن كاملاً مهما كانت نتيجة هذه العمليات وعدم تحميله شيئاً من الالتزامات التى تترتب عليها فى ذمة الطاعن للغير واشتراطه

(1) على جمال الدين عوض ص 416 وما بعدها.

أيضا أن يقدم له الطاعن شهريا قدرا معينا من المبلغ المدفوع، وكان مؤدى كل ذلك نفى قيام نية المشاركة وتكليف العقد بأنه قرض، ذلك أن المبلغ الواجب دفعه شهريا مهما كانت نتيجة العمليات التي يجريها الطاعن من ربح أو خسارة وإن وصف في العقد بأنه من أرباح الشركة لا يمكن أن تكون حقيقته كذلك إذ الربح لا يكون مؤكدا ولا معروفا مقداره سلفا وإنما حقيقة هذا المبلغ هو فائدة مستورة في صورة ربح، فإن النعى على الحكم الخطأ في تكليف العقد يكون على غير أساس".

(طعن رقم 67 لسنة 34 ق جلسة 1967/6/22)

129 - العقود التي تشبه بعقد الشركة :

قد يشتهر عقد الشركة ببعض العقود الأخرى، ومنها على سبيل المثال:

1 - عقد البيع :

قد يشتهر عقد الشركة بعقد البيع، في حالة اتفاق المؤلف والناشر على أن يتقاضى المؤلف نسبة معينة من أرباح الناشر في مقابل حقه في التأليف. فإذا كان الناشر هو الذى تحمل كافة نفقات نشر الكتاب وهو وحده الذى يتحمل خسائره المحتملة، فإن العقد يكون بيعا لا شركة ذلك أن المؤلف باع مؤلفه بثمن يزيد أو ينقص بحسب الأرباح التي يحصل عليها الناشر ولم يشارك الناشر في الخسائر ولا يقال إنه خسر عمله في التأليف، لأن هذا العمل يقابله حق المؤلف المعنوى في كتابه وهذا الحق لا يزال باقيا له.

أما إذا اشترك المؤلف مع الناشر في نفقات النشر، واتفقا على المساهمة في الأرباح والخسائر، فالعقد شركة. ويكون شركة أيضا إذا قام الناشر بتقديم نفقات النشر على أن يستردها أولا مما يحصل عليه من بيع الكتاب ثم يتقاسم بعد ذلك مع المؤلف ما يزيد على النفقات بنسبة معينة وتكون نفقات النشر التي قدمها الناشر قرضا يسترده من الشركة قبل توزيع الأرباح⁽¹⁾.

2 - عقد القرض :

يفترق عقد الشركة عن عقد القرض بفائدة في أن المقرض ليست لديه نية المشاركة بمعنى أنه لا يهتم مصير المشروع الذى يستغل فيه القرض ولا يتحمل في خسائره، ولذلك لا يمكن أن يتدخل في سيره ولا أن ينتقد إدارته ولا أن يراقبه كما أنه لا تكون لديه

(1) السنهوري ص 171 وهامش (4).

نية التعاون الإيجابي بقصد إنجاحه.

3- عقد العمل :

يتخذ عقد العمل أحيانا صورة تقريره من عقد الشركة، فيتفق رب العمل مع العامل على أن يكون لهذا الأخير نسبة من أرباح العمل قاصدا بذلك دفعه إلى العناية بالعمل وصرف جهوده فيه بإخلاص ويقظة. غير أن هذا الاشتراك فى الأرباح لا يقلب عقد العمل إلى عقد شركة لعدم قيام المساواة بين رب العمل والعامل إذ على الرغم من هذا الاشتراك، فلا يزال العامل يخضع لسلطان رب العمل، فالعلاقة بينهما هى الخضوع والتبعية، يضاف إلى ذلك أن العامل لا يشارك فى الخسائر ولا يكون مسئولا عن ديون صاحب العمل⁽¹⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

(أ) - "المناطق فى تكييف العقود وإعطائها الأوصاف القانونية الصحيحة هو ما عناه العاقدان منها. وإذا كان ما انتهت إليه المحكمة من تكييف العقد بأنه ينطوى على عقد عمل وليس شركة لا خروج فيه على نصوص هذا العقد وتؤدى إليه عباراته وما استخلصته المحكمة منها من قيام عنصر التبعية الذى يتمثل فى خضوع العامل لرب العمل وإشرافه ورقابته، مما يتعارض وطبيعة عقد الشركة، وكان لا يتنافى مع هذا التكييف تحديد أجر المطعون ضده بنسبة مئوية من صافى الأرباح، إذ ليس ثمة ما يمنع من تحديد أجر العامل على هذه الصورة دون أن يغير ذلك من طبيعة عقد العمل، وكان ما ورد فى أسباب الحكم الأخرى التى عيبتها الطاعنة لم يكن إلا استطرادا زائدا من الحكم يستقيم بدونه، مما يكون معه النعى على ما تضمنته هذه الأسباب الزائدة غير منتج، فإن النعى على الحكم المطعون فيه - بأنه أخطأ فى تكييف العقد بأنه عقد عمل - يكون على غير أساس".

(طعن رقم 469 لسنة 37 ق جلسة 1973/3/3)

(ب) "المناطق فى تكييف العقود وإعطائها الأوصاف القانونية الصحيحة هو ما عناه

(1) الدكتور محسن شفيق الوسيط فى القانون التجارى المصرى الجزء الأول الطبعة الثالثة 1957 ص 245.

العاقدان منها، وإذ كان ما انتهت إليه المحكمة من تكليف العقد بأنه عقد عمل وليس شركة لا خروج فيه على نصوص العقد وتؤدى إليه عباراته، وما استخلصته المحكمة منها من قيام عنصر التبعية الذى يتمثل فى خضوع المطعون ضده (صيدلى) لإشراف النقابة (صاحبة الصيدلية) ورقابتها مما يتعارض وطبيعة عقد الشركة، وكان لا يتنافى مع هذا التكليف تحديد أجر المطعون ضده بنسبة معينة من الأرباح، أو أن النقابة قد خولته باعتباره مديراً للصيدلية فى تعيين العمال اللازمة لها وتأديبهم وفعلهم لأن ذلك كله لا يغير من طبيعة عقد العمل، فإن النعى على الحكم بالخطأ فى تطبيق القانون والفساد فى الاستدلال - إذ قضى بعدم خضوع المطعون ضده لضريبة الأرباح التجارية استناداً إلى تكليف عقد العمل بأنه عقد عمل لا شركة - يكون على غير أساس".

(طعن رقم 533 لسنة 39 ق جلسة 1976/2/19)

4- عقد المزارعة :

يشتهر عقد المزارعة بعقد الشركة. فإذا أعطى صاحب الأرض الزراعية أو صاحب الأرض المغروسة بالأشجار الأرض مزارعة لشخص آخر فى مقابل أخذ صاحب الأرض نسبة معينة من المحصول، كان العقد مزارعة، أى إيجاراً لا شركة. ذلك أن صاحب الأرض يأخذ أجرة أرضه نسبة من المحصول، فإذا كان المزارع قد لحقته خسارة فصاحب الأرض لا يساهم فيها. والمقرر أن الشريك يجب أن يساهم فى الربح وفى الخسارة. ومن ثم ألحق المشرع عقد المزارعة بعقد الإيجار (المواد 619 - 627 مدنى) وذكر صراحة فى المادة 620 مدنى أن أحكام الإيجار تسرى على المزارعة⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "الشركة عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم فى مشروع مالى بتقديم حصة من مال أو من عمل لاقتسام ما قد ينشأ من هذا المشروع من ربح أو خسارة، مما مؤداه أن محل هذا العقد هو تكوين رأس مال مشترك من مجموع حصص الشركاء وذلك بقصد استغلاله للحصول على ربح يوزع بينهم، ولا رابطة بين هذا المؤدى وبين ما قد يكون من مباشرة الشركاء لنشاطهم المشترك فى عين يستأجرها أحدهم لانتفاء التلازم بين قيام الشركة وبين وجود تلك العين أو تحقق ذلك النشاط فيها".

(طعن رقم 790 لسنة 56 ق جلسة 1987/3/16)

2- "قيام مستأجر بإشراك آخر معه فى النشاط المالى الذى يبائشه فيها عن طريق تكوين شركة بينهما، لا يعدو أن يكون متابعة من جانب المستأجر للانتفاع بالعين فيما أجرت من أجله بعد أن ضم إلى رأس مال المستثمر فيها حصة لآخر على سبيل المشاركة فى استغلال هذا المال المشترك دون أن ينطوى هذا بذاته على معنى تخلى المستأجر لتلك العين عن حقه فى الانتفاع بها سواء كلها أو بعضها إلى شريكه فى المشروع المالى بأى طريق من طريق التخلي لانتفاء مقتضى ذلك قانوناً".

(طعن رقم 790 لسنة 56 ق جلسة 1987/3/16)

3- "إشراك المستأجر لآخرين معه فى النشاط الذى يبائشه بالعين المؤجرة. عدم اعتباره تخلياً من حقه فى الانتفاع بها. تقديم المستأجر حقه الشخصى فى إجارة العين كحصة له ضمن مقومات شركة. فسخها أو تصفيتا. أثره. عودة العين إلى مستأجرها الأسمى للانفراد بمنفعتها. تخليه عن حقوقه فيها للغير ولو كان أحد شركائه. للمؤجر طلب إخلائه. م18/ج ق 136 لسنة 1981".

(طعن رقم 880 لسنة 65 ق جلسة 2001/5/2)**(طعن رقم 3543 لسنة 61 ق جلسة 1998/12/31)****130- خصائص عقد الشركة :****1- الشركة من عقود التراضى :**

ذكرنا سلفاً أن الشركة من عقود التراضى، فهى تتم بإيجاب وقبول، ولا تتوقف صحتها على وجوب تسليم شىء أو استيفاء إجراءات أخرى. مع مراعاة ما جاء بالمادة 507 من اشتراط الكتابة كما سنرى.

ويترتب على كون الشركة من عقود التراضى ما يأتى :

(أ) - أنها تلزم المتعاقدين من وقت الاتفاق، كما أن الملكية فى الأموال المعينة تنتقل فيها من ذلك الوقت أيضاً، مع مراعاة القواعد الخاصة بالتسجيل.

(ب)- أن مجرد الوعد بعقد الشركة بعد مدة معينة يكون صحيحاً وملزماً، متى كان هذا الوعد شاملاً لشروط الشركة. وإن لم ينفذ أحد الطرفين تعهده فإنه يكون ملزماً بدفع تعويضات للطرف الآخر، وذلك لأن تنفيذ عقد الشركة يستلزم وجود الشركاء شخصياً

فيها، والقاعدة أن كل التزام بعمل أو الامتناع عنه يتحول إلى تعويض مالى عند عدم الوفاء. ويجب تطبيق هذه القاعدة فى الحالة التى يكون فيها العمل مطلوباً إجراؤه من نفس شخص المتعهد لاعتبارات خاصة بحسب العقد، وعقد الشركة من العقود التى تراعى فيها مثل هذه الاعتبارات⁽¹⁾.

2- عقد الشركة من عقود المعاوضة :

عقد الشركة من عقود المعاوضة، لأن كل شريك يقدم حصته فى رأس المال، ويستولى فى نظير تقديمه لهذه الحصة على نصيبه فى أرباح الشركة. ويترتب على كون الشركة من عقود المعاوضة أنه إذا لم يلتزم أحد المتعاقدين بتقديم حصة فى رأس المال لا يكون العقد شركة، بل يكون عقداً آخر، ويكون صحيحاً إذا توافرت فيه الشروط القانونية اللازمة لصحة ذلك العقد. فإن لم تتوافر فيه شروط أى عقد كان باطلاً.

ويصح أن تتضمن الشركة تبرعاً مكشوفاً أو تبرعاً مستتراً أو تبرعاً غير مباشر. فهى تتضمن تبرعاً مكشوفاً إذا تبرع سائر الشركاء لأحدهم بحصته فأعفوه من تقديمها بعد تحديدها ويكون التبرع مكشوفاً إذا ظهر من عقد الشركة أن الشريك أعفى من تقديم حصته. وفى هذه الحالة يجب أن تستوفى الهيئة شكلها فتكون فى عقد رسمى، وإلا كانت باطلة، وألزم الشريك بدفع حصته⁽²⁾.

وقد يتضمن عقد الشركة تبرعاً مستتراً، إذا ذكر فى العقد أن الشريك قد دفع حصته ويكون فى الحقيقة قد أعفى من دفعها، وفى هذه الحالة تكون الهيئة مستترة تحت اسم عقد الشركة. فلا تستلزم الرسمية شأن كل هبة مستترة. وقد يتضمن عقد الشركة هبة غير مباشرة إذا أعطى الشريك نصيباً فى الأرباح أكبر من حصته فى الشركة، فيكون ما زاد من الأرباح هبة غير مباشرة، يستوجب الرسمية⁽³⁾.

3- الشركة عقد ملزم للجانبين :

فكل شريك يلتزم فى عقد الشركة بالتزامات معينة والشركة تلزم عقد كل شريك

(1) محمد كامل مرسى ص 500.

(2) محمد كامل مرسى ص 205.

(3) السنهورى ص 170.

بالتزامات محددة.

وهذه الالتزامات ينص عليها عقد تكوين الشركة وهذا ظاهر من تعريف الشركة في المادة 505 مدنى.

ويترتب على كون الشركة عقد ملزم للجانبين أنه إذا لم يقم أحد الشركاء بتنفيذ التزامه كتقديم حصته فى الشركة أنه يجوز لأى شريك آخر طلب فسخ عقد الشركة عملاً بالمادة 157 مدنى.

وأنه لا يجوز للشريك الذى لم ينفذ التزامه أن يطالب الشريك الآخر بتنفيذ التزامه هو.

4- الشركة من العقود المحددة :

الشركة من العقود المحددة أى المحققة وليست من العقود الاحتمالية، لأن الشريك يعرف وقت العقد قدر ما يعطى وقدر ما أخذ، ولا ينال من ذلك احتمال خسارة الشريك، لأن احتمال الخسارة لا يجعل من العقد عقداً احتمالياً.

131 - الشركة والشيوع :

تفرق نية المشاركة بما تتطوى عليه من رغبة كل شريك فى التعاون الإيجابى بين الشركة والشيوع. فالشركة لا تنشأ إلا عن عقد فهى مقصودة بينما الشيوع حالة سلبية بين الملاك المشتاعين يغلب أن تكون مفروضة عليهم، وإذا كانت ناشئة عن عقد فهو لا يتضمن رغبة فى التعاون بين كل منهم بل يدافع كل منهم عن مصالحه الخاصة، ولهذا الاعتبار نظم المشرع المدنى قواعد الشيوع بأحكام مخالفة لأحكام الشركة (م 820 - 849).

وهناك فارق جوهري بين الشركة والشيوع وهو أن عقد الشركة ينشأ عنه شخص معنوى مستقل عن أشخاص الشركاء يكون مالكا للحصص ويحصل التعامل باسمه، بينما فى الشيوع لا ينشأ شخص جديد للشركاء المشتاعين فى الملكية. كما أن الشيوع مال يستغل بحسب طبيعته أما فى الشركة فالمقصود هو الاستغلال فى نشاط ذى تبعة بأمل الربح ولكنه قد يعرض الشركاء للخسارة⁽¹⁾.

132 - انطباق أحكام الشركات الواردة بالتقنين المدنى على الشركات المدنية

(1) على جمال الدين عوض ص 419.

والتجارية :

وردت أحكام الشركات بالتقنين المدنى فى المواد (505 - 537). وهذه الأحكام تسرى على كافة الشركات سواء أكانت مدنية أم تجارية، ما لم يرد نص خاص فى مسألة معينة.

ولذلك تنص المادة 19 من قانون التجارة الصادر فى 13 نوفمبر سنة 1883 - والتي أبقي عليها قانون التجارة الجديد - على أن : "الشركات التجارية المعتبرة قانونا ثلاثة أنواع:

النوع الأول : شركة التضامن.

النوع الثانى : شركة التوصية.

النوع الثالث : شركة المساهمة.

وتتبع فى هذه الشركات الأصول العمومية المبينة فى القانون المدنى والشروط المتفق عليها بين الشركاء والقواعد الآتية.

133 - التشريع الذى ينظم الشركات التجارية :

نظم المشرع أحكام الشركات التجارية فى الفصل الأول من الباب الأول المواد (19- 65) من قانون التجارة الصادر فى 13 من نوفمبر سنة 1883 ثم صدر القانون رقم 29 لسنة 1954 بشأن بعض الأحكام الخاصة بشركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحددة، الذى نظم من جديد أحكام شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والذى استحدث الشركات ذات المسئولية المحدودة ثم ألغى هذا القانون وحل محله القانون رقم 159 لسنة 1981 بإصدار قانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة.

ولما صدر قانون التجارة الجديد رقم 17 لسنة 1999 أبقي على الفصل الأول من الباب الثانى من قانون التجارة الصادر فى 13 من نوفمبر سنة 1883 والخاص بشركات الأشخاص.

إذ نصت الفقرة الأولى من المادة الأولى من قانون إصداره على أن : "يلغى قانون التجارة الصادر بالأمر العالى فى 13 من نوفمبر سنة 1883، عدا الفصل الأول من الباب الثانى منه والخاص بشركات الأشخاص، ويستعاض عنه بالقانون المرافق".

134 - الشركات المدنية والشركات التجارية :

لم يرد نص سواء فى قانون التجارة الصادر سنة 1883 أو فى قانون التجارة الجديد يضع معيارا للتفرقة بين الشركات المدنية والشركات التجارية.

إلا أن المتفق عليه فقها أن التفرقة بين الشركات المدنية والشركات التجارية تقوم على نفس معيار التفرقة بين التاجر وغير التاجر، أى إلى طبيعة نشاطها وما تقوم به من أعمال، فإن كانت الشركة تحترف القيام بالأعمال التجارية اعتبرت شركة تجارية، كاحترافها شراء منقولات بقصد بيعها وتحقيق ربح أو احترافها القيام بعمليات الصرف أو البنوك، أو أعمال التجارة البحرية، أو عمليات الصناعة والإنشاءات العقارية، أما لو كان الغرض من تكوين الشركة يعد بحسب القانون عملا مدنيا فإنها تعتبر شركة مدنية، كالشركة التى تقوم بزراعة الأرض وبيع حاصلاتها، أو ببناء عقارات بقصد تأجيرها، أو استغلال مصادر الثروة الطبيعية كالمحاجر والمناجم، وكذلك الشركات التى تتكون من عدد من أصحاب المهن الحرة كالمحامين أو المحاسبين أو الأطباء لإدارة مكتب محاماة أو محاسبة أو عيادة طبية⁽¹⁾.

وقد ورد النص على الأعمال التجارية فى المواد 4، 5، 6 من قانون التجارة الجديد، وأردفت المادة السابعة على أن: "يكون عملا تجاريا كل عمل يمكن قياسه على الأعمال المذكورة فى المواد السابقة لتشابه فى الصفات والغايات".

وقد نصت المادة التاسعة على أنه لا يعد عملا تجاريا بيع الزارع منتجات الأرض التى يزرعها سواء كان مالكا لها أو مجرد منتفع بها⁽²⁾.

وعلى ذلك إذا كانت الشركة تقوم بعمل من الأعمال التجارية سألقة الذكر كانت شركة تجارية، فإذا خرجت الأعمال التى تقوم بها عنها كانت شركة مدنية.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"العبارة فى تحديد صفة الشركة هى بطبيعة العمل الرئيسى الذى تقوم به وبالغرض الذى

(1) ثروت عبد الرحيم ص 210 وما بعدها - على البارودى ومحمد فريد العرينى ص 247 - الأستاذ على العريف شرح الشركات فى مصر طبعة 1980 ص 11.

(2) وتنص المادة (8) من قانون التجارة على أن: "1- الأعمال التى يقوم بها التاجر لشئون تتعلق بتجارته تعد أعمالا تجارية.

2- كل عمل يقوم به التاجر يعد متعلقا بتجارته ما لم يثبت غير ذلك".

تسعى إلى تحقيقه حسبما حددته فى عقد تأسيسها، وإذ يبين مما أورده الحكم أنه استخلص من عقد الشركة الطاعنة وباقى أوراق الدعوى أنها تقوم بالاتجار فى أدوات ولوازم المعمار وبأعمال ومقاولات البناء ومقاولات بيع الأراضى بصفقتها وكيلة بالعمولة، وهى أعمال تجارية بطبيعتها وتعتبر الشركة الطاعنة شركة تجارية لقيامها بهذه الأعمال لما كان ذلك فإن النعى يكون على غير أساس".

(طعن رقم 450 لسنة 38 ق جلسة 1974/11/19)

وإذا كان ما تقوم به الشركة خليطا من الأعمال المدنية والتجارية فإنها تعتبر مدنية أو تجارية تبعا للصفة الغالبة للأعمال التى تحتترفها. فإذا كانت تجارية اعتبرت الشركة تجارية، وما تقوم به من أعمال مدنية تعتبر تجارية بالتبعية مثل شركة السكر التى تضارب على تحويل القصب إلى سكر، وتضارب على قوة آلاتها، وتضارب على إنتاج عمالها وموظفيها، وفى الوقت ذاته تستأجر بعض الأطيان تزرعها قسبا لتحوله إلى سكر فى مصانعها، بجانب الكميات الهائلة التى تشتريها من الملاك والمستأجرين للأطيان الزراعية التى تحيط بها. ففى الحالة المتقدمة يعتبر استئجار الأطيان لزراعتها قسبا عملا تجاريا بالتبعية.

وبالعكس إذا كانت الصفة الغالبة للأعمال التى تحتترفها الشركة مدنية فإن الشركة ذاتها تعتبر مدنية، وما تقوم به من أعمال تجارية يعتبر مدنيا بالتبعية مثل شركات مصر الجديدة والمعادى والروضة التى أنشئت لشراء الأراضى وبيعها واستغلالها، وهذه كلها أعمال مدنية بحت. وقد تقوم هذه الشركات فى الوقت ذاته بإنشاء مجارى وتوريد المياه والكهرباء وفتح اعتمادات لمقاولى البناء خدمة لغرضها الأساسى وهو بيع الأراضى وتوزيعها. ومن أجل ذلك تعتبر هذه الأعمال مدنية بالتبعية فى حين أنه لو قامت بها شركات مستقلة لاعتبرت هذه الشركات تجارية⁽¹⁾.

135- عدم تحديد شكل معين للشركة المدنية :

لم يحدد التقنين المدنى شكلا معيناً للشركة المدنية كما فعل قانون التجارة بالنسبة للشركات التجارية. وعلى ذلك يجوز للشركة المدنية أن تتخذ شكلا لم يرد بالقانون التجارى، كأن تتحدد مسئولية الشريك عن ديون الشركة بنسبة معينة وتكون حصته غير قابلة للتداول فلا يكون هناك تضامن بين الشركاء وليس هناك واحد منهم مسئول عن

(1) فريد مشرقى ص 83 وما بعدها- ثروت عبد الرحيم ص 211 وما بعدها.

كل ديون الشركة ومع ذلك تكون هذه الشركة شركة أشخاص. وهذا الشكل ممنوع على الشركة التجارية وجائز للشركة المدنية⁽¹⁾.

136- اتخاذ الشركة المدنية أحد أشكال الشركات التجارية :

طالما لم يحدد القانون المدنى شكلا معيناً للشركات المدنية - كما فعل قانون التجارة بالنسبة للشركات التجارية كما ذكرنا سلفاً- فإنه لا يوجد ثمة ما يمنع الشركات المدنية من أن تتخذ أحد الأشكال التى نظمها قانون التجارة للشركات التجارية، وهى شركات التضامن، شركات التوصية البسيطة، شركات المساهمة، شركات التوصية بالأسهم، الشركات ذات المسؤولية المحدودة.

وفى هذه الحالة تصبح الشركة تجارية بالرغم من أن نشاطها مدنى وتخضع لأحكام قانون التجارة ومنها القيد فى السجل التجارى وإمساك الدفاتر التجارية وشهر الإفلاس⁽²⁾. وهذا حكم مستحدث فى قانون التجارة الجديد رقم 17 لسنة 1999 إذ نصت المادة العاشرة منه على أن: "يكون تاجرا.

1- كل من يزول على وجه الاحتراف باسمه ولحسابه عملاً تجارياً.

2- كل شركة تتخذ أحد الأشكال المنصوص عليها فى القوانين المتعلقة بالشركات أياً كان الغرض الذى أنشئت الشركة من أجله".

وفى هذا جاء بالمذكرة الإيضاحية لقانون التجارة الجديد أنه :

"... ولا يفلت من اشتراط احتراف العمل التجارى لاكتساب صفة التاجر إلا الشركات التى تنشأ فى أحد الأشكال التى ينص عليها القانون، إذ يطرح عليها مجرد الشكل صفة التاجر ولو كان موضوعه عملاً مدنياً"⁽³⁾.

(1) على جمال الدين عوض ص 408.

(2) راجع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء فى قانون التجارة الجديد المجلد الأول شرح المادة العاشرة.

(3) وكان الوضع على خلاف ذلك قبل العمل بقانون التجارة الجديد، إذ كان من المقرر أنه إذا

اتخذت الشركة المدنية شكلاً من أشكال الشركات التجارية، فإن ذلك لا يؤثر على طبيعتها =

فتظل رغم ذلك شركة مدنية. وعلى ذلك كانت تسرى على هذه الشركات فى الأصل أحكام

القانون المدنى، فلا تلزم الشركة بمسك الدفاتر التجارية، وإذا حدث وأمسكت دفاتر، فلا تسرى

عليها شروط التنظيم الخاصة بالدفاتر التجارية، ولا تكون لدفاتها - ولو كانت منتظمة -

حجية الدفاتر التجارية فى الإثبات.

أشكال الشركات التجارية :

الشركات التجارية على أشكال ستة، إلا أنه يمكن رد هذه الأشكال إلى ثلاث مجموعات رئيسية، نعرض لها فيما يلى:

137- أولا : شركات الأشخاص :

وهى الشركات التى تقوم على الاعتبار الشخصى والثقة المتبادلة بين الشركاء، وتلعب فيها شخصية الشريك دورا رئيسيا، بحيث لا يجوز له التنازل عن حصته إلا بقيود معينة، وبحيث تنتهى الشركة إذا ما طرأ على شخصيته ما يؤدى إلى انعدامها فعلا وقانونا كالوفاة، أو إلى اهتزاز الثقة فيها كالإفلاس أو الإعسار أو الحجر مثلا. ويدخل تحت هذه المجموعة من الشركات شركة التضامن والتوصية البسيطة

وتسرى على أعمال الشركة قواعد الإثبات المدنية، ولا يجوز شهر إفلاسها ولا منحها ميزة الصلح الواقع من الإفلاس.

بيد أن اتخاذ الشركة المدنية أحد الأشكال التجارية ينبئ بذاته عن اتجاه نية الشركاء إلى الأخذ ببعض الأحكام التجارية الخاصة بالشكل الذى وقع اختيارهم عليه. فاتخاذ الشركة المدنية شكل شركة التضامن مثلا ونعت الشركة بهذه التسمية يفصح عن اتجاه نية الشركاء إلى إقامة التضامن بينهم، فيصبحون مسئولين عن تعهد الشركة بصفة شخصية وتضامنية حقيقة أن التضامن لا يفترض فى المسائل المدنية، غير أن إخراج الشركة فى شكل شركة التضامن وإطلاق هذه التسمية عليها يقوم مقام النص الصريح على التضامن.

وبالمثل إذا اتخذت الشركة المدنية شكل شركة التوصية البسيطة، وجب اعتبار الشركاء المتضامنين فيها مسئولين عن ديون الشركة بصفة شخصية وتضامنية وتحديد مسئولية الشركاء الموصين بقدر حصصهم فقط فلا يسألون عن ديون الشركة فى أموالهم الخاصة كما تقضى بذلك المادة 523 من القانون المدنى. ومتى اتخذت الشركة المدنية شكل شركة التضامن أو التوصية البسيطة، تعين عليها القيام بإجراءات الشهر المنصوص عليها فى القانون التجارى، وإلا كانت الشركة باطلة. كما يجب أن تتخذ الشركة اسما تجاريا للتوقيع به على تعهداتها.

وإذا اتخذت الشركة المدنية شكل شركة المساهمة أو التوصية بالأسهم أو ذات المسئولية المحدودة، أصبحت خاضعة لجميع الأحكام الواردة بالقانون رقم 159 لسنة 1981.

(الدكتور محسن شفيق الوسيط فى شرح القانون التجارى المصرى الجزء الأول الطبعة الثالثة 1957 ص 198 - ثروت عبد الرحيم ص 215 وما بعدها - محمد كامل مرسى ص 534 وما بعدها).

والمحاصة ونعرض لهذه الشركات فيما يلي :

(أ) - شركة التضامن :

وهى التى يكون فيها الشركاء متضامنين لجميع تعهداتها ولو لم يحصل وضع الإمضاء عليها إلا من أحدهم إنما يشترط أن يكون هذا الإمضاء بعنوان الشركة (م22 من قانون التجارة القديم).

ويكون اسم واحد من الشركاء أو أكثر عنوانا للشركة (م21).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "وصف التاجر بصدق على الشريك المتضامن فى الشركة التى تزاول التجارة على سبيل الاحتراف، ولا يحول دون اعتباره تاجرا أن يكون موظفا ممن تحظر القوانين واللوائح عليهم الاشتغال بالتجارة".

(طعن رقم 454 لسنة 38 ق جلسة 1974/2/21)

2- "إذا كان الثابت أن الطاعن أقام الدعوى بالطعن فى قرار اللجنة بصفته مديرا للشركة، وهى شركة تضامن ولم يرفعها عن نفسه وبصفته نائبا عن باقى الشركاء المتضامنين، وهم الذين ربطت عليهم الضريبة، ويتعين عليهم أن يطعنوا بأشخاصهم فى قرار اللجنة فإن أثر الطعن لا ينصرف إلى شخصه، ولا إلى باقى الشركاء المتضامنين، ولا محل للتحدى بأن هؤلاء الشركاء قد أنابوا الطاعن عنهم فى عقد الشركة لتمثيلهم أمام القضاء، ذلك أنه لم يرفع الدعوى بصفته نائبا عنهم، بل رفعها بصفته مدير الشركة. وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر، وقضى بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذى صفة، فإنه لا يكون قد خالف القانون".

(طعن رقم 174 لسنة 37 ق جلسة 1974/3/27)

3- "متى كان الثابت من صحيفة الطعن - المقدمة إلى لجنة الطعن - أنها وإن كانت مقدمة من المطعون ضده الأول بصفته مديرا للشركة، إلا أن عباراتها كانت بصيغة الجمع وشملت الطعن فى إخطارات الربط الموجهة إلى كل الشركاء المطعون عليهم، مع التمسك بإقرار المطعون عليه الأول عن نفسه وعن باقى الشركاء، وإذ استخلص الحكم الابتدائى الذى أيدىه الحكم المطعون فيه وأحال إلى أسبابه، نيابة المطعون عليه الأول عن باقى شركائه - فى شركة التضامن - فى رفع الطعن من صلب العريضة ومن عباراتها وأنها كانت استمرارا لنيابته عنهم أثناء الاعتراضات أمام

اللجنة الداخلية حيث اتفق مع المصلحة الطاعنة على تحديد أرباح السندات من 1955/1954 إلى 1957/1956 عن نفسه وعن باقي الشركاء وهو الاتفاق الذي سلمت به المصلحة وطالبتهم بتنفيذه مما يتعارض مع إنكارها لتمثيله لهم، ولما كان هذا الاستخلاص سائغا ولا مخالفة فيه للقانون أو الثابت في الأوراق، وكانت هذه الدعامة الصحيحة التي استند إليها الحكم المطعون فيه تكفى لحمله، فإنه يكون غير منتج النعى عليه بخطئه في تفسير الفقرة الرابعة من المادة 34 من القانون رقم 14 لسنة 1939.

(طعن رقم 377 لسنة 38 ق جلسة 1975/1/8)

4- "الشريك المتضامن يسأل في أمواله الخاصة عن كافة ديون الشركة، فيكون مدينا متضامنا في الشركة ولو كان الدين محل المطالبة ثابتا في ذمة الشركة وحدها، ومن ثم يكون للدائن مطالبته على حدة بكل الدين، وإذا انتهى الحكم المطعون فيه إلى التزام الطاعن بالرصيد المدين الذي ثبت في ذمة الشركة بوصفه شريكا متضامنا وأن من حق البنك المطعون ضده خصم هذا الرصيد من حسابه الجارى عملا بما ورد في عقود فتح الاعتماد، فإنه يكون قد التزم صحيح القانون".

(طعن رقم 660 لسنة 41 ق جلسة 1976/6/7)

5- "مؤدى نص المادتين 1/34، 39 من القانون 14 لسنة 1939 أن ضريبة الأرباح التجارية لم تفرض على ما تنتجه شركات التضامن من أرباح وإنما فرضت على كل شريك شخصيا عن حصته في أرباح الشركة تعادل حصته فيها مما مقتضاه أن الشريك في شركة التضامن يعتبر في مواجهة مصلحة الضرائب هو الممول وهو المسئول شخصيا عن الضريبة ومفاد ذلك أن قانون الضرائب لا يعتد بعقد شركة التضامن كسبب قانوني لالتزام الشريك المتضامن بالضريبة وإنما السبب في التزامه هو القانون الذي حمله في الأصل عبء تقديم الإقرار وأوجب توجيه الإجراءات إليه شخصيا، وأفرد له سبيل طعنه بحيث تستقل دعواه بسببها عن الشريك الآخر فيقدر الرسم بالطلبات المعلومة القيمة لكل شريك على حدة، وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وجرى على تقدير رسم واحد لما تحققه شركة التضامن من ربح فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون".

(طعن رقم 710 لسنة 42 ق جلسة 1977/4/23)

6- "مؤدى نص المادة 2/34 من القانون رقم 14 لسنة 1939 - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن المشرع لم يعتد بالشخصية الاعتبارية لشركات التضامن أو التوصية، فلم يخضعها بهذا الوصف كما أخضع الشركات المساهمة في المادة 31 منه،

بل سوى فى حكم المادة 34 منه بين الشريك المتضامن فى هذه الشركة وبين الممول الفرد من حيث إخضاع كل منهما للضريبة فى حدود ما يصيبه من ربح، مما مقتضاه أن هذا الشريك يعتبر فى مواجهة مصلحة الضرائب هو الممول وهو المسئول شخصيا عن الضريبة، ونتيجة لذلك يكون على هذا الشريك عبء تقديم الإقرار عن أرباحه فى الشركة، كما يجب أن توجه الإجراءات إليه من مصلحة الضرائب، كل ذلك إلا إذا كان الشريك قد أناب أحد الشركاء أو الغير فى تقديم الإقرار عن الأرباح إلى مصلحة الضرائب، فإن الإجراءات فى هذه الحالة يجوز أن توجه إلى هذا النائب بصفته ممثلا للشريك".

(طعن رقم 200 لسنة 44 ق جلسة 1977/5/7)

7- "التقادم وإن كان ينقطع - طبقا لنص المادة 384 من القانون المدنى - بإقرار المدين بحق الدائن إقرارا صريحا أو ضمنيا، إلا أنه من المقرر أن الإقرار حجة قاصرة على المقر وحده ولا يؤخذ بها غيره. وإذا كان الثابت من الأوراق أن الطلب المؤرخ فى 20 أبريل سنة 1971 بمقاصة دين الضريبة فى دين مقابل - وهو ما اعتبره الحكم إقرارا ضمنيا بالدين ينقطع به تقادم - والطلب المؤرخ فى 6 من أكتوبر 1966 بتسوية الحساب والذى استخلص منه الحكم التنازل عن التمسك بالتقادم موقع عليهما من أحد الشركاء وحده، وكان مؤدى نص الفقرة الثانية من المادة 34 من القانون رقم 14 لسنة 1939 - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن المشرع لم يعتد بالشخصية الاعتبارية لشركات التضامن أو التوصية، فلم يخضعها بهذا الوصف للضريبة كما أخضع الشركات المساهمة فى المادة 31 منه بل سوى فى حكم المادة 34 بين الشريك المتضامن فى هذه الشركات وبين الممول الفرد من حيث إخضاع كل منهما للضريبة فى حدود ما يصيبه من ربح، مما مقتضاه أن هذا الشريك يعتبر فى مواجهة مصلحة الضرائب هو الممول وهو المسئول شخصيا عن الضريبة. ونتيجة لذلك يكون على هذا الشريك عبء تقديم الإقرار عن أرباحه فى الشركة كما يجب أن توجه الإجراءات إليه شخصيا من مصلحة الضرائب، كل ذلك إلا إذا كان الشريك قد أناب أحد الشركاء أو الغير فى تقديم الإقرار عن الأرباح إلى مصلحة الضرائب فإن الإجراءات فى هذه الحالة يجوز أن توجه إلى هذا النائب بصفته، ولا ينال من ذلك النص فى الفقرة الرابعة من المادة 34 من القانون 14 لسنة 1939 التى أضيفت بالقانون رقم 146 لسنة 1950 والمعدلة بالقانون رقم 174 لسنة 1951 على أنه ومع ذلك تبقى الضريبة المربوطة على الشريك دينا على الشركة

فى حدود ما كان يستحق على نصيبه فى ربح الشركة لو فرضت عليه الضريبة مستقبلا، ذلك أن المشرع - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - إنما هدف بإضافة هذه الفقرة إلى ضمان تحصيل الضريبة المستحقة على الشريك، مما لا يسوغ معه القول بأنه يجوز للشركة أو أحد الشركاء أن ينوب عن غيره من الشركاء المتضامنين فى الإقرار بدين الضريبة أو التنازل عن المتمسك بنقادم الالتزام به، إذ كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وعول على الطلبين المقدمين من أحد الشركاء فى قضائه بعدم سقوط حق الطاعة فى اقتضاء دين الضريبة من باقى الشركاء الطاعنين - وهم شركاء متضامنون فى شركة توصية - دون التحقق من نيابته عنهم فى تقديمها، فإنه يكون قاصر البيان".

(طعن رقم 711 لسنة 45 ق جلسة 1978/3/7)

8- "ليس ثمة ما يمنع من أن يكون مدير الشركة أجنبيا غير شريك فيها وغير مسئول عن ديونها على الإطلاق، وفى هذه الحالة لا يعتبر المدير تاجرا ولا يجوز إشهار إفلاسه تبعا لإشهار إفلاس الشركة التى يتولى إدارتها".

(طعن رقم 83 لسنة 46 ق جلسة 1980/3/10)

9- "مؤدى نص الفقرة الثانية من المادة 34 من القانون رقم 14 لسنة 1939 أن ضريبة الأرباح التجارية والصناعية لم تفرض على ما تنتجه شركات التضامن من أرباح. إذ لم يعتد هذا القانون بالشخصية الاعتبارية لشركات التضامن فلم يخضعها بهذا الوصف للضريبة كما أخضع الشركات المساهمة فى المادة 31 منه - وإنما فرضت الضريبة على كل شريك شخصا عن مقدار نصيبه فى الربح بما يعادل حصته فى الشركة مما مقتضاه أن الشريك فى شركة التضامن يعتبر فى مواجهة مصلحة الضرائب هو الممول والمسئول شخصا عن الضريبة فإن ما يصيبه الشريك من ربح يكون هو السبب القانونى فى التزامه بالضريبة شأنه فى ذلك شأن الممول الفرد، ومن أجل ذلك حمل القانون عبء تقديم الإقرار عن أرباحه فى الشركة وأوجب توجيه الإجراءات إليه شخصا وأفرد له سبيل طعنه بحيث تستقل دعواه بسببها عن دعوى الشريك الآخر مما مقتضاه وجوب تقدير الرسم باعتبار كل شريك على حدة".

(طعن رقم 15 لسنة 47 ق جلسة 1981/3/2)

138 - لا يجوز بعد انعقاد الشركة فرض شريك آخر إلا إذا أصر الشركاء على

غير ذلك :**وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :**

"إذ كانت شركة التضامن تتكون بين أشخاص يعرف بعضهم بعضا وتكون الثقة فيما بينهم أساسا لقيامها وتعرف بشركات الحصص لأن كل شريك فيها يقدم حصة فى رأس مالها ويكون الشركاء فيها ملتزمين بالتضامن فيما بينهم عن كافة التزاماتها فى أموالهم الخاصة، بحيث يكون لكل شريك الحق فى الموافقة على من يشاركه فى هذه الشركة وحصته فيها بحيث لا يفرض عليه بعد انعقادها دخول شريك فيها لا يرغب فى مشاركته أو تعديل فى الأنصبة لما قد يرتبه عليه من سيطرة أحدهم على إدارة الشركة أو هيمنته على ما تتخذه من قرارات قد تتعلق بنوع أو مقدار نشاطها سواء كانت المشاركة الجديدة من أجنبى عن الشركة أو أحد أطرافها، وذلك بالنظر إلى الأمور سالفة الذكر إلا إذا أصر الشركاء على غير ذلك سواء كانت هذه الموافقة صريحة أو ضمنية وهى أمور تستخلصها محكمة الموضوع حال تفسيرها بنود العقد مستهدية بالواقع فى الدعوى والظروف المحيطة بها، وذلك كله تحت رقابة محكمة النقض".

(طعن رقم 1035 لسنة 72 ق جلسة 2010/2/8)

(ب) شركة التوصية البسيطة :

هى الشركة التى تعقد بين شريك واحد أو أكثر مسئولين ومتضامين وبين شريك واحد أو أكثر يكونون أصحاب أموال فيها وخارجين عن الإدارة ويسمون موصين (م23). وهؤلاء الشركاء لا يسألون عن ديون الشركة إلا فى حدود الحصة التى قدمها كل منهم.

وتكون إدارة هذه الشركة بعنوان ويلزم أن يكون هذا العنوان اسم واحد أو أكثر من الشركاء المسئولين المتضامين (م24). ولا يجوز أن يدخل فى عنوان الشركة اسم واحد من الشركاء الموصين أى أرباب المال الخارجين عن الإدارة (م26). والشركاء الموصون لا يلزمهم من الخسارة إلا بقدر المال الذى دفعوه أو الذى كان يلزمهم دفعه إلى الشركة (م27).

ولا يجوز لهم أن يعملوا عملا متعلقا بإدارة الشركة ولو بناء على توكيل (م28). وإذا أذن لأحد الشركاء الموصين بدخول اسمه فى عنوان الشركة خلافا لما هو منصوص عليه فى المادة 26 فيكون ملزوما على وجه التضامن بجميع ديون وتعهدات

الشركة (م29).

وإذا عمل أى واحد من الشركاء الموصين عملاً متعلقاً بإدارة الشركة يكون ملزوماً على وجه التضامن بديون الشركة وتعهداتها التى تنتج من العمل الذى أجراه. ويجوز أن يلزم الشريك المذكور على وجه التضامن بجميع تعهدات الشركة أو بعضها على حسب عدد وجسامة أعماله وعلى حسب ائتمان الغير له بسبب تلك الأعمال (م30). وإذا أبدى أحد الشركاء الموصين نصائح أو أجرى تفتيشاً أو ملاحظة فلا يترتب على ذلك إلزامه بشئ (م31).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "شركة التوصية البسيطة، هى شركة تجارية ذات شخصية معنوية مستقلة عن أشخاص الشركاء فيها، ومن مقتضى هذه الشخصية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن يكون للشركة وجود مستقل عن الشركاء، فتكون أموالها مستقلة عن أموالهم وتعتبر ضماناً عاماً لدائنيها وحدهم، كما تخرج حصة الشريك فى الشركة عن ملكه وتصبح مملوكة للشركة ولا يكون له بعد ذلك إلا مجرد حق فى نسبة معينة من الأرباح أو نصيب فى رأس المال عند قسمة الشركة".

(طعن رقم 28 لسنة 40 ق "أحوال شخصية" جلسة 1974/3/27)

2- "اعتراض مدير شركة التوصية على تقدير أرباحها أمام لجنة الطعن. قبول اللجنة للطعن شكلاً وتخفيضها لأرباح الشركاء. طعن الشركاء ومصلحة الضرائب فى قرار اللجنة. عدم طرح أمر الصفة على المحكمة قبول الدفع المبدى فى الاستئناف لأول مرة بعدم قبول الطعن من الشركاء المتضامنين أمام لجنة الطعن. خطأ".

(طعن رقم 336 لسنة 37 ق جلسة 1975/1/19)

3- "مؤدى نص الفقرتين 2، 3 من المادة 34 من القانون رقم 14 لسنة 1939 أن المشرع قد سوى بين الشريك المتضامن فى شركات التضامن أو التوصية وبين الممول الفرد من حيث إخضاع كل منهما للضريبة فى حدود ما يصيبه من ربح، مما يقتضاه أن هذا الشريك يكون مسئولاً مسئولية شخصية فى مواجهة مصلحة الضرائب عن الضريبة المفروضة عليه وحده دون ما يستحق على باقى الشركاء المتضامنين من ضرائب أو ما يربط منها باسم الشركة عن حصة التوصية، وإذ كان نص المادة 34 سالف الذكر هو

نص ضريبي خاص يتعين إعماله حتى ولو تعارض مع أى نص آخر ورد فى القانون المدنى أو قانون التجارة، وكان الثابت فى الدعوى أنه بعد أن صفيت الشركة رجعت مصلحة الضرائب على المطعون ضده - الشريك المتضامن - شخصيا بضريبة الأرباح التجارية والصناعية المستحقة على حصة التوصية، وكان الحكم المطعون فيه قد جرى فى قضائه على عدم مسئوليته عن دين هذه الضريبة، فإنه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم 153 لسنة 37 ق جلسة 1975/11/20)

4- "نص المادة 30 من قانون التجارة يدل على أنه إذا ثبت للمحكمة أن الشريك الموصى قد تدخل فى إدارة أعمال الشركة وتغلغل فى نشاطها بصفة معتادة وبلغ تدخله حدا من الجسامة كان له أثر على ائتمان الغير له بسبب تلك الأعمال، فإنه يجوز للمحكمة أن تعامله معاملة الشريك المتضامن وتعتبره مسئولا عن كافة ديون الشركة وتعهدها مسئولية شخصية وتضامنية قبل الذين تعاملوا معه أو قبل الغير، فإذا أنزلت المحكمة هذا الشريك الموصى منزلة الشريك المتضامن وعاملته معاملته من حيث مسئوليته تضامنيا عن ديون الشركة، فإن وصف التاجر بصدق على هذا الشريك متى كانت تلك الشركة تزاوّل التجارة على سبيل الاحتراف ويحق للمحكمة عندئذ أن تقضى بشهر إفلاسه تبعا لإشهار إفلاس تلك الشركة ولا يحول دون ذلك كون هذا الشريك شاغلا لوظيفة تحظر القوانين واللوائح على شاغلها العمل بالتجارة".

(طعن رقم 83 لسنة 46 ق جلسة 1980/3/10)

5- "تغير الكيان القانونى للمنشأة من منشأة فردية إلى شركة توصية بسيطة من شأنه اعتبار نشاط المنشأة الفردية منتهيا ولا يغير من ذلك أن يكون نشاط المنشأة الجديدة من نوع نشاط المنشأة السابقة، ويلتزم المطعون ضده. بإخطار مصلحة الضرائب بذلك فى مدى ستين يوما وأن يقدم إليها الوثائق والبيانات اللازمة لتصفية الضريبة. وإذ أغفل هذا الإجراء فإنه يكون ملزما بأداء الضريبة عن سنة كاملة طبقا لما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 58 من القانون رقم 14 لسنة 1939.

(طعن رقم 314 لسنة 47 ق جلسة 1980/15/13)

6- "من المقرر قانونا- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن شركة التوصية البسيطة هى شركة ذات شخصية معنوية مستقلة عن أشخاص الشركاء فيها ومن

مقتضى هذه الشخصية أن يكون للشركة وجود مستقل عن الشركاء فتكون أموالها مستقلة عن أموالهم وتعتبر ضمانا عاما لدائتيها وحدهم كما تخرج حصة الشريك عن ملكه وتصبح مملوكة للشركة ولا يكون له بعد ذلك إلا مجرد حق فى نسبة معينة من الأرباح أو نصيب فى رأس المال عند قسمة الشركة والحكم بإشهار إفلاس هذه الشركة يستتبع حتما إفلاس الشركاء المتضامنين فيها إذ أن الشركاء المتضامنين مسئولون فى أموالهم الخاصة عن ديون الشركة، فإذا وقفت الشركة عن الدفع فمعنى ذلك وقوفهم أيضا ولا يترتب على إغفال الحكم الصادر بإفلاس الشركة النص على شهر إفلاس الشركاء المتضامنين فيها أو إغفال بيان أسمائهم أن يظلوا بمنأى عن الإفلاس، إذ أن إفلاسهم يقع نتيجة حتمية لازمة لإفلاس الشركة، وهذا المبدأ المقرر بالنسبة لشركات التضامن ينطبق أيضا بالنسبة للشركاء المتضامنين فى شركات التوصية البسيطة".

(طعن رقم 471 لسنة 46 ق جلسة 1981/2/9)

7- "النص فى المادة 23 من قانون التجارة السابق السارى العمل بها بالمادة الأولى من مواد إصدار قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999 وفى المادة 28 منه والمادة 519 من القانون المدنى يدل على أن إدارة شركة التوصية البسيطة تكون فقط للشركاء المتضامنين أو لأحدهم أو لمدير من غير الشركاء وأنه لا يجوز للشركاء الموصيين تولى إدارة هذه الشركة ولو بناء على توكيل وكل اتفاق على خلاف ذلك يقع باطلا على أن يقتصر حق هؤلاء على مجرد إبداء النصح ومراقبة أعمال الإدارة فحسب".

(طعن رقم 393 لسنة 63 ق جلسة 2000/6/27)

8- "المقرر أنه لما كان الثابت من عقد تعديل الشركة محل النزاع المؤرخ 1982/4/21 أنها شركة توصية بسيطة فيما بين السيدة. .. كشركة متضامنة لها حق الإدارة منفردة وباقى الخصوم كشركاء موصيين مما لا يتصور معه القول بوجود خلاف على إدارتها أو وجود نزاع بين الشركاء فى الشركة على إدارتها على نحو يبرر فرض الحراسة عليها ما لم تستظهر المحكمة إهمال هذه الشريكة فى الإدارة أو مخالفة أغراضها أو ارتكاب خطأ جسيم يتطلب استصدار هذا الإجراء الوقتى، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بفرض الحراسة على الشركة على سند من احتدام الخلاف على إدارة الشركة من سنوات عديدة وأن البادى من ظاهر الأوراق جدية النزاع، وهى عبارات معماة مبهلة لا تنبئ عن فهم الحكم للواقع فى الدعوى أو يعرض لبيان الضرورة الداعية لوضع

الشركة تحت الحراسة القضائية والخطر الموجب لها وهو ما يعجز محكمة النقض عن مراقبة صحة تطبيق القانون فإنه يكون معيباً".

(طعن رقم 393 لسنة 63 ق جلسة 2000/6/27)

(ج) شركة المحاصة :

شركات المحاصة هي شركات ليس لها رأس مال ولا عنوان شركة (م 59 من قانون التجارة القديم).

وتختص هذه الشركات بعمل واحد أو أكثر من الأعمال التجارية وتراعى في ذلك العمل وفي الإجراءات المتعلقة به وفي الحصص التي تكون لكل واحد من الشركاء في الأرباح الشروط التي يتفقون عليها (م 60).

ومن عقد من المحاصين عقداً مع الغير يكون مسئولاً له دون غيره (م 61).
والحقوق والواجبات التي لبعض الشركاء على بعض في هذه الشركات تكون قاصرة على قسمة الأرباح بينهم أو الخسارة التي تنشأ عن أعمال الشركة سواء حصلت منهم منفردين أو مجتمعين على حسب شروطهم (مادة 62).

ويجوز إثبات وجود شركات المحاصة بإبراز الدفاتر والخطابات (م 63).
ولا يلزم في شركات المحاصة التجارية إتباع الإجراءات المقررة للشركات الأخرى (مادة 64).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إذا كانت شركة المحاصة - قد أنشئت لاستغلال مصانع الطاعن وكان الحكم المطعون فيه قد أوضح أن التأميم قد انصب على تلك المصانع وليس على الشركة وأن من آثاره استحالة الاستمرار في تنفيذ عقدها وإنفاسه وانتهى استنادا إلى ما جاء بتقرير الخبير إلى نفي الخسارة عنها وقضى تبعا لذلك باستحقاق المطعون ضده للحصة التي قدمها فيها وهو المبلغ المقضى به وكان عقد الشركة لم يحدد حداً أدنى لقيمة الحصص اللازمة لإمكان استمرارها في مزاولة نشاطها، وكان تقدير ذلك من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع، فإن النعي على الحكم المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون ومخالفة الثابت في الأوراق يكون على غير أساس".

(طعن رقم 361 لسنة 39 ق جلسة 1975/4/7)

2- "التصفية لا ترد على شركة المحاصة لأنها لا تتمتع بالشخصية المعنوية وليس

لها رأس مال وفقا لما نصت عليه المادة 59 من قانون التجارة وإنما تنتهى هذه الشركة بإتمام المحاسبة بين الشركاء لتعيين نصيب كل منهم فى الربح والخسارة".

(طعن رقم 151 لسنة 40 ق جلسة 1976/1/20)

3- "ضريبة الأرباح التجارية والصناعية بالنسبة لشركات المحاسبة تربط على الشريك الظاهر دون التفات إلى ما قد يكون هناك من شركاء مستترين، أما عن مدى التزام بقية الشركاء بالضرائب المستحقة على نشاط الشركة قبل الشريك الظاهر وكيفية الوفاء بها فيرجع فيه إلى اتفاق الشركاء فى هذا الخصوص".

(طعن رقم 151 لسنة 40 ق جلسة 1976/1/20)

4- "شركة المحاصة. شركة مستترة. لا عنوان ولا وجود لها أمام الغير والأعمال التى يقوم بها أحد الشركاء تكون باسمه ويسأل عنها وحده قبل من تعامل معه. لا ترد على شركة المحاصة التصفية. علة ذلك. عدم تمتعها بالشخصية المعنوية وليس لها رأس مال".

(طعن رقم 833 لسنة 54 ق جلسة 1990/5/28 - غير منشور)

139- ثانياً: شركات الأموال :

وهى الشركات التى تقوم على الاعتبار المالى، ولا اعتداد فيها بالاعتبار الشخصى لكل شريك. وتضم هذه المجموعة الشركات المساهمة ونعرض لتعريفها فيما يلى.

140- شركات المساهمة :

شركة المساهمة هى شركة ينقسم رأس مالها إلى أسهم متساوية القيمة يمكن تداولها على الوجه المبين فى القانون.

وتقتصر مسئولية المساهم على أداء قيمة الأسهم التى اكتتب فيها ولا يسأل عن ديون الشركة إلا فى حدود ما اكتتب فيه من أسهم.

ويكون للشركة اسم تجارى يشق من الغرض من إنشائها، ولا يجوز للشركة أن تتخذ من أسماء الشركاء أو اسم أحدهم عنواناً (مادة 2 من القانون رقم 159 لسنة 1981).

ويكون لكل من الجمعية العامة ومجلس الإدارة والموظفين أو الوكلاء الذين تعينهم أى من هاتين الجهتين، حق إجراء التصرفات القانونية عن الشركة. وذلك فى حدود نصوص هذا القانون وعقد الشركة ولوائحها الداخلية (م 53 من القانون).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "أعضاء مجلس إدارة الشركات المساهمة. اعتبارهم وكلاء عن الشركة طبقاً لقانون التجارة. عدم اعتبارهم من العاملين بتلك الشركات قبل العمل بالقرار الجمهورى رقم 3546 لسنة 1962".

(طعن رقم 324 لسنة 38 ق جلسة 1974/6/8)

2- "إذ نص المشرع فى المادة 39 من القانون التجارى على أن "تثبت ملكية الأسهم بقيدھا فى دفاتر الشركة، ويكون التنازل عن هذه الأسهم بكتابة فى الدفاتر المذكورة.." إنما قصد بذلك حماية الشركة والغير من تعدد التصرفات التى قد تصدر من مالك السهم الاسمى لأكثر من متصرف إليه وما يترتب على ذلك من تراحم بينهم فجعل المناط فى ثبوت الملكية أو التنازل سواء فى مواجهة الشركة أو الغير هو القيد فى دفاتر الشركة. وإذ كان الغير المقصود بالحماية فى تطبيق هذه المادة هو كل متصرف إليه بادر باتخاذ إجراءات الشهر الواردة بها عن طريق قيد التصرف الصادر له كتابة فى دفاتر الشركة، فلا تسرى فى مواجهته تصرفات المالك غير المقيدة ولو كانت سابقة على تصرفه، وكانت اسهم الشركات المؤممة لم تؤل إلى الدولة عن طريق التصرف فيها من المالك، وإنما آلت إليها ملكيتها جبرا على أصحابها بمقتضى قوانين التأمين، مما لا مجال معه للتراحم بين المتصرف إليهم، فإنها لا تعتبر من الغير فى تطبيق أحكام المادة 39 من القانون التجارى، وتسرى فى مواجهتها تصرفات مالك الأسهم الإسمية السابقة على التأمين ولو لم تتخذ بشأنها إجراءات الشهر المنصوص عليها فى تلك المادة".

(طعن رقم 634 لسنة 42 ق جلسة 1976/6/21)

3- "لئن كان حق، المساهم فى الأرباح حق احتمالى لا يتأكد إلا بمصادفة الجمعية العمومية للمساهمين أو ما يقوم مقامها على حصص الأرباح التى يقترح مجلس إدارة الشركة توزيعها، إلا أنه لما كان حق المساهم فى الحصول على نصيب من أرباح الشركة هو من الحقوق الأساسية التى لا يجوز المساس بها، فإن كل ما من شأنه أن يفقد المساهم حقه فيها أو فى نسبة عادلة منها أو تأخير صرفها إليه عن مواعدها المعتاد يكون متعارضا مع هذا الحق الأساسى، وإذ كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن من بين المبالغ التى يطالب بها الطاعن حقه فى الأرباح فى الفترة بين تأمين المضرب تأميناً نصفياً وتأمينه كلياً، وأنه حتى على فرض عدم صدور قرار من الجهة

المختصة بالموافقة على توزيع هذه الأرباح فإنه يكون من حق المساهم- الطاعن - أن يلجأ إلى القضاء للمطالبة بنصيبه فى هذه الأرباح بعد أن أمتت الشركة تأميما كليا ويكون القضاء مختصا بتحديد هذه الأرباح وفقا لما يثبت لديه".

(طعن رقم 421 لسنة 48 ق جلسة 1983/2/21 - تجارى)

141- ثالثا : الشركات ذات الطبيعة المختلطة :

وهى الشركات التى يمتزج فيها الاعتبار الشخصى بالاعتبار المالى. وينضوى تحت لواء هذه المجموعة شركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة. ونعرض لتعريف هذه الشركات فيما يلى:

1- شركة التوصية بالأسهم :

شركة التوصية بالأسهم هى شركة يتكون رأس مالها من حصة أو أكثر يملكها شريك متضامن أو أكثر. وأسهم متساوية القيمة يكتتب فيها مساهم أو أكثر، ويمكن تداولها على الوجه المبين فى القانون رقم 159 لسنة 1981.

ويسأل الشريك أو الشركاء المتضامنون عن التزامات الشركة مسئوليّة غير محدودة، أما الشريك المساهم فلا يكون مسئولا إلا فى حدود قيمة الأسهم التى اكتتب فيها.

ويتكون عنوان الشركة من اسم واحد أو أكثر من أسماء الشركاء المتضامين دون غيرهم (م3 من القانون رقم 159 لسنة 1981).

ويدبر الشركة مدير أو مديرون من بين الشركاء أو غيرهم.

ويعين الشركاء المدير لأجل معين أو دون تعيين أجل.

ويعتبر المديرون المعينون فى عقد تأسيس الشركة من الشركاء أو غيرهم دون بيان

أجل معلوم، معينين لمدة بقاء الشركة ما لم ينص العقد على غير ذلك (م120).

2- الشركة ذات المسئولية المحدودة :

هى شركة لا يزيد عدد الشركاء فيها على خمسين شريكا لا يكون كل منهم مسئولا

إلا بقدر حصته.

ولا يجوز تأسيس الشركة أو زيادة رأس مالها أو الاقتراض لحسابها عن طريق

الاكتتاب العام، ولا يجوز لها إصدار أسهم أو سندات قابلة للتداول، ويكون انتقال

حصص الشركاء فيها خاضعا لاسترداد الشركاء طبقا للشروط الخاصة التى يتضمنها عقد

الشركة، فضلا عن الشروط المقررة فى القانون.

وللشركة أن تتخذ اسما خاصا، ويجوز أن يكون اسمها مستمدا من غرضها، ويجوز أن يتضمن عنوانها اسم شريك أو أكثر (مادة 4 من القانون رقم 159 لسنة 1981).
ويدير الشركة مدير أو مديرون من بين الشركاء أو غيرهم.
ويعين الشركاء المدير لأجل معين أو دون تعيين أجل.
ويعتبر المديرون المعينون فى عقد تأسيس الشركة من الشركاء أو غيرهم دون بيان أجل معلوم، معينين لمدة بقاء الشركة ما لم ينص العقد على غير ذلك.
وفى جميع الأحوال يجوز عزل المدير أو المديرين بموافقة الأغلبية العديدة للشركاء الحائزة لثلاثة أرباع رأس المال (م120).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "البين من استقراء نصوص المواد 4، 120، 121 من القانون رقم 159 لسنة 1981 بشأن شركات المساهمة والتوصية بالأسهم وذات المسؤولية المحدودة أن الشارع أجاز النوع الأخير من هذه الشركات بخاصية جواز أن يكون الشريك مديرا لها يمثلها فى تعاملها مع الغير وأن يتضمن عنوانها اسمه إلا أنها قصرت مسؤوليته عن التزاماتها على قدر حصته فى رأس مالها دون أن تمتد إلى أمواله الخاصة، مما مؤداه أن توقف هذا النوع من الشركات - متى كانت تباشر نشاطا تجاريا قبل العمل بأحكام قانون التجارة الجديد رقم 17 لسنة 1999- عن سداد ديونها يترتب عليه أن يقتصر طلب شهر إفلاسها عليها وحدها باعتبارها شخصية معنوية مستقلة عن مديرها ولو اختصمت فى شخصه إذ تعد هى الأصلية فى الدعوى المقصودة بذاتها فى الخصومة دونه وذلك ما لم يكن هو المعنى بشخصه بجانبها نتيجة مباشرته نشاطا تجاريا مستقلا عنها على سبيل الاحتراف وتوقف عن سداد ديونه".

(طعن رقم 389 لسنة 69 ق جلسة 2000/3/7)

2- "النص فى المادة الرابعة من القانون رقم 159 لسنة 1981 بإصدار قانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة على أن "الشركة ذات المسؤولية المحدودة هى شركة لا يزيد عدد الشركاء فيها على خمسين شريكا لا يكون كل منهم مسئولا إلا بقدر حصته..". مفاده أن المشرع خرج عن الأصل العام المقرر فى الشركات مدنية أو تجارية على السواء وهو مسؤولية الشريك فى ماله

الخاص عن خسارة الشركة بأن جعل الشريك فى الشركة ذات المسئولية المحدودة لا يسأل عن ديونها إلا فى حدود حصته فى رأسمالها دون أمواله الخاصة ولذا فإن الضمان الوحيد للدائنين هو ذمة الشركة نفسها دون ذم الشركاء الشخصية مما مؤداه أنه لا يجوز لدائنى الشركة أن يوجهوا مطالبتهم للشركاء وأن يرجعوا عليهم بما هو مستحق لهم فى ذمة الشركة. لما كان ذلك، وكان الثابت بالأوراق أن الطاعن شريك فى شركة ذات مسئولية محدودة ومن ثم فإنه لا يضمن الشركة فى أمواله الخاصة لأن مسئوليته محدودة بما دفع من حصة فى الشركة وإذ ألزمه الحكم المطعون فيه بدين مستحق فى ذمتها ولم يرد على الدفع المبدى منه بعدم قبول الدعوى لرفعها على غير ذى صفة فإنه يكون معيبا بالقصور المبطل".

(طعن رقم 325 لسنة 72 ق جلسة 2003/5/22)

142- آثار التفرقة بين الشركة المدنية والشركة التجارية :

يترتب على التفرقة بين نوعى الشركة التجارية والمدنية آثار كثيرة هامة ينتج معظمها من التفرقة بين التاجر وغير التاجر، وتجمل أهمها فيما يأتى:

1- تخضع الشركة المدنية للقواعد المتعلقة بالشركات الواردة بالقانون المدنى فى المواد 505 إلى 537 وحدها، وأهمها تحديد مسئولية الشركاء عن ديون الشركة بنسبة نصيب كل منهم فى خسائر الشركة ولكن بلا تضامن فيما بينهم (مادتان 523، 524). أما الشركة التجارية فتخضع للقواعد الواردة فى القانون التجارى فى المواد من 19 إلى 65 والقوانين المعدلة لها.

ثم تخضع كذلك للقواعد المنصوص عليها بالقانون المدنى فيما لم يرد فيه نص فى القوانين التجارية، وإذا وجد تعارض بين النصوص يقدم الحكم الوارد بالقانون التجارى على ما ورد بالقانون المدنى لأن القانون التجارى قانون خاص.

2- حدد المشرع أشكال الشركات التجارية - كما ذكرنا سلفاً - على سبيل الحصر بحيث إذا كان موضوع الشركة تجارياً وجب أن تتخذ أحد الأشكال القانونية وإلا كانت باطلة بمعنى أنه لا ينشأ عنها شخص معنوى مستقل عن الشركاء. أما الشركة المدنية فليس لها شكل محدد وكل ما فى الأمر أن المشرع حدد فى المادة 523 مدنى مسئولية الشركاء فيها عن ديون الشركة بنسبة نصيب كل منهم فى خسائرها ما لم يتفق على نسبة أخرى، بلا تضامن بينهم إلا إذا اتفقوا على التضامن (524 مدنى). ويجوز مع ذلك

للشركة المدنية أن تتخذ شكلاً من الأشكال الواردة في القانون التجاري، إذ ليس هناك ما يمنع من ذلك. وقد أشارت إليه المادة 524 مدنى عندما قررت جواز الاتفاق في عقد الشركة على التضامن بين الشركاء في أداء ديون الشركة.

3- تعتبر الشركة التجارية تاجرة وبالتالي تخضع لأحكام التجار، ومنها ضرورة مسك دفاتر منتظمة، والقيّد في السجل التجاري، وتعرضها لشهر إفلاسها.

أما الشركة المدنية فلا تلزم بشيء من ذلك إلا إذا ورد به نص صريح كما هو الشأن بالتزام الشركات المدنية بالقيّد في السجل التجاري (م2 من القانون رقم 34 لسنة 1976 في شأن السجل التجاري).

4- تنشأ شخصية الشركة بمجرد إبرام عقدها سواء كانت شركة مدنية أو تجارية. ولكن لا يحتج بهذه الشخصية على الغير إلا إذا تمت إجراءات الشهر والإعلان المقررة قانوناً (م506 مدنى)، وهذه الإجراءات منصوص عليها في القانون التجاري، فلا يحتج بشخصية الشركة التجارية إلا بعد اتخاذ هذه الإجراءات. أما الشركة المدنية فيحتج بشخصيتها على الغير بمجرد تكوين عقد الشركة لأن المشرع لم ينظم إجراءات خاصة لشهر الشركات المدنية.

5- تتحدد مسؤولية الشريك في الشركة المدنية بنسبة نصيبه في الخسارة ولو جاوز هذا النصيب قدر الحصة التي قدمها في رأس مال الشركة ودون تضامن بين الشركاء (مادتان 52، 524 مدنى). أما مسؤولية الشريك في الشركة التجارية فتختلف بحسب شكل الشركة.

6- تنقضى الشركات المدنية بموت أحد الشركاء أو بالحجر عليه أو بإعساره أو بإفلاسه (المادة 528 من القانون المدنى الجديد)، وكذلك في شركات التضامن وفي شركات التوصية بالنسبة إلى الشركاء المتضامنين والسبب في ذلك هو أن شخصية الشركاء ملحوظة في تكوين الشركة. أما موت أحد الشركاء الموصين في شركات التوصية أو أحد المساهمين في شركات المساهمة أو الحجر عليه أو إعساره أو إفلاسه فلا تنقضى به الشركة.

7- الشركات التجارية فقط هي التي يجوز شهر إفلاسها.

8- تتقادم الدعاوى التي يرفعها الغير الذى تعامل مع الشركة ضد الشركاء في الشركات التجارية بمضى خمس سنين من تاريخ انتهاء مدة الشركة (م65 تجارى)، بينما

لا تسقط هذه الدعوى بالنسبة للشركاء في شركة مدنية إلا بمضى 15 سنة⁽¹⁾.

143 - وجوب اتخاذ أحد أشكال الشركات التجارية :

يجب أن تتخذ الشركة التجارية أحد الأشكال التي نص عليها القانون وإلا اعتبرت شركة باطلة. فأشكال الشركات التجارية واردة في القانون على سبيل الحصر. وقد ربط المشرع التجارى بين شكل الشركة وبين مسئولية الشركاء، وذلك من باب التسهيل على الغير الذى يتعامل مع الشركة إذ من مصلحته أن يعرف حقوقه ضد الشركة والشركاء وسبيله إلى ذلك هو الاطمئنان إلى شكل الشركة أما بالنسبة للشركة المدنية فإن للشركاء أن ينظموا مسئوليتهم عن ديون الشركة كما يشاءون ولا تبدو أهمية الشكل الذى تتخذه الشركة المدنية فى هذا الخصوص⁽²⁾.



(1) على جمال الدين عوض ص 406 وما بعدها - محمد كامل مرسى ص 529 وما بعدها.

(2) على جمال الدين عوض ص 404.

مادة (506)

- 1- تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصا اعتباريا، ولكن لا يحتج بهذه الشخصية على الغير إلا بعد استيفاء إجراءات النشر التى يقرها القانون.
- 2- ومع ذلك للغير إذا لم تقم الشركة بإجراءات النشر المقررة أن يتمسك بشخصيتها.

الشرح

144- ثبوت الشخصية الاعتبارية للشركة بمجرد تكوينها :

عقد الشركة بمجرد انعقاده ينشئ شخصية الشركة، فيكون للشركة شخصية اعتبارية مستقلة عن الشركاء المكونين لها. وتنشأ الشخصية الاعتبارية دون اتخاذ إجراءات النشر عن الشركة. ويستثنى من ذلك شركات المحاصة، فليس لهذه الشركات شخصية معنوية.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "الشخصية المعنوية تثبت لجميع الشركات المدنية والتجارية على السواء أيا كان الشكل الذى تتخذه فيما عدا شركات المحاصة".

(طعن رقم 924 لسنة 49 ق جلسة 1981/12/28)

2- "نظم الشارع شركات الواقع حماية لحقوق الغير الذى يتعامل معها والشركة بمجرد تكوينها تعتبر شخصا معنويا ويترتب على ذلك جميع النتائج التى تترتب على الشخصية المعنوية وتعتبر من شركات التضامن ما لم يثبت خلاف ذلك".

(طعن رقم 182 لسنة 41 ق جلسة 1981/11/16)

3- "إن شركة المساهمة التى تطرح أسهمها للاكتتاب العام تكتسب الشخصية المعنوية من وقت صدور القرار الخاص بتأسيسها وأن من مقتضى هذه الشخصية أن تكون لها ذمة مالية مستقلة عن ذمم أشخاص الشركاء فيها وتعتبر أموالها ضمانا عاما لدائنيها وحدهم وتخرج حصة الشريك فى الشركة من ملكه وتكون للشركة أهلية فى حدود الغرض الذى تكونت من أجله طبقا للمادة 53ب من القانون المدنى".

(طعان رقما 4039، 4074 لسنة 74 ق "مدنى" جلسة 2005/5/8)

4- "المقرر - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه يجوز فى شركات التضامن نزول أحد الشركاء عن حصته فى الشركة لواحد أو أكثر من شركائه فيها ويقع التنازل صحيحا منتجا لآثاره فيما بين المتنازل والمتنازل إليه، فإذا علق هذا التنازل على شرط واقف فإنه لا يكون نافذا إلا إذا تحقق هذا الشرط على أن يترد أثره فى هذه الحالة - بحسب الأصل - إلى الوقت الذى نشأ فيه الالتزام بالتنازل على نحو ما تقضى به المادة 270 من القانون المدنى".

(طعون أرقام: 674، 692، 758 ق جلسة 2005/6/28)

145- عدم الاعتراف بالشخصية الاعتبارية للشركة على الغير إلا بعد

استيفاء إجراءات النشر :

تنص الفقرة الأولى من المادة فى عجزها على أنه "ولكن لا يحتج بهذه الشخصية على الغير إلا بعد استيفاء إجراءات النشر التى يقرها القانون".

فالغير الذى قد يدخل مع الشركة أو الشركاء فى علاقات قانونية، يجب إحاطته علما بنشأة الشركة، فكان طبيعيا أن الغير الذى لا يعلم بنشأة الشركة لا يجوز الاحتجاج بها عليه. وقد أقام القانون قرينة قاطعة على هذا العلم وهى إتمام إجراءات الشهر القانونية، فمتى قام الشركاء بشهر الشركة افترض علم الغير بها وأمكن الاحتجاج عليه بها ولو لم يعلم بوجودها بالفعل.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"مفاد نص المادة 506 من القانون المدنى أن الشركة تعتبر شخصا معنويا بمجرد تكوينها دون حاجة للنشر عنها غاية الأمر أنه إذا أرادت الشركة أن يحتج بشخصيتها هذه على الغير ممن يتعامل معها أو على الدائنين لها فإنه يتعين استيفاء إجراءات النشر".

(طعن رقم 552 لسنة 42 ق جلسة 1979/6/16)

146- للغير التمسك بشخصية الشركة إذا لم تقم الشركة بإجراءات النشر

المقررة :

وإن كان لا يجوز للشركاء الاحتجاج قبل الغير بالشركة قبل اتخاذ إجراءات النشر التى يقرها القانون. إلا أنه يجوز للغير التمسك بوجود الشركة التى لم تقم بإجراءات النشر، لأن القول بغير ذلك معناه أن يستفيد الشركاء من إهمالهم شهر الشركة. ومن ثم

يجوز للغير إذا كانت له مصلحة في التمسك على الشركاء بوجود الشركة، أن يتمسك بها وتكون له مصلحة إذا كان قد تعامل مع مدير الشركة فإنه يضطر عندئذ إلى التنفيذ على أموال المدير أو الشريك الذى تعامل معه وحده وقد يكون له دائنون آخرون يراحمونه فيكون هو ذا مصلحة في التمسك بوجود شخصية الشركة. وتكون للغير مصلحة في تجاهل الشركة والتمسك بعدم شهرها إذا كان دائنا لأحد الشركاء شخصيا وأراد أن ينفذ على حصته في الشركة فيكون له مصلحة في تجاهل نشأة شخصية الشركة وفى اعتبار الحصة التى قدمها الشريك لا تزال باقية على ملكه فيتمكن من التنفيذ عليها⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

1- "تقرر هذه المادة الشخصية المعنوية للشركات، وحكمها عام يشمل الشركات التجارية والمدنية على السواء. والتقنيات الجرمانية، وإن كانت لا تعرف فكرة الشخصية المعنوية كما هى مقررة فى المذهب اللاتينى، إلا أنها مع ذلك تأخذ بنظام الملكية المشتركة، وتصل بذلك إلى نتائج لا تختلف كثيرا عن النتائج المبينة على نظرية الشخصية المعنوية. أما التقنيات اللاتينية فهى لا تعترف بالشخصية المعنوية للشركات المدنية، لكن التطور الذى تم فى تشريع الشركات فى كل من فرنسا، وبلجيكا يسير فى هذا الاتجاه، كما أن هناك ميلا من جانب القضاء الفرنسى إلى تقرير الشخصية المعنوية للشركات المدنية، رغم ما أثير حول ذلك من نزاع، وقد قطع المشروع برأى فى هذا الموضوع، بأن قرر الشخصية المعنوية لكل شركة مدنية أو تجارية، وهو الحل الذى سبق أن قرره فى باب الأشخاص المعنوية (م 85 فقرة د) من المشروع)، وخلافا للتقنين الفرنسى، والبلجيكى، لا يرتبط قيام هذه الشخصية بإتمام إجراءات النشر، بل تتقرر للشركة بموجبها بمجرد تكوينها، وهذا المبدأ مقرر أيضا بالنسبة للجمعيات، والمؤسسات (انظر المواد 90 - 92 من المشروع الواردة فى باب الجمعيات والتى يسرى حكمها على

(1) على جمال الدين عوض ص 423 وما بعدها - ثروت عبد الرحيم ص 273 وما بعدها - ويرى البعض أنه لما كانت الشركات المدنية لا تخضع لإجراءات خاصة للنشر فمن الجائز الاحتجاج بشخصيتها فيما بين الشركاء وبالنسبة إلى الغير بمجرد تكوينها. فلا يتعلق نص المادة 506 مدنى إذن إلا بالشركات التجارية لأنها وحدها الخاضعة لإجراءات النشر (الدكتور محسن شفيق الوسيط فى القانون التجارى المصرى الجزء الأول الطبعة الثالثة 1957 ص 247 هامش 2).

المؤسسات أيضا⁽¹⁾.

على أنه لما كان قيام الشركة يهم الغير العلم به كما يهمه أيضا العلم بما قد يطرأ على عقد الشركة من تعديلات تمس مصالحه، كتعديل مدة الشركة أو اسمها التجارى، أو مركزها أو هيئة الإدارة فيها، وجب استيفاء إجراءات النشر وفقا للأشكال والمواعيد التى يحددها قانون السجل التجارى أو نص قانون آخر. ويكون من شأنها إحاطة الجمهور علما بعقد الشركة، وما أدخل عليه من تعديل. أما عن جزاء عدم القيام بهذه الإجراءات، فلم يقرر المشروع بطلاناً من نوع خاص فى هذه الحالة، وإنما قرر وفقاً للقواعد العامة عدم إمكان الاحتجاج على الغير بعقد الشركة، وما يدخل عليه من تعديلات. على أنه لما كان المقصود هو حماية الغير، وجب أن يترك له وحده تقدير ما إذا كان من مصلحته أن يحتج بعدم استيفاء إجراءات النشر، لأن له فائدة فى ذلك، أم يتمسك بالشخصية القانونية للشركة ويحتج قبلها بالعقد وما لحقه من تعديل (م12 من تقنين الشركات البلجيكية).

147- طلب الشريك بطلان الشركة لعدم الشهر فى مواجهة الشركاء :

لكل شريك فى الشركة الحق فى أن يطلب بطلان الشركة فى مواجهة الشركاء لعدم اتخاذ إجراءات الشهر والنشر حتى لا يبقى فى شركة مهددة بالانقضاء فى أى وقت قبل الأجل المحدد لها بعقد تكوينها.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "لئن كان لكل شريك فى شركة التضامن الحق فى أن يطلب بطلان الشركة فى مواجهة الشركاء لعدم اتخاذ إجراء الشهر والنشر حتى لا يبقى فى شركة مهددة بالانقضاء فى أى وقت قبل الأجل المحدد لها بعقد تكوينها إلا أنه ليس لهذا البطلان أثر رجعى بل تظل الشركة موجودة وجوداً صحيحاً طوال الفترة السابقة على القضاء به رغم عدم اتخاذ إجراءات الشهر والنشر وذلك باعتبارها شركة فعلية لها شخصيتها الاعتبارية التى تستمد وجودها من العقد".

(طعن رقم 354 لسنة 30 ق جلسة 1965/11/9)

2- "جرى قضاء محكمة النقض على أن عدم استيفاء شركة التضامن إجراءات

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 305 وما بعدها.

الشهر والنشر لا يترتب عليه بطلانها فيما بين الشركاء إلا إذا طلب ذلك أحدهم وحكم به وعندئذ يعتبر العقد موجودا وصحيا طوال الفترة السابقة على القضاء بالبطلان فيرجع إليه في تنظيم العلاقة بين الشركاء وتسوية حقوقهم والتزاماتهم، ذلك أن البطلان الناشئ عن عدم اتخاذ إجراءات الشهر والنشر لا يقع بحكم القانون بل تظل الشركة قائمة باعتبارها "شركة فعلية" ويسرى عقدها في مواجهة الشركاء حتى يطلب بطلانها ويقضى به. وإذا رتب الحكم على قيام الشركة الفعلية مسائلة أحد الشركاء لعدم تنفيذ التزامه لنقل ملكية ما باعه من أرض لها وبيعه ذات الأرض لشركة أخرى مثلما يقضى بطلان الشركة الأولى، فإنه يكون قد طبق القانون تطبيقا صحيحا".

3- "البطلان الناشئ عن عدم اتخاذ إجراءات الشهر والنشر ليس له أثر رجعي بل تظل الشركة قائمة باعتبارها شركة فعلية ويسرى عقدها في مواجهة الشركاء حتى يطلب بطلانها ويقضى به ويكون للشركاء فيها الحق في المطالبة بالأرباح الناتجة قبل ذلك القضاء إذ لا أثر للبطلان على قيامها وأعمالها، وهو في غير محله بالنسبة لباقي أوجه النعي ذلك أن لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تقدير الأدلة إليها ومنها تقارير أهل الخبرة متى كان ذلك سائعا ولا يخالف الثابت بالأوراق".

(طعن رقم 422 لسنة 72 ق جلسة 2010/2/8)

4- "إنه من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن عدم استيفاء شركة التضامن إجراءات الشهر والنشر لا يترتب عليه بطلانها فيما بين الشركاء إلا إذا طلب ذلك أحدهم وحكم به وعندئذ يعتبر عقد الشركة موجودا وصحيا طوال الفترة السابقة على القضاء بالبطلان فيرجع إليه في تنظيم العلاقة بين الشركاء وتسوية حقوقهم والتزاماتهم، ذلك أن البطلان الناشئ عن عدم اتخاذ إجراءات الشهر والنشر لا يقع بحكم القانون وليس له أثر رجعي بل تظل الشركة قائمة باعتبارها شركة فعلية ويسرى عقدها في مواجهة الشركاء ويتم توزيع الأرباح والخسائر فيما بينهم بنفس الشروط التي وردت في عقد الشركة حتى يطلب بطلانها ويقضى به. لما كان ذلك، وكان الثابت من الأوراق أن الشركة محل التداعي وهى من شركات التضامن وما زالت مستمرة في مزاولتها نشاطها ولم يقض ببطلانها لعدم اتخاذ إجراءات الشهر والنشر وإذا انتهى الحكم المطعون فيه صحيحا إلى أحقية المطعون ضده في المطالبة بأرباحه من هذه الشركة فإنه لا يكون قد خالف القانون وإذا كان ذلك وكانت محكمة الموضوع بما لها من سلطة تفسير العقود والمشاركات قد

خلصت إلى أن عقد الاتفاق المؤرخ 1980/2/1 لا يعد تنازلاً من المطعون ضده عن نصيبه فى الشركة، لما سلف ببيانه - موافقتهم كتابة عليه، مع أن طلبه هذا كان مطروحاً على المحكمة ومن شأن بحثه وتمحيصه أن يتغير وجه الرأى فى الدعوى، ومن ثم يكون الحكم المطعون فيه قد شاب القصور فى التسبيب والفساد فى الاستدلال مما يوجب نقضه".

(طعن رقم 1035 لسنة 72 ق جلسة 2010/2/8)

148- آثار الاعتراف للشركة بشخصية معنوية مستقلة :

تترتب على الاعتراف للشركة بشخصية معنوية مستقلة آثار هامة منها:

1- تكون أموال الشركة ملكاً خاصاً لها، لا للشركاء. وعلى ذلك لا يصح للشركاء أن يتصرفوا فى هذه الأموال، حتى بما لا يزيد على حصصهم، وإلا كان هذا التصرف باطلاً، سواء أكان هذا التصرف بالبيع أو بالرهن أو نحوهما. كما لا يترتب على قسمة أموال الشركة رجوع أثرها إلى وقت إنشائها، بل إلى وقت انقضاءها.

ولا يقف سريان التقادم فى المسائل العقارية حتى لو كان أحد الشركاء غير أهل للتصرف⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"متى كانت الشركة التى يمثلها الطاعن هى شركة تضامن تجارية فإنه يكون لها شخصية معنوية مستقلة عن أشخاص الشركاء فيها ومن مقتضى هذه الشخصية أن يكون للشركة وجود مستقل عن الشركاء وأن تكون أموالها مستقلة عن أموالهم وتعتبر ضماناً عاماً لدائنيها وحدهم كما تخرج حصة الشريك فى الشركة عن ملكه وتصبح مملوكة للشركة ولا يكون له بعد ذلك إلا مجرد حق فى نسبة معينة من الأرباح أو نصيب فى رأس المال عند قسمة الشركة ونصيبه هذا يعتبر ديناً فى ذمة الشركة ويجوز لدائنيه أن يحجزوا على حصته فى الربح تحت يد الشركة ولكن لا يجوز لهم أن يحجزوا على منقول أو عقار من أموال الشركة حتى ولو كان مدينهم هو الذى قدمه إليها بصفة حصة، كما أن لهم التنفيذ على أموال مدينهم الشخصية أو إشهار إفلاسه وفى هذه الحالة

يكون لهم الحق فى طلب اعتبار الشركة منقضية وتصفيته والتنفيد على ما يؤول إلى مدينهم من نصيب بعد التصفية. وإذن فمتى كان المطعون عليه الثانى قد تنازل عن حصته فى الشركة إلى زوجته وكان الحكم المطعون فيه قد اعتبر هذا التنازل باطلا فى حق دائنيه فإنه لا أثر لهذا البطلان على الشركة وكل ما له من أثر بالنسبة للدائنين إنما هو اعتبار أن المدين مازال شريكا فيها ويكون الحكم إذ قضى ببطلان الشركة تأسيسا على بطلان التنازل وإذ قضى بصحة الحجز الموقع من أحد الدائنين على أموال الشركة قولاً منه بأن ما حجز يقل عن نصيب المدين فيها، إذ قضى بذلك يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون مما يستوجب نقضه".

(طعن رقم 181 لسنة 20 ق جلسة 1952/4/24)

2- يكون للشركة ذمة مالية مستقلة عن ذمة الشركاء لها أصولها وخصومها، ومن ثم فدائنو الشركة لهم حق ضمان عام على ما لديها من أموال، ويستطيعون أن ينفذوا بديونهم على هذه الأموال دون أن يكون للشركاء أو لدائنيهم أى وجه للاعتراض.

أما دائنو الشركة فحقهم مقصور على ذمة مدينيهم (مادة 525 مدنى)، ولا تقع المقاصة بين الديون التى لهم على الشركاء وتلك الثابتة فى ذمتهم للشركة، لأن المقاصة لا تقع إلا بين حقين لشخصين كل منهما دائن ومدين فى الوقت ذاته. ونحن هنا أمام ثلاثة أشخاص : الشريك والشركة والدائن أو المدين الأجنبى.

ونتيجة لاستقلال ذمة الشركة عن ذمة الشركاء، أنه إذا أفلست شركة مساهمة فلا يترتب على إفلاسها إفلاس المساهمين أيضا. ولا يقدح فى هذا النظر أن إفلاس شركات التضامن يؤدى حتما وبالترتبة لإفلاس الشركاء، لأن هذا مرجعه تضامن الشركاء فى ديون الشركة. ومع هذا يظل أثر استقلال ذمة الشركة واضحا فى أن نقابة دائنى الشركة لا تضم الدائنين الشخصيين لكل شريك، ويفرد دائنو الشركة بأموالها.

3- ليس للشركاء أى حق على الحصص التى ساهموا بها فى تكوين رأس مال الشركة الذى يعد أحد عناصر الذمة المالية الخاصة بها. وإنما تصبح تلك الحصص ملكا للشركة كما قدمنا. ولا يشترط إذن أن يقع فى نصيب كل شريك ذات الحصة التى قدمها حتى لو كانت معروفة بذاتها كأن تكون عقارا مازال قائما.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"الشركة شخصية اعتبارية مستقلة عن أشخاص الشركاء فيها. ومن مقتضى هذه

الشركة أن تكون لها ذمة مالية مستقلة عن ذممهم، وتعتبر أموالها ضمانا عاما لدائنيها وحدهم، كما تخرج حصة الشريك فى الشركة عن ملكه، وتصبح مملوكة للشركة، ولا يكون للشريك بعد ذلك إلا مجرد حق فى نسبة معينة من الأرباح، أو نصيب فى رأس المال عند تصفية الشركة ونصيبه هذا يعتبر دينا فى ذمة الشركة يجوز لدائنيه أن ينفذوا عليه تحت يدها. وإذا كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن المطعون ضده قد أقر فى الخطاب المؤرخ..... بأن الضمان المعطى له من الشركة بشأن الأتعاب المستحقة على..... أحد الشركاء فى الشركة الطاعنة ينصب على قيمة رأسماله وأرباحه فى الشركة بحيث إذا لم توجد أية أرصدة مستحقة له فى ذمة الشركة يكون الضمان لاغيا، ولا يجوز الرجوع بموجبه، وكان مجرد كون..... شريكا فى الشركة وله نصيب فى أرباحها ورأسمالها لا يفيد وجود أرصدة مستحقة لها قبله من قيمة أرباحه ورأسماله فيها يكفى لسداد دين المطعون ضده، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بإلزام الشركة بدفع الدين المستحق للمطعون ضده فى ذمة..... أحد الشركاء فيها قبل أن يتحقق أيضا من أن المطعون ضده قد نفذ ما التزم به فى الاتفاق المؤرخ..... والذى قبل فيه أن يبرجئ المطالبة بالدين حتى ينفذه، فإنه يكون مخالفا للقانون ومشوبا بالقصور".

(طعن رقم 267 لسنة 40 ق جلسة 1975/2/5)

ونتيجة لاستقلال ذمة الشركة عن ذمة الشركاء، لا يترتب على إفلاس الشركة إفلاس الشركاء كقاعدة عامة كما أن إفلاس الشريك لا يستتبع إفلاس الشركة. ومع ذلك إفلاس شركة التضامن أو التوصية يودى إلى إفلاس الشركاء المتضامنين وذلك على سبيل الاستثناء لأن الشركاء المتضامنين مسئولون عن ديون الشركة فى أموالهم الخاصة.

ويبدو استقلال ذمة الشركة عن ذمم الشركاء واضحا فى أن تقليصة الشركة لا تضم سوى دائنى الشركة دون الدائنين الشخصيين للشركاء.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(أ) "جرى قضاء هذه المحكمة على أن شهر إفلاس شركة التضامن يستتبع حتما شهر إفلاس الشركاء فيها بغير حاجة إلى الحكم على كل شريك بصفته الشخصية، وأن التعرف على نية المشاركة فى نشاط ذى تبعة هو مما يتعلق بفهم الواقع فى الدعوى".

(طعن رقم 438 لسنة 38 ق جلسة 1974/3/28)

(ب) "إذ كان الحكم الابتدائي قد قضى بشهر إفلاس الشركة والطاعن باعتباره شريكا متضامنا فيها، وكان للمحكمة أن تقضى بشهر الإفلاس بغير طلب ومن تلقاء نفسها طبقا للمادة 196 من القانون التجارى متى تبينت من ظروف النزاع المطروح عليها توافر الشروط الموضوعية لذلك دون أن يعتبر قضاؤها هذا قضاء بما لم يطلب منها القضاء فيه لتعلق أحكام الإفلاس بالنظام العام، فإن الحكم المطعون فيه إذ أيد الحكم الابتدائي فى هذا الخصوص لا يكون مخطئا فى القانون".

(طعن رقم 438 لسنة 38 ق جلسة 1974/3/28)

(ج) "المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الحكم بإشهار إفلاس شركة التضامن يستتبع حتما إفلاس الشركاء المتضامين فيها، إذ أن الشركاء المتضامين مسئولون فى أموالهم الخاصة عن ديون الشركة، فإذا وقفت الشركة عن الدفع فمعنى ذلك وقوفهم هم أيضا عنه، ولا يترتب على إغفال الحكم الصادر بإفلاس الشركة النص على شهر إفلاس الشركاء المتضامين فيها أو على إغفاله بيان أسمائهم، أن يظلوا بمنأى عن الإفلاس، إذ أن إفلاسهم يقع نتيجة حتمية ولازمة لإفلاس الشركة".

(طعن رقم 183 لسنة 37 ق جلسة 1972/3/7)**149- جنسية الشركة :**

يكون للشركة جنسية تربطها بدولة معينة. وجنسيته هى التى تحدد القانون الواجب التطبيق فيما يتعلق بأهليتها وصحة تكوينها وإدارتها وحلها وتصفيته. والرأى الراجح أن جنسية الشركة تتحدد بالمكان الذى يوجد فيه المركز الفعلى لإدارتها بغض النظر عن جنسية الشركاء وعن الدولة التى تباشر فيها الشركة نشاطها. وقد أقر المشرع المصرى هذا المعيار حيث نصت المادة 11 من التقنين المدنى فى فقرتها الثانية على أن: "أما النظام القانونى للأشخاص الاعتبارية الأجنبية، من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها، فيسرى عليه قانون الدولة التى اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز إدارتها الرئيسى الفعلى. ومع ذلك فإذا باشرت نشاطها الرئيسى فى مصر، فإن القانون المصرى هو الذى يسرى".

(راجع فى التفصيل المجلد الأول شرح المادة 11).

وقد حرص المشرع على تعيين جنسية شركة المساهمة نظرا لدورها الهام فى

الاقتصاد الوطنى فنصت المادة 41 من قانون التجارة الصادر سنة 1883 على أن الشركات المساهمة التى تؤسس فى مصر يجب أن تكون مصرية وأن يكون مركزها الرئيسى فى مصر. أما باقى الشركات فإن جنسيتها تحدد وفقا لمعيار المركز الرئيسى المنصوص عليه بالمادة 2/11 مدنى.

ولما كانت شركة المحاصة لا تعد شخصا اعتباريا فإن الجنسية لا تكون من لوازم هذه الشركة كباقى الشركات.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"كل شركة تجارية غير شركة المحاصة تعد فى مصر شخصا اعتباريا. والجنسية كما هى من لوازم الشخص الطبيعى هى من لوازم الشخص الاعتبارى، فكل شركة تجارية - عدا المحاصة - لابد لها من جنسية يتحدد بها وضعها القانونى وهذه الجنسية يعينها القانون".

(طعن رقم 142 لسنة 14 ق جلسة 1946/1/31)

ولجنسية الشركة أهمية خاصة فى تحديد القانون واجب التطبيق حين يدخل فى العلاقة القانونية عنصر أجنبى، كما أن الدولة قد تخص شركاتها الوطنية بإعفاءات ضريبية أو إعانات لا تفيد منها الشركات الأجنبية. كذلك قد تقصر الدولة بعض الأنشطة التجارية على الشركات الوطنية. كما لو خصت شركات الملاحة الوطنية بنقل صادراتها ووارداتها كذلك قد تحرم الدولة فى حالة الحرب التعامل مع الشركات التى تحمل جنسية دولة معادية⁽¹⁾.

150- اسم الشركة :

يترتب على أن للشركة وجودا مستقلا عن الشركاء أن يكون لها اسم خاص يميزها وتعرف به. حقا قد يكون اسم أحد الشركاء عنصرا أساسيا فى اسم شركة التضامن أو التوصية، لكن تقترن به دائما لفظة "شركاه" وهذا هو الذى يميز اسم الشركة عن اسم الشريك فيقال مثلا "شحاتة وشركاه".

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(1) ثروت عبد الرحيم ص 280.

"إذا كان للشركة الشخصية الاعتبارية وفقا لحكم المادة 52 من القانون المدنى - فإن لها تأسيسا على ذلك اسم يميزها عن غيرها وليس بلانزم بعد ذلك - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - أن تحتوى صحيفة الاستئناف الموجه فيها إلى خصمها على اسم مديرها كما لا يعتد بما عساه أن يكون من خطأ فى اسم مدير هذه الشركة أو عدم احتواء ورقة الاستئناف على لقبه".

(طعن رقم 267 لسنة 27 ق جلسة 1963/1/3)

151- موطن الشركة :

للشركة موطن مستقل يقابل محل إقامة الشخص الطبيعي .
وموطن الشركة يتحدد بالمكان الذى يوجد فيه مركز إدارتها . ومركز الإدارة هو المكان الذى توجد فيه الأجهزة القائمة على إدارة الشركة وتصريف شئونها القانونية .
وهذا الموطن بالنسبة لشركات الأشخاص هو المكان الذى يباشر فيه المدير عمله ، وبالنسبة لشركات الأموال المكان الذى يوجد به مقر مجلس الإدارة والجمعية العمومية للشركاء .

ومركز الإدارة يختلف عن مركز الاستغلال ، وهو المكان الذى تباشر الشركة فيه نشاطها المادى فتوجد فيه مصانعها مثلا . والذى يحدد الموطن هو مركز الإدارة ، لا مركز الاستغلال .

وقد تتعدد مراكز الإدارة ، كما لو كان للشركة فروع متعددة فى أماكن مختلفة ، وعندئذ يتحدد الموطن بالمركز الرئيسى دون اعتداد بالمراكز الفرعية . ومع ذلك فقد أجاز المشرع ، تيسيرا للتعامل اعتبار المكان الذى يوجد به كل فرع موطننا خاصا بالأعمال المتعلقة به . ومن ثم يجوز رفع الدعوى إلى المحكمة التى يقع فى دائرتها فرع الشركة وذلك فى المسائل المتصلة به (مادة 2/53 مرافعات) .

كذلك قضى المشرع ، فيما يتعلق بالشركات التى يكون مركزها الرئيسى فى الخارج ولها نشاط فى مصر ، بأن موطنها بالنسبة إلى القانون الداخلى يكون هو المكان الذى توجد فيه الإدارة المحلية (مادة 2/53 مدنى) .

وموطن الشركة هو الذى يحدد النظام القانونى الذى ينطبق عليها ، ويتحدد على ضوءه الاختصاص المحلى وجنسية الشركة ، كما أنه المكان الذى تعلن فيه الشركة بالأوراق القضائية وتتلقى فيه الإنذارات والدعاوى . لذلك يهتم الشركاء عادة فى العقد ببيان

مركز إدارة الشركة الذى يعتبر موطننا لها. على أن العبرة تكون دائما بمركز الإدارة الفعلى لا بمركز الإدارة المحدد فى العقد، إذ قد يحدد الشركاء موطننا سوريا فلا يعتد به⁽¹⁾.

ويقوم موطن الأعمال طالما بقى نشاط الشركة مستمرا وله مظهره الواقعى.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- (أ) - "تجيز المادة 41 من القانون المدنى اعتبار محل التجارة - بالنسبة للأعمال المتعلقة بها - موطننا للتاجر بجانب موطنه الأصلى للحكمة التى أفصح عنها الشارع من أن قاعدة تعدد الموطن تعدد بالأمر الواقع وتستجيب لحاجة المتعاملين. فإذا كان الثابت أن أمر الأداء الذى أعلن للطاعن فى محل تجارته بالقاهرة قد صدر فى شأن يتعلق بالتجارة التى كان يباشرها وقت الإعلان فلا محل لما يثيره من أن محل إقامته الفعلية بالسعودية وأنه غادر محل إقامته فى مصر لأن الإقامة الفعلية ليست عنصرا لازما فى موطن الأعمال الذى يظل قائما ما بقى النشاط التجارى مستمرا وله مظهره الواقعى الذى يدل عليه. وإذ كان الجدل حول قيام هذا النشاط هو جدل فى تقرير موضوعى بحسب الحكم المطعون فيه أن أورد الأدلة المسوغة له فإن إعلان أمر الأداء يكون قد وقع صحيحا".

(ب) - "غلق المحل التجارى وقت الإعلان لا يفيد بذاته انتهاء النشاط التجارى فيه".

(طعن رقم 358 لسنة 30 ق جلسة 1966/1/4)

152- أهلية الشركة للتعاقد :

متى اعتبرت الشركة شخصا قانونيا كان معنى ذلك أن لها أهلية الوجوب وأهلية الأداء، ولكنها أهلية مقيدة بالغرض الذى نشأت الشركة لتحقيقه، فيكون للشركة أهلية إبرام التصرفات الداخلة فى غرضها كالبيع والشراء والاستئجار والتأجير وكافة التصرفات الأخرى بشرط مراعاة الغرض المقصود منها.

ولما كانت شخصية الشركة اعتبارية وجب أن يكون لها نائب يعبر عن إرادتها ويسمى فى العمل مدير الشركة. ويعين سلطات هذا المدير عقد الشركة - أو عقد تعيينه، ويعتبر هذا المدير وكىلا عن الشركة (م34، 35 من قانون التجارة القديم) بمعنى أن تصرفاته التى تتم باسم الشركة لا تلزمه شخصيا ولكنها تنصرف إلى الشركة ذاتها بشرط

(1) على البارودى ومحمد فريد العرينى ص 320 وما بعدها - فريد مشرقى ص 103 وما بعدها.

أن تكون فى حدود سلطاته. أما إذا خرج عن هذه الحدود لم تكن له صفة فى إلزام الشركة وألزم شخصيا بهذه التصرفات⁽¹⁾.

ونائب الشركة يقوم بأعمال المعاوضات والتبرعات، فكما تستطيع الشركة المدنية أن تشتري مالا من غيرها وأن تباع مالا إلى غيرها، تستطيع كذلك فى حدود نظمها المقررة أن تهب مالا لغيرها وأن توهب مالا من غيرها. ولا تنقيد فى ذلك إلا بمبدأ التخصص المقرر بالنسبة لكل شخص معنوى⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "تعتبر الشركة المساهمة فى فترة التأسيس ممثلة بالمؤسسين ومن ثم يكون لأحدهم أن يتقدم - خلال فترة التأسيس - لحساب الشركة المستقبلة للدفاع عن العلاقة التجارية التى انتقلت إليها ملكيتها".

(طعن رقم 390 لسنة 27 ق جلسة 1963/1/24)

2- "متى كان للشركة شخصية اعتبارية مستقلة عن شخصية مديرها وكان إعلان تقرير الطعن موجها إليها باعتبارها الأصلية فيه المقصودة بذاتها فى الخصومة دون ممثلها، فإن ذكر اسمها المميز لها عن غيرها فى طلب التقرير بالطعن يكون - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - كافيا لصحته فى هذا الخصوص".

(طعن رقم 360 لسنة 33 ق جلسة 1967/12/6)

3- "إذا كان الواضح من صحيفة الطعن أنه أقيم من الشركة الطاعنة وكان لهذه الشركة شخصية اعتبارية مستقلة عن شخصية ممثلها، وكانت هى الأصل المقصود بذاته فى الخصومة دون ممثلها، فإن ذكر اسم الطاعنة المميز لها فى صحيفة الطعن يكون - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - كافيا لصحة الطعن فى هذا الخصوص، ويكون الدفع بعدم قبول الطعن لرفعه من غير ذى صفة لعدم إيضاح اسم الممثل القانونى للشركة متعين الرفض".

(طعن رقم 371 لسنة 42 ق جلسة 1976/11/29)

(1) على جمال الدين عوض ص 426 وما بعدها - فريد مشرقى ص 102 وما بعدها.

(2) السنهورى ص 224 وما بعدها.



1- أركان الشركة

مادة (507)

- 1- يجب أن يكون عقد الشركة مكتوباً وإلا كان باطلاً، وكذلك يكون باطلاً كل ما يدخل على العقد من تعديلات دون أن تستوفى الشكل الذى أفرغ فيه ذلك العقد.
- 2- غير أن هذا البطلان لا يجوز أن يحتج به الشركاء قبل الغير، ولا يكون له أثر فيما بين الشركاء أنفسهم، إلا من وقت أن يطلب الشريك الحكم بالبطلان.

الشرح

153- انعقاد الشركة بالكتابة :

الكتابة لازمة لانعقاد عقد الشركة صحيحاً. فهى ركن من أركانها. وليست مجرد وسيلة لإثباته.

كذلك يجب أن يكون مكتوباً كل ما يدخل على العقد من تعديلات. وعلى ذلك فعقد الشركة غير المكتوب باطل. وهذه القاعدة عامة تسرى على عقود الشركات المدنية والتجارية على حد سواء.

وقد استتنت المادة 64 من قانون التجارة القديم شركات المحاصة صراحة من انعقادها كتابة حيث نصت على أنه: "لا يلزم فى شركات المحاصة التجارية اتباع الإجراءات المقررة للشركات الأخرى".

ولما كان نص المادة المذكورة وفقاً على شركات المحاصة التجارية وحدها، فيشترط وفقاً للرأى الراجح فقهاً، أن يكون عقد شركة المحاصة المدنية مكتوباً⁽¹⁾. ولا يشترط فى الكتابة التى يفرع فيها عقد الشركة أن تكون رسمية، فيجوز أن تكون عرفية⁽²⁾.

(1) على البارودى ومحمد فريد العرينى ص 290 وما بعدها - على جمال الدين عوض ص 421 محسن شفيق ص 224.

(2) وكانت المادة (691) من المشروع التمهيدي المقابلة للمادة (507) مدنى تنص على ذلك صراحة إذ قضت فى فقرتها الأولى بأن: "يجب أن يدون عقد الشركة فى ورقة رسمية، =

ولم يستلزم القانون ذكر بيانات معينة في عقد الشركة. فالأمر إذن متروك لإرادة المتعاقدين الذين يستطيعون كتابة العقد بالصورة التي يرونها وتضمنه ما يشاءون من شروط مادامت لا تخالف القواعد الآمرة أو النظام العام. ما لم يرد نص خاص بمعنى معين، ومثال ذلك ما تنص عليه المادة (15) من القانون رقم 159 لسنة 1981 من أن يكون العقد الابتدائي للشركة (الشركة المساهمة وشركة التوصية بالأسهم والشركة ذات المسؤولية المحدودة) ونظامها أو عقد تأسيسها رسمياً أو مصدقاً على التوقيعات فيه.

وحكمة اشتراط الكتابة لصحة عقد الشركة هو رغبة المشرع في تسهيل إثباتها، لأن عقد الشركة يدوم عادة وقتاً طويلاً ويتضمن شروطاً كثيرة تفصيلية يحسن تدوينها وعدم الاعتماد على الشهود في إثباتها عند النزاع، فضلاً عن أن كتابة العقد تسهل للغير الذي يهمه أمر الشركة الاطلاع على شروطها، يضاف إلى ذلك أنه لكي يحتج بالشركة على الغير يجب القيام بشهرها ولا يتسنى هذا الشهر إلا إذا كان العقد مكتوباً، فكتابة العقد أولى خطوات شهره⁽¹⁾.

ولما كانت الكتابة شرطاً لصحة عقد الشركة ذاته، فمن المنطوق أن تكون كذلك شرطاً لصحة أى تعديل أو إضافة إلى العقد الأصلي. ويجب عندئذ أن يتخذ التعديل ذات الشكل الذى أفرغ فيه العقد الأصلي. وهو ما نصت عليه المادة صراحة.

غير أنه يلاحظ أن الشركاء إذا اختاروا أن يعقدوا الشركة بورقة رسمية، وجب عليهم أن يلتزموا هذا الشكل فى كل ما يدخلونه بعد ذلك على عقد الشركة من تعديلات وفى هذا المعنى تقول العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة أنه "وكذلك يكون باطلاً كل ما يدخل على العقد من تعديلات دون أن تستوفى الشكل الذى أفرغ فيه ذلك العقد"⁽²⁾.

= أو فى ورقة عرفية. وإلا كان العقد باطلاً. وكذلك يكون الحكم فى كل ما يدخل على العقد من تعديلات، فيجب أن يستوفى الشكل الذى أفرغ فيه العقد الأصلي."

وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ عدل النص إلى وضعه الراهن وجاء بتقرير اللجنة: "عدلت الفقرة الأولى تعديلاً يجعل الكتابة ركناً فى عقد الشركة، ولم تر اللجنة محلاً لأن تفصيل أنواع الكتابة فى النص على نحو ما فصل المشروع المقدم من الحكومة".

(مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 308 وما بعدها).

(1) على جمال الدين عوض ص 422 - محسن شفيق ص 226.

(2) السنهورى ص 186 وما بعدها.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"يحدد هذا النص شكل عقد الشركة وإثباته، ويأخذ فى هذا الصدد بما هو مقرر عادة فى التقنيات اللاتينية، والتقنين البولونى (م550)، أما الفقرة الثانية فهى مطابقة لنص المادة 4 من تقنين الشركات البلجيكي.

أما عن شكل عقد الشركة، مادامت لها شخصية مستقلة عن الشركاء، فيجب أن يكون وجودها ثابتا قطعاً، ولذلك يلزم، كما يتطلب النص، أن يدون عقد الشركة فى ورقة رسمية، أو فى ورقة عرفية⁽¹⁾، والقانون التجارى هو الذى يبين على وجه الخصوص أنواع الشركات التى يمكن أن تقوم بناء على مجرد كتابة عرفية، وتلك التى يلزم فيها العقد الرسمى. والشكل كما هو متطلب بالنسبة للعقد المنشئ للشركة، كذلك يلزم توافره فى كل التعديلات الطارئة عليها.

أما الإثبات فهو مرتبط بالشكل. على أن القواعد العامة تقضى بداهة بأنه لا يجوز للشركاء إثبات الشركة فى مواجهة الغير إلا بورقة عرفية أو رسمية فى حين أن الغير يمكنه إثبات قيام الشركة بكافة طرق الإثبات⁽²⁾.

154- انعقاد العقد بالكتابة من النظام العام :

بعد وجوب انعقاد عقد الشركة بالكتابة مما يتعلق بالنظام العام للحكمة التى أوردناها سلفاً.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"لما كان القانون المدنى القائم قد أوجب فى المادة 507 منه أن يكون عقد الشركة مكتوباً وإلا كان باطلاً وأصبح بذلك عقد الشركة عقداً شكلياً فإنه لا يقبل فى إثباته بين طرفيه غير الكتابة ولا يجوز لهما الاتفاق على إثباته بغير هذا الطريق".

(طعن رقم 219 لسنة 31 ق جلسة 1966/1/27)

155- جزاء عقد الشركة غير المكتوب :

(1) وقد رأينا فى هذا البند أن الفقرة الأولى من المادة (691) عن المشروع التمهيدى التى وردت مذكرة المشروع التمهيدى على أساسها قد عدلت بلجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 309.

إذا كانت الكتابة لازمة لوجود عقد الشركة، فهى بالضرورة لازمة لإثباته، لأن الإثبات كقاعدة عامة مرتبط بالشكل، إلا أنه ينبغى التمييز فى هذا الشأن بين الشركاء وبين الغير :

(أ) فيما بين الشركاء :

يكون لكل من الشركاء الاحتجاج فى مواجهة الآخر ببطلان عقد الشركة لأنه غير مكتوب.

إلا أنه قبل رفع دعوى البطلان يظل عقد الشركة قائماً ويرتب آثاره، فيلتزم كل من الشركاء بتقديم حصته ويقسمون الربح والخسارة على الوجه المتفق عليه فى عقد الشركة غير المكتوب، وتبقى الشركة فى هذه الحالة باعتبارها شركة واقعية وقد لا يلجأ أى من الشركاء إلى دعوى إبطال العقد. ولكن إذا طلب أحدهم إبطال الشركة، فإن البطلان لا يكون له أثر فيما بين الشركاء أنفسهم إلا من وقت أن يطلب الشريك الحكم بالبطلان، أى أن الحكم بالبطلان ينسحب إلى وقت رفع الدعوى.

ومؤدى ذلك أن البطلان لا يتناول إلا مستقبل العقد ولا يؤثر على ماضى الشركة إذ تظل صحيحة فى الفترة ما بين انعقادها ورفع دعوى البطلان.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"قاعدة التزام الكتابة فى إثبات شركة التضامن بين طرفيها لا خلاف عليها إذا كان المطلوب هو إثبات وجود هذه الشركة بالنسبة للحاضر أو المستقبل أما إذا كان المطلوب هو إثبات قيامها فى الماضى بعد القضاء ببطلانها لعدم استيفائها الشكل القانونى أى فى الفترة ما بين إنشائها وطلب بطلانها فقد اختلف الرأى فى تطبيق تملك القاعدة بالنسبة لإثبات "الشركة الفعلية" التى قامت فى الواقع بين الشركاء وكانوا يتعاملون فى وقت طلب بطلانها على اعتبار أنها صحيحة وقائمة إلا أنها مع قيام هذا الخلاف فى الرأى فإنه حتى من رأى جواز إثبات قيام تلك الشركة الفعلية بجميع طرق الإثبات المقبولة فى المواد التجارية فقد اشترط لذلك أن تكون هذه الشركة قد باشرت بعض أعمالها فعلاً حتى يمكن القول بوجود كيان لها فى الواقع ويصبح للشركاء مصلحة فى إثباتها ليصلوا من وراء ذلك إلى تصفية العمليات المشتركة فلا ينفرد بنتائجها من ربح أو خسارة أحدهم دون الباقين وهو الأمر الذى أريد تفاديه بالالتجاء إلى فكرة الشركة الفعلية فى هذه الصورة والذى من أجل تلافيه أورد المشرع المصرى القاعدة التى نص عليها فى الفقرة الثانية من

المادة 507 من القانون المدنى التى تقضى بأن لا يكون للبطلان متى حكم به لعدم كتابة عقد الشركة أثر فيما بين الشركاء أنفسهم إلا من وقت أن يطلب الشريك الحكم بالبطلان أما إذا كانت الشركة لم يبدأ فى تنفيذها قبل أن يحكم ببطلانها لعدم استيفائها الشكل القانونى ولم تكن قد زاولت أى عمل من أعمالها فإنه لا يكون قد توافر لها كيان فى الواقع فى الفترة السابقة لطلب البطلان ولا يمكن بداهة اعتبارها شركة فعلية وتكون العلة من عدم تطبيق الأثر الرجعى للبطلان منتهية فى هذه الحالة".

(طعن رقم 219 لسنة 31 ق جلسة 1966/1/27)

2- "المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن عدم استيفاء شركة التضامن إجراءات الشهر والنشر لا يترتب عليه بطلانها فيما بين الشركاء إلا إذا طلب ذلك أحدهم وحكم به وعندئذ يعتبر العقد موجودا وصحيا طوال الفترة السابقة على القضاء بالبطلان فيرجع إليه فى تنظيم العلاقة بين الشركاء وتسوية حقوقهم والتزاماتهم، ذلك أن البطلان الناشئ عن عدم اتخاذ إجراءات الشهر والنشر لا يقع بحكم القانون بل تظل الشركة قائمة باعتبارها شركة فعلية ويسرى عقدها فى مواجهة الشركاء حتى يطلب بطلانها ويقضى به".

(طعن رقم 1595 لسنة 54 ق جلسة 1993/2/1)

3- "النص فى المواد 48، 49، 51، 53، 54 من قانون التجارة... يدل على أن لكل شريك فى شركة التضامن أو التوصية الحق فى أن يطلب بطلان الشركة فى مواجهة باقى الشركاء لعدم اتخاذ إجراءات الشهر والنشر حتى لا يبقى فى شركة مهددة بالانقضاء فى أى وقت قبل الأجل المحدد لذلك بعقد تكوينها، وتعتبر الشركة الباطلة لعدم شهر ونشر عقدها قائمة فعلا بين الشركاء فى الفترة من تكوينها إلى طلب البطلان بشرط أن تكون هذه الشركة قد باشرت أعمالها فعلا بأن اكتسبت حقوقا وألزمت بتعهدات وذلك حتى يمكن القول بوجود كيان لها من الواقع، ليصل الشركاء من ذلك إلى تصفية العمليات المشتركة فلا ينفرد بنتائجها من ربح أو خسارة أحدهم دون الباقين".

(طعن رقم 1326 لسنة 55 ق جلسة 1993/6/14)

4- "المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن عدم استيفاء شركة التضامن إجراءات الشهر والنشر لا يترتب عليها بطلانها فيما بين الشركاء إلا إذا طلب ذلك أحدهم وحكم به وعندئذ يعتبر عقد الشركة موجودا وصحيا طوال الفترة السابقة على القضاء بالبطلان فيرجع إليه فى تنظيم العلاقة بين الشركاء وتسوية حقوقهم

والتزاماتهم - لأن البطلان الناشئ عن عدم اتخاذ إجراءات الشهر والنشر لا يقع بحكم القانون وليس له أثر رجعى بل تظل الشركة قائمة باعتبارها شركة فعلية ويسرى عقدها فى مواجهة الشركاء حتى يطلب بطلانها ويقضى به".

(طعن رقم 688 لسنة 64 ق جلسة 1995/11/8)

(ب) - بالنسبة للغير:

للغير أن يحتج على الشركاء ببطلان عقد الشركة لعدم استيفائها الشكل المطلوب. فإذا طالبت الشركة أحدا ممن تعامل معها، جاز لهذا الغير أن يدفع المطالبة بأن الشركة باطلة وأن التعاقد معها باطل، ولا يرجع الشركاء على الغير فى هذه الحالة إلا بما تقتضى به القواعد العامة فى العقد الباطل.

كما أن لهذا الغير كمدین للشركة، أن يتمسك ببطلانها لو كان ذلك فى صالحه. وله أن يتمسك بوجودها ويثبت ذلك بكافة طرق الإثبات لو أراد ذلك. أى أن بطلان الشركة لعدم كتابة عقدها يجوز أن يحتج به الغير فى مواجهة الشركة، ولكن ليس للشركة الاحتجاج به قبل الغير⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"والبطلان هو الجزاء الذى يترتب على عدم توافر الشكل فى عقد الشركة، وفيما يدخل عليه من تعديلات. على أن هذا البطلان نسبى إذ لو تقرر خلاف ذلك لكان فيه مساس بحقوق الغير. ولكن متى يتقرر هذا البطلان ؟ يجب أن نفرق: (أ) فى علاقة الشركاء بالغير: إذا كان هناك خطأ فى جانب الشركاء، وهو عدم اتباع الشكل القانونى، فلا يجوز لهم التمسك بالبطلان فى مواجهة الغير، أما الغير ذاته فإن حقوقه لا تتأثر بإهمال الشركاء، وله إذا شاء أن يحتج بقيام الشركة وما أدخل عليها من تعديلات، ويستطيع الإثبات بكافة الطرق، كما أن له التمسك بالبطلان إذا رأى ذلك فى مصلحته، فللدائن الشخصى لأحد الشركاء إذا كان مدينا فى الوقت ذاته للشركة أن يتمسك ببطلانها إذا أراد. (ب) بالنسبة لعلاقة الشركاء فيما بينهم: لا يقوم البطلان إلا من الوقت الذى يطلبه فيه أحد الشركاء، وهذا الحل طبيعى فإن الشركاء يتعاملون حتى ذلك الوقت على

(1) السنهاورى ص 186 وما بعدها- ثروت عبد الرحيم ص 257 وما بعدها- على جمال الدين عوض ص 434.

اعتبار أن الشركة صحيحة قائمة⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "لئن كان لكل شريك في شركة التضامن الحق في أن يطلب بطلان الشركة في مواجهة الشركاء لعدم اتخاذ إجراءات الشهر والنشر حتى لا يبقى في شركة مهددة بالانقضاء في أى وقت قبل الأجل المحدد لها بعقد تكوينها إلا أنه ليس لهذا البطلان أثر رجعى بل تظل الشركة موجودة وجودا صحيحا طوال الفترة السابقة على القضاء به رغم عدم اتخاذ إجراءات الشهر والنشر وذلك باعتبارها شركة فعلية لها شخصيتها الاعتبارية التي تستمد وجودها من العقد".

(طعن رقم 354 لسنة 30 ق جلسة 1965/11/9)

2- "النص في المادتين 48-49 من قانون التجارة على إجراءات الشهر والنشر الواجب اتخاذها بالنسبة لشركات التضامن والتوصية والنص في المادة 51 منه على أنه إذا لم تستوف هذه الإجراءات كانت الشركة باطلة، والنص في المادة 53 على أنه لا يجوز للشركاء أن يحتجوا بهذا البطلان على غيرهم وإنما لهم الاحتجاج على بعضهم بعضا. والنص في المادة 506 من القانون المدنى على أن تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصا اعتباريا، ولكن لا يحتج بهذه الشخصية على الغير إلا بعد استيفاء إجراءات النشر التي يقررها القانون. ومع ذلك للغير إذا لم تقم الشركة بإجراءات النشر التي يقررها القانون أن يتمسك بشخصيتها، فإن مفاد هذه النصوص مجتمعة أن البطلان الذى يترتب على عدم استيفاء شركات التضامن أو التوصية لإجراءات الشهر والنشر المقررة قانونا لا يقع بقوة القانون بل يتعين على صاحب المصلحة أن يتمسك به إما بدعوى مبتدأة أو فى صورة دفع يبدى فى دعوى مرفوعة من قبل، ويحاج فيها بقيام الشركة وما ورد فى مشارطتها من بيانات، ويعتبر الشركاء أصحاب مصلحة فى التمسك ببطلان الشركة قبل بعضهم البعض إلا أن هؤلاء الشركاء ليس لهم التمسك فى مواجهة الغير ولكن يجوز للغير التمسك ببطلان الشركة فى مواجهة الشركاء لإهمالهم اتخاذ إجراءات الشهر والنشر التي يقررها القانون، لما كان ذلك وكان الثابت أن المطعون ضده الأول قد اشترى من

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 309.

المطعون ضده الثانى بصفته الشخصية محلا تجاريا يدعى الطاعن ملكيته لشركة التضامن القائمة بينه وبين المطعون ضده الثانى، فإن المطعون ضده الأول يصبح دائنا شخصيا لأحد الشركاء فى شركة التضامن، ومن ثم يعتبر من الغير ويكون له حق خاص مباشر فى التمسك ببطلان الشركة وعدم قيامها فى مواجهته بسبب إغفال إجراءات شهرها ونشرها، ولا يجوز للشركاء فى هذه الشركة الاحتجاج قبله بقيام الشركة".

(طعن رقم 544 لسنة 45 ق جلسة 1979/1/8)

3- "مؤدى نص المادة 507 من التقنين المدنى أن للغير أن يحتج على الشركاء ببطلان الشركة لعدم استيفائها الشكل المطلوب ولكن يجوز للغير أن يغفل بطلان الشركة وأن يتمسك بوجودها وفى هذه الحالة تعتبر الشركة صحيحة قائمة منتجة لآثارها".

(طعن رقم 182 لسنة 41 ق جلسة 1981/11/16)

156- وجوب التمسك بالبطلان :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"مفاد نصوص المواد 48، 49، 51، 53 من قانون التجارة والمادة 506 من القانون المدنى - مجتمعة أن البطلان الذى يترتب على عدم استيفاء شركات التضامن أو التوصية لإجراءات الشهر والنشر المقررة قانونا لا يقع بقوة القانون بل يتعين على صاحب المصلحة التمسك به إما بدعوى مبتدأة، أو فى صورة دفع يبدى فى دعوى مرفوعة، لأن أيا منهم لا يستحق الحماية فهم على درجة واحدة من الإهمال ومن حق كل منهم أن يتمسك بالبطلان قبل الشركاء الآخرين حتى لا يبقى فى شركة مهددة بالبطلان".

(طعن رقم 24 لسنة 44 ق جلسة 1979/3/5)

157- عدم وجود قانون ينظم شهر الشركات المدنية :

لا يوجد حتى الآن فى مصر قانون ينظم شهر الشركات المدنية، ومن ثم فإن هذه الشركات لا يجب شهرها حتى يصدر هذا القانون.

وتفصيل ذلك أن الفقرة الأولى من المادة (506) مدنى تنص على أن : "تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصا اعتباريا، ولكن لا يحتج بهذه الشخصية على الغير إلا بعد استيفاء إجراءات النشر التى يقررها القانون"، فالنص يفترض أن قانونا يصدر ينظم إجراءات للنشر يجب على الشركات المدنية استيفاؤها حتى تستطيع أن تحتج على الغير بشخصيتها المعنوية.

وكان المشروع التمهيدى ينص فى المادة (690) المقابلة للمادة (506) على أن: "... سواء كان النشر عن طريق القيد فى السجل التجارى أم كان باستيفاء أى إجراء آخر يقرره القانون". إلا أن هذه الفقرة عدلت فى لجنة المراجعة على النحو الراهن ونصت على أن: "... ولكن لا يحتج بهذه الشخصية على الغير إلا بعد استيفاء إجراءات النشر التى يقررها القانون"، وحتى الآن لم يصدر قانون ينظم شهر هذه الشركات.

غير أنه يخفف من ذلك ما تقضى به الفقرة الثانية من المادة من أنه: "ومع ذلك للغير إذا لم تقم الشركة بإجراءات النشر المقررة أن يتمسك بشخصيتها". فيجوز إذن أن يترتب على الشخصية المعنوية للشركة المدنية، دون أن تستوفى إجراءات النشر جميع النتائج فى أكثر الأحوال العملية التى تتعامل فيها الشركة⁽¹⁾.

ويلاحظ أن المشرع أعفى شركات المحاصة من إجراءات النشر بنصه فى المادة (64) من تقنين التجارة القديم على أنه : "لا يلزم فى شركات المحاصة التجارية اتباع الإجراءات المقررة للشركات الأخرى".



(1) السنهورى ص 228 - أيضا ممن يقولون بأنه لا يجب شهر الشركة المدنية محسن شفيق ص 226- ثروت عبد الرحيم ص 259.

مادة (508)

تعتبر حصص الشركاء متساوية القيمة، وأنها واردة على ملكية المال لا على مجرد الانتفاع به، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك.

الشرح

158- المقصود بحصص الشركاء :

حصص الشركاء هى ما يساهم به كل شريك فى رأس مال الشركة. ومجموع هذه الحصص هو رأس مال الشركة.

ويجب التمييز بين رأس المال وبين مال الشركة أو موجوداتها. فعند تأسيس الشركة يكون مالها مساويا لرأس مالها، وبعد مدة تعمل فيها الشركة قد يزيد المال على رأس المال أو ينقص بحسب نجاح الشركة فى أعمالها⁽¹⁾.

وحصة الشريك يجوز أن تكون نقودا أو أوراقا ذات قيمة أو منقولات أو عقارات أو حق انتفاع أو دينا فى ذمة الغير أو اسما تجاريا أو شهادة اختراع أو علامة تجارية أو التزام تسيير "الترام" أو فكرة يمكن استثمارها ونحو ذلك.

وفى الواقع أن كل شىء يصح أن يكون محل التزام يصح أن يكون حصة فى شركة، سواء أكان عقارا أم منقولاً ماديا أم معنويا⁽²⁾ غير أن الحصة النقدية هى الوضع الغالب فى الشركات.

وتفترض المادة أن حصص الشركاء واردة على ملكية المال لا على مجرد الانتفاع به. ولكن لا يوجد ما يمنع الشركاء من تقديم حصص ترد على مجرد الانتفاع بالمال لا على ملكيته.

كما لا يمنع وجود عرف يقضى بغير هذا الافتراض.

ويجب تقدير قيمة الحصص التى يقدمها الشركاء فى عقد الشركة لأن توزيع الأرباح والخسائر يكون عادة بالنسبة للحصص، فيما عدا حصص العمل التى يصعب تقويمها بالنقود.

(1) السنهورى ص 195 وهامش (1).

(2) محمد كامل مرسى ص 555.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

1- "يقال للنصيب الذى يقدمه الشريك للاشتراك به فى تكوين رأس مال الشركة "حصة"، وهو عنصر أساسى فى عقد الشركة، ولذلك لا يعتبر شريكا من لا يساهم بنصيب فى مال الشركة. وكما يبدو من التعريف يجوز أن تكون الحصة عملا يقوم به الشريك أو مالا يقدمه. والمقصود بالعمل هو المجهود الشخصى للشريك تنتفع به الشركة. أما المال فهو بمعناه القانونى كل عنصر فى الذمة يقطعته الشريك من ماله الخاص ويدخل فى رأس المال المشترك المملوك للشركة، فهو يشمل إذن الأموال المادية، منقولة أو عقارية، ثم الأموال المعنوية كالحقوق الشخصية، ومحل التجارة والملكية الأدبية، وحقوق المؤلفين، وشهادات الاختراع. ولا يتطلب المشروع فى الحصص أن تكون متساوية القيمة. كما أنه ليس من الضرورى أن تكون من نوع واحد، فقد يشترك شخص بعمله وآخر بمبلغ من النقود وثالث بمحل التجارى. كذلك يجوز أن تكون الحصة ملكية مال أو مجرد الانتفاع به.

والقسم الثانى من الفقرة الأولى مقصود به القضاء على كل نزاع، كما قصد به أيضا بيان الفائدة من تقدير الحصص، وهو يقرر حكمين: (أ) افتراض المساواة فى قيمة الحصص، لأن توزيع الأرباح والخسائر يكون، كما سنرى، بنسبة الحصص، وذلك يتطلب معرفة قيمتها. ولا يقوم أى إشكال إذا كانت الحصة عبارة عن مبالغ أو أموال يسهل تقدير قيمتها. لكن يصعب الأمر إذا كانت الحصة عبارة عن عمل أو كانت مالا لا يمكن تقدير قيمته إلا بعد مضى مدة ما. ومادام العقد لم يذكر شيئا، ومادام هناك شك، فيجب أن نفترض تساوى الحصص فى القيمة. على أن هذه القرينة تقبل الإثبات العكسى طبقا للقواعد العامة. (ب) افتراض أن الحصة واردة على المال لا على مجرد الانتفاع به: إذا لم يذكر فى عقد الشركة أن الحصة واردة على ملكية المال أو أنها واردة على مجرد الانتفاع به، ولم يمكن تبين ذلك من أى ظرف آخر، فيجب مادام هناك شك أن نفترض أن الحصة واردة على ملكية المال لا على مجرد الانتفاع به. ولكن هذه القرينة أيضا يجوز إثبات عكسها والتقنين الحالى يأخذ بهذا الحكم فى المادة 513/421⁽¹⁾.

159 - الأصل تساوى حصص الشركاء :

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 312 وما بعدها.

إذا لم يوجد اتفاق بين الشركاء على حصة كل منهم، فإن القانون يفترض أن الحصص كلها متساوية.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إذا كان لا يوجد بين الشريكين اتفاق على حصة كل منهما في الشركة فإن كلا منهما يكون بحق النصف فيها".

(طعن رقم 74 لسنة 13 ق جلسة 1944/4/27)



مادة (509)

لا يجوز أن تقتصر حصة الشريك على ما يكون له من نفوذ، أو على ما يتمتع به من ثقة مالية.

الشرح

160 - لا يجوز أن تكون الحصة في الشركة نفوذ أو ثقة مالية :

لا يجوز أن تكون حصة الشريك هو ما يكون له من نفوذ اجتماعي أو سياسي لأن ذلك لا يعدو أن يكون استغلالا للنفوذ يجافي النظام العام ويقع في بعض الأحوال تحت طائلة القانون الجنائي.

كما لا يجوز أن تكون الحصة سمعة تجارية في ميدان الأعمال إلا إذا اقترنت السمعة التجارية بعمل جدي يقوم به من يتمتع بسمعة تجارية⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

2- "وقد قصد المشروع بالفقرة الثانية أن يقطع برأى في خلاف قائم في الفقه والقضاء، لأنه إذا كان من المجمع عليه أن النفوذ الذي يتمتع به رجل سياسي، أو موظف عمومي لا يعتبر حصة، إلا أن هناك من الفقهاء من يرى أن السمعة التجارية التي يتمتع بها شخص ما تعتبر حصة، ويجوز قبولها منه كنصيب في رأس مال الشركة، بغض النظر عن أية مساهمة عينية، بل حتى إذا لم يتعهد هذا الشخص بأن يقدم عمله للشركة (تاليرويك، شرح القانون التجاري سنة 1925 جزء أول رقم 21- بلانيول وريبيرت جزء 2 رقم 1008، انظر أيضا تقنين طنجه م 841 والتقنين المراكشي م 990). على أننا نرى أن الحصة لا يمكن أن تكون إلا مالا أو عملا. وإذا كانت السمعة التجارية هي ثمرة العمل والنزاهة فإنها مع ذلك ليست بمال، فهي لا يمكن تقديرها نقدا، وليست قابلة للتملك، ولا تعتبر حصة إلا إذا انضم إليها مجهود الشخص ونشاطه. (أو برى ورو جزء 4 ص 5 رقم 377- لورنت جزء 26 رقم 145)⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(1) محسن شفيق ص 216 - على البارودي ومحمد فريد العرينى ص 280 وما بعدها.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 313 وما بعدها.

"متى كان يبين مما أورده الحكم من شرائط الاتفاق المحرر بين الطاعن والمطعون عليها أن المحكمة كيفت العقد التكييف القانونى الصحيح إذ اعتبرته عقد شركة وتحدثت عما قامت به المطعون عليها من جهد للحصول على تصاريح الاستيراد وأن هذا الجهد كان محل تقدير الطاعن نفسه حتى لقد قبل أن يكون للمطعون عليها لقاءه النصف فى أرباح الشركة محل النزاع كما كتب لمدير الشركة المطعون عليها مشيدا بهذا الجهد وبأنه لولاه لاستحال على الطاعن الحصول على التصاريح وكانت المحكمة قد اعتبرت هذا العمل الذى قامت به الشركة المطعون عليها حصة قانونية بالإضافة إلى ما تمتع به من سمعة تجارية فإن القول بعد هذا بأن العقد بلا سبب غير صحيح فى القانون، أما ما ينهيه الطاعن من أن سمعة الشركة المطعون عليها التجارية لم تكن محل تقدير العقدين عند التعاقد أن التصاريح صدرت باسم الطاعن فمردود بأن المحكمة فسرت نية المتعاقدين تفسيراً سائغاً وهذا يعدّ تقديراً موضوعياً".

(طعن رقم 331 لسنة 20 ق جلسة 1952/10/16)

2- "النص فى المادة 505 من القانون المدنى على أن "الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم فى مشروع مالى، بتقديم حصة من مال أو من عمل، لاقتسام ما قد ينشأ من هذا المشروع من ربح أو من خسارة" وفى المادة 509 من القانون ذاته على أن "لا يجوز أن تقتصر حصة الشريك على ما يكون له من نفوذ، أو على ما يتمتع به من ثقة مالية"، يدل على أنه لا بد أن يساهم كل شريك بحصة فى رأس مال الشركة، والحصة قد تكون نقوداً أو أوراقاً مالية أو منقولات أو عقارات أو حق انتفاع أو عملاً أو اسماً تجارياً أو براءة اختراع أو ديناً فى ذمة الغير، وبصفة عامة كل ما يصلح أن يكون محلاً للالتزام يصح أن يكون حصة فى الشركة".

(طعان رقم 549، 128 لسنة 65 ق جلسة 1996/6/25)



مادة (510)

إذا تعهد الشريك بأن يقدم حصته في الشركة مبلغاً من النقود ولم يقدم هذا المبلغ، لزمته فوائده من وقت استحقاقه من غير حاجة إلى مطالبة قضائية أو إعدار، وذلك دون إخلال بما قد يستحق من تعويض تكميلي عند الاقتضاء.

الشرح

161 - الحصة النقدية :

قد تكون الحصة التي يقدمها الشريك مبلغاً من النقود. وهذا هو الوضع الغالب. ويجب أن يقدم الشريك الحصة النقدية في الميعاد المتفق عليه. فإذا اتفق مثلاً على دفع ربع الحصة عند تأسيس الشركة وتقسيم الباقي على دفعات تقدم في مواعيد معينة، وجب أداء هذه الدفعات في مواعيدها المشروطة.

فإذا لم يتفق على ميعاد، فيستحق الوفاء بها إثر إبرام العقد. ويخضع التزام الشريك بتأدية الحصة النقدية للقواعد العامة المتعلقة بتنفيذ الالتزام بأداء مبلغ من النقود، فيكون للشركة باعتبارها دائنة له بهذه الحصة، التنفيذ على أمواله واقتضاء الحصة جبراً، هذا فضلاً عن مطالبته بالفوائد القانونية، والتعويض إذا نجم عن التأخير في أداء الحصة ضرر لها يفوق مقدار الفوائد القانونية⁽¹⁾.

162 - استحقاق الشركة الفوائد من وقت الاستحقاق :

ذكرنا في البند السابق أنه إذا تأخر الشريك عن الوفاء بحصته النقدية فإن القواعد العامة تقضى باستحقاق الشركة فوائد تأخيرية. غير أن الشارع تشدد مع الشريك الذي يتأخر عن تأدية حصة في الميعاد المتفق عليه من ناحيتين:

الأولى: سريان الفوائد القانونية من وقت استحقاق الحصة من غير حاجة إلى مطالبة قضائية أو إعدار، وذلك خلافاً للقاعدة العامة المقررة في المادة 226 مدني التي تقضى بسريان الفوائد من وقت المطالبة القضائية.

(1) محسن شفيق ص 213 - على البارودي ومحمد فريد العريني ص 271.

الثانية: أنه أجاز مطالبة الشريك بالتعويض التكميلى ولو لم يكن سئى النية. وذلك خلافا للقاعدة العامة المنصوص عليها فى المادة 231 مدنى التى لا تجيز للدائن المطالبة بتعويض تكميلى عن التأخير إلا إذا أثبت أن الضرر الذى تجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بسوء نية.

والسبب الذى دعا الشارع إلى أخذ الشريك بهذه الشدة هو أن الشركة تكون عادة فى حاجة إلى المال لمواصلة أعمالها، وهى تعتمد فى الحصول على هذا المال على الحصص التى تعهد الشركاء بتقديمها، فإذا تراخى الشريك فى تنفيذ التزامه فى الميعاد المتفق عليه، فقد يترتب على فعله اضطراب أعمال الشركة⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"إن أول التزام يقع على عاتق الشريك هو الوفاء بحصته، وهو التزام قائم بمقتضى العقد ذاته. ولذلك لم ير المشروع حاجة للنص عليه صراحة كما فعلت بعض التقنيات (كالتقنين الفرنسى م1845، والتقنين الإيطالى م1709، والتقنين الهولندى م1662، والتقنين المراكشى م995، وتقنين طنجه م848، والتقنين البرتغالى م1681)، كذلك لم يتعرض المشروع لتحديد الوقت الذى يجب فيه الوفاء بهذا الالتزام، لأنه يكفى فى هذا تطبيق القواعد العامة، ومقتضاها أن على الشريك أن يؤدى حصته فى رأس المال فى الوقت المتفق عليه، فإذا لم يحدد وقت معين وجب أن يوفى بحصته بمجرد قيام العقد (التقنين المصرى م515/423 والتقنين المراكشى 996 وتقنين طنجه م849).

ولكن المشروع يتعرض لتنظيم الوفاء بالحصص وكيفية دخولها فى رأس مال الشركة، فإذا كانت الحصة مبلغا من النقود، ولم تدفع فى الوقت المتفق عليه، فإن المادة 693 من المشروع تقرر استثناءين من القواعد العامة:

(1) تسرى فوائد المبلغ بحكم القانون دون حاجة لأى إنذار من اليوم الذى كان يجب فيه الوفاء بالحصة، مع أنه طبقا للمبدأ الوارد بالمادتين 515/426 من التقنين الحالى لابد من الإعذار حتى تسرى الفوائد.

(2) تجوز المطالبة بتعويض علاوة على الفوائد القانونية إذا ثبت وجود ضرر،

(1) على البارودى ومحمد فريد العرينى ص 271 وما بعدها.

وذلك دون حاجة لإثبات سوء نية الشريك، مع أنه طبقا للقواعد العامة لا يلتزم المدين في حالة تأخره في الوفاء بالمبالغ إلا بالفوائد القانونية، وذلك ما لم يثبت سوء نيته، وهذا الحكم يبرره أن مجرد الإهمال من جانب الشريك قد يضر بحسن سير الشركة التي يجب أن تتوفر لها من وقت قيامها كل الأموال اللازمة⁽¹⁾.



(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص317 وما بعدها.

مادة (511)

- 1- إذا كان حصة الشريك حق ملكية أو حق منفعة أو أى حق عينى آخر، فإن أحكام البيع هى التى تسرى فى ضمان الحصة إذا هلك، أو استحققت، أو ظهر فيها عيب أو نقص.
- 2- أما إذا كانت الحصة مجرد الانتفاع بالمال، فإن أحكام الإيجار هى التى تسرى فى كل ذلك.

الشرح

163 - الحصة العينية :

يجوز أن تكون حصة الشريك فى الشركة حصة عينية. والحصة العينية هى عقار أو منقول مادي أو معنوى يقدمه الشريك للشركة إما على وجه التملك أو على سبيل الانتفاع، كأن يقدم الشريك قطعة أرض تقام عليها مصانع الشركة أو آلات أو سيارات تلزم لنشاط الشركة، أو براءة اختراع أو علامة تجارية، أو حقاً للشريك لدى الغير. وتختلف الأحكام التى تخضع لها الحصة العينية بحسب ما إذا كان تقديمها على وجه التملك، أى بقصد نقل ملكيتها إلى الشركة أو على سبيل الانتفاع أى بهدف تقرير حق انتفاع للشركة عليها مع بقاء رقبته على ملك صاحبها.

أولاً : الحصة العينية على سبيل التملك :

إذا كانت الحصة العينية المقدمة من الشريك على سبيل التملك، فإنها تخرج نهائياً من ملك صاحبها لتسكن فى ذمة الشركة وتعتبر جزءاً من الضمان العام المقرر لدائنها.

ومتى كانت الحصة مقدمة على سبيل الملكية، تعين إنزال حكم القواعد العامة المتعلقة بالبيع عليها ولاسيما تلك الخاصة بإجراءات نقل الملكية وتبعية الهلاك وضمان الاستحقاق والعيوب الخفية.

فإذا كانت الحصة عقاراً، وجب التسجيل لى تنتقل الملكية من ذمة الشريك إلى ذمة الشركة.

وإذا كانت الحصة منقولا معينا بالذات فيكفى مجرد الاتفاق. وإذا كانت منقولا معينا بنوعه فلا بد من الإفراز والتعيين وإذا كانت الحصة حق اختراع أو رسما أو نمودجا أو متجرا مصحوبا بعلامات تجارية، وجب اتباع إجراءات نقل الملكية المتعلقة بهذه الأموال. ومتى انتقلت ملكية الحصة إلى الشركة، ظل الشريك ضامنا لها كضمان البائع للمبيع فيما يتعلق بالهلاك والاستحقاق والعيوب الخفية ونقص القيمة.

وعلى هذا الأساس إذا هلك الحصة بعد انتقال ملكيتها إلى الشركة وقبل أن تستلمها بسبب لا شأن للشركة فيه، كان الهلاك على الشريك. فيتعين عليه تقديم حصة أخرى وإلا أقصى عن الشركة.

أما إذا وقع الهلاك بعد التسليم، كان على الشركة، فلا يلزم الشريك بتقديم حصة أخرى ويظل له الحق في الحصول على الأرباح (مادة 437 مدنى الواردة فى باب البيع). وإذا ادعى الغير ملكية الحصة وقاضى الشركة فى هذا الشأن، جاز للشركة إدخال الشريك الذى قدم الحصة فى الدعوى كضامن. فإذا حكم باستحقاق الغير للحصة وجب على الشريك تقديم غيرها وإلا أقصى عن الشركة، فضلا عن حقها فى مطالبتها بالتعويضات وبالجمله تطبق فى هذا الصدد جميع أحكام البيع⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

1- "تنظم هذه المادة كيفية دخول الحصة العينية فى رأس مال الشركة، فإذا كانت الحصة ملكية مال أو حق عيني آخر عليه، فإن الشريك يتخلى نهائيا عن حقوقه على الشئ الذى يصبح ملكا للشركة، كما لو كان الأمر يتعلق ببيع من الشريك إلى الشركة. على أن تنازل الشريك فى هذه الحالة ليس بمثابة بيع تماما، وإنما هو يشبه البيع من حيث كيفية انتقال الملكية. ووسائل العلانية، فتتطبق أحكام انتقال الملكية فى المبيع منقولا أو عقارا، ويلزم استيفاء إجراءات الشهر المقررة للحقوق العينية العقارية، وبعض الحقوق المنقولة كإعلان المدين المحال عليه فى حواله الحقوق الشخصية، وكذلك اتباع الإجراءات المقررة فى التنازل عن شهادة الاختراع، والمحل التجارى، كما تنطبق أيضا فيما يتعلق ببتعة الهلاك الأحكام التى ذكرناها فى البيع، وأخيرا يضمن الشريك حصته فى رأس المال كضمان البائع للمبيع، فتتطبق أحكام ضمان الاستحقاق والعيوب الخفية

(1) محسن شفيق ص 214 وما بعدها - على البارودى ومحمد فريد العرينى ص 273.

والعجز في المقدار"⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "مقتضى ما تنص عليه المادة 511 من القانون المدني من تطبيق أحكام البيع إذا كانت حصة الشريك حق ملكية أو أى حق عيني آخر، أنه إذا كانت حصة الشريك الموصى هى ملكية عقار أو أى حق عيني آخر فإن هذا الشريك يكون ملزماً بمجرد عقد الشركة بنقل حق الملكية أو الحق العيني إلى الشركة كما يلتزم البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري، ولا ينتقل هذا الحق إلا بالتسجيل سواء كان ذلك فيما بين الشريك والشركة أو بالنسبة للغير لأن عقد الشركة فى هذه الحالة يعتبر عقداً ناقلاً للملكية فيجب تسجيله حتى تنتقل ملكية الحصة العينية إلى الشركة".

(طعن رقم 283 لسنة 35 ق جلسة 1969/6/19)

2- "اتفاق الشركاء فى شركة التضامن على قصر حق الإدارة والتوقيع على الطاعن الأول والمطعون ضدها الثانية وحظر بيع أحد الشركاء لحصته للغير أو لغيره من الشركاء إلا بموافقة كتابية. مؤداه. تخارج المطعون ضدها الثانية عن حصتها فى الشركة للمطعون ضده الأول ممنوع عليها وفقاً لعقد الشركة. مخالفة الحكم المطعون فيه هذا النظر. قصور وفساد فى الاستدلال".

(طعن رقم 1035 لسنة 72 ق جلسة 2010/2/8)

ثانياً : الحصة العينية على سبيل الانتفاع :

إذا قدمت الحصة من الشريك على سبيل الانتفاع مع احتفاظ مقدم الحصة بملكيتها. فإنها لا تخرج من ملك صاحبها ولا يكون للشركة من حق سوى الانتفاع بها. وتطبق على الحصة فى هذه الحالة الأحكام العامة المتعلقة بالإيجار. وعلى ذلك فإذا هلكت الحصة بسبب لا دخل لإرادة الشركة فيه كان الهلاك على الشريك لأن الشيء يهلك على مالكه، وكذلك يفسخ العقد من تلقاء نفسه وتزول عن الشريك صفته إلا إذا قدم حصة أخرى. وإذا كان هلاك الحصة جزئياً أو صارت الحصة إلى حالة لا تصلح معها للانتفاع، أو نقص هذا الانتفاع نقصاً كبيراً، جاز للشركة أن تطلب من الشريك إعادة الحصة إلى

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 220.

الحالة التي كانت عليها فإن امتنع عن التنفيذ جاز للشركة أن تقوم به على نفقته، أو أن تطلب الفسخ وتلزم الشريك بالخروج من الشركة.

كذلك يضمن الشريك بالتطبيق لأحكام الإيجار، استمرار انتفاع الشركة بالحصّة، هذا فضلا عن ضمان عدم التعرض المادى أو القانونى الصادر منه أو التعرض القانونى الصادر من الغير. كما يضمن أيضا جميع ما يوجد فى الحصّة من عيوب تحول دون الانتفاع بها أو تنقص من هذا الانتفاع انتقاصا كبيرا⁽¹⁾.

ولما كانت الحصّة العينية المقدمة على سبيل الانتفاع تبقى على ملك صاحبها. فلا يجوز لدائى الشركة التنفيذ عليها لأنها لا تسكن ذمة مدينهم. وبالتالي لا تدخل فى الضمان العام المقرر لهم على أمواله. وينبنى على ذلك أن للشريك الحق فى استرداد هذه الحصّة عند انتهاء مدة الانتفاع المتفق عليها، أو تصفية الشركة عند انقضائها.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

1- "فإذا كانت الحصّة واردة على مجرد الانتفاع بالمال، فإن ملكيتها تبقى للشريك وتكون الشركة بمثابة مستأجرة لها. وعليها التزام بردها فى نهاية المدة. وتنازل الشريك عن الانتفاع وإن كان لا يعتبر إجبارا إلا أنه يشبه الإيجار من حيث إجراءات العلانية وأحكام الضمان وتبعية الهلاك. وعلى ذلك إذا كان الانتفاع واردا على عقار وكانت مدته تزيد عن الحد المقرر قانونا، وجب التسجيل طبقا للقواعد المقررة فى الإيجار كذلك يتحمل الشريك تبعة الهلاك لأنه مازال مالكا للحصّة، ويلتزم أيضا بالضمان قبل الشركة"⁽²⁾.



(1) ثروت عبد الرحيم ص 243- على الباروى ومحمد فريد العرينى ص 275 وما بعدها.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 320 وما بعدها.

مادة (512)

- 1- إذا تعهد الشريك بأن يقدم حصته فى الشركة عملا وجب عليه أن يقوم بالخدمات التى تعهد بها، وأن يقدم حسابا عما يكون قد كسبه من وقت قيام الشركة بمزاولة العمل الذى قدمه حصة له.
- 2- على أنه لا يكون ملزما بأن يقدم للشركة ما يكون قد حصل عليه من حق اختراع، إلا إذا وجد اتفاق يقضى بغير ذلك.

الشرح

164 - تقديم الحصة فى الشركة عملا :

يجوز أن تكون حصة الشريك فى الشركة عملا يؤديه الشريك. فلا يساهم الشريك بحصة نقدية أو عينية وإنما يساهم بعمله. ويقصد بالعمل المجهود الشخصى للشريك الذى يمكن أن تنتفع به الشركة، بشرط أن يكون عملا جديا، كتقديم الخبرة الفنية أو إدارة المصانع أو القيام بعمليات البيع. أما إذا كان العمل تافها فلا يعتبر حصة ولا يجوز اعتباره مقدما شريكا وإنما هو مجرد أجير يحصل على أجره فى صورة حصة من الأرباح. والمسألة على أية حال متروكة لتقدير قاضى الموضوع⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"العمل الذى يصح اعتباره حصة فى رأس مال شركة ما هو العمل الفنى كالخبرة التجارية فى مشتري الصنف المتجر فيه وبيعه. أما العمل التافه الذى لا قيمة له فإنه لا يعتبر حصة فى رأس المال".

(طعن رقم 8 لسنة 3 ق جلسة 1933/6/22)

ويلاحظ أن حصة العمل شخصية بمعنى أن الشريك الذى يقدمها يتعهد بالعمل شخصيا فإذا عجز عن أدائه انحلت الشركة، كما لا تدخل فى تقويم رأس مال الشركة الذى يجوز لدائنيها الاعتماد عليه فى استيفاء حقوقهم.

ولذلك يرى الرأى الراجح قصر حصة العمل على شركات الأشخاص التى يكون فيها أحد الشركاء على الأقل ضامنا بكل أمواله ديون الشركة، أما شركات الأموال فيجب أن تكون الحصص فيها كلها مالا يمكن حجزه فورا⁽¹⁾.

ولا يجوز للشريك الذى تكون حصته عملا أيضا أن يباشر نفس العمل لحسابه الخاص لما فى ذلك من منافسة للشركة، فإذا خالف هذا الحظر وحصل على كسب كان حقا خالصا للشركة. ويتعين عليه أن يقدم لها حسابا عنه.

كما يلتزم الشريك حينئذ بتعويض عما يلحق الشركة من ضرر إذا كان الضرر الذى لحقها يزيد على ما حققه من كسب استولت عليه الشركة⁽²⁾.

ومثال ذلك: إذا كانت حصة الشريك عبارة عن خبرته الفنية فى عمل الرسوم الصناعية، فلا يجوز له أن يقوم بعمل مثل هذه الرسوم وبيعها للغير لحسابه الخاص. فإذا خالف هذا الالتزام وقام بعمل الرسوم وبيعها للغير لحسابه الخاص. كان الثمن من حق الشركة إلا إذا اتفق على غير ذلك.

غير أن هذا المنع لا يعنى الحيلولة دون قيام الشريك لحسابه الخاص بأعمال أخرى من غير نوع العمل الذى قدمه للشركة. فيجوز فى المثال السابق أن يقوم الشريك بعمل لوحات فنية وبيعها لحسابه الخاص.

ويظل الشريك مجبرا على تخصيص وقته وعمله للشركة حتى تنتضى مدتها. ولما كان التزام الشريك فى هذا الصدد يعتبر من قبيل الالتزامات المستمرة التى تنفذ يوما فيوما، فإن تبعة هلاك الحصة تقع على عاتقه، فإذا مرض الشريك أو أصابته عاهة فقع عن العمل نهائيا أثناء حياة الشركة، اعتبر متخلفا عن أداء الحصة، فتفسخ الشركة بالنظر إليه ويسقط حقه فى الحصول على الأرباح وعند انتهاء الشركة وتصفيتها يسترد الشريك بالعمل حصته، أى أنه يسترد حريته فى التصرف فى وقته وعمله ويزول التزامه بتخصيص هذا الوقت والعمل لمنفعة الشركة⁽³⁾.

وجدير بالذكر أن الحصة بالعمل لا تدخل فى تكوين رأس مال الشركة.

(1) على جمال الدين عوض ص 413.

(2) ثروت عبد الرحيم ص 244.

(3) محسن شفيق ص 217 وما بعدها - على البارودى ومحمد فريد العرينى ص 276 وما بعدها.

ويلاحظ أنه لا يجوز أن تكون حصص جميع الشركاء عبارة عن أعمالهم، بمعنى أنه لا يجوز أن يتركب رأس مال الشركة من مجموع حصص هى عبارة عن أعمال الشركاء، وإنما يجب أن يتضمن رأس المال جزءا ماديا قد يكون نقودا أو أعيانا، لأن رأس المال هو الضمان العام الذى يكفل حقوق دائئى الشركة، فيجب أن يتضمن مالا ماديا محسوسا يمكن التنفيذ عليه.

ومن المقرر أن الحصص التى تتركب من الأعمال فقط لا يجوز أن تدخل فى تقدير رأس المال ولا يجوز أن يمنح أربابها صكوكا تمثل جزءا من رأس المال، وإنما تقتصر حقوقهم على الحصول على نصيب من الأرباح، كما يلتزمون بنصيب من الخسائر⁽¹⁾.

165 - التزام الشريك بالعمل بتقديم كشف حساب :

ألزمت المادة الشريك الذى قدم حصته فى الشركة عملا أن يقدم حسابا عما يكون قد كسبه من وقت قيام الشركة بمزاولة العمل الذى قدمه حصة له. والمقصود بذلك هو كشف حساب عما يكون قد كسبه من عمله لحساب الشركة، وليس من عمله لحسابه الشخصى، لأن الشريك إذا قام بذلك يكون مخالفا لالتزامه وموجبا لمساءلته بالتعويض⁽²⁾.

(1) محسن شفيق ص 219 - على البارودى ومحمد فريد العرينى ص 279 وما بعدها.
(2) يدل على هذا أنه حال مناقشات لجنة القانون المدنى للمادة اقترح حضرات مستشارى محكمة النقض والإبرام أن يحذف من الفقرة الأولى عبارة "وأن يقدم حسابا.... إلخ الفقرة"، لأنه لا حاجة لهذا النص فإن فعل الشريك فى هذه الحالة يكون مخالفا لالتزامه، وموجبا لمساءلته بالتعويض.

فقال معالى السنهاورى باشا إن حضرات المستشارين قد فهموا النص على غير ما يقضى به، لأنهم يفرضون أن الشريك يعمل لحسابه الشخصى، والواقع أن النص لم يقصد إلى ذلك، وإنما قصد إلى أن الشريك يعمل لحساب الشركة، وفى هذه الحالة تكون المسئولية تعاقدية. وقد رفضت اللجنة هذا الاقتراح للأسباب السالفة الذكر. وجاء بملحق تقريرها أنه:

"4- واقتراح حذف عبارة "وأن يقدم حسابا عما يكون قد كسبه..." إلى آخر الفقرة الأولى من المادة 512 لأن فعل الشريك فى هذه الحالة يكون مخالفا لالتزامه، وموجبا لمساءلته بالتعويض فلا يكون ثمة محل لإيراد النص. ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح لأنه مبنى على فهم غير صحيح للنص، فالمقصود ليس حالة الشريك الذى يقدم نصيبه فى الشركة =

166 - عدم إلزام الشريك بالعمل بتقديم ما حصل عليه من حق اختراع :

لا يلزم الشريك بتقديم حصته عملاً للشركة، بأن يقدم للشركة ما يكون قد حصل عليه من اختراع إلا إذا وجد اتفاق يقضى بغير ذلك. وبذلك يختلف الشريك عن العامل فى هذا الأمر لأن المادة (688) مدنى تنص فى فقرتيها الثانية والثالثة على أن : "2- على أن ما يستتبطه العامل من اختراعات فى أثناء عمله يكون من حق رب العمل إذا كانت طبيعة الأعمال التى تعهد بها العامل تقتضى منه إفراغ جهده فى الابتداء، أو إذا كان رب العمل قد اشترط فى العقد صراحة أن يكون له الحق فيما يهتدى إليه من المخترعات.

3- وإذا كان الاختراع ذا أهمية اقتصادية جدية جاز للعامل فى الحالات المنصوص عليها فى الفقرة السابقة أن يطالب بمقابل خاص يقدر وفقاً لمقتضيات العدالة، ويراعى فى تقدير هذا المقابل مقدار المعونة التى قدمها رب العمل وما استخدم فى هذا السبيل من منشأته".

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"وقد رأى المشروع من الضرورى أن ينص على أنه إذا كانت الحصة هى مجرد عمل الشريك فإنها لا تتضمن حقوق الملكية الصناعية المرتبطة بشهادة اختراع"⁽¹⁾.



= عملاً، ثم يعمل لحسابه لا الحساب الشركة، بل المقصود حالة الشريك الذى يعمل لحساب الشركة فيقدم لها حساباً عن عمله".

(مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 923 وما بعدها).

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 323.

مادة (513)

إذا كانت الحصة التي قدمها الشريك هي ديون له في ذمة الغير، فلا ينقضى التزامه للشركة إلا إذا استوفيت هذه الديون، ويكون الشريك فوق ذلك مسؤولاً عن تعويض الضرر، إذا لم توف الديون عند حلول أجلها.

الشرح

167 - التزام الشريك إذا كانت الحصة التي قدمها هي ديون له في ذمة الغير :

إذا كانت الحصة التي قدمها الشريك هي ديون له في ذمة الغير، وجب اتباع أحكام حوالة الحق وفقاً للمواد 303 مدنى وما بعدها حتى يمكن الاحتجاج بالحوالة قبل الغير . ولا ينقضى التزامه قبل الشركة إلا في اليوم الذى تقبض فيه الشركة المبلغ الذى قدم تلك الديون بدلا منها . ويكون الشريك فوق ذلك مسؤولاً عن تعويض الضرر إذا لم يوف الديون عند حلول أجلها . ومن مقتضى ذلك أن الشريك يكون ضامناً ليسار المدين فى الحال والاستقبال . وذلك خلافاً للقواعد العامة فى حوالة الحق التى تقصر ضمان المحيل على وجود الحق المحال به وقت الحوالة فقط (م308 مدنى) . وحكمة هذا الخروج على القواعد العامة أن الشركة تكون قد اعتمدت على استيفاء الحق الذى أحيل إليها من الشريك كحصة فى الشركة وذلك فى تكوين رأسمالها فإذا تعذر عليها استيفاء هذا الحق أو تأخر هذا الوفاء نقص رأس المال بمقدار هذا الحق، وقد يكون ذلك سبباً يعوقها عن القيام بنشاطها ويكبتها بعض الخسائر⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"هذه المادة مقتبسة من المادتين 997 من التقنين المراكشى، و858 من التقنين اللبنانى، وهى تقرر حكماً مخالفاً لأحكام الضمان فى حوالة الحقوق العادية، إذ المبدأ العام هو أن المحيل لا يسأل إلا عن وجود الحق المحال، ولا يضمن يسار المحال عليه فى الحال أو فى الاستقبال إلا إذا اشترط ذلك صراحة. لكننا نستحسن الخروج على هذا المبدأ فى حالة الشريك لأنه، وقد تعهد بتقديم حصته ديوناً له فى ذمة الغير، يعتبر

(1) ثروت عبد الرحيم ص 243 - على البارودى ومحمد فريد العرينى ص 274.

ضامنا ليسار المدين فى الحال بل وفى الاستقبال. ومنتفادى بذلك ما قد يقع عملا من غش إذا وفى الشريك حصته النقدية عن طريق تقديم ديون له قبل الغير يستحيل استيفاؤها. كما أن هذا النص يقضى على النزاع القائم فى الفقه بصدد هذا الموضوع⁽¹⁾.



(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 325.

مادة (514)

- 1- إذا لم يبين عقد الشركة نصيب كل من الشركاء فى الأرباح والخسائر، كان نصيب كل منهم فى ذلك بنسبة حصته فى رأس المال.
- 2- فإذا اقتصر العقد على تعيين نصيب الشركاء فى الربح، وجب اعتبار هذا النصيب فى الخسارة أيضا، وكذلك الحال إذا اقتصر العقد على تعيين النصيب فى الخسارة.
- 3- وإذا كانت حصة أحد الشركاء مقصورة على عمله، وجب أن يقدر نصيبه فى الربح والخسارة تبعا لما تفيده الشركة من هذا العمل فإذا قدم فوق عمله نقودا أو أى شىء آخر، كان له نصيب عن العمل وآخر عما قدمه فوقه.

الشرح

168 - بيان المركز المالى للشركة :

يتكون رأس مال الشركة - كما رأينا - من مجموع الحصص النقدية والعينية، لأن هذه الحصص هى وحدها الضمان لدائنى الشركة، لقابليتها لأن تكون محلا للتنفيذ الجبرى. أما الحصة بالعمل أو بالائتمان فلا تدخل فى تكوين رأس المال.

ورأس المال لا ينبئ وحده عن المركز المالى الحقيقى للشركة، وإنما يعبر عن هذا المركز بدقة ما يعرف بموجوداتها أى مجموع ما تمتلكه الشركة من أموال ثابتة أو منقولة، وما لها من حقوق قبل الغير اكتسبتها نتيجة مباشرتها نشاطها. فهذه الموجودات مقارنة برأس المال هى التى تكشف كشافا قاطعا عن حقيقة المركز المالى للشركة. وهى التى تشكل الضمان الحقيقى لدائنيها. لذلك وجب على الشركة دائما أن تحتفظ بموجودات لا تقل قيمتها عن قيمة رأس المال الذى بدأت به حياتها. ذلك لأنه إذا كانت موجودات الشركة تعد بمثابة الضمان الحقيقى لدائنيها، فإن رأس مالها يظل الحد الأدنى لهذا الضمان فلا يجوز المساس به بأى حال من الأحوال. ويسمى هذا الواجب الملقى على عاتق الشركة بمبدأ "ثبات رأس المال".

وتأسيسا على ما تقدم، إذا تبين نقصان قيمة موجودات الشركة عن قيمة رأس مالها، أو إذا تساوت القيمتان، امتنع على الشركة توزيع أرباح على الشركاء، لأن هذه الأرباح لا تعدو أن تكون اقتطاعا من رأس المال يحرمه "مبدأ ثبات رأس المال" وعدم جواز

المساس به.

أما إذا اتضح زيادة قيمة الموجودات على قيمة رأس المال، فإن ذلك يعنى أن الشركة قد حققت أرباحاً، وأمكن لها بالتالى توزيعها على الشركاء، شريطة ألا يؤدي هذا التوزيع إلى نقصان قيمة الموجودات عن رأس المال احتراماً لمبدأ ثبات رأس المال وعدم جواز المساس به.

كذلك يؤدي هذا المبدأ إلى إعطاء دائنى الشركة حق مطالبة الشركاء بالوفاء بحصصهم أو بما تبقى منها، لأن رأس المال هو الحد الأدنى من الضمان المقرر لهم، فمن مصلحتهم إذن العمل على استكماله وحراسته من أى مساس به. كما أنه يقود أيضاً إلى عدم جواز الاحتجاج بتخفيض رأس المال، ولو تم هذا التخفيض صحيحاً بمعرفة الشركاء، على دائنى الشركة السابقين على عملية التخفيض⁽¹⁾.

وتقتضى أصول علم المحاسبة بأن الديون المدومة وهى التى فقد الأمل فى تحصيلها تعتبر خسارة على المنشأة يجب خصمها من حساب الأرباح والخسائر فى ميزانية السنة التى يتحقق فيها انعدامها لأن الميزانية يجب أن تمثل المركز الحقيقى للمنشأة مما يقتضى ألا تظهر الديون التى لها فى الأصول إلا بقيمتها الفعلية. والحكم على دين بأنه معدوم أو غير معدوم هو مما يدخل فى السلطة التقديرية لقاضى الموضوع. إلا أن لمحكمة النقض أن تتدخل إذا كانت الأسباب التى اعتمد عليها القاضى فى حكمه تنطوى على مخالفة للقانون أو لا يكون من شأنها أن تؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها⁽²⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"من أولى حقوق الشريك حقه فى المطالبة بنصيب فى الربح الصافى للشركة. ولكن متى يجوز للشريك أن يطالب بحقه فى الربح؟ يقرر الشركاء عادة عند انحلال الشركة، ما إذا كان هناك ربح أو خسارة ثم يحصل التوزيع (انظر م 564 فقرة أولى من التقنين البولونى). على أنه جرت العادة أيضاً بأن تعمل ميزانية سنوية للشركة، وما ينتج من ربح يوزع على الشركاء.

وقد أقر التقنين البولونى (م 564 فقرة 2) هذه العادة. على أن الأمر يتعلق بعرف

(1) على البارودى ومحمد فريد العرينى ص 281 وما بعدها.

(2) ثروت عبد الرحيم ص 247.

ثابت مستقر جرى العمل على اتباعه حتى لو لم يذكر شىء فى نظم الشركة، ولذلك لم نر حاجة للنص عليه. كذلك بالنسبة للخسائر، تقضى القواعد العامة بداهة بأنها توزع على الشركاء عند انحلال الشركة، كما لا يقسم أى ربح بينهم إلا بعد تغطية الخسائر⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "تقضى أصول علم المحاسبة بأن الديون المدومة وهى التى فقد الأمل فى تحصيلها تعتبر بمثابة خسارة على المنشأة يجب خصمها من حساب الأرباح والخسائر فى ميزانية السنة التى يتحقق فيها انعدامها لأن الميزانية يجب أن تمثل المركز الحقيقى للمنشأة مما يقتضى ألا تظهر الديون التى لها فى الأصول إلا بقيمتها الفعلية".

(طعن رقم 396 لسنة 29 ق جلسة 1964/12/31)

2- "الحكم على الدين بأنه معدوم أو غير معدوم هو مما يدخل فى السلطة التقديرية لقاضى الموضوع، إلا أن لمحكمة النقض أن تتدخل إذا كانت الأسباب التى اعتمد عليها القاضى فى حكمه تنطوى على مخالفة للقانون أو لا يكون من شأنها أن تؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها. فإذا كان ما استند إليه الحكم المطعون فيه فى نفي صفة الانعدام عن الديون التى اعتبرها الخبير والحكم الابتدائى معدومة هو القول بأنه من العسير وضع ضابط أو مقياس للفرقة بين الديون المدومة وغير المدومة فإن ذلك ينطوى على مخالفة للقانون، لأن هذه التفرقة واجبة على ما أجمع عليه الفقه والقضاء وهى ليست كما قال الحكم متعذرة أو عسيرة لأن هناك من الأسباب ما يجعل الدين محقق الانعدام كوفاة المدين دون أن يترك تركة يمكن الرجوع عليها بالدين أو إفلاسه مع عدم وجود مال له يكفى لسداد الديون أو انقضاء الدين بالتقادم أو هلاك أموال المدين المكونة للضمان العام للدائنين، ففى هذه الأحوال وأمثالها التى يفقد فيها الأمل فى تحصيل الدين يعتبر هذا الدين معدوماً. أما ما قرره الحكم تبريراً لرأيه فى تعذر إجراء التفرقة بين الديون المدومة وغير المدومة من أنه قد تطرأ ظروف مالية تنقل المدين من العسر إلى اليسر فإنه تقرير محمول على مجرد افتراض احتمالى لا يجوز بناء حكم عليه، هذا إلى أن الاحتمال الذى افترض الحكم حدوثه منتف فى الأحوال المتقدم ذكرها والتى سلم الحكم بتوافر أولها فى الدعوى".

(طعن رقم 396 لسنة 29 ق جلسة 1964/12/31)

169- حالة عدم بيان نصيب كل من الشركاء فى الأرباح والخسائر بعقد

الشركة :

إذا لم يبين عقد الشركة نصيب كل من الشركاء فى الأرباح والخسائر، كان نصيب كل منهم فى ذلك بنسبة حصته فى رأس المال. فإذا قدم الشريك ربع رأس المال مثلاً، كان له ربع الأرباح وعليه ربع الخسائر.

أما إذا اتفق الشركاء فى عقد الشركة على نصيب كل من الشركاء فى الأرباح والخسائر، وزعت الأرباح والخسائر طبقاً لهذا الاتفاق.

ولا يشترط أن يقع توزيع الأرباح والخسائر وفقاً لنسب الحصص التى قدمها الشركاء إذا اتفقوا على ذلك. فقد يقدم أحد الشركاء نصف رأس المال ويتفق على أن يكون له أو عليه ربع الأرباح أو الخسائر فقط أو يتفق على أن يكون له ربع الأرباح وعليه نصف الخسائر (1).

والأصل أن يتأرجح مركز الشركة بين الكسب والخسارة ولا يستقر إلا عند انتهائها وتصفياتها، ولكن جرى العرف على توزيع الأرباح عند نهاية كل سنة مالية فى مواعيد دورية، ولهذا السبب قضى القانون بالزام التاجر فرداً كان أو شركة بعمل جرد سنوى لمعرفة أصول وخصوم المتجر حتى يظهر المبلغ الذى يوزع كريح على الشركاء.

ومتى وزع الربح توزيعاً صحيحاً فى سنة لم يمكن استرداده بعد ذلك من الشركاء، ولو منيت الشركة بخسارة فيما بعد. لأن كل سنة مستقلة عن الأخرى بحساباتها وميزانياتها. وهو ما ما يعبر عنه بأنه توزيع الربح متى تم صحيحاً فهو نهائى.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"وتتعرض هذه المادة لكيفية توزيع الأرباح والخسائر بين الشركاء، وقد اقتبسها المشروع من التقنين اللبنانى (م994) والتقنين التونسى (م1300) والتقنين المراكشى (م1033) مع مراعاة الصعوبات العملية التى واجهها القضاء. والنص مجرد تفسير لإرادة المتعاقدين، ولذلك لا يعمل به إلا فى حالة سكوت العقد عن ذكر شىء فى هذا الشأن.

(1) محسن شفيق ص 222 - الأستاذ على العريف شرح الشركات فى مصر طبعة 1980 ص 14.

وتتلخص الأحكام الواردة بالمادة فيما يلى: (1) المبدأ العام هو توزيع الأرباح والخسائر بنسبة قيمة الحصص. وذلك يستلزم تقديرها إذا لم تكن مقومة فى العقد ولم تكن من النقود. ويتم ذلك بمعرفة الشركاء أنفسهم أو الخبراء⁽¹⁾.

170- تعيين نصيب الشركاء فى الربح دون الخسارة :

إذا اقتصر عقد الشركة على تعيين نصيب الشركاء فى الربح. وجب اعتبار هذا النصيب فى الخسارة أيضا.

فإذا اتفقوا مثلا على أن يكون لأحد الشركاء ربع الأرباح ولم يبينوا نسبة اشتراكه فى الخسارة، وجب أن يشترك فيها بذات النسبة التى يشترك بها فى الأرباح أى الربع فى هذا المثال وكذلك الحال إذا اقتصر العقد على تعيين النصيب فى الخسارة دون تعيين النصيب فى الربح.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"إذا تبين من العقد نصيب الشريك فى الربح، يكون نصيبه فى الخسارة بنفس النسبة. وإذا لم يحدد العقد سوى النصيب فى الخسارة تكون حصته فى الأرباح بنفس النسبة أيضا"⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"محل إعمال المادة 514 من القانون المدنى التى تقضى بأنه إذا اقتصر عقد الشركة على تعيين نصيب الشركاء فى الربح كان هذا النصيب هو المعتبر فى الخسارة عند قيام الشركة بتوافر أركانها ومنها نية المشاركة أما إذا انتقلت هذه النية باتجاه نية الشريك إلى عدم المساهمة فى تحمل مخاطر الشركة وإلى المشاركة فى الربح دون الخسارة فإنه لا محل لإعمال حكم تلك المادة".

(طعن رقم 350 لسنة 34 ق جلسة 1968/3/21)

171- تحديد نصيب الشريك بالعمل فى الربح :

إذا كانت حصة أحد الشركاء مقصورة على عمله، وجب أن يقدر نصيبه فى الربح

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 328 وما بعدها.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 329.

والخسارة تبعا لما تفيده الشركة من هذا العمل. أى يقدر ما يعود عليها من نفع ناشئ عن عمل الشريك أو جهوده أو سعيه أو خبرته الفنية أو مهارته. وهى مسألة تقدرها المحكمة عند الخلاف بالاستعانة بأهل الخبرة.

وهذا هو الحكم واجب الاتباع عند سكوت العقد عن تحديد نصيب هذه الحصة فى الأرباح والخسائر بإجماع الشركاء بما فيهم صاحب حصة العمل. فتقوم المحاكم بتحديد⁽¹⁾.

فإذا قدم الشريك فوق عمله حصة نقدية أو عينية، كان له نصيب فى الربح والخسارة عن العمل ونصيب آخر عن الحصة المادية. وتتبع ذات القواعد ولو لم تتضمن الشركة إلا شريكين قدم أحدهما رأس المال وقدم الآخر العمل. فيجب إذن تقرير نصيب الشريك بالعمل على أساس الفائدة التى تجنيها الشركة من عمله.

وكانت المحاكم المصرية تقضى فى مثل هذا الفرض بأن يكون للشريك برأس المال

(1) على العريف ص 15 - وكانت المادة (525/431) من التقنين التجارى القديم تنص على أن تكون حصة الشريك بالعمل مساوية لأقل حصة من حصص الشركاء الذين وضعوا حصصهم فى رأس المال عينا. وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ اقترح حضرات مستشارى محكمة النقض والإبرام استبدال عبارة "يكون نصيبه بمقدار أقل الحصص" بعبارة "وجب أن يقدر نصيبه فى الربح والخسارة تبعا لما تفيده الشركة من هذا العمل" الواردة فى الفقرة الثالثة من المادة (514). إلا أن اللجنة لم تأخذ بهذا الاقتراح وجاء بملحق تقريرها: "اقترح الاستعاضة بعبارة "يكون نصيبه بمقدار أقل الحصص" فى الفقرة الثالثة من المادة 514 عبارة "وجب أن يقدر نصيبه فى الربح والخسارة تبعا لما تفيده الشركة من هذا العمل" لأن فى ذلك تقريرا لأحكام التقنين الحالى وحسما لأسباب المنازعات، ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح لأن فيه إجحافا بحق الشريك الذى تكون حصته مقصورة على عمله، وقد يكون هذا العمل أهم ما فى الشركة، وليس يكفى لتبرير الرجوع إلى الحكم المعيب المقرر فى التقنين الحالى الاستناد إلى تيسير حسم المنازعات لأن هدف التشريع الأول ينبغى أن يكون عدالة الحكم أما هذا التيسير فيأتى فى الدرجة الثانية".

(مجموعة الأعمال التحضيرية ج 4 ص 330 وما بعدها).

ثلثا الأرباح وللشريك بالعمل الثلث استنادا إلى العرف⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"وأخيرا، الشريك الذى يساهم بعمله تقدر حصته تبعا لأهمية هذا العمل ويعطى نصيبا من الأرباح والخسائر يعادله، فإذا كان قد ساهم بماله وعمله فى الوقت نفسه، كان له نصيب يعادل ما قدم من مال ومن عمل. هذا هو الحل الذى أورده المشروع فى الفقرة الثانية، وهو على هذا النحو يتفادى ما وجه من نقد إلى نصوص التقنينات الفرنسية والإيطالية والهولندية والمصرية، التى تقضى بأن نصيب الشريك الذى يساهم بعمله يكون مساويا لنصيب أقل الشركاء حصة. كذلك يقطع هذا الحكم ما ثار فى الفقه من نزاع فى حالة تقديم الشريك، علاوة على عمله، ماله أيضا. فبعض الفقهاء يرى وجوب تقدير كل من العمل والمال، وبعضهم يكتفى بتقدير المال، أما العمل فإنه يعتبر مساويا لأقل الحصص. أما المشروع فإنه يقطع فى هذا النزاع، ويقرر وجوب تقدير كل من المال والعمل"⁽²⁾.



(1) محسن شفيق ص 223 - فى هذا المعنى استئناف مصر الوطنية 27 فبراير سنة 1923

المحاماه السنة 3 صفحة 404 رقم 339.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 329.

مادة (515)

- 1- إذا اتفق على أن أحد الشركاء لا يساهم في أرباح الشركة أو في خسائرها كان عقد الشركة باطلا.
- 2- ويجوز الاتفاق على إعفاء الشريك الذي لم يقدم غير عمله من المساهمة في الخسائر بشرط ألا يكون قد تقرر له أجر عن عمله.

الشرح

172 - عدم مساهمة الشريك في الربح أو في الخسارة (شركة الأسد) :

تقضى الفقرة الأولى من المادة بأنه إذا اتفق على أن أحد الشركاء لا يساهم في أرباح الشركة أو خسائرها كان عقد الشركة باطلا.

ذلك أنه إذا نص عقد الشركة على ألا يساهم الشريك في الربح فمعنى ذلك أنه يساهم في الخسارة دون الربح، فيكون عليه الغرم وليس له الغنم. وإذا نص عقد الشركة على ألا يساهم شريك في الخسارة، فمعنى ذلك أنه يساهم في الربح دون الخسارة. فيكون له الغنم وعلى شركائه الآخرين الغرم⁽¹⁾.

وهذا لا يتفق مع طبيعة عقد الشركة وهي تعاون الشركاء لتحقيق عمل مشترك ونية المساهمة في هذا العمل عن طريق قبول بعض الأخطار.

وكان الرومان يسمون مثل هذا الشرط - ولا تزال التسمية ذائعة في العمل إلى الوقت الحاضر - شرط الأسد وينعتون الشركة التي تتضمنه بشركة الأسد⁽²⁾.

ويعتبر من قبيل شرط الأسد ما يأتي :

- 1- الشرط الذي يقضى بتخصيص كل الأرباح لشريك واحد أو أكثر دون الآخرين.
- 2- الشرط الذي يحدد مقدما وبصورة إجمالية قدر ما يحصل عليه أحد الشركاء من

(1) السنهاورى ص 215 وما بعدها - المستشار أنور العمروسي الدعاوى المسماة في القانون المدنى طبعة ص 200 ص 1118.

(2) إشارة إلى الخرافة القديمة التي تحكى أن الأسد دخل في شركة مع غيره من الوحوش ولما جاء وقت توزيع الغنائم استولى عليها الأسد بأكملها ولم يجرؤ شركاؤه على معارضته نظرا لقوته وجبروته.

الربح.

3- الشرط الذى يجيز لأحد الشركاء استرداد حصته بكاملها مهما كانت حالة الشركة، أى سالمة من كل خسارة⁽¹⁾.

وجزاء النص على هذا الشرط فى عقد الشركة بصريح نص الفقرة الأولى من المادة هو بطلان العقد. ويلحق البطلان العقد كله، لأن الشروط الأساسية فى الشركة وحدة لا تتجزأ وقد يكون الشريك لم يقبل التعاقد إلا بناء على الشرط الباطل⁽²⁾.

والبطلان هنا مطلق، ويجوز للشركاء، كما يجوز لكل ذى مصلحة من الغير التمسك به. ويحكم به القاضى من تلقاء نفسه، ولا ترد عليه الإجازة ولا يسرى فى حقه التقادم.

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"يطابق هذا النص الحكم الوارد بالمادة 529/434 - 530 من التقنين الحالى، وهو يقرر بطلان شركة الأسد، والحكم الوارد به نتيجة معقولة لطبيعة عقد الشركة: تعاون الشركاء لتحقيق عمل مشترك ونية المساهمة فى هذا العمل عن طريق قبول بعض الأخطار، فلا يجوز إذن الاتفاق على أن يستولى واحد أو أكثر من الشركاء على كل الأرباح، أو ألا يتحمل نصيباً من الخسارة، ولا يلزم لتطبيق النص أن يكون الإعفاء منصبا على تحمل كل الخسارة أو الاستثناء بكل الربح كاملاً، بل يكفى أن يكون نصيب الشريك فى الخسارة أو الربح تافها لدرجة يتبين معها أنه صورى. ويترتب على مخالفة هذا الحكم بطلان العقد كله، لأن الشروط الأساسية فى الشركة وحدة لا تتجزأ. وقد يكون الشريك لم يقبل التعاقد إلا بناء على الشرط الباطل، ومن رأى الفقه والقضاء أن البطلان مطلق فى هذه الحالة، ويجوز للشركاء كما يجوز للغير التمسك به، ولكننا نرى أن المقصود هو حماية الشركاء، وأنه يكفى لتحقيق هذا الغرض تقرير بطلان نسبى، يحتج

(1) محسن شفيق ص 220.

(2) محمد كامل مرسى ص 587 وما بعدها - على البارودى ومحمد فريد العرينى ص 285 - فريد مشرقى ص 96 وما بعدها - وعكس ذلك المستشار أنور العمروسى ص 1118 فىرى أن المقصود حماية الشركاء وأنه يكفى لتحقيق هذا الغرض تقرير بطلان نسبى، يحتج به الشريك الذى يحرم من المساهمة فى الأرباح أو يقع عليه عبء الخسارة.

به الشريك الذى يحرم من المساهمة فى الأرباح أو يقع عليه وحده عبء الخسارة⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إذا أبطلت المحكمة الشركة لبطلان ما اشترط فى عقدها من أن صاحب الحصة الكبرى فى رأس المال لا يتحمل شيئاً فى الخسارة فتسوية حساب هذه الخسارة تكون على قاعدة تقسيمها بين الشريكين بنسبة ما اتفقا عليه بشأن أرباحها".

(طعن رقم 8 لسنة 3 ق جلسة 1933/6/22)

2- (أ) - "مؤدى نص المادة 1/515 من القانون المدنى أنه إذا اتفق على أن أحد الشركاء لا يساهم فى أرباح الشركة أو خسائرها كان عقد الشركة باطلاً بمعنى أنه لا يجوز الاتفاق على حرمان شريك من الأرباح، كما لا يجوز الاتفاق على إعفاء شريك من الخسارة".

(ب) - "إذا كان الحكم المطعون فيه لم يواجه دفاع الطاعنة بمذكرتها المقدمة لمحكمة الاستئناف من أن العقد ليس عقد شركة وإنما هو عقد إيجار بالجدك للاتفاق فيه على عدم مساهمتها فى الخسائر وهو دفاع جوهري قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى فإنه يكون مشوباً بالقصور".

(طعن رقم 209 لسنة 50 ق جلسة 1981/5/18)

3- "مفاد النص فى المادة 1/515 من القانون المدنى وعلى نحو ما جاء بالأعمال التحضيرية تعليقاً عليها- أن البطلان المطلق- لا عدم القابلية للإبطال - هو جزء الشرط الوارد فى عقد الشركة القاضى بعدم مساهمة الشريك فى الأرباح أو فى الخسارة تنتفى معه نية المشاركة لديه وتبعا لذلك لا يقتصر أثره على إبطال الشرط وإنما بطلان العقد كله باعتباره أحد الشروط الأساسية التى تعد وحده لا تتجزأ، ومن ثم يجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك به ويحكم به القاضى من تلقاء نفسه".

(طعن رقم 1902 لسنة 63 ق جلسة 2001/2/13)

173 - إعفاء الشريك الذى لم يقدم غير عمله من المساهمة فى الخسائر :

تنص الفقرة الثانية من المادة على أنه يجوز الاتفاق على إعفاء الشريك الذى لم يقدم غير عمله فى المساهمة فى الخسائر، بشرط ألا يكون قد تقرر له أجر عن عمله. وعلى هذا إذا ساهم الشريك بحصة نقدية أو عينية وبعمله، أو إذا ساهم بعمله فقط

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 332 وما بعدها.

وإنما اتفق على تعيين أجر له نظير العمل فضلا عن حصته في الأرباح، فلا يجوز الاتفاق على إعفائه من الخسارة، إذ يعتبر الشرط عندئذ من قبيل شروط الأسد.

ومفاد ذلك أنه يجوز الاتفاق على إعفاء الشريك الذي لم يقدم غير عمله من المساهمة في الخسائر طالما لم يتقرر له أجر عن عمله.

والعلة في إباحة مثل هذا الشرط هي أن الشريك الذي يقدم عمله للشركة يكون قد ضاع عليه وقته وجهده في حالة خسارة الشركة، إذ هو لا يحصل على الأجر الذي يعطى له عادة على عمله. وهذه القاعدة بديهية⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"أما الفقرة الثانية فهي تقرر رغم ذلك جواز إعفاء الشريك الذي لم يقدم غير عمله، من المساهمة في الخسائر، وهي ليست باستثناء من حكم الفقرة الأولى، لأن هذا الشريك يتحمل نصيبه في الخسارة، إذ هو لا يحصل على الأجر الذي يعطى له عادة على عمله، لكن هذا الحكم قاصر على حالة الشريك الذي يقدم عملا ولا ينطبق على الشريك الذي يقدم حصة هي مجرد الانتفاع بمال ما، وعلى الأخص الانتفاع بمبلغ من النقود"⁽²⁾.



(1) محمد كامل مرسى ص 589 - المستشار أنور طلبه ص 239.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 333.

2- إدارة الشركة

مادة (516)

للشريك المنتدب للإدارة بنص خاص فى عقد الشركة أن يقوم بالرغم من معارضة سائر الشركاء بأعمال الإدارة وبالتصرفات التى تدخل فى غرض الشركة متى كانت أعماله وتصرفاته خالية من الغش، ولا يجوز عزل هذا الشريك من الإدارة دون مسوغ مادامت الشركة باقية.

وإذا كان انتداب الشريك للإدارة لاحقا لعقد الشركة، جاز الرجوع فيه كما يجوز فى التوكيل العادى.

أما المديرون من غير الشركاء فهم دائما قابلون للعزل.

الشرح

174 - كيفية تعيين المدير :

يجوز أن يكون المدير من بين الشركاء أو من غيرهم. ويعين المدير إما بنص خاص فى عقد الشركة، وإما باتفاق لاحق للعقد. ويشترط لذلك رضا جميع الشركاء، لأن التعيين بالنسبة للمدير المعين بالعقد هو جزء من الاتفاق ويجب رضا الشركاء جميعا به. وكذلك بالنسبة للمدير المعين باتفاق لاحق، لابد من إجماع الشركاء عليه لأن الاتفاق الجديد يتضمن خروجاً على العقد الأول⁽¹⁾. غير أنه لا يوجد ما يمنع من أن يقوم الشركاء جميعاً بإدارة الشركة إذا اتفقوا على ذلك، وإن كان هذا لا يكون مناسباً أو ميسوراً إلا فى الشركات الصغيرة.

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"تناول المادة حق الشركاء فى إدارة الشركة فى الحدود المبينة فى العقد، أو فى حالة سكوت العقد، طبقاً للقواعد التى يقررها المشرع، وتعرض لحالة ما إذا كانت الإدارة متروكة لمدير هو أحد الشركاء أو شخص غير شريك. ويحدد النص طريقة تعيين المدير، وكيفية عزله، وسلطاته.

(1) مذكرة المشروع التمهيدى ج4 ص 337 وما بعدها .

أما عن طريقة تعيين المدير، فهو إما أن يعين بنص خاص فى عقد الشركة، وإما أن يتم تعيينه باتفاق لاحق للعقد، والشرط اللازم فى الحالتين هو رضا جميع الشركاء، لأن التعيين بالنسبة للمدير المعين بالعقد هو جزء من الاتفاق، ويجب رضا جميع الشركاء به. وكذلك بالنسبة للمدير المعين باتفاق لاحق، لابد من إجماع الشركاء عليه، لأن الاتفاق الجديد يتضمن خروجاً على العقد الأول⁽¹⁾.

175 - سلطات المدير :

سواء كان المدير شريكاً أو أجنبياً، فعادة يحدد عقد الشركة سلطات هذا المدير، وفى هذه الحالة يجب عليه التزام هذه السلطات وألا يتجاوزها فى أعمال إدارتها. أما إذا خلا عقد الشركة أو عقد تعيين المدير من بيان هذه السلطات، فقد حددت له المادة نطاق سلطاته إذ نصت على أن "المدير أن يقوم بالرغم من معارضة سائر الشركاء بأعمال الإدارة وبالتصرفات التى تدخل فى غرض الشركة متى كانت أعماله وتصرفاته خالية من الغش".

وعلى ذلك فللمدير أن يقوم بأعمال الإدارة كقبض الديون التى للشركة وتحرير المبالغ وسداد ديونها وتوقيع الحجوز وتعيين العمال وعمل الإصلاحات الضرورية وكذلك النافعة، وتقدير التعويض المطلوب لأحد عمال الشركة فى حالة حصول حادث مما تسأل عنه الشركة⁽²⁾.

ولا يجوز للمدير أن يفوض جميع سلطاته فى الإدارة لوكيل عنه، لأن الشركاء إنما عينوه هو مديراً. ولكن يجوز له أن يوكل عنه واحداً أو أكثر فى بعض أعمال الشركة ويكون مسئولاً عن يوكله أمام الشركة⁽³⁾.

وللمدير القيام بأعمال التصرف التى تدخل فى غرض الشركة، والأصل أنه ليس للمدير أن يتصرف فى أموال الشركة بالبيع. أما إذا كانت هذه الأموال للبيع فله ذلك. كما إذا كان موضوع الشركة شراء العقارات وبيعها.

غير أن المدير لا يستطيع القيام بشئ مخالف للغرض المقصود من الشركة. فلا يستطيع مثلاً بدون رضا الشركاء وعدم وجود نص خاص فى العقد أن يعقد صلحاً أو

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 337 وما بعدها.

(2) محمد كامل مرسى ص 602 وما بعدها.

(3) السنهورى ص 236 وما بعدها.

تحكيما أو يتنازل عن ضمان أو رهن للشركة أو يبرئ مدينا من الدين أو يقبل رفع الرهن قبل الوفاء بالدين المضمون أو يقترض باسم الشركة أو يرهن عقاراتها أو يبيع فيما عدا حالات البيع الداخلة في غرض الشركة⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"أما فيما يتعلق بسلطات المدير، إذا كان العقد لم يحددها تحديدا كافيا، أو لم تحدد في الاتفاق اللاحق الذى تم به التعيين، فإنه يجب منطقيا أن نعتبر الشركاء قد منحوا المدير السلطات اللازمة للوصول إلى الغرض المقصود، وتحقيق غاية الشركة، ولذلك يقرر النص أنه يجوز للشريك "بالرغم من معارضة سائر الشركاء أن يقوم بأعمال الإدارة". وبناء على ذلك يكون للمدير حتما كل سلطات الإدارة التى يتطلبها نشاط الشركة، لكن كما تقرر المادة 536/439 من التقنين الحالى، "ليس للمديرين أن يفعلوا شيئا مخالفا للغرض المقصود من الشركة". على أنه كمبدأ عام لا يستطيع المدير، بدون رضا الشركاء، وعدم وجود شرط خاص فى العقد، أن يعقد صلحا أو تحكيما، أو يتنازل عن ضمان، أو رهن للشركة، أو يبرئ مدينا من الدين، أو يقبل رفع الرهن قبل الوفاء بالدين المضمون، أو يقترض باسم الشركة، أو يرهن عقاراتها، أو يبيع فيما عدا حالات البيع الداخلة في غرض الشركة"⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "متى كان سند الدين قد تضمن بيان صفة الموقع عليه باعتباره الشريك الأول فى شركة التضامن والمدير المالى لها ولم ينازع باقى الشركاء فى صحة هذا البيان فإنه يكون كافيا فى ترتيب الالتزام فى ذمة الشركة ويكون غير منتج الطعن بالتزوير فى العبارة المقول بإضافتها إلى هذا السند والخاصة بالمحل الذى تباشر فيه أعمالها".

(طعن رقم 91 لسنة 21 ق جلسة 1955/7/7)

2- "توقيع الشريك المدير فى شركة التضامن باسمه على تعهد من التعهدات دون بيان عنوان الشركة لا يترتب عليه بمجرد إعفاء الشريك من الالتزام وإنما يقوم قرينة على أن الشريك المدير يتعامل فى هذه الحالة لحسابه الخاص وهى قرينة تقبل إثبات العكس

(1) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 339.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 338 وما بعدها.

بكافة طرق الإثبات بما فيها القرائن ."

(طعن رقم 91 لسنة 22 ق جلسة 1955/7/7)

3- "لما كان الحكم المطعون فيه قد استند في قضائه - بجواز جمع المطعون عليه بين إدارة شركة التوصية بالأسهم وعضوية مجلس إدارة الشركة المساهمة - إلا أن الشركة المساهمة أذنت له بأن يقوم إلى جانب عمله بها بتصفية التزاماته لشركة التوصية بالأسهم ووافقت المؤسسة التي تتبعها الشركة الأولى على هذا القرار، وذلك عملاً بما نصت عليه المادة 30 من القانون رقم 26 لسنة 1954 بعد تعديلها بالقانون رقم 114 لسنة 1958 من أنه لا يجوز لعضو مجلس إدارة شركة المساهمة أن يقوم بصفة دائمة بأى عمل فنى أو إدارى بأية صورة كانت فى شركة مساهمة أخرى إلا بترخيص من رئيس الجمهورية وقد أصبح هذا الترخيص طبقاً للمادة 29 من قانون المؤسسات العامة رقم 60 لسنة 1963 من اختصاص مجلس إدارة المؤسسة بالنسبة للشركات المساهمة التي تشرف عليها، كما استند الحكم إلى أن لائحة نظام العاملين بالشركات التابعة للمؤسسات العامة الصادرة بالقرار الجمهورى رقم 3546 لسنة 1962 تجيز لرئيس مجلس إدارة الشركة فى المادة 52/ب أن يأذن العامل أن يؤدي أعمالاً بأجر أو بدون أجر فى غير أوقات العمل الرسمية، وكان لا محل لاستناد الحكم إلى ما تقدم، ذلك أن المادة 56 من القانون رقم 26 لسنة 1954 السالف ذكره إذ تنص على أن "يعهد بإدارة شركة التوصية بالأسهم إلى شريك متضامن أو أكثر ويعين عقد تأسيس الشركة ونظامها أسماء من يعهد إليهم بالإدارة وسلطاتهم فيها" وكان مفاد هذا النص هو أن مدير شركة التوصية بالأسهم ليس أجنبياً عن الشركة إنما هو أحد الشركاء المتضامنين فيها ويجب ذكر اسمه فى عقد تأسيس الشركة ونظامها وأنه وكيل عنها وليس عاملاً لديها ومن ثم فإن الترخيص والإذن سالف الذكر إنما ينصرفان إلى التصريح بالقيام بأعمال فنية أو إدارية لدى شركة مساهمة أخرى أو بالعمل لدى رب عمل آخر لا إلى القيام بإدارة شركة توصية بالأسهم".

(طعن رقم 48 لسنة 40 ق جلسة 1976/6/1)

4- "يدل نص الفقرة الأولى من المادة 516 من القانون المدنى على أن الشريك المدير لا يستطيع بدون رضا الشركاء وعدم وجود شرط خاص فى العقد أن يأتى عملاً من شأنه إلحاق الضرر بالشركة أو يكون مخالفاً للغرض الذى أنشئت الشركة لتحقيقه وإلا فلا تلتزم الشركة بتلك التصرفات".

(طعن رقم 1706 لسنة 52 ق جلسة 1986/5/15)

5- "إذا كان البين أن الطاعنين قد تمسكا بأن الشركة المطعون ضدها لم تكن طرفا في عقد الإيجار المؤرخ 1973/1/1 وأن المستأجر المحرر باسمه العقد تعاقدا معهما بصفته الشخصية ولم تكشف الشركة المطعون ضدها عن صفتها فاطرح الحكم المطعون فيه هذا الدفاع وألغى حكم أول درجة بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفة وأقام قضاءه على أن المحرر باسمه عقد الإيجار السالف بيانه كان نائبا عن الشركة في إبرام هذا العقد أخذا بأقوال شاهديها بأنه كان عاملا لديها رغم خلو أقوالهما مما يفيد علم المؤجر وقت إبرام عقد الإيجار بالوكالة وانصراف قصده إلى إضافة آثار العقد إلى الشركة ودون أن يعن ببحث ما إذا كانت الشركة قد كشفت عن صفتها وتاريخ ذلك كما لم يبحث الحكم أثر إعلان من حرر العقد باسمه بتاريخ 1984/3/4 بقرار هدم عقار النزاع وطعنه في هذا القرار ومدى حجية الحكم النهائي الصادر في الدعوى رقم (....) قبل الشركة المطعون ضدها فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وجره ذلك إلى القصور في التسييب".

(طعن رقم 8357 لسنة 65 ق جلسة 2002/6/10)

6- "مفاد النص في المادتين 1/516، 519 من القانون المدني يدل على أن الشركة بوصفها شخصا معنويا يمثلها مديرها أو مديروها الذين يديرون ذمتها المالية وأن مدير شركة الأشخاص الذي عهد إليه بإدارتها بمقتضى نص خاص في عقد الشركة له وحده - دون باقي الشركاء ممن لم ينط بهم أعمال الإدارة وأعمال التصرف - تمثيل الشركة بوصفها شخصا اعتباريا والقيام بالتصرفات القانونية التي تدخل في حدود الغرض من تكوينها ومن بين ذلك تمثيلها أمام القضاء".

(طعان رقما 661، 662 لسنة 72 ق جلسة 2005/8/1)**176 - تعيين حارس قضائي لا يؤدي إلى عزل الشريك المنتدب للإدارة؛****وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :**

"إذا كان يبين من مدونات الحكم المطعون فيه أن شركة.. شركة تضامن، وأن الطاعن وآخر هما الشريكان المتضامنان فيها، وكان من المقرر أنه إذا لم يعين مدير لشركة التضامن - سواء في عقد تأسيسها أو في اتفاق لاحق - كان لكل شريك متضامن حق إدارتها وتمثيلها أمام القضاء وكان الطاعن لم يقدم ما يثبت أن للشركة المذكورة مديرا

أجنبيا عنها، فإن الطاعن بصفته الشريك المتضامن فيها تكون له صفة فى تمثيلها أمام القضاء فى الدعوى المرفوعة بطلب إشهار إفلاسها ولا يغير من ذلك تعيين حارس قضائى على أموال الشركة إذ أن ذلك لا يعدو أن يكون إجراء وقتيا اقتضته ظروف الدعوى ينوب فيه الحارس عن ذوى الشأن فى مباشرة أعمال حفظ الأموال المعهودة إليه حراستها وأعمال إدارة هذه الأموال وما تستتبعه من أعمال التصرف المحدودة التى تلحق بها بالضرورة أما ما يجاوز هذه الحدود من أعمال التصرف الأخرى وما فى حكمها التى تعلق على مستوى أعمال الحفظ والإدارة لتعلقها بأصل تلك الأموال ومقوماتها فلا يكون للحارس صفة فى مباشرتها بل تظل لذوى الشأن أهليتهم كاملة فى القيام بها، ولما كان طلب إشهار إفلاس شركة التضامن من شأنه تصفية أموالها وتوزيعها على الدائنين، وهو بطبيعته إجراء يعلو على مستوى أعمال الحفظ والإدارة فإنه لا تكون للحارس القضائى على الشركة صفة فى تمثيلها أمام القضاء فى هذه الدعوى ويكون اختصاص الشريك المتعاقد فيها صحيحا".

(طعن رقم 704 لسنة 50 قى جلسة 1985/5/13)

177 - لا يجوز إشهار إفلاس المدير غير الشريك فى الشركات التجارية :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" ليس ثمة ما يمنع من أن يكون مدير الشركة أجنبيا غير شريك فيها وغير مسئول عن ديونها على الإطلاق، وفى هذه الحالة لا يعتبر المدين تاجرا ولا يجوز إشهار إفلاسه تبعا لإشهار إفلاس الشركة التى يتولى إدارتها ".

(طعن رقم 83 لسنة 46 قى جلسة 1980/3/10)

178 - عدم مسئولية المدير عن الالتزامات الناشئة عن عقد الاتفاق بين

شركتين :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"إذ كان الثابت بالأوراق أن الشركة المطعون ضدها أقامت دعواها ابتداء ضد مورث الطاعنين..... بصفته الممثل القانونى لمصانع الشرق الأوسط للصباغة والتجهيز، وليس بصفته شريكا متضامنا وأسست طلباتها استنادا إلى عقد الاتفاق المؤرخ 1993/7/17، والذى أبرم بين المطعون ضدها ويمثلها..... بصفته رئيس مجلس

الإدارة وبين شركة مصانع الشرق الأوسط للصباغة والتجهيز ويمثلها مورث الطاعنين بما مقتضاه أن الالتزامات الناتجة عن هذا العقد تتصرف بطريق اللزوم إلى الشركتين طرفي التعاقد دون أى من ممثليهما، وأن المقصود من الخصومة هو أن تؤدى الشركة المدينة الدين الناشئ عن ذلك التعاقد إلى الشركة الدائنة بما لازمه ومقتضاه عدم مسئولية الممثل القانوني للشركة عن الدين الناتج عن هذه الالتزامات، ولا أثر لوفاته على هذه المسئولية ومداها، ويتعلق الأمر باختصاص من حل محل المدير المتوفى فى الخصومة، ومن ثم فلا يجوز اختصاص الورثة من بعده فى هذه الخصومة لانحسار مسئوليته بهذا الوصف، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر، وقبل اختصاص الطاعنين بصفتهم ورثة الممثل القانوني للشركة المدينة، وقضى بإلزامهم بالدين الناشئ عن التعاقد سالف الذكر فيما آل إليهم من تركته، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه".

(طعن رقم 289 لسنة 79 ق جلسة 2010/3/22)

179 - عزل المدير :

إذا كان المدير شريكا معيناً بعقد الشركة، فلا يجوز عزله دون مسوغ، كخيانته أو سوء إدارته أو عجزه أو تقصيره الكبير، ذلك أن تعيينه فى عقد تأسيس الشركة يجعل هذا التعيين جزءاً من نظامها له نفس الثبات والاستقرار⁽¹⁾.

وإذا كان مدير الشركة أجنبياً فإنه يجوز عزله كما يجوز عزل الوكيل، لأنه لا يدعو أن يكون وكيلاً عن الشركة. وذلك سواء كان التعيين منصوصاً عليه فى عقد تأسيس الشركة أو حاصلًا باتفاق لاحق.

وليست هذه الأحكام من النظام العام، فيجوز الاتفاق بين الشركاء على أن يكون الشريك المعين مديراً فى عقد تأسيس الشركة جائز العزل كالوكيل العادى، كما يجوز الاتفاق على أن يكون الوكيل المعين مديراً باتفاق لاحق غير جائز العزل كالوكيل العادى. بل يجب لعزله أن يكون هناك مسوغ للعزل⁽²⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"وفيما يتعلق بعزل المدير، يميز النص بين الشريك المدير المعين بعقد الشركة،

(1) السنهاورى ص 233.

(2) المستشار أنور العمروسى ص 1122.

والمدير من غير الشركاء المعين بالعقد كذلك، والمدير العادى المعين باتفاق لاحق، أما الشريك الذى يعين مديرا بالعقد فلا يجوز عزله إلا لسبب مشروع يبرر فسخ الاتفاق على التعيين كالإخلال بالالتزامات، أو أعمال الخيانة، أو عدم المقدرة على العمل، لأن الاتفاق على تعيين المدير هو جزء من عقد الشركة يأخذ حكمه من حيث الإلزام، فإن كان المدير المعين من غير الشركاء جاز عزله دائما، لأن علاقة هذا المدير بالشركاء لم تخرج عن كونها وكالة يجوز الرجوع فيها طبقا للقواعد العامة، ولذلك تقرر الفقرة الثالثة جواز عزل المديرين من غير الشركاء دائما، وهو نفس الحكم الوارد بالمادة 532/436 من التقنين الحالى. وعلى هذا النحويضع المشروع حدا للنزاع القائم فى الفقه والقضاء. أما المدير العادى المعين باتفاق لاحق، فهو وكيل عادى يجوز عزله بمحض الإرادة طبقا للقواعد العامة، ويحدد عقد الشركة عادة من له الحق فى عزل المدير، فإذا سكت العقد وجب بالنسبة للمدير الشريك المعين بالعقد أن يقرر القاضى، بناء على طلب واحد أو أكثر من الشركاء، وجود سبب شرعى يبرر عزله. أما المدير من غير الشركاء المعين بالعقد وكذلك المدير العادى، فيجوز عزلهما بمجرد إرادة الشركاء دون حاجة لتدخل القضاء، إنما يلزم إجماع الشركاء، أو على الأقل موافقة الذين قاموا بالتعيين⁽¹⁾.

180 - يجوز لأحد الشركاء طلب عزل المدير:

إذا كان هناك مبرر شرعى لعزل المدير - على نحو ما ذكرنا سلفا - فإنه يجوز لأحد الشركاء طلب عزل هذا المدير بدعى ترفع أمام المحكمة الابتدائية. وإذا كان المدير شريكا، فإنه لا يترتب على عزله انقضاء الشركة، وإنما للشركاء إما إدارة الشركة بأنفسهم وإما تعيين مدير جديد.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"على أنه إذا كان هناك مبرر شرعى للعزل، جاز لأحد الشركاء وحده أن يرفع دعوى قضائية بطلب العزل، ولا يترتب على عزل المدير انحلال الشركة، وإلا التزم الشركاء بالاحتفاظ بمدير خائن أو غير كفء تقاديا لانحلال شركة ناجحة. ثم إن الأمر لا يتعدى مجرد إنهاء الوكالة المعطاة للمدير، فيكون للشركاء إذن إما إدارة الشركة جماعة طبقا للقواعد العامة أو تعيين مدير جديد"⁽¹⁾.



(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 338.

مادة (517)

- 1- إذا تعدد الشركاء المنتدبون للإدارة دون أن يعين اختصاص كل منهم، ودون أن ينص على عدم جواز انفراد أى منهم بالإدارة، كان لكل منهم أن يقوم منفرداً بأى عمل من أعمال الإدارة، على أن يكون لكل من باقى الشركاء المنتدبين أن يعترض على العمل قبل تمامه، وعلى أن يكون من حق أغلبية الشركاء المنتدبين رفض هذه الاعتراض، فإذا تساوى الجانبان كان الرفض من حق أغلبية الشركاء جميعاً.
- 2- أما إذا اتفق على أن تكون قرارات الشركاء المنتدبين بالإجماع أو بالأغلبية، لا يجوز الخروج على ذلك، إلا أن يكون لأمر عاجل تترتب على تفويته خسارة جسيمة لا تستطيع الشركة تعويضها.

الشرح

181 - تعدد الشركاء المديرين :

- قد يعين للشركة من بين الشركاء أكثر من مدير واحد، ولا يخلو الأمر عندئذ من أحد الفروض الآتية:
- 1- أن يحدد لكل مدير اختصاص معين: فإذا تضمن العقد مثل هذا التحديد وجب على كل مدير مراعاته، فلا يتخطى الحدود المرسومة له، ولا يتدخل فى الشؤون التى تقع فى اختصاص غيره.
 - ولا يسأل المدير عندئذ إلا عن الأعمال التى تدخل فى اختصاصه، ولا يكون مسئولا عن الأعمال التى يجريها المديرون الآخرون.
 - 2- أن ينص العقد على أن يعمل المديرون مجتمعين : وحينئذ يتألف منهم مجلس إدارة يدير شئون الشركة برمتها. وتتخذ القرارات بإجماع آراء المديرين، إلا إذا نص فى العقد على الاكتفاء بأغلبية معينة.
 - ولا يجوز فى هذا الفرض لأى مدير أن ينفرد بعمل من أعمال الشركة، إلا إذا كان ذلك لأمر عاجل يترتب على تفويته خسارة جسيمة لا تستطيع الشركة تعويضها، كحالة غرق المنجم الذى تديره الشركة أو حالة تداعى بناء الشركة للسقوط.
 - ويسأل المديرون عن القرارات التى يتخذونها وفقا لقواعد الخطأ المشترك.

3- أن يعين الشركاء المديرين المتعددين دون أن يحددوا لأى منهم اختصاصا معيناً ودون أن يستلزموا اشتراكهم فى العمل فيكون لكل منهم عندئذ أن ينفرد بأعمال الإدارة برمتها.

وإنما يكون لكل منهم حق الاعتراض (**droit de veto**) على الأعمال التى يجريها الآخرون قبل تمامها. فإذا وقع هذا الاعتراض، وجب عرض الأمر على الشركاء، ويكون رأى لأغليبيتهم.

والعبرة بالأغلبية العددية ما لم يتفق الشركاء على حساب الأغلبية بالنظر إلى قدر الحصص.

فإذا تساوى الجانبان كان الرفض من حق أغلبية الشركاء جميعاً. ولما كان المدير يعتبر نائباً اتفاقياً عن الشركة تعين أن يعمل فى حدود السلطات الممنوحة له فى عقد الشركة أو فى سند تعيينه. بحيث إذا تجاوزها فلا ينفذ تصرفه فى حق الشركة، فإن كانت إجراءات نشر الشركة قد تمت، قامت قرينة قانونية قاطعة على توافر علم الغير بالسلطات الممنوحة للمدير، وبالتالي يحتج على الغير بعدم نفاذ تصرف المدير فى حق الشركة، ويتمثل هذا التجاوز فى خطأ عقدي يجوز معه للغير الرجوع على المدير بالتعويض، ولا يعتبر تابعا للشركة فى هذه الحالة مما تنتفى معه شروط مسئولية الشركة كمتبوع⁽¹⁾.

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"ينظم هذا النص سلطات المديرين فى حالة تعددهم، وهو يعرض لثلاث

حالات:

1- حالة ما إذا كانت سلطات المديرين محددة وموزعة بينهم، ويترتب على ذلك

نتيجتان:

(أ) على كل من المديرين أن يقوم بواجبه فى داخل الحدود الموضوعه له، وهو الذى له وحده الحق فى أن يعمل فى هذه الدائرة بدون أية معارضة من جانب بقية المديرين.

(ب) إذا عمل أحد المديرين خارج الحدود الموضوعه له، كان تصرفه غير سار على الشركة طبقاً للقواعد العامة.

(1) المستشار أنور طلبه ص 253.

2- حالة ما إذا كانت سلطات المديرين لم تتحدد، ولم يتقرر لأحدهم حق التصرف في مسائل معينة دون تدخل الباقيين، وهى تشبه حالة عدم النص على تعيين مدير فى عقد الشركة، فيكون لكل الشركاء حق إدارة الشركة، ويحق لكل مدير إذن أن يقوم وحده بأعمال الإدارة المختلفة، إنما لكل منهم حق المعارضة فى العمل قبل إتمامه، على أنه لو ترك حق المعارضة مطلقا لترتب على ذلك من الاضطراب والفوضى ما قد يضر بالشركة. ولذلك ينص المشروع على أنه يجوز لأغلبية المديرين رفض الاعتراض، فإذا تساوى الجانبان كان الرفض من حق أغلبية الشركاء، وقرار الأغلبية يسمح بالتجاوز عن المعارضة فى أعمال الإدارة، فإن كان العمل من أعمال التصرف التى لا تدخل فى أغراض الشركة، أو كان يتضمن تعديلا فى نظمها، وجب إجماع كل الشركاء طبقا لقواعد العامة، وإذا قام المدير بالعمل رغم المعارضة، وبدون الحصول على رضا الأغلبية، كان عمله باطلا بالنسبة للشركة، وكذلك بالنسبة للغير سىء النية الذى يتعاقد مع المدير رغم علمه بالمعارضة.

3- حالة ما إذا اشترط أن يعمل المديرين بالاتفاق جميعا، أو تبعا لرأى الأغلبية، ويلزم فى هذا الفرض رضا الجميع، أو موافقة الأغلبية. على أنه يحسن، كما فعل تقنين طنبج (م871) والمشروع الفرنسى الإيطالى (م550)، الخروج على هذا الحكم الذى يتطلب الإجماع، أو موافقة الأغلبية، بشرط أن توجد ضرورة عاجلة، وفى الوقت نفسه حاجة ملحة، إلى تقادى خسارة جسيمة تهدد الشركة ولا يمكن علاجها. فإذا اجتمع هذان الشرطان، جاز لمدير واحد استثناء، أن يعمل بدون حاجة لرضا بقية المديرين⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "الشرط الوارد فى عقد الشركة المكتوب بعدم انفراد مديرها بالعمل لا يجوز تعديله إلا بالكتابة، ولا يعول على ادعاء هذا المدير بأنه قد انفراد بالعمل بإذن شفوى من أحد شركائه المتضامين".

(طعن رقم 295 لسنة 22 ق جلسة 1956/4/5)

2- (أ) - "تفسير محكمة الموضوع لنص فى عقد الشركة على أن "الشركاء جميعا

متضامنون في العمل ". بأنه من شأنه أن يجعل كل واحد من الشركاء مأذونا من شركائه وله إدارة العمل وحده وفقا لنص المادة 438 من القانون المدني - القديم - فيصبح كل منهم مسئولا عن حسن سير الشركة ويحظر على أحد منهم أن يباشر عملا ينجم عنه إضرار بمصالحها عملا بنص المادة 439 من القانون المدني - القديم - هو تفسير سائغ".

(ب) - "تفسير محكمة الموضوع لنص في عقد الشركة على أن "يكون عمل أحد الشركاء هو عهدة النقدية ". بأنه لا يفيد أنه هو وحده ينفرد بجميع أعمال الإدارة دون باقي الشركاء، بل هو تخصيص أحد أعمال الإدارة وإسناده إليه دون الأعمال الأخرى - هو تفسير يستقيم معه التأدي إلى ما انتهى إليه".

(طعن رقم 193 لسنة 18 ق جلسة 1951/3/29)

3- "يشترط لاعتبار الوكيل الظاهر نائبا عن الموكل، أن يكون المظهر الخارجي الذي أحدثه هذا الأخير خاطئا، وأن يكون الغير الذي تعامل مع الوكيل الظاهر قد انخدع بمظهر الوكالة الخارجي دون أن يرتكب خطأ أو تقصيرا في استطلاع الحقيقة. ولما كان تعيين المدير وفقا لنظام الشركة المشهر - والذي صار حجة على كافة - لا يترتب عليه خلق مظهر خارجي خاطئ من شأنه أن يخدع المتعامل معه، وكان المدين الذي اتفق معه على إبرائه من جزء من الدين المستحق في ذمته، لا يعتبر حسن النية لأنه كان يعلم أن هذا التصرف التبرعي لا يملكه مجلس الإدارة بغير ترخيص من الجمعية العمومية للمساهمين، ولا يملك توكيل غيره في إجراءاته، ومن ثم فإن موافقة المدير على هذا الإبراء لا تكون حجة على الشركة الطاعنة لانعدام نيابته عنها في الحقيقة والظاهر".

(طعن رقم 225 لسنة 36 ق جلسة 1971/1/21)

4- "انفراد أحد الشركاء بإدارة الشركة خلافا لما تضمنه العقد، ومدة استمرارها الفعلي ومقدار ما أنتجته أثناء قيامها هو من الوقائع المادية التي يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات ولا مخالفة في ذلك لما هو ثابت في العقد، لما كان ذلك فلا على المحكمة إن هي ندبت خبيرا لبحث الوقائع المادية سالفة البيان وصرحت له بسماع شهود دون حلف يمين".

(طعن رقم 213 لسنة 39 ق جلسة 1974/11/26)

5- "مؤدى نص المادة 1/517 من القانون المدني أن الأصل أنه إذا تعدد مديرو

الشركة ولم ينص نظامها على تحديد اختصاص كل منهم، ولم ينص فى الوقت ذاته على أن تكون القرارات بإجماع المديرين أو بأغليبيتهم، كان لكل واحد منهم حق إدارة الشركة منفردا والقيام بجميع أعمال الإدارة".

(طعن رقم 6 لسنة 46 ق جلسة 1980/1/15)

6- "إذ كان النص فى البند الرابع من عقد الشركة المؤرخ 2000/2/20 على أنه "اتفق جميع الأطراف على تعديل البند الخامس بالعقد الأساسى بجعل حق الإدارة والتوقيع للطرف الأول والطرف الثانى دون غيرهما وجميع ما هو منصوص عليه فى هذا البند بالعقد الأساسى من حقهما دون الطرف الثالث والرابع"، والنص فى البند الخامس منه على أنه "اتفق جميع الأطراف على أنه لا يجوز لأى طرف التصرف بالبيع فيما يخصه إلا بموافقة جميع الأطراف موافقة كتابية" وكانت عبارات هذين البندين واضحة فى دلالتها على أن حق الإدارة والتوقيع مقصور على الطاعن الأول والمطعون ضدها الثانية دون الشريكين الآخرين - "الطاعن الثانى والمطعون ضده الأول" - كما يمتنع على أى من الشركاء الأربعة أن يبيع حصته لشخص آخر سواء أكان شخصا أجنبيا عن الشركاء أو أى شريك فيها إلا بموافقة كتابية من باقى الشركاء وذلك لصراحة البند الخامس فى حظر التصرف إلى الغير كافة، ومن ثم فلا يجوز تخصيص هذا الحظر أو تقييده دون سند لأنه لو أراد أطراف هذا العقد أن يكون حظر التصرف إلى الأجنبى نص على ذلك صراحة. لما كان ذلك، وكان الثابت بالأوراق أن المطعون ضدها الثانية تخارجت عن حصتها فى الشركة للمطعون ضده الأول، وإذ كان ذلك التخارج يرتفع بحصة الأخير فى الشركة بما يتيح له التدخل فى إدارتها وهو الأمر الممنوع عليه بمقتضى البندين الرابع والخامس من عقد تعديل الشركة سالف البيان. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف ذلك النظر وانحرف عن عبارات العقد سالفة البيان والواضحة فى دلالتها على اتجاه قصد الشركاء جميعا على قصر إدارة الشركة والتوقيع عنها على الطاعن الأول والمطعون ضدها الثانية، كما استند فى قضائه برفض طلب الطاعنين عدم نفاذ عقد التخارج المبرم بين المطعون ضدهما الأول والثانية إلى ما جاء بالإنداز المؤرخ 2000/12/2 الصادر من الشريك. من أنه يتضمن موافقته على التخارج رغم عدم كفاية ذلك فى مجال التدليل على هذا الأمر، كما لم يعن ببحث

موافقة الطاعن الثانى وهو أحد الشركاء الذين يتعين - وفقا لما سلف بيانه - موافقتهم كتابة عليه".

(طعن رقم 1035 لسنة 72 ق جلسة 2010/2/8)

182 - مسئولية الشركة عن أعمال المدير :

يمثل المدير الشركة فيما يجريه لحسابها من عقود وتصرفات، ولذا تسأل الشركة عنها مسئولية تعاقدية. وقد يرتكب المدير أثناء تأدية وظيفته أو بسببها أعمالا يترتب عليها ضرر للغير فتسأل الشركة عن تعويض هذا الضرر.

أما إذا تجاوز المدير حدود السلطة المرسومة له، فلا تلتزم الشركة بأعماله التى يجريها خارج نطاق هذه السلطة. ولا سبيل للدائن إلا الرجوع على المدير شخصيا ليطالبه بالتعويضات وفقا للقواعد العامة.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"لا تأثير على تغيب الشريك الممثل للشركة أمام القضاء باعتبار أنها هى المقصودة بالخصومة والمسئولة عن تلك الالتزامات المبرمة باسمها".

(طعن رقم 289 لسنة 79 ق جلسة 2010/3/22)



مادة (518)

إذا وجب أن يصدر قرار بالأغلبية، تعين الأخذ بالأغلبية العديدة ما لم يتفق على غير ذلك.

الشرح

183 - العبرة بالأغلبية العديدة :

إذا تضمن عقد الشركة وجوب صدور قراراتها بالأغلبية. دون أن تحدد المراد بالأغلبية أى بما إذا كانت بعدد المديرين أو الشركاء، أم بحسب عدد حصص صاحب الصوت، أو بقيمة حصصه. فإنه يتعين اعتبار الأغلبية حسب عدد الشركاء أو المديرين بغض النظر عن أى اعتبار آخر.

وهذه الأغلبية تحسب بنصف العدد مضافا إليه واحد على الأقل.

ويفترض النص تكوين الشركة من أكثر من شريكين، فإن انحصرت فى شريكين، وجب اتفاقهما على ما يصدر من القرارات إن لم تكن الإدارة مسندة لأحدهما فقط، فيكون للأخر حق الاعتراض⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"لا تتعرض التقنيات اللاتينية أو التقنيات المقتبسة منها، لتحديد ما هو المقصود بالأغلبية: هل يجب عند حسابها مراعاة المصالح المختلفة، أو مقدار الحصص، أو عدد الشركاء وقد استمد المشروع هذا النص من المادة 553 من المشروع الفرنسى الإيطالى، وهو يقرر المبدأ العام المعمول به فى مداولات الشركة: إذا وجب صدور قرار بالأغلبية، تعين حساب الأغلبية بالرءوس. على أن هذا المبدأ يعمل به "ما لم يتفق على غيره"، فيجوز الخروج عنه باتفاق خاص، كأن يتفق على حساب الأغلبية تبعا للمصالح المختلفة"⁽²⁾.

(1) المستشار أنور طلبه ص 255.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 344.

مادة (519)

الشركاء غير المديرين ممنوعون من الإدارة، ولكن يجوز لهم أن يطلعوا بأنفسهم على دفاتر الشركة، ومستنداتها، وكل اتفاق على غير ذلك باطل.

الشرح

184 - حق الشركاء في الاطلاع على دفاتر الشركة :

الأصل أنه لا يجوز للشركاء غير المديرين التدخل في أعمال الإدارة، فماداموا قد عينوا مديرا للشركة فمن الواجب عليهم أن يتركوا له حرية العمل تحت مسؤوليته، إذ لو أجاز لكل شريك التدخل في أعمال المدير والاعتراض عليها لفسدت الإدارة وأصبح من العسير متابعة أعمال الشركة على وجه مفيد.

ولكن يجوز للشريك من هؤلاء الاعتراض على أعمال الإدارة التي تجاوز أغراض الشركة أو تخالف نظامها أو تعارض القانون وله أن يرجع في ذلك إلى سائر الشركاء أو رفع الأمر للقضاء.

وإن كان صحيحا أنه لا يجوز للشركاء غير المديرين التدخل في أعمال الإدارة، فإن من حقهم إبداء النصح والإرشاد للمدير وطلب الاطلاع على دفاتر الشركة ومستنداتها أو طلب حساب عن إدارة أعمال الشركة في أوقات دورية أو وفقا لنظام الشركة.

وقد يتفق الشركاء على مباشرة هذا الحق بصفة جماعية، فيكون منهم مجلس للرقابة تكون مهمته الإشراف على أعمال المديرين والاطلاع على الدفاتر والمستندات، فإذا لم يتفق الشركاء على إنشاء هذه الهيئة، ثبت حق الإشراف لكل شريك على حده. وإنما يجب على الشريك أن يستعمل هذا الحق بنفسه فلا يجوز أن ينيب عنه وكيفا حتى لا يتدخل أجنبي في أعمال الشركة ويطلع على أسرارها، وهذا ما لم يكن الشريك قاصرا فينوب عنه وليه⁽¹⁾.

كما يجب على الشريك أن يستخدم هذا الحق بهودة ورفق، فلا يغالى في الإشراف أوفى

طلب الاطلاع على الدفاتر والمستندات حتى لا يتضايق المدير وتعطل أعماله⁽¹⁾.
 وحق الشريك غير المدير فى الاطلاع على دفاتر الشركة ومستنداتها من النظام العام، فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفه.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"يقرر هذا النص الحكم الوارد بالمادة 537/440 من التقنين الحالى، مكملًا بنص المادة 554 فقرة أولى من التقنين البولونى، والمادة 552 من المشروع الفرنسى الإيطالى. وهى تنص على حرمان الشركاء غير المديرين من التدخل فى الإدارة، وإلا لما كانت هناك أية فائدة من تعيين مدير للشركة. على أن لهؤلاء الشركاء حق الاطلاع على دفاتر الشركة ومستنداتها، وهو حق أساسى لهم، ولذلك يقرر النص عدم جواز الاتفاق على خلاف ذلك. والنص الوارد بالمشروع "يطلعوا بأنفسهم على دفاتر الشركة ومستنداتها"، أفضل من نص المادة 537/440 مصرى : "الحق فى طلب معرفة إدارة أشغال الشركة"، لأن للشركاء بمقتضى القواعد العامة الحق فى أن يطلبوا من المديرين تأدية حساب عن وكالتهم، والذى يهمنها تحديده هو أن نقرر لكل الشركاء حق الاطلاع بأنفسهم على دفاتر الشركة ومستنداتها، لأهمية ذلك من حيث مراقبة استغلال أموال الشركة وحالتها المالية"⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "الشريك الذى يدير الشركة شأنه هو شأن الوكيل عليه أن يقدم حساباً مؤيداً بالمستندات عما تناولته الوكالة، وقيام كل شريك بإدارة بعض شئون الشركة لا يحول دون حق كل منهم فى مطالبة الآخر بتقديم حساب عما أداره، وإذن فمتى كان الواقع فى الدعوى هو أن الطاعن والمطعون عليه كانا شريكين فى استئجار أطيان من الغير وكان كل منهما يتولى بعض شئون الإدارة وأقام الطاعن دعوى على المطعون عليه يطلب إلزامه بتقديم حساب مؤيد بالمستندات عن إدارته للأطيان، وكان الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض الدعوى قد أقام قضاءه على ما أورده فى عبارة مجملة ودون بيان سند ما قرره من أن الطاعن كان يؤجر جزءاً من الأطيان المشتركة، وهو أمر إن صح لا يحول قانوناً

(1) محسن شفيق ص 297.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 346.

دون إلزام المطعون عليه بتقديم حساب عما عسى أن يكون قد أدّاه، فإنه يكون قد شابه قصور يبطل له".

(طعن رقم 69 لسنة 19 ق جلسة 1951/6/7)

2- "إذا كان الحكم قد قضى بندب خبير تكون مأموريته الانتقال بصحبة أحد المساهمين إلى المركز الرئيس للشركة وتحرير محضر يثبت فيه إيداع الشركة أو عدم إيداعها صوراً من تقرير مجلس الإدارة في مركز الشركة وتسليمها أو عدم تسليمها صوراً منه للمساهم وتمكينها أو عدم تمكينها إياه من الاطلاع على مستنداتها ودفاتها عن السنة المالية الماضية وتكليف الخبير باصطحاب هذا المساهم يوم انعقاد الجمعية العمومية العادية للمساهمين وتحرير محضر ثبت فيه ما يجرى في هذا الاجتماع وما يدور فيه من مناقشات بين الأعضاء، فإن ما قضى به هذا الحكم لا يعدو أن يكون إجراءً وقتياً عاجلاً اقتضاه قيام النزاع الأصلي بين الطرفين مما يملكه قاضي الأمور المستعجلة".

(طعن رقم 55 لسنة 22 ق جلسة 1954/3/11)

185 - أثر تدخل الشريك الموصى في إدارة الشركة :

في هذا قضت محكمة النقض بأن :

"نص المادة 30 من قانون التجارة يدل على أنه إذ ثبت للمحكمة أن الشريك الموصى قد تدخل في إدارة أعمال الشركة وتغلغل في نشاطها بصفة معتادة وبلغ تدخله حداً من الجسامه كان له أثر على ائتمان الغير له بسبب تلك الأعمال، فإنه يجوز للمحكمة أن تعامله معاملة الشريك المتضامن وتعتبره مسئولاً عن كافة ديون الشركة وتعهدها مسؤولية شخصية وتضامنية قبل الذين تعاملوا معه أو قبل الغير، فإذا أنزلت المحكمة هذا الشريك الموصى منزلة الشريك المتضامن وعاملته معاملته من حيث مسؤوليته تضامنياً عن ديون الشركة، فإن وصف التاجر يصدق على هذا الشريك متى كانت تلك الشركة تزاوّل التجارة على سبيل الاحتراف ويحق للمحكمة عندئذ أن تقضى بشهر إفلاسه تبعاً لإشهار إفلاس تلك الشركة ولا يحول دون ذلك كون هذا الشريك شاغلاً لوظيفة تحظر القوانين واللوائح على شاغلها العمل بالتجارة".

(طعن رقم 83 لسنة 46 ق جلسة 1980/3/10)

مادة (520)

إذا لم يوجد نص خاص على طريقة الإدارة اعتبر كل شريك مفوضاً من

الآخرين فى إدارة الشركة، وكان له أن يباشر أعمال الشركة دون رجوع إلى غيره من الشركاء، على أن يكون لهؤلاء أو لأى منهم حق الاعتراض على أى عمل قبل تمامه، ولأغلبية الشركاء الحق فى رفض هذا الاعتراض.

الشرح

186- حالة عدم وجود نص خاص على طريقة الإدارة :

إذا لم يوجد نص خاص فى عقد الشركة أو فى اتفاق لاحق على تعيين من يقوم بأعمال الإدارة. فإنه يفترض أن الشركاء أعطى بعضهم البعض وكالة تبادلية فى الإدارة ولكل منهم أن يدير الشركة دون حاجة إلى الرجوع إلى غيره من الشركاء، وتكون هذه الأعمال نافذة فى حق الشركة وفى حق الشركاء جميعا مادامت هذه الأعمال تدخل فى نطاق الشركة ويتفق مع موضوعها وغرضها.

وأن تكون من أعمال الإدارة أو أعمال التصرف المتعلقة بإدارة الشركة كبيع المنتجات وقبض أثمانها وشراء المواد اللازمة للإنتاج والوفاء بأثمانها، أما شراء وسائل النقل، فلا تدخل فى التصرفات اللازمة لأعمال الإدارة، وإنما استئجارها هو الذى يدخل فيها، وكذلك بيع الوسائل الموجودة، إذ يلزم لذلك إجماع الشركاء ما لم يوجد نص فى العقد على خلاف ذلك⁽¹⁾.

وكذلك أعمال التجديد أو التغيير لا تعتبر عملا من أعمال الإدارة، ولو كانت مفيدة أو مثمرة للشركة⁽²⁾، على أنه من المقرر أيضا أن الشريك الذى يدير الشركة بناء على وكالة ضمنية - على نحو ما سلف - له فى حالة سكوت العقد، أن يقوم بأعمال التصرف إذا كان ذلك متفقا مع غرض الشركة، لأن هذا التصرف يعتبر فى حكم أعمال الإدارة كأن تكون بعض أموالها مآلها البيع حتما وبناء على ذلك يكون للشريك المدير

(1) المستشار أنور طلبه ص 260.

(2) وكانت الفقرة الثانية من المادة 703 من المشروع التمهيدي المقابلة للمادة (517) تنص على ذلك إذ قضت بأن: "ومع ذلك لا يجوز لأى من الشركاء أن يدخل أى تغيير فيما للشركة من أشياء دون موافقة سائر الشركاء، حتى لو ذهب إلى أن هذا التغيير فى صالح الشركة" - إلا أن لجنة المراجعة حذفت هذه الفقرة "لأنها تفصيلية" (مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 348 وما بعدها).

بدون رضا بقية الشركاء: (أ) أن يقوم بالتغييرات التي يتطلبها موضوع الشركة ذاته (ب) أن يجرى التعديلات التي هي من قبيل أعمال الإدارة الحسنة المقصود بها تسهيل انتفاع الشركة بأموالها.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

تتعرض هذه الحالة لحالة أخيرة فيما يتعلق بإدارة الشركة، وهى حالة عدم وجود نص فى العقد على كيفية الإدارة. ونحن نعرف أن "نية الاشتراك" أى رغبة الشريك فى المساهمة لتحقيق الغرض المشترك هى من عناصر الشركة الأساسية ، ولذلك كانت إدارة الشركة كما هى حق للشريك واجبا عليه (انظر المادة 552 فقرة أولى من التقنين البولونى)، والمبادئ التى يقررها هذا النص ما هى إلا نتائج طبيعية لهذا الالتزام. وتتلخص هذه المبادئ فى قاعدتين:

1- القاعدة الأولى: يفترض أن الشركاء أعطى بعضهم لبعض وكالة تبادلية فى الإدارة، ولكل منهم إذن أن يدير دون حاجة لأخذ رأى الآخرين. على أن هذه الوكالة مقيدة بغرض الشركة وموضوعها، فهى قاصرة على أعمال الإدارة التى يتطلبها نشاط الشركة. ويستطيع الشريك إجراء تصرف ما، إذا كان هذا التصرف يدخل فى نطاق أعمال الشركة ويتفق مع موضوعها وغرضها (انظر م 536/439 مصرى). أما أعمال التصرف التى لا تدخل فى نطاق أغراض الشركة، فهى محرمة عليه كقاعدة عامة، ولا بد فيها من إجماع الشركاء. ويستطيع كل شريك، فى الحدود السابقة، أن يلزم الشركة بأعمال الإدارة التى يقوم بها، على أنه يجوز لكل شريك أن يعترض على العمل قبل إتمامه، ولأغلبية الشركاء حق رفض هذه المعارضة، وذلك لنفس الأسباب التى ذكرناها آنفا عند الكلام على المادة 700 من المشروع. كما يلاحظ أيضا أن المعارضة التى يجوز التغلب عليها بموافقة أغلبية الشركاء هى المعارضة فى عمل من أعمال الإدارة. فإن كانت فى عمل من أعمال التصرف التى لا تدخل فى أغراض الشركة أو تعتبر تعديلا لنظامها، وجب إجماع الشركاء لإمكان رفضها. وأخيرا يترتب على المعارضة ما سبق أن ذكرناه من أن التصرف الذى يتم رغم المعارضة وبدون موافقة الأغلبية، يكون باطلا بالنسبة للشركة، وأيضاً بالنسبة للغير سىء النية الذى يعلم بالمعارضة القائمة.

2- القاعدة الثانية: من المبادئ المقررة أن التجديد أو التغيير لا يعتبر عملا من

أعمال الإدارة، ولذلك يجب على المدير الذى يرغب فى القيام بتجديد أن يحصل على موافقة الشركاء الإجماعية، وذلك حتى لو ادعى أن أعمال التجديد مفيدة ومثمرة للشركة. على أنه من المقرر أيضا أن الشريك الذى يدير بناء على وكالة ضمنية طبقا للقاعدة الأولى له، فى حالة سكوت العقد، أن يقوم بأعمال التصرف إذا كان ذلك متققا مع غرض الشركة، كأن تكون بعض أموالها مآلها البيع حتما، لأن هذا التصرف يعتبر فى حكم أعمال الإدارة. بناء على ذلك يكون للشريك المدير طبقا لهذه المادة، بدون رضا بقية الشركاء:

(أ) أن يقوم بالتغييرات التى يتطلبها موضوع الشركة ذاته (ب) أن يجرى التعديلات التى هى من قبيل أعمال الإدارة الحسنة المقصود بها تسهيل انتفاع الشركة بأموالها⁽¹⁾.

187- حق الاعتراض :

إذا أراد الشريك القيام بعمل من أعمال الإدارة أو من أعمال التصرف الداخلة فى أغراض الشركة، فإنه يجوز لأى شريك الاعتراض على هذا العمل بشرط أن يقدم الاعتراض قبل تمام العمل.

وليس لهذا الاعتراض شكل خاص فيصح أن يكون بخطاب مسجل أو بخطاب عادى أو حتى شفاهة.

وبمجرد تقديم الاعتراض يتعين وقف العمل الذى يقوم به الشريك، ثم يعرض الاعتراض على جميع الشركاء، ويكون من حق الأغلبية رفض الاعتراض، فيكون للشريك الاستمرار فى العمل.

والمقصود بالأغلبية، الأغلبية العددية ما لم يوجد بعقد الشركة نص على خلاف ذلك. أما إذا لم توجد أغلبية من الشركاء ترفض العمل بأن تساوى الجانبان بقى الاعتراض قائما ولم يجز القيام بالعمل. فإذا قام الشريك بالعمل المعارض عليه قبل زوال الاعتراض، بأن لم يعرض الأمر على الشركاء أو عرض ولم يرفض الاعتراض أغلبية منهم فإن العمل يكون باطلا فى حق من تعامل معه الشريك إذا كان سىء النية أى يعلم بالمعارضة القائمة وبعدم زوالها⁽²⁾.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 349 وما بعدها.

(1) السنهورى ص 247 - المستشار أنور العمروسى ص 1133 وما بعدها.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- (أ) - "تفسير محكمة الموضوع لنص في عقد الشركة على أن "الشركاء جميعا متضامنون في العمل "بأنه من شأنه أن يجعل كل واحد من الشركاء مآذونا من شركائه بالإدارة وله إدارة العمل وحده وفقا لنص المادة 438 من القانون المدني - القديم - فيصبح كل منهم مسئولا عن حسن سير الشركة ويحظر على أحد منهم أن يباشر عملا ينجم عنه إضرار بمصالحها عملا بنص المادة 439 من القانون المدني - هو تفسير سائغ".

(ب) - "تفسير محكمة الموضوع لنص في عقد الشركة على أن "يكون أحد الشركاء هو عهدة النقدية" بأنه لا يفيد أنه وحده ينفرد بجميع أعمال الإدارة دون باقي الشركاء بل هو تخصيص أحد أعمال الإدارة وإسناده إليه دون الأعمال الأخرى - هو تفسير يستقيم معه التآدى إلى ما انتهى إليه".

(طعن رقم 193 لسنة 18 ق جلسة 1951/3/29)

2- "إذا كان الثابت من ملخص عقد الشركة أنها شركة تضامن، ولم ينص فيه على تعيين مدير لها، فإن الطعن إذا ما وجه من الطاعنين "الشريكين المتضامين" بصفتها ممثلين لهذه الشركة يكون مقبولا، ذلك أنه إذا لم يعين مدير لشركة التضامن، سواء في عقد تأسيسها أو بمقتضى اتفاق لاحق، كان لكل شريك متضامن حق إدارتها، وتمثيلها أمام القضاء، هذا إلى أن الطعن المرفوع منهما بهذه الصفة يكون موجها من الشركة باعتبارها شركة تضامن لها شخصية مستقلة عن شخصية مديريها، وما دامت الشركة الأصلية والمقصودة بذاتها في الخصومة دون ممثليها، وقد ذكر اسمها المميز لها في التقرير بالطعن، فإن الطعن على هذه الصورة يكون - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - صحيحا ومن ثم فإنه يتعين رفض الدفع".

(طعن رقم 107 لسنة 37 ق جلسة 1971/12/28)

3- آثار الشركة

مادة (521)

1- على الشريك أن يمتنع عن أى نشاط يلحق الضرر بالشركة، أو يكون مخالفا للغرض الذى أنشئت لتحقيقه.

2- وعليه أن يبذل من العناية فى تدبير مصالح الشركة ما يبذله فى تدبير مصالحه الخاصة. إلا إذا كان منتدبا للإدارة بأجر فلا يجوز أن ينزل فى ذلك عن عناية الرجل المعتاد.

الشرح

188- العناية المطلوبة من الشريك :

إذا لم يكن الشريك منتدبا لإدارة الشركة أو كان منتدبا لإدارتها ولكن دون أجر، فإنه يلتزم أن يبذل من العناية فى تدبير مصالح الشركة ما يبذله فى تدبير مصالحه الخاصة إلا إذا كان منتدبا للإدارة بأجر فلا يجوز أن ينزل فى ذلك عن عناية الرجل المعتاد.

فالعناية المطلوبة من الشريك فى تدبير مصالح الشركة هى التى يبذلها فى تدبير مصالحه الخاصة.

ويلتزم بهذه الدرجة من العناية ولو زادت على عناية الرجل المعتاد. فإذا كان الشريك معروفا بالحرص والإتقان فى تدبير مصالحه الخاصة وجب عليه بذل هذه العناية أما إذا كان الشريك منتدبا لإدارة الشركة بأجر، فإنه يلتزم فى تدبير أمور الشركة ببذل العناية التى يبذلها فى تدبير مصالحه الشخصية بشرط ألا ينزل عن عناية الشخص المعتاد. فعليه أن يبذل فى تدبير مصالح الشركة العناية التى يبذلها فى تدبير مصالحه الخاصة إذا كانت هذه العناية تزيد على عناية الشخص المعتاد أو تعادل عناية الشخص المعتاد.

أما إذا كانت عانيته فى تدبير مصالحه تقل عن إدارة الشخص المعتاد، فإنه يلتزم ببذل عناية الشخص المعتاد فى تدبير أمور الشركة.

وواضح أن العناية المطلوبة من الشريك تزيد على العناية المطلوبة من الوكيل العادى فى إدارة شئون موكله، فالوكيل سواء أكان بأجر أو بغير أجر لا تطلب منه عناية تزيد على عناية الرجل المعتاد (م704)⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

2- "أما الفقرة الثانية، فهي تقابل نص المادة 521/428 من التقنين الحالى، وهى تحدد درجة العناية التى يجب أن يبذلها كل شريك فى التزاماته قبل الشركة: عليه أن يبذل من العناية ما يبذله فى مصالحه الخاصة، فإذا أخل بالتزامه هذا وترتب على ذلك ضرر للشركة، كان لها أن تطالبه بالتعويض. على أنه مادام أساس المسؤولية هو الخطأ، فالشريك لا يتحمل مسؤولية ما فى حالة القوة القاهرة"⁽¹⁾.

189- التزام الشريك قبل الشركة :

يلتزم الشريك أن يمتنع عن أى نشاط يلحق الضرر بالشركة أو يكون مخالفا للغرض الذى أنشئت لتحقيقه .

وهذا الالتزام ناتج عن طبيعة عقد الشركة، لأن مساهمة الشركاء فى العمل المشترك تقتضى من الشريك الامتناع عن كل عمل يضر بالشركة.

والشريك الذى لا يمتنع عن أى نشاط يلحق الضرر بالشركة أو يكون مخالفا للغرض الذى أنشئت لتحقيقه، يكون قد نكل عن أن يبذل فى تدبير شئون الشركة العناية التى يبذلها فى تدبير مصالحه الشخصية.

فلا يجوز للشريك أن يقوم لحسابه أو لحساب الغير بأعمال شبيهة بأعمال الشركة، إذا كانت هذه المنافسة تضر بمصالح الشركة إلا إذا كان ذلك بموافقة الشركاء.

وليس له أن يقصر فى عقد صفقة مفيدة للشركة أو يترك مالا يتلف دون إصلاحه أو يهمل فى رقابة المستخدمين أو يضحى بمصلحة الشركة من أجل مصلحته الشخصية كرفض إبرام صفقة بحجة أنها تعود عليه بالضرر أو عقد صفقة لنفسه كان يجب أن يعقدها لحساب الشركة وإلا كان مسئولا عن التعويض وجاز طلب إخراجهم من الشركة عملا بالمادة 531⁽²⁾.

وإذا اعترض الشريك على عمل يريد من يتولى إدارة الشركة القيام به، على التفصيل الذى قدمناه، بسوء نية أو عن تسرع ينطوى على التقصير فأوقف بذلك تنفيذ عمل من أعمال الإدارة يفيد الشركة فائدة ظاهرة فإنه يكون مسئولا عن رعونته وتقصيره إذا نزل فى

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 352.

(1) المستشار أنور طلبه ص 265.

هذا الاعتراض عن قدر العناية المطلوبة منه، وذلك حتى لو رفضت الأغلبية هذا الاعتراض فأمكن إتمام العمل، مادام قد ثبت أن ضررا قد لحق الشركة من جراء التأخر فى إتمامه⁽¹⁾.

ولما كان الشريك المدير يعتبر وكىلا عن باقى الشركاء، فإنه يلتزم بما يلتزم به الوكيل، وبالتالي يكون مسئولا عن تقصيره بحيث إذا ترتب على ذلك ضرر بالشركة رجع عليه باقى الشركاء بالتعويض دون حاجة إلى إعداره قبل رفع الدعوى، لأن مسئوليته متفرعة عن التزامه بتنفيذ الأعمال الموكلة بها تنفيذًا مطابقًا للشروط التى تضمنها عقد الشركة⁽²⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" تطابق الفقرة الأولى المادة 536 من التقنين السويسرى، والمادة 562 من التقنين البولونى، والمادة 540 من المشروع الفرنسى الإيطالى، وهى تقرر التزاما على الشريك بعدم إلحاق ضرر بالشركة، وهو التزام ناتج عن طبيعة عقد الشركة، لأن مساهمة الشركاء فى العمل المشترك تقتضى من الشريك الامتناع عن كل عمل يضر بالشركة، بطريق مباشر أو غير مباشر، سواء أكان ذلك لحسابه أو لحساب الغير. كما لا يجوز للشركاء الاعتراض على أية عملية مفيدة للشركة، لأن مصلحتهم تتأثر بذلك"⁽³⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إن كان المستأنفون قد أقاموا استئنافهم على سند من تعيب الحكم الصادر من محكمة أول درجة ترجيحه طلب المستأنف عليهم حل الشركة وتصفيتها على طلبهم فصل هؤلاء المستأنف عنهم بعد أن توافر فى حقهم مبررات الفصل بمباشرتهم ذات نشاط الشركة الأصلى فى محل مجاور على نحو ما أثبتته الخبر المنتدب من محكمة الاستئناف بما يلحق بالشركة خسارة مع تقاعسهم عن سداد نصيبهم فى القرض الذى حرروا عقده وتم رهن نصف مقومات الشركة المادية والمعنوية ضمانا لسداده على نحو

(2) السنهورى ص 250.

(3) المستشار أنور طلبه ص 265.

(4) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 352.

ينبئ بأن هذه التصرفات منهم تعد سببا مسوغا لحل الشركة وفقا لما تقتضى به المادة 531 من القانون المدنى وإلى أن طلب هؤلاء المستأنف عليهم حل الشركة وتصفيتها كان ناليا لطلب فصلهم خلال امتداد عقد الشركة وقبل انتهاء أجلها وكان لا يقبل أن يستفيد الشريك من عمله الضار بالشركة والشركاء فيها توصلا إلى حلها ثم تصفيتها وكان الثابت من البند الرابع من عقد الشركة الخاص بالمدة والبند الخامس المتعلق برأسمالها وقابليته للزيادة باتفاق الشركاء سواء فى مدة قيامها أو فى أية مدة من المدد التى تجدد فيها الشركة تلقائيا وفى البند الثامن الذى يتضمن اتفاق الشركاء على أن لا تنقضى الشركة فى حالة وفاة أحدهم بل تظل مستمرة بين ورثته بذات شروط العقد، أن إرادة الشركاء قد انعقدت على استمرار الشركة فيما بينهم إلى مدد متتالية ولو مع ورثة أحدهم عند وفاته مع قابلية رأسمالها للزيادة بغرض توسيع نشاطها بما ترى معه المحكمة تحقيقا للاعتبارات السابقة إجابة المستأنفين إلى طلباتهم بفصل المستأنف عليهم - عدا الأخير - من الشركة مع تعيين مصف تكون مهمته تصفية نصيبهم وفقا لقيمته من تاريخ صدور هذا الحكم - باعتباره تاريخا لفصلهم - وذلك لسداده لهم نقدا على أن يراعى أن لا يحتسب ضمنه ما قد يكون قد تم دفعه من مال المستأنفين الخاص وعائده سدادا للقرض الممنوح للشركة".

(طعن رقم 641 لسنة 74 ق جلسة 2005/5/24)



مادة (522)

- 1- إذا أخذ الشريك أو احتجز مبلغا من مال الشركة، لزمته فوائد هذا المبلغ من يوم أخذه أو احتجازه، بغير حاجة إلى مطالبة قضائية أو إعدار، وذلك دون إخلال بما قد يستحق للشركة من تعويض تكميلى عند الاقتضاء.
- 2- وإذا أمد الشريك الشركة من ماله، أو أنفق فى مصلحتها شيئا من المصروفات النافعة عن حسن نية وتبصر وجبت له على الشركة فوائد هذه المبالغ من يوم دفعها.

الشرح

190 - أخذ الشريك أو احتجازه مبلغا من مال الشركة :

أوضحت مذكرة المشروع التمهيدى حكم أخذ الشريك أو احتجازه مبلغا من مال الشركة، بما جاء بها من أنه :

"والواقع أن أموال الشركة مخصصة لخدمة مصالحها. وعلى ذلك إذا استولى الشريك لمصلحته الخاصة على مبالغ من أموال الشركة أو احتجزها، فهو يضر بها ويعتبر مخلا بتعهده، ويلتزم إذن بفوائد هذه المبالغ، وتعويض كل الضرر المترتب على ذلك. والنص لا يقتصر على المبالغ التى تسحب من خزانة الشركة، بل يطبق أيضا على المبالغ المطلوبة للشركة، والتى لم تدخل الخزانة بعد، كما إذا احتجز الشريك مبلغا استوفاه من مدين الشركة، أو أجرة وفاها مستأجر من الشركة أو كان الشريك ذاته مستأجرا واحتفظ بالأجرة الواجبة عليه للشركة. والفوائد تجب بحكم القانون دون حاجة إلى إنذار، حتى لو لم يحصل الشريك على فائدة من تلك المبالغ"⁽¹⁾.

191- رجوع الشريك بما أنفقه :

إذا مد الشريك الشركة من ماله، كما لو وفى ديناً لها أو تعاقد على شراء شىء لازم لها من ماله الخاص، كان له استرداد ما دفعه.

وكذا إذا مد الشركة بشىء من ماله لإنفاقه فى مصالحها، وكان ما أنفقه يعود بالنفع على الشركة، وغير مبالغ فيه، بل كان الإنفاق عن حسن نية وتبصر، فإنه يرجع على

الشركة بما أنفقه، إما باعتباره وكيلًا وإما باعتباره فضوليًا. وفي الحالتين لا يقتصر على الرجوع بالمبالغ التي أنفقتها، بل يرجع أيضا بفوائد هذه المبالغ بالسعر القانوني أو بالسعر الاتفاقي من يوم دفعها. وشأن الشريك في ذلك شأن الوكيل (م710)، وشأن الفضولي (م195)⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"2- أما الفقرة الثانية فهي تقرر حق الشريك الذى صرف مصاريف نافعة لمصلحة الشركة دون غش ولا تقريط فى أن يستولى على فوائد هذه المبالغ. وهذا الحق ناتج من أن الشريك حين عمل لمصلحة الشركة كان وكيلًا، أو فضوليًا، فله الحق فى استرداد ما صرفه وفوائده، وذلك فى حدود المبادئ العامة المقررة فى هذه المسائل"⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "متى كان الشريك قد رفع الدعوى بطلب تصفية الشركة والقضاء له بما يظهر من التصفية وكذلك بطلب الحكم له بدين له فى ذمة الشركاء وفوائده من تاريخ تأسيس الشركة حتى تمام السداد وكان الحكم قد قرر أن هذه الفوائد تتضمنها الأرباح التجارية التى قضى بها لذلك الشريك والتى حققتها الشركة فى فترة معينة ولم يبين الحكم سببا لرفض طلب الفوائد عن المدة التالية لتلك الفترة بما فى ذلك المدة من تاريخ المطالبة الرسمية، فإن الحكم يكون معيبا بالقصور".

(طعن رقم 352 لسنة 23 ق جلسة 1957/12/5)



(1) السنهورى ص 255- المستشار أنور العمروسى 1137 وما بعدها.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 355.

مادة (523)

1- إذا لم تف أموال الشركة بديونها، كان الشركاء مسئولين عن هذه الديون في أموالهم الخاصة، كل منهم بنسبة نصيبه في خسائر الشركة ما لم يوجد اتفاق على نسبة أخرى. ويكون باطلا كل اتفاق يعفى الشريك من المسؤولية عن ديون الشركة.

2- وفي كل حال يكون لدائني الشركة حق مطالبة الشركاء كل بقدر الحصة التي تخصصت له في أرباح الشركة.

الشرح

192- حقوق دائني الشركة على أموال الشركة :

للدائنين الرجوع بحقوقهم على الشركة باعتبارها شخصا معنويا يمثلها مديرها إذ أن أموال الشركة ضامنة لحقوق دائنيها، ولا يزاحم هؤلاء الدائنين الشخصيين الشركاء لأن أموال الشركة غير مملوكة للشركاء وإنما للشركة.

193- مسؤولية الشركاء في أموالهم الخاصة :

إذا لم تف أموال الشركة بديونها، كان الشركاء مسئولين عن هذه الديون في أموالهم الخاصة.

وتكون مسؤولية كل منهم بنسبة نصيبه في خسائر الشركة ما لم يوجد اتفاق على نسبة أخرى.

ولا يجوز لدائني الشركة الرجوع على الشركاء في أموالهم الخاصة قبل التنفيذ على أموال الشركة، وإلا كان للشركاء طلب التجريد.

وإذا رجع دائنو الشركة على الشركاء في أموالهم الخاصة فإنهم يتزاحمون مع باقي دائني هؤلاء الشركاء بعكس الحاصل في رجوعهم على الشركة حيث يختصون وحدهم بهذه الأموال دون مزاحمة من دائني الشركاء لأن أموال الشركة مخصصة لسداد ديونها دون شأن لدائني الشركاء.

194 - حظر إعفاء الشريك من المسؤولية عن ديون الشركة :

لا يجوز أن يتفق الشركاء على إعفاء أحدهم من مسؤوليته في ماله الخاص عن ديون الشركة، ويكون هذا الاتفاق باطلاً، ولا يستطيع الشريك الذى أعفى أن يتمسك بهذا الإعفاء لا قبل دائن الشركة ولا قبل سائر الشركاء.

والبطلان هنا لنفس الأسباب التى سبق ذكرها عند الكلام فى بطلان شرط الأسد. وإنما يجوز أن يتفق الشركاء على أن يكون نصيب شريك منهم فى مسؤوليته عن ديون الشركة فى ماله الخاص أقل أو أكبر من نصيبه فى تحمل خسائر الشركة⁽¹⁾.

195 - حق الدائنين فى مطالبة الشركاء كل بقدر حصته فى أرباحهم :

فى جميع الأحوال يكون لدائنى الشركة حق مطالبة الشركاء كل بقدر الحصة التى تخصصت له فى أرباح الشركة.

وهذا الحكم يطابق القواعد العامة، إذ لا يجوز أن يثرى شخص بلا سبب على حساب الغير.

وعلى ذلك إذا لم يف مال الشركة بالوفاء بحقوق الدائنين، جاز للدائنين الرجوع بالباقى لهم على جميع ما يخص الشريك من أرباح الشركة دون التقيد بنصيب الشريك فى الديون، لأن هذا الجزء من مال الشريك الخاص مسئول عن كل ما بقى من ديون الشركة.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"يطابق هذا النص ما ورد بالمادة 541/444 من التقنين الحالى، والحكم الوارد به هو تطبيق للقواعد العامة، إذ لا يجوز أن يثرى شخص بلا سبب على حساب الغير. وعلى ذلك يجوز دائماً للدائن أن يرجع على الشريك بقدر ما عاد عليه من أرباح الشركة. وينطبق هذا النص على حالة الشريك الذى تعدى سلطته فى الإدارة أو الذى لم تكن له سلطة الإدارة، ولكنه تعاقد باسم الشركة، ففى الحالتين لا يسأل الشركاء إلا إذا كان قد عاد عليهم ربح من عمل هذا الشريك، وبقدر هذا الربح"⁽²⁾.

(1) السنهورى ص 262 وما بعدها.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 358.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "المستفاد من نص المادة 27 من قانون التجارة أنه إذا لم يقدم الشريك الموصى حصته للشركة، كان لها ولدائنها مطالبته بتقديمها فإذا حصلوا على حكم بذلك وجب تسجيله حتى تنتقل ملكية هذه الحصة باعتبارها من أموال الشركة المدينة، وليس في نص المادة المذكورة ما يخول دائنى الشركة حق التنفيذ مباشرة على مال الشريك الموصى ولا على الحصة التى تعهد بتقديمها للشركة قبل أن تنتقل ملكيتها إليها ولا يقدم فى ذلك ما نصت عليه المادة 523 من القانون المدنى من مسئولية الشركاء فى أموالهم الخاصة عن ديون الشركة إذا لم تف أموالها بما عليها من ديون لأن هذا النص العام الذى ورد فى القانون المدنى لا يسرى على الشركاء الموصين الذين أوردت المادة 27 من قانون التجارة حكما خاصا بهم يقضى بأنهم لا يسألون إلا فى حدود الحصص التى قدموها، ولما كان ذلك، وكان الواقع الذى سجله الحكم المطعون فيه أن عقد الشركة لم يسجل وأن ملكية العقار الذى يمثل حصة المطعون ضدها الأولى فى الشركة المذكورة لم تنتقل إلى هذه الشركة، فإنه لا يكون للطاعن حق التنفيذ على هذا العقار وفاء لدينه على الشركة، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر، فإنه لا يكون مخالفا للقانون، ويكون النعى عليه بهذا الوجه على غير أساس".

(طعن رقم 283 لسنة 35 ق جلسة 1969/6/19)

2- "الشريك فى شركة تضامن أو الشريك المتضامن فى شركة توصية يسأل فى أمواله الخاصة عن كافة ديون الشركة، فيكون مدينا متضامنا مع الشركة ولو كان الدين محل المطالبة ثابتا فى ذمة الشركة وحدها والحكم بإشهار إفلاس الشركة يستتبع حتما إفلاسه ويكون حجة عليه ولو لم يكن مختصما فى الدعوى التى صدر فيها ذلك الحكم".

(طعن رقم 3392 لسنة 59 ق جلسة 1996/12/16)



مادة (524)

- 1- لا تضامن بين الشركاء فيما يلزم كلا منهم من ديون الشركة ما لم يتفق على خلاف ذلك.
- 2- غير أنه إذا أعسر أحد الشركاء وزعت حصته في الدين على الباقيين كل بقدر نصيبه في تحمل الخسارة.

الشرح

196 - لا تضامن بين الشركاء في ديون الشركة :

الأصل أن الشركاء لا يسألون بالتضامن عن ديون الشركة، إلا إذا اتفقوا على غير ذلك. فعندئذ يستطيع الدائن أن يرجع على أى من الشركاء بكل الدين ويرجع من يؤديه منهم على سائر الشركاء كل بقدر حصته طبقا لقواعد التضامن. أما إذا أعسر أحد الشركاء وزعت حصته في الدين على الباقيين كل بقدر نصيبه في الخسارة وعلى ذلك تقع تبعة إعساره على باقى الشركاء وليس على الدائنين. غير أن الدين الذى تعقده الشركة قد يكون غير قابل للانقسام، فيسأل عنه الشركاء بالتضامن طبقا للقواعد العامة.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

" كذلك يتقرر التضامن بناء على شرط خاص فى العقد. وقد يكون الشرط فى عقد الشركة ذاته لرغبة الشركاء فى بث روح الثقة بالشركة، كما يكون أيضا فى العقد القائم بين الشركة والغير .

ويجب ألا ننسى أن الدين الذى تعقده الشركة قد يكون غير قابل للانقسام، يسأل عنه الشركاء بالتضامن طبقا للقواعد العامة"⁽¹⁾.

غير أنه يستثنى من هذا الأصل أن تتخذ الشركة المدنية شكل الشركة التجارية - التى يقرر القانون التجارى التضامن فيها - فإن الشركاء يسألون بالتضامن حتى لا يضار الغير الذى اعتمد على الشكل التجارى.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 361.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"1- لا يسأل الشركاء بالتضامن عن ديون الشركة. هذا هو المبدأ العام الذى تقرره الفقرة الأولى، ولكن ترد عليه الاستثناءات الآتية:

(أ) - فى الشركات التجارية التى يقرر التقنين التجارى التضامن فيها، ويكون ذلك فى شركات التضامن وشركات التوصية. أما فى الشركات المدنية فالقاعدة ألا تضامن بين الشركاء، إلا إذا كانت الشركة المدنية قد اتخذت شكلا تجاريا فإن الشركاء يسألون بالتضامن حتى لا يضرار الغير الذى اعتمد على الشكل التجارى⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إذا كان الطاعن باعتباره شريكا فى شركة التضامن يسأل فى أمواله الخاصة عن كافة ديونها بالتضامن مع بقية الشركاء عملا بالمادة 22 من قانون التجارة، فإنه بموجب عقد فتح الاعتماد الرسمى المضمون برهن عقارى - والمبرم بين الشركة المطعون عليها باعتبارها مرتبهة وبين الطاعن بصفته الشخصية باعتباره كفيلا متضامنا وراهناء، وبين شركة التضامن سائلة الذكر - والمنفذ بمقتضاه إنما يجمع بين صفة المدين باعتبارها شريكا متضامنا فى شركة التضامن الممثلة فى العقد، وبين صفة الكفيل المتضامن باعتباره راهناء حتى ولو كان الدين محل التنفيذ ثابتا فى ذمة شركة التضامن وحدها".

(طعن رقم 257 لسنة 36 ق جلسة 1971/1/19)

2- "الشريك المتضامن يسأل فى أمواله الخاصة عن كافة ديون الشركة فيكون مدينا متضامنا مع الشركة ولو كان الدين محل المطالبة ثابتا فى ذمة الشركة وحدها، ومن ثم يكون للدائن مطالبته على حده بكل الدين".

(طعن رقم 182 لسنة 41 ق جلسة 1981/11/16)

3- "الشريك المتضامن يسأل فى أمواله الخاصة عن ديون الشركة فيكون مدينا متضامنا معها ويكون للدائن حق مطالبته على حده بكل الدين ولا إلزام على الدائن بالرجوع بالدين أولا على الشركة قبل الرجوع على الشريك المتضامن".

(طعن رقم 1442 لسنة 47 ق جلسة 1984/1/8)

4- "تمسك الطاعنون أمام محكمة الاستئناف بانتفاء مسئوليتهم كشركاء متضامنين عن دين النزاع ومسئولية الشريك المتضامن الذى وقع على الكمبيالات سند المديونية بصفته الشخصية قبل قيام الشركة واكتسابها الشخصية الاعتبارية. إعراض الحكم المطعون فيه عن هذا الدفاع والقضاء بالزامهم بأداء المبلغ المحكوم به استنادا إلى أن شركتهم فرع من شركة أخرى يمثلها هذا الشريك دون أن يفصح كيف استخلص قيام العلاقة بين الشركتين والمصدر الذى استقى منه قضاءه ودون مواجهة دفاع الطاعنين بعدم وجود الشركة الأم وقت نشوء الدين. قصور".

(طعان رقما 1192، 1193 لسنة 53 ق جلسة 12/12/1988)



مادة (525)

إذا كان لأحد الشركاء دائنون شخصيون، فليس لهم أثناء قيام الشركة أن يتقاضوا حقوقهم مما يخص ذلك الشريك فى رأس المال، وإنما لهم أن يتقاضوها مما يخصه فى الأرباح، أما بعد تصفية الشركة فيكون لهم أن يتقاضوا حقوقهم من نصيب مدينهم فى أموال الشركة بعد استئزال ديونها، ومع ذلك يجوز لهم قبل التصفية توقيع الحجز التحفظى على نصيب هذا المدين.

الشرح

197- عدم رجوع الدائنين بحقوقهم على ما يخص الشريك فى رأس المال :

إذا قامت الشركة باستيفاء الوضع القانونى الصحيح كانت لها شخصية معنوية مستقلة عن الشركاء وذمة منفصلة عن ذممهم، وحقوق الشريك قبل الشركة وإن كانت تدخل فى ذمته إلا أنها مندمجة فى الشركة، ومن ثم لا يجوز للدائن الشخصى للشريك أن ينفذ على مال الشركة ولو بقدر حصة هذا الشريك فى رأس المال. إنما يحق لهؤلاء الدائنين تقاضى حقوقهم من حصة الشريك فى الأرباح أو مما له من حقوق أخرى قبل الشركة.

كما أن لهم استعمال حقوق مدينهم الشريك قبل الشركة بطريق الدعوى غير المباشرة.

وإذا صفت الشركة فيكون للدائن الشخصى للشريك استيفاء حقه من نصيب الشريك المدين فى أموال الشركة بعد استئزال ديونها، لأنه بعد تصفية الشركة يصبح رأسمالها شائعاً بين الشركاء، وللشريك المدين حصة شائعة فى هذا المال الشائع. غير أنه يجوز للدائن قبل تصفية الشركة وسداد ديونها أن يتخذ الإجراءات التحفظية بالنسبة إلى حصة الشريك المدين فيوقع حجزاً تحفظياً تحت يد المصطفى.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"إذا قامت الشركة باستيفاء الوضع القانونى الصحيح كانت لها شخصية معنوية مستقلة عن الشركاء وذمة منفصلة عن ذممهم، وأموال الشركة تعتبر ضماناً عاماً لدائنيها وحدهم، كما أن ذمة الشريك هى الضمان العام لدائنيه الشخصيين. وحقوق الشريك قبل

الشركة، وإن كانت تدخل فى ذمته، إلا أنها مندمجة فى الشركة، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز لدائنى الشريك أثناء قيام الشركة، أن يزاحموا دائئيتها فإذا ما انحلت الشركة، وتمت التصفية جاز لدائنى الشريك التنفيذ على حصته.

على أنه يجوز لدائنى الشريك أثناء قيام الشركة :

- (1) أن ينفذوا بديونهم على حصته من الأرباح.
- (2) أن يتخذوا الإجراءات التحفظية سواء فيما يتعلق بنصيبه فى الأرباح أو حصته فى الشركة⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "متى كانت الشركة التى يمثلها الطاعن هى شركة تضامن تجارية فإنه يكون لها شخصية معنوية مستقلة عن أشخاص الشركاء فيها ومن مقتضى هذه الشخصية أن يكون للشركة وجود مستقل عن الشركاء وأن تكون أموالها مستقلة عن أموالهم وتعتبر ضمانا عاما لدائئيتها وحدهم كما تخرج حصة الشريك فى الشركة عن ملكه وتصبح مملوكة للشركة ولا يكون له بعد ذلك إلا مجرد حق فى نسبة معينة من الأرباح أو نصيب فى رأس المال عند قسمة الشركة ونصيبه هذا يعتبر دينا فى ذمة الشركة ويجوز لدائئيه أن يحجزوا على حصته فى الربح تحت يد الشركة ولكن لا يجوز لهم أن يحجزوا على منقول أو عقار من أموال الشركة حتى ولو كان مدينهم هو الذى قدمه إليها بصفة حصة، كما أن لهم التنفيذ على أموال مدينهم الشخصية أو إشهار إفلاسه وفى هذه الحالة الأخيرة يكون لهم الحق فى طلب اعتبار الشركة منقضية وتصفيتها والتنفيذ على ما يؤول إلى مدينهم من نصيب بعد التصفية. وإذن فمتى كان المطعون عليه الثانى قد تنازل عن حصته فى الشركة إلى زوجته وكان الحكم المطعون فيه قد اعتبر هذا التنازل باطلا فى حق دائئيه فإنه لا أثر لهذا البطلان على الشركة وكل ما له من أثر بالنسبة للدائنين إنما هو اعتبار أن المدين ما زال شريكا فيها ويكون الحكم إذ قضى ببطلان الشركة تأسيسا على بطلان التنازل وإذ قضى بصحة الحجز الموقع من أحد الدائنين على أموال الشركة قولاً منه بأن ما حجز يقل عن نصيب المدين فيها، إذ قضى بذلك يكون قد أخطأ فى

تطبيق القانون مما يستوجب نقضه".

(طعن رقم 181 لسنة 20 ق جلسة 1952/4/24)

2- "لما كان الثابت فى الأوراق أن الطاعن تمسك أمام محكمة الموضوع بأن المنشأة الفردية التى تحمل اسمه لم تقم بأية أعمال حفر بشارع.... وأن شركة... هى التى نفذت تلك الأعمال (أعمال الحفر موضوع النزاع) تنفيذاً للعقد المبرم بينها وإدارة المشروعات بالقوات المسلحة فى... وقدم تأييداً لدفاعه هذا صورة ضوئية من العقد الأخير وأخرى من كتاب تلك الإدارة إلى مكتب تأمينات المقاولات بالقاهرة فى..... وصورتين ضوئيتين من بطاقته الضريبية وسجله التجارى للتدليل على أنه صاحب منشأة فردية تحمل اسمه مغايرة لشركة... التى قامت بالأعمال سالفه الذكر. وإذ كان البين من الحكم المطعون فيه أنه لم يفتن لدلالة هذه المستندات وما قد تؤدى إليه من استقلال شخصية الشركة الأخيرة - حتى ولو كان الطاعن أحد الشركاء فيها - عن منشأته الفردية، ومن ثم لم يواجه دفاعه بما يقتضيه ولم يقسطه حقه من التمهيص، فإنه يكون مشوباً بقصور يبطله".

(طعن رقم 5578 لسنة 63 ق جلسة 2001/4/17)



4- طرق انقضاء الشركة

مادة (526)

- 1- تنتهى الشركة بانقضاء الميعاد المعين لها، أو بانتهاء العمل الذى قامت من أجله.
- 2- فإذا انقضت المدة المعينة أو انتهى العمل ثم استمر الشركاء يقومون بعمل من نوع الأعمال التى تألفت لها الشركة، امتد العقد سنة فسنة بالشروط ذاتها.
- 3- ويجوز لدائن أحد الشركاء أن يعترض على هذا الامتداد ويترتب على اعتراضه وقف أثره فى حقه.

الشرح

198- انتهاء الشركة بانقضاء الميعاد المعين لها :

إذا انقضى الميعاد المعين للشركة فى عقدها، انقضت الشركة حتما بقوة القانون، حتى إذا لم ينته العمل الذى انعقدت لأجله، حتى لو كان هذا ضد رغبة الشركاء، وما عليهم إذا أرادوا الاستمرار إلا أن يتفقوا على إنشاء شركة جديدة.

على أنه يجوز أن تستمر الشركة حتى تنتهى الأعمال التى انعقدت من أجلها إذا لم يكن الأجل مطلقاً، كما إذا تبين من الظروف أن تحديده كان بوجه التقريب على اعتبار أن العمل الذى أنشئت الشركة من أجله لا يستغرق وقتاً أطول، أى إذا ثبت أن ذلك هو قصد المتعاقدين، وأن النص على ميعاد لانقضاء الشركة لم يذكر إلا بصفة تبعية⁽¹⁾.

ومع ذلك يجوز للشركاء الاتفاق على استمرار الشركة بمد أجلها لمدة أخرى. وفى هذه الحالة لا تنقضى الشركة، ولكن يشترط لذلك أن يقع الاتفاق على مد أجل الشركة قبل انتهاء مدتها المنصوص عليها فى عقدها التأسيسى، وأن يصدر هذا الاتفاق عن جميع الشركاء، أو عن أغليبيتهم المنصوص عليها فى عقد الشركة. وذلك لأن مد أجل الشركة يعتبر بمثابة تعديل لأحد بنود العقد، وهذا التعديل لا يجوز إلا بإجماع

(1) محمد كامل مرسى ص 628 وما بعدها.

العاقدين، أو بموافقة الأغلبية فى حالة النص على ذلك فى العقد ذاته. أما إذا كان الاتفاق على مد أجل الشركة قد تم بعد انقضاء المدة التى حددها عقدها التأسيسى، فى هذه الحالة نكون بصدد شركة جديدة تألفت على أنقاض الشركة القديمة التى انقضت بحلول الميعاد المعين لها. ويتعين فى هذه الحالة اتباع إجراءات التأسيس التى نص عليها القانون بالنسبة للشركة الجديدة⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"تتقضى الشركة بانتهاء الأجل المحدد لها، لأن العقد شريعة المتعاقدين ومادام الميعاد المحدد فى عقد الشركة لبقائها قد انقضى فإن الشركة تنتهى بقوة القانون حتى لو كان هذا ضد رغبة الشركاء، وما عليهم، إذا أرادوا الاستمرار فى المشروع، إلا أن يتفقوا على إنشاء شركة جديدة. على أنه يجوز أن تستمر الشركة فى أعمالها بعد انتهاء الأجل المتفق عليه.

(أ) إذا لم يكن الأجل مطلقاً، كما إذا تبين من الظروف أن تحديده كان بوجه التقريب على اعتبار أن العمل الذى أنشئت الشركة من أجله لا يستغرق وقتاً أطول، لأن الاتفاق يجب تفسيره وفقاً لنية المتعاقدين.

(ب) وكذلك إذا اتفق الشركاء قبل انتهاء المدة على مد أجلها إلى وقت آخر. ويلزم لذلك إجماع الشركاء جميعاً، أو على الأقل موافقة الأغلبية المشتركة صراحة بالعقد. وكما يجوز للشركاء مد أجل الشركة قبل حلوله، كذلك يجوز لهم تقصيره فيتفقون على حل الشركة قبل انقضاء أجلها. كما تتحل الشركة قبل حلول أجلها إذا اجتمعت كل الحصص فى يد شخص واحد"⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "أنه وفقاً للمادة 445 من القانون القديم تنتهى الشركة بانقضاء الميعاد المحدد لها بقوة القانون، فإذا أراد الشركاء استمرار الشركة وجب أن يكون الاتفاق على ذلك قبل انتهاء الميعاد المعين فى العقد أما إذا كانت المدة قد انتهت دون تجديد، فلا سبيل إلى

(1) على البارودى ومحمد فريد العرينى ص 328 وما بعدها - المستشار أنور العمروسى ص 1147.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 367.

الاستمرار فى عمل الشركة القديمة إلا بتأسيس شركة جديدة".

(طعن رقم 192 لسنة 22 ق جلسة 1955/5/19)

2- "انتهاء الشركة بقوة القانون بانقضاء الميعاد المحدد لها بغير مد. فصل

الشريك. عدم جواز وقوعه بعد انتهائها بقوة القانون".

(طعن رقم 64 لسنة 68 ق جلسة 1999/5/31)

199- انتهاء العمل الذى انعقدت الشركة لأجله :

إذا تألفت الشركة لعمل معين كبيع محصول أو إقامة بناء أو حفر قناة وتم العمل وجب حلها. ولا يحول دون انقضاء الشركة فى هذا الفرض أن مدتها المعينة فى العقد التأسيسى لما تنته، إذ متى انتهى عمل الشركة أصبحت غير ذات موضوع ولا معنى للانتظار إلى حين حلول الأجل لحلها⁽¹⁾.

200- استمرار الشركاء فى ذات النشاط :

إذا انقضت المدة المعينة للشركة أو انتهى العمل الذى أنشئت من أجله، ثم استمر الشركاء يقومون بعمل من نوع الأعمال التى تألفت لها الشركة امتد العقد سنة فسنة بالشروط ذاتها.

وطالما حصل امتداد العقد بعد انقضاء الأجل المعين أو بعد انتهاء العمل أو إذا كان الامتداد مقرونا بشروط وتعديلات ذات أهمية تدل على إنشاء شركة جديدة، اعتبر الامتداد شركة جديدة ويجب فى هذه الحالة تصفية الشركة القديمة⁽²⁾.

فالنص فى الواقع يشير إلى حالة تجديد الشركة وإن عبر عنه بلفظ الامتداد، والفرق بينهما أن الامتداد يكون باتفاق الأطراف - قبل انقضاء الشركة - على مد أجلها. أما إذا حل هذا الأجل فلا سبيل إلى الإبقاء على مشروعهم إلا بتكوين شركة جديدة بإجراءات جديدة وبالمدة التى يرونها. وقد أجاز المشرع اتفاقهم ضمنا على هذا التكوين واستخلصه من استمرارهم فى نشاطهم، فأعفاه من إجراءات التكوين، وحدد له مدة معينة هى سنة

(1) محسن شفيق ص 733- على العريف ص 221.

(2) محمد كامل مرسى ص 630 وما بعدها - السنهورى ص 272 وما بعدها - على جمال الدين

عوض ص 439.

تمتد سنة فسنة طالما هم يقومون بنشاط للشركة⁽¹⁾، وتستمر الشركة بذات شروطها القديمة.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "مؤدى نص المادة 1/526، 2 من القانون المدنى أن شركات الأشخاص تنتهى بانقضاء الميعاد المعين لها بقوة القانون وأنه إذا أراد الشركاء استمرار الشركة وجب أن يكون الاتفاق على ذلك قبل انتهاء الميعاد المعين فى العقد، أما إذا كانت المدة قد انتهت دون تجديد واستمر الشركاء يقومون بالأعمال التى تألفت لها الشركة قامت شركة جديدة وامتد العقد سنة فسنة وبالشروط ذاتها".

(طعن رقم 1190 لسنة 48 ق جلسة 1981/5/25)

2- "مؤدى نص المادة 1/526، 2 من القانون المدنى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن شركات الأشخاص تنتهى بانقضاء الميعاد المحدد لها بقوة القانون، وأنه إذا أراد الشركاء استمرار الشركة وجب أن يكون الاتفاق على ذلك قبل انتهاء الميعاد المحدد فى العقد، أما إذا كانت المدة قد انتهت دون تجديد فلا سبيل إلى الاستمرار فى عمل الشركة القديمة إلا بتأسيس شركة جديدة، وأن الاتفاق على امتداد الشركة بعد انتهاء المدة المحددة لها فى العقد هو فى حقيقته إنشاء لشركة جديدة، لا يغير من ذلك أن يكون قد نص فى عقد الشركة على أن الغرض منها هو الاستمرار فى الشركة السابقة".

(طعن رقم 409 لسنة 36 ق جلسة 1971/5/18)

3- "مفاد نص المادة 526 من القانون المدنى أن امتداد عقد الشركة المحددة المدة قد يكون صراحة إذا ثبت اتفاق الشركاء على مد أجلها قبل انقضائها، كما يكون ضمناً إذا استمر الشركاء بعد انقضاء المدة المحددة يقومون بأعمال من نوع الأعمال التى تألفت لها الشركة. وإذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى القول باستمرار الشركة أخذاً بالأسباب السائغة التى استند إليها الحكم الابتدائى - عدم تقديم الطاعن وهو الملتزم فى العقد بدفع ما يخص المطعون عليها فى رأس المال بعد إضافة الأرباح أو خصم الخسارة عند انتهاء مدته ما يدل على تصفية الشركة- والتى تكفى لمواجهة دفاع الطاعن، فإن النعى عليه بمسح عبارة العقد أو القصور فى التسبيب يكون على غير أساس".

(طعن رقم 149 لسنة 37 ق جلسة 1972/3/30)

4- "النص فى المادة 526 من القانون المدنى على أن "تنتهى الشركة بانقضاء الميعاد المعين لها أو بانتهاء العمل الذى قامت من أجله، فإذا انقضت المدة المعينة أو انتهى العمل ثم استمر الشركاء يقومون بعمل من نوع الأعمال التى تألفت لها الشركة امتد العقد سنة فسنة بالشروط ذاتها "والنص فى المادة 531 منه على أنه "يجوز لكل شريك أن يطلب من القضاء الحكم بفصل أى من الشركاء يكون وجوده فى الشركة قد أثار اعتراضا على مد أجلها أو تكون تصرفاته مما يمكن اعتباره سببا مسوغا لحل الشركة على أن تظل الشركة قائمة بين الباقيين "يدل على أن الشركة تنتهى بقوة القانون بانقضاء الميعاد المعين إلا إذا امتدت بإرادة الشركاء الضمنية أو الصريحة، وأن فصل الشريك من الشركة لا يكون إلا حال قيامها ولأسباب تبرره ولا يقع بعد انتهائها بانقضاء الميعاد المعين لها بغيره، يؤكد هذا النظر أن المشرع نص على قيامها فى الحالة الأولى فيما بين الباقيين من الشركاء".

(طعن رقم 1282 لسنة 49 ق جلسة 1981/5/18)

5- "لما كان الحكم المطعون فيه قد قصر قضاءه على إنهاء عقد الشركة المؤرخ 1985/12/13 دون تحديد تاريخا لهذا الانتهاء فى حين أنه قد تكونت شركة جديدة اعتبارا من 1996/1/1 تاريخ انتهاء مدة العقد باستمرار الشركاء فى مباشرة نشاطها سنة فسنة حتى أبدى المطعون ضدهم بإنذارهم المسلم إلى الطاعن بتاريخ 1998/8/6 رغبتهم فى عدم تجديدها والذى يتعين أن يبدأ نفاذه اعتبارا من تاريخ 1999/1/1 ومنه تنقضى الشركة وتدخل فى دور التصفية وتنتهى سلطة مديرها ويتولى المصطفى الذى يتم تعيينه اتفاقا أو قضاء أعمال التصفية وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وخلا قضاؤه من تحديد لتاريخ انتهاء عقد الشركة الذى تبدأ منه آثار الانقضاء التى يربتها القانون فإنه يكون معيبا".

(طعن رقم 2532 لسنة 69 ق جلسة 2001/5/15)

6- "وتتقاضى شركات الأشخاص بقوة القانون بانقضاء الميعاد المعين لها، ومؤدى استمرار الشركاء فى القيام بأعمال الشركة رغم انتهاء مدتها دون تجديد قيام شركة جديدة بذات الشروط".

(طعن رقم 2532 لسنة 69 ق جلسة 2001/5/15)

7- "لما كانت الشركة بين الطاعنة والمطعون ضده بموجب العقد المبرم بينهما فى 1978/11/26 هى شركة تضامن وهى من الشركات المبينة بنص المادة 19 من قانون التجارة الصادر فى 1883/11/13 وقد نصت الفقرة الأخيرة من نص هذه المادة على أن (تتبع فى هذه الشركات الأصول العمومية المبينة فى القانون المدنى) وقد نصت المادة 2/526 من هذا القانون والواردة فى شأن عقد الشركة على أن (فإذا انقضت المدة المعينة أو انتهى العمل ثم استمر الشركاء يقومون بعمل من نوع الأعمال التى تألفت لها الشركة امتد العقد سنة فسنة بالشروط ذاتها)، وكان البند سابعاً من عقد الشركة المؤرخ 1978/11/26 بين طرفى العقد ينص على أن (مدة الشركة عشرين سنة تتجدد من تلقاء نفسها إذا لم يبد أحد الطرفين رغبته فى عدم المد قبل انتهاء المدة بستة أشهر على الأقل). ومفاد هذا البند أنه وإن تضمن العقد شرطاً للتجديد الضمنى إلا أنه لم ينص فيه صراحة على تحديد المدة التى يتجدد إليها العقد، وعليه فإن عدم طلب إنهاء عقد الشركة من أحد طرفيه فى الميعاد المحدد وهو قبل سنة أشهر على الأقل من انتهائه يترتب عليه تجديد العقد لمدة أخرى وهى سنة واحدة وبظل يتجدد سنة فسنة ما لم يطلب أحد طرفيه انتهائه فى الميعاد المتفق عليه بالعقد. ولما كان الحكم المطعون فيه قد أيد قضاء الحكم الابتدائى بإنهاء عقد الشركة على سند من أن عقد الشركة قد تجدد ضمناً سنة بعد سنة عملاً بنص المادة 2/526 مدنى وأن المطعون ضده أقام دعواه بالإنهاء قبل نهاية مدة العقد بخمسة عشر يوماً فإنه يكون قد صادف صحيح القانون فى شأن ما أورده من تجديد العقد لمدة سنة فسنة بعد انتهاء مدته الأصلية، إلا أنه قد أخطأ إذ لم يلتزم بالميعاد المحدد فى العقد لأحقية الشريك فى طلب إنهاء الشركة إذ قرر بأنها خمسة عشر يوماً، ولم تضمن الطاعنة نعيها عليه فى هذا فضلاً عن أنه أمر لا يتعلق بالنظام العام، أما بشأن مخالفة الحكم لحجية حكم سابق فإنه لما كان الحكم الصادر فى الدعوى رقم..... لسنة..... مدنى كلى الأقصر المؤيد بالاستئناف رقم..... لسنة..... ق الأقصر - والذى تمسكت الطاعنة بحجبيته - قد أقام قضاءه برفض طلب المطعون ضده بإنهاء عقد الشركة على سند من أن الدعوى لم ترفع فى الميعاد المحدد بعقد الشركة وهو

قبل ستة أشهر من انقضاء مدتها، ومن ثم فلا حجية له إذا ما رفعت الدعوى بالإلغاء مرة أخرى في الميعاد المتفق عليه بالعقد".

(طعن رقم 5955 لسنة 72 ق جلسة 2004/4/22)

201 - اعتراض دائنى أحد الشركاء على الامتداد أو التجديد :

سواء امتد عقد الشركة أو تجدد بالتفصيل السابق فإنه يجوز لدائن أحد الشركاء أن يعترض على الامتداد أو التجديد ويترتب على اعتراضه وقف أثره فى حقه. ويحدث ذلك إذا وجد دائن الشريك فى أمواله الخاصة وفاء بحقه فيعترض على الامتداد أو التجديد ويطلب تصفية نصيب مدينه فى الشركة حتى يتمكن من التنفيذ عليه. فيقف أثر الامتداد أو التجديد فى حق دائن الشريك، بل إن الامتداد أو التجديد لا يتم فى هذه الحالة بين باقى الشركاء إلا باتفاق جديد يصدر منهم⁽¹⁾. وليس للاعتراض شكل خاص فقد يكون بإنداز على يد محضر أو بكتاب مسجل أو غير مسجل أو شفاهة. ويتحمل الدائن عبء الإثبات، وليس له ميعاد معين فيجوز فى أى وقت بعد انتهاء ميعاد الشركة عندما يكون الميعاد مطلقا وإلا فبعد إتمام العمل⁽²⁾.



(1) السنهورى ص 273.

(2) المستشار أنور طلبه ص 283.

مادة (527)

- 1- تنتهى الشركة بهلاك جميع مالها أو جزء كبير منه بحيث لا تبقى فائدة فى استمرارها.
- 2- وإذا كان أحد الشركاء قد تعهد بأن يقدم حصته شيئا معيناً بالذات وهلك هذا الشيء قبل تقديمه، أصبحت الشركة منحلة فى حق جميع الشركاء.

الشرح

202 - انتهاء الشركة بهلاك مالها :

تنتهى الشركة بهلاك جميع مالها أو جزء كبير منه بحيث لا تبقى فائدة فى استمرارها.

وتقدير ما إذا كان الجزء الباقي من أموالها بعد الهلاك كافياً لتحقيق غرضها مسألة موضوعية تقدرها المحكمة. وهلاك مال الشركة يكون مادياً كما إذا نشبت النار فى المصنع الذى تستغله الشركة فأتلفت كلة أو أتلفت معظمه أو إذا غرقت بواخر الشركة أو إذا طغى الفيضان على أراضيها فأصبحت غير صالحة للزراعة، أو إذا كانت تستثمر منجماً ثم فرغت مادته.

وقد يكون الهلاك معنوياً كما لو أن كانت الشركة تباشر نشاطها بمقتضى التزام منح لها ثم سحب منها هذا الالتزام فإن ذلك يعد فى حكم الهلاك المعنوى لأموال الشركة. ولكن إذا كانت الشركة قائمة بنشاط سابق على منحها الامتياز من قبل الحكومة فإن سحب الامتياز أو انتهاءه لا يؤدى إلى انقضاء الشركة، بل إنها تظل قائمة لتحقيق النشاط الذى تمارسه أصلاً قبل تكليفها بإدارة المرفق.

وإذا كانت الشركة قد أمنت على أموالها وكان مبلغ التأمين أو مقابله كافياً بحيث يسمح ببناء الشركة من جديد ويوفر لها الأموال اللازمة لتحقيق هدفها فإن الشركة لا تنتقضى⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

(1) محسن شفيق ص 733 - ثروت عبد الرحيم ص 284 وما بعدها.

"كذلك تنتهى الشركة بهلاك مالها، سواء أكان الهلاك ماديا أو معنويا كما إذا استحال على الشركة استعمال أموالها الاستعمال المقصود من وضعها فى الشركة بسبب سحب الامتياز الممنوح لها مثلا. والشرط الأساسى هو أن الهلاك يترتب عليه استحالة استمرار الشركة فى عملها، وعلى ذلك إذا هلكت مبانى الشركة بسبب الحريق مثلا، فإن ذلك لا ينهى عقد الشركة إذا كان هناك مبلغ تأمين يسمح بإعادة بنائها من جديد. وهلاك بعض أموال الشركة كهلاكها كلها، بشرط أن يكون الجزء الباقي غير كاف للقيام بعمل نافع من الأعمال التى تدخل فى أغراض الشركة. وليس هناك حد ثابت للهلاك الجزئى إذا وصل إليه يجب حل الشركة، بل المسألة تقديرية متروكة للقاضى، وإن كان الغالب أن ينص فى عقد الشركة على نسبة معينة كالثلث أو الربع يجب عندها الحل"⁽¹⁾.

203 - انقضاء الشركة بهلاك حصة الشريك قبل تقديمها :

إذا تعهد أحد الشركاء بأن يقدم حصته شيئا معينا بالذات كعقار أو سفينة أو سيارة وهلك قبل انتقال ملكيته إلى ذمة الشركة فإنها تتحل حتى لو كانت الحصص الباقية كافية لقيام الشركة بأعمالها، لأن الشريك يتعذر عليه فى هذه الحالة القيام بالتزامه بتقديم حصته التى يساهم بها فى رأس المال.

ونص المادة صريح فى أنه خاص بالحالة التى تكون فيها الحصة شيئا معينا بالذات، فلا يسرى حكمه على الحصة التى تتكون من أموال مثلية لأن هذه لا تهلك، وتحل وحداتها محل بعضها فى الوفاء.

أما إذا كان الهلاك بعد تقديم الحصة للشركة فتتحمله الشركة ويظل هو شريكا وتبقى الشركة، ما لم يكن الباقي من الحصص غير كاف لأعمالها فتتحل⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إنه وإن كان استغلال شركة الملاحات المصرية لملاحة المكس موقوتا بمدة التكليف الصادر لها بإدارتها إلا أن انتهاء هذا التكليف لا ينبئ عليه انقضاء الشركة وزوال شخصيتها بل تظل قائمة لتحقيق النشاط الذى كانت تمارسه أصلا قبل تكليفها بإدارة الملاحة وهو يستتبع بقاء علاقتها بمستخدميها وعمالها واستمرارها، وإن جددت

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 367.

(2) على جمال الدين عوض ص 440 - فريد مشرقى ص 122.

الشركة عقد المطعون عليه بعد انتهاء مدته فإنه يتجدد لمدة غير محددة وفقا لأحكام المادة 1/35 من قانون عقد العمل الفردى".

(طعن رقم 314 لسنة 29 ق جلسة 1964/1/29)

2- "مؤدى نص المادة 523 من القانون المدنى أنه إذا انقضت الشركة بتحقيق أى سبب من أسباب انقضائها- ومنها ما نصت عليه المادة 527 مدنى من هلاك أموالها - فإنها تدخل فى دور التصفية حتى تنتهى سلطة المديرين فيها ويتولى المصطفى أعمال التصفية.. الخ".

(طعن رقم 41 لسنة 45 ق جلسة 1979/3/31)



مادة (528)

- 1- تنتهى الشركة بموت أحد الشركاء أو بالحجر عليه أو بإعساره أو بإفلاسه.
- 2- ومع ذلك يجوز الاتفاق على أنه إذا مات أحد الشركاء تستمر الشركة مع ورثته، ولو كانوا قسرا.
- 3- ويجوز أيضا الاتفاق على أنه إذا مات أحد الشركاء أو حجر عليه أو أعسر أو أفلس أو انسحب وفقا لأحكام المادة التالية، تستمر الشركة فيما بين الباقين من الشركاء، وفي هذه الحالة لا يكون لهذا الشريك أو ورثته إلا نصيبه فى أموال الشركة، ويقدر هذا النصيب بحسب قيمته يوم وقوع الحادث الذى أدى إلى خروجه من الشركة ويدفع له نقدا. ولا يكون له نصيب فيما يستجد بعد ذلك من حقوق، إلا بقدر ما تكون تلك الحقوق ناتجة من عمليات سابقة على ذلك الحادث.

الشرح

204 - انتهاء الشركة بموت أحد الشركاء أو بالحجر عليه أو بإعساره أو بإفلاسه :

تنص الفقرة الأولى من المادة على أن: "تنتهى الشركة بموت أحد الشركاء أو بالحجر عليه أو بإعساره أو بإفلاسه".

فموت أحد الشركاء يترتب عليه بدهة انحلال شركة تقوم على تضامن أعضائها فى المسئولية، إذ طبيعة الشركة وأحكامها تأبى أن يفرض على الشركاء ورثة الشريك المتوفى.

ويعتبر فى حكم الموت الحجر على الشريك بسبب جنون أو عته أو سفه أو غفلة، لأنه يجعل وجود الشريك بالنسبة للشركة كعدمه، ولا يستطيع القيم عليه أن يحل محله فيها.

أما إفلاس أحد الشركاء أو إعساره فيترتب عليه تصدع ثقة الناس بالشركة، وإضعاف انتمائها، فضلا عن أنه يشل نشاط الشريك المفلس إذ ترفع يده عن إدارة أمواله

ويحل محله أمين التفليسة. وبديهي أن طبيعة الشركة تأبى اندماج أمين التفليسة في كيانها، إذ يعتبر بالنسبة لبقية الشركاء دخيلاً⁽¹⁾.

وهذا الحكم يسرى على شركات الأشخاص لأن شخصية الشريك محل اعتبار، والشركاء إنما تعاقدوا بالنظر لصفات الشريك الشخصية لا صفات الورثة أو غيرهم.

إلا أن هذا الحكم لا يتعلق بالنظام العام، ومن ثم يجوز الاتفاق في عقد الشركة على استمرارها بين باقى الشركاء رغم وفاة أحدهم، وبين ورثة الأخير ولو كانوا قسراً.

ويذهب الفقه إلى أن هذا الاتفاق كما يكون صريحاً يصح أن يكون ضمناً⁽²⁾. ويقصد بهذا الشرط تفادى حل شركة ناجحة وقسمتها قسمة عينية، فيستولى الشريك أو من يحل محله أو من يمثله على قيمة الحصة نقداً.

وفى هذه الصورة يعد وارث الشريك المتضامن ولو كان قاصراً شريكاً متضامناً مسؤولاً في جميع أمواله عن ديون الشركة بالتضامن مع باقى الشركاء⁽³⁾.

(1) فريد مشرقى ص 123 وما بعدها.

(2) السنهاورى ص 280 - محمد كامل مرسى ص 638- ويذكر الدكتور السنهاورى مثليين للاتفاق الضمنى:

الأول: اتفاق الشركاء فى عقد الشركة على جواز تنازل الشريك عن حقه فى الشركة لأجنبى وإحلال المتنازل له محله فى التركة فيفهم من ذلك أنه لا يوجد مانع عند الشركاء من أن يحل محل الشريك غيره، وإذا جاز للأجنبى أن يحل محل الشريك فأولى أن يحل محله الورثة.

والثانى: أن يبقى الشركاء فى الشركة بعد موت أحدهم، فيكون هذا منهم اتفاقاً ضمناً على بقاء الشركة، فتكون الشركة قد انحلت بالموت ثم حصل اتفاق ضمنى على استمرارها بين الشركاء.

(ص 280 وهامش 4).

(3) وحال مناقشة المادة بلجنة القانون المدنى - بمجلس الشيوخ رأى حضرات مستشارى محكمة النقض والإبرام لحماية حقوق ناقص الأهلية إضافة العبارة الآتية إلى الفقرة الثانية من المادة 528 "ما لم تر الجهة المختصة بالنظر فى شئون القصر غير ذلك".

فقال معالى السنهاورى باشا إنه يجوز الاتفاق بين الشركاء على أن موت أحدهم لا ينهى الشركة بالنسبة للورثة، ويصبح ميراثهم هو حصة مورثهم فى الشركة. ثم قال إن الأخذ بالاقتراح فيه حماية للقصر، بينما المقصود بالنص هو حماية الشركة.

= وبعد مناقشة وصلت اللجنة للقرار التالى:

"عدم الأخذ بهذا الاقتراح لأنه ليس ما يمنع من الاتفاق على استمرار الشركة مع ورثة الشريك المتوفى، حتى ولو كانوا قسرا لأن في الإجراءات المقررة في قانون المحاكم الحسبية والأحكام الأخرى الواردة في باب الشركات ما يكفل حمايتهم".

(مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 محضر الجلسة (63) ص (379).

وبمحضر الجلسة الرابعة والستين أعادت اللجنة المناقشة في الملاحظة التي وردت في مذكرة حضرات مستشارى محكمة النقض والإبرام، والتي من مقتضاها إضافة عبارة "ما لم تر الجهة المختصة بالنظر في شئون القصر غير ذلك" إلى الفقرة الثانية من المادة 528 توخيا لحماية حقوق ناقصى الأهلية، فقال حضرة الشيخ المحترم جمال الدين أباطة بك إن الشخص الوارث لا يملك أكثر مما تركه مورثه ولا يمكنه أن يباشر عملا كان محظورا على مورثه أن يعمل. فإذا مات الشريك يترك لوارثه نصيبا في الشركة، فليس له أن يطلب حل الشركة إلا في الأحوال التي تسبغ لمورثه الحل لأن الوارث لا يملك أكثر من المورث في الشركة.

وفى القانون جملة استثناءات للقاعدة العامة لإصلاح عقود تمت بين من يملكون التعاقد. وعقب على ذلك سعادة الرئيس فقال إن الفكرة التي صدرت عنها المادة ترتكز على أساس قانونى أعمق مما ذكر. إذ ليس الأمر متعلقا بارتباط قاصر أو عدم ارتباطه، وإنما يتعلق بإمكان تقييد المورث لورثته بتصرفات تصدر عنه، إذ لو أجزنا للقاصر أن يفسخ الشركة فإن هذا الحق يجب أن يكون بالنسبة للبالغ ولا يمكن أن تصدر مثل هذا الحكم إلا على ضوء اعتراف التقنين بالشخصية المعنوية للشركة. فيكون للمورث حق فقط قبل هذا الشخص وعلى ذلك يحل الورثة البالغ والقصر محله في نفس هذه الحقوق. وتكون ملكية الشركة ثابتة لهذا الشخص لا للشركاء، وكذلك النشاط المالى الذى تقوم به الشركة يثبت لهذا الشخص لا للشركاء.

ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح، لأن الشركة لها شخصية معنوية والوارث يتلقى حقه فيها، فيجوز الاتفاق على أن تستمر بالنسبة للورثة دون أن يتعارض ذلك مع الأساس القانونى لهذا الوضع.

وجاء بملحق تقريرها أنه :

"اقترح أن تضاف إلى الفقرة الثانية من المادة 528 عبارة "ما لم تر الجهة المختصة بالنظر في شئون القصر غير ذلك" توخيا لحماية حقوق ناقصى الأهلية، ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح، لأن جواز الاتفاق على استمرار الشركة مع ورثة الشريك مسألة مبدئية يجب أن يفصل فيها لذاتها أولا، وما من شك في أن الاتفاق على استمرار الشركة مع البالغين من =

ورثة الشريك جائز ولا يعترض عليه، فالوارث يؤول إليه من مورثه حقه في الشركة لا في الأعيان والأموال المملوكة للشركة، مادامت فكرة التشخيص المعنوى للشركات قد تقررت، وهذا

كما يجوز الاتفاق فى عقد الشركة على أنه إذا مات أحد الشركاء أو حجر عليه أو أعسر أو أفلس أو انسحب وفقا لأحكام المواد (528) وما بعدها، تستمر الشركة فيما بين الباقين من الشركاء. وفى هذه الحالة لا يكون لهذا الشريك أو ورثته إلا نصيبه فى أموال الشركة.

وتقدر هذه الحصة باعتبار قيمتها النقدية يوم الوفاة أو الحجر أو الإفلاس أو الإعسار أو التصفية.

ولا يكون له نصيب فيما يستجد بعد ذلك من حقوق، إلا بقدر ما تكون تلك الحقوق ناتجة عن عمليات سابقة على ذلك الحادث.

ولما كان هذا التقدير يتطلب مصروفات باهظة، كما أن الوفاء بقيمة الحصة دفعة واحدة يؤثر فى مركز الشركة المالى، فإنه غالبا ما يتفق فى العمل على تقدير الحصة بحسب آخر جرد عمل قبل تحقق الحادث الذى أدى إلى خروج الشريك. كما يتفق على أن تدفع قيمة الحصة على أقساط سنوية⁽¹⁾.

وجاء بملذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"يعدد نص هذه المادة بجميع فقراتها أسباب انقضاء الشركة. ومن بين هذه الأسباب ما لا يحتاج إلى شرح أو تعليق، كانقضاء الشركة بانتهاء العمل الذى قامت من أجله، أو بإجماع الشركاء على حلها، كما أن انقضاء الشركة بحكم قضائى يصدر بحلها سنعرض له بالتفصيل عند الكلام على المادة 714 من المشروع التى تنظمه. ولذلك سيقصر كلامنا على الأسباب الأربعة الباقية: انقضاء الميعاد المحدد للشركة، وهلاك مال الشركة.

3- "وبترتب على وفاة أحد الشركاء أو الحجر عليه أو إعساره أو إفلاسه أو تصفية أمواله تصفية قضائية لانقضاء الشركة، ولكن ذلك قاصر على شركات الأشخاص، حيث

الوضع لا ينبغى أن يتغير بسبب قصر ورثة الشريك، وفى الإجراءات المقررة فى قانون المحاكم الحسبية والأحكام الأخرى الواردة فى باب الشركات ما يكفل حمايتهم، على أنه يلاحظ أن هذا الحكم لا يسرى إلا باتفاق خاص. والشريك لا يرتضى ذلك إلا إذا كان لديه من الاعتبار ما يجعله مطمئنا إلى مستقبل وارثه، أما ترك الأمر لتقدير الجهة المختصة بالنظر فى شئون القصر فلا يتمشى مع استمرار التعامل".

(مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 379 وما بعدها).

(1) محمد كامل مرسى ص 641 وما بعدها.

شخصية الشريك تكون محل اعتبار، وحيث تقوم الشركة على الثقة الشخصية بين الشركاء، وكل الأسباب السابقة تؤدي إلى زوال هذه الثقة. أضف إلى ذلك أن الشريك يحل محله الوارث أو القيم أو السنديك أو المصفي، وكلهم أجنب عن الشركة لا صلة لهم بالشركاء، فب وفاة أحد الشركاء تنقضى الشركة، ولا يحل ورثة المتوفى محله فيها إلا إذا اتفق على ذلك (انظر م713 من المشروع). والحجر أيضا يترتب عليه بحكم القانون انحلال الشركة. ويستوى في ذلك أن يكون الحجر قانونيا بناء على عقوبة جنائية أم قضائيا لعته أو جنون أو سفه، وكذلك تنقضى الشركة بحكم القانون إذا أفلس أحد الشركاء أو أعسر أو صفت أمواله تصفية قضائية. ويلاحظ أن القيم على الشريك المحجور عليه أو سنديك تقليسته أو المصفي لأمواله لا يحلون محله في الشركة المنقضية بسبب الحجر عليه أو إفلاسه أو تصفية أمواله⁽¹⁾.

كما جاء بها :

"1- في شركات الأشخاص تتحل الشركة ب وفاة الشريك، فلا يحل ورثته محله فيها، لأن شخصيته محل اعتبار، والشركاء إنما تعاقدوا بالنظر لصفات الشريك الشخصية لا لصفات الورثة على أن هذا الحكم هو مجرد تفسير لإرادة المتعاقدين، وليس هناك ما يمنع من الاتفاق على أن الشركة تستمر بين الشركاء الباقين وورثة الشريك المتوفى. وكما يكون هذا الاتفاق صريحا قد يكون ضمنيا، كما إذا تبين أن الشركاء لم يتعاقدوا مطلقا بالنظر إلى صفات الشريك حيث إن العقد يسمح لكل منهم بالتنازل عن حصته وإحلال المتنازل له محله في الشركة، وفي هذه الحالة تستمر الشركة بعد وفاة الشريك مع الورثة، حتى لو كانوا قصرا، ومعنى ذلك أنه لا يلزم في هذه الحالة إذن خاص.

2- كذلك يمكن الاتفاق على أن الشركة لا تتحل ب وفاة أحد الشركاء أو بالحجر عليه أو بإشهار إفلاسه أو بإعساره أو بتصفية أمواله تصفية قضائية، بل تستمر بين بقية الشركاء ويقصد بهذا الشرط تفادي حل شركة ناجحة وقسمتها قسمة عينية. فيستولى الشريك أو من يحل محله أو من يمثله على قيمة الحصة نقدا، حتى لو لم يذكر ذلك صراحة في الشرط. وتقدر الحصة باعتبار قيمتها النقدية يوم الوفاة أو الحجر أو الإفلاس أو الإعسار أو التصفية القضائية، ولا ينظر إلى ما يتم بعد ذلك من عمليات إلا إذا

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 366 وما بعدها.

كانت نتيجة لازمة لعمليات سابقة. ولما كان هذا التقدير يتطلب مصاريف باهظة، كما أن الوفاء بقيمة الحصة دفعة واحدة يؤثر في مركز الشركة المالي، فإنه غالباً ما يتفق في العمل على تقدير الحصة بحسب آخر جرد عمل قبل تحقق الحادث الذي أدى إلى خروج الشريك، كما يتفق على أن تدفع قيمة الحصة على أقساط سنوية ⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إن المادة 454 من القانون المدني قد نصت على أن شركة التضامن التجارية تنتهي بموت أحد الشركاء. وإذن فلا يصح القول باستمرارها بعد وفاة أحد الشركاء إلا باتفاق صريح، أو إذا كانت طبيعة عمل الشركة والغرض من إنشائها يتحتم معهما استمرارها رغم موت أحد الشركاء حتى يتم العمل الذي أنشئت من أجله. وإذن فإذا قال الحكم باستمرار الشركة بناء على أن الاتفاق على استمرارها مستفاد من الفكرة في إنشاء المحل التجاري الذي هو محلها والغرض الذي توخاه الشريكان من إنشائها ونوع التجارة وما بين الشريكين من صلة الإخوة والثقة المتبادلة إلخ، فكل ما قاله من ذلك لا يصح أن يترتب عليه وجوب استمرار الشركة. وخصوصاً إذا كان من بين ورثة الشريك المتوفى قصراً لا أهلية لهم".

(طعن رقم 74 لسنة 13 ق جلسة 1944/4/27)

2- "لئن كان الأصل في شركات الأشخاص أنها تنقضى بوفاة أحد الشركاء إلا أنه وفقاً لنص الفقرة الثانية من المادة 528 من القانون المدني يجوز الاتفاق على أنه إذا مات أحد الشركاء تستمر الشركة مع ورثته ولو كانوا قصراً، فإذا كان قد نص في عقد الشركة على أنه في حالة الوفاة يكون لورثة الشريك المتوفى أن يطلبوا التصفية أو أن يستمروا في الشركة بنفس شروط العقد فيما يختص بالنسبة للشريك المتوفى من شروط والتزامات، فإن مفاد ذلك أن الشركاء اتفقوا في عقد الشركة على استمرارها مع ورثة الشريك المتوفى إلا إذا طلب هؤلاء تصفيتها فإن لم يفعلوا فإنها تعتبر مستمرة معهم".

(طعن رقم 27 لسنة 33 ق جلسة 1967/1/19)

3- "تنقضى شركة الأشخاص - طبقاً للمادة 445 من القانون المدني الملغى والمادة 528 من القانون المدني القائم - بموت أحد الشركاء ولا يحل ورثته محله فيها إلا إذا حصل

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 377 وما بعدها.

الاتفاق بين الشركاء أنفسهم على أنه إذا مات أحدهم تستمر الشركة مع ورثته ذلك لأن الشركة التي من هذا النوع تقوم دائما على الثقة الشخصية ما بين الشركاء الذين إنما تعاقدوا بالنظر إلى صفات الشريك الشخصية لا إلى صفات الورثة ولأن وفاة هذا الشريك تؤدي حتما إلى زوال هذه الثقة. والاتفاق الذي يؤدي إلى استمرار الشركة مع الشريك المتوفى هو الاتفاق الذي يحصل بين الشركاء أنفسهم قبل وفاة هذا الشريك أما الاتفاق الذي يحصل بين ورثة الشريك المتوفى وبين الشركاء الأحياء على استمرار الشركة سواء كان هذا الاتفاق صريحا أو ضمنيا فلا يمنع من انقضاء الشركة إذا لم يتفق هذا الشريك قبل وفاته مع باقي شركائه على استمرارها مع ورثته".

(طعن رقم 59 لسنة 33 ق جلسة 1967/2/23)

4- "الثابت من مدونات الحكم الصادر في الاستئناف رقم... أن قضاء لم ينصرف إلى بطلان أعمال الخبير وتقريره وإنما انصرف فحسب إلى أن قضاء محكمة أول درجة بنذب خبير لتحقيق استمرار شركة التضامن موضوع العقد المؤرخ... رغم انقضائها بوفاة المورث قد وقع مخالفا لنص المادة 528 من القانون المدني، فلا تثريب على الحكم المطعون فيه إذ اعتمد على ما جاء بذلك التقرير بشأن مقدار ربح المطعون ضدها من شركة الواقع التي قامت واستمرت بعد وفاة مورثها".

(طعن رقم 420 لسنة 47 ق جلسة 1981/1/12)

5- "من المقرر تطبيقا لنص المادة 528 من القانون المدني أنه إذا خلا عقد تأسيس الشركة من شرط يقضى باستمرارها على الرغم من وفاة أحد الشركاء وجب اعتبارها منحلة قانونا بمجرد وقوع الوفاة، فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق الصريح واستمر الشركاء في أعمال الشركة فعلا مع الورثة وجب اعتبار الشركة في دور التصفية مما مؤداه أن الشركة تكون منحلة بقوة القانون".

(طعن رقم 1611 لسنة 53 ق جلسة 1985/4/22)

6- "شركة الأشخاص تنتهي حتما وبحكم القانون بموت أحد الشركاء ويترتب على انتهائها لهذا السبب خضوعها للتصفية وقسمة أموالها بالطريقة المبينة بعقدها، وعند خلوه من حكم خاص تتبع الأحكام المنصوص عليها في المواد من 533 إلى 536 من القانون المدني، على أنه لا يوجد ما يمنع من أن ينص في عقد الشركة على استمرارها - في حالة موت أحد الشركاء - فيما بين الباقيين منهم أو مع ورثة الشريك المتوفى، وفي

الحالة الأولى تخضع حصة الشريك المتوفى وحده للتصفية حسب قيمتها وقت الوفاة. أما إذا كان الباقي من الشركاء واحدا ولم يكن متفقا بعقد الشركة على استمرارها مع ورثة الشريك المتوفى، فإنها تنتهي حتما وبحكم القانون وتخضع أموالها للتصفية بالطريقة المشار إليها آنفاً.

(طعن رقم 859 لسنة 51 ق جلسة 1987/1/5)

7- "موت أحد الشركاء المتضامنين في شركة التضامن واستمرار باقي الشركاء فيها دون موافقة ورثة الشريك المتوفى. ودون أن يكون متفقا في عقد الشركة على استمرارها بعد الوفاة يجيز لهؤلاء الورثة طلب وضع أموالها تحت الحراسة القضائية حتى تبت محكمة الموضوع في تعيين مصف لها وتصفيته متى تجمعت لديهم من الأسباب المعقولة ما يخشى معها وجود خطر عاجل من بقاء المال تحت يد حائزيه إذ أن شخصية الشركة لا تنتهي بوفاة الشريك المتضامن بل تبقى بالقدر اللازم للتصفية وحتى انتهائها".

(طعن رقم 1053 لسنة 58 ق جلسة 1990/5/28)

8- "الفقرة الثانية من المادة 528 من القانون المدني قد أجازت الاتفاق على أنه إذا مات أحد الشركاء تستمر الشركة مع ورثته ولو كانوا قصرا فيحل الورثة بذلك محل الشريك المتوفى باعتبارهم شركاء في الشركة بحسب الوضع القانوني لمورثهم".

(طعن رقم 688 لسنة 64 ق جلسة 1995/11/8)

9- "المقرر تطبيقاً لنص المادة 528 من القانون المدني أنه إذا خلا عقد تأسيس الشركة من شرط يقضى باستمرارها على الرغم من وفاة أحد الشركاء وجب اعتبارها منحلة قانوناً بمجرد وقوع الوفاة فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق الصريح واستمر الشركاء في أعمال الشركة فعلاً مع الورثة وجب اعتبار الشركة في دور التصفية. مما مؤداه أن الشركة تكون منحلة بقوة القانون، إلا أن ذلك لا يحول عند عدم القيام بإجراءات التصفية الاعتماد بالشركة كشركة جديدة بين الشركاء الأحياء وبين ورثة أحدهم بذات شروط عقد الشركة المنحلة".

(طعون أرقام 798 لسنة 68 ق، 749، 744، 674 لسنة 71 ق)

(جلسة 2003/10/28)

10- "الأصل في شركات الأشخاص أنها تنقضى بوفاة أحد الشركاء إلا أنه وفقاً

لنص الفقرة الثانية من المادة 528 من القانون المدنى يجوز الاتفاق على أنه إذا مات أحد الشركاء تستمر الشركة مع ورثته ولو كانوا قسرا فإذا كان قد نص فى عقد الشركة على أنه فى حالة الوفاة يكون لورثة الشريك المتوفى أن يطلبوا التصفية أو يستمروا فى الشركة بنفس شروط العقد فيما يختص بالنسبة للشريك المتوفى من شروط والتزامات، فإن مفاد ذلك أن الشركاء اتفقوا فى عقد الشركة على استمرارها مع ورثة الشريك المتوفى إلا إذا طلب هؤلاء تصفيتها فإن لم يفعلوا فإنها تعتبر مستمرة معهم".

(طعن رقم 10057 لسنة 64 ق جلسة 2004/4/22)



مادة (529)

- 1- تنتهى الشركة بانسحاب أحد الشركاء، إذا كانت مدتها غير معينة، على أن يعلن الشريك إرادته فى الانسحاب إلى سائر الشركاء قبل حصوله، وألا يكون انسحابه عن غش أو فى وقت غير لائق.
- 2- وتنتهى أيضا بإجماع الشركاء على حلها.

الشرح

205- لا يجوز الانسحاب من الشركة المعينة المدة :

إذا كان منصوصا فى العقد على بقاء الشركة مدة معينة، فإنه لا يجوز للشريك الانسحاب منها، لأن القواعد العامة تقضى بألا يستقل أحد المتعاقدين بإنهاء العقد، كما أنه يترتب على القول بغير ذلك أن يترك لأحد الشركاء إنهاء الشركة بإرادته المنفردة.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"فى الشركات التى لها أجل محدد لا يجوز للشريك أن يفصل عنها قبل حلول أجلها، لأن القواعد العامة لا تجيز لأحد المتعاقدين أن يستقل بإنهاء العقد من جانبه بدون رضا باقى الشركاء"⁽¹⁾.

ومع ذلك فقد أجازت الفقرة الأولى من المادة 531 - كما سنرى - للشريك أن يطلب من القضاء إخراجه من الشركة متى استند فى ذلك إلى أسباب معقولة. (انظر شرح المادة 531).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"المقرر أنه لا يجوز للشريك الانسحاب من الشركة إذا كانت معينة المدة وكانت مدتها لم تنتقض بعد إذ يتعين فى هذه الحالة البقاء فى الشركة إلى انتهاء مدتها".

(طعن رقم 1500 لسنة 55 ق جلسة 1991/3/24)

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 268.

206 - انتهاء الشركة بانسحاب أحد الشركاء إذا كانت مدتها غير معينة :

إذا لم يكن منصوصاً في العقد على أجل للشركة، فإنه يجوز للشريك الانسحاب منها بإرادته المنفردة.

ويعتبر هذا الحكم متعلقاً بالنظام العام، فلا يجوز الاتفاق على خلافه، لأنه لا يجوز لشخص أن يرتبط بالتزام يقيد حريته إلى أجل غير محدد لتتافى ذلك مع الحرية الشخصية التي هي من النظام العام. ومن ثم فإن مثل هذا الاتفاق يقع باطلاً.

إلا أنه يشترط لانسحاب الشريك من الشركة توافر شروط ثلاثة هي :

1- أن يعلن الشريك إرادته في الانسحاب إلى سائر الشركاء قبل حصوله. والهدف من ذلك أن يستعد باقي الشركاء لنتائج انسحاب الشريك وأهمها انقضاء الشركة نظراً لقيام الشركة على الاعتبار الشخصي. ومن ثم عليه أن يخطرهم بعزمه على الانسحاب⁽¹⁾.

ولم يحدد القانون كيفية حدوث هذا الإعلان. ومن ثم يجوز حصوله بأية طريقة، إما بإعلان على يد محضر، أو بكتاب موصى عليه، ويجوز أيضاً أن يحصل مشافهة مع عدم الإخلال بقواعد الإثبات⁽²⁾.

كما لم يحدد القانون ميعاداً معيناً لإعلان الشريك رغبته في الانسحاب قبل حصوله، ومن ثم تعد هذه المسألة من المسائل التي يستقل بها قاضي الموضوع⁽³⁾.

2- ألا يكون هذا الانسحاب عن غش.

(1) ثروت عبد الرحيم ص 295.

(2) محمد كامل مرسى ص 645 - فريد مشرقى ص 125.

(3) ثروت عبد الرحيم ص 295 - وكانت المادة (710) من المشروع التمهيدى المقابلة للمادة

(529) من القانون تشترط "أن يعلن الشريك إرادته في الانسحاب وأن يتم هذا الإعلان قبل

الانسحاب بثلاثة أشهر" - إلا أن لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ حذفت عبارة "بثلاثة أشهر"

لأن قيد المدة قد يكون مرهقاً لسائر الشركاء وفي القيد الآخرين ما يفى بتحقيق الغرض الذي

يتوخاه المشرع.

(مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 382 وما بعدها).

ويعتبر الانسحاب عن غش، إذ قصد الشريك منه أن يحصل لنفسه خاصة على الربح الذي كان الشركاء يقصدون الحصول عليه معاً، كأن يرغب في الانسحاب لشراء أشياء تريد الشركة شراءها⁽¹⁾.

أو إذا حصل الانسحاب رغم وجود نص في عقد الشركة يجيز للشريك التنازل عن حصته⁽²⁾.

3- ألا يكون الانسحاب في وقت غير لائق.

ويعتبر الانسحاب في غير الوقت اللائق إذا كانت الأعمال لا تزال غير تامة وبهم الشركة أن يتأخر انقضاؤها لكون الوقت غير ملائم لبيع أموالها أو تكون الشركة على وشك إجراء أعمال تدر عليها أرباحاً كبيرة.

أو كان الانسحاب عقب إنشاء الشركة بوقت وجيز وقبل أن يتمكن الشركاء من تغطية نفقات التأسيس.

أو في وقت أزمة اقتصادية يصعب معها تصفية أموال الشركة⁽³⁾.

وتقدر محكمة الموضوع ظروف الانسحاب متى نشب النزاع بشأنه. فإذا قدرت أن الشريك قرر الانسحاب بغير إخطار سابق، أو أنه سىء النية، أو أساء اختيار الوقت، فلها أن ترفض الانسحاب وتجبر الشريك على الاستمرار في الشركة، ولها فضلاً عن ذلك أن تطلب الحكم عليه بالتعويض.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"في الشركات التي لها أجل محدد لا يجوز للشريك أن ينفصل عنها قبل حلول أجلها لأن القواعد العامة لا تجيز لأحد المتعاقدين أن يستقل بإنهاء العقد من جانبه بدون رضا باقي الشركاء. ولكن المشرع خرج عن هذا المبدأ في الشركات التي ليس لها أجل معلوم، فأجاز للشريك أن ينسحب منها بمجرد إرادته المنفردة، لأنه لا يجوز لشخص أن يرتبط بالتزام يقيد حريته إلى أجل غير محدد لتتافى ذلك مع الحرية الشخصية التي هي من النظام العام، وكل اتفاق على خلاف ذلك يكون باطلاً. ويمكن قياس هذه الحالة على

(1) محمد كامل مرسى ص 644 - فريد مشرقى ص 124.

(2) على البارودي ومحمد فريد العرينى 1986 ص 336.

(3) محسن شفيق ص 739.

عقد العمل غير محدد المدة حيث يجوز فسخه فى أى وقت بمجرد إرادة أحد المتعاقدين (404/492 من التقنين الحالى وم960 من المشروع). ولكن حتى يكون للشريك حق الانسحاب لابد أن تكون الشركة غير محددة المدة (ويستوى فى ذلك أن تكون الشركة قد حددت لبقائها مدة حياة الشركاء أو أجل يستغرق عمر الإنسان العادى)، وألا يكون للشريك حق التنازل عن حصته فى الشركة بلا قيد ولا شرط، لأن القصد من تقرير هذا الحق للشريك هو السماح له بأن يتحلل فى أى وقت يشاء من الالتزام الذى يقيد حريته لمدة غير محددة، وإذا كان يجوز له فى أى وقت بلا قيد ولا شرط أن يخرج من الشركة عن طريق التنازل عن حصته فإنه لا يمكن مطلقا تبرير حقه فى الانسحاب بمجرد إرادته المنفردة، فيقضى بذلك على الشركة. والفقه والقضاء مجمعان على هذا الرأى (استئناف مختلط 22 مايو سنة 1920 ب32 ص 323). ويبدو من النص أنه حتى يصح انسحاب الشريك لابد من توافر شرطين:

- (1) أن يكون الانسحاب حاصلًا بحسن نية، ولم يحدد المشروع حسن النية بل ترك تقديره للظروف. ومن المقرر فى هذا الصدد أن الشريك لا يعتبر حسن النية إذا كان لم ينسحب من الشركة إلا لى يتمكن من الانفراد بربحها.
- (2) ألا يحصل الانسحاب فى وقت غير لائق. وتحديد ذلك مرتبط بالظروف والمرجع فيه تقدير القاضى، ويعتبر الانسحاب حاصلًا فى وقت غير لائق إذا حدث مثلاً فى إبان أزمة، أو أثناء الفترة الأولى لاستقرار الشركة وقبل حصولها على أرباح قريبة منتظرة، ويفترض حسن نية الشريك المنسحب، وعلى من يدعى العكس إثبات ذلك. وقد اشترط المشروع فيما يتعلق بشكل الانسحاب وميعاده، حصوله بإعلان لبقية الشركاء، وأن يتم الإعلان قبل الانسحاب بثلاثة أشهر على الأقل، وإلا كان باطلاً بطلاناً نسبياً لمصلحة بقية الشركاء. ويترتب على الانسحاب انتهاء الشركة بحكم القانون إلا إذا اتفق على خلاف ذلك (انظر م713 من المشروع). وأخيراً يلاحظ أن حق الشريك فى الانسحاب من الشركة بإرادته المنفردة هو حق شخصى محض، ولذلك لا يجوز لدائنيه استعماله عن طريق الدعوى غير المباشرة⁽¹⁾.

207 - حق الانسحاب شخصى :

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 368 وما بعدها.

يعد الحق فى الانسحاب من الشركة حقا شخصيا يملكه الشريك ذاته، ومن ثم لا يستطيع دائنو الشركة أو دائنو الشريك استعماله نيابة عنه⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"وأخيرا يلاحظ أن حق الشريك فى الانسحاب من الشركة بإرادته المنفردة هو حق شخصى محض، ولذلك لا يجوز لدائنيه استعماله عن طريق الدعوى غير المباشرة"⁽²⁾.

208 - انتهاء الشركة بإجماع الشركاء على حلها :

تنتهى الشركة بإجماع الشركاء على حلها، وهذا أمر طبيعى فهؤلاء الشركاء هم الذين ألفوا الشركة فيكون لهم بالتالى الحق فى إنهاؤها. ويستوى فى هذا أن تكون الشركة معينة المدة أو ليست كذلك.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إذا كانت القرائن التى استفادت منها محكمة الموضوع أن شركة فسخت عقب صدورها قد رددت بين الطرفين وسلم بها كل منهما فلا تكون المحكمة قد خالفت قواعد الإثبات باعتمادها على القرائن فى إثبات التفاسخ الضمنى بين الشركاء خصوصا إذا كان الخصم لم يمانع خصمه فى إثبات العدول عن التشارك أو فسخ الشركة بالقرائن فإن هذا وحده يسقط حقه فى الطعن على الحكم بتلك المخالفة".

(طعن رقم 44 لسنة 5 ق جلسة 1936/1/9)

209 - لا يجوز للشريك التنازل عن حصته لأجنبى :

الأصل فى حصة الشريك فى شركات الأشخاص أنها غير قابلة للتنازل إلا بموافقة سائر الشركاء لأن الشركة تقوم على الاعتبار الشخصى. وإذا حصل هذا التنازل فإنه يسرى بين الطرفين ولا يسرى قبل الشركة.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"الأصل فى حصة الشريك فى شركات الأشخاص أنها غير قابلة للتنازل إلا بموافقة سائر الشركاء أخذا بأن الشريك قد لوحظت فيه اعتبارات شخصية عند قبوله شريكا، إلا

(1) فريد مشرقى ص 125.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 369.

أنه مع ذلك - يجوز له أن يتنازل عن حقوقه إلى الغير بدون موافقتهم، ويبقى هذا التنازل قائما بينه وبين الغير لأن الشريك إنما يتصرف في حق من حقوقه الشخصية التي تتمثل في نصيبه في الأرباح وفي موجودات الشركة عند تصفيتها، ولكن لا يكون هذا التنازل نافذا في حق الشركة أو الشركاء، ويبقى هذا الغير أجنبيا عن الشركة وهو ما نصت عليه المادة 441 من التقنين المدني السابق بقولها "لا يجوز لأحد من الشركاء أن يسقط حقه في الشركة كله أو بعضه إلا إذا وجد شرط يقضى بذلك، وإنما يجوز له فقط أن يشرك في أرباحه غيره ويبقى هذا الغير خارجا عن الشركة" ولكن التقنين المدني الحالي لم يأت بنص مقابل لأن حكمه يتفق مع القواعد العامة".

(طعن رقم 28 لسنة 40 ق "أحوال شخصية" جلسة 1974/3/27)

كما قضت محكمة النقض بأن :

"متى كان نص العقد صريحا في أنه ليس لأي شريك حق التنازل أو بيع حصته لأي شريك آخر إلا بموافقة جميع الشركاء كتابة فإنه يكون صحيحا ما قرره الحكم من أنه لا يسوغ لأحد الشركاء أن يقبل ما طلبه شريك آخر من تعديل حصته في رأس المال مادام أن هذا الطلب لم يوافق عليه باقى الشركاء كتابة".

(طعن رقم 41 لسنة 23 ق جلسة 1956/12/13)



مادة (530)

- 1- يجوز للمحكمة أن تقضى بحل الشركة بناء على طلب أحد الشركاء، لعدم وفاء شريك بما تعهد به أو لأى سبب آخر لا يرجع إلى الشركاء، ويقدر القاضى ما ينطوى عليه هذا السبب من خطورة تسوغ الحل.
- 2- ويكون باطلا كل اتفاق يقضى بغير ذلك.

الشرح

210- أسباب حل الشركة بناء على طلب أحد الشركاء :

أجازت الفقرة الأولى من المادة للمحكمة أن تقضى بحل الشركة بناء على طلب أحد الشركاء، لعدم وفاء شريك بما تعهد به أو لأى سبب آخر لا يرجع إلى الشركاء. والأسباب التى تبرر حل الشركة لم ترد على سبيل الحصر فقد ذكرت المادة سببا واحدا هو "عدم وفاء شريك بما تعهد به" ثم أردفت قائلة "أو لأى سبب آخر". وعلى ذلك فأى سبب تعتبره المحكمة قويا يستوجب الحكم بحل الشركة.

ويمكن تقسيم هذه الأسباب إلى نوعين :

النوع الأول: الأسباب التى تتعلق بتقصير أو عمل ينسب إلى واحد أو أكثر من الشركاء لعدم قيامه بتعهداته، كأن يقصر شريك فى العمل الذى تعهد بالقيام به لمصلحة الشركة أو لا يسلم للشركة حصته فى رأس المال، أو يكون غير كفء أو قام بأعمال تعد منافسة تجارية للشركة. أو عجز الشريك عجزا بينا لم يكن معلوما وقت العقد.

النوع الثانى: أسباب ترجع إلى أعمال غير مقصودة: لا يسأل عنها أحد الشركاء كالشريك الذى يصاب بعاهة مستديمة تجعله غير قادر على القيام بأعمال الشركة. ويجوز أن تشمل هذه الحالة المرض الجسيم والمزمن، وأيضا سوء حالة الشركة بالنسبة إلى سير أعمالها أو وجود أزمة اقتصادية⁽¹⁾.

(1) السنهورى 288- محمد كامل مرسى ص 647 وما بعدها - ثروت عبد الرحيم ص 288 وما بعدها.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"يعرض هذا النص للحل القضائى بناء على قرار المحكمة، وحكمه عام ينطبق على كل أنواع الشركات. أما عن أسباب الحل القضائى فهى تختلف بحسب الظروف وأمر تقديرها متروك للقاضى. وقد تكون هذه الأسباب غير راجعة لإرادة الشركاء كما هو الحال بالنسبة للمرض الخطير المستمر. أو الاضطراب العقلى الذى يعجز صاحبه عن الاستمرار فى أداء واجبه، أو سوء التفاهم المستحكم بين الشركاء. أو وقوع حوادث طارئة غير متوقعة تجعل من العسير على الشركة الاستمرار فى نشاطها. وفى هذه الحالة يجوز لكل شريك أن يطلب من القاضى حل الشركة، ولا يجوز المطالبة بأى تعويض إذ لا تقصير فى جانب أحد الشركاء. وهناك من الأسباب ما يرجع إلى خطأ الشريك كإخلاله بالتزاماته، أو عدم الوفاء بحصته أو إهمال الشريك المدير غير القابل للعزل، أو عدم كفاية الشريك الذى قدم حصته عملاً، أو خطأ جسيم، أو غش وتدليس من جانب الشريك. وفى هذه الحالة لا يجوز للشريك المخطئ أن يطلب حل الشركة، كما يصح أن يطالب بالتعويض. وإذا حكم القاضى بالفسخ، فإنه خلافاً للقواعد العامة لا يكون له أثر رجعى، والشركة إنما تتحل بالنسبة للمستقبل، أما قيامها وأعمالها فى الماضى فإنها لا تتأثر بالحل"⁽¹⁾.

211- من يطلب الحل ؟

يكفى أن يطلب حل الشركة من أحد الشركاء فقط وهو ما صرحت به المادة. وإذا كان طلب الحل مبنياً على تقصير أو عمل واحد أو أكثر من الشركاء أى فى الأحوال المنصوص عليها فى النوع الأول الذى أشرنا إليه بالبند السابق، فإنه لا يقبل طلب الحل من الشريك المخطئ لأنه ليس له أن يفيد من خطئه بل يكون الفسخ جزاء عليه عن خطئه. ويجوز أن يلزم الشريك المنسوب عليه التقصير بتعويض لباقي الشركاء⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "متى كان يبين من نصوص عقد الشركة أن الشركة قد تكونت منذ حرر عقدها وأصبح لها كيان قانونى وقامت فور توقيع الشركاء على العقد المنشئ لها، كما باشرت

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 385 وما بعدها.

(2) على جمال الدين عوض ص 443.

نشاطها من اليوم المحدد في العقد فإن الشرط الوارد بالعقد والذي يقضى بأنه في حالة تخلف أحد الشركاء عن دفع حصته في رأس المال في الموعد المحدد تسقط حقوقه والتزاماته - وهذا الشرط لا يعدو أن يكون شرطاً فاسخاً يترتب على تحققه لمصلحة باقى الشركاء انفصال الشريك المتخلف من الشركة قضاء أو رضاء، ولا يعتبر قيام الشريك معلقاً على شرط واقف".

(طعن رقم 41 لسنة 23 ق جلسة 1956/12/13)

2- "حل الشركة قضاء بسبب يرجع إلى خطأ الشريك كإخلاله بالتزاماته يجيز للشريك الآخر أن يطالب بالتعويض وفقاً للمادة 157 من القانون المدني وللمحكمة أن تقضى له بما يستحقه من تعويض إن كان له مقتضى قبل تصفية الشركة، لأن الشريك المخطئ يتحمل التعويض المقضى به في أمواله الخاصة وليس في أموال الشركة، ومن ثم يكون قضاء الحكم المطعون فيه بالتعويض قبل تصفية الشركة لا مخالفة فيه للقانون".

(طعن رقم 287 لسنة 35 ق جلسة 1969/6/12)

3-(أ) - "النص في المادة 530 من القانون المدني على أنه : (1) يجوز للمحكمة أن تقضى بحل الشركة بناء على طلب أحد الشركاء لعدم وفاء شريك بما تعهد به أو لأي سبب آخر لا يرجع إلى الشركاء ويقدر القاضي ما ينطوى عليه هذا السبب من خطورة تسوغ الحل. (2) ويكون باطلاً كل اتفاق يقضى بغير ذلك "يدل على أن لكل شريك الحق في اللجوء إلى القضاء بطلب حل الشركة إذا ما ارتأى أن أى من باقى الشركاء أخل بتنفيذ التزامه تجاه الشركة، أو أنه قد صدر عنه ما قد يلحق بها أو بحقوقه قبلها ضرر لو استمرت رغم ذلك، ويكون طلب الحل قاصراً على الشريك المضرور من جراء فعل الشركاء الآخرين، وأن هذا الحق متعلق بالنظام العام بحيث لا يجوز للشركاء الاتفاق على مخالفة ذلك، وأنه إذا ما تضمن عقد الشركة ما يقيد حق الشركاء في اللجوء إلى القضاء بطلب حل الشركة عند وجود المبرر لذلك لا يعتد به بطلانه بطلاناً مطلقاً".

(ب) - "لما كان الثابت بالأوراق أن الحكم الابتدائي قد انتهى إلى إجابة المطعون ضدهم لطلبهم حل الشركة وتصفيته إعمالاً للأحكام الواردة في المادة 530 من القانون المدني وإذ أيد الحكم المطعون فيه حكم أول درجة في هذا الأمر وكانت تلك الدعامة كافية بذاتها لحمل قضاء الحكم المطعون فيه بغير حاجة إلى سبب آخر، فإن النعي الموجه إلى الحكم المطعون فيه بتفسيره نص البند السابع من عقد الاتفاق المؤرخ

1975/6/1 - أيا كان وجه الرأى فيه - غير منتج".

(طعن رقم 1902 لسنة 62 ق جلسة 1994/2/14)

4- "اللجوء إلى القضاء بطلب حل الشركة، حق للشريك المضرور من جراء فعل الشركاء الآخرين، وأن هذا الحق يتعلق بالنظام العام فلا يجوز اتفاق الشركاء على مخالفته عملاً بالمادة 530 من القانون المدنى".

(طعن رقم 2138 لسنة 61 ق جلسة 1999/5/3)

أما بالنسبة لحل وتصفية شركة المساهمة، قبل ميعاد انقضاءها فيجب على المساهمين عرض الأمر على الجمعية العمومية غير العادية.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"حل وتصفية شركة المساهمة. شرطه. تعرضها لأمر تؤدى إلى حلها قبل ميعاد انقضائها. أثره. للمساهمين عرض الأمر على الجمعية العامة غير العادية".

(طعن رقم 215 لسنة 71 ق جلسة 2010/4/12)

212 - طلب حل الشركة يتعلق بالنظام العام :

طلب حل الشركة يتعلق بالنظام العام، ومن ثم لا يجوز الاتفاق على حرمان أحد الشركاء من طلب الحل، وإلا وقع هذا الاتفاق باطلا.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"وحق الشريك فى طلب الحل القضائى لوجود مبرر شرعى يدعو إليه يعتبر من الحقوق المتعلقة بالنظام العام، ولذلك لا يجوز التنازل عنه قبل وقوع سببه، ويكون باطلا كل اتفاق يحرم الشريك من هذا الحق. كما يلاحظ أيضا أن هذا الحق شخصى محض، فلا يستطيع دائنو الشريك، ولا دائنو الشركة طلب الحل بناء على هذا النص"⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"النص فى المادة 530 من القانون المدنى على أنه : "(1) يجوز للمحكمة أن تقضى بحل الشركة بناء على طلب أحد الشركاء لعدم وفاء شريك بما تعهد به أو لآى

سبب آخر لا يرجع إلى الشركاء ويقدر القاضى ما ينطوى عليه هذا السبب من خطورة تسوغ الحل. (2) ويكون باطلا كل اتفاق يقضى بغير ذلك" يدل على أن لكل شريك الحق فى اللجوء إلى القضاء بطلب حل الشركة إذا ما ارتأى أن أى من باقى الشركاء أخل بتنفيذ التزامه تجاه الشركة، أو أنه قد صدر عنه ما قد يلحق بها أو بحقوقه قبلها ضرر لو استمرت رغم ذلك، ويكون طلب الحل قاصرا على الشريك المضرور من جراء فعل الشركاء، الآخرين، وأن هذا الحق متعلق بالنظام العام بحيث لا يجوز للشركاء الاتفاق على مخالفة ذلك، وأنه إذا ما تضمن عقد الشركة ما يقيد حق الشركاء فى اللجوء إلى القضاء بطلب حل الشركة عند وجود المبرر لذلك لا يعتد به لبطلانه بطلانا مطلقا".

(طعن رقم 1902 لسنة 62 ق جلسة 1994/2/14)

213- طلب الحل شخصى :

حق الشريك فى طلب حل الشركة حق شخصى له فلا يجوز لدائن الشريك أو دائن الشركة مباشرة هذا الحق⁽¹⁾.

214- الحل فسخ قضائى لعقد الشركة :

القضاء بحل الشركة هو فسخ قضائى لعقد الشركة، ويخضع القضاء به لتقدير القاضى.

ويترتب على ذلك أيضا أن تقدر قيمة دعوى حل الشركة طبقا لنص المادة 7/37 مرافعات، التى تجرى على أن : "يراعى فى تقدير قيمة الدعوى ما يأتى:

7- إذا كانت الدعوى بطلب صحة عقد أو إبطاله أو فسخه تقدر قيمتها بقيمة المتعاقد عليه، وبالنسبة لعقود البذل تقدر الدعوى بأكبر البديلين قيمة".

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"حل الشركة قضائيا هو فسخ لها ومن ثم تقدر قيمة الدعوى بحل الشركة طبقا لنص المادة 7/37 مرافعات".

(طعن رقم 5600 لسنة 62 ق جلسة 2000/2/21)

(1) السنهورى ص 292 وما بعدها - ثروت عبد الرحيم ص 288.

215 - ليس لحل الشركة أثر رجعي :

إذا قضت المحكمة بحل الشركة (فسخ عقد الشركة) فلا تنقضى الشركة إلا من تاريخ صيرورة الحكم نهائياً، كما أن أثر الحل لا ينسحب على الماضى وإنما يسرى بالنسبة للمستقبل فهو إلغاء للعقد. فالشركة عقد زمنى كعقد الإيجار⁽¹⁾. ومن ثم فإن قيامها وأعمالها فى الماضى لا تتأثر بالفسخ، ولا محل لتطبيق القاعدة العامة الواردة فى المادة 160 من القانون المدنى التى توجب إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانوا عليها قبل العقد.

وإنما يستتبع فسخ عقد الشركة وحلها تصفية أموالها، وقبل تصفية أموال الشركة لا يجوز للشريك أن يسترد حصته فى رأس المال لأن هذه التصفية هى التى تحدد صافى مال الشركة الذى تجوز قسمته بين الشركاء.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إذا حكم القاضى بفسخ عقد الشركة فإن هذا الفسخ خلافا للقواعد العامة فى الفسخ لا يكون له أثر رجعى، إنما تتحل الشركة بالنسبة للمستقبل، أما قيامها وأعمالها فى الماضى فإنها لا تتأثر بالحل، وبالتالي فلا محل لتطبيق القاعدة العامة الواردة فى المادة 160 من القانون المدنى والتى توجب إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانوا عليها قبل العقد فى حالة فسخه مما يقتضى أن يرد كل منهما ما تسلمه من الآخر تنفيذا للعقد، وإنما يستتبع فسخ عقد الشركة وحلها تصفية أموالها وقسمتها بالطريقة المبينة فى العقد، وعند خلوه من حكم خاص تتبع فى ذلك الأحكام الواردة فى المادة 532 من القانون المدنى وما بعدها، وقبل إجراء تصفية الشركة لا يجوز للشريك أن يسترد حصته فى رأس المال لأن هذه التصفية هى التى تحدد صافى مال الشركة الذى يجوز قسمته بين الشركاء، وتكون من ثم دعوى المطعون ضده فى خصوص استرداد حصته فى رأس مال الشركة قبل حصول التصفية غير مقبولة لرفعها قبل الأوان".

(طعن رقم 287 لسنة 35 ق جلسة 1969/6/12)

2- "الحكم بفسخ عقد الشركة خلافا للقواعد العامة فى الفسخ ليس له أثر رجعى

(1) السنهورى ص 292 - على البارودى ومحمد فريد العرينى ص 333- ثروت عبد الرحيم ص 288 هامش (2).

وإنما تتحل الشركة بالنسبة للمستقبل، أما قيامها وأعمالها في الماضي فإنها لا تتأثر به، ومن ثم فلا محل لتطبيق القاعدة العامة الواردة في المادة 160 من القانون المدني التي توجب إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد".

(طعن رقم 1198 لسنة 52 ق جلسة 1988/6/20)

216 - رسوم دعوى الحل والتصفية :

في هذا قضت محكمة النقض بأن :

"طلب فسخ عقد الشركة وتصفيتها يخضع في تقدير الرسوم النسبية بالنسبة له لنص المادة 3/75 من القانون رقم 90 لسنة 1944 الذي يجرى على أن "يكون أساس تقدير الرسوم النسبية في دعاوى طلب الحكم بصحة العقود أو إبطالها أو فسخها بقيمة الشيء المتنازع فيه". غير أنه يتعين طبقاً للمادة التاسعة من ذلك القانون ألا يحصل قلم الكتاب رسوماً نسبية على أكثر من أربعمئة جنيه سوى الرسم على أساس ما حكم به ولما كانت الدعوى قد انتهت صلحاً أمام محكمة الاستئناف فإنه يتعين تطبيق الفقرة الأولى من المادة 2 من القانون رقم 90 لسنة 1944 ومؤداها أن الرسوم النسبية تحسب في هذه الحالة على قيمة الطلب أو على قيمة المتصالح عليه أيهما أكبر ولا اعتداد في هذا الخصوص بما تضمنه عقد الصلح من تنازل المطعون عليهما عن الحكم الصادر من محكمة أول درجة بحل الشركة وتصفيتها إذ أنه بخروج هذين الشريكين من الشركة فإنها تكون قد انقضت".

(طعن رقم 92 لسنة 36 ق جلسة 1970/4/30)



مادة (531)

- 1- يجوز لكل شريك أن يطلب من القضاء الحكم بفصل أى من الشركاء يكون وجوده فى الشركة قد أثار اعتراضا على مد أجلها أو تكون تصرفاته مما يمكن اعتباره سببا مسوغا لحل الشركة، على أن تظل الشركة قائمة فيما بين الباقين.
- 2- ويجوز أيضا لأى شريك، إذا كانت الشركة معينة المدة أن يطلب من القضاء إخراجه من الشركة متى استند فى ذلك إلى أسباب معقولة، وفى هذه الحالة تنحل الشركة ما لم يتفق باقى الشركاء على استمرارها.

الشرح

217 - طلب فصل الشريك :

أجازت الفقرة الأولى من المادة لكل شريك أن يطلب من القضاء الحكم بفصل أى من الشركاء يكون وجوده فى الشركة قد أثار اعتراضا على مد أجلها، كأن يقرر الشركاء مد أجل الشركة ويعترض واحد منهم فقط دون أن يبدى أسبابا مقبولة لذلك بينما يرغب الباقون مد الشركة.

كما يجوز أيضا طلب فصل الشريك إذا كانت تصرفاته مما يمكن "اعتباره مسوغا لحل الشركة" فيكون هذا الفصل بديلا لحل الشركة، إذ قد تكون الشركة ناجحة فى أعمالها أو على وشك النجاح، وأن وجود هذا الشريك فيها هو وحده محل الاعتراض. ومما يبرر طلب فصل الشريك اضطراب حالته المالية أو الصحية أو ظروفه الخاصة، أو إذا خاصم زملاءه أو أحدث شغبا أو أظهر عنادا. ويخضع تقدير مسوغ فصل الشريك لمحكمة الموضوع.

ومتى قضت المحكمة بفصل الشريك فلا تنحل الشركة، وإنما تستمر قائمة فيما بين الشركاء، وتقدر حصة الشريك المفصول بحسب قيمتها يوم وقوع الفصل وتدفع له نقدا. (م3/258 مدنى).

وعلى المحاكم أن تدقق فى الأمر قبل الحكم بفصل الشريك، لأن الأصل أنه لا يجوز إقصاء الشريك من الشركة بغير إرادته⁽¹⁾.

ولكن إذا كان فصل الشريك لا يؤدي - كقاعدة عامة - إلى حل الشركة وانقضائها، إلا أن الأمر سيكون حتما على خلاف ذلك إذا كانت الشركة مؤلفة من شريكين فقط، ففصل أحدهما سيفضى بالقطع إلى حلها لانتفاء ركن تعدد الشركاء⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

اقتبس المشروع هذا النص من المادة 561 فقرة 2 من المشروع الفرنسى الإيطالى وهو نص جديد لا نظير له فى التقنين الحالى، وقد قصد المشروع به أن يقضى على النزاع القائم فى الفقه والقضاء فيما يتعلق بصحة اشتراط الحق للشركاء فى استبعاد شريك بالإجماع أو بموافقة الأغلبية (بيك جزء أول نمرة 570)، وقد يكون فى السماح للشركاء بفصل واحد منهم لسبب جدى (انظر م 737 من التقنين الألمانى و 573 من التقنين البولونى) مدعاة لخلق جو من عدم الثقة والتشكك بينهم. كما أنه من ناحية أخرى لا يصح أن يقصر حق الشركاء فى هذه الحالة على إمكان طلب الحل من القضاء إذ يترتب على ذلك تحمل الشركاء للنتائج المترتبة على تقصير واحد منهم خصوصا إذا كانت الشركة ناجحة موفقة. لذلك رأينا من المناسب أن نقرر للشركاء الحق فى طلب فصل الشريك إذا وجدت أسباب مبررة لذلك. والقاضى هو الذى يقدر وجاهة تلك الأسباب⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "النص فى المادة 1/531 من القانون على أنه "يجوز لكل شريك أن يطلب من القضاء الحكم بفصل أى من الشركاء يكون وجوده فى الشركة قد أثار اعتراضا على مد أجلها أو أن تكون تصرفاته مما يمكن اعتباره سببا مسوغا لحل الشركة، على أن تظل الشركة قائمة فيما بين الباقيين "مفاده أن المشرع أباح لأى من الشركاء طلب فصل شريك آخر متى صدر منه من الأفعال ما يبرر هذا الحل ولقاضى الموضوع السلطة التامة فى تقدير سلامة الأسباب المؤدية إلى ذلك متى أقام قضاءه على أسباب سائغة تكفى لحمله فى هذا الخصوص ".

(طعن رقم 26 لسنة 73 ق جلسة 2004/6/8)

(1) على البارودى ومحمد فريد العرينى ص 324.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 4 ص 388.

2- "إذا حكم بفصل الشريك من الشركة واستمرت فى مباشرة نشاطها بين باقى الشركاء فإنه يتعين على المحكمة تحديد نصيبه فيها عند عدم الاتفاق على كيفية احتسابه وقت فصله منها على أن يؤدى له نقدا دون أن يكون له نصيب فيما يستجد بعد ذلك من حقوق ما لم تكن ما حققته الشركة من أرباح كان ناتجا عن عمليات سابقة على فصله وذلك وفقا لمفهوم المادة 3/528 من القانون المدنى".

(طعن رقم 26 لسنة 73 ق جلسة 2004/6/8)

218- طلب الشريك إخراجَه من الشركة المحددة المدة :

أجازت الفقرة الثانية من المادة لأى شريك إذا كانت الشركة معينة المدة أن يطلب من القضاء إخراجَه من الشركة متى استند فى ذلك إلى أسباب مقبولة. ولم يكن هذه الفقرة واردة بالمشروع التمهيدى، وإنما أدخلتها على المادة لجنة المراجعة. وهذا الحق مقصور على الشريك فى الشركة معينة المدة أو محددة العمل، حتى لا يضطر الشريك إلى البقاء فى الشركة حتى إنهاء مدة الشركة، رغم وجود مبررات لديه تسوغ خروجه من الشركة. أما إذا كانت الشركة غير معينة المدة، فقد رأينا أن من حق الشريك طلب الانسحاب من الشركة عملا بالمادة 529.

واشترط النص لإخراج الشريك من الشركة أن توجد لديه "أسباب مقبولة". ومحكمة الموضوع هى التى تقرر ما إذا كانت الأسباب التى يستند إليها الشريك مقبولة أم لا. ويعتبر سببا مقبولا يبرر إخراج الشريك من الشركة أن تضطرب حالة الشريك المالية بحيث يكون فى حاجة إلى الحصول على نصيبه فى الشركة لتدبير شئونه به. أو تسوء حالته الصحية أو تزداد مهامه فيرى نفسه غير قادر على الاستمرار فى الشركة. وإذا قضى بإخراج الشريك من الشركة صفى نصيبه على الوجه المقرر فى الفقرة الثالثة من المادة 528 مدنى، واستمرت الشركة فى أداء عملها.



5- تصفية الشركة وقسمتها

مادة (532)

تتم تصفيته أموال الشركة وقسمتها بالطريقة المبينة فى العقد. وعند خلوه من حكم خاص تتبع الأحكام الآتية.

الشرح

219- المقصود بالتصفية :

المقصود بتصفية الشركة، هو المطالبة بحقوقها ودفع ديونها، ووضع ما تبقى من الأموال تحت تصرف الشركاء ليقسموه فيما بينهم بنسبة حق كل منهم⁽¹⁾. وهذه التصفية تستتبع انقضاء الشركة بأى سبب من أسباب الانقضاء التى ذكرناها.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"الشيء المتنازع عليه فى دعوى تصفية شركة هو مجموع أموال الشركة المطلوب تصفيته وقت طلب التصفية لأن التصفية ليست إلا قسمة أموال بين الشركاء وقيمة هذه الأموال هى التى تكون موضوع المنازعة بين الخصوم فى دعوى التصفية وعلى أساس هذه القيمة تقدر الدعوى، وبذلك تكون دعوى التصفية دعوى معلومة القيمة يستحق عنها رسم نسبى فى حدود ما قرره القانون رقم 90 لسنة 1944 وهذا الرسم يستحق على قيمة أموال الشركة الموجودة وقت طلب التصفية والمراد قسمتها بصرف النظر عن رأس مال الشركة المبين فى عقدها".

(طعن رقم 297 لسنة 29 ق جلسة 1964/2/6)

2- "الشيء المتنازع عليه فى دعوى تصفية الشركة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو مجموع أموال الشركة المطلوب تصفيته وقت طلب التصفية، لأن التصفية ليست إلا قسمة أموال بين الشركاء، وقيمة هذه الأموال هى التى تكون موضوع المنازعة بين الخصوم، وعلى أساس هذه القيمة يتم تقدير الدعوى، وبذلك تكون دعوى معلومة القيمة، يستحق عليها رسم نسبى فى حدود ما قرره القانون رقم 90 لسنة 1944،

(1) محمد كامل مرسى ص 653.

وهذا الرسم يستحق على قيمة أموال الشركة الموجودة وقت طلب التصفية والمراد قسمتها. وإذا كان الطلب في الدعوى الصادر بشأنها أمر تقدير الرسوم هو بتعيين مصف لتصفية الشركة، فإن الحكم المطعون فيه إذ اعتبر تلك الدعوى مجهولة القيمة يستحق عليها رسم ثابت يكون قد خالف القانون".

(طعن رقم 220 لسنة 38 ق جلسة 1973/4/19)

3- "المتنازع عليه في دعوى التصفية هو مجموع أموال الشركة باعتبار أن التصفية هي كافة العمليات اللازمة لتحديد صافي هذه الأموال الذي يوزع بين الشركاء بطريق القسمة بعد استيفاء الحقوق وسداد الديون وبيع مال الشركة منقولاً أو عقاراً".

(طعن رقم 1564 لسنة 50 ق جلسة 1985/12/16 - غير منشور)

4- "تصفية الشركة هي كافة العمليات اللازمة لتحديد صافي أموالها الذي يوزع بين الشركاء بطريق القسمة بعد استيفاء الحقوق وسداد الديون وبيع مال الشركة منقولاً أو عقاراً".

(طعن رقم 833 لسنة 54 ق جلسة 1990/5/28 - غير منشور)

220 - كيفية تصفية الشركة :

إذا تضمن عقد تأسيس الشركة - وهو ما يحدث غالباً - كيفية تصفية أموال الشركة وقسمتها. فإنه يجب عندئذ اتباع الأحكام الواردة بالعقد، إذ العقد شريعة المتعاقدين، كما يجب احترام طريقة التصفية التي انعقدت عليها إرادة الشركاء.

أما إذا لم يتضمن العقد النص على طريقة تصفية الشركة وقسمة أموالها، فقد تولى القانون وضع الأحكام التي تجرى تصفية الشركة وقسمة أموالها بمقتضاها. وقد وردت هذه الأحكام في المواد (533 - 537 مدنى).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"لم ينظم التقنين الفرنسى قسمة الشركات وتصفيتها بل أحال بشأنها على قواعد القسمة فى التركات (م 1872 من التقنين الفرنسى. انظر أيضاً م 1736 من التقنين الإيطالى و 1689 من التقنين الهولندى و 1280 من التقنين البرتغالى و 1708 من التقنين الأسبانى). وقد تعرض التقنين المصرى فى الفصل الخاص بالقسمة لتصفية الشركات وقسمتها، فذكر كيفية تعيين المصطفى وسلطانه (م 449-550/546-547 مصرى). ولكن نصوصه جاءت عامة تنطبق على كل أنواع القسمة سواء كانت خاصة بشركات أو بغيرها.

أما المشروع فقد تكلم على قواعد القسمة على العموم فى باب الملكية الشائعة (انظر م1202 - 1220 من المشروع). ولذلك رأى من المناسب أن يتبع الطريق الذى سلكه المشروع الفرنسى الإيطالى والتقنين البولونى فينظم تصفية الشركة وقسمتها تنظيمًا موجزا عاما. ثم يحيل فى قسمتها على قواعد القسمة فى الملكية الشائعة.

2- ويقرر هذا النص المبدأ العام المقرر بالمادة 545/448 من التقنين الحالى، ومؤداه أن تصفية أموال الشركة وقسمتها تتم بالطريقة المبينة فى العقد فإذا لم يرد به شرط خاص فى هذا الشأن اتبعت الأحكام التى يقررها المشروع فى النصوص التالية⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- (أ) - إنه وإن كان الأصل فى تصفية الشركات عند انقضائها هو قسمة أموالها بحسب سعر بيعها أو توزيع هذه الأموال عينا على الشركاء كل بنسبة حصته فى صافى أموالها إن أمكن إلا أنه من الجائز للشركاء أن يتفقوا مقدما فيما بينهم على طريقة معينة تجرى التصفية على أساسها، وهذا الاتفاق ملزم لهم متى كان لا يخالف قاعدة من قواعد النظام العام".

(ب) - "إذا كان قد نص فى عقد الشركة على أنه عند انقضاء مدتها تحل من تلقاء نفسها وتصبح أصولها وخصومها والتوقيع عنها من حق أحد الشريكين على أن يتحمل بجميع ديونها ويعطى الشريك الآخر ما يخصه فى موجوداتها بحسب ما تسفر عنه الميزانية التى تعمل بمعرفة الطرفين، فإن تفسير الحكم المطعون فيه هذا الاتفاق بأن المقصود منه هو إعطاء الشريك الآخر نصيبه فى الموجودات حسب سعرها المتداول فى السوق هو خروج عن المعنى الواضح لعبارة الاتفاق وتحميل لها فوق ما يتحمل، ذلك أن لفظ الميزانية إذا ذكر مطلقا من كل قيد ينصرف بداهة إلى ميزانية الأصول والخصوم الجارى العمل بها فى الشركات أثناء قيامها والتى تقدر فيها الموجودات بحسب قيمتها الدفترية".

(طعن رقم 363 لسنة 21 ق جلسة 1954/6/24)

2- "متى كان الحكم إذ قصر تصفية الشركة على المنقول وأرجأ تصفية العقار حتى يفصل نهائيا فى النزاع الجدى الذى قام على ملكيته بين الشركة وبين الشركاء

الموصين فإن هذا الحكم لا يكون قد خالف القانون".

(طعن رقم 338 لسنة 21 ق جلسة 1955/5/19)

3- "تنص المادة 532 من القانون المدنى على أن تصفية أموال الشركة وقسمتها تتم بالطريقة المبينة فى العقد على أن تتبع الأحكام الواردة فى المادة 533 وما بعدها عند خلو العقد من حكم خاص. فإذا كان عقد الشركة قد خول المصفى الذى تعينه الجمعية العمومية جميع السلطات لتصفية الأموال المنقولة أو العقارية المملوكة للشركة إما بطريق البيوع الودية أو بالمزاد ولم يرد به نص خاص يوجب تصفية المحل التجارى عن طريق بيعه مجزءا، كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى ما يتفق وهذا النظر فإنه لا يكون قد خالف مدلول الثابت بعقد الشركة".

(طعن رقم 387 لسنة 26 ق جلسة 1962/6/7)

4- "إذا اتفق الشركاء فيما بينهم على طريقة معينة تجرى بها التصفية فإن هذا الاتفاق يكون ملزما لهم متى كان لا يخالف قاعدة من قواعد النظام العام".

(طعن رقم 473 لسنة 30 ق جلسة 1965/6/10)

5- "لئن كان النص فى المادة 532 من القانون المدنى على أنه تتم تصفية أموال الشركة وقسمتها بالطريقة المبينة فى العقد وعند خلوه من حكم خاص تتبع الأحكام التى فصلتها المادة، ولما كان النص فى البند السابع من عقد الشركة المؤرخ 1975/6/1 على أنه (....) يتم تصفية المحل التجارى بالطريقة التى يتفق عليها الأطراف جميعا، وفى حالة عدم الاتفاق يصفى المحل بمعرفة مصف يختاره أغلبية الأطراف بقدر حصصهم وإلا فتكون التصفية قضائية بمعرفة المحكمة المختصة) ومفاده أن إجراءات التصفية الاختيارية الواردة فى هذا البند والتى تتم إما بإجماع آراء الشركاء أو بأغلبية الحصص إنما تتصرف فقط إلى التصفية الاتفاقية أما إذا فشلت وطرح الأمر على القضاء فإن المحكمة المختصة تكون صاحبة الكلمة فى اختيار طريقة التصفية ومنها تحديد شخصية المصفى".

(طعن رقم 1902 لسنة 62 ق جلسة 1994/2/14)

221 - تصفية الشركة فى حالة الحكم بحلها :

إذا حكم القاضى بحل عقد الشركة، فقد رأينا أن هذا الحل هو فسخ لعقد الشركة، ولا

يكون له أثر رجعى، وإنما تتحل الشركة بالنسبة للمستقبل. ومن ثم فإن حل الشركة يستتبع تصفية الشركة.

ولذلك فإن طلب الحكم بتصفية الشركة يتضمن بالضرورة وبطريق اللزوم العقلى طلب الحكم بحلها.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "طلب الحكم بتصفية الشركة يتضمن بالضرورة وبطريق اللزوم العقلى طلب الحكم بحل الشركة، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد أيد الحكم الابتدائى فى قضائه بحل الشركة وتصفيتها فإنه لا يكون قد قضى بمالم يطلبه الخصوم".

(طعن رقم 24 لسنة 44 ق جلسة 1979/3/5)

2- "طلب تصفية الشركة. تضمنه بطريق اللزوم طلب حلها".

(طعنان رقما 782 لسنة 64 ق، 4673 لسنة 66 ق جلسة 2000/2/8)

222- رسم دعوى التصفية :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "طلب فسخ عقد الشركة وتصفيتها يخضع فى تقدير الرسوم النسبية بالنسبة له لنص المادة 2/75 من القانون رقم 90 لسنة 1944 الذى يجرى على أن "يكون أساس تقدير الرسوم النسبية فى دعاوى طلب الحكم بصحة العقود أو إبطالها أو فسخها بقيمة الشئ المتنازع فيه "غير أنه يتعين طبقا للمادة التاسعة من ذلك القانون ألا يحصل قلم الكتاب رسوما نسبية على أكثر من أربعمئة جنيه فإذا انتهت الدعوى بحكم وقضى فيها بأكثر من 400 جنيه سوى الرسم على أساس ما حكم به ولما كانت الدعوى قد انتهت صلحا أمام محكمة الاستئناف فإنه يتعين تطبيق الفقرة الأولى من المادة 2 من القانون رقم 90 لسنة 1944 ومؤداها أن الرسوم النسبية تحسب فى هذه الحالة على قيمة الطلب أو على قيمة المتصالح عليه أيهما أكبر ولا اعتداد فى هذا الخصوص بما تضمنه عقد الصلح من تنازل المطعون عليهما عن الحكم الصادر من محكمة أول درجة بحل الشركة وتصفيتها إذ أنه بخروج هذين الشريكين من الشركة فإنها تكون قد انقضت".

(طعن رقم 92 لسنة 36 ق جلسة 1970/4/30)

2- "طلب تصفية الشركة يعتبر طلبا قابلا للتقدير ويقدر بقيمة مجموع أموال الشركة المطلوب تصفيتها وقت طلب التصفية، ذلك أن طلب التصفية لا يعدو أن يكون طلب قسمة أموال الشركة فيما بين شركائها وقيمة هذه الأموال هي التي تكون موضوع المنازعة بين الخصوم، فإذا جاوزت قيمة أموال الشركة وقت طلب تصفيتها مائتين وخمسين جنيها (أربعين ألف جنية الآن)، انعقد الاختصاص بنظر هذا الطلب للمحكمة الابتدائية بل ويمتد اختصاص تلك المحكمة إلى ما عساه يكون مرتبطا بطلب التصفية من طلبات أخرى. ولو كانت مما يدخل في الاختصاص القيمي أو النوعي للقاضي الجزئي إعمالا لنص الفقرة الثالثة من المادة 47 من قانون المرافعات ويكون حكم المحكمة الابتدائية في الطلب الذي يدخل في اختصاصها الأصلي ويجاوز قيمة النصاب الانتهائي لتلك المحكمة وفي الطلبات المرتبطة به جائزا استئنافا، إذ العبرة في تقدير قيمة الدعوى في هذه الحالة هو بقيمة الطلب الأصلي وحده".

(طعن رقم 215 لسنة 47 ق جلسة 1980/6/23)

223 - التصفية لا ترد على شركة المحاصة :

لما كانت شركة المحاصة ليس لها شخصية معنوية على نحو ما ذكرنا سلفا، كما أن ليس لها رأس مال فإن التصفية لا ترد عليها.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"التصفية لا ترد على شركة المحاصة لأنها لا تتمتع بالشخصية المعنوية وليس لها رأس مال وفقا لما نصت عليه المادة 59 من قانون التجارة وإنما تنتهى هذه الشركة بإتمام المحاسبة بين الشركاء لتعيين نصيب كل منهم في الربح والخسارة".

(طعن رقم 151 لسنة 40 ق جلسة 1976/1/20)

224 - حكم التصفية غير منه للخصومة :

الحكم الصادر بالتصفية غير منه للخصومة ومن ثم لا يجوز الطعن عليه بالاستئناف على استقلال عملا بالمادة 212 مرافعات التي تقضى بأنه : "لا يجوز الطعن في الأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهى بها الخصومة إلا بعد صدور الحكم المنهى للخصومة كلها... الخ".

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إن المشرع وضع قاعدة عامة مقتضاها منع الطعن المباشر فى الأحكام التى تصدر أثناء نظر الدعوى ولا تنتهى بها الخصومة كلها بحيث لا يجوز الطعن فيها إلا مع الطعن فى الحكم الصادر فى الموضوع، سواء كانت تلك الأحكام موضوعية أو فرعية أو قطعية أو متعلقة بالإثبات حتى ولو كانت منهيّة لجزء من الخصومة، واستثنى المشرع أحكاماً أجاز فيها الطعن المباشر من بينها الأحكام التى تصدر فى شق من الموضوع متى كانت قابلة للتنفيذ الجبرى، ورائده فى ذلك أن القابلية للتنفيذ - وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية - تنشئ للمحكوم عليه مصلحة جدية فى الطعن فيه على استقلال وحتى يتسنى طلب وقف نفاذه، لما كان ذلك وكان المطعون ضدهم طلبوا حل الشركة القائمة بينهم وبين الطاعنة عن نفسها وبصفتها مع ما يترتب على ذلك قانوناً وبتصفية تلك الشركة وتعيين مصف لها من الجدول... وتقسيم صافى ناتج التصفية كل بحسب نصيبه وإذ قضت المحكمة الابتدائية بحل الشركة... ووضعها تحت التصفية القضائية وتعيين خبير الجدول صاحب الدور لتصفيتها وتكون مهمته استلام دفاتر الشركة وأوراقها ومستنداتها وجرد أموال الشركة العقارية... وصولاً لبيان إجمالى قيمة الشركة ونصيب المدعين فيها ونصيب كل من الشركاء والمدعى عليها... وإيداع الصافى وفق ما تقدم خزينة المحكمة، ولما كان ذلك الحكم قد بت بصفة نهائية بحل الشركة وتصفيتها وتعيين مصف عليها وأناط به اتخاذ كافة الإجراءات المؤدية إلى تحديد صافى نصيب كل شريك فيها، ولا يكون للمحكمة شىء تقضى فيه بعد ذلك سوى القضاء بانتهاء الدعوى سيما وأن المطعون ضدهم لم يطلبوا القضاء باعتماد ناتج التصفية ولم تورد المحكمة فى منطوقها إرجاء الفصل فى مثل هذا الأمر، ومن ثم يكون الحكم منهيّاً للخصومة بما يجوز الطعن فيه بالاستئناف ثم بالنقض".

(طعن رقم 1902 لسنة 62 ق جلسة 1994/2/14)

2- "النص فى المادة 212 من قانون المرافعات قبل تعديلها بالقانون 23 لسنة 1992 يدل على ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية أن المشرع قد وضع قاعدة عامة تقضى بعدم جواز الطعن على استقلال فى الأحكام الصادرة أثناء سير الخصومة قبل الحكم الختامى المنهى لها وذلك فيما عدا الأحكام الوقتية والمستعجلة والصادرة بوقف الدعوى وكذلك الأحكام التى تصدر فى شق من الموضوع متى كانت قابلة للتنفيذ الجبرى ولما كان موضوع الخصومة قد تحدد بما انتهى إليه المطعون ضده الأول من طلب حل الشركة موضوع النزاع وتصفيتها وصولاً إلى حصوله على نصيبه فى أرباح الشركة

ورأسمالها وفق ناتج التصفية وإذ كان الحكم الاستثنائي قد قبل الطعن بالاستئناف فى الحكم الابتدائي الذى قضى للمذكور بطلباته وكان هذا الأخير قد اقتصر على طلب حل الشركة وتصفيتها وتعيين مصف لتصفيتها دون أن يطلب الحكم باعتماد نتيجة التصفية أو الحكم له بنصيبه من ناتج التصفية فإن الحكم الابتدائي يكون قد أنهى الخصومة كلها ولم يعد باقيا منها شىء أمام المحكمة للفصل فيه مما يجوز معه الطعن فيه أمام محكمة الاستئناف وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإن النعى يكون على غير أساس".

(طعن رقم 5680 لسنة 62 ق جلسة 1995/3/27)

3- "إذ كان الثابت بالأوراق أن الطاعنين كانا قد أقاما الدعوى 22 لسنة 1994 تجارى طنطا الابتدائية بطلب الحكم بتصفية الشركة وتعيين مصفى لها وقضى فيها بجلسة 1994/6/20 بتعيين مصفى تكون مهمته تصفية الشركة وتقسيم أموال الشركاء جميعا وتحديد جلسة ليقدم تقريره وهو حكم لم يفصل فى موضوع الدعوى ولا تنتهى به الخصومة فيها فلا تستحق باقى الرسوم ولا يحق لقلم كتاب المحكمة مطالبة المدعين بأدائها".

(طعن رقم 848 لسنة 66 ق جلسة 1997/7/1)



مادة (533)

تنتهى عند حل الشركة سلطة المديرين أما شخصية الشركة فتبقى بالقدر اللازم للتصفية وإلى أن تنتهى هذه التصفية.

الشرح

225 - انتهاء سلطة المديرين عند حل الشركة :

ينقضى عقد الشركة وينعدم وجوده القانونى بمجرد حل الشركة، وبالتالي تنتهى سلطة المديرين فتزول عنهم صفتهم فى تمثيل الشركة ويصبح المصطفى الذى يعين للقيام بالتصفية صاحب الصفة الوحيد فى تمثيل الشركة فى الأعمال التى تستلزمها التصفية وفى جميع الدعاوى التى ترفع من الشركة أو عليها.

وعلى ذلك إذا قام المديرين بأى عمل من أعمال الإدارة بعد تصفية الشركة كانت غير نافذة فى حق الشركاء لصدورها من غير ذى صفة.

فإذا لم يتم تعيين مصطفى عند حل الشركة، قام المدير بأعمال التصفية حتى يتم تعيين المصطفى فيقوم المدير حينئذ بأعمال التصفية وليس بأعمال الإدارة⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"ينقضى عقد الشركة وينعدم وجوده القانونى بمجرد حلها وعلى ذلك تنتهى سلطة المديرين كما يقرر النص قياساً على المشروع الفرنسى الإيطالى (م 563 فقرة أولى) والتقنين البولونى (م 581) ... إلخ"⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "يترتب على حل الشركة زوال صفة مديرها فى تمثيلها، ويحل محلهم المصطفى الذى عينته المحكمة ويكون هو صاحب الصفة الوحيد فى تمثيل الشركة أمام القضاء فيما يرفع منها أو عليها من دعاوى".

(طعن رقم 24 لسنة 44 ق جلسة 1979/3/5)

(1) المستشار أنور طلبه ص 319.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 392 وما بعدها .

2- "مؤدى نص المادة 523 من القانون المدنى أنه إذا انقضت الشركة بتحقيق أى سبب من أسباب انقضائها - ومنها ما نصت عليه المادة 527 مدنى من هلاك أموالها - فإنها تدخل فى دور التصفية حيث تنتهى سلطة المديرين فيها ويتولى المصطفى أعمال التصفية وإجراء ما تقتضيه من القيام- باسم الشركة ولحسابها- باستيفاء حقوقها ووفاء ما عليها من ديون وبيع مالها منقولاً أو عقاراً - على نحو ما نصت عليه المادة 535 مدنى - وهو ما يستوجب بقاء الشخصية المعنوية للشركة بالرغم من حلها تسهلاً لعملية التصفية وحفظاً لحقوق الغير حتى يمكن للمصطفى القيام بهذه الأعمال مما يقتضى بدوره قيام العقود والعلاقات المستمرة المتعلقة بإدارة الشركة والالزمة لاستمرار عملية التصفية - ومنها عقود الإيجار الصادرة للشركة - وذلك لحين الانتهاء من التصفية بتمام كافة أعمالها وتحديد صافى الناتج فيها وتقديم المصطفى تقريره بذلك واعتماده من الشركاء ومؤدى ذلك - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن شخصية الشركة تبقى بعد حلها بالقدر اللازم للتصفية وإلى أن تنتهى، وأن المصطفى يصبح صاحب الصفة الوحيد فى تمثيل الشركة فى جميع الأعمال التى تستلزمها هذه التصفية".

(طعن رقم 41 لسنة 45 ق جلسة 1979/3/31)

3- "النص فى المادة 532 من القانون المدنى على أن تتم تصفية أموال الشركة وقسمتها بالطريقة المبينة فى العقد وعند خلوه من حكم خاص تتبع الأحكام التى فصلتها المادة والنص فى المادة 533 مدنى على أنه "تنتهى عند حل الشركة سلطة المديرين أما شخصية الشركة فتبقى بالقدر اللازم للتصفية وإلى أن تنتهى هذه التصفية "يدل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على أنه إذا تحقق سبب من أسباب انقضاء الشركة فإنها تنقضى وتدخل فى دور التصفية ولا يحول ذلك دون استمرارها حتى تمام التصفية إذ تظل الشخصية المعنوية للشركة قائمة بالرغم من حلها طوال الوقت الذى تجرى فيه أعمال التصفية وذلك بالقدر اللازم لها، وإذا تضمن عقد تأسيس الشركة الطريقة التى تصفى بها أموالها فإنه يجب اتباعها وفى حالة خلو عقد تأسيس الشركة من تحديد الطريقة التى تتم بها التصفية فقد تولى القانون وضع الأحكام التى تجرى التصفية على مقتضاها ومن هذه الأحكام انتهاء سلطة المديرين بمجرد انقضاء الشركة وتولى المصطفى أعمال التصفية وإجراء ما تقتضيه من القيام باسم الشركة ولحسابها باستيفاء حقوقها ووفاء ما عليها من ديون وبيع ما لها منقولاً أو عقاراً - على نحو ما نصت عليه المادة 535 مدنى - وتنتهى التصفية بتمام كافة أعمالها وتحديد صافى الناتج منها وتقسيمه

بين الشركاء نقداً أو عيناً، لما كان ذلك وكان الثابت أن الدعوى أقيمت بطلب حل الشركة محل النزاع وتصفيتهما وكان الحكم المطعون فيه قد أيد الحكم الابتدائى فيما قضى به المطعون ضدهم بنصيبهم فى القيمة المادية والمعنوية للشركة لمجرد أن قضى بحلها دون القيام بإجراءات التصفية وفقاً للأحكام الواردة بالمواد من 532 إلى 537 من التقنين المدنى والتي تنتهى بتحديد صافى المال وقسمته بين الشركاء فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه بما يوجب نقضه .

(طعن رقم 3477 لسنة 64 ق جلسة 1995/6/12)

4- انقضاء الشركة ودخولها فى دور التصفية. أثره إنهاء سلطة المديرين مع استمرارها حتى تمام التصفية. مؤداه. عدم قيام المصفى بأى عمل جديد من أعمال الشركة .

(طعن رقم 393 لسنة 63 ق جلسة 2000/6/27)

(طعان رقما 9782 لسنة 64 ق، 4673 لسنة 66 ق جلسة 2000/2/8)

5- "إذ كان الحكم بحل الشركة وتصفيتهما وإن كان يترتب عليه زوال صفة مديرها ويحل محلهم المصفى الذى عينته المحكمة والذى يتولى أعمال التصفية ويصبح هو صاحب الصفة فى تمثيل الشركة أمام القضاء وذلك لحماية حقوق الشركاء إلا أن تلك العلة تنتفى إذا ما قام المدير بعد زوال صفته باتخاذ إجراءات تحفظية - أثناء قيام المصفى بالتصفية - من شأنها إفادة الشركاء فى الشركة ولا يترتب عليها المساس بحقوقهم ومنها الطعن فى الأحكام الصادرة ضد الشركة المقضى بتصفيتهما مادام قد اختصم المصفى صاحب الصفة الذى لم يتخذ مثل هذا الإجراء. لما كان ذلك، وكان الثابت أن الطاعن قد أقام الطعن المائل مختصماً المصفى القضائى وآخرين بغية إلغاء الحكم المطعون فيه الذى أبطل حكم التحكيم الصادر لصالح الشركة محل التصفية ومن ثم فإن ذلك يدخل فى نطاق الإجراءات التحفظية التى يفيد منها باقى الشركاء لما يمكن أن يترتب عليها من زيادة أموال الشركة محل التصفية".

(طعان رقما 661، 662 لسنة 72 ق جلسة 2005/8/1)

6- "إنه - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - وإن كان يترتب على حل الشركة زوال صفة مديرها فى تمثيلها ويحل محلهم المصفى الذى عينته المحكمة ويكون هو صاحب الصفة الوحيدة فى تمثيلها أمام القضاء فيما يرفع منها أو عليها من دعاوى

إلا أن تمثيل المصطفى للشركة إنما يكون في فترة التصفية ويتعلق فقط بالأعمال التي تستلزمها التصفية والدعاوى التي ترفع من الشركة أو عليها حماية لحقوق الشركاء. لما كان ذلك، وكانت الخصومة في الاستئناف المطروح لم تتعلق بالمنازعة فيما قضى به الحكم الابتدائي بشأن تعيين المصفي أو سلطاته في التصفية أو بصحة الإجراءات التي اتخذها بحسابه مصفيا لشركة تحت التصفية وإنما تعلق الأمر بمنازعة الطاعنين في صحة قضاء الحكم الابتدائي بحل عقد الشركة وتصفيتها لذا لا تكون للمصفي صفة ملحوظة تستوجب اختصاصه في استئناف ذلك الحكم وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وأقام قضاءه ببطلان الاستئناف لعدم اختصاص المصفي القضائي فإنه يكون قد خالف القانون مما يوجب نقضه".

(طعن رقم 625 لسنة 71 ق جلسة 2010/3/23)

226- بقاء شخصية الشركة في فترة التصفية :

كان المنطق يقضى بأن يتقرر انعدام شخصية الشركة بمجرد حلها، لولا أن التصفية تتطلب اتخاذ بعض الإجراءات كإنجاز الأعمال الجارية، واستيفاء حقوق الشركة ووفاء ما عليها من ديون. ولو تقرر انعدام شخصية الشركة بمجرد الحل لترتب على ذلك أن تصبح أموال الشركة ملكا مشاعا بين الشركاء.

وقد جاء بملذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"ينقضى عقد الشركة وينعدم وجوده القانوني بمجرد حلها، وعلى ذلك تنتهي سلطة المديرين كما يقرر النص قياسا على المشروع الفرنسي الإيطالي (م 563 فقرة أولى) والتقنين البولوني (م 581) وكان المنطق يقضى أيضا بأن يتقرر انعدام شخصية الشركة بمجرد حلها، لو لا أن التصفية تتطلب اتخاذ بعض الإجراءات كإنجاز الأعمال الجارية، واستيفاء حقوق الشركة ووفاء ما عليها من ديون. وكل ذلك يتطلب بقاء الشخصية المعنوية للشركة قائمة حتى تنتهي التصفية، خصوصا أنه لو قررنا انعدام شخصيتها بمجرد الحل لترتب على ذلك أن تصبح أموال الشركة ملكا مشاعا بين الشركاء، ولأمكن لدائتي الشركاء الشخصيين أن يلاحموا دائتي الشركة في الحصول على ديونهم منها. والقضاء والتشريع الحديث مجمعان على أن حل الشركة لا تأثير له في الشخصية المعنوية التي تظل قائمة حتى تمام التصفية. على أنه لما كان بقاء الشخصية المعنوية مقصودا به تسهيل عملية التصفية وحفظ حقوق الغير، فإن شخصية الشركة لا تبقى إلا

لأغراض التصفية، أما فيما عداها فإنها تزول، ولا يمكن مثلا البدء بأعمال جديدة لحساب الشركة⁽¹⁾.

وعلى ذلك تظل شخصية الشركة قائمة بالقدر اللازم للتصفية وإلى أن تنتهى هذه التصفية. ويكون المصفى هو صاحب الصفة الوحيد فى تمثيل الشركة أمام القضاء فيما يرفع منها أو عليها من دعاوى.

غير أنه لا يجوز للمصفى أن يبدأ أعمالا جديدة فى الشركة، لأن بقاء الشخصية المعنوية مقصود به تسهيل عملية التصفية وحفظ حقوق الغير.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "من المقرر، مراعاة لمصلحة الشركاء ولدائنى الشركة ومدينىها، أن انتهاء الشركة لا يمنع من اعتبارها قائمة محتفظة بشخصيتها المعنوية لحاجات التصفية حتى تنتهى التصفية. وإذن فإن كل موجودات الشركة بما فيها الدفاتر تعتبر أثناء التصفية مملوكة لها لا ملكا شائعا بين الشركاء فلا يصح لأحدهم أن يوقع الحجز الاستحقاقى على شىء من ذلك".

(طعن رقم 17 لسنة 15 ق جلسة 1945/12/13)

2- "يترتب على حل الشركة ودخولها فى دور التصفية انتهاء سلطة المديرين وذلك كنص المادة 533 من القانون المدنى فتزول عنهم صفتهم فى تمثيل الشركة ويصبح المصفى الذى يعين للقيام بالتصفية صاحب الصفة الوحيد فى تمثيل الشركة فى جميع الأعمال التى تستلزمها هذه التصفية وكذلك فى جميع الدعاوى التى ترفع من الشركة أو عليها، فإذا كان الطعن قد رفع من عضو مجلس الإدارة المنتدب بصفته ممثلا للشركة وذلك بعد حلها وتعيين المصفى، فإنه يكون غير مقبول لرفعه من غير ذى صفة - ولا يغير من ذلك أن يكون الطعن قد رفع بإذن من المصفى طالما أنه لم يرفع باسمه بصفته ممثلا للشركة".

(طعن رقم 453 لسنة 35 ق جلسة 1960/11/24)

2- "من المقرر وفقا لنص المادة 533 من القانون المدنى بقاء شخصية الشركة

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 392.

عند حلها بالقدر اللازم للتصفية وإلى حين انتهائها، ومدير الشركة يعتبر وفقاً للمادة 534 من التقنين المدني في حكم المصفي حتى يتم تعيين مصف للشركة".

(طعن رقم 655 لسنة 40 ق جلسة 1976/1/26)

3- "حل الشركة لا يمنع من احتفاظها بشخصيتها المعنوية بالقدر اللازم للتصفية. علة ذلك. انتهاء سلطة المديرين وانتقالها إلى المصفي الذي يقوم وحده بأعمال التصفية. المادة 533 مدني".

(طعان رقما 9782 لسنة 64ق، 4673 لسنة 66 ق جلسة 2000/2/8)

4- "انقضاء الشركة ودخولها في دور التصفية. أثره. إنهاء سلطة المديرين مع استمرارها حتى تمام التصفية. مؤداه. عدم قيام المصفي بأي عمل جديد من أعمال الشركة".

(طعن رقم 393 لسنة 63 ق جلسة 2000/6/27)

5- "لما كان الحكم المطعون فيه قد قصر قضاءه على إنهاء عقد الشركة المؤرخ 1985/12/13 دون تحديد تاريخاً لهذا الانتهاء في حين أنه قد تكونت شركة جديدة اعتباراً من 1996/1/1 تاريخ انتهاء مدة العقد باستمرار الشركاء في مباشرة نشاطها سنة فسنة حتى أبدى المطعون ضدهم بإنذارهم المسلم إلى الطاعن بتاريخ 1998/8/6 رغبتهم في عدم تجديدها والذي يتعين أن يبدأ نفاذه اعتباراً من تاريخ 1999/1/1 ومنه تنتضي الشركة وتدخل في دور التصفية وتنتهي سلطة مديرها ويتولى المصفي الذي يتم تعيينه اتفاقاً أو قضاء أعمال التصفية وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وخلا قضاؤه من تحديد لتاريخ انتهاء عقد الشركة الذي تبدأ منه آثار الانقضاء التي يرتبها القانون فإنه يكون معيباً".

(طعن رقم 2532 لسنة 69 ق جلسة 2001/5/15)

227 - توقف المنشأة من تاريخ انتهاء التصفية :

في أحوال التصفية لا يبدأ توقف المنشأة من تاريخ بدء التصفية لكن من تاريخ انتهائها، وبالتالي فإن فترة التصفية تكون فترة عمل مباشر فيها المنشأة نشاطها.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه في أحوال التصفية، لا يبدأ توقف المنشأة من تاريخ بدء التصفية ولكن من تاريخ انتهائها. ولهذا فإن فترة التصفية تكون فترة عمل مباشر فيها الممول نشاطه الخاضع للضريبة، وتعد عمليات التصفية استمراراً

لهذا النشاط. وثبوت الشخصية المعنوية للشركة فى فترة التصفية جاء على سبيل الاستثناء لذلك وجب أن تقدر ضرورة هذا الاستثناء بقدرها، ولما كان مفاد الشخصية المعنوية مقصودا به تسهيل عملية التصفية وحفظ حقوق الغير فإن شخصية الشركة لا تبقى إلا لأغراض التصفية، مما يتمتع معه القول بإمكان تغير الشكل القانونى للشركة أو حلول شريك محل آخر فى تلك الفترة. وإذ كان ذلك وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه والحكم الابتدائى الذى أيدته وأحال إلى أسبابه أنه وإن كان الممول (مورث المطعون ضدهم) قد توفى فى 12/12/1954 إلا أن فترة التصفية استمرت حتى نهاية السنة المالية، ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذ انتهى إلى ربط الضريبة على أرباح المنشأة فى سنة مالية كاملة ابتداء من 1/5/1954 حتى 30/4/1955 رغم وفاة الشريك المتضامن فى 12/12/1954 يكون قد طبق القانون تطبيقا صحيحا، ولا يغير من هذا النظر ما تثيره الطاعنة من أن الشريك المتضامن يعتبر فى حكم الممول الفرد فى مقام ربط الضريبة، لأن الثابت من مدونات الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه أن إجراءات التصفية بدأت فى يوم وفاة الشريك المتضامن وبسبب الوفاة، كما لا يغير منه وجود شرط فى عقد الشركة يقضى بأنه فى حالة وفاة الشريك المسئول فتستمر أعمال الشركة على أساس صيرورة الشريكة الموصية شريكة متضامنة، إذ لامجال لإعمال هذا الشرط بعد أن اتجه الشركاء إلى إنهاء أعمال الشركة وشرعوا فى تصفيتها".

(طعن رقم 2 لسنة 42 ق جلسة 1978/11/28)

2- "النص فى المادة 532 من القانون المدنى على أنه تتم تصفية أموال الشركة وقسمتها بالطريقة المبينة فى العقد وعند خلوه من حكم خاص تتبع الأحكام التى فصلتها المواد 533 وما بعدها، والنص فى المادة 533 على أن تنتهى عند حل الشركة سلطة المديرين أما شخصية الشركة فتبقى بالقدر اللازم للتصفية وإلى أن تنتهى هذه التصفية - يدل على أنه إذا تحقق سبب من أسباب انقضاء الشركة فإنها تنقضى وتدخل فى دور التصفية ولا يحول ذلك دون استمرارها حتى تمام التصفية إذ تظل الشخصية المعنوية للشركة قائمة بالرغم من حلها طوال الوقت الذى تجرى فيه أعمال التصفية وذلك بالقدر اللازم لها، وإذا تضمن عقد تأسيس الشركة الطريقة التى تصفى بها أموالها فإنه يجب اتباعها، وفى حالة خلو عقد تأسيس الشركة من تحديد الطريقة التى تتم بها التصفية فقد تولى القانون وضع الأحكام التى تجرى التصفية على مقتضاها ومن هذه الأحكام انتهاء

سلطة المديرين بمجرد انقضاء الشركة وتولى المصفي أعمال التصفية".

(طعن رقم 1710 لسنة 49 ق جلسة 1981/1/26)

3- "النص في المادة 532 من القانون المدني على أن تتم تصفية أموال الشركة وقسمتها بالطريقة المبينة في العقد وعند خلوه من حكم خاص تتبع الأحكام التي فصلتها المادة. والنص في المادة 533 مدني على أنه "تنتهي عند حل الشركة سلطة المديرين أما شخصية الشركة فتبقى بالقدر اللازم للتصفية وإلى أن تنتهي هذه التصفية "يدل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- على أنه إذا تحقق سبب من أسباب انقضاء الشركة فإنها تنتضي وتدخل في دور التصفية ولا يحول ذلك دون استمرارها حتى تمام التصفية إذ تظل الشخصية المعنوية للشركة قائمة بالرغم من حلها طوال الوقت الذي تجرى فيه أعمال التصفية وذلك بالقدر اللازم لها، وإذا تضمن عقد تأسيس الشركة الطريقة التي تصفى بها أموالها فإنه يجب اتباعها وفي حالة خلو عقد تأسيس الشركة من تحديد الطريقة التي تتم بها التصفية فقد تولى القانون وضع الأحكام التي تجرى التصفية على مقتضاها ومن هذه الأحكام انتهاء سلطة المديرين بمجرد انقضاء الشركة وتولى المصفي أعمال التصفية وإجراء ما تقتضيه من القيام باسم الشركة ولحسابها باستيفاء حقوقها ووفاء ما عليها من ديون وبيع مالها منقولاً أو عقاراً - على نحو ما نصت عليه المادة 535 مدني - وتنتهي التصفية بتمام كافة أعمالها وتحديد صافي الناتج منها وتقسيمه بين الشركاء نقداً أو عيناً، لما كان ذلك وكان الثابت أن الدعوى أقيمت بطلب حل الشركة محل النزاع وتصفيتها وكان الحكم المطعون فيه قد أيد الحكم الابتدائي فيما قضى به للمطعون ضدهم بنصيبهم في القيمة المادية والمعنوية للشركة لمجرد أن قضى بحلها دون القيام بإجراءات التصفية وفقاً للأحكام الواردة بالمواد من 532 إلى 537 من التقنين المدني والتي تنتهي بتحديد صافي مال الشركة وقسمته بين الشركاء فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه بما يوجب نقضه".

(طعن رقم 3477 لسنة 64 ق جلسة 1995/6/12)

4- "لما كان الحكم المطعون فيه قد قضى بانتهاء عقد الشركة وطرد الطاعن من العين التي تباشر فيها نشاطها مع إلزام بتسليمها للمطعون ضدهم كأثر لانقضاء مدتها دون انتظار لما تسفر عنه إجراءات التصفية وفقاً للأحكام الواردة بالمواد 532 إلى 537 من التقنين المدني وما تنتهي إليه من تحديد لصافي أموال الشركة وقسمتها بين الشركاء

نقداً أو عيناً فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه".

(طعن رقم 2532 لسنة 69 ق جلسة 2001/5/15)

5- "لما كان الحكم المطعون فيه قد قصر قضاءه على إنهاء عقد الشركة المؤرخ 1985/12/13 دون تحديد تاريخ لهذا الانتهاء في حين أنه قد تكونت شركة جديدة اعتباراً من 1996/1/1 تاريخ انتهاء مدة العقد باستمرار الشركاء في مباشرة نشاطها سنة فسنة حتى أبدى المطعون ضدهم بإنذارهم المسلم إلى الطاعن بتاريخ 1998/8/6 رغبتهم في عدم تجديدها والذي يتعين أن يبدأ نفاذه اعتباراً من تاريخ 1999/1/1 ومنه تنقضي الشركة وتدخل في دور التصفية وتنتهي سلطة مديرها ويتولى المصطفى الذي تم تعيينه اتفاقاً أو قضاء أعمال التصفية وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وخلا قضاؤه من تحديد لتاريخ انتهاء عقد الشركة الذي تبدأ منه آثار الانقضاء التي يربتها القانون فإنه يكون معيباً بما يوجب نقضه".

(طعن رقم 2532 لسنة 69 ق جلسة 2001/5/15)



مادة (534)

- 1- يقوم بالتصفية عند الاقتضاء، إما جميع الشركاء، وإما مصف واحد أو أكثر تعينهم أغلبية الشركاء.
- 2- وإذا لم يتفق الشركاء على تعيين المصفي. تولى القاضي تعيينه بناء على طلب أحدهم.
- 3- وفي الحالات التي تكون فيها الشركة باطلة تعين المحكمة المصفي. وتحدد طريقة التصفية بناء على طلب كل ذي شأن.
- 4- وحتى يتم تعيين المصفي يعتبر المديرون بالنسبة إلى الغير فى حكم المصفين.

الشرح

228 - تعيين المصفي :

إذا تضمن عقد تأسيس الشركة أو نظامها كيفية تعيين المصفي ومن يملك تعيينه، فيتبع حكم النص.

فإذا خلا عقد تأسيس الشركة أو نظامها من ذلك، جاز لجميع الشركاء القيام بالتصفية وهذا لا يكون مناسباً إلا إذا كان عدد الشركاء قليلاً.

وإما أن تقوم أغلبية الشركاء أى ما يزيد على النصف بتعيين مصف واحد أو أكثر. ويجوز أن يكون المصفي من الشركاء أو غيرهم.

وفى حالة تعيين أكثر من مصف يكون للأغلبية اشتراط أن تكون القرارات التي تصدر من المصفين بالأغلبية أو الإجماع، وحينئذ يجب التزام الشرط، وقد تحدد لكل مصف اختصاصاً منفرداً فإذا لم تشرط الأغلبية شيئاً ولم تعين اختصاص كل مصف جاز لكل من المصفين أن ينفرد بأى عمل من أعمال التصفية على أن يكون لكل من المصفين الآخرين الاعتراض على هذا العمل قبل تمامه، وعندئذ يكون من حق أغلبية المصفين رفض الاعتراض، فإذا تساوى الجانبان كان الرفض من حق أغلبية الشركاء جميعاً، وذلك جميعه قياساً على حالة تعدد المديرين⁽¹⁾.

(1) السنهورى ص 305 وما بعدها - محمد كامل مرسى ص 662.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"تعرض هذه المادة لبيان كيفية تعيين المصطفى، وقد يتضمن عقد الشركة أو قانونها نصوصا بخصوص طريقة تعيين المصطفى أو من يملك تعيينه، فيتبع حكم النص، أما إذا لم ينص على شىء فى هذا الشأن، فإن الفقرة الأولى تقرر أن التصفية يقوم بها جميع الشركاء (كما هو الحال فى شركات الحصص حيث يكون عدد الشركاء قليلا وكلهم كاملى الأهلية ولهم مطلق التصرف فى حقوقهم) أو تعين أغلبية الشركاء مصفيا أو أكثر (وذلك فى الحالات الأخرى، وبالأخص فى شركات الأسهم). ولم يميز المشروع، كما فعل التقنين الحالى فى المادة 546/449، بين الشركات المدنية والتجارية. ولكنه يجاريه من حيث الاكتفاء فى تعيين المصطفى بموافقة الأغلبية، خلافا لما تقرر بعض التقنيات من وجوب الإجماع (م563 من المشروع الفرنسى الإيطالى وم583 من التقنين البولونى) أو موافقة أغلبية خاصة (م112 من تقنين الشركات البلجيكى). ولا يشترط فى المصطفى أن يكون شريكا فى الشركة المراد تصفيتها. كما يجوز أن يكون واحدا أو أكثر. وفى حالة تعيين أكثر من مصف، يكون تحديد سلطاتهم، فى حالة عدم النص، بالقياس على ما ذكرناه فى تحديد سلطة المديرين (م700 من المشروع)"⁽¹⁾.

229 - تعيين المحكمة للمصطفى :

إذا لم تعين الأغلبية مصفيا للشركة لامتناعها عن ذلك، أو لانقسام الآراء وعدم حصول أحد المرشحين على أغلبية ما، تولى القاضى تعيين مصف أو أكثر بناء على طلب يقدمه أحد الشركاء.

وتحدد سلطة المصنفين إذا تعدوا على نحو ما جاء بالبند السابق. ولا يجوز لدائن الشركة أن يقدم طلبا بذلك، لأن المصطفى وكيل عن الشركة والشركاء لا عن دائنيها⁽²⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

2- "فإذا لم تعين الأغلبية مصفيا للشركة، لامتناعها عن ذلك أو لانقسام الآراء وعدم حصول أحد المرشحين على أغلبية ما، تولى القاضى تعيين مصف أو أكثر بناء

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 395 وما بعدها .

(2) محمد كامل مرسى ص 663 وما بعدها - المستشار أنور طلبه ص 327.

على طلب يقدمه أحد الشركاء (م546/449 من التقنين المصرى وم112 من تقنين الشركات البلجيكي وم563 من المشروع الفرنسى الايطالى وم583 من التقنين البولونى)، ولا يجوز لدائن الشركة أن يقدم طلبا بذلك لأن المصطفى وكيل عن الشركة والشركاء لا عن دائئنها⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"لما كان الحكم المطعون فيه قد عين مصفيا لتصفية الشركة موضوع النزاع وتطبيق القواعد التى نص عليها القانون فى الشركة الباطلة عند التصفية ومن ثم يكون قد حدد للمصطفى طريقة التصفية".

(طعن رقم 1326 لسنة 55 ق جلسة 14/6/1993)

230- تعيين المصطفى فى الشركة الباطلة :

إذا قضت المحكمة ببطلان عقد الشركة، فقد رأينا أنه مع ذلك إذا كانت الشركة قد مارست نشاطها، فإننا نكون بصدد شركة واقعية فى الفترة السابقة على الحكم النهائى الصادر بالبطلان.

ومن ثم تملك المحكمة تعيين مصفيا لها. وتحدد المحكمة طريقة التصفية وفقا لما تراه، لأن التصفية لا تحصل وفقا لعقد الشركة مادام وجودها لم يكن صحيحا. وإن كان لا يوجد ما يحول دون أن تتبنى المحكمة طريقة التصفية التى وردت فى عقد الشركة لا على أنه ما انعقدت عليه إرادة الشركاء، ولكن لأنها ترى اتباع الطريقة التى نص عليها. وتقوم المحكمة بتعيين المصطفى بناء على طلب كل ذى شأن، ولو لم يكن من بين الشركاء.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"وتحدد الفقرة الثالثة كيفية تعيين المصطفى وطريقة التصفية فى حالة الشركة الباطلة، وقد اقتبس المشروع حكمها من المادة 112 من تقنين الشركات البلجيكي، وهى تقرر ما جرى عليه القضاء من أنه فى حالة الحكم ببطلان الشركة تملك المحكمة أن تعين مصفيا لها على اعتبار أنها قامت فعلا، وأن هناك شركة واقعية (société de fait) ولذلك تعين المحكمة مصفيا حتى لو كان منصوبا فى عقد الشركة على طريقة تعيينه،

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 396.

أو كان معيناً فعلاً. والمحكمة تعين المصطفى فى هذه الحالة بناء على طلب يقدمه الشريك أو أى شخص له مصلحة فى ذلك. وتحدد المحكمة طريقة التصفية طبقاً لما تراه، لأن التصفية لا تحصل وفقاً لعقد الشركة مادام وجودها لم يكن صحيحاً⁽¹⁾.

231- اعتبار المديرين بالنسبة إلى الغير فى حكم المصطفى :

حتى يتم تعيين المصطفى سواء بواسطة الشركاء أم بحكم من القضاء يعتبر المديرين بالنسبة إلى الغير فى حكم المصطفى، وذلك حتى يجد هذا الغير ممثلاً للشركة يستطيع توجيه الدعاوى إليه⁽²⁾.

بل يجب على مديرى الشركة، فى هذه الفترة أن يقوموا بالإجراءات الضرورية للمحافظة على أموال الشركة ورعاية مصالحها، وأن يباشروا الأعمال المستعجلة التى لا تحتل التأخير.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"أما الفقرة الرابعة، فقد استمدها المشروع من نص المادة 113 من تقنين الشركات البلجيكية، وقد قصد بها حفظ حقوق الغير. فقد يحصل أحياناً، وعلى الأخص فى شركات الأسهم، أن يتأخر تعيين المصطفى، ومن الواجب مع ذلك حماية الغير حتى يجد ممثلاً للشركة يستطيع توجيه الدعاوى إليه، كما يلزم دائماً وجود شخص مسئول عن حفظ أموال الشركة ورعاية مصالحها. ولهذه الأسباب يقرر النص اعتبار المدير بالنسبة للغير فى حكم المصطفى حتى يتم تعيين هذا الأخير.

ولم ير المشروع حاجة للنص على كيفية عزل المصطفى كما فعل المشروع الفرنسى الإيطالى (م 563 فقرة 3)، لأنه يكفى فى ذلك تطبيق القواعد العامة ومؤداها أن الحق فى عزل المصطفى يرجع إلى السلطة التى تملك تعيينه، مع جواز الالتجاء دائماً إلى القضاء لطلب عزله بناء على وجود مبرر شرعى⁽³⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 396 وما بعدها.

(2) على البارودى ومحمد فريد العرنى ص 348 - المستشار أنور العمروسى ص 1176.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 396 وما بعدها.

"من المقرر وفقا لنص المادة 533 من لقانون المدنى بقاء شخصية الشركة عند حلها بالقدر اللازم للتصفية وإلى حين انتهائها، ومدير الشركة يعتبر وفقا للمادة 534 من التقنين المدنى فى حكم المصفى حتى يتم تعيين مصف للشركة".
(طعن رقم 655 لسنة 40 ق جلسة 1976/1/26)



مادة (535)

- 1- ليس للمصطفى أن يبدأ أعمالا جديدة للشركة، إلا أن تكون لازمة لإتمام أعمال سابقة.
- 2- ويجوز له أن يبيع مال الشركة منقولاً أو عقاراً إما بالمزاد، وإما بالممارسة، ما لم ينص فى أمر تعيينه على تقييد هذه السلطة.

الشرح

232- سلطات المصطفى :

إذا حدد الشركاء فى عقد التأسيس أو نظام الشركة سلطات المصطفى واختصاصاته فعليه أن يلتزم حدود هذه السلطات، وإذا عينته المحكمة فهى تحدد له اختصاصاته وقد رأينا أن المادة 532 مدنى تنص على أن تصفية أموال الشركة وقسمتها تتم بالطريقة المبينة فى العقد. على أن تتبع الأحكام الواردة فى المادة 533 مدنى وما بعدها عند خلو العقد من حكم خاص.

وإذا لم تحدد اختصاصات المصطفى اتفاقاً أو فى قرار تعيينه، كان له القيام بجميع الأعمال التى تقتضيها التصفية، ويمتتع عليه كل عمل يكون من شأنه الاستمرار فى أعمال الشركة أو إطالة مدة التصفية بغير مبرر. وهذا هو الضابط الذى يجب الاسترشاد به.

وعلى ذلك يدخل فى سلطة المصطفى ما يأتى :

1 - القيام بالأعمال التمهيدية والتحفظية :

فمن واجب المصطفى بمجرد تسلمه مهام وظيفته أن يقوم بجميع الأعمال اللازمة للمحافظة على أموال الشركة وحقوقها، وأن يطالب المديرين بتقديم حساباتهم، وتسليم دفاتر الشركة وأموالها، ويقوم بجرد هذه الأموال، ويبادر إلى تجديد الرهون المقررة لمصلحة الشركة إذا لزم الأمر. ويطلب بالأوراق التجارية ويحرر البروتستات عند اللزوم (فى الشركات التجارية) ويقطع تقادم الديون.

2- تحصيل حقوق الشركة :

فيطالب المدينين بالوفاء ويرفع عليهم الدعاوى إذا اقتضى الأمر ذلك. وفي مقدمة الحقوق التي يجب على المصفي المبادرة إلى المطالبة بها الباقي من الحصص التي تعهد الشركاء بتقديمها عند تأسيس الشركة. وللمصفي المطالبة بباقي الحصص ولو لم تكن أعمال التصفية في حاجة إليها ودون أن يكون ملزماً بتقديم حساب مبسّر للشركاء عن كيفية صرف هذا الباقي، لأن الحصة دين على الشريك للشركة، والدين واجب الأداء. ولا يطلب من المصفي إلا مراعاة المساواة بين الشركاء، فلا يطالب بعضهم دون البعض الآخر.

أما إذا لم تكف موجودات الشركة للوفاء بديونها فاضطر المصفي إلى مطالبة الشركاء المتضامنين بما يزيد على قدر حصصهم، فمن اللازم أن يبين لهم حاجة الشركة إلى القدر الزائد المطلوب منهم، ولكل شريك أن يتحقق قبل أن يقدم على الوفاء من حاجة التصفية إلى القدر الزائد المطلوب منه، ومن أن المصفي قد راعى المساواة بينه وبين زملائه الشركاء الآخرين.

3- أداء الديون التي على الشركة :

يؤدي المصفي هذه الديون من النقود الموجودة في صندوق الشركة. فإذا لم تكف كان من حقه بيع المنقولات والعقارات للحصول على المبالغ اللازمة. ويجب أن يراعى مرتبة الدين عند الوفاء، فيبدأ بوفاء الديون الممتازة ثم الديون العادية.

وإذا كان الدين الذي على الشركة مؤجلاً، وكان الأجل مقررًا لمصلحة الشركة وحدها، جاز للمصفي أن يتنازل عن الأجل ويفي الدين فوراً، أما إذا كان الأجل مقررًا لمصلحة الدائن، فإن التصفية - على عكس الإفلاس لا يترتب عليها سقوط الأجل. ولذا لا يجوز للمصفي أن يجبر الدائن على قبول الوفاء قبل حلول الأجل.

فلا سبيل والحال كذلك إلا إخراج المبالغ اللازمة للوفاء بالدين والاحتفاظ بها حتى يحل الأجل فتدفع للدائن. ويجوز للدائن أن يتنازل عن الأجل ويطلب الوفاء العاجل نظير خصم الفوائد المستحقة له عن المدة بين حصول الوفاء وأجل الدين⁽¹⁾.

(1) محسن شفيق ص 755 وما بعدها.

كذلك يلتزم المصطفى بالاحتفاظ بالمبالغ اللازمة للوفاء بالديون المتنازع عليها وذلك إعمالاً للمادة 536 مدنى التى تقضى بأن تقسم أموال الشركة بين الشركاء بعد الوفاء بما عليها من ديون، وبعد استئزال المبالغ اللازمة للوفاء بالديون غير الحالة أو المتنازع عليها. وعلى المصطفى أن يقدم للشركاء جميع المعلومات التى يطلبونها عن حالة التصفية، على أنه لا يجوز للشركاء أن يقيموا متعسفين فى سبيل التصفية عقبات لا مبرر لها⁽¹⁾.

4- بيع موجودات الشركة :

(أنظر البند التالى).

5- تمثيل الشركة أمام القضاء والصلح والتحكيم :

المصطفى هو الذى يتلقى الدعاوى التى ترفع على الشركة وهى فى دور التصفية، ويقيم الدعاوى باسمها على الغير. ويجوز له - على خلاف فى رأى - التصالح على حقوق الشركة وقبول التحكيم بشأنها سواء أكانت متعلقة بمنقول أو بعقار بغير حاجة إلى الحصول على إذن خاص.

فى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "اعتبار المصطفى صاحب الصفة الوحيدة فى تمثيل الشركة فى الدعاوى التى ترفع منها أو عليها والذى يتعين عليه حصر دائنى الشركة من الغير أو الشركاء لتحديد ما لهم من حقوق فى ذمتها حلت قبل انقضاء الشركة أو أثناء التصفية رفعت فيها دعاوى وصدرت بشأنها أحكام أو لم ترفع ثم القيام بالوفاء بها لكل منهم".

(طعن رقم 4539 لسنة 63 ق جلسة 2001/2/13)

2- "ما لم يستأده الشريك فى الشركة من عائد مقطوع - لا يتأثر بما حققته من أرباح أو خسائر - خلال الفترة السابقة على بطلانها لا تجوز المطالبة به كأثر لذلك عند دخولها فى دور التصفية بالتطبيق لأحكام المواد 533 من القانون المدنى وما بعدها - إلا فى مواجهة المصطفى وفى ضوء ما يثبت له من أن الشركة قد حققت أرباحاً فى تلك الفترة وفى حدود نسبة حصته فى رأس مالها وليس وفقاً لطريقة توزيع الأرباح الواردة ذكرها فى العقد الباطل وباعتباره ديناً استحق له قبل قسمة أموال الشركة بدون الشركاء

(1) ثروت عبد الرحيم 299 وما بعدها.

فيها بالتطبيق لحكم الفقرة الأولى من المادة 536 من ذلك القانون".
(طعن رقم 1902 لسنة 63 ق جلسة 2001/12/13)

233- لا يجوز للمصفي أن يبدأ أعمالاً جديدة للشركة :

تنص الفقرة الأولى من المادة على أنه ليس للمصفي أن يبدأ أعمالاً جديدة للشركة، إلا أن تكون لازمة لإتمام أعمال سابقة.
فالأصل أن ليس للشريك أن يبدأ عملاً جديداً من أعمال الشركة، مهمته قاصرة على التصفية وتقسيم موجودات الشركة بين الشركاء، وهو ليس بمدير لها حتى يبدأ أعمالاً من تلك التي تدخل في نشاطها. ومع ذلك فقد يقتضى إتمام عمل سابق أن يقوم المصفي بأعمال جديدة، كما لو كانت الشركة قد تعاقدت على توريد أدوات أو إقامة منشآت، فللمصفي شراء هذه الأدوات واستكمال المنشآت تنفيذاً لالتزامات الشركة.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" النص في المادة 1/536 من القانون المدني يدل على أن المشرع قد أوجب على المصفي - قبل أن يقسم أموال الشركة بين الشركاء - أن يقوم باستئصال المبالغ اللازمة لوفاء الديون المتنازع عليها ولم يفرق المشرع بين ما كان مطروحاً على القضاء وبين ما لم يطرح بعد".

(طعن رقم 311 لسنة 43 ق جلسة 1978/4/17)

234 - للمصفي بيع مال الشركة :

تنص الفقرة الثانية من المادة على أنه يجوز للمصفي أن "يبيع مال الشركة منقولاً أو عقاراً إما بالمزاد وإما بالممارسة، ما لم ينص في أمر تعيينه على تقييد هذه السلطة".
فقد أجاز النص للمصفي في سبيل أداء مهمته بيع مال الشركة سواء كان منقولاً أو عقاراً بالمزاد العلني أو بالممارسة.

ولا يستثنى من ذلك إلا ورود قيد في أمر تعيينه بهذا الشأن.

وقد جاءت كلمة (بيع) عامة. فكما يجوز للمصفي بيع العقار أو المنقول لسداد ديون الشركة، إذا كانت النقود الموجودة في صندوق الشركة لا تكفي لسدادها فإنه يجوز له من ناحية أخرى، بيع عين في الشركة إذا كانت لا تقبل القسمة عيناً، حتى يوزع ثمنها بين الشركاء. وكذلك يجوز له بيع الأدوات والبضائع التي لا تزال مملوكة للشركة.

وقد يخول قرار تعيين المصفي، بيع جميع منقولات الشركة وعقاراتها، حتى يتيسر له توزيع هذه الأموال نقدا على الشركاء⁽¹⁾.

وللمصفي أن يجرى البيع بالمزاد أو بالممارسة بغير حاجة إلى الحصول على إذن خاص ولو كان البيع يتعلق بعقار، إلا إذا نص في وثيقة تعيينه على خلاف ذلك. كما يجوز للمصفي أن يبيع المحل التجاري بجميع عناصره المادية والمعنوية كتكئة واحدة.

والراجح أنه للمصفي أن يقتض برهن عقارات الشركة بغير الحصول على إذن خاص إذا كان القرض لازما لأعمال التصفية، كما إذا احتاج المصفي إلى نقود على وجه الاستعجال للوفاء بالديون الحالة⁽²⁾.

إلا أنه لا يجوز للمصفي أن يبيع ذمة الشركة دفعة واحدة إلا إذا حصل على إذن

(1) السنهوري ص 315 وما بعدها - محسن شفيق ص 756 وكانت الفقرة الثانية من المادة (719) من المشروع التمهيدى المقابلة للفقرة الثانية من المادة (535) تنص على أنه : "ويجوز له أن يبيع مال الشركة منقولا وعقارا، إما بالمزاد وإما بالممارسة، ما لم يقيد أمر تعيينه من هذه السلطة. ولكن البيع لا يجوز له إلا بالقدر اللازم لوفاء ديون الشركة" - وجاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدى أنه : "أما الفقرة الثانية، فهي تطابق نص المادة 547/450 من التقنين الحالي، مع شئ من التحديد قصد به المشروع القضاء على كل نزاع في الفقه والقضاء من هذه الناحية.

وقد اهتم المشروع أيضا بأن يذكر صراحة أن سلطة المصفي في بيع أموال الشركة تتحدد بالقدر اللازم لوفاء ديونها. لأنه إذا تم وفاء تلك الديون وأمكن بذلك تحديد الصافي من أموال الشركة فإن الغرض من التصفية يكون قد تحقق. وتزول الشخصية المعنوية للشركة ويصبح الشركاء ملاكا على الشيوع للأموال الباقية التي تجب قسمتها بينهم".

وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ رؤى حذف عبارة "ولكن لا يجوز له أن يبيع إلا بالقدر اللازم لوفاء ديون الشركة" الواردة في آخر الفقرة الثانية لأن الشركة في هذه الحالة تكون في حالة تصفية فمن الطبيعي أن يبيع المصفي كل موجودات الشركة عقارا أو منقولا لتحديد الصافي الواجب قسمته بين الشركاء وتحديد نصيب كل منهم.

فوافقت اللجنة على ذلك - وعלת ذلك في تقريرها بأن "أمر تعيين المصفي يتكفل ببيان القدر الذي يتصرف فيه، ولا محل إزاء ذلك لوضع نص عام".

(مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 398 وما بعدها).

(1) محسن شفيق ص 756.

خاص من الشركاء، إذ قد يكون فى البيع الإجمالى خسارة كبيرة على الشركة. ويقع هذا البيع الإجمالى فى صور مختلفة.

فقد يبدأ المصطفى بسداد ديون الشركة ثم يبيع موجوداتها الصافية دفعة واحدة ويقسم الثمن بين الشركاء. وقد يبدأ ببيع الموجودات دفعة واحدة ثم يستعمل جزءا من الثمن فى سداد الديون ويوزع الباقي على الشركاء. وقد يبيع ذمة الشركة بعناصرها الإيجابية والسلبية على السواء فيحل المشتري محل الشركة فى الديون التى عليها. ولا يكفى فى هذا الفرض الأخير الحصول على إذن الشركاء فحسب، وإنما يجب أيضا الحصول على موافقة الدائنين، إذ لا يجوز إجبارهم على قبول مدين غير مدينهم الأصلى⁽¹⁾.

235 - انتهاء التصفية :

تنتهى مهمة المصطفى بتحصيل ديون الشركة وتقاضى حقوقها وإنهاء العمليات الجارية.

ويكون عليه بعد ذلك أن يقدم حسابا مفصلا بنتيجة التصفية إلى الشركاء. فإذا أقره الشركاء اعتبرت التصفية منتهية وتبرأ ذمة المصطفى من كل مسئولية وتزول شخصية الشركة نهائيا إلا إذا عهد إلى المصطفى بقسمة فائض التصفية فتكون له صفة جديدة.

وعلى ذلك يصبح صافى الموجودات ملكا شائعا بين الشركاء، وتبدأ قسمة هذا الفائض كما سنرى.

وإذا ظهر دائنون للشركة لم يستوفوا حقوقهم كان معنى ذلك أن التصفية لم تنته حقيقة إلا أنه لا سبيل أمام الدائنين إلا الرجوع على الشركاء بعد أن زالت صفة المصطفى⁽²⁾.

وعلى المصطفى أن يودع دفاتر الشركة المنحلة وأوراقها ومستنداتهما، المكان الذى يتفق عليه أغلب الشركاء.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"متى تمت التصفية وتحدد الصافى من أموال الشركة انتهت مهمة المصطفى وزالت

(2) محسن شفيق ص 757.

(3) على جمال الدين عوض ص 453 وما بعدها - فريد مشرقى ص 209.

الشخصية المعنوية للشركة نهائياً ويلتزم المصفي بأن يضع بين أيدي الشركاء الأموال الباقية التي تصبح ملكاً مشاعاً للشركاء تجرى قسمته بينهم، كما يجب عليه أن يطلب طبقاً للأوضاع المقررة للقيد محو قيد الشركة من السجل التجاري خلال شهر من إقفال التصفية، فإذا لم يقدم طلب المحو كان لمكتب السجل التجاري أن يحو القيد من تلقاء نفسه، وذلك إعمالاً لحكم المادة 13 من قانون السجل التجاري".

(طعن رقم 473 لسنة 30 ق جلسة 1965/6/10)

236 - مسؤولية المصفي :

المصفي وكيل عن الشركة، ولذلك فإن الأعمال التي يقوم بها لتصفية الشركة تلزم الشركة والشركاء المسؤولين شخصياً عن ديونها وتعهداتها. وإذا كان المصفي مأجوراً فهو مسئول مسؤولية الوكيل المأجور فيما يختص بأعمال التصفية وتقديم الحساب والمحافظة على المال الذي قبضه بصفته مصفياً وإعادته إلى الشركة.

ويسأل عن خطئه سواء كان يسيراً أو جسيماً. أما إذا كان غير مأجور فلا يسأل قبل الشركاء عن خطئه اليسير. وإذا أناب المصفي عنه غيره في إجراء أو أمر أو عدة أمور معينة، فإنه يكون مسئولاً عن عمل النائب⁽¹⁾.

إنما لا يعتبر المصفي وكيلاً عن الدائنين، ولذلك فلا حق له في النيابة عنهم. ولا في مطالبة الشركاء بما خصهم في ديون الشركة فيما زاد على حصصهم، أو بمطالبتهم بالمبالغ التي يكونون قد استولوا عليها من مال الشركة بغير حق، إلا إذا كان الشركاء قد رخصوا له في هذا الحق⁽²⁾.

والمصفي مسئول أيضاً قبل الغير - كدائني الشركة - عن الأفعال الضارة التي تصدر منه. والمسئولية هنا تقصيرية⁽³⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(1) على البارودي ومحمد فريد العريني ص 352.

(2) محمد كامل مرسى ص 669 - محسن شفيق ص 753.

(1) محسن شفيق ص 754.

"المصفي يعتبر وكيلا عن الشركة لا عن دائئيتها وهو وإن كان لا يسأل قبل الشركاء عن خطئه اليسير متى كان يباشر أعمال التصفية بدون مقابل إلا أنه يسأل بالنسبة للدائنين عن كل خطأ يرتكبه سواء كان يسيرا أم جسيما طالما ألحق ضررا بهم".

(طعن رقم 311 لسنة 43 ق جلسة 1978/4/17)

وتمثيل المصفي للشركة في فترة التصفية متعلق فقط بالأعمال التي تستلزمها التصفية والدعاوى التي ترفع من الشركة أو عليها.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"تمثيل المصفي للشركة في فترة التصفية متعلق فقط بالأعمال التي تستلزمها التصفية وبالدعاوى التي ترفع من الشركة أو عليها أما إذا تعلق الأمر بالشروع في تنفيذ الحكم القاضي بحل الشركة وتصفيتها وتعيين أحد الشركاء مصفيا لها فإنه لا يعدو أن يكون حكما من الأحكام التي يراد تنفيذها هنالك، لا تختلط صفة المصفي مع صفة المحكوم له، لأن الأمر لا يتعلق حينئذ بالمنازعة فيما قضى به الحكم من تعيينه مصفيا أو سلطاته في التصفية أو بصحة الإجراءات التي اتخذها بحسبانه مصفيا لشركة تحت التصفية وإنما يتعلق الأمر بجواز تنفيذ حكم وبصحة إجراءات هذا التنفيذ لذلك لا تكون صفته كمصف ملحوظة وإنما تبرز فقط صفته كطالب تنفيذ محكوم له وإذا التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فقضى برفض الدفع بعدم قبول الدعوى لعدم اختصاصه بصفته مصفيا فإنه يكون قد التزم صحيح القانون".

(طعن رقم 27 لسنة 45 ق جلسة 1979/5/7)

237 - عزل المصفي :

لم ينص المشرع على كيفية عزل المصفي، ولذلك تطبق القواعد العامة في هذا الشأن. فيكون للجهة التي عينته حق عزله. فإذا كانت أغلبية الشركاء هي التي قامت بتعيينه، كان لها عزله، وإذا كان القضاء هو الذي عينه كان له عزله، غير أنه يجوز دائما لأي شريك أن يطلب من القضاء عزل المصفي ولو كانت الأغلبية هي التي عينته.

ويجب لعزل المصفي، وجود سبب يبرر ذلك كان يكون قد ارتكب غشا أو خطأ أو

ظهر عجزه أو حجر عليه أو أفلس⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"ولم ير المشروع حاجة للنص على كيفية عزل المصطفى كما فعل المشروع الفرنسى الإيطالى (م3/563)، لأنه يكفى فى ذلك تطبيق القواعد العامة، ومؤداها أن الحق فى عزل المصطفى يرجع إلى السلطة التى تملك تعيينه، مع جواز الالتجاء دائما إلى القضاء لطلب عزله بناء على وجود مبرر شرعى"⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "حل الشركة قضاء لسبب يرجع إلى خطأ الشريك كإخلاله بالتزاماته يجيز للشريك الآخر أن يطالب بالتعويض وفقا للمادة 157 من القانون المدنى والمحكمة أن تقضى له بما يستحقه من تعويض إن كان له مقتضى قبل تصفية الشركة، لأن الشريك المخطئ يتحمل التعويض المقضى به فى أمواله الخاصة وليس فى أموال الشركة، ومن ثم يكون قضاء الحكم المطعون فيه بالتعويض قبل تصفية الشركة لا مخالفة فيه للقانون".

(طعن رقم 287 لسنة 35 ق جلسة 1969/6/12)

2- "الدعوى بعزل المصطفى لا تمس نظام التصفية ذاته وإنما تقوم على ما يوجه إلى إدارته أو إلى شخصه من تجريح فى أداء المهمة المنوط بها فتجوز إقامتها أمام القضاء المستعجل متى توافر هذا الحظر تعين عليه القضاء بعزل المصطفى وله فى هذه الحالة أن يعين حارسا قضائيا لإدارة المال موضوع التصفية لحين تعيين مصطفى آخر".

(طعن رقم 1940 لسنة 49 ق جلسة 1983/6/28)

(1) السنهورى ص 307 - على البارودى وفريد العرينى ص 349 وما بعدها - المستشار أنور طلبه ص 328.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 397.

مادة (536)

1- تقسم أموال الشركة بين الشركاء جميعا، وذلك بعد استيفاء الدائنين لحقوقهم، وبعد استئزال المبالغ اللازمة لوفاء الديون التى لم تحل أو الديون المتنازع فيها، وبعد رد المصروفات أو القروض التى يكون أحد الشركاء قد باشرها فى مصلحة الشركة.

2- ويختص كل واحد من الشركاء بمبلغ يعادل قيمة الحصة التى قدمها فى رأس المال، كما هى مبينة فى العقد، أو يعادل قيمة هذه الحصة وقت تسليمها إذا لم تبين قيمتها فى العقد، ما لم يكن الشريك قد اقتصر على تقديم عمله أو اقتصر فيما قدمه من شىء على حق المنفعة فيه أو على مجرد الانتفاع به.

3- وإذا بقى شىء بعد ذلك وجبت قسمته بين الشركاء بنسبة نصيب كل منهم فى الأرباح.

4- أما إذا لم يكف صافى مال الشركة للوفاء بحصص الشركاء، فإن الخسارة توزع عليهم جميعا بحسب النسبة المتفق عليها فى توزيع الخسائر.

الشرح

238 - تقسيم أموال الشركة بين الشركاء جميعا :

بعد انتهاء أعمال التصفية تقسم أموال الشركة على الشركاء جميعا، وذلك بعد استيفاء الدائنين حقوقهم، وبعد استئزال المبالغ اللازمة لوفاء الديون التى لم تحل أو الديون المتنازع عليها. وبعد رد المصروفات أو القروض التى يكون أحد الشركاء قد باشرها فى مصلحة الشركة.

ومعنى ذلك أن القسمة لا تقع إلا على الموجودات الصافية.

ولا يخلو الحال من أحد فرضين: فإما أن تحول موجودات الشركة بأجمعها إلى نقود فتكون القسمة عندئذ نقدية، وهو الفرض الغالب فى العمل، وإما أن تظل بعض الموجودات محتقظة بطبيعتها، فتكون القسمة عندئذ عينية.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"إذا ما انتهت أعمال التصفية، وجب تقسيم أموال الشركة بين الشركاء. والفقرة الأولى تطابق المادة 564 من المشروع الفرنسى الإيطالى، وهى تحدد وقت انتهاء التصفية، ويكون ذلك بعد وفاء الديون الثابتة التى حل أجلها سواء قبل انقضاء الشركة أو أثناء التصفية، كما توفى المصاريف أو القروض التى يكون أحد الشركاء قد قام بها لمصلحة الشركة. أما بالنسبة للديون التى لم يحل أجلها بعد، فإن التصفية ليست كالإفلاس ولا يترتب عليها حلول الأجل. كما أن المصطفى لا يستطيع إجبار الدائن على قبول الوفاء بالدين قبل حلول ميعاده. ولذلك يحتفظ بالمبالغ اللازمة للوفاء بها عند حلول الأجل، ويتبع هذا الحكم أيضا بالنسبة للديون المتنازع عليها. فإذا ما تمت هذه العمليات المختلفة، تحدد الصافى من أموال الشركة الذى يجب قسمته بين الشركاء، وانتهت بذلك الشخصية المعنوية للشركة، وأصبح الشركاء ملاكا على الشيوع للأموال الباقية"⁽¹⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض :

"النص فى المادة 1/536 من القانون المدنى يدل على أن المشرع قد أوجب على المصطفى - قبل أن يقسم أموال الشركة بين الشركاء - أن يقوم باستئزال المبالغ اللازمة لوفاء الديون المتنازع عليها. ولم يفرق المشرع بين ما كان منها مطروحا على القضاء وبين ما لم يطرح بعد. وأنه من المقرر أن اندماج الشركات بطريق الضم يترتب عليه انقضاء الشركة المندمجة وزوال شخصيتها الاعتبارية وانفراط ذمتها المالية وبالتالي تنتهى سلطة من كان ينوب عنها وتزول كل صفة له فى تمثيلها فلا يقبل منها المطالبة بحقوقها أو مطالبته بالتزاماتها وتحل الشركة الدامجة محل الشركة المندمجة. فيما لهذه الأخيرة من حقوق وما عليها من التزامات وتخلفها الشركة الدامجة فى ذلك خلافة عامة وتغدو هذه الشركة الأخيرة وحدها هى التى تخاصم وتختصم فى خصوص تلك الحقوق والالتزامات".

(طعن رقم 7797 لسنة 78 ق جلسة 2010/1/14)

239 - ما يختص به كل شريك :

يختص كل من الشركاء بمبلغ يعادل قيمة الحصة التى قدمها فى رأس المال، كما

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 403.

هى مبينة فى العقد أو يعادل قيمة هذه الحصة وقت تسليمها إذا لم تبين قيمتها فى العقد، ما لم يكن الشريك قد اقتصر على تقديم عمله أو اقتصر فيما قدمه من شىء على حق المنفعة أو على مجرد الانتفاع به.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"الفقرة الثانية، تبين كيفية قسمة رأس المال بين الشركاء. فإذا كانت الحصة التى قدمها الشريك هى مال معين، فله ما يعادل قيمتها المبينة بالعقد. أو قيمتها وقت تسليمها إن لم تكن مبينة بالعقد (م 588 من التقنين البولونى). وإذا كان الشريك قد اقتصر على تقديم عمله أو كانت حصته هى حق المنفعة بمال أو مجرد الانتفاع به، فإنه لا يتصور استرداده لقيمة الحصة فى هذه الحالة"⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"تترتب على التصفية مدامت لم تتم ولم يكن منصوفاً فى عقد الشركة على توقيت المدة المتفق عليها لإتمام التصفية فإن تقدير قيمة موجودات الشركة وما قد يطرأ عليها من نماء يكون مرهونا بوقت التصفية وليس بوقت حدوث السبب الموجب للحل أو التصفية وهو ما يتفق وطبيعة عمل المصطفى الذى يدخل فى سلطاته تحقيق الغرض المقصود من تعيينه وذلك باستمرار استغلال موجودات الشركة وما قد يطرأ عليها من نماء يكون مرهونا بوقت التصفية وليس بوقت حدوث السبب الموجب للحل أو التصفية وهو ما يتفق وطبيعة عمل المصطفى الذى يدخل فى سلطاته تحقيق الغرض المقصود من تعيينه وذلك باستمرار استغلال موجودات الشركة للحفاظ على قيمتها حتى البيع".

(طعن رقم 1710 لسنة 49 ق جلسة 1981/1/16)

240- تقسيم الباقي من حصيلة التصفية بنسبة كل شريك فى الأرباح:

إذا استرد كل شريك حصته، وتبقى شىء بعد ذلك من حصيلة التصفية، وهو ما يسمى بفائض التصفية، اعتبر ذلك بمثابة أرباح متراكمة ويتم تقسيمها وفقاً للأسس التى نص عليها الشركاء فى العقد التأسيسى للشركة، وإلا تم توزيعها طبقاً لأحكام التوزيع القانونى للأرباح، أى بنسبة حصة كل شريك فى رأس المال⁽²⁾.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 403.

(1) على البارودى ومحمد فريد العرينى ص 355- محسن شفيق ص 759.

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"أما ما يزيد على رأس المال، كالأرباح المتوفرة أو الاحتياطي المتجمع فإنه يوزع على الشركاء بنسبة حصصهم من الأرباح. وهذا ما تقرره الفقرة الرابعة"⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"الثابت من مدونات الحكم الصادر فى الاستئناف رقم... أن قضاءه لم ينصرف إلى بطلان أعمال الخبير وتقديره إنما انصرف فحسب إلى أن قضاء محكمة أول درجة بنسبة خبير لتحقيق استمرار شركة التضامن موضوع العقد المؤرخ.... رغم انقضائها بوفاة المورث قد وقع مخالفا لنص المادة 528 من القانون المدنى، فلا تثريب على الحكم المطعون فيه إذ اعتمد على ما جاء بذلك التقرير بشأن مقدار ربح المطعون ضدها من شركة الواقع التى قامت واستمرت بعد وفاة مورثها".

(طعن رقم 420 لسنة 47 ق جلسة 1981/1/12)

241- توزيع الخسائر على الشركاء :

إذا لم يكف صافى مال الشركة للوفاء بحصص الشركاء، فإن ذلك معناه أن الشركة كانت نتيجتها الخسارة، ويتم توزيعها على الشركاء طبقا للأسس المتفق عليها، وإلا فإنها توزع بنسبة حصة كل شريك فى رأس المال.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"أما الفقرة الثالثة فهى تبين كيفية توزيع الخسارة على الشركاء إذا كان صافى أموال الشركة غير كاف للوفاء بالحصص: توزع الخسارة عليهم بحسب النسبة المتفق عليها فى توزيع الخسائر"⁽²⁾.

مادة (537)

تتبع فى قسمة الشركات القواعد المتعلقة بقسمة المال الشائع.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 404.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 404.

الشرح

242- قسمة أموال الشركة :

إذا انتهى المصطفى من تحديد نصيب كل شريك من أموال الشركة على النحو السالف ذكره، كان صافى أموال الشركة ملكا شائعا لجميع الشركاء. فإذا كانت هذه الأموال نقدا، كان من السهل قسمتها بين الشركاء كل بحسب نصيبه، ومن ثم لا محل فى هذه الحالة لإجراء القسمة عينا.

أما إذا كان صافى مال الشركة أعيانا معينة بالذات منقولاً أو عقاراً أو اشتمل على أعيان معينة بالذات. بقيت هذه الأعيان شائعة بين الشركاء. ولا ينقضى هذا الشروع إلا بالقسمة.

فإذا اتفق الشركاء على القسمة كانت هناك قسمة اتفاقية، أما إذا لم يتفقوا فلامفر من اللجوء إلى القسمة القضائية ويكون الاختصاص بالقسمة للمحكمة التى قضت بحل الشركة وتصفية أموالها، وذلك بناء على طلب أحد الشركاء وتتبع هذه المحكمة أحكام قسمة المال الشائع المنصوص عليها فى المواد (834 حتى 849 مدنى).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" بمجرد أن تتم أعمال التصفية تنتهى مهمة المصطفى. ويجب عليه أن يضع بين يدى الشركاء الصافى من أموال الشركة، ويجرى الشركاء قسمة هذه الأموال بينهم. وتتبع فى تلك القسمة الأحكام التى ذكرها المشروع فى قسمة الملكية الشائعة فى المواد (1202 - 1220)"⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إنه وإن كان الأصل فى تصفية الشركات عند انقضاءها هو قسمة أموالها بحسب سعر بيعها أو توزيع هذه الأموال عينا على الشركاء كل بنسبة حصته فى صافى أموالها إن أمكن إلا أنه من الجائز للشركاء أن يتفقوا مقدما فيما بينهم على طريقة معينة تجرى التصفية على أساسها، وهذا الاتفاق ملزم لهم متى كان لا يخالف قاعدة من قواعد النظام العام".

(طعن رقم 363 لسنة 21 ق جلسة 1954/6/24)

2- "إذا كان قد نص فى عقد الشركة على أنه عند انقضاء مدتها تتحل من تلقاء نفسها وتصبح أصولها وخصومها والتوقيع عنها من حق أحد الشريكين على أن يتحمل بجميع ديونها ويعطى الشريك الآخر ما يخصه فى موجوداتها بحسب ما تسفر عنه الميزانية التى تعمل بمعرفة الطرفين، فإن تفسير الحكم المطعون فيه هذا الاتفاق بأن المقصود منه هو إعطاء الشريك الآخر نصيبه فى الموجودات حسب سعرها المتداول فى السوق هو خروج عن المعنى الواضح لعبارة الاتفاق وتحميل لها فوق ما تحتل، ذلك أن لفظ الميزانية إذا ذكر مطلقاً من كل قيد ينصرف بداهة إلى ميزانية الأصول والخصوم الجارى العمل بها فى الشركات أثناء قيامها والتى تقدر فيها الموجودات بحسب قيمتها الدفترية".

(طعن رقم 363 لسنة 21 ق جلسة 1954/6/24)



الفصل الخامس

القرض والدخل الدائم

1- القرض

مادة (538)

القرض عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقترض ملكية مبلغ من النقود أو أى شيء مثلى آخر، على أن يرد إليه المقترض عند نهاية القرض شيئاً مثله فى مقداره ونوعه وصفته.

الشرح

243- التنظيم التشريعى لعقد القرض :

كان التقنين المدنى القديم يعتبر القرض والعارية نوعين لعقد واحد، وأفرد لهما الباب الخامس من الكتاب الثالث الذى خصصه "للعقود المعينة"، وكان يضم إليها فى نفس الباب الدخل الدائم والإيرادات المرتبة مدى الحياة، رغم أن الصلة مفقودة بين هذه العقود المتنافرة.

وقد نص فى المادة 564/463 على أن "العارية على نوعين عارية استعمال وعارية استهلاك" ثم وضع للأولى تعريفا فى المادة 565/464 وتعريفاً للثانية فى المادة 566/465 وقد عرفت المادة الأخيرة عارية الاستهلاك بقولها: "والعارية بالاستهلاك هى أن المعير ينقل إلى المستعير ملكية شيء يلتزم المستأجر بتعويضه بشيء آخر من عين نوعه ومقداره وصفته بعد الميعاد المتفق عليه"، وقسم بعد ذلك الباب إلى فرعين تناول فى الأول "عارية الاستعمال" بينما خصص الثانى "لعارية الاستهلاك والإيرادات المرتبة".

أما التقنين المدنى الجديد فقد أطلق على "عارية الاستهلاك" لفظ القرض، بينما اكتفى فى تسمية "عارية الاستعمال" بكلمة "عارية" وبذلك اتفق التعبير القانونى فيهما مع الاصطلاح اللغوى. وقد وزع التقنين محتويات الباب الخامس المذكور حسب طبيعة كل عقد منهما على مختلف تقسيمات العقود فى التقنين المدنى الجديد. فوضع القرض والدخل الدائم فى الباب الخاص "بالعقود التى ترد على الملكية" بينما جمع بين العارية

والإيجار فى الباب الثانى الخاص "بالعقود الواردة على الانتفاع بالشئ"، ثم أورد أحكام "المرتب مدى الحياة" فى الباب الرابع الذى استحدثه لعقود الغرر".

وتعدى التجديد دائرة التنظيم والتقسيم إلى نوع هذه العقود، فأدخلها المشرع فى حظيرة العقود الرضائية، بعد أن كان التقنين القديم - على غرار القانون الفرنسى - يعتبرها عقودا عينية. وبذلك تخلص القانون المدنى من إحدى بقايا القانون الرومانى التى لم يعد لها فى العصر الحاضر ما يبرر وجودها⁽¹⁾.

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدنى تحت عنوان "نظرة عامة" ما يأتى:

"يجمع التقنين الحالى ما بين عارىتى الاستعمال والاستهلاك والدخل الدائم والدخل المرتب مدى الحياة فى باب واحد. والصلة ما بين هذه العقود أقرب إلى أن تكون لفظية، وإلا فإن طبيعة كل عقد تتنافر مع طبيعة العقد الآخر، فعارية الاستعمال ترد على المنفعة، أما عارية الاستهلاك فتزد على الملكية.

وإذا كان الدخل الدائم عقدا محددًا، فإن الدخل المرتب مدى الحياة عقد احتمالى. والأولى أن يجمع عارية الاستهلاك والدخل الدائم مكان واحد، فكلاهما قرض، وأن توضع عارية الاستعمال مكانها بين العقود التى ترد على المنفعة، والدخل المرتب مدى الحياة مكانه بين العقود الاحتمالية. وهذا ما فعل المشروع.

وقد رتب نصوص القرض ترتيبا منطقيا لا نجده فى التقنين الحالى، فذكرت أولا التزامات المقرض، وهى نقل الملكية وتسليم الشئ وضمان الاستحقاق وضمان العيب، وهذه هى الالتزامات التى تنشأ عادة العقود الناقلة للملكية، رأيناها قبل ذلك فى البيع والمقايضة والهبة والشركة. ثم ذكرت بعد ذلك التزامات المقرض، وهى رد المثل ودفع الفوائد. ذكرت أخيرا الوجوه التى ينتهى بها العقد.

ويختلف المشروع عن التقنين الحالى فى مسائل أهمها ما يأتى :

- 1- جعل المشروع القرض عقدا رضائيا، وهو عينى فى التقنين الحالى. والعينية فى القرض تقليد من التقاليد الرومانية البالية، بقى بعد أن اختفى ما يبرره.
- 2- بين المشروع بوضوح أن القرض عقد ملزم للجانبين، فهناك التزامات فى ذمة

(1) محمود جمال الدين زكى ص 175 وما بعدها.

المقترض تقابلها التزامات أخرى فى ذمة المقرض.

3- حذف المشروع نص المادة 478 من التقنين الحالى التى تحيل إلى المادة 125 فيما يتعلق بالحد الأقصى للفائدة الاتفاقية، اكتفاء بما ورد عن ذلك فى الأحكام العامة للالتزامات.

4- بين المشروع أسباب انقضاء القرض بيانا وافيا، وحدد فى مسألة مهمة، إذ أجاز انتهاء القرض بعد ستة أشهر من إعلان الدائن إذا اتفق فيه على سعر للفوائد يزيد على السعر القانونى.

5- أغفل المشروع نصا أورده التقنين الحالى خاصا برد القيمة العددية للنقد أيا كان اختلاف أسعار المسكوكات اكتفاء بالنص العام الذى ورد فى هذا الشأن. بقى الدخل الدائم، وقد أوجز فيه التقنين الحالى إجازا مخلا. أما المشروع فقد عرف العقد، وبين أحكامه، وأفاض بنوع خاص فى أحكام الاستبدال به، والاستبدال خصيصه رئيسية فى هذا العقد⁽¹⁾.

244- تعريف عقد القرض :

عرفت المادة 538 مدنى القرض بقولها "القرض عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقترض ملكية مبلغ من النقود أو أى شىء مثلئ آخر، على أن يرد إليه المقترض عند نهاية القرض شيئا مثله فى مقداره ونوعه وصفته".

ويتضح من هذا التعريف أن عقد القرض محله يكون دائما شيئا مثليا وهو فى الغالب نقود، فينقل المقرض إلى المقترض ملكية الشىء المقرض، على أن يسترد منه مثله فى نهاية القرض، وذلك دون مقابل أو بمقابل هو الفائدة⁽²⁾.

ومن الجائز أن يتخذ القرض صوراً مختلفة غير صورته المألوفة فى عمليات البنوك مثل الخصم وفتح الاعتماد وخطابات الضمان، باعتبار أنه يجمع بينها كلها وصف التسهيلات الائتمانية.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 407 وما بعدها.

(2) الدكتور عبد الرزاق السنهورى الوسيط فى شرح القانون المدنى الجزء الخامس الطبعة الثانية 1987 ص 526.

1- "من الجائز أن يتخذ عقد القرض صوراً مختلفة غير صورته المألوفة من قبيل الخصم وفتح الاعتماد وخطابات الضمان باعتبار أنه يجمع بينها كلها وصف التسهيلات الائتمانية ويصدق عليها تعريف القرض بوجه عام الوارد في المادة 538 من القانون المدني".

(طعن رقم 412 لسنة 35 ق جلسة 1969/12/30)

ويبين من التعريف السابق لعقد القرض أنه له عدة خصائص نعرض لها فيما

يلي:

245- خصائص عقد القرض :

أولاً : القرض عقد رضائي :

عقد القرض عقد رضائي، يتم بالإيجاب والقبول.

أما تسليم الشيء محل القرض فهو مجرد التزام من الالتزامات التي تترتب على العقد، يقع على عاتق المقرض.

وفي هذا يختلف التقنين المدني الجديد عن التقنين المدني القديم إذ كان عقد القرض في ظلّه عقداً عينياً، يعتبر التسليم فيه ركناً لا ينعقد بدونه.

وفي هذا جاء بالملذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدني :

"1- جعل المشروع القرض عقداً رضائياً، وهو عيني في التقنين الحالي. والعينية في القرض تقليد من التقاليد الرومانية البالية بقي بعد أن اختفى ما يبرره"⁽¹⁾.

كما جاء بملذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"يفهم من هذا التعريف أن القرض عقد رضائي لا عيني، فإن التسليم لم يذكر فيه على أنه ركن من أركان العقد. بل ذكر في المادة التالية على أنه التزام في ذمة المقرض.... إلخ"⁽²⁾.

ثانياً : عقد القرض عقد ملزم للجانبين :

عقد القرض من العقود الملزمة للجانبين، فيلتزم المقرض بتسليم الشيء المقرض

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 407.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 410.

ونقل ملكيته إلى المقرض، ولا يسترده منه إلا عند نهاية القرض، ويضمن الاستحقاق والعيوب الخفية. كما يلتزم المقرض برد مثل الشيء المقرض عند نهاية القرض، مضافا إليه الفائدة في - إذا كان متفقا على فائدة- ويرد المصروفات.

ثالثا : القرض من عقود التبرع :

الأصل في القرض أن يكون بغير مقابل، فيعتبر بذلك من عقود التبرع. ولكن المجانية ليست قوام العقد وإن انققت مع طبيعته فليس ثمة ما يمنع المقرض من أن يحصل على فائدة فيكون العقد معاوضة.

وفي هذا تنص المادة 542 مدنى على أن: "على المقرض أن يدفع الفوائد المتفق عليها عند حلول مواعيد استحقاقها، فإذا لم يكن هناك اتفاق على الفوائد اعتبر القرض بغير أجر".

246- تمييز عقد القرض عما يشبهه به من العقود :

(أ) - عقد القرض وعقد البيع :

البيع هو نقل ملكية شيء مقابل مبلغ من النقود، أما القرض فهو نقل ملكية مبلغ من النقود أو شيء آخر من المثليات مقابل مبلغ مماثل من النقود أو شيء آخر من المثليات، وهو ما يجعل القرض يتميز بوضوح عن عقد البيع⁽¹⁾.

(1) وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إن محكمة الموضوع إذ تفسر غامض السند موضوع النزاع طبقا لمقاصد العاقدین، مسترشدة في ذلك بظروف الدعوى وملاساتها، وإذ تأخذ بما ترجحه من وجوه التفسير، معتمدة على اعتبارات معقولة مقبولة، لا تخضع لرقابة محكمة النقض على ما يجرى به قضاؤها. فإذا اختلف طرفا الدعوى على تفسير ورقة : قال المدعى أن المبلغ الوارد بها هو قرض واجب الأداء، وقال المدعى عليه إنه لم يكن قرضا اقترضه من المدعى وإنما هو جزء من ثمن قطن تسلمه المدعى من زراعته بصفته وكيلًا عنه وباعه وقبض ثمنه، وشرح المدعى عليه لهذا الادعاء بعبارة الورقة المطالب بقيمتها وبأوراق أخرى قدمها، فحكمت محكمة الاستئناف تمهيديا باستجواب الخصمين وحقت ما ادعاه كل منهما، =

= وحصلت مما استظهرته من القرائن ومن جميع ظروف الدعوى أن دعوى المدعى عليه أرجح من دعوى المدعى، أو أن هذه القرائن - على أقل تقدير - موجبة للشك في سبب الدين المدعى به، فرفضت الدعوى، فهذا الحكم صحيح ولا مخالفة فيه لا لحكم المادة 215 ولا لحكم

غير أنه قد يدق في بعض الأحوال التمييز بين القرض والبيع، ومثال ذلك ما يأتي:

1- السندات التي تصدرها إحدى الشركات للغير :

قد تصدر شركة من الشركات سندات للغير مقابل مبلغ من النقود، وهذا لا يعتبر بيعاً بل يعتبر قرضاً إذا كانت القيمة دفعت للشركة، أو وعدا بالقرض إذا لم تكن قد دفعت فعلاً، والسند لم يكن إلا مستنداً لإثبات ذلك العقد⁽¹⁾.

2- شرط التملك عند الوفاء :

تنص المادة 1052 مدني على أن:

"1- يقع باطلاً كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يملك العقار المرهون في نظير ثمن معلوم أياً كان، أو في أن يبيعه دون مراعاة للإجراءات التي فرضها القانون ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن.

2- ولكن يجوز بعد حلول الدين أو قسط منه الاتفاق على أن ينزل المدين لدائنه عن العقار المرهون وفاء لدينه".

فهذه المادة تنص على ما يطلق عليه "شرط التملك عند الوفاء" إذ بمقتضاه يقبل

المادة 194 من القانون المدني. لا مخالفة فيه لحكم المادة 215 لأن المحكمة، باعتمادها على عبارة الورقة المطالب بقيمتها وعلى قول المدعي في محضر استجوابه وعلى الخطابات التي أرسلها هو للمدعي عليه دالة على أنه كان يقوم له بإدارة أطيانه وتسليم قطنه، قد اعتمدت على ما يصح اعتباره مبدءاً بثبوت بالكتابة يجوز لها أن تستكملة بالقرائن الأخرى. ولا مخالفة لنص المادة 194 مدني، لأن المحكمة لم تقض بمقاصة ما، وإنما هي قضت برفض دعوى المطالبة بعد أن ثبت لها أن المبلغ المطالب به لم يتسلمه المدعي عليه إلا على اعتباره جزءاً من ثمن قطنه الذي باعه المدعي حين كان وكيلاً عنه".

(طعن رقم 52 لسنة 3 ق جلسة 1933/12/7)

2- "إذا كانت المحكمة حين قالت إن العقد المتنازع عليه عقد قرض لا بيع خلافاً لظاهره، قد أقامت ذلك على أن نية طرفيه كانت منصرفة إلى القرض لا إلى البيع، مستخلصة هذه النية من ورقة الضد التي عاصرت تحرير العقد ومن التحقيق الذي أجرته في الدعوى والقرائن الأخرى التي أوردتها استخلاصاً لم يرد عليه طعن الطاعن في حكمها، فيتعين رفض هذا الطعن".

(طعن رقم 51 لسنة 16 ق 1947/4/3)

(1) محمد كامل مرسى العقود المسماة الجزء الثاني الطبعة الثانية 1371 هـ - 1952م ص 316.

المقترض إذا لم يف القرض فى الميعاد، أن يملك المقرض العين المرهونة فى نظير القرض فينقلب القرض بيعا.
وهذا الشرط كما نصت المادة باطل.

3- بيع العينة :

صورة هذا البيع أن يبيع المقترض متاعا للمقرض بثمن معجل يقبضه منه وهذا هو القرض، ثم يعيد المقترض بيع نفس المتاع من المقترض بثمن مؤجل أعلى من الثمن المعجل الذى دفعه، ويكون الفرق فوائد ويغلب أن تكون فوائد فاحشة⁽¹⁾.

(ب) - عقد القرض وعقد المقايضة :

المقايضة كالبيع، وتتبع فيها أحكامه (م485 مدنى) ولا تختلف عنه إلا من حيث أن البيع هو نقل ملكية شئ مقابل مبلغ من النقود، أما المقايضة فهى نقل ملكية شئ آخر من غير النقود على سبيل التبادل مع آخر وتختلف حينئذ المقايضة عن القرض الذى هو نقل ملكية مبلغ النقود أو شئ آخر من المثليات مقابل مبلغ من النقود أو شئ آخر من المثليات.

(ج) - عقد القرض وعقد الشركة :

يميز القرض عن الشركة، فى أن المقرض ينحصر حقه فى الحصول على مثل القرض من النقود أو الأشياء المثلية الأخرى من المقترض، دون البحث عما إذا كان قد أصابه خسارة أو كسب من استغلاله القرض.
أما فى الشركة فإن الشريك يسترد حصته بعد انقضاء الشركة حيث يساهم فى الربح أو الخسارة.

ولكن قد تدق التفرقة فى بعض الحالات بين القرض والشركة، إذا قدم شخص مالا لآخر واشترط عليه أن يسترد مثله وأن يساهم فى الربح دون الخسارة فمن رأى أن هذه شركة رآها شركة باطلة، إذ هى شركة الأسد ومن رأى أن هذا قرض اعتبر أن من قدم المال قد أقرضه للآخر واشترط فائدة للقرض هى نسبة معينة من الربح، وتكون الفائدة هنا أمرا احتماليا قد يتحقق إذا تحقق ربح وقد لا يتحقق إذا انعدم الربح. وينبنى على ذلك أنه إذا تحقق ربح زاد نصيب المقرض فيه على الفائدة المسموح بها قانونا، أنزل

النصيب إلى الحد القانوني، كما أن المقرض لا يشترك غالبا في إدارة العمل الذي قدم المال من أجله، ولا تكون له رقابة عليه إذ ليس بشريك. ويتوقف الأمر على نية الطرفين، فإن انصرفت نيتهما إلى المشاركة في العمل، اعتبر من قدم المال شريكا اشترط عدم المساهمة في الخسارة فتكون الشركة باطلة، وإلا كان العقد قرضا على النحو الذي أوضحناه⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إنه وإن كان لمحكمة الموضوع كامل السلطة في تفسير العقود التي ت طرح أمامها واستخلاص قصد العاقدین منها، إلا أن تكييفها لهذه العقود وتطبيق نصوص القانون عليها يكونان خاضعين لرقابة محكمة النقض. فإذا تعاقد تاجران على الإتجار في القطن لمدة محددة بشروط محصلها أن أحدهما يدفع ثلثي رأس المال والثلث الباقي يدفعه الآخر الذي تكون النقدية في عهده ويكون هو المسئول وحده عن رأس المال والمتولى القيام بالعمل من شراء وبيع وتخزين وحلج، على أن يساعده الأول طبقا لتعليماته هو، وأن الربح يقسم بين الاثنين بنسبة الثلث لصاحب الحصة الكبرى نظير فوائد مبلغه وأجرة عمله والثلثين نظير خبرته ورأس ماله، أما الخسارة فلا يتحمل صاحب الحصة الكبرى فيها شيئا، بل يرد إليه نصيبه في رأس المال كاملا، ثم نص في هذا العقد على أنه "معتبر بصفة اتفاق عن عمل معين فشروط الشركات التجارية غير منطبقة عليه"- فهذا العقد إذا اعتبرته محكمة الموضوع عقد قرض واستخدام كان لمحكمة النقض أن تتدخل في هذا التكييف وأن تعتبره عقد شركة باطلة وفقا لنص المادة 434 من القانون المدني بالرغم من اشتماله على ذلك النص، لأن صاحب الحصة الكبرى في رأس المال لم يساهم في الشركة بعمل فني، بل شريكه هو بمقتضى عقد الاتفاق، القائم بالعمل كله".

(طعن رقم 8 لسنة 3 ق جلسة 1933/6/22)

2- "يشترط لقيام الشركة أن توجد لدى الشركاء نية المشاركة في نشاط ذي تبعة وأن يساهم كل شريك في هذه التبعة بمعنى أن يشارك في الربح والخسارة معا ومن ثم فإن فيصل التفرقة بين الشركة والقرض هو ما انتواه المتعاقدان وتوافر نية المشاركة وعدم توافرها لديهما. وتعرف هذه النية من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي

(1) السنهوري ص 534 وما بعدها.

الموضوع ولا معقب عليه فى ذلك متى أقام رأيه على أسباب سائغة. وإذ استند الحكم المطعون فيه فى نفي نية المشاركة لدى العاقدين واعتبار العقد المبرم بينهما عقد قرض وليس شركة، إلى ما تضمنته بنود هذا العقد من اشتراط المطعون ضده الحصول فى نهاية مدة العقد على دفعه لتمويل العمليات التى يقوم بها الطاعن كاملا مهما كانت نتيجة هذه العمليات وعدم تحميله شيئا من الالتزامات التى تترتب عليها فى ذمة الطاعن للغير واشتراطه أيضا أن يقدم له الطاعن شهريا قدرا معينا من المبلغ المدفوع، وكان مؤدى كل ذلك نفي قيام نية المشاركة وتكييف العقد بأنه قرض، ذلك أن المبلغ الواجب دفعه شهريا مهما كانت نتيجة العمليات التى يجريها الطاعن من ربح أو خسارة وإن وصف فى العقد بأنه من أرباح الشركة لا يمكن أن تكون حقيقية كذلك إذ الربح لا يكون مؤكدا ولا معروفا مقداره سلفا وإنما حقيقة هذا المبلغ هو فائدة مستورة فى صورة ربح، فإن النعى على الحكم الخطأ فى تكييف العقد يكون على غير أساس".

(طعن رقم 67 لسنة 34 ق جلسة 1967/6/22)

(د) - عقد القرض وعقد العارية :

عقد القرض من العقود التى ترد على الملكية إذ بموجبه تنتقل ملكية الشيء المقترض من المقرض إلى المقترض على أن يرد مثله فى نهاية القرض. أما عقد العارية فهو من العقود التى ترد على الانتفاع إذ لا تنتقل بموجبه ملكية الشيء المعار من المعير إلى المستعير، وإنما يتسلم المستعير الشيء المعار للانتفاع به فقط ثم إعادته إلى المعير.

ومحل القرض يجب أن يكون نقودا أو أى شىء مثلى، لأن المقترض يلتزم برد مثله، أما محل العارية فيجب أن يكون شيئا قيميا، إذ يلتزم المستعير برد الشيء المعار بذاته.

أما إذا كانت الوديعة ناقصة وهى الوديعة التى ترد على مبلغ من النقود أو أى شىء مثلى آخر، فقد اعتبرها القانون قرضا - كما ذكرنا سلفا - إذ نصت المادة 726 مدنى على أنه:

" إذا كانت الوديعة مبلغا من النقود أو أى شىء آخر مما يهلك بالاستعمال. وكان المودع عنده مأذونا له فى استعماله، اعتبر العقد قرضا".

(هـ) - عقد القرض وعقد الهبة :

يشبه القرض الهبة في أمرين الأول : أن ملكية كل من القرض والهبة تنتقل إلى المقرض أو الموهوب له. والثاني: أنهما قد يكونان بعوض أو بدون عوض والعوض في القرض هو الفائدة.

ولكن يختلف القرض عن الهبة، في أن القرض يشترط فيه رد شيء مماثل للشيء المقرض، أما الهبة فلا رد فيها⁽¹⁾.

(أركان عقد القرض)**247- تعداد :**

عقد القرض كسائر العقود الأخرى له أركان ثلاثة هي :
التراضى والمحل والسبب.

ونعرض لهذه الأركان بإيجاز فيما يلي :

أولاً : التراضى في عقد القرض :**248- توافق الإيجاب والقبول :**

عقد القرض عقد رضائي يكفي لانعقاده توافق الإيجاب والقبول من المقرض والمقرض. وليس هناك أحكام خاصة بالتراضى في عقد القرض، وإنما تسرى عليه القواعد العامة، وقد أشرنا إليها في المجلد الأول.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأن :

"لما كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بإعفاء المطعون ضده من الفوائد معولاً في ذلك على ما أورده الخبير في تقريره من أن موافقة الطاعن الأول على القرض لم تنفذ إلا بتاريخ 1984/11/28 بعد صدور القانون رقم 14 لسنة 1981 المانع لتقاضى فوائد على القروض الخاصة بالإسكان التعاوني للعاملين بوحدة القطاع العام فخلط بذلك بين انعقاده وتنفيذه رغم أن الثابت بالمستندات أن عقد القرض قد انعقد بين الطاعنين بتلاقى الإيجاب

(1) محمد كامل مرسى ص 318.

والقبول في 1980/8/9 قبل تاريخ العمل بالقانون المذكور وقد جره هذا الخلط إلى تطبيق هذا القانون بأثر رجعي دون نص خاص فيه على أعمال هذا الأثر بما يعيبه بمخالفة القانون والثابت بالأوراق والفساد في الاستدلال".

(طعن رقم 3103 لسنة 58 ق جلسة 1994/11/16)

249- صور مختلفة لعقد القرض :

الصورة المعتادة في عقد القرض هو حصول المقرض على مبلغ من النقود من المقرض على أن يرد مثل هذا المبلغ إلى المقرض في نهاية القرض. غير أن القرض قد يتخذ صوراً مختلفة عن هذه الصورة المعتادة ومثل ذلك ما يأتي:

- 1- أن يصدر شخص معنوي خاص أو شخص معنوي عام سنداً، فهذه السندات قروض يعقدها الشخص المعنوي مع المقرضين، ومن اكتتب في هذه السندات فهو مقرض للشخص المعنوي بقيمة ما اكتتب به.
- 2- تحرير كميالة أو سند تحت الإذن أو لحامله، فهذه الأوراق قد تكون قروضا يعقدها من حررها وهو المقرض لمصلحة من حررت له وهو المقرض.
- 3- فتح اعتماد في مصرف لعميل، فالعميل يكون مقرضاً من المصرف مبلغاً حده الأقصى هو الاعتماد المفتوح.
- 4- تعجيل مصرف مبلغاً من النقود لعميل لقاء أوراق مالية مودعة في المصرف، فالمصرف يكون قد أقرض العميل هذا المبلغ الذي عجله في مقابل رهن الأوراق المالية المودعة في المصرف⁽¹⁾.

250- حكم إقراض مال الغير :

يلتزم المقرض بنقل ملكية الشيء المقرض إلى المقرض ومن ثم يجب أن يكون المقرض مالكا يمكنه نقل ملكية الشيء المقرض. ولم يرد نص في شأن إقراض مال الغير، كما ورد في شأن بيع ملك الغير (م 466، 467 مدني)، وهبة ملك الغير (م 491 مدني). وقد ذهب رأي إلى أنه يجب تطبيق حكم القواعد العامة في إقراض مال الغير. وهذه

(1) السنهاوري ص 543 وما بعدها.

تقضى بأن عقد القرض - وهو عقد ملزم للجانبين - يكون قابلاً للفسخ بناء على طلب المقترض إذا لم يف المقرض بالتزامه بنقل ملكية الشيء المقترض. فإذا أقرض شخص آخر كمية من الغلال ولم يكن يملكها فإن القرض يقع صحيحاً، ولكن المقرض يعجز عن نقل ملكية الغلال إلى المقترض حتى ولو تسلمها هذا. فتبقى الغلال في يد المقرض غير مملوكة له، ويجوز للمالك الحقيقي أن يستردها منه. وسواء استردها المالك الحقيقي أو لم يستردها، فإن المقترض يستطيع أن يطلب فسخ القرض لعجز المقرض عن الوفاء بالتزامه، وأن يطالب المقرض بالتعويض في الحدود التي يجب فيها على المقرض ضمان الاستحقاق⁽¹⁾.

بينما ذهب رأى آخر إلى قياس إقراض مال الغير على بيع ملك الغير فيكون قابلاً للإبطال، ولكن لمالك الشيء المقترض أن يرفع دعوى الاستحقاق على المقرض لأخذ ماله من يده، من غير حاجة إلى طلب بطلان القرض⁽²⁾.

والرأى الأول يتفق واتجاه محكمة النقض في إيجار ملك الغير، وهو لم يرد بشأنه نص في القانون - كالتأجير في إقراض مال الغير - فقد ذهبت إلى أن إيجار ملك الغير صحيح في صدد العلاقة بين المؤجر المستأجر وأنه ليس لهذا الأخير طلب فسخ الإيجار إلا إذا تعرض له المالك للعين المؤجرة.

غير أن هذا الإيجار لا ينفذ في حق المالك الحقيقي لأنه أجنبي عن الإيجار، وله أن يتجاهل حصوله تماماً وأن يطلب استرداد الشيء المؤجر من المستأجر إذا كان قد تسلمه.

(1) السنهوري ص 551.

(2) محمد كامل مرسى ص 325 - محمود جمال الدين زكى ص 193.

إذ جرى قضاء محكمة النقض على أن :

1- "مؤدى ما تقضى به المادة 558 من القانون المدنى من أن الإيجار عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشئ معين مدة معينة لقاء أجر معلوم، لا يشترط أن يكون المؤجر مالكا بما يعنى أن إيجار ملك الغير صحيح فى صدد العلاقة بين المؤجر والمستأجر وأنه ليس لهذا الأخير طلب فسخ الإيجار إلا إذا تعرض له المالك للعين المؤجرة، وكان الطاعن لا يمارى فى أن الأطيان المشار إليها بهذا الوجه وردت ضمن القدر المؤجر فى عقد الإيجار، وأنه مكن من الانتفاع بها ولم يدع أن أحدا تعرض له فيها، فإن عدم اطلاع المحكمة على عقد بيع صادر للمطعون عليه بشأن جزء من الأطيان المؤجرة لا يجدى طالما لا لزوم له فى الدعوى المطروحة".

(طعن رقم 625 لسنة 42 ق جلسة 1977/11/2)

2- "الإيجار الصادر من شخص لا يملك الشئ المؤجر وليس له الحق فى التعامل فى منفعتة وإن وقع صحيحا بين طرفيه. فإنه لا ينفذ فى حق مالكة أو من له حق فى الانتفاع به، إلا بإجازة هذا الأخير له، بحيث لا يجوز له أن يتعرض للمستأجر فى الانتفاع بالعين المؤجرة طوال مدة الإيجار".

(طعن رقم 572 لسنة 46 ق جلسة 1979/1/10)

3- "إيجار ملك الغير صحيح فيما بين المؤجر والمستأجر. مناطه. تمكين المستأجر من الانتفاع بالشئ المؤجر وعدم ادعائه تعرض المالك له فيه".

(طعن رقم 3360 لسنة 64 ق جلسة 1999/3/1)

(راجع الأحكام الأخرى المنشورة بمؤلفنا عقد الإيجار فى التقنين المدنى الجديد

الطبعة السادسة 2002/2003 بند 119).

غير أنه إذا كان المقترض حسن النية معتقدا أنه إنما اقترض الشئ المقترض من مالكة، لا يكون للمالك الحق فى استرداد الشئ المذكور إذا تمسك المقترض بقاعدة "الحيازة سند الملكية" (م 1/976 مدنى) ويكون للمقترض إن تمسك بهذا الدفع أن يبقى القرض حتى ينتهى الأجل.

وفى هذه الحالة يجوز للمالك الحقيقى الرجوع على المقترض بما أثرى به على حسابه طبقا لقواعد الإثراء بلا سبب، لأن المقترض لم يحز الشئ المقترض إلا ملتزما برد مثله. فإذا كان المقترض قد استهلك الشئ المقترض، رجع عليه المالك الحقيقى - لا

المقرض - بقيمة ما استهلكه عند نهاية القرض، ويستطيع كذلك أن يرجع على المقرض إذا كان هذا مسئولاً طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية (1).

أما إذا كان الشيء المقرض مفقوداً أو مسروقاً فإن المقرض لا يملكه بالرغم من حسن نيته، وللمالك الحقيقي أن يسترده منه خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة (م 1/977 مدنى) (2).

ثانياً : المحل والسبب

251- (أ) - المحل :

إحالة إلى القواعد العامة :

يجب أن يتوافر في الشيء المقرض الشروط العامة التي يجب توافرها في المحل طبقاً للقواعد العامة، بأن يكون الشيء المقرض موجوداً، معيناً أو قابلاً للتعين، غير مخالف للنظام العام أو الآداب.

غير أن هناك شروطاً خاصة يجب توافرها في الشيء محل عقد القرض بجانب الشروط العامة، وذلك بأن يكون هذا الشيء إما مبلغاً من النقود أو أى شيء مثلى آخر، والأموال المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء والتي تقدر عادة في التعامل بين الناس بالعدد أو المقاس أو الكيل أو الوزن (م 85 مدنى).

فيخرج بذلك العقارات والمنقولات المعنوية عدا السندات لحاملها، لأنها تعتبر أموالاً قيمية.

ويكون موضوع القرض في الغالب، مما يهلك بالاستعمال، سواء كان مادياً كالمأكولات أو الحبوب، أو مدنياً كالنقود. ولكن ليس ذلك حتماً فقد يقع القرض على منقولات لا تهلك بالاستعمال، فالعبرة كما ذكرنا سلفاً بقصد العاقدين. فيجوز أن يقترض صاحب مكتبة من صاحب مكتبة أخرى نسخة من كتاب ليبيعها إلى عميل، على أن يرد مثلاً إلى المقرض، ولكن نسخة الكتاب هنا قد أعدت للاستهلاك، فأصبحت قابلة للاستهلاك لا بالنسبة إلى طبيعتها بل بالنسبة إلى الغرض الذي أعدت له (3).

والملاحظ أن القرض في العصر الحاضر لا يرد على غير النقود إلا نادراً، ولذلك

(1) السنهورى ص 551 وما بعدها - محمود جمال الدين زكى ص 194.

(2) السنهورى ص 551.

(3) السنهورى ص 549 وما بعدها.

خصتها المادة 538 مدنى بالذكر فى تعريف القرض⁽¹⁾.

252- (ب) - السبب:

السبب طبقا للنظرية الحديثة، هو الباعث الدافع إلى التعاقد ويجب أن يكون السبب مشروعاً غير مخالف للنظام العام أو الآداب. ويفترض هذا السبب إذا لم يذكر فى العقد، كما يفترض أنه هو السبب الحقيقى وأنه سبب مشروع وذلك حتى يثبت العكس أى أن على من يدعى العكس أن يثبته.

وبالترتيب على ذلك يقع القرض باطلاً إذا كان القصد منه تأسيس سبب للدعوى أو إذا كان القصد منه إقامة علاقة غير مشروعة مع سيده وكان المقترض يعلم أو من المقروض عليه أن يعلم بذلك.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"نصت المادة 137 من القانون المدنى على أن كل التزام لم يذكر له سبب فى العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً، ما لم يقر الدليل على غير ذلك ويعتبر السبب المذكور فى العقد هو السبب الحقيقى حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعى أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه ومؤدى ذلك أن القانون وضع قرينة قانونية يفترض بمقتضاها أن للعقد سبباً مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب، فإن ذكر فى العقد فإنه يعتبر السبب الحقيقى الذى قبل المدين أن يلتزم من أجله فإذا ادعى المدين عدم مشروعية السبب، فإن عبء إثبات ذلك يقع على عاتقه، أما إذا كان دفاعه مقصوداً على أن السبب المذكور بالعقد هو سبب صورى فعليه أن يقدم للمحكمة الدليل القانونى على هذه الصورية، وبذلك ينتقل عبء إثبات أن للعقد سبباً آخر مشروعاً إلى عاتق المتمسك به. وإذن فمتى كان الطاعنان لم يقدموا الدليل على صورية السبب المدون فى السندات موضوع الدعوى، وكانت المحكمة قد رأت فى حدود سلطتها الموضوعية أن القرائن التى ساقها الطاعنان ليستدل بها على عدم مشروعية سبب الدين غير جدية وغير كافية لإضعاف الدليل الذى قدمه المطعون عليه وهو إثبات قرضه بسندات إذنية ثابت بها أن قيمتها دفعت للمفلس أو لضمانه وأن هذه القرائن لا تبرر إجابة الطاعنين إلى طلب إحالة الدعوى على التحقيق فإنها لا تكون قد خالفت

(1) محمود جمال الدين زكى ص 188.

مقتضى المادة 137 من القانون المدني".

(طعن رقم 406 لسنة 21 ق جلسة 1953/4/2)

2- "مفاد نص الفقرة الثانية من المادة 137 من القانون المدني أنه إذا ذكر في سند الدين أن قيمته دفعت نقدا، ثم قام الدليل على انتفاء القرض، فإن على الدائن أن يقيم الدليل على أن للسند سببا حقيقيا مشروعا".

(طعن رقم 27 لسنة 37 ق جلسة 1971/6/24)

وطبقا للنظرية التقليدية كان السبب في القرض هو تسليم المقرض الشيء المقرض.

وقد ذهب البعض - في ظل هذه النظرية - إلى أن التسليم - وهو ركن مستقل في عقد القرض العيني - إذا انعدم لم ينعقد القرض، لا لانعدام ركن السبب بل لانعدام ركن التسليم. على أن هذه النظرية التقليدية، بعد أن أصبح عقد القرض عقدا ملزما للجانبين في التقنين المدني الجديد، تجعل سبب التزام المقرض برد مبلغ القرض هو التزام المقرض بنقل ملكيته، وأنه يجب استبعاد هذه النظرية الآن⁽¹⁾.

وقد أخذت محكمة النقض في ظل التقنين المدني القديم بالنظرية التقليدية للسبب إذ قضت بتاريخ 3 نوفمبر سنة 1932 في الطعن رقم 33 لسنة 2 ق بأن:

"السبب القانوني في عقد القرض هو دفع المقرض نقودا إلى المقرض، ومن هذا الدفع يتولد الالتزام برد المقابل. فإذا انتفى السبب بهذا المعنى بطل العقد".
إلا أن القضاء أخذ بعد ذلك بالنظرية الحديثة. فقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن عقد القرض يكون باطلا إذا قصد المقرض منه أن يتمكن من المقامرة وكان المقرض عالما بذلك⁽²⁾.

253- إثبات عقد القرض:

أنظر شرح إثبات عقد الوديعة في شرح المادة (718).

(1) السنهوري الجزء الخامس طبعة سنة 1987 ص 58.

(2) استئناف مختلط 25 فبراير سنة 1897 مشار إليه في السنهوري ص 560 هامش (4).

(ثالثا : شروط الصحة)

(الأهلية وعيوب الرضا)

(أ) - الأهلية :

254- (1) - أهلية المقرض :

إذا كان القرض بغير فائدة، وجب أن تتوافر في المقرض أهلية التبرع لأنه ينقل ملكية الشيء دون مقابل.

أما إذا كان القرض بفائدة فإنه يجب أن تتوافر في المقرض أهلية التصرف. وعلى ذلك يكون القرض الذي يعقده ناقص الأهلية بدون فائدة باطلا لأنه ضار به ضررا محضا، ويكون القرض الذي يعقده بفائدة قابلا للإبطال لأنه تصرف دائر بين النفع والضرر.

ويحوز للأب والجد أن يقرضا مال القاصر بغير فائدة لأداء واجب إنساني أو عائلي بإذن المحكمة (م 5 من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952). ولهما أن يقرضا مال الصغير بفائدة بإذن من المحكمة (م 9 من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952).

ويجوز للصبي والقيم إقراض مال القاصر أو المحجور بفائدة بإذن المحكمة (م 39، 78 من المرسوم بقانون المشار إليه).

255- (2) - أهلية المقرض :

يشترط في المقرض أن يكون أهلا للتصرف سواء كان القرض بفائدة أو بدون فائدة، إذ يترتب على القرض انتقال مال إليه في مقابل رد مثله.

وبالتالي لا يجوز لناقص الأهلية أو من في حكمه أن يقترض حتى ولو كان مأذونا في إدارة أمواله وكان له بالتالي أن يلتزم في حدود أعمال الإدارة⁽¹⁾، وإلا كان القرض قابلا للإبطال.

وللأب أن يقترض باسم القاصر بغير إذن المحكمة لأن المشرع أجاز له التصرف في مال القاصر دون أن يحتتم عليه الحصول على إذن من المحكمة للاقتراض.

(م من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952).

أما الجد فيقترض باسم القاصر ولكن بإذن المحكمة (م 15 من المرسوم بقانون

(المشار إليه).

وللوصى والقيم أن يقترضا باسم القاصر أو المحجور عليه بإذن المحكمة (م39، م78 من المرسوم بقانون المشار إليه).

(ب) - عيوب الإرادة :

256- تطبيق القواعد العامة :

عيوب الإرادة في عقد القرض، هي ذات عيوب الإرادة في العقود الأخرى والمقررة في القواعد العامة. وهي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال (1).

ويرى البعض أن أحكام الفوائد تغني عن الاستغلال في عقد القرض، إذ لا يجوز للمقرض أن يشترط فائدة تزيد على الحد الأقصى الذي يسمح به القانون وهو 7% (2).

257- المقصود برد المثل :

أوجب النص على المقرض أن يرد إلى المقرض عند نهاية القرض شيئاً مثل الشيء الذي اقترضه في مقداره ونوعه وصفته. ويكون القدر في المثليات بالوزن أو بالكيل أو بالعداد أو بالمقاس فيجب أن يكون ما يرد إلى المقرض بمقدار الأصل المقرض. على أن ذلك لا يؤخذ على إطلاقه، فقد يتفق العاقدان على أن المقرض يرد أقل مما أخذ، وفي هذه الحالة يعتبر الفرق هبة من المقرض للمقرض، كما إذا أقرض شخص آخر مائة جنيه على أن يرد إليه ثمانين جنيهاً فقط. وقد يتفقان على أن المقرض يرد أكثر مما أخذ، والفرق يكون في هذه الحالة ربحاً أو فائدة للمقرض، وذلك لا يمنع من صحة عقد القرض، لأن القرض قد يكون بمقابل في حالة الاتفاق.

على أنه إذا كان ما يرد أكثر مما أقرض فإن العقد قد يكون قرضاً ربوياً يسرى في شأنه ما أورده سلفاً.

وإذا كان الشيء المقرض أشياء مثلية يجب أن يرد شيء من نوع الشيء المقرض وصفته، فإذا ورد القرض على قدر معين من القطن من نوع محدد، ورتبة معينة، التزم المقرض برد قدر مساو له من القطن، من مثل النوع ونفس المرتبة، دون أن يكون لاختلاف ثمنه وقت الرد، زيادة أو نقصاً عن وقت القرض أي تأثير. فليس محل التزام

(1) محمود جمال الدين زكي ص 186 - محيي الدين علم الدين ص 81.

(2) السنهوري ص 547 وما بعدها.

المقترض قيمة ما اقترضه، ولكن مثل ما اقترضه. وهذه القاعدة تكفل توقي ما قد يثور من منازعات حول قيمة الشيء محل الرد⁽¹⁾.

أما إذا كان محل القرض نقوداً، فإن المقترض يلتزم عند الرد بقدر عددها المذكور في العقد دون اعتداد لارتفاع قيمة النقود أو انخفاضها. وعلى هذا نصت المادة 134 مدنى الواردة فى (المحل) على أنه : "إذا كان محل الالتزام نقوداً، التزم المدين بقدر عددها المذكور فى العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر". ووضح أن الملتزم بالرد يريح من جراء انخفاض قيمة النقود ويصاب من وراء ارتفاعها بالخسارة.

ونص المادة سالفة الذكر يتعلق بالنظام العام لاتصاله بالنظام النقدي فى الدولة، فيعتبر غير مشروع كل بند يقصد به المقرض التهرب من حكمه كالنص على الوفاء بالعملية الذهبية أو بقيمة الذهب، أو بعملة أجنبية أو طبقاً لعلامات أخرى، كسعر سلعة معينة، أو الأرقام القياسية للأسعار فى مجموعها⁽²⁾.

258- الاتفاق على رد نوع آخر :

إذا اتفق الطرفان على أن ما يرد يكون شيئاً من نوع آخر، كأن يسلم قمح على أن يرد بدله فول، فلا يكون العقد قرضاً، بل مقايضة، أو يكون بيعاً إذا كان المقابل نقوداً⁽³⁾.

259- ممن يحصل الرد ؟

تنص المادة مدنى 323 على أن : "1- يصح الوفاء من المدين أو من نائبه أو من أى شخص آخر له مصلحة فى الوفاء. وذلك مع مراعاة ما جاء بالمادة 208⁽⁴⁾.
2- ويصح الوفاء أيضاً مع التحفظ السابق ممن ليست له مصلحة فى هذا الوفاء، ولو كان ذلك دون علم المدين أو رغم إرادته، على أنه يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من الغير إذا اعترض المدين على ذلك وأبلغ الدائن هذا الاعتراض".

(1) محمد كامل مرسى ص 336 - محمود جمال الدين زكى ص 199 وما بعدها.

(2) محمود جمال الدين زكى ص 202.

(3) محمد كامل مرسى ص 336.

(4) تنص هذه المادة على أن : "فى الالتزام بعمل، إذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين".

فبمقتضى هذا النص يصح لغير المدين أن يقوم بالوفاء بالقرض، سواء أكان متعلقاً بمبلغ من النقود أم بشيء آخر غيره، لأنه لا مصلحة للدائن في كون المتعهد هو الذى يقوم بالوفاء بنفسه، وكل مصلحته هي أن يحصل على دينه، ويجوز لذلك الغير أن يجبر الدائن على تسلم الدين ولو بغير علم المدين أو بدون رضائه بالقيد الوارد بالنص⁽¹⁾.

260- لمن يحصل الرد؟

بمقتضى القواعد العامة يكون الوفاء للدائن أو لنائبه، سواء كان نائباً قانونياً كالولى أو الوصى أو القيم أو نائباً اتفاقياً (الوكيل) (م332 مدنى)، وإذا كان الوفاء لشخص غير الدائن أو نائبه، فلا تبرأ ذمة المدين إلا إذا أقر الدائن هذا الوفاء أو عادت عليه منفعة منه، وبقدر هذه المنفعة، أو تم الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين في حيازته (م333 مدنى).

261- ميعاد الرد :

يرد مثل الشيء محل القرض إلى المقرض على ما نصت عليه المادة 539 مدنى "عند انتهاء القرض"، وعلى ذلك فالرد يرتبط حتماً بانتهاء القرض. وسنتناول في شرح المادة 543 انتهاء القرض فنحيل إليه في ذلك.

262- مكان الرد :

لم يرد نص في عقد القرض يحدد المكان الذى يرد فيه القرض، وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يتضمن نصاً برقم (726) ينص في فقرتيه الأولى والثانية على أن: "1- على المقترض أن يرد المثل في المكان والزمان المتفق عليهما. 2- فإذا لم يتفق على المكان، كان الرد واجباً في موطن المقترض". وقد اقترح في لجنة المراجعة حذف هذا النص لأن أحكامه مستفادة من القواعد العامة فوافقت اللجنة على ذلك⁽²⁾.

والقواعد العامة المشار إليها هي ما نصت عليه المادة 347 مدنى بقولها: "1- إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات وجب تسليمه في المكان الذى كان موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك. 2- أما في الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء في المكان الذى يوجد فيه موطن

(1) محمد كامل مرسى ص 342 وما بعدها.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 418 الهامش وما بعدها.

المدين وقت الوفاء، أو فى المكان الذى يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقا بهذه الأعمال".

وعلى ذلك إذا لم يحدد الاتفاق بين الطرفين مكان رد مثل الشيء المقترض، كان الوفاء فى موطن المقترض وقت الوفاء.

263- مصاريف الرد :

تقضى المادة 348 مدنى على أن : "تكون نفقات الوفاء على المدين، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك". وعلى ذلك إذا خلا عقد القرض من اتفاق على من يلزم بمصاريف الرد تكون مصاريف الرد على المقترض⁽¹⁾.

غير أن المقرض هو الذى يتحمل مصاريف سعيه إلى موطن المقترض لاستلام مثل الشيء المقترض⁽²⁾.

264- جزاء عدم الرد :

إذا لم يقم المقترض برد الشيء المقترض عند انتهاء القرض جاز للمقرض أن يطالب المقترض برد الشيء محل القرض، كما أن له طلب القضاء بفسخ العقد مع التعويض فى الحالتين إن كان له مقتض، وذلك على سند من المادة 157 مدنى التى تقضى بأن: "1- فى العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه. مع التعويض فى الحالتين إن كان له مقتض.

2- ويجوز للقاضى أن يمنح المدين أجلا إذا اقتضت الظروف ذلك، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان مالم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام فى جملته".

ويرى البعض أنه لا مجال لإعمال المادة 2/203 مدنى هنا والتى تقضى بأن : "على أنه إذا كان فى التنفيذ العينى إرهاب للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدى، إذا كان لا يلحق بالدائن ضررا جسيما"، لأن القاعدة الواردة فى المادة 538 مدنى والتى توجب على المقترض أن يرد عينا مثل ما تسلم قدرا ونوعا وصفة، استثناء لعقد

(1) محمد كامل مرسى ص 343- محيى الدين علم الدين ص 93.

(2) السنهورى ص 593.

القرض تفسره فكرة المساواة بين العاقدین فيه، فكما أن المقرض قد يفيد من هبوط سعر ما تسلمه، كذلك يجب أن يتحمل ارتفاع ثمن ما يجب عليه رده. فضلا عن ذلك فإن انطباق النص مقيد بعدم إلحاقه ضررا جسيما بالدائن، وهذا القيد قلما يتوافر في عقد القرض، لأن ما يصيب المقرض من عدم رد مثل ما أقرضه يعادل ما يحقق بالمقرض من رد مثل ما اقترضه⁽¹⁾.

وإذا كان محل القرض مبلغا من النقود، فإنه لا يترتب على عدم الوفاء به إلا القضاء للمقرض بدينه مضافا إليه الفوائد القانونية، كما يجوز له المطالبة بتعويض تكميلي بالتطبيق للمادة 231 مدنى (راجع بند 166). أما إذا كان محل القرض شيئا غير النقود، فإن حكمه في حالة التأخير في الأداء متروك للقواعد العامة وهى أن المقرض يلتزم بالتعويض المترتب على تأخير الوفاء وفقا للمادة 215 مدنى التى تقضى بأن : "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب أجنبى لا يدله فيه. ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه ". ويقدر التعويض بما لحق المقرض من خسارة وبما فاتته من كسب إذا كان ذلك نتيجة طبيعية لعدم الوفاء (م 221) وإذا لم يثبت غش أو خطأ جسيم من المدين فلا يكون ملزما إلا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت العقد (م 211) ولا يستحق التعويض إلا بعد إعدار المقرض وفقا للمادة 218⁽²⁾.

265- استحالة الرد:

هناك بعض الحالات يستحيل فيها على المقرض رد مثل الشيء المقرض، ومثل ذلك أن يقرض بائع كتب بائعا آخر كتباً لبيعها على شرط أن يرد كتباً أخرى مثلها من نفس الطبعة بعد زمن معين، فإذا بالطبعة قد نفذت بأكملها، ففي هذه الحالة يلزم المقرض برد قيمة القرض باعتبار الزمان والمكان الواجب حصول الأداء فيهما. وإن وجدت الاستحالة وقت الاستحقاق، ثم زالت بعد ذلك فيلتزم المقرض برد مقدار القرض عينا وفقا للقواعد العامة.

وإذا زادت قيمة القرض بعد إعدار المقرض وجب أن يحصل الرد باعتبار القيمة

(1) محمود جمال الدين زكى ص 201.

(2) محمد كامل مرسى ص 347 وما بعدها.



مادة (539)

- 1- يجب على المقرض أن يسلم الشيء موضوع العقد إلى المقرض، ولا يجوز له أن يطالبه برد المثل إلا عند انتهاء القرض.
- 2- وإذا هلك الشيء قبل تسليمه إلى المقرض كان الهلاك على المقرض.

الشرح

التزام المقرض بتسليم الشيء موضوع العقد إلى المقرض :

266- مضمون الالتزام بالتسليم :

تنص الفقرة الأولى من المادة 539 مدني على أن: "يجب على المقرض أن يسلم الشيء موضوع العقد إلى المقرض، ولا يجوز له أن يطالب برد المثل إلا عند انتهاء القرض".

فتسليم النقود أو الشيء المقرض - كما ذكرنا سلفاً - لم يصبح ركناً من أركان عقد القرض - كما كان الحال في القانون المدني القديم - إنما هو التزام من الالتزامات الناشئة عن عقد القرض يقع على عاتق المقرض.

ومن ثم فإن المقرض يلتزم بتسليم النقود أو الشيء محل القرض إلى المقرض. والتسليم يرد على النقود المحددة بعقد القرض، وعلى الأشياء المثلية محل القرض بالمقدار والنوع والصفة المبينة بالعقد.

فإذا لم يحدد صنف في عقد القرض التزم المقرض بأن يسلم الشيء من صنف متوسط. وتطبق على التسليم أحكام تسليم المبيع لأنه فرع عن الالتزام بنقل الملكية. ويتم بأن يضع الشيء تحت تصرف المقرض في الزمان والمكان المعينين. وقد سبق أن أوردنا أحكام التسليم في عقد البيع عند تناول عقد الوديعة فنحيل إليها في ذلك (راجع بند 18).

ونشير هنا إلى أنه إذا امتنع المقرض عن التسليم، كان للمقرض إجباره عن طريق التنفيذ العيني والمطالبة بالفوائد التأخيرية طبقاً للقواعد العامة. كما يكون له طلب فسخ العقد.

ولا تظهر مصلحة المقرض في الفسخ إلا إذا كان القرض بفائدة.

267- تبعة هلاك الشيء المقرض :

تنص الفقرة الثانية من المادة 539 مدنى على أن: "وإذا هلك الشيء قبل تسليمه إلى المقرض كان الهلاك على المقرض".

فإذا كان محل القرض مبلغا من النقود، فإنه لا يتصور أن يلحقه الهلاك، لأن المقرض يصبح بموجب عقد القرض مدينا بتسليم هذا المبلغ من النقود إلى المقرض، والنقود لا يتعين قبل التسليم.

وإنما يرد الهلاك على الأشياء المثلية فإذا كان محل القرض شيئا مثليا وتعين بالإفراز وانتقلت ملكيتها بالتالى إلى المقرض، ولكنها هلكت فى يد المقرض بسبب أجنبى فإنها تهلك على المقرض، ويعلل هذا الحكم بأن الهلاك يؤدي إلى استحالة قيام المقرض بتنفيذ التزامه فينفسخ العقد لاستحالة تنفيذه ويسترد ملكية الشيء فيهلك عليه⁽¹⁾. أما إذا هلك الشيء بعد التسليم كان الهلاك على المقرض.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"وقد جعلت تبعة الهلاك قبل التسليم على المقرض كما فى البيع أما بعد التسليم فالهلاك على المقرض"⁽²⁾.

268- التزام المقرض بنقل النقود أو الشيء المقرض إلى المقرض :

كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى ينص فى الفقرة الأولى من المادة 723 منه التى أصبحت برقم (539) على أنه :

"يجب على المقرض أن ينقل إلى المقرض ملكية الشيء الذى أقرضه وأن يسلمه إياه، ولا يجوز له أن يطالبه برد المثل إلا عند انتهاء القرض "وفى لجنة المراجعة اقترح حذف النص على الالتزام بنقل الملكية لسبق ذكره فى المادة السابقة ". فوافقت اللجنة على ذلك.

والمادة المشار إليها (م 538) تنص على أن:

(1) محيى الدين علم الدين ص 85 وما بعدها.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 415.

" القرض عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقرض ملكية مبلغ من النقود أو أى شيء مثلى آخر...."(1) - أى أن الالتزام بنقل الملكية ورد به نص صريح".

فإذا كان محل الالتزام نقودا فملكيتها تنتقل بالتسليم الفعلى، وبذلك يقع انتقال ملكيتها وتسليمها بعمل واحد هو المناولة. ولذلك يقال إن النقود لا تتعين بالتعيين(2).

فإذا تقاعس المقرض عن تنفيذ التزامه، جاز للمقرض الحق فى مطالبته بأدائه طبقا للقواعد العامة، كما يستطيع إجباره على الوفاء عن طريق الحجز على أمواله.

وإذا كان محل عقد القرض شيئا مثليا غير النقود كالحبوب والقطن وغيره، فإن ملكيته تنتقل بمجرد العقد إذا كان معينا بذاته ومملوكا للمقرض (م 204 مدنى).

أما إذا لم يكن هذا الشيء معينا إلا بنوعه فقط أى لم يعين بذاته فلا تنتقل ملكيته إلا بإفرازه (م 1/205 مدنى).

فإذا لم يقم المقرض بتنفيذ التزامه بنقل الملكية، جاز للمقرض أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضى أو دون استئذانه فى حالة الاستعجال، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير إخلال فى الحالتين بحقه فى التعويض (م 2/205 مدنى).

269- التزام المقرض بألا يطالب برد المثل إلا عند انتهاء العقد :

تنص الفقرة الأولى من المادة 539 مدنى فى عجزها على أن: "..... ولايجوز له (المقرض) أن يطالبه برد المثل إلا عند انتهاء القرض".

فهذا النص ألقى على عاتق المقرض التزاما سلبيا، هو ألا يطالب المقرض برد مثل الشيء محل القرض إلا عند انتهاء القرض. وهو التزام دائم فى ذمة المقرض.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى عن هذا الالتزام أنه :

" ثم هو يلتزم التزاما سلبيا بألا يطالب برد المثل إلا عند انتهاء القرض. ويحسن إيراد هذا الالتزام السلبى. فهو الذى يبين كيف يكون الفسخ فى عقد القرض. فإن المقرض إذا أعسر المقرض أو أخل بالتزامه، أن يفسخ العقد فيتحلل من هذا الالتزام السلبى، ويستطيع إذن أن يطلب رد المثل قبل انتهاء القرض. وإذا ظهر إعسار

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ص 411 وما بعدها.

(2) محيى الدين علم الدين ص 84.

المقترض قبل تسليمه الشيء جاز للمقترض أن يفسخ العقد وأن يمتنع عن التسليم⁽¹⁾.



(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 415.

مادة (540)

إذا استحق الشيء، فإن كان القرض بأجر، سرت أحكام البيع، وإلا فأحكام العارية.

الشرح

270- استحقاق الشيء محل القرض :

تطبيق أحكام استحقاق البيع :

نصت المادة 540 مدنى على أنه إذا استحق الشيء، فإذا كان القرض بأجر سرت أحكام البيع. ومفاد ذلك أنه تطبق أحكام استحقاق المبيع على حالة استحقاق القرض بأجر أى بفائدة. وهذا الضمان غير متصور إذا كان الشيء نقوداً لأن النقود لا تتعين بالتعيين، فلا يتصور أن يدعى أحد أن مبلغاً من النقود مختلطاً بمال شخص آخر كان مملوكاً له، إلا إذا كانت النقود من أوراق البنكنوت وكان يحتفظ بأرقامها لديه، واستطاع أن يثبت أنها كانت ملكه، وسرقت منه. ومثل هذا لا يقع عادة في الحياة العملية. فضمان الاستحقاق غير متصور إذا كان الشيء نقوداً ولكنه متصور إذا كان مثليات غير النقود⁽¹⁾.

وفى هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"1- ويلتزم المقرض أيضاً بضمان الاستحقاق، والمفروض في هذا الضمان أن القرض لم يرد على نقود لأن النقود لا تستحق، فإذا ورد على مثلى غير النقود، وفرز وسلم للمقترض، ثم استحق، فإن كان القرض بأجر اتبعت أحكام البيع.... إلخ"⁽²⁾. ويراعى عند تطبيق أحكام الاستحقاق الكلى والجزئى فى عقد البيع على عقد القرض، أن يكون المقترض فى مركز المشتري والمقرض فى مركز البائع والشيء محل القرض بدلاً من الشيء المباع.

271- إحالة إلى أحكام عقد البيع فى الاستحقاق الكلى والجزئى :

(1) محيى الدين علم الدين ص 86.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 415 وما بعدها.

نحيل فى بيان أحكام الاستحقاق الكلى والجزئى فى عقد البيع إلى شرح المواد 440 وما بعدها.

272- ضمان الاستحقاق إذا كان القرض بدون أجر:

سريان أحكام العارية:

رأينا أن المادة 540 مدنى تنص على أنه إذا استحق الشئ، فإن كان القرض بأجر، سرت أحكام البيع، وإلا فأحكام العارية. ومفاد هذا النص أنه إذا كان القرض بدون فائدة فإنه يسرى على استحقاق الشئ المقترض ما يسرى على استحقاق الشئ المعار. وقد أوردت أحكام استحقاق الشئ المعار الفقرة الأولى المادة 638 مدنى بقولها: "لا ضمان على المعير فى استحقاق الشئ المعار إلا أن يكون هناك اتفاق على الضمان أو أن يكون المعير قد تعمد إخفاء سبب الاستحقاق" وسنتناول شرح أحكام هذا الضمان عند تناول العارية فنحيل إلى هذا الشرح.



مادة (541)

- (1) إذا ظهر في الشيء عيب خفي وكان القرض بغير أجر واختار المقرض استبقاء الشيء فلا يلزمه أن يرد إلا قيمة الشيء معيباً.
- (2) أما إذا كان القرض بأجر أو كان بغير أجر، ولكن المقرض قد تعمد إخفاء العيب، فيكون للمقرض أن يطلب إما إصلاح العيب، وإما استبدال شيء سليم بالشيء المعيب.

الشرح

273- المقصود بالعيب الخفي:

(راجع شرح المادتين 447، 448 الواردتين في عقد البيع).

274- (أ) ضمان العيوب الخفية في القرض بأجر:

إذا كان القرض بأجر، ووجد بالشيء المقرض عيب خفي، كان للمقرض طلب التعويض عن الضرر الذي سببه هذا العيب.
ويكون التعويض بأحد أمرين:

الأمر الأول:

إصلاح العيب الموجود بالشيء المقرض، إذا كان الإصلاح ممكناً، كما لو كان الشيء المقرض غلالاً خالطها تراب لا يظهر بالفحص ويزيد على القدر المألوف فعندئذ يلتزم المقرض بتقوية الغلال من التراب وتعويض التراب بمقداره من الغلال النظيفة.

الأمر الثاني:

إذا كان إصلاح الشيء غير ممكن فيجوز للمقرض أن يطلب استبدال شيء سليم بالشيء المعيب، كما لو كان الشيء المقرض نقوداً تبين أنها زائفة، فإن المقرض يلزم بتسليم المقرض نقوداً أخرى سليمة.

275- ضمان العيوب الخفية في القرض بدون أجر:

إذا كان القرض بدون أجر، وظهر عيب في الشيء المقرض، فلا يلزم المقرض بأن يسلم المقرض شيئاً آخر مماثلاً سليماً بدلاً منه.

غير أن المقرض لا يلتزم أن يرد إلا قيمة الشيء معيباً أو الشيء المعيب ذاته. أما إذا كان المقرض قد تعمد إخفاء العيب، فإنه يكون للمقرض اتباع أحد الأمرين المخولين للمقرض إذا كان القرض بأجر وهما: إما إصلاح العيب الموجود بالشيء المقرض إذا كان الإصلاح ممكناً وإما استبدال الشيء المعيب بشيء مماثل سليم إذا كان إصلاحه غير ممكن⁽¹⁾.

وإذا كان المقرض لا يعلم بالعيب ولكن المقرض اشترط عليه الضمان، فإن هذا الشرط يسرى⁽²⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"يلتزم المقرض أخيراً بضمان العيب، فإذا ظهر فى الشيء عيب خفى، كنقد زائف، فإذا كان القرض بغير فائدة ولم يتعمد المقرض إخفاء الزيف، فلا يستطيع المقرض أن يطلب استبدال سليم بمعيب، ولكنه لا يلتزم أن يرد إلا قيمة الشيء معيباً أو الشيء المعيب نفسه. أما إذا كان القرض بفائدة أو تعمد المقرض إخفاء العيب فللمقرض أن يطلب إصلاحه إذا كان هذا ممكناً، وإلا كان له أن يطلب استبدال السليم بالمعيب"⁽³⁾.

276- أحكام أخرى تسرى على ضمان العيوب الخفية فى عقد القرض :

1- يجب على المقرض إذا تسلم الشيء المقرض المبادرة إلى فحصه وإخطار المقرض بالعيب بالتفصيل الوارد فى المادة 449 مدنى بصدد عقد البيع.

2- تتقادم دعوى ضمان العيب الخفى إذا انقضت سنة من وقت تسلم الشيء المقرض ولو لم يكشف المقرض العيب إلا بعد ذلك مالم يقبل المقرض أن يلتزم بالضمان لمدة أطول. على أن لا يجوز للمقرض أن يتمسك بالسنة لتتام التقادم إذا ثبت أنه تعمد إخفاء العيب غشاً منه طبقاً لما نصت عليه المادة 452 الواردة فى عقد البيع (راجع فى التفصيل بند 193).

3- يجوز للمتعاقدین باتفاق خاص أن يزيذا فى الضمان أو ينقصا منه أو أن

(1) محمد كامل مرسى ص 333 وما بعدها.

(2) السنهورى الجزء الخامس ص 576. -

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 4 ص 416.

يسقط هذا الضمان، على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً، إذا كان المقرض قد تعمد إخفاء العيب في الشيء المقترض غشاً منه وذلك وفقاً للمادة 453 مدنى الواردة فى عقد البيع.

فيجوز مثلاً للمتعاقدين إذا كان القرض بدون أجر، أن يتفقا على التزام المقرض بإصلاح العيب إذا كان ممكناً أو بتسليم المقرض شيئاً مماثلاً سليماً، إذا لم يكن الإصلاح ممكناً.

277- أحكام ضمان العيوب الخفية فى عقد البيع هى الأصل الواجب الرجوع إليه فيما لم يرد فى شأنه نص:

لما كان عقد البيع هو العقد الرئيسى الذى يلتزم فيه البائع بنقل الملكية والحيازة، فقد وضع فيه التقنين المدنى القواعد العامة لضمان العيوب الخفية فى المواد من (447 حتى 455)، ولذلك فإن هذه القواعد وإن وردت فى عقد البيع إلا أنها لا تقتصر على عقد البيع وحده، وإنما تجاوز ذلك إلى كل العقود التى من شأنها نقل الحق، فتعتبر تلك المواد بمثابة القواعد العامة فى أحكام العيوب الخفية تطبق على العقود الأخرى مع مراعاة النصوص الخاصة فى شأن كافة العقود، كعقد القرض والمقايضة والشركة والإيجار والمقاوله والهبه⁽¹⁾.

ومن ثم فإن هذه القواعد العامة تنطبق على ضمان العيوب الخفية فى عقد القرض، عدا ما ورد بشأنه من أحكام خاصة فى المادة 541 مدنى الواردة فى عقد (القرض).



(1) السنهورى ص 712 وما بعدها - المستشار السيد خلف محمد عقد البيع فى ضوء الفقه وأحكام النقض الطبعة الثانية ص 450.

مادة (542)

على المقرض أن يدفع الفوائد المتفق عليها عند حلول مواعيد استحقاقها، فإذا لم يكن هناك اتفاق على فوائد اعتبر القرض بغير أجر.

الشرح

278- فوائد القرض :

أوجبت المادة على المقرض أن يدفع الفوائد المتفق عليها عند حلول مواعيد استحقاقها⁽¹⁾.

(1) قضت المحكمة الدستورية العليا بتاريخ 4 مايو سنة 1985 فى القضية رقم 20 لسنة واحد قضائية "دستورية" (7 لسنة 9ق عليا) برفض الدعوى التى أقيمت أمامها بعدم دستورية المادة 226 من التفنين المدنى والتى تقرر الفوائد القانونية ونشر الحكم فيما يلى:
بعد الاطلاع على الأوراق وسماع الإيضاحات والمداولة.

حيث إن الوقائع -على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق - تتحصل فى أن المدعى بصفته كان قد أقام الطعن رقم 461 لسنة 22 قضائية أمام المحكمة الإدارية العليا طالباً إلغاء الحكم الصادر من محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم 1465 لسنة 25 قضائية القاضى بإلزامه ووزير الأوقاف وعميد كلية الطب بصفاتهم بأن يدفعوا لمورث المدعى عليه الرابع مبلغ 112ر392 جنيه باقى ثمن آلات جراحية تم توريدها إلى كلية الطب بجامعة الأزهر - والفوائد القانونية عن هذا المبلغ بواقع 4% من تاريخ المطالبة القضائية. وأثناء نظر الطعن دفع المدعى بصفته بعدم دستورية المادة 226 من القانون المدنى. فقضت المحكمة الإدارية العليا بجلسة 3 أبريل سنة 1978 بوقف الفصل فى الطعن ليرفع المدعى دعواه الدستورية فأقام الدعوى الماثلة.

وحيث إن الحكومة دفعت بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى استناداً إلى أن جامعة الأزهر الذى يعد من الأشخاص المعنوية العامة وبالتالي فهى من جهات الحكومة التى اعتبرها المشرع من ذوى الشأن فى القضايا الدستورية، فلا يجوز لها الطعن بعدم دستورية التشريعات على أساس أنها تشارك فى وضعها وعليها الدفاع عن سلامتها.

هذا بالإضافة إلى أن المنازعة الماثلة - وهى تقوم بين جهتين حكوميتين - تندرج تحت المنازعات التى تختص الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة - دون غيرها - بإبداء رأى الملزم للجانبين فيها عملاً بالمادة 66 فقرة (د) من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم 47 لسنة 1972.

= وحيث إن هذا الدفع مردود بأن الدستور بين على وجه التحديد المقصود بالحكومة بما نص عليه فى المادة 153 من أن "الحكومة هى الهيئة التنفيذية والإدارية العليا للدولة وتتكون الحكومة من رئيس مجلس الوزراء ونوابه والوزراء ونوابهم" وإذا كان هذا التعريف لا يدخل فى مدلوله الأزهر باعتباره الهيئة العلمية الإسلامية الكبرى التى أثبت لها القانون الشخصية المعنوية بما نص عليه صراحة فى المادة السادسة من القانون رقم 103 لسنة 1961 بشأن إعادة تنظيم الأزهر والهيئات التى يشملها من أن "يكون للأزهر شخصية معنوية عربية الجنس ومن ثم فإن جامعة الأزهر - وهى إحدى هيئاته - لا ينطبق عليها معنى الحكومة على النحو الذى عناه المشرع فى المادة 35 من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم 48 لسنة 1979 والذى نص فيه على أن "تعتبر الحكومة من ذوى الشأن فى الدعاوى الدستورية" مستهدفاً بذلك تمكينها من أن تقول كلمتها فى الطعون الموجهة إلى التشريعات التى تكون قد أصدرتها أو شاركت فى وضعها.

لما كان ذلك. وكانت هذه المحكمة - من ناحية أخرى - هى المختصة وحدها بنظر الدعاوى الدستورية الماثلة إعمالاً للمادة 175 من الدستور والمادة (25) من قانون المحكمة الدستورية العليا المشار إليه- اللتين عقدتا لها دون غيرها ولاية الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح بما ينتفى معه القول بأنها من المنازعات التى تختص بها الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة - ومن ثم فإن الدفع بعدم الاختصاص يكون فى شقيه على غير أساس متعين الرفض.

وحيث إنه عما دفعت به الحكومة أيضاً من عدم قبول الدعاوى لرفعها من غير ذى صفة تأسيساً على أن شيخ الأزهر هو الذى يملك وحده تمثيل جامعة الأزهر باعتباره من الهيئات التى يشملها الأزهر، وأن القانون رقم 103 لسنة 1961 بشأن إعادة تنظيم الأزهر لم يضيف على جامعة الأزهر شخصية اعتبارية تخولها حق التقاضى وتجزيز لرئيسها تمثيلها لدى المحاكم. فإنه إذ كانت المادة (39) من القانون رقم 103 لسنة 1961 المشار إليه تنص على أن "يتولى إدارة جامعة الأزهر: 1- مدير جامعة الأزهر (رئيس جامعة الأزهر منذ العمل بالقانون رقم 51 لسنة 1972)، 2- (مجلس الجامعة).

كما تنص المادة 42 منه على أن "يتولى مدير الجامعة إدارة شئون الجامعة العلمية والإدارية والمالية، وهو الذى يمثلها أمام الهيئات الأخرى..." فإن مؤدى ذلك أن القانون أسند إلى رئيس الجامعة صفة النيابة عنها فى جميع صلاتها بالهيئات الأخرى التى تدخل فى عمومها الهيئات القضائية، وما يتفرع عن هذه النيابة من أهلية التقاضى فيما يتعلق بتلك الصلات ومن بينها التعاقد على شراء معدات لكليات الجامعة وما قد ينشأ عنها من منازعات قضائية. وهو الحال الذى اقتضى اختصاص المدعى بصفته فى الدعاوى الموضوعية =

= وترتب على إثارة الدفع بعدم الدستورية فيها - إقامة المدعى بصفته للدعوى الماثلة، ومن ثم فإن الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفة يكون على غير أساس. وحيث إن الدعوى استوفت أوضاعها القانونية.

وحيث إن المدعى بصفته ينعى على نص المادة 226 من القانون المدنى أنها إذ تقضى باستحقاق فوائد محددة القدر عن مجرد التأخر فى الوفاء بالالتزام النقدى تكون قد انطوت على مخالفة لمبادئ الشريعة الإسلامية التى أصبحت طبقاً للمادة الثانية من الدستور "المصدر الرئيسى للتشريع". وذلك باعتبار أن تلك الفوائد تمثل زيادة فى الدين بغير مقابل، فهى الربا المتفق على تحريمه أخذاً بقوله تعالى "وأحل الله البيع وحرم الربا" وهو من الأحكام الشرعية المقطوع بها ثبوتاً ودلالة والتى أصبحت بموجب المادة الثانية من الدستور فى مصاف القواعد القانونية الوضعية التى من شأنها نسخ ما كان سابقاً عليها متعارضاً معها من نصوص التشريعات الوضعية نسخاً ضمناً، إذ صارت بذاتها واجبة الأعمال دون حاجة إلى صدور تشريع يقننها.

وحيث إن القانون المدنى الصادر بالقانون رقم 131 لسنة 1948 فى 16 يوليو سنة 1948 والمعمول به ابتداء من 15 أكتوبر سنة 1949 ينص فى المادة 226 منه - محل الطعن - على أنه "إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود، وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين فى الوفاء به، كان ملزماً بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخر فوائد قدرها أربعة فى المائة فى المسائل المدنية وخمسة فى المائة فى المسائل التجارية. وتسرى هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها، إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجارى تاريخاً آخر لسريانها، وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره".

وحيث إنه يبين من تعديل الدستور الذى تم بتاريخ 22 مايو سنة 1980 أن المادة الثانية أصبحت تنص على أن "الإسلام دين الدولة، واللغة العربية لغتها الرسمية، ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع" بعد أن كانت تنص عند صدور الدستور فى 11 سبتمبر سنة 1971 على أن "الإسلام دين الدولة، واللغة العربية لغتها الرسمية، ومبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسى للتشريع" والعبارة الأخيرة من هذا النص لم يكن لها سابقة فى أى من الدساتير المصرية المتعاقبة ابتداء من دستور سنة 1923 وحتى دستور سنة 1964.

وحيث إن الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح - المنوطة بالمحكمة الدستورية العليا - تستهدف أصلاً صون الدستور القائم وتأكيد احترامه وحمايته من الخروج على أحكامه. وسبيل هذه الرقابة التحقق من التزام سلطة التشريع بما يورد الدستور فى مختلف نصوصه من ضوابط وقيود ومن ثم فإنه يتعين - عند الفصل فيما يثار فى شأن هذه =

= التشريعات من مطاعن تستهدف نقض قرينة الدستورية - استظهار هذه الضوابط والقيود وتحديدها وذلك للتعرف على مدى مخالفة تلك التشريعات لها.

وحيث إنه يبين من صيغة العبارة الأخيرة من المادة الثانية من الدستور - بعد تعديلها على نحو ما سلف - أن المشرع الدستوري أتى بقيد على السلطة المختصة بالتشريع قوامه إلزام هذه السلطة - وهى بصدد وضع التشريعات - بالالتجاء إلى مبادئ الشريعة لاستمداد الأحكام المنظمة للمجتمع، وهو ما أشارت إليه اللجنة الخاصة بالإعداد لتعديل الدستور فى تقريرها إلى مجلس الشعب والذي أقره المجلس بجلسة 19 يولية سنة 1979 وأكدت اللجنة التى أعدت مشروع التعديل وقدمته إلى المجلس فناقشه ووافق عليه بجلسة 30 أبريل سنة 1980 إذ جاء فى تقريرها عن مقاصد تعديل الدستور بالنسبة للعبارة الأخيرة من المادة الثانية بأنها "تلزم المشرع بالالتجاء إلى أحكام الشريعة الإسلامية للبحث عن بغيته فيها مع إلزامه بعدم الالتجاء إلى غيرها، فإذا لم يجد فى الشريعة الإسلامية حكما صريحا، فإن وسائل استنباط الأحكام من المصادر الاجتهادية فى الشريعة الإسلامية تمكن المشرع من التوصل إلى الأحكام اللازمة والتى لا تخالف الأصول والمبادئ العامة للشريعة".

ولما كان مفاد ما تقدم، أن سلطة التشريع اعتبارا من تاريخ العمل بتعديل العبارة الأخيرة من المادة الثانية من الدستور فى 22 مايو سنة 1980 - أصبحت مقيدة فيما تسنه من تشريعات مستحدثة أو معدلة لتشريعات سابقة على هذا التاريخ، بمرعاة أن تكون هذه التشريعات متفقة مع مبادئ الشريعة الإسلامية وبحيث لا تخرج - فى الوقت ذاته - عن الضوابط والقيود التى تفرضها النصوص الدستورية الأخرى على سلطة التشريع فى صدد الممارسة التشريعية. فهى التى يتحدد بها - مع ذلك القيد المستحدث - النطاق الذى تباشر من خلاله المحكمة الدستورية العليا رقابتها القضائية على دستورية التشريعات.

لما كان ذلك وكان إلزام المشرع باتخاذ مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع على ما سلف بيانه لا ينصرف سوى إلى التشريعات التى تصدر بعد التاريخ الذى فرض فيه الإلزام بحيث إذا انطوى أى منها على ما يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية يكون قد وقع فى حومة المخالفة الدستورية، أما التشريعات السابقة على ذلك التاريخ، فلا يتأتى إنفاذ حكم الإلزام المشار إليه بالنسبة لها لصدورها فعلا من قبله، أى فى وقت لم يكن القيد المتضمن هذا الإلزام قائما واجب الأعمال ومن ثم، فإن هذه التشريعات تكون بمنأى عن أعمال هذا القيد، وهو مناط الرقابة الدستورية. ويؤيد هذا النظر ما أورته اللجنة العامة فى مجلس الشعب بتقريرها المقدم بجلسة 15 سبتمبر سنة 1981 والذي وافق عليه المجلس من أنه "كان دستور سنة 1971 أول دستور فى تاريخنا الحديث ينص صراحة على أن الشريعة الإسلامية مصدر رئيسى للتشريع، ثم عدل الدستور عام 1980 لتكون الشريعة الإسلامية =

= هي المصدر الرئيسي للتشريع، وهذا يعنى عدم جواز إصدار أى تشريع فى المستقبل يخالف أحكام الشريعة الإسلامية، كما يعنى ضرورة إعادة النظر فى القوانين القائمة قبل العمل بدستور سنة 1971 وتعديلها بما يجعلها متفقة مع أحكام الشريعة الإسلامية "واستطرد تقرير اللجنة إلى أن "الانتقال من النظام القانونى القائم حاليا فى مصر والذى يرجع إلى أكثر من مائة سنة إلى النظام الإسلامى المتكامل يقتضى الأناة والتدقيق العملى، ومن هنا. فإن تقنين المتغيرات الاقتصادية والاجتماعية التى لم تكن مألوفة، أو معروفة، وكذلك ما جد فى عالمنا المعاصر وما يقتضيه الوجود فى المجتمع الدولى من صلات وعلاقات ومعاملات، كل ذلك يستأهل الروية ويتطلب جهودا، ومن ثم فإن تغيير النظام القانونى جميعه ينبغى أن يتيح لواقعيه والقائمين عليه الفترة الزمنية المناسبة حتى تجمع هذه القوانين متكاملة فى إطار القرآن والسنة وأحكام المجتهدين من الأئمة والعلماء.....".

وحيث إن ما ذهب إليه المدعى من أن مقتضى تعديل المادة الثانية من الدستور هو جعل مبادئ الشريعة الإسلامية قواعد قانونية موضوعية واجبة الأعمال بذاتها ومن فورها على ما سبق هذا التعديل من تشريعات بما يوجب نسخ ما يتعارض منها مع تلك المبادئ. فإن هذا القول مردود بما سبق أن عرضت له المحكمة عن حقيقة المقصود من ذلك التعديل، وهو أنه قيد استحدثه الدستور على سلطة المشرع فى شأن المصادر التى يستقى منها أحكامه التشريعية وأنه لا يمكن إعماله إلا بالنسبة للتشريعات اللاحقة على فرضه دون التشريعات السابقة. كما ينقض القول ما تضمنته الأعمال التحضيرية لمشروع التعديل على ما سلف إيضاحه من أن المنوط به إعمال القيد المشار إليه هو السلطة المختصة بالتشريع، بالإضافة إلى أن المشرع الدستورى لو أراد جعل مبادئ الشريعة الإسلامية من بين القواعد المدرجة فى الدستور على وجه التحديد أو قصد أن يجرى إعمال تلك المبادئ بواسطة المحاكم التى تتولى تطبيق التشريعات دون ما حاجة إلى إفراغها فى نصوص تشريعية محددة مستوفاة للإجراءات التى عينها الدستور، لما أعوزه النص على ذلك صراحة، هذا فضلا عن أن مؤدى ما يقول به المدعى من الإعمال المباشر لمبادئ الشريعة الإسلامية عن طريق تلك المحاكم لا يقف عند مجرد إهدار ما قد يتعارض مع هذه المبادئ من التشريعات السابقة المنظمة للنواحي المدنية والجنايئة والاجتماعية والاقتصادية بل إن الأمر لابد وأن يقتدر بضرورة تقصى المحاكم للقواعد غير المقننة التى يلزم تطبيقها فى المنازعات المطروحة عليها بدلا من النصوص المنسوخة مع ما قد يؤدى إليه ذلك من تناقض بين هذه القواعد ويجر إلى تهاتر الأحكام وزعزعة الاستقرار.

وحيث إن إعمال المادة الثانية من الدستور بعد تعديلها - على ما تقدم بيانه، وإن كان مؤداه إلزام المشرع باتخاذ مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى لما يضعه من تشريعات بعد=

ويتضح من هذه المادة أن الأصل أن يكون القرض سواء كان مدنيا أو تجاريا بدون فوائد. ولا تستحق فوائد على القرض إلا إذا كان هناك اتفاق صريح بين الطرفين على ذلك. فلا يكفي أن يستنتج ذلك الاتفاق استنادا إلى إرادة العاقدین الضمنية من عبارات العقد وظروف التعاقد⁽¹⁾.

وفي بعض الحالات ينص القانون على تحريم تقاضى فوائد عن القرض لاعتبارات تتعلق بحماية بعض الطوائف كالعامل. ومثل ذلك ما نصت عليه المادة 40 من قانون العمل رقم 137 لسنة 1981 من أنه: "لا يجوز لصاحب العمل أن يقطع من أجر العامل أكثر من 10 % وفاء لما يكون قد أقرضه من مال أثناء سريان العقد ولا أن يتقاضى أية فائدة ويسرى ذلك الحكم على الأجور المدفوعة مقدما" - ويشمل هذا الحظر الفائدة الاتفاقية والفائدة القانونية، وهذا النص أمر متعلق بالنظام العام. وقد هدف الشارع من حظر الحصول على الفائدة حماية العامل والحيلولة دون استغلاله.

غير أن محكمة النقض استثنت من هذا الحظر القروض التي تكون من الأعمال التي يمارسها صاحب العمل، إذا كان العامل قد طلبها بمحض إرادته، ومثل ذلك أن تكون المنشأة أحد البنوك التي تقوم بالإقراض. ولعلها استندت في ذلك، إلى أن مثل هذه القروض يكون ملحوظا فيها علاقة العمل التي تربط صاحب العمل بالعامل مما يندفع به مظنة استغلال صاحب العمل للعامل⁽²⁾.

إذ قضت محكمة النقض بأن :

"النص في المادة العاشرة من المرسوم بقانون رقم 317 لسنة 1952 - الذي يحكم واقعة الدعوى - على أنه "لا يجوز لصاحب العمل أن يقطع من أجر العامل أكثر من 10% وفاء لما يكون قد أقرضه من مال ولا أن يتقاضى عن هذا القرض أية فائدة " يدل

= التاريخ الذي فرض هذا الإلزام بما يترتب عليه من اعتباره مخالفا للدستور إذا لم يلتزم بذلك القيد، إلا أن قصر هذا الإلزام على تلك التشريعات لا يعنى إعفاء المشرع من تبعة الإبقاء على التشريعات السابقة - رغم ما قد قد يشوبها من تعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية".

(1) محمود جمال الدين زكى ص 215 وما بعدها.

(2) راجع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء في شرح قانون العمل الجديد - المجلد الثاني ص 131 وما بعدها.

على أن المشرع أجاز لأصحاب الأعمال إقراض العمال، وأنه في سبيل التوفيق بين مصلحة العامل في قبض أجره بالكامل وبين حق صاحب العمل في التمسك بانقضاء الأجر مقاصة مع القرض، وضع قيوداً على طريقة الوفاء بما لا يرهق العامل كما حرم تقاضى فوائد على هذا القرض حماية للعامل ومنعاً من استغلاله، ولم يقصد أن يقيد صاحب العمل في استغلال نشاطه أو أن يتنازل عن أرباحه منه للعامل متى أقبل هو بمحض رغبته على الشراء مما ينتجه صاحب العمل ولم يكن صاحب العمل هو الذي ألزمه بالشراء، فإذا أقبل عامل بأحد البنوك على طلب قرض بمحض رغبته من هذا البنك، والتزم في العقد بالفائدة التي يتقاضاها البنك من عملائه عن القروض التي هي من صميم أعماله، فإن العامل يكون ملزماً بالفائدة التي تمثل أرباح البنك من نشاطه، ولا يمتد إليها الحظر المقرر بالمادة العاشرة من المرسوم بقانون رقم 317 لسنة 1952".

(طعن رقم 270 لسنة 35 ق جلسة 1970/5/13)

والملاحظ في العمل أنه غالباً ما يشترط المقرض على المقرض دفع فوائد بسعر معين. ويثبت هذا الاتفاق طبقاً للقواعد العامة، وهي ذات القواعد التي تتبع في إثبات القرض ذاته.

279- صور الفائدة :

تشتت الفائدة في صور مختلفة منها :

- 1- اشتراط فائدة سنوية بنسبة مئوية من المبلغ. ولا تسرى الفائدة إلا من تاريخ تسلم مبلغ القرض إلا إذا كان التأخر في تسلمه بخطأ من المقرض.
- 2- اشتراط مبلغ إجمالي فوق القرض (زيادة على مبلغ القرض) تدفع في نهاية القرض.

وتسمى هذه الزيادة (Prime de remboursement) وهذه الزيادة يجب أن تخضع للحد الأقصى للفائدة. فإذا عجل المقرض الرد قبل الميعاد لم يجب عليه من هذه الزيادة إلا ما يتناسب مع الوقت السابق على الرد.

- 3- اشتراط رد القرض أقساطاً سنوية متساوية، يتضمن القسط الأول فوائد القرض كله عن السنة الأولى مع جزء بسيط من رأس المال. والقسط الثاني يشمل فوائد ما بقي من القرض مع جزء أكبر من رأس المال وتندرج الأقساط بحيث تقل في كل عام نسبة ما يؤدي من الفائدة (مع ثبات سعرها) وتزيد نسبة ما يؤدي من رأس المال حتى يحل

القسط الأخير فتكون الفائدة فيه على الجزء المتبقى من رأس المال مع سداد هذا الجزء نفسه⁽¹⁾.

280- سعر الفائدة :

إذا اتفق الطرفان على أن يكون القرض بفائدة، واتفقا على سعر الفائدة، فإن هذا السعر هو الذى يسرى، غير أنه يجب ألا يجاوز الحد الأقصى المسموح به قانونا وهو 7% عملا بالمادة 227 مدنى.

أما إذا اتفق الطرفان على استحقاق الفائدة دون تحديد سعرها، فإن المقترض يلتزم بالسعر القانونى للفائدة وهو 4% فى القروض المدنية و 5% فى القروض التجارية (م 226 مدنى) والسبب فى أن سعر الفائدة فى المسائل التجارية أكبر منه فى المسائل المدنية هو أن الأموال التى تستغل فى التجارة تربح أكثر من غيرها، كما أنها أكثر عرضة للضياع.

ويكون القرض تجاريا إذا كان معدا لاستغلال تجارى وعلى العكس يكون مدنيا إذا كان معدا لاستعمال غير تجارى⁽²⁾.

وقد نصت المادة 50 من قانون التجارة الجديد رقم 17 لسنة 1999 (المعدل) على أن:

" تعتبر تجارية القروض التى يعقدها التاجر لشئون تتعلق بأعماله التجارية". وهذا النص تطبيق لنظرية الأعمال التجارية بالتبعية التى وضع القانون أسسها فى المادة الثامنة منه⁽³⁾.

وتكون عمليات البنوك تجارية أيا كانت طبيعة البنك أى سواء كان من بنوك القطاع العام أو البنوك الاستثمارية. وتكون هذه العمليات تجارية بصرف النظر عن طبيعة العمليات التى يتم التعامل عليها، سواء كانت هذه العمليات مدنية أو تجارية، وسواء كان المتعامل معها تاجرا أو غير تاجر، كما لو منح البنك قرضا لعملية مدنية كإنشاء مزرعة

(1) الدكتور محيى الدين علم الدين العقود المدنية الصغيرة الطبعة الثانية ص 94 وما بعدها.

(2) محمود جمال الدين زكى ص 219.

(3) المذكرة الإيضاحية لقانون التجارة الجديد - راجع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء فى شرح قانون

التجارة الجديد المجلد الثانى 2003/2002 ص 19.

دواجن أو إقامة منزل.

فقد نصت المادة 300 من قانون التجارة الجديد على أن : "مع مراعاة ما تقرره الفقرة الثالثة من المادة (361) من هذا القانون، تسرى أحكام هذا الباب على العمليات التي تعقدها البنوك مع عملائها تجارا كانوا أو غير تجار وأيما كانت طبيعة هذه العمليات"⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض – في ظل قانون التجارة الملقى – بأن :

"القروض التي تعقدها المصارف تعتبر بالنسبة للمصرف المقرض عملا تجاريا بطبيعته وفقا لنص المادة الثانية من قانون التجارة. أما بالنسبة للمقرض وإن اختلف الرأي في تكييفها إذا لم يكن المقرض تاجرا أو إذا كان القرض مخصصا لأغراض غير تجارية، إلا أن محكمة النقض ترى اعتبار القروض التي تعقدها البنوك في نطاق نشاطها المعتاد عملا تجاريا مهما كانت صفة المقرض وأيما كان الغرض الذي خصص له القرض. ذلك أن البنك المقرض يتحمل عادة في سبيل الحصول على الأموال التي يلبي بها حاجات المقرضين أعباء أكثر فداحة من المقرض العادي إذ هو يحصل على هذه الأموال من المصارف الأخرى التي تتقاضى منه فوائد على متجمد الفوائد غير مقيدة بالخطر الوارد في المادة 232 مدنى – على أساس أن المعاملة بين المصرفين وهى معاملة تجارية تدخل في نطاق الاستثناء الوارد بتلك المادة، وليس من المعقول أن يحرم المصرف من هذه المزايا عندما يقرض الغير، هذا علاوة على ما يتعرض له المصرف من مخاطر في القروض الطويلة الأجل ومن حرمانه من أموال كان يمكنه استثمارها في وجوه أخرى غير القرض الذى يدر عليه أرباحا أكثر – ومما يؤيد هذا النظر أن الشارع المصرى قد أصدر فى ظل القانون المدنى الجديد القانون رقم 110 سنة 1956 بإنشاء بنك الائتمان العقارى وأجاز لهذا البنك منح قروض طويلة الأجل لغير التجار ولغير أغراض تجارية – وهذه القروض تفترض بسبب طول أجلها تجاوز الفوائد لرأس المال – مما يفيد أن المشرع قد خرج بهذه القروض عن نطاق الخطر المنصوص عليه فى صدر المادة 232 من القانون المدنى وهو ما لا يمكن تفسيره إلا بأنه قد اعتبر تلك القروض تجارية وتبعاً لذلك تخضع للقواعد والعادات التجارية التى تبيح تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ومجاوزه مجموع الفوائد لرأس المال".

(1) راجع مؤلفنا المشار إليه المجلد الأول ص 128.

(طعن رقم 115 لسنة 28 ق جلسة 1963/6/27)

(ذات المبدأ طعن رقم 255 لسنة 27 ق ذات الجلسة)

2- "القروض التي تعقدها المصارف تعتبر بالنسبة للمصرف المقرض عملا تجاريا بطبيعته وفقا لنص المادة الثانية من قانون التجارة وهي كذلك بالنسبة للمقرض مهما كانت صفته والقرض الذى خصص له القرض..... إلخ".

(طعن رقم 279 لسنة 33 ق جلسة 1968/3/5)

3- "إذا كانت القروض التي تعقدها المصارف تعتبر بالنسبة للمصرف المقرض عملا تجاريا بطبيعته وفقا لنص المادة الثانية من قانون التجارة كما أن هذه القروض - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- تعتبر أيضا عملا تجاريا بالنسبة للمقرض مهما كانت صفته أو الغرض الذى خصص له القرض، فإن هذه القروض تخرج عن نطاق الحظر المنصوص عليه فى المادة 232 من القانون المدنى ويحق بشأنها تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ومجاورة الفوائد لرأس المال".

(طعن رقم 1623 لسنة 46 ق جلسة 1983/3/31)

ولا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير أن يثبت الدائن أن ضررا لحقه من هذا التأخير، فالمشرع افترض الضرر افتراضا غير قابل لإثبات العكس.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"تنص المادة 228 من القانون المدنى على أنه "لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير قانونية كانت أو اتفاقية أن يثبت الدائن أن ضررا لحقه من هذا التأخير". ومفاد ذلك أن القانون افترض الضرر افتراضا غير قابل لإثبات العكس".

(طعن رقم 475 لسنة 29 ق جلسة 1964/6/11)

281- أثر تجاوز سعر الفائدة :

وضع الشارع حدا أقصى للفائدة حماية للطرف الضعيف فى العقد (المقرض) من الاستغلال، ومن ثم فإن هذا الحكم يكون متعلقا بالنظام العام. ويبطل الاتفاق على تقاضى فائدة تزيد على هذا الحد بطلانا معلقا ويحق للمقرض استرداد الزائد على الحد المذكور.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"ويلتزم المقرض بدفع الفوائد، والأصل أن يكون القرض بغير فائدة، إلا إذا حصل

عليها اتفاق، فيلتزم المقرض بدفعها في مواعيد استحقاقها. ولا يجوز أن تزيد الفائدة المتفق عليها على السعر الذي حدده القانون للفائدة الاتفاقية (7% م 305 من المشروع). فإذا زادت أنقصت إلى هذا السعر، وما دفعه المقرض زيادة يسترده، سواء دفع عن علم أو عن غلط⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إن الشارع قد حرم زيادة فائدة الديون على حد أقصى معلوم ونص على تخفيضها إليه وحرّم على الدائن قبض الزيادة وألزمه برد ما قبضه منها. ولما كان هذا التحريم مطلقاً لا استثناء فيه، وهو من النظام العام، فإنه يكون وارداً على الزيادة في الديون جميعاً بلا تفرقة بينها، سواء منها الديون ذات الفائدة المحققة والديون ذات الفائدة المحتملة. وإذا كان الاتفاق على مثل هذه الفوائد باطلاً بطلاناً مطلقاً لا تلحقه الإجازة بحال، وكان لمن دفع تلك الفوائد حق استرداد الزائد منها على الحد القانوني، فإن تعرض المحكمة لنية المتعاقدين وقولها إن المدين لم يكن ينوي استرداد المدفوع منه زائداً على الفائدة القانونية يكون من الخطأ، لأن هذه النية، لو صح وجودها، لا يمكن أن يكون لها تأثير في الاسترداد المقرر بحكم القانون".

(طعان رقما 91، 96 لسنة 14 ق جلسة 1945/5/17)

2- "حرم الشارع بنص المادة 227 من القانون المدني زيادة فائدة الديون على حد أقصى معلوم مقداره 7% ونص على تخفيضها إليه وحرّم على الدائن قبض الزيادة وألزمه برد ما قبضه منها - مما مؤداه أن كل اتفاق على فائدة تزيد على هذا الحد يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً لا تلحقه الإجازة وذلك لاعتبارات النظام العام التي تستوجب حماية الطرف الضعيف في العقد من الاستغلال".

(طعن رقم 1607 لسنة 48 ق جلسة 1983/6/27)

وقد رصد قانون العقوبات جزاء جنائياً على كل من انتهز فرصة ضعف أو هوى نفس شخص وأقرضه نقوداً بأي طريقة كانت بفائدة تزيد على الحد الأقصى المقرر للفوائد الممكن الاتفاق عليها قانوناً هو الغرامة التي لا تزيد على مائتي جنيه (م 1/339 عقوبات).

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 419 وما بعدها.

فإذا ارتكب المقرض جريمة مماثلة للجريمة الأولى في خمس السنوات التالية للحكم الأول تكون العقوبة الحبس لمدة لا تتجاوز سنتين وغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين (م2/339 عقوبات).

كما يعاقب بالعقوبة الأخيرة كل من اعتاد على إقراض نقود بأى طريقة كانت بفائدة تزيد على الحد الأقصى للفائدة الممكن الاتفاق عليها قانونا.

وقد استقر قضاء محكمة النقض على أن جريمة الاعتياد على الإقراض بالربا الفاحش تتحقق بمجرد حصول قرضين مختلفين بفوائد تزيد على الحد الأقصى الممكن الاتفاق عليه قانونا.

إذ قضت الدائرة الجنائية بأن :

1- "تقع جريمة الاعتياد على الإقراض بالربا الفاحش بمجرد حصول قرضين مختلفين بفوائد تزيد على الحد الأقصى الممكن الاتفاق عليه قانونا ولو لم يتم قبض الفوائد بالفعل متى توافرت الشروط الأخرى".

(طعن رقم 63 لسنة 48 ق جلسة 1931/1/8)

2- "يكفى لتوافر ركن العادة في جريمة الاعتياد على الإقراض بالربا الفاحش وجود قرضين ربويين مختلفين، ولو لشخص واحد، في وقتين مختلفين إلخ".

(طعن رقم 2452 لسنة 6 ق جلسة 1936/12/7)

282- استثناء قروض البنوك من الحد الأقصى للفائدة :

أجاز الشارع في المادة السابعة فقرة (د) من القانون رقم 120 لسنة 1975 بشأن البنك المركزى المصرى والجهاز المصرفى لمجلس إدارة ذلك البنك "تحديد أسعار الخصم وأسعار الفائدة الدائنة والمدينة على العمليات المصرفية حسب طبيعة هذه العمليات وأجالها ومقدار الحاجة إليها وفقا لسياسة النقد والائتمان دون التقيد بالحدود المنصوص عليها فى أى تشريع آخر".

ومفاد ذلك أن الشارع استثنى العمليات المصرفية ومن بينها القروض من الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية المنصوص عليه في المادة 227 من القانون المدنى.

وقد أوضحت ذلك محكمة النقض فى عدة أحكام لها إذ قضت بأن :

1- (أ) - "حرم الشارع بنص المادة 227 من القانون المدنى زيادة فائدة الديون على

حد أقصى معلوم 7% ونص على تخفيضها إليه وحرم على الدائن قبض الزيادة وإلزامه برد ما قبضه منها - مما مؤداه أن كل اتفاق على فائدة تزيد على هذا الحد يكون باطلا بطلانا مطلقا لا تلحقه الإجازة وذلك لاعتبارات النظام العام التى تستوجب حماية الطرف الضعيف فى العقد من الاستغلال .

(ب) - "أجاز الشارع فى المادة السابعة فقرة (د) من القانون رقم 120 سنة 1975 بشأن البنك المركزى المصرى والجهاز المصرفى لمجلس إدارة ذلك البنك "تحديد أسعار الخصم وأسعار الفائدة الدائنة والمدينة على العمليات المصرفية حسب طبيعة هذه العمليات وأجلها ومقدار الحاجة إليها وفقا لسياسة النقد والائتمان دون التقيد بالحدود المنصوص عليها فى أى تشريع آخر" وهو ما يدل على اتجاه قصد الشارع إلى استثناء العمليات المصرفية من قيد الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية المنصوص عليه فى المادة 227 من القانون المدنى، ولكنه لم يشأ مسايرة بعض التشريعات الأجنبية فيما ذهبت إليه من إلغاء هذا القيد كلية، فرخص لمجلس إدارة البنك المركزى فى تحديد أسعار الفوائد التى يجوز للبنوك أن تتعاقد فى حدودها بالنسبة لكل نوع من هذه العمليات وذلك وفقا لضوابط تتسم بالمرونة وتتمشى مع سياسة النقد والائتمان التى تقرها الدولة فى مواجهة ما يجد من الظروف الاقتصادية المتغيرة ."

(ج) - "إنه وإن كان الترخيص المشار إليه قد صدر لمجلس إدارة البنك المركزى فى إطار المادتين الأولى والسابعة من القانون رقم 120 لسنة 1975 اللتين تمنحان للبنك المركزى سلطة تنظيم السياسة النقدية والائتمانية والمصرفية والإشراف على تنفيذها وفقا للخطة العامة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية طبقا للسياسة العامة للدولة إلا أن ذلك لا يعنى أن القرارات التى يصدرها مجلس إدارة البنك المركزى استنادا إلى الفقرة (د) من المادة السابعة المشار إليها، وتتضمن رفعا لسعر الفائدة الذى يجوز للبنوك التعاقد عليها فى عملياتها المصرفية تعتبر من قبيل القواعد المتعلقة بالنظام العام التى تسرى بأثر مباشر على ما يستحق فى ظلها من فوائد العقود السابقة على العمل بها، ذلك أن الأصل فى استحقاق الفوائد الاتفاقية هو اتفاق الدائن مع المدين، فإذا اتفق الطرفان على سعر معين فلا يجوز للدائن أن يستقل برفعه، ويبين من النص المشار إليه أن الشارع التزم هذا الأصل، إذ تدل صياغته على أن الشارع قصد سريان الأسعار الجديدة على العقود التى تبرمها البنوك بعد العمل بهذه الأسعار، مما مؤداه أن تظل العقود السابقة محكومة بالأسعار المتفق عليها فيها وخاضعة للقوانين التى نشأت فى ظلها وهو ما

التزمت به القرارات الصادرة من مجلس إدارة البنك المركزي في هذا الشأن حيث نصت القاعدة الثامنة من القواعد العامة التي تصدرت كتاب البنك المركزي الصادر في أول يوليو سنة 1979 بأسعار الخدمات المصرفية الموحدة على أن "تسرى هذه الأسعار على العقود والعمليات التي أبرمت في ظلها، أما بالنسبة للعمليات القائمة التي أبرمت قبل صدورها فإن العبرة بما تم عليه التعاقد أي أن العقود تظل محكومة بالأسعار التي كانت سارية وقت التعاقد" كما تضمنت قرارات البنك المركزي الأخرى التي صدرت استناداً إلى الفقرة (د) المشار إليها بندا يقضى بسريان الأسعار الواردة بها على العقود الجديدة والعقود المجددة والعقود القائمة في حالة سماحها بذلك وهو ما يؤكد أن قصد الشارع لم ينصرف إلى سريان الأسعار المرتفعة الجديدة تلقائياً على ما يستحق في ظلها من فوائد العقود السابقة على العمل بها، لما كان ذلك وكانت العلاقة بين البنوك وعمالها تخضع بحسب الأصل لمبدأ سلطان الإرادة، فإن قرارات البنك المركزي المشار إليها لا تعتبر على إطلاقها من قبيل القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام ولا يترتب البطلان على مخالفتها فيما تعقده البنوك مع عملائها من عقود مصرفية إلا إذا جاوز سعر الفائدة المتفق عليه بها الحد الأقصى الذي تحدده تلك القرارات إذ يجري عليها في هذه الحالة ذات الحكم المقرر بالنسبة لتجاوز الحد الأقصى للفوائد المنصوص عليه في المادة 227 من القانون المدني، اعتباراً بأن الحد الأقصى المقرر للفائدة التي يجوز الاتفاق عليها قانوناً هو - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - مما يتصل بقواعد النظام العام .

(د) - "مؤدى ما تقدم أن العقود السابقة على العمل بالقانون رقم 120 لسنة 1975 تبقى بعد نفاذه محكومة بما تضمنته نصوصها وخاضعة للقانون الذى نشأت فى ظله ما لم يتفق أطرافها على تعديل سعر الفائدة طبقاً للقرارات الجديدة، ولا يغير من ذلك أن يكون متفقاً بهذه العقود على تحويل البنك الدائن رخصة رفع السعر المتفق عليه فيها دون حاجة لموافقة مجددة من المدينين، لأن هذا الاتفاق يكون قد انعقد مقيداً بالحد الأقصى للفائدة الذى كان معمولاً به وقت العقد، فلا يستطيع البنك الدائن أن يرفع بإرادته المنفردة سعر الفائدة فى ظل القرارات الجديدة إلى ما يجاوز هذا الحد".

(طعن رقم 1607 لسنة 48 ق جلسة 1983/6/27)

2- (أ) - "المقرر - فى قضاء محكمة النقض - أن أسعار الخصم وأسعار الفائدة الدائنة والمدينة التى يحددها مجلس إدارة البنك المركزى على العمليات المصرفية عملاً بالمادة السابعة فقرة (د) من القانون رقم 120 لسنة 1975 بشأن البنك المركزى والجهاز

المصرفى تسرى على العقود والعمليات التى تبرم أو تجدد فى ظل سريان هذا القانون وكذا العقود والعمليات السابقة فى حالة سماحها بذلك".

(ب) - "المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن العلاقة بين البنوك وعملائها تخضع بحسب الأصل لمبدأ سلطان الإرادة بما مؤداه أن النص فى العقود التى تبرم معهم على تخويل البنك الدائن رخصة رفع سعر الفائدة المتفق عليها دون حاجة لموافقة مجددة من المدين وذلك طبقا لما يصدره البنك المركزى من قرارات ثم قيام البنك المقرض بتعاطى هذه الرخصة ليس معناه أن تعديل سعر الفائدة بالزيادة فى هذه الحالة راجعا إلى محض إرادة الدائن وحده بل هو نتيجة لتلاقى كامل إرادة طرفى القرض على تعيين سعر الفائدة بما يحدده البنك المركزى من حد أقصى وفقا لما يجد من عموم متغيرات الظروف الاقتصادية بما يكفل صالح الاقتصاد القومى فى مجموعه بغض النظر عن المصلحة الفردية التى قد تعود على المقترض من استثمار مبلغ القرض وما يحققه له ذلك من عائد ونسبته".

(طعن رقم 3321 لسنة 59 ق جلسة 1996/11/7)

3- "استثناء العمليات المصرفية من قيد الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية. عدم إلغاء هذا الحد كلية. الترخيص لمجلس إدارة البنك المركزى فى تحديد أسعار الفوائد التى يجوز للبنوك التعاقد فى حدودها على العمليات المصرفية ق 120 لسنة 1975. سريان الأسعار على العقود والعمليات التى تبرم أو تجدد فى ظل هذا القانون سريانها على العقود السابقة على صدوره. شرطه".

(طعن رقم 3045 لسنة 58 ق جلسة 1998/10/29)

4- "العلاقة بين البنوك وعملائها. خضوعها لمبدأ سلطان الإرادة. قرارات البنك المركزى. ليست على إطلاقها من القواعد المتعلقة بالنظام العام. مؤداه خضوع عقود البنوك مع عملائها لهذه القواعد فى حالة تجاوز سعر الفائدة للحد الأقصى لهذه القرارات".

(طعن رقم 879 لسنة 68 ق جلسة 2000/6/6)

وقد علق اتحاد الصناعات المصرية على هذا النص بأن: "فرض السعر الذى يتعامل به البنك المركزى لم يعد قيда على البنوك بل تم تحريرها منه وأعطيت للبنوك

حرية تحديد العائد. وحتى لو كان سعر البنك المركزي ملزماً فلماذا جاء بالنص "ما لم يتفق على مقابل أقل" بينما قد يتفق على مقابل أكبر وهذا جائز أيضاً.

283- عدم جواز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد :

تنص المادة 232 مدنى على أنه : "لا يجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد، ولا يجوز فى أية حال أن يكون مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال وذلك كله دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية".

فهذا النص يحظر مسألتين :

الأولى: تقاضى فوائد على متجمد الفوائد. وهو ما يطلق عليه الفوائد المركبة. وهى تعنى ضم الفوائد المتجمدة إلى رأس المال واحتساب الفوائد على رأس المال الجديد. وهى كبيرة الخطر على المدين فبمقتضاها يزيد قدر الدين زيادة سريعة، فيتضاعف الدين مثلاً فى نحو أربع عشرة سنة باحتساب الفائدة المركبة على أساس 5% سنوياً فضلاً عن أنها تغرى المدين على الاستدانة إذ لا يجد نفسه مضطراً لدفع الفوائد من وقت لآخر⁽¹⁾.

والثانية: أن يكون مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال. ذلك أنه وجد من المصلحة أن يحال بين الدائن واستغلال المدين باقتضاء فوائد تجاوز مقدار الدين نفسه، وبحسب الدائن أن يكون قد اقتضى فوائد تعادل رأسماله⁽²⁾.

غير أن المادة استثنت من حكمها ما تقضى به القواعد والعادات التجارية⁽³⁾. وقد جرى العرف التجارى على احتساب الفوائد المركبة على مدفوعات الحساب الجارى وقد أكدت ذلك الفقرة الثانية من المادة 366 من قانون التجارة الجديد بقولها: "لا يجوز حساب عائد على العوائد إلا إذا كان الحساب جارياً بين بنك وشخص آخر" ومفاد هذا النص أنه إذا كان الحساب جارياً بين تاجرين مثلاً فلا يجوز حساب عائد على العوائد.

وسواء كان العائد لصالح البنك أو لصالح العميل أو كليهما، وشرط ذلك أن يقطع

(1) محمود جمال الدين زكى ص 222.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج2 ص 597.

(3) راجع فى المقصود بالقواعد والعادات التجارية مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء فى قانون التجارة الجديد المجلد الأول وما بعده بنود (12 وما بعده).

الحساب على فترات يحددها الاتفاق أو العرف، كل سنة أو كل ستة أشهر أو كل شهر، فيستخرج الرصيد المؤقت ويرحل إلى الحساب الذى يستأنف سيره من جديد. ويجوز أن يكون مجموع العوائد التى يتقاضاها البنك أكثر من رأس المال⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "لم يكن القانون المدنى القديم يحول دون تقاضى الفوائد إذا تجاوز مجموعها رأس المال ولا تقاضى فوائد على متجمد الفوائد مادامت مستحقة لمدة سنة أو تزيد. إلا أن نص المادة 232 من القانون المدنى استحدث حكما جديدا مؤداه أن المشرع قد حظر أمرين أولهما منع تقاضى فوائد على متجمد الفوائد وثانيهما منع تجاوز الفوائد لرأس المال. وقد أخرج من هذا الحظر ما تقضى به القواعد والعادات التجارية، وهذه القواعد لا تسود إلا فى نطاق المعاملات التجارية".

(طعن رقم 115 لسنة 28 ق جلسة 1963/6/27)

2- "مفاد المادتين 232، 233 من القانون المدنى أن المشرع قد حرم الفوائد المركبة واستثنى من ذلك ما تقضى به القواعد والعادات التجارية، كما أقر ما جرى عليه العرف بتجميد الفوائد فى الحساب الجارى".

(طعن رقم 358 لسنة 29 ق جلسة 1964/4/2)

3- "مفاد المادتين 232، 233 من القانون المدنى أن المشرع قد حرم الفوائد المركبة واستثنى من ذلك ما تقضى به القواعد والعادات التجارية، كما أقر ما جرى عليه العرف التجارى من تجميد الفوائد فى الحساب الجارى وترك أمر تحديدها لما يقضى به العرف".

(طعن رقم 32 لسنة 30 ق جلسة 1964/12/3)

4- "لما كانت المادة 232 من القانون المدنى تنص على "لا يجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ولا يجوز فى أية حال أن يكون مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال وذلك كله دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية" كما تنص المادة 233 على أن الفوائد التجارية التى تسرى على الحساب الجارى يختلف سعرها القانونى باختلاف الجهات ويتبع فى طريقة حساب الفوائد المركبة فى الحساب الجارى ما يقضى به العرف التجارى مما مفاده أن القانون وإن حظر تقاضى فوائد على متجمد الفوائد كما

(1) راجع مؤلفنا المشار إليه المجلد الثانى بند (833).

منع تجاوز الفوائد لرأس المال إلا أنه أخرج من هذا الحظر - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - ما تقضى به القواعد والعادات التجارية. كما أقر ما جرى عليه العرف التجارى بتجميد الفوائد فى الحساب الجارى".

(طعن رقم 149 لسنة 33 ق جلسة 1968/3/5)

5- "لما كان الحساب الجارى بما له من طابع شخصى يقفل بوفاة العميل وتزول عنه صفته مما لا يجوز معه طبقا للمادة 232 من القانون المدنى تقاضى فوائد مركبة عن رصيده إلا إذا ثبت وجود عادة تقضى بذلك وهو ما لم يثره الطاعن أمام محكمة الموضوع، كما تسرى على الرصيد بعدما أصبح ديناً عادياً محدد المقدار وحال الأداء الفوائد القانونية لا الفوائد الاتفاقية التى خلا العقد من الاتفاق على سريانها بعد قفل الحساب الجارى، وهو ما استخلصته المحكمة من واقع الاتفاق فى حدود سلطتها الموضوعية، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر فإن النعى عليه يكون فى غير محله".

(طعنان رقما 371، 401 لسنة 38 ق جلسة 1974/5/13)

6- "مفاد نص المادتين 232، 233 من القانون المدنى أن المشرع قد حرم تقاضى الفوائد المركبة واستثنى من ذلك ما تقضى به القواعد والعادات التجارية، كما أقر ما جرى عليه العرف من تجميد الفوائد داخل الحساب الجارى".

(طعن رقم 372 لسنة 42 ق جلسة 1976/3/29)

7- "النص فى المادة 232 من التقنين المدنى على أنه "لا يجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد. .. وذلك دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية" والنص فى المادة 233 منه على أن "الفوائد التجارية التى تسرى على الحساب الجارى يختلف سعرها القانونى باختلاف الجهات ويتبع فى طريقة حساب الفوائد المركبة فى الحساب الجارى ما يقضى به العرف التجارى ". ومفاد هذين النصين أن الشارع قد حرم الفوائد المركبة واستثنى من ذلك ما تقضى به القواعد والعادات التجارية".

(طعن رقم 739 لسنة 48 ق جلسة 1981/3/30)

وقد قضت محكمة النقض بأن عقد البيع الذى يبرمه البنك مع الغير هو عقد مدنى بطبيعته ومن ثم يسرى عليه الحظر سالف الذكر.

إذ ذهبت إلى أن :

"متى كان عقد البيع الذى أبرمه البنك مع المطعون عليه هو عقد مدنى بطبيعته،

فإن باقى ثمن الأَطِيان المبيعة المستحق للبنك يسرى عليه الحظر المنصوص عليه فى المادة 232 من القانون المدنى ولا يخضع للقواعد والعادات التجارية التى تبيح تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ومجاوزة الفوائد لرأس المال وذلك ابتداء من تاريخ العمل بالقانون المدنى فى 15/10/1949 ولا محل للتحدى بأن القروض طويلة الأجل التى تعقدها البنوك يسرى عليها الاستثناء سالف الذكر ولو تمت لصالح شخص غير تاجر، ذلك أن هذه القروض إنما تخرج عن نطاق الحظر المذكور - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لأنها تعتبر عملاً تجارياً مهما كانت صفة المقرض وأياً كان الغرض الذى خصص له القرض وهو الأمر الذى لا يتوافر فى الدين موضوع النزاع على ما سلف البيان".

(طعن رقم 357 لسنة 38 ق جلسة 18/2/1975)

284- استحقاق الفوائد التأخيرية ولو لم يتفق على فائدة للقرض :

إذا حل ميعاد رد القرض ولم يقر المقرض برده فى الميعاد، فإنه تستحق عليه فوائد تأخيرية طبقاً للقواعد العامة بواقع 4% فى القروض المدنية و 5% فى القروض التجارية، ما لم يكن متفقاً بين الطرفين على فائدة أخرى بحيث لا تتجاوز الحد الأقصى للفائدة، عدا ما استثنى. وتستحق فوائد التأخير ولو كان القرض أصلاً على سبيل التبرع.

وتحسب هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية وسواء حدث ضرر للدائن أو لم يحدث. عملاً بالمادة 226 مدنى التى تجرى على أن : "إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين فى الوفاء به، كان ملزماً بأن يدفع الدائن على سبيل التعويض عن التأخر فوائد قدرها أربعة فى المائة فى المسائل المدنية وخمسة فى المائة فى المسائل التجارية. وتسرى هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها، إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجارى تاريخاً آخر لسريانها، وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره".

وإعمالاً للاستثناء المنصوص عليه بالمادة وبما جرى عليه العرف التجارى والعادات التجارية، نصت المادة 64 من قانون التجارة الجديد رقم 17 لسنة 1999 (المعدل) على أن : "يستحق العائد عن التأخير فى الوفاء بالديون التجارية بمجرد استحقاقها ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك... إلخ".

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "الأصل طبقا للمادة 226 من القانون المدني هو سريان الفوائد القانونية من تاريخ المطالبة القضائية بها ما لم يحدد الاتفاق أو العرف التجارى تاريخا آخر لسريانها أو ينص القانون على غير ذلك".

(طعن رقم 1400 لسنة 56 ق جلسة 1993/1/20)

2- "الأصل طبقا للمادة 226 من التقنين المدني - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- هو سريان الفوائد القانونية من تاريخ المطالبة القضائية بهامالم يحدد الاتفاق أو العرف التجارى تاريخا آخر لسريانها أو ينص القانون على غير ذلك".

(طعن رقم 3263 لسنة 60 ق جلسة 1995/4/23)

285- استحقاق تعويض تكميلي طبقا للقواعد العامة :

تقضى القواعد العامة المنصوص عليها فى المادة 231 من التقنين المدني بأنه يجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلي عن تأخير الوفاء بالدين إذا أثبت أن الضرر الذى يجاوز الفوائد تسبب فيه المدين بسوء نية.

إذ تجرى هذه المادة على أن :

"يجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلي يضاف إلى الفوائد، إذا أثبت أن الضرر الذى يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بسوء النية".

ومن ثم فإنه يشترط لاستحقاق التعويض التكميلي توافر شرطين:

الشرط الأول :

إحداث ضرر استثنائي بالدائن، لا يكون هو الضرر المألوف الذى ينجم عادة عن مجرد التأخر فى وفاء المدين بالتزامه : مثل ذلك أن يكون المدين عالما بأن الدائن ارتبط بالتزام يعتمد فى الوفاء به على استيفائه لحقه من المدين فإن لم يستوف هذا الحق كان معرضا لإجراءات شديدة من دائنيه قد تصل إلى حد شهر الإفلاس، أو يكون المدين عالما بأن أمام الدائن صفقة رابحة اعتمد فى إبرامها على استيفاء حقه ففانته الصفقة بسبب تأخر المدين فى الوفاء بالتزامه. ففي الحالة الأولى أصاب الدائن خسارة فادحة، وفى الحالة الثانية فاته ربح كبير⁽¹⁾.

(1) الدكتور عبد الرزاق السنهورى الوسيط فى شرح القانون المدني الجزء الثانى المجلد الثانى طبعة نادى القضاة 1982 ص 1214 وما بعدها.

الشرط الثاني :

سوء نية المدين : فلا يكفي حدوث الضرر الاستثنائي على النحو المتقدم الذكر ، بل يجب أن يكون المدين سيئ النية في عدم الوفاء بالتزامه. ومجرد علمه بالضرر الاستثنائي لا يكفي لثبوت سوء نيته، بل يجب أيضا أن يكون قد تعمد عدم الوفاء بالتزامه وهو عالم بما يحدث ذلك لدائنه من الضرر⁽¹⁾.

والدائن هو الذى يقع على عاتقه عبء إثبات توافر الشرطين سالفى الذكر، فإذا أفلح فى الإثبات ثبت له الحق فى التعويض التكميلى. وهذا التعويض يجرى فى شأنه قواعد التقدير القضائى للتعويض ويقاس بمقدار ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من ربح.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "تأخير المدين فى الوفاء بالدين لا يستوجب أكثر من إلزامه بالفائدة القانونية ما لم يثبت أن هذا التأخير كان بسوء نية المدين وترتب عليه إلحاق ضرر استثنائي بالدائن وذلك وفقا للمادة 231 من القانون المدنى التى جاءت تطبيقا للقواعد العامة وتقنيها لما جرى عليه القضاء فى ظل القانون الملغى. وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه ألزم الطاعنة بالدين على أساس سعر الدولار يوم الاستحقاق وبالفارق بين السعر يوم صدور الحكم الابتدائي علاوة على فوائد التأخير بمثابة تعويض عن التأخير فى الوفاء دون أن يستظهر سوء نية الطاعن فإنه يكون مشوبا بالقصور".

(طعن رقم 105 لسنة 26 ق جلسة 1961/6/22)

2- "مفاد نص المادة 231 من القانون المدنى أنه يشترط للحكم بالتعويض التكميلى بالإضافة إلى الفوائد أن يقيم الدائن الدليل على توفر أمرين أولهما حدوث ضرر استثنائي به لا يكون هو الضرر المألوف الذى ينجم عادة من مجرد التأخير فى وفاء المدين بالتزامه وثانيهما سوء نية المدين بأن يكون قد تعمد عدم الوفاء بالتزامه وهو عالم بما يحدثه ذلك لدائنه من الضرر، وإذ كان الثابت أن الطاعنين لم يقدموا لمحكمة الموضوع الدليل على قيام هذين الأمرين، كما لم يطلبوا سلوك طريق معين لإثبات توافرها فإن الحكم المطعون فيه إذا لم يقض لهم بالتعويض التكميلى يكون صحيحا فى القانون".

(طعان رقما 475، 487 لسنة 39 ق جلسة 1976/12/30)

وكانت المادة 64 من قانون التجارة الجديد - كما وردت بمشروع القانون - تتضمن فقرة ثانية تنص على أنه : "للدائن حق المطالبة بتعويض تكميلي يضاف إلى العائد عن التأخير دون حاجة لإثبات أن الضرر الذى يجاوز هذا العائد قد تسبب فيه المدين بغش أو بسوء نية -" فكانت هذه الفقرة تعفى الدائن من إثبات تسبب المدين فى ذلك الضرر بغش أو بسوء نية إذا كانت تفترضهما فرضا، أى أن هذه الفقرة كانت تتضمن خروجاً على القواعد العامة المنصوص عليها فى المادة (231 مدنى) ولذلك رأى مجلس الشعب حذف الفقرة المذكورة وأصبح النص السارى هو نص المادة 231 مدنى.

286- (1) المدة التى تدفع عنها الفوائد :

تستحق الفوائد عن القرض - إذا كان متفقاً فيه على فائدة - من اليوم الذى يتسلم فيه المقرض القرض إلا إذا كان التأخير فى تسلمه بخطأ من المقرض، تأسيساً على أن الفائدة هى مقابل الانتفاع بمبلغ القرض.

وينتهى استحقاق الفوائد من اليوم الذى ينتهى فيه القرض.

وإذا تأخر المقرض عن رد القرض بعد انتهائه، استحققت قبله فوائد تأخيرية بنسبة 4% فى القروض المدنية، 5% فى القروض التجارية من تاريخ المطالبة القضائية، ما لم يكن المتعاقدان قد اتفقا على سريان الفائدة المتفق عليها فى حالة التأخير فى رد القرض.

287- (2) - زمان دفع الفوائد :

مقتضى القواعد العامة أن تدفع الفوائد فى المواعيد التى يتفق عليها المتعاقدان، سواء كل شهر أو ثلاثة أشهر أو ستة أشهر أو سنة. أو تدفع مرة واحدة عند نهاية القرض. أما إذا خلا الاتفاق من تعيين موعد لأداء الفوائد، فإنها تستحق فى نهاية كل سنة من سنوات القرض.

288- (3) - مكان دفع الفوائد :

تدفع فوائد القرض فى المكان الذى يتفق عليه المتعاقدان. فإذا لم يوجد هذا الاتفاق، تعين الرجوع إلى القواعد العامة، وهذه القواعد توجب دفع الفوائد فى مكان المدين وهو المقرض عملاً بالمادة 347 مدنى التى تقضى بأن: "1- إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات وجب تسليمه فى المكان الذى كان موجوداً فيه وقت نشوء

الالتزام، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك.

2- أما فى الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء فى المكان الذى يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء، أو فى المكان الذى يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقا بهذه الأعمال".

289- (4) - الجزء المترتب على عدم دفع الفوائد :

إذا لم يدفع المقرض الفوائد المستحقة فى تاريخ استحقاقها، جاز للمقرض مطالبتها بأدائها طبقا للقواعد العامة، وله التنفيذ على أمواله إذا حصل على حكم واجب النفاذ بإلزامه بهذه الفوائد.

ولما كان عقد القرض من العقود الملزمة للجانبين، فإن عدم أداء المقرض للفوائد يشكل إخلالا بأحد التزامات المقرض الناشئة عن عقد القرض وتجزى للمقرض طلب فسخ العقد. ولا يكون للفسخ أثر رجعى، لأن عقد القرض من العقود الزمنية، ومن ثم يقضى بالفسخ من وقت الحكم. ويترتب عليه استرداد المقرض لمبلغ القرض والفوائد المستحقة، وما قد يقضى به من تعويض.

290- (5) - استرداد غير المستحق من الفوائد المدفوعة :

يجوز للمقرض استرداد الفوائد غير المستحقة من المقرض، وهى التى تزيد على الحد الأقصى المقرر قانونا (7%) وذلك عملا بالمادة 1/227 مدنى التى تجرى على أن: "يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد سواء أكان ذلك فى مقابل تأخير الوفاء أم فى أية حالة أخرى تشترط فيها الفوائد. على ألا يزيد هذا السعر على سبعة فى المائة، فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى سبعة فى المائة وتعين رد ما دفع زائدا على هذا القدر".

ويثبت الحق فى الرد حتى لو كان المقرض يعلم بأن القدر الزائد غير مستحق عليه.

ويكون أساس الرد هو رد غير المستحق فيسقط بمضى ثلاث سنوات أو بمضى خمس عشرة سنة وفقا لأحكام المادة 187 مدنى⁽¹⁾.

كما يجوز للمقرض استرداد أى عمولة أو منفعة أيا كان نوعها اشترطها الدائن إذا

زادت هي والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى المتقدم ذكره لأنها تعتبر فائدة مستترة وتكون قابلة للتخفيض، إذا ما ثبت أن هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها ولا منفعة مشروعة (م 2/227 مدني) وللمقترض إثبات دفع فوائد تزيد على المستحق بكافة طرق الإثبات القانونية بما فيها البينة والقرائن لأنها تعد ربا مخالفا للنظام العام، وكذلك إثبات أى منفعة أو عمولة حصل عليها المقترض وإثبات الغش في الحالة التي تبرم فيها عقود أخرى لإخفاء الربا⁽¹⁾.

كما نص قانون العقوبات على جزاء جنائي على جريمة الربا الفاحش. إذ نصت المادة 239 على أن: "كل من انتهر فرصة ضعف أو هوى نفس شخص وأقرضه نقودا بأى طريقة كانت بفائدة تزيد على الحد الأقصى المقرر للفوائد الممكن الاتفاق عليها قانونا يعاقب بغرامة لا تزيد على مائتى جنيه".

فإذا ارتكب المقرض جريمة مماثلة للجريمة الأولى في الخمس السنوات التالية للحكم الأول تكون العقوبة الحبس لمدة لا تتجاوز سنتين وغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه أو إحدى هاتين العقوبتين فقط.

وكل من اعتاد على إقراض نقود بأى طريقة كانت بفائدة تزيد على الحد الأقصى للفائدة الممكن الاتفاق عليها قانونا يعاقب بالعقوبات المقررة بالفقرة السابقة".

291- تحمل مصاريف القرض:

مصاريف القرض تشمل رسوم الدمغة ومصروفات تحرير العقد إذا اتفق على أن يكون رسميا وأتعاب المحامى والسمسرة ومصاريف تسلم القرض ورده وغير ذلك.

ولم يرد نص في عقد القرض يحدد الملزم بهذه المصاريف.

وقد ورد نص في ذلك في عقد البيع إذ نص المادة 462 يقضى بأن هذه المصاريف على المشتري إذ جرت المادة على أن: "نفقات عقد البيع ورسوم "الدمغة" والتسجيل وغير ذلك من مصروفات تكون على المشتري مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك".

كما ورد نص آخر في عقد الرهن، إذ تقضى الفقرة الثانية من المادة 1031 على أن: "ونفقات العقد على الراهن إلا إذا اتفق على غير ذلك".

ومن ثم فإنه قياسا على هاتين المادتين تكون مصاريف القرض على المقرض، مالم

يوجد اتفاق على خلاف ذلك بين المتعاقدين⁽¹⁾ أو يجرى عرف بخلافه، ومما يقضى به العرف أن السمسرة يتحملها الطرفان مناصفة⁽²⁾.



(1) السنهوري ص 577 - محمود جمال الدين زكى ص 198 وما بعدها.
 (2) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية ج 4 ص 158.

مادة (543)

ينتهي القرض بانتهاء الميعاد المتفق عليه.

الشرح**292- انتهاء القرض بانتهاء أجل المتفق عليه :**

تنص المادة 543 على أنه: "ينتهي القرض بانتهاء الميعاد المتفق عليه". وكانت المادة كما وردت بالمشروع التمهيدى تنص على أن: "ينتهي القرض بانقضاء الميعاد المتفق عليه فإذا لم يحدد العقد أجلا للقرض اتبع فى شأنه حكم المادة 395 (المادة : 272 من القانون)" إلا أن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ حذفت العبارة الأخيرة "اكتفاء بالقواعد العامة".

وعلى ذلك إذا كان المتعاقدان، قد اتفقا فى عقد القرض على ميعاد ينتهى فيه القرض، فإن القرض ينتهى بحلول هذا الميعاد. ومن ثم يلتزم المقرض برد الشئ المقرض إلى المقرض وقد يتفقان على أن الرد يكون "وقت الطلب" فيكون للمقرض مطالبة المقرض فى أى وقت شاء بالشئ محل القرض. وإن كان هذا لا يمنع القاضى طبقا للقواعد العامة من أن يمنح المدين أجلا للوفاء⁽¹⁾.

ولا يجوز للمقرض أن يطالب بالرد قبل الوقت المتفق عليه. والأجل لا يحل بانقضائه فقط وإنما يحل أيضا بسقوطه.

والأجل يسقط بما يأتى :

1- إذا شهر إفلاس المقرض أو إعساره.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"ينتهي القرض عادة بانتهاء الأجل المحدد، فإن لم يحدد أجل اتبعت القواعد العامة (م 395 من المشروع)، فينتهى القرض، إذ أعسر المقرض بعد تمام العقد أو كان معسرا قبل ذلك ولكن المقرض لم يعلم بالإعسار إلا بعد أن تم القرض، فإن الإعسار من

مسقطات الأجل (م396 من المشروع) وكان المشروع التمهيدى ينص فى المادة 732 منه على أنه : "يجوز للمقرض ألا يسلم ما أقرضه أو أن يسترده قبل الأجل، إذا أعسر المقرض بعد القرض، أو كان معسرا قبل ذلك ولكن المقرض لم يعلم بالإعسار إلا بعد تمام العقد"، إلا أن هذه المادة حذفت فى لجنة المراجعة للاستغناء عنها بحكم القواعد العامة المقررة فى شأن سقوط الأجل⁽¹⁾.

2- إذا أضعف المقرض بفعله إلى حد كبير ما أعطى المقرض من تأمين خاص، ما لم يؤثر المقرض أن يطالب بتكملة التأمين. فإذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المقرض فيه، فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المقرض للمقرض تأمينا كافيا.

3- إذا لم يقدم المقرض للمقرض ما وعد فى العقد بتقديمه من التأمينات. ولكن يجوز للمقرض إذا كان القرض بغير أجر رد مثل الشئ قبل انقضاء الأجل لأن الأجل هنا يكون مقررا لمصلحته ومن ثم يجوز له التنازل عنه. أما إذا كان القرض بفائدة فإن الأجل يكون مقررا لمصلحة الطرفين، ومن ثم لا يجوز للمقرض رد مثل الشئ المقرض وإنهاء عقد القرض باستثناء الحالة النصوص عليها فى المادة (544)، على النحو الذى سنعرض له فى شرح المادة (544).

293- حالة عدم وجود اتفاق على أجل لانتهاء القرض:

كان التقنين المدنى القديم ينص فى المادة 579/475 منه على أنه: "إذا لم يعين لأداء المستعار ميعاد، أو صار الاتفاق على أن المستعير يؤديه عند إمكانه، فيعين القاضى الوقت الذى يقتضى حصول الأداء فيه".

وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد ينص فى الفقرة الثانية من المادة (726) على أنه : "أما إذا لم يتفق على الزمان، أو كان قد اتفق على أن الرد يكون عند المقدرة أو الميسرة، اتبع فى ذلك حكم المادة 395 الخاص بحلول الأجل. والمادة الأخيرة (والتي أصبحت برقم 272) تنص على أن: "إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 424 الهامش وما بعدها - ويذهب الدكتور السنهورى إلى أنه فى حالة ما إذا كان المقرض معسرا قبل القرض ولم يكن المقرض عالما بهذا الإعسار، اعتبر المقرض واقعا فى غلط جوهرى، وجاز له إبطال القرض واسترداد الشئ المقرض قبل الأجل (ص 594 هامش 2).

بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة، عين القاضى ميعادا مناسباً لحلول الأجل، مراعيًا في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية، ومقتضيا منه عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه".

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى عن الفقرة الثالثة من المادة (672) :

"... أو اتفق على أن الرد يكون عند المقدرة أو الميسرة، وجب الرجوع إلى القواعد العامة في حلول الأجل، وهى تقضى بأن يحدد القاضى ميعادا مناسباً لحلول الأجل، مراعيًا في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية. ومقتضيا منه عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه"⁽¹⁾.

وعند مناقشة المادة بلجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ اقترح البعض حذف الحكم الوارد بالفقرة الثالثة المذكورة حتى يكون الدفع عند طلب القرض، بينما ذهب البعض الآخر إلى أنه لا يكون هناك إذن ثمة فائدة من القرض إذا كان المقرض يطلب السداد بعد أن يقرض المقرض بوقت قصير. وأن نية المتعاقدين عند عدم تحديد أجل هى أن يكون الدفع عند الميسرة، وفى النهاية وافقت الأغلبية على حذف عبارة "إذا لم يحدد العقد أجلا للقرض اتبع فى شأنه حكم المادة 248 " على أن يترك هذا الحكم لتقدير القاضى. فقررت اللجنة حذف هذه العبارة اكتفاء بالقواعد العامة"⁽²⁾.

ويرى الفقه أن القواعد العامة تقضى بتفسير نية المتعاقدين فى هذا الشأن، فإن ظهر من الظروف أنهما أرادا أن يكون الرد عند أول طلب من المقرض، وجب على المقرض أن يرد، بمجرد أن يطالبه المقرض بالرد. وإن ظهر أن المتعاقدين قد أرادا أن يكون الرد عند المقدرة أو الميسرة فإن القاضى هو الذى يحدد هذا الوقت. ويرجح عند الشك فى تبين نية المتعاقدين أن تكون نيتهما قد انصرفت إلى أن يكون الرد عند المقدرة أو الميسرة"⁽³⁾.



(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ق 418 وما بعدها.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 422 وما بعدها.

(3) السنهورى ص 598 وما بعدها - محمود جمال الدين زكى ص 205 وهامش (1).

مادة (544)

إذا اتفق على الفوائد، كان للمدين إذا انقضت ستة أشهر على القرض أن يعلن رغبته في إلغاء العقد ورد ما اقترضه، على أن يتم الرد في أجل لا يجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الإعلان، وفي هذه الحالة يلزم المدين بأداء الفوائد المستحقة عن ستة الأشهر التالية للإعلان، ولا يجوز بوجه من الوجوه إلزامه بأن يؤدي فائدة أو مقابلاً من أى نوع بسبب تعجيل الوفاء، ولا يجوز الاتفاق على إسقاط حق المقرض في الرد أو الحد منه.

الشرح

294- الإنذار ببرد القرض :

تنص المادة 544 مدنى على أنه: "إذا اتفق على الفوائد، كان للمدين إذا انقضت ستة أشهر على القرض أن يعلن رغبته في إلغاء العقد ورد ما اقترضه، على أن يتم الرد في أجل لا يجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الإعلان، وفي هذه الحالة يلزم المدين بأداء الفوائد المستحقة عن ستة الأشهر التالية للإعلان، ولا يجوز بوجه من الوجوه إلزامه بأن يؤدي فائدة أو مقابلاً من أى نوع بسبب تعجيل الوفاء، ولا يجوز الاتفاق على إسقاط حق المقرض في الرد أو الحد منه".

وكان نص المادة كما ورد في المشروع التمهيدي يجرى على أن: "إذا اتفق على سعر للفوائد يزيد على السعر القانوني، كان للمدين إذا انقضت ستة أشهر على القرض، أن يعلن رغبته في رد ما اقترضه، على ألا يتم الرد إلا بعد مضي ستة أشهر من هذا الإعلان. وحق المقرض في الرد لا يجوز الاتفاق على إسقاطه أو الحد منه".

وهذه المادة مستحدثة في القانون المدنى الجديد، وهو يمثل استثناء على حكم القواعد العامة التى تقضى بعدم إنهاء العقد قبل حلول أجله إذا كان الأجل مقررًا لمصلحة الطرفين، فلا شك أن القرض بفائدة مقرر لمصلحة العاقدين معاً.

ويشترط لتطبيق هذا النص توافر الشروط الآتية :

1- أن يكون القرض بفائدة لأجل معين يزيد على سنة أياً كان سعر الفائدة وقد كانت المادة 731 من المشروع التمهيدي تشترط أن يكون سعر الفائدة المتفق عليه في

العقد يزيد على السعر القانوني لها، ثم حذف هذا القيد في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ. ومن ثم أصبح إنهاء القرض جائزا للمقترض متى التزم فيه بدفع فائدة، ولو قلت عن الفائدة القانونية أما إذا كان القرض بغير فائدة، فيجوز له التنازل عن الأجل طبقا للقواعد العامة كما رأينا سلفا- دون حاجة إلى المادة 544، وبغير التقيد بأحكامها. ويجب أن يكون أجل القرض زائدا على سنة⁽¹⁾.

(انظر الشرط الرابع).

2- أن يعلن المقترض رغبته في إلغاء العقد ورد ما اقترضه. ولم يستلزم القانون شكلا خاصا لحصول هذا الإعلان، ولم ينص على بيانات معينة يجب ذكرها فيه. ومن ثم يجوز أن يكون بإنذار على يد محضر أو بخطاب مسجل أو بخطاب عادي أو شفويا⁽²⁾.

غير أن إثبات حصول هذا الإعلان يقع على عاتق المقترض. ولذلك فإن موجبات الحرص تتطلب من المقترض أن يوجه إعلانه كتابة.

3- أن يتم الإعلان بعد انقضاء ستة أشهر على القرض. وقد راعى المشرع في هذا القيد مصلحة المقرض بإبقاء العقد مدة معقولة.

4- أن يرد المقترض مثل الشيء المقترض في مدة لا تجاوز ستة أشهر من تاريخ وصول الإعلان إلى المقرض.

وهذا ما يبرر ما ذكرناه في الشرط الأول من اشتراط أن تكون مدة القرض أكثر من سنة، حتى يتصور إنقاصه إلى سنة، إذ يتطلب النص انقضاء سنة أشهر من وقت القرض وستة أشهر أخرى من وقت الإعلان.

5- أن يدفع المقترض فوائد ستة الأشهر السابقة على الإعلان وستة الأشهر اللاحقة عليه أى يدفع فوائد سنة كاملة.

فإذا توافرت الشروط السالفة انتهى القرض بعد ستة أشهر من تاريخ الإعلان. وقد رأى المشرع في هذه المادة تيسيرا على المدين إذا نزل سعر الفائدة في السوق إذ يستطيع أن يخفف من دين فوائده مرتفعة إلى دين فوائده أقل⁽³⁾. كما أن الحق المقرر

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 426.

(2) محمود جمال الدين زكى ص 206- محيى الدين علم الدين ص 95.

(3) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 425.

بمقتضى النص السالف للأفراد فى حدود القانون الخاص، يوازن الحق الثابت للدولة بمقتضى مبادئ القانون المالى فى تمويل الديون العامة، وبذلك يفيد أشخاص القانون الخاص من انخفاض سعر الفائدة، مثل إفادة أشخاص القانون العام.

وقد حظرت المادة إلزام المقترض بأى وجه من الوجوه بأن يؤدى فائدة أو مقابلا من أى نوع بسبب تعجيل الوفاء⁽¹⁾.

وحكم المادة مما يتعلق بالنظام العام، فلا يجوز الاتفاق بين المتعاقدين على أن ينزل المقترض عن حقه فى تعجيل الرد أو أن يحد من هذا الحق بالاتفاق على ألا يعجل المقترض الرد إلا بعد مدة أطول من سنة.

295- أسباب أخرى لانتهااء القرض:

هناك أسباب أخرى ينقضى بها القرض كما ينقضى بها سائر الالتزامات وهى:

- 1- الوفاء.
- 2- التجديد.
- 3- المقاصة.
- 4- اتحاد الذمة.
- 5- الإبراء.
- 6- استحالة التنفيذ.
- 7- التقادم.

وقد عرضنا لهذه الأسباب فى موضوعها من الموسوعة.



(1) وقد أضيف هذا الحكم إلى المادة حال مناقشتها بلجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ "لأن الحادث فعلا أن البنوك فى حالة أداء القروض قبل حلول أجلها تتقاضى فوائد ستة أشهر وفوائد ستة أشهر أخرى كتعويض"- مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 426.

2- الدخل الدائم

مادة (545)

- (1) يجوز أن يتعهد شخص بأن يؤدي على الدوام إلى شخص آخر وإلى خلفائه من بعده دخلا دوريا يكون مبلغا من النقود أو مقدارا معيناً من أشياء مثلية أخرى، ويكون هذا التعهد بعقد من عقود المعاوضة أو التبرع أو بطريق الوصية.
- (2) فإذا كان ترتيب الدخل بعقد من عقود المعاوضة، اتبع في شأنه من حيث سعر الفائدة القواعد التي تسرى على القرض ذي الفائدة.

الشرح

296- التنظيم التشريعي لعقد الدخل الدائم :

أوضحت المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدني التنظيم التشريعي لعقد الدخل الدائم تحت "نظرة عامة"، فقد جاء بها.

"يجمع التقنين الحالي ما بين عاريتي الاستعمال والاستهلاك والدخل الدائم والدخل المرتب مدى الحياة في باب واحد. والصلة ما بين هذه العقود أقرب إلى أن تكون لفظية، وإلا فإن طبيعة كل عقد تتنافر مع طبيعة العقد الآخر فعارية الاستعمال ترد على المنفعة، أما عارية الاستهلاك فتزد على الملكية.

وإذا كان الدخل الدائم عقدا محددًا، فإن الدخل المرتب مدى الحياة عقد احتمالي. والأولى أن يجمع عارية الاستهلاك والدخل الدائم مكان واحد، فكلاهما قرض، وأن توضع عارية الاستعمال مكانها بين العقود التي ترد على المنفعة، والدخل المرتب مدى الحياة مكانه بين العقود الاحتمالية. وهذا ما فعله المشروع"⁽¹⁾.

297- تعريف الدخل الدائم :

تنص المادة 545 من التقنين المدني على أن : "1- يجوز أن يتعهد شخص بأن يؤدي على الدوام إلى شخص آخر وإلى خلفائه من بعده دخلا دوريا يكون مبلغا من

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 407.

النقود أو مقداراً معيناً من أشياء مثلية أخرى ويكون هذا التعهد بعقد من عقود المعاوضة أو التبرع أو بطريق الوصية.

2- فإذا كان ترتيب الدخّل بعقد من عقود المعاوضة، اتبع في شأنه من حيث سعر الفائدة القواعد التي تسرى على القرض ذي الفائدة".

فالدخّل الدائم نوع من القرض، أو على وجه التحديد عقد قرض لا ينشئ التزاماً بالرد في ذمة المقرض. لأن المقرض يدفع الفائدة دائماً وهي الدخّل إلى الشخص أو خلفائه ومن هنا سمي العقد بالدخّل الدائم.

وهذا العقد يسمى أيضاً عقد ترتيب إيراد وتسمى الفائدة باسم "مرتب".

ومثال ذلك : أن يقرض زيد بكذا ألف جنيه، ويتعهد بكر بدفع فوائد ستين جنيهاً مثلاً، من غير أن يعين وقتاً للوفاء، فبناءً على هذا العقد يصير بكر مالكا للأصل، يتصرف فيه كما يشاء، ولا يلزم برده إلى المقرض فلا يستطيع المستحق للدخّل مطالبة المدين برأس المال، ولكن يجوز له ذلك إذا أراد هو أن يرده، ومادام لم يفعل ذلك يجب عليه دفع المربط⁽¹⁾.

وليس لإلحاق الدخّل الدائم على هذه الصورة، بعقد القرض ذي الفائدة، سوى أسباب تاريخية. ذلك أن ظهوره على مسرح المعاملات، قبل الثورة الفرنسية كان يقصد به التحايل على تحريم الإقراض بفائدة، وسد الحاجة إليه، إذ وجد فيها أصحاب رعوس الأموال وسيلة إقراضها لذوى الحاجة إلى النقود دون الوقوع تحت طائلة القوانين التي تحرم الإقراض بفائدة، وإعفائهم بالتالي من تحمل وزر الربا.

فسلم الفقهاء دون عناء بكونه نوعاً من القرض ذي الفائدة، وإن وصفوه بالبيع فلم يكن ذلك سوى حيلة قانونية قصدوا بها إلى إسباغ المشروعية على تلك الوسيلة وتمكينها مما ترمى إليه. وكان الدخّل الدائم واسع الانتشار بين المتعاملين وقت تحريم القرض ذي الفائدة عند ما حل محل هذا العقد في المعاملات، ولكنه فقد أهميته بعد إباحة الإقراض بفائدة، وتضاءل استعماله بين الأفراد، لأنه يحرم الدائن (المقرض) من الحصول على المبلغ الذي أقرضه، كما يكون معرضاً للخسارة إذا أفلس المقرض.

إلا أن هذا العقد يستعمل بكثرة فيما تصدره الحكومات أو الشركات أو البنوك المركزية من سندات القروض، لأن هذه السندات تسهل الأعمال الكبرى ودفع المرتبات، لأن رأس المال لن يرد إلى المكتتبين إلا بعد فترة طويلة.

وفى هذه الصورة تعتبر المبالغ المكتتب بها قرضا يشتري به السندات وتكون مدتها طويلة جدا قد تزيد على عشر سنوات، وقد تصل إلى خمسين سنة أو أكثر، وتستهلك فى كل عام كمية من السندات برد قيمتها الاسمية إلى أصحابها ويتوقف حصولهم على الفائدة.

وتعطى هذه السندات الحق فى الحصول على فائدة سنوية عادة ما تكون دون السعر الاتفاقي للفوائد وربما دون السعر القانوني لها، وتعوض عن ذلك بجوائز يانصيب للسندات الفائزة (1).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"ويؤدى الدخل للمستحق ولخلفائه من بعده على الدوام. لذلك كانت الحكومات والمصارف هى أصلح الهيئات لترتيب الدخل الدائم. ويراعى فى شأن دوام هذا العقد خصيصتان:

- (1) أن المستحق للدخل لا يستطيع أن يطالب المدين برأس المال مادام يستوفى الدخل فى ميعاده.
- (2) أن المدين يستطيع، على عكس ما تقدم، أن يرد رأس المال فيتخلص من أداء الدخل".

298- مصدر الدخل الدائم :

يمكن أن يتم الدخل باتفاق أو بإرادة منفردة، أو أن يكون تصرفا بين الأحياء أو بعد الوفاة. فينتج من اتفاق إذا كان بعقد قرض أو بيع أو هبة. ويكون بإرادة منفردة كالوصية وهى تصرف يضاف إلى ما بعد الموت. ويكون الدخل الدائم لمدة غير معينة أو لمدة معينة، وقد يكون مدى حياة مستحق الدخل أو له أثناء حياته ثم لورثته وورثة ورثته وإن نزلوا، من بعده، ومن أهم المبادئ التى يقوم عليها الدخل الدائم قابليته للاستبدال أى قابليته لتحويله إلى رأس مال يؤدى مرة وينقضى دوامه بذلك (2).

(1) محيى الدين علم الدين ص 98.

(2) محيى الدين علم الدين ص 98 وما بعدها.

299- صور الدخل الدائم :

1- عقد القرض :

الصورة الغالبة للدخل الدائم هو عقد القرض بفائدة، حيث يقدم المقرض مبلغا مجمدا ويحصل على دخل يعتبر فائدة دورية يحصل عليها طوال حياته وحياة أولاده وأحفاده ومن يليهم.

ويجب أن يراعى فى تحديد سعر الفائدة القيود المفروضة على الفائدة، فيجب ألا تزيد الفائدة على 7%. لأن الدخل هو فائدة لرأس المال الذى تم إقراضه، وسنعرض لذلك تفصيلا فيما بعد.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي:

"يحدد هذا النص كيف يرتب الدخل الدائم، فقد يكون بعقد أو وصية. مثل العقد أن يقرض شخص حكومة أو مصرفا مبلغا من النقود (فى صورة شراء سند) على أن ترتب له دخلا دائما، ولا يجوز أن يكون هذا الدخل أعلى من السعر الاتفاقى للفائدة، لأن الدخل إنما هو فائدة لرأس المال الذى تم إقراضه. ويجوز أن يرتب الدخل على سبيل التبرع بهبة أو وصية"⁽¹⁾.

2- عقد البيع :

وذلك بأن يبيع شخص عقارا أو منقولاً ويحدد فى العقد ثمنه، ولكن لا يدفع الثمن وإنما يحوله إلى دخل دائم، أولا يحدد الثمن أصلا ويلتزم المشتري بأداء الدخل الدائم.

3- عقد الهبة :

فيهب شخص لآخر مبلغا من النقود أو أشياء مثلية أخرى كالغلال أو المأكولات فى مواعيد دورية ولا يؤدى الموهوب له شيئا.

4- الوصية :

يتم الدخل الدائم بطريق الوصية بأن يوصى شخص لآخر بالدخل بعد وفاته أى بعد وفاة الموصى.

300- شكل عقد الدخل الدائم :

عقد الدخل الدائم كما يكون صريحا يصح أن يكون ضمنيا⁽¹⁾.
ويطبق على العقد الذى يرتب الدخل الدائم من حيث أركان انعقاده وشروط صحته القواعد المقررة للتصرف الذى ينشئه، هبة أو وصية بيعا أو قرضا.
وقد ورد فى المادة 2/545 مدنى تطبيقا لهذا المبدأ إذ نصت على أن: "فإذا كان ترتيب الدخل بعقد من عقود المعاوضة، اتبع فى شأنه من حيث سعر الفائدة القواعد التى تسرى على القرض ذى الفائدة"⁽²⁾.

فإذا كان العقد هبة فإنه يكون بورقة رسمية أو بالتسليم فيكون عقدا عينيا. وإذا كان التصرف وصية وجب أن يتم فى الشكل الذى تنص عليه المادة الثانية من القانون رقم 71 لسنة 1946 بإصدار قانون الوصية التى تجرى على أن : "تتعقد الوصية بالعبارة أو بالكتابة فإذا كان الموصى عاجزا عنهما انعقدت الوصية بإشارته المفهمة.

ولا تسمع عند الإنكار دعوى الوصية أو الرجوع القولى عنها بعد وفاة الموصى فى الحوادث السابقة على ألف وتسعمائة وإحدى عشرة الأفرنجية إلا إذا وجدت أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى.

أما الحوادث الواقعة من سنة ألف وتسعمائة وإحدى عشرة الأفرنجية فلا تسمع فيها دعوى ما ذكر بعد وفاة الموصى إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاءه كذلك، تدل على ما ذكر أو كانت ورقة الوصية أو الرجوع عنها مصدقا على توقيع الموصى عليها".

فالوصية يجب أن تتم فى أحد أشكال ثلاثة :

- 1- ورقة رسمية.
- 2- ورقة عرفية مصدق على إمضاء أو ختم الموصى فيها.
- 3- ورقة عرفية مكتوبة جميعها بخط الموصى وموقع عليها بإمضاءه⁽³⁾.

(1) محمد كامل مرسى ص 401.

(2) محمود جمال الدين زكى ص 232.

(3) محيى الدين علم الدين ص 100.

301- إثبات الدخل الدائم :

ذكرنا سلفاً أن الصورة الغالبة للدخل الدائم تتخذ شكل إصدار سندات من الحكومة أو الأشخاص المعنوية أو البنوك المركزية، وفي هذه الصورة يكون السند دليلاً كتابياً على الدخل الدائم.

أما في الأحوال الأخرى، فإن إثبات الدخل الدائم يخضع للقواعد العامة في الإثبات، ولما كان الدخل الدائم غير محدد القيمة فإنه لا يجوز إثباته بغير الكتابة، أو ما يقوم مقامها من إقرار أو يمين.

وفي الغالب يكون الدخل الدائم ثابتاً بالكتابة لطول أمده.

302- أداء الدخل من المدين أو ورثته من بعده :

يؤدي الدخل الدائم المتفق عليه من المدين به سواء كان العقد قرضاً أو معاوضة بيعاً أو غيره أو تبرعاً كالهبة أو الوصية.

فإذا توفي المدين فإن الدخل الدائم لا ينقطع بوفاة وإنما يلتزم ورثته بدفعه من تركة مورثهم لأن القاعدة أنه لا تركة إلا بعد سداد الديون فيقطع رأس مال تكفى فائده للوفاء بالدخل، فإذا مات الورثة انتقل الالتزام بأداء الدخل إلى ورثتهم وهكذا، فيظل الدخل مستمراً إلى أن يستبدل كما سنرى.

أما إذا كان المدين بالدخل هو الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية، فإن الدخل يظل مستمراً إلى أن يستبدل عن طريق استهلاك السندات التي أصدرها.

303- أداء الدخل إلى الدائن أو ورثته من بعده :

يدفع الدخل المتفق عليه إلى الدائن به، وهو المقرض إذا كان العقد قرضاً، وإلى البائع إذا كان العقد بيعاً، وإلى الموهوب له إذا كان العقد هبة وإلى الموصى له إذا كان التصرف وصية.

وإذا مات الدائن انتقل الدخل إلى ورثته ثم إلى ورثة ورثته وهكذا، ويوزع الدخل بين الورثة طبقاً لقواعد الإرث، فالدخل قابل للتجزئة. ويستمر الدخل إلى أن ينقضى بسبب من أسباب الانقضاء أو يستبدل به الدين⁽¹⁾.

(1) السنهاورى ص 608 وما بعدها.

304- اشتراط ألا يزيد الدخل على الحد الأقصى للفائدة :

تنص المادة 545 مدنى فى فقرتها الثانية على أنه: "إذا كان ترتيب الدخل بعقد من عقود المعاوضة، اتبع فى شأنه من حيث سعر الفائدة القواعد التى تسرى على القرض ذى الفائدة".

وبالترتيب على ذلك إذا كان الدخل فى صورة عقد من عقود المعاوضة، كالبيع وعين الثمن فى العقد، كان الدخل الذى يدفع هو فائدة ذلك الثمن ويجب ألا يزيد الدخل الذى يلتزم به المدين على الحد الأقصى للفائدة وهو 7%، لأن العقد يعتبر فى الواقع ترتيب دخل دائم مقابل مبلغ من النقود.

أما إذا كان الاتفاق حاصلًا بصفة أن الدائن باع للمدين العين، وأن الثمن هو مرتبات مؤبدة مبلغ كذا، فالظاهر أن هذا الاتفاق صحيح، لأن المرتبات لم تكن فوائد لمبلغ من النقود، بل هى نفس ثمن العين. ولكن إذا ظهر من ظروف الأحوال أن العاقدين أغفلا ذكر الثمن لكى يخفيا التعامل بالربا، اعتبر الدخل ربويا إذا زاد سعر الفائدة الاتفاقية على ثمن العين الذى أغفل العاقدان ذكره فى العقد مع كونهما اتفقا عليه⁽¹⁾.

غير أن الدخل لا يخضع للقيود الأخرى التى يخضع لها القرض ذى الفائدة، فيجوز أن يكون مجموع الدخل الذى يتقاضاه الدائن أكثر من رأس المال، ويجوز أن يتقاضى الدائن فوائد على متجمد الفوائد، ويظهر ذلك إذا تأخر المدين عن دفع الدخل فى الميعاد، فيكون للدائن مطالبته بالدخل المتأخر والفوائد بالسعر القانونى⁽²⁾.

ومناطق خضوع رأس المال للقيود السابق، أن يكون نقودا، فإذا كان أشياء مثلية، فإنه لا يخضع لهذا القيد، لأن الحد الأقصى للفائدة القانونية قاصر على الديون النقدية. وبداية لا يخضع للقيود الدائم إذا لم يكن معاوضة كما لو كان هبة أو وصية.

305- زمان دفع الدخل :

إذا كان محددًا فى سند الدخل ميعاد الوفاء به، تعين الوفاء به إلى الدائن فى هذا الميعاد. وفى الغالب يكون أداء الدخل سنويا. فإذا خلا سند الدخل من ميعاد دفعه، فإن

(1) محمد كامل مرسى ص 403.

(2) السنهورى ص 608.

على القاضى استخلاص هذا الميعاد من ظروف العقد وملابساته، فإذا لم يتمكن من ذلك وجب دفع الدخل فى آخر كل سنة⁽¹⁾.

306- مكان دفع الدخل :

إذا كان محددًا فى سند الدخل مكان دفعه، تعين دفعه فى هذا المكان. أما إذا خلا سند الدخل من تحديد المكان، فإنه يدفع كسائر القروض فى محل المدين وفقا للقاعدة العامة المذكورة فى المادة 347 مدنى.

307- مصروفات الدخل :

يلتزم المدين فى عقد الدخل الدائم مصروفات العقد، لأن من واجبه أن يعطى الدائن السند المثبت لحقه قبله⁽²⁾.

308- إجبار المدين على دفع الدخل :

إذا لم يدفع المدين الدخل الدائم المتفق عليه فى ميعاده، كان للدائن إجباره على ذلك بطلب إلزامه بأدائه، كما يجوز له طلب إلزامه بفوائد تأخيرية، فقد رأينا أن قاعدة عدم تقاضى فوائد على متجمد الفوائد لا تسرى على الدخل الدائم. فضلا عن أنه يجوز له إجبار المدين على استبدال الدخل إذا لم يدفع الدخل لمدة سنتين متواليتين رغم إعذاره (م 547/أ) (انظر شرح المادة 547).

309- انقضاء عقد الدخل :

ينقضى عقد الدخل الدائم بأحد الأسباب الآتية :

- 1- رد رأس المال للدائن.
- 2- جميع الأسباب التى تنقضى بها الالتزامات عامة. الإبراء والتجديد واتحاد الذمة والمقاصة.

وكذلك ينقضى عقد الدخل الدائم كسائر الالتزامات بالتقادم إذا سكت الدائن عن المطالبة بحقه مدة خمس عشرة سنة⁽³⁾. فتبدأ مدة التقادم من وقت وجود الالتزام بالدخل

(1) السنهورى ص 609.

(2) محمد كامل مرسى ص 409.

(3) محمد كامل مرسى ص 610.

الدائم. غير أنه إذا دفع أحد الأقساط، فإن هذا الدفع يقطع مدة التقادم وتبدأ مدة تقادم جديد.

أما الالتزام بدفع قسط دورى من الدخل فينقضى بالوفاء بهذا القسط أو بالتجديد أو بالمقاصة أو باتحاد الذمة أو بالإبراء أو بالتقادم الخمسى، وتبدأ المدة من وقت حلول القسط لأن أقساط الدخل حقوق دورية متجددة.

3- الاستبدال، فقد كفل القانون للمدين الحق فى استبدال الدخل فى أى وقت (أنظر فى التفصيل شرح المادة 546).



مادة (546)

- 1- يشترط فى الدخل الدائم أن يكون قابلا للاستبدال فى أى وقت شاء المدين، ويقع باطلا كل اتفاق يقضى بغير ذلك.
- 2- غير أنه يجوز الاتفاق على ألا يحصل الاستبدال مادام مستحق الدخل حيا، أو على ألا يحصل قبل انقضاء مدة لا يجوز أن تزيد على خمس عشرة سنة.
- 3- وفى كل حال لا يجوز استعمال حق الاستبدال إلا بعد إعلان الرغبة فى ذلك، وانقضاء سنة على هذا الإعلان.

الشرح

310- قابلية الدخل الدائم للاستبدال فى أى وقت شاء المدين :

تنص الفقرة الأولى من المادة على أنه يشترط فى الدخل الدائم أن يكون قابلا للاستبدال فى أى وقت شاء المدين. والمقصود بالاستبدال هو رد المدين بالدخل رأس المال إلى الدائن، فيسقط عنه بذلك واجب دفع الدخل.

وقد جعل الشارع عقد الدخل الدائم قابلا للاستبدال فى أى وقت شاء المدين، لأن هذا العقد من العقود المؤبدة، أى أن المدين ملزم فيه بدفع دخل فى أوقات معينة بصفة مؤبدة، فرأى الشارع أن يجيز للمدين التخلص من هذا العبء الثقيل إذا قام بأداء رأس المال فى أى وقت شاء⁽¹⁾.

وفى هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"جواز أن يرد المدين رأس المال هو شرط أساسى فى عقد الدخل الدائم، وهو الذى يمنع من أن يوجد التزام مؤبد. ولا يجوز الاتفاق على عدم جواز الرد لأن هذا الاتفاق يكون مخالفا للنظام العام"⁽²⁾.

(1) محمد كامل مرسى ص 404.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 435.

وحق الرد مقرر أيضا لورثة المدين، ولكل من له مصلحة في الرد مما يكونون ملزمين بالدخل، إما شخصيا أو بسبب أموالهم، مثل كفلاء المدين، وأصحاب الأعيان المرهونة لوفاء الدخل، وكذلك دائن المدين إذا كان مرتبها ومتأخرا في المرتبة عن الدائن بالدخل⁽¹⁾.

311- بطلان الاتفاق على عدم قابلية الدخل الدائم للاستبدال :

لا يجوز الاتفاق بين العاقدين على عدم جواز رد رأس المال، لأن قاعدة قابلية الدخل الدائم للاستبدال قصد بها ألا يكون العقد مؤبدا، وهي قاعدة تتعلق بالنظام العام. غير أنه يجوز التقييد من قابلية الدخل للاستبدال في أي وقت يريده المدين. فيتفق مثلا على ألا يحصل الاستبدال مادام المستحق حيا، أو على أن الاستبدال لا يتم إلا بعد مدة معينة بشرط ألا تزيد على خمس عشرة سنة. وفي مثل هذه الاتفاقات الجائزة ضمان لصاحب الدخل أن يتمتع به طول حياته أو لمدة معينة وعلى هذا الحكم نصت الفقرة الثانية من المادة 546 صراحة.

وفي هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" على أنه يجوز التقييد من قابلية الدخل للاستبدال في أي وقت يريده المدين فيتفق مثلا على ألا يحصل الاستبدال مادام المستحق للدخل حيا، أو على أن الاستبدال لا يتم إلا بعد مدة معينة بشرط ألا تزيد على خمس عشرة سنة. وفي مثل هذه الاتفاقات الجائزة ضمان لصاحب الدخل أن يتمتع به طول حياته أو لمدة معينة⁽²⁾. وإذا زادت مدة القيد على خمس عشرة سنة فإن العقد لا يبطل وإنما تنقص المدة إلى خمس عشرة سنة.

وإذا مات الدائن قبل انقضاء هذه المدة فإن المدة تستكمل بالنسبة لورثته. ونص المادة 546 ينطبق على الدخل الدائم، أي كان نوع التصرف الذى أنشأه، فممكنة الاستبدال مقررة للمدين سواء تلقى الدخل بمقابل، أو على وجه التبرع⁽³⁾. ويحوز الاتفاق على الجمع بين القيد، فيشترط ألا يحصل الاستبدال مدة حياة الدائن

(1) محمد كامل مرسى ص 404.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ص 435.

(3) محمود جمال الدين زكى ص 233.

صاحب الدخل وقبل أن ينقضى خمس عشرة سنة. فلا يجوز في هذه الحالة للمدين بالدخل أن يطلب الاستبدال إلا بعد موت الدائن ولو عاش أكثر من خمس عشرة سنة، وإلا بعد انقضاء خمس عشرة سنة ولو مات الدائن قبل هذه المدة. فلا يجوز طلب الاستبدال إذن إلا بعد انقضاء حياة الدائن أو انقضاء خمس عشرة سنة أى المدين أطول⁽¹⁾.

312- شرط استعمال حق المدين فى الاستبدال :

يشترط لاستعمال المدين حقه فى الاستبدال توافر شرطين :

1- إعلان رغبة المدين فى الاستبدال :

يشترط أن يعلن المدين رغبته فى الاستبدال إلى الدائن. ولم ينص القانون على شكل معين لهذا الإعلان. فيصح أن يكون بإعلان على يد محضر أو بخطاب موصى عليه، أو بخطاب عادى، كما يحوز أن يتم شفاهة. ويخضع الإعلان فى إثباته للقاعدة العامة فى إثبات التصرفات القانونية. ويقع على المدين عبء إثبات حصول الإعلان.

2- أن تمضى مدة سنة على وصول الإعلان إلى الدائن.

وفى هذا جاء بملزمة المشروع التمهيدى :

"ولا يجوز على كل حال للمدين أن يستعمل حق الاستبدال إلا بعد سنة من إعلان رغبته فى ذلك"⁽²⁾.

والحكمة فى اشتراط مدة السنة ألا يباغت الدائن باستبدال الدين فى الوقت الذى رتب فيه حياته على ما يحصل عليه من دخل.

وإذا لم يبد الدائن قبوله للاستبدال، جاز للمدين الرجوع عن طلب الاستبدال، والاستمرار فى دفع الدخل.

وإذا كان مقيدا بألا يطلب الاستبدال مدة معينة كخمس سنوات مثلا، استطاع أن يعلن الدائن برغبته فى الاستبدال قبل انقضاء هذه المدة حتى يتمكن من الاستبدال بمجرد انقضائها.

(1) السنهاورى ص 616.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 435.

مادة (547)

يجبر المدين على الاستبدال في الأحوال الآتية:

- أ) إذا لم يدفع الدخل سنتين متواليتين، رغم إذاره.
- ب) إذا قصر في تقديم ما وعد به الدائن من تأمينات أو إذا انعدمت التأمينات ولم يقدم بديلا عنها.
- ج) إذا أفلس أو أعسر.

الشرح

313- حالات الاستبدال جبرا على المدين :

الحالة الأولى :

إذا لم يدفع المدين الدخل سنتين متواليتين رغم إنذاره.

إذا لم يدفع المدين الدخل مدة تقل عن سنتين كسنة أشهر أو سنة أو سنة ونصف فلا يجوز الاستبدال.

وكذلك إذا لم يدفع المدين الدخل مدة سنتين ولكنهما غير متواليتين، لا يجوز الاستبدال مثل ذلك أن يتأخر المدين في الدفع سنة ثم يدفع السنة التالية ويقبل منه الدائن هذا الدفع ثم يتأخر في الدفع السنة الثالثة.

غير أنه يجوز للدائن في حالة التأخير التي لاتصل إلى سنتين متتاليتين مطالبة قضاء بالدخل المتأخر.

وكان التقنين القديم (م 2/479، 585) لا يشترط مدة، فيكون المدين عرضة لدعوى المطالبة برد أصل الدين، حتى لو كان متأخرا دخلا واحدا بشرط أن ألا يكون هذا التأخير متسببا عن عمل صاحب الدخل، كما إذا توفى وكان المدين يجهل أسماء الورثة بحيث لا يدرى لمن يسلم الدخل.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى :

"(أ) إذا لم يتم بالتزامه من أداء الدخل سنتين متواليتين رغم إعداره. وفى التقنين الحالى (م 479 فقرة ثانية/ 585) لا تشترط السنتان بل يترك الأمر لتقدير القاضى كما فى حالات الفسخ الأخرى" (1).

وإذا كان بعض الورثة هم المتأخرون فى الوفاء ترفع الدعوى بالمطالبة برأس المال على الورثة المتأخرين وحدهم، وتكون المطالبة مقصورة على ما خصهم فى الأصل، أما غير المتأخرين فى دفع الدخل فلا يلزمون برد الأصل (2).

الحالة الثانية :

تقصير المدين فى تقديم التأمينات أو انعدام التأمينات :

تنص الفقرة (ب) من المادة (547) على أن المدين يجبر على الاستبدال "إذا قصر فى تقديم ما وعد به الدائن من تأمينات، أو إذا انعدمت التأمينات، ولم يقدم بديلا عنها". فإذا لم يقدم المدين التأمينات التى وعد بتقديمها إلى الدائن، أو إذا كان قد قدم تأمينات ولكنها انعدمت، أو انعدم بعضها ولم يقدم بديلا عنها فإنه يجبر على الاستبدال. ويقاس على ما تقدم أن تنقص التأمينات فلا يكملها الدائن (3).

وهذه الحالة، هى من حالات سقوط الأجل المنصوص عليها بالمادة 273 مدنى التى تجرى على أن يسقط حق المدين فى الأجل :

.....

(2) إذا أضعف بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص، ولو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو بمقتضى القانون، هذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين، أو إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه، فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضمانا كافيا". ولذلك يجب تفسير هذه الحالة فى ظل المادة الأخيرة فيجب التفريق بين ما إذا كان انعدام التأمينات أو نقصها يرجع

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 435.

(2) محمد كامل مرسى ص 407.

(3) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 435.

إلى فعل المدين، فيكون الدائن بالخيار بين الفسخ أو إرجاع التأمينات إلى ما كانت عليه، وما إذا كان ذلك يرجع لسبب لا دخل لإرادة المدين فيه، فيكون الخيار له لا للدائن. ويجب أن تفهم التأمينات أيضا على أنها تشمل كل تأمين خاص، ولو أعطى بعقد لاحق، أو بمقتضى القانون، أو بحكم القضاء.

وينبنى على ذلك أنه يجوز الاستبدال دون حاجة إلى تدخل القاضى، وأن يتمتع على الأخير إذا عرض عليه أمره، أن يمنح المدين نظرة الميسرة⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"(ج) إذا أفلس المدين أو أعسر أو صفيت أمواله تصفية قضائية. ويلاحظ أن الحالتين الأخيرتين هما الحالتان اللتان بسقط فيهما الأجل طبقا للمادة 396 من المشروع، فيجب تفسيرهما فى ظل هذا النص. وعلى ذلك يجب التفريق ما إذا كان انعدام التأمينات أو نقصها يرجع إلى فعل المدين. فيكون الدائن بالخيار بين الفسخ أو إرجاع التأمينات إلى ما كانت عليه، وما إذا كان ذلك يرجع لسبب لا دخل لإرادة المدين فيه، فيكون الخيار له لا للدائن. ويجب أن تفهم التأمينات أيضا على أنها تشمل كل تأمين خاص، ولو أعطى بعقد لاحق، أو بمقتضى القانون، أو بحكم من القضاء"⁽²⁾.

الحالة الثالثة :

إفلاس المدين أو إعساره :

تنص على هذه الحالة الفقرة (ج) من المادة 547. وتعد هذه الحالة، وهى إفلاس المدين بالدخل أو إعساره من حالات سقوط الأجل المنصوص عليها فى المادة 273 مدنى. ويترتب عليه حق الدائن فى إجبار المدين على الاستبدال.

ويسرى على هذه الحالة باعتبارها من حالات سقوط الأجل ما ذكرناه فى الحالة الثانية.

(1) محمود جمال الدين زكى ص 235 - السنهورى ص 621.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 35 وما بعدها.

مادة (548)

- "1- إذا رتب الدخل مقابل مبلغ من النقود، تم الاستبدال برد المبلغ بتمامه، أو برد مبلغ أقل منه إذا اتفق على ذلك.
- 2- وفي الحالات الأخرى يتم الاستبدال بدفع مبلغ من النقود تكون فائدته محسوبة بالسعر القانوني مساوية للدخل".

الشرح

314- حالة ترتيب الدخل مقابل مبلغ مقدر من النقود :

إذا رتب الدخل مقابل مبلغ مقدر من النقود، تم الاستبدال برد المبلغ بتمامه، أو برد مبلغ أقل منه إذا اتفق على ذلك.

ويكون ترتيب الدخل مقابل مبلغ مقدر من النقود إذا كان قرضا دفعه الدائن إلى المدين، أو أبرم عقد بيع قدر فيه الثمن بمبلغ من النقود، ثم حول إلى دخل دائم.

ومن ثم يكون مقدار رأس المال قد تحدد بالنقود ومعروفا منذ ترتيب الدخل، ورأس المال هذا هو واجب الرد، فيجب رده إلى الدائن.

ويجوز أن يكون رأس المال الواجب رده أقل من مقدار القرض أو ثمن المبيع، فيكون الفرق تبرعا من الدائن للمدين، كما يمكن أن يكون مقابل ما حصل الدائن عليه من أقساط الدخل.

أما إذا اتفق على أن يكون المبلغ الواجب رده أكبر من مقدار القرض أو ثمن المبيع فلا يجوز لأنه ينطوي على شبهة الربا الفاحش.

ولكن هذه الشبهة تنتفي إذا كان مجموع ما يقبضه الدائن لا يزيد على فوائد رأس المال محسوبة بالسعر الأقصى للفوائد الاتفاقية⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"إذا حق الرد، سواء لأن المدين اختاره أو لأنه أجبر عليه، فإن كان رأس المال مبلغا من النقود، كان هذا المبلغ هو الواجب الرد. ويجوز الاتفاق على أن يرد مبلغ أقل. أما الاتفاق على مبلغ أكبر ففيه شبهة الربا الفاحش" (1).

315- حالة ترتيب الدخل في مقابل نقود غير مقدرة أو في مقابل غير النقود

:

إذا لم يكن الدخل مرتبا في مقابل مبلغ مقدر من النقود، كما لو كان العقد بيعا جعل الثمن فيه رأس مال الدخل الدائم، دون تقدير سابق للثمن. أو كان عقد قرض الشيء المقترض فيه أشياء مثلية غير النقود. أو كان الدخل مرتبا بغير مقابل، كما لو رتب بموجب عقد هبة أو وصية.

ففي هذه الحالات جميعا لا يكون رأس المال قدرا معينا من النقود معروفا من قبل، ومن ثم يحسب رأس المال الواجب رده بأن يؤخذ مقدار الدخل في السنة الواحدة أساسا للتقدير ويكون هذا الدخل هو فائدته محسوبة بالسعر القانوني. فإذا كان مقدار الدخل في السنة مائة جنيه مثلا في مسألة مدنية، قدر رأس المال بحيث تكون المائة جنيه هي فائدته محسوبة بسعر 4% سنويا فيكون رأس المال هو $100 \times 100 \div 4 = 2500$ جنيه (2).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"... أما إن كان رأس المال من غير النقد، فيرد مبلغ من النقود تكون فائدته محسوبة بالسعر القانوني مساوية للدخل".



(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 436.

(2) السنهوري ص 625- محيى الدين علم الدين ص 102.

الفصل السادس

الصلح

1- أركان الصلح

مادة (549)

الصلح عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه.

الشرح

316- تعريف الصلح لغة :

الصلح فى اللغة اسم بمعنى المصالحة وهى المسالمة خلاف المخاصمة. وقد جاء بالمعجم الوجيز⁽¹⁾: "الصلح إنهاء الخصومة".

317- تعريف الصلح شرعاً :

الصلح شرعاً عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بين المتصالحين بتراضيهما. فإذا ادعى إنسان على آخر حقاً فصالحه عنه المدعى عليه جاز، وكان طالب الحق مصالِحاً والمطالب به مصالِحاً، والحق المطلوب مصالِحاً عنه، وما أعطى للطالب مصالِحاً عليه، أو بدل صلح⁽²⁾.

318- تعريف الصلح قانوناً :

عرف المشرع الصلح فى المادة 549 من التقنين المدنى الجديد بأنه: "عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه".

(1) إصدار مجمع اللغة العربية الطبعة الأولى سنة 1400 للهجرة (1980) ص 368.

(2) الأستاذ على الخفيف مختصر أحكام المعاملات الشرعية الطبعة الثالثة 1370 هـ - 1950 م ص 244 - وقد جاء بتكملة ابن عابدين الجزء الثامن ص 216 وما بعدها أن الصلح هو لغة اسم من المصالحة وشرعاً عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة .

وهذا التعريف أدق من التعريف الذى أتى به المشرع الفرنسى فى المادة 2044 من المجموعة المدنية، إذ جاء هذا التعريف غفلا من الإشارة إلى أهم خصائص الصلح وهى تنازل كل من الطرفين عن جزء من ادعائه.

كما أنه أدق من التعريف الذى أورده التقنين المدنى الملغى فى المادة 653/532 بأن الصلح "عقد به يترك كل من المتعاقدين جزءا من حقوقه على وجه التقابل لقطع النزاع أو لمنع وقوعه"، ذلك أنه لا يلزم حتما أن يكون لكل من المتصلحين حقوق ثابتة فيتنازل عن جزء منها . إنما يكفي أن يكون لأحد الطرفين مجرد ادعاء ليقوم الصلح على أساس التنازل عن هذا الادعاء، ولو لم يكن هذا الادعاء مستندا إلى حق ثابت لا مرية فيه⁽¹⁾.

319 - فائدة الصلح :

يحقق الصلح فائدة هامة للمتصلحين وللمجتمع كله، وذلك على النحو الآتى:

1 - تخفيف العبء على الخصوم :

يحقق الصلح منع الدعاوى التى تكون سببا فى ضياع الوقت وكثرة النفقات، وهو ما ينطوى على التخفيف على المتصلحين، ذلك أن إجراءات التقاضى تتطوى على الكثير من التعقيد والمشقة كما أنها تستغرق وقتا طويلا وتكاليف باهظة، وفى هذا عنت للخصوم واستنزاف لجهودهم وأموالهم. ولذلك قيل: "صلح مجحف خير من حكم منصف".

2 - تحقيق العدالة :

حسم النزاع بين الطرفين بعقد الصلح أدعى إلى الإنصاف و أدنى إلى تحقيق العدالة، ذلك أن الطرفين هما - ولا ريب - أعلم من غيرهم بمدى استحقاق كل منهم فيما يدعيه أو فيما يدعى عليه.

أما اللجوء إلى القضاء فنتيجته غير مضمونة، لأن القاضى لا يقضى بعلمه، وإنما من واقع الأوراق والمستندات المقدمة إليه، وقد يكون لبعض الخصوم من الدهاء وسعة الحيلة بحيث يلبس الحق بالباطل فيحكم لصالحه وهو لا حق له.

(1) الدكتور محمد على عرفه شرح القانون المدنى الجديد فى التأمين والعقود الصغيرة الطبعة الثانية 195 ص 291 .

3- تخفيف العبء على المحاكم :

لا شك أن فى إنهاء النزاع صلحا قبل اللجوء إلى القضاء أو بعد اللجوء إليه، يخفف العبء الواقع على القضاء ليتفرغ للفصل فى المنازعات الأخرى، لا سيما بعد ازدياد حجم المنازعات أمام القضاء فى الآونة الحاضرة.

4- نشر السلام الاجتماعى :

عقد الصلح بإنهائه للنزاع القائم أو المحتمل بين الطرفين إنما يسهم فى تحقيق السلام الاجتماعى، وإشاعة الأمن والسلام بين أفراد المجتمع، ذلك أنه يستأصل شافة الخصومة ويؤلف القلوب المتنافرة ويضع حدا لما تتركه الخصومات من أحقاد وضغائن فى الصدور⁽¹⁾.

320- مقومات الصلح :

يبين من تعريف عقد الصلح الوارد بالمادة 549 مدنى أنه بجانب الأركان العامة التى يجب توافرها على العموم، يوجد للصلح مقومات خاصة تميزه عن غيره من العقود.

وهذه المقومات هى :

- 1- نزاع قائم أو محتمل.
 - 2- نية حسم النزاع.
 - 3- نزول كل من المتخاصمين على وجه التقابل عن جزء من ادعائه.
- ونعرض لهذه المقومات تفصيلا فيما يلى.

321- أولا : نزاع قائم أو محتمل :

الصلح عقد يستهدف حسم النزاع، فحيث لا نزاع فلا صلح، فالصلح لا يقوم إلا مرتكزا على نزاع، ويجب أن يكون النزاع جديا.

ومثال ذلك أن يطالب أحمد باستحقاقه بقطعة أرض تحت يد بكر الذى يدعى ملكيته لها، فيتصالح أحمد وبكر، بأن يعترف بكر بملكية أحمد للأرض، ويتفق أحمد على أن يترك الأرض تحت يد بكر بصفته مستأجرا مدة من السنين .

(1) الدكتور يس محمد يحيى عقد الصلح بين الشريعة الإسلامية والقانون المدنى سنة 1978 ص 22 وما بعدها - محمد على عرفه ص 292 .

ومن أمثلة الاتفاقات التي لا تعتبر من قبيل الصلح :

1- أن يتنازل المؤجر للمستأجر عن بعض الأجرة ليسهل عليه الحصول على الباقي، فهذا إبراء من بعض الدين وليس صلحا⁽¹⁾.

2- الاتفاق الذي يعقده المدين مع دائنه الذي يهدده بتقديمه للعدالة بتهمة خيانة الأمانة، إذا اتفق مع الدائن على أن يؤجل تقديم شكواه إلى أجل معين، وتعهد في مقابل ذلك أن يوفى ما في ذمته إلى الدائن قبل حلول الأجل المحدد، مثل هذا الاتفاق لا يعتبر صلحا إذ ليس ثمة نزاع على حق، ولا توضيحات مبذولة من كلا الطرفين . وكل ما هنالك أن الدائن قد تعهد بعدم اتخاذ إجراءات ضد المدين قبل مضي مدة معينة، فلا تسرى على مثل هذا الاتفاق أحكام الصلح ولو خلع عليه الطرفان هذا الوصف⁽²⁾.

3- الاتفاق الذي يتضمن متابعة الدعوى أو النزاع . لأن هذا الاتفاق لا ينهي النزاع القائم.

وإذا اتفق الطرفان على إجراء ما أسمياه صلحا رغم علمهما بانعدام النزاع- كأن يصطلحا على تنفيذ تصرف يعلمان أنه باطل - فلا محل للقول ببطلان هذا التعاقد إذ هو صحيح ولكنه يكون هبة أو إبراء من الدين، كما يمكن أن يكون معاوضة إذا كان ينشئ التزامات على عاتق الطرفين.

وكانت المادة 740 من المشروع التمهيدى تنص على أن: "إذا كان ما يسميه المتعاقدان صلحا إنما ينطوى، رغم هذه التسمية، على هبة أو بيع أو أية علاقة قانونية أخرى، فإن أحكام العقد الذى يستتره الصلح هى التى تسرى على الاتفاق، من حيث صحته، ومن حيث الآثار التى تترتب عليه"، إلا أن لجنة المراجعة حذفت هذه المادة اكتفاء بتطبيق قواعد الصورية⁽³⁾.

ويجوز أن يكون الصلح جزئيا على بعض النقاط المتنازع عليها، ويترك باقى النقاط للفصل فيها من القضاء⁽⁴⁾.

(1) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 44 .

(2) محمد على عرفه ص 305 هامش (1) .

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 444 هامش (1)، ص 445 الهامش.

(4) الدكتور محمد كامل مرسى العقود المدنية الصغيرة الطبعة الثالثة 1361 هـ - 1942 ص 609 .

ولا يشترط أن يكون النزاع قائماً بالفعل، بل يكفي أن يكون وقوع النزاع محتملاً بين الطرفين فيكون الصلح لتوقي هذا النزاع.

ومعيار النزاع المحتمل يستمد من وجود أو انعدام حق الدعوى للطرفين فحيث تتوافر عناصر الدعوى ويجعل وجود حق الدعوى قيام الخصومة ممكناً يكون هناك محل للصلح وإلا فلا.

وتفريعاً على ذلك لا يجوز الصلح عن الحقوق الاحتمالية إلا إذا توافرت للطرفين المصلحة القائمة المحققة بمعناها كشرط لثبوت حق الدعوى، فلا تعتبر صلحاً للشروط المحددة للمسئولية في حالة عدم تنفيذ العقد ولا الشرط الجزائي وذلك لانعدام حق الدعوى للطرفين وقت التعاقد، بينما يجوز الصلح عن الحقوق الآجلة إذا قام نزاع حول وجودها قبل حلول الأجل وذلك لثبوت الحق وقيام مصلحة الدائن القانونية في حمايته قبل حلول الأجل . كذلك يمكن أن يصلح المعيار السابق للتمييز بين الصلح والقسمة لأن حق الدعوى - دعوى طلب القسمة القضائية- لا يثبت لكل شريك إلا إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع (م 1/836). ولذلك يقتضى المنطق الدقيق ألا يعتبر التصرف المنهى للشيوخ صلحاً إلا في حالة الخلاف بين الشركاء على نحو اقتضى منهم بذل كل جهودهم لتلافي طلب القسمة القضائية. أما مجرد المناقشات العادية حول كيفية تكوين الحصص فلا تكفى لاعتبار التصرف المنهى للشيوخ صلحاً. ولولا هذا التحديد لفكرة النزاع المحتمل الذى يصلح أساساً للصلح لانبهت الضوابط بين الصلح وكثير من التصرفات الأخرى التى تهدف إلى حسم نظام محتمل⁽¹⁾.

على أنه لا يشترط أن يكون النزاع حقيقياً مستنداً إلى أساس من القانون، بل يكفي أن يكون قائماً في ذهن المتصالحين بحسب تقديرهما الشخصى، ولو تعارض هذا التقدير مع الأحكام الواضحة في القانون. وبعبارة أخرى إن تقدير قيام النزاع الدافع إلى الصلح أو عدم قيامه يجب أن يستند إلى معيار شخصى تراعى فيه حالة المتعاقدين وظروفهما الخاصة ومبلغ ثقافتهم، ولا عبرة بعد ذلك بجهلهم بأحكام القانون⁽²⁾.

(2) أكنم الخولى ص 9 وما بعدها - السنهورى ص 509 هامش (4).

(1) محمد على عرفه ص 306 - محمد جمال الدين زكى ص 64- السنهورى ص 509 وما بعدها.

وقد يكون النزاع في القانون، كما إذا وقع نزاع بين الطرفين على القيمة القانونية لسند يتمسك به أحدهما، حتى لو كان السند في نظر رجل القانون ظاهر الصحة أو ظاهر البطلان، لأن العبرة بما يقوم في ذهن الطرفين.

والنزاع قد يكون في وجود الحق ذاته، كما إذا طالب شخص بملكية عين اشتراها فدفع خصمه ببطلان البيع أو إذا طالب دائن بدينه فدفع المدين بانقضائه.

وقد يكون في مدى الحق لا في وجوده كما هو الشأن في معظم حالات التعويض وكثير من ديون النفقة، فكثيرا ما يحدث في هذه الحالات أن يكون الحق ذاته مسلما به من الطرفين، ومثار النزاع بينهما في تحديده⁽¹⁾.

322 - هل يجب توافر عنصر الشك في نتيجة النزاع :

ذهب رأى في الفقه إلى وجوب توفر عنصر الشك في نتيجة النزاع موضوع الصلح، أو بعبارة أخرى يجب أن يكون محل الصلح مشكوكا فيه. فيدور الشك حول الطرف الذي سينتصر له القضاء⁽²⁾.

ويستند هذا الرأي إلى تحليل نفسية المتصالحين إذ لولا شك كل منهما في مصير دعواه أمام القضاء ورغبته في استبعاد عنصر الاحتمال والمخاطرة هذا لما أقدم على الصلح ولمضى في دعواه إلى النهاية ثم أنه لو أجرى الصلح رغم انعدام الشك في نتيجة النزاع لانقلب عقد الصلح إلى وسيلة سهلة للمضاربة على رغبة صاحب الحق في السلام والهدوء ونفوره من الخصومات القضائية إذ يستطيع نهازو الفرص من الغير أن يختلفوا دعوى لا تقوم على أساس يرهبون بها صاحب الحق الثابت الذي لاشك فيه ليتقاضوا عن طريق الصلح ثمن التنازل عن ادعائهم المختلف يدفعه صاحب الحق ليظفر بالسكينة .

ويميل أغلب الفقهاء في الوقت الحاضر إلى قياس الشك بمعيار شخصي فيكفي أن يتصور المتصالحان أن مصير الدعوى مشكوك فيه ولو لم يكن كذلك في واقع الأمر وفي نظر رجل القانون⁽³⁾.

(2) محمود جمال الدين زكي ص 14 - محمد على عرفه ص 206 وما بعدها.

(3) محمد على عرفه ص 305 - محمود جمال الدين زكي ص 12 وما بعدها.

(1) راجع في مبررات هذا الرأي ومعياره أكثر الخولى ص 10 وما بعدها .

وقد ذهب رأى - نؤيده - إلى أن النزاع يصلح موضوعا للصلح بغض النظر عن عنصر الشك في نتيجته، ويستند هذا الرأى إلى عدة حجج :

1- أن تطلب الشك في نتيجة النزاع يجافى المنطق، ذلك أن المقصود بالصلح لا يخرج عن أحد أمرين: فإذا كان الغرض من الصلح هو وضع حد لحالة الشك والقلق التي يخشاها الطرفان لوجب الاكتفاء بأن يكون موضوع الصلح أمر مشكوكا فيه ولو لم يتخذ هذا الشك صورة نزاع وهذا مذهب القانون الألماني.

وإذا كان الغرض من التصالح هو وضع حد للنزاع فلا محل لتطلب الشك في نتيجة هذا النزاع كعنصر لازم لقيام الصلح.

2- من ناحية الصياغة الفنية يقوم الرأى السائد على مقدمة خاطئة هي أن الصلح يهدف أساسا إلى تجنب مخاطر النزاع مع أن العنصر الدائم المميز للصلح عامة هو حسم النزاع أما التخلص من مخاطر الخصومة فعنصر عرضى بحت قد يوجد وقد لا يوجد في كثير من الحالات التي يهدف فيها المتصالح إلى غرض آخر ككسب الوقت أو التخلص من مضايقات الخصومة أو اتقاء إذاعة سر أو مراعاة رابطة خاصة بينه وبين الطرف الآخر . فالشك وهو عنصر عرضى لا يصلح من الناحية الفنية مميزا لعقد الصلح.

3- أن نظرية الشك الشخصى تؤدي إلى النتيجة التي أرادت اجتنابها وهي أن يصبح الصلح أداة لابتزاز المال بالباطل من أصحاب الحقوق المؤكدة الثابتة. لأنه مادامنا نكتفى بالشك الشخصى فنحن نفتح الباب أمام استغلال سذاجة بعض أصحاب الحقوق أو جهلهم بالقواعد القانونية أو ضعف ثقتهم في القضاء⁽¹⁾.

323- الصلح بعد صدور حكم نهائى :

لاشك في صحة الصلح الحاصل بعد صدور حكم قابل للطعن فيه بالطرق العادية (الاستئناف الآن فقط). وعلة ذلك واضحة، وهي أن قابلية الحكم للطعن فيه بالاستئناف يجعل الحق المقرر بمثل هذا الحكم مهددا بالزوال نتيجة نجاح الطاعن فيما سعى إليه. وبالتالي يظل التهديد بتجدد النزاع قائما بحيث يمكن أن يبنى الصلح على أساسه .

غير أن الرأى قد انقسم في جواز الصلح بعد صدور حكم نهائى .
فذهب رأى إلى أنه لا يجوز الصلح بعد صدور حكم نهائى، تأسيسا على أن

(2) أكرم الخولى ص 12 وما بعدها - السنهورى ص 510 هامش (1) .

الإشكالات التي يثيرها المحكوم عليه أو دائنوه عند تنفيذ الحكم ليس من شأنها أن تجعل الحق المحكوم به محل نزاع في وجوده، أو حتى في نطاقه أو مقداره، فقد تحدد هذا كله نهائيا بالحكم النهائي مما لا يدع محلا لقيام الصلح يضاف إلى ذلك ما يقتضيه الصلح من وجوب تنازل كل من المتصالحين عن جزء من مدعاه، وظاهر أنه لم يبق للمحكوم عليه ما يدعيه بعد صدور حكم نهائي ضده. فيكون التنازل حاصلًا من جانب المحكوم لصالحه وحده، تقاديا للصعوبات التي قد تعترض تنفيذ الحكم جبرا على المحكوم عليه استعجالا للفائدة لا حسما للنزاع، وبذلك تختفي خاصية أخرى من أهم خصائص الصلح. فمن التجاوز إذن أن يجرى على مثل هذا العقد أحكام الصلح. والصواب خضوعه لأحكام التنازل عن الحق⁽¹⁾.

بينما ذهب رأى آخر - نؤيده - وقد ساندته محكمة النقض الفرنسية إلى جواز الصلح بعد صدور الحكم النهائي، إذ من الممكن قيام نزاع على تفسير الحكم أو تنفيذه، فيرد الصلح على التفسير أو التنفيذ⁽²⁾.

324- ثانيا : نية حسم النزاع :

يجب أن يقصد الطرفان بالصلح حسم النزاع بينهما، إما بإنهائه إن كان قائما، وإما بتوقيه إذا كان محتملا فإذا تنازع طرفان على ملكية منقول قابل للتلف، واتفقا على بيعه تقاديا لتلفه وإيداع الثمن خزانة المحكمة على أن تبت المحكمة فيمن منهما هو المالك فيكون الثمن من حقه، لم يكن الاتفاق على بيع المنقول صلحا لأنه لم يحسم النزاع الواقع على ملكية المنقول⁽³⁾.

ولا يعتبر صلحا تعهد أحد الخصمين للآخر - أثناء نظر الدعوى - ببيع العقار موضوع النزاع بالشروط المبينة فيه لأنه لم يتناول البت في شيء من موضوع النزاع بين الطرفين⁽⁴⁾.

(1) محمد على عرفه ص 308 - محمد كامل مرسى ص 606 وما بعدها - محمود جمال الدين زكى ص 13 هامش (5).

(2) السنهوري ص 509 - أكثم الخولى ص 14.

(3) السنهوري ص 510 وما بعدها.

(4) استئناف مصر 30 أبريل سنة 1930 المحاماة السنة 11 رقم 86 .

ولا يعتبر صلحا بين خصمين بيع العين موضوع دعوى الفسخ القائمة بينهما بيعا معلقا على شرط صدور حكم به من المحكمة المنظورة أمامها الدعوى⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إذ كان الحكم المطعون فيه لم يرفض الدفع بالصورية لمجرد أنه أبدى فقط بالمذكرة الختامية في فترة حيز الاستئناف للحكم . وإنما على ما استخلصه من أوراق الدعوى وما أحاط بها من ظروف وملابسات من أن الطاعن الأول رغبة منه في التخلص من العقد موضوع الدعوى استعان بزوجته الطاعنة الثانية متواطئا معها بأن حرر لها عقد بيع منه عن ذات الحصة ووقع لها عقد صلح في دعواها بصحة هذا العقد وكان تدخلها في الدعوى الماثلة انضماميا له وبواسطة وكيله وهو الذي ناب عنهما معا في الدفاع وفي إقامة الاستئناف وظل لا يوجه ثمة مطعن على عقد شراء المطعون ضده طوال مراحل نظر الدعوى أمام محكمتي أول وثاني درجة إلى أن حيز الاستئناف للحكم فقدم مذكرة دفع فيها لأول مرة بصورية هذا العقد، واستدل من هذه القرائن مجتمعة على عدم صحة هذا الدفاع، وهو استخلاص سائغ يكفي لحمل قضائه برفض الادعاء بالصورية، فإن النعى عليه - بالقصور - يكون غير صحيح".

(طعن رقم 673 لسنة 49 ق جلسة 1984/1/26)

كما قضت المحكمة الإدارية العليا بأن :

"ومن حيث إن الصلح وفقا لحكم المادة 549 من القانون المدني هو "عقد يحسم به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، و ذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه" ومفهوم ذلك أن عقد الصلح تتوافر فيه مقوماته عندما تتجه نية طرفي النزاع إلى حسم النزاع بينهما إما بإنهائه إذا كان قائما وإما بتوقيه إذا كان محتملا، وذلك بنزول كل من المتصالحين على وجه التقابل عن جزء من ادعائه، فإذا ما تحققت هذه المقومات وقام العقد على أركانه القانونية وهي التراضي والمحل والسبب انعقد الصلح باعتباره من عقود التراضي. وإذا كان القانون المدني قد نص في المادة 552 منه على أن "لا يثبت الصلح إلا بالكتابة أو بمحضر رسمي" فهذه الكتابة لازمة للإثبات لا

(2) نقض فرنسي 10 مارس سنة 1903 - مشار إليه في محمود جمال الدين زكي ص 15 هامش

للاعتقاد، وتبعاً لذلك يجوز الإثبات بالبينة أو القرائن إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة ولما كان الأمر كذلك إلخ".

(طعن رقم 920 لسنة 14 ق جلسة 1976/1/14)

325- ثالثاً : نزول كل من الخصمين عن جزء من ادعائه :

يجب أن ينزل كل من الخصمين عن جزء من ادعائه حتى يعتبر عقدهما صلحاً. ذلك أن الصلح يستلزم تضحية من الجانبين . فإذا لم يكن هناك نزول عن ادعاءات متقابلة، بل نزل أحد الطرفين عن ادعائه دون الآخر، فلا نكون أمام صلح. وبالترتيب على ذلك، لا يعتبر صلحاً تنازل المؤجر للمستأجر عن بعض الأجرة ليسهل عليه الحصول على الباقي، فهذا إبراء من بعض الدين وليس صلحاً⁽¹⁾. أو اعتراف حائز العقار بملكيتها لمدعيها وإعطاؤه مبلغاً من المال نظير التنازل عن الدعوى فإن ذلك يكون بيعاً، فإن تنازل المدعى عن دعواه دون مقابل كان ذلك هبة⁽²⁾. ومن باب أولى لا يكون صلحاً العقد الذي لم يترك بمقتضاه أحد الطرفين جزءاً من حقوقه المدعاة بل حصل من الطرف الآخر على اعتراف بحقوق أكثر وأشمل⁽³⁾. إذ يعتبر ذلك تسليماً بالطلبات.

وعنصر النزول المتبادل هو ما يفرق بين الصلح وغيره من التصرفات التي تؤدي إلى إنهاء النزاع كترك الخصومة أو التسليم بطلبات الخصم إذا كانا بدون مقابل أو توجيه اليمين الحاسمة، كما سنرى.

أما عن طبيعة النزول المتبادل من الناحية الفنية فإن الرأي الراجح يذهب إلى أن هذا النزول هو من قبيل التنازل أي تنازل كل من الطرفين عن حقه (أو ادعائه). والتنازل لا ينصب على الحق المدعى به كما لو كان ثابتاً وإنما ينصب على حق الدعوى أي على حق كل طرف في اللجوء إلى القضاء ليقول كلمة القانون في ادعائه⁽⁴⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(1) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 440 .

(2) محمود جمال الدين زكى ص 15 .

(3) استئناف مختلط 17 يناير 1918 مشار إليه فى أكتف الخولى ص 15 هامش (4).

(1) أكتف الخولى ص 18 وما بعدها - السنهورى ص 512 هامش (1).

"متى كان كل من المتعاقدين قد ترك جزءا من حقوقه على وجه التقابل قطعاً للنزاع الحاصل بينهما فهذا العقد صلح طبقاً لنص المادة 532 من القانون المدني. ولا يصح اعتباره بيعاً لكونه تضمن نقل ملكية أحد المتعاقدين إلى الآخر بثمن معين ما دامت هذه الملكية لم تكن بعد مستقرة لتاركها بل كانت محل نزاع، والمبلغ المسمى لم يكن مقابلاً لنقل الملكية المتنازع عليها بل كان مقابلاً لحسم النزاع، مما تنعدم به مقومات البيع وتظهر مقومات الصلح".

(طعن رقم 72 لسنة 16 ق جلسة 1947/11/27)

2- "المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه يلزم لانعقاد الصلح وجوب أن يتنازل كل من الطرفين على وجه التقابل عن جزء من ادعائه في سبيل الحصول على الجزء الباقي حسماً للنزاع القائم بينهما أو توقياً لنزاع بينهما فإن لم يكن هناك نزول عن ادعاءات متقابلة فلا يعد ذلك صلحاً ولا ينحسم به النزاع القائم بين الخصوم ولمحكمة الموضوع من بعد بما لها من سلطة فهم الواقع في الدعوى استخلاص ما تراه من موقف الخصمين على هذا النحو متى كان ما تستنبطه سائغاً له معينه من أوراق الدعوى".

(طعن رقم 2 لسنة 62 ق "أحوال شخصية" جلسة 1995/12/18)

326- لا يشترط تكافؤ التنازل من الجانبين :

لا يشترط أن يكون ما ينزل عنه أحد المتصالحين مكافئاً لما ينزل عنه الآخر. وبعبارة أخرى لا يشترط أن تكون التضحية من الجانبين متعادلة . فقد ينزل أحد الطرفين عن جزء كبير من ادعائه، ولا ينزل الآخر إلا عن الجزء اليسير⁽¹⁾. ففي التسليم بحق الخصم في ترك الدعوى، إذا قبل الطرف الآخر أن يتحمل في مقابل ذلك بمصروفات الدعوى ما يتحقق به الصلح مهما كانت تضحية الطرف الآخر قليلة بالنسبة إلى تضحية الطرف الأول.

وإذا رفع شخص دعوى على آخر يطالبه فيها بمبلغ، ثم تصالح معه، وحرر عنه صلحاً قدماء للمحكمة، فرفض القاضى إثبات الصلح، مستنداً على أنه لا بد في الصلح القانوني من تنازل كل من طرفي الخصومة عن شيء من حقوقه، وأن المدعى عليه تعهد في عقد الصلح بدفع كل ما هو مطالب به، لا يسوغ والحالة هذه للمتنازعين استرجاع نصف الرسوم التي دفعوها إلى قلم الكتاب. وهذا خطأ، لأن المدعى عليه، مع

(2) السنهوري ص 512 - محمد كامل مرسى ص 608 - محمود جمال الدين زكى ص 16.

اعترافه في عقد الصلح بمبلغ الدين كله، تعهد بدفع جزء منه بعد أجل حدد في العقد وإمهال الدائن لمدينه في دفع الدين أو جزء منه إلى أجل - وهذا يعد تركا منه لشيء من حقوقه. فالعقد إذن عقد صلح بالمعنى الذى يقصده القانون، وكان ينبغى التصديق عليه. حتى يتسنى للمتقاضين استرجاع نصف ما دفعوه من الرسوم، لأن هذا الصلح حسم النزاع⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "لا يشترط في الصلح أن يكون ما ينزل عنه أحد الطرفين مكافئا لما ينزل عنه الطرف الآخر وإذن فمتى كان التوكيل الصادر إلى وكيل المطعون عليهما يبيح له إجراء الصلح والنزول عن الدعوى، وكان الصلح الذى عقده مع الطاعنين في حدود هذه الوكالة واستوفى شرائطه القانونية بأن تضمن نزول كل من الطرفين عن جزء من ادعاءاته على وجه التقابل حسما للنزاع القائم بينهما . وكان الحكم المطعون فيه إذ لم يعتد بهذا الصلح، إذا قرر أن الوكيل لم يراع فيه حدود وكالته أقام قضاءه على أن الصلح الذى عقده فيه غبن على موكله، فإن هذا الحكم يكون قد خالف القانون، ذلك لأن هذا الغبن على فرض ثبوته لا يؤدي إلى اعتبار الوكيل مجاوزا حدود وكالته وإنما محل بحث هذا الغبن وتحديد مدى آثاره يكون في حدود علاقة الوكيل بموكله لا في علاقة الموكل بمن تعاقد مع الوكيل في حدود الوكالة".

(طعن رقم 163 لسنة 21 ق جلسة 1953/10/22)

2- "مفاد نص المادة 549 من القانون المدنى أن من أركان عقد الصلح نزول كل من المتصالحين عن جزء مما يدعيه وإذ كان لا يشترط في الصلح أن يكون ما ينزل عنه أحد الطرفين مكافئا لما ينزل عنه الطرف الآخر ومن ثم فلا محل لادعاء الغبن في الصلح. وكان القانون المدنى لم يجعل الغبن سببا من أسباب الطعن في العقود إلا في حالات معينة ليس من بينها الصلح، إذ تقتضى طبيعته ألا يرد بشأنه مثل هذا النص، فإن النعى على الحكم المطعون فيه بعدم إجازة الطعن في الصلح بالغبن هو نعى لا أساس له".

(طعن رقم 26 لسنة 38 ق جلسة 1973/12/18)

(1) مذكرة لجنة المراقبة القضائية رقم 32 بتاريخ 14 مايو 1912 - محمد كامل مرسى ص 608 هامش (4) .

غير أنه يلاحظ أن تساوى ما ينزل عنه كل من المتصالحين قد يكون عنصرا له أهمية فى الحكم على طبيعة العقد. فإذا تنازل من يدعى ملكية عقار عن ادعائه نظير مبلغ من المال يساوى أو يقترب من قيمة هذا العقار قامت قرينة قوية على أن العقد بيع وليس يصلح⁽¹⁾.

327- تمييز الصلح عما يلتبس به :

1- الصلح والتحكيم :

يتشابه الصلح مع التحكيم فى أن كلا منهما يقصد به حسم خصومة دون استصدار حكم قضائى .

ولكن يختلف الصلح عن التحكيم اختلافا كبيرا، ففي الصلح يبيت فى النزاع أطراف الخصومة أنفسهم، أما فى التحكيم فالذى يبيت فى النزاع هم المحكمون. والصلح - عكس الصلح - لا يستلزم نزول كل من الخصمين عن وجه التقابل عن جزء من ادعائه، بل يفصل المحكمون فى النزاع كالقضاة طبقا لما يسفر عنه تكوين عقيدتهم فى النزاع من واقع مستندات الدعوى. وقد يقضون لطالب التحكيم بطلباته كلها أو بعضها. ويلتزم المحكمون فى إجراءات الفصل فى النزاع أحكام القانون رقم 27 لسنة 1994 (المعدل) بإصدار قانون فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية.

2- الصلح والتسليم بالحق وترك الدعوى :

يختلف الصلح عن التسليم بالحق وترك الدعوى، فى أن الصلح - كما ذكرنا سلفا - يستلزم نزول كل من الطرفين على وجه التقابل عن جزء من ادعائه. بينما التسليم بالحق وترك الدعوى، يتمخض عن نزول من جانب واحد.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"من اللازم لاعتبار العقد صلحا في معنى المادة 549 من القانون المدني وجوب أن يتنازل كل من الطرفين عن جزء من ادعائه في سبيل الحصول على الجزء الباقي فإن لم يكن هناك نزول عن ادعاءات متقابلة واقتصر التنازل على أحد الطرفين دون الآخر فلا يعد الاتفاق صلحا وإذا كان البين أن الإقرار المنسوب للزوجة أنه مقصور على نزول الزوجة عن كافة حقوقها إزاء ما أقرت به من فض بكارتها قبل عقد الزواج، فإنه لا وجه للقول ببطالان الإقرار، على سند من المادة 551 من القانون المدني".

(طعن رقم 16 لسنة 43 ق "أحوال شخصية" جلسة 1975/11/19)

3- الصلح وتوجيه اليمين الحاسمة :

يختلف الصلح عن توجيه اليمين الحاسمة في أن الصلح يستلزم - كما رأينا - نزول كل من الطرفين على وجه التقابل عن جزء من ادعائه. أما توجيه اليمين الحاسمة فيتضمن تضحية من جانب واحد فقط، هو من وجه إليه اليمين، لأنه إذا حلف الطرف الآخر اليمين قضى له بكل ما يدعيه⁽¹⁾.

328- خصائص عقد الصلح :

1- الصلح من عقود التراضي، فيتم بالإيجاب والقبول. ولا يشترط لانعقاده شكل خاص، وإن كانت الكتابة تشترط لإثباته.

2- الصلح عقد ملزم للجانبين: فكل من المتصالحين يلتزم بإعطاء شيء أو بعمل شيء أو الامتناع عن عمل شيء. ويسقط من جانب كل من الطرفين الادعاء الذي نزل عنه، ويبقى الجزء الذي ينزل عنه ملزما للطرف الآخر.

3- الصلح من عقود المعاوضة، لأن كلا من الطرفين ينزل عن جزء من ادعائه مقابل نزول الآخر عن جزء من ادعائه، فليس هناك تبرع في الصلح.

وقد يكون الصلح عقدا محددا كما هو الغالب فإذا قام نزاع بين شخصين على مبلغ من النقود فاتفقا على أن يعطى المدين للدائن مبلغا أقل فهنا قد عرف كل منهما مقدار ما أخذ ومقدار ما أعطى فالعقد محدد أما إذا تصالح أحد الورثة مع وارث آخر على أن

(1) الدكتور عبد المنعم الصده الإثبات في المواد المدنية ص 424.

يرتب له إيرادا مدى الحياة فى مقابل حصته فى الميراث المتنازع فيها، فالعقد هنا احتمالى⁽¹⁾.

4- الصلح من العقود الكاشفة لا المنشئة كما سنرى.

5- الصلح عقد غير قابل للتجزئة كما سنرى.

(أركان عقد الصلح)

329 - تعداد :

لم يميز المشرع الصلح باشتراط إفراغه فى شكل معين، ولم يقيد به أى قيد يخرج به عن حكم القواعد العامة السارية على كافة العقود. لذلك كانت الأركان اللازمة لانعقاد الصلح هى بعينها التى تلزم لانعقاد سائر العقود الأخرى وهى ثلاثة:

1- الرضاء.

2- المحل.

3- السبب.

ونعرض فيما يلى لركن الرضاء فى الصلح.

(الرضاء بالصلح)

330 - توافق الإيجاب والقبول فى الصلح :

الصلح عقد من عقود التراضى فيكفى لانعقاده مجرد توافق إرادتى طرفيه بماهيته وبالنزاع المراد حسمه وبالنزول المتبادل لكل من طرفيه وسائر أركان الصلح.

ولم يشترط المشرع إفراغ هذا التراضى فى شكل معين كما فعل بالنسبة لبعض العقود كالهبة والرهن الرسمي.

وهنا تطبق القواعد العامة لنظرية العقد بصفة عامة من حيث طرق التعبير عن الإرادة والوقت الذى ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثره وموت من صدر منه التعبير أو فقده الإرادة إلى غير ذلك من الأحكام العامة، والتى عرضنا لها فى شرح عقد الهبة، ومن ثم نحيل عليها.

ولكن الصلح لا يتم عادة إلا بعد مفاوضات طويلة ومساومات وأخذ ورد. فيجب

(1) السنهورى ص 517 وما بعدها.

تبين متى تم الاتفاق نهائياً بين الطرفين، ولا يجوز الوقوف عند أية مرحلة من مراحل التفاوض في الصلح مادام الاتفاق النهائي لم يتم⁽¹⁾.

وبالترتيب على ذلك فإن الإيجاب بالصلح لا يلزم الدائن إذا لم يقبله المدين. كما أن الإيجاب بالصلح وحدة لا تتجزأ فلا يجوز قبوله جزئياً⁽²⁾.

ويجوز أن يكون قبول الصلح ضمناً إذا أحاطت به ظروف لا تدع مجالاً للشك في وجوده فإذا كان الصلح موضوع مناقشة بين المتنازعين أمكن استنتاج القبول من استلام أحدهما شيكاً مرسلاً له من الآخر في صورة إيجاب صريح بالصلح.

وقبول سند إذنى وتظهيره إلى مصرف يتولى تحصيل قيمته يتضمن قبول الصلح الذي هو سبب السند الإذنى⁽³⁾.

ولكن لا يجوز استنتاج الصلح على مبلغ التعويض بين الجاني والمجنى عليه في جريمة من قبض الثاني مبلغاً من المال قدمه إليه الأول في ظرف مغلق مع رجاء صرف النظر عن الموضوع⁽⁴⁾.

كما لا يجوز استنتاج الصلح من قبول المضرور من المتسبب في الضرر عطية على سبيل الإحسان أو على سبيل التخفيف من مصابه دون أن يقصد المتسبب في الضرر بذلك إقراراً بمبدأ المسؤولية ولم يرد المضرور بقبولها أن يصلح على حقه في التعويض⁽⁵⁾.

والصلح لا يفترض، فسكوت أحد الطرفين في مجلس الصلح لا يستفاد منه حتماً قبوله إياه، بل يجب أن يقترن السكوت بما يقطع في الدلالة على القبول، لأنه من مقتضى الصلح التنازل عن بعض الحقوق، وهو ما لا يجب أن يترك لمجرد الاستنتاج والاحتمال⁽⁶⁾.

ويقدر قاضي الموضوع ما إذا كان الرضاء متوافراً وفي أي وقت حصل توافق

(1) السنهاورى ص 522.

(2) استئناف مختلط 9 يونيه 1913.

(3) استئناف مختلط 12 مارس 1930.

(4) استئناف رن 17 فبراير 1905 مشار إليه في محمود جمال الدين زكى ص 24 هامش (4).

(5) السنهاورى ص 522.

(6) مصر الابتدائية 2 مارس 1920 - محمد على عرفه ص 296.

الإرادتين.

331- الوكالة فى الصلح :

تنص الفقرة الأولى من المادة 702 مدنى على أن: "لابد من وكالة خاصة فى كل عمل ليس من أعمال الإدارة، وبوجه خاص فى البيع والرهن والتبرعات والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء".

كما تنص المادة 76 من قانون المرافعات على أنه: "لا يصح بغير تفويض خاص الإقرار بالحق المدعى به و لا التنازل عنه ولا الصلح ولا التحكيم ولا قبول اليمين ولا توجيهها ولا ردها ولا ترك الخصومة ولا التنازل عن الحكم أو عن طريق من طرق الطعن فيه ولا رفع الحجز ولا ترك التأمينات مع بقاء الدين ولا الادعاء بالتزوير ولا رد القاضى ولا مخاصمته ولا رد الخبير ولا العرض الفعلى ولا قبوله ولا أى تصرف آخر يوجب القانون فيه تفويضا خاصا".

ويبين من النصين سالفى الذكر أنه لا بد من وكالة خاصة فى الصلح، فلا يجوز للوكيل إبرام الصلح بمقتضى الوكالة العامة. غير أن التوكيل العام فى أعمال الإدارة يشمل التوكيل فى الصلح المتعلق بأعمال الإدارة فقط.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إذا كان التوكيل خالية عباراته عن النص على التنازل عن الحقوق ولكنه صريح فى تحويل الوكيل إجراء الصلح، وتنازل الوكيل عن حقوق موكله قبل خصمه مقابل تنازل الخصم عن حقوقه، فهذا لا يكون تنازلا محضا من طرف واحد وإنما هو صلح مما تتسع له حدود التوكيل".

(طعن رقم 28 لسنة 13 ق جلسة 1943/11/18)

(راجع أيضا نقض طعن رقم 163 لسنة 21 ق جلسة 1953/10/22)

(منشور ببند 146)

332 - الصلح القضائى والصلح غير القضائى :

ينقسم الصلح إلى قضائى وغير قضائى. والصلح القضائى هو الذى يحصل فى مجلس القضاء بصدد خصومة قائمة وفى

أثناء السير فى إجراءاتها بقصد وضع حد لها وحسم النزاع القائم بين أطرافها. أما الصلح غير القضائى فهو الذى يعقده الطرفان خارج مجلس القضاء وقبل رفع الدعوى تقاديا من الالتجاء إلى إجراءات التقاضى.

وليست لهذا التقسيم أهمية عملية، إذ أنهما يستويان فى تطبيق أحكام الصلح على أى منهما ولا يمتاز هذا الصلح القضائى إلا بكونه معتبرا فى قوة سند واجب التنفيذ نظرا لتصديق القاضى عليه، على أن ذلك لا يخرج من كونه اتفاقا تم بتراضى الطرفين، فلا يرقى تصديق القاضى _ كما سنرى _ إلى مضاف الأحكام.

ويجب تمييز الحكم الاتفاقى عن الحكم الصادر بالتصديق على الصلح. وصورة الحكم الاتفاقى أن يعدل الخصم طلباته أمام المحكمة بحيث يجعلها متفقة مع تعديل ما ادعاه الآخر بناء على اتفاق سابق بينهما، كما إذا رفع دائن دعوى على مدينه مطالبا له فيها بمبلغ ألف جنيه، ودفع المدين ببطلان الدين طالبا إحالة الدعوى على التحقيق لإثبات ما يدعيه، ولكن بدل أن يستمر فى إجراءات الدعوى أو ينهيها صلحا بأن يتنازل الدائن عن نصف الدين نظير أن يعترف له المدين بالنصف الباقي، يحضران فى الجلسة ويعدل الدائن طلبه إلى مبلغ خمسمائة جنيه ويتنازل المدين عن الدفع الذى أبداه مقرا بمدىونيته بهذا المبلغ الأخير، فلا يسع القاضى إلا أن يصدر حكما بإلزام الأخير بأن يدفع للأول مبلغ خمسمائة جنيه.

فهذا الحكم وإن كان أساسه اتفاق الطرفين إلا أنه يعتبر حكما لا عقدا، وتطبق عليه القواعد المتعلقة بسائر الأحكام. فلا يجوز الطعن فيه بدعوى مبتدأة، وإنما يجب اتباع طرق الطعن المقررة فى قانون المرافعات، وفى المواعيد المنصوص عليها فيه. ويخضع فى تفسيره للقواعد والإجراءات المتعلقة بتفسير الأحكام، لا المبادئ المقررة فى تفسير العقود والاتفاقات.

ويجوز أخذ اختصاص بمقتضى هذا الحكم بموجب المادة 1085 مدنى لا بموجب المادة 1087⁽¹⁾.

(1) محمود جمال الدين زكى ص 21 وما بعدها - السنهورى ص 526 وما بعدها - وقارن أكتثم الخولى ص 43 هامش (3) فيرى أنه لا محل لأن يجارى القاضى الخصوم فى هذا السبيل الصورى وأن عليه إذا علم بتمام الصلح بين الطرفين أن يصدق على هذا الصلح بمقتضى سلطته الولائية لا أن يصدر حكما متفقا عليه مادامت الخصومة تنتهى بالصلح.

333- الصلح القضائي في ظل القانون المدني القديم :

لم يرد نص في القانون المدني القديم خاصا بإثبات الصلح. ولذلك كانت تطبق القواعد العامة في الإثبات فيجوز إثباته بالبينة إذا لم تتجاوز قيمته عشرة جنيهاً. غير أن المحاكم المختلطة ألزمت نفسها بنص الفقرة الثانية من المادة 2044 من القانون المدني الفرنسي التي أوجبت أن يحرر عقد الصلح بالكتابة، واقتضت إثبات عقد الصلح بالكتابة أي كانت قيمته، بل كانت هذه المحاكم أشد غلواً في تفسير النص المذكور من المحاكم الفرنسية نفسها، فلم تجز الإثبات بالبينة عند وجود مبدأ ثبوت بالكتابة⁽¹⁾.

(شروط الصحة)

334 - تعداد :

- شروط الصحة في عقد الصلح، شأنها شأن شروط الصحة في أي عقد آخر، وشروط الصحة شرطان هما :
- توافر الأهلية في الطرفين المتصالحين.
 - خلو إرادة الطرفين المتصالحين من عيوب الإرادة.
- وسنعرض بالتفصيل لذلك في شرح المادتين 550، 556.



(1) استئناف مختلط 13 نوفمبر 1879، 10 أبريل 1881 مشار إليهما في محمود جمال الدين زكي ص 40 هامش (4).

مادة (550)

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

الشرح

335- الأهلية في الصلح هي أهلية التصرف بعوض :

تتطلب المادة (550) فيمن يعقد صلحا أن يكون أهلا للتصرف بعوض في الحقوق التي يشملها عقد الصلح. فلا يكفي أن تتوافر لدى المتصلحين أهلية التعاقد فقط، بل يجب أن تتوافر فيهما أهلية التصرف بعوض في الحق المتنازع فيه، لأنه يترتب على الصلح تنازل كل من المتصلحين عن جزء من إدعائه نظير تنازل الآخر عن جزء من إدعائه. وهذا النزول بمقابل هو تصرف بعوض، ومن ثم يجب أن تتوافر للمتصالح أهلية التصرف في الحقوق حتى يعتد بتنازله عن جزء منها.

وأهلية التصرف بعوض يقصد بها أهلية القيام بالتصرفات الدائرة بين النفع والضرر. ويكفي توافر هذه الأهلية لدى المتصلحين، ولا يلزم أن تتوافر لهما أهلية التبرع، وإن كان من مقتضى الصلح التنازل عن بعض الحقوق. فإن هذا التنازل لا يقصد به التبرع، بل إنه يكون في مقابل حصول المتنازل على تضحية مقابلة من جانب الطرف الآخر. والأهلية الكاملة تتوافر للشخص الذي بلغ الحادية والعشرين سنة ميلادية متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه (م44 مدنى).

336- البالغ الرشيد :

إذا بلغ الشخص سن الرشيد وهو 21 سنة ميلادية كاملة متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وبالتالي تثبت له أهلية التصرف بعوض، ويجوز له التصالح على كافة الادعاءات.

وثمة حالة خاصة يحرم فيها القانون البالغ الرشيد من أهلية الصلح. وهى حالة الصلح بين الوصى والقاصر الذى بلغ سن الرشيد. إذ تنص المادة 52 المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 بأحكام الولاية على المال على أن:

"يكون قابلاً للإبطال كل تعهد أو مخالصة تصدر لمصلحة الوصى ممن كان في وصايته وبلغ سن الرشد إذا صدرت المخالصة أو التعهد خلال سنة من تاريخ تقديم الحساب المشار إليه في المادة 45". فقد افترض المشرع أن المخالصة التي أمضاها من بلغ سن الرشد أو التعهد الذي أخذه على نفسه لمصلحة الوصى أنه صلح تم بين الطرفين⁽¹⁾، ولكنه صلح فرضه الوصى على من كان قاصراً مستغلاً للظروف التي هو فيها وتلفه على وضع يده على أمواله، فإذا صدرت هذه المخالصة أو هذا التعهد خلال سنة من تاريخ تقديم الوصى للحساب، اكتملت القرينة التي فرضها القانون، لأن هذه المدة ليست كافية ليتخلص الشخص من تأثير وصيه السابق، وليتاح للقاصر الذي يرشد فرصة مقبولة لدراسة موقفه من الوصى والاطلاع على الحساب والاسترشاد بذوى الخبرة، ومن ثم فقد أقام المشرع قرينة على أن التعامل في هذه الأحوال إنما يتم تحت الضغط والإكراه. وهى قرينة لا تقبل إثبات العكس، فجعل هذا التعهد وهذه المخالصة قابلة للإبطال وهو بطلان نسبي مقرر لمصلحة القاصر، وقصد منه حماية مصلحة الرشيد في الفترة المذكورة، فلا يترتب أثر البطلان إلا بناء على طلبه.

ولكن هذا البطلان لا يرجع إلى نقص أهلية من كان قاصراً في عقد الصلح، فقد بلغ رشيداً وأصبح أهلاً للتصالح وإنما يرجع البطلان للظروف التي ذكرناها إذ أقام المشرع قرينة على أن التعامل في هذه الأحوال إنما يتم تحت الضغط والإكراه، وهى قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس، أى أن البطلان يرجع إلى عيب في الإرادة وهو الإكراه المفترض لا إلى نقص الأهلية⁽²⁾.

والبطلان لا يلحق سوى الصلح المتعلق بأمور الوصاية. وفيما عدا ذلك يعتبر

(1) السنهاورى ص 532 وما بعدها - محمد على عرفه ص 301 وما بعدها - أكثم الخولى ص 30 - محمد كمال حمدى الجزء الأول ص 174 - وقارن الدكتور يس محمد يحيى ص 236 إذ يرى أن نص المادة 52 المشار إليه لا يساعد على التخيير الوارد بالمتن وأنه من التعسف فى تفسير هذا النص القول بأن هذه المخالصة أو هذا التعهد يتضمن صلحاً لأن كلا منهما تصرف صادر من جانب واحد وإرادة منفردة من القاصر، فى حين أن المعنى الفنى لمفهوم الصلح كما حدده القانون هو النزول المتبادل من الطرفين عن جزء من ادعاءاته، فضلاً عما فى هذا الرأى من قيد على حرية القاصر الذى بلغ سن الرشد فى الحد من تصرفاته.

(2) السنهاورى ص 532 وما بعدها - كمال حمدى الجزء الأول ص 174.

الصلح الحاصل بين القاصر الذى بلغ رشده ووصيه السابق عن أية منازعة لا تمس أمور الوصاية صحيحا ملزما لطرفيه. وتعليل ذلك ظاهر وهو أن الشخص البالغ رشده أهل لأن يتصالح فى كل شأن من شئونه إلا ما تعلق منها بأمور الوصاية فيمتنع عليه الصلح بشأنها إذا لم تتوافر الشروط التى يتطلبها القانون⁽¹⁾.

غير أنه يمكن القول بأن كل تعهد أو مخالصة تصدر ممن كان قاصرا لمصلحة وصيه السابق فى خلال السنة يفترض فيها أنها متعلقة بأمور الوصاية إلى أن يقيم الوصى السابق الدليل على العكس⁽²⁾.

ولا يسرى حكم النص على الصلح الذى يعقده القاصر بعد بلوغه مع ورثة وصيه السابق، كما لا يسرى على الصلح الذى يعقده الوصى مع ورثة القاصر، إذ أن القانون قصد حماية القاصر دون ورثته، كما أنه قصد أن يحميه من استغلال وصيه بالذات خشية أن يكون متأثرا بسلطانه السابق. فلا مبرر إذن لإسداء هذه الحماية إلى تعامل الرجل الرشيد مع ورثة وصيه السابق لانتفاء العلة التى من أجلها تقرر البطلان⁽³⁾.

وهذه الدعوى وإن كانت قائمة على الإكراه المفترض إذ يرجع البطلان لعيب فى الإرادة- كما أوضحنا سلفا - إلا أنها تعتبر من الدعاوى المتعلقة بأمور الوصاية فتسقط بمضى خمس سنوات من التاريخ الذى انتهت فيه الوصاية (م1/53 من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952) بعكس الحال فى دعوى الإبطال للإكراه التى نصت المادة 140 مدنى على أنها تسقط بثلاث سنوات من يوم انقطاع الإكراه أو بخمس عشرة سنة من وقت تمام العقد⁽⁴⁾.

(1) محمد على عرفه ص 302 وما بعدها.

(2) السنهورى ص 533 هامش (1) أكثم الخولى ص 30 هامش (1).

(3) محمد على عرفه ص 303 - السنهورى ص 533 هامش (1).

(4) السنهورى ص 533 وما بعدها - محمد كمال حمدى ص 175 - أكثم الخولى ص 30 - وقارن

محمد على عرفه ص 302 هامش (1) فيرى أن دعوى البطلان لا تسقط إلا بالتقادم الطويل إذ

يذهب إلى أن "تقضى المادة 140 من القانون المدنى الجديد بسقوط الحق فى إبطال العقد إذا

لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات. وحددت بدء سريان هذه المدة فى حالة نقص

الأهلية من اليوم الذى يزول فيه هذا السبب. لما كان البطلان مقرر لمن يبلغ =

ويسرى حكم المادة 52 سالفه الذكر على التعهد أو المخالصة التي تصدر ممن كان محجورا عليه ورفع عنه الحجر لمصلحة القيم السابق.

337- الصبى المميز والمحجور عليه :

الصبى المميز لا يجوز له كقاعدة عامة مباشرة التصرفات الدائرة بين النفع والضرر وإنما يباشرها وليه أو وصيه نيابة عنه على النحو المبين فى القانون.

إلا أنه يستثنى من هذه القاعدة ما يأتى :

- 1- الصلح على المال الذى يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة لأغراض نفقته (م 61 من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952).
 - 2- الصلح على المال الذى يكسبه القاصر الذى بلغ السادسة عشرة من عمله من أجر أو غيره (م 63 من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952).
 - 3- الصلح على الحقوق الناشئة عن الإدارة للقاصر الذى بلغ الثامنة عشرة وأذن له بالإدارة (م 55 من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952⁽¹⁾).
- وكذلك الصلح على الحقوق الناشئة عن تجارته إذا أذن له فى ذلك (م 57 من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952).

ويجوز للولى التصالح على حقوق القاصر مع مراعاة القيود الآتية :

- 1- لا يجوز للولى أن يتصالح على عقار القاصر مع نفسه أو زوجته أو أقاربه أو أقاربها إلى الدرجة الرابعة إلا بإذن المحكمة، ولا يجوز له التصالح على رهن عقار القاصر لدين لنفسه (م 6 من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952).
- 2- لا يجوز للأب أن يتصالح على العقار أو المحل التجارى أو الأوراق المالية إذا زادت قيمتها على ثلاثمائة جنيه إلا بإذن المحكمة (م 7 من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952).

= سن الرشد تحقيقا لمصلحة عامة وهى منع تلاعب الأوصياء بمن كانوا تحت إشرافهم وفى رعايتهم، فإننا نرى أن دعوى البطلان لا تسقط إلا بالتقدم الطويل، وفقا لما جاء بالفقرة الثانية من المادة 141".

(1) محمد على عرفه ص 298 وما بعدها- السنهاورى ص 535- يس محمد يحيى ص 238.

3- لا يجوز للولي التصالح على المال المورث للقاصر إذا كان مورث القاصر قد أوصى بذلك، إلا بإذن المحكمة وتحت إشرافها (م 8 من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952).

4- لا يجوز للولي التصالح على إقراض مال القاصر ولا اقتراضه إلا بإذن المحكمة (م 6 من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952).

ويلاحظ أن القيود سالفة الذكر لا تسرى على ما آل إلى القاصر من مال بطريق التبرع من أبيه صريحا كان التبرع أو مستترا (م 13 من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952).

5- لا يجوز للجد بغير إذن المحكمة التصالح على مال القاصر أو على التنازل عن التأمينات أو إضعافها (م 15 من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"النص في المادة السابعة من المرسوم بقانون 119 لسنة 1952 بأحكام الولاية على المال على أنه "لا يجوز للأب أن يتصرف في العقار أو المحل التجاري أو الأوراق المالية إذا زادت قيمتها على ثلاثمائة جنيه إلا بإذن المحكمة ولا يجوز للمحكمة أن ترفض الإذن إلا إذا كان التصرف من شأنه جعل أموال القاصر في خطر أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة، يدل على أنه يجوز للولي إذا كان هو الأب أن يصالح على حقوق القاصر، ولكن يجب عليه الحصول على إذن المحكمة إذا كان محل الصلح عقارا أو محلا تجاريا أو أوراقا مالية تزيد قيمتها على ثلاثمائة جنيه وأن له دون إذن قبض المستحق للقاصر".

(طعن رقم 77 66 لسنة 64 ق جلسة 1996/3/12)

أما الوصي فلا يجوز له التصالح على حقوق القاصر إلا فيما قل عن مائة جنيه مما يتصل بأعمال الإدارة (م 39 / ثالثا) من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952).
وبيين مما تقدم أن ولاية الأب في الصلح أوسع نطاقا من ولاية الجد إذ أن الجد ليس له أن يبرم صلحا عن الصغير الذي في ولايته في جميع الأحوال إلا بإذن من المحكمة⁽¹⁾.

(1) وقد قضت محكمة النقض بأن :

والمحجور عليه كالصبي المميز، وولاية القيم في الصلح على ماله كولاية الوصي في الصلح على مال القاصر.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- (أ) - "متى كانت المحكمة قد قررت أن المجلس الحسبي لم يأذن للوصيين بمباشرة الصلح الذي بينهما وبين الطاعن والذي سلما فيه بطله فسخ العقد المحرر بينه وبين مورث المطعون عليهم على أساس أنه عقد رهن فإن في هذا الذي قرره ما يكفي لحمل قضائها بإبطال هذا الصلح وفقا للمادة 21 من قانون المجالس الحسبية. أما ما ورد في الحكم في خصوص العقد المشار إليه واعتباره عقد بيع وفائي صار بيعا باتا لا عقد رهن فهو من قبيل التزيد الذي استطردت إليه المحكمة دون أن تكون في حاجة إليه ودون أن يؤثر على سلامة النتيجة التي انتهت إليها، ذلك بأنه متى كان العقد المذكور هو بحسب ظاهره عقد بيع وفائي فيكون الصلح الذي يقصد به اعتباره عقد رهن قابلا للإبطال إذا لم يكن مأذونا به من المجلس الحسبي، ومادام نطاق الدعوى كان محصورا في هذا الطلب فيكون التعرض لما عداه غير لازم للفصل فيها".

(ب) - "إنه وإن كان لم يرد في المادة 21 من قانون المجالس الحسبية نص صريح على إبطال التصرفات الواردة فيها إذا ما باشرها الأوصياء بدون إذن من المجلس الحسبي إلا أنه لما كان الأمر في هذه الحالة متعلقا بأهلية ناقصة وقد أوجب القانون إذن

"إذا كانت واقعة الدعوى هي أن زيدا المحجور عليه كان مدينا لبكر في مبلغ 3510 ج بمقتضى حكمين أحدهما نهائي بمبلغ 2190 ج والآخر ابتدائي استؤنف بمبلغ 1320 ج، وأن القيم اتفق مع الدائن على أن يتنازل عن 190 ج من الدين المحكوم به نهائيا وعن كل الدين الآخر ويصبح كل ماله 2000 ج فقط، وأخذ الدائن هذا المبلغ من خالد، وفي نظير ذلك كتب له المحجور عليه - وهو في مدة وضعه تحت الاختبار - على نفسه سندات بهذا المبلغ، فإن هذا الاتفاق الذي تم لا يعتبر صلحا بالمعنى القانوني إذ هو لم يترك بمقتضاه كل من المتعاقدين جزءا من حقوقه على وجه التقابل لقطع نزاع حاصل أو لمنع وقوع نزاع، وإنما هو مجرد اتفاق حصل بمقتضاه القيم على تنازل من جانب الدائن وحده للمحجور عليه المدين عن بعض ما عليه من الدين قبل الحجر، وهو اتفاق فيه نفع محض للمحجور عليه إذ هو لم يلتزم فيه بشيء جديد بل نقصت به التزاماته السابقة إلى حد كبير، فهو والحالة هذه لا يقتضى الحصول في شأنه على إذن من المجلس الحسبي".

(طعن رقم 60 لسنة 14 ق جلسة 1945/3/29)

المجلس الحسبي لتكملتها فيسرى عليها بغير حاجة إلى نص خاص حكم المادة 131 من القانون المدني (القديم) الذي يقضى بأن مجرد نقص الأهلية موجب لإبطال المشاركة حتى ولو تجردت من أى ضرر أو غبن بالقاصر".

(ج) - "متى كان عقد الصلح قد اشتمل على تسليم الوصى باعتبار العقد المحرر بين الطاعن ومورث المطعون عليهم عقد رهن لا عقد بيع وفائي خلافا لظاهره فيكون صحيحا ما قررته المحكمة من أنه قد تضمن نزولا عن حق متنازع عليه لا تخالفا عن دين".

(طعن رقم 126 لسنة 20 ق جلسة 1952/4/24)

338- الصبى غير المميز :

الصبى غير المميز وهو الذى لم يبلغ السابعة يعتبر فاقدا للتمييز (م 2/45 مدنى)، ولا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية (م 1/45 مدنى). فهو لا يملك مجرد التعاقد، والتصرف من باب أولى وبالتالي لا يملك الصلح على حقوقه.

وقد ناط القانون بالولى والوصى التصالح على حقوقه، وذلك وفقا للضوابط التى ذكرناها بالنسبة للصبى المميز.

والمجنون والمعتوه فاقدا للتمييز كالصبى غير المميز.



مادة (551)

لا يجوز الصلح فى المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام، ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التى تترتب على الحالة الشخصية، أو التى تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم.

الشرح

339- تطبيق القواعد العامة فى محل عقد الصلح:

محل الصلح هو الحق المتنازع فيه، ونزول كل من الطرفين عن جزء مما يدعيه فى هذا الحق، والذى لا يشترط فيه التكافؤ بين ما ينزل عنه كل من المتعاقدين للآخر. وقد يتضمن الصلح نزول أحد المتصالحين عن الحق المتنازع فيه جميعه مقابل مال يؤديه إليه الطرف الآخر، فيكون هذا البذل محلاً للصلح أيضاً وكل نزاع يمكن أن يكون محلاً للصلح بصرف النظر عن مصدره وطبيعة الحق المتنازع فيه، سواء تعلق بوجود الحق أو بصحته أو بأوصافه أو بمداه. وأياً كان محل الصلح، فإنه يجب أن تتوافر فيه الشروط الواجب توافرها فى المحل طبقاً للقواعد العامة.

فيجب أن يكون موجوداً، ممكناً، معيناً أو قابلاً للتعيين، غير أنه يمكن أن يكون محل الصلح حقوقاً احتمالية، كالتصالح على النتائج المحتملة لحادث يترتب عليه مسئولية فاعله عن تعويض المجنى عليه.

ويصح الصلح على الحقوق المستقبلية، عدا التركات المستقبلية. ويشترط فى محل الصلح أن يكون داخلاً فى دائرة التعامل شأنه فى ذلك شأن سائر العقود الأخرى وهو ما يعنيه المشرع بالنص فى المادة 551 على أنه: "لا يجوز الصلح فى المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام، ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التى تترتب على الحالة الشخصية أو التى تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم".

340 - بطلان الصلح فى المسائل المتعلقة بالنظام العام أو الآداب العامة:

ذكرنا أن يشترط في محل الصلح أن يكون مشروعاً أو قابلاً للتعامل فيه، وبعبارة أخرى لا يكون مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة.

ورغم أن هذا الشرط عام في كافة العقود وعلى ذلك نصت المادة 135 مدني على أنه : "إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً"، إلا أن المشرع خص عقد الصلح بنص خاص هو نص المادة 551 مدني التي تجرى على أنه: "لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام، ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التي تترتب على الحالة الشخصية أو التي تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم". وهذا النص وإن كانت أحكامه ليست إلا تطبيقاً للقواعد العامة إلا أنه يبرز أهمية هذا الشرط - وهو شرط مشروعية محل الصلح - الأمر الذي يقتضي بحثه بشيء من التفصيل.

والمقصود بالنظام العام (ordrepuplic) كل ما يمس كيان الدولة أو يتعلق بمصلحة أساسية من مصالحها التي يلزم تحقيقها حتى تسير في طريقها نحو العزة والمجد، وسواء في ذلك أكانت هذه المصلحة سياسية، كما هو الحال بالنسبة إلى كل ما يتعلق بتنظيم الدولة وطريقة مباشرة سيادتها بواسطة سلطاتها المختلفة، أو كانت هذه المصلحة اجتماعية، كما هي الحال بالنسبة إلى تنظيم الأسرة، وما يتعلق بكفالة استتباب الأمن والنظام العام في الدولة، أم كانت تلك المصلحة اقتصادية، كما هي الحال بالنسبة إلى تنظيم الإنتاج القومي في الدولة وتداول النقد فيها⁽¹⁾.

فيدخل في المسائل المتعلقة بالنظام العام، المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية والأهلية، فضلاً عن أنه ورد بها نص خاص، والجرائم وغيرها من المسائل التي سنعرض لها.

فلا يجوز الصلح على المسائل سالفة الذكر.

والآداب العامة هي مجموعة القواعد الخلقية التي تدين بها الجماعة في بيئة معينة وعصر معين. فهي بهذه المثابة تعتبر الشق الخلقى من قواعد النظام العام⁽²⁾.

ويقع باطلاً كل صلح يخالف الآداب العامة، كالصلح على حصول شخص على أجر عن عمل كان يجب عليه أن يقوم به. وعلى رد شخص ما سرقه في مقابل أجر

(1) عبد الفتاح عبد الباقي في نظرية العقد والإرادة المنفردة ص 421.

(2) عبد المنعم الصده في مصادر الالتزام ص 244.

يأخذه. والصلح على قيام علاقة جنسية غير مشروعة، أما الصلح على مال يدفعه شخص لامرأة على سبيل التعويض عما أصابها من ضرر بسبب علاقة جنسية كانت بينهما فهو صحيح.

ويقع باطلا كل صلح يتعلق بدور البغاء حتى لو حصلت هذه الدور على ترخيص إدارى. أو يتعلق بمكان يدار للمقامرة. وقد نص القانون على بطلان كل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان، وجعل لمن خسر أن يسترد ما دفعه خلال ثلاث سنوات من الوقت الذى أدى فيه ما خسره ولو كان هناك اتفاق يقضى بغير ذلك (م 739 مدنى). واستثنى من ذلك الرهان الذى يعقده المتبارون شخصيا فى الألعاب الرياضية. وفى هذه الحالة يكون للقاضى أن يخفض قيمة هذا الرهان إذا كان مبالغا فيه، كما استثنى أيضا ما رخص به قانونا من أوراق النسيب (م 740 مدنى).

341- الصلح فى المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية والأهلية :

تنص المادة 551 مدنى فى صدرها على أنه: "لا يجوز الصلح فى المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية.... إلخ" ويعتبر هذا النص تطبيقا لنص عام يسرى على كافة العقود هو نص المادة 135 مدنى التى تجرى على أن: "إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا".

كما تنص المادة 48 مدنى على أنه: "ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل فى أحكامها".

ذلك أن الحالة الشخصية والأهلية من المسائل المتعلقة بالنظام العام. والمسائل المتعلقة بالحالة الشخصية هى مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التى رتب القانون عليها أثرا قانونيا فى حياته الاجتماعية⁽¹⁾.

ومن ثم لا يجوز التصالح على البنوة أو الأبوة أو الزواج أو الطلاق أو الجنسية... إلخ لأن كل هذه المسائل من النظام العام وهى منظمة بحكم القانون ولا يجوز

(1) نقض طعن رقم 40 لسنة 30 ق جلسة 1934/6/21- وراجع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء فى الأحوال الشخصية المجلد الأول الطبعة الخامسة عشرة ص 11 وما بعدها.

أن تكون محلاً للتعامل بين الأفراد، وبالتالي لا تجوز المصالحة على أحكامها⁽¹⁾. وكذلك فإن أحكام الأهلية تعد أيضاً من النظام العام فلا يجوز أن تكون محلاً للمصالحة، فلا يجوز لشخص كامل الأهلية أن يتصلح مع آخر على النزول عن أهليته، ولا يجوز لشخص كامل الأهلية أن يتصلح مع آخر ناقص الأهلية على أنه كامل الأهلية، ولا يجوز الاتفاق صلحاً على تعديل أحكام الأهلية.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي :

"حمى المشروع الشخص ضد نفسه بأن حرم عليه أن ينزل عن أهلية الوجوب أو أهلية الأداء فإن قواعد هذين النوعين من الأهلية تعتبر من النظام العام لا تجوز مخالفتها أو تعديلها"⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "لما كانت المادة 551 من القانون المدني لا تجيز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية فإن التنازل عن طلب الحجر يكون عديم الأثر قانوناً، ومن ثم فإذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت بأدلة سائغة في حدود سلطتها الموضوعية، أن عقد البيع قد انعقد مقابل التنازل عن دعوى حجر وأن ثمناً لم يدفع، فإنها تكون قد تحققت من صورية السبب الوارد في العقد، والحكم المطعون فيه، إذ انتهى إلى بطلان عقد البيع لا يكون قد خالف القانون".

(طعن رقم 86 لسنة 26 ق جلسة 1962/12/27)

2- ".... لما كانت النيابة العامة بعد صدور القانون رقم 628 لسنة 1955 أصبحت طرفاً أصلياً في قضايا الأحوال الشخصية التي لا تختص بها المحاكم الجزئية لها ما للخصوم من حقوق وعليها ما عليهم من واجبات فلها أن تبدي الطلبات والدفع وتباشر كافة الإجراءات التي يحق للخصوم مباشرتها ومن ثم فإن الحكم الصادر بقبول الصلح يكون حجة على النيابة العامة ويحق لها الطعن فيه بطريق الاستئناف - لما كان ذلك وكان المقرر وفقاً للمادة 551 من القانون المدني أنه لا يجوز الصلح في المسائل

(1) يس يحيى ص 220.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج1 ص 363.

المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام. وكان القانون رقم 103 لسنة 1976 بشأن التوثيق وضع شروطا لزواج المصرية بأجنبي، وكانت القيود التي تطلبها هذا القانون من النظام العام، فلا يجوز الصلح عليها. وكانت النيابة العامة قد طلبت في الاستئناف المقام منها إلغاء الحكم المستأنف ورفض الدعوى على سند من أن القانون 103 لسنة 1976 قد تطلب في المادة الخامسة منه توافر عدة شروط لتوثيق عقد زواج المصرية بأجنبي، وأوجبت المادة السادسة رفض التوثيق إذا لم تتوافر تلك الشروط، وإذ قضت محكمة أول درجة بإلحاق عقد الصلح المتضمن بنود عقد الزواج المنعقد بين المصرية والأجنبي بمحضر الجلسة وإثبات محتواه فيه وجعله في قوة السند التنفيذي دون مراعاة توافر الشروط التي استوجبتها القانون وهي من المسائل المتعلقة بالنظام العام، وإذ قضى الحكم المطعون فيه بعدم جواز الاستئناف يكون قد خالف القانون وأخطأ تطبيقه".

(طعن رقم 133 لسنة 58 ق "أحوال شخصية" جلسة 1992/3/31)

غير أن المادة 551 مدنى أجازت "الصلح على المصالح المالية التي تترتب على الحالة الشخصية". ذلك أن الحقوق المالية التي تنجم عن هذه الحالة لا تتعلق إلا بمصالح خاصة، فهذه الحقوق يكتسبها الشخص من اتصافه بحالة معينة. وأهم هذه الحقوق هو حق الميراث. ولما كانت هذه الحقوق تدخل تحت التقويم المادى، لم يكن هناك ما يدعو إلى الحيلولة بين صاحبها والتصرف فيها بما يراه فى صالحه.

لذلك أجاز النص الصلح فى هذه الحقوق، بشرط ألا تقحم فى هذا الصلح مسألة من المسائل المتعلقة بالحالة.

فإذا تضمن الصلح الاتفاق على كلتا المسألتين فى مقابل ثمن إجمالى، كأن اتفق من يدعى ثبوت نسبه من شخص معين، توطئة لمطالبة الأخير بحقه فى تركته، على أن يتنازل عن دعوى ثبوت النسب وعن حقه فى الميراث فى مقابل مبلغ معين، كان هذا الصلح باطلا فى مجموعه نظرا لارتباط أجزائه، وعدم جواز تجزئة شروطه. ويبطل الصلح كذلك ولو اشترط لكل من المسألتين ثمن مستقل إذا احتواه عقد واحد، لأن إدماج المسألتين فى نفس العقد يكشف عن قصد المتعاقدين ربط إحداهما بالآخرى.

ولما كان الصلح من العقود التي لا تقبل التجزئة، كان حتما أن يترتب على بطلانه

في المسألة المتعلقة بالحالة بطلانه في الحقوق المالية الناشئة عنها. وتطبيقاً لذلك يبطل الصلح الوارد على تقسيم تركة شخص، إذا كانت الغاية منه تفادي رفع الدعوى بثبوت نسب أحد المتقاسمين، أي تنازله عن حقه في إثبات نسبه من المتوفى.

وبالعكس يصح التصالح على قسمة التركة بين الأطفال الثابت نسبهم والمتنازع في نسبهم طالما أن أحداً منهم لم يخلع على نفسه صفة الوارث دون الآخرين. ويلاحظ أن الصلح الحاصل في مثل هذه الحالة لا يمنع من أن يعود أحد المتصالحين إلى إنكار صفة الوارث على الآخر، كما أنه لا يحول دون مطالبة أحدهم بثبوت نسبه إذا جددت ظروف تستدعي ذلك⁽¹⁾.

ويجوز التصالح على مؤخر الصداق وعن نفقة العدة، ويجوز لمن له حق النفقة على غيره أن ينزل عما يستحق من نفقة مدة معينة، لا أن ينزل عن حق النفقة ذاته. ويجوز كذلك الصلح على المصالح المالية التي تترتب على الأهلية، فيجوز للقاصر بعد بلوغه سن الرشد أن يصالح من تعاقده معه وهو قاصر على إجازة العقد بشروط معينة⁽²⁾.

342- بطلان الصلح على فوائد ربوية :

تنص المادة 226 مدني على أنه "إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين في الوفاء به، كان ملزماً بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخير فوائد قدرها أربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية. وتسرى هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها، إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها، وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره".

كما تنص الفقرة الأولى من المادة 227 على أن: "يجوز للمتعاقد أن يتفقا على سعر آخر للفوائد سواء أكان ذلك في مقابل تأخير الوفاء أم في أية حالة أخرى تستلزم فيها الفوائد، على ألا يزيد هذا السعر على سبعة في المائة، فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر

(1) محمد على عرفه ص 311 وما بعدها.

(2) السنهاوري ص 556 وما بعدها.

وجب تخفيضها إلى سبعة في المائة وتعين رد ما دفع زائد على هذا القدر.

2- وكل عمولة أو منفعة، أيا كان نوعها، اشترطها الدائن إذا زادت هي والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى المتقدم ذكره تعتبر فائدة مستترة، وتكون قابلة للتخفيض، إذا ما ثبت أن هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها ولا منفعة مشروعة".

وقد قصد بوضع حد أقصى للفائدة حماية الطرف الضعيف في العقد من الاستغلال، ومن ثم يعتبر متعلقا بالنظام العام، وبالتالي يقع باطلا الصلح على فائدة تجاوز الحد الأقصى المقرر قانونا.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "لما كان الثابت من عقد البيع أن الطرفين اتفقا على سداد باقى الثمن على قسطين وأنه إذا تأخر المشترون فى الوفاء بأى قسط أو جزء منه التزموا بأداء نصف أجرة الأطنان المببوعة دون تنبيه أو إنذار فإن هذا الشرط الجزائى يكون فى حقيقته اتفاقا على فوائد عن التأخر فى الوفاء بالتزام محله مبلغ من النقود يخضع لحكم المادة 227 من القانون المدنى، فلا يجوز أن يزيد سعر الفائدة المتفق عليها عن سبعة فى المائة، وإلا وجب تخفيضها إلى هذا الحد".

(طعن رقم 161 لسنة 41 ق جلسة 1978/3/31)

2- "حرم الشارع بنص المادة 227 من القانون المدنى زيادة فائدة الديون على حد أقصى معلوم مقداره 7% ونص على تخفيضها إليه وحرم على الدائن قبض الزيادة وإلزامه برد ما قبضه منها - مما مؤداه أن كل اتفاق على فائدة تزيد على هذا الحد يكون باطلا بطلانا مطلقا لا تلحقه الإجازة وذلك لاعتبارات النظام العام التى تستوجب حماية الطرف الضعيف فى العقد من الاستغلال".

(طعن رقم 1607 لسنة 48 ق جلسة 1983/6/27)

343- بطلان الصلح على مقدار التعويض عن نزع الملكية للمنفعة العامة :

وقد أوضحت ذلك محكمة النقض في حكمها الصادر بتاريخ 1977/5/16 في الطعن رقم 515 لسنة 43 قى إذ ذهب فيه إلى أن :

"إنه وإن كانت الجهة طالبة نزع الملكية هي التي تستفيد من العقار المنزوع ملكيته للمنفعة العامة ومن ثم تلتزم بدفع التعويض المقدر لمن نزعت ملكيته وتكون مدينة قبله. إلا أن المستفاد من نصوص المواد 15,11,6,1 من القانون رقم 577 لسنة 1954 بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة أو التحسين أن المشرع ناط بإدارة خاصة من إدارات الحكومة هي " إدارة نزع الملكية" بمصلحة المساحة القيام بكافة الإجراءات اللازمة لتحديد مساحة العقار وتعيين ملاكه وتقدير التعويض المستحق لأصحابه عن نزع ملكيته وسداده إليهم مقابل الحصول على توقيعاتهم على نماذج خاصة تنقل الملكية للمنفعة العامة وإيداع النماذج مصلحة الشهر العقاري لكي يترتب على إيداعها جميع الآثار المترتبة على شهر البيع الرضائي، والتشريع الخاص الذي ينظم هذه الإجراءات كلها متعلق بالنظام العام لتعلق موضوعه واتصال أحكامه بمنفعة عامة ويستلزم بالتالي وفق ما تنص عليه المواد السابقة - من الجهة التي طلبت نزع الملكية سداد التعويض المستحق عن نزع الملكية - بعد تقديره نهائياً- لا إلى المنزوع ملكيته ولكن إلى المصلحة القائمة بإجراءات نزع الملكية لتقوم هي بتسليمه إلى ذوى الشأن فيه بمراعاة الضوابط والأحكام التي نص عليها القانون والقرارات المنفذة له. وحصولها على توقيعاتهم على النماذج الخاصة المعدة لهذا الغرض والتي نص عليها القانون- خلافا لقواعد وإجراءات التسجيل العادية - على أن إيداعها مصلحة الشهر العقاري يترتب عليه آثار شهر عقود البيع الرضائية وبذلك يتمتع على الجهة طالبة نزع الملكية أن تساوم على مقدار التعويض أو تتصالح عليه استقلالا اختصارا للإجراءات أو تتفرد بسداده إلى المنزوع ملكيته لأن هذه الأمور نظم المشرع إجراءاتها تنظيماً إلزامياً".

344- بطلان الصلح على منازعات تقدير أجره الأماكن الخاضعة للتشريعات

الاستثنائية :

قواعد تقدير أجره الأماكن التي تخضع للتشريعات الاستثنائية من المسائل المتعلقة بالنظام العام، وهذه القواعد تشمل القواعد الموضوعية والقواعد الشكلية.

ولما كانت المادة 551 مدني تقضى بعدم جواز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام

العام، فإنه ينبغي على ذلك عدم جواز الصلح فى منازعات تقدير الأجرة سواء ما تعلق بقواعدها الموضوعية أم بقواعدها الشكلية.

فلا يجوز الاتفاق مقدما على الرضوخ لأجرة معينة أو الاتفاق على نسب أخرى لعناصر تقدير الأجرة المنصوص عليها فى تشريعات الإيجارات، أو على عدم جواز التظلم من قرار لجنة تقدير الأجرة ولو كان هناك شرط صريح بذلك.

ولا يجوز أيضا التصالح فى الطعن على قرار لجنة تقدير الأجرة، باعتبار أن تقدير الأجرة يجب أن يتم طبقا للأحكام المقررة فى القانون⁽¹⁾.

ونؤيد ما ذهب إليه البعض من أن الصلح غير جائز سواء بصدد تقدير الأجرة أم عناصرها، لأن هذه العناصر هى المكونة للأجرة، وإنما غاية الأمر أن المستأجر يملك المنازعة فى تقدير ثمن الأرض ويملك المنازعة فى تحديد سعر المتر فى تكلفة المباني، كما يملك عدم المنازعة فى ذلك وسكوته يؤول إلى قبوله لما يحدد من أسعار، ولا مجال للقول بحصول صلح فى هذا الصدد وإذا حصل أخذته المحكمة على أنه عدم منازعة فى التقدير⁽²⁾.

345- بطلان الصلح على أحكام قانون العمل :

تنص المادة الخامسة من قانون العمل رقم 12 لسنة 2003 (المعدل) على أن: "يقع

(1) راجع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء والتشريع فى إيجار وبيع الأماكن الخالية ج1 الطبعة الخامسة عشرة ص 402 وما بعدها.

(2) الدكتور أحمد أبو الوفا فى التعليق على النصوص الإجرائية ص 147 وما بعدها- وعكس ذلك الدكتور سليمان مرقس فى شرح قانون إيجار الأماكن الطبعة الثامنة 1982 ج 1 ص 622 وما بعدها، إذ يرى وجوب التمييز بين أمرين:

1- الأحكام القانونية المقررة لأسس التقدير من جهة وهى لا تصح أن تكون محل خلاف يحسمه الطرفان بصلح بل يجب أن تجلوا وتطبقها المحكمة من تلقاء نفسها بقطع النظر عن أى اتفاق للخصوم بشأنها. 2- الوقائع التى تطبق عليها تلك الأسس القانونية كتقدير ثمن الأرض أو سعر تكلفة المباني بحسب السوق وقت البناء أو تكلفة الأسوار أو المرافق أو الأتعاب الهندسية... إلخ. مما يرجع إلى التقدير الكمي أو النقدي للواقع توطئة لتطبيق الأسس القانونية عليه، وهذه مسائل يفصل فيها طبقا لتقويم المقومين لا طبقا لأحكام قانونية آمرة، فيجوز الصلح فى شأنها.

باطلا كل شرط أو اتفاق يخالف أحكام هذا القانون ولو كان سابقا على العمل إذا كان يتضمن انتقاصا من حقوق العامل المقرر فيه. ويستمر العمل بأية مزايا أو شروط أفضل تكون مقررة أو تقرر في عقود العمل الفردية أو الجماعية أو الأنظمة الأساسية أو غيرها من لوائح المنشأة أو بمقتضى العرف وتقع باطلة كل مصلحة تتضمن انتقاصا أو إبراء من حقوق العامل الناشئة عن عقد العمل خلال مدة سريانه أو خلال ثلاثة أشهر من تاريخ انتهائه متى كانت تخالف أحكام القانون".

فقد فرضت ظاهرة انعدام التعادل بين أطراف علاقة العمل، ضرورة تدخل الشارع في حرية المتعاقدين: صاحب العمل والعامل، لحماية الأخير الطرف الضعيف في التعاقد، لاسيما إذا كان ضمن شروط التعاقد أو الاتفاق غبن على العامل الذى هدف الشارع إلى حمايته، ولم يكن من وسيلة لجعل هذا التدخل فعالا وهذه الحماية مثمرة إلا بجعل قواعد العمل قواعد آمرة متصلة بالنظام العام لا يجوز الاتفاق على خلافها، سواء فى ذلك القواعد التى تحكم نشأته أو تحكم آثاره. لأنه بغير ذلك يستطيع رب العمل التخلص من أحكام القانون باتفاقه مع العامل على ما يشاء من شروط انتقاصا لما يقرره القانون من ضمانات.

ويبرر هذه الطبيعة الأمرة لأحكام قانون العمل ما تضمنه هذا القانون من عقوبات جنائية على مخالفة أحكامه وردت فى الباب الثامن. وما فرضه القانون من تفتيش على المنشآت لمراقبة تنفيذ واتباع الأحكام التى تقضى بها نصوصه⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "بطلان عقد العمل بالاستناد إلى الفقرة الثالثة من المادة السادسة من قانون العمل رقم 91 لسنة 1959 للأسباب الواقعية التى يثيرها الطاعن وإن كان من النظام العام، إلا أنه لا يجوز الدفع به لأول مرة أمام محكمة النقض لما يخالطه من واقع كان يجب طرحه على محكمة الموضوع هو التحقق من مدة عقد العمل السابق وقدر الأجر الذى حدده للطاعن وشروط هذا العقد والظروف التى أحاطت بإنهائه، وإذ خلت الأوراق مما يفيد تمسك الطاعن بهذا الدفاع أمام محكمة الموضوع فإن التحدى به أمام هذه المحكمة يكون غير مقبول".

(1) راجع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء فى قانون العمل الجديد المجلد الأول ص 481 وما بعدها.

(طعن 578 لسنة 35 ق جلسة 1972/4/22)

2- " أحكام قانون العمل أمرة متعلقة بالنظام العام لتنظيمها علاقات العمل وروابطه بما فى ذلك عقد العمل الفردى تحقيقا للصالح العام وحماية للعامل وإيجاد التوازن بين حقوقه وحقوق صاحب العمل ".

(طعن رقم 848 لسنة 69 ق جلسة 2000/5/21)

وبالتالى فإنه لا يجوز التصالح على حقوق العامل الواردة فى قانون العمل قبل ثبوتها، ويقع هذا التصالح باطلا.

غير أنه يصح التصالح على حقوق العامل التى يقررها له قانون العمل بعد ثبوت هذه الحقوق، ولو كان فى أثناء سريان عقد العمل وذلك على خلاف ما كان يقضى به قانون العمل الملغى رقم 91 لسنة 1959 فى الفقرة الثالثة من المادة السادسة - التى لم يرد لها مقابل فى القانون الجديد- من أنه : "كما يقع باطلا كل مصالححة أو إبراء عن الحقوق الناشئة عن عقد العمل خلال سريانه أو خلال شهر من تاريخ انتهائه إذا كانت تخالف أحكام هذا القانون".

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"الإجازة السنوية وإن كانت حقا أوجبها المشرع سنويا للعامل لاستعادة نشاطه وقواه المادية والمعنوية تنمية للإنتاج مما يجعل هذا الحق بسبب ذلك متعلقا بالنظام العام لا يجوز التنازل عنه - إلا أن مناط ذلك ألا تكون السنة التى تستحق فيها الإجازة قد مضت قبل حصول العامل على تلك الإجازة فلا يجوز عندئذ التنازل عنها قبل موعد حلولها أما إذا حل ميعاد الإجازة وانقضت السنة التى تستحق فيها دون أن يحصل العامل فيها عليها فقد انقطعت الصلة بين الإجازة المذكورة واعتبارات النظام العام التى تبررها وانقضت تبعا لذلك علة هذا الحظر بالنسبة لإجازة السنة المذكورة وأصبحت تلك الإجازة بعد ذلك كسائر حقوق العامل العادية يرد عليها التنازل"⁽¹⁾.

(طعن رقم 11 لسنة 25 ق جلسة 1959/4/23)

346- بطلان الصلح على الجريمة :

(1) للمزيد راجع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء فى قانون العمل الجديد المجلد الأول ص 495 وما بعدها.

تنص المادة الأولى من قانون الإجراءات الجنائية على أن: "تختص النيابة العامة دون غيرها برفع الدعوى الجنائية ومباشرتها ولا ترفع عن غيرها إلا في الأحوال المبينة في القانون ولا يجوز ترك الدعوى الجنائية أو وقفها أو تعطيل سيرها إلا في الأحوال المبينة في القانون" فالدعوى الجنائية الناشئة عن ارتكاب الجريمة هي من حق المجتمع وتباشرها النيابة العامة بالنيابة عنه، وعلى ذلك فهي ليست ملكا للمجنى عليه، بل صاحبها الهيئة الاجتماعية. ومن ثم لا يجوز التصالح على الجريمة ذاتها، وإلا عد الصلح باطلا لمخالفته للنظام العام، ويؤكد ذلك ما نصت عليه المادة 551 مدني من أنه لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة... أو بالنظام العام ولكن يجوز الصلح على الحالة المالية أو التي تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم " أي أن المادة سلمت بأن الجريمة مما يتعلق بالنظام العام.

والنيابة العامة لا تتأثر بالصلح الحاصل بصدد ارتكاب جريمة من حيث استعمال حقها في تحريك الدعوى العمومية، فإنها كذلك لا تستفيد من هذا الصلح. فلا يستفاد من تصالح المتهم إقراره بارتكاب الجريمة، لأن إقدامه على الصلح لا يعنى اعترافه بالجرم، فقد يندفع في هذا السبيل خشية الفضيحة أو التشهير بسمعته مؤثر على ذلك تحمله بعض التضحيات المادية⁽¹⁾.

ويترتب على ذلك أنه لا يجوز التصالح على الجريمة مع المجنى عليه أو النيابة العامة. فلا يجوز للجاني أن يتصالح مع المجنى عليه على عدم تبليغ السلطات العامة مقابل مبلغ من المال.

كما لا يجوز الصلح الذي يتم بين الدائن والمدين المحجوز عليه بعد تبديد المحجوزات، ولا يؤثر على سير الدعوى الجنائية الخاصة بجريمة اختلاس الأشياء المحجوزة.

أما الصلح على الدعوى المدنية الناشئة عن الجريمة فهو جائز لأنه حق خالص للمجنى عليه.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(1) محمد على عرفه ص 310.

1- "وحيث إن الوجه الخامس يتلخص في أن المحكمة أخطأت في قبول الدعوى المدنية إذ قد حصل صلح كتابي بين الفريقين يفيد أنه لا يجوز لأحدهما مطالبة الآخر بتعويض أمام المحاكم.

وحيث إنه بالاطلاع على عقد الصلح الذي تم في هذا الصدد تبين أن الطرفين تعهدا في البند الثاني من هذا العقد بعدم حصول ادعاءات في قضية النيابة ضد أبناء العائلتين بسبب المشاجرة التي حصلت بينهما ونص في البند الثالث منه على أن الطرفين تراضيا على عقد مجلس تحكيم بينهما وأن المحكمين الذين اتفق الطرفان على أشخاصهم يجتمعون بعد الفصل في أمر المشاجرة ويكون حكمهم نافذ المفعول غير قابل لأي طعن وأن من يتخلف من الفريقين عن الحضور أمام المحكمين يكون ملزما بدفع تعويض للطرف الآخر.

وحيث إنه واضح مما ذكر أن هذا الصلح إنما تناول الدعوى المدنية لأنها هي القابلة لمثله وقد أوجب أن تقدم بشأنها طلبات للمحكمة أثناء نظر الدعوى العمومية على المحكمين.

وحيث إنه لذلك يرى أن محكمة أول درجة التي تأيد حكمها أخذا بأسبابه أخطأت في قبول الدعوى المدنية والقضاء فيها بمقولة " إن عقد الصلح المتقدم ذكره لم يشمل تنازلا صريحا عن دعوى التعويض " وكان واجبا عليها أن تقضى بعدم قبول هذه الدعوى وبحفظ الحق للمدعين بالحق المدني في تقديم ما يدعونه في هذا الصدد أمام مجلس التحكيم الذي اتفق على عقده بعد الفصل في الدعوى العمومية⁽¹⁾.

(طعن رقم 2433 لسنة 2 ق جلسة 1932/11/7)

2- "مفاد الفقرة الرابعة من المادة 501 من قانون المرافعات والمادة 551 من القانون المدني أنه لا يجوز التحكيم بصدد تحديد مسؤولية الجاني عن الجريمة الجنائية وإلا عد باطلا لمخالفته للنظام العام. وإذ كانت المسألة التي انصب عليها التحكيم وبالتالي كانت سببا للالتزام في السند إنما تتناول الجريمة ذاتها وتستهدف تحديد المسئول عنها وهي من المسائل المتعلقة بالنظام العام، فلا يجوز أن يرد الصلح عليها وبالتالي لا يصح أن تكون موضوعا لتحكيم وهو ما يستتبع أن يكون الالتزام المثبت في السند باطلا لعدم

(1) منشور بمؤلف الدكتور يس يحيى ص 327 الهامش.

مشروعية سببه".

(طعن رقم 562 لسنة 47 ق جلسة 1980/12/2)

وإن كان الأصل أنه لا يجوز التصالح على الجريمة، إلا أن القانون يجيز ذلك في أحوال استثنائية لاعتبارات خاصة، ويرتب على الصلح انقضاء الدعوى الجنائية. (أنظر في الأمثلة على ذلك البند التالي).

كما أنه في بعض الجرائم يعلق المشرع حق النيابة العامة في تحريك الدعوى الجنائية على تقديم شكوى شفهية أو كتابية من المجنى عليه أو من وكيله الخاص إلى النيابة العامة، أو بناء على طلب كتابي من جهة حكومية أو إذن. وفي هذه الحالات يكون الصلح جائزا في هذه الجريمة.

347- أمثلة لجرائم يجوز فيها الصلح وردت في نصوص خاصة :

(أ) - في قانون الإجراءات الجنائية :

- 1- تنص المادة 18 مكررا من قانون الإجراءات الجنائية (المضافة بالقانون رقم 174 لسنة 1998 والمستبدلة بالقانون رقم 74 لسنة 2007) على أنه يجوز التصالح في مواد المخالفات وكذلك في مواد الجرح التي يعاقب القانون فيها بالغرامة فقط.... وتنقضى الدعوى الجنائية بدفع مبلغ التصالح ولو كانت مرفوعة بطريق الادعاء المباشر. ولا يكون لذلك تأثير على الدعوى المدنية.
- 2- تنص المادة 18 مكررا (أ) من قانون الإجراءات الجنائية (المضافة بالقانون رقم 174 لسنة 1998 والمستبدلة بالقانون رقم 145 لسنة 2006) على أن للمجنى عليه أو وكيله الخاص ولورثته أو وكيلهم الخاص إثبات الصلح مع المتهم أمام النيابة العامة أو المحكمة بحسب الأحوال وذلك في الجرح والمخالفات المنصوص عليها في المواد 238 (الفقرتان الأولى والثانية)، 241 (الفقرتان الأولى والثانية)، 242 (الفقرتان الأولى والثانية والثالثة)، 244 (الفقرتان الأولى والثانية)، 265، 321 مكررا، 323، 323 مكررا، 332 مكررا "أولا"، 334 مكررا، 336، 340، 341، 342، 354، 358، 360، 361 (الفقرتان الأولى والثانية)، 369، 370، 371، 373، 377 (البند 9)، 378 (البنود 6، 7، 9)، 379 (البند 4) من قانون العقوبات وفي الأحوال الأخرى التي ينص عليها القانون..... ويترتب على الصلح انقضاء الدعوى الجنائية ولو كانت مرفوعة بطريق الادعاء المباشر... إلخ".

(ب) - فى قانون المرور رقم 66 لسنة 1973 (المعدل) :

تنص المادة 80 مستبدلة بالقانون رقم 121 لسنة 2008 على أنه: "استثناء من القواعد والإجراءات المنصوص عليها فى المادة 18 مكررا من قانون الإجراءات الجنائية بشأن التصالح يجوز للمخالف التصالح فورا فى الجرائم المنصوص عليها فى هذا القانون، عدا الجرائم الواردة فى المواد (70، 73 مكررا) والبند 6 من المادة (74) والبنود (4)، 5، 6، 7، 11) من المادة (75، 75 مكررا، 76، 76 مكررا)، أو خلال ثلاثة أيام من تاريخ الضبط وذلك مقابل دفع نصف الحد الأدنى للغرامة المقررة قانونا...." ويترتب على التصالح فى جميع الأحوال انقضاء الدعوى الجنائية... إلخ".

(ج) - فى قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999 (المعدل) :

تنص الفقرة الرابعة من المادة 534 من قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999 (المعدل) على أن : "للمجنى عليه ولوكيله الخاص فى الجرائم المنصوص عليها فى هذه المادة أن يطلب من النيابة العامة أو المحكمة بحسب الأحوال وفى أية حالة كانت عليها الدعوى إثبات صلحه مع المتهم (1)".

ويترتب على الصلح انقضاء الدعوى الجنائية ولو كانت مرفوعة بطريق الادعاء المباشر.

(1) والجرائم المنصوص عليها بالمادة هي:

(أ) إصدار شيك ليس له مقابل وفاء قابل للصرف.

(ب) استرداد كل الرصيد أو بعضه أو التصرف فيه بعد إصدار الشيك بحيث يصبح الباقي لا يفي بقيمة الشيك.

(ج) إصدار أمر المسحوب عليه بعدم صرف الشيك فى غير الحالات المقررة قانونا.

(د) تحرير شيك أو التوقيع عليه بسوء نية على نحو يحول دون صرفه.

(هـ) تظهير شيك للغير تظهيرا ناقلا للملكية أو تسليمه شيكا مستحق الدفع لحامله مع علمه بأنه ليس له مقابل وفاء يفي بكامل قيمته أو أنه غير قابل للصرف.

(و) العود إلى ارتكاب إحدى الجرائم السابقة خلال خمس سنوات من تاريخ الحكم عليه نهائيا فى أى منها.

(راجع فى التفصيل مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء فى قانون التجارة الجديد المجلد الثالث ص 832 وما بعدها).

وتأمر النيابة العامة بوقف تنفيذ العقوبة إذا تم الصلح أثناء تنفيذها ولو بعد صيرورة الحكم باتاً".

348- أمثلة للجرائم التى يتوقف فيها رفع الدعوى الجنائية على شكوى أو طلب أو إذن :

(أ) فى قانون الإجراءات الجنائية :

1- تنص المادة 8 من قانون الإجراءات الجنائية على أنه :

"لا يجوز رفع الدعوى الجنائية أو اتخاذ إجراءات فيها إلا بناء على طلب كتابى من وزير العدل فى الجرائم المنصوص عليها فى المادتين 181⁽¹⁾، 182⁽²⁾ من قانون العقوبات وكذلك فى الأحوال الأخرى التى ينص عليها القانون.

2- تنص المادة التاسعة من قانون الإجراءات الجنائية على أنه:

" لا يجوز رفع الدعوى الجنائية أو اتخاذ إجراءات فيها فى الجرائم المنصوص عليها فى المادة 184⁽³⁾ من قانون العقوبات إلا بناء على طلب كتابى من الهيئة أو رئيس المصلحة المجنى عليها.

وفى جميع الأحوال التى يشترط القانون فيها لرفع الدعوى الجنائية تقديم شكوى أو الحصول على إذن أو طلب من المجنى عليه أو غيره لا يجوز اتخاذ إجراءات التحقيق فيها إلا بعد تقديم هذه الشكوى أو الحصول على الإذن أو الطلب، على أنه

(1) تنص هذه المادة على أن يعاقب بالحبس أو بغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تزيد على عشرين ألف جنيه كل من عاب بإحدى الطرق المتقدم ذكرها فى حق ملك أو رئيس دولة أجنبية.

(2) تنص هذه المادة على أن يعاقب بغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تزيد على عشرين ألف جنيه كل من عاب بإحدى الطرق المتقدم ذكرها فى حق ممثل لدولة أجنبية معتمد فى مصر بسبب أمور تتعلق بأداء وظيفته.

(3) تنص هذه المادة على أن يعاقب بالحبس وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تزيد على عشرة آلاف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من أهان أو سب بإحدى الطرق المتقدم ذكرها مجلس الشعب أو مجلس الشورى أو غيرهما من الهيئات النظامية أو الجيش أو المحاكم أو السلطات أو المصالح العامة.

فى الجريمة المنصوص عليها فى المادة 185⁽¹⁾ من قانون العقوبات وفى الجرائم المنصوص عليها فى المواد 303⁽²⁾، 306⁽³⁾، 307⁽⁴⁾، 308⁽⁵⁾ من القانون المذكور إذا كان المجنى عليه فيها موظفا عاما أو شخصا ذا صفة نيابية عامة أو مكلفا بخدمة عامة وكان ارتكاب الجريمة بسبب أداء الوظيفة أو النيابة أو الخدمة

(1) تعاقب هذه المادة بالحبس مدة لا تتجاوز سنة وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تزيد على عشرة آلاف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من سب موظفا عاما أو شخصا ذا صفة نيابية عامة أو مكلفا بخدمة عامة بسبب أداء الوظيفة أو النيابة أو الخدمة العامة. وذلك مع عدم الإخلال بتطبيق الفقرة الثانية من المادة 302 إذا وجد ارتباط بين السب وجريمة كذب ارتكبتها المتهم ضد نفس من وقعت عليه جريمة السب.

(2) تنص المادة على أن:

"يعد قاذفا كل من أسند لغيره بواسطة إحدى الطرق المبينة بالمادة 171 من هذا القانون أمورا لو كانت صادقة ولأوجب عقاب من أسندت إليه بالعقوبات المقررة لذلك قانونا أو أوجب احتقاره عند أهل وطنه.

ومع ذلك فالطعن فى أعمال موظف عام أو شخص ذى صفة نيابية عامة أو مكلف بخدمة عامة لا يدخل تحت حكم الفقرة السابقة إذا حصل بسلامة نية وكان لا يتعدى أعمال الوظيفة أو النيابة أو الخدمة العامة، وبشرط أن يثبت المتهم حقيقة كل فعل سنده إلى المجنى عليه.... إلخ.

(3) تنص هذه المادة على أن:

"كل سب لا يشتمل على إسناد واقعة معينة بل يتضمن بأى وجه من الوجوه خدشا للشرف أو الاعتبار يعاقب عليه فى الأحوال المبينة بالمادة 171 بغرامة لا تقل عن ألفى جنيه ولا تزيد على عشرة آلاف جنيه".

(4) تنص هذه المادة على أن:

"إذا ارتكبت جريمة من الجرائم المنصوص عليها فى المواد من 182 إلى 185 و303 و306 بطريق النشر فى إحدى الجرائد أو المطبوعات رفعت الحدود الدنيا والقصى لعقوبة الغرامة المبينة فى المواد المذكورة إلى ضعفها".

(5) تنص هذه المادة على أن:

"إذا تضمن العيب أو الإهانة أو القذف أو السب الذى ارتكب بإحدى الطرق المبينة فى المادة (171) طعنا فى عرض الأفراد أو خدشا لسمعة العائلات تكون العقوبة الحبس والغرامة معا فى الحدود المبينة فى المواد 179، 181، 182، 303، 306، 307 على ألا تقل الغرامة فى حالة النشر فى إحدى الجرائد أو المطبوعات عن نصف الحد الأقصى وألا يقل الحبس عن ستة شهور.

العامة يجوز اتخاذ إجراءات التحقيق فيها دون حاجة إلى تقديم شكوى أو طلب إذن.

وقد نصت المادة العاشرة على أنه: "لمن قدم الشكوى أو الطلب في الأحوال المشار إليها في المواد السابقة وللمجنى عليه في الجريمة المنصوص عليها في المادة 185 من قانون العقوبات وفي الجرائم المنصوص عليها في المواد 303، 306، 307، 308 من القانون المذكور إذا كان موظفا عاما أو شخصا ذا صفة نيابية عامة أو مكلفا بخدمة عامة وكان ارتكاب الجريمة بسبب أداء الوظيفة أو النيابة أو الخدمة العامة أن يتنازل عن الشكوى أو الطلب في أي وقت إلى أن يصدر في الدعوى حكم نهائي وتنقضى الدعوى الجنائية بالتنازل.

وفي حالة تعدد المجنى عليهم لا يعتبر التنازل صحيحا إلا إذا صدر من جميع من قدموا الشكوى. والتنازل بالنسبة لأحد المتهمين يعد تنازلا بالنسب للباقيين.

وإذا توفي الشاكي فلا ينتقل حقه في التنازل إلى ورثته، إلا في دعوى الزنا فلكل واحد من أولاد الزوج الشاكي من الزوج المشكو أن يتنازل عن الشكوى وتنقضى الدعوى.

(ب) - في القرار بقانون رقم 66 لسنة 1963 (المعدل) بإصدار قانون الجمارك :

تنص المادة 124 من القرار بقانون المذكور على أنه:

"لا يجوز رفع الدعوى العمومية أو اتخاذ أية إجراءات في جرائم التهريب إلا بطلب كتابي من المدير العام للجمارك أو من نيابه. وللمدير العام للجمارك أن يجرى التصالح أثناء نظر الدعوى أو بعد الحكم فيها حسب الحال مقابل التعويض كاملا أو ما لا يقل عن نصفه.

ويجوز في هذه الحالة رد البضائع المضبوطة كلها أو بعضها بعد دفع الضرائب المستحقة عليها ما لم تكن من الأنواع الممنوعة. كما يجوز رد وسائل النقل والأدوات والمواد التي استعملت في التهريب.

ويترتب على التصالح انقضاء الدعوى العمومية أو وقف تنفيذ العقوبة الجنائية وجميع الآثار المترتبة على الحكم حسب الحال".

كما تقضى المادة 124 مكررا بأن :

"مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد يقضى بها قانون آخر يعاقب على تهريب البضائع

الأجنبية بقصد الاتجار أو الشروع فيه أو على حيازتها بقصد الاتجار مع العلم بأنها مهربة بالحبس مدة لا تقل عن سنتين ولا تجاوز خمس سنوات وبغرامة لا تقل عن ألف جنيه ولا تجاوز خمسين ألف جنيه وتطبق سائر العقوبات والأحكام الأخرى المنصوص عليها في المادة 122 وفي حالة العود يجب الحكم بمثل العقوبة والتعويض".

واستثناء من أحكام المادة 124 من هذا القانون لا يجوز رفع الدعوى العمومية في الجرائم المنصوص عليها في الفقرة السابقة إلا بناء على طلب من وزير المالية أو من ينييه. ويجوز لوزير المالية أو من ينييه إلى ما قبل صدور حكم في الدعوى العمومية الصلح مقابل أداء مبلغ التعويض كاملاً، ولا يترتب على الصلح رد البضائع المضبوطة في الجرائم المشار إليها وإنما يجوز رد وسائل النقل والمواد التي استخدمت في التهريب. ويترتب على الصلح انقضاء الدعوى العمومية في الجرائم".

(ج) - في القرار بقانون رقم 92 لسنة 1964 في شأن تهريب التبغ:

تنص المادة الرابعة من القرار بقانون المذكور على أن :

"لا يجوز رفع الدعوى العمومية أو اتخاذ أية إجراءات في الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون إلا بطلب مكتوب من وزير الخزانة أو من ينييه. ولوزير الخزانة أو من ينييه التصالح في جميع الأحوال مقابل تحصيل ما لا يقل عن نصف التعويض المنصوص عليه في هذا القانون، وفي هذه الحالة تعدم المواد التي استعملت ويجوز رد وسائل النقل والأدوات ويترتب على التصالح انقضاء الدعوى العمومية أو وقف تنفيذ العقوبة الجنائية مع جميع الآثار المترتبة على الحكم حسب الأحوال".

349 - هل يجوز التصالح على الضرائب والرسوم؟

يتعين في هذا الشأن التمييز بين أمرين الأمر الأول : هو التزام الممول بدفع الضريبة. وهذا لا يجوز الصلح عليه لأن هذا الالتزام مرده إلى الأساس القانوني للضريبة الذي يقوم على مبدأ سيادة الدولة التي يعطيها الحق في أن تلزم رعاياها والمقيمين على أرضها بدفع الضرائب.

ومن ثم يمكن القول بأن التزام الممول بدفع الضريبة من النظام العام فلا يجوز أن يكون محلاً للصلح.

والأمر الثاني: هو المبالغ المستحق دفعها على الممول كضرائب أو رسوم أو ما يسمى بدين الضريبة. وهذه المبالغ قد تكون محل نزاع بين الممول والإدارة الضريبية فجاز أن تكون محلا للصلح⁽¹⁾.
ونرى أنه يجوز الاتفاق على تقسيط هذه المبالغ.

السبب في عقد الصلح

350- المفهوم التقليدي للسبب :

يذهب أتباع النظرية التقليدية في السبب، إلى أن السبب في عقد الصلح هو الهدف المباشر الذي يسعى كل من الطرفين إلى تحقيقه. وعلى ذلك يكون سبب التزام كل طرف هو نزول الطرف الآخر عن جزء من ادعائه. وذلك طبقا للنظرية التقليدية في العقود التبادلية الأخرى في أن سبب التزام كل عاقد في العقود الملزمة للجانبين هو التزام الآخر. وعلى هذا يختلط السبب في عقد الصلح بالمحل اختلاطا تاما⁽²⁾.

351- المفهوم الحديث للسبب :

تذهب النظرية الحديثة في السبب، إلى أن السبب في عقد الصلح هو الباعث الدافع على التعاقد، أي الباعث الذي دفع المتصلحين على إبرام الصلح. وهذا الباعث يختلف في عقد الصلح الواحد من متصالح لآخر، كما يختلف في عقود الصلح من عقد لآخر.

فقد يكون الباعث على الصلح العزوف عن اللجوء إلى القضاء وما يستتبعه من إجراءات طويلة ومصروفات باهظة أو الحيلولة من إذاعة علاقة عائلية، أو إبقاء على

(1) يس يحيى ص 331 - محمد حلمي مراد مالية الدولة ص 158 وما بعدها - وقارن السنهاوي ص 559، عرفه ص 308 هامش (4) فيريان أنه لا يجوز الصلح على الضرائب والرسوم إذا كان الحق في تحصيلها مقررا بصفة نهائية وليس محلا للنزاع، وإنما يجوز الاتفاق على تقسيطها. أما إذا كان الحق ذاته محلا للنزاع، جاز الصلح، فيجوز الصلح على الرسوم الاختيارية التي تحصلها المجالس البلدية.

ونضيف إلى أنه لا يجوز الصلح على الأموال العامة وعلى أحكام القانون المتعلقة بإصابة العمل لتعلقهما بالنظام العام.

(2) محمد على عرفه ص 313 - يس يحيى ص 265.

صلة بذى قربي أو صديق، أو مراعاة لواجب الاعتراف بالجميل للخصم أو حرصا على مصلحة لدى عميل.

ويشترط أن يكون الباعث الدافع إلى إبرام الصلح مشروعا أى غير مخالف للنظام العام أو الآداب.

ومن فإنه إذا صالح شخص امرأة للمحافظة على علاقة آثمة بها أو صالح شخص آخر على نزاع متعلق بإيجار منزل حتى يتمكن من إدارته للدعارة أو للعب القمار، فإن الباعث الدافع على الصلح فى هذه الحالة يكون غير مشروع.

ويكون الصلح باطلا لعدم مشروعية السبب إذا كان الطرف الآخر فى العقد على علم بهذا الباعث أو يستطيع أن يعلمه أو من السهل عليه أن يتبينه⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"وحيث إن المادة 136 من القانون المدنى تنص على أنه إذا لم يكن للالتزام سبب أو كان سببه مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا- وتنص المادة 137 من ذلك القانون على أن كل التزام لم يذكر له سبب يفترض أن له سببا مشروعا مالم يقم الدليل على غير ذلك - ويعتبر السبب المذكور فى العقد هو السبب الحقيقى حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك - فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعى أن للالتزام سببا آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه ومؤدى هذا أن القانون قد وضع قرينة قانونية يفترض بمقتضاها أن للعقد سببا مشروعا - ولو لم يذكر هذا السبب - فإن ذكر فى العقد فإنه يعتبر السبب الحقيقى الذى قبل المدين أن يلتزم من أجله - وإذا ادعى المدين أن السبب المذكور فى العقد هو سبب صورى فعليه أن يقدم الدليل القانونى على هذه الصورية - وبذلك ينتقل عبء إثبات أن للعقد سببا آخر مشروعا على عاتق المتمسك - ولما كان يبين مما أورده الحكم المطعون فيه أن ثمة تلازما بين عقد البيع وعقد الصلح الذى تضمن التنازل عن دعوى الحجر المبرمين فى تاريخ واحد وأن المحكمة فى حدود سلطتها الموضوعية قد استخلصت بأدلة مستمدة من أقوال الطاعن وإقراراته والشكوى

(1) محمود جمال الدين زكى ص 35 وما بعدها - السنهاورى ص 561 وما بعدها- وقارن يس يحيى ص 378 وما بعدها، فهو يجعل للصلح سببا مزدوجا هو وضع حد للنزاع القائم أو المحتمل بين الطرفين والباعث الدافع إلى التعاقد.

الإدارية أنه لم يدفع ثمننا إلى المطعون عليها الأولى ومورثها - فإنها تكون بذلك قد تحققت من صورية السبب الوارد في عقد البيع - ومن أن عقد البيع إنما حرر في مقابل التنازل عن دعوى الحجر - لما كان ذلك، وكانت المادة 551 من القانون المدني لا تحيز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية - فإن عقد الصلح المؤرخ 25 أكتوبر سنة 1950 فيما اشتمل عليه من تنازل عن قضية الحجر يكون عديم الأثر قانوناً - والحكم المطعون فيه إذ انتهى إلى بطلان عقد البيع يكون صحيحاً قانوناً في نتيجته ولا جدوى بعد ذلك من النعى بما أثاره الطاعن في السببين الثاني والخامس بشأن خطأ الحكم فيما استظهره من أن العقد شابه إكراه".

(طعن رقم 86 لسنة 26 ق جلسة 1962/12/27)



مادة (552)

لا يثبت الصلح إلا بالكتابة أو بمحضر رسمي.

الشرح

352- إثبات عقد الصلح:

تنص المادة على أنه لا يثبت الصلح إلا بالكتابة أو بمحضر رسمي. والمقصود "بالكتابة" هنا أى كتابة ولو كانت عرفية. والمقصود "بمحضر رسمي" هو محضر الصلح الذى يقدمه الخصوم للقاضى فيقوم بالتصديق عليه وإحاقه بمحضر الجلسة. وكان النص كما ورد فى المادة (741) من المشروع التمهيدي خلوا من عبارة "أو بمحضر رسمي" إلا أن هذه العبارة أضيفت إلى المادة فى لجنة القانون المدنى لأن اشتراط الكتابة فى إثبات الصلح يوهم بوجود صدور الكتابة من الطرفين مع أن الصلح يثبت فى محضر رسمي أمام القاضى.

وجاء بتقرير اللجنة: "أضيفت إلى المادة عبارة "أو بمحضر رسمي" لأن الصلح يقع أحيانا فى المحاكم ويثبت فى محضرها⁽¹⁾. والحكمة من اشتراط الكتابة للإثبات أن الصلح يتضمن عادة كثيرا من الاتفاقات والاشتراطات التى هى ثمرة المفاوضات والمساومات الطويلة، التى لا يمكن الركون فيها على ذاكرة الشهود، كما أنه ليس من اللائق أن يكون الصلح وهو الذى يجب أن يفض نزاعا، سببا فى نشوء نزاع آخر فى إثباته⁽²⁾.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص447 وما بعدها - وكانت المادة - كما وردت بالمشروع - تتضمن فقرة ثانية تنص على أن: "وإذا تضمن الصلح إنشاء حق عينى على عقار، أو نقل هذا الحق، أو تعديله، أو إنهائه، وجب تطبيق الأحكام المتعلقة بالتسجيل" وما جاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدي" وقد يسلم أحد المتصالحين للآخر بأن له حقا عينيا على عقار، فيجب أن يسجل الصلح فى هذه الحالة حتى يسرى فى حق الغير، أما فيما بين المتصالحين فيسرى دون تسجيل" إلا أنها حذفت فى لجنة المراجعة.

(2) محمود جمال الدين زكى ص 39 وما بعدها.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى عن ذلك :

"..... وعلة ذلك مفهومه، فإن الصلح لحسم النزاع، فلا يجوز أن يخلق هو نزاعاً آخر قد ينشأ عن إباحة إثباته بالبينة. والمتصالحون يحرصون عادة على إثبات ما اتفقوا عليه لحسم النزاع فى ورقة مكتوبة"⁽¹⁾.

وقد اشترط النص الكتابة للإثبات، وليس للانعقاد، لأن عقد الصلح - كما رأينا سلفاً - عقد رضائى ينعقد بالإيجاب والقبول.

ومن ثم يترتب على ذلك أنه إذا لم توجد كتابة لإثبات الصلح، جاز إثباته بالإقرار واليمين، ويجوز استجواب الخصم لاحتمال أن يقر بالصلح.

كذلك يجوز إثبات الصلح بالبينة والقرائن ولو زادت قيمته على ألف جنيه إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي، أو إذا فقد السند الكتابي الذي كان معداً من قبل بسبب أجنبي (م 63 من قانون الإثبات).

كذلك يجوز الإثبات بشهادة الشهود إذا وجد مبدأ ثبتت بالكتابة (م 1/62) من قانون الإثبات).

وإذا كان موضوع الصلح عملاً تجارياً جاز إثباته بكافة طرق الإثبات ولو تجاوزت قيمته خمسمائة جنيه (م 60 من قانون الإثبات)⁽²⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى :

".... والكتابة لازمة للإثبات لا للانعقاد، فيجوز الإثبات باليمين والإقرار، ولكن لا يجوز الإثبات بالبينة أو بالقرائن ولو فى صلح لا تزيد قيمته على عشرة جنيهات "ألف جنيه الآن" إلا إذا وجد مبدأ ثبتت بالكتابة أو إذا وجد مانع يحول دون الحصول على الكتابة"⁽³⁾.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 4 ص 447.

(2) السنهوري ص 529 - محمد على عرفه ص 297 - يس محمد يحيى ص 417.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 4 ص 447.

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن :

"..... وإذا كان القانون المدنى قد نص فى المادة 552 منه على أن " لا يثبت الصلح إلا بالكتابة أو بمحضر رسمى فهذه الكتابة لازمة للإثبات لا للانعقاد وتبعاً لذلك يجوز الإثبات بالبينة أو القرائن إذا وجد مبدأً ثبوت بالكتابة..... إلخ ".
(طعن رقم 920 لسنة 14 ق جلسة 1976/1/14)

353- إثبات الصلح فى ظل القانون المدنى القديم:

لم يرد نص فى القانون المدنى القديم خاص بإثبات الصلح. ولذلك كانت تطبق القواعد العامة فى الإثبات فيجوز إثباته بالبينة إذا لم تتجاوز قيمته عشرة جنيهات. غير أن المحاكم المختلطة ألزمت نفسها بنص الفقرة الثانية من المادة (2044) من القانون المدنى الفرنسى التى أوجبت أن يحرر عقد الصلح بالكتابة، واقتضت إثبات عقد الصلح بالكتابة أياً كانت قيمته، بل كانت هذه المحاكم أشد غلواً فى تفسير النص المذكور من المحاكم الفرنسية نفسها، فلم تجز الإثبات بالبينة عند وجود مبدأً ثبوت بالكتابة⁽¹⁾.

الصلح القضائى

نظمت الصلح القضائى المادة 103 من قانون المرافعات إذ نصت على أن: "للخصوم أن يطلبوا إلى المحكمة فى أية حالة تكون عليها الدعوى إثبات ما اتفقوا عليه فى محضر الجلسة ويوقع منهم أو من وكلائهم فإذا كانوا قد كتبوا ما اتفقوا عليه ألحق الاتفاق المكتوب بمحضر الجلسة وأثبت محتواه فيه. ويكون لمحضر الجلسة فى الحالين قوة السند التنفيذى وتعطى صورته وفقاً للقواعد المقررة لإعطاء صور الأحكام. ومع ذلك إذا كان طلب الخصوم يتضمن إثبات اتفاقهم على صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية فلا يحكم بإلحاق ما اتفقوا عليه - كتابة أو شفاهة بمحضر الجلسة إلا إذا تم شهر الاتفاق المكتوب أو صورة رسمية من محضر الجلسة الذى أثبت

(1) استئناف مختلط 13 نوفمبر 1879، 10 أبريل 1881 مشار إليهما فى مؤلف محمود جمال زكى ص 40 هامش (4).

فيه الاتفاق" (1).

ونعرض لشرح هذا النص بالتفصيل فيما يلي.

354- طريقا الصلح القضائي :

لإثبات الصلح القضائي بمحضر جلسة المحكمة التي تنتظر الدعوى طريقان: **الأول:** أن يدلى الطرفان شفاهة بمضمون ما اتفقا عليه ليكون له قوة السند واجب النفاذ فيتولى القاضي إثبات ما اتفقا عليه بمحضر الجلسة، ثم يوقع الطرفان أو وكلاؤهما المفوضين بالصلح على المحضر.

والثاني: أن يدون الطرفان ما اتفقا عليه أى ما تصالحا عليه فى محرر، ثم يقدمان هذا المحرر إلى المحكمة ويطلبان إثبات محتواه فى محضر الجلسة ليكون له قوة السند واجب النفاذ.

إنما لا يجوز للمحكمة التصديق على الصلح إذا تخلف الطرفان أو أحدهما عن الحضور أمامها. أو إذا حضر الطرفان ولم يطلبوا أو لم يطلب أحدهما من المحكمة التصديق على الصلح.

والحكمة فى ذلك أن القاضى وهو يصدق على الصلح يقوم بدور الموثق الذى يثبت حصول هذا الصلح أمامه بصفة رسمية، ولا يجوز بحال من الأحوال أن يصدق على صلح لم يحصل أمامه بحجة أنه موقع عليه من الطرفين، لأن هذا الصلح عرفى، ولا يكون رسمياً إلا بالإقرار عليه من الطرفين بإيجاب وقبول جديدين أمامه.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إذا حرر الخصوم فى دعوى تزوير ودعوى أخرى موضوعية محضر صلح حسموا به النزاع القائم بينهم فى هاتين الدعويتين، وبعد أن وقعوه طلب بعضهم من محكمة الاستئناف التصديق عليه وعارض البعض الآخر لعله أبداها، فإن محكمة الاستئناف - وقد جعلها من طلبوا التصديق على الصلح فى مركز الموثق - يتعين عليها أن تمتنع عن التصديق، كما يتعين عليها - احتراماً لقوة عقد الصلح المستمدة من القانون - أن تحكم بإيقاف الفصل فى دعوى التزوير لحين الفصل فى المنازعة فى ذلك العقد. فإذا لم تفعل

(1) أضيفت الفقرة الثالثة للمادة بموجب القانون رقم 6 لسنة 1991 - الجريدة الرسمية العدد 10

مكرر فى 1991/3/13.

المحكمة ذلك وفصلت في دعوى التزوير مؤسسة حكمها على تفسيرها محضر الصلح المتنازع فيه فإنها تكون قد تجاوزت سلطتها وأخلت بحق الدفاع وذلك يوجب نقض حكمها".

(طعن رقم 4 لسنة 6 ق جلسة 1936/5/28)

2- "النص في المادة 103 من قانون المرافعات على أنه "للخصوم أن يطلبوا إلى المحكمة في أية حالة تكون عليها الدعوى إثبات ما اتفقوا عليه في محضر الجلسة ويوقع منهم أو من وكلائهم - فإذا كانوا قد كتبوا ما اتفقوا عليه ألحق الاتفاق المكتوب بمحضر الجلسة وأثبت محتواه فيه. ويكون لمحضر الجلسة في الحالين قوة السند التنفيذي. وتعطى صورته وفقا للقواعد المقررة لإعطاء صور الأحكام" مفاده أن القاضي وهو يصدق على الصلح لا يكون قائما بوظيفة الفصل في خصومة بل تكون مهمته مقصورة على إثبات ما حصل أمامه من اتفاق بمقتضى سلطته الولائية وليس بمقتضى سلطته القضائية. ومن ثم فإذا ما انتهى الخصوم في الدعوى إلى التصالح بشأن كل الطلبات فيها أو في شق منها سواء أمام محكمة أول درجة أو أمام محكمة ثان درجة فإن ولاية المحكمة تتقضى على الخصومة برمتها أو على الشق المتصالح عليه منها إذا كان الصلح جزئيا، ولا يجوز لها عند التصديق على الصلح أن تتصدى للفصل في المصروفات".

(طعن رقم 3768 لسنة 71 ق جلسة 2004/12/21)

3- "إذ كان الثابت من محضر جلسة..... أمام محكمة أول درجة حضور الخصوم جميعا أمام المحكمة كل بوكيله، وقدموا عقد صلح يحمل ذات تاريخ الجلسة يتضمن انتهاء النزاع صلحا على عقدي البيع (المطلوب صحتها ونفاذهما) المؤرخين 1999/8/14، 2000/12/26 الصادر أولهما عن المطعون ضده الأول وثانيهما عن المطعون ضده الثاني وطلبوا إلحاق عقد الصلح بمحضر الجلسة وإثبات محتواه فيه وجعله في قوة السند التنفيذي، إلا أن المحكمة لم تطلع على التوكيلات الصادرة إليهم، وفي الجلسات التالية طلبت من وكلاء الخصوم تقديم هذه التوكيلات، فقدم كل من وكلي الطاعن والمطعون ضده الأول التوكيلين الصادرين إليهما وتبين للمحكمة أنهما يتضمنان التفويض بالصلح، ولم يحضر المطعون ضده الثاني أمام محكمة الموضوع بدرجتيها لا بشخصه للإقرار بالصلح ولا بوكيله، الأمر الذي كان يوجب على المحكمة أن تقضى بإلحاق عقد الصلح فيما يتعلق بعقد البيع المؤرخ 1999/8/14 الصادر عن المطعون ضده الأول بمحضر الجلسة إعمالا لحكم المادة 1/103 من قانون المرافعات، وإذ خالف

الحكم المطعون فيه هذا النظر فيما يتعلق بهذا العقد وأيد الحكم الابتدائي فيما قضى به في موضوع الدعوى بصحته ونفاذه فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه".

(طعن رقم 304 لسنة 74 ق جلسة 2005/5/19)

وإذا حضر الطرفان أمام القاضي وعدل أحدهما عن الصلح، فلا يجوز للقاضي التصديق عليه.

2- يجب أن تتحقق المحكمة من أن الصلح توافرت له مقومات الصلح وكافة أركانها.

3- يجب ألا يخالف الصلح النظام العام أو الآداب وهو ما سنعرض له في موضعه من الكتاب.

355- الصلح في دعوى صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية :

أضاف المشرع إلى المادة 103 مرافعات فقرة ثالثة بمقتضى القانون رقم 6 لسنة 1991 تقضى بأن: "ومع ذلك إذا كان طلب الخصوم يتضمن إثبات اتفاقهم على صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية فلا يحكم بإلحاق ما اتفقوا عليه - كتابة أو شفاهة - بمحضر الجلسة إلا إذا تم شهر الاتفاق المكتوب أو صورة رسمية من محضر الجلسة الذى أثبت فيه الاتفاق".

وقد تغيا المشرع من ذلك حث أصحاب الشأن على التوجه إلى شهر تصرفاتهم العقارية وعدم التحايل على هذا الطريق الذى قرره القانون برفع دعاوى صحة التعاقد.

فقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون: "وقد تناسقت جملة هذه التعديلات التى أدخلت على قانون المرافعات المدنية والتجارية مع التعديل الوارد على قانون رسوم التوثيق والشهر بإضافة المادة 24 مكررا إليه فى خدمة الغرض الذى تغياه المشرع من حث لأصحاب الشأن على التوجه إلى شهر تصرفاتهم العقارية وعدم التحايل على هذا الطريق الذى قرره القانون برفع دعاوى صحة التعاقد، فلم يعد من الجائز التوجه إلى القضاء بأى طلب يستهدف الحكم بصحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية إلا إذا شهر هذا الطلب، سواء فى ذلك اتخذ الطلب شكل دعوى مبتدأة أو قدم كطلب عارض، أو أى طلب انبنى عليه طلب تدخل فى دعوى قائمة أو كان طلبا بإثبات اتفاق الخصوم على حق من هذه الحقوق قدم كتابة أو ورد شفاهة فى الجلسة وإذ يتوجه صاحب الشأن لشهر

طلبه فإنه يلتزم بأداء 25% من الرسم المستحق وفقا لحكم المادة 24 مكررا من قانون رسوم التوثيق والشهر، وهو الأمر الذى يشكل حافزا لإتمام عملية الشهر وعدم السير فى طريق التقاضى إذا لم يكن هناك نزاعا حقيقيا يلجئه إلى هذا الطريق، ويزيد من قوة هذا الحافز فى السنوات اللاحقة على العمل بهذا القانون ذلك التخفيض فى قيمة الرسوم المنصوص عليها فى المادة الخامسة من المشروع.

ومقتضى هذه الفقرة المضافة أنه فى حالة رفع دعوى صحة تعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية كعقد بيع مبنى أو وحدة منه أو قطعة أرض زراعية أو قطعة أرض فضاء أو حق انتفاع... إلخ. وأراد الطرفان التصالح أمام المحكمة بشأنها، فإنه عليهما أن يشهرا عقد الصلح إن كان مكتوبا وصورة رسمية من محضر الجلسة الذى أثبت فيه الصلح إن كان قد تم شفاهة وحينئذ تلتزم المحكمة بتأجيل الدعوى لتمكينهما من الشهر، إلا إذا كان الصلح مكتوبا وتم شهره قبل تقديمه.

فإذا لم يتم الشهر امتنع على المحكمة التصديق على محضر الصلح وتقضى بعدم قبوله. وإنما يجب عليها المضى فى نظر الدعوى، ولها أن تتخذ عقد الصلح المكتوب أو الصلح المثبت بمحضر الجلسة سندا تقضى بمقتضاه فى الدعوى، لأن المحذور على المحكمة هو التصديق على الصلح. وعندئذ يكون الحكم الصادر فى الدعوى كسائر الأحكام فى خضوعها لأحكام الطعن.

وينطبق هذا الحكم سواء رفعت دعوى صحة التعاقد فى شكل دعوى مبتدأة، أو قدمت كطلب عارض أو طلب انبنى عليه طلب تدخل فى دعوى قائمة أو كان طلبا بإثبات اتفاق الخصوم على حق من هذه الحقوق قدم كتابة أو ورد شفاهة فى الجلسة.

ويسرى هذا الحكم ابتداء من العمل بالقانون رقم 6 لسنة 1991 بتاريخ 14/3/1991. وقد ذهبت محكمة النقض فى حكم حديث لها إلى أنه يغنى عن شهر الصلح، أن تكون صحيفة الدعوى بصحة التعاقد قد سبق شهرها، ولم يتضمن الصلح غير ذات الطلبات الواردة فى الصحيفة المشهورة أما إذا انطوى على حقوق عينية أخرى غير تلك التى شملتها صحيفة الدعوى تعين شهره.

إذ ذهبت إلى أن :

"إذا كان هذا التعديل الوارد على النصين المشار إليهما (التعديل الحاصل بمقتضى

القانون 6 لسنة 1991 في مادته الخامسة على كل من المادتين 65، 103 من قانون المرافعات بإضافة فقرة جديدة إلى كل منهما).... تدل إشارته - وإن لم تقدم عبارته على أن شهر الاتفاق على صحة التعاقد على حق من الحقوق آنفة البيان (الحقوق العينية العقارية) لا يجب ولا يلزم مادامت صحيفة الدعوى بصحة هذا التعاقد قد سبق شهرها ولم يتضمن هذا الاتفاق غير ذات الطلبات الواردة في الصحيفة المشهورة أما إذا انطوى على حقوق عينية أخرى غير تلك التي شملتها صحيفة الدعوى تعين شهره إذ أن دلالة الإشارة باستقراء أساليب اللغة العربية وما قدره علماؤها - هي دلالة النص عن معنى لازم لما يفهم من عبارته غير مقصود من سياقه يحتاج فهمه إلى فضل تأمل أو أناة حسب ظهور وجه التلازم وخفائه. والمعروف أن المعنى المتبادر من إشارة النص على هذا النحو من الدلالات المعتبرة في فهم النصوص لأن دلالة النص ليست قاصرة على ما يفهم من عبارته وحروفه وهو ما يعبر عنه رجال القانون بالنص الصريح بل هو قد يدل أيضا على معان تفهم من إشارته ومن قضائه وكل ما يفهم منه المعاني بأى طريق من هذه الطرق يكون من مدلولات النص ويكون النص دليلا وحجة عليه ويجب العمل به وإذ لم يفظن الحكم المطعون فيه إلى المعنى المفهوم من هذا التعديل الحاصل للمادتين 65، 103 من قانون المرافعات المشار إليه ووقف به عند دلالة عبارة نص المادة 103 وحده من وجوب شهر الاتفاق في كل حال دون أن يمعن التأمل في المعنى اللازم للمعنى المتبادر من هذا اللفظ مع دلالة نص المادة 65 حسبما سلف إيضاحه ومع ما ليس في المعنى المتبادر من عبارة أى منهما ما يتصادم أو يتنافر مع ما يؤخذ منها بطريق الإشارة وخلص إلى تأييد الحكم الابتدائي الذي رفض التصديق على الصلح المقدم من أطراف النزاع لعدم شهره رغم سبق شهر صحيفة دعوى صحة التعاقد وعدم انطواء اتفاق الصلح على حقوق غير ذلك التي تضمنتها هذه الصحيفة المشهورة فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون".

(طعن رقم 4685 لسنة 67 ق جلسة 2000/5/18)⁽¹⁾

(1) وعكس ذلك المستشار عز الدين الدناصورى والأستاذ حامد عكاز في التعليق على قانون المرافعات الطبعة السابعة 1992 ص 384 وما بعدها - الدكتور أحمد مليجي في التعليق على قانون المرافعات الجزء الثانى الطبعة الثالثة ص 847، إذ يريان أنه لا يغنى عن شهر الصلح

ولما كان التعديل الذى صدر به القانون رقم 6 لسنة 1991 يتعلق بتنظيم الملكية العقارية فإنه يكون متعلقا بالنظام العام مما مؤداه أن تتصدى له المحكمة من تلقاء نفسها. فإذا تبين لها عدم تمام إجراءات الشهر قضت ومن تلقاء نفسها بعدم قبول طلب التصديق على محضر الصلح⁽¹⁾.

356- التدخل الهجومي فى حالة طلب التصديق على الصلح :

إذا طلب طرفا الدعوى التصديق على عقد صلح، وتدخل آخر فى الدعوى طالبا لنفسه بحق ذاتى أى تدخل هجوميا فى الدعوى، فإنه يتعين على المحكمة ألا تحكم فى موضوع الدعوى أو تقبل الصلح فى شأنه إلا بعد الفصل فى موضوع التدخل، وذلك باعتبار أن هذا البحث هو مما يدخل فى صميم الدعوى المطروحة عليها، وعلى أساس أن الحكم الذى تصدره المحكمة فى موضوع الدعوى أو بإلحاق الصلح المبرم بشأنه

سبق شهر صحيفة دعوى صحة التعاقد عملا بالفقرة الأخيرة من المادة 65 من قانون المرافعات ولا يجوز التحدى بأن الحكمة من شهر محضر الصلح تكون منتفية فى هذه الحالة، لأن شهر صحيفة الدعوى دون شهر محضر الصلح ليس من شأنه نقل الملكية التى كانت هدف الشارع.

ويلاحظ أن مصلحة الشهر العقارى والتوثيق سيق أن أصدرت المنشور رقم 16 فى 17/11/1991 بعدم المطالبة بشهر طلبات الصلح فى دعاوى التى سبق شهر صحيفتها. وقد جرى نص هذا المنشور على ما يأتى:

"إلحاقاً بالمشورات الفنية أرقام 2، 11 لسنة 1991 - المذاعة بشأن أحكام القانون رقم 6 لسنة 1991 بتعديل بعض أحكام القرار بقانون رقم 70 لسنة 1964 بشأن رسوم التوثيق والشهر وقانون المرافعات المدنية والتجارية وتأكيدا لما سبق إذاعته من تعليمات بالمشور الفنى 2 لسنة 1992 فقد أخطرنا السيد المستشار مساعد وزير العدل لشئون المحاكم بصورة الكتاب الدورى رقم (18) لسنة 1991 المذاع على المحاكم والذى تضمن التعليمات التى تقضى بعدم المطالبة بشهر طلبات الصلح التى تقدم من الخصوم فى دعاوى صحة التعاقد التى شهرت صحيفتها وسددت الأمانة القضائية المستحقة عليها طالما أن الصلح قد انصب على ذات الطلبات الواردة بصحيفة افتتاح الدعوى ولم يتجاوزها إلى حق آخر من الحقوق العينية العقارية واجبة الشهر فإذا تبين تجاوز الصلح لموضوع الدعوى تعين شهره وفقا للقانون. لذا يقتضى العلم ومراعاة تنفيذ ما تقدم.

رئيس القطاع

الأمين العام

(2) المستشار مصطفى هرجه قانون المرافعات المدنية والتجارية المجلد الثانى الطبعة الثالثة ص 138.

بمحضر الجلسة، يتوقف على التحقق من عدم سلامة ادعاء المتدخل.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "تمسك طالبي التدخل فى دعوى صحة التعاقد بأنهم هم المالكون للأطيان المبيعة، يعد تدخلا اختصاميا يطلب به المتدخلون حقا ذاتيا لأنفسهم، ويوجب على المحكمة المنظورة أمامها الدعوى قبول تدخلهم باعتباره مرتبطا بالدعوى الأصلية ويتعين عليها ألا تحكم بصحة التعاقد أو تقبل الصلح بشأنه إلا بعد الفصل فى موضوع طلبهم، وذلك باعتبار أن هذا البحث هو مما يدخل فى صميم الدعوى المطروحة عليها، وعلى أساس أن الحكم الذى تصدره المحكمة بصحة التعاقد أو بإلحاق الصلح المبرم بشأنه بمحضر الجلسة، يتوقف على التحقق من عدم سلامة ادعاء المتدخلين".

(طعن رقم 505 لسنة 35 ق جلسة 1970/2/3)

2- "لغير الذى أضر الصلح بحقوقه عن طريق الغش أن يرفع دعوى أصلية ببطلانه أو يبدى الدفع بالبطلان بالتدخل فى الدعوى التى حصل فيها الصلح فإذا تدخل الغير فى دعوى منظورة، مدعيا أن الصلح أضر بحقوقه، ودفع الخصم فى مواجهته بانتهاء الدعوى صلحا كان فى مكنته الرد على هذا الدفع ببطلان الصلح، ولا يجوز رفض التدخل إلا تأسيسا على أن الصلح قد أنهى الدعوى وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان الصلح صحيحا، ومن ثم فلا سبيل إلى رفض طلب التدخل إلا بحكم يقضى بصحة الصلح".

(طعن رقم 146 لسنة 36 ق جلسة 1970/5/14)

3- "تمسك المتدخلة فى دعوى صحة التعاقد بطلب رفض الدعوى لبطلان عقد البيع، يعد تدخلا خصاميا تطلب به المتدخلة لنفسها حقا ذاتيا مرتبطا بالدعوى الأصلية ويتعين على المحكمة ألا تقضى بصحة التعاقد أو تقبل الصلح بشأنه إلا بعد الفصل فى طلب التدخل رفضا أو قبولا، اعتبارا بأن هذا البحث هو مما يدخل فى صميم الدعوى المطروحة، وعلى أساس أن الحكم الذى يصدر بصحة التعاقد أو بإلحاق الصلح المبرم بمحضر الجلسة منوط بالتحقق من عدم سلامة دعوى الخصم المتدخل أيا كان السبب وسواء كان مرده إلى تخلف الصفة أو إلى فساد الادعاء".

(طعن رقم 59 لسنة 39 ق "أحوال شخصية" جلسة 1975/2/12)

والمتدخل فى هذه الحالة يصبح طرفاً فى الخصومة ويكون الحكم الصادر فيها حجة له وعليه ولو حسم النزاع صلحاً بين الخصوم الأصليين⁽¹⁾.

357- عدم جواز أخذ المحكمة بالالتزام بالمصروفات الوارد بعقد الصلح المقدم إليها عند امتناعها عن التصديق عليه.

قضت محكمة النقض بأن :

"حضور طرفى التداعى أمام محكمة أول درجة وتقديم الطاعنين عقد صلح يتضمن إنهاء النزاع صلحاً على عقدى البيع موضوع الدعوى والنص فى إحدى بنديه على إقرار المطعون ضدها البائعة بصحة ونفاذ هذين العقدين والتزام الطاعنين بالمصاريف وصادق الطرفان على ما جاء بعقد الصلح وطلباً إلحاقه بمحضر الجلسة وإثبات محتواه فيه وجعله فى قوة السند التفيذى وتمسكاً بذات الطلب أمام محكمة الاستئناف. مؤداه. التزام الطاعنين بمصاريف الدعوى يقابله التزام المطعون ضدها بإقرار الصلح. شرطه. تصديق المحكمة عليه وإلحاقه بمحضر الجلسة. مخالفة الحكم المطعون فيه هذا النظر وإلزامه الطاعنين بالمصاريف أخذاً بإقرارهما بها باتفاق الصلح رغم امتناعه عن التصديق عليه وعدم فطنته إلى أن الالتزام بالمصاريف جزء من عقد الصلح ولا يمكن فصله عن باقى الالتزامات الأخرى المنصوص عليها فيه. خطأ".

(طعن رقم 5410 لسنة 75 ق جلسة 2007/5/17)

وخلو عقد الصلح من الاتفاق على الملتزم بأداء المتبقى من مصاريف الدعوى مؤداه التزام المدعى وحده بسداد تلك المصروفات.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"انتهاء الدعويان المقامتان قبل الطاعن بإلحاق عقد الصلح المحرر بين المتخاصمين بمحضر الجلسة. خلو العقد من الاتفاق على الملتزم بأداء المتبقى من مصاريف الدعوى إلى قلم الكتاب. مؤداه. التزام المدعى وحده بسداد تلك المصروفات.

(1) الأستاذ محمد كمال عبد العزيز ص 63 ونقض طعن 593 لسنة 46 ق جلسة 1979/1/27 غير المنشور والذي أشار إليه.

قضاء الحكم المطعون فيه برفض تظلم الطاعن في أمر تقدير الرسوم بقالة أحقية قلم الكتاب في الرجوع على أى من المتخاصمين بما يستحقه من رسوم. خطأ".

(طعن رقم 3423 لسنة 64 ق جلسة 2003/12/14)

358 - اعتبار عقد الصلح الذي لم تصدق عليه المحكمة سنداً في الدعوى:

إذا امتنع على المحكمة التصديق على الصلح سواء لعدم انطواء عقد الصلح على مقوماته وأركانه، أو لأن الخصوم أو أحدهم لم يطلب من المحكمة التصديق على عقد الصلح أو رجع فيه، أو تغيب أحد الخصوم عند تقديم العقد إلى المحكمة، فليس معنى ذلك إهدار كل قيمة لهذا العقد، بل يتعين عليها أن تعتبر هذا العقد سنداً في الدعوى يجوز لها أن تحكم بمقتضاه، وقد يتضمن هذا السند إقراراً من الخصم أو تركاً للخصومة باعتباره بياناً كتابياً موقعاً عليه منه، مع توقيع خصمه عليه أو اطلاعه عليه (م 141 مرافعات).

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- (أ) - "لئن كان لا يجوز للمحكمة أن توثق عقد الصلح المبرم بين الطرفين متى رجع أحدهما فيه، إلا أن عليها أن تعتبره سنداً في الدعوى يجوز لها أن تحكم بما تضمنه".

(ب) - "إذا كان الثابت أن عقد الصلح الذي طلبت المطعون ضدها أخذ الطاعن به يعد بياناً كتابياً صريحاً موقعاً من الطرفين يقرر فيه الطاعن ترك الخصومة في هذا الطعن، على نحو تتحقق به إحدى الطرق التي تتطلبها المادة 141 من قانون المرافعات في شأن ترك الخصومة. وكان الطاعن قد قرر في عقد الصلح نزوله عن الطعن بعد أن كان ميعاد الطعن بالنقض في الحكم المطعون فيه قد انقضى وقت إقراره بهذا النزول، ولما كان الطاعن قد أقام دعوى بطلب فسخ عقد الصلح فإن النزول عن الطعن أو ترك الخصومة فيه حسب تعبير قانون المرافعات - متى حصل بعد انقضاء ميعاد الطعن فإنه يتضمن بالضرورة نزولاً من الطاعن عن حقه في الطعن، وإذا كان النزول عن الحق في الطعن يتم وتتحقق آثاره بمجرد حصوله بغير حاجة إلى قبول الخصم الآخر، ولا يملك المتنازل أن يعود فيما أسقط حقه فيه، فإن ترك الخصومة بعد فوات ميعاد الطعن لا يجوز الرجوع فيه، اعتباراً بأنه يتضمن تنازلاً عن الحق في الطعن ملزماً لصاحبه بغير حاجة إلى

قبول يصدر من المتنازل إليه، لما كان ذلك. وكان ترك الطاعن الخصومة في الطعن قد تم وأنتج أثره فلا يغير منه إقامة التارك بعد ذلك الدعوى بطلب فسخ عقد الصلح، ومن ثم فإنه يتعين الحكم بقبول هذا الترك".

(طعن رقم 1052 لسنة 45 ق جلسة 1979/5/5)

2- "عدم حضور المطعون ضده الثاني الصادر عنه عقد البيع الثاني سند الدعوى بشخصه أو بوكيل عنه أمام محكمة الموضوع بدرجتها. مؤداه. امتناع المحكمة عن توثيق عقد الصلح المقدم لهذا العقد. التزام الحكم المطعون فيه هذا النظر واعتباره العقد أحد مستندات الدعوى وتأييده الحكم القاضي في الموضوع بصحته ونفاذه. صحيح".

(طعن رقم 304 لسنة 74 ق جلسة 2005/5/19)

أما إذا أنكر أحد الخصوم توقيعه على عقد الصلح، فإن المحكمة تطبق نصوص المواد 14، 30 وما بعدها من قانون الإثبات.

طبيعة الحكم الصادر من القاضي بالتصديق على الصلح وأثار ذلك :

359- تصديق القاضي على الصلح بمقتضى سلطته الولائية :

القاضي عندما يصدق على عقد الصلح، إنما يصدق عليه بمقتضى سلطته الولائية وليس سلطته القضائية لأن مهمته تكون مقصورة على إثبات ما حصل أمامه من اتفاق، فهو يقوم بمهمة الموثق.

وينترب على ذلك أن الحكم الذي يقضى بإلحاق عقد الصلح بمحضر الجلسة وإثبات محتواه فيه ليكون له قوة السند التنفيذي، وإن أعطى شكل الأحكام إلا أنه في حقيقته لا يعدو أن يكون عقداً وليست له حجية الشيء المحكوم فيه.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إن القاضي وهو يصدق على الصلح لا يكون قائماً بوظيفة الفصل في خصومة لأن مهمته تكون مقصورة على إثبات ما حصل أمامه من الاتفاق ومن ثم فإن هذا الاتفاق لا يعدو أن يكون عقداً ليس له حجية الشيء المحكوم فيه وإن كان يعطى شكل الأحكام عند إثباته".

(طعن رقم 68 لسنة 19 ق جلسة 19 ق جلسة 1951/4/19)

2- " القاضي وهو يصدق على الصلح لا يكون قائما بوظيفة الفصل في خصومة لأن مهمته تكون مقصورة على إثبات ما حصل أمامه من الاتفاق ومن ثم فإن هذا الاتفاق لا يعدو أن يكون عقدا ليس له حجية الشيء المحكوم فيه ."

(طعن رقم 1694 لسنة 49 ق جلسة 1985/4/28)

ويترتب على طبيعة الحكم هذه الآثار الآتية :

(أ) — عدم جواز الطعن في الحكم بالطرق المقررة للطعن بالأحكام.

فإذا طعن في الحكم بإحدى هذه الطرق، تعين على المحكمة القضاء بعدم جواز الطعن.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "مفاد نص المادة 103 من قانون المرافعات أن القاضي وهو يصدق على الصلح لا يكون قائما بوظيفة الفصل في خصومة بل تكون مهمته مقصورة على إثبات ما حصل أمامه من اتفاق وتوثيقه بمقتضى سلطته الولائية وليس بمقتضى سلطته القضائية، ومن ثم فإن هذا الاتفاق لا يعدو أن يكون عقدا وليس له حجية الشيء المحكوم به وإن أعطى شكل الأحكام عند إثباته. لما كان ذلك، فإن الطعن على هذا الحكم - الذي قضى بإلحاق عقد الصلح بمحضر الجلسة وإثبات محتواه فيه - غير جائز ."

(طعن رقم 990 لسنة 45 ق جلسة 1980/6/22)

2- "لا يسوغ لمحكمة الاستئناف إذا ما طعن في الحكم الصادر بإلحاق عقد الصلح بمحضر الجلسة وإثبات محتواه فيه وجعله في قوة السند واجب النفاذ أن تعرض في حكمها لأي دفاع يثيره الطاعن متعلقا بالموضوع أيا كان وجه الرأي فيه لما كان ذلك وكان البين من الحكم المطعون فيه أنه قد انتهى صائبا إلى القضاء بإلحاق عقد الصلح المؤرخ 1983/10/1 بمحضر الجلسة وإثبات محتواه فيه وجعله في قوة السند التنفيذي ولم يعرض لما أثاره الطاعن من أوجه دفاع متعلقة بالموضوع أيا كان وجه الرأي فيها فإنه يكون قد التزم صحيح القانون ويضحى النعى عليه بسبب الطعن على غير أساس."

(طعن رقم 331 لسنة 55 ق جلسة 1991/4/24)

3- "لئن كان الحكم الذي يقضى بإلحاق عقد الصلح بمحضر الجلسة وإثبات محتواه

فيه، لا يعدو - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن يكون عقدا وليس له حجية الشيء المحكوم به وإن أعطى شكل الأحكام عند إثباته ولا يجوز الطعن فيه من طرفيه لأن القاضى وهو يصدق على الصلح لا يكون قائما بوظيفته - الفصل فى خصومة - بل تكون مهمته مقصورة على إثبات ما حصل أمامه من اتفاق وتوثيقه بمقتضى سلطته الولائية وليس بمقتضى سلطته القضائية.... إلخ".

(طعن رقم 133 لسنة 58 ق "أحوال شخصية" جلسة 1992/3/31)

4- "القاضى وهو يصدق على الصلح لا يكون قائما بوظيفة الفصل فى خصومة بل تكون مهمته مقصورة على إثبات ما حصل أمامه من اتفاق وتوثيقه بمقتضى سلطة الولائية وليس بمقتضى سلطته القضائية ومن ثم فإن هذا الاتفاق لا يعدو أن يكون عقدا وليس حكما له حجية الشيء المحكوم به وإن أعطى شكل الأحكام عند إثباته ومن ثم لا يجوز الطعن فيه بطرق الطعن المقررة للأحكام وإنما يجوز رفع دعوى مبتدأة ببطالته إلى المحكمة المختصة طبقا للقواعد العامة".

(طعن رقم 595 لسنة 59 ق جلسة 1994/2/23)⁽¹⁾

(1) وقارن طعن رقم 33 لسنة 58 ق جلسة 1992/3/31 فقد أجاز للنيابة العامة الطعن فى حكم التصديق على الصلح بالاستئناف.

فقد قضت محكمة النقض بأن:

"لئن كان الحكم الذى يقضى بإلحاق عقد الصلح بمحضر الجلسة وإثبات محتواه فيه، لا يعدو - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن يكون عقدا وليس له حجية الشيء المحكوم به وإن أعطى شكل الأحكام عند إثباته ولا يجوز الطعن فيه من طرفيه لأن القاضى وهو =

= يصدق على الصلح لا يكون قائما بوظيفته - الفصل فى خصومة - بل تكون مهمته مقصورة على إثبات ما حصل أمامه من اتفاق وتوثيقه بمقتضى سلطته الولائية وليس بمقتضى سلطته القضائية إلا أنه لما كانت النيابة العامة بعد صدور القانون رقم 628 لسنة 1955 أصبحت طرفا أصليا فى قضايا الأحوال الشخصية التى لا تختص بها المحاكم الجزئية لها ما للخصوم من حقوق وعليها ما عليهم من واجبات فلها أن تبتدى الطلبات والدفع وتباشر كافة الإجراءات التى يحق للخصوم مباشرتها ومن ثم فإن الحكم الصادر بقبول الصلح يكون حجة على النيابة العامة ويحق لها الطعن فيه بطريق الاستئناف - لما كان ذلك وكان المقرر وفقا للمادة 551 من القانون المدنى أنه لا يجوز الصلح فى المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام. وكان القانون رقم 10 لسنة 1976 بشأن التوثيق قد وضع شروطا لزواج المصرية

(ب) - الحكم الصادر بالتصديق على محضر الصلح لا يمنع من القضاء بإلغاء العقد الصادر بشأنه :

طالما أن الحكم الصادر بالتصديق على الصلح لا يعدو أن يكون عقدا ليس له حجية الأحكام، فإنه يجوز القضاء بإلغاء العقد الذى صدر الحكم بالتصديق على عقد الصلح المحرر بشأنه إذا كانت هناك أسباب تؤدى إلى ذلك دون أن يتعارض ذلك مع الحكم الصادر بالتصديق عليه.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "القاضى وهو يصدق على الصلح- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لا يكون قائما بوظيفة الفصل فى خصومة لأن مهمته إنما تكون مقصورة على إثبات ما حصل أمامه من اتفاق، ومن ثم فإن هذا الاتفاق لا يعدو أن يكون عقدا ليس له حجية الشئ المحكوم فيه وإن كان يعطى شكل الأحكام عند إثباته، لما كان ذلك فإنه لا تثريب على الحكم المطعون فيه إن هو قضى بإلغاء عقد البيع الذى حرر بشأنه عقد صلح صدقت عليه المحكمة لما تبين من أن هذا البيع هو فى حقيقته وصية رجعت فيها الموصية".

(طعن رقم 466 لسنة 43 ق جلسة 1977/1/31)

2- "القاضى وهو يصدق على الصلح- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لا يكون قائما بوظيفة الفصل فى خصومة لأن مهمته إنما تكون مقصورة على إثبات ما حصل أمامه من اتفاق ومن ثم فإن هذا الاتفاق لا يعدو أن يكون عقدا ليس له حجية

بأجنبى، وكانت القيود التى تطلبها هذا القانون من النظام العام، فلا يجوز الصلح عليها، وكانت النيابة قد طلبت فى الاستئناف المقام منها إلغاء الحكم المستأنف ورفض الدعوى على سند من أن القانون 103 لسنة 1976 قد تطلب فى المادة الخامسة منه توافر عدة شروط لتوثيق عقد زواج المصرية بأجنبى، وأوجبت المادة السادسة رفض التوثيق إذا لم تتوافر تلك الشروط، وإذ قضت محكمة أول درجة بإلحاق عقد الصلح المتضمن بنود عقد الزواج المنعقد بين المصرية والأجنبى بمحضر الجلسة وإثبات محتواه فيه وجعله فى قوة السند التنفيذى دون مراعاة توافر الشروط التى استوجبتها القانون وهى من المسائل المتعلقة بالنظام العام، وإذ قضى الحكم المطعون فيه بعدم جواز الاستئناف يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه".

الشيء المحكوم فيه وإن كان يعطى شكل الأحكام عند إثباته، لما كان ذلك فإنه لا تترتب على الحكم المطعون فيه إن هو قضى ببطلان عقد البيع المؤرخ... الذى حرر بشأنه عقد صلح صدقت عليه المحكمة لما تبين أنه صورى صورية مطلقة وأن تلك الصورية تجعل العقد والعدم سواء مما يترتب على الحكم ببطلانه إلغاء كافة الآثار القانونية المترتبة على رفع الدعوى بصحته ونفاذه ومنها تسجيل صحيفتها".

(طعن رقم 899 لسنة 43 ق جلسة 1981/12/10)

3- "المقرر أن القاضى وهو يصدق على الصلح لا يكون قائما بوظيفة الفصل فى خصومة لأن مهمته تكون مقصورة على إثبات ما حصل أمامه من الاتفاق بموجب سلطته الولائية وليس بمقتضى سلطته القضائية، ومن ثم فإن هذا الاتفاق لا يعدو أن يكون عقدا ليس له حجية الشيء المحكوم فيه وإن أعطى شكل الأحكام عند إثباته".

(طعن رقم 4646 لسنة 70 ق جلسة 2012/3/21)

(ج) - إبطال أو فسخ الصلح لا يؤثر على العقد الذى صدر الصلح فى شأنه :

لا يترتب على إبطال أو فسخ الصلح انحلال التصرف الذى صدر الصلح فى شأنه ليحل هذا الصلح محله. وإنما يظل التصرف الأصيل قائما ومنتجا لآثاره المعدلة بعقد الصلح. ومن ثم إذا أبطل الصلح أو فسخ ظل التصرف الأصيل منتجا لآثاره.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"الصلح لا يترتب عليه قانونا انحلال التصرف الذى صدر الصلح فى شأنه ليحل هذا الصلح محله، وإنما يظل التصرف الأصيل قائما ومنتجا لآثاره المعدلة بعقد الصلح، بحيث إذا أبطل هذا العقد أو فسخ ظل التصرف الأصيل منتجا لآثاره دون أن ينال منها الصلح الذى أبطل أو فسخ".

(طعن رقم 654 لسنة 45 ق جلسة 1978/5/25)

(د) - جواز رفع دعوى مبتدأة ببطلان الصلح :

الحكم الصادر بالتصديق على الصلح وإن كان ليس حكما وإن أعطى شكل الأحكام - كما قررنا سلفا - إلا أنه يعد عقدا. ومن ثم يجوز رفع دعوى مبتدأة ببطلان الحكم الصادر بالتصديق على الصلح أمام المحكمة المختصة طبقا للقواعد العامة أيا كانت

المحكمة التي صدقت على الصلح.

ويجوز لكل من طرفي الصلح طلب إبطال الحكم الصادر بالتصديق لنقص في الأهلية أو الغلط في الواقع أو للتدليس أو لغير ذلك من أسباب البطلان.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن القاضى وهو يصدق على الصلح بإلحاق ما كتبه الخصوم بمحضر الجلسة وإثبات محتواه فيه لا يفصل في خصومة بل تنحصر مهمته بمقتضى سلطته اللوائية في إثبات ما اتفق عليه وإن أعطى الاتفاق شكل الأحكام بيد أنه لا يحوز حجية الأمر المقضى فيه ويكون الطعن فيه بطرق الطعن المقررة للأحكام غير جائز وإنما ترفع دعوى مبتدأة ببطلانه طبقاً للقواعد العامة. لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن محكمة أول درجة ألحقت عقد الصلح المقدم إليها بمحضر جلسة 30 نوفمبر سنة 1983 وإثبات محتواه وكان الحكم المطعون فيه قد التزم النظر المتقدم بعدم جواز الاستئناف المقام من الطاعن فإن النعى بسبب الطعن يكون على غير أساس".

(طعن رقم 327 لسنة 55 ق جلسة 1991/2/28)

2- "للغير الذى أضر الصلح بحقوقه عن طريق الغش أن يرفع دعوى أصلية ببطلانه أو يبدى الدفع بالبطلان بالتدخل فى الدعوى التى حصل فيها الصلح".

(طعن رقم 595 لسنة 59 ق جلسة 1994/2/23)

360- الحصول على اختصاص بموجب حكم التصديق على الصلح:

يجوز أخذ حق اختصاص بموجب الحكم الصادر بالتصديق على الصلح لا لأنه حكم بالتطبيق للمادة 1085 مدنى، بل لأنه قد ورد فى شأنه نص خاص يجيز أخذ حق الاختصاص، وهو المادة 1087 مدنى التى تجرى على أن : "يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم يثبت صلحا أو اتفاقا تم بين الخصوم. ولكن لا يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم صادر بصحة التوقيع"⁽¹⁾.

(1) السنهورى ص 525 وما بعدها - محمد على عرفه ص 296 هامش (1).



3- آثار الصلح

مادة (553)

- 1- تنحسم بالصلح المنازعات التي تناولها.
- 2- ويترتب عليه انقضاء الحقوق والادعاءات التي نزل عنها أى من المتعاقدين نزولا نهائيا.

الشرح

361- آثار الصلح:

يبين من نص المادة أن للصلح أثرين هما:

الأول: انقضاء ما نزل عنه كل من الطرفين من الحقوق والادعاءات نزولا نهائيا.

الثاني: تثبيت ما اعترف به كل من الطرفين للآخر من حقوق وحسم النزاع بينهما في ذلك.

ونعرض لذلك تفصيلا فيما يلي:

362- الأثر الأول: انقضاء ما نزل عنه كل من الطرفين من الحقوق والادعاءات نزولا نهائيا :

يترتب على عقد الصلح انقضاء ما نزل عنه كل من الطرفين من الحقوق والادعاءات نزولا نهائيا، وهذا الأثر الذى رتبته القانون على عقد الصلح هو فى الواقع من الأمر الذى أراده العاقدان، فالمصالحين أرادا بالصلح حسم النزاع القائم بينهما طبقا للشروط التى ارتضيهاها، واقتصر القانون على إلزامهما بما أرادا، كما هو الشأن فى كل تصرف يدخل فى سلطان الإرادة. هذه القوة الملزمة للصلح تخضع للمبادئ العامة فى العقد⁽¹⁾.

فمثلا إذا تنازع شخصان ملكية مبنى وأرض ثم تصالحا على أن يكون المبنى لأحدهما والأرض للآخر فيترتب على هذا الصلح أن من خلصت له الأرض يلتزم أن ينزل عن ادعائه فى ملكية المبنى.

(1) محمود جمال الدين زكى ص 41 وما بعدها.

وعلى ذلك لا يجوز للمتصالح أن يتحلل من الالتزام الذى تقرر فى ذمته بموجب العقد ولا أن ينقض ما تم من جهته بأن يلجأ إلى القضاء للمطالبة بالحق الذى حسمه الصلح أو أن يسير فى دعوى مرفوعة عن ذات الحق، وإلا كان للطرف الآخر أن يدفع بانتهااء الخصومة بالصلح، كما يجوز له أن يطلب فسخ العقد، كما سنرى⁽¹⁾.
(أنظر الأحكام المنشورة ببند 196).

363- الأثر الثانى: تثبيت ما اعترف به كل من الطرفين للآخر من حقوق وحسم النزاع بينهما فى ذلك :

الأثر الثانى للصلح، هو تثبيت ما اعترف به كل من المتصالحين للآخر من حقوق وحسم النزاع بينهما فى ذلك.
فالأثر الثانى فى حقيقة الأمر ترتب على الأثر الأول.
ففى المثل السابق- الخاص بالنزاع على المبنى والأرض - تخلص ملكية المبنى لأحد الطرفين وملكىة الأرض للطرف الآخر. ولا يستطيع أى منهما منازعة الآخر فيما ثبت له الحق فيه.
وسنرى أن هذا التثبيت له أثر نسبى، فهو مقصور على المحل الذى وقع عليه، وعلى الطرفين اللذين وقع بينهما، وعلى السبب الذى وقع من أجله.
والشفعة لا تجوز إلا فى بيع العقار ولو كان بعقد غير مسجل، ولا تجوز فى الصلح الواقع فى شأن ملكية عقار لأنه ليس ناقلا للملكية.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"الشفعة لا تجوز إلا فى بيع العقار ولو كان بعقد غير مسجل، ولا تجوز فى الصلح الواقع فى شأن ملكية عقار لأنه ليس ناقلا للملكية بل كاشفا عنها ومقررا لها ولما تقتضيه طبيعته من أن يترك كل طرف شيئا من حقه فلا يجوز أن ينتفع الأجنبى بفائدة مقررة لمنفعة المتصالح كما أنه يستلزم من قبل طرفيه واجبات شخصية لا يمكن أن يحل فيها أجنبى عن العقد مثل طالب الشفعة، إلا أن الصلح الذى يقع بين الخصوم ويصدق عليه القاضى فى دعوى صحة ونفاذ البيع التى تقام بقصد تنفيذ التزامات البائع والتى من

(1) محمود جمال الدين زكى ص 42 - يس يحيى ص 607 وما بعدها

شأنها نقل الملكية، لا يترتب عليه قانوناً - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - انحلال البيع الذى صدر الصلح فى شأنه ليحل هذا الصلح محله وإنما يظل التصرف الأسمى وهو البيع قائماً ومنتجاً لآثاره وبالتالي تجوز فيه الشفعة".

(طعن رقم 839 لسنة 51 ق جلسة 1984/12/13)

364- الدفع بانتهاء النزاع بالصلح :

قدمنا أن الصلح يحسم النزاع بين طرفيه. ويترتب على ذلك أنه إذا كانت الدعوى لم ترفع بشأن النزاع، فإن الدعوى تكون غير مقبولة بعد الصلح.

أما إذا كانت الدعوى قد رفعت أو جددت فلا يجوز المضى فى السير فيها. ووسيلة الخصم فى ذلك أن يدفع أمام المحكمة التى تنتظر الدعوى بانتهاء الدعوى بالصلح. وتتقضى ولاية المحكمة فى الدعوى بالصلح.

فإذا كان الخصمان لم يتفقا فى عقد الصلح على من يلزم بالمصروفات، فلا تقضى المحكمة بالمصروفات لانقضاء ولايتها، ويتحمل كل خصم ما صرفه⁽¹⁾.

والدفع بانتهاء الدعوى بالصلح هو دفع بعدم القبول يخضع لحكم المادة 115 مرافعات. ومن ثم يجوز إيدأؤه فى أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام محكمة ثانى درجة.

وهذا الدفع مقرر لمصلحة كل من الطرفين، ولا يتعلق بالنظام العام. ولذا يجب على صاحب المصلحة التمسك به، كما يجوز له التنازل عنه صراحة أو ضمناً. ومن ثم لا يجوز إيدأؤه لأول مرة أمام محكمة النقض فضلاً عن أنه ليس دفعا قانونياً بحتا بل يختلط فيه القانون بالواقع⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "عقد الصلح وإن كان يحسم بين طرفيه المنازعات التى تناولها ويفرض على كل منهما التزاماً بعدم تجديد المنازعة قبل الطرف الآخر فيما تم التصالح عليه، إلا أن الدفع بانقضاء المنازعة. بالصلح هو حق مقرر لمصلحة كل من الطرفين، يجوز له أن

(1) السنهورى ص 573 - وقارن استئناف مختلط 12 يناير سنة 1910 حيث ألزم المدين فى هذه الحالة بالمصروفات.

(2) أكنم الخولى ص 51.

يتمسك به إذا جدد الطرف الآخر المنازعة فى الحق المتصالح فيه، كما يجوز التنازل عن الدفع صراحة أو ضمناً، فإذا لم يَقم أحدهما بما التزم به فى عقد الصلح وُجدد المنازعة فى الأمر المتصالح عليه بأن استمر بعد الصلح فى إجراءات الدعوى ولم يكن الطرف الآخر قد تمسك بالدفع بحسم المنازعة بالصلح حتى صدر فيها حكم حاز قوة الأمر المقضى، فإنه لا يكون فى استطاعة الطرف الذى أسقط حقه فى هذا الدفع الاحتجاج بعقد الصلح الذى كان يجوز له تقديمه فى المنازعة التى صدر فيها الحكم، ولا يجوز الاستناد إليه فى دعوى مستقلة كدليل لنقض حجية الحكم الذى حاز قوة الأمر المقضى".

(طعان رقما 290، 303 لسنة 35 ق جلسة 1970/6/11)

2- "عقد الصلح وإن كان يحسم المنازعات التى تناولها ويفرض على كل منهما التزاما بعدم تجديد المنازعة قبل الطرف الآخر فيما تم التصالح عليه إلا أن الدفع بانقضاء المنازعة بالصلح هو - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- حق مقرر لمصلحة كل من الطرفين يجوز له أن يتمسك به إذا جدد الطرف الآخر المنازعة فى الحق المتصالح فيه، كما يجوز التنازل عن الدفع صراحة أو ضمناً، فإذا لم يَقم أحدهما بما التزم به فى عقد الصلح وُجدد المنازعة فى الأمر المتصالح عليه بأن استمر بعد الصلح فى إجراءات الدعوى، ولم يكن الطرف الآخر قد تمسك بالدفع بحسم المنازعة بالصلح حتى صدر فيها حكم حاز قوة الأمر المقضى فإنه لا يكون فى استطاعة الطرف الذى أسقط حقه فى هذا الدفع الاحتجاج بعقد الصلح الذى كان يجوز له تقديمه فى المنازعة التى صدر فيها الحكم، ولا يجوز الاستناد إليه فى دعوى مستقلة كدليل لنقض حجية الحكم الذى حاز قوة الأمر المقضى. وإذا كان الثابت أن الطاعنين استمرا بعد الصلح فى السير فى طعنهما السابق بالنقض ولم يقدم المطعون عليه دفاعه فى الميعاد المحدد قانوناً، فإنه قد أسقط حقه فى التمسك بالصلح- الذى تم بين الطرفين أثناء تداول الطعن السابق بالنقض - ولا يجوز أن يعود إلى التمسك به أمام أية جهة أخرى بعد أن أصدرت محكمة النقض حكمها فى الطعن".

(طعن رقم 27 لسنة 43 ق جلسة 1976/12/7)

3- "القاضى وهو يصدق على محضر الصلح لا يكون قائماً بوظيفة الفصل فى خصومة لأن مهمته تقتصر على إثبات ما حصل أمامه من اتفاق، ولا يعدو هذا الاتفاق

أن يكون عقدا ليس له حجية الشيء المحكوم فيه، إلا أن المادة 553 من القانون المدني نصت على أن " تتحسم بالصلح المنازعات التي يتناولها ويترتب عليه انقضاء الحقوق والادعاءات التي نزل عنها أى من المتعاقدين نزولا نهائيا " مما مؤداه أنه إذا انحسم النزاع بالصلح لا يجوز لأى من المتصالحين أن يجدد هذا النزاع لا بإقامة دعوى به ولا بالمضى فى الدعوى التى كانت مرفوعة مما حسمه الطرفان صلحا".

(طعن رقم 113 لسنة 46 ق جلسة 1979/4/5)

4- "النص فى المادة 553 من القانون المدني على أن " تتحسم بالصلح المنازعات التى تتناولها، ويترتب عليه انقضاء الخصومة والادعاءات التى نزل عنها أى من المتعاقدين نزولا نهائيا"، يدل - وعلى جرى به قضاء هذه المحكمة - على أنه إذا انحسم النزاع بالصلح لا يجوز لأى من المتصالحين أن يجدد هذا النزاع لا بإقامة دعوى به ولا المضى فى الدعوى التى كانت مرفوعة بما حسمه الطرفان صلحا وتنقضى ولاية المحكمة على الخصومة".

(طعن رقم 1648 لسنة 50 ق جلسة 1988/2/17)

5- "إذ كانت المادة 549 من القانون المدني تنص على أن " الصلح عقد يحسم به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه" كما تنص المادة 553 منه على أنه "1- تتحسم بالصلح المنازعات التى تتناولها. 2- ويترتب عليه انقضاء الحقوق والادعاءات التى نزل عنها أى من المتعاقدين نزولا نهائيا" وإذا كان البين من الأوراق أن عقد الصلح الذى أبرمه الطاعن والمطعون عليهما الأول والثانى بتاريخ 1988/12/4 بعد رفع الطعن الحالى وحكمت محكمة الاستئناف فى ذات التاريخ بإحاقه بمحضر الجلسة وجعله فى قوة السند التنفيذى قد تضمن تنازل المطعون عليه الأول عن حقه فى الأخذ بالشفعة وعن الاستئناف المرفوع بشأن هذا الحكم وصحة الحكم الصادر من محكمة أول درجة وبصحة التصرف الصادر إلى الطاعن وإن هذا الصلح منهي لکل نزاع مستقبلا ولا يجوز لأى طرف الرجوع. وكان هذا الصلح لا مخالفة فيه للنظام العام، وكان الصلح يحسم المنازعات التى تتناولها على ما نصت عليه المادة 553 سالفه الذكر مما مفاده عدم جواز تجديد النزاع- أو المضى فيه إذا كان لازال قائما، وانقضاء ولاية المحكمة فى الفصل فى النزاع بما يعنى انتهاء الخصومة فيه ولما كان انتهاء الخصومة بغير حكم فى

الدعوى يرجع إلى أسباب مختلفة نظم قانون المرافعات بعضها كما فى أحوال السقوط والانقضاء بمضى المدة والترك ولم ينظم البعض الآخر كما فى حالة الصلح بين طرفى الخصومة وحالة وفاة الخصم أو غيره إذا كان النزاع مما ينتهى بالوفاة كما فى دعوى التطبيق والطاعة والحضانة والضم وكان إغفال هذا التنظيم يعد نقصاً تشريعياً يوجب على القاضى تكملته بالالتجاء إلى المصادر التى نصت عليها المادة الأولى من القانون المدنى ومنها قواعد العدالة، فإن الحل العادل فى حالة انتهاء المنازعة صلحاً أن يقضى فيها بانتهاء الخصومة".

(طعن رقم 911 لسنة 51 ق جلسة 1991/1/20)

6- "وكان المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه إذا حسم النزاع بالصلح فإنه لا يجوز لأى من المتصالحين أن يجدد النزاع لا بإقامة دعوى به ولا بالمضى فى الدعوى التى كانت مرفوعة بما حسمه الطرفان صلحاً، وانقضاء ولاية المحكمة فى الفصل فى النزاع بما يعنى انتهاء الخصومة، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه ويتعين نقضه والحكم بانتهاء الخصومة فى الاستئناف صلحاً".

(طعن رقم 6677 لسنة 64 ق جلسة 1996/3/12)

كما قضت المحكمة الإدارية العليا بأن :

"ومن حيث إن النزاع وقد انحسم صلحاً على ما سلف بيانه، فإنه يترتب عليه وفقاً لحكم المادة 553 من القانون المدنى انقضاء الحقوق والادعاءات التى نزل عنها أى من المتعاقدين نزولاً نهائياً، ولا يجوز من ثم لأى من طرفى الصلح أن يمضى فى دعواه... يثير النزاع بمحاولة نقض الصلح أو الرجوع فيه بدعوى الغلط فى تفسير الفقرة السابعة من البند العشرين من الشروط. وبناء عليه فإن الدعوى مثار الطعن الماثل وقد رفعت متجاهلة الصلح الذى سبق أن حسم موضوع الخصومة تكون جديرة بالرفض، ويكون الحكم المطعون فيه والأمر كذلك قد صادف الصواب فيما انتهى إليه من رفض الدعوى وإلزام رافعها المصروفات".

(طعن رقم 920 لسنة 14 ق جلسة 1976/1/14)

وإذا طعن الخصم في عقد الصلح المقدم من خصمه ليدفع حجيته تعين على المحكمة الفصل في صحة هذا الصلح قبل قضائها في الدعوى، فحكم عقد الصلح حكم كل دليل يقدم إليها فنقول كلمتها فيه أخذاً به أو إطراحاً له.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"إذا قدم المستأنف عليه إلى المحكمة عقد صلح محتجاً على خصمه في قبوله الحكم الابتدائي وتنازله عن الحق في استئنائه، وطلب مؤاخذته به، فلا شك في أن من حق هذا الخصم (المستأنف) أن يطعن على هذا العقد ويدفع حجيته عنه، ومن واجب المحكمة أن تتعرض له وتفصل في النزاع القائم بشأنه بين الطرفين. فإن هذا العقد حكمه حكم كل دليل يقدم إلى المحكمة فنقول كلمتها فيه أخذاً به أو إطراحاً له، لا يجب عليها وقف الاستئناف حتى يفصل في الدعوى المقامة بصحة عقد الصلح ونفاذه".

(طعن رقم 103 لسنة 16 ق جلسة 1947/6/5)

وتنتهي الدعوى بالصلح. فإذا ادعى آخر حقاً له، كان سبيله رفع دعوى جديدة. أما إذا تدخل في الدعوى التي قدم فيها الصلح آخر تدخلها هجوماً أى مدعياً لنفسه بحق ذاتي، فقد ذكرنا سلفاً أنه لا يجوز للمحكمة أن تنتهي الدعوى صلحاً إلا بعد الفصل في موضوع التدخل باعتبار أن هذا البحث هو مما يدخل في صميم الدعوى المطروحة عليها، وعلى أساس أن الحكم الذي تصدره المحكمة في موضوع الدعوى أو بإنهاء الدعوى صلحاً، يتوقف على التحقق من عدم سلامة ادعاء المتدخل.

365 - التنفيذ العيني بعقد الصلح :

لا يجوز التنفيذ العيني بعقد الصلح، إلا إذا كانت له صفة السند التنفيذي، وهذا لا يكون إلا إذا كان مصدقاً عليه من المحكمة أو كان ثابتاً بورقة رسمية.

أما إذا لم يكن عقد الصلح كذلك، فإنه لا يجوز التنفيذ العيني بموجبه وإنما يجب الحصول على حكم بموجب هذا الصلح.

ويجب أن يكون الأمر المتفق عليه في عقد الصلح متيسر النفاذ، إما بالكيفية المنصوص عليها في عقد الصلح، وإما في النصوص المدونة في القانون، فإذا لم يتيسر النفاذ بأحد هذين الطريقين كان الاتفاق لغواً كأن لم يكن⁽¹⁾.

وقد قضى بأنه إذا اتفق الشركاء فى محضر صلح على أن يقتسموا الأعيان ملكهم بمعرفة أنفسهم، بمقتضى قوائم تحرر ويوقع عليها منهم، ولكن لم تذكر فى الصلح الكيفية التى تتم بها القسمة ولا هم اتفقوا عليها، فإن هذا الصلح يكون لغوا ولذلك أجابت المحكمة طلب بعض الشركاء إحالة القسمة إلى المحكمة الجزئية المختصة لإجرائها قضائياً⁽¹⁾.

366- الاتفاق على شرط جزائى فى الصلح :

يجوز للطرفين أن يتفقا على شرط جزائى بعقد الصلح، يدفعه المدين منهما إذا تأخر فى تنفيذ التزامه، أو كجزاء على الطعن فيه من أيهما. وهنا تطبق القواعد العامة، فإذا تأخر المدين منهما فى تنفيذ التزامه، جاز للطرف الآخر طلب التنفيذ العيني وتطبيق الشرط الجزائى للتعويض عن الضرر الذى أصابه بسبب التأخر فى التنفيذ ولا يكون الشرط الجزائى مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر (م224/1 مدنى).

ويجوز للقاضى أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة أو أن الالتزام الأسمى قد نفذ فى جزء منه (م224/2 مدنى). وإذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقى فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً (م225 مدنى). وإذا كان الشرط الجزائى مقرر كجزاء على الطعن فى الصلح وطعن أحد المتصلحين فيه. فإذا نجح الطاعن فى طعنه وأسقط الصلح، لم يكن الشرط الجزائى مستحقاً إذ هو يسقط مع سقوط الصلح. أما إذا لم ينجح الطاعن فى طعنه وبقي الصلح قائماً، فإن الطرف الآخر يستطيع أن يرجع بالشرط الجزائى على الطرف الذى لم ينجح فى الطعن مع جواز تخفيضه إذا كان مبالغاً فيه على الوجه الذى أوردناه سلفاً. وبطلان الصلح يستتبع بطلان الشرط الجزائى⁽²⁾.

367- فسخ عقد الصلح :

يذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يجوز فسخ عقد الصلح شأنه فى ذلك شأن سائر العقود الملزمة للجانبين، ولو لم يتضمن الصلح نقلاً لحقوق جديدة، واقتصر على الكشف

(2) استئناف أهلى 12 يناير 1914 الحقوق 31 ص 148.

(3) السنهورى ص 577.

عن الحقوق الثابتة من قبل، لأن الصلح ينشئ التزامات في جانب كل من المتصلحين هو ترك الجزء من ادعائه الذي نزل عنه بالصلح فيلتزم إذن بعدم تجديد النزاع في هذا الجزء، فإذا أخل أحد المتصلحين بهذا الالتزام، جاز للمتصلح الآخر أن يطلب فسخ الصلح ليلغى النزول عن الجزء من ادعائه الذي نزل عنه بالصلح⁽¹⁾.

وليس ثمة تعارض بين القول بالأثر الكاشف للصلح وبين جواز الفسخ، إذ أن الأساس القانوني لنظرية الفسخ قائم على فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين إذ أن التزام أحد المتعاقدين في هذه العقود يكون مرتبطاً بالتزام المتعاقد الآخر، فإذا لم يقدّم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه جاز للمتعاقد الآخر أن يتحلل من هذا الالتزام بطلب الفسخ⁽²⁾.

فإذا نازع المدين الدائن في الدين، وتصالحا على أن ينزل الدائن عن جزء من الدين ويدفع المدين الباقي، ثم أخل المدين بالتزامه فلم يدفع الجزء من الدين الذي تعهد بدفعه في عقد الصلح، جاز للدائن في هذه الحالة أن يطالب بتنفيذ الصلح إذا كان ممكناً فيجبر المدين على دفع الجزء الباقي من الدين الذي تعهد بدفعه في عقد الصلح، أو يطلب فسخ عقد الصلح.

(1) السنهوري ص 578 وما بعدها _ أكثم الخولي ص 66 وما بعدها - يس يحيى ص 694 وما بعدها - محمد كامل مرسى ص 623 - وهذا على خلاف رأى أنصار النظرية التقليدية في الأثر الكاشف للصلح - وهو رأى مهجور الآن - في أن الصلح لا يجوز فسخه إذا لم يتضمن نقلاً لحقوق جديدة واقتصر على الكشف عن الحقوق الثابتة، لأن الصلح في نظرهم هو إقرار والإقرار إخبار لا إنشاء فلا يجوز فسخه.

فإذا اختلف وارثان على تقسيم تركة عبارة عن منزل وأرض زراعية، ثم اصطلحا على أن يختص أحدهما بالمنزل والآخر بالأرض فإن كل منهما يعد مالكا بسبب الميراث لا بسبب الصلح ويكون الصلح مقراً أو كاشفاً لحقهما الثابت من الميراث ولا يكون كل منهما خلفاً للآخر فيما اختص به ويكون الصلح بمثابة إقرار كل منهما لحق الآخر ومن ثم لا يتصور الفسخ في هذه الحالة لأنه رجوع في الإقرار ولا يجوز أن يعلق الإقرار في وجوده على تنفيذ الطرف الآخر لما التزم به في الصلح (راجع في عرض هذا الرأى يس يحيى ص 693 وما بعدها - محمد على عرفه ص 344).

(2) يس يحيى ص 695.

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يتضمن نصا برقم 753 يجرى على أنه "إذا لم يتم أحد المتعاقدين بما التزم به فى الصلح، جاز للطرف الآخر أن يطالب بتنفيذ العقد إذا كان هذا ممكنا، وإلا كان له أن يطلب فسخ العقد، دون إخلال فى حقه بالتعويض فى الحالتين" - وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى: "يرد الفسخ على الصلح كما يرد على أى عقد آخر ملزم للجانبين، فإذا لم يتم أحد المتصالحين بما أوجبه الصلح فى ذمته من التزامات، جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب الفسخ أو التنفيذ إذا كان ممكنا، مع التعويض فى الحالتين إذا كان له محل. فإذا فسخ الصلح اعتبر كأن لم يكن، وعاد النزاع القديم كما كان" - إلا أن النص سالف الذكر حذف فى لجنة المراجعة لأن "حكمه مستفاد من القواعد العامة"⁽¹⁾.

ويخضع فسخ عقد الصلح للقواعد العامة فى فسخ العقود الملزمة للجانبين، فيجوز للقاضى أن يمنح المدين أجلا إذا اقتضت الظروف ذلك، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان مالم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام فى جملته (م 2/157 مدنى).

وإذا قضى بفسخ الصلح اعتبر الصلح كأن لم يكن، إذ يعود المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل الصلح، ويعود النزاع القديم كما كان، دون أن يكون للصلح المفسوخ أية حجية على أى من الطرفين فى هذا النزاع لأن الصلح تنازل عن حق الدعوى وليس إقرارا بحق الخصم⁽²⁾.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 464 هامش (1).

(2) أكنم الخولى ص 67 - وقد قضى بأنه إذا أبرأ الدائن مدينه فى نظير أن يدفع الباقي فى مواعيد محددة واتفق على أن يكون الصلح مفسوخا إذا لم يتم الأخير بدفع الأقساط فى مواعيدها، أصبح حق الدائن مستحق الأداء جميعه بمجرد تأخر المدين عن الوفاء فى المواعيد المقررة (استئناف مختلط 30 ديسمبر 1931 مجلة التشريع والقضاء المختلط السنة 44 ص 94) - ولكن إذا قبل الدائن الوفاء بعد حلول ميعاد استحقاق القسط، بل وقبل تأجيل بعض الأقساط التالية، اعتبر متنازلا عن فسخ الصلح. إذ قضت محكمة النقض بتاريخ 19/11/1942 فى الطعن رقم 17 لسنة 12 ق بأن:

=

"إذا كانت المحكمة قد فهمت الدعوى على مطالبة بمبلغ حصل التنازل عنه بمقتضى محضر صلح، وأن التنازل كان معلقا على شرط دفع أقساط الدين الباقي فى الآجال المحددة، وأن المدعى عليه قد تأخر عن دفع الأقساط فى مواعيدها، ثم قضت بعدم استحقاق المدعى لهذا

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"الصلح لا يترتب عليه قانونا انحلال التصرف الذى صدر الصلح فى شأنه ليحل هذا الصلح محله، وإنما يظل التصرف الأصيل قائما ومنتجا لآثاره المعدلة بعقد الصلح، بحيث إذا أبطل هذا العقد أو فسخ ظل التصرف الأصيل منتجا لآثاره دون أن ينال منها الصلح الذى أبطل أو فسخ".

(طعن رقم 654 لسنة 45 ق جلسة 1978/5/20)

ولا يترتب على فسخ عقد الصلح سقوط ما ورد به من إقرارات لأن الإقرار إخبار وليس إنشاء لحق فلا ترد عليه أحكام الفسخ.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"لما كان الإقرار إخبارا بأمر وليس إنشاء لحق فلا ترد عليه أحكام الفسخ، فإن الحكم المطعون فيه وقد رد على دفاع الطاعنين المؤسس على أن عقد الصلح قد فسخ لعدم تنفيذ ما أبرم من أجله، بأن ذلك العقد ينطوى على إقرار بملكية المطعون عليه بوصفه شريكا فى العقار، وأن هذا الإقرار لا يسقط بعدم تنفيذ عقد الصلح، فإن هذا الذى قرره الحكم صحيح فى القانون".

(طعن رقم 298 لسنة 37 ق جلسة 1972/12/5)

368- الاتفاق على الشرط الصريح الفاسخ :

المبلغ، بانية ذلك على أن المدعى عليه قد قام بدفع بعض الأقساط قبل مواعيدها، وأن المدعى قد قبل منه مبالغ بعد تواريخ الاستحقاق، بل قبل تأجيل باقى بعض الأقساط إلى مواعيد الأقساط التى تليها، مما مفاده عدم استمساكه بالمواعيد وبما رتبه عقد الصلح على عدم مراعاتها، فهذا الحكم إذا انتهى إلى ما قضى به، بناء على المقدمات التى ذكرها، لا يصح تعييبه.

وإذ كانت المحكمة بعد تقريرها ما تقدم من تحلل المدين من الشرط الذى يتمسك به الدائن قد استطردت إلى تكييف هذا الشرط بأنه تهديدى لا يتناسب فيه التعويض مع الضرر المحتمل من التأخير وأنه حتى لو كان شرطا جزائيا فإنه لم يحصل عدم وفاء كلى بل كان التأخير جزئيا، فذلك منها لا يتجافى مع موجب الواقعة التى حصلت.

تنص المادة 158 مدنى على أنه: "يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائى عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، وهذا الاتفاق لا يعفى من الإعذار، إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه". وهذا النص العام الوارد بشأن العقود الملزمة للجانبين يسرى على عقد الصلح فيجوز الاتفاق فى العقد على الشرط الصريح الفاسخ. كما أن الصلح قد يفسخ بحكم القانون فى حالة استحالة تنفيذ التزامات أحد الطرفين، فتتقضى الالتزامات المقابلة له. وينفسخ العقد من تلقاء نفسه.

369- التقايل فى الصلح :

التقايل هو اتفاق الطرفين فى عقد من العقود على إلغائه ويترتب على ذلك انحلال العقد، وهذا الانحلال يكون قبل انقضائه بالطريق المعتاد وهو تنفيذ الالتزامات التى ينشئها. وقد يقع التقايل قبل البدء فى تنفيذ العقد. والتقايل يتم بإيجاب وقبول كما هو الشأن فى العقد الأصيل، والأصل أن له أثرا رجعيا ويعتبر عقدا آخر بالنسبة إلى الغير وكذلك بالنسبة إلى التسجيل⁽¹⁾. وبناء عليه يجوز للمتصالحين أن يتقايلوا من الصلح، ولكن لا يجوز لأحدهما أن ينفرد بذلك. ويجوز أن يستخلص التقايل ضمنا من استمرار الدعوى بين المتنازعين دون أن يدفع أيهما بالصلح الذى كان قد تم بينهما. وقد يكون التقايل جزئيا، فيتقايلان فى جزء مما تصالحا عليه ويستبقيان الجزء الآخر⁽²⁾.



(1) يس يحيى ص 698 وما بعدها.

(2) السنهورى ص 580 هامش (2) - يس يحيى ص 699.

مادة (554)

للصلح أثر كاشف بالنسبة إلى ما تناوله من الحقوق، ويقتصر هذا الأثر على الحقوق المتنازع فيها دون غيرها.

الشرح

370- الأثر الكاشف للصلح بالنسبة إلى الحقوق المتنازع فيها:

تنص المادة 554 مدني أن للصلح أثرا كاشفا بالنسبة إلى ما تناوله من الحقوق ويقتصر الأثر على الحقوق المتنازع فيها دون غيرها.

والمقصود بالأثر الكاشف لهذه الحقوق، أن الصلح لا يتضمن إنشاء أو نقلا للحقوق المتنازع فيها، بل يقتصر الصلح على الكشف عن وجود الحق مستندا إلى مصدره الأول أي أن الحق الذي تنازل عنه أحد المتصالحين للآخر يعتبر ثابتا لا من وقت الصلح بل من وقت وجود السبب الذي أنشأ هذا الحق.

فإذا تنازع شخصان على أرض ومنزل وكان يملكها مورث مشترك، فاصطلحا على أن يختص أحدهما بالأرض والآخر بالمنزل، اعتبر كل منهما مالكا لما اختص به، لا من وقت الصلح بل من وقت موت المورث⁽¹⁾.

وإذا تصالح المسئول والمضرور على مبلغ التعويض فإن هذا الصلح يقتصر على الكشف عن مقدار التعويض الذي يظل مصدره الفعل الضار لا الصلح.

وإذا كان هذا هو معنى الأثر الكاشف للصلح فإن من الطبيعي أن يقتصر هذا الأثر على ذات الحقوق التي كانت محلا للنزاع من الطرفين. أما إذا تضمن الصلح معدلات كمبلغ من النقود أو حق شخصي أو ملكية عين يقدمها أحد الطرفين إلى الآخر نظير

(1) لم يكن لنص المادة 554 مدني مقابل في التقنين المدني السابق. وإنما كانت تنص المادة 537 / 659 على أن: " التأمينات التي كانت على الحق الذي وقع فيه الصلح تبقى على حالها للوفاء بالصلح ولكن يجوز لمن عليه تلك التأمينات أو لمن يتضرر من بقائه أن يحتج على الدائن بأوجه الدفع التي كانت موجودة في حق الدين قبل وقوع الصلح " - فكان هذا النص يقرر نتيجة من نتائج الأثر الكاشف للصلح. والأثر الكاشف للصلح كان معترفا به من الفقه والقضاة الوطنيين والمختلط كما كان الأثر الكاشف للصلح مسلما به في فرنسا دون نص وإن كان بعض الفقهاء قد استنتجوا من المادة 2052 التي تشبه الصلح بالحكم.

تتازله عن ادعائه، فلا شك أن الأثر الكاشف لا يلحق هذا المعدل بل يقتصر على الحق موضوع النزاع وذلك لأن الصلح في هذه الصورة يتضمن بلا شك انتقالاً لحق ثابت لأحد الطرفين إلى الآخر تسرى بشأنه كافة الأحكام والآثار القانونية المترتبة على انتقال الحق ويكون الطرف الذى يتلقى المعدل أو بدل الصلح - كما يسميه الشرعيون - خلفاً للطرف الآخر. وهذا ما تقرره المادة 554 بنصها على اقتصار الأثر الكاشف على الحقوق المتنازع فيها دون غيرها. ومن الواضح أن الصلح فى الصورة المتقدمة يكون له أثر كاشف بالنسبة للحق موضوع النزاع وأثر ناقل بالنسبة للحق المتفق علي انتقاله كمعدل للصلح إذ لا تعارض بين الأمرين⁽¹⁾.

أما عن تعليل الأثر الكاشف للصلح للحقوق المتنازع عليها، فقد ذهبت النظرية التقليدية إلى أن الأثر الكاشف للصلح يعزى إلى أن الصلح إنما يتضمن إقرار كل من المتصالحين لصالح الآخر، والإقرار يكشف الحقوق ولا ينشئها، فهو إخبار لا إنشاء، ولذلك فهو يقتصر على الحقوق المتنازع فيها فقط.

وبهذا التعليل أخذت مذكرة المشروع التمهيدى للتقنين المدنى فقد جاء بها:

"يلاحظ أن لأثر الصلح خاصيتين :

(أ) فهو كاشف للحق لا منشئ له.

(ب) وهو نسبى من حيث الموضوع ومن حيث الأشخاص.

أما أنه كاشف للحق لا منشئ له، فمعنى ذلك أن الحق الذى اعترف به أحد المتصالحين للآخر يعتبر ثابتاً لا من وقت الصلح بل من وقت وجود السبب الذى أنشأ هذا الحق، فإذا تنازع شخصان على أرض ومنزل كان يملكهما مورث مشترك. فاصطلحا على أن يختص أحدهما بالأرض والآخر بالمنزل، اعتبر كل منهما مالكا لما اختص به، لا من وقت الصلح بل من وقت موت المورث، وأنه قد ملك لا بالصلح بل بالميراث. والسبب فى ذلك أن الصلح إنما يتضمن إقرار كل من المتصالحين لصالح الآخر، والإقرار يكشف الحقوق لا ينشئها، على أنه يلاحظ أن هذا الأثر الكاشف مقصور على الحقوق المتنازع فيها دون غيرها. ففى المثال المتقدم يقتصر الأثر الكاشف على الأرض والمنزل، فلو فرض أن المنزل قيمته أكبر من الأرض، واقتضى الأمر أن يدفع من

(1) أكنث الخولى ص 53 وما بعدها.

اختص بالمنزل معدلا لمن اختص بالأرض، فالصلح أثره منشئ بالنسبة للمعدل، لأنه لم يدخل في الحقوق المتنازع فيها، إلخ⁽¹⁾.

أما النظرية الحديثة في تفسير الأثر الكاشف فتذهب إلى أن المتصالح في الواقع من الأمر لا يقر لصاحبه، ذلك أن التحليل السليم للصلح هو أنه تنازل عن حق الدعوى لا ينطوي على أى إقرار بحق الطرف الآخر، بل هو قد يرد على حقوق لا يشك المتنازل لا في ثبوتها له ولا في أن القضاء سيقورها له إذا سارت الخصومة إلى نهايتها. فهذا الجزء من الحق قد بقى على وضعه الأول دون أن يتغير، وإنما الصلح قد حسم النزاع فيه فخلص لصاحبه.

ومن ثم يكون للصلح أثران، فهو قاض على النزاع من حيث خلوص الحق، وهو كاشف عن الحق من حيث بقاء الحق على وضعه الأول⁽²⁾.

371- النتائج التي تترتب على الأثر الكاشف للصلح :

يترتب على الأثر الكاشف للصلح عدة نتائج منها:

1- عدم تجديد الالتزامات التي يقررها الصلح :

لا يترتب على الصلح تجديد الالتزامات التي يقررها، بل تحتفظ هذه الالتزامات بصفاتها ودفعها وتأميناتها التي كانت لها قبل حصول الصلح، ما لم يتفق المتصالحون على عكس ذلك. وهذه نتيجة طبيعية للأثر الكاشف للصلح إذ أن الصلح يكشف عن الحقوق التي كانت قائمة من قبل فمن المنطقي أن تظل هذه الحقوق على حالتها الأولى. وهذا ما قصده المشرع بالنص في المادة 537/659 من التقنين القديم على أن: "التأمينات التي كانت على الحق الذى وقع فيه الصلح تبقى على حالها للوفاء بالصلح، ولكن يجوز لمن عليه التأمينات أو لمن يتضرر من بقائها أن يحتج على الدائن بأوجه الدفع التي كانت موجودة في حق المدين قبل وقوع الصلح".

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 4 ص 453 وما بعدها.

(2) السنهوري 584- محيى الدين علم الدين ص 71.

غير أنه لم يرد بالتقنين الجديد مقابل لهاتين المادتين لاعتبارهما مجرد تطبيق للقواعد العامة⁽¹⁾.

فالكفيل الشخصى أو العينى يستمر ضامنا لمبلغ الدين الأصيل إذا زيد بمقتضى الصلح الدين المضمون وإن نقص الدين بسبب الصلح فإنه يجوز للكفيل أن يتمسك بالنقصان⁽²⁾.

ويتربط على عدم تجديد الحقوق السابقة أنه إذا كان الحق الذى حسم الصلح النزاع بشأنه ثابتا فى محرر رسمى قبل الصلح فإنه يحتفظ بهذه الصفة ويكون لصاحبه أن ينفذ به دون حاجة إلى استصدار حكم.

على أن قاعدة عدم تجديد الحقوق السابقة ليست مطلقة، إذ أنه ليس هناك ما يمنع من التجديد إذا توافرت شروطه واتفق الطرفان على ذلك. وعادة يلجأ الطرفان إلى التجديد إذا كانت الروابط القانونية بينهما من التعقيد والتداخل بحيث يفضلان تجديدها بإنشاء التزامات جديدة. ويمكن القول إذن أن طبيعة عقد الصلح لا تتعارض مع تجديد الالتزام⁽³⁾.

2- عدم اعتبار المتصالح خلفا للمتصالح الآخر فى الحق المتنازع فيه :

لا يعد المتصالح خلفا للمتصالح الآخر فى الحق المتنازع فيه، ذلك أن المتصالح الذى خلس له الحق المتنازع فيه لا يعد متلقيا لهذا الحق من المتصالح الآخر ولا يكون خلفا له فى هذا الحق. ومن ثم فليس له أن يستعين بمستندات الطرف الآخر فى مواجهة الغير.

وعلى ذلك فإذا تصالح (أ) مع (ب) على أن تكون ملكية العقار لـ (ب) ثم تقدم (ج) مدعيا بملكية هذا العقار ضد (ب) فلا يستطيع (ب) أن يستفيد فى نزاعه مع (ج) مما عساه يكون لدى (أ) من مستندات تتعلق بملكية العقار. فلا يستطيع (ب) وهو يتمسك

(1) محمد على عرفه ص 319 وما بعدها _المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية ج3 ص 281.

(2) يس يحيى 667.

(3) أكنم الخولى ص 57 وما بعدها.

بالتقادم في مواجهة (ج) أن يضم مدة حيازة (أ) إلى مدة حيازته، وكذلك لا يستطيع أن يستفيد بالمستندات التي لدى (أ) في نزاعه مع (ج) لأنه ليس خلفا له⁽¹⁾.

3- عدم وجوب تسجيل الصلح فيما بين المتعاقدين :

إذا كان محل الصلح حقا عينيا عقاريا فلا محل لتسجيل الصلح فيما بين الطرفين نتيجة لانعدام انتقال الحق.

وإنما يلزم التسجيل للاحتجاج بالصلح على الغير. ذلك أن المادة (10) من قانون الشهر العقاري لا توجب التسجيل في التصرفات الكاشفة عن الحق كالصلح إلا للاحتجاج به قبل الغير. وبالترتيب على ذلك إذا كان المتصالح الذي كان صاحب العقار قد باع هذا

(1) السنهاورى ص 584 وما بعدها - أكثم الخولى ص 59 - وقد اعترض أنصار نظرية الأثر الناقل للصلح على هذه النتيجة إذ يرون أن هذه النتيجة مخالفة لقصد المتعاقدين ذلك أن المتصالح الذي يخلص له الحق المتنازع عليه إنما يقصد بالصلح إلى تقويته ورفع النزاع بشأنه ومن ثم يكون له أن يستفيد من المستندات التي لدى الطرف الآخر والمتعلقة بالحق موضوع الدعوى. ومن ناحية أخرى يرون أن تطبيق هذه النتيجة يؤدي إلى حلقة مفرغة ويقولون تدليلا على ذلك أنه في المثل السابق إذا فرضنا أن (ج) انتصر على (ب) في دعوى الملكية فإن (أ) يستطيع أن يرفع ضد (ج) دعوى بملكية العقار وأن ينتصر فيها بفضل المستندات التي يحوزها والتي لم يتمكن (ب) من الاستفادة منها وذلك دون أن يتمكن (ج) من الاحتجاج على (أ) بالصلح الذي تم بين (أ، ب) والذي اعترف فيه (أ) بالملكية لـ (ب) تطبيقا للأثر النسبي للصلح. فإذا كسب (أ) دعوى الملكية ضد (ج) كان لـ (ب) أن يطالب (أ) بالعقار بناء على الصلح. ولكن (ج) يسترد العقار من (ب) استنادا إلى الحكم الذي سبق صدوره في النزاع بينهما ولكن (أ) بدوره يسترد العقار من (ج) استنادا إلى الحكم الصادر لمصلحة (أ) في النزاع بينهما ثم يعود (ب) ليأخذه بمقتضى الصلح وهكذا دواليك ولقد اعترض بعض الفقهاء على ذلك بأن هذا فرض مدرسى - وإن كان صحيحا - لم يتحقق عملا لأنه يدل بذاته على أن (أ) هو أقوى الأطراف الثلاثة وأنه المالك الحقيقي فلا يمكن أن يتصالح مع (ب) ويسلم له بالملكية. كما أن هذا الفرض ليس نتيجة لاستحالة تمسك (ب) بالمستندات التي لدى (أ) فقط وإنما ساهم فيه الأثر النسبي للصلح الذي أجاز لـ (أ) استرداد العقار من (ج) الذي لم يستطع أن يحتج بالصلح في مواجهته لأنه من الغير بالنسبة لعقد الصلح. وعلى ذلك يمكن القول بأن هذا الاعتراض ليس قاصرا على الصلح بل يمكن توجيهه إلى الأحكام القضائية إذ هي ذات أثر نسبي كالصلح. (أكثم الخولى ص 59 وما بعدها).

العقار قبل الصلح أو بعده لم يجز لمن خلص له العقار بالصلح أن يحتج على المشتري إلا إذا سجل الصلح وأيهما - المشتري أو المتصالح الأول - سبق إلى التسجيل فضل على الآخر. إلا أنه إذا كان المشتري هو الذى سجل أولاً، جاز للمتصالح الأول أن يتمسك ضد المشتري بملكيته للعقار الذى كان ينازعه فيها المتصالح الآخر، فقد يكون هو المالك الحقيقى للعقار ويكون المشتري قد اشترى العقار من غير مالك وهو المتصالح الآخر⁽¹⁾.

4- انعدام الالتزام بالضمان :

لا ينشئ الصلح على عاتق المتصالح التزاما بضمان الحق الذى تنازل عن الادعاء به، إذا ما استحق المال موضوع النزاع. لأن الضمان لا يترتب إلا فى العقود الناقلة للملكية.

والواقع أن هذا الالتزام لا يعرض فى عقد الصلح أصلاً، لأنه يحسم النزاع بين طرفين يحتفظ كل منهما بما يدعيه لنفسه من حق بعد إسقاط ما تنازل عنه هو للآخر. فلا يمكن أن يطالب غريمه بضمان ما اعترف به له، حتى لو كان هذا الاعتراف بمقابل إذ أن التزام هذا الأخير ينحصر فى تنازله عن ادعائه على المال موضوع النزاع معترفاً له بما يدعيه عليه من حقوق⁽²⁾.

غير أن المتصالح يضمن فى جميع الأحوال فعله الشخصى.

5- عدم صلاحية الصلح سبباً للتملك بالتقادم الخمسى :

لا يصلح الصلح سبباً للتملك بالتقادم الخمسى. ذلك أن السبب الصحيح الذى يجيز التملك بالتقادم الخمسى تصرف ناقل للملكية وليس كاشفاً. فإذا اصطلاح شخصان على أن يختص أحدهما بقطعة أرض، ووضع يده بحسن نية على هذه الأرض، ثم تبين أن هذه الأرض مملوكة لشخص آخر، فإن المتصالح واضع اليد لا يملك الأرض بالتقادم الخمسى. ولكنه يجوز له تملكها بالتقادم الطويل وهو خمس عشرة سنة.

(1) السنهورى ص 587 وهامش (2).

(2) محمود جمال الدين زكى ص 48.

6- عدم تخويل الصلح الحق في الشفعة :

الصلح لا يخول الحق في الشفعة إذا كان واقعا على ملكية عقار حتى لو كان في مقابلة بدل صلح، وكان هذا البديل مبلغا من النقود، فإذا خلص العقار لأحد المتنازعين فيه بالصلح، فلا يجوز للجار أو الشريك في الشئوع أن يطلب أخذ العقار بالشفعة فعقد الصلح ما جاء إلا مؤيدا للحالة السابقة ومحولا لوضع اليد المتنازع فيه إلى وضع يد غير متنازع فيه، فضلا عن أن المبلغ المدفوع لا يمثل قيمة العقار، بل ما قد يكون للطرفين من حظ في كسب أو خسارة في دعوى الملكية⁽¹⁾.

غير أنه إذا أخفى الصلح بيعا، جاز الأخذ فيه بالشفعة، ويقع على عاتق الشفيع إثبات ذلك.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"متى كان كل من المتعاقدين قد ترك جزءا من حقوقه على وجه التقابل قطعاً للنزاع الحاصل بينهما فهذا عقد صلح طبقاً لنص المادة 532⁽²⁾ من القانون المدني. ولا يصح اعتباره بيعاً لكونه تضمن نقل ملكية أحد المتعاقدين إلى الآخر بثمن معين، مادامت هذه الملكية لم تكن بعد مستقرة لتاركها بل كانت محل نزاع، والمبلغ المسمى لم يكن مقابلاً لنقل الملكية المتنازع عليها بل كان مقابلاً لحسم النزاع، مما تنعدم به مقومات البيع وتظهر مقومات الصلح. والصلح لا تجوز فيه الشفعة ولا الاسترداد. ذلك بأن الصلح الواقع في ملكية مقابل دفع مبلغ معين من النقود ليس ناقلاً للملكية بل مقرر لها، والمبلغ المدفوع صلحا لا يمثل قيمة العقار وإنما يمثل ما قد يكون للطرفين من حظ في كسب أو خسارة دعوى الملكية. ثم إنه بطبيعته يقتضى ترك كل طرف شيئاً من حقه، ولا يجوز أن ينتفع الأجنبي بفائدة مقررة لمنفعة المتصالح، كما أنه يستلزم من قبل طرفيه واجبات شخصية لا يمكن أن يحل فيها أجنبي عن العقد، مثل طالب الشفعة أو الاسترداد. هذا فضلا عن أن نصوص القانون في الشفعة والاسترداد صريحة في أن كلا الحقين لا يردان إلا على حالة البيع".

(طعن رقم 72 لسنة 16 ق جلسة 1947/11/27)

(1) محمود جمال الدين زكى ص 49.

(2) حلت محلها في القانون الجديد المادة 549.

7- عدم اعتبار المتصالح على دين متنازع فيه في ذمة الغير متلقيا للدين من المتصالح الآخر :

إذا وقع الصلح عن دين متنازع فيه في ذمة الغير، فخلص هذا الدين بالصلح لأحد المتصالحين، لم يعتبر هذا المتصالح متلقيا للدين من المتصالح الآخر، فلا تراعى هنا الإجراءات الواجبة في حوالة الحق⁽¹⁾.

372- الطعن في الصلح بالدعوى البوليصية :

استقر القضاء الفرنسي والمصري على جواز الطعن في الصلح بالدعوى البوليصية من جانب دائن المتصالح⁽²⁾.

ويرى جانب كبير من الفقه أن هذا الحكم لا ينسجم مطلقا مع الأثر الكاشف للصلح ولا يتلاءم إلا مع القول بالطبيعة الناقلة لهذا العقد، ذلك أنه لا يجوز الطعن بالدعوى البوليصية إلا في التصرفات المفقرة والصلح كاشف للحقوق فلا يمكن أن يعتبر تصرفا مفقرا.

غير أنه من الصعب التسليم بأن الصلح تصرف مفقر في كل الأحوال، فقد يتضمن إثراء للمدين، فضلا عن أن الدائن وهو صاحب المصلحة في الطعن على الصلح يعد من الغير بالنسبة لعقد الصلح ويستطيع إذا أثبت أن الصلح الذي أبرمه مدينه قد سبب إعسارا له بأن زاد من التزاماته أو نقص من حقوقه أن يطعن فيه بالدعوى البوليصية إذا توافرت سائر شروطها فالحقيقة أن الأثر الكاشف للصلح ليس مانعا من الطعن في الصلح بالدعوى البوليصية⁽³⁾.

373 - الأثر الناقل للصلح بالنسبة إلى الحقوق غير المتنازع فيها :

الأثر الكاشف للصلح يقتصر على الحقوق المتنازع فيها دون غيرها. أما إذا تناول عقد الصلح حقا غير متنازع فيه قدم من مصالح إلى غريمه مقابل نزوله عما يدعيه أو بعضه، كان له أثرا ناقلا بالنسبة إليه.

(1) السنهوري ص 587.

(2) نقض فرنسي في 22 يولية 1902 - استئناف مختلط في 17 مارس سنة 1921 أشار إليهما في مؤلف يس يحيى ص 682 هامش (1) - أكتف الخولى ص 62 وما بعدها.

(3) يس يحيى ص 682 - قرب أكتف الخولى ص 63 وما بعدها.

وبعبارة وجيزة للصلح أثر كاشف بالنسبة للمصالح عنه وأثر ناقل بالنسبة للمصالح عليه. فإذا تنازع شخصان على ملكية أرض ثم تصالحا على أن يختص أحدهما بها في نظير أن يسلم الآخر منزلاً، فالصلح ناقل للملكية بالنسبة لهذا المنزل⁽¹⁾.

وإذا تصالح الطرفان على ملكية الأرض فتخلص إلى أحدهما في نظير أن يلتزم بدفع مبلغ من النقود للآخر، فالصلح ناقل لملكية النقود.

فالصلح يمتزج هنا بعقد ناقل للملكية ولا يؤثر امتزاج العمليتين على صحة تسمية هذا الاتفاق المركب بأنه صلح طالما أن الغاية منه هي حسم النزاع أو تلافي حصوله⁽²⁾.

ويترتب على كون الصلح له أثر ناقل في المثالين السابقين عكس النتائج التي ذكرناها بالنسبة للأثر الكاشف.

وبالترتيب على ذلك وعلى سبيل المثال. يعد المتصالح خلفاً للمتصالح الآخر، ويلتزم من أعطى الحق غير المتنازع عليه بضمان الاستحقاق ويجب تسجيل الصلح لنقل ملكية العقار سواء بالنسبة للمتعاقدين أو بالنسبة للغير.

ويكون الصلح سبباً صحيحاً في التقادم الخمسى.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"تكيف عقد الصلح واعتباره منشئاً للحق أو مقرراً له من حق المحكمة وحدها دون تدخل الخصوم. وإذن فمتى كانت المحكمة قد حصلت من عقد الصلح أن أساس تملك الطاعنة الأَطْيَان التي خصصت لها في عقد الصلح هو ادعاؤها الاستحقاق في الوقف، وأن المطعون عليهما قد تنازلتا عن إنكارهما استحقاقها وصالحاتها على مبلغ من المال مقابل حصة الطاعنة في عين من أعيان الوقف، فإن هذا الصلح يكون كاشفاً لحق الطاعنة في تلك الأَطْيَان المبني على ادعائها الاستحقاق في الوقف لا منشئاً لذلك الحق. وتعد الطاعنة في هذه الحالة مالكة لما خصص لها بعقد الصلح من وقت الاستحقاق المدعى به لوفاء من تلقى الاستحقاق عنه لا من تاريخ عقد الصلح".

(طعن رقم 26 لسنة 28 ق أحوال شخصية جلسة 1961/4/27)

(1) محمود جمال الدين زكى ص 49.

(2) محمد على عرفه ص 322.

(الأثر النسبى للصلح)

374- المقصود بالأثر النسبى للصلح :

يشارك الصلح مع الحكم فى أن له أثرا نسبيا، بمعنى أن تكون حجته مقصورة على الأطراف التى وقع بينها، والمحل الذى وقع عليه، والسبب الذى وقع من أجله. فيترتب - كما رأينا سلفا - على الصلح كالحكم - دفع قطعى يحتج به على من يحاول من الأطراف تجديد النزاع فيما تضمنه الصلح وهو الدفع بانتهاء النزاع بالصلح. والأثر النسبى للصلح مصدره _ كأي عقد آخر - ما تنص عليه المادة 152 مدنى من أنه: "لا يترتب العقد التزاما فى ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقا". أما حجية الحكم فمصدرها نص المادة 101 من قانون الإثبات التى تجرى على أن: "الأحكام التى حازت قوة الأمر المقضى تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجية، ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا فى نزاع قائم بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بذات الحق محلا وسببا. وتقضى المحكمة بهذه الحجية من تلقاء نفسها". ونعرض لعناصر نسبية عقد الصلح فيما يأتى:

375- (أ) - اتحاد الأطراف :

يقتصر الأثر المنهى للصلح على أطراف الصلح، وهذا ما يعبر عنه بأن الصلح نسبى من حيث الأشخاص، فلا يستفيد منه غير أطرافه، ولا يضارون منه⁽¹⁾.

(1) وكانت المادة 745 من المشروع التمهيدي للتقنين المدنى تنص على أنه : "لا يترتب على الصلح نفع أو ضرر لغير عاقيه، حتى لو وقع على محل لا يقبل التجزئة". وجاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدي أنه: "الأشخاص الذين يسرى فى حقهم الصلح هم المتصلحون أنفسهم. فلا يترتب على الصلح نفع أو ضرر لغير عاقيه حتى لو وقع على محل لا يقبل التجزئة وهذا ما يعبر عنه التقنين الحالى (م 660/538) بعبارات غامضة فينص على أنه "لا يجوز الاحتجاج بالصلح على من له شركة فى القضية التى وقع فيها الصلح ولا يجوز أن يحتج هو به أيضا". مثال ذلك أن يصطلح أحد الورثة مع الموصى له = على الوصية، فلا يحتج الورثة الآخرون بهذا الصلح ولا يحتج به عليهم (مع ذلك يراعى النص الوارد عن الصلح مع أحد المدينين المتضامين م 418 من المشروع)".

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إنه وإن كانت المادة 535 من القانون المدني القديم تنص على أنه " لا يجوز الطعن في الصلح إلا بسبب تدليس أو غلط محسوس واقع في الشخص أو في الشيء أو بسبب تزوير السندات التي على موجبها صار الصلح وتبين بعده تزويرها" إلا أن تطبيق هذه المادة مقصور على المتعاقدين أما الأجنبي على الصلح فإنه لا يحتاج به".

(نقض مدني طعن رقم 68 لسنة 19 ق جلسة 1951/4/19)

2- "إذا كان الطاعن قد دفع أمام محكمة الموضوع بعدم قبول الدعوى المدنية لسبق حصول صلح فيها مع أخى المجنى عليه، وكان الحكم المطعون فيه قد رفض هذا الدفع بقوله إن المدعية بالحق المدني _ وهى الوصية على أولادها القصر - لم تكن طرفا فى هذا الصلح، فإن ما انتهى إليه الحكم يكون صحيحا فى القانون. ذلك أن عقد الصلح - كغيره من العقود - قاصر على طرفيه، وما دام أن العقد تم مع شقيق المجنى عليه، وهو ليس بوارث ولا نائب عن الورثة ولا وصى على قصر أخيه، فإن توقيعه على هذا العقد بصفته وصيا لا يضىء عليه هذه الصفة، كما أن أثر العقد لا يتعدى إلى المدعية بالحق المدني".

(نقض جنائى طعن رقم 1169 لسنة 32 ق جلسة 1962/11/12)

وبالترتيب على ذلك :

(أ) - لا يحتج بالصلح الذى يتناول كل التركة من ميراث على الورثة الذين لم يوافقوا عليه كما أنهم لا يتقيدون بشروطه⁽¹⁾.

إلا أن هذا النص حذف فى لجنة المراجعة لأن حكمه يستخلص من القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 453 هامش (1)).

(1) وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إذا كان الثابت من الصورة الرسمية لصحيفة الاستئناف أن مقدميها نازعوا فى جواز توجيه إجراءات التنفيذ على التركة فى شخص بعض الورثة قائلين بوجود اختصاصهم جميعا كيما يتقدم كل منهم بما عسى أن يكون لديه من وجوه الدفاع، وقرروا أن ما قال به الحكم من = أنه يكفى توجيه الخصومة لبعض الورثة، إذ ينتصب الوارث خصما عن الباقيين مادام الدين قد التزمت به التركة، لا محل لتطبيقه فى الدعوى حيث لم توجه إجراءات التنفيذ المطلوب إبطالها

على أن العبرة في معنى اتحاد الخصوم إنما هي بصفاتهم لا بأشخاصهم. فالصلح الحاصل مع خصم بصفته الشخصية، لا تكون له حجية قبل هذا الخصم إذا جدد النزاع باعتباره ناظرًا على وقف، لأن صفة النظارة مغايرة للصفة الشخصية للخصم الماثل في الصلح⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إن العبرة في اتحاد الخصوم فيما يتعلق بقوة الشيء المحكوم فيه إنما هي بالخصوم من حيث صفاتهم لا من حيث أشخاصهم. وإذن فالحكم الصادر في وجه خصم بصفته الشخصية لا تكون له حجية قبل هذا الخصم باعتباره ناظرًا على وقف، فإن صفة النظارة للخصم قد تتعارض مع صفته الشخصية".

(طعن رقم 69 لسنة 9 ق جلسة 1940/3/7)

- (ب) - لا يحتج بالصلح الذي يتم بين أحد الورثة والموصى عليه على الوصية، على الورثة الآخرين، كما لا يحتج به هؤلاء الورثة⁽²⁾.
- (ج) - إذا كان الموصى له شخصين بوصية واحدة، وصالح الوارث أحدهما، فإن هذا الصلح لا يحتج به الموصى له الآخر، ولا يحتج به عليه.
- (د) - لا يحتج بالصلح الحاصل مع المجنى عليه في حادثة على أرملته التي تتقدم بعد وفاته على إثر هذه الحادثة للمطالبة بتعويض الضرر الذي لحقها خاصة بوفاة

إلى بعض الورثة باعتبارهم نائبين عن الباقيين بل وجهت إلى جميع الورثة فصح اختصاص البعض دون البعض، ثم تمسكوا - في سبيل التدليل على قيام التعارض بين مصالح الورثة الموجب لاختصاصهم جميعاً - بأن الإجراءات المطلوب إبطالها اتخذت بحكم مؤسس على صلح عقده غيرهم من الورثة ولم يشتركوا هم فيه ولا أقروه، ومع ذلك لم تتحدث محكمة الاستئناف في حكمها عن شيء من ذلك وأيدت الحكم الابتدائي لأسبابه، فإنها بذلك تكون قد أعجزت محكمة النقض عن مراقبة تطبيق القانون، ويتعين نقض حكمها لقصوره".

(طعن رقم 48 لسنة 17 ق جلسة 1948/5/20)

(1) محمد على عرفه ص 327.

(2) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ص 453 الهامش.

عائلها، هذا ولو تضمن الصلح تنازل المجنى عليه عن المطالبة بالتعويض حتى عن النتائج المستقبلية لهذه الحادثة⁽¹⁾.

وفي هذا قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن :

"إن صلح المجنى عليه قبل وفاته مع ضاربيه لا يؤثر في حقوق الورثة في المطالبة بتعويض ما نالهم من الضرر بعد وفاة والدهم من جراء الاعتداء عليه لأن الأساس القانوني لطلب الورثة ذلك التعويض هو الضرر الذي لحقهم من عمل من اعتدى على والدهم وفقا للمادة 151 من القانون المدني وليس أساسه وراثتهم للحق الذي ثبت لوالدهم قبل وفاته. فإذا تنازل الوالد عما ثبت له قانونا من الحق في تعويض الضرر والذي ناله ممن اعتدى عليه فإن هذا التنازل لا يؤثر في حق الورثة المستمد مباشرة من القانون والذي لا يملك الوالد أن يتنازل عنه قبل وجوده إذ حقهم لا يولد إلا من تاريخ موته هو".

(طعن رقم 1268 لسنة 4 ق جلسة 1934/5/28)⁽²⁾

376- الأشخاص الذي يتأثرون بالصلح ولو لم يكونوا طرفا فيه :

قاعدة عدم الاحتجاج بالصلح على من لم يكن طرفا فيه، ليست إلا تطبيقا للقواعد العامة الواردة في باب الالتزامات، فهو يخضع لحكم هذه القواعد. ومن مقتضى ذلك أن يرتبط بالصلح سائر الأشخاص الذين لم يكونوا طرفا فيه بأنفسهم، ولكنهم كانوا ممثلين فيه وفقا لقواعد النيابة أو قواعد الاستخلاف. ومن الأشخاص الذين يسرى عليهم الصلح وفقا لقواعد النيابة القصر والمحجور عليهم، بالنسبة للصلح الذي يعقده الأوصياء أو

(1) محمد على عرفه ص 327.

(2) قارن نقض جنائي طعن رقم 211 لسنة 14 ق جلسة 1944/3/13 وقد جاء به: "إذا كانت الجريمة من الجرائم التي لا تتوقف المحاكمة فيها على شكوى المجنى عليه (جريمة ضرب) فلوالد المجنى عليه بعد وفاته أن يدعى بحقوق مدنية على أساس الضرر الذي لحق ابنه من جرائمها. لأن من حقه بصفته وارثا أن يطالب بتعويض الضرر الأدبي والمادي الذي سببته الجريمة لمورثه، على اعتبار أن هذا الضرر يؤول في النهاية إلى مال يورث عن المضرور. ومادام المجنى عليه قبل وفاته لم يتنازل صراحة عن حقه في التعويض فلا محل لافتراض هذا التنازل واستنتاجه من أن وفاته حصلت قبل أن يرفع دعوى التعويض".

(طعن رقم 211 لسنة 14 ق جلسة 1944/3/13)

القائمة بإذن محكمة الأحوال الشخصية. وأعضاء الشركات التجارية بالنسبة للصلح الذى يعقده المدير المنتدب والمفلس بالنسبة للصلح الذى يعقده أمين النقليسة. والموكل بالنسبة للصلح الذى فوض فيه الوكيل وذلك وفقا للشروط المقررة قانونا. أما أولئك الذين يسرى عليهم الصلح وفقا لقواعد الاستخلاف فهم الورثة ومن فى حكمهم، كالموصى إليهم بكل التركة أو بجزء منها، فهؤلاء يرتبطون بالصلح فى نفس الحدود التى كان يتقيد بها سلفهم. ويسرى هذا الحكم على الدائنين العاديين أيضا لأنهم يتأثرون بكل تصرفات المدين السابقة على تنبيه نزع الملكية، مع الاحتفاظ لهم بحقهم فى الطعن فى الصلح بدعى عدم نفاذ التصرفات إذا توافرت شروطها.

أما الخلف الخاص كالمشتري والدائن المرتهن ومن فى حكمهما من أصحاب الحقوق العينية، فإنهم لا يتأثرون بالصلح الحاصل مع البائع أو المدين الراهن، إلا أن يكون من شأن الصلح ترتيب حقوق عينية على العقار المبيع أو المرهون، وحفظت هذه الحقوق وفقا للقانون قبل مبادرتهم إلى التسجيل أو القيد⁽¹⁾.

وتطبق القاعدة العامة فى النيابة التبادلية بين المدينين المتضامنين فيما ينفع لا فيما يضر إذ تنص المادة 294 مدنى على أنه:

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

فالصلح مع أحد المدينين المتضامنين يحوز إذن أن يحتج به الدائنون المتضامنون الآخرون، ولكن لا يحتج به عليهم. وكالمدينين المتضامنين الدائنون المتضامنون، فالصلح مع أحد الدائنين المتضامنين يجوز أن يحتج به الدائنون المتضامنون الآخرون، ولكن لا يحتج به عليهم.

كذلك الصلح مع المدين الأصلي يجوز أن يحتج به الكفيل، ولكن لا يجوز أن يحتج به عليه.

(1) محمد على عرفه ص 327 وما بعدها.

أما الصلح مع أحد المدنيين فى دين غير قابل للانقسام، فلا يحتج به الدائنون الآخرون، ولا يحتج به عليهم، لانعدام النيابة التبادلية هنا سواء فيما يضر أو فيما يفيد⁽¹⁾.

وإذا صالح الوارث الظاهر على الميراث، فإن صلحه يسرى فى حق الوارث الحقيقى، شأن سائر تصرفات الوارث الظاهر.

377- (ب) اتحاد الموضوع :

رأينا أن المادة 555 من التقنين المدنى تنص على أن: "يجب أن تفسر عبارات التنازل التى يتضمنها الصلح تفسيراً ضيقاً، وأياً كانت تلك العبارات فإن التنازل لا ينصب إلا على الحقوق التى كانت وحدها بصفة جلية محلاً للنزاع الذى حسمه الصلح" - ومقتضى هذا النص أنه لا يمكن الاحتجاج بالصلح كدفع بعدم قبول منازعة جديدة يثيرها أحد المتصالحين إذا لم يكن موضوع هذه المنازعة هو نفس الموضوع الواقع فيها الصلح. فالصلح ينهى النزاع محددًا بموضوعه فلا أثر له على نزاع يختلف موضوعه ولو كان قائماً بين ذات الأطراف. فالصلح الحاصل بين دائئى شركة مفلسة والشركاء لا يشمل الديون التى استدانها أحد الشركاء بصفته الشخصية. ولا يقبل من هذا الأخير أن يحتج بمحضر الصلح الحاصل عن ديون الشركة المفلسة لاختلاف موضوع هذه الدعوى عن موضوع الصلح.

وقد تعرضنا لهذه المسألة تفصيلاً عند تناول تفسير الصلح فنحيل إليه (راجع بند 203).

378- (ج) - اتحاد السبب :

يقتصر الأثر المنهى للصلح على النزاع محددًا بسببه. فإذا نشأ نزاع جديد بين طرفى الصلح متعلقًا بذات موضوع الصلح ولكن سببه يختلف عن سبب النزاع الأول فلا محل للاحتجاج بالصلح الحاسم للنزاع الأول.

وكانت المادة 743 من المشروع التمهيدي تنص على أن: "من تصالح على حق له أو على حق تلقاه بناء على سبب معين، ثم تلقى هذا الحق ذاته من شخص آخر أو بناء

(1) السنهورى ص 592 - أكثم الخولى ص 48.

على سبب آخر، لا يكون هذا الحق الذى كسبه من جديد مرتبطا بالصلح السابق". إلا أن هذه المادة حذفت فى لجنة المراجعة، لأن حكمها مستفاد من القواعد العامة⁽¹⁾. وعلى ذلك إذا تصالح شخص على أرض ادعى أنه ورثها ثم اشتراها بعد ذلك فإن له أن يحتج بالشراء على من تصالح معه على الميراث، ولا يكون لهذا الأخير أن يحتج بالصلح السابق⁽²⁾.

كذلك إذا صالح شخص وصيه السابق على حساب الوصاية ولم يطعن فى هذا الصلح، أو صالحه على الحساب بعد انقضاء سنة من تاريخ تقديمه، فإنه يكون مقيدا بهذا الصلح، فإذا كان له أخ لم يصالح الوصى مثله، ومات هذا الأخ فورثه هو، فإنه لا يكون مقيدا بالصلح فيما يتعلق بحقه فى الإرث من أخيه، ويستطيع أن يعود إلى مناقشة الحساب مع الوصى فى شأن هذا الحق. ذلك لأن السبب هنا قد اختلف، فهو قد صالح الوصى قاصرا الصلح على ما يخصه هو من حساب الوصاية، ولا يستطيع الوصى أن يحتج عليه بصلح تقدم فيه بسبب حسابه الشخصى، وهو الآن بسبب آخر هو الميراث من أخيه⁽³⁾.



(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 4 ص 449 هامش (1) وما بعدها.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 4 ص 450 الهامش.

(3) السنهورى ص 594.

مادة (555)

يجب أن تفسر عبارات التنازل التي يتضمنها الصلح تفسيراً ضيقاً، وأياً كانت تلك العبارات فإن التنازل لا ينصب إلا على الحقوق التي كانت وحدها بصفة جلية محلاً للنزاع الذي حسمه الصلح.

الشرح

379- تفسير الصلح تفسيراً ضيقاً :

قاضي الموضوع هو المنوط به تفسير عقد الصلح - كالأشأن في تفسير أى عقد آخر - ولا رقابة لمحكمة النقض على القاضي في تفسيره لعقد الصلح، مالم يستند في تفسيره إلى أسباب غير سائغة، ويشوه قصد المتعاقدين.

ويبين من نص المادة 555 أن المشرع يجعل من الواجب عدم التوسع في تفسير الصلح، وتلك نتيجة طبيعية للقاعدة القانونية التي من مقتضاها أن التنازل عن الحق لا يفترض، وبما أن أساس الصلح هو نزول كل من المتصالحين عن جزء من ادعاءاته، كان طبيعياً ألا يتوسع في تفسير هذا التنازل، وأن يتذرع القاضي بالحيلة والدقة في تحديد موضوعه خشية أن يشوه قصد المتعاقدين، ويخرجه عن الغاية التي قصدا إليها متجاوزاً بذلك الحدود التي رسماها، فيتعرض لرقابة محكمة النقض⁽¹⁾. والنص المذكور يقرر قاعدتين يتضمنهما المبدأ السالف الذكر.

القاعدة الأولى:

وجوب أن تفسر عبارات التنازل التي يتضمنها الصلح بمعناها الدقيقة. فإذا تضمن الصلح تنازلاً عن فوائد الدين فسر التنازل بأنه مقصور على ما استحق منها لا على ما سيستحق.

وفى هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدى :

"الصلح نسبى في الموضوع فهو يقصر على الحقوق التي كانت محلاً للنزاع دون غيرها. ويجب أن تفسر عبارات التنازل التي يتضمنها الصلح بمعناه الضيق، فإذا تضمن

(1) محمد على عرفه ص 325 وما بعدها.

الصلح تنازلاً عن فوائد الدين مثلاً، فسر التنازل بأنه مقصور على ما استحق منها على ما يستحق⁽¹⁾.

ويفسر الصلح الحاصل بين الحكومة وأحد المفاولين بقصد تسوية الحساب بينهما نهائياً، على أنه لا يتضمن تنازل الحكومة عن الضمان العشري للمنشآت التي أقامها هذا الأخير⁽²⁾.

وإذا تصالح الشريك مع 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.

والقاعدة الثانية:

أن يقصر الصلح على المنازعات التي يقصد المتصالحان أن تكون موضوعاً له دون غيرها.

ويجب في تحديد هذا القصد الرجوع إلى الحالة التي كانت قائمة بينهما وقت إبرام العقد. فإذا نص في عقد الصلح مثلاً على أن أحد المتصالحين قد تنازل عن كل ماله من حقوق وادعاءات قبل الآخر، لا يمتد الصلح رغم ذلك إلا إلى الحقوق التي واجهاها وقت التعاقد وجعلاً منها موضوعاً له⁽³⁾.

وإذا تصالح وارث مع بقية الورثة على ميراث، اقتصر الأثر على الميراث الذي تناوله الصلح، ولا يتناول ميراثاً آخر ويشترك فيه أيضاً بقية الورثة⁽⁴⁾. والصلح الحاصل بين دائن الشركة لا يحتمل الديون التي على أحد الشركاء بصفته الشخصية⁽⁵⁾.

وإذا تصالح شخصان في دعوى وضع اليد على أن تكون لأحدهما، ورفع الخارج دعوى الملكية، فلا يحتج عليه بالصلح في وضع اليد لاختلاف الدعويين⁽⁶⁾.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 456.

(2) استئناف مختلط 1911/2/23 مجلة التشريع والقضاء المختلط 1 لسنة 23 ص 192.

(3) استئناف مختلط 16 مايو 1889 مجلة التشريع والقضاء المختلط السنة الأولى ص 187.

(4) السنهاوري ص 571.

(5) مصر الكلية 7 يناير 1914 المجموعة الرسمية 15 ص 81.

(6) استئناف مختلط 10 مايو سنة 1902.

واستعمال المتعاقدين عبارة البراءة العامة، بعد أن حصرا موضوع التخالص وحدداه فيما هو مبين بمحضر الصلح، إنما يفيد عموم البراءة في نوع الحقوق التي كانت محل اعتبارهما عند التعاقد⁽¹⁾.

على أنه وإن كان من الواجب عدم التوسع في تفسير الصلح وقصره على موضوع النزاع، إلا أن ذلك لا يمنع قاضى الموضوع من أن يستخلص من عبارات الاتفاق والظروف التي تم فيها نية الطرفين والنتائج المبتغاة من عمل الصلح، ويعين نطاق النزاع الذى أراد الطرفان وضع حد له بالصلح.

فليس ثمة ما يمنع القاضى من أن يتخذ من العقد الذى بشأنه حصل الصلح أساسا لتفسير شروطه. فإذا أسست المحكمة قضاءها بصحة التنفيذ بفوائد تأخير الأقساط المستحقة من ثمن المبيع على أن محضر الصلح المطلوب التنفيذ به صريح فى احتفاظ البائع بجميع الحقوق المقررة له بعقد البيع، وعلى أن عقد البيع ينص على سريان الفوائد عن التأخير، فلا مجال للنعى على حكمها هذا، لأن عقد البيع يكون والحالة هذه متمما لعقد الصلح، ومن ثم فإن الفوائد المنصوص عليها فيه تكون فى حكم المنصوص عليها فى محضر الصلح⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(1) استئناف مصر 4 مايو سنة 1899.

ومع ذلك فقد رأت بعض المحاكم المصرية أن الصلح لا يحسم المنازعة فقط وقت إبرامه بل حاسما أيضا لكل نزاع يثار فى المستقبل متى كان هذا النزاع ناشئا فى الدعوى نفسها التى حصل فيها الصلح (طنطا الجزئية 15 فبراير 1903 - المجموعة الرسمية السنة 5 رقم 102). وذلك تحقيقا لما قصده المتعاقدان (قنا الكلية 30 يوليو 1931 المحاماة السنة 12 رقم 505). فإذا تنازلت وارثة، فى عقد الصلح عن باقى حقوقها الآيلة لها بالميراث الشرعى عن والدها، لا يجوز لها المطالبة ببيع الأطنان التى استولت عليها مقابل التنازل لأن هذا البيع هو من باقى حقوقها الآيلة لها بالميراث الشرعى عن والدها التى تنازلت عنها بمحضر الصلح، فضلا عن أن البيع تابع للنزاع فى الملكية الذى حسمه الصلح، والفرع يتبع الأصل (طنطا الجزئية 15 فبراير 1903، قنا الكلية 30 يوليو 1939) - راجع أيضا محمود جمال الدين زكى ص 53.

(2) محمد على عرفه ص 326.

1- "الصلح عقد ينحسم به النزاع بين طرفيه فى موضوع معين على أساس نزول كل منهما عن بعض ما يدعيه قبل الآخر. ولهذا يجب ألا يتوسع فى تأويله وأن يقصر تفسيره على موضوع النزاع. على أن ذلك ليس من مقتضاه أن قاضى الموضوع ممنوع من أن يستخلص من عبارات الاتفاق ومن الظروف التى تم فيها نية الطرفين والنتائج المبتغاة من الصلح، ويحدد نطاق النزاع الذى أراد الطرفان وضع حد له باتفاقهما عليه، بل إن ذلك من سلطته ولا رقابة عليه فيه مادامت عبارات الصلح والملابسات التى تم فيها تحتل ما استخلصه منها".

(طعن رقم 51 لسنة 10 ق جلسة 1941/1/16)

2- "إذا كانت الجريمة من الجرائم التى لا تتوقف المحاكمة فيها على شكوى المجنى عليه (جريمة ضرب) فلوالد المجنى عليه بعد وفاته أن يدعى بحقوق مدنية على أساس الضرر الذى لحق ابنه من جرائمها لأن من حقه بصفته وارثاً أن يطالب بتعويض الضرر المادى والأدبى الذى سببته الجريمة لمورثه، على اعتبار أن هذا الضرر يؤول فى النهاية إلى مال يورث عن المضرور ومادام المجنى عليه قبل وفاته لم يتنازل صراحة عن حقه فى التعويض فلا محل لافتراض هذا التنازل واستنتاجه من أن وفاته حصلت قبل أن يرفع دعوى التعويض".

(نقض جنائى طعن رقم 211 لسنة 14 ق جلسة 1944/3/13)

3 - (أ) - "إن الصلح عقد ينحسم به النزاع بين طرفيه فى موضوع معين على أساس نزول كل منهما عن بعض ما يدعيه قبل الآخر، ولهذا فقد نصت المادة (555) من القانون المدنى على وجوب أن تفسر عبارات التنازل التى يتضمنها الصلح تفسيراً ضيقاً، وأياً كانت تلك العبارات، فإن التنازل لا ينصب إلا على الحقوق التى كانت وحدها بصفة جلية محلاً للنزاع الذى حسمه الصلح".

(ب) - "إذا كان الثابت من الأوراق أن المطعون ضده الأول تعدى على الطاعة بالضرب فى 1982/3/23 أثناء شجار بين عائلتيهما، وشكلت فى اليوم التالى لجنة للصلح بين الفريقين، أقرت تحمل كل مصاب - ومنهم الطاعة - نفقات علاجه، ونزوله عن حقوقه المدنية قبل الآخر، وكانت عبارات الصلح لا تنتسح - وفق ما لابس انعقاده من الظروف..... إلا للإصابات الظاهرة فى حينه، وإذ تبين - لاحقاً - تخلف عاهة مستديمة لدى الطاعة - والتى تختلف فى طبيعتها عن الإصابة التى تبرأ بعد مدة -

فإنه يكون لها أن تطالب بالتعويض عنها، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر، وحاجها بالصلح، الذى اعتبره نزولا منها عن حقها فى التعويض، فإنه يكون معيبا بالفساد فى الاستدلال والخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم 2349 لسنة 63 ق جلسة 2001/1/24)

380- الفرق بين عقد الصلح والحكم :

يتفق عقد الصلح والحكم فى أمرين الأول: أن كل منهما يحسم النزاع. الثانى: وجود وحدة فى الخصوم والمحل والسبب فى عقد الصلح والحكم كما سنرى.

ويختلف عقد الصلح عن الحكم فيما يأتى :

1- أن الصلح عقد كسائر العقود، يشترط فيه توافر الرضا فهو ينعقد بإيجاب وقبول.

أما الحكم فيصدر من المحكمة فى دعوى مرفوعة من أحد الأطراف للفصل فى نزاع. وتتبع المحكمة فى نظر الدعوى وإصدار الحكم القواعد المقررة فى قانون المرافعات.

2- الصلح يجوز أن يتوقى نزاعا محتملا، أما الحكم فهو يفصل فى نزاع قائم.

3- أن الصلح - باعتباره عقداً - يخضع فى تفسيره للقواعد التى تخضع لها تفسير كافة العقود وإن كان يجب تفسيره تفسيراً ضيقاً كما رأينا. أما الحكم فيخضع فى تفسيره للأحكام الواردة فى المادة 192 من قانون المرافعات.

4- الصلح وحدة غير قابلة للتجزئة أما الحكم فهو قابل للتجزئة، ويمكن تعديل أو إلغاء جزء منه دون مساس بباقيه.

5- الصلح لا يجوز تنفيذه إلا إذا كان مصدقا عليه من المحكمة أو كان ثابتا بورقة رسمية.

أما عدا ذلك فلا يجوز تنفيذه إلا بعد استصدار حكم بموجبه.

أما الحكم فيجوز تنفيذه طبقاً للقواعد المقررة فى قانون المرافعات.

6- يجوز أخذ حق اختصاص بمقتضى الحكم واجب النفاذ، ولما كان عقد الصلح

ليس حكماً فإنه لا يجوز أخذ حق اختصاص بموجبه على هذا الأساس.

وإن جاز أخذ حق اختصاص بناء على الحكم الذى يثبت صلحا أو اتفاقاً بين

الخصوم عملاً بالمادة 1087 مدنى.

7- الصلح لا يجوز الطعن فيه إلا بدعوى مستقلة لعيب من عيوب الإرادة عدا الغلط في القانون. أما الحكم فلا يجوز الطعن فيه لعيب من عيوب الإرادة. وإنما يجوز الطعن فيه بالطرق المبينة بقانون المرافعات.

يجعل الغبن سببا من أسباب الطعن في العقود إلا في حالات معينة ليس من بينها الصلح، إذ تقتضى طبيعته ألا يرد بشأنه مثل هذا النص فإن النعى على الحكم المطعون فيه بعدم إجازة الطعن بالصلح بالغبن هو نص لا أساس له

(طعن رقم 26 لسنة 38 ق جلسة 1973/12/18)



3- بطلان الصلح

مادة (556)

لا يجوز الطعن في الصلح بسبب غلط في القانون.

الشرح

381- المقصود بالغلط في القانون :

المقصود بالغلط في القانون، الغلط في القواعد القانونية التي ليست محلاً للخلاف، فهذا هو الذى يحتج به.

أما الغلط في المسائل المختلف عليها وترجيح أحد الآراء خطأ فلا أثر له في صحة العقد. ولكن يشترط أن تكون المسألة قد اختلفت فيها المحاكم فعلاً، فإذا لم تكن عرضت على المحاكم، فإن الشخص إذا رجع رأياً على رأى خطأ ما عد هذا غلط في القانون⁽¹⁾.

فقد قضت محكمة النقض بأن :

"المقرر في قضاء هذه المحكمة وفقاً للمادتين 120، 122 من التقنين المدني أن للمتعاقد الذى وقع في غلط في القانون أن يطلب إبطال التصرف الذى شاب هذا الغلط متى كان جوهرياً ووقع فيه المتعاقد الآخر أو اتصل علمه به أو كان من السهل عليه أن يتبينه".

(طعن رقم 846 لسنة 44 جلسة 1978/12/13)

ويلاحظ أن الغلط في القانون ينبغي ألا يلتبس مع قاعدة أخرى تقضى بأنه لا يعذر المرء بجهله القانون. فإن نطاق تطبيق هذه القاعدة لا يتناول إلا القوانين المتعلقة بالنظام العام ويدخل في هذه القوانين الجنائية وبعض القوانين المدنية كالقانون الذى يحدد حد أقصى للفائدة. أما إذا كان الغلط واقعاً في مسألة قانونية لا تعتبر من النظام العام فيمكن التمسك به لإبطال العقد إلا إذا نص القانون على غير ذلك كما هو الحال في عقد الصلح⁽²⁾.

(1) يس يحيى ص/25.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 159.

382- لا يجوز الطعن في الصلح لغلط في القانون :

تقضى القواعد العامة المنصوص عليها في المادة 122 مدنى بأن العقد يكون قابلاً للإبطال لغلط في القانون إذ جرى نص المادة على أن: "يكون العقد قابلاً للإبطال لغلط في القانون، إذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقاً للمادتين السابقتين، هذا ما لم يقض القانون بغيره".

إلا أن المادة 556 مدنى - بالتطبيق لعجز المادة السابقة- استثنت من حكمها الغلط في تطبيق القانون في عقد الصلح، فلا يكون عقد الصلح قابلاً للإبطال لغلط في القانون إذ نصت على أن: لا يجوز الطعن في الصلح بسبب غلط في القانون⁽¹⁾.

وقد بررت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي استبعاد عقد الصلح من القواعد العامة في إبطال العقد لغلط في القانون بقولها:

"والسبب في أن الغلط في فهم القانون لا يؤثر في الصلح، أن المتصالحين كانا وهما في معرض المناقشة في حقوقهما، يستطيعان التثبت من حكم القانون فيما قام

(1) الوضع في ظل القانون القديم :

سار القضاء في ظل القانون القديم على استبعاد الغلط في القانون في عقد الصلح رغم انعدام نص صريح مماثل للمادة 556 مدنى. فقد كانت المادة 657/535 من القانون القديم تنص على أنه: " لا يجوز الطعن في الصلح إلا بسبب تدليس أو غلط محسوس واقع في الشخص أو الشيء أو بسبب تزوير السندات التي على موجبها صار الصلح وتبين بعده تزويرها ".

وقد أسست غالبية الأحكام استبعاد الغلط في القانون على أن أسباب البطلان وردت على سبيل الحصر في هذا النص (استئناف القاهرة 4 مايو 1899 الحقوق 1 لسنة 14 ص 182- كفر الزيات الجزئية في مايو 1913 الشرائع السنة الأولى ص 51).

ولكن هذا التعليل غير سليم لأن المادة لم تذكر كل أسباب البطلان، والقول به معناه أن الصلح لا يبطل للإكراه أو نقص الأهلية لانعدام النص عليها. وهذا غير مقبول ولم يدر بخلد أحد.

وكان يمكن استبعاد الغلط في القانون من بين أوجه بطلان الصلح، لا لأن المادة 657/535 قد عدت هذه الأوجه على سبيل الحصر، وإنما على أساس الاستنتاج العكسى لمضمون نصها لا يجوز الطعن في الصلح "بسبب غلط محسوس في الشخص أو في الشيء"، فيقصد به الغلط في الواقع واستبعاد الغلط في القانون (محمود جمال الدين زكى ص 29 وما بعدها - أكثر الخولى ص 24 هامش 1).

بينهما من نزاع على هذه الحقوق، بل المفروض أنهما تثبتتا من هذا الأمر، فلا يسمع من أحد منهما بعد ذلك أنه غلط في فهم القانون⁽¹⁾.

والواقع أن حكم المادة 556 مأخوذ عن حكم المادة 2/2052 من التقنين الفرنسى، وكان التعليل السابق يتردد كثيرا فى الفقه الفرنسى، وهو تعليل لم يتقبله الفقه الحديث، وقد حاول مع فقدته للمبدأ ذاته، أن يجد له أساسا منطقيا، واقترحت تعليقات كثيرة لعل أحدثها وأصحها ما يقوم على رد هذه القاعدة إلى طبيعة الصلح ذاته وحقيقة إرادة المتصلحين. ذلك أن الطرفين حينما يتنازلان بالصلح عن حق الدعوى الثابت لكل منهما إنما يتنازلان عن طرح النزاع أمام القضاء ليقول كلمة القانون فيه مبينا ما يقوم عليه أحد الادعاءين من غلط فى القانون، فهما فى الواقع يتنازلان عن معرفة حكم القانون فى نزاعهما ويفضلان حسمه عن غير الطريق الطبيعى لفضه متحملين بذلك مخاطر ما قد يقعان فيه من غلط فى فهم أحكام القانون. فإذا أجزنا لهما بعد ذلك الطعن فى الصلح بالغلط فى القانون لخالفنا الغرض من الصلح وأهدرنا إرادة المتعاقدين⁽²⁾.

383- نطاق تطبيق قاعدة عدم الطعن فى الصلح بالغلط فى القانون :

قاعدة عدم الطعن على الصلح لغلط فى القانون، قاعدة استثنائية مستمدة من نص المادة 556 مدنى على خلاف القاعدة العامة التى تجيز الطعن فى العقود بالغلط فى القانون والمنصوص عليها بالمادة 122 مدنى، ومن ثم كان يجب على القضاء تطبيق هذا الاستثناء تطبيقا ضيقا، إلا أن ذلك لم يتحقق، وتوسع القضاء فى تطبيق هذه القاعدة الاستثنائية. وعلى سبيل المثال فإن القضاء يرفض إبطال عقد الصلح إذا اجتمع الغلط فى القانون مع الغلط فى الواقع، وجعل الغلط فى القانون يجب الغلط فى الواقع إذا كان هذا الغلط غير مغتفر. فإذا اصطاح شخصان فى شأن سند باطل، وكانا واقعين فى غلط فى الواقع وغلط فى القانون، فى شأن هذا البطلان، فإن الصلح مع ذلك لا يبطل للغلط إذا ظهر أنه كان ينبغى أن يدرك المتصلحان بطلان السند⁽³⁾.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 4 ص 461.

(2) أكتف الخولى ص 22 وما بعدها - السنهورى ص 54.

(3) نقض فرنسى 19 ديسمبر 1865 - السنهورى ص 540 وما بعدها - أكتف الخولى 24 وما بعدها.

384- الغلط فى الواقع :

لم يأت التقنين المدنى الجديد بأى حكم استثنائى فيما يتعلق بالغلط فى الواقع فتطبق القواعد العامة المنصوص عليها فى المادتين 120، 121⁽¹⁾ مدنى، وبناء على ذلك يجوز إبطال الصلح إذا وقع أحد المتعاقدين فى غلط جوهري فى الوقائع سواء كان الغلط فى شخص المتعاقد أو فى صفته أو فى الشيء محل النزاع أو فى صفته أو فى الباعث متى كان هذا الغلط هو الدافع إلى التعاقد وكان المتعاقد الآخر قد وقع فى الغلط أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه.

ومن أمثلة إبطال الصلح لغلط فى الواقع، اتفاق المجنى عليه مع الجانى الذى تسبب فى إصابته أو مع شركة التأمين على التصالح على مبلغ معين، ثم يتبين فيما بعد أن الإصابة أكثر جسامه، وتكشف عن ضرر يختلف فى طبيعته عن الضرر الذى كان موجودا وقت الصلح، كحدوث عاهة مستديمة أو موت المصاب، وليس كذلك تفاقم الضرر الذى كان موجودا وقت الصلح، فلا يعدو أن يكون غبنا، والغبن لا يؤثر فى الصلح.

ويلاحظ أن شركات التأمين فى فرنسا تضع شروطا فى عقود الصلح تحميها من المطالبة بإبطالها إذا تبين للمضرور ضرر جديد أو تفاقم الضرر السابق، فتشترط شركات التأمين على المضرور أن يوقع على كونه قبل الصلح وتتنازل عن المطالبة بأية مبالغ أخرى عن الأضرار التى تتكشف عنها الإصابة. ورغم أن القضاء الفرنسى قد أقر

(1) تنص المادة 120 على أن :

"إذا وقع المتعاقد فى غلط جوهري جاز له أن يطلب إبطال العقد، إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله فى هذا الغلط، أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه.

وتنص المادة 121 على أن:

"1- يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامه بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع فى هذا الغلط

2- ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص:

(أ) إذا وقع فى صفة للشيء تكون جوهريه فى اعتبار المتعاقدين، أو يجب اعتبارها كذلك لما يلبس العقد من ظروف ولما ينبغى فى التعامل من حسن النية.

(ب) إذا وقع فى ذات المتعاقد أو فى صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسى فى التعاقد".

صحة هذه الشروط إلا أن الفقه ينتقده، لأن المتعاقد يعتبر واقعا في غلط، ولا تصح إجازة هذا العقد المشوب بغلط إلا بعد أن ينكشف الغلط (1).

ومن هذه الأمثلة أيضا إذا اشترى شخص أرضا معتقدا أنها تحد من الجهة البحرية بشارع عرضه خمسة أمتار، وتبين بعد ذلك أن هذا الشارع لا وجود له وأن الأرض محصورة من جهاتها الأربع ولا منفذ لها إلى الطريق العام. أو شراء سيارة على أنها جديدة ولم تستعمل إلا على سبيل الفحص والتجربة ثم يتبين أنها استعملت كثيرا وأنه سيق ردها من مشتر آخر لهذا السبب (2).

385- أمثلة للغلط في الواقع واردة في المشروع التمهيدى :

كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الحالى يتضمن أربع مواد تنظم الغلط فى الواقع فى عقد الصلح هى المواد (748 إلى 751) وهى تقابل المواد (1054 - 2057) من التقنين المدنى الفرنسى، إلا أن هذه المواد حذفت فى لجنة المراجعة لأن أحكامها مستفادة من القواعد العامة.

وقد لاحظ بعض الفقهاء (3) أن تطبيق القواعد العامة على الحالات التى تضمنها المشروع التمهيدى لا يؤدى تماما إلى الأحكام التى تضمنتها النصوص، بل إن منها مالا يمكن أن يؤدى إليه مجرد تطبيق القواعد العامة فى الغلط.

ونعرض لأحكام هذه المواد فيما يلى :

1- كانت المادة 748 تنص على أنه :

"1- يكون الصلح قابلا للبطلان، إذا كان قد أبرم تنفيذا لسند باطل، وكان المتعاقد يجهل هذا البطلان بسبب غلط مادى. والغلط مفروض لصالح من يدعيه، إلا إذا ثبت العكس إما من عبارات العقد ذاته أو من إقرار المدعى أو من نكوله عن اليمين.

2- أما إذا وقع الصلح صراحة على بطلان السند ذاته، فإن العقد يكون صحيحا". وفى هذا النص مخالفة للقواعد العامة لأنه يقرر أن الغلط مفروض لصالح من يدعيه

(1) السنهورى ص 543 وما بعدها - محيى الدين علم الدين ص 64.

(2) الدكتور عبد المنعم الصده فى مصادر الالتزام 1986 ص 190.

(3) يس يحيى ص 274 وما بعدها - أكثم الخولى ص 24 هامش (1).

إلا إذا ثبت العكس إما من عبارات العقد ذاته أو من إقرار المدعى أو من نكوله عن اليمين. وهذه القرينة لا يمكن الأخذ بها حالياً بعد حذف هذا النص.

2- كانت المادة 750 تنص على أن:

"يكون الصلح قابلاً للبطلان إذا حسم نزاعاً سبق أن صدر بشأنه حكم نهائى، وكان الطرفان أو أحدهما يجهل صدور هذا الحكم".

وحذف هذا النص من المشروع يحيلنا إلى القواعد العامة. وهى تسمح بإبطال الصلح ولو كان الحكم المجهول مما يجوز استئنافه إذا ثبت الغلط كما تسمح برفض طلب إبطال الصلح ولو كان الحكم المجهول غير قابل للطعن بأى طريق إذا انتفى الغلط. كذلك يلاحظ أن تطبيق القواعد العامة فى الغلط لا يسمح غالباً بطلب الإبطال إلا للطرف الذى صدر الحكم لمصلحته دون الطرف الذى صدر هذا الحكم ضده⁽¹⁾.

ويذهب رأى بأن الأدق فى هذا الصدد أن الصلح باطل، وليس قابلاً للإبطال فحسب، لأن أحد مقومات الصلح وهو النزاع قد انعدم، فلا يكون الصلح قائماً⁽²⁾.

3- كانت المادة 751 تنص على أن:

"1- إذا تناول الصلح جميع المنازعات القائمة بين الطرفين بوجه عام، ثم ظهرت بعد ذلك أوراق لم تكن معروفة وقت الصلح، فلا يكون ذلك سبباً فى بطلان العقد، ما لم تكن هذه الأوراق قد أخفيت وكان ذلك بفعل أحد المتعاقدين.

2- أما إذا لم يتناول الصلح إلا نزاعاً معيناً، وظهرت بعد ذلك أوراق تثبت أن أحد المتعاقدين لم يكن له حق ما فيما يدعيه، فإن الصلح يكون باطلاً".
ويلاحظ أن إخفاء الأوراق المشار إليها فى فقرتى المادة بفعل أحد المتعاقدين، يحيز له إبطال الصلح للتدليس وليس للغلط.

386- حكم المادة (556) مدنى لا يخل بوجوب أن يكون الرضا فى الصلح

خالياً من العيوب الأخرى:

عدا ما جاء بالمادة 556 من أنه لا يجوز الطعن فى الصلح بسبب غلط فى القانون، يخضع عقد الصلح للقواعد العامة التى تحكم الرضاء فى العقود، فيجب أن يكون الرضاء بالصلح خالياً من العيوب، شأنه أى عقد آخر.

(1) أكنم الخولى ص 26 هامش (3) - يس يحيى ص 275.

(2) السنهورى ص 547.

وعيوب الرضا الأخرى، هي الغلط في الواقع والتدليس والإكراه والاستغلال. وعلى ذلك إذا شاب الرضاء تدليس كان الصلح قابلا للإبطال لمصلحة من دلس عليه.

ومثال ذلك :

1- أن يتناول الصلح جميع المنازعات القائمة بين العاقدین بوجه عام، ثم تظهر بعد ذلك أوراق لم تكن معروفة وقت الصلح لأن أحد المتعاقدين كان قد أخفاها عن العاقد الآخر.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"الإكراه والتدليس يجعلان الصلح قابلا للبطلان، كما هو الحال في أى عقد آخر، ومن أمثلة التدليس أنه إذا تناول الصلح جميع المنازعات القائمة بين الطرفين بوجه عام، ثم ظهرت بعد ذلك أوراق لم تكن معروفة وقت الصلح، فلا يكون ذلك سببا في بطلان العقد لأن المفروض أن هذا الغلط غير جوهرى مادام الصلح يتناول جميع المنازعات القائمة لا نزاعا معينا بالذات، ما لم تكن هذه الأوراق قد أخفيت وكان ذلك بفعل أحد المتعاقدين، لأن هذا يعد تدليسا مبطلا للصلح، ويلاحظ أن الأوراق إذا أخفيت بفعل أجنبي، فإن كان متواطئا مع أحد المتعاقدين، جاز أن يعتبر هذا تدليسا صادرا من المتعاقد"⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إنه وإن كانت المادة 535 من القانون المدني القديم تنص على أنه "لا يجوز الطعن في الصلح إلا بسبب تدليس أو غلط محسوس واقع في الشخص أو في الشيء أو بسبب تزوير السندات التي على موجبها صار الصلح وتبين بعده تزويرها إلا أن تطبيق هذه المادة مقصور على المتعاقدين أما الأجنبي عن الصلح فإنه لا يحتاج به".

(طعن رقم 68 لسنة 19 ق جلسة 1951/4/19)

2- أن يكون الدائن قد دفع إلى صلح تحت تأثير الاعتقاد بعسر المدين واحتياجه بعد أن ثبت أن هذا الاعتقاد لم ينشأ إلا عن احتيال المدين⁽¹⁾.

3- إذا تصالح المستأمن مع المؤمن على أن يأخذ مبلغا معيناً في مقابل أن يتنازل له عن ملكية السفينة إذا ما وصلت إلى الميناء، وكان المستأمن قد أخفى على المؤمن الالتزامات التي تقع على السفينة⁽²⁾.

4- إذا ربح سند جائزة وكتب بائع السند عن مشتريه هذا الأمر، وطالبه بالفسخ لعدم دفع الثمن، ثم صالحه على الفسخ⁽³⁾.

وإذا شاب الرضاء إكراه، جاز أيضا إبطال الصلح وفقا للقواعد العامة المنصوص عليها في المادتين 127، 128 مدنى. ومثال ذلك:

1- صلح أكره عليه ريان سفينة برفع دعوى عليه دون أى سند قانونى، وكان الغرض الوحيد منها هو الحكم عليه بتعويض لاحق للمدعى فيه، ولكن ترتب عليها توقيع الحجز على سفينة ومنعها من مغادرة الميناء فى اليوم السابق مباشرة على اليوم المحدد لرحيلها⁽⁴⁾.

2- إذا هدد أحد المتصالحين الآخر بأن يحرك ضده الدعوى العمومية عن طريق الشكوى عن فعل يعتبر جريمة ماسة بالشرف أو السمعة والكرامة، وتوصل عن طريق هذا التهديد إلى إرغامه على الصلح فيما يتفرع عن هذا الفعل من نتائج مالية⁽⁵⁾.

وإذا شاب عقد الصلح استغلال أحد الطرفين فى الطرف الآخر طيشا بينا أو هوى جامحا فدفعه إلى إبرام الصلح فإنه يجوز للمستغل أن يطلب إبطال الصلح رافعا دعوى الاستغلال طبقا للقواعد العامة المنصوص عليها فى المادتين 129، 130 مدنى.

أما مجرد الغبن دون أن يكون مشوبا باستغلال، فلا يكون سببا فى إبطال الصلح.

(1) استئناف مختلط 7 يونيو 1893.

(2) محكمة بورдо فى 2 أبريل 1835.

(3) حكم محكمة الإسكندرية المختلطة فى 31/12/1929.

(4) نقض فرنسى فى 19 فبراير 1879.

(5) محمد على عرفه ص 332.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"أما الغبن فلا يؤثر فى الصلح، إلا إذا تبين أن أحد المتصالحين قد استغل حاجة المتصالح الآخر أو طيشه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه فيجوز الطعن فى الصلح وفقا للمادة 179 من المشروع"⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"مفاد نص المادة 549 من القانون المدنى أن من أركان عقد الصلح نزول كل من المتصالحين عن جزء مما يدعيه وإذ كان لا يشترط فى الصلح أن يكون ما ينزل عنه أحد الطرفين مكافئاً لما ينزل عنه الطرف الآخر ومن ثم فلا محل لادعاء الغبن فى الصلح. وكان القانون المدنى لم يجعل الغبن سبباً من أسباب الطعن فى العقود إلا فى حالات معينة ليس من بينها الصلح، إذ تقتضى طبيعته ألا يرد بشأنه مثل هذا النص فإن النعى على الحكم المطعون فيه بعدم إجازة الطعن بالصلح بالغبن هو نعى لا أساس له".

(طعن رقم 26 لسنة 38 ق جلسة 1973/12/18)



(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 4 ص 460 - وكانت الفقرة الثانية من المادة 747 من المشروع التمهيدى تنص على أن: "ولا يجوز الطعن فيه بسبب الغبن أو بسبب غلط فى القانون " إلا أن اللجنة عدلت المادة كلها إلى النص الراهن اكتفاء بالقواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 458 وما بعدها)

مادة (557)

- 1- الصلح لا يتجزأ، فبطلان جزء منه يقتضى بطلان العقد كله.
- 2- على أن هذا الحكم لا يسرى إذا تبين من عبارات العقد، أو من الظروف، أن المتعاقدين قد اتفقا على أن أجزاء العقد مستقلة بعضها عن بعض.

الشرح

387- عدم تجزئة الصلح عند بطلانه :

تقرر الفقرة الأولى من المادة قاعدة مؤداها أن الصلح وحدة غير قابلة للتجزئة، فإذا بطل جزء منه ترتب على ذلك بطلان العقد كله. والمستقر عليه أن هذا البطلان، يطبق سواء بالنسبة لموضوع الصلح أو بالنسبة لأطرافه.

فبالنسبة إلى الموضوع يؤدي بطلان أحد شروط الصلح إلى بطلان العقد كله. وبالنسبة لأطرافه فإنهم إن تعددوا وكان الصلح باطلا بالنسبة لأحدهم امتد البطلان إلى باقى الأطراف⁽¹⁾.

وتستند هذه القاعدة فى الواقع إلى الطبيعة الخاصة لعقد الصلح إذ يعتبر النزول المتبادل فى هذا العقد عن جزء من الادعاءات عنصرا جوهريا فى العقد، وبهذه المثابة فإن شروط العقد وينوده يكمل بعضها بعضا وينظر إليها جميعا كوحدة متكاملة فإذا ما اختل جزء منها بالبطلان فإن هذا الخلل يؤثر بطبيعة الحال فى هذه الوحدة ومن ثم يبطل العقد كله⁽²⁾.

على أن هذه القاعدة مفسرة لإرادة المتعاقدين وليست من النظام العام فيجوز للمتعاقدين أن يتفقا صراحة على أن أجزاء الصلح مستقل بعضها عن بعض بحيث إذا بطل بعضها بقى البعض الآخر صحيحا، كما يجوز أن يستنتج هذا الاتفاق من عبارات العقد أو من الظروف وهذا ما قرره المادة 557/2 مدنى.

وفى هذا يختلف الصلح عن الحكم، إذ الأصل أن الأحكام تقبل التجزئة، وكثيرا ما

(1) السنهورى ص 550 وما بعدها - أكثم الخولى ص 39 - جمال زكى ص 37.

(2) يس يحيى ص 706 - قرب محمود جمال الدين زكى ص 37.

يترتب على الطعن في الأحكام تأييد الحكم الابتدائي في بعض أجزائه وتعطيله بالنسبة للأجزاء الأخرى.

وهذا الخلاف بين الصلح والحكم متسق مع منطق الأمور، إذ الحكم من عمل القاضي، وقد يخطئ القاضي في تطبيق القانون بالنسبة لبعض أصول النزاع ويصيب بالنسبة للبعض الآخر، أما الصلح فهو عن عمل الأفراد⁽¹⁾.

ويلاحظ أن الصلح الذي يقضى بطلانه لنقص أهلية أحد المتصلحين ويعتبر باطلاً لكامل الأهلية منهم. إنما يلاحظ هذه الحالة أن البطلان هنا مقرر لحماية ناقص الأهلية وحده. فلا يقبل من المتصلحين الآخرين أن يتمسكوا ببطلان الصلح لنقص أهلية أحدهم عند مطالبتهم بتنفيذه. إنما يكون لهم أن يتمسكوا بالبطلان بعد القضاء به لصالح ناقص الأهلية استناداً إلى قاعدة عدم تجزئة البطلان في الصلح. كما يمكن الاحتجاج في مواجهتهم بهذا البطلان⁽²⁾.

388- أمثلة من الفقه والقضاء لقاعدة عدم تجزئة البطلان في الصلح:

1- إذ تصالح شخص على أرض ومنزل، ثم ظهر بعد ذلك أن هناك سندات مزورة تتعلق بالأرض هي التي دفعت المتصالح إلى الصلح عليها، فيبطل الصلح في الأرض والمنزل معاً، إلا إذا تبين من عبارات الصلح أو من الظروف أن المتعاقدين قد توافقا على أن أجزاء العقد مستقلة بعضها عن بعض، وأن الصلح قد تم على الأرض وعلى المنزل على أساس استقلال كل منهما عن الآخر⁽³⁾.

2- قضت محكمة النقض بتجزئة الصلح المبرم بين بلغ وقصر وصدق المجلس الحسبي ولم تطعن وزارة العدل بالاستئناف، ولكنها اعترضت وسلم المتصالح الآخر بعدم سريان الصلح على القصر. وأبطلت الصلح في حق القصر وأبقت قائماً في حق البلغ.

إذ قضت محكمة النقض بأن :

"إذ قرر المجلس الحسبي الموافقة على صلح عقد بين أخ وجميع ورثة أخيه ومنهم

(1) محمد على عرفه ص 340.

(2) محمد على عرفه ص 341.

(3) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية ج 4 ص 465.

قصر، ولم توافق وزارة العدل على هذا الصلح، وكلفت المجلس الحسبي السير في نظر الشكاوى المقدمة ضد هذا الأخ بأن اختلس أقطانا وبذرة ونقودا من أموال الشركة التي كانت معقودة بينه وبين أخيه مورث القصر، وانتهى الأمر في هذه الشكاوى برفع دعوى أمام المحكمة الأهلية بشأن حساب هذه الشركة، فدفع المدعى عليهم (ورثة العم لأنه قد مات) الدعوى بحصول صلح فيها، فقضت المحكمة تمهيديا بنذب خبير لتصفية الحساب بين طرفي الدعوى وإرجاء الفصل في النزاع على الصلح، فاستأنف الطرفان هذا الحكم، وكان الظاهر مما جاء بصحيفة استئناف المدعى عليهم أنهم إذ تمسكوا باعتبار هذا الصلح صحيحا بالنسبة للبالغين، كانوا مسلمين بعدم سريانه على القصر، وطلبوا جعل مأمورية الخبير مقصورة على تصفية حسابهم، فحكمت المحكمة في الدعوى على هذا الأساس برفض دعوى البالغ وبتأييد الحكم فيما يتعلق بنذب خبير لتصفية حساب القصر وحدهم، فهذا الحكم وإن كان منطوقه لم يرد به ذكر للصلح إلا أنه مادام قد عرض في أسبابه للصلح وفصل فيه فصلا قاطعا ورتب قضاءه على ذلك يحوز قوة الشيء المحكوم فيه فيما يختص بالصلح لارتباط تلك الأسباب بالمنطوق ارتباطا وثيقا. وإذن فلا يصح فيما بعد التمسك بهذا الصلح في مواجهة القصر قولاً بأن قرار المجلس الحسبي بالتصديق على الصلح هو قرار نافذ مادامت وزارة العدل لم تطعن في هذا القرار بالاستئناف وهو الطريقة الوحيدة لإبطال أثره".

(طعان 75، 86 لسنة 13 ق جلسة 1944/5/18)⁽¹⁾

(1) وقد قضت محكمة النقض في الطعن رقم 4 لسنة 13 ق بجلسته 1943/5/20 بأن:

"إنه لا يوجد في القانون ما يمنع من يطعن في الورقة بالتزوير على أن يتنازل عن طعنه ويتصلح معه خصمه في الدعوى متى توافرت فيه الأهلية اللازمة للتنازل والصلح وإذن فإذا قضى الحكم بعدم نفاذ صلح في شأن تزوير ورقة من بين أطرافه قصر لتناوله تنازل القصر عن بعض أصل حقهم وعدم إجازة المجلس الحسبي هذا التصرف، ثم أجرى قضاءه هذا على باقي المشتركين في الصلح بمقولة إن دعوى التزوير لا تقبل التجزئة، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون بالنسبة لمن عدا القصر لأن الصلح صحيح بالنسبة لهم إذ التجزئة =

في الحقوق المالية جائزة وليس هناك ما يحول دونها، فيجوز في عقد واحد مطعون فيه بالتزوير أن يتصلح بعض ذوى الشأن فيه ويظل الباقي متمسكين بطعنهم عليه ثم يقضى ببطلانه. ومثل هذا القضاء لا تأثير له في الصلح الذي تم. والقول بغير ذلك يتعارض مع القواعد العامة التي تقصر حجية الأحكام على من كان طرفا فيها".

3- إذا شمل صلح مسألة تتعلق بالحالة إلى جانب ما ينشأ عنها من حقوق مالية، كما إذا تصالح وارث عن صفته، أى عن علاقته بالمورث، وعن حقوقه الآيلة له بالإرث،

وكان هذا القضاء محل تعليق من الفقه.

فالدكتور السنهاورى (ص 552 هامش 1) يبرر هذا القضاء بأن الظاهر من ظروف القضية أنه اتضح من نية الطرف الأول أنه يجزئ الصلح، فإذا أبطل بالنسبة إلى القصر بقى قائما بالنسبة إلى غير القصر.

بينما يوجه الدكتور محمد على عرفه (ص 341 وما بعدها) النقد لهذا القضاء، ويقول إنه استظهر من وقائع الدعوى أنه بمقتضى هذا الصلح تنازلت المدعيات عن نفسهن وبصفتن عن نصيبهن ونصيب القصر المشمولين بالوصاية فى جزء من أرض النزاع اختص به المدعى عليه نتيجة لهذا الصلح، وفى مقابل ذلك تنازل المدعى عليه للمدعيات والقصر عن باقى القدر المتنازع عليه.

وقد نص فيه على تنازل المدعيات عن دعوى التزوير المنظورة.

وظاهر من هذه الوقائع أن هذا الصلح مرتبط بالأجزاء إذ أنه ينصب على التنازل عن دعوى تزوير عقد موضوعه ملكية قطعة أرض مملوكة للمدعيات والقصر على الشيوع، فالقضاء ببطلان هذا الصلح بالنسبة للقصر يستتبع حتما جواز إبطاله بالنسبة لباقى المتصالحات إذا تمسكن بالبطلان وهكذا يكون الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى نتيجة صحيحة، وإن كان قد أخطأ فى تسببها بعدم إمكان تجزئة دعوى التزوير، إذ أن الحكم بتزوير ورقة، كالحكم بصحتها لا يكون له حجية إلا على من كان طرفا فيه، كما ذهب إليه محكمة النقض. ولكن السبب الصحيح لبطلان الصلح بالنسبة لكامل الأهلية فى هذه الحالة هو ما قرره القانون وأجمع عليه الفقه والقضاء من عدم جواز تجزئة البطلان فى الصلح. فليس الأمر متعلقا إذن بعدم جواز تجزئة الحكم فى دعوى التزوير، فهو جائز قانونا للسبب الذى أيدته محكمة النقض فى حكمها هذا، ولكنا بصدد تجزئة البطلان فى الصلح، وهو ما لا يجوز إلا إذا اتضح أن نية المتعاقدين قد اتجهت إلى تجزئته ويعترض الدكتور يس يحيى (ص 708 الهامش وما بعدها) على النقد سالف الذكر قائلا:

"وأنا لا أوافق الدكتور محمد على عرفه فيما ذهب إليه من أن الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى نتيجة صحيحة إذ حكم ببطلان الصلح بالنسبة لكامل الأهلية ذلك أن الظاهر من ظروف هذه القضية أن هذا الصلح قابل للتجزئة ومن ثم يكون صحيحا بالنسبة لكامل الأهلية وإن كان غير نافذ فى حق القصر. كما أن هناك تناقضا بين قول الدكتور عرفه إن "القضاء ببطلان هذا الصلح يستتبع حتما جواز إبطاله بالنسبة لباقى المتصالحات إذا تمسكن بالبطلان" =

من واقع الدعوى أن المتصالحات لم يتمسكن ببطلان الصلح وأن الحكم المطعون فيه قد قضى ببطلانه فى حقهن دون أن يطلبن ذلك وإنما كنتيجة لبطلانه بالنسبة للقصر".

فإن الصلح يقع باطلا كله (1).

389 - قاعدة عدم تجزئة الصلح تشمل كافة أوجه البطلان :

قاعدة عدم تجزئة الصلح عند بطلانه لا تقتصر على البطلان بسبب غلط في الواقع فقط بل تشمل صور البطلان أو الإبطال الأخرى، كما لو كان الصلح باطلا لعدم مشروعية المحل أو عدم مشروعية السبب أو قابلا للإبطال لنقص الأهلية أو التدليس أو للإكراه أو الاستغلال.

390 - الغلط في الحساب وغلطات القلم :

لم يتضمن التقنين المدني الجديد نصا بشأن الغلط في الحساب، عكس القانون المدني القديم الذي نص في المادة 658/536 منه على أنه: " يجب تصحيح الغلط في أرقام الحساب".

وبذلك يكون التقنين المدني الجديد قد ترك هذه المسألة للقواعد العامة المنصوص عليها في المادة 123 مدني.

وهذه المادة تقضى بأن: "لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب، ولا غلطات القلم ولكن يجب تصحيح الغلط".

وهذه المادة تتناول تصحيح مسألتين الأولى: الغلط في الحساب. والثانية: غلطات القلم.

والغلط في الحساب وغلطات القلم هي مجرد خطأ مادي وهو غلط غير جوهري لا يؤثر في صحة العقد وإنما يجب تصحيحه.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي :

"يواجه النص حكم الغلط المادي. كالخطأ في الكتابة أو في الحساب. وهو غلط غير جوهري لا يؤثر في صحة العقد. وإنما يجب تصحيحه. ويسرى هذا الحكم على العقود بوجه عام. وعلى عقد الصلح بوجه خاص. إذ أن التقنين الحالي يختصه بالنص دون غيره" (2).

(1) محمود جمال الدين زكي ص 37.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 165.

والمقصود بالغلط فى الحساب، الغلط فى ذات الأرقام المثبتة بالصلح، والذي يكون مشتركا بين المتصالحين، أما إذا انفرد بالغلط أحد المتصالحين وبنى قبوله للصلح على هذا الغلط، مقدرا مزاييا الصلح على أساس حسابه الخاطئ، كان هذا غلطا فى الواقع إذا أثبتته من يدعيه جاز له أن يطلب إبطال الصلح.

ومثال الغلط فى الحساب أن يقع الصلح على ما قيمته عشرين ألف جنيه كانت محل نزاع بين المتصالحين، فيتفقان بالصلح على أن يخص أحدهما ثلاثة أرباع هذا المبلغ، ويخص الآخر الربع. ثم يقدران فى التصفية النهائية نصيب الأول 6000 جنيه ونصيب الثانى 4000 جنيه فيجوز لهذا الأخير أن يطالب بتصحيح الغلط فى أرقام الحساب، وهو ما يستتبع رفع المبلغ الذى يخصه إلى 5000 جنيه. إنما يشترط أن يكون الغلط المطلوب تصحيحه ظاهرا فى الأرقام الثابتة فى الكشف المعتمدة بالصلح، أو أن تكون هذه الأرقام قد نقلت خطأ من ورقة أخرى معترف بها، أو غير مطابقة لأرقام أخرى ثابتة قانونا.

أما إذا كان الغلط المزعوم ينصب على نقطة غامضة أو غير ثابتة من موضوع الصلح، أو كان من مقتضاه الرجوع إلى تحديد مركز المتعاقدين قبل عقد الصلح، فإنه لا يأخذ حكم الغلط فى الحساب، وبالتالي لا يجوز تصحيحه⁽¹⁾.

وتطبيقا لذلك اعتبرت محكمة النقض أن طلب إعادة عمل حساب جديد عن المقاولات موضوع النزاع يأباه القانون، لأن عمل المقاس والحساب النهائى عن كل مقاوله من تلك المقاولات بعد إتمامها هو عمل متفق عليه فى أصل عقودها، فإذا ما نفذ الاتفاق بعمل المقاس والحساب فعلا، ووقع عليه بالاعتماد، فقد انقضت مسئولية كل عاقد عنه، وأصبح هو ونتيجته ملزما للطرفين.

إذ قضت محكمة النقض بأن :

1- (أ) - "الخطأ فى ذات الأرقام المثبتة بحساب المقاوله (erreur de calcul) يجوز طلب تصحيحه متى كان هذا الغلط ظاهرا فى الأرقام الثابتة فى كشف الحساب المعتمد من قبل، أو متى كانت أرقام هذا الكشف قد نقلت خطأ من ورقة أخرى معترف بها، أو كانت غير مطابقة لأرقام أخرى ثابتة قانونا. أما طلب إعادة عمل حساب تلك

المقولة من جديد، فإن القانون يأباه، لأن عمل المقاس والحساب النهائى عن المقولة بعد إتمامها مادام عملاً متفقاً عليه فى أصل عقدها، فإن هذا الاتفاق متى نفذ بعمل المقاس والحساب فعلاً، ووقع عليه بالاعتماد فقد انقضت مسئولية كل عاقد عنه وأصبح هو ونتيجته ملزماً للطرفين. وعدم إمكان إعادة الحساب من جديد بعد عمله مرة أولى إذا كان لم يرد بشأنه نص خاص فى القوانين المصرية كما ورد النص عليه بالمادة 541 من قانون المرافعات الفرنسى، إلا أنه أمر مفهوم بالضرورة من أصول القانون التى تمنع تقاضى الالتزام مرتين".

(ب) - "دعوى الغلط المحسوس المبطل للمشاركة بحسب المادة 535 لا يجوز توجيهها ضد المقاس والحساب المعتمدين فى مقولة من المقاولات متى كانت فى حقيقتها ليست سوى دعوى لإعادة المقاس أو الحساب برمته من جديد. لكن دعوى وقوع هذا الغلط فى مقياس بعض أجزاء خاصة معينة من الأعمال الكلية التى قام بها المتعهد قد تقبل ويؤمر بتحقيقها، غير أن هذا لا يجوز إلا إذا كانت الظروف والدلائل تشهد بأنها دعوى جدية، أما إذا رأت المحكمة أنها غير جدية بل منازعة اعتسافية يراد بها الرجوع فيما تحقق وتم الاتفاق عليه، فالمحكمة فى حل من عدم قبول تحقيقها".

(ج) - "إن معنى الغلط فى دعوى الغلط المحسوس المذكورة يقتضى حتماً بصفة عامة أن يكون المتعاقد قد صدر منه الرضا وهو غير عالم بحقيقة الشئ المرضى عنه، بحيث لو كان عالماً بحقيقته لما رضى. فإذا كان المدعى لم يدع عدم علمه بالحقيقة، بل ادعى أنه استكره على التوقيع وأثبتت المحكمة أن دعوى الإكراه مختلفة، فتوقيعه بهذه المثابة لا يجعل له أدنى وجه للرجوع فى شئ من الحساب، بل هو مرتبط به تمام الارتباط ودعواه غير جائزة السماع".

(طعن رقم 27 لسنة 5 ق جلسة 1935/11/7)

2- "مجال تطبيق نص المادة 123 من القانون المدنى، الغلط فى الحساب وغلطات القلم أى الأخطاء المادية التى تقع من محرر العقد أثناء كتابته وتكشف عنها الورقة بذاتها ولا يترتب على تصحيحها تعديل موضوع العقد فلا يدخل فى هذه الأخطاء التوقيع على الورقة بختم بدلاً من ختم آخر لأن الورقة لا يمكن أن تكشف بذاتها عن هذا الخطأ ولأن تصحيحه يترتب عليه إسناد الورقة إلى غير الموقع عليها وهو ما يخالف نص المادة 394 من القانون المدنى التى تقضى بأن الورقة العرفية تعتبر صادرة ممن

وقعها".

(طعن رقم 457 لسنة 34 ق جلسة 1969/1/16)

والمسألة الثانية:

هي غلطات القلم، وهي أخطاء مادية تقع من محرر العقد أثناء كتابته وتكشف عنها الورقة بذاتها كأن يذكر اسم أحد المتصلحين وكان ظاهراً أن المقصود هو المتصالح الآخر. فإن هذا الخطأ يصح ويوضع الاسم الصحيح مكان الاسم الخاطئ. إنما لا يدخل في هذه الأخطاء التوقيع على الورقة بختم بدلا من ختم آخر.



محتويات المجلد السادس

الصفحة	الموضوع	رقم البند
	الفصل الثالث - الهبة	
	1- أركان الهبة	
3	مادة (486)	-
3	التنظيم التشريعي لعقد الهبة.....	-1
5	تعريف عقد الهبة.....	-2
7	خصائص عقد الهبة.....	-3
7	أولاً: الهبة عقد بين الأحياء.....	-
9	ثانياً: تصرف الواهب في مال له.....	-
10	ثالثاً: التصرف في المال دون عوض.....	-
11	رابعاً: نية التبرع.....	-
12	(أ) الوفاء بالتزام طبيعي.....	-
15	(ب) - هبة المكافأة أو المجازاة.....	-
17	تمييز الهبة عن غيرها من التصرفات.....	-4
17	(أ) - الهبة وعارية الاستعمال والوصية.....	-
19	(ب) الهدبة والصدقة.....	-
19	(ج) - الهبة والإباحة.....	-
19	الوكالة في الهبة.....	-5
20	هبة الحصة الشائعة.....	-6
22	هبة جزء مفرز من المال الشائع.....	-7
24	هبة المريض مرض الموت.....	-
24	تعريف مرض الموت.....	-8
25	(1) - المرض يقعد المريض عن قضاء مصالحه.....	-

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-	(2) - أن يغلب في المرض خوف الموت.....	27
-	(3) - أن ينتهى المرض بالموت.....	28
-9	من يلحق بالمريض مرض الموت.....	31
-10	الحكمة من تقييد التصرف في مرض الموت.....	31
-11	حكم هبة المريض مرض الموت.....	32
-12	تصرف الموهوب له في الموهوب الزائد على الثلث.....	34
-13	إثبات مرض الموت.....	35
-14	اقتران الهبة بالتزام معين.....	38
-15	التزام الموهوب له بالقيام بالتزام معين.....	39
-16	الهبة بعوض.....	42
	مادة (487)	
-17	انعقاد الهبة بالإيجاب والقبول.....	44
-18	توافق الإيجاب والقبول.....	47
-19	رجوع الواهب عن الإيجاب قبل وصول القبول إلى علمه .	47
-20	موت الواهب أو فقده لأهليته قبل وصول الإيجاب إلى الموهوب له.....	48
-21	موت الموهوب له أو فقده الأهلية قبل القبول.....	49
-	شروط صحة عقد الهبة	
-	أولاً: الأهلية في عقد الهبة.....	49
-	(أ) - أهلية الواهب.....	50
-22	الشخص الذى يجوز له الهبة.....	50
-23	هبة الولي أو الوصي أو القيم.....	51

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-24	البالغ الرشيد المحكوم عليه بعقوبة جنائية.....	52
-25	البالغ الرشيد ذو العاهتين.....	52
-	(ب) أهلية الموهوب له.....	53
-26	الجنين.....	53
-27	الصبي غير المميز والمجنون والمعتوه.....	54
-28	الصبي المميز والسفيه وذو الغفلة.....	56
-29	الزوجة الصغيرة.....	57
-30	قبول الأشخاص المعنوية للهبات.....	57
-	ثانيا: عيوب الرضا فى عقد الهبة.....	58
-31	تطبيق حكم القواعد العامة.....	58
-	مادة (488)	
-32	حكمة اشتراط الشكلىة فى عقد الهبة.....	59
-33	الرسمية فى الهبة.....	59
-34	التوكيل بالهبة.....	63
-35	جزاء تخلف الرسمية فى الهبة.....	63
-36	هبة المنقول بورقة رسمية وبالقبض.....	64
-37	المقصود بالقبض.....	65
-38	التسليم والتسلم الفعلى للمنقول.....	65
-39	التسليم الفعلى للمنقول من جانب الواهب.....	66
-40	التسليم الحكمى.....	67
-41	المنقولات التى ترد عليها الهبة اليدوية.....	69
-	تطبيقات قضائية للهبة اليدوية	
-		71

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-42	(1) - إعانة وزارة المعارف	71
-43	(2) - هبة الجهاز	71
-44	الإثبات في هبة المنقول بالقبض	72
	استثناء نوعين من الهبة من وجوب	
	الشككية أو العينية في الهبة	
-	النوع الأول: الهبة المستترة	73
-45	المقصود بالهبة المستترة	73
-46	أمثلة للهبة المستترة	75
-47	عدم الإفصاح أو الإشارة إلى الهبة بالعقد الساتر للهبة ...	78
-48	وجوب أن يكون العقد الساتر للهبة مستوفيا لشروط	
	انعقاده في الظاهر	80
-49	إثبات الهبة المستترة	83
-	النوع الثاني: الهبة غير المباشرة	84
-50	تعريف الهبة غير المباشرة	84
-51	أمثلة للهبات غير المباشرة	84
-	(1) - التنازل أو الترك لمصلحة آخر	84
-	(2) - الإبراء من الدين	86
-	(3) - الاشتراط لمصلحة الغير	87
-	(4) - حوالة الحق	87
-	(5) - قبول المحال عليه لحوالة الدين دون مقابل	87
-	(6) - عقد الاكتتاب	88
-	(7) - التعاقد عن الغير	88
-	(8) - عقود الضمان	91

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-52	ضرورة توافر الشروط الموضوعية للهبة.....	91
-53	إثبات الهبة غير المباشرة.....	91
-	(السبب فى عقد الهبة)	91
-54	تطبيق القواعد العامة على السبب فى عقد الهبة.....	91
-55	تطبيقات للسبب غير المشروع.....	95
-	(1)- اقتران الهبة بشرط مستحيل أو بشرط غير مشروع.	95
-	(2)- شرط عدم التصرف فى الشئ الموهوب.....	96
-	مادة (489)	100
-56	إجازة الهبة الباطلة لعب فى الشكل بالتنفيذ الاختيارى.....	100
-	مادة (490)	106
-57	أهمية الوعد بالهبة.....	106
-58	اشتراط الرسمية فى الوعد بالهبة.....	106
-59	أثر تخلف الشكلية فى الوعد بالهبة.....	107
-60	كيفية انعقاد الوعد بالهبة.....	108
-61	آثار الوعد بالهبة.....	111
-	مادة (491)	113
-62	هبة ملك الغير.....	113
-63	أولاً: حكم هبة ملك الغير بين المتعاقدين.....	113
-64	ثانياً: حكم هبة ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقى.....	116
-	مادة (492)	118
-65	بطلان الهبة المستقبلية.....	118
-66	الهبة المضافة إلى أجل والهبة تحت شرط.....	121

الصفحة	الموضوع	رقم البند
	2- آثار الهبة	-
	مادة (493)	
123		
123	تسليم الشيء الموهوب إلى الموهوب له.....	-67
123	مضمون الالتزام بالتسليم.....	-
124	ما يجب تسليمه.....	-68
126	طريقة التسليم.....	-69
127	العنصر الأول.....	-
128	العنصر الثاني.....	-
131	الصورة الأولى.....	-
131	الصورة الثانية.....	-
131	زمان ومكان التسليم.....	-70
133	جزاء الإخلال بالالتزام بالتسليم.....	-71
134	نفقات الهبة بما فيها نفقات التسليم.....	-72
	الالتزام الأول	-
135		
135	نقل ملكية الموهوب إلى الموهوب له.....	-
135	مضمون الالتزام.....	-73
137	نقل الملكية في هبة المنقول.....	-74
137	نقل الملكية في هبة العقار.....	-75
	مادة (494)	-
139		
139	الأصل عدم ضمان الواهب استحقاق الشيء الموهوب	-76
139	استثناء ان من عدم ضمان الواهب استحقاق الشيء	-

رقم البند	الموضوع	الصفحة
	الموهوب.....	
-77	الاستثناء الأول.....	139
-	حالة تعدد الواهب إخفاء سبب الاستحقاق.....	139
-78	الاستثناء الثانى.....	141
-	إذا كانت الهبة بعوض.....	141
-79	حلول الموهوب له محل الواهب فيما له من حقوق ودعاوى.....	142
-80	هل يضمن الواهب التعرض الصادر منه؟.....	143
-	مادة (495)	144
-81	القاعدة العامة عدم ضمان الواهب خلو الشئ الموهوب من العيب.....	144
-82	الحالات التى يلزم فيها الواهب بضمان خلو الشئ الموهوب من العيب.....	144
-	(1)- أن يعتمد الواهب إخفاء العيب.....	144
-	(2)- أن يضمن الواهب خلو الشئ الموهوب من العيب..	145
-	(3)- إذا كانت الهبة بعوض أو فى مقابل التزامات وشروط فرضت على الموهوب له.....	146
-83	تعديل أحكام الضمان.....	146
-	مادة (496)	147
-84	مسئولية الواهب عن فعله العمد أو خطئه الجسيم.....	147
-	مادة (497)	148

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-85	التزام الموهوب له بأداء العوض	148
-	جزاء عدم تنفيذ الالتزام بأداء العوض	149
-86	(أ) - التنفيذ العيني	149
-87	(ب) - الفسخ	149
-88	من له طلب الفسخ؟	151
-	مادة (498)	153
-89	حالة كون الموهوب أقل من العوض	153
-	مادة (499)	154
-90	حالة ما إذا كان العوض وفاء لديون الواهب	154
-	3- الرجوع فى الهبة	157
-	مادة (500)	157
-91	الرجوع فى الهبة فى الشريعة الإسلامية	157
-92	الرجوع فى الهبة فى التقنين المدنى القديم	160
-93	حكم الرجوع فى الهبة بالتراضى فى القانون المدنى الجديد	162
-94	أحكام الرجوع فى الهبة بالتقاضى	163
-	مادة (501)	165
-	الأعذار التى تبرر الرجوع فى الهبة	
	الواردة بالمادة (501) مدنى	165

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-95	العذر الأول.....	165
-	جحد الموهوب له.....	165
-96	العذر الثانى.....	167
-	عجز الواهب عن توفير أسباب المعيشة لنفسه بما يتفق مع مكانته الاجتماعية أو عجزه عن الإنفاق على الغير...	167
-97	العذر الثالث.....	168
-	أن يرزق الوالد ولدا بعد الهبة.....	168
-98	ورود الأعذار بالمادة على سبيل المثال لا الحصر.....	168
-	مادة (502)	170
-	موانع الرجوع فى الهبة.....	170
-99	تعداد.....	170
-100	المانع الأول.....	171
-	زيادة الموهوب زيادة متصلة.....	171
-101	المانع الثانى.....	173
-	موت أحد طرفى عقد الهبة.....	173
-102	المانع الثالث.....	173
-	تصرف الموهوب له فى الشىء الموهوب تصرفا نهائيا...	173
-103	المانع الرابع.....	175
-	الهبة بين الزوجين.....	175
-104	المانع الخامس.....	176
-	الهبة لذى رحم محرم.....	176
-105	المانع السادس.....	178
-	هلاك أو استهلاك الشىء الموهوب.....	178

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-106	المانع السابع.....	179
-	العوض فى الهبة.....	179
-107	المانع الثامن.....	180
-	إذا كانت الهبة صدقة أو عملا من أعمال البر.....	180
-108	التنازل عن الرجوع فى الهبة.....	181
109	دعوى الرجوع عن الهبة.....	182
-	هدايا الخطبة	183
-110	المقصود بهدايا الخطبة.....	183
-111	هل تعتبر الشبكة من هدايا الخطبة.....	183
-	حكم رد هدايا الخطبة عند العدول عن الخطبة.....	185
-112	أولاً: الحكم قبل العمل بالقانون رقم (1) لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية.....	185
-	(أ)- قضاء محكمة النقض.....	185
-	(ب)- رأينا الخاص فى رد هدايا الخطبة.....	187
-113	ثانياً: الحكم بعد العمل بالقانون رقم (1) لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية.....	188
-	مادة (503)	197
-	آثار الرجوع فى الهبة.....	197
-114	اعتبار الهبة كأن لم تكن.....	197
-115	ما يجب رده إلى الواهب.....	198

الصفحة	الموضوع	رقم البند
198	(1)- رد الشيء الموهوب.....	-
199	(2)- رد الثمار.....	-
199	(3)- المصروفات.....	-
	مادة (504)	-
201		
201	استيلاء الواهب على الشيء الموهوب.....	-116
201	آثار الرجوع بالنسبة للغير.....	-117
203	هلاك الشيء الموهوب بعد الحكم بالرجوع فى الهبة.....	-118
	الفصل الرابع	-
	الشركة	
204		
	مادة (505)	-
204		
204	تعريف الشركة.....	-119
205	الفرق بين الشركة والجمعية.....	-120
	الأركان الموضوعية العامة والخاصة	-
	لعقد الشركة	
206		
206	تعداد.....	-121
	(أولا)	-
	الأركان الموضوعية	
	العامة لعقد الشركة	
207		
207	(1)- التراضى.....	-

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-	(2)- المحل.....	208
-	(3)- السبب.....	208
-122	الأهلية اللازمة لإبرام عقد الشركة.....	208
-123	جزاء تخلف أركان عقد الشركة.....	209
-124	أثر القضاء ببطلان عقد الشركة.....	210
-	(ثانياً)	
	الأركان الخاصة للشركة	
-125	الركن الأول.....	215
-	اجتماع شخصين فأكثر.....	215
-126	الركن الثانى.....	215
-	مساهمة كل شريك بحصة فى رأس مال الشركة.....	215
-127	الركن الثالث.....	216
-	نية الاشتراك أو نية التعاون عن طريق قبول أخطار معينة.....	216
-128	الركن الرابع.....	217
-	مساهمة كل شريك فى الأرباح والخسائر.....	217
-129	العقود التى تشتهب بعقد الشركة.....	219
-	(1)- عقد البيع.....	219
-	(2)- عقد القرض.....	219
-	(3)- عقد العمل.....	220
-	(4)- عقد المزارعة.....	221
-130	خصائص عقد الشركة.....	222

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-	(1)- الشركة من عقود التراضى.....	222
-	(2)- عقد الشركة من عقود المعاوضة.....	223
-	(3)- الشركة عقد ملزم للجانبين.....	224
-	(4)- الشركة من العقود المحددة.....	224
-131	الشركة والشيوخ.....	224
-132	انطباق أحكام الشركات الواردة بالتقنين المدنى على	
	الشركات المدنية والتجارية.....	225
-133	التشريع الذى ينظم الشركات التجارية.....	225
-134	الشركات المدنية والشركات التجارية.....	226
-135	عدم تحديد شكل معين للشركة المدنية.....	227
-136	اتخاذ الشركة المدنية أحد أشكال الشركات التجارية.....	228
-	أشكال الشركات التجارية.....	229
-137	أولاً: شركات الأشخاص.....	229
-	(أ) - شركة التضامن.....	230
-138	لا يجوز بعد انعقاد الشركة فرض شريك آخر إلا إذا	
	أصر الشركاء على غير ذلك.....	234
-	(ب) شركة التوصية البسيطة.....	234
-	(ج) شركة المحاصة.....	238
-139	ثانياً: شركات الأموال.....	239
-140	شركات المساهمة.....	239
-141	ثالثاً: الشركات ذات الطبيعة المختلطة.....	241
-	1- شركة التوصية بالأسهم.....	241

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-	2- الشركة ذات المسؤولية المحدودة.....	242
-142	آثار التفرقة بين الشركة المدنية والشركة التجارية.....	243
-143	وجوب اتخاذ أحد أشكال الشركات التجارية.....	245
-	مادة (506)	
-144	ثبوت الشخصية الاعتبارية للشركة بمجرد تكوينها.....	246
-145	عدم الاعتراف بالشخصية الاعتبارية للشركة على الغير	
	إلا بعد استيفاء إجراءات النشر	247
-146	للغير التمسك بشخصية الشركة إذا لم تقم الشركة	
	بإجراءات النشر المقررة.....	247
-147	طلب الشريك بطلان الشركة لعدم الشهر فى مواجهة	
	الشركاء	249
-148	آثار الاعتراف للشركة بشخصية معنوية مستقلة.....	251
-149	جنسية الشركة.....	254
-150	اسم الشركة.....	255
-151	موطن الشركة.....	256
-152	أهلية الشركة للتعاقد.....	257
-	1- أركان الشركة	
-	مادة (507)	
-153	انعقاد الشركة بالكتابة.....	260
-154	انعقاد العقد بالكتابة من النظام العام.....	262

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-155	جزاء عقد الشركة غير المكتوب	263
-156	وجوب التمسك بالبطان	267
-157	عدم وجود قانون ينظم شهر الشركات المدنية	268
-	مادة (508)	
-158	المقصود بحصص الشركاء	269
-159	الأصل تساوى حصص الشركاء	271
-	مادة (509)	
-160	لا يجوز أن تكون الحصة فى الشركة نفوذا أو ثقة مالية	272
-	مادة (510)	
-161	الحصة النقدية	274
-162	استحقاق الشركة الفوائد من وقت الاستحقاق	274
-	مادة (511)	
-163	الحصة العينية	277
-	أولاً: الحصة العينية على سبيل التملك	277
-	ثانياً: الحصة العينية على سبيل الانتفاع	279
-	مادة (512)	
-164	تقديم الحصة فى الشركة عملاً	281
-165	التزام الشريك بالعمل بتقديم كشف حساب	283
-166	عدم إلزام الشريك بالعمل بتقديم ما حصل عليه من حق اختراع	284

الصفحة	الموضوع	رقم البند
285	مادة (513)	-
285	التزام الشريك إذا كانت الحصة التي قدمها هي ديون له في ذمة الغير	-167
287	مادة (514)	-
287	بيان المركز المالي للشركة.....	-168
290	حالة عدم بيان نصيب كل من الشركاء في الأرباح والخسائر بعقد الشركة	-169
291	تعيين نصيب الشركاء في الربح دون الخسارة	-170
292	تحديد نصيب الشريك بالعمل في الربح.....	-171
294	مادة (515)	-
294	عدم مساهمة الشريك في الربح أو في الخسارة (شركة الأسد)	-172
296	إعفاء الشريك الذي لم يقدم غير عمله من المساهمة في الخسائر	-173
	2- إدارة الشركة	-
298	مادة (516)	-
298	كيفية تعيين المدير	-174
299	سلطات المدير	-175
302	تعيين حارس قضائي لا يؤدي إلى عزل الشريك المنتدب للإدارة	-176

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-177	لا يجوز إشهار إفلاس المدير غير الشريك فى الشركات التجارية.....	303
-178	عدم مسئولية المدير عن الالتزامات الناشئة عن عقد الاتفاق بين شركتين	303
-179	عزل المدير.....	304
-180	يجوز لأحد الشركاء طلب عزل المدير.....	305
-	مادة (517)	307
-181	تعدد الشركاء المديرين.....	307
-182	مسئولية الشركة عن أعمال المدير.....	312
-	مادة (518)	313
-183	العبرة بالأغلبية العددية.....	313
-	مادة (519)	314
-184	حق الشركاء فى الاطلاع على دفاتر الشركة.....	314
-185	أثر تدخل الشريك الموصى فى إدارة الشركة.....	316
-	مادة (520)	317
-186	حالة عدم وجود نص خاص على طريقة الإدارة.....	317
-187	حق الاعتراض.....	319
-	3- آثار الشركة	
-	مادة (521)	321
-188	العناية المطلوبة من الشريك.....	321

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-189	التزام الشريك قبل الشركة.....	322
-	مادة (522)	325
-190	أخذ الشريك أو احتجازه مبلغا من مال الشركة.....	325
-191	رجوع الشريك بما أنفقه.....	325
-	مادة (523)	327
-192	حقوق دائني الشركة على أموال الشركة.....	327
-193	مسئولية الشركاء في أموالهم الخاصة.....	327
-194	حظر إعفاء الشريك من المسؤولية عن ديون الشركة.....	328
-195	حق الدائنين في مطالبة الشركاء كل بقدر حصته في أرباحهم.....	328
-	مادة (524)	330
-196	لا تضامن بين الشركاء في ديون الشركة.....	330
-	مادة (525)	333
-197	عدم رجوع الدائنين بحقوقهم على ما يخص الشريك في رأس المال.....	333
-	4- طرق انقضاء الشركة	
-	مادة (526)	336
-198	انتهاء الشركة بانقضاء الميعاد المعين لها.....	336
-199	انتهاء العمل الذي انعقدت الشركة لأجله.....	338
-200	استمرار الشركاء في ذات النشاط.....	338
-201	اعتراض دائني أحد الشركاء على الامتداد أو التجديد.....	342

الصفحة	الموضوع	رقم البند
	مادة (527)	-
343	 انتهاء الشركة بهلاك مالها	-202
343	 انقضاء الشركة بهلاك حصة الشريك قبل تقديمها	-203
344		
	مادة (528)	-
346	 انتهاء الشركة بموت أحد الشركاء أو بالحجر عليه أو بإعساره أو بإفلاسه	-204
346		
	مادة (529)	-
355	 لا يجوز الانسحاب من الشركة المعينة المدة	-205
355	 انتهاء الشركة بانسحاب أحد الشركاء إذا كانت مدتها غير معينة	-206
356	 حق الانسحاب شخصي	-207
359	 انتهاء الشركة بإجماع الشركاء على حلها	-208
359	 لا يجوز للشريك التنازل عن حصته لأجنبي	-209
359		
	مادة (530)	-
361	 أسباب حل الشركة بناء على طلب أحد الشركاء	-210
361	 من يطلب الحل ؟	-211
362	 طلب حل الشركة يتعلق بالنظام العام	-212
364	 طلب الحل شخصي	-213
365	 الحل فسخ قضائي لعقد الشركة	-214
365	 ليس لحل الشركة أثر رجعي	-215
366	 رسوم دعوى الحل والتصفية	-216
367		

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-	مادة (531)	368
-217	طلب فصل الشريك.....	368
-218	طلب الشريك إخراجاً من الشركة المحددة المدة.....	370
-	5- تصفية الشركة وقسمتها	
-	مادة (532)	371
-219	المقصود بالتصفية.....	371
-220	كيفية تصفية الشركة.....	372
-221	تصفية الشركة في حالة الحكم بحلها.....	375
-222	رسم دعوى التصفية.....	375
-223	التصفية لا ترد على شركة المحاصة.....	376
-224	حكم التصفية غير منه للخصومة.....	376
-	مادة (533)	379
-225	انتهاء سلطة المديرين عند حل الشركة.....	379
-226	بقاء شخصية الشركة في فترة التصفية.....	382
-227	توقف المنشأة من تاريخ انتهاء التصفية.....	384
-	مادة (534)	388
-228	تعيين المصفي.....	388
-229	تعيين المحكمة للمصفي.....	389
-230	تعيين المصفي في الشركة الباطلة.....	390
-231	اعتبار المديرين بالنسبة إلى الغير في حكم المصفين.....	391
-	مادة (535)	393

الصفحة	الموضوع	رقم البند
393	سلطات المصطفى	-232
396	لا يجوز للمصطفى أن يبدأ أعمالاً جديدة للشركة	-233
396	للمصطفى بيع مال الشركة	-234
398	انتهاء التصفية	-235
399	مسئولية المصطفى	-236
400	عزل المصطفى	-237
402	مادة (536)	-
402	تقسيم أموال الشركة بين الشركاء جميعاً	-238
404	ما يختص به كل شريك	-239
404	تقسيم الباقي من حصيلة التصفية بنسبة كل شريك في الأرباح	-240
405	توزيع الخسائر على الشركاء	-241
406	مادة (537)	-
406	قسمة أموال الشركة	-242
	الفصل الخامس	-
	القرض والدخل الدائم	
	1- القرض	
	مادة (538)	
408	التنظيم التشريعي لعقد القرض	-243
410	تعريف عقد القرض	-244

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-245	خصائص عقد القرض.....	411
-	أولاً: القرض عقد رضائي.....	411
-	ثانياً: عقد القرض عقد ملزم للجانبين.....	412
-	ثالثاً: القرض من عقود التبرع.....	412
-246	تميز عقد القرض عما يشته به من العقود.....	412
-	(أ) - عقد القرض وعقد البيع.....	412
-	(ب) - عقد القرض وعقد المقايضة.....	414
-	(ج) - عقد القرض وعقد الشركة.....	414
-	(د) - عقد القرض وعقد العارية.....	416
-	(هـ) - عقد القرض وعقد الهبة.....	417
-	(أركان عقد القرض)	417
-247	تعداد.....	417
-	أولاً: التراضي في عقد القرض.....	417
-248	توافق الإيجاب والقبول.....	417
-249	صور مختلفة لعقد القرض.....	418
-250	حكم إقراض مال الغير.....	419
-	ثانياً: المحل والسبب.....	421
-251	(أ) - المحل.....	421
-	إحالة إلى القواعد العامة.....	421
-252	(ب) - السبب.....	422
-253	إثبات عقد القرض.....	423
-	(ثالثاً : شروط الصحة)	424

رقم البند	الموضوع	الصفحة
	(الأهلية وعيوب الرضا)	
-	(أ) - الأهلية.....	424
-254	(1) - أهلية المقرض.....	424
-255	(2) - أهلية المقرض.....	424
-	(ب) - عيوب الإرادة.....	425
-256	تطبيق القواعد العامة.....	425
-257	المقصود برد المثل.....	425
-258	الاتفاق على رد نوع آخر.....	426
-259	ممن يحصل الرد؟.....	426
-260	لمن يحصل الرد؟.....	427
-261	ميعاد الرد.....	427
-262	مكان الرد.....	427
-263	مصاريف الرد.....	428
-264	جزاء عدم الرد.....	428
-265	استحالة الرد.....	429
-	مادة (539)	431
-	التزام المقرض بتسليم الشيء موضوع العقد إلى المقرض.....	431
-266	مضمون الالتزام بالتسليم.....	431
-267	تبعة هلاك الشيء المقرض.....	432
-268	التزام المقرض بنقل النقود أو الشيء المقرض إلى المقرض.....	432
-269	التزام المقرض بألا يطالب برد المثل إلا عند انتهاء العقد.....	433

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-	مادة (540)	435
-270	استحقاق الشيء محل القرض.....	435
-	تطبيق أحكام استحقاق المبيع.....	435
-271	إحالة إلى أحكام عقد البيع فى الاستحقاق الكلى والجزئى.	436
-272	ضمان الاستحقاق إذا كان القرض بدون أجر	436
-	سريان أحكام العارية.....	436
-	مادة (541)	437
-273	المقصود بالعيب الخفى	437
-274	(أ) ضمان العيوب الخفية فى القرض بأجر.....	437
-275	ضمان العيوب الخفية فى القرض بدون أجر	437
-276	أحكام أخرى تسرى على ضمان العيوب الخفية فى عقد القرض	438
-277	أحكام ضمان العيوب الخفية فى عقد البيع هى الأصل الواجب الرجوع إليه فيما لم يرد فى شأنه نص.....	439
-	مادة (542)	440
-278	فوائد القرض.....	440
-279	صور الفائدة.....	446
-280	سعر الفائدة.....	447
-281	أثر تجاوز سعر الفائدة.....	449
-282	استثناء قروض البنوك من الحد الأقصى للفائدة.....	451
-283	عدم جواز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد.....	455

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-284	استحقاق الفوائد التأخيرية ولو لم يتفق على فائدة للقرض .	458
-285	استحقاق تعويض تكميلي طبقا للقواعد العامة.....	459
-286	(1) المدة التي تدفع عنها الفوائد	461
-287	(2) - زمان دفع الفوائد.....	461
-288	(3) - مكان دفع الفوائد.....	462
-289	(4) - الجزاء المترتب على عدم دفع الفوائد.....	462
-290	(5)- استرداد غير المستحق من الفوائد المدفوعة.....	462
-291	تحمل مصاريف القرض.....	463
-	مادة (543)	
-292	انتهاء القرض بانتهاء الأجل المتفق عليه.....	465
-293	حالة عدم وجود اتفاق على أجل لانتهاء القرض	466
-	مادة (544)	
-294	الإنذار برد القرض.....	468
-295	أسباب أخرى لانتهاء القرض	470
-	2- الدخل الدائم	
-	مادة (545)	
-296	التنظيم التشريعي لعقد الدخل الدائم.....	471
-297	تعريف الدخل الدائم.....	471
-298	مصدر الدخل الدائم.....	473
-299	صور الدخل الدائم.....	474
-	(1) عقد القرض.....	474
-	(2) عقد البيع.....	474

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-	(3) عقد الهبة.....	474
-	(4) الوصية.....	474
-300	شكل عقد الدخل الدائم.....	475
-301	إثبات الدخل الدائم.....	476
-302	أداء الدخل من المدين أو ورثته من بعده.....	476
-303	أداء الدخل إلى الدائن أو ورثته من بعده.....	476
-304	اشتراط ألا يزيد الدخل على الحد الأقصى للفائدة.....	477
-305	زمان دفع الدخل.....	477
-306	مكان دفع الدخل.....	478
-307	مصرفات الدخل.....	478
-308	إجبار المدين على دفع الدخل.....	478
-309	انقضاء عقد الدخل.....	478
-	مادة (546)	480
-310	قابلية الدخل الدائم للاستبدال فى أى وقت شاء المدين	480
-311	بطلان الاتفاق على عدم قابلية الدخل الدائم للاستبدال	481
-312	شرطا استعمال حق المدين فى الاستبدال.....	482
-	مادة (547)	483
-313	حالات الاستبدال جبرا على المدين.....	483
-	الحالة الأولى.....	483
-	الحالة الثانية.....	484
-	الحالة الثالثة.....	485

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-	مادة (548)	486
-314	حالة ترتيب الدخل مقابل مبلغ مقدر من النقود.....	486
-315	حالة ترتيب الدخل فى مقابل نقود غير مقدرة أو فى	
	مقابل غير النقود.....	487
-	الفصل السادس	
	الصلح	
	1- أركان الصلح	
	مادة (549)	488
- 316	تعريف الصلح لغة.....	488
- 317	تعريف الصلح شرعا.....	488
- 318	تعريف الصلح قانونا.....	488
- 319	فائدة الصلح.....	489
-	(1) تخفيف العبء على الخصوم.....	489
-	(2) تحقيق العدالة.....	489
-	(3) تخفيف العبء على المحاكم.....	490
-	(4) نشر السلام الاجتماعى.....	490
- 320	مقومات الصلح.....	490
-321	أولاً: نزاع قائم أو محتمل	490
- 322	هل يجب توافر عنصر الشك فى نتيجة النزاع.....	493
- 323	الصلح بعد صدور حكم نهائى.....	494
-324	ثانياً: نية حسم النزاع.....	495

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-325	ثالثاً: نزول كل من الخصمين عن جزء من ادعائه	497
-326	لا يشترط تكافؤ التنازل من الجانبين	498
-327	تمييز الصلح عما يلتبس به	500
-	(1) الصلح والتحكيم	500
-	(2) الصلح والتسليم بالحق وترك الدعوى	500
-	(3) الصلح وتوجيه اليمين الحاسمة	501
-328	خصائص عقد الصلح	501
-	(أركان عقد الصلح)	502
- 329	تعداد	502
-	(الرضاء بالصلح)	502
- 330	توافق الإيجاب والقبول فى الصلح	502
-331	الوكالة فى الصلح	504
332	الصلح القضائى والصلح غير القضائى	504
-333	الصلح القضائى فى ظل القانون المدنى القديم	506
-	(شروط الصحة)	506
- 334	تعداد	506
-	مادة (550)	507
-335	الأهلية فى الصلح هى أهلية التصرف بعوض	507
- 336	البالغ الرشيد	507
- 337	الصبى المميز والمحجور عليه	510
-338	الصبى غير المميز	513
-	مادة (551)	514

رقم البند	الموضوع	الصفحة
339-	تطبيق القواعد العامة فى محل عقد الصلح.....	514
340 -	بطلان الصلح فى المسائل المتعلقة بالنظام العام أو	
	الآداب العامة.....	515
341 -	الصلح فى المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية والأهلية...	516
342-	بطلان الصلح على فوائد ربوية.....	519
343-	بطلان الصلح على مقدار التعويض عن نزع الملكية	
	للمنفعة العامة.....	521
344-	بطلان الصلح على منازعات تقدير أجره الأماكن	
	الخاضعة للتشريعات الاستثنائية.....	521
345-	بطلان الصلح على أحكام قانون العمل.....	523
346-	بطلان الصلح على الجريمة.....	525
347-	أمثلة لجرائم يجوز فيها الصلح وردت فى نصوص خاصة.....	527
-	(أ)- فى قانون الإجراءات الجنائية.....	527
-	(ب)- فى قانون المرور رقم 66 لسنة 1973 (المعدل).....	528
-	(ج)- فى قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999 (المعدل).....	528
348-	أمثلة للجرائم التى يتوقف فيها رفع الدعوى الجنائية على	
	شكوى أو طلب أو إذن.....	529
-	(أ)- فى قانون الإجراءات الجنائية.....	529
-	(ب)- فى القرار بقانون رقم 66 لسنة 1963 (المعدل)	
	بإصدار قانون الجمارك.....	531
-	(ج)- فى القرار بقانون رقم 92 لسنة 1964 فى شأن	
	تهريب التبغ.....	532
349 -	هل يجوز التصالح على الضرائب والرسوم؟.....	532
-	السبب فى عقد الصلح	533

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-350	المفهوم التقليدي للسبب.....	533
-351	المفهوم الحديث للسبب.....	533
-	مادة (552)	536
-352	إثبات عقد الصلح.....	536
-353	إثبات الصلح فى ظل القانون المدنى القديم.....	538
-	الصلح القضائى	538
-354	طريقا الصلح القضائى	539
- 355	الصلح فى دعوى صحة التعاقد على حق من الحقوق	
	العينية العقارية.....	541
-356	التدخل الهجومى فى حالة طلب التصديق على الصلح ...	545
-357	عدم جواز أخذ المحكمة بالالتزام بالمصروفات الوارد بعقد	
	الصلح المقدم إليها عند امتناعها عن التصديق عليه.....	546
- 358	اعتبار عقد الصلح الذى لم تصدق عليه المحكمة سندا	
	فى الدعوى.....	547
-	طبيعة الحكم الصادر من القاضى بالتصديق على	
	الصلح وآثار ذلك	548
-359	تصديق القاضى على الصلح بمقتضى سلطته الولائية.....	548
- 360	الحصول على اختصاص بموجب حكم التصديق على	
	الصلح.....	554
-	3- آثار الصلح	
	مادة (553)	555
-361	آثار الصلح.....	555

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-362	الأثر الأول: انقضاء ما نزل عنه كل من الطرفين من الحقوق والادعاءات نزولا نهائيا.....	555
-363	الأثر الثاني: تثبيت ما اعترف به كل من الطرفين للآخر من حقوق وحسم النزاع بينهما فى ذلك.....	556
-364	الدفع بانتهاء النزاع بالصلح.....	557
- 365	التفويض العينى بعقد الصلح.....	561
-366	الاتفاق على شرط جزائى فى الصلح.....	562
-367	فسخ عقد الصلح.....	563
-368	الاتفاق على الشرط الصريح الفاسخ.....	566
-369	التقاييل فى الصلح.....	566
-	مادة (554)	
-370	الأثر الكاشف للصلح بالنسبة إلى الحقوق المتنازع فيها ...	567
-371	النتائج التى تترتب على الأثر الكاشف للصلح.....	569
-	(1) عدم تجديد الالتزامات التى يقررها الصلح.....	569
-	(2) عدم اعتبار المتصالح خلفا للمتصالح الآخر فى الحق المتنازع فيه.....	570
-	(3) عدم وجوب تسجيل الصلح فيما بين المتعاقدين	571
-	(4) انعدام الالتزام بالضمان	572
-	(5) عدم صلاحية الصلح سببا للتملك بالتقادم الخمسى...	572
-	(6) عدم تخويل الصلح الحق فى الشفعة.....	573
-	(7) عدم اعتبار المتصالح على دين متنازع فيه فى ذمة الغير متلقيا للدين من المتصالح الآخر.....	574
-372	الطعن فى الصلح بالدعوى البوليصية.....	574

رقم البند	الموضوع	الصفحة
373 -	الأثر الناقل للصلح بالنسبة إلى الحقوق غير المتنازع فيها.....	574
-	(الأثر النسبى للصلح)	576
374 -	المقصود بالأثر النسبى للصلح.....	576
375 -	(أ) - اتحاد الأطراف.....	576
376 -	الأشخاص الذى يتأثرون بالصلح ولو لم يكونوا طرفا فيه .	579
377 -	(ب) - اتحاد الموضوع.....	581
378 -	(ج) - اتحاد السبب.....	581
-	مادة (555)	583
379 -	تفسير الصلح تفسيرا ضيقا.....	583
380 -	الفرق بين عقد الصلح والحكم.....	587
-	3- بطلان الصلح	
-	مادة (556)	589
381 -	المقصود بالغلط فى القانون.....	589
382 -	لا يجوز الطعن فى الصلح لغلط فى القانون.....	590
383 -	نطاق تطبيق قاعدة عدم الطعن فى الصلح بالغلط فى القانون .	591
384 -	الغلط فى الواقع.....	592
385 -	أمثلة للغلط فى الواقع واردة فى المشروع التمهيدى.....	593
386 -	حكم المادة (556) مدنى لا يخل بوجوب أن يكون الرضا فى الصلح خاليا من العيوب الأخرى.....	594
-	مادة (557)	598
387 -	عدم تجزئة الصلح عند بطلانه.....	598

الصفحة	الموضوع	رقم البند
599	أمثلة من الفقه والقضاء لقاعدة عدم تجزئة البطلان فى الصلح.....	-388
602	قاعدة عدم تجزئة الصلح تشمل كافة أوجه البطلان	- 389
602	الغلط فى الحساب وغلطات القلم.....	- 390
607	محتويات المجلد السادس.....	-

ثم بحمد الله وتوفيقه المجلد



السادس